



# فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد

دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

سال هشتم - شماره بیست و نهم

پاییز 1394

مجوز این فصلنامه در تاریخ 1384/10/24 از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره 124/329 اداره کل امور مطبوعات خبرگزاری‌های داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است و این نشریه را علمی - پژوهشی شناخته است.

## فصلنامه‌ی شماره بیست و نهم

پاییز 1394

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سردبیر: دکتر بهشید ارفع نیا

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ویراستار علمی: دکتر بهشید ارفع نیا

ویراستار ادبی: دکتر اعظم عدالت جو

طراحی و صفحه آرایی: انتشارات بهتاب، سحر تصرفی (09356289945-sahar.tasarofi63@gmail.com)

ناظر کیفی: رضا قاسمی

چاپ: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی

قیمت: 2000 تومان

### اعضای شورای تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمد علی اردبیلی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر بهشید ارفع نیا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر گودرز افتخار جهرمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر فرهاد پروین، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر محمدرضا پیرهادی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر صادق سلیمی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر حسین صفایی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمدعلی صالح چی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر عباس کریمی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر جعفر کوشا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر جلیل مالکی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر سید محمدهاشمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### داوران این شماره:

- دکتر سید علی آزمایش، دکتر آقا بابایی، دکتر محمد رضا پیرهادی، دکتر علی تقی زاده، دکتر سیده‌ادی حسینی، دکتر نادر خاوندگار، دکتر بختیار عباسلو (2)، دکتر محسن قاسمی (۲)، دکتر جلیل ملکی، دکتر حسنعلی مودن زانگان، دکتر پرویز نوین
- این نشریه در پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی به نشانی [www. sid. ir](http://www.sid.ir) نمایه می‌شود.
- مطالب عنوان شده در مقالات بیانگر نظرات نویسنده است و لزوم نظرات نشریه نیست.

نشانی دفتر مجله: تهران، خیابان انقلاب، نرسیده به میدان فردوسی، کوچه شهید براتی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد

تهران مرکزی، طبقه پنجم، کدپستی 1131854113 تلفن 021-66720218

وب سایت: <http://alr@iauctb.ac.ir> پست الکترونیکی:

### \* راهنمای تدوین مقاله در مجله "تحقیقات حقوقی آزاد"

هدف از انتشار مجله "تحقیقات حقوقی آزاد" دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، توان افزایشی از طریق پیوند میان خدمات آموزشی و پژوهشی بوده است. از این رو آخرین یافته‌های علمی و پژوهشی در زمینه‌ی حقوق و هر گونه نظریه‌ی نوین در مباحث ذکر شده، مورد استقبال این فصل نامه قرار خواهد گرفت تا پس از مراحل ارزیابی و تأیید نهایی، برای چاپ استفاده گردد.

باید نکات زیر، برای ارسال مقاله‌ها، مورد توجه پژوهش‌گران محترم قرار گیرد:

- 1- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، شغل، نشانی، کد پستی و شماره تلفن خود را قید نمایید. رتبه علمی و نام دانشگاه یا موسسه محل اشتغال اعضای هیأت علمی دقیقاً ذکر شود و به بیان عضو هیأت علمی دانشگاه اکتفا نفرمایید.
- 2- مقالات را بر روی یک طرف هر برگ، با رعایت فاصله مناسب بین سطرها، به صورت تایی در زمینه windows xp همراه با دیسکت (سی دی) ارسال فرمایید.
- 3- مقالات نباید قبلاً برای چاپ به مجله‌های دیگر داده شده باشد یا در جایی چاپ شده باشد. هر مقاله بیشتر از 30 صفحه (9000 کلمه) و کمتر از 14 صفحه تایی (4200 کلمه) نباشد.
- 4- هر مقاله باید دارای 4 الی 6 واژه کلیدی و چکیده‌ای به فارسی و نیز انگلیسی در حدود 200 کلمه باشد. در چکیده موضوع، ساختار و نتیجه اصلی مقاله ذکر شده باشد.
- 5- معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیر هر صفحه آورده شود.
- 6- مسئولیت صحت و سقم مطالب به لحاظ علمی و حقوقی به عهده‌ی نویسنده است.
- 7- مقالات ترجمه اصولاً پذیرفته نمی‌شود.  
شیوه نگارش برای پاورقی:
- 8- منابع مورد استفاده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیرارایه شود:  
به صورت زیر نویس با آوردن نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).  
در صورتی که منبع استفاده شده ترجمه باشد، نام نویسنده‌ی اصلی، نام مترجم، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که از بیش از یک منبع از نویسندگانی استفاده شده باشد در ابتدا زیر نویس به طور کامل و در صورتی که استفاده مجدد از همان منبع این نویسنده صورت گیرد از کلمه‌ی همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از منابع متعدد یک نویسنده استفاده شود، در این صورت نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، ص (صفحه). و در صورتی که فقط از یک منبع یک نویسنده استفاده شود، در این صورت، در استفاده‌ی اول، پاورقی به صورت کامل و در صورتی که بلافاصله از آن منبع استفاده شود، پاورقی به صورت همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از آن منبع استفاده شود، در این حالت، پاورقی به صورت، نام و نام خانوادگی نویسنده، پیشین، ص (صفحه) تنظیم گردد. در مواردی که از متنی به صورت نقل قول مستقیم استفاده می‌شود علامت نقل قول، به صورت: " . . . . . " استفاده شود.

\* ذکر منابع و مآخذ در پایان مقاله:

الف- ذکر کتاب‌های منبع، به طور کامل به ترتیب حروف الفبایی، نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، سال انتشار کتاب. و در مورد ترجمه‌ها، نام نویسنده‌ی اصلی، عنوان کتاب، نام مترجم، تعداد جلد‌ها، شماره چاپ، ناشر، سال.

ب- ذکر مقاله‌های منبع، به طور کامل به ترتیب نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، نام مجله، سال، شماره‌ی مجله.

ج- در صورت استفاده از پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد یا رساله دکتری، نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان پایان نامه یا رساله، سال دفاع و نام دانشکده به ترتیب حروف الفبایی ذکر شود.

## فهرست

- بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران  
شیما جعفر محمدی، مهرزاد کیانی..... 1
- موافقت نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت  
دکتر توکل حبیب زاده، مهین خیری..... 25
- تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن  
مصطفی سلیمانی بابادی، دکتر محمدرضا پیرهادی..... 57
- مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال  
جلیل مالکی، حمید بذریاچ..... 105
- عدالت در نظام کیفری اسلام  
مجید متین راسخ..... 137
- سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد ترانس سکشوال  
ندا نیازمند، علی نجفی توانا..... 167
- بخش انگلیسی:..... خلاصه انگلیسی مقالات





## بررسی مسوولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران

\* شیمای جعفر محمدی \* \* مهرزاد کیانی

تاریخ دریافت: 1394/05/12 تاریخ پذیرش: 1394/06/21

### چکیده

میزان قابل توجهی از جرایم توسط مبتلایان به اختلالات روانی، از جمله اختلال شخصیت مرزی به وقوع می‌پیوندد؛ چنانچه این افراد مورد معاینات تخصصی قرار نگیرند و مورد کیفر واقع شوند، علاوه بر آن که جنبه‌ی اصلاحی، که یکی از اهداف مجازات‌هاست محقق نمی‌شود، بلکه وضعیت روانی آن‌ها تشدید خواهد شد و این به ضرر مبتلایان و اطرافیان آن‌ها و جامعه خواهد بود. مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی بین دو حالت روان‌پریشی (وضعیتی که اراده و تمییز فرد از بین می‌رود) و روان‌نژندی (وضعیتی که فرد دارای بصیرت و آگاهی است) در نوسان هستند، اگر در بررسی‌های روان‌پزشکی مشخص شود که جرم در حالت روان‌پریشی وقوع یافته، با توجه به آن‌که ماده 149 قانون مجازات اسلامی معیار اراده و تمییز حین ارتکاب جرم را برای مسوول شناختن شرط دانسته است، می‌توان گفت این ماده در مورد آن‌ها مصداق می‌یابد و باید به جای کیفر مطابق ماده 150 قانون مجازات اسلامی در محل مناسب نگهداری شوند و اقدامات درمانی به اجرا گذاشته شود. تقلیل مسوولیت در مورد این افراد نیز موضوعی است که باید به خوبی مورد توجه قرار گیرد، اما متأسفانه در قانون مجازات اسلامی و هم چنین دیگر قوانین، این موضوع پیش‌بینی نشده است.

**واژگان کلیدی:** مسوولیت کیفری، اختلال شخصیت مرزی، جرم، قانون مجازات اسلامی

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد

تهران مرکزی، نویسنده‌ی مسئول

\* \* دانشیار دانشکده طب سنتی، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی

## مقدمه

ابتلا به اختلالات روانی شیوع فزاینده‌ای در سال‌های اخیر یافته است. متأسفانه در آمارها، ارتکاب جرم توسط افراد مبتلا، رقم قابل ملاحظه‌ای را نسبت به افراد سالم جامعه به خود اختصاص داده است؛ اما با این وجود در قوانین، وضعیت مسوولیت کیفری مبتلایان تا حدودی مبهم و نامشخص است. از جهت مبری بودن از مسوولیت، در قانون به صورت کلی و اجمالی سخن رفته است و از جهت داشتن مسوولیت و یا مخفف بودن میزان مجازات این افراد نیز، سازوکار دقیقی وجود ندارد. افرادی که وقوع جرم تحت تأثیر اختلال روانی‌شان است با کیفر دادن آن‌ها هم‌چون افراد سالم جامعه، ممکن است وضعیت اختلال روانی این افراد تشدید نیز شود، بدون آن که اصلاحی در آن‌ها شکل گیرد و این به ضرر خود مبتلایان و اطرافیان آن‌ها و جامعه‌ای است که هر لحظه ممکن است از سوی این اشخاص قربانی دهد، به خطر بیفتد یا نظم و ثبات‌اش برهم بخورد.

افراد مبتلا به اختلال شخصیت مرزی<sup>1</sup>، یک گروه از مبتلایان به اختلالات روانی‌اند که دچار وضعیت مزمنی هستند، به گونه‌ای که در اثر اختلال، عملکرد اجتماعی و شغلی این افراد مختل می‌شود. تعداد افرادی که به معیار مبتلایان به این اختلال رسیده‌اند زیاد می‌باشد. مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی ممکن است هر عمل خطرناکی از سوی آنان به وقوع بپیوندد که جان یا مال خود و دیگران را به مخاطره اندازند، درحالت عادی که به رفتار خود تسلط دارند چنان طبیعی رفتار می‌کنند و خوب صحبت می‌کنند که برای افرادی که تخصصی در زمینه‌ی روان‌پزشکی و روان‌شناسی ندارند به نظر نمی‌آید فرد دچار اختلال می‌باشد و جرم را تحت تأثیر آن انجام داده است، اما با بررسی‌های متخصصان، پی به اختلال روانی آن‌ها برده می‌شود. در این مقاله سعی شده است ضمن بررسی اوصاف اختلال شخصیت مرزی، وضعیت

---

1. Borderline Personality Disorder



بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....3  
مسئولیت کیفری آنها نشان داده شود.

## 1- تعریف و بیان ویژگی‌های مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی

اختلال شخصیت مرزی عمدتاً با حالات افسردگی توأم با احساس پوچی و بی‌ثباتی  
عواطف که منجر به هراس و خشم شدید و گاه دوره‌های کوتاه‌مدت جنون می‌شود  
همراه است. ارتباطات بین فردی در این افراد کاملاً بی‌ثبات بوده و با نگرش‌ها و  
احساسات متفاوت و متضاد نسبت به افراد آمیخته است. از ویژگی‌های دیگر آنها  
احساس شک و تردید در هویت شخصی و جنسی می‌باشد. این افراد وقتی از طرف  
دادگاه به روان پزشکی قانونی ارجاع داده می‌شوند اغلب از اختلال روانی علایمی نشان  
نداده و تنها رفتارهای ضد اجتماعی و نامناسب آنها جلب توجه می‌کند.<sup>1</sup>

### 1-1- پیشینه اختلال شخصیت مرزی

ابتدا فردی به نام بونیت<sup>2</sup> در سال 1684 اصطلاح مانیکو-ملانکولیا را برای خلق  
عجیب غریب و ناپایدار بیماران مبتلا به اختلال شخصیت مرزی به کار برد. هاجز<sup>3</sup> در  
سال 1884 و روسز<sup>4</sup> 1890 اصطلاح دیوانه مرزی را به کار برده‌اند. کرپلین<sup>5</sup> 1921  
اختلال شخصیت هیجانی (تحریک پذیر) را معرفی کرده است که با اختلال مرزی  
کنونی شباهت بسیار زیادی دارد. استرن<sup>6</sup> اصطلاح مرزی را در سال 1938 در مورد  
بیمارانی که اختلال فکر آنها خفیف‌تر از سایکوز بوده و مرز بین سایکوز و نوروز  
بوده‌اند به کار برد.

مؤلفه‌های اصلی اختلال شخصیت مرزی از جمله ناپایداری عاطفی، خشم،

---

1. سید مسعود موسوی نسب، علی اصغر پناهی متین، روان پزشکی قانونی، چاپ اول، انتشارات  
دانشگاه علوم پزشکی شیراز، 1372، ص 122.

2. Bonet  
3. Hodges  
4. Roces  
5. Kraepelin  
6. Stern

#### 4.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

خصوصیت منجر شد که این اختلال به عنوان یک اختلال خلقی در نظر گرفته شود. کوید<sup>1</sup> در بین سال‌های 1960-1970 این اختلال به عنوان اختلال عاطفی مرزی در نظر گرفته شد در نهایت اختلال مرزی در DSM-III (سومین تقسیم بندی اختلالات روانی) تحت عنوان شخصیت عاطفی معرفی شده است.<sup>2</sup> البته زمانی که ویژگی‌های خلقی این افراد کاملاً از دیگر اختلالات روانی مجزا نشده بود گفته میشد تشخیص اختلال شخصیت مرزی به دلیل بی‌ثباتی رفتار و تغییرات وسیع کردار خود در خطر تبدیل شدن به نوعی ارزیابی تیپ «آشغال دان» قرار دارد یعنی این که هر چیزی که غیر قابل طبقه بندی در جای دیگر است در آن قرار می‌دادند.<sup>3</sup> اکنون در پنجمین ویرایش کتابچه تقسیم بندی اختلالات روانی DSM-V اختلال شخصیت مرزی یکی از انواع اختلالات شخصیت می‌باشد.

#### 2-1- تبیین ویژگی‌های اختلال شخصیت مرزی

از جمله ویژگی‌های این اختلال شخصیتی، بی‌ثباتی عاطفی، رفتارهای تکانه‌ای، اختلال هویت و رفتارهای خودآزاری است. این افراد حالت بحرانی و نوسان خلق دارند، یعنی رفتارشان قابل پیش‌بینی نیست. در عرصه‌ی روابط اجتماعی، روابطی پرتنش و پراشوب دارند و برای جلب توجه دیگران اقدام به خودآزاری و خودکشی می‌کنند.<sup>4</sup>

این افراد بیشتر به خودشان آسیب وارد می‌کنند مثلاً روی بدن‌شان جراحاتی چون برش تیغ ایجاد کنند و یا با مشت ممکن است به جایی بزنند. به همین خاطر بسیاری از

#### 1. Goid

2. لیلای ترابیان، روشنگر خدابخش، آسیب‌شناسی اختلال شخصیت مرزی، چاپ اول، انتشارات زبان دانشجو، 1391، ص 10.

3. هدایت الله ستوده، بهشته میرزایی، افسانه پازند، روان‌شناسی جنائی، چاپ ششم، انتشارات آوای نور، 1389، ص 170.

4. مهرزاد کیانی، فرامرز گودرزی، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، چاپ یازدهم، انتشارات سمت، 1393، ص 302.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....5

بیماران اورژانس‌های مراکز بهداشت روانی، بیماران مرزی هستند که به جرح خود مبادرت کرده‌اند.<sup>1</sup> افراد مبتلا به اختلال مرزی تمایل زیادی به سوء مصرف مواد دارند و همین امر باعث می‌شود رفتارهای غیرقابل کنترل از سوی آن‌ها سر بزند.

مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی همواره بیم رهاشدن و تنهایی و ترک شدن توسط اطرافیان را دارند، برای آن‌که این امر محقق نشود ممکن است به صورت ناگهانی از طریق پرتاب کردن اجسام و غیره به اطرافیان حمله‌ور شوند یا به خود آسیب رسانند. البته باید دانست سراسیمگی‌ها، تکانش‌وری‌ها، نوسان‌های خلقی و واکنش‌های رفتاری تند و تیز بیمار مرزی، از سر لجاجت، خودخواهی، بازی دادن اطرافیان نیست بلکه همه‌ی این‌ها، تلاش‌هایی لجام گسیخته از سوی انسانی است که از ترس تنهایی و رها شدگی، هر لحظه بیم لغزیدن و افتادن دارد.<sup>2</sup>

این اختلال را از این حیث اختلال شخصیت مرزی می‌نامند که بیماران مبتلا به آن در مرز روان پریشی<sup>3</sup> و روان نژندی<sup>4</sup> قرار گرفته‌اند. تشخیص آن که فرد مبتلا در کدام وضعیت مرتکب جرم شده، در بحث مسوولیت کیفری بسیار کاربردی است. در حالت روان پریشی هم با خود می‌ستیزند و هم با جامعه، اما اگر تنها با خود ستیز داشت باشند عنوان روان نژند پیدا می‌کنند که برای جامعه چندان خطرناک نیستند، بلکه خطرات شان فقط متوجه خودشان است. در ذیل ویژگی‌های این دو حالت را بیان می‌کنیم.

### 1-2-1- روان پریشی

از جمله حالات این بیماران ابتلاء به دوره‌هایی از روان پریشی به صورت گذرا و

---

1. مریم فاتحی زاده، طاهره امامی، بهمن نجاریان، بررسی میزان شیوع علائم اختلالات شخصیت ضد اجتماعی، خودشیفته، نمایشی و مرزی در بین دانش آموزان دختر، دو ماهنامه دانشور رفتار دانشگاه شاهد، سال چهاردهم، شماره 22، 1386، ص 51.

2. مجید محمود علیلو، محمدمین شریفی، اختلال شخصیت مرزی، چاپ اول، انتشارات کتاب ارجمند، تهران، 1392. ص 16.

3. Psychosis

4. Neurosis

## 6.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

لحظه‌ای<sup>1</sup> است.<sup>2</sup> در چنین وضعیتی فرد فاقد اراده، قوه تصمیم‌گیری و قضاوت و فاقد بینش نسبت به حالات روانی خود است. این حالت از چند ثانیه تا چند دقیقه و به ندرت در حد چند ساعت طول می‌کشد. از مشخصات آن عدم آگاهی روشن بیمار نسبت به اعمالی است که در طی این دوره انجام داده است.<sup>3</sup> در این وضعیت شعور مختل و درک مشکل است و رفتار بیمار برای خود و دیگران خطرناک است.<sup>4</sup> با توجه به آنچه گفته شد می‌توان چنین اظهار نظر نمود که روان پریشی به حالتی اطلاق می‌شود که شخص بر اثر یک بیماری جسمی یا یک بیماری که عامل شناخته شده‌ی جسمی ندارد، به چنان اختلال روانی شدیدی در درک واقعیات دچار شده که رفتارهای نابهنجاری از خود نشان می‌دهد و این واکنش‌ها ناشی از درک غیر واقعی بیمار از خود، محیط اطراف و زمانی است که در آن به سر می‌برد.<sup>5</sup> در این وضعیت مسوول دانستن این اشخاص جای تأمل دارد در این میان، برخی از متخصصان برای این بیماران موضوع تقلیل مسوولیت از دیدگاه قضایی را مطرح می‌کنند.<sup>6</sup>

### 2-2-1 روان نژندی

افراد دچار اختلال در این حالت به بیماری خود بصیرت دارند. یعنی خود را بیمار می‌دانند و برای درمان خویش پیش قدم می‌شوند و همکاری می‌نمایند؛ مانند افسردگی،

#### 1. Transient micropsychotic episodes

2. سیده‌مهدی صابری، محمدرضا محمدی، نگرشی نو به روان پزشکی قانونی، چاپ دوم، نشر طبیب و تیمورزاده، 1391. ص 73.
3. حسین صناعی زاده، پزشکی قانونی، چاپ اول، نشر دادگستر، 1387 ص 303.
4. مهدی کی‌نیا، روان‌شناسی جنائی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات رشد، 1374 ص 450.
5. سیددرید موسوی مُجّاب، نقش اراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، انتشارات بهنامی، 1388 ص 197.
6. مهرزاد کیانی، فرامرز گودرزی، پیشین، ص 303.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....7

اضطراب و وسواس.<sup>1</sup>

نوروز یا روان‌نژندی در روان‌شناسی، نوعی سراسیمگی است که پایه و اساس کالبد شناسانه‌ای ندارد. به عبارتی دیگر روان‌نژندی نوعی بیماری روانی یا رفتاری است که اساس عضوی ندارد. تماس با واقعیت خوب است نسبت به زمان و مکان آگاهی دارد. برای خود یا دیگران به ندرت خطرناک است.<sup>2</sup>

### 3-1- میزان شیوع اختلال شخصیت مرزی

مشاهدات بالینی خبر از افزایش شیوع اختلال شخصیت مرزی در جامعه ما می‌دهند، این امر دلایل بی‌شمار، پیچیده‌ای دارد، اما برخی از آن‌ها به محاق رفتن آرامش و ثبات، ضعیف شدن کارکرد خانواده و زوال نسبی برخی ارزش‌هاست. تقریباً تردید وجود ندارد که گذشته از محیط خانواده، محیط اجتماعی و فرهنگی نیز تأثیری قدرتمند، اما غیر مستقیم در شکل‌گیری اختلال شخصیت مرزی دارد.<sup>3</sup> این اختلال در واقع دومین اختلال شخصیتی است که با روان‌پزشکی کیفری ارتباط پیدا می‌کند و حدود 4 درصد از کل جمعیت بالاتر از 18 سال را تشکیل می‌دهد.<sup>4</sup>

اختلال شخصیت مرزی یک اختلال شدید و مزمن است که عملکرد اجتماعی و شغلی فرد را مختل می‌کند تعداد افرادی که به معیار مبتلایان به این اختلال رسیده‌اند زیاد و تقریباً 11% کل بیماران سرپایی درمانگاه‌های اعصاب و روان و 19% بیماران بستری شده در بیمارستان روانی هستند. هم‌چنین در روان‌شناسی کاپلان و سادوک آمده است 30-60 درصد بیماران با اختلالات شخصیتی می‌باشد. از میان این بیماران 90% یک بیماری روانی و 40% دو بیماری روانی دیگر دارند. اختلالات خلقی و

---

1. همان، ص 281.

2. مهدی کی‌نیا، پیشین، ص 450.

3. مجید محمودعلیلو، مجید، محمدمین شریفی، پیشین، ص 8.

4. عسکر مهدوی‌نیا، اختلال روانی از نظر فقه و حقوق و روان‌پزشکی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، 1389، ص 64.

## 8.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

اختلالات مربوط به مواد در خانواده‌های مبتلا، بالاست.<sup>1</sup> طبق گزارش مطالعات انجام شده میزان خودکشی در افراد مبتلا به آن حدود 10% است.<sup>2</sup> شیوع این اختلال در زنان دو برابر مردان است.<sup>3</sup> و حتی گفته شده است حدود 75 درصد افراد مبتلا به اختلال شخصیت مرزی زن هستند.<sup>4</sup>

### 4-1- علل ابتلا به اختلال شخصیت مرزی

برخی از متخصصان زمینه‌ی ابتلا به این عارضه روانی را اشکالاتی عاطفی در رابطه با مادر و مراحل شکل‌گیری شخصیت مستقل و تظاهر این شخصیت مستقل می‌دانند و برخی دیگر نیز سابقه تحمل سوءرفتار جنسی و جسمی را مطرح می‌کنند.

سابقه اختلال شخصیت مرزی در میان بستگان درجه یک مبتلایان به این اختلال پنج برابر کل جمعیت است. در خانواده این بیماران میزان اختلال شخصیت ضداجتماعی، اعتیاد و افسردگی شدید وجود دارد که گاه تبدیل به نشانه‌های پایرجای افسردگی می‌شود.<sup>5</sup> از علل دیگر ابتلا می‌تواند آسیب مغزی باشد به صورت ضربه مغزی، ضربه به سر، و سایر آسیب‌های مغزی. سابقه سوءرفتار فیزیکی و جنسی، ترک شدن یا درگیری نیز معمولاً در گذشته‌ی افراد مبتلا به اختلال مرزی ممکن است وجود داشته باشد.<sup>6</sup>

1. سحر انصاری، روان پزشکی کاپلان و سادوک 2010، چاپ اول، انتشارات تیمور زاده و نشر طبیب، 1390. ص 156.

2. شهلا جبرئیلی، جلیل باباپورخیرالدین، مجید محمودعلیلو، اثربخشی رفتار درمانی دیالکتیکی بر کاهش نشانه‌های نوسان خلقی و رفتارهای خودکشی گرایانه در اختلال شخصیت مرزی، فصلنامه پژوهش‌های نوین روان شناختی، سال هشتم، شماره 32، 1392، ص 81

3. مهرزاد کیانی، فرامرز گودرزی، پیشین، ص 302.

4. بارنت هیتر ویگ، اختلال شخصیت، مترجم عطاالله محمدی، چاپ سوم، انتشارات کتاب ارجمند، 1393، ص 51.

5. زهرا داستان، تأثیر اختلالات عصبی و روانی بر مسئولیت کیفری، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، 1389. ص 61.

6. سحر انصاری، پیشین، ص 156.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....9

## 2- ارتکاب جرم توسط مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی

### 2-1- جرایم مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی

این بیماران درگیری‌های متعدد قانونی پیدا می‌کنند. واکنش آن‌ها بیش‌تر به صورت خشونت و پرخاش‌گری است.<sup>1</sup> اگرایش این افراد به اعتیاد، خودزنی‌های مکرر، حملات شدید خشمگینانه به سوی دیگران و رفتارهای تکانه‌ای آن‌ها سبب درگیر شدن با مراجع قضایی می‌شود.<sup>2</sup> از جمله جرایمی که این افراد مرتکب می‌شود رانندگی‌های پرخطر، انحرافات جنسی بیمارگونه، خودزنی‌های مکرر در ملاءعام، مصرف بی‌محابای مواد مخدر، و هم چنین اقدام به خودکشی که در صورتی که در ملاءعام انجام گیرد نظم عمومی را مختل و خاطر مشاهده کنندگان را مکدر می‌سازد.

در پژوهشی با تحلیل 62 مطالعه برآوردی از زندان‌های 12 کشور، جمعی که شامل 22790 زندانی بودند، بدین نتیجه رسیدند که 47% از زندانیان دارای اختلال شخصیت ضد اجتماعی و 25% آنان دارای اختلال شخصیت مرزی هستند. بر اساس پژوهش‌های صورت گرفته توسط آن‌ها بیش از 9 میلیون نفر در جهان، زندانی هستند که نزدیک نیمی از آن‌ها مبتلا به اختلال شخصیت به ویژه اختلال‌های شخصیت ضد اجتماعی و مرزی هستند که این رقم شایان توجه می‌باشد.<sup>3</sup>

### 2-2- شرایط منجر به ارتکاب جرم توسط مبتلایان

اقدامات مجرمانه‌ی این افراد معمولاً به طور ناگهانی و در جریان دوره‌های جنون زودگذر که اغلب هم تشخیص داده نمی‌شود روی می‌دهد دوره‌های جنون گذرا معمولاً در واکنش به موقعیت‌های استرس‌زای هیجانی و یا متعاقب مصرف الکل و دیگر داروهای روان‌گردان پیدا می‌شوند. این افراد به علت فقدان قدرت کنترل

1. Esbec E , Echeburúa E , Violence and personality disorders: clinical and forensic implications , Actas Esp Psiquiatr 2010;38(5):255

2. سیدمهدی صابری، محمدرضا محمدی، پیشین، ص 75.

3. Seena Fazel, John Danesh, Serious mental disorder in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys. The lancet. Vol 359, 2009, 548.

## 10.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

تکانه‌های ناخودآگاه (خشونت، سکس واپستگی، نفرت) به تنش روانی مبتلا می‌شوند. برای مقابله با این تنش و اضطراب درونی ممکن است به مصرف الکل، داروها، یا اعمال خلافی چون دزدی از فروشگاه‌ها و رفتارهای پرخاش گرانه روی آورند گاهی انواع انحرافات جنسی بیمارگونه و تجاوز جنسی در این بیماران مشاهده می‌شود. در زمان‌هایی به علت داشتن خشم و عصبانیت‌های دوره‌ای و ناگهانی شبیه افراد ضد اجتماعی به نظر می‌رسند، ولی بر خلاف آن‌ها در این بیماران آسیب به خود شایع‌تر است.<sup>1</sup> معمولاً در دوره جنون آنی قبل از بروز جنون فرد از سلامت معمول برخوردار است و فرد بعد از آن به سلامت خود برمی‌گردد. و از رفتارهای احساس پریشانی و ناراحتی می‌کند. مساله جنون آنی یکی از معضلات دادگاه است زیرا وقتی افراد دچار خشم می‌شوند رفتارهایی انجام می‌دهند که در حالت عادی آن کار را انجام نمی‌دهند.

### 3- مسوولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی

مسوولیت کیفری ناشی از جرم، یکی از بنیادهای حقوقی است که بدون اثبات آن احقاق حق مفهوم عینی خود را از دست داده و صرفاً جنبه ذهنی خواهد داشت زیرا در جریان رسیدگی به هر پدیده جزایی یگانه عاملی که حق را از قوه به فعل درآورده به آن عینیت می‌بخشد و به طور ملموس در اختیار صاحب حق قرار می‌دهد، اثبات مسوولیت کیفری است.<sup>2</sup>

#### 3-1- مفهوم مسوولیت

مسوولیت<sup>3</sup> در لغت به آنچه که انسان عهده دار و مسوول آن باشد از وظایف و اعمال و افعال<sup>4</sup> تعریف شده است و در اصطلاح حقوقی به کسی گفته می‌شود که

1. سید مسعود موسوی نسب، علی اصغر پناهی متین، پیشین، ص 122.

2. محمد صالح ولیدی، حقوق جزا: مسوولیت کیفری، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، 1382. ص 11.

3. Responsibility

4. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات فرهنگ نما، 1388. ص 858.



بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....11

مرتکب جرمی از جرایم مصرح در قانون شده است و شخص مسوول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید.

## 2-3- مسوولیت کیفری<sup>1</sup>

در ترمینولوژی حقوق مسوولیت کیفری این گونه تعریف شده است: مسوولیت بزهکاران در حدود مصرحات قانون جزا.<sup>2</sup> در مفردات راغب، در تعریف مسوولیت آمده است: سوال به معنی خواهش، درخواست و پرسش است چنان که گفته شود «سألت عن حاله» به معنای از حالش پرسید و یا «یسئلونک عن الانفال» که به معنای این است که در مورد انفال (غنایم) از تو می‌پرسند. هم چنین، مسوول به معنای قابل بازخواست ذکر شده است<sup>3</sup> در قرآن کریم نیز، مشتقاتی از ریشه‌ی سوال آمده است که اصولاً ناظر به مورد مؤاخذه و بازخواست قراردادن است.<sup>4</sup>

در مورد واژه کیفر نیز این معانی بیان شده است: پاداش کار نیک و بد، جزا مکافات و در حقوق به معنای مجازات قانونی. در مورد مفهوم اصطلاحی مسوولیت کیفری باید گفت مسوولیت کیفری وقتی به وجود می‌آید که فردی یا افرادی بر اثر کردار و رفتار خود نظم اجتماع را مختل و جامعه را متضرر کنند. بدیهی است جامعه برای دفاع از خود، شخص مخالف نظم عمومی و منافع جامعه را محکوم و عامل زیان را مجازات می‌کند. در واقع به طور کل می‌توان گفت مسوولیت کیفری عبارت است از توانایی پاسخ گویی شخص در مورد اعمال مجرمانه‌اش و تحمل مجازاتی که در قانون برای آن عمل مجرمانه پیش‌بینی و مقرر گردیده است. بنابراین مسوولیت از عناصر تشکیل دهنده

### 1. Criminal Responsibility

2. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، 1389، ص 640، ذیل شماره 3837
3. ابی‌القاسم، محمد (معروف به راغب اصفهانی) المفردات فی غریب القرآن، چاپ دوم، دفتر نشر کتاب، 1404 ه. ق ص 350 به نقل از سید دیر موسوی مجاب، پیشین، صص 46 - 45.
4. در این زمینه، برای نمونه به این آیات بنگرید: بقره 189/ اسرا 85/ اعراف 6 و 92/ حجر 92 و 93/ صافات 24/ رحمن 39.

## 12.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

جرم نیست بلکه زاییده جرم و نتیجه‌ی قضایی آن است.

### 4- بررسی وضعیت مسوولیت کیفری مبتلایان در قوانین پیشین و

#### کنونی

دستاوردهای علوم پزشکی و روان‌شناسی از یک سو درجات متعدد جنون را نشان داده که در برخی از آن درجات، قدرت ادراک و تمییز شخص به طور کلی زایل نمی‌شود و از سوی دیگر به کشف بیماری‌های متنوع روانی و عصبی نایل شده که هرچند از قلمرو جنون بیرون می‌مانند، اما تأثیری قاطع بر نیروی ادراک و تمییز بیمار می‌گذارند. مقتضای عدالت کیفری هم جز این نیست که مسوولیت کیفری تنها براساس ادراک و قوه‌ی تمییز متهم، تنظیم و تعیین گردد، البته عدالت کیفری، عدم مسوولیت برخی بزهکاران مجنون را که بهره‌مند از حدی قابل قبول از درک می‌باشند، بر نمی‌تابد. نظام‌های تقنینی به تدریج دریافتند که هماهنگی با دستاوردهای نوین روان پزشکی و همسویی با عدالت کیفری ایجاب می‌کند که نیروی ادراک و تمییز به عنصر اصلی و اساسی اهلیت جنایی تبدیل شود، به این معنی که تا این وصف باقی و برقرار است شخص را در صورت ارتکاب جرم، مستحق کیفر بدانند، و هر زمان ادراک و تمییز از او زایل گردد، قاطعیت تحمل کیفر را هم در مورد او منتفی بدانند، هرچند بیماری یا وضعیت منتهی به زوال ادراک، خارج از دایره‌ی اصطلاح جنون قرار گیرد.<sup>1</sup>

#### 1-4- قوانین پیشین

##### 1-1-4- قانون مجازات اسلامی مصوب 1370

به نظر می‌رسد واژه مسوولیت کیفری در مواد 49 و 51 ق.م.ا مصوب 1370 تکرار مضمون 26 و 27 قانون راجع به مجازات اسلامی 1361 باشد. همه به معنای اصلیت

1. سیدمنصور میرسعیدی، مسوولیت کیفری: قلمرو و ارکان، چاپ دوم، انتشارات میزان، 1386، صص

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....13

تحمل کیفر به کار رفته که ما از آن به مفهوم انتزاعی مسوولیت کیفری تعبیر می‌کنیم. در ماده 51 این قانون می‌خوانیم «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه باشد رافع مسوولیت کیفری است.» و در تبصره 2 همین ماده آمده است که در جنون ادواری شرط رفع مسوولیت کیفری، جنون در حین ارتکاب جرم است.<sup>1</sup>

با به کار رفتن عبارت ماده 51 ق.م.ا مصوب 1370 «جنون به هر درجه باشد» اگر چه شاید منظور قانون گذار این بوده که جنون به هر نوع که باشد ولی در ظاهر امر، دلالت بر آن دارد که مبتلایان به بیماری‌های روانی نیز که در مرز سلامتی و جنون قرار دارند مشمول معافیت ماده قرار می‌گیرند اگرچه اختلال‌شان به حد جنون نیست.<sup>2</sup>

ماده 52 این قانون بیان داشت: «هرگاه مرتکب جرم در حین ارتکاب مجنون بوده و یا پس از حدوث جرم مبتلا به جنون شود. چنان چه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص ثابت باشد به دستور دادستان تا رفع حالت مذکور در محل مناسبی نگهداری خواهد شد . . .»

همان‌طور که مشاهده می‌شود قانون مجازات اسلامی مصوب 1370 به صورت کلی و بدون بیان معیار مشخص، جنون را شرط عدم مسوولیت عنوان کرده است. در صورتی که تشخیص اختلال روانی با روان‌پزشک قانونی است و اصطلاح جنون در این علم وجود ندارد.

#### 2-1-4- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1378

قانون گذار در سال 1378 با توجه به حذف دادرسی‌ها و تشکیل دادگاه‌های عمومی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را به تصویب رساند. به موجب ماده 95 این قانون پس از این که دادگاه با احراز جنون قرار موقوفی تعقیب را از نظر جزایی صادر کند، اجازه دارد شخص مجنون را با اذن ولی و یا در صورت

1. همان، صص 34-35.

2. علی غلامی، عوامل مانع مسئولیت کیفری، چاپ اول، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، 1391.ص

#### 14.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

ضرورت به مراکز مخصوص نگهداری و درمان منتقل نماید.<sup>1</sup> همان گونه که مشاهده می شود نگهداری این افراد در مراکز مخصوص در قانون مجازات و آیین دادرسی کیفری به صراحت پیش بینی شده بود اما صرفاً از واژه جنون استفاده شده است.

#### 4-2- قوانین کنونی

##### 1-2-4- قانون مجازات اسلامی مصوب 1392

موادی که در این زمینه در قانون موجود است مواد 149 و 150 می باشد. ماده 149 این گونه مقرر می دارد: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد مجنون محسوب می شود و مسوولیت کیفری ندارد.» در قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 معیار دقیق تری برای مسوولیت کیفری ذکر شده است که یقیناً این امر ناشی از دست آوردهای جرم شناسی و روان پزشکی قانونی در علم حقوق می باشد. البته با توجه به پیچیده بودن انواع اختلالات روانی این ماده نیز بسیار مختصر می باشد.

در مورد شرایط و کیفیت نگهداری افراد مبتلا ماده 150 ق.م.ا مقرر کرده است «هرگاه مرتکب جرم در حین ارتکاب، مجنون باشد یا در جرایم موجب تعزیر پس از وقوع جرم مبتلا به جنون شود چنان چه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص، ثابت و آزاد بودن وی مخل نظم و امنیت عمومی باشد به دستور دادستان تا رفع حالت خطرناک در محل مناسب نگهداری می شود . . .» با این که در ماده 149 ق.م.ا از اصطلاح اختلال روانی استفاده کرده است اما در این ماده واژه جنون که اصطلاحی صرفاً حقوقی و گستره ی آن تا حدود زیادی مبهم است استفاده شده است. در مورد نگهداری این افراد نیز قوانین فعلی هم چون قوانین پیشین، نگهداری در محل مناسب را پیش بینی کرده است.

---

1. محمدکاظم عمارتی، تأدیب و نگهداری مجانین در حقوق کیفری ایران، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، 1388. ص 116.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....15

## 2-2-4- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392

در مورد مسوولیت کیفری مبتلایان، در قانون آیین دادرسی کیفری ماده‌ای وجود ندارد. در مورد نگهداری این افراد ماده 202 این قانون مقرر می‌دارد «هرگاه بازپرس در جریان تحقیقات احتمال دهد متهم هنگام ارتکاب جرم مجنون بوده است، تحقیقات لازم را از نزدیکان او و سایر مطلعان به عمل می‌آورد، نظریه پزشکی قانونی را تحصیل می‌کند و با احراز جنون، پرونده را با صدور قرار موقوفی تعقیب نزد دادستان می‌فرستد. در صورت موافقت دادستان با نظر بازپرس، چنان چه جنون استمرار داشته باشد شخص مجنون بنا بر ضرورت، حسب دستور دادستان به مراکز مخصوص نگهداری و درمان سازمان بهزیستی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی منتقل می‌شود. . « در این ماده نیز از اصطلاح جنون استفاده شده است که همان‌گونه که بیان شد این واژه دارای ابهام در جهت تطبیق آن بر اختلالات روانی می‌باشد. هم چنین بهتر بود که قانون‌گذار به جای احتمال بازپرس در جنون فرد، مقرر می‌داشت همه‌ی افرادی که مرتکب جرایم شدید و خشن می‌شوند مورد معاینه روان‌پزشکی قانونی قرار گیرند.

## 5- وضعیت مسوولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی با

### توجه به قانون کنونی

#### 1-5- وضعیت دارای مسوولیت کیفری

با توجه به آنچه گفته شد در وضعیت فعلی و با توجه به قوانین لازم‌الاجرای کنونی مسوولیت کیفری صرفاً از بیماران روانی رفع می‌شود که در اثر اختلال، آزادی اراده و قوه تمیز را از دست داده باشند. لذا تشخیص موضوعی است و قاضی باید با کمک روان‌پزشک به بررسی هر مورد پرداخته، قوه تمیز شعور و آزادی اراده در فرد را مورد بررسی قرار دهد و به تشخیص نهایی دست یابد. در واقع اگر هنگام بررسی

## 16.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

مشخص شود که چنان چه پلیس در کنار متهم قرار داشت (قانون «پلیس درکنار»)<sup>1</sup> بازهم این رفتار مجرمانه صورت می‌گرفت،<sup>2</sup> می‌توان گفت که فرد در هنگام انجام عمل مجرمانه از خود اراده‌ای نداشته است.

به طور کلی این‌گونه می‌شود اظهار داشت در صورتی که بیمار به یکی از اختلالات اساسی طرز رفتار مبتلا باشد و آن اختلال به طور خاص وی را به سوی ارتکاب جرم کشاند، می‌توان آزادی اراده و قوه‌ی تمیز را مختل دانست و بیمار را از مسوولیت مبری نمود، زیرا این اختلالات بر سیستم عصبی و مغز فرد تأثیر گذاشته و روان وی را آشفته نموده و رفتار وی را تحت کنترل در می‌آورند. مثل شخصی که به اختلال توهم بینایی مبتلا است و در اثر این توهم پرستار را به شکل دشمن مسلح خویش دیده و دست به قتل وی می‌زند.

البته باید گفت مبتلایان به اختلال شخصیت به دلیل عدم اختلال عمده در کارکردهای اساسی روانی‌شان از نظر کیفری مسوول هستند چون شخصیت‌شان انفکاک پیدا نکرده و قدرت اراده و تمیز آنها در حد طبیعی است. هرچند اگر طبق قاعده کلی این اشخاص مسوول باشند ولی نسبت به تعیین نوع مجازات در مورد این افراد باید دقت شود به ویژه مجازات حبس. زندان از افراد سالم جسمی و روانی، افراد بیمار و دارای اختلال می‌سازد؛ چه رسد به افراد دچار اختلالات که خود زمینه‌ی این امر را دارند و زندان نه تنها بیماری آنها را تشدید می‌بخشد بلکه فایده‌ای از جهت متنبه شدن در آنها به وجود نمی‌آورد. دکتر کی‌نیا در بیان معایب کیفر زندان می‌نویسند: "گفتنی است که زندان به راستی یک دانشگاه جنایی است. هر نوع جنایت و رذالت اخلاقی را می‌توان در زندان آموخت. زندان به زندانیان فرصتی خواهد داد تا اشتباهات خود را اصلاح کنند و ببینند که دیگر بار چگونه ماهرانه دست به جنایت بزنند تا گرفتار پنجه عدالت نشوند. خلاصه، زندان از یک موجود بی‌خطر یا کم‌خطر، فردی

---

1. Police at the elbow

2. مهرزاد کیانی، فرامرز گودرزی، پیشین، ص 297.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....17

خطرناک، بدپیشینه و بی آبرو تحویل جامعه می دهد.<sup>1</sup>

البته چنان چه مجرمی بعد از محاکمه و مشخص شدن نوع کیفر، ادعا کند به دلیل ابتلا به نوعی بیماری روانی تحمل کیفر مورد نظر (حبس یا حد) را ندارد، برای انجام معاینه و اظهار نظر تخصصی به پزشکی قانونی معرفی می شود.<sup>2</sup> هم چنین در حین تحمل کیفر بالاخص کیفر زندان می تواند این درخواست را داشته باشد که مورد معاینه روان پزشکی قرار گیرد.

به نظر می رسد موضوع تقلیل مسوولیت<sup>3</sup> باید به گونه ای در بیماران مبتلا به این نوع اختلال شخصیت مطرح گردد. این نیز از جمله مواردی است که در تدوین قوانین کیفری بیماران روانی لازم است مورد توجه قرار گیرد. تعیین حیطه مسوولیت در بیماران مبتلا به اختلال شخصیت مرزی همواره کار دشواری بوده و در بعضی موارد نیز در گذشته سلیقه ای عمل شده است. چه بسا با توجه به اطلاعات جدیدی که درباره اختلالات روانی و شخصیتی در اختیار داریم بتوانیم با تعیین خط صریحی در مسوولیت شناسی این گونه بیماران به اجرای بهتر قانون و هم چنین درمان این گونه افراد کمک بیشتری نماییم.<sup>4</sup> در ماده 38 قانون مجازات اسلامی جهات تخفیف احصاء شده است که در بند «ث» آمده است «... و یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت و بیماری» شاید بتوان این بند را برای تخفیف مجازات مبتلایان به کار برد اگر چه که عنوان بیماری به کار رفته است و به نظر می آید بیماری های جسمی مورد نظر قانون گذار بوده است ولی با توجه به عبارت از قبیل می توان گفت اختلال روانی نیز شامل وضع خاص است.

در قوانین بسیاری از کشورها تقلیل مسوولیت در مورد مبتلایان به اختلالات روانی

---

1. مهدی کی نیا، مبانی جرم شناسی، جلد اول و دوم، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران، 1386. ص 49.

2. مهرزاد کیانی، فرامرز گودرزی، پیشین، ص 280.

3. Diminished Responsibility

4. سیدمهدی صابری، محمدرضا محمدی، پیشین، ص 74.

## 18.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

همواره مطرح است، به عنوان مثال قانون جزایی آلمان در ماده 21 بیان می‌دارد: «در صورتی که توانایی مرتکب عمل مجرمانه در تشخیص غیر مشروع بودن فعل خود یا در صورت تشخیص در این که رفتار خود را کنترل کند، به علت وجود یکی از عوامل ذکر شده در ماده قبل به طور قابل ملاحظه تقلیل یافته باشد ممکن است مجازات کاهش داده شود»<sup>1</sup>. هم چنین در قانون کیفری اسپانیا ماده 21 در مورد اشخاصی که شعور و اراده آن‌ها به طور کامل از بین نرفته است مقرر داشته است که این افراد مسوولیت دارند لکن به صورت اجباری مورد تخفیف قرار خواهند گرفت.<sup>2</sup>

### 2-5- وضعیت فاقد مسوولیت کیفری

یکی از موارد مهم در روان‌پزشکی قانونی تعیین حیطه مسوولیت در بیماران مبتلا به اختلال شخصیت مرزی است. این گونه بیماران به نظر می‌رسد بیشتر خود آزاری دارند تا دیگر آزاری. البته درگیری آنان با دیگران و حملات انفجاری خشم در آنان منشأ شکایت‌های متعددی بوده است اما میزان آسیب‌هایی که آنان به خود وارد می‌کنند غالباً قابل توجه است.

این افراد همان‌گونه که ذکر شد، دوره‌های کوتاه و گذرای روان‌پریشی<sup>3</sup> دارند. در طی چنین دوره‌هایی که از چند لحظه تا چند ساعت می‌تواند متغیر باشد علائم رفتاری بسیار شدید بدون آگاهی و بینش کافی ممکن است از بیمار سر بزند. هرچند ارتکاب هر عملی در حین این دوره‌ها را می‌توان از نظر مسوولیت شناسی مورد بررسی قرار داد اما واقعیت این است که تعیین دقیق این موضوع که عمل مجرمانه دقیقاً در طی یک

---

1. Section 21: "If the capacity of the offender to appreciate the unlawfulness of his actions or to act in accordance with any such appreciation is substantially diminished at the time of the commission of the offence due to one of the reasons indicated in section 20, the sentence may be mitigated pursuant to section 49"

2. Article 21: "The following are mitigating circumstances:

1. The causes stated in the preceding Chapter, when not all the necessary requisites to exclude accountability in the respective cases concur. .... "

3. Micropsychotic episode



بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....19

برهه روان‌پریشی گذرا صورت گرفته بسیار دشوار است. شاید ملاک‌های توصیف شده برای تشخیص «جنون آنی»<sup>1</sup> کمک کننده باشد اما عموماً اثبات این مساله کار آسانی نیست.

به جز در موارد بسیار نادر (وقتی ثابت شود عمل مجرمانه در طی یک دوره روان‌پریشی گذرا صورت گرفته) در سایر موارد بیمار مبتلا به اختلال شخصیت مرزی مسوول رفتار خود بوده و باید پاسخگوی جرایم مطروحه باشد.<sup>2</sup>

به نظر می‌رسد در قوانین مطروحه، تصمیم‌گیری در مورد این که مجرم قادر به کنترل رفتار و اعمال خود بوده یا خیر، مبنای قضاوت قرار می‌گیرد. باید اذعان داشت که تقریباً در همه موارد پاسخ به این سوال دشوار است زیرا متهم شاید قادر و یا مایل به ارائه یک گزارش کامل از حالات روانی خود در زمان وقوع جرم نباشد.<sup>3</sup>

### نتیجه‌گیری

در قانون مجازات اسلامی صراحتی نسبت به هیچ یک از اختلالات روانی وجود ندارد و تنها ماده‌ای که وضعیت مسوولیت کیفری مبتلایان را مشخص می‌سازد، ماده 149 ق.م.ا است که معیار اراده و تمیز حین ارتکاب جرم را برای مسوول دانستن تعیین کرده است. پس می‌توان نتیجه گرفت از آن‌جا که مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در حالت روان‌پریشی قوه اراده و تمیزشان مختل می‌شود، اگر در بررسی‌های روان‌پزشکی مشخص شود که جرم در حالت روان‌پریشی وقوع یافته است، می‌توان گفت فرد فاقد مسوولیت کیفری است، البته اقدامات درمانی می‌تواند به اجرا گذاشته شود. در قانون مجازات اسلامی و هم چنین دیگر قوانین موضوع تقلیل مسوولیت در مورد مبتلایان به اختلالات روانی به ویژه اختلال شخصیت مرزی، برخلاف قوانین

1. Instant insanity

2. سیدمهدی صابری، محمدرضا محمدی، پیشین، صص 75-74

3. همان، ص 102.

## 20.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

دیگر کشورها، پیش‌بینی نشده است. مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در حالت روان‌نژندی که دارای اراده و تمییز می‌باشند اگر مرتکب جرم شوند، از آن جا که موضوع تقلیل مسوولیت در قانون پیش‌بینی نشده، مسوولیت کامل دارند، و مجازات شدن آن‌ها هم‌چون افراد سالم و تحت درمان قرار نگرفتن، منجر به وخامت اختلال آن‌ها خواهد شد. ماده 38 ق.م.ا که جهات تخفیف را احصاء نموده، ذکری از اختلال روانی نکرده است، البته در بند «ث» واژه‌ی بیماری پیش‌بینی شده است، شاید بتوان این بند را در مورد مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی نیز قائل شد، زیرا به نظر نمی‌رسد منظور قانون‌گذار صرفاً بیماری‌های جسمی‌بوده است. پیشنهاد می‌شود برای اتخاذ سازوکاری دقیق‌تر جلسات گفت‌و شنود و هم‌اندیشی بین حقوق‌دانان و پزشکان (روان پزشکان و پزشکان قانونی) برای اطلاع پزشکان از موازین حقوقی و قانونی در زمینه‌ی اختلالات روانی برگزار شود و هم‌چنین تهیه و تدوین قوانین جدید با استفاده از دستاوردهای علوم جزا، جرم‌شناسی، روان‌پزشکی، روان‌شناسی ضمن استفاده از تجربیات کشورهای دیگر در این زمینه می‌تواند راهکاری جهت روشن‌تر شدن میزان مسوولیت کیفری مبتلایان به اختلالات روانی باشد.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....21

## منابع:

- قرآن کریم

کتاب

1. انصاری، سحر، روان پزشکی کاپلان و سادوک 2010، چاپ اول، انتشارات تیمورزاده و نشر طبیب، تهران، 1390.
2. ترابیان، لیلا، خدابخش، روشنگر، آسیب شناسی اختلال شخصیت مرزی، چاپ اول، انتشارات زبان دانشجو، تهران، 1391.
3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، تهران، 1389.
4. ستوده، هدایت الله و دیگران، روان شناسی جنایی، چاپ ششم، انتشارات آوای نور، تهران، 1389.
5. صابری، سیدمهدی، محمدی، محمدرضا، نگرشی نو به روان پزشکی قانونی، چاپ دوم، نشر طبیب و تیمورزاده، تهران، 1391.
6. صناعتی زاده، حسین، پزشکی قانونی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، 1387.
7. عمارتی، محمدکاظم، تأدیپ و نگهداری مجانین در حقوق کیفری ایران، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، تهران، 1388.
8. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، انتشارات فرهنگ نما، تهران، 1388.
9. غلامی، علی، عوامل مانع مسوولیت کیفری، چاپ اول، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، 1391.
10. کی نیا، مهدی، روان شناسی جنایی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات رشد، تهران، 1374.

## 22.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

11. کی نیا، مهدی، روان شناسی جنایی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات رشد، تهران، 1374.
12. کی نیا، مهدی، مبانی جرم شناسی، جلد اول و دوم، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، 1386.
13. کیانی، مهرزاد، گودرزی، فرامرزی، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، چاپ یازدهم، انتشارات سمت، تهران، 1393.
14. محمودعلیلو، مجید، شریفی، محمدمامین، اختلال شخصیت مرزی، چاپ اول، انتشارات کتاب ارجمند، تهران، 1392.
15. موسوی مُجاب، سید درید، نقش اراده در مسوولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، انتشارات بهنامی، تهران، 1388.
16. موسوی نسب، سید مسعود، پناهی متین، علی اصغر، روان پزشکی قانونی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علوم پزشکی شیراز، شیراز، 1372.
17. میرسعیدی، سیدمنصور، مسوولیت کیفری: جلد اول قلمرو و ارکان، چاپ دوم، انتشارات میزان، تهران، 1386.
18. بارنت ویگ، هیتز، اختلال شخصیت، ترجمه عطاالله محمدی، چاپ سوم، انتشارات کتاب ارجمند، تهران، 1393.
19. ولیدی، محمدصالح، حقوق جزا: مسوولیت کیفری، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، تهران، 1382.

### مقالات

19. جبریلی، شهلا، باباپورخیرالدین، جلیل، محمودعلیلو، مجید، اثربخشی رفتار درمانی دیالکتیکی بر کاهش نشانه‌های نوسان خلقی و رفتارهای خودکشی گرایانه در اختلال شخصیت مرزی، فصل نامه پژوهش‌های نوین روان شناختی، سال هشتم، شماره 32، 1392، 80-93.

بررسی مسئولیت کیفری مبتلایان به اختلال شخصیت مرزی در نظام حقوقی ایران.....23

20. فاتحی‌زاده، مریم، امامی، طاهره، نجاریان، بهمن، بررسی میزان شیوع علایم اختلالات شخصیت ضداجتماعی، خودشیفته، نمایشی و مرزی در بین دانش آموزان دختر، دو ماهنامه دانشور رفتار دانشگاه شاهد، سال چهاردهم، شماره 22، 1386، 58-47.

#### پایان نامه

21. داستان، زهرا، تأثیر اختلالات عصبی روانی بر مسوولیت کیفری، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، 1389.

22. مهدوی نیا، عسکر، اختلال روانی از نظر فقه و حقوق و روان پزشکی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، 1389.

#### منابع لاتین

23. Esbec, E, Echeburúa, E, Violence and personality disorders: clinical and forensic implications, Actas Esp Psiquiatr, 2010,38(5):249-261.

24. Seena Fazel, John Danesh, Serious mental disorder in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys. The lancet. Vol 359, 2009, 454-550.











## موافقت نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

\* دکتر توکل حبیب زاده \* \* مهین خیری

تاریخ دریافت: 1394/05/18 تاریخ پذیرش: 1394/06/21

### چکیده

موافقت نامه قواعد مبدأ یکی از موافقت نامه‌های چند جانبه کالایی حاصل مذاکرات دور اروگوئه در سال‌های 1986-94 است که با تشکیل سازمان جهانی تجارت لازم‌الاجرا گردید. تا پیش از این موافقت نامه، کشورها در وضع و اعمال قواعد مبدأ از آزادی عمل برخوردار بودند. در حال حاضر علی‌رغم پیش بینی نظامات دوره انتقالی در این موافقت نامه که شامل کلیات و اصول لازم‌الاجرا برای کشورها در دوره قبل از دست یابی به برنامه کار هماهنگ است، قواعد مبدأ غیرترجیحی هماهنگی که قابلیت اجرایی برای تمامی اعضاء سازمان جهانی تجارت داشته باشد، وجود ندارد. این قواعد در فرایند تبدیل به یک نظام چندجانبه الزام آور پس از تکمیل برنامه کار هماهنگ سازی قرار دارند. با وجود این، افزایش ترتیبات تجاری منطقه‌ای و دوجانبه در نتیجه گسترش کاربرد قواعد مبدأ ترجیحی، هماهنگ سازی قواعد مبدأ غیرترجیحی را تحت تأثیر قراردادهاست. با بررسی روند اقدامات و سیاست‌های تجاری قدرت‌های برتر اقتصادی جهان از سویی و وضعیت قواعد مبدأ اجرایی توسط جمهوری اسلامی ایران از سوی دیگر، به نظر می‌رسد، مناسب‌ترین سیاست تجاری برای کشورمان، به منظور تسهیل در الحاق به سازمان جهانی تجارت، هماهنگی با تجارت جهانی و ورود به توافقات و مناطق تجاری ترجیحی و آزاد می‌باشد. زیرا علی‌رغم تأکید کشورهای درحال توسعه بر ضرورت تسریع در تکمیل برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ، کماکان کشورهای توسعه یافته در صدد مذاکره و انعقاد موافقت نامه‌های تجاری دو و چند جانبه هستند. این پژوهش که به صورت توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌های و منابع منتشره در درگاه رسمی سازمان جهانی تجارت و سازمان جهانی گمرک، و سایر منابع در دسترس از طریق اینترنت انجام شده، در دو بخش تنظیم گردیده است: بخش اول به بررسی جایگاه و اعتبار قواعد مبدأ در دوره‌های زمانی مختلف اختصاص یافته است و در بخش دوم، آثار موافقت نامه قواعد مبدأ بر روابط تجاری و گمرکی کشورها و جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار گرفته است. **واژگان کلیدی:** قواعد مبدأ ترجیحی، قواعد مبدأ غیرترجیحی، هماهنگ سازی قواعد مبدأ، موافقت نامه قواعد مبدأ، سازمان جهانی تجارت مقدمه

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، نویسنده مسئول.

\*\* کارشناس ارشد رشته حقوق بین الملل، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، مسئول مکاتبات

## مقدمه

نظام حقوقی تجارت بین الملل کماکان فاقد قواعد مبدأ الزام آور است. قواعد مبدأ به قواعد و مقرراتی گفته می شود که هر کشور برای تعیین مبدأ کالاهای وارداتی به قلمرو گمرکی خود وضع می کند. به این قواعد در یکی از موافقت نامه های سازمان جهانی تجارت تحت عنوان «موافقت نامه قواعد مبدأ» پرداخته شده است. هدف از تدوین این موافقت نامه، ترسیم نقشه راه رسیدن به یک نظام چند جانبه الزام آور از طریق تکمیل برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ غیرترجیحی است که پس از تصویب کنفرانس وزیران سازمان جهانی تجارت و طی یک دوره زمانی مناسب لازم الاجرا خواهد گردید. مفاد موافقت نامه قواعد مبدأ عمدتاً ناظر بر اعلام روش ها و اصولی است که طبق آن ها قواعد مبدأ هماهنگ و متفق علیه همه کشورهای عضو، بررسی، مذاکره و در نهایت مورد توافق قرار می گیرد. بنابراین در طول دوره انتقالی و تا زمانی که فرایند برنامه کار هماهنگ سازی در جریان است، کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت صرفاً ملزم به رعایت "نظامات دوران انتقالی"<sup>1</sup> مندرج در ماده 2 موافقت نامه مزبور می باشند و غیر از الزامات مزبور هیچ گونه مقررات الزام آوری بر کشورها بار نمی شود. بنابراین، موافقت نامه قواعد مبدأ تا پیش از تصویب ضمیمه آن، شامل نتایج برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ، از نظر اجرایی یک موافقت نامه ناتمام به شمار می رود. کامل شدن آن با تکمیل برنامه کار هماهنگ سازی از طریق ارکان پیش بینی شده در آن و تصویب توسط کنفرانس وزیران سازمان جهانی تجارت خواهد بود؛ هرچند مهلت اولیه فرایند هماهنگ سازی سه سال بود ولی با گذشت دو دهه هنوز به پایان نرسیده است.

در حال حاضر قواعد مبدأ مورد استفاده در توافقات تجاری ترجیحی نظیر اتحادیه های اقتصادی، بازارهای مشترک و موافقت نامه های تجارت آزاد و ترجیحی دو

---

1. Disciplines for transition period

## 27 ..... موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت

و چند جانبه تحت پوشش این موافقت‌نامه می‌باشد، بدین صورت که چنین قواعد ترجیحی جزء استثنائات موافقت‌نامه بوده و مستقلاً توسط اعطاء کنندگان ترجیحاً در طرح‌های مربوطه تشریح می‌شود.

از نظر ادبیات موضوع، با توجه به فنی بودن قواعد مبدأ، به صورت خاص و حرفه‌ای در منابع داخلی به این موضوع پرداخته نشده، ولی در کتب و منابع مختلف به صورت بخشی و برای تکمیل سایر مباحث به آن اشاره شده است. از جمله این منابع عبارتند از: کتاب "بررسی لایحه قانون امور گمرکی از دیدگاه مقررات سازمان جهانی تجارت" به قلم آقایان دکتر سیف‌الله صادقی یارندی، دکتر محسن صادقی، و دکتر رضا بنایی است. در این کتاب طی یک فصل کلیات قواعد مبدأ در سازمان جهانی تجارت و چگونگی اجرای این موافقت‌نامه در بین چند کشور در حال توسعه از جمله پاکستان، چین و ترکیه مورد بررسی قرار گرفته است. هم چنین پایان‌نامه کارشناسی ارشد با موضوع "تبعات حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت در امور گمرکی" تالیف آذر دادوند در سال 1389، در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی طی یک فصل با توضیحات کلی به مقایسه قواعد مبدأ در موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت و قانون امور گمرکی ایران پرداخته است. در منابع خارجی عمدتاً سازمان جهانی تجارت در قالب گزارشاتی موضوع را مورد بررسی و تحلیل قرار داده است.

با توجه به اهمیت و تاثیر این موضوع در تجارت بین‌الملل، چنین به نظر می‌رسد که سازمان جهانی تجارت باید چارچوب و روش منسجم و هماهنگی برای تعیین مبدأ کالاها داشته باشد. اما در عمل این‌گونه نبوده و کشورها در تعیین قواعد مبدأ خود آزاد هستند. لذا سوالی که به ذهن خطور می‌کند، این است که چرا علی‌رغم وجود موافقت‌نامه‌ای تحت این عنوان، کماکان کشورها در تعیین قواعد مبدأ براساس حقوق داخلی و شرایط مورد توافق با طرف تجاری خود عمل می‌نمایند؟ از سوی دیگر، جایگاه و

## 28.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

اعتبار حقوقی این موافقت نامه از بدو شکل گیری تاکنون و در زمان پس از تصویب نیازمند تحلیل و تبیین است.

لذا نوشته حاضر با هدف بررسی چرایی عدم اجرای موافقت نامه مذکور توسط کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت و روش اجرایی این کشورها در تعیین مبدأ کالاها و مقررات مربوط به آن و ارایه راهکاری برای جمهوری اسلامی ایران در جهت اتخاذ سیاست‌های تجاری پیشرو، با توجه به عضویت ناظر آن در سازمان جهانی تجارت و امکان شروع فرایند الحاق آن به این سازمان، انجام می‌گیرد.

این تحقیق در پاسخ به این سوالات که الف) آیا موافقت نامه قواعد مبدأ در تجارت بین کشورها الزام آوراست؟ ب) در صورت عدم اجرا، کارکرد موافقت نامه موجود و روش اجرایی کشورها در این زمینه چیست؟ انجام شده است و فرضیه‌هایی که بر آن متصور است، به ترتیب عبارتند از: الف) موافقت نامه قواعد مبدأ، صرفاً آغازی بر فرایند هماهنگ سازی قواعد مبدأ است و قواعد آن در حال حاضر بر اعضای سازمان جهانی تجارت الزام آور نیست. ب) کشورهای عضو و عضو ناظر این سازمان صرفاً در تدوین قواعد مبدأ به اصول و مفاد موافقت نامه قواعد مبدأ ملتزمند و در تجارت با یکدیگر به تنظیم ترتیبات تجاری ترجیحی و آزاد اقدام می‌نمایند.

### 1- جایگاه و اعتبار قواعد مبدأ در دوره‌های زمانی مختلف

قواعد مبدأ با توجه به زیرساخت‌های حقوقی و برخورداری یا عدم برخورداری از نهاد حقوقی مشخص در دوره‌های زمانی مختلف، دارای مفاهیم، کاربردها و روش‌های اجرایی متفاوت بوده است. ولی مقوله ثابت در همه دوره‌ها، دامنه شمول موضوعی آن است که همیشه حوزه کالا را شامل بوده و علی‌رغم توسعه روزافزون تجارت بین الملل، حوزه خدمات و جنبه‌های تجاری مالکیت فکری از دامنه شمول آن خارج بوده است. با وجود این، به موازات پیشرفت مذاکرات تجاری در ادوار مختلف، قواعد مبدأ و ضرورت ایجاد سازوکار لازم برای هماهنگ سازی آن‌ها اهمیت روز افزون یافت و

## موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....29

در نتیجه تحت تاثیر نهادهای حقوقی و دیدگاه کشورهای در فرایند مذاکرات، از جایگاه و اعتبار حقوقی متفاوتی برخوردار گردید.

### 1-1- قبل از موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات 1947)

تا پیش از شکل‌گیری واحدهای سیاسی کشوری به مفهوم دولت - ملت، تجارت فرامرزی بین مناطق و قبایل مختلف براساس فرامین و دستورات و بدون چارچوب‌ها و تشکیلات ملی و بین‌المللی صورت می‌گرفت. در نتیجه قواعد مدونی در مورد قواعد مبدأ وجود نداشت. پس از پیمان وستفالی و تشکیل دولت - ملت‌های اروپایی<sup>1</sup> و تعیین مرزهای مشخص برای هر یک از آنها، مفهوم منافع ملی بوجود آمد و هرگونه مرآوده از جمله مبادلات تجاری بر اساس منافع ملی دولت - ملت تعیین گردید.<sup>2</sup> روابط دولت‌ها بر اساس منافع ملی و دوستی‌ها و دشمنی‌ها تعیین و در نتیجه نوع رفتار با هر کالای وارداتی به قلمرو گمرکی دولت‌ها به نوع روابط با کشور صادرکننده بستگی داشت. بنابراین باید قواعدی تعیین می‌شد تا بطور دقیق مشخص شود چه کالایی در کدام کشور تولید یا ساخته شده، تا رفتار با آن کالا بر اساس منافع ملی و توافقات با آن کشور تنظیم گردد.

با توسعه مفهوم دولت، انقلاب صنعتی، پیشرفت‌های اقتصادی و گسترش روزافزون تجارت بین‌الملل، قوانین تجاری و از جمله قواعد مبدأ به مانعی برای توسعه تجارت بین‌کشورها تبدیل شد و دولت‌ها برای رفع این موانع به هماهنگ‌سازی مقررات حقوق تجارت بین‌الملل در چارچوب ترتیبات منطقه‌ای و جهانی روی آوردند. قواعد مبدأ نیز از این فرایند دور نماند. با وجود این، قواعد مبدأ جزو آخرین موضوعات حقوق بین‌الملل تجارت بود که در دستورکار مذاکرات تجاری چندجانبه قرار گرفت.

#### 1. Nation-states

2. هالستی، کی جی، مبانی تحلیل سیاست بین‌الملل، ترجمه بهرام مستقیمی و مسعود طارم سری، چاپ اول، موسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، سال 1373، تهران، ص 76

30.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

1-2- از موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) تا تأسیس سازمان جهانی

### تجارت

تلاش کشورها برای حذف موانع تجاری و توسعه تجارت بین الملل با امضا گات<sup>1</sup> در سال 1947 به نتیجه رسید. گات که تنها نهاد ناظر بر تجارت بین الملل کالا در آن زمان بود، بسیاری از مسایل مرتبط با این نوع تجارت را در بر می گرفت، لیکن قواعد مبدأ در خانه آخر قرار داشت. گات در باب قواعد مبدأ به تعیین دو اصل کلی بسنده کرد: 1- وضع قواعد مبدأ از سوی دولت های عضو باید مطابق با شرایط حقوقی و قانونی آن کشورها باشد. 2- شرط دولت کامله الوداد<sup>2</sup> در اعمال قواعد مبدأ در خصوص کشورهای عضو رعایت گردد.<sup>3</sup>

بنابر این در گات، بجز دو اصل کلی، قواعد و ضوابط ویژه و الزام آوری برای تعیین مبدأ کالاها در تجارت بین المللی وجود نداشت. از این رو قواعد مبدأ حتی بعد از گات در حوزه صلاحیت داخلی کشورها باقی ماند و هریک از طرف های متعاقد گات، در وضع قواعد مبدأ و به تعبیری قواعد و مقررات ورود کالا به داخل مرزهای خود آزادی عمل داشتند. هرچند در قسمت (C) بند یک ماده هشت موافقت نامه مزبور<sup>4</sup> تاکید شده است که طرف های متعاقد حدود و پیچیدگی تشریفات ورود و صدور، کاهش و تسهیل الزامات صدور اسناد ورود و صدور را مشخص کنند، لیکن در عمل در راستای اجرای این بند، دولت ها ضوابط گوناگونی را با توجه به اهداف خود با رعایت دو اصل فوق الذکر، وضع نموده اند. هم چنین با توجه به بند دو همین ماده "در انطباق با بند فوق الذکر، طرف متعاقد از طرف یا طرف های متعاقد دیگر بازرنگری در قوانین و مقررات مربوط را خواستار خواهد شد."

1. General Agreement of Tariff and Trade

2. Most Favorite Nations Clause

3. رفتار مبتنی بر شرط دولت کامله الوداد طبق مواد 1، 2، 3، 11 و 13 گات 1994

4. موافقت نامه قواعد مبدأ

### موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....31

با رعایت اصول کلی مذکور در گات و اعمال چارچوب‌های موردنظر، در عمل هیچ‌گونه الزام دیگری برای کشورهای متعاقد وجود نداشت و آن‌ها صرف‌نظر از اصول کلی حاکم، می‌توانستند در حیطه اختیارات و محدوده مقررات داخلی خود عمل نمایند. البته این وضعیت کماکان در ابتدای راه برای تنظیم اصول یکسان قرار دارد. تا پیش از تأسیس سازمان جهانی تجارت قواعد مبدأ از شمول مذاکرات تجاری چندجانبه خارج بود و تنها سند بین‌المللی که قواعد مبدأ در آن مطرح شده بود، کنوانسیون کیوتو 1974 بود که ناظر بر مسایل گمرکی است. بنابر این، قواعد مبدأ تا تأسیس سازمان جهانی تجارت و امضای موافقت‌نامه قواعد مبدأ، در صلاحیت انحصاری دولت‌ها قرار داشت. مذاکرات ادواری گات تا دور کندی بر اساس امتیازات تعرفه‌ای کالا به کالا صورت می‌گرفت. از سال 1964 به بعد و با تحول در اصول گات، موانع غیرتعرفه‌ای از جمله استاندارد سازی کالا، کاهش یا حذف محدودیت‌های سهمیه‌ای، کاهش سهمیه تعرفه‌ای، حذف قوانین و مقررات اداری و مالی و ضد دامپینگ در دستورکار مذاکرات قرار گرفت.<sup>1</sup> دبیرخانه گات در سال 1981 متنی در باره قواعد مبدأ تنظیم نمود، لیکن این موضوع تا پیش از دور اروگوئه در هیچ یک از مذاکرات ادواری گات مطرح نبود. در واقع در جریان مذاکرات دور اروگوئه بود که ضرورت ایجاد نظام چند جانبه الزام‌آور قواعد مبدأ از سوی برخی اعضای گات مطرح گردید.

#### 1-3- پس از تأسیس سازمان جهانی تجارت

در مذاکرات دور اروگوئه، تنظیم قواعد هماهنگ مبدأ به عنوان یکی از موضوعات اصلی این دور از مذاکرات تجاری مطرح و در سند نهایی تحت عنوان موافقت‌نامه قواعد مبدأ به امضا رسید. این موافقت‌نامه یکی از بیست و هشت موافقت‌نامه چند جانبه راجع به تجارت کالا در ضمیمه 1 (الف) موافقت‌نامه تأسیس سازمان جهانی تجارت است. موافقت‌نامه قواعد مبدأ جایگاه و اعتبار قواعد مبدأ را برای سه مقطع

1. اسفندیار امید بخش و دیگران، سازمان جهانی تجارت ساختار قواعد و موافقت‌نامه‌ها، چاپ دوم، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، سال 1385، تهران، ص 12.

## 32.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

زمانی دوران انتقالی، پس از دوران انتقالی و پس از تصویب برنامه کار هماهنگ سازی توسط کنفرانس وزیران این سازمان تعیین نمود.

### 1-3-1- دوران انتقالی (تا تکمیل برنامه کار هماهنگ سازی)

دوران انتقالی با لازم الاجرا شدن موافقت نامه قواعد مبدأ در جولای 1995 و آغاز برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ شروع و مقرر بود در جولای 1998 پایان یابد. لیکن به دلیل چالش‌های پیش‌رو این مهلت چند بار تمدید شد و کماکان برنامه کار هماهنگ سازی و در نتیجه دوران انتقالی ادامه دارد. دوران انتقالی به مجرد تحقق نتایج برنامه هماهنگ سازی پایان خواهد یافت.

براساس ماده 2 موافقت نامه، دولت‌ها در عین حال که تا پایان دوره انتقالی و دست‌یابی به یک مجموعه هماهنگ و منسجم قواعد مبدأ، در تنظیم و پیاده سازی و اعمال قواعد مبدأ خود آزاد و مختارند، اما در این زمینه باید به اصول و مقرراتی پایبند باشند. نظامات دوران انتقالی ناظر بر تعهدات دولت‌های عضو تا پایان برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ به منظور خودداری اعضا از هرگونه تصمیم و اقدام مخرب و منحرف کننده جریان برنامه کار هماهنگ سازی مقرر شده است. بنابراین تا پایان دوره انتقالی، اصول ماده 2 موافقت نامه کماکان حاکم بر قواعد مبدأ کشورهای عضو سازمان است و کشورهای متقاضی عضویت نیز در صورت الحاق باید آن‌ها را در قواعد مبدأ خود رعایت نمایند.<sup>1</sup> این الزامات به شرح ذیل در ماده 2 موافقت نامه آمده است:

"- در مواردی که معیار تغییر طبقه بندی تعرفه اعمال می‌گردد، در این قاعده مبدأ و هرگونه استثنائات وارد بر آن، باید عناوین فرعی یا عناوین در فهرست طبقه بندی گمرکی که مورد نظر قاعده مزبور هستند، به وضوح تعیین شوند.

- در مواردی که معیار درصد ارزش اعمال می‌گردد، باید در قواعد مبدأ، روش

1. مسعود طارم سری و دیگران، بررسی لایحه امور گمرکی از دیدگاه سازمان جهانی تجارت (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، انجمن علمی بازرگانی ایران، خرداد 1386، تهران، ص 93.



### موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....33

محاسبه این درصد مشخص شود.

- در مواردی که معیار ساخت یا عملیات پردازش توصیه می‌گردد، باید عملیاتی که سبب تعیین مبدأ برای کالای ذی ربط می‌گردد، به دقت معلوم شوند.
- قطع نظر از اقدام یا ابزار سیاست تجاری که قواعد مبدأ در پیوند با آنها می‌باشند، قواعد مبدأ نباید به عنوان ابزارهای تعقیب مستقیم یا غیرمستقیم هدف‌های تجاری مورد استفاده قرار گیرد.
- قواعد مبدأ خود نباید اثرات محدود کننده، منحرف کننده یا اخلال کننده بر تجارت بین الملل داشته باشد.
- قواعد مبدایی که در مورد واردات و صادرات اعمال می‌گردند، نباید سخت‌تر از قواعد مبدایی باشند که برای تشخیص داخلی بودن کالا به کار می‌روند. هم چنین در به کارگیری قواعد مبدأ نباید هیچ‌گونه تبعیضی میان اعضا قایل شد.
- قواعد مبدأ باید به گونه‌ای نامتناقض، یک نواخت و بی طرفانه و معقول به اجرا درآید.
- قواعد مبدأ باید بر استانداردهای مثبت مبتنی باشد.
- کلیه قوانین و مقررات و تصمیمات قضایی و احکام اداری دارای کاربرد عام در خصوص قواعد مبدأ باید منتشر شوند و در دسترس عموم قرار گیرند.
- درخواست‌های مربوط به تعیین مبدأ کالا باید در اسرع وقت و حداکثر ظرف 150 روز ارزیابی شوند و این ارزیابی حداقل سه سال اعتبار داشته باشد.
- در صورت ایجاد تغییراتی در قواعد مبدأ یا وضع قواعد مبدأ جدید، چنین تغییرات یا قواعدی نباید عطف به ماسبق شوند.
- در نظام اداری و قضایی برای تشخیص قواعد مبدأ باید فرصت تجدید نظر وجود داشته باشد.
- مقامات ذیربط باید تمام اطلاعاتی را که ماهیتاً محرمانه هستند یا به منظور اعمال

### 34.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

قواعد مبدأ به صورت محرمانه تهیه شده‌اند، اکیداً محرمانه تلقی کنند.<sup>1</sup> بنابراین در دوره انتقالی و تا نهایی شدن قواعد مبدأ هماهنگی در سازمان جهانی تجارت اصول فوق الذکر در فرایند وضع و اعمال قواعد مبدأ کشورهای عضو سازمان حاکم خواهد بود. در واقع این موافقت نامه، دو سازوکار جداگانه و موازی برای ایجاد نظام هماهنگی و چند جانبه قواعد مبدأ پیش بینی کرده است. نخست الزام دولت‌های عضو سازمان به رعایت اصول فوق الذکر در دوره انتقالی و دوم برنامه کار هماهنگی سازی که بر اساس وظایف و کارکردهای ارکان موافقت‌نامه سامان یافته و در نهایت به یک نظام هماهنگی و چند جانبه قواعد مبدأ دست خواهد یافت.

#### 1-3-2- پس از دوران انتقالی (پس از تکمیل برنامه کار هماهنگی سازی تا

تصویب)

با پایان برنامه کار هماهنگی سازی، قواعد مبدأ وارد مرحله پس از دوران انتقالی می‌شود. این دوره تا لازم الاجرا شدن قواعد مبدأ هماهنگی تحت ضمیمه شماره 3 موافقت‌نامه قواعد مبدأ ادامه پیدا می‌کند. این موافقت نامه برای دوران پس از تکمیل "برنامه هماهنگی سازی" نیز الزاماتی را در ماده 3 از قسمت دوم "نظامات ناظر بر اعمال قواعد مبدأ" تحت عنوان نظامات پس از دوره انتقالی تعیین نموده است. بر اساس ماده مزبور به مجرد تحقق نتایج برنامه کار هماهنگی سازی، کشورها در وضع قواعد مبدأ باید نظامات مندرج در ماده 3 را رعایت نمایند. این سیاق عبارت نشان می‌دهد که تحقق نتایج برنامه هماهنگی سازی و در واقع پایان برنامه کار دارای آثار حقوقی است و این آثار مختص دوره پیش از لازم الاجرا شدن قواعد مبدأ هماهنگی می‌باشد. در این دوره کمیته قواعد مبدأ گزارش نتایج برنامه هماهنگی سازی را به کنفرانس وزیران ارایه نموده و در نتیجه تصویب آن در دستور کار اجلاس آتی کنفرانس وزیران قرار می‌گیرد. قواعد مبدأ هماهنگی به مجرد تصویب در کنفرانس

---

1. موافقت نامه قواعد مبدأ، ماده 2.

### موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....35

وزیران لازم الاجرا نخواهد شد، بلکه مطابق قسمت 4 بند (ب) بخش وظایف کمیته، کنفرانس وزیران یک دوره زمانی مناسب برای لازم الاجرا شدن آن تعیین خواهد کرد. بنابراین دوره پس از انتقال به مجرد تحقق برنامه کار هماهنگ سازی و در واقع ارایه گزارش آن از سوی کمیته قواعد مبدأ به کنفرانس وزیران آغاز و تا لازم الاجرا شدن آن ادامه خواهد یافت.

در دوره پس از دوران انتقالی، کشورها همانند دوران انتقالی در وضع و اعمال قواعد مبدأ تابع قواعد مبدأ هماهنگ و الزام‌آور نمی‌باشند، لیکن نظامات حاکم بر دوران پس از دوره انتقالی جایگزین نظامات دوره انتقالی می‌گردد که دارای تفاوت‌هایی با نظامات دوران انتقالی است.

تفاوت اساسی این دو دوره در این است که در دوران انتقالی کشورها سرگرم مذاکره در باب قواعد مبدأ هماهنگ هستند و نظامات این دوره ناظر بر مقرراتی است که از هرگونه اقدام مغایر با فرایند مذاکرات و توافقات به دست آمده در چارچوب برنامه هماهنگ سازی جلوگیری می‌نماید. در دوره پس از دوران انتقالی مذاکرات پایان یافته و نتایج برنامه هماهنگ سازی تحقق یافته است و در واقع مشخص شده است که در افق زمانی یک یا دو سال آینده قواعد مبدأ الزام آور معین شده در برنامه هماهنگ سازی بر روابط بین کشورهای عضو حاکم خواهد شد. در واقع کشورها متعهد شده‌اند، پس از دوره انتقالی و تحقق برنامه کار هماهنگ‌سازی طبق ماده 3 به شرح ذیل عمل نمایند:

- قواعد مبدأ باید در همه موارد (موارد مندرج در ماده 1) به طور یکسان اعمال شوند.

- کشوری که به عنوان مبدأ کالایی خاص تعیین می‌شود، باید کشوری باشد که کالا تماماً در آنجا بدست آمده یا چنانچه بیش از یک کشور در تولید آن کالا دخالت داشته باشند، کشوری باشد که آخرین تغییر اساسی در آنجا صورت گرفته است.

- قواعد مبدأ باید عینی، قابل فهم و قابل پیش بینی باشد.

### 36.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

- قطع نظر از اقدام یا ابزاری که قواعد مبدأ ممکن است در پیوند با آنها باشد، از قواعد مزبور نباید به عنوان ابزارهای تعقیب مستقیم یا غیرمستقیم هدف‌های تجاری استفاده کرد. این قواعد خود نباید اثرات محدود کننده، منحرف کننده یا اخلال کننده بر تجارت داشته باشد.
- قواعد مبدأ نباید شرایط سخت غیرلازمی برقرار کند یا به عنوان پیش شرط تعیین کشور مبدأ، خواستار تحقق برخی شرایط بی ارتباط با ساخت یا پردازش گردد.
- قواعد مبدأ باید به گونه‌ای نامتناقض، یکنواخت، بی طرفانه و معقول قابل اجرا باشند.<sup>1</sup>

#### 1-3-3- پس از تصویب برنامه کار هماهنگ سازی توسط کنفرانس وزیران

قسمت اخیر ماده 9 موافقت نامه قواعد مبدأ تحت عنوان "نتایج برنامه کار هماهنگ سازی" اشعار می‌دارد که "کنفرانس وزیران، نتایج برنامه کار هماهنگ سازی را در ضمیمه‌ای به صورت جزء لاینفک موافقت نامه حاضر، درج خواهد کرد. کنفرانس وزیران، محدوده زمانی مناسب برای لازم الاجرا شدن این ضمیمه را تعیین خواهد نمود."

در توضیح این مقررہ باید اضافه نمود که با تصویب این ضمیمه (ضمیمه شماره 3) توسط کنفرانس وزیران موافقت نامه قواعد مبدأ که از سال 1995 لازم الاجراست، کامل خواهد شد. نکته اساسی که باید مورد تاکید قرار گیرد تفاوت بین تصویب نتایج برنامه کار هماهنگ سازی با تحقق نتایج این برنامه است که در ماده 9 موافقت نامه آمده است. ضمیمه شماره 3 موافقت نامه نیز مانند سایر معاهدات بین المللی تنها پس از تصویب آن از سوی مراجع ذیصلاح جنبه حقوقی پیدا کرده و برای طرفین آن الزام حقوقی ایجاد می‌کند. تفاوت این دوره زمانی با دوره ماقبل از آن که علی رغم تحقق یافتن نتایج برنامه کار هماهنگ سازی، هنوز به تصویب نرسیده بود، در این است که در

---

1. موافقت نامه قواعد مبدأ، ماده 3.

### موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....37

آن دوره نتایج برنامه کار هماهنگ سازی، یعنی همان قواعد مبدأ هماهنگ هنوز برای کشورهای عضو الزام آور نبود و کشورها صرفاً به نظامات دوره پس از دوران انتقالی ملتزم بودند.

البته ضمیمه شماره 3 موافقت‌نامه بلافاصله با تصویب کنفرانس وزیران به مرحله اجرا در نخواهد آمد و لازم الاجرا شدن آن پس از طی یک محدوده زمانی مناسب به تشخیص مرجع تصویب خواهد بود. در ارتباط با شکل اجرای قواعد مبدأ بعد از تکمیل فرایند هماهنگ سازی، این سئوالات قابل طرح است: این که آیا متن موافقت‌نامه بعد از طی فرایند هماهنگ سازی اصلاح خواهد شد، یا دستورالعمل و آیین‌نامه اجرایی مستقلی از سوی سازمان جهانی تجارت اعلام می‌شود؟

با توجه به این که ضمیمه شماره 3 جزو لاینفک موافقت‌نامه اعلام شده است، و با یادآوری اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه که به منشور سازمان ملل متحد ضمیمه است، می‌توان گفت که برنامه کار هماهنگ سازی مندرج در ضمیمه شماره 3 موافقت‌نامه قواعد مبدأ به تبع خود موافقت‌نامه الزام آور بوده و آثار موافقت‌نامه بر آن جاری است. بنابراین، موافقت‌نامه عملاً با این ضمیمه کامل شده و در فرایند هماهنگ سازی، متن آن اصلاح یا جرح و تعدیل نخواهد شد. بدیهی است که برنامه هماهنگ سازی بعد از تکمیل شدن طی فرایند مقرر، بر اساس بند (ز) ماده 3 عطف به ماسبق نمی‌شود<sup>1</sup> و در خصوص دوره‌های زمانی قبلی مقررات وضع شده سابق به قوت خود باقی خواهند بود.

---

1. متن موافقت‌نامه قواعد مبدأ: "به هنگام ایجاد تغییرات در قواعد مبدأ یا وضع قواعد مبدأ جدید، چنین تغییراتی آن گونه که در قوانین و مقررات شان تعیین شده عطف بماسبق نکنند و به این قوانین و مقررات خدشه‌ای وارد نیاورند."

## 2- آثار موافقت نامه بر روابط تجاری و گمرکی کشورها

در حال حاضر موافقت نامه قواعد مبدأ هیچ قاعده الزام آور موثر بر روابط تجاری و گمرکی کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت دربر ندارد، چرا که هنوز برنامه کار هماهنگ سازی تکمیل نشده و کشورها در دوره انتقالی از آزادی عمل در وضع و اجرای قواعد مبدأ برخوردارند و صرفاً ملزم به رعایت الزامات دوره انتقالی می‌باشند. از سوی دیگر، در طول این دوره، اعضای سازمان جهانی تجارت ضمن برخورداری از اختیار در وضع مقررات داخلی و انجام توافقات دوجانبه و چند جانبه میان خود در این خصوص، به استناد ماده 4 موافقت نامه مزبور ضمن تشکیل کمیته‌ای تحت عنوان "کمیته قواعد مبدأ"<sup>1</sup>، در صورت لزوم و حداقل هر سال یک بار، به منظور دادن فرصت مشورت به اعضا در مسایل مربوط به اجرای قسمت‌های 1، 2، 3 و 4 موافقت نامه مزبور یا پیشبرد هدف‌های مقرر در این قسمت‌ها و ایفای دیگر مسئولیت‌هایی که طبق این موافقت نامه یا توسط شورای تجارت کالا به آن محول می‌شود، تشکیل جلسه خواهد داد و در صورت اقتضاء از کمیته فنی<sup>2</sup> برای تجزیه و تحلیل مسایل کمک خواهد گرفت.

بنابراین شرایط حاکم بر روابط تجاری و گمرکی از لحاظ قواعد مبدأ شرایط حقوقی دوران انتقالی است و تا زمانی که کمیته قواعد مبدأ گزارش پایان کار برنامه هماهنگ سازی را به کنفرانس وزیران اعلام نکرده است، این شرایط تداوم خواهد یافت. با وجود این، اطلاع دوران انتقالی آثار مهمی بر روابط تجاری و گمرکی کشورها گذاشته که با هدف موافقت نامه منافات دارد. زیرا هدف موافقت نامه، رفع موانع تجاری از طریق تصویب قواعد مبدأ هماهنگ در چارچوب سازمان جهانی تجارت می‌باشد،<sup>3</sup> درحالی که گسترش ترتیبات تجاری ترجیحی و آزاد و قواعد مبدأ ترجیحی

1. Committee on Rules of Origin

2. Technical Committee

3. بیداد، بیژن و دیگران، تحلیل وضع موجود بازرگانی ایران و جهان، چاپ دوم، نشر موسسه مطالعات

## 39 موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....

منضم به آن‌ها موجب تشنت در قواعد مبدأ در چارچوب توافقات متقابل بین کشورها می‌گردد. زیرا کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت به صورت گسترده نسبت به انعقاد توافقات تجاری آزاد و ترجیحی در سطح منطقه‌ای و دوجانبه اقدام می‌نمایند.

### 2-1- آثار عدم دست یابی به قواعد مبدأ هماهنگ

براساس بند 2 ماده 9 موافقت‌نامه قواعد مبدأ مقرر بود که "برنامه‌کار در سریع‌ترین وقت ممکن پس از لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت آغاز و ظرف سه سال (از 1995 تا 1998) به پایان برسد. " ولی با گذشت نزدیک به دو دهه از تشکیل سازمان جهانی تجارت، رویکرد کشورها نسبت به روند تجارت جهانی دچار تحول گردیده و بجای تمرکز بر روی تدوین برنامه هماهنگ سازی، تنظیم موافقت‌نامه‌های تجاری دوجانبه و منطقه‌ای بین اعضای سازمان به نحو بی سابقه‌ای افزایش یافته است. این عوامل موجب گسترش دامنه قواعد مبدأ ترجیحی گردید، بطوری که هر یک از اعضای سازمان جهانی تجارت در سال 2014 حداقل در یک موافقت‌نامه تجاری متضمن قواعد مبدأ ترجیحی، عضو بودند.

عدم دست یابی به قواعد مبدأ هماهنگ علاوه بر این که موجب بی نتیجه ماندن یکی از موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت به عنوان مهم‌ترین سازمان دست‌اندرکار و تصمیم ساز در امور تجاری می‌شود، بلکه مسایل و مشکلاتی را برای تجارت جهانی در سطوح مختلف به وجود می‌آورد، زیرا با در نظر گرفتن اهداف این موافقت‌نامه در می‌یابیم که هماهنگ سازی قواعد مبدأ غیرترجیحی باید از تبعیض در تعیین مبدأ بین اعضاء سازمان جلوگیری کند. این قواعد نباید اجازه دهد راه‌گریزی برای تعیین مبدأ وجود داشته باشد و باید برای هر کالایی یک مبدأ واحد ارائه دهد. پدیده فوق‌تاثیر دوسویه بر تجارت بین‌الملل خواهد داشت، به نحوی که ضمن ایجاد مانع برای دست یابی به برنامه هماهنگ، موانع و مشکلات ذیل را نیز موجب خواهد

شد.

## 2-1-1- استفاده کشورها از قواعد مبدأ به عنوان ابزار سیاسی-تجاری

فقدان نظام چند جانبه الزام آور قواعد مبدأ مانع تامین منافع تجاری کلیه کشورهای عضو می‌گردد. زیرا مشارکت و برقراری روابط موثر و مداوم با طرف‌های تجاری برای ایجاد کارایی و اثربخشی ابزارهای تجاری ضروری است. سیاست‌های تجاری ناپایدار و تبعیض آمیز که مبتنی بر کاهش و حذف محدودیت‌های تجاری میان کشورهای عضو اتحادیه‌ها و بلوک‌های اقتصادی متشکل از کشورهای با منافع اقتصادی مشترک و پیوندهای سیاسی که با ایجاد یک پارچگی، در واقع تجارت آزاد را با سیاست‌های حمایتی ادغام می‌کنند و ضمن آنکه محدودیت‌های تجاری میان خود را به حداقل ممکن تقلیل می‌دهند، کشورهای غیرعضو را با سیاست‌های تبعیضی روبه رو می‌سازند. اتخاذ چنین سیاست‌های تجاری که در قالب توافقات دو و چند جانبه صورت می‌گیرد، موجب تسهیل تجارت و همکاری‌های اقتصادی در سطح وسیع بین کشورها می‌شوند، البته باید توجه داشت که تشکیل یک پارچگی اقتصادی همواره منطبق اقتصادی ندارد، بلکه گاهی نیز انگیزه‌های سیاسی و فرهنگی همانند برقراری امنیت در منطقه، وجود فرهنگ و مذهب مشترک باعث شکل‌گیری یک پارچگی می‌شود. در بسیاری از مواقع کشورهای همسایه برای جلوگیری از تنش‌های سیاسی و بروز جنگ، پیمان‌های همکاری تجاری و اقتصادی تشکیل می‌دهند.<sup>1</sup>

بنابراین بررسی تحولات مربوط به قواعد مبدأ از طریق اقدامات سازمان جهانی تجارت و سازمان جهانی گمرک در سال‌های اخیر نشان می‌دهد که عدم دست‌یابی به یک نظام هماهنگ در مورد قواعد مبدأ موجب شده است که این قواعد به عنوان ابزار سیاسی و تجاری توسط کشورها از طریق ایجاد پیمان‌های تجاری دوجانبه یا منطقه‌ای

---

1. سیف‌الله صادقی یارندی، توسعه تجارت دوجانبه ایران با اعضای گروه هشت کشور مسلمان، چاپ اول، موسسه مطالعات و بازرگانی، آبان 1384، ص 77



## موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....41

استفاده شود و موانعی بر سرراه تجارت ایجاد نماید.<sup>1</sup> این موضوع در جلسه کمیته قواعد مبدأ در آوریل 2015 از سوی نمایندگان کشورهای کمتر توسعه یافته مورد تاکید قرار گرفت.

### 2-1-2- تکثر قواعد مبدأ ترجیحی

گسترش ترتیبات تجاری دو و چندجانبه و تنظیم قواعد مبدأ ترجیحی موردنظر، بر طولانی شدن مسیر دست یابی به یک نظام چندجانبه هماهنگ تأثیر گذاشته است. گسترش منطقه گرایی<sup>2</sup> و ترتیبات تجاری ترجیحی و آزاد بین کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت و در نتیجه گسترش قواعد مبدأ ترجیحی برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ غیرترجیحی را با چالش جدی مواجه نموده است. به بن بست خوردن فرایند هماهنگ سازی، موجب تکثر قواعد مبدأ ترجیحی و در نتیجه افزایش مسئولیت اداری و هزینه‌های شرکتها، علی‌الخصوص "شرکتهای کوچک و متوسط"<sup>3</sup> می‌شود. ترتیبات تجاری ترجیحی بر اساس موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد و یا ترجیحی بین دو یا چند کشور به منظور اعمال نرخهای تعرفه ترجیحی و یا نرخ تعرفه صفر بر محصولات وارداتی از یکدیگر ایجاد می‌گردد.<sup>4</sup>

بر اساس اطلاعات منتشره در درگاه سازمان جهانی تجارت در خصوص آمار موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد و ترجیحی منطقه‌ای، از سال 1948 تا 1994 تعداد 124 موافقت‌نامه منطقه‌ای مرتبط با تجارت کالا و از سال 1995 سال تأسیس این سازمان تاکنون تعداد 400 موافقت‌نامه در حوزه تجارت کالا و خدمات، به این سازمان اعلام شده است، با توجه به فقدان قواعد مبدأ هماهنگ، به تعداد این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند قواعد مبدأ ترجیحی وجود داشته باشد. علاوه بر این کشورهای تاثیرگذار در تجارت

1. [https://www.wto.org/english/news\\_e/news15\\_e/roi\\_01may15\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/roi_01may15_e.htm)

2. منطقه گرایی به معنی مجموعه اقداماتی است که گاه از طریق ایجاد منطقه آزاد یا اتحادیه گمرکی بین دولت‌ها، به منظور آزاد سازی یا تسهیل تجارت در سطح منطقه صورت می‌گیرد.

3. Small- and medium-sized enterprises (SMEs).

4. اسفندیار امید بخش، پیشین، سال 1389، ص 509

## 42.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

بین الملل در سال‌های اخیر سرگرم مذاکرات فشرده برای انعقاد موافقت نامه مشارکت ترانس پاسفیک<sup>1</sup> در منطقه اقیانوس آرام و مشارکت ترانس آتلانتیک بین امریکا و اتحادیه اروپا بوده‌اند که موافقت نامه ترانس پاسفیک در اکتبر سال جاری (2015) به امضاء رسید.<sup>2</sup> بنابراین قواعد مبدأ ترجیحی از طریق تکرر ترتیبات تجاری ترجیحی به عنوان میانجی اصلی تجارت جهانی در دنیا پدیدار شده است.<sup>3</sup>

### 2-1-3 انحراف تجاری

در دیپلماسی تجاری معمولاً از سه ابزار برای رفع موانع تجاری و گسترش و ایجاد تجارت<sup>4</sup> استفاده می‌شود که عبارتند از:

- ورود به نظام چندجانبه تجاری (الحاق به سازمان جهانی تجارت)
- ورود به ترتیبات و همگرایی‌های منطقه‌ای
- ورود به موافقت نامه‌های تجاری دو جانبه<sup>5</sup>

به نظر می‌رسد که کشورها با زمینه سازی برای مذاکرات و ورود به نظام‌های تجاری درصد حذف موانع تعرفه‌ای و غیرتعرفه‌ای باشند. ولی با بررسی اثرات این گونه توافقات و این که این نظام‌ها، ضمن فراهم سازی بستر برای ورود کشورهای منتخب، طبیعتاً خود به مانعی برای ورود سایر کشورها تبدیل می‌شوند. بنابراین با توجه

---

#### 1. Trans-Pacific Partnership (TPP)

2. این موافقت نامه تجاری بین 12 کشور با رویکرد سیاسی اقتصادی و با هدف افزایش رشد اقتصادی کشورهای عضو منعقد شده. اعضای موافقت نامه ترانس پاسیفیک عبارتند از: استرالیا، برونئی، کانادا، شیلی، ژاپن، مالزی، مکزیک، نیوزیلند، پرو، سنگاپور، ایالات متحده آمریکا، ویتنام

3. Antoni Vadeordal and Cati Souminen, what are the effect of rules of origin on trade, world bank, 2005, p 1.

#### 4. Trade creation

5. سیده مهدی ناصری و دیگران، پتانسیل‌های ایجاد و انحراف تجارت در تجارت ترجیحی دو جانبه ایران (مطالعه موردی سوریه، ترکیه و اندونزی)، فصل نامه اقتصادی و بازرگانی، سال 1388، شماره 51، نشر موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ص 165

#### موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....43

به این که قواعد مبدأ به صورت وسیع به عنوان "حمایت پنهان"<sup>1</sup>، ابزار سیاست تجاری غیرشفاف و مبهمی است که می‌تواند آزادسازی تعرفه‌ای<sup>2</sup> را منحرف سازد،<sup>3</sup> این سوال در ذهن شکل می‌گیرد که آیا ترتیبات تجاری ترجیحی دو یا چند جانبه منجر به انحراف تجارت<sup>4</sup> شده‌اند یا خیر؟

در صورتی که هرگونه توافق تجاری باعث افزایش تجارت بین کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت شود، پدیده "ایجاد تجارت" روی می‌دهد و لی اگر رشد تجارت بین اعضا به هزینه کاهش آن برای کشورهای غیرعضو باشد، پدیده "انحراف تجارت" روی می‌دهد. ایجاد تجارت بر توسعه شاخص‌های اقتصادی مثل نرخ رشد، اشتغال و غیره و انحراف تجارت بر کاهش شاخص‌های مزبور و در نهایت رفاه اقتصادی مردم در کشورهای عضو توافقات تاثیرگذار است. در بعضی از این ترتیبات شاهد این هستیم که اعضا، شرکاء تجاری طبیعی<sup>5</sup> هستند، یعنی این کشورها از یک سری مزیت‌های طبیعی برای انجام تجارت در درون تشکیلات توافق شده برخوردارند که در این صورت با کاهش تعرفه‌های تجاری، افزایش تجارت بین طرفین اتفاق می‌افتد. برای مثال در تجارت ترجیحی بین جمهوری اسلامی ایران و ترکیه، هر دو نسبت به اعطاء ترجیحات (به ترتیب ایران برای پوشاک وارداتی از ترکیه و ترکیه برای زعفران وارداتی از ایران) نسبت به یکدیگر در قالب ترتیبات تجاری اقدام می‌کنند. در صورتی که در تعدادی از این توافقات مسیر تجارت به صورت طبیعی تعریف نشده و مبادلات تجاری صرفاً به خاطر کاهش تعرفه‌ها و با هدف جلوگیری از ورود سایر کشورها به چرخه تجاری صورت می‌گیرد. مثلاً کشور ترکیه قبل از ایجاد منطقه تجاری ترجیحی با کشور اسپانیا، زعفران از ایران وارد می‌نماید، ولی بعد از ایجاد ترتیبات

1. Hidden Protectionism

2. Tariff Liberalization

3. Donner Abreu Maria, preferential rules of origin in regional trade arrangements , Staff Working Paper ERSD ,world trade organization, Economic Research and Statistics Division, 2013, p 5

4. Trade Deflection

5. بنیان گذار اصلی این نظریه وونوکاتها (Wonnocot.G.P and Wonnocot R.G) هستند.

#### 44.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

تجاری یا کشور مزبور و کاهش تعرفه برای وارد کنندگان کشورش، عملاً مانعی برای واردات زعفران ایران ایجاد کرده است. در چنین شرایطی می‌بینیم که با ایجاد تجارت در قالب‌های سیاسی \_ تجاری انحراف تجارت اتفاق می‌افتد.

لذا با بررسی نظرات نهادهای مرتبط از جمله سازمان جهانی تجارت و اتاق بازرگانی بین‌المللی میتوان به این نتیجه رسید که در صورت عدم دست‌یابی به هماهنگ‌سازی که به مفهوم تعیین مبدأ واحد برای کلیه اهداف سیاسی، تجاری غیرترجیحی می‌باشد، و اجرا و افزایش مقررات خاص توسط دولت‌ها برای این‌گونه اهداف، ترتیبات تجاری خاص منجر به انحراف تجارت شده و افزایش سردرگمی برای تولیدکنندگان، وارد کنندگان و صادرکنندگان را به یک اندازه به دنبال خواهد داشت.<sup>1</sup>

#### 2-2- موافقت نامه قواعد مبدأ و جمهوری اسلامی ایران

با توجه به این که جمهوری اسلامی ایران در حال حاضر عضو ناظر سازمان جهانی تجارت محسوب می‌شود، در فرایند الحاق و ارایه گزارش رژیم تجاری خود، روابط تجاری خارجی خود را در جهت هم‌سویی با قوانین و مقررات این سازمان تنظیم می‌کند. لذا جمهوری اسلامی ایران در تصویب قانون امور گمرکی جدید در سال 1390 و آیین‌نامه اجرایی آن قواعد مبدأ خود را مطابق با اصول و مقررات موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت تنظیم نموده است. در گزارش رژیم تجاری ایران که در سال 1387 تهیه و به سازمان جهانی تجارت ارایه گردید، در ذیل عنوان قواعد مبدأ چنین آمده است:

"در حال حاضر در رژیم تجاری ایران مقرراتی در خصوص چگونگی اعمال قواعد مبدأ وجود ندارد، با این حال در تعدادی از موافقت‌نامه‌های ترجیحی ایران با بعضی

1. <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2015/ICC-calls-for-harmonized-non-preferential-rules-of-origin/>

برگرفته از سخنرانی رییس اتاق بازرگانی بین‌المللی در جلسه اوت 2015 در پاریس، در خصوص دعوت کشورها به توقف تصمیمات یکجانبه خود در خصوص قواعد مبدأ غیرترجیحی و تأکید بر نهایی نمودن موافقت‌نامه قواعد مبدأ.

## موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....45

کشورهای در حال توسعه و برخی از ترتیبات منطقه‌ای، قواعد مبدأ ترجیحی پیش بینی شده است.<sup>1</sup>

در زمان تهیه گزارش رژیم تجاری ایران که قانون امور گمرکی 1350 مجری بود، هیچ مقرراتی در باب قواعد مبدأ غیرترجیحی وجود نداشت و قواعد مبدأ ترجیحی نیز محدود به ترتیبات منطقه‌ای در چارچوب اکو و تعداد محدودی موافقت‌نامه دوجانبه تجارت ترجیحی با کشورهای ازبکستان، پاکستان، تونس و کوبا بود. با تصویب و اجرای قانون امور گمرکی در سال 1390 و تصویب آیین‌نامه اجرایی آن در سال 1392 با لحاظ الزامات ناشی از الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت<sup>2</sup>، قواعد مبدأ ترجیحی و غیرترجیحی وارد مقررات گمرکی و تجاری کشور گردید. قانون امور گمرکی 1390 قواعد مبدأ غیرترجیحی را در ماده 17 و قواعد مبدأ ترجیحی را در مواد 150 و 151 مورد حکم قرار داده است. ماده 17 قانون مرقوم با بیان تعریف کشور مبدأ و اهداف قواعد مبدأ، تعیین قواعد مبدأ را به تصویب آیین‌نامه قانون مزبور موکول نموده است. مهم‌ترین نوآوری قانون امور گمرکی سال 1390 تصریح قانون‌گذار به الزام دولت به تدوین قواعد مبدأ بر اساس ضوابط سازمان جهانی تجارت و مورد تایید شورای همکاری گمرکی در آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی می‌باشد.

بنابراین قواعد مبدأ مقرر در آیین‌نامه مزبور علی‌القاعده باید مطابق الزامات ناشی از موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت باشد. ماده 17 قانون امور گمرکی 1390 در تعریف کشور مبدأ اشعار می‌دارد "کشور مبدأ کالا کشوری است که کالا در آن تولید یا ساخته شده" و در بیان اهداف قواعد مبدأ مقرر می‌دارد: "به منظور اعمال اهداف تعرفه‌ای گمرکی، محدودیت‌های مقداری یا هر اقدام دیگر مرتبط با امر تجارت

---

1. دفتر نام‌الاختیار تجاری ایران، گزارش رژیم تجاری ایران، ویرایش دهم، زمستان 1387، ص 72.  
2. این اقدام قانون‌گذار بر اساس تکلیف مقرر در بند (و) ماده (104) قانون برنامه چهار ساله پنجم توسعه کشور (1390-1394) بوده است و تحولی مهم در روند رجحان و برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی است.

#### 46.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

در آن، به کار گرفته می‌شود. "قسمت اخیر ماده 17 قانون مرقوم اراده قانون‌گذار در پیش بینی الزامات الحاق به سازمان جهانی تجارت را نشان می‌دهد: "قواعد مبدأ براساس ضوابط سازمان جهانی تجارت و مورد تایید شورای همکاری گمرکی در آیین نامه اجرایی این قانون تعیین می‌شود." در تبصره ماده 17 قانون مرقوم مرجع صدور گواهی مبدأ در ایران اتاق‌های بازرگانی تعیین شده است. اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران و اتاق‌های بازرگانی سراسر کشور از گذشته نیز مرجع صدور گواهی مبدأ برای کالاهای صادراتی ایران بوده‌اند.

#### 2-2-1- قواعد مبدأ غیر ترجیحی ایران

آیین نامه اجرایی قانون امور گمرکی که در سال 1392 به تصویب هیات وزیران رسید، مقررات قواعد مبدأ غیر ترجیحی را بر اساس ضوابط سازمان جهانی تجارت تدوین نمود. فصل دوم این آیین نامه اجرایی با عنوان "قواعد مبدأ و گواهی اسنادی مبدأ و کنترل آن" شامل مواد 24-37، مقررات قواعد مبدأ را تعیین نموده است.

ماده 24 آیین نامه اجرایی در مقام بیان ضوابط تعیین کشور مبدأ کالا مقرر می‌دارد که در مورد کالایی که تماماً در یک کشور تولید شده، همان کشور محل تولید را باید مبدأ آن کالا محسوب نمود. این روش تعیین مبدأ کالا، ساده‌ترین ضابطه را بدست می‌دهد و با توجه به کیفیت و شرایط تولید کالا در جهان امروز و ضوابطی که برای این روش تعیین می‌گردد و در بندهای "الف" تا "د" ماده 24 آیین نامه اجرایی مذکور نیز آمده است، تنها تعداد محدودی از کالاهای معدنی، کشاورزی، دامی، آبزیان و کالاهای تولید شده از آن‌ها را شامل می‌شود. قسمت اخیر ماده 24 بر مشخصات کالایی تماماً تولید شده در یک کشور تصریح می‌کند.

اما برای تعیین مبدأ کالاهای ساخته شده صنعتی و غیره روشهای پیچیده‌تری لازم است. ماده 25 آیین نامه اجرایی به کالاهایی که تماماً در یک کشور تولید نشده، اشاره دارد و ضابطه تعیین کشور مبدأ این گونه کالاها را به دست می‌دهد. ضابطه "تغییر اساسی" برای تعیین مبدأ کالاهایی که در بیش از یک کشور تولید شده، در ماده 25

## موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....47

آیین‌نامه اجرایی ارایه شده است. ماده 25 اشعار می‌دارد که "وقتی دو یا چند کشور در تولید کالا دخالت دارند (یعنی کالایی که تماماً در یک کشور تولید نشده)، مبدأ آن کالا بر اساس ضوابط تغییر اساسی تعیین خواهد شد. تبصره ماده 25 ضابطه "تغییر اساسی" را چنین تعریف کرده است:

"ضابطه تغییر اساسی ضابطه‌ای است که بر اساس آن کشور مبدأ تعیین می‌شود، کشوری که در آن آخرین عملیات اساسی پردازش یا ساخت انجام شده، به نحوی که این عملیات اساسی موجب پیدایش صفت و خاصیت اصلی کالای نهایی می‌گردد." ماده 26 آیین‌نامه اجرایی، گمرک را مکلف کرده که در بکارگیری ضابطه تغییر اساسی از قواعد مبدأ هماهنگ تدوین شده توسط شورای همکاری گمرکی استفاده نماید.<sup>1</sup> در حال حاضر که جمهوری اسلامی ایران به عضویت ناظر سازمان جهانی تجارت درآمده، لازم است بیش از گذشته در تدوین و تنظیم مقررات به مفاد موافقت‌نامه قواعد مبدأ این سازمان پایبند باشد. اما قواعد مبدأ غیرترجیحی هنوز در روابط تجاری کشورمان با سایر کشورها قابلیت اجرایی ندارد.

### 2-2-2- قواعد مبدأ ترجیحی ایران

تا پیش از تصویب قانون امور گمرکی 1390 و آیین‌نامه اجرایی آن، قواعد مبدأ ترجیحی ایران محدود به قواعد مبدأ مندرج در ضمیمه موافقت‌نامه‌های دو جانبه تجارت ترجیحی با تعداد محدودی از کشورها و موافقت‌نامه منطقه‌ای اکوتا<sup>2</sup> بود. قانون امور گمرکی 1390 در مواد 150 و 151 به قواعد مبدأ ترجیحی اشاره دارد. ماده 150 قانون مرقوم، دریافت حقوق ورودی برای کالاهای معینی که در ضمن موافقت

1. متن آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی جمهوری اسلامی ایران، مصوب 1392 هیات وزیران

#### 2. Economic Co-operation Organization On Trade Agreement

دولت‌های عضو سازمان همکاری‌های اقتصادی شامل دولت‌های انتقالی اسلامی افغانستان، جمهوری آذربایجان، جمهوری اسلامی ایران، جمهوری قزاقستان، جمهوری قرقیزستان، جمهوری اسلامی پاکستان، جمهوری تاجیکستان، جمهوری ترکیه، ترکمنستان و جمهوری ازبکستان می‌باشد.

#### 48.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

نامه‌های بازرگانی دولت با سایر کشورها در خصوص آن‌ها تعرفه ترجیحی برقرار شده است را طبق موافقت نامه‌های لازم الاجرای مزبور تعیین تکلیف نموده است، لیکن شرایط تعیین مبدأ کالاها را به موافقت نامه‌های مزبور احاله داده است. بنابراین با تصویب قانون امور گمرکی 1390 تغییری در ماهیت قواعد مبدأ ترجیحی کشور ایجاد نشده و کماکان این قواعد بر اساس قواعد مبدأ ضمیمه هر یک از موافقت نامه‌های تجارت ترجیحی و یا تجارت آزاد تعیین خواهد گردید.

موضوعی که از مقرر ماده 151 در باب احاله شرایط تعیین مبدأ کالاهای مشمول ترجیحات تعرفه‌ای به موافقت نامه‌های مزبور مطرح می‌شود، این است که قواعد مبدأ ترجیحی، با این کیفیت، از شمول ماده 17 قانون امور گمرکی و آیین نامه اجرایی آن خارج است و قانون‌گذار تعیین این قواعد را به عهده دولت گذاشته تا در مذاکرات دوجانبه با کشورهای طرف موافقت نامه‌های تجارت ترجیحی و بر اساس شرایط هر یک از موافقت نامه‌های مزبور تصمیم بگیرد. با این حال ماده 151 قانون امور گمرکی در خصوص ترجیحات تعرفه‌ای مقرر می‌دارد که "ترجیحات تعرفه‌ای یا تجاری در خصوص محصولات با مبدأ کشور ذی نفع طرف قرارداد وقتی اعمال می‌شود که کالا به طور مستقیم از آن کشور حمل شود."

اما چنان که ذکر شد، آیین نامه اجرایی قانون امور گمرکی مقررهای در باب قواعد مبدأ ترجیحی ندارد و فقط در ماده 34 آیین نامه در تعیین دامنه کاربرد گواهی مبدأ به ترجیحات تجاری اشاره کرده است. طبق ماده مزبور "گواهی مبدأ در مواقع لزوم برای اعمال تعرفه‌های ترجیحی، اعمال ضوابط تجاری یا اقتصادی اتخاذ شده یک جانبه یا تحت موافقت نامه‌های دو یا چندجانبه یا اعمال ضوابط اتخاذ شده به دلیل مسایل بهداشتی یا عمومی مطالبه خواهد شد." <sup>1</sup> بنابراین یکی از موارد کاربرد قواعد مبدأ، اعمال تعرفه‌های ترجیحی بر مبنای قواعد مبدأ ترجیحی است که مطابق ماده 151 قانون امور

---

1. متن آیین نامه اجرایی قانون امور گمرکی جمهوری اسلامی ایران



موافقت نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....49

گمرکی 1390، بر اساس ضمیمه هر یک از موافقت نامه های تعرفه ترجیحی تعیین خواهند شد.

### 2-3- موافقت نامه های تجارت آزاد و ترجیحی ایران با سایر کشورها

جمهوری اسلامی ایران در جهت دست یابی به بازار کشورهای هدف به منظور توسعه صادرات و افزایش درآمد ملی، با انجام مذاکرات نسبت به انعقاد موافقت نامه های تجارت آزاد و ترجیحی اقدام می نماید. قواعد مبدأ حاکم بر امتیازات تعرفه ای مبادله شده در این موافقت نامه ها توسط سازمان توسعه تجارت ایران تنظیم و به صورت دو و چند جانبه و در ضمایم موافقت نامه ها تحت عنوان "قواعد مبدأ مورد توافق موافقت نامه تجارت ترجیحی یا آزاد" تعیین می شود.

### 2-3-1- موافقت نامه های چند جانبه

موافقت نامه تجارت ترجیحی اکوتا بین کشورهای عضو سازمان همکاری های اقتصادی اکو تنها موافقت نامه تجارت ترجیحی چندجانبه است که ایران و کشورهای عضو اکو به منظور کاهش متقابل تعرفه ها منعقد و فرایند تصویب داخلی آن در اکثر کشورها تکمیل گردید، لیکن بنا به دلایلی اجرایی نشد.<sup>1</sup>

### 2-3-2- موافقت نامه های دو جانبه

بر اساس اطلاعات رسمی منتشر شده از سوی وزارت صنعت، معدن و تجارت ایران در ضمیمه شماره 7 کتاب مقررات صادرات و واردات سال 1394، جمهوری

---

1. قانون موافقت نامه تجاری اکو (اکوتا) توسط 10 کشور عضو اکو در تاریخ 1386/5/16 به تصویب مجلس رسید و در تاریخ 1386/10/12 به تایید شورای نگهبان رسید. به جز ایران 4 کشور ترکیه، پاکستان، افغانستان و تاجیکستان نیز فرایند تصویب داخلی آن را تکمیل نمودند، لیکن به دلیل برخی ایرادات در فهرست های مبادله شده کشورهای عضو از جمله ایران با تکیه بر برخی موارد فنی تصویب داخلی آن در کشورهای طرف موافقت نامه عملاً اجرای موافقت نامه را به محاق بردند. در حال حاضر ایران با دو کشور اصلی اکوتا یعنی ترکیه و پاکستان ترتیبات تعرفه ترجیحی دوجانبه برقرار نموده است.

## 50.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

اسلامی ایران با 8 کشور جهان در چارچوب موافقت نامه‌های دوجانبه تجارت آزاد، ترجیحی و یا تجارت مرزی، یک فهرست کالاهای مشمول ترجیحات تهیه نموده است.

<sup>1</sup> فهرست این کشورها به شرح ذیل است:

موافقت نامه تجارت آزاد بین ایران و سوریه<sup>2</sup>

موافقت نامه تجارت مرزی با ترکیه<sup>3</sup>

موافقت نامه تجارت ترجیحی با ترکیه<sup>4</sup>

پروتکل تجارت ترجیحی با ازبکستان<sup>5</sup>

موافقت نامه تجارت ترجیحی با تونس<sup>6</sup>

موافقت نامه تجارت ترجیحی با کوبا<sup>7</sup>

موافقت نامه تجارت ترجیحی با بوسنی و هرزگوین<sup>8</sup>

پروتکل تجارت ترجیحی با قرقیزستان<sup>1</sup>

---

1. مقررات صادرات و واردات 1394 و آئین نامه اجرائی آن، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، تهران، 1394، ص 747

2. موافقت نامه تجارت آزاد بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی سوریه مصوب 1387/5/6 مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص 814

3. مصوبه شماره 24208/ت/31181ک مورخ 1383/6/1 کمیسیون اصل 138 قانون اساسی، پیشین، ص 748

4. موافقت نامه تجارت ترجیحی با ترکیه در سال 1393 با مصوبه هیات وزیران اجرایی شده است، ص 728

5. مصوبه شماره 23786/ت/33204، مورخ 1384/3/21، ص 763

6. موافقت نامه تجارت ترجیحی بین جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری تونس مصوب 1386/8/27 مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص 798

7. موافقت نامه تجارت ترجیحی بین جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری کوبا مصوب 1387/2/29 مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص 826

8. موافقت نامه تجارت ترجیحی بین جمهوری اسلامی ایران و بوسنی و هرزه گوین مصوب 1388/6/15 مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص 831

1. مصوبه پروتکل اجرای یادداشت تفاهم ترجیحات تجاری متقابل بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قرقیزستان به شماره 192398/ت/43645ک مورخ 1388/9/30 کمیسیون اصل 138 قانون

اعطای تعرفه ترجیحی یکجانبه به بلاروس (به 96 قلم کالا)<sup>2</sup>

موافقت‌نامه تجارت ترجیحی ایران و پاکستان<sup>3</sup>

ترتیبات تجاری جمهوری اسلامی ایران با سایر کشورها که واجد قواعد مبدأ ترجیحی می‌باشند، به جز مورد بسیار استثنایی بلاروس که بر اساس آن فهرستی از کالاهای وارداتی از مبدأ بلاروس به ایران مشمول تعرفه ترجیحی می‌شوند، سایر ترتیبات تجاری عمدتاً به صورت موافقت‌نامه دوجانبه با ضمیمه بسیار مهم قواعد مبدأ تنظیم شده‌اند. هم‌چنین ترتیبات تجارت ترجیحی با کشورهای ازبکستان و قرقیزستان به صورت یادداشت تفاهم تجارت ترجیحی متقابل و بدون ضمیمه قواعد مبدأ توافق شده است.

قواعد مبدأ در هر یک از موافقت‌نامه‌های مزبور به عنوان ضمیمه، جزو لاینفک موافقت‌نامه‌ها محسوب و اصول و روش تعیین کالاهای با مبدأ طرف دیگر موافقت‌نامه را تعیین می‌کند. بررسی قواعد مبدأ ضمیمه موافقت‌نامه‌های مزبور نشان می‌دهد قواعد مبدأ ترجیحی ایران در خصوص همه کشورهای طرف تجارت ترجیحی و تجارت آزاد با تفاوت‌های اندک تقریباً از اصول و مبانی یکسانی پیروی می‌کنند.

### نتیجه‌گیری

با بررسی موافقت‌نامه قواعد مبدأ و مقررات اجرایی مربوط می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری نمود که جهان فاقد نظام هماهنگ قواعد مبدأ است و الزامات دوره انتقالی به تنهایی وافی به مقصود موافقت‌نامه نبوده و صرفاً شرایط رسیدن به قواعد مبدأ هماهنگ غیرترجیحی را فراهم می‌نماید. لیکن همین الزامات قواعد مبدأ را از عمق حقوق داخلی و صلاحیت مطلق کشورها خارج نموده و در نتیجه آن‌ها را ملزم به

---

اساسی، پیشین، ص 847

2. همان، ص 726

3. همان، ص 867

## 52.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

رعایت چارچوب‌های مزبور می‌نماید. به عبارت دیگر از یک طرف کشورها ملزم به تهیه و تنظیم برنامه کار هماهنگ سازی قواعد مبدأ در چارچوب کمیته قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت و کمیته قواعد مبدأ فنی سازمان جهانی گمرک هستند و از سوی دیگر با توجه به اختیارات خود، نسبت به تنظیم ترتیبات تجاری دو و چند جانبه با کشورهای منتخب در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی اقدام می‌نمایند. این دوگانگی در اجرا که به عنوان استثناء بر اصل لحاظ می‌گردد، علاوه بر این که از محتوی خود موافقت نامه قواعد مبدأ یعنی ضمیمه شماره دو تحت عنوان اعلامیه مشترک سرچشمه می‌گیرد، در اسناد بین‌المللی دیگری مثل ماده 24 موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت و ماده 5 «موافقت نامه عمومی تجارت خدمات»<sup>1</sup>، نیز مورد تاکید قرار گرفته است. در گات به جز دو اصل کلی ذیل، قواعد و ضوابط ویژه‌ای برای چگونگی تعیین قواعد مبدأ کالاها در تجارت بین‌المللی وجود ندارد لیکن دولت‌ها مقررات مربوط را براساس اهداف خود، صرفاً با رعایت دو اصل 1- ضرورت وضع قواعد مبدأ از سوی دولت‌های عضو، مطابق با شرایط حقوقی آن‌ها 2- رعایت اصل دولت کامله الوداد در اعمال قواعد مبدأ که در خصوص سایر کشورهای عضو، وضع نموده‌اند. بنابراین با توجه به اختیار کشورهای طرف معاهده گات در تعیین قواعد مبدأ با محدودیت‌های اندک قواعد مورد نظر کشورها در این حیطة از تنوع و تفاوت فزاینده برخوردار می‌باشد. لذا در صورت طولانی شدن فرایند دست‌یابی به قواعد هماهنگ، این قواعد اجرایی توسط کشورهای مختلف به ابزاری در جهت اعمال سیاست‌های خاص تجاری تبدیل شده یا مسیر انجام تجارت را منحرف می‌سازد و مهم‌تر از همه تبعیض در تجارت ایجاد می‌کند که همه این پدیده‌ها با اصول و اهداف گات در تناقض هستند. لذا نیاز به هماهنگ سازی

### 1. General agreement trade services

این موافقت نامه تشکیل و انعقاد ترتیبات منطقه‌ای در برخی از حوزه‌های تجارت خدمات را برای هر دو گروه کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه اجازه داده است.

### 53 موافقت‌نامه قواعد مبدأ سازمان جهانی تجارت.....

قواعد مبدأ و ارایه تعریف یکسان و یک نواخت از آن برای به کارگیری توسط تمام کشورها در حال حاضر یک ضرورت است.

افزایش ترتیبات تجاری منطقه‌ای موجب گسترش کاربرد قواعد مبدأ ترجیحی و افول اهمیت قواعد مبدأ غیرترجیحی شده است. لذا به عنوان یک راهکار اجرایی به دست اندرکاران و تصمیم گیران نظام تجارت کشورمان توصیه می‌گردد، به گسترش تعداد و دامنه ترتیبات تجاری در قالب موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای و دو جانبه اقدام نمایند، تا با فراهم سازی بسترهای حقوقی، ضمن بهره مندی تجار و بازرگانان کشور از منافع تجاری حاصل از آن، گام‌هایی برای تسهیل عضویت ایران در سازمان جهانی تجارت و حذف موانع غیرتعرفه‌ای و کاهش تدریجی تعرفه برداشته شود.

54.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

## فهرست منابع و مأخذ

### منابع فارسی

1. امیدبخش، اسفندیار و دیگران، سازمان جهانی تجارت ساختار قواعد و موافقت نامه‌ها، چاپ دوم، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، سال 1385
2. بیداد، بیژن و دیگران، تحلیل وضع موجود بازرگانی ایران و جهان، چاپ دوم، نشر موسسه مطالعات پژوهش‌های بازرگانی، سال 1387
3. صادقی یارندی، سیف‌الله، توسعه تجارت دوجانبه ایران با اعضای گروه هشت کشور مسلمان، چاپ اول، موسسه مطالعات و بازرگانی، آبان 1384
4. طارم سری، مسعود و دیگران، بررسی لایحه امور گمرکی از دیدگاه سازمان جهانی تجارت (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، انجمن علمی بازرگانی ایران، خرداد 1386
5. مقررات صادرات و واردات 1394 و آیین نامه اجرایی آن، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، تهران، 1394
6. ناصری، سیدمهدی و دیگران، پتانسیل‌های ایجاد و انحراف تجارت در تجارت ترجیحی دوجانبه ایران (مطالعه موردی سوریه، ترکیه و اندونزی)، فصل نامه اقتصادی و بازرگانی، سال 1388، شماره 51
7. هالستی، کی جی، ترجمه بهرام مستقیمی و مسعود طارم سری، مبانی تحلیل سیاست بین الملل، چاپ اول، موسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، سال 1373

### منابع انگلیسی

8. Antoni Vadeordal and Cati Souminen , what are the effect of rules of origin on trade , world bank , 2005
9. Donner Abreu Maria, preferential rules of origin in regional trade arrangements , Staff Working Paper ERSD ,world trade organization, Economic Research and Statistics Division, 2013/
10. World trade report 2014 , world trade organization

### سایت‌های خارجی

- <http://www.iccwbo.org/origin/>
- <https://www.wto.org>
- <http://www.worldbank.org>
- <http://www.wcoomd.org>

### سایت‌های ایرانی

- <http://www.irica.gov.ir>
- <http://www.IRTR.IR>
- <http://www.tpo.ir>

### اسناد و موافقت‌نامه‌ها

- موافقت‌نامه قواعد مبدأ
- موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت
- گزارش رژیم تجاری ایران
- قانون برنامه چهار ساله پنجم توسعه کشور
- متن آیین‌نامه اجرایی قانون امور گمرکی جمهوری اسلامی ایران، مصوب 1392 هیات وزیران

- گزارش رژیم تجاری ایران، ویرایش دهم، 1387
- موافقت‌نامه تجارت آزاد و ترجیحی بین جمهوری اسلامی ایران با سایر کشورها

### پایان نامه‌ها

- دادوند، آذر، تبعات حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت در امور گمرکی، سال 1389 دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی











## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن

\* مصطفی سلیمانی بابادی \*\* دکتر محمد رضا پیرهادی

تاریخ دریافت: 1394/04/10 تاریخ پذیرش: 1394/05/10

### چکیده

محافظ در حقوق ایران می‌تواند مالک شیء باشد یا این که تسلط و سیطره فعلی بر شیء داشته باشد و نگهداری شیء تحت سلطه خود را انجام دهد و آن را اداره کند. به عبارتی دیگر محافظ کسی است که شیء‌ای تحت سلطه و تصرف وی است و حق هرگونه اقدامی روی آن و نظارت بر آن را نیز در اختیار داشته باشد. با توجه به قوانین و مقررات موجود می‌توان وزارت راه و شهرسازی، شهرداری، وزارت جهاد کشاورزی، دهیاری و دارندگان راه خصوصی را به عنوان محافظ راه تلقی نمود. امروزه معیار عمومی تحت حفاظت و مراقبت نهادهای مسئول است و طبق مقررات جاری، در صورتی که نقص راه موجب بروز حادثه گردد و خسارتی به بار آید، محافظ راه به جهت این که دارنده اصلی شیء است و شیء مزبور تحت تصرف و استیلا وی می‌باشد مکلف به جبران خسارت است.

رژیم حقوقی کشور ما در مورد مسئولیت ناشی از راه مبتنی بر مسئولیت محض است و طبق تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، اگر نقصی از راه، باعث ورود خسارت به استفاده کنندگان شود و بر اساس نظر کارشناسان تصادف، نقص راه، موثر در تصادفات باشد، محافظ راه ملزم به جبران خسارت خواهد شد؛ بنابر این محافظ راه حتی اگر ثابت کند که مرتکب هیچ گونه تقصیری نشده یا اوضاع و احوال حادثه برای او ناشناخته است، نمی‌تواند از مسئولیت معاف گردد. زیرا قانون گذار نقص راه را به طور مطلق موجب مسئولیت می‌داند و حتی در صورتی که ثابت نماید زمان و فرصت کافی برای اقدامات احتیاطی نداشته از مسئولیت معاف نخواهد شد. مقصود از نقص، هر نوع اشکال در راه است که باعث ورود خسارت می‌شود و طراحی، محافظت، مراقبت یا ایمنی را در بر می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** مسئولیت مدنی، راه، محافظ راه، ایمنی راه، نقص راه، حادثه، خسارت.

---

\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی (مسئول مکاتبات)

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی. (نویسنده مسئول مقاله)

## مقدمه

تاریخ ایجاد راه به قدمت تاریخ عبور و مرور منظم در زندگی اجتماعی بشر در سرزمین‌های مختلف است. سرزمین ایران منطقه‌ای نیمه خشک و آبادی‌ها و شهرهای آن دور از یکدیگر بوده است و ساکنان آن برای پیوند این آبادی‌ها تلاش‌های سازمان یافته‌ای در حوزه راه سازی انجام داده‌اند. چهار صد سال قبل از میلاد، در زمان رونق شوش، شبکه‌ای از راه‌ها برای پیوند با ساتراپ‌ها (استان‌ها) ایجاد شد و در ادوار مختلف تاریخ ایران گسترش یافت. در طول تاریخ ساختن راه و محافظت از آن منحصر به حکومت‌ها نبوده است. و مسئولیت در ساخت و حفاظت از راه و حتی حفظ امنیت راه‌ها در طول تاریخ بسته به نگرش حکومت‌ها بوده است و مسئولیت جبران خسارت ناشی از راه‌ها در واقع با توسعه‌ی مفاهیم نوین مسئولیت مدنی برای دولت‌ها و محافظین راه‌ها وارد عرصه حقوق شده است. و تبعاً قانون گذاران متمایل به وضع قوانینی در زمینه‌ی مسئولیت ناشی از حفاظت راه‌ها شده‌اند. بی تردید تبیین مسئولیت مدنی ناشی از راه‌ها اهمیت زیادی دارد. در این نوشته مسئولیت مدنی دارندگان و محافظین راه‌ها که ناشی از اقدامات و فعالیت‌های مسئولین از بدو تأسیس راه تا زمان استفاده از آن است و هم چنین مسایل فنی که یک محافظ راه ملزم به رعایت آن است مورد بررسی قرار می‌گیرد. و از این رو، کتب تخصصی فنی راجع به راه‌ها و قوانین و آیین نامه و قواعد حقوقی مرتبط با مسئولیت محافظین راه‌ها مورد بررسی قرار گرفته است. علی رغم پیشینه تاریخی راه و نقش آن در زندگی انسان، مسئولیت مدنی ناشی از راه در حقوق ایران سابقه طولانی ندارد و حدود یک دهه است که با وضع قانون اصلاح قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن، این نوع از مسئولیت آن هم در موارد خاصی (مثل نصب علائم و تجهیزات ایمنی و ...) پذیرفته شده است. استفاده از قواعد عمومی مسئولیت مدنی دولت‌ها برای جبران خسارات ناشی از راه‌ها در مواردی که تکلیفی برای آن‌ها تعیین نگردیده باشد، محل تردید بوده است. و بی تردید مسئولیتی که با وضع تکالیف در قوانین برای دولت‌ها ایجاد شده است بر مبنای قواعد عمومی

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 59

مسئولیت برای حکومت‌های گذشته مثلاً حکومت قاجار و ماقبل آن متصور نبوده و نیست.

در کشورهای غربی خصوصاً، امریکا، انگلیس، فرانسه، آلمان و... حدود یک قرن است که در این خصوص به وضع مقررات مناسب پرداخته‌اند. از این رو جهت بررسی مناسب موضوع، حتی المقدور از منابع این کشورها نیز استفاده شده است. مباحث این نوشته در دو فصل تنظیم و ابتدا در فصل اول تکالیف محافظین در ایمنی عملیات اجرایی و بهسازی راه و سپس در فصل دوم تکالیف محافظین در ایمنی کناره‌های راه و محیط اطراف آن مورد بررسی قرار گرفته است.

### فصل اول: تکالیف محافظین در ایمنی عملیات اجرایی و بهسازی راه

در این فصل در سه مبحث، ابتدا تحولات قانونی در تکالیف محافظین راه، سپس تکالیف محافظین در ایمنی عملیات اجرایی راه و در مبحث سوم تکالیف محافظین در بهسازی راه بررسی شده است.

#### مبحث اول: تحولات قانونی در تکالیف محافظین راه

تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر مقرر می‌دارد: در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله‌ی نقلیه مؤثر در علت تصادفات باشد، حسب مورد متصدیان ذی‌ربط، مسؤول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد.

در این تبصره، نقص راه به طور مطلق به کار رفته است و نقص راه به هر میزانی که در علت تصادفات مؤثر بوده باشد، موجب مسئولیت متصدی<sup>1</sup> راه است. متصدی راه نیز

---

1. معنی لغوی متصدی در لغت نامه‌های معتبر فارسی عبارت است از: کسی که مباشر کار و شغلی است. محمد معین، فرهنگ فارسی (متوسط)، ج اول و دوم، چاپ نهم، انتشارات امیر کبیر، 1375: مباشر عمل و عهده دار شغل یا اداره‌ای شدن. کاری را به عهده گرفتن. فرهنگ دهخدا (نقل از عالم آرای عباسی).

## 60.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

به معنی اداراتی است که عهده دار امور راه‌ها هستند. در عبارات به کار رفته در این تبصره نکاتی محل تأمل است. اگر نقص راه را مطلق نقص عرفی بدانیم، هر نقصی موجب مسئولیت متصدی راه است. هم چنین در صورتی که مؤثر بودن به هر میزان در علت تصادف را موجب مسئولیت بدانیم در این صورت سوال این است که میزان مسئولیت متصدی آیا جبران صد درصد خسارت است یا به میزانی که نقص راه مؤثر در علت تصادف است به همان میزان و به همان درصد نیز متصدی راه مسئول جبران خسارت است. در صورتی که خسارت را ناشی از عوامل متعددی بدانیم که مجموع آن عوامل علت تامه خسارت باشد و نقص راه نیز به عنوان جزئی از علت مؤثر در خسارت بوده باشد، در این حالت، مسئولیت متصدی راه به میزان تأثیر خواهد بود و در نتیجه، لازمه‌ی چنین تفسیری از این تبصره آن است که کارشناس رسمی راه و تصادفات میزان و در صد تأثیر نقص راه در علت تصادف را معین و به عبارت دیگر در صد تأثیر را بیان نمایند تا به همان در صد حکم به جبران خسارت متصدی راه صادر شود.

با وجود این با توجه به عدم امکان تعیین درصد تأثیری که مورد اطمینان و وثوق باشد؛ برخی برآنند که تفسیر درست این ماده آن است که نقص راه به هر میزانی که مؤثر در علت تصادف بوده باشد، متصدی راه مسئول جبران صد درصد خسارت خواهد بود. از این دیدگاه در خصوص مسئولیت ناشی از نقص راه بر اساس تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر. نکات ذیل قابل ذکر است: الف- مقصود از نقص هر نوع اشکال اعم از موانع حجیم و خرابی‌های مختلف و عدم نصب علائم هشدار دهنده است. ب- مسئولیت مقرر در این تبصره نیاز به اثبات تقصیر ندارد. این امر تحولی در مسئولیت مدنی دارندگان معابر است؛ زیرا بر اساس قواعد عام مسئولیت مدنی، زیان دیده باید تقصیر دارنده معبر را اثبات نماید.<sup>1</sup>

در هر حال، رویه‌ی قضایی باید در مورد میزان تأثیر نقص راه در میزان مسئولیت

1. بختیار عباسلو، مسئولیت مدنی، چ اول، نشر میزان، 1390، ص 170

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 61

متصدی راه تفسیر نهایی را بیان دارد و بی تردید باید توجه نمود که اگر هر میزانی از تأثیر هرچند ناچیز موجب مسئولیت صددرصدی متصدیان راه باشد، این امر موجب کاهش احتیاط از سوی رانندگان خواهد شد و در نظر داشتن مصالح و مفاسد در وضع حکم یا تفسیر آن مستلزم توجه به توالی فاسد حکم یا تفسیر از حکم است.

### مبحث دوم: تکالیف محافظین در ایمنی در عملیات اجرایی

در این مبحث در چهار گفتار به ترتیب، در گفتار اول: تکلیف به نصب ابزارهای کنترل عبور و مرور و استاندارد در ایمنی عملیات اجرایی، در گفتار دوم: تکلیف به نصب علائم هشدار دهنده در راه‌بندها و ایستگاه‌های بازدید نیروی انتظامی، در گفتار سوم: تکلیف به نصب حفاظ‌های مربوط به افراد پیاده، و در گفتار چهارم: تکلیف به رعایت ایمنی در استفاده از وسایط نقلیه در عملیات اجرایی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### گفتار اول: تکلیف به نصب ابزارهای کنترل عبور و مرور استاندارد در ایمنی

#### عملیات اجرایی

رفت و آمد یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشری است. این امر در طول قرن‌ها توسعه یافته و منفعت بسیاری برای افراد اجتماع دارد و یک زندگی عادی بدون آن‌ها میسر نیست.<sup>1</sup> بدین جهت ابزارهای استاندارد کنترل عبور و مرور اهمیت ویژه‌ای در طول عملیات ساخت و تعمیر راه‌ها دارند، راننده‌گان به خاطر تغییر شرایط تردد به ابزارهای کنترل عبور و مرور وابسته هستند، این ابزارها، آن‌ها را در طی مسیر هدایت می‌کند و در صورت فقدان این ابزارها، امکان خطر وجود دارد؛ موثر بودن ابزارهای کنترل ترافیک در مسیر راه‌ها، به توانایی آن‌ها در تأمین اطلاعات مورد نیاز رانندگان بستگی دارد.

مکان و محتویات پیامی که ابزارهای کنترل عبور و مرور می‌فرستند نیز اهمیت دارد.

---

1. Institution Of Civil Engineers, Uk Roads Board, Highway Risk And Liability Claims ,A Practical Guide To Appendix C Of The Uk Road Board, Second Edition, London, July, 2009, P.191

## 62.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

پایه و اساس هر برنامه کنترل ترافیک خوب، اصول راهنمایی است که برای ارایه پیام‌های استاندارد ساده و مشخص به رانندگان فراهم گردد و توجه راننده را به نقطه‌ی مورد نظر ابزار کنترل جلب و زمان کافی برای عکس العمل و پاسخ گویی داشته باشد. بنابراین، در ناحیه عملیات اجرایی و محوطه کاری راه‌ها که میان علامت هشدار اولیه و آخرین علامت هشدار عبور و مرور قرار دارد، موارد ذیل باید جهت فراهم نمودن ایمنی مد نظر قرار گیرد.

اولاً: علائم باید در این مناطق به صورت محکم و به طور مناسب نصب گردد؛ برای محکم کردن علائم در جای خود از سنگ، بلوک‌های بتنی، لاستیک اتومبیل و... به علت خطرناک بودن نباید استفاده کرد بلکه باید از شن و ماسه استفاده کرد. اولین علامت باید با فاصله مناسبی از شروع محوطه کاری (برحسب سرعت مجاز قبل از ورود به منطقه کاری در فواصل 50 تا 80 متری محوطه کاری و در صورت محدودیت دید با استفاده از علائم اضافی) قرار گیرند تا ضمن ارایه آگاهی اولیه، فرصت و زمان کافی برای مواجهه با وضعیت جدید را برای رانندگان در حال عبور فراهم آورد. و علاوه بر آن این علائم را به طور منظم کنترل و نگهداری نمایند تا جا به جا، تخریب و یا کثیف نشوند. لازم به ذکر است که به علت وجود تراکم تابلوها در قسمت اولیه، باید ناحیه‌ی هشدار اولیه به صورت واضح (چراغ چشمک زن، علائم پیش آگاهی و...) معلوم گردد.<sup>1</sup>

ثانیا: کلیه‌ی علائم باید در هنگام شب یا در مواقعی که محدودیت دید وجود دارد، دارای منبع روشن کننده یا مواد منعکس کننده مناسب بوده و در شرایط بد آب و هوایی (بارانی و برفی) تدابیر مناسب در نظر گرفته شود.

ثالثاً: ارتفاع نصب علائم باید 150 سانتی متر بالاتر از لبه سوار رو قرار گیرد، فاصله

---

1. آیین نامه ایمنی راه‌ها: ایمنی در عملیات اجرایی، نشریه شماره 7-267، ایمنی در عملیات اجرایی، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384، ص 56



## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 63

آن تا لبه راه 120 سانتی متر باشد، طول ناحیه در دست تعمیر نیز باید ذکر گردد و ناحیه پایان عملیات اجرایی نیز مشخص گردد.<sup>1</sup>

رابعا: کلیه افراد و مأموران در محل کار و سطح جاده باید (در شب و روز) از فواصل دور برای رانندگان به خوبی قابل رویت باشند؛ به همین جهت لباسی که می‌پوشند باید از قابلیت دید بالایی برخوردار باشد. این لباس‌ها باید دارای نوارهای منعکس کننده نور بوده، رنگ لباس‌های مورد استفاده باید زرد و یا نارنجی باشد و چنان چه در هنگام شب باشد به عرض حداقل 5 سانتی متر ترجیحاً شامل پوشش شبرنگ زرد یا نقره‌ای رنگ باشد.<sup>2</sup>

خامسا: وقتی که منطقه کاری در مسیر مستقیم بوده و طول محوطه کاری کمتر از 20 متر باشد، ایستگاه علامت ایست یا آهسته حداقل از فاصله 10 متری برای ترافیک عبوری قابل رویت باشد، می‌توان فقط از یک تابلوی ایست یا آهسته در انتها یا وسط استفاده کرد؛<sup>3</sup> در غیر این صورت باید شرایط گفته شده قبلی در نظر گرفته شود. در صورتی که قبل از شروع محوطه کاری از علائم پیش آگاهی استفاده نشد، ایستگاه‌های پرچم داری و علائم ایست یا آهسته باید در فاصله 60 تا 90 متری استقرار یابد.<sup>4</sup>

سادسا: در صورتی که راه انحرافی (دسترسی موقت) ایجاد گردد؛ باید کلیه شرایط ایمنی لازم (علائم هشدار مناسب ورودی و خروجی) در این مسیر نیز در نظر گرفته شود.

بنابراین، در صورتی که محافظین بر روی راه‌ها در حال عملیات اجرایی باشند، باید کلیه این تکالیف را رعایت نمایند. و در صورت نقض تکلیف و بروز حادثه، مکلف به جبران خسارت می‌باشند. ماده‌ی 19 ق.ا.ق.ا.ر.و.ر مقرر می‌دارد «... وزارت

---

1. همان

2. همان، ص 47

3. همان

4. همان، ص 81

#### 64.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

خانه‌های راه و ترابری و جهاد سازندگی مکلف‌اند برای انجام عملیات احداث، مرمت و یا نگهداری راه‌های مربوط، علایم ایمنی لازم را نصب نمایند چنانچه بر اثر کوتاهی در به کار بردن علایم یاد شده، خسارتی به اشخاص حقیقی یا حقوقی وارد شود، هر یک از وزارت خانه‌های یاد شده حسب مورد موظف است. . . خسارت وارده را پرداخت نماید. . .» هم‌چنین ماده‌ی 212 آ. ر. و. ر مقرر می‌دارد «اشخاصی که به هر عنوان روی راه‌های عمومی کار می‌کنند، موظفند بیش از شروع به کار، علایم ایمنی عبور و مرور را بر اساس ضوابط و استانداردهای ایمنی در عملیات اجرایی راه‌ها که به تأیید مسئولین مرتبط می‌رسد در محل نصب و هم‌چنین لوازم کار، لباس‌های کارگران و وسایل نقلیه خود را به علایم هشدار دهنده مجهز نمایند در غیر این صورت مأموران راهنمایی و رانندگی راه موظفند از کار آنان جلوگیری به عمل آورند».

با توجه به مواد فوق باید اظهار داشت، هر چند ماده‌ی 19 ق. ا. ق. ا. ر. و. ر، وزارت راه و شهرسازی و جهاد کشاورزی را مکلف کرده است که ایمنی لازم را رعایت نمایند. اما سایر محافظین راه نیز ملزم به رعایت این اقدامات هستند، با توجه به این که قانون تکلیف این موضوع را مشخص نموده است؛ در واقع محافظ مسئول است و تکلیفی به شرایط ایمنی و نصب علایم و نظایر آن بر عهده‌ی مأموران راهنمایی و رانندگی مقرر در ماده‌ی 212 آ. ر. و. ر قرار نگرفته است و از این رو نمی‌توان مأموران راهنمایی و رانندگی را ناقض این تکالیف و در نتیجه مسئول جبران خسارت دانست. در واقع این مأمورین تکلیف به نظارت در انجام تکالیف و جلوگیری از کار آن‌ها در صورت عدم رعایت شرایط ایمنی را دارند و در صورتی که از انجام تکلیف خود قصور ورزند، می‌توان گفت تخلف انتظامی نموده‌اند اما نسبت به ورود خسارات به اشخاص در حال عبور و مرور، رابطه‌ی غیر مستقیم دارند و یا شاید بتوان گفت که سبب بعید محسوب می‌گردند. بند 4 بخش اول دستور العمل نیروی انتظامی به کارشناسان، در راستای اجرای ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر، نحوه‌ی ایمن سازی و استاندارد و نصب علایم را، با توجه به آیین نامه راه‌ها، در دستور کار کارشناسان قرار

### گفتار دوم: تکلیف به نصب علائم هشدار دهنده در راه بندها و ایستگاه‌های بازدید نیروی انتظامی

در بسیاری از مواقع، نیروی انتظامی و... اقدام به بازدید و بازرسی در راه‌ها می‌نماید. سؤال این است که؛ اگر در این راه بندها و ایستگاه‌های موقت بازدید، نیروی انتظامی یا سایر نهادها به جهت عدم نصب یا تعبیه‌ی علائم هشدار دهنده، حادثه‌ای واقع شود و خسارتی به بار آید، آیا می‌توان مسئولیتی برای آن‌ها قایل شد؟ شاید بتوان گفت با توجه به تکالیف عرفی آن‌ها همانند محافظین راه‌ها، نهادهای مزبور باید اقدامات لازم را در خصوص ایمنی انجام دهند و در این گونه موارد باید از علائم هشدار دهنده‌ی مناسب استفاده و تمامی شرایط مربوط به رعایت ایمنی توسط محافظین راه‌ها را که قبلاً ذکر شد؛ رعایت نمایند. به عنوان مثال برای محکم کردن علائم در جای خود، نباید از اجسام نامناسب، به علت خطرناک بودن استفاده نمایند و در مواردی که این اشخاص غفلت نموده و محیط خطرناکی را برای دیگران بوجود آورند باید مسئول اعمال خود تلقی و خسارتی را که در نتیجه غفلت آن‌ها به بار آمده است و دارندگان وسایط نقلیه یا زیان دیده هیچ گونه نقشی در آن ندارند، جبران نمایند. به سخن دیگر به سبب غفلت در انجام اقدامات ایمنی مناسب و معمول و متعارف، و مطابق قاعده‌ی تسبیب نیروی انتظامی مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. اگر به ظاهر تکلیف به رعایت ایمنی در مقرره‌ی خاصی منصوص نشده است اما چنین تکلیفی به رعایت شرایط ایمنی و نصب تابلوهای مناسب، عرفاً از لوازم و مقدمات مسلم در ایستگاه‌های بازدید محسوب می‌گردد و نقض این تکلیف با غفلت در رعایت شرایط ایمنی در این ایستگاه‌ها محقق شده و قابلیت پیش بینی نسبت به ورود ضرر نیز وجود

---

1. 4. عدم ایمن سازی به هنگام عملیات اجرایی در سطح راه: نحوه‌ی ایمن سازی و نصب علائم مورد نیاز در نشریه‌ی شماره‌ی 7-267 آیین نامه‌ی ایمنی راه‌ها درج گردیده، نقص یا عدم استفاده از آن‌ها به عنوان قصور سازمان یا شرکت ذی ربط در علت تامه تصادف لحاظ خواهد شد..

## 66.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

دارد. و مضافاً مسئولیت ناشی از غفلت در علامت گذاری محل به قیاس اولویت از ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر<sup>1</sup> و تبصره‌های آن نیز قابل استفاده است.

### گفتار سوم: تکلیف به نصب حفاظ‌های مربوط به افراد پیاده

در گود برداری‌هایی که برای احداث راه‌ها در مجاورت محلهای مسکونی و یا محل تردد قرار می‌گیرد، برای جلوگیری از سقوط افراد پیاده به داخل گود باید در طول پیاده رو حصار کافی و غیر قابل نفوذ ایجاد گردد. در محل‌های گودبرداری با طول زیاد، باید با بستن و اتصال حفاظ‌ها به یکدیگر، یک حفاظ پیوسته و یک پارچه و با مقاومت کافی به وجود آورد.<sup>2</sup> هم چنین باید تابلوهای کافی با هشدارهای کاملاً گویا نصب

---

1. ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مقرر می‌دارد: در تصادفات رانندگی که فقط منجر به خسارات مالی می‌شود رانندگان مکلفند در صورت قابل انتقال بودن وسایل نقلیه، با امکانات موجود، محل استقرار چرخ‌ها را علامت گذاری نموده و بلافاصله وسایل نقلیه خود را به منظور رفع سدمعبر به کنار راه منتقل و سپس عنداللزوم درخواست حضور کارشناس تصادفات نمایند. در صورت امتناع از اقدام فوق مأموران راهنمایی و رانندگی به نحو مقتضی اقدام می‌نمایند و چنانچه به علت وقوع تصادف منجر به جرح یا فوت، جسد یا اجسام دیگری مانع عبور وسایل نقلیه یا اخلال در نظم شده باشد مأموران انتظامی مکلفند با علامت گذاری محل استقرار جسد و اجسام، آن‌ها را از مسیرهای حرکت خارج و تا انجام تشریفات قانونی توسط مقامات مسؤل صحنه تصادف را حفظ نمایند.

تبصره‌ی 1- مراکز فوریت های پزشکی و جمعیت هلال احمر و سایر دستگاههای ذی ربط موظفند طبق درخواست مأموران انتظامی و راهنمایی و رانندگی نسبت به انتقال مجروحان و جسد حسب مورد به مراکز درمانی و پزشکی قانونی اقدام نمایند.

تبصره‌ی 2- کارشناسان تصادفات راهنمایی و رانندگی رسیدگی کننده به تصادفات مکلفند پس از پایان رسیدگی و انجام تشریفات قانونی با بهره گیری از امکانات مانند عکس برداری و وسایل دیگر در اختیار خود یا سایر سازمان‌ها و نهادها نسبت به مدیریت، پاکسازی و برقراری ایمنی عبور و مرور در محل وقوع تصادف اقدام نمایند.

تبصره‌ی 3- در صورتی که براساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله نقلیه مؤثر در علت تصادفات باشد حسب مورد متصدیان ذی ربط، مسؤل جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد.

2. آیین نامه ایمنی راه‌ها: ایمنی در عملیات اجرایی، نشریه شماره 7-267، ایمنی در عملیات اجرایی،

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 67

گردد تا به صورت کامل خطرات را به عابر پیاده اطلاع دهند، زیرا خطرات مذکور قابل پیش بینی می‌باشد و محافظ باید اقدامات لازم را جهت رفع محیط خطرناک به عمل آورد تا سبب ورود خسارت نگردد. در بند 16 ماده‌ی 2 و بندهای 1 و 2 ماده‌ی 3 آیین نامه مدیریت ایمنی حمل و نقل و سوانح رانندگی مصوب سال 1387<sup>1</sup> وزارت کشور مکلف گردیده است که ایمنی عبور و مرور را در محل‌ها، کارگاه‌های اجرای عملیات عمرانی و دیگر نقاط حادثه خیز از طریق شهرداری انجام دهد.

### گفتار چهارم: تکلیف به رعایت ایمنی در استفاده از وسایط نقلیه در عملیات

#### اجرائی

در مواردی که عملیات اجرایی بوسیله وسایط نقلیه صورت می‌پذیرد، باید دید کافی وجود داشته باشد و وسیله نقلیه به وضوح قابل رویت و در جهتی که وسایط نقلیه به آن‌ها نزدیک می‌شوند، دارای یک تابلوی از راست یا چپ برانید باشد؛ زیرا در این گونه موارد وسیله نقلیه معمولاً به صورت دقیق قابل رویت نیست و در صورتی که شرایط ایمنی مربوط به آن رعایت نشود و موجب بروز حادثه و خسارت گردد، محافظ راه به دلیل نقض تکلیف موظف به جبران خسارت است. در این موارد تکلیف قانونی و نقض آن و ورود خسارت از ارکان مسئولیت مدنی و محقق است و علاوه بر این ورود ضرر در این مورد قابل پیش بینی است و بی تردید مشمول حکم تبصره‌ی 3

---

1. برابر ماده‌ی 2 آیین نامه‌ی مدیریت ایمنی حمل و نقل و سوانح رانندگی مصوب 1387/7/30 وزارت راه و ترابری (وزارت راه و شهرسازی) موظف است برای افزایش ایمنی راه‌های برون شهری اقدامات ذیل را انجام دهد... : 16- تأمین ایمنی و عبور و مرور در محل‌ها و کارگاه‌های اجرای عملیات عمرانی سطح راه‌ها مطابق ضوابط مشخص شده در آیین نامه‌ی ایمنی راه (نشریه 7-267) - برابر ماده‌ی 3 این آیین نامه، وزارت کشور موظف است برای افزایش ایمنی شبکه‌ی معابر شهرها و حومه از طریق شهرداری‌ها، اقدامات ذیل را انجام دهد: 1- شناسایی موقعیت وقوع تصادفات کاربران آسیب پذیر مانند موتور سواران و عابران پیاده و نقاط حادثه خیز شهرها و حومه‌ی آن‌ها و ایمن سازی این نقاط با اولویت اقدامات کم هزینه‌ی مهندسی 2- اقدامات لازم برای تأمین ایمنی عبور و مرور در محدوده‌های اجرای عملیات عمرانی مطابق ضوابط مشخص شده در آیین نامه‌ی ایمنی راه (نشریه 7-267)

## 68.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر. است.

به عنوان مثال در مواردی که شهرداری با وسایط نقلیه اقدام به نظافت معابر می‌کند؛ باید نکات ایمنی را رعایت نماید. هم چنین در اجرای خط کشی به وسیله وسایط نقلیه توسط وزارت راه، باید اصول ایمنی رعایت شود تا راننده‌ای که به محل اجرای خط کشی نزدیک می‌شود دید کافی داشته باشد. مسئولیت مقرر در این تبصره، نیاز به اثبات تقصیر ندارد.

### مبحث سوم: تکالیف محافظین در بهسازی راه

در این مبحث در دو گفتار ابتدا تکالیف محافظ در بهسازی راه و سپس شرایط ایمنی در عملیات اجرایی بهسازی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### گفتار اول: تکالیف محافظ در بهسازی راه

با افزایش تردد وسایل نقلیه سنگین و فرسوده شدن روسازی راه‌ها، ظرفیت باربری بسیاری از شبکه‌های جاده‌ای رو به کاهش می‌رود. پروژه‌های بهسازی، جهت بازگرداندن راه‌ها به وضعیت اولیه یا آماده نمودن آن‌ها برای پذیرش و تحمل افزایش حجم تردد یا هرگونه وضعیت جدید دیگر، با هدف اطمینان از فراهم آمدن خدمات یکسان برای کاربران راه به اجرا در می‌آیند.<sup>1</sup> در موردی عدم انجام وظایف توسط محافظ، در بهسازی راه، چنان بوده است که دادستان زنجان به جهت مخاطرات را تصمیم به بستن جاده‌ی این شهر گرفته و ضرب الاجلی برای اداره‌ی راه این شهرستان جهت انجام بهسازی مقرر می‌نماید.<sup>2</sup>

وجود شیارهای عمیق (این شیارها با عمق بیش از 20 میلیمتر خطرناک تلقی می‌گردد)، ترک خوردگی قطعه‌های تراشیده شده و دیگر مشکلات، باعث از دست

1. دبیرخانه مجمع جهانی راه (بیبارک) - کمیته‌ی شماره 6، مترجم سید ناصر حجازی، محسن عموزاده

عمرانی، چاپ اول، زمستان 1385، ص 14

2. نقل از سایت: <http://khabarfarsi.com/ext/2618895>

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 69

رفتن تعادل وسیله نقلیه یا ترکیدن لاستیک و در جاهایی باعث، تولید گرد و غبار و در نتیجه منجر به وقوع حادثه می‌گردد. در تعمیر و بهسازی محافظ باید کلیه اقدامات ایمنی لازم را در نظر بگیرد. در مواقعی که بهسازی راه‌ها انجام می‌شود باید محدودیت‌های مربوط به انحراف از سطح تراز کانال و جدول در راه‌های شهری و مسیر عبور آب در راه‌های برون شهری و ارتفاع پل‌ها مدنظر قرار گیرد تا از استانداردهای لازم دور نشود و در نتیجه محیط خطرناکی را بوجود نیاورد، مهم‌ترین مشکل در حوزه بهسازی راه‌ها مدیریت تردد عادی است و مدیریت صحیح باعث می‌شود که اختلال تردد و مشکلات ناشی از کار بهسازی به حداقل کاهش یابد. امروزه عرفاً انتظار می‌رود راهی که در اختیار دیگران قرار می‌گیرد ایمن باشد و ایمن سازی آن به نحو درستی صورت گیرد. به تعبیری وظیفه مراقب و محافظ راه باید با تمام شرایط آن در نظر گرفته شود تا استفاده کننده‌ای که به طور معقول و با اجازه محافظ یا دارنده از آنجا عبور می‌کند با شرایط عادی روبرو شود.<sup>1</sup>

عدم بهسازی شامل نقص تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر. است، بنابراین نظر به تبصره‌ی مزبور در صورتی که محافظ اقدام به بهسازی جاده ننماید و نواقص را پیش بینی و رفع ننماید راهی ناقص در اختیار استفاده کنندگان گذاشته که در صورت بروز حادثه مکلف به جبران خسارت می‌باشد. لازم به ذکر است در این خصوص بند 14 ماده‌ی 55 قانون شهرداری‌ها تحت عنوان در وظایف شهرداری‌ها، بیان می‌دارد «اتخاذ تدابیر مؤثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و هم‌چنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی و کوچه‌ها و اماکن عمومی و دالان‌های عمومی و خصوصی و پر کردن و پوشاندن چاه‌ها و چاله‌های واقع در معابر جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکن‌ها و ایوان‌های مشرف و مجاور به معابر عمومی و دودکش‌های ساختمان‌ها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد.

1. Vivienne Harpwood, Modern Tort Law, sixth edition, Published by Routledge Cavendish (2005), p.131

## 70.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

تبصره: در کلیه‌ی موارد مربوط به رفع خطر از بناها و غیره و رفع مزاحمت‌های مندرج در ماده‌ی فوق شهرداری پس از کسب نظر مأمور فنی خود به مالکین یا صاحبان ادوات منصوب ابلاغ و مهلت متناسبی صادر می‌نماید و اگر دستور شهرداری در مهلت معین به موقع اجراء گذاشته نشود رأساً با مراقبت مأمورین خود اقدام به رفع خطر یا مزاحمت خواهد نمود. . . . .» صرف نظر از این که قاعده و تکلیف کلی در تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ب. ت. ر مشخص گردیده است اما به استناد این ماده نیز می‌توان شهرداری را مکلف به بهسازی و پوشاندن چاله‌های واقع در معابر و مکلف به رفع خطرات در معابر عمومی دانست و در صورت نقض تکلیف و ورود خسارت، محکوم به جبران خسارت نمود.

با وجود وضع قوانین خاصی که به صراحت محافظین راه‌ها را مسئول حوادث زیانبار می‌داند اما محاکم ما هنوز بر مبنای قواعد عمومی و مقررات کلی مسئولیت اقدام به محکوم نمودن محافظین راه‌ها می‌نمایند. به عنوان مثال در رأیی که از دادگاه عمومی تهران به درستی صادر و در مرجع تجدید نظر نیز تایید گردیده است؛ همین رویه دیده می‌شود. در رأی مذکور آمده است: «در مورد دادخواست آقای الف به طرفیت شهرداری منطقه هفت تهران به خواسته صدور حکم به محکومیت خوانده به پرداخت 9200000 ریال بابت خسارت وارده به خودرو ناشی از سقوط درخت. به استناد نظریه کارشناس با لحاظ خسارات دادرسی به شرح دادخواست، با توجه به نظریه کارشناس در تعلق و تقصیر خوانده نسبت به ترمیم یا قطع درخت فرسوده و عدم ایجاد مانع موجب خسارات از ناحیه خواهان و با توجه به میزان خسارت وارده و عدم دفاع موثر از سوی خوانده و با توجه به مسئولیت شهرداری نسبت به درختان غرس شده در اطراف معابر و شوارع، توجهاً به ماده‌ی 307 از قانون مدنی و ماده‌ی 519 از ق. آ. د. م، خوانده ملزم به پرداخت مبلغ 8500000 ریال . . . . . در حق خواهان محکوم می‌گردد، . . . . .»<sup>1</sup>

1. مرکز استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدید نظر استان



### گفتار دوم: شرایط ایمنی در عملیات اجرایی بهسازی

در مواردی که پروژه بهسازی و روسازی جاده در دست اقدام است، معمولاً جاده‌ها لغزنده و خطر پرتاب سنگ در سواره رو نیز وجود دارد. در این گونه موارد اولاً، باید علائم کافی نصب گردد ثانیاً، در مواردی که جاده به علت قیرپاشی لغزنده است به علت خطرناک بودن به خصوص در شب، بهسازی باید با دقت و مراقبت بیشتری اعمال گردد و علامت سرعت مجاز نیز نصب گردد؛ چون بیشتر استفاده کنندگان نمی‌توانند حدس بزنند با چه سرعتی رانندگی کنند. این امر در مورد مناطق گرم سیری که قیر بسیار لغزنده و خطرناک است؛ بیشتر مبتلا به است.

در هر دو مورد محافظ باید با توجه به خطرناک بودن محیط عملیات، اقدامات لازم را به موقع انجام دهد، تا موجب بروز حادثه نگردد.

### مبحث چهارم: رویه قضایی در محافظت در ایمنی عملیات اجرایی و بهسازی

راه

در پرونده‌ی مطروحه در سال 1386 در دادسرا عمومی و انقلاب شهرستان سربیشه، راکب موتور سیکلتی که فاقد گواهینامه بوده است، در ساعات اولیه‌ی صبح و در تاریکی، در مسیر جاده‌ای روستایی که در دست ساخت بوده طی طریق می‌نموده است که به علت عدم وجود تابلوهای ایمنی و هشدار دهنده در محل و به قصد اجتناب از برخورد با تل خاک، واژگون شده و منتهی به فوت راکب می‌گردد. اولیای دم علیه احد از کارکنان پیمان کار و شرکت پیمان کار شکایت و مطالبه‌ی دیه می‌نمایند. افسر کارشناس بدوی ضمن تنظیم کروکی اظهار نظر نموده که مورد اعتراض قرار می‌گیرد و با ارجاع امر به کارشناس چنین اظهار نظر می‌گردد:

احتراماً در اجرای خواسته مقام محترم قضایی دادیار محترم شعبه اول دادسرای عمومی و انقلاب سربیشه . . . . . پیرامون کارشناسی حادثه منجر به فوت مرحوم

## 72.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

محمد رضا . . . در جاده در حال احداث حجت آباد - گزدز ضمن مطالعه پرونده متشکله، علی الخصوص گزارش هیات کارشناسی، بدین وسیله در خصوص خواسته مقام محترم قضایی اظهار نظر می‌گردد:

یکی دیگر از تعهدات پیمان کار (این است که) مسئولیت کامل حسن انجام اجرای کارهای موضوع پیمان را طبق اسناد و مدارک پیمان به عهده دارد.

پیمان کار از روز تحویل کارگاه تا روز موقت عملیات موضوع پیمان، مسئول حفظ و نگهداری کارهای انجام شده، مصالح، تجهیزات، ماشین آلات و ابزار، زمین‌ها، راه‌ها، تاسیسات و بناهایی می‌باشد که زیر نظر و مراقبت او قرار دارد.

پیمان کار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است.

پیمان کار موظف است که . . . تمام علائم راهنمایی و خطر و وسایل حفاظتی و در صورت لزوم حصار کشی را فراهم نماید و تعداد کافی نگهبان درهرجا که لازم شد به‌گمارد.

پیمان کار متعهد است که عملیات اجرائی خود را طوری انجام دهد که راه عبور مناسبی در پیاده رو و سواره رو برای عبور و مرور رهگذران و وسایل نقلیه همواره باز بنماید و مصالح خود را در محل‌هایی انبار کند که موجب ناراحتی یا زحمت ساکنان اطراف یا رهگذران نشود.

لذا . . . میزان تقصیر تعیین شده در گزارش هیات کارشناسی کاملاً متوجه شرکت پیمان کاری . . . می‌باشد.

صورت جلسه هیات کارشناسی تصادفات پلیس راه فرماندهی انتظامی استان خراسان جنوبی:

احتراماً در اجرای مقام محترم قضایی (دادیار محترم شعبه اول دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان سربیشه) هیات کارشناسی تصادفات مرکب از افسران امضا کنندگان ذیل جهت بررسی مجدد پرونده ارجاعی از کلانتری مرکزی سربیشه با موضوعیت

### تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن.....73

تصادف با جسم ثابت منجر به فوت یک دستگاه موتور سیکلت ایژ روسی به شماره انتظامی... در محل پلیس راه استان تشکیل که پس از مذاقه نظر در کلیه اوراق و محتویات پرونده و حضور در صحنه و استماع اظهارات طرفین پرونده و بحث و تبادل نظر پیرامون موضوع به شرح آتی انشا نظر می‌نماید.

تجزیه و تحلیل و استنباط (کارشناس):

بررسی مندرجات کروکی افسر کارشناس بدوی و مطالعه دقیق اوراق و محتویات پرونده و هم‌چنین بازدید از محل وقوع حادثه بازبینی تعداد 18 قطعه عکس ضمیمه پرونده تهیه شده از محل وقوع حادثه و با عنایت به اظهارات راننده موتور سیکلت ایژ و شاهدان عینی و نیز نقاط آسیب دیده موتور سیکلت و بررسی و تحقیقات به عمل آمده چنین به نظر می‌رسد که جاده خاکی و روستایی گزدز به حجت آباد در زمان وقوع حادثه تحت عملیات راه سازی بوده و تل‌های خاک موجود در سطح جاده بنا به اظهارات شاهدان عینی من جمله کارگران به کار گرفته شده در عملیات راه سازی بویژه مسئول کنترل خط تخلیه خودروهای حامل محموله خاک جناب آقای غلامحسین... در ساعات پایانی روز قبل در محل وقوع حادثه دپو شده بوده و عدم نصب تابلوهای ایمنی و هشدار دهنده لازم در محل عملیات به عبارتی نقض مواد 211 و 212 آیین نامه راهنمایی و رانندگی مصوب 1384/4/8 موسوم به آیین نامه‌ی راهور<sup>1</sup> از سوی شرکت پیمان کار... کاملاً محرز و مشهود می‌باشد. مع الوصف راننده موتور سیکلت ایژ

---

1. ماده‌ی 211 این آیین نامه مقرر می‌دارد: دستگاه‌های مسئول موظفند پیش از بسته شدن تمام یا بخشی از راه برای انجام هر نوع عملیات اجرایی اعم از تعریض، تعمیر، نگهداری، حفاری و مانند آن‌ها، هماهنگی‌های لازم را انجام داده و با اطلاع ادارات راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه اقدام و مراتب را به آگاهی مردم برسانند.

و ماده‌ی 212 این آیین نامه مقرر می‌دارد: اشخاصی که به هر عنوان روی راه‌های عمومی کار می‌کنند، موظفند پیش از شروع به کار، علائم ایمنی عبور و مرور را براساس ضوابط و استانداردهای ایمنی در عملیات اجرایی راه‌ها که به تایید مسئولین مرتبط می‌رسد در محل نصب و هم‌چنین لوازم کار، لباس‌های کارگران و وسایل نقلیه خود را به علائم هشدار دهنده مجهز نمایند در غیر این صورت ماموران راهنمایی و رانندگی و پلیس راه موظفند از کار آنان جلوگیری به عمل آورند.

#### 74.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

روسی به شماره انتظامی . . . که در ساعات اولیه صبح و تاریکی هوا (سحرگاهان) در مسیر شرق به غرب جاده روستایی گزدز به حجت آباد و با ذهنیت روز قبل (عدم وجود هرگونه مانعی در سطح جاده) طی طریق می نموده، از یک طرف به علت عدم وجود تابلوهای ایمنی و هشدار دهنده در محل، نقض مواد 211 و 212 آیین نامه راهور از سوی شرکت پیمان کار) و از طرف دیگر با عنایت به بند الف مادهی 59 آیین نامه راهور به علت عدم توجه کافی به جلو، نقض مادهی 180 آیین نامه راهور<sup>1</sup> (با توجه به عدم وجود آثار انعکاسی خط ترمز قبل از برخورد) آنآ با تل های خاک دپو شده و غیر قابل تمیز از سطح جاده با عرض 4/20 متری در سهم مجاز عبور خویش را به قصد اجتناب از برخورد با اولین تل خاک و ورود به سمت مجاز مقابل با عرض مفید 3/60 متر با گردش ناگهانی فرمان به سمت چپ از خود عکس العمل نشان داده که متأسفانه به علت قرار گرفتن در بعد زمانی و مکانی نامناسب برخورد موتورسیکلت با منتهی الیه سمت چپ اولین تل خاک موجود در سطح جاده حادث و کنترل وسیله نقلیه از ید راننده خارج و واژگونی صورت می پذیرد و پس از طی مسافتی در حدود 35 متر با به جای گذاشتن آثار خراشیدگی و کندگی کم عمق ناشی از سرخوردن به پهلو در وضعیت نهایی قرار می گیرد علی هذا با عنایت به شرح فوق و در نظر گرفتن جمیع (ضوابط) قانونی، اعضای هیات کارشناسی پس از بحث و تبادل نظر متفقاً ضمن رد نظر افسر کارشناس بدوی، علت اصلی و تامه حادثه را به شرح ذیل اعلام می دارند.

1- عدم رعایت نظامات دولتی از سوی شرکت پیمان کار . . . به علت عدم وجود تابلوهای ایمنی و هشدار دهنده در محل، درحین عملیات راه سازی نقض مواد 211 و 212 آیین نامه راهور.

---

1. مادهی 180 این آیین نامه مقرر می دارد رانندگان حق ندارند ضمن رانندگی، دخانیات استعمال نمایند یا خوراکی یا آشامیدنی میل کنند و استفاده از هرگونه وسایل و تجهیزات مانند تلفن همراه که باعث انحراف ذهنی و رفتاری راننده گردد ممنوع است. رانندگان موظفند در هر حال به طورکامل به جلو توجه داشته باشند.

تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 75

2- بی احتیاطی از جانب موتور سیکلت ایژ روسی به علت عدم توجه کافی به جلو  
نقض ماده‌ی 180 آیین نامه راهور.

رای دادگاه:

در خصوص اتهام آقای اسماعیل . . . فرزند حسن 26 ساله کارگر (شرکت پیمان کاری)، بی سواد اهل و مقیم روستای . . . ، متأهل فاقد سابقه محکومیت کیفری، آزاد به قید معرفی کفیل مبنی بر شرکت در قتل غیر عمدی (شبه عمد) مرحوم محمد رضا ناشی از بی احتیاطی حین رانندگی با وصف نداشتن گواهینامه به میزان پنجاه درصد و اتهام خانم مژگان . . . فرزند محمد 29 ساله رئیس هیات مدیره شرکت . . . با سواد اهل و مقیم . . . ، فاقد سابقه کیفری، آزاد به قید معرفی کفیل مبنی بر شرکت در قتل غیر عمدی (شبه عمد) مرحوم محمد رضا . . . و ایراد صدمه بدنی غیر عمدی، نسبت به آقای اسماعیل . . . (متهم ردیف اول ناشی از عدم رعایت نظامات دولتی به علت عدم نصب تابلوهای ایمنی و هشدار دهنده حین انسداد جاده و انجام عملیات راه سازی به میزان پنجاه درصد، صرف نظر از این که در خصوص دیه متعلقه به اولیای دم مرحوم محمد رضا . . . به میزان سهم آقای اسماعیل . . . به لحاظ گذشت بدون قید و شرط اولیای دم از جانب دادستان دادرای عمومی و انقلاب شهرستان سریشه قرار موقوفی تعقیب صادر شده است؛ با توجه به تحقیقات انجام شده، شکایت آقای ابوتراب . . . (ولی دم) از جانب ماموران انتظامی به تاریخ بیست و هفتم مرداد ماه سال 86 مقارن ساعت 6/10 گزارش کلانتری مرکزی فرماندهی انتظامی . . . به شماره‌ی 1386/6/3-1961/6287/860/0177 کارشناس بدوی تصادفات به شماره 1223016 و نظریه هیئت سه نفره کارشناسان به شماره‌ی 86/7/2-3109 که مصون از تعرض باقی مانده است. قرار مجرمیت شماره 86/8/29-95/847 کیفرخواست شماره 425-86/8/29 صادر شده از جانب دادستان دادرای عمومی انقلاب شهرستان . . . که برای نام بردگان تقاضای مجازات شده است، اقرار نام بردگان و لحاظ سایر محتویات پرونده بزهکاری نام بردگان محرز می‌باشد. لذا دادگاه به استناد ماده‌ی 294 بند ب و تبصره‌ی

## 76.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

3 ماده‌ی 295 مواد 297 و 316 و 442 و 480 و 481 و 495 و 496 و 616 و 714 و 718 و رعایت بندهای یک و پنج ماده‌ی 22 قانون مجازات به . . . محکوم می‌نماید.

در خصوص این رأی لازم به ذکر است که:

اولاً: دادگاه در رأی خود شرکت . . . را محکوم به جبران خسارت نموده است. از طرفی در قوانین و مقررات موجود، مسئولیت مدنی ناشی از عدم نصب علائم، بر عهده‌ی وزارت راه و شهرسازی است. از این رو شاید بتوان گفت که پیمان کار بر مبنای قرارداد پیمان کاری عهده‌دار مسئولیت شده است. بی تردید انعقاد قرارداد با پیمان کار، مسقط مسئولیت کارفرما یعنی وزارت راه و شهرسازی نیست و کارفرما نیز به نحو تضامنی مسئول خواهد بود.<sup>1</sup>

ثانیاً: دادگاه عمل و مباشرت راکب موتور سیکلت را در تصادف دخالت داده است (در این رأی، محافظ راه مسئول پنجاه در صد جبران خسارت تلقی و مسئولیت محض محافظ راه پذیرفته نشده است. در این دیدگاه محافظ شیء مسئول صد در صد خسارت نیست چون شیء به تنهایی نمی‌تواند موجب بروز خسارت گردد) علی‌رغم تمایل رویه‌ی قضایی به عدم مسئولیت محض محافظ راه، برخی<sup>2</sup> برآنند که تعیین نمودن مسئول خسارات به صورت درصدی توسط کارشناس با حادث و گمان است و به صورت دقیق انجام نمی‌پذیرد و در نتیجه قابل قبول نیست.

ثالثاً: تمام کارشناسان در نظریات خود جهت محکوم نمودن استفاده کننده از راه،

---

1. در تأیید این نظر، رأی شماره‌ی 9109970221501683 مورخ 1391/2/27 دادگاه تجدید نظر استان تهران بیان می‌دارد: سپردن عملیات عمرانی از سوی شهرداری به شرکت های پیمان کاری رافع مسئولیت شهرداری در رعایت نکات ایمنی خیابان‌ها نیست و چنانچه در اجرای پیمان کاری خسارتی به شهروندان وارد شود، شهرداری مسئولیت دارد و خطای پیمان کار موجب مسئولیت و پاسخ‌گویی وی نسبت به شهرداری خواهد بود. نقل از: مرکز استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدید نظر استان تهران (حقوقی)، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، بهمن ماه سال 1391

2. بختیار عباسلو، پیشین، ص 206

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 77

جمله‌ی «بی احتیاطی از جانب وسیله نقلیه به علت عدم توجه کافی به جلو، نقض ماده‌ی 180 آیین نامه راهور» را بکار می‌برند و بنا به عادات دیرین و بدون توجه به مسئولیت محض محافظین راه، هم‌چنان از صددرصد مسئول دانستن محافظ راه امتناع می‌ورزند.

در خاتمه‌ی این مبحث باید افزود که محافظین راه یا شرکتهای طرف قرارداد با آن‌ها، بعد از طرح دعوا از طرف زیان دیده دفاعیاتی طرح می‌نمایند که معمولاً عبارتند از:

الف- در خصوص یک منطقه‌ی عملیات اجرایی، پیمان کاران به طور معمول مدعی می‌گردند که آن‌ها صرفاً پس از دریافت دستور از محافظ راه، اقدام به نصب ابزارهای کنترل عبور و مرور در محیط کار خود نموده‌اند. از سوی دیگر محافظین راه بیان می‌دارند که مسئولیت کنترل عبور و مرور طبق مفاد قرارداد، تصریحات استاندارد و راهنمایی شیوه‌های کنترل تردد به پیمان کار تفویض گردیده است.

از آن جایی که در اکثر دعاوی مناطق عملیات اجرایی، خواهان مدعی نقص علایم و شیوه‌های کنترل تردد بوده، محافظین راه استدلال‌ات متفاوتی می‌نمایند و مدعی می‌گردند: الف- تکالیف قانون آن‌ها نقض نگردیده و اعمال کنترل ترافیک در منطقه تردد به صلاحدید آن‌ها می‌باشد و هیچ‌گونه مسامحه‌ای صورت نگرفته، بنابراین مشمول مقررات این گونه دعاوی نمی‌شوند. این استدلال ممکن است نزد قضاتی که بدون توجه به مقررات جدید و هنوز بر مبنای قواعد عام مسئولیت مدنی با عدم احراز مسئولیت سبب (محافظ راه) با وجود مباشر (راکب یا عابر) را در نظر می‌گیرند، مؤثر باشد. چنانکه برخی<sup>1</sup> هنوز مبنای مسئولیت متصدیان راه را همان قواعد عمومی یعنی تسبیب و لاضرر می‌دانند و بر این اساس در مورد شهرداری‌ها همان حکم ماده‌ی 11 قانون مسئولیت مدنی را قابل اعمال می‌دانند.

---

1. ولی رستمی و دیگران، مسئولیت مدنی متصدیان راه در تصادفات رانندگی، فصلنامه‌ی مطالعات حقوق خصوصی، دوره 44 شماره‌ی 3، پاییز 1393، ص 380

## 78.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

- ب- با توجه به این که راننده به چنین منطقه‌ای وارد شده، تحمل مخاطرات موجود در آن نیز طبیعی و مسئولیت آن نیز متوجه خود راکب است.
- ج- راننده به جهت تجاوز از سرعت مجاز سهل انگاری کرده است.
- د- راننده به جهاتی هوشیار نبوده است.
- ه- راننده به دلیل انحراف از جاده سهل انگاری نموده است.
- و- دلایلی که دال بر انتساب موضوع تصادف به محافظ راه باشد به طور کامل واضح نیست.
- ز- محافظ راه یا پیمان کار تا به حال هیچ اطلاعی از شرایط مخاطره آمیز نداشته‌اند. با وضع مقررات و تکالیف جدید، این گونه استدلال‌ات و جاهتی در عدم مسئولیت محافظین راه یا پیمان کاران ندارد و مسئولیت اصلی جبران خسارت بر عهده‌ی محافظین راه است و بر مبنای مسئولیت قراردادی حق رجوع به پیمان کار را خواهد داشت.

### فصل دوم: تکالیف محافظین در ایمنی کناره‌های راه و محیط اطراف

#### آن

در این فصل در دو مبحث ابتدا تکلیف به رعایت ایمنی در ناحیه‌ی عاری از مانع و بازیابی مسیر و در مبحث دوم تکلیف به رعایت ایمنی در شانه‌ی راه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### مبحث اول: تکلیف به رعایت ایمنی در ناحیه‌ی عاری از مانع و بازیابی مسیر

ناحیه عاری از مانع، ناحیه‌ای است صاف و بدون مانع که بلافاصله پس از گوشه باند سواره رو آغاز می‌شود و جهت فرصت دادن به وسایل نقلیه منحرف شده، برای بازیابی مسیر خود، طراحی شده است. فضای بازیابی کنار راه، محوطه یا باریکه‌ای



## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 79

است که خودرو، پس از پرت شدن (در سرعت بالا) روی آن حرکت می‌کند.<sup>1</sup> اگر این فضا از موانع خطرناک پاک شود و بستر ایمن گردد، وسیله نقلیه امکان آن را خواهد یافت که قبل از برخورد به مانع سخت یا واژگونی، توسط راننده مهار شود و با کمترین زیان متوقف گردد. فضای بازیابی هم در سمت راست و هم در سمت چپ سواره رو می‌تواند قرار داشته باشد. در آزاد راه‌ها و به طور کلی راه‌های مجزا (دارای خطوط رفت و برگشت و جدا از هم) فضای بازیابی سمت چپ، همان میانه راه است (در صورتی که دارای عرض کافی باشد). عرض این ناحیه به حجم ترافیک، سرعت طراحی و شیب شیروانی کناره راه بستگی دارد. وسایل نقلیه در راه‌های پر ترافیک و سریع السیر، قاعدتاً نسبت به راه‌های با تراکم کمتر، به فضای بیشتری برای بازیابی نیاز دارند.<sup>2</sup>

برای دستیابی به حداکثر ایمنی، شیب‌ها باید تا حد امکان مسطح و لبه‌های آن‌ها گرد شده باشد. آب‌روهایی که آب‌های سطحی را به خروجی‌ها تعبیه شده هدایت می‌کنند نیز باید به گونه‌ای طراحی و اجرا گردند تا دارای شیب استاندارد باشد، این آب‌روها باید در خارج از محدوده راه قرار گیرند و یا به صورت بستر بر آورد شوند، در غیر این صورت باید به وسیله حفاظ مهار شوند، در صورتی که شرایط مقرر فوق رعایت نگردد و وسیله نقلیه منحرف شده سرنگون شود؛ محافظ راه مکلف به جبران خسارت است، چون راهی را که ساخته ناقص بوده است و کلیه‌ی شرایط لازم برای جلوگیری از ورود خسارت به اشخاص را نداشته و امور قابل پیش بینی را که از یک محافظ متعارف انتظار می‌رود رعایت نکرده است. در حقوق ایران با توجه به تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ت. ر، محافظ راه مطلقاً وظیفه ایمنی و نگهداری را بر عهده دارد؛

---

1. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 1-267، (ایمنی راه و حریم)، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384،

ص 42

2. همان، صص 43 و 44

## 80.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

مگر ثابت کند که حادثه مربوط به او نیست یا خود استفاده کننده منجر به وقوع حادثه گردیده است.

در حقوق انگلیس مسئولیت مأموران بزرگراه با پاسخ به این سؤال مرتبط است که آیا جاده به اندازه کافی ایمن است؟ اگر استفاده کننده از جاده بتواند ثابت کند که ایمنی جاده رعایت نشده است، بار اثبات خلاف آن بر عهده مسئولان بزرگراه قرار می‌گیرد که او نیز می‌تواند ثابت کند که وظایفش را با دقت انجام داده است و در تعیین میزان مراقبت مسئولان راه باید به مهارت راننده معمولی که همواره احتمال ارتکاب خطا از سوی او وجود دارد، توجه شود.<sup>1</sup>

### مبحث دوم: تکلیف به رعایت ایمنی در شانه‌ی راه

شانه راه محلی برای توقف اضطراری خودروها و معبری برای گذر اضطراری به منظور پرهیز از یک حادثه است. به علاوه احساس باز بودن فضا، عبور راحتی به وجود می‌آورد که از این طریق، سبب راحتی رانندگی و سفر و برخورداری از حالتی آزاد و بدون محدودیت می‌شود.

از لحاظ ساختمانی شانه باید هم سطح سواره رو بوده و ترجیحاً دارای رویه باشد، این اطمینان باید برای رانندگان فراهم باشد که شانه برای توقف و هم‌چنین گذر اضطراری خودرو از استحکام کافی برخوردار است.<sup>2</sup> در صورت افتادگی شانه‌ی راه، باید علائم و نشانه‌های مقتضی در امتداد راه نصب گردد تا رانندگان را نسبت به وضعیت افتادگی شانه راه آگاه سازد. افت لبه‌های شانه، خواه به علت فقدان نگهداری یا به واسطه وجود شانه، بیشتر از هر جا، در امتداد سواره روهای دارای دو خط عبوری

1. Cees van dam, European tort law, London, oxford university press.2002, p325

2. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 1-267، (ایمنی راه و حریم)، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384.

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 81

و در لبه میان یک سطح آسفالت شده و یک شانه‌ی غیر آسفالتی رخ می‌دهند. اُفت‌های لبه، چه در جاهایی که روکش‌های راه استفاده می‌شود و همه خط‌های عبور جاده تکمیل نشده است و چه در جاهایی که عملیات خاک برداری برای ساخت خط سیرهای جدید یا شانه‌های چسبیده به خط عبورهای سفری موجود در دست اقدام است، در خلال پروژه‌های ساخت و ساز نیز رخ می‌دهد. لازم به ذکر است شانه راه در طول مسیر باید پیوسته و دارای پهنای ثابت باشد و در صورت کاهش پهنای باید با نصب علائم کافی، راننده را از این تغییر آگاه کرد.

به نظر می‌رسد یک محافظ وظیفه دارد خطرات بالقوه را هشدار دهد و تمام تلاش خود را برای رفع نواقص افت‌های لبه راه در نظر بگیرد، در غیر این صورت چون جاده‌ای ناامن و محیط خطرناکی را بوجود آورده، مکلف به جبران خسارت است؛ زیرا این مورد نیز از مصادیق نقص راه بوده و محافظ راه مکلف به جبران خسارت است. بند 3 ماده‌ی 97 دستورالعمل نیروی انتظامی برای کارشناسان نیز این امر را به درستی آورده است و آن را یکی از موارد نقص شمرده و مقرر می‌دارد «در راه‌ها میزان اختلاف شانه با سطح اصلی راه و خط عبور بایستی به نحوی باشد که به هنگام خروج وسیله نقلیه از سطح راه و ورود به آن شانه یا برگشت مجدد باعث انحراف یا واژگونی وسیله نقلیه نشود». موارد فوق در صورتی موجب مسئولیت محافظ راه می‌گردد که مؤثر در حادثه باشد.

### مبحث سوم: تکلیف به رعایت ایمنی در حفاظ راه

به طور کلی تجهیزات حفاظتی کنار جاده به منظور حفاظت وسایل نقلیه از برخورد با خاکریزها یا موانع کنار جاده و یا جلوگیری از سقوط به پرتگاه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد. این تجهیزات باید در جایی نصب شود که خطر انحراف وجود دارد تا هم وسیله‌ی نقلیه‌ی منحرف شده را مجدداً به مسیر خود بازگرداند و هم سرنشینان و

1. Tim Pallas, (Responsible Minister), Toby Halligan (Clerk Of The Executive Council) Road safety road rules 2009, S.R. No.94/2009, p 378

## 82.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

عابری عبوری در کنار مسیر، از ایمنی لازم برخوردار شوند.<sup>1</sup> در آیین نامه ایمنی راهها، حفاظ، حصار است که مانع پرت شدن وسایل نقلیه متحرک به کنار راه و برخورد آنها با موانع خطر آفرین راه می شود و با خسارت کم، آن وسایل را به حالت سکون یا ادامه حرکت در مسیر راه در می آورد. حفاظهای ایمنی باید با توجه به کلیه ضوابط ایمنی و با دقت به نکاتی مانند حفظ جان سرنشینان به هنگام برخورد و انحراف و با توجه به نیروی وارده بر سرنشینان و عابری کنار مسیر نصب شود. با توجه به منافع نصب حفاظهای ایمنی که عمده ترین آن جلوگیری از خسارت های جانی و مالی سنگین است؛ انتخاب محل های نصب و چگونگی نصب حفاظها و هم چنین تعمیراتشان در فواصل زمانی مشخص، باید به دقت و با روش های صحیح و مناسب صورت پذیرد تا در هر زمانی شرایط مناسب را در جلوگیری از صدمات جبران ناپذیر به وسایل نقلیه، سرنشینان و عابری پیاده داشته باشد.

### گفتار اول: تکلیف به استفاده از انواع استاندارد حفاظ راه

انواع متعارف حفاظ راه شامل حفاظ فلزی و حفاظ بتنی است<sup>2</sup> که به اختصار بررسی می گردد.

الف: حفاظ فلزی: حفاظ فلزی مرکب از نرده های طویل است که بر روی پایه های فولادی مستقر در جسم راه نصب می شود. علاوه بر این حفاظ فلزی با مقطع نیوجرسی وجود دارد.

ب: حفاظ بتنی: حفاظ بتنی، دیواره ی بتنی با مقطع خاص است. که انواع معروف آن نیوجرسی بتنی و جنرال موتورز می باشد.<sup>3</sup> این حفاظها ممکن است در کنار راه (حفاظ

---

1. آقای حسن و دیگران، نرده های حفاظتی، نشر کنفرانس منطقه ای مدیریت، چ اول، 1380، ص 56  
2. آیین نامه ایمنی راهها: نشریه شماره 4-267، (تجهیزات ایمنی راه)، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384، ص 3 و 4  
3. همان، ص 4، نیوجرسی = محافظ بتنی که در کناره یا میانه راه استفاده می شود.

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 83

طولی) یا در بین دو راه (حفاظ میانی) نصب شود. حفاظ‌های کناری در طول راه برای محافظت وسیله نقلیه منحرف شده از برخورد با یک مانع صعب‌تر یا برای محافظت از پرت شدن به یک شیب عمیق، مورد استفاده قرار می‌گیرند، حفاظ‌های میانی برای جدا سازی عبور و مرور در طول راه‌های جدا شده و به منظور جدا نمودن ترافیک عبوری یا اختصاص تردد به خط عبورهای ویژه مورد استفاده قرار می‌گیرند این حفاظ‌ها برای هدایت مجدد وسایل نقلیه که از هر طرف به آن برخورد می‌کنند طراحی می‌شود.

### گفتار دوم: تکلیف به طراحی و نصب حفاظ

ضوابط نصب حفاظ بر این اساس قرارداد که آن را باید در محل‌هایی نصب نمود که احتمال بروز یا فراوانی تصادف‌های بالقوه را کاهش دهد. از دیدگاه کارشناسان ترافیک، نصب حفاظ‌ها موقعی ضروری است که مانعی غیر قابل جا به جایی یا تغییر وضعیت وجود داشته باشد و وسایل نقلیه را از برخورد با آن محافظت کند<sup>1</sup> حفاظ‌های فلزی یکی از انواع حفاظ‌های پرکاربرد در کشور است که در اکثر راه‌های کشور نصب شده‌اند از جمله مشکلات این حفاظ‌ها؛ عدم ایمن سازی مناسب، اتصال نامناسب به نرده‌ی پل‌ها، کوتاه بودن طول و عدم اتصال صحیح و هم پوشانی مناسب گاردریل‌ها در محل اتصال به هم دیگر است. عرضی ناکافی گاردریل‌های میانه راه در هنگام برخورد وسیله نقلیه از نظر ایمنی عملکرد لازم را نخواهد داشت.<sup>2</sup> یکی از موارد بسیار مهم در ایمنی حفاظ‌ها، ایمن سازی انتها و سر آن‌ها است؛ زیرا، در صورت انحراف وسیله نقلیه و برخورد با آن‌ها، به داخل وسیله نقلیه رفته و خسارت ایجاد می‌کند؛ بنابراین بهترین راه، بالی شکل نمودن انتهای آن‌هاست. در پیچ‌ها نیز گاردریل‌ها باید طوری نصب گردند تا کمتر موجب بروز خسارت گردند و در دورترین مکان ممکن نصب گردند. بند 5 دستورالعمل نیروی انتظامی به کارشناسان در سال 1390 مقرر می‌دارد «حفاظ

1. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 1-267، (ایمنی راه و حریم)، پیشین، ص 32  
2. وزارت راه و ترابری، راهنمای بازرسی راه، ج اول، چاپ سوم، پژوهشکده حمل و نقل، 1386، ص

#### 84.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

منصوبه در حاشیه راه ضمن آن که بایستی با فاصله مناسب از شانه راه نصب گردد مقاومت و میزان استحکام و نگه دارندگی آن نیز باید متناسب با نوع وسایل نقلیه سنگین مجاز عبوری در عبور باشد».

حفاظها باید به طور مشخص برای رانندگان مشخص باشد، این امر خصوصاً در شب که دید کاهش می یابد حساس تر است و باید با نصب بال کبوتری یا مواد منعکس کننده از برخورد وسایل نقلیه با آنها جلوگیری شود هم چنین نباید در جلوی آنها جدول کاری نمود زیرا بعد از برخورد، مسیرهای حرکتی پرتابی غیر قابل پیش بینی می شود.<sup>1</sup>

نکته ای که در بحث حفاظها بسیار مهم بوده ایمن سازی پلها با استفاده از نصب نرده در اطراف آن است که این امر نیز باید مدنظر محافظ قرار گیرد و در صورتی که گاردیل در ابتدا یا انتهای آن نصب گردد؛ باید ایمن سازی (چسباندن دوطرف به هم) به صورت کامل انجام شود. قانون گذار در ماده ی 19 ق.ا.ق.ا.ر.و.ر.<sup>2</sup> مقرر می دارد «وزارت خانه های راه و ترابری و جهاد سازندگی مکلفند علایم افقی و عمودی و تجهیزات ایمنی لازم را . . . اجرا نمایند». برابر این ماده، محافظ باید تجهیزات ایمنی لازم را در راهها اجرا نماید که یکی از موارد و مصادیق آن نصب حفاظها است که باید به درستی اجرا گردد و در غیر این صورت با ورود ضرر، محافظ راه ملزم به جبران خسارت است. هم چنین تبصره ی 3 ماده ی 14 که نقص راه را عنوان داشته است شامل این موارد نیز می شود؛ زیرا از یک محافظ راه متعارف انتظار می رود کلیه شرایط راه را برای استفاده بهتر استفاده کنندگان فراهم نماید؛ در صورتی که این شرایط را فراهم ننماید و نقصی مثل عدم نصب گاردریل یا عدم ایمنی سازه در حاشیه راه وجود داشته باشد نقص تکلیف صورت گرفته و موجب مسئولیت در جبران خسارت خواهد بود.

1. همان، ص 35

2. قانون اصلاحی قانون ایمنی راهها و راه آهن مصوب 1379/2/12

### گفتار سوم: رویه قضایی در حفاظ راه

رای دادگاه: در خصوص اتهام آقای کیانوش . . . فرزند . . . شهردار سابق . . . «مبنی بر عدم رعایت نظامات» (عدم نصب نیوجرسی = محافظ بتنی که در کنار یا میانه راه استفاده می‌شود) به میزان چهل در صد که منجر به فوت مرحومین، محمد . . . ، علی . . . ، احمد . . . ، حوا . . . ، علیرضا . . . و صدیقه . . . و مصدومیت فاطمه . . . ، علی . . . و فایزه . . . شده است؛ دادگاه با بررسی محتویات پرونده و شکایت شکات، نظریه افسر کاردان فنی . . . بزه انتسابی را محرز و مسلم دانسته و مستنداً به مواد 297 و 303 و 304 و 367 و 480 و 443 و 485 و 403 و 382 و 616 قانون مجازات اسلامی . . . متهم را محکوم . . . و اما در خصوص اتهام ایرج . . . (شرکت . . .) با توجه به دفاعیات و فقدان ادله اثباتی با تمسک به اصل کلی برایت رای بر برایت صادر و اعلام می‌نماید و در خصوص آقای الف (راننده) وی را به پرداخت 50 هزار تومان جزای نقدی بدل از حبس بابت عدم رعایت نظامات محکوم می‌نماید . . .

#### نقد رای

1- دادگاه، بر مبنای نظر کارشناس، شهردار را به علت عدم نصب نیوجرسی (محافظ بتنی که در کنار یا میانه راه استفاده می‌شود) به میزان چهل درصد محکوم نموده است. به نظر برخی تعیین چنین درصدی معیار مشخصی ندارد و در صورت اعتراض به نظر کارشناسی و ارجاع آن به کارشناس دیگر یا هیأت کارشناسان، معمولاً در صدهای دیگری تعیین خواهد شد و لذا ارجاع به کارشناس برای تعیین درصد مسئولیت در جبران خسارت بی اساس و غیر قابل قبول است.<sup>1</sup>

با وجود این لازم به ذکر است که در سایر مواردی که ارجاع امر به کارشناس پذیرفته شده است، نظر کارشناس در حقوق ایران به تبع نظرات فقهای امامیه، به جهت انسداد باب علم، از ظنون معتبر است.<sup>2</sup> در عین حال در این خصوص نکاتی قابل ذکر

1. بختیار عباسلو، پیشین، ص 206

2. مرتضی انصاری، کتاب مکاسب، ج 5، ص 403 و 404 - برای ملاحظه ماهیت نظر کارشناسی

## 86.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

است. اول این که در تعیین خسارت که به کارشناسان مختلف ارجاع می‌گردد؛ غالباً ممکن است که اتفاق نظر نباشد و هر یک مبلغی را تعیین نمایند. ولی صرف اختلاف نظر نمی‌تواند مستمسک یا دلیل بی اعتباری کارشناسی در تعیین میزان خسارت تلقی گردد. نکته دوم این که آیا تعیین مسئول یا مسئولین حادثه، امری قضایی و در صلاحیت قاضی است یا در صلاحیت کارشناس است؟ ظاهراً تعیین مسئول یا مسئولین حادثه امری موضوعی است و تعیین آن با ملاحظه‌ی صحنه‌ی حادثه و عوامل دخیل در آن صورت می‌گیرد و از این رو اگر کارشناسان مسئول صددرصد خسارت را محافظ راه یا شخص راننده تشخیص دهند، دادگاه نیز با لحاظ اوضاع و احوال مسلم در قضیه چنین نظری را مبنای صدور حکم قرا می‌دهد. نکته سوم این است که آیا تعیین مسئولین و عوامل متعدد دخیل در پرونده و میزان دخالت این عوامل و میزان مسئولیت اشخاص مرتبط با آن‌ها در صلاحیت کارشناس است؟ ظاهراً در پاسخ به این سوال اختلاف است و برخی بر آنند که اگر نقص راه به هر میزانی ولو اندک مؤثر در حادثه و خسارت باشد؛ همین کافی است که محافظ راه مسئول صددرصد جبران خسارت محسوب شود؛ چون مقصود از وضع چنین مقرراتی دخالت و مسئولیت محض دولت در جبران خسارت اشخاص است و محدود نمودن آن به درصدی از خسارت خلاف اهداف حمایتی این قوانین است.<sup>1</sup> بی تردید اگر چنین مقصودی که قانون گذاران در این موارد مسئولیت محض برای دولت‌ها تعیین نموده‌اند، احراز گردد، مراقبت دولت‌ها در محافظت از راه نیز بیشتر خواهد شد. اما اتفاق نظر در احراز چنین مسئولیت محضی وجود ندارد و رویه قضایی، تعیین مسئولین مختلف در ورود خسارت و درصد مسئولیت آن‌ها را پذیرفته است. و پذیرفتن مسئولیت محض برای محافظ راه ممکن تالی فاسد نیز داشته باشد و موجب افزایش بی احتیاطی در رانندگی شود.

---

ر.ک. محمد رضا پیرهادی، صادق مرادی، درس گفتارهایی در حقوق قراردادها: مباحث تکمیلی تطبیقی، جلد اول، چ اول، انتشارات خرسندی، 1393، ص 1. بختیار عباسلو، پیشین، ص 206



## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 87

علاوه بر این، در رویه‌ی قضایی، تعیین درصد مسئولیت اشخاص در جبران خسارت، مختص حوادث رانندگی نیست و مثلاً در خسارات وارده به کارگران در حین کار نیز بازرسان کار درصد دخالت عوامل مختلف و تبعاً درصد مسئولیت اشخاص دخیل در حادثه را مشخص می‌کنند و محاکم نیز بر مبنای آن رأی می‌دهند. در صورتی که تعیین درصد مسئولیت از سوی کارشناسان را بی اساس تلقی کنیم؛ در همه‌ی موارد باید فقط راننده و یا فقط حافظ راه را مسئول صد در صد جبران خسارت محسوب کنیم. و اشکالات وارد بر این حالت نیز محل تأمل است.

2- حکم به برایت شرکت هلیله (به عنوان پیمان کار) صادر شده است. ظاهراً شرکت مزبور تعهدی به نصب نیوجرسی نداشته است و محافظ راه مسئول جبران خسارات شهرداری است بدیهی است در صورتی که شرکت مزبور به تعهدات قراردادی خود عمل ننموده باشد، طرح دعوا به استناد مسئولیت قراردادی علیه او میسر خواهد بود.

### مبحث چهارم: تکلیف به نصب ضربه‌گیر در محل‌های مناسب

ضربه‌گیرها سیستم‌هایی هستند که از برخورد وسایط نقلیه به اشیای ثابت جلوگیری می‌کنند. ضربه‌گیرها برای حفاظت در برابر موانع منفرد مناسب (پایه‌های پل) می‌باشند. برخی اوقات به دلیل باریک بودن کناره راه لازم شده تا شی در فاصله کمی از راه قرار داده شود که در این موارد از ضربه‌گیر جهت کاهش صدمه ناشی از برخورد استفاده می‌شود.<sup>1</sup>

ضربه‌گیرها معمولاً از ماسه یا آب پر می‌شوند، در صورتی که با مواد دیگری پر شوند معمولاً خطرناک می‌گردند. طبق استانداردهای ارایه شده در آیین نامه راه، ضربه‌گیرها باید ضربه وارده از طریق وسایل نقلیه مختلف را تحمل نمایند و وسایل نقلیه را با شتاب (حداکثر 8 برابر شتاب ثقل زمین) قابل تحمل برای انسان در یک

1. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره‌ی 4-267، (تجهیزات ایمنی راه)، پیشین، ص 48

## 88.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

فاصله کوتاه متوقف نمایند. <sup>1</sup> اصولاً معیارهای طراحی ضربه گیرها وزن وسایل نقلیه و سرعت آنها است.

ضربه گیرها، باید در مبادی ورودی و خروجی بزرگراه‌ها، جلوی پایه‌های پل و دیوارهای جانبی، در نقطه شروع سر سپری نرده ایمنی کنار و میانه راه، در حین عملیات اجرایی راه سازی، لچکی خروجی یا دو راهی‌های مهم که فاقد محوطه بازیابی باشند یا سایر موانعی که در فاصله کمتر از 9 متر، از لبه سواره رو قرار دارند؛<sup>2</sup> نصب گردند و جلوی آنها کاملاً مسطح باشد. مثلاً جدول در جلوی آنها نصب نشود تا باعث بروز خسارت گردد. بنابراین با توجه به این که نصب ضربه گیرها و طراحی صحیح آنها، از تجهیزات ایمنی کناره راه محسوب می‌شوند و قانون گذار در ماده‌ی 19 ق.ا.ق.ا.ر.و.ا. به طور صریح محافظ را مکلف به نصب آنها نموده است. در صورتی که با رعایت شرایط فوق طراحی، نصب و نگهداری نشود، محافظ مکلف به جبران خسارت است. لازم به ذکر است که هر چند ماده‌ی 19 فقط از وزارت خانه‌های راه، شهرسازی و جهاد کشاورزی را نام برده است ولی در قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی نقص راه و مسئول آن به صورت مطلق بیان شده و از این رو تکالیف مذکور شامل تمامی راه‌های کشور و از جمله راه‌های مربوط به شهرداری‌ها نیز خواهد بود. بنابراین در صورت بروز خسارت به دلیل عدم طراحی، نصب و نگهداری ضربه گیر در محل‌های مناسب و لازم، همی محافظین راه‌ها ملزم به جبران خسارت خواهند بود.

### مبحث پنجم: تکلیف به نظارت در کناره‌ی راه

در این مبحث، در سه گفتار، ابتدا تکلیف به احداث خروجی اضطراری در سرازیری‌های طولانی و در گفتار دوم تکلیف به تأمین فاصله دید و آشکار سازی و در گفتار سوم تکلیف به ممانعت از نصب تابلوهای تبلیغاتی در کنار راه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

---

1. همان، ص 49

2. همان، ص 58

### گفتار اول: تکلیف به احداث خروجی اضطراری در سرازیری‌های طولانی

در سرازیری‌های طولانی این خطر وجود دارد که ترمز وسائط نقلیه سنگین به علت نقص فنی یا گرم کردن زیاد از حد، قدرت عمل خود را از دست بدهد و وسیله‌ای که بدین ترتیب سرعتش به نحو نگران‌کننده‌ای افزایش یافته با رسیدن به سایر خودروها و یا پیچ‌های تند، ضایعات جبران‌ناپذیری را به وجود آورد؛ در این گونه موارد، احداث خروجی اضطراری در محل‌های مناسبی از سرازیری‌های طولانی راه، چاره‌ای است که برای رهایی از این خطر باید انجام داد تا وسیله‌ای که از کنترل خارج شده به آن مسیر هدایت شود، در غیر این صورت اگر خسارتی از این حیث وارد آید زیان دیده می‌تواند جبران خسارت وارده را مطالبه کند. زیرا اولاً: خطر مزبور قابل پیش‌بینی است. ثانیاً: یک محافظ یا دارنده متعارف راه باید سعی کند برای خطراتی که راکبین را تهدید می‌نماید چاره‌ی مناسبی بیندیشد؛ و این امر عرفاً به عنوان نقص راه تلقی می‌شود و براساس تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 ق. ر. ت. ر، متصدی امر مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود.

### گفتار دوم: تکلیف به تأمین فاصله دید و آشکار سازی

در بسیاری از موارد محدودیت دید و عدم تأمین فاصله‌ی دید مناسب و عدم آشکارسازی منجر به حادثه می‌شود. به عنوان مثال درخت کاری‌های اطراف راه خصوصاً در پیچ‌ها، دید را محدود می‌نماید، هم‌چنین در جاهایی که دید کافی نسبت به موانع کنار راه یا جان‌پناه‌ها و... وجود ندارد، باید به وسیله آشکار سازی مشخص گردد تا از برخورد وسیله نقلیه با این اشیاء اجتناب شود. انجام این امر به خصوص در نزدیک شدن به محل اخذ عوارض می‌تواند ایمنی راه‌ها را تأمین نماید.

در برخی از کشورها از جمله آمریکا به علت وجود تقاطع‌های بسیار و ضرورت آشکار سازی در آن‌ها، رویه‌ی قضایی مسئولین راه‌آهن را به عنوان یک تکلیف عام ملزم نموده است که ایمنی کسانی را که از تقاطع‌های ریلی - جاده‌ای استفاده می‌کنند،

## 90.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

فراهم و یک محیط امن در تقاطع‌ها ایجاد نمایند که شامل تعیین و حفظ استانداردها، پاک سازی موانع بینایی در سمت راست مسیر و نصب ابزارهای کنترل ترافیک لازم و کافی در تقاطع‌های خطرناک می‌شود.<sup>1</sup>

امروزه با توسعه زیرساخت‌ها و فراهم شدن نیروی برق کافی، در خیابان‌ها و برخی از جاده‌ها اقدام به نصب چراغ‌های روشنایی می‌شود. چنین اقداماتی نیز ممکن است مصداق آشکار سازی در راه‌ها محسوب گردد. با وجود این با توجه به استانداردهای موجود در ساخت اتومبیل و فرض کفایت نور چراغ‌های اتومبیل برای دید رانندگان در شب، در صورتی که نور چراغ‌های منصوبه در خیابان کم یا کافی نباشد ولی تأثیر مستقیم در تصادف نداشته باشد، نمی‌توان محافظ راه را مسئول جبران خسارات وارده دانست. رویه قضای برخی از کشورها مؤید این مطلب است.

در حقوق کامن لا در دعوی لانگ علیه دیترویت در سال 2003 محافظ راه شهری نتوانسته بود چراغ خیابان را تعمیر نماید و باعث بر خورد اتومبیل با عابر پیاده گردید، عابر پیاده دعوی خود را علیه محافظ راه طرح نمود. دادگاه نزدیک‌ترین دلیل و علت مستقیم تصادف را بر خورد راننده با شاکی دانست نه روشنایی معیوب خیابان را و مقرر نمود «روشنایی مناسب خیابان تنها دید را بهتر می‌نماید».<sup>2</sup> در حقوق ایران نیز شاید بتوان گفت که عدم تعمیر چراغ خیابان در صورتی می‌تواند موجب مسئولیت گردد که تأثیر مستقیم در بروز حادثه داشته باشد و از علل تصادف باشد.

### گفتار سوم: تکلیف به ممانعت از نصب تابلوهای تبلیغاتی در کنار راه

سؤال این است که آیا نصب تابلوهای تبلیغاتی کناره راه می‌تواند موجب مسئولیت محافظ راه گردند؟

1. John C. Glennon And Paul F. Hill, Roadway safety and tort liability, second edition, publishing company inc, 1996, p258

2. Ron Emery, Highway Tort Liability In Michigan, ,2005, available at: [https://www.michigan.gov/documents/MDOT\\_Appx\\_D\\_Policies\\_Procedur es\\_11-13\\_Highway\\_Tort\\_Liabili\\_160136\\_7.pdf](https://www.michigan.gov/documents/MDOT_Appx_D_Policies_Procedur es_11-13_Highway_Tort_Liabili_160136_7.pdf).

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 91

آیین نامه ایمنی راه‌ها مقرر می‌دارد، نصب تابلوهای تبلیغاتی در کنار راه یا میانه، توجه راننده را به خود معطوف می‌دارد و در تمرکز مورد نیاز رانندگی، اختلال ایجاد نموده و سبب بروز حوادث می‌گردد. نصب تابلوهای تبلیغاتی نه تنها تا حد حریم بلکه در محدوده مجاور آن نیز اثر نامطلوب دارد.<sup>1</sup> زیرا طبق یک قاعده عمومی مهم، سرپرستان جاده باید توجه داشته باشند که همه استفاده کنندگان دقت کافی ندارند و اغلب مستعد ارتکاب اشتباه هستند،<sup>2</sup> هدف مسئولیت مدنی علاوه بر جبران خسارت، بازدارندگی نیز می‌باشد<sup>3</sup> به نظر باید به هر دو هدف، توأمان توجه شود. یعنی هم مسئولیت جبران خسارت وارده و هم هدف بازدارندگی مد نظر قرار گیرد و با انجام اقدامات بازدارنده، ارتکاب فعل زیان بار توسط دیگران منتفی گردد. در فرض مورد بحث به علت این که بعضی از تابلوهای تبلیغاتی توجه راننده را به خود جلب می‌کند و در تمرکز حواس راننده ایجاد اختلال می‌نماید، محافظ باید اقدام به برداشتن چنین تابلوهایی نماید. در آیین نامه‌ی راه نیز به وضوح به خطرناک بودن چنین تابلوهایی تصریح شده است و همان طور که در حقوق برخی از کشورها<sup>4</sup> به درستی اشاره شده، تعیین مراقب بر امری، به معنی ایجاد یک تکلیف برای مراقب است و در صورت نقض تکلیف و ورود خسارت، مراقب مسئول جبران آن خواهد بود.

### مبحث ششم: رویه قضایی در نظارت بر کنار راه

در پرونده‌ی کلاسه 900/995 شعبه شعبه یازدهم دادسرای عمومی و انقلاب اهواز، سواری پژو به رانندگی آقای رامین . . . و پنج نفر سرنشین در مسیر جاده‌ی کوهستانی قلعه خواجه به شهر لالی در حال حرکت بوده که از جاده‌ای با روکش آسفالت و خط کشی وسط و با عرض حدود 6/30 متر و عرض شانه شنی هر طرف جاده 1/20 متر خارج و از پیچ راستگرد وارد شانه شنی شده و پس از طی بیست متر از بغل دهانه‌ی

1. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 1-267، (ایمنی راه و حریم)، پیشین، ص 85

2. Cees van dam, op.cit , p. 330

4. <http://plato.stanford.edu/contents.html>

5. Cees van dam, op.cit , p. 331

## 92.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

پل که حدود 7 متر از لبه آسفالت قرار داشته و دارای اختلاف ارتفاع با حاشیه‌ی راه بوده است به پایین پل واقع در حاشیه‌ی راه سقوط می‌کند. کارشناس تصادفات علت اصلی حادثه را خطای مساوی از جانب راننده و نقص راه از جانب اداره‌ی راه و ترابری تشخیص می‌دهد. با اعتراض به نظر کارشناس واحد، قرار ارجاع به هیأت کارشناسی صادر می‌شود و این هیأت نظریه خود را به شرح زیر اعلام می‌کند:

بازپرس محترم شعبه یازدهم دادسرای عمومی و انقلاب اهواز

با سلام احتراماً در اجرای دستور قضائی صادره در پرونده کلاسه 900/995 در ارتباط با بررسی و اظهار نظر کارشناسی پیرامون یک فقره تصادف منجر به خسارت و جرح و فوت، مربوط به سواری پژو 206 مشکی رنگ بشماره ... به رانندگی آقای رامین ... و سرنشینی 1- مادرش 2- خواهرش 3- نوروز ... 4- محمد ... 5- صدرا ... در حدود ساعت 3 مورخ 90/5/27 در جاده قلعه خواجه به لالی (حد فاصل روستای بنه حیدر تلوک) از جاده خارج و به دره (پایین پل) سقوط و موجب مصدومیت خانم صدیقه و صدرا و ایجاد خسارت به خودرو مذکور گردیده است. به استحضار می‌رساند، پرونده متشکله تحت نظر قرار گرفت و ضمن مطالعه اوراق دقیق پرونده از مفاد قرار کارشناسی صادره مطلع شدیم. ضرورتاً پس از هماهنگیهای به عمل آمده با طرفین، در صبح روز سه شنبه مورخه 90/11/18 به شهرستان قلعه خواجه عزیمت و از آنجا به محل وقوع حادثه رفتیم و از محل وقوع تصادف مطروحه بازدید به عمل آوردیم و اظهارات شفاهی راننده را در خصوص نحوه و چگونگی بوجود آمدن حادثه استماع نمودیم و پس از بحث و بررسی و تبادل نظر در نهایت با نگرش به امارات و قرائن و ضوابط فنی موجود و با ذکر خلاصه‌ای از اطلاعات موجود در پرونده نظریه‌ی کارشناسی بشرح ذیل انشا گردید.

1- خلاصه‌ای از اطلاعات موجود در پرونده و شرح حادثه برابر گزارش کلاتتری مرکزی اندیکا هم‌چنین گزارش و کروکی ترسیمی اولیه رسیدگی کننده به تصادف کارشناس جمعی پلیس راه اهواز، مسجد سلیمان، در حدود ساعت 3 صبح مورخه

تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 93

90/5/27 خودرو سواری پژو 206 مشکی رنگ شماره پلاک . . . به رانندگی آقای رامین و سرنشینی مادرش و صدیقه و نوروز و کسرا و صدرا . . . از سمت قلعه خواجه به طرف لالی در حرکت بوده است و به عللی از جاده خارج و در پایین پل حاشیه راه سقوط می‌نماید.

کارشناس رسیدگی کننده به تصادف در ساعت 17 مورخه 90/5/27 از صحنه حادثه بازدید و ضمن مشخص نمودن مسیر حرکت سواری پژو 206 در نهایت علت اصلی حادثه را ترکیب و تقارن دو خطا به طور مساوی 50% بی احتیاطی از جانب راننده سواری پژو 206 شماره‌ی فوق به علت عدم توجه کافی به جلو و نقص ماده‌ی 180 آیین نامه راه 50% بی احتیاطی از جانب اداره راه و ترابری به علت عدم نصب علائم هشدار دهنده‌ی تابلوی مشخص کننده راه گارد جاده، نسبت به سواری پژو 206 شماره‌ی فوق تشخیص داده است. با توجه به اعتراض اداره راه و ترابری به نظریه‌ی ابرازی کارشناس اولیه رسیدگی کننده به تصادف و اجرای قرار کارشناسی صادره بررسی و رسیدگی در این خصوص به این جانبان ارجاع گردیده است.

2- نتیجه‌ی اقدامات به عمل آمده توسط هیات سه نفره کارشناسی بدین قرار می‌باشد.

الف- محل وقوع حادثه، جاده کوهستانی و فرعی قلعه خواجه به لالی - جاده ایست کوهستانی با پیچ و خم‌های و سرایشی و سربالایی‌های متعدد مختص مناطق کوهستانی با روکش آسفالت مناسب و خط کشی وسط، عرض سطح سواره رو حدود 6/30 متر و عرض شانه شنی طرفین آن حدود 1/20 متر در مسیر حرکت سواری پژو 206 از سمت جنوب به شمال بوده است و سواری به محض خروج از پیچ راستگرد وارد شانه‌ی شنی شده و پس از طی 20 متر از بغل دهانه پل که به فاصله حدود 7/10 متری از لبه آسفالت قرار دارد و دارای اختلاف ارتفاع با حاشیه راه می‌باشد به پایین پل سقوط می‌نماید یعنی حدوداً به فاصله 20 متر مانده به پل، خودرو مذکور از جاده خارج گردیده است و در صورت موجود بودن گاردریل «گرچه با توجه به ساختار

#### 94.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

وضعیت راه و پل ضرورتی به نصب گاردریل متصور نمی باشد» نیز حادثه مطروحه رخ می داد؛ زیرا همان طور که اشاره شد، خروج خودرو از جاده حدود 20 متر مانده بوده است.

ب: راننده ی خودرو آقای رامین . . . در حضور این جانبان شفهاً اظهار نمود؛ در حدود ساعت 19 الی 20 از اصفهان به طرف لالی حرکت کرده است. بدیهی است با توجه به ساعت وقوع حادثه که در حدود ساعت 3 رخ داده است، این امر نیز مزید بر علت و باعث خستگی و خواب شده است.

ج: اظهار نظر کارشناسی: با عنایت به مراتب معروضه در فوق و با نگرش به زمان و شرایط و ساختار محل حادثه که در حدود ساعت 3 بامداد در جاده کوهستانی با مختصات خاص آن و جاده فرعی بوقوع پیوسته است. با توجه به نحوه خروج وسیله نقلیه مذکور از جاده و سقوط آن از پهلوی پل به پایین در واقع حدود 20 متر مانده به پل از جاده خارج شده است. بالاخص با مد نظر قرارداد مدت زمان رانندگی راننده که در حدود ساعت 19 از اصفهان خارج شده است؛ این جانبان متفقاً عقیده داریم که در لحظاتی قبل از زمان وقوع حادثه مطروحه هنگامی که رامین با خودرو پژو 206 به شماره ی . . . و به سرنشینی مادر، خواهر، شوهر خواهر و دیگر اعضای خانواده اش از مبدأ اصفهان به مقصد لالی در حرکت بوده است پس از گذشتن از شهر قلعه خواجه در حد فاصل روستای بنه حیدر به پل تلوک پس از عبور از پیچ راستگرد و شیب نسبی جاده به جهت خستگی و خواب و با توجه به این که سرعتی متناسب با شرایط محل نداشته است وارد شانه ی شنی راه شده و پس از طی حدود 20 متر کاملاً از شانه حاشیه راه خارج و از پهلوی دهانه پلی که به فاصله حدود 7/10 متری از آسفالت و با اختلاف ارتفاع قرار دارد به پایین سقوط می نماید. با بررسی های همه جانبه به عمل آمده و همانطور که کارشناس محترم اولیه رسیدگی کننده به تصادف در ردیف 2 کروکی ترسیمی خود مشخص نموده است و برابر عکس های مأخوذه از محل وقوع حادثه که ضمیمه گزارش تقدیم می گردد. ساختار و وضعیت راه بنحوی است که نصب گاردریل



## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 95

در محل مذکور ضرورتی ندارد و به همین لحاظ عدم نصب گاردریل در محل، ایجاد خطر ناامنی برای عبور وسایل نقلیه نمی‌نماید. بر این اساس ملاحظه می‌گردد عدم وجود علائم مورد نظر کارشناس اولیه‌ی رسیدگی کننده هیچ گونه مداخلیتی در وقوع حادثه مطروحه ندارد و با توجه به شرایط فوق الذکر و به دلیل خستگی و خواب آلودگی راننده که منجر به منفک شدن وی از جلویش گردیده، هر زمان امکان وقوع آن در سراسر جاده مذکور متصور بوده است. بنابر این علت اصلی حادثه را صرفاً بی احتیاطی از جانب راننده سواری پژو 206 شماره‌ی ... به علت عدم توجه ناشی از خستگی و خواب آلودگی (نقض مفاد ماده‌ی 180 آیین نامه راهور)<sup>1</sup> تشخیص می‌دهیم. در نقد نظریه‌ی هیأت کارشناسی لازم به ذکر است که:

اولاً؛ هیأت کارشناسان تمامی شرایطی را که باعث وقوع حادثه گردیده، به دقت بررسی ننموده‌اند؛ زیرا در نظریه‌ی کارشناس اول عنوان شده است که کنار جاده به صورت صحیح خط کشی نشده است و حادثه مزبور در ساعت 3 شب اتفاق افتاده و در این ساعت، جاده و محیط اطراف آن کاملاً به رنگ تیره است و هر انسان متعارفی را دچار اشتباه می‌کند. بنابراین کنار جاده مشخص نبوده و از یک محافظ راه متعارف انتظار می‌رود کلیه‌ی شرایط یک جاده ایمن را فراهم نماید، هیئت سه نفره در اظهار نظر خود به این نکته دقت ننموده‌اند و علت حادثه را صرفاً «خستگی و خواب لحظه‌ای راننده» دانسته‌اند.

ثانیاً؛ هیأت کارشناسی اظهار داشته‌اند «با توجه به ساختار و وضعیت راه و پل ضرورتی به نصب گاردریل متصور نمی‌باشد و در هر صورت حادثه مزبور رخ می‌داد». این استدلال و نتیجه‌گیری صرفاً بر اساس عدم توجه و شناخت کافی از تکالیف

---

1. ماده‌ی 180 آیین نامه راهنمایی و رانندگی مقرر می‌دارد: رانندگان حق ندارند ضمن رانندگی دخانیات استعمال نمایند یا خوراکی یا آشامیدنی میل کنند و استفاده از هر گونه وسایل و تجهیزات مانند تلفن همراه که باعث انحراف ذهنی و رفتاری راننده گردد ممنوع است. رانندگان موظفند در هر حال به طور کامل به جلو توجه داشته باشند.

## 96.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

محافظ راه است. زیرا در صورتی که راهی ساخته شود، محافظ راه وظیفه دارد جاده را به طور متعارف ایمن نگه دارد و در حاشیه جاده حداقل در جایی که پرتگاه وجود دارد حفاظ‌هایی را نصب نماید. مشخص نیست هیأت کارشناسی بر چه اساسی وجود نرده و حفاظ را در روی پلی که 15 متر ارتفاع دارد را لازم ندانسته است.

ج) هدف از ایمن کردن جاده، جلوگیری از ورود خسارت در مواقعی است که به عللی راننده از مسیر اصلی منحرف می‌گردد. در شرایط عادی کسی از مسیر منحرف نمی‌شود و در شرایط غیر عادی است که وسیله انحراف پیدا می‌کند، از این رو وجود گاردریل و حفاظ در محیط‌های خطرناک لازم است.

د) فاصله 20 متری که کارشناسان اظهار نموده‌اند محل خروج بوده است، به علت عدم ایمن بودن حاشیه‌ی راه و ناحیه بازایی و عدم نصب علائم موجب سقوط از جاده شده است. از این رو در این موارد علل متعدد موجب سقوط است که از جمله مهم‌ترین آن عدم نصب گاردریل بوده که با ترک فعل محافظ صورت گرفته است. و بی تردید در صورت وجود حاشیه‌ی را مناسب و ناحیه‌ی بازایی کافی و نصب گاردریل وسیله نقلیه مزبور به پایین سقوط نمی‌نمود.

معمولاً محافظین راه در مقام دفاع و نفی مسئولیت در جبران خسارات اظهار می‌دارند:

هیچ نقش و سهمی در تصادم نداشته‌اند یا استانداردهای لازم در طراحی کنار جاده را رعایت نموده‌اند یا این که ایمنی کنار راه به صلاحدید آنها واگذار شده است یا راننده بی احتیاطی و سهل انگاری نموده است و مثلاً راننده به جهت خروج از مسیر عبور سواره رو یا به جهت عدم کاهش سرعت وسیله‌ی نقلیه و راندن به موازات افت شانه راه، برای برگشت به خط عبور پرتردد با سرعتی آهسته، بی احتیاطی نموده است یا به جهت پیچیدن بیش از حد وسیله‌ی نقلیه به کناره راه یا به جهت عبور از خط جاده یا به جهت کشیده شدن بیش از حد به سمت راست جاده سهل انگاری نموده است یا راننده در حال رانندگی مست یا خواب آلوده بوده یا در تصمیم گیری دچار

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن ..... 97

اشتباه شده است و یا در مقام دفاع اعلام می‌دارند که کناره راه آنقدر خطرناک نبوده است که علت تامه تصادف باشد یا این که کناره راه را به درستی تعمیر و اصلاح نموده‌اند. یا تکلیف قانونی مبنی بر رفع موانع برای محافظ راه وجود ندارد. یا تا کنون تصادفی در این منطقه اتفاق نیفتاده است که خطرناک بودن محیط را نشان دهد. یا محافظ از بودجه کافی برای نگهداری برخوردار نبوده است.

پیمان کاران که در مرمت و اصلاح یا هشدار نسبت به مخاطرات، مانند افت شانه راه یا دیگر نواقص قصور می‌ورزند؛ معمولاً در دفاع اظهار می‌دارند که هیچ تکلیفی در این خصوص نداشته‌اند و تذکر یا اخطاری از سوی کارفرما به آن‌ها داده نشده است.

### نتیجه گیری

1- محافظ راه شخصی است که راه‌های مختلف در سطح کشور تحت سلطه و تصرف او است و حق هرگونه اقدام و نظارتی روی آن را دارد. اشخاص و مراجع مختلفی در کشور، وظیفه مراقبت و نگهداری از راه‌ها و معابر عمومی را بر عهده دارند. و به اصطلاح به عنوان محافظ راه تلقی می‌شوند؛ با مذاقه در قوانین می‌توان وزارت راه و شهرسازی، شهرداری، وزارت جهاد کشاورزی، دهیاری و ملک راه خصوصی را به عنوان محافظ راه تلقی نمود و امروزه معابر عمومی تحت حفاظت و مراقبت اشخاص و نهادهای مسئول فوق است.

2- قبل از تصویب تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب 1389 مسئولیت مدنی محافظین راه براساس قواعد عام مسئولیت مدنی و به شرط اثبات تقصیر محافظ راه تعیین می‌شد ولی با تصویب این ماده کافی است که زیان دیده اثبات نماید که راه ناقص بوده است و این نقص از اسباب یا شرایط وقوع حادثه و به تعبیر قانونی مؤثر در آن بوده است.

3- در صورتی که شخصی راهی را به وجود آورد مسئول کلیه خساراتی است که از آن راه به وجود می‌آید و مکلف است ایمنی راه را فراهم نماید و در صورتی که نقص

## 98.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

را مؤثر در خسارت به دیگران باشد مسئول خواهد بود. و علی القاعده دارنده‌ی این شیء مسئول خساراتی است که از آن شیء به دیگران وارد می‌شود. لازم به ذکر است که در مبنای مسئولیت ناشی از شیء مباحثات حقوقی گوناگونی مطرح است و در این خصوص با افزایش مسئولیت دولت‌ها در قبال شهروندان، اماره‌ی خاص مسئولیت محافظ شیء پذیرفته شده است.

4- منابع مسئولیت مدنی محافظین راه و توجیه آن، در حقوق ایران عبارتند از: قاعده‌ی سنتی تسبیب و تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی که در هر دو مورد، مسئولیت مدنی ناشی از عدم مراقبت و حفاظت از راه متوجه شخصی است که این وظیفه را بر عهده دارد. نقص در تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، با توجه به تعریف آن، شامل هر نوع اشکال در راه که باعث ورود خسارت شود اعم از طراحی، محافظت یا مراقبت می‌شود.

5- مقررهای جدید در مسئولیت مدنی محافظین راه تبصره‌ی 3 ماده‌ی 14 قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب 1389 مسئولیت مدنی محض را ایجاد نموده است. به عبارتی دیگر مسئولیت مقرر در این ماده نیاز به اثبات تقصیر ندارد. این امر تحول بزرگی در مسئولیت مدنی دارندگان معابر است، در مسئولیت مدنی بر مبنای قواعد عام مثل قاعده‌ی تسبیب ممکن است گفته شود که زیان دیده باید تقصیر دارنده‌ی راه را ثابت نماید یا به نظر اقوا در حقوق ایران قابلیت استناد عرفی زیان به محافظ راه کافی تلقی گردد بر مبنای مقررهای جدید، زیان دیده نیاز به اثبات تقصیر ندارد و محافظ راه مسئول است و در صورتی که سببی از اسباب معافیت مسئولیت مثل عامل خارجی خارج از اقتدار محافظ راه (فارس ماژور) مطرح شود؛ محافظ راه باید این امر را اثبات نماید. بنابر این محافظ راه حتی اگر ثابت کند که مرتکب هیچ گونه تقصیری نشده یا اوضاع و احوال حادثه برای او ناشناخته است، نمی‌تواند از مسئولیت معاف گردد؛ زیرا قانون گذار به طور مطلق و محض عیب و نقص را موجب مسئولیت می‌داند و حتی در صورتی که محافظ ثابت نماید زمان و فرصت کافی برای اقدامات

## تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن..... 99

احتیاطی نداشته است، از مسئولیت معاف نخواهد شد. مثلاً اگر با اثبات وقوع زلزله‌ی شدیدتری که در زمان ساختن راه قابل پیش بینی نیست؛ خسارتی به راکبی وارد شود، محافظ راه مسئول نخواهد بود. اما اگر بعد از زلزله بلافاصله اقدامات لازم را انجام ندهد و در اثر نقص حادث در راه، خسارتی به راکبی وارد شود، محافظ راه مسئول خواهد بود و عدم اطلاع رسانی، بستن راه یا نصب علائم لازم از موجبات مسئولیت است.

6- در این که آیا تکلیف قانونی محافظین راه محدود به نگهداری از راه است یا شامل ایمنی راه مثلاً اعلام هشدارها و تابلوها نیز می‌شود؟ ممکن است تصور شود که وظیفه قانونی محافظین محدود به نگهداری از راه است اما با توجه به اطلاق مسئولیت ناشی از نقص راه می‌توان گفت آن چه از لوازم و مقدمات این تکلیف است، اعم از طراحی و نظارت و نگهداری را نیز در بر می‌گیرد زیرا نقص شامل تمام این موارد است و وظایف متعدد و متنوعی که محافظین دارند، همه از مصادیق نقص در مفهوم عام محسوب می‌شود.

7- هم چنین وقتی شخصی راهی را ایجاد می‌کند، اختیار و کنترل آن را بر عهده دارد و نسبت به هر امری که که مربوط به راه است، محافظ تلقی می‌شود و از یک محافظ متعارف انتظار می‌رود راهی را که در اختیار دیگران قرار می‌دهد، از ایمنی لازم برخوردار باشد. وظیفه مراقبت با تمام شرایط مراقبت در نظر گرفته می‌شود و عابر که به طور معقول و با اجازه محافظ یا دارنده از آن استفاده می‌کند، فرض بر این است که مسیر ایمن بوده و در طول راه به خطر نمی‌افتد.

8- محافظ علاوه بر این که وظیفه ایمنی راه را بر عهده دارد، ملزم به رفع نقاط حادثه خیز است، زیرا کسی که دارنده شی است باید خطراتی که استفاده کنندگان را تهدید می‌کند رفع نماید و این امر نیز می‌تواند نوعی ایمن نمودن تلقی گردد. آیین نامه اجرایی قانون مقررات تردد وسایل نقلیه خارجی مصوب 73/4/12 مقرر می‌دارد: «منظور از ایمن سازی جاده‌ها، هر نوع فعالیتی است که موجب افزایش ضریب ایمنی و

**100.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394**

کاهش تصادفات جاده‌ای می‌شود. « و بی تردید رفع نقاط حادثه خیز موجب افزایش ضریب ایمنی و کاهش تصادفات جاده‌ای است.

9- با وجود مسئولیت محض محافظ راه، در مواردی دادگاه‌های ایران حکم به بی‌حقی زیان دیده صادر می‌نمایند یا هر یک از خواهان و محافظ راه را به صورت درصدی مسئول حادثه تلقی و به همان نسبت حکم به محکومیت محافظ راه صادر می‌نمایند.

### منابع و مأخذ:

1. آقای حسن و دیگران، نرده‌های حفاظتی، نشر کنفرانس منطقه‌ای مدیریت، چ اول، 1380
2. الانصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج 5، ناشر المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویہ الثانیہ لمیلاد الشیخ الانصاری، 1418
3. پیرهادی، محمد رضا، صادق مرادی، درس گفتارهایی در حقوق قراردادها: مباحث تکمیلی تطبیقی، جلد اول، چ اول، انتشارات خرسندی، 1393
4. رستمی، ولی و دیگران، مسئولیت مدنی متصدیان راه در تصادفات رانندگی، فصلنامه‌ی مطالعات حقوق خصوصی، دوره 44 شماره 3، پاییز 1393
5. عباسلو، بختیار، مسئولیت مدنی، چ اول، نشر میزان، 1390
6. دبیرخانه مجمع جهانی راه (پیارک) - کمیته‌ی شماره 6، مترجم سید ناصر حجازی، محسن عموزاده عمرانی، چاپ ا. ل، زمستان 1385
7. مرکز استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدید نظر استان تهران (حقوقی)، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، اسفند ماه سال 1391
8. مرکز استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدید نظر استان تهران (حقوقی)، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، بهمن ماه سال 1391
9. معین، محمد، فرهنگ فارسی (متوسط)، ج اول و دوم، چاپ نهم، انتشارات امیر کبیر، 1375
10. وزارت راه و ترابری، راهنمای بازرسی راه، ج اول، چاپ سوم، پژوهشکده حمل و نقل، 1386

آیین نامه‌ها:

11. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 1-267، (ایمنی راه و حریم)، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384
12. آیین نامه ایمنی راه‌ها: نشریه شماره 4-267، (تجهیزات ایمنی راه)، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384
13. آیین نامه ایمنی راه‌ها: ایمنی در عملیات اجرایی، نشریه شماره 7-267، ایمنی در عملیات اجرایی، چاپ اول، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، معاونت امور اداری و منابع انسانی، مرکز مدارک علمی، موزه و انتشارات، 1384
14. آیین نامه‌ی مدیریت ایمنی حمل و نقل و سوانح رانندگی مصوب 1387/7/30 وزارت راه و ترابری (وزارت راه و شهرسازی)

منابع انگلیسی:

1. Cees van dam, European tort law, London, oxford university press. 2002
- Institution Of Civil Engineers, Uk Roads Board, Highway Risk And Liability Claims ,A Practical Guide To Appendix C Of The Uk Road Board, Second Edition, London, July, 2009
3. John C. Glennon And Paul F. Hill, Roadway safety and tort liability, second edition, publishing company inc 1996
4. Ron Emery, Highway Tort Liability In Michigan, ,2005, available at:  
[https://www.michigan.gov/documents/MDOT\\_Appx\\_D\\_Policies\\_Procedures\\_11-13\\_Highway\\_Tort\\_Liability\\_160136\\_7.pdf](https://www.michigan.gov/documents/MDOT_Appx_D_Policies_Procedures_11-13_Highway_Tort_Liability_160136_7.pdf).
5. Tim Pallas,(Responsible Minister), Toby Halligan (Clerk Of The Executive Council) Road safety road rules 2009, S. R. No. 94/2009
6. Vivienne Harpwood, Modern Tort Law, sixth edition, Published by Routledge Cavendish (2005)



103..... تکالیف محافظین راهها و مسئولیت مدنی ناشی از آن

سایتها:

7. <http://khabarfarsi.com/ext/2618895>

8. <http://plato.stanford.edu/contents.html>







## مسئولیت مدنی قاضی در جریان توقیف اموال

\* جلیل مالکی \*  
\*\* حمید بذرپاچ \*

تاریخ پذیرش: 1394/06/25

تاریخ دریافت: 1394/06/01

### چکیده

توقیف اموال، گاه نتیجه اجرای حکم است و گاه نیز مقدمه‌ای است بر آن. نتیجه توقیف نیز، حسب نوع مال و توقیف، می‌تواند محدودیت و یا سلب کامل سلطه متصرف و مالک نسبت به مال باشد. توقیف اموال موجب ورود زیان به مخاطب آن می‌شود، لیکن این زیان مستحق جبران نیست، چرا که وفق مقررات قانونی بوده است، اما چنان چه اقدامات مزبور به لحاظ قانونی دچار ایراد باشد و خللی به ارکان آن وارد آید، می‌تواند سبب نقض توقیف و مسئولیت خاطی باشد.

در فرآیند توقیف اموال، اشخاص مختلف منافع و وظایفشان نقش دارند که عبارتند از: درخواست کننده توقیف، وکیل وی، قاضی آمر توقیف و مأمور اجرا، مجری توقیف که هر یک از آنها حسب مورد، برای استیفای حقوق و یا انجام وظایف خود باید در محدوده چارچوب‌های مقرر عمل نمایند، در غیر این صورت، چنان چه زیان ناروایی به طرف توقیف وارد آید، خاطی به عنوان مسئول جبران خسارت شناخته خواهد شد.

مکانیزم مسئولیت هریک از افراد مذکور متفاوت است و قانون گذار بنا به نقش هر یک از آنها، نوع و درجه‌ای خاص از مسئولیت را برایشان پیش بینی نموده، لذا منبع و ارکان مسئولیت هر یک متمایز از دیگری است.

واژگان کلیدی: تقصیر، اشتباه، قاضی، تقصیر قاضی، انواع خسارات، رابطه، اثبات معافیت قاضی

---

\* استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم تحقیقات آذربایجان شرقی.

## مقدمه

مفهوم مسئولیت مدنی، به مانند بسیاری از نهادهای حقوقی، تعریف واحدی از سوی حقوق دانان ارایه نشده است، اما به نظر می‌رسد، می‌توان مسئولیت مدنی را چنین معرفی نموده، هرگاه شخص متعهد به جبران خسارت وارد به دیگری باشد که این خسارت به طور عرفی متناسب به وی باشد و او هیچ حق مشروعی در اضرار به غیر نداشته باشد، مسئولیت مدنی در جبران خسارت خواهد داشت.

مسئولیت مدنی دامنه ای وسیع دارد، هر جا که بحث از ورود خسارت و جبران آن مطرح باشد، باید مسئولیت مدنی را موضوع بحث دانست و از جمله مواردی که در آن ورود زیان و الزام به جبران خسارت به وسیله عامل آن متصور است، توقیف اموال می‌باشد. البته لازم به ذکر است چنان چه توقیف، زبانی را به دیگری وارد آورد که بنابر قانون، زیان دیده مستحق تحمل آن زیان نبوده، باید مورد را از مصادیق مسئولیت مدنی انگاشت، چرا که در غیر این صورت محملی برای جبران خسارت باقی نمی‌ماند، در این مقاله به دنبال بررسی این موضوع هستیم.

توقیف اموال از موضوعات اجرای احکام مدنی است، که شاخه‌ای از آیین دادرسی مدنی محسوب می‌گردد. توقیف به مفهوم سلب آزادی است که توقیف مغرب آن است و مقصود از توقیف اموال هم سلب آزادی سلطه مالک یا متصرف نسبت به مال مورد توقیف، می‌باشد.

توقیف اموال، عملی قهری و غیرارادی نیست که فارغ از اراده اشخاص محقق شود، بلکه مستلزم یک سری مقدمات و لوازم است که این مقدمات و لوازم از سوی اشخاص مختلف به لحاظ نقش شأن در فرآیند توقیف تحقق می‌یابد.

لازم به توضیح است، مسئولیت مدنی التزام شخص به جبران خسارت است و از آنجا که اشخاص به مناسبت موقعیت خود، مرتکب اعمال و افعال مختلف می‌شوند بنابراین ممکن است در حین انجام این اعمال مختلف، سبب ورود زیان به دیگری شوند، لذا دچار مسئولیت مدنی می‌گردند، اما مکانیزم جبران خسارت و قواعد حاکم بر

## 107.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

مسئولیت ناشی از هر فعل، به صورت خاص می‌تواند باشد و با سایر افعال یا موقعیت‌ها متفاوت و چه بسا گاهی یک شخص در مقابل دیگری به واسطه دو عمل زیان بار مجزا دچار دو تعهد به جبران خسارت به صورت علیحده گردد که هر کدام از این تعهدات از یک مکانیزم خاص تبعیت می‌کند.

در نتیجه، زمینه برای تحقیق در مسئولیت مدنی بسیار وسیع است و به تعداد موقعیت‌ها و اشکال ورود زیان به دیگران می‌توان در خصوص مسئولیت مدنی آن‌ها تحقیق نمود.

در خصوص انتخاب مسئولیت مدنی ناشی از توقیف اموال به عنوان موضوع این تحقیق ضرورت‌ها و دلایلی نقش داشت که عبارتند از:

اول این که، بنا بر نظر شارع مقدس تجاوز به اموال مسلمین به مانند جان آن‌ها حرمت دارد و باید مورد حفاظت قرار گیرد، از آنجا که، توقیف اموال دیگران به ناحق، از مصادیق تجاوز به اموال محسوب می‌شود، ضروری است در راستای این امر شارع، تحقیقات لازم صورت پذیرد و با توجه به مکانیزم‌ها و قواعد مختلف مسئولیت مدنی امکان جبران خسارات وارده به زیان دیده در چنین مواردی مورد بررسی واقع شود. دوم این که، علی‌رغم اهمیت موضوع و شیوع آن، تحقیقی در زمینه چگونگی جبران خسارات ناشی از توقیف اموال در دسترس نیست، این مسئله تحقیق در این زمینه را ضروری می‌نمود.

سوم، با توجه به رایه نظریات نوین در زمینه مسئولیت مدنی از سوی حقوق دانان، انطباق این نظریات با مسئولیت مدنی اصحاب توقیف از توقیف اموال، جهت تسهیل در جبران این خسارت ضروری به نظر می‌رسد.

در این مقاله مسئولیت مدنی قاضی در جریان توقیف اموال را در خصوص صدور دخالت قاضی در توقیف، منابع مسئولیت قاضی ناشی از توقیف اموال و ارکان این مسئولیت را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## اقسام تقصیر

تقصیر مفهوم وسیعی است که مصداق‌های متعدد و متنوع دارد. گرچه همه این مصداق‌ها و عنوان‌ها تقصیر نامیده می‌شوند، اما به اعتبارهای مختلف می‌توان آن‌ها را در دسته‌های خاص قرار داد.<sup>1</sup>

اما از میان تمام تقسیم‌بندی‌ها، تقسیم تقصیر از دو بعد می‌تواند در مجموعه حاضر متمرکز باشد که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

ابتدا به تقسیم تقصیر به اعتبار شدت و ضعف آن می‌پردازیم. از این جهت، در حقوق خارجی، تقصیر را به سه درجه سنگین، سبک و بسیار سبک تقسیم کرده‌اند، «تقصیر سنگین مفهومی میانه تقصیر عمدی و خطا است زیرا مرتکب نسبت به نتیجه یقین ندارد و آن را نمی‌خواهد، ولی درجه احتمال اضرار به مرحله ظن می‌رسد.»<sup>2</sup>

تقصیر سبک، نیز تقصیری است که از اشخاص معمولی و متعارف سر می‌زند و تقصیر خیلی سبک نیز از انسان‌های محتاط سر نمی‌زند.<sup>3</sup>

با توجه به تعریفی که در قسمت قبلی از تقصیر ارائه شد، به طور معمول تقصیر سنگین و سبک موجبات مسئولیت افراد را فراهم می‌آورد و از آن جایی که معیار تقصیر رفتار اشخاص متعارف است، تقصیر خیلی سبک با توجه به معیاری که دارد (رفتار انسان محتاط) به طور معمول موجب مسئولیت نمی‌شود، مگر در موارد خاص. علیرغم این موضوع حقوق دانان عقیده دارند، «این تقسیم در حقوق ما مبنایی ندارد، زیرا تقصیر به هر درجه‌ای که باشد ایجاد مسئولیت می‌کند، شدت و ضعف مسئولیت وابسته به میزان خسارت است، نه درجه تقصیر، به همین جهت ممکن است از لغزش و اشتباهی کوچک مسئولیتی بزرگ به بار آید یا از بی‌مبالاتی و تقصیری سنگین ضرری

1. سید مرتضی، قاسم زاده، مبانی مسئولیت مدنی، ص 290

2. ناصر، کاتوزیان، توجه و نقد رویه قضایی، ص 354

3. امیر، حسین آبادی، تقریرات درسی مسئولیت مدنی، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات، نیمسال اول 80-81



## مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....109

به بار نیاید یا آنچه ایجاد می‌شود ناچیز و اندک باشد.<sup>1</sup> در عین حال مصادیقی را نیز به عنوان نمونه ذکر می‌کنند که درجه تقصیر در فرآیند مسئولیت، تأثیر گذار است، مانند، ماده 165 قانون دریایی، بند 2 از ماده 4 ق.م.م. و نیز عدم پرداخت خسارت به وسیله بیمه در مواردی که ورود زیان، به واسطه خطای سنگین بوده است.

تقسیم دیگری که از تقصیر ارایه شده تقصیر عمدی و غیر عمدی است که بر مبنای قصد مرتکب تقصیر این تقسیم بندی به عمل آمده است.

«در تقصیر عمدی، فاعل هم قصد فعل نامشروع و هم قصد نتیجه حاصل از آن را دارد»<sup>2</sup> و تقصیر عمدی خود بر دو نوع است: تقصیر عمدی آگاهانه و تقصیر سنگین که در اولی متضمن آگاهی مرتکب از ورود ضرر و پذیرش نتیجه است، اما تقصیر سنگین، تقصیری است که هرچند ورود منظور نبوده ولی رفتار به گونه‌ای بوده است که ورود به غیر را غیر قابل اجتناب ساخته است.<sup>3</sup> بنابراین، «تقصیر ارادی را با تقصیر عمدی نباید اشتباه کرد. رفتاری که شخص به تأمل انتخاب می‌کند، ارادی است، خواه نتیجه‌ی آن را بخواهد یا انگیزه او اضرار نباشد، ولی تقصیر وقتی عمدی است که شخص به قصد اضرار به دیگری مرتکب آن شود.»<sup>4</sup>

«بنابراین در تقصیر عمدی، هم کار ناشایسته به عمد انجام می‌شود و هم نتیجه حاصل از آن کار، مقصود مرتکب است. به بیان دیگر، چنین مقصوری هم وسیله نامشروع (مانند تهدید، جعل و تزویر) را می‌خواهد و هم نتیجه را، در موردی هم که مرتکب، اضرار به غیر را نمی‌خواهد ولی نسبت به آن بی‌اعتناست، یعنی می‌داند که عمل او به ظن قوی به اضرار دیگر می‌انجامد و با وجود این از نتیجه نامطلوب کار خود نگران نیست، اقدام او در حکم عمد است. مرتکب چنین تقصیری بی‌گمان

1. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 355

2. سید مرتضی، قاسم زاده، پیشین، ص 112

3. علیرضا، یزدانیا، حقوق مدنی قلمرو مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشرارستان 1379، ص 129

4. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 356

## 110.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مسئول پیامدهای آن است، در صورتی که احتمال دارد غفلت سبب مسئولیت نشود.<sup>1</sup> «مصادق اخیر الذکر همان تقصیر سنگین است و «تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شگفت است. نه قصد اضرار هست و نه جنایت (سوء نیت) ولی آن چنان بی مبالاتی وجود دارد، که گویی کار عمداً انجام گرفته است.»<sup>2</sup> برخی از حقوق دانان تقصیر سنگین را تحت عنوان تقصیر غیر عمدی مشدد آورده‌اند و آن را بالاتر از تقصیر ساده دانسته‌اند.<sup>3</sup> و «برخی نیز عقیده دارند، حسن نیت و سوء نیت وجه تمایز اساسی بین دو مفهوم تقصیر سنگین و تقصیر عمدی است، نتیجه این تمایز آن است که تشخیص عمدی ضرورتاً به طور (شخصی) انجام می‌گیرد. در حالی که در تقصیر سنگین، بررسی و تشخیص، دارای جنبه (نوعی) است و رفتار متخلف با یک انسان متوسط مقایسه می‌شود.»<sup>4</sup>

هر چند گفته شده، «این تقسیم از نظر مسئولیت مقصر فایده مهمی ندارد، زیرا او در هر دو حالت باید زیان ناشی از کار خود را جبران کند.»<sup>5</sup> اما بنا بر آن چه گذشت، «اصل 171 قانون اساسی بین زیان ناشی از تقصیر و اشتباه قاضی تفاوت گذارده است:

1) در مورد تقصیر، قاضی مسئولیت دارد.

2) در فرض اشتباه قاضی، خسارت از دولت گرفته می‌شود.»<sup>6</sup>

---

1. همان

2. سید مرتضی، قاسم زاده، پیشین، ص 117

3. پاتریس، ژوردن؛ مترجم: مجید، ادیب، اصول مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان 1382، ص 72

4. سید حسین، صفایی، مفهوم تقصیر در ارتباط با شرط عدم مسئولیت، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ش 4- مهر 1364، ص 172

5. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 357

6. پیشین، زیرنویس، ش 2

### مبحث اول: مفهوم اشتباه و تقصیر قاضی در جریان توقیف اموال

با توجه به اصل 171 ق.ا. که در سیستم مسئولیت مدنی ناشی از دادرسی بین اشتباه و تقصیر تفکیک قایل شده، باید گفت، تفکیک مزبور تأثیر گذار است و چنان چه قاضی در جریان رسیدگی، مرتکب تقصیر شده باشد، مسئولیت به عهده خودش است. اما در مواردی که بروز خسارت ناشی از اشتباه قاضی باشد، باید دولت را مسئول جبران خسارت دانست.

بنابراین، در این بند ابتدا مفهوم اشتباه را مورد تحلیل قرار می‌دهیم و سپس به شناخت تقصیر قاضی می‌پردازیم.

#### گفتار اول: اشتباه قاضی در جریان توقیف اموال

قبلاً در خصوص اشتباه و تقصیر قاضی در فرآیند توقیف به صورت مختصری موارد را متذکر شدیم، که در اینجا اشتباه قاضی و مصادیق آن را به صورت مفصل‌تری بررسی می‌کنیم.

«اشتباه از ریشه شبه و در لغت به معنی مانند شدن و یا چیزی یا کسی را به جای چیزی یا کسی گرفتن آمده است.»<sup>1</sup> و «در اصطلاح عبارتست از خطا در شناخت و اعتقاد بر خلاف واقع.»<sup>2</sup>

به هر حال، «اشتباه پندار نادرستی است که انسان از واقعیت پیدا می‌کند. به بیان دیگر اشتباه نمایش نادرست واقعیت در ذهن است و در شمار پدیده‌های روانی می‌آید.»<sup>3</sup>

بروز اشتباه از سوی انسان امری بعید نیست و حتی گاهی احتراز ناپذیر، از همین رو در افواه این تمثیل متداول است که، (انسان جایز الخطا است). بر مبنای اصول

1. محمد علی، اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج 2، ص 97

2. مهدی، شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص 172

3. شهید الثانی، تحریر الروضه فی شرح اللمعه، ص 143

## 112.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

اعتقادی ما غیر از معصومین سایر اشخاص مصون از اشتباه نیستند و قطعاً همین موضوع باعث شده تا فقها قضاوت را وظیفه امام بدانند و در زمان غیبت او امکان قضاوت برای سایرین را قایل شده‌اند.<sup>1</sup>

موضوع بحث ما، اشتباه دادرسی در انجام حرفه‌اش می‌باشد، فلذا موضوع بحث یک خطا و اشتباه حرفه‌ای است و در تعریف خطای حرفه‌ای گفته‌اند، «تجاوز از رفتار یک متخصص متعارف، در شرایط حادثه، خطای حرفه‌ای یا تخصصی محسوب می‌گردد.»<sup>2</sup> و این که چرا معیار تشخیص، خطای یک قاضی متعارف است و خطای شخص عادی متعارف ملاک نیست، باید گفت، که از شخص عادی که تخصصی ندارد، چنان چه در شرایط یک متخصص نظیر، قاضی یا طبیب قرار گیرد، «هر نوع عکس‌العملی را متصور است غیر از دادرسی و طبابت صحیح، از طرف دیگر نمی‌توان از قاضی که با ضرورت‌های عملی مربوط به حرفه خود و ترتیب خاص قضایی خو گرفته است، انتظار و توقع داشت که در اقدامات قضایی خویش مانند افراد عادی عمل کند.»<sup>3</sup>

اما آنچه هنوز محل سوال است، این موضوع است که رفتار قاضی متعارف چگونه رفتاری است؟ چرا که امر قضا ماهیتاً امری نسبی است و قضات در بسیاری از موارد دچار اختلاف نظر علمی هستند، برای مثال، یک قاضی ممکن است در پرونده‌ای صدور قرار دستور موقت مبنی بر توقیف اموال را ضروری بداند و با درخواست خواهان موافقت نماید، حال آن که یک قاضی دیگر در همان پرونده درخواست مزبور را نپذیرد و هر یک نیز برای نظر خود ادله موجهی ارایه می‌نمایند.

بنابراین نمی‌توان مکانیزم خاصی را برای تعیین رفتار متعارف قضات تعیین گیرد، اما برخی حقوق دانان در پاسخ این سوال که کجا می‌توان گفت، قاضی دچار اشتباه شده

---

1. مجید، غمامی، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر 1376، ص 22

2. یحیی، جلیلود، مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات قضایی، ص 75

3. همان.

### 113.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

است؟ قصور دادرس را همان اشتباه دانسته‌اند، «به بیان دیگر اشتباه در صورتی ساده است که آلوده به امر نامشروع نشود و در اثر القا شبیه از سوی دو طرف دعوی یا شهادت نادرست و اقرار بر خلاف واقع یا پیچیدگی و نارسایی مفهوم قانون یا متروک ماندن آن یا نقص در حافظه یا قدرت اجتهاد و مانند این‌ها است دهد و مانع از دست یابی قاضی به عدالت و حق شود.»<sup>1</sup>

بنابراین، در مصادیق مذکور در بالا باید قاضی را مشتبه انگاشت و مسئولیت جبران خسارت در چنین مواردی را بر عهده دولت قرار داد.

برای مثال، قاضی هنگام دادرسی با مبنای ب شهادت دروغ شهود، وفق قانون اقدام به صدور رأی، مبنی بر توقیف مالی می‌نماید، و چنان چه به واسطه این اقدام زیانی به کسی وارد آید، می‌توان این زیان را ناشی از دادرسی تلقی کرد، چرا که حکم عاری از اشتباه نبوده است و به نظر برخی حقوق دانان، دولت در چنین مواردی مسئول جبران خسارت است و پس از جبران خسارت وارده به زیان دیده، حق رجوع به عامل زیان را دارد.<sup>2</sup>

دامنه اشتباه قاضی را باید به میزان کلیه موارد تقصیر غیر عمدی قاضی دانست، مگر آن که مواردی که قابل احتراز بوده است، «به بیان دیگر اشتباه قاضی در تمیز حق ممکن است، نتیجه بی مبالاتی و سهل انگاری باشد یا ناتوانایی جسمی و روحی هر دادرس متعارف.»<sup>3</sup>

بنابراین، اگر در صدور حکم یا قرار یا دستور که مبنای توقیف بوده به هر نحوی دچار اشکال باشد و اشکال مزبور به واسطه اراده قاضی مبنی بر ایراد زیان به زیان دیده و یا سهل انگاری و اشتباه غیر قابل اغماض قاضی در ابراز نظر قضایی خود نباشد، زیان دیده بایستی به دولت برای جبران خسارات وارده به خود رجوع نماید.

1. ناصر، کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری، ج 1، ص 369

2. سید محمد، هاشمی، حقوق اساسی، ج 2

3. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 370

#### 114.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

این تفسیر که به نوعی تفسیر موسع نسبت به مسئولیت دولت ناشی از اقدامات قضایی قاضی مندرج در اصل 171 ق.ا می‌باشد، مورد اراده قاطبه حقوق دانان است، چرا که به قاضی برای آسودگی خاطر در اشتغال به حرفه‌اش کمک می‌کند و سبب بالا رفتن اعتماد به نفس قاضی در انجام وظیفه می‌شود.

برای نمونه، از انواع اشتباهات، اشتباه حکمی است که «بهر یک از دو مورد ذیل گفته می‌شود:

الف) تصور وجود قانونی که اساساً وجود ندارد.

ب) تفسیر نادرست از یک قانون بتصور این که آن تفسیر درست است. »

بنابراین، چنان چه یک قاضی با درخواست تأمین با درخواست تأمین خواسته‌ای مواجه شود، به جهت توقیف اموال شخصی که بر مبنای وجود یک سند عادی، مدیون به نظر می‌رسد و قاضی با این تصور که ماده قانونی وجود دارد، که برای دیون مستند به سند عادی هم تجویز صدور قرار تأمین بدون اخذ خسارات احتمالی را نموده است، درخواست مزبور می‌پذیرد و قرار تأمین صادر می‌کند، حال آن که اساساً چنین قانونی وجود ندارد و قاضی مرتکب اشتباه شده است. در این جا باید گفت: دولت مسئول جبران خسارت است، البته لازم به ذکر است که قاضی دچار یک تخلف انتظامی شده است و در دادگاه انتظامی قضات قابل تعقیب است، ولی مسئولیت جبران خسارت بواسطه بروز اشتباه بر عهده دولت است.

نکته دیگری که قابل ذکر است، این موضوع است که از آن جایی که هر کس که مأمور اجرای قانون است، حق تفسیر آن را دارد، بر همین مبنا دادگاه هم در برخی موارد حق تفسیر قانون را دارد. فلذا، اگر در مقام تفسیر قانون در هنگام صدور حکمی که منشأ توقیف است، دچار «تفسیر نادرست از یک قانون به تصور این که آن تفسیر درست است» شود، این حکم صادره و به تبع آن توقیف صورت گرفته، موجبات ورود زیان به محکوم علیه را فراهم می‌آورد، در این جا دولت مسئول جبران خسارت تلقی خواهد شد و قاضی بری از مسئولیت است، البته به این شرط که اشتباه

## 115.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

صورت پذیرفته، چه در تصور وجود یک قانون که اساساً وجود خارجی ندارد و چه در مورد تفسیر رایه شده از نص قانون در مورد اخیر الذکر، به آن شکلی نباشد که غیر متعارف و دور از ذهن به نظر برسد، بلکه اگر هر قاضی دیگری هم جای او بود با توجه به دانش قضائیش احتمال وجود چنین تصور و یا رایه چنین تفسیری وجود داشت و عیار این مسئله هم مستدل بودن نظر قاضی می‌باشد.

### گفتار دوم: تقصیر قاضی در توقیف اموال

بنا بر اصل 171 قانون اساسی چنان چه قاضی، در انجام وظایف خود مرتکب تقصیری شود، مسئولیت جبران خسارت وارده بر زیان دیده را به عهده دارد، اگر بخواهیم به ظاهر این اصل توجه کنیم و تقصیر را در معنایی که در سایر مصادیق مسئولیت مدنی مرسوم است، بگیریم، قاضی را در یک موقعیت پر مخاطره قرار داده‌ایم. «بدین ترتیب، مسئولیت دادرس نیز تابع قواعد عمومی است و در صورتی که به عمد باعث ضرر شود یا بتوان مسامحه و تفریطی را به او نسبت داد باید آن را جبران کند. ولی، تعبیر تقصیر بر مبنای رفتار یک قاضی متعارف، وسیله تعدیل این مسئولیت و سازگار کردن آن با خطرهای احتراز ناپذیر این شغل است، هرچند که در عمل کمتر به آن استناد می‌شود و رویه قضایی خود به خود از شدت آن کاسته است.»<sup>1</sup>

همان گونه که در قسمت قبلی عنوان شد، «اشتباه به معنای قصور و خطای دادرس است و تقصیر به حالتی گفته می‌شود که در آن سوء نیت و تدلیس و عمد در اضرار نهفته است، خواه انگیزه این سوء نیت، سودجویی باشد یا دفع ضرر یا بیم از انتقام جویی و مانند این‌ها.»<sup>2</sup>

قاضی چنان چه بدون مطالعه مباحث حقوقی و قضایی و بدون لحاظ نظریات همکاران خود و یا حتی بدون دقت و توجه در متون قانونی عجولانه تصمیمی را اتخاذ

1. ناصر، کاتوزیان - سخنرانی در همایش حاکمیت قانون اساسی، راه کارها و موانع، روزنامه شرق ش

83/9/364، 24 ص 2

2. مجید، غمامی، پیشین، ص 33

## 116.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

نمایند، که خلاف حقیقت باشد و موجبات ورود زیان به دیگری را فراهم آورد، هر چند قاضی سوء نیتی در فعل خود نداشته و به هیچ وجه قصد ایراد ضرر را به دیگری را هم ندارد، اما او آن چنان اهمالی به خرج داده که قابل اغماض نیست و او خود شخصاً بایستی به جبران خسارت بپردازد، چرا که تقصیرش در حکم عمد است.<sup>1</sup>

«مطالعه آثار فقیهان نیز به خوبی موید همین معناست: مسئولیت جبران خسارت ناشی از خطای قاضی به عقیده مشهور فقیهان امامت به عهده بیت المال است . . . اگر قاضی از واجبات امر قضا تخطی کند، مقصر است و گناه کار، گرچه سوء نیتی نداشته باشد: نظیر آن چه در حال عصبانیت به قضاوت نشیند و با پرخاش گری، مانع بیان واقع به وسیله دو طرف یا مشهود آنان شود و یا در صحبت یا سلام با نگاه کردن به ایشان رعایت مساوات را نکند.»<sup>2</sup>

به هر ترتیب دادرس با حسن نیت، چنان چه اصول قضا را مراعات نکند و کوتاهی و بی مبالاتی نابخشودنی مرتکب شود، دچار مسئولیت می شود.<sup>3</sup>

«بنابراین، از آن چه تا بدین جا گفته شد، این نتیجه حاصل می آید که قاضی مسئول خطاهای عمدی و یا در حکم عمد خود است که در قانون اساسی از آن به (تقصیر) تعبیر شده است. این نکته را نیز باید افزود که ملاک و ضابطه سنجش تقصیر قضایی، شیوه رفتار یک قاضی متعارف است که آن را خطای حرفه‌ای نامیده‌ایم. تعبیر تقصیر دادرس بر مبنای خطای حرفه‌ای وسیله تعدیل مسئولیت او و سازگار کردن آن با خطرهای احتراز ناپذیر شغل قضاست.»<sup>4</sup>

با این اوصاف، برای مثال، چنان چه صادر کننده حکم منشأ توقیف، بواسطه خصومتی که با شخص خوانده دارد، حکمی را صادر کند که موجبات توقیف اموال

1. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 370

2. مجید، غمامی، پیشین، ص 35

3. سید مرتضی، قاسم زاده، پیشین، ص 293

4. مجید، دغمامی، پیشین



## 117.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

خواننده و در نتیجه زیان وی را فراهم آورد، قاضی به واسطه تقصیر عمدی که داشته و هدف در ایراد زیان به خواننده را دنبال می‌کرده، مسئول جبران خسارت است و مسئولیت کیفری هم دارد.

یا در مثالی دیگر، در صورتیکه قاضی بدون توجه به محتویات پرونده که، به صورت صریح و روشنی مؤید این امر است که مقدمات صدور اجراییه کاملاً مهیا نشده است، اقدام به صدور اجراییه کند. حال آن که اگر کمترین توجهی به محتویات پرونده می‌کرد متوجه می‌شد که هنوز حکم به محکوم علیه ابلاغ نگردیده و او این مقدمه لازم را که رعایت آن امری ضروری بوده، رعایت نکرده است، فلذا اجرای حکم مزبور و توقیف صورت گرفته، دچار نقص می‌باشد.

البته لازم به ذکر است، که در خصوص مسئولیت قاضی مفهوم قاضی عام است و شامل دادستان، بازپرس و دادیار در مواردی که مالی را توقیف می‌کنند، می‌شود.

### مبحث دوم: ورود خسارت به مخاطب توقیف

لازم به یادآوری است که رکن دوم از ارکان مسئولیت مدنی، ورود خسارت است و تا خسارتی به زیان دیده وارد نشود، فرض مسئولیت برای مرتکب فعل زیان بار محال است، چرا که فاعل فعل زیان بار به عنوان عامل زیان مسئول جبران خسارت می‌باشد. نظر به این که قبلاً در خصوص مفهوم و شرایط خسارت قابل مطالبه بحث کرده‌ایم، در این جا صرفاً با توجه به اصل 171 ق.ا. به خسارات مادی و معنوی قابل مطالبه از قاضی ناشی از توقیف اموال در دو بند مجزا می‌پردازیم.

#### گفتار اول: خسارات مادی قابل مطالبه از قاضی ناشی از توقیف اموال

اولین معنایی که از لفظ ضرر به ذهن متبادر می‌شود، همان زیان مادی است که در جبران زیان مادی در بدو امر با اعاده وضع به حالت سابق ممکن است، بدین صورت که چنان چه قاضی حکم به توقیف مالی بدهد و حکم مزبور دچار ایراد باشد و موجبات ورود زیان به محکوم علیه را نیز فراهم آورد، اولین اقدامی که برای جبران

## 118.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

خسارت بایستی محقق شود، رفع اثر از توقیف صورت پذیرفته، است و با رفع اثر از توقیف، مال مزبور به تصرف محکوم علیه داده می‌شود، اما چنان چه عین مال توقیفی در طول مدت توقیف از بین رفته باشد، باید مثل یا قیمت مال مزبور، حسب مثلی یا قیمی بودن آن به زیان دیده تحویل گردد.

سوالی در این جا ممکن است، مطرح گردد، که چنان چه مال توقیفی در مثال بالا از سوی شخص ثالثی تلف گردیده باشد، آیا زیان دیده صرفاً حق رجوع به ثالث را دارد و یا این که به قاضی هم می‌تواند رجوع کند؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت، قاضی به واسطه حکم صادره خود در مقابل زیان دیده مسئولیت دارد و متعهد به بازگرداندن مال توقیفی به محکوم علیه می‌باشد، حال با اِتلاف مال مزبور به دست شخص ثالث، هر چند مسئول نهایی جبران خسارت عین از دست رفته، شخص ثالث است، اما تعهد قاضی در برابر محکوم علیه هم چنان باقی است، و ایجاد یک مسئولیت جدید، مسئولیت را از بین نمی‌برد. بنابراین، چنان چه محکوم علیه حسب مورد با رجوع به قاضی یا دولت خسارت وارده بر خود را جبران نماید، دولت یا قاضی حق رجوع به ثالث به عنوان مسئول نهایی را دارند.

به جز زیان‌هایی که به عین مورد توقیف وارد می‌شود، ممکن است به واسطه قطع سلطه و تصرف محکوم علیه حکم قاضی، نسبت به مالش در دوره توقیف، او متحمل زیان‌هایی شود.

هر مالی دارای منافی است که این منافع در طول دوره توقیف از مخاطب توقیف سلب می‌شود و قاضی به واسطه رأی خود سبب ورود این زیان به مخاطب توقیف می‌باشد، فلذا بایستی این خسارت جبران شود، چرا که تقویت منافع الزام آور است.<sup>1</sup> گاهی نیز ممکن است، قاضی با حکم یا قرار و یا دستور خود موجبات توقیف مالی را فراهم آورد که با توقیف آن، مخاطب توقیف موقعیت و خدمت خاصی را از دست داده که متحمل زیان مالی شده است. برای مثال، قاضی با صدور قرار تأمین خواسته،

---

1. علیرضا، یزدانیا، پیشین، ص 93

## مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....119

موجبات توقیف اسب خوانده را فراهم کرده و خوانده که اسب سوار چابکی بوده به احتمال قریب به یقین در مسابقه‌ای که برگزار شده، در صورت حضور برنده می‌شد. ولی توقیف مانع از حضور وی در مسابقه و در نتیجه از دست رفتن این موقعیت شده است.<sup>1</sup>

بنابراین، در موارد فوق الذکر ممکن است قاضی مسئول جبران خسارت شود و ملزم شود تا چنین زیان‌هایی را جبران نماید.

### گفتار دوم: خسارات معنوی قابل مطالبه از قاضی ناشی از توقیف اموال

نوع دوم از انواع خسارت، خسارات معنوی است که در حقوق ما در خصوص امکان جبران آن همان‌گونه که قبلاً آورده شد، اختلاف نظر فراوان است.

اما اصل 171 ق.ا. به عنوان منبع اصلی مسئولیت قاضی در مقام اعلام انواع خساراتی که از قاضی می‌توان مطالبه کرد، به خسارات مادی و معنوی اشاره دارد و همین نص مبنای اصلی قابلیت مطالبه خسارات معنوی در حقوق ما می‌باشد، چرا که مقرر می‌دارد و همین نص مبنای اصلی قابلیت مطالبه خسارات معنوی در حقوق ما می‌باشد، چرا که مقرر می‌دارد، «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.»

«بی‌گمان در این اصل نسبت به تبدیل خسارت‌های معنوی به پول حکم صریحی وجود ندارد، ولی ضمان قاضی اعم از کیفری و مدنی است. وانگهی آن چه به وسیله دولت قابل جبران است، دادن پول یا حقوق مالی است که، هرگاه در مورد اشتباه قاضی قابل جبران باشد، به طریق اولی نسبت به جبران ضررهای معنوی ناشی از تقصیر نیز اجرا می‌شود.»<sup>2</sup>

1. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 249

2. پیشین، ص 260

## 120.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

البته تردید مذکور، تبدیل خسارت معنوی به پول، با توجه به ماده 58 قانون مجازات اسلامی بیشتر می‌شود، چرا که قانون‌گذار در مقام بیان چگونگی جبران این خسارات بین آن‌ها قائل به تفکیک شده است، آن جا که مقرر می‌دارد، «... و در موارد ضرر معنوی چنان چه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد، باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام شود» این قسمت از ماده، عده‌ای را به ابراز این نظر و داشته که مسئولیت جبران خسارت وارده به زیاده دیده ناشی از رأی دادگاه محدود به اعاده حیثیت از او می‌شود و دریافت وجهی بابت خسارات وارده به وسیله او پیش بینی نشده است.

اما در پاسخ به این نظر می‌توان گفت، اصل 171 ق.ا. صراحتاً جبران خسارت معنوی به وسیله پول را توجیه می‌کنند و ماده 58 ق.م.ا. نیز به صورت صریح مفید این معنی نیست که خسارات معنوی قابل جبران به وسیله پول نیست.

بنابراین، بایستی به نحوی شایسته دو ماده مذکور را در این خصوص تفسیر نمود و در این تفسیر باید دقت کرد تا بر مبنای اصول حقوقی دستاوردهای جامعه حقوقی را پاس بدهد. خسارات معنوی به عنوان یک دستاورد حقوقی مطرح است و یکی از علایم توسعه و پیشرفت علم حقوق در هر جامعه محسوب می‌شود، بنابراین، نباید نسبت به آن تنگ نظری به خرج داد، بلکه هر کجا که نشانه‌ای از بی توجهی قانون‌گذار نسبت به آن دیده می‌شود، بایستی با ارایه تفسیر مناسب را کم رنگ کرد.

با این اوصاف، در مقام تفسیر ماده 58 ق.م.ا. ابراز این نظر مناسب به نظر می‌رسد که ماده مذکور با بیان اعاده حیثیت در مقام بیان اقل جبران خسارات معنوی است و این امر مانعی بر سر راه جبران خسارات معنوی با پول در مواردی که شدت خسارات زیاد است، نمی‌باشد. از همین رو بهتر است، دادگاه در مواردی که اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب می‌کند، حکم به جبران خسارات معنوی به زیان دیده از طریق پرداخت پول، بدهد. البته لازم به ذکر است، در مواردی که درخواست جبران خسارت معنوی از دادگاه می‌شود، دادگاه الزامی به صدور حکم به جبران این خسارت ندارد، بلکه با توجه

## مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....121

به ماده 10 ق.م.م این حکم را می‌تواند صادر کند و لذا مخیر در صدور چنین حکمی باشد.<sup>1</sup> هر چند که رویه قضایی عملاً ندان رغبتی به جبران چنین خسارت‌هایی نشان نمی‌دهد.<sup>2</sup> در خصوص انواع خسارات معنوی که قابل مطالبه از قاضی است لازم به ذکر است که انواع خسارت معنوی که قبلاً ذکر شد، دسته اول آن، یعنی زیان وارده به حیثیت، قابل تصور است، چرا که برای مثال، چنان چه قاضی حکم به ضبط اموال شخصی صادر کند، این اقدام به حیثیت مندرج در ماده 58 ق.م.ا.هم محکوم علیه به موقعیت قبلی خود بر نگردد. فلذا پرداخت مبلغی می‌تواند این موقعیت از دست رفته را جبران کند.<sup>3</sup>

خصوص نوع دوم از خسارات معنوی که از آن، «آسیب به سلامت جسمانی شخص»<sup>4</sup> تعبیر می‌کنند. لازم به ذکر است که چنان چه حکم صادره از سوی دادگاه موجب توقیف اموال محکوم علیه شده باشد، این حکم و به تبع آن توقیف اموال موجب می‌شود تا مخاطب توقیف متحمل فشار روحی شود و تالم و تأثیری فراوان را به وی وارد آورده است و این خسارات را با پرداخت مبلغی از سوی دولت یا قاضی جبران نماید.

ورود هر نوع خسارت مادی و معنوی بایستی از سوی مدعی خسارت به اثبات برسد.

### مبحث سوم: رابطه سببیت

در دو گفتار قبلی، دو رکن مسئولیت مدنی که همانا فعل زیان بار و ورود خسارت بودند، را در فرض مسئولیت قاضی بررسی کردیم، بنا بر رویه قبلی خود در این تحقیق

1. پیشین، ص 261

2. علیرضا، یزدانیا، پیشین، ص 95

3. میشل، لوراسا، پیشین، ص 108

4. پاتریس، ژوردن، پیشین، ص 141

## 122.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

در گفتار حاضر به رابطه سببیت در خصوص مسئولیت ناشی از توقیف اموال خواهیم پرداخت.

در این گفتار طی دو بند، ابتدا به رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و خسارت ارده و چگونگی احراز آن می‌پردازیم و در بند دوم، به تداخل اسباب و اثر آن در مسئولیت قاضی می‌پردازیم.

### گفتار اول: رابطه سببیت بین تقصیر قاضی (صدور حکم) و خسارت وارده (توقیف) و چگونگی احراز آن

بنابر اصول کلی و قواعد مسئولیت مدنی لازم است، بین فعل زیان باری که شخص مسئول مرتکب شده و زبانی که ذی نفع مسئولیت، خواهان جبران آن است، یک رابطه سببیتی موجود باشد، که ابتدا خود این رابطه را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس در قسمت بعدی به چگونگی احراز این رابطه می‌پردازیم.

### بند اول: رابطه سببیت بین تقصیر قاضی (صدور حکم) و خسارت وارده (توقیف)

فعل زیان باری که در مسئولیت قاضی ناشی از توقیف اموال، قاضی مرتکب آن شده است، صدور حکم ناعادلانه علیه مخاطب توقیف که قاضی در صدور آن مرتکب تقصیر شده است، می‌باشد، لیکن این تقصیر به خودی خود نمی‌تواند سبب مسئولیت مدنی قاضی گردد، اما این امکان وجود دارد که مسئولیت انتظامی قاضی را به همراه داشته باشد.<sup>1</sup>

اما چنان چه حکم مزبور به مرحله اجرا برسد و مال بر اثر آن توقیف شود و نیز در اثر این توقیف، محکوم علیه مزبور متحمل زیان شود، می‌توان از ایجاد مسئولیت برای قاضی بحث نمود.<sup>2</sup>

---

1. عبدالله، شمس، آئین دادرسی مدنی، ج 1، ص 202  
2. ناصر، کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، ص 181

## 123.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

در این گونه موارد که قاضی مرتکب تقصیر شده آن چه برای مسئول شدن قاضی لازم است، احراز رابطه سببیت است که همان قابلیت انتساب زیان وارده به قاضی می باشد.

بنابراین، چنانچه قاضی در صدور رأی مرتکب تقصیر شده باشد و بواسطه رأی صادره زبانی نیز به شخص محکوم علیه وارد آید، لازم است دادگاه برای محکومیت قاضی به این نتیجه برسد که چنانچه تقصیر وی محقق نمی گشت، توقیف و به تبع آن ورود زیان به مخاطب توقیف به وقوع نمی پیوست. در چنین حالتی باید گفت، ضرر قابلیت انتساب را داشته است.

برای مثال، اگر قاضی در صدور یک قرار تأمین خواسته راساً اقدام نموده باشد و در مقام صدور این قرار مرتکب تقصیر شده باشد، زیان دیده از قرار مزبور بایستی این را به اثبات برساند، تقصیر قاضی در این قرار مزبور دلیل منحصر ورود سود و زیان به وی بوده است و چنانچه عامل دیگری در بروز خسارت نقش نداشته باشد، قطعاً باید مقصر را مسئول جبران خسارت دانست.

مسئله مزبور، در رویه قضایی نیز قابل رویت است، آنجا که دادگاه استان مقرر داشته، «تشخیص و تصمیم و عمل دادستان موجبات صدور قرار نامبرده را فراهم کرده»<sup>1</sup> فلذا برای صدور حکم به جبران خسارت «همین که میان تقصیر ادعا شده و خسارت، به واسطه رابطه سببیت مناسب، ارتباط وجود داشته باشد، مسئولیت مدنی به وجود آید. به هنگامی که تقصیر، در میان دیگر اسباب، نقش واقعاً مؤثری در ایراد خسارت داشته باشد، به گونه ای که باعث شده باشد که دیگر اسبابی که در ایجاد خسارت تأثیر داشته اند، نقش ثانوی پیدا می کنند رابطه سببیت میان آن تقصیر و خسارت، وجود خواهد داشت.»<sup>2</sup>

البته رابطه سببی تنها هنگامی پذیرفته است که ثابت شود، تقصیر قاضی، شرط

1. پیشین، ص 185

2. پاتریس، ژوردن، پیشین، ص 78

## 124.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

ضروری ایراد خسارت بوده است،<sup>1</sup> هر چند به طور معمول رویه قضایی از ایجاد مسئولیت برای قاضی در چنین مواردی حتی المقدور به بهانه عدم وجود رابطه سببیت امساک می‌ورزد.<sup>2</sup>

### بند دوم: چگونگی احراز رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و خسارت وارده

در گذشته دیدیم، چگونگی احراز تقصیر قاضی به این ترتیب است که اثبات تقصیر منوط به اظهار نظر دادگاه انتظامی قضات می‌باشد و هم چنین اثبات خسارت وارده نیز بایستی از سوی خود زیان دیده در دادگاه به عمل آید.

اما این که احراز رابطه سببیت باید چگونه باشد، باید گفت: قاضی رسیدگی کننده به دعوی مسئولیت مدنی باید در فرآیند ورود زیان به زیان دیده دقت کند و به این نتیجه برسد که ورود زیان ناشی از چه عاملی بوده است. آیا چنان چه قاضی خواننده شده، در صدور حکم مرتکب تقصیر نمی‌شد، باز هم مخاطب توقیف متحمل زیان می‌شد و یا این که آن چه که موجبات زیان دیده را فراهم آورده صرفاً تقصیر قاضی در صدور رأی بوده است؟

البته لازم به ذکر است، آن کسی که باید وجدان قاضی را قانع کند، زیان دیده است چرا که بنابر قاعده کلی اثبات این رابطه بر عهده خواهان دعوی مسئولیت مدنی است.<sup>3</sup> برای مثال، هنگامی که قاضی اقدام به صدور اجراییه می‌کند، لازم است که کلیه مقدمات لازم برای صدور اجراییه محقق باشد و آن چه که بین دادگاهها متعارف است، از این قرار است که مدیر دفتر دادگاه مراتب را بررسی کرده و چنان چه شرایط را معد برای صدور اجراییه تشخیص دهد، پرونده را جهت صدور دستور اجرا به دادگاه می‌فرستد و معمولاً دادگاهها هم به اعتماد بررسی مدیر دفتر با ملاحظه سطحی پرونده با قید عبارت (اجرا شود)، (اقدام شود) پرونده را برای اجرای صدور اجراییه دفتر

1. پیشین

2. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 182

3. علیرضا، یزدانیان، پیشین، ص 144



## مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....125

دادگاه ارسال می‌کنند.

حال اگر بدون رعایت مقدمات، حکم اجرا شود و اموال محکوم علیه توقیف شود، در این جا ما بایستی برای شناسایی مسئول چند موضوع را مد نظر قرار دهیم. اول این که، بایستی معلوم گردد، اگر تقصیر دادگاه در بررسی شرایط صدور اجراییه به وقوع نمی‌پیوست، دیگر توقیف اموال زیان دیده و به تبع آن ورود زیان به وی به وجود نمی‌آید.

دوم این که، باید دادگاه به کمک قراین و امارات موجود در پرونده به این نتیجه برسد که چنان چه قاضی در صدور دستور مزبور مرتکب تقصیر نمی‌شد، احتمال توقیف و ورود زیان به محکوم علیه منتفی می‌شد، لیکن اگر علی‌رغم تخلف قاضی در صدور اجراییه، باز هم نتوان این تخلف را علت منحصر زیان وارده قلمداد کرد، باید گفت: رابطه سببیت نشده است که از آن به شرط حتمیت رابطه سببیت یاد می‌کنند.<sup>1</sup>

سومین موضوعی که باید مدنظر قرار داد، این است که عامل دیگری که در ورود زیان نقش نداشته باشد. چرا که «گهگاه همراه با تقصیری که از سوی عامل خسارت ارتکاب یافته است، یکی سبب متناسب نیز در ایجاد خسارت، نقش ایفا می‌کند که باعث می‌شود رابطه سببیت میان تقصیر و خسارت از بین برود.»<sup>2</sup>

در مثال مذکور، ممکن است رویه عملی دادگاه این گونه بوده است که بررسی شرایط و مقدمات صدور قرار بر عهده مدیر دفتر بوده و قاضی همیشه با اعتماد به بررسی صورت گرفته از سوی مدیر دفتر، اقدام به صدور دستور اجرا می‌کرده است، فلذا در مورد مذکور هم بنا بر رویه قبلی خود عمل کرده است و تقصیر مدیر دفتر بیش از قاضی بوده است، چرا که عملاً او مأمور بررسی شرایط بوده هرچند قاضی هم موظف به بررسی اوضاع بوده است، اما می‌توان گفت، قراین حاکی از این است که تقصیر مدیر دفتر به عنوان مسبب، قوی‌تر از قاضی به عنوان مباشر صدور دستور بوده و

---

1. پاتریس، ژوردن، پیشین، ص 81

2. پیشین، ص 80

## 126.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

باید او را مسئول قلمداد نمود و تقصیر مدیر دفتر رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و خسارات وارده را قطع می‌نماید.<sup>1</sup> بنابراین، در غیر این صورت چنان چه قرائن موجود در دعوی مسئولیت حاکی از این امر باشد که قاضی علت منحصر ورود خسارت به زیان دیده بوده باید رابطه سببیت را محرز دانست و حکم به مسئولیت او داد.<sup>2</sup>

### بند سوم: اسباب معافیت قاضی از مسئولیت

در این بند به دنبال بررسی مواردی هستیم که هر چند حکم یا قرار و یا دستور قاضی اسباب ورود زیان به مخاطب توقیف را فراهم آورده، اما به واسطه وجود اسبابی که در فرایند ورود خسارت به زیان دیده نقش داشته‌اند، قاضی از مسئولیت مبرا می‌باشد و زیان دیده حق رجوع به وی را ندارد.

عواملی که باعث می‌شوند تا زیان دیده برای جبران خسارت نتواند به قاضی رجوع کند، عبارتند از: اشتباه قاضی، تقصیر زیان دیده، دخالت ذی نفع توقیف، تقصیر مجریان توقیف و تقصیر اشخاص ثالث که این عوامل را در قسمتهای مختلف مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### الف: اشتباه قاضی

همان گونه که قبلاً گفته شد، اصل 171 ق.ا. به عنوان منبع مسئولیت قاضی ناشی از تصمیمات قضایی وی بین مسئولیت ناشی از اشتباه و مسئولیت ناشی از تقصیر تفاوت گذارده است.<sup>3</sup>

اصل 171 ق.ا. از دو وجه واجد جنبه حمایتی است. وجه اول، آن حمایت از قاضی و استقلال قضایی اوست، چرا که قاضی صرفاً در مواردی که مسئول جبران خسارت است که خسارت مذکور ناشی از تقصیر و یا اشتباه غیرقابل اغماض او باشد

1. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 183

2. ناصر، کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، ص 454

3. سید مرتضی، قاسم زاده، پیشین، ص 292

## مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....127

که از آن به عمد و در حکم عمد یاد کرده‌اند.<sup>1</sup> در سایر موارد بری از مسئولیت است. وجه دیگر اصل 171 ق.ا. به دنبال حمایت از زیان دیده از حکم دادگاه است. چرا که در مواجهه قاضی و زیان دیده، قاضی در موضع قدرت است و زیان دیده بی پشتوانه به نظر می‌رسد، فلذا قانون‌گذار در قانون اساسی حکم به جبران خسارت وارده به زیان دیده از تصمیمات دادگاه داده است، تا تردیدی در لزوم جبران این خسارت وجود نداشته باشد.

بنابراین قاضی، صرفاً در موارد تقصیر عمدی و یا سهل انگاری غیر قابل اغماض خود، مسئول جبران خسارت است و در سایر مواردی که اشتباه وی در صدور حکم یا قرار و یا دستوری که سبب توقیف اموال مخاطب توقیف را فراهم آورده، زیان دیده برای جبران خسارت حق رجوع به قاضی را ندارد، بلکه صرفاً به دولت می‌تواند رجوع کند، فلذا اشتباه قاضی از اسباب معافیت وی از مسئولیت می‌باشد. اشتباه قاضی هر عاملی می‌تواند باشد، مانند نقص قوانین، نقص دستگاه اداری قوه قضاییه و یا حتی می‌تواند اشتباه قاضی ناشی از کثرت مشغله او در دادگاه باشد، که در این موارد نقش دولت در معنای اعم به واسطه نقایصش در بروز خسارت روشن است.

### ب: تقصیر زیان دیده

از دیگر عوامل معافیت قاضی از مسئولیت تقصیر زیان دیده می‌باشد، که از آن به عنوان شایع‌ترین سبب معافیت عامل زیان اثر مسئولیت یاد کرده‌اند.<sup>2</sup> برای مثال، هنگامی که قاضی حکم به محکومیت خوانده مبنی بر تأدیه مبلغ معین دین خود به خواهان می‌دهد و علی‌رغم انقضای مهلت تجدید نظرخواهی و عدم اعتراض محکوم علیه، اجراییه صادر و اموام محکوم علیه توقیف می‌شود، حال چنانچه محکوم علیه با استعمال ماده 367 ق.ا.د.م. رأی مزبور را که با تقصیر قاضی صادر

1. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص 371

2. مجید، غمامی، پیشین، ص 110

شده، نقض نماید.<sup>1</sup> محکوم علیه حکم بدوی، با اجرای رأی، متحمل زیان شده است و این زیان به خصوص در مورد عدم انتفاع از منافع اموالش در طول مدت توقیف، مستمر بوده است و قاضی را با توجه به ارتکاب تقصیر باید مسئول قلمداد کرد، اما قاضی در دفاع از خود این موضوع را مطرح می‌کند، که اگر زیان دیده که امکان شکایت از رأی مزبور را در مرحله تجدید نظر را داشته و با عدم استفاده از این امکان، موجبات به اجرا درآمدن و به تبع آن توقیف اموالش را فراهم آورده است، اقدام به شکایت از رأی مزبور می‌کرد، چه بسا حکم قاضی بدون این که به مرحله اجرا برسد، نقض می‌شد و قصور زیان دیده در شکایت از رأی می‌تواند رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و خسارت وارده را قطع نماید.

هرگاه زیان دیده در اقدامات خود مرتکب بی احتیاطی یا تقصیری شود، این امکان وجود دارد که بنا بر بند 3 ماده 4 ق.م.م. دادگاه در میزان خسارتی که عامل زیان باید بپردازد، می‌تواند قائل به تخفیف شود و این ماده ناظر بر مواردی است که تقصیر و بی احتیاطی زیان دیده به آن حدی نبوده که رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و زیان وارده را قطع کند و در صورتی که تقصیر زیان دیده به حدی باشد که بتواند به عنوان عامل منحصر زیان مطرح گردد، دیگر مسئولیتی متوجه قاضی نمی‌باشد.<sup>2</sup>

### ج: دخالت ذی نفع توقیف

یکی از عواملی که می‌تواند، سبب رفع مسئولیت قاضی در مواردی که حکم صادره به وسیله او موجبات توقیف اموال را فراهم آورده باشد، دخالت ذی نفع توقیف است. در این خصوص ذکر این اظهار نظر حقوق دانان بی ارتباط نیست که آورده‌اند، «در مواردی که در جریان تعقیب یا دادرسی، بیگناهی متهم معلوم می‌شود، تنها راه جبران خسارت رجوع به شاکی یا مدعی خصوصی و اعلام کننده جرم است. ولی در این دعوی نیز پرسش اساسی این است که آیا دخالت دادرسی، مباشرت مقامات عمومی

1. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج 2، ص 416

2. ناصر، کاتوزیان، یشین، ص 512

## 129.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

رابطه علیت بین اقدام شاکی و ورود زیان را از بین نمی‌برد؟ به بیان دیگر، در چنین مواردی آیا می‌توان ادعا کرد که کار شاکی اعلام کننده در ایجاد ضرر برای متهم مؤثرتر از اقدام دادرسی یا دادگاه است و در نظر عرف سببی قوی‌تر به شمار می‌آید.<sup>1</sup> هر چند مطلب فوق، بر خلاف آن چه که ما در اینجا به دنبال آن هستیم، در راستای قطع رابطه سببیت بین تقصیر ذی نفع توقیف و خسارات وارده با تکیه بر تقصیر و اقدامات قضایی می‌باشد، لیکن توجه به آن ما را در جهت یافتن پاسخ خود یاری می‌کند.

به طور معمول توقیف مال بنا به درخواست خواهان صورت می‌پذیرد، مگر در موارد استثنایی نظیر ضبط و مصادره اموال که دادگاه رأساً می‌تواند مال را توقیف نماید. بنابراین، در غالب موارد قاضی بنا به درخواست خواهان مال را توقیف می‌کند، در نتیجه شرط اول این که، مسئولیت قاضی به وسیله ذی نفع توقیف قطع گردد، انجام توقیف به درخواست وی می‌باشد و در غیر این صورت اصولاً این موضوع منتفی خواهد بود و رویه قضایی نیز به این امر توجه داشته است.<sup>2</sup>

اما صرف درخواست ذی نفع توقیف، نمی‌تواند سبب مسئولیت وی و رفع مسئولیت از قاضی باشد، بلکه هنگامی می‌توان این درخواست را سبب مسئولیت ذی نفع و رافع مسئولیت قاضی دانست که اولاً شرایط برای تحقق مسئولیت ذی نفع محقق باشد و و دوماً تقصیر و مسئولیت ذی نفع به حدی باشد که بتوان او را به عنوان سبب قوی‌تر مسئول جبران خسارت دانست.

برای مثال، اگر خواهان دعوی برای اثبات ادعا خود از اسناد مجعولی استفاده نماید و دادگاه بر پایه این اسناد به درخواست خواهان قرار تأمین خواسته صادر نماید و بر اساس همین قرار، اموال خوانده توقیف گردد، در اینجا ممکن است خوانده در دادگاه انتظامی قضات این موضوع را به اثبات برساند که قاضی در بررسی ادله مجعول خواهان

1. ناصر، کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، ص 182

2. همان، ص 185

### 130.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مرتکب قصور و سهل انگاری شده است و اگر حداقل دقت را به خرج می‌داد می‌توانست به جعلی بودن سند پی ببرد و از آن جا که این بی احتیاطی قاضی غیر قابل اغماض می‌باشد، او مسئول جبران خسارت خواهد بود. فلذا در این جا ما با دو مقصر که هر دو سبب بروز خسارت بوده‌اند مواجه هستیم، یکی خواهان که با سند مجعول درخواست تأمین خواسته نموده و دیگری قاضی که مرتکب تقصیر در صدور قرار تأمین خواسته شده است.

در فرض بالا با توجه به این که با دو سبب مختلف برای بروز خسارت مواجه هستیم کار تشخیص مسئول جبران خسارت دشوار است، اما بنابر نظر حقوق دانان در چنین مواردی باید انتساب عرفی ضرر به ایجاد کننده آن را مد نظر قرار داد<sup>1</sup> و به تعبیری دیگر، «آن چه اهمیت دارد این است که کسی مسئول قرار گیرد که بین کار او و ایجاد ضرر رابطه سببیت عرفی و معقول موجود باشد، چنان که بتوان گفت بین آن دو ملازمه عرفی وجود دارد. همین که چنین رابطه‌ای احراز شود، عامل آن بایستی مسئول قرار گیرد و هیچ ضرورتی ندارد که دادرس همه عوامل مؤثر در ایجاد حادثه را نیز ارزیابی کند.»<sup>2</sup>

بنابراین، باید دید که خسارت وارده به خواننده دعوی اصلی، با تقصیر کدام یک از قاضی و ذی نفع توقیف، رابطه لازم و ملزوم دارد، در مثال مذکور، به نظر می‌رسد با توجه به این که ذی نفع توقیف با ارایه سند مجعول مرتکب تقصیر شدیدتری نسبت به قاضی شده است و چنان چه درخواست و تقصیر وی نبود، قاضی نیز مرتکب تقصیر و اشتباه نمی‌شد، فلذا باید ذی نفع را در فرض فوق سبب قوی‌تر معرفی نمود.

اما در فرض دیگر، شخصی از دادگاه درخواست صدور قرار دستور موقت را در موردی خاص می‌نماید و دادگاه با توجه به مواد 310 به بعد ق. آ. د. م. درخواست مزبور را قبول نموده و قرار دستور موقتی را صادر می‌نماید، دائر بر توقیف اموال

1. علیرضا، یزدانیا، پیشین، ص 153

2. ناصر، کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری، ج 1، ص 480

### مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال.....131

شخص خوانده، حال چنان چه اثبات شود که دادگاه در صدور قرار دستور موقت مذکور، مرتکب تقصیر شده است، در اینجا بر خلاف فرض قبلی باید گفت، صرف درخواست ذی نفع توقیف برای صدور دستور موقت نمی‌تواند موجبی برای مسئولیت وی باشد، بلکه این اقدام وی نمی‌تواند رابطه سببیت بین فعل قاضی و خسارت وارده را قطع نماید.

در نتیجه، دخالت ذی نفع توقیف چنان چه به حدی باشد که بتواند تقصیر قاضی را کم رنگ جلوه دهد و رابطه سببیت بین تقصیر قاضی و خسارت وارده را قطع نماید، می‌تواند موجب معافیت قاضی از مسئولیت باشد.

#### د: تقصیر مجریان توقیف

هنگامی که قاضی حکم یا قرار و یا دستوری را صادر می‌نماید که باید به مرحله اجرا در آید و مالی به موجب آن توقیف شود، اجرا و توقیف به دست مجریان توقیف که همان دادورزها باشند، صورت می‌پذیرد.

با توجه به ماده 13 قانون اجرای احکام مدنی مقرر می‌دارد: «اگر دادگاه دادورز (مأمور اجرا) نداشته باشد و یا دادورز (مأمورین اجرا) به تعداد کافی نباشد می‌توان احکام را به وسیله مدیر دفتر یا کارمندان دیگر دادگاه یا مأمورین شهربانی، ژاندارمری اجرا کرد.» به عنوان مثال، به موجب ماده 3 قانون روابط موجر و مستأجر «پس از انقضای مدت اجاره بنا به تقاضای موجر یا قائم مقام قانونی وی تخلیه عین مستأجره در اجاره با سند رسمی توسط دوایر اجرای ثبت ظرف یک هفته و در اجاره با سند عادی ظرف یک هفته پس از ظرف یک هفته پس از تقدیم دادخواست تخلیه به دستور مقام قضایی در مرجع قضایی توسط ضابطین قوه قضاییه انجام خواهد شد.» با توجه به مواد فوق، قانون‌گذار در بعضی موارد اجرای احکام مدنی را بر عهده ضابطین گذاشته است. بنابراین، در این صورت ضابطین باید دقت لازم را به عمل بیاورند تا مفاد اجراییه و آن چه که مطابق حکم صادره باید اجرا گردد به نحو صحیح و دقیق اجرا گردد. در غیر این صورت، یعنی در صورتی که حکمی را به صورت اشتباه اجرا نمایند به عنوان

## 132.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مثال در تخلیه به جای آن چه مورد حکم قرار گرفته، محل دیگری را تخلیه نمایند یا به جای محکوم به، مال دیگری را توقیف نمایند ضامن جبران خسارات وارده خواهند بود. مبنای مسئولیت ضابطين در این مورد که در انجام وظیفه خود مرتکب تقصیر و بی دقتی شده‌اند، اگر فعل و عمل آن‌ها بدون واسطه منجر به خسارت شود، قاعده اتلاف و اگر با واسطه موجب خسارت شود، قاعده تسبیب است.<sup>1</sup>

### نتیجه گیری

توقیف اموال، یا ناشی از درخواست متقاضی توقیف چه در مرحله ابتدایی و یا در مرحله اجرای حکم صورت می‌گیرد البته در برخی موارد توقیف اموال بنا به صلاحدید مقامات عمومی و به نفع دولت می‌باشد نظیر ضبط و مصادره اموال منبع اصلی مسئولیت مدنی درخواست کننده توقیف ماده 120 ق. آ. د. م است که برای متقاضی تأمین خواسته فرض تقصیر نموده و زیان دیده را از اثبات تقصیر متقاضی توقیف بری ساخته است و صرف اثبات درخواست متقاضی و ورود زیان ناشی از توقیف برای جبران خسارت کفایت می‌کند. متقاضی توقیف نیز برای معاف شدن خود از مسئولیت نمی‌تواند به عدم تقصیر خود استناد کند بلکه باید با اثبات انتساب ضرر به یک عامل دیگر رابطه سببیت بین درخواست خود و زیان وارده را قطع کند و از مسئولیت مبری شود.

مقررات ماده 120 ق. آ. د. م به صورت کلی در دو چیز است: یکی ناشی از تأمین خواسته و دیگری فرض تقصیر برای متقاضی تأمین است که مورد اول، صرفاً برای دعوی مسئولیت مدنی ناشی از خسارت تأمین خواسته در دادگاه صادر کننده قرار می‌باشد و قابل تسری به موارد مشابه نیست.

اما مورد دوم که فرض تقصیر است قابل تسری به موارد مشابه می‌باشد. لذا منبع

1. بختیار، عباسلو، مسئولیت مدنی ضابطين دادگستری، فصلنامه دانش انتظامی، تابستان 89، ش 47.



### 133.....مسئولیت قاضی در جریان توقیف اموال

مسئولیت درخواست کننده توقیف اموال ماده 120 ق. آ. د. م می تواند باشد. البته در موارد استثنایی به واسطه نیرنگ درخواست کننده توقیف در اخذ مجوز توقیف ماده 308 ق. م است چرا که گاهی درخواست کننده توقیف در حکم غاصب قرار می گیرد و گاهی نیز به واسطه فعل ارتكابی درخواست کننده توقیف، می توان ماده 328 ق. آ. د. م را منبع مسئولیت درخواست کننده توقیف دانست.

اصل 171 ق. ا به عنوان منبع مسئولیت مدنی قضات در مقام تحدید موارد مسئولیت قاضی است و از سوی دیگر بر امکان جبران خساراتی که قاضی در دادرسی منشأ آنها بوده تصریح دارد. بنابراین اصل، جبران خسارت ناشی از تقصیر قاضی بر عهده خود وی می باشد اما خسارات ناشی از اشتباه قضایی قاضی بایستی به وسیله دولت جبران شود. ماده 58 ق. م. ا نیز قریب به این مضمون است. مفهوم تقصیر اصل 171 را بایستی محدودتر از مفهوم معمول تقصیر دانست و صرفاً عمد و آن چه که در حکم آن است را مشمول مفهوم آن دانست چرا که با توجه به تئوری های جدید حقوقی بایستی تا حد ممکن مسئولیت جبران خسارت را به عهده دولت قرار داد و اصلاح اصل مزبور در این راستا که زیان دیده حق رجوع به دولت برای جبران خسارات وارده را در همه موارد داشته باشد مناسب به نظر می رسد.

صور دخالت آمر در فرآیند توقیف اموال عبارت است از: صدور حکم منشأ توقیف به صدور قرار منشأ توقیف و صدور دستور اجرای حکم که قاضی در صور فوق می تواند در جریان توقیف اموال نقش آفرین باشد. قاضی ممکن است اقدام به صدور حکمی کند که حسب مورد به صورت مستقیم یا غیر مستقیم اقتضای توقیف مال به نفع درخواست کننده توقیف را دارد گاهی نیز صدور حکم باعث می شود تا مال به نفع دولت ضبط یا مصادره شود. هم چنین محتمل قاضی با صدور حکم باعث می شود تا مال به نفع دولت ضبط یا مصادره شود. هم چنین محتمل قاضی با صدور قرار موجبات توقیف مالی را فراهم آورد این قرار حسب مورد می تواند قرار تأمین خواسته، قرار تأمین دعوی واهی، قرار تأمین اتباع بیگانه و قرار دستور موقت باشد. صدور دستور

**134.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394**

اجرا هم از دیگر موارد دخالت قضات در فرآیند توقیف می‌باشد.  
مصادیق تقصیر قاضی، قصد اضرار، عدم مهارت لازم و غفلت شدید در حدی غیر قابل اغماض است و مصادیق اشتباه قضایی هم مواردی است که اشتباه قاضی ناشی از القاء شبهه از سوی دو طرف دعوی، شهادت نادرست، اقرار بر خلاف واقع، نارسایی مفهوم قانون یا متروک ماندن آن و نقص در حافظه یا قدرت اجتهاد قاضی باشد.

### فهرست منابع و ماخذ

1. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد 2، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، 1382
2. جلیلوند، یحیی، مسوولیت مدنی ناشی از اقدامات قضایی، پایان نامه تحصیلی دوره دکتری، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات، سال تحصیلی 77-1376
3. حسین آبادی، امیر، تقریرات درس مسوولیت مدنی، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، نیمسال اول سال تحصیلی 81-1380.
4. ژوردن، پاتریس، مترجم ادیب، مجید، اصول مسوولیت مدنی، چاپ اول، تهران نشر میزان 1382.
5. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج اول و دوم، چاپ اول، تهران نشر میزان 1381 .
6. شهید الثانی، تحریر الروضه فی شرح المعه، تهیه کننده علیرضا امینی، محمدرضا آیتی، چاپ سوم تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی 1380
7. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران نشر حقوقدان 1377.
8. صفایی، سیدحسین، مفهوم تقصیر در ارتباط با شرط عدم مسوولیت، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی ش 4 مهرماه 1364
9. عباسلو، بختیار، مسوولیت مدنی ضابطین دادگستری، فصلنامه دانش انتظامی، تابستان 89، ش 47.
10. غمامی، مجید، مسوولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر 1376
11. قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسوولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، 1376

136.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

12. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری، جلد اول مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1379.

13. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، سال 1381

14. کاتوزیان، ناصر، سخنرانی در همایش حاکمیت قانون اساسی، راه کارها و موانع، روزنامه شرق، ش 364

15. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ دوم، تهران شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا 1376.

16. لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه: احمد اشتری، چاپ اول، تهران نشر حقوقدان 1378.

17. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، تهران، انتشارات گنج دانش، 1376

18. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی قلمرو مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران نشر تابستان 1379





## عدالت در نظام کیفری اسلام

\* مجید متین راسخ

تاریخ دریافت: 1394/04/02 تاریخ پذیرش: 1394/05/07

### چکیده

نگرش مذهبی و اعتقادی مردم هر جامعه‌ای به عدالت، در حوزه نظام اجتماعی آنان متجلی می‌شود. مباحث نظری عدالت بین مسلمانان، به طور جدی از مباحث اعتقادی و کلامی آغاز گردید و سپس به حوزه‌های سیاسی و اجتماعی راه یافت. توجه به عدالت در آموزه‌ها و قوانین اسلامی نقش بالا و والایی دارد، به نحوی که موجب بقای نظام حقوقی و دینی می‌شود. قرآن کریم نیز از انسان‌ها خواسته تا در هنگام صدور حکم و ایجاد قوانین به عدالت گام بردارند: «إِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»<sup>1</sup> از چنین سیستم قانون‌گذاری که شارع آن، عادل مطلق است و مساله عدالت را از اصلی‌ترین مسایل زندگی بشر به شمار آورده است، صدور قانون ضد عدالت و ظالمانه محال است.

در این مقاله، ابتدا به مباحث مطرح شده بین دانشمندان مسلمان در حوزه عدالت اشاره می‌کنیم و به دیدگاه‌های دو طرز تفکر عمده و مهم در این خصوص می‌پردازیم. در ادامه، تحقق عدالت در نظام اجتماعی اسلام در دو زمینه مورد بحث قرار می‌گیرد، نخست به بحث عدالت سیاسی و کرامت انسانی اشاره می‌شود و سپس بحث عدالت در قضا مطرح خواهد شد. طبق اصول عادلانه، در عرضه قضا نیز عدالت با هدف پاسداشت کرامت انسانی مورد توجه قرار می‌گیرد، برای تبیین این اصول، به موارد متعددی از شواهدی در قرآن و سنت استناد خواهد شد. و عدالت در فقه و لغت نیز مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی: عدالت، کیفر، حقوق، نظام اسلامی، فقه، قضا، نظام اجتماعی، نظام سیاسی

---

\* دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی



## مقدمه

بدون تردید، مهم‌ترین هدف همه قواعد حقوقی من جمله جزا اجرای عدالت است و عدالت از جمله مفاهیمی است که بشر از بدو حیات جمعی خود، آن را شناخته و در پس استقرار آن است.

در حقوق جزای اسلامی ملاک وضع احکام جزایی، حفظ مصالح ضروری و جلوگیری از تعدی و تجاوز به آن‌هاست. این مصالح عبارتند از: حفظ جان، مال، نسب، عقل و دین. از دیدگاه اسلام اراده خداوند منشأ مشروعیت احکام جزایی و غیرجزایی است. او به حکمت مطلقه خویش به مصالح و مضار انسان، آگاه و بهترین و برترین قواعد رفتاری از جمله کیفرها را معین فرموده است. اما این مسأله به هیچ وجه به معنای نهی از اندیشه و تأمل درباره مجازات‌های اسلامی نیست، بلکه اسلام، خود، انسان را تشویق به تعمق و تفکر کرده است.<sup>1</sup> بنابراین نه تنها می‌توان به بررسی ملاک‌ها و معیارهایی که مجازات‌های اسلامی بر آن مبتنی است، پرداخت و مبانی کیفرهای شرعی را تفسیر کرد، بلکه با توجه به نیازها و مقتضیات فعلی جوامع اسلامی طرح چنین مسائلی و ارائه پاسخی دقیق و معقول به آن‌ها ضروری می‌نماید. به این ترتیب چون در تشریح کیفرهای اسلامی، به تمام نیازها و چگونگی رفع آن‌ها توجه شده است، وصف عدالت برای کیفرهای اسلامی شایسته است.

اسلام نسبت به مسأله عدالت حساسیت ویژه‌ای دارد طوری که در وضع احکام، رعایت عدالت به عنوان اصلی ثابت لحاظ شده است. خداوند در قرآن کریم توصیه به رعایت عدالت در حکم دادن نموده است<sup>2</sup> و آیات فراوانی در قرآن کریم و روایات متعددی از پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) در زمینه عدالت وجود دارد. فقیهان در مسیر استنباط احکام بر اساس ادله معتبر شرعی، مطابقت با عدالت را صریحاً ذکر

1. «بین الله لکم الآيات لعلکم تتفکرون»؛ بقره، 219/2.

2. «ذا حکمتم بین الناس فاحکموا بالعدل»؛ نساء، 58/4.



## عدالت در نظام کیفری اسلام.....139

کرده و فرموده‌اند که بر مبنای عدالت حکم این مسأله چنین می‌شود (نظیر وصیت به نفع جماعت که گفته شده بر اساس رعایت عدالت اقتضای تسویه را دارد)، اما در برخی از احکام سخنی از عدالت به صراحت زده نشده است، اگرچه آن حکم فی الواقع مطابق با عدالت باشد.

در متون فقهی و حقوقی نیز برای عدالت معانی مختلفی بیان شده است از جمله: ملکه نفسانی که موجب ملازمت تقوی در انجام واجبات و ترک محرّمات می‌شود<sup>1</sup>، پرهیز از زشتی‌ها با هر انگیزه‌ای که باشد<sup>2</sup>؛ ملکه نفسانی که موجب فرمان برداری قوه عملی از نیروی عقلی می‌گردد<sup>3</sup>، ملکه‌ای که غالباً عامل ترک معاصی کبیره‌ای که خداوند وعده آتش به آن‌ها داده است، می‌شود<sup>4</sup>، رعایت میانه‌روی در احکام دینی و این میانه‌روی و اعتدال حاصل نمی‌شود مگر با اجتناب از کبایر و ترک صغایر<sup>5</sup>، غلبه نیکی‌ها و حسنات بر بدی‌ها و سیئات<sup>6</sup>. از عدالت توسط حکیمان، فیلسوفان و محققان نیز تعاریف بسیاری ارایه شده است از قبیل: هرکس آن چه را حق اوست به دست آورد و حرفه‌ای را که استعداد و شایستگی آن را دارد در پیش گیرد<sup>7</sup>، پرداختن به کار خود و پرهیز از دخالت در کار دیگران<sup>8</sup>، وفای به عهد و پیمان<sup>9</sup>، هر عملی که معیارش این

1. شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة المشقیة: ج 1، ص 792.

2. ابن هشام، انصاری مصری، امغنی اللیب عن کتب الاعاریب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، 1428هـ، ج 3، ص 165.

3. محمد مهدی، نراقی، جامع السعادات، بیروت: مؤسسه اعلمی، 1988م (1408هـ)، ج 1، ص 85.

4. سید محسن طباطبایی، منهاج الصالحین، بیروت: دارالتراث الاسلامیة، 1395هـ، ج 1، ص 12.

5. شمس الدین، قرطبی أبو عبد الله خزرجی، الجامع لأحكام القرآن، محقق: هشام سمیر البخاری، الرياض: دار عالم الکتب، 1423 هـ ج 3، ص 396.

6. میر سید شریف، جرجانی، تعریفات، بیروت: عالم الکتب، 1407هـ، ص 110.

7. فردریک، کاپلستون، تاریخ فلسفه فیلسوفان انگلیسی از هابز تا هیوم، ترجمه امیر جلال الدین اعلم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی سروش، 1375. ص 39.

8. افلاطون، جمهور، ترجمه فواد روحانی، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، 1368. ص 236.

9. تاک، ریچارد، هابز، ترجمه حسین بشیریه، تهران: انتشارات طرح نو، 1376. ص 104.

## 140.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

باشد که آزادی هر کس اقدام به گرفتن دیه یا عفو جانی کنند، قصاص به مفهوم اصطلاحی آن تحقق پیدا نمی‌کند، هر چند این عمل از نظر لغوی هم چنان قصاص به حساب می‌آید.<sup>1</sup>

در سلسله بحث‌های کیفری در کتب فقهی، از عدالت در موارد مختلف سخن به میان آمده است و لزوم عدالت و وجود آن در میان این مباحث انکارناپذیر است. به عنوان مثال نمونه‌هایی ذکر می‌شود: در جایی که مجازات منوط به حکم امام دارای وصف عدالت و اگذار شده، نظیر جایی که زنی با پرتاب سنگ مردی را که از او تقاضای عمل حرام داشته، به قتل برساند، در این صورت، به صلاح‌دید امام عادل خون آن مرد هدر خواهد بود<sup>2</sup>، یا در جایی که سخن از شهادت شهود عادل در اثبات جرم و جنایت<sup>3</sup> به میان آمده که این مطلب نیز برگرفته از حکم صریح قرآنی است<sup>4</sup>، یا جایی که شهادت برخی از شهود پذیرفته نمی‌شود چرا که وصف عدالت مربوط به شهادت در مورد آن‌ها صادق نیست، از آن جا که حرام زاده‌اند نظیر شهادت ولدالزنا<sup>5</sup>؛ مواردی شبیه به این‌ها مربوط به نقش و جایگاه عدالت در فقه جزا زیاد هست، این نوع بحث از **دالت** نیز بی ارتباط با عدالت کیفری نیست، زیرا می‌توان گفت عدالت کیفری اقتضا دارد که در شهادت بر جرم یا جنایت، شاهد عادل باشد و اهل فسق و فجور نبوده، تا بتوان به نحو عادلانه با استناد به شهادت او مجرم یا جنایت‌کار را مجازات نمود. اما آن چه جلب نظر می‌کند این که فقیهان، در مباحث جزایی کمتر به تناسب حکم با عدالت

1. خسروشاهی، فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام، ص 27.

2. محمد بن علی، صدوق، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1413 ه، ج 4، ص 103.

3. مثال: شهادت دو نفر عادل در ثبوت قتل (طوسی، الخلاف، 313/6)، شهادت یک نفر عادل، همراه ادعای مدعی در ثبوت لوث (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج 7، ص 214).

4. طلاق، 2/ 65.

5. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم 1415 ه، ص 502.

## عدالت در نظام کیفری اسلام.....141

اشاره کرده‌اند، شاید این مطلب برگرفته از تعبدی بودن احکام صادره از سوی فقیهان در باب فقه جزا باشد. از این رو مجازاتی که تعیین آن منوط به عدالت کیفری باشد، نیز در میان احکام فقیهان به ندرت وجود دارد.

از این رو اهمیت بحث و تحقیق در خصوص عدالت کیفری و نحوه اجرای آن روشن می‌شود. این مقاله شامل سه فصل است که در فصل اول به مباحث مربوط به پیشینه عدالت پرداخته می‌شود و در فصل دوم به مباحث مربوط به کیفر و در فصل سوم به سیر تطور عدالت در اسلام پرداخته شده است و در نهایت چنین نتیجه گیری شده است که از نظر فقهای امامیه عدالت امری است قابل ادراک توسط عقل بشری.

### فصل اول: پیشینه عدالت

عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات، یعنی این‌طور نیست که آن چه دین گفت عدل است، بلکه آن چه عدل است دین می‌گوید<sup>1</sup>. بنابراین با قراردادن هر حکمی که شائبه غیر عادلانه بودن آن می‌رود در ترازوی عدالت، می‌توان به میزان سازگاری یا عدم سازگاری آن با عدالت پی برد. با این وصف، در جریان قاعده عدالت، ابتدا باید دانسته شود عدالت در آیات قرآن کریم، روایات و متون فقهی دارای چه تعریفی است، آن گاه با قرار دادن حکم مورد نظر در قالب عدالت مورد نظر اسلام، به عادلانه یا ناعادلانه بودن آن حکم رسید. اگر چه قرآن کریم صراحتاً به عدالت کیفری و یا تعریف آن نپرداخته است، اما عدالت کیفری مورد نظر خداوند متعال با بیان آیات مبتنی بر لزوم رعایت عدالت و مماثلت در مجازات تبیین می‌شود. در این فصل مباحث مربوط به تاریخچه فقهی عدالت اعم از علمای شیعه و علمای اهل تسنن و تاریخچه حقوقی عدالت مطرح می‌گردد.

1. مرتضی، مطهری، بررسی اجمالی اقتصاد اسلامی، تهران: انتشارات حکمت، 1432، ص 14.

### مبحث اول: تاریخچه فقهی

از آن جا که ایجاد علم فقه، به پیدایش اسلام برمی گردد، از این رو واضح است تاریخچه عدالت کیفری در فقه اسلامی نیز، قدمتی بیش از دین اسلام نداشته باشد. دوره‌های تحول فقه اهل سنت به ترتیب عبارتند از: عصر صحابه، عصر تابعین، عصر پیشوایان مذاهب، عصر توقف اجتهاد، عصر گزینش مذاهب، عصر تقلید محض و عصر حاضر؛ ادوار فقهی شیعه شامل: عصر تفسیر و تبیین (عهد ائمه (ع))، عصر محدثان، عصر آغاز اجتهاد (عصر قدیمین)، عصر کمال اجتهاد (عصر شیخ طوسی)، عصر تقلید، عصر نهضت، عصر پیدایش مذهب اخباریان، عصر جدید استنباط و نهایتاً عصر حاضر<sup>1</sup>.

### گفتار اول - نظر امامیه

فقیهان امامیه اگر چه تعریف خاصی از عدالت کیفری در کتب فقهی خویش ارایه نکرده‌اند اما در مباحث مختلف جزایی، سخن از عادلانه یا ظالمانه بودن بعضی احکام به میان آورده‌اند. از ابتدایی‌ترین ادوار فقه امامیه که دوره محدثان است، در کتب حدیثی و در میان احادیث سخن از عدل به میان آمده، به عنوان مثال در کتاب الکافی بابی به ظلم اختصاص دارد، در این باب از مصادیق مختلف ظلم نهی شده و قصاص هم به عنوان ابزاری برای خوف از ظلم به مردم نام برده شده است<sup>2</sup>. این رویه در عصر شیخ طوسی، هم در کتب حدیثی و هم در کتب فقهی ادامه پیدا کرد چنانچه برخی امور به عدالت و برخی به ظلم منتسب شدند<sup>3</sup>، در دوره‌های بعدی نیز فقیهان به همین نحو به

1. ابوالقاسم، گرجی، تاریخ فقه و فقه، چاپ نهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، 1387، ص 15.

2. محمدبن یعقوب، کلینی، الکافی، چاپ چهارم، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، 1407 هـ ج 2، ص 331.

3. محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم تهران، دارالکتب الاسلامیه، 407 (ه.ق) ج 6، ص 319.

## عدالت در نظام کیفری اسلام.....143

ذکر عدالت یا ظلم در بعضی احکام پرداختند. به عنوان مثال می‌توان نمونه‌های زیر را از میان احکام صادره از سوی فقیهان ذکر نمود: حبس کردن فرد پس از حد خوردن، ظلم محسوب شده است.<sup>1</sup> از طرف دیگر از آن جا که خداوند در قرآن کریم ضمن آیه‌های مختلفی<sup>2</sup>، در مجازات کردن، شرط رعایت مماثلت و برابری گذاشته، از این رو برخی فقیهان نیز ضمن بیان احکام قصاص، به این آیات استناد نموده‌اند.<sup>3</sup> استناد فقیهان به این آیات در احکام خویش، شاید بیانگر التزام ایشان به رعایت جنبه‌های عادلانه در حکم بوده است. البته برخی فقیهان معاصر در بحث از بعضی ابواب فقه نظیر تنصیف دیه در مورد زن، بحث از میزان مطابقت آن با روح عدالت در اسلام نموده‌اند.<sup>4</sup> اما تاریخچه‌ای در فقه برای عدالت نمی‌توان تنظیم نمود و گفت سیر تحقق عدالت در فقه و احکام فقهی به این شکل بوده، زیرا بنای احکام اسلام و به تبع آن فتاوی فقیهان از ابتدای پیدایش فقه بر این استوار بوده که مبتنی بر عدالت باشد، اساساً طبق اعتقاد فقیهان، اسلام حقیقی دینی است که مطابق با قانون عدالت و انصاف سرشته شده است<sup>5</sup> و از ابتدا فریاد عدالت‌پروری و عدالت‌خواهی را بلند نموده است، بنابراین سیر تکاملی برای بحث عدالت در اسلام چه از نوع عدالت کیفری یا غیر آن نمی‌توان متصور شد.

### گفتار دوم - نظر اهل سنت

از نظر فقیهان اهل سنت نیز اسلام نظام عدالت کامل اجتماعی را بنا کرد.<sup>6</sup> به عنوان

1. طوسی، تهذیب الاحکام ج 6، ص 319.

2. نحل، 126/16؛ یونس، 27/10؛ غافر، 40/40 و...

3. محمد بن حسن، طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج 9، ص 169 و ج 5، ص 366؛ حائری تهرانی، مقتضیات الدرر و ملتقطات الثمر، ج 10، ص 32.

4. ناصر، مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامه، چاپ دوم، قم: دار الکتب الاسلامیه، 1374، ص 147.

5. زین الدین بن علی، شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتاب فروشی دآوری، ج 4، ص 163.

6. عبد الرحمن حسن حبنکه، میدانی اجنحة المکر الثلاثة و خوافیها، دمشق: دار القلم، بی تا، ج 1، ص 535.

مثال ایشان از حدود، با عنوان مجازات محکم الهی در جهت جلوگیری از عارض شدن ظلم و ستم در جامعه نام برده‌اند<sup>1</sup>؛ در میان فقیهان معاصر اهل سنت، برخی قصاص را معیار عدالت در مجازات قاتل دانسته‌اند<sup>2</sup>. بنابراین می‌توان گفت صرف‌نظر از صحیح یا ناصحیح بودن احکام صادره از سوی فقیهان، ایشان با یقین بر تأکید اسلام بر عدالت، بعد از به دست آوردن دلایل کافی در اثبات حکم و استنباط آن، اعتقاد بر عادلانه بودن آن حکم نیز خواهند داشت، فرقی نمی‌کند که حکم در خصوص موارد مدنی باشد یا جزایی.

### مبحث دوم - تاریخچه حقوقی

عدالت کیفری چیزی بوده که از قدیم الایام مورد توجه قانون گذاران بوده و به مرور زمان، مانند شاخه‌های مختلف قوانین، توسعه‌ای در جوامع بشری داشته است. یکی از قوانین کشف شده مربوط به حدود 1700 سال پیش از میلاد مسیح (ع)، در خاور نزدیک، منطقه بابل است که توسط حاکم آن دوران به نام حمورابی تدوین گردیده است. آن چه که بیشتر در این مجموعه قابل توجه است، تمایز میان کیفرها با توجه به طبقات اجتماعی است<sup>3</sup>. بنابراین عدالت کیفری نیز، جنبه طبقاتی داشته و مجازات نجیب‌زادگان و اشراف با قشر ضعیف‌تر و به اصطلاح رعیت، متفاوت بود. این قانون در بسیاری از جنبه‌ها به نفع ثروتمندان بود. به طور مثال در آن قانون اگر دختر یک نجیب زاده مورد تعرض قرار می‌گرفت، جزای نقدی معادل ده شیکل (سکه نقره رایج) مجازات می‌شد و اگر دختر یک شهروند عادی مورد تعرض قرار می‌گرفت، جزای پنج شیکل، برای متعرض منظور می‌شد<sup>4</sup>. عهد عتیق [که یهودیان آن را به حضرت

1. نعمه الله بن محمود، نخجوانی (شیخ علوان)، الفواتح الإلهیة والمفاتیح الغیبیة الموضحة للكلم القرآنیة والحکم الفرقانیة، غوریة (مصر): دار رکابی للنشر 1419 هـ ج 2، ص 292.

2. علی حیدر خواجه آمین، افندی، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، بی‌جا: دار الجیل، 1411 هـ ج 3، ص 522.

3. میچل، روت، تاریخ عدالت کیفری، ترجمه ساناز السستی، تهران: نشر میزان، 1385، ج 1، ص 29.

4. همان، ص 29.

موسی (ع) منسوب نموده‌اند] نیز تا حدود زیادی از قانون حمورابی اقتباس شده است<sup>1</sup>، بنابراین آن قانون هم از بی‌عدالتی‌های موهوم به عدالت، بی‌نصیب نماند.

### گفتار اول - عدالت از نظر جوامع شرقی

در جوامع شرقی نظیر هند باستان نیز اگر چه قوانین صبغه مذهبی داشت، ولی تقسیم افراد جامعه به چهار طبقه حاکمه، روحانیون (براهمه)، مردم عادی (سودرا) و نجس‌ها، عاملی برای ناهمگونی مجازات‌ها و در نتیجه اجرای آن‌ها بر پایه طبقات اجتماعی بود<sup>2</sup>، از این رو مجازات اعمال مجرمانه به شکل عادلانه در میان اقشار مختلف مردم - معنایی نداشت و عدالت همان بود که قانون گذاران هندو می‌پنداشتند.

در ژاپن قدیم نیز مجازات‌ها جنبه خانوادگی داشت، به گونه‌ای که اگر پدر خانواده محکوم به دار زدن یا سوزاندن میشد، پسران بالغ او را نیز شریک سرنوشت او می‌گردانیدند و فرزندان نابالغ را پس از رسیدن به سن رشد، تبعید می‌کردند.<sup>3</sup>

در ایران باستان، سلسله‌های قبل از ساسانیان اعم از اشکانی، سلوکیان و هخامنشیان و مادها، حقوق و قوانین مبتنی بر اراده شاه و هیئت حاکمه بود، اما از ساسانیان به بعد قوانین سرچشمه مذهبی و دینی داشت و پادشاهان ساسانی مدعی بودند مجری احکام دین زرتشت هستند. در آن دوران بزه‌های کوچک را با شلاق زدن و گناه‌های بزرگ‌تر را با داغ کردن، ناقص کردن عضو، بریدن دست و پا، به زندان افکندن، زهر نوشانیدن، دار زدن و سنگسار کردن و... مجازات می‌نمودند.<sup>4</sup> عدالت کیفری در چنین سیستم قانون گذاری، با پندارهای شاه یا هیئت حاکمه از عدالت، تعریف می‌شد.

---

1. همان، ص 33.

2. حجت‌الله، ذاکری، بررسی و تحلیل قتل عمد در اسلام، شهر قدس: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی بهشت اندیشه، 1377، ص 43.

3. همان، ص 44.

4. همان ص 47.

## گفتار دوم - عدالت از نظر جوامع غربی

حقوق یونان و روم باستان نیز از جمله قوانین نوشته شده هستند. با حمله رومی‌ها به انگلستان، قوانین و حقوق رومی به قبایل آن سرزمین که هنوز نام انگلستان بر آن نهاده نشده بود، نفوذ کرد و نیز آنگلو ساکسون‌ها و نورمن‌ها، در طول دوره‌های تاریخی اقدام به تدوین قوانین مختلف کردند. با روی کار آمدن پروتستان‌ها در انگلستان به جای کاتولیک‌ها، قوانین کلیسا که صورت مذهبی داشت در جوامع غربی رایج شد. به موجب قوانین کلیسایی، سنگین‌ترین جرم، تکفیر کردن بود، برای آن که افراد از مجازات سبک‌تری بهره‌مند شوند با حيله‌گری مدعی می‌شدند که عضوی از جامعه روحانیون هستند تا از مصونیت مجازات روحانی بهره‌مند شوند.<sup>1</sup> این گفته تاریخی، خود بازگوی میزان جریان عدالت در مجازات‌ها در جوامع باستان غربی است، قانونی که روحانیون کلیسا را افرادی متفاوت تلقی کرده و به ایشان مصونیت در مجازات داده می‌شد و تنها کلیسا حق اجرای مجازات آن هم به صلاح‌دید خویش در حق روحانیون کلیسایی داشت. تا این که در قرن چهاردهم مصونیت روحانیون به افراد با سواد که کیش نبودند نیز قانوناً داده شد.<sup>2</sup> تا اواسط سده هجدهم میلادی حقوق کلیسایی حاکم بود و مجازات‌های غیرعادلانه و ظالمانه در کلیساها مشاهده می‌شد، اما در سال 1764 بکاریا در اعتراض به وضعیت کیفری عصر خود رساله‌ای با عنوان «رساله جرایم و مجازات‌ها» به رشته تحریر در آورد. او با این کار، نظریه مکتب حقوقی کلاسیک و حقوق کیفری مدرن را تنظیم و پایه‌ریزی نمود. اندک اندک با ظهور حقوق کیفری مدرن برخورد موردی با جرم و مجرم که در حقوق باستان متداول بود، کنار گذاشته شد.

در طول ادوار تاریخی، مکاتب مختلف حقوقی در جهت بهینه کردن وضعیت قوانین به وجود آمدند. مکتب کلاسیک، اولین مکتب حقوقی محسوب می‌شود که در

1. میچل، روت، پیشین، ص 80.

2. همان، ص 81.



قرن نوزده میلادی پا به عرصه وجود گذاشت. این مکتب، «مکتب عدالت مطلق و اصالت سودمندی» نیز نام دارد. از نظر صاحب نظران این مکتب، عدالت در مجازات آن است که بیشترین فایده را به اجتماع برساند.<sup>1</sup> پس از آن در ادوار بعدی مکاتب نئوکلاسیک و عدالت مطلق به وجود آمدند. بر اساس آموزه‌های مکتب عدالت مطلق، رعایت عدالت و اخلاق در مجازات آن است که بزهکار به گونه‌ای کیفر شود که نظم اخلاقی که در اثر جرم مختل شده در جامعه برقرار شود.<sup>2</sup> مکتب بعدی ایجادشده مکتب تحقیقی و اثباتی است. در این مکتب مجرم، یک بیمار محسوب می‌شود و عادلانه‌ترین عمل در حق او این است که به جای مجازات درمان شود، بنابراین اقدامات تامینی و تربیتی جایگزین مجازات‌ها می‌شوند.<sup>3</sup> در نهایت جدیدترین مکتب حقوقی پدید آمده مکتب التقاطی است که عدالت کیفری را در برقراری تعادل میان حقوق جامعه، بزه‌دیده و بزهکار می‌داند و با تأکید بر بازسازی مجدد مجرم، توجه به ترمیم کامل خسارات وارد بر بزه‌دیده دارد.<sup>4</sup> این نوع عدالت اصطلاحاً عدالت ترمیمی نامیده می‌شود. بنابراین سیر تاریخی برقراری عدالت کیفری در این مکاتب حقوقی به این شکل است که برای تحقق عدالت در مجازات، ابتدا عدالت سزادهنده (سرکوبگر) با رویکرد توان دهی مجرم در برابر عمل مجرمانه خویش، و نیز عدالت بازپرورانه که در جهت اصلاح مجرم، گام بر می‌داشت،<sup>5</sup> مورد نظر قانون‌گذاران قرار گرفت. این نوع عدالت کیفری با نظم عمومی و حاکمیت ملی ارتباط نزدیکی داشت. مدل‌های تنبیهی و بازپرورانه، به مرور با ایرادهای کارکردی، اقتصادی، سیاسی روبرو شدند زیرا مجرمین

1. شادی، عظیم‌زاده، حقوق جزای عمومی مطابق با قانون مجازات اسلامی مصوب 1392، تهران: دوران‌دیشان، 1392، ص 19.

2. اسماعیل، ساولانی، حقوق جزای عمومی مطابق با قانون مجازات اسلامی مصوب 1392، تهران: نشر میزان، 1392، ص 54.

3. شادی، عظیم‌زاده، پیشین، ص 21.

4. همان، ص 24.

5. پیروز، سماواتی، عدالت ترمیمی تعدیل تدریجی عدالت کیفری، ص 19.

## 148.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

در اثر ارتکاب جرم و تکرار آن، با فرهنگ زندان‌ها در آمیخته و زندان‌ها پر از زندانیان سابقه‌دار و اصلاح‌ناپذیر شدند. از این رو قانون‌گذاران و حقوق‌دانان به سمت عدالتی نو در قوانین روی آوردند که عدالت ترمیمی‌نامیده شد و با دیدگاهی جدید در عدالت کیفری مطرح شد. مبانی این نوع عدالت شامل حفظ حقوق بزه‌دیدگان و خسارت‌زدایی از ایشان، ترمیم و جبران خسارت‌های ناشی از جرم و تمرکز عدالت بر روی مشارکت-دهی داوطلبان سهام‌داران جرم در اتخاذ راه حل مرضی‌الطرفین \_ با بزه‌دیده \_ است. ویژگی‌های اصلی این نوع عدالت یافتن پاسخ اجماعی ترمیمی‌نسبت به علل جرم و آثار آن و کمک به بزه‌کار در اجرای تعهدهایش نسبت به بزه‌دیده و جامعه است.<sup>1</sup> حدود سی سال است که عدالت ترمیمی به صورت جدی در محافل حقوقی جهانی مطرح و در قوانین مختلف پیاده می‌شود.

### مبحث سوم - عدالت در فقه اسلامی

در متون فقهی و حقوقی نیز برای عدالت معانی مختلفی بیان شده است از جمله: ملکه نفسانی که موجب ملازمت تقوی در انجام واجبات و ترک محرّمات می‌شود،<sup>2</sup> پرهیز از زشتی‌ها با هر انگیزه‌ای که باشد<sup>3</sup>؛ ملکه نفسانی که موجب فرمانبرداری قوّه عملی از نیروی عقلی می‌گردد<sup>4</sup>، ملکه‌ای که غالباً عامل ترک معاصی کبیره‌ای که خداوند وعده آتش به آن‌ها داده است، می‌شود،<sup>5</sup> رعایت میانه‌روی در احکام دینی و این میانه‌روی و اعتدال حاصل نمی‌شود مگر با اجتناب از کبایر و ترک صغایر<sup>6</sup>. غلبه نیکی‌ها

1. همان، ص 59.

2. شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة المشقیة: ج 1، ص 792.

3. ابن هشام انصاری مصری، پیشین، ص 165 .

4. محمد مهدی، نراقی، جامع السعادات، پیشین، ص 85.

5. سید محسن طباطبایی، منهاج الصالحین، بیروت: دارالتراث الاسلامیة، 1395. ج 1، ص 12.

6. شمس الدین، قرطبی أبو عبد الله خزرجی، الجامع لأحكام القرآن، محقق: هشام سمیر البخاری، الرياض: دار عالم الکتب، 1423 هـ ج 3، ص 396.

## عدالت در نظام کیفری اسلام.....149

و حسنات بر بدی‌ها و سیئات<sup>1</sup>. از عدالت توسط حکیمان، فیلسوفان و محققان نیز تعاریف بسیاری ارایه شده است از قبیل: هرکس آن چه را حق اوست به دست آورد و حرفه‌ای را که استعداد و شایستگی آن را دارد در پیش گیرد،<sup>2</sup> پرداختن به کار خود و پرهیز از دخالت در کار دیگران،<sup>3</sup> وفای به عهد و پیمان،<sup>4</sup> هر عملی که این باشد که آزادی هر کس با آزادی همه مردم سازگار باشد،<sup>5</sup> مصلحت عمومی<sup>6</sup>. با توجه به گستردگی حوزه عدالت و به تبع آن معانی عدالت از منظر دانشمندان علوم مختلف، در این تحقیق به بیان بیش از این از معانی عدالت نیاز نیست.

### مبحث چهارم - عدالت در حقوق موضوعه

قانون مدنی در کتاب سوم در مورد شهادت سخن از عدالت به میان آورده و اعلام داشته که: در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است.<sup>7</sup> برای احراز عدالت شهود نیز همین قانون بیان می‌دارد که: «عدالت شهود باید از یکی از طرق شرعی برای دادگاه محرز شود.<sup>8</sup> در قانون مجازات اسلامی نیز در فصل مربوط به شهادت، علاوه بر بلوغ، عقل، ایمان، طهارت مولد، ذی نفع نبودن در موضوع مورد شهادت، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها، عدم اشتغال به تکدی و ولگرد نبودن و متصف بودن شهود به صفت عدالت نیز اشاره شده است.<sup>9</sup> این قانون در

1. جرجانی، ص 110.

2. فردریک، کاپلستون، پیشین، ص 39.

3. افلاطون، جمهور، ترجمه فؤاد روحانی، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، 1368. ص 236.

4. تاک، ریچارد، هابز، ترجمه حسین بشیریه، تهران: انتشارات طرح نو، 1376. ص 104.

5. محمد علی، فروغی، سیر حکمت در اروپا، چاپ دوم، تهران: انتشارات زوار، 1367. ج 2، ص 169.

6. عبدالرحمن، ابن خلدون، مقدمه، ترجمه محمد پروین گنابادی، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، 1366، ج 1، ص 71.

7. ماده 1313 قانون مدنی.

8. ماده 1314 قانون مدنی.

9. ماده 177 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

## 150.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

تعریف فرد متصف به عدالت چنین بیان داشته است که: «عادل کسی است که در نظر قاضی یا شخصی که بر عدالت وی گواهی می‌دهد، اهل معصیت نباشد<sup>1</sup>». این بیان نشان می‌دهد که تعریف قانون مجازات اسلامی از عدالت همچون برخی فقیهان<sup>2</sup>، مبنی بر ترک معاصی و گناهان است.

### فصل دوم: کیفر

#### مبحث اول-کیفر در لغت

کیفر در لغت فارسی به معنای پاداش کار نیک و بد، جزا، مکافات، مجازات قانونی است.<sup>3</sup> عقاب، جزا، مجازات، عقوبت و مکافات در لغت عرب به یک معنا هستند،<sup>4</sup> مجازات یعنی عملی که در برابر کار دیگری آن جام می‌شود<sup>5</sup> و مثل، نظیر و مساوی آن عمل است.<sup>6</sup>

#### مبحث دوم-کیفر در فقه اسلامی

از کلمه جزاء در احادیث و آیات قرآن کریم در جهت بیان کیفر و پاداش اعمال استفاده شده است. به عنوان مثال خداوند می‌فرماید: «فاقتلوهם کذلک جزاء الکافرین<sup>7</sup>»، «انما جزاؤ الذین یحاربون الله و الرسول و یسعون فی الارض فسادا ان یقتلوا او یصلبوا او تقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف او ینفوا من الارض<sup>8</sup>» یا در احادیث آمده است که:

1. ماده 181 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

2. شهید ثانی، پیشین، ص 792.

3. محمد، معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، تهران: سپهر، 1360، ص 3154.

4. ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 183؛ ج 12، ص 6؛ ج 14، ص 143.

5. همان، ج 6، ص 161.

6. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج 2، ص 537؛ ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ص 140؛ زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 1، ص 230.

7. بقره، 191/2.

8. مائده، 33/5.

## عدالت در نظام کیفری اسلام.....151

«عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «مَنْ شَهَرَ السَّلَاحَ فِي مِصْرٍ مِنَ الْأَمْصَارِ فَعَقِرَ، اقْتَصَصَ مِنْهُ وَ نَفَى مِنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ وَ مِنْ شَهْرِ السَّلَاحِ فِي غَيْرِ الْأَمْصَارِ وَ ضَرْبَ وَ عَقْرَ وَ اخَذَ الْمَالَ وَ لَمْ يَقْتُلْ فَهُوَ مُحَارَبٌ فَجَزَاؤُهُ جِزَاءُ الْمُحَارَبِ<sup>1</sup>»، از همین روست که فقیهان نیز در بیان کیفرها و مجازات‌ها از کلمات جزا استفاده کرده‌اند.<sup>2</sup> مجازات‌ها در کتب فقهی، با توجه به نوع جرم یا گناه، در ابواب مختلف حدود، قصاص، تعزیر و دیه بیان شده است.

### مبحث سوم- کیفر در حقوق موضوعه

نخستین قانون‌نامه کیفری ایران، قانون مجازات عمومی است که در دی ماه 1304 هجری خورشیدی تصویب شد. این قانون به ویژه در اصول عمومی حاکم بر جرایم و مجازات‌ها و انواع کیفرها (یعنی در قلمرو حقوق کیفری عمومی) از قانون‌نامه جزایی 1810 فرانسه اقتباس شده بود. این قانون مجازات حبس را به طور گسترده وارد حقوق ایران کرد، چنان که انواع حبس را از موقت تا ابد به عنوان تنها مجازات یا یکی از مجازات‌های اصلی جرایم جنایی، جنحه‌ای و خلافی پیش‌بینی کرد. بعد از نیم قرن با الهام از قواعد و مقررات سازمان ملل متحد، راجع به نحوه رفتار با زندانیان، در تاریخ 1354/4/19 حقوق زندان و زندانیان در ایران متولد شد.<sup>3</sup> قانون‌گذار انقلاب اسلامی از آغاز دهه شصت خورشیدی سیاست اسلامی کردن حقوق کیفری را در دستور کار خود قرار داد. در سال 1361 قانون راجع به مجازات اسلامی، بعد قانون حدود و قصاص و مقررات آن در سال 1361/6/3 و در سال 1370 قانون مجازات اسلامی مورد تصویب

1. ابو جعفر، محمد بن یعقوب، کلینی الکافی (ط - دار الحدیث)، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، 1429 هـ . ج 14، ص 212.

2. طوسی، الخلاف، ج 6، ص 240؛ فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1417 هـ، ج 1، ص 407.

3. علی حسین، نجفی ابرند آبادی، کیفر شناسی، چاپ ششم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، 1385، ص 10.

## 152.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مجلس قانون‌گذاران قرار گرفت. این قانون در سال 1375 اصلاح و قانون تعزیرات به آن ضمیمه شد.

نهایتاً در اردیبهشت ماه سال 1392 جدیدترین قانون مربوط به مجازات اسلامی مورد تصویب نمایندگان ملت در مجلس قانون‌گذاری قرار گرفت. این قانون با بیان انواع مجازات‌ها شروع شده و تعریفی از کیفر و مجازات ارائه نکرده و مشتمل بر مجازات‌های حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، اقدامات تأمینی و تربیتی، شرایط و موانع مسؤولیت کیفری و قواعد حاکم بر آنهاست.<sup>1</sup> کیفرها و مجازات‌های اصلی مقرر در این قانون، به چهار قسم حد، قصاص، دیه و تعزیر تقسیم شده‌اند.<sup>2</sup> برخی مجازات‌ها و کیفرها در این قانون با عنوان مجازات‌های تکمیلی و تبعی ذکر شده‌اند از جمله: اقامت اجباری در محل معین، منع از اشتغال به شغل، حرفه یا کار معین، الزام به خدمات عمومی و...<sup>3</sup>

### فصل سوم - سیر تطور بحث عدالت در اسلام

مهم‌ترین بخشی که در مورد عدالت از همان قرون اولیه در میان اندیشمندان اسلامی آغاز شد، و به دنبال آن مکاتب مختلفی تشکیل گردید و فرقه‌های مذهبی به وجود آمد این بود که آیا مفهوم عدالت و حسن انجام آن برای عقل بشر قابل دستیابی است یا آن که عدالت مفهومی غیرقابل دستیابی برای عقل انسان است و خدا آن را تعریف می‌کند و به بشر می‌گوید چه کاری عدل و چه کاری ظلم است؟ هر یک از این دو نظریه طرف دارانی یافت و مکتبی را تشکیل داد. فرقه نخستین می‌گفتند که هم حسن عدالت را عقل بشر درک می‌کند و هم تبیین مفهوم آن برای بشر میسر است و این که می‌گوئیم خدا عادل است، یعنی خدا عقلاً و بالضروره همان عدلی را که عقل

1. ماده 1 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

2. ماده 14 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

3. ماده 23 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392.

بشری درک می‌کند اراده می‌نماید.

در حالی که گروه دوم می‌گفتند به طور کلی خوبی و بدی، عدل و ظلم، اوصاف ذاتی اعمال بشری نیستند، آن‌ها صرفاً برگرفته از اراده خداوند می‌باشند، هرچه خدا اراده کند، عدل و آن جام آن خوب است.

### مبحث اول - عدالت کیفری در فقه اسلامی

در سلسله بحث‌های کیفری در کتب فقهی، از عدالت در موارد مختلف سخن به میان آمده است و لزوم عدالت و وجود آن در میان این مباحث انکارناپذیر است. به عنوان مثال نمونه‌هایی ذکر می‌شود: در جایی که مجازات منوط به حکم امام دارای وصف عدالت و اگذار شده، نظیر جایی که زنی با پرتاب سنگ مردی را که از او تقاضای عمل حرام داشته، به قتل برساند، در این صورت، به صلاح‌دید امام عادل خون آن مرد هدر خواهد بود،<sup>1</sup> یا در جایی که سخن از شهادت شهود عادل در اثبات جرم و جنایت<sup>2</sup> به میان آمده که این مطلب نیز برگرفته از حکم صریح قرآنی است<sup>3</sup>، یا جایی که شهادت برخی از شهود پذیرفته نمی‌شود چرا که وصف عدالت مربوط به شهادت در مورد آن‌ها صادق نیست، آنجا که حرام زاده‌اند نظیر شهادت ولدالزنا؛<sup>4</sup> مواردی شبیه به این‌ها مربوط به نقش و جایگاه عدالت در فقه جزا زیاد هست، این نوع بحث از عدالت نیز بی ارتباط با عدالت کیفری نیست، زیرا می‌توان گفت عدالت کیفری اقتضا دارد که در شهادت بر جرم یا جنایت، شاهد عادل باشد و اهل فسق و فجور نبوده، تا بتوان به نحو عادلانه با استناد به شهادت او مجرم یا جنایت‌کار را مجازات نمود. اما آن

1. صدوق، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1413 هـ، ج 4، ص 103.

2. مثال: شهادت دو نفر عادل در ثبوت قتل (طوسی، الخلاف، 313/6)، شهادت یک نفر عادل، همراه ادعای مدعی در ثبوت لوث (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج 7، ص 214).

3. طلاق، 65/2.

4. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم 1415 هـ، ص 502.

چه جلب نظر می‌کند این که فقیهان، در مباحث جزایی کمتر به تناسب حکم با عدالت اشاره کرده‌اند، شاید این مطلب برگرفته از تعبدی بودن احکام صادره از سوی فقیهان در باب فقه جزا باشد. از این رو مجازاتی که تعیین آن منوط به عدالت کیفری باشد، نیز در میان احکام فقیهان به ندرت وجود دارد. مثلاً در باب قصاص ابن ادریس حلی فقیهی است که قصاص جمع در برابر فرد واحد را به شرط پرداخت مازاد دیه جایز دانسته و یکی از علل چنین حکمی را انطباق آن با عدالت ذکر نموده است.<sup>1</sup> ولی با وجود این تعریفی از عدالت مد نظر خویش ارائه نکرده است، تا دانسته شود، چگونه در چنین حکمی که به ظاهر و با توجه به تفاوت تعداد قاتل و مقتول در جنایت جمع علیه فرد، عدالت با قصاص جمع سازگاری می‌کند. البته برخی فقیهان با اشاره‌ای مختصر بیان داشته‌اند که مقتضای تحقق عدالت در مجازات این است که مجازات حتی الامکان مانند جرم باشد.<sup>2</sup> این بیان ایشان برگرفته از قرآن کریم است که ضمن آیه‌های مختلفی،<sup>3</sup> در مجازات کردن، شرط رعایت مماثلت و برابری گذاشته، از این روست که برخی فقیهان نیز ضمن بیان احکام قصاص، به این آیات استناد نموده‌اند.<sup>4</sup> به تصریح فقیهان اهل سنت نیز مقتضای تحقق عدالت کیفری در مجازات این است که تا جایی که امکان دارد مجازات با جرم همانندی داشته باشد.<sup>5</sup> بنابراین می‌توان گفت عدالت کیفری مدنظر فقیهان، مطابقت جرم با مجازات بوده است و هر جا سخن از عدالت در حکم کیفری احکام فقهی آمده است،<sup>6</sup> سازگاری مجازات با جرم مورد نظر

1. ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج 3، ص 344.

2. طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج 9، ص 169 و ج 5، ص 366.

3. نحل، 126/16؛ یونس، 27/10؛ غافر، 40/40 و ...

4. طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا ج 9، ص 169 و ج 5، ص 366؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج 42، ص 287؛ مرعشی نجفی القصاص علی ضوء القرآن، ج 3، ص 33؛ حائری تهرانی، میر سید علی، مقتضیات الدرر و ملتقطات الثمر، تهران: دارالکتب الاسلامیه، 1377، ج 10، ص 32.

5. عینی حنفی، بدرالدین، البدایة فی شرح الهدایة، بیروت: دارالکتب العلمیه، 1420، ج 13، ص 127.

6- ناصر، مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامه، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه



بوده و اگر سخن از ظلم در حکمی جزایی مطرح شده،<sup>1</sup> به عدم تطابق مجازات با آن جرم خاص توجه شده است.

### مبحث دوم- عدالت کیفری در حقوق موضوعه

در قوانین موضوعه تعریفی از عدالت کیفری ارائه نشده، اما به عقیده حقوق دانان منظور از «عدالت کیفری»، «مقایسه خسارات وارد به جامعه با خطای اخلاقی مباشر در جنایت و تعیین میزان کیفر مناسب با آن است»؛ «نوعی از عدالت که در آن، نقض قوانین دولتی و لطمه به ارزش‌های اساسی جامعه، جرم تلقی شده و دولت، بزه دیده رسمی این جرم است و هدف، احراز مجرمیت بزهکار و تعیین و اعمال مجازات است»<sup>2</sup>.

### مبحث سوم- عدالت وانصاف در قضاوت

قضات مکلفند وظایف خود را با حداکثر مسئولیت انجام دهند. بخش عمده این مسئولیت بر عدالت مبتنی است. قرآن سفارش می‌کند که:

«و هرگاه بین مردم قضاوت می‌کنید، با عدالت قضاوت کنید چه خوب است اندرزی که خداوند به شما می‌دهد. حقیقتاً خداوند شنوا و بینا است.»<sup>3</sup>

هم چنین پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) بر اهمیت نقش قاضی تاکید می‌کند و با تفکیک قایل شدن میان سه دسته از آن‌ها که یک دسته از آنان به بهشت می‌روند دو دسته دیگر به جهنم. آن که به بهشت می‌رود کسی است که می‌داند حق کدام است و براساس آن قضاوت می‌کند اما آن که می‌داند حق کدام است ولی در قضاوتش ستم

---

السلام، 1422 ه ق، ص 147.

1. اردبیلی، مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج 13، ص 381؛ طوسی تهذیب الاحکام، ج 6، ص 319.

2. امیر، سماواتی پیروز، عدالت ترمیمی، تعدیل تدریجی عدالت کیفری یا تغییر آن، تهران: پیک فرهنگ، 1385، ص 49.

3. النساء(4): 58.

## 156.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

کارانه عمل می‌کند به جهنم خواهد رفت و آن کسی که قضاوت می‌کند در حالی که به حقیقت جاهل است نیز به جهنم می‌رود. برخی از اصولی که می‌تواند تا حدی قضاوت عادلانه را تضمین کند در پی می‌آیند.

### گفتار اول - اصل برایت از جرم

فرض بی‌گناهی تا زمانی که مجرم بودن متهم مشخص شود خیلی مهم است. البته باید توجه داشته باشیم که اصل برایت از جرم چیزی سوا از اصل برایت از تکلیف است که در علم اصول فقه از اصول عملیه محسوب شده است.

اصل برایت از جرم به این معنی است که هیچ کس را نمی‌توان مجرم دانست مگر این که جرم او به اثبات برسد<sup>1</sup> و بالاتر این که مادام که دلیل معتبری بر توجه اتهام به وی موجود نباشد نمی‌توان او را متهم نمود. مهم‌ترین دلیل شرعی این اصل آن است که خداوند کسانی را که اقدام به افترا و تهمت ناروا زدن علیه حیثیت دیگران می‌کنند، مذمت نموده است. و در قرآن کریم فرموده است:

«وکسانی که زنان پاک دامن را (به زنا) متهم می‌کنند، سپس چهار شاهد (بر مدعای خود) نمی‌آورند، آن‌ها را هشتاد تازیانه بزنید و شهادتشان را هرگز نپذیرید و آن‌ها همان فاسقانند.»<sup>2</sup>

قرآن اصل برایت را در مورد یک واقعه خاص، جایی که شایعاتی در مورد اعمال زنان وجود داشت، بیان کرده است:

«چرا زنان و مردان مومن وقتی چنین شایعه‌ای را شنیدند، در مورد دیگری با حسن نیت فکر نکردند و نگفتند این تهمتی آشکار است؟ چرا چهار شاهد نیاوردند؟ پس آنان

---

1. در متون فقهی معاصر امامیه تمسک به اصل برایت فوق دیده نمی‌شود ولی قدما با همین تعبیر تمسک کرده‌اند. مثلاً علامه حلی، در کتاب نهج الحق، باب حدود، مسئله 11 می‌گوید: ذهبت الامامیه: الی ان الحبلی اذا لم یکن لها زوج، وانکرت أن یكون حملها من زنا، فانها لا تحد و قال مالک: علیها الحدوقدخالف العقل، وهوأصالة ابراء

2. نور(24): 4.

(اتهام زندگان) نزد خدا دروغ گویان محسوبند.<sup>1</sup>

این آیات صراحتاً آنانی را که به اصل برایت بی توجهی می کنند دروغ گو می داند صرف نظر از این که اتهام اصلی حقیقتاً درست بوده یا نه. هم چنین رفتار پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) بازندان نشان دهنده اصل برایت در عدالت قضایی است. در یک مورد، مردی را که متهم به سرقت بود نزد پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) آوردند. پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) با ملایمت با او رفتار کرد و پرسید: (من فکر نمی کنم تو دزدی کرده باشی، آیا دزدی کرده ای؟)<sup>2</sup> پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) با سوال کردن از مرد و فرصت دادن به او برای دفاع از خود در برابر اتهام، نشان داد که فرد بی گناه است تا زمانیکه ثابت شود مجرم است. به منظور تضمین این که قضات می توانند منصفانه و بی طرفانه عمل کنند مهم است که تضمین شود دستگاه قضایی، به عنوان بخشی از حکومت، از فشار سیاسی و تعصب مصون است. دستور پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) مبنی بر این که «بهترین جهاد در راه خدا گفتن یک سخن عادلانه علیه یک حاکم ظالم است»<sup>3</sup> نشان دهنده مسئولیت پشتیبانی از عدالت (جدا از حاکم سیاسی) است. از نظر تاریخی خلافت اولیه اسلامی یک تقسیم بندی اعمال کرد که براساس آن امر قضا یک شاخه مجزا - اگر چه نه کاملاً مستقل - از حکومت بود. خلیفه دوم اولین حاکمی بود که اختیارات قضایی اش را - با منسوب کردن قضات مختلف در نواحی مختلف قلمرو اسلام - به دیگران واگذار کرد. این قضات ماهانه دستمزد از دولت می گرفتند و نیازهای آنان برآورده می شد، بنابراین مستعد فساد و ارتشاء نبوده اند.

1. نور (24): 12 و 13

2. سجستانی، ابن اشعث، سنن ابی داود علقه محمد محیی الدین عدل الحمید، بیروت: ذالحیاء التراث العربیه، بی تا، ج 2، ص 334 عن ابی المنذر مولی ابی ذر، عن ابی امیه المخزومی، أن النبی صلی الله علی و سلم أتى بلص قداترف، ولم یوجد معه متاع، فقال رسول الله صلی الله علی و سلم، (ماخالک سرقت).

3. افضل الجهاد کلمه عدل عنه امام جائر. محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، بیروت: موسسه الوفاء 1983م، ج 100، ص 75، حدیث 11

## 158.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

انصاف در عدل الهی روز قیامت آشکار است. خداوند - که عادل است - انسان‌ها را براساس شرایطشان مورد قضاوت قرار می‌دهد از جمله این مسئله که یک فرد براساس آگاهی‌اش از خدا و پیام او قضاوت می‌شود. کسی که هرگز در معرض این پیام نبوده پس عادلانه نیست که در چارچوب آن قضاوت شود.

(هرکس پیروی از راه راست را انتخاب کند برای خویشتن هدایت می‌شود و هر کس گمراه شود برای خویشتن گمراه می‌شود و بار گناه هیچکس بر دیگری بار نمی‌شود و ما هیچگاه «هیچ جامعه‌ای را به خاطر خطاهایش» عذاب نمی‌دهیم مگر این که پیامبری برای آن فرستاده باشیم»<sup>1</sup> «وما هرگز جامعه‌ای را نابود نمی‌کنیم مگر این که مردم آن ستمگر باشند.»<sup>2</sup>

### گفتار دوم - مجازات مناسب

قاضی در اجرای عدالت باید مراقب باشد که مجازات متناسب با جرم باشد. مثلاً در جرم سرقت باتوجه به ارزش مال مسروقه مجازات می‌شود. در موردی که دو پیامبر (داود و سلیمان) در یک دادرسی اختلاف داشتند، رأی سلیمان مناسب‌تر دانسته شد چون متناسب با شدت جرم ارتكابی بود در حالی که رأی داود بسیار خشن دانسته شد. در قرآن مجید صحنه دادرسی در روز قیامت را مکرراً بیان کرده تا جامعه مومنین در این دنیا به همین گونه تمشیت شود. در روز قیامت هر مجازات و پاداشی از سوی خدا، متناسب با اعمال انسان‌ها خواهد بود:

«در آن روز تمام انسان‌ها برون می‌آیند تا اعمالشان (در گذشته) به آنان نشان داده شود. پس هرکس به اندازه ذره‌ای نیکی کند آن را خواهد دید و هرکس به اندازه ذره‌ای بدی کند آن را خواهد دید.»<sup>3</sup> و «هرکس نیکویی آورد ده برابر آن پاداش می‌بیند و هرکس

1. اسرا (17): 15.

2. قصص (28): 89.

3. زلزال (99): 6 تا 8

زشتی آورد به همان اندازه مجازات می شود و به ایشان ظلم نمی شود.<sup>1</sup>

### گفتار سوم - نقش قصد مجرم در ارتکاب جرم

محور اصلی در مجازات متناسب، مفهوم «قصد» است. قتل عمد و قتل غیر عمد هر دو متضمن گرفتن حیات یک انسان هستند. اما اولی با قصد و نیت انجام گرفته در حالی که دومی یک واقعه تصادفی است که در آن مرتکب قصد گرفتن جان قربانی را نداشته است. هر دوی این موارد با «دفاع مشروع» متفاوت هستند که در آن مرتکب به منظور نجات جان خود، هیچ راهی جز کشتن ندارد.

قرآن تمایز آشکاری بین این سه نوع کشتن قائل شده است<sup>2</sup> که بر اهمیت شرایط حاکم بر هر یک از این ها به تفصیل، تاکید می کند. در قرآن تاکید روی این واقعیت است که تنها خدا قصد واقعی قلب یک فرد را می داند و این قصد است که در رسیدگی روز قیامت مهم است. خداوند در مورد «سوگند دروغ» به آن ها هشدار می دهد: «و نگذارید سوگندهای شما به نام خدا تبدیل به مانعی برای پرهیزکاری و کارسازی میان مردم شود و خداوند شنوای دانا است و خداوند آمرزنده و بردبار است.»<sup>3</sup>

و قرآن مجدداً بر این نکته تاکید می کند:

«و ما هستیم که انسان را آفریدیم و به وسوسه های درون او آگاه هستیم. ما از رگ گردن به او نزدیک تر هستیم.»<sup>4</sup>

در این که پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله وسلم) «اعمال براساس قصد و نیت ارتکاب آن ها قضاوت می شوند» در «منتخب بخاری» و هم چنین دیگر روایان مسلمان (با اندکی تفاوت در تعبیر) فراگیر است، که در واقع به اهمیت «نیت» در تمام ابعاد زندگی اشاره دارد. در صحیح «بخاری» عمر بن الخطاب می گوید: من از پیامبر خدا

1. انعام (6): 160.

2. نساء (4): 92 و 93.

3. بقره (2): 225 و 224.

4. ق (50): 16.

(صل الله علیه وآل وسلم) شنیدم که گفت:

«پاداش و جزای اعمال به نیت افراد بستگی دارد و هر فرد پاداش و مکافات را با توجه به قصد و نیتش دریافت می‌کند.»<sup>1</sup>

در مراجع حدیثی شیعی نیز این تعبیر منقول است که «انما الاعمال بالنیات»<sup>2</sup> در حقوق جزای معاصر عنصر قصد تحت عنوان عنصر معنوی یکی از ارکان تحقق جرم محسوب می‌شود، و مادام که وجود عنصر مزبور احراز نکرده، وقوع جرم منتفی و مرتکب جرم شناخته نخواهد شد.

### گفتار چهارم - شخصی بودن مجازات

شخصی بودن مجازات به این معنا است که فقط فرد مقصر مجازات شود و نه خانواده یا دوستان او صرفاً به خاطر معاشرت با مرتکب، قرآن به تفصیل به اهمیت مسئولیت فردی در عمل یک شخص پرداخته است و پاداش و مجازات اعمال صرفاً برای خود فرد و البته به تناسب عمل تعیین می‌شود. اما تفاوت فردی هم چنین متضمن در نظر گرفتن شرایط فرد، هم از نظر فردی و هم از نظر اجتماعی است. تفاوت میان قتل عمد و دفاع مشروع که قبلاً به آن اشاره شد، در همین راستا است. این شخصی کردن قضاوت در بسیاری آیات قرآن مورد تاکید قرار گرفته است. یوسف پیامبر زمانی که برادرانش از او خواستند که یکی از آنها را به جای برادری که متهم به سرقت بود دستگیر کند این مساله را بیان کرد. او پاسخ داد:

«گفت پناه می‌برم به خدا از این که کسی را به جز آن که کالای خود را نزد او یافتیم، بگیریم که آن هنگام از ستمگران خواهیم بود.»<sup>3</sup>

«بار هیچ گناهی بر عهده دیگری گذاشته نخواهد شد و انسان را چیزی نیست مگر

1. عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول اله صلى الله عليه و سلم: أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر أو ميرجائر. ابن الأشعت السجستاني، پیشین، ج 2، ص 325.

2. مجلسی، محمدباقر، پیشین، ج 70، ص 210، حدیث 10.

3. یوسف (12): 79.

## عدالت در نظام کیفری اسلام.....161

آن که برایش کوشیده باشد.<sup>1</sup> «و بار هیچ گناهی بر عهده دیگری گذاشته نخواهد شد. و اگر گران باری برای برداشتن بارش دیگران را بخواند چیزی از بار او برداشته نمی‌شود اگر چه خویشاوند باشد. جز این نیست که بیم دهی آنان را که پروردگار خویش را به نهان می‌پرستند و نماز را به پای می‌دارند و آن که پاکی می‌جوید که برای خویش پاکی جوید و بازگشت به سوی خدا است.»<sup>2</sup>

به عبارت دیگر هیچ یک از نزدیک‌ترین خویشاوندان فرد (والدین، خواهر یا برادر، فرزند) نمی‌تواند مسئولیت اخلاقی شخصی دیگر را در برابر خدا به عهده بگیرد، علاوه براین، تاکید روی این واقعیت وجود دارد که خداوند فرد را بیشتر از حد توانش مسئول نمی‌داند. مسئولیت فقط در چارچوب توانایی‌هایی یک فرد است هم چنان که در این آیه آمده است:

«خداوند کسی را جز به قدر و توان او مکلف نمی‌کند و آن چه به دست آورد برای او است (که به نیکی انجام دهد) و هر چه انجام دهد علیه او است. پروردگار اگر فراموش کردیم یا خطا کردیم بر ما مگیر، پروردگارا بر ما بار مکن گرانی چنان که بر آنان که پیش از ما بودند بار کردی، پروردگارا بر ما تحمیل مکن آن چه را طاقت آن را نداریم و ما را ببخش و بیمارز و بر ما رحم کن، تو سرپرست مایی پس ما را یاری کن در برابر کافران.»<sup>3</sup>

انسان‌ها برای مواردی که قادر به کنترل آن نبوده‌اند مسئول نخواهند بود و این شامل مواردی است که ممکن است فراموش کرده باشند یا حتی اشتباهات ساده‌ای که انجام داده باشند.

1. نجم (53): 38 و 39.

2. فاطر (35): 18 همچنین این آیات را ببینید: انعام (6): 164، فصلت (41): 46، نساء (4): 111 و 123.

3. البقره (2): 286.

### گفتار پنجم: رابطه عدالت کیفری و مبانی نظام جزایی<sup>1</sup>

علی رغم نقش حساس و پر اهمیت قاضی در تشخیص مسئولیت کیفری و تعیین مجازات برای مجرمین، که یگانه عاملی است که می‌تواند مفهوم اعتباری ضمانت اجرای سربلندی و تخلف از قانون را در جامعه عینیت بخشیده و موجبات استقرار نظم و آسایش عمومی مردم را فراهم نماید و در این معنا، قانون وسیله اجرای عدالت کیفری است مع هذا و بی گمان قضاوتی عادلانه است و می‌تواند جواز ورود به قلمرو نظام جزایی حاکم بر جامعه را پیدا کند که بازتاب اندیشه و هدف قانون‌گذار در وضع قانون جزا باشد و این نکته را باید در نظر داشت که قاضی مامور اجرای قانون جزا، به طور رسمی حق ندارد آن چه را که خود عدالت می‌پندارد اجرا کند بلکه باید در چهارچوبی که قانون‌گذار برای نظام کیفری جامعه فراهم کرده است به دادگستری بپردازد. یا به عبارت دیگر قاضی جزایی باید در قالب متون جزایی و با توجه به هدف قانون‌گذار به صدور حکم جزایی مبادرت نماید.

بدیهی است که انجام این وظیفه خطیر یعنی کشف رابطه موجود بین عدالت کیفری و مبانی نظام جزایی حاکم در جامعه ما در وضع کنونی که حقوق جزای اسلامی، آمیزه‌ای از قواعد اسلامی و قوانین اقتباس شده از حقوق غیر اسلامی است، مستلزم آشنایی با مبانی فقهی و هم چنین اندیشه‌های کیفری حقوق دانان کشورهای اروپایی است و انگهی نظر به اطلاق و عموم اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قاضی مامور اجرای قانون در تفسیر و تعبیر مواد قانون جزا باید راهی را برگزیند که با موازین اسلامی مغایرتی نداشته باشد و انجام این وظیفه، در جایی که قانون ساکت است و یا حکم خاصی ندارد و به تعبیر فقهی در (مالا نص فیه) به مراتب حساس‌تر و مشکل‌تر خواهد شد. در نتیجه بررسی و تحلیل نظریه‌های صاحب نظران اسلامی به عنوان یک ضرورت که در شرایط کنونی برای قاضی یکی از منابع حقوقی جزا

1. محمد صالح، ولیدی، مفهوم عدالت کیفری از نظر قاضی، نشریه حقوق اساسی، شماره هشتم، 1386 دانشگاه شهید بهشتی



## عدالت در نظام کیفری اسلام.....163

محسوب خواهد شد و همین الزام که یکی از ممیزات بارز حقوق جزایی ما را تشکیل می‌دهد ضرورت آشنایی قاضی با نظریات فقها و حقوق دانان کیفری را که سالیان درازی از عمر خود را صرف تبیین ساختمان و پایه‌های اجتماعی نظام کیفری کرده و نهادهای حقوقی را پرورده‌اند اثبات می‌کند.

### نتیجه‌گیری

بحث عدالت در جهان اسلام، از آغاز در قالب بحث‌های کلامی و اعتقادی بر این نکته متمرکز شد که آیا عقل انسان می‌تواند چیستی و مصادیق عدالت را تشخیص دهد، یا این که صرفاً آموزه‌های وحیانی و الهی می‌توانند عادلانه و غیر عادلانه بودن عملی را برای او روشن کنند. معتزله و شیعه، به وجود حسن قبح عقلی، و عقلی بودن عدالت معتقد شدند، نتیجه این نگرش و اعتقاد این بود که انسان می‌تواند در نظام سیاسی و اجتماعی خود، عدالت را تشخیص دهد و بلکه نوع رفتارهای عادلانه را تعیین نماید. اگر بخواهیم مولفه‌های اصلی عدالت کیفری را در آموزه‌های اصیل اسلام مثل قرآن و سنت جستجو کنیم، پاسداشت کرامت انسانی جزء لاینفک عدالت کیفری خواهد بود. بر این اساس لازم است کرامت انسانی در تمام تعاملات از جمله حوزه قضا و خصوصاً کیفرمورد توجه قرار گیرد. و خلاصه این که عقل سلیم بشری به شرط تربیت یافتگی در محضر آموزه‌های الهی قابلیت درک عدالت را خواهد داشت به عکس اشاعره که اعتقاد دارند هر آن چه خداوند فرموده عدل است و عقل آدمی امکان سنجش عدالت را ندارد.

164.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست ونهم، پاییز 1394

### فهرست منابع:

#### قرآن کریم.

1. نهج البلاغه، گردآوری سیدرضی، ترجمه عبدالحمید آیتی، تهران: بنیاد نهج البلاغه و دفتر نشر فرهنگ اسلامی، 1379.
2. ابویوسف یعقوب بن ابراهیم، الخراج، بیروت: دارالمعرفه، 1399ق.
3. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی 1403 هـ، (ق) ج 13،
4. اصفهانی، راغب، الذریعه الی مکارم الشریعه، راجعه و قوم له و علق طه عبدالروف سعد، قاهره: مکتبه کلیات الازهریه، 1392ق.
5. افلاطون، جمهور، ترجمه فؤاد روحانی، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، 1368.
6. أفندی، علی حیدر خواجه أمين، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، بی جا: دار الجیل، 1411هـ ج 3،
7. ابن خلدون، عبدالرحمن، مقدمه، ترجمه محمد پروین گنابادی، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، 1366، ج 1،
8. الحرائی حسن ابن حسین شعبه، حسن، تحف العقول عن آل الرسول، چاپ جدید، تهران: بی نا، 1975.
9. الحلی، انوار الملکوت فی شرح الیاقوت، قم: انتشارات الرضی، 1363.
10. السید، محمد صالح محمد، النخیر و الشر عند القاضی عبدالجبار، القاهره: بی تا، 1998.
11. حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم: موسسه آل البيت الاحیاء التراث، بی تا.

عدالت در نظام کیفری اسلام.....165

12. ذاکری، حجت‌الله، بررسی و تحلیل قتل عمد در اسلام، شهر قدس: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی بهشت اندیشه، 1377،
13. زرگری نژاد، رسائل مشروطیت، تهران: نشر کویر، 1374
14. سجستانی ابوالشعث، ابی داود سلیمان، سنن ابی داود، علقه محمد محیی الدین عبدالحمید، بیروت: دارالحیاء التراث العربیه، بی تا.
15. شهرستانی، نهایت الاقدام فی علم الکلام، قاهره: مکتبه الانجلوالمصریه، 1375 ق.
16. طبرسی، ابوعلی فضلبن الحسن، جوامع الجامع، مقدمه و تصحیح و تعلیقات از ابوالقاسم گرجی، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
17. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم تهران، دارالکتب الاسلامیه، 407 (ه. ق) ج 6،
18. طوسی، الخلاف، ج 6، ص 240؛ فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1417ه، ج 1،
19. طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، ج 9، ص 169 و ج 5، ص 366؛ حائری تهرانی، مقتضیات الدرر و ملتقطات الثمر، ج 10،
20. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج 2، ص 537؛ ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ص 140؛ زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 1،
21. قرطبی أبو عبد الله خزرجی شمس الدین، الجامع لأحكام القرآن، محقق: هشام سمیر البخاری، الرياض: دار عالم الکتب، 1423 هـ ج 3،
22. کاپلستون، فردریک، تاریخ فلسفه فیلسوفان انگلیسی از هابز تا هیوم، ترجمه امیر جلال الدین اعلم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی سروش، 1375.
23. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، 1407 هـ ج 2،

166.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

24. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، چاپ نهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، 1387.
25. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، بیروت موسسه الوفاء، 1983م.
26. مطهری، مرتضی، بیست گفتار، تهران: انتشارات صدرا، چاپ نهم، 1373.
27. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، چاپ دوم، قم: دار الکتب الاسلامیه، 1374.
28. میدانی، عبد الرحمن حسن حبّکّه، اجنحه المکر الثلثه و خوایهها، دمشق: دار القلم، بی تا، ج 1.
29. نائینی، میرزا حسن، تنبیه الامه و تنزیه المله - به کوشش جواد ورعی، قم: بوستان کتاب، 1382.
30. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، کیفر شناسی، چاپ ششم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، 1385.
31. نخجوانی، نعمه الله بن محمود، (شیخ علوان)، الفواتح الإلهیه و المفاتح الغیبیه الموضحه للكلم القرآنیة والحکم الفرقانیة، غوریة (مصر): دار رکابی للنشر 1419 هـ ج 2.
32. ولیدی، محمد صالح، مفهوم عدالت کیفری از نظر قاضی، نشریه حقوق اساسی دانشگاه شهید بهشتی، شماره هشتم، 1386.



## سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد ترانس سکشوال

\* ندا نیازمند \*\* دکتر علی نجفی توانا

تاریخ پذیرش: 1394/05/04

تاریخ دریافت: 1394/04/14

### چکیده

آنچه که افراد را از یکدیگر متفاوت می‌سازد، همانا عوامل طبیعی و محیطی است. "جنسیت" از جمله این عوامل بوده و حسب اینکه جنسیت فرد، مرد یا زن باشد در عرصه‌ها، موقعیت‌ها و جوامع مختلف حقوق و تکالیف متفاوتی بر او بار می‌گردد. در این میان، اشخاصی هستند که جنسیت آنها تحت تأثیر عوامل مختلف طبیعی و محیطی دچار اختلال می‌گردد به نحوی که گمان می‌کنند به اشتباه در کالبد جنس مخالف خود اسیر شده‌اند، زیرا از نظر روحی و روانی به جنسیتی تعلق دارند که با جسم آنها مطابقت ندارد در شرایطی که ظاهر جسمانی مشترکی با جنس مخالف خود نیز ندارند. به این نوع اختلال روانی، "اختلال هویت جنسی" یا "ترانس سکشوالیسم" گفته می‌شود.

وضعیت اجتماعی افراد ترانس سکشوال در هر جامعه، در وهله اول به فرهنگ و عرف حاکم بر آن جامعه برمی‌گردد. علاوه بر آن، رویکرد قانونگذار نسبت به این اشخاص و پذیرفتن آنها به عنوان طیفی از جامعه، در زندگی این اشخاص نقش مهمی ایفا می‌کند. از یک طرف، در جامعه‌ای چون ایران که حقوق و تکالیف افراد ترانس سکشوال به درستی و به طور شفاف مشخص نگردیده است، تحت تأثیر عوامل مؤثر بر ارتکاب جرم از منظر جرم‌شناسی، این اشخاص طیفی از بزهکاران را به خود اختصاص می‌دهند. از طرف دیگر، بزه‌دیدگی ناشی از اختلال هویت جنسی عامل مهم‌تری است که این طیف آسیب‌پذیر را به ورطه‌های بزهکاری هدایت می‌کند. بنابراین اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در سه سطح تقنینی، قضایی و اجرایی در قبال این اشخاص ضروری به نظر می‌رسد. مسئله‌ای که تاکنون از نگاه مسئولین مغفول مانده است. بنابراین اگرچه در سطح سیاست جنایی اجرایی اقدامات و فعالیت‌هایی هم چون تأسیس بخش مختص به حمایت از افراد ترانس سکشوال در سازمان بهزیستی کل کشور صورت پذیرفته اما در سطح سیاست جنایی تقنینی و قضایی راه‌درازی در پیش است که یکی از راهکارهای آن همانا هم سو شدن با اسناد بین‌المللی تنظیمی و پذیرفتن مبتلایان به اختلال هویت جنسی به عنوان قشری از جامعه می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** سیاست جنایی، جرم، انحراف، بزهکار، اختلال هویت جنسی، ترانس سکشوال، بزه دیده.

\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران

مرکزی

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

## مقدمه

آفرینش و خلقت دو مفهوم مشابه هستند که همواره پیچیدگی آن‌ها مورد سؤال و فرضیه پردازی بشر بوده و در ادوار مختلف سعی و تلاش بر دست یافتن به پاسخی درخور برای رازهای خلقت بوده است. در این میان، آفرینش انسان به عنوان یکی از بارزترین جلوه‌های هستی کماکان بستر رازگونه خود را حفظ کرده و علیرغم دستاوردهای گوناگونی که تاکنون حاصل گشته، کماکان سؤالات و ابهامات بسیاری را در خود نهفته دارد.

آن چه که در این نوشتار مدنظر است، بررسی حدود اختلال در هویت جنسی انسان و شکل‌گیری اختلال هویت جنسی (ترانس سکسوالیسم)<sup>1</sup> است که نه تنها در عرصه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و خانوادگی واجد اهمیت بوده، بلکه ابعاد و آثار حقوقی آن بر کلیه این عرصه‌ها نیز تأثیرگذار است. چرا که افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی کماکان شهروندان جامعه و تابعین کشورها در سطح بزرگتر و عضو جامعه جهانی‌اند و پاسخ‌های حقوقی‌ای که به مسایل مختلف آن‌ها در ابعاد گوناگون داده می‌شود چه بسا بااهمیت‌تر از هر پاسخ دیگری در سایر عرصه‌ها به واسطه درگیری آن‌ها با مسایل ناخواسته است که درگیر آن شده و جهت‌گیری‌های حقوقی، تأثیر بسزا و تعیین‌کننده‌ای در سرنوشت مسایل حقوقی و کیفری آن‌ها خواهد داشت. اشخاص مبتلا به اختلال هویت جنسی، شهروندانی هستند که اگرچه جمعیت کوچکی را در هر جامعه به خود اختصاص می‌دهند اما این امر نباید سبب نادیده گرفتن شخصیت انسانی آن‌ها و تلاش لازم برای حل مشکلات آن‌ها باشد. بدیهی است، با حلّ و فصل مسایل آن‌ها، بخشی از بار تحمیلی به جامعه که ناشی از تبعات مسایل این طیف می‌باشد، کاهش خواهد یافت.

نظر به مراتب فوق و در جهت بررسی مساله مطروح، ابتدا به اختصار به مفاهیم

---

1. Transsexualism

## سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....169

مرتبط با حوزه ترانس سکشوالیسم و سیاست جنایی پرداخته و در ادامه، وضعیت اجتماعی آن‌ها که برگرفته از واقعیت‌های موجود و تاثیرگذار بر سیاست جنایی اتخاذی در سه سطح تقنینی، قضایی و اجراییست، عنوان خواهد شد. پس از آن، وضعیت بزهکاری افراد ترانس سکشوال تحلیل می‌گردد. توضیح آن که، برای پیش بینی و دنبال کردن سیاست جنایی شایسته در رابطه با این اشخاص، باید همواره در نظر داشته باشیم که وضعیت اجتماعی و بزهکاری آن‌ها با چه چالش‌ها و مشکلاتی روبه رو است. تفاوت در "جنسیت" مساله ای است که در قوانین ایران در زمان ارتکاب جرم و پس از آن، آثار و تبعات حقوقی و کیفری گوناگونی را برای فرد بزهکار می‌تواند به همراه داشته باشد. نهایتاً و با توجه به خلاءهای موجود و نادیده انگاری‌های سیاست جنایی ایران، نگاهی به اسناد بین المللی مرتبط صورت خواهد گرفت که دقت در مفاد آن‌ها می‌تواند در ارایه راهکارها، پیشنهادها و بهبود سیاست جنایی ایران راهگشا باشد.

### الف - موضوع مورد بحث:

اختلال هویت جنسی (ترانس سکشوالیسم) نوعی اختلال روانی است که در افراد اعم از مؤنث و مذکر رخ میدهد و دلایل مختلف ژنتیکی، روانی و اجتماعی مسبب آن است. این نوشتار بر آن است تا ضمن تشریح این مفهوم و بررسی اجمالی علل و عوامل موثر بر شکل‌گیری این نوع اختلال، به وضعیت حقوقی بزهکاری این دسته از افراد دچار اختلال در سیاست جنایی ایران بپردازد زیرا این افراد همانند سایر افراد عادی و سالم از حق طبیعی زندگی و حقوق شهروندی برخوردار هستند و مساله اختلال هویت جنسی آن‌ها نباید سبب شود که حقوق آن‌ها زایل شده یا دچار نقیصه گردد.

از آن جا که در سیاست جنایی به دنبال تدابیر و روش‌های کیفری و غیرکیفری برای پیشگیری و مبارزه با جرم و انحراف یا به عبارت دیگر اقدامات کنشی و واکنشی هستیم لذا ضرورت ایجاب می‌کند که در وهله اول به تشریح وضعیت جسمانی و

## 170.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

روانی افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی (ترانس سکشوال) پرداخته شود. زیرا با شناخت بهتر از شرایط و خواسته‌های این دسته از افراد است که می‌توان به سازکارهای لازم برای پیشگیری و مبارزه با بزهکاری آن‌ها پرداخت. شفاف سازی هرچه بیشتر از وضعیت و موقعیت انسانی و حقوقی آن‌ها علاوه بر این که بسترساز اقدامات مناسب برای حمایت بیشتر از آن‌ها می‌شود، در زمینه مسایل قانونی، قضایی و اجرایی نیز موجبات وحدت نظر و تصمیمات مشابه را به همراه خواهد داشت تا نهایتاً با اراده قانون‌گذار به ابهامات و سؤالات پاسخ داده شود. بررسی موضوع در سیاست جنایی ایران ما را به این سمت خواهد برد که قانون‌گذار امروز، موضع روشن و واضحی در خصوص بزهکاری این دسته از مبتلایان به اختلال در پیش نگرفته است.

### ب- پیشینه تاریخی موضوع:

"سابقه حقوقی تغییر جنسیت در کشورها اولین بار به سال 1930 در آلمان برمی‌گردد." <sup>1</sup> در ایران نیز اولین عمل جراحی تغییر جنسیت در سال 1309 شمسی مطابق با 1930 میلادی انجام شد که براساس آن پزشکی به نام خلعتبری، پسر هجده ساله‌ای را با عمل جراحی به یک دختر تغییر جنسیت داد. اولین تغییر جنسیت در انگلستان در فاصله سال‌های 1942-1948 میلادی اتفاق افتاد و در آمریکا نیز، به عنوان یک موضوع پزشکی به سال 1952 برمی‌گردد. <sup>2</sup> در ایران پس از انقلاب نیز با توجه به سکوت قانون‌گذار، نخستین بار با فتوای بدون تاریخ حضرت امام خمینی (ره) مشروعیت این مساله با رعایت شرایط آن اعلام شد. البته استفتاء شخص متقاضی در سال 1347 و عمل جراحی در سال 1365 انجام پذیرفت.

1. <http://isfp.ir/web/social/736>

پرتال انجمن حمایت از بیماران مبتلا به اختلال هویت جنسی

2. <http://www.vekalatonline.ir/index.php?ToDo=ShowArticles&AID=11845>  
نگارنده اوسط فلّاح نژاد. شهریورماه 1391.



سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....171

امام (ره) در پاسخ به استفتاء فرمودند: "تغییر جنسیت با تجویز طیب مورد اعتماد اشکال شرعی ندارد. ان شاء... تعالی در امان بوده باشید و کسانی که شما ذکر کردید، امید است مراعات حال شما را بکنند."<sup>1</sup>

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در پاسخ به استعلام شماره 7389/104 مورخ 1366/09/17 نیز فتوای حضرت امام را در مساله تغییر جنسیت مورد تاکید قرارداد است، چه در حالیکه شخص از نظر پزشکی جنسیتی را دارد که با آلت تناسلی او مطابق نیست و چه در حالتیکه خود شخصاً احساس می‌کند به جنسیتی دیگر تعلق دارد.

### ج - مفاهیم:

در بررسی موضوع، ابتدا می‌بایست برخی مفاهیم به اختصار عنوان گردند:

#### 1. اختلال هویت جنسی:

شامل رفتارها و نگرش‌هایی است که برای مردان و زنان در فرهنگ خاص مناسب قلمداد می‌شود و یا به عبارتی دیگر، جنبه‌هایی از رفتار فرد که با تعاریف فرهنگی، مردانگی و زنانگی شکل می‌گیرد.<sup>2</sup>

هویت جنسی تقریباً همیشه با جنس بیولوژیکی در یک جهت قرار دارد به نحوی که در مردان بیولوژیکی، هویت جنسی مردانه و در زنان بیولوژیکی، هویت جنسی زنانه به وجود می‌آید اما برای تعداد کمی از افراد این دو با هم هماهنگ نیستند. در نتیجه تفاوت بین هویت جنسی و جنسیت بیولوژیک باعث بروز رفتاری نامتناسب با جنسیت می‌شود که این، اختلال و بیماری است. اختلال هویت جنسی، همانندسازی مداوم و

---

1. مرکز اسناد حقوق بشر ایران، هویت انکارشده: نقض حقوق بشر علیه جامعه دگرباشان ایران، 1392، ص 28.

2. علیرضا، کاهانی، پیمان، فخری شجاعی، اختلال هویت جنسی (دگرجنسیت جوها)، انتشارات تیمورزاده، چاپ 1، تهران، 1381، ص 25.

## 172.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

شدید با خصایص جنس مقابل و نارضایتی از جنسیت خود می‌باشد که در موارد شدید، افراد مبتلا به خصایص اولیه و ثانویه جنسی جنس مقابل هستند.

اگرچه عده‌ای بر این عقیده‌اند که اختلال هویت جنسی یک نوع انحراف جنسی است، اما اکنون اکثر اندیشمندان غربی مساله اختلال جنسی را یک نوع بیماری می‌دانند که با رعایت شرایط، امکان درمان آن وجود دارد و چنان چه فرد تمایل داشته و زندگی او را با مشکل مواجه ساخته باشد، می‌بایستی به طریق مقتضی درمان و علاج شود.

### 2. تراجنسی (فراجنسی):

واژه تراجنسی (فراجنسی) به گونه‌هایی از اشخاص، رفتارها و گروه‌هایی اطلاق می‌شود که تمایلات آن‌ها با نقش جنسیتی نرمال آن‌ها به طور معمول متفاوت است. وضعیت/حالت هویت جنسی فرد است که بیانگر نوع خاصی از تمایل جنسی فرد می‌باشد. فراجنسیت یک اصطلاح جمعی است که طیف گسترده‌ای از هویت‌ها و تجربه‌ها شامل زن به مرد ترانسسکشوال، مرد به زن ترانس سکشوال، زنانه پوش‌ها و.. را در برمی‌گیرد. از آن جا که فراجنسیت یک اصطلاح جمعی است بنابراین هویت‌ها و تجارب خاصی را توضیح نداده و بدان محدود نمی‌شود. به طور مثال، این اصطلاح افرادی را شامل می‌شود که عمل جراحی انجام می‌دهند تا ظاهر فیزیکی آن‌ها با هویت جنسی درونی آن‌ها سازگار شود، اشخاصی که براساس هویت جنسی شان بدون این که به دنبال عمل جراحی باشند، زندگی می‌کنند و آن‌هایی که به دنبال عمل جراحی هستند تا در فرایند انتقال بین جنسیت‌ها به ظاهر فیزیکی مطابق با هویت جنسی درونی دست یابند.

### 3. انحراف:

در مباحث جرم شناسی در مفهوم موسع، انحراف نیز مورد مطالعه قرار می‌گیرد. انحراف به معنای خارج شدن از راه اصلی و متعارف گروه و جامعه که عبارتست از رفتار یا حالتی که حاکی از دور شدن فرد (جدا شدن بعضی از افراد) و پشت کردن

#### سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....173

آن‌ها به هنجارها و قواعد عمومی جامعه است. هرگاه این انحراف از قواعد اساسی و مهمّ جامعه باشد، آن انحراف در قانون عنوان جرم به خود می‌گیرد اما اگر آن حالت ناشی از دور شدن از هنجارها بوده و جنبه عادی داشته باشد، آن را انحراف میدانیم. پس هر جرمی انحراف است اما همه انحراف‌ها جرم نیست.<sup>1</sup>

#### 4. سیاست جنایی:

اصطلاح سیاست جنایی در حقیقت برگردان واژه معادل فرانسوی<sup>2</sup> یا انگلیسی<sup>3</sup> آن است که فوئر باخ<sup>4</sup>، دانشمند آلمانی قرن نوزدهم از زمره اولین اندیشمندان است که آن را به کار برده است.<sup>5</sup>

"فوئر باخ سیاست جنایی را "مجموعه‌ای از شیوه‌های سرکوبگرانه‌ای که دولت با استفاده از آن‌ها علیه جرم واکنش نشان می‌دهد"<sup>6</sup> تعریف کرده و بدن ترتیب مفهوم مضیقّی از آن به دست داده است که در حقیقت همان "سیاست کیفری" است.

"آنسل دو جنبه نظری و عملی سیاست جنایی را در کنار هم و به موازات یکدیگر مورد توجه قرار داده و معتقد بوده است که تدوین سیاست جنایی و تدابیر اجرایی آن در سطوح قضایی، اجرایی و پلیسی باید همواره مبتنی بر پژوهش‌های علمی و عمدتاً جرم شناختی باشد و بنا بر نتایج حاصله و نیز به موازات تحولات در آمار جنایی و اشکال جرایم خود را متحول و روزآمد کند."<sup>7</sup>

1. علی حسین، نجفی ابرندآبادی، تقریرات سیاست جنایی، دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، 83-1382، ص 1403 و 1404.

2. Politique criminelle

3. Criminal policy

4. Anselm Von Feurbach

5. علی، نجفی توانا، تعارض و انسداد در سیاست جنایی ایران، نشریه تحقیقات حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، پیش شماره اول، تابستان 1386، ص 230.

6. کریستین، لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین، نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، چاپ چهارم، 1392، ص 10 و 11.

7. همان، ص 14.

#### 174.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مفهومی که امروزه از سیاست جنایی مطرح است همانا مفهومی است که دلماس مارتی از آن یاد کرده و به سیاست جنایی به طور وسیع تری می‌نگرد به طوریکه در سیاست جنایی امروزی نه تنها تدابیر و اقدامات کیفری و سرکوبگرانه دولت در واکنش به ارتکاب جرم مطرح است بلکه نهادهای مدنی و آحاد جامعه نیز در سیاست جنایی مداخله کرده و با رویکرد پیشگیری از ارتکاب جرم، اتخاذ تدابیر و روش‌های لازم جهت مبارزه با انحراف نیز به موازات مبارزه با جرم در دستور کار است لذا سیاست جنایی در مفهوم موسع خود شامل:

"کلیه اقدام‌های سرکوب‌گرانه و غیرکیفری و پیش‌گیرانه با ماهیت‌های مختلف می‌شود که دولت و جامعه مدنی به منظور سرکوبی بزهکاری و بزهکاران و نیز پیشگیری از بزهکاری و انحراف استفاده می‌کنند."<sup>1</sup>

بدین ترتیب، کنترل اجتماعی جرم به سیاست جنایی که حداقل 4 نامتغیر دارد نزدیک می‌شود. این ارکان یا نامتغیرها عبارتند از: 1- انحراف- 2- جرم- 3- پاسخ دولتی (رسمی) 4- پاسخ جامعه‌ی (غیررسمی)

#### د- وضعیت اجتماعی افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی:

اختلال هویت جنسی می‌تواند از سن 3 سالگی در کودکان ظاهر شود و حسب برخورد والدین، این اختلال تشدید می‌شود یا این که به سمت و سوی درمان می‌رود. بنابراین اولین جایی که مبتلایان به اختلال هویت جنسی با آن درگیر هستند، خانواده آن‌ها می‌باشد. در بسیاری موارد، خانواده‌های این اشخاص به جای رفتار منطقی و حمایت‌گرانه، با آن‌ها رفتاری تبعیض آمیز کرده و در سنین بالاتر به خاطر رفتارهایی که این اشخاص، در سال‌های بعد به لحاظ تعلق به جنس مخالف و اختلال هویت جنسی انجام می‌دهند، چه بسا خانواده، فرد مبتلا به هم جنس گرایی را تحت فشار برای انجام عمل جراحی تغییر هویت جنسی قرار دهند.

---

1. همان. ص 16 و 17.

## سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....175

دگرباشان در خانه هم با آزار و اذیت‌های شدیدی مواجه هستند. اما با این وجود، آن‌ها در برابر این آزار و اذیت اعضای خانواده از حمایت قانونی برخوردار نیستند. قوانین ایران به والدین اختیاراتی در حیطة ماده 158 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 برای تنبیه فرزندانشان می‌دهد. ضمناً اقامه شکایت علیه والدین یا برادران و خواهران آزارگر، افراد دگرباش را در معرض خطر قرار می‌دهد و در نتیجه گزارش کردن یک چنین رفتاری را بسیار بعید می‌سازد.

زمانیکه این اشخاص وارد مدرسه می‌شوند نیز مورد رفتارهای تبعیض آمیز قرار می‌گیرند. در این بین، پسران مبتلا به اختلال هویت جنسی رنج بیشتری را تحمل می‌کنند چراکه نه تنها به خاطر رفتارهای دخترانه مورد تحقیر هم کلاسی‌های خود قرار می‌گیرند، بلکه بعضاً ممکن است به خاطر رفتارهای خود مورد آسیب و آزار جنسی واقع شوند.

## ه - وضعیت افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی در برخورد با

### مراجع رسمی و قضایی:

در سطح جامعه بزرگتر، این افراد از حمایت قانونی خاصی برخوردار نیستند و رفتار تبعیض آمیز با آن‌ها شدت بیشتری به خود می‌گیرد. از جمله موارد آن، برخورد مأموران دولتی با افراد ترانس سکشوال به خاطر استفاده از لباس‌های جنس مخالف (مبدل پوشی) است.

آن‌ها ممکن است صرفاً به خاطر ظاهرشان به طور خودسرانه بازداشت شوند و بسیاری هم اسناد رسمی با خود همراه دارند که وضعیت آن‌ها را توضیح دهد تا بتوانند از مزاحمت‌های رسمی مسئولان در امان باشند. در بسیاری از موارد، افراد فراجنس تحت فشار قرار داده می‌شوند که عمل تغییر جنسیت را انجام دهند.<sup>1</sup> هم چنین،

1. مرکز اسناد حقوق بشر ایران، هویت انکار شده: نقض حقوق بشر علیه جامعه دگرباشان ایران، 1392، ص 7.

## 176.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

اجتماعات اشخاص فراجنس نیز مورد ظنّ مأمورین دولتی است و اگرچه ممکن است عملی غیرقانونی انجام ندهند اما با آنها رفتار تبعیض آمیز شده و با اجتماعات آنها برخورد می‌شود.

علاوه بر این‌ها، وضعیت این اشخاص در فرض بزهکاری نیز بسیار مبهم و مشوش است. افراد ترانس سکشوال تا قبل از انجام عمل جراحی با ظاهر فعلی‌شان قضاوت می‌شوند لذا در صورت ارتکاب جرم تا تعیین تکلیف پرونده چنان چه در بازداشت به سر برند، در بازداشتگاهی نگهداری می‌شوند که با جنسیت حقیقی آنها منافات دارد. این موضوع در بین اشخاص مرد فراجنس خطر آزار و اذیت جنسی در بازداشتگاه را افزایش می‌دهد. از طرف دیگر، به لحاظ عدم تغییر جنسیت امکان نگهداری آنها در بازداشتگاه زنان نیز میسر نمی‌باشد. مهم‌تر آنکه، زمانیکه اشخاص ترانس سکشوال به خاطر جرم ادعا شده یا طرح شکایت از جانب اشخاص ثالث دستگیر می‌شوند، ممکن است مورد بزه دیدگی توسط پلیس، با اعمال تهدیدهای شفاهی و فیزیکی مورد ضرب و جرح فیزیکی یا تجاوز قرار گیرند. اگر آنها از این رفتارها شکایتی داشته باشند، به شکایت و اعتراض آنها ترتیب اثر داده نمی‌شود یا ممکن است با رفتارهای انتقام جویانه مواجه شوند که آنها را از دسترسی به عدالت منصرف کند مگر آن که با مشاوره‌های حقوقی مناسب مورد حمایت و کمک قرار گیرند.

دیدگاه‌های تبعیض آمیز ممکن است بر تصمیمات مرتبط با نگهداری پیش از محاکمه و مجازات‌های حبس تأثیر بگذارد. اگر تصمیم بر نگهداری قبل از محاکمه یا بازداشت اتخاذ شود، دسترسی آنها به وکیل و مساعدت حقوقی با مشکل مواجه خواهد شد که دلیل آن، همانا عدم تمایل مأمورین زندان به مساعدت به جهت تعصب‌های ریشه دار عمیق نسبت به آنها می‌باشد.

علاوه بر این، در بسیاری از سیستم‌ها شکایت‌های مرتبط با سوء استفاده جنسی و تجاوز زمانیکه از جانب اشخاص ترانس - سکشوال مطرح می‌شود، اغلب پاسخی از نهادهای اجرایی دریافت نمی‌کنند یا حداقل پاسخی به آنها داده نمی‌شود. مضافاً آن که

## سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....177

خود زندانیان ترانس سکشوال نیز به خاطر ترس از انتقام، تمایلی به شکایت ندارند که این امر سبب می‌شود نرخ سیاه جرایم ارتكابی در زندان نسبت به این طیف بالا رود. فراتر از سطح نهادهای رسمی، در سطح جامعه گروه‌های اجتماعی نیز نسبت به این افراد تعصب و سوء تدبیر وجود دارد که منجر به بروز رفتارهای تبعیض آمیز علیه آنها می‌شود که نهایتاً عدم درک صحیح و برخورد نامناسب، آنها را در طیف گروه‌های آسیب پذیر قرار می‌دهد. طیفی از جامعه که نه تنها به خاطر شرایط محیطی و بعضاً ارثی که خود در آن دخالتی نداشته‌اند به ورطه فعالیت‌های مجرمانه جنسی می‌افتند و بزهکار نامیده می‌شوند (که این بزهکاری به نوعی ناشی از بزه دیدگی آنها می‌باشد) بلکه در فرایند رسیدگی به جرم ارتكابی شان نیز مورد بزه دیدگی مجدد قرار می‌گیرند که همین امر سبب می‌شود به دلیل پذیرش نقش بزه دیده از صحنه فعالیت‌های اجتماعی فاصله گرفته و حاشیه نشینی اختیار کنند. بنابراین بزهکاری و بزه دیدگی تجربه‌ای است که اشخاص مبتلا به اختلال هویت جنسی اغلب به موازات همدیگر با آن روبه رو می‌شوند.

### ی- چگونگی احراز مسولیت کیفری افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی و خلاءهای قانونی آن در حقوق ایران:

طبق اصل 37 قانون اساسی، اصل بر برایت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد. اثر ماده 2 قانون مجازات اسلامی که ناظر بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است نیز همانا اصل برایت می‌باشد.

در باب مسولیت کیفری در خصوص افراد ترانس سکشوال 2 مقوله قابل طرح است که اتخاذ هر یک از 2 رویکرد ذیل، در مسیر سیاست جنایی در پیش رو تأثیرگذار خواهد بود:

1. ابتلا به اختلال هویت جنسی از عوامل عدم مسولیت کیفری است و چنین

## 178.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

اشخاصی در فرض ارتکاب جرم مسولیت کیفری ندارند.  
2. افراد ترانس سکشوال همانند افراد عادی از مسولیت کیفری برخوردارند و در فرض ارتکاب جرم با جمع سایر موارد از لحاظ کیفری مجرم محسوب می‌شوند.

### (1) عدم مسولیت کیفری:

موانع عدم مسولیت کیفری در ماده 146 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 تصریح گردیده که این موارد عبارتند از:  
1. صغر. 2. جنون. 3. اکراه. 4. اضطرار. 5. عدم اراده (خواب، بیهوشی و ...). 6. مستی و بی ارادگی ناشی از مصرف اختیاری موارد سالب اراده  
با توجه به این که قانونگذار موانع مسولیت کیفری را در این ماده قانونی احصاء کرده است و در این میان ذکری از افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی نشده است بنابراین ابتلا به اختلال هویت جنسی از عوامل مانع مسولیت کیفری محسوب نمی‌شود. توضیح آن که، اگرچه اختلال هویت جنسی یک نوع بیماری محسوب می‌شود اما از دایره بیماری‌هایی که منجر به "فقدان اراده" می‌گردد، خارج است.

### (2) برخورداری از مسولیت کیفری:

با توجه به ماده 146 قانون مجازات اسلامی 1392 و احصاء موانع مسولیت کیفری، اشخاص مبتلا به اختلال هویت جنسی در صورت جمیع شرایطی که برای تحقق جرم اعم از عناصر مادی، معنوی و قانونی لازم است، دارای مسولیت کیفری تلقی می‌گردند. در خصوص این مطلب که ابتلا به این نوع اختلال از جمله جهات تخفیف مجازات محسوب می‌گردد یا خیر نیز می‌توان گفت، با توجه به عدم صراحت قانون مجازات اسلامی به خصوص ماده 38 و نیز، سایر مواد قانونی بنابراین این نوع ویژگی در مرتکب جرم موجبات تخفیف مجازات را برای او به همراه نخواهد داشت. بدیهی است، در صورت وجود سایر موارد قانونی جهات تخفیف، ابتلا به اختلال هویت جنسی مانع از امکان اعمال آن فرد مرتکب نخواهد بود.



از طرف دیگر، آن چه که در خصوص این افراد مطرح می‌باشد، همانا انجام عمل تغییر جنسیت از منظر قانونی است که آیا این عمل اصولاً مجاز است یا این که جرم محسوب می‌شود؟ از آن جا که اصل بر برایت است و در متون قانونی انجام عمل جراحی تغییر جنسیت جرم انگاری نگردیده است بنابراین عمل تغییر جنسیت افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی جرم نبوده و بالطبع، مجازاتی نیز نخواهد داشت.

نظر به آن چه که گفته شد، افراد ترانس سکشوال در صورت ارتکاب جرم از مسولیت کیفری برخوردار می‌باشند اما از آن جا که در تحقق برخی جرایم، عنصر جنسیت یعنی زن یا مرد بودن اهمیت دارد و از طرف دیگر، از باب مجازات نیز در مبحث مجازاتهای شرعی، نوع جنسیت در حدود، قصاص و دیات واجد اهمیت است بنابراین آن چه که در وهله اول ضرورت دارد همانا تشخیص جنسیت فرد مبتلا به اختلال هویت جنسی است. با توجه به این که فرد ترانس سکشوال علی‌رغم ویژگی‌های فیزیکی خود معتقد به جنس مخالف از نظر روحی و روانی است، ملاک تشخیص جنسیت این فرد در لحظه ارتکاب جرم چیست؟

آیا باید بر اساس جنسیت فعلی شخص در زمان ارتکاب جرم با او برخورد شود یا این که با عنایت به وضعیت روحی و روانی‌اش او را از نوع جنس مخالف دانست؟ از طرف دیگر، چنین شخصی پس از تغییر جنسیت کماکان با جنسیت سابق خود ملاحظه می‌شود یا این که جنسیت جدید او ملاک است؟

این مساله، در مباحث مربوط به قتل و پرداخت فاضل دیه حایز اهمیت است چرا که اگر شخصی که بالفعل مرد است و زنی را به قتل برساند و تا زمان اجرای قصاص تغییر جنسیت دهد، مبنای جنسیت او زمان وقوع قصاص است یا زمان اجرای قصاص؟ اگر این قاتل مرد محسوب شود، ولی دم زن مقتوله باید برای اجرای قصاص فاضل دیه پرداخت کند و چنان چه قاتل، زن محسوب شود بحث پرداخت فاضل دیه دیگر مطرح نخواهد بود.

بررسی این فرض در شرایطی که مجنی علیه تغییر جنسیت داده باشد نیز قابل طرح

است و آن، این که عمل جراحی تغییر جنسیت انجام داده و مجنی علیه قرار می‌گیرد. آیا ملاک جنسیت او قبل از عمل جراحی است یا پس از آن و در زمان ارتکاب جرم علیه او؟ در چنین مواردی نیز با عنایت به این که با انجام عمل جراحی تغییر جنسیت شخص به جنسیت جدید ملحق می‌شود و کلیه احکام، حقوق و تکالیف جنسیت جدید بر او بار می‌گردد لذا جنسیت جدید او مدنظر خواهد بود مضافاً آن که با ملاک عرفی نیز این شخص با جنسیت جدیدش شناخته می‌شود.

در جرایم منافی عفت مثل زنا، لواط و مساحقه نیز با عنایت به مجازات‌های این جرایم، تعیین جنسیت واجد اهمیت به سزایی است. از آن جا که تحقق جرم زنا مستلزم برقراری رابطه جنسیت است و فرد مبتلاء به اختلال هویت جنسی در زمان برقراری ارتباط با طرف مقابلش از قابلیت برقراری رابطه جنسی با جنس مخالف برخوردار نیست و مهم‌تر از آن، تا زمان انجام عمل تغییر جنسیت احکام و تکالیف جنسیت فعلی‌اش بر او جاری است، بنابراین شخصیت بالفعل شخص ملاک ارزیابی برای تحقق جرم می‌باشد بنابراین در این دسته از جرایم نمی‌توان جنسیت شخص مبتلا به اختلال هویت جنسی را ملحق به پس از انجام عمل جراحی بدانیم. در خصوص جرایم لواط و مساحقه نیز آن چه ملاک برای تشخیص جنسیت به نظر می‌رسد، همانا جنسیت بالفعل فرد در لحظه ارتکاب است و بر اساس همان می‌بایست تحقق ارکان مادی هر یک از این جرایم را مورد بررسی قرار داد.

اما در بحث "قتل" جنسیت را ملحق به زمان بعد از تغییر جنسیت می‌دانیم چرا که حقیقت این فرد جنسیتی بوده که بعد از عمل جراحی بدان تغییر یافته است زیرا همانطور که مطرح گردید، شخص مبتلا به اختلال هویت جنسی از لحاظ روانی خود را متعلق به جنس مخالف می‌داند. هم چنین برخلاف جرایم منافی عفت، جنسیت در زمان ارتکاب جرم از جمله عناصر موثر تشکیل دهنده ارکان مادی جرم قتل نمی‌باشد. علاوه بر موارد مطروحه، در مواردی دیگر هم چون بحث شهادت و دیه خطای محض که مسولیت عاقله را مطرح می‌کند نیز بحث جنسیت و ملاک تشخیص آن در

سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....181

افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی قابل توجه و مقتضی بحث و بررسی است که در این نوشتار به لحاظ تمرکز موضوع به بزهکاری افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی از آن پرهیز می‌شود.

## ی- سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد مبتلا به اختلال

### هویت جنسی:

در بررسی مفهوم سیاست جنایی همانا به دنبال تدابیر و اقدامات کیفری و غیرکیفری به منظور مبارزه با بزهکاری و پیشگیری از جرم و انحراف هستیم که این اقدامات و تدابیر در سه سطح سیاست جنایی تقنینی، قضایی و اجرایی قابل بررسی است.

### 1) سیاست جنایی تقنینی:

با عنایت به مطالب عنوان شده در خصوص احراز مسولیت کیفری افراد ترانس سکشوال، رویکرد قانون ایران نسبت به این طیف از اشخاص قابل استنباط است، بنابراین می‌توان گفت که در حال حاضر و علی‌رغم تصویب قانون مجازات اسلامی 1392، بزهکاری این افراد به عنوان یک "طیف خاص آسیب پذیر"<sup>1</sup> مورد توجه قانون گذار نبوده و در قوانین قبلی نیز رویه قانون گذار به همین شکل بوده است. به بیان بهتر، قانون گذار ایرانی تدابیری جهت مبارزه با بزهکاری افراد ترانس سکشوال که با توجه به مباحث گذشته در غالب موارد درگیر جرایم جنسی هستند و در وهله اول منحرف جنسی و از منظر قانون، مجرم جنسی محسوب می‌شوند، پیش بینی نکرده و هیچ گونه سیاست جنایی افتراقی اتخاذ ننموده و تنها در مواد 233، 235، 237 و 238 قانون مجازات اسلامی 1392 و تبصره‌های آن با جرم انگاری لواط، تفخیز، مساحقه و هم جنس گرایی به موضوع منحرفین جنسی پرداخته است. در حالیکه می‌دانیم افراد

---

1. vulnerable

## 182.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

مبتلا به اختلال هویت جنسی منحرفین جنسی محسوب نمی‌شوند. از طرف دیگر، با توجه به این که ملاک تحقق جرم زنا همانطور که پیشتر نیز عنوان شد، تحقق رابطه جنسی است بنابراین جرایم جنسی ارتكابی توسط افراد ترانس سکشوال به دلیل عدم تحقق این امر در دایره عنوان مجرمانه جرم زنا نیز نمی‌گنجد.

لازم به ذکر آن که، حیطة جرایم ارتكابی توسط افراد ترانس سکشوال محدود به جرایم جنسی نمی‌شود و آن‌ها نیز همانند سایر افراد جامعه تحت تأثیر عواملی که پیشتر به عنوان عوامل موثر بر ارتكاب جرم توضیح داده شد، مرتکب سایر جرایم می‌شوند که در قانون ما آثاری از به کارگیری سیاست جنایی افتراقی از طریق اقدامات کنشی و واکنشی با جنبه‌های پیشگیرانه، ارعابی و بازدارنده نسبت به این قشر آسیب پذیر مشاهده نمی‌شود.

هم چنین، همانطور که در بررسی مسولیت کیفری این اشخاص دیدیم، به دلیل عدم اتخاذ سیاست جنایی افتراقی نسبت به این اشخاص، ملاکی در خصوص تعیین مسولیت کیفری آن‌ها وجود ندارد.

### 2) سیاست جنایی قضایی:

در سطح سیاست جنایی قضایی نیز همانند سیاست جنایی تقنینی، تدابیر و رویه‌های خاصی برای برخورد با بزهکاران مبتلا به اختلال هویت جنسی پیش بینی نشده است چرا که رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط این اشخاص در وهله اول مستلزم شناخت کامل و درک صحیح سیستم قضایی از این نوع اختلال و عدم خلط آن با منحرفین جنسی است. به عبارت دیگر، این دسته از مرتکبین در دستگاه قضایی از امکانات و موقعیت‌های مناسب از مرحله ورود اتهام، تعقیب و تحقیق تا رسیدگی و صدور حکم و سپری کردن دوران محکومیت برخوردار نیستند. چرا که در مباحث کیفری و خصوصاً جرایم ارتكابی این طیف که غالباً با بازداشت آن‌ها همراه است، نیاز به پیش بینی سازوکارهای لازم برای جلوگیری از سوءاستفاده از این اشخاص در دوران بازداشت و عدم اتخاذ رفتارهای تبعیض آمیز در مرحله دادرسی و دادگاه وجود دارد.

### 3) سیاست جنایی اجرایی:

اما علی رغم سیاست جنایی تقنینی و قضایی، در سطح سیاست جنایی اجرایی به منظور حمایت از افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی اقدامی مفید صورت گرفته است که می تواند به پیشگیری از بزهکاری این افراد کمک شایانی کند.

در حال حاضر، سازمان ها و نهادهایی در سطح داخلی تماماً یا گوشه ای از فعالیت های خود را به این طیف اختصاص داده اند. "سازمان بهزیستی" از جمله نهادهای فعال در این زمینه است که با پیش بینی بخش "آسیب های اجتماعی" و تدوین دستورالعمل "حمایتهای اجتماعی از مبتلایان به اختلال هویت جنسی" به مبتلایان به این اختلال خدمات متفاوتی از جمله مشاوره های روان شناسانه و ارجاع به روان پزشک ارائه می کند تا ضمن طی کردن مراحل روان درمانی، مساله تغییر جنسیت آنها بررسی شود.

در صورتیکه با برقراری جلسات مختلف روان درمانی و نظارت و کنترل های لازم وفق دستورالعمل مربوطه، سازمان ابتلا به این نوع اختلال را تشخیص دهد، شخص مبتلا جهت طی نمودن مراحل روان درمانی به پزشکی قانونی معرفی می شود که "انستیتو روان پزشکی ایران" به طور خاص این افراد را تحت نظارت قرار می دهد تا پس از انجام آزمایش های متعدد، تشخیص مقتضی در خصوص نیاز به عمل جراحی تغییر جنسیت یا عدم آن صادر شود.

علاوه بر مواردی که راساً سازمان بهزیستی به پزشکی قانونی معرفی می کند، اشخاص مبتلا به ممکن است جهت دریافت مجوز عمل جراحی تغییر جنسیت راساً به دادگاه خانواده مراجعه کنند که طبق بند 18 ماده 4 قانون حمایت خانواده مصوب 1392 این صلاحیت بدان تفویض شده است.

ماده 4 این قانون مقرر می دارد:

"رسیدگی به امور و دعاوی زیر در صلاحیت دادگاه خانواده است: . . . . . بند

## 184.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

در هر دو فرض مذکور، مراتب باید توسط سازمان پزشکی قانونی مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت و در صورت تأیید آن مرجع و با حکم قطعی دادگاه، عمل جراحی تغییر جنسیت صورت می‌پذیرد.

آن چه که نباید به فراموشی سپرده شود، دوران زندگی حقیقی<sup>1</sup> است که شخص مبتلا باید در دورانی که تحت نظر سازمان بهزیستی است بتواند با جنسیتی که حقیقت خود را در آن می‌بیند به صورت واقعی زندگی کند. در صورتیکه این دوره با موفقیت طی نشود، از نظر سازمان بهزیستی اگر هم این شخص دارای اختلال روانی باشد، نیاز به عمل جراحی نداشته و اختلال او به طریق دیگری باید درمان شود.

لازم به ذکر آن که سازمان بهزیستی کشور پس از انجام عمل جراحی تغییر جنسیت نیز ارتباط خود با شخص را قطع نمی‌کند و کماکان شخص را تحت نظارت و کنترل برای ورود به زندگی جدیدش دارد.

نهاد اجتماعی دیگر در این زمینه "انجمن حمایت از بیماران مبتلا به اختلال هویت جنسی ایران" است که در سال 1386 ثبت و تاسیس شده و موسسین آن را روان پزشکان و روان شناسان پزشکی قانونی و جمعی از فعالان اجتماعی تشکیل می‌دهند. در مجموع، هدف ارایه و دنبال کردن مطالبات و راهکارهایی به جهت نیل به مسایل حقوقی، درمانی، معیشتی، مشاوره‌های مستمر و پیگیر تا رسیدن به یک زندگی متعارف بعد از عمل جراحی در زمینه‌های مختلف، ایجاد محیط و در نهایت سپردن مدیریت این مجموعه و ساختن سرنوشت این بیماران به دست خودشان است.

### و- تغییر جنسیت افراد ترانس سکشوال در اسناد بین المللی و سایر

#### کشورها:

در سطح بین المللی اسنادی تدوین و تنظیم شده است که برخی به صورت کلی و برخی نیز به صورت خاص به اشخاص ترانس سکشوال مربوط می‌شود.

---

1. Real Life

سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....185

در اعلامیه جهانی حقوقی بشر<sup>1</sup> مصوب 1948 پاریس و در ماده 1 آن، افراد بشر همگی یکسان هستند.

ماده 1: تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان میباشند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند.  
ماده 2: هر کس می‌تواند بدون هیچگونه تمایز مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و هم چنین، ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر موقعیت دیگر از تمام حقوق و آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است، بهره مند گردد.

علاوه بر این سند، ماده 26 میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب<sup>2</sup> 1954 نیز به مساله تساوی افراد پرداخته است.

ماده 26: کلیه اشخاص در مقابل قانون متساوی هستند و بدون هیچ گونه تبعیض، استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند.

از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیض را منع و برای کلیه اشخاص حمایت موثر و متساوی علیه هر نوع تبعیض خصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشا ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر را تضمین کند.

علاوه بر این سند می‌توان به اسناد دیگری من جمله کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه شکنجه و سایر مجازات‌های ظالمانه، غیر انسانی و غیردوستانه و مقررات حداقل استاندارد سازمان ملل متحد برای رفتار با زندانیان<sup>3</sup> و نیز، اصول حمایت از کلیه اشخاص تحت هر نوع نگهداری یا زندان که قابل اعمال برای کلیه بازداشت شدگان و زندانیان بدون تبعیض می‌باشد، اشاره کرد.

اما سند دیگری که از اسناد فوق الذکر واجد اهمیت بیشتری و دایره شمول آن به

1. Universal Declaration of Human Rights(UDHR)1948

2 . The International Convention on Civil and Political Rights(ICPR) 1954

3. United Nations Standard Minimums for the treatment of prisoners

186.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

طور خاص به افراد ترانس سکشوال نیز مربوط می‌شود، همانا اصول یوگی آکارتا<sup>1</sup> است که این سند در سال 2006 در پی ملاقات جمعی از کارشناسان از 25 کشور در شهر یوگی آکارتا کشور اندونزی تدوین شد و این اصول در راستای حقوقی بشر بین المللی در خصوص تمایلات جنسی و هویت جنسیتی می‌باشد.

ماده 9 این اصول به صراحت به مساله بازداشت اشخاص اشاره می‌کند:

The right to treatment with humanity while detention:  
"Everyone deprived of liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. sexual orientation and gender identity are integral to each person's dignity" .

حق (برخورداری از) رفتار انسانی در زمان بازداشت:

هر کس که از آزادی محروم می‌شود باید به صورت انسانی و با احترام به خاطر هویت ذاتی شخص انسان برخورد شود. تمایلات جنسی و هویت جنسیتی جزء حیثیت انسان است.

همین ماده دولت‌های عضو را متعهد می‌سازد تا از حاشیه نشینی بیشتر اشخاص به خاطر تمایلات جنسی‌شان جلوگیری کنند و خطر و احتمال این که آماج خشونت یا سوء استفاده جنسی، فیزیکی یا رفتاری واقع شوند را کاهش دهند.

هم چنین، دولت‌های متعاقد باید مطمئن شوند که اشخاص بر اساس تمایلات جنسی و هویت جنسیتی خود به امکانات پزشکی مناسب دسترسی داشته و اطلاعات کافی در خصوص بیماری اچ آی وی به آن‌ها داده شود. در صورت تمایل آن‌ها به انجام عمل تغییر جنسیت، انجام آزمایش‌های لازم در دسترس آن‌ها باشد.

در سطح کشورهای اروپایی، کنوانسیون "شناسایی تصمیمات مرتبط با تغییر جنسیت"<sup>2</sup> مقرراتی را پیش بینی می‌کند که این کنوانسیون توسط 5 کشور اروپایی (تریش، آلمان، یونان، اسپانیا و هلند) امضاء شده و اسپانیا و هلند نیز آن را تایید

---

1. Yogyakarta

2. The Convention on the Recognition of Decisions Regarding a Sex Change



کرده‌اند.<sup>1</sup>

کنوانسیون "اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی"<sup>2</sup> که به کنوانسیون "اروپایی حقوق بشر"<sup>3</sup> شهرت دارد و اجرای مفاد آن توسط کلیه کشورهای متعاقد لازم الاجرا می‌باشد نیز در ماده 1 با پیش بینی حقیقت برای کلیه اشخاص و در ماده 14 با تصریح به ممانعت از تبعیض، کلیه افراد را با یکدیگر برابر دانسته و هرگونه تبعیض بر مبنای جنسیت را رد کرده است. بنابراین چنانچه مقررات یکی از کشورهای متعاقد خلاف مفاد کنوانسیون باشد، از اجرای مفاد کنوانسیون تخلف صورت گرفته و نقض شده است.

در انگلستان نیز علی‌رغم مقاومت‌هایی که صورت پذیرفت، در نهایت دادگاه اروپایی حقوق بشر تصمیم دادگاه انگلستان را خلاف ماده 8 کنوانسیون اروپایی و مغایر با جرم‌انگاری رابطه هم‌جنس‌گرایانه بین بزرگسالان دانست و با تأکید به احترام به حریم خصوصی اشخاص، این دولت را موظف به رعایت مفاد کنوانسیون نمود. در آمریکا نیز تاکنون 50 ایالت عمل جراحی تغییر جنسیت را مجاز و قانونی می‌دانند.<sup>4</sup> بنابراین، "امروزه در بیشتر کشورهای اروپایی و 50 ایالت از ایالات متحده آمریکا تغییر جنسیت قانوناً مجاز است و شخص می‌تواند از تمام حقوق مترتب به جنسیت جدید بهره‌مند گردد."<sup>5</sup>

با توجه به موارد مطروحه و تلاش‌هایی که در سطح بین‌المللی صورت گرفته و

---

1. [https://en.wikipedia.org/wiki/convention\\_on\\_the\\_recognition\\_of\\_decisions\\_recording\\_a\\_sex\\_reassignment](https://en.wikipedia.org/wiki/convention_on_the_recognition_of_decisions_recording_a_sex_reassignment).

2. The European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

3. The European Convention of Human Rights(ECHR)

4. جهت مطالعه بیشتر در خصوص شکایت گودوین علیه دولت انگلستان و نقض رای صادره از دادگاه آن کشور مراجعه کنید به: می، ری ودلماس، مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین، نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، چاپ دوم، پاییز 1393، ص 481.

5. علیرضا، باریکلو، وضعیت تغییر جنسیت، فصلنامه اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره 5، زمستان 1383، ص 124.

اسنادی که انتشار یافته می‌توان دریافت که مساله بزهکاری افراد ترانس سکشوال و نحوه برخورد با بزهکاری آن‌ها از جمله دغدغه‌هایی است که به دلیل مشکلات ایجاد شده و آسیب‌های وارده، سبب شده تا فعالیت‌ها و تصمیمات جدی در جهت تغییر نحوه برخورد چه در سطح زندگی اجتماعی و چه در سطح قانونی و قضایی صورت گیرد. واضح و مبرهن است که کلیه این اقدامات سمت و سوی ندارد جز رفع معضلات و آسیب‌های این طیف آسیب پذیر و از آن مهمتر، پیشگیری از ورود آسیب‌های مجدد و درگیری بیشتر با ورطه فعالیت‌های بزهکارانه.

### نتیجه گیری:

در هر جامعه اقشار و طیف‌های مختلفی زندگی می‌کنند که در پیشگاه قانون همگی با یکدیگر برابر و مساوی هستند. در این میان، گروهی آسیب پذیر تحت عنوان افراد مبتلا به "اختلال هویت جنسی" یا "ترانس سکشوال" نیز وجود دارند که آن‌ها نیز عضوی از جامعه محسوب می‌شوند. این افراد به دلایل طبیعی یا محیطی دچار این نوع اختلال شده و بر این باورند که در کالبد جنس مخالفشان اسیر شده‌اند.

با توجه به اختلال روانی حادث شده برای این طیف، حمایت‌های اجتماعی و قانونی ضرورتی است که برای آن‌ها باید پیش بینی شود. در سطح سیاست جنایی اجرایی دیدیم که تاکنون سعی شده و می‌شود که به نحو مقتضی و با پیش بینی ساز و کارهای لازم از طریق نهادهای اجتماعی این افراد مورد حمایت قرار گیرند تا هر چه بیشتر با رویکرد مناسب و درک صحیح از اختلال آن‌ها مورد حمایت قرار گیرند.

این حمایت‌ها و اتخاذ سیاست‌های اجرایی نتیجه‌ای ندارد جز ایجاد فرهنگ صحیح و رفع سوء برداشت و سوء تعبیرها از این نوع اختلال روانی و مهم‌تر از آن، کمک به شخص مبتلا به اختلال برای برخورداری از زندگی که این فعالیت‌ها در سطح اقدامات کنشی و پیشگیری از وقوع جرم علاوه بر کاهش هزینه‌های مبارزه با بزهکاری، از بروز بسیاری مسایل و مشکلات و ارتکاب جرایم جدید جلوگیری می‌کنند. اگرچه باید

گفت که هنوز تا تحقق هدف اصلی یعنی تغییر دیدگاه و کنار گذاشتن تعصبات نسبت به اشخاص ترانس سکشوال راه بسیاری در پیش است که این امر مستلزم توسعه هر چه بیشتر فعالیت‌های اجتماعی و اتخاذ سیاست‌های اجرایی برای تغییر فرهنگ عمومی است.

اما با توجه به آن چه که در این نوشتار در باب رویکرد سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران در قبال بزهکاری افراد ترانس - سکشوال گفته شد به نظر می‌رسد، بزهکاری این طیف مورد نظر و دغدغه دست اندرکاران قانونی و قضایی نبوده است درحالیکه با دقت در عوامل مؤثر بر ارتکاب جرم از جانب این اشخاص دریافتیم که علاوه بر اقدامات کنشی از طریق فعالیت‌های پیشگیرانه در دو سطح انحراف و جرم، اراده قانون گذار و اتخاذ شیوه‌های واکنشی به منظور مبارزه با بزهکاری با آثار بازدارندگی جرم و بازپذیری اجتماعی مجلد بزهکاران و نیز پیش بینی آیین دادرسی کیفری خاص بیش از پیش مورد نیاز است و ضرورت آن احساس می‌شود. علاوه بر آن، در سطح قضایی نیز دستگاه قضایی کشور دچار خلاء و ناکارآمدی بسیار به واسطه عدم برخورداری از سازوکارهای لازم و نیز آموزش قضات و مسئولین اجرایی در سطح دادسرا، دادگاه، زندان‌ها، بازداشتگاه‌ها و سایر مراکز ذی - ربط است که دلیل آن در وهله اول نشأت گرفته از خلاء قانونی و پس از آن، نادیده گرفتن حقوق این اشخاص و عدم توجه به موقعیت آن‌ها در آیین نامه و دستورالعمل‌های داخلی قوه قضاییه است. زیرا همانطور که می‌دانیم، تعامل سیاست جنایی تقنینی و قضایی به گونه‌ای است که سیاست جنایی تقنینی بدون بسترهای لازم و اجرای صحیح در سطح سیاست جنایی قضایی به ثمر نخواهد نشست چرا که سیاست جنایی قضایی همانا ابزار لازم برای اجرای سیاست جنایی تقنینی است که در حال حاضر در مساله بزهکاری افراد ترانس سکشوال به دلیل عدم اتخاذ سیاست جنایی تقنینی مشخص و شفاف برای این اشخاص، در سطح سیاست جنایی قضایی نیز با نواقص جدی روبه رو هستیم که نتیجه آن همانا تضییع حقوق اولیه این افراد در فرض ارتکاب انحراف یا جرم است.

### پیشنهادها:

به منظور رفع معضلات و نواقص پیش گفته شده، مواردی به شرح پیشنهاد ذیل می‌شود:

#### 1) اقداماتی که در سطح تقنینی قابل ذکر به نظر می‌رسد شامل:

1. در وهله اول پیوستن به اسناد بین‌المللی در این زمینه خصوصاً اصول یوگی آکارتا است که به صراحت حقوق این اشخاص را به رسمیت می‌شناسد.
2. ایجاد شفافیت هر چه بیشتر در زمینه تعیین مسولیت کیفری و هم‌چنین اختصاص بخشی از قانون به عنوان سیاست جنایی افتراقی در جهت مخاطب قراردادن این طیف در زمینه بزهکاری از طریق جرم‌انگاری می‌تواند راهکاری برای مبارزه با جرایم ارتكابی آنها باشد. لازم به ذکر آن که نتیجه مطلوب زمانی حاصل خواهد شد که این اشخاص در نگاه قانون‌گذار از جمله منحرفین جنسی محسوب نگردند.
3. راهکار دیگر، پیش‌بینی معیارها و ضمانت‌اجراهای غیرسالب آزادی برای مبارزه با بزهکاری این اشخاص است تا از بزه‌دیدگی آنها در دوران حبس از طریق سوء استفاده جنسی یا رفتارهای نامناسب مأمورین پیشگیری شود.
4. در سطحی بالاتر پیشنهاد می‌شود در جرایم ارتكابی توسط بزهکاران ترانس سکشوال از "جایگزین‌های حبس" استفاده شود. این امر نیز در وهله اول مستلزم نگاه ویژه و افتراقی در قوانین کشور به این طیف و پیش‌بینی این مواد در قانون می‌باشد.
5. در باب سیاست جنایی قضایی نیز با توجه به این که بزهکار ترانس سکشوال در روند رسیدگی به جرم مورد اتهام آماج اتهامات و سوءاستفاده توسط سایر بزهکاران یا مأمورین زندان به خاطر گرایشات جنسی‌اش واقع می‌شود بنابراین مهم‌ترین اقدام در ابتدای امر همانا عبارتند از:

6. فراهم کردن و پیش بینی ساز و کار لازم برای دسترسی به عدالت توسط این اشخاص

7. حقبرخورداری از وکیل و مساعدت‌های حقوقی

8. آموزش هر چه بیشتر مأمورین زندان

9. ایجاد مقررات و دستورالعمل‌های لازم و تعیین ضمانت اجرای جدی برای نقض آن‌ها که می‌تواند کمک شایانی به کاهش آسیب‌های این اشخاص باشد.

10. آموزش قضات در جهت درک صحیح تر و برخورداری از برخورد نامناسب و بدون تعصب که تأثیر به سزایی در عملکرد دستگاه قضا خواهد گذاشت.

11. در سطح زندان‌ها نیز جداسازی این اشخاص از سایر بزهکاران و جدا کردن فضای استراحت آن‌ها از طریق کاهش ارتباط با سایر بزهکاران که بسیار موثر خواهد بود.

**2) در سطح سیاست جنایی اجرایی نیز علاوه بر اقدامات و فعالیت‌هایی که تاکنون صورت گرفته، موارد دیگری نیز پیشنهاد می‌شود:**

1. مهم ترین اقدام تغییر نگرش و فرهنگ عمومی جامعه نسبت به این اشخاص است. چرا که تحقق این امر مهم ترین اثر پیشگیرانه در زمینه بزهکاری و بزه دیدگی آن‌ها را به همراه خواهد داشت. تغییر در نحوه برخورد و دیدگاه جامعه در رویکرد قانون گذار و دستگاه قضایی نیز نقش به سزایی ایفا می‌کند.

2. تاسیس انجمن‌ها و مؤسسات حمایت از مبتلایان به اختلال هویت جنسی در زمینه‌های مختلف مالی، آموزشی، روان درمانی و روان پزشکی، مشاوره و مساعدت‌های حقوقی و غیره.

3. استفاده از رسانه‌های جمعی در مسیر تحوّل نگاه عمومی به این اشخاص و آرایه تصویری از مسایل و واقعیت‌های زندگی آن‌ها.

192.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

## منابع و ماخذ:

### الف - کتاب‌ها:

1. اوحدی، بهنام، تمایلات و رفتارهای جنسی انسان، چاپ 6، انتشارات صادق هدایت، اصفهان، 1384
2. ریسی، فیروز، ناصحی، عباسعلی، اختلال هویت جنسی، انتشارات صدا، چاپ 1، تهران، 1383
3. ری، می، مارتی، دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، پاییز 1393
4. شاملو، سعید، روان شناسی شخصیت، انتشارات رشد، تهران، 1372.
5. قضایی، صمد، پزشکی قانونی، دانشگاه تهران، چاپ 3، تهران، 1373
6. کاپلان و سادوک، خلاصه روان پزشکی، ترجمه: رفیعی، حسن، دکتر رضاعی، فرزین، جلد 2، انتشارات سالمی، تهران، 1378
7. کاپلان و سادوک، واژه نامه جامعه روان پزشکی و روان شناسی، ترجمه: دهگانپور، محمود، بیگی، خشایار و فیروز بخت، مهرداد، انتشارات بدر، تهران، 1376
8. کاهانی، علیرضا، فخری شجاعی، پیمان، اختلال هویت جنسی (دگرجنسیت جوها)، انتشارات تیمورزاده، چاپ 1، تهران، 1381
9. مکارم شیرازی، ناصر، رساله استفتائات، تهیه و تنظیم: علیان نژادی، ابوالقاسم، مدرسه الامام امیرالمومنین، جلد 1، قم، 1379
10. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، نشر میزان، چاپ چهارم، تهران، 1392

### ب - مقالات و تقریرات:

1. باریکلو، علیرضا، وضعیت تغییر جنسیت، فصلنامه اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره 5، زمستان 1382

سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری افراد فرانس سکشوال.....193

2. ترسایی، طیبه، ناراضیان اختلالات جنسی به دنبال نیمه گمشده خود، روزنامه همشهری، 1389/02/05

3. ظهیرالدین، علی رضا و دیگران، روان درمانی موفقیت آمیز چهار مورد اختلال هویت جنسی، مجله علمی پزشکی قانونی، سال 11، ش 35، بهار 1384

4. ماجرای تغییر جنسیت مریم ملک آراء، روزنامه اعتماد، 1384/02/18

5. مرکز اسناد حقوق بشر ایران، هویت انکار شده: نقض حقوق بشر علیه جامعه دگرباشان ایران، 1392

6. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تقریرات سیاست جنایی، دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی 1389-90

7. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، تقریرات سیاست جنایی، دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، 1382

8. نجفی توانا، علی، تعارض و انسداد در سیاست جنایی ایران، نشریه تحقیقات حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، پیش شماره اول، تابستان 1386

#### ج - پایان نامه‌ها:

1. ابراهیمی، نصیبه. "آثار حقوقی تغییر جنسیت در حقوق ایران"، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه مازندران، 1389.

2. قنبری قمی، حسین. "مطالعه تطبیقی آثار تغییر جنسیت در قلمرو حقوق ایران- آمریکا و از دیدگاه پزشکی قانونی". پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، 1384.

#### د - منابع انگلیسی:

1. Hand book in prisoners with special needs,criminal justice handbook series,United Nations,2009

2. Herek, Gregory M, Gillis. J. R, Jeanie C. Psychological sequelae of Hate crime victimization. Journal of consulting and

194.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز 1394

criminal psychology. in press. 1999 .

ه - پایگاه‌های اینترنتی:

1. [https://en.wikipedia.org/wiki/convention\\_on\\_the\\_recognition\\_of\\_decisions\\_recording\\_a\\_sex\\_reassignment](https://en.wikipedia.org/wiki/convention_on_the_recognition_of_decisions_recording_a_sex_reassignment) .

2. <https://isfp.ir/web/social/736> .

3. <http://www.vekalatonline.ir/index.php?TODo=ShowArticle&AID=11845>





## **Criminal policy of Iran related to delinquency of transsexual people**

**Neda Niazmand\***

**Dr. Ali Najafi Tavana\*\***

(Received:05/July/2015 ; Accepted: 26/Jul/2015)

### **Abstract**

People who live in each society are affected by different reasons. These differences are deprived of natural and environmental factors. "sexuality" is one of the reasons that people's differences are deprived from and depends on person's sexuality, being a man or a woman imposes variable rights and obligations in different situations and societies.

There are people whose sexualities are disordered by different natural and environmental causes so they think to be captured in the opposite sex wrong because they belong to the sex which is not adapted to their body emotionally and mentally. This kind of mental disorder is called "sexual identity disorder" or "transsexualism".

In each society, social situation of transsexual people goes back to the culture and the custom. The point that how much these people are accepted by society and are not perceived sexual deviants ,has an important impact on their social circumstances. In addition, an approach of legislator to this people and accepting them as a spectrum of society plays a very special role in their lives.

In society of Iran, rights and obligations of transsexual people haven't been cleared exactly. In the view of criminology, affected by impressive factors of committing a crime, these people in addition to tolerating repeated experiences of victimization, appropriates a spectrum of delinquents for their sexual identity disorder causes pre-criminal circumstances. Furthermore, the victimization due to sexual identity disorder is a more important factor that leads this vulnerable spectrum to situations of delinquency.

Because of their situation of delinquency and vulnerability, adoption of differential policy in 3 levels of regulation, jurisdiction and administration to this people seems essential which has been ignored by authorities up to now.

Although in administrative level, measures and activities have been done to support these people but there is a long way in legislative and judicial level that one of these solutions is actually to be aligned to international documents and accepting people who are suffering from sexual identity disorder as one of the spectrums of society.

**Key words:** criminal policy, crime, deviance, delinquent, sexual identity disorder, victim

---

\*PhD student in criminal law & criminology, faculty of law, Islamic Azad University,central Tehran branch

\*\*Assistant professor of faculty of law, Islamic Azad University, central Tehran branch



## Justice in Islamic criminal System

Majid Matin Rasekh \*

(Received: 23/Jul/2015 ; Accepted: 29/Jul/2015)

### Abstract

system would appear. Theory of justice between Muslims, from the first began to be seriously debated in the doctrinal and theological points of view and then entered the social policy fields. In this article, initially, we will refer to the discussion among Muslim scholars in theology, and we will deal with two major and critical thinking in this regard.

In the following, realizing social justice in Islam will cite two grounds, Primarily political justice and human dignity will be mentioned and then justice in the judgment will be discussed. Under equitable principles, in the realm of judgment, also justice with the aim to protect human dignity is concerned, to illustrate the principles, several items of evidence will be cited in the Qur'an and sunnah. And justice of the law and the word will be taken in to consideration.

**Keyword:** justice. Justice criminal . Islamic systeme. legal

---

\* PhD. Student of Criminal Law and Criminology. Islamic Azad University-Central Tehran Branch. Faculty of Law.



## **Liability of beneficiary attorney in sequestration of properties**

**Dr. Jalil Maleki \*    Hamid bazrpach \*\***

(Received:23/Aug/2015    ; Accepted : 16/Sep/2015)

### **Abstract**

Sequestration sometimes is the result of enforcement of judgment or it is prior to the actual claim. Result of the sequestration in order to the type of property and sequestration could bring limitation or misappropriation for the owner of the property.

Sequestration can damage the property of defendant but there is no need to compensate this damage because it is a legal action and according to the law. –But if these actions have legal problem and break its structures so it can make liable the cause of setting aside this order of sequestration.

In sequestration proceedings many people according to their rules and duties are responsible such as: sequestration’s plaintiff, claimant’s attorney, judge who has ordered sequestration and bailiff, executive officer of sequestration, each of them should do their actions lawfully in order to vindicate their rights or do their duties. Otherwise if they make damage for adverse party, they will be liable to compensate its damage.

There are different systems and mechanism of liability about these people and authorities and legislatives have predicted different roles for each of them and it is based on special types and ranks of their liabilities because sources and structures of their liabilities are different.

Our effort in this article is elaboration and explanation of beneficiary attorney’s liability as a result of sequestration of property and this research has been limited to damages of sequestration which have been imposed on adverse party.

**Key words:**Negligence, Mistake ,judges mistake ,Types of Damages , Link, Grounds of judges Immunity

---

\*. Assistant professor, scientific board member, Azad Islamic university. Central Tehran branch

\*\* . PhD student Private Law University Azerbaijan sharghi, scientific board member Azad Islamic University Hashtgerd



## Road Keepers Responsibility and Cansigant

Mostafa Soleymani Babadi\* Mohammad reza Pirhadi\*\*

(Received: 01/Jul/2015 ; Accepted : 01/Aug/2015)

### Abstract.

The keeper as a term equates owner or possessor in the Iranian law, a person who can be possessor of an object or a person who may enjoy present dominance over it, keeping his own object and controlling it. In other words, the keeper is the one who dominates the object, manipulates and supervises it. With *=some reflection?*) In law, it is possible to view ministry of roads and urbanization, municipality, the ministry of agriculture, and road preserver as the keepers of road. Today, public pathways are managed and kept by the above institutions. According to law (legislation), if the defects of a road cause an accident and result in damage or loss, owning the road legally, the road keeper has to compensate for any damage or loss. The responsibility caused by road, according to Iranian law, is based on absolut responsibility. According to, section 14 of driving violation law, where a defect in road causes damage to its users which, in turn, is deemed as a major reason behind accidents by accident experts, the road keeper is obliged to compensate for any losses. Therefore, even if the road keeper proves that he hasn't done any faults or that the accident isn't known to him, he cannot evade responsibility since the legislator considers any defects absolutely as causing responsibility. The keeper would not be exempted from responsibility even though he proves that he hasn't had sufficient time to do precautionary actions. The term defect as used here denotes any kind of problem with the road resulting in damage/loss which encompasses planning, preserving, and/or safety measures.

**Keywords:** Civil responsibility, road, keeper/preserver, safety, defect, accident, damage/loss

---

\*LL.M. in Private law, IAU CTB (Corresponding Author)

\*\*Assistant Professor, Department of Law, IAU CTB (First Author)





## World Trade Organization's Agreement on Rules of Origin

Tavakkol Habibzadeh\* Mahin Kheiri\*\*

(Received:09/Aug/2015 ; Accepted : 12/Sep/2015)

### Abstract.

The Agreement on Rules of Origin is one of the Multilateral Agreements on Trade in Goods as a result of the 1986–94 Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations that is came into force with establishment of the WTO. Before the implementation of this agreement, the member states of the WTO had freedom of action to regulate and enforce the rules of origin. Now, despite of prediction of some requirements for the transitional period, period before the entry into force of the coordinated work program, in this Agreement which contains general provisions and binding principles for countries, there is no implemented and coordinated rules of origin to all members of the WTO . These rules are in a conversion process to a binding multilateral system of rules of origin upon completion of the harmonized work plan . However, increased regional and bilateral trade arrangements, thereby expanding the application of preferential rules of origin, has affected the harmonization of the non-preferential rules of origin.

However the study of the trend of trade policies of the leading economic powers and also Iran's executing rules of origin shows that the most appropriate trade policy to Iran, in order to facilitate WTO accession, is log in free regional and preferential trade arrangements and coordinating with world trade.

While the developing countries emphasize on the necessity of acceleration in completion of the work plan for harmonization of rules of origin, the developed countries are attempting to negotiate and conclude multilateral and bilateral trade agreements.

This article that is a descriptive and analytical study is prepared in two parts, using the written and library resources, documents published in the official websites of WTO and the World Customs Organization, and other resources made available through the Internet: The first part examines the status and validity of the rules of origin at different periods and in part II, the effects of agreement on rules of origin on commercial and customs relations of states and the Islamic Republic of Iran are studied.

**Key words:** preferential rules of origin, non-preferential rules of origin, harmonization of rules of origin, agreement on rules of origin, WTO

---

\* PH.D, Assistant Professor at Imam Sadiq University

\*\* Master Of International Law(MA), Faculty of Law of Tehran Markaz , Azad University



## **Criminal Responsibility of Disordered People with Borderline Personality Disorder in Iran Legal System**

Shima jafar mohammadi \*    Mehrzad kiani \*\*

(Received: 29/Jul/2015    ; Accepted: 12/Sep/2015)

### **Abstract**

A noticeable amount of crime is committed by those who have mental disorders especially borderline personality disorders. If these people are not professionally examined and punished, as regards to the corrective aspect, which does not fulfill one of the objectives of Retribution, but their mental state will be worsened. This would be to the detriment of patients and the people around them and society. Disordered people of borderline personality disorder between two states, psychosis (A situation where volition and determination are lost) and neurosis (A situation where the person has volition and determination), they are in constant motion. If psychiatric studies show that a crime has been committed in a state of psychosis, since Article 149 of the Islamic Penal Code will measure volition and determine when the offense is known for holding condition, it can be said about them that it is true. It must be punished instead in accordance with Article 150 of the Penal Code, be kept in a convenient location and remedial measures be implemented. Diminished responsibility on the part of people is an issue that needs to be considered, but unfortunately, in the Islamic Penal Code and other laws, it is not forecasted.

**Key words:** Criminal responsibility, Borderline personality disorder, Crime, Islamic Penal Code

---

\* Student of Master of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University of Central Tehran Branch

\*\* Associate Professor, School of Traditional Medicine Shahid Beheshti University of Medical Sciences

# *Abstracts*

<b>Title</b>	<b>Page</b>
<b>Criminal Responsibility of Disordered People with Borderline Personality Disorder in Iran Legal System</b> Shima jafar mohammadi Mehrzaad kiani	3
<b>World Trade Organization's Agreement on Rules of Origin</b> Tavakkol Habibzadeh Mahin Kheiri	4
<b>Road Keepers Repansibility and Cansiagunt</b> Mostafa Soleymani Babadi Mohammad reza Pirhadi	5
<b>Liability of beneficiary attorney in sequestration of properties</b> Jalil Maleki Hamid bazrpach	6
<b>Justice in Islamic criminal System</b> Majid Matin Rasekh	7
<b>Criminalpolicy of Iran related to delinquency of transsexual people</b> Neda Niazmand Ali Najafi Tavana	8

---

**Azad Legal Researches Quarterly of Law Faculty Islamic Azad University Central Tehran Branch**

December 2015 Volume 8, No. 29

Executive Director: Dr. Sadegh Salimi

Editor-in-Chief: Dr. Behshid Arfania

Managing Director: Dr. Mohammad Reza Pirhadi

Editors: Dr. Behshid Arfania

Editorial Board: Dr. Azam Edalatjoo

Dr. M. Ashoori  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M. a. Ardebili  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. B. Arfania  
Associate Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. G. Eftekhari Jahromi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. F. Parvin  
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. M. R. Pirhadi  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. S. Salimi  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. H. Safaei  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M. A. Solhchi  
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. A. Karimi  
Prof. Of Law Tehran University

Dr. J. Koosha  
Associate Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. J. Maaleki  
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. A. H. Najafi Abrand Abadi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. M. Haashemi  
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Opinions Expressed In This Quarterly Do Not Necessarily Reflect The Views Of The Journal And University.

Address: Law Faculty Of Central Tehran Branch, Islamic Azad University. No. 12,5 Th Floor, Barati Alley, Enghelab St. Tehran, Iran.

Postal Cod: IR 1131854113

Tel & Fax +982166720218 Web: <http://alr@iauctb.ac>

# **Azad Legal Researches**

**Quarterly of Law Faculty  
Islamic Azad University  
Central Tehran Branch**



\*شرایط اشتراک فصلنامه تحقیقاتی حقوقی آزاد

در صورت تمایل به اشتراک فصلنامه، مشخصات کامل خود را مطابق فرم زیر پر کنید.  
مبلغ . . . . . به حساب شماره . . . . . بانک ملت شعبه دکتر قریب مربوط به دانشگاه آزاد  
اسلامی واحد تهران مرکزی به عنوان هزینه اشتراک یکساله (شامل هزینه ارسال) واریز کنید و فرم تکمیلی را  
به انضمام اصل فیش پرداختی 2 برگ تصویر فیش واریزی به دفتر مجله ارسال فرمایید.

**الف: برای اشخاص حقیقی**

نام . . . . . نام خانوادگی . . . . .  
.....  
نام پدر . . . . . تاریخ تولد . . . . .  
.....  
شماره شناسنامه . . . . . محل صدور . . . . .  
.....  
میزان تحصیلات . . . . . شغل . . . . .  
.....  
نشانی کامل پستی . . . . .  
.....  
نشانی پست الکترونیک . . . . .  
.....  
تلفن تماس . . . . . فکس . . . . .  
.....

**ب: برای اشخاص حقوقی**

نام . . . . . شماره ثبت . . . . .  
.....  
نشانی کامل پستی . . . . .  
.....  
کد پستی . . . . .  
.....  
نشانی پست الکترونیک . . . . .  
.....  
شماره تلفن . . . . . فکس . . . . .  
.....