

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد

دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

سال پنجم شماره هجدهم

زمستان ۱۳۹۱

مجوز این فصلنامه در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۲۴ از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره ۱۲۴/۳۳۹ اداره کل امور مطبوعات خبرگزاریهای داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است.

فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی آزاد

سال پنجم - شماره هجدهم - زمستان ۱۳۹۱

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سردبیر: دکتر بهشید ارفع نیا

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ویراستار: دکتر اعظم عدالت جو

طراحی و صفحه آرایی: سحر تصرفی

ناظر کیفی: رضا قاسمی

چاپ: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی

قیمت: ۲۰۰۰ تومان

اعضای هنت 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 طباطبائی

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 صلح چی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

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 محمد هاشمی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

داوران این شماره:

دکتر سیدعلی آزمایش، دکتر محمد یار ارشدی، دکتر محسن بهشتیان، دکتر محمد بهمنی، دکتر محمد رضا پاسبان، دکتر منصور پورنوری،

دکتر نادر خاوندگار، دکتر بابک درویشی، دکتر بختیار عباسلو.

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان انقلاب، نرسیده به میدان فردوسی، کوچه شهید براتی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، طبقه

پنجم، کدپستی ۱۱۳۱۸۵۴۱۱۳

تلفکس ۶۶۷۲۰۲۱۸ - ۰۲۱

* 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 یافته های علمی و پژوهشی در زمینه 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 مقاله ها، مورد توجه پژوهشگران محترم قرار گیرد:

۱- 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.

۲- مقالات را بر روی یک طرف هر برگ، با رعایت فاصله مناسب بین سطرها، به صورت تاییبی در زمینه windows xp همراه با دیسکت (سی دی) ارسال فرمایید.

۳- مقالات نباید قبلاً برای چاپ به مجله ای دیگر داده شده باشد یا در جایی چاپ شده باشد. هر مقاله بیشتر از ۳۰ صفحه (۹۰۰۰ کلمه) و کمتر از ۱۴ صفحه تاییبی (۴۲۰۰ کلمه) نباشد.

۴- هر مقاله باید دارای ۴ الی ۶ واژه کلیدی و چکیده ای به فارسی و نیز انگلیسی در حدود ۲۰۰ کلمه باشد. در چکیده موضوع، ساختار و نتیجه اصلی مقاله ذکر شده باشد.

۵- معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیر هر صفحه آورده شود.

۶- مسئولیت صحت و سقم مطالب به لحاظ علمی و حقوقی به عهده‌ی نویسنده است.

۷- مقالات ترجمه اصولاً پذیرفته نمی‌شود.

شیوه نگارش برای پاورقی:

۸- 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 نویسنده‌ای استفاده شده باشد در ابتدا زیر نویس بطور 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 کتاب های 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

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا	
عیسی امینی، سمیرا محمدی نژاد	۱
تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تأکید بر ورشکستگی	
سید مهدی جلالی، نگین شایسته	۲۳
حمایت کیفری از حقوق ملت	
منصور رحمدل	۵۹
مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک	
بابک شید	۸۵
حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی	
محمد هاشم صمدی اهری	۱۱۳
سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران	
سید محمد هاشمی، مریم سرمست	۱۳۹
بخش انگلیسی: خلاصه انگلیسی مقالات	۳

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۱ تا ۲۲

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا

*دکتر عیسی امینی **سمیرا محمدی نژاد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۷/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۸/۱۳

چکیده

حسب ماده‌ی یک قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت بر مبنای تقصیر استوار شده است. اما قانون مدنی الزاما تقصیر خوانده را شرط تحقق مسئولیت ندانسته است. هر چند در حقوق موضوعه ایران تقصیر مبنای منحصر مسئولیت نیست اما نقشی که در مسئولیت مدنی دارد قابل انکار نیست. نقش تقصیر در مسئولیت های مبتنی بر تقصیر، شرط تحقق مسئولیت مدنی است و در مسئولیت های مطلق، باعث می شود تا زیان دیده راه دیگری جهت اقامه دعوی بیاید و در مسئولیت هایی که قانون گذار تقصیر خوانده را مفروض می داند، زیان دیده اصولا نیازی به اثبات تقصیر جهت مطالبه خسارت ندارد. در نظام کامن لا نیز مسئولیت مدنی مبنای منحصری ندارد. با مطالعه در این نظام حقوقی دیده می شود گاه دادگاه ها بر اساس مسئولیت مطلق رای داده اند و در مواردی نیز وجود تقصیر را برای تحقق مسئولیت ضروری تلقی کرده اند. نقش تقصیر در جبران خسارت، هنگامی است که خواننده مرتکب غفلت قابل اغماض می شود و حسب قانون این اختیار به دادرس داده می شود که در میزان خسارت برای خواننده تخفیف قایل شود.

واژه گان کلیدی: مسئولیت مدنی، تقصیر، رابطه سببیت، نظام کامن لا

*استادیار، عضو هیات علمی دانشکده حقوق واحد تهران مرکز.

**دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق واحد تهران مرکز.

مقدمه:

در بیشتر نظام های حقوقی واز جمله در نظام حقوقی ایران برای تحقق مسئولیت مدنی وجود سه رکن همواره لازم است. این سه رکن عبارت اند از: فعل زیان بار، ضرر و رابطه سببیت بین فعل زیان بار و ضرر وارده.

با دقت در حقوق اسلام می‌وروم وکامن لا به نظر می‌رسد که در هیچ کدام، تقصیر به عنوان یکی از ارکان مسئولیت جایگاهی نداشت. هرچند که در اضرار باواسطه جهت احراز رابطه سببیت تقصیر نقش مستقلی داشت اما رکن مستقلی محسوب نمی‌شد. چنان که اگر کسی چاهی در معبر عموم حفر می‌کرد و رهگذری در آن می‌افتاد، حفر کننده‌ی چاه مسئول بود و اگر چاه را در ملک خود حفر می‌کرد ضامن ضرر وارده نبود که فرض اول را در فقه به عدوان یاد می‌کنند که چهره ای دیگر از تقصیر است. در کامن لا نیز ضرر مستقیم نیازی به وجود تقصیر نداشت و تابع قواعد مسئولیت محض بود. ولی در سده نوزدهم اصل بر این شد که تنها ضرر ناروا سبب مسئولیت شود و تقصیر نیز رفته رفته مفهومی اخلاقی یافت.^۱

امروزه زیان هایی که از تقصیر ناشی می‌شود تا اندازه ای مهم اند که جای هیچ تردیدی در مسئول بودن فاعل چنین زیان هایی باقی نمی‌گذارند. در بسیاری از نظام های حقوقی، اگرچه تقصیر تنها مبنای مسئولیت نیست اما یکی از مبانی مهم مسئولیت است. امروزه با افزایش دعاوی مسئولیت مدنی همواره تلاش جهت تسهیل دعاوی مذکور از طریق حذف عنصر تقصیر یکی از دغدغه های قانون گذاران بوده است تا از این طریق زیان ها راحت تر جبران شود. اما نقش تقصیر در زمینه های مختلف ورود خسارت چنان مشهود است که تردیدی در تحقیق و بررسی باقی ن می‌گذارد. سوال اصلی در این مقاله عبارت است از این که تقصیر در دونظام حقوقی ایران وکامن لایچه

۱. ناصر، کاتوزیان، تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی، فصل نامه حقوق مجله دانشکده حقوق وعلوم سیاسی، دوره ۳۹، تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۹۰

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۳

نقشی در مسئولیت مدنی دارد؟ سوالات فرعی که در جهت پاسخ به سوال اصلی مطرح می‌شوند عبارتند از: مفهوم وضابطه احراز تقصیر چیست؟ مبنای مسئولیت در دو نظام مذکور چیست؟ تقصیر در ارکان مسئولیت چه جایگاهی دارد؟ آیا تقصیر در آثار مسئولیت نیز نقشی دارد؟

۱. عوامل موثر در مفهوم تقصیر

۱-۱. تحول مفهوم تقصیر

تقصیر از جمله مفاهیمی است که مانند سایر مفاهیم حقوقی در طی گذر زمان، همواره حسب عوامل مختلف در حال تغییر بوده است و هیچ‌گاه مفهومی ثابت نداشته است.

از میان عوامل مختلف، عوامل اقتصادی بیشترین تاثیر را در تحول مفهوم تقصیر داشته‌اند بدین معنا که به علت نیاز مبرم جامعه به سرمایه‌گذاری تلاش شد تا از بار مسئولیت سرمایه‌گذاران کاسته شود. لذا مسئولیت مبتنی بر تقصیر شد تا سرمایه‌دار نگران پیامدهای ناخواسته سرمایه‌گذاری اش نباشد. پس از آن ورود اتومبیل، هواپیما و کشتی، سبب شد تا اثبات تقصیر با دشواری روبه‌رو شود. جهت حل این مشکل یا تقصیر باید حذف می‌شد و یابہ صورت اماره در نظر گرفته می‌شد.

عوامل اجتماعی نیز باعث شدند تا مفهوم تقصیر به مفهوم نوعی و اجتماعی گرایش پیدا کند و از مفهوم شخصی فاصله بگیرد.

مبانی فلسفی نیز که برگرفته از جدایی عدالت کیفری و عدالت توزیعی در فلسفه‌ی ارسطو، بود باعث شد تا مسئولیت مدنی در قلمرو عدالت کیفری قرار بگیرد و هدف آن مجازات فاعل زیان باشد. زیرا تکیه بر اقدام ناروا و عدوانی است که او مرتکب شده است. تحولات مختلفی که در طی زمان موثر بر مفهوم تقصیر شده است باعث شده تا تعاریف متفاوتی نیز از تقصیر ارائه شود.

۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

گروهی از تعاریف مبتنی بر مجازات خطاکار می‌باشند. گروهی دیگر مبتنی بر حمایت از حق و گروه سوم نیز مبتنی بر فایده و ضرر کار انجام شده می‌باشد.^۱

۱-۲. مفهوم عرفی تقصیر

در فقه نیز با توجه به معیار تعدی عرفی در مورد کسی که در ملک خویش آتش روشن نموده و آتش به ملک دیگری سرایت کرده است، در صورتی او را مسئول شمرده‌اند که بیش از مقدار احتیاج آتش روشن کرده باشد و علم به سرایت آتش داشته باشد. اما عده‌ای از فقها تنها به معیار عرفی تعدی (مقدار متعارف) اکتفا نموده‌اند.^۲ و اما عده‌ای دیگر^۳ علم و ظن به تعدی را موجب ضمان دانسته‌اند. اما در تعیین وجود ظن، معیار عرف و عادت را پذیرفته‌اند. عده‌ای دیگر از فقها^۴ تعدی عرفی را علت تحقق ضمان در انداختن پوست میوه روی زمین دانسته‌اند و آن را اضرار عرفی معرفی کرده‌اند. نقش عرف در انتساب ضرر وارده چنان روشن است که می‌توان گفت همه نظر عرف را در این مورد قبول دارند.

در نظام کامن‌لا نیز، حقوق دانان کامن‌لا پس از چیرگی مسئولیت مبتنی بر تقصیر در این نظام ناکارآمدی معیار شخصی و اخلاقی تقصیر را اعلام نمودند و در جستجوی معیارهای اجتماعی و عرفی رفتار برآمدند. در دومین طرح پیشنهادی اصول و قواعد حقوق خطاها توسط انجمن حقوق آمریکا نیز در تعریف تقصیر از معیار اجتماعی رفتار چنین استفاده شده است: «رفتاری که پایین‌تر از معیاری باشد که توسط حقوق، برای حمایت از دیگران در مقابل خطر غیرمعقول، خسارت مقرر شده است.»^۵ آن

۱. همان منبع، ص ۲۰۲

۲. روح الله، الموسوی‌الخمنی، تحریرالوسیله، ج ۲، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۳، ص ۵۶۶؛

سید ابوالقاسم، الموسوی‌الخویی، مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، مطبوعه الاداب، نجف، ۱۴۲۸، ص ۲۴۶.

۳. الجبعی العاملی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، انتشارات دارالهدی، قم، ۱۳۶۳، ص ۲۴۵.

۴. سید ابوالقاسم، الموسوی‌الخویی، پیشین، ص ۲۴۶.

۵. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۷۸.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۵.

چه بیشتر از همه در کامن لا به چشم می خورد، ابداع نظریه‌ی انسان معقول^۱ برای ارزیابی تقصیر است. انسان معقول کسی است که از ایجاد خطر غیر معقول و قابل پیش بینی منجر به خسارت پرهیز می کند. در پرونده بلایت علیه بیرمنگهام نیز تقصیر این چنین تعریف شده است «تقصیر عبارت است از عدم انجام امری که یک فرد معقول و متعارف در راستای انجام رفتار معمول انسانی در انجام امور انجام می دهد یا انجام کاری که یک فرد معقولا و متعارف آن را انجام نمی دهد.»^۲ در حقوق موضوعه ایران نیز تقصیر مفهوم عرفی و اجتماعی دارد. همان طور که قانون مدنی در مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ در خصوص تعریف تعدی و تفریط، داوری عرف را در این خصوص پذیرفته است. مناسب ترین تعریفی که برای تقصیر به نظر می رسد عبارت است از: تعدی و تفریط از رفتار انسانی متعارف در همان شرایط خارجی وقوع حادثه یا رفتاری که هرگاه یک شخص متعارف در شرایط حادثه قرار بگیرد مرتکب آن نمی شود. البته در معیار سنجش مفهوم عرفی تقصیر نیز آن چه مورد پذیرش قرار گرفته، مفهوم نوعی و اجتماعی آن است. همان طور که در مواد ۹۵۱ و ۹۵۳ و به ویژه ماده ۱۲۱۶ در خصوص مسئولیت محجورین داوری درباره‌ی تقصیر را با معیار نوعی پذیرفته است زیرا در این مواد به شرایط جسمی و روحی مقصر توجهی نشده است و معیار تمیز خطا نیز داوری عرف است.^۳

۲. نقش تقصیر در مبانی و منابع مسئولیت مدنی

۲-۱. منابع مسئولیت در فقه

1. Reasonable man.

۲. سید مهدی، موسوی، شبه جرم و مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان، ترجمه، ورا بیرمنگهام، خلاصه مسئولیت مدنی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸، ص ۷۹.

۳. ناصر، کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۰، صص ۱۹۱-۱۹۰.

۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

با بررسی مبانی مسئولیت مدنی در فقه، به این نتیجه می‌رسیم که چند قاعده در فقه هستند که به عنوان مدرک اصلی ضمان مورد استفاده قرار می‌گیرند که در برخی از آنها تقصیر در تحقق مسئولیت ضروری است و در برخی دیگر نیازی به وجود عنصر تقصیر نمی‌باشد.

حسب قاعده اتلاف، عنصر تقصیر و عمد شرط مسئولیت فاعل زیان، شناخته نشده است و چنانچه شخص مال دیگری را تلف کند ملزم به جبران خسارت خواهد بود. خواه از روی عمد باشد و خواه قصد اتلاف نداشته باشد. هرچند که باید بین فعل مباشر و تلف رابطه‌ی علیت عرفی وجود داشته باشد تا مسئولیت مدنی تحقق یابد. چنانچه شخصی بر اثر انفجار روی مالی پرتاب شود هرچند که سبب تلف شده است اما مسئول دانستن او به دلیل انتساب نداشتن ضرر وارده دشوار است.

حسب قاعده تسبیب، شخص مقدمه تلف را فراهم می‌کند و در واقع دست به کاری می‌زند که اگر آن عمل نباشد تلف نیز رخ نمی‌دهد. البته منظور از عمل اعم است از فعل یا ترک فعل که صورت مثبت آن مثل این است که شخصی سنگی را در پیاده رو بیندازد و رهگذری پایش بلغزد و بشکند. فعل منفی، ترک فعلی است که سبب ورود خسارت بر غیر شود. خواه ناشی از قرارداد باشد؛ خواه ناشی از وظایف قانونی که همه‌ی این اقسام از موارد تسبیب است. اختلاف اتلاف و تسبیب هم در این است که در اتلاف همیشه فعل مثبت موجب ورود خسارت می‌شود و در تسبیب، زیان، مع الواسطه متوجه دیگری می‌شود و با ترک فعل هم ورود زیان متصور است.^۱ تسبیب در صورتی باعث ایجاد مسئولیت می‌شود که از لحاظ عرفی، تجاوز و عدوان باشد. لذا برخلاف آنچه در اتلاف گفته شد تقصیر یکی از ارکان مسئولیت است.^۲

بر اساس قاعده غرور، چنانچه شخص مرتکب عملی شود که باعث فریب دیگری شود و آن فریب خورده زیانی به دیگری وارد نماید شخص فریب‌دهنده ضامن است.

۱. سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۱۸.

۲. همان منبع، ص ۱۴۸.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۷.

آن چه در بحث ضمان غرور حایز اهمیت است، جهل مغرور نسبت به غیر واقعی بودن قول غار است. در خصوص لزوم آگاهی داشتن از واقع و قصد فریب مغرور در فقه اختلاف است. به نظر مشهور وقتی کسی حقیقت را می داند ولی قصد فریفتن دیگری را ندارد هرگاه اعمالش در نظر عرف باعث اضرار به دیگری شود، ضامن است. اگر حقیقت را نداند، عده ای معتقدند^۱ باز هم غرور محقق می شود زیرا فعل این شخص، دیگری را مغرور کرده است و جهل او رابطه علیت را از بین ن می برد. اما عده ای دیگر غرور را به معنای تدلیس می دانند و در مورد جاهل به غرور استناد نمی کنند.^۲ در تعدیل این نظرات باید گفت چنان چه تقصیری به غار نسبت داده شود، غرور محقق می شود هر چند که او قصد فریب نداشته و جاهل باشد. اما هرگاه تقصیری را نتوان به او نسبت داد اغراء تحقق ن می یابد خواه جاهل باشد یا عالم. معیار تقصیر نیز اقدام نامتعارف شخص است که همان معیار نوعی است.

یکی از عوامل رافع مسئولیت استیما است یعنی امین مسئول ورود خسارات وارد شده به مال مورد امانت نیست. اما چنان چه مرتکب تقصیر شود، صفت امانت از بین می رود و از این به بعد ضامن می شود. برای تحقق تعدی و تفریط نیازی نیست که امین حتماً قصد تجاوز داشته باشد و معیار تقصیر نیز نوعی است؛ نه شخصی. از آن چه در مورد مبانی مسئولیت در فقه گفته شد، به نظر می رسد که مسئولیت مدنی در فقه مبنای واحدی ندارد؛ گاه مسئولیت مبتنی بر تقصیر است و گاه تقصیر جایگاهی در تحقق مسئولیت ندارد.

۲-۲. منابع مسئولیت در حقوق موضوعه

۱. سید محمد کاظم؛ طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹، نقل از: ناصر، کاتوزیان، الزام های خارج از قرارداد، ص ۱۵۸.

۲. حسن، الموسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۷ نقل از: عباس خواجه پیری، موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن، انتشارات بین المللی اهدی، تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶.

۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

در حقوق موضوعه ایران نیز تمام مسئولیت‌ها بر پایه تقصیر بنا نشده است. قدیمی‌ترین مقررات درخصوص مسئولیت مدنی مربوط به اتلاف و تسبیب است. اتلاف در مواد ۳۲۸ الی ۳۳۰ ق.م. جمع‌آوری شده است و صرف ایجاد رابطه‌ی علیت عرفی بین فعل شخص و تلف برای تحقق مسئولیت کافی است و نیازی به احراز تقصیر او نیست. تسبیب در مواد ۳۳۱ الی ۳۳۵ ق.م. جمع‌آوری شده است و لزوم وجود تقصیر را می‌توان از مواد ۳۳۴ و ۳۳۳ استنباط کرد زیرا مسئولیت مالک نسبت به خساراتی که در نتیجه‌ی خراب شدن دیوار یا کارخانه به بار می‌آید، منوط به بی‌مبالاتی او شده است و در ماده‌ی ۳۳۴ نیز مسئولیت مالک یا متصرف حیوان منوط به تقصیر مالک در نگهداری حیوان شده است.

قانون مدنی درخصوص اجتماع سبب و مباشر، قاعده‌ی اصلی را مسئول دانستن مباشرتلقی نموده است مگر این که سبب اقوی باشد و در توجیه آن گفته شده است از لحاظ عقلی، اسناد فعل به علت نزدیک و نه علت بعیدی که سبب است، معلوم و آشکار است و شکی نیست که مباشر نزدیک‌تر از سبب است.^۱ در قانون قدیم مجازات نیز همین‌طور مقرر شده بود اما پس از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ در ماده ۵۲۶ این قانون عاملی را مسئول تلقی نموده است که جنایت مستند به اوست و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، مباشر و سبب به طور مساوی ضامن می‌باشند و اگر تاثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد در این صورت هرکدام به میزان تاثیر رفتارشان مسئول هستند. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه دو یا چند عامل برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی تاثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تاثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تاثیر رفتارشان مسئول می‌باشند...» لذا به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در ماده ۳۳۲

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۳۷، انتشارات کتابچی، تهران، ۱۳۷۴، ص ۵۴.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۹

قانون مدنی یک قاعده کلی را مطرح کرده است زیرا اکثر مواقع مباشر اقوی از سبب است و این مانع از آن نیست که چنان چه تلف مستند به فعل سبب باشد و سبب نقش موثرتری داشته باشد، وی را مسئول تلقی کرد.

قانون مسئولیت مدنی، در ماده‌ی اول، مسئولیت را بر مبنای تقصیر محقق دانسته است. بدین معنا که ضرری که به دیگری وارد می‌شود، باید در نتیجه‌ی عمد یا بی‌احتیاطی صورت بگیرد. در ماده‌ی اول قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی، کلیه دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی مسئول جبران خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه به اشخاص ثالث وارد می‌شود، تلقی شده اند. که استثنایی بر ماده یک قانون مسئولیت مدنی است. قانون گذار برای دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی مسئولیت بدون تقصیر ایجاد کرده تا جبران خسارت‌های ناشی از رانندگی اتومبیل را تضمین و دعاوی ناشی از آن را ساده کند.^۱ با بررسی در فقه و حقوق موضوعه به این نتیجه می‌رسیم که قانون گذار ایران با تصویب قانون مسئولیت مدنی در صدد نسخ قوانین مغایر نبوده و وضع قانون بیمه اجباری و توجه به مفهوم اجتماعی تقصیر هم نشان می‌دهد که مقصود قانونگذار این نبوده که تقصیر را مبنای منحصر مسئولیت مدنی قرار دهد.

۲-۳. مبانی مسئولیت در نظام حقوقی کامن لا

در قرن نوزدهم دادگاه هادر حقوق کامن لا سعی کردند تا حقوق خطاها law of Torts را به حقوق خطا Law of tort تبدیل کنند که یکی از این روش‌ها گسترش و تقویت قلمرو بی‌احتیاطی یا تقصیر^۲ و تبدیل آن به یک اصل کلی برای مسئولیت بود.^۳

۱. ناصر کاتوزیان، مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۸، تهران، ۱۳۵۴، ص ۵۳.

2. Negligence.

3. Carol Harlow, understanding tort law, sweet & maxwell, London, 2005, pp. 50, 51.

۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

در کامن‌لا اصل واحدی مبنای مسئولیت قرار نگرفته است همان‌طور که مسئولیت مبتنی بر تقصیر در همه موارد پذیرفته نشده است، مسئولیت بدون تقصیر هم جایگزین آن نشده است. به نظر می‌رسد که در کامن‌لا در موارد غفلت و بی‌احتیاطی اساس مسئولیت بر تقصیر بنا شده است، و در موارد خاص از جمله نگهداری اشیای خطرناک یا اقداماتی که کارشناسی ویژه‌ای نیاز دارد، مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته شده است. غفلت و بی‌احتیاطی در حقوق کامن‌لا به مفهوم خودداری از انجام کاری است که انسانی متعارف و معقول در آن شرایط انجام می‌داد و نیز انجام کاری که انسانی معقول و متعارف در آن شرایط انجام نمی‌داد و تقریباً معادل تقصیر^۱ در حقوق نوشته است. جز این که شامل تقصیر عمدی نمی‌شود.

در دعوی جبران خسارت بر اساس بی‌احتیاطی (تقصیر^۲) ابتدا باید ثابت شود خواننده یک تعهدی نسبت به خواهان داشته است، که فرد مقصر در خصوص لزوم اعمال مراقبت منطقی^۳، این تکلیف را نقض کرده است.

در این راستا قاعده‌ای به وجود آمد تحت عنوان اصل مجاورتی^۴ که زمانی اعمال می‌شد که یک تعهد به مراقبت وجود داشته باشد. به این معنا که اشخاص باید مراقبت منطقی اعمال کنند تا بدین وسیله از فعل یا ترک فعلی که به طور منطقی پیش‌بینی می‌کنند به دیگران آسیب می‌رساند، جلوگیری کنند. اینکه چه کسی مجاور به حساب می‌آید، باید گفت اشخاصی که آن قدر نزدیک و مستقیم هستند را باید به عنوان افرادی که تحت تاثیر من قرار می‌گیرند در ذهن داشته باشم و ملزم به اعمال مراقبت منطقی نسبت به آنها باشم. در این قاعده ارتباط کافی و توالی عرفی میان طرفین رابطه ضروری می‌باشد. و منظور روابط نزدیک و بلاواسطه‌ای است که در آنها شخص از عمل متضمن تقصیر متاثر می‌شود.^۵ لذا در هر قضیه‌ای قابلیت پیش‌بینی، توالی و منطقی بودن شرط

1. Fault.
2. Negligence.
3. Duty of care.
4. Principle of neighbourhood.

۵. سید مهدی موسوی، پیشین، ص ۴۴.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۱۱

لازم برای احراز تکلیف به مراقبت است. در نتیجه در نظام کامن لا مسئولیت ممکن است مبتنی بر قصد و عمد، غفلت و بی احتیاطی^۱ یا مسئولیت مطلق باشد. که در این سه نوع مسئولیت، مسئولیت ناشی از قصد و عمد و بی احتیاطی مبتنی بر تقصیر می باشد.

۳. نقش تقصیر در ارکان مسئولیت مدنی

۳-۱. تقصیر و فعل زیان بار

فعل زیان بار به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی، به دو صورت فعل مثبت و ترک فعل واقع می شود. فعل اعم از اینکه به صورت مباشرت یا تسبیب باشد و باعث ورود ضرر شود مسئولیت آور است. البته فعل زیان بار باید در نظر اجتماع ناهنجار باشد و از لحاظ اخلاقی ورود ضرر باید ناشایسته باشد، قانون گذار مصادیق اعمال زیان بار را تعیین نموده است زیرا تقصیر مدنی با تقصیر کیفری تفاوت دارد و مفهوم عرفی و اجتماعی دارد تا آنجایی که در مواردی، ضرورت های اخلاقی، اجرای حقی را که قانون برای اشخاص قایل شده است محدود می کند. با توجه به وجود مسئولیت های بدون تقصیر در حقوق ایران اشاره به لزوم نامشروع بودن فعل ضروری است هر چند که از ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی چنین مفهومی استنباط نمی شود. اما عبارت بدون مجوز قانونی در ماده یک قانون مسئولیت مدنی برای بیان موارد استثنایی که شخص با مجوز قانونی به دیگری ضرر می زند اما مسئولیت بر او بار نمی شود مفید است و نشان می دهد عمد و بی احتیاطی در صورتی که بدون مجوز قانونی باشد باعث ایجاد مسئولیت می شود.

اما در مورد این که خودداری از انجام فعلی که برای دیگران زیان بار باشد. تقصیر محسوب می شود یا خیر، باید گفت وقتی قانون شخصی را مکلف به انجام عملی می کند، مثل نگهداری فرزند برای پدر و مادر یا تکلیف ماموران راهنمایی و رانندگی در خصوص نصب علائم هشدار دهنده، فرد با عمل نکردن به این تکالیف قانونی مقصر

1. Negligence.

۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

محسوب می‌شود. منشا این تکالیف به معنای خاص آیین‌نامه‌ها و عرف و عادت حسب مفاد ماده ۹۵۲ قانون مدنی است اما در خصوص ترک فعل بدون تکلیف خاص، شخص مسئول تلقی نمی‌شود چون فعل زیان‌باری انجام نداده است.^۱

در نظام کامن‌لا فعل مثبت همانند حقوق ایران صرفاً فعل مادی نیست و شامل اعمال و فعالیت‌های اعتباری مانند فسخ نامناسب یک قرارداد نیز می‌شود و چنانچه ترک فعلی صورت بگیرد مانند آن است که جرمی ارتکاب یافته و باعث ایجاد مسئولیت می‌شود.^۲ در موارد بی احتیاطی (تقصیر) نیز برای ایجاد مسئولیت نیاز به وجود یک وظیفه‌ی قانونی نقض شده می‌باشد که قبلاً به وسیله‌ی قانون مشخص شده است. از ترکیب این دو شرط، تقصیر به وجود می‌آید. اما ترک فعل محض بدون وجود یک وظیفه قانونی در این نظام به ندرت وجود دارد و محدود به مواردی است که ترک فعل ضمن عمل خاصی به وقوع می‌پیوندد.^۳

۳-۲. تقصیر و رابطه سببیت

برای تحقق مسئولیت مدنی تنها وجود خسارت و تقصیر یا فعل زیان‌بار کافی نیست، بلکه باید رابطه‌ی سببیت بین خسارت وارده و تقصیر یا فعل زیان‌بار نیز وجود داشته باشد. رابطه‌ی سببیت در مواردی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست اهمیت بیشتری می‌یابد و البته احراز آن نیز دشوارتر می‌شود. چنانچه حادثه‌ای جزء شرایط ضروری تحقق ضرر باشد، یعنی احراز شود که بدون آن ضرر واقع نمی‌شود، آن حادثه سبب محسوب می‌شود. پس اگر ثابت شود که در صورت مواظبت کامل نیز ضرر وارد می‌شد، معلوم می‌شود که تقصیر خواند باعث ورود زیان نبوده است. برای مثال چنانچه سه نفر ماشینی را در پرتگاهی بباندازند اما معلوم شود که نیروی دو نفر نیز برای پرتاب کافی بوده است در سبب بودن هر سه تردیدی وجود ندارد. احراز اینکه عمل خواننده

۱. سید مرتضی، قاسم‌زاده، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۹، ص ۸۰.
2. R.A.Percy, Negligence, Sweet & Maxwell, London, 2005, pp. 30, 37.

۳. سید مرتضی، قاسم‌زاده، مبانی مسئولیت مدنی، ص ۱۰۵.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا.....۱۳

شرط ضروری وقوع حادثه است برای تمییز سبب کافی نیست بلکه باید جهت مثبت را هم در نظر بگیریم و در جستجوی عاملی باشیم که بر وقوع حادثه موثر است. لذا باید عامل جوهری را به جای شرط ضروری برای تمییز سبب در نظر بگیریم. در نظام حقوقی کامن لا زیان دیده باید اثبات کند اقدام خواننده علت تامه ی سبب ورود خسارت بوده است. در غیر این صورت دعوی مطالبه خسارت او رد خواهد شد. در راستای تبیین این مسئله استفاده از قاعده صرفاً به دلیل^۱، متداول است که هدف آن حذف عواملی است که تاثیری در وقوع خسارت نداشته‌اند. این قاعده چنین مقرر می‌دارد: اگر خسارت به جهت عدم وقوع یک تقصیر خاص واقع نمی‌شد در این صورت آن تقصیر، سبب وقوع خسارت مزبور تلقی می‌گردد. واگر وجود یا عدم وجود تقصیر در تحقق یک خسارت به یک میزان موثر بوده باشد تقصیر صورت گرفته سبب وقوع خسارت محسوب نمی‌گردد. ولی در حقوق موضوعه ایران این ملاک برای احراز رابطه سببیت قابل قبول ن می‌باشد بلکه عاملی که نقش اثرگذار و مه می‌دارد، ملاک است.

۴. نقش تقصیر در قطع رابطه سببیت

اسباب خارجی را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد که عبارتند از: قوه قاهره، تقصیر زیان دیده و تقصیر ثالث. وقتی این سه در کنار فعل زیان بار قرار می‌گیرند مسایلی را از جمله قطع رابطه سببیت به وجود می‌آورند که حایز اهمیت است.

۴-۱. قوه قاهره

وقتی قوه قاهره تنها یکی از اسباب ورود خسارت است سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان به نسبت درجه تاثیر قوه قاهره از مسئولیت فاعل زیان کم کرد؟ در این مورد به نظر می‌رسد با پذیرش نظریه ی تقصیر در ق.م.م چنان چه تقصیر

1. But for test.

۱۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

شخص و قوه قاهره خسارتی به بار بیاورد حقوق فقط مقصر را مسئول جبران خسارت می‌شناسد و اثر قوه قاهره را نادیده می‌گیرد. اما چنان چه ثابت شود که حادثه‌ی قهری در هر حال خسارت را به بار می‌آورده است، در این موارد مقصر را نباید مسئول شناخت زیرا رابطه‌ی سببیت بین تقصیر خواننده و ضرر وجود ندارد و قوه قاهره آن را قطع کرده است.

۴-۲. تقصیر مشترک

تقصیر زیان‌دیده، همواره در نظام‌های حقوقی جهان از جمله کامن‌لا^۱ مطرح شده است. تقصیر زیان‌دیده دارای صور مختلفی است. گاه تقصیر فاعل زیان‌شدیدتر از تقصیر زیان‌دیده است مثل موردی که زیان‌دیده مرتکب تقصیر غیر عمدی و فاعل زیان‌مرتکب تقصیر عمدی شده باشد در این صورت عمد تقصیر فاعل زیان، در ایجاد ضرر، رابطه سببیت بین ضرر و تقصیر زیان‌دیده را قطع می‌کند. و گاهی نیز تقصیر زیان‌دیده شدیدتر است که بالعکس فوق عمل می‌کند. فعل زیان‌دیده و ضرر قطع می‌شود و فاعل زیان‌مسئول تلقی می‌شود. در تقصیر ثالث چنان چه زیان‌دیده تحت تاثیر تقصیر فاعل زیان‌مرتکب تقصیر شود رابطه سببیت بین نیز وقتی که ثالث تنها سبب ورود زیان به زیان‌دیده باشد، باید او را مسئول دانست زیرا رابطه علیت بین فعل خواننده و حادثه زیان‌بار را قطع می‌کند اما آن چه در خصوص تقصیر ثالث و زیان‌دیده حایز اهمیت است موثر بودن هر دو تقصیر و نحوه تقسیم مسئولیت است.

در نظام کامن‌لا بر طبق قاعده معروف (Contributory Negligence)، زیان‌دیده‌ای که تقصیر او در ایجاد ضرر دخالت داشت حق درخواست خسارت نداشت. اما ناعادلانه بودن این رویه باعث شد که قاعده‌ای تحت عنوان آخرین فرصت که در حقوق انگلیس (Last opportunity) و در آمریکا (Last clear chance) نامیده می‌شد ابداع کنند. بر مبنای این قاعده کسی که آخرین راه برای اجتناب از وقوع حادثه را دارا بوده ولی در اثر تقصیر آن را از دست می‌دهد مسئول وقوع حادثه شناخته

1. Contributory Negligence.

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۱۵

می‌شود.^۱ پس از آن سال ۱۹۴۵ میلادی قانون تقصیر مشترک در انگلیس به تصویب رسید و این اختیار به دادگاه داده شد که با توجه به میزان مشارکت زیان دیده در ایجاد ضرر، راه حل عادلانه را انتخاب کند و مسئولیت جبران خسارت را بین زیان دیده و سایر اسباب تقسیم کند هر چند که رویه دادگاه‌ها در این مورد مشتت است ولی به نظر می‌رسد در حقوق انگلیس در حال حاضر برای تقسیم مسئولیت دو معیار کلی وجود دارد: یکی تقسیم مسئولیت بر مبنای میزان تاثیر هر کدام و دوم تقصیر بر مبنای درجه‌ی تقصیر.^۲ در نهایت عده‌ای معیار اول را پذیرفته‌اند و عده‌ای معتقدند که در هر مورد و با توجه به اوضاع و احوال باید بررسی کرد و میزان مسئولیت هریک از اسباب را مشخص کرد.^۳

در مورد تداخل اسباب در حقوق ایران نظرات متفاوتی ارایه شده است عده‌ای مسئولیت تضامنی را قبول دارند.^۴ و عده‌ای دیگر تقسیم مسئولیت را به نسبت سهمی که در خسارت داشته‌اند^۵ ترجیح داده‌اند.

در خصوص مسئولیت تضامنی باید گفت که به نظر منطقی می‌رسد که شخص زیان دیده بتواند به هریک از مسئولان مراجعه کند و در رابطه‌ی مسئولان، خسارت به مساوی تقسیم شود و چه بسا حکم مقرر در قانون مجازات در خصوص تساوی در مسئولیت در مورد استقرار نهایی مسئولیت باشد. در حقوق ما نیز موارد زیادی از مسئولیت تضامنی وجود دارد. (از جمله ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی در موردی که چند کارگر با هم خسارتی را وارد می‌کنند.) از سوی دیگر به نظر می‌رسد در حقوق ایران مسئولیت باید بر اساس میزان تاثیر هریک از اسباب تقسیم شود بدین معنی که

1. John Flaming, Law of torts , Law book co, 4th edition Australia, 1971, p.217.

2. C.D. Baker, Tort, Sweet & Maxwell, 5th edition, London 1991, p.187.

3. W.V.H. Rogers, Tort, Seet & Maxwell, 4th edition, London, 1997, p.187.

۴. عبدالمجید، امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۵، ص ۳۰۶.

۵. سید حسین، صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۵۶۸ نقل از ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، ص ۴۸۵.

۱۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

اگر یکی از طرفین اثبات کند که میزان تاثیر عمل یکی بیشتر یا کمتر بوده است دادرس باید به آن ترتیب اثر دهد. راه‌حلی که قانونگذار در ماده ۵۳۳ ق.م.ا به آن اشاره کرده است ناظر به موردی است که دخالت اسباب به نحو مساوی باشد. حال با توجه به اینکه در قانون جدید مجازات اسلامی در ماده ۵۲۶ و ۵۲۷ میزان تاثیر را در تعیین میزان جبران خسارت موثر دانسته است و در اجتماع مباشر و سبب هم تاثیر رفتار مرتکبان را در میزان جبران خسارت موثر تلقی کرده است. لذا به نظر می‌رسد که ماده‌ی ۵۳۳ قانون مجازات یک اصل کلی را بیان کرده که خلاف آن قابل اثبات است.

با پذیرفتن این تحلیل، تقصیر عامل مهمی در تعیین میزان تاثیر هر یک از اسباب خواهد بود و اگر در اجتماع عوامل، بعضی مرتکب تقصیر شده و برخی مرتکب آن نشده باشند به طور قطع عاملی مسئول شناخته خواهد شد که مرتکب تقصیر شده باشد.

۵. نقش تقصیر در اثبات و آثار مسئولیت مدنی

۵-۱. نقش تقصیر در اثبات مسئولیت مدنی

بادقت در حقوق موضوعه ایران به نظر می‌آید که سه نوع مسئولیت در حقوق ایران وجود دارد: مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر، مسئولیت‌های مطلق و مسئولیت‌هایی که تقصیر فاعل زیان در آنها مفروض است.

در مسئولیت‌هایی که تقصیر جزء ارکان مسئولیت تلقی می‌شود، نقش تقصیر در تحقق مسئولیت است. البته تقصیر باید توسط زیان‌دیده اثبات شود و زیان‌دیده باید ثابت کند که بین خسارت وارده و تقصیر فاعل زیان‌رابطه‌ی سببیت عرفی وجود دارد. البته در الزامات خارج از قرارداد و قراردادها چنانچه تعهد به نتیجه معینی شده باشد و آن نتیجه محقق نشود، متعهد مسئول جبران خسارت قرار می‌گیرد و اثبات این که مرتکب تقصیر نشده و یا قوه قاهره در ضمان قهری تاثیری در مسئول نبودن وی نخواهد داشت. در مسئولیت‌های مطلق که تقصیر شرط تحقق مسئولیت نیست، (مانند اتلاف و مسئولیت دارنده اتومبیل) زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر فاعل زیان

نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا..... ۱۷

ندارد، برای مثال در اتلاف، صرف وجود رابطه‌ی علیت عرفی بین فعل زیان‌بار و تلف مال برای تحقق مسئولیت کافی است البته چنانچه انتساب فعلی که موجب تلف شده است به اتلاف‌کننده مورد تردید باشد یا بر اثر اکراه و اجبار دیگری یا قوه قاهره اتلاف صورت گرفته باشد از لحاظ عرفی، اتلاف‌کننده را نمی‌توان مسئول دانست زیرا بین عمل او و تلف مال رابطه‌ی علیت ایجاد نمی‌شود. در این موارد چنانچه اتلاف‌کننده مقصر باشد، زیان‌دیده با اثبات تقصیر او می‌تواند جبران خسارت وارده را مطالبه کند. در واقع اثر تقصیر در مسئولیت‌های مطلق که تقصیر جزء ارکان مسئولیت تلقی نمی‌شود این است که زیان‌دیده راه دیگری برای اقامه‌ی دعوی و مطالبه خسارت می‌یابد.

گاهی تقصیر یک شخص باعث از بین رفتن مسئولیت فاعل زیان می‌شود مثال آن ماده‌ی ۱۲۱۶ قانون مدنی است که صغیر یا مجنون یا غیررشید را در صورت ورود ضرر ضامن می‌داند اما حسب ماده‌ی ۷ قانون مسئولیت مدنی چنانچه سرپرست یا محافظ صغیر غیرممیز و مجنون در نگهداری آنها کوتاهی کرده و مرتکب تقصیر شود، مسئول جبران خسارت وارده خواهد بود در واقع مسئولیت مبتنی بر تقصیر در این مورد بر مسئولیت مطلق، مقدم شده است.^۱ در مورد دارنده اتومبیل نیز با این که مسئولیت مطلق است اما در صورت تصادم دو اتومبیل و مقصر بودن یکی از آنها تمام خسارت برعهده‌ی او قرار می‌گیرد.

در موارد خاصی قانون‌گذار جهت حمایت از زیان‌دیده، او را از اثبات تقصیر معاف کرده است و یک اماره‌ی قانونی به نفع زیان‌دیده به وجود آورده است. البته در این موارد می‌توان خلاف فرض قانون‌گذار را اثبات کرد و از مسئولیت مبری شد. از جمله این موارد مسئولیت کارفرما نسبت به خساراتی است که از سوی کارگران او به اشخاص ثالث وارد می‌شود. ماده‌ی ۱۲ قانون مسئولیت مدنی در این‌باره مقرر داشته است که هرگاه محرز شود که کارفرما تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه

۱. مرتضی، قاسم‌زاده، مبانی مسئولیت مدنی، ص ۳۵۱

۱۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

ایجاب می‌نموده به عمل آورده یا این که اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آورد باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نبود، از مسئولیت معاف می‌شود.

۵-۲. نقش تقصیر در جبران خسارت

در پایان به بررسی نقش تقصیر در جبران خسارت به عنوان آثار مسئولیت مدنی می‌پردازیم. شیوه‌ی جبران خسارت به دو صورت اعاده به وضع سابق و جبران خسارت از طریق دادن معادل انجام می‌شود. یعنی چنانچه از طریق نخست ممکن نباشد از طریق دادن مثل یا قیمت انجام می‌شود.

امروز تمایل رویه‌ی قضایی بر این است که خسارت به پول ارزیابی شود. و پولی که دادگاه میزان آن را تعیین می‌کند، باید متناسب با ضرری باشد که به خواهان وارد شده است؛ نه درجه تقصیر. زیرا چه بسا تقصیری کوچک، خسارتی بزرگ به بار می‌آورد. قانون مسئولیت مدنی در ماده ۴ این قانون که از قانون تعهدات سویس اتخاذ شده است به قاضی اجازه داده است تا در مواردی از اصل جبران کامل خسارت تخطی کند که بند دوم این ماده اثر استثنایی درجه‌ی تقصیر را مدنظر قرار داده است و بیان کرده است هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلی بوده که عرفاً قابل اغماض می‌باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگ دستی واردکننده زیان شود، دادگاه می‌تواند خسارت را تخفیف دهد. در این مورد عدالت اقتضا دارد که شدت تقصیر را در تحمیل میزان خسارت لحاظ کنیم و میزان خسارت را تخفیف دهیم. مورد دیگری که تقصیر در جبران خسارت موثر است وقتی است که قراردادی بین مسئول و زیان‌دیده‌ی احتمالی آینده بسته می‌شود و به موجب آن مسئول از پرداختن تمام یا بخشی از خسارت معاف می‌گردد. در مواردی که شخص به عمد باعث ورود خسارت می‌شود یا آگاهانه به اعمالی دست می‌زند که به حکم عرف عمد تلقی می‌شود شرط عدم مسئولیت از جبران خسارت کم نمی‌کند زیرا تجاوز به نظم عمومی تلقی می‌شود.

۱. سید حسین، صفایی، الزامات خارج از قرارداد، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۹، ص ۳۳۱.

نتیجه گیری

۱. ضابطه ی تشخیص تقصیر عرف است و مصادیق احصا شده توسط قانون گذار نیز مصادیق تمثیلی است و از آن جا که هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت است و نه مجازات مرتکب معیار تقصیر معیار نوعی است. در تشخیص تقصیر، رفتار یک شخص متعارف در نظر گرفته می شود و با پذیرش این معیار صغیر غیر ممیز و مجنون نیز تحت شرایطی مسئول تلقی می شوند. زیرا رفتار آنها بارفتار انسان متعارفی که دارای تمیز و اراده است سنجیده می شود.

۲. در بسیاری از نظام های حقوقی جهان مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. در نظام کامن لا مسئولیت ناشی از قصد و عمد و بی احتیاطی مبتنی بر تقصیر است. در مواردی هم در این نظام حقوقی مسئولیت مطلق (بدون تقصیر) پذیرفته شده است. در حقوق اسلامی نیز در تمام موارد از یک مبنا استفاده نشده است و در حقوق موضوعه ایران حسب ماده یک ق. مسئولیت مدنی مسئولیت مبتنی بر تقصیر است که البته تاثیری در بی اعتباری موادی از قانون مدنی از جمله ماده ۳۲۸ ندارد. لذا به نظر می رسد ماده یک قانون مسئولیت مدنی یک اصل کلی را مطرح نموده که مانع از آن نمی شود به اقتضای جامعه گاه مسئولیت مطلق نیز تاسیس شود.

۳. وجود تقصیر برای مسئول بودن خواننده، کافی نیست بلکه رابطه سببیت بین فعل زیان بار و زیان های وارده نیز باید احراز شود. در حقوق موضوعه ایران برای احراز رابطه سببیت باید در جستجوی عاملی بود که در وقوع حادثه موثر است در حالی که در کامن لا برای احراز رابطه سببیت از قاعده «صرفاً به جهت...» استفاده می شود که در صدد حذف عواملی است که تاثیری در وقوع خسارت نداشته اند.

۴. موارد تقصیر زیان دیده و ثالث مقارن با تقصیر فاعل زیان، از جمله موارد دخالت چند سبب می باشد که برای تقسیم مسئولیت میتوان دوراه را پیشنهاد کرد. اول، تقسیم مسئولیت بر اساس میزان تاثیر هر یک از اسباب. دوم، تضامن مسئولان در برابر زیان دیده و سپس تقسیم مسئولیت در رابطه مسئولان با یکدیگر، حسب ماده ۵۳۳ قانون

۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مجازات اسلامی. لیکن در نظام کامن لادرچنین مواردی به دوشکل عمل می‌شود. یکی بر معنای میزان تاثیرهریک از اسباب، دیگری بر مبنای درجه تقصیر که در حقوق ایران مورد پذیرش نیست.

۵. گاهی تقصیر یک شخص باعث از بین رفتن مسئولیت فاعل زیان می‌شود. حسب ماده‌ی ۷ قانون مسئولیت مدنی چنان چه سرپرست یا محافظ صغیر غیرممیز و مجنون در نگهداری آنها کوتاهی کرده و مرتکب تقصیر شود، مسئول جبران خسارت وارده خواهد بود درواقع مسئولیت مبتنی بر تقصیر در این مورد بر مسئولیت مطلق (مسئولیت صغیر غیرممیزومجنون) مقدم شده است.

۶. تقصیر در جبران خسارت نیز بی تاثیر نیست. بدین معنا که چنان چه خواننده مرتکب غفلت قابل اغماض شود دادگاه می‌تواند حسب ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی در میزان خسارت برای وی تخفیف قایل شود.

لذا برای رفع تعارض ظاهری بین بعضی از مقررات، شایسته است مبنای مسئولیت توسط قانون گذار تعیین شود و به نظر می‌رسد؛ بهترین روش، استواری مسئولیت بر مبنای تقصیر نوعی باشد.

منابع

اول. منابع فارسی

الف. کتاب ها

۱. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۱، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۵
۲. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.
۳. صفایی، سید حسین، مسئولیت مدنی، الزام های خارج از قرارداد، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۹.
۴. قاسم زاده، سید مرتضی، الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۹.
۵. قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۰.
۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۱۸.
۸. موسوی، سید مهدی، شبه جرم و مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان، ترجمه از کتاب بیرمنگهام، ورا، خلاصه مسئولیت مدنی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸.

ب. مقالات

۱. عالم زاده، محمد، اجتماع سبب و مباشر، فصل نامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۱۲، تهران، ۱۳۸۷.

۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

۲. کاتوزیان، ناصر، تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی، فصل نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، تهران، ۱۳۸۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی، فصل نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۱۸، تهران، ۱۳۵۴.

دوم. منابع عربی

۱. الجبعی العاملی، زین الدین، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲، انتشارات دارالهدی، قم، ۱۳۶۳.

۲. الموسوی الخمینی، روح الله، تحریرالوسیله، ج ۲، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۲.

۳. الموسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، مطبعه الاداب، نجف، ۱۴۲۸.

۴. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی الشرح شرایع الاسلام، ج ۳۷، انتشارات کتابچی، تهران، ۱۳۷۴.

سوم. منابع انگلیسی

1. Baker, CD, Tort, Sweetand Maxwell, 5th edition, London, 1991.

2. Flaming , John G, Law of Torts, Law Book Co, , 4th edition ,Australia, 1971.

3. Harlow, carol, Understanding Tort Law, Sweet& Maxwell, London, 2005.

4. Harpwood, Vivienne, Principle of Tort Law, Cavendish, 4th edition, London, 2005.

5. Percy, R.A, Charlesworth, Negligence, Sweet& Maxwell, London, 2005.

6. Rogers, W.V.H, Winfield and Jolowicz on Tort, 4th edition, sweetandMaxwell, London, 1997.

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۲۳ تا ۵۸

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تأکید بر ورشکستگی

*دکترسید مهدی جلالی **نگین شایسته

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۷/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۸/۲۳

چکیده

دعوی به جهات چندی از شخصی به شخص دیگر انتقال می‌یابد. در این جایجایی خواهان یا خواننده موقعیت و سمت خود را از دست داده و حسب مورد شخص دیگری به جای وی در جایگاه خواهان یا خواننده قرار می‌گیرد و یا اصولاً با خروج طرف دعوی اولیه، روند دادرسی متوقف و به پایان می‌رسد. در مقاله پیش رو مفهوم و انواع قائم مقامی و احتمالات گوناگون واگذاری دعوی که عبارتند از انتقال دعوی به صورت قهری و از طریق ارث، از طریق ورشکستگی و با قائم مقامی عام و واگذاری مال موضوع دعوی بررسی می‌گردد. در این مقاله ضمن آنکه به این پرسش پاسخ داده شده که آیا واگذاری مال موضوع دعوی موجب انتقال دعوی از مالک پیشین مال به مالک جدید می‌گردد یا خیر، به واگذاری دعوی و آثار آن در ورشکستگی پرداخته شده است.

واژه گان کلیدی: انتقال دعوی، قائم مقامی، واگذاری دعوی از طریق ارث، انتقال

دعوی از طریق ورشکستگی، مال موضوع دعوی

*استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق

**کارشناس ارشد حقوق خصوصی

مقدمه

اگرچه در ادبیات حقوقی انتقال به معنای زوال مالکیت نسبت به مال معین به سود مالک جدید که از مالک پیشین دریافت گردیده است تعریف می‌گردد،^۱ با این حال انتقال الزاما به معنای انتقال مال به طور مستقیم نمی‌باشد. چرا که واگذاری ممکن است اثر مالی غیرمستقیم به همراه آورد. مثلا انتقال حقوق ناشی از رای قطعی دادگاه یا صلح حقوقی مانند حق تقدم در پذیره نویسی سهام اگر چه بطور غیر مستقیم متضمن آثار مالی است، لکن مستقیما به انتقال مال نمی‌انجامد. هم چنین انتقال می‌تواند ناظر به امری کاملا غیر مالی باشد. از جمله از حق نمایندگی در امری یا رابطه ای حقوقی مانند فعالیت های عام المنفعه و خیریه که پیامد مالی ندارد، می‌توان نام برد.

انتقال دعوی بر حسب نوع دعوی از ماهیتی یکسان برخوردار نیست. چرا که در برخی موارد مانند فوت یکی از اصحاب دعوی، نه تنها دعوی بلکه آثار مالی آن به قائم مقام های متوفی واگذار می‌شود. در انتقال مال از طریق غیر قهری یعنی انتقال قراردادی، منتقل الیه جایگزین کلیه حقوق انتقال دهنده به منتقل الیه می‌گردد، در حالیکه بر خلاف مبحث ارث و ورشکستگی رابطه‌ی دادرسی با مالک جدید قطع گردیده و شخص اخیر نمی‌تواند در روند دادرسی مداخله نماید. با توجه به عدم انتقال حق جایگزینی انتقال گیرنده با انتقال دهنده‌ی مال موضوع دادرسی و اینکه چنین حقی تنها استثناء در انتقال حقوق متعلق به مال به تبع انتقال آن مال است، بنابر در نوشتار حاضر به این موضوع نخواهیم پرداخت. شایان ذکر است که فرض امکان بهره مندی انتقال گیرنده از حقوق متعلق به مال که با تبع واگذاری آن مال به انتقال گیرنده واگذار می‌گردد از طریق شرکت در روند دادرسی به جای مالک قبلی، علی رغم عدم تجویز قانونگذار نیازمند بررسی مفصل می‌باشد که از حوصله این مقاله خارج می‌باشد. در

۱. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کتاب خانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم،

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۲۵

صورتی که در انتقال دعوی در ورشکستگی، دعوی و آثار مالی ناشی از آن در وضعیتی بینابین و معلق قرار می‌گیرد. با این توضیح که مدیر تصفیه قائم مقام ورشکسته تلقی می‌گردد، ضمن آنکه نماینده منافع غرما و بستانکاران هم محسوب می‌گردد. به علاوه اینکه با واگذاری مال موضوع دعوی یا منافع آن به شخص ثالث، آیا شخص اخیر که قائم مقام حقوق و تکالیف انتقال دهنده در مال مورد نظر می‌گردد، در دعوی مطروحه نیز جای مالک مال یا منافع موضوع دعوی را می‌گیرد؟ در این صورت آیا انتقال گیرنده به عنوان خواهان یا خوانده جایگزین انتقال دهنده در دادرسی گردیده و دعوی را ادامه خواهد داد؟

ملاحظه اشکال مختلف قائم مقامی یا جانشینی در مال یا منافع نشانگر آن است که راهکارهای قانونگذار و برخورد رویه قضایی به هر یک متفاوت می‌باشد. از آنجا که مطالعه ی انتقال دعوی و آثار آن در وضعیتهای گفته شده با مفهوم و نوع قائم مقامی ارتباط غیر قابل انکار دارد، بنابر این به منظور ایجاد ارتباط میان هر یک از انواع انتقال دعوی با مفهوم قائم مقامی، نخست و به اختصار مفهوم و انواع قائم مقامی را مطالعه خواهیم نمود. سپس به این پرسش پاسخ خواهیم داد که آیا در توقف و ورشکستگی تاجر یا شرکت، دعوی و حقوق و تکالیف بر آمده از دادرسی نیز انتقال می‌یابد و در این صورت چه پیامدهایی به بار خواهد آورد؟

فرض و پاسخ مقاله به پرسش بالا مثبت می‌باشد چرا که آثار مالی دعوی خواه مثبت یا منفی بر حقوق مالی غرما اثر گذار خواهد بود. در پایان به نتیجه گیری و برداشت نگارنده از موضوعات مطروحه پرداخته خواهد شد.

مبحث اول_ مفهوم و انواع قائم مقامی

مفهوم و انواع قائم مقامی از آن جهت ارزش بحث و بررسی را دارد که در بحث انتقال دادرسی، شخصی به جای دیگری وارد دادرسی می‌گردد بدون آنکه رابطه‌ی

۲۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

قضایی ایجاد شده که از زمان تقدیم دادخواست تا پایان دادرسی و صدور حکم، گسسته شود. بنابر این به صورت مختصر مفهوم قائم مقامی و سپس انواع قائم مقامی را در مبحث آتی به مطالعه خواهیم گذاشت.

گفتار اول-مفهوم قائم مقامی

در تعریف قائم مقام غالباً گفته می‌شود کسی که به جانشینی از دیگری حقوق و تکالیفی پیدا میکند خواه برای اجرا هدف آن دیگری کار کند مانند نماینده تجارتي یا برای اجرا اهداف خود مانند وراث نسبت به ترکه. به عبارت دیگر قائم مقامی یعنی جانشینی شخصی به جای شخص دیگر در یک رابطه حقوقی بدون تغییر در اصل رابطه حقوقی اعم از اینکه جا به جایی به موجب مال معین، حق عینی و حق دینی محض یا تابع مال ایجاد شده باشد. بنابراین قائم مقام کسی است که در حقوق و تکالیف طرف معامله جایگزین او می‌شود. همچنین قانونگذار در مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی واژه قائم مقام را در کنار طرف قرارداد آورده است. از این ترتیب چنین بر می‌آید که قرارداد نخست درباره دو طرف سپس درباره قائم مقام موثر می‌باشد. ماده ۲۳۱ ق.م. مقرر می‌دارد:

" معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است. مگر در مورد ماده‌ی ۱۹۶".

این ماده مبین اصل نسبی بودن قرارداد است. حقوقدانان در تعریف این اصل بیان می‌دارند: " اصل نسبی بودن قرارداد این است که قرارداد فقط درباره‌ی طرفین موثر است و نمی‌تواند نسبت به اشخاص ثالث اثری داشته باشد." ^۱ چنانچه اراده‌ی متعاملین مطابق مقررات باشد حقوق و تکالیفی در اثر آن اراده برای آنها به وجود می‌آید، اما در وضع حقوقی اشخاص ثالثی که در انعقاد قرارداد نقشی نداشته اند موثر نمی‌باشد. حال

۱. حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۲۷

باید دید منظور از اشخاص ثالث که اصولاً قرارداد نسبت به آن ها موثر نیست چه کسانی هستند.

در پاسخ به این سوال باید گفت: اشخاصی که در انشاء عقد دخالت داشته و طرف قرارداد محسوب می شوند، اشخاص ثالث به شمار نمی آیند اعم از اینکه دخالت آنان در عقد مستقیم و بلاواسطه باشد، یا غیر مستقیم و با واسطه. طرف عقد هم شخصی است که خود یا نماینده اش در انعقاد قرارداد دخالت داشته و عقد برای او بسته شده است. در نتیجه اگر کسی به نمایندگی از دیگری قراردادی بندهد، آن دیگری طرف قرارداد است، نه شخص ثالث. به غیر از طرفین عقد، قائم مقام قانونی آن ها نیز از اشخاص ثالث شناخته می شوند و مطابق ماده ۱۹۶ ق.م. قرارداد درباره او موثر است.

قائم مقام قانونی همچنان که گفته شد کسی است که در حقوق و تکالیف طرف معامله جانشین او می شود و بر دو نوع است: قائم مقام عام و قائم مقام خاص که ذیلاً به انواع قائم مقامی پرداخته می شود.

گفتار دوم- انواع قائم مقامی

قائم مقامی که در زبان فارسی به جانشینی تعبیر می گردد به هر گونه جابه جایی جایگاه حقوقی اشخاص اطلاق می شود. تحول چنین جایگاهی به اسباب قانونی مختلف بستگی دارد که برخی ناشی از اعمال حاکمیت ارادی و توافق و برخی به حکم قانونگذار و غیر ارادی یا قهری می باشد. اثر قائم مقامی در انواع مختلف آن یکسان نمی باشد به نحوی که در قائم مقامی قهری رابطه قائم مقام با دادرسی به واسطه اصیل بر قرار می گردد، در حالیکه همین رابطه در مورد قائم مقام اختیاری و قراردادی قطع شده و امکان ورود قائم مقام اختیاری یا عام در حقوق و رویه ی قضائی ما تجویز و پیش بینی نگردیده است. با توجه به آنکه محور انتقال دعوی، نهاد قائم مقامی می باشد در این مبحث انواع قائم مقامی یعنی قائم مقامی عام و قائم مقامی خاص مورد بررسی قرار می گیرد.

در تعریف قائم مقام عام گفته شده که قائم مقام عام کسی است که کل دارایی دیگری یا قیمت مشاعی از آن به او منتقل شده باشد. با توجه به تعریف مذکور به نظر می‌رسد قائم مقام ضمن برخورداری از حقوق اصیل، تعهدات قانونی او را نیز برعهده می‌گیرد و جانشین اصیل می‌شود. مفهوم این نوع از قائم مقامی و آثار آن در حقوق موضوعه کشور ما مورد توجه مقنن قرار گرفته است. در همین ارتباط می‌توان به مفاد ماده ۲۱۹ قانون مدنی اشاره نمود که اشعار می‌دارد:

"عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود"

از ملاحظه مفاد ماده بالا چند نکته به دست می‌آید؛ نخست آنکه حقوق و تعهدات عقدی به قائم مقام طرف معامله انتقال می‌یابد که آن عقد مطابق قانون انعقاد یافته باشد. بنابراین چنانچه در قراردادی تشریفات آمره‌ی قانونی رعایت نگردیده باشد، یا مغایر احکام شرع تشخیص داده شود یا در تعارض با نظم عمومی قرار نداشته باشد، به دلیل بی‌اعتباری یا تردید در اعتبار آن، انتقال آثار حقوق و تعهدات حاصل از آن نیز محل تردید خواهد بود. دومین نکته به مفهوم و مصادیق قائم مقام باز می‌گردد. قائم مقامی ممکن است عام باشد (مانند وارثان) یا خاص (مانند خریدار خانه درباره حق ارتفاق تحمیل شده بر آن). همچنین از جمله اشخاصی که گفته می‌شود قام مقام مدیون در مورد قراردادهای مالی او هستند طلبکارانند که قانونگذار به جهت حمایت از آنها اجازه طرح دعوا به جای مدیون را داده است و این امر باعث شده برخی از حقوقدانان، طلبکار عادی را همانند وراثت، قائم مقام عام مدیون به حساب بیاورند. ولی پذیرش این نظر مشکل می‌باشد؛ زیرا طلبکار طلبی ثابت دارد که باید از دارایی مدیون استیفا کند و آن اختیاری که قانون در مورد توقف ورشکستگی مدیون به طلبکار داده است که به نام اقامه دعوی کند یا به دعاوی دیگران بر او پاسخ دهد بدین جهت است که طلبکار، حق مدیون را به نام و حساب او اعمال می‌کند و نماینده اوست نه اصیل. درحالی‌که قائم مقام جانشین طرف دعوی است و حق را به نام و حساب خود اعمال می‌کند و از

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۲۹

آنجا که طلبکار روبه روی بدهکار و در تعارض با منافع او قرار دارد برخلاف وراثت که زندگی حقوقی مورث را ادامه می‌دهند باید او را ثالثی شمرد که به دلیل حمایت قانونگذار از وی و موقعیت ناشی از انعقاد قرارداد وضع ویژه ای پیدا کرده است.

در ارتباط با مفهوم و مصادیق قائم مقام خاص میان حقوقدانان اختلاف نظر قابل توجهی به چشم نمی‌خورد. اما همانگونه که خواهیم دید در ارتباط با آثار قائم مقامی خاص میان حقوقدانان هم نظری وجود ندارد.

زمانی که ارتباط دو شخص در رابطه با مال یا دارایی خاصی است و حقوق و تعهدات به همان میزان انتقال می‌یابد نه فراتر از آن، در اینجا قائم مقامی در معنای خاص آن معنی پیدا می‌کند.

در واقع آثار آن دسته از قراردادهایی که حقوق و تعهدات آن با مال در آمیخته و در زمره ی اوصاف و توابع مال قرار گرفته به انتقال گیرنده می‌رسد و او را قائم مقام خاص طرف قرارداد میکند. اما باید بین قراردادهای مربوط به حق عینی نسبت به مال مورد انتقال و قراردادهای شخصی تفاوت قائل شد.

درباره عقود که حق عینی به سود یا زیان مالک به وجود می‌آورد انتقال گیرنده قائم مقام او است. زیرا این گونه پیمان‌ها در واقع باعث فزونی یا کاستی حق مورد انتقال است. اما در مورد قراردادهای شخصی که موضوع آن ایجاد تعهدی به سود یا زیان مال است، انتقال گیرنده قائم مقام او نیست هر چند که راجع به مال مورد انتقال باشد.^۱

مبحث دوم_ زمان و شیوه انتقال دعوی در غیر از ورشکستگی

افزون بر موضوع انتقال دعوی در ورشکستگی، موارد دیگری نیز در عالم حقوق مطرح می‌باشند که در آنها امکان انتقال دعوی موضوع بحث قرار می‌گیرند. مهمترین نهادی که در انتقال دعوی در آن هیچگونه تردیدی وجود ندارد، نهاد ارث و جابجایی

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات شرکت سهامی، تهران، ۱۳۸۰، ص ۲۵۱

۳۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

موقعیت حقوقی ماترک از مالکیت مورث به ورثه است که به محض فوت مورث و با فرض قبول ترکه در صورت وجود دعوا علیه یا له متوفی، روند دادرسی توقیف تا بازماندگان وی معرفی و جایگزین او گردند.

هم چنین در رابطه‌ی با انتقال مال موضوع اختلاف و مطرح در دادگاه و اینکه آیا با واگذاری غیر قهری و قراردادی مال به ثالث، خواهان یا خوانده‌ی مالک با منتقل‌الیه مال در روند دادرسی جایگزین می‌گردند یا خیر؟ به نظر می‌رسد نظام حقوقی ما در رابطه اخیر موضعی متفاوت از بحث ارث اتخاذ نموده است. در این بخش به امکان انتقال دعوی و پیامدهای آن در دو مورد بالا پرداخته خواهد شد.

گفتار اول-زمان و شیوه انتقال دعوی در ارث

در تعریف و انواع قائم مقام، ملاحظه گردید که وراثت یکی از انواع قائم مقامان به شمار می‌آیند، که در صورت فوت مورث به جانشینی او دعوی مطروحه را ادامه می‌دهند. چرا که در اثر مرگ، شخص اهلیت خود را از دست داده و دارایی او تا تعیین تکلیف رد یا قبول ترکه از سوی وراثت از جهت مالکیت در وضعیت متزلزل قرار می‌گیرد. در نتیجه با مرگ شخص تمامی دارایی و حقوق و تعهدات به حکم قانون و به طور قهری در صورتی که شرایط انتقال موجود باشد به وراثت می‌رسد در غیر این صورت به دارایی عمومی می‌پیوندد.^۱ یعنی جز اموال دولتی قرار می‌گیرد و توسط دولت ضبط می‌شود.

حقوق مدنی ایران مرگ مورث را سبب انتقال می‌داند. به همین جهت زمان انتقال دعوی به وراثت را زمان مرگ مورث که اعم از موت حقیقی و موت فرضی می‌باشد، به شمار می‌آورد. انسان با مرگ شخصیت خود را از نظر حقوقی از دست می‌دهد و دیگر نمی‌تواند مانند شخص زنده صاحب حق و تکلیف شود. لکن موت فرضی نهادی است که قانونگذار برای حفظ حقوق خویشاوندان شخص مفقود در حقوق بنیان نهاده است.

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: ارث، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۱۴.

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۳۱

موت فرضی چنانکه از نام آن معلوم می‌گردد، در صورتی است که موت کسی مسلم نباشد و برای خاتمه دادن به وضعیت متزلزل حقوقی او، فرض موت بشود. در این وضعیت اطمینان به این که شخص مرده وجود ندارد ولی بر مبنای آن شرایط خاص که موادی از قانون را به خود اختصاص داده است فرض می‌کنیم که شخص فوت کرده و آثار حقوقی موت حقیقی بر وی جاری می‌گردد. لازم به ذکر است که پس از صدور و قطعییت حکم موت فرضی، آثار و احکام موت حقیقی بر آن تعلق می‌گیرد. یعنی وراثت متوفی تعیین می‌گردد و اموال و حقوق و تعهدات به آنها انتقال می‌یابد.

در قوانین مختلف وراثت تعریف و دسته بندی شده اند. در قانون استخدام کشوری ۱۳۴۵ که اعطا حقوق و مزایای متوفی به وراثت را مدنظر دارد وراثت عبارتند از: فرزندان و زوجه دائمی و زوج و مادر و پدری که در کفالت متوفی بوده و نوادگانی که پدر و مادرشان فوت شده و در کفالت متوفی می‌باشند با شرایط مذکور در ماده ۸۶ همین قانون.

همانگونه که بعداً ملاحظه خواهد شد دسته بندی و شناسایی ورثه در قانون استخدام کشوری با محدودیت هایی مواجه می‌باشد و تنها برای هدف همان قانون قابلیت اعمال دارد و بنابراین به نظر می‌رسد همه ی وراثت مذکور در قانون مدنی از مزایای قانون استخدام کشوری بهره مند نمی‌باشند.

مطابق ماده ۸۶۲ قانون مدنی طبقات ارث به شرح زیر دسته بندی شده اند:

- ۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد
 - ۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آن ها
 - ۳- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آن ها
- لازم به ذکر است که در طبقه اول و دوم وارثان، دو صنف وجود دارد: در طبقه اول، پدر و مادر در صنف وارثان عمودی صعودی و فرزندان در صنف وارثان عمودی نزولی هستند.

۳۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

در طبقه دوم نیز، اجداد صنفی از وارثانند که در خط عمودی قرار دارند و از راه نسل به پدر و مادر و پس از آن به متوفی متصل می‌شوند؛ ولی برادر و خواهر و اولاد آن‌ها از خویشان اطراف نسل عمودی هستند. بر عکس، در طبقه سوم، همه‌ی خویشان در خط اطراف هستند و به واسطه پدر و مادر متوفی با او ارتباط دارند و در نتیجه همه را باید از یک صنف شمرد.

فایده شناخت صنف وارثان در طبقه‌ها این است که در درون هر صنف وارث نزدیک تر مانع از ارث خویشان دورتر است، ولی خویشان نزدیک تر در صنف دیگر مانع از ارث بردن خویشان دورتر در همان طبقه نیستند.^۱ به منظور معرفی و شناسایی جانشینان متوفی اخذ گواهی حصر وراثت لازم می‌باشد. بدین ترتیب با گواهی حصر وراثت اخذ شده قائم مقامان متوفی معین شده و دعوی در صورت قابلیت انتقال به آنان منتقل می‌شود.

گفتار دوم- اثر انتقال دعوی به وراث

دعوایی که در جریان رسیدگی است ممکن است پس از آغاز متوقف یا توقیف شود. توقف یا توقیف دادرسی که به معنای معلق شدن جریان دادرسی برای مدت طولانی یا کوتاه می‌باشد، گاهی به معنای تعلیق دادرسی و گاهی به معنای انقطاع می‌باشد.

در حالت نخست، تغییری در وضعیت اصحاب دعوی یا نمایندگان آنان بوجود نمی‌آید، مانند حالتی که نسبت به سند ادعای جعل شده و دادرسی تا تصمیم دادگاه کیفری متوقف می‌شود یا موردی که در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده که مطابق آن ادامه رسیدگی در دادگاه منوط به اثبات امری در دادگاه دیگری است که در اثر صورت و با ارائه گواهی به طرح دعوا در خصوص امر مزبور، دعوای اصلی متوقف می‌شود.

۱. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مقدماتی-ارث، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۷۷

در حالت دوم، تغییر در وضعیت اصحاب دعوا ایجاد می‌شود. یعنی یکی از اصحاب دعوا فوت کرده یا محجور می‌شوند یا سمت یکی از آنان زایل می‌گردد. در این حالت پس از ارائه مدرک قائم مقامی یا رفع مانع، دادرسی ادامه پیدا می‌کند اما مانند حالت قبل نیست بلکه اصحاب دعوی تغییر می‌کند. در همین راستا ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به وضعیت اخیر، است مقرر می‌دارد:

"هرگاه یکی از اصحاب دعوا فوت نماید یا محجور شود یا سمت یکی از آنان که به موجب آن سمت، داخل دادرسی شده زایل گردد دادگاه رسیدگی را به طور موقت متوقف و مراتب را به طرف دیگر اعلام می‌دارد. پس از تعیین جانشین و درخواست ذینفع، جریان دادرسی ادامه می‌یابد مگر اینکه فوت یا حجر یا زوال سمت یکی از اصحاب دعوی تأثیری در دادرسی نسبت به دیگران نداشته باشد که در این صورت دادرسی نسبت به دیگران ادامه خواهد یافت."

ماده ۱۰۵ ق.آ.م.م موارد توقیف دادرسی بطور موقت را بیان نموده است، و فوت یکی از اصحاب دعوا را از جمله آن موارد برشمرده است.

لازم به ذکر است که فوت یکی از اصحاب دعوی در صورتی موجب توقیف دادرسی است که دعوی مورد رسیدگی قابل انتقال باشد. اگر دعوی شخصی و مربوط به احوال شخصیه یکی از اصحاب دعوی باشد با فوت یکی از ایشان دادرسی توقیف نمی‌شود بلکه زائل می‌گردد، مانند فوت زوج یا زوجه در دعوی طلاق یا تمکین که به علت شخصی بودن غیر قابل انتقال می‌باشد.

همچنین فوت یکی از اصحاب دعوی در صورتی موجب توقیف دادرسی است که در دادرسی نسبت به دیگران موثر باشد؛ در غیر این صورت دادرسی منحصرًا نسبت به او توقیف و نسبت به دیگران طبق روال ادامه می‌یابد. مثلاً در دعوی الزام انتقال نسبت به مال مشاع، چنانچه یکی از مالکین فوت کند به نظر می‌رسد ادامه دادرسی و صدور حکم نسبت به دیگر مالکین و صدور حکم منعی نداشته باشد. همچنین در مواردی که دعوی قابل تجزیه باشد و خواهان ها و یا خواندگان متعدد باشند، فوت یکی از آنها

۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تنها موجب توقیف دادرسی نسبت به او می‌شود. برعکس، در دعاوی غیر قابل تجزیه باید پذیرفت که فوت، حجر یا زوال سمت هریک از خواهان‌ها یا خواندگان متعدد، موجب توقیف دادرسی نسبت به تمام آنها می‌شود.^۱

در هر حال توقیف دادرسی باید با صدور "قرار توقیف دادرسی" اعلام و در پرونده ضبط شود. این قرار لازم نیست به شکل دادنامه درآید زیرا قابل شکایت نمی‌باشد و در نتیجه ابلاغ آن ضروری نیست؛ اما باید به موجب اختطاریه، به طرف مقابل ابلاغ شود که ادامه دادرسی مستلزم معرفی حسب مورد قائم مقام یا نماینده شخص است.^۲

با توقیف دادرسی و به محض ارائه گواهی حصر وراثت، دادرسی از حالت توقیف خارج می‌شود. چنانچه متوفی خواهان باشد دعوی به جریان خواهد افتاد و اگر خوانده باشد دعوی می‌بایست به طرفیت وراثت ادامه می‌یابد. در صورتیکه مورث خواهان دعوی باشند بنا به قصد ورثه از ادامه دادن یا ندادن دعوی سه حالت را می‌توان تصور کرد:

(۱) همه وراثت قصد ادامه دادرسی را داشته باشند: در این حالت با توجه به وحدت قصد بین وراثت برای ادامه دادن جریان دادرسی، دادگاه نیز به رسیدگی مجدد خود پس از توقیف دعوی ادامه می‌دهد.

(۲) هیچ یک از ورثه قصد ادامه روند دادرسی را ندارند: در این خصوص دو حالت محتمل است؛ اینکه وراثت دعوی را پیگیری نمی‌کنند که در اینصورت به علت عدم پیگیری دادگاه چنانچه به اخذ توضیح از وراثت خواهان نیاز داشته باشد و نامبردگان در جلسه تعیین شده حاضر نشوند، و با اخذ توضیح از خوانده هم نتواند رای بدهد دادخواست را ابطال می‌نماید، در صورتی که نیازی به توضیح خواهان‌ها نباشد دادگاه رسیدگی را ادامه می‌دهد در این صورت نیز چنانچه ورثه به دادگاه معرفی و اعلام سمت نشده باشند رای مقتضی را صادر می‌نماید. یا اینکه وراثت دعوی را

۱. قدرت الله واحدی، بایسته های آیین دادرسی مدنی، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۳۳

۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، ج ۱، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۷، ص ۷۹

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۳۵

پس می‌گیرند که وفق ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م خواهان دعوی می‌تواند دادخواست یا دعوی خود را مسترد کند که حسب مورد دادگاه قرار ابطال دادخواست یا قرار رد دعوی را صادر می‌کند.

۳) برخی از وراثت‌های مایل به ادامه دادرسی می‌باشند و برخی دیگر به هر دلیلی قصد دنبال نمودن پرونده را ندارند: آن‌ها از وراثت که قصد ادامه دعوی را دارند مطابق قسمت اول دعوی را پیگیری می‌کنند، و آن‌ها از وراثت که قصد ادامه دعوی را ندارند یا اصلاً حاضر نمی‌شوند و یا دعوی را استرداد می‌کنند حسب مورد مشمول آثاری خواهند شد که در بالا توضیح داده شد.

سوالاتی که در این ارتباط مطرح می‌شود این است که تصمیم دادگاه در این مورد چگونه خواهد بود؟ با توجه به اینکه مورد دعوی قابل تجزیه است یا نیست می‌توان به این سوال پاسخ داد. در صورتی که مورد دعوی قابل تجزیه باشد؛ مثل الزام به پرداخت مبلغی وجه، دادگاه دعوی را نسبت به کسانی که خواهان ادامه دعوی هستند، ادامه داده و رای صادر می‌کند و نسبت به دیگران که مایل به ادامه نیستند دعوی را رد می‌کند. چنانچه دعوی قابل تجزیه نباشد؛ مثل خلع ید، در این خصوص هم دعوی نسبت به کسانی که تمایل به ادامه دعوی ندارند رد می‌شود و نسبت به آن‌هایی که مایل به ادامه هستند رای صادر می‌شود. اما به استناد ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی که مقرر می‌دارد:

" در مواردی که حکم خلع ید علیه متصرف ملک مشاع به نفع مالک قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلع ید می‌شود..."

در مرحله اجرای حکم نیز از ملک خلع ید می‌شود. یعنی در خصوص دعوایی که قابل تجزیه نمی‌باشد و عده‌ای از وراثت هم قصد ادامه دعوی را ندارند، حکم صادر می‌شود و آن حکم نیز اجرا می‌گردد. حال چنانچه خواننده دعوی فوت نماید برای اینکه وراثت، قائم مقام او شناخته شوند لازم است دادگاه مراتب را به خواهان اطلاع دهد و

۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

خواهان مکلف است تا ورثه متوفی را به دادگاه معرفی کند و پس از آن ورثه خواننده دعوی به شمار می‌آیند و دادرسی ادامه پیدا می‌کند.

وارثان در برابر ترکه، بر پایه رضای خود به جانشینی مورث ممکن است یکی از موقعیت‌های زیر را دارا باشند:

(۱) قبول بی‌قید ترکه: بدین معنی که میراث را ببرند و دیون و واجبات مالی را بدهند.

(۲) قبول در حدود تحریر ترکه: در این فرض نیز وراثت ترکه را می‌پذیرد، ولی با قید "حدود صورت تحریر ترکه" خاطر نشان می‌کند که تنها تا میزان آنچه از ترکه به او می‌رسد مسئول پرداخت دیون است.

(۳) رد ترکه: در این فرض، یک یا چند تن از وراثت به دلیل نگرانی که از مورث خود دارند یا تردیدی که حلیت مال مورث دارند با رد ترکه از دریافت آن خودداری می‌ورزند و در نتیجه در تصفیه و اداره ترکه دخالت نمی‌کند. با وجود این، و علی‌رغم رد ترکه اگر پس از تصفیه‌ی ترکه چیزی از آن باقی بماند، به او داده می‌شود: یعنی، بر خلاف آنچه به ظاهر می‌نماید، رد ترکه به معنی رد مالکیت آن نیست، به معنی رد تصفیه ترکه است. با این حال در پایان تصفیه و خودداری ورثه از دریافت به نظر می‌رسد مال بلاصاحب تلقی و وارد اموال عمومی می‌گردد.^۱

تصمیم دادگاه در خصوص دعوی مطروحه علیه خواننده با توجه به وضعیت او در سه حالت فوق متفاوت خواهد بود. چرا که اگر ورثه ترکه را بدون قید و شرطی قبول کند باید محکوم به رد ترکه تماماً پرداخت نماید هر چند که ترکه کافی برای پرداخت آن نباشد و در این صورت می‌بایستی از دارایی خود محکوم به رد ترکه نماید. اگر ترکه را در حدود تحریر ترکه قبول کرده باشد فقط تا میزان ترکه مسئول پرداخت محکوم به می‌باشد و مازاد بر آن بر ذمه‌ی وراثت نیست.

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۱

تاثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۳۷

اگر وراثت ترکه را رد کرده باشند، دادگاه نیز دعوی را رد می‌کند چرا که شخصی وجود ندارد تا طرف دعوی قرار بگیرد.

در مورد قبول در حدود تحریر ترکه وراثت باید گفت این قید در حقوق فرانسه و کشورهای پیرو آن که وراثت را در مورد دیون هم قائم مقام مورث می‌دانند اهمیت زیادی دارد و از باری که بر دوش وراثت قرار می‌گیرد می‌کاهد. ولی در حقوق ما که وراثت هیچگاه وظیفه ندارند از مال خود دیون مورث را بدهد و دین متوفی به ترکه تعلق می‌گیرد، در مرحله ثبوت اثری ندارد. یعنی دیون متوفی هرگز به ورثه انتقال پیدا نمی‌کند مگر به تبع اموال متوفی، بنابراین اگر هیچ مالی از متوفی باقی نمانده باشد، ورثه او تعهدات و دیون مورث را به ارث نمی‌برند و مسئولیتی نسبت به پرداخت آن‌ها ندارند.^۱

با فرض قبول ترکه توسط وراثت در خصوص مسئولیت آن‌ها در اجرای حکم در صورتی که محکوم علیه باشند باید گفت ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مقرر می‌دارد:

" هر گاه محکوم علیه فوت شود عملیات اجرایی حسب مورد تا زمان معرفی ورثه، وصی، یا مدیر ترکه متوقف می‌گردد... "

این ماده وضعیتی را که با فوت محکوم علیه پیش می‌آید مورد نظر قرار داده است. به عبارت دیگر این ماده بیان می‌کند که اگر فوت برای محکوم علیه حادث شود، دادورز چه وظیفه ای دارد که در این صورت تا زمان معرفی ورثه، وصی یا مدیر ترکه عملیات اجرایی متوقف خواهد شد.

در اینجا به این پرسش باید پاسخ داد که آیا توقف عملیات اجرایی نیازمند تصمیم دادگاه است یا این که مامور اجرا نیز می‌تواند با حدوث فوت عملیات اجرایی را متوقف کند؟ در پاسخ به این سوال می‌توان گفت ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مدنی اشاره به قسمت اجرا دارد. بنابراین دادورز و یا مدیر اجرا می‌توانند عملیات اجرایی را متوقف کنند. اما به نظر می‌رسد این برداشت صحیح نباشد زیرا به صراحت ماده ۲۴

۱. همان، ص ۲۷۱

۳۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

قانون اجرای احکام مدنی، صدور دستور توقف اجرا، با دادگاه است. بنابراین مدیر اجرا یا داورز نمی‌تواند راسا بدون اعلام موضوع به دادگاه عملیات اجرایی را متوقف نمایند.^۱

سوال دیگری که قابل طرح است اینکه اگر وراث چند نفر باشند و برخی از آن‌ها بخواهند حکم را اجرا کنند و برخی دیگر نخواهند تکلیف چیست؟ در پاسخ باید سه حالت را از هم جدا کنیم.

(۱) همه وراث خواهان اجرای حکم هستند که پس از درخواست صدور اجرائیه حکم نسبت به آنان اجرا می‌شود.

(۲) هیچکدام از وراث مایل به اجرای حکم نمی‌باشند، در این صورت هیچ کس تقاضای اجرائیه نمی‌کند و در نتیجه حکم هم اجرا نمی‌شود.

(۳) برخی از ورثه خواهان اجرای حکم هستند و برخی دیگر مخالف اجرای حکم هستند.

پرسش دیگری که در همین راستا باید پاسخ گفت آن است که آیا برای اجرای حکم در خواست یکی از آنها کفایت می‌کند یا خیر؟ و اگر درخواست یکی برای اجرا کافی باشد آیا دادگاه تکلیفی برای اجرای رای در خصوص اشخاص دیگر دارد یا نه؟ در پاسخ به این سوال باید گفت اولاً برای صدور اجرائیه درخواست هر یک از وراث کفایت می‌کند زیرا این شخص (شخص درخواست کننده) حق دارد برای اجرای رایی که به نفع او صادر شده است، درخواست بدهد ثانیاً در تاخیر این درخواست نسبت به سایر وراث باید قائل به تفکیک شد. چنانچه مفاد رای قابل تجزیه نباشد، در این صورت و با توجه به اینکه عدم اجرای حکم تضییع حق درخواست کننده است و امکان تجزیه آن وجود ندارد لازم است حکم بطور کامل اجرا شود چون اجرای جزئی این حکم امکان پذیر نیست. حال اگر مفاد رای قابل تجزیه باشد با

۱. علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، انتشارات فکر سازان، تهران، ۱۳۸۳، ص

توجه به انتقال دعوی به وراثت و امکان تجزیه حکم، سهم درخواست کننده ی اجرا از کل محکوم به پرداخت شده و نسبت به کسانی که در خواست اجرا نکرده اند حکم اجرا نمی شود.

مبحث سوم_ انتقال دعوی در ورشکستگی

این پرسش که آیا در ورشکستگی اصولاً دعوی قابل انتقال می باشد یا خیر و اگر پاسخ مثبت است، نحوه انتقال دعوی چگونه و زمان آن کی می باشد دارای اهمیت بنیادین به نظر می رسد. چرا که بر خلاف انتقال دعوی در دیگر اشکال حقوقی اعم از قهری یا اختیاری، در بحث ورشکستگی و به حکم قانون مدیر تصفیه با ایفای نقشی دوگانه و بعضاً متعارض هم به نام و به جای تاجر یا شرکت بازرگانی ورشکسته در روند دادرسی دخالت می نماید و هم آنکه منافع هیات بستانکاران را نمایندگی می کند. بر همین اساس ممکن است این تردید مطرح گردد که در ورشکستگی دعوی انتقال نمی یابد بلکه همانند نمایندگی، مدیر تصفیه به گونه ای در مقام نماینده ی قانونی ورشکسته طرف دعوی قرار می گیرد. بنابر این دخالت مدیر تصفیه در دعاوی علیه و له تاجر یا شرکت تجاری ورشکسته، به منزله ی انتقال دعوی و واگذاری روند دادرسی محسوب نمی گردد. علیرغم آنکه استدلال بالا در نگاه اول اقناع کننده به نظر می رسد، با این حال و با توجه به آثار ورشکستگی در روند دادرسی که ورشکسته یک طرف آن است و حذف تاجر از عناصر دادرسی که اصحاب دعوی نیز از آن جمله می باشند، و با اندکی مسامحه می توان ورشکستگی را از مصادیق انتقال دعوای تاجر به شمار آورد. این دیدگاه بالا به ویژه با توجه به این حقیقت که حاصل دعوی در دارایی هیات غرما وارد می گردد، قابلیت توجیه بیشتری می یابد.

گفتار اول- زمان انتقال دعوی

زمان انتقال دعوی در امر ورشکستگی نقطه عطف و مرحله ی تعیین کننده به شمار می رود. این اهمیت از آن جهت می باشد که زمان انتقال دعوی له یا علیه تاجر

۴۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

ورشکسته به تشخیص زمان توقف تاجر باز می‌گردد. در حالی که در این ارتباط اتفاق نظر و هم‌رایی میان حقوقدانان و قضات وجود ندارد. این اختلاف نظر در حقوق فرانسه هم دیده می‌شود.

از نظر لغوی، توقف یعنی "ایجاد وقفه در اداء دیون حال". گروهی از حقوقدانان بر این باورند که کلمه‌ی توقف از معنی لغوی آن دور نیست، به این معنا که صرف نپرداختن یک یا چند دین در سررسید مقرر باعث توقف تاجر است. از نظر این گروه مهمترین عنصر تحقق توقف است، حتی اگر دارایی تاجر نسبت به بدهی‌هایش بیشتر باشد ولی نتواند چند فقره سفته یا چک خود را پرداخت کند متوقف است. بر همین اساس پس از تفکیک افلاس و اعسار در حقوق مدنی از توقف در حقوق تجارت بر این نظرند که: توقف از تادیه بدهی در حقوق تجارت ممکن است ارتباطی به وضع مالی و دارایی و توانایی پرداخت احتمالی تاجر نداشته باشد. تاجری که دیون خود را نمی‌پردازد، گرچه دارایی او کفاف پرداخت دیونش را هم بدهد، مشمول مقررات ورشکستگی می‌گردد.

همچنین برخی دیگر معتقدند: "تاجر یا شرکت تجارتي که در تادیه بدهی یا سایر تعهدات نقدی خود، دچار وقفه شود یعنی از انجام آن عاجز باشد. لازم نیست که مجموع دارایی تاجر یا شرکت تجارتي، از مجموع وجوهی که بر عهده اوست کمتر باشد، بلکه کافی است که، نتواند وجوه مزبور را پرداخت کند. بنابر این اگر تاجر یا شرکت تجارتي، به علت دسترسی نداشتن به دارایی خود یا عدم امکان فروش کالا یا محصول، وجه لازم در اختیار نداشته و نتواند بدهی‌ها یا سایر تعهدات نقدی خود را پرداخت نماید. شرط ورشکستگی یعنی توقف از تادیه، حاصل خواهد شد.^۱

در مقابل عده‌ای دیگر از حقوقدانان با دیدگاه مذکور موافق نیستند و معتقدند که نپرداختن یک یا چند دین توسط تاجر در موعد مقرر نمی‌تواند دلیل منحصر

۱. حسن، حسنی، حقوق تجارت، ج ۴، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۹

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۴۱

ورشکستگی باشد،^۱ بلکه اگر تاجری واقعا ناتوان از اداء دیون شده باشد یعنی دارایی اش کفاف بدهی هایش را ننماید به گونه ای که اعتبارش را در بازار از دست بدهد و توان ادامه فعالیت تجاری را نداشته باشد و به نحوی که ادامه کار تجاری به ضرر او و طرف مال تجاریش باشد یعنی استعداد بقا در عالم تجارت را نداشته باشد، می‌گوییم متوقف است.

از نظر این گروه پرداخت دو یا چند فقره چک یا سفته ملاک توقف و ورشکستگی تاجر نیست و منظور قانونگذار ناتوانی واقعی در پرداخت است نه نداشتن نقدینگی تاجر.

حقوقدان دیگری نیز همین نظر را به صورت دیگری بیان می‌کند و دادگاه رسیدگی به ورشکستگی را محق می‌داند که با توجه به توقف از تادیه وجوهی که بر عهده بدهکار بوده (یعنی با احراز عدم پرداخت دیون در سررسید آن‌ها) و اظهارات شهود و مطلعین و در صورت لزوم جلب نظر کارشناس فنی در مورد حسابرسی و رسیدگی به دفاتر بدهکار، حکم صادر نماید و قبل از صدور حکم وضع مالی و اعتبار دیون و سایر اوضاع و احوال قضیه را مورد بررسی قرار دهد.^۲ یکی از دیگر نویسندگان حقوقی، قدری از این هم فراتر می‌رود و روح قانون را موافق صدور حکم ورشکستگی به صرف عدم پرداخت دین نمی‌داند، بلکه آن را متمایل به احراز توقف واقعی تلقی کرده و اضافه می‌کند که حتی اگر در حین رسیدگی به پرونده، ورشکسته قادر به پرداخت دین مورد ادعا نباشد، ولی در زمان صدور حکم ورشکستگی به دلیل وصول مبالغی که جای دیگری طلبکار بوده است بتواند بدهی‌های خود را بپردازد، صدور حکم توقف وی موافق منطق حقوقی و عدالت قضایی نیست. به عبارت دیگر، در دیدگاه بالا وی احراز توقف قبل از صدور حکم ورشکستگی تاجر را موثر در مقام نمی‌داند، بلکه معتقد است توقف باید در تاریخ صدور حکم محقق باشد تا بتوان حکم ورشکستگی را

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصویه امور ورشکسته، انتشارات سمت، چاپ یازدهم، ۱۳۸۷.

۲. محمود عرفانی، حقوق تجارت، ج ۳، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۳.

۴۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

صادر کرد.^۱ در نتیجه، اگر توقف تاجر ناشی از گرفتاری مالی موقت و زودگذر باشد صدور حکم ورشکستگی به مصلحت نیست. این مفهوم از توقف با معنای افلاس در حقوق اسلام نزدیک است. چرا که در حقوق اسلام، افلاس یعنی بی چیزی، نداری، و چهره ای از اعسار به شمار می‌رود.

دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور ما نیز در مورد این مسئله توافق نظر ندارند. از جمله آنکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور به اتفاق آرا در رای شماره ۳۵۷۶، مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۶ اعلام کرد:

"بر طبق ماده ۴۱۲ قانون تجارت ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تادیه و جوهی که به عهده دارد حاصل می‌گردد و استدلال دادگاه بر اینکه مزایده و عدم پرداخت وجه سفته‌ها صرفاً دلیل ورشکستگی نیست مخالف ماده ۴۱۲ قانون تجارت می‌باشد."

به نظر می‌رسد، رای دیوان عالی کشور قابل دفاع و مطابق ماهیت واقعی توقف بوده و با طبیعت امور تجاری و روح حاکم بر قواعد ورشکستگی در کشور ما نیز انطباق دارد. در واقع ماده ۴۱۲ قانون تجارت بیانگر آن نیست که باید وضعیت مالی واقعی تاجر بررسی شود بلکه می‌خواهد بگوید اگر از اوضاع و احوال قضیه چنین بر می‌آید که پرداخت تمام یا قسمتی از دیون حال تاجر از دارایی سهل الوصول او ممکن نیست، باید حکم ورشکستگی اش را صادر کرد. در این صورت لازم نیست دارایی تاجر از بدهی او کمتر باشد، بلکه کافی است نتواند دیون حال خود را از دارایی موجودش پرداخت کند تا متوقف تلقی شود. به همین دلیل، حتی اگر بعد از تقسیم اموال تاجر ورشکسته معلوم شود دارایی او کفاف پرداخت دیونش را می‌داده است، حکم ورشکستگی صادر شده علیه او ملغی الاثر نمی‌شود و تاجر فقط بعد از پرداخت دیونش می‌تواند به حکم ماده ۵۶۱ قانون تجارت از دادگاه صالح تقاضای اعاده اعتبار کند.

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت- ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، انتشارات سمت تهران، ۱۳۸۷

اهمیت تعیین تاریخ توقف به جهت تاثیری است که بر روی معاملات تاجر دارد. چرا که از تاریخ وقفه در ادای دیون می توان برخی معاملات تاجر را باطل یا قابل فسخ اعلام کرد. با تعیین تاریخ توقف، تاجر یا شرکت تجاری ورشکسته، از تاریخ توقف حق مداخله یا دخل و تصرف در تمام اموال خود اعم از اعیانی و منافع و حقوق مالی را از دست می دهد. به همین جهت وضعیت تاجر همانند وضعیت دیگر محجورین می باشد. البته این وضعیت تاجر به علت حمایت از منافع دیگران است. چرا که امکان دارد با تصرفات وی ضرری متوجه بستانکاران بشود. به همین خاطر به منظور جلوگیری از تصرفات مالی مضر به حال بستانکاران، اداره اموال و حقوق مالی تاجر به شخصی به نام مدیر تصفیه و در مکان هایی که اداره تصفیه تاسیس شده باشد به مامور تصفیه به عنوان قائم مقام قانونی تاجر ورشکسته محول می گردد.

با واگذاری اداره اموال و حقوق مالی تاجر به قائم مقام او دعاوی مطروحه نیز به وی انتقال می یابد، و ماده ۴۱۹ ق.ت.م.وید این مطلب است که اعلام می دارد:

" از تاریخ حکم ورشکستگی هر کس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی از منقول یا غیر منقول داشته باشد بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت او تعقیب کند، کلیه اقدامات اجرایی مشمول همین دستور خواهد بود."

پرسشی که در اینجا قابل طرح به نظر می رسد این است که زمان دقیق انتقال دعوی مطروحه چه زمانی است؟ چراکه با تعیین تاریخ توقف تاجر حجر وی اثبات می گردد و دیگر حق اداره اموال و حقوق مالی خود را ندارد و همانگونه که قانونگذار در ماده ۴۱۹ ق.ت. به صراحت اعلام داشته، از تاریخ حکم ورشکستگی دعوا باید بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت او تعقیب شود. آیا تاریخ انتقال دعوی همان تاریخ توقف است؟

در پاسخ باید گفت تاریخ توقف یکی از شروط صدور حکم ورشکستگی است. چرا که ماده ۴۱۲ ق.ت. ورشکستگی را در نتیجه ی توقف از تادیه و جوهی که بر عهده تاجر یا شرکت تجاری است می داند. یعنی برای صدور حکم ورشکستگی علیه شخصی، تاجر بودن و توقف از تادیه دیون جزء شروط لازم هستند. بنابراین پس از

۴۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تحقق شرایط فوق‌الذکر دادگاه صالح مبادرت به صدور حکم ورشکستگی علیه تاجر متوقف می‌نماید.

حکم ورشکستگی ماهیت حقوقی دوگانه ایی دارد: از آنجا که حالت تاجری را که از پرداخت دیون خود عاجز است اعلام می‌کند، جنبه اعلامی دارد؛ ولی از آنجا که دادگاه، با اعلام ورشکستگی و شرایط جدید تاجر وضعیت جدیدی در اختیارات تاجر در اداره اموال و دخالت در حقوق او ایجاد می‌کند جنبه انشایی دارد. اعتبار حکم مطلق است؛ زیرا شخصی که به موجب آن متوقف اعلام شده است در مقابل همه متوقف شناخته می‌شود و به عبارت دیگر حکم ورشکستگی اثر عام دارد و فقط طرفین دعوی را در بر نمی‌گیرد.^۱

همچنین تعیین تاریخ توقف از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. چرا که تاریخ توقف، ملاک تشخیص معاملات قابل ابطال یا قابل فسخ تاجر با اشخاص ثالث شناخته شده است. زیرا اگر بطلان معاملات از تاریخ صدور حکم ورشکستگی تعیین می‌شد امکان داشت تاجر تا آن زمان، معاملاتی انجام دهد که به زیان خود و طلبکارانش باشد، به همین خاطر است که در قانون وفق ماده ۴۱۶ مقرر شده است: "محکمه باید در حکم خود تاریخ توقف تاجر را معین نماید و اگر در حکم معین نشد، تاریخ حکم، تاریخ توقف محسوب است."

با این اوصاف و با توجه به تفاوت بین توقف و صدور حکم ورشکستگی از جهت زمانی، باید گفت زمان انتقال دعوی به طلبکاران تاجر ورشکسته تاریخ قطعیت صدور حکم ورشکستگی است نه تاریخ توقف، مگر اینکه تاریخ توقف و حکم ورشکستگی یکی باشد. در وضعیت اخیر بر اساس حکم ورشکستگی تاریخ و زمان انتقال تعیین شده است و همزمانی تاریخ توقف و صدور حکم ورشکستگی نمی‌تواند باعث مداخله توقف در زمان انتقال دعوی باشد.

۱. ربیع‌الاسکینی، پیشین

گفتار دوم- آیین دادرسی پس از انتقال دعوی

پس از بررسی زمان انتقال دعوی در ورشکستگی، در این بخش در مورد انتقال دعوی مطابق مقررات قانون تجارت و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی به بحث می‌پردازیم، سپس نحوه اجرای حکم بعد از انتقال دعوی مورد توجه قرار خواهیم داد.

بند اول- تعقیب کننده دعاوی ورشکسته پس از انتقال دعوی

طبق ماده ۴۱۸ قانون تجارت مدیر تصفیه قائم مقام تاجر ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند. به موجب این ماده تعقیب کننده دعوی ورشکستگی بر اساس قانون تجارت مدیر تصفیه می‌باشد. لذا در ماده ۴۴۰ همین قانون بیان می‌دارد دادگاهی که حکم ورشکستگی را صادر می‌کند، در ضمن حکم، یا حداکثر در ظرف پنج روز پس از صدور حکم یک نفر را به سمت مدیریت تصفیه معین می‌کند. دادگاه در این انتخاب آزادی کامل دارد و می‌تواند مدیر تصفیه را از میان کارمندان دادگستری یا اشخاص دیگر که صلاحیت و توانایی انجام دادن امر تصفیه را دارند انتخاب کند.

در رابطه با شرکت های تجاری با توجه به آنکه علت ورشکستگی می‌تواند ناکامی مدیران در اداره ی بهینه شرکت باشد، به ویژه در موارد ورشکستگی به تقصیر و تقلب، دادگاه اشخاص دیگری به جز مدیران شرکت را برای این سمت بر می‌گزیند. قانون تجارت موادی را به وظایف مدیر تصفیه اختصاص داده است از جمله؛ تقاضای مهر و موم اموال ورشکسته از عضو ناظر، فروش اشیایی که ممکن است قریباً ضایع شود یا کسر قیمت حاصل کند و اشیایی که نگه داشتن آن ها مفید نیست، وصول مطالبات با نظارت عضو ناظر و فروش اثاث البیت و مال التجاره تاجر با اجازه دادستان

ونظارت عضو ناظر و تشخیص مطالبات را می توان بیان کرد. از عملیات فوق الذکر مدیر تصفیه، می توان به عضو ناظر شکایت کرد.

در کنار مدیر تصفیه که ورشکسته را نمایندگی می نماید، به منظور نظارت بر اجرای بهینه روند تصفیه و عملکرد مدیر تصفیه، عضو ناظر نیز انتخاب می گردد. عضو ناظر را دادگاهی که حکم ورشکستگی را صادر می کند، حین صدور حکم معین می نماید. این دادگاه می تواند عضو ناظر را از میان کارمندان دادگستری یا اشخاص دیگر انتخاب کند. همچنین می تواند هر موقع که مصلحت بداند او را تغییر داده و دیگری را جایگزین کند. از تصمیمات عضو ناظر فقط در مواردی که قانون تجارت معین کرده می توان شکایت کرد. مرجع این شکایت دادگاهی است که او را انتخاب نموده است. شکایت از تصمیمات عضو ناظر در دادگاه هم ممکن است به طور شفاهی صورت گیرد و هم به طور کتبی و هیچ گونه تشریفات دیگری ضرورت ندارد.

بنابراین همانگونه که ماده ی ۴۱۹ قانون تجارت صراحت دارد، با صدور حکم ورشکستگی تاجر، مدیر تصفیه جانشین وی در دعاوی گردیده و ضمن توجه خاصی به حقوق بستانکاران، ورشکسته را در مراجع قضایی نمایندگی می نماید. علاوه بر قانون تجارت، قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ که ترجمه و اقتباسی از فصل هفتم قانون فدرال سوئیس مورخ ۱۸۸۹/۴/۱۱ راجع به تعقیب دیون و ورشکستگی می باشد مقرراتی را در این زمینه وضع نموده است. این قانون جمعا ۳۳۵ ماده بوده که فصل هفتم آن از ماده ۲۲۱ تا ۲۷۰ تحت عنوان تصفیه ورشکستگی به فارسی برگردان شده و در مجلس قانونگذاری به تصویب رسیده است.^۱ طبق این قانون در صورتی که در محل صدور حکم ورشکستگی اداره تصفیه تاسیس شده باشد رسیدگی به امور ورشکستگی و تصفیه بر عهده اداره تصفیه قرار می گیرد و در چنین صورتی به موجب ماده یک قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی عضو ناظر تعیین

۱. محمد، صقری، حقوق بازرگانی ورشکستگی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۶

تاثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۴۷

نمی‌شود، به عبارت دیگر وظایف عضو ناظر و مدیر تصفیه بر عهده اداره مزبور و کارمندان قرار می‌گیرد که کارمند تصفیه نامیده می‌شود.

لازم به ذکر است وظایف دادگاه و دادستان در صورت وجود اداره تصفیه عمدتاً همان است که در قانون تجارت پیش بینی شده و گاه در قانون اداره تصفیه تکرار گردیده است.

در رابطه با روند رسیدگی به پرونده های دریافت شده از دادگاه صادر کننده حکم ورشکستگی باید یادآور شد که پس از دریافت حکم، رئیس اداره تصفیه پرونده را به یکی از کارمندان که سابقه قضاوت دارد ارجاع می‌دهد تا امر تصفیه را همان طور که یک مدیر تصفیه انجام می‌دهد با رعایت مقررات قانون اداره تصفیه آغاز کرده و به انتها برساند.

با اینکه کارمندان تصفیه تصمیم قضایی اتخاذ نمی‌کنند و اقدامات آن‌ها با نظارت دادگاه صادر کننده حکم ورشکستگی صورت می‌گیرد، تصمیمات آن‌ها برای طرفین اعم از ورشکسته یا طلبکاران اهمیت بسیاری دارد. از آنجا که کارمندان مزبور، برخلاف مدیر تصفیه موضوع قانون تجارت، زیر نظر عضو ناظر کار نمی‌کنند اقدام قانونگذار در تشبیه این کارمندان به قضات دادگستری در مواردی قابل درک است.

با توجه به مطالب مذکور چنین نتیجه می‌گیریم که از تاریخ حکم ورشکستگی هرکس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی داشته باشد باید بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت او تعقیب کند و در مکان هایی که ارگان تصفیه وجود دارد، تمامی دعاوی فوق باید بر علیه ارگان تصفیه مطرح شود، زیرا تاجر حق دخالت در امور مالی خود را ندارد.

حال اینکه آیا مدیر تصفیه در دعاوی حقوق و منافع تاجر ورشکسته را نمایندگی می‌کند یا حقوق و منافع هیات بستانکاران را، پرسشی سهل و ممتنع به نظر می‌رسد. چرا که مدیر تصفیه در واقع جانشین ورشکسته در روند دادرسی بوده و فرض بر آن است که بایستی منعکس کننده ی دیدگاه‌ها و مطالبات وی باشد. در مقابل، مدیر

۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تصفیه مانعی در دخالت تاجر نسبت به مال و حقوق مالی او از جلسه دعوی است که جنبه شخصی ندارد و دقیقا از نگاه خود تاجر به منافع و دغدغه های می به دادرسی و پیامدهای آن نمی‌نگرد.

بنابر این، مدیر تصفیه اگر چه به جای تاجر ورشکسته وارد دادرسی می‌گردد. با این حال به نظر می‌رسد کارکردی در راستای ایجاد تعادل میان حقوق متعارض ورشکسته و غرما ایفا می‌نماید. به همین جهت، شاید سخن گفتن از انتقال دادرسی و دعوی در ورشکستگی دور از مسامحه نباشد.

بند دوم- اجرای حکم پس از انتقال دعوی

علاوه بر انتقال خود دعوی، انتقال آثار حکم صادره و اجرای آن له یا علیه تاجر نیز می‌تواند موضوع بحث باشد. هم چنین ممکن است، اصولا پس از صدور حکم قطعی شخص ورشکسته گردد.

برای مثال ممکن است دعوایی به پرداخت خسارت یا انجام تعهد مالی قراردادی علیه تاجر یا شرکت تجاری مطرح و سپس به زیان تاجر به دادنامه قطعی منجر شود. در این وضعیت چنانچه حکم توقف تاجر پس از صدور دادنامه علیه تاجر و قطعی گردیدن آن صادر شود، اجرای دادنامه خواه پرداخت وجه یا ایجاد تعهد مالی مثلا انجام قرارداد باشد، به مدیر تصفیه محول می‌گردد.

وفق ماده ۴۱۸ قانون تجارت تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم، که معیار آن تاریخ توقف تاجر است، از مداخله در تمام اموال خود ممنوع است حتی آنچه که در مدت ورشکستگی عاید او می‌شود و در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته، مدیر تصفیه به عنوان قائم مقام قانونی وی از این اختیارات و حقوق مزبوره استفاده می‌کند. باید متذکر شد همانگونه که مدیر تصفیه طبق قانون تجارت و اداره تصفیه طبق قانون تصفیه امور ورشکستگی تعقیب کننده دعوی هستند. اشخاص یاد شده اجرای حکم نیز به قائم مقامی تاجر ورشکسته عهده دار می‌گردند. که در ذیل تحت دو بند در صورت محکوم علیه یا له بودن تاجر بررسی می‌کنیم.

الف- محکوم علیه بودن ورشکسته

در دادرسی ورشکستگی ممکن است دعوی از سوی دادستان، یک یا چند تن از بستانکاران و یا با اعلام خود تاجر آغاز گردد. لکن در هر یک از موارد مزبور، حتی در مورد اخیر، این خود تاجر یا شرکت تجارته است که محکوم به ورشکستگی می‌گردد. چرا که تقدیم دادخواست ورشکستگی از سوی اشخاص مزبور در واقع درخواست اعلان ورشکستگی است که با توجه به آثار آن و در صورت موفقیت آن، با مسامحه می‌توان صدور حکم توقف یا حکم اعلان توقف را در راستای محکومیت تاجر ارزیابی نمود.^۱

پس از وصول دادخواست ورشکستگی مطابق اصول مقرر در آیین دادرسی مدنی دادگاه پرونده را رسیدگی و مبادرت به صدور حکم خواهد کرد. از آنجایی که ممکن است تاجر در فاصله رسیدگی اقداماتی به زیان طلبکار انجام دهد لذا دادگاه باید هرچه زودتر تکلیف امر را روشن کند. بنابر این دادخواست ورشکستگی باید خارج از نوبت و به فوریت مورد رسیدگی قرار بگیرد تا حقوق تاجر و طلبکاران مورد تضییع قرار نگیرد. البته در وضعیت کنونی و پذیرش معیار استغراق دارایی در دیون از سوی دادگاه ها که مستلزم ارجاع امر به کارشناسی است، عملاً روند دادرسی توقف زمان دراز و هزینه های گزاف به همراه دارد.

اصولاً در امور ترافیعی، حکم دادگاه نسبی است و آثار آن محدود به متداعیین می‌باشد. در صورتی که در ورشکستگی آثار حکم از حدود اصحاب دعوی تجاوز نموده و کلیه طلبکاران و بدهکاران به تاجر را در بر می‌گیرد. بدین جهت باید این حکم به اطلاع عموم برسد و این امور نیز از طریق آگهی در جراید صورت می‌گیرد.

۱. علت کاربرد واژه مسامحه در خصوص محکومیت تاجر آن است که محکومیت تاجر به توقف در نزد برخی حقوقدانان که برخی نظام های حقوقی با هدف حمایت از تاجر و نوعی اختیار برای وی محسوب می‌گردد.

۵۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

در صورتی که در دادرسی تاجر محکوم به ورشکستگی گردد، قطعیت دعوی و در نتیجه امکان اجرای آن منوط به آگهی در روزنامه کثیرالانتشار و سپری شدن مهلت اعتراض از سوی اشخاص ذی نفع می‌باشد.^۱

در قانون تجارت نحوه آگهی کردن و اینکه آگهی باید از طریق کدام روزنامه منتشر شود و اینکه چه مقامی باید این امر را بر عهده گیرد پیش بینی نشده است. در عمل دادگاهها از ماده ۲۵ قانون اداره ی تصفیه استفاده می‌کنند. لذا آگهی حکم از طریق مجله رسمی وزارت دادگستری و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار مقرر دادگاه منتشر می‌شود. (مستفاد از ماده ۱۲ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی)

به موجب ماده ۴۳۳ قانون تجارت محکمه بایستی در حکم ورشکسته امر به مهروموم را نیز بدهد. بدین ترتیب عمل مهروموم را که قانون تجارت در ماده ۴۳۴ خود بر عهده عضو ناظر نهاده است و اگر در مقرر دادگاه اداره تصفیه وجود داشته باشد به عهده اداره ی تصفیه خواهد بود، صورت خواهد گرفت. عضو ناظر به تقاضای مدیر تصفیه به وی اجازه می‌دهد که بعض اشیاء را از مهروموم استثناء کرده و اگر مهروموم شده از توقیف خارج نماید. رفع توقیف از اموال به توسط مدیر تصفیه برای شروع به تنظیم صورت دارایی تقاضا می‌شود. صورت دارایی در دو نسخه قابل تحریر است. یک نسخه در دفتر محکمه و نسخه دیگر در دست مدیر تصفیه باقی می‌ماند. وقتی صورت دارایی تنظیم شد، دفاتر و اسناد و مدارک، برات و اموال در اختیار مدیر تصفیه قرار می‌گیرد و رسید اخذ می‌گردد.

مدیر تصفیه پس از کارهای مقدماتی فوق، به امر بازسازی اموال از طریق مطالبات یا مصالحه با بدهکاران و عند الاقتضا ابطال برخی نقل و انتقالات اموال که در دوران

۱. بیشتر دادگاه ها در آراء خود مهلت یک ماه مقرر برای اعتراض اشخاص ذی نفع مقرر در ماده ۵۳۷ قانون تجارت را مهلت قانونی جهت اعتراض تاجر و اشخاص ذی نفع به ترتیب دو روز و یک ماه به رسمیت می‌شناسد. که با قانون آیین دادرسی مدنی متعارض است، ولیکن از آنجایی که قانون تجارت خاص است و خاص همیشه عام را تخصیص می‌زند، طبق قانون تجارت عمل می‌کنیم.

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۵۱

توقف به ضرر بستانکاران به عمل آمده همت خواهد گمارد. ضمناً از بستانکاران دعوت می‌نماید که در مهلت های قانونی مطالبات خود را نزد مدیر تصفیه و عضو ناظر برابر ترتیبات مقرر در مواد ۴۶۲ به بعد ق.ت اظهار دارند.

با حصول فراغت از انجام این امور، نامبردگان به دعوت مجمع طلبکاران و بررسی نظر آنان راجع به امکان انعقاد قرارداد ارفاقی خواهند پرداخت. در صورتی که توافق میان بستانکاران و بدهکار حاصل نگردد، مدیر تصفیه و عضو ناظر طبق قانون، به فروش اموال غیر منقول و منقول تاجر ورشکسته و نیز تقسیم وجوه حاصل میان طلبکاران اقدام می‌نمایند. با این شرایط در صورتی که ادامه فعالیت تجارتي شخصی ورشکسته تا فروش کامل اموال و تادیه مطالبات لازم باشد، فقط بستانکاران می‌توانند آن را بر اساس ضوابط مقرر در مواد ۵۰۷ به بعد قانون تجارت اجازه دهند. لذا دادگاه، مدیر تصفیه، عضو ناظر و خود ورشکسته اختیاری در این زمینه ندارند. اما در صورتی که اداره تصفیه به امر تصفیه ورشکستگی پرداخته باشد برابر ماده ۲۷ ق.ا.ت.ا.و:

" بستانکاران فقط می‌توانند پیشنهاداتی راجع به ادامه جریان کار بازرگانی یا حرفه مربوط به متوقف بنمایدولی تصمیم با اداره تصفیه خواهد بود..."

هر تاجری که کلیه دیون خود را بامتفرعات و مخارجی که به آن تعلق گرفته است کاملاً پردازد، حقا اعاده اعتبار می‌نماید.

قانونگذار برای تحصیل اعاده اعتبار تشریفاتی دو مرحله ای را پیش بینی کرده است؛ که در مرحله اول تقاضای اعاده اعتبار به مدت دادخواست به انضمام اسناد مثبته به رئیس دادگستری محلی داده می‌شود که اعلان ورشکستگی در حوزه آن اتخاذ تصمیم شده است و سپس دادگاه صلاحیت داری که حکم ورشکستگی را صادر کرده است به آن رسیدگی خواهد کرد.

از قبول یا رد تقاضای اعاده اعتبار بسته به مورد مدعی اعاده اعتبار و طلبکاران معترض می‌توانند تجدید نظرخواهی کنند. تجدید نظرخواهی مطابق مقررات عام فعلی

۵۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

به عمل می‌آید و ماده ۵۷۲ قانون تجارت با وضع قانون تشکیل دادگاه های عمومی متفی است.

بنابراین هرگاه دادخواست اعاده اعتبار رد بشود تقاضای مجدد ممکن نیست مگر پس از انقضای شش ماه از تاریخ رد. و هر گاه دادخواست قبول شد حکم صادره شده در دفتر مخصوصی که در دادگاه محل اقامت تاجر برای این کار وجود دارد ثبت خواهد شد و اگر محل اقامت تاجر در حوزه دادگاهی که حکم می‌دهد نباشد، در ستون ملاحظات دفتر ثبت اسامی ورشکستگان که در دایره ثبت اسناد محل موجود است مقابل اسم تاجر ورشکسته با مرکب قرمز به حکم مزبوره اشاره می‌شود. و پس از آن تاجر اهلیت خود را برای تصرف در اموال و حقوق مالی خود به دست می‌آورد و می‌تواند به دنیای تجارت باز گردد.

ب- محکوم له بودن ورشکسته

دادخواست ورشکستگی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی البته در بیشتر دادگاه ها با رعایت برخی مقررات شکلی قانون تجارت از جمله مهلت اعتراض یک ماهه پس از درج حکم ورشکستگی در روزنامه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. ممکن است دادخواست و دلایل ادعایی ورشکستگی مبتنی بر واقع نبوده و به اشتباه و یا عمدا جهت تخریب و یا ارباب تاجر تقدیم شده باشد و تاجر محکوم له واقع شود.

محکوم له واقع شدن تاجر در دادرسی ورشکستگی ممکن است در دو معنا به کار رود. چنانچه تقدیم کننده دادخواست ورشکستگی به جز خود تاجر یا شرکت تجارتي باشد، در این صورت و به طور معمول تاجر یا شرکت تجارتي تلاش خواهد کرد با اثبات ملائت خود، روند دادرسی را با ناکامی مواجه سازد، یا آنکه با جلب نظر خواهان به ویژه در جایی که متقاضی اعلام توقف تاجر، بستانکار باشد موجب توقف دادرسی و استرداد دادخواست یا دعوی را فراهم آورد.

در این صورت با رد دعوی یا صدور حکم بر بی حقی خواهان ورشکستگی، می‌توان تاجر یا شرکت تجارتي را محکوم له یا پیروز میدان دادرسی ورشکستگی نامید.

تاثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۵۳

در چنین وضعیتی و به جهت رد دعوی یا صدور حکم بر بی حقی خواهان، اجرای حکم محلی از اجراء نمی‌یابد و در نتیجه و با قطعیت حکم بر وارد نبودن دعوی توقف تاجر یا شرکت تجارته متوقف، پرونده ی مطروحه بایگانی می‌گردد.

در معنای دوم، جای خواهان و خوانده دگرگون گردیده و بستانکار یا گروهی از بستانکاران خوانده دعوی و تاجر با ادعای ناتوانی از پرداخت بدهی هایش، در نقش خواهان و تقدیم کننده ی دادخواست توقف ظاهر می‌گردد.

در شرایط کنونی اقتصادی کشور که تجاروبه ویژه شرکت های تجاری که به علت ناتوانی از پرداخت دیون بانکی با تعهد به پرداخت جرائم و خسارات سنگین تاخیر یا عدم انجام تعهدات خود روبرو می‌گردند. صدور حکم توقف به درخواست تاجر امری غیر معقول به شمار نمی‌رود.

در وضعیت اخیر، همه تلاش تاجر اثبات ناتوانی خود از تادیه دیون می‌باشد در حالی که بستانکاران خوانده که صدور حکم توقف را موجب از دست دادن مبالغ بالای خسارات تاخیر ارزیابی می‌نمایند، از قانع نمودن دادرس به ورشکسته نبودن تاجر خواهان از جمله از طریق افشاء دارایی و مطالبات مسلم وی فرو گذار نمی‌نمایند. در این صورت اگر چه صدور حکم توقف از جهت اقتصادی به سود تاجر محسوب می‌گردد و در ظاهر و به دلیل اجابت خواسته وی شخص تاجر را باید پیروز دعوی دانست. با این حال اثر صدور حکم ورشکستگی همانند وضعیتی است که دادخواست ورشکستگی توسط بستانکار یا دادستان تقدیم شده است. در نتیجه آثار حکم و شیوه تشریفات اجرای دادنامه هیچ تفاوتی با زمانی ندارد که دادنامه ی دادگاه متضمن توقف تاجر یا شرکت تجارته به درخواست بستانکاران یا دادستان صدور یافته باشد. بنابر این با صدور حکم توقف تاجر خواه خواهان باشد یا خوانده، شیوه اجرا و آثار آن همان است که در مبحث اجرای حکم توقف در صورتی که تاجر یا شرکت تجارته محکوم علیه باشد، مورد بررسی قرار گرفت.

مبحث چهارم- جایگاه مدیر تصفیه در انتقال دعوی

سوالی که در اینجا قابل طرح است این است که آیا با ورشکستگی دعوی انتقال می یابد و یا اینکه تنها به صورت جابجایی عناوین بدون تغییر ذینفع، آثار انتقال دعوی را در پی دارد؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت در قانون تجارت نشانه های روشنی از انتقال دعوی جاری تاجر ورشکسته به چشم می خورد. شاید بهترین دلیل انتقال واقعی دعوی تاجر به محض اعلام، ماده ۴۱۸ قانون تجارت باشد که امکان دخل و تصرف تاجر ورشکسته در حاصل دادرسی به تبع منع وی از مداخله در کلیه اموال و حقوق مالی خود باشد.

با این حال نکته ای که باید بر آن توجه شود آن است که در این خصوص دعوی به صورت واقعی انتقال نمی یابد بلکه فقط جابجایی عناوین صورت می گیرد. چرا که در ورشکستگی اموال تاجر همچنان متعلق به خود تاجر است و چنانچه در حین دادرسی مالی به دست آید باز هم در زمره ی اموال تاجر قرار می گیرد ولیکن از آنجایی که می بایست این اموال در جهت پرداخت بدهی های تاجر ورشکسته صرف گردد، مدیر تصفیه یا اداره تصفیه به نمایندگی از طلبکاران که قائم مقام اصلی تاجر هستند اقدام به مدیریت اموال تاجر ورشکسته می کند.

با این حال نباید از یاد برد که اگر چه مدیر تصفیه طبق قانون قائم مقام تاجر متوقف به شمار می رود، هم زمان صیانت از حقوق و منافع بستانکاران را نیز بر عهده دارد و هرگونه هماهنگی و اداره تصفیه را در راستای پرداخت مطالبات طلبکاران و جمع آوری اموال تاجر به منظور فوق معمول دارد. در نتیجه و علیرغم شناسایی سمت قائم مقامی مدیر تصفیه برای تاجر متوقف، مصالح هیات بستانکاران نیز بایستی مد نظر مدیر تصفیه قرار گیرد و به نظر می رسد در عمل مدیر تصفیه نقشی دوگانه و متعادل کننده را ایفا می نماید.

نتیجه گیری

مطالعه موضوع این نوشتار متضمن این پیامد بود که انتقال دعوی و تغییر یکی از عناصر بنیادین دادرسی یعنی خواهان و خوانده در روند دادرسی بر حسب نوع و ماهیت تغییر، پیامدهای متفاوتی را با خود دارد. در این راستا و به جهت اهمیت انتقال دعوی در ورشکستگی مقاله بر انتقال و پیامدهای آن در مبحث توقف متمرکز گردید. انتقال دعوی در غیر از ورشکستگی، تنها در دو قالب، قابل طرح به نظر رسید که عبارت از انتقال اختیاری یا قهری مالکیت بود.

در انتقال اختیاری مال موضوع دعوی، رویه قضایی منتقل الیه را فاقد سمت تلقی و قائم مقامی وی برای انتقال دهنده را در دادرسی به رسمیت نمی شناسد.

چنین رویکردی بر خلاف انتقال قهری مال در ارث، در برخی حقوق دینی نیز خود را نشان می دهد. برای نمونه پس از انتقال مال غیر منقول منتقل الیه تنها مالک حقوق دینی مال موضوع انتقال می گردد و از مطالبه حقوق دینی از جمله مطالبات مربوط به اجرت ملک ممنوع می شود. با این توضیح، مشخص می گردد اراده قانونگذار انتقال حقوق عینی و نه دینی را اثر انتقال مالکیت دانسته و دیگر حقوق از جمله طلب مالک قبلی بابت ثمن یا اجاره بها را حق انتقال گیرنده به شمار نمی آورد. شاید به همین جهت حقوق غیر عینی مانند حق قائم مقامی در دادرسی به تبع انتقال مال به مالک جدید انتقال نمی یابد.

علاوه بر انتقال در نتیجه عمل حقوقی، ممکن است انتقال به شکل قهری اما نه در معنای خاص یعنی ارث، صورت گیرد. مثلاً ممکن است در راستای اجرای حکم محکومیت شخصی به پرداخت مبلغی، ملک شخص محکوم به تملک محکوم له درآید که در این صورت ضمن آنکه نمی توان انتقال را اختیاری نامید، با این حال آثار انتقال مال با اختیار را در پی دارد. حکم مزبور در موردی نیز جاری است که مال شخصی با حکم مرجع قضایی یا به موجب قانون مصادره یا ملی گردد.

۵۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

بر خلاف انتقال به شیوه های گفته شده، در انتقال قهری مال از طریق ارث، کلیه حقوق عینی و دینی مال از جمله مطالبات مورث بابت ثمن و اجاره بها به همراه ملک، ورثه انتقال می یابد. به همین ترتیب ورثه قائم مقام مورث خود در دعوی گردیده و به جای وی و حسب مورد در مقام خواهان و خواننده قرار می گیرد. به همین جهت ارث بهترین مصداق انتقال دعوی به شمار می رود.

همانگونه که ملاحظه شد، به جهت ماهیت خاص ورشکستگی و وجود منافع متعارض، کاربرد اصطلاح انتقال دعوی چندان به دور از تردید نمی باشد. اگرچه مقررات ماده ۴۱۸ قانون تجارت و دیدگاه حقوقدانان این حوزه بر جاگزینی تاجر متوقف با مدیر تصفیه می باشد و از جایگاه رسمی مدیر تصفیه قائم مقامی تاجر متوقف است و نه هیات بستنکاران.^۱ با این حال، مدیر تصفیه بر خلاف قائم مقامی عام صرفاً بر منافع شخصی که به جای وی نشسته توجه ندارد بلکه منافع و مصالح بستنکاران را نیز مدنظر قرار می دهد. با این حال نباید فراموش نمود که ضمن آنکه قائم مقامی مدیر تصفیه نسبت به تاجر دقیقاً با ماهیت و آثار قائم مقامی دیگر مانند ارث و حتی انتقال مال تطبیق نمی نماید، تمامی حقوق تاجر به تبع این قائم مقامی به مدیر تصفیه منتقل نمی شود. از جمله این حقوق، اهلیت ورشکسته برای اقامه برخی از دعاوی می باشد.

طبق رای شماره ۱۳۹۴-۱۳۲۶/۸/۲۴ شعبه ششم دیوان عالی کشور در این باره قابل توجه است: " ... ماده ۴۲۰ قانون تجارت ورود تاجر ورشکسته را به عنوان ثالث با اجازه دادگاه تجویز نموده که از این ماده استفاده می شود، اظهارات و دعاوی وی در دادگاه های عمومی قابل استماع است و مناط این ماده شامل صورتی که ورشکسته تشخیص اداره تصفیه را مضيع حقوق خود بدانند، خواهد بود و ماده ۴۶۴ قانون مزبور که حق اعتراض را برای متوقف مقرر داشته، مشعر اهلیت او بوده و موید این معنی است..."^۲

۱. محمد، صقری، حقوق بازرگانی ورشکستگی، پیشین، ص ۸۴

۲. محمد، دمرچیلی، قانون تجارت در نظم کنونی، انتشارات دادستان، چاپ نهم، ۱۳۸۸

تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تاکید بر ورشکستگی..... ۵۷

به نظر می‌رسد اگر چه مدیر تصفیه قائم مقام تاجر به شمار می‌رود، لکن کارکرد و نقش مدیر تصفیه، کارکردی دوگانه و منحصر به فرد می‌باشد به نحوی که قائم مقامی وی نسبت به تاجر متوقف نافی تکلیف وی به رعایت غبطه و مصلحت هیات بستانکاران نیز هست. به همین جهت چنانچه صراحت قانونی به رابطه مدیر تصفیه و تاجر در ماده ۴۱۸ وجود نداشت، در خصوص قائم مقامی مدیر تصفیه نسبت به تاجر یا هیات بستانکاران اختلاف جدی وجود می‌داشت.

منابع

۱. اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۷، حقوق تجارت- ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، انتشارات سمت، چاپ یازدهم
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم
۳. حسنی، حسن، ۱۳۸۹، حقوق تجارت، نشر میزان، ج ۴، چاپ اول
۴. دمر چیلی، محمد، ۱۳۸۸، قانون تجارت در نظم کنونی، انتشارات دادستان، چاپ نهم
۵. شمس، عبدالله، ۱۳۸۷، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، انتشارات دراک، ج ۱
۶. صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۲، دوره مقدماتی حقوق مدنی، انتشارات نشر میزان، ج ۲، چاپ اول
۷. صفری، محمد، ۱۳۸۶، حقوق بازرگانی ورشکستگی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول
۸. عرفانی، محمود، ۱۳۸۳، حقوق تجارت، نشر میزان، چاپ چهارم
۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی، ج ۲ و ۳، چاپ سوم
۱۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، دوره مقدماتی حقوق مدنی- ارث، نشر میزان، چاپ دوم
۱۱. مهاجری، علی، ۱۳۸۳، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، انتشارات فکرسازان، ج ۱، چاپ دوم
۱۲. واحدی، قدرت الله، ۱۳۸۷، بایسته های آیین دادرسی مدنی، نشر میزان، چاپ هفتم

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۵۹ تا ۸۴

حمایت کیفری از حقوق ملت

دکتر منصور رحمدل*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۷/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۸/۱۷

چکیده

فصل سوم قانون اساسی ایران مصوب ۱۳۵۸ به «حقوق ملت» اختصاص دارد. در متمم قانون اساسی مشروطیت نیز فصلی به «حقوق ملت ایران» اختصاص یافته بود. قانون مجازات اسلامی هم در ماده ۵۷۰ خود برای مقامات و مامورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که بر خلاف قانون آزادی شخصی افراد ملت را سلب کنند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نمایند مجازات تعیین کرده است. در واقع ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی را می‌توان ضمانت اجرای برخی از حقوق ملت مقرر در فصل سوم قانون اساسی دانست. بدیهی است که «حقوق ملت» منحصر به آن چه که در فصل سوم احصا شده است نیست و نیز تنها ضمانت اجرای حقوق ملت ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی نیست. این مقاله در صدد تبیین مفهوم و قلمرو ماده‌ی ۵۷۰ قانون مزبور می‌باشد.

واژه گان کلیدی: حمایت، کیفری، حقوق، ملت، قانون اساسی

*عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مقدمه

برخی از حقوق افراد جامعه از اهمیت اساسی برخوردارند. اهمیت اساسی آن‌ها ایجاب می‌کند که حمایت‌های اساسی هم از آن‌ها صورت بگیرد. اولین جنبه‌ای که هم مبین اساسی بودن آن‌ها و هم مبین لزوم حمایت اساسی از آن‌ها است انعکاس آن‌ها در قانون اساسی، به عنوان قانون مادر و با اهمیت ترین قوانین از حیث سلسله مراتبی، است. وجه تسمیه‌ی این حقوق به حقوق اساسی آن است که بدون آن‌ها اساساً زندگی آحاد مردم دچار اضطراب و پریشانی و تشویش خاطر است و به نوعی قوام و دوام زندگی وابسته به حفظ حقوق مزبور است. برخی از آن‌ها چنان پایه‌ای هستند که نقض آن‌ها مرادف با نفی وجود انسان است. سلب حیات از این‌گونه است. برخی دیگر، هر چند به درجه اهمیت امور نوع اول نیست ولی چنان با اهمیت هستند که می‌توان گفت نقض آن‌ها مرادف با سلب تدریجی حیات می‌باشند. اهمیت این دسته از حقوق بدان خاطر است که زندگی فقط در حیات جسمی محصور نیست بلکه حیات جسمی بدون آرامش خاطر و روان ارزشی برای ادامه دادن ندارد و توأم با شکنجه است که دوامی نمی‌آورد.

این حقوق گونه‌های مختلفی دارند. برخی از آن‌ها مستقیماً مرتبط با تمامیت جسمانی و برخی مرتبط با تمامیت معنوی می‌باشند. همچنانکه گفته شد اهمیت حقوق مربوط به دسته اخیر کم‌تر از اهمیت حقوق دسته نخست نیست. در دسته اخیر نه تنها می‌توان آن‌چه را که به تمامیت معنوی فیزیکی آدمی ارتباط پیدا می‌کند قرار داد، مانند مواردی که باعث تحقیر شخصیت آدمی می‌شود، بلکه می‌توان آن‌چه را نیز که به نوعی با شخصیت آدمی ارتباط پیدا می‌کند مورد توجه قرار داد. نقض حقوق مربوط به مسکن و اموال از این نوع است.

در ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی قانون گذار علی‌الاطلاق به «حقوق مقرر در قانون اساسی» اشاره کرده است، عبارتی که نسبت به عنوان فصل سوم قانون اساسی

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۶۱

عامتر است ولی در کنار آن به «آزادی شخصی افراد ملت» نیز اشاره کرده است. ظاهراً بین این دو عبارت تفاوت مفهومی وجود دارد، هر چند ممکن است تداخل مفهومی هم وجود داشته باشد. بنابر این برای تبیین بهتر مطلب به تفکیک به بررسی هر کدام از دو عنوان مزبور می‌پردازیم.

مبحث اول: سلب آزادی شخصی افراد ملت

حمایت از آزادی شخصی افراد به قدری اهمیت دارد که قانون اساسی ایران به آن توجه نموده است. «اساس اینگونه آزادی‌ها حقوق افراد در زمینه آزادی‌های فیزیکی است. باید امنیت افراد به طرز تأمین شود که احساس دلهره و اضطراب از بازداشت‌های خودسرانه آنان را دائماً در معرض شکنجه‌های روحی قرار ندهد. به هر جا که مایل باشند بروند و هر مسکنی را که می‌خواهند برای خود برگزینند و در چهار دیوار خانه خود از آرامش برخوردار باشند و هیچ فرد یا مقامی نتواند بی دلیل موجه و قانونی به حریم مسکن آنان تجاوز کند.»^۱

گفتار اول: مفهوم آزادی شخصی

در اصولی چند از قانون اساسی، به نوعی به آزادی شخصی افراد ملت اشاره شده است. برای مثال، اصل ۳۲ قانون اساسی مقرر داشته است: «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند» و در اصل ۳۳ نیز مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد» در این دو اصل به آزادی شخصی افراد ملت اشاره شده است. در اصل ۳۲ به طور کلی به آزادی افراد از هر گونه توقیف و دستگیری، جز در موارد مقرر در قانون،

۱. ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸)، ص. ۶۵۴.

۶۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تصریح شده است و بموجب این آزادی افراد حق دارند هر جا که بخواهند و هر موقع که اراده کنند تردد نمایند و هیچ فردی حق محدود کردن این نوع آزادی شخصی را ندارد و در اصل ۳۳ به آزادی اقامت در محل دلخواه تصریح کرده است مگر در مواردی که مراجع ذیصلاح در موارد مقرر در قانون بخواهند این آزادی را سلب کنند یا محدود سازند.

سوالی که اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا مراد قانون گذار از عبارت « آزادی شخصی» در ماده‌ی ۵۷۰ همانا توقیف افراد است یا باید آن را ناظر به انواع دیگر آزادی‌ها دانست؟ دلیل طرح این پرسش آن است که قانون گذار در ماده‌ی ۵۷۵ ق.م.ا برای صدور دستور توقیف یا دستور بازداشت و در ماده‌ی ۵۸۳ قانون مزبور برای توقیف و حبس افراد مجازات تعیین کرده است. ضرورت جمع حکم مواد ۵۷۰ و ۵۸۵ و ۵۸۳ ق.م.ا ایجاب می‌کند که تداخل مفهومی و حکمی مواد مزبور بگونه‌ای حل شود که ظن زاید بودن حکم یکی از آن‌ها از بین برود.

الف) تداخل حکم

وجه تداخل حکم دو ماده آن است که خصوصیت مرتکب در ماده‌ی ۵۷۰ «هر یک از مقامات و مامورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی» است و در ماده‌ی ۵۷۵ به خصوصیت مرتکب به عنوان «هرگاه مقامات قضایی یا دیگر مامورین ذیصلاح» اشاره شده است و در ماده‌ی ۵۸۳ خصوصیت مرتکب «هر کس از مقامات یا مامورین دولتی یا نیروهای مسلح یا غیر آن‌ها» است. بدیهی است که عبارت غیر آن‌ها شامل افراد عادی است ولی عبارت مقامات یا مامورین دولتی داخل در مفهوم مقامات و مامورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی موضوع ماده‌ی ۵۷۰ است. چون خصوصیت مرتکبین موضوع ماده‌ی ۵۷۰ نیز عام‌تر از خصوصیت مرتکبین موضوع مواد ۵۷۵ و ۵۸۳ است. عبارت نهادها و دستگاه‌های حکومتی از این جهت عام‌تر است که شامل نهادهایی که حکومتی هستند ولی دولتی نیستند نیز می‌شود. مانند نهاد بسیج، بنیادهای معروف به ۱۵ خرداد، مستضعفان، شهید و ایثارگران.

ب) تداخل مفهوم

از جهت عبارت «آزادی شخصی» هم اطلاق حکم ماده‌ی ۵۷۰ اقتضای شمول حکم مواد ۵۷۵ و ۵۸۳ را دارد. چون در ماده‌ی ۵۸۳ نیز قانون گذار مشخصاً به «توقیف یا حبس» به عنوان یکی از مصادیق بارز سلب آزادی شخصی و در ماده‌ی ۵۷۵ به توقیف و صدور دستور بازداشت نظر دارد. ولی معنی ندارد که قانون گذار برای موضوع واحد در مواد متفاوت دو حکم مجزا بیان کند. به نظر برخی از حقوقدانان «این ماده تنها شامل سلب آزادی شخصی نمی‌شود بلکه سلب هرگونه آزادی که به موجب قوانین اساسی به عنوان حقوق سیاسی و مدنی برای افراد ملت شناخته شده از مصادیق این ماده خواهد بود.»^۱ در مقام جمع چاره‌ای نیست جز آنکه بگوییم «موضوع حکم ماده‌ی ۵۷۰ آزادی‌های اساسی است. چون توقیف حکم خاص خود را دارد و مشمول حکم این ماده نیست.»^۲ چون هر نظری غیر از این می‌تواند منجر به بیهوده انگاشتن حکم مواد ۵۷۵ و ۵۸۳ در مورد افرادی شود که مشمول اطلاق حکم ماده‌ی ۵۷۰ قرار می‌گیرند.

با این کیفیت باید مفهوم «آزادی‌های اساسی» را روشن نماییم. مراجعه به اصول مختلف قانون اساسی نشان می‌دهد که از نظر قانون گذار اساسی برخی آزادی‌ها از اهمیت اساسی برخوردارند. برای مثال، هر چند در قانون اساسی ایران آزادی مذهب پذیرفته نشده است، ولی در حدی که در اصل ۱۳ دارندگان مذاهب سه‌گانه رزتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته شده‌اند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادی هستند، محروم ساختن آنان از انجام مراسم دینی در واقع سلب

۱. ابراهیم پاد، حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، چاپ سوم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص. ۲۵۴)

۲. علی، آزمایش، تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی، دوره کلاس‌های آزاد، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۸۵-۱۳۸۴، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۶۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

آزادی شخصی آنان و داخل در مفهوم آزادی اساسی قرار خواهد گرفت. در اصل ۲۳ نیز تفتیش عقاید ممنوع شناخته شده است و جمع دو اصل ۱۳ و ۲۳ نشان می‌دهد که افرادی را که داری دینی غیر از اسلام، مسیحیت و زرتشتی و کلیمی باشند، نمی‌توان تفتیش عقاید نمود و در آزادی آن‌ها در داشتن عقیده‌ای خاص ممنوعیت یا محدودیتی پیش‌بینی نمود. در اصل ۱۵ به آزادی استفاده از زبان‌های محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات آن‌ها در مدارس در کنار زبان فارسی تصریح کرده است. بنابر این سلب این نوع آزادی هم داخل در مفهوم سلب آزادی شخصی و هم داخل در مفهوم آزادی اساسی خواهد بود. آزادی شرکت یا عدم شرکت در احزاب و جمعیتها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمنهای اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده و آزادی تشکیل اجتماعات و راهپیمائی‌ها و آزادی داشتن شغل مورد علاقه نیز که در اصول ۲۶ و ۲۷ و ۲۸ به آن‌ها تصریح شده است از این نوع آزادی‌ها تلقی می‌شوند.

گفتار دوم: سلب آزادی شخصی

سلب آزادی شخصی به چه نحوی امکان پذیر است؟ طبیعتاً سلب‌هائی که با تجویز قانون صورت می‌گیرد از شمول حکم ماده خارجند. چون جرم عملی غیر قانونی است و قانون‌گذار در ماده ۵۷۰ نظر به سلب‌های غیر قانونی دارد. به این اعتبار حکم دادگاه بر محکومیت شخص به زندان یا محرومیت وی از حقوق اجتماعی، وفق مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی به عنوان مجازات تکمیلی اختیاری یا موارد مجازات‌های تکمیلی اجباری و یا موارد مجازات‌های تبعی (ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی) از شمول موارد مربوط به سلب آزادی شخصی خارج هستند. بنابراین باید منع افراد از شرکت در راهپیمائی‌ها و تشکیل اجتماعات و منع افراد از اختیار مذهب دلخواه، تعقیب افراد به خاطر داشتن عقیده خاص که در عمل برای رهایی از تعقیب منجر به کتمان عقیده می‌شود و نیز منع افراد از انتشار افکار خود در مطبوعات را از موارد سلب آزادی شخصی تلقی کرد. بلحاظ اهمیت سلب آزادی شخصی در

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۶۵

مورد تشکیل اجتماعات و راهپیمائی و نیز تفتیش عقاید و نیز محدودیت هانی که بر مطبوعات ایجاد می شود موارد مزبور را به تفصیل مورد بررسی قرار می دهیم.

الف) جلوگیری از تشکیل اجتماعات و راهپیمایی ها

طبق اصل ۲۷ قانون اساسی «تشکیل اجتماعات و راهپیمائی ها، بدون حمل سلاح، به شرط آنکه مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است.» تشکیل اجتماعات و راهپیمائی ها را باید وسیله ابراز عقاید و اعتراضات تلقی کرد. مخاطب اعتراض هر کس یا هر نهادی و یا هر دولتی باشد موثر در مقام نیست، مهم آن است که مردم قدرت اعتراض را داشته باشند. شرطی که در این اصل برای جایز بودن تشکیل اجتماعات و راهپیمائی ها ذکر شده به قدری کشدار و وسیع است که راه هرگونه تفسیر را باز می گذارد. به عبارت دیگر، می توان گفت شرط مزبور اصل مساله جایز بودن تشکیل اجتماعات و راهپیمائی ها را تحت الشعاع قرار داده است. با توجه به اینکه بحث تشکیل اجتماعات و راهپیمائی ها نوعاً ماهیت سیاسی دارد ظن تفسیر موسع شرط موضوع اصل ۲۷ توسط دولت بیشتر تقویت می شود و به این ترتیب دولت می تواند اجتماعاتی را که بر علیه خود یا آرمان هایش تلقی می کند یا صورت می گیرد ممنوع و بر عکس اجتماعات و راهپیمائی هایی را که در راستای منافع دولت تشکیل می شوند تجویز و حتی ترغیب نماید. در هر حال سلب غیر موجه این حق جرم و مشمول ماده ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی است، هر چند در اینجا نیز بحث مشکل اثباتی قضیه وجود دارد. از این نظر که دولت در مقام مرجع صالح برای صدور یا عدم صدور مجوز می تواند شرط موضوع اصل ۲۷ را به نحو موسعی تفسیر نماید.

ولی بحث اصلی آن است که آیا اساساً برگزاری اجتماعات یا راهپیمائی ها نیاز به مجوز دارد؟ اطلاق حکم اصل ۲۷ و اینکه لزوم اخذ مجوز برای برگزاری راهپیمائی یا اجتماع این حق اساسی مردم را محدود می کند، این تفسیر را تقویت می کند که برگزاری راهپیمائی یا تشکیل اجتماعات نیاز به اخذ مجوز نداشته باشد. ولی چنانچه

۶۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

راهپیمائی یا اجتماع محل مبانی اسلام باشد ترتیب دهندگان اجتماع و راهپیمائی یا شرکت‌کنندگان در چنین مراسمی در حدود قانون پاسخگو خواهند بود. در عین حال به نظرمی رسد ماده‌ی قانونی که چنین اعمالی را بالصراحه جرم تلقی کرده باشد وجود ندارد، مگر آنکه عمل مشمول ماده‌ی ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی باشد.

ب) تفتیش عقاید

آزادی عقیده موجب بالندگی افکار و آراء و تبادل افکار و عقاید موجب ارتقاء سطح فکری جامعه می‌شود. عقیده‌ای که اجازه ابراز نداشته باشد طبیعتاً امکان رشد هم نخواهد داشت. به ممنوعیت تفتیش عقاید در اصل ۲۳ قانون اساسی تصریح شده است. طبق اصل مزبور «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.»

بر خلاف برخی از اصول قانون اساسی که در آن‌ها پیش‌بینی شده که شرایط و کیفیات امر را قانون مشخص می‌کند در اصل ۲۳ قانون اساسی هیچ‌قید و شرطی برای ممنوعیت تفتیش عقاید پیش‌بینی نشده است. این امر مبین آن است که از نظر قانون اساسی تفتیش عقاید در هیچ فرضی قابل قبول نیست و هیچ قانونی نمی‌تواند برای حفظ هیچ مصلحتی در هیچ زمانی و مکانی و موردی اجازه تفتیش عقاید را بدهد و وضع چنین قانونی نقض صریح اصل ۹ قانون اساسی خواهد بود.

اولین نکته‌ای که باید در اینجا مورد بررسی قرار گیرد مفهوم عقیده است. آیا منظور از عقیده فقط عقیده سیاسی است یا شامل عقاید مذهبی هم می‌شود؟ نه نظر می‌رسد اطلاق لفظ عقیده اقتضای شمول به هر نوع عقیده‌ای را دارد. با این کیفیت باید گفت با تصویب قانون گزینش بیشترین تعرض به عقیده از طرف خود قانون‌گذار صورت می‌گیرد. در عمل بخش گزینش وارد ریزترین مسائل شخصی افراد می‌شوند و از مذهب گرفته تا مسائل سیاسی افراد را کنکاش می‌کند.

ممکن است در پاسخ به این ایراد گفته شود مگر می‌توان هر فردی را که درخواست استخدام می‌کند استخدام نمود؟ پاسخ خیلی ساده به این سوال آن است که طبیعتاً هر

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۶۷

فرد متقاضی استخدام را نمی‌توان استخدام نمود. ولی معیارهایی که برای استخدام در نظر گرفته می‌شود باید معیارهای مقبولی باشند. اولین معیار صلاحیت علمی متقاضی است و معیار دوم فقدان سابقه محکومیت کیفری موثر است. بنابر این هر فرد فاقد سابقه محکومیت کیفری که صلاحیت علمی لازم را برای انجام وظیفه مورد نظر داشته باشد قابلیت استخدام را دارد. معیار سوم می‌تواند عدم اعتیاد باشد. می‌توان در برخی موارد سلامت اخلاقی فرد را (در جامعه ما که در مورد برخی مشاغل به صلاحیت اخلاقی فرد اهمیت می‌دهند مانند معلم) شرط نمود. ولی این اشتراط نمی‌تواند کلیت داشته باشد. همچنین اشتراط شرط اخلاقی بلحاظ کلیت آن تاب تفاسیر مختلف را دارد و از فردی به فردی دیگر معنا و مفهوم آن متفاوت است و قابلیت سوء تفسیر را دارد و هر فردی با سلیقه و معیارهای خود آن را تعریف می‌کند. چون ممکن است عملی از نظر یک فرد اخلاقی و از نظر فردی دیگر غیر اخلاقی تلقی شود. لذا نتیجتاً می‌تواند موجب محرومیت فرد از حق اشتغال شود. شاید منطقی‌ترین راه آن باشد که قانون جهات اخلاقی را تعریف و راه احراز آن را روشن کند. طبیعتاً محروم ساختن افراد از شغل به لحاظ داشتن عقیده‌ای خاص یا منوط ساختن آن به احراز التزام عملی به چیزی که فاقد ارتباط لازم با شغلی است که فرد می‌تواند انجام دهد خلاف قانون اساسی است. طبیعتاً هر شهروندی که متصدی شغلی می‌شود باید در چارچوب مقررات عمل نماید.

لذا می‌توان گفت معیار قرار دادن عقیده در استخدام و محروم ساختن فردی از شغلی به اعتبار داشتن عقیده‌ای خاص، اعم از اینکه در قالب عدم استخدام یا انفصال از خدمت بعد از استخدام باشد، از مصادیق سلب حق است.

ج) ایجاد محدودیت بر مطبوعات

مطبوعات وسیله‌ای برای بیان عقاید و افکار هستند. در زمان حاضر مطبوعات به قدری اهمیت پیدا کرده‌اند که از آن‌ها به رکن چهارم دموکراسی تعبیر می‌شود. اهمیت

آزادی مطبوعات به حدی است که امروزه با پیچیده‌تر شدن جامعه و نیز حرکت جامعه به سمت دموکراسی می‌توان گفت که بدون مطبوعات آزاد که به مردم در زمینه‌های مختلف آگاهی بدهند، امکان تحقق دموکراسی به معنای واقعی کلمه وجود ندارد. برای مثال، در زمان تغییر قانون اساسی در صورت وجود مطبوعات آزاد در کنار احزاب سیاسی فعال به معنی واقعی کلمه می‌توان از مطبوعات انتظار داشت که آگاهی‌های لازم را در زمینه‌های مورد نظر به مردم بدهند و زمینه حق انتخاب آگاهانه و آزادانه مردم را فراهم نمایند. طبیعتاً مطبوعات وقتی می‌توانند به این رسالت قانونی و اخلاقی خود عمل نمایند که در انعکاس اخبار و اطلاعات آزادی داشته باشند.

بحثی که در ارتباط با آزادی انتشار مطبوعات مطرح است مربوط است به صدور دستور توقیف مطبوعات باستناد ماده‌ی ۱۳ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۳۹.^۱ لحن ماده دلالت آشکار بر عدم شمول حکم آن ناظر به مباحث عنه بود.^۲ ولی طی سال‌های گذشته در برخی موارد باستناد ماده مزبور و در واقع با سوء تعبیری که از ماده‌ی مزبور به عمل آمد برخی روزنامه‌ها توقیف شدند. این نحوه‌ی عمل به ظاهر قانونی و فی الواقع غیر قانونی از مصادیق بارز سلب آزادی‌های شخصی موضوع ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی و مشمول اصل ۲۴ قانون اساسی بود، که مقرر داشته است: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشند. تفصیل آن را قانون معین می‌کند.» ولی تا به حال هیچ قانونی نه اعمال مخل به مبانی اسلام را تعریف و قلمروی آن را مشخص کرده و نه حقوق عمومی را؛ بحثی که مطرح می‌شود آن است که آیا با توجه به اصل ۱۲ قانون اساسی که دین رسمی کشور را اسلام

۱. طبق ماده ۱۳ قانون مزبور «اشیائی که آلت ارتکاب جرمی بوده و یا این که در نتیجه جرم حاصل شده باشد در صورتی که وجود آن‌ها موجب تشویش اذهان یا مخل نظم عمومی یا آسایش مردم باشد بر حسب تقاضای دادستان و حکم دادگاه جنحه دستور ضبط آن‌ها صادر می‌شود ولو آن که هیچ کس را نتوان تعقیب یا محکوم نمود دادگاه حق دارد دستور دهد که اشیای ضبط شده را از دسترس عموم خارج کرده و یا آن‌ها را نابود نمایند.»

۲. این قانون به موجب قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ نسخ صریح شده است.

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۶۹

و مذهب را جعفری اثنی عشری تلقی کرده است باید عبارت «مبانی اسلام» در اصول مختلف قانون اساسی را ناظر به اسلام شیعی دانست؟ یا ناظر به کل اسلام؟ به نظر می‌رسد با توجه با اینکه به مبانی اسلام اشاره شده باید آن را ناظر به اصول دین اسلام «توحید، نبوت و معاد» و در جامعه شیعی شامل اصول مذهب «عدل و امامت» بدانیم. چون طبق برداشت شیعی اصول دین شامل ۵ مورد مزبور می‌شوند. با این تفسیر باید گفت قانون گذار نظر به اسلام شیعی دارد.

ابهام در مفهوم و قلمروی عبارت «حقوق عمومی» کمتر از ابهام موجود در معنی و مفهوم عبارت «مبانی اسلام» نیست. حقوق عمومی در این معنا به معنی شاخه‌ای از حقوق که از آن به روابط بین دولت و سازمان‌های دولتی با مردم پرداخته می‌شود نیست، بلکه ناظر به حقوقی است که به کل مردم ارتباط پیدا می‌کند. در این معنا می‌توان لزوم برگزاری انتخابات برای انتخاب رئیس جمهور و نمایندگان مجلس و یا سایر موارد را از مصادیق حقوق عمومی تلقی کرد.

مبحث دوم: محروم ساختن افراد از حقوق مقرر در قانون اساسی

به نظر می‌رسد مفهوم حقوق مقرر در قانون اساسی به قدری موسع است که شامل مفهوم و مصادیق آزادی‌های اساسی نیز می‌شود. چون طبیعتاً آزادی یک حق است: حق اقدام یا عدم اقدام. بنابر این سلب این حق یا ملزم کردن فرد به اقدام یا منع وی از اقدام، سلب حق مقرر در قانون اساسی خواهد بود. ولی با توجه به تفکیکی که بین این دو مفهوم در ماده‌ی ۵۷۰ صورت گرفته است باید ببینیم چه مواردی داخل در مفهوم حقوق مقرر در قانون اساسی هستند که داخل در مفهوم آزادی‌های اساسی قرار نمی‌گیرند.

از توجه به اصول مختلف قانون اساسی می‌توان موارد زیر را به عنوان مصادیق حقوق مقرر در قانون اساسی تلقی کرد:

۱- حق شرکت در انتخابات

در اصل ۶ قانون اساسی به لزوم اداره کشور از طریق اتکاء به آراء عمومی تصریح شده و بر این اساس در اصل ۶۲ به انتخاب نمایندگان مجلس از طریق رای مردم و در اصل ۱۰۰ به انتخاب اعضای شوراها از طریق رای مردم و در اصل ۱۱۴ به انتخاب رئیس جمهور تاکید شده است. در اصول متعدد هم به حق نامزدی افراد برای انتخاب شدن به عنوان نماینده مجلس، عضو شورا و رئیس جمهور تصریح شده است.

سلب صلاحیت افراد توسط شورای نگهبان را که تحت عنوان نظارت استصوابی این شورا بر انتخابات صورت می‌گیرد و بعضاً افراد به استدلال عدم التزام عملی به اسلام یا ولایت مطلقه یا جمهوری اسلامی رد صلاحیت می‌شوند، در صورتی که رد صلاحیت‌های مزبور مستند به دلیلی نباشد می‌توان از موارد سلب حق تلقی کرد. اصل برانت ایجاب می‌کند که رد صلاحیت متکی به دلیل باشد. صرفنظر از درست بودن یا نادرست بودن، مبنا قرار دادن معیارهای مزبور به عنوان مبنای شایستگی افراد، نهادی که مدعی عدم التزام افراد به اسلام و انقلاب و ولایت مطلقه است باید دلایل اثبات ادعای خود را ارائه نماید، در حالی که در عمل این افراد هستند که باید اثبات نمایند که ملتزم عملی هستند.

بحث دیگری که در ارتباط با سلب حق شرکت می‌توان مطرح کرد آن است که محرومیت از شرکت در انتخابات ناظر به نامزدی برای انتخاب شدن است و هیچ نهادی ولودادگاه ولو در قالب مجازات تکمیلی اختیاری نمی‌تواند هیچ فردی را از حق انتخاب کردن محروم کند. بنابراین مانع شدن برای رای دادن هم از مصادیق سلب حقوق مقرر در قانون اساسی خواهد بود.

۲- حق برخورداری از آموزش رایگان

در بند ۳ اصل سوم و در اصل ۳۰ به حق برخورداری از آموزش رایگان تا پایان دوره متوسطه تصریح شده است. می‌توان گفت که وسایل تحصیل رایگان، هر چند

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۷۱

کیفیت آن در برخی نقاط پایین می‌باشد، در همه نقاط کشور فراهم می‌باشد. بحثی که در مورد این حق می‌توان مطرح کرد مربوط به مواردی است که تحت عنوان کمیته‌های انضباطی برخی از دانش آموزان یا دانشجویان به محرومیت از تحصیل محکوم می‌شوند. به نظر می‌رسد کمیته‌های مزبور حق صدور حکم به محرومیت از تحصیل ولو بطور موقت را ندارند و مرجع وضع آئین‌نامه مزبور از حدود اختیارات قانونی خود تخطی کرده است. حتی دادگاه نیز نمی‌تواند در قالب مجازات تکمیلی اختیاری حکم به انفصال از تحصیل ولو بطور موقت صادر نماید، چه رسد به یک مرجع اداری. چون به نظر می‌رسد اینگونه حقوق جزء مقتضیات ذات زندگی انسان در جامعه هستند و هیچ نهادی نمی‌تواند این گونه حقوق را از انسان سلب نماید.

۳- حق مراجعه به دادگستری

در اصل ۳۴ به حق افراد به دادخواهی تصریح شده و مقرر شده است که هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد ممنوع کرد. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا ایجاد تشکیلاتی به نام شورای حل اختلاف که افراد را از مراجعه به دادگستری به عنوان مرجع تظلمات عمومی منع می‌کند محروم کردن افراد از مراجعه به دادگستری نیست؟

به نظر می‌رسد بر خلاف برخی مباحث مطروحه در مورد ماهیت شورای حل اختلاف که آن را نهادی غیر قضایی یا شبه قضایی تلقی می‌کنند باید نهاد مزبور را نهادی کاملاً با ماهیت قضایی تلقی کرد که تحت پوشش کم کردن کار دادگستری و واگذاری کردن امر قضا به افراد غیر صالح صورت گرفته است. چون این نهاد همان کاری را انجام می‌دهد که دادگستری به معنی اخص کلمه انجام می‌دهد. سلب صلاحیت از دادگستری و واگذاری آن به شورای حل اختلاف و تعیین ساعات کار عصرانه برای آن‌ها و تسمیه آن‌ها به شورای حل اختلاف برای پاک کردن صورت مساله، چیزی جز ایجاد تشکیلات موازی دادگستری نیست و این نحوه عمل هم از

۷۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

حیث نفس ایجاد چنین تشکیلاتی و هم از حیث واگذاری امر قضا به غیر قاضی که بعضاً به جای حل اختلاف، ایجاد اختلاف می‌نمایند مخالفت آشکار با قانون اساسی دارد و به نوعی نقض حقوق مقرر در قانون اساسی است.

۴- حق داشتن وکیل در داد گستری

در اصل ۳۵ به حق افراد به داشتن وکیل در کلیه دادگاه‌ها تصریح شده است. اطلاق عبارت دادگاه‌ها ایجاب می‌کند که افراد بتوانند در هر دادگاهی هر شخصی را که از طرف قانون به عنوان وکیل دادگستری شناخته می‌شود انتخاب کنند و منع آنان از داشتن وکیل غیر روحانی در دادگاه‌های ویژه روحانیت، صرفنظر از این که تشکیل آن‌ها از بعد قانون اساسی محل بحث است، نوعی سلب حق بشمار می‌رود و نپذیرفتن وکیل توسط برخی از شعب دیوانعالی کشور با این استدلال که در اصل ۳۵ قانون اساسی به عبارت دادگاه‌ها اشاره شده و نه دیوانعالی کشور، را نیز می‌توان از موارد سلب حق داشتن وکیل تلقی کرد. این نحوه استدلال فاقد هرگونه توجیه حقوقی است. دلیل عدم اشاره قانون گذار اساسی به دیوانعالی کشور در اصل ۳۵ نفی حق افراد به داشتن وکیل دادگستری در دیوانعالی کشور نیست، بلکه بداهت امر قانون گذار مزبور را بی‌نیاز از چنین تصریحی ساخته است. چون اولاً دیوانعالی کشور به عنوان عالی‌ترین مرجع قضائی بخشی از فرایند دادرسی است. ثانیاً در برخی از موارد که دیوانعالی کشور به عنوان مرجع تجدید نظر خواهی تعیین شده است، صرفنظر از تصریح قانون گذار عادی به رسیدگی شکلی و صرفنظر از مباحثی که در مورد امکان یا لزوم رسیدگی ماهوی توسط دیوانعالی کشور وجود دارد، باید دیوانعالی کشور را به عنوان دادگاه عالی تلقی کرد و به این اعتبار نمی‌توان افراد را از داشتن وکیل در این مرجع محروم کرد یا مانع مطالعه پرونده توسط وکیل در این مرحله شد و ایجاد محدودیت برای دخالت وکیل در مرحله دادرسی نیز به نوعی محروم ساختن افراد از حق داشتن وکیل است که طبق قانون اساسی ممنوع است.

۵- حق برخورداری از تساوی در برابر قانون

صدراصل ۱۹ قانون اساسی به تساوی مردم ایران در برخورداری از حقوق تصریح می‌کند و ذیل آن نیز به ممنوعیت تبعیض به اعتبار رنگ و نژاد و زبان و مانند اینها تصریح می‌کند. شاید بتوان تمثیلی بودن عبارت «و مانند اینها» را به ممنوعیت تبعیض به اعتبار جنسیت و مذهب تسری داد. ولی قسمت اخیر اصل بیستم قانون مزبور بر این تفسیر خط بطلان می‌کشد. چون، هر چند صدر اصل بیستم نیز به تساوی همه افراد ملت (اعم از زن و مرد) در برخورداری از حمایت قانونی تصریح می‌کند ولی قسمت اخیر اصل مزبور این تساوی را با رعایت موازین اسلامی امکان‌پذیر می‌داند و بر این اساس و با لحاظ اصل ۴ قانون اساسی که از لزوم انطباق قوانین عادی با موازین اسلامی صحبت می‌کند، قانون گذار عادی چنین تصور کرده است که می‌تواند اقدام به تصویب قوانینی کند که تساوی بین زن و مرد را نفی می‌کند یا مذهب را مانع برخورداری از حقوق مساوی می‌کند. بر این اساس، در قانون مجازات اسلامی عدم تساوی دیه زن و مرد، و عدم تساوی زن و مرد در باب قصاص و نیز عدم تساوی مسلمانان و غیر مسلمانان در مورد احکام مربوط به قصاص ملاحظه می‌شود.

۶- حق داشتن بیمه خاص برای بیوگان، زنان سالخورده و بی‌سرپرست

طبق بند ۴ اصل ۲۱ قانون اساسی ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی‌سرپرست از وظایف دولت بر شمرده شده است. در این بند دولت مکلف به انجام عملی در مقابل افراد مزبور شده است و بر این اساس باید گفت سلب این حق توسط دولت به شکل عدم انجام وظیفه امکان‌پذیر است و با توجه به حکم ماده ۵۷۰ که عنصر مادی آن به شکل فعل مادی مثبت قابل تحقق است، معلوم نیست که چگونه می‌توان مقامات دولتی را که به این تکلیف خود عمل نمی‌کنند مشمول حکم این ماده قرار داد؟

شاید بتوان محروم کردن این قشر از حقوق قانونی خود را فعل مادی مثبت تلقی کرد. به عبارت دیگر، بتوان به جای عدم تامین حقوق مزبور (ترک فعل) از محروم کردن (فعل مادی مثبت) صحبت نمود. ولی به نظر می‌رسد، ولو آنکه بتوان چنین تفسیری را قبول کرد، این نحوه تعبیر از عنصر مادی ما را به جایی می‌رساند که بگوئیم عنصر مادی این جرم یک نوع فعل ذهنی است که با تصمیم به محروم کردن تحقق می‌یابد، حالتی که هم تداخل آن با عنصر روانی را ایجاد می‌کند و هم امکان اثبات آن را در عمل غیر ممکن می‌نماید.

به این ترتیب، به نظر می‌رسد برای رهایی از این محذور باید نظری را اتخاذ کرد که به موجب آن «قانون گذار در ماده ۵۷۰ به نتیجه عمل توجه دارد، اعم از آنکه نتیجه مزبور در اثر فعل یا ترک فعل ایجاد شده باشد. با این کیفیت، برای مثال، اگر افراد مشمول بند ۴ اصل ۲۱ طی اظهار نامه‌ای از مقامات ذیصلاح خواهان انجام تکلیف موضوع بند مزبور شوند و آن‌ها از انجام این تکلیف قانونی خود امتناع ورزند افراد می‌توانند باستناد ماده‌ی ۵۷۰ علیه آنان شکایت^۱ کنند.»^۲ به نظر می‌رسد، هر چند این تفسیر مشکل را حل می‌کند، ولی بهتر است برای جلوگیری از بروز ابهام ماده‌ی ۵۷۰ اصلاح و به نحوی انشا شود که هم شامل فعل و هم شامل ترک فعل شود.

۷- حق حیات

اصل ۲۲ قانون اساسی به حرمت نفس انسان تاکید کرده و در قانون مجازات اسلامی برای قتل عمد و غیر عمد مجازات تعیین شده است. ولی ملاحظه مواد مختلف قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که حق حیات به نحو بایسته مورد حمایت قرار نگرفته است. برای تبیین بهتر مطلب وضعیت را درحالات زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. این بحث ممکن است بیستر یک بحث نظری باشد تا عملی. چون ممکن است به شکایت مزبور در عمل ترتیب اثر داده نشود.

۲. علی آزمایش، تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی یک، نیمسال اول سالتحصیلی ۱۳۷۷ - ۱۳۷۶، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۷۵

۱- قانون گذار عادی فقط از حق حیات مرد مسلمان عاقل و محقون الدم که فرزند قاتل نباشد حمایت کامل به عمل می آورد. اگر مرد مسلمان غیر عاقل باشد مشمول حمایت کامل قرار نمی گیرد.

۲- در صورتی که مقتول زن مسلمان باشد مستحق نصف دیه است و فقط با پرداخت تفاضل دیه (نصف دیه مرد مسلمان) به اولیاء دم قاتل مسلمان می تواند درخواست قصاص نماید.

۳- در صورتی که مقتول غیر مسلمان (مسیحی، زرتشتی و یهودی) باشد به هیچ وجه امکان قصاص قاتل مسلمان را ندارند.

۴- در صورتی که مقتول غیر مسلمان غیر اهل ذمه باشد علی الظاهر از هیچ حمایتی برخوردار نیست و مهدور الدم مطلق تلقی می شود.

با این کیفیت باید گفت با توجه به نکات فوق الذکر در مورد اصل تساوی، که قانون گذار ما آن را فقط در چارچوب موازین اسلامی می پذیرد، حق حیات اساساً در مورد افراد مشمول بند ۴ مزبور مورد حمایت قانون اساسی نیست و به این اعتبار این افراد از حمایت موضوع مادهی ۵۷۰ ق.م.ا. هم برخوردار نیستند و از شمول حکم مادهی مزبور خروج موضوعی دارند.

تعیین مجازات اعدام در مواد مختلف قوانین جزائی، بدون آنکه اصل تناسب جرم و مجازات رعایت شده باشد، را می توان از موارد دیگر نقض آزادی های شخصی یا حقوق مقرر در قانون اساسی تلقی کرد. به عبارت دیگر، هر چند اصل ۳۶ قانون اساسی به قانون گذار عادی اجازه تعیین مجازات را داده و در برخی دیگر از اصول قانون اساسی، از جمله اصل ۲۲، به حمایت هایی که قانون عادی از حقوق موضوع اصل مزبور به عمل می آورد، از جمله حمایت های کیفری، تصریح کرده و حمایت کیفری در قالب تعیین مجازات از جمله مجازات اعدام تجلی می یابد، ولی نباید تصور کرد که مجازات اعدام

۷۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

الزاماً باید به عنوان یکی از حمایت‌های کیفری باشد و تعیین نایب‌جای آن می‌تواند از مصادیق سلب حق حیات باشد.

۸- حق انسان به مصونیت مسکن، مال، حیثیت و شغل وی از تعرض

مسکن از اقسام اموال می‌باشد ولی به لحاظ اهمیت آن قانون گذار به طور مجزا به آن تصریح کرده است. مصادیق تعرض به مال به نحو غیر قانونی را می‌توان در طرح‌های عمرانی که ادارات مختلف، بخصوص شهرداری، اعمال می‌کنند و از پرداخت مابازاء قانونی (اعم از مثل یا قیمت) به بهانه‌های مختلف امتناع می‌کنند مشاهده نمود. از نظر قانون گذاری تجویز مصادره کلیه اموال محکوم علیه در مصوبه مبارزه با مواد مخدر سال ۱۳۶۷ و اصلاحی ۱۳۷۶ را می‌توان از مصادیق بارز سلب حقوق افراد نسبت به اموالی که طریق تحصیل آن‌ها مشروع بوده و به این اعتبار مورد احترام قانون اساسی (اصول ۲۲، ۴۶، ۴۷) هستند قلمداد نمود. با اصلاحاتی که در مصوبه مزبور در سال ۱۳۸۹ صورت گرفت و از تاریخ ۱۴/۱۰/۸۹ لازم الاجرا شد ایراد مزبور از مصوبه برطرف شد. در مورد حیثیت هم می‌توان به رد صلاحیت‌های غیر قانونی اشاره نمود.^۱ تعرض به شغل افراد مانند آنکه بدون طی تشریفات قانونی رئیس اداره به اشتغال فردی خاتمه دهد، جز در مواردی که به حکم قانون می‌توان به اشتغال افراد خاتمه قرارداد مانند موارد مربوط به استخدام‌های پیمانی^۲ و قراردادی و خرید خدمتی، از موارد مشمول این قسمت خواهد بود که اصل ۲۲ قانون اساسی بدان تصریح نموده است. به نظر نمی‌رسد در مورد تعرض به مسکن و مال و حیثیت بتوان به ماده‌ی ۵۷۰ استناد نمود. چون در موارد مزبور مقررات مجزائی در قانون مجازات اسلامی وجود دارد، ولی در مورد تعرض به شغل می‌توان به ماده‌ی مزبور استناد نمود. در مورد شغل می‌توان به موارد محروم ساختن افراد از تصدی شغلی به اعتبار داشتن گرایش سیاسی یا عقیده خاصی اشاره کرد و چنانچه چه فردی به این اعتبار از داشتن شغل منع شده

۱. با فرض آنکه اساساً بتوان به درست بودن اصل بحث احراز صلاحیت قائل بود.

۲. به شرطی که در موارد مزبور سوء استفاده از حق صورت نگرفته باشد.

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۷۷

باشد یا بعد از استخدام به این بهانه از ادامه خدمت باز داشته شده باشد، از موارد محروم ساختن افراد از حقوق مقرر در قانون اساسی خواهد بود. هر چند ممکن است بخواهند در این موارد با بهانه تراشی‌های مختلف و از جمله مبنا قرار دادن مسائل اداری به ظاهر موجه اقدام غیر قانونی و غیر انسانی خود را توجیه کنند. با این کیفیت در عمل مشکلات مربوط به بار اثباتی قضیه مانع احراز حقیقت و نهایتاً تعقیب کیفری محروم کنندگان می‌شود.

۹- حق انسان به ممنوعیت تجسس و بازرسی نامه و...

اصل ۲۵ قانون اساسی در مقام احترام به حریم خصوصی افراد بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آن‌ها، استراق سمع و هرگونه تجسس را جز در موارد مقرر در قانون ممنوع اعلام کرده است. مبنای ممنوعیت همانا حق افراد به فاش نشدن اسرارشان و امکان محافظت از خلوتشان در برابر دیگران است. افراد باید بتوانند بدون دغدغه خاطر حرف‌های خود را بنویسند و یا از طریق وسایل ارتباطی مانند تلفن و پست الکترونیکی پیام خود را به دیگران منتقل کنند. شائبه کنترل تلفن افراد یا برخی افراد بخصوص از طریق نهادهای امنیتی یا قضائی به این احساس امنیت خاطر لطمه وارد می‌کند ولو آنکه در عمل هم کنترلی صورت نگیرد.

اساساً دیگران نباید حق اطلاع از اسرار افراد را داشته باشند، چون اگر صاحب سر بخواهد با میل خود آن را برای دیگران بازگو می‌کند و چنین چیزی اساساً سر نخواهد بود. چون سر آن موضوعی است که شخصی نخواهد دیگران از آن مطلع شوند.

ماده ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی به مستخدمین و مامورین دولتی که اعمال موضوع اصل ۲۵ قانون اساسی را مرتکب شوند اشاره کرده ولی به افراد عادی اشاره‌ای ندارد و همین امر یکی از موارد نقص قانون مزبور در حمایت کیفری از حریم خصوصی افراد بشمار می‌رود. با این کیفیت موارد نقض حقوق ملت در این موارد هم

۷۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مشمول حکم ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی نخواهد بود. حکم ماده‌ی ۵۷۰ بگونه‌ای نیست که نقض این دسته از حقوق ملت توسط افراد عادی را در بر بگیرد. لذا، می‌توان گفت حمایت از حقوق ملت نه توسط ماده‌ی ۵۷۰ و نه ماده‌ی ۵۸۲ به طور کامل صورت نمی‌گیرد.

۱۰- حق برخورداری از تامین اجتماعی

ترس از آینده را می‌توان مبنای بسیاری از نابسامانی‌های اجتماعی تلقی کرد. در یک نگاه ساده شاید فقدان تامین اجتماعی با مسائل اقتصادی مرتبط دانسته شود ولی به نظر می‌رسد باید به این مساله فراتر از بعد اقتصادی آن توجه نمود. اگر افراد در جامعه احساس تامین اجتماعی نمایند و مطمئن باشند که در صورت بیماری یا بیکاری یا از کار افتادگی یا کهولت سن منبعی برای تامین زندگی خواهند داشت شاید انگیزه‌ای به سرمایه اندوزی که از قبل آن ممکن است مرتکب جرایم مالی مانند ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری و... بشوند نداشته باشند. فقدان تامین اجتماعی به ترس از آینده و روزهای بحران دامن می‌زند. بنابراین می‌توان بین فقدان تامین اجتماعی و بزهکاری رابطه‌ای، ولو غیر مستقیم، ترسیم نمود. شاید به همین اعتبار باشد که قانون اساسی ایران برخورداری از تامین اجتماعی را یکی از حقوق اساسی افراد ملت تلقی کرده است. درمورد حق برخورداری از تامین اجتماعی و بطور کلی در کلیه مواردی که تکلیفی بر عهده دولت برای تامین برخی از حقوق اجتماعی نهاده شده است. بحث منفی یا مثبت بودن عمل مادی مورد نیاز برای تحقق جرم مطرح می‌شود که در اینگونه موارد باید وفق تفسیر صورت گرفته در بند ۶ همین مقاله عمل نمود.

۱۱- حق تابعیت

طبق اصل ۴۱ قانون اساسی «تابعیت کشور ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است و دولت نمی‌تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند مگر به درخواست خود او یا در

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۷۹

صورتی که به تابعیت کشور دیگری در آید.» طبق این اصل دولت تنها با شرایط زیر مجاز به سلب تابعیت ایران از اتباع ایران است:

اول: در صورتی که تبعه ایران بخواهد از تابعیت ایران خارج شود. باید توجه داشت که خروج از تابعیت ایران دارای تشریفات و آثار مخصوص است و فرد مزبور باید وفق مواد ۹۸۸ و ۹۸۹ قانون مدنی عمل نماید.^۱

دوم: در صورتی که تبعه ایران به تابعیت کشور دیگری در آید. به عبارت دیگر، اکتساب تابعیت کشور دیگر خود بخود به معنی خروج از تابعیت ایران نیست، بلکه مجوز سلب تابعیت ایران از چنین فردی توسط دولت است و الا فرد مزبور دارای تابعیت مضاعف خواهد بود. مساله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود در مورد کسب تابعیت اسرائیل است. با توجه به اینکه دولت ایران کشوری به نام اسرائیل را به رسمیت نمی‌شناسد بنابر این، اخذ تابعیت اسرائیل مجوز سلب تابعیت ایران نخواهد بود.

سوم- اطلاق عبارت «تابعیت کشور ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است» ایجاب می‌کند که کلیه افرادی که بموجب ماده ۹۷۶ قانون مدنی تبعه ایران محسوب می‌گردند،^۲ مشمول حکم اصل ۴۱ قانون اساسی باشند. به عبارت دیگر، تابعیت ایران

۱. طبق ماده ۹۸۸ قانون مدنی اتباع ایران نمی‌توانند تبعیت خود را ترک کنند مگر به شرایط ذیل:

۱- به سن ۲۵ سال تمام رسیده باشند.

۲- هیات وزیران خروج از تابعیت آنان را اجازه دهد.

۳- قبلاً تعهد نمایند که در ظرف یک سال از تاریخ ترک تابعیت حقوق خود را بر اموال غیر منقول که در ایران دارا می‌باشند و یا ممکن است بالوراثه دارا شوند ولو قوانین ایران اجازه تملک آن را به اتباع خارجه بدهد به نحوی از انحاء به اتباع ایرانی منتقل کنند. زوجه و اطفال کسی که برطبق این ماده ترک تابعیت می‌نمایند اعم از این که اطفال مزبور صغیر یا کثیر باشند از تبعیت ایرانی خارج نمی‌گردند مگر این که اجازه هیات وزراء شامل آن‌ها هم باشد. (به تبصره‌های این ماده هم رجوع شود) و طبق ماده ۹۸۹ قانون مزبور هر تبعه ایرانی که بدون رعایت مقررات قانونی بعد از تاریخ ۱۲۸۰ شمسی تابعیت خارجی تحصیل کرده باشد تبعیت خارجی او کان لم یکن بوده و تبعه ایران شناخته می‌شود ولی...

۲. طبق ماده مزبور «اشخاص زیر تبعه ایران محسوب می‌شوند:

۸۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

اعم از اینکه اصلی باشد یا اکتسابی مورد حمایت قانون اساسی است. بنابراین هرگونه سلب تابعیت خارج از ضوابط مزبور جرم و مشمول ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی خواهد بود.

فرد فاقد تابعیت عملاً از برخی از حقوقی که افراد دارای تابعیت از آن برخوردار می‌شوند محروم است. برای مثال، تردد از کشوری به کشوری دیگر مستلزم داشتن گذرنامه و رواید است و فرد فاقد تابعیت نوعاً از حق تردد از کشور به کشوری دیگر محروم می‌شود. همچنین داشتن تابعیت، حمایت‌های دیپلماتیک از تبعه را در کشور خارجی به دنبال دارد و فرد فاقد تابعیت عملاً از این حقوق هم محروم می‌شود. در مواردی که تابعیت مانع از استرداد تبعه به کشور متقاضی استرداد می‌شود، فرد فاقد تابعیت از چنین حمایتی هم برخوردار نیست و به راحتی قابل استرداد خواهد بود، مضاف بر اینکه نفس اقامت او در یک کشور می‌تواند مشکل آفرین شده و موجب مواخذه و نهایتاً اخراج از کشور متوقف فیها شود.

بنابه این ملاحظات تابعیت از اهمیت خاصی برخوردار است و سلب تابعیت از فردی بدون آن که به تابعیت کشور دیگری درآید می‌تواند مشکلات زیادی برای تبعه ایجاد نماید. از این رو قانون اساسی ایران شرط سلب تابعیت را درخواست خود شخص یا کسب تابعیت کشور دیگر توسط تبعه ایران قرار داده است. در موردی که

-
- ۱- کلیه ماکنین ایران به استثناء اشخاصی که تبعیت خارجی آن‌ها مسلم باشد. تبعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آن‌ها مورد اعتراض دولت ایران نباشد.
 - ۲- کسانی که پدر آن‌ها ایرانی است اعم از این که در ایران یا در خارجه متولد شده باشند.
 - ۳- کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آن‌ها غیر معلم باشند.
 - ۴- کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده به وجود آمده‌اند.
 - ۵- کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است به وجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند و الا قبول شدن آن‌ها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است.
 - ۶- هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند.
 - ۷- هر تبعه خارجی که تابعیت ایران را تحصیل کرده باشد.»

حمایت کیفری از حقوق ملت.....۸۱

سلب تابعیت به درخواست خود شخص صورت می‌گیرد مسئولیت مشکلات حادث بر عهده خود شخص خواهد بود و خود کرده را تدبیر نیست.

نتیجه گیری

قانون اساسی به عنوان میثاق ملی نوعاً قواعد کلی را در رابطه بین مردم و دولت تعیین می‌کند و حدود اختیارات و تکالیف آنان را در مقابل یکدیگر معین می‌کند. برخی از حقوق و آزادی‌ها که جنبه اساسی دارند در قانون اساسی تعیین می‌شوند ولی قانون اساسی به لحاظ کلی گوئی نمی‌تواند ضمانت اجرا و نوع آن را تعیین نماید و ضمانت اجرا را باید در قوانین عادی جستجو کرد.

ضمانت اجرا الزاماً ضمانت اجرای کیفری نیست و اساساً در بعد مدنی ضرورتی ندارد که قانون گذار به لزوم جبران خسارات وارد بر افراد توسط مسبب آن تصریح نماید و عدم تصریح هم مانع از آن نیست که افراد بتوانند به دادگستری مراجعه نموده و الزام مکلف به ایفای تکلیف را بخواهند. ولی در بعد کیفری وضعیت به گونه‌ای دیگر است. اصل قانونی بودن جرم و مجازات که قانون گذار اساسی نیز اعتقاد و پایبندی به آن را در اصول ۱۶۹ و ۳۶ قانون اساسی نشان داده (هر چند قانون گذار عادی در برخی موارد از آن عدول کرده و شورای نگهبان قانون اساسی هم با اغماض از کنار آن‌ها گذشته است) تصریح به این نوع ضمانت اجرا را لازم می‌دارد.

بر این مبنا قانون گذار در ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی به حمایت از آزادی‌های شخصی و حقوق ملت در قانون اساسی پرداخته است. ولی نباید چنین پنداشت که ماده‌ی مزبور از تمامی حقوق ملت مقرر در قانون اساسی حمایت می‌کند. در برخی موارد این نوع حمایت در مواد دیگر قانون مجازات اسلامی تجلی یافته است ولی در مورد برخی از شهروندان که به لحاظ مذهبی داخل در هیچ یک از مذاهب اربعه (اسلام، مسیحیت، یهود و زرتشتی) قرار نمی‌گیرند، معلوم نیست کدام قانون از

۸۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

حقوق آنان حمایت می‌کند. از یک طرف به لحاظ داشتن تابعیت ایران مشمول قواعد کلی مربوط به حقوق شهروندی و مفهوم ملت هستند و از طرف دیگر به لحاظ عدم همخوانی با مذاهب به رسمیت شناخته شده یا اساساً نداشتن مذهب معلوم نیست از حقوقی برخوردارند یا نه؟ و نهاد یا مرجع یا شخصی می‌تواند از آنان حمایت کند یا خیر؟ به نظر می‌رسد گروههایی از قبیل بهائیان یا افراد فاقد مذهب در ردیف دسته اخیر قرار می‌گیرند.

فهرست منابع

۱. آزمایش، علی، تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی، دوره کلاس های آزاد، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۸۵-۱۳۸۴، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲. آزمایش، علی، تقریرات درس حقوق کیفری اختصاصی یک، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۷۷-۱۳۷۶، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۳. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، جلد اول، چاپ سوم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲).
۴. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸).

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۸۵ تا ۱۱۲

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک

بابک شید*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۸/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۹/۱۳

چکیده

حمل و نقل دریایی به دلیل سهولت در جابجایی کالا و هزینه کمتر همواره با اقبال بازرگانان مواجه بوده است. در سال‌های اخیر با توجه به پیشرفت علمی و خلق مواد جدید و گاه خطرناک، این گونه مواد نیز راهی دریاها شده و متصدیان حمل و نقل را وارد عرصه تازه‌ای نموده است. اختلاف نظر در مبانی مسئولیت چنین متصدیانی در قوانین مدنی و تجارت، حقوق موضوعه و فقه، مجادلات تخصصی و جذابی را باعث شده است.

جدای از مبانی مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی، قبول جابجایی مواد خطرناک، ضمن آن‌که تکالیف مخصوصی بر چنین متصدی بار می‌کند، موجب تحمیل خطر بر اشخاص ثالث است. لذا تکالیف افراد دخیل در حمل و نقل دریایی مواد خطرناک ارتباط مستقیمی با مسئولیت مدنی ایشان داشته و با امتزاج عناصر عمومی مسئولیت مدنی حمل و نقل دریایی و تکالیف اختصاصی حمل کالاهای خطرناک باید به ضابطه‌ای مناسب و حمایتی دست یافت.

واژه‌گان کلیدی: متصدی حمل و نقل، کالای خطرناک، مسئولیت مدنی، آی. ام. دی. جی.، معاهده هامبورگ، معاهده لاهه/لاسه ویزبی

*دانش پژوه دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات آذربایجان شرقی
فکس: ۸۸۵۱۸۷۱۵

مقدمه

در زمینه حمل و نقل دریایی مواد خطرناک مقررات مدونی در دست نیست، لاجرم برای احراز مبنای این مسئولیت باید مقررات پراکنده را از قانون تجارت ایران، معاهدات مختلف مانند معاهدات هامبورگ و لاهه/لايه ویزی، آیین‌نامه بین‌المللی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک و امثالهم استخراج نمود. مقاله حاضر در دو گفتار به بررسی تکالیف و مسئولیت‌های متصدی حمل و نقل دریایی در قبال حمل کالاهای خطرناک می‌پردازد.

گفتار نخست: تکالیف متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک

بی‌شک متصدی حمل و نقل، موثرترین فرد در جابجایی کالا به حساب می‌آید. از نظر مدت زمان در اختیار داشتن کالا و مواجه شدن با خطرات دریایی و ایجاد مسئولیت، متصدی حمل و نقل جایگاه خطیری دارد. حسب مقررات و معاهدات موضوعه، از جمله مقررات «آی.ام.دی.جی.»^۱، متصدی باربری و مستخدمان وی متعهد انجام برخی امورات هستند. متصدی حمل دریایی در راستای انجام تعهد خود مبنی بر تحویل کالای خطرناک به مقصد، بدون ورود هیچ‌گونه خسارت به کالا و دیگران، متعهد به انجام اموراتی است که جداگانه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. مهم‌ترین تکالیف مفروض قانونی متصدی حمل و نقل عبارتند از:

بند اول: تهیه کشتی با قابلیت دریانوردی^۲

در حقوق عرفی، تعهد تهیه کشتی با قابلیت دریانوردی توسط متصدی حمل و نقل در ابتدای سفر به صورت ضمنی در تمام قراردادهای حمل کالا در دریا وجود دارد. در گذشته، ضمانت اجرای این امر، مسئولیت مطلق متصدی حمل بوده است و

1. International Maritime Dangerous Goods.
2. Seaworthiness of the ship.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۸۷

شمول مسئولیت بر وی، ارتباطی به احراز علم یا قصور متعهد نداشته است.^۱ مقررات لاهه / لاهه ویزی، این عقیده را به وسیله تعدیل وظیفه متصدی حمل، به تلاش لازم^۲ اصلاح نموده است. قواعد لاهه مقرر داشته است که متصدی باربری (حمل کننده) باید قبل یا در آغاز سفر سه مورد را با توسل به تلاش لازم فراهم آورد: الف) کشتی با قابلیت دریانوردی ب) خدمه و تجهیزات مناسب و آمادگی کشتی ج) تهیه انبارهای زیر عرشه، سردخانه ها، اتاق های یخچالدار و سایر بخش هایی که برای کالاهایی که حمل می شوند امن و به اندازه باشد.^۳

در تشریح متن فوق که عینا توسط مقنن ایرانی ترجمه و تحت بند یک از ماده ۵۴، به قانون دریایی ایران وارد شده است، باید گفت، مسلما بند الف این ماده عام و دو بند دیگر ناظر به عنوان قابلیت دریانوردی مندرج در بند اول هستند زیرا تجهیزات کشتی و خدمه مناسب جدا از قابلیت دریانوردی نمی باشند.

چنین به نظر می رسد که هدف آن بوده که چنانچه امری در وضع ماده از قلم افتاده باشد با توسل به عموم بند الف، متضرر قادر باشد عدم قابلیت دریانوردی کشتی را به اثبات برساند. کما این که قطعا کشتی حامل مواد خطرناک برای حمل چنین موادی به ملزومات خاص و بیش تری نیاز دارد که واضعان قواعد لاهه با درج قید «مناسب» به فراخور موضوع، احراز قابلیت دریانوردی کشتی را به حاکم واگذار نموده اند.

قواعد لاهه / لاهه ویزی با ذکر عبارت "تلاش لازم" به گونه ای مسئولیت مطلق متصدی حمل و نقل را تقلیل داده است. چنان که در جای دیگر در تکمیل ماده فوق الذکر مقرر می دارد: «نه متصدی حمل [حمل کننده] و نه کشتی [مالک کشتی] مسئول خسارات یا آسیب های ناشی از عدم قابلیت دریانوردی نیستند مگر آن که خسارات بر اثر فقدان تلاش لازم برای تهیه کشتی با قابلیت دریانوردی، ... به وسیله متصدی حمل

1. Colinvoux (Raoul), (1982) p.109.

2. Due diligence.

3. Hague /Hague Visby, Art.III.1

باشد.^۱ بنابراین، قواعد مزبور تعهد متصدی حمل در این خصوص را تعهد به وسیله، قلمداد نموده است ولی وضع حکم به این نحو کلی و موسع و عدم تبیین دقیق مفهوم تلاش لازم، می‌تواند منجر به تفاسیر گوناگون و در نهایت فرار متصدی حمل اهمال کار از مسئولیت شود.

معاهده هامبورگ به تعهد مزبور اشاره صریحی ننموده، لکن در ماده پنج، متصدی حمل و نقل را در صورت ورود خسارت به کالا مسئول دانسته است، مگر آن‌که مرتکب تقصیری موثر در ورود خسارت نشده باشد. از این امر استنتاج می‌شود که اگر تعهد متصدی حمل مبنی بر فراهم آوردن کشتی دارای قابلیت دریانوردی انجام نشود، وی مرتکب تقصیر شده و مسئول است. این ماده به نسبت مفاد فوق‌الذکر قواعد لاهه / لاهه ویزیب عام‌تر به نظر می‌رسد و معیار صحیح‌تری در خصوص احراز مسئولیت به دست می‌دهد. مشخص است که چنانچه کشتی در نظر گرفته شده، از نظر قابلیت دریانوردی (که در مقررات مربوطه معیارهای آن مشخص است) مناسب نباشد در واقع متصدی حمل و نقل در انجام امر مرتکب تقصیر شده است.

هر چند تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی معمولاً به فرمانده کشتی، خدمه یا عاملان متصدی حمل محول می‌شود، ولی باید توجه داشت که این وظیفه غیرقابل توکیل است و مسئولیت آن مستقیماً بر عهده متصدی حمل است.^۲ بنابراین در صورت وقوع حادثه‌ای ناشی از عدم قابلیت دریانوردی کشتی، متصدی حمل و نقل نمی‌تواند به بهانه آنکه فراهم آوردن کشتی دارای قابلیت دریانوردی را به فرمانده کشتی یا هر شخص دیگری واگذار نموده ادعای عدم مسئولیت نماید زیرا به هر حال وی شخصاً مسئول انجام این تکلیف است.

متصدی حمل و نقل، با توجه به طبقه بندی کالایی که متعهد حمل آن است، موظف به تهیه کشتی مناسب از نظر ساخت و تجهیزات، با توجه به قوانین مربوط به آن کالای

1. Hague/ Hague Visby, Art.IV.1.

2. Schoenbaum, (2004) p.684.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۸۹

خاص است و کشتی باید کاملاً از محموله سفر قبلی تمیز شده باشد. اگر کشتی فاقد امکانات لازم باشد یا بقایای محموله قبلی به خوبی تمیز نشده باشد، در واقع کشتی فاقد قابلیت دریانوردی برای آن محموله است، زیرا ممکن است بقایای محموله قبلی به کالایی که قرار است حمل گردد یا به بسته بندی آن آسیب برساند.

تخلف از تعهد [ضمنی] تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی، موجب سقوط حقوق خاصی که حسب مقررات برای متصدی حمل و نقل مقرر شده است مانند حق تخلیه و خنثی سازی کالاهای خطرناک در صورت جهل وی به ماهیت کالا است. به طور مثال چنانچه متصدی حمل، کشتی نامناسبی برای حمل هرگونه باری اعم از عادی یا خطرناک را انتخاب نموده باشد و در اثناي حمل متوجه شود که بعضی از کالاهای کیفیات خطرناکی دارند، جهت حفظ کشتی مبری از جبران خسارت در صورت تخلیه یا خنثی سازی آن ها نمی باشد، زیرا وی تعهد تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی را نقض نموده و در واقع باید پاسخگویی تخلف خود باشد و مجاز به وارد نمودن خسارت به کالای فرستنده نیست.

بر خلاف عقیده برخی حقوق دانان^۱ چیدن نامناسب کالا نمی تواند منجر به از دست دادن قابلیت دریانوردی کشتی شود. زیرا تعهد به چیدن مناسب، تعهدی مجزا و تهیه کشتی موصوف تعهدی دیگر است. چنانچه چیدن کالا به نحوی باشد که موجب از دست رفتن قابلیت دریانوردی شود، متصدی حمل و نقل در تعهد خود مبنی بر چیدن مناسب کالا تقصیر نموده و عقیده نویسندگان صدرالذکر مبنی بر استمرار تعهد متصدی حمل بر «دارای قابلیت دریانوردی بودن کشتی» در طول سفر و ایرادات وارد بر ماده ۵۴ قانون دریایی ایران که مقرر می دارد: «متصدی باربری مکلف است قبل از هر سفر

۱ محمد، دمرچیلی، مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی، رساله برای دریافت درجه دکتری، دانشگاه تهران ۱۳۸۳، ص. ۱۵۱

۹۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

و در شروع آن مراقبت های لازم را به شرح ذیل بعمل آورد: ...^۱ مسموع نمی باشد، زیرا درج عبارات «قبل و در آغاز سفر» دقیقاً مبین لزوم تلاش لازم و تعهد به وسیله از جانب متصدی حمل و نقل است، چه در غیر این صورت اگر متصدی حمل تا انتهای سفر مسئول قابلیت دریانوردی کشتی باشد در واقع تعهد به نتیجه را بر وی تحمیل نموده و دیگر محمولی برای اثبات تقصیر یا اهمال متصدی حمل و نقل^۲، باقی نمی ماند زیرا اگر قرار باشد متصدی حمل و نقل را تا انتهای سفر و در مواجهه با هر حادثه‌ای مسئول بدانیم در واقع مسئولیت محض را بر وی بار نموده‌ایم، و این مخالف استدلال ایشان در مسئولیت مبتنی بر تقصیر متصدی حمل و نقل است^۳ و در واقع با این نظر خود نقض غرض نموده‌اند.

بنابراین به نظر می‌رسد متصدی حمل و نقل، وفق یک تعهد ضمنی، مبنی بر تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی متعهد به فراهم نمودن کشتی مناسب با نوع محموله‌ای که فرستنده اعلام نموده، با به کار گیری تلاش لازم است.

بند دوم: مراقبت از کالا

حسب مقررات لاهه/لاهی ویزی^۴ متصدی حمل و نقل مکلف به بارگیری مناسب، چیدن بار، حمل، نگهداری و مراقبت از آن و تخلیه کالا است. جمع این تکالیف، ایجاد تعهد واحدی با عنوان مراقبت از کالا را می‌نماید. متصدی حمل و نقل متعهد به چیدن و حفاظت با دقت و ماهرانه هر بخش از محموله است.^۵ مانند وظیفه تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی، تعهد به مراقبت از محموله نیز غیرقابل توکیل و واگذاری به غیر

۱. به عقیده ایشان، قید عبارت «قبل و در آغاز سفر» صحیح نیست و متصدی حمل و نقل باید تا انتهای سفر متعهد این شرط ضمنی بماند.

۲. که مدنظر همان نویسندگان است.

۳. هر چند که اعمال این نوع مسئولیت بر متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک از نظر نگارنده آن مقبول نیست

4. Hague/Hague Visby, Art.III (2).

5. Colinvaux, - (۱۹۸۲), p. 132.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۹۱

است و متصدی حمل مستقیماً مسئول اعمال فرمانده، خدمه و سایر عاملانش در این خصوص است. ولی بر خلاف مسئولیت قبلی که بسیط و ساده بود و می‌بایست در آغاز سفر انجام شود، وظیفه مراقبت از محموله، یک تعهد مستمر و در طول جریان حمل کالا جاری است. چنانچه متصدی حمل و نقل دریایی، حمل یک کالای خطرناک را قبول نماید، به‌طور ضمنی تعهدی را پذیرفته که متضمن اعمال حداکثر دقت در چیدن و حمل این گونه مواد است. قانون دریایی ایران در بند دو ماده ۵۴ متضمن حکمی است که حسب آن متصدی حمل و نقل موظف است با کمال دقت و به نحو مطلوب محمولات را بارگیری، جابجا، محافظت، مواظبت و تخلیه نماید.

بند سوم: چیدن و تفکیک کالا^۱

متصدی حمل و نقل دریایی موظف است کالاها را به صورتی که ماهیت و کیفیت کالا اقتضا می‌کند چیده و با توجه به آیین نامه‌ی «آی. ام. دی. جی.» از دیگر کالاها جدا نماید. محموله‌های خطرناک باید به نحوی چیده شود که تلاطم دریا و تکان‌های ناشی از آن موجب حرکت و جابه‌جایی محموله‌ها نشود و از سوی دیگر این چیدن تنگاتنگ، نباید منجر به اختلاط یا احتمال تاثیر گذاری مواد بر یکدیگر شود.

چیدن و تفکیک محموله‌های خطرناک، امری فنی و دقیق است، زیرا علاوه بر آن‌که کالاهای عادی باید از تهدید کالاهای خطرناک ایمن باشند، برخی از انواع کالاهای خطرناک با یکدیگر سازگار نبوده و هنگام چیدن و حمل نباید در مجاورت هم قرار بگیرد و متصدی حمل و نقل، مکلف به چیدن و تفکیک دقیق کالا در حدود اظهارنامه و اعلام فرستنده آن است. شرح و بسط جزئیات فنی این امر در حوصله این مقال نیست ولی به‌طور مختصر، چیدن و جداسازی کالا متناسب با طبقه بندی کالای

1. Stowage and Segregation of Goods.

خطرناک به چهار روش دور از هم، جدا از هم و جدا از یکدیگر توسط یک اتاق یا انبار کامل و جدا از یکدیگر در طول کشتی انجام می شود.^۱

برخی نویسندگان معتقدند، چیدن کالا به شکلی خاص موجب توازن کشتی و سلامت سفرشده و از این رو مربوط به نظم عمومی است و ارسال کننده و متصدی حمل اجازه توافق مخالف را ندارند.^۲ صرف نظر از آن که در این استدلال، هیچ دلیل خاصی برای تعمیم نظم عمومی به موضوع، بیان نشده، چنانچه چیدن کالا از مصادیق نظم عمومی باشد، پس باید مسئولیت متصدی حمل و نقل در این خصوص را مبتنی بر مسئولیت محض دانست در حالی که نظر ایشان در مسئولیت مبتنی بر تقصیر متصدی حمل تعارض دارد. برخی دیگر معتقدند، چیدن مناسب کالا از سوی متصدی حمل و نقل، تنها برای حفظ تعادل کشتی یا امنیت کلی سفر نیست، بلکه ناشی از تعهد متصدی حمل به سالم رسانیدن سایر محموله ها نیز می باشد.^۳

حدود تعهد متصدی حمل و نقل در خصوص چیدن و تفکیک کالاهای خطرناک، تا حدی است که فرستنده درباره ماهیت خطرناک کالا به وی اطلاع داده و موظف است با توجه به اطلاعات اعلامی از فرستنده اقدام به چیدن مناسب کالای خطرناک با عنایت به مقررات خاص آن محموله نماید. بنابراین چنانچه فرستنده کالای خطرناک، اطلاعات مناسبی درباره نوع کالا در اختیار متصدی حمل قرار نداده باشد، این فرستنده است که مسئول چیدن نامناسب کالاها خواهد بود.

متصدی حمل و نقل مکلف به چیدن متعارف کالا است، بنابراین اگر لازم باشد که محموله ای به دلیل دارا بودن ماهیت خطرناک، به طرز خاصی چیده شود، افزایش تکلیف متصدی حمل و نقل در گرو اظهارات فرستنده آن کالا است. لذا در صورتی که متصدی حمل و نقل، محموله را به صورت متعارف چیده و تفکیک کرده باشد لکن

۱. حسین، جلال کمالی، صنعت کشتیرانی، ج ۲، چاپ اول، انتشارات موسسه آموزش کشتیرانی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۰

۲. محمد، دمرچیلی، پیشین، ص ۱۴۷.

3. Guner- Ozbek, 2008, p. 124.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۹۳

نسبت به ماهیت خطرناک کالا جاهل باشد، در قبال خسارات ناشی از عدم تناسب نحوه چیدن و ماهیت کالا مسئول نیست.

بند چهارم: عدم قبول کالاهای خطرناک بدون رعایت نظامات

از اصول عقلی پذیرفته شده در تجارت دریایی آن است که اگر دلیل کافی بر عدم تطابق مدارک، بسته بندی و علامت و نشان گذاری کالای خطرناک با مقررات مربوطه موجود باشد، متصدی حمل و نقل نباید کالا را بارگیری نماید.^۱ لذا در صورتی که با علم به عدم رعایت نظامات در ارسال کالا، متصدی حمل و نقل اقدام به بارگیری و حمل چنین کالایی نماید علاوه بر تخطی از قوانین و ایجاد خطر برای اشخاص و محیط زیست، مسئولیت خسارات وارده را با اقدام خود تقبل نموده است.

گفتار دوم: مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک

حقوقدانان معتقدند، مسئولیت متصدی حمل و نقل از نوع مسئولیت قراردادی است.^۲ لکن این امر مانع جمع مسئولیت قهری و قراردادی وی نیست مگر آن که به واسطه توافق طرفین مسئولیت وی محدود شده باشد. زیان دیده حق دارد هم بر مبنای مفاد قرارداد طرح دعوی و مطالبه خسارت نماید یا بر مبنای مسئولیت مدنی دعوای خود را اداره کند.^۳ قطعاً این نظر، اشخاص ثالثی که به طور تصادفی یا بدون وجود هیچ گونه توافقی، متحمل زیان می شوند را در بر نمی گیرد. متصدی حمل و نقل در برابر فرستنده و صاحبان سایر کالاها حداقل مسئولیت قراردادی و حداکثر مضاف بر آن، مسئولیت قهری و در برابر اشخاصی که به طور اتفاقی متحمل خسارت شده اند صرفاً

1.Solas Convention,1974, Reg.4.

۲. ناصر، کاتوزیان، ۱۳۸۷، شماره ۳۴۹ و همان نویسنده: عقود معین، ج ۱ ش. ۳۰۰ و نیز دمرچیلی ۱۳۸۳، ص ۱۴۴

۳. محمد علی، اعلایی فرد، حقوق دریایی، انتشارات نخل دانش، چاپ اول ۱۳۸۷، ص. ۱۷۹.

مسئولیت قهری دارد. با توجه به جنبه قراردادی مسئولیت متصدی حمل و نقل، وجود قراردادی معتبر بین وی و فرستنده بار، برای تعیین حدود رابطه ایشان ضروری است. مسئولیت متصدی حمل هنگامی آغاز می‌شود که از تعهدات و شروط قراردادی خود عدول نماید، این شروط می‌تواند اصلی بوده و در قرارداد ذکر شده باشد یا جنبه فرعی داشته و علی‌رغم آن که در قرارداد حمل مقرر نشده باشد به موجب عرف حمل و نقل دریایی و مقررات آمره، جزئی از تعهدات متصدی حمل محسوب شده و نقض هر یک از این تعهدات «تقصیر قراردادی» تلقی و موجب مسئولیت وی شود.

بنابراین شرط لازم جهت ورود مسئولیت بر متصدی حمل وجود قرارداد معتبر و شرط کافی آن، عدول از تعهدات مصرح و ضمنی قرارداد است که تخطی از این شرایط موجب اتلاف و استقرار ضمان قهری نیز خواهد بود. یکی از عوامل مهم در اعمال مسئولیت بر متصدی حمل و نقل، عالم بودن وی به ماهیت خطرناک محموله است. به عبارت دیگر چنانچه متصدی حمل نسبت به این موضوع جاهل باشد، تمامی تکالیف وی تحت تاثیر آن قرار گرفته و دیگر لازم نیست جهت تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی از خدماتی استفاده نماید که آموزش‌های خاص برای جا بجایی مواد خطرناک دیده باشند یا چیدن و تفکیک کالا، دیگر دارای آن الزامات خاص نیست. لذا در صورت جهل به موضوع، چنانچه در انجام دقائق مربوط به کالاهای خطرناک کوتاهی نماید مسئولیتی برای وی متصور نیست و شرط لازم برای مسئول شناختن وی داشتن علم به ماهیت خطرناک کالا است؛ علمی که باید توسط فرستنده به نحو ملزومی در وی ایجاد شود.

این معنا از قواعد لاهه/ لاهه ویزی نیز برمی‌آید، زیرا مقدمه این استدلال، در ماده ۶.۶ مشاهده می‌شود: «... از آنجایی که ... اگر متصدی حمل و نقل نسبت به ماهیت و خواص آن‌ها اطلاع داشت موافقتی برای حمل نمی‌داشت ...» و در ادامه حکم، استنتاجی را بیان نموده که: «... چنین کالاهای حمل شده با این نحو علم و رضایت در معرض وارد نمودن خطر به کشتی یا محموله‌ها قرار بگیرند، ... تخلیه، نابود یا خستگی

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۹۵

شوند...». در جایی که متصدی حمل، اظهارنامه را دریافت یا ثابت شود که راجع به آن علم داشته، موید انجام تکلیف فرستنده بوده و از آن به بعد بار مسئولیت بر عهده متصدی حمل خواهد بود.^۱ در چنین موردی هنگامی که متصدی حمل و نقل، تعهد حمل را قبول کند به این معنا است که در واقع احتمال جبران خطرات موجود را نیز تقبل نموده است.^۲

از سوی دیگر قواعد هامبورگ صراحتاً مقرر داشته، فرستنده باید به وی (متصدی حمل و نقل) ماهیت خطرناک کالا و در صورت لزوم، احتیاطات لازمه را اطلاع دهد. چنانچه فرستنده در انجام این امر تخطی کند و متصدی حمل به نحو دیگری [از طریق فرستنده] از خواص خطرناک کالا مطلع نشود، فرستنده مسئول خواهد بود.^۳

متصدی حمل جاهل، صرفاً موظف به تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی متناسب با کالاهای معمولی است، اما در مواردی که متصدی حمل و نقل نسبت به ماهیت خطرناک کالا عالم باشد بایست تکالیف مقرر را به نحوی مناسب با خطر موجود به انجام برساند. بنابراین بحث در مورد مسئولیت وی صرفاً مربوط به موردی است که عالم به موضوع باشد.

در حقوق ایران برخی نویسندگان بر آنند که مسئولیت قهری متصدی حمل و نقل در برابر فرستندگان کالاها بر مبنای اثبات تقصیر مستقر می‌شود، زیرا اصولاً متصدی حمل و نقل امین است (این عقیده ممکن است به دلیل حکم ماده ۳۸۷ قانون تجارت باشد که قرارداد حمل و نقل را تابع مقررات وکالت دانسته است) و جز با تعدی و تفریط مسئولیت ندارد.^۴ ولی در مقابل، برخی دیگر با استناد به ماده ۳۸۸ قانون تجارت که متصدی حمل و نقل را مسئول حوادث و تقصیراتی می‌داند که در مدت حمل و نقل واقع شده است، معتقدند که در مطالبه خسارت از نامبرده نیازی به اثبات

1. Tetley (William), 1988, p. 465.

2. Gaskell (Nicolas), 2000, n.154.

3. Hamburg Rules, Art. 13

۴. حسینقلی کاتبی، حقوق تجارت، انتشارات مصور، چاپ چهارم، ۱۳۵۳، ص. ۲۵۷.

۹۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تقصیر وی نیست.^۱ در حیطه قواعد عمومی، به نظر می‌رسد آنچه از یک سو باعث جلوگیری از پیچیده‌تر شدن موضوع شده و از سوی دیگر با فقه به عنوان پیشینه حقوقی ایران مناسبت دارد^۲ عدم ابتناء مسئولیت متصدی حمل و نقل بر تقصیر است. جهت بررسی همه جانبه مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل باید مسئولیت وی در سه وجه مسئولیت وی در برابر فرستنده کالا و اشخاص ثالث و مسئولیت وی که ناشی از اعمال افرادی که در استخدام وی هستند را به تفکیک بررسی نمود.

بند اول: مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر فرستنده

از حیث نظری، در خصوص ارسال کالاهای خطرناک، این فرستنده است که با ارسال محموله موصوف، مباشرتا محیط خطرناکی را ایجاد نموده است و متصدی حمل در برابر وی صرفا موظف است آن محموله را با در نظر گرفتن تکالیف مقرر حمل نماید و عدم رعایت این تکالیف مستلزم اثبات انتساب آن به متصدی حمل و نقل است و این به معنای اثبات تقصیر وی در برابر چنین فرستنده‌ای است. بنابراین متصدی حمل علاوه بر مسئولیت قراردادی که تابع شرایط خاصه است، در برابر ارسال کننده مواد خطرناک بار ضمان قهری مبتنی بر اثبات تقصیر نیز بر دوش او است.

قواعد لاهه، در ماده ۶۲ (ب) و قانون دریایی ایران در ماده ۵۵ استثنائاتی برای رجوع به متصدی حمل و نقل در نظر گرفته اند، یکی از این استثنائات وقوع حریق است که منتسب به متصدی حمل و نقل نباشد. همان‌گونه که اشاره شد کالاهای خطرناک در آیین‌نامه «آی. ام. دی. جی.» توصیف و در نه گروه طبقه بندی شده اند و دسته های یک تا پنج این مواد شامل مواد قابل انفجار هستند. ولی نباید این شائبه به ذهن متبادر شود که با توجه به مصادیق معاذیر مسئولیت و تقسیم بندی مذکور،

۱. محمود عرفانی، محشای قانون تجارت، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۶، ذیل ماده ۳۸۸
۲. محمد بن محمد نعمان، شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص. ۶۴۱ و نیز شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ص. ۴۷۷ و نیز ابن ادریس، ۱۴۱۱، ص. ۴۶۸. «ملاح ضامن تلف آن چه غرق شده است می باشد مگر آن که کالا به دلیل وزش بادی که امکان اجتناب از آن نبوده است غرق شده باشد»

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۹۷

متصدی حمل در قبال حریق های ناشی از مواد خطرناک قابل اشتعال مسئولیتی ندارد. عذر حریق، ناظر به حادثه ای است که متصدی حمل و نقل دخالتی در وقوع آن نداشته باشد. اگر متصدی حمل و نقل یا خدمه وی مسبب ایجاد حریق باشند طبیعتاً مسئول جبران خسارات وارده نیز هستند، چنانچه حریق ناشی از کالای خطرناک باشد بدون آن که علت عمومی و خارجی بر آن حادث شده باشد حسب مورد فرستنده یا متصدی حمل بنا به شرایطی که گفته شد مسئول جبران خسارات وارده می باشند. با وحدت ملاک از حکم ماده، مشخص می شود که متصدی حمل و نقل در برابر فرستنده هنگامی می تواند به عذر حریق استناد نماید که حادثه منتسب به تقصیر متصدی حمل و نقل نبوده و با این استدلال که حسب قوانین، مسئول خسارات ناشی از حریق نمی باشد و کالای فرستنده نفاذ قابل احتراق بوده است، نمی تواند در برابر فرستنده، از خود رفع مسئولیت نماید.

مشابه حکم فوق در فقه نیز در نظر گرفته شده است، فقها با ذکر روایت منتسب به معصوم، باری را که حامل روغن است، در صورت تلف، مسئول خسارات ناشی از حریق غیر ارادی و حمله راهزنان نمی دانند و مکرراً بر آن تاکید نموده اند.^۱ بنابراین مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر فرستنده کالای خطرناک منوط به اثبات تقصیر وی است، و هنگامی در برابر فرستنده کالای خطرناک مسئول جبران خسارت وارد به محموله وی می باشد که مدعی اثبات نماید زیان ایجاد شده در اثر تقصیر متصدی حمل و نقل بوده است.

بند دوم: مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر اشخاص ثالث

۱. ما رواه الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في حمال يحمل معه الزيت فيقول: قد ذهب، او اهرق، او قطع عليه الطريق، فان جاء بينه عاقله انه قطع عليه، او ذهب، فليس عليه شيء، والا ضامن. (مكارم شیرازی ۱۴۱۱ ه. ق. ص. ۲۶۰ و حر عاملی ۱۴۱۴ ه. ق. ص. ۱۵۳ و نیز شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق. ص. ۱۷۷)

۹۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، مسئولیت فرستنده کالای خطرناکی که تکالیف مقرر را رعایت نموده باشد، در برابر اشخاص ثالث مشروط به اثبات تقصیر وی است. اما در مورد متصدی حمل و نقل وضعیت متفاوت است. هر چند بند چهار ماده پنج مقررات هامبورگ مسئولیت متصدی حمل و نقل در مورد ورود خسارت به کالا بر اثر آتش گرفتن را مشروط به اثبات تقصیر وی، مستخدمان یا عاملان او توسط مدعی دانسته است. ^۱ ولی باید توجه داشت که حکم این ماده در مورد حمل کالاهای عادی است که در آن توازن خطر وجود دارد. البته در برخی قوانین مانند قانون دریایی مصر مصوب ۱۹۹۰ میلادی حتی برای حمل کالاهای معمولی، مسئولیت متصدی حمل و نقل بر مبنای تقصیر مفروض بنا شده است، یعنی در صورت ورود خسارت به کالاها، وی مسئول خواهد بود مگر آن که ثابت نماید که زیان وارده به سببی غیر از او بوده است. (ماده ۲۲۹ قانون دریایی مصر) ^۲ وضعیت متصدی حملی که عالمانه اقدام به حمل کالای خطرناک می‌نماید با قواعد عمومی مسئولیت متفاوت خواهد بود، زیرا اگرچه نشانه ای بر تمایل فرستنده بر ارسال کالای خطرناک وی همراه با سایر محمولات وجود ندارد، ولی قطعاً شخصی که جهت کسب درآمد، محیط خطرناکی برای کشتی و محموله‌های درون آن ایجاد نموده است متصدی باربری است.

متصدی حمل و نقل در برابر صاحبان سایر کالاها دارای مسئولیت قراردادی است ولی این مانع از استناد ایشان به ضمان قهری نیست. متصدی حمل و نقل در مقابل صاحبان کالا تعهد به سالم نگاه داشتن محموله‌ها تا تحویل در مقصد دارد و چنانچه عمداً یا به واسطه تقصیر خود، از این تعهد عدول نماید مرتکب تقصیر شده و ضامن است، لذا فرستنده کالای خطرناک برای جبران خسارات خود باید تقصیر وی را اثبات

1. (a) The carrier is liable : (i) for loss of or damage to the goods or delay in delivery caused by fire ,if the claimet proves that the fire arose from fault or neglect on the part of the carrier , his servent or agent ..."(Hamburg Rules, Art. 5(4))

۲. «یعنی الناقل من المسؤولية المنصوص عليها في (الفقرة ۱) من المادة ۲۲۷ من هذا القانون إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لايد له أو لنائبة أو لأحد تابعيه فيه .»

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک..... ۹۹

نماید، اما درباره سایر زیاندیدگان اعم از صاحبان سایر کالاها، دولت ها و ... اوضاع متفاوت است. از منظر ایشان متصدی حمل و نقل با قبول حمل مواد خطرناک به منظور کسب درآمد، اقدام به ایجاد محیطی خطرناک نموده است، هرچند که فرستنده نیز در فراهم آوردن چنین شرایطی دخیل است.

اگرچه در ظاهر، کالاهای فرستنده سبب ورود خسارت گردیده است ولی باید توجه داشت که اعمال متصدی حمل و نقل در چیدن یا جا به جایی محموله ها سبب نزدیک تر و اقوی از عمل فرستنده مبنی بر ارسال این گونه کالاها است. استقرار بار اثبات تقصیر متصدی حمل و نقل بر عهده زیان دیده ای که با اعتماد و حسن نیت، کالای خود را به متصدی حمل و نقل سپرده عادلانه به نظر نمی رسد. در این امر که متصدی حمل و نقل با بارگیری کالای خطرناک محیط ناامنی برای دیگر کالاها، محیط زیست و اشخاص ثالث ایجاد نموده شکی نیست و با هر نظریه ای که مسئولیت محض را اثبات می کند می توان وی را مسئول دانست، چه قائل به نظریه مسئولیت در برابر انتفاع باشیم و چه نظریه خطر متقابل فلچر و یا خطر محض را معیار قرار دهیم.

متصدی حمل و نقل، بی قید و شرط مسئول جبران خسارات وارده بر اموال یا نفوس دیگران است و چنانچه خسارت، ناشی از فعل یا ترک فعل فرستنده باشد، متصدی حمل و نقل به وی رجوع می نماید. به عبارت دیگر بهتر آن است که جبران خسارات وارده به زیان دیده را محول به رجوع وی به فرستنده ای که چه بسا وی را نمی شناسد قرار نداد. بلکه ابتدا نزدیک ترین سبب و آن شخصی که آخرین تسلط را بر کالای خطرناک داشته و در برابر فرستندگان عادی تعهد به سالم رساندن محموله را دارد، یعنی متصدی حمل و نقل را مسئول جبران خسارات وارده قرار داد و در صورتی که حسب مقررات امکان مراجعه متصدی حمل به فرستنده مهیا باشد، جهت جبران غرامات پرداختی می تواند به وی مراجعه نماید.

به بیان دیگر در چنین موردی موقعیت متصدی حمل و نقل به عنوان متلف مفروض و مسئول جبران خسارات است مگر آن که بنا به تقصیر فرستنده، پرداخت

۱۰۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

خسارت از جانب متصدی حمل، عادلانه نباشد، که در این صورت وی حق مراجعه به فرستنده خطاکار، جهت جبران غرامت پرداختی را دارد، کما این که قانون دریایی ایران در بند پنج ماده ۵۴ در حالی که فرستنده را مسئول صحت علائم و اوصاف کالا می داند به متصدی حمل و نقل اجازه مراجعه به فرستنده خطاکار را برای جبران غراماتی که در اثر خطای وی پرداخته را داده است ولی در ادامه تصریح نموده که حق متصدی باربری به دریافت چنین غرامتی مسئولیت و تعهدات نامبرده را که ناشی از قرارداد باربری است نسبت به هیچ کس غیر از فرستنده بار، محدود نخواهد کرد.

بند ۵۵ قانون فوق الذکر مقرر می دارد: «فرستنده بار در مورد فقدان یا خسارات وارده به متصدی باربری و یا کشتی به هر سبب و علتی که ناشی از عمل یا تقصیر و یا غفلت فرستنده بار و یا عامل و یا مامور مجاز او نباشد، مسئول نخواهد بود.» بنابراین اگر خسارت، مستند به عمل یا تقصیر فرستنده بار باشد وی مسئول خواهد بود، مضافاً آن که باید توجه داشت که این ماده ناظر به عدم مسئولیت متصدی باربری نیست بلکه برای فرستنده تکلیف ایجاد نموده است، لذا با در نظر گرفتن این استدلال ها مشخص است که این ماده نه تنها مانعی برای اعمال مسئولیت محض بر متصدی باربری ایجاد نمی کند بلکه سلسله مراتب مراجعه زیاندیدگان را تبیین می سازد، به عبارت دیگر متصدی حمل و نقل پس از جبران خسارات وارده به زیان دیده ثالث در صورتی که تقصیر فرستنده بار را اثبات نماید حق مراجعه به وی را خواهد داشت. قانون «آی. ان. اف» نیز متصدی حمل و نقل را بدون قید و شرط مسئول امنیت در طول زمان حمل کالا می داند.^۱

استنتاج فوق در رویه قضایی نیز تایید شده است، در دعوی "شرکت کشتی رانی نورترن علیه سریری آلمان و کاپیتان ساخارف" که مواد قابل اشتعال در وسیله نقلیه کاپیتان ساخاروف، بارگیری شده بود، کانتینرهای حاوی این مواد به طور نامناسبی در عرشه پایین کشتی، بدون تهویه لازم برای این محموله چیده شده بود که تخلف محرز

1. INF code, Appendix 1.16, IMDG code (2008)

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۰۱

از شرایط معاهده سولاس و آیین نامه «آی. ام. دی. جی.» است. متصدی حمل و نقل از روی بی‌خبری کالاهای خطرناک دیگری را نیز بارگیری نموده و کشتی آتش گرفت و دو ملوان کشته شدند. سایر فرستندگان، بستگان ملوانان کشته شده، و دولت ایران برای جبران خسارات ناشی از آلودگی دریای سرزمینی‌اش، دعوایی علیه متصدی حمل و نقل طرح کردند. در نهایت، دادگاه حکم به مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر زیاندیدگان داد ولی وی را از مطالبه خسارت از فرستنده مقصر منع ننمود.^۱ این به معنای آن است که اگرچه متصدی حمل و نقل در برابر زیاندیدگان دارای مسئولیت محض است ولی حق مراجعه به فرستنده مقصر را برای جبران غرامات پرداختی دارد. در مورد کالاهای خطرناک، پرواضح است که خسارات ناشی از آنها، اگر چه در سطحی کوچک حادث شوند، چنان سنگین است که جبران نکردن آن، زیان‌دیده را در اغلب موارد برای همیشه درمانده می‌سازد. خسارات ناشی از کالاهای خطرناک، فوری و در عین حال سنگین است و باید مسئولی برای جبران آن در نظر گرفت. متصدی حمل و نقل، در این مورد همواره به عنوان یکی از بهترین اشخاصی که می‌توان تعهد جبران را بر دوش او نهاد، مطرح بوده است، زیرا از یک سو سنگینی این مسئولیت، همواره او را محتاط و مقید به مقررات می‌سازد و از سوی دیگر جبران را بر دوش شخصی می‌نهد که به احتمال زیاد در اثر افراط یا تفریط وی یا زیردستانش خسارت به وجود آمده است.^۲

صرف نظر از اعتقاد به این که مسئولیت متصدی حمل و نقلی که متقبل جابه‌جایی کالای خطرناک شده است مبتنی بر مسئولیت محض است در مورد متصدی حمل و نقل عادی نیز قانون تجارت ایران در ماده ۳۸۸، مسئولیت متصدی حمل و نقل را

1. Northern Shipping Co v deutsche seereederei, The captain Sakharov.

۱. مصطفی‌السان ، ۱۳۸۷

۱۰۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مشروط به اثبات تقصیر وی ندانسته است.^۱ ظاهراً متون قانونی ایران درباره مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل اتفاق نظر ندارند، ماده ۵۱۶ قانون مدنی با ارجاع به احکام امانت‌داران، مشخصاً مبنای مسئولیت وی را بر تقصیر دانسته^۲ و ماده ۳۸۶ قانون تجارت (قانون موخر بر قانون مدنی) متصدی حمل و نقل را مسئول جبران خسارات وارده به محمولات می‌داند مگر آن که ثابت نماید تلف مال به وی منتسب نیست.^۳ در جهت حل این اختلاف برخی اساتید قائل به نسخ ماده ۵۱۶ قانون مدنی توسط ماده ۳۸۶ قانون تجارت هستند، ضمن این که ید امانی متصدی حمل و نقل را از نوع امانت استیمانی ندانسته و وی را به هر حال مسئول مالی که نزد اوست می‌دانند^۴ و برخی ضمن اعتقاد به حفظ هر دو ماده، ترجیح داده اند که گفته شود: تعهد ایمنی ناشی از عرف بین المللی حمل و نقل است (ماده ۲۲۵ قانون مدنی) و ماده ۳۸۶ قانون تجارت متمم ماده ۵۱۶ قانون مدنی بوده و با آن تعارض ندارد.^۵ به نظر می‌رسد در صورتی که تخلف متصدی حمل و نقل از تعهد ایمنی لحاظ شود، ناظر به تخطی از شرط ضمنی موجود در قرارداد حمل و نقل، متضمن تعهد متصدی حمل به جابجایی ایمن کالا است و ارتباطی با قواعد عمومی مسئولیت قهری ندارد. لذا محل جاری شدن استدلال اخیرالذکر در مطالبات مبتنی بر قرارداد است و در صورتی که زیان‌دیده جهت جبران خسارات وارده نظام مسئولیت قهری را برگزیند، حسب قواعد عمومی ضمان قهری کافی است اتلاف یا تسبیب منتسب به متصدی حمل و نقل را اثبات نماید.

۱. ماده ۳۸۸ قانون تجارت: «متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل واقع شده اعم از این که خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده دیگری را مأمور کرده باشد...»

۲. «تعهدات متصدیان حمل و نقل، اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد... همان است که برای امانت داران مقرر است.»

۳. «اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر این که ثابت نماید...»

۴. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، مجموعه محشای قانون مدنی، ۱۳۸۷، ذیل ماده ۵۱۶.

۵. ناصر، کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۸۴، ذیل ماده ۵۱۶.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۰۳

برای اعمال ماده ۳۸۶ و ۳۸۸ قانون تجارت مانعی متصور نیست زیرا متصدی حمل و نقل پس از جبران خسارات وارد به زیاندیدگان می‌تواند به فرستنده مقصر رجوع نماید، مضاف بر آن که دلیل خاصی بر انتخاب مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای متصدی حمل در قوانین وجود ندارد و بر فرض این که استدلالات طرفداران این نوع مسئولیت برای متصدی حمل صحیح باشد، همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد نمی‌توان آن را به عنوان یک قاعده کلی مدنظر قرار داد و در فقه نیز نظر بر مسئولیت مفروض متصدی حمل و نقل است، علامه حلی، کشتیران و باربر را ضامن آن چه که نزد وی تلف شده است^۱ و بهاء‌الدین عاملی در کتاب جامع عباسی حمل (باربر) را مسئول آن چه که در دست او بشکنند، می‌دانند.^۲ لذا در صورت حمل مواد خطرناک به طریق اولی مسئولیت متصدی حمل و نقل مبتنی بر مسئولیت محض خواهد بود.

پس چاره ای نیست که قانون موخر را ناسخ قانون مقدم دانسته و حسب قانون تجارت، مسئولیت متصدی حمل و نقل را حتی در مورد کالاهای عادی نیز مبتنی بر مسئولیت محض قرار داد. کما این که حتی فقها در مورد حمل و نقل کالاهای عادی عقیده دارند که ملاح ضامن تلف آن چه غرق شده می‌باشد.^۳ بنابراین به طریق اولی متصدی حمل و نقل مواد خطرناک نیز در برابر اشخاص ثالث دارای مسئولیت محض خواهد بود.

بند سوم: مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر اعمال مستخدمین

معلوم شد که مسئولیت متصدی حمل و نقل در برابر ارسال کنندگان و مالکان کشتی اصولاً مبتنی بر مسئولیت قراردادی است، به بیان دیگر این متصدی حمل و نقل

۱. الحمال و الملاح یضمن ما تلف فی یده . (علامه حلی، ۱۴۱۴، ص ۲۵۳)

۲. شیخ بهاء‌الدین عاملی، وسایل الشیعه، ج ۱۹، چاپ مهر، چاپ سوم، ۱۴۱۴، ص ۲۳۲.

۳. «... والملاح ضامن لما غرق من المتاع بجنایه و تقریطه، و لا یضمن ما غرق بالریح، و ما لایمکن التحرز منه. (شیخ مفید ۱۴۱۰ ه. ق. ص ۶۴۱ و شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ص ۴۴۷ و ابن ادریس ۱۴۱۱ ه. ق. ص ۴۶۸.)

۱۰۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

است که با ایشان دارای رابطه قراردادی است و به اعتبار شخصی وی است که صاحبان کالاها اقدام به انعقاد قرارداد باربری نموده اند یا مالک کشتی مایملک خود را در اختیار وی قرار داده است و چه بسا حتی هیچ کدام از کارمندان و مستخدمان متصدی را نمی شناسند.

شک نیست که قرارداد باربری بر مبنای شخصیت متصدی حمل و نقل منعقد می شود، بنابراین وی پاسخگوی تعهداتی خواهد بود که حسب قرارداد باربری برای وی مقرر شده است. بنیادی ترین تعهد متصدی حمل، جابجایی کالا با حفظ کیفیت سلامتی که به وی تحویل شده (تعهد ایمنی) می باشد. بنابراین از نظر قراردادی متصدی حمل، مسئول خساراتی است که مستخدمینش به اشخاص وارد می کنند.

از نظر ضمان قهری، قانون مسئولیت مدنی ایران در ماده ۱۲، کارفرما (متصدی حمل و نقل) را در مقابل زیاندیدگان، مسئول جبران خسارات ناشی از فعل کارگران خود می داند و می توان گفت چنانچه به واسطه فعل یا ترک فعل کارگران متصدی حمل خسارتی وارد شود و زیان دیده فاقد قرارداد باربری یا قرارداد معتبری با متصدی حمل باشد یا آن که قراردادی بین ایشان وجود داشته لکن زیان دیده به مسئولیت قهری استناد نماید، متصدی حمل و نقل به عنوان کارفرما مسئول اعمال مستخدمین خود می باشد. با وجود مفاد قانونی فوق الذکر و استدلال منطقی نهفته در آن، پاراگراف الف بند دو ماده ۵۴ قانون دریایی ایران که ترجمه ای از پاراگراف الف بند دو ماده ۴ قواعد لاهه می باشد متصدی حمل را در مورد جبران خسارات ناشی از کوتاهی و تقصیر کارکنان خود مسئول ندانسته است و برخی نویسندگان^۱ این ماده را، با این استدلال که در مسئولیت قراردادی شرط عدم مسئولیت امکان پذیر است، مغایر با سایر قوانین ندانسته اند.

به نظر می رسد این استدلال ایشان صحیح نیست، زیرا درج شرط عدم مسئولیت، حالتی انتخابی است و الزامی در آن وجود ندارد، لذا شان تقنین در آن نیست که مقرراتی

۱. محمد، دمرچیلی، پیشین، ص. ۱۶۵.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۰۵

برای مورد استثنایی وضع نماید و نمی‌توان تعارض دو قانون(ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۵۴ قانون دریایی) با این بهانه که ممکن است در بعضی قراردادها، برخی شروط گنجانده شود را نادیده گرفت و مسلماً قوانین یاد شده دارای تعارض هستند.

موافقان عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل در قبال اعمال مستخدمان خود معتقدند، به لحاظ آن‌که متصدی حمل در طول سفر کنترلی بر کارکنانش ندارد و حتی در انتخاب آن‌ها نیز آزادی کامل ندارد، عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل مناسب‌تر است^۱ و طرح دعوا علیه متصدی حمل و نقل طولانی و موجب صرف هزینه زیادی است و اضافه نموده اند، با آن‌که مقررات هامبورگ در حکم عام خود قائل به وجود مسئولیت متصدی حمل در چنین موردی است، در مواد دیگر در مقام بیان زوال محدودیت مسئولیت، تقصیر عمدی و سنگین کارکنان را موجب زوال محدودیت مسئولیت متصدی ندانسته است و قواعد هامبورگ دچار تناقض گویی شده است.

توجهات طرفداران نظریه فوق صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا ادعای عدم انتخاب کارمندان توسط متصدی حمل و نقل بی‌مورد است، در هر حال کارگران کشتی، کارمندان متصدی حمل و نقل محسوب می‌شوند و وی مسئول خسارات وارده ناشی از اعمال ایشان است. شاید در ناخود آگاه منظور مدافعان عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل در چنین موردی مربوط به یکی از انواع قراردادهای اجاره کشتی است که طی آن مالک موظف به تامین نیرو و خدمه است، ولی آیا شان مقنن، وضع قانون بر مبنای یک مصداق خاص است یا باید جامع مصادیق و مانع اغیار باشد؟ همان‌گونه که در خصوص سایر مشاغل به قطع و یقین نمی‌توان گفت که کارفرما هر لحظه، بر اعمال مستخدمانش نظارت و کنترل دارد، پس چگونه است که در سایر مشاغل، مسئولیت کارفرما در برابر اعمال مباشرانش را پذیرفته ولی در مورد متصدی حمل و نقل قائل به آن بود که به دلیل عدم امکان نظارت کامل بر اعمال کارگران، متصدی حمل و نقل مسئولیتی نداشته باشد؟! از دیگر سو، به جهت جلوگیری از مواجه شدن زیان‌دیده با

۱. محمد، دمرچیلی، پیشین، ص. ۱۶۶

۱۰۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

کارگران و تضمین جبران خسارات وی و نیز دقیقا به همان دلیل کوتاه نمودن زمان رسیدگی و کم کردن هزینه‌ها، بایست متصدی حمل و نقل، مسئول جبران خسارات ناشی از اعمال کارگران خود باشد.^۱

طبیعی است که چنانچه کارگری با تعمد اقدام به وارد کردن خسارت نماید، متصدی حمل قادر به ممانعت از وی نیست، زیرا متصدی حمل هرگز راجع به این اقدام نا معقول، تصویری نداشته تا بتواند از بروز آن جلوگیری نماید، مضافا آن که حکم اشاره شده از قواعد هامبورگ در مقام بیان موردی جزئی از عنوانی کلی یعنی فرض عمد کارگر در ورود خسارت است. این امر واضح است که از مسائل جزئی نمی‌توان احکام کلی استنباط نمود و حکم موردی، که کارمند به عمد خسارت به بار می‌آورد را به مورد غالب که به دلایل سهل انگاری یا به طور غیر عمد خسارتی وارد می‌شود تعمیم داد. مضافا آن که کارگری که عامدا اقدام به ورود خسارت به کالایی می‌نماید لزوما ناکارآمد نیست و نمی‌شود آن را از مصادیق تقصیر متصدی حمل در انتخاب خدمه شایسته دانست، زیرا وی قادر نبوده است به کُنه افکار کارگر پی ببرد بلکه صرفا قابلیت‌های او را شناسایی و وی را استخدام نموده است و بنا به ظاهر به دنبال ایجاد خطر برای سایرین نبوده است.

بنابراین حکم استثنایی قواعد هامبورگ نه تنها ناقض اصل کلی نیست، بلکه حکمی منطقی و لازم است و در ارتباط با عدم مسئولیت متصدی حمل و نقل در قبال تعمد کارگزارش در ورود خسارت وضع حکم نموده است و به هر حال همان گونه که برخی اساتید معتقدند، هر مسئولیتی اگر قراردادی است نتیجه تخلف از یک تعهد است و اگر قانونی است حاصل نقض یک تکلیف. مسئولیت ناشی از فعل غیر نیز از این قاعده بیرون نیست، این مسئولیت نتیجه نقض تعهد یا تکلیف مراقبت از مباشران در عدم اضرار به دیگری است.^۲

۲. هر چند که متصدی حمل و نقل در ادامه می‌تواند به کارگر متلف مراجعه نماید.

۱. محسن، ایرانلو، شروط محدودکننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، ۱۳۸۶ ص. ۱۸۵.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۰۷

مطابق بند الف بخش دو ماده ۵۵ قانون دریایی ایران (بند ب بخش دو ماده ۴ قواعد لاهه)، اشتباه دریانوردی فرمانده، کارکنان و نمایندگان مجاز متصدی حمل و نقل، موجب مسئولیت متصدی حمل و نقل نمی‌شود. بنابراین حکم ماده، مشمول اشتباهات مدیریتی ایشان نیست. با این وصف این سوال پیش می‌آید که در صورتی که این افراد مرتکب اشتباه یا تخلف دریانوردی گردند چه کسی مسئول جبران خسارات خواهد بود؟ بر خلاف حکم مواد فوق‌الاشاره، بهتر آن است که مسئولیت متصدی حمل و نقل را در قبال تمام خسارات ناشی از اعمال کارمندان وی پذیرفته و سپس به وی اجازه داده شود به مسئول اصلی مراجعه نماید. در تایید این نظر، قواعد هامبورگ در مواد مختلف از جمله در ماده ۵، متصدی حمل و نقل را در قبال تقصیر کارگران نیز مسئول دانسته است، حکمی که با قانون مسئولیت مدنی ایران مطابقت دارد، مضافاً آن که ماده ۳۸۸ قانون تجارت، بدون توجه به نوع حمل (زمینی، دریایی یا هوایی) متصدی حمل و نقل را مسئول حوادث و تقصیراتی می‌داند که در مدت حمل و نقل واقع شده است، «اعم از این که مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده دیگری را مامور کرده باشد.» بنابراین متصدی حمل و نقل تعهد به انتخاب خدمه و کارمندان مجرب و شایسته داشته و در برابر اعمال ایشان مسئول است.^۱

فلذا همان گونه که برخی حقوق‌دانان عقیده دارند^۲ انتخاب مسئولیت متصدی حمل و نقل در قبال ورود خسارات غیر عمد کارگران وی در قبال زیان دیده، همان گونه که در قواعد و قوانین در نظر گرفته شده، کارآمدتر و مناسب است.

نتیجه گیری

در نهایت؛ در خصوص مسئولیت متصدی حمل و نقل تا کنون بحث‌های بسیاری صورت گرفته است. با توجه به تنوع تکالیف متصدیان حمل و نقل نمی‌توان معیار و

۱ مصطفی‌السان، پیشین

۲. فهر، قابل دسترس در پایگاه: eastlaw.com.

۱۰۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مبنای کلی و واحدی برای مسئولیت ایشان در نظر داشت. متصدیان حمل و نقل موظف به تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی بوده و مقنن ایرانی نیز با درج قید تلاش مناسب در این خصوص، در واقع مسئولیت وی را در گرو عدم انجام تلاش مناسب و بر مبنای تقصیر قرار داده است. تکلیف تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی قابل واگذاری به غیر نبوده و قائم به شخص متصدی حمل و نقل است. متصدی حمل و نقل بایست بر اساس کالایی که مسئولیت حمل آن را دارد قابلیت دریانوردی کشتی را بررسی کند. چنانچه کشتی انتخابی متناسب با محموله و خطرات ناشی از آن نباشد مسلماً متصدی حمل و نقل در قبال آن مسئول است. لکن این مسئولیت هنگامی بر وی بارمی شود که متضرر ثابت نماید متصدی حمل و نقل معیارهای معقول و مناسب جهت انتخاب کشتی را رعایت نکرده است .

تکلیف مجزا و مهم دیگر متصدی حمل و نقل در جابجایی محموله‌های خطرناک مراقبت از محموله که اعم از چیدن بار، حمل و نگهداری از این قبیل کالاهاست می باشد. متصدی حمل و نقل مسئول چیدن کالا به نحوی مطلوب و مناسب با ماهیت کالا است. این تکلیف نیز غیرقابل واگذاری و توکیل به غیر است لکن این خصیصه نباید پژوهشگر را فریب داده و تصور نماید که مسئولیت متصدی حمل و نقل در چنین موردی محض یا حتی مفروض است. زیرا هرچند که چنین تکالیفی قائم به شخص وی است اما وی متعهد به اعمال دقت‌های متعارف و معقولی است که در حین بارگیری و آغاز سفر دارد زیرا در غیر این صورت چنانچه منظور مقنن اعمال مسئولیت محض بر متعهد آن بود باید دامنه این تکالیف را تا تخلیه کالا و تحویل آن به مقصد امتداد می داد. اما مسئولیت متصدی حمل و نقل در قبال صاحبان کالاهای عادی که در کنار محموله‌های خطرناک بارگیری شده است نیازی به اثبات تقصیر وی ندارد، چرا که این متصدی حمل و نقل است که جهت کسب منفعت، کالاهای افراد را در موقعیتی خطرناک قرار داده است.

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۰۹

اما در خصوص حمل کالاهای خطرناک شاخص اصلی در تعیین مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل علم یا جهل وی به ماهیت کالای موضوع حمل است. چنانچه متصدی حمل و نقل نسبت به ماهیت خطرناک کالا اطلاعی نداشته باشد قطعاً تعهد وی به تهیه کشتی دارای قابلیت دریانوردی و یا چیدن کالا و مراقبت از آن تغییر کرده و در حد سایر کالاها تقلیل می‌یابد. ضرورت اطلاع متصدی حمل و نقل از ماهیت خطرناک کالا در حدی است که مقررات مربوطه، فرستنده را در صورتی که ماهیت چنین کالایی را به نحو مسلمی برای متصدی حمل و نقل روشن نسازد شخص فرستنده را مسئول جبران خسارات وارده دانسته است.

حتی با در نظر گرفتن نظرات فقها که عموماً مسئولیت متصدی حمل و نقل را به نوعی مسئولیت محض دانسته اند با مذاقه در عبارات ایشان مشخص است که در نهایت مسئولیت وی در برابر فرستنده کالای خطرناک منوط به اثبات تقصیر وی است، و هنگامی در برابر فرستنده کالای خطرناک مسئول جبران خسارت وارد به محموله وی می‌باشد که مدعی اثبات نماید زیان ایجاد شده در اثر تقصیر متصدی حمل و نقل بوده است.

۱۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. اعلانی فرد (دکتر محمدعلی) ، حقوق دریایی (حمل و نقل بین المللی دریایی) ، انتشارات نخل دانش ، چاپ اول ۱۳۸۷
۲. السان (مصطفی) ، تعهد ایمنی متصدی حمل و نقل در قرارداد حمل و نقل کالاهای خطرناک ، پژوهشنامه حمل و نقل، سال پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۳۸۷
۳. ایزانلو (دکتر محسن)، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها ، انتشارات شرکت سهامی انتشار ، چاپ اول ۱۳۸۲
۴. جعفری لنگرودی (دکتر محمد جعفر)، مجموعه محشی قانون مدنی، انتشارات گنج دانش ، چاپ سوم ۱۳۸۷
۵. جلال کمالی (کاپیتان حسین) ، صنعت کشتیرانی ج ۲ - جعبه ای به نام کانئینر ، انتشارات موسسه آموزشی کشتیرانی، چاپ اول
۶. دمرچیلی (دکتر محمد) ، مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی ، رساله برای دریافت درجه دکتری ، دانشگاه تهران ۱۳۸۳
۷. کاتبی (دکتر حسینقلی) ، حقوق تجارت، انتشارات مصور، چاپ چهارم ۱۳۵۳
۸. کاتوزیان (دکتر ناصر) ، حقوق مدنی، جلد اول (الزامات خارج از قرارداد) ، انتشارات دانشگاه تهران ، چاپ هشتم ۱۳۸۷
۹. کاتوزیان (دکتر ناصر) عقود معین، ج اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱
۱۰. کاتوزیان (دکتر ناصر) ، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ یازدهم ۱۳۸۴
۱۱. عرفانی (دکتر محمود)، محشای قانون تجارت، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۸۶

مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل دریایی مواد خطرناک.....۱۱۱

ب- عربی

۱. ابن ادریس، سرائر ج ۲، موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، چاپ دوم ۱۴۱۱ ه.ق
۲. انصاری (شیخ مرتضی) شیخ القضاء و الشهادات، انتشارات باقری قم، چاپ اول ۱۴۱۵ ه.ق
۳. صالح (فهر عبدالعظیم)؛ مسئولیه الناقل البحرى عن السلامه البضائع بين احكام اتفایه هامبورج و القانون المصرى، قابل دسترس در پایگاه: eastlaw.com
۴. طوسی (شیخ محمد بن حسن)، النهایه، چاپ دار الاندلس، بیروت ۱۴۱۰ ه.ق
۵. عاملی (حر)، وسائل الشیعه، ج ۱۹ چاپ مهر چاپ سوم ۱۴۱۴
۶. علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۱ ناشر موسسه آل بیت مشهد، ۱۴۱۴
۷. مفید (محمد بن محمد نعمان)، المقنعه، انتشارات جامعه مدرسین قم، ۱۴۱۰ ه.ق
۸. مکارم شیرازی (آیت الله ناصر) قواعد الفقهیة، چاپ مدرسه امیر المومنان (ع) چاپ سوم ۱۴۱۱

ج- انگلیسی و فرانسه

1. Colinvoux (Raoul), Carver Carriage by Sea , 13th ed. , Stevens & Sons, (1982) Vol.1
2. Guner-Ozbek (Meltem D.), Carriage of Dangerous Goods by Sea , Springer , 2008
3. Hague/Hague Visby convention
4. International Convention for the safety of Life at Sea, (SOLAS), 1974
5. Lloyd's Rep, The Amphion , 2002
6. Nicolas Gaskell, Asariotis, Baatz, Bills of Lading: Law and Contracts, LLP 2000

۱۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

7. Tetley (William) & Brian G. McDonough, Elliott B. Nixon, Marine Cargo Claims , Éditions Y. Blais ,1988
8. Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, Vol. 1, Thomson/West , 2004

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۱۱۳ تا ۱۳۸

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی

محمد هاشم صمدی اهری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۸/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

چکیده

امروزه به کمک پیشرفت‌های چشم‌گیر در زمینه علوم پزشکی، خصوصاً رشد علمی در مورد زنان و زایمان، توان‌مندی‌های خارق‌العاده به دست آمده در علم بیولوژی انسانی و فراهم شدن فنون و تکنیک‌های مختلف مرتبط به توالد و تناسل، موضوع و مشکل ناباروری زنان و عقیم بودن زوجین از طریق تحویل گامت نر و ماده و انتقال آنها به صورت تکلیکی یا ترکیبی (جنینی) با ابزار پزشکی در اغلب کشورها تا حد زیادی حل شده است، و یکی از راه‌های درمان ناباروری زنان نابارور تلقیح جنین اهدایی به رحم این‌گونه زنان به وسیله متخصصان این رشته است. خوشبختانه در نظام حقوقی ایران نیز باتوجه به قانون نحوه اهدای جنین به زنان نابارور مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳ موضوع مزبور حل شده و دریافت گامت از زن و شوهر و تبدیل آن به جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم زنان نابارور که متقاضی دریافت جنین اهدایی هستند، مانع شرعی و قانونی وجود ندارد.

اهدای گامت یا اهدای جنین به زنان نابارور و متقاضی دریافت جنین اهدایی از نظر حقوقی آثار گوناگونی در پی خواهد داشت که از جمله این آثار حقوقی عبارت از حقوق و تکالیفی است که برای زوجین دریافت‌کننده جنین به وجود خواهد آمد و زوجین مکلف خواهند شد حضانت یا نگاه‌داری و تربیت کودک حاصل از جنین دریافتی را عهده‌دار گردند و تأمین هزینه‌ی امرار معاش یا نفقه کودک مزبور تا رسیدن به سن کبر، طبق مقررات برعهده زوجین و سایر اقارب نسبی آنان در حد و چارچوب قانون است. علاوه بر موارد مذکور، روابط حقوقی دیگری نیز به وجود خواهد آمد که عبارتند از: موضوع قرابت نسبی و سببی، ولایت، حرمت نکاح و توارث بین کودک حاصل از اهدای جنین و زوجین دریافت‌کننده جنین و اقارب نسبی آنان.

به علاوه کودک حاصل از جنین اهدایی طبق قانون فرزند زوجین محسوب می‌شود لذا باید از آنان در حد متعارف اطاعت کند و احترام آنان را در حد والدین نگاه دارد و بعد از رسیدن به سن کبر، در صورت نیاز والدین مزبور به شرط تمکن باید نفقه آنان را براساس مقررات مربوط به نفقه اقارب پرداخت کند. که در مقاله شرح آن آمده است.

واژگان کلیدی: ۱- اهدا ۲- جنین ۳- اسپرماتوزیید ۴- تخمک ۵- لانه‌گزینی

* مربی تمام وقت هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی.

مقدمه

امروزه با توسعه و گسترش علم پزشکی و بیولوژی انسانی، موضوع باروری زنان نابارور با وجود اقتضای سن، از طریق اهداء و دریافت جنین حل شده است و دیگر در حال حاضر زوجین نابارور از نداشتن فرزند رنج نخواهند برد و از سرزنش خویشان و نزدیکان و اقارب دور و نزدیک که برخلاف اخلاق و آیین انسانی در زندگی دیگران به اشکال مختلف دخالت می کنند، در امان خواهند بود. ناگفته نماند گاهی مداخله بی جای اقوام، زندگی مشترک زیبای زنان و شوهران را تباه کرده و باعث از هم پاشیدگی و تخریب کانون خانوادگی زن و شوهری که به هم علاقه شدید دارند، خواهد شد و این صفت رذیله افراد مداخله گر گاهی سبب می شود که زن و شوهر نابارور راه انزوا را پیش گرفته و با جامعه و حتی بستگان خود قطع رابطه نمایند و دایم در هراس و وحشت زندگی کنند. البته در جوامع متمدن و پیشرفته جهان چنین موضوعی کمتر و یا به ندرت مطرح خواهد شد ولی متأسفانه در بعضی از جوامع رفتار و گفتار افراد، زندگی خصوصی انسان هایی را که عمل خلافی مرتکب نشده اند، دچار اشکال خواهد کرد که خوشبختانه از طریق اهدا و دریافت جنین امروزه این مشکل تقریباً در اکثر جوامع حل شده است و زن حامله می گردد.

جنین در این بحث عبارت است از ترکیب اسپرماتوزیید مرد با تخمک زن در خارج از رحم به وسیله ابزار پزشکی در آزمایشگاه مخصوص که پس از تکثیر این ترکیب، به ۲ تا ۸ سلولی، قابلیت انتقال به رحم زن دیگر با ابزار خاص پزشکی دارد. جنین در روز دوم بعد از شکل گیری در خارج از رحم، چهار سلولی و روز چهارم هشت سلولی خواهد بود.^۱

۱ محمد مهدی آخوندی، زهره بهجتی و سهیلا عارفی، کتاب مجموعه مقالات، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری چاپ سمت سال ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵، ص ۹ به بعد، خصوصاً صفحه ۲۵.

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۱۵

جنین انتقال یافته به رحم زنی که مستعد پذیرش آن است، لانه‌گزینی کرده و شروع به رشد خواهد کرد و پس از گذارندن دوران تکاملی متولد خواهد شد. البته این‌گونه باروری جنبه معالجه ندارد و با اهداء و تلقیح جنین اهدایی زن حامله خواهد شد.

دریافت جنین اهدایی، مورد توجه بسیاری از زن و شوهرهایی قرار گرفته که عقیم بوده‌اند و مشکل خود را بهتر توانسته‌اند از این طریق حل کنند و بر قبول اطفال بدون سرپرست به عنوان فرزندخواندگی ترجیح داده‌اند؛ زیرا دریافت جنین و حامل شدن از این طریق، مشکلات فرزندخواندگی را نخواهد داشت و رابطه فرزند متولد از جنین اهدایی با دریافت‌کنندگان جنین بسیار عاطفی‌تر و محکم‌تر از رابطه کودکانی است که از طریق فرزندخواندگی وارد زندگی زن و شوهر فاقد فرزند می‌شوند.

در زمینه جواز و عدم جواز اهدای جنین نظرات مختلفی ابراز شده است.

با این که انتقال جنین با ابزار پزشکی جزء مسایل مستحدثه و پدیده‌ی جدیدی است که نص صریح شرعی در این زمینه وجود ندارد، معذک عده‌ای معتقد به عدم جواز انتقال جنین با ابزار پزشکی هستند^۱ و برای اثبات نظر خود به آیات و روایاتی استناد کرده‌اند که از جمله آیات استنادی آیه ۳۰ سوره نور است که می‌فرماید: «ای پیغمبر بر مردهای مؤمن بگو چشمان خود را از نگاه ناروا و گناه آلود بپوشانند و فروج و اندامشان را از کار زشت با زنان محفوظ بدارند که این اقدام برای پاکیزگی (جسم و جان) شما اصلح و بهتر است، البته خداوند بر اعمالی که انجام می‌دهید کاملاً آگاه است».^۲

آیه ۳۱ همین سوره می‌فرماید: «ای پیغمبر به زنان با ایمان بگو که چشم‌های خود را از نگاه ناروا و گناه آلود بپوشانند و فروج و اندامشان را از عمل زشت محفوظ دارند و

۱. به نقل از کتاب بررسی تطبیقی حقوق خانواده، جمعی از نویسندگان، چاپ سال ۱۳۸۳، دانشگاه تهران ص ۴۲۸ و ۴۲۹.

۲. قل للمؤمنین یغضوا من ابصارهم و یحفظوا فروجهم، ذلک ازکی لهم ان الله خبیر بما یصنعون

۱۱۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

زینت و آرایش خود را غیر از آن چه قهراً ظاهر می شود بر بیگانه آشکار نسازند و نشان ندهند ...»^۱ و همچنین به آیات ۱، ۵، ۶ و ۷ سوره مؤمنون استناد می نمایند که به طور خلاصه چنین است «افراد مؤمن که به تکالیف خود عمل می کنند، یقیناً به رستگاری رسیده اند و افراد مؤمن، فروج و اندامشان را از عمل حرام نگاه می دارند و اندام تناسلی خود را محافظت می کنند مگر به همسران خود»^۲.

از جمله حدیث استنادی آنان خبر علی بن سالم از امام صادق (ع) است که فرمودند: قرار دادن نطفه مردی در رحم زنی که بر او حرام است گناه بزرگی است و از قول پیغمبر اسلام نقل شده است اگر کسی نطفه خود را در رحم زنی که بر انسان حرام است قرار دهد، گناه بزرگی محسوب می شود و علمای شیعه و سنی نیز چنین اقدامی را جایز ندانسته و آن را خلاف نظم روابط جنسی و اخلاق دانسته اند.^۳

در زمینه جواز انتقال جنین بر رحم زن ثالث به دلایل زیر می توان استناد کرد:

۱- قاعده کلی حقوقی - طبق قواعد کلی حقوقی، اقدامات مخل نظم عمومی و

اخلاق حسنه ممنوع است و چون انتقال جنین اهدایی به رحم زن نابارور نه خلاف اخلاق حسنه است و نه موجب اختلال در نظم جامعه خواهد بود و حکم صریحی در این زمینه در حقوق اسلام پیش بینی نشده و قانوناً نیز ممنوع نیست. (قانون نحوه اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲)

۲- اصل برائت - در صورتی که مشخص نباشد که عملی صریحاً از نظر شرعی

حرام یا از جهت حقوقی ممنوع است، اصل بر برائت است.^۴

۱. قل للمؤمنات یغضضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن و لایبدین زینتهن الا ما ظهر منها ...
۲. قد افلح المؤمنون والذین هم لفروجهم حافظون، الا علی ا زواجهم او ما ملکت ایمانهم فانهم غیر ملومین، فمن ابتغی وراء ذلک فاولئک هم العادون، همان منبع.
۳. تألیف امامی، اسداله، کتاب مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، امامی، چاپ ۱۳۴۹ امیری و ۱۳۹۲، چاپ نشر میزان تغییر جنسیت.
۴. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، محمد، ترمینولوژی، حقوق، وسیط، مبسوط، ش ۳۶۳، ۳۷۷، ۱۵۳۱ کلمه
اصل واصله البرائه

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۱۷

۳- اصل اباحه - در صورتی که تردید شود اقدامی مباح است یا حرام و نص صریحی بر حرمت نباشد، اصل اباحه جاری می‌شود که در انتقال جنین اهدایی به رحم متقاضی جنین نیز اصل اباحه جاری است.

۴- اصل حلیت - اگر تردید شود که اقدامی شرعاً حلال است یا حرام، اصل حلیت جاری خواهد شد.

۵- اصل صحت - هرگاه مسلم نباشد عملی یا اقدامی باطل و غیرقانونی یا غیرشرعی است، باید آن عمل را محمول صحت کرد.

اصل صحت ضامن حقوق و آزادی‌های مردم در برابر قدرت حاکمه مخصوصاً قوه مجریه است. بنابراین انتقال جنین اهدایی به رحم زن نابارور که خواهان دریافت جنین است، اقدامی باطل نیست و زنا نیز در این گونه موارد مصداق ندارد، چون واقعه‌ای صورت نمی‌گیرد تا صاحبان گامت و دریافت‌کنندگان آن مرتکب عمل حرام و باطل قلمداد گردند بنابراین اقدام مزبور شرعاً و قانوناً صحیح و معتبر خواهد بود و قانون مصوب ۱۳۸۲ نیز مؤید صحت این اقدام خواهد بود.

با وجود نظرات متفاوتی که از جهت شرعی ابراز شده و عده‌ای همان‌طور که قبلاً اشاره شد این اقدام را برخلاف فطرت و شرع دانسته‌اند، به علت نیاز مبرمی که جامعه در زمینه اهدا و دریافت جنین احساس کرده است در سال ۱۳۸۲ قانون نحوه اهدای جنین به زنان نابارور به تصویب قوه مقننه رسیده و مورد تأیید شورای نگهبان نیز قرار گرفته است و آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز در سال ۱۳۸۳ به تصویب رسیده است.

در این مقاله با توجه به ضوابط شرعی و قانون و آیین‌نامه اهدای جنین به بررسی حقوق و تکالیف فرزند ناشی از جنین از قبیل رابطه نسبی و قرابت خونی کودک با زوجین دریافت‌کننده جنین و حرمت نکاح بین آنان و حضانت یا نگاه‌داری و تربیت کودک و تأمین هزینه حضانت و تکلیف انفاق و اخذ سند هویت یا شناسنامه برای کودک و استفاده وی از نام خانوادگی رئیس خانواده یا پدر ظاهری و توارث و تکلیف

۱۱۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

کودک مبنی بر اطاعت از والدین و احترام به آنان، به شرح مباحث آتی خواهیم پرداخت.

مبحث یکم - رابطه‌ی نسبی کودک ناشی از اهدای جنین

در به وجود آمدن طفل از جنین اهدایی سه عامل اساسی نقش دارد و این سه عامل عبارتند از: ۱- اسپرماتوزیید ۲- تخمک ۳- رحم محل رشد جنین. ممکن است زن و شوهری به منظور کمک به زن و شوهر نابارور تخمک و اسپرماتوزیید را به یک مؤسسه درمان ناباروری اهدا کنند بدون این که زن و شوهر متقاضی دریافت جنین را بشناسد و یا متقاضیان دریافت جنین از هویت زن و شوهر اهداکننده جنین آگاهی پیدا کنند که در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین مصوب ۱۳۸۳ به این موضوع یعنی عدم شناسایی طرفین تأکید فراوان شده است.

البته زوجین اهداء کننده جنین را در اختیار مؤسسه درمان ناباروری نخواهند گذاشت بلکه اسپرماتوزیید و تخمک را در اختیار مؤسسه قرار می‌دهند و مؤسسه از طریق ابزار پزشکی اسپرم را وارد تخمک کرده و در واقع اقدام به تولید جنین خواهد کرد و پس از تولید جنین و تبدیل شدن به جنین ۲ تا ۸ سلولی آن را با ابزار پزشکی به داخل رحم زن متقاضی دریافت جنین انتقال می‌دهد به طوری که جنین بتواند در زهدان قرار بگیرد و پس از لانه‌گزینی شروع به رشد کند و اگر مؤسسه نتواند جنین ۲ تا ۸ سلولی را به رحم متقاضی انتقال دهد، آن را فریز یا منجمد کرده و در بانک اسپرم نگاهداری می‌کند تا در زن متقاضی آمادگی بیولوژی از طریق اقدامات پزشکی فراهم گردد.

با این ترتیب جنین بدون ورود به رحم و زهدان زن متقاضی به رشد خود ادامه نخواهد داد چون در لوله آزمایش و یا زهدان مصنوعی قرار نمی‌گیرد و در موضوع مورد بحث یک زن که یک موجود طبیعی است جنین را در بدن خود می‌پروراند و با تغذیه از خون خود به رشد کودک کمک می‌کند. حال به بررسی این مطلب می‌پردازیم

که از نظر نسب یا قرابت خونی، این کودک منتسب به کسانی است. به عبارت دیگر پدر و مادر یا مادران این کودک چه کسانی خواهد بود.

۱- پدر کودک کیست؟

آنچه مسلم است شوهر زن صاحب رحم از جهت قرابت خونی رابطه‌ای با کودک ندارد گرچه کودک در کانون خانوادگی او و از زوجه‌اش متولد شده است و ممکن است عرفاً در حکم پدر کودک محسوب گردد ولی در بین فقهاء در موضوع مورد بحث و رابطه نسبی فرزند اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از فقهاء امامیه زمان گذشته و حاضر با توجه به آیات و روایات معتقدند که کودک با صاحب اسپرم قرابت نسبی دارد و در واقع پدر کودک صاحب اسپرم خواهد بود.^۱ از جمله آیات استنادی این عده آیه ۵۴ از سوره فرقان است که فرموده است: «هوآلذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و...» یعنی خداوند انسان را از آب یعنی اسپرم که با تخمک ترکیب می‌شود آفریده و صاحب اسپرم یا تخمک با فرزند قرابت نسبی دارد و همچنین به آیه ۸ از سوره سجده نیز استناد کرده‌اند که فرموده است: «ثم جعل نسله من سلاله من ماء مهین.» یعنی خداوند فرموده‌اند ما نسل انسان را از آب پست و اسپرم قرار داده‌ایم که حاکی از قرابت خونی انسان ناشی از اسپرماتوزئید است. و به روایاتی نیز در تأیید نظر خود استناد کرده‌اند که از جمله آن روایت محمدبن مسلم و روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) است که اگر مردی با زنی جماع کند و زن بلافاصله در اثر مساحقه با دختری اسپرم موجود در بدن خود را به او منتقل کند و دختر حامله شود، فرزند متولد شده از دختر به شوهر آن زن منتسب خواهد بود.^۲ عده‌ای دیگر معتقدند برای انتساب

۱. سیدروح الله، خمینی (ره) تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۲۳، منتظری، حسین علی، احکام پزشکی، ج ۱، صص ۸۸ و ۹۳.

۲. محمدبن حسن، حر عاملی، وسایل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۶۸.

۱۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

طفل به صاحب اسپرم لازم است در اثر نزدیکی زن و مردی فرزندی متولد گردد.^۱ اگر طبق نظر اخیر، صاحب اسپرم با کودک قرابت نسبی نداشته باشد، پس پدر کودک چه کسی است؟ اگر صاحب اسپرم را پدر طفل بدانیم در این صورت پدر کودک تکالیفی نظیر پرداخت نفقه و حضانت و نگهداری کودک را برعهده خواهد داشت و ولایت طفل نیز با وی خواهد بود که البته صاحب اسپرم در زمان اهدای آن به هیچ وجه قصد نداشته صاحب فرزندی از زن دیگر غیر از زوجه خود باشد و اگر در این زمینه پافشاری شود، دیگر هیچ مردی حاضر به اهدای اسپرم به منظور رفع مشکل زن و شوهر نابارور نخواهد شد مضافاً بر این که طبق قانون، صاحب اسپرم و تخمک اهدایی ناشناخته باقی خواهند ماند و کودک از وضع پدید آمده بی اطلاع است لذا نباید از جهت رابطه نسبی سرگردان بماند و از نظر روحی و روانی لطمه ببیند که هم برای چنین فرزندی و هم برای خانواده پذیرنده جنین و هم برای جامعه به شدت زیان آور خواهد بود. به همین دلیل در کشورهای غربی از جمله فرانسه اثبات نسب در این گونه موارد ممنوع شده است.^۲ البته فرهنگ و آداب و رسوم و اخلاق در همه کشورهای جهان یکسان نیست ولی با پذیرش پدیده اهدای جنین و قانونی شدن آن، باید آثار و توالی آن را نیز پذیرفت.

۲- مادر کودک چه کسی است؟

در به وجود آمدن کودک ناشی از اهدای جنین می توان گفت علاوه بر اسپرم، دو عامل دیگر که عبارتند از تخمک و زهدان صاحب رحم نقش اساسی دارند به همین دلیل درخصوص رابطه طفل با مادر نظرات مختلفی عنوان شده است: برخی صاحب تخمک را مادر طفل و بعضی صاحب رحم و عده ای هر دو را مادر کودک می دانند کسانی که معتقدند صاحب تخمک مادر کودک است به ریشه یا اصل متوسل می شوند

۱. سید محسن، حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۸.

۲. بندهای ۱۰ و ۲۰/۲ ماده ۳۱۱ قانون مدنی فرانسه.

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی..... ۱۲۱

و می‌گویند تخمک اصل و ریشه طفل است و رحم یا زهدان محل رشد این ریشه است و نقش غذارسانی را برای تخمک بارور شده ایفا می‌کند.^۱

عده‌ای دیگر صاحب رحم را مادر طفل دانسته و به آیات و روایاتی استناد می‌کنند. از جمله در زمینه مظاهره آیه ۲ سوره مجادله است که می‌فرماید: مادر هرکس زنی است که او را زاییده است.^۲ و در باب احسان به والدین به آیه ۱۵ سوره احقاف که فرموده است: مادر کسی است که بچه‌ای را با مشقت و زحمت در رحم پرورش می‌دهد و با مشقت فراوان او را می‌زاید^۳ و به آیات دیگری برای اثبات نظر خود متوسل شده‌اند و به روایتی از ابن ابی یغفور و روایتی دیگر از امام صادق (ع) نیز استناد کرده‌اند و به استناد این روایات که عنوان شده است اگر زنی به بچه‌ای پانزده بار متوالی تحت شرایطی شیر بدهد مادر کودک محسوب است، به طریق اولی زنی که جنین را تا مرحله تکامل و تبدیل به نوزاد شدن در بدن خود پرورش داده و گوشت و استخوان و تمامی اعضای بدن وی از خون و مواد غذایی بدن این زن تشکیل شده، مادر نوزاد محسوب خواهد شد.^۴ در خصوص انتقال جنین به رحم زن دیگر و مادر تلقی شدن صاحب رحم ممکن است چنین استدلال شود که جنین به عنوان معد تلقی می‌شود و دریافت کننده جنین و زهدان و عوامل درونی صاحب رحم، علت تامه یا جزء اخیر علت تامه محسوب می‌گردد و علت تامه اقوی بر معد یا سایر علل پدیدآورنده نوزاد است لذا مادر نوزاد صاحب رحم خواهد بود^۵ و در نظر شارع نیز با توجه به مفاهیم عرفی، مادر کسی است که کودک را در بدن خود پرورش می‌دهد. البته استناد به آیاتی

۱. کتاب اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، جمعی از نویسندگان، چاپ ۱۳۸۵ سمت، ص ۲۴۶.

۲. الذین یظاهرون منکم من نساہم ما هن امہاتہم، ان امہاتہم الا اللائی ولد نہم

۳. و وصینا الانسان بوالدیه احساناً حملته امه کرها و وضعته کرهاً

۴. سیدابوالقاسم، خوئی، المسائل الشریعه، ج ۲، ص ۳۲۰.

۵. محمد علی، اراکی، استفتاآت، ص ۲۵۰ و ۲۵۱.

۱۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

نظیر آیه مربوط به مظاهره خالی از مناقشه نیست و می‌تواند عنوان شود که آیات استنادی چندان ارتباطی به موضوع بحث و تعیین مادر در انتقال جنین ندارد.^۱ عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که طفل حاصل از جنین اهدایی دارای دو مادر است که یکی از مادران صاحب تخمک و مادر دیگر صاحب رحم خواهد بود و نظریه دو مادر داشتن کودک مورد نظر دور از ذهن در حقوق اسلام نیست زیرا علاوه بر مادر اصلی، مادر رضاعی نیز مادر تلقی شده است هرچند از جهت آثار حقوقی این دو مادر با هم تفاوت خواهند داشت و در موضوع بحث که صاحب رحم در رشد جنین نقشی بسیار کامل‌تر و بیشتر از مادر رضاعی دارد، مادر کودک محسوب خواهد شد.^۲ همان‌طور که اشاره شد، صاحبان و اهداکنندگان اسپرم و تخمک قصد ندارند که در آینده پدر و مادر فرزندی گردند که از ترکیب اسپرم و تخمک آنان جنین شکل گرفته و به زن و شوهر متقاضی دریافت جنین، اهدا گردیده و در رحم زن دریافت‌کننده جنین رشد کرده و پس از گذراندن دوران تکمیلی به صورت نوزاد متولد می‌گردد. اهداکنندگان گامت یا اسپرم و تخمک به منظور رفع نیاز زوجین نابارور در فرایند باروری اینگونه افراد، گامت خود را در اختیار مؤسسات درمان ناباروری قرار می‌دهند و در واقع از آن اعراض کرده‌اند و مؤسسات با ترکیب اسپرم و تخمک اهدایی اقدام به تشکیل جنین کرده‌اند و با ابزار خاص پزشکی وارد رحم متقاضیان دریافت جنین کرده تا بارور و صاحب فرزند شوند با این ترتیب موضوع پدر و مادر ژنتیکی منتفی است و زوجین اهداکننده گامت هیچ‌گونه حقی از بابت رابطه نسبی برای خود قایل نیستند و زوجین دریافت‌کننده جنین به قصد فرزنددار شدن، متقاضی دریافت جنین هستند و اراده آنان بر این امر تعلق گرفته است و لاغیر. با این ترتیب طفل متولد شده از طریق

۱. سید صادق، روحانی، مجله انتقال جنین و گامت در درمان ناباروری، صص ۳۳۲ تا ۳۴۵ و ص ۲۳۲.
۲. سیدمحمدحسن، رضوی، فقه الطب، بیروت، سال ۱۳۲۳ قمری، ص ۸۸؛ اراکی همان منبع؛ صص ۲۵ و ۲۵۱؛ موسوی اردبیلی، مجله اهدای گامت و ... ص ۲۴۸؛ سیستانی، سیدعلی، المسائل المنتخبه، قم، ۱۴۲۳ قمری، ص ۵۳۳.

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۲۳

دریافت جنین اهدایی با زوجین پذیرنده جنین نسبت و قرابت قانونی دارند و نسب طبیعی با نسب شرعی و قانونی لازم نیست همیشه مطابقت داشته باشد زیرا در حقوق اسلام عنوان شده است ولد ناشی از زنا ملحق به زانی نمی‌شود به عبارت دیگر نسب طبیعی لاجرم نسب شرعی و قانونی نخواهد بود و ملازمه عقلی چنین نیست که نسب طبیعی نسب شرعی و قانونی باشد و در موضوع مورد بحث نیز نسب طبیعی ممکن است با نسب قانونی تفاوت داشته باشد که در این صورت نسب قانونی اعتبار خواهد داشت.

با پذیرش این نظر که مورد تأیید عده بسیاری از فقها^۱ و مورد پذیرش قانون‌گذار است^۲ دیگر جای بحثی برای دو پدر و دو مادر داشتن کودک باقی نخواهد ماند و برای صاحبان اسپرم و تخمک نیز از جهت قرابت نسبی جایگاهی وجود ندارد و چنین کودکی ملحق به زوجین دریافت‌کننده جنین خواهد شد و بسیاری از آثار حقوقی بین زوجین مزبور و کودک متولد شده، در چارچوب فرزند و ابویین برقرار می‌گردد که مصلحت خانواده، والدین فعلی و طفل و مصالح جامعه نیز تأمین خواهد شد.

مبحث دوم - حضانت و نگهداری کودک

نوزاد انسان موجود ضعیفی است که تا مدت مدیدی نیاز به حفاظت و نگهداری از نظر جسمی و روانی دارد. حضانت در واقع به معنای حفاظت و نگهداری طفل تا رسیدن به سنی است که خود قادر به زندگی مستقل باشد و معمولاً انسان وقتی به سن کبر برسد اصولاً قادر است به طور مستقل زندگی کند. در نظام حقوقی ایران و در حقوق اسلام نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین و سرپرستان است. البته ماده ۱۱۶۸ ق.م ایران هم در این زمینه عنوان کرده است که: «نگاهداری اطفال هم حق و هم

۱. محمد حسن، نجفی، جواهرالکلام، ج ۴، ص ۳۹۸؛ صانعی، یوسف، استفتاآت پزشکی، ص ۶۶.

۲. قانون مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳.

۱۲۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تکلیف ابوین است». چون معمولاً و اصولاً وقتی نوزادی متولد می‌گردد، دارای والدین است ولی ممکن است کودک بعد از ولادت مادر خود را از دست بدهد و همچنین از نعمت داشتن پدر نیز قبل از ولادت یا بعد از ولادت محروم گردد که در این صورت افراد دیگری نظیر اجداد پدری و مادری یا قیم تکلیف نگاهداری کودک را برعهده خواهند داشت.

در مورد حضانت فرزندان حاصل از جنین اهدایی در ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ تعیین تکلیف شده و حق و تکلیف حضانت جنین نوزادی برعهده زوجین دریافت‌کننده جنین است و واگذاری این حق و تکلیف که خاص والدین به صورت طبیعی است به زوجین پذیرنده جنین اهدایی حاکی از آن است که رابطه فرزند مزبور با زوجین اشاره شده، رابطه نسبی قانونی یا در حکم نسب است و نظر کسانی که دو مادر برای کودک قایلند حداقل از نظر آثار حقوقی مشکل آفرین است و مصلحت کودک و خانواده وی و جامعه نیز با نظر این گروه به خطر خواهد افتاد. ضمناً صاحبان اسپرم و تخمک اهدایی هرگز قصد ایجاد حق و تکلیف برای خود نداشته‌اند و ناشناس باقی خواهند ماند. باین ترتیب زوجین پذیرنده جنین اهدایی همان حقوق و تکالیف عنوان شده در ماده ۱۱۶۸ ق.م. را دارند و امتناع آنان از انجام تکلیف موجب ایجاد مسئولیت مدنی و کیفری خواهد بود. البته در واقع و نفس الامر رابطه نسبی صاحبان جنینی با کودک منتفی نیست.

حقوق و تکالیف حضانت، نگاه‌داری و تربیت کودک را باتوجه به مواد ۱۱۷۳ و ۱۱۷۵ قانون مدنی ایران، نمی‌توان از زوجین پذیرنده جنین سلب کرد مگر این‌که در اثر انحطاط اخلاقی زوجین یا مسامحه آنان در حضانت کودک، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر قرار گیرد. که در این صورت، طبق حکم دادگاه صلاحیت‌دار که دادگاه خانواده محل اقامت کودک است، حق حضانت از آنان یا یکی از آنان سلب خواهد شد. البته اعتیاد زیان‌آور به الکل، اعتیاد به مواد مخدر و عادت به قماربازی، اشتها به فساد اخلاق و فحشاء، ابتلاء به بیماری‌های روانی و جنون به

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۲۵

تشخیص پزشکی قانونی، سوء استفاده از کودک یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی، مانند فحشاء، تکدی‌گری، قاچاق و تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف و امثال آن، از جمله موجبات سلب صلاحیت زوجین در زمینه نگاه‌داری و تربیت کودک خواهد بود. در مورد حضانت و نگاه‌داری و تربیت کودک، مطالب زیر قابل توجه است:

الف. حضانت کودک در زندگی مشترک زوجین

اگر زوجین باهم زندگی مشترک داشته باشند، حضانت و تربیت کودک با مشارکت آنان انجام خواهد گرفت. ماده ۱۱۰۴ ق.م.می‌گوید: «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند».

ب. حضانت کودک در صورت جدایی زوجین

چنانچه زوجین در اثر طلاق یا فسخ ازدواج از هم جدا شده باشند یا در اثر اختلافات عملاً جدا از هم زندگی کنند، طبق ماده ۱۱۶۹ ق.م.مادر تا سن هفت سالگی در حضانت کودک بر پدر اولویت خواهد داشت؛ زیرا کودک در سنین پایین و تا سن هفت سالگی به مادر احتیاج بیشتری دارد و مادر در نگاه‌داری کودک در این سنین مناسب‌تر است. بعد از هفت سالگی نیز در صورت بروز اختلاف بین والدین، نحوه و ترتیب حضانت و نگاه‌داری کودک با رعایت مصلحت وی به تشخیص دادگاه خانواده خواهد بود. نظر به این که نگهداری کودک تکلیف قانونی ناشی از پذیرش و دریافت جنین است، امتناع آنان قانونی نیست.

ج. حضانت کودک در صورت فوت یا ابتلاء به جنون و امثال آن

هرگاه یکی از زوجین فوت شود یا مبتلا به جنون گردد و یا مادر کودک بعد از طلاق یا فوت شوهر، با دیگری ازدواج کند، در این گونه موارد حق حضانت متفی یا سلب خواهد شد. ماده ۱۱۷۰ ق.م.می‌گوید: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او

۱۲۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره‌ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

است مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حضانت با پدر خواهد بود». البته جنون پدر نیز مانند جنون مادر، سبب سلب حضانت است؛ زیرا جنون هر یک از ابویین، صحت جسمانی یا روانی و تربیت اخلاقی طفل را در معرض خطر قرار می‌دهد. البته هرگاه یکی از ابویین فوت شود، حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل باشد و برای کودک قیم تعیین شده باشد، زیرا در حضانت کودک، والدین بر قیم اولویت دارند. (ماده ۱۱۷۱ ق.م.)

هرگاه پدر فوت شود و مادر مبتلا به جنون شده یا شوهر کرده باشد اما جد پدری در قید حیات باشد، چون جد پدری با توجه با مفاد ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲، بر کودک ولایت قهری دارد، حق حضانت این کودک را نیز خواهد داشت.

هرگاه والدین فوت شده یا مجنون گردند یا صلاحیت حضانت کودک از آنان سلب شده باشد و جد پدری نیز زنده نباشد یا قدرت و صلاحیت حضانت کودک را نداشته باشد، تکلیف حضانت کودک بر عهده وصی منصوب از طرف ولی قهری است و در غیر این صورت، تکلیف حضانت بر عهده قیم منصوب از طرف دادگاه خواهد بود و در تعیین قیم نیز اقارب کودک با داشتن صلاحیت بر دیگران مقدم خواهند بود. (مواد ۱۱۸۸، ۱۲۳۲ و ۱۲۳۵ ق.م.)

د. تأثیر کفر در حضانت کودک

هرگاه یکی از زوجین یا هر دو کافر شوند، حق حضانت کودک مسلمان از والدین کافر سلب خواهد شد. در این مورد نص صریحی در قانون مدنی ایران وجود ندارد ولی از ملاک ماده ۱۱۹۲ ق.م. که می‌گوید: «ولی مسلم نمی‌تواند برای مولی علیه خود وصی غیرمسلم معین کند». می‌توان استنباط کرد که کافر حق حضانت کودک مسلمان را نخواهد داشت؛ زیرا تربیت اخلاقی و مذهبی کودک دچار مخاطره خواهد شد و افکار فرد غیرمسلمان در کودک تأثیر عمیق ایجاد خواهد کرد که در سنین بالا به آسانی مرتفع نخواهد شد و العلم فی الصغر کالتنقیح فی الحجر در این خصوص می‌تواند مصداق

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۲۷
پیدا کند. البته غیر از فقهاء امامیه و مذهب شافعی، علماء سایر مذاهب اربعهٔ مسلمان، اسلام را شرط صحت حضانت ندانسته‌اند.^۱

هـ. حضانت و موضوع شیر دادن مادر

در زمینهٔ حضانت طفل، مسأله تغذیه وی در سنین کودکی مخصوصاً تا سن دو سالگی با شیر و خوردن شیر، امر بسیار مهمی است که در واقع غذای اصلی کودک در این سنین شیر است و آنچه قابل بحث است این که آیا مادر در این برهه از زمان به عنوان تکلیف حضانت، وظیفه دارد به بچهٔ خود شیر بدهد یا خیر؟
در فقه امامیه، شیر دادن مادر به کودک جزء تکلیف حضانت وی نیست مگر در صورتی که تغذیهٔ طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد (مادهٔ ۱۱۷۶ ق.م.). البته اگر مادر مایل به شیر دادن به فرزند و بچهٔ خود باشد، شوهر یا مراجع عمومی و قضایی، حق منع او را ندارند مگر این که ثابت شود شیر دادن مادر به بچه ضرر وارد کند.

و. تکلیف تربیت در ضمن نگاه‌داری و حضانت کودک و احترام متقابل

در مورد تربیت کودک مادهٔ ۱۱۷۸ ق.م می‌گوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند».

هرگاه در اثر بی‌توجهی ابوین و زوجین در زمینهٔ تربیت کودک یا مسامحهٔ آنان، طفل به دیگری لطمه و ضرری وارد کند، والدین یا زوجین، مسئولیت اعمال کودک را به عهده خواهند داشت. (مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹). طبق مادهٔ ۱۱۷۷ ق.م می‌گوید: «طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند». البته این احترام متقابل باید باشد و با تنبیه و تأدیب در حدود متعارف

۱. حسین، صفایی، امامی، اسداله، حقوق خانواده، جلد دوم، چاپ دانشگاه تهران سال ۱۳۸۶، چاپ چهارم، ش ۱۲۶، ص ۱۵۹

۱۲۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مذکور در ماده ۱۱۷۹ ق.م در تعارض نخواهد بود. توضیح آن که احکام مربوط به حضانت کودک و احترام متقابل مذکور در موارد اشاره شده، در مورد کودک ناشی از اهدای جنین و دریافت کنندگان جنین، طبق ماده ۳ قانون اهدای جنینی مصوب ۱۳۸۲ اعمال می گردد.

مبحث سوم - نفقه کودک حاصل از جنین اهدایی

طبق ماده ۳ قانون اهدای جنین: «وظایف و تکالیف زوجین گیرنده جنین و طفل متولد شده، از لحاظ نگاهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». ماده ۱۱۹۹ ق.م می گوید: «نفقه اولاد برعهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب؛ در صورت نبودن پدر و اجداد و یا عدم قدرت آنها، نفقه برعهده مادر است. هرگاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب، به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند».

در مورد نفقه کودک حاصل از جنین اهدایی شوهر خانواده و دریافت کننده جنین، همانند پدر واقعی در درجه اول تکلیف دارد که نفقه وی را پرداخت کند و اگر شوهر غایب باشد یا از پرداخت نفقه استنکاف نماید، و الزام وی مبنی بر پرداخت نفقه ممکن نباشد، طبق ماده ۱۲۰۵ اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴، دادگاه می تواند با مطالبه افراد واجب النفقه، به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستنکف، در اختیار آنها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازه دادگاه می تواند نفقه را به عنوان قرض بپردازند و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند.

علاوه بر راهکارهای حقوقی اشاره شده، طبق ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی: «هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد، یا از تأدیه نفقه سایر

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۲۹

اشخاص واجب‌النفقة امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید». در موضوع مورد بحث این سؤال قابل طرح است که آیا ترتیب تکلیف انفاق مذکور در ماده ۱۱۹۹ ق.م.رعايت خواهد شد یا این که تکلیف انفاق منحصر به زوجین خانواده پذیرنده جنین اهدایی است. ممکن است گفته شود ترتیبی که در ماده ۱۱۹۹ ق.م. پیش‌بینی شده ناظر بر نفقه اولاد واقعی است نه فرزندی که از راه دریافت جنین متولد شده و شوهر خانواده پدر چنین فرزندی نیست ولی این طرز تفکر به نظر مخدوش است زیرا ماده ۳ قانون اهدای جنین صریحاً عنوان کرده است که از نظر تکلیف انفاق شوهر خانواده پدر قانونی کودک محسوب می‌شود لذا ترتیب تکلیف انفاق به کودک مذکور در ماده ۱۱۹۹ ق.م. در موضوع بحث، وجود دارد و تردیدی در این زمینه قابل تصور نیست از طرفی دیگر کودک حاصل از جنین اهدایی که در ایجاد خود نقش نداشته و به موجب قانون چنین فرزندی متولد شده و باید زنده بماند و نیاز به دریافت نفقه از خانواده دریافت‌کننده جنین و اقارب قانونی آنان دارد و مطالبه نفقه از آنان جزء حقوق قانونی وی محسوب خواهد شد. اضافه می‌نماید که نفقه طبق ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی عبارتست از مسکن، البسه، غذا، اثاث‌البیت و سایر نیازهای فرزند نظیر معالجه امراض، تهیه دارو و درمان و غیره در حد رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق و ندار بدون منفق‌علیه که در این مورد نیز مقررات مواد ۱۱۹۶ به بعد در این زمینه قابل اجرا خواهد بود.

مبحث چهارم - اخذ شناسنامه برای کودک حاصل از جنین اهدایی

در نظام حقوقی ایران با توجه به مواد ۱۲ به بعد قانون ثبت احوال، ولادت اطفال باید به اداره ثبت احوال اعلام گردد و پس از ثبت ولادت در اسناد سجلی باید برای کودک ایرانی شناسنامه صادر گردد. ثبت ولادت در حقوق ایران اجباری است و طبق ماده ۱۶ قانون ثبت احوال وظیفه اعلام ولادت طفل به عهده پدر یا جد پدری است که

۱۳۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

در این زمینه، شوهر خانواده دریافت‌کننده جنین، پدر قانونی کودک است و پدر این مرد نیز جد پدری قانونی محسوب است لذا این افراد وظیفه اعلام ولادت و اخذ شناسنامه دارند ولی اگر زوج غایب باشد یا جد پدری غایب بوده یا فوت شده باشد یا به هر علتی قادر به انجام این تکلیف نباشند یا از اعلام ولادت و اخذ شناسنامه امتناع کنند، مادر یعنی زنی که نوزاد از او متولد شده موظف به اعلام ولادت و اخذ شناسنامه خواهد بود. در شناسنامه نام شوهر به عنوان پدر و نام زن به عنوان مادر و نام خانوادگی شوهر، به عنوان نام خانوادگی کودک درج و شناسنامه صادره به متقاضی تسلیم می‌گردد. البته اگر مشخص باشد نوزاد حاصل جنین اهدایی است به نظر می‌رسد باید مراتب در اسناد سجلی قید و به امضا متقاضی و مأمور ثبت احوال برسد. ممکن است به علت مخفی ماندن موضوع حقیقت مشخص نگردد که در این صورت شناسنامه معمولی صادر و تسلیم خواهد شد ولی مدارک حاکی از ولادت نوزاد باید به پیوست درخواست گردد.

مبحث پنجم - رابطه کودک حاصل از جنین اهدایی با زوجین از

جهت حرمت ازدواج

آن چه در این مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که آیا کودک حاصل از جنین اهدایی با زوجین از جهت حرمت ازدواج جزء محارم هستند و نمی‌توانند با هم ازدواج کنند یا این که از این جهت با هم بیگانه‌اند و حق ازدواج با هم دارند. به طور مثال اگر کودک حاصل از جنین اهدایی دختر باشد، شوهر زن دریافت‌کننده جنین می‌تواند با این دختر ازدواج کند یا خیر؟ و همچنین اگر نوزاد پسر باشد با زنی که او را به دنیا آورده است حق ازدواج دارد یا خیر؟ علت طرح مسأله این است که نوزاد از نظر ژنتیکی رابطه‌ای با زوجین دریافت‌کننده جنین ندارد و ممکن است این توهم پیش آید که از محارم نباشند ولی با توجه به مطالب زیر ازدواج بین آنها ممنوع است:

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۳۱

الف - حرمت ازدواج شوهر با دختر حاصل از جنین اهدایی

شوهر خانواده به دلایل زیر حق ازدواج با دختر حاصل از جنین اهدایی ممنوع است:

اولاً- طبق مستفاد از ماده ۳ قانون اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲ زوج خانواده دریافت‌کننده جنین پدر قانونی طفل است زیرا تکالیف پدر را قانونگذار برای زوج شناخته است و با قیم یا سرپرست فرزندخوانده قابل مقایسه نیست. ثانیاً - به فرض که شوهر این خانواده را پدر کودک ندانیم، دختر متولد شده از همسرش فرزند این زن محسوب می‌شود زیرا، کودک در رحم وی رشد کرده و از وی متولد شده است و یا در حکم فرزند رضاعی مشارالیها است با این ترتیب دختر مزبور ربیبه یعنی دختر همسر آن مرد است لذا ازدواج با ربیبه ممنوع است و ربیبه از جهت حرمت نکاح همانند دختر خود آن مرد است که شرعاً و قانوناً نمی‌تواند با او ازدواج کند. البته همیشه ممنوعیت نکاح با محرمیت اصطلاحی تلازم عقلی ندارد ولی در این مسأله ربیبه مثل دختر شوهر می‌شود.

ب - حرمت ازدواج زوجه با پسر حاصل از جنین اهدایی

جای تردیدی نیست که زن حامل از دریافت جنین اهدایی مادر فرزند حاصل از این جنین است و با این که صاحب تخمک مادر ژنتیکی کودک است، زنی که جنین را در بدن خود پرورش داده و وضع حمل کرده است نیز مادر کودک محسوب است و کودک از خون این مادر تغذیه و رشد کرده است بنابراین طبق ضوابط قانونی و شرعی ازدواج بین آنها ممنوع است و اگر این زن بعداً صاحب فرزند دیگری از هر طریقی شود، برادر یا خواهر کودک حاصل از جنین اهدایی است و دختر بعدی آن زن، جزء محارم پسر قبلی است و ازدواج بین آنها ممنوع است و با سایر اقارب زن نیز در محدوده قانونی و شرعی جزء محارم محسوب و ازدواج با محارم ممنوع است. زیرا وقتی فرزند رضاعی که طبق ضوابط قانونی و شرعی از شیر زنی به مقدار شرعی در

۱۳۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

سن معین یعنی قبل از دو سالگی تغذیه کرده مانند فرزند طبیعی از محارم آن محسوب می‌شود، به طریق اولی، فرزند ناشی از اهدای جنین از محارم زن دریافت‌کننده و پرورش دهنده جنین خواهد بود.

مبحث ششم - رابطه بین فرزند حاصل از جنین اهدایی و زوجین پذیرنده از جهت توارث

در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن حکمی در زمینه توارث بین فرزند حاصل از جنین و زوجین پذیرنده جنین، وجود ندارد.

در نظام حقوقی ایران با الهام از حقوق اسلام، طبق ماده ۸۶۱ ق.م عنوان شده است که موجبات ارث سبب است و نسب. در ماده ۸۶۲ این قانون کسانی که بر نسب ارث می‌برند مشخص شده است و در ماده ۸۶۴ قانون مدنی عنوان شده است: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد».

مسئله قابل توجه این است که فرزند حاصل از جنین اهدایی از زوجین پذیرنده جنین، ارث خواهد برد، یا خیر؟ اگر توارث بین آنان وجود دارد، مستند قانونی این نظر چیست؟ و اگر توارث بین آنان وجود ندارد، فرزند مزبور از چه کسانی ارث می‌برد؟ اگر عنوان شود که کودک از صاحبان گامت ارث خواهد برد،^۱ در پاسخ گفته می‌شود: اولاً هویت و مشخصات این افراد مخفی خواهد ماند و کودک قادر به شناسایی آنان نخواهد بود. ثانیاً به فرض این فرد قادر به شناسایی صاحبان گامت باشد و این افراد نیز زنده باشند، صاحبان گامت، قصد ایجاد حق برای جنین اهدایی نداشته‌اند و در واقع گامت را برای رفع مشکلات خانوادگی افراد نابارور، به آنان اهدا کرده و از امتیاز خود

۱. سیستانی، پیشین، ص ۵۳۳، منتظری، همان منبع، ج ۱، ص ۴۲۷.

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۳۳

در مورد گامت اهدایی، اعراض کرده‌اند بنابراین هیچ حق یا تکلیفی در مورد جنین اهدایی برای خود یا گامت تصور نکرده‌اند و فرزند حاصل از جنین اهدایی از صاحبان گامت ارث نخواهد برد. گرچه نظر دیگری هم قابل ابراز است که به آن اشاره شده است.

با توجه به سابقه تاریخی ارث و توارث و با توجه به این که در صدر اسلام قرارداد توارث یا عقد موالات وجود داشته و دو نفر توافق می‌کردند و قرارداد می‌بستند و می‌گفتند خون من خون تو و ذمه من ذمه تو، مال من مال تو است و من ترا کمک می‌کنم و ترا یاری می‌دهم در مقابل تو هم مرا یاری کن و به من کمک کن، من از تو ارث ببرم و تو در مقابل از من ارث ببری و این قرارداد توأم با سوگند بود و به موجب این قرارداد متعاهدین از یکدیگر ارث می‌بردند و در این زمینه در قرآن کریم و در آیه ۳۳ سوره نساء نیز آمده است: «ولکل جعلنا موالی مما ترک الوالدان و الا قریون والذین عقدت ایمانکم فآتوهم نصیبهم». که در این آیه اشاره به عقد موالات شده است و قراردادهای دیگری نظیر قرارداد ضمان جرئیه و امثال آن نیز وجود داشته است بنابراین می‌توان گفت ارث با توافق یا با اراده مورث امکان‌پذیر است و چون در قانون اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲ و آیین نامه اجرایی آن حکم صریحی در این زمینه وجود ندارد، می‌توان گفت با پذیرش جنین اهدایی، قصد برقراری توارث وجود دارد و این استنباط به مصلحت کودک، خانواده و جامعه نزدیک‌تر است چون با این ترتیب فرزند حاصل از جنین اهدایی از سرگردانی و مشکلات مالی نجات خواهد یافت و نیاز نیست که به دنبال صاحبان گامت ناشناس بگردد و با وجود این که در خانواده مرفه یا در خانواده مطلوب رشد کرده، گرفتار نا امنی اقتصادی شود و از جهت معنوی نیز لطمه ببیند.^۱

۱. اسدالله، امامی، مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، چاپ ۱۳۹۲ نشر میزان، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ارث، گنج دانش سال ۱۳۶۳، ص ۱۴ و ۱۵؛ مفتاح‌الکرامه، ج ۸، ص ۵.

۱۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

مبحث هفتم - استفاده از نام خانوادگی رئیس خانواده دریافت کننده

جنین

فرزند حاصل از جنین اهدایی باید علاوه بر نام کوچک طبق ماده ۹۹۷ قانون مدنی دارای نام خانوادگی باشد و طبق تبصره ماده ۴۱ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ نام خانوادگی فرزند همان نام خانوادگی پدر خواهد بود. همان طور که گفته شد، زوجین پذیرنده جنین اهدایی از دیدگاه قانون والدین کودک حاصل از جنین اهدایی هستند بنابراین نام خانوادگی این فرزند نام خانوادگی زوج خواهد بود و نباید نام خانوادگی دیگری در شناسنامه صادره درج گردد. برخورداری کودک از نام خانوادگی زوج خانواده که از نظر قانون پدر این فرزند محسوب است یکی از آثار حقوقی ناشی از دریافت جنین از طرف خانواده نابارور است و سند ولادت صادره برای کودک مزبور طبق ماده ۹۹۹ ق.م.سند رسمی محسوب خواهد بود. البته اثبات خلاف مفاد سند ولادت در صورتی مستلزم ادعای جعل است که مربوط به اعلام و احراز مأمور رسمی باشد. اثبات خلاف اظهاری که به مأمور ثبت احوال، شده نیازی به ادعای جعل ندارد و با شهادت شهود نیز اثبات می شود.

علاوه بر برخورداری کودک از نام خانوادگی شوهر خانواده پذیرنده جنین، کودک از نظر اقامتگاه و تابعیت و ولایت نیز از امتیاز یک فرزند حاصل از اسپرم شوهر و حامله شدن زن از طریق موافقه یا تلقیح مصنوعی برخوردار خواهد شد و برای نگاهداری وی و حفاظت از اموال او نیاز به نصب قیم ندارد و به موجب قانون چنین فرزندی دارای ولی قانونی است که می توان پدر کسی که برای فرزنددار شدن با موافقت زوجه خود، اقدام به پذیرش جنین اهدایی کرده است به عنوان جد پدری قانونی بر چنین کودکی ولایت دارد.

مبحث هشتم - نتیجه گیری و پیشنهادها

موضوع ناباروری زوجین در جامعه ایران یکی از معضلات و مشکلات بسیاری از این گونه خانواده‌های عقیم است و گاهی با وجود این که زن و شوهر فوق‌العاده به هم علاقه دارند و از زندگی مشترک راضی هستند از نداشتن فرزند نیز رنج می‌برند و ممکن است منجر به جدایی زوجین گردد.

علم پزشکی در حال حاضر توسعه فراوانی کرده و این دانش خدمات ارزنده‌ای به زنان و مردان نابارور ارائه نموده است که از جمله این خدمات را می‌توان لقاح مصنوعی جنین به زنان نابارور در سنین خاص و حامل کردن آنان نام برد.

در کشور ایران همانند بسیاری از کشورهای جهان، مؤسسات درمان ناباروری با مجوز خاص وزارت بهداشت و درمان تأسیس شده و در این زمینه متخصصان امور زنان و متخصصان رشته بیولوژی انسانی تلاش دارند تا مشکلات نازایی را حل کرده و شادی و شادکامی را به زنان و شوهران نابارور برگردانند.

بسیاری از این گونه خانواده‌ها روش درمان مزبور را بر قبول و پذیرش اطفال بدون سرپرست به عنوان فرزندخوانده ترجیح می‌دهند یعنی روش درمان اشاره شده را بر قبول فرزند خوانده و گرفتن کودک از سازمان بهزیستی و پرورشگاه‌ها ترجیح می‌دهند. با وجود اختلاف نظر درخصوص جواز و حرمت درمان ناباروری از طریق انتقال جنین آزمایشگاهی به بدن زنان عقیم به علت نیاز مبرم جامعه، قانونی در سال ۱۳۸۲ تحت عنوان قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به تصویب قوه مقننه رسید و مورد تأیید شورای نگهبان نیز قرار گرفت و آیین‌نامه اجرایی آن نیز در سال ۱۳۸۳ به تصویب هیأت دولت رسیده و مؤسسات پزشکی درمان ناباروری تحت شرایط خاص قانونی مجاز به دریافت گامت از زوجین اهداکننده شده‌اند تا با تشکیل جنین از ترکیب اسپرم با تخمک و آماده‌سازی جنین و آماده‌سازی بدن زنان نابارور نسبت به انتقال جنین به کمک ابزار پزشکی زنان مزبور را بارور نمایند و تا جایی که بررسی شده

۱۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

این گونه اقدامات با موفقیت در این مؤسسات صورت می گیرد و خدمت ارزنده ای به خانواده ها شده و از متلاشی شدن خانواده های عقیم جلوگیری به عمل آمده است. البته قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور بسیار مختصر و ناقص است که شاید مصلحت زمان تصویب قانون مزبور در اختصار بوده و اگر قانون به تفصیل حقوق و تکالیف ناشی از باروری مذکور و آثار حقوقی کامل آن را عنوان می کرد، در قوه مقننه و یا در شورای نگهبان به اشکال برمی خورد و به تصویب نمی رسید. پیشنهادات اساسی در این مقاله این است که اولاً در قانون مصوب بازنگری شود تا نواقص و ابهامات آن مرتفع گردد.

ثانیاً چون آیین نامه نمی تواند قانون گذاری کند، بسیاری از مواردی که در آیین نامه پیش بینی شده، باید به قانون تبدیل شود. از جمله این مواد عبارتند از مواد ۵ و ۶ و ۱۰ آیین نامه مربوط به تکالیف و وظایف مراکز مجاز درمان ناباروری و عدم افشای اطلاعات مربوط به درمان نازایی و امثال آن که جایگاه مفاد مواد مزبور در قانون است نه آیین نامه اجرایی قانون مزبور.

ثالثاً حقوق و تکالیف زوجین در برابر فرزند حاصل از جنین اهدایی و برعکس بسیار ناقص است و به مصلحت خانواده ها، کودکان ناشی از جنین اهدایی و جامعه است که تمامی حقوقی والدین و فرزند واقعی برای این گونه موارد در قانون تصریح گردد تا در عمل خانواده ها و فرزندان مزبور به مشکل برخورد نکنند که به بعضی از موارد و مصادیق آن در متن مقاله اشاره شده است.

حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی.....۱۳۷

منابع و مأخذ:

۱. اراکی، محمدعلی، استفتاآت، قم، بی تا
۲. امامی، اسداله، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، نشر امیری، چاپ ۱۳۴۹
۳. امامی، اسداله، مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت، نشر ۱۳۹۲، میزان
۴. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا
۵. آیین نامه اجرایی قانونی نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، وسیط، مبسوط، چاپ گنج دانش، بی تا
۷. حکیم، سدمحسن، منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ ۱۹۸۰، بی جا و بی تا
۸. حر عاملی، محمدبن اسحق، وسایل الشیعه، ج ۲۸، چاپ بیروت، بی تا
۹. خویی، سیدابوالقاسم، المسائل الشرعیه، ج ۲، بی تا و بی جا
۱۰. رضوی، سیدمحمدحسن، فقه الطب، چاپ بیروت، سال ۱۳۲۳ قمری
۱۱. روحانی، مجله انتقال جنین و گامت در درمان ناباروری، چاپ ۱۳۸۵، سمت
۱۲. سیستانی، سیدعلی، المسائل المنتخبه، دفتر انتشارات اسلامی، قم ۱۳۷۹، ج ۱
۱۳. صانعی، استفتاآت پزشکی، قم نشر میثم، ۱۳۷۶
۱۴. صفائی، حسین؛ امامی، اسداله؛ حقوق خانواده، جلد دوم، نشر دانشگاه تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۶
۱۵. قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲
۱۶. قرآن کریم
۱۷. قانون مدنی فرانسه ۲۰۰۹ میلادی
۱۸. منتظری، احکام پزشکی، ج ۱، قم، بی تا
۱۹. موسوی اردبیلی، مجله اهدای گامت، چاپ سمت، سال ۱۳۸۵

۱۳۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

۲۰. نجفی، جواهر ج ۴۱، چاپ کتابفروشی اسلامیة، سال ۱۳۶۶

تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱ از صفحه ۱۳۹ تا ۱۷۱

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران

سید محمد هاشمی* مریم سرمست**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۸/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۰۹/۲۵

چکیده

کنوانسیون جهانی مبارزه علیه فساد به عنوان اولین سند معتبر بین المللی و دارای ضمانت اجرا در خصوص پیشگیری از فساد، گامی بلند در جهت نیل به حقوق و آزادیهای بنیادین بشری تلقی می‌شود. حقوق و اصولی که در متن این سند از سوی تدوین کنندگان مورد تاکید قرار گرفته؛ آرمان بزرگ همه طرفداران حقوق بشر و همه خردمندانی است که از پیامدهای تلخ فساد در ابعاد مختلف زندگی بشر آگاهی دارند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان یک سند عالی در حقوق داخلی برخوردار از اصولی برای پیشگیری یا مقابله با فساد می‌باشد و اگرچه به طور مستقیم به این موضوع نپرداخته و اصل خاصی رابه این مقوله اختصاص نداده است اما در فصول چهارده گانه، با تقریر اصولی که به صورت عام حقوق همه افراد ملت را مورد توجه قرار داده و بنای جامعه را توأم با تضمین آزادی‌های مختلف و باتکیه بر اصول شناخته شده حقوقی تضمین نموده؛ همانابه نوعی مبین عنایت به پیشگیری از فساد و روشن بینی مقنن جمهوری اسلامی در باب اهمیت ایجاد نظام حکومتی سالم می‌باشد. بدون شک هر دو سند کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در بردارنده اصول، سیاستها و راهکارهایی هستند که باین گونه مطالعات زمینه سازی بهینه برای توجه به مفاد آنها و بالاخره اجرایی شدن آنها فراهم می‌شود.

واژگان کلیدی: فساد، کنوانسیون، قانون اساسی، اصول، پیشگیری

*استاد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران..

**دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات.

مقدمه

از ابتکارات مهم سازمان ملل متحد می توان به «کنوانسیون مبارزه با فساد» که از طرف دفتر پیشگیری از جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد (UNODC^۱) تدوین گردیده؛ اشاره کرد. کنوانسیون با حضور اعضای برجسته UNODC تصمیم گیران و رهبران سیاسی و اقتصادی جهان برای یافتن راهکارهای عملی پیشگیری از فساد و مقابله با آن تشکیل شد و با استناد به اینکه حصول توافقاتی حقوقی در قالبهای مختلف از قبیل قرارداد، پیمان، پروتکل و غیره یکی از راههای شناخته شده به منظور همکاریهای بین المللی می باشد و با توجه به اینکه مفهوم عملی مناسبات بهینه دولتها در قالب کنوانسیون ها تجسم می یابد، اقدام به تدوین یک کنوانسیون جهانی علیه فساد نمودند؛ این کنوانسیون به نام ((کنوانسیون مریدا^۲)) نیز خوانده می شود.

کنوانسیون یاد شده در ۲۹ سپتامبر سال ۲۰۰۳ برابر با ۱۳۸۲/۷/۷۱ در مریدا مکزیک به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید و پس از آن برای امضای دولتها مفتوح بود و بالاخره مورد استقبال اکثریت دولتها قرار گرفت.

تشکیل اجلاسیه ی سازمان ملل علیه فساد و تصویب سند مریدانقطه ی عطفی در توسعه ی توافقات بین المللی در این مورد بود. انعقاد این کنوانسیون، یک دستاورد شایان توجه در تلاش های بین المللی صورت گرفته هم برای پیشگیری و هم مبارزه با فساد می باشد.

«مریدا» نخستین توافق بین المللی است که بیش از ۴۰ هیات در ابتدا و تا به امروز بیش از ۱۶۰ کشور و هیات را جلب نموده و اولین سند قابل اجرای بین المللی است که

1. United Nation Organization Development Countries.

۲. مریدا نام شهری در کشور مکزیک می باشد که محل نشست سران کشورها برای انعقاد معاهده جهانی علیه فساد بود.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۴۱

منحصراً به فساد پرداخته و با روشن بینی، رویکرد پیشگیرانه را نیز در یک فصل^۱ مجزا مطرح نموده است.

کنوانسیون مذکور اگر چه اصول تعیین شده، شامل اهمیت قایل شدن برای همکاری های بین المللی را مهم می داند اما اصولمنطقه ای هم که از سوی کشورها یا مناطقی با طرز فکر مشابهو برای پیشگیری یا مقابله با پدیده شوم فساد اتخاذ شده اند، مورد تاییددانسته می شوند و حاکمیت داخلی کشورها نیز مورد احترام قرار گرفته است. در حال حاضر اغلب دولت ها ازاین کنوانسیوناستقبال کرده و به آن پیوسته اند و برایعملی کردن هر چه بهتر اهداف آن و تسهیل در اخذ کمک های فنی، پیگیری هایلازم را به عمل می آورند.همچنینرشوه نیز به عنوان یکی از مظاهر بارز فساد در این سند مورد توجه قرار گرفته و کشورهای جهان باید همکاری نزدیک خود را با اجلاس ضد رشوه خوار یوابسته به کنوانسیون مبارزه با فساد و شیوه های کنترل آن ادامه دهندو اراده سیاسی خود را از طریق مجری نمودن قوانینی کهرشوه خوار ی را ممنوع اعلام می کند؛ به منصفه ی ظهور بگذارند.

اولین اجلاس ضد فساد با هدف اجرای مؤثر مفاد کنوانسیون برای مقابله با فساد و ارتقای همکاریهای بین المللی در زمینه مبارزه و پیشگیری از فساد در سال ۲۰۰۵ در کشور چین تشکیل شد.^۲ و از آن سال به بعد همه ساله نشست های جهانی را برگزار می نمایدبه علاوه سازمان ملل در یک اقدام نمادین روز ۹ دسامبر را روز جهانی مبارزه با فساد اعلام نموده است.

۱. فصل دوم از کنوانسیون مریدا مربوط به « اقدامات پیشگیرانه » می باشد.

۲. در نشست سال ۲۰۰۵ معاون سیاسی و قضایی سازمان بازرسی کل کشور به نمایندگی از جمهوری اسلامی ایران در این اجلاس شرکت و سازمان بازرسی کل کشور جمهوری اسلامی ایران به عضویت تشکیلاتی این اجلاس نیز درآمد.

۱۴۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

کنوانسیون مبارزه با فساد از جمله معاهدات سازمان ملل متحد است که در متن آن به ضمانت اجرا علیه متخلفین توجه نشان داده شده است و حاصل خرد جمعی شمار زیادی از مسئولان و سیاستمداران می‌باشد. در این کنوانسیون سه ویژگی اساسی مورد توجه قرار گرفته است:

اول: همه دولت‌ها خواهان جدیت‌رگرفتن پدیده فساد و اتخاذ قوانینی مناسب برای پیشگیری و مقابله با آنها هستند.

دوم: دست کم برای کشورهای در حال توسعه این نکته به خوبی آشکار شده است که فساد به ویژه در جنبه اداری موضوعی استنظام مندرکه برخوردار همه جانبه ايرامی طلبد. تمامی فعالیت‌ها و عملکردهای عمومی و دولتی باید شفاف باشند؛ به خصوص اینکه دولتهای نامندساز و کارهایی هستند که ضامن شفافیت و مسئولیت پذیری در چارچوب دولت باشد؛ از جمله یک رویه شفاف و بی ابهام برای تامین کالاها و خدمات عمومی که در آن مأموران دولتی از قدرت اعمال نظر اندکی برخوردار باشند.

سوم: روی این نکته توافق وجود دارد که عمل جمعی جامعه بین المللی میتواند نتایج ملموسی به بار آورد. آگاهی به این امر، دولت‌ها را به همکاری بایکدیگر در مبارزه با فساد از طریق تبادل اطلاعات در خصوص متهمان و فراهم آوردن امکان استرداد آنان ترغیب کرده است.

کنوانسیون از ۱۴ دسامبر ۲۰۰۵ میلادی برابر با ۱۳۸۳/۹/۲۳ لازم الاجراء شد. این کنوانسیون از یک مقدمه و ۷۱ ماده تشکیل شده است .

این کنوانسیون در تاریخ ۱۳۸۵/۳/۲۱ پس از تصویب مجلس شورای اسلامی از سوی جمهوری اسلامی ایران امضا و در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۰ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد و سرانجام ایران به آن ملحق شد.

در این مطالعه آنچه مد نظر این مقاله قرار گرفته است مجموعه ای از اصول اساسی و ابتدایی پیشگیرانه است که در عین بدیهی بودن از الزامات می‌باشند و با مهار فساد

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۴۳

زمینه ساز ارتقای دموکراسی، حقوق بشر، امنیت، پیشرفت اقتصادی، پویایی فرهنگی، حاکمیت قانون و ... می شود و هر قانون اساسی نیز بدون اشارت به این اصول ناقص است؛ لذا از آنجا که یکی از منابع جدی و مورد اعتنای حوزه حقوق داخلی در اقدام علیه فساد، قانون اساسی هر کشور می باشد؛ با وجودی که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به موضوع فساد به طور مستقیم نپرداخته است و از طرفی در زمان تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کنوانسیون مبارزه با فساد تدوین نشده بود اما اصولی که در قانون اساسی ایران به صورت عام به حقوق بنیادین بشری پرداخته است به صورت کلی شامل فساد و پیشگیری از آن و حتی مقابله با آن هم می شود. این مهم را در ادامه از طریق مقایسه اصول و حقوق مندرج در کنوانسیون و قانون اساسی ایران اثبات خواهیم کرد.

این مقاله در دو قسمت بر اساس متن کنوانسیون جهانی علیه فساد و اصول قانون اساسی تنظیم شده و در پایان نتیجه گیری ذکر شده است.

اقدامات پیشگیرانه کنوانسیون مریدا

محتویات سند مریدا در یک مقدمه، هشت فصل و ۷۱ ماده تدوین شده است. مقدمه کنوانسیون مریدا با هوشمندی و آگاهی از پیامدهای فساد در ابعاد مختلف مانند تهدید نسبت به ثبات و امنیت جوامع که به سنتها و ارزشهای دموکراسی، ارزشهای اخلاقی و عدالت لطمه می زند و توسعه پایدار و حاکمیت قانون را به خطر می اندازد؛ نوشته شده است. اعضای کنوانسیون معتقدند؛ فساد یک موضوع داخلی نیست بلکه پدیده ای فراملی است که بر تمامی جوامع و اقتصادها تاثیر می گذارد و همکاری بین المللی جهت پیشگیری یا کنترل آن اهمیت دارد و برای همکاری موثر نگرش جامع نگر و چند زمینه ای جهت جلوگیری و مبارزه با فساد ضروری می باشد. همچنین در مقدمه با اذعان به این موضوع که پیشگیری و ریشه کنی فساد مسئولیت

۱۴۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

تمامی کشورهاست و آنها باید با یکدیگر و با حمایت و دخالت افراد و گروههای خارج از بخش دولتی مثل جامعه مدنی، سازمانهای غیردولتی و سازمانهای جامعه مدار همکاری کنند؛ تاکید شده است.^۱

اصول مدیریت مناسب امور عمومی و اموال دولتی، عدالت، مسئولیت و برابری در برابر قانون و ضرورت حفاظت از یکپارچگی و شکوفا کردن فرهنگ پیشگیری از فساد، نکات برجسته دیگری هستند که در مقدمه کنوانسیون به آنها اشاره شده است. راهکارهای پیشگیرانه سند مریدا به تفصیل در فصل دوم از ماده ۵ الی ۱۴ و تحت عنوان اقدامات پیشگیرانه با عناوین زیر درج شده است.

ماده ۵	سیاستها و اقدامات پیشگیری از فساد	ماده ۱۰	گزارش دهی
ماده ۶	نهادهای مسئول پیشگیری از فساد	ماده ۱۱	تدابیر قوه قضاییه و واحدهای دادستانی
ماده ۷	بخش دولتی	ماده ۱۲	بخش خصوصی
ماده ۸	ضوابط مربوط به رفتار مقامات دولتی	ماده ۱۳	مشارکت جامعه
ماده ۹	کارپردازی و مدیریت منابع مالی دولتی	ماده ۱۴	اقدامات جهت پیش گیری از پولشویی

پیشگیری در مواد فصل دوم کنوانسیون مخصوصاً ماده پنجم کاملاً مبتنی بر اصول شناخته شده حقوقی از قبیل حاکمیت قانون، مشارکت عمومی، شفافیت و مسئولیت پذیری می باشد.^۲

این متن حقوقی با محور قراردادن ارزش های واقعی و بنیادین جامعه بین المللی به شایستگی و با مد نظر قرار دادن تفاوت های کشورها در ابعاد مختلف به نحوی نگاشته شده که اولاً شائبه دخالت در قوانین داخلی و حاکمیت کشورها از آن استنباط نشود.

۱. دیپاچه کنوانسیون جهانی مبارزه علیه فساد، ۲۰۰۳

۲. بند ۱ از ماده ۵ فصل دوم کنوانسیون جهانی مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۴۵

ثانیاً اقدامات دوجانبه و منطقه ای پیشین را به رسمیت شناخته و همین اعتدال در نگارش موجب شده اولین پیمان در زمینه مقابله با فساد باشد که اکثریت قریب به اتفاق کشورها به عضویت آن درآمده اند. ظرافت این اعتدال آنجاست که مشاهده می شود در هیچ کجا از اصول شناخته شده تخطی نشده و همه دولتها را برای جلوگیری یا مبارزه با فساد دارای مسئولیت می شناسد و در متن هر ماده به شفافیت اصول شناخته شده حقوقی برای جلوگیری از فساد و راهنمایی کشورهای عضو تدوین و مورد تاکید قرار گرفته بنابراین شایسته است اهم اصول و راهکارهای پیشگیرانه مندرج در این کنوانسیون را بشناسیم.

اهم سیاستها و اصول پیشگیرانه

سیاستها و اصول مندرج در سند مریدا نقطه آغاز درک و تفسیر اقدامات پیشگیرانه از فساد است که بر اساس آنها ما می توانیم در صورت بروز فساد لزوم مقابله با آن را استنباط کنیم و برای اقدامات عملی در برابر فساد یک خط مشی مطمئن را ترسیم می نمایند. مهمترین سیاستها و اصول را در ده بند آتی با تکیه به مواد فصل دوم سند مریدا تحت عنوان «اقدامات پیشگیرانه» معرفی می کنیم.

۱- توسعه اصول بنیادین:

اولین ماده از فصل دوم یعنی ماده ۵ تحت عنوان «سیاستها و اقدامات پیشگیری از فساد» خوانده می شود و در طی چهار بند مجزا سیاستهای موثر و ضد فساد را برای اعضا تبیین می کند.

در بند اول از ماده پنجم اصول حاکمیت قانون، مشارکت عمومی، مدیریت مناسب امور عمومی و اموال دولتی، فقدان تبعیض و نابرابری، علنی بودن و شفافیت، مسئولیت پذیری و پاسخگویی مطرح می شود: «هر کشور عضو طبق اصول اساسی خود، سیاستهای موثر و هماهنگ ضد فساد را که مشارکت جامعه را ارتقا می دهد و اصول

۱۴۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

حاکمیت قانون، مدیریت مناسب امور عمومی و اموال دولتی، یکپارچگی، شفافیت و مسئولیت پذیری را منعکس میکند، توسعه داده و اجرا خواهد کرد))

بند دوم از ماده پنجم به اصل تشویق و ترغیب توجه دارد: ((هر کشور عضو تلاش خواهد نمود تا اقدامات موثری را با هدف پیشگیری از فساد به عمل آورده و آنها را ترغیب کند.))

بند سوم از ماده پنجم سنجش و ارزیابی را مورد عنایت قرار می دهد: ((هر کشور عضو تلاش خواهد نمود، به صورت متناوب اسناد قانونی مربوط و اقدامات اداری را از نظر تعیین کفایت آنها برای پیشگیری و مبارزه با فساد ارزیابی نماید.)) بدون تردید تدوین و اجرای هر سیاستگذاری بدون توجه به اصل ارزیابی، عقیم و بی نتیجه خواهد بود.

بند چهارم نیز بسیار ضروری بوده و به جا تدوین شده است، این بند بر لزوم همکاریهای بین المللی بین اعضا تاکید دارد. بدون شک همکاری بین المللی از مولفه های مهم در پیشگیری از فساد است زیرا ماهیت بعضی اقدامات فسادآلود از قبیل پولشویی و غیره به نحوی است که یک کشور از عهده مقابله با آن برنمی آید و همکاریهای چند جانبه و حتی جهانی را می طلبد.

۲- نهادهای مسئول پیشگیری از فساد :

ماده ششم از کنوانسیون مریدا تحت عنوان نهاد یا نهادهای مسئول پیشگیری از فساد نامگذاری شده است. این ماده ضمن تعیین متولی و ایجاد نهادهایی برای جلوگیری از فساد، روشهای لازم را نیز در دو بند به شرح زیر پیشنهاد می کند و بر موارد اطلاع رسانی، آگاهی و نظارت و هماهنگی در اجرای سیاستهای پیشنهادی تاکید می نماید:

الف - اجرای سیاستهای پیشگیرانه مندرج در ماده ۵ همین کنوانسیون و در صورت اقتضا نظارت و هماهنگی اجرای آن سیاستها.

ب - افزایش و نشر آگاهی درباره پیشگیری از فساد.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۴۷

در ادامه این پیمان به شایستگی اصل استقلال و نفوذناپذیری مد نظر قرار داده شده و اذعان شده که وابستگی نهادهای پیشگیری از فساد به ویژه از نظر مادی این نهادها را از انجام وظایف اصلی خود باز می‌دارد و موجب می‌شود مفسدان و متخلفان از طریق پیشنهادات مالی و وسوسه ایشان در انجام وظایفشان خلل ایجاد کنند و حتی در مواردی با تحت تاثیر قراردادن کارکنانی که از حقوق و مزایای دریافتی خود ناراضی هستند مانع از اقدامات نهادهای مسئول در پیشگیری و مبارزه با فساد شوند لذا لازم است مراجع متولی پیشگیری از فساد دارای منابع مادی مستقل و مکفی باشند به علاوه با مدنظر قرار دادن مفاد پیشین در لزوم همکاری بین المللی، راهکار ارتباط نیز درج شده و هریک از اعضا موظفند «... نام و نشانی مرجع یا مراجعی را که ممکن است در توسعه و اجراء اقدامات ویژه جهت جلوگیری از فساد، سایر کشورهای عضو را یاری دهند به دبیرکل سازمان ملل متحد معرفی نمایند.»

۳ - جلوگیری از فساد در بخش دولتی:

ماده ۷ کنوانسیون پیشگیری از فساد همانند بسیاری از توافقات ضد فساد دولتها را با توجه به اقتدار و حاکمیت داخلی در سرزمین خود مسئول شناخته و از دولت هامي خواهد تا یک سلسله تدابیری اتخاذ کنند از جمله در نظر گرفتن معیار های والای اخلاقی برای کارمندان، ایجاد نظام های مدیریتی و مالی شفاف، اجتناب از درگیری بر سر منافع، علنی کردن دارایی های شخصی مقامات عالی رتبه، حمایت از اخبار مستند، ایجاد نهاد هایی که پاسخگوی اقدامات دولت و تأمین دسترسی به اطلاعات دولتی باشند. در این راستا عدالت استخدامی و ارتقای شغلی بر مبنای شاخص های واقعی جهت تامین شایسته سالاری و جذب استعداد های کارآمد اهمیت دارد.^۱ برای توسعه پایدار و پیشگیری از فساد، مناسب است تا کشورهای عضو پرداخت حقوق و مزایای

۱. قسمت الف و ب از بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

۱۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

برابر و پاداش‌های بجا را در سطوح اداری ارتقا دهند.^۱ برنامه های آموزشی و پرورشی را اولویت دهند تا الزامات اجرای آبرومند وظایف عمومی از سوی کارکنان میسر شده و از طریق آموزشهای تخصصی آگاهی های کارکنان نسبت به خطرات فساد ذاتی در انجام وظایفشان خاطر نشان شود.^۲

همچنین هر کشور برای تحقق شایسته سالاری در خدمات دولتی مناسب است تا اقدامات قانونی و اداری مناسب را مد نظر قرار دهد تا انتخاب های صحیح جهت مشاغل دولتی انجام شود و از بروز و ظهور افراد ناسالم در مناصب حساس و مستعد اعمال فساد آلود جلوگیری به عمل آید؛ و از همه مهمتر اعضای معاهده تلاش می کنند تا نظام هایی که شفافیت را ارتقا می دهد و از تنازع منافع جلوگیری می نماید، اتخاذ، حفظ و تحکیم بخشند.^۳

۴- پیشگیری از فساد با تعیین ضوابط رفتار مقامات دولتی:

مقررات رفتاری که یک مولفه مهم در متون پیشگیری از فساد است که در ماده ۸ از فصل پنجم درج شده و کشورهای عضو را به ارتقای یکپارچگی، صداقت و مسئولیت در بین مقامات دولتی دعوت می کند به گونه ای که در چهارچوب نظام حقوقی و سازمانی خود مقررات یا استانداردهای رفتاری را جهت اجراء صحیح، آبرومندان و مناسب عملکردهای دولتی به کار برند و برقراری اقدامات و نظامهایی را جهت تسهیل گزارش دهی فساد به مراجع مربوط توسط مقامات دولتی درموقعی که به چنین اعمالی در اجرا وظایف خود برخورد می نمایند، مورد بررسی قرار دهند. به علاوه بند پنجم راهکار دیگری اشعار داشته که به شدت با سلامت نفس کارکنان نیز گره خورده است. این بند می گوید: ((هر کشور عضو... تلاش خواهد نمود تا اقدامات و نظامهای مورد نیاز مقامات دولتی را ایجاد نماید تادر رابطه با فعالیتهای بیرونی خود، استخدام،

۱. قس پ از بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

۲. قسمت ت از بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

۳. بند های ۳ و ۲ از ماده ۷ کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۴۹

سرمایه‌گذاری، ذخایر مالی و هدایای کلان یا منافی که ممکن است از آن، تضاد منافع در رابطه با وظایف آنها به‌عنوان مقامات دولتی بروز کند، اظهاریه‌هایی را برای مراجع مربوط تهیه نماید.) و بالاخره اینکه در آخرین بند از ماده ۸ کنوانسیون نوشته شده: ((هر کشور عضو ... اتخاذ اقدامات انضباطی و غیره را نسبت به مقامات دولتی که ضوابط یا مقررات برقرار شده بر اساس این ماده را نقض می‌کنند مد نظر قرار خواهد داد.

۵- پیشگیری با مدیریت منابع مالی دولتی:

هدف اولیه ماده ۹ معاهده ناظر به تأمین کالاها و خدمات به طور کلی، افزایش صرفه‌جویی و کارایی، همین‌طور برقراری موازن مناسب برای حفظ شفافیت و مسئولیت‌پذیری و از این طریق جلوگیری از سوءاستفاده‌هاست. اصطلاح «تأمین کالاها و خدمات عمومی» در موضوع فساد و پیشگیری از آن جایگاه ویژه‌ای دارد زیرا در شکل فعلی دولتها و با توجه به اینکه سازمانهای دولتی مسئول تأمین کالاها و خدمات هستند یک گلوگاه برای برخی مقامات فاسد ایجاد می‌شود تا از این محل به سوء استفاده بپردازند. ملاحظات زیادی از جمله رعایت اصول شفافیت، علنی بودن و انصاف، مشوق کشورها برای اتخاذ قوانین (و نه هم مقررات اداری صرف) در ارتباط با تدارک کالاها و خدمات عمومی بوده است.

از طرفی با رعایت ارزشهای پیش‌بینی شده مانند توزیع عمومی اطلاعات (منع انحصارگرایی)، برقراری شرایط مشارکت، اهداف و معیارهای از پیش تعیین شده، نظام موثر بررسی داخلی، گزارش‌ها و حسابرسی به موقع و نظایر این امور در گامهای فساد مسدود می‌شوند.^۱

هدف از قوانین شفاف برای تأمین

۱. بندهای ۱ و ۲ ماده ۹ کنوانسیون.

۱۵۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

کالاها و خدمات عمومی افزایش رقابت، رفتار عادلانه با تهیه کنندگان و پیمانکاران، حفظ شفافیت و بیطرفی و از این طریق ارتقای کارایی و صرفه جویی اقتصادی و جلوگیری از سوء استفاده ها به منظور افزایش کارایی و صرفه جویی از طریق بهره برداری عقلانی از سرمایه های عمومی و قیمت های رقابتی و توسعه تجارت داخلی از طریق رعایت اصول انصاف، شفافیت و عدم تبعیض است.^۱

بیشتر نظام های حقوقی، مناقصه رقابتی را بهترین روش دستیابی به اهداف کلی مقررات تأمین کالاها و خدمات عمومی میدانند. مناقصه رقابتی میتواند بین المللی یا محدود به شرکت کنندگان داخلی باشد. کشورهایی که فرایند برگزاری مناقصات و شرایط آن را به صورت دقیق و شفاف به اطلاع عموم می رسانند به طور چشمگیری در مهار فساد موفق هستند زیرا با اطلاع رسانی آنها و آگاهی مردمی راه بر تبانی و سوء استفاده از مناقصات به نفع یک یا چند نفر مسدود می شود. از همه مهم تر ارایه صورت حساب های مستند، اسناد هزینه ها و درآمدها، حسابرسی قانونی و نظارت و کنترل در این مقوله جایگاه قابل توجهی دارند.^۲

۶- گزارش دهی عمومی

تدوین کنندگان سند مریدا معتقدند شفافیت در بخش دولتی با توجه به تشکیلات، عملکرد و تصمیم گیری های اداری باید ارتقا یابد اما در کنار این اعتقاد در ماده ۱۰ با عنوان «گزارش دهی عمومی» باید به اعضای جامعه امکان دهند تا در صورت اقتضا اطلاعاتی^۳ را در مورد عملکرد و تصمیم گیری مدیریت دولتی البته با رعایت داده های مربوط به زندگی خصوصی سایر شهروندان در اختیار داشته باشند.

۱. امه، دبلیو پآتی و امانین راج سوپر چهارچوب های حقوقی مفاصله با فساد، احمد رنجبر، مرکز

پژوهش های مجلس شورای اسلامی. ص ۴۳

۲. امه، دبلیو پآتی. پیشین ص ۶۶.

۳. بند الف از ماده ۱۰ کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۵۱

بند ب از ماده ده اشعار می‌دارد: «... تسهیل تشریفات اداری به منظور تسهیل دسترسی عموم به نهادهای تصمیم گیر صلاحیتدار» نیز ابزار موثری بوده و با انتشار گزارش های دوره ای در خصوص خطرات فساد در مدیریت دولتی می‌توان اقدامات مقتضی را اتخاذ کرد.

۷ - تدابیر مربوط به قوه قضاییه و واحدهای دادستانی

تحقیقات بی طرفانه و قدرت قضایی برای تحت پیگرد قانونی قرار دادن متخلفان، اصولی هستند که می‌توانند به افشای فساد پرداخته و موارد مربوط به آن راتحت تعقیب قرار دهند. به این ترتیب، دولت ها وادار می‌شوند قوانین مؤثری علیه این قبیل جرم ها، کشف آنها و منع از آنها وضع کرده و مجازات هایجهت رشوه خواری و دیگر اعمال فساد آمیز تعیین کنند. در این راستا استقلال قوه قضاییه به عنوان قوه ای که نقش مهمی در کنترل فساد دارد باید تقویت شود و با برنامه ریزی، بازرسی های هدفمند، برقراری مزایایی مناسب با شئون قضات و ... از ایجاد هر گونه فرصت فساد در بین اعضای قوه قضاییه ممانعت به عمل آورد.^۱

۸ - جلوگیری از فساد در بخش خصوصی:

بسیاری از توافقات بین المللی ضد فسادبرتعهد دولت ها برای ایجاد تمهیداتی در جهت رفتار بخش خصوصی هم تأکید کرده‌اند، مانند ضوابط کنترل حساب های شرکت برای جلوگیری از پنهان کردن مبالغی که به طور غیرقانونی وارد این حساب ها می‌شود. رشوه، کلاهبرداری شرکتی و موارد معافیت های مالیاتی رشوه خواری نیز از مصادیق مورد تاکید می‌باشند.^۲

۱. بند ۱ ماده ۱۱ کنوانسیون

۲. ماده ۱۲ از کنوانسیون مبارزه علیه فساد ۲۰۰۳

۱۵۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

اگر چه فساد در بخش خصوصی، همواره بخشی از تجارت به شمار آورده شده است؛ اما بخش خصوصی بسیار زودتر از بخش دولتی موفق به درک خطرهای فساد شده است؛ زیرا فساد رقابت عادلانه و قواعد اقتصاد بازار آزاد را از بین می‌برد، تاثیری منفی بر کیفیت محصولات و خدمات دارد، احتمال سرمایه‌گذاری اقتصادی را ضعیف می‌کند و اصول اخلاقی تجارت را متزلزل می‌سازد.^۱

غارت‌داری و شست و شوی درآمدهای حاصل از فساد، چالشی عمده در برابر جامعه بین‌المللی به شمار می‌رود و از قدرت بالقوه نبود سازی کل اقتصادهای ملی برخوردار است و توسعه را تضعیف می‌کند. مفسدان تیشه به ریشه کمک‌های خارجی و تجارت آزاد می‌زنند، ذخایر ارزی را بر باد می‌دهند، مینا و مقدار مالیات را کم می‌کنند، به رقابت زیان می‌زنند و سطوح فقر را افزایش می‌دهند.^۲

ماده ۱۲ از فصل ۵ کنوانسیون پیشنهادهایی به شرح زیر برای پیشگیری از فساد در بخش خصوصی دارد و دولتهای عضو را دعوت می‌کند تا:

- _ استانداردهای حسابرسی و ممیزی را در بخش خصوصی ارتقا دهند.
- _ همکاری بین نهادهای مجری قانون و واحدهای خصوصی را ارتقا دهند.
- _ توسعه استانداردها و تشریفات طراحی شده جهت یک پارچگی واحدهای خصوصی برای اجرای درست و آبرومندانه و مناسب فعالیتهای شغلی را ترغیب کنند.
- _ هویت اشخاص حقیقی و حقوقی دخیل در بخش خصوصی را شفاف نمایند.
- _ در صورت اقتضا مجازاتهای موثر و بازدارنده مدنی، اداری یا کیفری مناسب را برای شرکتهای خصوصی قانون شکن لحاظ نمایند.

۱. حسین نواده توپچی، چالش‌های فراروی اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، فصلنامه راهبرد، سال ۱۹، شماره ۱۳۸۶، صص ۲۴۳ - ۲۱۷.

۲. افسوس، دبلیو پآتی. پیشین ص ۱۰۵.
عبدالرحمان فضلی، فساد اداری و تاثیر آن بر توسعه، مجله حقوقی بین‌المللی نشریه مرکز امور

حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری سال ۲۸ شماره ۴۵. ۱۳۹۰.

۹- مشارکت جامعه :

یکی دیگر از اصول کلی حاکم بر کنوانسیون، مشارکت موثر، کامل و تلفیق همه جانبه کشورهاست؛ که در بند ۲ و ماده ۱۳ کنوانسیون به آن اشاره شده است. این کنوانسیون بر مشارکت عمومی در مبارزه با فساد و شفافیت در دسترسی به منابع اطلاعاتی تاکید می نماید. در کنوانسیون مذکور مقرر گردیده هر ساله از طریق برگزاری اجلاسها و کارگاهها، زمینه بحث و تبادل نظر در مورد مسایل مربوط به فساد، ارتقا و توانمندسازی پیشگیری از فساد در دستگاههای ضدفساد سراسر دنیا را فراهم سازند. مشارکت بیان کننده ماهیت و میزان درگیری کشورها در فعالیت های مختلف است. میزان مشارکت تا حد زیادی وابسته به قوانین داخلی هر کشور می باشد. مفاهیم مشارکت کامل، موثر و ادغام در جامعه به این معنی است که جامعه چه در محیط های عمومی و چه در بخش خصوصی به نحوی سازمان یافته باشد که هر کس بتواند به طور کامل در آن اظهار نظر منطقی کند

طبق ماده ۱۳ دولتها باید تدابیر لازم را برای توانمند سازی عمومی جهت مشارکت در تمام جنبه های زندگی اتخاذ کنند. این ماده مشارکت در حیات سیاسی و عمومی جامعه را مد نظر قرار داده و حضور مردمی را عامل پیشگیری از فساد می داند.

۱۰- اقداماتی جهت پیش گیری از پولشویی

آخرین ماده از فصل دوم سند مریدا پیش گیری از پولشویی را مد نظر قرار داده است و از آنجا که کسب درآمدهای نامشروع و وارد کردن آنها در چرخه اقتصاد کشورها یکی از معضلات قطعی اعمال فسادآلود است؛ پیشنهادات زیر را جهت پیش گیری از پولشویی مطرح می کند:

_ تشکیل نظام جامع نظارتی و کنترل داخلی برای بانکها و سازمانهای مالی غیربانکی...به منظور جلوگیری و کشف تمام اشکال پولشویی... .

۱۵۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

_ همکاری و تبادل اطلاعات بین اعضا و ایجاد واحد اطلاعاتی مالی جهت جمع آوری اطلاعات مربوط به پولشویی.

در این ماده همچنین به الکترونیکی شدن پرداخت و جوه توجه شده و امروزه تقریباً یکی از راههای موثر در برابر فساد به ویژه فساد مالی توسعه دولتهای الکترونیکی می باشد.

مطالعه اصول قانون اساسی ایران در پیشگیری از فساد

کشور ایران در سال ۱۳۵۷ با اتکا به شعارهای انقلابی و ادعای برخورداری از یک پشتوانه قوی مکتبی و ایدئولوژیکی رژیم سیاسی جدیدی را بنیان نهاد؛ حکومت جدید نه تنها در متن قانون اساسی خود در هیچ اصلی به صراحت از فساد و پیشگیری از آن صحبت نکرده بلکه در گفتار با اذعان به پاکدستی مسئولان نظام در همه رده ها از این موضوع اعلام برائت داشت؛ اما بالاخره در سالهای بعدی به ویژه سالهای بعد از خاتمه جنگ تحمیلی، رسوایی های ناشی از فساد طوری علنی و در سالهای اخیر چنان فزاینده شدند که در حال حاضر مسئولان عالی رتبه به پدیده شوم فساد در کشور ایران اعتراف دارند. بنابراین یک فصل ضروری در پژوهش برای فساد، یافتن تضمینات قانونی موثر جهت مهار فساد می باشد. به طوری که اگر مذاقه کافی صورت گیرد یک مجموعه اسنادی متنوع از قانون اساسی، فرامین رهبر انقلاب، سخنان سران سه قوه و غیره در این باره می توان جمع آوری نمود؛ اما توجه به متن قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به اهمیت آن از نظر سلسله مراتب حقوقی ضروری تر است تا هیچ کس با ادعای اینکه اصلی از اصول این قانون به فساد نپرداخته؛ اعمال خود را مجاز تلقی نکند. خوشبختانه مذاقه و مطالعه در عالی ترین سند قانونی کشور ما مبین این است که از لایه لای اصول گوناگون مطالبی را متضمن نهی از فساد بیانداشته اند و همین مطالب رهنمودی، کافی است تا کلیه قوانین برنامه های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و غیره متضمن روشهای بازدارنده از فساد باشند؛ چرا که قانون اساسی مبشر آزادی و

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۵۵

حضور واقعی و مبتکرانه مردم در سیاست است تا با قصد محو طاغوت و مهار سرکشی های زمامداری، زمام امور را در دست گیرند و حاکم بر مقدرات خویش شوند. بنابراین چنین مردمی فساد را در هیچ نوع و گونه مجاز ندانسته و نمایندگان ایشان نیز بر این منوال مفاد قانون اساسی را پی ریزی نموده اند.

از این قسمت به بعد، اصول قانونی موجود و پراکنده در فصول قانون اساسی پیرامون این موضوع بررسی می شود؛ زیرا مطالعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان منشور حقوق ملت حاکی از این است که در مقدمه و سایر اصول قانون اساسی ایران به اصل پیشگیری از فساد توجه شده و لذا بر مسئولان در قوای سه گانه تکلیف قانونی وجود دارد تا این مهم را در راس سیاست گذاری های خود بنشانند و با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون مبارزه علیه فساد تلاش مجدانه ای را جهت انجام تعهدات بین المللی خویش نیز اعمال نمایند.

دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مشحون از تبیین آرمان های مردم انقلابی است و در همان سطور اولیه با معرفی اسلام به عنوان اصل و ضابطه همه نهادها و « انعکاس قلبی امت اسلامی » خط سیر خود را مشخص نموده است. حکومت و قانونی که مبتنی بر اسلام است از همه مظاهر فسق و فساد باید مبرا باشد و بدون تردید چنین مقدمه ای با مقدمه کنوانسیون جهانی علیه فساد نه تنها مغایرت ندارد بلکه عین مشابهت است.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که در عین حال اندیشه های دموکراتیک غربی نیز در آن راه یافته و نظم خاصی را بوجود آورده است.^۱

اعتقادی بودن نظام، بر پایه اصول دین و مذهب و همچنین کرامت و ارزش والای انسانی مبنای اعمال و حرکات سیاسی جامعه است^۱ بدیهی است با این وصف در دین مبین اسلام هیچ گونه جایگاهی برای امور مفسده دار و نامشروع شناخته نشده و همین امر سبب می گردد قوانین منطبق با موازین مذکور، سلامت اقتصادی و مالی جامعه را تضمین و از بروز فساد جلوگیری نمایند.^۲

اصل دوم قانون اساسی در بند ۶ انسان را آزاد توأم با مسئولیت در برابر خدا معرفی می کند. در منظر قانون اساسی ایران چنین انسانی مجاز به سوء استفاده از موقعیت و امکانات تحت اختیار خود نمی تواند باشد و صد البته با اعتقاد به اینکه اگر هم در این دنیا کسی پی به اعمال فسادآلود او نبرد حتما در محکمه الهی باید پاسخگو باشد؛ لذا از مواضع فساد دوری می کند.

در اصل چهارم قانون اساسی مقرر گردیده: «تمام قوانین و مقررات اعم از مدنی، جزایی، مالی و ... باید بر اساس موازین اسلامی باشند». این کلیت و عام الشمول بودن باز هم نشانه محکمی است دال بر اینکه در هیچ بعدی اصلی جز راستی و درستی مورد تایید نیست و در همه ابعاد قانونگذاری اسلامی بودن به معنای فسادآلود نبودن و برقراری نظام حکومتی سالم است.

قانون اساسی با قایل شدن منزلت و حقوق برابر برای تمام افراد ملت (اصول ۱۹ و ۲۰) اشاره به تساوی عموم در برابر قانون دارد.^۳ همچنین منع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه های مادی و معنوی موضوع بند ۹ اصل سوم قانون اساسی از وظایف جمهوری اسلامی ایران شناخته شده است. اما این اصول اساسی وقتی قابلیت اجرایی پیدا خواهند کرد که تبعیضات ناروا در تمامی امور و شئون انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از میان برداشته شود. از این دیدگاه اصل

۱. سید محمد، هاشمی، پیشین ص ۶۹

۲. غلام رضا، ذاکر صالحی، راهبردهای مبارزه با فساد اداری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص ۱۵۶.

۳. بند ۱۴ از اصل سوم قانون اساسی.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۵۷

مساوات در برابر قانون یک اصل اساسی است لذا نه قانونگذار حق دارد گروهی از افراد جامعه را تحت تاثیر جو سیاسی و یا به هر بهانه ای از مواهب اجتماعی محروم سازد و نه دولت حق دارد در برنامه ریزی ها و سیاستگذاریهای خود شرایطی ایجاد کند که منجر به برتری فرد یا افرادی شده و برای آنها موقعیت استفاده از رانت ایجاد گردد و به این ترتیب تبعیض را که از مظاهر فساد است؛ نسبت به افراد روا دارد. از این رو در امر مبارزه با فساد هم نباید هیچ تبعیضی دیده شود. هیچکس، هیچ نهاد و دستگاهی نباید استثنا شود. هیچ شخص یا گروهی نمیتواند با عذر انتساب به خانواده خاصی، خود را از حساب کثی معاف بشمارد. با فساد در هر جا و هر مسند باید برخورد یکسان صورت گیرد. این تعبیر در ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی تجلی بهتری پیدا می کند؛ آنجا که مقنن می فرماید: «... رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است.» وقتی مقدس ترین میثاق حقوقی ملت و عالی ترین متن قانونی، مقام رهبری را با سایرین مساوی معرفی می کند دیگر چه جای تبعیض برای سایر مسئولان و افراد جامعه؟ پس هم فرصت های قانونی باید برای همگان یکسان باشد و هم کسانی را که از مقام و موقعیت و فرصتهای خدمتگزاری به نفع شخصی بهره برداری سوء می کنند باید به نحو یکسان تحت پیگرد قرار داد.

از اصل ۱۰۷ می توان استنتاج کرد؛ قانون اساسی ایران در این بخش با ضوابط مربوط به رفتار مقامات دولتی^۱ که در متن کنوانسیون مورد تاکید است قرابت پیدا می کند زیرا در بند ۴ از ماده ۸ کنوانسیون اذعان داشته شده: «هر کشور عضو... اتخاذ اقدامات انضباطی و غیره را نسبت به مقامات دولتی که ضوابط یا مقررات برقرار شده بر اساس این ماده را نقض می کنند، مدنظر قرار خواهد داد.»

۱. ماده ۸ کنوانسیون مبارزه با فساد ۲۰۰۳

۱۵۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

از طرف دیگر همانگونه که کنوانسیون جهانی علیه فساد در ماده ۶ به نهادهای مسئول پیشگیری از فساد پرداخته است؛ نهادهای پیشگیرانه و نظارتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز وارد شده اند.

پارلمان مهمترین نهاد در حکومت‌های مردمی و مبین مردم سالاری و قانونگذاری مشارکتی است. هدف از کنترل پارلمانی این است تا نهادی که خانه ملت و سمبل حاکمیت مردم تلقی می‌شود و به نمایندگی از مردم قواعد الزام آور وضع می‌کند احراز نماید که آیا این قواعد به نحوی که تدوین شده اند اجرا هم می‌شوند یا خیر؟ زیرا مجلس مظهر اراده عموم و مبین خواسته های آنان است و باید به نمایندگی از سوی مردم بتواند از طریق ابزارهای نظارتی مراقبت کافی نسبت به تامین حقوق و آزادی های عمومی داشته باشد.^۱

در این مسیر ابزارهای کنترلی مجلس در برابر سازمان های اداری کشور آن هم با هدف پیشگیری از فساد به شرح زیر است:

مجلس با داشتن اختیارات وسیع در بررسی صلاحیت های اخلاقی، شخصی، عملی و علمی وزرای پیشنهادی و رای اعتماد به وزیران در بدو تاسیس دولت و آغاز به کار هیات وزیران در انتصاب مسئولان عالی وزارتخانه ها نقش مهمی دارد.^۲ تا از مبدا جلوی ورود عناصر بدسابقه و احتمالاً مظنون به اعمال فساد آلود را به صحنه اجرایی کشور سد کند.

مجلس خانه مردم و محل وصول اخبار و اطلاعات متفاوت است از این رو پس از کسب اطلاعات با تمسک به نظارت اطلاعاتی می‌تواند زمینه را برای اعمال هرگونه نظارت سازنده فراهم نماید. وجود کمیسیون اصل نود مبتنی بر اصل ۹۰ قانون اساسی محلی برای طرح شکایت افراد از دستگاههای اداری است و موجب می‌شود نمایندگان با حساسیت از حق نظارتی خود استفاده کرده و با تذکر به دستگاهها و پیگیری امور،

۱. سید محمد، هاشمی، پیشین ص ۸۶

۲. همان ص ۱۵۸

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۵۹

نسبت به رفع اشکالات موجود در سازمانها و تذکر نسبت به اعمال فساد آلود در بعد اجرایی، اثر مفید و سازنده ای داشته باشد.^۱

نظارت‌های استصوابی مجلس بر قوه مجریه از عناوین مهم است گرچه این نظارت، نظارت بر مقامات عالی اداری است و کمتر معنای نظارت بر دستگاههای اداری را می‌دهد اما نظارت استصوابی دقیقاً برای انسداد ابواب فساد می‌باشد و لاغیر. نمایندگان بی‌کفایتی که در دوران سلسله‌های پادشاهی گذشته یا از روی نادانی و یا از روی طمعکاری با سوء استفاده از موقعیت خود به جای حفظ منافع ملی با گرفتن هدایا و یا امتیازاتی به نفع خود و خانواده شان پای توافق‌هایی را امضا کردند که فقط موجب تضرر ایران و ایرانی بوده است.^۲

همچنین ابزار تذکر، سوال و استیضاح بدون شک از باب نظارت بر عملکرد قوه مجریه است تا هرگاه سوء استفاده از قدرت و کسب امتیازات غیرقانونی گزارش شد نمایندگان قدرت برخورد سیاسی داشته باشند.

اما یکی از مهمترین نهادهای متولی پیشگیری از فساد به تصریح اصل ۱۷۴ قانون اساسی سازمان بازرسی کل کشور می‌باشد. اصل ۱۷۴ اشعار می‌دارد: «بر اساس حق نظارت قوه قضاییه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاههای اداری، سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» زیر نظر رییس قوه قضاییه تشکیل می‌گردد...»

۱. همان ص ۱۶۳

۲. طبق قانون اساسی ایران کلیه معاهدات و قراردادهای بین‌المللی، تغییر در خطوط مرزی، برقراری حالت فوق‌العاده، صلح دعای مالی دولت، قرض و استقراض، استخدام کارشناسان خارجی، فروش بناها و اموال دولتی و امتیازتشکیل شرکتهای و موسسات به خارجیان، باید از نظارت و تصویب مجلس گذرانده شود.

۱۶۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

بنابراین نهادهای متولی برای پیشگیری یا مبارزه با فساد در کشور ایران وجود دارند لکن بحث ناکارآمدی نظارتها بحث مستقل دیگری است که ریشه یابی آن کمک می‌کند تا معلوم شود چرا علی‌رغم همه برنامه‌های ضد فساد باز هم این بیماری در ابعاد مختلف گریبانگیر کشورهاست.

کنوانسیون جهانی علیه فساد در ماده ۷ خود به کارگیری نیروهای لایق در بخش‌های دولتی را به همراه برخی از اصول دیگر گام موثری در پیشگیری از فساد می‌داند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بند اول از اصل سوم آنجا که می‌گوید: «... مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی» بدون تردید مبارزه با فساد استخدای را هم در بر می‌گیرد. در بند دهم از همین اصل اشعار می‌دارد: «... ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور...» نظام اداری یک کالبد است و روح آن نیروی انسانی شاغل در آن می‌باشد. صحت نظام اداری وقتی حاصل می‌شود که نیروهای انسانی با سلامت‌گزینش و به کار گمارده شوند و در هنگام‌گزینش کارایی، شایستگی و استعداد آنان لحاظ شود. برای نیروهای انسانی آموزش‌های عمومی و تخصصی در نظر گرفته شود. و از همه مهم‌تر اینکه نیروهای به کار گمارده شده مورد نظارت و ارزش‌یابی قرار گرفته و هرگونه ارتقا و تشویق یا تنبیه آنان مطابق با صحت و واقع انجام شود.

قانون اساسی ایران به مسایل مالی و مفسده‌هایی که از این محل ناشی می‌شود توجه داشته است. دخل و خرج سالانه دولت در سند بودجه پیش‌بینی می‌شود اما تصویب بودجه سالانه کل کشور در صلاحیت مجلس شورا است لذا مجلس در مقام حافظ منافع و مصالح عمومی مواد بودجه را جرح و تعدیل می‌کند و در تمام طول سال از طریق دیوان محاسبات بر اجرای بودجه نظارت دارد تا اطمینان خاطر نسبت به اجرای دقیق هزینه‌ها در محل خاص و پیش‌بینی شده آنها داشته باشد.

قانون اساسی ایران با تأکید بر حاکمیت ملت در اصل ۵۶ ضمن اذعان حاکمیت مطلق خداوند مقرر می‌دارد: «هم او (خداوند) انسان را حاکم بر سرنوشت اجتماعی خویش ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۶۱

خدمت منافع فرد یا گروه خاص قرار دهد.» در این ارتباط در بند ۸ اصل سوم دولت جمهوری اسلامی در مفهوم وسیع آن موظف شده است همه امکانات خود را برای مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به کار برد که نشان از اهمیت قایل شدن به آگاهی عمومی، و اتکا به اراده مردمی دارد. در بند ۷ همان اصل، تامین آزادی های سیاسی - اجتماعی برای همه در حدود قانون از جمله وظایف دیگر دولت است.

مشارکت به معنی به کار گرفتن منابع شخصی به منظور سهیم شدن در یک اقدام جمعی است. مشارکت، عملی جمعی، آگاهانه و داوطلبانه است که دربردارنده دخالت شهروندان در امور عمومی و در سطوح مختلف تصمیم گیری های اداری و سیاسی است. مشارکت از انداختن رای به صندوق جهت انتخاب مقامات مختلف تا اظهار نظر در باب نیازهای اجتماعی و همچنین دخالت مردم در کارکرد سازمانهایی است که متولی خدمت رسانی در جامعه هستند.

سوگند یا مراسم تحلیف که در قانون اساسی برای آغاز تصدی پست ریاست جمهوری، در پیشگاه نمایندگان مجلس ضروری دانسته شده و همچنین سوگند نمایندگان مجلس در آغاز فعالیتشان که به ترتیب در اصول یکصد و بیست و یکم و شصت و هفتم قانون اساسی درج شده یک تعهد معنوی به شمار می آید. سوگند با نام پروردگار یکتا و به کتاب مقدس قرآن یاد می شود و بدیهی است که هر چه پایبندی مقامات به سوگندشان زیادتیر باشد مبارزه با مظاهر فساد بهتر امکان پذیر است. بنابراین در این زمینه نکته قابل توجهی وجود دارد آن هم اینکه میزان توسعه یک کشور تنها محصول سیاستهای اقتصادی مناسب نیست، بلکه حاصل پایبندی و تعهد رهبران سیاسی، مقامات کشوری و شهروندان به قوانین، قواعد و مقررات و همینطور وفاداری عملی به اصول رفتار سیاسی و التزامات فردی - ملی نیز هست. بدون تردید شهروندان در کشورهایی، بیشتر قانوننگرا هستند که مقامات عمومی نه تنها صاحب

۱۶۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

صلاحیت اند، بلکه بیطرف و غیرسودجو بوده و شفافیت، تعهد و مسئولیت پذیری بر اعمال ایشان حاکم است؛ مقاماتی که نسبت به مبانی قانونی و شعارهای قانونمدار خود متعهد هستند اما درجایی که مقامات فاسدند و به راحتی تعهدات ملی و ارزشهای قانونی را نقض می‌کنند. قانونگرایی در نظر شهروندان گزینه مناسبی نخواهد بود؛ چراکه مطمئن هستند با ارتش او اعمال خلاف قانون منافع بیشتری عایدشان میشود.^۱ از این رو بدون تردید تمهیداتی مانند سوگند در برابر قرآن مجید اگر چه ضمانت اجرای اداری و قانونی برای آن مقدر نشده اما در کنار سایر ضمانت اجرای مادی یک نوع تقید معنوی برای مقامات در دوری از مظاهر فساد و حتی پیشگیری و مبارزه با آنهاست.

در بندهای ۱ و ۲ و ۳ و ۵ و ۶ و ۸ اصل چهل و سوم قانون اساسی از تامین نیازهای اساسی، ایجاد شرایط و امکانات کار برای همه و تنظیم برنامه اقتصادی کشور و منع انحصار و ربا و دیگر معاملات حرام و منع اسراف و تبذیر و ... مطرح گردیده که هر یک از موارد فوق می‌توانند راه را بر وقوع مفاسد مالی ببندند. در جامعه ای که نیازهای اساسی مردم نظیر مسکن، خوراک و پوشاک تامین شود، امکان بروز فسادهایی نظیر اختلاس و رشوه و ... از بین می‌رود. در جامعه ای که دارای برنامه منظم اقتصادی باشد اشخاص ضمن برآورده نمودن نیازهای مادی، اقدام به خودسازی معنوی نموده و خود را از ورطه فساد دور می‌دارند. همچنین در جامعه ای که اضرار به غیر و احتکار و ربا حرام شده باشد، بسیاری از مفاسد مالی محلی برای وقوع نمی‌یابند.^۲

در اصل چهل و چهارم قانون اساسی مقرر گردیده مالکیت در سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی به شرطی معتبر و مورد حمایت است که از محدوده قوانین اسلام تجاوز ننموده باشد. (ذاکر صالحی ۱۳۹۱، ۱۵۶)

در اصل چهل و هفتم قانون اساسی نیز صرفاً مالکیت حاصل از طرق مشروع محترم و مورد قبول شناخته شده است.

۱. افوسو، پیشین، ص ۲۰

۲. غلامرضا، ذاکر صالحی، پیشین، ص ۱۵۶.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فسادو قانون اساسی ایران.....۱۶۳

در اصل یکصد و پنجاه و سوم نیز انعقاد هرگونه قراردادی که منجر به سلطه بیگانگان بر منابع طبیعی و اقتصادی و ... کشور شود ممنوع گردیده است .

در بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم نیز پیشگیری از وقوع جرم به عنوان یکی از وظایف قوه قضاییه ذکر گردیده است. بنابراین قوه قضاییه مکلف است در مواردی که تشخیص دهد امکان وقوع جرائم و مفاسدی در آینده می‌رود باید از طریق راه های قانونی از وقوع آن جلوگیری نماید.

طبق اصل یکصد و چهل و دو دارایی رهبر ، رئیس جمهور معاونان رئیس جمهور وزیران و همسر و فرزندان قبل و بعد از خدمت توسط رییس قوه قضاییه رسیدگی می‌گردد که بر خلاف حق افزایش نیافته باشد. این اصل بیانگر تاکید قانون اساسی بر پیشگیری از وقوع جرم و فساد در سطوح عالی می‌باشد.

رسالت سنگین قوه قضاییه در امر تامین عدالت و محو اشکال فساد به همین میزان محدود نمی‌شود بلکه انتظارات قانون اساسی نسبت به امر قضا فراتر رفته و برخوردی آرمانی دارد و تحقق عدالت را از وظایف جدی قوه قضاییه قلمداد می‌کند. این امر به شرطی است که قوانین قضایی اسلامی تدوین و به دست قضات عادل و شایسته مشروط به شرایط فقه اسلامی... به اجرا درآید. از این رو در کنوانسیون جهانی نیز با در نظر گرفتن استقلال قضایی و نقش مهم آن در مبارزه با فساد پیش بینی شده؛ اقداماتی اتخاذ شود تا یکپارچگی تقویت شده و از فرصت های فساد در بین اعضای قوه قضاییه ممانعت به عمل آید.^۲

چنانچه گزینش و انتصاب قضات آگاه و در کنار ایشان مستخدمین اداری با استعداد و شایسته و متخصص از محورهای مهم قانون اساسی است در متن کنوانسیون نیز به

۱. سید محمد، هاشمی، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۷۱.

۲. بند ۱ ماده ۱۱ کنوانسیون.

۱۶۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

ویژه در ماده ۷ و سایر بندهای ذیل این ماده هم به موضوع شایسته سالاری برای به کارگیری نیرو و تشکیل نظام اداری کارآمد اشاره شده است. از طرف دیگر نقش رسانه آزاد در امر پیشگیری یا مقابله با فساد در خور توجه است. زیرا آگاهی عمومی نسبت به فساد و خطرات متعدد آن بر زندگی سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جامعه و ایجاد درک عمومی برای مبارزه با فساد از کوچک ترین تا بزرگ ترین نوع آن وظیفه خطیری است که قبل از هر چیز بر عهده رسانه های جمعی است.

سایر منابع حقوق داخلی در پیشگیری از فساد

فرمان هشت ماده ای مقام معظم رهبری درخصوص تشکیل ستاد مبارزه با مفاسد و تهیه طرح مبارزه با فساد مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۰ به لحاظ حقوقی در گروه منابع حقوقی قرار نمی گیرد اما به لحاظ اهمیت آن در تدوین اقدامات پیشگیرانه قابل اعتناست. فرمان صادره از سوی مقام رهبری با نظر به اینکه افکار عمومی و شهروندان با عنایت به فراموشی برخی آرمان های انقلابی و مشاهده ظهور و گسترش فساد اداری از این وضعیت به انحای مختلف ابراز نارضایتی و نگرانی می نمودند؛ در جهت مبارزه با فساد و قطع ریشه فساد در نظام اداری و اقتصادی کشور صادر گردید. مهمترین نکات این فرمان عبارت است از :

اصول مهم این فرمان به شرح زیر است :

- ۱ - با آغاز مبارزه ی جدی با فساد اقتصادی و مالی، یقیناً زمره ها و به تدریج فریادهای مخالفت با آن بلند خواهد شد اما هر گونه تسامح در مبارزه با فساد، به نوعی همدستی با فاسدان و مفسدان است.
- ۲ - اعتماد عمومی به دستگاههای دولتی و قضایی در گرو آن است که این دستگاهها در برخورد با مجرم و متخلف قاطعیت و عدم تزلزل خود را نشان دهند.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۶۵

۳ - مبارزه با فساد موجب امنیت فضای اقتصادی و اطمینان کسانی است که می‌خواهند فعالیت سالم اقتصادی داشته باشند. تولید کنندگان این کشور، خود نخستین قربانیان فساد مالی و اقتصاد ناسالم‌اند.

۴ - کار مبارزه با فساد را چه در دولت و چه در قوه قضاییه به افراد مطمئن و برخوردار از سلامت و امانت بسپارید. دستی که می‌خواهد با ناپاکی دربیفتد باید خود پاک باشد، و کسانی که می‌خواهند در راه اصلاح عمل کنند باید خود برخوردار از صلاح باشند.

۵ - بخشهای مختلف نظارتی در سه قوه از قبیل سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات و وزارت اطلاعات باید با همکاری صمیمانه، نقاط دچار آسیب در گردش مالی و اقتصادی کشور را به درستی شناسایی کنند و محاکم قضایی و نیز مسئولان آسیب‌زدایی در هر مورد را یاری رسانند.

۶ - وزارت اطلاعات موظف است در چهارچوب وظائف قانونی خود، نقاط آسیب‌پذیر در فعالیتهای اقتصادی دولتی کلان مانند: معاملات و قراردادهای خارجی، و سرمایه‌گذاریهای بزرگ، طرح‌های ملی، و نیز مراکز مهم تصمیم‌گیری اقتصادی و پولی کشور را پوشش اطلاعاتی دهد و به دولت و دستگاه قضایی در تحقق سلامت اقتصادی یاری رساند و به طور منظم به رئیس‌جمهور گزارش دهد.

۷ - در امر مبارزه با فساد نباید هیچ تبعیضی دیده شود. با فساد در هر جا و هر مسند باید برخورد یکسان صورت گیرد.

۸ - به جای پرداختن به ریشه‌ها و ام‌الفسادها به سراغ ضعفها و خطاهای کوچک نروند و نقاط اصلی را رها نکنند. هرگونه اطلاع‌رسانی به افکار عمومی که البته در جای خود لازم است، باید به دور از اظهارات نسنجیده و تبلیغات‌گونه بوده و حفظ آرامش و اطمینان افکار عمومی را در نظر داشته باشد.

۱۶۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ۱ هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

نکته قابل تامل دیگر این است که همه نهادها را موظف به پیشگیری از فساد دانسته اند اما از جهت شفاف سازی در مطالبه و پیگیری نهادهایی را از هر سه قوه برای این مهم معرفی نموده اند. برخی از ملزومات در فرمان ۸ ماده‌ای مقام معظم رهبری به وضوح آمده است، ایشان در ماده پنجم برای سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات و وزارت اطلاعات، استراتژی همکاری پیشنهاد کرده است. سپس با فرمان مشترکی، ذهن ها را متوجه نقاط آسیب پذیر در گردش مالی و اقتصادی کشور کرده تا نقاط کور را به درستی شناسایی کنند و در اختیار محاکم قضایی قرار دهند. در این فرمان، تکلیف قوای سه گانه به نحوی شفاف بیان شده است به طوری که هم به فعالیت جمعی دعوت شده‌اند و هم مسئولیت و حوزه عمل هر یک به تفکیک بیان شده است. این فرمان چند لایه دارد که تشکیل ستاد و تهیه طرح مبارزه با فساد اقتصادی الگوی مبارزه علمی، مراقبت از سلامت نظام اسلامی از جهت اقتصادی، فعالیت سالم اقتصادی برای ایجاد اشتغال بر پایه صحت و سلامت ارتباطات حکومتی، پرهیز از امتیاز طلبی و انحصارطلبی و احیای سرمایه گذاری، اقدامات قوای سه گانه در نظارت سازمان یافته به منظور جلوگیری از بروز و رشد فساد مالی در دستگاه ها برخی از این لایه ها می باشد.

در جهت اجرای اصول پیش گفته قانون اساسی و منویات فرمان هشت گانه، مجلس شورای اسلامی مبادرت به تصویب قانون ارتقای سلامت اداری نموده است. این قانون در تاریخ ۱۳۹۰/۸/۷ در ۳۵ ماده، به طور آزمایشی و برای مدت سه سال جهت اجرا به قوه مجریه ابلاغ شد. به نظر می‌رسد تدوین کنندگان این قانون در هنگام تنظیم آن به متن معاهده مریدا نظر داشتند و بسیاری از مفاد آن از قبیل حمایت از شهود^۱، جرم انگاری برای موسسات خصوصی در صورت تحصیل مال نامشروع^۲، اطلاع

۱. نگاه کنید به ماده ۲۲ قانون ارتقای سلامت نظام اداری

۲. نگاه کنید به ماده ۲۲ قانون ارتقای سلامت نظام اداری

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۶۷

رسانی^۱ و غیره را در این قانون پیش بینی کرده اند قانون ارتقای سلامت در بعد پیشگیری نیز قابل اعتناست؛ و دولت را موظف نموده با همکاری سایر قوا به منظور فرهنگ سازی و ارتقاء سلامت نظام اداری براساس منابع اسلامی و متناسب با توسعه علوم و تجربیات روز دنیا ظرف شش ماه پس از تصویب این قانون «منشور اخلاق حرفه ای کارگزاران نظام» را تدوین نماید. همچنین کلیه دستگاههای مشمول این قانون مکلفند براساس وظایف و مأموریتهای خود در چهارچوب «منشور اخلاق حرفه ای کارگزاران نظام» به تدوین «رفتار حرفه ای و اخلاقی مقامات قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر مدیران و کارکنان» خود اقدام نمایند.

نتیجه گیری

درک تدریجی حوزه مشکلات مربوط به فساد و وخامت این مشکلات منجر به تکامل اقدامات بین المللی متعدد شد اما در مسیر این تکامل کنوانسیون مریدا یک جهش چشمگیر محسوب می شود زیرا از قالب ملاحظات کلی و صرف اعلام مواضع خارج شده و به سوی استفاده از اصول و ابزارهای عملی و سپس توسعه تعهدات حقوقی الزام آور و نهایتاً همکاری دولت ها در تحقیق و تعقیب قضایای فساد حرکت نموده است.

این تکامل در اثر علاقه نمایندگان دولت ها در ارتباط با مبارزه با فساد است و به این نتیجه نایل شدند که سند مربوط به فساد باید از هر نظر جامع باشد به نحوی که از یک طرف بتواند پیامدهای بسیار متعدد فساد را تا حد امکان معرفی کند و از طرف دیگر تدابیر متعددی را برای پیشگیری و مبارزه با فساد شامل باشد. زیرا پیشگیری یکی از ارکان این کنوانسیون است و هدف از آن تامین چارچوبی نظارتی برای کاهش احتمالی روش های فساد است. این کنوانسیون خواهان تدوین سیاست های پیشگیرانه

۱. نگاه کنید به ماده ۷ قانون ارتقای سلامت نظام اداری

۱۶۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

جامع برای تضمین حکومت مطلوب، پاسخگویی و شفافیت است. کنوانسیون معتقد است که برای نظارت و ایجاد هماهنگی در اجرای سیاست‌های ضد فساد، تدوین مقررات رفتاری برای مقامات عمومی، ترویج و حمایت از شفافیت و پاسخگویی و افزایش آگاهی از تاثیر منفی فساد، باید نهادهای مستقل ضد فساد ایجاد شوند. این کنوانسیون همچنین شامل مفادی درباره جرم به حساب آوردن فساد است که همگرایی در اولویت‌ها و اقدام ملی را تسهیل و در عین حال همکاری بین‌المللی را در این زمینه تقویت می‌کند.

با عنایت به جایگاه محوری جمهوری اسلامی ایران در میان کشورهای در حال توسعه و اهمیتی که جمهوری اسلامی ایران برای مبارزه با فساد قایل است و نیز با توجه به نقش هیأت نمایندگی جمهوری اسلامی ایران در جریان مذاکرات مربوط به تدوین پیش نویس کنوانسیون مذکور و اینکه با توجه به الحاق ایران از جهت نزاکت بین المللی انتظار می‌رود به مفاد این سند جهانی در نظر و عمل پایبند باشیم. لذا با نظر به اینکه اصول قانون اساسی کشور ما نیز اشاراتی به موضوع مهار فساد و اهمیت برقراری حکومت سالم دارد؛ ضرورت دارد با توجه به اصول مزبور که در زمینه های مختلف قانونی هم انعکاس دارند برای عملی شدن این راهکارها، از طریق مطالعاتی از این دست، اصول قانونی را شناخته آنگاه قانون را بر تمامی شئون جامعه حاکم سازیم.

متأسفانه تاثیر عوامل گوناگون در شکل گیری فساد به آن ماهیت پیچیده ای داده که در نتیجه آن بسیاری از برنامه های طراحی شده برای مقابله با فساد اعم از پیشگیری یا مبارزه به شکست می‌انجامد. این وضعیت نشانگر آن است که برای حذف و کاهش فساد باید قدمهای اول را محکم و اصولی برداشته و از طریق پژوهش و مطالعات تطبیقی به ویژه در زمینه قانون اساسی داخلی و مفاد کنوانسیون های بین المللی، برنامه ریزی عملیاتی و هماهنگی را برای تاثیر گذاری نتیجه بخش بر همه اشکال فساد طراحی، پیگیری و اجرا نماییم و ضمن اجرای آن از طریق کنترل و نظارت موثر، اصول برقراری یک حکومت خوب را پیگیری نماییم.

سیمای پیشگیرانه کنوانسیون جهانی علیه فساد و قانون اساسی ایران.....۱۶۹

فهرست منابع

فهرست الفبائی منابع مرجع :

۱. فرمان ۸ ماده ای رهبر انقلاب در مبارزه با مفساد اقتصادی
۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۳. قانون مبارزه با فساد اداری در ایران
۴. کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، ۲۰۰۳ (میردا)

کتابها :

۱. امامه، دبلیو پآتی و امانین راج سوپر، چهارچوب های حقوقی مقابله با فساد، احمد رنجبر، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی. ۱۳۸۴
۲. حبیبی، نادر، فساد اداری، عوامل موثر و روشهای مبارزه، تهران، انتشارات وثوقی. چاب اول ۱۳۷۵
۳. راغفر، حسین. دولت، فساد و فرصت های اجتماعی، تهران، انتشارات نقش و نگار چاب دوم. ۱۳۸۸
۴. ربیعی، علی، زنده باد فساد، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۱۳۸۳
۵. عباس زادگان، سید محمد، فساد اداری، تهران، دفتر پژوهشهای فرهنگی. ۱۳۸۵
۶. ذاکر صالحی، غلامرضا، راهبردهای مبارزه با فساد اداری، تهران، انتشارات جنگل. چاب اول. ۱۳۹۱
۷. هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۳، بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

۱۷۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال پنجم، شماره ی هجدهم، زمستان ۱۳۹۱

۸. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج اول، انتشارات میزان. ۱۳۸۷

۹. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی های اساسی، انتشارات میزان. ۱۳۸۷

مقالات :

۱. ابراهیم آبادی، غلامرضا، تأملی چندجانبه بر مقوله فساد، مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی. ۱۳۸۳

۲. آقای، رضا، مقایسه تطبیقی کنوانسیونهای بین المللی، نشریه راهبر، دفتر مطالعات اجتماعی سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور ۲۰ - ش ۱۰، ۱۳۸۶

۳. سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، طرح مطالعاتی تدوین مبارزه با فساد و ارتقای سلامت در نظام اداری، معاونت امور مدیریت و منابع انسانی، دفتر. ارزیابی عملکرد مدیریت، ۱۳۸۰

۴. فضل، عبدالرحمان،، فساد اداری و تاثیر آن بر توسعه، مجله حقوقی بین المللی نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری سال ۲۸ شماره ۴۵. ۱۳۹۰
۵. قلی پور، رضا، ۱۳۸۴، تحلیل رابطه حکمرانی خوب و فساد اداری، مجله فرهنگ مدیریت، سال سوم، شماره ۱۰،

۶. نواده توپچی، حسین، ۱۳۸۶، چالش های فراروی اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد در کشور، فصلنامه راهبرد، سال نوزدهم، شماره ۵۷، ۱۳۸۶، صص ۲۴۳-۲۱۷.

۷. یورگ آلبرشت، هانس، ۱۳۹۱، نگاهی به پدیده فساد با رویکردی به اسناد بین المللی در زمینه پیشگیری و منع فساد، مترجم مجید قورچی بیگی. قابل دسترسی در سایت وزارت امور خارجه

منابع لاتین :

1. Against Corruption and Administrative Illegality. 1999. Commission Macau
2. Administrative Offences of Corruption. 2001. Code of the Republic of Kazakhstan
3. Khan, Mohabbat, Political and Administrative Corruption; Concepts, Comparative Experiences and Bangladesh Case, University of Dhaka, 2000.
4. Rose-Ackerman; Susan. 1999 Corruption and Government Causes; Consequences and Reform; Cambridge University Press.
5. World Bank (1994). Helping Countries Combat Corruption, the Role of the World Bank, Washington DC.
6. Global Integrity, Innovations for Transparency and Accountability, (2013) available at <https://www.globalintegrity.org/initiative/africa-integrity/> (2013/01/25).
7. J. O'Hern, Daniel (2005), Report of the Especial Ethnic Council to the Governor of the State of New Jersey, available at http://www.Nj.Gov/Ethics_Report.Pd (2008/01/25).

United Nations Convention against Corruption and Constitution of Iran

Seyyed Mohammad Hashemi*
Maryam Sarmast**

(Received: 11/Nov/2012; Accepted: 15/Dec/2012)

Abstract

United Nations Convention against Corruption as the first valid and sanction able international document in the field of preventing corruption, is regarded as a long step towards achieving fundamental human rights and liberties. The rights and principles which are emphasized in the text of convention, involve the ideals of all human rights advocates and the sage who are aware of unfavorable results of corruption on several dimensions of human life. The Constitution of Islamic Republic of Iran, as a superior document of domestic law, also contains principles for tackling or preventing corruption. Although the Constitution does not directly involve the matter and does not contain specified principles as to that, but in all of its fourteen chapters, enacts principles regarding rights of all individuals of nation with the aim of guaranteeing the fundamentals of society by preparing sanctions for several liberties, relying on known legal canons. This shows the concern of legislator for preventing corruption and its lucidity as to the importance of creating an impeccable governmental system.

Both of the documents undoubtedly contain , policies and solutions which studies of this kind could prepare optimized grounds for considering their content and finally exercising them.

KeyWords:Corruption,Convention,Constitution,principles,
preventing

* Dr.Seyyed Mohammad Hashemi Professor at public Law Science & research branch Islamic Azad University

** Maryam Sarmast Ph.D student science & research branch Islamic Azad University

Rights and Duties of the Children Born from Embryo Donation

Mohammad Hasham Samadi Ahari*

(Received : 05/Nov/2012 ; Accepted : 12/Dec/2012)

Abstract

Nowadays with the contribution of the stunning progresses in medical science, particularly scientific developments in the field of gynecology, wonderful achievements in human biology, availability of sorts of technology and techniques concerning birth and reproduction, the issue and the problem of barrenness of women and infertility of the spouses has been resolved all over the civilized world through obtaining male and female gametes and transmitting them in the form of combined or separated (embryo) with the help of medical instruments. One of the methods of treatment of barrenness in the women is insemination of the donated embryo in the uterus of such females by gynecologists. Fortunately the above mentioned issue has been dealt with in the Iran legal system through enactment of the law concerning embryo donation to infertile couples in 1382 (2003), Donation of gamete or embryo to infertile women requesting the donation of such embryos have different legal consequences such as rights and duties created for the couples receiving embryo and that they become obliged for the custodianship and upbringing of the child born from the donated embryo and his/her sustenance and alimony until he or she become mature in the framework of the law in accordance with regulations lies with the couples and other blood relatives receiving embryo.

Further to the above, other juridical relations will be created such as the matter of affinity and blood relationship, guardianship, prohibition of marriage and inheritance between the child born from embryo donation and the receiving couples and their blood relatives. According to the law the baby born through such embryo donation is considered as the child of the couple and therefore he/she must commonly be obedient to them and respect them as his/her parents and after becoming mature and meeting the criteria of financial ability pay their alimony in accordance with the regulations for alimony of kinships which is described in the article

Keywords: Donation, Embryonic, Spermatozoid, Ovule, Implantation

* Full Time Academic Staff Instructor of Islamic Azad University, Central Branch Tehran.

**Carriers' Civil liability on carriage dangerous goods
by sea**

Babak Shid*

(Received: 24/Oct/2012; Accepted: 03/Dec/2012)

Abstract

Because of the ease of carriage of goods and shipping cost by sea, this kind of transportation is always faced with a business interest. In recent years according to the scientific progress and the creation of new and possibly dangerous materials, this type of Materials has entered to the carriage goods by sea and the carriers has entered to a new field. Disagreements on the basis of liability on such carriers in civil law and business law and jurisprudence, have been made professional and compelling arguments.

Carriage of dangerous goods, in addition to the special duties on carriers, imposed the risk on third parties. Thus the duties of those people involved in the transport of dangerous goods have a direct relation to their civic responsibilities. By fusion of basic elements of civil liability and obligations of specific dangerous cargo transport should achieve an appropriate standard of protective measure.

Key Words: Dangerous Goods; IMDG; Civil liability; carrier; ship.

* Ph D Scholar in Private Law.

Penal protection of nation's rights

Dr Mansour Rahmdel*

(Received :13/Oct/2012; Accepted : 08/Nov/2012)

Abstract

Third chapter of Iran Constitution ratified on 1979 refers to the "Nation's rights". In complementary text of former Constitution in Shah era one of the chapters referred to "Iran Nation's rights" too. Article 570 of the Islamic Penal Code criminalizes the act of governmental authorities and officers who take away the personal freedom of the Nation against the Constitution or deprive them of their constitutional rights. In fact, this article provides penal sanction for breaching of some of nation's rights. No doubt that the Nation's rights are not restricted to what has been referred to in third chapter of the Constitution and also the penal sanction is not restricted to article 570. The current paper tries to consider different aspects of the case.

Keywords:Protection,Punishment,Rights,Nation, Constitution

* Assistant professor of faculty of law, Tehran Azad University, Central Branch

Effect Of Claim Transfer On Civil Procedure Law

Seiyed Mahdi Jalali*

Negin Shayesteh**

(Received: 10/Oct/2012; Accepted: 13/Nov/2012)

Abstract

A legal proceeding may be transferred from one to another for some reasons. In this transfer, plaintiff or defendant loses his/her role and whether another person replace his/her position respectively or by having the original party to the judicial process moving out, an end to the proceedings is put. In the present article the concept and types of subrogation and different possibilities of having the legal proceedings transferred that are transfer of legal proceedings by involuntary way of inheritance, by insolvency and by way of general subrogation through transferring the ownership of the property in question. In this article answering the question whether or not passing the ownership of the property concerned leads to the transfer of the legal proceedings from the former owner to the new one, transfer of legal proceedings and its effects are discussed.

KeyWords: Transfer of legal proceedings, subrogation, transfer of legal proceedings by inheritance, transfer of legal proceedings by insolvency, the property in question

*Assistant professor of faculty of law, Tehran Azad University, Nragh Branch

** student ,master of private law in Islamic azad university.

The role of negligence in tort with comparative study in common law system

Dr. Eisa Amini*

Samira Mohamadinejad**

(Received: 24/Sep/ 2012; Accepted: 03/Nov/2012)

Abstract

According to article 1 of civil liability code, the liability is based on fault, but in civil code it is not assumed as a necessary element for civil liability. However, fault is not a unique base of Iran's law, the role of fault in civil liability is not deniable. Fault in fault-based liabilities result in tort and in restrict liability it makes a new way for injured person to claim. In liabilities that fault is supposed by legislator, a plaintiff has no need to prove the fault.

In common law system, courts sometimes voted by strict liability and in some cases fault is considered as a necessary element.

Additionally, when a defendant commits an inconsiderable negligence, there is an authority for judge to reduce the amount of compensation and this the way that fault effects on compensation.

Keywords: civil liability, tort, negligence, fault, causation.

* Assistant professor and faculty member in faculty of law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch.

** student, master of private law in Islamic Azad University, Central Tehran Branch.

Abstracts

Table contents

Title	Page
The role of negligence in tort with comparative study in common law system Dr.eisa amini Samira mohamadinejad	3
Effect Of Claim Transfer On Civil Procedure Law Seiyed Mahdi Jalali Negin Shayesteh	4
Penal protection of nation's rights Dr Mansour Rahmdel	5
Carriers' Civil liability on carriage dangerous goods by sea Babak Shid	6
Rights and Duties of the Children Born from Embryo Donation Mohammad Hasham Samadi Ahari	7
United Nations Convention against Corruption and Constitution of Iran Seyyed Mohammad.Hashemi Maryam Sarmast	8

Azad Legal Researches Quarterly of Law Faculty Islamic Azad University Central Tehran Branch

December 2012 Volume 5, No. 18

Executive Director: Dr. Sadegh Salimi

Editor-in-Chief: Dr. Behshid Arfania

Managing Director: Dr. Mohammad Reza Pirhadi

Editors: Dr. Azam Edalatjoo

Editorial Board:

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, 5th Floor, Barati Alley, Enghelab St. Tehran, Iran.

Postal Cod: 1131854113 Tel & Fax +982166720218

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 پنجاه هزار ریال به حساب شماره ۷۲۳۹۶۳۵۳ 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 ۲ 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

