

بِسْمِ اللَّهِ
الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ

“توجه”

مقالات این شماره نشریه با کد اختصاصی
۸۶۰۰۰-۹۸۱۹۱ در پایگاه استنادی علوم جهان
اسلام نمایه شده است.

حقوق مدنی و آیین دادرسی مدنی و مسئولیت مدنی

شماره سوم- تابستان ۱۳۹۸

شناسنامه فصلنامه دانشنامه های حقوقی

صاحب امتیاز: مرکز پژوهشی دانشنامه های حقوقی علامه

مدیر مسئول: محمد درویش زاده کاخکی دبیر علمی: دکتر سیدحسین صفایی

مدیر اجرایی: فاطمه ماستری

اعضای هیات علمی بر اساس مروف الفبا: ۱- دکتر علی اسلامی پناه ۲- دکتر سید حسن امین ۳- دکتر محسن ایزانلو ۴- دکتر تهمورث بشیریه ۵- دکتر محمدباقر پارساپور ۶- جعفر پوربدخشان ۷- دکتر عباسعلی دارویی ۸- دکتر هما داودی ۹- محمد درویش زاده ۱۰- دکتر مهدی رشوند بوکانی ۱۱- دکتر محمدجواد شریعت باقری ۱۲- دکتر سیدحسین صفایی ۱۳- دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی ۱۴- دکتر عباس طوسی ۱۵- دکتر جواد کاشانی ۱۶- دکتر عباس کریمی ۱۷- دکتر شهرام کیوان فر ۱۸- دکتر حمید گوینده ۱۹- دکتر محسن محبی ۲۰- آیت الله دکتر سیدمصطفی محقق داماد ۲۱- دکتر فهیمه ملک زاده ۲۲- آیت الله سیدمحمد موسوی بجنوردی ۲۳- دکتر حسین مهرپور محمدآبادی ۲۴- دکتر فریدون نهرینی ۲۵- دکتر محمد هاشمی

ویراستاران: دکتر محمد تمدن، رقیه فراهانی

امور گرافیکی و صفحه آرایی: نسیم قلی زاده

امور هماهنگی: مریم نعیمی

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱، ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نمابر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

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

نشانی ایمیل: info@Lawmagazine.ir

نشانی سایت: www.Lawmagazine.ir

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰/۰۰۰ ریال



مرکز پژوهشی دانشنامه های
حقوقی علامه



فصلنامه تخصصی
دانشنامه های حقوقی

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلاً در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورد علمی نویسنده یا نویسندگان باشد.
- نویسنده یا نویسندگان 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 نویسندگان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- مقالات ارسالی از ۲۵ صفحه حروف‌چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسندگان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات 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 نویسندگان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسندگان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسندگان 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 بین ۲۰۰-۲۵۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوه تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.
- در تیتراها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیترا 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 مقالات در پاورقی به صورت (نام خانوادگی مؤلف، نام مؤلف، عنوان کتاب، سال انتشار: شماره جلد و شماره 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 در پاورقی به صورت لاتین و از سمت چپ به راست 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 نویسندگان (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، عنوان مقاله داخل گیومه، نام نشریه، دوره/ سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- پایگاه‌های اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان موضوع داخل گیومه، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت فصلنامه به نشانی www.lawmagazine.ir انجام می‌شود.
- ارتباط با سردبیر از طریق پست الکترونیکی info@lawmagazine.ir امکان‌پذیر است.

- یادداشت دبیر علمی..... ۹
- عدم النفع و فرصت از دست رفته؛ قابلیت مطالبه و تعیین میزان ضرر (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران)..... ۱۱
- علیرضا ابراهیمی..... ۱۱
- مفهوم مسئولیت مدنی..... ۲۷
- ایرج بابائی..... ۲۷
- جستاری نقادانه بر تعیین سبب مسئول در بین اسباب متعدد با ارجاع امر به کارشناس با مطالعه تطبیقی..... ۴۱
- حسن بادینی..... ۴۱
- حسین داودی..... ۴۱
- سکوت قانون و روش شکست آن..... ۶۲
- محمد رضا بندرچی..... ۶۲
- تحولات مسئولیت مدنی دارندگان وسایط نقلیه موتوری زمینی در قوانین موضوعه ۷۶
- زهره تیزمهر..... ۷۶
- محمد رضا شرافت پیما..... ۷۶
- داوری در آثار استاد جعفری لنگرودی..... ۹۸
- عبدالله خدابخشی..... ۹۸
- مقایسه مبانی و قواعد روش‌های تفسیر قانون مدنی در حقوق مدرن و آثار استاد جعفری لنگرودی..... ۱۱۴
- مهدی رشوند بوکانی..... ۱۱۴
- ماهیت و آثار عقد مرکب از منظر استاد جعفری لنگرودی..... ۱۴۳
- رضا زالی..... ۱۴۳
- زهره اسدی نیا..... ۱۴۳
- بازخوانی ماهیت استصحاب با نگاهی بر نظریات استاد جعفری لنگرودی..... ۱۶۰
- سید محمد صدری..... ۱۶۰
- تعدیل قرارداد توسط داور..... ۱۸۲
- حمیدرضا علومی یزدی..... ۱۸۲
- اثر ارتباط دعوای برگسترش صلاحیت محلی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه ۲۰۵
- بدیع فتحی..... ۲۰۵

نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران و فقه امامیه (خلأ قانون مدنی در زمینه مسئولیت مدنی)..... ۲۲۵

محمود کاظمی ۲۲۵

مجید بنایی اسکویی ۲۲۵

اثبات و یأس از اثبات ۲۵۳

مرگان موفق ۲۵۳

مفهوم و ضمانت اجرای «اصول دادرسی» در آیین دادرسی مدنی ۲۸۸

همایون مافی ۲۸۸

محمد غمیلویی ۲۸۸

اندیشه های استاد جعفری لنگرودی در باره علم در دلایل اثبات ۳۱۴

حسن محسنی ۳۱۴

استقلال قرارداد و شرط داوری از موافقت نامه اصلی ۳۲۹

احسان مظفری ۳۲۹

تسامح حقوقی در اندیشه استاد جعفری لنگرودی ۳۵۱

علیرضا مظلوم رهنی ۳۵۱

شهرام عابدینی ۳۵۱

شباهت ساختاری ایراد آیین دادرسی و دادخواست ماهوی و ریشه های آن در

اندیشه های استاد جعفری لنگرودی ۳۶۵

هادی ملک تبار فیروزجائی ۳۶۵

دیباچه ای بر سبک شناسی آثار و اندیشه های استاد جعفری لنگرودی حقوق دان و

اسلام شناس ۳۷۷

اقبال علی میرزائی ۳۷۷

در چه مواردی می توان ثالث را به دادرسی جلب نمود (تفسیری بر عبارت لازم بدانند

مذکور در ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی) اصلاحات تاریخ ۹۸/۳/۱۸ ۳۹۴

خیرالله هرمزی ۳۹۴

مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی ۴۱۱

حسین هوشمند فیروزآبادی ۴۱۱

یادداشت دبیر علمی

نقش ارزنده دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در توسعه علمی و افق‌گشایی در دانش فقه و حقوق معاصر بی‌بدیل و مثال‌زدنی است. وی متولد ۱۳۰۲ است. زندگی علمی را با تجربه زیست علمی در حوزه علمیه مشهد و نسل اول دانشگاه تهران آغاز کرد و تا کسب درجه اجتهاد در حوزه علمیه و کسب درجه دکتری در دانشگاه تهران ادامه داد. سپس با تجربه کار قضایی و ثبتی بر منظومه علمی و تجربی خود افزود و پس از آن کارهای سترگ پژوهشی و آموزشی و بویژه آموزش در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران را به انجام رساند و مقام ریاست آن دانشکده را نیز کسب کرد. پس از بازنشستگی نیز در انگلستان به پژوهش و تحقیق ادامه داد و در نهایت با پدید آوردن بیش از ۸۰ اثر علمی در شاخه‌های مختلف علوم انسانی در توسعه علوم انسانی بالاخص فقه و حقوق مؤثر واقع شد. برای پاسداشت این مجاهدت‌های علمی، همایشی با محوریت پژوهش و تحقیق در آثار، اندیشه‌ها و آرای ایشان به همت مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه و با مشارکت بیش از ۳۰ انجمن علمی و دانشکده و پژوهشکده برگزار شد و مقالات متعددی به این همایش واصل گردید که با مشارکت ۵۴ نفر از استادان برجسته فقه و حقوق و فلسفه اسلامی مورد ارزیابی و داوری قرار گرفت و مقالات منتخب در ویژه‌نامه فصلنامه دانش‌نامه‌های حقوقی به چاپ رسید. علاوه بر آن مقالات مزبور پس از اخذ درجه علمی در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام نیز با کد ۸۶۰۰۰-۹۸۱۹۱ نمایه شد. مقالاتی که برای این شماره نشریه اختصاص یافته است از نظر موضوعی مربوط است به «حقوق مدنی، مسئولیت مدنی و آیین دادرسی مدنی» عناوین این مقالات به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسندگان در ادامه ذکر می‌شود. امید آنکه این پژوهش‌ها در توسعه مرزهای دانش حقوق و تولید دانش بومی مؤثر باشد. بعون ا... تعالی

سیدحسین صفایی

دبیر علمی همایش

عناوین مقالات به ترتیب نام خانوادگی نویسندگان:

۱. عدم النفع و فرصت از دست رفته؛ قابلیت مطالبه و تعیین میزان ضرر (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران) علیرضا ابراهیمی
۲. مفهوم مسئولیت مدنی - ایرج بابائی
۳. جستاری نقادانه بر تعیین سبب مسئول در بین اسباب متعدد با ارجاع امر به کارشناس با مطالعه تطبیقی - حسن بادینی - حسین داودی
۴. تحولات مسئولیت مدنی دارندگان وسایط نقلیه موتوری زمینی در قوانین موضوعه - زهراتیزمهر - محمدرضا شرافت‌پیما
۵. دآوری در آثار استاد جعفری لنگرودی - عبدالله خدابخشی
۶. مقایسه مبانی و قواعد روش‌های تفسیر قانون مدنی در حقوق مدرن و آثار استاد جعفری لنگرودی - مهدی رشوند بوکانی
۷. ماهیت و آثار عقد مرکب از منظر استاد جعفری لنگرودی - رضازالی؛ زهرا اسدی نیا
۸. بازخوانی ماهیت استصحاب با نگاهی بر نظریات استاد جعفری لنگرودی - سید محمد صدری
۹. سکوت قانون و روش شکست آن - محمدرضا بندرچی
۱۰. تعدیل قرارداد توسط داور - حمیدرضا علومی یزدی
۱۱. اثر ارتباط دعوی بر گسترش صلاحیت محلی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه - بدیع فتحی
۱۲. مفهوم و ضمانت اجرای «اصول دادرسی» در آیین دادرسی مدنی - همایون مافی - محمدغمیلویی
۱۳. نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران و فقه امامیه (خلأ قانون مدنی در زمینه مسئولیت مدنی) - محمود کاظمی - مجید بنایی اسکویی
۱۴. استقلال قرارداد و شرط دآوری از موافقت‌نامه اصلی - احسان مظفری
۱۵. تسامح حقوقی در اندیشه استاد جعفری لنگرودی - علیرضا مظلوم‌رهنی - شهرام عابدینی
۱۶. شباهت ساختاری ایراد آیین دادرسی و دادخواست ماهوی و ریشه‌های آن در اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی - هادی ملک تبار فیروزجائی
۱۷. اثبات و یأس از اثبات - مژگان موفق
۱۸. اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی درباره علم در دلایل اثبات - حسن محسنی
۱۹. دیباچه‌ای بر سبک‌شناسی آثار و اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی حقوق‌دان و اسلام‌شناس - اقبال علی میرزائی
۲۰. در چه مواردی می‌توان ثالث را به دادرسی جلب نمود (تفسیری بر عبارت لازم بداند مذکور در ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی) اصلاحات تاریخ ۹۸/۳/۱۸ - خیرالله هرمزی
۲۱. مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی - حسین هوشمند فیروزآبادی

عدم النفع و فرصت از دست رفته؛ قابلیت مطالبه و تعیین میزان ضرر (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران)

علیرضا ابراهیمی^۱

چکیده

احراز ورود ضرر یکی از شروط ضروری برای مطالبه خسارت است. ضرر نیز در صورتی قابل مطالبه است که دارای اوصاف معینی باشد. یکی از این اوصاف ضروری، مسلم بودن ورود ضرر به متعهدله هست، که در مورد خسارات ناشی از عدم النفع، این ویژگی در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. همچنین قابلیت مطالبه خسارات در تمامی مصادیق فرصت از دست رفته و البته تعیین میزان خسارت وارده نیز، از دیگر موارد اختلاف است. در این جستار این دو موضوع در حقوق مدنی دو کشور افغانستان و ایران مورد مطالعه قرار گرفته است. یافته‌های این پژوهش که با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای گردآوری و با روش توصیفی - تحلیلی مطالعه گردیده است، نشان می‌دهد که در موضوع عدم النفع، ضرر وارده از باب تسبیب و به جهت صدق عنوان اتلاف بر آن، بدون هیچ تردیدی در هر دو نظام حقوقی مدنظر قابل مطالبه است. همچنین امکان مطالبه و تعیین میزان خسارت در فرصت از دست رفته نیز با دو شیوه قطعی در هر دو نظام حقوقی، ممکن شده است. این دو شیوه عبارت از روش هزینه و روش اماره هستند.

کلیدواژه: حقوق افغانستان، ضرر مسلم، تعیین مقدار خسارت، وجه التزام

مسلم بودن ضرر یکی از شروط ضرر قابل مطالبه است و از این جهت نیاز به توصیف دقیق دارد. بر این اساس مسلم بودن ضرر به آن معناست که ورود ضرر به خواهان به طور قطع باشد، یا اینکه با توجه به اوضاع و احوال، ورود ضرر در آینده، نتیجه وضع فعلی متضرر باشد.^۱ به عبارتی در احراز وصف مزبور، آنچه ضروری است، قطعیت وجود ضرر است؛ زیرا هدف از تبیین شرایط مسئولیت، جبران خسارت زیان دیده است و احتمالی بودن ضرر، با آن سر سازگاری ندارد. بنابراین باید در نظر داشت که مسلم بودن ضرر، به معنای وجود قطعی و مسلم ضرر است. هرچند که احتمال ورود ضرر در آینده باشد و اکنون صرفاً اقتضا و اسباب آن وجود داشته باشد. در چنین وضعی همچنان ضرر مسلم فرض شده و قابل مطالبه است.^۲

بنابراین اگر در یک قرارداد تولید ماشین آلات، تعهد شود که از قطعات با جنس خاصی برای بالا بردن کیفیت قطعات مذکور استفاده شود، لیکن بر خلاف مفاد تعهد رفتار و این کوتاهی، سبب کاهش کیفیت و در نتیجه کاهش طول عمر و بازده قطعات شود، به لحاظ این عمل، متعهد مسئول خسارات آتی، خسارات ناشی از کاهش عمر ماشین آلات و نیاز مجدد به خرید دستگاه مزبور نیز تلقی خواهد شد. دلیل این امر نیز، رابطه سببیتی است که بین این خسارات و عمل متعهد وجود دارد. هرچند به لحاظ زمانی هنوز خسارات متوجه طرف قرارداد نشده، لیکن در هر حال ورود آن قطعی است.

با وجود روشن بودن مفهوم مسلم بودن ورود ضرر و اتفاق بر این امر، در بعضی از مصادیق به لحاظ عدم قطعیت خسارت و از سویی ایجاد موانع نامشروعی برای کسب سود و منفعت، لزوم جبران خسارت مورد اختلاف است. این اختلاف نیز ناشی از سکوت یا تعارض احکام قانونی است. قانون گذاران هر دو کشور افغانستان مبتنی بر فقه حنفی و ایران مبتنی بر فقه امامیه، هر چند به لزوم جبران خسارت به عنوان قاعده‌ای عام تصریح و قواعدی را نیز در این خصوص مقرر کرده‌اند، لیکن برخی از موضوعات همچنان مجهول باقی مانده‌اند و لذا نیاز است تا موارد مزبور به کمک دکتین حقوقی مورد تبیین قرار بگیرند.

موضوعات مورد اشاره، خسارات ناشی از عدم النفع و فرصت از دست رفته هستند. در این دو حالت، ایجاد مانع، عدم حصول منفعت احتمالی و از بین رفتن موقعیت مزبور، شائبه وجود حق جبران خسارت را پدید می‌آورد؛ توضیح اینکه در خصوص عدم النفع، قابلیت مطالبه خسارت، به سبب عدم قطعیت کسب سود، محل اختلاف هست. همچنین در فرصت از دست رفته نیز، احراز مسلم بودن ضرر و شیوه تعیین میزان

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸.

۲. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۷۰.

خسارت از موضوعات مورد چالش دکترین حقوقی است. در این موضوع از آنجا که فرصت مزبور بیش از یک احتمال نیست، امکان مطالبه خسارت ناشی از فوت آن و همچنین نحوه تعیین میزان خسارات مزبور نسبت به عدم‌النفع، دارای چالش بیشتری هست و نیاز به ارائه راه حلی متقن احساس می‌شود. بنابراین دو چالش عمده در رابطه با مفهوم مسلم بودن ضرر وجود دارد. بدین‌ترتیب برای حل هر دو موضوع در این جستار، پس از مطالعه امکان مطالبه حق خسارت در عدم‌النفع، به شیوه‌های تعیین خسارت ناشی از فرصت از دست رفته، در دو نظام حقوقی مد نظر خواهیم پرداخت.

۱ - امکان مطالبه خسارات ناشی از عدم‌النفع

ورود ضرر به عنوان یکی از شروط مطالبه خسارت در نظام حقوقی افغانستان به روشنی پذیرفته شده است. ماده ۷۶۴ ق.م.ا.^۱ به‌صراحت به‌وجود ضرر برای ایجاد ضمان اشاره کرده و اشعار داشته است: «مسبب ضرر وقتی مکلف به تادیه ضمان پنداشته می‌شود که فعل او منجر به وقوع ضرر شده باشد». در مقابل در حقوق مدنی ایران از عنصر ورود ضرر، سخنی به میان نیامده، و باید این شرط را از مواد متعددی مانند مواد ۵۱۵ و ۵۲۰ قانون آیین‌دادرسی مدنی ۱۳۷۹، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا.^۲ استنباط کرد.^۳ لیکن با وجود بدیهی بودن وجود این شرط در تئوری، در مرحله اثباتی و احراز این شرط، در بعضی از مصادیق، اختلافاتی وجود دارد. یکی از مصادیق مورد اختلاف ورود ضرر، عدم‌النفع است.

عدم‌النفع به معنای حرمان از منافی است که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور یا اوضاع و احوال خاص، امید وصول آن معقول و ممکن است.^۴ به عبارتی ممکن است سیر طبیعی امور و شرایط موجود، اقتضای به وجود آمدن منافی را در آینده داشته باشد، لیکن به دلایلی این امر محقق نشود. مانند اینکه شخصی را که آماده و معد برای انجام یک فعالیت اقتصادی است، به طور غیر قانونی از انجام آن کار باز داریم. در چنین حالتی با آن که اوضاع و احوال موجود، در یک فرایند طبیعی، احتمال

۱. ق.م.ا. به قانون مدنی افغانستان و ق.م. به قانون مدنی ایران اشاره دارد.

۲. ۱. ق.م.ا.: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتی یا به هر حق دیگری که موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا.: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود ضامن است».

۳. نصیری خوزانی، مصطفی، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد (رساله منتشر نشده دکتر)، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۴۳.

۴. مفاد ماده ۲۵۲ قانون مدنی آلمان به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، ۱۳۷۸، ص ۳۰۸.

انجام فعالیت اقتصادی توسط شخص و کسب منافعی را مقدور می‌داند، اما وجود عللی، مانع از ایجاد نهایی این منافع می‌گردد.

قابل ذکر است که مطالبه خسارت ناشی از عدم النفع در حقوق ایران محل اختلاف است. منشأ اختلاف در حقوق ایران در مورد خسارت ناشی از عدم النفع، قوانین آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ و کیفری سال ۱۳۷۸ بود. با این توضیح که در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۷۹، بر خلاف قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ که عدم النفع را قابل مطالبه دانسته بود، تصریح به قابل مطالبه نبودن عدم النفع شده است. در این تبصره اعلام شده است: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد».

لیکن در حال حاضر، قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ توسط قانون آیین دادرسی کیفری جدید در سال ۱۳۹۲ نسخ شده است. از سویی نیز در این قانون مستقیماً به خسارت ناشی از عدم النفع اشاره نشده، و با وجود اعتبار تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی ۷۹، هنوز شائبه قابل مطالبه نبودن خسارات مزبور باقی است.

در فقه امامیه نیز به عنوان منبع حقوق مدنی ایران، در این خصوص اختلاف نظر به چشم می‌خورد؛ برخی^۱ عدم النفع را ضرر ندانسته و معتقدند که، منفعت ایجاد مال نیست تا تلف آن ضرر محسوب شود. وانگهی نگهداشتن مالک از فروش مال، اضرار نیست بلکه منع از کسب سود است. بله اگر در جایی قنات دایر مسدود شود، ضرر وارد شده است. اما برخلاف آن، منع از اصلاح قنات بایر، ضرر محسوب نمی‌شود^۲. در مقابل این دیدگاه، بعضی^۳ دیگر نظری کاملاً متفاوت ارائه و بیان می‌کنند که ضرر، یعنی از دست دادن چیزی که انسان دارد، آن چیز، خواه جان باشد یا آبرو و یا مال یا اعضا بدن. پس اگر شخصی مالش ناقص شود یا عضوی از اعضایش را از دست بدهد، یا اینکه با تلف کردن وی، جان از تنش برود، یا هتک حرمت شود و آبرویش برود، چه اختیاراً و چه بدون اختیار، ضرر رخ می‌دهد. حتی اگر موجبات تحصیل منفعت، فراهم شده باشد، تلف آن عرفاً ضرر شمرده می‌شود. براساس این دیدگاه که اتلاف منفعتی را که موجباتش فراهم شده، ضرر شمرده و کاملاً نیز منطبق بر مفهوم عدم النفع است، می‌توان این وضعیت را از مصادیق ورود ضرر دانست.

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۷، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۱۵؛ محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین محمد، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ۱۴۰۹، ص ۷۶۲.

۲. نراقی، احمد، عوائدالایام، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۰.

۳. نایینی، محمد حسن، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، ج ۲، بی‌جا، مکتبه المحمدی، ۱۳۷۳، ص ۱۹۸.

گفته شد که مقنن در آخرین قانون مصوب راجع به عدم النفع، آن را غیر قابل مطالبه اعلام کرده است. اما در مقابل، دکترین حقوقی ایران خسارات ناشی از عدم النفع را پذیرفته و با استناد به برخی از اصول و مواد قانونی، حکم به قابل جبران بودن آن داده است؛ با این مبنا که از منظر دکترین حقوقی، اختلاف در مورد خسارات ناشی از عدم النفع، بحثی عرفی و لغوی است نه فقهی و حقوقی. به عبارتی کافیت تا در انظار مردم و قضاوت عرف، چنین محرومیتی ضرر باشد تا بتوان بر همین مبنا، حکم به جبران خسارات مربوطه داد.^۱

برخی دیگر^۲ نیز، با بیانی دیگر و با استناد به مواد ۲۲۱، ۲۲۵ و ۳۳۱ ق.م، خسارت ناشی از عدم النفع را قابل مطالبه اعلام کرده‌اند؛ با این توضیح که خسارت شامل ضرر حقیقی و عدم النفع است. بنابراین با انتساب عدم انجام یا تاخیر در اجرای تعهد به متعهد، و از سویی عدم تصریح به قابل مطالبه نبودن عدم النفع در مواد قانون^۳، متعهد باید از عهده خسارات برآید. همچنین از سویی چون متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که بدون تصریح در عقد، عقد منصرف به آن باشد، به منزله تصریح در عقد است، باید در مواردی که عرف، عدم النفع را جزء منافی تشخیص می‌دهد که متعهد آن را تلف نموده است، باید متعهد را محکوم به جبران آن دانست.

مانند جایی که به موقع نرساندن مال التجاره سبب کاهش قیمت فروش مال گردد. بدیهی است که مالک مال التجاره خود را محق در مورد خسارات کاهش قیمت می‌داند، و می‌دانیم که خسارت کاهش قیمت، یکی از مصادیق عدم النفع است.^۴ این استدلال اخیر نیز به قضاوت عرف و برداشت ناشی از آن تکیه داشته و از این جهت قابل توجه است.

گفته شد که مقنن در قانون ۱۳۷۹ مذکور، خسارات ناشی از عدم النفع را غیر قابل مطالبه اعلام کرده بود. لیکن این امر را نباید پایان راه در این خصوص دانست. بلکه به نظر می‌رسد مقنن با تجربه و پختگی بیشتر به این موضوع نظر داشته و با گذر از ظواهر امر، راه حل منطقی و محکمی برای حل این اختلاف به دست داده است؛ قابل ذکر است که قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ایران، هرچند اشاره صریحی به

۱. بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، ص ۲۰۰.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳.

۳. این استدلال قبل از قانون ۱۳۷۹ مزبور بوده و به همین جهت نیز دارای این عبارت است. لیکن از آنجا که برای اثبات قابل مطالبه بودن عدم النفع به قضاوت عرفی استناد کرده و در ادامه نیز خواهیم دید که مقنن نیز در آخرین دیدگاه خود چنین ملاکی را برگزیده است، ارائه آن به جهت همسو بودن با آخرین نظر مقنن، مفید است.

۴. سماواتی، حشمت‌الله، خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی، تهران، آینده، ص ۲۶؛ نصیری خوزانی، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، پیشین، ص ۱۴۷.

موضوع عدم النفع نداشته، لیکن در مقام بیان ملاک خسارات منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه، در تبصره ۲ ماده ۱۴ خود اعلام داشته است: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید...». با این توضیح که قانون‌گذار در این ماده به منافع ممکن‌الوصول و از سویی ارائه ملاک «صدق اتلاف» برای مطالبه خسارات منافع مزبور اشاره کرده است. وصف «ممکن‌الوصول» اشاره‌ای به عدم‌النفع داشته و می‌توان گفت که یکی از مصادیق آن عدم‌النفع است. بدین ترتیب می‌توانیم معتقد باشیم که مقنن خسارات ناشی از ضیاع منافع ممکن‌الوصولی را که اتلاف بر آن صدق کند، قابل مطالبه شمرده است و در حکم تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، به عدم‌النفع غیر ممکن‌الوصول نظر داشته است.^۱

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، دکترین حقوقی نیز این ملاک را پیش از تصویب قانون اخیرالذکر پذیرفته بود. البته دکترین حقوقی ایران نیز بین دو نوع عدم‌النفع تمایز قایل شده، و ملاک این تمایز را نیز، ظن و علم عرفی می‌داند. به عبارتی در این حالات، ظن قوی و عرفی کافی است تا مقتضی حصول منفعت را محقق^۲ و شخص متضرر را مستحق جبران آن بدانیم.

خصوصاً آنکه مقنن در تبصره مزبور در قانون ۹۲، خسارت تاخیر تادیه را قابل مطالبه اعلام کرده و می‌دانیم که این خسارت یکی از مصادیق عدم‌النفع است.^۳ بدیهی است که در حوزه مسئولیت مدنی، تفاوتی بین خسارات ناشی از جرم یا قرارداد وجود ندارد و باید عنوان داشت که عدم‌النفع از مصادیق ضرر است^۴ و در دعاوی مدنی و کیفری مجموعاً در حقوق ایران قابل مطالبه است.

در حقوق افغانستان در خصوص پذیرش یا رد عدم‌النفع، به صراحت اشاره‌ای نشده است. لیکن در مواد متعددی از جمله مواد ۹، ۷۳۰-۷۳۸، ۷۹۹-۷۹۷، ۱۵۷۳ ق.م.ا به حق جبران خسارت ناشی از ضرر تصریح شده است و برخلاف حقوق ایران هیچ حکمی دال بر قابل مطالبه نبودن این نوع خسارت وجود ندارد. از سویی همان‌گونه که بیان شد، معتقدیم بحث احراز ورود ضرر، وابسته به عرف است و نیاز به تصریح مقنن ندارد. بنابراین می‌توان پذیرفت که خسارات ناشی از عدم‌النفع در حقوق افغانستان با توجه به عدم منع قانونی و استدلال‌های پیش گفته، بدون تردید قابل مطالبه است.

۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۷۸؛ بهرامی احمدی، حمید، سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۷، ص ۲۴۱؛ باریکلو، علیرضا، پیشین، ص ۶۷.

۳. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، ماهنامه مفید، ۱۳۸۱، ص ۱۸.

۴. داراب‌پور، مهرباب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، تهران، مجد، ۱۳۸۷، ص ۹۷.

در همین راستا می‌توان به ماده ۷۳۵ ق.م.ا. نیز اشاره کرد. مقنن در این ماده که در ارتباط با خسارت یکی از مصادیق خسارات ناشی از عدم‌النفع است، اعلام می‌دارد: «هرگاه مدیون از تادیبه دینی تاخیر به عمل آورد که موضوع آن را پول نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می‌تواند جبران خساره ناشی از تاخیر تادیبه را که سالانه معادل ۳ فی صد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید...».

بدین ترتیب در پایان می‌توان گفت که در خسارات ناشی از عدم‌النفع، عامل ضرر با ایجاد مانع، باعث عدم کسب منفعت و ورود ضرر می‌شود و در هر دو نظام حقوقی برای پذیرش این نوع ضرر هیچ مانعی نیست و می‌توان گفت که این نوع خسارت از باب تسبیب مواد ۷۳۸ ق.م.ا. و ۳۳۱ ق.م.ا. قابل مطالبه است.

۲- شیوه‌های تعیین میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته

موضوع دیگری که در خصوص مصادیق ورود ضرر قابل، مطالبه قابل بحث است، خسارات ناشی از، فرصت از دست رفته است. خسارات ناشی از این موضوع، نسبت به عدم‌النفع ابهام بیشتری دارد؛ زیرا بر خلاف عدم‌النفع که حداقل مقدمات و مقتضیات کسب منفعت فراهم آمده است، در فرصت از دست رفته، این مقدمات نیز فراهم نیست. بلکه تنها یک شانس و احتمال فراهم شده که با ایجاد مانع از سوی دیگری، بخت به نتیجه رسیدن آن شانس کاملاً از بین رفته است. بختی که حتی اگر مانعی بر سر راه آن به وجود نیاید، احتمال حصول نتیجه در آن قطعی نیست.

به همین سبب دکترین حقوقی نیز در مورد امکان مطالبه خسارات ناشی از فرصت از دست رفته، با احتیاط بیشتری برخورد کرده و قابل مطالبه بودن آن را مشروط دانسته است؛ به اعتقاد ایشان، در جایی که ظن قوی بر حصول نتیجه باشد، فوت این فرصت، خسارت محسوب می‌شود.^۳ برخی دیگر نیز با این بیان که مال محسوب شدن فرصت، به آن قابلیت مطالبه می‌بخشد و یا اینکه اگر در نظر عرف ضرر محسوب شود،^۴ قابلیت جبران دارد، به استقبال موضوع رفته‌اند. در اینجا توضیح یک نکته ضروری به

۱. ماده ۷۳۸: «هرگاه ثابت شود که داین در حال مطالبه حق، سبب طولانی شدن منازعه گردیده است، محکمه می‌تواند جبران خساره قانونی یا موافقه شده را تنقیص یا به جبران خساره مدتی که بدون موجب طولانی گردیده، حکم ننماید».

ماده ۳۳۱: «هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید».

۲. رفیعی، علی، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۶، ص ۹۰.

۳. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷.

۴. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، حقوق تعهدات، ۱۳۹۳، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ص ۷۱۰.

نظر می‌رسد. باید توجه کرد که قیود مذکور برای مطالبه خسارت، ناشی از همان احتمال ضعیف‌تر حصول نتیجه مذکور در فوق است. احتمالی که دکترین را به احتیاط واداشته و با تذکر رعایت قواعد عمومی معاملات، نظر خود را ابراز داشته‌اند؛ زیرا مال یا عرفاً ضرر محسوب شدن، اشاره به قواعد عمومی تعهدات است و شرط جدیدی نیست. بنابراین هرچند در نظریات مطروحه، قیودی برای امکان مطالبه خسارت فرصت از دست رفته ذکر شده، لیکن همه متفقاً آن را قابل جبران می‌دانند^۱ و وجود قرارداد بیمه به عنوان قراردادی مشروع را نیز، موید همین نکته برشمرده‌اند.^۲

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، در این موضوع دکترین با قیودی که نشانگر تردید هست، با موضوع برخورد کرده‌اند، لیکن در سوی دیگر بر خلاف موضوع عدم‌النفع، هیچ متنی از سوی مقنن هر دو کشور دال بر قابل مطالبه نبودن آن وجود ندارد. بلکه حتی موادی از قانون مدنی هر دو کشور مانند ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۷۷۵ ق.م.ا.^۳ به جبران خسارت در خصوص مصادیقی از فرصت از دست رفته تصریح داشته است. بنابراین می‌توان گفت که در این موضوع ما با وضعیتی کاملاً متفاوت با عدم‌النفع روبرو هستیم؛ دکترین حقوقی که تمام قد از قابل مطالبه بودن عدم‌النفع دفاع می‌کرد، در اینجا با تذکر یک قید مهم، آن را قابل مطالبه دانسته و به عبارتی از اظهارنظر قاطع ابا ورزیده است و آن را به نظر عرف منوط کرده است. زیرا همان‌گونه که ذکر آن رفت، حتی ایجاد کامل فرصت و عدم وجود مانع نیز، به معنای حصول نتیجه و منفعت نیست. بنابراین دکترین حقوقی نیز با درک این موضوع و البته نبود راه حلی برای فایق آمدن بر این مشکل، برخورد محتاطانه‌ای را در پیش گرفته است.

اکنون با ذکر مطالب فوق، این امر روشن شد که تردید دکترین ناشی از درجه احتمال کسب نتیجه در این موضوع است. قبل از ادامه بحث، در همین‌جا مناسب است که به ذکر مطلب دیگری در رابطه با

۱. در فرانسه، بدون تردید انواع فرصت از دست رفته قابل جبران هست

(Thomas kadner Graziano, "loss of chance in european private law", all or nothing or partial liability in cases of uncertain casaution", european review of private law, vol. ۶, ۲۰۰۸, p. ۱۰۱۲).

در انگلستان به جز موارد خطای پزشکی، در سایر موارد مانند از دست رفتن فرصت حضور در رقابت و یا تعطیلات، بدون شک حکم خسارت قابلیت صدور دارد (Margaret Brazier, streets on tort, ۹th ed., london, butter worth, ۱۹۹۳, p. ۵۳۸).

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۸۱.

۳. ماده ۷۷۵: «شخصی که به سبب جرح یا هر عمل مضر دیگر موجب قتل یا وفات شخص گردد، در برابر اشخاصی که نفقه آنها به دوش متوفی بوده و به اثر قتل یا وفات از آن محروم شده‌اند، به تادیبه ضمان مکلف می‌باشد». ماده ۶: «... در صورتی که در زمان وقوع آسیب زیان‌دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری نماید و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد، واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب تا مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده به آن شخص پرداخت کند در این صورت تشخیص میزان تامین که باید گرفته شود با دادگاه است.»

فرصت از دست رفته بپردازیم و آن اینکه، تعیین میزان خسارات وارده در نتیجه فوت فرصت نیز از موضوعات مورد اختلاف هست که البته آن نیز ناشی از مشکل اول یعنی درجه احتمال نتیجه است؛ زیرا در حالتی که حتی اگر فرصت با مانع روبرو نشود، کسب نتیجه فقط یک احتمال هست، چطور می‌توان با قاطعیت در مورد خسارات ناشی از فوت آن فرصت سخن گفت. برای پیشنهاد شیوه تعیین مقدار ضرر وارده در فرصت از دست رفته که موضوع این بخش از پژوهش است، مهمترین چالش، فایق آمدن بر احراز ضرر محسوب شدن فوت فرصت هست و قصد نگارنده نیز سعی بر حل هر دو موضوع است.

به اعتقاد نگارنده، حل هر دو موضوع در گرو ارائه راه حل، برای تعیین میزان خسارات ناشی از فوت فرصت هست؛ با این توضیح که ارائه راه حل برای تعیین میزان خسارات مزبور، قطعاً نشان دهنده ورود ضرر در صورت فوت فرصت برای صاحب فرصت هست. به عبارتی با ارائه راه حل برای محاسبه ضرر، می‌توان ورود ضرر را نیز نشان داد و از این رهگذر، تردید دکتترین را نیز پایان داد.

البته پیش از ورود به موضوع بحث نیز لازم به ذکر است که راه‌حل‌های پیشنهادی مبتنی بر ساختار فرصت‌ها بوده و با توجه به این ساختار، اقدام به دسته‌بندی فرصت‌های مزبور شده است. این دسته‌بندی تمام مصادیق فرصت‌های از دست رفته را پوشش داده و به طور اختصاصی برای هر یک، شیوه‌ای برای تعیین میزان ضرر پیشنهاد کرده است. با این توضیح برای درک بهتر موضوع، ادامه بحث را با ذکر مثال‌هایی پی می‌گیریم.

فرض کنید شخصی برای قبولی در کنکور، هزینه و زمان قابل توجهی را صرف کرده است، به امید آنکه شانس ورود به دانشگاه را داشته باشد. حال اگر این فرد، به طور غیر قانونی حبس شود یا به هر طریق خلاف قانونی، شانس حضور در جلسه کنکور را از دست بدهد. مانند آنکه در اثر بی‌احتیاطی یک راننده خطاکار، دچار حادثه شود. یا در مثال دیگری، اسب مسابقه‌ای که در اثر بی‌احتیاطی تیمارگر آسیب می‌بیند، و مانع شرکت سوارکار در مسابقات می‌شود. به طور قطع در این حالت‌ها فردی که خود را معد حضور در رقابت با دیگران کرده است، در اثر مانع به وجود آمده به طور کامل از فواید احتمالی بخت مذکور محروم می‌شود. هرچند که حضور در رقابت نیز تضمینی برای کسب نتیجه نیست.

در این نوع فرصت‌ها، قبل از انجام تمام اعمال مقدماتی یا وجود هر نشانه‌ای برای حصول یا عدم حصول نتیجه، مانع به وجود آمده سبب توقف شخص و به سرانجام نرسیدن تلاش‌ها می‌شود. بخت مزبور نیز هرگز شکل نمی‌گیرد و حصول نتیجه یا عدم آن برای همیشه در پرده اسرار باقی می‌ماند. بدین لحاظ این نوع فرصت‌ها را می‌توان «فرصت عقیم» نامید؛ زیرا هیچ نشانه یا اثری از میزان کسب نتیجه وجود ندارد.

به عنوان نمونه در مثال فوق، تا بعد از شرکت در امتحان کنکور و چگونگی جواب به سوالات توسط فرد و سایرین، قبولی یا عدم قبولی در کنکور نامعلوم است. بنابراین ورود ضرر در اثر بازداشتن فرد و فوت فرصت، مسلم نیست و اثبات نمی‌شود.

لیکن در این نوع فرصت‌ها فرد برای ایجاد موقعیت، هزینه‌ها و زمانی صرف کرده است تا چنین موقعیتی را خلق کند. به طور قطع این هزینه‌ها، امکانات و زمان با ایجاد مانع از دست رفته است. بنابراین از این جهت، فرد مذکور قطعاً دچار ضرر شده است.

در مقابل فرصت‌های عقیم، برخی مواقع فرصتی‌هایی وجود دارند که در آن نشانه‌ها و علاماتی برای تشخیص میزان ضرر وجود دارد و به طور کلی عقیم نیست. بلکه وجود برخی علامات منجر به تشخیص میزان ضرر می‌شود. با توجه به وجود این قراین، چون میزان ضرر قابلیت تعیین دارد، می‌توان این نوع فرصت‌ها را «فرصت قیمی» نام نهاد؛ زیرا قابلیت تعیین ارزش فرصت فوت شده وجود دارد.

اکنون به بحث اصلی یعنی تعیین شیوه میزان ضرر می‌پردازیم. این موضوع از دیرباز در میان حقوق‌دانان مطرح بوده و راه‌حلی نیز پیشنهاد شده است؛ به عنوان نمونه در خصوص تعیین میزان ضرر، برخی^۱ میزان ضرر را به اندازه احتمال اصابت به هدف مذکور، دانسته‌اند. به عبارتی ضرر را تابعی از احتمال به نتیجه رسیدن بخت مذکور، با فرض ایجاد کامل بخت قرار داده‌اند. لیکن قبول مطلق این نظر قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا امکان اندازه‌گیری به‌ثمر نشستن بخت و اصل‌ورود ضرر از این طریق، بسیار نامطمئن هست و همان‌طور که پیشتر اشاره شد، شانس برنده شدن در رقابت، بستگی به عوامل بسیاری دارد.

بدین دلیل نیز پیشنهاد می‌شود در برخورد با چنین موضوعی مانند سایر موضوعات در نظام‌های حقوقی، باید به دنبال شیوه‌ای باشیم که مقدار ضرر قطعی را تعیین می‌کند و ما را از حدس و گمان بی‌نیاز می‌سازد. لذا در این موضوع با توجه به مطالب مورد اشاره پیش‌گفته، در صورت فوت فرصت برای تعیین میزان خسارات وارده، دو شیوه «روش هزینه» و «روش اماره» پیشنهاد می‌گردد.

نخست به توضیح روش هزینه می‌پردازیم؛ در این روش پیشنهاد می‌شود به آنچه واقعاً از دست رفته، نه آنچه هنوز موجود نشده، توجه کرد. می‌توانیم بگوییم که در برخی از مصادیق فرصت از دست رفته، به این علت که با ایجاد مانع نامشروع، زمان و هزینه‌های صرف شده برای ایجاد فرصت، هدر رفته است، لذا از باب تسبیب، فرد خاطی را مسئول پرداخت خسارت، به میزان هزینه صرف‌شده بدانیم (ملاک ماده

۱. مارتی و رینو، ۱۹۸۸، ش ۴۲۴ به نقل از کاتوزیان، پیشین، ص ۲۸۰.

۷۳۸ ق.م.ا و ماده ۳۳۱ ق.م.ا. این راه حل، چون ناظر بر گذشته (از زمان تدارک مقدمات بخت تا زمان تفویت آن) است، این مزیت را دارد که ورود ضرر در آن مسلم است؛ زیرا از بین رفتن هزینه‌ها و امکانات صرف شده برای ایجاد موقعیت و بخت، حالت قطعی دارد. بنابراین به لحاظ اثبات شرایط مسئولیت، یعنی قطعیت ضرر مانعی وجود ندارد و در نتیجه میزان ضرر نیز، قابلیت آن را دارد که اصولاً مقطوع و یقینی تعیین شود.

در این روش، انتقاد احتمالی بودن کسب سود وارد نیست. می‌دانیم که جبران خسارت به صورت دادن مثل یا قیمت هست. در این شیوه، قیمت ایجاد فرصت مد نظر هست که با توجه به از بین رفتن هزینه‌ها و امکانات مزبور، فرد خاطی باید قیمت آن را بپردازد. این روش در فرصت‌های عقیم قابل استفاده است. در ادامه به توضیح روش اماره می‌پردازیم.

روش اماره برای تعیین میزان ضرر نیز در مواردی است که اماره‌ای بر تعیین میزان ضرر وجود دارد؛ مانند آنچه مواد ۶ ق.م.ا و ۷۷۵ ق.م.ا مقرر کرده‌اند. در این دو ماده، نفقه‌ای که توسط دیگری تامین می‌شده، به عنوان خسارت بر دوش عامل زیان قرار گرفته است. همین عنوان نفقه در اینجا، اماره‌ای برای تشخیص مقدار خسارت است. این عنوان خاص، خود ملاکی است که مقدار خسارت را نشان می‌دهد. اگر چنین اماره‌ای وجود نمی‌داشت، تعیین مقدار خسارت نیز به سادگی ممکن نبود. این نوع فرصت‌ها را می‌توان فرصت قیمی نامید؛ چرا که میزان سود یا دفع ضرر ناشی از ایجاد فرصت، به سبب وجود نشانه‌هایی قابل تعیین است.

نیاز به تذکر است که در هر مورد که اماره‌ای وجود داشته باشد که بتوان مقدار ضرر را بر اساس آن تعیین کرد، باید از این شیوه پیروی کرد. این راه حل، علاوه بر نبود مشکل قطعیت ایراد ضرر، با حکم قانون‌گذار دو کشور نیز هماهنگی کامل دارد. در این خصوص این نکته را نیز باید افزود که راه حل هزینه، صرفاً در مواردی کاربرد دارد که اماره‌ای دال بر مقدار ضرر در دسترس نباشد. زیرا روش اماره با اراده و مصلحت شخص متضرر همخوانی بیشتری دارد و با احتساب میزان ضرر وارده، وی را در موقعیتی یا نزدیک به موقعیتی قرار می‌دهد که اگر بخت ایجاد می‌شد، وی به همان میزان منتفع می‌شد و لذا می‌توان گفت که این روش، بر روش هزینه اولویت دارد. البته شاید بتوان گفت که اکثر فرصت‌ها از نوع فرصت عقیم هستند. یکی دیگر از موارد وجود اماره دال بر مقدار ضرر، وجود توافق طرفین بر مقدار

خسارت یا وجه التزام (مواد ۲۳۰ ق. و ۷۳۱ ق.م.ا.)^۱ هست. در مواردی که شرکت در رقابت، از وظایف فرد متعهد باشد و برای عدم شرکت در رقابت وجه التزام تعیین شده باشد، با فوت فرصت فرد متعهد، حداقل به مقدار همین وجه التزام متضرر خواهد شد. به عبارتی اگر در قراردادی، فرد تعهد داده باشد که در رقابتی شرکت کند، ایجاد مانع از سوی دیگری، وی را مسئول پرداخت وجه التزام مزبور خواهد کرد و مبلغ مزبور، میزان ضرر وارده خواهد بود.

در چنین حالتی طبق توافق طرفین، عهد شکسته شده، ملازمه با ورود ضرر، مقدار ضرر و حق درخواست خسارت دارد و در هر صورت متعهدله، حتی در صورت عدم ورود ضرر، مستحق آن شناخته می‌شود^۲ (مفاد مواد ۲۳۰ ق.م. و ۳۸۶ ق.ت.۳).

ذکر یک نکته ضروری و آن توجه به این موضوع است که اگر توافق صرفاً در خصوص مقدار ضرر باشد، متعهدله به ناچار باید ورود ضرر را اثبات کند^۴.

۱. ماده ۲۳۰ ق.م: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». ماده ۷۳۱: «متعاقدين می‌توانند اندازه‌ی ضمانتی را که در حال عدم اجرا یا تاخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقت نمایند».
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعدعمومی قراردادهای، ج ۴، تهران، انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۲۴۴.
۳. ماده ۳۸۶ مزبور اعلام می‌دارد: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود... قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارات مبلغی کمتر یا زیاده‌تر از قیمت کامل مال‌التجاره معین نماید».
۴. کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۸.

۱- خسارت ناشی از عدم النفع در هر دو نظام حقوقی قابل مطالبه است؛ زیرا بر خسارت ناشی از عدم النفع به لحاظ عرفی، عنوان اتلاف صدق می کند و به همین لحاظ می توان این نوع خسارت را از باب تسبیب مطالبه کرد.

۲- خسارت ناشی از فرصت از دست رفته نیز بر مبنای قاعده تسبیب قابل مطالبه است. فرصت ها را در یک نگاه کلی می توان به دو دسته تقسیم کرد؛ فرصت های عقیم و فرصت های قیمی. فرصت های عقیم بخت هایی هستند که به هیچ وجه، تعیین میزان کسب سود یا دفع ضرر به سبب فوت آن بخت ممکن نیست. در مقابل، فرصت های قیمی، بخت هایی هستند که به سبب وجود نشانه ها یا اماره ای، امکان کامل یا نسبی تعیین میزان خسارات حاصله ممکن است.

۳- میزان خسارات حاصل از فوت فرصت را می توان به دو شیوه تعیین کرد. روش اماره و روش هزینه. در روش هزینه، باید با توجه به میزان زمان و هزینه های صرف شده برای ایجاد فرصت مزبور، مقدار خسارت تعیین شود. با استفاده از این روش، میزان خسارت اصولاً قطعی تعیین می گردد و از حالت احتمال خارج می شود. لیکن جایی که اماره ای برای تعیین میزان خسارت وجود دارد، با کمک اماره یا اماره های مزبور، میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته تعیین می شود. این شیوه بر شیوه هزینه رجحان دارد؛ زیرا با اراده و مصلحت شخص متضرر تطابق کامل دارد.

الف) کتب

۱. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، تهران، میزان.
۲. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷)، سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی)، تهران، اطلاعات.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، ضمان قهری، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران، گنج دانش.
۵. داراب‌پور، مهرباب (۱۳۸۷)، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، تهران، مجد.
۶. رفیعی، علی (۱۳۹۶)، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، فکرسازان.
۷. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۰)، خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی، تهران، آینده.
۸. شعاریان، ابراهیم، ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجد.
۱۰. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، قزوین، بحرالعلوم.
۱۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعدعمومی قراردادها، جلد چهارم، تهران، انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (دوره ۲ جلدی)، تهران، دانشگاه تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان.
۱۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین محمد (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، قم، استقلال.
۱۶. نایینی، محمد حسن (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، جلد دوم، بی‌جا، مکتبه المحدثی.
۱۷. نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام، جلد سی و هفتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۱۸. نراقی، احمد (۱۳۸۱)، عوائد الایام، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی.

ب) مقالات، منابع لاتین و قوانین

۱۹. اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۱)، «خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰»، ماهنامه مفید.

۲۰. نصیری خوزانی، مصطفی (۱۳۷۹)، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، رساله منتشر نشده دکتر، دانشگاه تهران.

۲۱. قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲.

۲۲. قانون آیین دادرسی مدنی، ۱۳۷۸.

۲۳. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۴.

۲۴. قانون مدنی ایران، ۱۳۱۰.

۲۵. قانون مسئولیت مدنی ایران، ۱۳۳۹.

۲۶. Brazier, margaret (1993), streets on tort, Butter Worth, 9th Ed.

27. Graziano, thomas kadner (2008), "loss of chance in european private law, all or nothing or partial liability in cases of uncertain casaution", european review of private law, vol. 6.

The Loss of Chance and the Loss of Prospective Benefit; the Method of Determination of amount of Damages and possibility of Claim (Comparative Study Between Afghanistan& Iran Civil Law)

Abstract

Proofing occurrence of damage is necessary to obligee or damaged person for compensation. The claimable damage has certain qualifications too. One of these qualifications is certainty of entry of the damage. For this reason, possibility of Claiming the damage arising from the loss of prospective benefit faces with doubtful. Although determination the amount of damage in loss of chance is one of another disagreement subjects. In this paper, these two issues are studied in Afghanistan& Iran law. According to the results of this paper, the damage arising from the loss of prospective benefit is claimable because of causation relationship between act of faulty man and the result damage. Also determination of the amount of losses in loss of chance is possibility by two methods. These two methods are the cost method and the indication method. Information of this paper is gathered by referring to library sources and studied by analytical-descriptive method.

Key Words: Afghanistan Law, Iran Law, Loss of Prospective Benefit, Methods of Determination of the amount of the damage in Loss of Chance, Consideration

ایرج بابائی^۱

مقدمه

مسئولیت مدنی اصطلاحی نسبتاً نو در ادبیات حقوقی ایران به شمار می‌رود که معادل اصطلاح *responsabilité civile* در حقوق فرانسه است. مسئولیت مدنی بخشی از حقوق مدنی است که در آن به بیان احکام راجع به تکلیف به جبران و تدارک خسارت وارده به دیگری پرداخته می‌شود. این اصطلاح با تصویب قانون ۱۳۳۹ به ادبیات قانون‌گذاری ایران وارد شده و در دکتترین حقوقی توسعه بسیار یافته و ادبیات وسیعی را به خود اختصاص داده است. علی‌رغم توسعه و رواج این اصطلاح در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که تعریف روشنی از این اصطلاح برای تبیین دامنه مفهومی و احکام آن ارائه نشده است و این ابهام مفهومی موجب بروز اختلاف‌نظرات جدی در مورد دامنه اعمال و شرایط ایجاد آثار مسئولیت در حقوق ایران شده است.

مباحث راجع به ایراد خسارت به غیر همواره در حقوق سنتی و فقه اسلامی مطرح بوده و احکام بسیاری در این باره در فقه اسلامی بیان شده است ولی هیچگاه این مباحث و احکام در قالب واحد و با عنوان خاص و منسجم مورد بحث قرار نگرفته است و عنوان مستقلی نیافته است. مشخصاً در فقه و تاریخ حقوق ایران همواره برای ایراد خسارت جانی احکام روشنی مقرر بوده است و بسته به نحوه ایراد خسارت و عمدی یا غیر عمد بودن، حکم به قصاص یا پرداخت دیه مقرر شده است. همچنین در مورد تلف اموال (اعم از عین یا منفعت) حکم به جبران و پرداخت مالی مقرر شده است. علاوه بر این در زمینه‌های دیگر ایراد خسارت، همچون فریب دیگری که منجر به لطمه مالی یا جانی غیر شود و همچنین تصرف در مال که موجب ضرر و کاهش مطلوبیت یا قابلیت استفاده در املاک مجاور شود، یا دیگر لطمات، احکام مشخصی در فقه اسلامی بیان شده است. علی‌رغم وجود تمامی این احکام و مباحث در فقه و سابقه حقوق سنتی ایران، باب و مبحث مستقلی (همچون مبحث مسئولیت مدنی) که با محوریت ایراد خسارت به دیگری که به بیان منسجم احکام راجع به ایراد خسارت به دیگر بپردازد، شکل نگرفته و منطق واحدی برای استخراج احکام مربوطه به وجود نیامده است. این مهم با طرح و رواج مبحث مستقلی تحت عنوان مسئولیت مدنی در حقوق دیگر کشورها و راه یافتن آن به حقوق مدرن ایران عمل شده است.

۱. دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی

Email: babaei@atu.ac.ir

طرح صحیح مباحث مسئولیت مدنی در فضای حقوقی ایران که ریشه در فقه دارد و به تصریح قانون اساسی جمهوری اسلامی باید منطبق با فقه اسلامی باشد، مستلزم تعریفی روشن از این مفهوم جدید و مشخص شدن ارتباط آن با احکام و دیدگاه فقهی است تا با شناخت ارتباط بین این مفاهیم و احکام از یک سو بتوان از سوابق و احکام فقهی در این باره بهره‌شایسته برد و، از سوی دیگر، منطق روشنی برای فهم و تفسیر و در عین حال توسعه احکام فقهی برای پاسخ‌گویی و تطبیق این احکام با مقتضیات روز و استخراج احکام کارآمد جدید یافت.

مطالعه دکتربین حقوق ایران در مورد تعریف حقوق مسئولیت مدنی و معرفی آن به جامعه حقوقی و فقهی متأسفانه حاکی از آن است که این مهم به نحو مطلوبی صورت نگرفته است و حقوق‌دانان برجسته ما با پیروی از دکتربین و مفهوم و دامنه پذیرفته شده در دیگر نظام‌های حقوقی منشأ الهام حقوق ما، در تبیین جایگاه و دامنه این مبحث در حقوق ایران سعی کرده‌اند و ارتباط آن با مباحث مطروحه در حقوق سنتی ایران را به نحو شایسته تبیین نکرده‌اند. به همین دلیل ابهامات حقوقی دامنه دار و اختلاف‌نظرات بسیاری در این زمینه بین حقوق‌دانان جدید و حقوق‌دانان سنتی و فقها فراهم شده است. در این نوشته سعی بر تبیین مفهوم مسئولیت مدنی و ارتباط این با احکام و مباحث فقهی مربوط به ایراد خسارت به غیر است تا بتوان به نحو مطلوب‌تری از منطق به کار رفته در مباحث و نگاه فقهی، برای استخراج احکام مسئولیت مدنی بهره برد.

۱- تعریف مسئولیت مدنی

در غیاب تعریف قانونی، حقوق‌دانان با عبارات مختلفی مسئولیت مدنی را تعریف کرده‌اند. مسئولیت Responsabilité (مدنی)، تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده است خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد یا ناشی از فعالیت او شده باشد. (فقه) در همین معنی لفظ ضمان را به کار برده‌اند و معنی آن هر نوع مسئولیت اعم از مسئولیت مالی و مسئولیت کیفری است.^۱ در هر مورد که شخص ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد، می‌گویند در برابر او «مسئولیت مدنی» دارد. بر مبنای این مسئولیت رابطه دینی ویژه‌ای بین زیان‌دیده و مسئول به وجود می‌آید: زیان‌دیده طلبکار و مسئول بدهکار می‌شود و موضوع بدهی جبران خسارت است که به طور معمول با دادن پول انجام می‌پذیرد.^۲ مسئولیت مدنی... عبارت است از تکلیف شخص به جبران زانی که بر اثر عمل نامشروع (به جز غصب)

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۶۴۲ ذیل اصطلاح مسئولیت.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، دانشگاه تهران ۱۳۷۴، ش ۶.

به دیگری وارد شده است.^۱

بدین‌نحو مسئولیت مدنی در ادبیات حقوقی ایران به معنای کلی تکلیف به جبران خسارات وارده به دیگری است. ولی در عمل دکترین عنوان مسئولیت مدنی را برای بحث در برخی از موضوعات به کار برده است و تمامی موضوعاتی که راجع به جبران و تدارک خسارت به دیگری است تحت عنوان مسئولیت مدنی قرار نگرفته است. به عنوان نمونه، احکام ناظر بر ایراد خسارت به دیگری به واسطه عدم انجام کامل تعهدات قراردادی، در بحث از آثار قراردادهای مورد بحث قرار گرفته است. یا در مواردی که ایراد خسارت به دیگری ناشی از تصرف در حق و مال دیگری و محرومیت وی از این حقوق باشد، موضوع تحت عنوان غصب مورد بحث قرار گرفته است. در مواردی که شخصی به واسطه تصرف در مال و حقوق خود موجب کاهش مطلوبیت و ممانعت از استفاده دیگر مالکان در حقوق خود شده باشد، موضوع تحت عنوان مزاحمت بحث شده است.

در تایید نگاه فوق، در کتب حقوقی که به شرح حقوق مسئولیت مدنی پرداخته شده است، معمولاً عنوان مسئولیت در کنار ضمان قهری یا تعهدات خارج از قرارداد به کار رفته است.^۲ مباحث اصلی در این کتاب‌ها اساساً راجع به احکام ناظر بر تکلیف به تدارک و جبران خسارت به دیگری است.^۳ ولی حقوق‌دانان اصطلاح مسئولیت مدنی را با این کلیت مناسب نیافته و برای روشن شدن موضوعات مطروحه کتاب، در کنار مسئولیت مدنی، عناوین دیگر حقوقی (ضمان قهری، تعهدات خارج از قرارداد) را نیز آورده‌اند. همچنین این حقوق‌دانان معمولاً تصریح کرده‌اند که مبحث غصب، جدای از بحث مسئولیت مدنی است.

این گرایش‌ها حکایت از آن دارد که در نظر حقوق‌دانان ایرانی مسئولیت مدنی اصطلاحی خاص است که شامل تنها بخشی از حقوق ناظر بر ایجاد تکلیف به تدارک خسارت وارده به دیگری می‌شود. برخی از حقوق‌دانان نیز به این امر تصریح کرده‌اند و از مسئولیت مدنی به معنای خاص (در مقابل مسئولیت مدنی به معنای عام) که عمدتاً ناظر بر مباحث اتلاف و تسبیب است صحبت کرده‌اند.^۴ دیگر حقوق‌دانان ایرانی

۱. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ ۵، سمت، ۱۳۹۲، ص ۶۱؛ با همین مضمون، سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، شهر دانش ۱۳۹۷، ص ۱۹.
۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین؛ صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، همان منابع؛ بابائی، ایرج، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، چاپ ۲، میزان، ۱۳۹۷.
۳. علاوه بر مباحث راجع به تدارک خسارت به دیگری، احکام راجع به دیگر زمینه‌های ایجاد الزامات خارج از قرارداد همچون ایفای ناروا، اداره فضولی مال غیر و استیفا نیز مطرح می‌شود.
۴. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی تطبیقی، پیشین، ص ۱۵.



نیز، بدون آنکه به این امر تصریح کنند، مسئولیت مدنی را به این معنای خاص به کار می‌برند.

ولی اصطلاح مسئولیت مدنی به معنای خاص، آن چنان که در مباحث حقوق دانان به کار رفته، تنها شامل مباحث اتلاف و تسبیب که ناظر بر تلف یا نقص و عیب مال (اعم از عین یا منفعت یا دارایی) یا سلامتی و تمامیت جسمانی است نمی‌شود و شامل لطمات معنوی یا لطمه به حقوق دیگران نیز می‌شود. به نظر، این تعبیر شامل مفهومی کلی است که از ماده یک قانون مسئولیت استنباط می‌شود و در نظام حقوقی کشورهای حقوق نوشته و رومی-ژرمنی شایع است. در این نگاه، مسئولیت مدنی مفهومی کلی است که تمامی موارد ایراد خسارت خارج از روابط قراردادی (و به نظر برخی حتی خسارت ناشی از تخطی از قرارداد) را در بر می‌گیرد و تابع احکام عمومی (شرایط و آثار) یکسان است. حقوق دانان ایرانی نیز، همچون حقوق دانان کشورهای حقوق نوشته، به بیان این شرایط و آثار ایراد خسارت، تحت عنوان تئوری عمومی مسئولیت مدنی می‌پردازند.

به نظر همین تصور نسبت به وجود مفهوم کلی مسئولیت مدنی (به معنای خاص) و وجود شرایط و آثار یکسان برای آن که تمامی موارد ایراد خسارت به غیر را در بر می‌گیرد محل اشکال و زمینه ایجاد تعارضاتی با حقوق مبتنی بر فقه اسلامی شده است. در واقع، در فقه اسلامی مفهومی به این وسعت دیده نمی‌شود و شرایط ایجاد تکلیف به تدارک خسارت وارد به غیر در ابواب مختلف بیان شده و این شرایط و آثار بسته به عنوان خسارت وارده متفاوت است و نظریه کلی که شامل تمامی ابواب ایراد خسارت به غیر باشد وجود ندارد. در مواردی کلیت بخشیدن به قواعد ناظر بر ایراد خسارت به دیگری، موجب تعارضات بین نگاه حقوقی و نگاه فقهی به موضوعات شده است.

در این شرایط به نظر می‌رسد بازنگری در مفهوم مسئولیت مدنی در حقوق ایران بر اساس تصورات و احکام فقه اسلامی و تعیین دامنه مناسب این مفهوم در آینه فقه و نگاه فقهی (که نگاه قانون‌گذاری کشور پس از پیروزی انقلاب اسلامی است) می‌تواند موجب حل تعارضات و هم آهنگی و ایجاد زبان مشترک حقوق دانان و فقها در موضوعات راجع به ایراد خسارت شود.

۲- تفاوت مفهوم و منطق فقهی و منطق رایج حقوق دانان ایرانی در مباحث راجع به مسئولیت مدنی

فقها از تکلیف به تدارک ایراد خسارت به دیگری با اصطلاح "ضمان" یاد می‌کنند. ولی در فقه تئوری و شرایط کلی یکسان برای ایجاد ضمان مالی برای خسارات وارده به دیگری وجود ندارد و حکم ضمان در زمینه‌های مختلف تابع شرایط و احکام متفاوتی است. عمده‌ترین مقولات ایجاد ضمان مالی برای ایراد

خسارت به غیر اتلاف مالی، جنایت غیر عمدی به تمامیت جسمانی، غصب و مزاحمت است. در مواردی که ایراد خسارت به واسطه تلف یا ناقص یا معیوب کردن مال (اعم از عین یا منفعت یا دارایی به معنای اعم) است ضمان تحت عنوان اتلاف (بالمباشره یا بالتسبیب) ایجاد می‌شود؛ در مواردی که کسی به نحو غیر عمدی خسارت جانی به دیگری وارد کند، ضمان دیه تحت عنوان اتلاف جانی ایجاد می‌شود و مباحث فقهی آن ذیل باب جنایات غیر عمد یا دیات بررسی شده است؛ در مواردی که خسارت به دیگری به صورت تصرف در مال و حق او و بدین نحو، محروم کردن از حقوق دیگری باشد، ضمان تحت عنوان غصب ایجاد می‌شود؛ نهایتاً در مواردی که کسی با تصرف در حق خود به نحو غیر جایز موجب محرومیت دیگران در تصرف و بهره‌برداری از حقوقشان شود، ضمان تحت عنوان مزاحمت ایجاد می‌شود و این موضوع در مباحث راجع به تعارض قاعده استیفا و قاعده لاضرر مطرح شده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، مباحث راجع به ایجاد ضمان مالی (مسئولیت مدنی) به تدارک خسارت وارد به غیر در مباحث فقهی در ابواب مختلف طرح شده و هر یک تابع شرایط خاص است و آثار و احکام متفاوتی در مورد تدارک و جبران خسارت دارد. فقها هیچگاه مبحث مستقل و واحدی برای موارد ایجاد ضمان مالی طرح نکرده و شرایط یکسانی که قابل اعمال در تمامی این موارد باشد مطرح نکرده‌اند. به تعبیری دیگر، مباحث مسئولیت مدنی منطق و شرایط یکسان نزد فقها ندارد و هر یک از موارد ایجاد ضمان و مسئولیت مدنی تابع منطق و تحت عنوان خاص مطرح بوده است. در مواردی که خسارتی تحت مقولات مطروحه قرار نمی‌گیرد و در فقه ضمان مالی مشخصی برای ایراد آن خسارت به رسمیت شناخته نشده است، از موارد ایجاد ضمان تلقی نشده و تکلیف به تدارک مالی و جبران این خسارت منتفی تلقی شده است.

برخلاف منطق و مفهوم فوق، در حقوق جدید که از کشورهای خانواده حقوق نوشته برخاست و با تصویب قانون مسئولیت مدنی به حقوق ما وارد شد و ذهنیت حقوق دانان ما را نیز شکل داده است و در دانشگاه‌ها موضوع بحث مستقلی قرار گرفته، حقوق مسئولیت مدنی به عنوان شاخه خاصی از حقوق و دارای هویت و منطقی مشخص و یکپارچه مطرح شده است. بر اساس آموخته‌های دکتربین جدید، مسئولیت مدنی، به عنوان یک تئوری و مقوله حقوقی کلی و مستقل، دارای تعریف و شرایط و آثار کلی و مشخص است. در همین راستا، در تعلیمات دکتربین، شرایط و عناصر کلی سه گانه‌ای برای ایجاد مسئولیت مدنی لحاظ شده است (وجود ضرر، فعل زیان بار و رابطه سببیت) که با تحقق آنها مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود و در پی آن آثار مسئولیت مدنی تحت قواعد کلی قابل اعمال در تمامی صور وجود مسئولیت (از جمله قاعده کلی جبران کلیه خسارات) مطرح و مورد بحث قرار گرفته است. در این تصویر از موضوع، چنانچه لطمه وارده

جزو خسارات قابل جبران شمرده شود و ناشی از فعل غیر مجاز دیگری باشد، شرایط مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود و زیان زننده مکلف است این خسارت را به نحو تمام و کمال جبران کند و زیان دیده حتی المقدور به وضعیت عدم تحقق فعل زیان بار برگردد.

در ظاهر تعارض جدی بین نگرش فقهی و نگرش جدید حقوق دانان وجود ندارد و حقوق دانان مسلمان سعی کرده‌اند با شناخت حقوق جدید مسئولیت مدنی آن را با مبانی فقهی انطباق دهند و قواعد مسئولیت مدنی را مطابق نظر شریعت ساماندهی کنند. در واقع، ایشان سابقه فقهی موضوعات را در قالب نهاد مسئولیت مدنی توسعه داده و بر اساس آموزه‌ها و قواعد فقهی حقوق مسئولیت مدنی جدید را توجیه و منطبق کرده‌اند. به عنوان مثال، در مباحث راجع به مبنای مسئولیت مدنی و شرایط فعل زیان بار، بر اساس قاعده اتلاف و تقسیم‌بندی اتلاف و تسبیب، مبنای مسئولیت مدنی را در حقوق ایران تبیین کرده‌اند؛ یا در بحث از رابطه سببیت، از مباحث فقهی استفاده کرده و آنها را در مباحث خود وارد کرده‌اند؛ یا در بحث از آثار مسئولیت مدنی در زمینه ایراد خسارت جانی، به احکام دیات برای تعیین میزان خسارت قابل پرداخت توجه کرده‌اند.

ولی حقوق دانان ما کمتر به تفاوت منطق و نگرش فقه و حقوق جدید در مورد مسئولیت مدنی و ضمان توجه کرده و سعی در شناخت و اعمال روش و نگاه فقها در بحث کرده‌اند. همین عدم توجه و تفاوت منطق موجب تعارضات و سوء تفاهمات دامنه داری در حقوق ایران شده است. به عنوان نمونه، تفاوت نگاه حقوق دانان و فقها به موضوعات را در مورد ایراد عمدی خسارت جانی شاهد هستیم. در واقع، مطابق منطق حاکم نزد حقوق دانان، در مورد ایراد عمدی خسارت بدنی به دیگری، تمامی شرایط ایجاد مسئولیت مدنی برای این خسارات فراهم است و صرف‌نظر از پیش‌بینی کیفر برای این عمل، زیان زننده باید به پرداخت خسارت جانی وارده نیز محکوم شود. این تصور حقوق دانان بر تفکیک روشن بین مسئولیت مدنی و کیفری بنا شده است. ولی حکم شرع و قوانین ایران در این باره روشن است و تنها حکم قصاص وجود دارد و جانی مسئولیت به پرداخت خسارت به زیان دیده ندارد. عدم انطباق منطق حاکم بر تئوری مسئولیت مدنی نزد حقوق دانان با احکام و منطق فقهی در این باره آشکار است.

نمونه دیگر، در زمینه مسئولیت مدنی برای ایراد خسارت معنوی بوده است. حقوق دانان در قالب ذهنی خود برای شرایط ایجاد مسئولیت، تمامی شرایط ایجاد مسئولیت مدنی را در مورد ایراد خسارت معنوی به دیگری جمع می‌دیدند و لذا حکم به وجود مسئولیت مدنی را مسلم می‌پنداشتند و از عدم پذیرش این خسارت به عنوان موارد ایجاد مسئولیت مدنی توسط فقها در تعجب بودند و به شدت از عملکرد شورای

نگهبان در عدم شناخت مسئولیت مدنی در این باره انتقاد کرده و در حیرت بودند.^۱ در این انتقادات دکترین بر آنکه در شرع مقدس همواره ایراد خسارت معنوی جزو خسارات و امر حرام شناخته شده و ممنوع گردیده و با آن مقابله شده اصرار می‌ورزید و با جمع دو شرط دیگر (تقصیر در رفتار موجب خسارت معنوی و وجود رابطه سببیت بین فعل و خسارت) وجود مسئولیت مدنی را در این باره مسلم می‌پنداشت. از طرف دیگر، فقها همواره بر عدم ضمان به علت ایراد خسارت معنوی اصرار داشتند و به همین علت طی سالها، این موضوع در حقوق ایران لاینحل و محل مناقشه باقی مانده بود. تصور فقها در این باره چنین بود که چون خسارت معنوی در سابقه فقهی و احکام شریعت از موارد موجب ضمان مالی تلقی نشده است، لذا شناخت ضمان در این باره همچون موارد ضمان برای اتلاف یا جنایت یا غصب بی‌مورد بوده و خلاف شریعت است. در عین حال فقها تردیدی در مورد حرام بودن این امر و لزوم مقابله با آن نداشتند و به همین علت، در قوانین ضمانت اجرای کیفری برای لطمه زدن به ارزشها و دارایی معنوی و مشخصاً حیثیت و آبرو و شهرت دیگران لحاظ کردند. نهایتاً نیز در قانون آیین دادرسی کیفری و با تایید شورای نگهبان تکلیف به تدارک این لطمه با پرداخت مال تحت عنوان تعزیر زیان زننده در قالب پرداخت مال به زیان‌دیده پذیرفته شد. بدین نحو حکم تدارک با پرداخت مال برای ایراد خسارت معنوی با شناخت منطق فقهی موضوع و تبعیت از این منطق در حقوق ایران وارد شده و تمامی اهداف و فلسفه شناخت مسئولیت مدنی (بازدارندگی زیان زننده و تدارک خسارت زیان‌دیده) در این باره حاصل شد.

علی‌رغم پذیرش پرداخت مال برای ایراد خسارت معنوی در حقوق ایران به نحو فوق، حقوق‌دانان همواره به این نحو پذیرش حکم به پرداخت مال و تلقی موضوع تحت عنوان تعزیر که در نگاه ایشان از موارد مسئولیت کیفری است انتقاداتی دارند و بر منطق قبلی خود که مبتنی بر تصویری متفاوت از فقها نسبت به تفکیک مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری است اصرار می‌ورزند. در حالی که به نظر می‌رسد حکم به پرداخت خسارت مالی توسط زیان‌دیده به زیان زننده هر چند که در قالب تعزیر باشد، در چارچوب تعریف ارائه شده از مسئولیت مدنی می‌گنجد. این اختلاف نظر ریشه در اختلاف منطق تقسیم‌بندی بین مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری نزد حقوق‌دانان و فقها دارد و رفع این اختلاف نیاز به بررسی این تفکیک دارد.

۱. اشاره به ردّ مصوبه مجلس شورای اسلامی راجع به قانون مطبوعات در مورد اعلام خلاف شرع بودن شناخت ضمان و مسئولیت مدنی برای ایراد خسارت معنوی به دیگری: نظر شورا در مورد ماده ۳۰ طرح قانون مطبوعات مصوب مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۶۴/۸/۱۴؛ مدنی، جلال الدین، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، ج ۴، ص ۳۸۱.

۳- مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری

همچون نهاد مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری نیز از نهادهای و مفاهیم حقوق جدید است و با تقسیم‌بندی مفاهیم و مباحث در فقه متفاوت است و معادل دقیقی ندارد. در واقع، در فقه نیز مجازات‌های متعددی برای تخلف از هنجارها و رفتارهای بایسته پیش‌بینی شده و جرم و مجازات تعریف شده است. مشخصاً در ابواب و موارد مختلفی مجازات‌های متفاوت لحاظ شده است. بر همین اساس، در حقوق جدید ایران که مبتنی بر فقه تصویب شده نیز بخشی به عنوان مقررات جزایی لحاظ شده و مجازات‌های متفاوت اعدام، حبس، پرداخت مالی و غیر آن در نظر گرفته شده است.

ولی تقسیم‌بندی ابواب مسئولیت مدنی و کیفری در حقوق مبتنی بر فقه با دکتترین رایج در نظامهای حقوقی جدید که بین حقوق دانان ایرانی نیز رایج است، منطبق نیست: در مواردی آنچه در حقوق جدید به عنوان مسئولیت کیفری لحاظ شده است تحت شمول مسئولیت حقوقی قرار می‌گیرد. مبحث دیات از موارد بارز این عدم انطباق است که در فقه در ذیل مبحث جنایت بر جسم و در قانون مجازات اسلامی تحت عنوان مجازات آمده است ولی در منطق جدید حقوقی، از موارد مسئولیت مدنی برشمرده می‌شود. این موضوع سالها محل بحث و مناقشه دکتترین بود و در مورد طبیعت دیه و احکام ناظر بر آن اختلافات جدی مطرح بوده است. نهایتاً در اصلاح قانون مجازات اسلامی تصریح شد که دیه طبیعت دوگانه دارد و هم طبع مسئولیت مدنی و هم مسئولیت کیفری دارد.^۱

به نظر تعزیر نیز در مواردی ملحق به مسئولیت مدنی می‌شود، هر چند که در حقوق ایران در ابواب کیفری آمده است. در واقع، در مواردی که تعزیر به لحاظ ایراد خسارت به دیگری و در قالب محکومیت زیان زننده به پرداخت مال به زیان دیده تبلور می‌یابد، ملحق به نهاد مسئولیت مدنی است و از این مقوله برشمرده می‌شود، هر چند که از ملاحظات همچنان می‌تواند تحت مقوله مسئولیت کیفری نیز واقع شود و همچون دیه دارای طبیعت دوگانه باشد: طبیعت مسئولیت مدنی بدین لحاظ که از مصادیق تعریف کلی مسئولیت مدنی، یعنی تکلیف به تدارک خسارت وارده به دیگری است و طبیعت کیفری به لحاظ آنکه در تعیین شرایط و میزان مجازات، نحوه عمل زیان زننده (در عین توجه به زیان وارده) مورد توجه است. نمونه بارز حکم تعزیر به پرداخت خسارت به زیان دیده در حقوق مبتنی بر فقه را در مورد ایراد خسارت معنوی مشاهده کردیم. در دیگر نظامهای حقوقی نیز نمونه‌هایی از احکام دارای طبیعت دوگانه مسئولیت مدنی و کیفری وجود دارد که مشابه حکم به تعزیر به پرداخت مال به زیان دیده به لحاظ ایراد خسارت به

۱ ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: "دیه حسب مورد حق شخصی مجنی علیه یا ولی دم است و احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد. ذمه مرتکب جز با پرداخت دیه، مصالحه، ابراء و تهاتر بری نمی‌گردد."

وی است. در واقع، نهاد خسارت تنبیهی^۱ در حقوق مدرن مصداق بارز این امر است. بر اساس این نهاد حقوقی، شخصی که با رفتار نامناسب و نیت سوء، خسارتی به دیگری وارد می‌کند مکلف به پرداخت خسارت به زیان دیده است ولی میزان خسارت تعیین شده با توجه به طبیعت تنبیهی حکم، عمدتاً بر اساس نحوه رفتار و میزان سوء نیت زیان زننده تعیین می‌شود. این نهاد در نظام‌های حقوقی مدرن از مقولات مسئولیت مدنی شمرده می‌شود و احکام و شرایط آن در کتب مسئولیت مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد.^۲

بدین نحو در شناخت مفهوم و دامنه بحث مسئولیت مدنی و تفکیک آن از مسئولیت کیفری به تفاوت منطق دکترین جدید حقوقی که از دیگر نظام‌های حقوقی به حقوق ایران راه یافته است و منطق فقه اسلامی باید توجه شود و به صرف ظاهر و عنوان و محل طرح حکم (مجموعه کیفری یا حقوقی) اکتفا نکرد. عدم توجه به تفاوت منطق تقسیم‌بندی فقهی و حقوقی جدید یا طبیعت واقعی حکم مسئولیت، موجب سردرگمی در حقوق ایران و عدم تفاهم و تعارضات ناکارآمد حقوق دانان و فقها در حقوق ایران شده است و سرمنشأ اشتباه در برداشتها و تفسیر مقررات مبتنی بر فقه اسلامی خواهد بود.

۴- مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی

بسیاری از حقوق دانان ایرانی مفهوم مسئولیت مدنی را به نحوی کلی تعریف و لحاظ کرده‌اند که شامل مسئولیت قهری و قراردادی می‌شود.^۳ این نظر از دکترین غالب فرانسوی در مورد مسئولیت مدنی الهام گرفته است که از نیمه قرن بیستم در این کشور رواج یافته است. این در حالی است که هم در قوانین و حقوق فرانسه و هم در قوانین ایران، مباحث راجع به ایراد خسارت به دیگری ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی و الزامات خارج از قرارداد در ابواب مختلفی از قانون مدنی و دیگر مقررات آمده است و در حقوق سنتی فرانسه و حقوق ایران این دو مبحث از هم تفکیک شده و احکام ناظر بر آن مجزا و با منطق مختلفی طرح شده است. علاوه بر این، در دیگر نظام‌های حقوقی مدرن دنیا (مشخصاً کامن لا و ژرمن لا) مباحث مسئولیت قهری و قراردادی کاملاً مجزای از هم طرح شده و نظریه کلی مسئولیت مدنی شامل آثار عدم انجام تعهدات قراردادی و مسئولیت قراردادی نمی‌شود. در حقوق فرانسه نیز از

۱. Punitive Damages (English), Peine Privée (Français)

۲. Basil S MARKESINIS, and Simon DEAKIN, Tort law, 4e ed. (Oxford: Clarendon press, 1999), p. 726 f. ; Geneviève VINEY, et Partice Jourdain, Les effets de la responsabilité, 2nd ed. (Paris, LGDJ 2001), no. 4 et s. , p. 4 et s. ; Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Springer Wien New York 2009)

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۰۸ به بعد؛ صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، پیشین، ص ۸۶ به بعد؛ صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی تطبیقی، پیشین، ص ۲۳.

اواخر قرن بیستم انتقادات جدی نسبت به شمول بحث مسئولیت مدنی به مباحث مسئولیت قراردادی مطرح شده و همچون دیگر نظام‌های حقوقی، منطق و شرایط این دو نظام مسئولیت را از هم جدا می‌دانند و معتقدند که طرح یکجا و امزجاج این دو مسئولیت بیش از هر چیز موجب سردرگمی و اشتباهات در حقوق فرانسه شده است.^۱

در فقه اسلامی نیز مباحث راجع به قرارداد و آثار عدم انجام تعهدات قراردادی (از جمله مباحث ناظر بر مسئولیت قراردادی) کاملاً متفاوت و جدای از مباحثی است که در حقوق جدید تحت عنوان مسئولیت مدنی و ضمان قهری طرح شده‌اند. در فقه اسلامی و همچنین قانون مدنی تکلیف به تدارک و پرداخت خسارت به لحاظ عدم انجام تعهدات قراردادی در ابواب و مباحث ناظر بر آثار قرارداد مطرح می‌شود، در حالی که مباحثی که در حقوق جدید تحت عنوان مسئولیت مدنی طرح شده در ابواب متفاوتی همچون اتلاف، غصب و مزاحمت و دیات مطرح شده است. بدین نحو امزجاج مباحث مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی در فقه موردی نداشته و ادعای یکسان بودن این دو مبحث در فقه عجیب به نظر می‌رسد. در حقوق ایران نیز نیازی به ایجاد قواعد و نظریه مسئولیت کلی شامل مسئولیت قهری و قراردادی به چشم نمی‌خورد و دلیل قانونی یا منطقی قابل قبول نیز در این باره ارائه نشده است.

بدین نحو مفهوم مسئولیت مدنی در حقوق ایران باید تنها ناظر به مباحث ضمان قهری و همگام با طبقه‌بندی فقهی موضوعات تعریف شود و از امزجاج بی‌مورد و غیرضروری با بحث آثار قرارداد و مسئولیت قراردادی که تصور و نظریه‌سازی بخشی از حقوق دانان فرانسوی بوده است اجتناب شود.

۱. Denis Talon, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, RTD civ. 1994, p. 223 et s.; Philippe Remy, Critique du système français de responsabilité civile, Revue Droit et Cultures, 1996, p. 31 ; Philippe Remy, La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. ۳۲۳. (۱۶۵ ۵۵ ۵. ۵. ۲۰۰۸), ۳۵ ۵۵. (۵۵۵۵۵, ۵۵۵۵, ۲۰۰۸), ۳۵ ۵۵. ۴۰۱ ۵۵ ۵.

نتیجه‌گیری:

علی‌رغم آنکه در تاریخ حقوق ایران و فقه اسلامی احکام و قواعد حقوقی بسیاری در مورد تکلیف به تدارک و جبران خسارت وارد بر دیگری وجود دارد، ولی حقوق مسئولیت مدنی به عنوان تأسیس و مبحث حقوقی مستقل که به تمامی مباحث راجع به این تکلیف یکجا پردازد و ابعاد مختلف تکلیف به تدارک خسارت وارد به دیگری را بررسی کند پدیده‌ای نوین در حقوق ایران است.

از طرفی، لزوم انطباق حقوق کشور با فقه اسلامی و، از سوی دیگر، مطلوبیت بهره‌گیری از سابقه و گنجینه فقه اسلامی جهت توسعه حقوقی کشور، ایجاب می‌نماید که نسبت و ارتباط بین این رشته جدید حقوق با سوابق و منطق و نگاه فقهی به موضوعات موجب ایجاد تکلیف به جبران خسارت تبیین شود و حتی الامکان مسیر تحول و توسعه حقوق جدید ایران در قالب تحول فقه اسلامی عملی شود. در این راستا تعیین مفهوم و منطق مسئولیت مدنی و ارتباط آن با احکام سنتی فقه امری اجتناب ناپذیر است و تجربه پس از انقلاب اسلامی نشان می‌دهد که وجود ابهامات در این باره موجب تعارضات و سوء تفاهات بسیاری بین دکتترین حقوقی و فقهی و در نتیجه ناکارآمدی در حقوق ایران شده است.

تأمل در مباحث و منطق طرح موضوعات در فقه اسلامی نشان می‌دهد که، برخلاف دکتترین رایج در بین حقوق‌دانان ایرانی و حقوق کشورهای نظام حقوق نوشته (اعم از مدل فرانسوی و مدل رومی ژرمنی آلمان و سویس) مسئولیت مدنی، به معنای احکام ناظر بر تکلیف به تدارک و جبران ایراد خسارت به دیگری، از منطق واحد پیروی نمی‌کند و تحت این عنوان مباحث متعدد با احکام متفاوت در شرایط ایجاد و آثار مسئولیت وجود دارد. در منطق فقهی احکام مسئولیت در زمینه‌های مختلف ایراد خسارت به دیگری متفاوت است و موضوع از منطق واحد پیروی نمی‌کند. مشخصاً این ابواب و مباحث به اتلاف مالی، اتلاف جانی و دیات، غصب و مزاحمت تقسیم‌بندی شده و در مورد هر یک شرایط و احکام متفاوتی لحاظ شده است.

در این شرایط، بحث از مسئولیت مدنی به صورت کلی و با لحاظ شرایط و آثار یکسان و قابل اعمال در فروض مختلف با منطق فقهی موضوع سازگار نیست و منجر به اشتباهات و سوء برداشت از فقه و شریعت اسلامی می‌شود. تجربه حقوق ایران پس از انقلاب اسلامی و تعارضات و عدم تفاهم بین حقوق‌دانان و فقها در زمینه‌های مختلف ایراد خسارت معنوی، جبران خسارت بدنی و جانی و ارتباط بین مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری گویای ناکارآمدی و نادرستی این تصور کلی نسبت به مباحث مسئولیت مدنی است.

علاوه بر این در مورد تقسیم‌بندی بین مسئولیت کیفری و مدنی، حقوق جدید و رایج تفاوت‌های قابل توجهی با منطق و طبقه‌بندی فقهی دارد. در واقع، در فقه تفکیک کامل و مشخص بین دو زمینه مسئولیت وجود ندارد و موضوعات به نحو دیگری فارغ از شاخص‌های تفکیک رایج کنونی طبقه‌بندی و بحث شده است.

به همین دلیل چه بسا موضوعاتی که در طبقه‌بندی حقوق مبتنی بر فقه، موضوعاتی جزو مسئولیت کیفری معرفی شده است در حالیکه مطابق طبقه‌بندی و منطق جدید بیشتر ذیل مباحث مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. نمونه بارز این امر را در مورد لحاظ احکام فقهی دیات مشاهده می‌کنیم که در مباحث فقهی در زمره مباحث جنایات و باب دیات مطرح می‌شود و در انطباق صورت گرفته در قانون مجازات اسلامی از مقوله مسئولیت کیفری معرفی شده است. همچنین در مورد حکم تعزیری پرداخت مال توسط زیان‌زننده به زیان‌دیده به لحاظ ایراد خسارت معنوی (یا حتی دیگر خسارات)، که به عنوان تعزیر تحت شمول مسئولیت کیفری لحاظ شده است ولی بر اساس تعریف ارائه شده از مسئولیت مدنی و مباحث دکترین جدید حقوقی اصولاً از مباحث مسئولیت مدنی شمرده می‌شود.

در مورد ارتباط بین مسئولیت قهری و قراردادی، در فقه اسلامی مباحث راجع به تکلیف به جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهد در ذیل مباحث قراردادی آورده شده و مباحث ناظر بر ضمان قهری و آنچه امروز تحت عنوان مسئولیت مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد در ابواب و مباحث دیگری طرح شده و اصولاً امزج‌جایی بین این دو مطرح نیست. بدین نحو بحث از وحدت مسئولیت قهری و قراردادی در فقه اسلامی امری دور از واقع به نظر می‌رسد و از منطق نحوه طرح مباحث در فقه اسلامی که اساساً چیزی تحت عنوان نظریه یا بحث مسئولیت مدنی (احکام ناظر بر ایراد خسارت به غیر) در آن وجود ندارد و مباحث به تفکیک نوع ایراد خسارت از هم تفکیک شده است، بیگانه است.

بدین نحو به لحاظ فقدان مفهوم و نظریه کلی و مستقل مسئولیت مدنی در فقه اسلامی، به نظر باید از طرح نظریه کلی مسئولیت مدنی در حقوق ایران اجتناب کرد. جای تردید نیست که این رشته و مبحث کلی در حقوق ایران با تصویب قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ ایجاد شده و کتاب‌ها و دکتترین وسیعی در این باره ایجاد شده است، ولی در مفهوم و دامنه و نحوه طرح مباحث و ارتباط آن با سابقه فقهی باید با احتیاط و دقت بیشتری عمل کرد و از ایجاد نظریه کلی که شامل احکامی کلی برای تمامی موارد تکلیف به جبران خسارت وارده به دیگری باشد اجتناب کرد و این احکام را همچون زمینه تاریخی و فقهی آن بر اساس زمینه ایراد خسارت، در ذیل عنوان کلی مسئولیت مدنی ولی به تفکیک موضوع ایراد خسارت، مورد بحث قرار داد. عمومیت بخشیدن به شرایط و آثار مبحث اتلاف (مستقیم یا غیرمستقیم) نیز به

عنوان تئوری کلی مسئولیت مدنی با رویکرد فقهی به موضوعات تعارض دارد و منجر به نتیجه‌گیری‌های نادرست و مغایر با رویکرد و احکام فقهی می‌شود.

احکام ناظر بر ابواب مختلفی که تحت عنوان کلی مسئولیت مدنی (به معنای کلی احکام ناظر بر تکلیف تدارک خسارت وارده به دیگری) مطرح می‌شود دارای شرایط و آثار متفاوتی است و لازم به تفکیک و بحث مجزا هستند: مباحث اتلاف مالی (تلف نقص یا عیب مال یا دارایی مالی)، مباحث راجع به اتلاف جانی غیر عمدی، مباحث ایراد لطمات به دارایی و حقوق معنوی افراد، مبحث غصب (تصرف در حقوق و اموال دیگری و محروم نمودن مالک از این حق و مال) و مزاحمت (تصرف در حق خود که موجب لطمه به حق دیگران و ممانعت از استیفای حقوق دیگران شود) دارای منطق و شرایط و آثار متفاوتند، در عین آنکه همگی تحت عنوان کلی مسئولیت مدنی جای می‌گیرند.

۱. بابائی، ایرج (۱۳۹۷)، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، چاپ دوم، میزان.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۳. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی تطبیقی، تهران، شهر دانش.
۴. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ پنجم، تهران، سمت.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، دانشگاه تهران.
۶. مدنی، جلال الدین (بی تا)، جلد دوم، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران.
7. Basil S MARKESINIS, and Simon DEAKIN, Tort law, 4e ed. (Oxford: Clarendon press, 1999), p. 726 f. ; Geneviève VINEY, et Partice Jourdain, Les effets de la responsabilité, 2nd ed. (Paris, LGDJ 2001), no. 4 et s. , p. 4 et s. ; Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Springer Wien New York 2009)
8. Denis Talon, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, RTD civ. 1994, p. 223 et s. ; Philippe Remy, Critique du système français de responsabilité civile, Revue Droit et Cultures, 1996, p. 31 ; Philippe Remy, La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. 323; Geneviève VINEY, Introduction à la responsabilité, 3e éd. (Paris, LGDJ, 2008), n. 165 et s. , p. 401 et s.
9. Punitive Damages (English), Peine Privée (Français)

جستاری نقادانه بر تعیین سبب مسئول در بین اسباب متعدد با ارجاع امر به کارشناس با مطالعه تطبیقی

مسن بادینی^۱

مسیب داودی^۲

چکیده

در حقوق شکلی ایران کارشناسی جهت بررسی جنبه فنی موضوع پیش‌بینی شده و تعیین سبب مسئول در بین اسباب متعدد در حقوق ماهوی به عنوان امر حکمی تلقی شده است و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز معیار استناد و تاثیر رفتار هر یک از اسباب مورد پذیرش قرار گرفته است، لیکن آنچه در رویه برخی محاکم حقوقی و کیفری در دعاوی مسئولیت حاکم است، ارجاع امر تعیین سبب مسئول و تعیین میزان مسئولیت آن به کارشناسان است، که متعاقب اصدار نظریه کارشناسی، محاکم و مراجع رسیدگی‌کننده با استناد به نظریه مزبور اقدام به صدور رای می‌نمایند. با توجه به روش قانون‌گذار ایران در تعیین مسئول در بین اسباب متعدد و ماهیت کارشناسی و موضع قانون‌گذار در این خصوص این رویه قابل انتقاد است و با حکمی بودن مسئله سبب مسئول در تعارض است. رویه قضایی کامن لا نیز آن را امری حکمی تلقی نموده است. عدم عنایت به این مسئله مهم معضلاتی چون تفویض امر قضایی به کارشناس، نقض قواعد ماهوی مسئولیت را به دنبال خواهد داشت.

کلیدواژه: مسئولیت مدنی، کارشناسی، امر فنی، رویه قضایی، مسایل حکمی و موضوعی

مسئله شناسایی مسئول از بین موضوعات درگیر در یک حادثه منجر به ورود خسارت از جمله موارد مبهم و پیچیده نظام حقوقی کشور ماست که می‌توان گفت مراحل تحول تاریخی را پشت سر گذرانیده است و طبع مباحث مربوط نیز تحول مزبور را می‌طلبد. در این وادی پشتمانه‌ای از نظریات فقه‌های عظام و نصوص قانونی آن را پشتیبانی کرده است و در مقابل، مقتضیات جوامع صنعتی و در حال توسعه، گاهی تاسیس قواعد استثنایی و جدید را بر خلاف پشتمانه مزبور ضروری می‌سازد. این امر یک نتیجه بلافصل به دنبال دارد و آن پیچیدگی مباحث حقوقی موجود در این زمینه است، لیکن به هر حال در مقام حل و فصل قضیه و تعیین مسئول و میزان مسئولیت آن چاره‌ای جز یافتن مسایل حکمی صحیح در خصوص مورد وجود ندارد، هر چند گاهی مسایل حکمی موجود قابل انتقاد باشد. قوانین شکلی نیز طریق رسیدن به حکم (حق) و وسایل و ادله آن را احصا و جای استفاده از هر یک را مشخص کرده است. در تعیین سبب یا اسباب مسئول گاهی در محاکم و مراجع قضایی انحراف عمیقی از قوانین به چشم می‌خورد که یکی از بزرگترین این انحرافات تفویض تکلیف قضایی به معنای خاص به کارشناسان است که این مسئله در موضوعات مربوط به مسئولیت عیان‌تر است، لذا سوال اصلی این مقاله این است که با توجه به ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که در آن «استناد» را به عنوان معیار مسئولیت پذیرفته شده و همچنین «تأثیر رفتار» را نیز معیار تقسیم مسئولیت قلمداد نموده است مسئله تعیین سبب مسئول در بین اسباب متعدد یک امر حکمی غیر قابل ارجاع به کارشناسی است یا امری فنی و موضوعی است که آرایه نظر در آن خصوص در حیطه وظایف کارشناسان است؟ با توجه به نصوص قانونی، نظریات فقها و دکترین حقوقی و پیشینه‌ای که ذکر گردید حکمی بودن این مسئله را باید پذیرفت.

۱- قلمرو نظریه کارشناسی

حقوق از دیرباز پذیرفته است، زمانی که رسیدگی با موضوعاتی ارتباط پیدا می‌کند که نیازمند اطلاعات یا تجربیات خاص است، یا بنده حقیقت، قاضی یا هیئت منصفه، ممکن است توانایی ضعیفی در استنتاج صحیح از حقایق موجود داشته باشد و کمک یک یا چند کارشناس واجدالشرایط، اجتناب ناپذیر است^۱. برای کارشناسی در دعاوی مسئولیت مدنی فوایدی عنوان شده است اول اینکه کارشناس معمولاً اطلاعات بیشتری در تخصص خودش دارد (برای مثال، پزشکی)؛ بنابراین می‌تواند اطلاعاتی را با هزینه کمتر و کامل‌تر نسبت به خود طرفین یا دادگاه ارایه کند^۲.

۱. LIZ HEFFERNAN, GAUGING THE RELIABILITY OF SCIENTIFIC EVIDENCE IN TORT, P. 6, Judicial Studies Institute Journal [6: 1 February 2006

۲. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، سهامی انتشار، ۱۳۸۴.

تکرار مواجهه با امور متنوع برای کارشناس گوهر گرانبهای تجربه را به همراه می‌آورد که می‌تواند با مقایسه این امور به نتیجه بهتری برسد، در مقایسه می‌توان گفت حتی در صورتی که قاضی صرفاً به پرونده‌های صدمات شخصی رسیدگی کند (و بنابراین در ارزیابی صدمات متخصص شود) پرونده‌ها معمولاً چنان متنوعند که قاضی هرگز میزان بالایی از تجربه را در ارتباط با تمام این انواع به دست نمی‌آورد^۱ در حالی که کارشناسان متخصص در امور مختلف هر یک تجربیات متعددی را در همان زمینه به دست می‌آورند مانند کارشناس تصادفات، قصور پزشکی، حوادث کار و....

سؤال اساسی این است که کارشناس منتخب دادگاه صلاحیت ارایه نظر در کدام یک از موضوعات را دارد؟ کارشناس کسی است که به مسئله‌ای از مسایل اطلاع عمیق دارد و گاهی پیش می‌آید که رسیدگی به دعوی مستلزم آشنایی به مسئله‌ای علمی است که قاضی خود بر آن وقوف ندارد و ناگزیر است که از کارشناس، مشکل خود را بپرسد، در این صورت مراجعه به کارشناس لازم است در مسایل مختلف کیفری و حقوقی، از جمله؛ بحث اثبات نسب، تعیین علت فوت، بررسی جعلیت اسناد، برآورد میزان هزینه‌ها، محاسبه سود، تعیین موضوع اسناد مالکیت در طبیعت، مراجعه به کارشناس ضرورت دارد. از طرفی فرض بر اطلاع قاضی از مسائل حکمی است و نصوص متعدد قانونی بر این مسئله صحه گذاشته‌اند. در مسایلی که موضوع ماهیت قضایی دارد، امکان ارجاع امر به کارشناس منتفی است با این وصف به نظر برخی از حقوق دانان^۲. جست‌وجوی برخی مسایل حکمی مانند عرف قراردادی و عرف خاص می‌تواند به کارشناس ارجاع شود. در قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۲۵۷ الی ۲۶۹ و در قانون آیین دادرسی کیفری نیز مواد ۱۵۵ الی ۱۶۷ به کارشناسی اختصاص یافته است. ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر نموده است: «هرگاه بازپرس راساً یا به تقاضای یکی از طرفین انجام کارشناسی را ضروری بداند، قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر می‌کند. بازپرس باید موضوعی را که جلب نظر کارشناس نسبت به آن لازم است به طور دقیق تعیین کند». تشخیص مسایل موضوعی نیز با دادگاه است و مرجع مزبور است که داشتن یا نداشتن جنبه فنی و تخصصی موضوع را تشخیص می‌دهد^۳ و این تشخیص قابلیت ممیزی را در مرجع بالاتر دارد. از طرفی اگر دادگاه وجود جنبه فنی یا تخصصی در موضوع را احراز کند، ارجاع امر به کارشناس ضروری می‌نماید و حتی دانش فنی و تخصصی قاضی دادگاه رسیدگی کننده به دعوا نمی‌تواند

۱. Michael Faure and Louis Visscher, The Role of Experts in Assessing Damages, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE). No. 2011/09, P. 9, <http://ssrn.com/abstract=2179038>

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، دراک، ۱۳۸۵، ص ۳۲۵.

۳. همان، ص ۳۸۵.

تعیین کننده باشد، به عنوان مثال قاضی دادگاه نمی‌تواند به این استناد که راننده پایه یک است، بدون رایه موضوع تصادف به کارشناس تصادفات، نظر خود را در هر دو جنبه قضایی و فنی اعمال کند و ناچار از ارجاع امر به کارشناس تصادفات است.^۱ استنباط معیار مناسب در خصوص شناسایی موضوعات فنی و تخصصی با عنایت به تشتت آرای دیوان عالی کشور و دادگاه عالی انتظامی قضات در این موارد غیرممکن است. آیه مبارکه: «و ما ارسلنا من قبلك الا رجالا نوحی اليهم فاسئلو اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون»^۲ و همچنین استفاده از تقسیم کننده بیت‌المال توسط حضرت علی (ع) به عنوان مستند فقها در مراجعه به کارشناس اعلام شده است.^۳ با عنایت به نظریه‌های عنوان شده و وجود اختلاف نظرهای متعدد و نیاز به تسلط کامل بر نصوص قانونی و نظریه‌های مزبور در تعیین اسباب متعدد، سؤال اساسی این است که نقش کارشناس در این وادی حیرانی چیست؟

۲- ماهیت نظریه کارشناس

در فقه اصطلاح کارشناسی با اصطلاحاتی چون، خبره، اهل الخبره، اهل المعرفه و ارباب خبره شناسایی شده است. از نظر برخی، کارشناسی از مصادیق شهادت نمی‌باشد چرا که در شهادت تعدد گواهان شرط است و دلیل دیگر اینکه در موارد نیاز، نظر کارشناس غیر مسلم در دعوی مسلم، حجت است^۴ در برخی از نظام‌های حقوقی ضمن وجود تفاوت‌هایی، کارشناسی در رسیدگی حقوقی همانند تعرفه شهود صورت می‌گیرد. مانند سایر گواهان، کارشناس از طرف یکی از طرفین برای گواهی در دعوی فراخوانده می‌شود، سوگند داده می‌شود، یا تعدیل می‌شود و در معرض استنطاق قرار می‌گیرد.^۵

بحث در مورد ارزش اثباتی نظریه کارشناسی از مسایل مهم است و در این خصوص بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. به نظر برخی نظر کارشناس گاهی اماره است و گاهی دلیل قطعی، زمانی که نظر کارشناس مربوط به قیمت اجناس و به‌طور کلی مربوط به تقویم قیمت است نظریه مزبور اماره است، ولی در جایی که نظر کارشناس حاکی از وضع علم نسبت به موضوع کارشناسی باشد آن نظر دلیل قطعی است.^۶ برخی نیز معتقدند نظر کارشناس اگر مفید علم عادی باشد حجت است و گرنه حجت نیست و مفید

۱. همان، ص ۳۲۰.

۲. «ما پیش از تو نفرستادیم مگر مردانی را که بدیشان وحی می‌کردیم و اگر نمی‌دانید از دانایان بپرسید» آیه مبارکه مذکور در هر دو سوره: سوره مبارکه انبیاء آیه هفتم، سوره مبارکه نحل آیه ۴۳ آمده است.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی ج ۲، چاپ ۳، ۱۳۸۱، ص ۱۰۰۴ - حسینی نژاد، حسینقلی، ادله اثبات دعوی، چاپ ۲، دانش آرا، ۱۳۸۱، ص ۱۱۸.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین.

۵. Liz Heffernan, op. cit.

۶. حسینی نژاد، حسینقلی، پیشین.

علم عادی بودن مستلزم دقت است و غلبه در صنف کارشناسان رسمی دادگستری به لحاظ کوشش کارشناسان مزبور در حفظ آبروی خود در ضمن انجام کار، صحت عمل ایشان است (ظاهر مامون)^۱، فلذا نظر کارشناسان مزبور حجت است.^۲ حقوق دانی نظریه کارشناسی را در زمره وسایل اثبات دعوی اعلام نموده است، به نظر این حقوق دان: «منظور از وسایل اثبات دعوی توسل اصحاب دعوی برای اثبات ادعایشان از طریق استفاده از نظر کارشناسان و اهل فن در مسایل فنی و تخصصی و یا اطلاعات مطلعین محلی و مشاهده وضعیت محل مورد اختلاف به وسیله دادرس دادگاه می باشد».^۳ از نظر برخی از اساتید نظریه کارشناسی از مقولات مشاهدات قاضی قلمداد گردیده است.^۴ از نظر وی: «مشاهدات قاضی عبارت است از آن چه دادرس از آثار و علایم و اوضاع و احوال قضیه می بیند تا بدان وسیله به حقیقت امر دست یابد. مانند امارات قضایی و معاینه محلی و کارشناسی (در کارشناسی چون دادرس خود اطلاعات فنی ندارد به کمک کارشناسان فنی به حقیقت امر دست می یابد)»، او، کارشناسی را طریقی برای مشاهده اوضاع و احوال برای قاضی تلقی نموده اند که از آن طریق یک نوع اماره قضایی حاصل می گردد.^۵ ماده ۳۷ قانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۸۱ کارشناسی که اعمال مندرج در ماده مزبور را مرتکب گردد، جاعل در سند رسمی محسوب می کند، قطع نظر از اینکه نظریه کارشناس سند رسمی است یا نه، با توجه به نحوه تنظیم آن و ارایه آن به دادگاه از نظر اصالت در حد سند رسمی است، لذا نسبت به آن می توان ادعای جعلیت نمود ولی به هیچ وجه قابلیت انکار یا تردید را ندارد، لیکن این امر به معنای متابعت بی چون و چرای دادگاه از نظریه کارشناس همانند سایر اسناد رسمی نیست، در همین راستا قانون گذار در ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی به قاضی اختیار داده است تا به نظریه کارشناسی که با اوضاع و احوال مسلم قضیه مطابقت ندارد ترتیب اثر ندهد، لذا نظریه کارشناس به عنوان سند غیر قابل عدول برای دادگاه نبوده و در صورتی که دادگاه در هر حال مکلف به پیروی از نظریه کارشناس باشد، به نوعی صلاحیت قضاوت دادگاه، با نمایندگی به کارشناس داده شده که خلاف اصول است، از طرف دیگر هرگاه دادگاه به هر صورت و در هر حالی توانایی عدول و عدم پیروی از نظریه کارشناس را داشته باشد، معلوم نیست چگونه می تواند پیروی نکردن خود از امری را توجیه نماید که ناتوانایی خود را در تشخیص آن با

۱. ظاهری که برای انسان از راه علم عادی امنیت خاطر پدید می آورد .

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۰۰۵.

۳. واحدی، قدرت الله، بایسته های آیین دادرسی مدنی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۶.

۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۶، ابوریحان، ۱۳۴۶، ص ۲۱.

۵. همان، ص ۲۲۳.

ارجاع به غیر، اعلام نموده است.^۱ لذا آنچه مسلم است این است که در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مخالف باشد، دادگاه از آن پیروی نمی‌نماید، لیکن چون از ابتدا موضوع مزبور از سوی دادگاه امر فنی و تخصصی تشخیص داده شده است، دادگاه در این موارد مکلف به ارجاع امر به کارشناسان دیگر یا تقاضای رایۀ نظریه تکمیلی است و خود نمی‌تواند با عدول از نظریۀ کارشناس اقدام به راییه نظر نماید. لذا می‌توان در خصوص ماهیت نظریۀ کارشناسی عنوان نمود که نظریۀ مزبور چه از وسایل اثبات باشد و چه از ادله اثبات، قانون‌گذار برای تاثیر و نفوذ آن شرایط ویژه‌ای را پیش‌بینی کرده است که شباهت دقیقی به هیچ کدام از ادله ندارد.

۳- رویۀ ارجاع تعیین مسؤل خسارت به کارشناس

آنچه که از مباحث ماهوی ضمان اسباب متعدد حاصل می‌گردد، این است که مسایل مزبور سرشار از اختلاف نظر بوده است و نتیجه واحدی در این امور وجود ندارد، کما اینکه حقوق دانان جدیداً معیار انتساب عرفی را نقطۀ تلاقی همه نظریه‌ها اعلام نموده‌اند. با وجود این در برخی از موارد، نصوص قانونی مضاف بر این معیار در موارد خاص پیش‌بینی شده است که در این مقال جای بحث از این مسایل نیست. قانون کار، قانون مسئولیت مدنی، قانون بیمۀ اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از حوادث وسایل نقلیه، قانون تجارت و سایر قوانین مملو از این گونه استثنائات هستند، آنچه که در رویۀ قضایی و در برخی از محاکم اتفاق می‌افتد این است که به محض طرح یک پرونده مسئولیت، قضات محترم بلافاصله با ارجاع امر به کارشناس از وی تقاضای تعیین مسؤل یا مسؤلین و میزان تقصیر یا مسئولیت هر یک را می‌نمایند، در نتیجه پرونده در کش و قوس‌های کارشناسی و با اعتراض‌های متعدد از دست مقام رسیدگی‌کننده خارج شده و در برخی موارد کارشناسان منتخب دادگاه که در تخصص‌های مختلف مطابق موضوعات مطروحه تعیین می‌گردند، اطلاعی از مباحث ماهوی مسئولیت نداشته و این انتظار نیز از آنها نمی‌رود که به غیر از تخصص خود دارای تخصص در باب ضمان قهری و قراردادی باشند و بر قوانین خاص نیز سلطه داشته باشند، لذا نظریاتی که از سوی کارشناسان دادگستری راییه می‌شود، با مبانی مسئولیت مطابقتی ندارد، مع الوصف برخی محاکم با استناد به نظریۀ کارشناسی در موضوعات مربوط به مسئولیت، عین نظریه را در رای خود منعکس نموده و بر همان اساس اصدار حکم می‌نمایند و بر مسایل مطروحه در مورد مسئولیت که از سوی هر کدام از طرفین مطرح می‌گردد عنایتی نمی‌نمایند، در نتیجه آنچه عملاً اتفاق می‌افتد این است که امر قضایی به واسطۀ نمایندگی جهت صدور

۱. شمس، عبدالله، پیشین، ص ۳۴۷.

رای به کارشناسان تفویض شده و امری خلاف اصول حقوقی تحقق می‌یابد. مثال‌های فراوانی را در رسیدگی‌های صورت گرفته در مراجع قضایی در جهت تبیین این امر می‌توان عنوان نمود، به عنوان نمونه در پرونده‌ای که در اجرای دیوارگذاری رودخانه‌ای از طرف پیمانکار و در نتیجه حفر کف رودخانه گودال آبی ایجاد شده و در روز تعطیل کارگاه، کودک هفت ساله‌ای وارد رودخانه شده و در نهایت به داخل گودال پر از آب سقوط و در اثر خفگی فوت می‌کند، بازپرس رسیدگی‌کننده در ارجاع امر به کارشناسی دستور می‌دهد: «تا کارشناس با حضور در محل و در معیت طرفین و بررسی اسناد و مدارک و قرارداد منعقد فی‌مابین پیمانکار و شهرداری در خصوص علت وقوع حادثه فوت متوفی و اینکه آیا عدم نصب علائم هشدار در محل تنها عامل وقوع حادثه بوده یا عوامل دیگری در آن دخالت داشته است اظهارنظر و میزان تقصیر هر یک را اعلام کند». در پرونده مزبور کارشناس واحد و هیأت کارشناسان سه نفره به استناد مواد ۱۰ و ۲۴۴ از آیین‌نامه حفاظتی ساختمان، پیمانکار را تنها مسئول وقوع حادثه اعلام می‌کنند. هیأت پنج نفره کارشناسان با بررسی قرارداد پیمانکاری، شهرداری را به عنوان ناظر پروژه و به جهت قصور در نظارت، ۲۵ درصد و پیمانکار را به استناد مواد ۱۰ و ۲۴۴ آیین‌نامه حفاظتی کارگاه‌های ساختمانی ۷۵ درصد مسئول اعلام می‌کند، متعاقب اعتراض شهرداری و پیمانکار به نظریه کارشناسی جهت حفظ حقوق متهمین از سوی بازپرس رسیدگی‌کننده. قرار ارجاع امر به هیأت ۷ نفره کارشناسان ارجاع و هیأت مزبور پیمانکار را به همان علت سابق ۶۰ درصد و شهرداری را به عنوان ناظر ۲۵ درصد و اولیای طفل را به جهت عدم مراقبت طفل به میزان ۱۵ درصد مسئول اعلام می‌کنند. مجدداً در پی ارجاع امر به کارشناسان نه نفره متعاقب اعتراض شهرداری، هیأت مزبور شهرداری را بدون هیچ استدلالی مبری از مسئولیت اعلام نموده و مسئولیت اولیای طفل را ده درصد و پیمانکار را ۹۰ درصد اعلام می‌کنند و متعاقب اعتراض پیمانکار این بار هیأت یازده نفره کارشناسان با استناد به مواد ۱۰ و ۲۴۴ آیین‌نامه حفاظتی کارگاه‌های ساختمانی پیمانکار را تنها مسئول وقوع حادثه اعلام می‌کنند. در پرونده مزبور اثری از کارشناسی و اظهارنظر فنی از سوی کارشناسان موجود نبوده و از سوی بازپرس رسیدگی‌کننده نیز اثری از اظهارنظر قضایی وجود ندارد و با استناد به نظریه هیأت یازده نفره برای پیمانکار کیفرخواست صادر شده و نهایتاً متعاقب طرح پرونده در مرجع کیفری به استناد همان نظریه کارشناسی یازده نفره بدون کوچک‌ترین استدلال حقوقی در پیرامون قضیه رای محکومیت پیمانکار صادر می‌گردد. جالب‌تر اینکه تغییر نظرات کارشناسان و دخیل دانستن عوامل دیگری من جمله شهرداری به استناد قرارداد و اولیای طفل از سوی کارشناسان در وقوع حادثه صرفاً از باب توجه تعدادی از کارشناسان به دفاعیات پیمانکار صورت گرفته بود. از این قبیل نظریات و آرای قضایی در مراجع قضایی به وفور

یافت می‌شود جای سوال است که در پرونده‌ای با این بار حقوقی سنگین چگونه بازپرس محترم، اظهارنظر حقوقی کارشناسان حوادث را مستند محکومیت فرد تلقی می‌نماید؟ آیا نقش مراجع رسیدگی‌کننده در اعلام نظر قضایی به ارجاع امر به کارشناسان محدود می‌گردد؟ اصولاً استناد به مواد قانونی در صلاحیت مرجع قضایی است یا کارشناس؟ و آیا کارشناس صلاحیتی بیش از ارایه گزارش و تخلفات صورت گرفته فنی در قضیه داشته‌اند؟ چگونه می‌توان پذیرفت که تخصص فنی منجر به تعارض نظریات به این صورت گردد که تعدادی از کارشناسان ناظر و اولیای طفل را مسئول بدانند و تعدادی ایشان را مبری از مسئولیت بدانند؟ کدام تخصص به کارشناسان اداره کار این توانایی را اعطا می‌نماید که در خصوص مسئولیت اولیای طفل اظهارنظر نمایند؟ آیا دادرس نباید شهادت این ارزیابی را داشته باشد که بر اظهارات غیرتخصصی کارشناسان خط بطلان کشد؟ یکی از نظریات متداول در نظریات کارشناسی تعیین مسئولیت طرفین با تعیین درصد تقصیر اسباب متعدد می‌باشد. با عنایت به تمایز موجود فی مابین اجتماع سبب و مباشر در نظریه‌ها و نصوص قانونی با اجتماع اسباب در دو بخش به بحث در موضوعات حاضر با مد نظر قرار دادن نظریات کارشناسان در باب تعیین درصد پرداخته می‌شود.

۴- ارزیابی معیار تعیین درصد مسئولیت

برای سنجش هر شی، یا امری معیارها و میزان‌های سنجشی در دنیا وجود دارد که بر پایه عرف‌ها یا اصول علمی قرار دارند و لذا مورد قبول عامه مردم قرار گرفته‌اند، به نحوی که کسی در خصوص صحت و سقم آن خدشه وارد نمی‌کند. موضوعات سنجش نیز با معیارهای سنجش همخوانی دارد، اما در خصوص تعیین مسئولیت با درصد سوال اینجاست که آیا مسئولیت که یک امر کیفی است، قابلیت تبدیل به درصد را که یک امر کمی است دارد؟ اگر دارد پایه و اساس این تبدیل چیست؟ آیا مبنای علمی برای آن موجود است یا بر عرفی متکی است؟ اگر بر عرفی متکی است این اتکا قابل اعتنا است؟ مطابق برخی نظریات اخیر معیار شناسایی مسئول و رابطه سببیت فهم عرفی یا ضابطه عرف می‌باشد. عرف ممکن است این رابطه را بین یک یا چند مسئول و خسارت احراز نماید. در نوع اول شناسایی، به جهت وجود یک مسئول، مبحث تعیین درصد موضوعیت ندارد، ولی باز در این خصوص این سوال مطرح می‌گردد که آیا شناسایی رابطه عرفی انتساب اضرار امری فنی است که قابلیت ارجاع امر به کارشناس را داشته باشد؟ چنانچه عنوان گردید؛ صرفاً مسایل فنی قابلیت ارجاع امر به کارشناس را دارد و در صورتی که شناسایی این رابطه را امری فنی ندانیم ارجاع امر به کارشناس فاقد وجهت خواهد بود، لیکن در مورد نوع دوم شناسایی (برقراری رابطه سببیت فی مابین چند مسئول و ضرر وارده) سوال دومی مطرح می‌گردد که؛ آیا تعیین درصد مسئولیت امکان‌پذیر است؟ و اگر امکان‌پذیر است معیار تعیین درصد چیست؟ چگونه

کارشناس می‌تواند در فرض دخالت و تاثیر کارفرما و کارگر در ایراد خسارت به کارگر مسئولیت هر کدام را با تعیین درصد و نسبت خاصی تعیین نماید؟ به عنوان مثال کارگر را به میزان چهل درصد و کارفرما را به میزان شصت درصد مسئول بدانند؟ اگر بگوییم از روی فهم عرفی این درصد تعیین شده است، یعنی اینکه عرف مسئولیت وی را به این میزان تعیین می‌کند، پس دیگر امر فنی در کار نبوده تا آن را به کارشناس ارجاع کرد و در این زمینه فهم دادرس از عرف کمتر از کارشناس نخواهد بود و اگر آن را بر اساس فن و تخصص خاصی بدانیم باید ببینیم تخصص مزبور چیست و جایگاه قانونی آن کجاست؟ آنچه که می‌توان از مباحث مطروحه برداشت کرد نامعلوم بودن معیار تعیین درصد است که با سوالات جدی روبروست و می‌بایستی به‌طور مجزی و مفصل مورد بحث قرار گیرد.

۵- تعیین درصد مسئولیت در اجتماع سبب و مباشر

یکی از موارد مبتلا به در تعیین مسئولیت با درصد از سوی کارشناسان فرض اجتماع سبب و مباشر است. ماده ۳۶۳ قانون مجازات اسلامی سابق در فرض اجتماع مباشر و سبب، سبب را مسئول عنوان کرده بود مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد و در فرض تساوی قدرت نیز به نظر برخی از حقوق دانان تساوی مسئولیت اجتناب ناپذیر بود، لیکن در اکثر موارد در پرونده‌های مسئولیتی که با اجتماع سبب و مباشر خسارتی وارد می‌گردد به این نص قانونی توجهی نمی‌شد و قدرت سبب و مباشر در تعیین مسئول مورد بررسی قرار نمی‌گرفت و کارشناسان بدون عنایت به این امر اقدام به تعیین درصد مسئولیت می‌کردند در برخی موارد نیز آرای در این خصوص صادر شده است به عنوان مثال در رأیی که از شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور صادر شده است، در فرضی که کارگری با تقصیر خود منجر به تخریب دیوار می‌شود و کارفرما نیز در حفظ ایمنی کوتاهی کرده است به این مسئله اشاره شده است، چنانچه در رای مزبور که در مقام نقض رای شعبه ۱۳۱ دادگاه کیفری استان تهران، که بر اساس رای شعبه مزبور با استناد به نظریه کارشناسان کارفرما به میزان ۵۰ درصد مسئول شناخته شده بود آمده است: «... با توجه به محتویات پرونده و با ملاحظه خصوصیات حادثه، نظریه اداره کار و کارشناسان رسمی در مورد تخریب دیوار که موجب مرگ کارگر شده است قابل تصدیق نیست، لذا رای صادره نیز قابل ابرام نمی‌باشد. چون به‌طور کلی در باب ضمانات و اسباب ضمان دئه اولاً، به ذمه مباشر مستقر خواهد شد، در باب اجتماع سبب و مباشر هم در صورتی سبب ضامن است که اقوی باشد از مباشر؛ بنابراین، حتی در صورت تساوی سبب و مباشر، باز مباشر ضامن است (به مسائل مربوطه در تحریرالوسیله مراجعه شود) و در فرض حادثه، کارشناسان سبب و مباشر را مساوی فرض کرده‌اند و دیه پنجاه درصد معین شده است و در عین مسئله در جلد ۴۲، ص ۱۰۹ جواهرالکلام به این صورت مطرح است: «لو اشترک ثلاثه فی هدم ائط» و صاحب



جواهر و محقق روایت را حمل کرده‌اند بر ضمانت کسانی که در تخریب شرکت داشته‌اند و این معنی منطبق بر قاعده نیز می‌باشد؛ بنابراین رای صادره مبنی بر ضمانت پنجاه درصد مطابق موازین نبوده نقض می‌شود و جهت طرح در شعبه هم عرض ارسال می‌گردد.^۱ در رای مزبور شعبه ۲۶ دیوانعالی کشور با مد نظر قراردادادن ماده ۳۶۳ قانون مجازات اسلامی سابق و فتاوا و نظریات فقهی موجود در این زمینه در فرضی که کارشناسان طرفین (کارگر و کارفرما) را به میزان ۵۰ درصد مسئول عنوان نموده بودند، مسئولیت کارفرما را به جهت مباشرت کارگر، قابل تصدیق ندانسته و رای صادره را نقض نموده است (البته این رای از این نظر که حقوق کار و امر حمایت از کارگر را نادیده گرفته است قابل نقد است). در کنار رای صادره نظریات فقهی عظام نیز در این خصوص تا حدی محل اختلاف است. یکی از فقهایی عظام در جواب استفتاء به عمل آمده در این خصوص که در حوادث ناشی از کار هرگاه کارشناس مورد وثوق ۴۰ درصد کارفرما و ۶۰ درصد مصدوم را مقصر بداند ضمان چگونه خواهد بود؟ و چنانچه در فرض فوق کارشناس ۵۰ درصد تقصیر را متوجه کارفرما و ۵۰ درصد تقصیر را متوجه مصدوم بداند چه حکمی دارد؟ فرموده‌اند: «اگر کارگر خودش مقصر بوده است به گونه‌ای که قتل عرفا به کسی استناد نداشته است کسی ضامن دیه او نیست هرچند کارفرما در وظیفه خود کوتاهی کرده باشد و فرقی نمی‌کند که درجه تقصیر او چه میزانی باشد.»^۲ در مقابل یکی دیگر از مراجع معظم در پاسخ به سوال مزبور فرموده‌اند: «دیه به همان نسبت بین کارفرما و مصدوم تقسیم می‌شود، مگر اینکه قانون کار که با توجه به آن استخدام صورت گرفته حکم دیگری کند»^۳ در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ ماده ۵۲۶ در این خصوص مقرر کرده است: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تاثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به‌طور مساوی ضامن می‌باشند، مگر تاثیر رفتار مرتکبین متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تاثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب ضامن است.» لذا در این ماده قانون‌گذار برای تعیین مسئول «استناد» را معیار قرار داده است و برای توزیع مسئولیت اصل را بر تساوی و در فرض تفاوت تاثیر رفتار مرتکبان، میزان تاثیر را معیار توزیع مسئولیت اعلام داشته است. صرف‌نظر از بحث ماهوی، آنچه مسلم است این امر

۱. بازگیر، یدالله، قانون مجازات اسلامی در آیین آراء دیوان عالی کشور- قتل شبه عمد و خطای محض، ج ۲، ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۱۳۱.

۲. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی امور کیفری، ج ۷، تهران، جنگل، ۱۳۸۹، ص ۸-۶.

۳. همان.

است که مرجع محترم قضایی باید در قضیه مطروحه اقدام به استدلال حقوقی کند و سپردن این امر به کارشناسانی که معمولاً فاقد دانش حقوقی هستند محل اشکال و ایراد جدی است هر چند در قانون جدید نیز اصطلاح «استناد» روشن نیست ولی به نظر می‌رسد منظور استناد عرفی باشد که به نظر امر فنی نمی‌رسد، مگر اینکه مسئله‌ای فنی در برخی موضوعات خاص ضرورت ارجاع امر را به کارشناس ایجاد کند.

به نظر یکی از فقهای معاصر: «تسبیب از امور تبعیدی شرعی نیست تا جهت فهم معنایش به شرع مراجعه شود. از موضوعات مستنبطه هم نمی‌باشد تا فقها در اختلاف نظرها به رایۀ نظریه پردازند، بلکه تسبیب از موضوعات عرفیه است و برای تشخیص باید به عرف مراجعه شود.^۱ صاحب جواهر در نقد نظریۀ توزیع که آن را از کتاب کشف اللثام فاضل هندی نقل کرده توزیع مسئولیت را منافی با قواعد اشتراک دانسته است و در تعلیل فاضل هندی به استناد عرفی (عاده) بیان کرده: «بنابراین در فرض اشتراک تساوی مسئولیت اسباب جاری است، و در کتاب کشف اللثام احتمال توزیع مسئولیت بر اساس تاثیر هر کدام از اسباب داده شده است، که آن بر خلاف قواعد اشتراک است، سپس (صاحب کشف اللثام- فاضل هندی) بیان داشته است: «ظاهراً احتمال اشتراک زمانی است که استناد عرفی تلف به چیزی که متعاقباً روی داده است کم نباشد و در مورد سبب اول باید حفر به گونه‌ای باشد که به آن چاه اطلاق گردد، در این صورت فرض این است که تلف دایر مدار هر دو است هر چند متفاوت باشد، مانند ورود جرح‌های متعدد از یک طرف و جرح واحد از طرف دیگر»^۲ همچنین تعیین میزان تاثیر نیز به نظر امری غیر فنی می‌رسد و باید دید موضع رویه قضایی در این خصوص چه خواهد بود.

۶- تعیین درصد مسئولیت در فرض وجود مباشران متعدد

در فرض شرکت مباشران، قاعده اشتراک در مسئولیت، حکومت دارد و در این صورت تعیین درصد متنفی است. در رای وحدت رویه ۷۱۷- ۱۳۹۰/۲/۶ که از سوی هیأت عمومی دیوانعالی کشور در خصوص میزان ضمان دو وسیله نقلیه صادر گردیده آمده است: «برحسب مستفاد از ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی هرگاه برخورد دو یا چند وسیله نقلیه منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان آنها گردد، مسؤولیت هر یک از رانندگان در صورت تقصیر - به هر میزان که باشد- به نحو تساوی خواهد بود، ...» در رای مزبور که ضمن تایید عدم صحت تعیین درصد مسئولیت در خصوص رانندگان مقصر صادر گردیده است

۱. سبزواری، عبدالعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۱، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق، ص ۳۵۳.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تصحیح و تحقیق و تعلیق رضا استادی، ج ۴۳، چاپ ۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص ۱۴۸.

به صراحت تعیین درصد ضمان از سوی دادگاه‌ها منع گردیده است و صرفنظر از میزان اعتبار آن یک گام به سوی مستند کردن مسئولیت بر متون قانونی و نظریات فقهی برداشته شده است. همین مفهوم در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز آمده است: «هرگاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه زمینی، ...راننده یا سرنشینان آنها کشته شوند یا آسیب ببینند در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسئول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است...». در ماده ۵۳۳ قانون مزبور نیز این حکم به صورت کلی‌تری آمده است.

۷- تعیین درصد مسئولیت در فرض وجود اسباب متعدد

مسئله تعیین ضمان در فرض دخالت اسباب متعدد از فروض بسیار پیچیده نظری در باب مسئولیت است، قبل از قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ که موضع صریحی از طرف قانون‌گذار در این خصوص ارایه نشده بود، برخی محاکم بدون عنایت به این امر با ارجاع امر به کارشناس و هیأت کارشناسان و به صرف نظریه ارایه شده بر اساس تعیین میزان مسئولیت اقدام به صدور حکم می‌کردند، لیکن قانون‌گذار در ماده ۵۲۶ این قانون فروض اجتماع اسباب و اجتماع اسباب و مباشر را در یک ماده گنجانده و هر دو را تابع حکم واحد قرار داد، در فرض اجتماع اسباب نیز معیار «استناد» حکومت می‌کند و در صورت تعدد اسبابی که ضرر مستند به آنهاست، تساوی، و در فرض تفاوت تاثیر رفتار آنها، هر یک به میزان تاثیر رفتارشان مسئول خواهند بود. با توجه به حکم مزبور نیز، جای بحث در این خصوص باقی است که آیا تشخیص میزان تاثیر امری فنی و تخصصی و خارج از اختیار دادرس است یا اینکه باید آن را امری قضایی تلقی نمود؟، که بنظر می‌رسد نمی‌توان در این خصوص حکم کلی ارایه کرد و حسب مورد ممکن است به لحاظ وجود ویژگی تخصصی در امری آن را فنی تلقی و نظریه کارشناس را لازم دانست و یا امکان دارد مسئله واجد جنبه تخصصی نباشد.

۸- ماهیت رابطه سببیت در حقوق تطبیقی (آمریکا و انگلیس)

در کامن لا تعیین سبب مسئول یک امر حکمی تلقی می‌گردد و این امر به وسیله قاضی و هیأت منصفه احراز می‌گردد، حتی در نقد سپردن آن به هیئت منصفه گفته شده است: «تعریف سببیت به وضوح مفهومی است که در محدوده آگاهی‌های عمومی و عادی یک فرد غیر متخصص (حقوقی) نمی‌گنجد»^۱ و برای تعیین سبب مسئول یک اصل (سبب عمده-material cause) و استثنائاتی بر آن پیش‌بینی شده است و رویه قضایی کشورهای تابع کامن لا به صورت اصل و استثنا عمل می‌کنند برای پرونده‌های

۱. واین آر، لفیو، سببیت و قتل در نظام کیفری ایالات متحده آمریکا، ترجمه حسین آقایی نیا، میزان، ۱۳۸۷.

ساده بر اساس رابطه سببیتی که در کامن لا به but for معروف است به تعیین سبب مسئول می‌پردازند (معیار: اگر به سبب تقصیر خواننده نبود - آیا خسارت، بدون خطای خواننده ایجاد می‌شده یا نه؟)، اما این معیار برای موارد اسباب متقارن و جمعی ناکافی است (مانند جایی که عمل مستقل دو مقصر هریک برای ورود ضرر کافی باشد)^۱ لذا به موجب معیاری دیگر، سببی مسئول است که بر اساس سنجش احتمالات^۲ در صورت عدم آن، حادثه ایجاد نمی‌شده است. اثبات این امر از طریق سیستم سنجیدن احتمالات صورت می‌گیرد^۳ بر این اساس سببی مسئول است که به تنهایی یا با هماهنگی سایر اعمال مسئولیت آور به عنوان سبب عمده در ایجاد ضرر عمل نماید. عامل اساسی، مانع مسئولیت عامل‌های ضعیف می‌گردد. عمل هر شخصی که آستانه مذکور را بگذرد - حتی به نسبت بسیار اندک - می‌تواند مسئول تمام خسارت‌های وارده تلقی گردد، حتی اگر سبب‌های دیگری در ورود خسارت موثر باشند.

سیستم سنجش احتمالات در پرونده‌های مختلف تشریح و اعمال شده است، به عنوان مثال در یک پرونده لرد هافمن با استفاده از تحلیل ریاضی به آن اینگونه پاسخ داده است که: «... در صورتی که یک قاعده حقوقی مستلزم اثبات یک واقعیتی باشد (امر موضوعی) قاضی یا هیأت منصفه باید در مورد حدوث یا عدم حدوث آن تصمیم بگیرند. امکانی برای تشخیص اینکه امر مزبور باید اتفاق افتاده باشد نیست. قانون یک سیستم دو دوئی اعمال می‌کند که در آن ارزش‌ها فقط ۰ و ۱ هستند. واقعیت یا اتفاق افتاده یا اتفاق نیفتاده است. اگر دادگاه در تردید باشد، تردید به این صورت حل می‌شود که یکی از طرفین بار اثبات را بر عهده می‌گیرد.

در صورتی که طرف مزبور قادر به اثبات نباشد ارزش صفر داده شده و فرض می‌شود امر مزبور اتفاق نیفتاده است. اگر او اثبات نماید ارزش ۱ داده شده و فرض می‌شود امر مزبور اتفاق افتاده است...» در یک پرونده دیگر لرد نیکولاس در مورد سنجش احتمالات توضیح داده که: «... آن یک معیار منفعل است. معیار سنجش احتمالات این است که در صورتی که دادگاه براساس ادله ملاحظه نماید، احتمال وقوع حادثه بیشتر از عدم آن است، متقاعد می‌شود حادثه‌ای روی داده است. در زمان ارزیابی احتمالات، دادگاه، فرمول ماندی به تناسب پرونده‌های مورد نظر در ذهن خود خواهد داشت، به این صورت که هرچه ادعا مهم‌تر باشد امکان وقوع آن کمتر خواهد بود و بنابراین طرف قویتر باید دلیلی ارایه نماید که اثبات کند

۱. Glen. Robinson, MULTIPLE CAUSATION IN TORT LAW: REFLECTIONS ON THE DES CASES, p. 5, <http://www.jstor.org/stable/1072725>. Accessed: 28/07/2013

۲. balance of probabilities

۳. James Robins and Sander Greenland, The Probability of Causation under a Stochastic Model for Individual Risk, *Biometrics*, Vol. 45, No. 4 (Dec. , 1989), p. 44,8 Published by: International Biometric Society Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2531765>. Accessed: 28/07/2013 05: 09

ادعا در تعادل احتمالات روی داده است. وقوع تقلب معمولاً از خطا غیرمحمّل تر است. وقوع صدمه جسمانی از صدمه تصادف فیزیکی کمتر امکان دارد... هرچه امکان وقوع رویداد غیر محتمل باشد، دلالی که باید اثبات نماید قبلاً حادثه مزبور روی داده لازم است، باید بر مبنای سنجش احتمالات قوی تر باشد.» بنابراین معنای سنجش احتمالات این است که امکان تحقق حادثه‌ای بیش از ۵۰ درصد باشد در حالی که در معیار کیفری، اثبات فراتر از شک معقول در این نظام حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. خشونت قاعده مزبور با طرح نظریه توزیع خسارت بین افعال زیان بار و تقسیم نسبی خسارت بین خواهان و خوانده مقصر، در اغلب حوزه‌های قضایی آمریکا تعدیل شده و معیار سبب عمده، از طرف نویسندگان حقوقی این کشورها مورد نقد قرار گرفته است. بیشترین انتقادات نیز از منظر عادلانه نبودن این معیار و فقدان قدرت بازدارندگی آن و از منظر عدالت توزیعی وارد شده است.^۱ بر این اساس معیار مسئولیت نسبی^۲ مطرح شده است. به موجب این معیار، دادگاه‌ها خسارات را بین اسباب محتمل وقوع خسارت و خطر، در بین عده‌ای از مردم اعمال و تقسیم می‌کنند، اعم از اینکه این احتمال بیشتر یا کمتر از مرز ۵۰ درصد باشد.

معیار سبب عمده، در پرونده‌های پیچیده که اسباب متعددی در ایجاد ضرر درگیرند کارساز نیست، مجلس اعیان انگلیس و دادگاه‌های عالی، معیار دیگری در این موارد پذیرفته‌اند. در هر کدام از پرونده‌های Hall, Summers, Sindell, دادگاه فرض خاصی را تاسیس کرده است، به این صورت که در مواردی که اسباب متعدد، خطری را ایجاد نمایند که منجر به ورود ضرری گردد، و ضرر مزبور به روشنی قابل انتساب به یکی از اسباب نباشد، همه اسباب، مسئول فرض خواهند شد. اثر این فرض منقلب شدن بار اثبات است و بار اثبات عدم مسئولیت بر عهده خواندگان مدعی عدم مسئولیت است.

لرد هافمن نویسنده فصلنامه حقوق، سببیتی که قانون به آن پرداخته است را به این صورت خلاصه کرده است: «... سوال از اینکه چه چیزی باید به عنوان یک رابطه سببیت کافی شمرده شود یک سوال حکمی است»^۳ لرد هافمن در ادامه مطابق نظرات اخلاقی معمول مسئولیت، به شرح معیارهای استاندارد که جهت ایجاد رابطه سببیت لازم است،^۴ پرداخته است، هرچند ممکن است در برخی مواقع قانون از

۱. David Rosenberg, The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System, Harvard Law Review, Vol. 97, No. 4 (Feb., 1984), p. 97, Published by: The Harvard Law Review Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1341021>. Accessed: 28/07/2013 05: 43-

۲. standard of proportional liability

۳. Lord Hoffmann, [2005] LQR 592 at 596-597, James Thompson, The Law of Causation in the Law of Tort: Concurrent Issues, ۲۱ March ۲۰۰۷, p. ۵.

۴. but for

معیارهای استاندارد منحرف شود.

در دعوای بونینگ تون کاستینگز بر علیه واردلو ۱۹۵۶ واردلو به جهت بروز بیماری ریه در نتیجه تجمع ذره‌های سیلیکا در ریه او در زمان کار در مغازه‌های لباس و تعمیر بونینگ تون مدعی مطالبه خسارت شد، دو منبع احتمالی برای این ذره‌ها وجود داشت: چکش بادی و آسیاب چرخشی. لرد رید بیان کرد: «... سوال واقعی این است که آیا ذرات ناشی از آسیاب چرخان به‌طور اساسی^۱ به بیماری مرتبط بوده است. آن چیزی که ارتباط عمده است باید سوال از درجه باشد...»^۲.

رویکرد مشابهی در دعوای مک‌گی بر علیه نشنال کول بورد از طرف مجلس اعیان اتخاذ شد، در آن دعوی مقرر گردید؛ افزایش عمده خطر خسارت در حکم سبب عمده خسارت است. خواهان مبتلا به التهاب پوستی ناشی از ذره‌های آجر در کوره آجرپزی، که او در آن کار می‌کرده، شده بود. کارفرمای او از تهیه تجهیزات شستشو قصور ورزیده بود و لذا او مجبور بود هر روز در حالتی که هنوز ذره‌های آجر بر روی پوست او بود تا خانه دوچرخه سواری کند. مجلس اعیان مقرر نمود خواهان می‌تواند خوانده را به جبران خسارات محکوم نماید؛ زیرا او قادر است اثبات نماید که قصور خوانده در تهیه تجهیزات به طور اساسی خطر شرایط را بالا برده است.^۳ در دعوای هوستون به طرفیت است برکشایر شرقی (East Berkshire)، مجلس اعیان رویکرد مشابهی را اتخاذ کرد. در پرونده مزبور، خطای یک پسر جوان باعث سقوط وی از بالای درخت و صدمه دیدن قسمت کفل وی و متعاقباً منتهی به بافت‌مردگی شد. صدمه وارده به او به درستی تشخیص داده نشد و در نتیجه، معالجه پنج روز به تعویق افتاد.

لرد بریج گفت: «در غیر موردی که خواهان بتواند بر مبنای سنجش احتمالات اثبات نماید که تاخیر معالجه حداقل یک علت عمده سبب فقدان رگ‌های خونی نسوج مردگی بوده است، او از اثبات سببیت قاصر بوده». در نتیجه، مجلس اعیان مقرر نمود: حکم قاضی در خصوص حقیقت، بر اساس سنجش احتمالات، سقوط به تنهایی سبب واحد نسوج‌مردگی بوده، به این معنی که خواهان نمی‌تواند تقاضای جبران خسارت نسبت به «از دست دادن شانس» معالجه بهتر را بکند.^۴

مجلس اعیان استثنائی را بر قاعده کلی شناسایی فوق وارد نموده است، که در مواردی که وضعیت اطلاعات علمی به خواهان اجازه اثبات مکانیزم دقیق سببیت ورود خسارت به او را نمی‌دهد، به کار می‌آید، در پرونده Sindell این معیار پذیرفته شد. اثبات مسئولیت بر اساس رابطه سببیت شخصی با

۱. materially

۲. Bonnington Castings v Wardlaw [۱۹۵۶] AC ۶۱۳.

۳. McGhee v National Coal Board [۱۹۷۳] ۱ WLR ۱.

۴. Hotson v East Berkshire [1987] 1 AC 750

خطر، محاسبه همه اسباب شریک بدون توجه به بی‌تقصیری یا مقصر بودن، این پیشنهاد مسئولیت را بر مبنای سببیت تقسیم می‌کند. این معیار از دو نظر حقوق کنونی را توسعه می‌دهد: خشونت قدیمی ضرورت عمده بودن سبب را کاهش می‌دهد و در تقسیم مسئولیت شامل اسبابی می‌شود که در معرض مسئولیت نیستند (اسباب بدون تقصیر و ناشناس). در این پرونده خواندگان بر اساس قاعده مسئولیت «شرکت در بازار»^۱ محکوم شدند. موضوع از این قرار بود که خوانده مبتلا به سرطان پیشرفته‌ای شده بود که ناشی از مصرف نوعی استروژن مصنوعی توسط مادرش بود که به وسیله خواندگان تولید می‌شده است، هر کدام از تولیدکنندگان ماده مزبور مسئول پرداخت مساوی خسارات به جهت شرکت در تولید داروی معیوب شدند.

در خصوص پرونده‌هایی که با ایجاد یک خطر خسارات زیادی به افراد جامعه وارد می‌شود و سبب مستقیم آن نیز به صورت شخصی معلوم نیست، اما روشن است که یک امر جمعی عامل و سبب ایجاد ضرر شده است، از جمله در پرونده‌های بسیار زیادی چون پرونده استروژن مصنوعی، عامل نرنجی، عامل سفید، گرد پنبه نسوز، دی اوکسین...، خسارات جبران‌ناپذیر بسیار زیادی چون وقوع سرطان‌های متعدد به واسطه استعمال یک محصول زیان‌بار وارد شده است و سبب مستقیم آن نیز مشخص نیست، و حتی سببیت یک عامل نیز روشن نیست، ولی از طرف دیگر ثابت شده است که مثلاً عامل نرنجی که از طرف شرکت‌های متعددی تولید می‌شود سبب ابتلای افراد زیادی به نوعی سرطان شده است یا استعمال استروژن مصنوعی از سوی زنان منجر به ابتلای نوزادان دختر آنها به زخم‌های سرطانی شده است، در این موارد سیستم سنتی مسئولیت مدنی، پاسخ‌گو نیست چون می‌باید رابطه سببیت بر اساس این سیستم بین ورود ضرر و سبب برقرار شود و این امر در وقوع این نوع حوادث عمومی امکان‌پذیر نیست. در این خصوص نظریه حقوق عمومی ارایه شده است تا بر اساس آن سیستم جبران خسارت مقدور گردد و خسارت بین اسباب توزیع گردد، و عامل مدعی عدم دخالت باید آن را اثبات نماید.

رای صادره در پرونده بارکر علیه شرکت کروس به عنوان یک رای مهم در زمینه مسئولیت صنعتی است که مرتبط با سببیت، محسوب می‌شود. در این پرونده موضوع از این قرار بوده است که، کارگر بعد از اینکه برای چندین کارفرما در محیط کار در معرض استنشام ذرات پنبه نسوز کار کرده بود، به بیماری کشنده‌ای مبتلا شده بود. به جهت گذشت مدت زمان ۲۵ تا ۵۰ ساله از کار تا ابتلای به بیماری، کارفرمای سبب ابتلا معلوم نبود، با این وجود همه آنها در بالا بردن احتمال خطر شریک بودند. برخلاف

۱. market share liability

پرونده Fairchild که در آن پرونده همه کارفرماها به طور تضامنی مسئول شناخته شده بودند، در این پرونده برخی از کارفرماها معسر شده بودند. نتیجه این دعوی به وجود آمدن مفهوم جدید مسئولیت نسبی بود، لذا هر کارفرمایی به نسبت مشارکت مسئول جبران خسارت بود و مسئولیتی در رابطه با کارفرمایان معسر بر او بار نشد، AC ۲ [۲۰۰۶] Barker v Corus UK Ltd در این پرونده، لرد هافمن رویکردی را پذیرفت که بر اساس آن در این موارد خوانده نمی‌تواند مسئول تمام خسارت‌های وارده بر خواهان باشد. او صرفاً به اندازه میزان مشارکت او در خسارت مسئول است.

از پرونده‌های مطرح شده مشخص گردید که در رویه قضایی کامن لا (کشور انگلیس و آمریکا) برای تعیین سبب مسئول معیار عمده بودن سبب، پذیرفته شده است و در تعدد اسباب نیز این معیار اعمال می‌شود اما با توجه به پیشرفت‌های علمی و خسارات ناشی از عوامل صنعتی و مشکل بودن اثبات معیار سبب عمده و ناکافی بودن آن در موارد مسئولیت‌های متقارن و اسباب متعدد رویه قضایی کشورهای کامن لا به انحراف از معیار مزبور پرداخته و بر این معیار استثنایی وارد شده است به این صورت که در برخی از موارد که خسارات عمده‌ای به طور جمعی وارد می‌گردد، اما به لحاظ علمی امکان اثبات اینکه سبب مزبور عامل عمده ورود خسارت بوده است، وجود ندارد، بر اساس سنجش احتمالات حکم به مسئولیت این اسباب داده می‌شود. اسبابی که عمده بودن آنها قابل اثبات نیست، اما برای میزان و محدوده مسئولیت در این پرونده‌ها همان‌طور که ذکر شد از سوی قضات کامن لا معیاری پذیرفته شده است یعنی معیار درجه تأثیر و بار مسئولیت بر اساس آن. و تا آنجایی که مشاهده شد این میزان به طور مساوی فرض شده است. لذا معیار سببیت در حقوق انگلستان امری حکمی بوده و استفاده از کارشناسان برای تعیین مسئول برای ارزیابی میزان خسارات صورت می‌گیرد. در قانون جبران خسارت ۲۰۰۶ انگلستان در قسمت (۲) بند سوم بخش اول^۱ برخلاف رویکرد مورد اعمال در پرونده بارکر به توزیع مسئولیت به صورت تضامنی^۲ در بین خواندگان، حتی خواندگان بالقوه، در دعاوی با موضوع سرطان ریه ناشی از کار در محیط آلوده به ذرات پنبه نسوز، حکم شده است.

۱. (2) The responsible person shall be liable...(b) jointly and severally with any other responsible person, jointly and severally liable.

آن گونه که از مباحث ماهوی مربوط به مسئولیت در این اختصار بر آمد، تردیدی در وسعت مباحث مزبور نیست. از طرفی اگر نصوص خاص و استثنایی و پیچیدگی‌های خاص و دخالت اسباب خارجی و مباحث دیگر را نیز مورد توجه قرار دهیم این وسعت هر چه بیشتر خواهد بود. حجم قوانین و نظریات حقوق دانان، سابقه فقهی و شرعی و تاریخی و قانون‌گذاری مسایل مزبور، مفید این معنی است که نمی‌توان از کارشناسان رسمی دادگستری که معمولاً کارشناس حوادث و ساختمان و واجد تخصص‌های فنی از این قبیل هستند، تسلط بر تمام مسایل ماهوی مسئولیت را انتظار داشت. در مسایل مسئولیت که عقلاً ارایه نظر نهایی و حقوقی در این خصوص سلطه بر مباحث قانونی و نظری موجود را می‌طلبد، تفویض این امر به کارشناسان مزبور نمی‌تواند توجیه پذیر باشد، بالاخص که بر اساس قوانین شکلی، ارجاع امر به کارشناس و خبره صرفاً در موضوعاتی که جنبه فنی داشته باشد، پذیرفته شده است. لذا در هیچ مورد موضوعات قضایی مذکور قابلیت تفویض به کارشناس را ندارد.

رویه موجود برخی محاکم در ارجاع امر به کارشناس و صدور حکم بر اساس آن و به استناد آن، بدون کم و کاست، با این ایراد جدی مواجه است که معیار تعیین درصد از سوی کارشناسان چه معیاری است؟ اگر معیار مزبور همان فهم عرفی باشد به جهت نداشتن خصیصه فنی، تعیین آن از سوی کارشناسان توجیه قانونی ندارد و این امر می‌تواند از سوی دادرس نیز انجام گردد و اگر معیار دیگری وجود دارد؛ اولاً، لازم است روشن گردد چه معیاری است که به‌طور دقیق امر کیفی مسئولیت را به امر کمی درصد مبدل می‌سازد و در ثانی منشأ قانونی آن چیست؟ با توجه به این امر می‌توان گفت در خصوص ضمان مباشران متعدد مطابق نصوص قانونی و اصول کلی و رای وحدت رویه ۱۳۹۰/۲/۶-۷۱۷ مسئولیت اشتراکی برقرار بوده و صرفاً شناسایی مباشران یا اسباب را آن هم در مسایلی که جنبه فنی داشته باشد می‌توان به کارشناس ارجاع نمود در خصوص اجتماع مباشر و سبب نیز با توجه به قانون مجازات جدید، در صورت استناد و تساوی از حیث تاثیر، مسئولیت به تساوی برقرار است و در صورت اختلاف در تاثیر، بر حسب تاثیر رفتار هریک، لذا در این خصوص نیز امر روشن است. همانند اجتماع مباشران دادرس، جنبه فنی قضیه را صرفاً در خصوص شناسایی سبب و مباشر در مسئولیت اسباب متعدد که امر پیچیده‌تر می‌شود می‌تواند به کارشناس ارجاع دهد. به هر حال در این ارجاعات باید توجه دقیق شود که کارشناس، وارد اظهارنظر قضایی نشود. در برخی حوادث مانند حوادث ناشی از کار، کارشناسان نظر دهنده، با استناد به قوانین موجود، اقدام به ارایه نظر و تعیین درصد مسئولیت کارگر و کارفرما می‌کنند، لیکن گاهی به جهت عدم تسلط به قواعد عمومی مسئولیت یا نصوص قانونی موجود با نگاه تک بعدی و صرفاً از منظر

مقررات مربوط به کار و حادثه ناشی از کار به ارایه نظر می‌پردازند و ممکن است بعضی عناصر حکمی و موضوعی دخیل در قضیه را مانند، قوه قهریه، مسئولیت ناشی از فعل غیر، نظریه خطر، نصوص خاص موجود، عدوانی یا غیر عدوانی بودن اسباب و... را مد نظر قرار ندهند، لذا نظریه ارایه شده به هیچ عنوان نمی‌تواند منجر به اجرای قواعد مسئولیت و تحقق عدالت گردد. ضروری است که محاکم و مراجع در ملاحظه نظریه کارشناسی، اتخاذ عناصر فنی موجود در نظریه کارشناسان و عدم عنایت به موضوعات حکمی و قانونی را در نظریات مزبور مد نظر قرار دهند. حتی با عنایت به گسترده بودن وادی مسئولیت و مباحث ماهوی آن و وجود نصوص قانونی متعدد در این زمینه؛ مانند قانون مدنی، قانون مجازات اسلامی، قانون مسئولیت مدنی، قانون تجارت، قانون کار و... پرورش و تربیت کارشناسان یا قضات متخصص مسئولیت مدنی یا ایجاد رشته تخصصی مسئولیت مدنی در پیش گرفته شود. در حقوق کامن لا نیز تعیین سبب مسئول (سبب عمده) امر حکمی بوده و بر اصل مزبور استثنائاتی وارد شده است و کارشناسان برای ارزیابی میزان خسارات در دعاوی مورد مراجعه قرار می‌گیرند. ملاحظه گردید که در کامن لا دغدغه اجرای قواعد سنتی از یک سو و نیل به اجرای عدالت از سوی دیگر از سوی قضات آن نظام، تحول در قواعد مسئولیت را با توجه به موضوعات جدید و پیشرفت‌های علمی و با توسل به استدلال‌های حقوقی و نه از طریق ارجاع امر به کارشناسان تحقق بخشید. معیار *but for* و سببیت در کامن لا یک امر حکمی تلقی گردیده و مورد نظارت قضایی قرار می‌گیرد.

الف - منابع فارسی:

۱. امامی، حسن (۱۳۴۶)، حقوق مدنی، جلد ششم، تهران، سازمان ابوریحان.
۲. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، سهامی انتشار ۱۳۸۴.
۳. بازگیر، یدالله (۱۳۷۶)، قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوان عالی کشور - ۲ قتل شبه عمد و خطای محض، چاپ اول، تهران، ققنوس.
۴. حسینی نژاد، حسینقلی (۱۳۸۱)، ادله اثبات دعوی، چاپ دوم، دانش نگار.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد های سوم و چهار، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۷. شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم. تهران، دراک.
۸. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (۱۳۸۹)، مجموعه نظریات مشورتی فقهی امور کیفری، جلد هفتم، تهران، جنگل.
۹. واحدی، قدرت الله (۱۳۷۸)، بایسته های آیین دادرسی مدنی، دادگستر.
۱۰. واین آر، لفیو (۱۳۸۷)، سببیت و قتل در نظام کیفری ایالات متحده آمریکا، ترجمه حسین آقایی نیا، تهران، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان.

ب - منابع عربی:

۱۱. سزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد بیست و یکم، ص ۳۵۳، موسسه المنار.
۱۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد چهل و سوم، چاپ سوم، ص ۱۴۸، تصحیح و تحقیق و تعلیق رضا استادی انتشارات دارالکتب الاسلامیه تهران.

13. Arthur Ripstein, Tort, The Division of Responsibility and the Law of Tort, Fordham Law Review Volume 72 | Issue 5 Article 21, 2004.
14. David Rosenberg, The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System, Harvard Law Review, Vol. 97, No. 4 (Feb. , 1984), pp. 849-929 Published by: The Harvard Law Review Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1341021>. Accessed: 28/07/2013 05: 43.
15. ELIZABETH A. MARTIN, A Dictionary of Law, FIFTH EDITION, OXFORD UNIVERSITY PRESS , 2006.
16. Glen. Robinson, MULTIPLE CAUSATION IN TORT LAW: REFLECTIONS ON THE DES CASES, <http://www.jstor.org/stable/1072725>. Accessed: 28/07/2013 05: 24.
17. GUIIO CALABRES, SOME THOUGHTS ON RISK DISTRIBUTION AND THE LAW OF TORTS, THE YALE LAW JOURNAL, VOLUME 70 MARCH 1961 NUMBER 4, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.
18. HHJ Stephen Davies, What proof on the balance of probabilities means in theory, <http://uk.practicallaw.com/2-500-6576?service=ld>.
19. James Thompson, The Law of Causation in the Law of Tort: Concurrent Issues , 21 March 2007 .
20. James Robins and Sander Greenland, The Probability of Causation under a Stochastic Model for Individual Risk, Biometrics, Vol. 45, No. 4 (Dec. , 1989), pp. 1125-1138 Published by: International Biometric Society Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2531765>. Accessed: 28/07/2013 05: 09.
۲۱. LIZ HEFFERNAN, GAUGING THE RELIABILITY OF SCIENTIFIC EVIDENCE IN TORT, Judicial Studies Institute Journal [6: 1 February 2006
22. Michael Faure and Louis Visscher, The Role of Experts in Assessing Damages, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE). No. 2011/09, <http://ssrn.com/abstract=2179038>.

سکوت قانون و روش شکست آن

ممد رضا بندرچی^۱

چکیده:

شرح و تفسیر قانون یکی از روش‌های پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی جهان است؛ بدین‌گونه که دادرس در مقام رسیدگی و احقاق حق نیازمند تفسیر مقرراتی است که قصد دارد به آنها استناد نماید و در این راستا مکاتب تفسیری مختلفی پدید آمده‌اند که حقوق‌دانان و قضات با مراجعه به مبانی آن از قوانین موضوعه تفسیرهای خاصی را ارائه می‌دهند ولی گاه دادرس نه با ابهام قانون بلکه با سکوت آن روبه‌رو می‌شود؛ چراکه مقنن به علت این که ذاتاً بشر است قدرت پیش‌بینی همه حوادث و وقایع پیش رو را ندارد، لذا نمی‌تواند همه مطالب ریز و درشت را در قانون بگنجانند و بدین ترتیب گاه دعاوی نزد قاضی مطرح می‌شود که در متون قانونی حکمی برایش معین نشده است و از طرفی قاضی ملزم به صدور حکم مقتضی است و نمی‌تواند از رسیدگی به بهانه نبود حکم قانون استنکاف کند؛ در این جاست که با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم. در سیستم‌های حقوقی مختلف برای حل این مشکل راه‌های متفاوتی ارائه شده است. در آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ که با الهام از حقوق فرانسه تدوین شده است، قانون‌گذار به تقلید از حقوق فرانسه قاضی را ملزم به مراجعه به روح قانون و عرف و عادات مسلم جامعه نموده که البته خود این متن هم ابهامات متعددی را ایجاد کرده بود. پس از تأسیس جمهوری اسلامی ایران و تدوین قانون اساسی آن رویه تغییر کرد و روش جدید تحلیل سکوت قانونی بنا نهاده شد که اهم آن در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی کرد و قاضی به جای رجوع به روح قانون ملزم به رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر گردید و در دنباله آن در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ علاوه بر منابع فقهی و فتاوی معتبر به مقوله‌ای به نام «اصول حقوقی» نیز تصریح شد و بدین ترتیب بر اساس این مبنای ایجاد شده در جمهوری اسلامی ایران قاضی در هنگام روبه‌رو شدن با قضیه - ای که حکمش در قانون نیامده و از راه تفسیر قانونی هم نمی‌تواند رفع مشکل کند، ملزم است حکم واقع را در منابع فقهی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، جست‌وجو کند. در اینجا نقش قواعد فقه که جایگاه مهمی در حقوق اسلامی دارد آشکار می‌شود چراکه می‌توان آن را جزء اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی هم نیستند دانست و بدین ترتیب اهمیت تعریف و شرح مبانی این اصل حقوقی بیش از پیش مشخص می‌گردد.

کلیدواژه: قاعده، ادله، اصول حقوقی، تفسیر، سکوت قانون، تقنین

زندگی در جهان امروزی مناسبات نوین خاصی را ایجاد کرده که هر یک در جای خود قابل بررسی است و انسان به تبع وضع جدیدی که برایش پیش آمده تلاش کرده در شیوه‌های زندگی هم تغییرات مهمی ایجاد کند که با دوران قدیم بسیار متفاوت است؛ مثل سبک‌خانه‌سازی، راه‌ها، تحصیل، جنگ و صلح و غیره. یکی از دستاوردهای عصر جدید قانون‌گذاری است و رسیدگی قضایی بر مبنای قانون، ولی این امر تبعاتی دارد از جمله این که قاضی که با متنی خشک و مدون قانونی روبه‌رو است، در مقام رسیدگی و احقاق حق و صدور حکم مقتضی نیاز به تفسیر قانون داشته و اصولاً شرح و تفسیر قانون، مقامی بس مهم در امر قضا و حقوق موضوعه دارد تا جایی که یکی از کارهای مهم دانشمندان علم حقوق، شرح و تفسیر قانون است و شاید تألیفات حقوق‌دانان و استادان علم حقوق را بتوان یکی از منابع مهم تفسیر قانون دانست که معمولاً قضات در مقام تفسیر مقررات به این نظرات علمی بهای زیادی می‌دهند. اما نکته بعدی که در مقام رسیدگی قضایی تجلی می‌کند و دادرس را با اشکال روبه‌رو می‌سازد. موضوع سکوت قانون است. یعنی واقع‌ای نزد وی طرح می‌شود که برای آن حکمی در قانون موضوعه معین نشده است و یا آن که قانون آن قدر اجمال و ابهام دارد که عملاً به معنی سکوت است. در این وضعیت با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم که نیازمند بررسی و تحلیل بیشتری است تا بتوان راه‌حل‌های مختلفی را که برای شکستن آن پیشنهاد شده است، بررسی کنیم.

در نظام‌های مختلف حقوقی جهت تفسیر و شرح قانون رویه‌های مختلفی همچون مکتب ادبی، مکتب تاریخی و مانند اینها پیش‌بینی شده است که دادرسان براساس این دکترین‌ها در مقام رسیدگی قضایی به تفسیر قانون می‌پردازند اما در مرحله‌ای که آن را «سکوت قانون» می‌نامند، روش شکستن سکوت، بسیار متفاوت است.

«دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند»^۱

این متن قانونی که با الهام از قانون دادرسی مدنی فرانسه نگاشته شده، چهار مورد نقص قانون، ابهام، تناقض مواد قانونی و عدم وجود قانون را از موارد سکوت قانون دانسته و قاضی را مکلف کرده تا در این

۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸.

موارد چهارگانه به دو منبع: روح و مفاد قوانین موضوعه و نیز عرف و عادت مسلم، رجوع و حکم مقتضی صادر کند، ولی در هیچ ماده قانونی توضیحی در مورد معنی و مفهوم روح قانون نمی‌دهد که خود همین امر به جای حل مشکل به ابهام آن می‌افزود. به هر حال پس از تأسیس جمهوری اسلامی ایران و تدوین قانون اساسی آن موضوع شکست سکوت قانون به نحو دیگری بیان گردید:

مطابق اصل ۱۶۷ «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». بدین ترتیب در نظام حقوقی کنونی ایران مسئله سکوت و اجمال و نقص قوانین به گونه‌ای جدید که تقریباً متفاوت از قاعده مندرج در ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ است. طرح شده و نیاز به قواعد و اصول فقهی و حقوقی در این راستا کاملاً جدی و دقیق است. در مقاله پیش‌رو زوایای گوناگون این مطلب را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- بررسی سکوت قانون در مقررات قبل از تأسیس جمهوری اسلامی ایران

در سال ۱۳۱۸ قانون‌گذار با الهام از مقررات دادرسی فرانسه به موضوع سکوت قانون و تعیین تکلیف آن عنایت داشته و راه‌کاری خاص را در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ارائه می‌دهد.^۱ اشاره شد دادرس در مقام رسیدگی به نزاع (اعم از مدنی یا کیفری) ابتدا باید به قانون مراجعه کند و حکم قضیه را در متون قانونی بیابد.^۲

برابر ماده ۵ قانون یاد شده «دادگاه هر دعوا را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد» و در ماده ۳ نیز قضات را مکلف کرده «... به دعاوی، موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند...» بدین ترتیب دادرس در وهله اول در مقام رسیدگی باید صرفاً به قوانین مصوب مراجعه کند و حق ندارد در صورت وجود قانون صریح و مدون به منابع دیگر رجوع نماید.^۳

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ ۳، تهران، مجد، ۱۳۸۱، ص ۷۲.

۲. قاسم‌زاده، قاسم، حقوق اساسی، چاپ ۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۴، ص ۷۸.

۳. مدنی، جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، تهران، ۱۳۵۶، ص ۴۸.

مطابق مقررات یاد شده روح قانون یکی از منابع مهم حقوقی در تفسیر قانون بود که برابر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ در این مورد قاضی را مکلف می‌کرد با رجوع به روح قانون و نیز عرف و عادت مسلم، قضیه را حل و فصل کند.

۲- روش شکست سکوت قانون در آیین دادرسی مدنی جدید (۱۳۷۹)

به علت این که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ شمسی هم دارای مفاهیمی مبهم و مجمل بود و هم اینکه با مبانی فقهی کاملاً منطبق نبود، قانون‌گذار درصدد برآمد که برای این امر راه‌کار دیگری بنیاد نهد لذا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر کرد:

«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»

چنانچه می‌دانیم قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ به تصویب رسیده است و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در سال ۱۳۱۸ شمسی وضع شده است.

از نظر قضایی در این زمینه تأمل در دو نظر شایسته است:

اول: چون اصل ۱۶۷ با ماده ۳ مزبور متعارض است، لذا باید ماده ۳ را منسوخ ضمنی دانست که با تصویب قانون مؤخر (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) منسوخ می‌باشد؛ فلذا در موارد سکوت قانون باید به اصل ۱۶۷ قانون اساسی تمسک نمود.

در نظریه دوم که به نظر می‌رسد به صواب نزدیک‌تر باشد بین اصل ۱۶۷ به اتکای «الجمع مهمما ممکن اولی من الطرح» و ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ تعارضی نیست؛ بلکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی آن را تکمیل کرده است. لذا قاضی در موارد یاد شده و تأمل در هر دو متن قانونی می‌تواند با تمسک به روح قانون، عرف و عادات مسلم، منابع فقهی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی، حکم قضیه را بیابد. بدین ترتیب تا تصویب آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ که ناسخ مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ گردید قضات و دادرسان در موارد مطروحه به هر دوی این متون قانونی استناد می‌کردند ولی به هر حال ماده ۳ قانون مصوب ۱۳۱۸ اکنون نسخ شده و قانون‌گذار در سال ۱۳۷۹ در این زمینه مبادرت به وضع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب نمود که بیانگر شیوه‌های دادرسی مدنی است.

در ماده ۳ این قانون به تأسی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تکمیل آن چنین مقرر نمود:

«قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت

نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند...»

بدین ترتیب موضوع استناد به روح قانون و عرف و عادت مسلم و جایگزینی آنها در موارد سکوت قانون منتفی گردید اگرچه به شرحی که پیش تر هم گفتیم استناد به عرف و عادت در سایر مقررات قید شده است و از منابع حقوقی به شمار می رود.

بدین ترتیب وظیفه اولیه قاضی آن است که حکم قضیه را در قوانین مدون بیابد ولی ممکن است به چهار دلیل وی در این زمینه دچار مشکل شود:

اول: نقص قانون

دوم: عدم صراحت و وجود ابهام یا اجمال مقررات

سوم: تعارض قوانین

چهارم: عدم وجود قانون در قضیه

در این چهار مورد است که موضوع سکوت قانون به طور کلی آشکار می شود. لذا قاضی به دلالت قسمت اخیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع کند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهد شد بلکه چاره کار آن است که با استعانت از منابع مورد اشاره در ماده مزبور خلأ قانونی را جبران کند.

در این ماده سه منبع مهم جهت پر کردن خلأ سکوت قانون به مفهوم کلی ذکر شده است:

اول: منابع معتبر اسلامی

دوم: فتاوی معتبر

سوم: اصول حقوقی غیرمغایر شرع

با دقت در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مقایسه آن با ماده ۳ مزبور درمی یابیم که قانون گذار منبع مهم «اصول حقوقی غیرمغایر شرع» را هم به منابع مندرج در قانون اساسی اضافه کرده و بدین ترتیب نقص اصل ۱۶۷ را جبران کرده است. زیرا چه بسا موضوعی مستحدثه در نزد دادرس مطرح شود که حکم آن از منابع معتبر و یا فتاوی فقها به دست نیاید ولی اصول حقوقی می تواند به حل آن کمک نماید.

۳- منابع جایگزین سکوت قانون چیست؟

چنانچه در بخش گذشته یاد کردیم سه مأخذ مهم، یاری‌گر دادرس در شکستن سکوت قانون است که اکنون به شرح هر یک و دایره توانایی‌شان می‌پردازیم:

اول: منابع معتبر اسلامی

بر اساس فقه اسلامی اعم از اهل سنت و امامیه، مجتهد برای استنباط حکم فقهی باید به منابعی که مقرر شده مراجعه نماید و از صدور حکم و فتوا بدون دقت در منابع معتبر امتناع کند. در فقه اهل سنت کتاب، سنت رسول الله (ص) و اجماع به عنوان منابع فقهی مذاهب اربعه شناخته شده است^۱ و بین مذاهب آنان در تعیین منابع دیگری مثل قیاس، سد ذرایع، سیره شیخین و صحابه اختلاف نظر است^۲ در فقه امامیه چهار منبع کتاب، سنت رسول الله و ائمه اطهار، اجماع و عقل به عنوان چهار منبع استنباط احکام فقهی شناخته شده است^۳.

تذکر مهم: به نظر می‌رسد چون قضات و دادرسان دو نوعند: مجتهد و مقلد؛ این ماده به گونه‌ای طراحی شده که برای هر دو گروه قابل استناد باشد. لذا باید گفت در مواردی که قاضی مجتهد است برای شکستن سکوت قانون باید رأساً به منابع فقه رجوع کند و حکم لازم را استنباط نماید ولی اگر دادرس، مقلد باشد دیگر جای رجوع به منابع فقه نیست. بلکه وی باید به فتاوی معتبر و اصول حقوقی استناد کند. تذکر دوم: منظور از منابع فقهی اسلامی چیست؟ آیا منابع فقهی امامیه ملاک است یا می‌توان به منابع فقهی اهل سنت هم رجوع نمود؟

برای پاسخ به این مطلب باید گفت:

طبق اصل ۱۲ قانون اساسی «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است...»

با توجه به این اصل می‌توان اصل چهارم قانون اساسی را که می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...» به این صورت تفسیر کرد که منظور از موازین اسلامی، یعنی اصول و قواعد پذیرفته شده مذهب جعفری اثنی عشری که شورای نگهبان هم در عمل این تفسیر را پذیرفته و ملاک عمل تقنین قرار داده است و

۱. ابوری، محمد، اضاء علی السنه المحمديه، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۱۲.

۲. ابو حبيب، هادی، القاموس الفقهي، ۱۴۱۴ ق، ص ۸۱.

۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۱۴۲۱ ق، ص ۹۱.

بدین ترتیب ملاک مغایرت و عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و موازین اسلامی، مذهب جعفری دوازده امامی می‌باشد.

بدین ترتیب قضات مجتهد در رجوع به منابع اسلامی باید مطابق فقه جعفری عمل نمایند؛ اما از آنجایی که برابر اصل ۱۲ قانون اساسی «مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارشاد وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند...»

چنانچه موضوع متنازع‌فیه اهل سنت و زیدی در حدود احوال شخصیه در این اصل باشد، قاضی مجتهد می‌تواند به منابع فقهی اهل سنت رجوع کند و حکم قضیه را صادر کند و چنانچه مجتهد نباشد حق دارد به فتاوی معتبر اهل سنت با رعایت مذهب متداعیین و اصول حقوقی استناد کند. به عنوان مثال اگر بین دو طرف سنی مذهب در امر تقسیم ارثیه اختلاف پیش آید، چون بعضی احکام فقهی ارث آنان با مقررات قانون مدنی مغایر است و موضوع نیز در حیطه احوال شخصیه می‌باشد، قاضی ولو شیعه باشد باید به احکام مذهب آنان حکم نماید. بدین ترتیب در این حوزه با یک اصل و یک استثنا روبرو هستیم: اصل بر آن است که در موارد سکوت قانون باید به منابع فقهی امامیه عمل نمود و استثنای آن نیز در احوال شخصیه غیرشیعه و اقلیت‌های دینی می‌باشد.

دوم: فتاوی معتبر

چنانچه پیشتر گفتیم قاضی مجتهد در موارد سکوت قانون به منابع چهارگانه فقهی رجوع می‌کند اما چون این توانایی برای قاضی غیرمجتهد وجود ندارد و ملکه اجتهاد در او به وجود نیامده است، نمی‌تواند به منابع فقهی استناد نماید. مگر برای مستندتر کردن حکم خود بلکه وی در این هنگامه باید به فتاوی معتبر رجوع کند.

نکته- فتاوی معتبر چیست؟

نظریه‌ای که مجتهد جامع‌الشرايط صادر می‌کند می‌تواند چهره‌های مختلفی داشته باشد:

الف- حالت حکم دارد. یعنی یا بر اثر نزاع طرفین صادر شده و یا اینکه حکم واقع‌ای را که از او سؤال شده بیان کرده مثل حکم حرمت استعمال توتون و تنباکو توسط مرحوم میرزای شیرازی.

ب- بیان نظرش در مسئله فقهی به صورت صریح است.

ج- در بیان حکم مسئله به علت این که ادله را کافی ندانسته حکم صریح نداده بلکه با بیان احتیاط واجب، بعید نیست، احتیاط مستحب، احتیاط ترک نشود و مانند این‌ها بیان نظر کرده است.

با توجه به اصل تفسیر موسع امور مدنی به نظر می‌رسد واژه فتوا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی را باید به همه نظراتی که فقیه جامع‌الشرایط نسبت به موضوعی صادر کرده تسری داد و آن را به فتوا یعنی نظر صریح و بدون احتیاط او منحصر نمود، کما این که پاره‌ای از حقوق دانان در تعریف فتوا گفته‌اند: نظری که مفتی می‌دهد خواه در مقام مرافعه و فصل خصومت باشد، خواه صرفاً اظهار نظر علمی باشد.^۱

توضیح قید «معتبر» در مقوله فتاوی معتبر

چنانچه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی توضیح دادیم، قانون‌گذار با قید «فتاوی معتبر» صفت معتبر را برای فتاوی بیان کرده است؛ حال باید دید علت این مقید کردن چیست؟ فتوا و نظریه فقهی زمانی اعتبار دارد که از جانب مفتی واجد شرایط افتاء و اجتهاد صادر شده باشد. در فقه امامیه برای مرجع تقلید که فرد اجلای فقیه و مجتهد است شرایطی تعیین شده است مثل شیعه اثنی عشری، مرد، بالغ، عاقل، عادل، اعلم^۲ که البته وجود همه این شرایط برای غیر مرجع تقلید لازم نیست مثل علمیت و عدالت. لذا اگر مجتهد جامع‌الشرایط، فاقد علمیت یا عدالت باشد جایزالتقلید نیست اما در این که به نظرات فقهی‌اش بتوان استناد کرد اشکالی به نظر نمی‌رسد. لذا می‌توان گفت فتاوی معتبر به نظریه‌ای گفته می‌شود که از جانب مجتهد مطلق که در اجتهاد وی شکی نیست، مرد، بالغ و شیعه اثنی عشری است، صادر شده باشد. بدین ترتیب فتاوی غیرمجتهد مطلق یا مشکوک‌الاجتهاد یا زن یا نابالغ یا غیر پیرو مذهب جعفری اثنی عشری قابل اعتبار نمی‌باشد و دادرس نمی‌تواند این نوع نظرات را ملاک حکم خود قرار دهد. با توجه به مطالب گفته شده درباره نحوه دادرسی در احوال شخصی اهل سنت که پیشتر از آن سخن گفتیم دادرس در موارد یاد شده می‌تواند به فتاوی معتبر فقهای اهل سنت استناد کرده و حکم صادر کند.

سوم: اصول حقوقی غیرمغایر شرع

اصول جمع اصل است و از نظر لغوی به معنی اساس، بن، بنیاد، بیخ، طبیعت، ریشه‌ها، پایه‌ها، نژادها و گویا^۳ در فرهنگ‌های عربی نیز به مینا و پایه یک چیز گفته می‌شود.^۴ برای این واژه در فقه معانی مختلفی بیان شده:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ۱۳۵۵، ص ۲۰۱.

۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه الوثقی، ۱۴۱۰، ص ۸.

۳. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، ۱۳۶۲، ص ۳۰۱.

۴. مجمع اللغة العربیه، المعجم الوجیز، ۱۴۱۱، ص ۳۰۵.

در همین رابطه از امام صادق (ع) نقل شده که: عَلَيْنَا إِلْقَاءُ الْأُصُولِ إِلَيْكُمْ وَ عَلَيْكُمْ التَّفْرِيعُ^۱.

در حقوق جدید نیز به قواعد حقوقی گسترده، اصل گویند: در حقوق «فرض قانونی» از آن با واژه Principe تعبیر می‌کنند یعنی اصولی که کلیت داشته و قابل اعمال در موارد حقوقی بسیار هست و در ذیل آن دو عنوان fiction (اصل عملی) و presumption (اماره) را قرار می‌دهند^۲.

با توجه به آنچه بیان شد باید گفت که منظور قانون‌گذار از اصول حقوقی مندرج در متن قانون‌های یاد شده آن دسته از قواعد مسلم اصولی و فقهی و حقوقی هستند که از نظر علمی توسط دانشوران فقهی و حقوقی پذیرفته شده است و مغایرتی هم با شرع یعنی فقه امامیه ندارند. به عنوان مثال به عده‌ای از این اصول حقوقی اشاره می‌کنیم:

اصاله الصحه، اصاله الحظر، اصاله الحقیقه، اصاله الحِلّ، اصاله اللزوم، اصل اباحه، آزادی اراده، استقلال اراده، امضایی بودن احکام معاملات، اصل انتقالی حقوق، اصل انفصال قوا، براءت، تسلیط، تفکیک قوا، تفسیری بودن قانون، تفسیر مضیق امور کیفری، تفسیر موسع امور مدنی، تفسیر به نفع متهم، اصل حاکمیت قانون، شخصی بودن مجازات‌ها، اصل عدم، عدم تبرع، عدم تخصیص، عطف به ماسبق نشدن قانون، عدم ولایت افراد بر یکدیگر، علنی بودن محاکم، غیر امری بودن قانون، قانونی بودن جرم.

در فقه نیز علاوه بر قواعد اصولی مشترک بین اصولی‌ها به قواعد فقهی معتبر هم می‌توان اشاره کرد که در کتب قواعد فقه به شمار زیادی از آنها اشاره شده است و بعضاً تعدادشان از صد قاعده هم گذشته است. در حقوق بین‌الملل هم به تعدادی از این نوع اصول حقوقی می‌توان اشاره نمود:

اصل آزادی دریاها، اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت، اصل عدم تأثیر قانون در خارج کشور، اصل محلی بودن تنظیم اسناد، اصل مصونیت پارلمانی، اصل مصونیت رؤسای کشورها در کشور دیگر، مصونیت مأموران سیاسی در کشورهای خارجی و...^۳.

گاه ممکن است اصول حقوقی مشهوری وجود داشته باشند که در عرف بین‌الملل پذیرفته شده ولی مغایر شرع به‌شمار می‌روند. باید دقت کنیم که قانون‌گذار با قید «مغایر شرع نباشد» چنین اراده کرده که اصول حقوقی لازم نیست مطابق با شرع باشد بلکه عدم مغایرت آن با شرع امامیه کافی است. لذا دادرس در مقام اعمال اصول حقوقی که یقین در مغایرت آنها با شرع ندارد، آزاد است زیرا حکم به مغایرت نیاز به دلیل دارد و در تشخیص عدم مغایرت، صرف این که ظاهر اصل حقوقی در تغایر با شرع نیست کفایت می‌کند.

۱. طوسی، ابوجعفر محمد، تهذیب الاحکام، ۱۴۱۸، ص ۷۹.

۲. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۱.

۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، ۱۳۶۵، ص ۷۱.

به عنوان مثال در زمان اعتبار قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ در ماده ۳۶۵ به اصل برائت و در ماده ۳۵۷ به اصل بقای دین اشاره شده بود که از اصول حقوقی مسلم است و نه تنها مغایرتی با شرع نداشتند، بلکه مطابق حکم شرعی هم بودند و به همین دلیل مفاد این مواد در ماده‌های ۱۹۸ و ۱۹۹ قانون آیین دادرسی جدید هم تکرار شد ولی مثلاً طبق ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی، مصوب ۱۳۱۸ دادگاه از تحصیل دلیل ممنوع بود و فقط حق داشت به ادله ایزاری طرفین توجه کند و فراتر از آن حق ورود نداشت در حالی که در ماده ۱۹۹ جدید، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استفاده طرفین دعوا هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد. بدین ترتیب معلوم می‌شود ماده ۳۵۸ قانون ۱۳۱۸ مغایر شرع بوده است و اصل حقوقی مندرج در آن قانون قابل استناد نمی‌باشد.

مورد دیگر را می‌توان مسئله مرور زمان مدنی دانست. برابر اصول حقوقی مشهور در نظام‌های حقوقی جهان، اصلی به نام مرور زمان وجود دارد. یعنی پس از طی مدتی از منشأ دعوا، ادعای پیرامون آن در دادگاه قابل استماع نیست. در مواد ۷۳۱ به بعد قانون آیین دادرسی، مصوب ۱۳۱۸ این اصل حقوقی مهم پذیرفته شده است ولی در سال ۱۳۶۳ شورای نگهبان این مواد را خلاف شرع دانست و ابطال کرد و بعد از آن قضات حق استناد به این مواد را نداشتند.^۱

مهم‌ترین اصول حقوقی غیر مغایر شرع

پس از اینکه به اصول حقوقی و تشریح آن پرداختیم باید بگوییم که مهم‌ترین اصول حقوقی که نه تنها مغایر با شرع نیست، بلکه منطبق با شرع می‌باشد، قواعد فقهی است که در موارد سکوت، اجمال، ابهام یا نقص قانون جایگزین مناسبی برای حکم دادرس خواهد بود.

تذکر مهم

آنچه که در زمینه سکوت قانون و نحوه پر کردن خلأ قانونی بیان کردیم در مورد امور مدنی است و به هیچ وجه در امور کیفری و جرایم قابل تسری نیست. چراکه بنا به دو دلیل مهم «تفسیر به نفع متهم» و «تفسیر مضیق امور کیفری» و قاعده «اصل قانونی بودن جرایم» قاضی در تشخیص اتهام و مجرمیت متهم تنها باید به نص قانونی عمل کند و در هر موردی که قانون‌گذار موضوعی را جرم ندانسته و یا در انتساب آن به متهم تردید حاصل است باید حکم به تبرئه متهم صادر نماید و در این مرحله جای استناد به منابع فقهی و فتاوی و اصول حقوقی نیست. برای مستند کردن موضوع باید گفت برابر ماده ۲ قانون

۱. بندرچی، محمدرضا: مجموعه نظرات قانونی شورای نگهبان، ۱۳۷۷، ص ۴۹.

مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود» که در زبان حقوقی از این حکم به «اصل قانونی بودن جرایم» تعبیر می‌گردد^۱ و برابر ماده ۱۲ همان قانون «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد»

در امور کیفری «قاعده درأ» هم حکمفرما است. یعنی «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود» (ماده ۱۲۰ قانون مزبور) حتی در مواد ۱۶۰ به بعد قانون یاد شده نیز که در بیان ادله اثبات امور کیفری است، اشاره‌ای به سکوت قانون یا نقص و اجمال مقررات نمی‌کند و این بیانگر آن است که در امور جزایی که با جان، مال، آبرو و ناموس مردم سر و کار دارد با اندک شبهه‌ای رفع اتهام شده و متهم بدون وجود دلایل کافی و محکم، برائت حاصل می‌نماید.

۱. ولیدی، محمد صالح: حقوق جزای اختصاصی، ۱۳۶۷، ص ۲۰۸.

نتیجه‌گیری:

موضوع سکوت قانون که امری رایج در نظام‌های حقوقی جهان است، از مواردی است که هر یک برای آن راه‌حلی را در نظر گرفته‌اند: مثل رجوع به روح قانون، عرف و عادات، اصل نصفت قضایی، عدالت و مانند آنها. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و متون حقوقی موضوعه آن با مقوله سکوت قانون، رفتاری ضابطه‌مند شده بدین ترتیب که در ذیل این عنوان حقوقی مهم فروعاتی بیان شده است. بدین ترتیب باید بگوییم که سکوت قانون به دو معنی به کار رفته است:

الف - به مفهوم کلی که در ذیل آن فروعاتی چون نقص قانون، اجمال قانون، ابهام قانون، تعارض و تناقض مقررات و عدم وجود قانون قرار گرفته است. ب - به معنی نبود قانون لازم در مورد متنازع‌فیه که البته در این معنی به فروعات یاد شده در بند الف نمی‌توان اطلاق سکوت قانون نمود.

در هر دو صورت، شیوه شکستن سکوت قانون مشابهت زیادی با کشورهای اسلامی چون مصر، سوریه، کویت و... دارد. بدین صورت که در همه این کشورها مقررات شرعی مبنای اصلی تقنین قرار داده شده و قاضی در موارد سکوت باید به عرف و شریعت رجوع نماید. برابر قانون اساسی و قوانین دادرسی مدنی، چنانچه قاضی، مجتهد جامع‌الشرایط باشد در هنگام سکوت قانون باید با رجوع به منابع فقهی اربعه چون کتاب، سنت، عقل و اجماع و اعمال قواعد اجتهادی حکم لازم را استنباط کند و چون تقلید بر مجتهد حرام است، نمی‌تواند به فتاوی فقه‌های دیگر اتکا نماید و چنانچه دادرس، مجتهد نباشد موظف است در صورتی که فتاوی معتبر به گونه‌ای که شرح داده شد در دسترس باشد بدان‌ها استناد کند و یا اینکه حکم موضوع را استفتاء نماید و علاوه بر آن حق دارد به اصول حقوقی مندرج در علم حقوق که می‌توان آنها را در قواعد فقهی، قواعد اصولی، فروض قانونی و اصول پذیرفته شده بین‌المللی خلاصه نمود استناد کند. شرط اعتبار این اصول حقوقی جهت اتکای دادرس به آنها عدم مغایرتشان با شرع مبتنی بر فقه امامیه می‌باشد ولی لزومی ندارد که این اصول حقوقی موافق شرع هم باشد. زیرا بین موافق شرع بودن و عدم مغایرت با شرع تفاوت وجود دارد بدین صورت که در هنگام بررسی عدم مغایرت، باید اصل را بر عدم گذارد و چنانچه مفاد اصل حقوقی صراحتاً با مبانی شرعی منافات نداشته باشد، کفایت می‌کند در حالی که اگر خواسته قانون‌گذار به دست آوردن موافقت اصل حقوقی با شرع بود باید تمام مفاد اصول حقوقی به منابع فقهی عرضه می‌شد تا از موافقت آن با شریعت اطمینان حاصل گردد و این خود امری کاملاً اجتهادی بود و از توان قاضی مقلد هم خارج. بدین ترتیب چون اصول و قواعد حقوقی از منابع مهم حل معضله سکوت قانون به شمار می‌رود، تدوین و شرح قواعد فقهی که منبع بسیار مهمی در این راستا می‌باشد امری لازم و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد.

الف - فارسی

۱. امامی، سیدحسن، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، چاپ دوازدهم، شش مجلد.
۲. بندرچی، محمدرضا، (۱۳۷۷)، مجموعه نظرات قانونی شورای نگهبان، چاپ اول، قزوین، بحرالعلوم.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۸)، تاریخ حقوق ایران، چاپ اول، تهران، معرفت.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۵)، دانشنامه حقوقی، (پنج جلد)، چاپ اول، تهران، امیرکبیر.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، مبسوط در ترمینولوژی، (پنج جلد)، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۶۲)، لغتنامه، چاپ اول، تهران، مؤسسه لغتنامه دهخدا.
۷. رشاد، محمد، (۱۳۶۳)، اصول فقه، چاپ دوم، تهران، اقبال.
۸. زندی، محمدرضا، (۱۳۸۱)، نظرات قضات دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، جلد سوم، تهران، جنگل.
۹. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۶۵)، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هشتم، تهران، دانش.
۱۰. قاسم زاده، قاسم، (۱۳۴۴)، حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران.
۱۱. کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۰)، اثبات و دلیل اثبات، (دو جلد) چاپ اول، تهران، میزان.
۱۲. متین دفتری، احمد، (۱۳۸۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، (دو جلد)، چاپ سوم، تهران، مجد.
۱۳. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۶۵)، قواعد فقه، تهران، (سه جلد)، چاپ اول، علوم اسلامی.
۱۴. مدنی، جلال الدین، (۱۳۵۶)، آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه ملی ایران.
۱۵. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۶۷)، حقوق جزای اختصاصی، تهران، امیرکبیر.

ب - کتب عربی

۱۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۰)، لسان العرب، جلد سوم، چاپ سوم، بیروت، دارالهجره.
۱۷. ابوحبيب، هادی، (۱۴۱۴)، القاموس الفقهي، چاپ اول، دمشق، دارالافتاء.
۱۸. ابوریه، محمد، (۱۴۱۲)، اضاء علی السنه المحمديه، چاپ سوم، بیروت، کتبی.
۱۹. اصفهانی، راغب، (۱۴۱۲)، المفردات فی غرائب القرآن، چاپ چهارم، بیروت، کتبی.
۲۰. حکیم، محمدتقی، (۱۴۱۴)، الاصول العامه للفقہ المقارن، چاپ دوم، بیروت، دارالنشر.
۲۱. رضی، محمدعلی، (۱۴۲۱)، الفقه المیسر، جلد دوم، بیروت، نورالاشراق.

۲۲. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۶)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد، (۱۴۱۸)، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، بیروت، دارالکتب.
۲۴. فیروزآبادی، ابوطاهر محمد، (۱۴۱۷)، القاموس المحیط، چاپ سوم، بیروت، دارالرشد.
۲۵. مجمع اللغة العربیة، (۱۴۱۱)، المعجم الوجیز، چاپ سوم، بیروت، دارالتقافه.
۲۶. مظفر، محمدرضا، (۱۴۲۱)، اصول الفقه، چاپ ششم، بیروت، دارالاضواء.
۲۷. یزدی، سیدمحمد کاظم، (۱۴۱۰)، العروه الوثقی، (دو جلد) چاپ ششم، بیروت، دارالنشر.

تحولات مسئولیت مدنی دارندگان وسایط نقلیه موتوری زمینی در قوانین موضوعه

زهرا تیزمهر^۱

معمد رضا شرافت پیم^۲

چکیده

قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه نخستین بار در کشور در سال ۱۳۴۷ به تصویب رسید. به دنبال تحولاتی که در سایر کشورها در خصوص حمایت بیشتر از زیان دیدگان حوادث رانندگی به وجود آمد، این قانون در سال ۱۳۸۷ مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفت. بعد از هشت سال اجرای قانون مصوب سال ۱۳۸۷ و آشکار شدن نقاط ضعف و قوت این قانون، آخرین تحول در این قانون در سال ۱۳۹۵ انجام شد و قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه در هفت بخش و شصت و شش ماده به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در قانون اخیرالتصویب تغییرات چشمگیری ملاحظه می شود از اختصار نام قانون گرفته تا افزایش تعداد ماده ها از ۳۰ به ۶۶ ماده و تغییرات چشمگیر در افزایش منابع مالی، تعهدات بیمه گر و بیمه گذار و تعهدات ساختاری صندوق که همگی نشان دهنده نوآوری و تحولات قانون جدید و رفع خلأهای قانونی در قانون بیمه اجباری سابق می باشد. در واقع مقنن با افزایش دایره خسارات قابل جبران و تسریع در پروسه خسارات زیان دیدگان این گونه حوادث سعی در دستیابی به هدف والای خود بوده است. ولی هنوز در خصوص جبران خسارت مادی، بدنی و معنوی به نقطه ایده آل نرسیده است و باید در گذر از اجرای این قانون، بتوان ایرادات اساسی آن را شناسایی و در جهت تحقق عدالت در جبران خسارات واقعی ناشی از حوادث مربوط به وسایل نقلیه و از طریق بیمه اجباری اشخاص و اشیا و وسایل نقلیه، میزان خسارت را بر زیان دیده کاست و یا حداقل ترمیم بهتری برای آثار جبران ناپذیر و یا دردهای زیان دیده فراهم نمود.

کلیدواژه: مسئولیت مدنی، وسایط نقلیه موتوری زمینی، قوانین موضوعه

Email: setaretalesh@gmail.com

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد انزلی، گیلان، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد واحد انزلی، گیلان، ایران.

بالا بودن تعداد تصادفات رانندگی در کشور موجب شده که بیمه شخص ثالث از بالاترین میزان اهمیت در میان رشته‌های بیمه‌ای برخوردار باشد. مهم‌ترین قانونی که در حال حاضر بر این مقوله‌ی پر اهمیت حکومت می‌کند، قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی می‌باشد. قانون جدید تحولاتی قابل توجه نسبت به قانون سابق داشته و جنبه‌های حمایت از اشخاص ثالث (زیان دیدگان) را افزایش داده است.

گسترش مصادیق بیمه اشخاص ثالث و کاهش موارد خارج از قلمرو بیمه، از جمله این تحولات است. در عین حال برخی از ابهامات مانند عدم تعیین مبنای مسئولیت دارنده در قانون جدید مشاهده می‌شود. در مقاله حاضر تلاش شده است ضمن تحلیل مهمترین تحولات قانون جدید نسبت به قانون سابق، راه‌حل‌هایی نیز برای رفع ابهامات آن ارائه شود.

هم‌چنین از آنجا که مهمترین هدف این قانون حمایت از اشخاص زیان‌دیده در حوادث رانندگی است و نیز بدین علت که این مهم صورت نمی‌پذیرد مگر با جبران خسارت آنها، لذا نحوه‌ی جبران خسارت و شرایط لازم برای این امر از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

اجباری شدن «قانون بیمه‌ی اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله‌ی نقلیه‌ی موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث» در شهریور ماه سال ۱۳۸۷ به طور آزمایشی تصویب شد. مطابق ماده‌ی ۲ این قانون که کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون مکلفند وسایل نقلیه خود را در قبال خسارات وارده به اشخاص ثالث نزد شرکت بیمه‌ای که مجوز فعالیت دارد بیمه کنند.

بر اساس تبصره‌ی یک ماده‌ی ۲ لایحه‌ی بیمه شخص ثالث دارندگان از نظر این قانون اعم از مالک یا متصرف وسیله نقلیه هر کدام بیمه را تحصیل کنند، تکلیف از دیگری ساقط می‌شود؛ به این معنا که یک وسیله نقلیه یک بار در مقابل شخص ثالث بیمه شود کافی است. همچنین بر اساس مصوبه مجلس دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی که از خارج وارد ایران می‌شوند در صورتی که خارج از کشور وسیله نقلیه خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث ناشی از آن به موجب بیمه‌نامه‌ای که از طرف بیمه مرکزی معتبر شناخته می‌شود بیمه نکرده باشند، مکلفند هنگام ورود به مرز ایران وسیله نقلیه خود را در قبال خسارت‌های بدنی و مالی که در اثر حوادث نقلیه مزبور یا محصولات آنها به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به میزان مندرج در ماده‌ی ۸ این قانون بیمه کنند.

قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۴۷ بر مبنای «نظریه‌ی تقصیر» و قانون اصلاح آن در سال ۱۳۸۷ بر مبنای «نظریه‌ی خطر» استوار بودند؛ اما در قانون جدید، با توجه به عنوان و مفاد آن عمدتاً نظریه‌ی «تضمین



حق «حاکم است؛ به نحوی که در هر حال خسارت وارده به زیان دیده قابل جبران باشد. اما اولاً: با توجه به تعریف «شخص ثالث» به موجب بند ت ماده یک آن (هر شخصی که به سبب حوادث موضوع این قانون دچار خسارت بدنی و یا مالی شود به استثنا راننده مسبب حادثه) این ابهام مطرح است که در صورت برخورد دو یا چند وسیله نقلیه به یکدیگر و چنانچه براساس نظر مراجع ذیصلاح هر دو راننده به صورت مساوی در بروز حادثه، مقصر (یا مسبب) تشخیص داده شدند.

نحوه دریافت خسارت در قوانین سال های ۴۷، ۸۷ و ۹۵

دریافت خسارت مستلزم اثبات تقصیر خوانده یا همان راننده مقصر است که با توجه به شمار زیاد تصادفات رانندگی و دشواری اثبات تقصیر، لاجرم بسیاری از خسارت های حوادث رانندگی جبران نشده باقی خواهد ماند. از سوی دیگر با توجه به این که مسئولیت پیش بینی شده در مفهوم ماده ۱ قانون بیمه اجباری به صورت مطلق بیان شده، دارنده اتومبیل با اثبات بی تقصیری خود از آن معاف نمی شود و لازم است وجود عامل خارجی یا عامل قوه قاهره را جهت بی تقصیری خود اثبات کند؛ بنابراین دارنده وسیله نقلیه مکلف به بیمه کردن آن است؛ مسئولیتی که در ماده ۱ قانون بیمه، مصوب سال ۱۳۴۷ برای دارندگان این گونه وسایل فرض شده است ارتباطی به تقصیر آنان نداشته بلکه قانون گذار بدین وسیله جبران خسارت ناشی از حوادث رانندگی را تضمین و دعاوی ناشی از آن را ساده و زیان های جانی ناشی از آن را قابل تأمین کرده است؛ لذا این قانون جنبه حمایتی داشته و در مواردی که پرداخت خسارت، خارج از تعهدات شرکت بیمه است، جبران زیان های بدنی وارد به اشخاص ثالث را بر عهده صندوق تأمین خسارت های بدنی قرار داده است و به عبارتی دیگر این قانون مبتنی بر نظریه خطر بوده است و این مورد یک نقطه ضعف برای این قانون محسوب می شده است. اما در ماده یک قانون اصلاحی دارندگان وسایل نقلیه را مکلف کرده تا وسیله نقلیه را بیمه کنند و به مسئول بودن آنان در مقابل اشخاص ثالث اشاره ای نکرده است. بنابراین حداقل از جهت معنای عبارت و کلمات این گونه به نظر می رسد که مبنای مسئولیت در بیمه شخص ثالث را نظریه تقصیر دانسته است. فلذا پذیرش نظریه تقصیر در بیمه نامه شخص ثالث به معنای عقب گرد و جبران ناشدن بسیاری از خسارت های وارد به اشخاص ثالث خواهد بود و از همین رو باید به مسئول بودن دارندگان وسایل نقلیه در ماده ۱ قانون اصلاحی به صراحت اشاره می شد تا مبتنی بر نظریه مطلق خطر مسئولیت دارندگان^۱ وسایل نقلیه موتوری در مقابل اشخاص ثالث و متقابلاً بیمه اشخاص ثالث در مقابل حوادث رانندگی ایجاد می گردید. اما به موجب قانون

۱. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل نقلیه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۲۱.

مصوب سال ۹۵ پوشش‌های بیمه‌ای به کل وسیعی گسترش پیدا کرده است به نحوی که هم اکنون به موجب قانون هیچ حادثه رانندگی وجود ندارد (صرف اثبات حادثه رانندگی توسط مأمور کافی است) که دیه آن در درجه اول از شرکت‌های بیمه‌ای و در درجه دوم و تحت شرایطی که لازم است تأمین نشود به گونه‌ای که اگر خسارت ناشی از تصادفات وسایل نقلیه موتوری زمینی جزو تعهد شرکت‌های بیمه، توسط بیمه‌گر و اگر از تعهدات آنان خارج باشد، توسط صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود. داشتن گواهینامه رانندگی توسط مالک وسیله نقلیه، نداشتن بیمه‌نامه شخص ثالث، پایین بودن سقف تعهد بیمه‌نامه فرد و فرار یا عدم نارسایی فرد ضارب و... از مصادیق حمایت‌های صندوق تأمین خسارت‌های بدنی می‌باشد.

در قانون اصلاحی سال ۸۷ پرداخت دیه منوط به اتمام فرآیند درمان شخص آسیب‌دیده و بهبود وی می‌شد، اما در قانون جدید پیش‌بینی شده است شرکت بیمه یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در روز اول تصادف ۵۰ درصد دیه تقریبی فرد را برآورده کرده و علی‌الحساب به شخص بپردازد. در صورتی که حادثه منجر به فوت شخص شود نیز میزان دیه او مشخص است. بر اساس قانون جدید، خسارت‌های وارده به اتومبیل نیز دیگر نیازی به کروکی پلیس ندارد و اگر طرفین توافق داشته باشند شرکت بیمه خسارت را پرداخت می‌کند. این گونه تدابیر اتخاذ شده تا مردم سریع‌تر به خسارت‌های جسمی و مالی خود برسند و در صورتی که بین شرکت بیمه، فرد زیان‌دیده و یا دارنده بیمه شخص ثالث اختلافی باشد، این اختلاف در یک شورای تشخیص که در محل بیمه مرکزی ایران دایر می‌شود، مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

از جمله ویژگی‌های صندوق تأمین خسارت بدنی در قانون جدید، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ۱- حمایت از زیان‌دیدگانی که به علت حوادث تحت پوشش دچار خسارت بدنی شوند ولی بیمه‌گران تعهدی در جبران خسارت ندارد و قادر به انجام تعهدات خود نیستند.
- ۲- هر امری که مانع از جبران خسارت بدنی زیان‌دیده طبق قانون و شرایط عمومی و خصوصی بیمه‌نامه شود از طریق صندوق قابل جبران است به استثناء موارد مصرح در ماده ۷ قانون اصلاح در قانون بیمه اجباری...

۳- تعهد ثالث در قبال اشخاص ثالث یک تکلیف قانونی است.

۴- حق مراجعه به صندوق محدود به مواردی است که جبران خسارت از طرف بیمه‌گران ممکن نباشد.

۵- صندوق جانشینی زیان‌دیده حق دارد به عامل زیان یا مسئول خسارت مراجعه و مبلغ پرداختی را استرداد نماید.

۶- اگر مدیون خسارت بیمه‌گر باشد که دچار ورشکستگی شده است و صندوق به جانشینی زیان‌دیده به مدیر تصفیه امور ورشکستگی مراجعه و طلب خود را از محل وجوه قابل تقسیم بین بستانکاران بیمه‌گر ورشکسته وصول خواهد کرد.

۷- اداره صندوق به عهده بیمه مرکزی ایران و چگونگی آن بر اساس تصویب‌نامه هیأت وزیران خواهد بود. در آخر در بحث منابع مالی صندوق یادآور می‌شویم که منابع مالی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به شرح بندها و تبصره‌های ماده ۲۴ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری... می‌باشد.

آثار تصویب قانون بیمه اجباری سال ۱۳۹۵

از اهداف این قانون جدید قضا‌زدایی و کمتر شدن حجم پرونده‌های دادگستری می‌باشد. تسهیل پرداخت خسارت بیمه شخص ثالث توسط بیمه‌گر به دلیل این که مراحل قضایی همیشه طولانی است، در این قانون محقق شده است؛ زیرا مراحل قضایی برای مسائل مهمی پیش‌بینی شده و ممکن است به گرفتن جان یک فرد و یا حبس ابد و زندانی شدن فرد بیانجامد؛ بنابراین باید این‌گونه رسیدگی‌ها از دقت و ظرافت بالایی برخوردار باشد. بر اساس قوانین سابق مقنن مسائلی را که نیاز به طی چنین روندی نداشتند را نیز وارد پروسه قضایی کرده و وجود حق اعتراض و نهایی نشدن آرا این فرآیندها را طولانی‌تر هم می‌کرد. در ایران برای گرفتن خسارت باید از دادگاه حکم گرفت. تاکنون زمانی خسارت آسیب‌دیدگان پرداخت می‌شد که حکم دادگاه صادر شده باشد. دادگاه نیز در صورتی حکم پرداخت دیه را صادر می‌کرد که نتیجه قطعی پزشکی قانونی صادر و مشخص می‌شد. میزان ضرب و جرح و خسارت بدنی نیز مشخص می‌شد که روند طولانی داشت.

اثر دیگری که وضع قانون جدید دارد این است که تدابیر لازم برای سوءاستفاده‌های احتمالی است. ممکن است قانون جدید منجر به آسودگی خیال رانندگان در حین رانندگی و عدم رعایت احتیاط شود، چون به هر حال خسارت آسیب‌دیدگان و یا دیه فوت‌شدگان پرداخت می‌شود. از طرفی اجباری بودن بیمه شخص ثالث در این قانون پیش‌بینی شده و هیچ خودرویی بدون داشتن بیمه‌نامه ثالث مجاز به تردد در معابر نیست. تمامی رانندگان نیز مکلف هستند بیمه‌نامه شخص ثالث را به همراه داشته باشند و در صورت درخواست مأمور راهنمایی و رانندگی آن را ارائه کنند. در نهایت مجموعه این تدابیر شبکه‌وار وسایل نقلیه موتوری را وادار می‌کند خود را تحت پوشش بیمه شخص ثالث قرار دهند. و منشا برخورد با رانندگان حادثه هم از موارد دیگر آثار این قانون است و همچنین نظارت بیمه مرکزی به عنوان متولی بیمه در کشور بر حسن اجرای این قانون از موارد دیگر اثر قانون تصویبی سال ۹۵ می‌باشد.

قلمرو مسئولیت دارنده و راننده در قانون سال ۱۳۴۷

قلمرو در قانون سال ۱۳۴۷ در مورد مسئولیت راننده و دارنده وسیله نقلیه باید گفت که در تبصره ۲ ماده ۱ این قانون ذکر شده است: «کلیه وزارتخانه‌ها، ادارات مستقل، بانک‌ها، بنگاه‌ها و شرکت‌هایی که حداقل نصف سهام آن‌ها متعلق به دولت است و سازمان برنامه و شرکت‌های تابع آن به طور کلی عموم مؤسسات وابسته به دولت مکلفند عملیات موضوع این قانون را منحصرأ نزد شرکت‌های بیمه ایران انجام دهند. مسئولیت در این قانون اولاً ناظر به راننده وسیله نقلیه یا مباشر مستقیم خسارت نیست بلکه دارنده وسیله نقلیه اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی است. ثانیاً از تقصیر یا عمد راننده و مباشر خسارت سخنی به میان نیامده است و صرفاً خسارت و انتصاب آن به وسیله نقلیه ثابت شود، دارنده وسیله نقلیه مسئول است که خسارت زیان‌دیده را تدارک کند و اگر غرض غیر از این بود، قانون قید می‌کرد که در صورت اثبات تقصیر راننده مانند قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ که همه جا خسارت هنگامی به زیان‌دیده تعلق می‌گیرد که تقصیر مباشر ثابت شده و ماده ۴ و ۵ این قانون که شرح آن بعد می‌آید، مؤید این است که عمل مباشر چه عمدی باشد و چه سهوی اولاً دارنده وسیله نقلیه مسئول تأدیه خسارت زیان‌دیده است. چه در آن دو حقوق نیز مسئولیت مطلق است. ثالثاً کارفرما یا دارنده وسیله نقلیه مباشر خسارت باشد از جهت آنکه دارنده است، مسئول خسارت است.

بحثی که به میان می‌آید این است که اگر دارنده وسیله نقلیه خود را به دیگری سپرده باشد و او خسارتی به کسی وارد کند، آیا باز هم دارنده مسئول است. اگر مثلاً وسیله نقلیه را دزدیده باشند، چون مالکیت از نظر تصرف و اختیار نظارت تجزیه می‌شود، ظاهراً دارنده وسیله نقلیه بدون اختیار تصرف و نظارت، مالک است و نمی‌توان او را مسئول خسارتی دانست که دزد خودرو به دیگری وارد کرده است. ماده ۴ این قانون خسارت وارد به متصرف غیرقانونی را مشمول این قانون نمی‌داند ولی از خسارتی که این متصرف غیرقانونی به دیگری می‌رساند، بحثی نکرده است. از مضمون مجموع قانون مخصوصاً ماده ۶ آن بر می‌آید که بیمه‌گر باید این خسارت را بپردازد و شرکت بیمه هم با توجه به ماده ۵ این قانون در صورتی که راننده یعنی متصرف غیرقانونی عامد در ایجاد حادثه باشد، یا گواهینامه رانندگی نداشته باشد، حق رجوع به وی دارد. ماده ۵ فقط دو مورد پیش‌بینی کرده است. تبصره ۱ این قانون حادثه را تفسیر می‌کند، و این حادثه مانند تفسیر رویه قضایی فرانسه باید ناشی از خود وسیله نقلیه باشد و اصطلاح هر گونه تصادف در این تبصره می‌تواند به خسارتی هم ناظر باشد که به اصطلاح با واسطه به دیگری می‌رسد مانند تصادف

خودرو با سنگریزه و خوردن آن به شیشه یا صورت انسان.^۱ و همچنین در ماده ۲ این قانون که به تویف اشخاص ثالث می‌پردازد. مطابق این تفسیر کلیه اشخاصی که به سبب حوادث وسایل نقلیه موضوع این قانون دچار زیان‌های بدنی یا مالی می‌شوند از لحاظ این قانون ثالث تلقی می‌شوند به استثنای:

الف) بیمه‌گذار مالک یا راننده وسیله نقلیه مسئول حادثه.

ب) کارکنان بیمه‌گذار مسئول حادثه حین کار و انجام وظیفه.

ج) همسر و پدر و مادر، اولاد و اجداد تحت تکفل بیمه‌گذار در صورتی که سرنشین وسیله نقلیه‌ای باشند که راننده یا بیمه‌گذار مسئول حادثه باشند.

در ماده ۳ این قانون ناظر به انتقال وسیله نقلیه است که کلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه، به خودی خود به منتقل‌الیه منتقل می‌شود و او نیز تا پایان قرارداد بیمه، بیمه‌گذار محسوب می‌شود و موظف است تا پانزده روز از تاریخ انتقال مشخصات کامل خود را به بیمه‌گر اعلام کند. ماده ۴ مواردی را که شمول بیمه در این قانون مستثنی می‌کند، بدین قرار:

۱) خسارات ناشی از فورس‌ماژور از قبیل جنگ، سیل و زلزله...

۲) خسارات وارده به محمولات وسایل نقلیه مورد بیمه.

۳) خسارات مستقیم یا غیر مستقیم ناشی از تشعشعات اتمی و رادیو اکتیو.

۴) خسارات وارد به متصرفین غیرقانونی وسایل نقلیه یا به رانندگان فاقد گواهینامه رانندگی.

۵) خسارات ناشی از محکومیت جزایی و پرداخت جرایم.

۶) خسارات ناشی از حوادثی که در خارج از کشور اتفاق می‌افتد، مگر اینکه توافقی بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار در اینکه توافقی بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار در این موضوع شده باشد.

ماده ۹ این قانون بیمه‌نامه‌هایی را قبول می‌کند که دارنده وسایل نقلیه موتوری در خارج از ایران تنظیم کرده است و این بیمه‌نامه‌ها مسئولیت‌های مربوط به حوادث در این قانون را شامل می‌شود. مشروط بر اینکه آن‌ها را شرکت سهامی بیمه ایران معتبر بداند و در غیر این صورت در مرز باید این وسایل نقلیه بیمه شوند. ماده ۱۰ این قانون صندوقی به نام «صندوق تامین خسارت‌های بدنی» پیش‌بینی می‌کند که اداره آن با شرکت سهامی بیمه ایران است و این صندوق خسارت کسانی را می‌پردازد که از حوادث مذکور در این قانون آسیب دیده‌اند و به واسطه بطلان قرارداد بیمه یا تعلیق قرارداد یا فرار کردن یا شناخته نشدن مسئول حادثه یا ورشکستگی بیمه‌گر، تأدیه خسارت آنان مقدور نیست که این ماده مسئولیت را بر پایه فرضیه خطر استوار می‌کند. با توجه به شیوع و اهمیت و ویژگی‌های خاص حاکم بر

۱. حسینی نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، مجد، ۱۳۸۹، ص ۷۳.

حوادث رانندگی، مقنن در تاریخ ۱۳۴۷/۱۰/۲۳، اقدام به تصویب قانونی خاص در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی و بیمه آن نمود. زیرا قواعد عمومی مسئولیت به شکل مرسوم خود، در این زمینه به خوبی تأمین کننده اهداف مقنن نبود و نتایج نامتناسبی با واقعیت‌ها و ضرورت‌های اجتماعی به بار می‌آورد. همچنان که قانون‌گذاران دیگر کشورها نیز در راستای متناسب‌سازی قواعد عام و خاص مسئولیت مدنی با طبیعت و ویژگی‌های خاص ناظر بر حوادث رانندگی و انطباق بیشتر آن‌ها با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی جامعه‌ی خود، به وضع مقررات ویژه برای تبیین و تعیین مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی و حمایت از زیان‌دیدگان این گونه حوادث اقدام نمودند.

نظام حقوقی کشور ما هم به دلیل ناکارآمدی مقررات قانون مدنی و متعاقباً قانون مسئولیت مدنی در تعیین و تبیین دقیق این مسئولیت و این نکته که این قواعد عام، عمدتاً ناظر بر مسئولیت راننده بود نه دارنده، در سال ۱۳۴۷، قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث را با هدف وضع مقررات خاص بر پایه مسئولیت غیر مبتنی بر تقصیر تصویب کرد و در ماده یک آن، دارنده وسیله نقلیه موتوری زمینی نیز مسئول جبران خسارات بدنی و مالی که در اثر حوادث و سائل نقلیه مزبور و یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد شود، دانسته شد. ماده مذکور مقرر داشته: «کلیه دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی و انواع یدک و تریلر متصل به وسائل مزبور و قطارهای راه آهن اعم از این که اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند مسئول جبران خسارات بدنی و مالی هستند که در اثر حوادث وسائل نقلیه مزبور و یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد شود و مکلفند مسئولیت خود را از این جهت نزد شرکت سهامی بیمه ایران و یا یکی از مؤسسات بیمه‌داخلی که اکثریت سهام آنها متعلق به اتباع ایرانی و صلاحیت آنها به پیشنهاد وزارت دارایی و وزارت اقتصاد مورد تأیید دولت باشد، بیمه نمایند.» بنابراین به موجب قانون فوق، علاوه بر راننده که مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، در برابر زیان‌دیده سانحه رانندگی مسئولیت دارد، دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی نیز مسئولیتی خاص و ویژه، عینی و غیرعینی مبتنی بر تقصیر در برابر زیان‌دیده پیدا نمودند و لذا مکلف به بیمه نمودن چنین مسئولیتی شدند (بیمه اجباری) و در حقیقت قانون، دارنده اتومبیل را به لحاظ محیط خطرناکی که به وجود آورده مسئول زیان‌های ناشی از آن قرار داده است. این نوع مسئولیت از جهت ایجاد مسئولیت «نوعی» با نظریه خطر شباهت دارد ولی از این لحاظ که مسئولیت بر مبنای قصد انتفاع قرار ندارد از نظریه مرسوم «ایجاد خطر» و به تعبیر دقیق‌تر «خطر - نفع» فاصله می‌گیرد.

به هر حال این اقدام در راستای حمایت بیشتر از زیان‌دیدگان سوانح رانندگی و جبران بهتر زیان‌های ایشان صورت پذیرفت و آغازگر توجه بیشتر مقنن به این گونه حوادث و زیان‌دیدگان آن بود، به گونه‌ای

که به موجب ماده ۱۰ قانون مذکور، برای حمایت از آن دسته از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی غیر برخوردار از پوشش بیمه اجباری شخص ثالث، صندوقی خاص به نام صندوق تأمین خسارت‌های بدنی ایجاد و وظایفی را برای آن تعیین نمود. به موجب ماده ۱۰ قانون موصوف:

«برای جبران زیان‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت بیمه نبودن وسیله نقلیه، بطلان قرارداد بیمه، تعلیق قرارداد بیمه، تعلیق تأمین بیمه‌گر، فرار کردن و یا شناخته نشدن مسئول حادثه و یا ورشکستگی بیمه‌گر قابل پرداخت نباشد یا به طور کلی برای جبران خسارت‌های خارج از شرایط بیمه‌نامه (به استثنای موارد مصرح در ماده ۴) صندوق مستقلی به نام «صندوق تأمین خسارت‌های بدنی» تأسیس می‌شود که به وسیله شرکت سهامی بیمه ایران اداره خواهد شد. سازمان، وظایف و صلاحیت صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به وسیله شرکت سهامی بیمه ایران تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید». البته قانون فوق در سال ۱۳۸۷ اصلاح و به شرح آتی تغییراتی در آن ایجاد شد.

قلمرو مسئولیت دارنده و راننده در قانون سال ۱۳۸۷

پس از گذشت نزدیک به ۳۳ سال از زمان تصویب قانون بیمه اجباری شخص ثالث و وجود برخی نارسایی‌ها، نواقص و ابهامات در قانون یاد شده و البته عدم تناسب آن با نیازهای حقوقی، اجتماعی و اقتصادی کشور مانند عدم تأمین مناسب حقوق زیان‌دیدگان حوادث رانندگی، طولانی بودن روند رسیدگی به پرونده‌های حوادث رانندگی و به تبع آن متوقف ماندن پرداخت خسارات به صدور احکام دادگاه‌ها، عدم استفاده از نهادهای غیرقضایی در رسیدگی به این دعاوی و نهایتاً عدم وجود ساز و کار تقنینی و تضمینی مناسب جهت همکاری‌های میان بخشی، مقنن در ۱۳۸۷/۴/۱۶ و با اهدافی مانند توسعه حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی، گسترش حمایت از صنعت بیمه کشور و قضا‌دایی و تسهیل روند رسیدگی به دعاوی راجع به مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی و پرداخت خسارات بدنی و مالی زیان‌دیدگان حوادث رانندگی و نهایتاً ایجاد ساز و کار تعامل و همکاری میان بخشی بین دستگاه‌ها و ساختارهای رسمی مجری قانون و ایجاد تضمین‌های لازم جهت اجرای قانون، اقدام به اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث نموده و قانون اصلاحی، به صورت آزمایشی تصویب شد. با تصویب قانون جدید و علی‌رغم ابقاء و تصریح در عنوان قانون به مسئولیت مدنی دارنده و برخی اشارات دیگر موجود در قانون اصلاحی، نص مربوط به مسئولیت مدنی نوعی دارنده در ماده ۱ قانون سابق تغییر نمود و تصریح به مسئولیت مدنی دارنده در مقابل اشخاص ثالث به قرار ذیل از متن ماده در قانون جدید حذف گردید.^۱

۱. جمشیدی، عبدالله، مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری در مقررات موضوعه و رویه قضایی ایران، تهران، جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۲۲۳.

به موجب ماده ۱ قانون اصلاحی: «کلیه دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و ریلی اعم از این که اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند مکلفند وسائل نقلیه مذکور را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مزبور و یا یدک و تریلر متصل به آنها و یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد می-شود حداقل به مقدار مندرج در ماده (۴) این قانون نزد یکی از شرکت‌های بیمه که مجوز فعالیت در این رشته را از بیمه مرکزی ایران داشته باشد، بیمه نمایند».

حذف حکم مربوط به مسئولیت مدنی دارنده، که البته در راستای رفع ابهام، باتوجه به ایراد شورای نگهبان صورت گرفت و هم زمان بقای برخی اشارات به مسئولیت مدنی دارنده در عنوان قانون اصلاحی و در تبصره ۲ ماده ۱ آن، موجب شده که نظرات مختلف و متفاوتی از سوی حقوق دانان در خصوص بقاء و یا حذف مسئولیت مدنی دارنده مطرح شود که در مباحث آتی به شرح آن پرداخته می‌شود.

به هر حال در این قانون نیز در خصوص مسئولیت مدنی راننده و با توجه به تأکید مقنن بر رابطه سببیت و انتساب در موارد متعددی چون تبصره‌های ۲ و ۶ ماده ۱ و مواد ۵ و ۶ و بندهای ۱ و ۲ ماده ۷ و ۱۸ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث، به نظر می‌رسد هم‌چنان و در راستای ضوابط فقه امامیه، مسئولیت بر مبنای قابلیت انتساب و استناد استوار شده است.^۱

قلمرو مسئولیتی دارنده و راننده در قانون سال ۱۳۹۵

بی‌تردید مسئولیت بیمه‌گذار و هم چنین مالک (هرچند بیمه‌گذار نباشد مانند فروشی که خودرو در اختیار آژانس است تحت پوشش بیمه قرار دارد). یکی از مشکلات ناشی از ق. ب ۴۷ موضوع مسئولیت راننده‌ای بود که در مواردی غیر از بیمه‌گذار یا مالک است، که بالصراحه اشاره بدان نداشت. این امر موجب شده بود بنا به اصل نسبیت در قراردادهای مسئولیت راننده، مشمول بیمه قرار نگیرد. لیکن در حال حاضر «کافی است میان کنش وسیله نقلیه و ورود ضرر رابطه نسبیت وجود داشته باشد» در این راستا بر اساس تبصره ۲ ماده ۲ ق. ب. که مقرر داشته: «مسئولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منصوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد، در هر حال خسارت وارد شده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد» با این وصف از آنجایی که وسیله نقلیه راننده به سبب ورود ضرر (مبتنی بر نظریه خطر) نیز دارای مسئولیتی است که موضوع عقد بیمه می‌باشد، لذا در هر حال خسارت وارد شده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می-

۱. غلامعلی زاده، محمد، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل موتوری، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵.

گردد. مؤید این مطلب تحمیل مسئولیت بر دارنده است که در تبصره ۱ ماده ۲ ق. ب. چنین تعریف شده است: «دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله نقلیه است و هر کدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل کند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود.»

در واقع از تعمیم حیطة بیمه‌شدگان می‌توان به این نتیجه مهم دست یافت که مبانی اصلی در وضع مقررات ق. ج. به تأسی از این امر است که «تحولات حقوقی در سطح نام‌های مختلف سبب شده است که تقصیر در قلمرو حوادث رانندگی متزلزل شده و مسئولیت نوعی بر دارندگان وسایل نقلیه موتوری تحمیل گردد.»^۱

مضافاً این که یکی از ایرادات دیگر ق. ب. ا. ۴۷ در تعریف حادثه این بود که دارای وصف حصری بود. در حالی که در قانون فعلی ضمن اضافه شدن واژگونی، با تعبیر از قبیل مصادیق آن را گسترش داده، چنان که در بند پ ماده یک ق. ب. آمده حوادث به «هرگونه سانحه ناشی از وسایل نقلیه موضوع بند ث این ماده و محمولات آن‌ها از قبیل تصادم، تصادف، سقوط، واژگونی، آتش سوزی و یا انفجار یا هر نوع سانحه ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه»، اطلاق می‌شود.^۲

در ماده ۳ قانون سال ۹۵: «دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت‌های بدنی واردشده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام، بیمه حوادث اخذ کند؛ مبنای محاسبه میزان خسارت قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه، معادل دیه فوت یا دیه و یا ارش جرح در فرض ورود خسارت بدنی به مرد مسلمان در ماه غیرحرام و هزینه معالجه آن می‌باشد. سازمان پزشکی قانونی مکلف است با درخواست راننده مسبب حادثه یا شرکت بیمه مربوط، نوع و درصد صدمه بدنی واردشده را تعیین و اعلام کند. آیین‌نامه اجرائی و حق بیمه مربوط به این بیمه‌نامه به پیشنهاد بیمه مرکزی پس از تصویب شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.» و همچنین در ماده ۴ این قانون بیان می‌دارد که: «در صورت وقوع حادثه و ایجاد خسارت بدنی یا مالی برای شخص ثالث:

الف- در صورتی که وسیله نقلیه مسبب حادثه، دارای بیمه‌نامه موضوع این قانون باشد، جبران خسارت‌های وارد شده در حدود مقررات این قانون بر عهده بیمه‌گر است. در صورت نیاز به طرح دعوی در خصوص مطالبه خسارت، زیان دیده یا قائم مقام وی دعوی را علیه بیمه‌گر و مسبب حادثه طرح می‌کند. این حکم، نافی مسئولیت‌های کیفری راننده مسبب حادثه نیست.

۱. خدابخشی، عبدالله، بیمه و حقوق مسئولیت مدنی، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۳۵.

۲. خادمی، حسین، حدود و قلمرو مسئولیت دارنده و راننده وسیله نقلیه موتوری زمینی در نظام مسئولیت مدنی ایران، تهران، دانشکده علوم اجتماعی، ۱۳۹۰، ص ۳۲۴.

ب- در صورتی که وسیله نقلیه، فاقد بیمه‌نامه موضوع این قانون یا مشمول یکی از موارد مندرج در ماده (۲۱) این قانون باشد، خسارت‌های بدنی وارده توسط صندوق با رعایت ماده (۲۵) این قانون جبران می‌شود. در صورت نیاز به طرح دعوی در این خصوص، زیان‌دیده یا قائم مقام وی دعوی را علیه راننده مسبب حادثه و صندوق طرح می‌کند.

پ- در صورتی که خودرو، فاقد بیمه‌نامه موضوع این قانون بوده و وسیله نقلیه با اذن مالک در اختیار راننده مسبب حادثه قرار گرفته باشد، در صورتی که مالک، شخص حقوقی باشد، به جزای نقدی معادل بیست درصد (۲۰٪) و در صورتی که مالک شخص حقیقی باشد به جزای نقدی معادل ده درصد (۱۰٪) مجموع خسارات بدنی وارد شده محکوم می‌شود.

مبلغ مذکور به حساب درآمدهای اختصاصی صندوق نزد خزانه داری کل کشور واریز می‌شود و با پیش‌بینی در بودجه‌های سالانه، صد درصد (۱۰۰٪) آن به صندوق اختصاص می‌یابد. و همین‌طور در ماده ۷ این قانون بیان می‌دارد: «دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی که از خارج وارد ایران می‌شوند در صورتی که خارج از کشور وسیله نقلیه خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث ناشی از آن به موجب بیمه‌نامه‌ای که از طرف بیمه مرکزی معتبر شناخته می‌شود بیمه نکرده باشند، مکلفند هنگام ورود به مرز ایران وسیله نقلیه خود را در قبال خسارت‌های بدنی و مالی که در اثر حوادث نقلیه مزبور یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به میزان مندرج در ماده (۸) این قانون بیمه کنند.

همچنین دارندگان وسیله نقلیه ایرانی که از کشور خارج می‌شوند موظفند هنگام خروج با پرداخت حق بیمه مربوط، وسیله نقلیه خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث نقلیه مذکور در خارج از کشور به اشخاص ثالث ایرانی وارد شود حداقل به میزان مندرج در ماده (۸) این قانون و نیز بیمه حوادث راننده موضوع ماده (۳) این قانون بیمه کنند. در غیر این صورت از تردد وسایل مزبور توسط مراجع ذی ربط جلوگیری می‌شود.»

قلمرو زمانی قانون حاکم بر تعهدات بیمه‌گر و صندوق

مقایسه قانون سابق و اصلاحی آن بیمه اجباری شخص ثالث، بیانگر وجود برخی تفاوت‌های اساسی میان این دو قانون می‌باشد که از حیث تعهد یا عدم تعهد بیمه‌گر و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی واجد آثار مهمی می‌باشد که از آنها می‌توان به مواردی چون تعریف حادثه رانندگی، تعریف اشخاص ثالث، تعریف خسارت‌های بدنی، افزایش حداقل تعهد بیمه‌گر و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در قبال اشخاص ثالث، کاهش موارد خارج از شمول بیمه موضوع قانون، مرور زمان دعاوی مربوط به بیمه

موضوع قانون، اشاره نمود. حال با توجه به تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث و با توجه به ماده ۳۰ قانون مذکور که مقرر می‌دارد: «قانون بیمه مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (مصوب ۱۳۴۷) و کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون لغو می‌گردد.

هرگونه نسخ یا اصلاح مواد این قانون باید صریحاً در قوانین بعدی قید شود؛ چنان چه قرارداد بیمه، صدور بیمه‌نامه و حادثه رانندگی در زمان قانون سابق بیمه اجباری رخ داده باشد، و یا قرارداد بیمه در زمان حاکمیت قانون سابق بیمه اجباری شخص ثالث منعقد و صادر شده باشد، ولی حادثه رانندگی و مراجعه زیان‌دیده و یا طرح دعوای وی علیه بیمه‌گر مسئولیت و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در زمان لازم‌الاجرا شدن و حاکمیت قانون جدید بیمه اجباری شخص ثالث باشد، تعیین قلمرو زمانی قانون سابق و لاحق با توجه به ماده ۴ قانون مدنی و ماده ۳۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری و نتیجتاً اعتبار بخشی به قانون سابق و یا اعتقاد به نسخ قانون سلف و تطبیق موضوع و وضعیت حادثه رانندگی و حقوق شخص ثالث با قانون جدید، موضوعی مهم و اساسی و محل اختلاف و تشتت آراء قضایی است، تا آنجا که علی‌رغم گذشت بیش از ۵ سال از زمان تصویب و اجرای قانون جدید، هنوز رویه قضائی منسجم و همگونی در تبیین مسائل فوق دیده نمی‌شود. در این راستا برخی از مراجع قضایی، با توجه به اینکه یکی از مهم‌ترین و بلکه محوری‌ترین هدف مقنن در قانون جدید، حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی است، تمامی اصول، قواعد و احکام قانون اصلاحی را در این راستا تحلیل و تفسیر کرده و صرف‌نظر از تاریخ صدور بیمه‌نامه یا تاریخ وقوع حادثه رانندگی یا تاریخ طرح دعوی، با استناد به ماده ۳۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث، وضعیت حقوقی اشخاص درگیر در حادثه رانندگی و تعهدات شرکت بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را با توجه به احکام قانون جدید مشخص می‌نمایند.

لذا در رسیدگی و صدور حکم، حسب مورد بیمه‌گر و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را بر اساس ضوابط و قواعد قانون جدید بیمه اجباری شخص ثالث به جبران خسارت‌های وارد به زیان‌دیده محکوم می‌نمایند. به عنوان نمونه، شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی ماکو چنین رأی داده است: «... دادنامه شماره ۱۱۰ مورخ ۱۳۸۲/۰۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در زمان حاکمیت قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ و آیین‌نامه صندوق خسارات بدنی مصوب ۱۳۴۸/۰۴/۲۱ مصوب هیأت وزیران صادر شده است، لکن قانون و آیین‌نامه مذکور با تصویب قانون بیمه اجباری ۱۳۸۷ و وفق تبصره یک ماده ۱۰ قانون اخیرالذکر که میزان تعهدات صندوق را برای خسارات بدنی معادل مبلغ مقرر در ماده ۴ این قانون و تبصره ذیل آن

(پرداخت بر اساس دیه کامله مرد مسلمان) مقرر نموده، منسوخ شده؛ و بالاخره اینکه وفق لایحه تقدیمی خوانده، از تاریخ ۱۳۸۷ (تصویب قانون بیمه اجباری) هیأت وزیران سقف تعهدات برای پرداخت دیه مقرر نمی‌دارد... دفاع خوانده مبنی بر اینکه اثر قانون نسبت به آتیه است و نسبت به ماقبل خود اثر ندارد و در مانحن فیه قانون ۱۳۴۷ مناط بوده و صندوق مکلف به پرداخت ۲۰۰ هزار ریال سقف تعهدات می‌باشد، موجه نمی‌باشد؛ چه اینکه وفق ماده ۳۰ قانون بیمه اجباری ۱۳۸۷ کلیه مصوبات مغایر با این قانون لغو گردیده ثانیاً؛ طبق شرع مقدس اسلام پرداخت دیه باید به صورت یوم الاداء صورت گیرد، لذا پرداخت بر اساس سال وقوع تصادف، در اجرای اصل ۴ قانون اساسی منطبق با موازین اسلامی نمی‌باشد...»

همچنین شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی ایرانشهر در موردی مشابه چنین: «رأی داده است درخصوص واخواهی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی نسبت به دادنامه... در لایحه دفاعیه صندوق مذکور آمده است تصادف در سال ۱۳۸۷ (قبل از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون جدید) واقع شده و دادگاه می‌بایست طبق قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ حکم صادر می‌نمودند... لذا دادگاه با توجه به ماده ۳۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ و در راستای اجرای مواد... واخواهی ایشان را نپذیرفته و رأی سابق الصدور را عیناً تأیید می‌نماید...». به نظر می‌رسد پاسخ صحیح به موضوع تعیین قلمرو زمانی قانون جدید و تعیین ملاک و معیار تعیین دوره زمانی سلطه و اعتبار قانون سابق و اصلاحی، نیازمند مراجعه و مرور قواعد عمومی ناظر بر موضوع رفع تعارض زمانی میان قوانین می‌باشد. در این راستا ماده ۴ قانون مدنی در بیان قلمرو قانون در زمان بیان می‌دارد: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد». این حکم، حاوی دو قاعده مهم است که عبارتند از: «قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد» و «اثر قانون نسبت به آتیه است». یعنی اصل عطف به ماسبق نشدن قانون و اصل اثر فوری قانون. بنابراین باید بین اثر فوری قانون و تأثیر آن نسبت به گذشته تفاوت گذاشت و بدین ترتیب معتقد بود که قانون جدید ناظر به گذشته نیست، ولی همین که قابل اجرا شد بر تمام وقایع آینده حکومت می‌کند.

قلمرو مکانی قانون حاکم بر تعهدات بیمه‌گر و صندوق

ماده ۹ قانون اصلاحی بیمه اجباری شخص ثالث، در راستای اصل محلی یا درون‌مرزی بودن قوانین مقرر می‌دارد: «پوشش‌های بیمه موضوع این قانون محدود به قلمرو جمهوری اسلامی ایران می‌باشد مگر آن که در بیمه‌نامه به نحو دیگری توافق شده باشد». این ماده مربوط به اصل سرزمینی بودن یا درون‌مرزی بودن قوانین است که به موجب آن، قوانین هرکشوری فقط در داخل قلمرو (زمینی، هوایی و

دریایی) همان کشور قابلیت اجرا دارد. قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث نیز قلمرو جغرافیایی تمام بیمه‌نامه‌های صادره توسط شرکت‌های بیمه را محدود به مرزهای کشور جمهوری اسلامی ایران نموده است. موضوعی که سابقاً در بند ۶ ماده ۴ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ با عبارت: «خسارات ناشی از حوادثی که در خارج از کشور اتفاق می‌افتند...» بیان شده بود و حوادث رانندگی واقع در خارج از کشور را در شمار موارد خارج از شمول بیمه موضوع قانون، احصاء نموده بود.

در ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان و سایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۸ هیأت وزیران نیز پیش‌بینی شده بود «شرکت سهامی بیمه ایران موظف است از طریق الحاق به قراردادهای بین‌المللی یا از طریق انعقاد قراردادهای لازم با شرکت‌های بیمه خارجی و اعطای نمایندگی، ترتیب لازم برای بیمه اتومبیل‌هایی که از خارج وارد ایران می‌شوند بدهد. شرکت سهامی بیمه ایران اسامی شرکت‌ها و مؤسسات بیمه مورد قبول خود را در هر کشور تهیه و اعلام خواهد داشت». در این راستا دولت ایران به موجب قانون الحاق دولت ایران به سیستم بین‌المللی بیمه مسئولیت مدنی و سایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۵۶/۰۳/۲۵ به سیستم بین‌المللی بیمه مسئولیت مدنی و سایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ملحق شده است. قانون مذکور بیان می‌دارد: «بیمه مرکزی ایران مجاز است دفتر ایرانی بیمه بین‌المللی مسئولیت مدنی دارندگان و سایل نقلیه موتوری زمینی (کارت سبز) را در تهران دایر کند و نسبت به الحاق آن دفتر به سیستم بین‌المللی بیمه مزبور اقدام نماید.

کلیه مؤسسات بیمه ایرانی مجاز به انجام عملیات بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان و سایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ملزم به قبول عضویت دفتر مزبور می‌باشند. ترتیب اجرای این قانون به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به تصویب شورای عالی بیمه خواهد رسید». از این رو قسمت اول ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث مقرر می‌دارد: «دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی که از خارج وارد ایران می‌شوند در صورتی که خارج از کشور مسئولیت خود را نسبت به حوادث ناشی از وسایل نقلیه موضوع این قانون به موجب بیمه‌نامه‌ای که از طرف بیمه مرکزی ایران معتبر شناخته می‌شود بیمه نکرده باشند، مکلفند هنگام ورود به مرز ایران، مسئولیت خود را بیمه نمایند...». ماده ۹ قانون جدید بیمه اجباری شخص ثالث، از تابعیت زیان‌دیده و مسئول حادثه، سخن نمی‌گوید و معیار تشخیص تعهدات بیمه‌گر را نیز نه براساس محل تحقق حادثه رانندگی، که براساس تعهد بیمه‌گر به موجب قانون می‌داند.

بنابراین اگر حادثه رانندگی در ایران رخ دهد، ایرانی یا خارجی بودن مسئول حادثه یا زیان دیده مؤثر در مقام نیست و بیمه‌گر، متعهد به پرداخت خسارت بر اساس قانون ایران یعنی قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث خواهد بود. به موجب مقرر یادشده، اعمال پوشش‌های بیمه موضوع قانون به حوادث رانندگی واقع در خارج از کشور، نیازمند توافق بیمه‌گر و بیمه‌گذار و صدور بیمه‌نامه یا الحاقیه مربوط می‌باشد. در تأیید این مطلب شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی چنین رأی داده است: «...نظر به اینکه به دلالت مندرجات قراردادهای استنادی منعقد... تعهدات تجدیدنظرخواه ردیف اول صرفاً شامل حوادثی است که در داخل کشور وقوع یافته و مشمول حوادث خارج از کشور نبوده و دلیلی هم که مبین توافق طرفین برای پرداخت دیات متعلقه ناشی از حوادث خارج از کشور باشد ارائه و اقامه نگردیده... بنا به مراتب دادگاه اعتراض تجدیدنظرخواهان را وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۳۵۸ و ۳۵۶ و ۱۹۷ و ۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته در مورد دعوی تجدیدنظرخواندگان به طرفیت بیمه... حکم به بی‌حقی خواهان بدوی... صادر و اعلام می‌دارد...» بنابراین با توجه به قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث؛ که مقرر می‌دارد: «دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی ایرانی که از کشور خارج می‌شوند، موظفند هنگام خروج، مسئولیت خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث وسیله نقلیه مذکور به سرنشینان آن وارد شود تا حد دیه یک مرد مسلمان در ماه‌های حرام بیمه نمایند در غیر این صورت از تردد وسایل مزبور توسط مراجع ذی‌ربط جلوگیری به عمل خواهد آمد».

أخذ پوشش بیمه‌ای موضوع قانون، تا حد دیه یک مرد مسلمان، برای دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی ایرانی که از کشور خارج می‌شوند، حتی اگر کشور مقصد نیز جزء سیستم کارت سبز باشد، الزامی است. چراکه در صورت برخورداری وسیله نقلیه ایرانی از پوشش بیمه‌نامه بین‌المللی، به دلیل آنکه قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، تابع قانون محل وقوع حادثه است، مقنن در راستای حمایت از سرنشینان خودروی ایرانی، تهیه چنین بیمه‌نامه‌ای را الزامی نموده است و سیاق عبارت مقنن، بیانگر صلاحیت قانون و محاکم ایرانی در رسیدگی به موضوع خسارت‌های بدنی وارد به سرنشینان ایرانی خودرو است، زیرا ایراد صدمه بدنی در قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری شده است. حال چنانچه، وسیله نقلیه موصوف، فاقد بیمه‌نامه مذکور باشد، آیا زیان‌دیدگان می‌توانند برای جبران صدمات بدنی وارد به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مراجعه نمایند؟ در این راستا از یک سو با توجه به ماده ۹ قانون اصلاحی و سوابق تقنینی موضوع که سابقاً نیز حتی در زمان قانون سلف، طبق بند ۶ ماده ۴ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷، خسارات ناشی از حوادثی که در خارج از کشور اتفاق می‌افتند، خارج از شمول

بیمه موضوع قانون، به معنای خارج از شمول مقررات قانون بیمه اجباری تلقی می‌شد، می‌توان گفت بر اساس اصل سرزمینی بودن قوانین، صندوق موصوف تعهدی به جبران صدمات بدنی زیان دیدگان حوادث رانندگی خارج از کشور ندارد. ولی به نظر می‌رسد، با توجه به اینکه قانون اصلاحی بر خلاف سلف خود، نه تنها این گونه حوادث را از موارد خارج از شمول موضوع ماده ۷ خود خارج کرده و در حقیقت در شمار حوادث مشمول قانون جدید قرار داده است، در قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری نیز، دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی ایرانی عازم به خارج از کشور را ملزم به تهیه بیمه‌نامه مسئولیت به میزان حداقل دیه یک مرد مسلمان در ماه‌های حرام نموده است.

بنابراین در صورت عدم برخورداری وسیله نقلیه ایرانی مسبب حادثه از بیمه، سرنشینان وسیله نقلیه و یا اولیاء دم آنان می‌توانند برای دریافت و جبران خسارت‌های بدنی خود به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مراجعه نمایند. در تأیید این استدلال، اداره کل حقوقی و اسناد و امور مترجمین قوه قضائیه در پاسخ به سوالی در خصوص امکان یا عدم امکان مراجعه سرنشینان ایرانی اتوبوس ایرانی تصادف کرده در کشور ترکیه، به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در خصوص صدمات بدنی وارده ناشی از سانحه رانندگی، طی نظریه شماره ۱۰۱۶-۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۰۱ اعلام می‌دارد: «مورد استعلام از مصادیق بیمه اجباری (مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷/۰۴/۱۶) ذکر شده است. لذا زیان دیدگان یا اولیاء دم می‌توانند برای دریافت دیه به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مراجعه نمایند».

نتیجه‌گیری:

با توجه به نقش اساسی وسایل نقلیه در زندگی کنونی بشر و کثرت حوادث رانندگی و زیان‌های مالی و بدنی این دسته از حوادث: «مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و بیمه‌ی آن» در زمره یکی از مهم‌ترین مباحث مسئولیت مدنی قرار دارد به گونه‌ای که در دهه‌های اخیر و به ویژه سنوات اخیر، موضوع قانون‌گذاری‌های عام و خاص متعددی قرار گرفته است. از سویی دیگر با توجه به تحولات دهه‌ها و سنوات اخیر در قانون بیمه‌ی اجباری شخص ثالث و علی‌الخصوص قانون مصوب ۱۳۹۵ انجام پژوهش مستقل در این حوزه جدید تقنین، امری ضروری و مفید می‌باشد.

لذا در این مقاله که در قالب یک تحقیق بنیادی و با روش کتابخانه‌ای انجام شده تلاش گردید تا با توجه به تحولات تقنینی مذکور به سؤالاتی مانند اینکه مسئولان ناشی از حوادث رانندگی چه اشخاصی هستند و مبنای مسئولیت مدنی هر یک چیست؟ و قواعد بیمه‌ی اجباری خسارت حوادث رانندگی تا چه حد از قواعد عام مسئولیت مدنی و قواعد بیمه‌ی آن تبعیت می‌کند؟ پاسخ دهد. توضیح آنکه در یک حادثه رانندگی، اشخاص گوناگونی همچون راننده، دارنده، متولیان ایمنی راه و وسیله نقلیه و دستگاه‌های متولی جبران خسارت (شرکت‌های بیمه و صندوق تأمین خسارات بدنی) نقش دارند که با توجه به تحولات در قانون جدید بیمه‌ی اجباری شخص ثالث از جمله تغییر نام قانون از: «قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی...» مصوب ۱۳۸۷ به قانون: «بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث...» که در آن، عبارت مهم و محوری: «مسئولیت مدنی» حذف شده و بیمه اجباری «خسارت» نام گرفته است، گسترش چتر حمایتی بر زیان‌دیده با توسعه‌ی مفاهیم شخص ثالث و حوادث رانندگی، تکلیف دارنده وسیله نقلیه به اخذ بیمه‌ی حوادث برای راننده مسبب حادثه، گسترده نمودن تعهدات بیمه‌گر در جبران خسارات از جمله الزام بیمه‌گر به پرداخت همه‌ی دیه‌های متعلقه در یک حادثه، از بین بردن تفکیک جنسیت و دین زیان‌دیده در جبران خسارات بدنی و تعهدات گسترده‌تر صندوق تأمین خسارت‌های بدنی در قبال زیان‌دیدگان حوادث رانندگی، این بارقه را به ذهن می‌زند که هدف اصلی قانون جدید، تکلیف دارنده به اخذ بیمه‌نامه موضوع قانون و شرکت در سامانه‌ی مسئولیت مدنی جمعی است که بیشتر سازوکاری در جهت جبران خسارت زیان‌دیدگان حوادث رانندگی است.

از دیگر سو نیز جهت‌گیری مقررات عام و خاص مسئولیت مدنی و بیمه آن در این حوزه، به سمت ابتدای مسئولیت مدنی (راننده) ناشی از سوانح وسایل نقلیه موتوری زمینی بر مسئولیت بدون تقصیر و «نظریه قابلیت استناد و انتساب» و «نظریه تضمین گروهی» گرایش پیدا کرده است. همچنین قواعد ناظر بر بیمه



خسارت در این قانون که سازوکاری مهم در جبران خسارت ناشی از سوانح رانندگی به شمار می‌رود، قواعد آن عمدتاً ناظر به شیوه‌های متنوع جبران خسارت زیان‌دیدگان این حوزه است و الزاماً تابع قواعد عام مسئولیت مدنی و یا بیمه آن نمی‌باشد. در مورد مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه موتوری زمینی، بر خلاف نظر برخی از حقوق‌دانان که معتقداند: دارنده وسیله نقلیه به دلیل عدم وجود قانون خاص که ایجاد مسئولیت را تصریح کند، در مقابل اشخاص ثالث مسئولیت ندارند و قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۴۷، تنها یک طریقه‌ای است که زیان دیده بتواند به خسارت خود برسد، باید گفت که بر طبق ماده یک قانون مذکور که مقرر می‌دارد: «کلیه دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی و ریلی اعم از این که اشخاص حقیقی و یا حقوقی باشند مکلفند وسایل نقلیه مذکور را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مذکور و یا یدک و تریلی متصل به آن و یا محمولات آنها به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به مقدار مندرج در ماده ۴ این قانون نزد یکی از شرکت‌های بیمه که مجوز فعالیت در این رشته را از بیمه مرکزی ایران داشته باشد، بیمه نمایند.» مسئولیت جدیدی را در کنار مسئولیت راننده، تحت عنوان مسئولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری زمینی ایجاد نموده است. در این ماده دارنده اعم از شخص حقیقی و یا حقوقی معرفی شده است، بدیهی است که راننده وسیله نقلیه نمی‌توان شخص حقوقی باشد، همچنین مطابق ماده ۴ قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن که مقرر می‌دارد «... عدم مسئولیت راننده مانع از استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود» و تبصره ۲ ماده ۱ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری که تصریح می‌کند «مسئولیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد.»، مسئولیت دارنده وسیله نقلیه استنباط می‌شود.

الف - منابع فارسی:

کتاب

۱. قرآن کریم
۲. اورک بختیاری، حسنعلی، (۱۳۹۱)، مبانی و اصول مسئولیت مدنی حوادث خودرویی، چاپ اول، علمی کالج، سندج.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، گنج دانش.
۴. جمشیدی، عبدالله، (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی، چاپ اول، جاودانه، تهران.
۵. جمشیدی، عبدالله، (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری در مقررات موضوعه و رویه قضایی ایران، چاپ اول، جاودانه، تهران.
۶. حسینی نژاد، حسینقلی، (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی، چاپ اول، مجد، تهران.
۷. خدا بخشی، عبدالله، (۱۳۸۸)، بیمه و حقوق مسئولیت مدنی، چاپ اول، روزنامه رسمی.
۸. غلامعلی زاده، محمد، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل موتوری، چاپ اول، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، چاپ اول، دانشگاه تهران، تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن، (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، جلد سوم، بیمه مسئولیت مدنی، چاپ اول، دانشگاه تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر و جنیدی، لیا و غمامی، مجید، (۱۳۸۱)، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، چاپ اول، دانشگاه تهران.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل نقلیه، تهران، دانشگاه تهران.

مقالات و پایان نامه‌ها

۱. احمدی، خلیل، (پاییز ۱۳۹۶)، پایان نامه مهم‌ترین نوآوری‌های قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه سال ۱۳۹۵»، شماره ۱۲۷.

۲. امامی پور، محمد، (۱۳۸۸)، نگاهی نقادانه به قانون اصلاح قانون بیمه شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷، چاپ ششم، شماره ۲۱، فصلنامه حقوق اسلامی.
۳. بهرامی‌احمدی، حمید، (۱۳۸۷)، تحلیلی بر قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری زمینی در برابر اشخاص ثالث مصوب ۱۳۴۷ و اصلاحیه قانون مزبور مصوب ۱۳۸۷، سال دوم، شماره ۳، مجله پژوهش‌های اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهید باهنر کرمان.
۴. حداد خداپرست، مریم، (۱۳۹۲)، مبانی و شرایط مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی با مطالعه تطبیقی، دانشکده علوم اداری و اقتصادی گروه حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد.
۵. خادمی، حسین، (۱۳۹۰)، حدود و قلمرو مسئولیت دارنده و راننده وسیله نقلیه موتوری زمینی در نظام مسئولیت مدنی ایران، دانشکده علوم اجتماعی.
۶. خاکی، محمد مهدی، (۱۳۹۷)، تحولات مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و بیمه آن در پرتو قانون بیمه اجباری شخص ثالث، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع).
۷. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران، سال ۷۵، شماره ۷۴، مجله حقوقی دادگستری.
۸. ره پیک، سیامک، (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه بر اساس قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷ در مقایسه با قانون مصوب ۱۳۴۷، دوره ۴۱، شماره ۳، فصلنامه حقوقی مجله دانشگاه تهران.
۹. ساداتی عربی، مهدی، (۱۳۹۶)، مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی دارنده و راننده برای جبران خسارت ناشی از حوادث رانندگی در قانون سال ۱۳۹۵، دانشگاه شمال.
۱۰. صالحی انصاری، محمد جواد، (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع).
۱۱. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۲)، ضابطه تقسیم مسئولیت مدنی در فرض تصادم دو وسیله نقلیه؛ رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۰۶ ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، سال دوم، شماره دوم، فصلنامه رأی.
۱۲. صفایی، سید حسین و فرهانی، احمد، (۱۳۹۳)، قانون اصلاح قانون بیمه اجباری شخص ثالث؛ هست‌ها و بایدها، سال سوم، شماره ۸، ص ۱۴۶، فصلنامه علمی-پژوهشی مطالعات پژوهشی راهور.
۱۳. صفری، فاطمه، محمدیان، شیما، پور قصاب امیری، علی، (۱۳۹۵)، مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و تعهدات بیمه گران در برابر اشخاص ثالث، سال دوم، شماره ۲.

۱۴. طهماسبی، جواد، (۱۳۸۸)، گفتمان دامنۀ مسئولیت در قانون اصلاح قانون بیمۀ اجباری مصوب ۱۳۸۷، سال ۷۳، شماره ۶۸، مجله حقوقی دادگستری.

۱۵. عابد پور، محمود، (۱۳۸۵)، برداشت رویۀ قضایی از مفهوم دارنده در مقابل بیمۀ اجباری شخص ثالث، سال دوم، شماره ۲، مجله تخصصی فقه و مبانی حقوق واحد بابل.

۱۶. عباسلو، بختیار و کشفی، سعید، (۱۳۸۹)، تحولات قانون اصلاح قانون بیمۀ اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیۀ موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث، شماره ۱۹، فصلنامه مطالعات مدیریت ترافیک.

۱۷. فرهانی، احمد، (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح وسائل نقلیه موتوری زمینی و بیمه آن با تأکید بر قانون جدید بیمه اجباری و رویه قضایی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی رساله، دانشگاه خوارزمی.

۱۸. فلاح، احمد علی، (۱۳۷۳) مسئولیت ناشی از تصادم وسائط نقلیه موتوری زمینی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

۱۹. شرافت پیما، محمدرضا، (۱۳۹۵)، سبب خارجی در مسئولیت مدنی، چاپ اول، مجد، تهران.

۲۰. شرافت پیما، محمدرضا، (۱۳۹۲)، تقسیم خسارت میان مسئولان متعدد در مسئولیت قهری.

ب- منابع عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۲۷۹) کتاب مکاسب، جلد ۱، چاپ اول، موسسه مطبوعات دینی.

۲. زعموش، محمد، (۲۰۰۵م)، التأمين الإلزامی من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات فی الجزائر، بجامعة منتوری قسنطينة.

۳. السنهوري، احمد عبدالرزاق، (۱۹۵۲م)، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، جلد اول، دارالنشر الجامعات المصرية، القاهرة.

۴. الصامه، عبدالعزيز، (۲۰۰۲م)، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، اساسها و شروطها، الدارالعلميه الدوليه و دارالثقافه النشر والتوزيع، الاصدرا الاول، عمان.

داوری در آثار استاد جعفری لنگرودی

عبدالله فدابکشی^۱

مقدمه

برخی، مفاهیم حقوقی را گاه با نگاه ادبی، در متون تاریخی دنبال می‌کنند. آنچه فیلیپ مالوری در کتاب «ادبیات و حقوق»^۲ نگاشته و به ترجمه کلانتریان منتشر شده، از این موارد است. بی‌گمان متون ادبی با داوری آشناست و شاعران نیز به کنایه یا تصریح، آن را توصیف کرده‌اند. تاریخ نیز مطالب زیبایی دارد و از داوری‌های خوب و بد یاد می‌کند.^۳ اما اینکه عنوان داوری در آثار محمدجعفر استاد جعفری لنگرودی را انتخاب کردیم، به این علت بر می‌گردد که آثار ایشان، خود یک دوره کامل ادبی، فقهی و حقوقی و شایسته استقلال است و شأن این را دارد که بدون دیگر آثار، مورد تتبع قرار گیرد. موضوعات مختلف حقوقی را می‌توان در آثار وی جست‌وجو کرد اما انتخاب داوری دلایلی دارد:

از یکسو به داوری علاقه‌مندیم و عجیب است عاشق نازیبایی شده‌ایم که اگر آرایش قانونی نیابد، هر روز زشتی آن بیشتر می‌شود که خود داستانی ملال‌آور دارد!

Email: khodabakhshi1356@yahoo.com

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه فردوسی مشهد

۲. مالوری، فیلیپ، ادبیات و حقوق، ترجمه: کلانتریان، مرتضی، تهران، چاپ ۱، آگه، ۱۳۸۱.

۳. نقل یک نمونه خالی از لطف نیست زیرا درد دل «هزیله» گلایه بسیاری است به داوری‌های فعلی که همه را گرفتار کرده است! «داستان طسم و جدیس که به روزگار پادشاهان تیره‌ها بودند: طسم بن لوذ بن ازهر بن سام بن نوح و جدیس بن عامر بن ازهر بن سام بن نوح، پسر عمویان یکدیگر بودند و در میامه زیستند و اینجا را در آن هنگام «جَو» می‌نامیدند که بارورترین و سرسبزترین سرزمین‌ها بود. پادشاه شان به روزگار شاهان تیره‌ها «عملیق» بود. او مردی ستمکار و بدرفتار و دیوکردار و کژکنار بود. زنی از جدیس به نام «هزیله» را شوهرش رها کرد و خواست فرزندش را از او بستاند. زن داوری به نزد عملیق برد و گفت: ای پادشاه، کودک را نه ماه در دل داشتم، در یک دم فرو گذاشتم و دو سال سراسر کام از شیر انباشتم. اینک چون اندام‌هایش به هم پیوست و نزدیک شدش هنگام گسست، خواهد از من بازگرددش به زور و زیان و فرو گذاردم سرگردان. شوهرش گفت: ای پادشاه، کابینش بدادم از هر خوشه‌ای و خرواری ولی کام نگرفتم از او بسیاری؛ نیز نه چندان...؛ نداد مرا برگ و باری، مگر کودک گمنام و بیماری، پس فرمان درست بده اگر کننده کاری. پادشاه فرمود که آن پسر بچه را پیوست بردگان سازند و زن و مرد هر دو را بفروشند. به شوهر، یک پنجم بهای زن بدهند و به زن، یک دهم بهای شوهر. هزیله این شعرها بگفت: اَتینا آخاطسم لِیحْکَم بَیننا/ فأنفذ حکماً فی هزیله ظالماً/ لعمری لقد حکمت و لا متورعاً/ و لا کنت فیمین بیرم الحُکَم عالماً/ ندمت و لم اندم و آتی بعترتی/ و اصبح بعلی فی الحکومة نادماً. یعنی: به نزد فرمانروای طسم آمدم تا میان ما داوری کند. او درباره هزیله فرمانی ستمگرانه بیرون داد. دلا، مردی پرهیزکار را داور نساختی و انجام دهنده فرمان را به درستی نشناختی. پشیمان شدم و پیش از این پشیمانی نداشتم. اینک خویشان و کسان من کجایند؟ شوهرم نیز از این داوری بیدادگرانه پشیمان گشت». (ابن اثیر، عزل الدین، تاریخ کامل، ترجمه: حسینی روحانی، سیدمحمد، تهران، چاپ ۴، اساطیر، ۱۳۹۱، صص ۴۰۶ و ۴۰۷).

از سوی دیگر، وی هرچند در زمینه داورى، کتاب خاصی نداشته است اما در لابلای آثار بسیار خود، مباحثی از داورى را در نظر داشته و استنباطی به عمل آورده که نشان می‌دهد اگر اراده کند حقوق داورى جاندارى را به آثار خویش می‌افزاید (ملک ان یملک). دلیل سوم نیز تمرکز بر نقطه نظرات یک صاحب نظر و کمک به توسعه ادبیات داورى است.

مباحث داورى بسیار است. برای طرح مختصرى از دیدگاه‌های استاد جعفرى لنگرودى، مطالب در دو گفتار با عنوان داورى و قواعد ماهوى (گفتار نخست) و داورى و قواعد دادرسی (گفتار دوم) با اشاره به پاره‌ای از مهمترین فروع ذیل هر گفتار، بیان می‌شود.

۱- داورى و قواعد ماهوى

۱-۱-۱- تحقق داورى

۱-۱-۱-۱- تعریف و تقدم داورى و تحکیم بر دادگستری

داورى را می‌توان با تحکیم در فقه مقایسه کرد. مشابهت بسیار و تفاوت‌ها، اندک است!^۱ استاد جعفرى لنگرودى، عناصر تحکیم را به این صورت می‌شمارد: «اول- دو طرف (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی)، خواه طرفین عقدی از عقود باشند خواه نه مانند اختلافات در میراث. اما اختلاف (محقق یا محتمل) عنصر تحکیم نیست چنان‌که در مورد شرط خیار برای ثالث به منظور جلب نظر او در نقض و ابرام عقد (خیار مؤامره) این را هم تحکیم گفته‌اند. جامع بین داورى و طرف مؤامره در خیار استیمار، ایکال.... حکم و اظهارنظر ثالث است. این عنصر، تحکیم مورد نظر خوارج را خارج می‌کند زیرا مقصود خوارج، نفی حکومت انسان و انحصار حکومت برای خداوند تعالى بود. خوارج را محکمین می‌خواندند. دوم- تفویض حکم و اظهارنظر به ثالث و گردن نهادن به رأى و نظر او. سوم- مورد از موارد کیفرى و قصاص نباشد».^۲ ارتباط خیار مؤامره با تحکیم و داورى به ویژه داورى مبتنى بر صلح و انصاف، بسیار است و فرصت موسعی برای تبیین می‌طلبد.^۳ اشاره وی، گویای استحضار دقیق از آن ارتباط است. از نظر او، داورى مقدم بر سازمان قضایى و محاکم رسمى است و قضات انتخابی، بیش و پیش از قضات

۱. در این خصوص: خدابخشى، عبدالله، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، تهران، چاپ ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۷۸۵ الی ۷۹۰.

۲. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۷۷.

۳. خدابخشى، عبدالله، حقوق دعاوى، ج ۵، تحلیل حقوقی روایات، تهران، چاپ ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، صص ۵۹ الی ۱۱۸، ۱۷۵ الی ۱۷۸.



منصوب بوده‌اند. برخی معتقدند که صلاحیت مرجع داورى نسبت به دادگاه، عام است زیرا مراجعه به اشخاص انتخابی (حکم، داور) قبل از تشکیل دادگاه‌ها، موافق اصل بوده است؛ از نظر وی: «این سازمان قضایی که امروز سراسر کشور را زیر پوشش خود گرفته است تا قبل از مشروطه در ایران نبود. یک پدیده غربی است؛ بخش خصوصی در آغاز با آن مخالف بود. در عصر خلفای اربعه به ندرت دولت نصب قاضی می‌کرد؛ مانند شریح قاضی که در زمان عمر و عثمان و علی (ع) قاضی بود. بخش خصوصی، دادگاه داشت و قاضی به تراضی، عهده‌دار رسیدگی به دعاوی بود. اهل ذمه هم در عصر نبی (ص) دادگاه‌های خاص خود را داشتند. ابن العربی مالکی می‌گوید: رسیدگی به مرافعات، از حقوق مردم است؛ نه قضات. ولی مصلحت آن است که دولت، نصب قاضی کند... اگر خواستید تاریخ عصر خلفای اربعه را در اقدام بخش خصوصی در تصدی دادگاه‌ها بدانید و وضع «قاضی به تراضی» را مجسم کنید به خطبه ذیل از نهج البلاغه^۱ بنگرید: رجل قمش جهلاً، موضع فی جهال الأمة؛ یعنی مردی که کان نادانی است جهل خود را به نادانان عرضه می‌کند. قد سماه اشباه الناس عالماً و لیس به؛ عوام او را عالم نامند ولی دانا نیست. بگر فاستکثر من جمع مال منه خیر من کثیر؛ آغاز کرد به جمع روایات که اندک درست آنها به از اکثر نادرست است. جلس بین الناس قاضياً؛ به عنوان قاضی بین متداعیین جلوس کرد (قاضی به تراضی). فان نزلت به إحدى المبهمات؛ اگر مجهولی نزد او طرح شود. هیأاً له حشو ارتأاً من رأیه ثم قطع؛ پاسخی بی‌اساس دهد و فصل خصومت کند. لایدري اصاب ام اخطاء؛ نداند درست رأی داده است یا نه. یذری الروایات اذراء الريح الهشيم؛ روایات را به هر سو برد مانند باد گیاه خشک را... تصرخ من جور قضائه الدماء؛ از حکم ناحق او خونها فریاد می‌کشند و تعج منه المواريث؛ میراث‌های خلاف حق، بانگ بر می‌آورند. الی الله أشکو من معشر؛ از دست گروهی پناه به خدای برم. یعیشون جهلاً و یموتون ضللاً؛ که نادان زیند و گمراه می‌روند... از این سند چند نکته را باید دانست: ۱- طرح دعاوی نزد قضات، در عصر خلفای اربعه از حقوق خصوصی بود همان‌طور که ابن العربی گفت. ۲- تشکیل دادگاه‌ها در بخش خصوصی مجاز و شایع بود، هرچند که دولت هم به ندرت در مراکز بلاد، نصب قاضی می‌کرد. ۳- روایات به حد وفور در دسترس همگان بود و بسی از آن قضات در بخش خصوصی مقید نبودند که به روایات موثق عمل کنند بلکه نه تنها به روایات موثق بلکه به ناموثق هم عمل می‌کردند. به هر حال هر دو نوع آنها ظنی الصدور بود و حال آنکه قرآن، قطعی الصدور بود و آنان در تفسیر آیات قطعی الصدور به آن روایات، عمل می‌کردند. پس دول وقت (یعنی خلفای اربعه) از این رو در تدوین رسمی روایات اقدام عام

۱. نهج البلاغه، ص ۲۵.

نمی‌توانستند کرد. ۴- آن قضاات برای معاش خود، از ارباب رجوع، اجرت می‌گرفتند و برای اوراق دعا هم عوض می‌خواستند، اجرت تنگ قاضی، معروف است.^۱

۱-۲- تمایز داور و وکالت

وکالت و داور و تفاوت‌های اساسی دارند.^۲ این تفاوت را می‌توان در «تحقق» این عناوین و «آثار» آن جست‌وجو نمود. از نظر تحقق، جوهره وکالت با نظریه نمایندگی عجین شده است و قواعد آن را بر این اساس تحلیل می‌کنند اما جوهره داور، نمایندگی نیست و تسلیط است و ریشه در قانون و حاکمیت نیز دارد. در وکالت، امری را می‌توان اعطا کرد که اصل از عهده آن برآید، درحالی که می‌دانیم قضاوت از شئون خاص است و خود اصیل نمی‌تواند در آن دخالت کند. استاد جعفری لنگرودی می‌گوید: «انتخاب داور با توکیل فرق دارد؛ یعنی داور، وکیل کسانی نیست که او را به داور گزیده‌اند زیرا شرط وکالت این است که موکل بتواند، خود مورد وکالت را انجام دهد و حال این که انتخاب کنندگان داور، صلاحیت حل اختلاف مورد داور را به صورت انشای رأی و فصل خصومت ندارند».^۳

می‌توان افزود که؛ در مورد امکان وکالت در قضاوت، در فقه اختلاف نظر است، بسیاری آن را قبول ندارند، برخی می‌پذیرند و برخی نیز تنها اعطای وکالت در مقدمات آن مانند استماع شهادت را قبول دارند.^۴ با توجه به ادله بحث، عدم اعطای وکالت قوی‌تر به نظر می‌رسد. وقتی این اختلاف در مورد قاضی منصوب و امکان اعطای وکالت از سوی او وجود دارد، در مورد اشخاص خصوصی اساساً نمی‌توان به امکان تحقق وکالت معتقد بود و آنچه طرفین اختلاف به عنوان داور پیش‌بینی می‌کنند، نمی‌تواند وکالت باشد. از نظر آثار، اولاً داور به طور مستقل رأی می‌دهد و این رأی با دستور دادگاه، لازم‌الاتباع است اما وکیل، به نمایندگی، عمل حقوقی انجام می‌دهد که لازم‌الاجرا نیست و اگر در سند رسمی هم باشد، از خود تصمیم نشأت نمی‌گیرد بلکه از حکم قانون است؛ ثالثاً اقدام داور، برای حل و فصل اختلاف است ولی وکیل در این مقام نیست یا اگر درصدد رفع نزاع حقوقی است، عمل قضایی انجام نمی‌دهد. به این معنا که فرآیند تصمیم‌گیری او، فاقد اوصاف قضایی است. به عبارت دیگر ولایت داور برای فصل

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رنسانس فلسفه، ج ۵، تهران، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۹۶، صص ۲۴-۲۶.

۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق داور و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، چاپ ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۳۵ و ۳۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۳، تهران، چاپ ۶، امیرکبیر، ۱۳۷۶، ص ۴۳۷.

۴. در این خصوص رجوع شود به: موسوی خمینی، روح الله (امام)، الاجتهاد و التقليد، تهران، چاپ ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۵۵؛ گلپایگانی، محمدرضا، کتاب القضاء، جاول، قم، چاپ ۱، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ه ق، ص ۹۰.

کردن؛ و نمایندگی وکیل برای وصل نمودن است! با این حال، گاه تمایز مذکور به غایت دشوار می‌شود زیرا ممکن است داور، اختیار صلح و سازش نیز داشته باشد (ماده ۴۸۳ ق. آ.د.م.). به ویژه اینکه به عقیده برخی از اساتید، داوری با اختیار صلح: «ماهیت دو گانه دارد یعنی داورانی که اختیار صلح دارند در عین حال، وکیل در مصالحه هستند... در اینجا هم چون داوران وکیل هستند لذا هر سه نفر باید به اتفاق رأی دهند... توافق تمام داوران باید باشد و این نظر درست‌تر است و باید این نظر را منطبق با اصول حقوقی بدانیم»^۱.

رویه قضایی نیز از این اختلاف مصون نمانده است. برای مثال در رأی شماره ۷۵/۴/۱۱-۱۳۵/۷۳/۱۹ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور آمده است: «با عنایت به این که مستفاد از مدلول قرارداد مورخ ۶۱/۴/۷ ارجاع اختلافات مشروحه در آن جهت حل و فصل به معنی ارجاع به داوری است و صرف اطلاق عنوان وکیل به داوران موصوف از قرارداد در محدوده اختیارات مفوضه موجب خروج موضوع از امر داوری نمی‌باشد بنابراین دعوای مطروحه قبل از روشن شدن وضعیت رأی صادره،... فاقد موقعیت قانونی بوده و مورد، مقتضی صدور قرار عدم استماع دعوا است...»^۲. تأمل بیشتر نشان می‌دهد حتی این داوری نیز با وکالت متمایز است.^۳

۱. صفایی، سید حسین، داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران، چاپ ۱، شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۵۶۸ و ۵۷۲.
۲. بازگیر، عبدالله، تشریفات دادرسی در آیین آرای دیوان عالی کشور، داوری و احکام راجع به آن، فردوسی، چاپ ۲، ۱۳۸۶، ص ۱۷۷؛ شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان به موجب دادنامه ش ۱۷۶۹-۳۵۲۴۰۳۵۲۷۰۹۶۷ مورخ ۹۶۰۹۹۷/۱۱/۱ موضوع پرونده ش ۹۶۰۹۲۶ مقرر می‌دارد: «... ج- مفاد سند با قید (به حکمیت آقای... در مالکیت اینجانب قرار خواهد گرفت) بیشتر از اینکه افاده و برداشت داوری به مفهوم قضاوت خصوصی شود، شیوه‌ای برای صلح و سازش و میانجیگری را متبادر به ذهن می‌کند. براساس اصول تفسیری نیز در تردید بین داوری به معنای خاص و حکمیت به معنای سازش، چون اصل بر صلاحیت محاکم دادگستری است، تعبیر «حکمیت» به «سازش»، موافق این اصل است و با مفاد سند ارایه شده نیز که هیچ قیدی بر الزام طرفین یا تکلیف صدور رأی برای آقای... در آن نشده، همگون‌تر است؛... ه- حدود اختیار داور به طور دقیق، مشخص نشده است (ماده ۴۵۸ ق. آ.د.م.) و در قسمت اخیر سند موضوع شرط داوری با این موضوع (در مالکیت اینجانب قرار خواهد گرفت)، به مفهوم تملیک بخشی از اعیان به نام خوانده است، حال آنکه در منطوق رأی داور، حکم به مبلغ وجه نقد آن هم به عنوان خسارت صادر شده است که این تصمیم، به نظر دادگاه، خارج از صلاحیت موضوعی داور است؛ ز- رأی داور باید موجه و مدلل باشد (ماده ۴۸۲ ق. آ.د.م.) به گونه‌ای که محکوم علیه بداند به چه دلیلی و براساس چه مستندی محکومیت یافته است و دادگاه نیز در کنترل قضایی رأی داور، باید آنچه داور را به نتیجه محکومیت رهنمون ساخته است [به نحو] متعارف، بیابد؛ حال آنکه در رأی داور هیچ‌گونه مستند و توجیهی که حاکی از شرایط قراردادی و شیوه محاسبه محکومیت خواهان باشد ارائه نشده است؛ ح- اگر چه داور در رسیدگی به اختلاف تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد اما رعایت اصول دادرسی که ضامن حقوق اصحاب دعواست، برای داور الزامی است؛ از جمله اصل تناظر و نیز اطلاع از چگونگی محاسبه ضرر و زیان احتساب شده که در مضمون و مندرجات رأی داور، شیوه دعوت از طرفین و ارزیابی خسارت و وجه تعیین شده، یا اصلاً تحقق نیافته و یا شیوه تحقق آن مبهم است...».
۳. خدابخشی، صص ۱۳۵ الی ۱۵۳.

۱-۳- ضمانت اجرای شرایط داوری

در صورتی که شرایط مقرر برای قرارداد یا شرط داوری (موافقت‌نامه داوری به معنای عام) رعایت نشود، چه وضعیتی خواهد داشت؟ بدیهی است که اگر شرایط عمومی رعایت نشود، قرارداد، حسب مورد باطل یا غیرنافذ است؛ اما در مورد شرایط خاص مقرر در مواد ۴۵۸ و ۴۶۸ ق.آ.د.م.^۱ حکم مشخصی وجود ندارد. استاد جعفری لنگرودی بعد از اشاره به مندرجات قرارداد داوری، از جمله شامل تعیین مشخصات داور معین و موضوع اختلاف، می‌گوید: «ظاهر... این است که ضمانت اجرای تخلف، بطلان قرارداد است».^۲ دیگر نویسندگان، کمتر به این امر اشاره نموده‌اند ولی رویه قضایی گاه، آرایي در این خصوص دارد. به نظر نمی‌رسد که بتوان بطلان قرارداد را استنباط نمود زیرا کافی است که طرفین، اصل توافق به داوری را مقرر کنند، بدون اینکه داور، مدت داوری، موضوع داوری و سایر شرایط را تعیین نمایند. در واقع، قانون یا عرف برای همه اینها حکم تکمیلی دارند و به جای اراده صریح طرفین می‌نشانند.

رویه قضایی نیز بیشتر متمایل به صحت قرارداد است و البته برخی دادگاه‌ها، عدم رعایت شرایط مقرر در ماده ۴۵۸ قانون را از جهات بی‌اعتباری داوری می‌دانند. در دادنامه شماره ۱۶-۸۵/۱۱/۸۵ موضوع پرونده شماره ۸۵/۱۶۲۵/۶ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی... نسبت به دادنامه شماره ۸۵/۱۲۷-۹۱۷-۸۵/۱۲۵/۸۴ کلاسه ۱۷۸۱/۱۲۵/۸۴ صادره از شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران... نظر به این که بند ۶ قرارداد با موازین مندرج در ماده ۴۵۸ قانون منطبق نمی‌باشد و با توجه به صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری، تجدیدنظرخواهی مذکور وارد تشخیص».^۳ همچنین در دادنامه شماره ۱۹۴۴-۸۴/۱۲/۱۶-۸۴ موضوع پرونده شماره ۸۴/۳۵/۱۸۸۲ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «تجدیدنظرخواهی آقای... نسبت به دادنامه شماره ۷۴۹ در تاریخ ۸۴/۷/۲۷ صادره از شعبه ۹۰ دادگاه عمومی تهران،... در قرارداد داوری، مدت قید نشده و عدم قید مدت در داوری از موجبات بطلان و

۱. ماده ۴۵۸: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به‌طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد. در صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به‌داوری ارجاع شده باید به‌طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود. تبصره- قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده‌اند با رعایت اصل یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی تابع مقررات زمان تنظیم می‌باشند»؛ ماده ۴۶۸: «دادگاه پس از تعیین داور یا داوران و اخذ قبولی، نام و نام خانوادگی و سایر مشخصات طرفین و موضوع اختلاف و نام و نام خانوادگی داور یا داوران و مدت داوری را کتباً به داوران ابلاغ می‌نماید. در این مورد ابتدای مدت داوری تاریخ ابلاغ به همه داوران می‌باشد».

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۳۹.

۳. زندی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، داوری، جنگل، چاپ ۱، ۱۳۸۸، ص ۱۱۹ و ۱۲۰.

بی‌اعتباری قرارداد داور می‌باشد بنابراین قرارداد داور در هر دو فرض (چه این که مشمول تبصره ذیل ماده ۴۸۴ باشد و چه نباشد) باطل و بی‌اعتبار است...^۱ دلیل سخت‌گیری استاد جعفری لنگرودی در ضمانت اجرای بطلان را باید جویا شد!

۱-۲- داورى شخص حقوقى

آیا داورى شخص حقوقى، ممکن و قانونى است؟ به این معنا که اولاً می‌توان تصور داورى از سوى شخص حقوقى را داشت ثانیاً با فرض تصور، آیا قانون، این داورى را اجازه می‌دهد یا خیر؟ پاسخ برخى از اساتید به گونه‌ای است که نشان می‌دهد، امکان داورى از سوى شخص حقوقى وجود ندارد زیرا گفته‌اند: «باید پذیرفت که اشخاص حقوقى، به طور طبیعى قادر به اعمال این حق نمی‌باشند... [شخص حقوقى] تنها می‌تواند داورى را سازماندهی کند و در اصل، داورى را شخص یا اشخاص طبیعى حقیقی انجام خواهند داد».^۲ در مقابل، لنگرودی، داورى شخص حقوقى را صحیح دانسته و مستنداتی از قوانین را نیز برای آن ذکر می‌کند.^۳ به نظر می‌رسد هم نظر با وی، داورى شخص حقوقى، منعی ندارد اما به لحاظ مشکلات عملی، از آن استقبال نمی‌شود.^۴

۱-۳- تعیین داور (ان)

اگر در قرارداد، داوران متعددی را تعیین و مشخصات (نام و دیگر موارد) آنها را نیز قید نموده باشند؛ دو پرسش مطرح می‌شود: ۱- آیا داوران باید به اتفاق نظر رأی دهند یا نظر اکثریت آنها نیز کافی است؟ ۲- با امتناع یکی از داوران، آیا داورى سایرین نیز از بین می‌رود یا داوران باقی مانده می‌توانند رسیدگی و انشای رأی نمایند. بدیهی است که داورى مقید، تنها به این نیست که یک نفر را تعیین کنند و داور مذکور حاضر به داورى نبوده یا ناتوان باشد و عبارت ماده ۴۶۳ قانون به اینکه «... در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داورى نماید...»، دلالت بر حصر ندارد، زیرا مقید بودن داورى، تابع قصد طرفین است و ممکن است یک یا چند داور، دارای این وصف باشند. بنابراین اگر سه داور تعیین شده و نخواهند داورى کنند، موضوع، مشمول ماده ۴۶۳ قانون می‌باشد. در این فرض اگر هر سه داور یا اکثر داوران از رسیدگی خودداری نمایند، بی‌تردید داورى از بین می‌رود و دادگاه صلاحیت رسیدگی خواهد داشت؛ اما اگر یک داور یا اقلیت این داوران، مانند دو داور از ۵ داور، امتناع کنند چه وضعی خواهد داشت؟

۱. همان، ص ۸۴.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج سوم، تهران، چاپ ۱، دراک، ۱۳۸۴، ص ۵۳۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، صص ۴۴۱ و ۴۴۲.

۴. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۲۴۵ الی ۲۵۱.

در مورد وکلای متعدد، مواد ۱۶۶۹ و ۲۶۷۰ قانون مدنی به لزوم اتفاق نظر آنها اشاره دارند اما قیاس وکیل و داور صحیح نیست و نمی‌توان از این مواد ملاک گرفت. این مسئله پیش از هر چیز، تابع قصد طرفین است که در صورت احراز، مقدم بر هر قاعده‌ای می‌باشد؛ اما اگر نتوان به این قصد نایل آمد، به نظر می‌رسد که داورى سایرین نیز از بین می‌رود زیرا وقتی طرفین، داوران را مشخص می‌کنند، به همه نظر داشته و براین اساس، توافق نموده‌اند. استاد می‌فرماید: «هر گاه طرفین قرارداد، تراضی به داورى دو نفر کرده باشند، ظاهر این است که اتفاق رأی آنان حجت است و در صورت اختلاف، نظر هیچ یک از داوران اثر ندارد. در این صورت، ... داورى زائل می‌شود».^۳ از این سخن می‌توان دریافت که تعداد داوران لازم نیست طاق (فرد) باشند اما آیا وی از این سخن، به بیش از دو نفر نیز نظر دارند؟ علت تردید این است که تعیین دو نفر به عنوان داور، عرفاً و با جست‌وجوی اراده طرفین موافقت‌نامه داورى، به معنای اتفاق نظر هر دو داور است زیرا هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد اما اگر تعداد سه نفر شد، اکثریت دو در برابر یک نفر، وضعیت دیگری را رقم می‌زند! به هر حال به نظر می‌رسد جز در صورت تصریح به خلاف یا احراز عرف که کاشف از اراده طرفین است، در این وضعیت نیز اتفاق نظر شرط است.

این تحلیل منطقی است زیرا ممکن است نقش یکی از داوران، به نحوی باشد که در جریان رسیدگی، بر دیگر داوران تأثیرگذار بوده و رأی را تغییر دهد. نمی‌توان خواست طرفین را در این داورى تفکیک نمود و به جای ۵ داور، آنها را به ۳ یا ۴ داور ملزم دانست. برخلاف وقتی که داورى مطلق است و قانون اجازه داده تا اکثریت داوران اعلام نظر کنند و امتناع یکی از داوران، اثری در سمت بقیه ندارد، در داورى مقید، باید همه داوران آماده حضور و قبول داورى باشند و با امتناع یکی از آنها، اکثریت نیز حق دخالت ندارند. به عبارت دیگر، «قید» داورى و داور، وضعیت تک تک داوران را در بر می‌گیرد و تنها متوجه مجموع داوران نخواهد بود (عام استغراقی).

۱-۴- داورى با حق صلح و سازش

نقش داور در این نوع داورى چیست؟ آیا صرفاً، «داور» باقی می‌ماند یا نقش «وکیل» را نیز همزمان خواهد داشت؟ و آیا این امر، در مورد داوران متعدد اثرگذار است و باعث می‌شود که رأی آنها، تنها به

۱. «هر گاه برای انجام امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به جا آورد».

۲. «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود».

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۵۲.



اتفاق نظر صادر شود یا اکثریت داوران نیز کافی است؟ به عقیده برخی از صاحب‌نظران، داوری با اختیار صلح «ماهیت دو گانه دارد یعنی داورانی که اختیار صلح دارند در عین حال، وکیل در مصالحه هستند... در اینجا هم، چون داوران وکیل هستند لذا هر سه نفر باید به اتفاق رأی دهند... توافق تمام داوران باید باشد و این نظر درست‌تر است و باید این نظر را منطبق با اصول حقوقی بدانیم»^۱ و از نظر استاد جعفری لنگرودی: «در صورت تعدد داوران در موضوع رسیدگی، رأی اکثریت مناط اعتبار است ولو اینکه در قرارداد داوری اتفاق نظر شرط شده باشد و در این امر فرق نمی‌کند که داوران، رأی را به صورت رسیدگی و حکومت صادر کرده باشند یا به صورت اصلاحی (در صورت داشتن حق صلح). این امر از اطلاق ماده ۶۶۰ دادرسی مدنی [سابق] دانسته می‌شود. حکم عادی شماره ۲۶۳۹ مورخ ۱۳۳۸/۷/۲۸ هیأت عمومی تمیز هم به همین مضمون صادر شده است ولی در حکم عادی شماره ۶۱۵ مورخ ۱۳۳۰/۶/۷ هیأت مزبور، برخلاف حکم قبلی اظهارنظر شده است و ظاهر مواد ۶۵۹ و ۶۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی هم مؤید حکم اخیر است»^۲. رویه قضایی حتی در سطح هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در این خصوص، استوار نیست و آرای متفاوتی صادر نموده است:

نخست- در رأی شماره ۱۳۳۰/۶/۷-۶۱۵ هیأت عمومی اصراری از اتفاق نظر داوران دفاع شده است: «حکم فرجام‌خواسته از این حیث مخدوش است که دادگاه صادر کننده حکم مزبور به تصور اینکه اختیار طرفین دعوا به داورهای خود ضمن قرارداد داوری از قبیل اختیار اشخاص به وکلای خود نیست تا بتوان رأی اصلاحی اکثریت داورها را غیر موثر دانست، مبادرت به اصدار حکم فرجام‌خواسته نموده است و این نظریه صحیح نیست زیرا اصولاً اختیاری که از طرف اشخاص به عده‌ای برای انجام عملی داده می‌شود خواه به عنوان وکالت خواه به عنوان اصلاح و حتی به عنوان داوری، ظاهر در اختیار جمعی است نه انفرادی بنابراین هر عملی که از طرف عموم صاحبان اختیار نباشد (جز در موارد استثنائی) دارای اثر و مناط اعتبار نخواهد بود و آنچه به موجب قانون داوری از این قاعده کلی استثنا گردیده فقط موضوع آن هم در مواد مخصوصی که رأی اکثریت داورها را مناط اعتبار دانسته و باید به همان موضوع به خصوص که قدر متیقن استثنا از قاعده کلی است اکتفا نمود و تعمیم آن به موضوع صلح از باب اینکه اسمی از آن در قانون داوری برده شده وجهی ندارد بنابراین حکم فرجام‌خواسته برخلاف قانون صادر گردیده...»^۳

۱. صفایی، سیدحسین، پیشین، صص ۳۰ و ۳۱؛ شمس، عبدالله، پیشین، ص ۵۶۸ و ۵۷۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۵۷.

۳. مجموعه رویه قضایی، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، ج ۲، آرای مدنی، آرشیو حقوقی کیهان، چاپ ۲، ۱۳۵۳، صص ۲۸۴ الی ۲۸۸.

دوم- در مقابل، می‌توان به رأی شماره ۲۶۳۹-۳۸/۷/۲۸ همان هیأت اشاره داشت که نظر اکثریت را کافی دانسته است: «اعتراضات فرجامی که در اطراف وقوع صلح از طرف حکم‌ها اتفاق و اکثریت آنان ایراد شده وارد نیست زیرا علاوه بر اینکه در قانون موارد بطلان رأی حکم صریحاً ذکر گردیده و در موردی که دعوا به حکمیت و یا صلح از طرف حکم قطع و فصل می‌گردد حکم خاصی وضع نگردیده و مقررات ماده ۶۶۵ اعم است از اینکه عقیده داور به صورت حکمیت و یا صلح بوده باشد اساساً بحث در این زمینه در موردی است که راساً و مستقلاً از طرف متداعیین به یک یا چند نفر وکالت اصلاح امر داده شود و مورد بحث چنین صورتی نداشته چه اولاً طرفین توافق در امر داورى کرده‌اند نه وکالت اصلاحی و اکثریت داورها هم پس از رسیدگی و ورود در جریان امر و نفع و ضرر شرکت به اظهار عقیده به تخلف فرجامخواه از قرارداد، نتیجتاً فرجام خواندگان را نسبت به مبلغ معین ذیحق تشخیص داده منتهی نتیجه را به صورت صلح در آورده و این صورت در واقع و حقیقت حکمی بوده منتهی به صورت صلح و اظهار عقیده اکثریت اشکال قانونی نداشته بنا به مراتب نسبت به حکم فرجام‌خواسته اشکالی وارد نبوده و ابرام می‌گردد»^۱.

۱-۵- مره و تکرار در داورى

از مباحث دشوار داورى است!^۲ برخی از نویسندگان با تفکیک داورى مطلق و مقید (مقید به شخص معین یا زمان معین)، می‌گویند: «در این قسم ارجاع به داورى [داورى به صورت مطلق]، خواه طرفین شخصی را هم به عنوان داور انتخاب کنند و خواه دادگاه برای انتخاب داور طرف ممتنع اقدام کند، در صورتی که رأی داور باطل شود، چون قرارداد داورى پایان نیافته است، داور دیگر، به انتخاب طرفین و یا به تعیین دادگاه به ماهیت دعوا رسیدگی می‌کند... مادام که قرارداد ارجاع به داورى... به جهتی زوال نیافته است، با عدم صدور رأی از طرف داور یا ابطال رأی داور از طرف دادگاه، قرارداد داورى از بین نمی‌رود و هرچند مرتبه اختلاف یا دعوا به داور ارجاع شود، اگر رأی او مورد تأیید دادگاه قرار نگیرد، راهی برای عدول از قرارداد داورى، جز حدوث یکی از جهات زوال داورى (رضای طرفین، فوت یا حجر یکی از آنان و غیره) وجود ندارد... علت این امر آن است که طرفین، با توافق بر حل و فصل اختلاف یا دعوا از طریق داورى به طور مطلق، در حقیقت دادگستری را مواجه با عدم صلاحیت ذاتی نسبت به اختلاف خود

۱. همان، صص ۲۸۹ الی ۳۹۲.

۲. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۲۷۴ الی ۲۹۲.

کرده‌اند»^۱. ایشان در موردی که دعوا در دادگاه مطرح است و با توافق طرفین به داوری ارجاع می‌شود نیز معتقدند که اگر در مورد شخص معین یا زمان مشخصی که قید توافق آنها باشد، تراضی نشده باشد و داور منتخب دادگاه یا طرفین، رأیی صادر نموده و رأی او باطل اعلام شود، بازهم باید به داور دیگری رجوع داشت و این فرایند هرچند بار که تکرار شود، قانونی است و نباید غیر از این باشد.^۲ استاد جعفری لنگرودی عقیده دارد: «ارجاع به داوری دو قسم است: الف- طرفین توافق می‌کنند که شخص یا اشخاص معینی به عنوان داوری، به دعوی رسیدگی کنند؛ در این صورت اگر رأی داور یا داوران صادر و بنا به درخواست یکی از طرفین در دادگاه ابطال شد، پس از قطعیت رأی، قهراً قرارنامه داوری هم از بین رفته محسوب است و دادگاه به اصل دعوا رسیدگی خواهد کرد مگر اینکه طرفین مجدداً درخواست ارجاع امر به داوری اشخاص دیگر کنند که بنا به درخواست آنان قرارنامه ارجاع به داوری تنظیم می‌شود؛ ب- وقتی که طرفین بدون در نظر گرفتن شخص مخصوص درخواست ارجاع امر به داوری کرده‌اند و رأی داور باطل شناخته شده است در این صورت قرارنامه داوری به حال خود باقی است و پس از قطعیت حکم بطلان رأی داور، طرفین دعوت می‌شوند و در صورتی دادگاه به اصل دعوا رسیدگی می‌کند که طرفین تراضی کنند والا به درخواست هر یک از طرفین اقدام به تعیین داور می‌کند. منظور از رسیدگی به اصل دعوا تا قطعی شدن حکم که در ماده ۶۶۶ آیین دادرسی مدنی [سابق و ماده ۴۹۱ قانون فعلی آیین دادرسی مدنی] دیده می‌شود این است که قبل از قطعی شدن حکم بطلان رأی داور، جریان پرونده باید متوقف بماند».^۳

۲- داوری و قواعد دادرسی

۲-۱- لزوم استناد خوانده به شرط داوری

شرط داوری، صلاحیت دادگاه را به سود مرجع داوری، تغییر می‌دهد. این حق طرفین است که هر یک از این صلاحیت‌ها را انتخاب کنند مگر در موارد داوری اجباری. از این رو، ایراد به موافقت‌نامه داوری، از حقوق خوانده است و باید برآن بود که اگر خوانده، در وضعیتی باشد که بتوان رفتار او را دال بر انصراف از داوری تفسیر کرد، دادگاه نمی‌تواند راساً موضوع را در صلاحیت داور بداند و قرار عدم استماع دعوا صادر نماید. برخی معتقدند: «جایی که قانون‌گذار توافق شفاهی را برای زوال این قرارداد قبول نمی‌کند، چگونه

۱. واحدی، جواد، رسیدگی به ماهیت دعوا پس از ابطال رأی داور، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۲، ۱۳۷۷، صص ۸ و ۹.

۲. همان، ص ۱۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۵۴.

می‌توان زوال آن را به قراین و دلالت التزام پذیرفت؟... ممکن است طرف مقابل صرفاً به لحاظ ترس از محکومیت و عدم اطلاع از مقررات قانونی در مقام دفاع برآمده ایرادی به صلاحیت دادگاه نکند و هیچ‌گونه قصد باطنی نیز بر عدول از قرارداد داوری نداشته باشد.^۱ برخی معتقدند که دادگاه بدون توجه به ایراد طرف نمی‌تواند قرار عدم استماع دعوا را صادر نماید و برخی می‌گویند دادگاه در ابتدا، باید صلاحیت خود را محرز بداند و بنابراین اگر طرفین، دلیلی بر منتفی شدن داوری ارایه نداده باشند، دادگاه باید رأساً قرار عدم استماع دعوا صادر نماید.^۲ در فرانسه باید در اولین پاسخ ایراد شود، در غیر این صورت دادگاه اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌کند.^۳ برخی با این عقیده که دادگاه باید رأساً نسبت به صدور قرار عدم استماع دعوا اقدام نماید، در نقد نظر مخالف، می‌گویند: «داوری حاصل اراده و توافق طرفین و نتیجتاً قابل اقاله می‌باشد اما این که عدم ایراد به رجوع یکی از طرفین به دادگاه، بر عدول از شرط داوری دلالت کند، محل تردید است و این امر باید با قراین قوی‌تری احراز شود».^۴ برخی دیگر با قبول این نظر که «اقدام خوانده در ماهیت دعوا و عدم درخواست ارجاع به داوری، به منزله انصراف از قرارداد داوری محسوب می‌گردد»، می‌گویند که در صورت ایراد خوانده، دادگاه باید قرار سقوط دعوا را صادر نماید.^۵ بالاخره به باور لنگرودی: «تراضی کتبی بر رجوع از داوری ممکن است به دلالت التزام و قراین باشد، مانند این که پس از قرارداد داوری، یک طرف، موضوع داوری را در دادگاه مطرح کند و طرف دیگر ایراد نکند که دعوا در صلاحیت داور است».^۶ تحلیلی منطقی و قابل تأیید.^۷

۲-۲- اختیار دادگاه در تمدید مهلت داوری

تعیین و تمدید مهلت داوری، از سوی دادگاه چه شرایطی دارد؟ آیا اساساً دادگاه حق دارد به جای طرفین، مهلت را تعیین یا تمدید کند یا دادگاه نیز مقید به مهلت سه ماه می‌باشد؟ استاد جعفری لنگرودی در این خصوص شهادت می‌دهد که: «هرگاه در قرارداد داوری طرفین حاضر به تمدید مدت و یا تجدید داور نشوند... ظاهراً عمل دادگاه‌ها بر این است که رأساً داور جدید انتخاب می‌کنند و داوری را زایل شده

۱. محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران، چاپ ۱، ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۸۰.

۲. داوری نامه، مرکز داوری اتاق ایران، چاپ ۱، ۱۳۸۳، صص ۲۵۷ الی ۲۵۹.

۳. شمس، عبدالله، موافقت نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۱۷.

۴. عابدیان، میرحسین، داوری در امور تجاری، تعالی حقوق، ماهنامه آموزشی دادگستری خوزستان، سال دوم، ش ۱۸، ۱۳۸۶، ص ۱۴.

۵. امیرمعزی، احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، چاپ ۱، دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین ص ۴۵۱.

۷. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی، ج ۶، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، تهران، چاپ ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، صص ۲۱-۲۳.

نمی‌دانند»^۱. تجربه سال‌های اخیر نشان می‌دهد که چنین رویه‌ای در دادگاهها مرسوم نیست و تاکنون دیده یا شنیده نشده است که با انقضای مدت داور و عدم صدور رأی داور، دادگاهها دخالت نموده و مدت را تمدید کنند. شاید در گذشته بوده که با مراجعه به منابع مربوط به رویه قضایی و دکتین، موردی به دست نیامد.

۲-۳- صلاحیت رسیدگی به دعوای ابطال رأی داور

دادگاه عمومی حقوقی، در تشکیلات فعلی قضایی، مرجع رسیدگی به دعوای ابطال می‌باشد، حتی اگر داور در مرجع دیگری تحقق یافته باشد. وی حکم شماره ۲۵۰۰-۱۳۱۷/۹/۱۰- دادگاه انتظامی را نقل می‌کند: «دعوای مطروح در دادسرا را هم می‌توان به داور ارجاع کرد ولی وقتی داور رأی داد، اجرای رأی با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به دعوای مزبور را دارد زیرا حق اجرا به دادسرا داده نشده است»^۲.

۲-۴- دادخواست یا درخواست ابطال رأی داور

برخی از نویسندگان حقوقی، در مورد لزوم یا عدم لزوم تقدیم دادخواست بیان می‌دارند: «در... قانون آیین دادرسی... مقرراتی در مورد شکل درخواست ابطال دیده نمی‌شود. تنها استفاده از کلمه درخواست به جای دادخواست... قرینه‌ای بر عدم لزوم رعایت مقررات مربوط به دادخواست رسمی است. این نتیجه مورد تأیید دیوان کشور قرار گرفته است. چه، شعبه ششم دیوان عالی کشور،^۳ در یکی از احکام خود، درخواست اصدار حکم به بطلان رأی داور را محتاج دادخواست رسمی واجد شرایط مندرج در مواد ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ ق.آ.د.م. [سابق] ندانسته است»^۴. این نظر مورد تأیید برخی دیگر نیز می‌باشد.^۵ برای مثال امیر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۵۲.

۲. همان، ص ۴۴۳.

۳. به موجب حکم شماره ۱۲۱۱-۲۶/۷/۲۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور: «به موجب ماده ۶۳۲ قانون [ماده ۴۵۴ فعلی] کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از اینکه در دادگاه طرح شده یا نشده به تراضی به داور رجوع کنند و به موجب ماده ۶۶۶ قانون مزبور [ماده ۴۹۰ فعلی] هر یک از طرفین که حکم داور به ضرر او باشد و حکم مزبور را مشمول یکی از شقوق مذکور در ماده ۶۶۵ [ماده ۴۸۹ فعلی] بدانند می‌تواند از دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد درخواست اصدار حکم بطلان رأی داور را بنماید و این درخواست هم احتیاج به تقدیم دادخواست رسمی دارای شرایط مندرجه در مواد ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ قانون مزبور نخواهد داشت کما اینکه تقاضای اجرای رأی داور از طرف کسی که رأی داور به نفع او صادر شده هر چند قرار داور از دادگاه صادر نشده باشد به موجب ماده ۶۶۱ قانون نامبرده منعی ندارد». متین دفتری، ۱۳۹۱، ص ۱۵۹.

۴. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داورهای تجاری بین‌المللی، دادگستر، چاپ ۱، ۱۳۷۶، صص ۳۳۳ و ۳۳۹؛ سروی، محمدباقر، نگرشی کاربردی به موضوع داور در حقوق ایران، فکرسازان، چاپ ۱، ۱۳۸۹، ص ۷۷.

۵. «درخواست حکم بطلان رأی داور، مستلزم تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی نمی‌باشد»: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج سوم، ۱۳۸۴، ص ۵۸۵.

حسین فخاری می‌نویسد: «در رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داور، دادگاه در ماهیت دعوا وارد نمی‌شود. دعوا همچنان باقی است. دادگاه یا اعتراض را مردود اعلام می‌کند و رأی داور را صحیح تشخیص می‌دهد که در این صورت، حکم راجع به دعوا، توسط داور داده شده و یا این که رأی داور باطل اعلام می‌گردد که در صورت اخیر، یا دعوا از طریق داوری فیصله می‌یابد و یا آن که دادگاه به آن رسیدگی می‌کند و حکم لازم را خواهد داد. وقتی دادگاه بخواهد وارد رسیدگی شود و حکم مقتضی صادر کند، آنگاه دعوا تابع مقررات و تشریفات مربوط به دادخواست خواهد بود... جای هیچ گونه تردیدی وجود ندارد که رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داور جنبه ماهوی ندارد و به همین دلیل است که در ماده ۶۶۶ [قانون سابق آیین دادرسی مدنی] مقنن از واژه «درخواست» استفاده کرده و نه «دادخواست»...»^۱. لنگرودی، ابتدا از عدم ضرورت دادخواست سخن می‌گوید ولی در ادامه و بعد از ذکر رأی از هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور که دادخواست را لازم نمی‌داند، از ضرورت دادخواست به این صورت یاد می‌نماید که: «ظاهراً این آرا مختص مواردی است که دعوا از دادگاه به داوری ارجاع شده باشد مع الوصف نظر خلاف آن هم از نظر ما خالی از اعتبار و قوت نیست»^۲. به نظر می‌رسد همانطور که رویه قضایی قاطع است، گریزی از تقدیم دادخواست نیست.^۳

نتیجه‌گیری:

طرح مسائلی از حقوق داوری که شاهد تکرار آن در رویه قضایی نیز هستیم، نشان می‌دهد داوری مورد توجه استاد جعفری لنگرودی است. اینکه در اوج مباحث و تحلیل‌ها در حوزه‌های مختلف به ویژه حقوق خصوصی و دقایق فقهی، به دادخواست یا درخواست داوری، کیفیت تشکیل هیأت داوری، زوال یا بقای داوری، صحت یا بطلان موافقت نامه داوری و دیگر فروع، توجه داشته‌اند، گویای اهمیت داوری از یکسو و تبخّر ایشان در این حوزه است. فقه با نهاد «تحکیم» در مباحث خود، آشناست و حقوق داوری نیز به نظر می‌رسد بیشتر، از بیرون مرزها وارد شده و نیازمند فقهی‌سازی و بومی‌سازی است. تلاش‌های استاد جعفری لنگرودی بی‌گمان مفید بوده است.

۱. فخاری، امیرحسین، داوری، ابزاری جهت سوءاستفاده، در: نقد آرای قضایی، کتاب اول، مرکز پژوهش‌های قضایی قوه قضاییه، ۱۳۷۸، صص ۱۱۵ و ۱۱۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۵۶۲.

۳. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، چاپ ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۴۹۷ الی ۵۰۱.

۱. ابن اثیر، عزالدین، (۱۳۹۱)، تاریخ کامل، ترجمه: حسینی روحانی، سیدمحمد، تهران، چاپ چهارم، اساطیر.
۲. امیرمعزی، احمد، (۱۳۸۷)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، چاپ اول، دادگستر.
۳. بازگیر، یدالله، (۱۳۸۶)، تشریفات دادرسی در آیین آرای دیوان عالی کشور، داوری و احکام راجع به آن، تهران، چاپ دوم، فردوسی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، تهران، چاپ ششم، امیرکبیر.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، چاپ اول، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، رنسانس فلسفه، جلد پنجم، تهران، چاپ اول، گنج دانش.
۷. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر، چاپ اول.
۸. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
۹. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، تهران، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۵)، حقوق دعاوی، جلد پنجم، تحلیل حقوقی روایات، تهران، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
۱۱. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۷)، حقوق دعاوی، جلد ششم، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، تهران، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. داوری‌نامه ۱، (۱۳۸۳)، تهران، چاپ اول، مرکز داوری اتاق ایران.
۱۳. زندی، محمدرضا، (۱۳۸۸)، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، داوری، تهران، چاپ اول، جنگل.
۱۴. سروی، محمدباقر، (۱۳۸۹)، نگرشی کاربردی به‌موضوع داوری در حقوق ایران، فکرسازان، چاپ اول.
۱۵. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۶، ۳۷ صفحه.
۱۶. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران، چاپ اول، دراک.
۱۷. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۰)، «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران، چاپ اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۸ صفحه.

۱۸. عابدیان، میرحسین، (۱۳۸۶)، «داوری در امور تجاری»، تعالی حقوق، ماهنامه آموزشی دادگستری خوزستان، سال دوم، شماره ۱۸.
۱۹. فخاری، امیرحسین، (۱۳۷۸)، «داوری، ابزاری جهت سوءاستفاده»، نقد آرای قضایی، کتاب اول، تهران، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های قضایی قوه قضاییه.
۲۰. گلپایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳ هـ.ق)، کتاب القضاء، جلد اول، قم، چاپ اول، دار القرآن الکریم.
۲۱. مالوری، فیلیپ، (۱۳۸۱)، ادبیات و حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، چاپ اول، آگه.
۲۲. متین دفتری، احمد، (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران، چاپ چهارم، نشر مجد.
۲۳. مجموعه رویه قضایی، (۱۳۵۳)، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، جلد دوم، آرای مدنی، تهران، چاپ دوم، آرشیو حقوقی کیهان.
۲۴. محمدزاده اصل، حیدر، (۱۳۷۹)، داور در حقوق ایران، تهران، چاپ اول، ققنوس.
۲۵. موسوی خمینی، روح‌الله (امام)، (۱۴۱۸ هـ.ق)، الاجتهاد و التقلید، تهران، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۶. واحدی، جواد، (۱۳۷۷)، «رسیدگی به ماهیت دعوا پس از ابطال رأی داور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۲.

مقایسه مبانی و قواعد روش‌های تفسیر قانون مدنی در حقوق مدرن و آثار استاد جعفری لنگرودی

مهدی رشوند بوکانی^۱

چکیده

در حقوق مدرن، عده‌ای از اندیشمندان، به وحدت قانون و قاعده حقوقی معتقدند در حالیکه که گروهی دیگر، معتقدند که قانون یکی از ابزارهای بیان قاعده است. بر اساس رویکرد دوم که مورد پذیرش استاد جعفری لنگرودی نیز هست، برای تفسیر قانون به سرچشمه‌های قانون در عرف، غرائز حقوقی، وجدان بشری، دکترین و... رجوع می‌شود. در حقوق مدرن، عده‌ای منبع اصلی حقوق را عقلانیت فطری و گروهی عقلانیت خودجوش می‌دانند. استاد جعفری لنگرودی، قانون را محل تلاقی عرف و دکترین می‌داند و برای تفسیر آن مراجعه به غرائز حقوقی، عرف عادت و منابع اسلامی در چارچوب استدلال عقلی با عنایت به فهم اصحاب و... را لازم می‌دانند تا به این ترتیب، تصورات و تصدیقاتی دقیق، کارآمد و معتبر از قانون استنباط شود.

منطق تفسیری در حقوق مدرن و آثار استاد جعفری لنگرودی نوعی تحقیق نظری است که از سه بخش تشکیل شده است: تصورات، تصدیقات و استدلال. آثار استاد جعفری در توضیح منطق تفسیری علاوه بر اصالت و روشمند بودن از مبانی بومی و متقنی برخوردار است که در آثار سایر حقوق‌دانان سابقه ندارد که در این تحقیق، این مبانی و روش‌ها در مقایسه با آثار مشابه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلیدواژه: مبنا، روش، تفسیر، قانون، قاعده

قانون را یکی از منابع حقوق می‌دانند به این معنا که حقوق‌دانان، برای یافتن قواعد حقوقی به متنی به نام قانون مراجعه می‌کنند: متنی که در چارچوب قانون اساسی از سوی مراجع صالح حکومتی تهیه، تصویب و به عموم مردم ابلاغ می‌شود.^۱

با افتتاح مجالس قانون‌گذاری و ورود پدیده‌ای بنام قانون در نظام حقوقی ایران، تلقی‌های متفاوت و گاه متعارضی در خصوص مبنا و نقش آن در نظام حقوقی ابراز شده و بر همین اساس، رویکردهای تفسیری متعدد و بعضاً متضاد در مورد تفسیر آن شکل گرفته که برخی از این رویکردها فاقد اصالت و عمق کافی و تقلیدی از رویکردهای رایج در سایر نظام‌های حقوقی است. در این میان، آثار استاد جعفری لنگرودی از جهات متعددی برجسته و ممتاز است. نخست اینکه حاصل سالها تتبع پیوسته و دقیق ایشان و واجد نوعی جامعیت و اصالت^۲ بی‌بدیل است و دیگر اینکه آثار ایشان در پرتو روشی خاص^۳ شکل گرفته است. لذا این سوال همواره در ذهن نگارنده وجود داشته که مبانی نظری و اوصاف کلان روش تفسیر قانون مدنی در آثار استاد جعفری لنگرودی چیست و با روشهای رایج در حقوق مدرن چه نسبتی دارد؟

پژوهش برای یافتن پاسخی درخور به این سوال از آن رو ضرورت دارد که محققان با نگاهی مقایسه‌ای و منسجم از روش ایشان آگاه شوند و آن را به کار گیرند و صاحبان اندیشه، در ارتقا و تکمیل آن به عنوان روشی بومی و اصیل بکوشند.

برای یافتن پاسخی درخور و رفع ضرورت مذکور، ابتدا مفهوم روش، تفسیر قانون و اقسام آن، به اجمال معرفی می‌شود. سپس جایگاه قانون و مبنای قانون‌گذاری در نظام‌های حقوقی مدرن مطالعه می‌شود زیرا مکاتب تفسیر حقوقی، تابع درک بنیان‌گذاران آنها از مبنا و نقش قانون در نظام حقوقی است. بعد از بیان این کلیات، مکاتب اصلی در تفسیر قانون و جزئیات مبانی و اوصاف آنها در حد گنجایش این نوشتار، بیان خواهد شد. نظر به اینکه این نوشته جنبه مقایسه‌ای دارد، در خلال بحث‌ها، روش تفسیر قانون در آثار جعفری و مبانی آن بیان خواهد شد.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۰.
کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۸۹، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اساس در قوانین مدنی، المَدَوْنَةُ، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، صص ۱۴، ۱۳.

۱-۱- مفهوم روش‌شناسی و مبانی آن

روش، مسیر یا شیوه‌ای است که برای تحصیل شناخت، دانش، معرفت و یا حتی آگاهی طی می‌شود. روش‌شناسی، بررسی چرایی و ارزیابی اعتبار این مسیر است جهت اصلاح و توسعه آن. به عبارت دیگر، روش‌شناسی، دانشی است که بر مسیر تولید و توسعه علم تمرکز دارد^۱ زیرا شناخت معتبر، منوط است به رعایت شرایط و استفاده از روش‌ها و قواعد خاصی که ذیل عنوان روش‌شناسی بررسی می‌شوند^۲. به همین دلیل، گفته‌اند که وصول به هدف‌های یک علم، فقط در پرتو روش معتبر، میسر است^۳.

پس به طور خلاصه، روش، مسیر تحصیل شناخت معتبر و نیل به اهداف یک دانش است و روش‌شناسی ارزیابی، تحلیل و اعتبارسنجی این مسیر و اصلاح و توسعه آن.

نظر به اینکه مسیر تحصیل معرفت بر پایه مبانی فلسفی هستی‌شناسانه^۴، معرفت‌شناسی و با توجه به نظریات پذیرفته شده در قلمروی یک علم، تعیین و توصیه می‌شود، بحث درباره روش یک رشته علمی از جمله حقوق، بدون بررسی مبنا و چرایی پیدایش آن، چستی موضوعات و گزاره‌های آن و نظریات کلان مقبول در آن رشته میسر نیست. لذا برخی گفته‌اند که روش‌شناسی حقوق - چگونگی شناخت قواعد الزام‌آور اجتماعی - واسط معرفت‌شناسی و روش محقق در مرحله پژوهش است^۵. به عبارتی در هر علم، برای تحصیل دانش معتبر، روشی به محققان توصیه می‌شود که بررسی ریشه‌ها و ارزیابی این روش را دانشی بنام روش‌شناسی با تکیه بر هستی‌شناسی، معرفت‌شناسی، مقاصد آن علم و پاره‌ای نظریات مقبول بر عهده دارد.

به این ترتیب می‌توان گفت که روش‌شناسی، عبارت است از تعیین مسیر تحصیل دانش، تولید و توسعه آن و ارزیابی این مسیر با تکیه بر مبانی فلسفی، معرفت‌شناسی و... به این ترتیب به راحتی قابل پذیرش

۱. جاوید، محمد جواد، روش تحقیق در علم حقوق، تهران، مخاطب، ۱۳۹۱، ص ۹.

۲. بی، ارل، روشهای تحقیق در علوم اجتماعی (۱)، ترجمه رضا فاضل، ص ۴۴. عرب، مهین، نقد و بررسی روش‌شناسی در فلسفه دکارت و آراء پوپر، ۱۳۸۱، ص ۵۶.

۳. ساروخانی، روشهای تحقیق در علوم اجتماعی، ج ۱: اصول و مبانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۸۲، ص ۲۲.

۴. بر همین اساس، جعفر لنگرودی، مباحث فلسفه اعلی در علم حقوق را با معرفی هستی‌های اعتباری و ویژگی‌های آن آغاز کرده است (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ ۲، گنج دانش، ۱۳۹۴، صص ۳۰-۹).

۵. حکمت‌نیا، محمود، قواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آنها، مجله حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش ۴۲، پاییز ۱۳۹۳، ص ۸.

است که در علم حقوق نیز روش تفسیر قانون و اختلافی که در مورد روش‌های استنباط و روایی آنها، وجود دارد، از بحث‌های فلسفی مربوط به مبانی حقوق و قانون سرچشمه می‌گیرد.^۱

۱-۲- مفهوم تفسیر قانون به عنوان بخشی از روش‌شناسی حقوقی و اقسام آن

برخی اعتقاد دارند که روش‌شناسی در حقوق، حسب ساحت‌های متفاوت آن، متعدد است. بر اساس این باور، می‌توان سخن از روش‌شناسی تقنین، تفسیر، تطبیق و اجرا به میان آورد.^۲

روش یافتن قواعد حقوقی و مفردات آن از متن قانونی را روش تفسیری می‌گویند. برخی تفسیر را مختص مواردی می‌دانند که معنای واژگان یا عبارتهای یک متن در حجاب و مبهم باشد.^۳ اما عده‌ای معتقدند که تفسیر عبارت است از تعیین معنای یک متن و قلمرو اجرایی یا گستره آن. در این معنی، عدم تعین و ابهام در اجرای هر قانونی وجود دارد و ویژه موارد ابهام نیست زیرا هر کس که وظیفه دارد یک قانون را اجرا کند باید قلمرو مفهومی آن را مشخص کند و از این حیث، آن را تفسیر می‌کند.^۴

استاد جعفری لنگرودی اعتقاد دارد که هدف از تفسیر، درک حقیقت و شناسایی معنای صحیح قانون است نه قلب حقیقت. به عبارتی تفسیر عبارت است از تعیین مدلول قانون یا تعیین حد شمول آن، اما غالب اوقات، تفسیر قانون برای تجاوز از مورد نص^۵ است: گاه به صورت توسعه و گاه به صورت تضییق.^۶ تفسیر حسب اینکه مفسر چه کسی باشد به تفسیر، قانون‌گذار یا تفسیر قانونی و تفسیر حقوق‌دانان اعم از قضات و سایر اهالی دانش حقوق تقسیم می‌شود.

تفسیر قانونی یعنی تفسیر قوه مقننه از قانون^۷ گاه حسب تصریح مقنن، عطف بماسبق می‌شود و گاه تحت عنوان تفسیر، قانون قبلی را تغییر می‌دهد که در این صورت مسامحتاً به آن تفسیر گفته می‌شود.^۸ اما تفسیر حقوق‌دانان تفسیری است که قضات در مقام رفع خصومت یا اهل نظر در مقام تبیین علمی ارائه می‌دهند و هدف از آن مشخص نمودن مدلول و قلمرو شمول قانون است.^۹

۱. الشریف، محمد مهدی و حمید آرانی، پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض، مجله حقوق تطبیقی، ج ۱۳، ش ۱، ۱۳۹۶، ص ۹.

۲. حکمت نیا، محمود، پیشین، ص ۹.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ ۵، ۱۴۱۶ هـ ق، ص ۵۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۶، زمستان ۱۳۸۳، صص ۳۳۱، ۳۳۹.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۹۳، صص ۱۱۴، ۱۱۳، ۹۴.

۶. همان، ص ۹۳ و نیز امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ج ۲، بی تا، ص ۱۵.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۹۴.

۸. همان، همانجا.

در تفسیر قوانین دو روش علمی موجود است^۱: نظریه موسع^۲ و محدود^۳.

در تفسیر موسع^۴ یا فرامتنی معنی مواد قانونی تا حد امکان با رعایت انصاف و عدالت قضائی توسعه داده می شود برخلاف تفسیر محدود^۵ یا متن گرا با رعایت قواعدی تلاش می شود از معنی عرفی یا اصطلاحی مواد قانونی تجاوز نشود و حدود اجرای آن توسعه نیابد مثل تفسیر قوانین جزائی. در این روش که تحت عنوان متن گرایی نیز از آن یاد می شود، ادعا می شود که متن های حقوقی معنایی عینی و مستقل از ظرف و زمینه دارند^۶.

در مقابل دو نظریه بالا، نظریه کلاسیک را قرار می دهند که مبتنی بر تفکیک مواد قانونی به شرح زیر است: ۱- موادی که مبتنی بر قواعد و اصول حقوقی می باشند مورد تفسیر موسع قرار می گیرند و به وسیله اعمال قواعد عقلی از قبیل وحدت ملاک، تنقیح مناط و قیاس، حکم مذکور در ماده را به موارد مشابه سرایت می دهند. ۲- موادی که حکم خاصی را بیان می نماید و به جهتی از جهات استثنا بر قاعده و اصول کلی می باشد به طور محدود تفسیر می شود و فقط به منطوق و مفهوم آن عمل می نمایند^۷. با مطالعه فوق، این سوال ذهن را به خود مشغول می کند که دلیل و علت این تفاوت دیدگاه ها و رویکردها چیست؟ با بررسی اجمالی نظرات معلوم می شود که دلیل پیدایش این اختلاف ها، دیدگاهی است که نسبت به ماهیت و اوصاف قانون وجود دارد. لذا ذیلاً جایگاه و مبنای قانون مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱. الشریف، محمد مهدی و حمید آرای، پیشین، ص ۷.

۲. Extensive

۳. Restrictive

۴. کاتوزیان به جای تفسیر موسع از مکتب تحقیق علمی آزاد سخن رانده و به جای تفسیر محدود از اصطلاح مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی سخن به میان آورده است (کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ۱۳۷۷، ص ۲۱۵، ۲۱۰).

۵. برخی، این روش را زیر مجموعه ی بنیادگرایی تفسیری خوانده اند که مبتنی بر این باور است که لفظ در ذات خود معنایی دارد و دستیابی به آن برای مفسر میسر است. بنیادگرایی تفسیری نیز به نوبه خود مکاتبی را در دل دارد که از آن جمله می توان به قصدگرایی، غایتگرایی و مکتب واسط میان این دو اشاره کرد. در قصدگرایی، معیار درستی تفسیر آن است که مفسر مقصود و مراد گوینده متن را دریابد. در این صورت، الفاظ و ساختارهای مندرج در متن، ملاک اصلی فهم است و دخالت دادن شرایط خارج از متن برای تفسیر زیانبار است. اما در مکتب واسط، به طیفی از بافتهای ذهنی و عینی از جمله عادات و احوال گفتاری و رفتارهای مخاطبان کلام یا گوینده نیز استناد می شود و بر اساس آن استنباط صورت می گیرد. در نهایت در غایت گرایی، به مقاصد، رویکردها و تمایلات صاحب متن نیز عنایت می شود (نوبهار، رحیم، اصول فقه، مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن، ۱۳۹۵، صص ۲۲-۲۵).

۶. راسخ، محمد و پورسیدآقایی، سید حمید، نگاهی انتقادی به شکل گرایی در حقوق، نگاهی انتقادی به شکل گرایی در حقوق، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴، ص ۷۳.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۰۲؛ امامی، پیشین، ص ۱۴.

۳-۱- جایگاه و مبنای قانون در حقوق مدرن و آثار استاد جعفری لنگرودی

در نگاه سنتی، حقوق و حکومت بدون یکدیگر قابل تصورند مثل نظام حقوق اسلامی مدّ نظر فقهای امامیه که جدای از حکومت و بر پایه‌ی آموزه‌های وحیانی و سخن ائمه (ع) شکل گرفت و مسیر بالندگی خود را طی کرده است.

اما در نظام مدرن، سعی شده تا میان حقوق و حکومت، آشتی برقرار شود: حلقه وصل یا محور این آشتی در حقوق مدرن پدیده‌ای است بنام قانون که ذیلاً جریان‌های فکری اصلی در مورد چیستی و نقش آن در ایجاد نظم اجتماعی مورد بررسی قرار می‌گیرد. به عنوان مقدمه، لازم است در خصوص مولفه‌های اصلی حقوق مدرن به عنوان خاستگاه قانون، اشاره شود:

۱-۳-۱- جایگاه قانون در حقوق مدرن:

نظر به اینکه در دوره معاصر، قانون، محصول دولت و حقوق مدرن است، لازم است قبل از هر چیز درباره مولفه‌های اصلی حقوق مدرن توضیح داده شود. ظهور دولت مدرن منجر به فرایند عقلانی‌سازی حقوق شد که در دو جنبش عرفی‌سازی حقوقی (لائسیسیزاسیون) و یکپارچه‌سازی نمایان شده است^۱:

در جنبش عرفی‌سازی، دین، مذهب یا... مبنا و منشأ حقوق نیست بلکه فردگرایی مبنایی یا عقلانیت فطری یا متافیزیکی مبنای قواعد حقوقی است. بر اساس این نگرش، عقلانیت فردی نیز ریشه در وجدان فردی دارد و در واقع، وجدان فردی آبخور حق و قواعد حقوقی است: وجدان فردی به طور مستقیم، منشأ اعتبار قواعدی چون لزوم جبران خسارت، لزوم ردّ امانت یا قبح شهادت کذب و به طور غیر مستقیم سرچشمه قواعدی است که هدف آنها تحقق عینی و اجرائی حقوق و آزادی‌های فردی است^۲. یعنی در بسیاری از قوانین، آزادی سنگ نشانی است که تصمیم‌های مهم قاعده‌سازی را راهبری می‌کند. در عبارتی اغراق آمیز گفته‌اند در این جنبش فکری، تعبّد جایی ندارد و سخن هیچ شخصی بر دیگری برتری ندارد مگر اینکه آن سخن در میدان تجربه و تجزیه و تحلیل تجربی ارزیابی و پذیرفته شود^۳.

یکپارچه‌سازی یا وحدت‌گرایی حقوقی نیز به نوعی محصول عقلانی شدن حقوق است. در نگرش عقلانی به حقوق، آن را به مثابه یک سیستم در نظر می‌گیرند. در رویکرد سیستمی، حقوق عبارت است

۱. شوالیه، ژاک، دولت پسمدرن، مطالعه تطبیقی تحولات معاصر در حقوق اساسی و اداری، ترجمه: واعظی، سید مجتبی، تهران، مجد، ۱۳۹۷، ص ۱۱۳.

۲. شهابی، مهدی، فلسفه حقوق، مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶ ص ۲۶۴، ۲۶۳.

۳. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، چاپ ۱، ۱۳۸۳، شرکت سهامی انتشار، صص ۱۰۸، ۱۰۷.

از پاره‌ای قواعد هماهنگ و هدفمند اجتماعی. از این منظر، نهادها و بخش‌ها و مفاهیم حقوقی، ارتباطی منسجم و رو به سوی ارزش‌ها و هدف‌های مشخص دارند (وحدت‌گرایی حقوقی). لذا برخی از قواعد و نهادها، بر سایر نهادها، تقدم ماهوی و کارکردی دارند. این تقدم، ریشه در مبنا و هدف حقوق دارد: اگر بپذیریم که مبنای اعتبار قواعد حقوقی، عقلانیت فطری است و نقش دولت، تنها صورت‌بندی قواعد حقوقی برآمده از این مبنا یا ایجاد قواعد صرفاً شکلی یا ماهوی برای اجرای همان قاعده حقوقی اصلی است، بی‌تردید با تقدم حق‌های فردی یا خصوصی از جمله مالکیت خصوصی مواجه می‌شویم. به این ترتیب، دو خصیصه حقوق مدرن عبارت است از یکپارچه‌سازی و انسجام قواعد و احکام حقوقی از یکسو و تقدم حقوق خصوصی از سوی دیگر. بی‌تردید خصیصه نخست، چهره نظم‌گرایانه حقوق، یعنی قابلیت پیش‌بینی احکام و آرا و واکنش‌های حقوقی را به نمایش می‌گذارد و خصیصه دوم، از ارزشهای بنیادین این نظام حقوقی پرده بر می‌دارد.

در نظام حقوقی مدرن، نگرشی که به رابطه متقابل حقوق طبیعی و قانون در مرحله تفسیر قائل است، عقلانیت انسان‌گرایانه (وجدان انسانی)^۱ را مبنا و ملاک اعتبار شناخت می‌داند و بر این اساس اصولی کلی را استخراج و استنباط می‌کند که راهنمای حل مسائل جزئی خواهد بود و قانون اعتبار خود را از این اصول می‌گیرد.^۲ در حقوق مدرن، بین این اصول نیز نوعی سلسله مراتب وجود دارد.

۱-۳-۲- جایگاه قانون در نظام حقوقی ایران در آثار استاد جعفری لنگرودی

در حقوق ایران در خصوص جایگاه قانون تعبیرهای مختلفی شده است از جمله اینکه برخی تصویب قوانین به سبک اروپای بری را نشانه دست کشیدن از سنت اسلامی و ورود نظام حقوقی ایران به جرگه نظام‌های حقوقی مدرن دانسته‌اند. اما استاد جعفری لنگرودی معتقد است که ارائه طرح‌های قانونی از سوی علمای حقوق صورت می‌گیرد و زیر چتر ضمانت اجرای دولت قرار می‌گیرد^۳، اما قانون مدنی ایران، ریشه و مبنا در دکتترین حقوق اسلامی (اندیشه‌های مطرح شده در کتب فقهی) دارد و مبنای آن عقلانیت فطری نیست بلکه حسب نظر ایشان، سرچشمه این قواعد، آموزه‌های فقهی و در احکام امضائی یا به قول ایشان مبنای حقوق تأییدی، غرایز حقوقی، عرف عادت، حاجت عمومی و اندیشه‌های فقهی اسلامی و ... است که در ادامه به آنها اشاره خواهد شد.

به این ترتیب، در مقام تفسیر، ایشان قانون را دارای وجودی مستقل و تنها منبع حقوق نمی‌داند و در

۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، منابع حقوق، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، صص ۲۱۲-۲۱۱.

۲. شهابی، مهدی، پیشین، ص ۲۵۳.

۳. همان، ص ۲۲۳.

تفسیر قانون علاوه بر رعایت منطق سیستمی و اصول حقوقی، مقدمات تهیه و تدوین قانون و... مصالح زیر بنایی قانون را نیز در کشف قاعده حقوقی مورد نظر در قانون موثر می‌داند تا جایی که به نظر ایشان، اساساً قانون تابع مصالح اجتماعی است. لذا در صورت تغییر مصالح، نگهداری صورت بی‌جان قوانین کاری لغو است و باید قانون به گونه‌ای تفسیر شود که بر چارچوب موازین شرعی منطبق بر مصالح جدید منطبق شود.^۱ ایشان در مورد نحوه انطباق احکام مقتبس از شرع با نیازهای اجتماعی چنین می‌گوید: «اما در تحشیه مواد قانون مدنی، اگر محشی درس خوانده باشد و نزد اساتید به درجه اجتهاد رسیده باشد او می‌تواند باب اجتهاد را مفتوح دارد، یعنی به هنگام تحشیه و شرح مواد، از مرز عبارات و الفاظ قانون مدنی عبور کند و نگاهی به کتاب و سنت نماید و مقاصد شارع را دریابد...»^۲. ایشان در تفسیر مقاصد نویسنده قانون مدنی به ویژه مواد مقتبس از فقه، اعتقاد دارند که باید این مجموعه را بر کتاب و سنت عرضه کرد و هر نفی و اثبات حتی اگر مستند به عقل و اعتبار باشد به مقیاس کتاب و سنت باشد.^۳

۱-۳-۳- مبنای شکل‌گیری قانون در حقوق مدرن

عقلانیت متافیزیکی را سنگ بنای حقوق مدرن معرفی کرده و آثار متعددی را بر این سخن بار کرده‌اند. اما جایگاه و نقش عقلانیت متافیزیکی به عنوان یک واقعیت و ضرورت تاریخی، در سلسله مراتبی به شرح زیر توضیح داده‌اند. در مورد نحوه شکل‌گیری قانون دو قرائت متفاوت به شرح زیر وجود دارد:

الف- قرائت مبتنی بر خردگرایی سازنده‌گرا (صنع‌گرا)^۴

عقلانیت یا خردگرایی مورد نظر در این قرائت، انعکاسی از وجدان انسانی است و جامعه مدرن را محصول اراده‌ای مستقل و مبتنی بر نوعی قرارداد می‌دانند. در این جامعه، حق فردی ابزار و معیاری است برای تبیین آزادی و استقلال فردی. در این نگرش حق و مهم‌ترین مصداق آن یعنی آزادی فردی، ذاتی یا فطری است و پوزیتیویسم دولتی این حق را شناسایی و حمایت می‌کند و ایجادکننده یا اعطاکننده حق محسوب نمی‌شود.^۵ لذا دولت حق ندارد این حق را سلب کند و محدود کردن آن جز در موارد ضرورت امکان‌پذیر نیست.

قرارداد اجتماعی به عنوان یک فرض روش‌شناختی و یک ابزار عقلی، برای جلوگیری از تعارض حقوق و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، ص ۹۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، (بی‌تا)، ص ۷.

۳. همان، ص ۴۲۰.

۴. Constructivist Rationalism

۵. شهبابی، مهدی، پیشین، صص ۲۴۳-۲۳۹.

آزادی‌ها یا رفع آنها، پا به عرصه زندگی اجتماعی می‌گذارد.^۱ در این سامانه تحلیلی، وجود و حضور دولت-ملت که مشروعیت خود را از اراده مردم می‌گیرد، برای حمایت و تضمین قرارداد اجتماعی ضرورت پیدا می‌کند. دولت نیز به نوبه خود برای انجام این کارویژه به ابزاری نیاز دارد که به طور روشن، مفاد قرارداد اجتماعی و ساختار دولت را نهاده‌ینه و مشخص سازد. این ابزار، قانون نام دارد. به این ترتیب، سلسله مراتبی به شرح زیر، فرایند شکل‌گیری قانون را نشان می‌دهد:

فرد، حق (آزادی فردی و زیر شاخه‌های آن یعنی مالکیت خصوصی، آزادی قراردادی، اصل حاکمیت اراده، اصل تقصیر)^۲، قرارداد اجتماعی^۳، دولت-ملت و در نهایت قانون.

ب- قرائت مبتنی بر خردگرایی تحوّل

در این نگرش، اعتقاد بر این است که قواعد حقوقی ساخته اراده آگاهانه و از پیش طراحی شده قانون‌گذاران نیست یعنی این‌گونه نیست که افرادی گرد هم آمده و با تکیه بر اصلی به نام آزادی فردی، اصول و قواعدی را وضع یا استنباط کرده باشند بلکه اصول و قواعد حقوقی محصول فرایند تاریخی-اجتماعی و زاینده مناسبات و حاجات عمومی و... است و ماهیتی خود انگیخته، ناآگاهانه و خودجوش دارد. لذا ریشه قواعد حقوقی را باید در نظم خودجوش و طبیعت اشیا جست‌وجو کرد. در این نگرش، آزادی به عنوان یک اصل اجتماعی نمایان می‌شود نه حق که مفهومی متافیزیکی دارد، در این توصیف تئوریک، قرارداد اجتماعی نیز همان همکاری خودجوش مردم برای حفظ و اجرای اجباری قواعد و اصول پیش گفته است.

از نظر این گروه (فیلسوفان اسکاتلندی و انگلیسی) به‌ویژه هیوم، نهادهای اجتماعی محصول تحوّل تدریجی و دیرپا تلقی می‌شوند. یعنی نهادهای بنیادی تمدن بشری، از قبیل قواعد حقوقی و اخلاقی، زبان، پول، بازار و ... هیچ کدام با عقل خودآگاه فردی و با قصد و نیت طراحی نشده‌اند^۴، بلکه همگی طی یک جریان تحوّل طولانی به طور خودجوش، به وجود آمده‌اند. این تحوّل توسط یک سازوکار انتخابی، آزمون و خطا و از میان رفتن ساختارهای بدون کارایی صورت گرفته است.

۱-۴- مبنای قانون در آثار استاد جعفری لنگرودی

۱. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲، ص ۲۴۲.

۲. شهابی، مهدی، پیشین، ص ۲۵۴.

۳. کاتوزیان نیز معتقد است که قانون اساسی در واقع نماد منطقی و خارجی میثاق ملی یا پیمان مردم و دولت یا همان قرارداد اجتماعی است (کاتوزیان، ناصر، اصول تفسیر قانون اساسی، ص ۳۳۳).

۴. باتلر، ایمون، اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه فریدون تفضلی، نی، ۱۳۸۷، ص ۳۹ و ۴۰.

۱-۴-۱- قانون محل تلاقی عرف و دکترین

استاد جعفری لنگرودی، در آثار خود، گاهی قواعد و احکام شرعی را قانون شرع نامیده است ولی غالباً قانون را مترادف با قاعده حقوقی وضع شده از سوی مراجع خاص قانون‌گذاری می‌داند^۱، قانون را تنها منبع حقوق نمی‌داند و اعتقاد دارد که عرف عادت و دکترین هم در کنار قانون به عنوان منبع حقوق مطرح هستند زیرا قانون هم، در موضوعات از عرف متأثر بوده و هست زیرا ماهیات حقوقی را تعریف نکرده و احاله به عرف کرده است. در احکام نیز از عرف بسیار تأثیر پذیرفته است مثلاً تملک به استناد حیات مباحات و مشروعیت نکاح، از احکام عرفی است که با اصلاحاتی در قوانین منعکس شده است.^۲ از نظر ایشان، عرف عادت قدیمی‌ترین و قوی‌ترین خاستگاه حق در زندگی اجتماعی است.^۳ علاوه بر این، ایشان، قانون را ثمره تلاش فکری علمای حقوق می‌داند و معتقد است که بدون این تلاش نمی‌توان به تدوین قوانین دست زد. ایشان در مورد جایگاه دکترین در قانون، معتقد است که مجموعه‌های قانونی از دیدگاه دانایان علم حقوق متأثر بوده و هست. به عنوان نمونه قانون مدنی ایران، سراسر از منظر علمای حقوق بر مبنای نصوص شرعی گرفته شده است.^۴ در هر حال به نظر ایشان، قانون ارزش ممتاز دارد زیرا دو منبع دیگر در صحنه قانون گرد می‌آیند و با هم ملاقات می‌کنند.^۵ علاوه بر این ایشان اعتقاد دارد که نصوص شرع (کتاب و سنت)، قابل نسخ در مجالس قانون‌گذاری این اعصار نیست.^۶ به این ترتیب، روشن شد که از نظر ایشان، قانون فی حد ذاته اصالت ندارد بلکه صرفاً متنی است منقح که در آن قرائت خاص علمای حقوق از عرف و نصوص شرعی استخراج و اعلام شده است.

۱-۴-۲- زیربناهای قواعد حقوقی منعکس شده در قانون

وی در تلاشی برای معرفی پایه‌های قواعد عرفی و بعضاً علت‌یابی احکام منصوص در کتاب و سنت، پاره‌ای غرایز از جمله غریزه اختصاص، عدوان و ضد عدوان، حبّ بقا و ابقا را در کنار حاجت عمومی و مصالح مبنای احکام و قواعد حقوقی از جمله قواعد منعکس شده در قانون، دانسته است. ایشان غریزه اختصاص را قدیمی‌ترین خشت بنای حقوق دانسته که قبل از پیدایش حق اختصاص و حق مالکیت وجود داشته است و مبنای آنهاست.^۷

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، ص ۷۰.

۲. همان، ص ۱۳۵.

۳. همان، ص ۶۲.

۴. همان، ص ۲۰۸.

۵. همان، ص ۱۳۷.

۶. همان، ص ۱۴۳.

۷. همان، صص ۲۱-۱۹.

عدوان و ضدّعدوان نیز مبنای مهم دیگری در تدوین قواعد حقوقی است. عدوان هر عمل قابل نکوهشی را گویند که نفس آدمی دفع و رفع آن را بر خود واجب و این کار را شایسته می‌بیند. غصب، عمل عدوانی و دفع غاصب، ضد عدوان و عملی غریزی است که مبنای قوانین قرار گرفته است. همچنین است تقاص و...^۱

حبّ بقا و ابقا یعنی تمایل به باقی ماندن و تلاش برای باقی نگهداشتن که در عصر اجتماع به آن نام استصحاب داده‌اند نیز یکی دیگر از غرایز حقوقی است^۲ مثل حکم به باقی گذاردن سرتیر در ماده ۱۲۴ ق.م. یا حکم به بقای قصد معامله کننده فصولی و عقد اکراهی و... که در تمام این موارد تمایل به حفظ ساخته‌های اعتباری به وضوح دیده می‌شود.^۳

در مورد حاجت عمومی ایشان به آیه ۷۸ از سوره ۲۲ یعنی «ماجعل فی الدین علیکم من حرج» اشاره کرده‌اند و دلیل پذیرش مواردی از جمله روا دانستن بیع شرط به عنوان پوششی برای حلّ مشکل ربا، صحت تملیک منافع معدوم در اجاره، اجاره حمام با وجود معلوم نبودن مقدار آب مصرفی، صحت مزارعه و مساقات و ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده و... را حاجت عمومی دانسته‌اند. یعنی ایشان معتقدند که در این موارد دقتهای عقلی اهل نظر و اعمال قواعد و ضوابط خشک حقوقی یا شرعی با احتیاجات عمومی ناسازگار است و به همین دلیل دانایان فقه و حقوق (دست‌اندرکاران دکترین حقوقی) در این موارد به استناد حاجت عمومی، تسامح را روا داشته‌اند.^۴ برخلاف مفهوم نظم عمومی که ساخته و پرداخته قضات و اداره‌کنندگان امور در سطح کلان است، حاجت عمومی را مردم کوچه و بازار احساس می‌کنند.^۵

وی مصلحت عمومی را مدار حق و تکلیف می‌داند ولی معتقد است که عرف عادت به طور خودجوش و بدون نیاز به دخالت قانون‌گذار در طول تاریخ این مصالح را تشخیص داده و در گوشه و کنار زندگی اجتماعی خود به کار می‌بندد. لذا مراجع تشخیص مصلحت باید با رجوع به عرف‌ها و جلب نظر متفکرین، اقدام کنند تا کارشان منطقی و عقلانی باشد. زیرا علم حقوق گرد محور اصالت عمل می‌گردد و عرف

۱. همان، صص ۲۶-۲۴.

۲. برخی از اصولیون، حب بقا را پایه تمام غرایز داخلی و مبنای حس جلب منفعت و دفع ضرر دانسته‌اند (روحانی، محمد صادق، زبدة الاصول، ج ۱، بی تا، ص ۳۴۶). عده‌ای دیگر از اصولیون نیز اعتقاد دارند که غریزه حفظ ذات، مادر تمام اراده‌های مشروط است (صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ج ۲، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۱)؛ گروه دیگر نیز عقیده دارند در امور مادی، حبققاء و ذات‌مطلوب ذاتی مشترک میان انسان و حیوان است (حسینی میلانی، علی، تحقیق الاصول، ج ۳، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵).

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، صص ۲۹-۲۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقا، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۵ و ۷۶.

۴. همان، صص ۹۱-۸۹.

۵. همان، صص ۹۳-۹۱.

عادت حوزه عمل است.^۱ از نظر وی، آزادی که مبنای حقوق فطری است طریقی است برای فراهم آوردن مصالح بشری و طریقت دارد نه موضوعیت. لذا آزادی اگر بر خلاف مصلحت باشد معیار و مبنای مناسبی برای قانون گذاری نیست مثل قوانین ناظر به ازدواج دو همجنس که برخی به استناد آزادی آن را تجویز می کنند حال آنکه بر خلاف مصلحت است.^۲

به این ترتیب معلوم می شود که ایشان، قانون را موجد قاعده حقوقی نمی داند بلکه معتقد است منشأ و قلمرو قاعده را باید در غرایز حقوقی^۳، مصلحت و حاجت عمومی مد نظر اهل عرف جست و جو کرد. نظریه ایشان بسیار شبیه تلقی هایک و طرفداران وی در خصوص منشأ شکل گیری قواعد حقوقی است. اشاره ایشان به باب تعبدیات و تأکیدهایشان در باب استناد به فرهنگ کهن و غنی فقهی ناشی از مبنای نظری ایشان در خصوص شکل گیری و تحول نهادهای حقوقی است.^۴ به عنوان مثال ایشان اعتقاد دارد که برای تفسیر عقد فضولی که ریشه در فقه امامیه دارد استناد به نظریه نمایندگی با آنهمه معایش کاری است ناپسند و مغایر با فرهنگ بومی. همچنین است شرح ماده ۱۰ قانون مدنی با عنایت به مکاتب حقوقی مدرن بدون توجه به عنوان مراضات در فقه، که در مواد ۵۱۵-۵۰۱ ق.م. آمده است و نیز شرح ماده ۳۰۶ ق.م. بدون عنایت به مبنای باب حسب در فقه و فرهنگ ایرانی- اسلامی^۵. علاوه بر این، طبق نظر ایشان، در حقوق مدنی تعبد هم وجود دارد مثل میزان سهم الارث هر وارث. در سایر قوانین هم مواردی از تعبد وجود دارد مثل میزان مجازات یا مهلت های اعتراض به احکام و... که دلیل آن برای ما معلوم نیست.^۶

تفاوت نظریه تفسیری لنگرودی با حقوق مدرن این است که پایه گذاران حقوق مدرن به نصوص شرعی اعتقادی ندارند و برای آنها سهمی قائل نیستند اما ایشان اعتقاد دارند که در سیستم حقوقی ما هرگاه مراد شارع به یقین محرز باشد کسی حق ندارد بر خلاف اراده شارع تفسیری از قانون کند و نام آن را بگذارد تفسیر آزاد علمی. زیرا اجتهاد در برابر نص ممنوع است. در سایر موارد هم ایشان تفسیر آزاد علمی را بر نمی تابند و معتقد به نوع خاصی از تفسیر است که آن را تفسیر مقید نام نهاده و به موجب آن معتقد است

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، صص ۱۲۹-۱۲۷.

۳. همان، ص ۲۴۷.

۴. خواننده محترم می تواند با مراجعه به کتاب سیستم شناسی ایشان، روش فهم و تحلیل تاریخی ایشان را ملاحظه کند (سیستم شناسی در علم حقوق، ۱۳۸۶، ص ۲۶۶).

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش تحقیق در علم حقوق، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

۶. همان، صص ۲۵۵-۲۵۳.

باید فتاویٰ اصحاب را رعایت نمود^۱ مگر اینکه با دلیل قاطعی خطای استدلال یا فهم اصحاب روشن شود. به این ترتیب، در نظر ایشان، منابع حقوق و اندیشه‌های سازنده قواعد علاوه بر اینکه تحت تأثیر غرایز حقوقی و حاجت و مصلحت عمومی بوده‌اند از تأثیر جریان‌های تاریخی بر کنار نبوده‌اند و نمی‌توانند بر کنار باشند^۲.

۲- مکاتب تفسیری و مبانی آنها

با توجه به نگرش‌هایی که در مورد جایگاه و کارکرد قانون در نظام حقوقی وجود دارد، دو مکتب تفسیری تفسیر تحت اللفظی و تفسیر موسع، به شرح زیر پا به عرصه وجود گذاشته‌اند که ذیلاً مبانی و تکنیک‌های اصلی آنها مورد مطالعه قرار خواهد گرفت:

۲-۱- مکتب تفسیر لفظی

در این گفتار ابتدا به توضیح این مکتب پرداخته می‌شود و سپس نظر استاد جعفری لنگرودی در این باره بیان خواهد شد.

۲-۱-۱- معرفی مکتب تفسیر لفظی

در حقوق مدرن، پیروان این روش تفسیری را می‌توان قانون‌سالار دانست که معتقدند قدرت قانون به تطابق آن با عدالت و اخلاق وابسته نیست: قانون، در هر حال لازم‌الاتباع است و نمی‌توان به بهانه اخلاق یا عدالت مفهوم یا قلمرو قانون را تغییر داد. در تفسیر قانون، کشف معنای متن و اراده مقنن، مهم‌ترین دغدغه مفسر است^۳. نقل کرده‌اند یکی از طرفداران این روش، با عبارتی که موهم یگانگی قانون و حقوق مدنی است چنین گفته است: «من حقوق مدنی را نمی‌شناسم. من کد ناپلئون را می‌شناسم». این گروه معتقدند که مصلحت عمل به قانون برتر از هر مصلحتی است^۴. این مکتب تفسیری بر اصول زیر مبتنی است:

الف- احاطه مقنن بر تمام مسائل و جوانب آن؛

ب- ضرورت تمرکز قدرت نهایی در قوه قانون‌گذاری؛

۱. همان، ص ۷۹.

۲. همان، ص ۲۶۲.

۳. کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱، ۱۳۹۰، ص ۷۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۹۵.

ج- وجود اراده مفروض قابل کشف در موارد سکوت و کشف آن اراده براساس شرایط زمان وضع قانون^۱.
 شاخص‌ترین مکاتب تفسیری معاصر، مبتنی بر قانون‌سالاری، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم دولتی هستند.
 در مکتب فرمالیسم حقوقی تأکید می‌شود که «سامانه‌ای همچون قانون، می‌تواند و باید به طور محض،
 از طریق واژگان خود فهمیده شود»^۲.

پوزیتیویسم‌ها نیز درباره دو عقیده محوری اشتراک نظر دارند: حقوق یک واقعیت اجتماعی و مورد پذیرش اکثریت و توصیفی است از رفتار هماهنگ افراد جامعه و دیگر اینکه هیچ ارتباط ضروری میان حقوق و اخلاق وجود ندارد^۳.

اشکال نخست نظریه فوق این است که هرچند عقل‌گرایی را به طور کامل نفی نمی‌کند ولی عقل محدود می‌شود به عقل فردی یا جمعی حاکم یا حاکمان یا واضعان قانون. یعنی قرائت واحدی از عقلانیت و زندگی عقلانی بر همه امور و شئون حاکم می‌شود که خود، نوعی استبداد مدرن تلقی خواهد شد. در واقع این شیوه تفسیر قانون، با گفتمان مدرنیته حقوقی که آزادی فردی را حق ذاتی می‌داند در تعارض است^۴.
 البته این امر در فلسفه هابز، امری طبیعی است زیرا در فلسفه انگلیسی حقوق، عقل انسانی منبع حقوق نیست بلکه ابزاری است در دست اراده، اراده‌ای که می‌تواند در قالب دولت تعین پیدا کند و بر اساس شرایط اجتماعی به منظور نیل به سعادت و خوشحالی اجتماعی، قاعده وضع کند^۵. در واقع اساس پوزیتیویسم هابزی «قانون طبیعی حفظ نفس» است و قرارداد اجتماعی، ابزاری فرضی برای رهایی از خطر «وضعیت طبیعی»^۶.

اشکال دوم این است که این روش، از پاسخ‌گویی به بسیاری از اجمال‌ها و ابهام‌ها و نقص‌ها ناتوان است و برای رفع این ناتوانی و نیز اصلاح راه‌حل‌های موجود، لاجرم باید به منبع زاینده قانون یعنی مرجع قانون‌گذاری توسل جست و همین امر موجب تولید انبوهی از قوانین می‌شود. این امر از یکسو با استحکام قواعد و نهادهای حقوقی ناسازگار است و از سوی دیگر، حقوق‌دانان را با تکرار و تورم قوانین مواجه می‌سازد.

۱. نیکو گفتار صفا، حمید رضا، رویکردهای تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا، دو فصلنامه معارف اسلامی و حقوق، سال نهم، ش دوم، پاییز و زمستان، بی‌تا، ص ۱۹۸.
۲. کیوانفر، شهرام، پیشین، ص ۷۵.
۳. همان، ص ۸۹، ۹۰.
۴. شهابی، مهدی، پیشین، ص ۲۴۶.
۵. همان، ص ۲۶۷، ۲۶۶.
۶. هابز، پیشین، ص ۱۶۱ به بعد.

۲-۱-۲- دیدگاه لنگرودی نسبت به مکتب تفسیر لفظی

همان‌طور که گفته شد، مبنای این نظریه وحدت اندیشه است، برای اداره جامعه که در طول تاریخ نمایان زیادی داشته است. این نظریه منجر به ثبات‌گرایی و تفتیش عقاید مخالف و تعطیل آنها می‌شود و نوعی توتالیتاریزم پدید می‌آورد. ترویج مکتب فوق با دموکراسی هم ناسازگار است و آزادی انتخابات و مصالح عمومی را تهدید می‌کند زیرا داعیان آرمان خواه وحدت اندیشه، آزادی انتخابات را تحمل نمی‌کنند مگر اینکه سهمی از قدرت به دست آورند و همیشه در کمین به دست آوردن حاکمیت ملی هستند.^۱ ایشان در قوانین مالیاتی و عوارض، قوانین جزای حجر، در مقام شک در تعهدات عاقد، قوانین مسئولیت مدنی و انتظامی و هر مورد که اخذ به ظاهر قانون، ملعبه و خلاف عقل باشد، تفسیر مضیق و لفظی را کارساز دانسته‌اند.^۲

استاد جعفری لنگرودی معتقد است که در این روش مفسر بر اساس ظاهر الفاظ قانون و با استمداد از ذوق ادبی خود، آن را تفسیر می‌کند. نظر به مفاسدی که ممکن است بر این روش مترتب شود باید در مواردی به کار گرفته شود که فنون غیر لفظی در دسترس نباشد و نتیجه ندهد^۳ و استنباط کننده واجد ذوق سلیم و برخوردار از تحصیلات ادبی کافی باشد و در اصطلاحات به دقت سنجیده و از قرائن و اوضاع و احوال استفاده و از توالی فاسد آن پرهیز شود.^۴ به نظر ایشان، در ادبیات نیز منطق خاصی وجود دارد و دور محور استدلال می‌گردد.^۵ در خلال بحث‌های منطق ادبی، ایشان به روش عناصرشناسی برای دریافت معنای صحیح واژگان اشاره می‌کنند^۶ و با طرح بحث ادله در منطق ادبی، به ویژه بحث اماره ادبی، به نوعی زمینه‌گرایی را در فهم متون مورد تأکید قرار می‌دهند: «اماره ادبی دلیلی است در منطق ادبی که از مجموعه‌ای از قرینه‌ها (= اوضاع و احوال) فراهم می‌گردد و مطلبی لغوی یا تاریخی را ثابت می‌کند». علاوه بر این، ایشان به قیاس و استشهاد و اجماع لغوی و... نیز به عنوان دلیل برای فهم معنای

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوه قدسیه، گنج دانش، ۱۳۹۶، صص ۴۶-۴۱.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، صص ۸۵، ۸۴.

۳. استاد جعفری لنگرودی در مذمت عدم توجه به این ترتیب و نتایج نامطلوب آن مثال‌های متعددی را ذکر کرده است: به عنوان مثال ایشان در نقد نظر فقهای که به استناد معنای لغوی حواله (تحول و نقل)، حواله را ناقل دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه دانسته‌اند چنین فرموده‌اند: «حرف خوبی است ولی یک شرط دشوار دارد و آن این است که باید همه خلق جهان [که از این عقد استفاده کرده‌اند] عرب باشند و به زبان عربی حرف بزنند [تا این استدلال موجب اقناع وجدان آنها شود]». ایشان این روش تحقیق را که بدون توجه به سایر نظام‌های حقوقی انجام می‌گیرد، روش تحقیق مدار بسته نامیده و آن را صحیح نمی‌داند. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش تحقیق در علم حقوق، ۱۳۸۷، صص ۱۷، ۱۶).

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۲۳۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منطق ادبی، ۱۳۸۳، ص ۹.

۶. همان، ص ۴۶ به بعد.

متن اشاره می‌کنند. به عنوان مثال ایشان در مورد اختلاف فقها در خصوص معنای فرج به اجماع لغوی استناد کرده و معتقدند که لغت فرج شامل قُبُل و دُبُر است و به بیتی از امری القیس استشهد کرده‌اند که چنین گفته:

لَهَا ذَنْبٌ مِثْلُ ذَيْلِ الْعُرُسِ تَسُدُّ بِهِ فَرْجَهَا مِنْ دُبُرٍ^۱

در این عبارت، سخن از پوشاندن فرج از دبر به میان آمده و نشان می‌دهد که واژه فرج، دبر را نیز شامل می‌شود. بنابراین اگر در تعریف زنا گفته باشند که عبارت است از دخول در فرج...، در اینصورت هم شامل قبل می‌شود و هم دبر.

به این ترتیب، ایشان استناد به روش تفسیر لفظی را نیز بدون رعایت منطق ادبی جایز نمی‌دانند. مثال دیگر مفهوم کلالة است که حسب تحقیق ادبی مشخص می‌شود، عبارتند از خویشان جز ابوبن و اولاد^۲.

۲-۲- مکتب تفسیر موسّع

پیروان این روش را همان‌طور که برخی گفته‌اند می‌توان فرا قانون سالار نامید زیرا معتقدند که منابع یا اصولی فراتر و برتر از قانون وجود دارد. پیروان مکتب حقوق فطری، پراگماتیست‌ها یا عمل‌گرایان که بر توجه به نیازهای فردی و اجتماعی در تفسیر قانون نظر دارند و در نهایت، رئالیست‌ها یا واقع‌گرایان که قدرت قانون را به احساس یا عقیده شهروندان و مأموران اجرای قانون وابسته می‌دانند در زمره فراقانون- سالاران قرار دارند. علاوه بر این می‌توان پیروان مکتب تاریخی را نیز در زمره پیروان مکتب تفسیر موسّع قرار داد. از نظر پیروان این مکتب، رجوع به گذشته و تاریخ یک قانون برای فهم هدف مقنن و توجه به اقتضائات زمان و مصالح اجتماعی، اراده مقنن را آشکار می‌سازد^۳. ذیلاً، ابتدا، این مکتب، معرفی و سپس دیدگاه‌های لنگرودی نسبت به آن بیان خواهد شد:

۲-۲-۱- معرفی مکتب تفسیر موسّع

این مکتب‌های فکری دست قاضی را در چارچوب نظام فکری خود برای تفسیر قانون مطابق اصول حقوق فطری و... باز می‌بینند و معتقدند که قاضی یا حقوق‌دان مجاز است و بلکه برای او سزاوار و بایسته است که به منطق خشک و بی‌روح مکتب تفسیر محدود پای‌بند نباشد^۴.

۱. همان، ص ۹۷-۸۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، علم موضوع‌شناسی، فقه‌الموضوعات، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۷، صص ۱۰۴-۹۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، ۱۳۷۷، ص ۹۷.

۴. هابز، پیشین، ص ۱۰۳.

در جوامع مدرن، اراده دولت، تنها مبنای اعتبار قواعد حقوقی است.^۱ اراده دولت در این جوامع در قالب قانون نمایان شده و می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که قانون و قانون‌گذاری نماد بیرونی مدرنیته حقوقی است و قانون، نماد وحدت‌گرایی در منبع است.^۲

با وجود این، اگر قانون را منبع واحد قاعده‌سازی حقوقی بدانیم و هیچ قاعده‌ای را خارج از قانون برنتابیم، محوریت حقوق خصوصی (مبتنی بر حقوق و آزادی‌های فردی) به عنوان یک خصیصه ذاتی حقوق مدرن مخدوش خواهد شد و نوعی پوزیتیویسم دولتی ایجاد می‌شود که با عقلانیت فطری مدنظر جوامع مدرن ناسازگار است زیرا محوریت حقوق خصوصی ایجاب می‌کند که تمام قواعد حقوقی تا حد امکان با قواعد حقوق خصوصی هماهنگ باشند و در صورتی که استثنای بر آن هستند، مضیق تفسیر شوند. به این ترتیب، قواعد حقوق خصوصی، مادر سایر قواعد هستند و لازم است سایر قواعد در نسبتی معقول و منطقی با آن جعل و وضع شوند.

رفع این ناسازگاری منوط است به اینکه «پوزیتیویسم دولتی، جنبه‌ی شکلی داشته و نماد عقلانیت شکلی باشد و حقوق طبیعی، جنبه ماهوی داشته و نماد عقلانیت ماهوی باشد؛ به عبارت دیگر، قانون از ابزار بیان قاعده حقوقی به ابزار ایجاد قاعده حقوقی تبدیل نشود و جایگاه آن از سطح منبع به سطح مبنا تغییر نکند».^۳ به این ترتیب، قانون، ابزار بیان قواعد حقوقی و ابزار اجرا و تحقق عدالت است. اما قانون، ابزار ایجاد محتوای عدالت یعنی ارزش‌های حقوقی و قواعد مرتبط با آن نیست.

اما در موارد نقص، ابهام یا تعارض قوانین، آیا رجوع به پشتوانه‌های فکری مطرح شده در مکتب فکری پشتیبان قانون، تابع ضوابط خاصی است؟ این ضوابط چیست و بر چه مبنایی استوار است؟ در حقوق سنتی و حتی در حقوق مدرن، روش تحقیق در تفسیر، روش نظری یا غیرتجربی است. یعنی در این روش محقق تلاش می‌کند با اعمال قدرت استدلال، از طریق تحلیل قواعد حقوقی و پرونده‌ها و... پاسخ سوالات تحقیق را پیدا کند. به عبارت دیگر، در این نوع تحقیق، داده‌های حقوقی، با نظم و ترتیب و اسلوب خاصی چینش می‌شود تا زمینه برای استدلال و استنتاج منطقی فراهم شود.^۴ نظر به اینکه محور تحقیق نظری، استدلال حقوقی است لازم است درباره این مفهوم توضیح بیشتری داده شود:

۱. شهابی، مهدی، پیشین، ۱۳۹۶، ص ۲۷۶.

۲. همان، صص ۳۷۹، ۳۸۰.

۳. همان، ص ۳۸۳.

۴. میننی، اس. آر. روش‌شناسی تحقیق در حقوق، ترجمه: ناظمی، نازآفرین، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۵، ص ۶۸.

ضوابط مربوط به استدلال حقوقی را در قالب منطق حقوقی بیان کرده‌اند. منطق به معنای روش صحیح اندیشیدن است. منطق سه فرایند دارد:

۱- درک ساده (Simple apprehence) یا تصوّر

۲- قضاوت (Judgment) یا تصدیق

۳- استدلال (Reasoning)

در درک ساده، ذهن، به دنبال احاطه و اشراف بر جنبه‌های مختلف یک چیز است تا تصویر جامعی از آن به دست آورد. فرایند مفهوم‌سازی- یعنی خلاصه کردن ادراکات در قالب ماهیات (قدر مشترک میان گونه‌های مشابه یا نزدیک) یا تعمیم و توسعه دادن آنها، هدف از ارائه مفاهیم، ساده کردن تفکر در مورد پدیده‌ها و وقایع است^۱- گام اول پژوهش است.

اما در مرحله قضاوت، ذهن، ربط دو چیز را به یکدیگر، قبول یا ردّ می‌کند مثل ربط شخص و مالکیت و.... مثل اینکه ذهن پس از بررسی شواهد و مدارک درباره اینکه علی مالک فلان مال است، موضع ردّ را اتخاذ کند یا موضع قبول.

اما استدلال عبارت است از فرایند یا مسیر گذر از قضاوتهای معلوم به قضاوتهای جدید یا مجهول^۲. در تحقیق‌های تجربی، استدلال کردن با طراحی فرضیه، نقطه آغاز می‌شود. بیان فرضیه از سه حالت بیرون نیست: الف) مطالعه اثر متغیرها بر یکدیگر؛ ب) مطالعه رابطه بین متغیرها؛ ج) مطالعه تفاوت بین متغیرها؛ فرضیه، به نوعی نقشه راه محقق است. دانالد آری در توجیه چرایی ساختن فرضیه می‌گوید: فرضیه به گردآوری داده‌ها جهت می‌دهد. فرضیه به ما می‌گوید چه شیوه‌ای را در پیش بگیریم و چه داده‌هایی را گردآوری کنیم. بنابراین می‌تواند به مقدار زیادی از اتلاف وقت و تلاش محقق جلوگیری کند^۳. به عبارت دیگر فرضیه به مثابه یک دستورالعمل اجرایی محقق را از دو راهی و حیرت به‌درآورده، به او می‌گوید هم‌اکنون تحقیق را از کدام مسیر ادامه دهد. فرضیه با چنین حیثیتی، از آن جهت لازم است که وقتی محقق در جست‌وجوی کشف علت یک پدیده یا رویداد است، هم‌زمان دو یا چند احتمال خودنمایی می‌کنند که هریک اقتضای ویژه خود را دارند و نوع خاصی از تحلیل و اطلاعاتی معین را می‌طلبند. فرضیه‌سازی یعنی تأکید بر معقول‌ترین و موجه‌ترین احتمال. در حقوق، ساختن فرضیه با ابداع احتمال آغاز می‌شود. برای اثبات فرضیه در استدلال حقوقی نیز معمولاً از ضوابط زیر پیروی می‌شود:

۱. همان، صص ۱۱۹، ۱۱۸.

۲. همان، صص ۸۰، ۷۹.

۳. دانالد آری و همکاران، روش تحقیق در تعلیم و تربیت، ترجمه وازگن سرکیسیان و همکاران، ص ۱۲۴.

۱- استناد به اصول حقوقی:

در نظام حقوقی مدرن برای سهولت دسترسی به راه حل‌ها و امکان ارزیابی منطقی و عمومی آنها، یافته‌های عقل فطری را در قالب اصول کلی بیان کرده‌اند. لذا هر راه حلی باید همسو و سازگار با این اصول باشد.

۲- لزوم تفسیر نظام‌مند در چارچوب برابری شهروندان و استحکام روابط اجتماعی بر اساس مطالعات تاریخی یا تجربی:

نظر به اینکه حقوق مدرن تحت حاکمیت عالیه عقل از سه ویژگی نظام‌مند بودن، عمومی بودن و استحکام برخوردار است، تفاسیر حقوقی نیز باید با اجزا و عناصر نظام حقوقی به ویژه اصول کلان و محوری آن هماهنگی و همسوئی داشته باشد.

۳- ضرورت تفسیر همسو با درک افراد جامعه، واقعیات اجتماعی و اعتقادات خالق متن:

معنا، محصول هنجارهای اجتماعی است و لذا تفسیر باید بر اساس هنجارهای جامعه‌ای که در آن پدیدار شده، شکل بگیرد^۱.

۲-۲-۲- نظر استاد جعفری لنگرودی نسبت به مکتب تفسیر موسّع

ایشان برای تفسیر و استنباط حقوقی قواعدی را ذیل عنوان منطق حقوق، بیان کرده است. ایشان نیز به سان سایر اندیشمندان، منطق حقوق را شامل دو قسمت دانسته‌اند: ۱- معانی یا تصورات ۲- مبانی یا تصدیقات که باید در خط استدلال همگانی قرار بگیرند یعنی اختصاص به قوم یا ملت یا زبان خاص نداشته باشد.

الف- روش شناخت معانی یا تصورات

این حقوق‌دان پس از بیان و نقد روشهای مورد استفاده در فقه^۲، روش خود را در تفسیر و تبیین موضوعات بیان کرده‌اند که عناصر شماری ماهیات حقوقی نام دارد. مقصود ایشان از ماهیت حقوقی، «ماهیتی است که یکی از قوانین موضوعه، آن را منشأ و محلّ یک یا چند اثر حقوقی، قرارداده باشند» مثل نکاح یا مال یا عقد و....

۱. نوبهار، رحیم، پیشین، صص ۴۴-۴۵.

۲. در این باره بحث وی در خصوص منطق ارکان و شروط یکی از نمونه‌هاست که به اعتقاد ایشان، فاقد قاطعیت در عمل و زمینه‌ساز اختلاف‌های لاینحل است و باید کنار گذاشته شود (اندیشه و ارتقا، ۶۹، ۶۸). روش دیگر که در آثار فقها دیده می‌شود تعاریف لغت شناسانه است که در ماهیات حقوقی ناقص و بعضاً مبهم است. روش دیگر، احاله به فهم عرفی است که این روش نیز به نوبه خود دستاوردی ندارد (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شماری، ۱۳۹۲، ص ۵۸۰).

ایشان ماهیات حقوقی را به سه قسم قانونی، مستنبط از قانون و عرفی تقسیم کرده است.^۱ نکته جالب توجه اینکه ایشان، بر خلاف برخی اصولیون - که اعتقاد دارند در صورت وجود حقیقت قانونی (ماهیت قانونی)، راه اجتهاد و استنباط بسته است و نمی‌توان به ماهیت عرفی استناد کرد^۲ - در آثار متعدد خود متعرض ماهیات قانونی شده و با توجه به مشکلات تحلیلی و به ویژه با تکیه بر اصالت عمل و با استفاده از روش عناصر شماری تعریف دقیقی از ماهیات عرفی ارائه کرده است^۳ و در تکمیل آن نیز تئوری معقودعلیه را ابداع کرده‌اند که علاقمندان می‌توانند شرح آن را در کتاب قوه قدسیه ایشان ملاحظه کنند.^۴ ایشان در این باره تلاش دارد با مراجعه به تاریخ فتاوی و نوشته‌های فقهی و بعضاً تاریخ عرف‌ها و تحلیل آن، عناصر یقینی را از عناصر مشکوک تفکیک و سپس آنها را کنترل کند که معمولاً این کار را با بررسی مثالها و شواهد عرفی و تاریخی متعدده^۵ انجام می‌دهد زیرا معتقد است که حق‌ها به طور کلی به حقوق تأییدی و تأسیسی تقسیم می‌شوند: مراد ایشان از حقوق تأییدی، حقوقی هستند که تحت تأثیر غرایز حقوقی شکل گرفته‌اند و جامعه آنها را با دخل و تصرفاتی تأیید کرده است. اما حقوق تأسیسی، آن دسته از حقوقی هستند که انسان در جوامع خرد مثل شرکت‌ها و انجمن‌های حقوقی کسب می‌کند و توسط مراجع قانون‌گذاری تصویب می‌شود یا کل جامعه (اکثریت) در شکل دهی آن نقش دارند مثل حقوق تصویب شده در رفراندوم. به نظر ایشان، این تفکیک لازم است تا جریان تاریخ از نظر دور نماند.^۶

روش ایشان در تقسیم‌بندی و شناخت جزئیات نظری مسئله بسیار شبیه دکارت است که معتقد بود برای حل هر مسئله باید ۴ قاعده را رعایت کرد: ۱- قاعده بدهت که استاد جعفری لنگرودی به جای آن از واژه قدر متیقن استفاده می‌کند. ۲- قاعده تحلیل یا تجزیه مسئله که در آثار استاد جعفری لنگرودی به کرات از آن استفاده شده و ایشان در مواضع مختلفی تأکید دارند. ۳- قاعده ترکیب یعنی مرتب ساختن جزئیات به دست آمده. دکارت در این باره می‌گوید: «افکار خویش را به ترتیب جاری می‌سازم و از ساده‌ترین چیزها که علم به آن آسان باشد آغاز می‌کنم، کم‌کم به معرفت مرکبات می‌رسم و حتی برای اموری که طبعاً تقدم و تأخر ندارند، ترتیب فرض می‌کنم». استاد جعفری لنگرودی در تحلیل‌های خویش

۱. همان، ص ۱۲۹.

۲. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، اصول فقه، تهران، دانشگاه تهران، چاپ ۵۵، ۱۳۹۴ ص ۴۰.

۳. بنگرید به جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، ۱۳۸۷، صص ۱۳، ۱۲ و...؛ همچنین بنگرید به همو، فن استدلال، منطق استدلال، ۱۳۸۲، فصول دوم و سوم.

۴. بنگرید به جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوه قدسیه به انضمام رساله موضوع‌شناسی و رساله حقوق عقد، ص ۱۲ به بعد.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، صص ۶۰، ۵۹، ۳۷.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۶۰.

بر این ترتیب و تقدم و تأخر به ویژه تقدم شناسایی موضوعات برای فهم و رفع شبهات حکمی، تأکید می‌کند. به عنوان مثال، ایشان در انتقاد از شیخ انصاری (ره) چنین گفته‌اند: «شیخ انصاری... خواسته است عقد بودن وصیت را از حکم «منع تملیک قهری» استخراج کند، حال آنکه هیچ حکمی، مبین موضوع خود نمی‌باشد؛ مقام احکام، مؤخر از موضع موضوعات است»^۱. ۴- قاعدة استقصا: «در مقام شمارش، امور و استقصا را چنان کامل کنم و بازدید مسائل را به اندازه‌ای کلی سازم که مطمئن باشم چیزی فروگذار نشده است»^۲. این مطلب در آثار استاد جعفری لنگرودی به وفور دیده می‌شود زیرا ایشان با استقصائی بعضاً طاقت‌فرسا و دیدن فروع و آرای مختلف تلاش وافر دارد تا تمام عناصر و مسائل مورد نیاز را گردآورند به گونه‌ای که چیزی از قلم نیفتد.

ب- روش استدلال در تصدیقات

اما در خصوص تصدیقات -که در روش‌شناسی معاصر، امر تحقیق با فرضیه‌سازی آغاز می‌شود و بر معقول‌ترین و موجه‌ترین احتمال تأکید می‌شود- استاد جعفری لنگرودی، به عنوان مقدمه فرضیه‌سازی، بحث ابداع احتمال را مطرح کرده است. ابداع احتمال عبارت است از بیان احتمالات متفاوت درباره مدلول یک قانون، تا با توجه به جمیع احتمالات، صحیح‌ترین معنی ممکن آن قانون، انتخاب شود و باقی احتمالات طرد گردد.^۳

یکی از روش‌های مورد استناد ایشان در استدلال، انتزاع است. انتزاع یعنی برداشت یک مفهوم کلی (از جنس تصورات) از موجودات اعتباری همگون مثل اینکه مبنای مشترک امارات قانونی و عرفی، غلبه است. ایشان برای معتبر بودن انتزاع، معیارهایی را به شرح زیر ارائه کرده‌اند: موضوع انتزاع باید از امور واقعی باشد نه از موهومات و انتزاع جنبه اخباری داشته باشد نه انشائی و دیگر اینکه امر انتزاع شده روشن‌کننده باشد نه مبهم و در عمل سودمند باشد.

برای استخراج اصول و قواعد کلی، روش تحقیق ایشان منحصر به مطلب مجردگرایی و انتزاع (مثل استقرا و بیرون کشیدن تعریف کلی از عقود و تعمیم آن به هر قرارداد در خارج) نیست. هر چند ایشان، بر استدلال‌های عقلی تکیه دارند- مثل اینکه معتقدند موالات جزو ماهیت تراضی است یعنی تراضی بدون موالات قابل تصور نیست چون هیچ ماهیتی بدون ذاتیات آن، وجود ندارد. پس موالات، امر عقلی است و استثنایپذیر نیست.

۱. همو، اندیشه و ارتقاء، ص ۱۷۹.

۲. عرب، مهین، نقد و بررسی روش‌شناسی در فلسفه دکارت و آراء پوپر، مجله حکمت و فلسفه، سال پنجم، ش ۴، صص ۶۰-۵۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵.

بنابراین نباید گفت: به طور استثنائی در وصیت تملیکی، موالات شرط نیست^۱ - ولی قسمتی از روش تحقیق ایشان راجع است به منع مداخله دادن «عقل محض» در استدلال‌های حقوقی. یعنی در جایی که می‌توان به استناد مصالح عرفی و... راه حل مناسبی پیدا کرد، استناد به یافته‌های عقل محض محملی ندارد. مثلاً با عنایت به تحلیل عقلی ناشی از تملیکی دانستن بیع، مبیع بعد از بیع، به تملک مشتری در می‌آید هر چند قبض نشده باشد. لذا بر اساس این تحلیل می‌توان گفت که تلف قبل از قبض از کیسه مشتری است. اما این راه حل عقلی با انتظارات و ارتکازات عرفی سازگاری ندارد و بیانگر تمام مطب نیست. در این موارد استاد جعفری لنگرودی با استناد به عرف و مصالح اجتماعی تحلیل دیگری را در قالب تئوری موازنه بیان داشته‌اند.

نتیجه انتزاع و مجردگرایی استخراج اصولی است که در تفسیر به منظور انطباق قانون با مصالح جدید از آنها بهره گرفته می‌شود. ایشان در این باره چنین می‌گویند:

«جمع کردن مطالب این و آن از شرق و غرب و سر و صورت جدید به آنها دادن، به کلی از روش تحقیق دور است. اوج روش تحقیق، استخراج اصول جدید است» مثل اصول سه گانه مطرح شده در تئوری موازنه^۲. ابداع اصل یا اختیار اصل این است که با استقرای غرایز حقوقی و عرف و عادت و... گزاره‌ای کلی را برای توصیف رفتار یا روش کلی عقلاً شناسایی کنیم مثل اصل مخاطره‌ای نبودن عقود. یعنی اکثر مردم تا ضرورتی ایجاد نشود به اقتضای حب ذات و... از خطر و عقود مخاطره پرهیز می‌کنند. لذا در موارد تردید می‌توان به اصل عدم مخاطره استناد کرد^۳.

علاوه بر این، ایشان از به کار گرفتن اندیشه‌های فلسفی ناسازگار با علم حقوق پرهیز می‌کنند مثلاً ایشان تأکید دارد که باید از اندیشه قصد انشا در عقود و ایقاعات پرهیز کرد زیرا ابداع کننده آن، قصد انشا عاقد را همچون علتی از علت‌ها در نظام طبیعی می‌داند و معتقد است که اثر قصد انشا، الزاما باید متعاقب انشا پدید آید آن چنانکه معلول پس از علت می‌آید! لذا با این طرز تفکر مسائلی از جمله اجازه کاشفه در عقد فضولی، قبول کاشف در وصیت تملیکی و... قابل توضیح نخواهد بود^۴. لذا وی پیشنهاد می‌کند که اگر به جای این اندیشه، از اندیشه قصد نتیجه تبعیت شود که محدود به قیود نظام علی و معلولی در عالم تکوین نیست، بسیاری از مشکلات تحلیل رفع می‌شود^۵.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، عناصر عمومی عقود، ج ۱، چاپ ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۸۳.

۲. همان، ص ۵۲.

۳. همان، ص ۶۵.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، عناصر عمومی عقود، گنج دانش، ۱۳۹۳، صص ۴۳-۳۸.

۵. همان، صص ۲۰۰، ۱۹۹.

علاوه بر ابداع احتمال و تذکراتی که درباره ابداع احتمال و انتزاع و... بیان داشته‌اند با توجه به آثار ایشان، می‌توان به نکات زیر به عنوان راهنمای تفسیر قانونی اشاره کرد: تا حد امکان باید غرض مقنن را کشف کرد زیرا فرض این است که مصلحتی را مدنظر داشته است. ایشان در کشف غرض مقنن و شناخت مصالح معتقد است که «روش تحقیق، از مطالعات تاریخی بی‌نیاز نیست» به عنوان مثال ایشان برای شناخت ماهیت بیع و قلمرو آن و... چنین می‌گوید: «علم حقوق از روابط حقوقی موجود در خارج (بین مردمان) نشأت می‌گیرد و بازتاب عمل مردمان است. پس باید به تاریخ حقوق توجه کرد و تعریف بیع را از آنجا شروع نمود و آنگاه پاره‌ای تحولات بیع را که متناسب با طبع و نهاد بیع عملی است افزوده است»^۱. در صورت احراز تغییر مصلحت زمان وضع، با استفاده از اصل مستفاد از ماده ۲۳۲ و ۳۴۸ ق.م. باید قانون به گونه‌ای تفسیر شود که با مصالح جدید منطبق شود. البته باید توجه داشت که مصالح به سرعت و با سهولت تغییر پیدا نمی‌کند.

وی قیاس را به عنوان یک روش تفسیر موسع پذیرفته و متذکر می‌شود که در نظام حقوقی ما قیاس ظنی نباید به کار گرفته شود زیرا «قانون‌گذار طبق یک اصل مهم حقوقی از دادرسان انتظار دارد که در استنباط خود به سر حد اطمینان برسند»^۲.

نکته قابل توجه اینکه ایشان، معتقد است که در موارد سکوت یا نقص قانون نیز روش‌های متعددی از سوی فقیهان امامی مطرح شده لکن این کارها در بطون مباحث و مسائل پراکنده باقی مانده و تدوین نشده است. لذا ایشان تدوین این روشها و نقد آنها را در کتاب فن استدلال به طور منقح و در سایر کتب به صورت پراکنده‌تر عهده‌دار شده‌اند^۳.

همان‌طور که قبلاً نیز گفته شد، در احکام قانون مدنی باید بین دو نوع قاعده تفکیک شود: احکام مستنبط از منابع اسلامی و احکام مستند به مصالح و مفاسد عرفی مقتبس از عرف عادت و قوانین موضوعه سایر کشورها.

وی اعتقاد دارد که «لایسیزم در کشورهای اسلامی موقعی ندارد زیرا با داشتن مسئله وسیع الاقطار «حاجت عمومی» و «عسر و حرج» توانایی قبول ماده ۸۳۶ ماده قانون تجارت جدید را داشته که مورد عمل است. در قبول قانون تجارت، مسلمانان زیر چتر لایسیزم قرار نگرفتند».

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش تحقیق در علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۴۴.

۲. همان، ص ۱۶۴، ۱۶۲.

۳. همو، فن استدلال، ۱۳۸۲، گنج دانش، ص ۷.

در خصوص احکام مستنبط از منابع اسلامی، تفسیر موسّع در مواردی جایز است که مراد شارع، به یقین معلوم نباشد زیرا اجتهاد در برابر نصّ ممنوع است مگر اینکه حاجت عمومی یا اضطرار یا عناوین ثانویه دیگری در کار باشد^۱ یا اینکه موضوع حکم در گذر زمان تغییر کند و به تبع تغییر موضوع، حکم نیز دچار تحول شود مثل نکاح که از منظر قدما و برخی جوامع، تقابل بضع و مهر و نفقه بود و امروزه آن را مشارکت زوجین در زندگی می‌دانند^۲ و از این حیث احکام مترتب بر آن و کیفیت آنها تحولی شگرف یافته است.

اما در بسیاری از موارد، کشف مراد شارع از نصّ به یقین ممکن نیست. در این موارد دست مفسّر قانون باز است اما چنین تفسیری، تفسیر آزاد علمی نیست^۳. ایشان به نوع خاصی از تفسیر معتقدند که آن را «تفسیر مقید» نام نهاده‌اند زیرا مفسر در اعمال قواعد ثانوی مثل لاضرر، اجماع و...، در قید عمل و فهم اصحاب است زیرا نویسندگان قانون مدنی نیز در موارد مختلفی از جمله بحث امانات، مطابق فهم اصحاب عمل کرده‌اند^۴ و دقیقا به همین دلیل است که مفسران برای فهم احادیث و قلمرو شمول آنها، اقوال و عمل اصحاب را مبنای فهم خود قرار می‌دهند و این عبارت مشهور را می‌توان در فقه یافت که مخالفه المشهور مشکل. با وجود این، لنگرودی با گروهی همداستان است که معتقدند ولیکن موافقتهم بلادلایل اشکل^۵.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، علم موضوع‌شناسی، ۱۳۹۷، گنج دانش، ص ۱۴۳.

۳. همان.

۴. همان، صص ۸۲-۷۹.

۵. همان، ص ۸۲. این عبارت را بسیاری از فقهای امامیه نقل کرده‌اند. از جمله بنگرید به همدانی، آقا رضا، مصباح الفقیه، ج ۸، ۱۴۱۶ق، ص ۳۵. البته مرحوم خوئی به نقل از کتاب البیع مکاسب عبارت را چنین ثبت کرده‌اند: مخالفه المشهور مشکل و مخالفه الادله اشکل (موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۰، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۱).

- ۱- حسب مطالب پیشین، مشخصه‌های اصلی حقوق مدرن عبارت است از:
 - نفی دین و تعبد دینی یا غیر دینی و تکیه بر وجدان بشری و تجربه بشر برای تأمین و تضمین آزادی حداکثری؛
 - تقدم حقوق خصوصی بر سایر حقوق؛
 - وحدت‌گرایی یا یکپارچه‌سازی حقوقی.

۲- اما از نظر استاد جعفری لنگرودی، شاخص‌های اصلی حقوق ایران به قرار زیر است:

- نظام حقوق خصوصی ایران، نظامی است دینی که در آن اجتهاد در برابر نصوص شرعی ممکن نیست اما گزاره‌هایی که در دکنترین اسلامی استنباط شده به ویژه در ابواب حقوق مدنی جزا و...، غالباً و اصولاً جنبه امضائی یا تأییدی دارد که به نوبه خود مبتنی بر غرائز حقوقی و نیازهای شکل گرفته در عرف عادت است. لذا در این نظام حقوقی، عقل بشری به مقیاس کتاب و سنت در پرتو تحلیل غرائز حقوقی و عرف عادت در ظرف فهم تاریخی اصحاب و نیازهای مردم کوچه و بازار ایفای نقش می‌کند. از نظر ایشان، آزادی که مبنای حقوق فطری است طریقی است برای فراهم آوردن مصالح بشری و طریقت دارد نه موضوعیت. لذا آزادی اگر برخلاف مصلحت باشد معیار و مبنای مناسبی برای قانون‌گذاری نیست.
- انسجام و سیستم‌گرایی مبتنی بر غرائز حقوقی و مقاصد عرفی در چارچوب اصول کلان و مقاصد شریعت.

- ۳- در قرائت مبتنی بر خردگرایی سازنده‌گرا، قانون محصول عقلانیت فطری یا وجدان بشری است که در سایه قرارداد اجتماعی وضع و با اتکا به قدرت عمومی اعلام و تضمین می‌شود. به این ترتیب، قانون محصول اراده جمعی و متکی به قدرت دولتی است. اما در قرائت مبتنی بر خردگرایی قواعد حقوقی محصول تحول طولانی و خودجوش عرف‌ها هستند نه عقل خودآگاه و طرحی از پیش تهیه شده. به طور دقیق‌تر در این نگرش، کردار آدمی و قواعد حاکم بر آن از سه منبع سرچشمه می‌گیرند: غرایز طبیعی، آداب و رسوم و قواعد مصنوع آگاهانه عقل بشر.

به این ترتیب، در حقوق مدرن، قانون عبارت است از نماد شکلی و دولتی عقلانیت فردی، ناظر به تحقق عینی و اجرایی حقوق و آزادی‌های فردی. علاوه بر متبلور ساختن عقلانیت که یکی از پایه‌های قانون‌نویسی است، ایجاد یکپارچگی و انسجام قواعد نیز یکی از اهداف آن است. به بیان دیگر، قانون ابزار بیان یا نماد بیرونی عقل یا خرد خودبنیاد جمعی در چارچوب قرارداد اجتماعی و به نوعی مظهر وحدت‌گرایی و انسجام نظام حقوقی است زیرا یکی از اهداف مهم قانون‌گذاران ابزار قواعد در قالبی متمرکز و آسان‌یاب بنام قانون است.

از نظر استاد جعفری لنگرودی، قانون محل تلاقی غزائز حقوقی و عادات و رسوم منعکس شده در عرفِ عادت و دکترین است. لذا رویکرد ایشان به قانون بسیار نزدیک به قرائت خردگرایی تحوُّلی است. بر همین اساس، ایشان با رویکردهای قانون سالارانه و مکتب تفسیر لفظی به عنوان روش اصلی تفسیر، موافق نیست. اما همان طور که در خلال بحث ها اشاره شد از نظر ایشان، تفسیر موسَّع، تابع ضوابط و شرایط خاصی است که در قالب منطق حقوق و در دو بخش معانی (تصورات) و مبانی (تصدیقات) به آنها اشاره کرده اند:

الف- در خصوص احکام مقتبس از شرع، نظر به اینکه مواد قانونی، نتیجه مطالعات دکترین در منابع فقه است، برای فهم مدلول و قلمرو شمول مواد قانونی، مفسر باید به منابع اسلامی رجوع کند تا حد امکان، در سایه فهم اصحاب آنها را تفسیر و تبیین نماید مگر اینکه دلیل محکمی برای نادیده گرفتن فهم اصحاب وجود داشته باشد از جمله حاجت عمومی و استدلال های مبتنی بر غرایز حقوقی و مقاصد شارع و... که در خلال مطالب این نوشتار به آنها اشاره شد.

ب- در خصوص سایر احکام، ایشان، استفاده از اصول لفظی را تنها در مواردی تجویز می کند که استفاده از اصول غیر لفظی کارگشا نباشد یا تفسیر مضیق ضرورت داشته باشد.

روش ایشان در شناخت معانی عبارت است از عناصرشماری و تئوری معقودعلیه. اما در باب تصدیقات یا مبانی، ایشان در مسیر استدلال برای دستیابی به قضاوت صحیح، ابداع احتمال را به عنوان ابزار فرضیه سازی مطرح کرده اند. از نظر ایشان، اثبات فرضیه، با کشف مصالح مورد نظر مقنن را با مطالعه تاریخی عرف عادت و... و اصول مستنبط از انتزاعات حقوقی و قیاس و... ممکن است. علاوه بر این در راه کشف اصول کلی و استناد به آنها، اجتناب از مجردگرایی و فلسفه گرایی عاری از اصالت عمل و پرهیز از استناد به ظنون را در مقام اعمال قیاس و...، به عنوان روش تحقیق توصیه کرده اند.

به این ترتیب، به طور خلاصه می توان گفت که وی، هر چند به تفسیر موسَّع اعتقاد دارد ولی تفسیر موسَّع را به معنای تفسیر آزاد نمی داند بلکه آن را در چارچوب ضوابط متعددی که به آنها اشاره شد می پذیرد تا به این ترتیب، ضمن حفظ سنتها و چارچوبهای شرعی- عقلانی، ارتقا راه حل ها و رفع حاجت عمومی و برآورده کردن غزائز حقوقی، قربانی منطق بی روح و گاه فلسفی و انتزاعی حقوق نشود و اصالت عمل مبتنی بر عرف عادت، محور و راهبر منطق حقوق باشد.

کتاب

۱. امامی، سید حسن (بی‌تا)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیة، جلد دوم.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۶ هـ ق)، فرائدالاصول، جلد اول، قم: موسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم.
۳. باتلر، ایمون، (۱۳۸۷)، اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه فریدون تفضلی، نی.
۴. بی، ارل، (۱۳۸۱)، روشهای تحقیق در علوم اجتماعی (۱)، ترجمه رضا فاضل، تهران: سمت.
۵. جاوید، محمد جواد، (۱۳۹۱)، روش تحقیق در علم حقوق، تهران: مخاطب.
۶. جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فن استدلال؛ منطق حقوق اسلام، تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۳)، منطق ادبی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مجموعه محشای قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مضاربه، تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی، المدونه، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، تهران: گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، فرهنگ عناصرشناسی، حقوق مدنی - حقوق جزا، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، جلد اول، چاپ سوم.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ دوازدهم.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.

۲۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، قوه قدسیه، تهران: گنج دانش.
۲۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۷)، علم موضوع شناسی، فقه الموضوعات، تهران: گنج دانش.
۲۳. حسینی میلانی، علی، (۱۴۲۸)، تحقیق الاصول، جلد سوم، قم: حقائق، چاپ دوم.
۲۴. خوئی، ابوالقاسم، (۱۴۱۸ ه. ق.)، موسوعه الامام الخوئی، جلد ۳۰، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول.
۲۵. خوئی، ابوالقاسم، (۱۴۲۲)، مصباح الأصول، جلد اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۲۶. روح الامینی، محمود، (۱۳۸۰)، مبانی انسان شناسی (گرد شهر با چراغ)، تهران: عطار، چاپ دهم.
۲۷. روحانی، محمد صادق، (بی تا)، زبدة الاصول، جلد اول، تهران: حدیث دل، چاپ دوم.
۲۸. ریویر، کلود، درآمدی بر انسان شناسی، ترجمه ناصر فکوهی، تهران: نشرنی، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
۲۹. ساروخانی (۱۳۸۲)، روشهای تحقیق در علوم اجتماعی، جلد اول، اصول و مبانی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۳۰. شهابی، مهدی، (۱۳۹۶)، فلسفه حقوق، مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۱. شوالیه، ژاک (۱۳۹۷)، دولت پسامدرن، مطالعه تطبیقی تحولات معاصر در حقوق اساسی و اداری، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران، مجد.
۳۲. صدر، محمد باقر، (۱۴۱۷)، بحوث فی علم الاصول، جلد دوم، بیروت: الدار الاسلامیه، چاپ اول.
۳۳. فروغی، محمدعلی، (۱۳۹۱)، سیر حکمت در اروپا، جلد اول، تهران: زوار.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۸۹.
۳۶. کلی، جان، (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، کلی، تهران: طرح نو.
۳۷. کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۳۸. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۹۴)، مبانی استنباط حقوق اسلامی: اصول فقه، تهران: دانشگاه تهران، چاپ ۵۵.
۳۹. مرعشی نجفی، شهاب الدین، (۱۳۸۶)، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، جلد دوم، اصفهان: خاتم الانبیاء، چاپ اول.

۴۰. موحّد، محمدعلی، (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه.
۴۱. میننی، اس. آر، (۱۳۹۵)، روش‌شناسی تحقیق در حقوق، ترجمه نازآفرین ناظمی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۴۲. نوبهار، رحیم، (۱۳۹۵)، اصول فقه، مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول.
۴۳. هابز، توماس، لویاتان، (۱۳۸۰)، ویرایش و مقدمه از سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، چاپ اول.

مقالات

۴۴. حکمت نیا، محمود، (۱۳۹۳)، «قواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آنها»، مجله حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۲.
۴۵. راسخ، محمد و پور سید آقایی، سید حمید، (۱۳۹۵)، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۴.
۴۶. الشریف، محمد مهدی و آرانی، حمید، (۱۳۹۶)، «پلورالیسم استدلال حقوقی در پرتو تفسیرهای متعارض»، مجله حقوق تطبیقی، جلد ۱۳، شماره ۱.
۴۷. عرب، مهین، (۱۳۸۸)، «نقد و بررسی روش‌شناسی در فلسفه دکارت و آراء پوپر»، مجله حکمت و فلسفه، سال پنجم، شماره چهارم.
۴۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶.
۴۹. نیکو گفتار صفا، حمید رضا، (۱۳۸۷)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا»، دو فصلنامه معارف اسلامی و حقوق، سال نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان.
۵۰. همدانی، آقا رضا، (۱۴۱۶ هـ.ق)، مصباح الفقیه، جلد هشتم، مؤسسه الجعفریه لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی، قم - ایران، اول.

ماهیت و آثار عقد مرکب از منظر استاد جعفری لنگرودی

رضا زالی^۱

زهرا اسدی نیا^۲

چکیده:

از قدیم، عقود بوده اند که در نگاه اول، یک عقد بیشتر نیست ولی وقتی بادیده تحلیل به آن می‌نگریم؛ عقدی را می‌بینیم با تعهدات مختلف المضمون مانند: قرارداد مهمانخانه ... زمانی که عقدی از این نوع نزد قاضی مطرح شود؛ او با سوالات متعددی مواجه می‌شود از جمله: اگر جزئی از عقده دلیلی باطل یا متعذر شد، این بطلان یا تعذر چه تاثیری بر اصل عقد می‌گذارد؟ آیا هر یک از اجزای این عقد، تابع ماهیت حقوقی همان بخش، مثلاً بیع و اجاره و احکام خاص آن است؟ اگر متعهد از اجرای برخی از تعهدات امتناع کند، متعهدله چه ضمانت اجرایی دارد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها لاجرم باید ماهیت عقد مرکب را روشن کرد. با توجه به اینکه عقد مرکب حجم قابل توجهی از پرونده‌های حقوقی را در محاکم تشکیل داده است، تبیین شرعی و حقوقی ماهیت و احکام عقد مرکب ضروری است. سؤال این است که ماهیت و آثار عقد مرکب چیست؟ عقد مرکب در حقوق ایران به صورت یک ماهیت خاص و مستقل وجود دارد. ترکیب در عقد دو قسم است: الف) ترکیب ارادی: براساس قول مشهور در فقه ایران، هر عقدی حکم مختص خود را دارد یعنی از نظر حکمی منحل به چند عقد می‌شود. ب) ترکیب غیر ارادی: در این صورت به دلیل احترام به قصد متعاقدين وعدم امکان عرفی تجزیه عقد مرکب، نمی‌توان تعهدات ناشی از عقد را تجزیه کرد، لذا در صورتی که هدف اصلی متعاقدين یک بخش از عقد باشد، حکم همان بخش را بر کل عقد اعمال می‌کنیم مثلاً در قرارداد مهمانسرا، هدف استیجار اتاق است؛ باقی تعهدات ضمائم عرفی هستند؛ به بیان دیگر برخی اوقات یک عقد در بردارنده چند تعهد است اما فقط یکی از آن تعهدات جنبه اصلی و بقیه جنبه فرعی دارند که در این حالت، تعیین ماهیت و آثار عقد، تابع تعهد اصلی است. اما برخی از عقود مرکب هستند که تمامی تعهدات ناشی از آن‌ها در عرض یکدیگرند به نحوی که هدف اصلی متعاقدين دو یا چند تعهد است مانند تعهدات ناشی از عقد آبونمان و خرید بلیط هواپیما؛ در این دسته از عقود مرکب احکام اختصاصی هیچ یک از عقود معین را اجرا نمی‌کنیم بلکه فقط خواست مشترک طرفین را اعمال و در موارد سکوت طرفین، قواعد عمومی قراردادها را اجرا می‌کنیم.

کلیدواژه: عقد مرکب، عقد مختلط، ماهیت عقد، آثار عقد، استاد جعفری لنگرودی

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

Email: Reza. Zali. 1374@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

Email: Zahraasdnia94@gmail.com

انعقاد عقود همواره یکی از راه‌های برطرف ساختن نیازهای اجتماعی بشر بوده است و قانون‌گذار برای به نظم در آوردن این روابط، قالب‌های مناسب را مورد تایید قرارداده است. عقود معین بدین منظور به وجود آمده‌اند و هر یک اثر خاصی دارند اما از قدیم الایام، قراردادهایی وجود داشته‌اند که در نگاه نخست یک قرارداد بیشتر نیست ولی وقتی به آن قراردادها با دیده تحلیل و عمیق می‌نگریم؛ عقدی را می‌بینیم با تعهدات گوناگون و مختلف المضمون که به موجب یک انشاء گرد هم آمده‌اند. مانند: قرارداد مهمانخانه، قرارداد صحافی، قرارداد آبونمان و قرارداد شبانی و... رشد چشمگیر روابط بازرگانی و پیشرفت و گسترش صنعت باعث شده است که به تعداد این قراردادها روبه‌روز افزوده شود. اهمیت و ضرورت انجام این تحقیق از این جهت مشخص می‌شود که مواردی از جمله: نوع معلوم کردن موضوع، میزان تحمل غرر، خيارات و شیوه‌های فسخ قرارداد و سایر آثار، تابع ماهیت خاص هر عقد است. با توجه به کاربرد عقد مرکب در جامعه کنونی و با عنایت به اینکه مسئله مذکور حجم قابل توجهی از پرونده‌های حقوقی را در محاکم تشکیل داده و منجر به سردرگمی قضات شده است تبیین دقیق و شرعی ماهیت و احکام عقد مرکب ضروری است. به عقود مرکب در کتب فقهی و حقوقی به نحو پراکنده اشاره شده است و یک مقاله نیز در سال ۱۳۹۰ در مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی با عنوان: «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه» توسط آقای محمدعلی خورسندیان به چاپ رسیده است. نویسنده مقاله مذکور موضع روشنی نداشته و ماهیت عقود مرکب را تبیین دقیق نکرده است و در مورد آثار عقود مرکب نیز سکوت اختیار کرده است. حال سوال این است که ماهیت و آثار عقد مرکب چیست؟ به نظر می‌رسد عقد مرکب در حقوق ایران به صورت یک ماهیت خاص و مستقل وجود دارد. هدف ما در این مقاله تبیین ماهیت و احکام عقد مرکب است. برای رسیدن به این هدف باید قدم در مسیر پر نشیب و فرازی گذاشت که سختی فراوان دارد. حرکت در این مسیر همانند حرکت بر روی یک طناب باریک و لرزان در یک ارتفاع بلند است. در این مسیر همراه ما باشید و به تجربیات خود بیفزایید. در این راه آثار استاد جعفری لنگرودی وسیله و راهنمایمان خواهد بود. ضمن اینکه از نظرات سایر حقوق دانان به قدر کفایت استفاده خواهد شد.

۱) ماهیت عقد مرکب:

۱-۱) کلمه «ماهیت» یک واژه عربی است و از زبان عربی وارد زبان فارسی شده است. این واژه نه تنها در فلسفه اسلامی، بلکه در فقه و اصول و قوانین جاری کشور هم به کار رفته است. در زبان فارسی ماهیت را به گوهر نیز ترجمه می‌کنند که معرب آن جوهر است. در ماده ۲۰۰ قانون مدنی، کلمه «خود»

به جای ماهیت به کار رفته است، زیرا ماده ۲۰۰ قانون مدنی می‌گوید: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.» در این ماده واژه «خود» به معنای ماهیت مورد معامله به کار رفته است.^۱

(۲-۱) هر موضوع حقوقی مانند رای، حکم، قرار، دعوی، مال، عقد، عقد مرکب و غیره یک ماهیت حقوقی به شمار می‌رود. در نگاشتن احکام و آثار یک موضوع حقوقی، شناختن و بیان واضح ماهیت آن موضوع، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. به عبارت دیگر تا یک ماهیت حقوقی را با تمام حدود و قیود آن شناسیم، هرگز نمی‌توانیم آثار قانونی مختص آن را بر آن بار کنیم. علت بیشتر سردرگمی‌ها و سرگردانی‌های علمی و چه کنم گفتن‌های ما این است که حدود و مشخصات موضوع را آن طور که باید باشد روشن، جمع و جور و در ذهن خود مجسم نمی‌کنیم. تنها راه کشف مجهول چه در علم حقوق و چه در سایر علوم این است که موضوع را خوب تصور و تجسم کنیم و قیود و مشخصات آن را به طور کامل روشن کنیم. این بحث در حدی مهم است که حتی رجال مشهور علم حقوق هم در این باتلاق هولناک غلتیده‌اند. به عنوان مثال قانون‌گذار مدنی در معرفی ماهیت عقد بیع و عقد اجاره در مواد ۳۳۸-۴۶۶ قانون مدنی مبادرت به تعریف بیع و اجاره کرده است ولی از عهده کار برنیامده است. زیرا مثلاً اگر کسی بخواهد نمک موجود در معدنی را برای بهره‌برداری به مدت یک سال در مقابل گرفتن عوض معلوم به دیگری واگذار کند، معلوم نیست این عقد، بیع است یا اجاره؟ زیرا هم تعریف ماده ۳۳۸ و هم تعریف ماده ۴۶۶ قانون مدنی، این نمونه را دربردارد. احتمالاً به علت دشواری فراوان کشف صحیح و دقیق ماهیات حقوقی است که غالب قانون‌گذاران از قدیم تا امروز، عالماً و عامداً از دادن تعریف برای موضوعات و ماهیات حقوقی چشم پوشیده‌اند، لذا ماهیات حقوقی را اسماً در قوانین ذکر و لکن از تعریف آن خودداری می‌کنند. خلاصه اینکه قانون‌گذاران ماهیات حقوقی را بدون ذکر حدود و قیود در قانون رها می‌کنند.^۲ به همین جهت این ماهیات را «ماهیات مرسله»^۳ نامیده‌اند.

(۳-۱) برای تعریف عقد مرکب از شیوه لنگرودی استفاده می‌کنیم. بدین بیان که ابتدا مثالهایی از عقد مرکب و ماهیت‌های مشابه عقد مرکب را بیان می‌کنیم و سپس عناصر عقد مرکب را برمی‌شماریم و به این وسیله ماهیت عقد مرکب را روشن می‌کنیم:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۵، چاپ ۶، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۵۱.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۲۵۱.

۳. یعنی رها.

۱-۳-۱) مثال اول عقد مزارعه است که از نظر تحلیلی شراکت است بین مزارع و عامل که از یک سو انتفاع از زمین و از سوی دیگر عمل عامل و سایر عوامل داده می‌شود تا در نهایت محصولی به دست آید و این محصول را همانند سود شرکت، به نسبتی که طرفین توافق کرده‌اند، بین یکدیگر تقسیم می‌کنند. همین طور است عقد مضاربه که عقدی، عهدی و معوض می‌باشد و بر اساس آن، مضارب تعهد می‌کند که با سرمایه متعلق به مالک، معاملات تجارتي بکند و در مقابل نیز توافق می‌کند که یک قسمت مشاع از سود متعلق به مضارب باشد و قسمت دیگر هم به مالک داده شود. لذا عده‌ای از فقها^۱ و حقوق‌دانان^۲ معتقدند مضاربه از نظر تحلیلی مرکب است از عقود متعدد و معین که عبارت‌اند از: امانت، وکالت در تصرف در مال موضوع مضاربه، شرکت در منافع حاصله از معاملات تجاری به میزان سهم مقرر در قرارداد.

اما بر این نظر اشکالاتی وارد است؛ زیرا:

اولاً: امانتی که به موجب عقد مضاربه به وجود می‌آید جنبه اصلی و به اصطلاح حقوقی و اولاً و بالذات ندارد، به همین دلیل است که ماده ۵۶۵ قانون مدنی، مضارب را در حکم امین می‌داند یعنی فقط احکام راجع به امانت که در عقد ودیعه مطرح شده است باید در عقد مضاربه نیز اجرا شود.

ثانیاً: مقتضای عقد شرکت، اذن شرکا به اداره مال مشاع است. به همین دلیل ماهیت شرکت در عقد مضاربه وجود ندارد. زیرا از طرفی سرمایه تماماً متعلق به مالک است و مضارب هیچ شرکتی در آن ندارد و از طرف دیگر با وجود شریک بودن مالک و مضارب در سود حاصل از تجارت، هیچ یک از آن‌ها به دیگری در زمینه اداره آن سود، اذن نمی‌دهد تا گفته شود که عقد شرکتی منعقد شده است. از طرفی ممکن است برای توجیه وجود عقد شرکت در مضاربه گفته شود که عقد شرکت سبب ایجاد اشاعه در مال می‌شود و اذن در اداره، اثر فرعی آن است. در عقد مضاربه سود حاصله میان طرفین مشترک است و بدیهی است که توافق طرفین موجب پیدایش این سود شده است. لذا می‌توان گفت توافق طرفین در عقد مضاربه نسبت به ایجاد سود مشاع به گونه‌ای عقد شرکت است. اما این نظر نیز قابل پذیرش نیست. همچنان که استاد جعفری لنگرودی عقیده دارند: «ماهیت شرکت در مورد عقد مضاربه مطلقاً وجود ندارد. همچنین بر اثر انعقاد عقد مضاربه اشاعه در اموال (یعنی سرمایه مالک و عمل عامل) پدید نمی‌آید تا

۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، چاپ ۱، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۳۴۴- وی می‌گوید: «عقد القراض مرکب من عقود كثيرة، لأن العامل مع صحة العقد و عدم ظهور ربح و دعی أمين و مع ظهوره شریک و مع التعدی غاصب و فی تصرّفه وکیل و مع فساد العقد أجیر.»
 ۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ ۱۲، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵، ص ۱۰۵.

ماهیت شرکت مدنی صدق کند. اشتراک در سود (بین مضارب و مالک) به تنهایی محقق شرکت نیست. موقعی محقق شرکت است که منشأ اشتراک در سود، اشتراک در رأس المال بین دو یا چند نفر باشد و حال اینکه در مضاربه اشتراک در رأس المال وجود ندارد^۱. این نکته که عامل در رأس المال شرکت ندارد بلکه فقط در سود شرکت دارد، موجب می شود که ماهیت شرکت از مدلول عقد مضاربه خارج شود. به همین دلیل است که در عقد شرکت مدنی، شرکا هم در سود شریک اند و هم در ضرر ولی در مضاربه اشتراک فقط در سود است نه در ضرر و نه در رأس المال^۲. ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز موید همین نکته است.

ثالثاً: وکالت در مدلول عقد مضاربه وجود ندارد. زیرا در عقد وکالت، وکیل به اذن موکل (مالک) اعمال حقوقی انجام می دهد که آثار آن مستقیماً دامنگیر موکل می شود و در قبال انجام این اعمال حقوقی، وکیل اجرت اخذ می کند در حالی که در مضاربه اختیارات مضارب به مراتب بیش از وکیل است. همچنان که لنگرودی معتقد است که: «نمی توان مضاربه را مصداقی از مصادیق عقد وکالت دانست»^۳. زیرا اذن مالک به عامل (مضارب) در تصرف سرمایه، خارج از ماهیت عقد مضاربه است و نظیر اذن ماجر است به مستاجر برای تصرف عین مستاجره. در مضاربه دو تعهد متقابل وجود دارد؛ تعهد مالک سرمایه بر تسلیم رأس المال به مضارب از یک طرف و تعهد مضارب به انجام دادن عمل تجاری از طرف دیگر^۴. در واقع مدلول عقد مضاربه این دو تعهد متقابل است نه اذن در تصرف رأس المال. زیرا اذن در تصرف رأس المال در مرحله اجرای عقد داده می شود نه در زمان انعقاد عقد. به عبارت دیگر این اذن داخل در مدلول ایجاب و قبول عقد مضاربه نیست بلکه اذن مالک به قبض سرمایه توسط مضارب، در راستای اجرای تعهد مالک است و اجرای عقد، مرحله بعد از ختم عقد است^۵. ولی در عقد وکالت، اذن مسلماً داخل در ماهیت عقد وکالت است. نیز دادن نیابت، هدف اصلی انعقاد عقد وکالت است در حالی که هدف اصلی از عقد مضاربه، وصول مالک و مضارب به سود حاصل از تجارت است.

۱-۳-۲) مثال دیگر عقد مرکب، قرارداد مشتری با صاحب مهمان خانه است: بدین بیان که وقتی مسافری وارد هتل می شود و اتاقی را کرایه می کند؛ چند تعهد در کنار هم به صورت زیر به وجود می آید: تسلیم اتاق و لوازم مورد نیاز، نگهداری وسایل و اشیاء همراه مسافر، تهیه غذا، تامین آب جوش مورد نیاز مسافر، در اختیار گذاشتن لابی و حق استفاده از سرویس بهداشتی و حمام بیرون از اتاق و غیر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ ۵، گنج دانش، ۱۳۹۵، صص ۳۱۹ و ۳۲۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، چاپ ۳، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۶۴.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مضاربه، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۳.

۴. همان، ص ۱۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، پیشین، ص ۱۶۵.

اینها؛ در این قرارداد، آثار عقد اجاره اشیاء نسبت به اتاق و لوازم آن، عقد ودیعه نسبت به نگهداری وسایل و اموال همراه مسافر، عقد بیع نسبت به تامین غذا، عقد هبه نسبت به تامین آب جوش، اباحه انتفاع نسبت به سرویس بهداشتی و حمام خارج از اتاق و اجاره خدمات نسبت به شستن ملافه‌ها وجود دارد یعنی قرارداد مهمانخانه ترکیبی از عقود اجاره اشیاء و اجاره خدمات، ودیعه، بیع و هبه است.

۱-۳-۲) برخی از حقوق دانان معتقدند که در قرارداد مهمانسر، تسلیم اتاق و لوازم موجود در آن، تعهد اصلی است و تعهدات دیگر که مستلزم تملیک و اباحه عین هستند باعث نمی‌شوند که قرارداد اجاره به عقدی دیگر تبدیل شود. به عبارت دیگر ایشان معتقدند که در برخی اوقات، یک عقد در بردارنده چند تعهد است اما فقط یکی از آن تعهدات، جنبه اصلی و بقیه جنبه فرعی دارند که در این حالت، تعیین ماهیت و آثار عقد، تابع تعهد اصلی است.^۱

این نظر قابل تامل است؛ زیرا گرچه یکی از موضوعات اصلی قرارداد مهمان سرا، اجاره اتاق است ولی وقتی با دید تحلیل به این قرارداد می‌نگریم متوجه می‌شویم که تنها اجاره اتاق مقصود اصلی مسافر نبوده است بلکه بهره‌برداری از سایر امکانات هتل در شکل‌گیری قصد مسافر موثر بوده و در عرض اجاره اتاق است نه در طول آن. لذا همان قدر که اجاره اتاق مقصود طرفین بوده استفاده از سایر امکانات و خدمات هتل نیز مقصود اصلی طرفین است و هر کدام از این موضوعات در قصد و ضمیر طرفین حالت اصلی و اولاً و با لذات دارد. همچنان که امروزه در عرف هتلداری براساس همین امکانات و خدمات، هتل‌ها و مهمانخانه را با تعداد ستاره امتیازبندی می‌کنند و بر مبنای همین امتیاز هزینه کرایه یک اتاق در هتل پنج ستاره چندین برابر هزینه کرایه هتل دو ستاره است. لذا قرارداد مهمان سرا عقدی مرکب است.

۱-۳-۲) برخی از حقوق دانان فرانسوی معتقدند که هرگاه دو تعهد مستقل از هم در یک عقد به وجود بیایند، آن عقد، مرکب است، هر چند که به ظاهر یکی باشد.^۲ نظریه این حقوق دان در اصطلاحات حقوقی ما، تعدد مطلوب نامیده می‌شود. بدین بیان که هرگاه امکان تجزیه رضای متعاقدين، وجود داشته باشد به نحوی که دو عقد جای یک عقد را بگیرد در حالی که همان ابتدا یک عقد واحد انشاء شده باشد، این ماهیت حقوقی تعدد مطلوب نامیده می‌شود. در تعدد مطلوب ملاک تجزیه باید این باشد که به مقتضای ذات عقد نخستین لطمه‌ای وارد نشود.^۳

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، چاپ ۴، سمت، ۱۳۹۱، ص ۲۲۶.

۲. مازو، حقوق مدنی، ج ۲، ب ۲، ص ۳۶/۶۱۹ به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، چاپ ۲، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۴۳۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۲۸۰.

۱-۳-۳) مثال دیگر عقد مرکب، قرارداد آبونمان (عقد اشتراک) است؛ آبونمان یا اشتراک یکی از عقود معین است و در عصر حاضر کاربرد فراوانی دارد. آبونمان ترکیبی از عقد بیع و اجاره اعمال است؛ بدین بیان که نسبت به دادن حق اشتراک، عقد بیع و نسبت به تعهد به ارائه خدمات بعدی، اجاره اعمال محسوب می‌شود. عناصر آبونمان به شرح زیر است:

۱-۳-۳-۱) عقدی معوض است که عوضین آن از یک طرف، حق اشتراک آب و برق و گاز و اشتراک مطبوعات است که تملیک عین محسوب می‌شود به علاوه ارائه خدمات که تملیک منافع است. طرف دیگر این عقد، وجه اشتراکی است که توسط مشترک، پرداخت می‌شود.^۱

۱-۳-۳-۲) آبونمان از عقود الحاقی است؛ بدین معنا که یک طرف عقد، خصوصیات عقد رامشخص و بیان می‌کند و طرف دیگر (مشترک) فقط می‌تواند آن را بپذیرد یا نپذیرد. اگر بپذیرد، عقد آبونمان منعقد می‌شود.^۲

۱-۳-۳-۳) عقد اشتراک یا آبونمان از عقود مستمر است یعنی مدت دارد. خواه مدت به صورت معین باشد مانند حق اشتراک روزنامه و مجله که مدت معین دارد، خواه مدت مطلقه باشد مانند آبونمان برق و آب و گاز.^۳

۱-۳-۳-۴) آبونمان عقدی لازم است؛ در خصوص لزوم عقد آبونمان بایستی به نکات ذیل توجه کرد؛ زیرا لزوم آبونمان یک لزوم خاص است به این صورت که اولاً آبونمان از نظر لزوم و جواز به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) لازم الطرفین: مانند آبونمان روزنامه در طول مدت اشتراک. ب) لازم از جهت یکی از طرفین عقد: مانند آبونمان برای مصرف آب و برق و تلفن که از جانب مشترک جائز و از جانب اداره آب و برق و گاز و تلفن لازم است. ثانیاً ایجاب کننده با گذشت زمان، حق تغییر مقدار عوض را دارد به طور مثال شرکت آب، یک جانبه بهای مصرف آب را بالا می‌برد، صاحب امتیاز روزنامه، یک جانبه بهای روزنامه را می‌افزاید.^۴

۱-۳-۳-۵) اصولاً آبونمان به مدت و جنون و سفه منحل نمی‌شود اما در برخی موارد با فوت صاحب اشتراک (مشترک) قرارداد آبونمان منحل می‌شود مثلاً اگر مشترک روزنامه بمیرد قرارداد اشتراک منحل

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۱، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۲.

۲. همان، ص ۱۲.

۳. همان، ص ۱۳.

۴. همان، ص ۱۳.

می‌شود چون استفاده از حق اشتراک روزنامه قائم به شخص مشترک است و به ورثه قابل انتقال نیست اما در مواردی که حق اشتراک قائم به شخص نیست مانند اشتراک آب و برق و گاز و فاضلاب خانه با فوت مالک از بین نمی‌رود و وراثت می‌شوند مشترک آب و برق و گاز و فاضلاب.^۱

(۴-۱) برخی از حقوق‌دانان ایرانی^۲ در تألیفات خود گفته‌اند: عقدی به نام عقد مرکب یا مختلط نه در نظام حقوقی ایران و نه در نظام حقوقی فرانسه وجود ندارد و اصلاً چنین عقدی نمی‌تواند با مقررات کلی مربوط به قراردادهای و تحلیل حقوقی سازگار باشد زیرا هر یک از عقود با توجه به عناصر و کاربرد متفاوتی که دارند، ساختمان قراردادی خاصی در عالم اعتبار دارند لذا هریک از عقود یک موجود اعتباری با شرایط و آثار و ویژگی‌های حقوقی خاص خود است. این حقوق‌دان در استدلال خود می‌گوید:

«این ماهیت‌ها عناصر مادی نیستند تا همانند تخم مرغ و شکر و آرد بتوان آن‌ها را در هم زد و از مخلوط آن‌ها ماهیتی جداگانه به وجود آورد و قانون نیز ماهیت مخلوطی از دو یا چند عقد از عقود معین طراحی نکرده است».^۳ در مقابل برخی از حقوق‌دانان، هر عقدی را که مخلوط از چند عقد معین باشد به نحوی که در عرف و قانون استقلال و شخصیت ویژه داشته باشد را عقدی مرکب دانسته‌اند. به طور مثال قرارداد مهمان سرا را مرکب از اجاره اشیاء (از جهت مسکن) و اجاره اشخاص (از لحاظ پذیرایی و خدمات) و بیع (فروش غذا) و ودیعه (نگهداری اشیاء مسافر) می‌دانند. همچنین قرارداد مربوط به بستری شدن در بیمارستان و استفاده از امتیاز تلفن و برق و تورهای مسافرتی و امثال آن‌ها را عقد مرکب می‌دانند.^۴

اما در موردی که چند انشاء در یک سند جمع شده باشد عقد مرکب نیست و قواعد هریک از عقود باید در مورد خود اجرا شود. مانند اینکه مردی به زن مورد علاقه خود بگوید: با تو ازدواج کردم و وکیل تو در فروختن خانه‌ات شدم و اتومبیل را به تو اجاره دادم و ملتزم به راندن آن در برابر دستمزد معین هستم و نام مجموع این اعمال را «قرارداد» گذارد.

(۵-۱) با توجه به مطالبی که بیان شد آشکار گردید که چقدر اختلاف در شناخت ماهیت عقد مرکب وجود دارد. لذا اینک به بیان نظریات استاد جعفری لنگرودی در خصوص ماهیت عقد مرکب می‌پردازیم: از نظر ایشان ترکیب عقود از مسائل عمیق مربوط به ماهیات حقوقی است؛ لذا برای شناخت ماهیت عقد مرکب باید مسائل ماهوی را از مسائل وجودی جدا و از اختلاط این دو پرهیز کرد. ایشان معتقدند که ترکیب عقود را باید به صورت کلی به دو گونه تقسیم کرد:

۱. همان، ص ۱۳.

۲. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ ۱۱، مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۱۲.

۳. همان.

۴. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، چاپ ۱۵، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۴۴.

۱-۵-۱) ترکیب ارادی: مانند تزویج دو زن در عقد نکاح واحد. همچنین ودیعه گذاشتن یک مال در حجره دو شریک با ایجاب واحد و قبول متعدد؛ لنگرودی علاوه بر استفاده از اصطلاح عقود مرکب، اصطلاح دیگری نیز ابداع کرده است تحت عنوان «پیوند ماهیات حقوقی». ایشان معتقدند در دو مثال فوق‌الذکر پیوند دو ماهیت حقوقی رخ نداده است؛ گرچه که ترکیب دو عقد است ولی ماهیت واحد است. زیرا در مثال اول عقد نکاح و در مثال دوم عقد ودیعه آمده است.^۱

۱-۵-۲) ترکیب غیرارادی: در صورتی که جلد کتاب به صحاف سپرده شود که صحافی کند، یک ماهیت حقوقی پیوندی به وجود می‌آید که غیرارادی است. زیرا لازمه انجام عمل مذکور، پیوند سه ماهیت حقوقی اجاره، ودیعه و بیع است. بدین بیان که نسبت به صحافی کتاب، اجاره اعمال است نسبت به محافظت از کتاب، ودیعه است و نسبت به تملیک سریش و نخ و مقوا و تیماج و گالینگور که صحاف از خود مایه می‌گذارد بیع است.^۲

۱-۵-۳) ایشان معتقدند که محور بحث در پیوند و ترکیب ماهیات حقوقی، قراردادهایی است که در آن‌ها، عین مالی که متعلق به یک طرف عقد است در تصرف طرف دیگر قرار می‌گیرد به یکی از صورت‌های زیر: الف) به صورت اجاره اعیان مانند قرارداد مهمان‌سرا بدین صورت که در این قرارداد صاحب مهمانخانه علاوه بر اینکه اتاق اجاره می‌دهد (اجاره عین) نسبت به اثاث مسافر هم در حکم مستودع است زیرا اثاث مسافر علاوه بر اینکه تحت اختیار و تصرف خود مسافر است، تحت ید صاحب مهمانخانه نیز هست به این دلیل که ید بر غیرمنقول ید بر اشیاء واقع شده در آن نیز هست.^۳

ب) به صورت اجاره اعمال: مانند صحاف که تعهد به صرافای کتاب یا کتاب‌های معینی را که به وی سپرده می‌شود دارد.

ج) نه به صورت اجاره بلکه به موجب قراردادی دیگر، مانند آنکه متصدی حمل و نقل، تعهد می‌کند که کالا را به مقصد معین برساند، تعهد متصدی حمل و نقل با ودیعه کالا نزد وی پیوند خورده و یک ماهیت پیوندی به وجود آمده است. پس ید طرف مقابل نسبت به مال مورد بحث همیشه با یک طریق نیست بلکه حتی گاهی مالک مال که یکی از متعاملین است، با ازاله تصرف خود مال را به تصرف طرف معامله می‌دهد مانند قرارداد حمل و نقل و گاهی تصرف طرف معامله به تصرف مالک ضمیمه می‌شود یعنی دو ید بر یک مال جمع می‌شود مانند قرارداد مهمان‌سرا که در آن صاحب مهمان‌سرا و مسافر، هر دو بر اثاث مسافر ید دارند.^۴

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی، چاپ ۲، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶.

۲. همان، ص ۱۳۶.

۳. همان، ص ۱۳۸.

۴. همان، ص ۱۳۸.

۱-۴-۵) چوپانی که چند رأس بز و میش را به موجب قرارداد از پانزدهم فروردین تا پانزدهم آبان در اختیار می‌گیرد تا به چراگاه و مراتع برود و حافظت کند و بچراند و پرورش دهد و در نهایت در پانزدهم آبان ماه تحویل مالک دهد. چه کسی می‌تواند بگوید که این فقط اجاره اشخاص است و ماهیت ودیعه را با خود ندارد و به عبارت دیگر، ماهیت پیوندی نیست؟ هم تعریف ودیعه و هم تعریف اجاره اشخاص به قرارداد شبانی صدق می‌کند.^۱

۱-۵-۵) علاوه بر قرارداد شبانی، قرارداد انبارهای رسمی نیز بی‌شک یک ماهیت پیوندی است. زیرا مالکان کالاها به موجب قرارداد، کالاها را به انبار رسمی می‌سپردند، در این قرارداد انباردار تعهد می‌کند از کالاهایی که به وی سپرده شده است حفاظت کند (ودیعه) و در مقابل این تعهد مالکان باید اجرت معینی به انبار پرداخت کنند (اجاره اعیان) این ودیعه همراه با اجاره است که به نظر می‌رسد هم اجاره اعیان است و هم اجاره اعمال (یعنی اجاره انبار و اجرت انبارداری) چه کسی می‌تواند بگوید که این فقط ودیعه است یا فقط اجاره است نه ودیعه.^۲

۱-۵-۶) ایشان پس از بیان مثال‌های فوق‌الذکر طبق روال همیشگی به احصای عناصر ماهیت پیوندی به شرح زیر می‌پردازند:

«اول - عقد. وجود عقدی از عقود (معینه یا غیرمعینه) عنصری از عناصر ماهیت پیوندی است.

دوم - عینی از اعیان اموال، موضوع عقد باشد نه چون عقد نکاح و مانند آن.

سوم - در انعقاد عقد، مالک آن، تصرف خود را سلب کند تا به تصرف طرف خود بدهد و یا طرف را در تصرف، دخالت دهد (تجمع دو تصرف به شرحی که گذشت)

چهارم - سلب تصرف، ناشی از تملیک آن عین نباشد پس بیع خارج شد: بایع به علت تملیک مبیع، از خود سلب تصرف می‌کند.

پنجم - سلب تصرف و یا تجمع دو تصرف مربوط به مرحله انعقاد عقد باشند در مرحله اجرای عقد.

پس اجاره اعیان که موجب به منظور اجرای تعهد اجاره خویش، عین مستأجره را از تصرف خویش خارج کند از عنوان ماهیت پیوندی خارج است.

ششم - جوهر دو عقد یا بیشتر بهم پیوسته شوند و جوش بخورند مثلاً جوهر اجاره و جوهر ودیعه در قرارداد شبانی و عقد انبار رسمی»^۳

۱. همان، ص ۱۴۵.

۲. همان، ص ۱۴۶.

۳. همان، ص ۱۴۶.

هفتم- دو تعهد نسبت به یکدیگر استقلال داشته و نوع آن‌ها متفاوت باشد.^۱

لنگرودی پس از ذکر عناصر ماهیت پیوندی در اهمیت پرداختن به این موضوع میگوید: «این عناصر را که من گردآوری کردم اگر خوب واریسی کنید تصدیق خواهید کرد که در میان انبوه ماهیات حقوقی، ماهیتی به نام ماهیت پیوندی وجود دارد که تا امروز نه نامی بر آن‌ها نهاده‌اند و نه بحثی مستقل را به آن اختصاص داده‌اند با اینکه بحث در آن از مشکل‌ترین مباحث علم حقوق است اجتهاد را چنین باید کرد که این مکانی است ارفع از ردالفروع الی الاصول که آن نیز خود مقامی رفیع است. ورود در ماهیات حقوقی پیوندی، جگرشیر را لازم دارد، کناره‌نگیرید وارد این میدان شوید و دست و پنجه نرم کنید».^۲ پس به بیان دیگر از منظر لنگرودی در حقوق ایران باید به وجود عقد مرکب اقرار کرد گرچه که ممکن است برخی از عقود مرکب ماهیت پیوندی نداشته باشند یعنی رابطه عقد مرکب با ماهیت پیوندی، عموم و خصوص مطلق است.

۱-۵-۷) عقد مرکب ارادی یا اختیاری مختص فقه اسلامی است و در حقوق فرانسه و سوئیس وجود ندارد. ترکیب‌های ارادی به صورت‌های زیر واقع می‌شود: الف) ایجاب متعدد و قبول واحد است. برای مثال استاد جعفری لنگرودی می‌گوید: «در قدیم که معاملات با سند رسمی صورت نمی‌گرفت برای استوار کردن عقود به طرق گوناگون متوسل می‌شدند:

از زنی خواستگاری می‌شد و رضا داشت، لکن مزرعه‌ای داشت که قصد فروش آن را کرده بود تا با پول آن برای مادرش خانه‌ای تهیه کند و آن پیرزن را سرپناهی بسازد؛ عقد نکاح (که در عرف عادت، از قدیم، بنایش بر تشهیر بود و گروهی، علم به آن در مراسم عروسی پیدا می‌کردند) جای مناسبی برای بیع آن خانه بود؛ پس زن به خواستگارش پیشنهاد می‌کرد که مزرعه را از من به جز، طی جلسه عقد نکاح و پولش را نقداً بده که لازم دارم؛ شوهر قبول می‌کرد؛ پس در عقد نکاح بیع مزرعه واقع شد و مبلغی برای مجموع صدق و ثمن مزرعه معین می‌کردند این تصویری بود از ترکیب ارادی عقد نکاح و عقد بیع-قدما این مثال را چنان مجرد ذکر کرده‌اند که آدمی به خنده می‌افتد و اعتنا به آن نمی‌کند».^۳

ب) ایجاب واحد است ولی قبول متعدد است: مانند اینکه مالک در عقد مضاربه با دو نفر مضارب عقد مضاربه منعقد کند که در این صورت ایجاب مالک رأس‌المال یکی است ولی قبول از جانب دو نفر است و واقعا دو قبول است.^۴

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۴۳۰.

۲. همان، ص ۱۴۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۴، چاپ ۳، گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۴۷.

۴. همان، ص ۴۹.

ج) هم ایجاب واحد است و هم قبول. ولی اثر دو عقد مختلف المضمون را دارد مانند اینکه در عقد واحد بیع یک کیلو طلا به علاوه یک عدد ماشین شاسی بلند جک به عنوان مبیع در مقابل ۲ کیلو طلا فروخته شود. در این صورت نسبت به ماشین در مقابل یک کیلو از دو کیلو طلا که به عنوان ثمن بود بیع معمولی است اما نسبت به یک کیلو طلا که جزئی از مبیع بود بیع صرف است و گرچه که ثمن واحد است اما باید نسبت به یک کیلو طلا که جزئی از مبیع است قبض در مجلس عقد صورت بگیرد یعنی بعد از وقوع عقد بیع و قبل از جدایی عرفی طرفین از همدیگر، باید هم یک کیلو طلا که جزئی از مبیع بود و هم یک کیلو از دو کیلو طلا که ثمن بود قبض و اقباض شوند. در جامع المقاصد گفته شده است که این عقد واحد در قوه دو عقد است اما باید به صراحت می‌گفت که عقد مرکب است؛ زیرا عبارت «در قوه» مجمل است و صراحت لازم را ندارد.^۱ لنگرودی در بیان مثالی دیگر برای این قسم از عقد مرکب می‌گوید: «من فرعی را یافتیم (در فقه مالکی) که: اولاً؛ عقد واحد است و ایجاب واحد است و قبول هم واحد است. ثانیاً؛ در آن عقد دو مضمون مختلف دیده می‌شود که اقتضای دو عقد را دارد. ثالثاً؛ ترکیب، غیرارادی است. صورت این مسئله را چنین مطرح کرده‌اند: طلبی داری از حسن، بدهی داری به علی، حواله می‌دهی به علی که طلب خود را از حسن بگیرد؛ ولی وقتی که علی به محال علیه (حسن) مراجعه می‌کند می‌بیند که محل حواله (نزد حسن) کمتر است از مقدار مال الحواله! پس مالکیه گفته‌اند که این دو عقد است: الف) حواله است نسبت به مقدار محل حواله نزد حسن ب) عقد ضمان است نسبت به زائد بر مقدار محل؛ به هر حال این ترکیب که مالکیه گفته‌اند غیرارادی است و جای بحث دارد».^۲

۱-۵-۸) عقد مرکب غیرارادی به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) گروهی که در آن‌ها امکان انعقاد دو عقد مستقل است: مانند دو مثال قبلی (حواله زائد بر محل و فروش یک کیلو طلا و ماشین شاسی بلند در مقابل دو کیلو طلا) زیرا متعاملین در این دو مثال نسبت به ترکیب خالی از رهن هستند پس قصد ترکیب ندارد لذا ترکیب غیرارادی است.^۳

ب) که در آن‌ها امکان عرفی برای انعقاد عقود متعددی که مکمل هم باشد و جایگزین عقد مرکب واحد شود وجود ندارد؛ مانند: قرارداد مهمان سرا زیرا قرارداد مهمان سرا مرکب از عقود اجاره اعیان، بیع، اجاره اشخاص و ودیعه است. در این قرارداد، ترکیب، وجود خارجی دارد ولی طرفین قصد ترکیب نداشته‌اند پس

۱. همان، ص ۴۹.

۲. همان، صص ۴۹-۵۰.

۳. همان، صص ۵۰-۵۱.

ترکیب غیرارادی است^۱ استاد جعفری لنگرودی می‌گوید: «در قرارداد مهمان سرا عملاً و عرفاً امکان انعقاد چند عقد مستقل بین مسافر مذکور و صاحب مهمان سرا وجود ندارد حال سؤال این است که با فقدان چنان امکانی آیا الزاماً باید با قرارداد مهمان سرا مانند عقد واحد عمل کنیم یا نه؟ نباید بحث را موضوعی کرد باید بحث را حکمی کرد»^۲. مثال دیگر: قرارداد صحافی است که مرکب از اجاره اعمال و بیع و ودیعه. لنگرودی معتقد است گرچه که می‌توان به جای عقد صحافی، سه عقد مستقل با صحاف منعقد کرد ولی عرفاً چنین نمی‌کنند پس ترکیب این عقد نباید مورد انکار قرار گیرد.^۳

۱-۵-۹) پس عقد مرکب، از ترکیب چند عقد با ماهیت‌های متفاوت به صورت ماهیت حقوقی واحد به وجود می‌آید به نحوی که هریک از عقود در نتیجه ترکیب، استقلال و عنوان اولیه خویش را از دست می‌دهد. به بیان دیگر، عقد مرکب نیز مانند عقد بسیط، فقط یک انشاء دارد ولی همین یک انشاء چندین منشأ دارد یعنی واجد خاصیت و آثار چند عقد است.

۲) آثار عقد مرکب:

۱-۲) حال که تقسیم‌بندی عقد مرکب بیان شد نوبت رسیده است به بحث حکمی در مورد انواع عقد مرکب؛ زمانی که عقدی از این نوع نزد قاضی مطرح می‌شود؛ او با پرسش‌های مختلف و متعدد روبه‌رو می‌شود، از جمله: آیا اگر جزئی از عقد به دلیلی باطل یا متعذر شد، این بطلان یا تعذر چه تاثیری بر اصل عقد می‌گذارد؟ آیا هریک از اجزای این عقد، تابع ماهیت حقوقی همان بخش مثلاً بیع و اجاره و احکام خاص آن عقد است؟ اگر طرف قرارداد از اجرای بخشی از تعهداتش امتناع کند، متعهدله چه ضمانت اجرایی در اختیار دارد؟

۲-۲) برخی از حقوق‌دانان معتقدند که در حقوق ایران، عقد مرکب را می‌توان، قرارداد و شروط ضمن آن دانست؛ لذا در بین تعهدات ناشی از عقد هر کدام که عرفاً مهم‌تر باشد، همان تعهد، موضوع اصلی عقد است و سایر موضوعات شرط مندرج ضمن عقد است مثلاً در قرارداد مهمان سرا، هدف اصلی اجاره اتاق است و ارائه خدمات و غذا و... مضمون شرط ضمن است.^۴ به این نظر اشکالاتی وارد است از جمله اینکه تفاوتی بین عقود مرکب ارادی و غیر ارادی قائل نشده‌اند و بدون در نظر گرفتن موضوع، یک حکم کلی صادر کرده‌اند.

۱. همان، ص ۵۰.

۲. همان، ص ۵۱.

۳. همان، ص ۵۱.

۴. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۱۳.

۳-۲) پس در خصوص عقود مرکب ارادی، قول مشهور در فقه و حقوق ایران این است که، هر عقدی حکم مختص خود را دارد به عبارت دیگر عقد مرکب ارادی از نظر حکمی منحل به چند عقد می‌شود.^۱

۴-۲) چالش اصلی در مورد آثار عقد مرکب غیرارادی نمایان می‌شود: در این خصوص با سؤالات زیر مواجه هستیم:

الف) در قرارداد مهمان سرا آیا الزاما باید مانند عقد واحد عمل کنیم یا نه؟

ب) در قرارداد صحافی آیا باید آثار اجاره و بیع و ودیعه را اجرا کرد یا باید حکم عقد واحد را اجرا کرد؟

استاد جعفری لنگرودی می‌گوید: «به نظر من حکم عقد واحد را باید اجرا کرد نظر به مجموع دو دلیل ذیل:

الف) عدم امکان عرفی تجزیه آن عقد مرکب ب) احترام به قصد عاقد

اما آن عقد واحد که باید آثار آن را رعایت کرد کدام است؟ باید دید هدف اصلی عاقدین در عقد مرکب موضوع بحث چیست؟ در قرارداد مهمان سرا، هدف، استیجار اتاق است؛ باقی ضامائم عرفی است. در قرارداد صحاف، هدف عقد، اجاره مشترک است، باقی ضامائم عرفی یا مقدمات ضروری است».^۲

به بیان دیگر برخی اوقات یک عقد در بردارنده چند تعهد است اما فقط یکی از آن تعهدات جنبه اصلی و بقیه جنبه فرعی دارند که در این حالت، تعیین ماهیت و آثار عقد، تابع تعهد اصلی است به طور مثال در قرارداد مهمان سرا، تعهد اصلی، تسلیم اتاق و لوازم موجود در آن است و این تعهد است که حالت محوری دارد و تعهدات دیگر که مستلزم تملیک و اباحه عین هستند باعث نمی‌شود که قرارداد اجاره به عقدی دیگر تبدیل شود.^۳ در این گونه موارد، باطل یا متعذر شدن تعهد اصلی یا امتناع متعهد از انجام تعهد بر سایر تعهدات ناشی از عقد نیز اثر می‌گذارد و حسب مورد، عقد منفسخ یا غیر نافذ می‌شود اما در صورتی که تعهدهای فرعی باطل یا متعذر شوند، به عقد اصلی لطمه‌ای وارد نشده و اصل عقد همچنان صحیح خواهد بود و نهایتا برای متعهدله خیار تخلف شرط به وجود می‌آید.^۴

۵-۲) برخی از عقود مرکب به گونه‌ای هستند که تمامی تعهدات ناشی از آن در عرض یکدیگرند به نحوی که هدف اصلی عاقدین دویاچند تعهد ناشی از عقد است؛ پس نمی‌توان عقد را تابع یکی از عقود معین قرار داد. به طور مثال رابطه قراردادی که بر اثر عقد اشتراک یا آبونمان و خرید بلیط هواپیما به وجود می‌آید از این قبیل است. هنگامی که مسافر از یک شرکت هواپیمایی بلیط می‌خرد، قراردادی مابین

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ ۱۰، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۹۸.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۵۲.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، پیشین، ص ۲۲۶.

۴. همان، ص ۲۲۷.

مسافر و شرکت به وجود می‌آید که طبق آن قرارداد، شرکت متعهد می‌شود، مسافر را توسط هواپیما از یک مبدا معین به مقصد مشخصی منتقل کند. با تحلیل این رابطه قراردادی متوجه می‌شویم که چند اجاره و تملیک صورت گرفته است؛ با این تفصیل که مسافر با خرید بلیط، در واقع صندلی هواپیما، خدمه پرواز، قسمتی از فرودگاه مبدا و مقصد را به خدمت می‌گیرد و در حین پرواز نیز غذا و نوشیدنی در اختیارش قرار داده می‌شود. از نظر عرفی همه این تعهدات طوری باهم ترکیب شده‌اند که نمی‌توان نام بیع و اجاره یا نام عقد معین دیگری بر این عقد گذاشت.^۱ در چنین مواردی، باطل یا متعذر شدن هریک از تعهدات ناشی از عقد، تاثیر مستقیم در اجرای موضوع عقد دارد و برکل قرارداد تاثیر می‌گذارد، در این گونه موارد دلیل وجوب وفای به تعهدات، قابلیت تبعیض ندارند. زیرا عقد از نظر عرفی یک ماهیت تجزیه ناپذیر است که یا نسبت به تمامی تعهدات ناشی از عقد صحیح است یا نسبت به همه باطل.^۲ در این گونه موارد است که تفاوت و افتراق عقد مرکب از عقود که در آن‌ها مورد معامله متعدد است و به چند عقد انحلال حکمی می‌یابد آشکار می‌شود.^۳ لذا در این دسته از عقود مرکب، احکام اختصاصی هیچ یک از عقود معین را اجرا نمی‌کنیم. بلکه فقط قصد مشترک طرفین و خواست آن‌ها را اعمال و در موارد سکوت طرفین، قواعد عمومی قراردادها را اجرا می‌کنیم.

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۹۸.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، پیشین، ص ۲۲۷.

۳. همان، ص ۲۲۷.

از قدیم الایام، عقودی بوده‌اند که در نگاه نخست، یک عقد بیشتر نیست ولی وقتی آن عقد را مورد مذاقه حقوقی قرار می‌دهیم و با دیده تحلیل به آن می‌نگریم؛ عقدی را می‌بینیم با تعهدات مختلف المضمون که به موجب یک انشاء گردهم آمده‌اند. مانند: قرارداد مهمانخانه، قرارداد صحافی، قرارداد آبونمان و قرارداد شبانی... زمانی که عقدی از این نوع مورد اختلاف واقع شده و نزد قاضی مطرح می‌شود؛ او با سوالات متعددی مواجه می‌شود از جمله: آیا اگر جزئی از عقد به دلیلی باطل یا متعذر شد، این بطلان یا تعذر چه تاثیری بر اصل عقد می‌گذارد؟ آیا هریک از اجزای این عقد، تابع ماهیت حقوقی همان بخش، مثلاً بیع و اجاره و احکام خاص آن عقد است؟ اگر طرف قرارداد از اجرای بخشی از تعهداتش امتناع کند، متعهدله چه ضمانت اجرایی در اختیار دارد؟ برای پاسخ به این سؤالات لاجرم باید ماهیت عقد مرکب یا مختلط را روشن کرد. عقد مرکب در حقوق ایران مصادیق زیادی دارد. با بررسی تعدادی از مصادیق عقد مرکب به این نتیجه رسیدیم که ترکیب در عقود به دو صورت قابل تحقق است: الف) ترکیب ارادی: در این خصوص، قول مشهور در فقه و حقوق ایران این است که، هر عقدی حکم مختص خود را دارد به عبارت دیگر عقد مرکب ارادی از نظر حکمی منحل به چند عقد می‌شود و احکام هر عقد بر آن بار می‌شود. ب) ترکیب غیر ارادی: در این خصوص به دلیل احترام به قصد متعاقدين و عدم امکان عرفی تجزیه عقد مرکب، نمی‌توان تعهدات ناشی از عقد را تجزیه کرد پس حکم عقد واحد را باید اجرا کنیم. اما آن عقد واحد که باید آثار آن را رعایت کرد کدام است؟ بایستی قائل به تفکیک شد؛ در صورتی که هدف اصلی متعاقدين یک بخش از عقد باشد، حکم آن عقد را اجرا می‌کنیم مثلاً در قرارداد مهمان سرا، هدف استیجار اتاق است؛ باقی، ضمايم عرفی است. به بیان دیگر برخی اوقات یک عقد در بردارنده چند تعهد است اما فقط یکی از آن تعهدات جنبه اصلی و بقیه جنبه فرعی دارند که در این حالت، تعیین ماهیت و آثار عقد، تابع تعهد اصلی است. اما برخی از عقود مرکب به گونه‌ای هستند که تمامی تعهدات ناشی از آن در عرض یکدیگرند به نحوی که هدف اصلی عاقدین دویاچند تعهد ناشی از عقد است؛ پس نمی‌توان عقد را تابع یکی از عقود معین قرار داد. به طور مثال رابطه قراردادی که بر اثر عقد اشتراک یا آبونمان و خرید بلیط هواپیما به وجود می‌آید از این قبیل است در این دسته از عقود مرکب احکام اختصاصی هیچ یک از عقود معین را اجرا نمی‌کنیم. بلکه فقط خواست مشترک طرفین را اعمال و در موارد سکوت طرفین، قواعد عمومی قراردادها را اجرا می‌کنیم.

منابع و مأخذ:

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ دوازدهم، کتابفروشی اسلامیة.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مضاربه، چاپ اول، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۱)، دانشنامه حقوقی، جلد پنجم، چاپ ششم، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ دوم، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، فلسفه اعلی، چاپ دوم، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، الفارق، جلد اول، چاپ اول، گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، الفارق، جلد چهارم، چاپ سوم، گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ پنجم، گنج دانش.
۱۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ یازدهم، مجد.
۱۲. عاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، (۱۴۱۳ هـ-ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهارم، چاپ اول، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، اعمال حقوقی، چاپ پانزدهم، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. مازو، (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، جلد ۳، بخش ۲، ص ۳۶/۶۱۹ به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، چاپ دوم، فرهنگ عناصرشناسی.
۱۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن، عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۹۱)، جلد اول، چاپ چهارم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، سمت.

بازخوانی ماهیت استصحاب با نگاهی بر نظریات استاد جعفری لنگرودی

سید محمد مدری^۱

چکیده:

استصحاب یکی از مستندات پرکاربرد در استنباط احکام فقهی و استدلالات حقوقی است. استصحاب اجمالاً به «حکم به بقای چیزی که در گذشته بوده است» تعریف شده است. شرایط، ارکان، اقسام استصحاب با تلاش و موشکافی فراوان دانشمندان اسلامی، مورد بررسی قرار گرفته است. این پژوهش‌ها سبب شده است که کاربرد استصحاب به گونه شگفت و حتی اغراق آمیزی در حوزه فقه و اصول و حقوق گسترش یابد. اما «چیستی و ماهیت» استصحاب به عنوان پرسش مهم و اساسی، همچنان به قوت خود باقی مانده است. در این پژوهش، ضمن بررسی معنای لغوی و اصطلاحی استصحاب و سعی در تطبیق معنی اصطلاحی و لغوی، به تطورات اصول عملیه - به طور عموم - و استصحاب است. هر چند واژه استصحاب در نصوص روایی ذکر نشده، اما محتوا و مضمون آن در روایات آمده است. شاید اولین استدلال مفهومی به استصحاب از آن هشام بن الحکم - که پیش از امام شافعی می‌زیسته است - باشد. در بررسی تاریخ علم اصول، به عباراتی همچون «استصحاب الحال»، «استصحاب حال العقل» در متون فقهی پیشینیان برمی‌خوریم که با «استصحاب» کنونی در علم اصول فقه، تفاوت آشکاری دارد. برای اماره و اصل عملی بودن استصحاب، نخست فرق اجمالی اماره و اصل عملی تبیین و اقوال مشهور ذکر می‌شود. برخی از اصولیان متاخر - همچون میرزای نائینی - نظریه‌ای به نام «اصل تنزیلی و احراز» مطرح کرده‌اند تا برون‌رفتی جدید از پاسخ دوگانه «اماره بودن» و «اصل عملی» بودن استصحاب باشد. صرف‌نظر از این راه حل، تحلیل دقیق تبیین راه حل مسئله، محتاج بررسی شاخص‌ها و ملاک‌های حل مسئله است. به عنوان مثال، ملاک حجیت استصحاب و یا تحلیل ارکان آن، تاثیر آشکاری در حل مسئله «اماره بودن» و «اصل عملی» بودن استصحاب دارد. در پایان این پژوهش، ضمن کاوش در مبانی استصحاب در آرای استاد جعفری لنگرودی، سه خاستگاه عقلی، شرعی و تلفیقی استصحاب به عنوان جمع‌بندی، بیان شده است.

کلیدواژه: استصحاب، اصل عملی، اماره، کاشفیت، شک

۱- معنای لغوی و اصطلاحی استصحاب

استصحاب در لغت به معنی همراه داشتن، فراخوانی به مصاحبت و ملازمت است.^۱ گفته می‌شود: «استصحاب زید فی سفره الکتاب» یعنی زید در سفرش، کتاب همراه خود گردانید.^۲ درآمیزش زبان فارسی و عربی کاربرد این واژه در ادبیات فارسی نیز طبیعی می‌نماید، چندان که موارد دیگری از کاربرد این واژه، در متون غیر فقهی نیز دیده می‌شود. در متون کهن ادبی فارسی واژه استصحاب، هم‌نشین «استلزام» قرار گرفته است.^۳ بیشتر به معنی همراهی، استعمال شده است.^۴ آنچه مهم است، بررسی ارتباط تعریف اصطلاحی استصحاب با معنی لغوی آن است که در دو نگاه، بررسی می‌شود:

الف) یکی از معانی لغوی استصحاب «هو أخذ الشيء أو الشخص مصاحباً» است. یعنی چیزی یا کسی را همراه گرفتن و با خود به همراه داشتن. در زبان عرب وقتی گفته می‌شود: «استصحبْتُ مع فلان» یعنی او را با خود همراه و همسفر گرفتم، یا «استصحبْتُ هذا الشيء» یعنی او را با خود یدک کشیدم. تعبیر «استصحاب ما لا يؤكل لحمه فی الصلوة»، یا «استصحاب جلد المیتة» و امثال آن - که در متون فقهی ذکر شده است - ناظر به همین معنی لغوی است.

ب) معنی دیگر استصحاب - در معنای اصلی باب استفعال - با نوعی طلب همراه است. بنابراین استصحاب «هو طلب صحبة الشيء» یعنی طلب همراهی و مصاحبت با چیزی خواهد بود.^۵ با این بیان، تا حدودی معنی اصطلاحی استصحاب بطور اجمالی روشن می‌شود.

اصولیان برای استصحاب تعاریف گوناگونی بیان کرده‌اند. مرتضی انصاری دزفولی معروف به شیخ انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ق) - از فقیهان متأخر امامیه - به گفته خود، محکم‌ترین و در عین حال مختصرترین

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۳۲۳.

۲. قلی‌زاده، احمد، واژه‌شناسی اصطلاحات اصول فقه، تهران، بنیاد پژوهش‌های علمی فرهنگی نورالاصفیا، ۱۳۷۹، ص ۲۵.

۳. نخجوانی، محمد بن هندوشاه، دستورالکاتب فی تعیین‌المراتب، علی‌زاده، عبدالکریم علی اوغلی، بی‌جا، ۱۹۷۶، ج ۲، ص ۴۹.

۴. روزبهان، فضل الله، تاریخ عالم آرای امینی، شرح حکمرانی سلاطین آق قویونلو و ظهور صفویان، عشیق، محمداکبر، تهران، مرکز پژوهشی میراث مکتوب، ۱۳۸۲، ص ۲۴۰ و ۱۱۹.

۵. حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط، لجنة اداره الحوزه العلمیه، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۲۶۷؛ ابن منظور، محمد بن مکرّم، (بی‌تا)، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ص ۵۲۱.

تعریف استصحاب را «إبقاء ما كان» می‌داند.^۱ استصحاب عبارت است از حکم شارع مقدس به بقای حکمی از احکام شرعیه یا موضوعی از موضوعات خارجی که دارای حکم شرعی باشند و این حکم یا موضوع مشکوک‌البقاء باشد، یعنی شک در بقای آنها داشته باشیم و در حال شک مکلف، شارع مقدس چنین حکمی کند.

مثال‌های فراوانی در فقه و حقوق برای استصحاب ذکر شده است: کسی که در زمان گذشته وضو گرفته و اکنون در بقای آن وضو شک دارد، طبق استصحاب می‌تواند نماز بخواند.

مبنای ماده ۸۷۲ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی بر استصحاب است، هر چند به کلمه «استصحاب» تصریح نشده است. در تبصره سه ماده ۱۵۵ آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۷۸) به واژه استصحاب تصریح شده است.

۲- نگاهی به تطورات اصول عملیه

پیش از پرداختن به تاریخ استصحاب، بیان این نکته ضروری است که امامیه با حضور ائمه اطهار-علیهم‌السلام- چندان اهمیتی به تدوین قواعد فقهی و مباحث اصولی نداشتند و ضرورتی در استنباط احکام نمی‌دیدند، بنابراین تا دوران غیبت صغری (۳۲۹ هـ)، اگر ضوابطی در نصوص دینی و متون فقهی امامیه دیده می‌شود، نمی‌توان آن را آغاز تاریخ «علم اصول» تلقی کرد. حداقل به نظر می‌رسد تلاش جدی در حوزه تدوین آیین استدلالات فقهی، پس از غیبت کبری شروع شده است. شاید همین ویژگی سبب شده است که اغلب قواعد فقهی و مباحث اصول فقه پیش از امامیه، در میان اهل سنت شکل گرفته است و برخی همین راه، طعن پیشی گرفتن اهل سنت بر شیعه و یا خرده‌گیری اقتباس علم اصول از اهل سنت قلمداد کنند.

روشی که در فقه امامیه برای استنباط احکام مورد استفاده است، بر دو پایه - یا به تعبیر دقیق‌تر در دو مرحله - انجام می‌شود. گام نخست استنباط، جست و جو در میان ادله قطعی شرعی است. مرحله بعد، پس از ناامیدی از دست‌یابی به دلیل قطعی است. در این مرحله راه حل چیست؟ تفاوت امامیه با اهل سنت از همین جا آغاز می‌شود که اهل سنت به هر دلیل ظنی تمسک کردند، لذا طبیعی بود که با «اعتبارات، مناسبات و استحسانات عقلی»، دست به استنباط حکم شرعی بزنند. در مقابل این روش، امامیه فقط به ظنونی که پشتوانه شرعی دارند، پناه بردند. این دو مرحله، وجه غالب استدلال‌های فقهی پیشین امامیه بود. بی‌تردید مفهوم اصل عملی و تفکیک آن با ظنون معتبر، چندان برای پیشینیان منقح

۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، مجمع الفکر الإسلامی، قم، (۱۴۲۸ هـ ق)، ص ۵۴۲.

نشده بود. همین امر سبب شده است که گمان شود دانشمندان علم اصول در سده‌های هفتم تا دهم، اصول عملیه را جزء ادله عقلی می‌دانستند.

۴- نقطه آغازین استصحاب:

واژه استصحاب در متون دینی - کتاب و سنت - ذکر نشده است. به گفته استاد جعفری لنگرودی: این واژه در متون قوانین شرعی نیست.^۱ اما مفاد و معنای آن را روایاتی همچون روایت نبوی «فلیطرح الشک و لیبن علی ما استیقن»^۲ و روایت از امام صادق - علیه السلام - «و لا تنقض الیقین أبداً بالشک»^۳ می‌توان یافت (مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۹).

شاید دورترین استدلال به استصحاب در میان علمای امامیه از آن هشام بن الحکم (حدود ۱۳۳- درگذشت ۱۷۹ق) متکلم شیعی قرن دوم قمری و از اصحاب امام صادق - علیه السلام - و امام کاظم - علیه السلام - باشد. طبق نقل مرحوم عبدالله مامقانی (۱۲۹۰-۱۳۵۱) در یکی از مناظره‌های معروف هشام بن الحکم با یحیی بن خالد برمکی - وزیر هارون الرشید - وی از مفهوم استصحاب استفاده کرده است.^۴ از اینجا باید به این نظر مشهور که پیروان محمد بن ادریس شافعی (۱۵۰-۲۰۴ق) نخستین کسانی بودند که استصحاب را شناختند و دیگر فرق اسلامی از آنها اقتباس کرده، به تکمیل و توسعه آن پرداختند.^۵ تردید کرد، هر چند مستند این نظریه، عبارتی از شیخ طوسی در کتاب عدة الاصول است.

۴- استصحاب در میان پیشینیان و سیر تکوین آن:

در متون اصولیان و فقهای پیشین، به عناوینی همچون «استصحاب الحال»، «استصحاب حال العقل» و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف علوم عقلی، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۶۲.

۲. بیهقی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۳۳۱؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص: ۳۹۹.

۳. حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص: ۲۴۵.

۴. ماجرا از این قرار است که یحیی بن خالد برای هشام پیغام داد من دلیلی بر فساد مذهب شیعه اقامه کرده‌ام و آن این است که شیعه گمان می‌کند قیام و قوام دین بسته به وجود امام زنده است با اینکه امروز که موسی به جعفر در زندان است شیعیان خبری از مرگ و زندگی امامشان ندارند. هشام با اتکا به قاعده استصحاب در پاسخش گفت: تا زمانی که مرگ امام برای ما ثابت نشده است ما امام را زنده می‌دانیم و آثار حیاتش را مترتب می‌سازیم، چه نزد ما حاضر باشد چه از نظر ما پنهان؛ و برای این مسئله بیان کرد و گفت هرگاه مردی با عیال خود نزدیکی و سپس مسافرت به مکه کند یا از ما پنهان شود بر ما لازم است که او را زنده بدانیم - یعنی متلزم به آثار حیاتش باشیم - تا هنگامی که مرگش به قطع یا به یکی از طرق شرعی ثابت شود. یحیی بن خالد این پاسخ را به عرض هارون رساند و از فردای آن روز مأموران را برای گرفتن او فرستاد. مأموران به منزل هشام آمدند و او را نیافتند و این خبر به هشام رسید و متواری شد و دو ماه بیشتر نگذشت که هشام از دنیا رفت خوئی، أبوالقاسم الموسوی، بی‌تا، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، ج ۲۰، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، قم، ص ۳۰۶.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف دانشنامه حقوقی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۹۸.

همانند این دو، برمی‌خوریم. آیا منظور، همان «استصحاب» متعارف کنونی است که به مرور زمان مضافاً‌لیه آن حذف شده است؟ آیا اینها اقسامی از استصحاب هستند؟ و یا اینکه اساساً هیچ ارتباطی میان این تعابیر با اصطلاح استصحاب نیست و پیشینیان اشاره به مطلب دیگری غیر از استصحاب اصطلاحی دارند؟ قدری باید تامل کرد.

در منابع اهل سنت استصحاب چند گونه بیان شده است:

ابواسحاق، ابراهیم بن علی فیروزآبادی شیرازی (۳۹۴ - ۴۷۶ ق) - که از پیروان مکتب فقهی شافعی به شمار می‌رود - استصحاب را به استصحاب «حال‌العقل» و «حال‌الاجماع» تقسیم کرده است. استصحاب حال‌العقل همان رجوع به براءت ذمه است و این زمانی است که مجتهد دسترسی به ادله شرعی ندارد.^۱ ابو حامد محمد بن محمد غزالی ملقب به حجة‌الاسلام زین الدین الطوسی و امام محمد غزالی (۴۵۰ - ۵۰۵ هـ ق) که بر مذهب شافعی بود، در کتاب المستصفی ساختار ویژه‌ای برای اصول فقه برگزیده است که در تبیین جایگاه استصحاب نقشی کلیدی دارد. وی ادله احکام را در چهار اصل معرفی می‌کند: اصل نخست از اصول ادله، کتاب الله است؛ سپس سنت پیامبر اسلام؛ اصل سوم اجماع با ابواب و فروعات مختلف؛ و اصل چهارم دلیل عقل و استصحاب. سپس در توضیح دلیل عقل و استصحاب می‌گوید که احکام سمعی قابل ادراک عقلی نیستند، اما با این حال عقل حکم می‌کند بر براءت ذمه از واجبات و این حکم عقل قابل استصحاب است.^۲

سپس استصحاب را در چهار معنی توضیح می‌دهد:

۱. استصحاب براءت اصلیه،
۲. استصحاب عموم دلیل تا وارد شدن مخصص و استصحاب نص تا وارد شدن ناسخ،
۳. استصحاب حکمی که شرع بر ثبوت و دوام آن حکم کند،
۴. استصحاب [حکم] اجماع.

۱. وأما استصحاب الحال فضربان: استصحاب حال العقل واستصحاب حال الإجماع. فأما استصحاب حال العقل فهو الرجوع إلى براءة الذمة في الأصل وذلك طريق يفزع إليه المجتهد عند عدم أدلة الشرع ولا ينتقل عنها إلا بدليل شرعي ينقله عنه فإن وجد دليلاً من أدلة الشرع انتقل عنه سواء كان ذلك الدليل نطقاً أو مفهوماً أو نصاً أو ظاهراً لأن هذه الحال إنما استصحابها لعدم دليل شرعي فأى دليل ظهر من جهة الشرع حرم عليه استصحاب الحال بعده. (فیروزآبادی شیرازی، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللمع في أصول الفقه، ج ۱، دار الكتب العلمية، بيروت، ۱۴۲۴ هـ ق، ج ۱، ۱۲۲).

۲. اعلم أن الأحكام السمعية لا تدرك بالعقل، لكن دل العقل على براءة الذمة عن الواجبات وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثه الرسل -عليهم السلام- وتأبيدهم بالمعجزات. وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع، ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع (غزالی طوسی، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفی، محمد عبدالسلام عبد الشافی، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۳ هـ ق، ۱۵۹).

در میان امامیه، شیخ نجم‌الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی حلی، معروف به محقق حلی و صاحب شرایع، (۶۰۲-۶۵۶ ق) ضمن ذکر تقسیم سه‌گانه استصحاب، تعریف مختصری برای آنها بیان می‌کند. وی استصحاب حال عقل را همان تمسک به برائت اصلی می‌داند و مثال او واجب نبودن نماز وتر است. دومین قسم، فقدان دلیل است و آخرین قسم استصحاب حال الشرع است که همانند کسی که بخاطر فقدان آب، تیمم کرده در اثنای نماز با آب مواجه می‌شود که در این صورت با استصحاب حال الشرع، نمازش را با همان تیمم ادامه می‌دهد.^۱

بنابراین استصحاب حال عقل یا استصحاب حکم عقل، حکم به استمرار برائت ذمه ثابت قبل از شریعت است. پیشینیان از دلیل عقلی، مفهوم خاصی اراده می‌کردند و به همین سبب «إصالة البراءة» در ذیل عنوان عقل، مطرح شده است. در این باور پیش از آنکه شریعتی از طرف خداوند فرود آید، ذمه هیچکس مشغول به احکام الهی نبود، اکنون شک می‌کنیم که با آمدن شریعت آیا ذمه ما به فلان امر مشغول شده یا نه؟ استصحاب، برائت ذمه قبل از شرع را جاری کرده و حکم به برائت می‌کنیم. بنابراین، از برائت، استصحاب برائت ذمه را قصد کرده است و آن را «استصحاب حال عقل» نامیده‌اند. از عبارت علامه حلی^۲ چنین استفاده می‌شود.

شهید اول مستند استصحاب حال عقل را روایت: «کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال، حتی تعرف الحرام بعینه فتدع» می‌داند.^۳

ملا عبدالله بن محمد تونی بشروی معروف به فاضل تونی (درگذشته ۱۰۷۱ ق) بیان دقیقی دارد که عیناً نقل می‌شود:

استصحاب حال العقل، أی: الحال السابقة، وهی عدم شغل الذمة عند عدم دلیل أو أماره علیه، والتمسک به أن يقال: إن الذمة لم تكن مشغولة بهذا الحكم فی الزمن السابق، أو الحالة الأولى، فلا تكون مشغولة فی الزمن اللاحق أو الحالة الاخری، وهذا إنما یصح إذا لم یتجدد ما یوجب شغل الذمة فی الزمن الثانی...

۱. فأقسامه ثلاثة: {الاول}: استصحاب حال العقل و هو التمسک بالبراءة الاصلیة كما تقول: لیس الوتر واجبا لأن الأصل برأیه العهدة، ... الثانی أن يقال: عدم الدلیل علی کذا فیجب انتفاؤه و هذا یصح فیما یعلم انه لو کان هناك دلیل لظفر به، اما لا مع ذلك فإنه یجب التوقف و لا یكون ذلك الاستدلال حجة و منه القول بالإباحة لعدم دلیل الوجوب و الخطر. الثالث: استصحاب حال الشرع کالتمیم یجد الماء فی أثناء الصلاة، فیقول المستدل علی الاستمرار صلاة مشروعة قبل وجود الماء فیکون كذلك بعده (حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی، المعبر فی شرح المختصر، زیر نظر ناصر مکارم شیرازی، مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام)، قم، ج ۱، ۱۴۰۷ هـ ق، ص ۳۳).

۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی، پیشین، ص ۳۲.

۳. املی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۹ هـ ق)، ج ۱، ذکری الشیعة فی احکام الشریعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ص ۵۳.

«القسم الثانی استصحاب حال العقل ای الحالة السابقة و هی عدم شغل الذمه عند عدم دلیل أو اماره علیه»^۱.

در کتاب‌هایی مثل معالم نیز همین اصطلاح به کار رفته است، دو مثالی که پیشینیان ذکر کرده‌اند، تقریباً در کتاب‌های بعدی عیناً تکرار شده است.

دو نکته مهم در مورد استصحاب حال العقل مطرح است: نخست نسبت استصحاب حال عقل با قاعده قبح عقاب بلا بیان و دیگری ارتباط استصحاب حال عقل با استصحاب عدم ازلی و قاعده اصالت عدم است. آیا استصحاب حال عقل نزد پیشینیان همان استصحاب عدم ازلی است؟

اما قسم دیگر استصحاب، استصحاب حال شرع است. مثالی که محقق حلی ذکر می‌کند مربوط به کسی که به خاطر نداشتن آب، مجبور به تیمم شده و مشغول ادای نماز می‌شود، اما در این حال، متمکن از آب می‌شود. این شخص می‌تواند علی‌رغم امکان طهارت مائیه، با همان تیمم نمازش را ادامه بدهد.^۲ این استصحاب در میان اهل سنت موافقان و مخالفانی دارد.^۳

عبارت فاضل تونی چنین است:

القسم السادس: استصحاب حال الشرع و هو التمسک بثبوت ما ثبت فی وقت، أو حال علی بقائه فیما بعد ذلك الوقت و فی غیر تلك الحال، فيقال: إن الأمر الفلانی قد کان و لم يعلم عدمه و کلّ ما هو كذلك فهو باق و قد اختلف فيه العامّة بينهم، فنفته جماعه و أثبتته أخرى و اختاره منّا العلّامه رحمه الله و نسب اختياره إلى الشيخ المفید أيضا و سیجیء و أنکره المرتضی و الأكثر.^۴

بخش دوم: استصحاب اصل عملی است یا اماره شرعی؟

در مورد ماهیت و چیستی استصحاب و اینکه استصحاب اصل عملی است و یا اماره شرعی، اختلافی ژرف است. در بخش نخست و با بررسی ادوار مختلف، روشن شد که استناد اصل عملی بودن استصحاب به پیشینیان، با ابهاماتی روبرو است.

این اختلاف، در کتاب فرائد الاصول - معروف به رسائل شیخ انصاری - به صورت مستقل مطرح نشده است. همچنان که ملا محمد کاظم خراسانی هروی - معروف به آخوند خراسانی - (۱۲۵۵ - ۱۳۲۹ ق)

۱. تونی، عبدالله بن محمد، الوافیة فی أصول الفقه، ۱۴۱۵ هـ ق، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ص ۱۷۸.

۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی، پیشین، ص ۳۳.

۳. غزالی طوسی، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفی، محمد عبد السلام عبد الشافی، پیشین، ص ۱۶۰.

۴. تونی، عبدالله بن محمد، پیشین، ص ۲۰۰.

نیز در کتاب کفایه الاصول به آن پرداخته است. در دوران معاصر اکثر اصولیان، بین اماره و اصل عملی در تردید و تردد هستند. مثلاً خمینی - (۱۳۸۱ - ۱۳۶۸) در دوره اول اصولشان قائل بودند به اینکه استصحاب از امارات است، اما در دوره دوم نظرشان این شد که استصحاب از اصول عملیه است. ابتدا باید ماهیت اماره و اصل عملی مشخص، سپس تفاوت‌های آنها بیان شود.

۱- فرق اجمالی اماره و اصل عملی:

در ساختار علم اصول، فرق بین امارات و اصول عملیه در موارد متعددی، مورد بحث قرار می‌گیرد از جمله آنها در بحث ارتباط حکم واقعی و ظاهری و بیان فرق این دو؛ در مبحث اجزا در صورت عمل به امارات یا اصول عملیه و کشف خلاف پس از آن؛ در بحث امارات؛ و سرانجام در بحث اصول عملیه. به طور اجمال می‌توان گفت که اماره ماهیتی مرکب دارد، بدین معنی که پدیده‌ای ظنی است که به جهت ظنی بودن، کاشفیت ناقصی از واقعیت دارد، اما با تایید شریعت، این نقص جبران شده است و گویی شارع، شریعتمداران را فرمان داده است که هرچند این دلیل کاشفیت تام از حقیقت و واقعیت ندارد، آن را به کار بسته و این دلیل ناقص را همچون کاشف تام بدانند و به نقص آن اعتنا نکنند. بنابراین اماره از دو عنصر شکل می‌گیرد: عنصر نخست ظن‌آوری نفسانی دلیل؛ و عنصر دیگر تایید شریعت. با این حساب اماره دو جهت دارد:

جهت اول کاشفیتی هر چند ناقص از واقع و جهت دوم تایید شریعت؛ و البته این جهت دوم - یعنی تایید شریعت - شرطی مهم دارد. شرط تبدیل شدن یک کاشف ظنی به اماره آن است که لااقل تایید آن توسط شارع قطعی باشد. شیخ انصاری به مباحث مفصلی در این زمینه پرداخته است، اماره بودن خبر واحد را به عنوان یک نمونه با همین دو جهت مخصوصاً شرط آن، به خوبی بررسی می‌کند. اما اصل «دلیل حیث لادلیل»، چاره بیچارگی و نشان دادن یک راهکار عملی است. آنجا که از یک سو اتخاذ موضع لازم باشد و از سوی دیگر هیچ دلیل قابل اعتمادی در دست نباشد و راه هیچ علم یا ظن معتبری به واقعیت باز نباشد، در چنین موضعی از همان آغاز، پیدا کردن واقعیت در نظر نیست زیرا راه آن بسته است.

بنابراین اهم تفاوت‌های اصل و اماره را چنین می‌توان برشمرد:

۱. در موضوع اصول عملی، شک اخذ شده است، اما در موضوع امارات شک اخذ نشده است.
۲. در امارات صرف‌نظر از حجیت آن صلاحیت کشف از واقع وجود دارد، بر خلاف اصول عملی که غالباً چنین حیثیتی در آنها وجود ندارد.

۳. هنگام جعل حجیت برای امارات، صفت کشف و احراز آن از واقعیت مورد توجه قرار گرفته است، اما در اصول عملی، تنها تطبیق عمل بر طبق آن لحاظ شده است.

۴. امارات حاکم و مقدم بر اصول عملیه هستند و با وجود اماره، موضوع اصل عملی - تعبداً و یا وجداناً - منتفی است. بنابراین، مرتبه اصل عملی بعد از اماره است.

۵. مثبتات اماره حجت است؛ یعنی اثر شرعی مترتب بر لازم عقلی یا عادی مؤدای آن، با اماره ثابت می‌شود، بر خلاف اصل که مثبتات آن نزد اکثر اصولیان حجت نیست و تنها مؤدای خود اصل یا حکم شرعی که بدون واسطه عقلی یا عادی بر آن مترتب و بدان ثابت می‌شود.

۲- بررسی اقوال و احتمالات:

خلاصه نظرات و اختلافات در اماره و اصل عملی بودن استصحاب، چنین است: یکم: عده‌ای بر آن هستند که استصحاب اماره است مطلقاً، اعم از اینکه مستند و مدرک اعتبار استصحاب، روایات باشد یا مستندش دلایل دیگری همچون دلیل عقل، بنای عقلا و یا اجماع. پس مبنای حجیت استصحاب، تأثیری در اماره و اصل بودن آن ندارد و در هر صورت استصحاب، اماره است. این گروه معتقدند هر چند یقین سابق، الان دچار خلل شده و به مرتبه ظن فروافتاده است، اما عقلا همان یقین سابق را نشانه بقا می‌شمردند.

یکی از طرفداران این نظریه، سید مرتضی حسینی یزدی فیروزآبادی (۱۳۲۹-۱۴۱۰) نگارنده یکی از شرح‌های مهم کفایه الاصول به نام کتاب عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول است.^۱

دوم: عده‌ای از علما قائل‌اند که استصحاب اصل عملی است مطلقاً، چه دلیل و مدرک آن روایات باشد و چه غیر روایات. محمد رضا مظفر (۱۳۲۲-۱۳۸۳) در کتاب اصول الفقه طرفدار این نظریه است. ایشان بین مستند و بین حقیقت استصحاب فرق گذاشته، معتقد است که اگر ما مستند را عقل یا بنای عقلا قرار دادیم غیر از این است که بگوئیم آیا خود استصحاب کاشفیت دارد یا ندارد.^۲

سوم: عده‌ای نیز به تفکیک اصل و اماره بودن بر اساس دلیل و مدرک استصحاب معتقد شده‌اند. شاید اولین کسی که به این تفصیل به صورت جدی مطرح کرده، مرحوم شیخ انصاری است. ایشان معتقدند

۱. حسینی فیروزآبادی، مرتضی بن محمد بن محمد باقر بن حسین، عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول، ج ۵، قم، ۱۴۰۰ هـ ق، ص ۱۴.

۲. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، دانش اسلامی، ج ۲، بی‌جا، ۱۴۰۵ هـ ق، ص ۲۴۹.

اگر دلیل حجیت استصحاب روایات باشد، استصحاب اصل عملی است و اگر دلیل استصحاب غیر روایات - مثلاً عقل یا سیرهٔ عقلا - باشد، استصحاب، اماره خواهد بود.

چهارم: راه دیگری که برای حل مسئله در پیش گرفته‌اند، رهایی از دو راهی استصحاب و اماره است بدین صورت که فرض سومی هم در مسئله هست که می‌توان استصحاب را دلیل میانه‌ای میان اماره و اصل عملی دانست. بانیان این نظریه اجمالاً چنین استدلال کرده‌اند که: در اصول عملیه هیچ کاشفیتی از واقع نیست و صرفاً راهکاری است برون‌رفتنی در مقام عمل. گفته شده در امارات دو جهت داریم:

جهت نخست) کاشفیت ناقص از واقعیت: بدین معنا که اماره خود به خود و فی نفسه می‌خواهد از واقعیت پرده بردارد و خود به خود راهی است برای رسیدن به واقعیت، هرچند این کشف ناقص باشد. این کاشفیت در ذات اماره وجود دارد پیش از آنکه اصلاً به این نکته بیانیشیم که شارع در برابر این کاشفیت چه موضعی می‌گیرد آیا آن را می‌پذیرد؟ یا رد می‌کند؟

جهت دوم) پذیرش شارع: یعنی شارع این اماره را - که کاشف ناقص است - حجت قرار داده است و عمل بر اساس آن را توصیه می‌کند؛ همان‌طور که گفته شد این پذیرش از سوی شارع، باید قطعی باشد نه ظنی، یعنی سند پذیرش باید قطعی باشد و مثلاً خبری متواتر یا نصی صریح از کتاب دلالت بر این پذیرش کند و به زبان اصطلاحی پذیرش خود نباید ظنی باشد اگر چنین شود، ظنی به ظن دیگر تکیه خواهد زد و دور پدید خواهد آمد.

چون در استصحاب نیک بنگریم نوعی کاشفیت از واقع را در آن می‌بینیم، زیرا کسی که یقین دارد و شک بر یقین وی عارض می‌شود، آثار یقین سابق در او ظن به واقعیت ایجاد می‌کند، یعنی او را از حد شک مطلق که مثلاً در شبههٔ بدوی بر انسان عارض می‌شود، بالاتر نگه می‌دارد و حالت ظن به واقعیت را ایجاد می‌کند. پس این یقین نوعی کاشفیت از واقع دارد و جهت اول اماره شدن را برای استصحاب فراهم می‌کند. از طرف دیگر شارع هم اجمالاً عمل بر طبق وضعیت سابقه را تایید کرده است، اما با این حال در این جا سؤالاتی اساسی وجود دارد که کار اماره شدن را بر استصحاب مشکل می‌کند، مانند اینکه آیا شارع به خاطر کاشفیت استصحاب آن را حجت قرار داده است؟ یا اینکه روایات وارد شده فقط تایید و امضایی است بر شیوهٔ عقلا؟

پرسش مهم‌تر پرسش از حد و اندازهٔ تایید شریعت است، یعنی پرسش این است که آیا شارع به همان اندازه که خبر واحد و بینه را تایید کرده است، استصحاب را هم تایید کرده است؟ چنان که مثلاً به فرمودهٔ شیخ انصاری، مجموع اخبار وارده در بارهٔ تایید عمل به خبر واحد به نوعی تواتر اجمالی می‌رسد یا

مثلاً در تایید بینه توسط شارع هیچ کس تردیدی ندارد. در مورد استصحاب پاسخ مثبت به هر دو پرسش با تردید جدی همراه است، یعنی اولاً هیچ معلوم نیست که شارع به خاطر عنصر «ظن آوری» استصحاب آن را تایید کرده باشد؛ و ثانیاً استصحاب بی‌گمان به اندازه‌ی تایید اماراتی مانند بینه و خبر واحد نیست، بنابر این هم، جهت اماره شده عنصر ظن آوری استصحاب در اینجا مفقود است و هیچ معلوم نیست که شارع به خاطر ظن آوری استصحاب آن را تایید کرده باشد و هم شرط اساسی تایید وجود ندارد. یعنی هیچ کس نمی‌تواند ادعا کند شارع به قطع و یقین، استصحاب را تایید کرده است و عمل به آن را دستور داده است. اینحاست که با وجود آنکه ظن آوری استصحاب آن را از حد اصول بالاتر می‌برد، لیکن باز این نقایص سبب می‌شود که به حد امارات نرسد و این شبهه نقل می‌شود که استصحاب نه اماره است و نه اصل. شاید منظور از تعبیراتی چون برزخ بین اماره و اصل، یا تعبیر عرش الاصول و فرش الامارات، اصل تنزیلی و احرازی و... ناظر به همین جوانب باشد.

۳- اصل تنزیلی و احرازی^۱

در اثنای تردید و حیرت میان اماره و اصل عملی، نظریه‌ای به نام اصل تنزیلی و احرازی مطرح شد. معروف است که احوال مکلف نسبت به تکالیفش، چند حالت دارد: یا در حالت قطع و یقین است که در این صورت هیچ تردیدی در واقع نمایی قطع و لزوم متابعت آن نیست، یا در حالت ظن است که اگر شارع مقدس عمل بر اساس این ظنون را تجویز کند و به اصطلاح اصولی آنها را معتبر بداند، اماره شرعی خواهند بود و می‌بایست بر طبق آن عمل شود و الا ظن نامعتبر و غیر قابل اعتماد خواهد بود. حالت سوم مکلف، شک و تردید است که مکلف در مقام عمل دچار حیرت شده است. در این فرض اصول عملیه راهگشا خواهد بود. در اصل عملی، صدر، محمد باقر، (۱۴۳۰ هـ ق)، مباحث الاصول، حسینی حائری، کاظم، دارالبشیر، قم. هیچ نظری به واقع و کشف آن نیست و فقط برای رهایی مکلف از سرگردانی است. پس اگر اصلی از اصول عملی نظری به واقع هم داشته باشد، شارع این جهت را معتبر ندانسته است.

حالت چهارمی هم از شرط ذیل حالت سوم، استخراج می‌شود و آن اینکه در اصل عملی، شمه‌ای از واقعیت وجود دارد. یعنی در حالت رفع حیرت در مقام عمل، با اصلی عملی است که رنگ و بویی از واقعیت دارد اما در حد ظن، نیست. به این قسم از اصول، اصل محرز و اصل تنزیلی می‌گویند که «تأحدودی» احراز واقع در آنها وجود دارد و مفاد آنها «نازل به منزله واقع» قلمداد شده است.

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: بهار، هادی مصباح، پژوهشی در ماهیت اصل محرز با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، ش ۱۰۰، ۱۳۹۴، صص ۱۴۳-۱۶۴.

به تقریر دیگر اصول عملی محرز، اصولی هستند که به‌رغم اصل بودن، نیم‌نگاهی به واقعیت نیز در آنها دیده می‌شود. از این جهت به امارات شباهت پیدا می‌کنند. اصول عملی غیر محرز اصولی هستند که مفاد آنها هیچ‌نگاهی به واقعیت ندارد، مانند برائت و احتیاط شرعی. از میان اصول عام، تنها استصحاب و از قواعد فقهی و اصول خاص، اصولی نظیر اصل صحت، قاعده تجاوز و فراغ، جزء اصول محرز به شمار می‌روند.

در کلمات برخی از اصولیان، از استصحاب به «اصل محرز» تعبیر شده است؛ چه آن که در استصحاب نوعی احراز واقع وجود دارد و از این جهت، کارکردی همچون کارکرد امارات دارد، به این جهت بدان «اصل تنزیلی» نیز گفته شده است. در حالی که دیگر اصول عملی چنین ویژگی و کارکردی ندارند. روی این جهت، استصحاب مقدم بر سایر اصول است؛ چون استصحاب، موضوع دیگر اصول را برمی‌دارد.^۱ سابقه بحث احراز واقع در حوزه اصول عملی، به علامه حلی و شیخ انصاری می‌رسد. اما تبیین عنوانی به نام «اصل محرز» از ابتکارات و نوآوری‌های مرحوم محمدحسین غروی نائینی اصفهانی معروف به محقق نائینی (۱۲۷۶-۱۳۵۵) است.

در میان اصولیان متاخر، دو تقریر دیگر بر اصل محرز و غیر محرز مطرح شده است. خوئی (۱۲۷۸-۱۳۷۱) که از شاگردان مرحوم نائینی است، به نظریه استادش اشکالاتی مطرح کرده، تعریف دیگری ارائه داده است. همچنین سید محمدباقر صدر معروف به شهید صدر (۱۳۱۳-۱۳۵۹ ش) هم با مبانی خاصی که دارند ضمن رد تعریف نائینی بر اصل محرز، تعریف جدیدی برای آن ذکر کرده‌اند. ایشان تمایز میان اصول و حجیت امارات را نیز به تفاوت در ملاک جعل آنها می‌داند، اصل محرز را نیز به همین مبنا تفسیر می‌کند.^۲

نتیجه این بحث در اماره و اصل بودن استصحاب کاربرد دارد و هم در تعارض اصول عملیه با یکدیگر.^۳

۴- شاخص‌های حل مسئله:

برای یافتن پاسخ دقیق به اصل عملی بودن استصحاب و یا اماره بودن آن، باید ملاک‌های پاسخ مسئله را بررسی کرد. شاخص‌های متعددی برای حل مسئله وجود دارد:

۱. موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، فرهنگ فقه فارسی، زیر نظر آیه الله سید محمود هاشمی شاهرودی، ج ۱، قم، ۱۳۸۷، ص ۵۲۶.

۲. صدر، محمد باقر، مباحث الاصول، حسینی حائری، کاظم، دارالبشیر، ج ۲، قم، (۱۴۳۰ هـ ق)، ص ۳۰۴.

۳. صدر، محمد باقر، دروس فی علم الاصول، ج ۲، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۳۲ هـ ق، ص ۳۱۰.

شاخص یکم، از راه بررسی تعاریف استصحاب: برخی از تعاریف ناظر به اصل عملی بودن استصحاب است و برخی از تعاریف با اماره بودن، سازگار است. اگر استصحاب را از باب اماره حجت بدانیم، استفاده از مفهوم و کلمه «شک» در تعریف صحیح نخواهد بود، زیرا اماره از بین برنده شک است. لذا تعریف میرزای قمی به «کون حکم أو وصف یقینی الحصول فی الزمن السابق، مشکوک البقاء فی الزمن اللاحق»، به اماره بودن نزدیک‌تر است^۱ اما اگر استصحاب را اصل عملی بدانیم، از آنجایی که موضوع اصل، شک است، می‌توان آن را در تعریف استصحاب مندرج کرد.

خلاصه اینکه اگر استصحاب اماره است، دیگر تعریف آن به «إبقاء ما کان» - که شیخ انصاری مطرح کرده است - دقیق نخواهد بود. در مقابل اگر اماره بودن استصحاب را پذیرفتیم، تعریف به «حکم الشارع بالبقاء فی ظرف الشک»، ناصواب خواهد بود، چرا که با تعبیر «فی ظرف الشک»، راه برای اصل عملی باز می‌شود. بنابراین اماره بودن، تعریف به «الحکم متیقناً فی الآن السابق مشکوک البقاء فی الآن اللاحق» و امثال مناسب خواهد بود و تعریف سازگار به اصل عملی بودن هم همان تعریف شیخ انصاری خواهد بود. اشکال این روش این است که ممکن است تعریف یکسانی برای استصحاب متصور نباشد، بلکه اماره بودن استصحاب با اصل عملی بودن آن، دارای دو تعریف مستقل است^۲.

شاخص دوم، از راه بررسی ادله و مدارک استصحاب: برای اثبات حجیت استصحاب به دلائلی تمسک شده است. آیا از نوع دلیل و مدرک حجیت و اعتبار استصحاب، می‌توان پاسخی به اماره و اصل عملی بودن استصحاب راهی گشود؟ شیخ انصاری اماره و اصل عملی بودن استصحاب را منوط به ادله حجیت آن کرده است.

برای حجیت استصحاب به دلائلی استناد شده است:

۱- بنای تعبّدی عقلاً: عقلاً در احکام عرفی و در مسائل روزمره خود اگر نسبت به مطلبی یقین داشتند و بعد شک در بقای آن کنند بنای بر بقای آن می‌گذارند، البته نه از باب اینکه ظنّ به بقا در ایشان پیدا می‌شود، بلکه آنها یک بنای تعبّدی دارند که دائر مدار وجود و عدم ظنّ نیست (ظنّ به بقا، دلیل دیگری است)

برخی از محققان سیره عقلاً را یک دلیل معتبر شرعی ندانسته و وجود استصحاب به معنای استناد تعبّدی به حالت سابقه را در بین عقلاً نپذیرفته‌اند و حتی در صورت ثبوت سیره معتقدند این سیره مورد تأیید

۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، ج ۳، مجمع الفکر الاسلامی، (۱۴۲۸هـ ق)، ص ۱۰.

۲. در کتاب مصباح الاصول مرحوم خوئی و هم در رساله الاستصحاب امام خمینی، این اشکال مطرح شده است.

شارع نیست.^۱ از طرف دیگر بزرگانی همچون آقارضا همدانی نجفی (۱۲۵۰ق-۱۳۲۲ق) معروف به محقق همدانی وجود این سیره را در بین عقلا بر اساس یک الهام خدایی می‌داند که بدون آن نظام معاش و معاد آنها مختل می‌شود.^۲ به نظر می‌رسد بین سیره عقلا و اماره بودن استصحاب، رابطه تنگاتنگی است.

۲- ظن: یک مسئله طبیعی این است که اگر چیزی قبلاً ثابت شد و متیقن بود ولی اکنون شک در بقای آن داریم، فعلاً ظن به بقا برای ما محقق می‌شود. کسانی که استصحاب را از راه ظن به بقاء حجت می‌دانند معتقدند که استصحاب، اصل عملی نیست بلکه یکی از امارات معتبر است.

۳- نصوص: عده‌ای هم از طریق نصوص و روایات، قائل به اعتبار استصحاب شده‌اند.

۴- اجماع: بعضی هم برای اعتبار استصحاب به اجماع، تمسک کرده‌اند.

استاد جعفری لنگرودی دلایل حجیت استصحاب را در سه گروه دلیل عقل، عرف و عادت و سرانجام احادیث جای داده است:

دلیل عقل که خود بر دو قسم است: گروهی علت مبقیه را علت محدثه می‌دانند. پس علت وجود مستصحب، علت بقا و استداده آن هم خواهد بود. گروهی هم شک به بقا را پس از علم به وجود، مفید ظن به بقا دانسته‌اند و بر این باورند که همین ظن، ریشه شک را می‌خشکاند و لذا استصحاب کاشف ظنی خواهد بود.^۳

استاد جعفری لنگرودی این قبیل استدالات را از اساس بی‌پایه می‌داند!^۴

دلیل دیگر اعتبار استصحاب، عرف و عادت یا همان بنای عقلا است. در عرف و عادت به صرف شک در بقای چیزی که قبلاً نسبت به آن چیز، یقین داشته‌اند دست از آن سابقه یقینی بر نمی‌دارند. استاد ضمن قبول این استدلال معتقدند مسلمانان این عرف جهانی را کشف کرده‌اند.^۵

آخرین مدرک حجیت استصحاب، ادله نقلی است. مشهور است که حسین بن عبد الصمد حارثی ملقب به عزالدین (۹۱۸-۹۸۴ق) پدر شیخ بهایی مؤسس این استدلال است. همین ریشه‌یابی تاریخی سبب ضعف این استدلال شده است که سده‌های طولانی هیچ یک از فقها و اصولیان پیشین علی‌رغم اعتماد به استصحاب، شاهی بر حجیت آن از روایات بیان نکرده‌اند.^۶

۱. ر.ک: خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، (۱۴۰۹ هـ.ق)، ص ۳۸۷.

۲. نائینی، محمد حسین، اجود التقريرات، خوبی، ابوالقاسم، مطبعة العرفان، ج ۱، قم، ۱۳۵۲، ص ۳۵۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف علوم عقلی، پیشین، صص ۷۸-۸۰.

۴. همان، ص ۷۹.

۵. همان، ص ۸۰.

۶. همان، ص ۸۱.

استاد جعفری لنگرودی در کتاب الفارق، همه این سه مدرک را مخدوش می‌داند. ایشان تصریح می‌کنند که مدلول احادیث مورد استناد در حجیت استصحاب، امضایی است نه تاسیسی. اما عرف و عادت به عنوان مدرک، چرائی اعتبار استصحاب را بیان نمی‌کند. اهتمام به بررسی دلیل عقلی و بنای عقلا هم تضییع وقت است! ایشان مدرک جدیدی برای استصحاب ارائه داده‌اند به نام قاعده «بقا و ابقا»^۱. قاعده «بقا و ابقا» از ابتکارات استاد جعفری لنگرودی است و در بسیاری از مباحث فقهی و اصولی، مستند ایشان است، چرا که این قاعده، سنت حیات است^۲ و استصحاب هم یکی از متفرعات همین قاعده است.

ایشان در پایان مدارک حجیت استصحاب، تصریح دارند که:

استصحاب نه اصل عملی است و نه اماره! روش انسان‌ها در طول تاریخ بر حبّ بقا و ابقا بوده است بدون آنکه نیم‌نگاهی به مبحث کشف از مجهول قضایی (نه اماره) داشته باشند... در گذشته به استصحاب از دید کشف از مجهول قضایی و عدم کشف آن زیر عنوان اصل عملی نگاه کرده‌اند. این زاویه دید اصلاً با حقایق حیات (= حب بقا و ابقا) وفق نمی‌دهد... این مهمترین فارق نظر ما و دگران است.^۳

شاخص سوم، از راه بررسی ارکان و مقومات استصحاب: در این شاخص با تحلیل مقومات استصحاب، نسبت آنها با اماره و یا اصل بودن استصحاب، تحلیل و بررسی می‌شود. استصحاب اجمالاً از دو قضیه متیقنه و قضیه مشکوک تشکیل شده است. با همین دو قضیه، بین استصحاب و الاستصحاب قهقری^۴، قاعده یقین و قاعده مقتضی و مانع تفکیک کرده‌اند.

عده‌ای از اصولی‌ها - همچون محقق نایینی - برای استصحاب سه رکن بر شمرده‌اند: اجتماع یقین و شک در زمان واحد؛ سابق بودن زمان متیقن بر مشکوک؛ فعلیت یقین و شک. برخی دیگر همچون شهید صدر برای استصحاب، چهار رکن ذکر کرده‌اند: یقین به حدوث؛ شک در بقا؛ وحدت زمان شک و یقین؛ وجود اثر شرعی برای حالت سابق استاد جعفری لنگرودی، در آثار مکتوبشان، ارکان استصحاب را به گونه‌های مختلفی بیان کرده‌اند.

عناصر سازنده استصحاب را در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چنین ذکر کرده‌اند.

اول) وجود چیزی در زمان گذشته (مستصحب)؛

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ج ۱، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۲۷۴.

۲. همان، ص ۴۴.

۳. همان، ص ۲۷۴.

۴. در استصحاب متعارف، زمان متیقن متقدم است، زمان مشکوک متأخر. در استصحاب قهقری مسئله برعکس است، یعنی زمان متیقن متأخر است، زمان مشکوک متقدم.

دوم) امکان عادی بقای مستصحب پس از حدوث آن؛

سوم) شک در بقای مستصحب؛

چهارم) عدم انتفای موضوع مستصحب؛

پنجم) تقدم زمان متيقن بر زمان مشکوک؛

ششم) وحدت متعلق يقين و شک؛

هفتم) اجتماع شک و يقين در آن واحد؛

هشتم) واقعی بودن (نه فعلی) بودن شک و يقين^۱

در کتاب دائرة المعارف علوم اسلامی عناصر اختصاصی استصحاب پس از بیان عناصر عمومی آن چنین ذکر شده است:

اول) وجود چیزی (مادی و معنوی) در زمان گذشته (مستصحب)؛

دوم) امکان عادی بقای مستصحب؛

سوم) شک در بقای مستصحب؛

چهارم) بقای موضوع مستصحب؛

پنجم) تقدم زمان متيقن بر زمان مشکوک؛

ششم) وحدت متعلق يقين و متعلق شک؛

هفتم) اختلاف زمان متيقن و زمان مشکوک؛

هشتم) اجتماع شک و يقين در آن واحد؛

نهم) فعلیت شک و يقين^۲

در کتاب دائرة المعارف دانشنامه حقوقی عناصر استصحاب چنین شمرده شده است:

اول) وجود چیزی (خواه مادی باشد خواه نه) در گذشته که با علم به وجود آن حاصل شده باشد ولو از طریق امارات؛

دوم) پیدا شدن شک در بقا و امتداد وجود آن چیز؛

سوم) وحدت متعلق يقين سابق و متعلق شک لاحق؛

چهارم) تغایر زمان متعلق يقين با زمان متعلق شک؛

پنجم) تقدم زمان متيقن بر زمان شک؛

۱. همان، ۳۲۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف علوم عقلی، پیشین، صص ۶۳-۷۷.

ششم) اجتماع شک و یقین در آن واحد؛

هفتم) فعلیت شک؛

هشتم) وجودی بودن متیقن نه عدمی بودن آن؛

نهم) عدم تردید در مقدار ادامه وجودی چیزی در طول زمان^۱

تقریرهای مختلف استاد از مقومات و عناصر سازنده استصحاب، در جای خود می‌بایست بررسی شوند. اما آیا از این عناصر، پی به ماهیت اماره و یا اصل عملی بودن استصحاب می‌توان برد؟ گمان می‌رود که ارکان کلی حاکم بر اصول عملی، در این بحث مفروغ عنه گرفته شده است و به تعبیری بر فرض صحت آن ارکان عمومی، ماهیت استصحاب بررسی می‌شود.

به نظر می‌رسد با سه تعبیر مختلف استاد - امکان عادی بقای مستصحب پس از حدوث آن؛ یا امکان عادی دوام و بقای مستصحب؛ یا امکان عادی بقای مستصحب - به نوعی به حکایت ظن به بقا می‌رسیم و لذا به نظر می‌رسد با این مقومات، استصحاب اماره خواهد نه اصل عملی.



نتیجه‌گیری:

نتیجه بررسی‌های تاریخی و تحلیلی مباحث اصولی استصحاب، سه پایگاه و سه خاستگاه برای حجیت این دلیل نشان می‌دهد: خاستگاه نخست - که نشان داده شد از نظر تاریخی هم قدمت بیشتری دارد - خاستگاه عقلی است که در طول مباحث استصحاب تحت عناوین دلیل عقل، بنای عقلا، سیره عقلا و... از آن یاد می‌شده است. دوم مبنا و خاستگاه شرعی است که از قرون دهم به بعد مورد توجه قرار گرفته است؛ و سوم تلفیق این دو مبنا و شکل‌گیری نظریه اماره بودن استصحاب و تعارض آن با ساختار اصل عملی:

۱- خاستگاه عقلی:

در طول تاریخ مباحث استصحاب دیده نشده کسی خاستگاه عقلی آن را به صورت استدلالی مورد بحث قرار داده باشد و در صدد اثبات این پایگاه برای استصحاب باشد؛ و شاید همین نحوه برخورد غیر استدلالی، سبب آن باشد که تمسک به دلیل عقلی تضييع وقت شمرده شده است لیکن در دقت فلسفی این پایگاه جایگاه دارد و می‌تواند به این استدلال تکیه کند که:

جهان، جهان ممکنات است و هیچ معدومی از جرگه عدم پا به وجود نخواهد گذاشت مگر آنکه مجموعه‌ای از علل و عوامل که آن‌ها را «علت تامه» می‌نامند، حاصل شود و آن معدوم را موجود کند و هرگاه علت تامه حاصل شود معلول را گریزی از پدیدار شدن نخواهد بود. پیوستگی معلول با علت تامه در آن اندازه است که حتی آنی فاصله میان این دو قابل تصور نیست و به همین جهت است که در دقت فلسفی تقدم علت بر معلول را تقدم رتبی دانسته‌اند. علت تامه را از آن جهت که ایجاد کننده معلول است، «علت موجد» و آن معلول را از آن جهت که گریزی از موجود شدن ندارد، «واجب الوجود بالغیر» گفته‌اند. هرگاه وجودی با لغیر واجب شد برای برگشت به جرگه عدم نیازمند علت دیگری است که آن را «علت معدمه» گویند و تا زمانی که علت دیگری موجود را معدوم نکند موجود باقی خواهد ماند هر چند در این میان از علت دیگری موسوم به «علت مبقیه» نیز نام برده شده، لیکن به نظر می‌رسد علت مبقیه همان عدم همان عدم علت معدمه است در فیزیک سنتی قانون «ماند» یا «اینرسی» همین حکم را بیان می‌کند. شک استصحابی در حقیقت شک در پدیداری علت معدمه است و تکلیف آن نیز در اصول پذیرفته شده روشن است که مشمول اصل بزرگ و فراگیر عدم خواهد شد و بدین ترتیب اصولی حکم می‌کند به عدم علت معدمه و با این مبنا حتی استصحاب وجودی نیز خود نتیجه اجرای اصل عدم خواهد بود.

۲- خاستگاه شرعی:

آن گونه که گفته شد در هیچ یک از متون شرعی و روایات از اصطلاح استصحاب سخنی به میان نیامده بلکه مفاد روایاتی چون «لاتنقض الیقین بالشک» پدید آورنده مفهوم استصحاب در فقه اسلامی بوده است که البته شماره این روایات نیز اندک است. اشارات اندک و غیر مستقیم شریعت پایه مستندات شرعی این پدیده را بسیار ضعیف کرده و شاید به همین دلیل بوده است که پیشینیان به آن توجهی نداشته‌اند. ولی به هرحال استناد به این گونه روایات استصحاب را از مدار عقلی صرف خارج کرده و در کنار مستندات عقلی مستند دیگری نیز تحت عنوان مستند شرعی ایجاد کرده است.

۳- شکل گیری نظریه اماره:

الف) به نظر می‌رسد گلاویز شدن شک لاحق با یقین سابق آن را از مرتبه کاشفیت تأمی که داشته است به زیر می‌کشد، اما از مجموع گفته‌های اصولیان چنین پیداست که این یقین به کلی از بین نمی‌رود بلکه به مرتبه ظن فرومی‌افتد. حکم عقل نیز با استدلالی که گذشت همین بوده و اصل بر عدم علت معدمه است و نتیجه این می‌شود که طرف بقا به مراتب رجحان بیشتری نسبت به طرف نابودی دارد.

ب) چنانکه گذشت اماره را دو عنصر و یک شرط است، عنصر نخست ظن آفرینی نفسانی اماره یا به تعبیر دقیق‌تر سبب اماری است و عنصر دوم تایید شریعت است. به دیگر سخن اماره باید خود به خود کاشفیت ظنی و ناقصی از واقعیت داشته باشد تا شریعت بتواند عمل بر طبق آن را اجازه داده و این کشف ناقص را تام بیانگارد و بالاخره شرط اماره شدن یک سبب ظنی به فرموده شیخ انصاری آن است که تایید آن توسط شریعت قطعی باشد و شارع عمل بر اساس این دلیل بوده است ظن آور را به صورت قطعی دستور داده باشد. مثلاً در نصوص آیات بلامعارض قرآن یا اخبار متواتر چنین دستوری رسیده باشد، زیرا اگر دستور شریعت ظنی باشد ظن به ظن تکیه کرده و در اصطلاح منطقی این امر مستلزم دور می‌شود و چنان است که کوری عصاکش کور دگر شود. شیخ در مبحث دوم از کتاب ارزشمند فرائد الاصول در باب اثبات اماریت خبر واحد به خوبی از پس این معنا بر آمده است.

ج) اینک هنگام پاسخ گفتن به سوال اصلی این مقال است در باب ماهیت استصحاب و پرسش از اینکه استصحاب اصل است یا اماره؟

از مقدماتی که گذشت به خوبی معلوم شد که در استصحاب هم عنصر ظن‌آوری نفسانی و هم عنصر تایید شریعت وجود دارد آنچه استصحاب برای اماره شدن کم دارد همین شرط اخیر یعنی قطعیت تایید شریعت است زیرا تایید استصحاب در متون شرعی نه صریح است و نه قطعی و متواتر و کسی نمی‌تواند

به قطع و یقین ادعا کند که شارع عمل به استصحاب را دستور داده است بلکه حداکثر چیزی که از شریعت برمی‌آید رضای ضمنی است.

با این همه، ظن‌آوری نفسانی استصحاب به علاوه همین رضای ضمنی شارع، آن را با اصول دیگر مانند برائت و احتیاط کاملاً متفاوت کرده و استصحاب را شبیه امارات کرده است، یا لاقلاً فضایی برای این پرسش باز کرده است که استصحاب اصل است یا اماره؟ حال آنکه در برائت و احتیاط هیچ مجالی برای این شبهه و پرسش نیست، زیرا مجرای اصل برائت مثلاً در شبهه حکمی بدوی، شک مساوی الطرفین یا به عبارت صحیح‌تر جهل فراگیری است که هیچ جای رجحانی برای دو طرف وجود یا عدم تکلیف ایجاد نمی‌کند و این وضع بسیار متفاوت است با وضعیت استصحاب که به ادله یاد شده، طرف بقای مستصحب، رجحان معناداری نسبت به طرف نابودی آن دارد؛ و همین تفاوت استصحاب با برائت و احتیاط سبب می‌شود که با وجود آنکه شریعت در عمل به این دو اصل نیز دستوراتی داده است، اما هیچگاه دستورات شریعت در ثبوت برائت گمان اماره شدن آن را ایجاد نمی‌کند، همین گونه است دستوراتی که در عمل به احتیاط رسیده است و اصولیان بر اساس آن‌ها در شبهه محصوره حکمی و موضوعی، مجرای احتیاط را گشوده‌اند. حداکثر کاری که اصولیان در مباحث برائت و احتیاط کرده‌اند این بوده است که بر اساس مستندات برائت و احتیاط آن دو را به برائت شرعی و برائت عقلی و احتیاط شرعی و احتیاط عقلی تقسیم کرده‌اند.

بر این اساس احتیاط شرط اماره شدن را ندارد و به حد اماره نمی‌رسد و همچنان اصل عملی به شمار می‌آید، لیکن برتری و تفوق انکار ناپذیری بر دیگر اصول عملی عام و خاص دارد که آن را مستحق جایگاه «منزله بین المنزلتین» کرده است و گرچه همچنان از اصول عملی به شمار می‌آید، لیکن در عرش این اصول است و هر چند اماره نشده است اما در فرش امارات جای دارد و راز تقدم استصحاب بر دیگر اصول عملی و قواعد همین جایگاه و منزلت است.

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (بی تا)، لسان العرب، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بیروت.
۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۲۸ هـ ق)، فرائد الاصول، مجمع الفكر الاسلامی، قم.
۳. ایروانی، باقر، (۲۰۰۷)، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني، قلم، قم.
۴. بهار، هادی مصباح، (۱۳۹۴) «پژوهشی در ماهیت اصل محرز با تأکید بر دیدگاه محقق نائینی و شهید صدر»، مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و هفتم، ش ۱۰۰، صص ۱۴۳-۱۶۴
۵. بیهقی، أحمد بن الحسین بن علی بن موسی الخسروجردی الخراسانی، أبو بکر البیهقی، (۱۴۲۴ هـ ق)، سنن البیهقی، دار الکتب العلمیة، بیروت.
۶. تونی، عبدالله بن محمد، (۱۴۱۵ هـ ق)، الوافیة فی أصول الفقه، مجمع الفكر الاسلامی، قم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق دائرة المعارف عمومی حقوق، گنج دانش، تهران.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۱)، دائرة المعارف دانشنامه حقوقی، گنج دانش، تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، دائرة المعارف علوم اسلامی، گنج دانش، تهران.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، دائرة المعارف علوم عقلی، جلد اول، گنج دانش، تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، گنج دانش، تهران.
۱۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۴ هـ ق)، صحاح اللغة، احمد بن عبدالغفور عطار، مطابع دارالکتب العربی، مصر.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ هـ ق)، وسائل الشیعة، حسینی جلالی، محمدرضا (محقق)، موسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، قم.
۱۴. حسینی فیروزآبادی، مرتضی بن محمد بن محمدباقر بن حسین، (۱۴۰۰ هـ ق)، عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول، فیروزآبادی، قم.
۱۵. حکیم، سید محمد سعید، (۱۴۳۱ هـ ق)، التنقیح: تعلیقہ موسعة علی فرائد الأصول للشیخ الأنصاری قدس سره، موسسه الحکمة الثقافة الاسلامیة، بیروت.
۱۶. حلی، حسین، (۱۴۳۲ هـ ق)، اصول الفقه، مکتبه الفقه و الاصول المختصه، قم.
۱۷. حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی، (۱۴۰۷ هـ ق)، المعبر فی شرح المختصر، زیر نظر ناصر مکارم شیرازی، جلد اول، مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام)، قم.
۱۸. حیدری، علی نقی، (۱۴۱۲ هـ ق)، اصول الاستنباط، لجنه اداره الحوزة العلمیه، قم.
۱۹. خراسانی، محمدکاظم بن حسین، (۱۴۰۹ هـ ق)، کفایة الاصول، موسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، قم.

۲۰. خمینی، روح‌الله، بی‌تا، الاستصحاب، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم، قم.

۲۱. خوئی، ابوالقاسم الموسوی، بی‌تا، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، مؤسسه الخوئی الإسلامیة، قم.

۲۲. روزبهان، فضل‌الله، (۱۳۸۲)، تاریخ عالم آرای امینی، شرح حکمرانی سلاطین آق قویونلو و ظهور صفویان، عشیق، محمداکبر، مرکز پژوهشی میراث مکتوب، تهران.

۲۳. صدر، محمد باقر، (۱۴۳۰ هـ ق)، مباحث الاصول، حسینی حائری، کاظم، دارالبشیر، قم.

۲۴. صدر، محمد باقر، (۱۴۳۲ هـ ق)، دروس فی علم الاصول، مجمع الفكر الاسلامی، قم.

۲۵. طوسی، أبو جعفر محمد بن الحسن، (۱۴۱۷ هـ ق)، عدّة الاصول، تحقیق محمد رضا الانصاری، المطبعة ستاره، قم.

۲۶. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۹ هـ ق)، ذکر الشیعة فی احکام الشریعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم.

۲۷. غزالی طوسی، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفی، محمد عبد السلام عبد الشافی، (۱۴۱۳ هـ ق)، دار الکتب العلمیة، بیروت.

۲۸. فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵)، ایضاح الکفایة، نوح، قم.

۲۹. فیروزآبادی شیرازی، أبو اسحاق إبراهیم بن علی بن یوسف، (۱۴۲۴ هـ ق)، اللمع فی أصول الفقه، دار الکتب العلمیة، بیروت.

۳۰. قلی‌زاده، احمد، (۱۳۷۹)، واژه‌شناسی اصطلاحات اصول فقه، بنیاد پژوهشهای علمی فرهنگی نورالاصفیاء، تهران.

۳۱. مامقانی، عبدالله، بی‌تا، تنقیح المقال فی احوال الرجال، مطبعة المرتضویة، نجف اشرف.

۳۲. محمدی خراسانی، علی، (۱۳۸۷)، شرح رسائل، دار الفکر، قم.

۳۳. مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، (۱۳۸۹)، فرهنگ‌نامه اصول فقه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم.

۳۴. مظفر، محمدرضا، (۱۴۰۵ هـ ق)، اصول الفقه، دانش اسلامی، بی‌جا.

۳۵. موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، (۱۳۸۷)، فرهنگ فقه فارسی، زیر نظر آیه الله سید محمود هاشمی شاهرودی، جلد اول، قم.

۳۶. نائینی، محمد حسین، (۱۳۵۲)، اجود التقریرات، خویی، ابوالقاسم، مطبعة العرفان، قم.

۳۷. نخجوانی، محمد بن هندوشاه، (۱۹۷۶)، دستور الکاتب فی تعیین المراتب، علی‌زاده، عبدالکریم علی‌اوغلی، بی‌جا.

تعدیل قرارداد توسط داور

ممدرضا علومی یزدی^۱

چکیده:

تعدیل قرارداد در صورت تغییر بنیادین در شرایط حاکم که موجب دشواری در اجرای قرارداد، از جمله دشواری‌های اقتصادی شود در اکثر نظام‌های حقوقی معتبر دنیا و در رویه بین‌المللی پذیرفته شده است، با این وجود اعمال این تعدیل و تغییر در شروط قراردادی توسط داوران هنوز از موضوعات چالش برانگیز می‌باشد. داور اختیار خود را از طرفین می‌گیرد تا به اختلاف آنان در چارچوب قرارداد و با رعایت قواعد حقوقی رسیدگی کند. صلاحیت داور برای تعدیل قرارداد و تغییر در مفاد آن، به‌ویژه در حالت سکوت قرارداد از امکان تعدیل توسط داور، باید با توجه به اوضاع و احوال خاص هر مورد از جمله تفسیر شروط قرارداد و توجه به قانون حاکم احراز گردد. این مقاله مدعی است که تعدیل قرارداد در صورت تغییر اساسی در شرایط اقتصادی قرارداد در واقع باز بیان مفاد توافق طرفین برای حفظ تعادل اقتصادی قرارداد است و از این رو تعدیل، متفاوت از تفسیر قرارداد و کشف مفاد ترازی در شرایط تغییر یافته نیست تا از محدوده صلاحیت داوران خارج باشد. با کمک گرفتن از اصل وحدت داوری و اصول حقوقی دیگری چون اصل حاکمیت اراده، قاعده صلاحیت در صلاحیت و اصل تشابه بین اختیارات دادگاه و داوری، امکان تعدیل قرارداد توسط داوری حتی در موارد سکوت قرارداد و قانون حاکم در این خصوص به اثبات می‌رسد.

کلیدواژه: تعدیل قرارداد، دشواری در اجرا، دشواری اقتصادی، داوری

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی

۱- طرح مسئله:

تعدیل قرارداد به معنای عدول از مفاد مصرح قرارداد به منظور عادلانه ساختن شرایط حاکم بین اطراف قرارداد است. اطراف قرارداد به طور معمول حالات و مخاطرات احتمالی را پیش‌بینی و برای آن راه حل‌هایی را منظور می‌کنند. اما بعضی از مخاطرات و ریسک‌ها غیر قابل پیش‌بینی هستند. حوادث غیر قابل پیش‌بینی در مواردی مانع ایفای تعهد یکی از طرفین قرارداد می‌شود و در مواردی موجب دشواری غیرمتعارف^۱ در اجرای قرارداد خواهد شد. چنانچه حادثه اتفاق افتاده با تحقق شروط مقرر در قانون و قرارداد قوه قاهره یا فورس ماژور تلقی شود، متعهد را از ایفای تعهد معاف می‌کنند ولی در صورتی که حادثه پیش‌بینی نشده مانعیت در اجرای قرارداد ایجاد نکند اما اجرای قرارداد در شرایط جدید موجب دشواری زیاد و غیر قابل تحملی بشود، تعدیل قرارداد می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. تعدیل می‌تواند نتیجه فرایند مذاکره مجدد اطراف قرارداد و اصلاح مفاد قرارداد با تراضی باشد، یا نتیجه فرایند مداخله و ورود مرجع یا شخص ثالثی مانند دادگاه، داوری، میانجیگری و یا کارشناس مستقل.

از طرف دیگر، امروزه پیش‌بینی شیوه حل و فصل اختلافات در قراردادهای و به طور خاص انتخاب روش‌های جایگزین دادگاه، به‌ویژه در قراردادهای بلند مدت و بین‌المللی امری کاملاً رایج و معمول است. در این نوع قراردادهای چه بسا تعدیل قرارداد می‌تواند راهکار مناسبی برای استمرار حیات قرارداد، حتی در موارد منازعه و اختلاف بین طرفین تلقی شود. این نوشتار در پی یافتن پاسخ به سؤال از امکان تعدیل قرارداد توسط داور، به ویژه در مقام فصل خصومت است و تلاش می‌کند با تحلیل حقوقی و اقتصادی و غیر مقید به نظام حقوقی خاصی پاسخ مناسبی را به سؤال مطروحه بیابد.

۲- فروض محتمل:

داوری روشی شبه قضایی و قراردادی برای حل و فصل اختلافات بین اطراف یک رابطه حقوقی، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی است. توجه به ماهیت توافقی داوری در حل و فصل اختلافات و استثنایی بودن صلاحیت آن در مقابل صلاحیت عام محاکم دادگستری، حدود صلاحیت و اختیار داور را به موافقت‌نامه داوری محدود می‌کند. به علاوه آنگاه که ماهیت اختلاف برخاسته از قرارداد باشد، داوران برای حل و فصل اختلافات ناشی یا مربوط به همان قرارداد (مفاد تراضی به نحو منعکس در قرارداد) صلاحیت

۱. Excessive Hardship

خواهند داشت. لذا این سوالات مطرح می‌شود که آیا اصولاً داور دارای اختیار تعدیل هست یا نه و به‌طور خاص آیا پیش‌بینی شرط داوری به نحو مطلق، یعنی بدون اشاره به اختیار تعدیل برای داوران، باعث ایجاد صلاحیت و اختیار برای داور در تعدیل قرارداد که در واقع تغییر مفاد تراضی طرفین است، خواهد شد یا نه؟ مخصوصاً آنگاه که در شروط ماهوی قرارداد نیز سخنی از امکان تعدیل قرارداد به میان نیامده باشد و به تعبیر دیگر قرارداد از حیث امکان تعدیل نیز مطلق یا ساکت باشد.

اگر در قرارداد، تعدیل در شرایط خاصی پیش‌بینی شده باشد و موافقت‌نامه داوری یا شرط داوری نیز امکان و اختیار تعدیل را برای داوران لحاظ کرده باشد، امکان تعدیل قرارداد در صورت احراز تحقق شرایط توسط داوری وجود خواهد داشت. به‌نظر می‌رسد در این صورت تفاوتی نمی‌کند که طرفین یا اطراف قرارداد مستقیماً تقاضای تعدیل را به مرجع داوری ارایه کنند یا حل و فصل اختلافی را از داور یا داوران بخواهند و داوران به تشخیص خود فصل خصومت را ملازم با تعدیل تشخیص دهند، مگر آنکه در قرارداد صراحتاً به نحو دیگری مقرر شده باشد مثل اینکه تعدیل توسط داوری را منوط به درخواست همه اطراف قرارداد کرده باشد. اما در سایر موارد، مانند حالت سکوت قرارداد در خصوص امکان تعدیل قرارداد و یا سکوت یا اطلاق شرط داوری در قرارداد در مورد اختیار داور یا داوران به تعدیل، ارایه پاسخ نیازمند مذاقه و بررسی حقوقی بیشتری است، که در این نوشتار به آن پرداخته خواهد شد.

تعدیل قرارداد توسط دادگاه موضوع مباحث مستقلاً تحت عنوان تعدیل قضایی است و علی‌الاصول باید چنین اختیاری توسط قانون به قاضی اعطا شود. از سوی دیگر باید توجه کرد که در صورت پیش‌بینی تعدیل قرارداد در قانون، آنچه به تعدیل قانونی شهرت دارد می‌تواند حسب مورد توسط دادگاه یا داور بر اساس معیارهای مقرر در قانون، مثل افزایش بها بر اساس نرخ تورم رسمی، محقق شود. لذا موضوع بحث ما بیشتر بر تعدیل توسط داوری متمرکز است و اگر از نقش قانون در این فرایند بحثی خواهد شد، به بررسی نقش قانون مقرر داوری و قانون حاکم بر قرارداد و روند داوری در تجویز این تعدیل بسنده خواهد شد.

تعدیل قرارداد در میانجیگری و یا سازش به دلیل ضرورت رضایت طرفین نسبت به راه حل ارایه شده توسط این فرایند بی‌تردید به منزلهٔ اصلاح و تکمیل قرارداد توسط اطراف قرارداد تلقی می‌شود و لذا از قلمرو این بحث فی‌الجمله خارج است. هرچند در روش‌های ترکیبی حل و فصل اختلاف مانند روش میانجیگری-داوری ممکن است این سؤال که تعدیل در کدام مرحله انجام شده است و با توسل به کدام یک از دو ظرفیت داوری یا میانجیگری تعدیل پیش‌بینی شده است چالش برانگیز باشد، اما در این نوشتار تمرکز بر تعدیل در فرایند داوری ساده خواهد بود. شبه قضایی بودن داوری و ضرورت تبعیت رای

داور از قواعد حقوقی نیز تعدیل توسط داور را از راهکارهای تعدیلی ارایه شده در روش‌های کدخدامنشانه و مبتنی بر انصاف در مقام حل و فصل اختلاف تا حدود زیادی متمایز می‌کند و بر همین مبنا در مواردی که داور از سوی اصحاب دعوا مجاز به استفاده از قواعد انصاف و روش‌های کدخدامنشانه شده باشد صدور رای در این قالب به تعدیل قابل قبول خواهد بود. بر همین مبنا رای به تعدیل در مواردی که داوری بر اساس شرایط مورد توافق طرفین رای خود را تنظیم می‌کند،^۱ به دلیل استظهار رای به تراضی طرفین با چالش کمتری روبرو خواهد بود.

الف: مبانی نظری بحث

موضوع تعدیل قرارداد توسط داور از جهت مبانی حقوقی با چالشی دوگانه روبرو است. از یک سو داوری امری است شکلی و روندی برای تمیز حق است، در حالی که تعدیل قرارداد که در واقع مستلزم تغییر مفاد تراضی است امری ماهوی و ثبوتی است. تعیین شرایط قرارداد و تنظیم مفاد آن کار طرفین است، اما فصل خصومت و فیصله دادن به اختلاف بر مبنای قرارداد و تراضی انجام شده که ممکن است در مواردی ملازمه با تلاش برای درک منظور واقعی طرفین یعنی تفسیر قرارداد نیز داشته باشد بر عهده داور است. به این ترتیب چالش نخست این خواهد بود که آیا در یک امر شکلی و آیینی می‌توان به مرحله ماهوی نیز ورود کرد؟ آیا داوری که ماموریتش حل و فصل اختلاف در چارچوب قرارداد است می‌تواند جانشین طرفین قرارداد شده و محتوای قرارداد آنها را تغییر دهد؟

چالش دوم به بحث اصل حاکمیت اراده و احترام به قراردادها بر می‌گردد.^۲ این اصل حافظ اراده طرفین است و قرارداد را قانون طرفین می‌داند و پایبندی به پیمانها را اکیدا توصیه می‌کند، در نتیجه تغییر مفاد قرارداد توسط دادرس یا داور را بر نمی‌تابد. طرفین قرارداد مطابق این اصل آنچه را که مناسب و محتمل دیده‌اند در توافق خود پیش‌بینی کرده‌اند و برای احتمالات و حوادث پیش رو راهکارهای مناسب را در قرارداد گنجانده‌اند، پس آنچه در قرارداد نیامده و یا اتفاقاتی که پایبندی به قرارداد مصرح را بر نمی‌تابد نمی‌تواند راهکاری خارج از تراضی و توافق طرفین را به آنها تحمیل کند. با این معیار ورود داور به مرحله تعدیل بدون تجویز خالقین قرارداد نقض اصل تقدس قراردادها و در تضاد با اصل حاکمیت اراده خواهد بود.

۱. Award on Agreed Terms

۲. Pacta Sunt Servanda; Principle of Sanctity of Contracts;

در کنار این دو چالش برخاسته از نظریات کلاسیک حقوق، بروز نظریه دشواری و تعسر در اجرای قرارداد^۱ که در صورت تغییر بنیادین در شرایط و اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد، پایبندی و اجرای تعهد را ضروری نمی‌داند^۲ و لذا ضرورت انعطاف‌پذیری در قراردادها بر اساس تغییر اوضاع و احوال را تجویز می‌کند، پیامدهای خاص خود را بر این حوزه از حقوق تحمیل کرده است. تعدیل قرارداد پاسخی است که در نظام‌های حقوقی مختلف به میزان و گونه‌های متفاوتی به عنوان راه حل مسئله مطروحه مورد توجه واقع شده است.

ب: بررسی ماهیت حقوقی تعدیل قرارداد

تعدیل قرارداد به معنی تغییر شروط مقرر در قرارداد به منظور حفظ تعادل اقتصادی آن است. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که توسط موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم تنظیم شده است، در تعریف دشواری در اجرای قرارداد به معیار ایجاد تغییرات اساسی در تعادل قراردادی که در نتیجه افزایش هزینه‌های متعهد و یا کاهش ارزش آنچه که متعهد له در نتیجه اجرای قرارداد دریافت می‌کند اشاره شده است.^۳ قراردادهای عمدتاً بر مبنای یک منطق حقوقی و محاسبات اقتصادی و بر اساس تراضی طرفین منعقد می‌شوند اما در بسیاری از موارد شرایط موجود در زمان انعقاد قرارداد در حین اجرا تغییر می‌کند و تغییر شرایط تعادل اقتصادی قرارداد را مختل می‌کند. این امر در قراردادهای آنی که معمولاً بین زمان انعقاد عقد و تحقق مفاد و اجرای آن فاصله‌ای وجود ندارد اتفاق نمی‌افتد، بلکه بیشتر در قراردادهای مستمر و دراز مدت پیش می‌آید. برای مثال اگر شخصی خانه‌اش را به قیمت معینی به دیگری بفروشد و مقرر شده باشد که یک ماه بعد خانه را به خریدار تحویل دهد و در این فاصله قیمت مسکن به‌طور قابل توجهی افزایش یابد جایی برای توسل به تعدیل وجود ندارد چون بیع عین معین عقدی تملیکی است و مبیع در همان لحظه وقوع عقد به ملکیت خریدار درآمده است و نوسانات بعدی بازار بر این قرارداد اثری نخواهد داشت. اما اگر شخصی تعهد کند که مواد اولیه مورد نیاز یک کارخانه را برای مدت ۲۵ سال تامین کند و در این قرارداد قیمت تعیین شده باشد، در صورت تغییر اساسی شرایط حاکم مثل چند برابر شدن نرخ ارز که موجب افزایش قیمت ماده اولیه موضوع قرارداد می‌شود فروشنده مجاز به تقاضای تعدیل است.

۱. Doctrines of Hardship

۲. Rebus Sic Stantibus (Unenforceability of a contract due to fundamentally changed circumstances)

۳. Article 6. 2. 2: There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished,... (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, www.unidroit.org/instruments)

به نظر می‌رسد باید بین تعدیل قرارداد و تکمیل آن تفاوت قایل شد. اطراف قرارداد بعضاً در مورد برخی از مفاد قرارداد سکوت می‌کنند و در خصوص موضوعاتی توافق انجام نمی‌دهند. در این موارد قرارداد از ابتدا با خلأ روبرو است. تکمیل خلأهای قراردادی که ابتدا و چه بسا عامدانه در قرارداد وجود داشته تعدیل تلقی نمی‌شود. برای مثال در ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد امکان عدم توافق طرفین بر ثمن در زمان انعقاد قرارداد و یا پیش از آن و محول کردن تعیین آن به شخص ثالث یا مکانیزم خاص پذیرفته شده است.^۱ این فرایند را نمی‌توان تعدیل نامید و تکمیل خلأهای اولیه و عمدی قراردادی که برای طرفین قابل پیش‌بینی و توافق بوده است، در قلمرو تعدیل قرار نمی‌گیرد. اما تکمیل خلأهای حادث که در فرایند اجرا و در نتیجه تغییر در شرایط پیش می‌آید می‌تواند به نوعی در قلمرو تعدیل قرار گیرد. برای مثال در زمان انعقاد قرارداد اخذ مجوز برای انتقال ارز حاصله از سرمایه‌گذاری ضرورت نداشته ولی سپس دولت میزبان اخذ مجوز را لازم دانسته است. هم اکنون قرارداد با این خلأ و سکوت روبرو است که وظیفه تحصیل مجوز بر عهده کدامیک از طرفین است؟ در این موارد مرجع حل و فصل اختلاف می‌تواند بر اساس اصول و ضوابط کلی و نیز روح قرارداد این خلأ را تکمیل و متعهد به اخذ مجوز را معین کند. این فرایند نوعی تعدیل یعنی افزودن بر تعهدات مصرح یک طرف است که به نظر می‌رسد در داوری‌پذیری آن تردیدی نمی‌توان داشت. در حالی که داوری‌پذیری پر کردن خلأهای اولیه که تعمداً مسکوت گذاشته شده محل تردیدهای قابل تاملی است.^۲

ج: مرجع تعدیل قرارداد

گاه طرفین در قرارداد خود به صراحت موارد و شرایط تعدیل قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند و تحقق آن را خود بر عهده می‌گیرند، مثلاً در موارد تعذر و دشواری در اجرا، طرفین متعهد می‌شوند تا با مذاکرات مجدد و همراه با حسن نیت راهکار تسهیل اجرا و تعدیل قرارداد را بررسی و نسبت به آن اقدام کنند و ممکن است در ادامه در صورت عدم حصول توافق همانند سایر اختلافات قراردادی حل و فصل آن را به نهاد حل و فصل اختلافات مقرر در قرارداد محول نمایند. در مواردی ممکن است طرفین مستقیماً اختیار تعدیل را به مرجع دیگر و یا شخص ثالثی مانند کارشناسان مستقل، حکم و یا نهاد حل و فصل اختلاف در قرارداد واگذار کنند. در این موارد اصل حاکمیت اراده موید و هم جهت با فرایند تعدیل است و در واقع

۱. www. cisg. law. pace. edu

۲. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, Arbitration International, Vol. ۱۷, No. ۱, ۱-۱۷, at p. ۳.

مرجع تعدیل برای تحقق اراده اطراف قرارداد به تعدیل قرارداد مبادرت می‌کند. از این رو، در مواردی که در قرارداد طرفین امکان تعدیل را پیش‌بینی و اختیار آن را به داور یا داوران داده باشند، به‌نظر نمی‌رسد اعمال این اختیار توسط داور یا داوران با مانع جدی روبرو باشد، یا کسی در صلاحیت داور برای تعدیل تردید کند. البته قواعد آمره مقرر داور، همانند سایر موارد، باید مورد توجه داور قرار گیرد. بدین ترتیب اگر در قواعد آمره مقرر داور، تعدیل توسط داور منع شده باشد تعدیل توسط داور امکان‌پذیر نخواهد بود اما صرف سکوت و یا عدم پیش‌بینی تعدیل و یا تجویز شیوه‌های تعدیل قانونی و قضایی بدون ذکر از امکان تعدیل توسط داور به خودی خود منعی برای تعدیل توسط داور تلقی نمی‌شود.

البته در مواردی که قرارداد صراحتاً مرجع تعدیل را مشخص کرده است این سؤال که فرایند تعدیل تابع چه ضوابط و مقرراتی است، همچنان موضوعیت خواهد داشت. برای مثال واگذاری وظیفه تعدیل به حکمیت شخص یا اشخاص و یا نهاد معینی این سؤال را به ذهن متبادر می‌کند که آیا این فرایند از نظر ماهوی و شکلی باید از قانون خاص و یا اصول حقوقی تبعیت کند و یا خیر؟ همچنین در مواردی که تعدیل به نهاد حل و فصل اختلافات مقرر در قرارداد، یعنی میانجیگری یا داور، واگذار شده باشد آیا در فرایند تعدیل نیز قواعد شکلی و ماهوی مربوط به حل و فصل اختلافات لازم‌الرعا خواهد بود یا خیر؟ پاسخ به این سوالات در بخش‌های آتی این مقاله که ماهیت تعدیل را بحث می‌کند، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سؤال دیگری که در این خصوص به ذهن متبادر می‌شود، امکان تعدیل قرارداد بر اساس استنباط اختیار یا صلاحیت ضمنی مرجع داور است. در مواردی که در قرارداد صراحتاً اختیار تعدیل به مرجع داور داده نشده است، اما ضرورت تکمیل خلأ یا تعدیل قرارداد در فرایند اجرا ضرورت می‌یابد آیا می‌توان به کمک تفسیر قرارداد و تفسیر شرط داور چنین اختیاری را برای داور احراز نمود؟ همان‌گونه که قبلاً اشاره شد تعدیل قضایی اختیاری است که قانون‌گذار به قاضی می‌دهد تا شرایط قرارداد را با ملاحظات تعدیل کند.^۱ علی‌الاصول تعدیل قضایی در پی اختلافات حقوقی موضوعیت پیدا می‌کند که اگر مانعی برای ارجاع این اختلافات به داور و داورپذیری این‌گونه دعاوی وجود نداشته باشد اعمال تعدیل قضایی توسط داور مرضی‌الطرفین هم امکان‌پذیر خواهد بود. اما چنانچه موضوع داورپذیر نباشد و قابلیت ارجاع به داور را نداشته باشد همانند دعاوی قراردادی مربوط به تاجر ورشکسته، تعدیل توسط داور ممکن نیست. آیا امکان اعمال اختیاری که ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران به قاضی در تعیین مهلت عادلانه و یا قرار اقساط برای پرداخت دینی که سررسید آن فرا رسیده است اعطا

۱. حسین آبادی، امیر، تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۶، صص ۱۲۱-۱۵۳.

نموده قابل اعمال توسط داور هم هست؟ یعنی آیا داوری که صلاحیت رسیدگی به اختلافات قرارداد منشا دین را دارد می‌تواند در صورت تحقق و اثبات دین حال برای پرداخت آن مهلت عادلانه یا قرار اقساط معین کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال منفی باشد. وظیفه داور تمیز حق و تعیین تکلیف در اصل دعوا است اما تصمیم‌گیری در مورد چگونگی پرداخت دین بر عهده داور نیست مگر اینکه طرفین یا اطراف قرارداد صراحتاً چنین اختیاری را به داور داده باشند. هرچند نویسندگان و شارحین حقوق مدنی ما از ملاک ماده ۲۷۷ برای اثبات امکان تعدیل قرارداد توسط قاضی استفاده کرده‌اند اما مفاد این ماده بسیار محدودتر از مقوله تعدیل است و در واقع اشاره به آنچه که امروزه تغییر شرایط پرداخت دین^۱ شهرت یافته اشاره دارد.

در تعدیل قانونی، قانون‌گذار علل و زمینه‌های تعدیل را مشخصاً بیان می‌کند مثلاً در بسیاری از کشورها اجازه بهای محل‌های مسکونی سالانه به نرخ معینی افزایش می‌یابد یا قانون‌گذار اجازه تعدیل قراردادهای خاصی مانند پیمان‌های دولتی را بر اساس نرخ تورم سالانه تجویز می‌کند. معمولاً اعمال این تعدیل‌ها نیازمند مداخله دادگاه یا داوری نمی‌باشد اما اگر در این میان اختلافی در مورد نحوه اعمال یا تحقق شرایط تعدیل پیش آید دادگاه و در صورت تراضی طرفین به داوری، مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به این اختلاف را خواهد داشت.

در صورتی که در قانون حاکم بر قرارداد، تعدیل تجویز شده باشد و یا قرارداد امکان تعدیل را پیش‌بینی نماید اما مرجعی برای آن معین نکند، این سؤال پیش می‌آید که در فرض حدوث اختلاف و ارجاع آن به داوری آیا مرجع داوری مجاز است تا در مقام فصل خصومت به تعدیل قرارداد حکم دهد؟ باید در نظر داشت که در این حالت طرفین فقط از داور تقاضای حل اختلاف را داشته‌اند و نه تعدیل قرارداد را و داور به تشخیص خود تعدیل قرارداد را شیوه مناسب برای فصل خصومت دانسته است.

د: تعدیل در مقام حل و فصل اختلافات قراردادی

فصل خصومت یا حل و فصل اختلافات قراردادی یعنی یافتن راهکار مناسب برای پایان دادن به اختلاف طرفین بر اساس قرارداد و در چارچوب اصول حقوقی و قانونی معتبر. به تعبیر دیگر، دادرس یا داور برای حل و فصل اختلاف و پایان دادن به منازعه‌ای که در دستور کار او قرار دارد باید به دو منبع رجوع کند و در محدوده آن دو و با استناد به آنان رای خود را صادر کند: یکی قانون و اصول حقوقی و دوم قرارداد و توافق طرفین. همان‌گونه که دادرس و داور نمی‌توانند بر خلاف قانون و اصول حقوقی رای خود را صادر

۱. Debt Rescheduling

کنند، قرارداد معتبر طرفین را نیز نمی‌توانند نادیده انگارند و مفاد تراضی را که از نظر قانون محترم و معتبر است مورد توجه قرار ندهند. رای دادرس و داور باید بر مبنای قانون و در چارچوب قرارداد صادر شود. بر این مبنا هرگاه داور بخواهد قرارداد را تعدیل کند باید با رعایت و لحاظ این دو مبنا به تعدیل بپردازد.

از لحاظ قانونی باید قانون حاکم بر قرارداد و اصول حقوقی مرتبط با آن تعدیل را تجویز کنند یا حداقل مانع آمره‌ای برای آن ایجاد نکرده باشند. در اینجا ملاک قانون حاکم بر قرارداد است، سکوت قانون حاکم بر قرارداد در خصوص تعدیل به معنی عدم تجویز آن نیست. مضافاً اینکه تعدیل قرارداد در بسیاری از نظام‌های حقوقی در شرایط خاصی و بر اساس اصول کلی حقوقی امری مقبول است.

از لحاظ انطباق تعدیل با قرارداد، ممکن است این ایراد به ذهن برسد که دادرس یا داور باید اختلاف موجود را در چارچوب قرارداد و با ارجاع به آن حل و فصل کنند، پس چگونه ممکن است چنین روندی منجر به تعدیل و اصلاح قرارداد شود. یعنی کسی که ماموریت داشته اختلاف را بر مبنای قرارداد و تراضی طرفین حل و فصل کند، مجاز شود تا مفاد قرارداد را تغییر دهد یا خلأهای آن را تکمیل کند. این تردید در مورد تعدیل توسط داورانی که خود صلاحیتشان را از تراضی و توافق طرفین به دست آورده‌اند قوی‌تر است. ماموریت داوران حل و فصل اختلافات ناشی از یا مربوط به قرارداد است، حال آیا این داوران می‌توانند به تعدیل مفاد تراضی رای دهند؟ البته باید به خاطر داشت مواردی که صراحتاً در قرارداد داوران مجاز به تعدیل شده‌اند از این بحث خارج خواهد بود.

پاسخ به این سؤال بیش از هر چیز در گروی برداشت ما از تعدیل است. اگر تعدیل را امری همانند تفسیر قرارداد و یا در راستای کشف اراده واقعی طرفین بدانیم، دادرس یا داور همان‌گونه که به تفسیر قرارداد می‌پردازد و از بین احتمالات متعدد در مورد معنا و مفهوم یک عبارت یکی را بر می‌گزیند و طرفین را به آن ملزم می‌کند، یا اینکه از نصوص قراردادی به تعهدات بنایی طرفین پی می‌برد و یا از قرارداد، تعهداتی را به عنوان تعهدات ضمنی احراز و بر عهده طرفین مستقر می‌سازد، می‌تواند با تعدیل قرارداد تعادل از دست رفته آن را احیا و قرارداد را به‌نحوی که در ابتدا مورد نظر طرفین بوده است بازنمایی کند. بسیاری از حقوق‌دانان بر این باورند که تعدیل قراردادی امری علیحده از تفسیر قرارداد نیست. در تفسیر ابزار کشف اصول لفظی و اماراتی چون عرف و عادت، دلالات التزامی و تضمینی، توجه به هدف و غایات طرفین است و در تعدیل نیز منطق اقتصادی و حفظ موازنه قراردادی مبنای برداشت دادرس یا داور از قرارداد خواهد بود. عرف و عادت مسلم حتی در مواردی در صورت عدم اطلاع طرفین از آن به آنها و روابط قراردادی شان تحمیل می‌شود در حالی که کسی جاری کردن عرف بر قرارداد را خلاف مفاد تراضی آنها

نمی‌داند و آن را خارج از قلمرو اختیار داوران تلقی نمی‌کند، حال چگونه ممکن است تصمیمات داور برای حفظ و استمرار موازنه قرارداد بر خلاف تراضی تلقی شود. بسیاری از اختلافات قراردادی ناشی از عدم پیش‌بینی ریسک‌ها و تغییرات اقتصادی است، حال اگر یافتن راهکار و حل و فصل اختلافات در این قبیل موارد خارج از حیطه اختیار دادرس و داور باشد نوعی نقض غرض خواهد بود و منجر به عدم کارآمدی نظام حل و فصل اختلافات خواهد شد. باید به خاطر داشت که حفظ قرارداد و تلاش برای زنده نگه داشتن آن از اصول مسلم حاکم بر قراردادهای تجاری است زیرا پایداری روابط اقتصادی به ثبات و کاهش هزینه‌های مبادلاتی منجر می‌شود.

در مورد تکمیل خلأهای قراردادی توسط داوران، همان‌گونه که قبلاً اشاره شد باید بین خلأهای عمدی و ابتدایی یعنی مواردی که طرفین عامدانه آنها را در قرارداد از ابتدا مسکوت گذاشته‌اند با خلأهای حادث قایل به تفکیک شد. به نظر نمی‌رسد که بتوان تکمیل خلأهای اولیه را داخل در قلمرو صلاحیت داوران کرد در حالی که تکمیل خلأهای حادث که با حل و فصل اختلافات قراردادی ملازمه پیدا می‌کند می‌تواند توسط داوران تکمیل شود.^۱

ه: تعدیل و تکمیل قرارداد توسط میانجی و سازش‌گر

میانجیگری و سازش از شیوه‌های مرسوم حل و فصل اختلافات است. شیوع و مقبولیت این شیوه‌ها برای حل و فصل اختلافات قراردادی نه تنها به عنوان پیش شرط ارجاع اختلاف به داوری یا دادگاه، بلکه به عنوان شیوه‌ای مستقل و خود بسنده در روابط تجاری موضوعیت یافته است. در خصوص سؤال از امکان تعدیل قرارداد توسط میانجی و سازش‌گر به نظر می‌رسد بسیاری از تردیدها و موانع حقوقی موجود بر سر راه تعدیل قرارداد توسط داور در خصوص تعدیل قرارداد در فرایند میانجیگری و سازش منتفی باشد. از آن جهت که نتیجه فرایند سازش و مصالحه فقط در صورت کسب تایید اطراف اختلاف اعتبار خواهد داشت، تضادی بین اعطای ماموریت به سازشگر و میانجی برای تعدیل و تکمیل قرارداد با اصل حاکمیت اراده، تقدس قرارداد و وفای به عهد وجود نخواهد داشت. در واقع در مرحله میانجیگری و سازش، فرایند منتهی به ارایه پیشنهادی برای تکمیل یا تعدیل به اطراف قرارداد خواهد شد و در نهایت پذیرش این راه حل توسط اطراف قرارداد به منزله تعدیل یا تکمیل قرارداد توسط خود آنان است. از اینرو برخی از حقوق‌دانان بهره‌گیری از ظرفیت میانجیگری و سازش در موارد یک‌ه تعدیل و یا تکمیل قرارداد ضرورت می‌یابد را توصیه می‌کنند.

۱. Berger, Klaus P. , op. cit. , p. ۳, and ۴.

بدیهی است الزام آور نبودن تصمیم میانجی و سازش گر نقیصه مهمی بر این فرایند است که در صورت قابل قبول نبودن فرمول تعدیل یا تکمیل برای یکی از اطراف قرارداد به بقای اختلاف و در معرض خطر قرارگرفتن حیات قرارداد منتهی می شود.

و: تعدیل قرارداد توسط داور

همان گونه که اشاره شد، داور برای تعدیل قرارداد باید به طور هم زمان از سه مرجع مجوز لازم را دریافت کرده باشد: قانون شکلی حاکم بر داوری، قانون ماهوی حاکم بر قرارداد و موافقت نامه داوری. لازم به ذکر است که در مذاکرات منتهی به تدوین قانون نمونه داوری آنسیترال، علیرغم مذاکرات طولانی و مباحث گسترده ای که در این خصوص بین نمایندگان کشورهای مختلف انجام شد، با تصریح به اختیار داور برای تعدیل قرارداد به این دلیل که تعدیل قرارداد موضوعی ماهوی است و قانون نمونه به عنوان یک قانون شکلی نمی تواند متضمن چنین حکمی باشد، مخالفت شد. حقوق دانان آلمانی به دلیل وجود اختیارات مشابهی برای داوران در حقوق داخلی آلمان پیشنهاد دهنده این موضوع بودند اما حقوق دانان انگلیسی چون مداخله داور در مفاد قرارداد را تجویز نمی کنند با این پیشنهاد مخالفت کردند.

موافقت نامه داوری سند اصلی تعیین کننده حدود اختیارات داوران است، در دست داشتن موافقت نامه داوری که صراحتاً به امکان تعدیل توسط داور تصریح کرده باشد تردیدی برای وجود این اختیار و صلاحیت باقی نمی گذارد. همچنین چنانچه در قرارداد در بندهای دیگری مانند بند مربوط به دشواری در اجرا به موجبات و شرایط تعدیل و امکان مداخله داوران و نیز ضوابط آن تصریح شده باشد، وجود این اختیار محل تردید نخواهد بود. بسیاری از حقوق دانان معتقدند که عبارات رایج بندهای مربوط به ارجاع اختلاف به داوری، نظیر عبارت ارجاع تمامی اختلاف ناشی و مربوط به قرارداد به داوری، به تنهایی و در شرایط متعارف اختیار تعدیل قرارداد به داور را اعطا نمی کند. از این رو بندهای رایج و متداول در قراردادها برای داوری را کافی برای تعدیل و تکمیل قرارداد توسط داوران ندانسته اند. به همین دلیل تفسیر شروط مربوط به حل و فصل اختلافات، در مواردی که تصریح به اختیار داور برای تعدیل ندارد، از اهمیت خاصی برخوردار خواهد بود.^۱

در صورت فقدان نص برای تعدیل توسط داور باید وجود اختیار را از موارد صلاحیت ضمنی داوران دانست و تجویز چنین تعدیلی را از خلال شروط مصرح و مفاد قرارداد با کمک تفسیر قرارداد احراز نمود. هرچند

۱. Ibid, p. 8

قاعده صلاحیت در صلاحیت، تشخیص و تعیین محدوده صلاحیت داوران را به خود آن‌ها واگذار کرده است، اما داوران در تصمیم‌گیری خود تابع قواعد و اصول حقوقی بوده و رای داورى که خارج از محدوده صلاحیت او صادر شده باشد باطل و یا قابل ابطال خواهد بود. به‌علاوه استثنایی بودن داورى نسبت به رسیدگی قضایی و نیز قاعده مسلم وفای به عهد و اصل حاکمیت اراده همگی تفسیر مضیق شرط داورى در مواردی که در خصوص صلاحیت داور در تعدیل و تغییر قرارداد تردید وجود دارد را اقتضا می‌کنند. در سال ۱۹۸۸ میلادی دیوان داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی، رای داد که شرط استاندارد داورى این نهاد در شرایط خاصی که در قراردادی دراز مدت درج شده باشد و بندهای متعددی از قرارداد تعدیل آن را در طول زمان اقتضا کند می‌توان به نحوی تفسیر شود که صلاحیت تعدیل را به داوران اعطا کند. در همان رای دیوان داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی تصریح نمود که در شرایط متفاوتی، همین بند ممکن است به نحو مضیق‌تری تفسیر شود. (رای شماره ۵۷۵۴، مرکز داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی) این تفسیر موسع از شرط داورى با توجه به هدف قرارداد و شروط متعددی از قرارداد که باز گذاشته شده بود ناشی شده است. در صورت فقدان چنین شرایطی که احراز صلاحیت ضمنی برای داوران را غیر ممکن کند، داوران از ورود در مقوله تعدیل پرهیز دارند و پیش‌بینی حالات و احتمالات متصور و پیش‌بینی راهکارهای مناسب را بر عهده طرفین قرارداد می‌دانند. حتی راهکار برون‌رفت از دشواری‌های اجرایی که به عنوان دشواری و تعذر در اجرا شناخته می‌شود باید توسط طرفین در قرار داد پیش‌بینی و ذکر شود و داوران بر خلاف خواسته و اراده طرفین وارد مقوله اصلاح و تکمیل قرارداد نشوند.

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، برای اینکه رای داور مبنی بر تعدیل قرارداد یا تکمیل خلاءهای قراردادی بر اساس کنوانسیون نیویورک قابلیت اجرایی و اعتبار داشته باشد باید نه تنها با معیارهای قانون محل اجرا بلکه با معیارهای قانون محل صدور رای نیز مطابقت داشته باشد. از این رو لازم است که مطابق با قانون محل صدور رای، داور اختیار تعدیل و تکمیل قرارداد را داشته باشد. تعداد کشورهایی که در آن‌ها قانون به صراحت برای داور صلاحیت مزبور را پیش‌بینی کرده است بسیار معدود است. در قانون داورى هلند و قانون داورى سوئد طرفین می‌توانند داوران را به تکمیل یا تعدیل قرارداد در محدوده‌ای فراتر از تفسیر مجاز کنند. (ماده ۱۰۲۰-۴ قانون داورى هلند و بند ۱-۲ قانون داورى ۱۹۹۹ سوئد) قانون داورى تجاری بین‌المللی بلغارستان اصلاح شده در سال ۱۹۹۳ چنین اختیاری را حتی بدون توافق طرفین به داوران داده است. در چنین مواردی، بی‌تردید اصل تشابه و همسانی اختیارات داوران و قضات به کمک گرفته می‌شود تا در فرض وجود اختیار تعدیل برای قضات و دادگاههای محل داورى، وجود این اختیار برای داوران نیز مفروض تلقی شود. در فرض سکوت قانون در خصوص امکان تعدیل قضایی، به‌نظر

نمی‌رسد تا راه تعدیل توسط داوران را مسدود تلقی کرد زیرا در این موارد می‌توان با مراجعه به قانون ماهوی محل داوری امکان تعدیل قرارداد توسط دادگاه یا داوری را بررسی کرد. برای مثال در قوانین شکلی ناظر بر داوری یا رسیدگی‌های قضایی آلمان اختیار تعدیل برای قاضی یا داور پیش‌بینی نشده است اما در قانون مدنی آلمان در ماده ۳۱۷ به عنوان یک قاعده ماهوی، به دادگاه اجازه داده شده است تا در صورت عدم تراضی طرفین به تعدیل، دادگاه قرارداد را تعدیل کند. حقوق‌دانان آلمانی از اختیار دادگاه، امکان تعدیل توسط داور را نیز استنباط کرده‌اند.^۱

آقای کالاس پیتر برگر معتقد است: در صورتی که نه در قوانین شکلی مربوط به صلاحیت دادگاهها و داوری و نه در قانون ماهوی مقر داوری تعدیل پیش‌بینی نشده باشد، مداخله داوران یا هیئت داوری در تعدیل علیرغم تجویز و اعطای اختیار تعدیل توسط اطراف قرارداد به آنها در محدوده داوری قرار نمی‌گیرد و از قواعد مربوط به داوری تبعیت نمی‌کند، بلکه مداخله شخص ثالثی است متفاوت از نوع مداخله داور یا هیئت داوری که باید بر اساس کلیات حقوق تعهدات نظام حقوقی حاکم بر ماهیت قرارداد مورد تفسیر و تحلیل قرار گیرد. عملکرد داوران یا هیئت داوری خارج از محدوده قانون قابل اعمال بر داوری قرار خواهد گرفت و امکان بازنگری و تجدیدنظر از این تصمیم هم تابع قانون ماهوی حاکم خواهد بود.^۲

باید توجه داشت که برای اعتبار تصمیم داوری به تعدیل، علاوه بر اعطای این اختیار به داوران توسط اطراف قرارداد و تایید آن توسط قانون شکلی، به رسمیت شناختن و تایید نتیجه این فرایند توسط قانون ماهوی حاکم بر قرارداد نیز ضرورت دارد. اینکه آیا اصولاً شرط تعدیل شرط معتبری هست یا نه، اینکه آیا ضوابط و معیارهای مقرر در این شرط اعتبار دارند یا خیر و نهایتاً اینکه آیا تعدیل از نظر ماهیت همان داوری است یا امر دیگری، باید با رجوع به قانون ماهوی تعیین شود. شروط قراردادی که تعدیل، ضوابط و مرجع آن را تعیین کرده نمی‌تواند با قواعد آمره قانون ماهوی حاکم بر قرارداد در تضاد باشد. رویه داوری بین‌المللی نیز به توجیه پذیر بودن تعدیل بر اساس قانون ماهوی حاکم بر قرارداد بیشتر از تجویز تعدیل در قانون شکلی حاکم بر فرایند داوری توجه کرده است و بر این اساس اگر نفس تعدیل با مانع ماهوی روبرو نباشد، با کمک قرآینی چون اختیار و صلاحیت ذاتی داوری و اصل همانندی اختیارات داور و قاضی می‌توان بر مانع سکوت قانون شکلی فائق آمد.

آنچه گفته شد مانع از آن نخواهد بود که اطراف یک قرارداد از داوران برای تعدیل و تکمیل قرارداد خود

۱. Ibid, p. ۱۱.

۲. Ibid, p. ۱۱, and ۱۲.

نظر مشورتی درخواست کنند، که در این صورت ماهیت امر به موضوع میانجیگری و سازش نزدیک خواهد شد.^۱

ز: نظریه وحدت داوری و تاثیر آن بر تعدیل قرارداد توسط داور

استاد معروف حقوق تطبیقی فرانسه پروفیسور رنه داوید که در ایران او را به واسطه اثر معروفش در زمینه حقوق تطبیقی تحت عنوان نظامهای بزرگ حقوقی معاصر می‌شناسند، به نظریه وحدت داوری^۲ معتقد است. پروفیسور داوید هم در کتاب خود با عنوان داوری در تجارت بین‌الملل و هم در گزارشی که به دهمین کنگره حقوق تطبیقی ارایه کرد به وحدت داوری تاکید می‌کند. به نظر ایشان داوری چه در مقام حل اختلاف و فصل خصومت و چه در جایگاه تکمیل خلأهای قراردادی و تعدیل آن دارای ماهیت یکسانی است و مرزبندی بین این دو مفهوم باید از میان برداشته شود. وی معتقد است علی‌رغم تلاشی که برای تفکیک این دو انجام شده و فرایند داوری در مقام حل اختلاف را امری قضایی و شکلی تلقی کرده و داوری در مقام تکمیل و یا اصلاح قرارداد را امری قراردادی و ماهوی می‌دانند، در واقع هیچ معیار و ملاکی برای این تفکیک و بازشناسی یکی از دیگری وجود ندارد. این جدا سازی، ریشه در کارکردهای متفاوت نهادهای مشابه در نظامهای حقوقی مختلف دارد، در حالی که با ارایه تعریف موسعی از داوری هر دو این مفاهیم در آن جا دارد.^۳ در ماهیت، داوری تصمیمی است که منافع بیش از یک نفر را که توسط اشخاص خصوصی اتخاذ شده متاثر می‌کند، در حالی که داور یا داوران نماینده هیچ‌کدام از اطراف اختلاف نیستند و از آنان خواسته شده تا بر اساس اصول و ضوابط معینی و به‌طور مستقل در خصوص موضوع در فرایندی شبه قضایی تصمیم‌گیری نمایند.

شباهت بین داوری مشمول مقررات شکلی با داوری مشمول حقوق قراردادها با عملکرد امروز دادگاهها افزایش یافته است. هیچگاه اختیار دادگاهها محدود به اعمال قواعد حقوقی موجود نسبت به واقعیات خارجی نبوده است، همیشه از دادگاه انتظار می‌رود تا وضعیت موجود را در شرایط خاصی تغییر دهند. تفکیک سنتی بین آرای موجد حق و آرای اعلامی دادگاهها موجد وجود هر دو صلاحیت برای دادگاه است. هرچند مداخله دادگاه در تنظیم روابط قراردادی با تفکر لیبرالی رایج در قرن نوزدهم تا حدود زیادی

۱. Ibid, p. 13, and 14.

۲. Oneness of Arbitration.

۳. Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more persons - the arbitrator or arbitrators - who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement. (David Rene, Arbitration in International Trade, 1985 Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 5).

محدود شده است، اما این نوع مداخله قطعاً انجام شده است اما تحت لوای تفسیر قرارداد و با مفروض دانستن برخی از مفاد در قرارداد تحت عنوان شروط ضمنی و با هدف ادعایی کشف اراده واقعی اطراف قرارداد. دوران شیفتگی و حاکمیت مطلق اصل آزادی اراده حتی در کشورهایی با نظام اقتصاد آزاد نیز سپری شده است. در حالی که همچنان اعتقاد بر این اصل که قضات قرارداد را تنظیم نمی‌کنند وجود دارد، اما مداخله دادگاهها در حقوق قراردادهای امری رایج شده است.

از این رو بحث و کنکاش بر سر این سؤال که آیا داوری صرفاً یک امر شکلی و فرایند تمیز حق است که جنبه اعلامی دارد یا امری قراردادی و موجد حق است، چندان در سرنوشت بحث تاثیرگذار نخواهد بود. به نظر پروفیسور داوید اطراف قرارداد می‌توانند به داوران مأموریت دهند تا اختلافات حقوقی را حل و فصل کنند یا در تنظیم روابط قراردادی بین آنها مداخله نمایند. در هر دو حالت وضعیت یکسان است. تفکیک بین داوری در این دو حالت مصنوعی و غیر قابل قبول است: در یک حالت داوری قصد دارد تا اختلافات حقوقی را حل و فصل نماید و در حالت دیگری هدف داوری تنظیم روابط قراردادی است. در هر دو حالت از شیوه‌ها و مهارت‌های مشابهی استفاده می‌شود، هدف مشابهی دنبال می‌شود و قواعد همانندی به کار گرفته می‌شوند. رواج قراردادهای دراز مدت که اقتضای فناوری‌های جدید است، توجه به این موضوع را ضروری‌تر می‌کند.

ضرورت امکان تعدیل قرارداد توسط نهاد داوری پیش‌بینی شده در قرارداد به‌خصوص در فرض حدوث دشواری و تعسر^۱ در اجرای قرارداد مورد توجه حقوق‌دان معروف انگلیسی پروفیسور اشمیتف نیز قرار گرفته است. وی در مقاله معروف خود در خصوص دشواری در اجرا و شروط مداخله‌گر در قرارداد^۲ ضمن بحث در مورد حدوث دشواری در اجرای قرارداد به ضرورت پیش‌بینی ضمانت اجرا برای شرط مزبور تاکید دارد و ضمانت اجرای مناسب و معمول را ارجاع موضوع به داوری می‌داند. ایشان تصریح می‌کند که شرط داوری مکمل مناسبی برای شرط حدوث دشواری در اجرای قرارداد است. به این بیان که اگر طرفین پس از بروز دشواری در اجرا به تکلیف به مذاکره مجدد برای یافتن راه حل مناسب عمل نکردند یا مذاکره در ظرف زمانی مقرر به نتیجه نرسید، هریک از طرفین می‌تواند به داوری مراجعه کند. سپس وی به مانع موجود در حقوق انگلستان بر سر راه رسیدگی داوری به درخواست تعدیل اشاره می‌کند و با توجه به اینکه دادگاههای انگلستان اجازه تعدیل قرارداد و تکمیل خلأهای آن را ندارند و قانون داوری انگلستان نیز در این زمینه فاقد تصریح و تجویز لازم است و داور باید دقیقاً بر اساس قواعد حقوقی رای

۱. Hardship

۲. Schmitthoff Clive M. , Hardship and Intervener Clause, Journal of Business Law 1980, (pp 82-91)

خود را صادر کند از اصل همسانی اختیارات دادگاه و داور عدم امکان تعدیل قرارداد توسط داور را نتیجه می‌گیرد. در حالی که در حقوق انگلستان مداخله اشخاص ثالثی غیر از داور در تنظیم روابط قراردادی با تراضی اطراف قرارداد تجویز شده است. به همین دلیل اگر طرفین اختیار حل و فصل اختلاف بر اساس اصول کدخدامنشی یا انصاف را به شخص یا اشخاصی داده باشند، این مداخله در تنظیم روابط قراردادی با مانعی روبرو نخواهد بود. کما اینکه در ماده ۹ قانون بیع کا لا انگلستان مصوب ۱۹۷۹، امکان واگذاری اختیار تعیین ثمن به ثالث به رسمیت شناخته شده است.^۱ پروفیسور اشمیتوف وضعیت موجود در حقوق انگلستان که به‌دور اجازه تعدیل و تکمیل قرارداد را نمی‌دهد یک نقیصه خوانده است و اظهار امیدواری می‌کند که تحولات بعدی قانون دآوری انگلستان، همسو با ضرورت‌های فضای قراردادهای مدرن و طولانی مدت تجارت بین‌المللی و برای تداوم قابلیت اجرای قرارداد پس از تحولات اساسی اقتصادی، سیاسی و اجتماعی این ظرفیت را در خود ایجاد کند.^۲ اما باید گفت تحولی که مورد نظر وی بوده در اصلاحات قانون دآوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز متأسفانه رخ نداده است. اصلاح اخیر قانون مدنی فرانسه که از ماه اکتبر ۲۰۱۶ قابلیت اجرایی یافته است، به ملاحظه ضرورت تعدیل قرارداد توسط قاضی و دادگاه در صورت تغییر در شرایط و اوضاع و احوال پاسخ مثبت داده است. ماده ۱۱۹۵ اصلاحی علاوه بر به رسمیت شناختن مفهوم دشواری و تعسر در اجرای قرارداد تکلیف به مذاکره مجدد را برای طرفین قرارداد در شرایط خاص ایجاد کرده است. این اصلاحیه همچنین اطراف قرارداد را مجاز کرده تا مشترکا از قاضی درخواست تعدیل قرارداد کنند.^۳ رهیافت جدید قانون مدنی فرانسه مورد استقبال جامعه حقوقی قرار گرفته و از اینکه قانون‌گذار فرانسوی به دنبال شناسایی نظریه تغییر اوضاع و احوال و ضرورت تعدیل در قراردادهای عمومی و اداری، به راهیابی تعدیل به فضای حقوق خصوصی تن داده است حقوق‌دانان و نهادهای بین‌المللی اظهار رضایت کرده‌اند.^۴ بی‌تردید این تحول در نظام حقوقی فرانسه و اعطای اختیار تعدیل به قاضی می‌تواند در کشورهای تابع یا همسو با این نظام تحول ایجاد کند. با این تغییر و با کمک

۱. Ibid, at pp. 88, and 89

۲. Ibid, at p. 91

۳. "Where a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the contract's conclusion renders performance exceedingly onerous for a party that had not accepted to assume such risk, the party may ask the other party to renegotiate the contract. It shall continue to perform its obligations during renegotiation. In the event of refusal or failure of the renegotiation, the parties may agree to terminate the contract, on a date and on terms determined by them, or jointly apply to a judge to proceed with its adaptation. Failing agreement within a reasonable period of time, the judge may, upon a party's request, revise the contract or terminate it, on the date and terms he decides."

۴. See, e. g. A French revolution: Hardship finds its way into the Civil Code, ICC Belgium (iccwbo. be); Hardship Under French Law, University of Oxford, Faculty of Law, (law. ox. ac. uk)

اصل همانندی اختیار دادرس و داور برای داوران نیز اختیار و امکان تعدیل با درخواست اطراف قرارداد وجود خواهد داشت. شاید رویه قضایی در تبیین معنای درخواست اطراف قرارداد گشاده دستی و فراخ نظری پیشه کند و از عمومات شرط‌های متعارف داوری درخواست ضمنی را برای تعدیل توسط داوران در مواردی که حل و فصل اختلاف جز با تعدیل امکان‌پذیر نیست استنباط کند. هرچند مصلحت‌اندیشی و مشکل‌گشایی، بسیاری از حقوق‌دانان را متقاعد کرده است که ضرورتی به نام همانندی و تشابه بین اختیارات داور و دادرس وجود ندارد و استثنایی بودن داوری نسبت به رسیدگی‌های قضایی موجب تضییق اختیارات داوری و تقلیل آن به اختیاراتی کمتر یا همانند اختیار داوران نمی‌شود.^۱

ح: تعدیل در صورت به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد

تعدیل قرارداد در واقع باز خوانی توافق طرفین در شرایط جدید است، زیرا هدف آن بازگرداندن تعادل اقتصادی مورد توافق طرفین به رابطه قراردادی در شرایطی تغییر یافته است. باید به خاطر داشت که در مواردی پایبندی مضیق به اصل وفای به عهد می‌تواند به نتیجه‌ای متضاد با هدف اصلی آن منتهی شود. متعهد نباید در حالتی که شرایط حاکم در زمان انعقاد قرارداد به نحو اساسی تغییر یافته است، مانند فورس ماژور و دشواری در اجرا^۲، به ایفای تعهدات مصرح در قرارداد ملزم گردد. شرایط موجود در زمان قرارداد ممکن است آن‌چنان دچار تغییر و تحول شود که فردی متعارف در صورت وجود چنین شرایطی اصولاً آن قرارداد را به نحو پیشین یا منعقد نمی‌کرد و یا آن را در صورت محتمل دانستن وقوع شرایط جدید به نحو دیگری منعقد می‌کرد.^۳ تردیدی نیست که تغییر در شرایط اقتصادی که اجرای قرارداد را غیر منطقی یا غیر ممکن سازد مانعی تلقی می‌شود که می‌تواند به رخدادهایی مانند فورس ماژور و یا دشواری در قرارداد منتهی شود. تفاسیر و رویه ایجاد شده ذیل ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد به نحو فزاینده‌ای عدم امکان اجرای قرارداد به دلایل اقتصادی^۴ را از معاذیر و موانع موضوع این ماده تلقی کرده است. در هر حال، هرگاه مانع اقتصادی به حدی نباشد که منتهی به حالت فورس ماژور شود که در نتیجه آن ایفای تعهدات قراردادی به حالت تعلیق در می‌آید یا قرارداد خاتمه می‌یابد، یعنی در حدی باشد که صرفاً موجب ایجاد دشواری و صعوبت اقتصادی در وفای به عهد شود و در نتیجه مطلوب‌تر برای طرفین بقای التزام به قرارداد با ایجاد تغییراتی در شرایط آن باشد، باید به راهکار تعدیل

۱. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, Arbitration International, Vol. 17, No. 1 (pp. 1-17), p. 16

۲. Hardship

۳. Pirozzi, Robertto, Developments In The Change Of Economic Circumstances Debate?, 16 VJ 95-112, ۲۰۱۲, p. ۹۹

۴. Economic Unaffordability

خوش آمد گفت. هدف اصلی قرارداد در تجارت تامین اصل قابل پیش‌بینی بودن و تضمین تحقق منافع و انتظارات قراردادی طرفین در معاملات تجاری است، لذا توسعه مواردی که موجب توقف یا خاتمه روابط قراردادی می‌شود به مصلحت نبوده و بقای قرارداد و یافتن راهکار مناسب در چارچوب قرارداد از مطلوبیت بیشتری برخوردار خواهد بود. با این رویکرد، مرجع است تا هر گاه امکان‌پذیر باشد موانع اقتصادی را به جای اینکه فورس ماژور تلقی کرد، از مصادیق دشواری دانست و راهکار تعدیل را به کار بست. اما از سوی دیگر هر گونه تغییر در شرایط اقتصادی نباید معادل تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد تلقی شود. همچنین نباید محدوده تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد و تعدیل را آن‌چنان موسع تفسیر نمود که مفهوم فورس ماژور و مانعیت آن در اجرای قرارداد محو شود، زیرا در این صورت قضات ملی به بهانه سکوت کنوانسیون بیع بین‌المللی در مورد مانع تحقق حادث در راه اجرا (فورس ماژور) به قوانین ملی خود رجوع خواهند کرد.^۱

برای دریافت اهمیت کاربردی تعدیل، توجه به یک مثال راهگشا است: در یک قرارداد سرمایه‌گذاری طرفین به نرخ معینی برای بازگشت سرمایه توافق کرده‌اند و بر همین اساس دوره بازپرداخت نیز معین شده است، حال اگر بنا به دلایلی همانند افزایش فوق‌العاده مالیات نرخ بازگشت سرمایه به شدت کاهش یابد اتخاذ راهکارهای تعدیلی از قبیل افزایش دوره بازپرداخت در واقع بازگرداندن قرارداد به همان مسیر و مبنای مورد توافق طرفین است. با این تعبیر تعدیل چیزی جز تفسیر و خوانش اراده واقعی طرفین و کشف مدلول ضمنی قرارداد در شرایط جدید نخواهد بود. پاسخ به یک سؤال مقدر از طرفین قرارداد در هنگام انعقاد آن، که اگر دریافتی سالانه سرمایه‌گذار کاهش یابد آیا او باید از بخشی از اصل سرمایه یا سود مورد انتظار خود چشم‌پوشی کند و یا اینکه با تعدیل دوره بازپرداخت یا کاهش هزینه‌های سرمایه‌گذاری او را در همان وضعیت مورد انتظار از قرارداد جانمایی کرد؟ بی‌تردید طرفین در یک قرارداد برد-برد به ضرورت بازنگری در قرارداد اذعان خواهند کرد. از این رو می‌توان گفت تعدیل قراردادی همان تفسیر قرارداد و کشف اراده باطنی طرفین در بستر تحولات زمان است. بنابراین همان‌گونه که تفسیر قرارداد و تکمیل خلأهای حادث در جریان اجرا امری گریز ناپذیر است، تعدیل نیز در این فرایند نوع خاصی از تفسیر و تکمیل قرارداد تلقی می‌شود که توسل به آن ضروری و غیرقابل‌اجتناب خواهد بود. نکته قابل تامل در این خصوص معیار و شاخص به هم خوردن تعادل اقتصادی در قرارداد است، زیرا بی‌تردید هر گونه کاهش در ارزش نتیجه اجرای قرارداد، یا افزایش هزینه‌های اجرای قرارداد، نباید و

۱. Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, 1986, Wien, at p. 192.

نمی‌تواند به عنوان موجبات تعدیل تلقی شود و دست داور را به تغییر در شرایط مصرح قرارداد باز نگذارد. هدف انعقاد قراردادها در روابط تجاری و اقتصادی دراز مدت تخصیص بهینه ریسک‌ها و تأمین اصل قابل پیش‌بینی بودن تعهدات و تبیین انتظارات مشروع قراردادی طرفین است. لذا همان‌گونه که در رای شماره ۶۲۸۱ دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آمده است، داوران از ورود و مداخله در روابط قراردادی طرفین در مواردی که به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد مسلم نیست و یا طرفین چنین حالتی را پیش‌بینی نکرده‌اند امتناع می‌کنند زیرا در غیر این صورت هر معامله تجاری، چنانچه هم زمان با انعقاد قرارداد تعهدات متقابل اطراف قرارداد به اجرا در نیاید، دچار عدم قطعیت خواهد شد یا اصولاً اجرای آن غیر ممکن می‌شود.^۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تدوین شده توسط موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم از ارایه معیاری برای تحقق دشواری در اجرا و اعمال مقررات مربوط به مذاکره مجدد و تعدیل خودداری کرده است. یادداشت‌های توضیحی و تفسیر رسمی که ذیل ماده ۶-۲-۲ نسخه سال ۲۰۱۰ میلادی منتشر شده است، در خصوص میزان تغییرات اقتصادی منتهی به دشواری و تعسر در اجرا^۲ به ضرورت تغییر در تعادل قرارداد به نحو اساسی تصریح می‌کند اما معیار اساسی تلقی شدن تغییر را ارایه نداده و آن را به بررسی شرایط خاص هر قرارداد و هر مورد واگذار کرده است.^۳ شایان ذکر است که در یادداشت ذیل همین ماده در نسخه سال ۱۹۹۴ به تغییر بیش از ۵۱ درصد در افزایش هزینه‌ها یا کاهش ارزش قرارداد به عنوان شاخصی برای اساسی تلقی شدن تغییر اشاره شده است.^۴ ارایه شاخص عددی برای نشان دادن تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد ابزاری متعارف و مفید تلقی می‌شود اما تعریف دامنه قابل قبولی برای این‌گونه تغییرات که در سطح بین‌المللی قابل اعمال باشد به سهولت دست یافتنی نیست. رویه بین‌المللی به ندرت و به‌طور استثنایی تغییرات کمتر از پنجاه درصدی در بها، ارزش یا عوض قراردادی را به عنوان مصادیق دشواری در اجرا پذیرفته است، هرچند در بسیاری از موارد علی‌الاصول امکان اعمال ضابطه عددی وجود ندارد.^۵

نتیجه‌گیری:

۱. ICC Award No. 6281 (1989), Yearbook of Commercial Arbitration, 1990, at pp.96.

۲. Hardship

۳. Comment No. 2 on Article 6. 2. 2 of UPICC (2010 edition) available at <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles>

۴. Comment No. 2 on Article 6. 2. 2 of UPICC (1994 edition)

۵. Girsberger, D. & Zapolskis, P. Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence. 2012, 19 (1): 121-141, at p 136.

در صورت تغییر شرایط موجود از شرایط حاکم در زمان انعقاد قرارداد که موجب دشواری‌های غیر متعارف در اجرا شود، به‌ویژه در صورت بر هم خوردن تعادل اقتصادی و بروز دشواری اقتصادی در اجرای قراردادهای دراز مدت، تعدیل به عنوان راهکاری برای حفظ حیات و استمرار قرارداد امری ضروری و بایسته است. تعدیل قرارداد می‌تواند بسیاری از اختلافات حادث در چنین مواردی را حل و فصل کند. اعمال تعدیل توسط داوران که مرجع حل و فصل اختلاف در بسیاری از قراردادهای درازمدت هستند هرچند از جهات نظری مورد چالش‌هایی قرار گرفته، اما این شبهات قابل پاسخ‌گویی است و کارکردها و مزایای عملی، دادن اختیار تعدیل به داوران موجب پذیرش آن در بسیاری از نظام‌های حقوقی و مراجع بین‌المللی شده است. در قراردادهایی که طرفین تعدیل را پیش‌بینی کرده‌اند و به اختیار داور برای تعدیل تصریح کرده‌اند، تعدیل قرارداد توسط داور در مقام حل و فصل اختلاف امکان‌پذیر است. اما در اینکه ماهیت این امر داوری است و این فرایند تابع قواعد و ضوابط داوری است یا نه اتفاق نظر وجود ندارد. تبعیت از نظریه وحدت داوری، راه را برای تلقی تکمیل و تعدیل قرارداد به عنوان یکی از کارکردهای داوری هموار می‌کند و در نتیجه فرایند تعدیل و تکمیل را تابع قواعد مربوط به داوری قرار می‌دهد. این رویکرد از آن جهت که فرایند تعدیل را تابع اصول و ضوابط شناخته شده داوری قرار می‌دهد و در مراحل مختلف رسیدگی، صدور حکم و شناسایی و اجرای آن از قواعد شناخته شده داوری تبعیت می‌شود قابل قبول‌تر از نظریه دیگری است که تعدیل و تکمیل قرارداد توسط داور را فرایندی مستقل می‌داند و آن را داوری و تابع قواعد داوری تلقی نمی‌کند، بلکه صرفاً تابع قانون حاکم بر ماهیت قرارداد قرار می‌دهد.

در موارد سکوت قرارداد از امکان تعدیل، تعدیل‌پذیری قرارداد تابع قانون ماهوی حاکم بر قرارداد خواهد بود. البته تجویز تعدیل توسط طرفین قرارداد هم در صورت عدم مغایرت آن با قواعد آمره قانون حاکم اعتبار خواهد داشت. عدم تصریح و یا تجویز صریح قانون بر امکان تعدیل به منزله مغایرت تعدیل با قواعد آمره تلقی نمی‌شود زیرا تعدیل امری علی‌حده از تفسیر و متمایز و متفاوت از سایر مداخلاتی که قانون‌گذار در قراردادها تجویز کرده است مانند احراز تعهدات ضمنی و مبنایی و اعمال عرف‌های رایج و مقبول بر قرارداد نمی‌باشد.

در صورت پیش‌بینی شرط داوری در قرارداد و سکوت طرفین از امکان تعدیل توسط داور، اصول حقوقی متعددی از جمله قاعده تشابه و همانندی بین اختیارات داور و دادگاه، قاعده وحدت داوری و نیز قاعده صلاحیت در صلاحیت و اختیار ذاتی داوران^۱ راه را برای تعدیل توسط داور هموار می‌کند. در پرتوی این

۱. Inherent power or authority of arbitrators

ملاحظات است که تعدیل قرارداد توسط داور مطلوبیت یافته و مناسب است تا جهت‌گیری‌های قانونی و قضایی در مسیر هموار شدن این مسیر هدایت شوند. لازم به ذکر است در این رویکرد تعدیل امری همسو و هم جهت با اراده طرفین و اقدامی در مسیر بازخوانی و دریافت قصد مشترک و انتظارات مشروع قراردادی تلقی می‌شود و داوران باید با این رویکرد اختیار تعدیل را اعمال کنند. در مقام پیشنهاد، یکی از شیوه‌های ایجاد همزیستی بین اختیار داور برای تعدیل و وفاداری به توافق طرفین و کاستن ایرادات و ملاحظات احتمالی نسبت به چنین تصمیمی، صدور رای داوری در موارد تعدیل به صورت آرای توافقی و یا سازشی^۱ است. در آرای توافقی یا سازشی طرفین با هدایت داوران در خصوص موضوعات مورد اختلاف مذاکره و توافق می‌کنند و نتیجه را به داوران اطلاع می‌دهند و نتیجه مذکور به صورت رای نهایی و الزام آور^۲ توسط داوری صادر می‌گردد. علاوه بر آن، تصریح به اختیار داور به تعدیل در داوری نامه^۳ در داوری‌های موضوع داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که تنظیم داوری نامه ضرورت دارد و ذکر از امکان تعدیل و تعیین معیارهایی برای آن در جلسات برنامه ریزی قبل از استماع^۴ در داوری‌های مشمول مقررات داوری آنسیترال نیز می‌تواند از فاصله محتمل بین راهکارهای تعدیلی و اراده طرفین بکاهد و به برخی از ایرادات پیش گفته نسبت به تعدیل قرارداد توسط داور پاسخ دهد. مراجع داوری منطقی باید هر تغییر در شرایطی را موجبی برای تعدیل تلقی نکنند و ضابطه و معیار مناسب برای تعدیل را از قرارداد و شرایط و اوضاع و احوال خاص هر مورد به دقت احراز کنند تا راه را برای شناسایی و اجرای آرای خود هموار سازند.

۱. Award on agreed terms, or Consent award; See: Julian D. M. Lew Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, at paras 24-29 - 24-31 Top of Form Bottom of Form

۲. Final and binding award

۳. Terms of reference

۴. Pre hearing conference; See: David D. Caron, Lee M. Caplan, The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press, 2013, p. 52-53

Bibliography:

1. David D. Caron, Lee M. Caplan (2013) , The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press.
2. Julian D. (2003) M. Lew Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International.
3. Girsberger, D. (1986) & Zapolskis, P. Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence
4. Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, 1986, Wien
5. UPICC (2010 edition) available at <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles>.
6. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, Arbitration International, Vol. 17, No. 1 (pp. 1-17).
7. Pirozzi, (2012) Robertto, Developments In The Change Of Economic Circumstances Debate?, 16 VJ 95-112.
8. Yearbook of Commercial Arbitration, 1990,
9. Schmitthoff Clive (1980) M. , Hardship and Intervener Clause, Journal of Business Law, (pp 82-91) Hardship Under French Law, University of Oxford, Faculty of Law, (law. ox. ac. Uk)
10. David Rene, (1985) Arbitration in International Trade, 1985 Kluwer Law and Taxation Publishers, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, www.unidroit.org/instruments.

۱۱. حسین آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۶-۱۳۷۷.

Possibility of Adaption of Contracts by Arbitrators under the Theory of Oneness Arbitration

Hamid Reza Oloumi Yazdi

Associate Professor, Department of Private and Economic Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran; Email: holoumiyazdi@yahoo.com

Abstract

Adaption of a contract when its performance leads to an excessive hardship, including an economic hardship, is widely accepted by the world's major legal systems as well as international practices; yet, the adaption of contracts by arbitrators remains a controversial issue. Arbitrators have the authority to resolve the outstanding disputes between the parties based on the terms of the contract and the rule of law. The competence of arbitrators for revision of the parties' agreement and adaption of its terms, in particular when the contract is silent regarding this scenario, could be inferred from the existing circumstances including terms of the contract and mandatory rules of the governing law. This paper claims that the adaption of a contract in a changed circumstance is nothing more than an interpretation of the parties' intent to maintain the contract's economic equilibrium. The adaption results in the restatement of the contractual term in the realm of keeping up economic balance of the contract. The theory of oneness of arbitration, as well as the principles of pacta sant servanda, competence in competence, and the similarity between jurisdiction of courts and arbitral tribunals have been employed to prove the legality of adaption of contracts by arbitrators, even when the contract and the governing law are silent on this issue.

Keywords: Adaption/revision of contract, arbitration, economic hardship, oneness of arbitration,



اثر ارتباط دعاوی بر گسترش صلاحیت محلی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه

بدیع فتمی^۱

چکیده:

اصل صلاحیت مرجع قضایی محل اقامت خوانده یک اصل جهانی است. این قاعده در راستای تسهیل دادرسی و صرفه‌جویی در هزینه‌های دعا و اداره شایسته جریان دادرسی در طول زمان در برابر انتقادات، انعطاف حقوقی نشان داد و از کلیت آن کاسته شد. یکی از مواردی که کلیت این اصل را تخصیص زده است، «ارتباط دعاوی» می‌باشد. در حقیقت یکی از آثار ارتباط دعاوی گسترش صلاحیت محلی است. در این پژوهش قلمرو گسترش صلاحیت محلی ناشی از ارتباط دعاوی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه مورد بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه: گسترش صلاحیت، توسعه صلاحیت محلی، ارتباط دعاوی، وحدت منشأ، دعاوی طاری.

در تعیین مقررات حاکم بر صلاحیت باید به گونه‌ای عمل شود که مصالح طرفین در طرح دعوا، دفاع و نیز مصالح دادگستری به نحوی که تناسبی بین این امور برقرار باشد، به خوبی تأمین شود. در همین راستا قانون‌گذاران در مقام ایجاد تعادل میان اهداف مختلف قواعد صلاحیت آنگاه که تنها مصالح دو طرف دعوا، ارجح بوده است، به مصالح خوانده اندیشیده‌اند و اصل «اقامه دعوا در محل اقامت خوانده» از همین رو بوده است. این اصل از حیث کلی بودن آن مورد انتقادهایی واقع بوده است؛ بنابراین در جست‌وجوی دادگاه صلاحیت‌دار «مناسب» و «مؤثر» و «کارآمد»، این اصل حاکم بر صلاحیت محلی و نیز به طور کلی مقررات صلاحیت محلی با استثناهایی مواجه شده است؛ یکی از این استثناهای طرح دعاوی طاری و مرتبط می‌باشد.^۱ این دعاوی احتمالاً در ابتدا از این حیث که ممکن است بر سرنوشت دعاوی اصلی اثر بگذارند یا موجب تعارض و تراحم آرا شوند^۲، محل توجه برای تحمیل استثنا بر مقررات صلاحیت بوده‌اند؛ اما امروزه باید عرصه فراخ‌تری را برای آن دید و نه تنها از حیث اثری که بر سرنوشت دعاوی اصلی می‌گذارند، بلکه مصالح دیگر مانند کاهش هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی دعوا و دادستان‌مندی نیکو نیز برای آن در نظر گرفت؛ بنابراین گسترش صلاحیت، به‌ویژه در مراجع بدوی، معقولانه و دوراندیشانه است؛ بنابراین نگاهی نو به قواعدی کهنه برای توسعه صلاحیت در آیین دادرسی مدنی ایران ضرورتی انکارناپذیر بوده است^۳ و افق‌های نو و قابل صرفه‌تری بر نظام حقوقی ما باز می‌کند. زیرا قواعد صلاحیت برای اداره شایسته جریان دادرسی و منافع اشخاص است.^۴

این مسئله در سه قسمت ارائه می‌شود: نخست به تاریخچه و مفهوم گسترش صلاحیت می‌پردازیم (۱) سپس به قلمرو گسترش صلاحیت محلی ناشی از ارتباط در هنگام طرح دعاوی اولیه (۲) و در فرجام به قلمرو گسترش صلاحیت محلی ناشی از طرح دعاوی طاری خواهیم پرداخت. (۳)

۱. ارتباط دعاوی آثار دیگری نیز در دادرسی ایجاد می‌کند. بنگرید: حسن‌زاده، مهدی، «اثر ارتباط دعاوی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، ش نخست، بهار ۱۳۹۴، ص ۱۲۶.

۲. حسن‌زاده، مهدی و فتحی، بدیع، «اثر ارتباط دعاوی مدنی بر سرایت شکایت‌پذیری آرا در ایران و فرانسه با تأکید بر رویه قضایی»، فصلنامه حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبایی، زمستان ۱۳۹۷، ص ۳۵ به بعد.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر بند ۲ ماده ۸۴ ق. آ. دم در خصوص ایراد ارتباط دعاوی (بند سوم ماده ۱۹۷ ق. آ. دم ۱۳۱۸) و ماده ۱۰۳ (ماده ۱۳۳ ق. آ. دم ۱۳۱۸) در خصوص تجمیع دعاوی مرتبط در یک شعبه، که تنها صحبت از ارتباط کامل شده است، با وحدت ملاک قابل اجرا در خصوص وحدت منشأ نیز دانسته‌اند که به نظر می‌رسد ناشی از همین نگاه بوده است. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۳، چاپ ۲، گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۴۸۴)

۵. CORNU et FOYER, Procédure civile, ۳e éd, ۱۹۹۷, Thémis, PUF, n°۳۹, p. ۱۸۸.

۱-۱- تاریخچه و تعریف گسترش صلاحیت و تحدید دامنه بحث

صلاحیت را شایستگی مرجع قضایی در رسیدگی به اختلاف می‌دانند.^۱ گسترش یا توسعه صلاحیت اصطلاحی قدیمی است که ریشه در حقوق رم دارد.^۲ منظور از گسترش صلاحیت^۳ این است که رسیدگی به ادعایی که در صلاحیت محلی یا نسبی یا حتی ذاتی مرجعی نبوده اما به جهت تأمین دادرسی منظم و عادلانه و حل و فصل بهتر و سریع‌تر ادعاها پرونده‌ها باید نزد یک مرجع رسیدگی شود؛^۴ بنابراین تجمیع پرونده‌ها نزد یک شعبه در دو شعبه از یک دادگاه را نمی‌توان توسعه صلاحیت نامید و از همین رو بخشی از ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و ماده ۳۶۸ و ۳۶۸ آ.د.م.ف در اینجا مورد بحث و تحلیل قرار نگرفته است. گسترش صلاحیت در مرحله بدوی و نیز در مراحل شکایت به رأی امکان تحقق دارد. گسترش صلاحیت گاه ناشی از توافق طرفین است که می‌توان آن را «گسترش ارادی صلاحیت»^۵ و گاه ناشی از حکم قانون است که می‌توان آن را «گسترش قانونی صلاحیت»^۶ و گاه ناشی از عمل قضایی است که می‌توان آن را «گسترش قضایی صلاحیت» نامید.^۷ می‌توان گفت که گسترش صلاحیت قضایی نوع خاصی از گسترش صلاحیت نیست و خود جزء گسترش صلاحیت قانونی محسوب می‌شود؛ زیرا در نهایت احاله پرونده تنها به موجب نص صریح قانون انجام می‌شود.^۸ همان‌گونه که گفته شد عوامل توسعه صلاحیت متفاوت هستند و ما در این پژوهش به گسترش قانونی صلاحیت محلی^۹ که ناشی از دعاوی مرتبط و دعاوی طاری باشد می‌پردازیم.^۱

۱. SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, t. 2, 1973, Sirey, no 1. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, Procédure civile, 31e éd., 2012, Précis Dalloz, no 1472. – CHOLET, in GUINCHARD [sous la dir. de], Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile 2014-2015, no 121. 00. Méline DOUCHY- OUDOT, Répertoire de procédure civile, Compétence, décembre 2014, n1

۲. vizoz, Revue trimestrielle de droit civ, paris, sirey, 1942, p227.

۳. Les extensions de compétence, La prorogation de la compétence

۴. هرمزی، خیرالله، توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ششم، بهار ۱۳۹۳، ص ۱۶۸.

۵. La prorogation conventionnelle

۶. La prorogation légale

۷. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, t. 2, 1974, Sirey, no 533.

۸. Ibid, no 534.

۹. در ماده ۱۴ و ۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ گسترش ارادی صلاحیت محلی مورد پذیرش قرار گرفته بود اما در قانون آ. د. م ۱۳۷۹ ایران و قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ گسترش ارادی صلاحیت (اعم از ذاتی و محلی) به صراحت مورد پذیرش قرار نگرفته است. برخی حقوق‌دانان با استنباط از بند ۱ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م بر این باورند که امکان توافق بر عدول از صلاحیت محلی جز در موارد محدودی مانند دادگاه محل مال غیر منقول و دعاوی مربوط به ترکه و ورشکسته و... وجود دارد. (بنگرید: هرمزی، پیشین، ص ۱۷۱) در آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز، برخلاف قانون قدیم، گسترش ارادی صلاحیت محلی، تنها در مورد تجار مورد پذیرش واقع شده است. ماده ۴۸ آ. د. م. ف و در ماده ۴۱ تحت شرایطی، همانند اینکه اختلاف به وجود آمده باشد، گسترش صلاحیت ذاتی مورد پذیرش قرار گرفته است.

۲-۱- یکسانی یا تفاوت صلاحیت نسبی و محلی

در حقوق ایران در خصوص اینکه صلاحیت نسبی خود گونه جدایی از صلاحیت ذاتی و یا محلی است و یا اینکه جزء یکی از این دو است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی صلاحیت نسبی را مترادف با صلاحیت محلی می‌دانند^۲ و برخی صلاحیت نسبی را گونه سومی از صلاحیت می‌دانند^۳ و برخی صلاحیت ذاتی را بر دو گونه صلاحیت ذاتی مطلق و صلاحیت ذاتی نسبی می‌دانند^۴. سرنوشتار فصل نخست باب نخست قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ که عبارت است از «در صلاحیت ذاتی و نسبی دادگاه‌ها» این مفهوم را می‌رساند که صلاحیت نسبی و محلی یک معنا دارند اما تا پیش از آن در حقوق ایران، به عنوان یک امر تثبیت شده، صلاحیت نسبی و محلی متفاوت بودند و امروزه نیز با تشکیل قانون شورای حل اختلاف صلاحیت نسبی و صلاحیت محلی را دو مفهوم متفاوت باید دانست. در حقوق فرانسه آن گونه که از ماده ۴۱ آ.د.م.ف و نیز نظرات دکترین بر می‌آید صلاحیت نسبی را از گونه صلاحیت ذاتی می‌دانند^۵ و حق هم همین است؛ چراکه خصوصیات صلاحیت نسبی به ویژه از این حیث که ملاک آن قلمرو جغرافیایی نیست، بیشتر به گونه صلاحیت ذاتی نزدیک است تا صلاحیت محلی.

۱. گسترش صلاحیت یکی از جلوه‌های وابستگی آیینی دعاوی مرتبط می‌باشد. (در خصوص این که اصل بر وابستگی آیینی میان دعاوی مرتبط می‌باشد یا اصل بر استقلال آیینی است اختلاف نظر است برخی گفته‌اند که اصل بر وابستگی آیینی است مگر در موارد استثنایی که دعاوی طاری شخصیت مستقل و جدید بودن خود را حفظ می‌کنند (فتحی، بدیع، دعاوی متقابل در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، به راهنمایی خیرالله هرمزی، زمستان ۱۳۸۶، صص ۵۳ و ۱۸۶؛ فتحی بدیع، مطالعه تطبیقی ارتباط دعاوی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه، رساله دکتری، به راهنمایی مهدی حسن‌زاده، دانشگاه قم، تیرماه ۱۳۹۸) و برخی نیز فرموده‌اند که اصولاً میان دعاوی اصلی و طاری وابستگی آیینی وجود ندارد مگر در موارد خاص (محسنی، حسن؛ حدود وابستگی دعاوی طاری به دعاوی اصلی: استقلال یا وابستگی آیینی، کتاب نقد رویه قضایی زیر نظر ناصر کاتوزیان، به اهتمام معاونت آموزش دادگستری استان تهران، چاپ نخست، جنگل، ۱۳۹۱، ص ۳۶۶).

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، ج ۱، چاپ ۲۸، ذراک، ۱۳۹۷، ص ۳۷۵ ش ۶۸۵. برخی نیز تعبیر صلاحیت محلی از مصادیق صلاحیت نسبی است، به کار برده‌اند؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۴، ص ۵۲۲؛ همان، ج ۱، ص ۸۳۳.

۳. هرمزی، پیشین، ص ۱۶۶ به بعد.

۴. فتحی، بدیع، جزوه آیین دادرسی مدنی ۳، تقریرات کلاسی دانشگاه تهران، پردیس فارابی، نیمسال دوم، ۱۳۹۸-۱۳۹۷.

۵. DOUCHY- OUDOT Méline, Compétence, Répertoire de procédure civile, 6e édition, décembre 2014, n

۴۵
didier Cholet - Sous la direction de Serge Guinchard, action Droit et pratique de la procédure civile, Titre La détermination des règles de compétence d'attribution, 9e ed, Dalloz, 2017/2018., n. n: 121. 10 - 121. 73.

۳-۱- اصل جهانی حاکم بر صلاحیت محلی

اصل صلاحیت مرجع قضایی محل اقامت خوانده^۱ یک اصل جهانی است. این اصل از اصطلاح و قاعده قدیمی لاتین «Actor sequitur forum rei» گرفته شده است.^۲ دادگاه محل اقامت خوانده از این حیث صالح به رسیدگی می‌باشد که اصل براءت و اماره دلالت ظاهر بر واقع، وی را پشتیبانی می‌کند.^۳ اگر قرار باشد در محلی غیر از این، اقامه شود می‌تواند موجب سوءاستفاده خواهان را فراهم کند که با طرح دعوای ایذائی خوانده را در موضع دفاع پرهزینه قرار دهد. محمد مصدق چنین گفته است «قانون این‌طور فرض می‌کند که تا او [خوانده] محکوم نشده ذی‌حق باشد لذا مدعی نمی‌تواند زحمت مدعی علیه را فراهم کرده او را به محکمه محل اقامت خود جلب کند بلکه از مدعی علیه باید به محکمه اقامتگاه او عرض حال داده، تظلم نماید.»^۴ همچنین مزیت مهم دیگری که طرح دعوا در محل اقامت خوانده دارد کاهش آرای غیابی است. تغییر بعدی محل اقامت خوانده تأثیری بر صلاحیت (مستقر) ندارد.^۵ در کنار اصل محل اقامت خوانده در دعاوی ناشی از قراردادهای، صلاحیت سه‌گانه مطرح می‌شود (ماده ۱۳) که دادگاه محل بستن قرارداد و محل اجرای تعهد نیز دارای صلاحیت می‌باشد. همچنین در مورد اموال غیرمنقول، صلاحیت دادگاه محل وقوع مال مورد پذیرش قرار گرفته است (ماده ۱۲ ق.آ.د.م) و استثنای دیگری نیز در امور حسبی و ارث و... وجود دارد که محل بحث آنها در این مقام نیست.

۲- قلمرو گسترش صلاحیت محلی در هنگام طرح دعوای اولیه

۲-۱- موضوع دعوا مربوط به مال منقول و غیرمنقول

ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که موضوع دعوا مربوط به مال منقول و غیرمنقول باشد. در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است، به شرط آنکه دعوا در هر دو قسمت ناشی از یک منشأ باشد.» «مثل این که مدعی به ادعای وراثت خود را مالک مال منقول و غیرمنقول معینی بداند.»^۶

۱. la compétence du tribunal du domicile du défendeur.

۲. V. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, 1961, t. 1, nos 242 s. – Chainais, Ferrand et Guinchard, Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne, 33e éd., 2016, nos 1523 s.

۳. شمس، پیشین، ص ۳۸۲، ش ۶۹۷؛ متین دفتری احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، چاپ ۲، مجد، ۱۳۸۱، صص ۲۷۵ و ۲۷۶.

۴. مصدق، محمد، دستور در محاکم حقوقی، به کوشش محسنی حسن، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، ص ۷۸.
۵. Civ. 2e, 18 juin 1975, no 74-10. 656.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ج ۳، ص ۴۸۵.

این ماده حاوی چند نکته مهم می‌باشد. نکته نخست ترجیح ضابطه دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول بر سایر ضوابط تعیین صلاحیت محلی می‌باشد. نکته دوم آنکه در این ماده گفته شده است دعوا در هر دو قسمت ناشی از «یک منشأ» باشد^۱ و صحبتی از «ارتباط دعاوی» نشده است اما باید توجه داشت که هنگامی که منشأ می‌تواند موجب عدول از صلاحیت محلی باشد، ارتباط و به‌ویژه ارتباط کامل که گونه‌ای از «تجزیه‌ناپذیری دعاوی» است، به طریق اولی موجب عدول از صلاحیت محلی و حتی نسبی می‌شود. از همین روست که ماده ۱۷ ق.آ.د.م در بحث دعاوی طاری به طور کلی و ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م در بحث دعاوی متقابل به طور خاص، عدول از صلاحیت محلی را هم ناشی از وحدت منشأ و هم ارتباط کامل تجویز کرده است. افزون بر همه اینها به باور ما وحدت منشأ خود یکی از ملاک‌های احراز ارتباط میان دعاوی است؛^۲ بنابراین یکی از مواردی که عدول از صلاحیت محلی تجویز شده است، ماده ۱۵ ق.آ.د.م می‌باشد. این ماده به‌ظاهر تنها در مورد دعاوی اولیه است؛ یعنی هنگامی که خواهان برای نخستین بار طرح دعوا می‌کند اگر اختلافی راجع به مال منقول نیز دارد که در صلاحیت دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول نیست، چنانچه دعاوی منقول و غیرمنقول او ناشی از یک منشأ باشد، می‌تواند در دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول طرح دعوی کند؛ در این صورت مرجع قضایی به دعوایی رسیدگی می‌کند که ابتدئاً و برابر عمومات و قواعد اولیه در قلمرو صلاحیت او نبوده و ناشی از قواعد ثانویه ارتباط دعاوی در قلمرو صلاحیت وی قرار گرفته است و از این حیث، صلاحیت آن مرجع توسعه می‌یابد؛ اما باید از این ظاهر در پرتو مقررات دیگر آیین دادرسی مدنی به عنوان یک کل منسجم^۳ و به‌ویژه مقررات دعاوی اضافی دست شست^۴ و اگر خواهان ابتدا در مورد مال غیرمنقول طرح دعوا کند و هنوز در جریان

۱. منشأ، خاستگاه دعوا می‌باشد مانند عقد نکاح که خاستگاه دعاوی زوجیت و نفقه می‌باشد. (بنگرید: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، چاپ نخست، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۹۱۹).
 ۲. بنگرید: محسنی، حسن، «رویکردی تطبیقی بر دعوی تقابل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۳، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۸۵ و در آرای قضایی: شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، ع. اخوان ملایری، سیدرسول حسینی طباطبائی، رئیس شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، مستشار شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، در مقام حل اختلاف رأی شعبه نخست دادگاه حقوقی مردن و شعبه ۹۱ دادگاه عمومی تهران موضوع قرار عدم صلاحیت ش ۶۹۸-۹۱/۸/۲۷.
 احتمالاً در دکترین فرانسه بره سن پری نخستین کسی است که در فرانسه برای تحقق ارتباط وحدت منشأ را به عنوان یک ضابطه در سال ۱۸۱۳ میلادی مطرح می‌کند.

saint prix, Berriat, Cours de procédure civile, Paris, Nêve, 1813. Fourcarde, La connexité en procédure civile, thèse, Paris, 1938, n11, p. 16.

۳. حقوق به عنوان یک کل منسجم (law as integrity نظریه رونالد دورکین فیلسوف حقوق آمریکایی می‌باشد بنگرید: Ronald Dworkin, Law's Empire, 1st ed, Harvard University Press, ۱۹۸۶).

۴. زیرا در دعاوی اضافی که گونه‌ای از دعاوی طاری است هنگامی که وحدت منشأ یا ارتباط میان دعوا وجود دارد، خواهان می‌تواند با عدول از مقررات صلاحیت محلی دعاوی خود را در دادگاه رسیدگی‌کننده به دعاوی نخست مطرح کند و از این رو در ماده ۱۵ ق.آ.د.م نیز در پرتو سایر مواد کارآمد و اثربخش‌تر کرد.

باشد می‌تواند و حتی مکلف است در همان دادگاه محل مال غیرمنقول، دعوای ناشی از مال منقول خود را مطرح کند؛ زیرا ممکن است هنوز بیم صدور آرای متعارض و متزاحم وجود داشته باشد؛ برای مثال اگر دادگاه دوم اعلام کند که قرارداد باطل است و دادگاه نخست حکم به اجرای تعهد دهد؛ در این صورت با دو رأی متعارض روبرو می‌شویم. روشن است که حکم مقرر در ماده ۱۵ ق.آ.د.م برای زمانی است که نخست یا همزمان با آن، دعوای مال غیرمنقول نیز مطرح می‌شود؛ بنابراین اگر دعوایی در مورد مال غیرمنقول مطرح نشود، دعا برابر عمومات در خصوص مال منقول مطرح می‌شود.

برای مثال اگر (الف) و (ب) که مقیم مشهد هستند قرارداد واحدی در خصوص فروش یک باب منزل واقع در شهر تهران و یک خودرو، در شهر تبریز منعقد کنند و هر دو تعهد اجرا نشود، در این صورت دادگاه تهران صلاحیت رسیدگی به دعوای الزام به تحویل یا تنظیم سند خودرو را دارد، اما اگر دعا تنها در خصوص خودرو باشد، در این صورت دادگاه تهران صالح به رسیدگی نیست و دادگاه مشهد (بر پایه ماده ۱۱ ق.آ.د.م) یا دادگاه تبریز (بر پایه ماده ۱۳ ق.آ.د.م) صالح به رسیدگی خواهد بود. ممکن است در مواردی از این مقرر مفید، سوءاستفاده شود و اشخاصی علی‌رغم علم به اینکه خوانده‌ای که دعا متوجه او نیست را به شمار خواندگان بیافزایند تا در محل مطلوب خود اقامه دعا کنند؛ بنابراین در اینجا ضرورت ضمانت اجرای تخلف از اصل حسن نیت در دادرسی احساس می‌شود.^۱

۲-۲- توسعه صلاحیت ناشی از تعدد خواندگان

ممکن است در یک عمل حقوقی یا ضمان قهری خواندگان متعدد و در حوزه‌های قضایی مختلفی اقامت داشته باشند. در این صورت اگر قرار باشد برابر عمومات و قواعد اولیه صلاحیت، عمل شود و قرار باشد در خصوص هر خوانده دعوایی جداگانه مطرح شود، این امر با اهداف عمده آیین دادرسی مدنی که تسهیل دادرسی و کاهش هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی دعا و جلوگیری از صدور آرای متعارض و متزاحم می‌باشد، ناسازگار است و خلاف اداره شایسته دادگستری است؛^۲ بنابراین ماده ۱۶ ق.آ.د.م اجازه اقامه دعا توسط خواهان در هریک از حوزه‌های قضایی یاد شده را داده است. این موضوع را می‌توان مصداقی از گسترش صلاحیت محلی دانست. در حقیقت هنگامی که دعوایی به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی خودرو که محل انعقاد آن شهر شیراز بوده علیه (الف) که مقیم تهران و (ب) که مقیم اهواز است و (د) که مقیم بندرعباس است، در شهر تهران مطرح می‌شود، دادگاه تهران صالح به رسیدگی به

۱. در کد آ.د.م فرانسه مشابه این ماده مشاهده نشد.

۲. la bonne administration de la justice.

۳. Douchy-Oudot, op. cit, n41.

دعوا علیه (ب) و (ج) و (د) برابر عمومات و قواعد اولیه صلاحیت نیست اما در اثر اعمال قاعده ثانویه صلاحیت یعنی ارتباط میان خواندگان چنین امر می‌شود که دادگاه تهران صالح به رسیدگی درخصوص همه دعاوی است و بدین‌وسیله گسترش دامنه صلاحیت دادگاه تهران محقق می‌شود.

با انتخاب محل رسیدگی از سوی خواهان برای دادگاه که خواهان به‌موجب قانون به آن مراجعه کرده است تکلیف رسیدگی ایجاد می‌شود.^۱ بنابراین اقدام برخی دادگاه‌ها که در هنگام صدور تصمیم قاطع دعوا اگر نسبت به خوانده‌ای که دعوا در محل او اقامه شده حکم به بی‌حقی می‌دهند و نسبت به خوانده دیگر مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت می‌کنند، درست نمی‌باشد.

برای نمونه شعبه ششم دادگاه عمومی رشت پس از رسیدگی به دعوی مطالبه دیه علیه اداره راه شهرستان رشت و شرکت بیمه و آقای م. د سرانجام دعوی خواهان‌ها را در مورد شرکت بیمه غیر وارد دانسته و رد کرده است^۲ و در مورد دعوا علیه اداره راه نیز قرار ردّ دعوا صادر کرده است و در خصوص دعوا علیه آقای م. د به لحاظ اقامت او در نمین به صلاحیت دادگاه عمومی نمین اعلام نظر شده است. اما شعبه نخست دادگاه عمومی نمین اقامه دعوا را بر مبنای ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی و طرح آن در دادگاه محل اقامت یکی از خواندگان در دادگاه عمومی رشت قانونی دانسته^۳ و با نپذیرفتن صلاحیت، پرونده را برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور فرستاده است. شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۸ اعلام داشته است: «... با عنایت به صائب بودن نظر دادگاه عمومی نمین و مستنداً به ماده ۱۶ و تبصره ذیل ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی رشت حل اختلاف می‌شود». همچنین شعبه ۵ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۹۲۰۱۸۸/۵ در تاریخ ۱۳۹۲/۵/۱۶ در خصوص اختلاف در صلاحیت بین شعبه دوم دادگاه عمومی دلیجان و شعبه ۱۸ عمومی کرج اعلام داشته است «با توجه به محتویات پرونده، نظر به اینکه در زمان [طرح دعوی در دادگاه] کرج دعوی مطروحه خواندگان دو نفر بوده‌اند که اختیار تعیین محکمه با خواهان بوده و اینکه ادعای خواهان به هر دلیلی در مورد احد از خواندگان منتهی به صدور حکم شود تأثیری در صلاحیت اولیه محکمه نداشته و... پرونده را جهت ادامه رسیدگی به شعبه دوم دادگاه‌های عمومی دلیجان ارجاع می‌نماید».

ماده ۱۶ ق.آ.د.م هنگامی که دعوا در مورد اموال غیرمنقول متعدد است نیز رعایت می‌شود. در دعوایی که خواهان، ابطال اسناد مربوط به املاک پدری خود را خواستار شده است که عبارت بوده‌اند از منزلی در

۱. پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۱۱۱۰۲۰۰۲۸۰ شعبه نخست دادگاه عمومی حقوقی (خانواده) شهرستان علی‌آباد کتول دادنامه ش ۹۲۰۹۹۷۱۷۶۵۰۰۰۵۷۰.

۲. دادنامه ش ۹۲۴/۱۲-۶۰۰۲۴۴.

۳. قرار ش ۹۲/۱۲/۶-۷۰۰۳۵۸۱.

زابل، زمینی در هیرمند و منزل دیگری در مشهد؛ شعبه دوم دادگاه عمومی زابل در خصوص املاک واقع در شهرستان هیرمند و مشهد قرار عدم صلاحیت صادر کرده^۱ و در مورد ملک واقع در زابل به ابطال سند رأی می‌دهد. شعبه چهارم دادگاه عمومی مشهد نیز به استناد ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی صلاحیت خود را نپذیرفته و پرونده را برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور فرستاده است.^۲ شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳/۲/۱۳۹۳ با استناد به ماده ۱۶ ق.آ.د.م و با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی زابل حل اختلاف در صلاحیت کرده است. اما در خصوص موردی که خواهان متعدد یا اموال منقول متعدد می‌باشد، حکمی مقرر نشده است. به نظر می‌رسد این یکی از کاستی‌های قانون آیین دادرسی مدنی است که باید مورد اصلاح قرار گیرد.

شناسایی و اجرای تجمیع پرونده‌های مرتبط به عنوان یک «اصل» توسط رویه قضایی می‌تواند ما را در رسیدن به چنین نتیجه‌ای و گرفتن وحدت ملاک یاری رساند. هنگامی که یکی از خواندگان مجهول‌المکان باشد اینکه آیا خواهان می‌تواند در محل اقامت خود طرح دعوا کند یا خیر باید گفت که این امر در رویه قضایی ایران مورد اختلاف است.

همچنین اگر خواندگان متعدد باشند و یکی از خواندگان مجهول‌المالک اعلام شود آیا خواهان می‌تواند در محل اقامت خود طرح دعوا کند؟ در شعبه نخست دادگستری شهرستان رزن این توانایی برای خواهان به رسمیت شناخته نشده و لذا این دادگاه قرار عدم صلاحیت به دادگاه مسجدسلیمان (محل اقامت خوانده دوم) صادر کرده است.^۳ شعبه دوم دادگاه مسجدسلیمان اعلام داشته است:

«... حسب ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی هرگاه یک ادعا راجع به خواندگان متعدد باشد که در حوزه قضایی مختلف اقامت داشته باشد خواهان می‌تواند به هر یک از دادگاه‌های حوزه محل اقامت خواندگان مراجعه کند و نیز اینکه حسب قسمت ذیل ماده ۱۱ قانون مذکور در صورتی که خوانده مجهول‌المکان باشد خواهان می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود مبادرت به طرح دعوی کند که در مانحن‌فیه هرچند که احدی از خواندگان در حوزه قضایی این دادگاه اقامت داشته اما از آنجایی که خواهان اختیار طرح دعوی در محل اقامت هر یک از خواندگان را با توجه به تعدد آنان داشته است و از آنجایی که به لحاظ مجهول‌المکان بودن احدی از خواندگان خواهان از اختیار قانونی حاصل از ماده ۱۱ فوق‌الاشعار استفاده و در دادگاه محل اقامت خود مبادرت به طرح دعوی کرده است این دادگاه با نفی صلاحیت از خود با استناد

۱. دادنامه ش ۲۰۱۰۰۰ - ۹۲/۵/۲۰.

۲. قرار ش ۱۳۳۵ - ۹۲/۱۲/۱۳.

۳. دادنامه ش ۹۲/۶۵۰.

به اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۲۶ و ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگاه حقوقی شهرستان رزن صادر و اعلام می‌دارد...»^۱

در فرانسه برابر زیر ماده ۴۲ کد آ.د.م.ف «... اگر خواندگان متعدد باشند، خواهان به انتخاب خود می‌تواند به مرجع قضایی محل اقامت هر کدام که بخواهد مراجعه کند.»^۲ در این مورد جهت جلوگیری از سوءاستفاده گفته شده است مرجع رسیدگی‌کننده باید نظارت لازم را داشته باشد و همه خواندگان باید واقعی و دعوا نیز علیه آنها جدی باشد^۳ و مرجع رسیدگی‌کننده باید نسبت به همه خواندگان صلاحیت موضوعی ذاتی^۴ داشته باشد و از حیث محلی دست‌کم نسبت به یکی از آنها دارای صلاحیت باشد.^۵ اما اگر دعوا علیه برخی خواندگان در صلاحیت دادگاه تجاری باشد و علیه برخی در صلاحیت دادگاه مدنی (امروزه دادگاه شهرستان)، خواهان باید در دادگاه مدنی اقامه دعوا کند زیرا صلاحیت وی عام است.^۶

گفته شده است که هنگامی خواهان می‌تواند از این اختیار استفاده کند که موضوع دعوا برای همه مشترک باشد^۷ و در رویه قضایی نیز آمده است که باید میان خواندگان پیوند و ارتباط وجود داشته باشد.^۸ خواهان نمی‌تواند جز در محل اقامت یکی از خواندگان، دعوا اقامه کند؛ بنابراین اگر یکی از خواندگان اقامتگاه انتخابی با خواهان داشته باشد «طرح دعوا» در محل انتخابی قابل پذیرش نیست^۹ و اگر یکی از خواندگان خارجی باشد؛ محل اقامت خواهان می‌تواند در محل اقامت خود، علیه همه خواندگان اقامه دعوا کند.^{۱۰} زیرا برابر زیر ماده ۴۲ آ.د.م.ف اگر خوانده در کشور خارجی اقامت دارد می‌تواند به مرجع قضایی هر محلی به انتخاب خود مراجعه کند.^{۱۱} این قاعده همچنین در مورد اشخاص حقوقی نیز به کار گرفته می‌شود.^{۱۲}

۱. طی دادنامه ش ۹۲۰۹۹۷۶۱۷۰۲۰۱۲۵۵.

۲. محسنی، حسن (مترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ ۴، سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۸۹.

۳. Com. 13 avr. 2010, no 09-11. 885, Bull. civ. IV, no 77.

۴. compétent matériellement.

۵. Douchy-Oudot, op. cit, n41. Voir aussi T. civ, Seine, March 18, 1952, Gas Pal, 1952. 1. 333, RTD civ 1953. 154, obs Hébraud.

۶. V. supra, no 17. – Com. 26 nov. 1958, Bull. civ. III, no 405.

۷. SOLUS op. cit, no 268.

۸. Civ. 16 janv. 1924, DP 1925. 1. 13, note Aubrun. – Toulouse, 20 juin 1995, D. 1995. 628, note Agostini.

۹. Douchy-Oudot, op. cit, n45.

۱۰. Com. 12 juill. 1950, S. 1952. 1. 41.

۱۱. محسنی، پیشین، ص ۸۹.

۱۲. Civ. 1re, 8 juin 1979, Bull. civ. I, no 171.

۳- توسعه صلاحیت محلی ناشی از طرح دعاوی طاری

۳-۱- توسعه صلاحیت ناشی از طرح دعاوی طاری در ایران

آثار سوئی که صدور احکام متعارض در پی دارد و نیز نتایج بزرگ و چشمگیری که رسیدگی همزمان به پرونده‌های مرتبط محقق می‌کند؛ قانون‌گذار را بر آن داشته است که در مورد دعاوی طاری به‌طور کلی حکم کند که در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوی اصلی در آنجا اقامه شده است (زیر ماده ۱۷ ق.آ.د.م). در ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م در زیر دعاوی متقابل آمده است که «خوانده می‌تواند در مقابل ادعای خواهان، اقامه دعوا کند. چنین دعوایی در صورتی که با دعوی اصلی، ناشی از یک منشأ باشد یا ارتباط کامل داشته باشد، دعوی متقابل نامیده شده و توأمان رسیدگی می‌شود...» در ادامه این ماده گفته شده است که «چنانچه دعوی متقابل نباشد، در دادگاه صالح به‌طور جداگانه رسیدگی خواهد شد»؛ یعنی اگر دعوا شرایط دعاوی متقابل را نداشته باشد در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود، اما اگر دعوا واجد شرایط دعاوی متقابل باشد دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی اصلی به دعوی متقابل نیز رسیدگی می‌کند هرچند که برابر عموماً و قواعد اولیه صلاحیت، دارای صلاحیت نمی‌باشد؛ بنابراین اگر (الف) مطالبه دویست میلیون ریال ثمن فروش یک نرم‌افزار را از (ب) در شهر تهران (شهر محل انعقاد قرارداد) مطرح کند و (ب) نیز در پاسخ دعاوی متقابل تهاوتر قضایی ناشی از تخریب خودروی خود که در شهر اصفهان واقع شده را علیه (الف) بخواهد مطرح نماید، باید در دادگاه تهران مطرح کند.

در اینجا بی‌تردید منظور از دادگاه صالح دادگاه صلاحیت‌دار محلی می‌باشد و اگر دعاوی متقابل در صلاحیت ذاتی دادگاه دیگری باشد، دعوا باید در مرجع صلاحیت‌دار ذاتی مورد رسیدگی قرار گیرد «در این صورت هرگاه رسیدگی به دعوی اصلی متوقف به رسیدگی به دعوی متقابل باشد، دادگاه رسیدگی به دعوی اصلی را تا رسیدگی به دعوی متقابل در دادگاه صالح برای جلوگیری از صدور احکام متعارض متوقف می‌کند»^۱ (ماده ۱۹ ق.آ.د.م) بنابراین در این صورت مجوزی برای توسعه صلاحیت در اینجا وجود ندارد؛ اما در خصوص صلاحیت نسبی وضعیت به گونه دیگری است که در ماده ۲۱ ق. شورای حل اختلاف ۱۳۹۴^۲ آمده است که رسیدگی به هر دو دعوی اصلی و طاری یا مرتبط به دادگاه سپرده می‌شود.

الف- الزام یا اختیار طرح دعاوی طاری در نزد دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی اصلی

پرسش عمده این است که آیا خوانده الزاماً باید دعوی خود را زیر عنوان «دعوی متقابل» و در همان

۱. محسنی، حسن، «رویکرد تطبیقی بر دعاوی متقابل»، ص ۱۸۹.

۲. ماده ۲۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴: «در مواردی که دعوی طاری یا مرتبط با دعوی اصلی از صلاحیت ذاتی شورا خارج باشد، رسیدگی به هر دو دعوی در مرجع قضائی صالح به عمل می‌آید.»

دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی مطرح کند؟ به نظر می‌رسد که دو پاسخ متصور است؛ نخست آنکه خوانده الزامی در طرح دعوای خود تحت عنوان دعوای متقابل ندارد و واژه «می‌تواند» در ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م مفید اختیار وی است و دوم اینکه این واژه در اینجا به معنای اعطای توانایی و اعطای فرصت است اما اینکه خوانده الزام دارد که دعوای خود را تنها در همان دادگاه مطرح کند، می‌تواند محل بحث باشد. فهم این بحث در دو نکته است. یکی نگاهی به مجموعه قواعد آیین دادرسی مدنی به عنوان یک کل منسجم و دیگری قاعده دوری از خطر.

این ماده دو فرض دارد؛ یک فرض هنگامی که دعوای متقابل با دعوای اصلی ارتباط کامل دارد و فرض دیگر هنگامی که دعوای متقابل با دعوای اصلی وحدت منشأ دارد. ما در اینجا در پی آن هستیم که آیا می‌توانیم در مورد یک فرض از این ماده (ارتباط کامل) الزام در طرح دعوا در همان دادگاه اولیه را استنباط کنیم یا خیر؟ و روشن است که در صورت اثبات این امر در مورد فرض دیگر (وحدت منشأ) هم خودبه‌خود این الزام اثبات می‌شود.

اگر بر این باور باشیم که خوانده الزامی ندارد که دعوا را در همان دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی مطرح کند و او اختیار دارد که دعوای خود را برابر عمومات قانون آیین دادرسی مدنی در بحث صلاحیت مطرح کند، در این صورت چنانچه ارتباط کامل میان دعوای دوم و دعوای اولیه وجود داشته باشد، برابر بند ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ ناظر به همین بند و ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م، در هر صورت دعوای دوم باید در مرجع رسیدگی کننده به دعوای نخست مطرح شود و پرونده‌ها نزد آن مرجع، تجمع شود؛ بنابراین در نهایت پرونده‌ها و دعوای در این فرض باید تجمع شود و این امر با لحاظ مقررات یاد شده الزامی است؛ اما دقت در تشریفات تجمع پرونده‌ها وفق جدیدی روی چشم ما باز می‌کند که در نهایت خرد حقوقی تازه‌ای به ما عرضه می‌کند.

تشریفات تجمع این است که هر کدام از این دو دادگاهی که پرونده نزد آنها است باید پرونده دیگر را برای احراز ارتباط کامل مطالبه کند و چنانچه ارتباط کامل احراز شد آنگاه اگر دادگاه دوم پرونده را مطالبه کرده باشد پرونده را برای دادگاه اولیه می‌فرستد و اگر دادگاه اولیه پرونده را مطالبه کرده باشد^۱ پرونده را با گزارشی از پرونده‌ای که نزد خود است یا بدل آن را برای دادگاه دوم می‌فرستد و تقاضای ارسال پرونده می‌کند روشن است که در این میان مطالبه پرونده‌ها و تهیه گزارش و ارسال پرونده و گاهی کندی در ارسال پرونده واصل شده موجب تجدید اوقات رسیدگی نیز می‌شود؛ اوقات رسیدگی‌ای که در

۱. البته در رویه محاکم صورت دوم کمتر رخ می‌دهد. غالباً کسی به استقبال پرونده نمی‌رود و قاعده «بنداز» اولی است.

برخی نقاط کشور حدود شش ماه از تاریخ ثبت دادخواست می‌باشد؛ این دغدغه به ملاحظه آمار انفورماتیک هم کاملاً محسوس است. برای نمونه در شهریور ۱۳۹۶ تعداد ۹۸۴۱ پرونده در محاکم عمومی و خانواده شهر تهران تجدید وقت شده است و در این میان به جهت عدم وصول پرونده یا ضرورت مطالبه و ملاحظه پرونده، تعداد ۲۰۸۶ پرونده، تجدید وقت شده‌اند و در مدت مشابه سال ۱۳۹۷ تعداد ۷۳۹۱ پرونده تجدید وقت شده است که از این تعداد ۱۸۷۸ تجدید وقت به علت‌های یادشده بوده است.^۱ هرچند مشخص نیست که چه تعداد از این پرونده‌ها به جهت احراز ارتباط دعوی بوده است، اما این آمار، در فرض ثبت درست آن توسط کاربر دفتری، به ما نشان می‌دهد که چقدر ارسال پرونده خطر تجدید وقت را بالا می‌برد.^۲

حال آیا سخن گزافی بوده است اگر بر این باور باشیم که برابر ماده ۱۴۱ خوانده الزام دارد که دعوا را در همین دادگاه مطرح کند تا هم دادرسی تسهیل شود و هم در وقت گران‌بهای رسیدگی صرفه‌جویی شود؟ به نظر می‌رسد پذیرفتن راهی جز این، «اکل از قفاست» و قانون را باید تحلیل عقلانی کرد تا به درک روشن‌تری از آن رسید. اما سخن در خصوص هنگامی است که دعوی دوم وحدت منشأ با دعوی اولیه دارد در این فرض تجمیع پرونده‌ها از طرف بند ۲ ماده ۸۴ و ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مورد حمایت قانونی قرار نمی‌گیرد اما این الزام را می‌توان از قاعده دیگری به دست آورد. در فلسفه گفته می‌شود که در خصوص یک موضوع نباید با «استاندارد دوگانه» عمل کرد؛ بنابراین هنگامی که برای دعوی متقابلی که در همان دادگاه مطرح می‌شود این الزام را به دست آوردیم اگر در مورد وحدت منشأ که در کنار آن ذکر شده، حکم متفاوتی دهیم استاندارد دوگانه‌ای در مورد یک حکم به کار برده‌ایم که امری تبعیض‌آمیز و خلاف شیوه خردمندان است. در حقیقت بام این ماده تاب دو هوای متفاوت را ندارد.

ب- ضمانت اجرای سرپیچی از این الزام

بحث بعدی ضمانت اجرای سرپیچی از این الزام است که البته کمی وضعیت پیچیده است اما به نظر می‌رسد که اگر وکیل چنین رفتاری کند، بی‌گمان تخلف انتظامی است؛ زیرا اصل حسن نیت در دادرسی را نقض کرده است و به جای مشارکت در تسهیل دادرسی موجب اخلال در روند آن شده است و اگر خوانده خود دست به چنین کاری بزند از آنجا که خلاف حسن نیت در دادرسی اقدام کرده است وی

۱. معاونت آمار و فناوری اطلاعات دادگستری کل استان تهران نامه ش: ۱۹/۳۰۵۰ تاریخ ۱۳۹۷/۷/۱۴ موضوع: گزارش تعداد اوقات تجدید شده و تعداد پرونده‌های ورودی مربوط به ده اتهام / خواسته اول، شهریور ۹۷.
۲. به طور کلی و به تجربه یافته‌ام در پرونده‌های قضایی همین که مستلزم صدور نیابت قضایی یا ارسال پرونده از مرجعی به مرجع دیگر شده، دچار افت شدید می‌شود؛ از همین رو در پرونده‌های سرقت، سارقان با سابقه معمولاً اموال را در حوزه قضایی محل وقوع جرم به فروش می‌رسانند تا با دادن نیابت پرونده دچار «افت تحقیقاتی» شود.

نقض تکلیف و لذا تقصیر کرده است و در صورت ورود ضرر به طرف مقابل، مسئول جبران آن می‌باشد. ممکن است ایراد شود که مگر امکان وجود الزام و تکلیف بدون ضمانت اجرای مستقیم وجود دارد؟ به نظر می‌رسد که در برخی مواد قانون آیین دادرسی مدنی نیز چنین تکلیف و الزام‌های مشابهی وجود دارد که ضمانت اجرای آن را در حد تخلف انتظامی و کیل یا مسئولیت قهری طرف دعوا باید تحلیل کرد؛ مانند ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م که مقرر می‌دارد: «اگر دعاوی دیگری که ارتباط کامل با دعاوی طرح شده دارند در همان دادگاه مطرح باشد، دادگاه به تمامی آنها یکجا رسیدگی می‌کند و چنانچه در چند شعبه مطرح شده باشد در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه نخست یکجا رسیدگی خواهد شد. در مورد این ماده و کلا یا اصحاب دعوا مکلفند از دعاوی مربوط، دادگاه را مستحضر کنند.» در راستای اداره شایسته جریان دادرسی پیشنهاد می‌شود که برای نقض این تکلیف ضمانت اجرای جریمه نقدی دیده شود؛ که برای درخواست پرونده مرتبط و احراز آن و نیز در صورت احراز ارتباط برای ارسال پرونده به دادگاه دیگر؛ سرمایه عمومی و بیت‌المال به هدر نرود. بنابراین با اندکی دقت می‌توان پی برد که این «الزام» چه سودهایی برای طرف مقابل و بیت‌المال دارد و چقدر موجب تحقق اصل سرعت در دادرسی می‌شود؟

ب- دعاوی طاری غیرمنقول در مرجع رسیدگی کننده به دعاوی اصلی

پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر دعاوی متقابل راجع به اموال غیرمنقول باشد آیا همچنان دعوا باید در دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی اصلی اقامه شود؟

اطلاق زیر ماده ۱۷ و ماده ۱۴۱ این نظر را تأیید می‌کند که دعاوی متقابل باید در دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی اصلی اقامه و رسیدگی شود اما برخی بر این باورند که قاعده صلاحیت مربوط به اموال غیرمنقول حاکم بر قاعده تشخیص صلاحیت رسیدگی به اموال منقول است و در هر صورت دو دعوا باید در محل دادگاه اموال غیرمنقول اقامه شود.^۱ روح ماده ۱۵ ق.آ.د.م هم این نظر را تأیید می‌کند. در این میان می‌توان نظر بینابینی به این صورت مطرح کرد که دعاوی متقابل باید در دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی اصلی اقامه شود تا این دادگاه نظارت خود را بر تشخیص صلاحیت اعمال کند و در صورت تشخیص ارتباط دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی اصلی به صلاحیت دادگاه صالح به دعاوی متقابل، اعلام عدم صلاحیت خواهد کرد.

در دعاوی ورود ثالث و جلب ثالث چنین امری می‌تواند محقق شود. در ایران درخصوص دعاوی ورود ثالث و جلب ثالث در مواد ۱۳۰ تا ۱۴۰ ق.آ.د.م مقرر دیگری که حاکی از توسعه صلاحیت محلی باشد

۱. فتحی، بدیع؛ دعاوی متقابل در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه؛ و فتحی بدیع، مطالعه تطبیقی ارتباط دعاوی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه، رساله دکتری.

مشاهده نمی‌شود؛ اما در ماده ۱۷ ق.آ.د.م در تعریف دعوای طاری گفته شده است که «هر دعوایی که در اثنای رسیدگی به دعوای دیگر از طرف خواهان یا خوانده یا شخص ثالث یا از طرف متداعیین اصلی بر ثالث اقامه شود، دعوای طاری نامیده می‌شود. این دعوا اگر با دعوای اصلی مرتبط یا دارای یک منشأ باشد، در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوای اصلی در آنجا اقامه شده است.» عبارت زیر این ماده که مقرر داشته است «در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوای اصلی در آنجا اقامه شده است» در خصوص تمام دعوای طاری و یکی از قواعد عمومی دعوای طاری می‌باشد و بحث‌های مطرح در مورد دعوای متقابل در اینجا نیز مطرح می‌شود.

۳-۲- اثر طرح دعوای طاری بر صلاحیت محلی در ق.آ.د.م فرانسه

در حقوق فرانسه در ماده ۵۱ ق.آ.د.م که هم در مورد صلاحیت ذاتی و هم در مورد صلاحیت محلی اعمال می‌شود مقرر داشته است «دادگاه شهرستان به هرگونه دعوی طاری که در صلاحیت انحصاری مرجع قضایی دیگری نیست رسیدگی می‌کند. دیگر مراجع قضایی صرفاً به دعوای طاری داخل در صلاحیت ذاتی رسیدگی می‌کنند مگر در مواردی که قوانین خاص به‌نحو دیگری مقرر کرده باشند.» ماده ۵۱ اعلام می‌دارد که دعوای طاری چنانچه در دادگاه شهرستان مطرح شود اگر دعوا در صلاحیت ذاتی دادگاه شهرستان نباشد این دادگاه نمی‌تواند به آن رسیدگی کند اما اگر در صلاحیت نسبی آن نیست می‌تواند رسیدگی کند مگر اینکه موضوع در صلاحیت انحصاری مرجع دیگری باشد.

این موضوع درخصوص صلاحیت نسبی از نوع میزان خواسته در ماده ۳۷ ق.آ.د.م.ف با لحاظ استثنای دعوای متقابل ناشی از ضرر و زیان طرح دعوای اصلی نیز آمده است. این حکم همچنین در موردی که صلاحیت وابسته به طبیعت اختلاف باشد نیز اعمال می‌شود.^۱ این راه حل همچنین در فرض تجزیه‌ناپذیری دعوای به منظور بیم از صدور آرای متعارض از گذشته تاکنون، اعمال می‌شود.^۲

دیگر مراجع تنها مجاز به عدول از صلاحیت محلی هستند. در حقیقت این ماده هرچند به صراحت پیش‌بینی نکرده است که دعوای طاری باید در مرجع قضایی رسیدگی به دعوای اصلی مطرح شوند اما این ماده این معنی را نیز در خود جا داده است. این تفسیر به‌ویژه با ماده ۳۳۳ در مورد دعوای دخالت اجباری شخص ثالث (جلب شخص ثالث) تقویت می‌شود. برابر این ماده «مجلوب ثالث ملزم به حضور در

۱. Com 21 Oct. 1968, civic Bull IV, no 276. - Com 1 Jan 1970, ibid IV, no 328 - Civ 1, 12 Dec 1979, D. 1981. 330, note Brunois - Civ 2, 20 Feb 1985, Gas Pal 1985. 2. Pan 171.

De la même façon, le principe s'applique lorsque la compétence dépend de la nature du litige.

۲. Civ. 11 juill. 1916, DP 1918. 1. 49. - Req. 19 déc. 1922, DP 1923. 1. 189. - Civ. 3e, 3 mai 1978, Bull. civ. IV, no 187 ; RTD civ. 1978. 920, obs. Normand.

مرجع قضایی رسیدگی کننده به دعوای اصلی است و او نمی تواند به عدم صلاحیت محلی این مرجع حتی به استناد شرط اعطای صلاحیت ایراد کند.»

علت وضع مقرره ای خاص در مورد جلب ثالث از این رو بوده است که او بر خلاف سایر دعوای طاری و از جمله ورود شخص ثالث اختیاری در انتخاب صلاحیت ندارد. تأکید از باب احتیاط بوده است. به ویژه که قید شده است که اگر توافقی میان ثالث و طرفین درخصوص انتخاب مرجع صالح محلی نیز بوده باشد، این توافق نادیده گرفته می شود و مرجع رسیدگی به دعوای اصلی صالح است.^۱

دعوای طاری حتی اگر نه به عنوان طاری بلکه به عنوان دعوای اصلی نیز طرح شوند باز در صلاحیت مرجع رسیدگی کننده به دعوای اصلی است؛^۲ بنابراین عدم توصیف دعوا به عنوان دعوای طاری تأثیری در حکم این ماده نمی گذارد. قاعده مذکور در ماده ۵۱ تنها در موردی که صلاحیت مرجع دیگر انحصاری است، اعمال نمی شود؛ بنابراین دادگاه شهرستان نمی تواند به مواردی که در صلاحیت شورای رسیدگی به دعوای کارگر و کارفرما^۳ است^۴ و دادگاه رسیدگی به اجاره بهای کشاورزی^۵ و... رسیدگی کند.^۶

بنابراین به طور کلی ارتباط میان دعوای در حقوق فرانسه موجب عدول از صلاحیت محلی می شود.^۸ حتی گفته شده است که در هر حالت ولو که دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی صالح به رسیدگی نباشد دعوای متقابل باید در همان مرجع اقامه شود و این مرجع در مورد صلاحیت خود با رعایت مقررات تصمیم می گیرد.^۹ البته حتی در مورد صلاحیت محلی نیز صلاحیت انحصاری باید رعایت شود؛ بنابراین اگر دعوای مرتبط در صلاحیت محلی انحصاری مرجع دیگری باشد، این مرجع نمی تواند به آن رسیدگی کند.^{۱۰} باید توجه داشت که موارد بیشتری از عدول از صلاحیت محلی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه وجود دارد که باید در زیر صلاحیت تبعی بحث شود؛ مانند ماده ۲۸۶ آ.د.م.ف که نمونه ای از گسترش صلاحیت است.^{۱۱}

۱. Com. 8 nov. 1982, Bull. civ. IV, no 337. Douchy-Oudot, op. cit, n124.

۲. TGI Arras, 8 avr. 1979, D. 1982. IR 155, obs. Julien. – Paris, 2 févr. 1989, RTD civ. 1989. 808, obs. Normand-voir Douchy-Oudot, op. cit, n^{۱۲۷}.

۳. le conseil de prud'hommes.

۴. C. trav, art. L. 511-1

۵. le tribunal paritaire des baux ruraux.

۶. C. rur. , art. L. 491-1

۷. voir Douchy-Oudot, op. cit, n127.

۸. Civ. ۱۶ janv. ۱۹۲۴, DP ۱۹۲۵. ۱. ۱۳ v. Loïc CADIET, Répertoire de procédure civile, Connexité, décembre 2016, n28. SOLUS, op. cit, no 546,507. voir DOUCHY-LOUDOT, Répertoire de procédure civile, Demande reconventionnelle, septembre 2017, n38. – Com. 9 oct. 1963, Bull. civ. III, no 403.

۹. Ibid, n39.

۱۰. CADIET , op. cit, n28.

۱۱. DOUCHY-LOUDOT, Compétence, Répertoire de procédure civile, n120.

در حقوق فرانسه برابر ماده ۴۴ کد آ.د.م در خصوص اموال عینی غیرمنقول، محل وقوع مال غیرمنقول تنها محل صالح است. به کار گرفتن عبارت «تنها محل صالح»^۱ حکایت از این دارد که محل وقوع مال صلاحیت انحصاری دارد و بنابراین مرتبط با نظم عمومی است و دادرس می تواند برابر ماده ۷۷ آ.د.م اصلاحی سال ۲۰۱۷ (معادل ماده ۹۳ سال ۱۹۷۵) رأساً ایراد عدم صلاحیت مطرح کند.^۲ بنابراین به نظر می رسد که در حقوق فرانسه در چنین مواردی قانون ظرفیت توسعه صلاحیت را دارد.

ماده ۴۴ آ.د.م.ف در مورد تمام حقوق مترتب بر اموال غیرمنقول اجرا می شود^۳ نه تنها در مورد اموال غیرمنقول طبیعی بلکه در مورد اموال غیرمنقول حکمی حتی اگر از محل جدا شده باشد مانند نقاشی را نیز شامل می شود. در حقیقت این ماده در مورد تمام حقوق مالکانه، حق انتفاع اموال غیرمنقول، حق ارتفاق، رهن اموال غیرمنقول، اجاره طولانی مدت^۴ و دعاوی تصرف^۵ را شامل می شود؛ اما دعاوی شخصی مربوط به اموال غیرمنقول تحت حاکمیت این ماده نیست و در صلاحیت محل اقامت خوانده قرار می گیرد؛ بنابراین دعاوی الزام به اصلاح نقص مؤثر در ساخت استخر از طرف مالک علیه سازنده و شرکت بیمه مشمول دعاوی اموال غیرمنقول نمی شود.^۶

اگر دعوا مربوط به اموال غیرمنقول واقع در حوزه های قضایی مختلفی باشد، کد آ. د. م فرانسه در این باره حکمی ندارد اما دکترین حقوقی بر این است که اگر مدیریت همه این اموال واحد باشد نزد آن دادگاهی که محل وقوع مال غیرمنقول است و مدیر نیز در آنجا فعالیت دارد و در غیاب مدیر، دادگاه محل وقوع بزرگ ترین مال غیرمنقول بر مبنای مالیات پرداخت شده، صالح به رسیدگی به همه اموال می باشد.^۷

۱. seule compétente.

۲. DOUCHY-LOUDOT, op. cit, n60.

۳. Ibid, n61... Il n'y a pas lieu de distinguer entre les immeubles par nature et les immeubles par destination. Ces derniers relèvent de la compétence du lieu de situation de l'immeuble auquel ils sont affectés. L'application de l'article 44 du code de procédure civile demeure même si l'immeuble par destination a été séparé de l'immeuble principal dans des conditions telles que la séparation n'a pas entraîné cessation de l'immobilisation (Montpellier, 18 déc. 1984, D. 1985. 208, note Maury: à propos de l'enlèvement de fresques irrégulièrement aliénées).

۴. Doivent être obligatoirement portées devant la juridiction du lieu où l'immeuble est situé les demandes concernant les droits de propriété ou d'usufruit portant sur un immeuble, les servitudes, les hypothèques, l'emphytéose (SOLUS, op. cit, no 327. – Civ. 3e, 24 mai 1978, Bull. civ. III, no 216: à propos d'une action en bornage. Voir DOUCHY-LOUDOT, op. cit, n62.

۵. VIATTE, La compétence du lieu de situation de l'immeuble, Rev. loyers 1976. 164.

۶. Paris, 26 juin 1987, Gaz. Pal. 1987. 2. 719, note Renard. – T. civ. Nantes, 31 juill. 1950, RTD civ. 1950. 550, obs. Hébraud; Gaz. Pal. 1950. 2. 213). Voir DOUCHY-LOUDOT, op. cit, n62.

۷. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, Procédure civile, 33e éd., 2018, Précis Dalloz, no 1572. DOUCHY-LOUDOT, op. cit, n63.

صلاحیت مرجع قضایی محل اقامت خواننده یک اصل جهانی و قدیمی است. این اصل مصالح خواننده را از این حیث که موجب سوءاستفاده خواهان برای تحمیل هزینه دفاع در محل اقامت خواهان نمی‌شود و نیز مصالح دادگستری را از این حیث که موجب کاهش صدور آرای غیابی می‌شود تأمین می‌کند. با این همه کاربست آن در همه موارد منجر به صلاحیت «مناسب»، «مؤثر» و «کارآمد» نمی‌شود و از این رو در مواردی لازم است که صلاحیت اولیه دادگاه گسترش یابد. یکی از موارد «گسترش صلاحیت» محلی بحث «ارتباط دعاوی» می‌باشد. از این رو:

۱- برابر ماده ۱۵ ق.آ.د.م اگر موضوع دعوا مربوط به مال منقول و غیر منقول و ناشی از یک منشأ باشد، توسعه صلاحیت به نفع دادگاه محل مال غیر منقول پذیرفته شده است. این ماده هرچند شرط «وحدت منشأ» را برای توسعه صلاحیت گذاشته است اما از آنجایی که وحدت منشأ خود ضابطه ارتباط دعاوی می‌باشد، ماده ۱۵ قانون مذکور را در کلیه مواردی که ارتباط میان دعاوی وجود دارد باید جاری کرد و همچنین این ماده را نه تنها هنگام طرح دعاوی اولیه بلکه در طول «جریان رسیدگی» به دعوا نیز باید اعمال کرد. بنابراین اگر ابتدا دعاوی غیر منقول و سپس دعاوی مربوط به مال منقول طرح شده باشد، امکان یا ضرورت طرح پیدا می‌کند؛ باید در همان محل مال غیر منقول مطرح شود.

۲- توسعه صلاحیت محلی ممکن است ناشی از تعدد خواندگان باشد (ماده ۱۶ ق.آ.د.م) ملاک این ماده در خصوص اموال منقول متعدد و نیز هنگامی که خواهان‌ها متعدد هستند نیز باید اعمال کرد. هنگامی که یکی از خواندگان مجهول‌المکان باشد، اینکه خواهان می‌تواند در محل اقامت خود طرح دعوا کند یا خیر در رویه قضایی محل اختلاف می‌باشد. باید توجه داشت که جهت جلوگیری از سوءاستفاده خواهان، همچون حقوق فرانسه، مرجع قضایی باید نظارت لازم را داشته باشد که همه خواندگان واقعی و دعوا علیه آن جدی باشند و در مواردی که خواهان با یکی از خواندگان اقامتگاه انتخابی دارد (صلاحیت ارادی) خواهان نمی‌تواند به توسعه صلاحیت محلی توسل جوید و در دادگاه انتخابی اقامه دعوا کند.

۳- یکی از موارد توسعه صلاحیت محلی ناشی از طرح دعاوی طاری می‌باشد. این امر در مواد ۱۷ و ۱۴۱ ق.آ.د.م مقرر شده است و باید توجه داشت که خواهان الزام به طرح دعاوی طاری نزد دادگاه رسیدگی‌کننده به دعاوی اصلی دارد و تنها در صورتی که دعاوی طاری مربوط به مال غیر منقول باشد، با توجه به صلاحیت انحصاری دادگاه محل وقوع مال غیر منقول، دعوا باید در دادگاه محل وقوع مال غیر منقول طرح شود و دعاوی اصلی نیز ناشی از قواعد ارتباط دعاوی به این دادگاه ارسال شود.

الف - منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۳)، دایره‌المعارف علوم اسلامی (قضایی)، جلد دوم، چاپ نخست، گنج دانش.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، چاپ نخست، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی، جلد ۱، ۳ و ۴، چاپ دوم، گنج دانش.
۴. حسن‌زاده، مهدی و فتحی، بدیع، (۱۳۹۷)، «اثر ارتباط دعاوی مدنی بر سرایت شکایت‌پذیری آرا در ایران و فرانسه با تأکید بر رویه قضایی»، فصلنامه حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی.
۵. حسن‌زاده، مهدی، (۱۳۹۴)، «اثر ارتباط دعاوی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، شماره نخست، بهار.
۶. شمس، عبدالله، (۱۳۹۷)، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، جلد اول، چاپ سی و هشتم، دراک.
۷. فتحی، بدیع، (۱۳۸۶)، دعاوی متقابل در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، به راهنمایی خیرالله هرمزی، زمستان.
۸. فتحی، بدیع، (۱۳۹۸)، مطالعه تطبیقی ارتباط دعاوی در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه، رساله دکتری، به راهنمایی مهدی حسن‌زاده، دانشگاه قم.
۹. فتحی، بدیع، (۱۳۹۷-۱۳۹۸)، جزوه آیین دادرسی مدنی ۳، تقریرات کلاسی دانشگاه تهران، پردیس فارابی، نیمسال دوم.
۱۰. متین‌دفتری، احمد، (۱۳۸۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، چاپ دوم، مجد.
۱۱. محسنی، حسن، (۱۳۹۱)، «حدود وابستگی دعاوی طاری به دعاوی اصلی: استقلال یا وابستگی آیینی، کتاب نقد رویه قضایی»، زیر نظر ناصر، کاتوزیان، به اهتمام معاونت آموزش دادگستری استان تهران، چاپ نخست، جنگل.
۱۲. محسنی، حسن، (۱۳۹۱)، «دعاوی مرتبط و ناکارآمدی مقررات مرتبط»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۷۷، بهار.
۱۳. محسنی، حسن، (۱۳۹۵)، «رویکرد تطبیقی بر دعاوی متقابل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۳، بهار.

۱۴. محسنی، حسن، (مترجم)، (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ چهارم، سهامی انتشار.
۱۵. مصدق، محمد، (۱۳۹۶)، دستور در محاکم حقوقی، به کوشش محسنی حسن، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار.
۱۶. هرمزی، خیرالله، (۱۳۹۳)، «توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ششم، بهار.

ب) منابع لاتین

۱. CHAINAIS, FERRAND et Guinchard, Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne, 33e éd, Dalloz, 2016.
2. CORNU et FOYER, Procédure civile, 3e éd. , Thémis, PUF, 1997,
3. Didier Cholet -Sous la direction de Serge Guinchard, action Droit et pratique de la procédure civile, Titre La détermination des règles de compétence d'attribution, 9e ed, Dalloz, 2017/2018.
4. DOUCHY-LOUDOT Méline, Compétence, Répertoire de procédure civile, 6e éd, Gualino, décembre 2014.
5. ___, Répertoire de procédure civile, Demande reconventionnelle, Dalloz, septembre 2017.
۶. Fourcarde (Jean-Pierre) , La connexité en procédure civile, thèse, Paris, ۱۹۳۸.
7. Loïc CADIET, Répertoire de procédure civile, Connexité, décembre 2016.
8. Douchy-Oudot, Méline, Répertoire de procédure civile, Compétence, décembre 2014.
9. Dworkin, Ronald, Law's Empire, 1st ed Harvard University Press, 1986.
10. saint prix, Berriat, Cours de procédure civile, Paris, Nêve, 1813.
11. Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t. 2, Sirey , 1973.
12. ___, Droit judiciaire privé, t. 1 Sirey, 1961,
13. VIATTE, La compétence du lieu de situation de l'immeuble, Rev. loyers, 1976.
۱۴. vizoz, Revue trimestrielle de droit civ, paris, sirey, ۱۹۴۲.

نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران و فقه امامیه (خلاً قانون مدنی در زمینه مسئولیت مدنی)

محمود کاظمی^۱

مجید بنایی اسکویی^۲

چکیده

نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران متأثر از فقه امامیه است و به‌رغم تأثیرپذیری مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه، در تدوین مواد مربوط به ضمان قهری، نویسنده قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه تأثیر کمی پذیرفته است و به جز چند ماده تحت عنوان «کلیات»؛ یعنی مواد ۳۰۶-۳۰۱، این بخش از قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه تدوین شده است و به این دلیل ساختار نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران منطبق با فقه امامیه است. در فقه اسلامی نظام مسئولیت مدنی یک نظام کثرت‌گراست؛ به این معنا که منابع مسئولیت مدنی متعدد اما توقیفی است که تحت عنوان «موجبات ضمان» مطالعه می‌شود. در قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، منابع ضمان قهری چهار مورد ذکر شده است که در حقیقت می‌توان آن‌ها را ذیل دو عنوان دسته‌بندی کرد: ضمان تلف یا ضمان ید (اعم از غصب و شبه غصب) و اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) و استیفا هم نوعی اتلاف منفعت است. سایر عناوینی که در فقه اسلامی به طور پراکنده ذکر شده‌اند، یا از برخی مواد قانون مدنی قابل استنباطند (نظیر ضمان مقبوض به عقد فاسد، غرور و...) که به این منابع بر می‌گردند و نمی‌توان آن‌ها را منبع مستقل ضمان دانست. به علاوه در فقه اسلامی ضمان و مسئولیت مدنی به جای آن که مبتنی بر اضرار، یا ایجاد ضرر باشد، مبتنی بر تلف، یا اتلاف مال است و با توجه به تفاوت این دو، این امر موجب شده که قلمرو مسئولیت مدنی محدود شود و نتوان یک قاعده عام جبران ضرر را استنباط کرد. بر این اساس برای ایجاد مسئولیت مدنی باید شخص مرتکب اتلاف شود، یا بر مال غیر ید داشته باشد. تردید و اختلاف‌نظر در قابلیت جبران عدم النفع، یا تفاوت منافع شخص، ناشی از این دیدگاه است. اما این نظر که ظاهراً مورد توجه نویسنده قانون مدنی بوده، قابل انتقاد است. در این مقاله سعی شده با تفحص و غور در فقه امامیه این دیدگاه اصلاح شود و خلاً قانون مدنی در این خصوص روشن و حتی المقدور بر طرف و مبانی اصلاح آن فراهم شود.

کلیدواژه: منابع ضمان، منابع قانون مدنی، ضمان تلف و اتلاف، مسئولیت مدنی، نظام کثرت‌گرا

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران Email: makazemy@ut.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی Email: m.banaeioskoei@gmail.com

۱- قانون مدنی ایران یک شاهکار حقوقی و ادبی است. دقت و ظرافتی که در تدوین مواد آن به کار رفته است آنرا به سندی ملی و میراثی ماندگار تبدیل کرده و ستایش تمام حقوق دانان را به همراه داشته است. قانون مدنی تجلی پیوند سنت و مدرنیته است و به خوبی بین قواعد حقوق بومی (فقه امامیه) و نظام‌های حقوقی جدید سازگاری ایجاد کرده است؛ به گونه‌ای که از یک‌سو، بر پایه قواعد و اصول شریعت (فقه امامیه) و از سوی دیگر بر مبنای نهادهای حقوقی جدید استوار شده است. این قانون بر چنان پایه و اساس مستحکمی استوار شده که با گذشت بیش از ۹۰ سال از زمان تصویب آن، باز هم یک قانون مدرن و پیشرفته است و گرد کهنگی و گذشت زمان، نتوانسته از جلای آن بکاهد.

۲- قانون مدنی ایران بر بنیاد دو منبع اصلی، یعنی فقه امامیه و قوانین مدنی کشورهای پیشرفته، به ویژه قانون مدنی فرانسه شکل گرفته است. الگوگیری نویسنده قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه، مسلم است. چنان که خود وی بر این امر اقرار کرده است.^۱ به علاوه با مراجعه به متن قانون مدنی به خوبی تأثیر قانون مدنی فرانسه بر آن، آشکار می‌شود. اما فقه امامیه هم به عنوان منبعی غنی در تعیین محتوای مواد قانون مدنی مؤثر بوده است. اگر خواننده توانایی بهره‌برداری از منابع فرانسوی (به ویژه قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴م.) را داشته باشد و با مبانی فقه امامیه نیز آشنا باشد و بتواند از متون فقهی استفاده کند، به وضوح تأثیر این دو منبع عظیم بر قانون مدنی را درک خواهد کرد. اما باید اذعان کرد که نقش این دو منبع در شکل‌گیری قانون مدنی ایران یکسان نبوده و تأثیر فقه امامیه به نسبت قانون مدنی فرانسه غالب بوده است.

۳- به رغم استحکام مبانی قانون مدنی، و دقت نظری که نویسنده آن داشته است، همانند هر کار دیگر دارای ایرادات و نواقصی است. این ایرادات ناشی از چند علت است: اولاً، این نخستین متنی بوده که به عنوان یک قانون جامع در ایران نوشته شده است؛ ثانیاً، منابع دوگانه قانون مدنی است؛ زیرا نویسنده قانون مدنی شکل و قالب را از قانون مدنی فرانسه گرفته و محتوی را بر اساس فقه اسلامی تهیه کرده و همین موضوع، نواقص و ابهاماتی را در قانون ایجاد کرده است؛ ثالثاً، دلیل دیگر منابع فقهی بوده که مورد رجوع نویسنده قانون مدنی ایران بوده است. آن گونه که نقل شده، دو کتاب شرایع الاسلام، تألیف محقق قمی و شرح لمعه، تألیف شهید ثانی منابع اصلی مورد رجوع نویسنده قانون مدنی بوده است. البته کتاب جواهر الکلام (که شرح شرائع الاسلام است) و مکاسب شیخ انصاری (که صرفاً در مورد بیع، خیارات

۱. فاطمی قمی، سیدمحمد، خاطرات سیدمحمد فاطمی، نویسنده قانون مدنی و مستشار دیوان تمیز، پژوهش و تصحیح: احمدرضا نائینی، حسین زندیه، چاپ ۲، تهران، کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۵

و شروط ضمن عقد است) نیز مورد رجوع نویسنده قانون مدنی بوده است.^۱ کتاب شرایع مربوط به قرن هفتم هجری و کتاب شرح لمعه، از کتب قرن دهم هجری است. روشن است که فقه امامیه به ویژه بعد از تألیف کتاب مکاسب (در قرن ۱۳ هجری) تحول چشم‌گیری به خود دیده است به گونه‌ای که مبدأ یکی از ادوار فقهی است. اما چون دو کتاب شرایع و شرح لمعه جزء کتب مشهور فقهی است، به گونه‌ای که کتاب شرائع قرن‌ها کتاب درسی حوزه‌های علمیه بوده و قریب دو، سه قرن است که کتاب شرح لمعه، کتاب درسی حوزه شده است، این دو کتاب، منبع اصلی و محل رجوع نویسنده قانون مدنی بوده است. از سوی دیگر کتاب جواهر شرح شرایع است و چون کتاب مکاسب مشتمل بر تمام ابواب فقه (از جمله عقود معین، ارث، وصیت، غصب، دیات و...) نیست، پس باید اذعان داشت که قانون مدنی نوعاً بر مبنای کتاب شرائع و شرح لمعه تدوین شده است که مربوط به قرن هفتم و دهم هجری هستند و منعکس‌کننده نظرات فقهی در آن دورانند. دقت در برخی مواد قانون مدنی این تأثیرپذیری را ثابت می‌کند.^۲

۴- یکی از خلأهای قانون مدنی ایران در مورد ضمان قهری، یا به تعبیر دقیق‌تر مسئولیت مدنی و جبران خسارت است. قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه منابع متعدد و در عین حال محدود ضمان قهری را ذکر کرده و از بیان یک قاعده عام مسئولیت مدنی و جبران خسارت خود داری کرده است. در این متن قانونی، موارد ضمان قهری در قالب چند عنوان خاص بیان شده است. این بدان معناست که برای تحقق ضمان قهری باید عمل شخص، مصداق یکی از عناوین ضمان قهری مذکور در قانون باشد. براین اساس باید نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران را، به تبعیت از فقه اسلامی، نظام کثرت‌گرا دانست. این روش قانون‌گذاری در تعیین قلمرو ضمان و مسئولیت مدنی مشکل ایجاد کرده و بحث و اختلاف‌نظر در مورد قابلیت جبران «عدم‌النفع» ناشی از این وضعیت است. همچنین با توجه به این که در فقه اسلامی زیان‌های جسمانی در قالب دیه جبران می‌شود و دیه به‌عنوان یکی از مجازات‌ها در کنار حدود، و قصاص

۱. سید محسن صدرالاشراف یکی از اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی در خصوص چگونگی مراجعه و استفاده از آرای فقیهان امامیه چنین بیان داشته است: «در کمیسیون، مقرر شد که چون فتاوی علمای اعصار اخیر اغلب مطابق آرای مشهور متأخرین از فقه‌های درجه اول، یعنی از زمان شیخ طوسی و محقق حلی به بعد است، قانون، مطابق رأی مشهور از علمای متأخرین تدوین شود... چه بسا لازم بود برای یک ماده به چندین کتاب از کتب مفصلة فقهی مراجعه شود و غالباً مباحثات در یک ماده دو، سه جلسه طول می‌کشید و قواعد علامه، شرح لمعه شهیدین، شرائع محقق و مکاسب شیخ انصاری، متون اصلی مورد مراجعه کمیسیون مزبور بود» (حسین زندیه و طلعت ده پهلوانی، «جایگاه روحانیون منتقد در مدرنیزاسیون قضائی و تدوین قانون مدنی ایران»، سال چهارم، ۱۳۹۱، ص ۸۱).

۲. به عنوان مثال ملاحظه متن ماده ۵۷۱ ق.م. در تعریف شرکت و مطالعه مفهوم شرکت در کتاب شرائع به خوبی ثابت می‌کند که این ماده عیناً ترجمه عبارت کتاب شرائع است. ماده ۵۷۱ مقرر داشته: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». در کتاب شرائع در تعریف شرکت آمده است: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشیاع» (محقق حلی، ۱۴۰۸. ق.، ج ۲، ص ۱۰۵).

و تعزیرات ذکر شده، که جنبه کیفری دارند و ذکر آن در قانون مدنی شایسته نبوده است، قانون مدنی در خصوص جبران زیان‌های جسمانی، حکمی ندارد، و آنچه به عنوان منابع ضمان قهری مطرح شده، منحصرأ ناظر به جبران زیان‌های مالی است.

۵- به علاوه قانون‌گذار ایران بر خلاف قانون مدنی فرانسه که از «ضرر» به عنوان رکن اصلی ایجاد مسئولیت مدنی صحبت کرده، از «تلف» و «اتلاف» سخن به میان آورده است؛ یعنی به جای این که «اضرار به غیر» را منبع ضمان و مسئولیت مدنی بدانند، به تبعیت از فقه امامیه، «اتلاف» (اعم از مباشرت و تسبیب) را منبع ضمان اعلام کرده است و روشن است که قلمرو «اتلاف» به نسبت «اضرار» محدود است، و هر اضراری لزوماً اتلاف نیست و این نکته، تفاوت بنیادین نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران با قانون مدنی فرانسه است. به نظر می‌رسد که تصویب قانون مسئولیت مدنی، سه دهه بعد از تصویب قانون مدنی، با هدف رفع این خلأ و بنیاد مسئولیت مدنی بر «اضرار» به جای «اتلاف»، تصویب شده است. ۶- در این مقاله تلاش کرده‌ایم ضمن درنگی در ساختار مواد قانون مدنی در بخش مربوط به ضمان قهری و بررسی خلأهای آن در خصوص مسئولیت مدنی، ویژگی نظام مسئولیت مدنی در آن را بیان و ثابت کنیم که مواد مربوط به ضمان قهری از فقه امامیه اقتباس شده و قانون مدنی به پیروی از فقه، یک نظام کثرت‌گرا در مسئولیت مدنی ایجاد کرده و بر خلاف قانون مدنی فرانسه فاقد یک قاعده عام مسئولیت مدنی، یا جبران خسارت است.

۱- مفهوم و جایگاه مسئولیت مدنی - ضمان قهری در قانون مدنی

۱-۱- تقسیم‌بندی تعهد بر حسب منبع آن - تعهد قراردادی و غیر قراردادی

قانون مدنی ایران به تبعیت از قانون مدنی فرانسه حقوق مالی را به دو بخش عینی و شخصی تقسیم کرده و احکام آن را جداگانه بیان کرده است. جلد اول قانون مدنی که راجع به اموال یا حقوق مالی است بر حسب تقسیم‌بندی که در حقوق فرانسه در مورد حقوق مالی، وجود دارد و آن را به حق عینی^۱ و دینی (یا شخصی)^۲ تقسیم می‌کنند،^۳ به دو بخش اصلی تقسیم شده است. اگر چه این تقسیم‌بندی به صراحت در قانون مدنی نیامده است ولی از نحوه تبویب مواد قانون مدنی قابل استنباط است و در دکترین تثبیت شده است.^۴

۱. Droit réelle.

۲. Droit personnele.

۳. Mazeaud (1998), H., J. et Chabas, François, Leçon de droit civil, t. II, v. I, Obligatoires, theorie générale, 9er edition, par F. Chabas, montchrestien, Paris, p3,4, n°2ets

۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ ۱۲، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۲، ص ۳۲؛ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ ۱، یلدا، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۶؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۹۹ به بعد.

توضیح آن که کتاب اول از جلد نخست قانون مدنی ایران با عنوان «در بیان اموال و مالکیت به طور کلی» نام‌گذاری شده و در واقع به حقوق عینی که عبارت از «مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق» است، اختصاص داده شده و در ماده ۲۹ انواع آن ذکر شده است. این بخش از قانون، مواد ۱۱ تا ۱۳۹ ق.م. را تشکیل می‌دهد. در کتاب دوم از جلد نخست قانون مدنی، قانون‌گذار ذیل عنوان «در اسباب تملک» اسباب ایجاد مالکیت را بیان کرده است و به این مناسبت که یکی از اسباب تملک «عقود و تعهدات» هستند، وارد بحث حق شخصی (دینی) شده است. این بخش (کتاب) بر حسب اسباب مختلف تملک، به چهار قسمت تقسیم شده است: قسمت اول به «احیای اراضی موات...» اختصاص داده شده که از ماده ۱۴۱ تا ماده ۱۸۲ است؛ قسمت دوم این بخش (کتاب) با عنوان «در عقود و معاملات و الزامات» به بیان احکام و قواعد عمومی و اختصاصی عقود و تعهدات اختصاص داده شده است. در این قسمت با توجه به اختلاطی که بین مفهوم عقد و تعهد در حقوق اسلام وجود دارد و این که عقود در یک تقسیم‌بندی به تملیکی (ایجادکننده حق عینی) و عهدی (ایجادکننده حق دینی یا تعهد) تقسیم می‌شوند، برخی از احکام حقوق عینی و دینی با یکدیگر بیان شده است. این وضعیت در قانون مدنی فرانسه هم وجود دارد.^۱ در این بخش قانون‌گذار از یک سو، به بیان احکام و شرایط عمومی قراردادهای به طور کلی و معاملات و عقود خاص، به عنوان یکی از اسباب ایجاد حق عینی (نظیر مالکیت، و سایر حقوق عینی از جمله حق الرهانه) پرداخته و از سوی دیگر، احکام تعهدات و الزامات به عنوان «حق شخصی» یا «حق دینی» را بیان کرده و به این مناسبت از الزامات خارج از قرارداد و ضمان قهری صحبت کرده است. نویسنده قانون مدنی با اقتباس از قانون مدنی فرانسه، حقوق شخصی یا دینی (تعهدات) را بر حسب منبع آن که اراده یا غیر اراده باشد، به دو بخش تحت عنوان «باب» تقسیم کرده است. باب اول را با عنوان «در عقود و تعهدات به طور کلی» نام‌گذاری کرده و در آن قواعد عمومی و کلی ایجاد تعهد قراردادی، یا ارادی، و ضمانت اجرای آن (مسئولیت قراردادی) را بیان کرده است (مواد ۳۰۰-۱۸۳ ق.م.) و باب دوم را «در الزاماتی که بدون قرارداد ایجاد می‌شود» نامیده و در آن، شرایط، احکام و آثار تعهدات غیر قراردادی و در واقع ضمان قهری را بیان کرده است (مواد ۳۳۷-۳۰۱ ق.م.).

۱. در کتاب سوم قانون مدنی فرانسه ذیل عنوان «در روش‌های مختلف تحصیل مالکیت» در ذیل عنوان سوم با نام «در عقود و تعهدات توافقی، بطور کلی»، ضمن بحث از قراردادهای به عنوان یکی از اسباب تحصیل مالکیت (حق عینی)، مباحث مربوط به تعهدات (حق دینی) هم مطرح و بررسی شده است.

۱-۲- تأثیرپذیری محدود قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه در مواد مربوط به

ضمان قهری

نویسنده قانون مدنی ایران در تدوین مواد مربوط به ضمان قهری، از قانون مدنی فرانسه الگو گرفته است. تفکیک بین حقوق عینی و دینی از یک سو و تمیز بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی، از سوی دیگر متأثر از قانون مدنی فرانسه است. زیرا قانون مدنی فرانسه نیز در کتاب سوم، ذیل عنوان «در روش‌های مختلف تحصیل مالکیت»^۱ به بیان اسباب مالکیت پرداخته و به این مناسبت در عنوان دوم از «قراردادها و تعهدات توافقی به‌طور کلی»^۲ صحبت کرده است. همچنین در قانون مدنی فرانسه از قرارداد، هم به عنوان یکی از روش‌ها و اسباب ایجاد مالکیت که «حق عینی» است، یاد شده و هم به عنوان یکی از اسباب ایجاد تعهد (حق دینی) ذکر شده است. اختلاط بین «حق عینی» و «دینی» در مبحث مربوط به قراردادها، در قانون مدنی فرانسه وجود دارد و از این طریق وارد قانون مدنی ایران شده است. قانون مدنی فرانسه تعهدات را برحسب منبع به دو دسته «ارادی» (قراردادی) و «غیر ارادی» (غیر قراردادی)، تقسیم کرده و ذیل دو عنوان جداگانه از آن بحث کرده است. در عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه و با نام «در قراردادها و تعهدات توافقی به‌طور کلی»^۳ قواعد عمومی ایجاد تعهدات ارادی و در واقع قواعد عمومی قراردادها، از ماده ۱۱۰۱ تا ماده ۱۳۶۹ ق.م.ف. بیان شده و در عنوان سوم، تحت نام «در الزام‌هایی که بدون توافق ایجاد می‌شوند»^۴ از ماده ۱۳۷۰ تا ماده ۱۳۸۶ ق.م.ف. قواعد و احکام الزامات خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی به معنای عام) ذکر شده است.^۵

نویسنده قانون مدنی ایران در ترجمه و جایگزینی عبارات فارسی به جای اصطلاحات فرانسوی دقت و سلیقه بسزایی اعمال کرده که این امر نشان از مهارت و احاطه وی به فقه، حقوق و ادبیات دارد. ایشان در نام‌گذاری باب اول به جای عبارت «Contrats» فرانسوی، واژه «عقود» و به جای عبارت

۱. Des différentes manières don't on acquieiret la propriété.

۲. Des contrsts ou des obligations conventionnelles en general.

۳. Des contrat ou des obligations conventionnelles en general.

۴. Des engagements qui se forment sans convention.

۵. خاطر نشان می‌سازد که بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه (از مواد ۱۱۰۱ تا ۱۳۸۶) در سال ۲۰۱۶ میلادی اصلاح و تغییرات شگرفی در آن ایجاد شده و شماره مواد نیز تغییر کرده است. با توجه به این که در زمان تدوین قانون مدنی ایران، قانون مدنی فرانسه، همان قانون سال ۱۸۰۴ میلادی بوده است، شماره‌های مواد استنادی در این مقاله، بر مبنای قانون قدیم فرانسه (قبل از اصلاحات) می‌باشد و خواننده در صورت لزوم و نیاز به آگاهی از شماره جدید مواد و احیاناً تغییرات احتمالی، می‌تواند این مواد را در قانون اصلاحی ۲۰۱۶ تطبیق دهد.

«Obligations» واژه «تعهدات» را جایگزین کرده است. از سوی دیگر در نام‌گذاری باب دوم، به جای واژه فرانسوی «Engagements» کلمه «الزام‌ها» را نهاده که ترجمه دقیقی است. زیرا اگرچه در فقه واژه «تعهد» و «الزام» گاه به معنای مترادف استعمال می‌شوند،^۱ اما وقتی «تعهد» استعمال می‌شود، تعهدات قراردادی به ذهن متبادر می‌شود. زیرا در واژه «عهد» مفهوم اراده نهفته است و منظور عهدی است که شخص به طور ارادی برعهده گرفته است.^۲ به این دلیل در فقه اسلامی از عقد به «عهد» تعبیر شده است.^۳ اما وقتی منشأ تعهد اراده شخص متعهد نبوده و قانون آن را بر او تحمیل کرده باشد، از واژه «الزام» استفاده می‌شود. در قانون مدنی فرانسه هم برای «تعهدات غیر قراردادی» از واژه «Engagements» استفاده شده است. در کتاب‌های حقوقی عربی نیز «تعهد» در مقام ترجمه تعهدات ارادی (Obligations conventionnelles) استعمال شده، و واژه «الزام» برای تعهدات غیر قراردادی (Obligations non conventionnelles) و «التزام» برای مطلق «تعهد» (Obligation)، اعم از قراردادی و غیر قراردادی، استعمال شده است.^۴ بدین‌سان در قانون مدنی ایران، تعهد قراردادی، «تعهد» و تعهد غیر قراردادی «الزام» نامیده شده است که به نظر می‌رسد متأثر از فقه اسلامی است.^۵ البته قانون‌گذار ایران برای بیان مفهوم الزامات خارج از قرارداد از واژه فقهی و بومی «ضمان قهری» استفاده کرده است، که استعمال دقیقی است.^۶

اما چنانکه خواهیم دید محتوای مواد مربوط به ضمان قهری بر بنیاد فقه امامیه تدوین شده است. تنها تأثیر قانون مدنی فرانسه بر قانون مدنی ایران در این قسمت، فصل اول آن است. با این توضیح که در مواد ۳۰۷-۳۰۱ ق.م. که به عنوان «فصل اول - در کلیات» نام‌گذاری شده است، قانون‌گذار احکام «ایفای

۱. حسینی مراغی، سید میرعبد الفتاح، العناوین الفقهیة، ج ۲، چاپ ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۷۸.

۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد، نظریه العقد، شرح القانون المدنی، النظریه العامله للالتزامات، دارالفکر، بیروت، بی‌تا، ص ۱.
۳. میرزای قمی، ابوالقاسم، رسائل المیزان القمی، تحقیق: عباس تبریزیان، ج ۱، دارالحوراء، قم، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۴۶۵؛ حائری طباطبایی، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، چاپ ۱، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، بی‌تا، ص ۵۴۴؛ نراقی، مولی احمد، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ ۱، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه.ق، صص ۱۰، ۱۱؛ حسینی مراغی، سید میرعبد الفتاح، پیشین، صص ۱۱، ۲۲؛ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، ج ۳، چاپ ۱، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۵۶؛ نائینی، میرزا محمد حسین، المکاسب و البیع، ج ۲، چاپ ۱، اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۸۱.

۴. السنهوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص ۱.
۵. رش: جزائری، سید محمدجعفر مروج، ج ۱، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، چاپ ۱، مؤسسه دار الکتاب، قم، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۲۵۳.

۶. در فقه امامیه از تعهد قراردادی به «ضمان عقدی یا جعلی» یاد می‌کنند و تعهد غیر قراردادی، یا الزام‌های خارج از قرارداد را «ضمان قهری» می‌نامند (رش: میرزای نائینی، عراق، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۱۰۱؛ میرزای نائینی، ۱۳۷۳ ه.ق، ج ۱، ص ۱۰۱؛ جزایری، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۳، ص ۲۲۸).



ناروا»^۱ و «اداره فضولی مال غیر»^۲ را متأثر از مواد ۱۳۸۱-۱۳۷۱ ق.م. فرانسه بیان کرده است، بدون این که از سرفصل آن‌ها؛ یعنی «شبه عقد»^۳ و حتی اصطلاح «ایفای ناروا» و «اداره فضولی مال غیر» که واژگان فرانسوی هستند، استفاده کند. بلکه تحت عنوان «کلیات» برخی از مواد قانون مدنی فرانسه را عیناً ترجمه کرده، مانند ماده ۳۰۱ و ۳۰۲ که ترجمه ماده ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷ قانون مدنی فرانسه است^۴ و مواد دیگر را با کمی تغییرات در جهت انطباق با فقه اسلامی، از مواد قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده است؛ ماده ۳۰۳ با کمی تغییرات از ماده ۱۳۷۸ ق.م.ف، ماده ۳۰۵ از ماده ۱۳۸۱ ق.م.ف. و ماده ۳۰۶ از ماده ۱۳۷۲ ق.م.ف. اقتباس شده است.^۵

به نظر می‌رسد که نیازی به این اقتباس‌ها نبوده است. زیرا مبانی و احکام این نهادها در فقه اسلامی وجود دارد. اگرچه اصطلاح «ایفای ناروا» در فقه متداول نبوده و در قانون مدنی هم نیامده است و نویسندگان حقوقی آن را از متون فرانسه وارد حقوق ما کرده‌اند،^۶ اما احکام آن بر مبنای «ضمان ید» قابل توجیه است. همچنین اصطلاح «اداره فضولی مال غیر» ترجمه ایست که از متون فرانسه وارد ادبیات حقوقی ما شده و معادل فقهی و بومی آن «حسبه» است که از نهادهای فقه اسلامی است و بر مبنای آن، احکام «اداره مال غیر» قابل توجیه و تحلیل است.^۷

۱-۳- تأثیر شگرف فقه امامیه بر محتوای قانون مدنی ایران در باب مربوط به ضمان قهری

نویسنده قانون مدنی ایران اگر چه در تقسیم‌بندی تعهدات بر حسب منبع آن به قراردادی و غیر قراردادی، و تنظیم مواد مربوط به باب نخست (تعهدات قراردادی) تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه بوده است ولی محتوای مواد مربوط به باب دوم (ضمان قهری) را بر اساس فقه امامیه تدوین کرده است. چنانکه گفته شد ملاحظه باب دوم از قسمت دوم از کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی (مواد ۳۰۰-۳۳۷ ق.م.ف)، تحت عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» این حقیقت را ثابت می‌کند که

۱. Paiement de l'indu.

۲. Gestion d'affaires

۳. Les quasi-contrats.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۲۴۴.

۵. رش: همان، ص ۲۴۵ به بعد.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۱، چاپ ۱، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۷۹.

۷. همان، ص ۱۷۷ به بعد.

نویسنده قانون مدنی بر خلاف باب اول (تعهدات قراردادی) که متأثر از قانون مدنی فرانسه بوده، در تدوین مواد این باب، تحت تأثیر فقه اسلامی بوده است و تنها مواد مقدماتی و کلیات را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده است (مواد ۳۰۶-۳۰۱ ق.م.).

اما در فصل دوم از باب مربوط به الزام‌های خارج از قرارداد، نویسنده قانون مدنی تحت عنوان «در ضمان قهری» منابع ضمان را بر اساس فقه امامیه طرح ریزی و تقسیم‌بندی کرده و تمام مواد آن را با اقتباس از فقه امامیه و بر مبنای آن، تنظیم کرده است و از قانون مدنی فرانسه، به ویژه مواد ۱۳۸۲ به بعد آن، در باب مسئولیت مدنی به معنای خاص، اقتباسی انجام نداده است. در این فصل قانون‌گذار به تبعیت از فقه اسلامی منابع ضمان قهری را در چهار منبع؛ یعنی «غصب، اتلاف، تسبیب و استیفا» منحصر دانسته است. اما در حقیقت بازگشت منابع ضمان در قانون مدنی به سه منبع است: غصب، یا به تعبیر دقیق‌تر، ضمان ید (ضمان تلف)، اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) و استیفا. اما با تحلیل دقیق‌تر می‌توان آن‌ها را به دو منبع تقسیم کرد: تلف و اتلاف.

نحوه تدوین مواد قانون و احصای منابع ضمان از یک سو و منحصر دانستن ضمان به موارد مذکور در آن و عدم بیان قاعده‌ای عام، جهت ایجاد ضمان قهری، یا مسئولیت مدنی، از سوی دیگر، موجب ایجاد اختلاف در قابل جبران دانستن برخی زیان‌ها (از جمله عدم النفع) در رویه قضائی شده است. به علاوه قانون‌گذار ایران برخلاف قانون مدنی فرانسه که از «ضرر» به عنوان رکن اصلی ایجاد مسئولیت مدنی صحبت کرده است، به تبعیت از فقه امامیه از «تلف» یا «اتلاف» صحبت کرده و روشن است که قلمرو اتلاف به نسبت اضرار محدود است، و هر اضراری لزوماً، اتلاف نیست و این، نکته اصلی اختلاف قانون مدنی ایران با قانون مدنی فرانسه است. با تصویب قانون مسئولیت مدنی این خلأ جبران شده است.

۱-۴- عدم استعمال واژه «مسئولیت مدنی» در قانون مدنی ایران

نکته در خور تأمل آنست که در قانون مدنی ایران واژه «مسئولیت مدنی» هیچ گاه استعمال نشده و نخستین بار در قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹ این واژه در متون قانونی ایران استعمال شده است. در قانون مدنی واژه فقهی و بومی «ضمان قهری» استعمال شده است که قلمرو آن وسیع‌تر از «مسئولیت مدنی» به معنای خاص است. زیرا ضمان قهری به هر نوع «تعهد غیر قراردادی» اطلاق می‌شود و معادل «الزام خارج از قرارداد» است. به این دلیل استیفا و غصب به عنوان یکی از منابع ضمان قهری در قانون مدنی ذکر شده‌اند، درحالی‌که مسئولیت مدنی به معنای خاص نیستند در حقیقت «اتلاف و تسبیب» به عنوان یکی از مصادیق ضمان قهری، مسئولیت مدنی به معنای خاص هستند. اما گاه در آثار حقوقی این دو واژه به جای یک دیگر و مترادف استعمال شده‌اند. خاطر نشان می‌سازد که در قانون مدنی

فرانسه مصوب ۱۸۰۴ م. نیز، واژه «Responsabilité civil» استعمال نشده و این واژه بعداً در دکتترین متداول شده بود.^۱ اما در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ م. واژه «Responsabilité extracontractuelle» برای نخستین بار استعمال شده است.^۲

۲- ویژگی نظام مسئولیت مدنی - ضمان قهری در قانون مدنی و خلأ قانون در این زمینه چنانکه قبلاً گفته شد در باب مربوط به ضمان قهری، نویسنده قانون مدنی ایران به جز موارد جزئی از قانون مدنی فرانسه اقتباسی نداشته، و آن را بر مبنای فقه امامیه تنظیم کرده است. بر این اساس ویژگی نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی ایران، منطبق با فقه امامیه است، نه قانون مدنی فرانسه. برای اثبات این ادعا ویژگی دو نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی فرانسه و فقه امامیه را به اختصار بررسی می‌کنیم.

۲-۱- ویژگی نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی سال ۱۸۰۴ م. فرانسه^۳

قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ م. الزامات خارج از قرارداد را به دو بخش کلی «شبه قرارداد» و «جرم و شبه جرم» تقسیم کرده بود؛ در بخش نخست ذیل عنوان «شبه قراردادها»^۴ از مواد ۱۳۷۰ تا ۱۳۸۱، مصادیق شبه قراردادی را ذکر کرده که عبارتند از: ۱- اداره فصولی مال غیر^۵ (مواد ۱۳۷۵-۱۳۷۳) و ۲- ایفای ناروا^۶ (مواد ۱۳۸۱-۱۳۷۶). البته استفاده بلا جهت^۷ نیز یکی از انواع شبه عقد و از منابع الزام‌های خارج از قرارداد در حقوق فرانسه است که به صراحت در قانون مدنی فرانسه سال ۱۸۰۴ م. نیامده بود، ولی دکتترین و رویه قضائی آن را به عنوان یک اصل مسلم حقوقی پذیرفته بود.^۸ اما در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ م. در مواد ۱۳۰۳ تا ۱۳۰۳-۴ ق.م. تحت عنوان «دارا شدن ناعادلانه»^۹ به عنوان یکی از انواع الزام‌های خارج از قرارداد ذکر شده است.

۱. Viney (1995), Genevieve, Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction à la responsabilité, 2er, L. G. D. J, Paris, n13, p16.

۲. رش به: قانون مدنی فرانسه «زیر عنوان دو» (sous titre II)، از مواد ۱۳۴۰ به بعد.

۳. در اصلاحات انجام شده در سال ۲۰۱۶ م. مواد قانون مدنی فرانسه در قسمت مربوط به مسئولیت مدنی تغییر بنیادین کرده است که نیاز به بررسی جداگانه دارد. با توجه به این که در زمان تدوین قانون مدنی ایران، قانون مدنی سال ۱۸۰۴ م. فرانسه حاکم بوده است، آن چه در این بخش ذکر می‌شود بر مبنای قانون مدنی سال ۱۸۰۴ م. فرانسه است که مبنای اقتباس نویسنده قانون مدنی ایران بوده است.

۴. Des quasi-contrats.

۵. La gestion d'affaire.

۶. Le paiement de l'indû.

۷. L'enrichissement sans cause.

۸. Weill (1999). A. , Droit civil, les obligation, Dalloz, 1971, n° 793, p. 791; Terré- F. , Simler ph. Lequette, Droit civil, les obligations, Dalloz, n°, 969, p. 895.

۹. L'enrichissement injustifié.

در بخش دوم ذیل عنوان «جرم و شبه جرمها»^۱ قواعد عمومی مسئولیت مدنی به معنای خاص، بیان شده است. در نخستین ماده از این بخش (ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف) قانون گذار فرانسه قاعده عام مسئولیت مدنی و جبران خسارت را بیان کرده است که بر مبنای آن هرکس به دیگری زیانی وارد کند، مسئول است و باید آن را جبران کند.^۲ در ماده ۱۳۸۳، اصل تقصیری بودن مسئولیت مدنی را بیان کرده که بر اساس آن تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه ذکر شده است.^۳ در مواد ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۶ (که بعدها اصلاحاتی در آن انجام شده است) قواعد عمومی «مسئولیت مدنی ناشی از فعل شیء، فعل حیوان و فعل غیر» به عنوان استثنا بر اصل مسئولیت مدنی ناشی از فعل شخص بیان شده است.^۴ که احکام و شرایط آن با مسئولیت مدنی ناشی از فعل شخص متفاوت است.

بادقت در مواد مربوط به الزامهای خارج از قرارداد در قانون مدنی فرانسه، می توان ویژگی نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی فرانسه را این گونه خلاصه کرد: ۱- وجود قاعده عام مسئولیت مدنی، یا جبران خسارت (نظام وحدت گرا)؛ ۲- اصل تقصیری بودن مسئولیت مدنی؛ ۳- بنیاد مسئولیت مدنی بر اضرار.

۲-۲- ویژگی نظام مسئولیت مدنی - ضمان قهری در فقه امامیه

نظام مسئولیت مدنی در فقه امامیه دارای ویژگی هایی است که آن را از نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی فرانسه متمایز می کند؛ نخست این که یک نظام کثرت گراست؛ یعنی در فقه یک قاعده عام مسئولیت مدنی وجود ندارد، بلکه منابع متعدد و محدود ضمان قهری وجود دارند؛ دوم آن که بنیاد مسئولیت مدنی بر اتلاف است، نه اضرار و سوم آن که تقصیر مبنای مسئولیت مدنی نیست.

۲-۲-۱- تعدد منابع ضمان قهری و نبود قاعده عام جبران خسارت - نظام کثرت گرا

الف- تعدد منابع ضمان قهری در فقه امامیه

آن گونه که از متون فقه امامیه به ویژه متون کلاسیک استنباط می شود ظاهراً یک قاعده عام ضمان قهری وجود نداشته است، بلکه عناوین مختلف و البته محدود ضمان، وجود دارد که از آن تحت عنوان «موجبات ضمان» یا «اسباب ضمان»^۵ یاد می شود. این دیدگاه مورد اتفاق متقدمان از فقها بوده است و

۱. Des delits et des quasi- delits.

۲. Art. 1382: "Tout fait quelcoque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive, à réparer".

۳. Mazeaad (1965), L. Tunc, A. , Traité théorique et pratique de la Responsabilité civil, délictuelle et contractuelle, Preface par Henri Capitan T. I. 6er ed. Montchrestien, Paris, t. 1, p. 454.

۴. در اصلاحات سال ۲۰۱۹م. این احکام در مواد ۱۲۴۰ تا ۱۲۴۴ ق.م. بیان شده است.

۵. برای ملاحظه و مطالعه این عنوان در فقه امامیه، رجوع شود به: محقق حلی، شرائع الاسلام، فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۱، چاپ ۲، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۲۶۳، با عنوان «الفصل الثانی فی موجبات الضمان»؛ سید محمد

در بین متأخران شهرت دارد. با مطالعه کتب مختلف فقهی می‌توان عناوین ذیل را به عنوان منابع ضمان، ذکر کرد: اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب)، ضمان ید، غرور، ضمان مأخوذ بالسوم، ضمان مقبوض به عقد فاسد، استیفا و تعدی و تفریط.^۱ این عناوین متعدد را می‌توان به دو دسته کلی «اتلاف» و «تلف» (ضمان ید) تقسیم کرد؛ یعنی شخص، یا ضامن اتلاف مال غیر است، یا ضامن تلف آن. ضمان اتلاف به این معناست که هرکس مال غیر را تلف کند ضامن است، خواه به نحو مباشرت باشد، یا تسبیب؛ خواه مال تلف شده عین باشد، یا منفعت؛ بر این اساس اتلاف شامل اتلاف بالمباشره (مستقیم) و بالتسبیب (غیرمستقیم) می‌شود و تسبیب منبع مستقل از اتلاف نیست.^۲

ضمان ناشی از غرور هم دست کم حسب یک نظر مبتنی بر تسبیب است و غار از این جهت در برابر مغرور ضامن است که سبب تلف مال او شده است؛ سببی که اقوای از مباشر است. بنابراین بازگشت غرور

جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۷، چاپ ۱، دفتر انتشارات اسلامی، قم، بی‌تا، ص ۲۱۷. حتی این عنوان در کتب فقهی معاصر نیز حفظ شده است. رش: خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۲ موسوعه)، چاپ ۱، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، ۱۳۲۸ ه. ق، ص ۲۷۳؛ برخی نیز اصطلاح «اسباب ضمان» را استعمال کرده‌اند، رش: محقق حلی، مختصر المنافع فی فقه الامامیه، ج ۱، چاپ ۶، مؤسسه المطبوعات الدینیة، قم، ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۱۰۳؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، ج ۲، چاپ ۱، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ ه. ق، ص ۴۵؛ بجنوردی، سید حسن، قواعد الفقهیه، مجلد ۱، ۲، ۳، ۴ و ۶، چاپ ۳، وصل، قم، ۱۴۲۸ ه. ق. حتی در فقه اهل سنت کتاب‌هایی با همین عناوین نوشته شده و در آن مصادیق ضمان احصا شده است بدون این که یک قاعده عام ضمان بیان شود. از جمله کتاب معروفی است با عنوان: مجمع الضمانات، تألیف ابی محمد غانم بن محمد البغدادی الحنفی، متوفای سال ۱۰۲۰ ه. ق. که مصادیق ضمان بررسی و تحلیل شده است.

۱. در مورد «لاضرر» و این که آیا از منابع ضمان قهری است، یا خیر، در فقه امامیه اختلاف نظر جدی وجود دارد؛ در حالی که برخی از فقها آن را از منابع ضمان ذکر کرده‌اند (حائری طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۱۴، چاپ ۱، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، بی‌تا، ص ۱۶؛ سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، چاپ ۱، دفتر آیه الله سیستانی، قم، ۱۴۱۴ ه. ق، صص ۲۹۴ و ۲۹۳؛ مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة، کتاب البیع، چاپ ۱، مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۵ ه. ق، ص ۳۶۶؛ سبحانی، جعفر، الرسائل الأربع، ج ۲، چاپ ۱، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۱۵ ه. ق، ص ۱۱۲)، عده‌ای بیشتر استناد به قاعده «لاضرر» برای اثبات حکم (از جمله ضمان) را تأسیس فقه جدید دانسته و به شدت با آن مخالفت کرده‌اند (نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۷، چاپ ۷، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۴۰؛ شیخ انصاری، پیشین، ج ۶، ص ۱۰۱؛ عراقی، آقا ضیاء الدین، حاشیه المکاسب، چاپ ۱، غفوری، قم، ۱۴۲۱ ه. ق، ص ۶۱۷؛ رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، چاپ ۱، کتابفروشی دآوری، قم، ۱۴۰۷ ه. ق، ص ۵۸۹؛ خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۵، چاپ ۲، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۵ ه. ق، ص ۱۹۲؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (الهدایة فی الأصول)، چاپ ۱، مؤسسه صاحب الأمر علیه السلام، قم، ۱۴۱۷ ه. ق، صص ۵۷۵ و ۵۲۹؛ حسینی روحانی قمی، سید محمد، القواعد الفقهیه (منتقى الأصول)، ج ۵، چاپ ۱، چاپخانه امیر، قم، ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۳۹۶).

۲. حسینی مراغی، پیشین، ص ۴۳۶؛ موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، تصحیح: مهدی مهریزی، حسن درایتی، ج ۳، چاپ ۱، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ه. ق، ص ۲۳ به بعد.

به نوعی اتلاف است.^۱ اما مطابق نظر دیگر، غرور منبع مستقل ضمان است و می‌تواند مصداق اتلاف نباشد.^۲

غصب، ضمان مقبوض به عقد فاسد و ضمان مأخوذ با لسوم و تعدی و تفریط همگی به ضمان ید بر می‌گردند؛ یعنی هر کس بدون مجوز شرعی بر مال غیر استیلا پیدا کند و موازین شرع او را امین نداند، ید او ضمانی است و او ضامن هر نوع تلف و نقصی است که بر آن وارد شده، اگر چه منتسب به فعل وی نباشد.^۳ تفاوت غصب و ضمان ید در آن است که غاصب با علم به عدم استحقاق خود (به نحو عدوان) بر مال غیر استیلا پیدا می‌کند، اما ضمان ید اعم از آن است؛^۴ یعنی حتی اگر شخص با جهل به عدم استحقاق خود بر مال غیر استیلا پیدا کند ضامن است که در این صورت ضمان ید علیه وی جاری می‌شود، اما او غاصب به حساب نمی‌آید. از جنبه ضمان و مسئولیت مدنی (حکم وضعی) بین «غصب» و «ضمان ید» تفاوتی وجود ندارد، بلکه تفاوت آن دو صرفاً از جنبه کیفری (حکم تکلیفی) است.^۵

در مورد استیفا حسب یک نظر در فقه، استیفا منبع مستقل ضمان نیست، بلکه بازگشت آن به اتلاف منفعت است.^۶ اما اگر آن را یک منبع مستقل بدانیم،^۷ منابع ضمان سه مورد خواهد بود: اتلاف، تلف (ضمان بد) و استیفا.^۸

ب- عدم وجود قاعده عام مسئولیت مدنی در فقه امامیه و قانون مدنی

چنانکه گفته شد در فقه امامیه فقها احکام راجع به ضمان قهری را تحت عنوان «موجبات ضمان» بحث و بررسی می‌کنند.^۹ این بدان معناست که از دیدگاه آن‌ها برای این که کسی ضامن زیان وارد بر دیگری

۱. حائری طباطبایی، پیشین، ص ۴۶؛ حسینی مراغی، پیشین، ص ۴۴۲؛ نجفی، پیشین، ص ۱۴۴؛ سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج ۲۸، چاپ ۴، دفتر آیت الله سبزواری، قم، ۱۴۲۸ ه. ق، ص ۲۰۳.
۲. حسینی مراغی، پیشین، ص ۴۴۲؛ شیخ انصاری، پیشین، ج ۵، ص ۴۹۹ به بعد.
۳. همان، ص ۴۱۶ به بعد.
۴. کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین، تحریر المجله، ج ۲، چاپ ۱، المكتبة المرتضویه، نجف، ۱۳۵۹ ه. ق، ص ۱۰۹.
۵. همان.
۶. محقق رشتی، پیشین، ص ۱۹.
۷. نائینی، المکاسب و البیع، ج ۲، ص ۳۱۹.
۸. برای مطالعه تفصیلی راجع به منابع ضمان، به ویژه رجوع شود به حسینی مراغه‌ای، میرفتاح، پیشین، ص ۴۱۵ به بعد؛ موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، پیشین، مجلد ۱ و ۲، ۳ و ۴.
۹. برای آگاهی از این روش در بین متقدمان از فقها رجوع شود به: محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۱، ص ۲۶۳؛ و در بین معاصران رجوع شود به: خونی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۲ موسوعة)، چاپ ۱، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، ج ۴۲، ۱۴۲۸ ه. ق، ص ۲۷۳.

باشد، باید عمل او مصداق یکی از موجبات ضمان باشد. بدین سان یک قاعده عام ضمان قهری، یا مسئولیت مدنی وجود ندارد. اگر چه تحول فقه به سمت پذیرش یک قاعده عام مسئولیت مدنی و جبران خسارت بوده است، اما دیدگاه محدودیت منابع ضمان به موارد مصرح، به ویژه در بین متقدمان از فقها، آن چنان شهرت داشته (اگر نگوئیم اتفاق نظر وجود داشته) که نویسنده قانون مدنی نیز تحت تأثیر آن، منابع ضمان در قانون مدنی را به موارد مصرح در فقه محدود کرده و از ذکر یک قاعده عام مسئولیت مدنی خودداری نموده است.

نویسنده قانون مدنی ایران، به رغم آگاهی از مواد ۱۳۸۶-۱۳۷۰ قانون مدنی فرانسه، مواد قانون مدنی ایران را بر مبنای آن تنظیم نکرده است و به جز موارد محدود (یعنی مواد ۳۰۶-۳۰۱ که از مواد ۱۳۸۱-۱۳۷۳ ق.م.ف. اقتباس شده است)، ساختار کلی مواد راجع به الزامات خارج از قرارداد (مواد ۳۳۷-۳۰۷) را بر مبنای فقه امامیه تنظیم کرده است. حتی چنانکه گفته شد، نویسنده قانون مدنی به جای واژه متعارف «مسئولیت مدنی»، واژه «ضمان قهری» را که یک اصطلاح فقهی است، استعمال کرده است.

در قانون مدنی ایران برخلاف قانون مدنی فرانسه که ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف.^۱ به بعد، را به تأسیس یک قاعده عام مسئولیت مدنی اختصاص داده است، چنین حکمی وجود ندارد. قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه منابع مختلف و متعدد ضمان قهری را احصا کرده است. ماده ۳۰۷ مقرر داشته است که امور ذیل موجب ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است، ۲- اتلاف، ۳- تسبیب، ۴- استیفا. این نحوه بیان، دقیقاً از فقه اقتباس شده است.

بر این اساس از دیدگاه قانون مدنی برای این که کسی ضامن ضرر وارد بر دیگری باشد، باید عمل او مصداق یکی از عناوین مذکور در ماده ۳۰۷ قانون مدنی باشد، و الا ضامن نخواهد بود.^۲ این در حالی است که قلمرو زیان‌هایی که در اثر فعل یا ترک فعل شخص ممکن است به دیگری وارد شود، وسیع‌تر از موارد مذکور در قانون مدنی است. مصداق بارز آن زیان ناشی از «تفویت منفعت» است. اگر کسی مانع انتفاع شخص دیگر از مال یا عمل خود شود، بدون این که برآن استیلا پیدا کند، مطابق نظر مشهور ضامن نیست. زیرا بنا به فرض او بر مال غیر ید، یا استیلا نداشته است، تا از باب ضمان ید (یا غصب) ضامن باشد؛ استیفای منفعت هم نکرده است تا مشمول بند ۴ ماده ۳۰۷ باشد؛ عمل او مصداق اتلاف و تسبیب هم نیست، زیرا اتلاف (و البته تسبیب که مصداقی از آن است) در مواردی صادق است که مال

۱. ماده ۱۲۴۰ ق.م. فرانسه اصلاحیه ۲۰۱۶.

۲. البته مواد ۳۰۶ (در مورد اداره فضولی مال غیر) و ۲۶۵ قانون مدنی (در مورد ایفای ناروا) را باید به موارد مذکور در ماده ۳۰۷ ق.م. افزود.

موجود از بین برود، اما در این مورد شخص مانع ایجاد مال معدوم شده است، بنابراین عمل او مصداق اتلاف هم نیست. پس او ضامن نیست.^۱

به‌رغم تحولات چشم‌گیری که از آن زمان تاکنون در فقه امامیه ایجاد شده است، قانون‌گذار در تدوین قانون مجازات سال ۹۲ (قبلاً در سال ۶۲ و ۷۰)، نیز اصطلاح «موجبات ضمان» را استعمال کرده و از وضع قاعده عام مسئولیت مدنی خودداری کرده است. اصلاحیه‌ای که در طرح اولیه ماده ۱۴ قانون آ.د. م. ک. سال ۹۲ به پیشنهاد شورای نگهبان انجام شده است، مؤید اعتقاد راسخ شورای نگهبان به تعدد منابع ضمان و عدم وجود قاعده عام ضمان یا مسئولیت مدنی است.

توضیح آن که متن نخستین ماده ۱۴ قانون آ.د. ک. مصوب سال ۱۳۹۰ این گونه بود:

«ماده ۱۴- شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند».

تبصره یک این ماده، راجع به زیان‌های معنوی و تبصره دو آن ناظر به هزینه‌های درمان، مازاد بر دیه بود.

اما شورای نگهبان آن را خلاف شرع تشخیص داد و از تأیید آن خودداری و آن را برای اصلاح به مجلس اعاده کرد. در نامه مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی و در اثبات خلاف شرع بودن مطالبه منافع ممکن الحصول، مطلبی وجود دارد که در خور تأمل است. در نامه مزبور آمده است:

«منافع ممکن الحصول اختصاص به مواردی دارد که صدق اتلاف کند؛ مانند کسی که از قبل برای کاری اجیر شده باشد... بنابراین در ماده ۱۴، اطلاق آن در غیر موارد مذکور، خلاف موازین شرع است...»^۲.

تأکید و اصرار شورای نگهبان بر این امر که برای اثبات ضمان نسبت به منافع ممکن الحصول، باید عرفاً صدق اتلاف کند، حاکی از اندیشه محدود بودن منابع ضمان و عدم وجود قاعده عام ضمان در فقه امامیه و ابتنای ضمان بر «اتلاف» به جای «اضرار» است؛ والا اگر «تفویت منافع ممکن الحصول» عرفاً زیان

۱. «الاتلاف إعدام شيء موجود، لا المنع عن إيجاده». نجفی، پیشین، ص ۴۰؛ خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، چاپ ۱، مطبعه الحیدریه، نجف، بی تا، ص ۱۴۳؛ جزایری، پیشین، ج ۱، ص ۷۸؛ موسوی بجنوردی، پیشین، ج ۴، ص ۱۸۲.

۲. رش: قانون آیین دادرسی کیفری در پرتو نظرات شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ۱۳۹۳، ص ۴۰.

۱. برای مطالعه سابقه این استدلال شورای نگهبان رجوع شود به: موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۱۸۲؛ هاشمی شاهرودی، سید محمود، قرائات فقهیه معاصره، ج ۲، چاپ ۱، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۳هـ. ق.، ص ۳۶۶.

شده، ممانعت از ایجاد مال است.^۱ ایشان در ادامه این پرسش را مطرح می‌کند که به هر تقدیر در این موارد تسبیب صدق می‌کند و این که شخص سبب ضرر دیگری شده است و تسبیب از منابع ضمان است؟ و در پاسخ می‌گویند: «تسبیب یک منبع ضمان مستقل نیست بلکه مصداقی از اتلاف است و باز گشت آن به اتلاف است و گفتیم که اتلاف اعدام موجود است نه ممانعت از ایجاد معدوم».^۲ ایشان در تحلیل عدم ضمان در فرض حبس صنعت‌گر نیز می‌نویسد «در موافقت با کل وجل علما باید گفت که حبس کننده ضامن نیست؛ بلکه خلافی در این امر نیست مگر از سوی صاحب ریاض و محقق اردبیلی و بهبهانی، اما مشهور معتقد به عدم ضمان هستند؛ زیرا ید به تبعیت عین به منافع تعلق می‌گیرد و شخص حر تحت ید قرار نمی‌گیرد.... و اتلاف منافع یا به اتلاف عین است یا به استیفا از منفعت که هیچ کدام آن‌ها در این فرض صادق نیست؛ فقدان اولی که واضح است، اما فقدان دومی قبلاً گفته شد [که اتلاف منافع با استیفا آن است زیرا اتلاف اعدام موجود است]. گاهی برای اثبات ضمان در این موارد به قاعده لاضرر و آیه اعتداء (فمن اعتدى علیکم) و سایر آیات راجع به قصاص استناد می‌شود که ضعف این استدلال‌ها روشن است».^۳ شبیه این تحلیل را از کتاب یکی از فقهای معاصر ذکر می‌کنیم. ایشان در تحلیل فرض مشابهی که شخص موجب تفویت منفعت شده و برای اثبات عدم ضمان او می‌نویسد: «اسباب ضمان عبارتند از اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز شرعی، یا اتلاف آن...؛ که هیچ‌یک از آن‌ها در مورد عمل حر صادق نیست؛ اما ید روشن است زیرا شخص حر تحت ید قرار نمی‌گیرد. اما اتلاف، فرع بر وجود مال است [یعنی باید مال موجود باشد تا اتلاف آن صادق باشد] که حسب فرض، مالی موجود نیست. آری در این جا تفویت صادق است، به این اعتبار که حابس با ممانعت از کار شخص مانع تحصیل منفعت شده [و به نوعی او را از تحصیل منفعت محروم کرده] و موجب تفویت منفعت شده است؛ اما تفویت منفعت یک چیز است و اتلاف یک چیز دیگر. آن چه از موجبات ضمان ذکر شده اتلاف است، نه تفویت».^۴ اصرار فقها در این موارد که برای اثبات ضمان باید بر عمل شخص، اتلاف یا تلف صادق باشد و در صورت عدم صدق اتلاف ضمان ثابت نیست مؤید این دیدگاه است که در فقه اسلامی دست کم مطابق نظر مشهور، ضمان مبتنی بر اتلاف است، نه اضرار. این در حالی است که در نظام‌های حقوقی مدرن

۱. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الغصب، چاپ قدیم بدون تاریخ و محل چاپ، بی‌تا، ص ۲۱.

۲. همان.

۳. همان.

۴. خویی، سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه (موسوعه الامام خوئی، ج ۳۰)، چاپ ۱، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، ۱۴۱۹ هـ. ق، صص ۱۷۰-۱۶۹.

«ضرر» رکن اصلی، بلکه اساس مسئولیت مدنی است و گفته می‌شود که هدف از مسئولیت مدنی جبران ضرر است.^۱ ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف. هم وجود ضرر را شرط ایجاد مسئولیت مدنی بیان کرده است.^۲ وقتی کسی به دیگری ضرری وارد کند به حکم قاعده عام ضمان، او ضامن است؛ تفاوتی نمی‌کند که ضرر چگونه ایجاد شده و چه نوع باشد، اتلاف باشد یا تقویت؛ کافیت که منتسب به خوانده دعوی مسئولیت مدنی باشد.^۳

۲-۲-۳- عدم وجود تقصیر به عنوان شرط ایجاد ضمان قهری-مسئولیت مدنی

ویژگی دیگر نظام ضمان قهری در فقه امامیه آن است که ضمان و مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر نیست. در هیچ یک از منابع ضمان برای تحقق ضمان و مسئولیت مدنی، تقصیر شرط نیست. چنان که قبلاً گفته شد، منابع ضمان در فقه امامیه منحصر در تلف (ضمان ید)، اتلاف و استیفا است. برای تحقق ضمان ید صرف استیلا بر مال غیر کافی است و نه تنها تقصیر شرط نیست، بلکه علم ذی الید به عدم استحقاق خود نسبت به مال غیر، نیز شرط ایجاد ضمان نیست و حتی رابطه سببیت هم شرط نمی‌باشد، بلکه اگر مال به واسطه قوه قاهره تلف شود باز هم ذی الید ضامن است.^۴ در مورد اتلاف، اعم از اتلاف بالمباشره و بالتسبیب، نیز تقصیر شرط نیست. در مورد اتلاف بالمباشره تقریباً تردیدی وجود ندارد که تقصیر شرط ایجاد ضمان ناشی از اتلاف نبوده و صرف انتساب تلف به متلف کافی است.^۵ اما در مورد اتلاف بالتسبیب وجود برخی از فروع در فقه که در آن‌ها به نوعی از تقصیر سخن به میان آمده است این تردید را ایجاد کرده که در مورد تسبیب تقصیر شرط تحقق ضمان است.^۶ اما این تردید را باید از ذهن زدود؛ زیرا مبنای ضمان ناشی از تسبیب نیز، اتلاف است. یعنی ما دو قاعده، یا منبع مستقل ضمان به نام «اتلاف» و «تسبیب» نداریم، بلکه تنها یک منبع ضمان وجود دارد و آن «اتلاف» است که گاه به صورت مستقیم (بالمباشره) و گاه به صورت غیرمستقیم (بالتسبیب) واقع می‌شود. تفکیک بین «اتلاف» و «تسبیب» بدعتی است که نویسنده قانون مدنی گذاشته که تحت تأثیر برخی متون فقهی از جمله شرائع است. در ضمان ناشی از اتلاف، ثابت شده که برای اثبات ضمان، صرف انتساب تلف به شخص کافی

۱. Mazeaud, ۱۹۶۵, p ۲۶۱, n° ۲۰۸ et s.

۲. Ibid.

۳. Ibid.

۴. رش: حسینی مراغی، پیشین، ص ۴۳۰.

۵. همان، ص ۴۳۵.

۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱، چاپ ۱، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴، ص ۲۰۷.

است؛ خواه به نحو مباشرت باشد، یا تسبیب.^۱ بر این اساس باید آن دسته از فروع فقهی را که در آن‌ها تقصیر شرط ایجاد ضمان است، فروع خاص دانست که مبتنی بر نص هستند و برای احراز انتساب عرفی تلف یا احراز رابطه سببیت، یا تحقق تسبیب، تقصیر یا بی‌احتیاطی شخص شرط دانسته شده است، نه به عنوان یک رکن مستقل در کنار رابطه سببیت.^۲ به این معنا که اگر از لحاظ عرفی ثابت شود شخص سبب تلف مال یا جان دیگری بوده، ضامن است هرچند مرتکب تقصیر نشده باشد. ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ که بعد از مباحث مطروحه در دکترین و رویه قضائی تصویب شده است، مؤید این ادعاست. همچنین مراجعه به متن ماده ۳۳۱ ق.م. که به تبعیت از فقه در تعریف تسبیب، هیچ اشاره‌ای به تقصیر نکرده است، تأیید دیگری بر این ادعاست که در ضمان ناشی از تسبیب تقصیر شرط نیست. درمورد استیفا نیز حکم روشن است و در این که تقصیر جایگاهی برای تحقق ضمان ناشی از آن ندارد، تردیدی نیست. اگر استیفا را نوعی از اتلاف منافع بدانیم و آن را بر مبنای اتلاف توجیه کنیم، روشن است که در اتلاف تقصیر شرط نیست. اما اگر آن را منبعی مستقل بدانیم باز هم برای ضمان ناشی از آن، تقصیر شرط نمی‌باشد.

بر این اساس باید معتقد بود که در فقه امامیه، و به تبع آن در قانون مدنی برای تحقق ضمان قهری و مسئولیت مدنی تقصیر شرط نیست. به عبارت دیگر نظام مسئولیت مدنی در فقه اسلامی مبتنی بر تقصیر نبوده است و به تبع آن، نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی نیز مبتنی بر تقصیر نیست.

۲-۳- تحول نظام ضمان قهری در فقه اسلامی - توسعه منابع ضمان

تعدد و محدودیت ضمان به موارد مذکور در فوق، نظر مشهور در فقه امامیه است که در بین متقدمان شهرت بسزایی داشته است و نویسندگان قانون مدنی نیز از آن پیروی کرده‌اند. اما فقه امامیه در این خصوص تحول زیادی به خود دیده است. متأخران و به ویژه معاصران به سمت پذیرش یک قاعده عام ضمان قهری گام بر داشته‌اند؛ از یک سو، عناوین ضمان را توسعه داده‌اند و به عنوان مثال نفس «تفویت منفعت» رابه عنوان منبع مستقل ضمان دانسته‌اند.^۳ از سوی دیگر برخی بر مبنای سیره و بنای

۱. حسینی مراغی، پیشین، ص ۴۳۶.

۵. رش: موسوی بجنوردی، پیشین، ج ۴، صص ۳۷ و ۳۸؛ صفائی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی، الزامات خارج از قرارداد، ویراست سوم، چاپ ۹، سمت، تهران، ۱۳۹۵، ص ۷۸.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، چاپ ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ه. ق، صص ۴۰، ۳۹؛ موسوی بجنوردی، پیشین، ج ۴، ص ۱۸۴؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، چاپ ۱، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۸ ه. ق، ص ۴۹۱؛ حاشیه ناصر مکارم شیرازی.

عقلاً^۱ وعده‌ای با استناد به قاعدهٔ لاضرر^۲ و برخی هم با توسعه در مفهوم «اتلاف» به گونه‌ای که هر نوع اضرار، اتلاف تلقی شود^۳ تلاش کرده‌اند قاعدهٔ عام ضمان قهری، و مسئولیت مدنی را ایجاد کنند که بر مبنای آن هر کس به دیگری ضرری وارد کند، ضامن باشد، هر چند عمل او منطبق با یکی از عناوین منصوص ضمان قهری نباشد.

به عبارت دیگر تحول فقه به سمت ابتدای ضمان بر «اضرار» به جای «اتلاف» است. اما نویسنده قانون مدنی و حتی قانون مجازات اسلامی از این تحولات غافل مانده است و بر مبنای نظر متقدمان، قاعدهٔ عام ضمان قهری و مسئولیت مدنی را مقرر نداشته است. بررسی تفصیلی این موضوع از حوصله این مقاله است و مجالی دیگر می‌طلبد.

۲-۴- خلاصه قانون مدنی در خصوص جبران زیان‌های جسمانی و مبنای آن
 خلاصه دیگری که قانون مدنی در زمینه الزام‌های خارج از قرارداد دارد، در خصوص زیان‌های جسمانی است.

۲-۴-۱- سکوت قانون در مورد جبران زیان‌های جسمانی

در قانون مدنی مقرره‌ای راجع به جبران زیان‌های جسمانی و نحوه آن وجود ندارد. ممکن است گفته شود که الزام‌های خارج از قرارداد مذکور در ماده ۳۰۷، شامل زیان‌های جسمانی هم می‌گردد؟ در رد این ادعا باید گفت در مورد غصب و استیفا پاسخ روشن است.

موضوع غصب مال است و نسبت به انسان صادق نیست.^۴ استیفا هم یک نوع انتفاع یا منفعت بردن است که یکی از اقسام مال است که با اضرار به غیر متفاوت است و مسئولیت مدنی به معنای خاص نیست. اما اتلاف و تسبیب اگر چه از دیدگاه فقهی شامل اتلاف مال و جسم و جان هر دو می‌شوند؛ چنانکه بخش عمدهٔ مباحث قصاص و دیات بر مبنای این منبع تحلیل می‌شود و قانون مجازات اسلامی که ناظر به زیان‌های جسمانی (جنایت) است، در مواد ۴۹۲ به بعد با استفاده از همان عنوان فقهی «موجبات ضمان»، مصادیق اتلاف (مباشرت و تسبیب) را بیان کرده است. اما اتلاف و تسبیب مذکور در قانون مدنی صرفاً ناظر به امور مالی و اتلاف مال است و شامل اتلاف جسم و جان نمی‌شود. چنانکه در ماده ۳۲۸ ق.م. ذیل عنوان اتلاف آمده است:

۱. بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، ج ۴، چاپ ۲، دفتر آیت الله بهجت، قم، ۱۴۲۶ ه. ق، ص ۵۷۸؛ طباطبائی یزدی، العروه الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص ۴۹۱.

۲. حائری طباطبائی، پیشین، ص ۱۶؛ سیستانی، پیشین، ص ۴۹۱.

۳. حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود، ج ۱، چاپ ۲، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۳ ه. ق، ص ۴۸ به بعد.

۴. نجفی، پیشین، ص ۳۹؛ محقق رشتی، کتاب الغصب، ص ۲۰.

«هر کس مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است... اعم از اینکه عین با منفعت باشد».

در مورد تسبیب نیز ماده ۳۳۱ قانون مدنی مقرر داشته است:

«هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد...».

تمام عناوین دیگر ضمان که در مواد پراکنده قانون مدنی آمده است ناظر به زیان‌های مالی هستند. در تأیید این ادعا به علاوه می‌توان به دلایل توجیهی تصویب قانون مسئولیت مدنی اشاره کرد.^۱

۲-۴-۲- دلایل سکوت قانون مدنی در مورد زیان‌های جسمانی

قبلاً گفته شد، مواد راجع به الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) از فقه اقتباس شده است و در این زمینه نویسندگان قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه استفاده نکرده‌اند. در فقه اسلامی زیان‌های جسمانی حتی اگر خطئی باشد جرم تلقی شده و تحت عنوان قصاص و دیات مطرح شده است و جنبه کیفری دارند و ذکر این احکام در قانون مدنی (که یک قانون غیر کیفری است) شایسته نبوده است. بر این اساس اگر قرار بود مقرره‌ای در خصوص زیان‌های جسمانی بر مبنای فقه اسلامی تصویب شود باید در قانون جزای عمومی پیش‌بینی می‌شد. اما با توجه به اینکه قانون جزای عمومی از قانون جزای عمومی فرانسه اقتباس شده بود، در آن قانون نیز، نشانی از احکام قصاص و دیات دیده نمی‌شود. بدین سان هیچ مقرره‌ای در مورد جبران زیان‌های جسمانی در قانون مدنی و قانون جزای عمومی وجود ندارد و تا سال ۱۳۳۹ که قانون مسئولیت مدنی تصویب شد، هیچ مقرره‌ای در خصوص جبران زیان‌های جسمانی در حقوق موضوعه ما وجود نداشته است و باید گفت که زیان‌های جسمانی در نظام حقوقی ما غیر قابل جبران بوده‌اند. البته این امر جای تعجب ندارد. زیرا در نظام‌های حقوقی جدید غربی هم جبران زیان‌های جسمانی سابقه طولانی ندارد. در قانون مدنی فرانسه اگر چه ماده ۱۳۸۲ ق.م. اطلاق داشت و شامل هر نوع زیان (اعم از مادی و معنوی و زیان‌های جسمانی) می‌شد، اما جبران زیان‌های جسمانی در حقوق این کشور سابقه طولانی ندارد و دکترین و رویه قضائی ماده ۱۳۸۲ را ناظر به زیان‌های مالی می‌دانست.^۲ در واقع صدمات جسمانی را زیان تلقی نمی‌کردند، یا قابل جبران نمی‌دانستند، چون زیان‌های جسمانی به طور واقعی قابل جبران نیستند و قابل ارزیابی به پول هم نمی‌باشند. اما به مرور ابتدا آثار مالی ناشی از زیان‌های جسمانی را قابل جبران دانسته، سپس (از نیمه دوم قرن بیستم) آثار معنوی ناشی از صدمات

۱. رش: درودیان، حسنعلی، جزوه درس حقوق مدنی ۴، سال تحصیلی ۷۲-۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۵۵.

۲. Mazeaud 1965 et Tunc, op. cit. , p400 et s. , n°301.

جسمانی را قابل جبران دانستند.^۱ به گونه‌ای که هم اکنون نیز در حقوق غرب نفس صدمات بدنی، قابل جبران نیستند؛ یعنی اگر کسی به دیگری صدمه جسمانی وارد کند، و این امر اثر مالی در دارایی او نداشته باشد، قابل جبران نیست، بلکه آثار مالی صدمات بدنی (نظیر هزینه درمان، از کار افتادگی و...) را قابل جبران می‌داند و اخیراً آثار معنوی آن (نظیر درد رنج جسمی و روحی و...) را نیز جبران می‌کند.^۲

۲-۵- تصویب قانون مسئولیت مدنی، برای رفع خلأهای قانون مدنی در مورد ضمان

قهری

با توجه به خلأهایی که در قانون مدنی در زمینه جبران خسارت وجود داشت، قانون‌گذار در سال ۱۳۳۹، قانون مسئولیت مدنی را تصویب کرد. در سخنرانی که معاون وزیر وقت دادگستری به هنگام تقدیم لایحه قانون مسئولیت مدنی، به مجلس، ایراد کرده است، اظهار داشته است که برای جبران نواقص قانون مدنی، در زمینه ضمان قهری، آن لایحه را تهیه کرده‌اند.^۳

بررسی مواد قانون مسئولیت مدنی ثابت می‌کند که این قانون دقیقاً خلأهای قانون مدنی را پر کرده است. ابتدا در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، همانند نظام‌های حقوقی غربی، قاعده عام مسئولیت مدنی تأسیس شده و به پیروی از نظام‌های حقوقی غربی، تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی ذکر شده است. به علاوه عمده ۱۳ ماده باقیمانده قانون مسئولیت مدنی ناظر به جبران زیان‌های جسمانی و معنوی است و اتفاقاً شیوه‌ای که برای جبران زیان‌های جسمانی اتخاذ شده، همان شیوه غربی است. بدین معنا که آثار مالی و معنوی ناشی از صدمات جسمانی جبران می‌شود و الا نفس صدمات جسمانی، قطع نظر از آثار مالی و معنوی آن، قابل جبران نیست.

۱. Viney, Genevieve, Jourdain, Patrice, Traité de droit civil, sou la direction de Jacque Ghestin, Les conditions de la responsabilité, 2er, L. G. D. J, Paris, 1998, p22, n°252 et s.

۲. Ibid, p23, n°253.

۳. درودیان، حسنعلی، پیشین، ص ۵۵.

نتیجه‌گیری:

به عنوان نتیجه از مباحث مطرح شده باید گفت:

۱- قانون مدنی ایران بر مبنای دو منبع عظیم فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه، شکل گرفته است، اما تأثیر این دو برابر نیست. تقسیم‌بندی کلی و نیز برخی از مواد آن از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است، اما محتوای آن‌ها به جهت انطباق با فقه امامیه تغییر داده شده‌اند. اما تعداد زیادی از مواد قانون مدنی به ویژه در بخش مربوط به عقود معین و ضمان قهری، عیناً از فقه امامیه اقتباس شده‌اند. مطالعه تاریخچه قانون مدنی ایران ثابت می‌کند که هم نویسندگان قانون مدنی تدوین متنی بوده که در درجه نخست منطبق با فقه امامیه باشد.

۲- دوگانگی منابع قانون مدنی از یک سو، و تجربه نخستین قانون‌گذاری در ایران، از سوی دیگر همچنین تعجیل و شتابی که برای تصویب قانون مدنی، جهت الغای کاپیتولاسیون وجود داشت، سبب شده که خلأهایی در قانون مدنی وجود داشته باشد.

۳- یکی از خلأهای قانون مدنی فقدان قاعده عام مسئولیت مدنی است. مواد قانون مدنی در خصوص ضمان قهری (مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷) از فقه امامیه اقتباس شده است. به این دلیل در قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه، یک قاعده عام مسئولیت مدنی مقرر نشده است، بلکه موارد متعدد به عنوان منابع ضمان قهری بیان شده‌اند که عبارتند از اتلاف، تسبیب، غصب و استیفا. برای این که کسی مطابق قانون مدنی ضامن زیان وارد بر دیگری باشد، باید عمل او (فعل یا ترک فعل) مصداق یکی از عناوین مذکور در ماده ۳۰۷ قانون مدنی باشد. بدین سان باید نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی را به تبع فقه امامیه، نظام کثرت‌گرا نامید، برخلاف نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی فرانسه که وحدت‌گراست.

۴- نقصان دیگر قانون مدنی در مورد جبران زیان‌های جسمانی است. قانون مدنی مقرره‌ای در مورد جبران زیان‌های جسمانی ندارد. مواد قانون مدنی صرفاً ناظر به جبران زیان‌های مالی است. دلیل این امر آنست که صدمات جسمانی در فقه اسلامی جرم و قابل مجازات است که مجازات آن حسب مورد قصاص، یا دیه است که جای طرح آن، قوانین کیفری است نه قانون مدنی.

۵- یکی از دلایل تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹ بر طرف کردن خلأهای قانون مدنی بوده است. تا قبل از تصویب قانون مسئولیت مدنی زیان‌های جسمانی در نظام حقوقی ما قابل جبران نبوده‌اند؛ زیرا از یک سو در قانون مدنی در این خصوص حکمی وجود نداشت؛ از سوی دیگر قانون جزای عمومی ایران بر مبنای قانون جزای عمومی فرانسه تدوین شده و مقررات قصاص و دیات در آن نیامده بود.

۶- نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه مبتنی بر تقصیر نیست؛ در هیچ یک از منابع ضمان مذکور در قانون مدنی تقصیر شرط ایجاد ضمان نیست.

۷- با توجه به تحقیق انجام شده، ویژگی نظام مسئولیت مدنی در فقه اسلامی و به تبع قانون مدنی را باید این گونه خلاصه کرد: اولاً، یک نظام کثرت‌گراست؛ یعنی یک قاعده عام مسئولیت مدنی وجود ندارد، هر چند تحول فقه به سمت ایجاد نظام عام مسئولیت مدنی است؛ ثانیاً، در فقه اسلامی و قانون مدنی ضمان مبتنی بر اتلاف است نه اضرار؛ یعنی برای تحقق ضمان باید اتلاف یا تلف صدق کند و صرف تحقق ضرر برای ایجاد ضمان کافی نیست؛ ثالثاً، تقصیر شرط ایجاد ضمان و مسئولیت مدنی نیست؛ در برخی از مصادیق تسبیب که تقصیر شرط دانسته شده برای احراز انتساب است، نه به عنوان رکن مستقل. برای نخستین در قانون مسئولیت مدنی با اقتباس از نظام‌های حقوقی غرب تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی وارد ادبیات حقوقی ما شده است.

۸- تحول فقه امامیه به سمت ایجاد یک قاعده عام مسئولیت مدنی و نظام وحدت‌گراست. این تحول از یک سو با گسترش منابع ضمان همراه بوده است، به گونه‌ای که «تقویت منفعت» را از منابع ضمان دانسته‌اند؛ از سوی دیگر برخی از مفهوم «اتلاف» تفسیر وسیع نموده و آن را شامل هر نوع اضرار دانسته‌اند. عده‌ای نیز به این سمت رفته‌اند که در هر مورد که بر اساس بنای عقلا امری منشأ ضمان باشد، آن را منبع ضمان بدانند هر چند مصداق عناوین متعارف ضمان نباشد.

الف - منابع فارسی:

۱. امامی، حسن (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، اسلامیه.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، حقوق اموال، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، الفارق، جلد اول، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۵. درودیان، حسینعلی، جزوه درس حقوق مدنی ۴، سال تحصیلی ۷۲-۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۶. زندیه، حسین و ده پهلوانی، طلعت (۱۳۹۱)، «جایگاه روحانیون منتقد در مدرنیزاسیون قضائی و تدوین قانون مدنی ایران»، سال چهارم.
۷. صفائی، سیدحسین، رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۵)، مسئولیت مدنی، الزامات خارج از قرارداد، ویراست سوم، چاپ نهم، سمت، تهران.
۸. فاطمی قمی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، خاطرات سید محمد فاطمی، نویسنده قانون مدنی و مستشار دیوان تمیز، پژوهش و تصحیح: احمد رضا نائینی، حسین زندیه، چاپ دوم، تهران، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی.
۹. قانون آیین دادرسی کیفری در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۹۳)، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، جلد اول، چاپ اول، دانشگاه تهران، تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ اول، یلدا، تهران.

ب - منابع فقهی:

۱۲. انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ه.ق.)، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیث)، جلد ششم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
۱۳. حائری طباطبایی، سید محمد مجاهد، بی تا، کتاب المناهل، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم.
۱۴. حائری طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸ ه.ق.)، ریاض المسائل (ط - الحدیث)، جلد چهاردهم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم.

۱۵. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط. جدید)، جلد هفدهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۱۶. حسینی، مراغی، سیدمیرعبید الفتاح (۱۴۱۷هـ.ق)، العناوین الفقہیة، جلد دوم، چاپ اول، دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۱۷. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ هـ.ق)، فقه العقود، جلد اول، چاپ دوم، مجمع اندیشه اسلامی، قم.
۱۸. حلی (محقق حلی)، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۱۸هـ.ق)، مختصر المنافع فی فقه الامامیة، جلد اول، چاپ ششم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، قم.
۱۹. حلی (محقق حلی)، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۲۰ هـ.ق)، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم.
۲۰. حلی (محقق حلی)، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ.ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد اول، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۲۱. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ هـ.ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد پنجم، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۲۲. خونی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸هـ.ق)، مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۲ موسوعه)، چاپ سوم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷ هـ.ق)، القواعد الفقہیة و الاجتهاد و التقليد (الهدایة فی الأصول)، جلد ۲، چاپ اول، مؤسسه صاحب الامر علیه السلام، قم.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۹هـ.ق)، موسوعه الامام خوئی، جلد سی ام، چاپ اول، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم.
۲۵. خوئی، سیدابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهه، چاپ سوم، چاپ اول، مطبعة الحیدریه، نجف.
۲۶. رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ هـ.ق)، فقه الإمامیة، قسم الخیارات، در یک جلد، چاپ اول، کتابفروشی داوری، قم.
۲۷. رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا)، کتاب الغصب، چاپ قدیم بدون تاریخ و محل چاپ.
۲۸. سبحانی، جعفر (۱۴۱۵ هـ.ق)، الرسائل الأربع (للسبحانی)، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.
۲۹. سبزواری، سیدعبد الاعلی (۱۴۲۸)، مهذب الاحکام، جلد بیست و هشتم، چاپ چهارم، دفتر آیت الله سبزواری، قم.

۳۰. سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۴ ه.ق.)، قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسیستانی)، در یک جلد، چاپ اول، دفتر آیه الله سیستانی، قم.
۳۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۸ ه.ق.)، العروة الوثقی مع التعليقات، دو جلدی، جلد دوم، چاپ اول، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم.
۳۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ ه.ق.)، العروة الوثقی (المحشی)، جلد پنجم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳۳. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی (۱۴۲۱ ه.ق.)، حاشیة المکاسب (تقریرات، للنجم آبادی)، در یک جلد، چاپ اول، غفوری، قم.
۳۴. قمی (میرزای قمی)، میرزا ابوالقاسم (۱۴۲۷ ه.ق.)، رسائل المیرزا القمی، تحقیق: عباس تبریزیان، جلد اول، دارالحوراء، قم.
۳۵. قمی، سید محمدحسینی روحانی (۱۴۱۳ ه.ق.)، القواعد الفقهیة (منتقى الأصول)، جلد پنجم، چاپ اول، چاپخانه امیر، قم.
۳۶. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ ه.ق.)، تحریرالمجله، جلد دوم، چاپ اول، مکتبه المرتضویه، نجف.
۳۷. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶ ه.ق.)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه دار الکتاب، قم.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ ه.ق.)، أنوار الفقاهة - کتاب البیع (لمکارم)، در یک جلد، چاپ اول، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم.
۳۹. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ ه.ق.)، القواعد الفقهیة، تصحیح: مهدی مهریزی، حسن درایتی، جلد چهارم، چاپ اول، الیهادی، قم.
۴۰. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۳ ه.ق.)، المکاسب و البیع، جلد دوم، چاپ اول، اسلامی، قم.
۴۱. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ ه.ق.)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد اول، چاپ اول، المکتبه المحمدیة، تهران.
۴۲. نائینی، میرزا محمدحسین، عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی (۱۴۲۱ ه.ق.)، الرسائل الفقهیة (تقریرات، للنجم آبادی)، در یک جلد، چاپ اول، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، قم.
۴۳. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق.)، جواهرالکلام، جلد سی و هفتم، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

۴۴. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ ه. ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.

ج - منابع فرانسه:

45. Lambert –Faivre, 1996, Droit du dommage coporel, 3er ed. , dalloz,Paris.
۴۶. Mazeaad,L. Tunc,A. , ۱۹۶۵, Traité théorique et pratique de la Responsabilité civil, délictuelle et cotractuele, Preface par Henri Capitan T. I. 6er ed. Montchrestien,Paris.
47. Mazeaud,H. ,J. et Chabas,François, Leçon de droit civil ,t. II,v. I, Obligatoins,theorie générale, 9er edition, par F. Chabas, montchrestien,Paris.
48. Viney,Genevieve, Jourdain,Patrice,1998, Traité de droit civil, sou la direction de Jacque Ghestin, Les conditions de la responsabilité, 2er, L. G. D. J,Paris.
49. Viney,Genevieve,1995, Traité de droit civil, sou la direction de Jacque Ghestin, Introduction à la responsabilité, 2er, L. G. D. J,Paris.

اثبات و یأس از اثبات

مژگان موفقی^۱

چکیده

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ قضات دادگاه‌ها را موظف ساخته موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده "حکم مقتضی" صادر و یا "فصل خصومت" نمایند. مقدمه ضروری "رسیدگی به دعوی" جهت "صدور حکم مقتضی و یا فصل خصومت" مفهم آن است که حکم مقتضی و فصل خصومت -بالضرورة و بالاتفکیک- نتیجه رسیدگی ماهیتی است. مضافاً به دلالت تعریف قضاء و نیز با لحاظ قیود فصل خصومت به عنوان یک حقیقت عرفیه، بدون اصدار رأی ماهیتی با هیچ‌یک از فصل خصومت و حکم مقتضی مواجه نیستیم. ضابطه تمیز حکم مقتضی از فصل خصومت دلیل استنادی حکم است. اگر مستند رأی، دلیل اثبات دعوی باشد حکم، حکم مقتضی است؛ و در خارج از مصبّ ادله فوق و مآلاً استناد به قواعدی نظیر قاعده قرعه، حکم صادره فصل خصومت (در معنای خاص کلمه) خواهد بود. علت تقدّم کلامی صدور حکم مقتضی بر فصل خصومت در متن ماده آن است که با وجود ادله اثبات دعوی و مآلاً امکان صدور حکم مقتضی نوبه به فصل خصومت نمی‌رسد و علت ترتّب مقامی دلیل اثبات دعوی بر ضوابط فصل خصومت کاشفیت آن است از حق، کاشفیتی که ضابطه فصل خصومت از آن محروم است. با عنایت به این که قانون تفکیکی میان ادله اثبات و ضوابط فصل قائل نشده است بایستی با تأمل در اقسام احکام صادره -حسب دلیل و ضابطه استنادی- ماهیت آن را بازشناخت.

کلیدواژه: حکم مقتضی، فصل خصومت در معانی عام و خاص، ادله اثبات دعوی، ضوابط فصل خصومت

صدر ماده ۳ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: "قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند".

عبارات "حکم مقتضی" و "فصل خصومت" و تفکیک این دو با واژه‌های "و یا"، با لحاظ ضرورت حمل اسامی متعدد بر مسمیات متفاوت در مقام تفسیر، مسلم می‌دارد که هر عبارت بایستی حمل بر معنای جداگانه شود.

برای درک ممیزات این دو، با توجه به این که قانون‌گذار رأساً تعریفی از موضوعات دوگانه فوق به دست نداده است و نیز با توجه به اقتباس ماده از فقه، گریزی از مراجعه به تعاریف معنونه وسیله فقهاء و اساتید مسلم فقه و حقوق، متفاهم عرف^۱ و نیز سابقه حکم به نحو انعکاس یافته در ق.آ.د.م. منسوخه مصوب ۱۳۱۸ نیست.

قضاوت: صدور حکم و فصل خصومت

"فصل خصومت" و "صدور حکم" مفاهیمی هستند که همواره در تعریف قضاء در فقه استعمال شده‌اند. به عنوان مثال گفته شده است: "القضاء هو فصل الخصومه بین خصمین او الخصوم به حکم الله تعالی"^۲ یعنی: قضاوت عبارت است از فیصله‌دادن دعوی بین طرفین یا اطراف دعوی بر طبق حکم خداوند متعال. و نیز: "القضاء و هو الحكم بین الناس لرفع النزاع بینهم بالشرائط الآتیه- و آن (قضاء) حکم بین مردم است جهت رفع تنازع بین آنان با شرایطی که می‌آید"^۳.

در دکترین نیز عالم برجسته فقه و حقوق در تعریف "قضاوت" و "فصل خصومت" به تفکیک چنین آورده است: "قضاء، فصل خصومت است"^۴؛ و: "فصل خصومت (آیین دادرسی) رسیدگی قاضی که منتهی به صدور حکم گردد و قابلیت اجراء داشته باشد"^۵.

در آمیختگی "صدور حکم" و "فصل خصومت" در حیطه قضاء - و مستنبط از تعاریف فوق - مفهم آن است که هرگز حکمی وسیله قاضی صادر نمی‌شود مگر آن که متضمن فصل خصومت میان متخاصمین

۱. استاد جعفری لنگرودی: "متفاهم عرف (کلیات حقوق) برداشت آحاد ناس از کلمه و لغتی را گویند (=فهم عرفی، مفهم عرفی، حقیقت عرفیه)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، دوره پنج جی، گنج دانش، چاپ ۲، ۱۳۸۱، ج ۴، ش ۱۲۰۸۶.

۲. آقا ضیاء الدین عراقی، به نقل از نهجینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۹۳، ج اول، ص ۵۲.

۳. امام خمینی، روح الله، ترجمه تحریرالوسیله، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۴، کتاب القضاء، صص ۸۰ و ۸۱.

۴. همان، ص ۲۸۳۲، ش ۱۰۵۲۶.

۵. همان، ص ۲۸۰۸، ش ۱۰۴۴۰.

باشد و از سوی دیگر فصل خصومت نیز بدون اصدار حکم، ممکن و متصور نخواهد بود. به همین جهت گاه قضاء را فصل خصومت خوانده‌اند و گاه آن را صدور حکم به منظور فصل خصومت (یا همان رفع تنازع).

حال با عنایت به این که فصل خصومت در دعاوی بدون اصدار حکم ممکن نیست به نظر می‌بایست از سیاق ماده ۳ ق.آ.د.م دائر بر تقابل فصل خصومت با حکم مقتضی چنین استنباط کرد که مقنن در متن ماده فصل خصومت را در معنای خاصی - غیر از معنای عام آن که غایت هر دادرسی بوده و مطلق هر حکمی لزوماً مفید آن است - مطمح نظر قرار داده باشد؛ معنایی که به منظور تبیین آن، به لحاظ فقد تعریف قانونی، گریزی از مراجعه به عرف یا به عبارت دیگر "متفاهم عرف" نیست. حجیت متفاهم عرف بالضرورة مقتضی این مراجعه است.^۱

متفاهم عرف در خصوص معنای فصل خصومت را به خوبی از نقل قولی که استاد جعفری لنگرودی به عمل آورده است، می‌توان دریافت - و به همین دریافت بسنده می‌نماییم به جهت ایجاز سخن و به سبب اتقان قول ایشان -.

البته کلام این بزرگوار در رابطه با تعریف "اجزاء و رأی مجزی" است که از بحث مقاله حاضر خارج است لیکن در تبیین کلام، عبارتی را تقریر می‌نماید که مفید معنای فصل خصومت نزد عامه (متفاهم عرف از فصل خصومت) است.

این عالم فقه و حقوق می‌نویسد: "رأی دادگاه مجزی است یعنی پس از صدور حکم اگر معلوم شود که حکم، اصابت بواقع نکرده است نباید تجدید رسیدگی به عمل آید. این همان چیزی است که در زمان ما می‌گویند: (دادگاه، احقاق حق نمی‌کند بلکه فصل خصومت می‌کند!) هر چند که این گفتار ناتمام و نارسا است زیرا دادگاه می‌کوشد تا آنجا که برایش میسر است احقاق حق کند و به حقیقت قضائی دست یابد اما دادگاه نیز بر پایه فکر آدمی دور می‌زند که ممکن است گاه اشتباه کند. آنجا که اشتباهی در صدور حکم، مرتکب شود در واقع احقاق حق نکرده است اما فصل خصومت کرده است"^۲.

۱. سید مصطفی محقق داماد: "برداشت عرف از الفاظ و کلمات و یا تشخیص مصادیق بدون تردید حجت است و نزاعی در آن نیست"، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم، پاییز ۱۳۸۲، ص ۱۵۴؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر: "متفاهم عرف حجت است"، دانشنامه حقوقی، دوره پنجم، موسسه انتشارات امیرکبیر تهران، چاپ ۵، ۱۳۷۵، ج اول، ص ۷۳۲؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی "حقوق مدنی - حقوق جزا"، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۸۲، صص ۲۰۰ و ۲۰۱؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضائی "علمی - تطبیقی - تاریخی"، ج ۲، ص ۷۸۹، ش ۳؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فن استدلال - منطق حقوق اسلام، پیشین، ص ۵۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضائی "علمی - تطبیقی - تاریخی"، دوره دو، ج ۱، گنج دانش، چاپ ۳، ۱۳۸۱، ج اول، ص ۱۷.



اگرچه استاد جعفری لنگرودی در تبیین تلقی عموم از فصل خصومت متذکر وضعیتی شده است که ریشه عدم احقاق حق، اشتباه قاضی است؛ لیکن در تبیین و تفصیل کلام نبایستی غافل ماند از حالتی که ریشه عدم احقاق حق، فقدان دلیل و مآلاً یأس قاضی از اثبات بوده است که وی را ناچار کرده تا با تمسک به ضوابطی نظیر قرعه و یا قواعدی مانند قاعده مایعلم الا من قبله، دعوی را ختم و خصومت را فصل کند که بالطبع در اینجا نیز عرف می‌گوید دادگاه احقاق حق نکرد بلکه فصل خصومت کرد^۱.

به این ترتیب فصل خصومت می‌تواند مضاف بر حالت عدم دسترسی به مرحله ثبوت، به واسطه اشتباه قاضی در تشخیص یا ضعف وی در اداره دلیل باشد یعنی چه بسا قاضی علیرغم وجود بینه، در اصدار حکم اشتباه کرده و به جای احقاق حق (= صدور حکم مقتضی)، فصل خصومت کرده باشد؛ لیکن حتی اگر حسب متفاهم عرف، فصل خصومت تاب تحمل هر دو معنا را داشته باشد در تفسیر ماده ۳ مورد بحث می‌بایست قائل بر این بود که مقنن حالتی را در نظر دارد که قاضی با رعایت موازین و بدون اشتباه، حکم را صادر می‌کند چرا که مقنن در مقام قانون‌گذاری و تقریر احکام قضاوت، حکم موضوع صحیح را بیان می‌کند؛ عبارت "موافق قوانین" تقریر یافته در ماده نیز موید امر است.

به این ترتیب "فصل خصومت" در تقابل با "حکم مقتضی" ناظر بر حالتی است که قاضی ناگزیر به فصل خصومت گردیده نه این که صدور حکم عادلانه و مقتضی را- با وجود امکان- واگذارده و فصل خصومت اختیار کرده باشد؛ لذا در جایی که با وجود بینه و دلیل، قاضی حکمی را به اشتباه صادر کند، مصداق فصل خصومت ذیل ماده ۳ نخواهد بود و از احکام فصل خصومت تبعیت نخواهد کرد.

فصل خصومت در معنای عام و فصل خصومت در معنای خاص

با تأمل در تعاریف فقهی از قضاء و با لحاظ متفاهم عرف، به نظر می‌رسد فصل خصومت در نظام حقوقی ما از دو معنای عام و خاص برخوردار است؛ با این توضیح که فصل خصومت در معنای عام و علی الاطلاق تعریف قضاء در فقه، استعداد و قابلیت آن را دارد که به مطلق قضاء و عموم احکام صادره بارگردد؛ لیکن این معنی در فهم عرف تقیید می‌خورد یعنی حسب متفاهم عرف صرفاً پاره‌ای از احکام مصداق فصل خصومت‌اند (فصل خصومت در معنای خاص) و سایر احکام، احکام عادلانه.

بناءً علیهذا فصل خصومت در معنای عرفی، در تقابل با احکامی قرار می‌گیرد که دعاوی راجعه، به حق اقتضای صدور آن احکام را داشته؛ یعنی احکامی که با اتکاء بر دلیل و بینه و متعاقب کشف مرحله ثبوت و مآلاً به نحو عادلانه اصدار یافته و طبعاً احقاق حق را به خوبی میسر کرده است.

۱. رک. کاتوزیان، ناصر، مقاله یأس از اثبات و اصل برائت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۶، زمستان ۱۳۸۳ صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

در مقابله با چنین احکامی (احکام مقتضی)، سایر احکام یعنی احکامی که به واسطه فقد بینه و دلیل و مآلاً عدم کشف حقیقت وبدون طی مرحله اثبات و صرفاً حسب تکلیف قاضی به فصل دعوی و با تمسک به قرعه و امثالهم اصدار یافته حسب متفاهم عرف فصل خصومت تلقی می‌گردد که می‌توان از آن با عنوان فصل خصومت در معنای خاص تعبیر کرد.

حال با توجه به معانی دوگانه فصل خصومت در فقه و عرف، می‌توان به متن ماده ۳ ق.آ.د.م بازگشت و چنین تفسیر کرد که مقتن حکم مقتضی (حکم عادلانه) را در برابر فصل خصومت در معنای خاص آن قرار داده است؛ تقابلی که با مراجعه به فقه و عرف، قابل فهم و قابل درک است.^۱

ضوابط تشخیص اقسام آرای ماهیتی به عنوان حکم مقتضی و یا فصل خصومت

بدین ترتیب ضوابط تمیز و مراحل صدور حکم مقتضی و فصل خصومت در معنای خاص را می‌توان به‌نحو ذیل خلاصه کرد و حسب مورد هر قسم از آرای ماهیتی را در زمره یکی از این عناوین دوگانه قرار داد:

اول - وجود بینه و دلیل اثبات موجب علم و اطمینان عادی؛ و مآلاً کشف حقیقت - اثبات - ظهور مرحله ثبوت و صدور حکم عادلانه و مقتضی.

دوم - فقدان دلیل و تعذر از کشف حقیقت - یأس از اثبات - و به ناچار تمسک به ضابطه فصل دعوی - نظیر ضابطه قرعه یا فرض قانونی - و فصل خصومت در معنای خاص.

حسب آنچه گفته شد فصل خصومت در معنای عام فقهی، صور دوگانه فوق را پوشش می‌دهد لیکن فصل خصومت در معنای خاص عرفی، صرفاً ناظر بر صورت دوم است. همچنین حکم مقتضی به لحاظ اصدار آن بر پایه ادله متقن و کاشف از حق، از حیث اصابت به واقع اقوی از فصل خصومت در معنای خاص است و با امکان صدور حکم مقتضی، نوبه به فصل خصومت نمی‌رسد.^۲

۱. به این ترتیب صدور مطلق حکم برابر با فصل خصومت در معنای عام است. رابطه فصل خصومت در معنای عام (به عبارت دیگر رابطه هر حکم) با فصل خصومت در معنای خاص، رابطه عموم و خصوص مطلق است. هر فصل خصومت خاص، فصل خصومت عام نیز هست ولی هر فصل خصومت عام (=هر حکمی) فصل خصومت خاص نیست. در حالت اخیر حکمی که در دایره فصل خصومت خاص قرار نمی‌گیرد، همان حکم مقتضی است.

به بیان دیگر عبارت صدور حکم مترادف با عبارت فصل خصومت در معنای عام است؛ و این عبارت مقسم است برای حکم مقتضی و فصل خصومت، لذا حکم مقتضی قسمی فصل خصومت در معنای خاص است، رابطه حکم مقتضی با فصل خصومت در معنای خاص، تباین است و تقابل این دو به نحو تقریر یافته در متن ماده ۳ ق.آ.د.م کنونی منطقی و قابل درک.

۲. به این ترتیب فصل خصومت در معنای عام در مراتب بالاتر خود متضمن کشف حق است و در مراتب پایین‌تر فلا. لذا آنجا که فقیه و دانشمند جوادی آملی می‌گوید در جایی که کشف حق از طریق معجزه وسیله خداوند صورت می‌گیرد با اعلی درجه فصل خصومت مواجهیم، نظر بر همین مراتب فصل خصومت عام دارد. این گفتار در مورد تفسیر سوره بقره است در جایی که به امر الهی و از طریق ذبح گاو و ظهور معجزه، خداوند خصومت فیما بین خصوم را با معلوم کردن قاتل فصل می‌کند. (ر.ک. داندود تفسیر سوره بقره جوادی آملی ۳۹۰ - سوره بقره آیات ۶۷ تا ۷۴. www.zahra-media.ir)

بناءً علیهذا ذیلاً مترصد آنیم که به بررسی مصادیق "حکم مقتضی" و "فصل خصومت" در برخی از موارد مشتبه پردازیم.

قبلاً یادآور می‌شویم منظور از فصل خصومت در این مقاله همواره و علی‌الاطلاق همان فصل خصومت در معنای خاص کلمه است. از این حیث از سیاق ماده ۳ ق.آ.د.م تأسی کرده‌ایم.

اگر صدور حکم به استناد بینه، شهادت و سند رسمی فرد اجلای حکم مقتضی و عادلانه است و رأی صادره به استناد قرعه و فرض قانونی فرد اجلای فصل خصومت، در این میان برخی آراء محل تأمل دارند.

از جمله این که آیا رأی مستند به قسم با توجه به دلالت قسم به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی حکم مقتضی است و یا می‌بایست از ظاهر قانون گذشت و حکم مستند به قسم را فصل خصومت تلقی کرد.

همچنین مقابله عبارت "صدور حکم مقتضی" با "فصل خصومت" به نحو تقریر یافته در متن ماده سبب گردیده است این احتمال داده شود که ممکن است منظور از فصل خصومت صدور گزارش اصلاحی، وقوع صلح و سازش میان متخاصمین و یا صدور قرارهای قاطع دعوا نظیر قرار سقوط دعوا باشد؛ حال آنکه موارد فوق اساساً از ماده ۳ مورد بحث و تبعاً از اطلاق حکم مقتضی و فصل خصومت خروج موضوعی دارند.

ذیلاً به بررسی گزارش اصلاحی، سازش، قرارهای قاطع دعوی، احکام مستند به اصول عملیه، اقرار و قسم از منظر مقاله حاضر می‌پردازیم.

عدم اطلاق فصل خصومت بر گزارش اصلاحی، سازش و قرارهای قاطع دعوی

یکی از اساتید مسلم حقوق آیین دادرسی مدنی در رابطه با ذیل ماده ۳ ق.آ.د.م می‌نویسد: "مقتن (صدور حکم مقتضی) را مفهومی جدای از (فصل خصومت) می‌پندارد. مسلم آن است که وقتی دادگاه موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده و حکم مقتضی صادر نماید، به تعبیری فصل خصومت نیز نموده است، ولی لزوماً عکس آن صادق نیست. به همین علت نگارنده بر آن است که در نظر قانون‌گذار صدور حکم مقتضی پس از رسیدگی موافق قوانین به دعاوی، همان دادرسی عادلانه و کشف حقیقت است، به عبارت دیگر چنانچه قضات دادگاه‌ها موافق قوانین به دعاوی رسیدگی نموده و بر آن پایه حکم بدهند، تصمیمی عادلانه اتخاذ می‌نمایند. اما فصل خصومت به نظر از این دایره خارج است. این عبارت که (...) و یا فصل

خصوصت نمایند)، بیشتر ناظر به قطع دعوا و قلع ماده نزاع به واسطه سازش است، اگر دادگاه به هر دلیلی نتواند حکم مقتضی صادر نماید، وظیفه دارد دعوا را فصل نموده و ماده نزاع را از بین ببرد. فصل خصوصت در ماده ۳ ق.آ.د.م، به نظر بیشتر به بحث سازش و صلح در دادگاه نزدیک است.^۱

ایشان در ادامه می‌نویسد: "هنگامی که دادگاه، در مقام فصل خصوصت قرار می‌گیرد، حکم نمی‌دهد. این عبارت حکایت از این معنی دارد که صدور حکم در ماهیت دعوا، تعیین کننده و تمیز دهنده ذیحق از بی‌حق است، هر تصمیم دیگری واجد این شرایط نیست. پس از منظری دیگر می‌توان فصل خصوصت را ناظر به هر تصمیم دیگری از جمله سازش و گزارش‌اصلاحی و حتی صدور قرارهای قاطع دعوا دانست"^۲. نظر ایشان در خصوص آن که دادگاه با صدور حکم مقتضی فی‌الواقع فصل خصوصت می‌کند و به عبارت اخیری صدور حکم ماهیتی متضمن فصل خصوصت است، نظری متین و مسلم می‌نماید و این همان است که به عقیده راقم این سطور می‌توان از آن با عنوان "فصل خصوصت در معنای عام" یاد کرد؛ لیکن این اعتقاد که می‌توان عبارت فصل خصوصت مصرح در ماده را حمل بر خارج از موضع اصدار حکم دانست یعنی آن را ناظر بر موردی تلقی کرد که دعوا به نحو دیگر و تصمیم دیگری غیر از صدور حکم خاتمه یابد نظیر صدور گزارش‌اصلاحی و یا قرار سقوط دعوا که از مصادیق قرارهای قاطع دعوا است، محل اشکال می‌نماید.

اگرچه فصل خصوصت در قانون تعریف نشده است و البته به لسان یکی از بزرگان علم حقوق، این مذاق قانون‌گذار است که به احکام می‌پردازد و نه به موضوعات^۳؛ لیکن در تنقیح موضوع^۴ فصل خصوصت - همچون سایر موارد سکوت قانون - می‌بایست مأخوذ و ملتزم به تعاریف موجود و متفاهم عرف بود و تعریف مستنبطه را در تفسیر ذیل ماده ۳ قانون، مورد لحاظ قرار داد و مسلماً نمی‌توان در مقام تفسیر قانون و با اتکا بر تعریفی که استدراک دلیل متقن بر آن متعذر است، از ضوابط تعریف گذشت و در عناصر متشکله یک موضوع امضائی دخل و تصرف نموده و موضوع را بر معانی دیگری حمل کرد.^۵

۱. همان.

۲. همان، صص ۵۱ و ۵۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فن استدلال - منطق حقوق اسلام -، ص ۸.

۴. استاد جعفری لنگرودی: "تنقیح موضوع هر مسئله عبارت است از احصاء قیود و اوصاف و مشخصات موضوع آن مسئله که باید استقراء کامل صورت گیرد؛ قیود زاید را برانند و قیود لازم را بدانند". فن استدلال - منطق حقوق اسلام -، ص ۶۴، ش ۸۱.

۵. با تأسی از استاد جعفری لنگرودی معتقدیم صرفاً در جایی می‌توان از حجیت عرف گذشت که قانون تصریح برخلاف آن کرده باشد فرضاً چون قانون بیع و اجاره را تعریف کرده است دیگر مجالی برای تمسک به عرف نیست؛ دانشنامه حقوقی، ج ۵، ص ۴۴۲، ش ۳.



چنانکه دیدیم فصل خصومت همواره در تعریف قضاء مطمح نظر قرار گرفته است در تلقی عرفی نیز اگرچه مصادیق محدودتری از فصل خصومت مورد توجه است لیکن از حیث عناصر اصلی و قیود مشکله از مقسم خود - قضاوت یا همان فصل خصومت در معنای عام - فاصله نگرفته است؛ لذا متبانیاً بر ضرورت تشخیص قیود و عناصر مشکله فصل خصومت چه در معنای عام و چه در معنای خاص بر اساس تعاریف دوگانه فوق، می‌توان دریافت که تحقق دعوا و نزاع بین متخاصمین، اقامه آن نزد قاضی، رسیدگی ماهیتی قاضی و النهایه صدور حکم ماهیتی همگی عناصر و مقدمات ضروری برای فصل خصومت‌اند، به گونه‌ای که فقدان هر یک از این عناصر به عدم تحقق فصل خصومت می‌انجامد؛ و از این حیث فقه و متفاهم عرف متفق‌القول‌اند. فصل خصومت با تحقق جمیع عناصر فوق محقق است و تحقق آن در غیر موارد فوق، دلیل اضافی و متقن می‌طلبد که چنین دلیلی در دست نیست.

به همین جهت است که استاد گرانقدر استاد جعفری لنگرودی فصل خصومت را در جایی متصور و محقق می‌داند که رسیدگی ختم به حکم شده باشد؛^۱ و مضافاً یکی از عناصر تحقق فصل خصومت را "دعوا" می‌داند و معتقد است فصل خصومت در امور حسبی فرض ندارد.^۲

بر اساس ضرورت عناصر وجود دعوا و صدور حکم و خصوصاً بر اساس ضرورت بقاء و وجود دعوی در زمان اصدار حکم - چراکه اگر ماهیت قضاء اصدار حکم جهت فصل دعوی است^۳ پس با تأسی از نظر یکی از اساتید می‌بایست قائل بر ضرورت بقای دعوی تا زمان صدور حکم باشیم^۴ - حال اگر دعوا به جهتی از جهات قبل از ختم دادرسی، ساقط، مسترد و یا ختم به سازش گردد، طبعاً تکلیف قاضی به ادامه رسیدگی جهت صدور حکم و یا عندالافتضاء فصل دعوی (به تعبیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی منسوخه ۱۳۱۸) یا فصل خصومت (به تعبیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی کنونی) منتفی گردیده و به عبارت دیگر در چنین حالتی اساساً فصل خصومت متصور نیست؛ چراکه با قطع دادرسی، غایت دادرسی منتفی است.

این معنا در خصوص سازش موضوع ماده ۱۸۶ ق.آ.د.م که اساساً متفرع بر دعوی و خصومت نیست، وضوح بیشتری می‌یابد چراکه در رسیدگی به درخواست سازش ولو آنکه منتهی به تحقق سازش و ملاً صدور گزارش اصلاحی شود (ماده ۱۹۳ همان قانون)، عناصر اقامه دعوی و رسیدگی به دعوی اساساً

۱. مبسوط، ج ۴، ص ۲۸۰۸، ش ۱۰۴۴۰.

۲. "در امور حسبی مرافعه و دعوی وجود ندارد و دادگاه فسخ خصومت نکرده است"؛ دانشنامه حقوقی، ج ۵، ص ۹۵، ش ۹.

۳. امام خمینی (ره): "القضاء و هو الحكم بین الناس لرفع التنازع"، همان.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه، ج سوم، صص ۱۶۷ و ۱۶۸.

مفقود است حال آنکه حسب صریح ماده ۳ مورد بحث رسیدگی به دعوی شرط مقدماتی، همیشگی و ضروری جهت هر یک از صدور حکم مقتضی و فصل خصومت است. متبانیاً بر این معنا و با توجه به وحدت ماهیت گزارش اصلاحی، مطلق گزارش اصلاحی فصل خصومت نیست زیرا فرقی نیست بین گزارش اصلاحی مسبوق به درخواست سازش (عدم دعوی) و گزارش اصلاحی مسبوق به طرح دعوی.

در رابطه با گزارش اصلاحی همچنین بایستی توجه نمود که با عنایت به مواد قانونی ذیربط اساساً وقوع سازش و توافق بر مفاد صلح‌نامه و مواد گزارش اصلاحی منتسب به قاضی نمی‌باشد (ماده ۱۷۸ ق.آ.د.م.) به همین جهت ممکن است مفاد آن بدون اطلاع قاضی و طی اقرارنامه خارج از دادگاه به عمل آمده باشد (مواد ۱۸۰ و ۱۸۱ ق.آ.د.م.)؛ بنابراین چگونه ممکن است گزارش اصلاحی را از مصادیق فصل خصومت فیما بین متخاصمین وسیله قاضی تلقی کرد در حالی که دخالت قاضی صرفاً بعد از حصول سازش و تعیین مفاد صلح‌نامه و صرفاً در حد قدرت اجرایی بخشیدن به صلح‌نامه‌ای است که سابق بر دخالت قاضی فیما بین طرفین تحقق یافته است (ماده ۱۸۰ ق.آ.د.م.)، حال آنکه فصل خصومت به دلالت ماده ۳ و تعاریف فقهی و عرفی باید نتیجه فعل قاضی و مسبوق به دخالت قاضی باشد؛^۱ مضافاً این که فصل خصومت تکلیف قاضی است (ماده ۳ ق.آ.د.م.) و ایجاد سازش تکلیف نیست. همچنین، حکم تابع دعوا است لذا حکم و آنچه که از قلم قاضی بر دادنامه تقریر می‌گردد باید تابع دعوا باشد تا بتوان انشاء و تقریر قاضی را موجب فصل دعوا و رفع خصومت دانست حال آنکه مفاد گزارش اصلاحی تابع توافقات جدید و فی الحال طرفین است به همین جهت تابع دعوا نیست و می‌تواند غیر آن را شامل شود (ذیل ماده ۱۸۴ ق.آ.د.م.) امری که در مطلق فصل خصومت قانوناً ممتنع است (بندهای ۱ و ۲ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م.) در خصوص این بحث کلام را با سخن استاد جعفری لنگرودی به آخر می‌رسانیم: "آنچه را که در زمان ما دادگاه‌ها گزارش اصلاحی می‌نامند در واقع یک سند رسمی است که تنظیم کننده آن دادگاه است و مفاد آن یک عقد صلح است. یعنی خود متداعیین صرفاً با تراضی خودشان دعوا را ساقط کرده‌اند و کاری باقی نگذاشته‌اند که دادگاه آن کار را بکند یعنی مجالی برای انشاء رأی و فصل خصومت باقی نگذاشته‌اند."^۲

۱. استاد جعفری لنگرودی: "گزارش اصلاحی قبل از این که شایسته اسم گزارش باشد، محتوای آن عقد صلح حقوق مدنی است که تشریفات دادگاه هم به آن پیوسته می‌شود؛" دانشنامه حقوقی، ج پنجم، صص ۹۵ و ۹۶؛ یکی از شعب تمیز در رسیدگی فرجامی چنین رأی داده است: "همانطور که اگر صلح در دفتر اسناد رسمی ثبت می‌شد بر سند صلح، حکم اطلاق نمی‌شد بر گزارش دادگاه مبنی بر اعلام صلح هم حکم اطلاق نمی‌شود؛" به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج اول، ص ۸۴۰.

۲. دانشنامه حقوقی، ج سوم، ص ۱۶۸.

اطلاق فصل خصومت بر حکم مستند به اصل عملیه

حسب استعلام به عمل آمده از اداره حقوقی قوه قضائیه تردید شده است که آیا قضاات در زمان صدور حکم به استناد اصول عملیه باید حکم به بیحقی مدعی بدهند و یا حکم بر عدم ثبوت دعوی^۱.

ظاهراً منشاء تردید این است که اصول عملیه فاقد دللیت و ناتوان از اثبات بوده و مآلاً نمی‌تواند موجب علم و اقناع وجدانی قاضی شود؛ لذا قاضی که خود را واقف به مرحله ثبوت نمی‌بیند، صدور حکم به بیحقی خواهان را غیرعادلانه یافته و ترجیح وی آن است که حکم بر عدم ثبوت دعوی بدهد. مسلماً قاضی نمی‌تواند با صدور حکم بر عدم ثبوت دعوی، مترصد بیان این نظر باشد که محتمل است حقی باشد ولی در این دادرسی وجود آن به اثبات نرسید؛ زیرا در مطلق احکام، اعم از حکم عادلانه و فصل خصومت، منطوق حکم همواره می‌بایست دائرمدار اعلام حقانیت و یا بیحقی خواهان باشد و قاضی در هنگام دادرسی گزیری از انشاء احد از امرین و اظهار نظر قطعی نسبت به حق متنازع فیه ندارد. این همان چیزی است که به نظر راقم مقاله حاضر مقنن در ماده ۳ ق.آ.د.م قاضی را در هر حال به آن تکلیف کرده است.

لہذا در مورد سوال معتقدیم حکم به بیحقی (=حکم به بطلان دعوی) مصداق دارد^۲. سیاق قانون‌گذاری نیز همین است؛ چرا که طبق ماده ۱۹۷ ق.آ.د.م در صورت جریان اصل براءت، می‌بایست حکم به براءت مدعی علیه داد (نه حکم بر عدم ثبوت دعوی). حکم به براءت مدعی علیه بیان دیگری است برای حکم به بیحقی مدعی. بناء علیہذا و توجہاً به تردیدهای معنونه - که خود مقوم این نظر است که قاضی در زمان صدور حکم به استناد اصول عملیه خود را در مقام فصل خصومت یافته است نه در مقام اصدار حکم عادلانه - و نیز با تأکید بر عدم دللیت اصل عملیه (الاصل دلیل حیث لادلیل) و عدم کاشفیت آن از حق^۳، مبرهن می‌نماید که می‌بایست حکم مستند به اصول عملیه را از مصادیق فصل خصومت مصرح در ماده ۳ ق.آ.د.م به حساب آورد^۴.

۱. نظریه ش ۷/۴۲۵۵ مورخ ۱۳۸۶/۶/۲۷ به نقل از پایگاه اطلاعات قوانین و مقررات www.dastour.ir

۲. رک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج سوم، ص ۱۷۴۴، ش ۶۳۷۰، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۰، ش‌های ۱۹۳۰، ۱۹۳۱ و ۲۳۳۱ - اداره حقوقی هر سه عبارت صدور حکم به بیحقی مدعی، بطلان دعوی و عدم ثبوت دعوی را هم معنا دانسته است که به نظر چندان دقیق و صائب نیست. فرضاً همانگونه که استاد جعفری لنگرودی متذکر شده‌اند در برخی دعاوی مانند دعوی اعسار صرفاً حکم به بطلان دعوی می‌توان داد نه حکم به بیحقی مدعی؛ مبسوط، همان. همچنین از نظر معنایی بطلان و بیحقی با عدم ثبوت دعوی متفاوت است.

۳. استاد جعفری لنگرودی در تعریف اصل عملی می‌گوید: "دستورالعمل شارع نسبت به افراد در حالات شک و تردید بدون اینکه در دستور مزبور جهت کشف از واقع ملحوظ باشد"؛ ترمینولوژی حقوق، ش ۳۵۳.

۴. ناصر کاتوزیان: "در مواردی که برای اثبات ادعا دلیل کافی ارائه نمی‌شود و دادرس مأیوس از کشف واقع است، برای فصل خصومت از اصولی استفاده می‌کند که پایه و بنیاد آنها اعتماد بر حکم غالب است". مقاله یأس از اثبات و اصل براءت، چکیده.

با وجود این به نظر می‌رسد احکام مستند به اصل عملی در مقایسه با سایر مصادیق فصل خصومت از مزیه‌ای برخوردار است با این توضیح که اگرچه اصول عملیه برای تعیین تکلیف در موردی است که حالت "شک" و "تردید فی امرین" به سبب فقد دلیل، قابل رفع نبوده و در نتیجه ذهن برای حل مجهول قضایی با تمسک به اصل، یک احتمال را از بین دو احتمال متساوی الطرفین (صدق و کذب دعوی) بر می‌گزیند، لیکن از آنجایی که اصل عملی تا حد قابل توجهی ریشه در قاعده (عقلی) عدم^۱ دارد و بعلاوه تا آن حد واجد جنبه عقلی و منطقی است که از آن با عنوان اصول عقلیه نیز یاد می‌شود^۲، لذا اصابت اصل به یکی از دو احتمال متصوره، اصابت کور نیست.

اصل عملی به واسطه صبغه عقلی خود، موجد ظن -ولو ظن ضعیف- به نفع یکی از دو احتمال متصوره می‌باشد این امر به حکم مستند به اصل عملی، وجهه عقلانی و عادلانه می‌بخشد.

عقل -با التزام به این حقیقت که حدوث هر شیء مسبوق به عدم است- قاعده عدم را می‌شناسد و تصدیق می‌کند^۳. اصول عملیه‌ای نظیر اصول برائت و استصحاب در حد وسیعی ریشه در قاعده عقلی عدم (و عدم حدوث) دارند^۴ و فرضاً در دعوی طلب، به ترتیب مبین عدم تحقق رابطه دینی (در صورت شک در مدیونیت) و عدم حدوث موجب سقوط دین (در صورت شک در بقای دین) می‌باشند؛ علاوه براین علی القاعده اشخاص در زمان ایجاد دین و یا اسقاط تعهد، سند و بینه تدارک می‌بینند؛ این امور سبب آن است که بتوانیم بگوییم قاضی در زمان صدور حکم (به بیحقی مدعی و یا بقای دین) ظن -ولو

۱. از عدم گاه با عنوان "قاعده" و گاه با عنوان "اصل" یاد میشود. استاد جعفری لنگرودی در ترجیح قاعده بر اصل نکته دقیقی را متذکر شده است که در اصل عملی، اصل دائر مدار شک است لیکن در مورد قاعده عدم به لسان استاد خلیجان شک، در ضمیر انسان مشاهده نمی‌شود؛ دانشنامه حقوقی ج پنجم، ص ۳۳، قاعده عدم.

۲. اصول عملیه (مشمول بر اصول برائت، استصحاب، تخییر و اشتغال) را اصول عقلیه نیز می‌نامند. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ش ۴۱۲ و ش ۴۱۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی ج پنجم، ص ۳۲؛ همان مولف، الفارق، دائره المعارف عمومی حقوقی، دوره پنج جی، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۸۶، ج اول، ص ۳۱۴.

۴. استاد جعفری لنگرودی: "در تمام مواردی که اصل برائت جاری می‌شود (مانند موارد احکام تکلیفی که شامل اوامر و نواهی قانون‌گذار است) قاعده عدم جاری است" دانشنامه، ج اول، ص ۳۶۰، ش ۸.

۵. دراین رابطه نظر کانونیان مبنی بر این که: "اصل عملی بر مبنای غلبه و حساب احتمالات تدوین شده و حکم غالب چهره عمومی یافته است" (مقاله یأس از اثبات و اصل برائت، ص ۲۴۹) محل تأمل می‌نماید. زیرا به نظر می‌رسد اصل عملی بر مدار غلبه و حساب احتمالات نمی‌چرخد و به همین جهت اگر در جامعه‌ای فرضی، غالب اشخاص نیز به یکدیگر مدیون باشند و مدیونیت اکثریت جامعه در قبال یکدیگر به طور کلی و فی الجمله - نه مصداقی و بالجمله - محرز باشد، باز هم اصل، اصل برائت است و همچنان مدعی علیه را نفی کافی است و مدعی دین را نیاز است به اثبات ادعا. به بیان دیگر غلبه به سبب صبغه کاشفیت آن، قیدی است ممکن برای دلیل مثبت (نظیر دلالت اماره - ماده ۳۵- و یا دلالت قانون متصف به وارد مورد غالب- ماده ۱۰۰۵ قانون مدنی) و قیدی است ممتنع برای اصل غیرمثبت؛ سبب امتناع آن است که ضابطه فصل خصومت جنبه کاشف ندارد. بنابراین غلبه به نظر اساساً در تحقق ضوابط فصل خصومت نقشی ندارد.

ظن ضعیف - دارد که حکم صادره اصابت به واقع کرده است؛ ظنی که در مورد تمسک به سایر ضوابط فصل خصومت وجود آن متعذر است.

به عنوان مثال زمانی که بر اساس فرض قانونی همزمانی فوت دو شخص، حکم به عدم توارث داده می‌شود^۱، نه تنها هیچگونه ظنی به نفع منطوق حکم درجریان نیست بلکه عقل، به ظن متأخم به یقین و حتی بیش از آن، به خلاف آن - یعنی به فوت غیرهمزمان - و در نتیجه به غیرعادلانه بودن حکم صادره معتقد است^۲.

به این ترتیب به نظر می‌رسد برتری احکام صادره بر مبنای اصول عملیه بر سایر احکام مستند بر ضوابط فصل خصومت، به لحاظ قرابت بیشتر آن است به عدالت؛ که سبب آن برتری ظن است بر شک.

قاعده مستنبطه از برتری اصل عملی بر سایر ضوابط فصل خصومت

از برتری اصل عملی بر سایر ضوابط فصل خصومت می‌توان چنین قاعده گرفت که علی الاصول و علی القاعده در مجرای اصل عملی نوبت به سایر ضوابط فصل خصومت نمی‌رسد و هر گونه استثنای بر این قاعده نیازمند سبب موجهه و یا نص خاص است.

حسب قاعده مارالذکر است که فروض قانونی - که خود در زمره ضوابط فصل خصومت است - در مرحله نازل‌تری از اصول عملیه قرار دارد و هر گاه راهی برای رفع شک ولو در حد ورود به مرحله ظن وجود نداشته باشد (اصل عملی مقفود باشد) به ناچار نوبت به فرض قانونی می‌رسد.

همچنین باید توجه داشت که چون بستر فرض قانونی، قانون است اجرای قاعده مستنبطه را در قانون و در مرحله قانون‌گذاری می‌توان یافت. امثله ذیل موضوع را روشن می‌کند:

مثال اول - در حیطه قانون‌گذاری در جایی که تاریخ فوت یکی از دو متوفی که بین آنها توارث است معلوم است، اصل تأخر حادث و دقیق‌تر بگوییم استصحاب تأخر حادث^۳، اقتضای فوت موخر شخصی را دارد که تاریخ فوتش مجهول است پس در نتیجه مقنن حکم به وارث بودن شخص اخیرالذکر را می‌دهد. (ماده ۸۷۴ قانون مدنی)

۱. ماده ۱۰۲۴ و صدر ماده ۸۷۳ از قانون مدنی.

۲. به همین جهت است که فروض قانونی را فروض عقلیه نمی‌نامند برخلاف اصول عملیه چنانکه گفته شد. به لحاظ وجوه افتراق میان فروض قانونی با اصول عملیه به نحو بیان شده در متن مقاله به نظر راقم این سطور فرق است میان اصل عملی با فرض قانونی. برای دیدن نظر مخالف رک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه، ج ۴، ش ۱۰۳۵۶، "فرض قانونی fiction (= اصول عملیه در حقوق اسلام)؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ش‌های ۴۱۲، ۴۱۳ و ۳۹۸۱.

۳. رک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۷۹، حاشیه ماده ۸۷۴، ص ۴۳۹.

و در جایی که تاریخ فوت هر دو نامعلوم است، هیچ اصل عملی جریان ندارد لذا مقنن به ناچار متمسک به ضابطه فرض قانونی شده و بدواً فوت همزمان را مفروض می‌دارد و- از آنجایی که حسب این فرض قانونی هیچ‌یک در زمان فوت دیگری زنده نیست- حکم کلی می‌دهد که هیچ‌کدام از دیگری ارث نمی‌برد. (مواد ۱۰۲۴ و ۸۷۳ قانون مدنی)^۱

۱. به نظر می‌رسد از طرق مختلف می‌توان به حکم عدم توارث رسید. ممکن است گفته شود جریان استصحاب تأخر حادث نسبت به هر دو متوفی مآلاً موجب حکم عدم توارث است. همچنین ممکن است همانگونه که استاد جعفری لنگرودی نظر داده‌اند بگوییم که نیازی به استصحاب مذکور نیست بلکه به سبب جهل به فوت موخر هر یک نسبت به دیگری، شرط وراثت نسبت به هر دو غیرثابت است لذا هیچ‌یک از دیگری ارث نمی‌برد. (مجموعه محشی قانون مدنی، علمی، تطبیقی، تاریخی، ص ۴۳۷، ماده ۸۷۳، حاشیه دوم)

به نظر نگارنده ولو هر دو طریق ویا طرق متصوره دیگر تماماً منتهی به نتیجه واحد -حکم عدم توارث- گردد این امر موجب آن نیست که بتوان - خصوصاً در مقام تفسیر مقررات قانون مدنی - خود را در انتخاب و اتخاذ طریق آزاد بباییم؛ چرا که در توجیه و استقرار احکام مبتنی بر ضوابط فصل خصومت، فارغ از قیود ضروری این ضوابط نیستیم. قید یا زائده ذیربط که موثر در بحث حاضر است به این سوال بازمی‌گردد که آیا در ضابطه فصل خصومت به دنبال تعذر از اثبات و امتناع از کشف ثبوت که سبب آن فقد دلیل و مآلاً فقد علم و اطمینان نسبت به موضوع است، طی مرحله اثبات و دستیابی به مرحله ثبوت کلاً متنفی است و قاضی با تمسک به ضابطه فصل مستقیماً و بدون حل مجهول قضایی قضیه را فیصله می‌بخشد و یا این که در مجرای ضوابط فصل خصومت، همچنان و ناگزیر مرحله اثبات و دستیابی به مرحله ثبوت و حل مجهول قضایی طی می‌شود لیکن در اینجا با یک اثبات فرضی و غیرواقعی و نیز مرحله ثبوت فرضی، غیرواقعی و بدلی مواجهیم، ثبوتی که به واسطه عدم اتکای آن بر علم و اطمینان، صرفاً جنبه اعتباری داشته و به حکم قانون ملاک عمل قرار گیرد.

با تأمل در ضوابط مختلفه فصل خصومت به نظر می‌رسد حالت دوم غلبه دارد. یعنی با ضابطه فصل خصومت ثبوت البته ثبوتی غیر متکی به علم و اطمینان و مآلاً بدلی و تصویری، شکل می‌گیرد و متعاقباً بر اساس آن، حکم موضوع مشخص می‌شود؛ با توجه به این که در مجاری فصل خصومت، قاضی در ترتب حکم مشکل ندارد در تشخیص موضوع متحیر مانده است.

فرضاً در قسّم، مطلبی که قسم موید آن تلقی می‌شود مطابق با ثبوت انگاشته می‌شود، همچنین است در مورد قول قائل در قاعده مایعلم الامن قبله؛ سپس بر اساس آن حکم صادر می‌شود. حتی اگر مثبت بودن البته مثبت بودن بدلی و اعتباری را قید ضروری مطلق ضابطه فصل خصومت تلقی نکنیم و در خصوص مثبت بودن پاره‌ای از اقسام ضوابط فصل نظیر اصول عملیه خصوصاً اصل براءت که همواره ریشه و توجه به عدم دارد و به همین جهت -یعنی به جهت آن که اثبات نسبت به امر عدمی فرض ندارد- در مثبت بودن اصل براءت و مآلاً سایر اصول عملیه تشکیک کنیم، مسلماً برخی دیگر از اقسام ضوابط فصل خصومت مقید به قید و وصف محرز بودن هستند که فرد اجلاّی آن فرض قانونی است.

وجه تسمیه فرض قانونی نیز به خوبی موید امر است. در کلیه فروض قانونی مقنن ابتداء موضوع و چگونگی آن به عبارت اخری ثبوت را فرض می‌گیرد و سپس بر پایه ثبوت مفروض، حکم قضیه را روشن می‌کند. فرضاً مقنن اطلاع اشخاص از قانون را پانزده روز پس از انتشار فرض می‌گیرد بر این مبنا تکلیف رعایت قانون را بر آنان حکم می‌کند. در سایر فروض قانونی نیز وضع به همین منوال است.

حال اگر تشکیل فرضی و کشف بدلی مرحله ثبوت را قید مطلق ضابطه فصل خصومت و یا حداقل قید ضروری فرض قانونی بدانیم، می‌بینیم دو طریق صدراالشعار هیچ‌یک به تنهایی نمی‌تواند حکم عدم توارث را استقرار بخشد زیرا در هیچ‌کدام کشف مرحله ثبوت فرضی وجود ندارد یعنی در هیچ‌کدام به مجهول قضائی (تاریخ فوت دو متوفی) پرداخته نشده و بدون حل این مجهول (و بدون فرض موضوع) حکم به عدم توارث داده شده است و این تخطی از قید فروض قانونی است. حال آن که با مراجعه به نصوص قانونی می‌بینیم قانون‌گذار به حق مقدماً فوت همزمان دو متوفی را متصور و منطبق با

مثال دوم - مقنن علیرغم اصل عدم، اطلاع اشخاص را نسبت به قوانین پس از ۱۵ روز از تاریخ انتشار مفروض می‌انگارد. علت سبقت فرض قانونی بر اصل عدم اطلاع، دخالت و حکومت قاعده مصلحت اجتماعی^۱ (سبب موجهه) است که حسب مورد می‌تواند در نحوه اداره ضوابط فصل خصوصیت دخالت کند و عنان امر را خود به دست گرفته و مانع جریان اصل عملی گردد.^۲

مثال سوم - در حیطة قضاء با فقد دلیل دعوی، در مطلق دعاوی اصل عملیه جریان می‌یابد. حال اگر در موارد خاص و مشخصی، ضابطه قسم می‌تواند با جریان اصل برائت یا استصحاب مقابله کند و دعوی را به نفع مدعی فاقد بینه اثبات کند، صرفاً در موارد منصوصه است که شرع و قانون آن را صریحاً تجویز کرده؛ در واقع نادیده انگاشتن حکم بالقوه ناشی از اجرای اصل عملی از طریق توسل به قسم، علی‌الاطلاق جایز و متصور نبوده و حکم خاص می‌طلبد.

اصل عملی از اهم ضوابط فصل خصوصیت

استاد گرانقدر استاد جعفری لنگرودی در طرح پیشنهادی خود تحت عنوان طرح اصلاح قانون مدنی، طی ماده ۳۴۷۹ ضوابط فصل خصوصیت را به طور جداگانه و مستقل از ادله اثبات دعوا و تحت عنوان "ملحقات ادله" مطمح نظر قرار داده و اهم آنها را ذکر کرده است.^۳

ثبوت فرض کرده است (ماده ۱۰۲۴ ق.م.سپس بر اساس آن حکم به عدم توارث می‌دهد (م ۸۷۳ ق.م)؛ یعنی علی‌رغم تصویب حکم ماده ۸۷۳ خود را بی‌نیاز از حکم ماده ۱۰۲۴ ندانسته است.

به این ترتیب تصور استصحاب تأخیر حادث در مورد فوت هر دو متوفی و یا عدم اثبات شرط وراثت که مجدداً ثبوت را غیرممکنشود رها می‌سازد در توجیه حکم عدم توارث قابل پذیرش به نظر نمی‌آید و دقیق‌تر بگوییم به تنهایی نمی‌تواند حکم عدم توارث را استقرار بخشد و مدون کند. به بیان دیگر در دو طریقه صدراالشعار هیچگونه ثبوت فرضی یا اثبات فرضی و بدلی نسبت به موضوع و به عبارت آخری حل مجهول قضائی وجود ندارد بلکه مستقیماً حکم به عدم توارث داده شده است لذا با قیود ضروری فروش قانونی و نیز سیاق قانون مدنی قابل انطباق به نظر نمی‌آید.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج پنجم، ش ۱۲۸۸۷؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، طرح اصلاح قانون مدنی، ماده ۳۵۱۹.
۲. قاعده عدل و انصاف نیز همانند قاعده مصلحت اجتماعی وارد و مقدم بر مطلق ضوابط فصل خصوصیت است. به همین جهت استاد جعفری لنگرودی می‌نویسد: "قاعده عدل و انصاف، مقدم بر قرعه است: کسی دو دینار نزد دیگری به امانت نهاد و کس دیگر هم یک دینار نزد همان امین به ودیعه سپرد؛ سپس یک دینار از آن سه دینار بی‌تعدی و تقریط امین تلف شد؛ به قاعده عدل و انصاف آن دینار تلف شده را آن دو مالک (مودع) نصف نصف باید تحمل کنند." (مجموع محشی قانون مدنی - علمی، تطبیقی، تاریخی - ماده ۳۵۰۴ از طرح اصلاح قانون مدنی، ص ۱۰۸۶) لازم به ذکر است که نص منصوصه "حدیث" وارده در فرض مثال بوده است که سبب گردیده اجرای مقتضای قاعده عدل و انصاف به نحو مقرر در ماده رقم خورد (رک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه، ج ۴، ش ۱۰۳۵۶).

۳. ماده ۳۴۷۹ طرح اصلاح قانون مدنی: "ملحقات ادله ضوابط قانونی خاصی است که برای فصل قضایای خارج از مصد ادله اثبات دعوی به آنها متوسل شوند. اهم آنها عبارت است از: (۱) قسم مدعی یا قسم مدعی علیه (۲) قرعه (۳) قاعده "لا یعلم الا من قبله" (۴) فرض قانونی". مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، ص ۱۰۸۴.

اگرچه استاد پیش از آن اصل عملی را در ماده ۳۲۷۲ از طرح مذکور تعریف و استعمال آن را برای فیصله دادن دعوی تجویز کرده است^۱، لیکن آن را در زمره اهم ملحقات ادله (یا به تعبیر راقم ضوابط فصل خصومت) نیاورده است.

شاید و البته فقط شاید علت امر آن باشد که اصل عملی، مثبت نیست و این وجه فارق اصل عملی با تمامی ادله اثبات دعوی و ضوابط دیگر فصل خصومت و حتی قرینه است^۲.

به عبارت آخری وجه مشترک میان دلیل اثبات و ضابطه فصل دعوی به نحو تقریر یافته در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی و مواد ۳۲۷۵ و ۳۴۷۹ از طرح اصلاحی مارالذکر و حتی قرینه که علیرغم تام نبودن قدرت اثباتی آن عندالافتضاء لحاظ آن تجویز شده است (ذیل ماده ۲۱۰ و ذیل ماده ۲۲۴ ق.آ.د.م) آن است که تمامی اقسام یاد شده مثبت هستند و می‌توانند امر وجودی را به اثبات رسانند. در این قابلیت اقرار، ظاهر، علم قاضی و قرعه و قسم مدعی، فرض قانونی و غیره مشترکند. لیکن از این منظر یعنی از منظر محرز و مثبت بودن اصل عملی از تمامی موارد و مصادیق یاد شده فاصله می‌گیرد^۳.

از اجرای اصل براءت عدم مدیونیت مدعی علیه افاده می‌گردد و از اجرای اصل استصحاب عدم سقوط دین. احراز بقای دین ظاهراً از لوازم اصل است که به حکم قانون حجیت یافته است (ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م) به هر رو امر عدمی قابل اثبات نیست و در حیطه اثبات راه ندارد لذا اصول عملیه - که با مسامحه و کلیتاً می‌توان گفت ریشه در عدم دارند - مثبت نیستند.

علیرغم مراتب فوق، نظر بر این که حسب ماده ۳ ق.آ.د.م ناگزیریم هر گونه حکم صادره را مشمول یکی از عناوین "حکم مقتضی" و یا "فصل خصومت" منظور نماییم و متبانیاً بر این که ضابطه تشخیص را مستند و ملاک صدور حکم بدانیم و نیز این که آرای مستند به اصل عملی را فصل خصومت منظور نماییم^۴، پس ناگزیر باید اصل عملی را نیز ضابطه فصل خصومت بدانیم.

۱. ماده ۳۲۷۲ از طرح اصلاح قانون مدنی: "اصل عملی اصلی است که قانون آن را در اختیار دادرسان قرار می‌دهد تا هر گاه با فقدان یا نارسایی ادله مواجه شدند برای فیصله دادن مورد دعوی (و یا امر حسبی) آن را بکار برند". همان، ص ۱۰۶۰.

۲. البته هر گاه سخن از مثبت بودن ضابطه فصل خصومت در میان است منظور همان اثبات بدلی و غیرواقعی است که در پاورقی ش ۳۵ به آن پرداختیم والا اثبات واقعی یعنی کاشفیت از واقع که مختص دلیل اثبات دعوی است.

۳. البته در صورت تشکیک در مثبت بودن اصول عملیه در مقایسه با سایر ضوابط فصل خصومت؛ چرا که ممکن است گفته شود که اثبات غیرواقعی در مورد اصل عملی نیز راه دارد با این استدلال که استفاده از لفظ اثبات در مورد اصل نیز در واقع نوعی مسامحه در گفتار است همانگونه که سخن از دلالت اصل در قاعده الاصل دلیل حیث لادلیل این گونه است از این منظر فرقی بین اصل عملی و سایر ضوابط فصل خصومت نیست. به هر رو بررسی و احصاء دقیق قیود ضوابط فصل خصومت خود محتاج مذاقه بیشتر و نیازمند تقریری دیگری است. ر.ک پاورقی ش ۳۵.

۴. ر.ک. کاتوزیان، ناصر، مقاله یأس از اثبات و اصل براءت؛ پاورقی ش ۲۶.

بناءً علیهذا به نظر جا دارد ویژگی مثبت بودن را که در "دلیل اثبات دعوی" جزء قیود است در تنقیح موضوع "ضابطه فصل خصومت" در زمره زوائد منظور کنیم؛ یعنی آن را جزء عناصر متشکله و ماهیت ضابطه فصل خصومت قلمداد نکنیم و مآلاً اصل عملی را - که بکارگیری وافر آن در فیصله دادن به دعاوی سبب گردیده بخش زیادی از احکام مستنداً به آن صادر گردد- در زمره اهم ضوابط فصل خصومت در نظر داشته و حسب مورد و با تأسی از طرح اصلاحی پیشنهادی استاد گرانقدر استاد جعفری لنگرودی در متن قانون ذکر کنیم^۱.

اطلاق حکم مقتضی بر حکم مستند به اقرار

آیا حکم مستند به اقرار از مصادیق حکم مقتضی و عادلانه است یا فصل خصومت در معنای خاص؟ ممکن است در بدو امر پاسخ به این سوال آسان به نظر آید از این جهت که اقرار، ملکه ادله بوده و بیش از هر دلیل دیگر می‌تواند قرابت به قطع و یقین داشته باشد فلذا از حیث اصابت به واقع اقوی از سایر ادله است؛ با این مقدمات، حکم مستند به اقرار کاشفیت از واقع داشته و نمی‌تواند فصل خصومت تلقی شود. لیکن با نگاهی گذرا به دکترین معلوم می‌گردد اساساً در خصوص این که آیا با وجود اقرار نوبت به ادامه دادرسی و اصدار حکم می‌رسد و یا اقرار نیز همانند گزارش اصلاحی دعوی را قطع نموده و مآلاً مجالی برای صدور حکم و فصل خصومت باقی نمی‌گذارد، اختلاف نظر است^۲. بدیهی است تا به موضوع اخیر پرداخته نشود نمی‌توان در خصوص نقش اقرار در فصل خصومت نظر داد.

استاد گرانقدر استاد جعفری لنگرودی معتقد است: "اقرار مقرر دعوی را ساقط می‌کند (آنچنان که صلح

۱. در خاتمه بحث اصل علمیه گفتنی است جعفری لنگرودی تحت عنوان "قاضی" در مبسوط ج چهارم ش ۱۰۵۲۶ پس از تعریف قضاء به فصل خصومت، خاطره‌ای از دوران قضاوت خود نقل می‌کنند که به واسطه فقد دلیل متمسک به اصل عملیه و فصل خصومت شده‌اند. نظر بر این که سبب نگارش این مقاله، اجلال مقام استاد و ادای دین در حد بضات بوده است شایسته دیدم که خاطره را با سبک نگارش و قلم خاص استاد عیناً نقل کنم. استاد پس از تذکر این مهم که شروط تصدی قضاء سنگین است و کاری است بس دشوار و سهل گرفتن آن، تساهل در دین، می‌فرمایند: "به خاطر دارم روزی در دادگاه شهرستان طهران در پرونده‌ای که از نظر ادله مدعی چندان قوی و رو راست نبود رأی دادم به سبک شرعی یعنی به دستاویز اصول عملیه که حاکم را در اجرای آنها بصیرت و کشف واقع مقدور نیست؛ اما خاطر نگران بود و وجدان ناراحت؛ اندکی بعد وکیل محکوم علیه وارد اطاق شد خیره به من نگاه می‌کرد! هر چند که من تلاش خود را به کار برده بودم و اصابت واقع را قاضی تضمین نمی‌تواند کرد. معذالک برای راحتی وجدان از آن وکیل که مردی میانسال و پخته به نظر می‌رسید و نام او سینیانی بود پرسیدم: حکمی داده ام ولی نمی‌دانم مصاب بوده ام یا نه؟ وی افروخته و سرخ شد و نگاهی تیز و تند به من کرد و گفت: "مصاب بوده ای! شب بعد راحت خوابیدم". که خدای ودود است که برای آن که به بنده عدالت جوی خود راحت خیال بخشد آن وکیل را به اذعان به واقع واداشته که الله مخرج ما کنتم تکتُمون. آیه شریفه ۷۲- بقره.

۲. رک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج سوم، ص ۱۶۸، ش ۹؛ همان، ج اول، ص ۵۴۸ و ۵۴۹؛ کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، دوره دو جی، میزان، چاپ ۴، بهار ۱۳۸۵، ج اول، ش ۱۵۷، ص ۲۶۰ و ۲۶۱.

متداعیین دعوی را خاتمه می‌دهد...) و حاجت به صدور حکم از دادگاه نیست"؛^۱ و "اقرار فی حد ذاته موثر است هر چند که بر طبق آن حکم دادگاه صادر نشده باشد"^۲.

ایشان در تبیین کلام می‌نویسد: "اگر منازعه‌ای به دادگاه عرضه شد لکن قبل از این که قاضی با انشاء رأی و باستناد ادله اثبات فصل خصومت کند از طریق دیگری (مانند صلح طرفین یا اقرار مدعی علیه) خصومت و منازعه موجود برطرف شود سالبه منتفی به انتفاء موضوع می‌شود یعنی موضوعی و محلی برای صدور حکم و فصل خصومت باقی نمی‌ماند"^۳.

این عالم فقه و حقوق معتقد است: "در واقع اقرارکننده تسلیم به دعوی می‌شود و کسی که به دعوی تسلیم شده است علیه او حکمی از طرف دادگاه صادر نمی‌شود بلکه به علت انتفاء خصومت و از بین رفتن حالت منازعه مجالی برای صدور حکم نیست فقط از باب رعایت نظامات خوب است که دادگاه رسیدگی کننده به دعوی مراتب اقرار را در صورت جلسه بنویسد و با توجه به مقررات اقرار و ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی او را به الزام و تعهدش که ناشی از اقرار است آشنا کند لکن این کار را نباید با توجه به تعریف حکم، مصداق حکم دادگاه دانست"^۴.

بنابراین از نظر ایشان، با اقرار قاطع دعوا اساساً نوبت به صدور حکم نمی‌رسد و مآلاً بحث تشخیص نوع حکم که حکم مقتضی است یا فصل خصومت مطرح نمی‌گردد.

در مقابل استاد گرامی ناصر کاتوزیان نظر مخالفی را ارائه می‌دهد. به اعتقاد کاتوزیان با توجه به این که قانون‌گذار اقرار را به عنوان دلیل اثبات دعوی پذیرفته و نیز حسب اصول آیین داری، اقرار مانع جری دادرسی و رافع مسئولیت قاضی برای صدور حکم نیست.^۵ در عین حال ایشان اذعان دارد که نظر مخالف، نظری نیست که بتوان به راحتی و بی‌تأمل از آن گذشت.^۶

عمده دلایل استاد جعفری لنگرودی در اثبات این نظر که اقرار قاطع دعوی نیاز به صدور حکم را منتفی می‌کند به شرح ذیل می‌باشد که پس از طرح تمامی آنها به نقد آن می‌پردازیم:

اولاً- استاد جعفری لنگرودی الزام ناشی از اقرار برای مقر را با الزام ناشی از عقد برای متعاقدين، همسان فرض نموده و معتقد است: "ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی می‌گوید: -هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم

۱. دانشنامه حقوقی، ج اول، ص ۵۴۶.

۲. همان، ص ۵۴۱.

۳. همان، ج سوم، ص ۱۶۸، ش ۹.

۴. همان، ص ۱۷۱، ش ۱۱.

۵. همان، ص ۲۶۱.

۶. همان.

به اقرار خود خواهد بود. اگر ماده ۱۲۷۵ را با ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقایسه کنیم می‌بینیم بین آنها وجه تشابهی هست ماده ۲۱۹ قانون مدنی می‌گوید: -عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است... - از اقرار هم تکلیف قانونی حاصل می‌شود از عقد هم تکلیف قانونی پیدا می‌شود بنابراین همانطور که در عقود موثر بودن و ثمر بخش بودن، موقوف به صدور حکم دادگاه بر طبق عقد نیست در اقرار هم ثمربخش بودن اقرار، محتاج به صدور حکم دادگاه نیست^۱.

ثانیاً - در مقام رفع این ایراد احتمالی که ماهیت عقد، انشاء است و ماهیت اقرار، اخبار؛ استاد خود را پیرو نظری می‌داند که برطبق آن "اقرار به قصد انشاء" نیز تجویز شده است.

طبق این نظر وقتی کسی خبر از وقوع چیزی می‌دهد، راضی به مضمون خبر خود است و چون انشاء وسیله شناسایی رضا است پس وقتی که رضا را به وسیله خبر شناسانند در واقع این خبر دادن و اخبار، خود یک انشاء است^۲.

استاد جعفری لنگرودی نیز معتقد است: "قصد انشاء چیزی جز اعلام رضا به منظور ترتیب اثر دادن از تاریخ اعلام نمی‌باشد. در هر حال اگر قصد اخبار (اقرار) هم بتواند معرف رضا باشد در حکم انشاء است"^۳.

ایشان به عنوان ثمره بحث در حیطه قضاء اقرار قاطع دعوی را با بقای دعوی و مآلاً ادامه دادرسی مانعاً الجمع دانسته و معتقدند با وجود اقرار قاطع دعوی، نوبت به فصل خصومت نمی‌رسد.

عین کلام ایشان از این قرار است: "این گونه اقرارها (اقرار در مقام انشاء) اصولاً قابل تکذیب هم نیستند زیرا چگونه رضای محقق و موجود و معلوم را می‌توان تکذیب کرد؟ وقتی که تکذیب نتوان کرد طرح دعوی هم در همان زمینه نمی‌توان کرد زیرا دعوی، احتمال صدق و کذب دارد چون اخبار از حقی است به ضرر غیر ولی در ما نحن فیه با علم به رضای مقرر چگونه می‌توان احتمال کذب داد؟ و وقتی که احتمال کذب داده نشود چگونه می‌توان دعوی طرح کرد؟"^۴.

ثالثاً - استاد جعفری لنگرودی معتقد است: "طبع اقرار و ماهیت آن (ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی) در همه جا یکی است چه در متن دعاوی و چه در خارج از دعاوی، یعنی اقرار همه‌جا کاشف از حق است به ضرر اخبار کننده و به سود غیر النهایه اگر مسبوق به طرح دعوی در محاکم باشد علاوه بر اثبات حق، قطع دعوی می‌کند و اگر مسبوق به آن نباشد فقط اثبات حق می‌کند... با وجود وحدت ماهیت اقرار چگونه

۱. دانشنامه حقوقی، ج اول، صص ۵۴۷ و ۵۴۸.

۲. ترجمه نظر شمس‌الدین، محمد (شهید اول)، به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۶۰۳.

۳. همان، ص ۶۰۴.

۴. همان.

ممکن است که اقرار در صورتی که مسبوق به طرح دعوی نیست به تنهایی موثر باشد ولی در صورتی که مسبوق به طرح دعوی باشد به تنهایی و بدون انضمام حکم دادرس به آن موثر نباشد؟^۱. سپس این عالم حقوق حسب آن که در اقرار، مقر به حقانیت مدعی اقرار دارد و به دعوی تسلیم شده است اقرار را با سازش قیاس می کند و می گوید همانگونه که سازش موجب انتفاء دعوی و نهایتاً صدور گزارش اصلاحی است، به دنبال اقرار نیز دعوی قطع و منتفی می گردد؛ لذا با قیاس قطع دعوی با استرداد دعوی - که مقتضی صدور قرار سقوط دعوی است - معتقد است متعاقب تسجیل اقرار قاطع دعوی در صورتجلسه دادگاه، جا دارد قرار سقوط دعوی صادر شده و صورتجلسه نیز همانند گزارش اصلاحی قابل صدور اجرائیه باشد.^۲ به نظر راقم مقاله، استدلال اخیر اقوی ادله استاد در خصوص بحث است لذا جا دارد کلام ایشان جهت تبیین امر عیناً نقل گردد. ایشان در تأیید این نظر که با وجود اقرار نیازی به اصدار حکم نیست می نویسد: " دلیل دیگری مراتب بالا را تأیید می کند و آن مقایسه سه امر ذیل است:

الف - وقوع سازش پس از طرح دعوی در دادگاه (ماده ۶۲۳ به بعد آیین دادرسی مدنی).

ب - استرداد دعوی بطوری که مقتضی صدور قرار سقوط دعوی باشد (ماده ۲۹۸ آیین دادرسی مدنی).

ج - اقرار قاطع دعوی (ماده ۶۲ - ۳۶۸ دادرسی مدنی).

در مورد اول گزارش اصلاحی صادر می شود که نه حکم است و نه قرار یعنی مورد اول نیاز به صدور حکم ندارد و در مورد دوم هم قرار سقوط دعوی صادر می شود و نوبه به صدور حکم نمی رسد بنابراین در مورد سوم هم که شباهت فراوان به دو مورد اول و دوم دارد حق این است که قرار سقوط دعوی صادر شود و مقر به موجب صورت جلسه دادگاه که متضمن اقرار است ملزم به اقرار خود طبق ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی باشد و بر طبق همین صورت جلسه اجرائیه صادر شود. چه فرقی است بین این که موضوع دعوی با سازش طرفین منتفی شود یا با اقرار خوانده؟ چرا در مورد سازش حاجت به صدور حکم دادگاه نیست ولی در مورد دوم بند ۵ ماده ۴۷۶ آیین دادرسی مدنی تصریح کرده که دادگاه باید حکم صادر کند؟ چیزی که مراتب بالا را تأیید می کند این است که با وجود اقرار قاطع دعوی، ماده ۴۷۶ دادرسی مدنی رسیدگی پژوهشی را ضروری ندانسته است.... نتیجه - اقرار به تنهایی رفع خصومت می کند و حاجت صدور حکم بر طبق آن نیست^۳.

۱. همان، ص ۵۴۸، ش ۱۶.

۲. همان، همان ص، ش ۱۷.

۳. همان.

دلایل معنونه وسیله این بزرگوار از نظر راقم مقاله و با توجه به جهات ذیل محل تأمل و نقد می‌نماید:

دلیل اول - عدم امکان قیاس الزام ناشی از اقرار با الزامات ناشی از سایر عقود

اقرار را با عقود و معاملات و ایقاعات نمی‌توان قیاس کرد. ماهیت اقرار، اخبار است و ماهیت عقود، انشاء و رابطه اخبار و انشاء، تباین. الزام ناشی از اقرار (ماده ۱۲۷۵ ق.م.) با الزام ناشی از عقود (ماده ۲۱۹ ق.م.) از یک سنخ نیست.

عقد منشاء دخل و تصرف در مرحله ثبوت است و با ایجاد وجابجایی حق و تکلیف، متعاقدين را به این تغییرات ملتزم و پایبند می‌سازد؛ لیکن اقرار، هیچگونه انشاء و یا دخل و تصرف در مرحله ثبوت ندارد و به همین جهت هیچگاه در زمره منابع تعهد نیامده است (ماده ۱۴۰ ق.م.). عملکرد اقرار نظیر سایر ادله اثبات، ناظر بر مرحله اثبات است و صرفاً همچون چراغی است که به مرحله ثبوت پرتو می‌افکند.

حال در رابطه با معنای الزام مقر به اقرار به نحو تقریر یافته در ماده ۱۲۷۵ ق.م. به نظر می‌رسد اگر از مفهوم مخالف ماده ۲۰۷ و ذیل ماده ۲۲۰ و مواد ۲۱۸ و ۲۸۹ تماماً از قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۱۲ آیین‌نامه ترتیب اتیان سوگند چنین قاعده بگیریم که استنادکننده و ابرازکننده دلیل علی القاعده و علی الاصول می‌تواند دلیل ابرازی و استنادی خود را پس بگیرد و از دادگاه بخواهد از ترتیب اثر دادن به آن امتناع کند و در این صورت دادگاه مکلف به جری دادرسی بر اساس سایر ادله خواهد بود، اقرار به این قاعده استثناء می‌زند.

با اقرار دلیل ذیحقی طرف دعوی تحصیل گردیده (ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م.) و حق به نفع طرف روشن و تثبیت شده با این خصوصیت که مقر نمی‌توند اقرار خود را پس بگیرد و به لسان قانون، انکار بعد از اقرار مسموع نیست (ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی). به دیگر سخن - الزام مقر به اقرار - روی سکه‌ای است که روی دیگر آن - مسموع نبودن انکار بعد از اقرار - است. این است معنی الزام مقر به اقرار - البته به نظر راقم. بنابراین تفاوت ظریفی است بین الزام مقر به اقرار با الزام مقر به مقرب، الزام مقر به مقرب در واقع امر ناشی از اقرار نیست بلکه ناشی از عقد یا عمل حقوقی است که مسبوق به اقرار است؛ همانگونه که الزامات ناشی از سند رسمی، ناشی از نفس سند رسمی نیست بلکه ناشی از عقد و عمل حقوقی است که در متن سند تسجیل شده است، اگر چه منتسب الیه سند با امضاء سند، خود را به سند و به امضای خود ملتزم نموده (ماده ۱۳۰۱ ق.م.) و ملاً سند علیه وی لازم‌الاجراء می‌گردد.

بنابراین آنچه که مقنن طی ماده ۱۲۷۵ مقر را ملزم به آن اعلام می‌دارد، اقرار است نه مقرب؛ اگرچه اثر مستقیم اقرار اثبات مقرب و تبعاً تکلیف مقر به ایفای مقرب خواهد بود.

دلیل دوم - انشائی نبودن اقرار قاطع دعوی

مقدمتاً در خصوص علت تأثیر انشائی بودن اقرار قاطع دعوی بر بحث حاضر باید گفت اگر اقرار فقط جنبه اخبار داشته باشد نمی‌تواند نیاز به صدور حکم را منتفی سازد، چرا که حکم دادگاه وصف انشائی دارد. بر همین پایه و نیز بر اساس موضوعیت لفظ در تحقق انشاء است که قانون تصریح کرده و لازم می‌شود که قاضی ابتداء رأی را لفظاً انشاء کند و سپس آن را در قالب دادنامه تقریر نماید (ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م). لازم‌الاجراء بودن رأی دادگاه ثمره انشای آن است. از این لحاظ حکم دادگاه قابل مقایسه با انشاء عقود و معاملات است که در مرحله ثبوت ایجاد حق و تکلیف می‌کند؛ و از این منظر احکام دادگاه از منابع تعهدات محسوب‌اند. استاد جعفری لنگرودی رویه نظام حقوقی فرانسه را که علیرغم ورود به موضوع، احکام دادگاه‌ها را در زمره منابع تعهدات ذکر نکرده‌اند قابل نقد می‌داند.^۱

به هر رو اگرچه طبق کلام استاد اقرار قابلیت آن را دارد که آن "چیزی" باشد که به لسان ماده ۱۹۱ قانون مدنی دلالت بر قصد انشاء نماید، چراکه "چیزی" در متن ماده مطلق بوده فلذا تاب شمولیت بر "اقرار" را نیز دارد - بنابراین به عنوان مثال بایع به جای عبارت "فروختم" می‌تواند با عبارات "اقرار دارم که فروختم" یا "اقرار دارم که مبیع از آن خریدار است" قصد انشاء خود را متجلی و ایجاب را محقق سازد - لیکن مسلماً و منحصرأ در زمانی با چنین اقراری مواجهیم که مقرر قصد انشاء مقربه را داشته و با اقرار این قصد را اعلام و متجلی سازد؛ امری که در خصوص اقرار دلیل اثبات دعوی بعید و شاذ می‌نماید؛ چرا که همه ادله اثبات دعوی بر محور اثبات حقانیت مدعی در زمان تقدیم دادخواست می‌چرخند.

بناء علیهذا به نظر مسلم می‌آید که در مورد اقرار موضوع بند ۱ ماده ۱۲۵۸ ق.م.حسب غلبه و حتی بیش از آن، می‌بایست فقدان قصد انشاء را مفروض انگاشت و این که بگوییم مقرر در دعوی، مضافاً دارای قصد انشاء نسبت به مضمون عنه خبر خود (مقربه) نیز می‌باشد، امری است که دلیل اضافی می‌طلبد که چنین دلیلی در دست نیست.

مضافاً چه بسا حتی مقرر قصد اقرار را نیز فاقد است. مدعی علیه در مقام دفاع و ناخواسته اخبار به حقی می‌کند که حسب نظر قاضی و یا درخواست مدعی بیان وی صورتجلسه می‌شود و از باب اقرار علیه وی دلیلیت می‌یابد (بند ۱ ماده ۱۰۲ ق.آ.د.م).

۱. دانشنامه، ج سوم، ص ۱۷۲، ش ۱۴.

دلیل سوم - عدم امکان قیاس اقرار با گزارش اصلاحی

حسب آنچه که در خصوص وجوه افتراق اقرار با مطلق عقود عنوان کردیم عدم قابلیت قیاس اقرار با گزارش اصلاحی مبرهن می‌نماید.

صدور گزارش اصلاحی مسبوق به وقوع سازش فیما بین طرفین است به گونه‌ای که این سازش در عقد صلح تجلی یافته و مورد انشاء قرار می‌گیرد؛ لیکن در مورد اقرار هیچگونه اراده انشائی ولو یک طرفه از سوی مقر وجود ندارد.

دلیل چهارم - غیرقابل اجراء بودن صورتجلسه دادگاه متضمن اقرار قاطع دعوی

به نظر راقم این سطور اقوی دلیل استنادی استاد جعفری لنگرودی این است که چه فرقی است بین اقرار مضبوط در متن صورتجلسه گزارش اصلاحی - فارغ از تضمّن آن بر عقد صلح - و اقرار مضبوط در متن اقرارنامه یا دیگر اسناد رسمی تنظیمی نزد دفاتر اسناد رسمی با اقرار مسجل در صورتجلسه دادگاه از نظر قدرت اجرایی؟

به عنوان مثال اگر الف اقرار دارد که صد هزار تومان به ب بدهکار است و ظرف این اقرار، گزارش اصلاحی است و مآلاً قابل اجراء و اگر ظرف این مظروف، اقرارنامه رسمی تنظیمی نزد دفتر اسناد رسمی باشد و مجدداً قابل اجراء؛ چرا اگر ظرف اقرار، صورتجلسه دادگاه باشد نباید صورتجلسه یاد شده را نیز - که به دلالت ضابطه تعرفه شده در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی در زمره اسناد رسمی است - به خودی خود و بدون نیاز به حکم دادگاه قابل اجراء بدانیم؟ این پاسخ که قانون صورتجلسه اخیر را قابل اجراء نمی‌داند مشکل سائل را برطرف نمی‌کند زیرا حکم قانون زمانی قانع‌کننده است که دارای مبانی اصولی و منطقی باشد والا قانونی است نادرست و نیازمند اصلاح.

پس سوال این است که آیا حکم فعلی قانون‌گذار که اجرای صورتجلسه را تجویز نمی‌کند و صدور حکم را بعلاوه لازم می‌شمرد حکمی موجه است یا برخلاف موازین؟

به نظر راقم حکم مقنن در این خصوص مبتنی بر مبانی و اصول دادرسی است. توجیه امر به ماهیت اقرار قاطع دعوی بازمی‌گردد.

اقرار قاطع دعوی همانند سایر ادله اثبات، موضوع (جهت دعوی) را ثابت می‌کند و نه حکم (خواسته دعوی) را. توجه به افتراق دو ماهیت "خواسته دعوی" و "جهت و مبنای دعوی" مطلب را به نحو دقیق‌تری روشن می‌کند.

بندهای ۳ و ۴ ماده ۵۱ قانون آ. د. م به ترتیب از "خواسته" و "تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند" به عنوان مندرجات دوگانه، جداگانه و ضروری دادخواست سخن می‌گوید.

اگر عقد قرض، جهت دعوی است، خواسته، مطالبه وجه والزام خوانده به پرداخت است؛ و یا فرضاً در دعوی خلع ید اگر خواسته دعوی خلع ید است، مبنا و تعهدات پایه آن (جهت دعوی) مالکیت خواهان و نیز اقدامات غاصبانه مدعی علیه است و همچنین اگر خواسته، تحویل مبیع و الزام به تنظیم سند رسمی است جهت آن وقوع عقد بیع است.

به این ترتیب با دقت در هر دعوی می‌توان تمیز قائل شد بین جهت دعوی و خواسته دعوی. با توجه به تأکید ماده مارالذکر هر دو همواره باید در متن دادخواست ذکر شود، با این درجه از اهمیت که ضمانت اجرای تخلف از هر کدام النهایه صدور قرار رد دادخواست خواهد بود (مواد ۵۳ و ۵۴ ق.آ.د.م). بناءً علیهذا هیچ دعوایی نیست که در آن دو ماهیت متفاوت "خواسته" از یک سو و "جهت و مبنا" از سوی دیگر وجود نداشته باشد.

باید دقت داشت که همواره جهات و مبانی، موضوع دعوی هستند و خواسته که قرار است محکوم به واقع شود، موضوع حکم. فرضاً در امثله فوق عقد بیع، عقد قرض، مالکیت و اقدامات غاصبانه، همگی جهات دعوی و موضوعاتی هستند که اثبات آن بر عهده اصحاب دعوی است لذا با استناد به یک یا چند از ادله اثبات دعوی مقرر در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی این اثبات محقق است.

از این رو می‌توان گفت ادله اثبات دعاوی از سنخ ادله اثبات موضوعات است؛^۱ لهذا توجه ادله اثبات دعوی به سمت جهت دعوی است و غایت دلیل، اثبات جهت. حال آنکه خواسته ریشه در حکم قانون دارد و به بیان دیگر حقانیت یا عدم حقانیت مدعی بر خواسته - به فرض اثبات جهت - دائرمدار حکم قانون است.

به عنوان مثال پس از اثبات مالکیت مدعی و اقدامات غاصبانه خوانده (اثبات جهت) الزام خوانده به خلع ید (خواسته) ناشی از حکم قانون است (ماده ۳۰۸ قانون مدنی) لهذا قاضی است که بایستی با مراجعه به ادله‌ای که حکم قضایا را معلوم می‌کنند - ادله اثبات احکام^۲ - مشتمل بر قوانین و آیین‌نامه و غیره حکم دعوی (خواسته) را بیابد.

۱. موفق، مژگان، پذیرش سند در دادگاه، گنج دانش، چاپ ۲، ۱۳۹۵، ۵۲ الی ۵۸.

۲. همان، ص ۴۳ الی ۵۲.

پس آنچه مورد لحوق حکم قرار می‌گیرد و منطوق حکم را تشکیل می‌دهد و در فرض صدور حکم به نفع مدعی، محکوم به دادنامه است و مאלاً در اجرائیه صادره، موضوع اجرائیه تماماً "خواسته" است؛ و نه جهت و مبنای دعوی.

تمیز اقرار قاطع دعوی از تسلیم به دعوی

متبانیاً بر آنچه گفته شد اقرار قاطع دعوی، نظیر سایر ادله اثبات منحصرأ متوجه جهات و مبنای دعوی است و توجهی به خواسته ندارد. با اقرار قاطع دعوی موضوع و جهت دعوی اثبات می‌شود و چون غایت دادرسی کشف حقیقت است طبعاً با کشف مرحله ثبوت برای قاضی، دلیلی برای ادامه دادرسی نیست (ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م) لیکن چون اقرار قاطع دعوی ماهیتاً و لزوماً مشتمل بر خواسته نیست نیاز به اصدار حکم نسبت به خواسته والزام خوانده به انجام آن همچنان باقی است.

البته مقر می‌تواند اخبار خود را به گونه‌ای توسعه دهد که بعلاوه شامل خواسته نیز بشود. همانگونه که همچنین می‌تواند اساساً فارغ از جهات، مستقیماً خود را ملزم به انجام خواسته در حق مدعی اعلام کند. فی المثل در دعوی خلع ید علاوه بر اقرار به مالکیت مدعی و اعمال غاصبانه، به تکلیف خود به خلع ید نیز تصریح کند و خبر بدهد؛ و یا این که حتی بدون ورود به جهات دعوی، مستقیماً و منحصرأ خود را ملزم به خواسته و در فرض مثال مکلف به خلع ید از ملک اعلام دارد؛ لیکن بایستی توجه داشت که در تعیین آثار، احکام و قواعد یک ماهیت حقوقی از جمله اقرار قاطع دعوی می‌بایست موضوع منقح را بازشناخت و آن را ملاک عمل قرار داد.

درنظر گرفتن یک موضوع همراه با یک امر زائد برای تعیین آثار و احکام آن به همان اندازه نادرست می‌نماید که درنظر گرفتن همان موضوع بدون یکی از قیود و عناصر ضروری آن. در اقرار منقح، اخبار به جهت، عنصر لازم و مکفی است و توجه به خواسته جزء زوائد؛ پس منطقی است که بگوییم:

اولاً- اقرار قاطع دعوی نیاز به اصدار حکم را از بین نمی‌برد.

ثانیاً- صورتجلسه متضمن اقرار قاطع دعوی به علت عدم تصریح و تنجیز نسبت به خواسته قابل اجراء نیست؛

ثالثاً- اقرار قاطع دعوی، تسلیم به دعوی نیست.

این دو، ماهیات متفاوت از یکدیگرند. تسلیم به دعوی همان تسلیم خوانده به خواسته است. انطباق معانی دعوی و خواسته در برخی از نصوص قانونی موید امر است (مواد ۶۵ و ۱۴۱ ق.آ.د.م).

مراتب تفسیر اصولی و بقاعده از قوانین و اصطلاحات قانونی نیز مقتضی آن است تا مفاهیم متفاوتی برای دو ماهیت "اقرار قاطع دعوی" و "تسلیم به دعوی" درنظر گرفته شود.

باری اگر به جای اقرار قاطع دعوی و یا علاوه بر آن، واکنش تسلیم به دعوی و آثار آن نیز در قانون برای مدعی علیه پیش‌بینی شده بود در آن صورت جا داشت بگوییم با تسلیم خوانده به دعوی (خواسته) و تسجیل آن در صورتجلسه ضرورتی برای ادامه دادرسی نبوده، تسلیم به دعوی دادرسی را منتفی به انتفاء موضوع ساخته و نوبه به فصل خصومت نمی‌رسد و مآلاً صورتجلسه متضمن تسلیم به دعوی، که متضمن تسلیم خوانده به عین تکلیفی است که خوانده در ستون خواسته دادخواست الزام وی را بدان خواسته است، بدون نیاز به حکم دادگاه قابل صدور اجرائیه خواهد بود. اموری و اوصافی که در مورد اقرار قاطع دعوی به جهات پیش گفته صدق نمی‌نماید.^۱

بناءً علیهذا و با توجه به این که اقرار قاطع دعوی ضرورت اصدار حکم را منتفی نمی‌سازد و نیز با توجه به کاشفیت اقرار از حق، در خصوص موضوع مقاله حاضر مبرهن می‌نماید که حکم صادره به استناد اقرار قاطع دعوی مصداق حکم مقتضی مندرج در ماده ۳ ق.آ.د.م خواهد بود.

اتلاق فصل خصومت بر حکم مستند به قسم

آیا حکم مستند به قسم در زمره احکام مقتضی است یا فصل خصومت تلقی می‌شود؟ آیا قسم در واقع امر و همانگونه که از سیاق قانون‌گذاری (ماده ۱۲۵۸ ق.م) برمی آید در زمره ادله اثبات دعوی است و یا اینکه خود در برابر ادله قرارداشته و صرفاً ضابطه‌ای است جهت فصل خصومت؟ به نظر راقم مقاله پاسخ همچنان و در کلیت امر ریشه در کاشفیت و یا عدم کاشفیت قسم از واقع دارد. در این خصوص به نظر می‌رسد دو وجه متهافت از سوی اساتید حقوق مطرح گردیده است.^۲

استاد گرامی کاتوزیان مقدمتاً در تعریف سوگند چنین نقل می‌کند: "اعلام اراده‌ای است که به موجب آن شخصی خدا را شاهد صداقت خود در اظهارات و التزامات بیان شده می‌گیرد."^۳

متعاقباً ایشان بعد از طرح تحلیل‌های محتمل درخصوص ماهیت سوگند، تحلیلی نهایی و مأخوذه را "حمایت از عدل" قرار داده و می‌نویسد: "برای توجیه ماهیت حقوقی سوگند، باید توجه داشت که مرحله اثبات همیشه با واقع منطبق نیست و چه بسا طرفی که توان اثبات ادعای خود را ندارد، دارای حقی قابل حمایت باشد، پس، برای اطمینان از اجرای عدالت، پیش‌بینی شده است که طرف دعوا بتواند از او طلب

۱. فرضاً در دعوی الزام به تنظیم سند بیع، اگر خوانده مقر به وقوع بیع باشد (اقرار به جهت) لیکن فرضاً به جهت جهل حکمی خود را ملزم به تنظیم سند نداند و با خواسته معارضه کند، آیا در اینجا با اقرار قاطع دعوی مواجه نیستیم؟ مسلماً در اینجا نیز قاضی رسیدگی به دعوی را ختم و بر مبنای اقرار قاطع دعوی حکم به الزام خواهد داد.

۲. ر.ک کاتوزیان، ناصر، پیشین، ج دوم، ش ۳۷۳؛ ر.ک لنگرودی، محمدجعفر، دائره‌المعارف علوم اسلامی قضائی، ج دوم، ص ۱۱۰۴.

۳. همان، ش ۳۶۷.

سوگند کند تا از ندای وجدان و اعتقاد مذهبی برای نجات حق کمک بگیرد. اگر طرف دعوا از این آخرین وسیله استفاده نکند، فرض این است که حق تقویت نشده و اقتضای دو مرحله اثبات و ثبوت یکی است. ولی، هر گاه مدعی به دستاویز معنوی چنگ زند، این احتمال که راست بگوید، وجدان قاضی را نیز می‌آزارد. پس، برای آسودگی وجدان او و ایجاد اطمینان از حقگزاری مطلوب، طرفی را که ظاهر و اصل را به سود دارد و خصم را بی‌سلاح و دفاع در اختیار گرفته است، به سوگند خوردن یا رد آن به مدعی اجبار می‌کند.^۱ در ادامه کاتوزیان چنین نتیجه می‌گیرد: "بنابراین، اجبار منکر به سوگند خوردن، نه ریشه قراردادی دارد و نه وضع و موقع دو طرف قابل قیاس با متصالحان است با مبنای اجبار، دغدغه حمایت از عدل و تبدیل ظن دادرس به علم عادی و استفاده از نیروی معنوی و تقوا و ترس از خدا برای تقویت حق است نه تراضی و قرارداد که جوهر آن آزادی کامل در پذیرش یا رد پیشنهاد است."^۲

البته کلام ایشان تا حدی مردد بین مطلق قسم و قسم منکر است لیکن اگر بگوییم که قسم یا کاشف است یا غیر کاشف و از این لحاظ تفاوتی میان قسم منکر و قسم مدعی نیست - که به نظر چنین می‌آید زیرا کشف و عدم کشف وصف قسم است صرفنظر از حالف - لهذا مستفاد از کلام فوق ناگزیر آن خواهد بود که ایشان معتقد به کاشفیت قسم و استعداد آن برای اصابه به واقع است؛ چرا که درخواست استحلاف از سوی مدعی فاقد بینه را موجب "ظن" قاضی دانسته، آنچنان ظنی که اجرای اصل عملیه به نفع منکر را متوقف و ممتنع ساخته و النهایه قسم را موجب تبدیل ظن به "علم و اطمینان" قاضی تلقی کرده است. البته می‌دانیم که علم و اطمینان بخشی، وجه ممیزه و مشترک میان تمامی ادله اثبات دعوی بوده و مآلاً وجه فارق دلیل اثبات از ضوابط فصل خصومت است و نیز وجه فارق آن از سایر امور و قرائنی است که نهایت توان آنها در کشف مجهول قضائی صرفاً ایجاد "ظن ضعیف" می‌باشد و دقیقاً به همین علت ناتوانی در ایجاد علم و اطمینان است که در زمره ادله اثبات دعوا قرار داده نشده‌اند و قانون‌گذار حسب مورد از آنها به عنوان "قرینه" و یا "موجبات مزید اطلاع" یاد کرده است. (ماده ۲۱۰ ق.آ.د.م و ماده ۱۳۱۴ ق.م.)

مخلص کلام آن که اگر کاتوزیان معتقد است که قسم موجب علم قاضی نسبت به موضوع می‌شود پس لاجرم قائل به کاشفیت قسم از واقع بوده و برای قسم نظیر سایر ادله اثبات، حجیت قائل شده و آن را در زمره ادله اثبات می‌داند و نه در برابر آن؛ نظری که با ظاهر ماده ۱۲۵۸ ق.م. تقویت می‌شود. اعتقاد استاد کاتوزیان به قابلیت قسم برای ایجاد علم در قاضی، همچنین منتهی به این استنباط می‌گردد

۱. همان، ش ۳۷۳.

۲. همان، همان ش، ص ۱۹۰.

که از دیدگاه ایشان حکم اصداریافته بر پایه قسم به واسطه صبغه کاشفیت و ماهیت دلالت آن، حکم مقتضی است و نه فصل خصومت. مبنای "حمایت از عدل" که این عالم حقوق برای توجیه سندیت قسم اتخاذ کرده است دلیل دیگری بر این نظر است.

از طرف دیگر ایشان پیش از این و در مقدمه بحث قسم و در مقام ذکر برخی از شرایط و آثار سوگند در حقوق کنونی چنین آورده است: "۱... سوگند در فرضی مطرح می شود که دلیلی بر صدق ادعا نباشد... (۳) قاطع بودن اثر و فصل خصومت (۴) تکیه بر قضاء عادلانه خداوند...".^۱

بدیهی است که خصایص مذکور مفید اعتقاد به وجود قسم در زمره ضوابط فصل خصومت در معنای خاص کلمه است و نه در زمره ادله اثبات. به همین جهت به نظر می رسد صدر و ذیل کلام همخوانی ندارد، زیرا در صدر کلام قسم در برابر ادله است و ضابطه فصل خصومت و مآلاً غیرکاشف؛ و در ذیل کلام قسم موجب علم عادی و طبعاً کاشف و در زمره ادله.

متقابلاً نظر مخالف و صریحی از سوی استاد جعفری لنگرودی مطرح گردیده است. ایشان صریحاً می نویسد: "یمین جنبه کاشف ندارد".^۲ استاد در تبیین کلام آورده است: "یمین در لغت، عبارت از قوت و قدرت است. یمین یا حلف یا قسم (سوگند) که یکی از ادله اثبات دعوی است از آن رو به این نام خوانده شده است که سوگند خورنده (حالف) با عدم تسلیم به دعوی مدعی، واکنش خود را به وسیله سوگند، تقویت می کند، از این جا معلوم می شود که قسم، جنبه کاشف ندارد و وسیله حل مجهول قضائی نیست. لکن هر یک از اصحاب دعوی که قسم می خورند اظهار خود را به این ترتیب تقویت می کنند... معذالک چون اظهار مدعی یا مدعی علیه، اخبار است و این اخبار بحکم قانون به وسیله یمین تقویت می شود می توان گفت که چنین اظهاری می تواند اثبات کننده باشد. اما اثبات مطلب بوسیله این اخبار، مطلبی است و مثبت نبودن یمین مطلب دیگری است. یمین به تنهایی چیزی را اثبات نمی کند هر چند که مولفان ما از اثبات با یمین، سخن گفته اند".^۳

عدم کاشفیت قسم در خصوص مجرای اصل - یمین مدعی علیه - قابلیت درک بیشتری دارد. همانگونه که استاد جعفری لنگرودی متذکر شده اند: "اصل، یمین مدعی علیه است. این اصل از حدیث - البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه - فهمیده می شود".^۴

۱. همان، ش ۳۶۶، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

۲. همان.

۳. همان منبع، همان ج، صص ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷.

۴. همان، ش ۳۴، ص ۱۱۲۳.

مدعی علیه در مقام اثبات امر وجودی نیست، بلکه در مقام نفی و انکار است لذا قسم وی که موید نفی و انکار اوست، مثبت نیست. اگر می‌گوییم امر عدمی قابل اثبات نیست به این معنی است که عدم - و بر همین قیاس نفی و انکار - قابل کشف نیست، پس قسم مدعی علیه، نه مثبت است نه کاشف. به لسان استاد: "سوگند خورنده (حالف) با عدم تسلیم به دعوی مدعی، واکنش خود را به وسیله سوگند، تقویت می‌کند، از این جا معلوم می‌شود که قسم، جنبه کاشف ندارد"^۱.

لیکن در جایی که پای قسم مدعی در میان است - یعنی جایی که مدعی درخواست استخلاف دارد و متعاقب رد و نکول مدعی علیه، خود قسم یاد می‌کند و دعوی به نفع او ثابت می‌شود - استدلال بر عدم کاشفیت قسم، ظرافت بیشتری می‌طلبد. به هر رو از منظر استاد جعفری لنگرودی قسم مطلقاً مثبت نبوده و کاشفیت ندارد بلکه صرفاً تقویت کننده اخبار است اعم از آن که مضمون آن اخبار، انکار باشد یا ادعا. بر این پایه قسم استعداد و قابلیت ایجاد علم و اطمینان نسبت به مدعی به را نداشته و مآلاً نمی‌تواند دلیل اثبات دعوی تلقی شود. عناصر مستنبطه اخیر از ملزومات کاشف نبودن قسم است.

از این رو استاد جعفری لنگرودی در طرح پیشنهادی اصلاح قانون مدنی و طی ماده ۳۲۷۵ آن که قابل مقابله و مقایسه با ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی کنونی است، قسم را از عداد ادله اثبات دعوا خارج کرده و آن را در ماده مستقل دیگری و تحت عنوان ملحقات ادله، در کنار قرعه و قاعده مایعلم الا من قبله و امثال آن در زمره اهم ضوابط فصل خصومت آورده است.^۲

عدم کاشفیت قسم در قوانین

بررسی قسم از منظر مقاله حاضر و تعیین کاشفیت و یا عدم کاشفیت آن، با توجه به اقتباس قوانین ما از فقه، مستلزم بررسی منابع فقهی است در مرحله اول و نیز - در مرحله دوم - بررسی قوانین موضوعه و تعیین این که النهایه قانون گذار، صرفنظر از موضع فقه و اتفاق و یا اختلاف نظر فقهاء در این باب چه موضعی را اتخاذ کرده است و آیا قسم را کاشف می‌داند یا غیر کاشف.

مراجعه مستقیم به فقه و نظر مشهور فقهاء از حوصله این مقاله و بیش از آن از محدوده استطاعت علمی راقم خارج است؛ لیکن از آنجایی که فقه بالاصاله در اعمال مقررات و قوانین موثر نیست و آنچه هدف و غایت امر است تبیین موضوع در نظم حقوقی کنونی است و به عبارت اخری، هدف مقاله آن است که آیا در قانون، قسم کاشف است یا خیر، لذا برآنیم تا با ورود به مواد قانونی ذیربط به تبیین موضوع بپردازیم.

۱. همان، ص ۱۱۰۶، ش ۱.

۲. ماده ۳۲۷۵ طرح اصلاح قانون مدنی: "دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: (۱) اقرار (۲) اسناد کتبی (۳) امارات (۴) ظاهر مأمون (۵) شهادت (۶) علم قاضی؛ مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، ص ۱۰۶۰.

بررسی مذکور صرفاً جنبه آکادمیک ندارد بلکه لازمه تفسیر درست مقررات قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی راجع به قسم است. نتیجه بررسی می‌تواند و می‌بایست به عنوان ضابطه‌ای ضروری جهت رفع ابهاماتی بکار رود که حسب مورد در مقررات راجع قسم وجود دارد و ذیلاً به برخی اشاره می‌کنیم.

لحاظ وجوه افتراق دلیل اثبات و ضابطه فصل و استقراء در قوانین

قبل از استقراء در قوانین، مقدمتاً می‌بایست ویژگی‌ها و قیود و اوصاف هر یک از ماهیات دوگانه "دلیل اثبات دعوی" و "ضابطه فصل خصومت" را با لحاظ رابطه تباین میان این دو در نظر آورد تا با تطبیق آن بر مقررات قسم، موضع قانون ایران را باز شناخت. کشف حقیقت یکی از قیود اصلی و محوری دلیل اثبات دعوی است که آن را از ضابطه فصل خصومت متمایز می‌کند.

در فصل خصومت، قاضی در شناخت و ترتب احکام مشکلی ندارد در تشخیص موضوع متحیر مانده است و چون وسیله‌ای (دلیل اثبات دعوی) برای رفع تحیر و دست یافتن به مرحله ثبوت ندارد، با یأس از اثبات به ناچار متمسک به ضابطه فصل خصومت شده، خصومت را فصل و دعوی را ختم می‌کند.

همین وجه فارق و به عبارتی وجه ممیزه کاشفیت و عدم کاشفیت به ترتیب برای دلیل اثبات و ضابطه فصل خصومت، ویژگی‌ها و ممیزاتی را بر هر یک به همراه می‌آورد و طبعاً میان این ویژگی‌ها و ممیزات همان تقابل و تهافتی است که میان کاشفیت و عدم کاشفیت.

بدیهی است توجه به این ویژگی‌ها و ممیزات و خصوصاً وجه فارق یاد شده، تمیز میان دلیل اثبات و ضابطه فصل خصومت را در موارد ابهام، تسهیل و میسر می‌سازد. از ممیزات دلیل - که علی‌الاصول نقیض آن‌ها را در ضوابط فصل خصومت می‌یابیم - قابل امعان نظر است:

اول - چون دلیل اثبات، بر مرحله ثبوت پرتو می‌افکند و کشف حق می‌کند، پس دلیل همواره طریقت دارد و نه موضوعیت.

دوم - چون هدف از دادرسی و اداره دلیل کشف حق است لذا در برابر اقامه دلیل می‌توان در هر دو مرحله بدوی و بالاتر، دلیل مخالف ابراز کرد تا قاضی کدام را کاشف حق بیابد. (مواد ۹۶، ۹۷، بند ۶ ماده ۳۴۱، ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی)

سوم - استناد و ابراز دلیل، مقدمه بررسی و احراز صحت و سقم آن است وسیله قاضی؛ لذا صرف ابراز دلیل، مانع جری دادرسی نیست (ماده ۲۰۰ ق.آ.د.م).

چهارم - ابرازکننده دلیل علی‌القاعده می‌تواند دلیل ابرازی و استنادی خود را مسترد کند و از قاضی

بخواهد آن را نادیده بگیرد و یا با اذعان به خلاف واقع بودن دلیل استنادی خود مانع از ترتیب اثر به دلیل در امر دادرسی گردد. (مفهوم مخالف ماده ۲۰۷ و مواد ۲۱۸، ۲۲۰ و ۲۸۹ ق.آ.د.م)

پنجم - حتی بعد از صدور حکم قطعی در صورتی که ثابت شود دلیل مستند حکم، مجعول و یا مبتنی بر فریب و حيله بوده است، مورد از جهات اعاده دادرسی و نقض حکم قطعی صادره خواهد بود. (بندهای ۵، ۶ و ۷ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م)

اگر ویژگی‌های فوق را از قیود دلیل اثبات دعوا و از ملزومات کاشفیت دلیل اثبات بدانیم، توجه به وجود یا فقد آن در مقررات راجع به قسم، ماهیت قسم را به نحو قاطع‌تری بر محقق می‌شناساند و موضع قانون‌گذار را نیز در خصوص جنبه کاشفیت قسم مکشوف می‌سازد.

استقراء در مقررات قسم

با استقراء در مواد قانونی، به نظر می‌رسد وضعیت دوگانه‌ای در قوانین وجود دارد. ماده ۱۲۵۸ ق.م. نظر کاشفیت را تقویت می‌کند؛ چرا که قانون‌گذار قسم را در زمره ادله اثبات دعوی آورده است. اگر مقسم (دلیل اثبات دعوی) مثبت است پس این ویژگی در یکایک اقسام از جمله قسم تکرار می‌شود.

اگر مقنن نظر بر عدم کاشفیت می‌داشت علی‌الاصول می‌بایست قسم را از شمولیت ادله اثبات دعوی (=مقسم) جدا می‌نمود و آن را قسیم سایر ادله اثبات قرار نمی‌داد؛ همانگونه که استاد جعفری لنگرودی در طرح پیشنهادی خود این جداسازی را در نظر داشته است. این تفکیک شرط منطقی قائل بودن بر عدم کاشفیت قسم است.

در مقابل ماده مارالذکر، مواد ۱۳۳۱ و ۱۳۳۵ ق.م اعتقاد قانون‌گذار به عدم کاشفیت قسم را به ذهن القاء می‌کند. اگر به حکم ماده ۱۳۳۱ ق.م: "قسم قاطع دعوی است و هیچگونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نیست" بنابراین قسم امکان هر گونه جری دادرسی و مناقشه در خصوص صحت و سقم قسم و کشف حقیقت را منتفی می‌سازد؛ یعنی با اتیان قسم جری دادرسی سالبه منتفی به انتفاء موضوع است.

همچنین طبق صریح ماده ۱۳۳۵ ق.م توسل به قسم صرفاً درجایی ممکن است که اساساً امکان اثبات دعوی وسیله ادله چهارگانه اثبات (اقرار، شهادت، سند، اماره) وجود نداشته باشد و دعوی نزد قاضی ثابت شده نباشد و فقط در این صورت است که صدور حکم منوط به قسم خواهد بود. صدر و سیاق ماده مفهوم آن است که صدور حکم اگرچه منوط به قسم است لیکن منوط به اثبات نیست؛ به عبارتی در مجرای قسم، بحث اثبات و کشف واقع نیز سالبه به انتفای موضوع است.

حال با توجه به جمیع مراتب یاد شده و با لحاظ جهات ذیل به نظر می‌بایست از ظاهر ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی گذشت و معتقد بود که در قوانین ما قسم کاشفیت ندارد.

اولاً- صرفاً در صورت ثابت نشدن دعوی و با تأکید بر عدم کشف مرحله ثبوت نزد قاضی، قسم قابل استناد است. (ماده ۱۳۳۵ ق.م.)

ثانیاً- قسم، دعوی را قطع می‌کند به گونه‌ای که اظهار خلاف آن، عدول از قسم ولو با اقرار حالف بر دروغ بودن قسم موثر نیست. (ماده ۱۳۳۱ ق.آ.د.م) عدم تکرار حکم ماده ۴۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در قانون آیین دادرسی مدنی فعلی در همین راستا است.

ثالثاً- اگر تأثیر دلیل در اثبات دعوی منوط به صحت دلیل است (ماده ۲۰۰. آ. د. م) و به همین قیاس تأثیر شهادت منوط به عدالت، طهر مولد و... در شاهد است؛ در صحت قسم نمی‌توان اختلاف کرد و در حالف موارد فوق شرط نیست.

همچنین اگر در مورد اقرار علی‌رغم قاعده ممنوعیت انکار بعد از اقرار ادعای بطلان و فساد اقرار قابل استماع و رسیدگی است و یا در مورد دلیل شهادت می‌توان تأثیر آن را از آغاز با جرح شاهد دفع نمود و یا با اثبات خلاف واقع بودن شهادت آن را رفع؛ در مورد قسم چنین استثنائاتی اساساً وجود ندارد.

خامساً- برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه که یکی از جهات اعاده دادرسی، اثبات دروغ بودن سوگندی است که بر اساس آن، حکم صادر شده است^۱؛ دروغ بودن قسم ولو مستنداً به اقرارنامه حالف بر سقم یمین، از جهات اعاده دادرسی نیست (ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م)

به نظر نگارنده این تفاوت و تغایر حکم میان قانون ایران و فرانسه به اختلاف مواضع این دو قانون در خصوص ماهیت قسم برمی‌گردد با این بیان که قانون ایران آن را غیر کاشف و فرانسه را کاشف تلقی کرده است.

آثار عملی عدم کاشفیت قسم

ماده ۴۶۸ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت: "اگر کسی که سوگند یاد نموده قبل از صدور حکم اقرار کند که سوگند او دروغ بوده و حق با طرف است، دادرس دادگاه ترتیب اثر به سوگند نداده و برحسب اقرار حکم خواهد داد." این حکم در قانون آ. د. م کنونی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ نیامده و حذف

۱. Art. 595 le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes, suivantes: 1... 2... 3... 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.

ماده ۵۹۵. اعاده دادرسی صرفاً بر اساس یکی از جهات ذیل امکان پذیر است: ۱... ۲... ۳... ۴. اگر حکم دادگاه بر اساس گواهی کتبی، شهادت یا سوگندی صادر شده باشد که بعد از صدور رأی دروغ و خلاف واقع بودن آن حسب رسیدگی قضایی اعلام شده باشد.

استاد گرامی دکتر کاتوزیان در این رابطه می‌نویسد: "در قانون مدنی نیز چنین حکمی از آغاز نبوده است و عموم و اطلاق هماده ۱۳۳۱...مخالف با امکان عدول از سوگند و اقرار به سود طرف است. پس رویه قضائی باید تفسیر این حذف و سکوت را روشن کند."^۱

البته این عالم حقوق ضمن منطقی و عادلانه خواندن حکم ماده ۴۶۸ سابق معتقد است که این نظر در فقه پایه‌ای محکم دارد و اخبار زیادی آن را تأیید می‌کند و اطلاق ماده ۱۲۷۱ ق.م.ا (از احکام اقرار) مجوز استناد به آن است.^۲

ایشان احتمال می‌دهد حکم ماده ۴۶۸ ق.آ.د.م سابق از نظری پیروی کرده باشد که سوگند را در حکم بینه می‌داند؛ زیرا اگر دلیل مخالف آن قابل پذیرش باشد، به این مفهوم است که سوگند در حکم بینه تلقی شده است.^۳

به نظر نگارنده و با استناد به ضوابط پیش گفته ممکن است به تفسیر این حذف و سکوت پرداخت. **اولاً-** با توجه به عدم سابقه حکم ماده ۴۶۸ ق.آ.د.م. در قانون مدنی مقدم التصویب بر آن و با توجه به حاکمیت و اولویت قانون مدنی و لزوم تبعیت قوانین شکلی از قوانین ماهوی به نظر می‌رسد تصویب این حکم از آغاز موجه نبوده و حذف آن در مقام تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید عامدانه، بجا و در راستای ماهیت سوگند است.

ثانیاً- مضافاً کاشف نبودن قسم، احتمال تبعیت مقنن از نظری که قسم را در حکم بینه می‌داند، منتفی ساخته و به نوبه خود حذف حکم ماده ۴۶۸ ق.آ.د.م سابق را مدلل‌تر و موجه‌تر می‌سازد؛ زیرا مبنای عدم کاشفیت قسم در مقررات فعلی، مانع از آن است که مقنن قسم را در حکم بینه کاشف بداند.

ثالثاً- همچنین از آثار و فواید عملی تفکیک ضوابط فصل خصومت از ادله اثبات دعوی و مآلاً تبعیت هر یک و اقسام هر یک از این دو ماهیت حقوقی مستقل از قواعد ویژه خود، ذهن محقق را به این مهم رهنمود می‌سازد که در مقام تفسیر و تعیین قواعد هر مقسم و اقسام آن، از قیاس و مآلاً از تسری احکام هر کدام بر دیگری اجتناب ورزد. از این رو قیاس و تسری احکام اقرار (که مقسم آن دلیل اثبات دعوی است) بر قسم (که مقسم آن ضابطه فصل خصومت است) اصولی و صحیح به نظر نمی‌رسد.

۱. همان منبع، ش ۳۸۳.

۲. فکر می‌کنم منظور ماده ۱۲۷۲ یا ۱۲۷۶ از قانون مدنی است و درج ش ۱۲۷۱ مبنی بر اشتباه باشد.

۳. همان.

۴. همان، پاورقی ش ۲.

در تحلیل و تفسیر ماده ۳ ق.آ.د.م و جهت شناخت موضوعات دوگانه "حکم مقتضی" و "فصل خصومت" می‌بایست علاوه بر متن ماده مارالذکر، به تعریف قضاء در فقه، متفاهم عرف و متن پیشین ماده به نحو تقریر یافته در ماده ۳ ق.آ.د.م منسوخه ۱۳۱۸ مراجعه کنیم.

حسب تعریف فقهی از قضاء هر حکمی فصل خصومت است و حسب متفاهم عرف، احکام عادلانه و مسبوق به کشف حق از دایره فصل خصومت خارج است.

با مراجعه به نصوص قانونی، ملاحظه می‌شود در متن پیشین ماده ۳، مقنن "صدور حکم" را با "فصل دعوی" مقابل نهاده^۱ و متعاقباً در سال ۱۳۷۹ این تقابل به تقابل "صدور حکم مقتضی" و "فصل خصومت" تغییر و به نظر اصلاح یافته است.

از آنجایی که فصل دعوی به عنوان مفهومی جدای از فصل خصومت در فقه و عرف مطرح نیست و با توجه به تقابل آن با صدورحکم، عبارت فصل دعوی همچنان محمول بر فصل خصومت است.

از این منظر، نحوه تقریر ماده ۳ پیشین قابل نقد است چرا که مطلق حکم نمی‌تواند با فصل خصومت مقابله کند زیرا مطلق حکم بالجمله منطبق با مطلق فصل خصومت است و قابلیت تقابل ندارد.

به همین جهت مقنن در تدوین ماده ۳ کنونی "حکم" را به "حکم مقتضی" تغییر و تبدیل داده است. در تفسیر عبارت حکم مقتضی نبایستی از قید مقتضی خصوصاً با لحاظ نبود آن در متن پیشین، بسادگی گذشت. ترتیب اثر ندادن به واژه مقتضی تساهل در تفسیر و اسناد لغو به قانون‌گذار بوده و مقتضی را حشو زائد می‌گرداند.

حکم مقتضی با توجه به تقابل آن با فصل خصومت، حکم عادلانه‌ای است که به سبب وجود دلیل اثبات، مسبوق به کشف حق بوده و اصابت آن به واقع مورد انتظار است؛ دراین معنی تقابل حکم مقتضی با فصل خصومت در معنای عرفی - که در آن اصابت به واقع امری شاذ و بعید می‌نماید - به سهولت قابل درک است.

لذا می‌توان گفت فصل خصومت در دو معنای عام و خاص در نظام حقوقی ما راه یافته است. استعمال یک عبارت واحد در دو معنای عام و خاص در نظام ما بی‌سابقه نیست. نظیر مسئولیت مدنی که در معنای عام، مطلق مسئولیت و تعهدات را صرفنظر از منشاء ایجاد آن در بر می‌گیرد و در معنای خاص ناظر است

۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی منسوخه مصوب ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت: "دادگاههای دادگستری مکلفند بدعای موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند...".

بر ضمان قهری؛ با لحاظ این که متبادر از عبارت مسئولیت مدنی، به تنهایی و مادامی که قیدی، خلاف امر را تبیین نسازد، معنای خاص یعنی ضمان قهری است. نحوه نامگذاری قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۰۲/۰۷ مؤید امر است.

با قیاس امر می‌توان گفت صرف عبارت فصل خصومت به تنهایی و مادامی که منضم به قید خلاف نیست، مشعر است بر فصل خصومت در معنای خاص. نحوه انشای ماده ۳ ق.آ.د.م کنونی مؤید امر است. نکته دیگر آن که مراتب فوق صرفاً جنبه آکادمیک نداشته و تنها کاربرد آن تفسیر ماده ۳ نیست بلکه حائز اهمیت عملی است. تفکیک ادله اثبات از ضوابط فصل خصومت بسیار در تفسیر بقاعده و اصولی از قوانین موثر است.

تفکیک این دو مقسم و مآلاً تفکیک اقسام آن از یکدیگر است که مدلل می‌سازد چرا در نظام حقوقی ما اثبات خلاف بودن شهادت می‌تواند از جهات اعاده دادرسی باشد لیکن اثبات و حتی اقرار حالف بر دروغ بودن قسم در ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م از جهات اعاده دادرسی محسوب نشده است؛ و یا این که اگر در قانون فرانسه برخلاف ایران قسم در زمره جهات دادرسی است این تفاوت در احکام را در تفاوت در کدام مبانی مرتبط با بحث حاضر می‌توان یافت.

همچنین چرا و برخلاف آنچه در دکتترین آمده است و در متن مقاله به آن پرداختیم نمی‌توان از مقررات اقرار برای توجیه مقررات قسم و کشف قواعد قسم استفاده کرد؛ و به همین گونه متعذر و ممتنع است قیاس و تسری احکام هر قسمی از این دو مقسم بر اقسام مقسم دیگر.

موارد پیش گفته همگی از آثار عملی و فواید تمیز ادله اثبات دعوی از ضوابط فصل خصومت (=ملحقات ادله) هستند و اهمیت این تفکیک و تمیز این دو را نشان می‌دهند. تمیز میان این دو موضوعی است که برای اولین بار در قالب تفکیک و تعریف موضوعات فوق و نیز تعریف و تعیین احکام هر قسم در نظام حقوقی ایران، مورد توجه و امان نظر استاد گرانقدر استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی قرار گرفته و در طرح اصلاح قانون مدنی پیشنهادی ایشان در قالب ۲۵۴ ماده از ماده ۳۲۶۷ تا ماده ۳۵۲۰ انعکاس یافته است.

گفتار این مقاله و سخن درباره این اندیشمند بزرگ فقه و حقوق ایران را با سخن حضرت حافظ به پایان می‌برم:

آن سفر کرده که صد قافله دل همراه اوست هر کجا هست خدایا به سلامت دارش

منابع و مأخذ:

۱. امام خمینی، روح الله، ترجمه تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، دانشنامه حقوقی، دوره پنج جلدی، امیرکبیر، چاپ چهارم.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ یازدهم.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ یازدهم.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، دائرة المعارف اسلامی قضائی "علمی-تطبیقی-تاریخی"، دوره دو جلدی، گنج دانش، چاپ سوم.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، فرهنگ عناصرشناسی "حقوق مدنی-حقوق جزا"، گنج دانش، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، دوره پنج جلدی، گنج دانش، چاپ دوم.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فن استدلال (منطق حقوق اسلام)، گنج دانش، چاپ اول.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، گنج دانش، چاپ اول.
۱۰. نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی-مراجع قضایی و غیرقضایی و حدود صلاحیت آنها، جلد اول، گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مقاله یأس از اثبات و اصل برائت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، اثبات و دلیل اثبات، دوره دو جلدی، میزان، چاپ چهارم.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۲)، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم.
۱۴. موفقی، مژگان (۱۳۹۵)، پذیرش سند در دادگاه، گنج دانش، چاپ دوم.
۱۵. نهرینی، فریدون (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی، گنج دانش، چاپ اول، جلد اول.
۱۶. Code de Procédure Civil; édition ۱۰۲; Dalloz.

مفهوم و ضمانت اجرای «اصول دادرسی» در آیین دادرسی مدنی

همایون مافی^۱

ممدغمیلویی^۲

چکیده:

قانون‌گذار در صدر ماده یک قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، آیین دادرسی مدنی را مجموعه‌ای از «اصول و مقررات» معرفی کرده است. شق سوم از ماده ۳۷۱ همین قانون نیز عدم رعایت «اصول دادرسی و قواعد آمره» را از موجبات نقض حکم فرجام خواسته در دیوان عالی کشور به شمار آورده است. مواد ۱۸ و ۱۹ قانون جدید شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ و تبصره‌های آن نیز به تبیین مهمترین مصادیق اصول، قواعد و تشریفات دادرسی اختصاص یافته است. «قاعده آمره»، «اصول» و «تشریفات دادرسی» سه کلید واژه مهم و از اقتضائات رسیدگی منضبط و نظام‌مند به دعاوی مطروحه اشخاص (اعم از دعاوی مدنی و کیفری) می‌باشند. از این رو، رعایت آنها در تمام مقاطع و مراحل دادرسی لازم و ضروری می‌نماید. آنچه محوریت مقاله را شکل داده است بحث در خصوص تبیین مفهوم ضمانت اجرای اصول دادرسی است. فرع بر این مباحث، بررسی نقش اصول دادرسی در فرآیند وضع و تفسیر قانون موضوعه نیز مورد مذاقه قرار می‌گیرد. همچنین به جهت تأثیر رعایت این مفاهیم بر اعتبار آرای دادگاه‌ها، ضمانت اجرای نقض این مفاهیم در فرآیند دادرسی مدنی نیز مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلیدواژه: اصول دادرسی، آیین دادرسی مدنی، ضمانت اجرا

۱. نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری.

Email: mghamiloe1372@gmail.com

دادرسی، اعم از دادرسی در امور مدنی و دادرسی در امور جزایی، همواره تحت یک سری ضوابط و نظامات خاص قرار دارد؛ و الزامات یک دادرسی قانونی، رسیدگی قاعده‌مند و منضبط به دعاوی و اختلافات مطرح میان اشخاص اعم از حقیقی و یا حقوقی را اقتضا می‌کند. برخلاف دادرسی در عصر حاضر، رسیدگی به اختلافات و حل و فصل آنها در گذشته، عمدتاً فاقد یک نظم و چهارچوب خاص بود؛ و اغلب به روش سنتی و کدخدامنشانانه انجام می‌گرفت. به گونه‌ای که در رسیدگی به اختلافات، قواعد و اصولی که حاکم بر طرز رسیدگی باشد وجود نداشت؛ و حل و فصل اختلافات به هر طریقی که تشخیص داده می‌شد انجام می‌گرفت.

تا پیش از استقرار حکومت مشروطه، به دلیل نبود یک سازمان قضایی منسجم و منظم، رسیدگی به دعاوی و اختلافات اشخاص، تابع هیچ گونه نظم و ساختار مشخصی نبود. به همین جهت حکام محاکم، بنا به تشخیص خود و هریک به نوعی خاص، روش‌های متفاوتی را در حل و فصل دعاوی میان اشخاص مورد عمل قرار می‌دادند. در این دوران، تنها تشکیلات قضایی را می‌توان «دیوان خانه عدلیه» به حساب آورد؛ که آن هم ترتیبات به خصوصی را در دادرسی‌ها دربر نمی‌گرفت.^۱ بدیهی می‌نمود که این شیوه رسیدگی نمی‌توانست تأمین کننده نیازهای یک دادرسی مبتنی بر عدل و انصاف باشد. بعد از سال ۱۳۲۵ هـ ق (۱۲۸۲ هـ ش) با استقرار حکومت مشروطه، روند حرکت در مسیر اصول دادرسی آغاز شد. در این سالها با تأسیس «محکمه جزا»، «محکمه استیناف» و «دیوان تمیز» و نیز تدوین دو لایحه با نام‌های «لایحه قانون تشکیلات» و «لایحه اصول محاکمات حقوقی» به سال ۱۳۳۹ هـ ق (۱۲۸۶ هـ ش) فرآیند انسجام بخشی و تبعیت از آیین خاص دادرسی شتاب بیشتری به خود گرفت. سرانجام با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ و بعدها با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در سال ۱۳۷۹، پیروی از اصول دادرسی به عنوان خصیصه ذاتی برای رسیدگی دادگاه‌ها مورد توجه قرار گرفت.

از ویژگی‌های اصلی دادرسی در عصر حاضر، حرکت در مسیر «اصول دادرسی» است؛ و پایبندی محاکم به این مفاهیم از الزامات اساسی تحقق یک نظام دادرسی مبتنی بر عدل و انصاف محسوب می‌شود. اصول دادرسی، ساختار و بنیان حاکم بر دادرسی به شمار می‌رود. توضیح آن که ذات آدمی پیوسته جویای حق و عدالت بوده و هست؛ و دادرسی، نماد بارز و عینی اجرای حق و عدالت در هر نظام حقوقی محسوب

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، چاپ ۱، مجد، ۱۳۷۸، ص ۱۴.

می‌شود. غایت و آرمان اصول دادرسی نیز همین است؛ و پابیندی به آن اصول، تحقق یک نظام دادرسی مبتنی بر حق و عدالت را نوید می‌دهد. اصولی همچون اصل تناظر، اصل استقلال دادگاه، اصل بی‌طرفی دادگاه، اصل علنی بودن رسیدگی، اصل حق برخورداری از دادرسی عادلانه و دیگر اصول، همه و همه در پی تحقق حق و عدالت ظهور و تکامل یافته‌اند.

ویژگی آمرانه برخی از این اصول به حدی است که هیچ استثنایی را بر نمی‌تابند؛ و اصل حاکم و لازم الرعایه در تمام دادرسی‌هاست. اصولی مانند اصل استقلال دادگاه، اصل بی‌طرفی دادگاه، اصل حق برخورداری از دادرسی عادلانه و غیره. رسیدگی مستقل و بی‌طرف، جزء لاینفک دادرسی‌هاست. به همین جهت دادگاه‌ها همواره باید به صورت مستقل و بی‌طرف به دعاوی رسیدگی کنند؛ و هیچ استثنایی را نمی‌توان برای آن قائل شد. در حالی که برخی اصول با استثنائاتی همراه‌اند. از جمله اصل علنی بودن رسیدگی که به موجب اصل یکصد و شصت و پنج قانون اساسی در مواردی که به تشخیص دادگاه، علنی بودن منافی عفت یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی، طرفین تقاضا کنند، رسیدگی به صورت غیر علنی انجام خواهد شد.

جایگاه راهبردی و اساسی این اصول به درجه‌ای از اهمیت است که موجب شده مقنن در تدوین مقررات آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹، در صدر مواد آن قانون، آیین دادرسی را مجموعه‌ای از «اصول و مقررات» بداند که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی کاربرد دارد. نقش محوری این اصول در دعاوی مدنی و جزایی به گونه‌ای است که می‌توان آنها را مکمل یکدیگر در تکوین نظام حاکم بر دادرسی به حساب آورد. این اصول در مقام وضع قانون، یاریگر مقنن (در جایگاه واضع قانون) و نیز در مقام اعمال آن قانون، یاری‌گر دادرس (در جایگاه مجری قانون) خواهد بود. به علاوه نقش تفسیری اصول دادرسی که از منبع اصول حقوقی سرچشمه می‌گیرد در ماده ۳ ق.آ.د.م به وضوح قابل درک است.

همچنین در مرحله‌ای از دادرسی (فرجام) تأثیر غیر قابل اغماض اصول دادرسی در اعتبار آرای دادگاه‌ها به قدری است که می‌تواند رأی اصداری را از اعتبار قانونی ببیندازد. بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م نیز مؤید این اهمیت است. به موجب این بند: «عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و... در صورتی که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی ببیندازد» می‌تواند منجر به نقض رأی در مرحله فرجام شود.

بنابراین، در این مقاله سعی بر آن است که با موشکافی در مفهوم «اصول دادرسی»، درک و شناختی هرچه دقیق‌تر از آنها حاصل آید. افزون بر این، معرفی اهم مصادیق این اصول و تبیین ضمانت اجرای ناشی از نقض آنها در فرآیند دادرسی ملاک عمل قرار خواهد گرفت.

۱- مفهوم و اوصاف اصول دادرسی

درتدوین آثار و نوشته‌های حقوقی، شیوه مرسوم آن است که گام نخست را جهت تبیین مفاهیم و عناوین اصلی آن بر می‌دارند. در این نوشتار نیز به تأسی از این شیوه، در بادی امر، مفهوم «اصول دادرسی» تبیین خواهد شد. سپس اوصاف و ویژگی‌هایی که هر اصل دادرسی، متّصف به آن است مورد بحث قرار خواهد گرفت؛ تا با درک و شناختی نسبی از ماهیت موضوع زمینه و مجال بررسی نقش و جایگاه این اصول در نظام دادرسی مدنی فراهم آید.

۱-۱- مفهوم اصول دادرسی

اصل در لغت به معنای ریشه، بیخ، بنیاد، پایه و بُن هر چیزی است.^۱ معنی اصطلاحی اصول نیز چندان از مفهوم لغوی آن دور نمانده است؛ و در آثار برخی حقوق دانان در معانی همچون، «قاعده مستفاد از قانون یا عقل یا عرفِ عادت»، «دلیل» و «مقابل ظاهر» به کار رفته است.^۲ به باور یکی از حقوق دانان فرانسوی، اصول به معنای بند و بسته‌های ساختارهای حقوقی و ایده‌ای اصلی است که مجموعه مواد قانونی حول آن ارائه می‌شود.^۳ برخی دیگر از اصول به «بنیادها و هنجارهای حقوقی» اشاره می‌کنند که ریشه همه قواعد حقوق قرار گرفته و محصول دو عنصر تعاون اجتماعی و احساس عدالت است.^۴

آیین دادرسی مدنی بر اصول بنیادینی مبتنی است که نمودار رویکرد و خطّ مشی کلی حاکم بر فرآیند دادرسی است و ضوابط هرچه بیشتر عادلانه ساختن روند حل و فصل دعاوی را متجلی می‌سازد. اصول دادرسی به منزله استخوان‌بندی یک نظام دادرسی قلمداد می‌شود که ارزشی ذاتی دارند و فارغ از این که در متون قانون منعکس شوند یا خیر جزو پیکره نظام دادرسی به شمار می‌آیند. به همین سبب، قانون‌گذار و دادرس مکلفند آن اصول را محترم شمارند. ماده ۱۶ ق. آ. د. م فرانسه مقرر می‌دارد: «دادرس باید در تمام اوضاع و احوال، اصل تناظر را در نظر گرفته و خود شخصاً آن را رعایت نماید...»^۵

لذا، مأموریت اصلی دادرسی در رسیدگی به دعاوی، سوق دادن هرچه بیشتر مسیر دادرسی به سمت و سوی رعایت اصول دادرسی است. بهره‌گیری دادرس از اصول دادرسی در اجزای مختلف رسیدگی به

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، چاپ ۱، فرهنگ نما، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۴۲۱.

۳. بولانژه، ژان، اصول کلی حقوقی و حقوق موضوعه، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۶، بهار ۷۶، صص ۷۳ و ۹۰.

۴. صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ ۱، میزان، ۱۳۸۴، ص ۲۶.

۵. محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۸۲.

دعاوی، نه تنها متضمن حُسن جریان دادرسی است؛ بلکه در مقام استدلال نیز موجب بالا رفتن وزن و ارزش استدلالی رأی اصداری خواهد بود. همچنین به جهت تأثیر فراوانی که رعایت این اصول بر اعتبار آرای محاکم دارد، ضرورت و اهمیت رعایت آن را در طول فرآیند دادرسی دوچندان می‌کند.^۱

اصول دادرسی ارتباط زیادی با بیخ و بن عدالت در نظام دادرسی دارد. به تعبیر برخی، اصول دادرسی با فراهم آوردن مقررات بسیار کلی و عمومی، معیارهای دادرسی عادلانه را در نظر می‌گیرد و نمودار مفاهیم کلی عدالت و انصاف در حل و فصل دعاوی مدنی و بازرگانی است که در نظام‌های حقوقی مدرن با عنوان «اصول بنیادین» شناخته می‌شود.^۲

در حوزه دادرسی، بخش اعظمی از اصول، تحت عنوان «اصول بنیادین دادرسی» شناخته می‌شود. اصول بنیادین دادرسی، حقوق اساسی و بنیادین اصحاب دعا در فرآیند دادرسی را مورد حمایت و تضمین قرار می‌دهد. نظام قضایی به عنوان یگانه مرجع رسیدگی به تظلمات، می‌بایست این اصول بنیادین را مد نظر قرار دهد و همواره انطباق عملکرد مجموعه قضایی با آن مورد ارزیابی قرار گیرد تا مبادا از مسیر عدل و انصاف خارج شود.

بنابر آن چه گفته شد، اصول دادرسی را می‌توان به مجموعه ضوابط کلی، بنیادین و راهبردی توصیف کرد که عدالت و انصاف در دادرسی‌ها را تحقق می‌بخشد و به دادرسی، موضوع و عناصر آن جهت درست می‌دهد.

۲-۱- اوصاف اصول دادرسی

در حوزه علم حقوق، اصولاً شناخت یک مفهوم، در گرو آشنایی با اوصاف و ویژگی‌های آن است. به بیان دیگر، شناخت اوصاف یک مفهوم، بخشی از فرآیند آگاهی نسبت به آن مفهوم را شکل می‌دهد. نسبت به اصول دادرسی علاوه بر عمومیت و دوام آن می‌توان اوصاف زیر را برشمرد:

۱. «... بر فرض که دخالت دادگاه مدنی خاص در صدور حکم ابطال اسناد خریداری از متصرفین رقبات و استنباط قاضی دادگاه به عدم رعایت تشریفات محاکمه صحیح باشد، چون صدور حکم بر علیه مدعی علیه باید پس از استماع دفاع او و اطلاع وی از دعوای مطروحه باشد. اضافه کردن عده‌ای به حکم به عنوان صدور حکم اصلاحی از طرف رئیس دادگاه بدون این که آنان طرف دعا قرار گرفته باشند و استناد به ماده ۱۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۰۹ قانون جدید) که مخصوص موارد خاصی است. تخلف از اصول دادرسی مدنی است.» (رأی ش ۴۰ و ۴۱ دادگاه عالی انتظامی قضات، مورخه ۱۳۶۵/۳/۳)

«مخالفت مفاد حکم با اصول کیفیاتی که مبنا و اساس آن بوده موجب نقض حکم است.» (رأی ش ۱۱۳/۵۲۰ مورخه ۱۳۰۷/۲/۱۸).

(کارخیران، ۱۳۹۷، صص ۶۴ و ۸۹).

۲. غمامی، مجید، محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۱۵.

۱- اعتباری و ذهنی بودن اصول دادرسی

۲- ارزشی و ذاتی بودن اصول دادرسی

۳- آمره و غیرقابل عدول بودن اصول دادرسی

اینک، هر یک از این اوصاف را به طور مختصر مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد؛

۱- اعتباری و ذهنی بودن اصول دادرسی

حقوق را باید عالم اعتبار و انتزاعیات دانست. در این علم برخلاف علوم اثباتی و تجربی که بر حقایق عینی و ملموس مبتنی هستند؛ صحبت از مفاهیمی است که در عالم خارج قابل اشاره نیستند و ماهیتی اعتباری و ذهنی دارند. بدیهی است اصولی که بنیان‌های این علم را تشکیل می‌دهد نیز از این ویژگی برخوردار است. همین ویژگی اعتباری بودن اصول است که موجب می‌شود این اصول به اشکال مختلفی در هر نظام حقوقی ظهور کند و به دلیل همین خصیصه خود متنوع و پویا باشد.^۱

اعتباری بودن اصول دادرسی به معنای آن است که این اصول در عالم ذهن قابل تصورند.^۲ بنیان این اصول برگرفته از عقاید و تفکرات مورد قبول دانشمندان حقوقی است. بنابراین، پدیداری این اصول بی‌آن که مبتنی بر ابزارهای عینی و ملموس باشد بر ذهن و اراده استوار است.

در دادرسی‌ها علی‌رغم آن که مصادیق اجرایی اصول دادرسی به وضوح نمایان می‌شود و مبنای آن در نظام قضایی و مرحله احقاق حق مورد عمل قرار می‌گیرد اما خود این اصول جزو پدیده‌های اعتباری و ذهنی قلمداد می‌شوند. بنا بر عقیده یکی از صاحب‌نظران حوزه آیین دادرسی، اصول بنیادین از جنبه‌های نظری بر دادرسی حاکم است که به آن خصوصیتی اتهامی، تفتیشی و یا مختلط می‌بخشد. در این تعریف ویژگی نظری بودن اصول دادرسی به وضوح مورد اشاره قرار گرفته است.^۳

اصولی همچون اصل حق دادخواهی، حق برخورداری از دادرسی منصفانه، تناظری بودن رسیدگی و رعایت حقوق دفاعی، علنی بودن دادرسی، انجام دادرسی در زمان معقول و متعارف از اصول دادرسی مسلم می‌باشند که عملکرد مجموعه نظام قضایی و اصحاب دعوا را مورد ارزیابی قرار می‌دهند. هرچند مبانی اصول مزبور در مقام عمل، معمول و مجری در دعاوی است؛ اما خود این اصول در نظام قضایی، عینیت یافته نیست فلذا اعتباری و ذهنی محسوب می‌شوند.

۱. پتفت، آرین، مرکز مالگیری، احمد، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، چاپ ۱، پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۵، ص ۶۸.

۲. محسنی، حسن، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلا، ش ۱۹۲ و ۱۹۳، ۱۳۸۵، ص ۱۰۶.

۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، چاپ ۳۲، دراک، ۱۳۹۲، ص ۱۱۸.

اصول دادرسی، مفاهیمی است با بار ارزشی والا که در هر نظام حقوقی به نوعی با ارزشهای موجود در آن نظام آمیخته شده است. به تعبیر برخی، این اصول وجوه ارزشی را با خود به دنبال دارند و به نوعی با مضامین مشروع و پذیرفته شده جامعه گره خورده‌اند و در ذهن مقنن نقش می‌بندند و موجبات شکل‌گیری قواعد حقوقی را حول محور این ارزشها پدید می‌آورند.^۱

این ارزش‌ها غالباً میان تمام نظام‌های حقوقی مشترک است. ارزشهایی همچون تساوی افراد در برابر قانون، حق دادخواهی، برخورداری از دادرسی توأم با عدالت و انصاف، بی‌طرفی دادگاه از جمله معیارهای مطلوبی به حساب می‌آیند که در قالب اصول سازمان یافته و بر جریان دادرسی حاکمند.

بنابراین، اصول دادرسی پیوندی ناگسستنی با مقوله ارزشها در نظام دادرسی دارند و همین ارزشی بودن اصول است که به آن نوعی برتری هنجاری و قدرت الزام‌آوری ویژه‌ای نسبت به سایر قواعد و مقررات بخشیده است.

برآیند کلی ارزشی بودن اصول دادرسی، در اعتبار و حجیت ذاتی این اصول نمودار می‌شود. اصول دادرسی فی نفسه لازم‌الاجرا هستند و بی‌آن که در متن یا مقررهای قانونی مورد تصریح قانون‌گذار قرار گیرند بر نظام دادرسی حاکم است. به عبارت دیگر، اصول وجود دارند با اینکه متن قانون آن را ارائه یا منعکس نکرده باشد.^۲

۳- آمره و غیرقابل عدول بودن اصول دادرسی

اصول دادرسی از ارکان اساسی رسیدگی عادلانه به دعاوی مدنی شمرده می‌شوند که بدون رعایت آن دادرسی صورت تحقق به خود نخواهد گرفت. در حقیقت، برپایی دادرسی مبتنی بر رعایت عدالت و انصاف زمانی میسر خواهد بود که کلیه افراد دخیل در دادرسی از دادرس گرفته تا اصحاب دعا و وکلای آنان خود را پایبند به رعایت این اصول بدانند.

بدیهی است که رسیدن به این مهم جز از طریق آمره و غیرقابل تخطی دانستن این اصول و پیش‌بینی ضمانت اجرای قانونی در قبال نقض آن امکان‌پذیر نخواهد بود.

بر این اساس، فرایند دادرسی می‌بایست با احترام به اصولی چون اصل عادلانه بودن دادرسی، تناظری بودن رسیدگی و رعایت حقوق دفاعی، استقلال و بی‌طرفی دادگاه و دادرس رسیدگی کننده به دعا آغاز، جریان و خاتمه یابد. بنابراین، برای مثال، چنانچه ادله مورد استناد خواهان در زمانی ارائه گردیده که

۱. پتفت، آرین، مرکزالمیری، احمد، پیشین، ص ۲۷.

۲. بولانژه، ژان، پیشین، ص ۹۱.

خوانده فرصت و امکان دفاع در برابر آن را نداشته یا جلسه رسیدگی بدون دعوت از اصحاب دعوا و بدون حضور او تشکیل شده و نیز چنانچه دادرس دادگاه علی‌رغم وجود جهات ردّ اقدام به رسیدگی به دعوا کرده و اصل بی‌طرفی دادرس رعایت نشود به دلیل نقض اصول بنیادین و آمره دادرسی، اقدامات صورت گرفته و نهایتاً رأی اصداری اعتبار قانونی نخواهد یافت.

در همین راستا، قانون‌گذار نیز با وضع قواعد و مقررات عدیده همواره بر رعایت اصول دادرسی در جریان رسیدگی به دعاوی تأکید کرده و در بند سوم ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م، ضمانت اجرایی سنگین را در قبال نقض این اصول مورد پیش‌بینی قرار داده است. در بسیاری از آرای صادر شده از دادگاه‌ها نیز همین رویه مورد اتباع قرار می‌گیرد.^۱

۲- جایگاه و نقش اصول دادرسی در نظام دادرسی مدنی

در این گفتار، نخست از نقش و تأثیر اصول دادرسی در وضع قواعد دادرسی و سپس از نقش تفسیری این اصول بر جریان دادرسی سخن خواهیم گفت.

۲-۱- نقش اصول دادرسی در وضع قواعد دادرسی مدنی

در شاخه‌ها و گرایش‌های مختلف حقوق، قواعد و مقررات پیوسته در معرض تغییر و تحولات جزئی و کلی قرار دارند. در آیین دادرسی نیز قانون‌گذار به عنوان اصلی‌ترین مرجع وضع قانون، بنابر جهات مختلف، به حذف، اصلاح و وضع قواعد دادرسی اقدام می‌کند. در این راه او مکلف است بهترین عادلانه‌ترین قواعد را برگزیند و آن را جایگزین قواعد پیشین کند. در همین راستا، یکی از مهم‌ترین ملاک‌ها ارزیابی عادلانه بودن و تناسب قاعده وضع شده، همسو بودن آن با ساختارهای کلی حاکم بر نظام دادرسی یا به بیان بهتر «اصول دادرسی» است.

۱. «درست است که اعطای حق رسیدگی به دعاوی تصرف عدوانی... به دادستان از نقطه نظر سرعت جریان امور و حفظ آثار و امارات سابق است و از این نقطه نظر تابع مراسم و تشریفات مقرر نیست؛ ولی بدیهی است که در انجام این وظیفه به مثابه محکمه است و هر حکمی که از حاکمی صادر شود باید مسبوق به رسیدگی و موجه و مدلل به ذکر دلیل و قانونی باشد؛ و چنانچه در حکم، این نکته که از بدیهیات اولیه است رعایت نشود تخلف است.» (حکم شماره ۱۱۸۱ مورخ ۱۳۱۱/۱۱/۱۳، نقل از: شمس، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۴۵)

«قانون‌گذار از نظر تسهیل و سرعت جریان کار و این که غالباً تأخیر رسیدگی منجر به خسارت غیرقابل جبران می‌شود، حق رسیدگی به دعوای تصرف عدوانی را... به دادستان داده است و با حفظ این نظر نمی‌توان او را مقید به قواعد و مقررات راجع به دعوای تصرف عدوانی در جایی که دعوا در دادگاه بخش طرح شده باشد دانست... ولی از آنجایی که حق دفاع مدعی علیه در عموم دعاوی جزء اصول اساسی و عناصر اصلی محسوب است و دادستانی که مبنی بر رعایت این اصول و جاری کردن آن به این مورد که برخلاف مستنبت از ظاهر ماده قانونی و احراز ملاک نظر قانون‌گذار است حکم را غیابی و اعتراض محکوم علیه غایب را پذیرفته، قضیه قابل حمل بر نظر قضایی و تخلف نیست» (حکم ش ۴۳۴۲ مورخ ۱۳۲۷/۵/۲۲، همان، ص ۳۴۶).

اصول دادرسی به عنوان یک منبع راهبردی، راهنمای قانون‌گذار به شمار می‌آیند و او موظف است در فرآیند وضع و تدوین قواعد دادرسی بیش از هر چیز این اصول را مطمح نظر قرار داده و قواعدی همسو و هماهنگ با این اصول وضع کند. به عبارت دیگر، اصول دادرسی به وجودآورنده قانون است و این قانون است که باید تابع اصول باشد.^۱ به تعبیر برخی، اصول حقوقی (و به معنای جزئی‌تر آن، اصول دادرسی) روح مشترکی است که مواد قانون را به یکدیگر پیوند می‌زند. از این رو، قانون‌گذاری که بی‌توجه به این روح به حذف برخی قواعد و اصلاح پاره‌ای دیگر اقدام کرده و بر این گمان است که تنها با یک قاعده سر و کار دارد از این حقیقت ناآگاه است که نظام حقوقی مجموعه‌ای از قواعد به هم پیوسته است که در نتیجه اصول حقوقی با یکدیگر مرتبط شده‌اند. به این ترتیب، وضع قانون در هر جامعه نیازمند قبول یک سلسله اصول است که مرجع قانون‌گذاری آنها را به عنوان پیش فرض قبول می‌کند و این نقش بنیادین است که اصول را معیار نیک و بد قوانین و تشخیص قواعد سره از ناسره قرار داده است.^۲

نقش و تأثیر اصول دادرسی در جهت دهی صحیح به قوانین وضع شده در حوزه دادرسی و نیز ارزیابی عادلانه بودن روند دادرسی غیرقابل انکار است. عدم تصریح به این اصول در متون قانونی و نامدون بودن اغلب آنها نیز از تأثیرشان در پویایی و هرچه منعطف‌تر کردن نظام دادرسی نکاسته است.

با تدقیق در ورای متون قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ می‌توان ردپای توجه قانون‌گذار به اصول دادرسی را ملاحظه کرد. به طور مثال، زمانی که قانون‌گذار در ماده ۶۷ این قانون از ضرورت ابلاغ اوراق دعوا به خواننده بحث می‌کند و نیز در مباحث راجع به قرار تأمین خواسته (ماده ۱۱۶) معاینه محل و تحقیق محلی (ماده ۲۴۸) کارشناسی (ماده ۲۶۰) دستور موقت (ماده ۳۲۰) از لزوم ابلاغ می‌گوید بر اساس آن، هر یک از اصحاب دعوا باید علاوه بر این که به طرح ادعاها، ادله و استدلالات خود بپردازد، باید فرصت و امکان طرح دفاع را نیز به طرف مقابل بدهد (اصل تناظر و رعایت حقوق دفاعی)؛ و یا زمانی که قانون‌گذار در ماده ۹۱ ق.آ.د.م، به احصای مواردی که در آن امکان گرایش به سمت یک طرف دعوا وجود دارد و دادرس از ورود به آن دعوا منع شده است پرداخته است به اصلی کلی به نام «بی‌طرفی دادرس» توجه دارد. به عبارت دیگر، رعایت اصل بی‌طرفی دادرس اقتضا دارد که قانون‌گذار با وضع قواعد، مواردی را که در آن احتمال نقض این اصل می‌رود به صورت مدوّن در قالب قانون مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، باید گفت که اصول دادرسی به نوعی قانون‌گذار را مجاب می‌کند تا در جهت تحقق آنها اقدام به وضع قواعد و مقرراتی همسو با آن اصول کند.

۱. زراعت، عباس، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، چاپ ۱، خط سوم، ۱۳۸۳، ص ۱۱۵۷

۲. صادقی، محسن، پیشین، ص ۱۲۳.

۲-۲- نقش اصول دادرسی در تفسیر قواعد دادرسی مدنی

افزون بر نقش و تأثیر بسزای اصول دادرسی در فرآیند وضع و تدوین قواعد و مقررات دادرسی، این اصول کارکرد عمده‌ای در تفسیر قواعد و مقررات به هنگام بروز هر نوع ابهام در قواعد مزبور دارند. قانون‌گذار همواره می‌کوشد تا در مقام واضع قانون، با استعمال عبارات صریح و روشن، مقصود خود را بیان کند تا علاوه بر این که مقررات، خالی از ابهام و اجمال و تعارض باشد، جلوی تفسیرهای ناروا و متعارض نیز گرفته شود. اما، با این حال گاه در برخی عبارات قانونی، مواردی را می‌توان یافت که در آن، مضمون عبارات روشن نیست یا مقصود قانون‌گذار از متن مصوب مشخص نیست. در این موارد تمسک به تفسیر مواد قانونی و یافتن مراد قانون‌گذار از طریق آن مفید فایده خواهد بود. در اصطلاح حقوقی، تفسیر به مجموعه ابزار و قراین اعم از لفظی و معنوی اطلاق می‌شود که جهت کشف اراده واضع متن حقوقی در موارد ابهام، اجمال و نقص متن به کار برده می‌شود.^۱

در عرصه تفسیر قواعد دادرسی، ابزارهای متعددی همچون عرف حاکم، تبیین رابطه بین مواد قانونی، توجه به ظاهر الفاظ به کار رفته در قانون قرار دارد. در کنار این‌ها یکی از کارآمدترین ابزارها، تمسک به ساختارهای حقوقی حاکم بر دادرسی (اصول دادرسی) است. اصول دادرسی غالباً در ذات قواعد موجود در قانون آیین دادرسی مدنی نهفته‌اند. بدان معنا که این اصول به طور صریح یا ضمنی، در هسته مرکزی یک یا چند قاعده دادرسی قرار گرفته‌اند و این قواعد بر پایه اصول دادرسی وضع شده‌اند. دادرس با تمسک به این اصول، خلأ موجود در قوانین را پوشش می‌دهد و این امر او را از باتکلیفی ناشی از نبود قانون یا مقرر قابل استناد در دعوی تحت رسیدگی‌های می‌بخشد. از سوی دیگر، استناد به اصول حقوقی، ناشی از فقدان یا کمبود منابعی است که دادرس در فرآیند رسیدگی با آن مواجه می‌شود.^۲

اهمیت نقش تفسیری اصول دادرسی به حدی بارز است که قانون‌گذار در ماده ۳ ق.آ.د.م بر آن تأکید کرده است و برخی در آثار خود، این کارکرد را در تعریف اصول دادرسی جای داده‌اند: «اصول دادرسی مدنی بنیان‌ها و ارکان استواری هستند که مواد در سایه آنها تفسیر می‌شوند.»^۳

۳- معرفی اصول دادرسی در دعای مدنی

در رابطه با معرفی اصول حاکم بر دادرسی دعای مدنی و بیان تقسیم‌بندی‌های مرسوم هر یک، دو

۱. همان، ص ۱۳۱.

۲. پتفت، مرکزالمیری، پیشین، ص ۱۰.

۳. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۳، چاپ ۱، فکرسازان، ۱۳۸۷، ص ۳۲۵.

طریق را پیش روی خود خواهیم داشت. از طرفی می‌توان اصول دادرسی را در قالب سه بخش کلی یعنی اصول تضمین‌کننده دادرسی منصفانه با رعایت برابری اصحاب دعوا، اصول مربوط به نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی ارائه کرد. این نوع تقسیم‌بندی در آثار برخی صاحب‌نظران آیین دادرسی مدنی نیز مورد اشاره قرار گرفته است.^۱

از طرف دیگر، می‌توان اصول حاکم بر دادرسی دعاوی مدنی را در قالب دو بخش کلی مطرح کرد. دسته نخست اصولی را درون خود جای می‌دهد که تضمین‌کننده حقوق اساسی و بنیادی اصحاب دعوا در فرآیند دادرسی است. اصولی که لازمه رسیدگی مناسب و شایسته جهت برقراری عدالت میان اصحاب دعوا است و بی‌توجهی به آن برقراری یک دادرسی توأم با عدالت و انصاف را با اشکال اساسی مواجه خواهد کرد. این دسته از اصول تحت عنوان «اصول بنیادین دادرسی مدنی» مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

دسته دوم اصولی هستند که هرچند از لحاظ اهمیت و ارتباط با عدالت در دادرسی به پای اصول دسته نخست نمی‌رسند، اما در عین حال رعایت این دسته از اصول نیز در دادرسی‌ها ضروری است. این دسته از اصول را نیز تحت عنوان «اصول مربوط به کیفیت و سازمان دهنده دادرسی» مورد بررسی قرار خواهیم داد.

در مجموع، هرچند دسته بندی‌های ارائه شده فوق تا حدود زیادی نزدیک به هم‌اند، اما در این نوشتار، دسته‌بندی نخست را جهت معرفی اصول دادرسی برگزیده ایم و در دو بخش مجزا مباحث مربوط به هر یک را تبیین خواهیم کرد.

۱-۳- اصول بنیادین دادرسی مدنی

این قسم از اصول از اساسی‌ترین مفاهیمی هستند که عدالت در دادرسی را تحقق می‌بخشند و از بنیادی‌ترین حقوقی هستند که اصحاب دعوا در طول جریان دادرسی از آن برخوردار می‌شوند. اصول مزبور را از آن جهت «بنیادین» می‌خوانند که ابتدایی‌ترین حقوق اشخاص را در کلیه دادرسی‌ها (اعم از مدنی و جزایی) تضمین می‌کنند و واجد جایگاهی برتر از قوانین عادی هستند و اغلب در قانون اساسی کشورها بر آنها تأکید شده است.

اصول بنیادین حاکم بر دادرسی مدنی ضمن پنج بند مورد بررسی قرار می‌گیرند. در رأس این اصول، حق دادخواهی و بهره‌مندی از دادرسی عادلانه (منصفانه) قرار دارد. اصل تناظری بودن رسیدگی و رعایت

۱. حیاتی، علی عباس، آیین دادرسی مدنی در نظم کنونی ایران، چاپ ۴، میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۹۹.

حقوق دفاعی، حق برخورداری از یک محکمه مستقل و بی طرف، علنی بودن دادرسی و نهایتاً صدور رأی مستدل و مستند از دیگر اصول بنیادینی هستند که در ادامه به معرفی هریک پرداخته خواهد شد.

۱-۳- حق دادخواهی و برخورداری از دادرسی عادلانه

«حق دادخواهی و بهره‌مندی از دادرسی عادلانه» دو اصل بنیادینی هستند که دستیابی به حقوق اساسی افراد در فرآیند دادرسی را مورد تضمین قرار می‌دهند. «حق دادخواهی» بیانگر این مطلب است که هر شخص باید در زمانی که حق قانونی وی مورد تضییع قرار گرفت به مرجع صالح دسترسی داشته باشد و دادخواهی کند.

بر اساس اصل سی و چهارم قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.»

مبنای وجود چنین حقی را می‌توان اصل تساوی همگان در برابر قانون دانست که امکان دسترسی مساوی به دادگاه قانونی و صالح را فراهم می‌آورد. بر این اساس، اعمال هرگونه تبعیض در حق دسترسی افراد به دادگاه صالح بر اساس رنگ، جنس، نژاد، مذهب، قومیت و ملیت آنها مورد پذیرش نخواهد بود.^۱ اسناد جهانی حقوق بشری نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز این حق را به رسمیت شناخته و نظام قضایی کشورها را مکلف به اجرا و تضمین این حق برای تمام افراد کرده‌اند. (ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۱ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی)

«حق برخورداری از دادرسی عادلانه» نیز از دیگر اصول مهم و بنیادین دادرسی شمرده می‌شود. دادرسی عادلانه یا منصفانه به معنای تضمینات کلی است که جهت رعایت حقوق طرفین در فرآیند دادرسی انواع دعاوی نزد دادگاهی صلاحیت دار، مستقل، بی طرف و قابل پیش‌بینی در مکانیزم قضائی پیش‌بینی شده است.^۲ این حق از مهم‌ترین حقوق افراد شناخته می‌شود و شاید مهم‌ترین حقوق است زیرا می‌توان گفت تجلی خاص و عینی دارا بودن یک حق در این است که اگر مورد نقض واقع شد از طریق مطمئن قانونی

۱. این موضوع در قوانین دیگر کشورها از جمله ماده ۱۷ قانون اساسی هلند، ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و اصل ۳ قانون اساسی آلمان مورد تصریح قرار گرفته است.

۲. بهادری جهرمی، علی- حسینی، سیده لطیفه، اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوقی داخلی، دو فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، ش ۷، ۱۳۹۳، ص ۹.

قابل جبران باشد و این طریق مطمئن، همان آیین و سازوکارهای از پیش تعیین شده است که وجدان جمعی جامعه نسبت به منصفانه بودن آن متقاعد گردیده است.^۱

«اصل حق برخورداری از دادرسی عادلانه» را باید آیینۀ تمام نمای سایر اصول بنیادین دادرسی برشمرد. در واقع، زمانی می‌توان گفت که فرد در چارچوب دادرسی از دادرسی عادلانه برخوردار بوده است که مجموع سایر اصول بنیادین دادرسی نیز مورد عمل قرار گرفته باشند. اصل تناظر و رعایت حقوق دفاعی رسیدگی به دعاوی در محکمۀ مستقل و بی‌طرف، علنی بودن دادرسی هر یک نقشی اساسی در تحقق دادرسی عادلانه ایفا می‌کنند.

در خصوص ضمانت اجرای اصل حق دادخواهی و برخورداری از دادرسی عادلانه جدای از قانون اساسی، در قوانین عادی نیز مقرراتی در جهت تضمین اجرای این اصول پیش‌بینی شده است. هرچند در قوانین عادی واژه دادرسی عادلانه تصریح نشده است، لکن اصول مختلف آن و تضمینات عمومی ناشی از عدم رعایت آن مشخص شده است. در این قوانین، شرایط و نحوه تضمین اصول دادرسی عادلانه و ضمانت اجرای کوتاهی مقامات قضایی در اجرای وظایف خود مشخص شده است (مواد ۷ و ۳ و ۴ و ۵ ق. آ. د. ک مصوب ۱۳۹۲ و بند ۳ ماده ۳۷۱ ق. آ. د. م).

۲-۱-۳- تناظری بودن دادرسی و رعایت حقوق دفاعی

تناظری بودن دادرسی از دیگر اصول بنیادینی است که حقوق اساسی اصحاب دعوا در دادرسی را تضمین کرده و از این جهت، از جایگاه و اعتباری فراتر از قانون برخوردار است. تناظری بودن دادرسی ایجاب می‌کند که هر یک از طرفین دعوا بتوانند کلیۀ مدارک و مستندات و هر آن چه که برای پیروزی خود در دعوای مطروحه را ضروری می‌بینند به آگاهی دادرس برسانند و همزمان امکان دستیابی به آن چه طرف دیگر دعوا در این خصوص ارائه کرده است را داشته باشند.^۲ هدف این اصل در واقع تضمین برابری اصحاب دعوا و فراهم آوردن فرصتی است تا از طریق آن، اصحاب دعوا بتوانند مسائل مورد نظر خود را نزد دادگاه طرح کنند و امکان دفاع از حقوق خود را داشته باشند.

اصل تناظری بودن دادرسی در حقوق ایران برخلاف حقوق دیگر کشورها که در آن بالصراحه بر رعایت این اصل تأکید شده است؛ (مانند ماده ۱۶ ق. آ. د. م فرانسه) در هیچ یک از قوانین آیین دادرسی مدنی

۱. فضائی، مصطفی، جایگاه اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر اسلامی و دکتین قضائی اسلام، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ش ۱، پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۶۰.

۲. شمس، عبدالله، اصل تناظر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۳۵ و ۳۶، پاییز ۱۳۸۱، ص ۵۹.

سابق و فعلی تحت این عنوان یا عناوین مشابه منصوص نگردیده است. اما، با این حال با مذاقه در قواعد موجود در این قوانین و آرای مختلف قضایی به دست می‌آید که مفهوم این اصل مورد توجه قانون‌گذار و مراجع قضایی بوده و این قواعد در جهت تضمین رعایت اصل مزبور، مقرر گشته است.

به موجب ماده ۵۷ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ خواهان باید رونوشت یا تصویر اسناد خود را پیوست دادخواست کند. این امر، خوانده را در موقعیتی قرار می‌دهد تا ضمن آگاهی از مستندات خواهان، ادله لازم جهت دفاع از آن‌ها را جمع‌آوری کند. قانون‌گذار در راستای احترام به اصل تناظر، مواد ۶۷ الی ۸۳ ق.آ.د.م را به بحث ابلاغ اوراق راجع به دعوا اختصاص داده است. براساس ماده ۶۷ این قانون دادگاه در اجرای اصل تناظر مکلف است خوانده را از طرفیت در دادرسی آگاه و یک نسخه از دادخواست و پیوست‌های آن را به وی ابلاغ کند. این موضوع حتی در مراحل بعدی رسیدگی اعم از تجدیدنظر (ماده ۳۴۶ ق.آ.د.م) و فرجام (ماده ۳۸۵ ق.آ.د.م) مجری است.

حکم شماره ۳۳۱/۷ مورخ ۱۳۲۰/۸/۲۹، شعبه ۳ دیوان عالی کشور: «قبل از تشکیل جلسه رسیدگی باید روز و ساعت رسیدگی مطابق مقررات به طرفین ابلاغ شده باشد. بنابراین، اگر دادگاه قبل از ابلاغ وقت به پژوهش خوانده مبادرت به صدور حکم کند. چنین حکمی قانونی نخواهد بود.»^۱

حکم شماره ۲۷۱۸ مورخ ۱۳۳۰/۸/۱۹ شعبه ۳ دیوان عالی کشور: «اگر دادگاه پژوهشی بدون این که دادخواست پژوهشی و پیوست‌های آن به پژوهش خوانده ابلاغ شده باشد رسیدگی نماید چون مشارالیه از طرفیت دادرسی بی‌خبر بوده است؛ رسیدگی دادگاه مزبور برخلاف اصول و مقررات قانونی خواهد بود.»^۲

در صدور رأی نیز دادرس تنها پس از یک رسیدگی تناظری می‌تواند نسبت به دعوا اتخاذ تصمیم کند. در این خصوص، دادرس مکلف است در اجرای اصل تناظر، جلسه دادرسی را جهت استماع و بررسی ادعاها و دفاعیات اصحاب دعوا تشکیل دهد. در غیر این صورت تصمیم متخذه صورت قانونی نخواهد داشت.^۳

در خصوص ضمانت اجرای اصل تناظری بودن رسیدگی نیز باید گفت، علی‌رغم آن که اجرای اصل مزبور در هیچ یک از نصوص قانون به صراحت مورد پیش‌بینی قرار نگرفته است، اما در عین حال بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م به طور مطلق، عدم رعایت اصول دادرسی را موجب نقض رأی فرجام خواسته دانسته است.

۱. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی در امور حقوقی، چاپ ۱، هام، ۱۳۸۱، ص ۲۳۳.

۲. همان، ص ۲۳۱.

۳. «اگر دادگاه قبل از وقتی که برای رسیدگی تعیین کرده بود مبادرت به صدور حکم کند؛ حکم صادرنقض خواهد شد» حکم ش ۱۹۴۶ مورخ ۲۸/۱۱/۱۲ شعبه ۶ دیوان عالی کشور. همان، ص ۲۲۸.
«قبل از تعیین جلسه رسیدگی و احضار مدعی علیه و تخلف او از حضور، اقدام محکمه به صدور حکم غیابی موجب قانونی نداشته و تخلف است.» حکم شماره ۱۰۶۳ مورخ ۱۳۱۱/۲/۲۴، محکمه عالی انتظامی قضا. (شهیدی، ۱۳۴۰، ص ۱۶۹).

توضیح آن که هرچند ماده مزبور در فصل مربوط به فرجام خواهی مقرر شده است اما به نظر می‌رسد، مرجع تجدیدنظر نیز این اختیار را خواهد داشت که به دلیل عدم رعایت اصل تناظر در رسیدگی بدوی، نسبت به نقض رأی بدوی مبادرت کند.

۳-۱-۳- استقلال و بی‌طرفی دادگاه

حق اصحاب دعوا در برخورداری از یک محکمه مستقل و بی‌طرف را باید یکی دیگر از اصول بنیادین دادرسی دانست. استقلال دادگاه به معنای مصونیت از هر گونه اعمال نفوذ و کنترل اجرایی از سوی قوای حاکم، مقام مافوق، اصحاب دعوا است. بر اساس این اصل، دادرس را می‌توان مستقل دانست که فارغ از تأثیرپذیری ناشی از فشار و اعمال نفوذ دیگران به پرونده رسیدگی می‌کند. در این مورد گفته شده است: «از نظر قضای اسلامی، قاضی از استقلال کامل برخوردار است. به این معنی که در رسیدگی و صدور حکم فقط و فقط باید به دستیابی به عدالت از طریق اجرای قانون و احکام الهی بیندیشد و ملاحظات و مصلحت اندیشی دیگر را مد نظر نداشته باشد. به خصوص قاضی نباید تحت نفوذ هیچ مقام اجرایی حتی رئیس دولت و حکومت اسلامی، حق دستگاه و شخصی که او را به سمت قضا نصب کرده است، باشد یا از کسی فرمان و توصیه بپذیرد.»^۱

اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی در مقام بیان استقلال دادگاه مقرر می‌دارد: «قوة قضائیه قوه‌ای است مستقل و بی‌طرف که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و... است.» ماده ۸ ق.آ.د.م نیز به عنوان یکی از مظاهر استقلال دادگاه مقرر می‌دارد: «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد و یا از اجرای آن جلوگیری کند» بی‌طرفی دادگاه نیز به معنای عدم گرایش و جانبداری دادرس رسیدگی کننده به دعوای مطروحه بنا به دلایل شخصی است. آنچه مسلم است دادرس نیز همانند هر انسانی دارای علایق، احساسات و گرایش‌های فکری است که همگی شکل دهنده شخصیت اوست. با این حال، در مقام قضاء، هیچ یک از تمایلات درونی، نباید قضاوت وی را تحت الشعاع قرار دهد و خواسته یا ناخواسته به نفع یا به ضرر کسی تأثیرگذار باشد.

بر این اساس، دستگاه قضایی و به ویژه شخص دادرس باید کمال بی‌طرفی و مساوات را نسبت به اصحاب دعوا رعایت کند. دادرس نه تنها باید در اجرای قانون و تشریفات مربوط به دادرسی تفاوتی میان

۱. فرحزادی، علی اکبر، معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ش ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، ص ۵۲.

طرفین نگذارد، بلکه در سلام کردن، سخن گفتن و نگاه کردن و همه انواع احترام کردن باید نسبت به اصحاب دعوا رفتار یکسان داشته باشد.^۱

در همین راستا قانون‌گذار در ماده ۹۱ ق.آ.د.م در جهت تضمین اصل بی‌طرفی دادرسی مهم‌ترین مصادیق جلوگیری از جانبداری دادرسی را مقرر کرده است. حق برخورداری از یک محکمه مستقل و بی‌طرف به صراحت در بند نخست ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ و نیز ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ به رسمیت شناخته شده است. استقلال و بی‌طرفی دادگاه در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی که مشترکاً توسط مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی و مؤسسه حقوق آمریکا نوشته شده است نیز مورد توجه قرار گرفته است. به موجب اصل نخست از این اصول: «دادگاه و دادرسان در رسیدگی به دعوا بر اساس امور موضوعی و حکمی آن دارای استقلال قضایی هستند. دادرسی یا هر شخص دیگری که دارای اختیار تصمیم‌گیری است، در صورت وجود جهات متعارف مبنی بر ظن به بی‌طرفی آنان باید از رسیدگی به دعوا امتناع کند.»^۲

در خصوص ضمانت اجرای ناشی از نقض اصل استقلال و بی‌طرفی دادگاه نیز باید گفت قانون‌گذار در مواد ۸ و ۹۱ ق.آ.د.م رعایت اصول مزبور را مد نظر قرار داده است. از این رو، دادگاه مکلف است به صورت مستقل و بی‌طرف نسبت به پرونده رسیدگی کند. بنابراین، چنانچه دادگاه بدون توجه به موارد فوق مبادرت به رسیدگی به دعوا کند مرتکب تخلف نظامی شده است.^۳ همچنین به موجب بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م موضوع از موارد نقض رأی در دیوان عالی کشور خواهد بود.

۴-۱-۳- علنی بودن دادرسی

علنی بودن دادرسی به معنای امکان حضور عامه مردم در جلسات دادرسی و آگاهی از فرآیند رسیدگی به پرونده است. «در موقع محاکمه در دادگاه، باید جلسه دادگاه علنی؛ و ورود و خروج افراد به جلسه دادگاه آزاد باشد و ورود موكول به اذن دادرسی نباشد.»^۴ به طور جامع‌تر علنی بودن دادرسی را می‌توان در دو معنا در نظر گرفت:

۱. همان، ص ۴۹.

۲. پوراستاد، مجید، اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ ۳، شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۸۶.

۳. «همین که موجبات رد حاکم وجود پیدا کرد؛ ولو این که از طرف اصحاب دعوا ایرادی نشده باشد دیگر دخالت حاکم دادگاه، قانوناً جایز نیست و از همان موقع می‌بایست از رسیدگی خودداری کند و تأخیر امتناع و خودداری از رسیدگی تخلف است» حکم ش ۴۳۴۱ مورخ ۱۳۲۷/۵/۱۳ (شهیدی، پیشین، ص ۱۵۶).

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۷، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۵۲.

۱. این که جریان دعا و مجادلات اصحاب دعا اصولاً علنی و غیر سری برگزار و هرکس بتواند در اتاق دادگاه حاضر و از روند دادرسی مطلع شود.

۲. آن که رأیی که صادر می‌شود در اختیار عموم نهاده شود تا مردم بتوانند از نتیجه کار دستگاه قضایی مطلع شوند و به ارزیابی اعتبار و مشروعیت آن بپردازد.^۱

اهمیت رعایت اصل علنی بودن جلسات دادرسی از آن جهت است که برگزاری جلسات دادرسی به طور علنی، تأثیر بسزایی در شفافیت این جلسات و ایجاد نوعی حس اعتماد نسبت به عملکرد دادگاه دارد. به زعم یکی از استادان آیین دادرسی: «جلسه دادرسی علی‌الاصول می‌بایست علنی باشد و عموم مردم با در نظر گرفتن مکان دادگاه، بتوانند در آن شرکت کنند و ناظر جریان آن باشند. علنی بودن جلسه دادرسی نه تنها به عنوان تضمینی برای قضاوت شوندگان شمرده می‌شود تا در پرتو نوعی پایش افکار عمومی به طور شفاف مورد قضاوت قرار گیرند بلکه نشانه اعتماد به نفس دستگاه قضایی است و موجب تقویت آن نیز می‌شود.»^۲

البته باید گفت گستره اصل علنی بودن دادرسی مطلق نیست و این اصل می‌تواند بنا به دلایل اخلاقی، نظم عمومی، امنیت ملی، منافع و مصالح خصوصی اصحاب دعا تحدید شود. قانون‌گذار در ماده ۳۵۲ ق. آ. د. ک مصوب ۱۳۹۲ ضمن پذیرش اصل علنی بودن محاکمات موارد استثنا را نیز قید کرده است:

۱. غیر علنی بودن محاکمه در جرایم قابل گذشت به درخواست طرفین یا شاکی

۲. امور خانوادگی و جرایمی که منافی عفت یا خلاف اخلاق حسنه است

۳. علنی بودن، مخل امنیت عمومی یا احساسات مذهبی یا قومی باشد.

اصل علنی بودن دادرسی علی‌رغم پیش‌بینی در ماده ۱۳۶ ق. آ. د. م. ۱۳۱۸ در هیچ یک از مواد قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ مورد اشاره قرار نگرفته است. با وجود این، به نظر می‌رسد با توجه به تصریح علنی بودن دادرسی در اصل ۱۶۵ ق. ا دیگر نیازی به تصریح دوباره این اصل در تدوین قانون آیین دادرسی مدنی نبوده است و بنابراین باید چنین استنتاج کرد که اصل علنی بودن دادرسی به مانند امور کیفری در امور مدنی نیز حکم فرماست. به علاوه، رعایت اصل علنی بودن دادرسی را می‌توان از مفهوم ماده ۱۰۱ ق. آ. د. م. ۱۳۷۹ نیز استنباط کرد.

در خصوص ضمانت اجرای اصل علنی بودن نیز باید گفت که چون اصل مزبور، تضمینی برای قضاوت شوندگان شمرده می‌شود تا در پرتو نوعی کنترل افکار عمومی به طور شفاف مورد قضاوت قرار گیرند

۱. غمامی، محسن، پیشین، ص ۲۸۲.

۲. شمس، عبدالله، پیشین، ص ۱۴۲.

می‌توان آن را از «اصول دادرسی و قواعدآمره و حقوق اصحاب دعوا و...» به درجه‌ای از اهمیت به شمار آورد که «... رای را از اعتبار قانونی ببندازد» (بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م). بنابراین، فسخ یا نقض رأی به جهت مزبور قابل دفاع است. افزون بر آن، در صورتی که تصمیم دادگاه در خصوص علنی یا سری برگزار شدن دادرسی با توجه به محتویات پرونده و سایر ادله، مخالفت بین با نصوص مزبور داشته باشد؛ ممکن است آن را با توجه به حکم کلی بند ۸ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۹۰/۷/۱۷ تخلف انتظامی به شمار آورد.^۱

۵-۱-۳- صدور رأی مستدل و مستند

مقصود از مستدل و مستند بودن رأی آن است که دادرس در زمان صدور رأی، کلیه اسباب، مبانی علمی و توجیهات واقعی و قانونی مورد نظر خود را که رأی بر مبنای آن صادر شده است را در رأی اصداری ذکر کند. در واقع، رأیی را می‌توان مستدل نامید که در آن دادرس با تمسک به یافته‌های خود از مجموع حقایق موجود در پرونده و انطباق آن با اعمال و وقایع حقوقی و مقررات خاص به توجیه رأی بپردازد. همچنین رأی مستند رأیی است که در آن دادرس، واقعیات دعوا را با ماده یا مواد قانونی تطبیق داده و در رأی قید کند.

درباره اهمیت و لزوم مستدل و مستند نمودن رأی باید گفت که این امر علاوه بر این که مانع هرج و مرج و خودرأیی دادرسان می‌شود باعث اعتبار و انسجام رأی است و به علاوه معیاری برای اصحاب دعوا در جهت تشخیص عادلانه یا ناعادلانه بودن رأی محسوب می‌شود. در بیان یکی از حقوق دانان آمده است: «قاضی قضاوت می‌کند نه حکومت؛ در نتیجه باید تأکید کرد او نمی‌تواند از طریق کدخدامشی رأی صادر کند. بلکه باید با استدلال، رأی خویش را انشاء کند.»^۲ اصل یکصد و شصت و شش قانون اساسی به صراحت از این اصل سخن گفته است و مقرر می‌دارد: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است.»

همچنین بند ۴ ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م قید جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی براساس آن صادر شده را ضروری دانسته است. اصل ۲-۲۳ از اصول آیین دادرسی فراملی نیز چنین بیان داشته است: «رأی دادگاه باید مستدل و حاوی جهات اساسی موضوعی و حکمی و همچنین مستنداتی باشد که رأی براساس آن‌ها صادر شده است.»

۱. همان، ص ۱۴۵.

۲. کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، چاپ ۴، مجد، ۱۳۹۳، ص ۱۵۲.

در باب ضمانت اجرای این اصل نیز باید گفت دیوان عالی کشور در آرای متعدد خود، عدم ذکر موجهات رأی را از موجبات نقض حکم به شمار آورده است.^۱

همچنین به موجب بند نخست ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات، صدور رأی غیر مستند و غیر مستدل از موجبات مجازات انتظامی درجه چهار تا هفت خواهد بود.

علاوه بر اصول پنج‌گانه‌ای که ذکر شد، اصول اساسی دیگری همچون اصل حق دسترسی به وکیل، اصل اختیار اصحاب دعوا در آغاز و پایان دادن به دادرسی، اصل تسلط اصحاب دعوا بر جهات و موضوعات دعوا و اصل برائت، در زمره اصول بنیادین دادرسی هستند که در بطن اصول پنج‌گانه سابق‌الذکر قرار دارند.

۲-۳- اصول سازمان‌دهنده دادرسی

در این بند به معرفی اصولی خواهیم پرداخت که بیش از آن که ناظر بر حقوق اساسی و بنیادی اصحاب دعوا در فرآیند دادرسی باشند و عدالت و انصاف در دادرسی را مورد تضمین قرار دهند بر سازمان‌دهی دادرسی و شیوه اداره آن و تحقق نظم بر جریان دادرسی مبتنی هستند. اصولی همچون «اصل تشریفاتی بودن دادرسی»، «اصل کتبی بودن دادرسی» و «اصل انجام دادرسی در زمان و با هزینه متعارف و معقول» در زمره این دست از اصول قرار دارند.

۱-۲-۳- اصل تشریفاتی بودن دادرسی

اصول دادرسی را باید متمایز از تشریفات دادرسی دانست. اعمال تشریفات خاص رسیدگی به دعاوی نیز خود از اصول دادرسی مدنی قلمداد می‌شود. مقصود از تشریفاتی بودن دادرسی آن است که عملکرد کلیه افراد دخیل در دادرسی از دادرس گرفته تا اصحاب دعوا و وکلای آنان باید مطابق با فرم و نظم خاصی

۱. رأی شماره ۱۶۵۵/۱۷۷۱ مورخ ۱۳۰۸/۱۱/۲۷: «عدم ذکر اوراقی که اساس تطبیق بوده در حکم، موجب نقض است و همچنین است عدم ذکر دلایل و جهات حکم».

رأی شماره ۱۵۱۹/۳۲۱۵ مورخ ۱۳۰۹/۱۰/۲۵: «حکام دادگاه‌ها باید مدلل و مستند به مواد و فصول قانونی باشد و آلا در دیوان تمیز نقض خواهد شد».

«رأی شماره ۱۰۱۷ مورخ ۱۳۲۰/۳/۳۱ شعبه یکم دیوان عالی کشور: «حکم بایستی مبین و مشروح باشد، بنابراین اگر رأی دادگاه مجمل بوده و معلوم نباشد محکومیت خوانده به مقدار هزینه دادرسی از چه بابت است حکم قانونی نبوده و نقض خواهد شد».

رأی ش ۴۲۳ سال ۱۳۷۲. شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور: «طبق مادتين ۱۵۳ و ۱۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی در رأی دادگاه بایستی جهات و دلایل آن و مستندات هر یک از اصحاب دعوا ذکر شود، اشاره به موارد مندرج در نظریه قبلی دادگاه صحیح به نظر نمی‌رسد».

رأی ش ۱۰۶ مورخ ۱۳۰۶/۱۰/۱۳ دادگاه عالی انتظامی قضات: «قید نکردن اظهارات وکیل در پرونده عملی که در حکم به آن استناد می‌شود تخلف است» (کارخیران، پیشین، صص ۵۴۲ و ۵۴۳).

که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی مقرر کرده است، انجام‌گیرد. برای مثال، نحوه تنظیم دادخواست (شرایط دادخواست) در زمره تشریفات دادرسی قرار دارد؛ که بنا به تصریح قانون‌گذار در ماده ۵۱ ق.آ.د.م می‌بایست به زبان فارسی و در روی برگه‌های چاپی مخصوص ... انجام‌گیرد.

اصل تشریفاتی بودن دادرسی از آن دسته اصولی است که بیش از آن که با هدف تضمین حقوق اساسی اصحاب دعوا و تحقق عدالت و انصاف در دادرسی به وجود آمده باشد، با هدف سازمان‌دهی و انتظام بخشی به دعاوی و نیز جلوگیری از خودسری و هرج و مرج در دادرسی به وجود آمده است.

ناگفته نماند که دامنه اجرای اصل تشریفاتی بودن دادرسی در همه دعاوی به صورت مطلق نیست. بدین منظور که در برخی از دعاوی مدنی، تشریفاتی بودن دادرسی با قیود و استثنائاتی همراه است. قانون‌گذار در برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی با هدف تسریع در روند رسیدگی به دعاوی و نیز جلوگیری از اطاله دادرسی، دامنه اعمال این اصل را محدود کرده است. مثلاً در دعاوی تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق، قانون‌گذار به جهت اهمیت و ضرورت تسریع در رسیدگی، در ماده ۱۷۷ ق.آ.د.م تشریفات معمول و مجری در سایر دعاوی را ضروری ندانسته است.

با توجه به مباحث فوق، مسئله حایز اهمیت، بحث ضمانت اجرای ناشی از نقض اصل تشریفاتی بودن دادرسی در جریان رسیدگی به دعاوی مدنی است. قانون‌گذار به صراحت به بحث ضمانت اجرای نقض اصل تشریفاتی بودن دادرسی نپرداخته است و تنها به طور پراکنده در برخی مواد قانون آیین دادرسی مدنی به ضمانت اجرای برخی از مصادیق تشریفات دادرسی پرداخته است. در این قانون، غالباً در مواقعی که تشریفاتی بودن دادرسی از سوی اصحاب دعوا رعایت نمی‌شود، با ضمانت اجرایی همچون صدور قرار رد دادخواست، ابطال دادخواست، خروج از عداد دلایل و یا تلقی به عنوان قراین مثبت مواجه خواهند شد. در خصوص ضمانت اجرای نقض تشریفاتی بودن دادرسی از سوی دادگاه نیز قانون‌گذار صرفاً به ذکر برخی مصادیق تشریفات دادرسی بسنده کرده است. به عنوان مثال در ماده ۱۱ قانون اجرای احکام مدنی، عدم رعایت تشریفات مربوط به صدور اجرائیه، حسب مورد منجر به ابطال اجرائیه یا لغو عملیات اجرایی و یا استرداد مورد اجرا خواهد شد؛ و یا در ماده ۳۵۰ ق.آ.د.م عدم رعایت شرایط شکلی دادخواست در مرحله بعدی موجب صدور اخطاریه رفع نقص و در نهایت نقض رأی اصداری خواهد شد.

آنچه به نظر مسلم است آن است که نمی‌توان نسبت به تمام تشریفات لازم‌الرعایه در دادرسی مدنی، ضمانت اجرایی واحد را تعیین کرد. از این رو، برای بررسی ضمانت اجرای اصل تشریفاتی بودن دادرسی لازم است هریک از تشریفات دادرسی به طور مجزا مورد بررسی قرار گیرند.

۲-۲-۳- اصل کتبی بودن دادرسی

به موجب اصل کتبی بودن دادرسی، هر اقدام لازم برای پیشبرد جریان دادرسی از تقدیم دادخواست تا صدور و انشای رأی می‌بایست به صورت مکتوب در پرونده مربوط ضبط شود تا در مواقع تردید و بروز اختلاف در صحت اسناد و مدارک طرفین، امکان مراجعه مجدد و رسیدگی نظارتی نسبت به آن‌ها وجود داشته باشد.

به عبارت دیگر، نوشته بودن دادرسی علاوه بر این که می‌تواند مثبت بی‌طرفی و یا حتی جانب‌داری دادرس باشد به طرفین، امکان و فرصت دفاع در برابر نوشته‌ها را از طریق پاسخ متقابل، اعتراض و سایر طرق شکایت از آراء می‌دهد.^۱

قانون‌گذار در تدوین قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ به موضوع کتبی بودن دادرسی توجه داشته و در اکثر مواد این قانون از لزوم مکتوب کردن اقدامات انجام گرفته از سوی افراد دخیل در دادرسی اعم از دادرس، مدیر دفتر دادگاه، کارشناس، اصحاب دعوا و وکلای آنان سخن گفته است. مثلاً در ماده ۵۱ ق.آ.د.م تنظیم دادخواست می‌بایست بر روی برگ‌های چاپی مخصوص انجام شود و یا در ماده ۴۱ این قانون، وکلای اصحاب دعوا موظفند عذر خود را به صورت کتبی به دادگاه اعلام کنند. همچنین نظر کارشناس طبق ماده ۲۶۳ ق.آ.د.م باید به طور کتبی به دادگاه اعلام شود. اما اوج توجه قانون‌گذار به موضوع نوشته بودن دادرسی را می‌توان در ماده ۱۰۲ ق.آ.د.م ملاحظه نمود. به موجب این ماده «در موارد زیر عین اظهارات اصحاب دعوا باید نوشته شود: ۱- وقتی که بیان یکی از آنان مشتمل به اقرار باشد ۲- وقتی که یکی از اصحاب دعوا بخواهد از اظهارات طرف دیگر استفاده کند. ۳- در صورتی که دادگاه به جهتی درج عین عبارت را لازم بداند.»

با این حال، به رغم پذیرش اصل کتبی بودن دادرسی، نباید از شفاهی بودن دادرسی مدنی غافل ماند. اصحاب دعوا حق دارند شخصاً برای طرح ادعاها و دفاعیات خود به طور شفاهی در جلسه دادرسی حضور یابند و یا برای بیان مطالب خود از وکیل استفاده کنند. (ماده ۹۳ ق.آ.د.م) آنان می‌توانند چنانچه مطالبی به نفع دیگری و به ضرر خود دارند به طور شفاهی آن را مطرح کنند (ماده ۲۰۴ ق.آ.د.م)؛ و یا درخواست‌های خود را به طور شفاهی به دادگاه ارائه کنند (ماده ۳۱۳ ق.آ.د.م)

اصل ۱-۱۹ از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی در تأیید اصل کتبی بودن دادرسی مقرر می‌دارد: «به طور کلی، ادعا و مدافعات، درخواست‌های رسمی و استدلال‌های حقوقی اصحاب دعوا ابتدا به صورت

۱. غمامی، محسن، پیشین، ص ۲۹۰.

کتبی در دادگاه مطرح می‌شوند؛ با این وجود هر یک از آنها حق دارند استدلال خود درباره مسائل ماهوی و شکلی مهم را به صورت شفاهی نیز بیان کنند.»

۳-۲-۳- اصل انجام دادرسی در زمان و با هزینه متعارف و معقول

متعارف و معقول بودن زمان و هزینه‌های رسیدگی به دعوی مدنی از مهم‌ترین ملاک‌های مربوط به کیفیت دادرسی به شمار می‌آیند که موجب ارتقای سطح کارآمدی فرآیند دادرسی می‌شوند. بر اساس اصل متعارف و معقول بودن زمان دادرسی، روند رسیدگی به دعا و تصمیم‌گیری نسبت به آن باید در یک بازه زمانی کوتاه و متناسب انجام گیرد تا ضمن جلوگیری از فرسایشی شدن دادرسی و تأخیر ناموجه در رسیدگی، مانع از آن گردد که آن چه که خواهان از طرح دعا در مرجع قضایی انتظار داشت، مطلوبیت خود را از دست بدهد.

اهمیت اصل انجام دادرسی در مهلت معقول از آن جهت است که رعایت آن تأثیر بسزایی در تسریع فرآیند رسیدگی به دعاوی و جلوگیری از اطاله دادرسی خواهد داشت.

قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، به طور ضمنی به رعایت اصل فوق از سوی دادگاه تأکید داشته است. از جمله مواد ۵۴ (اعلام نقایص دادخواست ظرف مدت دو روز)، ۶۴ (الزام مدیر دفتر به تحویل فوری پرونده به دادگاه)، ۶۸ (تکلیف مأمور ابلاغ به تسلیم اوراق مربوط به دعا به خوانده حداکثر ظرف دو روز)، ۱۰۰ (تعیین نزدیک‌ترین وقت رسیدگی به پرونده به دستور دادگاه)، ۱۱۷ (ابلاغ فوری قرار تأمین به خوانده)، ۳۱۰ و ۳۱۴ (صدور دستور موقت در امور فوری) و...

اصل هفتم از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نیز به این مقوله پرداخته و در بند نخست آن آمده است: «دادگاه باید اختلاف طرفین را در مدت زمان متعارف حل و فصل کند»

به موازات «اصل متعارف بودن زمان دادرسی»، باید از اصل دیگری با نام «متعارف و معقول بودن هزینه دادرسی» نیز سخن گفت. بر اساس اصل مزبور، دادرسی مدنی باید با هزینه‌ای معقول و متعارف به نحوی طراحی شود که در عین کشف حقیقت و فصل خصومت، موجب دستیابی آسان شهروندان به عدالت و دادگستری شود. در غیر این صورت، باید گفت امکان رسیدن به عدالت و گسترش داد، تنها برای ثروتمندان فراهم است و مستمندان را که بیشتر نیازمند حمایت‌اند راهی به تشکیلات دادگستری و برخورداری از حمایت قضایی مؤثر نیست.^۱

۱. همان، ص ۲۸۶.

طرح دعاوی مدنی دربردارنده هزینه‌های مادی چون ابطال تمبر، حق الوکاله وکیل، حق الزحمه کارشناس، اجرای احکام، خسارات احتمالی می‌باشد که لزوم پرداخت آن به موجب مواد ۵۳، ۵۴، ۱۰۸، ۳۱۹، ۳۸۳ و ۵۰۲ به بعد ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ و نیز ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت، آیین نامه تعرفه حق الوکاله و قانون تعرفه خدمات قضایی ۱۳۹۳ قابل توجیه است. در عین حال، به‌رغم ضرورت پرداخت هزینه‌های طرح دعاوی مدنی، میزان این هزینه‌ها نیز می‌بایست به نحو متعارفی تعیین شوند تا امکان پرداخت آن برای تمام افراد وجود داشته باشد. در خصوص ضمانت اجرای اصول فوق نیز باید گفت که به نظر می‌رسد اصول مزبور را باید از جمله اصولی دانست که به موجب بند ۳ ماده ۳۷۱ عدم رعایت آن از موجبات نقض رأی الصداره محسوب شود و به موجب بندهای ۴ و ۷ ماده ۱۵ تا نظارت بر رفتار قضات، عدم رعایت آن مجازات انتظامی درجه چهار تا هفت را در پی خواهد داشت.

نتیجه‌گیری:

* برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که محتوا و بدنه اصلی دادرسی مدنی را به دو بخش «اصول و تشریفات دادرسی» تقسیم کرده بود به نظر می‌رسد که محتوای آیین دادرسی مدنی بر سه بخش «اصول»، «قواعد» و «تشریفات» دادرسی استوار باشد. این نظر با تدقیق در مقررات موجود در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ به خصوص ماده ۱ و بند ۳ ماده ۳۷۱ این قانون استنباط می‌شود. شناخت هر یک از این مفاهیم نیز در گرو در اختیار داشتن معیار و ملاک‌هایی جهت تشخیص آنهاست. از مهمترین معیارهای تشخیص را می‌توان در ارتباط با نظم عمومی و نیز تأثیر بر حقوق اصحاب دعوا در فرآیند دادرسی دانست. براین اساس، مفهومی را که ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی و یا حقوق اصحاب دعوا دارد می‌بایست در شمار اصول و قواعد امره دادرسی دانست. البته قانون‌گذار در بند سوم ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م، حقوق اصحاب دعوا را جدای از اصول و قواعد امره به کار برده است. مجزاً نمودن عبارت حقوق اصحاب دعوا با اصول و قواعد امره، این شبهه را می‌رساند که اصول و قواعد امره با حقوق اصحاب دعوا بیگانه هستند در حالی که به نظر می‌رسد که اصول دادرسی و قواعد امره خود بیانگر حقوق اصحاب دعوا است. علاوه بر این، قواعد امره دادرسی تضمین کننده رعایت اصول دادرسی در رسیدگی به دعاوی مدنی هستند که از این حیث با تشریفات دادرسی متفاوت‌اند.

* رعایت یا عدم رعایت هریک از اصول، قواعد امره و تشریفات دادرسی بر اعتبار آرای دادگاه‌ها تأثیرگذار است. به تعبیری دیگر، نقض هریک از مفاهیم مورد اشاره با ضمانت اجرای قانونی همراه است. اصول و قواعد امره به دلیل ارتباط وثیق با نظم عمومی و حقوق اصحاب دعوا به هیچ عنوان قابل تخطی

نیست و عدول از آن در هریک از مراحل دادرسی بدوی، تجدیدنظر و فرجام، بطلان اعمال قضایی و در نهایت نقض رأی الصداری را به دنبال خواهد داشت. در این میان، در حالی که نقض اصول دادرسی و قواعد آمره منجر به اخلال اساسی در دادرسی می‌شود؛ عدم توجه به برخی تشریفات، اساساً رأیی را که با رعایت سایر اصول و قواعد آمره صادر گردیده با اشکال اساسی مواجه نمی‌سازد. در میان تشریفات نیز می‌توان مقرراتی را یافت که عدم رعایت آن در دادرسی، بر اعتبار رأی دادگاه تأثیر می‌گذارد و نقض آن را به دنبال خواهد داشت. برای مثال، به موجب ماده ۳۵۰ ق.آ.د.م در رابطه با عدم رعایت شرایط شکلی دادخواست، دادگاه تجدیدنظر ابتدا اخطار رفع نقص صادر و سپس رأی را نقض خواهد کرد و یا در مورد رسیدگی به دعوا بدون تشکیل جلسه دادرسی به موجب رأی شماره ۱۹۴۶ شعبه ۶ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۳۸/۱۱/۱۲ که مقرر می‌دارد: «اگر دادگاه قبل از وقتی که برای رسیدگی تعیین کرده بوده مبادرت به صدور حکم کند؛ حکم صادره نقض خواهد شد.»^۱ باید گفت که نقض این تشریفات (جلسه دادرسی) نقض رأی را در پی خواهد داشت.

الف- کتب:

۱. پتفت، آرین - مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۵)، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، چاپ اول، پژوهشگاه قوه قضائیه.
۲. پوراستاد، مجید (۱۳۹۲)، اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ سوم، شهردانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، چاپ اول، گنج دانش.
۵. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲)، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهارم، میزان.
۶. زراعت، عباس (۱۳۸۳)، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، چاپ اول، خط سوم.
۷. شمس، عبدالله (۱۳۹۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ سی و دوم، دراک، تهران.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ سی و یک، دراک، تهران.
۹. شهیدی، موسی (۱۳۴۰)، موازین قضایی محکمه عالی انتظامی از نظر تخلف اداری، چاپ سوم، کتاب فروشی محمدعلی علمی، تهران.
۱۰. صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، میزان، تهران.
۱۱. صدرزاده افشار، محسن (۱۳۷۲)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ اول، ماجد، تهران.
۱۲. غمامی، مجید، محسنی، حسن (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی فراملی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۱۳. کارخیران، محمدحسین (۱۳۹۷)، کاملترین مجموعه محشی قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ سوم، آریاداد، تهران.
۱۴. کریمی، عباس (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی، چاپ چهارم، مجد.
۱۵. متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، چاپ اول، مجد، تهران.
۱۶. متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، مجموعه رویه قضایی در امور حقوقی، چاپ اول، رهام، تهران.
۱۷. محسنی، حسن (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۱۸. معین، محمد (۱۳۸۷)، فرهنگ فارسی معین، چاپ اول، فرهنگ نما.
۱۹. مهاجری، علی (۱۳۷۸)، رسیدگی خارج از نوبت در محاکم عمومی، جلد اول، چاپ اول، گنج دانش.
۲۰. مهاجری، علی (۱۳۸۷)، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ اول، تهران، فکرسازان.
۲۱. واحدی، قدرت الله (۱۳۷۹)، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، میزان.

۲۲. بولانژه، ژان (۱۳۷۶)، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه محمدزاده وادقانی، علیرضا، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۶.
۲۳. بهادری جهرمی، علی، حسینی، سیده لطیفه (۱۳۹۳)، «اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوقی داخلی»، دو فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، شماره هفتم.
۲۴. پوراستاد، مجید (۱۳۸۷)، «اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره سوم.
۲۵. شاهچراغ، حسن (۱۳۸۹)، «معیارهای تمیز اصول دادرسی از تشریفات دادرسی در رسیدگی‌های حقوقی»، مجله تعالی حقوق، سال دوم، شماره هفتم.
۲۶. شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، «اصل تناظر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۳۵ و ۳۶.
۲۷. غمامی، مجید، محسنی، حسن (۱۳۸۵)، «اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۴.
۲۸. فرحزادی، علی اکبر (۱۳۷۹)، «معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۱۹ و ۲۰.
۲۹. فضائلی، مصطفی (۱۳۹۳)، «جایگاه اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکترین قضائی اسلام»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، شماره اول.
۳۰. محسنی، حسن (۱۳۸۵)، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۲ و ۱۹۳.

مسن ممسنی^۱

چکیده:

مقاله «علم آزاد در گردش ادله اثبات» استاد جعفری لنگرودی مربوط است به موضوع نفی فرم و تشریفات‌گرایی در ادله اثبات و تبیین ماهیت این ادله که وی آن را علم عادی یا اطمینان می‌داند. وی علم در گردش ادله را نور می‌داند که گمگشتگان در بیابان مجهولات تاریک به سوی آن می‌روند و همچون کعبه به گرداگرد آن می‌چرخند. بینه، شهادت و امارات و اسناد همگی به دنبال بیان این واقعیت هستند که آنچه برای قاضی ملاک تصمیم در خصوص مورد است، علم یا اطمینان قاضی از این ادله است. این مقاله نسبت به دیگر آثار او کمتر دیده شده در حالی که بیشترین تاثیر را در تحولات قوانین و تغییرات آن‌ها داشته است.

کلیدواژه: علم، اطمینان، علم آزاد، علم بسته، فرم.

^۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی - دانشکده حقوق و علوم سیاسی - دانشگاه تهران Email: hmohseny@ut.ac.ir

مقدمه

کمتر کسی است که یکی از شناخته شده‌ترین حقوق‌دانان کشور، استاد جعفری لنگرودی، را شناسد و دست کم با آفرینه‌های فکری و اندیشه‌های او آشنا نباشد. این شناخت نزد برخی ناشی از مقایسه با دیگر استادان و حقوق‌دانان است و نزد عده‌ای مبتنی بر تأمل و تعمق در اندیشه‌های وی است. اما، اگر ادعا شود که اندک هستند کسانی که با اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی در باب «حقوق دادرسی» و به ویژه «ادله اثبات دعوی» آشنایی کامل داشته باشد، گزاف نیست.

در کنار آفرینه‌های مهم حقوق مدنی، فقه امامیه، فقه تطبیقی، حقوق ثبت و انواع فرهنگ‌های حقوقی، بخش بزرگی از نوشته‌های لنگرودی در باب حقوق دادرسی است مانند: دوره پنج جلدی دانشنامه حقوقی که در فاصله سال‌های ۱۳۴۸ تا ۱۳۵۸ نوشته شده است و دوره دایره المعارف علوم اسلامی که سال‌های ۱۳۵۹ تا ۱۳۶۱ ابتدا طی سه جلد و سپس در دو جلد منتشر شده است. هر دو اثر به طور خاص درباره حقوق دادرسی و ادله اثبات دعوی است که وی به سبک و شیوه بدیعی آن‌ها را نگاشته و عرضه داشته است. تعدادی نیز مقاله درباره اصول آیین دادرسی مدنی که به ابلاغ و اجرای احکام و قرارها در آن پرداخته شده از ایشان یادگار مانده که ماحصل کوشش‌های ایشان در فاصله بین سال‌های ۱۳۴۲ تا ۱۳۴۳ است. استاد در این مقالات، قواعد کلی و اصول آیین دادرسی را به شیوه‌ای نو برآورده و تحلیل نموده است.

هر یک از آثار فوق دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است و نگارنده این سطور همچون بسیاری پژوهشگران در هر تحقیق و نوشته از این منابع ارزشمند بهره می‌برد اما، استاد یک مقاله بی‌نظیر در جهان حقوق دارد که از نظر پژوهنده بیش از همه می‌تواند آبخشور فکری ایشان را در علم دادرسی و اثبات نشان دهد. این مقاله که اسفند سال ۱۳۵۸ در شماره ۲۱ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، صفحات ۶۰ تا ۷۹ منتشر شده، چنین نام دارد:

«علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوا» (در حقوق اسلام).

۱. آفرینه واژه‌ای است که وی برابر واژه «اثر» برگزیده است. او آفرینه را درست‌تر می‌داند چرا که ممکن است کسی با اشتباه یا از روی حادثه، اثری را پدید آورد که آفریده یا آفرینه او به شمار نمی‌آید مانند اثر رد پای عبور در ساحل. آفرینه فکری برای آفریننده، مالکیت ادبی (دارش ادبی) پدید می‌آورد که به دو دسته مادی و معنوی تقسیم می‌شود. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۶۴-۱۶۳.

مقاله‌ای که کمتر دیده شده و حتی برخی که به طور خاص در آثار و احوال وی نوشته‌اند آن را در فهرست شمار آفرینه‌های فکری وی از قلم انداخته‌اند.^۱ با این وصف، مقاله فوق یکی از مهم‌ترین و نوشته‌های لنگرودی است. تا کنون کسی همچون لنگرودی به مفهوم، گستره و آثار علم آزاد در نظام ادله اثبات اسلام وارد نشده و هنوز هم قانون‌گذاران و مفسران قوانین، موقعیت علم در حقوق اثبات اسلامی را، آن‌چنان که وی بررسی نموده و نگاشته است، بررسی نکرده‌اند. لنگرودی که «علم آزاد» را در برابر «علم بسته» قرار می‌دهد آن را همچون کعبه می‌داند که زائر باید به سو آن برود و گرداگرد آن بگردد نه این که بنشیند تا کعبه را برای وی بیاورند. او علم را تحت اراده انسان نمی‌داند بلکه انسان را تحت نفوذ آن معرفی می‌کند. چنین علمی از هر راه که به دست آید حجت است و محدود به اراده و ایدئولوژی خاصی نیست:

«علم از هر دریچه و پنجره‌ای که وجودمان به آن‌ها محدود می‌شود ممکن است درآید، ما جز آن که به او خوش آمد بگوییم راه دیگر نداریم» (ص ۶۱).^۲

ناگفته پیداست که موضوع و محتوای این مقاله، ادله اثبات دعوا^۳ و علم حاصل از آن ادله در دادرسی است که نمی‌توان از آن به سادگی گذشت. سالهای سال نظام اثبات تحت سیطره تشریفات‌گرایی بود و خون‌ها ریخته و جان‌ها داده شد تا نظام ارزیابی آزاد دلایل جایگزین آن تشریفات سنگین و بی‌فایده شود. لنگرودی در این مقاله به خوبی توانسته آن انگشت اتهامی را که می‌تواند متوجه نظام اثبات اسلامی باشد و نقش تشریفات همچون عدد و جنس دلیل را مهمتر از علم آزاد بداند، دفع کند و مستدل و مستند نشان دهد که: «می‌توان از علم آزاد بدون (بدون مقید بودن به فرم خاص بینه) در قلمرو ادله اثبات دعوا استفاده کرد بدون این که احساس محدودیت کنیم» (ص ۶۶).

نگارنده مقاله فوق را بررسی نموده و ارزش آن را برشمارد. در این کار از برخی آثار دیگر وی نیز شواهدی برای روشن‌تر شدن موضوع آورده می‌شود. به باور و حدس نگارنده، برخی تغییرات اصلاحی در قوانین ما مستقیماً حاصل اندیشه‌های این حقوق‌دان بوده است که نحوه و چگونگی آن در نظر پژوهشگران شناخته

۱. قنبری، محمدرضا، بر تارک علم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۵۱-۲۵۰. بی‌گمان این امر سهواً روی داده است چرا که قنبری یکی از شیفتگان درس ایشان بوده است و به شایستگی هر چه تمام‌تر در شناسایی لنگرودی و گزارش سرگذشت وی تلاش کرده است. هدف نگارنده از تاکید بر این از قلم افتادگی، تاکید بر غفلت جامعه حقوقی از این مقاله است.

۲. از این پس ارجاع‌هایی که بدون نام نویسنده و سال انتشار و فقط با شماره صفحه می‌آید مربوط می‌شود به مقاله «علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوا (در حقوق اسلام)».

۳. وی تاکید دارد که اصلاح ادله اثبات دعوا در فقه نیست و پنجاه سالی است که بر زبان‌ها افتاده است. به جای آن فقها از «حجاج» یا «طرق الحکم» استفاده کرده‌اند. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۴۰، ش ۴.

شده نیست. برای این کار، فرازهایی از متن مقاله که درباره معنای بینه، بینه و اماره قضایی، مکتب ظن خاص، سند و بینه، سند عادی و سند رسمی است، شرح و بررسی می‌شود.

۱- علم گمشده‌ای است

لنگرودی پیش از ورود به مقاله، علم را نوری می‌داند که فقط در بیابان تاریک به چشم گمشده‌ای سرگردان می‌آید و وی را به سوی خود می‌کشد. این نور همان حکمت است که گمشده مومن است. به باور استاد، بی‌شمار هستند مردمانی که به آن دست نیافتند زیرا بیشترشان در «جهان علوم بسته» سیر می‌کنند. اما وی پیروی انسان از علم آزاد را بخشی از ندای فطرت انسانی می‌داند در حالی که کسانی هستند که دل به معشوقه‌های ذهنی بسته‌اند و حاضر به حرکت در مسیر علم آزاد نیستند:

«معشوقه ذهنی به مسائل و مطالبی گفته می‌شود که یک آدم تحصیل کرده مدت‌ها و بلکه در عمری دراز با آن‌ها انس پیدا کرده و مسلم شناخته شده و جزوی از شخصیت او گردیده است لکن تحقیق خود او یا دیگران به یک باره ثابت می‌کند که آن مسائل مسلم فقط معشوق خیالی بوده است و باید از سر نو با واقعیت جانشین آن، آشنا شود». (ص ۶۰).

پس اگر تصور شود که صرفاً از راه شهادت دو مرد عادل (بینه به معنای اخص) است که برای قاضی علم به دست می‌آید و این مورد تاکید اسلام است، اشتباهی بزرگ است؛ در اسلام ثبات و دگرگونی در کنار هم هستند و آن رویکرد تاکید کننده بر «عدلین» مربوط به روزگاری است که این همه تحول و دگرگونی در فرهنگ بشری و سازمان‌های اداری نبود.

به تعبیر لنگرودی که دلیل را رهنمای اندیشه^۱ می‌داند، دلیل باید مجهول قضایی را که خود از مجهول حقوقی جداست، روشن نماید؛ مجهول قضایی «خصوص مورد^۲ است که در روابط قضایی افراد پدید می‌آید» و در برابر مجهولات کلی که جنبه علمی دارد و برای علمای حقوق مطرح می‌شود، قرار می‌گیرد. مثلاً این که خیار عیب فوریت دارد یا خیر، مجهول حقوقی است اما این که آیا در یک پرونده معین خیار عیب هست یا خیر، مجهول قضایی است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۱، چاپ ۳، ۱۳۸۱ ص ۳۸، ش ۱ و نیز بنگرید: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۶، صص ۶۶۸-۶۶۹، ش ۲۳.
۲. عبارت در «خصوص مورد» همان است که در ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی آمده است: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگری را تکمیل کند». خواهیم دید که لنگرودی چگونه به علم آزاد در امارات خواهد پرداخت.

چنین به نظر می‌رسد که تمثیل استاد از نور و کعبه و گم‌گشتگی در سرآغاز مقاله برای این بوده است که هر مجهول نوعی تاریکی است که با نور از بین می‌رود و انسان همواره به دنبال این نور است. طریق خاصی هم برای رسیدن به آن گمشده معین نشده است. علم آزاد مقید به فرم خاصی در گردش ادله اثبات نیست و انسان با این علم و قطع می‌تواند آن مجهولات را معلوم می‌کند.

۲- حقیقت بینه، شهادت و گواهی

مشهور شده که «بینه» یعنی دو گواه عادل اما لنگرودی ساختمان این اشتها را با تحلیلی صحیح فرومی‌ریزد. وی می‌نویسد که بینه در معنی اخص یعنی دو شاهد یا یک شاهد و دو شاهد زن یا یک شاهد و یمین^۱. همچنین، بینه در معنی اعم یعنی هر چه که مجهولی را بتواند اثبات کند. به بیان دیگر، بینه کیفیتی خاص ندارد و هر چیزی که بتواند حقیقتی را اثبات کند بینه است. اما چرا چنین شهرتی به وجود آمده؟

درک این امر نیاز به نوعی بررسی تاریخی دارد. «کاپلتی و گارت» نوشته‌اند که در دوره حقوق مشترک^۲ رومی «به منظور پرهیز از هرگونه شخصی‌گرایی و هرج و مرج، قاضی قادر به ارزیابی آزادانه دلیل نبود. کوتاه سخن این که او نمی‌توانست وزن دلیل را بسنجد؛ به جای آن، او فقط حق داشت شمار دلایل را احصا کند. برای نمونه، گواهی دو شاهد جرح نشده، یا اگر گواهانی بودند که مسموعات خود را نقل می‌کردند، پنج یا هفت نفر از آنان، دلیل کامل را تشکیل می‌داد و چنانچه این گواهان خود را حائز شرایط مقرر در قانون می‌دانستند، قاضی را ملزم می‌کرد. درباره گواهی زنان، بدون توجه به تعداد آنان، یا همچنان اعتباری نداشت و مردود بود یا نصفه دلیل محسوب می‌شد یا این که در بهترین حالت، باید با شهادت دست کم یک مرد تکمیل می‌شد. در سلسله مراتب ارزش دلیل، گواهی مرد برجسته، برتر از گواهی آدم عادی، مرد مذهبی بالاتر از آدم معمولی، غنی، فرادست انسان فقیر، مسن ما فوق جوان، ترسا برتر از کلیمی بود. همه دلایل اثبات قانونا در یک

۱. رد پای این اشتها را می‌شود در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ دید: «در دعاوی مدنی (حقوقی) تعداد و جنسیت گواه، همچنین ترکیب گواهان با سوگند به ترتیب ذیل می‌باشد: الف- اصل طلاق و اقسام آن و رجوع در طلاق و نیز دعاوی غیر مالی از قبیل مسلمان بودن، بلوغ، جرح و تعدیل، عفو از قصاص، وکالت، وصیت با گواهی دو مرد. ب- دعاوی مالی یا آنچه که مقصود از آن مال می‌باشد از قبیل دین، ثمن مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی، غصب، جنایات خطائی و شبه عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن. چنانچه برای خواهان امکان اقامه بینه شرعی نباشد می‌تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو زن به ضمیمه یک سوگند ادعای خود را اثبات کند. در موارد مذکور در این بند، ابتدا گواه واجد شرایط شهادت می‌دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می‌شود. ج- دعاوی که اطلاع بر آنها معمولاً در اختیار زنان است از قبیل ولادت، رضاع، بکارت، عیوب درونی زنان با گواهی چهار زن، دو مرد یا یک مرد و دو زن. د- اصل نکاح با گواهی دو مرد و یا یک مرد و دو زن».

۲. Jus common.

محاسبه عددی قرار می‌گرفتند: دلیل کامل، نصفه دلیل؛ یک‌چهارم دلیل؛ یک هشتم دلیل و همین‌طور الی آخر. شهادت تک گواه فاقد هرگونه ارزش اثباتی بود مگر این که او «کاردینال» یا خود «پاپ» باشد. به علاوه، شهادت یک طرف هیچگاه پذیرفته نبود مگر به‌شکل سوگند قاطع که در صورت اتیان، قاضی را ملزم می‌کرد»^۱.

با عطف توجه به مطلب فوق که تشریفات‌گرایی در گذشته را نشان می‌دهد، لنگرودی به خوبی در این مقاله تبیین می‌کند که «در عصر ظهور اسلام در دادگاه‌ها دلیلی که بیشتر از سایر ادله اثبات دعوا، متداول بود شهادت دو مرد بود به همین جهت معنی لغوی بینه که دانستید عملاً و تدریجاً اختصاص به این نمونه پیدا کرد. همین پیش آمد، موجب اشتباه نسل‌های بعد شد که پنداشته‌اند بینه از اول کار به معنی شهادت دو مرد بوده است» (ص ۶۳).

او به تاکید می‌افزاید که «در قرآن^۲ بینه به معنای اعم به کار رفته است. بینه به معنی اعم، شامل هرگونه دلیل اثبات دعوی است که بتواند برای قاضی علم ایجاد کند» (ص ۶۴).

پس با این تحلیل می‌شود پذیرفت که علم و قطع، به هر راهی که به دست آید، حجیت دارد و «حجیت قطع، ذاتی است یعنی جزو طبیعت و گوهر قطع است» (ص ۶۴) مانند شوری برای نمک و تری برای آب. این گونه است که لنگرودی حصر ادله اثبات دعوی را نمی‌پذیرد می‌نویسد: شارع «تمام راه‌های منتهی به قطع، بر بینه مقدم دانسته شده است و این راه‌ها را در قالب‌های مخصوص نهاده است و مانند آیه «لا تقف ما لیس لك به علم» دست قضات را باز نهاده است و ادله اثبات را محصور نکرده است»^۳.

او بر همین بنیاد در کتاب دایره المعارف اسلامی نوشته است که هر فرهنگ به فراخور عصر خود موفق به تهیه فهرست کامل ادله اثبات دعوا شده است و آنچنان که فهرست این کتاب نشان می‌دهد «تعداد ادله اثبات دعوی به عدد شانزده می‌رسد»^۴ و در نتیجه این که در عصر و فرهنگی، به بینه به معنای دو شاهد تاکید شده در عصر و فرهنگ دیگر، لزوماً پذیرفتنی نیست.

وی حتی عنوان شهادت یا گواهی در قانون آیین دادرسی مدنی را منطبق با بینه شرعی نمی‌داند چرا که در مورد اخیر عدد شاهد و عدالت وی شرط است بلکه آن را شیاع می‌داند که در قید «عدل» و «عدد»

۱. CAPPELLETTI, Mauro & Bryant G. GARTH, (1987), Civil Procedure, Introduction -Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, in: The International Encyclopedia of Comparative Law Vol. XVI, Chapter 1, Boston, J. C. B. MOHR, P. 33, N 30.

۲. حدید ۲۵؛ نحل ۴۴؛ بینه ۴؛ انعام ۵۷؛ هود ۱۷؛ فاطر ۴۰؛ طه ۱۳۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، پیشین، ص ۴۱، ش ۶.

۴. همان، ص ۴۳، ش ۹.

نیست. وی تاکید می‌کند که «شیاع هم یک دلیل است. حدود و قیودی دارد که تدریس نشده و حتی مقاله‌ای هم در آن نوشته‌اند» (ص ۶۷).

او استفاضه یا شیاع را استوارتر از شهادت گواهان نیز دانسته است چرا که خبر گروهی است که اطمینان بخش است.^۱ او در نهایت در اثر دیگر خود «عناصر شهادت» را برمی‌شمارد و بینه را نیز تبیین می‌کند و اولی را به درستی جامع دومی قلمداد می‌کند.^۲ همچنین در همین کتاب دایره المعارف اسلامی قضایی بیش از یکصد و سی صفحه به شهادت اختصاص می‌دهد که بخش‌های متعددی از آن به اقسام شهادت از جمله شهادت استفاضه و شیاع مربوط است.^۳ وی در این جا برای دفع این ایراد که در شرع گفته شده باید بر اساس «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» حکم کرد نه شیاع، می‌نویسد: «به نظرم مورد آن حدیث، بعد از یاس از کاشف قطعی است یعنی اگر کاشف قطعی وجود نداشته باشد و مجهول قضایی از این رهگذر حل نشود آن وقت استخراج حقوق با بینه و یمین صورت می‌گیرد». «پس در همهٔ مرافعات باید قضات، تحقیق از باطن قضا یا کنند تا موفق به احقاق حق شوند. در این زمینه اگر به قطع رسیدند طبق قطع باید عمل کنند. اما اگر به دلیل قطعی دست نیافتند آن وقت از بینه و یمین، استفاده خواهند کرد».^۴ خواهیم دید که این اندیشه چگونه موجب تغییر و اصلاح ماده ۱۳۳۵ از قانون مدنی در باب سوگند شده است.

با توجه به این امور، در هر حال مقنن دربارهٔ گواهی در مادهٔ ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی تاکید می‌کند که «تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است» و این خود پاسخ صریحی است به تشریفات‌گرایی در ادلهٔ اثبات.

با این وصف، آن اشتها و شهرت که لنگرودی کوشش کرده بود چهرهٔ واقعی آن را با ارائهٔ تحلیل فوق، عیان کند در قانون مجازات اسلامی پیشین و کنونی تا حدودی سیمای خود را حفظ کرده و حتی پای آن با اصلاحات سال ۱۳۷۰ در قانون مدنی به این قانون نیز باز شده و شورای نظر نگهبان را در نظریهٔ شمارهٔ ۱۲۷۳۴ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲۴ خود دربارهٔ مادهٔ ۱۳۰۹ این قانون به سویی کشانده است که گفته است: «از این نظر که شهادت، بینهٔ شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع» است مورد نقد و انتقاد بوده است.^۵ خواهیم دید که لنگرودی سند عادی بررسی شده و سند رسمی را در این

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۳۴۰، ش ۱۲۷۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، صص ۱۶۷، ۳۹۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، صص ۸۳۱-۸۵۷.

۴. همان، صص ۸۵۶ و ۸۵۷، ش ۱۴.

۵. ر. ک: کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران، میزان، ۱۳۹۲، صص ۳۰۷-۳۰۸، ش ۱۹۵.

زمانه به جهات و دلایلی که خواندنی است، معتبر و حجت می‌داند و از این نگاه حصری و غیرتحقیقی به دلیل فاصله می‌گیرد^۱.

در کنار ماده ۱۳۱۳ اصلاحی سال ۱۳۷۰ قانون مدنی^۲ که به غیر از عدد و جنسیت شهود به شرایط خاص دیگر که باید به طرق شرعی احراز شوند اشاره دارد و نشان دهنده نوعی گرایش به مفهوم اخص بینه در فقه امامیه است، ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی بر بنیاد همان دیدگاه مشهور درباره عدد شاهد در جرائم چنین آورده است: «نصاب شهادت در کلیه جرایم، دو شاهد مرد است مگر در زنا، لواط، تفتیح و مساحقه که با چهار شاهد مرد اثبات می‌گردد. برای اثبات زنا، موجب حد جلد، تراشیدن و یا تبعید، شهادت دو مرد و چهار زن عادل نیز کافی است. زمانی که مجازات غیر از موارد مذکور است، حداقل شهادت سه مرد و دو زن عادل لازم است. در این مورد هرگاه دو مرد و چهار زن عادل به آن شهادت دهند تنها حد شلاق، ثابت می‌شود. جنایات موجب دیه با شهادت یک شاهد مرد و دو شاهد زن نیز قابل اثبات است». از جهت عدل هم ماده ۱۷۷ به شاهد شرعی پرداخته و شرایط آن را به شرح زیر تبیین نموده که شاهد در زمان ادای شهادت باید شرایط زیر را دارا باشد: (الف) بلوغ؛ (ب) عقل؛ (پ) ایمان؛ (ت) عدالت؛ (ث) طهارت مولد؛ (ج) ذی‌نفع نبودن در موضوع؛ (چ) نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها؛ (ح) عدم اشتغال به تکدی؛ (خ) ولگرد نبودن. این قانون که در ماده ۱۸۲ نیز وحدت موضوع و مفاد شهادت در فرض تعدد شاهد را ضروری دانسته، به نظر نشانه دیگری است برای توجه بیش از حد به عدل و عدد و مفهوم خاص بینه.

با این وصف، قانون‌گذار نیز نتوانسته چشم خود را به «علم آزاد» ببندد و در «جهان علوم بسته» سیر کند و از حقیقت و گوهر علم تبعیت نکند؛ مقنن در همین ماده ۱۸۲ بلافاصله مقرر نموده که «هرگاه اختلاف مفاد شهادت‌ها موجب تعارض شود و یا وحدت موضوع را مخدوش کند، شهادت شرعی محسوب نمی‌شود» و بر اساس ماده ۱۸۷ نیز پذیرفته است که «در شهادت شرعی نباید علم به خلاف مفاد شهادت وجود داشته باشد. هرگاه قرائن و امارات بر خلاف مفاد شهادت شرعی باشد، دادگاه، تحقیق و

۱. تقسیم دلایل به تحقیقی و غیرتحقیقی؛ آماری و غیر آماری؛ با نام و بی‌نام؛ مطلق و نسبی؛ موضوعی و حکمی و قابل رجوع و غیرقابل رجوع از ابداعات ایشان است که در دایره‌المعارف حقوق اسلامی انجام شده است. وی به ترتیب دلیل تحقیقی را بر غیرتحقیقی و دلیل مطلق را بر نسبی و دلیل غیر آماری را بر آماری و دلیل موضوعی را بر حکمی مقدم می‌داند. ر.ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره‌المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۱، پیشین، ص ۵۰-۴۶، ش ۱۶، ۲۳.

۲. «در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است. تبصره ۱: عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود. تبصره ۲: شهادت کسی که نفع شخصی به صورت عین یا منفعت یا حق رد دعوی داشته باشد و نیز شهادت کسانی که تکدی را شغل خود قرار دهند پذیرفته نمی‌شود».

بررسی لازم را انجام می‌دهد و در صورتی که به خلاف واقع بودن شهادت، علم حاصل کند، شهادت معتبر نیست» و به هر حال، برابر ماده ۱۷۶ کار را تمام کرده و اعلام داشته است که «در صورتی که شاهد واجد شرایط شهادت شرعی نباشد، اظهارات او استماع می‌شود. تشخیص میزان تأثیر و ارزش این اظهارات در علم قاضی در حدود اماره قضایی با دادگاه است». چنین به نظر می‌رسد که این رویکرد که در حقوق کیفری و به ویژه حدود شرعی بر شهادت شرعی توجه دارد با هدف سخت‌گیری و دقت در اعمال و اجرای حدود الهی وضع شده و در حقوق خصوصی هیچ کاربردی ندارد و آن چه که مقنن در باب گواهی قانون آیین دادرسی مدنی مقرر کرده برای تبیین مفهوم شهادت مفید علم و اطمینان عادی برای قاضی، بسنده است.

۳- بینه و اماره قضایی

پیش از هر چیز باید تأکید کرد که لنگرودی باور دارد که امارات را که بخش مهمی از ادله اثبات دعوا است، فقها در علم اصول مورد بحث قرار داده‌اند، حال آن که باید عصاره آن بحث در باب قضا و ادله اثبات دعوا مورد بررسی واقع شود.^۱ وی اماره را نشانه یا علامتی تعریف نموده که کاشف ظنی معتبر از عرف و عادت است.^۲ لنگرودی در تعارض بین شهادت یا گواهی و اماره قضایی، دومی را ترجیح می‌دهد چرا که مفید علم برای قاضی است نه ظن که در فقه قابل اعتماد نیست: «وقتی که قاضی به صرف علم خود می‌تواند نظر بدهد و فصل خصومت کند و به هیچ یک از ادله اثبات دعوا نیاز ندارد پس به طریق اولی اگر از اماره قضایی (که یکی از بینات به معنی اعم کلمه است) علم به مورد رسیدگی پیدا کند، می‌توان بر طبق این علم، رفتار کند خواه مورد رسیدگی از امور ترافعی باشد یا از امور غیرترافعی» (ص ۷۰). ارزش این سخن آن جایی است که وی مبنا و روح مشترک ادله اثبات دعوا را «علم عادی» یا «قطع متعارف» که «اطمینان» هم نام دارد، می‌داند که برای مردم متعارف در برخورد با قضایا و حوادث ایجاد می‌شود. علامت علم عادی از نظر ایشان «سکون نفس» است که به آن اطمینان هم می‌گویند مانند اقرار که مفید علم عادی است.^۳ او حتی بینه را نیز مفید علم عادی می‌داند چرا که آن هم مصداقی از مصادیق «ظاهر مامون» است که برای انسان امنیت خاطر و سکون نفس پدید می‌آورد.

به باور نگارنده، همین تعبیر لنگرودی از اماره مفید علم و اطمینان برای قاضی در ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ پذیرفته شده است که تحت نفوذ اندیشه‌های لنگرودی تحریر شده است:

۱. همان، مقدمه، ص چهار.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، پیشین، ۱۳۸۱، ص ۶۰۳، ش ۲۲۸۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۱، پیشین، ۱۳۸۱، ص ۴۴، ش ۱۲.

«اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی^۱ محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد». اگر کسی با اندیشه‌های لنگرودی آشنا باشد، واژگان علم یا اطمینان در این ماده را روشن و گویاتر از واژه یا تعریف مقنن از اماره در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی خواهد دانست: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود».

در این جایگاه لنگرودی با چنین برداشتی که از اماره و حجیت علم یا اطمینان ناشی از آن دارد به مسأله اسناد عادی و رسمی وارد می‌شود و حجیت آن را می‌پذیرد: «از استدلال بالا در آینده برای حجیت استناد به اسناد عادی و رسمی هم می‌توان استفاده کرد» (ص ۷۰) و خواهیم دید که قانون مدنی در باب سوگند نیز همین نگرش لنگرودی به علم مقدم بر بینه و یمین را در اصلاحات سال ۱۳۷۰ پذیرفته و ترتب استناد به ادله را بر اساس همین علم در ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی در نظر گرفته است.

۴- بینه و سند

لنگرودی در مقاله «علم آزاد در گردش ادله اثبات»، نخست به ارزش سند در حقوق اسلام برای نفی آنچه در بی‌اعتباری سند مشهور شده^۲ وارد می‌شود و پس از ذکر مثال‌هایی در تاریخ حقوق که نشان می‌دهد بر شاهد گرفتن در روابط حقوقی بسنده شده، دو پرسش مطرح می‌کند: آیا سند رسمی خود حجت است یا دلیل تقویتی است؟ آیا سند عادی قبل از رسیدگی قضایی هم به طور مستقل اعتبار دارد؟ (ص ۷۲ و ۷۳).

گرچه وی در کتاب دایره المعارف اسلامی قضایی به سند و ارزش و اعتبار آن به تفصیل پرداخته است (که در جای خود باید مورد بررسی قرار بگیرد)^۳ اما، درباره سند عادی در این مقاله آورده‌اند که: «علت این که در صدر اسلام به سند عادی به عنوان دلیل مستقل نگاه نکرده‌اند این بود که سواد خواندن و نوشتن محدود بود و امکان نداشت که با جعل (که خدشه در عبارات سند است) با استفاده از نظر کارشناسان ماهر خط در هر دادگاه، مبارزه صورت گیرد، امروز که خطوط میخی دوهزار و پانصد سال را

۱. وی در همین مقاله گفته‌اند که اصطلاح اماره از حقوق باختر به ادبیات حقوق ایران وارد شده که در فقه برابر است با «دلاله الحال»، «شهاده الحال» و «بینه الحال» (ص ۷۱).

۲. «لا اعتبار بالقرطاس» یعنی سند اعتباری ندارد. ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره‌المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۱، پیشین، ۱۳۸۱، مقدمه، ص هجده. وی در ذیل واژه اجازه اجتهاد این عبارت را نقد می‌گیرد که اگر لا اعتبار بالقرطاس درست است چگونه باید به اجازه کتبی اجتهاد اعتماد کرد؟ همان، ص ۲.

۳. همان، ص ۷۵۷-۷۶۸.

می‌خوانند از عهدهٔ جعل در اسناد به خوبی برمی‌آیند. باید زمان را بشناسیم» (ص ۷۳). چرا که عاقل باید سه کار انجام دهد: موقعیت خود را درک کند؛ زبان خود را در اختیار داشته باشد؛ و زمان خود را بشناسد. او سند عادی را که کارشناس بررسی نموده و اصیل تشخیص داده همچون بینه می‌داند که چون برای قاضی علم ایجاد می‌کند، حجت است. از همه مهمتر وی علت اصلی اعتبار سند عادی را آیهٔ «لاتقف ما لیس لك به علم» می‌داند (ص ۷۴). یعنی از چیزی که نمی‌دانی پیروی مکن و برعکس آن، یعنی بر دانستهٔ خود باش.

وی در تصدیق این اعتبار مثالی را از صاحب جواهر در باب وقفیت و ملکیت آورده است که بدون شاهد و صرفاً با بررسی اسناد انجام و اظهارنظر شده است (ص ۷۶-۷۸). با این وصف لنگرودی رسیدگی به اصالت سند عادی را در هر حال لازم می‌داند و به همین علت نقدهایی در دادرسی غیابی به فرضی که خوانده نبوده تا اصالت سند را مورد خدشه قرار دهد و یا در فرض بررسی سند توسط کارشناس به قواعد آیین دادرسی وقت وارد می‌کند که به قاضی اجازه می‌دهد به محض اعلام عدم اصالت، علیه ابراز کنندهٔ سند تصمیم بگیرد و حق اقامه بینه یا استخلاف به وی نمی‌دهند (ص ۷۸). پر بی‌راه نیست اگر پذیرفته شود که مقنن بر اساس همین نظر بوده که در هنگام بازنگری قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ در مادهٔ ۹۶، عدم ابراز اصل سند عادی که مورد انکار و تردید قرار گرفته است را موجب خروج از عداد دلایل خوانده و دربارهٔ خواهان تاکید نموده که اگر دادخواست وی مستند به ادلهٔ دیگری نباشد در آن خصوص دادخواست ابطال می‌شود و از آن رویکرد پیشین موضوع مادهٔ ۱۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ که مورد انتقاد لنگرودی بود، فاصله گرفته است. در مادهٔ ۱۴۶ قانون سال ۱۳۱۸ به فرض خواهانی که دادخواستش به دلایل دیگر مستند نیست اشاره نشده در حالی که این نقیصه در مادهٔ ۹۶ قانون سال ۱۳۷۹ رفع شده که به باور پژوهنده می‌تواند حاصل توجه مقنن به نقد لنگرودی باشد. بر همین اساس است که به باور نگارنده متن اصلاحی مادهٔ ۱۳۳۵ قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ که از «علم قاضی بر مبنای اسناد و امارات» سخن گفته به روشنی تبیین می‌شود و خواننده به راحتی می‌تواند اندیشهٔ لنگرودی در تدوین این ماده را ببیند که: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید». بر این اساس، اگر قاضی از اسناد علمی به دست آورد باید برپایهٔ آیهٔ «لاتقف ما لیس لك به علم» به این علم عمل کند و سوگند را رها نماید.

لنگرودی درباره سند رسمی موضع روشن‌تری دارد چرا که وی هم در «حقوق ثبت» صاحب تالیف بسیار ارزشمندی است^۱ و هم در هنگام حضور در شورای عالی ثبت، توانسته بود از نزدیک طی گزارش‌هایی که برای این شورا آماده می‌کرد با ارزش و وثاقت این اسناد رویارو شده و اثر سترگ «آرای شورای عالی ثبت و شرح آن» را بنویسد^۲. او درباره حقوق ثبت نوشته‌اند:

«حقوق ثبت را «شبه مدنی» نامیده‌اند محتوای مواد قانون ثبت بین دو قطب قانون شکلی و ماهوی در حرکت است و از ترکیب این دو، مقررات ثبت پدید می‌آید احاطه به قانون شکلی و ماهوی و اصول هر یک و آمیختن آن دو با هم، آفریده نوی را عرضه می‌کند که باید در صورت خاص خود به معرض دید نهاده شود»^۳.

بر این اساس، درباره سند رسمی توجه به سه امر را بایسته می‌داند: انتخاب سردفتر بر اساس موازین و دقت متعارف در آن؛ وجود مقررات پیچیده فراروی سردفتر؛ و مراقبت سرزده بازرسان. همچنین تاکید می‌کند که سردفتر نیز برای جلب اعتماد مردم تلاش می‌کند از این رو، این همه دقت، اعتمادانگیز است و علم ناشی از سند رسمی هیچگاه قابل قیاس با ظن شهادت دو شاهد نیست: «سند رسمی بینه به معنای اعم است و طبق دستور کلی «لاتقف ما لیس لك به علم» حجت و معتبر است و اعتبار آن از اسناد عادی که اظهارنظر به اصالت آن شده به مراتب بالاتر است» (ص ۷۸-۷۹). او این نظر را در نوشته‌های دیگر نیز قبلاً ابراز داشته بود: «حجیت اسناد رسمی در عصر ما تابع استدلال بالاست [یعنی استدلال درباره اعتبار اوراق موجود در دفتر دادگاه و نگهداری در جای امن]، زیرا دفترخانه‌ها که این اسناد را تهیه می‌کنند جزئی از سازمان اداری منظمی هستند که بازرسی دائمی بازرسان دفاتر، آن‌ها را زیر پوشش خود قرار داده است... بدون این اسناد امروزه اجرای عدالت میسر نیست. پس اعتبار این اسناد از این اوضاع و احوال و آیه «ان الله یامر بالعدل و الاحسان» و احادیث راجع به ظاهر مامون مایه می‌گیرد»^۴.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، ثبت املاک، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، چاپ ۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، آرای شورای عالی ثبت و شرح آن، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰، چاپ ۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، پیشین، پیشگفتار. همچنین بنگرید به بحث بیشتر در اصول حقوق ثبت در مقدمه کتاب: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، آرای شورای عالی ثبت و شرح آن، پیشین، ص ۲۲-۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، ج ۲، پیشین، ص ۷۶۱.

انسان تابع علم آزاد است

لنگرودی در این مقاله اندیشه استواری را پی گرفته و بر بنیاد آن ساختمانی مستحکم را بنا می کند که به خواننده اثبات می کند که ماهیت ادله اثبات علم عادی یا اطمینان است و نه چیزی دیگر با شکل و فرمی معین. از نظر لنگرودی، این علم در این زمانه بسیار دگرگون شده، وسیله مطمئنی است برای احقاق حق و اجرای عدالت که به دستور کلی قرآن منجر به حمایت از «علم آزاد» می شود و قادر است مشکلات احتمالی ادله اثبات دعوا را که در هر عصر، دوره و هر فرهنگ، به قیودی وابسته شده و تشریفاتی را پیله وار به دور خود تنیده و از علم آزاد در گردش ادله اثبات دور افتاده، حل کند. او با تبحر و تسلط مثال زدنی در این مقاله ارزشمند، به شایستگی توانسته است مبانی فهم و پذیرش تحولات نظام حقوقی ایران در شمارش دلایل و نقش قاضی و اصحاب دعوا در جریان دادرسی و اداره دلایل را تبیین نماید که از منظر تبلور حقوق بومی و توجه خاص به فقه امامیه ارزش بالایی دارد. این اندیشه است که به زعم نگارنده، به ویژه پس از انقلاب اسلامی مبنای وضع ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی و تغییر ماده ۹۶ آن قانون و ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی بوده است. همچنین اگر ادعا شود خط فکری مشابهی در هنگام وضع ماده ۸ قانون پاره ای از قوانین دادگستری سال ۱۳۵۶^۱، به خلاف ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸^۲، وجود داشته که قاضی مدنی را از «انفعال» و «دست و پا بستگی» خارج کرده و در دادرسی و کشف حقیقت، «پویایی» نموده است. خطوطی که سیر حرکت خود را با وضع ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۵۸^۳ و ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹^۴ ادامه داده به اوج رسید در بیان مفهوم علم قاضی و منشا و مبنای آن، مستنداتی که نوعا علم آور است،

۱. «در رسیدگی به کلیه دعاوی حقوقی ارزش و موعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوی همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده ولی دادگاه می تواند هر گونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد. در مواردی که بر دادگاه معلوم باشد استناد یا تقاضای یکی از طرفین مؤثر در اثبات ادعا نیست دادگاه می تواند با استدلال از ترتیب اثر دادن آن خودداری کند».

۲. «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی تحصیل دلیل کند بلکه فقط به دلائلی که اصحاب دعوی تقدیم یا اظهار کرده اند رسیدگی می کند تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند از معاینه محل و تحقیق از گواهان و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها تحصیل دلیل نیست».

۳. «در کلیه امور حقوقی دادگاه (اعم از دادگاه حقوقی یا دادگاه صلح) علاوه به رسیدگی به دلائل مورد استناد طرفین دعوی، هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد».

۴. «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد».

۵. برای مطالعه بیشتر ر. ک: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی (بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی)، چاپ ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۷۰-۱۱۴.

نفی علم استنباطی در مواد ۲۱۱ و ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ و سرانجام، نگارش ماده ۲۱۲ آن قانون:

«در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد اگر علم، بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و بر اساس آن‌ها رأی صادر می‌شود».

این حکومت علم آزاد به تعبیر لنگرودی است که بر تار و پود ادله اثبات دعوا رسوخ نموده و انسان را تابع نورانیت خود می‌کند و از گم‌گشتگی و حیران کشنده نجات می‌دهد. لنگرودی در این مقاله آنچنان با متانت و زیبایی این معنی از علم در گردش ادله اثبات را روشن و هویدا نمود که مقنن نیز از اندیشه‌های او پیروی و خود را از جهان علم بسته دور نمود.

منابع و مآخذ:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، تهران، امیرکبیر، چاپ ششم، جلد اول.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، حقوق اموال، تهران، گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، جلد اول.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، جلد دوم.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، جلد اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، حقوق ثبت، جلد اول، ثبت املاک، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، آرای شورای عالی ثبت و شرح آن، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.
۹. قنبری، محمدرضا (۱۳۸۶)، بر تارک علم، شرح زندگانی، افکار و آثار استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی، تهران، گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران، میزان، چاپ هشتم، جلد اول.
۱۱. محسنی، حسن (۱۳۹۷)، اداره جریان دادرسی مدنی (بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
۱۲. CAPPELLETTI, Mauro & Bryant G. GARTH, (1987), Civil Procedure, Introduction - Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, in: The International Encyclopedia of Comparative Law Vol. XVI, Chapter 1, Boston, J. C. B. MOHR.

استقلال قرارداد و شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی

امسان مظفری^۱

چکیده:

پذیرش یا عدم پذیرش اصل استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی دارای آثار قابل توجهی بر موضوع داوری است. در حقوق ایران و رویه قضایی مستنبط از ماده ۴۶۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، غالباً معتقد به عدم پذیرش استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی هستند. به موجب اتخاذ این رویه، بی‌اعتباری قرارداد اصلی موجب سرایت به قرارداد داوری می‌شود و بر همین اساس هنگام بروز اختلاف در خصوص اعتبار قرارداد اصلی، داور صلاحیت رسیدگی به این اختلاف را نخواهد داشت. برخلاف این رویه، موافقان التزام به استقلال شرط داوری معتقدند که اگرچه شروط مندرج در قرارداد اصلی تابع آن است اما این قاعده در مورد شرط داوری صدق نمی‌کند و برخی مقتضیات تجاری و بازرگانی ایجاب می‌کند که اصل استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی را به رسمیت بشناسیم. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز اصل استقلال شرط داوری را پذیرفته است.

کلیدواژه: استقلال شرط داوری، بطلان قرارداد، قصد ضمنی، قاعده صلاحیت در صلاحیت، موافقت‌نامه داوری

امروزه رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات مدنی، به‌ویژه در زمینه بازرگانی و تجاری مورد اقبال جدی واقع شده است، به گونه‌ای که غالب اختلافات تجاری بین‌المللی در قالب نهاد داوری حل و فصل می‌شود. از همین رو، تمامی کشورها با اندکی دخل و تصرف، نهاد داوری را در نظام‌های حقوقی خود به رسمیت شناخته‌اند.^۱

رجوع به داوری چنان‌که می‌دانیم مبتنی بر تراضی طرفین و انعقاد قرارداد داوری است. این قرارداد ممکن است به دو صورت شرط ضمن عقد که به آن شرط داوری می‌گویند و یا قرارداد مستقل داوری منعقد شود.^۲ به همین جهت شرط داوری و قرارداد داوری نیز تابع شرایط عمومی قراردادهاست. پرسشی که می‌توان در این راستا مطرح کرد این است که اگر در قراردادی برای حل و فصل اختلافات، شرط رجوع به داوری آورده شود، آیا این شرط تابع قرارداد اصلی است و یا اینکه شرطی مستقل از آن است؟ طرح این پرسش از این حیث واجد اهمیت است که در صورت بطلان، فسخ و یا اقاله قرارداد اصلی، آیا این آثار قابل تسری به شرط داوری نیز خواهد بود و یا اینکه شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی می‌تواند به حیات خود ادامه دهد؟ در این خصوص دو رویکرد وجود دارد؛ برخی از حقوق‌دانان با اشاره به ماده ۲۴۶ قانون مدنی معتقد به تسری اثر بطلان، فسخ و اقاله قرارداد اصلی به شرط داوری هستند، اما گروهی دیگر بنابر اقتضائات تجاری و بازرگانی و ماهیت داوری، اصل استقلال شرط داوری را مطرح می‌کنند و معتقدند که اثر بطلان، فسخ و یا اقاله قرارداد اصلی قابل تسری به شرط داوری نیست.

در این نوشته برآن هستیم که مفهوم اصل استقلال شرط داوری و دیدگاه موافقان و مخالفان آن و همچنین قوانین و رویه قضایی ایران و کشورهای مختلف و مراجع بین‌المللی داوری، جایگاه و آثار آن را مورد بررسی و تامل قرار دهیم.

۱- تعریف موافقت‌نامه داوری و مفهوم اصل استقلال شرط داوری

۱-۱- تعریف موافقت‌نامه و شرط داوری

در موافقت‌نامه‌های داوری به‌ویژه داوری تجاری بین‌المللی، غالباً از شرط داوری برای حل و فصل اختلافات خود استفاده می‌کنند. شرط داوری قراردادی است که بر اساس آن اطراف یک رابطه حقوقی توافق می‌کنند که اختلافات احتمالی حاصل از رابطه اصلی را به داور ارجاع کنند. از ویژگی‌های شرط

۱. در فقه اسلامی به داور، قاضی تحکیم می‌گویند و در فقه امامیه داور باید مجتهد باشد.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۷۸، ص ۱۸۷۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۳، گنج دانش، چاپ ۲، ۱۳۹۵، ص ۴۰۵.

داوری این است که پیش از پیدایش اختلاف یا همزمان با انعقاد قرارداد تجاری تنظیم می‌شود و از موارد تمایز شرط داوری با موافقت‌نامه داوری این است که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به‌وجود آمده یا ممکن است به‌وجود آید، به داوری ارجاع می‌شود.^۱

ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م به صورت تلویحی حاوی هر دو نوع داوری اعم از موافقت‌نامه و شرط داوری است، در این ماده مقرر شده است که: «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف، تعیین کنند.» قانون نمونه آنسیترال نیز هر دو نوع داوری را به تصریح آورده است و به نظر می‌رسد تفاوتی هم از نظر آثار آنها قائل نیست. به موجب بخش اول ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال: «موافقت‌نامه داوری قراردادی است بین طرفین که بر مبنای آن تمام یا بعضی از اختلافات به‌وجود آمده در مورد یک رابطه حقوقی معین، اعم از قراردادی یا غیرقراردادی یا اختلافاتی را که ممکن است به سبب آن ارتباط حقوقی معین پیش آید، به داوری ارجاع داده شده باشد. موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در یک قرارداد یا به صورت موافقت‌نامه جداگانه باشد.»^۲ ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز از همین تعریف تبعیت کرده است.^۳ به ادعای برخی نویسندگان در حال حاضر جامع‌ترین نمونه شرط داوری که می‌تواند در یک قرارداد گنجانده شود از سوی مرکز اتاق داوری ایران پیشنهاد شده است، با این تعریف که «کلیه اختلافات و دعاوی ناشی از این قرارداد و یا راجع به آن از جمله انعقاد، اعتبار، فسخ، نقض، تفسیر یا اجرای آن به مرکز داوری اتاق ایران ارجاع می‌گردد که مطابق با قانون اساسنامه و آیین داوری آن مرکز با رای یک یا سه نفر داور به صورت قطعی و لازم‌الاجرا حل و فصل شود. داوران علاوه بر مقررات حاکم، عرف تجاری ذی‌ربط را نیز مراعات خواهند نمود. شرط داوری حاضر، موافقت‌نامه‌ای مستقل از قرارداد اصلی تلقی می‌شود و در هر حال لازم‌الاجراست.»^۴

۱. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، جاودانه، چاپ ۱، ۱۳۹۲، ص ۴۳.

۲. قانون داوری نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵.

۳. <http://www.davaritejari.com/139>

۴. «شخص می‌تواند قبل یا بعد از حدوث یا طرح اختلاف در دادگاه با رعایت مقررات آمره، حل و فصل اختلاف خود را به داور ارجاع کند تا داور با رعایت اصول بنیادین دادرسی به‌صورت مستقل، بی‌طرفانه و حتی المقدور سریع، کم هزینه، محرمانه، تخصصی، با حداقل تشریفات، با لحاظ کرامت و جایگاه اصحاب دعوی فصل خصومت کند.»

۴. شیخ محمدی، مرضیه، پیشین، ص ۴۸.

اصل استقلال شرط داوری از جمله مسائل داوری است که به وفور از سوی حقوق دانان به بحث گذاشته شده است و یکی از قواعد مهم و اساسی در حقوق داوری به‌ویژه در داوری بین‌المللی است. سوالی که در این ارتباط همواره از سوی حقوق دانان مطرح می‌شود این است که رابطه موافقت‌نامه اصلی و قرارداد داوری به چه شکل است؟ به عبارت دیگر، آیا اثر موافقت‌نامه اصلی قابل تسری به قرارداد داوری است؟ به عنوان نمونه اگر موافقت‌نامه اصلی به هر علتی فسخ و یا ابطال شود، شرط داوری چه سرنوشتی پیدا خواهد کرد؟^۱

دلیل اهمیت این موضوع را می‌توان در حاکمیت اراده دانست. به عنوان نمونه یکی از نویسندگان بیان می‌دارد که فرض کنید یک قرارداد انتقال تکنولوژی خاص همراه با شرط داوری منعقد شده است ولی در میانه کار به هر دلیلی معلوم شده که قرارداد باطل است و از آثار بطلان قرارداد این است که اعاده وضع به حالت سابق شود و این اعاده وضع جریانی است که پیچیدگی‌های خاص خود را دارد و می‌تواند منشأ اختلافات مهمی شود. استقلال شرط داوری این امتیاز را دارد که اراده طرفین مبنی بر رفع اختلاف از طریق داوری، که به هر علتی از دیدگاه آنان به مراجع رسمی رجحان داشته است، محفوظ می‌ماند و حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، داور به هر حال می‌تواند در مورد اختلاف طرفین به‌کنحوی اظهار نظر کند.^۲

باید توجه داشت که برخی از نویسندگان میان قرارداد داوری و شرط داوری و اثر موافقت‌نامه اصلی بر هر کدام از آنها قائل به تمایز هستند و معتقدند بحث استقلال قرارداد داوری و مباحث مطروحه پیرامون آن غالباً ناظر بر موافقت‌نامه‌هایی است که شرط داوری در آن وجود دارد. به نظر این افراد بسیار بدیهی است که قرارداد ارجاع به داوری که بعد از قرارداد اصلی منعقد می‌شود، موافقت‌نامه و قراردادی مستقل است زیرا در سندی مجزا گنجانده شده است و موجودیتی متکی به خویش دارد، موضوع خاصی را دنبال می‌کند و بعضاً می‌توان قانون متفاوتی بر آن حاکم کرد. بر همین اساس اجرای قرارداد ارجاع به داوری کاملاً از اجرای تعهدات ماهوی تجاری براساس قرارداد اصلی مستقل است.^۳

اگرچه اصل استقلال موافقت‌نامه و شرط داوری علاوه بر موافقان، مخالفانی نیز دارد، که در مطالب پیش رو به آن اشاراتی خواهیم کرد؛ اما در مجموع اصل استقلال شرط داوری موضوعی است که در غالب

۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ ۳، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۲۹۲.

۲. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داوری، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۲، ۱۳۹۳، ص ۷۰.

۳. دی‌ای ام لیو، جولیان، ای میستلیس لوکاس، ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه حبیبی مجنده محمد، دانشگاه مفید، چاپ نخست، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۲۳.

نظام‌های حقوقی در زمینه داوری مورد پذیرش قرار گرفته است و اغلب کشورهای دنیا این نظر را پذیرفته‌اند که قرارداد داوری از موافقت‌نامه اصلی مستقل است و در نتیجه بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان قرارداد داوری نیست.^۱

۳-۱- موافقان و مخالفان اصل استقلال موافقت‌نامه و شرط داوری

در دکترین حقوقی موافقان و مخالفان اصل استقلال شرط داوری هر کدام برای توجیه نظرات خود دلایلی را عنوان می‌کنند. موافقان این موضوع بیشتر به رویه عملی و اقتضائات بازرگانی و تجاری تاکید دارند و معتقدند که شناسایی استقلال شرط داوری ناظر بر واقعیت‌های موجود در روابط تجاری است؛ برخلاف این موضع، مخالفان با تکیه بر اصول حاکم بر روابط قراردادی از جمله پیروی شرط از عقد، شرط داوری را باطل می‌دانند.^۲

۳-۱-۱- مخالفان

چنان‌که به اجمال اشاره شد، تابعیت فرع از اصل^۳ را (پیروی شرط از عقد) که مبتنی بر تحلیل‌های منطقی است باید نقطه ثقل در رویکرد مخالفان نسبت به اصل استقلال شرط داوری به حساب آورد. این نظر که به آن نظریهٔ قدما نیز می‌گویند، معتقد است طبق اصل تبعیت شرط از عقد فسخ یا بطلان قرارداد اصلی، شرط داوری نیز به طور خودکار باطل خواهد بود. بنابراین اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی‌اثر می‌شود هرچند تمامی شرایط صحت معامله را نیز داشته باشد؛ از این رو، داور واجد صلاحیت برای اتخاذ تصمیم در مورد اعتبار و بطلان قرارداد اصلی نیست و اعتبار شرط داوری بعد از رسیدگی دادگاه به اعتبار قرارداد اصلی معلوم خواهد شد.^۴

به بیان بهتر، سرنوشت شرط داوری نامعلوم است و این موضوع باید در دادگاه رسیدگی شود و مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خود را که اساس آن شرط داوری است و محل ایراد واقع شده، ندارد. افزون بر این، داوری استثنایی بر اصل صلاحیت محاکم دادگستری است و در صورت تردید اصل جاری می‌شود.^۵

۱. پورقصاب امیری، علی و ایزدی محمد رسول، روش‌های حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، مجد، چاپ ۱، ۱۳۹۵، ص ۵۲.

۲. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ ۱، سمت، ۱۳۹۳، ص ۹۴.

۳. *accessorium sequitur principal*

۴. علی پور، حسن و صادقی، مریم، بررسی استقلال شرط ارجاع به داوری در قراردادهای تجاری، نشریه علوم اجتماعی شباک، ش ۱۹، ص ۴۰.

۵. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، پیشین، ص ۷۲.

توجیه این رویکرد بر اساس قوانین داخلی ایران را می‌توان در ماده ۲۴۶ قانون مدنی جست و جو کرد^۱ که به موجب آن: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط‌اله بگیرد.» افزون بر این، در دو نظریه مشورتی شماره ۷/۷۲۱ به تاریخ ۱۳۸۴/۲/۱۰ و شماره ۶۰۳۱/۷ به تاریخ ۱۳۷۵/۹/۲۴ در یک رویکرد کاملاً مشابه و در راستای مخالفت با اصل استقلال شرط داوری آورده شده است که: «ارجاع امر به داوری موکول به احراز وجود اختلاف و تراضی طرفین به داوری می‌باشد، علی‌هذا اگر معامله‌ای به سبب فسخ یا اقاله منحل شود و در نتیجه اصل معامله یا قرارداد از بین برود، بدیهی است که شرط داوری پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط از بین رفته است؛ مگر اینکه طرفین در مورد همین موضوع، یعنی در از بین رفتن اصل قرارداد یا معامله اختلاف داشته باشند که می‌بایست وفق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رفتار شود و صرف درج شرط داوری در قراردادی که اصل آن فسخ یا اقاله شده و از بین رفته است، تکلیفی برای دادگاه جهت ارجاع امر به داوری نمی‌باشد.»^۲

۲-۳-۱- موافقان

موافقان نظریه استقلال شرط داوری معتقدند که مصلحت عمومی و اقتضائات تجاری ایجاب می‌کند که ابطال موافقت‌نامه اصلی به قرارداد داوری تسری نیابد. به زعم این افراد اگرچه شروط مندرج در قرارداد اصلی وابستگی کامل به آن دارند، اما در مورد شرط داوری این قاعده حکومت نمی‌کند.^۳ حیات مستقل شرط داوری را تحت عنوان‌های جدایی‌پذیری،^۴ قسمت‌پذیری یا تفکیک نیز مطرح کرده‌اند که به زعم برخی از نویسندگان با نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد همسانی‌هایی دارد.^۵ در دلایل

۱. در حقوق انگلستان از این موضوع به عنوان «نظریه قرارداد واحد» یاد می‌کنند. یعنی شرط قراردادی در جنب قرارداد اصلی و مستقل از آن نیست بلکه توأماً یک قرارداد را تشکیل می‌دهند.

جنبیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌هایی تجاری بین‌المللی، دادگستر، چاپ ۱، ۱۳۷۶، ص ۱۵۵.

۲. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، پیشین، ص ۷۳.

۳. علی‌پور، حسن و صادقی، مریم، بررسی استقلال شرط ارجاع به داوری در قراردادهای تجاری، پیشین، ص ۴۰.

۴. Severability

۵. در یکی از دعاوی مطروحه در دادگاه استیناف برمودا نظریه جدایی‌پذیری مورد تأکید قرار گرفته شده است. خواهان این دعوی در تلاش بود که حکم صادره از داوری به نفع خود را در برمودا به اجرا گذارد؛ خوانده دعوی در مقام دفاع مدعی بود که موافقت‌نامه داوری بی‌اعتبار بوده است زیرا قرارداد اصلی حاوی شرط داوری تابع اصول حاکم بر روابط قراردادی قوانین روسیه از جمله امضا برای معاملات تجاری خارجی، نیست. دادگاه در ابتدا این سوال را مطرح نمود که آیا این شرایط امضا به موافقت‌نامه داوری هم تسری پیدا می‌کند یا خیر؟ زیرا اگر تسری پیدا کند خود موافقت‌نامه داوری هم بی‌اعتبار می‌شود. دادگاه این ادعا را رد کرد و سپس به این موضوع پرداخت که آیا موافقت‌نامه داوری با بی‌اعتبار بودن قرارداد اصلی که در

دیگر توجیهی برای بقای شرط داوری عنوان شده است که این توافق شامل موضوعات شکلی حل و فصل است در صورتی که قرارداد اصلی تعهدات و حقوق ماهوی را دربر دارد و به نظر می‌رسد غالب داوران بر همین ماهیت شکلی برای توجیه استقلال شرط داوری تاکید می‌کنند.^۱

در حقوق انگلستان برخی دکترین حقوقی، استقلال شرط داوری را با «قصد ضمنی»^۲ طرفین توجیه می‌کنند، با این وصف که طرفین با توافق به داوری قصد می‌کنند که هرگونه اختلافی که به طریق دیگری قابل حل و فصل نیست، از جمله اختلاف راجع به اعتبار قرارداد را از طریق داوری حل کنند. اما در نقد این نظریه گفته شده است که موجه بودن این نظریه متکی بر اعتبار قرارداد اصلی است ولی اگر به سبب عدم قصد، اعتبار قرارداد اصلی مخدوش باشد، تمسک به قصد ضمنی برای حل اختلاف داوری مجاز نخواهد بود.^۳ افزون بر این، این نظر که ما با دو قرارداد جداگانه به شرحی که تحت عنوان جدایی‌پذیری توضیح داده شد، روبرو هستیم و با از میان رفتن قرارداد اصلی دیگری باقی می‌ماند نیز توجیه کننده اصل استقلال نیست بلکه طریق ساده‌ای برای بیان آرزویی است که میل داریم به آن برسیم.^۴ بنابراین، منطقی‌ترین دلیل در توجیه اصل استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی را باید فایده عملی آن و اقتضائات تجاری و بازرگانی دانست چراکه برای برآورده ساختن نیازها و ضرورت‌های تجارت بین‌المللی، تضمین اعتبار، تاثیر شرط داوری و ضرورت حمایت خاص از قرارداد داوری، باید قائل به این استقلال باشیم.

۲- جایگاه، ارتباط و آثار استقلال شرط داوری

۲-۱ جایگاه استقلال شرط داوری در قوانین داوری

۲-۱-۱ ایران

قوانین مربوط به داوری در حقوق ایران در آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ آمده است. در مواد ق.آ.د.م در باب هشتم

آن گنجانده شده بود، مخدوش است یا خیر؟ دادگاه در نهایت این موضوع را نپذیرفت، زیرا قانون روسیه موافقت نامه داوری را قراردادی مجزا می‌داند که معمولاً فارغ از بی‌اعتباری قرارداد اصلی معتبر است.

دی‌ای ام لیو، جولیان، ای میستلیس لوکاس، ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۵.

۱. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، پیشین، ص ۶۴.

۲. Presumed intent

۳. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، مجله علمی پژوهشی نامه مفید، ش ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۱۵.

۴. همان‌جا.

با موضوع داوری، در مورد اصل استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی به تصریح شناسایی نشده است و همین امر سبب شده است که اختلاف نظرهایی در میان نویسندگان حقوقی مبنی بر استقلال شرط داوری در حقوق ایران به وجود آید.

عده‌ای معتقدند که اصل استقلال شرط داوری مستند به ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م مورد پذیرش قرار نگرفته است؛^۱ به موجب این ماده: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌کند.»

برخلاف این نظر عده‌ای دیگر بر این باور هستند که موضوع ماده ۴۶۱ صرفاً قاعده «صلاحیت در صلاحیت» را رد می‌کند و ارتباطی با اصل استقلال شرط داوری ندارد.^۲ به دیگر سخن، مفاد ماده ۴۶۱ صرفاً ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور اعتراض شود، آن داور نمی‌تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده ۴۶۱ (ماده ۶۳۶ آ. د. م سابق) به هیچ وجه ناظر بر استقلال شرط داوری نیست. در نقد این نظر نیز برخی بیان داشته‌اند که «در واقع درست است که ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م سابق و ماده ۴۶۱ فعلی به نوعی به صلاحیت داور مبنی بر تشخیص صلاحیت خود مربوط می‌شود (یعنی اگر معلوم شود که قرارداد داوری باطل است، معلوم می‌شود که داور صلاحیت رسیدگی ندارد و باید دادگاه قضایی صالح به اختلاف رسیدگی کند) لیکن مواد مزبور، در پی بیان وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی نیز هستند زیرا اگر دادگاه پس از رسیدگی تشخیص دهد که قرارداد اصلی معتبر نیست، به قرارداد داوری نیز نباید توجه کند و در نتیجه نباید به انتخاب داور مبادرت کند، تا مثلاً داور به آثار ناشی از بطلان قرارداد اصلی رسیدگی کند.»^۳

پارهای از نویسندگان معتقدند که ماده ۴۶۱ متضمن یک قاعده عام نیست؛ بلکه «ماده مربوط به موردی است که طرفین داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف یک طرف داور خود را معین نکند و برای تعیین داور به جای طرف مستنکف به دادگاه رجوع شود؛ در این صورت هرگاه اختلافی راجع به معامله اصلی یا قرارداد داوری باشد، منطقی است که دادگاه پس از احراز صحت معامله و قرارداد، اقدام به تعیین داور به جای طرف ممتنع نماید. لیکن هرگاه طرفین داوران خود را برگزیده باشند یا بعد از تعیین داور به وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داوری اختلاف

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج سوم؛ آثار قرارداد، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۹، ۱۳۹۳، ص ۱۲۸.

۲. جعفریان، منصور، تاملی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی، مجله مجلس و راهبردش ۱۴، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳.

۳. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، پیشین، ص ۲۰.

راجغ به صحت معامله یا قرارداد مطرح شود، قاعده مذکور لازم‌الاجرا نخواهد بود.^۱ در آرای قضایی صادره از دادگاه‌ها نیز به نظر می‌رسد برداشت دادرسان از سیاق ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م مبتنی بر تسری ابطال موافقت‌نامه اصلی بر شرط داوری باشد. به عنوان نمونه، در پرونده کلاسه ۹۰۰۵۲۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر در رای این دادگاه آمده است که: «با عنایت به اینکه داوری مبتنی بر بقا و دوام قرارداد است و قلمرو داوری به تعهدات قراردادی ارجاع دارد... مستندا به ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م رسیدگی به قرارداد از حیث بقا چنانچه موضوع اختلاف باشد، در صلاحیت دادگاه بوده...»^۲

برخلاف قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ در ماده ۱۶ به صراحت به اصل استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی اشاره شده است. به موجب بخش دوم از بند یک ماده ۱۶: «شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.» بنابراین، شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد است، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل محسوب می‌شود و بر همین اساس تصمیم داور در خصوص بطلان یا ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.^۳

۲-۱-۲- در سایر کشورها

الف- آمریکا

اصل استقلال شرط داوری در ایالات متحده آمریکا به صراحت در قوانین داوری نیامده است، اما در دعوای شرکت «پرایم‌پینت علیه شرکت کانکلین»^۴ در سال ۱۹۶۷ دیوان عالی این کشور حکمی صادر نمود با این مضمون که «جز در مواردی که طرفین ترتیب دیگری اتخاذ کرده باشند، شروط داوری... قابل جدا شدن از قراردادهایی هستند که این شروط در آنها گنجانیده شده اند و در مواردی که ادعای تقلب مستقیما نسبت به خود شرط داوری نباشد، یک شرط داوری موسع... شامل داوری نسبت به این

۱. صفای، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوریها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۰، تابستان ۱۳۷۷، ص ۱۸.

۲. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، پیشین، ص ۸۰.

۳. آزاد منش، رضا، بررسی تاثیر بطلان قرارداد اصلی بر موافقت‌نامه داوری، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره چهارم، ش ۲/۱، بهار ۱۳۹۷، ص ۹.

۴. Prima Paint v. Flood & Conklin

ادعا که قرارداد به وسیلهٔ تقلب منعقد شده است، نیز خواهد شد.^۱ افزون بر استقلال شرط داوری که در رای دیوان مورد شناسایی واقع شده است، چنان که از مضمون و محتوای رای صادره پیداست، دیوان عالی فدرال آمریکا بر این نظر است که باید از شرط داوری تفسیر به عمل آید و چنانچه عبارات شرط آن قدر واضح باشد که طرفین قصد جدا بودن شرط داوری از اصل قرارداد را نداشته باشند، آن شرط از اصل قرارداد جدا نخواهد شد.^۲

البته باید توجه داشت که استقلال شرط داوری نسبت به موافقتنامهٔ اصلی، موضوع رای دیوان عالی کشور آمریکا به تصریح دادگاه استیناف این کشور فقط نسبت به قراردادهای قابل ابطال اعمال می‌شد.^۳ اگرچه بعد از گذشت چند دهه دیوان عالی این کشور دامنه استقلال شرط داوری را از قراردادهای قابل ابطال به قراردادهای باطل نیز تعمیم داد و در یکی از دعوای مطروحه در دیوان عالی، این دیوان اعلام کرد که: «کلمه قرارداد در قانون داوری فدرال نباید تفسیر مضیق شود؛ این کلمه چهار بار در ماده ۲ قانون فدرال آمده است. آخرین بار این کلمه در بند آخر ماده ۲ به کار برده شده است که بر اساس جهات موجود در قانون یا جهاتی که برای فسخ هر قراردادی وجود دارد، اجازه ایراد به شرط داوری را داده است. هیچ شکی نیست که کلمه قرارداد که در آخر بند استفاده شده است باید شامل قراردادهایی که متعاقبا بطلان آن اثبات می‌شود نیز بشود؛ چراکه در غیر این صورت، جهات فسخ (شرط) داوری به مواردی محدود می‌شود که قرارداد قابل ابطال باشد...»^۴

ب- انگلیس

اصل استقلال شرط داوری در حقوق انگلیس همانند ایالات متحده آمریکا زاییده عرف و رویه قضایی است. این اصل با اعمال برخی از محدودیت‌ها از سال ۱۹۴۲ وارد نظام حقوقی این کشور شده است؛ در پرونده‌ای موسوم به دعوای هایمن،^۴ یکی از طرفین مدعی بود که چون طرف مقابل قرارداد اصلی را به کلی نقض کرده است، قرارداد فسخ شده تلقی و در نتیجه شرط داوری نیز فسخ شده محسوب می‌شود. دادگاه در بررسی این ادعا، این استدلال را رد می‌کند و بیان می‌کند که ادعای یکی از طرفین به اینکه چون طرف دیگر قرارداد را کاملاً نقض کرده، تعهدی به آن ندارد امری مردود است، زیرا نقض قرارداد را

۱. نیکبخت، حمیدرضا، استقلال شرط داوری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۹، تابستان ۱۳۷۶، ص ۲۶۹.

۲. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌هایی تجاری بین‌المللی، پیشین، صص ۱۵۳ و ۱۵۴.

۳. راستبد، مازیار و رستمی، عبدالله، بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و آمریکا، مجله حقوق تطبیقی، ش

۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۶۲۷.

۴. Hayman v. Darwins 1942

منتفی نمی‌کند.^۱ در این پرونده مستقل بودن شرط داوری تا آنجا پذیرفته شد که چنانچه قرارداد اصلی به لحاظ نقض اساسی قرارداد یا نقض یک شرط عمده یا عقیم شدن قرارداد منحل گردد، شرط داوری مندرج در آن به قوت خود باقی بوده و داوران صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا قرارداد بدین‌گونه منحل شده است یا نه را ندارند.^۲

در مجموع در حقوق انگلستان دو نظریه در رابطه با موقعیت شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی وجود دارد؛ نظریه نخست، «نظریه قرارداد فرعی یا جنبی»^۳ است که به موجب آن شرط داوری مستقل در جنب قرارداد اصلی است به همین اعتبار شرط داوری حیاتی مستقل از قرارداد اصلی دارد و می‌تواند از آن منفک شود و قابلیت بقا پیدا کند. نظریه دوم که به نظریه سنتی نیز مشهور است مبتنی بر دیدگاه «نظریه قرارداد واحد»^۴ است، شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی نمی‌داند بلکه هر دو را تحت یک قرارداد واحد تلقی می‌کند. هر دو رویکرد قواعد موجد در حقوق انگلستان جاری است و برخی از قواعد با نظریه قرارداد واحد و برخی دیگر با نظریه قرارداد فرعی یا جنبی سازگار هستند.^۵

۱. شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، پیشین، ص ۹۲.
۲. نیکبخت، حمیدرضا، استقلال شرط داوری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۹، تابستان ۱۳۷۶، ص ۲۶۷.

۳. Collateral –contract theory

۴. One –contract theory

۵. جنیدی، لعیا، پیشین، ص ۱۵۵.

همچنین بنگرید به:

Susler, Ozlem, The English Approach to Compétence Compétence, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 13, Issue 3, 2013, p25.

لازم به یادآوری است که در سیستم حقوقی انگلستان و غالب کشورهای اروپایی بر اساس عهدنامه حاکم بر تعهدات قراردادی ۱۹۸۰ موسوم به عهدنامه ۱۹۸۰ رم نه تنها قانون حاکم بر شرط داوری بلکه قانون حاکم بر شروط مختلف قرارداد را می‌توان جدا از قانون حکم بر قرارداد انتخاب کرد.

ب- فرانسه

رویه قضایی کشور فرانسه در شناسایی اصل استقلال شرط داوری نقش بسزایی را ایفا نموده است. در یکی از آرای صادره از دادگاه‌های فرانسه در پرونده موسوم به گاسه^۱ دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۱۹۶۳ چنین بیان می‌کند که «در ارتباط با داوری بین‌المللی، موافقت‌نامه داوری چه از عمل حقوقی مربوطه جدا باشد و چه جزئی از آن را تشکیل دهد، همواره جز در موارد استثنایی، استقلال کامل حقوقی دارد و در نتیجه، عدم اعتبار احتمالی عمل حقوقی مورد بحث به آن خدشه وارد نمی‌کند.»^۲ بسیاری این رای را نقطه آغازی برای شناسایی استقلال شرط داوری می‌دانند و متعاقب آن در آرای دیگر موضوع استقلال شرط داوری مورد پذیرش قرار گرفته است که از جمله آن می‌توان به رای Impex اشاره کرد که به صراحت اعلام شده بود که شرط داوری گنجانده شده در یک قرارداد بین‌المللی به داوران این اختیار را می‌دهد که در خصوص موضوعاتی که به قضاوت آنها واگذار می‌شود، حتی در حیطه مقررات نظم عمومی اظهارنظر کنند.

در رای دیگری نیز که صادره از دادگاه استیناف پاریس است، دادگاه از اصل استقلال قرارداد داوری از موافقت‌نامه اصلی به طور کامل دفاع کرده و بیان داشته است که «ماموریت داوران که پاسخی به ضرورت اصل استقلال موافقت‌نامه داوری است، دادگاه داوری را مکلف می‌کند با حفظ حق طرفین داوری به اعتراض به رای داور در محاکم صلاحیت کامل خود را درخصوص تمام جنبه‌های امر متنازع فیه اعمال کند.»^۳

البته باید توجه داشت که در فرانسه میان داوری‌های داخلی و خارجی تمایز قائل می‌شوند و اصل استقلال شرط داوری را فقط منحصر به داوری‌های بین‌المللی می‌دانند و در مورد داوری داخلی علی‌القاعده شرط داوری قابل جدا شدن از داوری اصلی نیست^۴ و شاید بتوان گفت که دلیل اصلی شناسایی اصل استقلال شرط داوری در سطح بین‌المللی را باید ناشی از ضرورت‌های تجاری و بازرگانی دانست که

۱. Gosset

۲. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، پیشین، ص ۸.

۳. اسکینی، ربیعا، همان، ص ۹.

۴. نیکبخت، حمیدرضا، استقلال شرط داوری، پیشین، ص ۲۲۶.

از آن با عنوان قواعد Lex Mercatoria یاد می‌کنند.^۱ البته در برخی از کشورها مانند بلژیک این قاعده هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌المللی به یکسان مورد پذیرش قرار گرفته است؛ در بلژیک به موجب ماده ۱۶۹۷ کد قضایی بلژیک آمده است که: «تصمیمی مبنی بر اینکه قرارداد بی‌اعتبار است، قانوناً بی‌اثر بودن توافق داورى مندرج در آن را در پی نخواهد داشت.»

۳-۱-۲- در قوانین و رویه بین‌المللی

استقلال شرط داورى، در رویه بین‌المللی داورى به مراتب دارای اهمیت بیشتری در مقایسه با داورى داخلی است. به عقیده برخی نویسندگان استقلال شرط داورى در رویه بین‌المللی از دو جهت مطرح است: نخست، استقلال شرط از قرارداد اصلی؛ دوم، استقلال شرط از قانون دولتی طرفین. زیرا این اعتقاد وجود دارد که شرط داورى نه تنها از قرارداد اصلی مستقل است، بلکه متکی بر قانون ملی طرفین هم نیست.^۲ در اسناد بین‌المللی که استقلال شرط داورى را مورد شناسایی قرار داده‌اند می‌توان به بند ۲ از ماده ۱۸ قانون متحدالشکل شورای اروپا اشاره کرد که به موجب آن «حکم به عدم اعتبار یک قرارداد، قانوناً مستلزم بطلان موافقت‌نامه داورى مندرج در آن نیست.» کنوانسیون اروپایی راجع به داورى بین‌المللی مورخ ۱۹۶۱، در ماده ۵ به طور ضمنی اصل استقلال شرط داورى را پذیرفته است و همچنین بند ج از ماده ۶ قطعنامه آمستردام مصوب ۱۹۷۵ از استقلال قرارداد داورى صحبت می‌کند و رژیم حقوقی قرارداد و شرط داورى را جدای از رژیم حقوقی قابل اعمال نسبت به ماهیت دعوی می‌داند.^۳

اصل استقلال شرط داورى در بند ۴ ماده ۸ قواعدای سی سی پذیرفته شده است. در این بند آمده است که: «مگر آنکه غیر از این مقرر شود، داور به دلیل هرگونه ادعایی که قرارداد باطل و بی‌اثر است یا قرارداد وجود ندارد، متوقف از صلاحیت نخواهد، مشروط برآنکه وی نظر بر اعتبار توافق داورى داشته باشد. صلاحیت او برای تعیین حقوق طرفین و قضاوت در خصوص ادعا و درخواست‌ها ادامه خواهد داشت، حتی اگرچه ممکن باشد که خود قرارداد وجود نداشته باشد یا باطل و بی‌اثر باشد.»^۴

قانون نمونه آنسیترال در ماده ۱۶ به موضوع اصل استقلال شرط داورى اشاره کرده است. این ماده مقرر می‌دارد: «دیوان داورى می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داورى اتخاذ تصمیم کند.» به زعم نویسندگان، اصل مندرج در این ماده از اصول مهمی است که به

۱. پورقصاب امیری، علی و ایزدی محمد رسول، پیشین، ص ۵۴.

۲. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داورى، پیشین، ص ۷۰.

۳. جنیدی، لغیا، پیشین، ص ۱۴۶.

۴. نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، ص ۲۷۰.

افزایش کارایی داوری کمک شایانی کرده است.^۱ ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال دربردارنده قاعده صلاحیت در صلاحیت است که در ادامه به بحث خواهیم پرداخت؛ اما به اجمال می‌توان گفت معنای ضمنی پذیرش قاعده صلاحیت در صلاحیت دربردارنده قاعده استقلال شرط داوری نیز هست.

یکی دیگر از منابع مهم برای شناسایی اصل استقلال شرط داوری در سطح بین‌المللی، رویکرد دیوان‌های داوری بین‌المللی است. چنان‌که پیداست در خصوص اصل استقلال شرط داوری آرای صریحی وجود دارد که این آرا عمدتاً مربوط به دعاوی مطروحه نزد موسسات بین‌المللی داوری مانند بازرگانی بین‌المللی است که در آنها خواندگان ایراد عدم صلاحیت داوران را مطرح ساخته‌اند و معمولاً دادگاه‌های داوری با اعمال تفاسیری از تئوری‌های صلاحیت نسبت به صلاحیت و استقلال شرط داوری این ایرادات را مورد پذیرش قرار نداده‌اند و نسبت به ماهیت مورد منازعه حکم صادر کرده‌اند. به زعم یکی از نویسندگان بررسی این دعاوی حاکی از آن است که استقلال شرط داوری نسبت به توافقات قابل ابطال امری است که به خوبی پذیرفته شده است اما در خصوص قراردادهای باطل این رویه به ندرت دیده می‌شود. به عنوان نمونه، در یکی از دعاوی، داور چنین نظر می‌دهد که: «در مواردی که اوضاع و احوال به وضوح دلالت دارد بر اینکه هرگز قرارداد معتبری بین طرفین موجود نبوده است، ممکن است همیشه یک شرط داوری موثر و کارآمد نباشد.»^۲ اگرچه به نظر می‌رسد این موضوع مورد تفسیر مضیق است و غالباً رویه بین‌المللی بر این است که اصل استقلال شرط داوری به‌جز در موارد استثنایی مورد پذیرش داوران قرار گیرد.

۲-۲- ارتباط اصل استقلال شرط داوری و قاعده صلاحیت بر صلاحیت^۳

قاعده «صلاحیت بر صلاحیت» ارتباط تنگاتنگی با مفهوم اصل استقلال شرط داوری دارد و بدین معناست که داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود اظهارنظر کند.^۴ این قاعده فراورده منطقی اصل استقلال شرط داوری است و یکی از مهمترین جنبه‌های پذیرفته شده قوانین داوری مدرن می‌باشد و مبنای منطقی این قاعده برای اطمینان از حل و فصل سریع اختلافات ناشی از ایرادات مربوط به صلاحیت

۱. سیفی، سیدجمال، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، ص ۶۲.

۲. جنیدی، لعیا، پیشین، ص ۱۴۸.

۳. competence de la competence / competence to competence

۴. Landolt, Philip, The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz, Journal of International Arbitration, Published by Kluwer Law International, ۲۰۱۳, p۵۱۳.

طرفین است که می‌تواند توسط دیوان داوری به عنوان یک امر مقدماتی حل و فصل شود.^۱ یکی از موضوعات مهمی که به زعم نویسندگان می‌تواند در داوری مطرح شود، تعیین مرجع صالح در رسیدگی به اختلافی است که نسبت به وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری یا قلمرو آن ممکن است بین طرفین بروز کند.^۲

در مجموع سه دیدگاه در خصوص معنای قاعده صلاحیت در صلاحیت وجود دارد؛ نخست اینکه داوران نظر خویش را به طور محدود در مورد اختیار رسیدگی و تصمیم‌گیری خویش بیان می‌کنند؛ دوم اینکه دادگاه از هرگونه دخالتی در جریان مسائل صلاحیتی خودداری کند تا زمانی که داور تصمیم بگیرد که بر اساس آن داوران نخستین کسانی هستند که به مسئله صلاحیت می‌پردازند؛ سوم اینکه دادگاه درباره حدود اختیارات و صلاحیت داوران به طور کامل حق دخالت نخواهند داشت و حرف اول و آخر در مورد صلاحیت را خود داوران خواهند زد.^۳

در خصوص ارتباط استقلال شرط داوری چنان‌که به اجمال اشاره شد، پذیرش استقلال شرط داوری موجب خواهد شد که داور را صالح برای رسیدگی در مورد دعاوی بطلان و یا فسخ قرارداد اصلی بدانیم و به همین اعتبار می‌توان گفت که صلاحیت وی برای رسیدگی به صلاحیت خود را نیز پذیرفته‌ایم. به زعم برخی، اگرچه می‌توان گفت که تئوری استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت را به دنبال دارد اما نمی‌توان قلمرو این دو قاعده را مشابه دانست^۴ زیرا در مواردی یکی از طرفین می‌تواند مدعی عدم صلاحیت داور شود بدون آنکه موافقت‌نامه داوری را زیر سوال ببرد.^۵ در همین راستا یکی دیگر از نویسندگان با اعتقاد به اینکه بسیاری اصل استقلال شرط داوری را با قاعده صلاحیت در صلاحیت خلط می‌کنند، معتقد است که تنها حوزه کارکرد و مداخله این دو اصل را می‌توان در جایی دانست که اصل استقلال شرط داوری پذیرفته شود و طرف مقابل ادعایی را صرفاً نسبت به قرارداد اصلی (و نه شرط داوری ضمن آن) مطرح سازد و این ایراد مختص خود قرارداد اصلی می‌باشد

۱. قاسمی، ولی، بررسی تطبیقی قاعده صلاحیت بر صلاحیت در حقوق داوری تجاری بین‌المللی ایران و انگلیس، فصلنامه مطالعات حقوق، ش ۵، زمستان ۱۳۹۵، ص ۸۰.

۲. شمس، عبدالله، موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷، پاییز ۱۳۸۲، ص ۲۶.

۳. شیخ محمدی، مرضیه، پیشین، صص ۱۱۰ و ۱۱۱.

۴. برخی نویسندگان نیز در همین راستا معتقدند که قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت و قاعده استقلال شرط داوری در عین ارتباط دو مفهوم جداگانه هستند. بنگرید به:

Jack Tsen-Ta LEE, Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore, Research Collection School Of Law, Institutional Knowledge at Singapore Management University, 1995, p421.

۵. علی پور، حسن و صادقی، مریم، پیشین، ص ۴۲.

مانند مجهول بودن مبیع)؛ در چنین فرضی چنانچه داوری رای به عدم اعتبار قرارداد اصلی دهد، شرط داوری ضمن آن از رای داوری مبنی بر بی اعتباری قرارداد اصلی مصون خواهد ماند و به این ترتیب با آن دور باطل که رای داوری در عین بی صلاحیتی وی صادر شده است، مواجه نخواهیم شد. با این همه قاعده صلاحیت در صلاحیت پیوندی با اصل استقلال شرط داوری ندارد.^۱

جایگاه قاعده صلاحیت بر صلاحیت در نظام حقوقی کشورهای مختلف بدین شرح است که در حقوق ایران در ماده ۴۶۱ آیین دادرسی مدنی به نحوی که گفته شد به دلیل عدم شناسایی اصل استقلال شرط داوری به طریق اولی قاعده صلاحیت بر صلاحیت نیز قابل پذیرش نیست؛ چنان که یکی از نویسندگان نیز اشاره کرده است «ماده ۴۶۱ در نگاه اول، از یک سو نظریه استقلال شرط داوری را تایید نمی نماید و از سوی دیگر رسیدگی به اختلاف نسبت به موافقت نامه داوری را در صلاحیت دادگاه قرار می دهد و به بیان دیگر قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت را نیز نمی پذیرد.»^۲ اگرچه در داوری تجاری بین المللی در ماده ۱۶ این موضوع با شناسایی اصل استقلال شرط داوری مورد پذیرش واقع شده است. در ماده ۳۹ قانون داوری انگلستان و ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال نیز این قاعده به اعتبار استقلال شرط داوری مورد قبول قرار گرفته است.^۳

گفتار سوم: اثر استقلال شرط داوری

آثار حاکم بر استقلال شرط داوری مهمترین موضوع این مباحث مربوط به استقلال شرط داوری دانست. چنان که در مورد دلایل موافقان و مخالفان استقلال شرط داوری به تفصیل سخن گفته شد، اتخاذ هر کدام از این رویکردها می تواند دارای آثار متفاوتی باشد. حقوق دانان شناسایی استقلال شرط داوری را واجد دو اثر مهم می دانند؛ نخست اینکه، اصل استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی از یک طرف موجب عدم تاثیر بطلان یا فسخ قرارداد اصلی در موافقت نامه داوری می داند و از طرف دیگر، این امکان را فراهم می آورد که موافقت نامه داوری مشمول قانونی متفاوت بر قانون قرارداد اصلی شود.^۴

۱. راستبد، مازیار و رستمی، عبدالله، پیشین، ص ۶۲۱.

۲. شمس، عبدالله، پیشین، ص ۲۹.

۳. قاعده صلاحیت بر صلاحیت در رویه بین المللی از جمله در مقررات دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی، قواعد داوری مرکز منطقه داوری تهران، قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران و قانون دیوان بین المللی داوری لندن نیز مورد شناسایی واقع شده است.

قاسمی، ولی، پیشین، ص ۸۴ الی ۸۷.

۴. رئیسی، مریم و ساعدی، بهزاد، استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، ش ۱۹، تابستان ۱۳۹۲، ص ۸.

عدم تاثیر بطلان یا فسخ قرارداد اصلی بر شرط داوری متضمن پذیرش این موضوع است که شرط داوری در برابر شروط باطلی که ممکن است قرارداد اصلی را تحت تاثیر قرار دهند، دارای مصونیت خواهد بود. اما برخی این سوال را مطرح می‌کنند که فارغ از بطلان قراردادی که به وجود آمده است، در فرضی که یکی از طرفین مدعی عدم وجود قرارداد اصلی باشد، آیا همچنان استقلال شرط داوری به قوت خود باقی است؟ در پاسخ به این پرسش برخی می‌گویند اگر نتوانیم ایجاب و قبول طرفین قرارداد را احراز کنیم، قرارداد منعقد نشده و به دلیل عدم وجود توافق، شرط داوری که در قرارداد گنجانده شده چیزی بیش از دیگر شروط نیست.

یکی از حقوق دانان آیین دادرسی مدنی مطابق ماده ۴۶۱ آ. د. م بر این باور است که هرگاه دعوی موضوع موافقت نامه داوری در دادگاه اقامه شود و یکی از طرفین با استناد به موافقت نامه داوری، نسبت به صلاحیت دادگاه ایراد بگیرد اما طرف مقابل منکر وجود موافقت نامه داوری یا مدعی بی اعتباری آن شود، دادگاه ابتدا به اختلاف مزبور رسیدگی و نسبت به آن اظهار نظر می‌کند و اگر موافقت نامه مزبور را موجود و معتبر تشخیص داد، قرار عدم صلاحیت (عدم استماع) صادر و گرنه به دعوی موضوع آن، وفق مقررات رسیدگی می‌کند.^۱ عده‌ای دیگر هم معتقدند که اگر یکی از طرفین نیز مدعی عدم وجود قرارداد باشد، به وسیله اصل استقلال قرارداد داوری می‌توان بدون رجوع به محاکم قضایی، اختلاف را حل و فصل کرد.^۲

استقلال شرط داوری چنان که گفته شد، مشمول این استنباط منطقی نیز خواهد شد که بتوانیم قانونی مستقل از قانون حاکم بر موافقت نامه اصلی بر آن حاکم کنیم اما به عقیده برخی از نویسندگان، اگر طرفین قانون حاکم بر قرارداد اصلی را انتخاب کرده باشند می‌توان شرط انتخاب قانون حاکم را در مورد موافقت نامه داوری هم قابل اعمال دانست مگر آنکه برخلاف آن توافق شده باشد.^۳

به طور کلی با وجود مقبولیت گسترده استقلال شرط داوری، معمولاً طرفین به تعیین قانونی مستقل برای حکومت بر شرط داوری نمی‌پردازند در صورتی که بسیاری از موافقت نامه‌های مستقل داوری دربرگیرنده قانون حاکم هستند و اگر چنین چیزی انجام نشده باشد دیوان داوری راساً مبادرت به تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری می‌کند. بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک مقرر کرده است که در صورت نبود انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری، قانون کشور مقر معیار سنجش اعتبار قرارداد داوری باشد؛ افزون بر

۱. شمس، عبدالله، پیشین، ص ۳۳.

۲. رئیس، مریم و ساعدی، بهزاد، پیشین، ص ۱۰.

۳. دی‌ای ام لیو، جولیان، ای میستلیس لوکاس، ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، پیشین، ص ۱۲۹.

این، تسری قانون قانون ماهوی حاکم بر قرارداد اصلی به شرحی که بیان شد، راه حل دیگری برای تعیین قانون حاکم است که به عقیده برخی از نویسندگان این موارد تا حدود زیادی شرط استقلال داور از قرارداد اصلی را نادیده می‌گیرد.^۱

بررسی آرای قضایی

جایگاه اصل استقلال شرط داور از موافقت‌نامه اصلی در آرای قضایی صادره در حقوق ایران غالباً مبتنی بر همان برداشت ظاهری از ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م است که بر اساس آن اصل استقلال شرط داور مورد پذیرش قرار نگرفته است. البته این عدم پذیرش به شکل‌های گوناگونی بوده است. به‌عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۲ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نسبت به دادنامه شماره ۶۲۸ به تاریخ ۱۳۹۱/۷/۱۹ صادره از شعبه ۳۷ دادگاه حقوقی تهران، تجدیدنظرخواه خواسته‌ای مبنی بر ابطال رای داور مطرح نموده است. در بخش از این دادنامه دادگاه بیان داشته است که «صلاحیت داور جهت اظهارنظر مبنی بر شرط داور موضوع بند ۵ ماده ۶ قرارداد مورخ ۱۳۸۹/۸/۲ می‌باشد و انحلال قرارداد از باب فسخ ملازمه با انحلال شرط داور دارد و از این حیث رای داور به طور صحیح صادر نگردیده است.» در این دادنامه، دادگاه به صراحت شرط داور و اعتبار آن را منوط به قرارداد اصلی می‌داند.

در دادنامه دیگری به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۲۱۲ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامه شماره ۶۱۱ به تاریخ ۱۳۹۱/۹/۲۱ شعبه ۸۵ دادگاه عمومی تهران، دادگاه در بخش از دادنامه استدلال کرده است که «با عنایت به اینکه قرارداد مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۷ به موجب صورت جلسه ۱۳۸۷/۱۰/۷ اقاله شده است، اساساً نه قراردادی برای داور وجود دارد و نه شخص صلاحیت حل اختلاف دارد...» در همین راستا در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۶۰۱۲۲۶ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران به خواسته «درخواست ابطال رای داور»، از آنجا که قراردادی که در آن شرط داور برای حل اختلاف پیش‌بینی شده بود، فسخ گردیده است؛ دادگاه چنین استدلال کرده است که «موضوع فسخ قرارداد در رای داور نیز مورد تأکید قرار گرفته است که در این فرض با فسخ معامله مزبور و انحلال آن، اصل معامله و قرارداد از بین خواهد رفت و بدیهی است که شرط داور پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط ضمن قرارداد منتفی می‌شود و ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م نیز مشعر بر همین امر است.»

۱. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار حسینی، قانون حاکم بر داور پذیرد دعوی، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۵۴۸.

افزون بر این، در یکی از نشست‌های قضایی در شهرستان تبریز سوالی در خصوص استقلال یا عدم استقلال شرط داوری مطرح شده بود و اکثریت قضات دادگستری تبریز معقد بودند که چون شرط داوری در حقوق ایران اعتبار مستقلی ندارد و تابع قرارداد اصلی می‌باشد، با اقاله آن شرط داوری نیز منتفی شده و بنابراین توابع آن نیز بلاثر می‌شود. در مقابل اقلیت قضات معتقد بودند که شرط داوری مستقل از قرارداد است و اقاله قرارداد و توافق بر داوری، نشان می‌دهد که به بقای شرط نظر داشته‌اند. در این خصوص نظر کمیسیون معاونت آموزش قوه قضاییه نیز همانند نظر اکثریت است.

در مقابل این رویه غالب در آرای قضایی، در تعداد معدودی از آرا بر اصل استقلال شرط داوری تاکید شده است. به عنوان نمونه در پرونده شماره ۹۰۰۹۹۸۵۱۱۰۲۰۰۲۹۸ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، دادگاه در رد خواسته خواهان مبنی بر ابطال رای داور، بیان داشته است که «به جهت استقلال شرط داوری و اینکه طرفین، حل اختلاف و تفسیر در اجرای قرارداد را به داوری ارجاع کرده‌اند، مادام که موضوع در مرجع داوری طرح و مورد رسیدگی واقع نشود، قابل رسیدگی در مراجع دادگستری نخواهد بود. ادعای بطلان قرارداد موجب بی‌اعتباری شرط داوری نخواهد شد. پذیرش چنین ادعایی موجب می‌شود تا توافق طرفین قرارداد بر حل اختلاف در مرجع غیردادگستری بی‌اثر گردد و بنابراین ادعای وکیل خواهان دایر بر بطلان قرارداد و سرایت قرارداد بر شروط آن قابل پذیرش نیست. از سوی دیگر ادعای بطلان قرارداد همچنان که به عنوان خواسته خواهان در دادخواست تصریح شده، به نظر دادگاه قابل حمل بر مفهوم اختلاف در تفسیر و اجرای قرارداد است و از این حیث نیز نمی‌توان قائل به تحدید صلاحیت داور به سود مراجع قضایی شد.» علاوه بر این، دادگاه ماده ۴۶۱ ق. آ. د. م را نیز در این خصوص قابل اعمال نمی‌داند و در توضیح آن بیان داشته که «سیاق و نحوه نگارش این ماده و همچنین با نگاه به مواد قبل و بعد از آن، استنباط می‌شود که فرض ماده قانونی ناظر به مواردی است که دعوایی همچون بطلان رای داوری با تعیین داور نزد دادگاه مطرح شده باشد و قید «ابتدا» نیز موید همین برداشت است و دکتین حقوقی نیز چنین استنباطی از ماده ۴۶۱ ق. آ. د. م ارائه کرده است.»

اصل استقلال شرط داوری از موافقت‌نامه اصلی امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا و به‌ویژه اسناد و قواعد بین‌المللی داوری به رسمیت شناخته شده است. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسیده است نیز این موضوع را در ماده ۱۶ انعکاس داده است که این رویکرد در قانون‌گذاری مبین توجه قانون‌گذار به اقتضائات داوری است. اینکه قانون آیین دادرسی مدنی که مؤخر بر قانون داوری تجاری بین‌المللی به تصویب رسیده است، نسبت به استقلال شرط داوری صراحت قانونی نداشته است، موجب شده که بسیاری ماده ۴۶۱ این قانون را ناظر بر موضوع استقلال شرط داوری قرار دهند و به همین اعتبار، اصل استقلال شرط داوری را به رسمیت نشناسند. بررسی رویه قضایی نیز موید همین امر است و قضات نیز غالباً بر مبنای ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م معتقدند که اصل استقلال شرط داوری را نمی‌توان مورد عنایت قرار داد.

به زعم نگارنده، با استناد به رویه قضایی کشورهای مختلف، اقتضائات تجاری و بازرگانی و اهمیت داوری به عنوان راهکاری برای حل و فصل اختلافات و رویکرد قواعد و مراجع بین‌المللی داوری در این خصوص و عدم صراحت ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م و افزون بر آن رویکرد قانون داوری تجاری بین‌المللی، اصل استقلال شرط داوری موضوعی است که باید در رویه قضایی مورد پذیرش قرار گیرد. محدود آرای که در راستای این موضوع صادر شده است نیز راهنمای مناسبی برای توجیه این اصل است و به نظر می‌رسد دیوان عالی کشور به عنوان مرجع صدور آرای وحدت رویه می‌بایست در این خصوص رای وحدت رویه صادر کند.

الف-کتاب‌ها

۱. آزادمنش، رضا، (۱۳۹۷)، بررسی تاثیر بطلان قرارداد اصلی بر موافقت‌نامه داوری، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره چهارم، شماره ۲/۱.
۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۳)، «مبانی نظری استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، مجله علمی پژوهشی‌نامه مفید، شماره ۴۳.

ب-مقاله‌ها

۳. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار حسنی (۱۳۹۷)، «قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۲.
۴. پورقصاب امیری، علی و ایزدی محمد رسول، (۱۳۹۵)، روش‌های حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، مجد، چاپ اول.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، گنج دانش، چاپ اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، گنج دانش، چاپ دوم.
۷. جعفریان، منصور، (۱۳۷۳)، «تاملی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی»، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۱۴.
۸. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌هایی تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، چاپ اول.
۹. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۳)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
۱۰. دی‌ای ام لیو، جولیان، لوکاس، ای میستلیس، استفان، ام کرول، (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه: حبیبی مجنده، محمد، دانشگاه مفید، چاپ نخست.
۱۱. راستبد، مازیار و رستمی، عبدالله، (۱۳۹۷)، «بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و آمریکا»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲.
۱۲. رئیسی، مریم و ساعدی، بهزاد (۱۳۹۲)، «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۹.

۱۳. سیفی، سیدجمال (۱۳۷۷)، «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳.
۱۴. شمس، عبدالله، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۸۲.
۱۵. شیخ محمدی، مرضیه، (۱۳۹۲)، استقلال شرط داوری؛ مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، جاودانه، چاپ اول.
۱۶. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، سمت.
۱۷. صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰.
۱۸. علی پور، حسن و صادقی، مریم، «بررسی استقلال شرط ارجاع به داوری در قراردادهای تجاری»، نشریه علوم اجتماعی شباک، شماره ۱۹.
۱۹. قاسمی، ولی، (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی قاعده صلاحیت بر صلاحیت در حقوق داوری تجاری بین‌المللی ایران و انگلیس»، فصلنامه مطالعات حقوق، شماره ۵.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم؛ آثار قرارداد، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.
۲۱. نیکبخت، حمیدرضا، (۱۳۷۶)، «استقلال شرط داوری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۹.
۲۲. نیکبخت، حمیدرضا، (۱۳۷۶)، «استقلال شرط داوری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۹، تابستان.
۲۳. یوسفزاده، مرتضی، (۱۳۹۳)، آیین داوری، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.

ج- منابع لاتین

۲۴. Jack Tsen-Ta LEE, Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore, Research Collection School Of Law, Institutional Knowledge at Singapore Management University, 1995.
۲۵. Landolt, Philip, The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz, Journal of International Arbitration, Published by Kluwer Law International, 2013.
26. Susler, Ozlem, The English Approach to Compétence Compétence, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 13, Issue 3, 2013.

تسامح حقوقی در اندیشه استاد جعفری لنگرودی

علیرضا مظلوم رهنی^۱

شهرام عابدینی^۲

چکیده:

تسامح در اسلام دارای مبانی‌ای است که فقها با توجه به این مبانی و با استناد به اخبار "من بلغ" به اثبات قاعدهٔ تسامح پرداخته و آن را تحت عنوان شریعت "سهله و سمحه" مطرح می‌کنند. در علم حقوق نیز این قاعده تحت عنوان تسامح حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد و از آن به انعطاف‌پذیری و رعایت مصالح مردم در امر قانون‌نویسی، اغماض و گذشت در اعمال برخی از قوانین و مقررات یاد می‌شود. در مقاله حاضر ابتدا به بررسی مفهوم تسامح، تبیین مبانی آن در اسلام، جایگاه آن در حقوق داخلی به ویژه از منظومهٔ فکری استاد جعفری لنگرودی تمرکز خواهد شد.

کلیدواژه: اغماض، تساهل، تسامح، تقنین، رویه قضایی

^۱. دکترای حقوق خصوصی (استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرقدس)

Email: dr. mazloom14@yahoo. com

^۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه عدالت

Email: Shahram. abedini69@yahoo. com

واژه تسامح در ادبیات فقهی حقوقی از صدر اسلام مورد توجه بوده است آیات و روایاتی که به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته، گواه است که با سیر تحول تاریخی، از دو مفهوم ساده، امروزه این واژه به یک قاعده فقهی حقوقی تبدیل شده است.

تسامح از ماده سمح به معنای بخشش و گذشت همراه با جود و بزرگواری دانسته شد.^۱ شناسایی مفهوم تسامح به عنوان یک قاعده در علم حقوق می تواند حائز آثار مطلوبی در اجتماع باشد چرا که تدوین قوانین و مقررات بدون در نظر گرفتن آن تصلب زائد بر حد معقول صورت خشن و گاه غیر قابل تحمل قوانین را پررنگ تر می کند و در نتیجه استحکام روابط اجتماعی، حقوقی، نظم جامعه، که غایت یک نظام حقوقی است را به مخاطره می اندازد.

لاجرم رعایت مصالح همان مردم به دلیل ضرورت های زندگی و لزوم بهره مندی از راه حل های حقوقی، چنان است که ضرورت پرداختن به آن را به عنوان موضوعی مستقل توجیه و پیش بینی چنین قاعده ای در امر قانون نویسی و اعمال آن در رویه قضایی ضرورت می یابد.

در مقاله پیش رو ابتدا به بررسی مفهوم تساهل و تسامح، شناسایی آن به عنوان یک قاعده در اسلام، بررسی مبانی آن و تبیین جایگاه آن در حقوق داخلی پرداخته شده است.

۱. فیروز آبادی، ابوطاهر مجد الدین محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، ج ۳، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۹۹۱ م، ص ۵۸۳.

۱- کلیات

در اینجا به بررسی معنای لغوی و اصطلاحی تسامح، تبیین ترجمه لاتین، ارائه پیشینه تاریخی، مقایسه تسامح با تساهل می‌پردازیم.

۱-۱- معنای لغوی:

تسامح در لغت به آسان گرفتن، مدارا کردن، کوتاهی کردن، فروگذاری کردن، سهل‌انگاری^۱ اغماض و چشم‌پوشی کردن^۲ معنا شده است.

در واژه تسامح همواره نوعی بزرگواری، بزرگ‌منشی، احسان، بخشش و توانایی نیز وجود دارد.^۳ که به موجب افتراق آن با تساهل و معادل لاتین آن Tolerance گردیده است

۱-۲- معنای اصطلاحی

تسامح در اصطلاح به تحمل عقاید مخالف و اجازه اظهارنظر به آن گفته می‌شود.^۴ برخی نیز تسامح و تساهل را به یک معنا و به پذیرش عقاید مخالف معنا کرده‌اند^۵ که قابل انتقاد به نظر می‌رسد چراکه پذیرش عقیده مخالف به منزله اعتراض نداشتن و مخالفت نورزیدن با آن است که چنین نگرشی را نمی‌توان تسامح و یا تساهل نامید^۶ بعضی نیز آن را به‌درستی از ماده (سمح) به معنای بخشش و گذشت و به نوعی کنار آمدن همراه با جود و بزرگواری دانسته‌اند.^۷

۱-۳- ترجمه لاتین و ایراده وارده بر آن

امروز برخی از اندیشمندان مسلمان دو واژه تسامح و تساهل را معادل واژه تو Tolerance به کار می‌برند.^۸ این در حالی است که غربی‌ها واژه Tolerance را در معنای سعه صدر داشتن نسبت به اعمال و عقاید، تحمل روش‌های نو و کهنه‌ای که مخالف با روش پذیرفته شخص است (صبر) و همچنین عدم اظهار نفرت از آداب و اعتقادات دینی و مذهبی دیگران به کار می‌برند (بردباری)^۹

۱. معین، محمد، لغت نامه (فرهنگ معین)، ج ۱، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰۷۸.

۲. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۴، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۲۵۸۹۳.

۳. حنایی کاشانی، محمدسعید، ترجمه تساهل و تسامح نوشته موريسكرنس، مجله نامه فرهنگ ش ۲۸، ۱۳۷۶، ص ۶۲.

۴. Mauricecranston1967m. p143.

۵. کدیور، محسن و سایرین، تساهل و تسامح دینی، پویایی و بالندگی یا التفاظ و انحراف، مجله کیهان فرهنگی، ش ۱۳۵، ۱۳۷۶، ص ۴.

۶. بشریه، حسن، ده گفتار در فلسفه و جامعه‌شناسی سیاسی، تهران، علوم نوین، ۱۳۷۴، ص ۶۳.

۷. فیروز آبادی، ابوطاهر مجدالدین محمد بن یعقوب، پیشین.

۸. شفیعی، احمد، تساهل و تسامح در کلام و سیره امام علی علیه السلام، فصلنامه: مربیان، سال اول، ش ۲، ۱۳۸۰.

۹. همان و ۹، Crawley1۹۹۴. p۱۲۵۸.

همان‌طور که تبیین گشت Tolerance به‌معنای تحمل و صبر است. این درحالی است که تسامح از ماده (سمح) به‌معنای بخشش و گذشت و نوعی کنار آمدن همراه با جود و بزرگواری و تساهل نیز به‌معنای به‌آسانی و نرمی با کسی رفتار کردن دانسته شده است.^۱

۱-۴- مقایسه تسامح با تساهل

تساهل در لغت به‌معنای سهل گرفتن بر یکدیگر، آسان گرفتن، به نرمی رفتار کردن، آسان گفتن، سهل‌انگاری (اسم مصدر) آمده است^۲ و در اصطلاح به آسانی و نرمی با کسی رفتار کردن گفته می‌شود و تفاوت ظریفی با تسامح داشته است و آن این‌که تسامح از ماده (سمح) به‌معنای بخشش و گذشت همراه با جود و بزرگواری است.^۳

۱-۵- پیشینه تاریخی تسامح و تساهل

مفهوم تساهل و تسامح در تاریخ مغرب‌زمین ابتدا صبغه دینی داشته است و در زمینه مذهب و از درون عنصر اعتقاد و منازعات شدید مذهبی و تفرق دینی در اروپا پدید آمد. عنصر اصلی، محرک و انگیزه مهم پدید آمدن تساهل و تسامح عمدتاً مذهبی بوده است. ولی به‌عنوان یک قاعده اولین بار تسامح و تساهل در قرن هفدهم مشخصاً در اندیشه سیاسی به کار گرفته شد و در ابتدا به معنای پذیرش حق انتخاب مذهب توسط فرد و عمل بدان بود و به تدریج به‌معنای تحمل اعتقاد هر عقیده را شامل شد.^۴

۲- مبانی تسامح در اسلام

این واژه در احکام فقهی حقوقی اسلام از صدر اسلام مورد توجه بوده است. آیات و روایات ذیل که به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرند گواه است که با سیر تحول تاریخی از دو مفهوم ساده، امروزه به یک قاعده فقهی حقوقی تبدیل شده است.

تسامح در اسلام دارای مبانی است که فقها با توجه به این مبانی به اثبات قاعده تسامح پرداخته‌اند.^۵ این مبانی به ترتیب ۱- کتاب (قرآن کریم) ۲- سنت (احادیث و روایات) ۳- بنای عقلا می‌باشد که اختصاراً به شرح آن خواهیم پرداخت.

۱. فیروز آبادی، ابوطاهر مجد الدین محمد بن یعقوب، پیشین.

۲. معین، محمد، لغت نامه (فرهنگ معین)، پیشین.

۳. فیروز آبادی، ابوطاهر مجد الدین محمد بن یعقوب، پیشین.

۴. بشریه، حسن، ده گفتار در فلسفه و جامعه‌شناسی سیاسی، پیشین، ص ۷۱.

۵. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴. ق، ص ۳۲۸ و نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، قم، اسلامی، ج ۱، ۱۳۷۵، ص ۷۹۳ و ۷۹۸ و امام خمینی، روح الله، انوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه، ج ۲، قم، اسلامی، ۱۳۷۲، ص ۱۳.

۲-۱- کتاب (قرآن کریم)

در قرآن کریم آیات متعددی دلالت بر تسامح دارند به طور مثال می توان به آیه ۸۷ سوره حج «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» آیه ۱۸۵ سوره بقره «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ» آیه ۱۵۲ سوره انعام «وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» آیه ۴۲ سوره اعراف «لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» آیه ۷ سوره طلاق «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» و آیه ای که در قرآن کریم به آیه تخفیف معروف است آیه ۲۸ سوره نساء «يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا» اشاره کرد.

تمامی آیات مذکور به طور صریح یا ضمنی دلالت بر تسامح و تساهل دارند چراکه روح غالب در آموزش و دستورهای دینی در اسلام به تساهل و تسامح معطوف است و چنانچه از آیات مذکور استنباط می شود می توان گفت: یکی از قواعد مهم در دین اسلام قاعده تساهل و تسامح است.

۲-۲ - سنت

یکی دیگر از مبانی قاعده تساهل و تسامح در اسلام روایات و احادیثی است که از نبی مکرم اسلام و ائمه اطهار علیهم السلام مبنی بر شریعت (سهله و سمحه) که مشهورترین آن روایت حضرت رسول صلی الله علیه و آله وسلم است که می فرمایند: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ السَّهْلَةِ»^۱ این روایت یکی از مهم ترین ادله در اثبات قاعده تسامح است و به گفته برخی از محققین، تعبیر رسول گرامی اسلام در این حدیث با عبارت (بُعِثْتُ) گویای معرفی نوعی شریعتی است که با داشتن امتیاز تساهل و تسامح بر شرایع دیگر برتری دارد.^۲

دومین حدیثی که فقها با آن قاعده تساهل و تسامح را اثبات می کنند، حدیث معروف نبوی <رفع> است متن حدیث این چنین است: رفع عن امتی تسعة: الخطأ والنسيان، و ما اكرهوا عليه، و ما لا يطيقون، و ما لا يعلمون، و ما اضطروا اليه، و الحسد، و الطيرة و التفكير في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفهة: نه چیز از امت من برداشته شده است: خطا و فراموشی، و آن چه بر آن وادار شوند و آن چه توان انجامش را ندارند، و آن چه ندانند و آن چه به ناچار تن دهند و حسد و طیره (فال بد)، و اندیشیدن در وسوسه در آفرینش تا وقتی که آن را به زبان نیاورند»^۳

۱. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، تهران، مرتضوی، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۵ ص ۴ و مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۷، تهران، دار کتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ه. ق، ص ۹۰.

۲. اسد اللهی، طاهره، جایگاه تساهل و تسامح در قوانین حقوقی اجتماعی اسلام، تهران، مجله قیسات، ۱۳۸۳، ش ۳۲.

۳. شیخ صدوق، محمد بن علی بابویه، قم، حوزه علمیه قم، ج ۱ و ۲، ۱۴۱۴ ه. ق، ج ۱ و ۲، ص ۴۱۷.

در نظر اصولیین و فقها این حدیث از نظر سند، صحیح و مسلم و صدور است و در بررسی مفهوم روایت ذکر این نکته لازم است که در تعارض میان حدیث رفع و دیگر ادله اولیه، حدیث رفع حاکم است و طبق محتوای حدیث لزومی به احتیاط در شبهات تحریمیه و تفحص در شبهات موضوعی نیست. با این وصف، حدیث رفع می‌تواند دلیل قطعی بر شریعت (سهله و سمحه) باشد. زیرا تمامی موارد نه‌گانه به‌سبب دیدگاه تسامحی شارع بوده است.^۱

سومین حدیثی که فقها در اثبات و توجیه قاعده تسامح به آن استناد و استدلال می‌ورزند، حدیث مشهور لا ضرر است که در فقه اسلامی از آن به‌عنوان قاعده لا ضرر یاد می‌شود متن حدیث بدین شرح است «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ»^۲ نکته اساسی در استناد به قاعده لا ضرر برای اثبات قاعده تسامح و تساهل این است که یکی از شواهد وجود تساهل و تسامح در شریعت اسلام دقت نظر شارع در جعل و تشریع احکام شرعی است به‌طوری‌که هر گونه تنگنایی را بر مکلف روا نمی‌دارد خواه عسر و حرج باشد یا ضرر حتی اگر شارع تشخیص دهد که با استناد به حقوق مسلم شرعی و احکام فقهی کسی بخواهد ضرری بر دیگری وارد سازد در این زمان حق مسلم و حکم شرعی مرتفع می‌شود.^۳

چنانچه ملاحظه می‌شود حدود قاعده لا ضرر چنان است که به صراحت بر وجود تساهل و تسامح در نگرش تشریع و اجرای احکام شرعی نظر دارد.

۲-۳- عقل

چهارمین منبع استنباط احکام شرعی در کنار کتاب، سنت، اجماع، عقل است در تعریف آن گفته شده: حکمی عقلی که با درک صحیح آن، ممکن باشد حکم شرعی به دست آید.^۴ و برخی آن را برهان نظری دانسته‌اند^۵ شاید مناسب‌ترین دلیلی که بعد از کتاب، روایات و احادیث در اثبات قاعده تسامح بتوان به آن استناد کرد (دلیل عقلی) باشد. این امر در علم اصول تحت قاعده «کل ما حکم بالعقل حکم بالشرع و کل ما حکم بالشرع حکم بالعقل» قرار می‌گیرد به خصوص قسمت اول قاعده «کل ما حکم بالعقل حکم بالشرع» خود قاعده مستقلی دانسته شده است^۶ بدان معنا که هر چه را عقل بفهمد «و درک کند شرع نیز

۱. اسدالهی، طاهره، پیشین، ش ۳۲.

۲. عاملی حر، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی التحصیل مسائل الشریعه، ج ۱، ۲ و ۱۴، ۴۱۴۰۴ ه ق، ص ۲۶.

۳. همان.

۴. عبدالرحیم، محمد حسین، فصول فی الاصول، ج ۱، بی‌جا، بی‌تا، ص ۵۶۵.

۵. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران ۱۳۸۹، ص ۲۱۲.

۶. همان.

آن را چنان که «عقل پذیرفته است می‌پذیرد، عقل مقداری تسامح را در اعمال مکلف به خصوص در مستحبات درک و به آن حکم می‌کند. در شرع نیز اخبار (من بلغ) به این ضرورت عقلی پاسخ مثبت می‌دهد و آن را تأیید می‌کند.

۲-۴- قاعده تسامح در ادله سنن

قاعده در ادله سنن؛ قاعده‌ای است که طبق آن اگر روایت ضعیفی مانند خبر واحد غیرعادل یا غیرثقه بر وجوب یا استحباب چیزی دلالت کند، می‌توان آن را مستحب تلقی کرد. برای مثال اگر خبر ضعیفی دلالت کند به این که خواندن دو رکعت نماز در شبی خاص فلان مقدار ثواب دارد مکلف می‌تواند آن نماز را به عنوان مستحب بجا آورد.^۱

برای اثبات قاعده به اخبار (من بلغ) استدلال شده است^۲ که مضمون آن این است: اگر در روایت منسوب به پیامبر صلی‌الله و علیه وعده پاداش و اجر بر انجام عملی داده شده باشد و کسی آن کار را به شوق رسیدن به آن پاداش انجام دهد به او ثواب می‌رسد اگرچه درواقع چنین سخنی از رسول خدا نباشد^۳ در نظر موافقان این قاعده، بررسی دقیق سند روایت مشتمل بر احکام مستحب و مکروه لازم نیست و ادله ضعیف‌تر نیز برای اثبات آن کفایت می‌کند و در این زمینه به استحباب وضو برای همراه داشتن قرآن و استحباب تلقین میت به عنوان مصادیق قاعده استناد می‌شود.^۴ و بسیاری از آنان عمل به اخبار را به سه شرط جایز می‌دانند، اول آنکه: از حیث سند، ضعف شدید نداشته باشد. دوم: ذیل عنوان کلی قرار نگیرد که با کتاب و سنت ثابت شده باشد. و سوم: با دلیل قوی‌تری در تعارض قرار نگیرد.^۵

از مهم‌ترین اشکالات وارده به این قاعده این است که پذیرش آن موجب ورود امور ساختگی به حیطه فرهنگ، معارف و آداب دینی و اشاعه آن می‌شود و این زمینه‌ساز بدعت و تحریف در دین است^۶ به علاوه آنکه ورود روایت ضعیف و ناسازگار با سنت در منابع حدیثی و تسامح در استناد به آن‌ها زمینه خردگیری مخالفان را فراهم می‌سازد.

۱. خوانساری، حسین بن محمد، مشارق الشموس فی الشرح الدروس، قم، اسلامی، ج ۱، بی‌تا، ص ۳۴.

۲. انصاری، ۱۴۱۴ هـ ق، ج ۱، ص ۱۴۲

۳. عاملی، حر، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی التحصیل مسائل الشریعه ج ۱، ۱۴۱۴ هـ ق، ص ۳۴

۴. شهید اول، محمد بن مکی، ذکر الشیعه فی الاحکام الشریعه، قم، آل‌البیت اهل‌علیهم‌السلام. ۱۴۱۹ هـ ق، ج ۲، ص ۱۴۱۹ هـ ق، ص ۳۴ - نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۸، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴، صص ۳۶۵ و ۳۹۸ - خوانساری، پیشین، ص ۳۴.

۵. شهید اول، همان به نقل از صالح، ۱۹۶۹ م، ج ۱، ص ۲۱۲.

۶. همان، ص ۵۵ و مدیر شانه چی، کاظم، علم‌الحديث، ج ۱، مشهد، بی‌تا، ۱۳۵۴، ص ۱۲۷ و ۱۲۸.

موافقان قاعده در پاسخ به این مناقشه گفته‌اند: تأمل در سند و محتوای روایت، سنن و آداب را نفی نمی‌کند و در وثاقت راوی بایستی دقت شود و حتی ظن دروغ بودن نیز نباید در میان باشد.^۱ البته باید گفت سیره علمای سلف نیز چنین نبوده است تا هر خبری را از هر کسی که بشنوند بازگو کنند، آنان از کتابی که صاحبش را نمی‌شناختند حدیثی نقل نمی‌کردند.^۲ در نتیجه با وجود ایرادات وارد بر قاعده که مختصراً اهم آن مطرح شد، و شرح و تفسیر آن از مجال این مقال افزون است می‌توان نتیجه گرفت؛ با توجه به آیات، روایات و ضرورت عقلی که شرح آن گذشت، مبانی قاعده تسامح در فقه امامیه از پشتوانه مستحکمی همچون آیات الهی و احادیث نبوی برخوردار است که ضرورت استناد به آن را در استنباط احکام توجیه، و راه‌گشای اعمال مکلف خواهد بود. از جمله فقهای متقدم شیعه که تسامح را به‌عنوان یک قاعده در آثار خود مطرح کرده‌اند، می‌توان به شهید اول^۳ شیخ بهایی در کتاب الاربعون حدیثاً^۴ مرحوم نراقی در کتاب عوائد الایام^۵ و از جمله فقهای متأخری که این موضوع را در رساله‌های مستقلی مطرح ساخته‌اند می‌توان به میرزا ابوالقاسم موسوی زنجانی و مرحوم آقابزرگ طهرانی^۶ مراجعه کرد.

۳ - تسامح حقوقی

در این مبحث به بررسی مفهوم تسامح حقوقی و قضایی، پیش‌بینی آن در قوانین و مقررات، شناسایی آن در اندیشه و آثار حقوق‌دانان، بالاخص در منظومه فکری استاد جعفری لنگرودی پرداخته خواهد شد.

۳-۱- معنای اصطلاحی تسامح

قوانین و نیز قواعد حقوقی باید در قلمروی خود حکومت داشته باشند لکن برای رعایت مصالح مردم اگر این قوانین و قواعد، تصلب زائد بر حد معقول نشان دهند لطف و صفای خود را از دست می‌دهند و صورت خشن و گاه غیر قابل تحمل پیدا می‌کنند. ناگزیر برای رعایت مصالح همان مردم تسامح و اغماض در حدی که صورت ملعبه پیدا نکند عقلاً پسندیده است، در حد انعطاف نه انحراف.^۷ این تسامح و اغماض را در علم حقوق، تسامح حقوقی گویند. که در امر تقنین، توسط قانون‌گذار و ارائه قواعد حقوقی، توسط دکترین نمود پیدا می‌کند.

۱. نوری، حسین بن محمد، آداب اهل منبر، ج ۱، تهران، بی‌نا، ۱۳۷۹، ص ۱۸۳، ۱۸۴.
۲. همان.

۳. شهید اول، محمد بن مکی، ذکر الشیعه فی الاحکام الشریعه، ج ۲، پیشین، ص ۳۴.

۴. شیخ بهایی، محمد بن حسین، الاربعون حدیث، ج ۱، قم، آل البیت اهل علیهم السلام، ۱۴۱۵ ه ق، ص ۳۸۵.

۵. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، ج ۱، قم، اسلامی، ۱۳۷۵، ۷۹۳.

۶. طهرانی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۷۳، ۱۷۴.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی (دائرةالمعارف حقوق)، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸.

۳-۲- تسامح قضایی

استادان حقوق، تسامح قضایی را تسامح معمول در دادگاه‌ها دانسته‌اند و در مثال آن گفته‌اند تمبر عرض حالی ده هزار تومان است اما مدعی پنج تومان کمتر تمبر زده است نباید عرض حال را رد کرد باید به تسامح آن را به جریان انداخت و در فرصت مناسب می‌توان کسری را وصول نمود.^۱ بدان معنا که رویه قضایی در اعمال برخی از قوانین و مقررات می‌تواند اندکی اغماض را چاشنی کار کند.

۳-۳- تسامح حقوقی در آثار حقوق دانان

برخی از استادان حقوق بحث تسامح حقوقی را به‌طور ویژه مورد بررسی قرار داده و در آثار خود آن را به‌عنوان یک قاعده مطرح می‌کنند.^۲ و برخی دیگر در آثار خود، در تقسیم‌بندی عقود آن را تحت عنوان عقود معوض و غیر معوض (مسامحه‌ای و مغاینه‌ای) مطرح می‌کنند^۳ و در تعریف آن عقد معوض را قراردادی می‌دانند که در آن مبادله مالی با مال دیگر مد نظر است (همان) و عقد غیر معوض (مسامحه‌ای) را قراردادی می‌دانند که در آن از طرف یکی از طرفین، تعهد به امری یا مالی به رایگان شده بدون آنکه برای آن التزامی باشد.^۴

استاد جعفری لنگرودی موضوع تسامح را در علم حقوق به‌عنوان یک قاعده مطرح می‌کنند و عنوان می‌دارند، برای آنکه قوانین و مقررات صورت خشن و گاه غیر قابل تحمل پیدا نکنند ناگزیر برای رعایت مصالح مردم تسامح و اغماض در حدی که صورت ملعبه پیدا نکند عقلاً پسندیده است در حد انعطاف نه انحراف.^۵

برای مثال تشریح می‌کنند که محاکم یک ساعت یا نیم ساعت برای رسیدگی به یک پرونده وقت تعیین می‌کنند و بعد از گذشتن این وقت، نه لایحه از غایب جلسه که دیر رسیده دریافت و نه اظهاری از او استماع می‌کنند، گاه می‌شود که چند دقیقه پس از انقضای وقت رسیدگی، اصحاب دعوا سر می‌رسند که این مسئله به حکم تمیزی ۱۴۴۷ مورخ ۱۳۱۸ قابل مسامحه و جزء آخر وقت محسوب می‌شود. (تسامح قضایی)

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۲۱۱.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی (دائرةالمعارف حقوق)، ج ۲، پیشین، ص ۲۱۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (دوره مقدماتی)، تهران، میزان، ۱۳۹۳، ص ۴۱ و صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۹۰، ص ۳۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، همان.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی (دائرةالمعارف حقوق)، ج ۲، پیشین، ص ۲۱۸.

شخصی به موجب سند رسمی ۶۵ خروار گندم بدهی داشت که قیمت حین العقد آن ۱۱۷.۰۰۰ ریال معین شد و وثیقه هم در سند دارد، در این سند شرط شده که هرگاه بدهکار بدهی‌های خود را به‌صورت گندم ندهد باید قیمت آن را به نرخ یوم الادا بدهد. موقع صدور اجرائیه (که یوم الاداء نیست) مبلغ ۲. ۲۲۱. ۰۰۰ ریال معین می‌کند و رعایت بند یک ماده ۱۰۹ آیین‌نامه اجرا (یعنی تعیین میزان اصل طلب) به طور دقیق برای او مقدور نبود. چطور می‌توان قیمت یوم الادا را از پیش معین کند؟ تعیین دقیق اصل طلب، فرع بر صدور اجرائیه و اجرای آن و فرارسیدن یوم‌الادا است و صدور اجرائیه با رعایت مقررات موجود (رعایت بند یک ماده ۱۰۹) فرع بر تعیین قیمت یوم الادا است و این یک دوره منطقی محال است. موقع نشر آگهی مزایده ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک هم که باید میزان اصل طلب را معین می‌کردند و در آگهی می‌نوشتند به جای قیمت یوم الادا قیمت روز انتشار را نوشتند پس در این مورد هم اجرا دقیق ماده ۳۴ قانون مذکور میسر نشد و تسامح شد، همان‌طور که اجرای بند یک ماده ۱۰۹ آیین‌نامه اجرا میسر نشد و تسامح شد. عملیات اجرایی که با دو تسامح انجام شد لاعلاج صحیح است و این است معنی حکومت قاعده تسامح.^۱

۳-۴- تسامح حقوقی در قوانین و مقررات

پیش‌بینی قاعده تسامح در قوانین و مقررات از جمله امتیازهای سیستم‌های حقوقی جهان است. در قوانین داخلی نیز این قاعده تا حدودی اعمال شده است و قانون‌گذار با پیش‌بینی آن در قوانین مختلف سعی در همسان‌سازی قواعد حقوقی با قاعده تسامح داشته است تا حقوق افراد جامعه حفظ و آثار مطلوب آن شامل اجتماع شود.

۳-۴-۱- قانون مدنی

قانون‌گذار در قانون مدنی، در باب سوم از قسمت دوم که مهم‌ترین قسمت این باب است اقسامی از عقود مسامحه‌ای را شناسایی و به تبیین احکام و شرایط آن می‌پردازد از جمله عقود مسامحه‌ای پیش‌بینی شده در قانون مدنی می‌توان به ۱- عقد وکالت، کسی که به وکیل خود در تمام انجام امور وکالت می‌دهد بدون توضیح و تفصیل یک‌به‌یک آن امور، پس وکالت از عقود مسامحه‌ای است.^۲ ۲- عقد ضمان، عدم ضرورت علم ضامن به مقدار دین مدیون و معرفت تفصیلی نسبت به شخص مضمون له یا مضمون عنه،

۱. همان، ص ۲۱۸، ۲۱۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، پیشین، ص ۱۲۱۱.

(ماده ۶۹۴ و ۶۹۵) ۳- عقد قرض (رویت مالی که مقتضی می‌گیرد کافی در صحت عقد است لازم نیست مقدار آن معین باشد) (همان، ۱۲۱۱) ۴- تسامح در صلح، عقد صلح از بارزترین عقود مسامحه‌ای است، اهدافی که متعاقدين دارند اگر در عقود مغایه‌ای نتوانند بگنجانند آن‌ها را در عقد صلح می‌آورند (ماده ۷۶۱). ۵- تسامح در عقد حواله، حواله از جهات یک؛ عدم ضرورت آگاهی جزئی از موضوع حواله دو؛ عدم ضرورت آگاهی محتال نسبت به مشغول‌الذمه بودن ذمه محال علیه نسبت به محیل یا مقدار آن (ماده ۷۳۶) ۶- تسامح در رهن، معلوم بودن رهنه از هر حیث ضرورت ندارد کافی است که مرتهن بداند که وثیقه وافی به طلب است یا خیر، پس ذیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی هم شامل آن می‌شود.

۳-۴-۲- قانون مجازات اسلامی

اغراق نیست که قانون مجازات اسلامی را سرآمد قوانین موضوعه در پیش‌بینی قاعده تسامح بدانیم چراکه در یازده فصل از بخش دوم از کتاب اول این قاعده را با معیارها و مبانی جرم‌شناسی در مجازات‌های اصلی، تکمیلی و تبعی، تخفیف مجازات‌ها و معافیت از آن، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، پیش‌بینی نظام نیمه آزادی، آزادی مشروط، مجازات‌های جایگزین حبس، اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان، سقوط مجازات‌ها با عفو، تخفیف، نسخ مجازات‌های قانونی، گذشت شاکی، مرور زمان، توبه مجرم، و اعمال قاعده در مورد شناسایی قرار داد هرچند که در کتاب‌های بعدی این قانون نیز مواد بسیاری از جمله شروط ثبوت سرقت حدی، شروط اثبات جرم حدی زنا، امکان تبدیل قصاص به دیه و ارش، شرایط سخت اثبات روابط نامشروع گویای این مطلب است. درنهایت به اشاره چند ماده از فصول مذکور در اعمال این قاعده بسنده می‌شود. تبصره ۲ ماده ۲۳، تبصره ۲ ماده ۲۵، و مواد ۲۵، ۳۷، ۳۹، ۴۵، ۵۶، ۵۸، ۶۴، ۸۸، ۹۰، ۹۳ و...

۳-۴-۳- سایر قوانین

قانون آیین دادرسی کیفری (مواد ۱۳، ۸۲، ۱۰۲، تبصره ماده ۱۷۴، ۱۷۸ و...)
قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۴۷، ۴۵۴ و...)
قانون تجارت (ماده ۴۷۹ قرارداد ارفاقی و...)

۱- تسامح از ماده «سمح» به معنای اغماض و چشم‌پوشی به همراه نوعی بزرگواری و بزرگ‌منشی است و تساهل نیز به آسانی و نرمی با کسی رفتار کردن گفته می‌شود. این دو اصطلاح به لاتین معادل Tolerance در نظر گرفته می‌شود، که صحیح به نظر نمی‌رسد. چرا که Tolerance معادل تحمل و صبر است و با معنای تساهل و تسامح متفاوت است.

۲- تسامح در اسلام دارای مبانی ۱- کتاب (قرآن کریم) ۲- سنت (احادیث و روایات) و عقل است که فقها با استناد به این مبانی و اخبار (من بلغ) به اثبات قاعده تسامح در اسلام پرداخته و آن را تحت عنوان "شریعت سهله و سمحه" مطرح می‌کنند.

۳- قطعاً از جمله عوامل پویایی یک نظام حقوقی پیش‌بینی قاعده تسامح در قوانین و مقررات آن است چراکه اگر این قوانین و قواعد تصلب زائد بر حد معقول نشان دهند، لطف و صفای خود را ازدست خواهند داد و صورت خشن و گاه غیر قابل تحمل پیدا خواهند کرد. در رویه قضایی نیز اغماض و گذشت در اعمال برخی از قوانین و مقررات، برای رعایت مصالح مردم به شرط رعایت حقوق سایرین به عدالت نزدیک‌تر است.

در نتیجه؛ پیشنهاد می‌شود نظام حقوقی با الهام از اندیشه لنگرودی، در شناسایی بیشتر این مفهوم در قوانین و مقررات و رویه قضایی، گامی مؤثر در جهت رعایت مصالح افراد جامعه بردارد.

الف: منابع فارسی

۱. اسد اللهی، طاهره، (۱۳۸۳)، جایگاه تساهل و تسامح در قوانین حقوقی اجتماعی اسلام، تهران، مجله قیسات، شماره ۳۲.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۴ هـ.ق)، رسایل الفقهیه، جلد چهارم، قم.
۳. بشریه، حسن، (۱۳۷۴ هـ.ش)، ده گفتار در فلسفه و جامعه‌شناسی سیاسی، تهران، علوم نوین.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸ هـ.ش)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۰ هـ.ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳ هـ.ش)، دانشنامه حقوقی (دائرمعارف حقوق)، جلد دوم، تهران، گنج دانش.
۷. حنایی کاشانی، محمد سعید، (۱۳۷۶ هـ.ش)، ترجمه: تساهل و تسامح نوشته موریس کرنس، مجله: نامه فرهنگ شماره ۲۸.
۸. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷ هـ.ش)، لغت نامه، جلد چهارم، تهران، دانشگاه تهران.
۹. شفیع، احمد، (۱۳۸۰ هـ.ش)، تساهل و تسامح در کلام و سیره امام علی علیه السلام، فصلنامه: مریبان، سال اول، شماره ۲.
۱۰. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۰ هـ.ش)، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، میزان.
۱۱. طهرانی، محمد حسن بن علی منزوی، (آقا بزرگ طهرانی)، بی‌تا، الذریعه الی تصانیف الشیعه، جلد چهارم، قم.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳ هـ.ش)، اعمال حقوقی (دوره مقدماتی)، تهران، میزان.
۱۳. کدیور، محسن و سایرین، (۱۳۷۶ هـ.ش)، تساهل و تسامح دینی، پویایی و بالندگی یا التفاظ و انحراف، مجله: کیهان فرهنگی، شماره ۱۳۵.
۱۴. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۹ هـ.ش)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران.
۱۵. مدیر شانه چی، کاظم، (۱۳۵۴ هـ.ش)، علم الحدیث، مشهد، بی‌جا.
۱۶. معین، محمد، (۱۳۹۱ هـ.ش)، لغت‌نامه (فرهنگ معین)، جلد اول، تهران، امیرکبیر.
۱۷. نوری، حسین بن محمد، (۱۳۷۹ هـ.ش)، آداب اهل منبر، جلد اول، تهران، بی‌جا.

ب: منابع عربی

۱۸. امام خمینی، روح الله، (۱۳۷۲ ه ش)، انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایہ، جلد دوم، قم، اسلامی
۱۹. خوانساری، حسین بن محمد، بی تا، مشارق الشموس فی الشرح الدروس، قم: اسلامی.
۲۰. شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۹ ه ق)، ذکر الشیعہ فی الاحکام الشریعہ، جلد دوم، قم، آل البيت اهل علیهم السلام.
۲۱. شیخ بهایی، محمد بن حسین، (۱۴۱۵ ه ق)، الاربعون حدیث، جلد اول، قم، آل البيت اهل علیهم السلام.
۲۲. شیخ صدوق، محمد بن علی بابویه، (۱۴۱۴ ه ق)، جلد اول و دوم، قم، حوزه علمیه قم.
۲۳. طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶ ه ق)، مجمع البحرین، جلد ششم، تهران، مرتضوی.
۲۴. عاملی، حر، محمد بن حسن، (۱۴۰۴ ه ق)، وسائل الشیعہ الی التحصیل مسائل الشریعہ، جلد اول، ص ۳۴.
۲۵. عبدالرحیم، محمد حسین، بی تا، فصول فی الاصول، جلد اول، بی جا.
۲۶. فیروز آبادی، ابوطاهر مجد الدین محمد بن یعقوب، (۱۹۹۱ م)، القاموس المحیط، جلد سوم، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی.
۲۷. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۴ ه ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران، دار کتب الاسلامیه.
۲۸. نجفی، محمد حسن بن باقر، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد دوم و هشتم، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی.
۲۹. نراقی، ملا احمد، (۱۳۷۵ ه ش)، عوائد الایام، جلد اول، قم، اسلامی.

ج: منابع لاتین

۳۰. Crawley. angela. (۱۹۹۴) oxford elementary learns dictionary, oxford university press.
۳۱. Maurice Cranston (۱۹۶۷) toleration in the encyclopedia. Ed paul Edward. USA ; the macmillan company and the free press.

شبهات ساختاری ایراد آیین دادرسی و دادخواست ماهوی و ریشه‌های آن در اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی

هادی ملک تبار فیروزجائی^۱

چکیده:

دانشنامه حقوقی استاد جعفری لنگرودی، به عنوان یک دائرةالمعارف مفصل و مفید در حوزه آیین دادرسی نوشته شده است. در این اثر جامع سعی شده است موضوعات مهم بر پایه حروف الفبا آورده شود. مدخل ایرادات، به عنوان یکی از مباحث مهم آیین دادرسی مورد توجه وی بوده و نکاتی جالب و قابل تأمل در آن آمده است. در این مبحث، برخی از مهمترین آثار ایراد، از جمله نحوه رسیدگی به آن و اعتبار امر قضاوت شده، تصمیم دادگاه در این باره با تکیه بر قوانین قدیمی آیین دادرسی مدنی به خوبی بیان شده است. این نظریات در آیین دادرسی فعلی ما نه تنها مغفول مانده است بلکه نظراتی مخالف آن نیز وجود دارد که به نظر بازگشت به آن با طبیعت ایراد آیین دادرسی نزدیک‌تر است و اجرای قواعد بدین صورت در تضمین حقوق اصحاب دعوا نیز موثرتر است.

کلیدواژه: ایراد آیین دادرسی، رسیدگی، قرار رد، اعتبار امر قضاوت شده.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران. این مقاله به توصیه جناب آقای حسن محسنی (استاد راهنمایم در رساله دکتری) و به روش ایشان در مقاله‌ای که به استاد جعفری لنگرودی در این همایش اهدا نمودند، نوشته شده است.
Email: hmalektabar@ut.ac.ir.

هرچند بیشتر آثار استاد جعفری لنگرودی با موضوع فقه و حقوق مدنی شناخته می‌شود اما آثار ایشان در حقوق آیین دادرسی مدنی نیز ارزشمند و قابل تامل است. دو کتاب دانشنامه حقوقی (دوره پنج جلدی) و دائرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی (دوره دوجلدی) در زمینه آیین دادرسی مدنی نوشته شده و حاوی مطالب مهم و ارزشمندی درباره حقوق آیین دادرسی است. در این دو اثر، ایشان به طور جداگانه به دو جنبه حقوقی و فقهی آیین دادرسی پرداخته‌اند. نخست، در کتاب دانشنامه حقوقی، با توجه به قوانین، بیشتر جنبه‌های حقوقی (حقوق موضوعه) را مورد مطالعه قرار دادند و در کتاب دائرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی به فقه و قضای اسلامی پرداخته‌اند. ایشان در کتاب دائرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی، هدف خود را از تالیف این دو کتاب، ایجاد آشتی و همزیستی میان فقه به عنوان سنت تاریخی و حقوق موضوعه (به تعبیر ایشان حقوق لائیک) اعلام کرده‌اند.^۱ بر پایه چنین دیدگاهی دو تالیف جداگانه در زمینه آیین دادرسی را به جامعه حقوقی هدیه کردند. به هر حال، بر خلاف برخی نویسندگان حقوقی، از ترکیب این دو، خودداری کرده‌اند و هر یک را جداگانه و به تعبیر ایشان، به صورت «سره» نوشته‌اند.^۲ با این حال، اهمیت و حجم نوشته‌های ایشان در زمینه آیین دادرسی جدید بیشتر و قابل توجه‌تر است. به هر روی، بی‌تردید، توجه ما به گذشته برای آینده بهتر است چنان‌که استاد جعفری لنگرودی نیز حذف در تحقیقات و نوشته‌های خود چنین هدفی داشتند.^۳ یکی از مباحث مهم آیین دادرسی مدنی، مبحث ایراد

۱. استاد جعفری لنگرودی هدف خود در تدوین قضای اسلامی را آشتی و تفاهم میان طرفداران حقوق اسلامی و حقوق لائیک اعلام کردند: «... این کار تطبیقی زمینه صلح و تفاهم طرفداران حقوق اسلامی و آشنایان حقوق لائیک را در این علم فراهم کرده است. انسان‌ها وقتی که با طرز تفکر یک‌دیگر آشنا می‌شوند صلح و تفاهم بر رابطه آنان حکومت می‌کند». جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی: دوره کامل دو جی، ج اول، گنج دانش، چاپ ۳، ۱۳۸۱، مقدمه، ص ۶.

۲. کتاب حاضر، یک کتاب سره در حقوق اسلام است و از حقوق لائیک جدا و مستقل است. همان، ۱۶.

۳. استاد جعفری لنگرودی در کتاب دانشنامه حقوقی، مقدمه‌ای ۴۲ صفحه درباره پیشینه قضای اسلامی نگاشته‌اند که بحث با این جمله پایان می‌یابد: «این بود مختصری از تاریخ قضاء در مرز و بوم ما و مانند ما که در هر حال نمایشگر وسعت تمدن و علو مقام انسانی گذشتگان ما است. کیست که از آینده بهتر رویگردان باشد». جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، دوره ۵ جی، ج اول، امیرکبیر، چاپ ۲، ۱۳۴۸، ص ۴۲. به همین دلیل، تاکید استاد جعفری لنگرودی در مطالعه موضوعات و مباحث فقهی بر واقع‌بینی و دوری از تعصب نسبت به آثار فقهی یا در جهت مقابل تحقیر آن است. ایشان در سرآغاز مقاله نه تمایل- نه تعصب می‌نویسند: «تمایل، مرد محقق را از راه راست منحرف می‌کند همان‌طور که تعصب هم می‌تواند مایه انحراف باشد. بین تمایل و تعصب راه سومی وجود دارد که راه آزادی اندیشه است یعنی آزاد بودن از دو قید تمایل و تعصب». جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۸۲، ص ۱۲. همچنین ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، نه تمایل- نه تعصب، در صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۸۲، ص ۱۲. همچنین ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سه نوع حقوق تطبیقی، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، گنج دانش، چاپ ۱، ۱۳۸۲، صص ۱۴-۱۵.

آیین دادرسی است. ایراد آیین دادرسی به عنوان ابزار تضمین اجرای قواعد آیین دادرسی دارای کارکرد مهم و بنیادین در دادرسی است. با این وصف، موضوع مهم نحوه رسیدگی دادگاه به ایراد اصحاب دعوا و صدور رای قاطع درباره موضوع اختلاف آیین دادرسی در قانون جدید آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و نوشته‌های حقوقی کمتر مورد توجه بوده است. در حقیقت، این موضوع در قوانین پیشین آیین دادرسی مدنی، به ویژه در قانون قدیمی تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ مورد توجه بوده است. استاد جعفری لنگرودی نیز در مدخل «ایرادات» در کنار بررسی مصادیق ایرادات در حدود امکانات و مقتضیات دایره المعارف‌نویسی، به دو موضوع مهم درباره ایرادات آیین دادرسی می‌پردازد: ۱- رسیدگی به ایرادات آیین دادرسی ۲- تسری قاعده اعتبار امر قضاوت شده به قرارهای دادگاه.

در این مقاله، کارایی و درستی نظرات ایشان با توجه به قوانین جدید نشان داده می‌شود. در حقیقت، هر چند این نوشته‌ها در زمان حاکمیت قوانین سابق آیین دادرسی بوده و روزآمد نشده است، امکان بهره‌برداری و تطبیق آن با مقررات جدید هم‌چنان فراهم است و از آن‌ها می‌توان بسیار آموخت.

به نظر می‌رسد که توجه استاد جعفری لنگرودی به دو موضوع پیش‌گفته، نشانه از تیزبینی و دقت ایشان نسبت به موضوعات مغفول در زمینه ایرادات بوده است زیرا، حتی در نوشته‌های تخصصی دادرسی‌دانان به چنین مسائلی کمتر پرداخته شده و اهمیت آن به لحاظ حقوق آیینی اصحاب دعوا حائز اهمیت است. در این مقاله، در دو گفتار به لزوم رسیدگی دادگاه و صدور رای در زمینه ایرادات آیین دادرسی و آثار رای صادره، با توجه به نظریات استاد جعفری لنگرودی در این باره پرداخته می‌شود.

ماده ۷ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹: «خواه مدعی علیه ایرادات مذکور در ماده (۱) را در ضمن جواب کتبی که به ادعای مدعی علیه می‌دهد درج کند خواه علی‌حده، محکمه مکلف است که بدو قبل از رسیدگی به ماهیت دعوی به ایرادی که شده است علی‌حده رسیدگی کند و قرار می‌دهد».

۲- رسیدگی به ایراد آیین دادرسی و صدور رای

در سرآغاز درس آیین دادرسی مدنی به دانشجویان حقوق گفته می‌شود که قواعد آیین دادرسی مدنی، تضمین‌کننده حقوق تضییع و انکار شده مدعی است. به بیان دیگر، تضییع یا انکار قواعد حقوق ماهوی (حقوق تعیین‌کننده) که قانون‌گذار در مقررات مختلف برای اشخاص در نظر می‌گیرد، منجر به طرح دعوا و اجرای قواعد آیین دادرسی (حقوق تضمین‌کننده) می‌شود.^۱ اما پرسش این است که در صورت تجاوز به حقوق آیین دادرسی و عدم اجرای اختیاری مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، چه قواعدی آن‌ها را

۱. در این باره ر. ک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، دراک، ۱۳۹۳، ج ۱، صص ۱۹-۱۳.

تضمین می‌کند. در صورت تخلف از قواعد دادرسی، قواعد ایرادات آیین دادرسی صحت اجرا و رعایت آن‌ها را تضمین می‌کنند. در قوانین آیین دادرسی مقرراتی پیش‌بینی شده است، تعرض به آنها از سوی هر یک از طرفین، با اعتراض مدعی به وسیله دادرس بررسی شده و ضمانت اجرای مقرر که ناظر به رسیدگی است اعمال می‌شود. با این مقدمه می‌توان گفت شباهت و تقارن قواعد ماهوی و قواعد آیین دادرسی باید ما را به شباهت و تقارن در قواعد رسیدگی و صدور رای رهنمون شود. بر این پایه، ایراد آیین دادرسی به لحاظ طبیعت اختلافی در حقوق آیین دادرسی است که ادعایی بر اساس این حقوق ناظر به رسیدگی را مطرح می‌کند. بنابراین، از جهت ساختاری، همچون درخواست اولیه است. بدین‌سان، دادرس باید همانند دعوای ماهوی، دعوای آیینیک را نیز حل و فصل کند. به بیان دیگر، ایراد آیین دادرسی همانند دادخواست است و آثار آن را دارد. بر پایه چنین همانندی، دادرس نیز در وضعیتی مشابه درخواست ماهوی قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، دادرس نسبت به موضوع درخواست اشتغال یافته و باید رای مقتضی صادر و بدین طریق احقاق حق و یا فصل خصومت کند.^۱ با یک مثال ساده می‌توان وضعیت دادرس و اصحاب دعوا را در ایرادات آیین دادرسی تبیین کرد. ساده‌ترین فرض و مثال این است بنا به ادعای خواننده، خواهان قواعد آیین دادرسی درباره صلاحیت را رعایت نکرده است و دعوا باید در مرجعی دیگر مطرح می‌شد. در این فرض ساده تصمیم دادگاه از دو حالت خارج نیست. در هر حال، دادگاه باید تصمیم خود را مستدل و مستند به طرفین اعلام و این کار تابع قواعد صدور رای است.

چنین تکلیفی (رفع خصومت) را می‌توان به طور ضمنی از ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۷۹ فهمید.^۲ با این حال، رویه دادگاه‌های م در این باره بر این مبنا است که در صورت پذیرش ایراد یکی از قرارهای قاطع مانند قرار رد دعوا و عدم استماع و یا قرار عدم صلاحیت صادر می‌شود، اما در فرض رد ادعای ایراد کننده، رای (قراری) صادر نمی‌شود. در توجیه این رویه چنین استدلال می‌شود که علت عدم صدور رای، در فرض عدم پذیرش ایراد، این است که پرونده از دادگاه خارج نشده و دادرس همچنان در ماهیت دعوا، مشغول است. این رویه به خلاف طبیعت و ماهیت ادعا گونه ایراد است، زیرا، مطابق اصل کلی و منطقی، هر مدعی حق دارد که دلایل رد ادعای خود را بداند و از این طریق بتواند در مراجع بالاتر نسبت به آن شکایت مطرح کند.

۱. درباره آثار دادخواست نسبت به دادرس (دادگاه) ر. ک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج دوم، پیشین، صص ۱۰۶-۱۰۹. شمس، آثار دادخواست نسبت به دادگاه را در سه بخش تبیین می‌کند: ۱- ایجاد اشتغال، تکلیف رسیدگی ۲- تعیین محدوده رسیدگی ۳- تشخیص قابلیت پذیرش و یا وارد بودن دعوا و صلاحیت دادگاه. همان، ص ۱۰۶.

۲. ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی در این بار مقرر می‌دارد: «هرگاه ایرادات تا پایان جلسه اول دادرسی اعلام نشده باشد دادگاه مکلف نیست جدا از ماهیت دعوا نسبت به آن رأی دهد».

حتی در دکتین حقوق آیین دادرسی نیز، شمس، صدور رای درباره ایراد عدم صلاحیت را غیرضروری شمرده است.^۱ علت چنین نظریاتی را می‌توان به دلیل ابهام قانون آیین دادرسی مدنی درباره تکلیف دادرس درباره ایراد آیین دادرسی دانست. با این حال، در قوانین پیشین آیین دادرسی مدنی ایران وضعیت روشن‌تر بوده است. برای مثال، ماده ۷ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ مقرر می‌داشت: «خواه مدعی‌علیه ایرادات مذکور در ماده (۱) را در ضمن جواب کتبی که به ادعای مدعی علیه می‌دهد درج کند خواه علی‌حده محکمه مکلف است که بدو قبل از رسیدگی به ماهیت دعوی به ایرادی که شده است رسیدگی و قراری بدهد».

در این ماده، در صورت رد ایراد مدعی تکلیف دادگاه مبنی بر این که این تصمیم باید به موجب قرار ردی اعلام شود، کاملاً روشن است. در حقیقت، برای مثال، در صورتی که خوانده ایراد عدم صلاحیت نسبی یا ذاتی دادگاه را مطرح کند یا این که ایراد امر مرتبط یا سبق طرح دعوا را مطرح کند، دادگاه باید به وی اعلام کند که به چه دلیلی ایراد مدعی را وارد ندانسته و به رسیدگی ادامه داده است. اما در وضعیت فعلی، دادگاه‌ها به این تکلیف قانونی عمل نمی‌کنند و چنانچه نظر دادگاه بر رد ایراد آیین دادرسی باشد، بدون صدور رای، رسیدگی را ادامه می‌دهد و سرانجام در ماهیت، حکم صادر می‌کند. در حقیقت، به طور ضمنی رای به رد ایراد صادر می‌کنند اما استدلال و استنادی برای آن ذکر نمی‌کنند. با این روش، بی‌تردید حقوق دفاعی ایرادکننده به نحو مطمئن و شایسته تضمین نمی‌شود. در حقیقت، حق گفت‌وگو در مفاد ادعای آیینیک، مبنای قانونی تصمیم دادرس و دلایل رد یا تایید آن، با رعایت اصل تقابلی بودن و سرانجام حق شکایت در مرجع عالی از حقوق بنیادین دادخواهان به شمار می‌رود و صدور رای با شرایطی که بیان شد لازمه احترام به آن حقوق است. پس، دادرس باید دلیل و مبنای قانونی تصمیم خود مبنی بر رد یا قبول ایراد آیین دادرسی در رای بیاورد و به واسطه این کار، شخص متضرر می‌تواند دلایل و مستند قانونی تصمیم دادگاه را بسنجد و در صورت لزوم، نسبت به شکایت از رای یا تمکین به آن اقدام لازم را انجام دهد. اما با این روش، امکان شکایت از رای دادگاه در ایرادات آیین دادرسی و همچنین حمایت از حقوق دادخواهان در برابر استبداد قضایی دادرسان به صورت جدی به مخاطره می‌افتد.

استاد جعفری لنگرودی با نگاه موشکافانه و دقیق به اهمیت این موضوع توجه کرده است و پس از بررسی یک به یک ایرادات آیین دادرسی به صورت جداگانه به موضوع مهم نحوه رسیدگی و صدور رای

۱. «قرار عدم صلاحیت، چون مستقلاً قابل شکایت نمی‌باشد، به اصحاب دعوا ابلاغ نمی‌شود و در نتیجه تنظیم آن به شکل دادنامه ضرورت ندارد (اگرچه معمولاً به شکل دادنامه تنظیم می‌شود...)». شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، ج ۲، دراک، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص ۲۵۹.

دادگاه درباره ایرادات پرداخته‌اند.^۱ ایشان، در قسمت مربوط به ایراد مرور زمان چنین می‌نویسند: «هرگاه دادگاه ایراد مرور زمان را وارد دید برابر بند چهار ماده ۱۹۷ و ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوا می‌دهد... اگر دادگاه ایراد را وارد ندید برابر ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد ایراد مرور زمان را می‌دهد و در ماهیت رسیدگی می‌کند...»^۲.

او این نکته را در پایان بحث راجع به ایرادات نیز دوباره تکرار کرده و این بار به صورت کلی درباره ایرادات آیین دادرسی و نحوه رسیدگی به آن می‌نویسد: «هرگاه ایراد در دادرسی عادی در اولین پاسخ و در دادرسی اختصاری در اولین جلسه صورت گیرد دادگاه برابر ماده ۲۹۴ دادرسی مدنی مکلف است پس از ختم تبادل لوایح (در عادی) و در جلسه اول (در اختصاری) نسبت به ایراد قبل از اظهارنظر در ماهیت و رسیدگی به آن، قرار رد یا قبول ایراد را صادر کند»^۳.

تکلیف دادرس به صدور رای درباره ایرادات به دلیل صراحت قوانین و مقررات سابق به حدی جدی بوده است که دادگاه انتظامی قضات تخلف از آن را مجاز نمی‌دانست و قاضی متخلف را به مجازات انتظامی محکوم می‌کرد.^۴

بدین ترتیب، صدور رای را چه در فرض پذیرش ایراد آیین دادرسی و چه در صورت رد آن باید الزامی دانست. در غیر این صورت، دادگاه می‌تواند بدون هیچ استدلالی از ایراد مطرح شده چشم‌پوشی کند و حق اعتراض بعدی مدعی در مرحله پژوهش در صورت احراز صحت ادعای وی ممکن است منجر به اطاله دادرسی و تضییع حقوق دفاعی دادخواهان شود.

۳- تسری قاعده اعتبار امر قضاوت شده به قراردادهای دادگاه

نویسندگان حقوقی عموماً اعتبار امر قضاوت شده را ویژه حکم قطعی دادگاه‌ها می‌دانند و تسری این قاعده به قرارها را جایز نمی‌شمارند.^۵ اما استاد جعفری لنگرودی با آوردن مثالی از رویه قضایی، قرار را نیز

۱. ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، پیشین، صص ۸۲۳-۸۵۰.

۲. همان، ص ۸۲۹.

۳. همان، ص ۸۴۹.

۴. «دادرس موظف است چنانچه ایرادی بر صلاحیتش شده نخست قرار رد یا قبول ایراد را داده و بعد از گذشتن مدت قانونی در صورتی که قرار، مبنی بر رد باشد بماهیت رسیدگی کند. تاخیر در صدور قرار و یا شروع در رسیدگی بلافاصله پس از صدور قرار و قبل از قطعی شدن آن تخلف است». حکم شماره ۱۳۴۶ مورخ ۱۳-۲-۱۳۱۳. نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۸۴۹. در رایی دیگر از مرجع انتظامی قضات چنین آمده است: «هرگاه ایراد عدم صلاحیت به موقع شده و دادرس به آن توجه نکرده و رای نداده است قرار تحقیقات محلی برای رسیدگی در ماهیت صادر کند و قبل از اجرا قرار تحقیقات محلی دادرس دیگری متصدی دادگاه و رسیدگی به آن دعوی شود باید پیش از اجرای قرار تحقیقات محلی به ایراد مذکور توجه کند و عدم توجه دادرس پیشین رافع تکلیف دادرس بعدی نیست». حکم شماره ۳۷۷ مورخ ۴-۳-۱۳۰۸ دادگاه انتظامی. نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، پیشین، ص ۸۵۰.

۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، پیشین، ج دوم، صص ۲۲۴-۲۲۳. ابهری، حمید، آیین دادرسی مدنی ۳، طواری

مشمول این قاعده دانسته‌اند. در اینجا به منظور پیوستگی موضوع بحث حاضر، درستی این نظریه دربارهٔ ایرادات آیین دادرسی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفته شد که به وسیلهٔ ایراد آیین دادرسی دادرس به دعوا و اختلاف آیینیک مشغول می‌شود و در نتیجهٔ نخست ملزم به بررسی مبنای ادعا و سپس صدور رای قطعی در بارهٔ آن است. تصمیمی که پس از بررسی دادرس صادر می‌شود، مانند حکم دادگاه آثاری دارد که مهمترین آن، اعمال قاعدهٔ اعتبار امر قضاوت شده است. در حقیقت، پس از بررسی دادگاه و قطع اختلاف به وسیلهٔ صدور رای این اختلاف تمام شده تلقی شده است و دیگر قابل رسیدگی مجدد نیست. چنین استنباطی از قرارهایی که قاطع اختلافی هستند با توجه به بند ۶ مادهٔ ۸۴ قانون آیین دادرسی مورد موافقت دادرسی‌دانان ما نیست. اما حقوق‌دانانی چون کاتوزیان و استاد جعفری لنگرودی نظری دیگر دارند.

کاتوزیان با ارائهٔ تفسیری متفاوت از مفهوم «قطعی»، نظری مخالف با اکثریت نویسندگان حقوقی ابراز کرده‌است. بنابر دیدگاه او، دو معنا برای قطعیت رای قابل تصور است:

در معنای نخست، «... رای قطعی به معنای وسیع واژه به تصمیمی گفته می‌شود که یکی از مسائل مورد اختلاف دو طرف را به طور قطع حل کند»^۱. «با این تعبیر، احکام دادگاه‌ها هرچند غیابی و قابل تجدیدنظر باشد، حکم قطعی محسوب می‌شود. همچنین، تصمیم‌هایی که دادگاه پیش از صدور حکم دربارهٔ یکی از ارکان دعوا یا ایرادهای دو طرف می‌گیرد و به طور قاطع اختلاف را حل می‌کند، قطعی است؛ چنان‌که تصمیم دادگاه در رد ایرادهای مذکور در مواد ۸۴ و ۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی، ثبوت تصرفات خوانده در دعوی اجرت‌المثل یا جعلیت سند و موثر بودن شهادت شهود و... امثال اینها قطعی است و لزومی ندارد که رای به کلی پرونده را از دادگاه خارج کند»^۲.

با این مقدمات می‌توان چنین نتیجه گرفت که قطعیت رای به این معنا، شرط وجود عمل قضایی و در نتیجه ایجاد اعتبار امر اعتبار امر قضاوت شده است^۳. بنابراین، شرط ایجاد اعتبار امر قضاوت شده، وجود رای است که اختلافی را قطع کند (رای قاطع). چنان‌که گفته شد، در رایی که بر پایهٔ ایراد آیین دادرسی صادر می‌شود، اختلاف دو طرف به طور قطع حل می‌شود. رای حل‌کنندهٔ این اختلاف دارای اعتبار امر قضاوت شده است. با این توضیحات، تصمیم دادگاه در پذیرش یا رد ایراد آیین دادرسی یک رای قطعی (قاطع) است، زیرا به صورت قطعی اختلاف را حل می‌کند. هر چند این امر نافی قابلیت شکایت از رای

دادرسی، مجد، چاپ ۱، ۱۳۹۶، ص ۳۴. مردانی، نادر، محمد جواد بهشتی، آیین دادرسی مدنی، ۱، ۲، ۳، میزان، چاپ ۱، بهار ۱۳۹۴، ص ۵۱۴.

۱. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دادرسی مدنی، میزان، چاپ ۹، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۳۲.

۲. همان.

۳. همان.

صادر در مرجع بالاتر نیست. معنای دیگر «رای قطعی» که در میان حقوق‌دانان ما نیز مرسوم‌تر است عبارت است از: «تصمیمی که به سبب گذشتن مهلت تجدیدنظر یا تایید در آن مرحله، قابل اجرا شده باشد». کاتوزیان به منظور تسری اعتبار امر قضاوت شده به قرار، ناچار تفسیری ویژه از آن را ارائه حذف و معنای آن را چنین تعبیر می‌کند که منظور از حکم قطعی مذکور در بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی ما، حکمی است که به صورت قطعی در معنای نخست (قاطع دعوا) اختلاف را حل و فصل می‌کند. دلیل این نظر را، تاثیر نظرات حقوق‌دانان فرانسوی بر نویسندگان قانون آیین دادرسی مدنی ما می‌دانند.^۱

در حقیقت، منظور از اعتبار امر قضاوت شده ایراد آیین دادرسی بدین معناست که دیگر آن درخواست قابل طرح مجدد نیست و تنها می‌توان نسبت به آن، درخواست اعتراض یا تجدیدنظر (از طریق یکی از راه‌های شکایت از رای) اعمال کرد. به عبارت دیگر، در هر رسیدگی، مدعی ایراد تنها یک‌بار می‌تواند ایراد آیین دادرسی مطرح کند و در صورت رد، در مرحله تجدیدنظر به همان تصمیم درباره ایراد اعتراض می‌کند. این اعتراض (شکایت از رای)، به معنای درخواست جدید نیست، بلکه اعتراض به رد یا قبول آن در مرحله قبلی است. بنابراین، وقتی در ماده ۴۸۰ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه، برای ایراد آیین دادرسی اعتبار امر قضاوت شده قائل می‌شوند، به همین مفهومی است که گفته شد. ماده ۴۸۰ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه در این باره مقرر می‌دارد: «رای که در منطوق خود تمام یا بخشی از اصل را حل و فصل می‌کند، یا رای که در خصوص ایراد آیین دادرسی، عدم پذیرش یا هر امر طاری دیگری صادر می‌شود، از لحظه صدور، نسبت به اختلافی که حل و فصل کرده است دارای اعتبار امر قضاوت شده خواهد بود».

ژاک ارون و تیری لوبار با مقایسه مواد ۴۸۰ و ۴۸۲ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه^۲ می‌نویسند: «تمامی طواری، منجر به رای قطعی^۳ (قاطع) نمی‌شوند. ماده ۴۸۲ آرای پیش از گفتن حق مانند دستور یک اقدام تحقیقی یا موقت را فاقد اعتبار امر قضاوت شده می‌شمارند. چه تفاوتی میان تصمیماتی که دستور انجام اقدامات تحقیقی یا موقتی را صادر می‌کنند با تصمیماتی که در ایراد عدم صلاحیت یا ترک رسیدگی صادر می‌شوند، وجود دارد؟ تفاوت در این است که دسته دوم، بخشی از اختلاف، هر چند اندک را، حل و فصل می‌کنند»^۴.

۱. به نظر می‌رسد که مقصود بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی همین معنا باشد، چرا که از نظر تاریخی می‌دانیم که نویسندگان قانون به آیین دادرسی مدنی فرانسه توجه خاص داشته‌اند. در حقوق فرانسه، مقصود از رای قطعی (un jugement définitif) همین معنای وسیع است و رای نهایی حکمی است که از راه‌های عادی نتوان بر آن اعتراض کرد.

۲. ماده ۴۸۲ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه: «رای که در منطوق آن دستور ترتیب تحقیقی یا ترتیب موقتی بیان می‌شود، نسبت به اصل، فاقد اعتبار امر قضاوت شده است».

۳. Un jugement définitif.

۴. Héron, Jacques et Thierry Le Bars, Droit judiciaire privé, 3e éd., Montchrestien Lextensoédition, 2006, n° 349, p. 279.

به نظر آنان، ادعاهای گوناگون طرفین، اعم از این که بر مبنای حقوق ماهوی یا آیین دادرسی استوار باشند، دادرس را بر آن می‌دارد که در دفترچه خود فهرستی از مشکلاتی که به ترتیب باید حل و فصل شوند، بسازد مانند: درستی یک عمل آیین دادرسی، صلاحیت دادگاه، سمت خواهان، مرور زمان، پرداختی که صورت پذیرفته است و.... هر بار که دادرس یکی از این مشکلات را حل می‌کند، دفترچه‌اش ورق خورده و به لحظه‌ای نزدیک می‌شود که او می‌تواند تمام دعوای مطروحه را حل و فصل کند. در جهت مقابل، وقتی که دادرس دستور یک اقدام تحقیقی را صادر می‌کند، او مشکلی را حل نمی‌کند بلکه به واسطه این کار ابزاری در اختیار او برای تصمیم‌گیری در موضوع خاص مبهمی می‌دهد. پس، با این اقدام دفترچه دادرس در همان صفحه می‌ماند.^۱

بنابراین، این تصمیمات اعتبار امر قضاوت شده ندارند و مشمول قاعده فراغ دادرس نیز نمی‌شوند. بنابراین، باید پذیرفت که منظور از «حکم قطعی» مذکور در بند ۶ ماده ۸۴، حکمی است که اختلاف را قطع کرده است و از این جهت هر اختلافی که در دادرسی قطع شود، از این جهت پایان یافته است و طرح مجدد آن ادعا ممکن نیست.

در حقیقت، چنان که استاد کاتوزیان گفته است، در فرانسه میان «رای قطعی»^۲ و «رای غیرقابل اعتراض و پژوهش»^۳ تفاوت قائل می‌شوند. تفاوت این دو، گاه در فرانسه نیز نادیده گرفته می‌شود، چنان که رژه پرو، پیش از بیان تفاوت این دو، یادآور می‌شود که باید به تفاوت آن توجه کرد و از درآمیختگی این دو مفهوم احتراز شود.

پرو در این باره می‌نویسد: «باید مراقب بود که میان رای قطعی و رای غیرقابل اعتراض اشتباه نشود: رای قطعی را می‌توان پس از صدور آن، به وسیله یکی از طرق شکایت از آرا مورد اعتراض قرار داد و در صورت اعمال (شکایت از رای)، این خطر وجود دارد که حکم صادره فسخ یا نقض گردد، (زیرا) حکم هنوز غیر قابل اعتراض نشده است، ولی حکم صادره قطعی باقی می‌ماند.

این حکم وقتی که نتوان این حکم را به واسطه طرق عادی شکایت به آرا مورد اعتراض قرار داد (به زیر سوال برد)، گفته می‌شود که حکم حاکمیت امر قضاوت شده را گذرانده و وقتی که هیچ یک از طرق

۱. Ibid.

نکته جالب این است که کاتوزیان نیز رای قطعی را تصمیمی می‌دانسته است که اختلافی را قطع کند و آن را در برابر تصمیم‌های موقتی یا ترتیبات تحقیقی قرار می‌دادند: «... رای قطعی در برابر تصمیم‌هایی به کار می‌رود، که دادگاه به منظور آماده شدن برای صدور تصمیم نهایی می‌گیرد و به موجب آن مبانی دعوا را بررسی و به دلایل موثر در موضوع رسیدگی می‌کند: مانند قرار تحقیق و معاینه محلی و ارجاع امر به کارشناس و رسیدگی به اصالت سند و استماع گواهی گواهان... و مانند اینها». کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده، پیشین، ص ۱۳۳.

۲. Le jugement définitif.

۳. Le jugement irrévocable.

شکایت عادی و فوق‌العاده درباره آن قابل اعمال نباشد، گفته می‌شود که حکم قطعی، غیرقابل اعتراض شده است»^۱.

با این تحلیل، باید پذیرفت که حکم غیرقطعی (به معنای قابل واخواهی یا تجدیدنظر)، از زمان صدور دارای اعتبار امر قضاوت شده است. کسانی که اعتبار امر قضاوت شده را ویژه احکام قطعی می‌دانند، نتوانستند احکام غیرقطعی را فاقد چنین اعتبار تلقی کنند.

اما استاد جعفری لنگرودی نیز در این باره نظری مشابه دارند اما به روشی دیگر به نتیجه‌گیری می‌رسند. ایشان به جای مراجعه به معنای قطعی در فرانسه در این باره می‌نویسند: «معنی حکم در بند چهارم ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی - هرچند مقنن در این مورد فقط نام حکم را ذکر کرده است و اسمی از قرار نبرده است ولی ملاک ماده شامل قرار هم می‌باشد و حکم خصوصیتی ندارد»^۲.

در حقیقت، ویژگی مشترک حکم و قرار که مورد اشاره لنگرودی قرار گرفت، «قطع یک اختلاف» است. بنابراین، در شمول آثار این اشتراک نباید تردیدی شود.

بر این پایه، معنا و قلمرو اعتبار امر قضاوت شده را نباید در مفهوم مضیقی که رایج است تعبیر کرد. به بیان دیگر، اعتبار امر قضاوت شده شامل هر تصمیمی است که اختلافی را حل و فصل کند حتی اگر این تصمیم قابل اعتراض و پژوهش باشد.

۱. On se gardera de confondre le jugement définitif et le jugement irrévocable: un jugement définitif, une fois rendu, peut être attaqué au moyen d'une voie de recours et s'il l'est effectivement, il risque d'être rétracté ou infirmé; il n'est donc pas encore irrévocable, mais il n'en reste pas moins jugement définitif. Lorsque ce jugement ne pourra plus être remis en cause par l'exercice d'une voie de recours ordinaire, on dira qu'il est passé en force de chose jugée et lorsqu'il ne pourra plus faire l'objet d'aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire, on dira alors que ce jugement définitif est irrévocable. Perrot, Roger, Droit judiciaire privé, Les cours de droit, ۱۹۸۱, p. ۶۳۱.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، پیشین، ص ۸۴۳.

نتیجه گیری:

طرح ایراد آیین دادرسی، طرح یک دعوا به سبب انکار یا تضییع یک حق آیین دادرسی است. این دعوا به لحاظ آثار نیز، همان آثار دعوای خواهان در ماهیت را دارد. از این جهت هیچ تفاوتی میان دعوای آیین دادرسی و دعوای اصلی نیست. بر این پایه، دادرس باید قابلیت پذیرش و مبنای قانونی ایراد مدعی و دفاع طرف مقابل را بررسی نموده و نتیجه کار خود اعلام کند. بنابراین، تفاوتی ندارد که دادرس ایراد را وارد یا مردود بداند. در هر حال صدور قرار در این باره ضروری است. این اهمیت به دلیل حفظ حقوق ایرادکننده و حق اعتراض وی نسبت به تصمیم دادگاه است. در حقیقت، تمام مبنای و اصولی که رعایت آن در هنگام صدور رای در ماهیت (حکم) الزامی است در اینجا نیز باید حذف رعایت شود. رویه قضایی در فرض پذیرش ایراد این قاعده را رعایت می کند اما در صورت رد ایراد آیین دادرسی تنها با ادامه دادن رسیدگی نظر خود را به طور ضمنی اعلام می کند. چنین رویکردی مخالف اصول قضاوت و روح حاکم بر حل اختلاف میان اشخاص است. چه باید دانسته شود که تفاوتی میان اختلاف ناشی از قواعد آیین دادرسی و قواعد ماهوی ندارد. نتیجه منطقی پذیرش شباهت گفته شده، تسری برخی آثار حکم به قرار است. در این راستا به نظر استاد جعفری لنگرودی، قرارهای صادره از دادگاهها را نیز باید دارای اعتبار امر قضاوت شده دانست. البته، قرار دارای چنین امتیازی شمرده می شود که همچون حکم، اختلافی که در اجرای قواعد آیین دادرسی به وجود می آید را حل و فصل کند. البته، قلمرو اعتبار امر قضاوت شده، تنها دربرگیرنده اختلافی است که حل و فصل کرده است.

الف) منابع فارسی

۱. ابهری، حمید، (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی ۳، طواری دادرسی، مجد، چاپ اول.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۸)، دانشنامه حقوقی، دوره ۵ جلدی، جلد اول، امیرکبیر، چاپ دوم.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی: دوره کامل دو جلدی، جلد اول، گنج دانش، چاپ سوم.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، سه نوع حقوق تطبیقی، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، نه تمایل - نه تعصب، در صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، گنج دانش، چاپ اول.
۶. شمس، عبدالله، (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد ۲، دراک، چاپ یازدهم.
۷. شمس، عبدالله، (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد ۱، دراک، چاپ سی و یکم.
۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، اعتبار امر قضاوت شده در دادرسی مدنی، میزان، چاپ نهم.
۹. مردانی، نادر - بهشتی، محمدجواد، (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مدنی، ۱، ۲، ۳، میزان، چاپ اول.

ب) منابع فرانسه

۱۰. Héron (2006) , Jacques et Thierry Le Bars, Droit judiciaire privé, 3è éd. , Montchrestien Lextensoédition.
۱۱. Perrot (1981) , Roger, Droit judiciaire privé, Les cours de droit.

دیباچه‌ای بر سبک‌شناسی آثار و اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی حقوق‌دان و اسلام‌شناس

اقبال‌علی میرزائی^۱

طرح بحث و تقسیم مطالب:

نوشتۀ حاضر مشتمل بر یک مقدمه و در دو بخش است: هدف از تدوین مقاله- چنان که از عنوان آن پیداست- آشنایی اجمالی با شخصیت علمی استاد جعفری لنگرودی است. به این منظور، ابتدا معرفی کوتاه این شخصیت و شرح مختصری از کار علمی ایشان می‌آید تا باب سخن در این باره باز شود و زمینه آن فراهم گردد. پس از این مقدمۀ کوتاه، در بخش نخست تلاش شده است با تأمل در آثار و اندیشه‌های استاد، پاره‌ای از نظریه‌های بنیادین و آرای منحصربه‌فرد استاد که مصداق بارز تولید علم محسوب می‌شود، شناسانده شود. این بخش، هستۀ اصلی نوشتار است. لیکن، در جهت تکمیل بحث و معرفی شایستۀ استاد جعفری لنگرودی، بخش دوم نیز به آن اضافه شده است و در آن، از یک مسئلۀ و مشکل حقوقی یاد می‌شود که مدت‌ها در رویۀ قضائی ما به یک معمای پیچیده تبدیل شده و به صورت یک معضل حقوقی در آمده است. به‌تازگی، راقم این سطور با الهام از اندیشه‌های استاد برای حل آن مسئله تلاش کرده است. در بخش دوم، گزارشی کوتاه از این موضوع داده می‌شود.

کلیدواژه: جعفری لنگرودی، اسلام‌شناس

۱- معرفی تألیفات استاد و دشواری احاطه بر آن

امروزه کمتر کتابخانه حقوقی در کشور ما یافت می‌شود که در آن نسخه‌ای از دانشنامه حقوقی یا ترمینولوژی حقوق موجود نباشد. دشواری کار فرهنگ‌نویسی بر اهل فن پوشیده نیست. لازمه اصلی این کار، گذشته از اشراف و تسلط به نوشته‌های علمی، توانایی تلخیص و انتخاب مطالب نیز هست. البته، این مهم، به نیروی ذهن خلاق نیز باید آراسته شود. بی‌گمان دشواری کار تدوین دانشنامه کمتر از تألیف لغت‌نامه و فرهنگ‌نویسی نیست. زیرا در این کار، هم‌زمان باید دو مقوله و هدف اصلی برآورده شود: از سویی، حقیقت موضوع بیان و حق مطلب ادا شود و از سوی دیگر، مفاهیم به گونه‌ای ساده و در عین حال رسا برای همگان - اعم از خواص و عوام - تبیین شود. در میان رجال علمی کشور ما تنها نوابی مانند علامه دهخدا به این توفیق دست یافته‌اند و در علم حقوق، فضل تقدّم با استاد جعفری لنگرودی است.

افزون براین، کثرت آثار و تألیفات استاد یکی دیگر از اوصاف بارز علمی ایشان است و همین امر احاطه به آثار و اندیشه‌های استاد را دشوار کرده است. برابر فهرست ارائه شده از سوی مؤسسه چاپ و انتشارات گنج دانش^۱، شمارگان عناوین کتاب‌های تألیفی استاد، هفتادوشش عنوان اعلام شده است که با احتساب دوره‌های چند جلدی برخی کتاب‌ها مانند: مبسوط در ترمینولوژی، الفارق و دانشنامه حقوقی، تعداد مجلدات آنها از یکصد جلد بیشتر خواهد شد. به همین جهت، نویسنده این سطور ادعا ندارد که با تمام آثار استاد انس گرفته است بلکه فقط به مصداق بیت معروف که:

آب دریا را اگر نتوان کشید هم به قدر تشنگی باید چشید

به گوشه‌هایی از عقاید و آرای علمی استاد جعفری لنگرودی توجه داشته است و در حد توان و بضاعت خود گزارشی کوتاه از آن ارائه می‌دهد.

۲- سبک تألیفات، صفات علمی و اخلاق حرفه‌ای استاد

با بررسی اجمالی نوشته‌های استاد، نخستین نکته‌ای که نظر هر خواننده‌ای را به خود جلب می‌کند، تفاوت در سبک و سیاق تدوین و تنظیم طرح و چارچوب کلی هر تحقیق (پلان) است. اگرچه هنوز بسیاری از نویسندگان بنا به سنت رایج اصرار دارند نوشته خود - اعم از کتاب و مقاله علمی - را در یک

۱. ر. ک: علم موضوع‌شناسی، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۷، فهرست تألیفات مؤلف [بخش ضمیمه]، ص ۱۶۸-۱۶۵.

قالب دوبخشی و متقارن طرح‌ریزی کنند و حتی تلاش می‌شود که حجم و کمیت مطالب دقیقاً متوازن از کار درآید. اما، استاد جعفری لنگرودی از این سنت بی‌اساس، فاصله گرفته‌اند و به همین سبب، در هر یک از نوشته‌های ایشان، به فراخور موضوع و طبیعت بحث، از طرح متناسب و شکل مناسب با محتوا استفاده شده است. چنان که برای مثال، برای بیان صدها نکته دلاویز و شورانگیز در علم حقوق، قالبی مناسب‌تر از آنچه در کتاب «صدمقاله در روش تحقیق علم حقوق» نمی‌توان یافت. همچنین، کتاب فلسفه اعلی در علم حقوق در دو بخش اصلی و حول دو محور (وجود و ماهیت) تنظیم شده است. با وجود این، برخلاف روش رایج، بخش سومی با عنوان «روش تحقیق در ماهیات» به آن افزوده شده است و نیز، بنا به ضرورت بحث و تکمیل مطالب بخش‌های قبلی، رساله‌ای با عنوان تئوری احسان به سه بخش پیشین الحاق شده است.

به‌علاوه، برای شناخت و معرفی آثار استاد، توجه به این مهم ضروری است که برای دستیابی به نظر کامل و رأی استاد در یک موضوع، نباید به یک یا چند تألیف بسنده شود؛ چه بسا در موضوع واحد، به مناسبت بحث و به ضرورت کار، در دو یا چند جا از نوشته‌های استاد، مطالبی مرتبط آمده است. البته این امر به معنای پراکندگی و بی‌نظمی در بیان مطالب نیست. بلکه بدین معنا است که گاهی از یک موضوع بحث شده و نتیجه یا نظریه‌ای به مناسبت بحث ارائه شده است لیکن، در رساله‌ای دیگر از نگاهی متفاوت به همان موضوع نگریسته شده و یا جمع‌بندی و خلاصه‌ای گویا از همان مطلب بازنمایی شده است. از این رو، محقق با اشراف به همه مطالب مرتبط، منظور استاد را بهتر می‌شناسد و به حقیقت آن دست می‌یابد. برای مثال، اگرچه شرح نظریه موازنه در معاملات در کتاب «تئوری موازنه» به خوبی تدوین شده است اما، با مراجعه به مقالات مرتبط با این موضوع در کتاب صد مقاله در روش تحقیق حقایقی جالب‌تر نمایان می‌شود که با زبانی دیگر بیان شده است. افزون بر این، در برخی نوشته‌های استاد با مثال‌های مکرر در تبیین مباحث روبه‌رو هستیم و استاد خود نیز با وقوف به این امر، همواره تأکید دارند که «تکرار مثال، تکرار ممثّل نیست». گذشته از این نکته‌های شکلی، آشنایی با سبک علمی و اصول حرفه‌ای در آثار و اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی ما را به حقایق مهم رهنمون می‌شود. رعایت صداقت علمی و پرهیز از پنهان‌سازی حقیقت و یا باژگونه‌نمایی آن، یکی از مهم‌ترین خصوصیات استاد است. به سبب داشتن این روحیه علمی، بیان خاستگاه نظریه‌ها، منشأ اقتباس قوانین موضوعه و اشاره به تاریخچه هر موضوع، در تمامی نوشته‌های استاد مشهود است. نیز، ارجاع مستقیم یا غیرمستقیم به آثار و اندیشه‌های دیگران و رعایت امانت، همواره نصب‌العین این مؤلف بزرگ است. افزون بر این، استاد جعفری لنگرودی همواره تأکید دارند که هدف اصلی تحقیق و حاصل کار علمی نوآوری و ابداع

است و به همین جهت، ایشان از روش کار حاشیه‌نویسانی که التقاط و سخن‌ربایی پیشه کنند، انتقاد کرده‌اند.^۱ باوجود این، اصل احترام و تعهد به رعایت حرمت‌ها مانع از این شده است که استاد از طریق تحقیق خارج شوند. چنان که با وجود نقد نظریه‌های پیشینیان - که گاه عقاید و دلایل آنها را تکلف نامیده‌اند^۲ - از مدار اخلاق خارج نشده‌اند و در پاسخ انتقادهای معاصران، به استدلال روی آورده‌اند تا جدل و مناقشه. برای نمونه، ایراد شده است که شرح ماده به ماده قانون، شیوه مناسبی برای تألیف کتاب نیست.^۳ اما، استاد جعفری لنگرودی پاسخ داده‌اند: این شیوه کار سبب می‌شود مؤلف و شارح قانون مجال پیدا نکند که پاره‌ای مواد قانونی مشکل را بدون شرح و توضیح رها کند.^۴

شاگردپروری یکی دیگر از مظاهر بارز اخلاق حرفه‌ای استاد جعفری لنگرودی است. راهنمایی دانشجویان و پژوهشگران جوان درباره این که کدام منبع علمی را بیشتر مطالعه کنند و یا در کدام مفاهیم غور و تحقیق کنند، در سراسر نوشته‌های استاد به چشم می‌خورد. گذشته از ارشاد و راهنمایی خوانندگان در پیشگفتار کتاب‌های متعدد، در خلال مباحث علمی نیز از این مهم غفلت نشده است. برای نمونه، با طرح نظریه «مبهمات حقوقی» در کتاب روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، اعلام شده است: مفاهیمی مانند نظم عمومی، عدالت، حقوق فطری، از مبهمات حقوقی هستند و استناد به آنها صحیح نیست. وظیفه پژوهشگران آینده رفع ابهام از آنها است.^۵

پویایی اندیشه یکی از صفات برجسته علمی استاد جعفری لنگرودی است. تألیف دو کتاب «مقدمه عمومی علم حقوق» - که نخستین بار در سال ۱۳۴۲ منتشر شد - و «روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق» - که چاپ نخست آن در سال ۱۳۸۷ منتشر شده - گواه این مدعا محسوب می‌شوند. آرای قدیم و جدید استاد به خوبی در این دو کتاب قابل مقایسه است. البته بنا به قاعده فقهی (الاجتهاد لاینقض بالاجتهاد)، بدون اینکه تهافت و اختلافی بین آرای سابق و لاحق استاد باشد، دو اثر یادشده نمودار دو رویکرد متفاوت در روش‌شناسی علم حقوق است. رویکرد نخست، توجه به اصول الفاظ و قواعد تفسیر حقوقی است اما، رویکرد جدید، تلاش دارد تا با نگاهی خارج از حوزه دانش حقوق، مطالعه بین‌رشته‌ای را توصیه و احیا کند.

۱. ر.ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ۱۳۸۲، ص ۴.

۲. برای نمونه ر.ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ۱۳۸۲، ص ۱۹۳ و بعد.

۳. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۱۳۹۵ ج ۲، ص ۲۶.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ۱۳۸۲، ص ۱۴.

۵. ص ۱۹۱-۱۹۲.

به همین قیاس، از مقایسه دو اثر بزرگ و متفاوت استاد می‌توان به رمز و رازهای جدید در زندگی علمی ایشان نزدیک شد. دو فرهنگ حقوقی ترمینولوژی- اعم از مبسوط، الوسيط و مختصر آن- و الفارق، هر کدام به دوره‌ای جداگانه در زندگی علمی استاد تعلق دارد و به همین جهت، هر دو اثر مذکور کاملاً تشخص دارد و نمی‌توان یکی را تکرار دیگری دانست. باوجود این، ممکن است گمان رود که عقاید و آرای علمی استاد به مرور زمان تغییر یافته و به همین جهت دو اثر متفاوت در یک موضوع خلق شده است. استاد جعفری لنگرودی از این سوء ظن هراسی ندارد و بلکه به استقبال آن نیز رفته است. در صفحه ۷ کتاب صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق در این باره می‌خوانیم: کار تحقیقات علمی هرگز به آخر نمی‌رسد؛ زمانه پیوسته در انتظار مردانی است شجاع و صاحب اندیشه مستقل که حتی نگرانی از ارتکاب اشتباه مانع از ابتکار عمل آنان نمی‌شود^۱.

باید افزود: استاد جعفری لنگرودی، از دسته فیلسوفان حقوق به شمار می‌رود که با روش مخصوص خود یعنی صراحت بیان و شفافیت کلام، ریشه‌ها و مبانی بسیاری قواعد حقوق را دریافته و به دیگران شناسانده است. در بیان اهمیت این کار کافی است اشاره شود، عمده قوانین و قواعد حقوق مدنی، در سنت‌های تاریخی ریشه دارد و بدون شناخت منشأ و چگونگی پیدایش هر یک از آنها، دآوری و اظهارنظر ناتمام است. گفتنی است، تفاوت بین حقوق دان^۲ و شارح قانون در همین نکته نهفته است:

اولی به مبانی قاعده حقوقی دست یافته است و خود می‌تواند قاعده‌سازی کند و راهنمای قانون‌گذار باشد. ولی دومی، تنها به شرح متون قانونی مشغول است؛ چشم به دهان قانون‌گذار دوخته و به اصول لفظی قناعت می‌کند. با مطالعه اجمالی کتاب «فلسفه اعلی در علم حقوق» به روشنی می‌توان دریافت که استاد جعفری لنگرودی در شمار دسته نخست و جزو فیلسوفان حقوق محسوب است. بحث از تبارشناسی قواعد حقوقی و نظریه پردازی درباره گذشته و آینده قواعد حقوق گواهی دیگر بر این مدعاست. نظریه «تأثیر

۱. این اخلاق پسندیده در میان عالمان دین شایع‌تر است. از بین فقیهان بزرگ ابن ادریس شافعی (رئیس مذهب شافعی) به سبب داشتن اقوال و آرای متفاوت، مشهور است. فتاوهای قدیم او در عراق و حجاز صادر شده و فتاوهای جدیدش در مصر و به جهت آشنایی با دیدگاه‌های امام علی(ع) و برخی فقیهان سرشناس شکل گرفته است. براین اساس، ابن فقیه نام‌آور در رساله فقهی قدیم خود به نام (الحجه) تجدیدنظر کرده و کتاب (الام) را پدید آورده است. گویا همین وسعت دید و اشتغال نظر، موجب ماندگاری او شده است. امام احمد حنبل نیز چنین روشی داشته است و پیروان او این خصلت وی را به سبب تقوا دانسته‌اند (محمد عمر سماعی، نظریه الاحتیاط الفقهی، بیروت، ۱۴۲۸؛ نقل شده در: داریوش مرادی، مفهوم اصل احتیاط، و جایگاه آن در مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنجند، ۱۳۹۸، ص ۴۵ و بعد؛ نیز: سید محمد شیخ‌الاسلام، راهنمای مذهب شافعی، ج ۱، دانشگاه تهران، بی‌تا، مقدمه، ص ۵-۶).

۲. Jurisprudent

تاریخ در سیستم حقوقی» که به تازگی و در فصل پایانی کتاب «روش جدید در مقدمه علم حقوق»^۱، شرح و تبیین شده دورنمای تحقیق در این حوزه را به خوبی ترسیم کرده است. به علاوه، در میدان عمل نیز استاد یگانه، پیشتاز بوده است: تدوین طرح پیشنهادی قانون مدنی به دو سبک کاملاً متفاوت سرآغاز راهی نو در کشف و استنباط قواعد حقوق مدنی است.^۲

به هر حال، گذشته از این کلیات، لازم است پاره‌ای از آرای علمی استاد معرفی شود تا گوشه‌ای از جایگاه علمی ایشان در حقوق ایران و جهان نمایان شود.

بخش اول: معرفی پاره‌ای از اندیشه‌ها و آثار منحصربه‌فرد استاد

۱- تعبدیات در حقوق و قانون

استقراء یا رجوع به قرعه یکی از مصادیق قواعد حقوقی است که به قول معروف عمل با چشم بسته محسوب است؛ این نوع تعبد در عرف رایج بوده و شارع نیز آن را امضا کرده است. مفاهیمی مانند: شخصیت حقوقی، مدت‌های مرور زمان، فروض قانونی و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، مصادیق بارز تعبد در قوانین موضوعه به شمار می‌رود. به عقیده استاد دکترین نیز در برخی موارد بر مبنای تعبد نظر می‌دهد. از این رو، بر خلاف آنچه شایع و مشهور شده است، دانش حقوق صرفاً بر مبنای استدلال و اقناع استوار نیست و در بسیاری موارد، حکمرانی عقل محدود و پای استدلالیان چوبین می‌شود.^۳ این واقعیت را استاد جعفری لنگرودی در آثار متعدد خویش صادقانه بازگو کرده‌اند^۴ و افزون بر آن، وجود موضوعاتی از قبیل امور توقیفی را از توابع تعبدیات در دانش حقوق دانسته‌اند.^۵

۲- تئوری موازنه

نظریه عمومی موازنه یکی از ابداعات و اندیشه‌های بی‌بدیل استاد است که نه تنها در حوزه حقوق مدنی که در خارج از قلمروی حقوق خصوصی نیز قابل اعمال است.^۶ عقود معوض مکان مناسبی برای طرح

۱. صص ۳۴۴ تا ۳۵۲.

۲. در کنار طرح اصلاحی قانون مدنی که گاهی به عنوان ضمیمه کتاب محشای قانون مدنی چاپ شده است، استاد با تألیف کتاب «المدونه» در تدوین قانون مدنی ایران طرحی نو در انداخته است که جز با تأمل بنیادین، تفاوت این دو اثر را نمی‌توان دریافت. طرح کتاب اخیر بر مبنای طبایع و ماهیات حقوقی قرار گرفته است (المدونه، ص ۲۳۱) و چنین طرحی پیش از تألیف کتابهای مذکور در اندیشه‌های حقوقی سابقه نداشته است.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه علم حقوق، ۱۳۸۷ صص ۲۵۶-۲۵۴.

۴. ر. ک: الفارق، ج ۱ و ۵، عناوین ارش و مضاربه.

۵. همو، ۱۳۹۷، ص ۱۱۷.

۶. چنان که اصل کامله‌الوداد در حقوق بین‌الملل بر این پایه استوار شده و دخل و خرج دولت در حقوق عمومی با آن قابل توجیه است.

این اندیشه است و به یاری این نظریه عام، قواعد مهمی مانند: ضمان معاوضی و خيار تدلیس و غبن در حقوق معاملات قابل توجیه است. بنا بر آنچه استاد در معرفی این نظریه آورده است: با طرح تئوری موازنه گامی تازه در تجزیه و تحلیل تراضی و تبیین نقش آن در انعقاد و اعتبار قرارداد برداشته شده است. چنان که باید گفت با پردازش این نظریه روانشناسی جدید حقوقی در حال شکل گیری است. کارکرد اصلی تئوری موازنه، معرفی عناصر تراضی و کشف جوهر عقد است.^۱

اگرچه شرح و توصیف این نظریه به مثابه بحر در کوزه است اما، خلاصه این نظریه به زبان استاد چنین است: «اصول موازنه در تراضی عاقدین در عقدی چون بیع از قرار زیر است: الف- موازنه تملیک به تملیک (= تملیک مبیع به ثمن)؛ ب- موازنه در ارزش عوضین؛ ج- موازنه تسلیم به تسلیم...»^۲. یکی از نتایج اجرای اصل موازنه در تسلیم، عدم نفوذ تصرفات من علیه الخیار در مورد معامله است. همه فقها گفته اند: تصرفات مذکور نافذ است. زیرا، مشتری به اقتضای مالکیت خود عمل کرده است. حال آنکه واقعیت این است که مالکیت مشتری بر مبیع همراه با حق خيار بایع بوده است و به همین سبب، مالکیت او از ابتدا متزلزل است و هر لحظه احتمال اعاده مالکیت به بایع وجود دارد و تصرفات مشتری نباید سد راه این حق بایع شود. به علاوه، آنان که این حقایق را قبول ندارند، به این پرسش تاکنون پاسخ نداده اند که بر چه مبنایی می توان پذیرفت که مشتری مبیع را به رهن یا اجاره دهد و پس از فسخ بیع، آن را به همین وضعیت به فروشنده برگرداند؟ آیا چنین وضعیتی حق بایع را محدود و ضایع نمی کند؟ چگونه می توان از عدالت معاوضی در این موارد سخن گفت؟^۳

افزون بر این، استاد جعفری لنگرودی بر پایه تئوری موازنه به این نتیجه رسیده اند که خيار تدلیس واقعیت ندارد. به همین جهت، نویسندگان قانون مدنی، به تبع فقیهان امامیه، آن را جزو اختیارات نیاورده اند. و در نوشته های فقهی از حق اختصاص بایع در این باره سخن رفته است. استاد جعفری لنگرودی در تبیین و توجیه این حق معتقدند: با صدور حکم حجر (=تفلیس) مشتری، دست او برای تسلیم ثمن بسته می شود و حالتی نظیر انحلال عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض پیش می آید و با انحلال بیع، عقدی باقی نمی ماند که معروض حق خيار شود. به دیگر سخن، تفلیس مشتری موجب به هم خوردن موازنه در تسلیم شده و با انتقای این موازنه اصل تراضی لطمه دیده و عقد منحل می شود.^۴

۱. همو، ۱۳۸۲، ص ۱۲۴.

۲. همان، ص ۱۸۸-۱۸۷.

۳. همان، ص ۱۹۰ و بعد.

۴. همان، ص ۱۸۸-۱۸۷؛ تئوری موازنه، ش ۷/۷ تا ۸۳.

نتایج و آثار ناشی از اصول موازنه در تسلیم و ارزش عوضین تا حدودی برای ما آشنا است. اما، با تکیه بر اصل موازنه در تملیک نیز به قواعد و احکام مهمی در عقود معوض می‌توان دست یافت. به نظر می‌رسد، برخی احکام و مقررات اجاره را جز به یاری این اصل نمی‌توان فهمید. به موجب ماده ۴۸۳ قانون مدنی: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، [عقد اجاره] از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده، منفسخ می‌شود...»^۱. این قاعده که از فقه امامیه اقتباس شده با ماهیت اجاره پیوند دارد. لیکن توجیه آن آسان نیست. زیرا، عقد اجاره در حقوق ما عقد تملیکی است. حال آنکه منافع عین در زمان عقد وجود خارجی ندارد تا به تملیک مستأجر درآید. گویا همین دشواری سبب شده است تا بیش‌تر نویسندگان، مقررات یادشده را با ضمان معاوضی و یا موازنه در تسلیم قیاس و توجیه کنند. در حالی که برخی فقیهان هوشمند، چنین احکامی را با موضوع تملیک مرتبط دانسته‌اند تا تسلیم. از این رو، از سید محمد کاظم طباطبایی نقل شده است: تلف عین در زمان اجاره کاشف از این است که منفعت نسبت به بقیه مدت از آغاز وجود نداشته است.^۲

این اندیشه با نظریه موازنه در تملیک منطبق است (=موازنه تملیک منافع عین مستأجره و اجرت‌المسمی) و مطابق آن، علت بطلان عقد اجاره، این است که به سبب فقدان منافع عین مستأجره، گرفتن عوض و اجاره‌بها ناروا و حرام است. به عبارت دیگر، تملیک اجاره‌بها در برابر تملیک منافع عین مستأجره قرار دارد و با انتفای یکی از این دو، وجود دیگری نیز بی‌جهت و اکل مال به باطل محسوب است.

۳- موضوعات مردد بین عقد و ایقاع

چنان که می‌دانیم، اختلاف‌ها درباره این که جعاله عقد است یا ایقاع، هنوز پایان نگرفته و نیز درباره ماهیت وصیت تملیکی اتفاق نظر بین فقیهان حاصل نشده است. همین تردید و ابهام وارد قانون مدنی شده و اندیشه‌های حقوقی را به چالش کشیده است. اگرچه استاد جعفری لنگرودی، ایقاع بودن جعاله را تأیید کرده‌اند^۳، اما طرح عنوان «موضوعات مردد بین عقد و ایقاع از سوی ایشان^۴، می‌تواند الهام بخش اندیشه‌های نو در این باره باشد که ممکن است برزخی بین دو ماهیت عقد و ایقاع وجود داشته باشد و یا

۱. ماده ۴۹۶ با عبارت دیگری مضمون ماده فوق‌الذکر را تأیید و تکرار کرده است: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود».

۲. عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۱۷-۲۱۵، نقل از: ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، ج ۱، ص ۳۹۶.

۳. علم موضوع‌شناسی؛ فقه‌الموضوعات، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۷ ص ۱۱۴.

۴. همان، ص ۱۱۳.

ماهیتی مختلط از این دو قابل تصور باشد. بدین بیان، که یک عمل حقوقی بتواند، در پاره‌ای موارد از احکام ایقاع و در موارد دیگر از آثار عقد تبعیت کند. نویسندگان قانون مدنی در باب وصیت تملیکی به همین راه رفته‌اند و در عین حال که قبول را شرط تملیک موصی به می‌دانند، برخلاف دیگر قراردادهای، اثر وصیت را زمان قبول مترتب ندانسته‌اند.

۴- عدم تبعیت از اندیشه سنتی «تخصیص - بیان»

مطابق نظر رایج در اصول فقه، عمده تفاوت نسخ و تخصیص در این است که با وقوع نسخ، حکم ثابت شرعی برداشته می‌شود. در حالی که تخصیص چنین اثری ندارد: صدور حکم خاص و استثنایی دلیل بر آن است که از ابتدا شمول حکم عام بر موضوعات استثنا شده مراد شارع نبوده است و در نظر او فقط آنچه از تخصیص بیرون مانده محل حقیقی حکم عام بوده است. بدین سان تخصیص نیز نوعی تبیین است و با وقوع آن معلوم می‌شود که موضوع خاص از ابتدا مشمول حکم عام نبوده است.^۱

باوجود این، پذیرش نظریه «تخصیص - بیان» در موردی که حکم خاص با فاصله زمانی و پس از اجرای حکم عام وضع می‌شود، دشوار است. بیان دانستن چنان حکمی مستلزم این است که قاعده عقلی «قیح تأخیر بیان» را نادیده گرفته باشیم یا چنان عمل خلاف حکمت رابه شارع نسبت دهیم. به علاوه، پذیرش این نظریه در حقوق موضوعه سبب نقض اصل «عطف بماسبق نشدن قوانین» است. گویا با توجه به چنین اصولی است که استاد جعفری لنگرودی، برخلاف دیگر استادان حقوق^۲ در فرضی که حکم خاص مدت‌ها پس قانون عام وضع شود، از نسخ حکم سابق سخن گفته‌اند و جانب تخصیص را نپذیرفته‌اند. چنان که استاد جعفری لنگرودی آورده‌اند: عدم اجتماع دو قانون بعضاً یعنی در قسمتی از قلمرو قانون اول... را در اصطلاحات حقوقی ما «تخصیص منفصل» نامیده‌اند. پس «مخصص منفصل» ناسخ قسمتی از قانون سابق است...^۳.

۵. تفکیک دقیق مفاهیم تعارض و تراحم قوانین

در نوشته‌های فقهی مشهور است که مفهوم تعارض احکام و قوانین مربوط به مقام انشاء و تصویب قانون است و در مقابل، تراحم قوانین موضوعی مرتبط با مقام اجرای قانون است و دو قانون متراحم، تنها

۱. ر. ک: اقبال علی میرزائی، تخصیص قانون، ۱۳۸۹ صص ۱۹۷-۱۷۸.

۲. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ۱۳۹۰ صص ۳۶۹-۳۶۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، ۱۳۵۵، ص ۱۳.

در موضع اجرا با یکدیگر تداخل می‌کنند ولی میان مدلول آنها تکاذب و تناقضی نیست. این مقایسه، در عالم نظریه پردازی و تئوری‌سازی کاملاً رسا و مطلوب است و دو مفهوم را از یکدیگر جدا می‌کند با وجود این، در عمل معیار دقیقی برای شناخت دو حکم متعارض و متزاحم از یکدیگر ارائه نمی‌کند.

گویا به همین علت است که در اندیشه‌های حقوقی دو اصطلاح مزبور گاهی نابه‌جا به کار گرفته شده و از موضع حقیقی خود دور شده است. چنان که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی اصطلاح تعارض قوانین رایج شده است. لیکن، همان گونه که استاد جعفری لنگرودی عنوان فرموده‌اند: «تعارض در قوانین بین‌الملل خصوصی وادی دیگری است و آن از باب تزاحم است نه تعارض»^۱.

در تأیید این نظر می‌توان گفت: چنان که اشاره شد، تعارض میان دو حکم در مقام تشریع و قانون‌گذاری اتفاق می‌افتد و علت آن، احتمال وقوع خطا و اشتباهی است که سبب تناقض گویی قانون‌گذار محسوب است. شارع و قانون‌گذار نمی‌تواند در یک موضوع هم به وجوب حکم دهد هم به حرمت^۲؛ در صورت عدم امکان جمع میان دو قانون معارض چاره‌ای جز این نمی‌ماند که گفته شود: قانون‌گذار با انشای حکم متأخر تصمیم سابق خود را تغییر داده و قانون سابق نسخ ضمنی شده است. به ویژه که انتساب تناقض گویی به قانون‌گذار حکیم نارواست. پس بهترین توجیه عقلی این است که از آخرین اراده قانون‌گذار تبعیت شود و در این مقام استدلال شود: مقنن از اراده پیشین خود برگشته است^۳.

لیکن، همان گونه که گذشت، میان دو حکم متزاحم، در مقام انشاء، تعارض و تناقضی نیست و فقط در مقام عمل، اجرای همزمان و توأمان آنها ممکن نیست. به گونه‌ای که اجرای یکی از آنها مزاحم و مانع اجرای حکم دیگر است. براین مبنا، دو حکم متزاحم، ضد و نقیض یکدیگر نیستند و همدیگر را تکذیب نمی‌کنند؛ مقررات هر دو حکم مزاحم، به‌جا و صحیح است زیرا، هیچ یک از آن دو حکم به ناروا و مبتنی بر اشتباه نبوده است. در نتیجه، نمی‌توان با استناد به اراده قانون‌گذاری آن را کنار گذاشت و از تغییر اراده پیشین قانون‌گذار دفاع کرد. پس باید بر مبنایی دیگر یکی از دو حکم مزاحم را بر دیگری ترجیح داد. مطابق با همین اندیشه است که قواعد تعادل و تراجیح در فقه اسلامی، به وجود آمده و از این باب سخن از نسخ یا تخصیص حکم نمی‌رود.

همچنان که استاد جعفری لنگرودی، با دقت و اشراف بر مبانی علم حقوق و فقه، اصطلاح «تزاحم قوانین» را در حوزه بین‌الملل خصوصی گویاتر یافته‌اند. بی‌گمان، در صورت اختلاف و مغایرت میان قوانین

۱. روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸.

۲. ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه، ۱۳۹۰، ص ۳۵۲.

۳. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۱۳۹۳ ج ۲، ص ۳۴۹.

کشورهای مختلف، از آنجا که اجرای دو قانون در نظام واحد ممکن نیست، به ناچار باید یکی را بر دیگری ترجیح داد. لیکن، نمی‌توان گفت قانون‌گذار کشور دیگر، با وضع قانون متأخر، از حکم قانونی مرجوح، بازگشته و آن را تغییر داده است. درست به همین دلیل است که قواعد رفع تعارض قوانین داخلی از جمله نسخ ضمنی و تخصیص قانون در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی کارآیی ندارد و استفاده از آنها نیز در عمل رایج نیست.

۶. احیای موضوع‌شناسی در علم حقوق

دانش حقوق در صدد تعیین، تفسیر و اجرای احکام و قواعدی برای رفتارهای تابعان خویش است. بنابراین، موضوع مطالعه در این علم دو چیز بیشتر نیست: حکم و موضوع (=متعلق حکم). بنا به عادت مرسوم آنچه که معمولاً مورد توجه حقوق‌دانان قرار می‌گیرد، احکام و قواعد حقوقی است و موضوع حکم طفیلی آن محسوب می‌شود. لیکن واقعیت این است که حکم هر قضیه فرع بر موضوع آن است و عقلاً اگر موضوعی نباشد، حکم قانونی آن سالبه به انتفای موضوع است.

به دیگر سخن، موضوعات به لحاظ عقلی و منطقی مقدم بر احکامند و احکام بر موضوعات مترتب می‌شوند. با ثبوت این واقعیت که هر حکم فرع بر موضوع خود است، بحث از حکم و بدون تشخیص موضوع بحثی کامل نیست. با توجه به همین حقیقت است که شناخت مفهوم عقود، تعهدات و ایقاعات، به عنوان موضوعات اصلی حقوق مدنی، کانون توجه قانون‌گذاران قرار دارد و محور بحث حقوق‌دانان است. با وجود این به اهمیت موضوعات و مفاهیم حقوقی کمتر توجه شده و به اجمال برگزار شده است. بی‌گمان، نهادهای عقود و ایقاعات که موضوع احکام و قواعد حقوقی واقع می‌شوند، ساخته و پرداخته عرف هستند که در اندیشه‌های حقوقی پرورده می‌شوند. نقش عرف ایجاد مواد خام اولیه و کار حقوق‌دان، پرورش دادن و شناساندن این محصولات عرفی است. قانون‌گذار نیز به نهادهای عرفی و اندیشه‌های حقوقی رسمیت اعطا می‌کند. برخی نویسندگان از این حقیقت چنین یاد کرده‌اند: «عقود و معاملات از مخترعات مقنن نیست؛ بلکه عرف و عادت آنها را بر حسب احتیاجاتشان در امور معاش و نظام اجتماع معمول و دایر کرده است. نهایت آن که در قوانین موضوعه از بین آنچه متداول بوده قسمتی را تقریر و بعضی را منع و پاره‌ای را تقیید و برخی را به اطلاق واگذارده‌اند. پس در این صورت معیار در ضبط متعلقات و موارد عقود آن چیزی است که طریقه عرف بر آن جاری است»^۱.

۱. محمد بروجرودی عبده، حقوق مدنی، ص ۱۰۸. نقل از: اقبال‌علی میرزائی، اصول و فنون تغییر قوانین، ۱۳۹۳ ص ۷۸.

بنابراین، اهمیت موضوع‌شناسی در علم حقوق اگر بیشتر از شناخت و تفسیر قوانین نباشد کمتر هم نیست. با وجود این، بحث موضوع‌شناسی در علم حقوق مغفول مانده است و چندان مورد استقبال حقوق‌دانان قرار نگرفته است. لیکن، استاد جعفری لنگرودی در این مسیر نیز پیشگام بوده است و با احیای سنت بومی و رایج در حقوق اسلامی، در تازه‌ترین اثر خویش، علم موضوع‌شناسی (فقه‌الموضوعات در برابر فقه‌الاحکام) را برای نسل حاضر حقوق‌دانان، تبیین و معرفی کرده‌اند. پیش از آن نیز با انتشار دوره دو جلدی «فرهنگ عناصرشناسی در حقوق مدنی و جزا» ارشاد اذهان به این مهم صورت گرفت و اندیشه‌های حقوقی به این سمت سوق داده شد و به دنبال آن، در سرآغاز کتاب «صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق»، ابداع اندیشه عناصرشناسی، به عنوان روشی تازه در روش تحقیق در علم حقوق معرفی شد.

۷. بنیادگذاری چندین دانش حقوقی و غیرحقوقی

آن گونه که در پایان کتاب «علم موضوع‌شناسی» به عنوان حسن ختام و ختم کلام آورده شده است، استاد ارجمند بیست‌پنج علم را بنیان‌گذاری کرده است^۱: عناصرشناسی در علم حقوق، ماهیت‌شناسی، روش تحقیق در علم حقوق، فن استدلال (= منطق حقوق در اسلام)، فلسفه اعلی در علم حقوق، مکتب‌های حقوقی در اسلام، اصول عامه اذن و اذنیات، تاریخ علم اصول و... گفتنی است، برخی از این علوم و دانش‌ها پیش‌تر و در اثنای مباحث این مقاله معرفی شده است. این نکته را نیز بیفزاییم که در بین علوم ۲۵گانه فوق‌الذکر علمی هم‌چون شعر تطبیقی، هنر و هنرشناسی در شعر فارسی، فلسفه فرهنگ و هنر، تاریخ معاجم و علم اشتقاق درفارسی و... نیز دیده می‌شود. از اینجا نیز تسلط استاد معظم بر علوم متعدد نمایان شده و شایستگی بالاترین عنوان علمی برای استاد محمدجعفر جعفری‌لنگرودی ثابت می‌شود.

بخش دوم: رازگشایی از یک مسئله حقوقی در پرتوی اندیشه‌های استاد

۱- درآمد:

پاییز سال ۱۳۹۶ احد اعضای محترم کانون سردفتران و دفترباران تهران یکی از مسائل و مشکلات حقوقی صنف سردفتران و دفترباران محترم را برای اینجانب بازگو کرد و با توجه به سابقه پژوهش اینجانب در زمینه «ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های آن»، درخواست تحقیق کردند. بنده نیز امثال امر کردم و پژوهشی را با عنوان «بررسی اعتبار قانونی تعلیق سردفتران و دفترباران موضوع ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴» آغاز کردم.

۱. همو ۱۳۹۷، ص ۱۶۴-۱۶۲.

اینک خلاصه طرح شامل مسئله تحقیق و یافته‌های آن به شرح زیر می‌آید:

۲- طرح بحث و تقریر مسئله:

چندی است که در رویه قضائی ما در مقام اجرای حکم ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴ به محض صدور کیفرخواست از دادسرا و در هر موضوعی که منتسب شده باشد، سردفتر یا دفتربار متهم از شغل خود معلق می‌شود و این تعلیق در بسیاری موارد ماه‌ها و سال‌ها طول می‌کشد.

ماده ۱۳ موصوف یکی از فروعات قانونی وابسته به ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ است. در ماده ۱۹ یادشده امکان تعلیق متهمان شاغل از ادامه اشتغال در بخش دولتی و خدمات عمومی در فرض صدور کیفرخواست پیش‌بینی شده بود. ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی همین حکم را در مورد سردفتران و دفترباران پذیرفت و جرایم موجب تعلیق را نیز با ارجاع به ماده ۱۹ فوق‌الذکر تعیین کرد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱ جای قانون مجازات عمومی را گرفت و به منظور پایان دادن به بحث و اختلاف‌ها درباره اعتبار قانون مجازات عمومی، در سال ۱۳۷۷ ضمن اصلاح ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، نسخ صریح قانون مجازات عمومی و اصلاحات و الحاقات بعدی آن اعلام شد. اما، ارجاعی که در ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی به ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی داده شده بود و همچنین، حکم ماده اخیرالذکر که در ماده ۱۳ فوق‌الذکر تکرار شده است، مورد بازنگری و اصلاح مستقیم از سوی قانون‌گذار واقع نشد.

این وضعیت، ابهام و تردیدهای متعددی را به‌وجود آورده است. عده‌ای به دستاویز اینکه ماده ۱۳ فوق‌الذکر صریحاً از مجموعه قوانین حذف نشده است، از حاکمیت و اعتبار کنونی آن دفاع می‌کنند. باوجوداین، اعتبار قانونی این ماده با تردید جدی روبه‌رو است و مشخصاً این پرسش‌ها در ارتباط با ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی قابل طرح است: -ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی با توجه به نسخ صریح قانون مجازات عمومی، به قوت خود باقی است؟ -تعلیق موضوع ماده فوق‌الذکر، در حال حاضر قطعی است یا قابلیت شکایت و اعتراض دارد؟

۳. عقیده استاد در موضوع

پس از جمع‌آوری مستندات پژوهش، به شواهد، قرینه‌ها و دلایل قابل توجهی دست یافتیم که عقیده به منسوخ بودن ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی را تأیید می‌کرد. نیز، به یاری استدلال‌های حقوقی تقریباً قانع شده بودم که قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران با تصویب قانون مجازات اسلامی بر پایه فقه امامیه، مفهومی با عنوان «تعلیق اشتغال متهمان» را در طول دادرسی و پیش از ثبوت اتهام، قبول ندارد

ولی مبنای این اندیشه و موازین فقهی آن، برایم روشن نبود و نمی‌دانستم موضع اجماعی یا مشهور فقه اسلامی و به‌ویژه فقه‌های امامیه در این باره چیست. تا اینکه در یک مقاله علمی^۱ عقیده استاد جعفری لنگرودی نظرم را جلب کرد و با مراجعه به کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، با آن آشنا شدم و آنچه را که در دل باور داشتیم، در کلام استاد یافتیم.

عین کلام استاد در این باره چنین است. «در اسلام تعلیق را نمی‌شناسند. زیرا تصدی مستخدم دولت تا فسق او ثابت نشده است باید به حال خود باقی بماند. پس از ثبوت فسق منعزل می‌شود»^۲. بی‌گمان، درک چنین حقیقتی و اعلام آن به این صراحت و قاطعیت، نیازمند آشنایی کامل با عقاید و آرای علمای مذاهب اسلامی است. بدیهی است، این مهم از کمتر کسی برمی‌آید. به‌راستی که اشراف به قواعد فقه جزائی از استادی که همگان او را متخصص در حوزه حقوق خصوصی و حقوق مدنی می‌شناسند، گذشته از اینکه او را شایسته عنوان (فیلسوف حقوق) می‌سازد، لقب علمی (اسلام‌شناس) را نیز لایق وصف چنین شخصیتی می‌کند و مقام شامخ علمی او را بیشتر می‌نمایاند. کسی که بر عقاید و آرای اندیشمندان علوم دینی و فقه اسلامی احاطه و سلطه یافته است، از درجه اجتهاد گذشته و در ردیف دارندگان مرتبه عالی علم در فرهنگ بومی ما قرار گرفته است. اکنون شایسته است بدون اغراق و مبالغه بگوییم: سرزمین پارس استاد جعفری لنگرودی دیگری پرورده است.

۴. پرورش فرضیه تحقیق و نتیجه‌گیری

تأمل در قانون مجازات اسلامی این حقیقت را تأیید می‌کند که با ایجاد نظام جدید مجازات‌های تبعی در حقوق کیفری ما، نظام سابق به علت تعارض با مقررات جدید، نسخ ضمنی شده و برچیده شده است. بر این مبنا، ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی که جزئی از نظام قبلی بوده به همراه کلیت نظام مذکور منسوخ شده و امروزه اعتباری ندارد. لیکن این ایراد هنوز بر سر راه وجود دارد که ممکن است گفته شود، در قانون مجازات اسلامی حکمی راجع به ممنوعیت معلق کردن متهم از ادامه اشتغال دیده نمی‌شود و این سکوت قانون‌گذار به منزله پذیرش امکان تعلیق و عدم مخالفت با آن است. به دیگر سخن، در سکوت بیانی نیست تا با بیان متقدم معارضه کند و ناسخ آن باشد. بنابراین، حکم ماده ۱۳ یاد شده تاکنون بلامعارض و معتبر باقی مانده است.

۱. محمد عظیمیان، ضرورت رسیدگی به موضوع تعلیق در دادگاه‌های انتظامی سردفتران و دفترباران پس از صدور کیفرخواست در مراجع قضائی (موضوع ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی...)، ماهنامه کانون سردفتران و دفترباران، ۱۳۹۳، شماره ۱۴۶-۱۴۵، صص ۲۸-۱۷.

۲. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۲۹۲.

در مقام رفع این ایراد نیز، با الهام از آنچه در ترمینولوژی حقوقی به آن دست یافته بودم، فهمیدم که سکوت قانون‌گذار ما نسبت به تعلیق اشتغال متهمان بی‌علت و دلیل نیست. بلکه این سکوت به همراه قرائن حالی به منزله مخالفت با ترتیب قانونی سابق است. چنان که گذشت، مضمون کلام استاد بیانگر این واقعیت است که تعلیق اشتغال افراد پیش از ثبوت اتهام و قبل از صدور حکم قضائی، نزد فقیهان اسلامی وجاهت شرعی ندارد. قانون‌گذار جمهوری اسلامی نیز به تبعیت از اندیشه‌ها و موازین فقهی به همین راه رفته است و علی‌رغم تغییرات مکرری که در قانون مجازات اسلامی از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی تاکنون صورت گرفته، قاعده تعلیق اشتغال متهم وارد این قانون نشده است.

با این مبنا، در جهت دفاع از حقوق قانونی سردفتران و دفترياران ارجمند تلاش و از عقیده به نسخ ضمنی ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی دفاع و در تأیید آن از نظریه نسخ تبعی ماده مزبور بر اثر نسخ صریح قانون مجازات عمومی یاری گرفته شده است. گزینه‌های دیگری نیز در این باره وجود دارد که فهم و استنباط یادشده از کلام استاد را تأیید می‌کند و راهنمای هر محقق واقع‌بین برای دستیابی به اراده واقعی قانون‌گذار است. چنان که اشاره شد، حکم تعلیق متهمان شاغل، در قانون مجازات اسلامی وجود ندارد و به همین جهت، اجرای چنان حکمی درباره سردفتران و دفترياران نمی‌تواند دلیل موجهی داشته باشد و در نتیجه تبعیض ناروا محسوب می‌شود و باید از آن دست شست. شغل سردفتری یا دفترياری در مقایسه با مشاغل بخش دولتی و یا شغل‌های مربوط به خدمات عمومی چه خصوصی‌یتی دارد تا به سبب آن حکمی متفاوت با آنها داشته باشد؟

افزون براین، با عقیده به بقای اعتبار حکم ماده ۱۳ در حقوق کنونی ما، این تردید و پرسش مهم به میان می‌آید که در حال حاضر، شکایت از امر تعلیق سردفتران و دفترياران ممکن است؟ یا اینکه چنین نیست و تعلیق آنان قطعی و غیرقابل اعتراض است؟ در نظم حقوقی کنونی، برای این پرسش نمی‌توان پاسخ درستی یافت. از سویی، چنانچه قائل به وجود حق شکایت و اعتراض برای سردفتران باشیم، بی‌گمان به قانونی عمل کرده‌ایم که صریحاً نسخ شده است. چنان که می‌دانیم، کلیه مقررات قانون مجازات عمومی به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۷۷ نسخ شده است. ماده ۱۳ قانون سردفتران در این باره حکمی ندارد و به تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی نیز ارجاع نداده است تا گفته شود، حکم تبصره مزبور جزو مقررات این قانون شده است. از سوی دیگر، اگر حق تجدیدنظرخواهی برای سردفتر معلق شده نباشد، این امر گذشته از اینکه موجب اجحاف در حق سردفتران می‌شود، به اجرای قانون به طور ناقص نیز می‌انجامد و به همین جهت، نقض غرض قانون‌گذار از تصویب مقررات مربوط به تعلیق سردفتران محقق می‌شود.

به دیگر سخن، در حال حاضر، حق شکایت سردفتر متهم از تعلیق خود، به عنوان لازمه عقلی و منطقی حکم ماده ۱۳ قانون سردفتران، به دلیل نسخ صریح تبصره ۳ فوق‌الاشاره وجود ندارد؛ اجرای ناقص حکم آن ماده نیز به جهت مخالفت با اراده قانون‌گذار ناممکن است. از این‌جا، این عقیده قوت می‌گیرد که نویسندگان ماده ۱۳ یادشده، با ارجاع و اشاره به ماده ۱۹ قانون مجازات عمومی می‌خواسته‌اند تا زمانی که مقررات قانونی اخیرالذکر معتبر و لازم‌الاجرا است، در مورد سردفتران نیز رعایت شود و به همین دلیل، تمام مقررات راجع به تعلیق متهم از جمله حق شکایت از تعلیق را در قانون دفاتر اسناد رسمی تکرار نکرده‌اند. اکنون که مقررات قانون اصلی و مورد ارجاع نسخ شده، زمینه و امکان اجرای قانون فرعی و ارجاع دهنده نیز از بین رفته است. در نتیجه، عقیده به نسخ ماده ۱۳ یادشده موافق با قاعده‌ای است که به موجب آن: جایی که اجرای حکمی به سبب حذف مرجع صالح برای رسیدگی و تمیز حق یا به سبب دیگر ممکن نباشد، ناچار باید نسخ ضمنی قانون مزبور را پذیرفت.^۱

نتیجه‌گیری:

مهم‌ترین هدف از معرفی کوتاه آثار و اندیشه‌های بدیع استاد، توجه دادن دانش‌پژوهان امروز به این نکته است که برای الهام گرفتن از عقاید علمی استاد جعفری لنگرودی و با عمل به عبارت معروف (از تو به یک اشاره از ما به سر دویدن...)، چراغ راه آینده را به دست گیرند و این راه را با ابداع نظریه‌های جدید کامل کنند و از تکمیل و تولید علم باز نمانند. به ویژه که تحقق این معنی بارها مورد خواست و آرزوی استاد ارجمند قرار بوده است.

باری، با اعلام خرسندی از این فرصتی که دست داد، خالصانه‌ترین درودها را به محضر حکیم دانشور و اسلام شناس برجسته جناب استاد جعفری لنگرودی تقدیم می‌کنم و از درگاه ایزد منان سلامتی و بهروزی ایشان را آرزومندم.

۱. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۱۳۹۰ ج ۲، ص ۳۵۸.

منابع و مأخذ:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، دایره المعارف حقوق؛ دانشنامه حقوقی، جلد دوم، چاپ چهارم، امیرکبیر، تهران.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷)، علم موضوع شناسی (فقه الموضوعات)، گنج دانش، تهران.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۲)، مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، مبسوط در ترمینولوژی، جلد دوم، چاپ پنجم، گنج دانش، تهران.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۵)، حقوق اموال، گنج دانش، تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فلسفه اعلی در علم حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل؛ تئوری موازنه، کاتبخانه گنج دانش، تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، گنج دانش.
۱۲. داریوش مرادی (۱۳۹۸)، مفهوم اصل احتیاط، و جایگاه آن در مسئولیت مدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج.
۱۳. شیخ الاسلام، سید محمد، راهنمای مذهب شافعی، جلد اول، دانشگاه تهران، بی تا.
۱۴. عظیمیان، محمد (۱۳۹۳)، ضرورت رسیدگی به موضوع تعلیق در دادگاه های انتظامی سردفتران و دفترباران پس از صدور کیفرخواست در مراجع قضائی (موضوع ماده ۱۳ قانون دفاتر اسناد رسمی...)، ماهنامه کانون سردفتران و دفترباران، شماره ۱۴۶-۱۴۵.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۱۶. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۰)، مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. میرزائی، اقبال علی (۱۳۹۳)، اصول و فنون تغییر قوانین، انتشارات دادودانش، تهران.
۱۸. میرزائی، اقبال علی (۱۳۹۳)، ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری های ناشی از آن، مجله دیدگاه های حقوق قضائی، سال نوزدهم، شماره ۶۵، بهار.
۱۹. میرزائی، اقبال علی (۱۳۸۹)، تخصیص قانون، فصلنامه حقوق؛ مجله دانشکده حقوق و علوم ساسی دانشگاه تهران، شماره ۲، دوره ۴۰.

در چه مواردی می‌توان ثالث را به دادرسی جلب نمود (تفسیری بر عبارت لازم بداند مذکور در ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی) اصلاحات تاریخ ۹۸/۳/۱۸

فیرالله هرمزی^۱

چکیده

ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی اشعار می‌دارد: هر یک از اصحاب دعوا که جلب شخص ثالثی را لازم بداند، می‌تواند تا پایان جلسه اول دادرسی جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب او را بکند، چه دعوا در مرحله نخستین باشد یا تجدیدنظر. قانون‌گذار برای تحریر موارد جلب شخص ثالث از عبارت لازم بداند، استفاده نموده اما مصادیق آن را مشخص نکرده است. همچنین جلب شخص ثالث را فقط در اختیار اصحاب دعوی گذاشته و در این مورد هیچ اختیاری به قاضی نداده است. این در حالی است که در سایر کشورها از جمله فرانسه قاضی در این مورد دارای اختیاراتی می‌باشد. رویه قضایی نیز در خصوص موارد جلب شخص ثالث متشتت است. هدف از این مقاله تحریر مواردی که طرفین دعوی می‌توانند اشخاص ثالث را به دادرسی جلب کنند، است. با توجه به این که دعاوی طاری از جمله دعاوی جلب شخص ثالث از حقوق فرانسه اقتباس شده است، حقوق فرانسه نیز مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

کلیدواژه: دعوی - طرف دعوی - ثالث در دعوی - جلب ثالث.

به موجب ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی هر یک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند، می‌تواند ثالث را به دادرسی جلب نماید چه دعوی در مرحله نخستین باشد چه تجدیدنظر، اما قانون‌گذار در مورد کلمه لازم و ابعاد آن سخنی نگفته است که اصحاب دعوی به چه منظور و چرا می‌توانند شخص ثالث را به دادرسی جلب کنند. به عبارت دیگر مصادیق لازم دانستن حتی به صورت تمثیلی بیان نشده است. رویه قضایی نیز معیار خاصی تعیین نکرده و در طول سال‌ها رسیدگی به دعوی جلب شخص ثالث هنوز قلمرو عبارت لازم بدانند آن‌گونه که باید، تبیین نشده است. این که ثالث در دعوی کیست و به چه منظور و در چه مواردی می‌توان ثالث را جلب نمود و آیا در جلب ثالث باید محکومیت ثالث را به ایفای تعهد، عدم انجام فعل و به رسمیت شناختن حقی خواست یا این که می‌توان مطلع، شاهد یا شخص ثالثی که اموال خوانده نزد اوست و غیره را به دادرسی جلب کرد و این که به‌طور کلی در چه مواردی می‌توان ثالث را جلب کرد، هدف نگارش این مقاله است. در طول مقاله سعی خواهد شد با مطالعه رویه قضایی و مطالعه حقوق فرانسه به عنوان منبع الهام قانون آیین دادرسی مدنی به سؤالات فوق پاسخ داده شود.

۱- دعوی و ثالث در دعوی

قانون آیین دادرسی مدنی دعوی را تعریف نکرده است و تفاوت آن با اصطلاحاتی نظیر اختلاف، دادخواست و درخواست مشخص نشده است. نویسندگان حقوقی نیز در تعریف دعوی گاه آن را با حق دادخواهی در هم آمیخته‌اند و گاه در کنار دعوی، حق دادخواهی، سایر حقوق را به هم آمیخته‌اند.^۱ با توجه به این که دعوی اصطلاحی است که از فقه گرفته شده نزدیک‌ترین تعریف از دعوی به تعریف فقهی آن تعریفی است که استاد جعفری لنگرودی از دعوی نموده است. به گفته وی دعوی عبارت است از خواستن چیزی به زیان دیگری به رسم منازعه^۲. در بین فقه‌های شیعه صاحب عناوین، روان‌ترین تعریف را از دعوی ارائه کرده است. او لازمه تحقق دعوی را ادعا و انکار بر حق واحد نزد قاضی می‌داند و می‌نویسد تا ادعا و انکار بر حق واحد محقق نشود دعوی تحقق پیدا نمی‌کند^۳. این تعریف به مضمون

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج اول، ۱۳۷۸، ص ۲۰۹، ش ۶۲؛ کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده، ۱۳۷۳، ص ۱۱۷، ش ۷۳؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج اول، ش ۱-۴۸۹، ۱۳۸۴، ص ۳۰۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج سوم، ش ۱، ۱۳۷۱، ص ۴۹۷.

۳. لاریب فی أن الدعوی والانکار لا یتحققان إلّا بنفی و إثبات واردین علی شیء واحد، فلو نفی کلّ منهما أو أثبت کلّ منهما فلا نزاع، ولو نفی أحدهما شیاً و أثبت الآخر شیاً آخر فلا بحث ایضاً، إلّا إذا رجع بالتلازم إلى شیء واحد هو محل نزاع و کذا



ماده ۱۰۷ آیین دادرسی مدنی ایران و ۳۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نزدیک است. زیرا به موجب بند (ب) ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایران تا قبل از جلسه اول و انکار خوانده، دادخواست تبدیل به دعوی نشده است و پس از آغاز جلسه و انکار خوانده در مورد حق مورد ادعای خواهان دعوی آغاز می‌شود. ماده ۳۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه تقریباً همین نظر را پذیرفته است. این ماده در مورد استرداد دادخواست و دعوی مقرر می‌دارد «استرداد با قبول خوانده کامل است. با این وجود اگر خوانده در ماهیت دفاع ننموده و یا یکی از موارد عدم استماع دعوی را مطرح نکرده باشد، قبول او لازم نیست».^۱ در واقع منظور از دفاع در ماهیت یا طرح موارد عدم استماع دعوی، انکار خوانده است و با انکار خوانده دعوی آغاز و چون در حقوق فرانسه دعوی حق طرفینی است استرداد آن جز با رضایت خوانده امکان‌پذیر نیست. بنابراین تحقق دعوی مشروط بر وجود مدعی و منکر بر حق واحد نزد قاضی است، البته ممکن است تعداد اطراف دعوی بیش از دو نفر باشد. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که در دعوی چه کسی ثالث محسوب می‌شود.

شخص ثالث کیست و چه کسانی ثالث محسوب می‌شوند. قانون آیین دادرسی مدنی شخص ثالث را تعریف نکرده و نگفته است چه کسانی ثالث محسوب می‌شوند. برخی نویسندگان حقوقی به ثالث در دعوای ورود ثالث، جلب شخص ثالث و اعتراض ثالث اشاره و آن را به طور مختصر تعریف کرده‌اند.^۲ قانون مدنی نیز در شرط به نفع ثالث، نگفته ثالث نسبت به قرارداد کیست اما کاتوزیان بر آن است که «اثر قرارداد محدود به دو طرف آن است، دیگران در برابر پیمان بیگانه‌اند، نه سودی می‌برند و نه زبانی متحمل می‌شوند».^۳ گرچه ماهیت دعوی با قرارداد متفاوت است، اما می‌توان گفت که ثالث در دعوی نیز نسبت به دعوی بیگانه است. «ثالث واژه‌ای عربی به معنای سوم است و در اصطلاح حقوقی به شخصی اطلاق می‌شود که: ۱- طرف یک عقد نیست، خواه قائم مقام عاقد باشد (مانند وارث) خواه نه. ۲- بیگانه نسبت به طرفین عقد یا دعوا چنانچه در مورد دعوی گویند.»^۴ در جای دیگری همین نویسنده گفته‌اند:

لو اثبت كل منهما شيئاً آخر، أو نفى كل منهما شيئاً آخر. فانه لا يتحقق نزاع الا إذا رجع أحد الاثباتين إلى نفى معارض للاخر، أو أحد النفيين إلى إثبات معارض للاخر... فتوجه النفي والاثبات على امر واحد- ولو بالمال. إنما هو من مقدمات الدعوى عرفاً و لغة و لا يتحقق دعوى والانكار الابنفى و اثبات.

۱. art 395: le désistement n'est parfait que par l'acceptation du défendeur. Toutefois l'acceptation n'est pas nécessaire si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non recevoir au moment où le demandeur se désiste.

۲. متین دفتري، احمد، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۲، ش ۴۳۸، ص ۳۲۶ ش ۴۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج دوم، ص ۴۹۶ ش ۱۰۰۹ و ج سوم، ص ۹۲، ش ۵۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، ص ۳۶۲، ش ۶۴۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۳۶۶.

«ثالث یعنی غیر از اصحاب اصلی دعوا که مدعی و مدعی علیه می‌باشند. ثالث هرگاه خود را در حاکم شدن هر یک از متداعیین ذیحق بداند می‌تواند مطابق تشریفات قانون آیین دادرسی وارد دعوا شود.»^۱ نویسنده دیگری گفته است: «منظور از شخص ثالث، همه اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند که با دادخواست اصلی (اولیه) عنوانی از خواهان و خوانده ندارند؛ به عبارت دیگر از نظر آیین دادرسی افراد به سه دسته تقسیم می‌شوند. گروه اول و دوم تشکیل اصحاب دعوا را می‌دهند (خواهان، خوانده). گروه سوم همه کسانی‌اند که خارج از دعوا هستند [و] با توجه به دو گروه قبلی عنوان شخص ثالث را دارند. ثالث در فرهنگ اصطلاحات حقوقی کاپیتان در چهار معنا آمده است: «۱- در معنای رایج و مهم آن: همه اشخاصی که نسبت به یک عمل غایی یا حتی شخص دیگری که ما از او سخن می‌گوییم، بیگانه هستند. ۲- در معنای قراردادی آن: الف- شخصی که طرف یا نماینده یکی از طرفین قراردادی نبوده و [قرارداد] اثر الزامی برای او ندارد. (ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی) ب- ذی‌نفع تحت عنوان خاص طرفین قرارداد (تعهد به نفع شخص ثالث) ۳- گاهی شخصی که به طور ویژه حمایت شده، امکان استناد به یک عمل مقاومت ناپذیر یا موقعیتی قضایی را دارد. برای نمونه ثالث در این معنا، ماده ۱۳۲۸ قانون مدنی فرانسه. ۴- تمام اشخاصی که در یک پرونده [دعوا] طرف و نماینده یکی از طرفین نمی‌باشند که وارد ثالث نیز یکی از آنان است.»^۲

در آرای بعضی از دادگاه‌ها تعریف مواردی دیده می‌شود که دادگاه‌ها در صدد تبیین مفهوم ثالث بر آمده‌اند از جمله در دادنامه‌ای^۳ که وارد ثالث دعوای خود را مسترد کرده و سپس دعوای اعتراض ثالث مطرح می‌کند شعبه دادگاه بدوی و تجدیدنظر اعلام داشته‌اند: قبلاً، دعوای ورود ثالث را در خصوص رأی مورد اعتراض طرح نموده و متعاقباً آن را استرداد نماید چون امکان حضور با اراده در قالب استرداد دعوا ساقط شده است بنابراین عنوان ثالث بر وی صدق نمی‌کند. این دادنامه هر چند در مقام تبیین مفهوم ثالث در دعوای اعتراض شخص ثالث است اما از این حیث که به مفهوم ثالث پرداخته شده، قابل توجه است. در دادنامه دیگری^۴ آمده است: در صورتی که معترض ثالث سابقاً در دادرسی به‌عنوان وارد ثالث دخالت داشته و دعوای ورود ثالث وی با قرار عدم استماع دعوی روبرو شد باشد، جزء اصحاب دعوی محسوب می‌شود و دعوای اعتراض ثالث وی رد می‌گردد.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوقی، ج ۵، ص ۳۷۶۵.

۲. Capitant, 1996, p727-8.

۳. دادنامه ش ۱۵۴ مورخ ۹۲/۳/۸ شعبه ۱۰۶ دادگاه حقوقی تهران و دادنامه ش ۱۵۰۸۶۲ مورخ ۹۲/۹/۷ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید این رأی.

۴. دادنامه ش ۱۴۶۶ مورخ ۹۲/۹/۷ شعبه ۱۰۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸ شعبه یک دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

در حقوق فرانسه که دعوای ورود و جلب شخص ثالث تحت عنوان، مداخله و دخالت^۱، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در تعریف مداخله گفته شده است، مداخله یک نوع دعوی است که اثر آن پیوند دادن شخص ثالثی به دعوی است که در شروع آن به عنوان خواهان یا خوانده نقشی نداشته است^۲.

یکی از نویسندگان فرانسوی در تعریف ثالث می‌نویسد: ثالث کسی است که طرف دعوی نیست، بنابراین کسی است که از نظر دادرسی به دعوی گره نخورده است^۳. گروهی دیگر از حقوق‌دانان فرانسوی نیز تعریف مشابهی از ثالث کرده‌اند^۴. به نظر این گروه، ثالث کسی است که نه اصالتاً در دعوی شرکت دارد و نه به کسی نمایندگی داده است.

دو تن از نویسندگان عرب به گونه‌ای روان‌تر ثالث را تعریف کرده‌اند. آنها می‌نویسند «در دعوای جلب ثالث اولین سؤالی که مطرح می‌شود این است که چه کسی نسبت به دعوای مطرح بین خواهان و خوانده ثالث محسوب می‌شود؟ شخص ثالث طرف در دعوی نیست، او نسبت به دعوی بیگانه است و اصل این است که اقدامات انجام شده در دعوی و احکامی که در نتیجه دعوی صادر می‌شود در حق او تأثیری ندارد. چرا که اثر احکام نسبی است همان‌گونه که آثار اجرائی نسبی است و نفع و ضرر به جز برای اطراف آن ندارد»^۵.

بنابراین و با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان گفت که ثالث کسی است که نه خواهان و نه خوانده دعوی اصلی باشد. رویه قضائی نیز خواهان و خوانده دعوی را ثالث نمی‌داند. مثلاً دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۰۶ صادره از شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طرح دعوای جلب ثالث علیه خواندگان را به دلیل این که خواندگان ثالث محسوب نمی‌شوند غیر قابل استماع اعلام نموده است^۶. ذکر

۱. intervention

۲. L'intervention est un type très particulier de demande incidente car elle aura pour effet de lier à l'instance une personne qui n'y figurait au celle ni en qualité de demandeur, ni en qualité de défendeur. Aueréli BERGEAUD WETTERWALD Evelyne BONIS yannick CAPDEPON-Procédure civile p. 312. n°757.

۳. le tiers se définit comme celui qui n'est pas partie, donc comme celui qui n'est pas lié procéduralement, Emmanuel- jeuland, Droit processuel Général, 4e édition- n° 64, le tiers au procès, P 132.

۴. le tiers une personne qui n'est ni présente ni représentée à l'instance en consequence, le représentant d'une partie, même s'il est physiquement present à l'instance est un tiers, Philippe Hoonakker, Droit et pratique de lu précédure civil, 2017, 2018 n° 312 á 312, p 46. 918.

۵. لعل اول سؤال یثور فی هذا المقام هو تحديد من هو الغير بالنسبة للخصومه القائمه بين المدعى و المدعى علیه. الغير ليس خصماً أى ليس طرفاً فى الخصومه، فهو اجنبى عنا لا شأن له بها و لأصل ألا يتأثر بأجراءاتها، او بالأحكام الصادره فيها فأثر هذا لا احكام نسبي كما هو الشأن بالنسبة لآثار الإجرائيه كلها فهى نسبيه لما تضررو لا تفيد إلا أطرافها. احمد خليل، قانون المرافعات المدينه، ص ۳۰۷، رقم ۱۳۰. نبيل اسماعيل عمر ۲۰۰۹ م، ص ۳۰۷.

۶. در این پرونده آقایان الف و ب و ج. ح با تقدیم دادخواست جداگانه به طرفیت خانم ز. پ از دادنامه ش ۰۱۲۱۷ مورخ

این نکته لازم است که در حقوق ایران و فرانسه فرض دعوای یکی از خواهان بر یکی یا سایر خواهان‌ها یا یکی از خواندگان بر یکی یا سایر خواندگان پیش‌بینی نشده و با وجود احتمال طرح چنین دعوایی با سکوت قانون مواجه هستیم. این در حالی است که چنین دعوایی در حقوق آمریکا تحت عنوان cross action پیش‌بینی شده است. حال به سؤال اصلی مقاله برگردیم که در چه مواردی و به چه منظور می‌توان ثالث را جلب نمود؟ در پاسخ به این سؤال موارد جلب شخص ثالث را با استقرا در قوانین احصا می‌کنیم.

۲- جلب شخص ثالث به منظور کامل نمودن خواندگان و اخذ حکم مشترک علیه آن‌ها
گاه پیش می‌آید، که خواهان هنگام ارائه دادخواست و به دلیل مطلع نبودن از تعداد واقعی خواندگان بعضی از کسانی را که باید در دادخواست به عنوان خوانده قید می‌نموده را در ردیف خواندگان ذکر نکرده است.

سؤالی که در چنین فرضی مطرح می‌شود این است که آیا خواهان پس از تقدیم دادخواست و یا تا آغاز جلسه اول اعم از اینکه رسیدگی در مرحله نخستین یا تجدیدنظر باشد، می‌تواند این دسته از خواندگان را طرف دعوی قرار دهد؟ قانون به این فرض پاسخی نداده است. مثلاً در فرضی که موصی‌له دادخواستی به خواسته اخراج موصی‌به از ماترک علیه وراث اقامه می‌نماید و غافل از این است که موصی دارای زن دومی بوده و از آن زن نیز دارای فرزندی است و به دلیل ندانستن این واقعیت آن‌ها را مورد دعوی قرار نمی‌دهد و دادخواست او تنها علیه زوجه اول و فرزندان اوست، آیا در این فرض موصی‌له (خواهان) می‌تواند زوجه دوم و فرزندان او را به عنوان ثالث به دادرسی جلب نماید؟ نظر اغلب قضات این است که در چنین فرضی دادخواست اولیه ناقص است زیرا از ابتدا باید همه خواندگان طرف دعوی قرار می‌گرفتند و این ایراد را نمی‌توان با ارائه دادخواست جلب شخص ثالث برطرف نمود. این نظر محل تأمل است، زیرا اول این که قانون‌گذار گفته هر یک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالثی را لازم بداند در اینجا

۹۱/۱۱/۳۰ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن به پرداخت مبلغ چهارصد و نود و شش میلیون ریال متسویاً بابت وجه التزام قراردادی و خسارت دادرسی در حق تجدیدنظرخوانده محکوم شده‌اند تجدیدنظرخواهی کرده‌اند. به علاوه آقایان الف و ب دادخواست جلب شخص ثالث به طرفیت آقای ح و خانم ز پ تقدیم و آقای ح را به داوری جلب و تقاضای محکومیت وی به پرداخت وجه التزام قراردادی را نموده‌اند. تجدیدنظرخواهان دلیلی که موجب نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته باشد ارائه ننموده و با توجه به قرارداد مستند دعوی و تخلف تجدیدنظرخواهان از انتقال سند رسمی محکومیت آنان به پرداخت وجه التزام قراردادی، موافق قرارداد و مقررات می‌باشد. لذا ضمن رد اعتراض به دادنامه موصوف به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد. در رابطه با دادخواست جلب ثالث نظر به این که خواندگان دعوای جلب ثالث، اصحاب پرونده می‌باشند و ثالث محسوب نمی‌شوند به استناد ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد آن صادر و اعلام می‌گردد.

تشخیص لزوم به عهده اصحاب دعوی است و دوم این که فلسفه وضع قواعد دادرسی مدنی رسیدگی سریع، منظم و عادلانه به اختلاف مردم است و تحقق این امر مستلزم این است که به خواهان اجازه داده شود، سایر کسانی را که باید طرف دعوی قرار می‌گرفتند به عنوان ثالث جلب نماید. به علاوه قانون‌گذار جلب ثالث را در هیچ فرضی منع نکرده و تنها در قسمت اخیر ماده ۱۳۹ مقرر داشته، هرگاه دادگاه احراز نماید که جلب شخص ثالث به منظور تأخیر رسیدگی است می‌تواند دادخواست جلب را از دادخواست اصلی تفکیک نموده به هر یک جداگانه رسیدگی کند. البته جلب این گونه اشخاص در مرحله تجدیدنظر محل تامل است زیرا اگر اجازه جلب کسی که از ابتدا باید به عنوان خوانده مورد دعوی قرار می‌گرفت را در مرحله تجدیدنظر تجویز کنیم، بدین ترتیب او را از مرحله نخستین رسیدگی محروم نموده‌ایم. بنابراین می‌توان گفت که جلب خوانده‌ای که در دادخواست نخستین از قلم افتاده، در مرحله نخستین جایز است. در حقوق فرانسه این نظر پذیرفته شده است و گفته شده است که هر کسی که بعداً بتواند به حکم صادره به عنوان ثالث اعتراض نماید می‌تواند به دادرسی جلب شود.^۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز در این مورد هیچ محدودیتی قائل نشده است. قسمت اول ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «هر کدام از طرفین دعوی که می‌توانند شخصی را به طور مستقل طرف دعوی قرار دهند، می‌توانند او را به عنوان ثالث به دادرسی جلب نمایند.^۲ در حقوق کشورهای عربی نیز همین نظر پذیرفته شده و گفته شده است، هر کسی که حکم، حقوق او را تحت تأثیر قرار داده و می‌تواند به عنوان معترض ثالث به حکم اعتراض نماید یا این که می‌تواند دعوای جدیدی اقامه کرده و موجبات صدور احکام متعارض را ایجاد نماید، می‌تواند از طرف اصحاب دعوی به دعوی جلب شود، تا او نیز همراه سایرین محکوم گردد و حکم در حق او از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار باشد.^۳

۱. il a intervention forcée lorsque l'une des deux parties engagées dans un procès y appelle un tiers qui aurait le droit sans cela, de décliner l'autorité de la chose jugée par le jugement qui doit intervenir au de l'attaquer par tierce opposition-jacques Heron, Theiry le Bars, Droit JUDICIRE PRIVE, P 278, n° 314.

۲. art. 331: un tiers peut être mis en cause aux fins de condamnation par tout partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal.

۳. من المعروف أن مبدأ نسبية الآثار الحكم لا يجعل الحكم سارياً إلا إزاء من كان حاضراً في المحاكمة التي صدر فيها و قد يكون خارج المحكمة شخص من الغير قد تأثر بالحكم الذي صدر فيها فيطعن بطريق اعتراض الغير أو أن يرفع دعوى مبتدأه جديدة مما قد يحدد المنازعة او يفتح الباب أمام تعارض الاحكام. لذلك اعطى القانون الخصوم امكانية إدخال هذا الغير ولو كرهاً طرفاً في الخصومة القائمة لكي يكون الحكم صادر فيها حجة على من كان طرفاً فيها منذ البداية و بذلك يمكن أن تنتهي القضية تماماً بحاكم واحد. حلمي محمد الحجار- الوسيط في اصول المحاكمات المدنية- الجزء الثاني- ص ۲۳- رقم ۵۷۷.

۳- دخالت و دستور قاضی در جلب شخص ثالث

در حقوق ایران و به موجب ماده ۱۳۵ اطراف دعوی می‌توانند در صورت لزوم شخص ثالثی را به دادرسی جلب نمایند و قاضی در این مورد اختیار ندارد. بنابراین در حقوق ایران قاضی در جلب ثالث هیچ‌گونه اختیار، ندارد و نمی‌تواند دخالت کند. اما در حقوق فرانسه قاضی می‌تواند از طرفین بخواهد که شخص یا اشخاص ثالثی را به دادرسی فرا بخوانند. قسمت اول ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در این مورد مقرر می‌دارد، قاضی می‌تواند از طرفین بخواهد که ذی‌نفعی را که حضورش برای حل و فصل دعوی ضروری است به دادرسی جلب کنند.^۱ همچنین ماده ۱-۷۶۸ آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: قاضی تحقیق (آماده کننده پرونده) می‌تواند از طرفین بخواهد تمام ذی‌نفعانی را که از نظر آنها برای حل اختلاف لازم است، به دعوی جلب کنند. البته در حقوق فرانسه در مرحله تجدیدنظر، چنانچه دعوی غیرقابل تجزیه بوده یا محکومیت تضامنی باشد و بعضی از محکوم علیهم تقاضای تجدیدنظر کرده و دیگران نکرده باشند، قاضی می‌تواند دستور جلب سایرین را به تجدیدنظرخواهان بدهد، تا همه کسانی که از آثار رأی استفاده می‌کنند، طرف دعوی باشند و بدین ترتیب اثر نسبی آرای دادگاه‌ها مورد احترام قرار گیرد. ماده ۵۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در این مورد مقرر می‌دارد، در صورت تضامنی و یا غیرقابل تجزیه بودن (حکم) در مورد اطراف متعدد دعوی، تجدیدنظرخواهی علیه یکی موجب حفظ حق تجدیدنظرخواهی دیگران می‌شود. این امر به عهده آن‌هاست که داخل در دادرسی شوند. در این‌گونه موارد در صورت تجدیدنظرخواهی علیه یکی از طرفین، تجدیدنظرخواه حق فراخواندن بقیه را به دادرسی دارد. قاضی نیز می‌تواند دستور جلب همه ذی‌نفعان به دادرسی را بدهد.^۲

رویه قضایی در یک مورد که دعوای تجدیدنظر علیه وصی اقامه نشده بود، وصی را راسا به دادرسی فراخواند.^۳ دیوان عالی کشور فرانسه اعمال این بند را مستلزم تحول در اختلاف^۴ ندانسته است.^۵ این بند

۱. art. 332: le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés don't la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige. Code de procédure civile, dalloz, 110 edition, 2019.

Art 768-1: le juge de la mise en état peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés don't la presence lui paraît nécessaire à la dolution du litige.

۲. art. 552. En cas de solidarité ou indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel formé par l'une conserve le droit d'appel des autres, souf à ces dernières à se joindre à l'instance. Dans les mêmes cas, l'appel dirigé contre l'une des parties réserve à l'appelant la faculté d'appeller les autres à l'instance. La cour peut ordonner d'office la mise en cause de tous les cointéressés.

۳. La cour d'Aix-en-Provence (22 juin 1976, D. 1976. Somm. 80)

۴. d'évolution du litige

۵. (Civ. 1re, 18 juill. 1995, no 93-13. 681 , D. 1996. 391).

خلاف ماده ۴ و ۵ آیین دادرسی مدنی فرانسه است، از این رو این پرسش مطرح شده است که با توجه به ماده ۳۳۲ در اینجا نیز قاضی باید طرفین را دعوت و راهنمایی به طرح دعوا علیه اشخاص دیگری کند که طرف دعوای پژوهش قرار نگرفته‌اند یا آن که خود می‌تواند رأساً اقدام کند، در این باره نظرات مختلفی ارائه شده است، اما به نظر می‌رسد که قاضی به جهت رعایت اصل تجزیه ناپذیری راسا می‌تواند این کار را انجام دهد چنانچه پیش‌تر هم گفته شد دادگاه تجدیدنظر خود راسا مبادرت به انجام چنین کاری کرده است.^۱ از این رو در ماده ۱ قانون آ.د.م.ف آمده است که «جز در مواردی که قانون به نحو دیگری مقرر کرده باشد، فقط طرفین می‌توانند آغاز شدن رسیدگی را بخواهند...»

به نظر می‌رسد قانون‌گذار ما هم می‌باید در زیر ماده ۳۵۹ این اجازه را به قاضی می‌داد تا اثر رأی به کسانی تسری پیدا نکند که طرف دعوی نبوده‌اند. بنابراین می‌توان گفت در حقوق فرانسه جلب اجباری ثالث در مرحله تجدیدنظر پیش‌بینی شده است. در حقوق بسیاری از کشورهای عربی نیز دادگاه می‌تواند دستور جلب شخص ثالث را به اطراف دعوی بدهد. مثلاً ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی لبنان مقرر می‌دارد «دادگاه می‌تواند در صورتی که تشخیص دهد جلب شخص ثالث موجب تسهیل صدور حکم در دعوی اصلی و یا کشف حقیقت و حفظ حقوق اصحاب دعوی یا یکی از آنها یا برای حفظ حقوق مجلوب ثالث لازم است، دستور جلب ثالث را رأساً صادر نماید».^۲

۴- جلب شخص ثالث به منظور محکوم نمودن او به صورت مستقل

گاه خواهان و خوانده دعوی اصلی، پس از ارائه دادخواست نخستین یا ضمن رسیدگی متوجه می‌شوند که جلب شخص ثالثی به منظور محکوم نمودن او به موضوعی که آنها تشخیص می‌دهند، لازم است. مثلاً در بیع فضولی مالک علیه مشتری به خواسته استرداد مال خود و به استناد حق عینی که بر مال دارد، اقامه دعوی می‌نماید و پس از ابلاغ دادخواست به مشتری (خوانده) یا روز رسیدگی خوانده متوجه می‌شود که کسی که مال را به او فروخته در واقع مالک نبوده است و او نیز می‌خواهد او را به دادرسی جلب و محکومیت او به پرداخت آنچه که به عنوان ثمن به او پرداخته است و همچنین خسارت وارد بر خود را مطالبه نماید. در این فرض هدف از جلب ثالث محکومیت او به پرداخت آنچه به ناروا دریافت

۱. (Civ. 2e, 5 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Pan. 44 ; RTD civ. 1984. 358, obs. Normand ; RTD civ. 1984. p. ۱ p358- 364, obs. voir: Frédérique FERRAND, Appel, Répertoire de procédure civile, mars 2012, n. 594..

۲. للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها ادخال شخص ثالث في المحاكمة اذا رأت ان من شأن هذا التدبير ان يسهل الحكم في الدعوى الاصلية و يؤدي إلى اظهار الحقيقة، ان فيه فائدة لصيانة حقوق الخصوم او احدهم او حقوق (المقر ادخاله) نقل از الدكتور احمد خليل - اصول المحاكمات المدنية، رقم ۲۹۷، ص ۲۶۶. احمد خليل ۲۰۰۱، ص ۲۶۶.

نموده و خسارات وارد به خریدار است. در حقوق فرانسه گفته شده در این فرض در صورتی می‌توان ثالث را جلب کرد که بتوان او را به طور مستقل طرف دعوی قرار داد.^۱ مثلاً گفته شده اگر زیان‌دیده‌ای که عامل ورود زیان به او کودک بوده است کودک را طرف دعوی قرار دهد، بعداً می‌تواند والدین او را به عنوان ثالث جلب نماید.^۲ گفته شده است در این فرض مجلوب ثالث یک طرف واقعی در دعوی است زیرا هدف محکوم نمودن او در دادرسی است.^۳

۵- جلب ثالث به منظور محکومیت منفرد یا تضامنی او با سایر اطراف دعوی

در حقوق ایران دو نوع ضمان وجود دارد، ضمانت نقل ذمه و ضمانت ضم ذمه. در ضمانت نقل ضمه، اگر ضامن بدون قصد تبرع ضامن شده باشد در صورت پرداخت مضمون به می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه نماید (ماده ۷۲۰ قانون مدنی). حال اگر مضمون‌له دعوایی به خواسته مضمون به علیه ضامن اقامه نماید، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا ضامن می‌تواند مضمون‌عنه را به عنوان ثالث به دادرسی جلب نماید تا مضمون‌عنه ضمن همان دادرسی دعوای اصلی محکوم به پرداخت مضمون به، به ضامن (خوانده دعوای اصلی) شود؟ به نظر می‌رسد پاسخ به سؤال مثبت است زیرا منطق و قضاوت خوب حکم می‌کند که ضامن به در دسر نیافتد به علاوه احراز رابطه ضمانت نزد همان دادگاه آسان‌تر است و رسیدگی به دو دعوی ضمن یک دادرسی موجب صرفه‌جویی در وقت و هزینه هم برای اصحاب دعوی و هم دادگاه است. در فرض ضمان تضامنی اگر طلبکار علیه یکی از کسانی که ضامن پرداخت طلب هستند اقامه دعوی نماید، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا بعداً می‌تواند سایر ضامنین را به دادرسی جلب نموده و تقاضای محکومیت تضامنی آن‌ها را بنماید. مثلاً اگر احمد چکی را در وجه حسین صادر نماید و حسین آن را ظهرنویسی کرده به زهرا دهد و سپس زهرا نیز آن را ظهرنویسی نمود و به رضا منتقل نماید و پس از مراجعه رضا به بانک به جهت نداشتن موجودی گواهی عدم تأدیه صادر شود و رضا علیه احمد دعوایی به خواسته مطالبه وجه چک اقامه نماید، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا رضا

۱. l'article 331 al 1er exige expressément que la partie qui met en cause un tiers ait pu agir contre lui á titre principal. Serge Gunichard, frédérique ferran, cécile chainais. Procédeur civil, n° 1107, p 507.

Art 331- un tier peut étre mis en cause aux fins de condamnation par toute partie. Qui est en droit d agir contre lui a titre principal.

۲. si la victime d'un dommage cause par un enfant mineur n' a'assigné dans un premier temps que l'enfant, elle peut ensuite forcer l'intervention des parents afin qu'ils soient condamnés á indemniser son dommage. Aurélie Bergeaud wetterwld, Évelyne BONIS, YANNICK CAPDEPON. Procéduré civil, n° 759, p 312.

۳. l'intervention forcée peut ensuite, avoir pour objet de faire condamner le tiers, ce qui en fait une véritable partie á l'instance. Sorya Amrani Mekki. yes Strickler. Procédeur civile. n° 126. P 234.

می‌تواند دعوای جلب ثالث علیه حسین و زهرا اقامه کند یا خیر؟ در این مورد نیز پاسخ مثبت است و اقامه دعوای جلب شخص ثالث علیه سایر ضامنین به منظور محکومیت مشترک آن‌ها با خوانده اصلی جایز است و منع قانونی ندارد. رویه قضایی نیز این نظر را تأیید نموده است.

در یکی از احکام آمده است که اگر دعوای اصلی علیه مضمون عنه نبوده باشد و سپس توسط خوانده به دادرسی جلب شود «... محکومیت خوانده مجلوب ثالث مستقیماً در حق خواهان اصلی که مبادرت به طرح دعوی بطرفیت وی ننموده. منطبق با موازین قانونی و آیین دادرسی نیست بلکه در فرض حقانیت خواهان اصلی متعاقب محکومیت خوانده اصلی در حق خواهان اصلی و با فرض وارد بودن دعوی طاری جلب ثالث، خوانده مجلوب ثالث در حق خوانده اصلی و خواهان (جالب) ثالث محکوم می‌گردد...»^۱

در حقوق فرانسه برای جلب ضامن جدای از مقررات مربوط به جلب ثالث مقررات خاصی تحت عنوان جلب ضامن^۲ (مواد ۳۳۴ الی ۳۳۸) وضع شده است. در حقوق فرانسه در فرض ضمان، ضامن به دو شکل می‌تواند علیه مضمون عنه اقامه دعوی نماید، یکی به شکل دعوای ضمان اصلی و دیگری به شکل دعوای ضمان طاری^۳. دعوای اصلی به این شکل است که ضامن پس از محکومیت در حق مضمون له دعوای مستقلی علیه مضمون عنه اقامه می‌نماید و خواهان محکومیت مضمون عنه به آنچه که او محکوم شده و سایر خسارات می‌گردد. اما دعوای ضمان طاری در فرضی است که خواهان دعوای اصلی علیه خوانده اقامه دعوی نموده و خوانده اگر ضامن باشد مضمون عنه خود را به دادرسی جلب می‌کند و اگر این گونه نباشد و کسی ضامن مسئولیت او باشد او ضامن خود را به دادرسی جلب می‌کند. مثلاً اگر کسی مسئولیت خود را بیمه کرده باشد و به دلیل وارد کردن خسارت به شخصی زیان دیده علیه او به عنوان عامل ورود زیان اقامه کند در این فرض خوانده می‌تواند بیمه‌گر را به عنوان ضامن مسئولیت به دعوی جلب نماید تا اگر او در حق خواهان محکوم گردید هم‌زمان و در یک دادرسی شرکت بیمه در حق او محکوم گردد. این دعوی برای جلب‌کننده دارای منفعتی است از جمله این که ممکن است در صورت عدم جلب ثالث (ضامن) بعداً اقامه دعوی علیه او مشمول مرور زمان شده یا خارج از موعد باشد. همچنین از نظر سرعت و اقتصادی بودن جلب ضامن به نفع جلب‌کننده است زیرا در این صورت به جای این که جلب‌کننده منتظر بماند تا محکوم شده و محکوم به را پرداخت و سپس علیه ضامن طرح دعوی و در صدد محکومیت او باشد موجبات رسیدگی هم‌زمان به دعوای اصلی و دعوای جلب ثالث را فراهم آورده و در

۱. پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۹۱۰۰۷۳ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دادنامه ش ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۱۸۰۵

۲. Disposition spécial aux appels en garantie, code de procédure civil, p 373.

۳. Garantie principal et; garantie incidente. Serge Gunichard, cécile CHAINAIS, FERDREIQUÉ, FERRRAND, n° 993, p 693.

وقت صرفه‌جویی می‌نماید. همچنین در صورتی که ضامن یا مضمون‌عنه هم‌زمان با او محکوم گردد او ضمن پرداخت محکوم‌به به محکوم‌له آن را از ضامن یا مضمون‌عنه می‌گیرد و این امر از نظر اقتصادی به نفع اوست.^۱

۶- جلب شخص ثالثی که اموال خوانده یا خواندگان نزد اوست

به موجب مواد ۸۷ الی ۹۵ قانون اجرای احکام مدنی توقیف اموال متعلق به محکوم‌علیه که نزد شخص ثالث است، جایز می‌باشد. با توجه به این که گاه اثبات تعلق اموال نزد شخص ثالث به محکوم‌علیه کار دشواری است و نیاز به رسیدگی قضایی دارد آیا خواهان اصلی یا دعوای تقابل یا وارد ثالث اصلی می‌توانند دادخواست جلب ثالث علیه ثالثی که اموال طرف مقابل دعوای (اعم از خوانده دعوای اصلی یا تقابل و یا دعوای ورود ثالث) نزد اوست اقامه نمایند تا بدین ترتیب وجود اموال نزد ثالث اثبات و ذی‌نفع بتواند در مورد اموال مذکور از اقدامات تأمینی استفاده نموده و آن‌ها را توقیف نماید یا این که پس از صدور حکم قطعی با توجه به اثبات وجود اموال نزد ثالث بتواند اموال را به راحتی توقیف و ثالث نیز در طول دادرسی از امکان انتقال آن‌ها یا از بین بردن ادله مثبت تعلق آن‌ها به اطراف دعوای منع گردد؟ در حقوق ما قانون، رویه قضایی و دکترین به این سؤال پاسخ روشنی نداده است. به نظر می‌رسد جلب شخص ثالثی که اموال نزد اوست هیچ منعی ندارد و به حل سریع‌تر دعوای و تحقق نتیجه اقتصادی که دعوای به منظور آن طرح می‌شود، رسیدن ذی‌حق به حق خویش، کمک می‌کند و از اتلاف وقت و هزینه جلوگیری می‌نماید. در حقوق فرانسه در این مورد کسی که اموال یکی از اطراف دعوای نزد اوست ضامن دیون او تلقی می‌شود و می‌توان او را به عنوان ضامن به دادرسی جلب کرد زیرا او متعهد به ایفای تعهدات محکوم‌علیه است. جلب شخص ثالثی که اموال نزد اوست ضامن قطعی^۲ نامیده می‌شود، چرا که طلبکاران شخص بر اموال او حق عینی دارند^۳. در حقوق فرانسه همانند حقوق ایران اگر ثالثی که اموال نزد اوست به دادرسی جلب نشود، بعداً می‌توان در اجرای حکم اموال محکوم‌علیه نزد او را توقیف نمود^۴.

۷- جلب شخص ثالثی که ادله نزد اوست

در مورد جلب شخص ثالث یکی از سؤالاتی که طرح می‌شود این است که آیا شخص ثالثی را که دلیل یا

۱. Henry, Solus, Roger Perrot, Droit judiciaire privé tome 3, n° 1082, p 918.

۲. garantie formelle.

۳. la garantie est formelle lorsque le demandeur en garantie est poursuivi comme détenteur d'un bien. Dans ce cas le droit invoqué est un droit réel, Droit et pratique de la procédure civile, 2005-2006, Dalloz, n° 312-53.

۴. Jean, Vincint, Voies d'exécution et procédures de distribution, n° 92, p 67.

تعدادی از دلایل نزد اوست را می‌توان به دادرسی جلب نمود. ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مقرر می‌دارد، هرگاه سند معینی که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است نزد طرف دیگر باشد به درخواست طرف، باید آن سند ابراز شود. هرگاه طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله قرائن مثبت بداند. با توجه به ملاک این ماده اگر سند نزد شخص ثالث باشد شخص ثالث به درخواست طرف (یکی از اصحاب دعوی) باید آن را ابراز نماید. اما قانون‌گذار روش الزام شخص به ابراز را بیان نکرده است. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا ثالثی را که ادله نزد اوست می‌توان به عنوان ثالث به دادرسی جلب و محکومیت او به ارائه دلایل را از دادگاه خواست؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال مثبت است، زیرا گاه ادعای وجود اسناد نزد ثالث نیاز به اثبات دارد و جلب او به دادرسی برای اثبات وجود ادله نزد او مناسب‌ترین روش است و بدین ترتیب می‌توان او را محکوم به ارائه ادله نمود و در صورت امتناع از ارائه ادله علاوه بر آن که عدم ارائه را از قرائن مثبت حق به نفع طرفی که به آن ادله استناد نموده دانست، ممتنع را هم به استناد ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بابت هر روز تأخیر در ارائه دلیل محکوم به پرداخت جریمه کرد.

در حقوق فرانسه به موجب بند ۲ ماده ۱۱ اگر دلیل نزد یکی از اطراف دعوی یا شخص ثالث باشد قاضی می‌تواند دستور ارائه دلیل را به کسی که نزد اوست صادر نماید و در صورت عدم ارائه، او را محکوم به پرداخت جریمه کند.^۱ همچنین طرفین می‌توانند از قاضی بخواهند که او را ملزم به ارائه دلیل، کند و در صورت امتناع از ارائه او را بابت عدم ارائه دلیل جریمه کند. به منظور تحقق این امر (الزام شخص یا اشخاصی که ادله نزد آنهاست) می‌توان ثالثی را که ادله نزد اوست به دادرسی جلب و تقاضای محکومیت او را به ارائه دلیل نمود. ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز الزام ثالثی را که ادله نزد اوست پیش‌بینی نموده و یکی از راه‌های این الزام جلب او به عنوان ثالث در دادرسی اصلی است.^۲ در حقوق کشورهای عربی نیز همین نظر پذیرفته شده است. یکی از نویسندگان دادرسی در این مورد می‌نویسد، طرف دعوی قرار دادن ثالث برای بیان حقیقت، یکی از موارد جلب ثالث، الزام ثالث به ارائه مدرک یا سندی است که نزد اوست یا سؤال کردن در مورد موضوعی و جلب ثالث در این فرض نزد دادگاه نخستین و پژوهش امکان‌پذیر است و اصطلاح بیان حقیقت دارای درجه‌ای از نرمش است که به قاضی اجازه

۱. art, 11, ... si une partie détient un element de preuve, le juge peut, á la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin á peine d'astrainte. Il peut á la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tier s'il n'exite pas d'empêchement légitime.

۲. la production forcée de pieces, Droit francais et Anglais, John, Anthony JOLOWICZ, nouveaux juge, nouveaux pouvoirs, mélanges en l'honneur de Roger perrot, Dalloz 1996.

تعیین قلمرو این امر را داده و در نتیجه محدوده‌ای که عدالت اقتضای کشف حقیقت را دارد تعیین نماید.^۱ البته در حقوق ایران نمی‌توان مطلع و شاهد را فقط به جهت مورد سؤال قرار دادن به عنوان ثالث به دادرسی جلب نمود و تنها می‌توان از آن‌ها دعوت کرد و عدم حضور مطلع یا شاهد فاقد ضمانت اجرا است. یکی از دادگاه‌ها^۲ در دعوای جلب ثالثی که هدف از اقامه آن اخذ توضیحات از مجلوب درخصوص معامله بیع بوده است چنین اظهار داشته است: «... درخصوص دعوی آقای د. س. به وکالت از خانم ص. الف. به طرفیت آقای ق. سمنانی جنگل و ع. ق. به خواسته جلب ثالث درخصوص نحوه تنظیم مبیعه‌نامه و پرداخت ثمن معامله دادگاه، دعوی خواهان را وارد نمی‌داند زیرا منظور خواهان حضور نامبردگان فوق جهت ادای شهادت و اخذ توضیحات از آنان بوده که این تقاضا را می‌توانست در پرونده اصلی هم بیان کند و دادگاه توضیحات را از آنان اخذ نماید و با به عنوان گواه از آنان اخذ شهادت نماید و نیازی به تشکیل پرونده جلب ثالث نیست چون برابر ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی شخص ثالث که جلب می‌شود خوانده محسوب و تمام مقررات راجع به خوانده درباره او جاری است و اساساً هم محکومیت خوانده وجود دارد درحالی که در مانحن فیه نامبردگان فوق که به عنوان خواندگان جلب ثالث قرار گرفته‌اند مطلع از امور می‌باشند. علیهذا دادگاه مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. حکم صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است».

در حقوق فرانسه هم شاهد یا مطلع را نمی‌توان به عنوان ثالث جلب نمود.^۳ البته در حقوق فرانسه کسی که شهادت یا سوگند متوجه اوست، در صورتی که بدون عذر موجه از ادای شهادت یا سوگند خودداری کند، دادگاه می‌تواند او را تا ده هزار یورو به دلیل عدم همکاری جهت اجرای عدالت جریمه نماید.^۴

۱. اختصاص الغير لاطهار الحقیقه و یكون المقصود من الاختصاص فی هذه الحالة هو الزام الغير بتقديم ورقة أو مستند تحت یده. او لسؤاله عن امرها و اختصاص الغير فی هذه الحالة جائز امام محاکم الدرجه الأولى و الثانیه و مصطلح إظهار الحقیقه هو من المدونة بحيث یسح للقاضي وفقاً لوقائع النزاع أن یحدد النطاق الذي یحیطه الکلام فی القضيّه و بالتالی یحدد حدود العداله التي تقضى المصلحه جلائها. الدكتور نبیل اسماعیل عمر، الدكتور أحمد حلیل، همان، ص ۳۱۸.

۲ - پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۰۲۱۳۷۰۰۷۰۱ شعبه ۱۸۶ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی مطهری تهران دادنامه ش ۹۱۰۹۹۷۰۲۱۳۷۰۰۷۴۶.

۳. Hervé CROZE, Christan MOREL, procedure civil, p 178, n° 173, et page 200.

۴. art 207. ... les témoins défaillants et ceux qui sans motif légitime, refusent de depeser eu de prêter serment peut être condamnés à une amend civil d'un maximum de ۱۰۰۰۰E.

همان‌گونه که در ابتدای مقاله گفته شد، عبارت لازم بداند مذکور در ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی مبهم است و قانون‌گذار حتی به طور تمثیلی مواردی را که اصحاب دعوی می‌توانند ثالثی را جلب نمایند احصا نکرده است. همچنین قانون‌گذار اختیار جلب شخص ثالث را به طور کامل در اختیار اصحاب دعوی قرار داده و قاضی در این مورد فاقد هرگونه اختیار است. لذا پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ماده ۱۳۵ را اصلاح و موارد جلب ثالث را حداقل به طور تمثیلی ذکر نماید. همچنین در مواردی که رسیدگی سریع، منظم و عادلانه و صرفه‌جویی در وقت و هزینه اقتضا نماید که ثالثی به دادرسی جلب شود، این اختیار را به قاضی بدهد که یا رأساً ثالث را به دادرسی فرا بخواند و یا اینکه از طرفین بخواهد ثالث را به دادرسی جلب کنند. البته این تصمیم قاضی باید موجه باشد و دلایل چنین ضرورتی در تصمیم قاضی ذکر شود.

منابع و مآخذ:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۱)، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۱ و ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۷۸ و جلد پنجم.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، ترمینولوژی حقوق، جلد سوم و پنجم، تهران: گنج دانش.
۳. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱، درک، چاپ چهارم.
۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، قانون و کلاهی دادگستری، چاپ چهارم.
۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۶. متین دفتری، احمد، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی بازگانی، جلد اول، مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ اول.

منابع فقهی و عربی

۷. احمد خلیل (۲۰۰۱)، اصول المحاکمات المدنیة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
۸. الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۸ق)، العناوین، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى
۹. حلمی محمد الحجار، (۴۲۲ق)، الوسیط فی الاصول المحاکمات المدنیة، الجزء الثاني، (بدون ذکر ناشر)، الطبعة الخامسة، ۲۰۰۲ م.
۱۰. نبیل، اسماعیل عمر، (۲۰۰۹ م)، قانون المرافعات المدنیة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى.

منابع فرانسوی

11. Autlié BERGEAUP WETTERWARD. Evelyn BONIS yannick
CAPDEPON- procureur civile EDITION cujas- 2017.
12. Capitant, Henri (1996) , Vocabulaire Juridique, 6 ed, paris, presse universitaire de Farance, p. p 727 – 8.
13. Droit et partique de le procureur civil- Droit interne et européen- 9 édition- Dalloz- 2017- 2018- sous la direction de le serg Guinichard.
14. Droit et pratique de le procedur civil sous la directiojn de serge Guinchard Delloz- 2005- 2006.
15. Emmanuel jeuland. Droit processuel Général- 4édition- LGDJ- 2018.
16. Feredrique Ferrand. Appel, Répertoire de procedure civil. Mars 2012, n. 594.
17. Henry Solus- Roger Perrot. Droit judiciaire privé- Tome 3- Siry- 1991.
18. Hervé croze- Christian morel- procedur civil- puf- 1988.
19. Jacques Heron- Thierry le Bras- Droit JUDICTERE PRIVE- Montchrestien- 8 édition- 2012.

20. Jean vincint- Jacques prévavault- voies d'exécution et procédure de distribution- 19 édition- dalloz- 1999.
21. Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs mélanges en l'honneur de Roger Perrot- dalloz.
22. Serg Guinchard- Frédérique ferrand- Cécile chainais- procédure civil. Cours et travaux dirigés- 5 édition- Dalloz- 2017.
23. Soraya amrani Mekki- Yves Strickler procédure civil- puf- 2014.
24. Code de procédure civil- Dalloz- 2019.
25. Serg Guinchard- Cécile chainais- Frédérique ferrand- procédure civil- Droit interne et droit de l'union européenne- Dalloz- 3 édition- 2014.



مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی

مسیح هوشمند فیروزآبادی^۱

چکیده

حفاظت از طبیعت و حفظ سلامت آن مورد تأکید ادیان و عقل بشری و برخورداری از محیط زیست سالم و ایمن یکی از حقوق بنیادین بشر است که اهمیت آن شاخه‌ای از حقوق به نام «حقوق محیط زیست» را به وجود آورده است. تمهید قوانین و قواعد مرتبط با پیشگیری از تخریب محیط زیست و مجازات آلوده کنندگان آن برعهده حقوق کیفری و ضمانت اجرای جبران خسارات وارده بر محیط زیست برعهده حوزه مسئولیت مدنی است.

علاوه بر سیره عقلا، براساس ادله فقهی منصوص مانند آیات قرآنی و روایات متعدد، تخریب، اتلاف و آلوده‌سازی محیط زیست مورد نهی قرار گرفته است و فقهای امامیه براساس برخی قواعد فقهی برای مخرب محیط زیست، جبران خسارت در نظر گرفته‌اند. در این مقاله ضمن تفکیک زیان دیده خسارات زیست محیطی، که می‌تواند طبیعت یا انسان باشد، از جهت تعیین ماهیت، تابعیت حقوق عمومی یا خصوصی بودن این مسئولیت مورد بررسی قرار گرفته است و با تعیین مسئولیت محض به عنوان مبنای مسئولیت مدنی خسارات زیست محیطی، ارکان این مسئولیت، شیوه‌های جبران خسارت و دادگاه صالح جهت اقامه دعوی مسئولیت مدنی خسارات زیست محیطی تبیین گردیده‌اند.

کلیدواژه: مسئولیت مدنی، خسارات زیست محیطی، حقوق محیط زیست، آلودگی زیست محیطی

محیط زیست با ابعاد مختلفی که دارد هدیه خداوند است و شامل کوهها، جنگلها، مرتعها، دشتهها، رودخانهها، دریاها و... می‌شود که حفاظت از آن نه تنها مورد تأکید عقلی جمعی انسانهای خردمند است که مورد تأکید ادیان مختلف نیز قرار گرفته است. افزایش ریزگردها، شکار حیوانات در حال انقراض، تخریب جنگلها برای استفاده از چوب درختان یا ساختمان سازی، آلودگی هوا با کارخانجات و اتومبیل‌های دودزا، دفن زباله‌ها و ورود پسابها به رودخانهها، افزایش گازهای گلخانه‌ای و سوراخ شدن لایه ازن همه و همه موضوعات مورد توجه بشریت در سالهای اخیر در حفاظت از محیط زیست است. این مسئله امروزه به قدری اهمیت یافته که عدم رعایت یک استاندارد مرتبط با حفاظت محیط زیست چه بسا ممکن است سلامتی، طول عمر و حیات کل انسانهای کره زمین را متأثر سازد.

در سیاست‌های مربوط به محیط زیست یکی از شیوه‌های مهم و مؤثر در جلوگیری از تخریب و آلودگی محیط زیست، استفاده از اهرم حقوقی است و از جمله شیوه‌های استفاده از این اهرم، مسئولیت مدنی قائل شدن برای آلوده کنندگان و مخربان محیط زیست است.

مطابق اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی: «حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات روبه‌رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌شود. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است»

قوانین تصویب شده در پاسداری و مراقب از محیط زیست متعدد و فراوان است و قانون‌گذار هرچند بسیار پراکنده اما سعی کرده است تمام ابعاد حقوق محیط زیست را مدنظر قرار دهد و با ممنوعیت تخریب محیط زیست و منابع طبیعی به صورت کلی^۱، به حفظ پاکیزگی آب و جلوگیری از آلودگی آن^۲، جلوگیری از آلودگی خاک^۳ و آلودگی هوا^۴، جلوگیری از آلودگی‌های شیمیایی و آلاینده‌های هسته‌ای^۵ و بحث ممنوعیت شکار و صید به صورت غیر مجاز^۶ اهتمام ورزیده است.

۱. قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و مراتع مصوب ۱۳۴۶؛ قانون ممنوعیت ایجاد تأسیسات و کارگاه‌های مضر بهداشت و آسایش در شهرها و حومه مصوب ۱۳۲۸؛ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست ۱۳۵۳.
۲. قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌ای مرزی از آلودگی با مواد نفتی مصوب ۱۳۵۴؛ قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴؛ قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان مصوب ۱۳۷۲؛ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱؛ قانون آب و نحوه ملی شدن آب مصوب ۱۳۴۷.
۳. قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۷۱؛ قانون اراضی مستحدث ساحل مصوب ۱۳۵۴.
۴. قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴؛ قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶.
۵. قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب ۱۳۶۸.
۶. قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶ و اصلاحات ۱۳۷۵.

در این مقاله که به بررسی مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست اختصاص دارد، در حیطه حقوق داخلی بحث می‌شود چراکه واضح است امکان دارد خسارت زیست محیطی محدود به یک کشور خاص نشود و به سایر کشورها نیز تسری یابد مانند آلودگی رودخانه‌ای مانند فرات که در چند کشور جریان دارد یا آلودگی دریا که صیدگاه کشورهای مختلف است یا انجام عملیاتی که در تولید ریزگردها در چند کشور مؤثر باشد که در این خصوص اگر یک فرد زیان رساننده باشد و یک خسارت بین‌المللی ایجاد کند مسئله تعارض قوانین پیش آمده و در حیطه حقوق بین‌الملل خصوصی قرار می‌گیرد و اگر مسئولیت دولت‌ها مطرح باشد بحث در این خصوص در حیطه حقوق عمومی بین‌الملل و وظایف دولت‌ها در قبال آلودگی‌های فرامرزی و تغییرات آب و هوایی مطرح می‌شود که در نوشتار، این مباحث دنبال نمی‌شود. در ادامه پس از مفهوم‌شناسی نسبت به اصطلاحات مرتبط با بحث، به ترتیب ماهیت مسئولیت ناشی از خسارات زیست محیطی، مبنای این مسئولیت و سپس تطبیق ارکان مسئولیت مدنی در این مسئولیت خاص و در انتها به بررسی آثار این مسئولیت می‌پردازیم.

۱- مفهوم محیط زیست، آلودگی محیط زیست و خسارات زیست محیطی

محیط زیست: عبارت «محیط زیست» از دو واژه «محیط» و «زیست» ترکیب شده است که واژه اول عربی و به معنای احاطه کننده و واژه دوم فارسی و مترادف زندگی و حیات است.^۱ محیط زیست مجموعه‌ای از عوامل طبیعی و انسانی و عناصری که به طور متقابل با یکدیگر مرتبط است و بر تعادل زیستی و کیفیت حیات، سلامتی بشر، میراث فرهنگی و تاریخی و چشم‌انداز، اثر می‌گذارد تعریف شده است.^۲ همچنین در تعریف دیگری محیط زیست هدیه الهی دانسته شده است که از مجموع منابع، موجودات، علل و شرایط هماهنگی که گرداگرد هر موجود زنده وجود دارد و استمرار زندگی و حیات وابسته به آن است، تشکیل می‌شود.^۳

علمای محیط زیست آن را شامل محیط طبیعی و محیط مصنوعی یا انسان ساخت دانسته‌اند. محیط طبیعی آن بخش از محیط زیست است که در تشکیل آن بشر هیچ نقشی ندارد بلکه موهبت الهی است و شامل جنگل، مرتع، کوه، دشت، رودخانه، دریا، باتلاق و... می‌شود و عوامل تشکیل دهنده آن محیط زیست طبیعی شامل عوامل جاندار (گیاهان و جانوران، و عوامل بی‌جان (خاک، آب و هوا) است.

۱. مشهدی، علی، ترمینولوژی حقوق محیط زیست، چاپ ۱، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۱.

۲. دینا شیلتون، الکساندر کیس، کتابچه قضایی حقوق محیط‌زیست، ترجمه محسن عبداللهی، تهران، خرسندی، ص ۴۰.

۳. هنری، مرتضی، محیط زیست و توسعه، مجله محیط زیست، ش ۳، ۱۳۶۲، ص ۱۸.

محیط زیست انسان ساخت یا مصنوع به آن بخش از محیط زیست اطلاق می‌است که به دست بشر ساخته شده و زاینده تفکر و مخلوق دست آدمی می‌باشد.^۱

«محیط زیست» در حقوق هرچند در بسیاری از مصادیق همان «انفال»^۲ در فقه است؛ اما با توجه به مصادیق انفال مشخص می‌شود که انفال اعم از محیط زیست است. مصادیق انفال عبارتند از: زمینهای موات، معدن‌ها، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نیزارها، بیشه‌ها، مراتع، ارث بدون وارث، اموال مجهول المالک و اموال عمومی مسترد شده از غاصبان.^۳ بدیهی است که برخی مصادیق انفال مانند اموال مجهول المالک یا ارث بدون وارث جزء محیط زیست نیستند.

آلودگی محیط زیست: هرگونه تغییر در ویژگی‌های هوا، آب، خاک و مواد غذایی که اثر نامطلوب بر سلامت محیط زیست، فعالیت‌های بشر و سایر جانداران داشته باشد آلودگی نامیده شده است.^۴ در حقوق ایران ماده ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ و اصلاحیه ۱۳۷۱ آلودگی محیط زیست را چنین تعریف کرده است: «منظور از آلوده ساختن محیط زیست عبارت است از پخش یا آمیختن مواد خارجی به آب یا هوا، خاک یا زمین به میزانی که کیفیت فیزیکی یا بیولوژیکی آن را به طوری که زیان آور به حال انسان یا سایر موجودات زنده یا گیاهان یا آثار و ابنیه باشد، تغییر دهد.» در این ماده محیط در مبنای بیوسفر که اعم از محیط هوا، خشکی و آب است در نظر گرفته شده است.^۵ و مطابق ماده هر تغییری در محیط زیست آلودگی محسوب نمی‌شود بلکه صرفاً تغییری که برای موجودات و ابنیه مضر باشد ذیل ماده قرار می‌گیرد. همچنین در تبصره ۲ ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) آلودگی محیط زیست این گونه تعریف شده است: «پخش یا آمیختن مواد خارجی

۱. قوام، میرعظیم، حمایت حقوق کیفری از محیط زست، تهران، سازمان محیط زیست، چاپ ۱، ۱۳۷۵، ص ۵؛ باقری زرین قباثی، حسین، ضمانتهای کیفری زیست محیطی در نظام حقوق ایران و انگلستان، چاپ ۱، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۱۵.
۲. انفال در فقه امامیه عبارت است از اموالی که در اختیار پیامبر (ص) و پس از او در اختیار امامان معصوم علیهم السلام و زمان غیبت در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌گیرد و آنان هرطور صلاح بدانند مصرف می‌کنند. این اموال ملک شخصی وجود مقدس معصومین علیهم السلام و حاکم اسلامی نیست تا پس از فوتشان به فرزندانشان به ارث برسد بلکه در اختیار آنان است تا برای مصالح عمومی مسلمانان مصرف شود. مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا برطبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل کند، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

۳. فهیمی، عزیزاله، مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، ص ۱۰۵.

۴. عرفان منش، مهدی و مجید افیونی، آلودگی محیط زیست: آب، خاک و هوا، چاپ ۲، تهران، ارکان، ۱۳۸۲، ص ۳.

۵. تقی زاده انصاری، مصطفی، حقوق محیط زیست در ایران، چاپ ۲، تهران، سمت، ۱۳۸۷.

به آب یا هوا یا خاک یا زمین به میزانی که کیفیت فیزیکی، شیمیایی یا بیولوژیک آن را به طوری که به حال انسان یا سایر موجودات زنده یا گیاهان یا آثار یا ابنیه مضر باشد تغییر دهد.» و به صورت خاص ماده ۱ قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ در خصوص آلودگی هوا مقرر داشته: «آلودگی هوا عبارت است از انتشار یک یا چند آلاینده اعم از آلاینده‌های جامد، مایع، گاز، پرتوهای یون‌ساز و غیر یون‌ساز، بو و صدا در هوای آزاد، به صورت طبیعی یا انسان‌ساخت، به مقدار و مدتی که کیفیت هوا را به گونه‌ای تغییر دهد که برای سلامت انسان و موجودات زنده، فرآیندهای بوم‌شناختی (اکولوژیکی) یا آثار و ابنیه زیان‌آور بوده و یا سبب از بین رفتن یا کاهش سطح رفاه شود.»

از نکات قابل توجه در شناسایی آلودگی و تخریب محیط زیست ایجاد تمایز میان منابع آلاینده انسانی و منابع آلاینده طبیعی است که باعث می‌شود آلاینده‌های طبیعی مانند آتشفشان به عنوان آلوده کننده محیط زیست تلقی نشود.^۱

خسارت زیست محیطی: در کتاب ترمینولوژی، استاد جعفری لنگرودی خسارت را بدین شکل تعریف کرده است: الف: مالی که باید از طرف کسی که باعث ایراد ضرر مادی به دیگری شده به متضرر داده شود. ب: زیان وارد شده را هم خسارت می‌گویند.^۲ مسئله اصلی در خسارت زیست محیطی این است که قربانی چنین خسارتی چه کسی است؟ انسان یا محیط زیست؟ به عبارت دیگر آیا به دنبال جبران خسارتی که به اشخاص و اشیاء از طریق محیط زیستی که در آن زندگی می‌کنند هستیم و یا خسارتی که مستقیماً برخورد محیط زیست وارد می‌شود بدون توجه به آثار غیر مستقیمی که بر انسانها وارد می‌شود نیز قابل مطالبه است؟ مثلاً چنانچه کسی وسط دریا ماده شیمیایی آلوده‌ای ریخت یا در بیابانی شاخه تک درختی را شکست آیا این خسارت نیز قابل مطالبه است؟

در خصوص «خسارت زیست محیطی» سه دیدگاه طرح شده است.^۳ مطابق دیدگاه اول خسارت زیست محیطی عبارت از خسارتی است به اشخاص یا اشیاء محیط پیرامون زندگی انسان وارد می‌شود. در این دیدگاه انسان قربانی خسارت زیست محیطی قرار داده شده است. مطابق دیدگاه دوم خسارت به اشیاء و محیط زیست نیز خسارت زیست محیطی محسوب می‌شود و آلودگی آب و خاک و هوا نیز مشمول تعریف قرار می‌گیرد. در این دیدگاه قربانی مستقیم خسارت زیست محیطی، طبیعت و محیط پیرامونی

۱. عرفان منش، مجید، افیونی، مجید، آلودگی محیط زیست، چاپ ۲، اصفهان، ارکان، ۱۳۸۱، ص ۱.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.

۳. رک: کاتوزیان، انصاری، مسئولیت ناشی از خسارتهای زیست محیطی، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تابستان، ۱۳۸۷، ش ۲، صص ۲۹۰ و ۲۹۱.

انسان است گرچه ممکن است به صورت غیر مستقیم انسان‌ها نیز دچار آسیب و خسارت شوند. در دیدگاه سوم خسارت‌های زیست محیطی شامل خسارات وارده به اموال و انسانها و خسارت به خود محیط زیست است و قربانی خسارت هم انسان و هم محیط پیرامون و طبیعت می‌توانند باشند.

در دستورالعمل پیشنهادی کمیسیون اروپا مصوب ۲۰۰۴ با تفکیک خسارت‌های زیست محیطی خالص (یعنی خسارت به تنوع زیستی شامل خسارت به آب، خاک، هوا و کلیه مواهب طبیعی دیگر) از خسارت‌های سنتی (یعنی خسارت وارده بر اشخاص و اموال)، خسارت‌های سنتی یعنی خسارت‌های جسمانی و خسارت وارد بر اموال مطابق دستورالعمل قابل مطالبه دانسته نشده بلکه مانند سایر خسارت‌ها به قواعد مسئولیت مدنی داخلی کشورها برای اعمال واگذار شده است و با توجه به هدف دستورالعمل که پیشگیری از خسارت زیست محیطی است تنها خسارت‌های خالص زیست محیطی تحت قلمرو دستورالعمل قرار گرفته‌اند و مطابق ماده ۲ دستورالعمل مزبور به سه نوع تقسیم شده‌اند: خسارت به گونه‌ها و زیستگاه‌های طبیعی، خسارت به آب و خسارت به زمین.^۱

۲- اهمیت محیط زیست در فقه امامیه

علی‌رغم اینکه توجه ویژه به محیط زیست در بعد جهانی از دهه ۱۹۶۰ میلادی آغاز شده است و در دهه ۱۹۷۰ گروه‌های دوستدار زمین و صلح سبز شکل گرفته‌اند و اولین نشست رسمی جهانی در زمینه حفاظت از محیط زیست در سال ۱۹۷۲ در استکهلم سوئد برگزار شده است^۲ و کلیه کنوانسیون‌های زیست محیطی سازمان ملل و قانون منع تکثیر هسته‌ای یا معاهده بین‌المللی تجارت گونه‌های در معرض خطر، همه مربوط به سالهای ۱۹۶۳ به بعد است اما در حقوق اسلام از ابتدا توجه ویژه به مسئله محیط زیست در تمام ابعادش وجود داشته است.

در حقوق اسلام از بین بردن اموال عمومی مسلمانان، مانند زمینهای «مفتوحه عنوة» که در جنگ و مانند آن نصیب مسلمانان می‌شود و تصرف در این اموال حرام و موجب ضمان است.^۳ انتفاع و بهره‌برداری از اموال عمومی از جانب فقها منوط به رعایت میزان عرفی این اموال دانسته شده است و زیاده‌روی به نحو غیر متعارف علاوه بر اینکه برای شخص حکم تکلیفی حرمت دارد واجد حکم وضعی ضمان نیز می‌شود.^۴

۱. همان، ص ۲۹۰ و ۲۹۱.

۲. رک: لواسانی، احمد، کنفرانس بین‌المللی محیط زیست در ریو، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۵، ص ۳۲.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ ۷، ج ۳۸، لبنان، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م، صص ۳۴۷-۳۵۲ و ج ۳۸، ص ۱۷.

۴. خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۱، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س)، بی‌تا، ص ۱۲۳.

حقوق اسلام ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و تمام حقوق انسانها و همچنین حقوق دیگر عناصر طبیعت، همه را به رعایت این حقوق مکلف کرده است، یعنی افزون بر حکم تکلیفی و حرمت ضرر رسانیدن، به ثبوت اعتباری زیانهای وارده بر عهده زیان رساننده نیز حکم کرده است.^۱

علاوه براینکه نام برخی از سوره‌های قرآن به نام حیوانات یا گیاهان یا مظاهر طبیعت است (نمل، نحل، بقره، تین، نجم، رد و...) و خداوند گاهی به آنها قسم یاد کرده است، در آیات متعدد قرآن به حفاظت از محیط زیست و عدم افساد در آن تأکید شده است. برخی تعداد آیات متضمن محیط زیست را بیش از ۱۹۸ آیه دانسته‌اند.^۲ در آیه ۸۵ سوره اعراف از ایجاد فساد بر زمین بعد از نظم و اصلاح آن نهی می‌فرماید «لَتَفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا» که بنابر نظر برخی از مفسران تخریب محیط زیست از مصادیق بارز فسادانگیزی بر روی زمین است^۳ و فسادهای خشکی و دریا را در آیه ۴۱ سوره روم به خاطر کارهای ناشایسته‌ای که مردم انجام می‌دهند دانسته است: «ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ» علامه طباطبائی در خصوص این دو آیه می‌فرماید: «ظاهر دو آیه عام است و تمام انواع فساد که نظام بشری و کره زمین را تهدید می‌کند را شامل می‌شود» تخریب نسل و زراعت از منظر قرآن کریم کار افراد ظالم است و این اعمال مورد مغبوضیت الهی واقع و از آنها نهی شده است. «و اذا تولی سعى فی الارض لیفسد فیها و یهلك الحرث و النسل و الله لایحب الفساد» (بقره/۲۰۵) (چون از نزد تو بازگردد در زمین فساد کند و کشتزارها و دام‌ها را نابود سازد و خداوند فساد را دوست ندارد)

اهتمام به محیط زیست در فقه امامیه به اندازه‌ای است که مطابق روایات^۴ مسلمانی که درختی بکارد یا زراعتی را تولید کند و بدین شکل به مردم سود برساند این عملش برای او صدقه جاریه محسوب شده که حتی بعد از فوتش هم به عنوان باقیات صالحات، ثوابش نصیب او می‌شود.

در خصوص از بین نبردن حیوانات و شکار آنها به قصد تفریح روایاتی از جانب معصومین علیهم السلام صادر شده^۵ که مطابق آنها از نظر فقهی شکار تفریحی فعلی حرام تلقی شده است و به دلیل حرام بودن

۱. جوادی آملی، اسلام و محیط زیست، چاپ ۱، اسراء، قم، ۱۳۸۸، ص ۸۴-۸۵

۲. رک: سلیمانی، راعی و واعظی، مبانی حق بر محیط زیست در فقه امامیه، فصلنامه اخلاق زیستی، مجله علمی پژوهشی اخلاق زیستی، ش ۱۹، ۱۳۹۵، ص ۷۶-۱۰۰.

۳. قرطبی، محمدبن احمد، فهارس الجامع لاحکام القرآن، ج ۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی: موسسه التاریخ العربی، ۶۷۱ ق ص ۲۲۷.

۴. نوری، حسین بن محمدتقی، مُسْتَدْرَكُ الْوَسَائِلِ وَ مُسْتَنْبَطُ الْمَسَائِلِ، قم، موسسه آل البيت (ع)، الاحیاء التراث، ج ۱۳، ق ۱۴، ص ۴۶۰.

۵. حرّ عاملی، شیخ محمدبن حسن، وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۵، آل البيت لإحياء التراث، قم، (ق ۱۱ هـ ق)، ص ۵۱۱.

سفر، شکارچی باید نمازش را کامل بخواند، این در حالی است که قاعده کلی، شکسته بودن نماز مسافر است و حرمت سفر حکم را تغییر داده است.^۱

مطابق روایتی در کتاب تحف العقول خوشایندی زندگی و محل سکونت منوط به اجتماع سه مورد هوای پاک، آب فراوان و گوارا و زمین آماده زراعت شده است.^۲

براساس منابع روایی فقه امامیه بریدن درختان، پرتاب آتش و بازکردن آب به سوی دشمن مورد نهی واقع شده است^۳ و نابود کردن کشتزارها و قطع درختان و یا صدمه زدن به آنها نه تنها در حالت اولیه حرام دانسته شده که حتی در زمان جنگ نیز تنها در صورت اضطرار که چاره‌ای نباشد مجاز دانسته شده است^۴ و کشتن حیوانات بدتر از آسیب به درختان دانسته شده است^۵ و دیه جنایت بر حیوان مقرر شده^۶ و برای تخریب اموال عمومی ضمان در نظر گرفته شده است.^۷

۳- ماهیت مسئولیت ناشی از خسارات زیست محیطی

با توجه به زیان دیده خسارات زیست محیطی که می‌تواند یک شخص حقیقی یا حقوقی و یا خود طبیعت باشد بدین دلیل این بحث در خصوص ماهیت مسئولیت زیست محیطی مطرح می‌شود که آیا مسئولیت در قبال چنین خساراتی تابع نظام مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی است یا تابع قواعد مسئولیت در حقوق عمومی. یا از این فراتر با توجه به نقشی که محیط زیست هر کشور در کل جهان و برای کشورها دارد تابع قواعد مسئولیت در حقوق بین‌الملل عمومی است و نظم عمومی بین‌المللی باید حافظ آن باشد.

بدیهی است تابعیت این مسئله ذیل حقوق عمومی بیشتر منافع جامعه را محافظت خواهد کرد در حالی که تابعیت ذیل حقوق خصوصی حافظ منافع اشخاص خواهد بود^۸ همچنین در حقوق عمومی مبنای مسئولیت مدنی عمدتاً مسئولیت محض است اما در حقوق خصوصی غالب کشورها مسئولیت را مبتنی بر تقصیر می‌دانند و نیز حقوق عمومی به پیش‌گیری قبل از بروز خسارت بیشتر اهتمام دارد در حالی که در

۱. حسن بن یوسف، علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، (ق ۱۴=۱۳)، ص ۱۹۲.

۲. قال الصادق علیه السلام «لا تطیب السکنی الا بثلاث: الهواء الطیب و الماء الغزیر العذب و الارض الخواره» حرانی، ابن شعبه، تحف العقول، با تصحیح علی اکبر غفاری، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳، ص ۳۲۰.

۳. شهید ثانی، مسالک، ج ۳، ص ۲۵؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ص ۴۱۲.

۴. ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۲۱.

۵. محقق کرکی، پیشین، ص ۴۱۲.

۶. خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، ج ۲، چاپ ۱، قم: مؤسسه دار العلم، بی‌تا، ص ۶۰۳.

۷. رک: فهیمی، مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، ص ۱۱۴ به بعد.

۸. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، اقبال، ۱۳۶۴، ص ۱۴.

حقوق خصوصی بحث پسینی جبران خسارت زیان دیده و بازگرداندن وضعیت وی به حالت سابق مطرح است.^۱

با کنار گذاشتن نظریه سوم (یعنی تابعیت مسئولیت محیط زیست ذیل حقوق بین‌الملل عمومی بدلیل ناکارآمدی نظام بین‌الملل جهت ایجاد نظم جهانی و فقدان ضمانت اجرای کافی در این خصوص) در پاسخ به این سؤال مبنایی می‌توان قائل به ماهیت دوگانه مسئولیت در قبال محیط زیست شده و گفت از آنجا که مطابق ماده ۱۱ قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ هرگونه احداث، توسعه، تغییر خط تولید و تغییر محل واحدهای تولیدی، صنعتی و معدنی باید با اجازه سازمان حفاظت از محیط زیست باشد و نیز مطابق ماده ۱۱ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست ۱۳۵۳ سازمان حفاظت از محیط زیست صلاحیت اتخاذ اقدام مثبت جهت جلوگیری از آلودگی محیط زیست را دارد و حتی می‌تواند از کار و فعالیت کارخانه‌ها و کارگاه‌های تولیدی و صنعتی که آلوده کننده محیط زیست باشند جلوگیری کند، بنابراین دولت بر فعالیت آنها نظارت دارد و چنانچه تخلفی رخ دهد به موجب ماده ۱۴ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست و همچنین ماده ۱۸ قانون شکار و صید^۲ سازمان حفاظت محیط زیست که حافظ منافع عمومی و از سازمانهای حقوق عمومی است می‌تواند به عنوان شاکی و یا مدعی خصوصی از آنها شکایت کند و در مواردی که علاوه بر طبیعت بر اشخاص نیز خسارت جسمی یا مادی وارد شود، اشخاص می‌توانند مطابق قوانین مرتبط با مسئولیت مدنی جبران خسارت خود را مطالبه کنند که از این جهت موضوع ذیل حقوق خصوصی قرار می‌گیرد.

همچنین اگر خسارت زیست محیطی خسارت به حقوق بنیادین بشریت محسوب شود (اصل ۵۰ قانون اساسی) تعرض به آن می‌تواند از جانب هر شخصی در حقوق خصوصی مطرح شود و به عنوان خسارت معنوی وارد شده به احساس امنیت و آرامش افراد در جهان هستی قابل مطالبه باشد چراکه محیط زیست بر احساسات و عواطف افراد تأثیر مستقیم دارد. با این وجود نباید از عرفی بودن مفهوم ضرر نیز غافل شد^۳ و باید توجه داشت که عرف باید این گونه خسارات را زیان محسوب کند و از حقوق انتظار جبران آنها را داشته باشد.

۱. رک: انتظاری، علیرضا، مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی، چاپ ۱، مخاطب، ۱۳۹۴، صص ۸۳-۸۴.

۲. ماده ۱۸ قانون شکار و صید مقرر داشته است: «در مورد جرائم مذکور در این قانون سازمان از حیث مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم بر حسب مورد شاکی یا مدعی خصوصی شناخته می‌شود.»

۳. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، مطبوعه الحکمه، ج ۱، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰، ص ۴۹.

۴- مبنای مسئولیت مدنی خسارات زیست محیطی

درخصوص مبنای مسئولیت ناشی از زیان‌های زیست محیطی چند نظریه مطرح شده است که از میان آنها نظریه تقصیر، سنتی‌ترین نظریه در مسئولیت مدنی زیست محیطی است. بر این اساس خسارات زیست محیطی قابل مطالبه نیست مگر این که بتوان تقصیر عامل ورود خسارت را اثبات کرد. بنابراین زیان دیده اگر بتواند ثابت کند که عامل زیان در وارد آمدن خسارت تقصیر داشته است، مسئول خواهد بود^۱ و زیان دیده باید به عنوان مدعی تقصیر و رابطه علیت بین تقصیر فاعل زیان و زیان‌های وارده را به اثبات برساند. بنابراین اگر تقصیر اثبات نشود مسئولیتی متوجه او نیست و جبران زبانی قابل طرح نخواهد بود^۲.

با این وجود بیان شده است که این نظریه نمی‌تواند سیاست‌های اصول حفاظت از محیط زیست و هدف اولیه آن را که پیشگیری از بروز خسارت است تأمین کند^۳ و پذیرش این نظریه امکان جبران بسیاری از خسارات زیست محیطی را دشوار می‌کند چرا که شرط تحقق مسئولیت مدنی، یعنی نقض مالکیت فردی فراهم نیست^۴ و اثبات تقصیر در خسارات زیست محیطی بر خلاف سایر حوزه‌ها مشکل است که این امر بیشتر ناشی از ماهیت خسارت زیست محیطی، تکرر آلوده‌کنندگان یا آلوده‌کنندگان متعدد، انگیزه پایین قربانیان خسارات زیست محیطی برای مطالبه خساراتشان و مشکلات مربوط به اثبات رابطه سببیت است^۵. برای اجتناب از این انتقادات برخی با اشاره به ماده ۹۵۳ قانون مدنی که تقصیر را اعم از تعدی و تفریط دانسته است و با بیان اینکه ارتکاب خسارت زیست محیطی نوعی تجاوز از حد متعارف و تجاوز به حق دیگران است قائل شده‌اند که صرف ورود خسارات‌های زیست محیطی موجب مسئولیت مدنی شخص و به عنوان خطا و تقصیر تلقی می‌شود و با دفاع از نظریه سنتی تقصیر برای توجیه این گونه خسارات، به نوعی «فرض تقصیر» برای مرتکبین خسارت زیست محیطی قائل شده‌اند^۶.

۱. رک: بهرامی، حمید و عزیزاله فهیمی، مبنای مسئولیت مدنی زیست محیطی در فقه و حقوق ایران، مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۲، ۱۳۸۶، ص ۱۳۲.
۲. قاسمی، ناصر، حیدری، فلورا، جبران زیان‌های وارده بر محیط زیست از منظر حقوق مدنی، دانشنامه حقوق و سیاست، ش ۲۲، زمستان ۱۳۹۳، ص ۷۴.
۳. کاتوزیان، انصاری، پیشین، ص ۲۹۴.
۴. خوئینی، غفور، کرمی، سعید، مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی‌های زیست محیطی در انفال، مجله علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، ۱۳۹۳، سال سوم، ش اول، ص ۶۹.
۵. فهیمی، عزیزاله، مشهدی، علی، مقاله فقه شیعه و تحول در مبنای مسئولیت مدنی زیست محیطی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، ش ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۳۱۶.
۶. قاسمی، حیدری، پیشین، ص ۷۴-۷۵.

خطر است. مطابق این نظریه نیازی به اثبات تقصیر آلوده‌کننده نیست بلکه همین که شخصی اقدام به فعالیتی کند که نفعی در آن داشته و منجر به آلودگی و تخریب محیط زیست شود باید از عهده خسارات وارده برآید. اعم از این که درواقع تقصیر داشته یا نداشته باشد. درواقع آلوده‌کننده محیط زیست بر اساس این نظریه «مسئولیت عینی» در برابر خسارات زیست‌محیطی پیدا می‌کند. این نظریه علی‌رغم این که ظاهراً مناسب برای حمایت از محیط زیست است، از جنبه‌های متعدد اقتصادی (ریسک فعالیت) و اجتماعی (کاهش انگیزه افراد در اجتماع) نقد شده است. به ویژه از لحاظ محدود کردن فعالیت‌های اقتصادی و صنعتی و فعالیت‌های پرخطر، مورد انتقاد واقع شده است و در بخشی از موارد اعمال این نظریه خلاف انصاف قضایی نیز جلوه می‌کند.^۱

در کنار دو نظریه شایع تقصیر و خطر برخی نظریات واسطه نیز جهت تعدیل و تعامل دو نظریه تقصیر و خطر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مطرح شده‌اند نظریاتی مانند تضمین حق، فرض تقصیر، نظریه کار نامتعارف، خطر در برابر انتفاع و نظریه مسئولیت در برابر اشیای خطرناک.^۲

به نظر می‌رسد همان گونه که در نظریه احترام به عنوان مبنای مسئولیت مدنی گذشت، مال گاهی به اعتبار تعلق که به مالک دارد دارای احترام است و گاهی ذات آن بدون توجه به ارتباط با مالک دارای ارزش و محترم است.^۳ تخریب محیط زیست تجاوز به اموال و مشترکات عمومی است که چه از حیث اضافه به مالک بدان نگریسته شود (که کل انسانها و بشریت حاضر و آینده، مالک محیط زیست هستند) و چه به اعتبار ارزش ذاتی که این اموال دارند اگر مورد توجه قرار گیرند در هر صورت این اموال احترام دارند و نظریه احترام می‌تواند مبنایی جهت حمایت از جبران خسارات وارده بر آنها باشد. اما احترام که به عنوان مبنای اصلی مسئولیت مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است^۴ و در خصوص خسارات زیست محیطی نیز برخی حقوق‌دانان آن را پذیرفته‌اند^۵ و احترام از جهت توجه به حقوق زیان دیده و لزوم جبران خسارتش مبنایی قابل قبول در فقه و حقوق است اما از جهت توجه به زیان رساننده مبنای قابل قبول با توجه به ویژگی‌های خسارات زیست محیطی و فلسفه و هدف کلی حقوق در حمایت از محیط زیست،

۱. فهیمی، عزیزاله، مشهدی، علی، پیشین، ص ۳۱۸.

۲. همان، ص ۳۱۷ تا ۳۱۹.

۳. رک: هوشمند فیروزآبادی، حسین، امکان استخراج ضمان از ادله روایی احترام، مجله دین و قانون، ۱۳۹۶، ش ۱۶، ص ۱۱۵ و ۱۱۶.

۴. حکمت نیا، محمود و حسین هوشمند، ادله قرآنی مسئولیت مدنی، مجله قرآن فقه و حقوق اسلامی، ش ۲، ۱۳۹۴.

۵. فهیمی، عزیزاله، مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، چاپ ۱، پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۸.

نظریه مسئولیت محض است^۱ و نیازی به اثبات تقصیر نیست بلکه صرف احراز رابطه سببیت میان فعل یا ترک فعل و ورود زیان برای مسئولیت کفایت می‌کند.

همچنین قدرت بازدارندگی مسئولیت محض بیشتر از تقصیر است و چون هدف اولیه از مسئولیت زیست محیطی پیش‌گیری از ورود خسارت است و نه جبران آن، پس هدف مزبور از طریق مسئولیت محض بهتر تأمین می‌شود چون در این صورت بهره بردار در اجتناب و پیش‌گیری از حادثه سرمایه‌گذاری بیشتری می‌کند تا مجبور به جبران خسارت بیشتری نباشد.^۲

براساس دستورالعمل ۲۰۰۴ پارلمان اروپا نیز مبنای مسئولیت زیست محیطی در حقوق اتحادیه اروپا مسئولیت بدون تقصیر است و این گونه توجیه شده است که مسئولیت بدون تقصیر اجرای سیاست‌ها و اصول اتحادیه در حفاظت از محیط زیست را بهتر تأمین می‌کند.^۳

۵- ارکان مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی

در هر دعوای مسئولیت مدنی از جمله مسئولیت مدنی مرتبط با خسارات زیست محیطی وجود سه رکن ضروری است. زیان، فعل زیان بار و رابطه سببیت.

الف) زیان: اولین رکن لازم در مسئولیت مدنی وجود ضرر است و واضح است تا خسارتی به وجود نیاید وظیفه‌ای برای جبران وجود نخواهد داشت. زیان را از حیث موضوعی به سه قسم جسمی، مادی و معنوی تقسیم کرده اند.^۴ ورود زیان در حوزه محیط زیست ممکن است به صورت زیان جسمی باشد مانند زیان ناشی از بیماریهای تنفسی یا قلبی و عروقی به دلیل آلودگی هوا یا آلودگی آب و خاک. همچنین می‌تواند به صورت زیان مادی باشد مانند زیانی که به واسطه ریزگردها یا باران‌های اسیدی بر محصولات کشاورزی یک کشاورز وارد می‌شود و نیز می‌تواند به صورت زیان معنوی باشد مانند از دست دادن لذت بهره‌مندی و انتفاع از آب و هوای سالم یا محرومیت از مشاهده مناظر زیبای طبیعی و یا افسردگی و عصبانیت و پیدا شدن احساسات منفی در اشخاص در اثر آلودگی هوا یا خاک.

از حیث زمانی، زیان به زیان فعلی و زیان آتی تقسیم شده است.^۵ در خسارات زیست محیطی علاوه بر اینکه زیان فعلی قابل مطالبه است زیان آتی نیز چنانچه مسلم باشد قابلیت مطالبه دارد مانند زیان وارده

۱. کاتوزیان، ناصر، انصاری، مهدی، مسئولیت ناشی از خسارات زیست محیطی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ش ۲، ۱۳۸۷، ص ۲۹۵.

۲. انتظاری، علیرضا، پیشین، ص ۲۱۱.

۳. کاتوزیان، ناصر و انصاری، مهدی، پیشین، ص ۲۹۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ ۸، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۴۴.

۵. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، چاپ ۶، میزان، ۱۳۹۴، ص ۸۱.

بر یک باغدار در جایی که مواد آلاینده‌ای که از کارخانه مجاور باغش متصاعد می‌شود باعث از بین رفتن شکوفه‌های درختان میوه باغ شود و وی با عدم النفع مسلم و قطعی مواجه شود و حقوق در جبران خسارتش نباید تردید کند.^۱ با توجه به هدفی که حقوق محیط زیست دنبال می‌کند که محیط زیست را میراث بشریت و آن را امانتی می‌داند که باید به سلامت به نسل بعد منتقل شود قابل مطالبه ندانستن زیان‌های آینده با این هدف سازگار نیست و با توجه به این فلسفه و هدف عنصر مسلم بودن نیز نباید با دقت عقلی مورد توجه قرار گیرد و همین قدر که عرف زیانی را برای آیندگان قابل تصور بداند کافی است تا مرتکب را مسئول جبران قرار دهیم.

همچنین با توجه به ماهیت خسارات زیست محیطی نیز می‌توان زیان را به اعتبار یک یا چند زیان دیده داشتن به زیان فردی و جمعی تقسیم کرد. ضرر ناشی از خسارات زیست محیطی نوعاً زیان جمعی است و نه فردی مانند جایی که فردی به عمد یا غیر عمد، آب آشامیدنی یک روستا را از سرچشمه آلوده می‌کند با این وجود می‌توان زیان فردی هم در نظر گرفت مانند آلوده کردن آب شرب یک منزل خاص. زیان جمعی را نیز به صورت زیان جمعی مجموعی و زیان جمعی استغراقی می‌توان به تصویر کشید. در زیان فردی یک فرد، زیان دیده خسارت زیست محیطی است. در زیان جمعی مجموعی یک مجموعه و گروه به صورت کلی زیان دیده محسوب می‌شوند در اینجا مخاطب زیان تولیدی مجموع افراد کشور یا شهر هستند؛ یک زیان رخ داده و زیان دیده یک گروه است و زیان به تعداد افراد منقسم نمی‌شود مانند جایی که کوهخواری یک نفر منظره طبیعی یک روستا را نابود می‌سازد که یک زیان جمعی است هرچند ممکن است برخی اهالی آن روستا از این حیث احساس زیان نداشته باشند اما در زیان جمعی استغراقی تک تک افراد دچار زیان می‌شوند و زیان به تعداد افراد جمع تقسیم می‌شود مانند موردی که ده خانوار در یک روستا زندگی می‌کنند و به دلیل مواد آلاینده کارخانه مجاور همه دچار آسم یا سرطان می‌شوند.

برای اینکه ضرر و زیان قابل مطالبه باشد باید این زیان شرایطی داشته باشد. یکی از این شرایط مسلم بودن ضرر است.^۲ حقوق محیط زیست با توجه به هدفی که برای پیشگیری دنبال می‌کند در مورد مسلم بودن ضرر در حوزه مسئولیت مدنی زیست محیطی با دیده شک و تردید نگرینسته است و متمایل به حذف این شرط است.^۳ در دستورالعمل ۲۰۰۴ اتحادیه اروپا صرف قریب الوقوع بودن زیان، کافی برای

۱. انتظاری، علیرضا، پیشین، ص ۲۱۷.

۲. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ ۲، تهران، سمت، ۱۳۹۰، ص ۱۰۲.

۳. پاتریس ژوردن، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، چاپ ۲، میزان، ۱۳۸۵، ص ۴۷.

اقامه دعوی زیان دیده دانسته شده و به زیان دیده بالقوه، اجازه داده شده است تا تدابیر پیشگیرانه‌ای اتخاذ کند.^۱ از دیگر شرایط لازم برای اینکه زیان قابل مطالبه باشد، مستقیم و بی‌واسطه بودن زیان است.^۲ البته این شرط بیشتر مربوط به احراز رابطه سببیت بین خسارت و فعل شخص است تا به شرایط ضرر قابل مطالبه.^۳ واضح است که مقصود از شرط مستقیم و بی‌واسطه بودن زیان این نیست که هیچ علت دیگری در بروز زیان دخالت نداشته باشد بلکه منظور احراز رابطه سببیت عرفی است.^۴ بنابراین در جایی که باد مواد آلاینده یک کارخانه را در هوا منتشر کند و مردم روستا دچار بیماری تنفسی شوند استناد عرفی زیان به کارخانه است و نمی‌توان کارخانه را به دلیل وزش باد از پرداخت خسارت معاف کرد. از دیگر شرایطی که لازم است زیان داشته باشد، قابلیت پیش‌بینی زیان در نوع و ماهیت زیان و نه در میزان زیان است.^۵ درخصوص مسئولیت مرتبط با خسارات زیست محیطی با توجه به هدف و فلسفه‌ای که به دنبال آن هستیم باید در وجود این شرط نیز با تردید نگریست و یا حداقل آن را محدود به مواردی کرد که آلوده کننده محیط زیست در عدم پیش‌بینی زیان دچار تقصیر و سهل انگاری نشده باشد چراکه معاف نمودن بیمارستانی که پسابهای خود را وارد رودخانه شهر می‌کند و منجر به بیماری برخی مردم می‌شود صرفاً به دلیل قابل پیش‌بینی نبودن زیان از جانب مسئولین بیمارستان خلاف عدالت حقوقی و هدف حفاظت از محیط زیست است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که چون عرف در تشخیص زیان و احراز آن نقش اساسی دارد برخی از خسارت‌های زیست محیطی هرچند زیان هستند اما اجتناب‌ناپذیرند و عرف چنین زیان‌هایی را قابل مطالبه نمی‌داند. امروزه رشد جمعیت کره زمین خود یک خسارت زیست محیطی است چراکه به دلیل اقتضائات ناشی از این رشد بهره‌برداری از منابع طبیعی مانند درختان جنگل، شیلات دریاها و... بیشتر شده است. برخی از منابع تجدید ناپذیر انرژی در طبیعت کم شده‌اند که همه اینها زیان به محیط زیست است.

ب) فعل زیان بار و تقصیر: دومین رکن مسئولیت مدنی ارتکاب فعلی زیان آور است با این شرط که این فعل مشروع نباشد.^۷ در حوزه مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست نیز مانند سایر موارد

۱. انتظاری، علیرضا، پیشین، ص ۲۲۴.

۲. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، پیشین، ص ۱۰۶.

۳. حکمت نیا، محمود، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، (مبانی و ساختار)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۳۴۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۶۵.

۵. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، پیشین، ص ۱۱۷.

۶. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۴۹.

۷. باریکلو، علیرضا، پیشین، ص ۹۹.

مسئولیت مدنی فعل زیان بار می‌تواند به صورت ایجابی و با ارتکاب فعل و یا به صورت سلبی و با ترک فعل بروز یابد. بنابراین همان گونه که بریدن درختان جنگل فعل زیان بار محسوب می‌شود، از بین نبردن گیاهان هرزی که باعث خشک شدن درختان جنگل می‌شوند نیز از جانب متولیان گرچه ترک فعل است اما زیان بار محسوب می‌شود و مسئولیت در پی خواهد داشت.

با توجه به مفهومی که از محیط زیست گذشت می‌توان گفت هر نوع فعل یا ترک فعلی که به آب یا زمین یا زیستگاه‌های طبیعی بشر (مرتع، جنگل، کوه و...) خسارت وارد کند فعل زیان بار محسوب می‌شود. مصادیق فعل زیان بار نسبت به محیط زیست گاهی محسوس و ظاهری است و گاهی نامحسوس و غیر ظاهری. از مصادیق تخریب ظاهری قطع درختان و آلوده کردن آب رودخانه‌ها و دریاها، آلوده کردن هوا و از بین بردن جنگلها و مزارع است و از مصادیق تخریب غیر محسوس می‌توان به از بین رفتن بافت خاک به دلیل استفاده از سموم، از بین رفتن خواص میوه‌ها، از بین رفتن خواص شیلات به دلیل ورود برخی آلاینده‌ها به دریا، از بین رفتن مناظر طبیعی، تغییرات آب و هوایی، تخریب لایه ازن و پدیده «ال نینو» نام برد^۱.

فعل زیان بار تخریب یا آلوده کردن محیط زیست می‌تواند توسط شخص حقیقی یا حقوقی (کارخانه‌ها، کارگاه‌ها، بیمارستان‌ها، دولت، شهرداری، شرکت‌های تجاری، انجمن‌ها و...) ارتکاب یابد. چنانچه بند (ث) آیین نامه قانون جلوگیری از آلودگی هوا، هر شخص حقیقی که اداره یا تصدی منابع مولد آلودگی را خواه برای خودش و خواه به نمایندگی از طرف شخص حقوقی برعهده داشته باشد را «آلوده کننده» هوا معرفی کرده بود و هم اکنون مطابق بند (ث) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۹) قانون هوای پاک مصوب ۲۱/۶/۱۳۹۷ هیئت وزیران عامل آلودگی صوتی را: «هر شخص حقیقی یا حقوقی که اداره یا تصدی منابع و کانون‌های آلودگی صوتی را برعهده داشته باشد» معرفی کرده است.

بدیهی است چنانچه دولت از طریق زیرمجموعه‌ها و کارکنانش در تخریب محیط زیست نقش داشته باشد مسئله تابع ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و احراز تقصیر شخصی یا اداری کارمند و نیز بحث اعمال حاکمیتی یا تصدی بودن رفتار دولت است که در فصل مربوط به مسئولیت مدنی دولت تفصیل آن گذشت.

در قوانین مختلف ممنوعیت تخریب محیط زیست مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله مطابق ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵: «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود از قبیل آلوده

۱. فقهی، عزیزاله، پیشین، ص ۲۵۶.

کردن آب آشامیدنی یا توزیع آب آشامیدنی آلوده، دفع غیربهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید، ریختن مواد مسموم‌کننده در رودخانه‌ها، زباله در خیابان‌ها و کشتار غیر مجاز دام، استفاده غیر مجاز فاضلاب خام یا پس آب تصفیه‌خانه‌های فاضلاب برای مصارف کشاورزی ممنوع است و مرتکبان چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجازشدیدتری نباشند به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد.» و طبق تبصره ۱ همین ماده تشخیص این که اقدام مزبور تهدید علیه بهداشت عمومی و آلودگی محیط زیست شناخته می‌شود یا خیر و نیز اعلام جرم مذکور به عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان حفاظت محیط زیست است.

مطابق ماده ۲۹ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴ و تبصره ۲ آن صاحبان و مسئولان کارخانه‌ها و کارگاه‌های آلوده کننده علاوه بر مجازات نقدی ملزم به جبران خسارات وارده به محیط زیست هستند و علاوه بر اشخاص حقیقی و حقوق سازمان حفاظت محیط زیست بر حسب مورد شاکی یا مدعی خصوصی در زمینه خسارات وارده به محیط زیست است.

مطابق ماده ۱ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۸۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام: «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درختان، قطع هر نوع درخت و یا نابود کردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، بوستان‌ها، باغات و نیز محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر، باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوط ممنوع است.»

و در ماده ۶ همان قانون برای اشخاصی که عالماً و عامداً و بر خلاف قانون مذکور قطع یا موجبات از بین رفتن آنها را فراهم آورد علاوه بر جبران خسارت وارده جزای نقدی از یک میلیون ریال تا ده میلیون ریال برای قطع هر درخت و در صورتی که قطع درخت بیش از سی اصله باشد به حبس تعزیری از شش ماه تا سه سال در نظر گرفته شده است.

در تبصره ماده ۶ نیز مقرر شده که اگر قطع درخت از طرف مالکان به نحوی باشد که باغی را از بین ببرد و از زمین آن به صورت تفکیک و خانه‌سازی استفاده کند همه زمین به نفع شهرداری ضبط می‌شود و به مصرف خدمات عمومی شهر و محرومین می‌رسد. در مواد ۱۱ و ۱۲ قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ نیز برای آلوده کنندگان هوا مجازات مقرر شده است و علاوه بر مجازات مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱ واحد تولیدی، معدنی، صنعتی، خدماتی یا کارگاهی آلوده کننده علاوه بر جریمه موظف به جبران خسارت شده است. فعل زیان بار نسبت به محیط زیست در قوانین مختلف دیگر نیز نسبت به شکار و صید، نسبت به

آنها و زمین و سایر مصادیق محیط زیست از سوی قانون‌گذار مورد اهتمام قرار گرفته است که جهت رعایت اختصار از آنها می‌گذریم.^۱

ج) رابطه سببیت: سومین رکن تحقق مسئولیت مدنی، رابطه سببیت است بدین معنا که باید زیان وارده بر شخص متضرر ناشی از فعل زیان بار زیان رساننده باشد. گفته شد که رابطه سببیت فلسفی مدنظر نیست و منظور احراز رابطه سببیت عرفی است.^۲

چون اصولاً اثبات رابطه سببیت برعهده زیان دیده است و در دعوای مسئولیت مدنی زیست محیطی بر علیه آلوده کنندگان، خصوصاً علیه صنایع آلاینده نیاز به علم و آگاهی فنی و تخصص خاص می‌باشد که خواهان نوعاً از آن بی‌اطلاع است و همچنین به دلیل اینکه معمولاً زیان‌های زیست محیطی به خصوص زیان‌های وارده بر جسم انسانها خیلی دیر خود را نشان می‌دهند و ممکن است بعد از سالها پزشک به آنها پی ببرد. جنبه مهم خسارتهای زیست محیطی خاصیت «دیرپایی» آنها است که باعث میشود ذرات خسارت در طول زمان شکل بگیرد و مدتها پس از ایجاد آن نمایان شود که در نتیجه انتساب رابطه سببیت به عامل ورود زیان بسیار دشوار می‌شود. بدین دلیل علمای حقوق محیط زیست پیشنهاد داده‌اند که ادعای وجود رابطه سببیت از جانب زیان دیده به صرف احتمال بالا و زیاد میسر باشد و از آن طرف متهم زیان رسانی موظف باشد خسارت بار نبودن عمل خود را اثبات کند تا از جبران خسارت معاف شود.^۳ همچنین با پذیرش «مسئولیت محض» به عنوان مبنای قابل قبول مسئولیت مدنی در خسارات زیست محیطی، نیازی به اثبات تقصیر زیان رساننده نمی‌باشد و صرف اثبات ورود زیان بر خواهان وی را مستحق جبران خسارت می‌کند و این وظیفه خواننده است که ثابت کند مرتکب تقصیر نشده است.

با توجه به ماهیت خسارات زیست محیطی امکان تعدد اسباب مختلف در بروز خسارتهای زیست محیطی زیاد است. امروزه با به وجود آمدن شهرکهای صنعتی در اطراف شهرهای بزرگ، خسارات زیست محیطی ناشی از دود این کارخانه‌ها بر کشاورزی، مراتع و درختان آن منطقه بسیار شایع و محتمل است. اتومبیل‌های مختلفی که تولید دود می‌کنند و علاوه بر آلودگی هوا، مانع دید شهروندان جز در روزهای تعطیل از مشاهده مناظر طبیعی شهرشان می‌شوند هریک سببی از میان اسباب متعدد در بروز خسارتهای

۱. جهت مشاهده قوانین مرتبط با جنگلها و مراتع رک: ایزدی خواه، نصرالله و حمیدرضا گرجی فرد، مقاله «نقش ضمانت اجراهای حقوقی و کیفری در حمایت از محیط زیست با تأکید بر قانون حفاظت از جنگلها و مراتع»، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۴ و جهت مشاهده سایر مصادیق فعل زیانبار در قوانین رک: فهیمی، کتاب مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، ص ۲۵۹ به بعد.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۶۵.

۳. رک: انتظاری، علیرضا، پیشین، ص ۲۶۰.

جسمی (مرگ و میرهای ناشی از آلودگی هوا) و معنوی (افسردگی، عصبانیت و...) است. دولت با صدور مجوز راه اندازی برخی کارخانه‌ها و کارگاه‌های آلوده کننده و شهرداری‌ها با صدور مجوز قطع درختان یا احداث ساختمان‌ها و اماکن مخرب محیط زیست نیز می‌توانند یک سبب بروز خسارت در میان اسباب متعدد باشد.

۶- شیوه‌های جبران خسارت‌های زیست محیطی

مهمترین هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده است و مطابق مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی زیان رساننده ملزم به جبران خسارت‌های مختلفی است که بر زیان دیده وارد کرده است و به موجب ماده ۳ همان قانون، دادگاه میزان و طریقه جبران خسارت را با توجه به اوضاع و احوال باید تعیین کند. برای جبران خسارت زیان دیده شیوه‌های زیر به ترتیب قابل اعمال است:

۱- از بین بردن منبع زیان: در جایی که زبانی به صورت استمراری وجود دارد خواسته اولیه زیان دیده قطع منبع ایجاد ضرر است. این روش پیشگیرانه است و شامل اقداماتی مانند تعطیل، تخریب و انتقال اماکن آلاینده، اصلاح سیستم‌های تهویه و پخش آلاینده‌ها و... می‌شود.^۱ به همین دلیل در خصوص خسارت‌های زیست محیطی صدور دستور موقت برای جلوگیری از استمرار خسارت راهکاری قدیمی برای جلوگیری از گسترش خسارت و تهدید سلامت عمومی است که در مواردی که نیاز به اقدام فوری است باید توسط قاضی صادر شود تا زیان دیده یا زیان دیدگان از این پس خسارت بیشتری متحمل نشوند.^۲ به موجب ماده ۱۲ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳ صاحبان یا مسئولان کارخانجات و کارگاه‌هایی که موجبات آلودگی محیط زیست را فراهم می‌کنند: «مکلفند به محض ابلاغ دستور سازمان، کار یا فعالیت ممنوع شده را متوقف و تعطیل کنند. ادامه کار یا فعالیت مزبور منوط به اجازه سازمان یا رأی دادگاه صلاحیتدار خواهد بود...» بدیهی است این شیوه به تنهایی جبران خسارت زیان دیده محسوب نمی‌شود اما از نظر زمانی مرحله‌ای مقدم بر شیوه‌های جبران خسارت است.

۲- اعاده وضع به حالت سابق: بازگرداندن وضع زیان دیده یا زیان دیدگان به حالت اولیه بهترین شیوه جبران خسارت در مسئولیت مدنی محسوب می‌شود.^۳ بدین صورت که ضرر وارد شده چنان جبران و تدارک شود که گویی از اصل هیچ زبانی به بار نیامده است. ماده ۳۲۹ قانون مدنی این شیوه را مقدم

۱. مشهدی، حقوق آلودگی هوا، چاپ ۱، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۶.

۲. شیلتون، دینا، و الکساندر کیس، کتابچه قضایی حقوق محیط زیست، ترجمه محسن عبداللهی، ص ۱۳۹؛ بهرامی احمدی، علم خانی، ۱۳۹۲، ص ۹۲.

۳. باریکلو، علیرضا، پیشین، ص ۲۵۴.

دانسته و مقرر داشته است: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا کند و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت برآید»

اعاده وضع به حالت سابق می‌تواند از طریق ترمیم یا احیا و پاکسازی محیط زیست صورت پذیرد.^۱ به عنوان نمونه مجبور کردن شخص به جمع‌آوری زباله‌هایی که در طبیعت ریخته است اعاده طبیعت به حالت اولیه است یا اجبار منحرف کننده آب رودخانه یا چشمه به بازگرداندن آب به مسیر اصلی اش نیز از این قبیل است. با این وجود در برخی موارد این بهترین شیوه جبران خسارت نیست. مثلاً در جایی که شخص زباله جامدی را داخل رودخانه منبع شرب یک روستا انداخته می‌توان وی را ملزم به برداشتن آن کرد اما این عمل در جایی که زباله مایع در آب ریخته شده باشد دیگر امکان پذیر نیست.

۳- جبران خسارت از طریق معادل: چنانچه شیوه اول به هر دلیل امکان پذیر نباشد، زیان دیده غالباً تمایل به دریافت معادل دارد. این روش در مواردی استفاده می‌شود که امکان جبران عینی ممکن نیست یا طرفین تراضی به جبران به معادل کرده‌اند.^۲ مانند جایی که زیان رساننده درختان کهنسال جنگل را قطع و از چوبشان استفاده نموده باشد که با توجه به ناممکن بودن غرس مجدد آنها قاضی می‌تواند علاوه بر حکم به دریافت غرامت چوب درختان به نفع بیت المال، وی را ملزم به غرس درختانی به تعداد درختانی که قطع کرده کند.

۴- جبران خسارت از طریق پرداخت‌های مالی: در مقابل شیوه‌های غیر مالی که گذشت، شیوه دیگری که برای جبران وجود دارد، شیوه پرداخت وجه است. در تبصره ۲ ماده ۲۹ قانون جلوگیری از آلودگی هوا آمده بود: «صاحبان و مسئولان این گونه کارخانه‌ها و کارگاه‌های آلوده کننده، مکلف به پرداخت ضرر و زیان وارده به محیط زیست و اشخاص حقیقی و حقوقی به حکم دادگاه صالح می‌باشند.» و با نسخ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا و جایگزینی قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ نیز قانون‌گذار به جبران خسارت حکم کرده است و در تبصره ۲ ماده ۱۱ مقرر می‌دارد: «متخلفان از مصوبات و تصمیمات سازمان و کمیسیون (در صورت بررسی در کمیسیون) ضمن پرداخت جریمه رفع آلاینده‌گی، مکلف به جبران خسارت وارده هستند.» همچنین در بند (د) از ماده ۴۵ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ آمده است: «به منظور فراهم کردن امکانات و تجهیزات لازم جهت پیشگیری و جلوگیری از آلودگی ناشی از صنایع آلوده کننده، کارخانه‌ها و کارگاه‌ها موظفند یک در هزار از

۱. رک: همتی، مجتبی، مقاله «اقامه دعوای جبران خسارت زیست محیطی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۸۱، ص ۲۴۵.

۲. باریکلو، علیرضا، پیشین، ص ۲۵۴.

فروش تولیدات خود را با تشخیص و تحت نظر سازمان حفاظت محیط زیست صرف کنترل آلودگی‌ها و جبران زیان ناشی از آلودگی‌ها و ایجاد فضای سبز کنند.» و مطابق ماده ۱۹ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳ بسته به اینکه زیان دیده شخص حقیقی یا حقوقی باشد، مرجع قضایی مرتکبان را علاوه بر پرداخت جریمه به نفع صندوق دولت، به پرداخت خسارت به اشخاص و یا جبران خسارت وارده بنا به درخواست دستگاه مسئول محکوم خواهد کرد.

۷- مرجع صالح جهت رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی خسارات زیست محیطی

در مواردی که در قوانین مختلف برای مرتکبان فعل زیان بار علاوه بر جبران خسارت مجازات در نظر گرفته شده با توجه به مجازات در نظر گرفته شده دادگاه صالح جهت رسیدگی، دادگاه کیفری یک یا دو می‌باشد. به موجب ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در مواردی که جرائم ارتكابی موجب حبس ابد یا موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر باشد فقط دادگاه کیفری یک، صلاحیت رسیدگی دارد و سایر موارد در صلاحیت دادگاه کیفری یک خواهد بود و دادگاه کیفری ضمن محکومیت زیان رساننده می‌تواند به موجب ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ حکم به جبران خسارت کند.

به عنوان نمونه مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ چنانچه تخلفی از ناحیه یک واحد تولیدی، صنعتی یا خدماتی یا کارگاهی نسبت به آلودگی هوا رخ دهد و برخلاف مصوبات سازمان حفاظت محیط زیست چنین واحدی احداث شود یا فعالیت کند متخلف علاوه بر جریمه رفع آلودگی مکلف به جبران خسارت است و در صورت عدم جبران و یا ترمد از تصمیم مراجع ذیربط با شکایت اداره کل محیط زیست متخلف به مرجع قضائی معرفی می‌شود و با حکم این مرجع به جزای نقدی درجه چهار موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ محکوم می‌شود.

همچنین باید توجه داشت که به دلیل اینکه محیط زیست بخشی از انفال و اموال عمومی محسوب می‌شود و شوراهای حل اختلاف به موجب بند ت از ماده ۱۰ قانون شوراهای حل اختلاف صلاحیت رسیدگی به دعاوی مرتبط با اموال عمومی را ندارند بنابراین شوراهای حل اختلاف صلاحیت رسیدگی به این دعاوی را در هر صورت ندارند. فلسفه این امر این است که شوراهای حل اختلاف جهت صلح دعاوی تشکیل شده‌اند و با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آنها به دآوری موکول به تصویب هیئت وزیران و با اطلاع مجلس شورای اسلامی است.^۱

در مواردی که مرتبط با نظم عمومی و حفاظت از اموال عمومی است که سازمان حفاظت محیط زیست

۱. همتی، مجتبی، پیشین، ص ۲۴۲.

به موجب ماده ۱۸ قانون شکار و صید و نیز ماده ۱۴ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست به عنوان شاکی یا مدعی خصوصی اقدام به شکایت و طرح موضوع در دادگاه می‌کند، به دلیل منافع عموم امکان گذشت شاکی وجود ندارد و دادگاه کیفری رسیدگی می‌کند^۱ اما در مواردی که شخص خصوصی طرف دعوا باشد و تنها تقاضای جبران خسارت داشته باشد و اعلام جرم نکند دادگاه‌های حقوقی به موجب ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ صلاحیت رسیدگی دارند.

در صورتی که خسارت به محیط زیست از ناحیه دستگاه‌های دولتی باشد، زیان دیده شخص خصوصی باشد، وی جهت مطالبه خسارت باید به دیوان عدالت اداری مراجعه کند و همان گونه که در فصل مربوط به مسئولیت مدنی دولت گفته شد از موارد صلاحیت دیوان عدالت اداری رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت و مستخدمین آن نسبت به زیان‌های ناشی از اعمال و تصمیمات اداری است و هرگونه خسارت ناشی از اعمال و اقدامات و تصمیمات اداری دولت و مستخدمین او قابل مطالبه است. با توجه به بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲ رسیدگی به دعاوی راجع به اقدامات اداری مربوط به آن دسته از اعمال و اقداماتی است که به علت سوء استفاده مقام دولتی از اختیارات قانونی اش یا نقض قوانین یا عدم صالحیت مقام تصمیم گیرنده یا عامل صورت پذیرفته است و به اشخاص خصوصی زیان رسیده باشد. بنابراین رسیدگی دیوان محدود به اعمال تقصیر آمیز دولت است و بعد از تصدیق خطای اداری دولت مطابق تبصره یک ماده ۱۰، حکم مبنی بر محکومیت دولت به جبران خسارت بر عهده دادگاه عمومی است. در مواردی که مبنای مسئولیت دولت تقصیر نباشد دیوان عدالت اداری نقشی در رسیدگی به دعوا ندارد و زیان دیده می‌تواند برای جبران خسارت خود در مرجع عمومی بر ضد دولت طرح دعوا کند بدون آنکه ابتدا الزامی به طرح دعوا در دیوان عدالت اداری داشته باشد.

در صورتی که متخلف یک سازمان دولتی باشد و سازمان حفاظت محیط زیست به موجب مواد ۱۱ و ۱۲ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست در جایگاه شاکی و مدعی خصوصی قرار گیرد چون این سازمان زیر نظر قوه مجریه است و دعاوی که از سوی آن طرح می‌شود دعوای دولت محسوب می‌شود، اگر طرف دعوا نیز واحد دولتی باشد و نتواند از طریق مذاکره یا با نظر مقام بالاتر یا هیئت وزیران مسئله را

۱. البته در مواردی قانون‌گذار اجازه گذشت را به مقام صلاحیت‌دار داده است از جمله در ماده ۵۹ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و مراتع آمده است: «رئیس سازمان جنگلبانی یا نمایندگانی که از طرف نامبرده بموجب حکم کتبی تعیین می‌شوند مجازند نسبت به جرایمی که طبق مفاد این قانون جنحه باشد به استثنای موارد مذکور در ماده ۴۹ و تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۵۲ با وصول جرایم و خسارات از تعقیب جزائی متهم فقط برای یک مرتبه صرف نظر کنند و تعقیب مرتکب منوط به شکایت رئیس یا نماینده سازمان مزبور است».

حل و فصل کند رسیدگی به پرونده مطابق رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت عام مراجع دادگستری در رسیدگی به دعاوی دستگاه‌های دولتی علیه یکدیگر در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.^۱

در خصوص خسارتهای قابل مطالبه نیز باید توجه داشت که در قوانین مربوط به محیط زیست برخی خسارتها قابل مطالبه دانسته شده است. مثلاً تبصره اول ماده ۲۹ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴ مقرر می‌داشت: «صاحبان و مسئولان این گونه کارخانه‌ها و کارگاههای آلوده کننده علاوه بر محکومیت مذکور مکلف به پرداخت ضرر و زیان وارده به محیط زیست و اشخاص حقیقی هستند.» شبیه همین مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون هوای پاک ۱۳۹۶ آمده است. یا در ماده ۱۳ قانون حفاظت دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی با مواد نفتی مصوب ۱۳۵۴ آمده است: «در صورتی که تخلف از مقررات این قانون موجب توجه هرگونه خسارتی به بندرها و دریا، بارها یا سایر تاسیسات ساحلی ایران بشود و یا خسارت به آبزیان و منابع طبیعی وارد آورد دادگاه مسئولین را به پرداخت خسارت وارده نیز محکوم خواهد کرد.»

با توجه به این مقررات و مقررات مشابهی که در قوانین متعدد و فراوان حافظ محیط زیست آمده است می‌توان قائل به تفکیک شد و گفت خسارتهای خالص زیست محیطی (خسارت به طبیعت و نه اشخاص) در صورتی که صریحاً در قوانین خاص مربوط به حفاظت از محیط زیست قابل مطالبه دانسته شده است قابل مطالبه هستند و متولی شکایت و طرح موضوع در دادگاه سازمان حفاظت محیط زیست و یا سازمان مربوطه دیگری است که تخریب در حیطه فعالیت آن صورت گرفته است. ماده ۱۴ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مقرر می‌دارد: «در مورد جرایم مقرر در این قانون سازمان حسب مورد شاکی و یا مدعی خصوصی شناخته می‌شود» در کنار سازمان حفاظت محیط زیست سازمان متولی بعدی خاص مرتبط با محیط زیست نیز صلاحیت طرح دعوا دارد مثلاً سازمان جنگلها و مراتع خسارت وارده بر مراتع را مطالبه کند همان گونه که مطابق بند ۴ ماده ۲۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و مراتع رئیس

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۵۱۶-۱۳۶۷. ۱۰. ۲۰ مقرر داشته است: «اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دادگستری را مرجع رسمی تظلمات و شکایات قرار داده و در اصل ۱۳۷ قانون اساسی هم تصریح شده که هر یک از وزیران مسئول وظایف خاص خود در برابر مجلس است و در اموری که به تصویب هیئت وزیران برسد مسئول اعمال دیگران نیز هست بنابراین تصویب نامه شماره ۱۶۱۰۴ ت ۳۳۵. ۳۳۵. ۵. ۸ هیئت وزیران که برای ارشاد دستگاههای اجرایی و به منظور توافق آنها در رفع اختلافات حاصله تصویب شده مانع رسیدگی دادگستری به دعاوی و اختلافات بین دستگاههای اجرایی که به اعتبار مسئولیت قانونی آنها اقامه می‌شود نخواهد بود لذا رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور مبنی بر صلاحیت عام دادگستری صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

سازمان جنگلبانی نمایندگی دولت در مورد کلیه دعاوی مربوط به سازمان جنگلبانی و مراتع در مراجع اداری و قضایی و مؤسسات خصوصی اعم از داخلی و خارجی... را دارد.

اما در خصوص خسارتهایی که بر اشخاص خصوصی وارد شده است یعنی خسارتهای سنتی (خسارتهای زیست محیطی وارده بر اشخاص یا اموال) علاوه بر اینکه امکان استناد آنها به مواد کلی مسئولیت مدنی از جمله ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی وجود دارد چنانچه در قوانین خاص نیز جبران خسارت آنها پیشبینی شده باشد می‌توانند به آن قانون خاص استناد کنند. مانند آنچه در تبصره ۲ ماده ۱۱ قانون هوای پاک آمده است یا در ماده ۲۹ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا گفته شده بود که: «صاحبان و مسئولان این گونه کارخانجات و کارگاه‌های آلوده کننده... مکلف به پرداخت ضرر و زیان وارده به محیط زیست و اشخاص حقیقی و حقوقی هستند» بنابراین اشخاصی که در اثر اقدامات علیه محیط زیست متحمل خسارتهایی شده باشند چه ضرر و زیان مالی باشد و چه زیان غیر مالی و جسمانی چون ذی نفع هستند می‌توانند دعاوی مسئولیت مدنی اقامه کنند.

مسئولیت ناشی از تخریب محیط زیست دارای ماهیت دوگانه حقوق عمومی و خصوصی است. از جهتی چون دولت بر فعالیتهای مختلف تولیدی و صنعتی نظارت دارد و می‌تواند از کار و فعالیت کارخانه‌ها و کارگاه‌های تولیدی و صنعتی که آلوده کننده محیط زیست باشند جلوگیری و به عنوان شاکی و یا مدعی خصوصی از مخریان طبیعت شکایت کند، زیرمجموعه حقوق عمومی قرار می‌گیرد و از جهت دیگر در مواردی که علاوه بر طبیعت بر اشخاص نیز خسارت جسمی یا مادی وارد شود، اشخاص می‌توانند مطابق قوانین مرتبط با مسئولیت مدنی جبران خسارت خود را مطالبه کنند که از این جهت موضوع ذیل حقوق خصوصی قرار می‌گیرد.

مبنای مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی با توجه به ویژگی‌های خسارات زیست محیطی و فلسفه و هدف کلی حقوق در حمایت از محیط زیست، نظریه مسئولیت محض است و نیازی به اثبات تقصیر نیست بلکه صرف احراز رابطه سببیت میان فعل یا ترک فعل و ورود زیان برای مسئولیت زیان رساننده کفایت می‌کند. از حیث لزوم جبران خسارت زیان دیده نیز مبنای قابل پذیرش احترام است و چه زیان دیده انسان باشد و چه صرف طبیعت باشد، احترام هریک لزوم جبران خسارتشان را توجیه می‌کند.

منابع و مأخذ:

۱. قرآن کریم
۲. انتظاری (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی، چاپ اول، مخاطب.
۳. ایزدی خواه، نصرالله و حمیدرضا گرجی فرد (۱۳۹۴)، مقاله «نقش ضمانت اجراهای حقوقی و کیفری در حمایت از محیط زیست با تأکید بر قانون حفاظت از جنگلها و مراتع»، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۲.
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی، چاپ ششم، میزان.
۶. باقری زرین قبائی، حسین (۱۳۹۲)، ضمانت‌های کیفری زیست محیطی در نظام حقوق ایران و انگلستان، چاپ اول، تهران، خرسندی.
۷. بهرامی احمدی، علم خانی (۱۳۹۳)، مقاله «مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست محیطی»، مجله دانش حقوق عمومی، شماره ۷.
۸. بهرامی، حمید و عزیزاله فهیمی (۱۳۸۶)، مقاله «مبنای مسئولیت مدنی زیست محیطی در فقه و حقوق ایران»، مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲.
۹. تقی زاده انصاری، مصطفی (۱۳۸۷)، حقوق محیط زیست در ایران، چاپ دوم، تهران، سمت.
۱۰. استاد جعفری لنگرودی (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۱. جوادی آملی (۱۳۸۸)، اسلام و محیط زیست، چاپ اول، اسراء، قم.
۱۲. حرّ عاملی، شیخ محمدبن حسن (بی تا)، وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه، جلد پنجم، آل البیت لإحياء التراث قم
۱۳. حرانی، ابن شعبه (۱۳۶۳)، تحف العقول، با تصحیح علی اکبر غفاری، جامعه مدرسین.
۱۴. حسن بن یوسف، علامه حلی (بی تا)، تذکره الفقهاء، جلد اول، قم مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث،
۱۵. حکمت نیا، محمود و حسین هوشمند (۱۳۹۴)، «ادله قرآنی مسئولیت مدنی»، مجله قرآن فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲.
۱۶. حکمت نیا، محمود (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۷. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی تا)، تذکره الفقهاء، جلد دوم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، قم.
۱۸. خمینی، روح الله (بی تا)، کتاب البیع، جلد اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).

۱۹. خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه دار العلم، جلد دوم، چاپ اول.
۲۰. خمینی، سید روح الله (۱۴۱۵ ه-ق)، المکاسب المحرمه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۱. خمینی، سید روح الله (بی تا)، کتاب البیع، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲۲. خوئی، غفور و سعید کرمی (۱۳۹۳)، مقاله «مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی‌های زیست محیطی در انفال»، مجله علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره اول.
۲۳. دینا شیلتون، الکساندر کیس، ترجمه محسن عبداللهی، کتابچه قضایی حقوق محیط زیست، خرسندی.
۲۴. سلیمانی، راعی و واعظی (۱۳۹۵)، «مبانی حق بر محیط زیست در فقه امامیه، فصلنامه اخلاق زیستی»، مجله علمی پژوهشی اخلاق زیستی، شماره ۱۹.
۲۵. شهید ثانی (۱۴۱۳ ه-ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم.
۲۶. صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ دوم، تهران، سمت.
۲۷. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه-ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد اول، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۸. عرفان منش، مهدی و مجید افیونی (۱۳۸۲)، آلودگی محیط زیست: آب، خاک و هوا، چاپ دوم، تهران، ارکان.
۲۹. فهیمی، عزیزاله و علی مشهدی (۱۳۹۰)، «فقه شیعه و تحول در مبانی مسئولیت مدنی زیست محیطی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۱.
۳۰. فهیمی، عزیزاله (۱۳۹۱)، مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران، چاپ اول، پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی.
۳۱. قاسمی، ناصر، حیدری، فلورا (۱۳۹۳)، مقاله «جبران زیان‌های وارده بر محیط زیست از منظر حقوق مدنی»، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۲۲.
۳۲. قرطبی، محمد بن احمد (۶۷۱ ق)، فهارس الجامع لاحکام القرآن، جلد ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی: موسسه التاريخ العربی.
۳۳. قوام، میرعظیم (۱۳۷۵)، حمایت حقوق کیفری از محیط زیست، چاپ اول، تهران، سازمان محیط زیست.
۳۴. کاتوزیان، ناصر و مهدی انصاری (۱۳۸۷)، «مسئولیت ناشی از خسارات زیست محیطی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲.

۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)، مقدمه علم حقوق، تهران، اقبال.

۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ هشتم، دانشگاه تهران.

۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، الزامهای خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی، چاپ هشتم، تهران، دانشگاه تهران.

۳۸. کاتوزیان، ناصر (بی تا)، حقوق مدنی الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ اول، دانشگاه تهران.

۳۹. لواسانی، احمد (۱۳۷۵)، کنفرانس بین‌المللی محیط زیست در ریو، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی.

۴۰. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴هـ-ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد اول، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

۴۱. مشهدی، علی (۱۳۸۹)، ترمینولوژی حقوق محیط زیست، چاپ اول، تهران، خرسندی.

۴۲. مشهدی، علی (۱۳۹۲)، حقوق آلودگی هوا، چاپ اول، تهران، خرسندی.

۴۳. مکارم شیرازی (۱۳۷۰)، القواعد الفقهیه، مطبوعه الحکمه، جلد اول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

۴۴. نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، لبنان، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

۴۵. نوری، حسین بن محمدتقی (بی تا)، مُسْتَدْرَكُ الْوَسَائِلِ وَ مُسْتَبْطَأُ الْمَسَائِلِ، جلد ۱۳، قم: موسسه آل‌البیت (ع)، الاحیاء التراث.

۴۶. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۳)، مقاله «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، حقوق اساسی، سال دوم، شماره دوم.

۴۷. هاشمی شاهرودی، جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام.

۴۸. همتی، مجتبی (۱۳۹۷)، مقاله «اقامه دعوی جبران خسارت زیست محیطی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۸۱.

۴۹. هنری، مرتضی (۱۳۶۲)، «محیط زیست و توسعه»، مجله محیط زیست، شماره ۳.

۵۰. هوشمند فیروزآبادی (۱۳۹۶)، مقاله «امکان استخراج ضمان از ادله روایی احترام» مجله دین و قانون، شماره ۱۶.