

بسم الله الرحمن الرحيم

مجله علمی تخصصی

دانش و پژوهش حقوقی

دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۳

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید چمران اهواز

مدیر مسئول: حسین آقایی جنت‌مکان استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز

سرمدیر: پژمان محمدی دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز

کارشناس: ثریا طالقانی

ویراستار علمی: دکتر غلامحسین مزارعی

ویراستار انگلیسی: دکتر سیدمحمدحسن ملائکه پور شوشتری

صفحه‌آرا: ثریا طالقانی

لیتوگرافی و چاپ: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه شهید چمران اهواز

ناشر: دانشگاه شهید چمران اهواز

شاپا: ۵۸۷۴-۲۲۲۳

قیمت: ۳۵۰۰۰ ریال (برای دانشجویان دانشگاه شهید چمران اهواز ۲۵۰۰۰ ریال)

نشانی پستی: خوزستان، اهواز، دانشگاه شهید چمران اهواز، دانشکده اقتصاد و علوم

اجتماعی، دفتر مجله دانش و پژوهش حقوقی. تلفن: ۰۶۱-۳۳۳۶۲۵۷۵

نمابر: ۰۶۱-۳۳۳۳۷۴۱۱

پست الکترونیکی: knowledgeoflaw@scu.ac.ir

وب سایت: <http://economics.scu.ac.ir>

***این مجله براساس مجوز نامه شماره ۹۰/۲۸۰۳۶ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳ وزارت فرهنگ

و ارشاد اسلامی و هم‌چنین تفاهم‌نامه شماره ۹۱/۲/۰۲/۲۷۶۲ با همکاری انجمن ایرانی

حقوق جزا منتشر می‌گردد.

شورای نویسندگان (به ترتیب الفبا)

استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز	حسین آقایی جنت مکان
استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران	محمدعلی اردبیلی
دانشیار دانشگاه مازندران	حمید ابهری
دانشیار دانشگاه امام حسین (ع)	حسین شریفی طراز کوهی
استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز	یزداله طاهری نسب
استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران	محمود کاشانی
دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز	پژمان محمدی
استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران	نسرین مهرا
استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز	غلامحسن مزارعی
استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران	علی حسین نجفی ابرندآبادی
استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز	نورمحمد نوروزی

داوران علمی این شماره (به ترتیب الفبا)

عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر خلیل احمدی
عضو هیات علمی دانشگاه تهران	دکتر حسن بادینی
عضو هیات علمی دانشگاه تربیت مدرس تهران	دکتر مهرداد رایجیان اصل
عضو هیات علمی دانشگاه تهران	دکتر روح اله رستمی
عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر ایرج حسینی صدرآبادی
عضو هیات علمی دانشگاه تهران	دکتر زهرا شاکری
عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر یزداله طاهری نسب
عضو هیات علمی دانشگاه تهران	دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی
عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر پژمان محمدی
عضو هیات علمی دانشگاه تهران	دکتر فیروز محمودی جانکی
عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر غلامحسن مزارعی
عضو هیات علمی دانشگاه شهید چمران اهواز	دکتر سیدمحمدحسن ملانکه پور
عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور تهران	دکتر صادق متی نژاد

راهنمای تنظیم مقاله در دو فصلنامه‌ی دانش و پژوهش حقوقی

۱- مقاله‌ی تایپ شده با استفاده از **word 2003, 2007**، با قلم **B Lotus** و با اندازه فونت ۱۳ حتی‌الامکان از ۲۰ صفحه **A4** تجاوز نکند، در سه نسخه و به همراه سی دی آن به دفتر مجله ارسال شود.

۲- ساختار مقاله به صورت زیر تنظیم شود:

۱-۲- عنوان مقاله با ذکر نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان در زیر آن.
۲-۲- مشخصات نویسنده یا نویسندگان شامل نام و نام خانوادگی، سمت، محل خدمت، عنوان و رتبه‌ی علمی، تاریخ و محل انجام تحقیق، آدرس، پست الکترونیکی و شماره‌ی تماس بر روی یک صفحه‌ی جدا بدون شماره نوشته و ارسال گردد.

۲-۳- چکیده‌ی مقاله: شامل موضوع، چارچوب نظری، روش‌شناسی تحقیق و نتایج مقاله به صورت فشرده بین ۱۰۰ تا ۱۵۰ کلمه (۱۰ تا ۱۵ سطر) و سپس واژه‌های کلیدی به زبان فارسی.

۲-۴- مقدمه: شامل تعریف موضوع، طرح مسئله و بیان اهداف.

۲-۵- بدنه اصلی شامل فصول، بحث‌ها و مباحث

۲-۶- نتیجه‌گیری

۲-۷- یادداشت‌ها و پیوست‌ها (در صورت لزوم)

۲-۸- فهرست منابع فارسی و انگلیسی در انتهای کار

۲-۹- خلاصه‌ای از سوابق علائق آموزشی و پژوهشی نویسنده، نام دانشگاه یا مؤسسه‌ی وابسته، پست الکترونیکی.

۲-۱۰- چکیده‌ی انگلیسی همراه با واژه‌های کلیدی در پایان مقاله.

۳- شیوه‌ی ارجاع و استناد

۳-۱- ارجاع در متن مقاله.

پس از مطلب اقتباس شده، مستقیم یا غیرمستقیم (نام خانوادگی صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه یا صفحات).

یادآوری: در صورتی که اثر مورد استفاده به زبان فارسی ترجمه شده باشد، تاریخ انتشار اثر ترجمه شده، و در غیر این صورت تاریخ انتشار متن به زبان اصلی ذکر شود.

۲-۳- ارجاع در پایان مقاله

فهرست منابع مورد استفاده در پایان مقاله به ترتیب الفبایی حرف اول نام خانوادگی نویسنده یا صاحب اثر، به شرح زیر تنظیم گردد:

۳-۲-۱- کتاب

تألیف: نام خانوادگی نویسنده یا صاحب اثر، نام (سال انتشار)، عنوان کتاب، محل انتشار، مؤسسه‌ی انتشاراتی.

ترجمه: نام خانوادگی نویسنده یا صاحب اثر، نام (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم، محل انتشار، مؤسسه‌ی انتشاراتی (متن ترجمه شده).

۳-۲-۲- مقاله

مجلات: نام خانوادگی نویسنده، نام (سال انتشار)، عنوان مقاله، عنوان مجله، دوره، شماره، محل انتشار مجله، مؤسسه‌ی انتشاراتی.

مجموعه مقالات: نام خانوادگی تدوین‌کننده مجموعه، نام (سال انتشار مجموعه)، عنوان مقاله، عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل انتشار، مؤسسه‌ی انتشاراتی.

۳-۲-۳- منابع اینترنتی

نام خانوادگی نویسنده، نام (تاریخ انتشار در سایت مربوط)، عنوان اثر، نشانی سایت اینترنتی، تاریخ مراجعه کاربر به سایت مربوط.

۴- شرایط پذیرش مقاله

۴-۱- مقاله متناسب با سیاست دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی باشد.

۴-۲- قبلاً چاپ نشده و برای نشریات داخلی و خارجی فرستاده نشده باشد.

۳-۴- مقالات رسیده توسط داوران مجله که به وسیله هیات تحریریه معین می‌شوند، مورد ارزیابی قرار گرفته و پذیرش نهایی منوط به موافقت هیات تحریریه دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی است.

۴-۴- هیات تحریریه مجله در ویرایش ادبی مقاله (بدون تغییر محتوایی) آزاد است.

۴-۵- مقاله‌های ارسالی برگشت داده نمی‌شود.

۴-۶- مسئولیت مطالب مقاله بر عهده‌ی نویسنده است و نظر نویسنده، ضرورتاً بیانگر دیدگاه هیات تحریریه نیست.

لطفاً مقالات ارسالی خود را که شامل ۱ نسخه اصلی، ۳ نسخه کپی شده به همراه CD آن به دفتر فصلنامه ارسال فرمایید.

پست الکترونیکی: knowledgeoflaw@scu.ac.ir

وب سایت مجله: <http://Economics.scu.ac.ir>

آدرس دفتر دو فصلنامه:

اهواز- بلوار گلستان- دانشگاه شهید چمران- دانشکده اقتصاد و علوم

اجتماعی- دفتر دو فصلنامه‌ی دانش و پژوهش حقوقی

کد پستی: ۶۱۳۵۷۴۳۳۳۷

نمابر: ۰۶۱-۳۳۳۳۷۴۱۱

تلفن: ۰۶۱-۳۳۳۶۲۵۷۵

فهرست مطالب

- نفوذ آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی در بخش کلیات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲..... ۱
لمیا رستمی تبریزی- صادق اکبری
- جرایم علیه خانواده، چالش‌ها و راهکارها ۳۴
عبدالحسین رضایی راد- سهیلا صحرائین سامانی
- مقایسه نهاد بازسازی در حقوق ایران و راهنمای حقوق ورشکستگی آنسترال..... ۶۳
کوروش کاویانی- جاوید فرزانه
- حقوق مالکیت‌های فکری سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی..... ۹۱
علیرضا محمدزاده وادقانی- شیوا حکیم شفایی
- آسیب‌شناسی تخلفات موضوع کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بر اساس یافته‌های
تطبیقی از کلان شهرهای ایران..... ۱۳۹
مصطفی محمدی ده چشمه - جعفر سعیدی
- ماهیت و مبانی بیمه مسئولیت مدنی در حقوق ایران..... ۱۶۹
سیدمحمدحسن ملائکه پور شوشتری

نفوذ آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی در بخش کلیات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

لمیا رستمی تبریزی*

سید صادق اکبری**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۲/۸

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۷

چکیده

نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تأسی از باورهای جرم‌شناسی بزه‌دیده‌شناسی و بازتاب آنها در قوانین کیفری برای اجرای بهتر عدالت جنایی، تقویت جایگاه و نقش بزه‌دیده در فرآیند عدالت کیفری مقرراتی را در این راستا پیش‌بینی کردند. که می‌تواند به ارتقای جایگاه بزه‌دیده به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین کنشگران در نظام عدالت جنایی نیز کمک کند. قانون‌گذار از دو زاویه یکی توجه به سهم و نقش بزه‌دیده در وقوع جرم، از رهگذر بند «پ» ماده ۳۸ ق.م.ا و در بخش دیگر از رهگذر مواردی همچون پیش‌بینی عدالت ترمیمی در راستای احقاق حق جبران برای بزه‌دیده (بند «پ» ماده ۴۰ ق.م.ا)، گسترش کیفرزدایی از رهگذر تعویق مجازات و نظام نیمه آزادی در راستای حمایت از بزه‌دیده (مواد ۴۰ و ۵۸)، تقویت حمایت از بزه‌دیده در تعلیق مجازات (بند «ج» ماده ۳ ق.م.ا) بزه‌دیده این بازیگر فعال در فرایند کیفری که یکی از ارکان اصلی جریان کیفری و پدیده مجرمانه می‌باشد را مورد توجه و حمایت ویژه قرار داده است. بدین‌سان این توجه ویژه به بزه‌دیده می‌تواند زمینه‌ساز اجرای عدالت و تحقق اصل فردی‌کردن مجازات‌ها را فراهم کند. در این نوشتار از توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم (الف) و جلوه‌های حمایت از بزه‌دیده (ب) در بخش کلیات قانون مجازات اسلامی مواد (۱-۲۱۶) سخن به میان می‌آید.

واژه‌های کلیدی: قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، بزه‌دیده، بزه‌دیده‌شناسی، جرم‌شناسی، حقوق کیفری،

عدالت ترمیمی

lamyatabrizi@gmail.com

akbariii_67@yahoo.com

*لمیا رستمی تبریزی، استادیار گروه حقوق جزا دانشگاه شهیدبهشتی

**سید صادق اکبری کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

مقدمه

جرم‌شناسی یکی از رشته‌های علوم جنایی است که عوامل و فرآیندهای بزه‌کاری و بزه‌دیده‌گی، و نیز بزه‌کاران و حالت خطرناک آنان را به‌روش علمی مورد مطالعه قرار می‌دهد. (رحیمی نژاد، ۱۳۸۸: ۱۷) در مورد تاریخ جرم‌شناسی و زمان به‌وجود آمدن آن مباحث زیادی مطرح گردیده و عده‌ای قایل شده‌اند که نمی‌توان برای این علم تاریخ خاصی را در نظر گرفت و یا بنیانگذار خاصی را مطرح کرد. اما عده‌ای دیگر تاریخ آن را به سه دوره‌ی غیر علمی، نیمه علمی و علمی تقسیم کرده‌اند. (نوربها، ۱۳۸۰: ۵۷). عده‌ای بر این باورند که جرم‌شناسی در قرن ۱۹ میلادی و توسط لمبروزو تبدیل به یک علم مجزا شده است و نظریات پیش از وی در واقع فرضیاتی غیر علمی و بدون تحقیق بوده است. (همان) بدین سان در حقیقت جرم‌شناسی با ظهور و پیدایش انقلاب تحقیقی حقوق کیفری به سرکردگی لمبروزو، رافائل گاروفالو و انریکو فری در نیمه دوم قرن نوزدهم متولد گردیده است. به همین خاطر لمبروزو را پدر علم جرم‌شناسی نامیده‌اند. کمتر از یک سده پس از تولد جرم‌شناسی، عده‌ای از جرم‌شناسان که در مقام حل معمای بزه‌کاری و علت‌شناسی بودند، مطالعات خود را بر کنشگر دیگر جرم، یعنی بزه‌دیده که در فرایند عدالت کیفری فراموش شده بود، متمرکز کردند، تا سهم، نقش، جایگاه، منش و شخصیت وی در تکوین جرم مشخص سازند. به‌عبارت دیگر با پیدایش مکاتب مختلف دفاع اجتماعی که نگرشی دقیق‌تر و وسیع‌تر به پدیده‌ی مجرمانه داشته‌اند، سیاست جنایی فعال‌تر شد و بر دامنه بررسی‌ها و کندوکاوهای خود افزود و ابعاد مختلف واقعه‌ی مجرمانه را مورد مطالعه قرار داد. در نتیجه‌ی این تحول بود که نه تنها جرم و مجرم، بلکه زیان‌دیده از جرم نیز مورد توجه خاص قرار گرفت و این امر خود منتهی به ایجاد علم نوینی به‌نام «بزه‌دیده‌شناسی» شد. به‌عبارت دیگر وقتی رفتار مجرمانه را فرآیند یک سلسله عوامل فردی و اجتماعی معرفی می‌کنیم، باید نقش بزه‌دیده را نیز به‌عنوان عامل خارجی (انسانی) در ایجاد وضعیت مجرمانه، مورد بررسی قرار دهیم. این‌که آیا شغل، رفتار مقطعی یا گفتار تحریک‌آمیز او در

ایجاد این وضعیت نقشی داشته است یا خیر؟ (دلماس مارتی، ۱۳۷۶، ص ۱۱) (۱) نگاهی به ارتباط میان جرم‌شناسی و حقوق کیفری در سی سال اخیر نشان می‌دهد علاقه روزافزونی نسبت به بهره‌گیری از نتایج تحقیقات جرم‌شناسی در توسعه‌ی سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در بخش‌های مختلف نظام عدالت کیفری به وجود آمده است، و اصلاحات کیفری به‌طور جدی به‌دنبال به‌کارگیری افکار و ایده‌های مترقی کارشناسان و به‌ویژه متخصصان جرم‌شناسی است. اغلب حقوق‌دانان کیفری معاصر معتقدند که حقوق کیفری نمی‌تواند نسبت به نتایج و یافته‌های جرم‌شناسی بیگانه باشند. (فرجیها، ۱۳۸۲: ۹۲).

به این‌سان جرم‌شناسی، با تشریح علل بزه‌کاری و تکوین مراحل اجرایی، قانون‌گذار را در بهبود و اصلاح قوانین کیفری هدایت می‌کند. اندیشمندان حقوق کیفری به‌طور کلی نفوذ این آموزه‌ها را در حقوق کیفری مشروع می‌شناسند به‌ویژه آن‌که این آموزه‌ها بر داده‌های تجربی متکی بوده و نسبتاً ثابت شده باشند. از جمله نفوذ آموزه‌های جرم‌شناسی در حقوق کیفری عمومی ایران می‌توان از فردی کردن کیفرها، کیفرزدایی، حبس‌زدایی، روش‌های جدید درمان مجرمان و بزه‌کاران و توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم نام برد. آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی در سیاست جنایی ایران در قوانین قبل و بعد از انقلاب اسلامی به صورت نسبی انعکاس یافته است. در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ قاضی می‌توانست با توجه به اوضاع و احوال قضیه، در مجازات بزه‌کار تخفیف دهد. برای اولین بار در قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ تحریک از طرف بزه‌دیده توجه قانون‌گذار را به خود جلب کرد و سرانجام توجه به نقش و سهم بزه‌دیده در وقوع جرم و تقویت حمایت از بزه‌دیده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جلوه‌های بازتاب آموزه‌های جرم‌شناسی (بزه‌دیده‌شناسی) است که مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

بدین‌سان در نظام کیفری نوین ایران نیز به تبع تلاش‌های بین‌المللی و متولیان دستگاه سیاست جنایی کیفری شاهد تحولات شکلی و ماهوی شگرفی در رابطه با بزه‌دیدگان هستیم، زیرا از آغاز دهه‌ی هفتاد خورشیدی با طرح بحث‌های جرم‌شناسی، مفهوم بزه‌دیده در جرم‌شناسی و مباحث علوم جنایی مورد توجه

بیشتر قرار گرفت. «بر این اساس قانون‌گذار ایران برای اولین بار در ماده‌ی ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳/۴/۳۴ لفظ بزه‌دیده را به‌جای مجنی‌علیه به‌کار برده است» (رستاک، ۱۳۹۱: ۱۱). اگرچه قانون‌گذار در قوانین سابق (ق.م.ع. ۱۳۵۲ و قانون م. ۱۳۷۰) ناآگاهانه یا نیمه‌آگاهانه مطالعات بزه‌دیده‌شناسی را به‌کار گرفته است، اما در ق.م.ا ۱۳۹۲ با آگاهی بیشتر به مبانی بزه‌دیده‌شناسی علمی توجه کرده است، به‌طوری که قانون‌گذار برای نخستین بار در بند «پ» ماده‌ی ۳۸ از واژه‌ی «بزه‌دیده» به‌جای «مجنی‌علیه» استفاده کرده است بدین‌ترتیب در ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ از یک سو به جنبه‌های جرم‌شناختی نقش بزه‌دیده در فرآیند ارتکاب جرم و تقصیری که در وقوع آن دارد اشاره شده (بزه‌دیده‌شناسی علمی) بند ۳ ماده‌ی ۳۸ و از طرف دیگر بر لزوم توجه و حمایت بیشتر او در ابعاد مالی، حقوقی و حیثیتی توجه شده است (بزه‌دیده‌شناسی حمایتی). هدف از این تحقیق جلب توجه متولیان سیاست جنایی تقنینی و قضایی به مسأله‌ی بزه‌دیدگی و حمایت از آنان در راستای کاهش پدیده بزه‌دیدگی مکرر و کاهش در قانون مجازات اسلامی جهت پیش‌بینی‌های قانونی موجود در زمینه‌ی سهم بزه‌دیده و بیان کردن جلوه‌های حمایت از بزه‌دیده است.

بدین‌ترتیب از آن‌جا که خواستگاه توجه به نقش بزه‌دیده در ارتکاب جرم، موضوع مطالعه‌ی رشته‌ی نوینی از جرم‌شناسی به‌نام بزه‌دیده‌شناسی است، این مبحث بررسی بیشتر می‌طلبد. بررسی آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی و بیان کردن جلوه‌های داده‌های بزه‌دیده‌شناسی در قانون مجازات اسلامی (بخش کلیات مواد ۱-۲۱۶) ضرورت انجام این پژوهش را می‌رساند. در این مقاله به این سوال که جلوه‌های بازتاب آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی در بخش کلیات ق.م.ا کدامند پاسخ داده می‌شود.

این نوشتار نخست از مبانی نظری (مفهوم، ماهیت و تاریخچه‌ی بزه‌دیده‌شناسی و بازتاب بزه‌دیده‌شناسی علمی در حقوق کیفری ایران) بحث می‌کند. سپس به جلوه‌های بازتاب باورهای جرم‌شناختی (الف) توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم و (ب) جلوه‌های حمایت از بزه‌دیده می‌پردازد.

الف: مبانی نظری

۱. تاریخچه، مفهوم و ماهیت بزه‌دیده‌شناسی

در سال ۱۹۴۸ میلادی (سه سال بعد از جنگ دوم جهانی) آقای «هانس فون هانتینگ (۲)» روانپزشک آمریکایی آلمانی تبار، کتاب خود را با عنوان «بزه‌کار و قربانی او (۳)» در دانشگاه ییل آمریکا به چاپ رساند و فصل آخر آن را به قربانی جرم اختصاص داد. این کتاب منشور شاخه‌ی جدید بزه‌دیده‌شناسی محسوب می‌گردد و آن را مبدا پیدایش بزه‌دیده‌شناسی علمی تلقی کرده‌اند. بسیاری از جرم‌شناسان دیگر از جمله عزت فتاح نیز، فون هانتینگ را بنیان‌گذار بزه‌دیده‌شناسی می‌نامند و کتاب وی را منشور بزه‌دیده‌شناسی علمی به حساب می‌آورند. از این‌رو بزه‌دیده‌شناسی تقریباً هفتاد سال پس از پیدایش جرم‌شناسی علمی (۴) متولد شد. علاوه بر هانتینگ جرم‌شناسان دیگری نیز به مطالعه و شناخت بزه‌دیده پرداختند. از جمله ژان پیناتل (۵) در ۱۹۶۳ کتابی تحت عنوان «جرم‌شناسی» نوشت. کتاب دیگر اثر آقای هرمان مانهایم (۶) تحت عنوان «جرم‌شناسی تطبیقی» است. همچنین در سال ۱۹۸۵ در شهر جنوای ایتالیا، کتابی پیرامون شخصیت بزه‌دیده به طور کلی و بزه‌دیده به عنوان یکی از انواع بزه‌کاری نوشته شد. جرم‌شناس آلمانی دیگری نیز در سال ۱۹۴۹ اعتقاد خود را به وجود استعدادهای مجنی‌علیه‌زا (بزه‌دیده ساز) اعلام کرد: در خیلی از جرایم بزه‌دیده یک عامل بسیار مهم در وضعیت ما قبل بزه‌کاری است. خصوصیات، شیوه‌ی زندگی، سرشت و اعمال وی و رابطه‌اش با بزه‌کار، چیزی شبیه استعداد و آمادگی قبلی برای قربانی یک جرم واقع شدن می‌باشد. بنابراین وجود استعداد و آمادگی یک بخش تعیین کننده وضعیت مجرمانه است (نجفی‌ابرناد آبادی، ۷۴-۱۳۷۳، ص ۲۶۰).

«بزه‌دیده شخصی است حقیقی یا حقوقی که در پی وقوع فعل یا ترک فعل مجرمانه، متحمل ضرر مادی، جسمی، روانی و یا معنوی شده، یا در معرض خطر واقع شده و یا به یکی از حقوق اساسی به رسمیت شناخته شده قانونی او لطمه وارد شده است». (حاجی‌ده آبادی، ۱۳۸۵، ص ۳۴) این جرم‌شناسی نظرش را از مجرم و

واکنش اجتماعی برداشته و معطوف به قربانی کرده است. براساس این نظر بایستی برای تبیین جرم و بزه‌کاری، رفتار مجنی علیه را قبل و در زمان ارتکاب بزه بررسی کرده و به واقعیت قربانی در حال و آینده نظر داشته و حتی زمینه گفتگو میان مجرم و قربانی را قبل از رسیدگی در دادگاه فراهم کرد یا شاید با یکدیگر مصالحه نمایند. لازم است که قربانی به نحو فعال در محاکمات شرکت داشته باشد و در نهایت این که بهر کیفیت از قربانی باید دستگیری شده و خسارت وارده به وی جبران گردد. بدین ترتیب مشاهده می‌شود که جرم‌شناسی جدید به براندازی قانون جزای کلاسیک معتقد بوده و به نقش مردم و نظر مثبت آن‌ها در موقعیت سیاست جنایی اهمیت قایل است (نجفی ابرندآبادی ۱۳۷۰-۷۱: ص ۱۱۲). بزه‌دیده‌شناسی شاخه‌ای از جرم‌شناسی جدید است با هدف تبیین و تحلیل نقش مهم بزه‌دیده در تکوین جرم و رابطه‌اش با بزه‌کار یا به عرصه علوم جنایی گذاشته است. بر اساس یافته‌های این نوع بزه‌دیده‌شناسی که در ارتباط با تبیین علمی پدیده‌ی مجرمانه است دیگر به قربانی مستقیم جرم به‌عنوان انسانی کاملاً بی‌گناه و بی‌تقصیر نگریسته نمی‌شود بلکه به‌عنوان فردی در نظر گرفته می‌شود که می‌توان با اعمال و رفتار خود سبب جنایت علیه خود را توسط دیگری (بزه‌کار) فراهم آورد (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۸: ۳۴). در کنار این نوع بزه‌دیده‌شناسی، بزه‌دیده‌شناسی نوع دوم (ثانوی) یا حمایتی پا به عرصه‌ی وجود گذاشت است به‌طور کلی هدف این نوع بزه‌دیده‌شناسی، پیشگیری از بزه‌دیدگی از طریق حمایت‌های مالی عاطفی، حیثیتی، پزشکی و اجتماعی از بزه‌دیدگان و تامین حقوق، خواسته‌ها و نیازهای آنان توسط جامعه و به‌خصوص نظام عدالت کیفری است (لپز، ژرار و فیلیزولا، ژینا، ۱۳۸۸: ۵۴). توجه به بزه‌دیده و امکان جبران خسارت وارده به وی از طریق ترمیم آثار بزه در فرایند کیفری یکی از محورهای سیاست جنایی است. بدین ترتیب در فلسفه‌ی جدید عدالت کیفری هدف اولیه‌ی حقوق جزا التیام بخشیدن به صدمه وارده، ترمیم زیان، جبران زیان و پیشگیری از جرم در آینده است (فتاح، ۱۳۷۱: ۳۹۶).

۲. انعکاس اندیشه‌های بزه‌دیده‌شناسی علمی در حقوق کیفری عمومی ایران

بزه‌دیده به عنوان یکی از عناصر اصلی فعل مجرمانه می‌باشد که در طول تاریخ جایگاه متفاوتی داشته است. و تا ظهور جرم‌شناسی مثلث سنتی جنایت عبارت بود از جرم، مجرم و مجازات. مطالعات جرم‌شناسان معطوف به بزه‌کار بود و وی را عامل اصلی وقوع جرم می‌دانستند و او را لایق شدیدترین مجازات‌ها می‌دانستند. اما با ظهور علم جرم‌شناسی این مثلث تغییر شکل هندسی داد و ضلع چهارمی بدان اضافه گردید که عبارت بود از بزه‌دیده. این رهیافت جدید منجر به گشودن دریچه‌های جدیدی در جرم‌شناسی و تولد رشته‌ای بنام بزه‌دیده‌شناسی گردیده است. با رشد مطالعات علمی در جهت شناسایی علل جرم به این نتیجه رسیدند که بزه‌دیده این مهره فراموش شده، هم باید در نظر گرفته شود. می‌توان گفت در بررسی نقش بزه‌دیده در تکوین جرم نباید تمام توجه خود را به مجرم و علل مجرم شدن وی صرف کنیم بلکه بایستی به بزه‌دیده و علل بزه‌دیدگی او هم توجه کافی داشته باشیم. بدین‌سان در فرآیند جنایی (حرکت از اندیشه به سوی ارتکاب جرم) بزه‌دیده به عنوان عامل پیش‌جنایی می‌تواند نقش مهمی را ایفا کند. مطالعه قربانی جرم و روابط او با مجرم و تاثیر عملکرد و کنش و واکنش او در تحقق جرم از اولویت‌هایی است که افق‌های تازه‌ایی را در جرم‌شناسی گشوده است. از این‌رو، بزه‌دیده‌گی نیز می‌تواند معلول عوامل مختلفی چون فیزیکی، موقعیت سازمانی، بیماری، عدم تعادل روحی و... باشد. هر چند در حقوق کیفری شاید نتوان فرض را بر مجرمیت و تقصیر بزه‌دیده دانست با توجه به این‌که در بعضی موارد بزه‌دیده عاملی موثر در ارتکاب جرم است، با لحاظ کردن نقش «شتاب‌دهنده‌ی» او در وضعیت پیش‌جنایی، قاضی می‌تواند مجازات بزه‌کار را در جرایم تعزیری تخفیف دهد.

در بزه‌دیده‌شناسی علمی این بحث مطرح است که تاثیر گفتار و رفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده، توانایی به فعل رساندن اندیشه مجرمانه را دارد، حتی هانتیگ معتقد است که با نگاه دقیق‌تر، می‌توان بزه‌دیده را عاملی تحریک‌کننده‌ی شناخت که بدون تحریک وی جرم اتفاق نمی‌افتد، با وجود این، ممکن است موردی را که

مطالعات بزه‌دیده‌شناسی علمی «تحریک» می‌داند، از دیدگاه حقوقی، عنوان تحریک نداشته باشد تا بر اساس آن از امکان تخفیف مجازات بزه‌کار بتوان سخن گفت، چنانچه بزه‌دیده‌شناسی علمی ممکن است اعمال و رفتار ناآگاهانه بزه‌دیده غفلت، ویژگی‌های زیستی و اجتماعی او را موجب تحریک بزه‌کار بداند اما دادگاه‌ها به این موارد توجه نکنند، و صرفاً در پی مجازات بزه‌کار باشند. اما قلمرو بزه‌دیده‌شناسی علمی یا قربانی‌شناسی کیفری را حقوق کیفری تعیین می‌کند. بنابراین افزون بر تکلیف قاضی برای احراز مسوولیت کیفری بزه‌کار برای تحمیل مجازات بر او، تقصیر بزه‌دیده می‌تواند عاملی مخففه محسوب شود؛ البته قاضی تکلیف ندارد تا برای تخفیف مجازات، آن را اعمال کند. به نظر می‌رسد در قوانین کیفری ایران تحریک در چارجوب نظری مشخصی قرار نگرفته است و قوانین در مواردی به صورت پراکنده به آن اشاره کردند؛ برای نمونه در جرایم مستوجب حد قصاص و دیه به این موضوع توجه نشده است. اما با توجه به استثنائات موجود در این زمینه مانند قتل در فراش (۷) و قذف غیرارتجالی (۸) توجه شده است (جعفری و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۳۶).

با توجه به مبانی بزه‌دیده‌شناسی علمی آیا بزه‌دیده‌شناسی علمی در حقوق ایران انعکاس دارد؟ آیا در قوانین ایران می‌توان مواردی را یافت که مقنن به دلیل کوتاهی، تقصیر و تحریک بزه‌دیده میزان مجازات مجرم را تخفیف دهد و به این طریق حمایت کیفری کم‌تری از او به عمل آورد، بند «پ» ماده‌ی ۳۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به تقصیر بزه‌دیده و نقش و سهم وی در ارتکاب جرم که از مبانی بزه‌دیده‌شناسی علمی است اشاره دارد قاضی می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال ناظر بر وقوع جرم از سوی بزه‌دیده مجازات بزه‌کار را تخفیف دهد و این تخفیف در مجازات مرتکب به‌طور غیرمستقیم به منزله‌ی حمایت کیفری کم‌تر از بزه‌دیدگان قصور کننده است. ماده‌ی ۳۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تقریباً به بازنویسی ماده‌ی ۲۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ پرداخته است با مقایسه‌ی ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌توان گفت که اگر چه قانون‌گذار در سال ۱۳۷۰ از قانون مجازات ۱۳۵۲ الهام گرفته و ناآگاهانه یا نیمه‌آگاهانه مطالعات بزه‌دیده‌شناسی علمی را به‌کار برده است اما در

ق.م.ا ۱۳۹۲ با آگاهی بیش‌تر به مبانی بزه‌دیده‌شناسی علمی با به‌کار بردن واژه‌ی «بزه‌دیده» برای اولین بار در حقوق کیفری عمومی ایران به آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی (علمی) توجه شده است.

به‌نظر می‌رسد مقنن با توجه به یافته‌ها و نظریات بزه‌دیده‌شناسی علمی می‌تواند شبیه بند «پ» ماده‌ی ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را به‌صورت تفصیلی بیان کند، نه به‌صورت کلی، مقنن باید حالات مختلف را به تفصیل تعریف و در اختیار قاضی قرار دهد تا قاضی با عنایت به آن‌ها بتواند میزان مسوولیت هر یک را مشخص کرده و با توجه به میزان مسوولیت آن‌ها، مجازات عادلانه تعیین کند و میزان خساراتی که بزه‌دیده متحمل شده است نیز مشخص شود. در این‌جا به‌عنوان انتقاد بزه‌دیده‌شناختی می‌توان گفت که بند ۳ ماده‌ی ۳۸ ق.م.ا. باید با توجه به مطالعات و پژوهش‌های میدانی و بالینی صریح‌تر و با تفصیل انشاء شود.

ب: جلوه‌های نفوذ آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی در حقوق کیفری عمومی

۱. توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم

بزه‌دیده یکی از ارکان اصلی جریان کیفری و پدیده‌ی مجرمانه می‌باشد و واقعیتی است شایسته توجه که در نظام‌های عدالت کیفری کم‌تر به او بها داده شده است. شاید این کم‌توجهی به دلیل تاخیر ورود بحث‌های بزه‌دیده‌شناسانه به حوزه نوشتگان علوم جنایی باشد، زیرا تاثیر آموزه‌های علمی را در سیاست‌گذاری‌های عدالت کیفری هرگز نمی‌توان نادیده انگاشت. از این‌رو امروزه سیاست جنایی تقنینی ایران در این زمینه از دو ابزار پیشگیرانه و حمایتی استفاده می‌نماید.

در حقوق کیفری عمومی ایران اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرایم تعزیری و بازدارنده از جمله گفتار یا کردار تحریک‌آمیز بزه‌دیده وفق ماده‌ی ۳۸ ق.م.ا. مجازات اسلامی موجب تخفیف مجازات مجرم می‌شود. حال اگر رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده مصداق یکی از جرایم مصرح در قانون توأم با رکن روانی باشد در این‌صورت، علاوه بر مسوولیت کیفری بزه‌کار، بزه‌دیده نیز دارای مسوولیت کیفری بوده و لازم است به وضعیت عمل جزایی متهم و بزه‌دیده توأمان

رسیدگی شود. رسیدگی به جرم متهم مانع از رسیدگی به تقصیر بزه‌دیده نیست و قواعد آیین دادرسی بر رسیدگی بر آن دو حاکمیت دارد. لذا علاوه بر تخفیف مجازات متهم در صورت اثبات جرم، بزه‌دیده نیز مجازات می‌شود. ارایه‌ی یک معیار برای بروز تحریک از فرد متعارف، دادگاه را در تشخیص تحریک‌پذیری واقعی و انواع تحریک موثر کمک می‌کند. قانون‌گذار لازم است که برای قاضی معیاری از این دست در قوانین معین نماید تا بتواند راهنمای قاضی در اتخاذ تصمیم قضایی باشد و از تشتت آرا قضات در رسیدگی قضایی جلوگیری کند. اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرم از جمله تحریک متهم ماده ۳۸ ق.م.ا به‌طور کلی مطرح شده‌اند و فقط دو مورد از مصادیق آن‌ها (رفتار و گفتار تحریک‌آمیز و انگیزه‌ی شرافتمندانه متهم) بیان شده است. از حیث زمان، بروز اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرم دو مصداق مذکور در بند ۳ بر خلاف برخی جهات مخففه مقدم بر وقوع جرم می‌باشد. بدین معنی که این بند ناظر به قبل از وقوع جرم است و تحقق برخی دیگر جهات مخففه از قبیل گذشت بزه‌دیده ناظر به بعد از وقوع جرم می‌باشند. اثر این ویژگی در سوق دادن مرتکب به سوی ارتکاب جرم و یا عدم آن، نقش قابل توجهی دارد.

بدین‌سان توجه آگاهانه به یافته‌های بزه‌دیده‌شناسی در تخفیف یا تبدیل مجازات بند «پ» ماده‌ی ۳۸ ق.م.ا (۹) که مفاد بند ۳ ماده‌ی ۲۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ را بازنویسی می‌کند، در زمینه‌ی تحریک بزه‌کار از سوی بزه‌دیده، از سه جهت قابل ارزیابیست: نخست، از نظرگاه حقوق کیفری، رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یکی کیفیات تخفیف دهنده‌ی مجازات شناخته شده است. دوم، از دیدگاه جرم‌شناسی، تحریک بزه‌کار از سوی بزه‌دیده یکی از شرایط یا اوضاع احوالیست که پیش از رخداد جرم، فرآیند گذار قصد به‌عمل مجرمانه را شتاب می‌بخشد (شرایط و اوضاع و احوال پیش - جنایی). و سوم، از منظر بزه‌دیده‌شناسی، تحریک بزه‌کار از سوی بزه‌دیده، از یک سو، نمایان‌گر نقش‌یست که بزه‌دیده می‌تواند در رخداد جرم داشته باشد و از سوی دیگر، یادآور نظریه‌ایست به نام شتاب‌دهندگی بزه‌دیده (یا نقش شتاب‌دهنده یا اثرگذار بزه‌دیده).

بنابراین اگر نویسندگان ق.م.ا. ۱۳۷۰ با اقتباس از قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ به‌طور ناآگاهانه یافته‌های بزه‌دیده‌شناسی را در بستر مقررات کیفری پذیرفته بودند، نویسندگان ق.م.ا. ۱۳۹۲ با به‌کار بردن واژه‌ی «بزه‌دیده» به جای «مجنی علیه» به‌طور آگاهانه بر تعامل یافته‌های جرم‌شناختی (بزه‌دیده‌شناسی) و آموزه‌های حقوق کیفری صحه گذاشته‌اند. پذیرفتن این واقعیت از این تحول در حقوق کیفری معاصر حکایت می‌کند، که افزون بر ضرورت احراز مسوولیت کیفری بزه‌کار برای تحمل مجازات بر او، سرزنش‌پذیری یا تقصیر بزه‌دیده می‌تواند در کاهش پیامدهای مسوولیت بزه‌کار نقش داشته باشد. به سخن دیگر، عدالت جنایی ممکن است در برخی موارد به جای حمایت از بزه‌دیده یا پیش از آن، به حمایت از مرتکبی برخیزد که اگر بزه‌دیده او را تحریک نمی‌کرد، چه بسا که جرمی مرتکب نمی‌شد. این سیاست از یک سو می‌تواند به پیشگیری از جرم و بزه‌دیدگی، به منزله‌ی غایت راهبردی نظام عدالت جنایی کمک کند. زیرا بزه‌دیده در می‌یابد که چنانچه بزه‌دیدگی پیامد تحریک بزه‌کار از سوی او باشد، از حمایت کیفری کامل بی‌بهره خواهد ماند و از این‌رو، بیش‌تر احتیاط خواهد کرد تا بزه‌دیده نشود. از سوی دیگر، این سیاست می‌تواند در هم ترازوی حقوق بزه‌دیده و بزه‌کار، به منزله‌ی هدف راهبردی نظام عدالت جنایی، نیز موثر باشد. زیرا اگر چه اعمال تخفیف مجازات از اختیارات دادرس در راستای سیاست فردی کردن قضایی مجازات‌هاست، ولی بی‌طرفی دادرس در بستر عدالت جنایی ایجاب می‌کند تا در صورت احراز تحریک، از اختیار خود در جهت تخفیف مجازات استفاده کند. (رایجیان اصلی، همان: ۱۹۹)

در نتیجه علی‌رغم جنبه‌ی مثبت و مفید و توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم در بند ۳ ماده‌ی ۳۸ به‌نظر می‌رسد به‌صورت مطلق و کلی بیان گردیده است، و برای تطبیق آن در عمل مشکلات و ابهامات حقوقی و تخصصی در تعیین میزان عادلانه مجازات بزه‌کاران واجد حداقل تقصیر با بزه‌کاران مقصر مواجه می‌سازد. قلمرو شمول این جهت، افراد بزه‌کار تحریک شده‌ی واجد حداقل تقصیر هستند. بزه‌دیده این بزه‌کاران، خود اوضاع و احوال خاص موثر را ایجاد کرده و با قرار

گرفتن آنان در این اوضاع و احوال خاص، مرتکب جرم شده‌اند و اصالتاً، بنیان‌گذار جرم، بزه‌دیده این جرایم هستند. تعیین مجازات به‌طور یکنواخت برای بزه‌کاران بدون احراز میزان تقصیر بزه‌کار و بزه‌دیده در ارتکاب جرم برخلاف قاعده تناسب جرم و مجازات و اصل فردی کردن مجازات‌ها است. در بند (۳) مذکور، دو مورد از مصادیق اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرم عنوان شده است: ۱- رفتار و گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده ۲- وجود انگیزه‌ی شرافتمندانه. مصادیق این اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرم به گستردگی رفتارهای نابهنجار افراد انسانی است که لازم است این رفتارها احصا و برای قاضی تبیین شوند. برای تبیین این مصادیق مقررات تقنینی لازم است و ارجاع به کارشناس و استفاده از نظر متخصص، مد نظر قرار گرفته و تشکیل پرونده شخصیت بزه‌کار، زیر نظر کارشناس، قاضی را با حلقه‌های نهان و پیدای شخصیت بزه‌کار آشنا می‌کند و جهت بهره‌برداری قضایی صحیح و کارآمد، در دستور کار قرار گیرد.

علم و آگاهی بزه‌دیده به وهن آور بودن رفتار و گفتار که به حیثیت و شرافت طرف لطمه وارد ساخته می‌تواند در اثبات تقصیر وی کمک کند اما در این ماده برای تقصیر بزه‌دیده پاسخ مناسبی پیش‌بینی نشده است. در صورتی که تقصیر مبنای مسوولیت کیفری است و شخص مسوول باید پاسخگو باشد. ارتکاب جرم اگر با انگیزه‌ی شرافتمندانه یا خیرخواهانه باشد، عامل آن می‌تواند از تخفیف مجازات بهره‌بردار. اما اگر انگیزه‌ی شرافتمندانه در پاسخ به حیثیت و شرف از دست رفته ناموس شخص باشد، انگیزه‌ی دیگر کارایی تخفیف خود را از دست می‌دهد و باید تقصیر بزه‌دیده را جویا شویم. «تقصیر در حقوق کیفری در دو معنای متفاوت به‌کار برده می‌شود: نخست، به معنای خاص شامل بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی و... دوم، به معنای عام شامل رابطه‌ی خاص روانی و ذهنی که بین فاعل و جرم برقرار می‌شود. از این رابطه‌ی خاص به «رکن روانی» یاد می‌شود» (جنت‌مکان، ۱۳۹۱، ص ۳۰۷)

«ورود عنصر تقصیر به حوزه مسوولیت کیفری، خاص جرم‌های عمدی بود. اما رفته رفته تقصیر اشکال و قالب‌های جدیدی چون خطای جزایی پذیرفت. برخی از

حقوق‌دانان از رکن روانی به تقصیر یاد می‌کند» (جنت‌مکان، ۱۳۹۱). «مصادیق اوضاع و احوال موثر در ارتکاب جرم، منحصر در رفتار و گفتار تحریک‌آمیز نیستند، بلکه مصادیق دیگری را نیز شامل می‌شود. تقصیر مبنای مسوولیت کیفری است. لذا اگر بزه‌کار در ارتکاب جرم تحت تاثیر موثر بزه‌دیده، مرتکب جرم بشود و تقصیر بزه‌دیده در دادگاه احراز شود، تقصیر وی باید مبنای مسوولیت کیفری و مجازات بزه‌دیده باشد و موجبی برای تخفیف مجازات بزه‌کار گردد. اوضاع و احوال خاص موثر در ارتکاب جرم باید توسط قانون‌گذار تبیین و تعیین شوند. عنوان کردن آن‌ها در یک عبارت کلی و مطلق منجر به تشتت در آرا و منحرف شدن از اهداف سیاست کیفری و تقنینی مورد نظر قانون‌گذار است. مخیر بودن قاضی در اعمال تخفیف، با اهداف نهاد تخفیف «جلوگیری از تکرار جرم، حمایت از بزه‌کاران فاقد سابقه کیفری، استقرار اصل فردی کردن مجازات‌ها، کم‌تر کردن آثار زیان‌بار جرم»، در تعارض است. اظهار نظر کارشناس در موارد مربوط به اوضاع و احوال روانی بزه‌کار و تشکیل پرونده شخصیت برای وی و بزه‌دیده در دادگاه، در تعیین کیفر عادلانه بزه‌کاران دارای کم‌ترین تقصیر، مثمرتر است و قلمروی بند ۳ ماده ۳۷ را باید، بزه‌کاران با کم‌ترین تقصیر یا بزه‌کاران غیرمقصر در برگیرد.»

۲- حمایت از بزه‌دیده

رویکرد حمایت از حقوق بزه‌دیده از دیدگاه شکلی به‌طور کلی دو هدف را دنبال می‌کند نخست مراقبت از کرامت افراد و حقوق انسانی آن‌ها و سپس تقویت و تحکیم جایگاه بزه‌دیده به‌عنوان کنشگر فعال در فرآیند کیفری، پیچیدگی بزه‌دیدگی و هم‌چنین تدابیر اندیشیده شده برای پیشگیری و کنترل بزه‌دیدگی اهمیت حمایت موثر از حقوق مناسب بزه‌دیده را موجب می‌شود. این حقوق متعدد است حمایت از بزه‌دیده در خارج از کشور، حمایت از بزه‌دیده در تعلیق اجرای مجازات، تحقق دادگری ترمیمی و کیفرزدایی در راستای حمایت از بزه‌دیده و توجه به جایگاه و نقش بزه‌دیده و حمایت از بزه‌دیده در جرایم قابل گذشت، عفو

و دفاع مشروع در بخش کلیات قانون مجازات نام برد که به مناسبت بحث‌های بعدی به این موارد پرداخته می‌شود.

۲-۱. حمایت از بزه‌دیده ایرانی در خارج از کشور

بر خلاف قانون ۱۳۷۰ که تنها اصل صلاحیت شخصی بزه‌کار مدار را پذیرفته بود به این معنی که اگر یک ایرانی در خارج از ایران مرتکب جرم شود و در ایران یافت شود طبق قانون ایران مجازات می‌شود. اصل صلاحیت شخصی یکی از اقسام سه‌گانه اصول صلاحیت فراسرزمینی است، براساس این اصل هرگاه فردی در خارج از قلمرو کشور متبوع خود، مرتکب جرم گردد، دولت متبوع حق خواهد داشت که وی را مورد تعقیب قرار دهد (فرجیها، ۱۳۹۱: ۱۰). به این صورت که شخص مرتکب تبعه یک کشور غیر از کشور محل وقوع جرم است. این اصل مبتنی بر تابعیت شخص است یعنی اتباع هر کشور در هر جای دنیا که مرتکب جرمی شوند توسط دولت متبوع خود قابل تعقیب و مجازات هستند. مبنای این اصل با قاعده عدم الزام دولت‌ها به استرداد اتباع خود نیز ارتباط تام دارد تا مانع از بی‌کیفری شود. اصل بزه‌کار مدار آن وقتی است که یک تبعه تابع کشور در خارج از مرزهای کشور مرتکب جرمی شود که این اصل در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران تاثیر خود را به صورت منظم در ماده قانون مجازات اسلامی در ماده ۷ قانون ۱۳۷۰ گذاشته است.

اما ماده‌ی ۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ اصل صلاحیت شخصی بزه‌دیده مدار را نیز پذیرفته است. «فلسفه‌ی صلاحیت شخصی در حقوق جنایی بین‌الملل این است که حفظ نظم همگانی ملی، از جنبه‌ی بیرونی به مراتب از جنبه‌ی درون سرزمینی دشوارتر است. زیرا حاکمیت دولت بیگانه اجازه نمی‌دهد که دولت زیان‌دیده قوانین جزایی خود را بر مرتکب یا به سود بزه‌دیده‌ای که تبعه‌ی اوست اعمال کند، ولی با گذشت زمان دولت‌ها به تجربه پذیرفتند که قوانین جزایی خود را بر جرم‌های که اتباع‌شان

در خارج از قلمرو سرزمینی آن‌ها مرتکب شدند و نیز بر جرم‌های علیه بزه‌دیدگان متبوع خود اعمال کنند» (حسینی نژاد، ۱۳۷۳: ۴۸).

بر اساس جنبه‌ی مثبت (فاعلی) اصل صلاحیت شخصی که مبتنی بر تابعیت افراد است چنانچه فرد ایرانی در خارج از کشور مرتکب جرمی شود توسط دادگاه‌های ایرانی قابل محاکمه و مجازات است. ماده‌ی ۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در این خصوص مقرر داشته است: «علاوه بر این موارد در مواد ۵ و ۶ هر ایرانی که در خارج از ایران مرتکب جرمی شود و در ایران یافت شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران مجازات خواهد شد. با وجود این، حکم موردی که تبعه ایرانی در خارج از سرزمین خود بزه‌دیده جرمی واقع شود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ بیان نگاشته بود. این نقیصه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ رفع گشته است. ماده ۸ قانون ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه شخص غیرایرانی در خارج از ایران علیه شخص ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی به جرایم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت یا به ایران بازگردانده شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم وی رسیدگی می‌شود، مشروط بر این که «متهم در جرایم موجود تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلا یا بعضاً درباره‌ی وی اجرا نشده باشد. رفتار ارتكابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع جرم باشد.

این ماده بیان‌گر جنبه منفی - مفعولی - اصل صلاحیت شخصی است که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ صرفاً جنبه فاعلی آن بیان گشته بود. جنبه‌ی مفعولی صلاحیت شخصی نشأت گرفته از مباحث مربوط به عدالت ترمیمی و تحولات مربوط به بزه‌دیده‌شناسی و حمایت از بزه‌دیده در چند دهه‌ی گذشته است. در قرن هجدهم با پیدایش حقوق جزای مدرن و توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تمرکز اصلی روی جرم به‌عنوان عامل اختلال‌کننده‌ی نظم اجتماعی جامعه بود. از اواخر قرن نوزدهم توجه از جرم به مجرم سوق پیدا کرد و این‌گونه بیان شد که احیای نظم اجتماعی را نباید به هر قیمتی پذیرفت بلکه به مجرم باید

همچون یک انسان نگاه کرد. توجه به مباحث مسوولیت کیفری، عوامل رافع مسوولیت کیفری، بنیادهای ارفاق کننده نظیر آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات... و تنظیم مقررات راجع به آنها بیانگر عبور از نگاه سنتی راجع به پدیده جرم بود. در هر حال از اواخر قرن بیستم به بزه‌دیده توجه ویژه‌ای شد و این‌گونه بیان شد که نکته اصلی در جرم آثار مخربی است که بر بزه‌دیده وارد می‌شود و لذا جبران خسارت و التیام جسمی یا روحی بزه‌دیده بیش از پیش باید مورد توجه قرار گیرد. بحث حمایت از بزه‌دیده امروزه در بزه‌دیده‌شناسی فمینیستی مباحث مفصلی را در خود جای داده است که البته مجال بحث آن در مرقومه حاضر نیست. در هر حال همسو با تحولات بین‌المللی حمایت از بزه‌دیده ایرانی در مواردی که در خارج از کشور نسبت به مرتکب جرم غیرایرانی تعقیبی صورت نمی‌گیرد یا در صورت تعقیب و محکومیت، مجازات کلا یا بعضاً اجرا نمی‌شود اقدام مثبتی برای حمایت کیفری ایرانیان خارج از کشور است.

بنابراین از آن‌جا که صلاحیت شخصی بزه‌دیده مدار بر مبنای حمایت از بزه‌دیدگان استوار است آن را باید انعکاسی از بزه‌دیده‌شناسی دانست که به قوانین جزایی را افتاده است در نتیجه توجه آگاهانه و مدبرانه‌ی نویسندگان قانون مجازات به این تحول مهم در حقوق جنایی بین‌المللی در خور تحسین به نظر می‌رسد.

۲-۲. تحقق عدالت ترمیمی در راستای جبران حق بزه‌دیده

یکی از نوآوری‌های ق.م.ا. ۱۳۹۲ که در قانون م.ا. ۱۳۷۰ پیشنهاد شده است، پیش‌بینی روش‌های عدالت ترمیمی به‌ویژه در راستای احقاق حق بنیادی جبران برای بزه‌دیدگان است. این مقررات از توجه نویسندگان ق.م.ا. به ضرورت عدالت ترمیمی به کنار عدالت جنایی سزادهنده و آگاهی آنان از این واقعیت حکایت می‌کند که بهره‌گیری از روش‌های ترمیمی به کارایی بهتر عدالت جنایی در پیشگیری از جرم و مبارزه با بزه‌کاری کمک خواهد کرد. «فلسفه‌ی عدالت ترمیمی عبارت است از بازسازی بزه‌دیدگان، بازسازی بزه‌کاران و ترمیم نظم به‌هم خورده اجتماعی در نتیجه جرم ارتكابی (جان بریت وایت، ترجمه‌ی رایجیان اصلی، ۱۳۸۵:

۵۳۰). در کنار امتیازها و کاستی‌هایی که برای عدالت ترمیمی برشمرده‌اند» (همان، صص: ۵۳۸-۵۳۳). تردیدی نیست که بهره‌گیری متوازن، خردورزانه و سازمان‌یافته از آن در کنار عدالت جنایی کلاسیک، می‌تواند هم برای بزه‌دیده و بزه‌کار سودمند باشد و هم برای جامعه راهگشا است. بند «پ» ماده‌ی ۴۰ ق.م.ا اقدام‌های مرتکب پس از ارتکاب جرم، به‌ویژه تلاش‌های وی برای جبران خسارت یا اقدامات او جهت صلح و سازش با بزه‌دیده، را یکی از شرایط تعیین مجازات و اعمال دیگر ضمانت اجراهای کیفری دانسته است. (رایجیان، ۱۳۹۰: ۱۹۴)

توجه به روش‌های ترمیمی به‌منزله نمودی از عدالت توافقی و مسالمت‌مدار می‌تواند روحیه‌ی مذاکره و کدخدا منشی را میان مردم رواج داده و فرهنگ سازش و آشتی را به‌جای فرهنگ انتقام و کیفرگرایی در جامعه حاکم کند. نسل جدید جامعه ایران بیش از هر چیز نیازمند آشنا شدن با چنین فرهنگی و خوگرفتن با چنین روحیه‌ای است. هرچه جامعه صمیمی‌تر و صلح طلب‌تر باشد، پویاتر و کارآمدتر خواهد بود. «پس، چقدر خوب است که قانون‌گذار نیز در رواج دادن این فرهنگ نیز خود را سهمیم کند. در چنین جامعه‌ای بزه‌دیدگان با اعتماد به نظام عدالت جنایی و حتی بزه‌دیده‌سازان خود، امید بیش‌تری به جبران آثار بزه‌دیدگی‌شان پیدا خواهند کرد» (همان: ۱۹۵).

۲-۳. کیفرزدایی در پرتو نظام نیمه‌آزادی و تعویق مجازات در راستای حمایت از بزه‌دیده از جمله دستاوردهای علم جرم‌شناسی واکنش اجتماعی، کیفرزدایی در قوانین و مقررات کیفری است. کیفرزدایی، روندی است که طی آن، قانون‌گذار میزان مجازات تعیینی برای عمل مجرمانه را تعدیل، و یا به‌طور کلی از بین می‌برد. بدین صورت که، عمل به‌عنوان جرم به قوت خود باقی و لکن شیوه‌ی برخورد با آن تغییر می‌نماید. به‌عبارت دیگر؛ به‌جای مجازات و واکنش کیفری، از جانشین‌های کیفری و یا سایر واکنش‌ها استفاده می‌شود و یا مجازات تعیینی مشمول تخفیف می‌گردد. (اکبری، ۱۳۹۲: ۴۳-۴۵)

در کشور ما نیز در کم‌تر از یک دهه‌ی اخیر این الگوی راهبردی کیفرزدایی به‌صورت آگاهانه‌تر در جهت کاهش بار نظام عدالت کیفری، در رویه‌ی قضایی، بخشنامه‌ها، قوانین برنامه‌ی سوم، چهارم و پنجم توسعه، سیاست‌های کلان قضاییه به مجلس شورای اسلامی به وضوح ابتدا در سیاست جنایی قضایی و در مرحله بعد در سیاست جنایی تقنینی مورد توجه و پذیرش واقع شده است. پیش‌بینی مواردی مانند جایگزین‌های حبس، تعویق صدور حکم و نظام نیمه‌آزادی مشروط در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ موید این نظر است.

بدین‌سان یکی از ویژگی‌های سیاست جنایی معاصر گرایش به محدود کردن گستره‌ی مجازات به‌منظور هم‌تراز ساختن راهبردهای مبارزه با بزه‌کاری است. «از دیدگاه سیاست جنایی، رفتارهایی که واکنش اجتماعی سازمان‌یافته‌ی کیفری را باید به‌دنبال داشته باشند، از پیش باید در قانون تعیین شده باشند» (جرم‌انگاری). (رایجیان اصلی، ۱۳۳۹۰: ۱۹۶) با این همه، رفتار مجرمانه ناگزیر اعمال ضمانت اجراهای کیفری را ایجاب می‌کند، بلکه سیاست جنایی برای کارایی بهتر در برابر پدیده‌ی مجرمانه باید خود را به واکنش‌ها و پاسخ‌های غیرکیفری نیز مجهز کند. این واکنش غیرکیفری ناگزیر به معنای سلب کردن ویژگی کیفری عمل ارتكابی نیست، بلکه جرح و تعدیل واکنش کیفری در قالب کاهش شدت یا حذف آن را هم در بر گیرد (کیفرزدایی) (آنسل، ۱۳۷۵: ۱۰۵). در کیفرزدایی منظور این نیست که خاصیت جرم بودن فعل سلب شود بلکه هدف موزون ساختن جرم و کیفر است بدین معنا که در اکثر موارد از شدت مجازات‌ها کاسته می‌شود و یا خاصیت کیفری مجازات از آن سلب می‌شود. (کلانتری، ۱۳۸۱: ۳۱۲)

کیفرزدایی ممکن است به شکل معافیت از کیفر، یا به منزله‌ی ضمانت اجراهای بینابین یا کیفرهای اجتماع محور از رهگذر روش‌هایی مانند تعویق مجازات یا نظام نیمه‌آزادی باشد (۱۰) (اکبری، ۱۳۹۲: ۴۴). نویسندگان ق.م.ا ۱۳۹۲ (۱۱) ضمن پیش‌بینی هر سه حالت، به جایگاه بزه‌دیده و در واقع به حقوق او، بی‌توجه نبوده‌اند، زیرا سیاست جنایی معاصر در کنار ضرورت‌های سزادهی به مجرم، پیشگیری از جرم، و بازپروری بزه‌کار، هرگز نمی‌تواند اهمیت جایگاه بزه‌دیدگان در

نظام عدالت جنایی و احقاق حقوق آنان را نادیده بگیرد. بدین‌سان حقوق کیفری به منزله‌ی قانون سیاست جنایی سنجیده و کارآمد، ممکن است در جرم‌های خرد یا کم‌شدت ضمن ارفاق به بزه‌کار به منظور بازپروری و بازپذیری اجتماعی وی، معافیت او از کیفر را منوط به جبران زیان وارد شده یا پذیرفتن مسوولیت جبران آن سازد. (۱۲) در این میان، پاسخ به جرم ممکن است از رهگذر تعویق مجازات مورد جرح و تعدیل واقع شده و به بزه‌کار فرصت داده شود تا زیان وارد شده را جبران کرده یا مسوولیت جبران آن را بپذیرد (۱۳) تعویق مجازات در این مورد، شرطی برای بهره‌مندی بزه‌کار از امتیاز معافیت کیفر است که در صورت موفقیت بار بودن دوران تعویق تحقق می‌یابد. (ماده‌ی ۴۰ ق.م.ا.) در هر دو مورد با فراهم شدن هم‌زمان امکان ترمیم نظم برهم‌خورده‌ی اجتماعی، بازسازی بزه‌کار، و جبران آثار بزه‌دیده، زمینه‌ی تحقق عدالت ترمیمی و توافقی در بستر نظام عدالت جنایی نیز فراهم می‌آید. سرانجام، روش‌های ترمیمی ممکن است در چهارچوب ضمانت اجرای بینابین، از رهگذر نظام نیمه‌آزادی، به حمایت از بزه‌دیده و احقاق حقوق او بینجامند. در این صورت بزه‌کار، ضمن محکومیت زندان و تحمل حبس، هم می‌تواند به یک فعالیت اجتماعی مثبت (حرفه‌ای، آموزشی...) در بیرون از زندان و نیز به اصلاح و بازپروری خود بپردازد، و هم می‌تواند در فرآیند جبران آثار بزه‌دیدگی و بازسازی بزه‌دیده سهمیم شود. بدین‌سان، نظام نیمه‌آزادی حس مسوولیت‌پذیری بزه‌کار را تقویت کرده و روحیه‌ی سازش و آشتی را میان افراد جامعه رواج می‌دهد (۱۴) (رایجیان، ۱۳۹۰: ۱۹۸)

۲-۴. گسترش حمایت از بزه‌دیده در تعلیق مراقبتی اجرای کیفر

تعلیق اجرای مجازات در روزگار ما یکی از ابزارهای قضایی و سیاست مدبرانه دستگاه قضایی در برخورد با مجرمان فاقد سابقه است. (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۸: ۴۷۱) امروزه مجرم را بیش‌تر یک بیمار اجتماعی می‌پندارند تا یک عنصر فاسد و ضداجتماعی و بر اساس این طرز تفکر است که آن اعتقادی که در قرون گذشته نسبت به اجرای عدالت نمودن در اعمال مجازات وجود داشت دیگر وجود ندارد و

کم‌تر کسی است که بزه‌کار را صد در صد مسوول اعمال و رفتار ضدا اجتماعی خود دانسته و او را در ارتکاب جرم از تاثیر و نفوذ محیط به‌طور کلی مستثنی و دور بداند. با توسعه و نفوذ این طرز تفکر و با شناخت بهتر بزه‌کار و بزه‌کاری بر اساس مبانی نوین حقوق جزایی و جرم‌شناسی، فلسفه مجازات نیز تغییر کلی پیدا کرده و آن را بیش‌تر عاملی برای اعاده نظم جامعه و تربیت و اصلاح و درمان بزه‌کار می‌دانند تا تظاهری از انتقام ارباب یا اجرای عدالت. با تغییر فایده مجازات، هدف از مجازات نیز لاجرم تغییر پیدا می‌کند و برای هدف جدید، مجازات‌های جدید یا طرق جدید پیش‌بینی می‌شود.

تعلیق مجازات، در راستای سیاست کیفرزدایی و حبس‌زدایی، ضمن تحقیق هدف‌های سزادهی و تنبیه بزه‌کار، امکان تحقق عدالت ترمیمی و توافقی را نیز فراهم می‌سازد. در این روش، که در اصل با هدف محدود کردن اعمال کیفر حبس ایجاد شده است، نظام عدالت جنایی می‌کوشد که از ورود بزه‌کار به محیط زندان جلوگیری کند تا با بازگرداندن او به دامن جامعه، هم زمینه‌ی بازپروری بهتر مرتکب در بستر اجتماع فراهم شود و هم نظر خورده اجتماعی و به‌ویژه خسارت‌های وارد بر بزه‌دیده آسان‌تر ترمیم و جبران شوند. (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۲۰۰)

نویسندگان ق.م.ا.م. چون نویسندگان ق.م.ا. ۱۳۷۰ ولی به شکل جامع‌تری، با هوشیاری از ظرفیت‌های این شیوه، به پیش‌بینی مقررات تعلیق پرداخته‌اند. در این میان جایگاه بزه‌دیده در ق.م.ا. به شکل بهتری تقویت و تثبیت شده است. برخلاف ق.م.ا. که تنها تعلیق ساده را به رسمیت شناخته و با اختیاری کردن تعلیق مراقبتی امکان اعمال آن را در عمل بسیار ضعیف کرده است، (۱۵) ق.م.ا. با تصریح به تعلیق مراقبتی، که شیوه‌ی پیشرفته‌تری از تعلیق به شمار می‌رود، در راستای حمایت از حقوق بزه‌دیده نیز گام برداشته است. (۱۶) تعلیق مراقبتی به‌عنوان ترکیبی از واکنش جامعه و نحوه نظارت بر مجرم آزاد شده برای تربیت و یا سازگاری شخصیت اجتماعی وی بوده که می‌توان آن را روش ارفاق آمیز توأم با

مراقبت و به‌عنوان یک نهاد جانشین مجازات زندان و نحوه انتخاب‌گزینهش مجرم در چارچوب قانون و نظام حاکم توسط دادگاه دانست (۱۷)

یکی از شرایطی که دادگاه می‌تواند رعایت آن را در دوره‌ی تعلیق برای محکوم الزامی کند، عدم برقراری ارتباط با بزه‌دیده است که به تحقق حق تامین امنیت او کمک می‌کند. (۱۸) تدبیرهای تامین امنیت بزه‌دیده این است که تا آن‌جا که امکان دارد باید از رویایی بزه‌دیده یا گواهان او با متهم در فرآیند جنایی جلوگیری شود. زیرا، ارفاق نظام عدالت جنایی به بزه‌کار نه تنها باید در راستای هم‌ترازی حقوق او و بزه‌دیده (از جمله مشروط به جبران خسارت بزه‌دیده یا پذیرفتن مسوولیت انجام آن) باشد، بلکه هرگز نباید بزه‌دیده و خانواده او را از گسترش آثار بزه‌دیدگی نخستین یا از بزه‌دیدگی دوباره هراسان کند. وانگهی، تعلیق مجازات، چه در حالت ساده و چه در شکل مراقبتی، هرگز مانع احقاق حقوق مادی و مالی بزه‌دیده نخواهد شد. (۱۹) ماده‌ی ۵۱ ق.م.ا در این خصوص، با برطرف کردن ابهام ماده‌ی ۳۱ ق.م.ا. ۱۳۷۰ (۲۰) که این منظور را به روشنی بیان نمی‌کند، بر ضرورت اجرای حکم ضرر و زیان، پرداخت خسارت یا دیه در حق بزه‌دیده تاکید می‌ورزد. (۲۱)

۲-۵. جبران خسارت مادی و معنوی از گذر پرداخت غرامت دولتی به بزه‌دیده وفق ماده‌ی ۱۳ ق.م.ا

ماده‌ی ۱۳ ق.م.ا (۲۲) یکی از مهم‌ترین جنبه‌های حق بنیادی جبران برای بزه‌دیدگان را که در قانون اساسی نیز به رسمیت شناخته شده است، (۲۳) بیان می‌کند. (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۲۰۲) مهم‌ترین ویژگی‌های ماده‌ی ۱۳ ق.م.ا را می‌توان چنین ارزیابی کرد: نخست، این ماده برپایه اصل مسوولیت مدنی نگاشته شده نه تنها مسوولیت مدنی ناشی از عمد را در برمی‌گیرد بلکه مسوولیت برخاسته از خطا را نیز پوشش می‌دهد. (۲۴) دوم، اگرچه جبران مادی بر پایه مسوولیت مدنی به آنچه در آیین دادرسی مربوط آمده احاله داده شده است، ولی ماده‌ی یاد شده نمایان‌گر این پیشرفت است که ضمانت اجرای کیفری تقصیر مرتکب را در جای دیگری در نظر داشته است. بر پایه، ماده‌ی ۱۳ ق.م.ا ضمن تاکید

بر حدود اصل قانونمندی مجازات، حق بنیادی جبران برای بزه‌دیدگان و حمایت کیفری از آنان را به‌طور ویژه تضمین کرده است.

سوم، ماده ۱۳.ق.م.ا همانند قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ که درباره جبران خسارت معنوی ساکت است، باز خسارت را به‌طور کلی بیان کرده است به‌نظر می‌رسد با عبارت «هرگونه خسارت» این‌گونه برداشت شود که خسارت معنوی عاطفی هم مدنظر قانون‌گذار باشد اعاده‌ی حیثیت به منزله‌ی رکن بنیادین جبران درد و رنج‌های عاطفی و حیثیتی برخواسته از جرم، از یک سو، یکی از ابزارهای پیشگیری از تکرار بزه‌دیدگی ست که می‌تواند از گسترش آثار بزه‌دیدگی نخستین و تبدیل آن آثار به آسیب‌های روانی جلوگیری کند (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۸۶). و از سوی دیگر، یکی از راه‌های دادگری ترمیمی که از رهگذر شرمسار بزه‌کار و تقویت حس مسوولیت‌پذیری او، به بازسازی بزه‌دیده و ترمیم نظم اجتماعی برهم خورده نیز کمک می‌کند. چهارم، یکی دیگر از ویژگی‌های ۱۳ ق.م.ا، پذیرفتن مسوولیت دولت در جبران خسارت (و به‌طور دقیق‌تر، پرداخت غرامت به) بزه‌دیدگان است. بر خلاف مسوولیت کیفری دولت که هنوز در سطح بین‌المللی پذیرفته نشده است، مسوولیت مدنی دولت موضوعیست که نخست در سطح حقوق داخلی و سپس در سطح بین‌المللی به رسمیت شناخته شد (همان، صص: ۹۷ به بعد). بنیان این مسوولیت عبارت است؛ از ضرورت تداوم نظم اجتماعی و تضمین حمایت از حقوق افراد که چون دولت عهده‌دار تامین نظم و امنیت در جامعه است، بر دوش او قرار می‌گیرد (همان، صص: ۱۱۱-۱۱۰).

سرانجام، مهم‌ترین بازتاب یافته‌های بزه‌دیده‌شناسی در ماده‌ی ۱۳.ق.م.ا که نیز مورد تاکید واقع شده است، به سواستفاده از قدرت مربوط می‌شود. (۲۵) برای نخستین بار مفهوم سواستفاده از قدرت را جهت نمایندن گونه‌های جدیدی از بزه‌دیده‌گی به گفتمان سیاست جنایی سازمان ملل متحد وارد ساخت بزه‌کاران فراقانون به آن دسته از اشخاص و مقام‌های دولتی و بلندپایه اشاره دارد(رایجیان اصلی، ۱۳۸۷: ۱۵) که از گذر قدرت سیاسی و اقتصادی خود بیرون از دسترس قانون و نظام دادگری جنایی قرار دارند جرم‌های ارتكابی این دسته یا همان

سواستفاده‌های مجرمانه از قدرت به تعبیر ژرژ پیکا (دادرس بلندپایه) یک بزه‌کاری طلایی به منزله‌ی عمل‌دارندگان قدرت سیاسی است که بدون هیچ ترسی از کیفر و در جهت نقض منافع شهروندان و جامعه ارتکاب می‌یابد (پیکا، ۱۳۷۰: ۵۶) این مفهوم که از جمله به‌طور ضمنی در اصول ۳۲ (بازداشت غیرقانونی)، ۳۸ (شکنجه)، ۳۹ (هتک حرمت و حیثیت) قانون اساسی ایران پذیرفته شده و به‌طور صریح به قوانین کیفری جاری نیز راه یافته است. (۲۶) به گونه‌ی جدیدی از جرم‌انگاری اشاره دارد که از شهروندان در برابر نقض حقوق بنیادی خود حمایت می‌کند. مرتکب سواستفاده از قدرت کارگزار دولتی یا عامل حکومتی است که در ق.م.ا. به دادرسان و مجریانی محدود شده است که در حدود قضاوت، تعیین کیفر یا اجرای آن از اختیارات خود سواستفاده و تجاوز کرده و بدین‌سان، حق‌های بنیادی زندگی و آزادی شهروندان را نقض می‌کنند. (رایجیان اصلی، ۱۳۸۷: ۱۷)

۲-۶. توجه و تقویت جایگاه بزه‌دیده در سازو کارهای دفاع مشروع گذشت شاکی و عفو موضوع دیگری که در قانون می‌توان در راستای حمایت از بزه‌دیده از آن صحبت به میان آورد و مورد توجه قرار گرفته، موضوع دفاع مشروع است. که بار اثبات آن را قانون‌گذار به عهده‌ی مهاجم گذاشته قانون‌گذار در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۵۵ در جایی که اصل دفاع محرز بوده ولی شرایط آن به اثبات نرسیده، ضمن فرض دانستن تحقق و رعایت شرایط لازم برای دفاع، بار اثبات ادعای عدم رعایت شرایط دفاع را متوجه مهاجم نموده است. بنابراین نتیجه می‌گیریم که قانون‌گذار کیفری بعد از انقلاب به تبعیت از قانون‌گذار عرفی و مکاتب کیفری و جرم‌شناسی مخصوصاً مکتب بزه‌دیده‌شناسی، به سرکردگی فون هانتینگ به مجنی علیه به‌عنوان یکی از عوامل موثر در ارتکاب جرم توجه و در صورت احراز آن دادگاه را مخیر نموده که مجازات مجرم را تخفیف و یا تبدیل نماید.

مورد دیگر بازتاب حمایت از بزه‌دیده در ق.م.ا. تقویت جایگاهی است که برای بزه‌دیدگان در جرم‌های قابل گذشت به رسمیت شناخته شده و نیز حمایت از حقوقی است که برای آنان در موارد عفو عمومی و خصوصی پیش‌بینی شده است.

به عبارت دیگر توجه به بزه‌دیده از طریق جایگاه مهم وی در جرم‌های قابل گذشت و تاثیر گذشت وی حتی بعد از قطعیت دادنامه از مهم‌ترین آموزه‌های جرم‌شناسی در قلمرو قوانین کشور محسوب می‌شود (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۸: ۴۷۲). نقشی که بزه‌دیده به منزله‌ی شاکی ایفا می‌کند، پیشینه‌ی بلندی دارد که هم در جوامع باستانی و در دوران معاصر (شایان، ۱۳۸۷: ۸۳-۸۴). همواره به آن بها داده شده است. نویسندگان ق.م.ا. ۱۳۹۲ برخلاف ق.م.ا. ۱۳۷۰ که به‌طور پراکنده مقرراتی را در این خصوص پیش‌بینی کرده است، (۲۷) گذشت شاکی در جرم‌های حق‌الناس و قابل گذشت را یکی از موجبات سقوط مجازات در فصل یازدهم از باب کلیات محسوب کرده و مقررات مفصلی را به آن اختصاص داده است. (۲۸) در این میان، تبصره‌ی «یک» ماده‌ی ۱۰۰ و تبصره‌ی ماده‌ی ۱۰۲ حاوی حکمی‌ست که در راستای تقویت جایگاه بزه‌دیده در جرایم قابل گذشت می‌باشد. بدین‌سان قانون‌گذار با بهره‌گیری از شیوه‌ی «شمارش قانونی جرایم قابل گذشت» فهرست کامل این جرایم را در متن قانون مشخص کرده و بدین‌وسیله از یک سو برای بزه‌دیده یا شاکی، نقش ویژه در شروع یا ادامه‌ی فرآیند کیفری در نظر گیرد و از سوی دیگر با تصریح خود زمینه‌ی فعالیت یافتن گذشت شاکی از مرتکب در جرایم تعیین شده نتیجه‌ی افزایش امکان رهایی بزه‌کار را از کیفر را بیش از پیش فراهم آورد.

ماده‌ی ۹۸ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «عفو همه‌ی آثار محکومیت را منتفی می‌کند. لیکن تاثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت زیان دیده ندارد.» ماده‌ی فوق در بردارنده‌ی دو حکم کاملاً متفاوت از هم می‌باشد. نخست: عفو همه‌ی آثار محکومیت کیفری را از بین می‌برد. دوم: عفو هیچ تاثیری در جبران خسارت زیان‌دیده از جرم ندارد. منظور از عفو در ماده‌ی ۹۸ مطلق است و شامل عفو عمومی و خصوصی می‌شود. بر خلاف تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۶۲ مکرر ق.م.ا. که مقرر می‌دارد: «عفو مجرم موجب زوال آثار مجازات نمی‌شود مگر این‌که تصریح شده باشد.» که در این‌جا منظور عفو خصوصی است. بدین‌سان نویسندگان ق.م.ا. عفو عمومی یا خصوصی را مانعی برای جبران خسارت بزه‌دیده ندانسته و، بر ضرورت

حق جبران برای بزه‌دیدگان تاکید ورزیده‌اند. (۲۹) این تاکید، از فلسفه‌ی حق بنیادی جبران برمی‌خیزد که بر پایه‌ی آن، هر جا که مصلحت‌های نظم عمومی و عدالت جنایی، پیگرد و مجازات بزهکار یا عفو آنان را ایجاب کرد، حقوق بزه‌دیدگان، و به‌ویژه حق بنیادی جبران برای آنان، نباید گرفته شود. زیرا عدم احقاق این حق در هر شرایطی خود می‌تواند موجب رواج بی‌عدالتی و بی‌نظمی در جامعه شود و حس ستمگری، مظلوم‌ستیزی و انتقام‌جویی را میان افراد جامعه تقویت کند.

نتیجه‌گیری

توسعه‌ی جرم‌شناسی امروزه سبب شده که در سیاست‌گذاری‌های کیفری، آموزه‌های جرم‌شناسی به رسمیت شناخته شود به‌عبارت دیگر امروزه کم‌تر کسی هست که در عرصه‌ی سیاست‌گذاری به یافته‌های جرم‌شناسی بی‌اعتنا باشد. اما از آن‌جا که از یک سو، ادبیات بزه‌دیده‌شناسی در کشور ما غنایی ندارد، و از سوی دیگر پذیرش و کاربرد این دانش با موانع جدی فقه جزایی اسلام و ثبات برخی مجازات‌ها مواجه است نمی‌توان انتظار داشت که یافته‌های بزه‌دیده‌شناسی انعکاس جدی در نظام عدالت کیفری ایران داشته باشند. «پذیرش و کاربرد داده‌های نوین جرم‌شناسی، مستلزم پذیرش معانی تئوریک آن در جامعه است این سخن بدان معنا نیست که آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی علمی هیچ جایگاهی در نظام کیفری ایران ندارند بررسی‌ها نشان می‌دهد که نظام عدالت کیفری ایران در دو بعد قانون‌گذاری و به تبع آن رویه‌ی قضایی در گذشته و حال به‌صورت آگاهانه‌تر از داده‌های این دانش نوپا به‌صورتی ملموس تاثیر پذیرفته است» (جعفری و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۶).

در قوانین کیفری سابق مواردی از حقوق کیفری عمومی که از یافته‌های جرم‌شناسی (بزه‌دیده‌شناسی) تاثیر پذیرفته وجود داشت، از جمله می‌توان به جبران خسارت بزه‌دیده و توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم و جایگاه بزه‌دیده در جرایم قابل گذشت اشاره کرد اما در چند سال اخیر نویسندگان قوانین کیفری مثل سایر کشورهای دیگر و با رویکردی علمی با تاسی بیشتر از آموزه‌های

جرم‌شناسی (بزه‌دیده‌شناسی) و مکاتب جرم‌شناسی چه به صورت آگاهانه و چه به طور ناخودآگاه و یا بر اثر مطالعات تطبیقی حقوق عرفی به میزان قابل توجهی در راستای اصلاح قوانین و جرم‌شناسانه شدن قوانین گام برداشته است؛ که نفوذ و بازتاب این آموزه‌ها در بخش کلیات ق.م.ا. بیش‌تر قابل مشاهده می‌باشد. بدین ترتیب اگر تاکنون سیاست جنایی حول محور مجرم عمل می‌کرد، با ورود این رشته (بزه‌دیده‌شناسی) دارای تاسیساتی شده است که بخشی از آن شامل بزه‌دیده و حمایت از او می‌شود و از این پس در کنترل جرم و مبارزه با بزه‌کاری از خواسته‌های بزه‌دیده نیز پیروی می‌کند.

قانون‌گذار با الهام از آموزه‌های جرم‌شناسی نوآوری و پیشرفت‌های نسبت به قوانین سابق داشته است که می‌توان به کار بردن واژه‌ی «بزه‌دیده» به جای مجنی علیه و روحیه‌ی کدخدامنشی، توافقی شدن و ترمیمی در راستای حمایت از بزه‌دیده اشاره کرد. بدین‌سان بزه‌دیده‌شناسی در دو زمینه‌ی اساسی الهام‌بخش مقنن در تدوین مقررات این قانون بوده است؛ یکی در زمینه‌ی تعیین جرم و شدت و ضعف آن (توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم بزه‌دیده‌شناسی علمی): از رهگذر بند «پ» ماده‌ی ۳۸ و دیگری در زمینه‌ی جبران خسارت قربانیان اعمال مجرمانه که بتواند در ضمن دعوی کیفری به‌عنوان مدعی خصوصی خسارت وارده بر خود را مطالبه کنند (حمایت از بزه‌دیده): از رهگذر مواردی هم‌چون پیش‌بینی عدالت ترمیمی در راستای احقاق حق جبران برای بزه‌دیده (بند «پ» ماده‌ی ۴۰ ق.م.ا)، گسترش کیفرزدایی از رهگذر تعویق مجازات و نظام نیمه‌آزادی در راستای حمایت از بزه‌دیده (مواد ۴۰ و ۵۸)، تقویت حمایت از بزه‌دیده در تعلیق مجازات (بند «چ» ماده‌ی ۴۳)، تقویت جبران خسارت مادی و معنوی از رهگذر پرداخت غرامت دولتی به بزه‌دیده (ماده‌ی ۱۳)، تقویت جایگاه بزه‌دیده در سازوکارهای گذشت شاکی و عفو (تبصره «یک» ماده‌ی ۱۰۰ و تبصره ماده‌ی ۱۰۲ و ماده‌ی ۸۹) بدین‌ترتیب امروزه رویکرد حمایت از بزه‌دیده یا همان بزه‌دیده‌شناسی حمایتی نیز اغلب نظام‌های کیفری را متحول کرده و زمینه‌ی پیش‌بینی مقررات حمایت از بزه‌دیدگان را مهیا ساخته است؛ از آن‌چه که بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که

حمایت از قربانیان جرم می‌تواند نقش اصلی را در کاهش پدیده‌های مجرمانه ایفا کرده و در تحقق عدالت کیفری، بازسازی شخصیت بزه‌دیده و تامین خسارت‌های مادی و معنوی وی تاثیرگذار باشد. توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم که از دستاوردهای بزه‌دیده‌شناسی علمی است در قضاوت‌های کیفری نیز می‌تواند موثر باشد بدین‌سان جرم‌شناس قاضی کیفری را به ماشینی به‌شمار نمی‌آورد که اعمال مجرمانه را با قانون تطبیق دهد در این حالت قاضی باید به خصوصیات و حالات بزه‌کار و علل و انگیزه‌های ارتکاب جرم و اوضاع و احوالی که در آن مرتکب جرم شده است (رفتار و گفتار تحریک) توجه کند.

در نتیجه نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با هوشیاری و آگاهی نسبت به آموزه‌های جرم‌شناسی بزه‌دیده، بزه‌دیده را به‌عنوان یک بازیگر فعال در عرصه عدالت کیفری مورد توجه قرار دادند که این توجه ویژه و تقویت جایگاه و نقش بزه‌دیده در فرآیند دادرسی کیفری (توجه به نقش بزه‌دیده در وقوع جرم و حمایت از بزه‌دیده) زمینه‌ی اجرای عدالت و تحقق اصل فردی شدن مجازات‌ها را فراهم می‌کند.

پی‌نوشت‌ها*

۱- Delmas Marty

۲- Hons Von Honting

۳ - The offender and his victim

۴- جرم‌شناسی علمی به‌دنبال چاپ کتاب «انسان بزه‌کار» لمبروزو در سال ۱۸۷۶ (تاریخ تولد جرم‌شناسی علمی) به‌وجود آمد.

۵- Jean Pinatel

۶- Herman Mannheim

۷- قانون مجازات اسلامی: بخش تعزیرات، ماده‌ی ۶۳۰.

۸- قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: ماده‌ی ۲۶۱.

۹- بند «پ» ماده این گونه مقرر می‌دارد: اوضاع و احوال خاص موثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یا وجود انگیزه‌ی شرافتمندانه در ارتکاب جرم.

۱۰- برای مطالعه بیش‌تر رک: اکبری، سید صادق، بازتاب آموزه‌های جرم‌شناسی در بخش کلیات ق.م.ا، دانشگاه آزاد علوم و تحقیقات خوزستان، ۱۳۹۲.

۱۱- در ق.م.ا. ۱۳۷۰، افزودن بر تخفیف و تبدیل مجازات، فقط تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط در راستای سیاست کیفرزدایی پذیرفته شده

۱۲- به موجب ماده ۳۹ ق.م.ا در جرایم تعزیری درجه‌های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود در صورت فقدان سابقه کیفری موثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند.

۱۳- به موجب ماده ماده ۴۰- در جرایم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد: بند «پ» همین ماده مقرر می‌دارد: جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران.

۱۴- ماده ۵۷ ق.م.ا در این زمینه پیش‌بینی می‌کند: در حبس‌های تعزیری درجه پنج تا هفت دادگاه صادر کننده حکم قطعی می‌تواند مشروط به گذشت شاکی و سپردن تامین مناسب و تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی یا درمان اعتیاد یا بیماری که در فرآیند اصلاح یا جبران خسارت وارد بر بزه‌دیده موثر است، محکوم را با رضایت خود او، تحت نظام نیمه‌آزادی قرار دهد. هم‌چنین محکوم می‌تواند در طول دوره تحمل مجازات در صورت دارا بودن شرایط قانونی، صدور حکم نیمه‌آزادی را تقاضا نماید و دادگاه موظف به رسیدگی است.

- ۱۵- در این زمینه، نک: ماده ۲۹ ق.م.ا. ۱۳۷۰.
- ۱۶- بر پایه‌ی ماده‌ی ۴۸- «تعلیق مجازات با رعایت مقررات مندرج در تعویق صدور حکم، ممکن است به‌طور ساده یا مراقبتی باشد.»
- ۱۷- ولیدی، محمد صالح؛ نقش تعدیل‌کننده مراقبتی به‌عنوان کیفر جایگزین زندان، ماهنامه‌ی دادرسی، انتشارات سازمان قضایی نیروهای مسلح، شماره ۲۲، ص ۸.
- ۱۸- قانون‌گذار شرایط صدور حکم تعلیق مراقبتی را همان شرایط صدور حکم تعویق مراقبتی در ماده ۴۳ پیش‌بینی کرده است. بند «چ» همین ماده این‌گونه مقرر می‌دارد: «چ- خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص از قبیل بزه‌دیده به تشخیص دادگاه.
- ۱۹- در این زمینه، بند «پ» ماده‌ی ۴۰ ق.م.ا. دیگر از شرایط اختیاری تعلیق مراقبتی را الزام به جبران زیان‌های ناشی از جرم یا تربیت جبران آن دانسته است که می‌توان آن را نمود دیگر از عدالت ترمیمی محسوب کرد.
- ۲۰- در مورد ابهام ماده ۳۱، نک: رضا نوربها، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، چاپ بیستم، انتشارات گنج دانش، ص ۴۲۵.
- ۲۱- ماده ۵۱ ق.م.ا. این‌گونه مقرر می‌دارد: «تعلیق اجرای مجازات محکوم نسبت به حق مدعی خصوصی تأثیری ندارد و حکم پرداخت خسارت یا دیه در این موارد اجرا می‌شود.
- ۲۲- به موجب این ماده: «حکم به مجازات یا اقدام تامینی و تربیتی و اجرای آن‌ها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسوولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود.»
- ۲۳- نک: اصل ۱۷۱ قانون اساسی.

۲۴- منبع مهم اصل مسوولیت مدنی در حقوق ایران را می‌توان قانون مسوولیت مدنی ۱۳۳۹ و به‌ویژه ماده ۱ آن دانست که پیش‌بینی می‌کند: ((هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسوول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد)).

۲۵- پیش‌نویس کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد دادگری و پشتیبانی برای بزه‌دیدگان و قربانیان سواستفاده از قدرت (هشتم فوریه ۲۰۱۰)

۲۶- برای نمونه، نک به ترتیب به: ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و بند ۱ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی ۱۳۸۳ که اصطلاح‌های "سواستفاده از مقام" و "سواستفاده از قدرت" را به‌کار برده‌اند.

۲۷- نک: ماده ۲۳ و تبصره آن.

۲۸- نک: مواد مواد ۱۰۰-۱۰۴.

۲۹- ماده ۸۹ ق.م.ا در این خصوص پیش‌بینی می‌کند: عفو، همه آثار محکومیت را منتفی می‌کند لکن تاثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت زیان‌دیده ندارد.

منابع و مأخذ*

- آنسل، مارک (۱۳۹۱). **دفاع اجتماعی**، ترجمه‌ی م.د آشوری و ع.ح. نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

- آقای جنت‌مکان، حسین، (۱۳۹۰). **حقوق کیفری عمومی**. جلد نخست، تهران: انتشارات جنگل.

- اکبری، سیدصادق، (۱۳۹۲). **بازتاب آموزه‌های جرم‌شناسی در حقوق کیفری عمومی**. پایان‌نامه برای درجه‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه علوم و تحقیقات خوزستان.

- پیکا، ژرژ (۱۳۷۰). **جرم‌شناسی**، ترجمه‌ی علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- توجهی، علی، (۱۳۷۸). **سیاست جنایی حمایت از بزه‌دیدگان**، مجله‌ی مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، ۴: ۴۶-۲۷.
- دلماس-مارتی، م، (۱۳۷۶). **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**. ترجمه‌ی ع. ح. نجفی‌ابرنادآبادی، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- دلماس-مارتی، میری، (۱۳۷۶). **از حقوق جزا تا سیاست جنایی**، ترجمه‌ی ع. ح. نجفی‌ابرنادآبادی، مجله‌ی نامه مفید، ۱۱: ۱۹۴-۱۷۹.
- صلاحی، جاوید، (۱۳۸۹). **جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی**. چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۹۰). **بزه‌دیده‌شناسی حمایتی**. چاپ دوم، تهران: انتشارات دادگستر.
- رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۸۷) **جایگاه بزه‌دیده در لایحه قانون مجازات اسلامی**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۳.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل، (۱۳۸۸). **جرم‌شناسی**. چاپ اول، تهران: انتشارات فروزش.
- حاجی‌ده‌آبادی، الف، (۱۳۸۵). **از جبران خسارت بزه‌دیده توسط بزهکار تا جبران خسارت توسط دولت**، مجله‌ی فقه و حقوق، ۹: ۱۲۲-.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی، (۱۳۷۳). **حقوق کیفری بین‌الملل**، نشر میزان، چاپ اول.
- جان بریث ویت، (۱۳۸۵). **((عدالت ترمیمی))**، ترجمه‌ی مهرداد رایجیان اصلی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌ی ۴۳، بهار و تابستان.
- جعفری، عبدالرضا جوان جعفری و شاهیده، فرهاد، (۱۳۹۲). **رفتار و گفتار تحریک آمیز بزه‌دیده در قوانین و مقررات کیفری و رویه‌ی قضایی ایران**، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی بهار و تابستان شماره‌ی ۵.

- سماواتی پیروز، امیر، (۱۳۸۵). عدالت ترمیمی: تعدیل تدریجی به عدالت کیفری یا تغییر آن، تهران، نگاه بینه.
- شایان، علی. (۱۳۸۴). عدالت برای بزه‌دیدگان [ترجمه]، چاپ اول، قم: انتشارات سلسبیل.
- شیخ‌الاسلامی، عباس، (۱۳۸۸) جایگاه یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات تقنینی کیفری ایران، علوم جنایی (مجموعه مقالات تجلیل از دکتر آشوری).
- فرجیها، محمد، (۱۳۸۲). جنبه‌های تاثیر یافته‌های جرم‌شناسی بر سیاست جنایی، فصلنامه‌ی دانشگاه مدرس، دوره‌ی ۷، شماره‌ی ۱، ۱۳۸۲.
- فتاح، عزت، (۱۳۷۱). از سیاست مبارزه با بزه‌کاری تا سیاست دفاع از بزه‌دیده (ضرورت یک تغییر بنیادی در سیاست جنایی کنونی) ترجمه‌ی علی‌حسین نجفی‌ابرنده‌آبادی، مجله‌ی قضایی و حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۳، ص ۳۹۶.
- گسن، ریموند، (۱۳۸۸). جرم‌شناسی نظری، ترجمه‌ی دکتر کی‌نیا، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- لیز، ژ؛ فیلیزولا، ژ، (۱۳۸۸). بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی. ترجمه‌ی ر کرد علیوند؛ الف محمدی، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- نوربها، رضا، (۱۳۸۶). زمینه‌ی حقوق جزایی عمومی. چاپ بیست و هفتم، تهران: انتشارات دادافرین.
- نجفی‌ابرنده‌آبادی، علی‌حسین، ۷۰-۷۱، مباحث در علوم جنایی، تقریرات درس تاریخ تحولات کیفری (کلیات سیاست جنایی)، دوره‌ی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ناصر قاسمی، سال
- نجفی‌ابرنده‌آبادی، ع. سال تحصیلی ۱۳۷۴، تقریرات درس بزه‌دیده‌شناسی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- نجفی‌ابرنده‌آبادی، ع. سال تحصیلی ۱۳۸۷، تقریرات درس بزه‌دیده‌شناسی علت‌شناختی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

نجفی ابرندآبادی، ع. ح. (۷۴-۱۳۷۳). مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جرم‌شناسی (بزه‌دیدہ‌شناسی)، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، دوره‌ی کارشناسی، تهیه و تنظیم: فاطمه قناد.

نجفی ابرندآبادی، ع. ح. (۸۷-۱۳۸۶). مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جرم‌شناسی (بزه‌دیدہ‌شناسی علت شناختی)، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، دوره کارشناسی، تهیه و تنظیم: مجید صادق‌نژاد نایینی.

جرایم علیه خانواده، چالش‌ها و راهکارها

عبدالحسین رضایی‌راد*

سهیلا صحرانشین سامانی**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۲/۸

تاریخ دریافت: ۹۲/۷/۲۹

چکیده

از جمله ضمانت‌های اجرایی کیفری در راستای حمایت از خانواده، سیاست کیفری اتخاذ شده در جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی (مواد ۱۶۸-۱۷۳) است که شامل ترک انفاق، ازدواج با زن شوهردار و معتده، به عقد درآوردن زن شوهردار و معتده، عدم ثبت ازدواج، طلاق، رجوع، ازدواج قبل از بلوغ و تدلیس در نکاح است.

از آنجا که این جرایم چندان مورد بحث و مناقشه قرار نگرفته است، لذا کاستی‌ها و نواقص آن پنهان بوده و در برخی موارد اعمال آن را با مشکل مواجه می‌سازد. نگارنده در این مقاله ضمن نقد و بررسی جرایم مذکور، به این نتیجه می‌رسد که در قوانین مذکور خلا و ایراداتی وجود دارد و مداخله ضمانت‌های اجرایی کیفری در حقوق خانواده، خود تهدیدی بیشتر بر بقا و تحکیم بنیان خانواده است. بنابراین شایسته است قانون‌گذار در حوزه خانواده تا حد امکان به دخالت حداقلی ضمانت اجرای کیفری و بر مبنای ضرورت بسنده کند. پیشنهاداتی نیز در جهت اصلاح و کارآمدتر شدن این قوانین مطرح شده است.

واژه‌های کلیدی: جرایم علیه خانواده، قانون مجازات، زن، ترک انفاق، تدلیس

ahrr 39@scu.ac.ir

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده هیات دانشگاه شهید چمران اهواز

samanisoheila@yahoo.com

** کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

مقدمه

خانواده در تمام ادیان الهی، بالاخص در دین مبین اسلام از اهمیت و جایگاه والایی برخوردار است و سعادت جامعه بشری نیز مرهون سلامت و استحکام نهاد خانواده است. این اهمیت و نقش بسیار مهم خانواده، نظام‌های حقوقی را وادار ساخته تا با وضع مقررات و ضمانت‌های اجرایی مدنی و کیفری، به حمایت از خانواده و ارزش‌های آن دست یازند.

پیشینه‌ی تحقیق

«پیشینه‌ی قانون‌گذاری در زمینه‌ی حقوق خانواده در ایران به سال ۱۳۱۰ باز می‌گردد که در آن سال قانون راجع به ازدواج در تاریخ ۱۳۱۰/۵/۲۳ به تصویب رسید. البته پس از آن بارها و بارها قوانین مختلفی در حوزه‌ی خانواده به تصویب رسید و قوانین قبلی دستخوش تغییر و نسخ شد. (حاجی آبادی، ۱۳۸۹: ۸)

اما این‌که «سیاست کیفری اتخاذ شده در این گونه جرایم تا چه اندازه در راستای حمایت کیفری از خانواده موثر واقع شده و جنبه‌ی بازدارندگی از جرم داشته است؟» و «چه راه حلی برای کارآمدتر کردن این قوانین در حوزه‌ی حقوق خانواده وجود دارد؟» مطالبی است که در تحقیقات موجود، توجه کم تری به آن مبذول شده است»

بیان مساله

استحکام و شفافیت و واقع‌گرایانه بودن قوانین جزایی به عنوان بخش مهمی از سیاست کیفری در هر جامعه نقش مهمی را در کاهش جرم و حرکت به سوی جامعه‌ای سالم و عادلانه بر عهده دارد و تا زمانی که قوانین درست و کارآمدی وجود نداشته باشد سایر سیاست‌ها و برنامه‌های اجتماعی نیز اثر بخشی چندانی نخواهد داشت.

هدف این تحقیق ارتقای کار آمدی قوانین جزایی و زمینه سازی ایجاد نظام عادلانه و جامع کیفری است و پرسش هایی که این تحقیق عهده دار یافتن پاسخ به آن ها گردیده است این است که «نظام قانونی ایران چه نگرشی به جرایم خانواده را برگزیده است؟» و «چه ایرادات و ابهاماتی در این گونه قوانین وجود دارد که می تواند اثر بخشی و بازدارندگی آن ها را کاهش داده یا به حداقل برساند؟» و «راهکارهای رفع آن ها چیست؟»

آنچه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان جرایم علیه خانواده شناخته شده اند، شش عنوان هستند و در (مواد ۸۶۸-۸۷۳ ق.م.ا) مطرح گردیده اند که شامل «ترک انفاق»، «ازدواج با زن شوهردار و معتده»، «به عقد درآوردن زن شوهردار و معتده»، «عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع»، «ازدواج قبل از بلوغ» و «تدلیس در نکاح» است.

در این مقاله با محور قرار دادن این نکته که حقوق خانواده مربوط به روابط درون خانواده است و باید بر خلاف سایر جرایم، کمتر یا به ندرت ضمانت اجرای کیفری را در آن بکار برد، هریک از این مواد قانونی مذکور، مورد بررسی و نقد قرار گرفته و نواقص و نارسایی های آن ها مورد شناسایی قرار می گیرد و در حد امکان برای رفع آن ها پیشنهادات لازم ارایه می گردد.

۱- ترک انفاق (ماده ۸۶۸ ق.م.ا)

با انعقاد عقد نکاح مسئولیت ها و تکالیفی برعهده ی زوجین قرار می گیرد که هر یک از زوجین باید به نحو احسن و با کمال میل و رغبت به ایفای وظایف خویش پرداخته تا حریم خانواده از گزند اختلافات و کشمکش ها در امان ماند و محیط امن و آرامی برای اعضای خانواده فراهم شود. از جمله این وظایف، مطابق ماده ۱۰۸ قانون مدنی پرداخت نفقه و تامین معاش زوجه و سایر اشخاص واجب النفقه است که به هدایت شریعت مطهر اسلام (قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۳۴) و تبعیت قانون گذار از آن به عهده زوج قرار گرفته است. بدیهی است کوتاهی در انجام این وظیفه، باعث نابسامانی و عدم آرامش در خانواده خواهد شد و ذهن اعضای

خانواده را از پیشرفت و رشد و تعالی انسانی به سمت دغدغه‌های ابتدایی و مشکلات اقتصادی معطوف خواهد کرد و این امر نگرانی و اضطراب را جایگزین آرامش و آسایشی خواهد کرد که لازمه هر خانواده سالم و سر بلند است. با توجه به اهمیت انجام این وظیفه، قانون‌گذار در راستای تحکیم بنیان خانواده، عدم پرداخت نفقه‌ی زن و سایر اشخاص واجب‌النفقه را از جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی دانسته و ماده‌ی ۸۶۸ ق.م.ا را بدان اختصاص داده است و چنین بیان داشته است:

«هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.»

در این ماده، جرم ترک انفاق در دو فقره مطرح شده یکی «ترک انفاق به زوجه» و دیگری «ترک انفاق سایر اشخاص واجب‌النفقه» و به هر دو فقره می‌توان ایراداتی را وارد کرد.

۱-۱- ایرادات فقره اول

۱-۱-۱- بکار بردن کلمه زن به جای اصطلاح «زوجه»

در فقره اول از ماده ۸۶۸ قانون مجازات اسلامی «ترک نفقه زن» در صورت تحقق تمکین به عنوان جرم شناخته شده و برای آن از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس مقرر گردیده است.

در متن این ماده‌ی قانونی به جای کلمه «زوجه» که در کتب فقهی و حقوقی مرسوم و مصطلح است واژه «زن» به کار رفته است گرچه این خود یک ایراد محسوب می‌شود و بهتر بود به جای واژه زن از همان اصطلاح رایج و مرسوم یعنی واژه «زوجه» استفاده کند تا در نگاه اولیه به متن این ماده، از واژه‌ی زن، زن‌های اجنبیه هم در ذهن افراد تداعی نشود اما این ایراد اهمیت زیادی ندارد زیرا مشخص است که در عبارت «نفقه‌ی زن خود را با داشتن استطاعت و تمکین ندهد»، «زن»، اشاره به همسر شرعی و زوجه رسمی دارد زیرا هیچ مردی خود را

ملزم به پرداخت نفقه‌ی زن اجنبی نمی‌کند. اما این ایراد بر آن وارد است که، کلمه‌ی زن در این ماده به صورت مطلق آمده است و زن دایم و موقت را شامل می‌شود درحالی‌که مرد فقط ملزم به پرداخت نفقه به زن دایم خود است و شامل زن موقت نمی‌شود و نفقه برای زن موقت حق قانونی و ذاتی او نیست، بلکه می‌توان آن را به صورت قرارداد و توافق به وجود آورد. (قانون مدنی ایران ماده ۱۱۱۳) اما از آن‌جا که این نکته در قانون مدنی ذکر شده و ممکن است قضات دادگاه جزایی که مجری این ماده قانونی‌اند به دلیل عدم اشراف به قوانین مدنی یا هر دلیل دیگر در فهم این ماده دچار اشتباه شوند شایسته است این ماده‌ی قانونی از این نظر اصلاح شود و قید دایم به زن اضافه شود تا ابهام و ایرادی در آن وجود نداشته باشد.

۱-۲-۱- عدم توجه به عذرهای موجه

یکی دیگر از ایراداتی که می‌توان به فقره اول ماده ۸۶۸ قانون مجازات وارد کرد این است که در این ماده جرم بودن ترک انفاق زن را به وجود تمکین از سوی زن مشروط کرده و بیان داشته است: «هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد...» در حالی که مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی تمکین زمانی شرط لزوم پرداخت نفقه است که بدون عذر شرعی صورت گرفته باشد مانند بیماری، امراض مقاربتی شوهر و یا فعل واجب مانند روزه و سفر واجب حج که زوجه قادر به تمکین از شوهر نیست.

مشروط کردن جرم ترک انفاق به مطلق تمکین بدون استثنا کردن عذرهای شرعی، ممکن است باعث سوءاستفاده اشخاصی شود که بخواهند زن را از این حق قانونی خود محروم کنند. لذا «شایسته است برای جلوگیری از تضییع حقوق زوجه، به جای شرط تمکین، در ماده‌ی مذکور از اصطلاح عدم نشوز استفاده شود تا مواردی را که زن به استناد موانع شرعی و قانونی از تمکین خودداری می‌نماید، بتواند از ضمانت اجرای کیفری برخوردار شود.» (احمدیه و بداعی ۱۳۸۲: ۳۰) زیرا عدم تمکین با نشوز ملازمه ندارد و هر عدم تمکینی نشوز به حساب نمی‌آید و آن

چه باعث سلب استحقاق نفقه می‌شود نشوز است نه صرف عدم تمکین. مضاف بر آن که واژه قرآنی این بحث هم نشوز است (قرآن کریم سوره نساء، آیه ۲۰) و عدم تمکین در قرآن کریم بکار نرفته است.

۱-۳-۱- دشواری اثبات تمکین و اجرای آن

یکی دیگر از نکاتی که در فقره دوم ماده ۸۶۸ قانون مجازات اسلامی قابل توجه است این است که جرم بودن ترک انفاق را به تمکین زوجه مشروط کرده است درحالی که اثبات تمکین کار بسیار دشوار و بلکه غیر ممکن است زیرا تمکین از اموری است که در حریم خانواده و از امور پنهانی است و زن نمی‌تواند مدعی تمکین خود شده و آن را اثبات کند و متقابلاً مرد نیز که برای دفاع از خود در برابر اتهام ترک انفاق مدعی عدم تمکین می‌شود امکان اثبات آن را نخواهد داشت و بر این اساس، این ماده قانونی به دلیل نداشتن ضمانت اجرایی لازم کار آمدی خود را از دست خواهد داد زیرا مهم ترین رکن دادرسی دلیل اثبات دعواست که در این مساله متعسر یا متعذر است و این خود دلیل دیگری است که کاربرد واژه تمکین، در این ماده مناسب نیست و شایسته است به جای آن از اصطلاح «عدم نشوز» استفاده شود زیرا «عدم نشوز» امری عدمی است و اثبات آن نیاز به دلیل ندارد و اصل بر عدم است و در مقابل کسی که مدعی نشوز نیز کافی یک مورد از نشوز را ثابت کند اما تمکین یک امر وجودی است و اثبات آن بسیار دشوار است و با اثبات یک مورد از تمکین نمی‌توان مدعی تمکین شد و باید استمرار و دوام آن نیز ثابت شود.

علاوه بر دشوار بودن اثبات تمکین توسط زوجه، حکم اجرایی تمکین نیز با دشواری‌هایی مواجه است زیرا «سالیان دراز است که دادگاهها حکم الزام به تمکین می‌دهند ولی نمی‌توانند آن را مانند سایر احکام اجرا کنند. متهورانه‌ترین کاری که مامور اجرا می‌تواند انجام دهد این است که زن را به زور به خانه‌ی شوهر بازگرداند. ولی آیا ممکن است زنی را بدین‌سان درخانه‌ی شوهر زندانی کرد؟ و اگر کسی را در خانه شوهرش زندانی کنیم می‌توانیم او را به تمکین هم وادار کنیم و

آیا می توان از مصادیق تمکین دانست؟ پس ناچار دعوی تمکین بی نتیجه می ماند و تنها اثر حقوقی مهم آن محروم ساختن زن از گرفتن نفقه است. بدین ترتیب باید پذیرفت که چهره‌ی اخلاقی این تکلیف بیش از وصف حقوقی آن است. خودداری از تمکین نشانه سستی پیوند زناشویی است و هرگاه ادامه یابد جز طلاق درمانی ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۶۸)

۱-۱-۴- باز دارنده نبودن و نقض غرض در مجازات حبس

ایراد دیگری که بر فقره اول ماده ۸۶۸ قانون مجازات اسلامی وارد است آن است که مجازات حبس در چنین جرایمی نه تنها باز دارندگی لازم را ندارد بلکه به نوعی نقض غرض و دور شدن از هدف قانون‌گذار و روح قانون است زیرا جرم شماری ترک انفاق برای حمایت مالی از کانون خانواده است و با حبس زوج نه تنها کمکی به حمایت مالی خانواده نمی‌شود بلکه نظام قضایی با این اقدام، ضمن بیکار کردن یک نیروی کار که شاید تنها نان آور آن خانواده است ضربه مهلکی به کانون خانواده وارد می‌کند و اگر احتمال آن وجود داشت که زوج در آینده در روش خود تجدید نظر کند و اقدام به پرداخت نفقه نماید با زندانی کردن او این احتمال هم به کلی منتفی می‌گردد.

زندانی کردن زوج به جرم ترک انفاق، «ترک انفاق» را که یک عمل ارادی و قابل تغییر و جبران است به «قطع انفاق» که یک عمل اجباری و خارج از اراده متهم است تبدیل می‌کند و اگر پیش از حبس، زوجه مشکل خرجی و معیشت داشت اکنون این مشکل برای خود زوج و سایر افرادی که از در آمد او ارتزاق کرده اند مانند فرزندان و والدین و دیگر افراد واجب‌النفقه نیز این مشکل بوجود خواهد آمد.

حبس کردن زوج به جرم ترک انفاق علاوه بر لطمه اقتصادی که به نهاد خانواده وارد می‌کند، موجب اختلال عاطفی و شکاف عمیق و بلند مدت در این نهاد مقدس نیز می‌گردد زیرا شوهری که با شکایت همسر خود به حبس رفته دیگر نمی‌تواند مانند سابق به همسر خود عشق بورزد و همسری را که او را به دادگاه

کشانده و موجبات آزار و رسوایی او را در میان خانواده و جامعه فراهم آورده است مانند سابق دوست بدارد و برای او فداکاری کند و به او وفادار بماند و حتی ممکن است در صدد انتقام جویی و رفتار متقابل بیفتد و با چنین اوصافی بعید است که چنین خانواده‌ای شرایط لازم برای ادامه حیات داشته باشد و چنگی به دل بزند. آیا این چنین اوضاع و نتیجه‌ای را می‌توان با هدف حقوق جزا و روح شریعت اسلامی که دین رافت و و مهربانی است و با فلسفه ازدواج اسلامی که بر اساس مودت و رحمت بنیاد نهاده شده است (وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً، الروم: ۲۱) سازگار است؟

با توجه به ایرادات وارده پیشنهاد می‌شود این ماده‌ی قانونی از جهات مزبور بدین‌گونه اصلاح شود:

«هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن دایم خود را در صورت عدم نشوز ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.»

مؤلف پیشنهاد می‌کند به جای مجازات حبس از جریمه مالی شوهر به مبلغی که از مبلغ نفقه پرداخت نشده به مراتب بیش‌تر باشد استفاده شود و نفقه معوقه زوجه هم از آن جریمه برداشت شود. زیرا حداقل در این‌گونه موارد، مجازات براساس انگیزه مجرم بازدارندگی بیش‌تری دارد و مجرمی که از پرداختن حقوق مالی دیگران امتناع می‌ورزد و بخاطر طمع مالی و حساست، مرتکب جرمی شده است با وارد کردن نقض به مالش بیش‌تر تنبیه و متاثر می‌شود تا با مجازات جسمانی و زندان و مانند آن. یا آن‌که دادگاه از اعیان و اموال شوهر به اندازه‌ی نفقه‌ی زن بردارد و با فروش آن نفقه‌ی زن را بدهد و یا «در صورت صلاحدید و با درخواست زوجه، قسمتی از حقوق مستنکف از پرداخت نفقه را که از طریق دولت یا کارفرمایان خصوصی به او پرداخت می‌شود، توقیف و دستور پرداخت مستقیم آن به زوجه را صادر کند.» (محمدی، ۱۳۸۳: ۲۱۶)

بدیهی است که این‌گونه مجازات‌ها از مجازات حبس تعزیری کارآمدتر و مفیدتر خواهد بود و از تزلزل بنیان خانواده می‌کاهد و یکی از راهکارهای کاهش طلاق در جامعه است.

در شرایط فعلی که هنوز قانون اصلاح نشده است باید قضات محترم به این مشکلات توجه کنند و تا حد امکان مجازات کیفری را در جرایم علیه خانواده تقلیل دهند و مجازات دیگری جایگزین مجازات تعزیری قرار دهند.

شاید هم شایسته باشد در صورت ترک انفاق زوج، دادگاه به زن اجازه دهد در صورتی که شوهر با وجود استطاعت مالی، نفقه زن را پرداخت نکند از اموال شوهر بدون اجازه و یا رضایت او بردارد؛ چنانکه در روایتی از پیامبر(ص) وارد شده است که: «روزی هند همسر ابوسفیان نزد پیامبر آمد و از ابوسفیان شکایت کرد و گفت که ابوسفیان مرد خسیسی است و نفقه من و فرزندم را نمی‌دهد و من آن را بطور پنهانی از او برمی‌دارم و او متوجه نمی‌شود آیا در این کار گناهی است؟ پیامبر(ص) فرمود: آنچه بطور متعارف، تو و فرزندت را کفایت می‌کند بردار.» (طوسی، ۱۳۸۷: ۳)

۱-۲- ایرادات فقره دوم؛ ماده ۸۶۸ ق.م.ا.

در فقره دوم ماده ۸۶۸ قانون مجازات اسلامی به ترک انفاق نسبت به اقارب و سایر اشخاص واجب‌النفقة اشاره شده است و ترک نفقه این افراد را هم مانند ترک نفقه زوجه جرم به حساب آورده و به همان مجازات محکوم کرده است. بر این ماده‌ی قانونی از لحاظ ترک نفقه‌ی اقارب و مجازات آن نیز انتقاداتی وارد است.

۱-۲-۱- تنگ‌نگری در موارد انفاق اقارب

در فقره دوم ماده ۸۶۸ ترک انفاق اقارب و سایر اشخاص واجب‌النفقة جرم به حساب آمده اما نه در این ماده و نه در مواد دیگر «قوانین مدون آن چنان که باید در تامین حقوق اقارب یا سایر اشخاص واجب‌النفقة همه جانبه‌گری نداشته و جامعه را در این زمینه با چالش مواجه ساخته است، لذا ضروری است که حقوقدانان با

مطالعه منابع اصیل اسلامی و در نظر گرفتن عرف و سنت‌های خانوادگی قانون‌گذار را در اصلاح قوانین مربوط به خانواده و اقارب عموماً و والدین خصوصاً یاری نمایند.» (خلیلی، ۱۳۸۷: ۱۴۵) مثلاً در ماده‌ی ۱۲۰۴ قانون مدنی موارد نفقه‌ی اقارب یا سایر اشخاص واجب‌النفقه در مسکن، البسه، غذا و اثاث‌البیت احصاء و محدود شده است.

در این ماده با محدود کردن نفقه به موارد ذکر شده سایر نیازمندی‌های آنان از جمله هزینه‌های درمانی را از شمول نفقه واجب بیرون کرده است و این در حالی است که قانون مدنی، نفقه زوجه را به همه موارد مورد نیاز در حد متعارف جامعه تعمیم داده است (ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی) موارد ذکر شده را به عنوان مثال ذکر کرده و گفته است: نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و... با این بیان تمثیلی راه را برای تعمیم موارد نفقه زوجه به هر چیز دیگر که مورد نیاز او باشد از جمله هزینه دارو و درمان باز گذاشته است اما در مورد نفقه اقارب چنین اتفاقی نیفتاده است و نفقه فقط به موارد ذکر شده منحصر شده است. لذا شایسته است موارد نفقه‌ی اقارب نیز همانند نفقه‌ی زوجه از موارد احصاء خارج شود و جنبه‌ی تمثیلی پیدا کند و تمام نیازهای اقارب را در حد توان مالی نفقه‌دهنده شامل شود.

۱-۲-۲- نا کار آمدی و نقض غرض در مجازات حبس

سیاست کیفری اتخاذ شده در ترک انفاق اقارب همانند ترک انفاق زوجه حبس تعزیری از سه ماه و یک روز تا پنج ماه است و همان طور که در نقد فقره اول این ماده نیز ذکر شد نه تنها بازدارندگی ندارد بلکه موجب نقض غرض و از هم پاشیدگی روابط خانوادگی نیز می‌باشد و این مطلب در خصوص نفقه اقارب نیز صادق است همچنان که گذشت، بهتر است قانون‌گذار در جرایم درون خانواده، سیاست حبس‌زدایی را اتخاذ کند و به جای مجازات حبس، مجازات دیگری از قبیل جریمه نقدی جایگزین کند و با فرهنگ‌سازی صحیح و متناسب با آموزه‌های دینی

در حفظ روابط و رسیدگی به امور مالی و عاطفی اقارب تلاش شود و زمینه جرم ترک انفاق را رفع گردد.

۱-۲-۳- عدم شمول فرزندان قانونی

در تبصره‌ی ماده‌ی ۵۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱، نفقه‌ی فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی را نیز مشمول مقررات این ماده دانسته است و این از نکات برجسته و مثبت این قانون است که شایسته بود قانون‌گذار در تدوین قانون مجازات جدید نیز آن را لحاظ می‌کرد.

۲- به ازدواج در آوردن زن شوهردار و معتده (ماده‌ی ۸۶۹ ق.م.ا.)

از منظر شرع و فقه (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۹: ۵/۵۲۶- حلی، ۱۴۲۵: ۲/۷۳۲) قانون (ماده ۱۰۵۰ ق.م) ازدواج با زن شوهردار و معتده باطل است و تنها در صورتی می‌توان زنی را به نکاح درآورد که خالی از موانع نکاح باشد درحالی‌که در ایام عده بودن و شوهرداشتن زن از موانع نکاح است و اگر با وجود این موانع زن را به نکاح خود یا دیگری در بیاورد به مجازات مذکور در ماده‌ی ۸۶۹ محکوم خواهد شد.

مرتکبین این جرم علاوه بر زن و مرد، عاقدی است که این عقد را ثبت می‌کند «هرگاه عالماً زن شوهردار یا زنی را که در عده دیگری است برای مردی عقد نماید به حبس از شش ماه تا سه سال یا از سه میلیون تا هیجده میلیون ریال جزای نقدی و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شود و اگر دارای دفتر ازدواج و طلاق یا اسناد رسمی باشد برای همیشه از تصدی دفتر ممنوع خواهد گردید.»

عاقد در صورتی محکوم به مجازات مذکور می‌شود که از روی علم، مرد را به تزویج زنی که هنوز در ایام عده یا در علقه‌ی زوجیت مرد دیگری است در بیاورد و رابطه زناشویی میان آن‌ها صورت گیرد؛ در این صورت فعل عاقد زمینه را برای ارتباط نامشروع زن و مرد فراهم می‌کند و مصداق این آیه شریفه واقع می‌شود: «إِنَّ

الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ هُوَ
اللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نور: ۱۹)

زن و مردی هم که به تزویج یکدیگر درمی‌آیند اگر به این مساله واقف باشند و
مواقعه بین آنها صورت گیرد زنا کار محسوب می‌شوند و مجازات حد زنا بر آنها
جاری می‌شود، لذا اگر عاقد مطلع نباشد زن شوهر دارد و یا در عده دیگری است
مشمول حکم این ماده نمی‌شود و «قید عالما در این ماده اشاره به علم موضوعی
دارد و جهل موضوعی رافع مسئولیت کیفری است. بنابراین علم و جهل حکمی
تابع مقررات عمومی است.» (زراعت، ۱۳۸۷: ۶۹۲)

از جمله ایراداتی که بر این ماده‌ی قانونی وارد است، مجازات محرومیت عاقد از
سردفتری اسناد رسمی یا ازدواج و طلاق است؛ زیرا در این ماده قید نشده که اگر
عاقد سردفتر ازدواج و طلاق و اسناد باشد از سردفتری کدام دفتر برای همیشه محروم
خواهد شد.

«ثانیا، قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۲۶
اسفندماه ۱۳۱۰ که به بیان وظایف مسئولین دفاتر اسناد رسمی به شرح زیر پرداخته
است:

۱- ثبت کردن اسناد مطابق مقررات قانون

۲- دادن سواد مصدق یعنی رونوشت گواهی شده از اسناد ثبت شده به
اشخاصی که طبق مقررات حق گرفتن آن را دارند و آن اشخاص عبارتند از
متعاملین و اشخاص ذینفع و کسانی که دادگاه دستور اعطای رونوشت سندی را به
آنها داده است.

۳- تصدیق صحت امضا.

۴- قبول و حفظ اسنادی که امانت می‌گذارند مانند وصیت نامه.

قانون‌گذار با این‌که در مقام بیان وظایف دفترخانه بوده است اما اشاره‌ای به
وظیفه‌ی سردفتر اسناد رسمی جهت انعقاد و ثبت نکاح نکرده است و از این طریق
می‌توان دانست که اساسا وظایف سردفتر اسناد رسمی خارج از وظایف مقرر
جهت دفاتر ثبت ازدواج تعیین شده است و از آنجا که سند نکاحیه‌ای بر فرض

مثال در دفتر اسناد رسمی ثبت گردد خارج از تعریف ماده‌ی ۱۲۸۷ قانون مدنی بوده اگرچه نزد مامورین رسمی تنظیم می‌گردد لکن خارج از حدود صلاحیت آن‌ها بوده و عنداللزوم می‌توان آن را سند عادی محسوب نمود و شاید گفته شود اقرارنامه‌ای که در دفاتر اسناد رسمی به تجویز بند ماده‌ی ۳۲ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ اصلاحیه ۱۳۶۴/۱۰/۱۸ تنظیم می‌گردد از مصادیق ماده‌ی مذکور باشد؛ لکن باید دانست که اقرار ازدواج صرفاً دارای اعتبار اقرار بوده و بیان واقعه سابق است و لاغیر و براساس اقرار طرفین تنظیم می‌شود، بنابراین از شمول ماده‌ی ۸۶۹ قانون مجازات اسلامی خارج است؛ زیرا بنابر تصریح قانون‌گذار عنصر مادی جرم عبارت است از انعقاد عقد از طرف سردفتر یا عاقد و نه تنظیم اقرارنامه رسمی. بنابراین بسیار عجیب به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به تشدید مجازات فردی پرداخته باشد که شغل وی هیچ‌گونه مداخلیتی در موضوع نداشته باشد.» (بیاتی، ۱۳۷۶: ۶۷)

بنابراین شایسته است مجازات سردفتر اسناد رسمی که عقد نکاح از وظایف او نیست از ماده‌ی ۸۶۹ حذف گردد. همچنین در ماده‌ی مذکور، مجازات مختص عاقد رسمی دانسته شده است نه عاقد غیررسمی، در حالی که اگر عاقد به طور غیررسمی و بدون آن که عقد نکاح را به ثبت برساند چنین نکاح نامشروع و خلاف قانونی را منعقد کند عنصر مادی و معنوی جرم را مرتکب شده پس به طریق اولی باید به مجازات مذکور در این ماده که عنصر قانونی این جرم است نیز محکوم شود. لذا باید در متن ماده‌ی مذکور عاقد غیر رسمی نیز به مجازات تعیین شده محکوم شود هرچند که به علت نداشتن دفتر ازدواج و طلاق و یا دفتر اسناد رسمی، مجازات انفصال دایمی از سردفتری برای عاقد غیر رسمی، سالبه به انتفاع موضوع است.

ایراد دیگر آن که، وضع مجازات نقدی برای مرتکب این جرم است که با توجه به تغییر رشد اقتصادی و ارزش پول، بهتر است قانون‌گذار معادل آن جریمه‌ای را جایگزین کند؛ مثلاً به جای جریمه نقدی، سکه قرار دهد و یا این که مجازات نقدی از ماده‌ی مذکور حذف شود و عاقد فقط به مجازات حبس، شلاق و انفصال

دایم سردفتری محکوم شود، زیرا جرمی مرتکب شده که شایسته تخفیف نیست و با انعقاد عقد فاسد به حیثیت خانواده لطمه وارد کرده و چه بسا نسل فاسدی از این نکاح بوجود آید که مشکلات و مسایل فراوانی را به دنبال خواهد داشت. علاوه بر آن، با توجه به قداست و اهمیت جایگاه خانواده، تفکیک بین وظایف سردفتر اسناد رسمی که غالباً در حوزه املاک و اموال است از وظایف دفاتر ازدواج و طلاق شایسته است، زیرا از یک سو از تراکم و افزایش مسئولیت‌های سردفتر اسناد رسمی کاسته می‌شود و از سوی دیگر با ثبت ازدواج و طلاق در دفاتر رسمی که فقط مختص وقایع مذکور است حریم خانواده محفوظ‌تر می‌ماند.

۳- ازدواج با زن شوهردار و معتده (ماده‌ی ۸۷۰ ق.م.ا)

همان‌طور که گذشت معتده بودن و شوهر داشتن زن از موانع نکاح است و اگر با وجود این موانع، عقد ازدواج به صورت حرام واقع شود نه تنها مستحب نیست، بلکه نکاح منفور و مبغوضی است که باعث تزلزل بنیان خانواده و فساد نسل‌ها می‌شود. قانون‌گذار نیز علاوه بر مجازات عاقد، در ماده‌ی ۸۷۰ ق.م.ا برای زن و مردی که بدون توجه به این موانع با هم ازدواج کنند مجازاتی وضع کرده است که عاری از ایراد نیست. در این ماده مقرر شده است: «کسانی که عالماً مرتکب یکی از اعمال زیر شوند به مجازات حبس از شش ماه تا دو سال و یا از سه تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند:

۱- هر زنی که در قید زوجیت یا عده‌ی دیگری است خود را به عقد دیگری در آورد در صورتی که منجر به وقوعه نگردد. ۲- هرکسی که زن شوهردار یا زنی را که در عده دیگری است برای خود تزویج نماید در صورتی که منتهی به وقوعه نگردد.»

در این ماده، مجازات زنی که با علم به شوهردار بودن و یا در عده بودن خود را به تزویج مردی دیگری درآورد و یا این‌که مردی او را به تزویج خود درآورد، به عدم وقوعه با زن منوط شده است، زیرا اگر مردی با علم به معتده بودن و یا

شوهرداشتن زن با وی ازدواج کند و واقعه صورت گیرد این عمل حکم زنا را دارد (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۵۲۶) و مجازات حد زنا بر زن و مرد عالم به حکم و موضوع جاری خواهد شد و داخل در ماده‌ی ۸۶۳ قانون مجازات اسلامی است و اگر شرایط احصان را داشته باشند زنای محصنه محسوب می‌شود و زنا با زن شوهردار نیز از موانع نکاح است (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۱۲۰) و موجب حرمت ابدی است (حلی، ۱۴۱۱: ۱۳۶)

از جمله ایرادات وارده بر این ماده‌ی قانونی آن است که «علم به موضوع شرط تحقق موضوع جرم ذکر شده است» (زراعت، ۱۳۸۷: ۶۹۳) اما حکم کلی جهل حکمی و تاثیر آن بر مسئولیت کیفری بیان نشده است. همچنین جهلی که رافع مسئولیت کیفری دانسته شده مشخص نیست که جهل قصوری^۱ است یا جهل تقصیری^۲؟ ولی به نظر می‌رسد که جهل قصوری رافع مسئولیت کیفری باشد نه جهل تقصیری.

ایراد دیگر آن که مجازات مذکور در این ماده منخیر بر حبس یا جزای نقدی است. مجازات حبس برای کسی که عالمانه حریم حرمت‌های الهی را می‌شکند موثر بوده و راه را بر تکرار این جرم می‌بندد اما در مجازات نقدی که ممکن است مجرم به جای حبس محکوم به پرداخت آن شود ایراد و اشکال وجود دارد؛ زیرا با توجه به رشد اقتصادی و تغییر ارزش پول، جریمه نقدی در معرض نوسانات ارزش پولی است و همانند مجازات حبس اثر بازدارندگی از ارتکاب به این جرم را ندارد، لذا بهتر است قانون‌گذار به جای جریمه نقدی معادل آن را اعمال کند؛ مثلاً به جای سه تا دوازده میلیون ریال آن سه تا ۱۲۰ سکه قرار دهد. (رهبر، ۱۳۸۸: ۷۶)

۴- جرم عدم ثبت واقعه‌ی ازدواج دائم، طلاق و رجوع (ماده‌ی ۸۷۲ ق.م.ا)

از مواردی که قانون‌گذار در راستای اهمیت و حفظ کیان خانواده آن را جرم دانسته و از جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی برشمرده است، عدم ثبت واقعه ازدواج، طلاق و رجوع است و ماده‌ی ۸۷۱ قانون مجازات اسلامی نیز بدان

اختصاص یافته است: «به منظور حفظ کیان خانواده، ثبت واقعه‌ی ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است. چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌گردد.»

این ماده نیز همچون سایر جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی، ایراداتی بر آن وارد است که رفع آن در حفظ و ثبات نهاد خانواده می‌تواند مؤثر واقع شود. از جمله‌ی ایراداتی که بر آن وارد است:

۱- «موجز و منجز نویسی قانون مجازات ایجاب می‌نماید قانون‌گذار نه تنها الزامی به ذکر هدف ناشی از جرم‌انگاری یک عمل نداشته باشد، بلکه بیان اهداف مقنن و دلایل جرم‌انگاری به صراحت و قوام قانون جزایی خدشه وارد می‌کند. زیرا ذکر علل و اهداف در متن قانون راه تأویل و تفسیرهای موسع و سلیقه‌ای را باز می‌کند.»

در صدر ماده‌ی ۸۷۱ ق.م.ا با عبارت: «به منظور حفظ کیان خانواده...» قانون‌گذار را به توجیه عملکرد خود وادار نموده که این امر خلاف شان این مقام است. (اسدی، ۱۳۸۷: ۱۲۶) مضاف بر آن که ذکر علت حکم در متن قانون زمینه قیاس و تفسیرهای سلیقه‌ای و موسع از قانون را فراهم می‌کند و اگر در شرایطی عدم ثبت باعث حفظ کیان خانواده می‌شود ممکن است کسانی به تصور رفع حکم با علت منصوصه، حکم به جواز عدم ثبت صادر کنند.

۲- مطابق این ماده فقط ثبت ازدواج دائم الزامی است و عدم ثبت آن جرم محسوب می‌شود و ثبت ازدواج موقت الزامی نیست، درحالی که عدم ثبت ازدواج موقت نیز مفاسد و معایب خود را دارد و مشکلاتی برای زنان بوجود می‌آورد به ویژه اگر فرزندی از این ازدواج به وجود آید؛ زیرا اگر مرد نپذیرد که ازدواجی بین او و زنی که مدعی ازدواج با اوست به وقوع پیوسته است، ثابت کردن رابطه‌ی زوجیت بسیار مشکل می‌شود و فرزند حاصل از این ازدواج هرچند واقعا مشروع است اما عملا از حقی برخوردار نمی‌گردد.

با توجه به این ایرادات، قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی سابق را نسخ کرد و ماده‌ی ۴۹ قانون جدید حمایت از خانواده را جایگزین آن کرد:

ماده‌ی ۴۹ قانون جدید حمایت از خانواده مقرر می‌دارد: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنجم و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.»

بدین ترتیب ایرادات مذکور بر ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی سابق، با وضع ماده ۴۹ لایحه جدید حمایت از خانواده رفع شد، بالأخص الزام به ثبت ازدواج موقت در صورت شرایط فوق، اقدامی ضروری در جهت احقاق حقوق زنان و فرزندان متولد از ازدواج موقت است.

نکته‌ی مثبت بارز دیگر این قانون جدید آن است که علاوه بر مجازات مذکور، زوج ملزم به ثبت واقعه‌ی ازدواج، طلاق و رجوع است. این الزام به ثبت نیز در احقاق حقوق زنان بسیار موثر است، زیرا زنان بیش تر از مردان از عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع متضرر می‌شوند و صرف مجازات بدون آن که زوج علاوه بر مجازات ملزم به ثبت وقایع مذکور شود ممکن است چندان بازدارندگی از آن جرم را نداشته باشد و یا به نفع زنان و فرزندان متولد از ازدواج موقت نباشد.

همچنین در این قانون مجازات حبس تعزیری در ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی سابق به مجازات حبس تعزیری و یا جزای نقدی تبدیل شد. این امکان جایگزینی جریمه نقدی به جای مجازات حبس، باعث کاهش مداخله کیفری در خانواده می‌شود که در جهت حمایت و حفظ کیان خانواده موثرتر است و با پرداخت جریمه نقدی، بدون آنکه با حبس رفتن زوج در زندگی مشترک خللی ایجاد شود، زوجین می‌توانند همچنان به زندگی مشترک خود ادامه دهند.

اما با وجود این نکات مثبت در ماده‌ی ۴۹ قانون جدید قانون حمایت از خانواده، در وضع ماده‌ی ۸۷۱ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ بدان توجهی نشد و تنها شماره‌ی ماده از ۶۴۵ به ۸۷۱ تغییر یافت. لذا تمامی اشکالات مذکور بر این ماده قانونی هنوز وارد است که رفع آن در تحکیم و بقاء خانواده نقش بسزایی دارد.

۳- ایراد دیگر آن است که در ماده‌ی مذکور، با صراحت مرد را مرتکب این جرم دانسته و او را محکوم به مجازات می‌کند و زن و عاقد را مجرم نمی‌داند، شاید بدان خاطر که مرد مسئول ثبت ازدواج، طلاق و رجوع است، اما ممکن است عاقدی که دارای دفتر ازدواج و طلاق است بدون ثبت کردن، ازدواج و طلاق را واقع سازد و یا زن در صورت تحریک و ترغیب مرد در عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع نقش موثری داشته باشد. در این صورت عاقد و زن هم معاون یا مشارک مرتکب این جرم محسوب می‌شوند.

بنابراین پیشنهاد می‌شود ماده‌ی ۸۷۱ ق.م.ا، در قسمت مربوط به ثبت نکاح به شرح ذیل اصلاح شود:

«چنانچه زوجین بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج نمایند به مجازات نقدی و یا حبس تعزیری تا یکسال محکوم می‌شوند و همین مجازات درباره‌ی عاقد، شهود، معرفین و ولی زوجه باکره که اذن چنین ازدواجی داده است، اعمال می‌گردد.»

۵- جرم ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی (ماده‌ی ۸۷۲ ق.م.ا)

داشتن بلوغ اعم از بلوغ جسمی و روحی، شرط صحت ازدواج است و از منظر فقه و شرع، تنها در صورتی ازدواج قبل از بلوغ صحیح است که به اذن ولی باشد، لذا قانون‌گذار این ماده را در جهت حمایت کیفری از اطفال وضع کرده است و چنین مقرر می‌دارد که: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده بر خلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی

و تبصره‌ی ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد.»

ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی: « نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالح اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند.»

تبصره‌ی ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه‌ی ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد.»

«از آنجا که در فقه نکاح به معنای زناشویی و نزدیکی نیز بکار می‌رود (حلی، ۱۴۲۵ق: ۶۳۱) آنچه که در تبصره ماده‌ی ۱۰۴۱ آمده است، عبارت «عقدنکاح» است؛ یعنی منظور از آن ازدواج است که با اذن ولی انجام شود.» (مرادی‌فر، ۱۳۸۹: ۳۶) نه انجام عمل زناشویی که به اجماع فقها قبل از بلوغ جایز نیست حتی اگر ولی قهری اجازه دهد. (طباطبایی، ۱۴۰۹: ۸۱۱)

در قانون جدید قانون حمایت کیفری از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱، ماده‌ی ۶۴۶ قانون سابق مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ نسخ شد و ماده‌ی ۵۰ قانون جدید حمایت کیفری از خانواده جایگزین آن شد.

متن ماده‌ی مذکور بدین شرح است: «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند به حبس تعزیری درجه‌ی شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دایم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنجم و اگر به موقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود.»

تبصره‌ی ماده ۵۰ قانون جدید حمایت کیفری از خانواده: «هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب

جرم موضوع این ماده تاثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند این حکم درباره عاقد نیز مقرر است.»

در ماده‌ی ۶۴۶ قانون سابق مجازات اسلامی تنها مرتکب جرم را مرد می‌دانست و برای ولیّ قهری و عاقد و یا کسانی که در این جرم دخالت و نقش موثری دارند مجازاتی تعیین نکرده بود که این ایراد با وضع تبصره‌ی ماده‌ی ۵۰ قانون جدید حمایت از خانواده رفع شد اما در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، بدون توجه به قانون جدید حمایت از خانواده، ماده‌ی ۸۷۲ ق.م.ا را همانند ماده‌ی ۶۴۶ قانون مجازات سابق وضع کرد که تنها در شماره‌ی ماده با قانون مجازات اسلامی سابق تفاوت دارد و ایراد مذکور همچنان بر آن باقی است.

از جمله‌ی دیگر ایرادات آن است که :

۱- همان‌طور که گفته شد بلوغ یک امر طبیعی و تکوینی است و نه یک امر تبعیدی. از منظر فقه و حقوق یکی از شرایط صحت ازدواج رسیدن به بلوغ جنسی است و هدف از طرح سن بلوغ، یافتن زمان مناسب برای ازدواج است. با توجه به همین نکته، بهتر است قانون‌گذار بیشتر بلوغ طبیعی و جنسی فرد که در مناطق مختلف کشور متفاوت است و سن مشخصی برای آن نمی‌توان در نظر گرفت را ملاک قرار دهد و بر مبنای آن حکم به جرم ممنوعیت ازدواج قبل از بلوغ صادر کند.

۲- انتقادی که برخی حقوقدانان بر جواز ازدواج قبل از بلوغ با اذن ولیّ وارد کرده‌اند آن است که: «این که ولیّ قهری می‌تواند برای «صغیر» عقد نکاح را واقع سازد این حکم استثنایی است بر عدم اهلیت تمتع صغیر در نکاح و از تغییرات اعمال شده توسط کمیسیون قضایی مجلس در اصلاح قانون مدنی است. انتخاب همسر برای کودک او را از طبیعی‌ترین حق مشروع خود محروم می‌سازد و به شخصیت طفل صدمه می‌زند. بنابراین فرض ضرر در نکاحی که ولیّ قهری درباره‌ی آن تصمیم می‌گیرد برای کودک وجود دارد. این فرض در صورتی از بین می‌رود که ولیّ قهری بتواند ضرورت نکاح و مصلحت نامتعارف طفل را در دادگاه اثبات کند و به ویژه که صدمه‌های ناشی از چنین اقدامی جبران‌ناپذیر است. تا

رسیدن به سن بلوغ کودک بایستی همسر ناخواسته را با تمام ضررهای مادی و معنوی آن پذیرا باشد. پس از بلوغ نیز بر فرض که بتواند تجاوز ولی قهری را از حدود نمایندگی اثبات کند و نکاح فضولی را بر هم زند اما هیچ چیز نمی‌تواند گذشته دردناک را به او بازگرداند.» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۷۵)

شهید ثانی هم در این زمینه می‌فرماید: «ضرر نکاح از طرف زن جبران نمی‌شود و نباید نکاح با مال مقایسه شود که ضرر آن آسان و قابل جبران و زیان آن قابل تحمل است.» (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۱۲۹) «به هر حال وجود اختیار پدر و جد پدری در قانون ایجاب می‌کند که رویه‌ی قضایی و اداری در اندیشه جلوگیری از خطرهای احتمالی آن باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۷۶) و مراجع قضایی باید در تشخیص اقتضای مصلحت با دقت و محدودیت بسیار عمل کنند و نباید مصلحت فرد را صرفاً از دید کلی بررسی کنند، بلکه باید به طور موردی و دقیق بررسی شود تا کودک قربانی طمع و منافع مادی ولی قهری خود، به خاطر این نوع ازدواج نشود.

۳- در ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی، جرم ممنوعیت ازدواج قبل از بلوغ شامل ازدواج با دختر نابالغ و پسر نابالغ می‌شود، اما در ماده‌ی ۸۷۲ قانون مجازات اسلامی فقط مردی که با دختر نابالغ ازدواج کند محکوم به مجازات حبس تعزیری می‌شود و برای زنی که با پسر نابالغی ازدواج کند، مجازاتی قرار نداده است. هرچند «این امر شاید ناشی از آن باشد که امکان ضرر جسمی برای پسر در اثر ازدواج موجود نیست، اگرچه در عمل چنین ازدواجی به ندرت رخ می‌دهد اما از آثار سوء اخلاقی چنین ازدواجی نباید غافل بود.» (اسدی، ۱۳۹۰: ۱۷)

لذا بهتر است «قانون‌گذار به جای واژه‌ی «مردی» واژه‌ی «شخصی» می‌آورد و چنین مقرر می‌داشت: «هرگاه شخصی بر خلاف مقررات ...» (حاجی‌آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹)

۴- در ماده‌ی ۸۷۲ ق.م.ا، مجازات حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکومیت است اما در اینجا این اشکال مطرح می‌شود که در ماده‌ی مذکور برای جبران آسیب‌های جسمی که دختر نابالغ بر اثر واقعه می‌بیند و یا چه بسا ممکن است

منجر به فوت وی شود اشاره نکرده است، هرچند در ماده‌ی ۵۰ قانون جدید حمایت از خانواده مصوب (۱۳۹۱/۱۲/۱) برای آسیب‌های جسمی دختر نابالغ در اثر واقعه علاوه بر دیه، حبس تعزیری لحاظ شده است اما در صورت فوت دختر نابالغ به ازدواج در آمده، بر اثر واقعه با وی «اصلاً از قصاص صحبتی نکرده است در حالی که می‌تواند چنین مواقعه‌ی مجازات قصاص را به دنبال داشته باشد، اگر چه شوهر نوعاً قصد قتل یا صدمه ندارد ولی اگر بداند که عملش منجر به قتل و صدمه می‌شود جنایت عمدی محسوب می‌شود.

مطابق قواعد باب قصاص در صورتی که کسی عمل منتهی به جنایتی را به قصد ایجاد آن جنایت انجام دهد یا این که عملش نوعاً منجر به آن جنایت شود عمد محسوب می‌شود و با رعایت شرایط مقرر به قصاص محکوم می‌شود. جا داشت که در این ماده چنین آورده می‌شد: علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد.» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹)

با این همه، قابل تامل است که حتی سخت‌ترین مجازات‌ها مانند قصاص نیز نمی‌تواند خسارات جسمی و معنوی ازدواج ناشی از ازدواج قبل از بلوغ را جبران کند و این مطلب اهمیت تدبیر برای پیدا کردن راه حل‌های پیشگیرانه را بیش‌تر می‌نمایاند.

به نظر می‌رسد افزودن شرط رشد علاوه بر بلوغ به شروط ازدواج یا تعیین شرط سنی خاصی برای ازدواج بر اساس وضعیت متعارف و شرایط زمانی و مکانی کمک زیادی برای حل این مشکل باشد.

حاصل آن‌که، ارکان جرم ممنوعیت ازدواج قبل از بلوغ، برمبنای فتوای مشهور فقهای امامیه تنظیم شده است و حقوقدانان از کلام فقها در بیان مسایل این ماده متابعت کردند و حتی در مساله تعیین سن بلوغ برای ازدواج نخواستند که از قول مشهور فقها در تعیین سن بلوغ ۹ سال برای دختران و ۱۵ سال برای پسران تخطی کنند، لذا از آن به «قابلیت صحی» تعبیر کردند و سن ۹ و ۱۵ سال تمام قمری یکی از علایم مذکور در فقه برای اثبات بلوغ است.

۶- جرم تدلیس در ازدواج (ماده‌ی ۸۷۳ ق.م.ا)

ازدواج و تشکیل خانواده باید بر مبنای صداقت و راستگویی زوجین واقع شود تا باعث تحکیم علقه‌ی زوجیت بین آنها شود، ولی اگر با وجود نهی آموزه‌های دینی از دروغ و فریبکاری هر یک از زوجین به خاطر تشریفات و یا سنت‌های نادرست و یا هر علت دیگری، برای رسیدن به اهداف خود به فریفتن یکدیگر و حيله‌ورزی روی آوردند باعث بی‌اعتمادی زوجین نسبت به یکدیگر شده و گاه تحمل این پنهان کاری و فریب در ازدواج برای یکی از زوجین یا هر دوی آنها به قدری سخت و غیر قابل بخشش می‌شود که راهی جز جدایی باقی نمی‌گذارد. دین مبین اسلام نیز با توجه به قداست و اهمیت بنیان خانواده در برابر تدلیس و فریبکاری زوجین ساکت نبوده و از منظر فقه حق فسخ نکاح را برای زوجین قرار داده است و از منظر قانون مجازات اسلامی نیز قانون‌گذار فریب و تدلیس در ازدواج را جرم دانسته و در ماده‌ی ۸۷۳ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «چنانچه هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود مرتکب به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد.»

با توجه به اهمیت و قداست بنیان خانواده، قانون‌گذار هرگونه فریب و تدلیس در ازدواج را جرم دانسته است و ماده‌ی ۸۷۳ قانون مجازات اسلامی را برای بازدارندگی از این جرم وضع کرده است، اما بر این ماده همچون سایر مواد جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی ایراداتی وارد است:

۱- اگر شخص فریب خورده با شکایت کیفری، موجب حبس تعزیری شخص فریبکار شود در این صورت ممکن است فقط کینه، بغض و دشمنی میان زوجین تشدید شود و زمینه برای بازگشت زوجین به ادامه زندگی مشترک از بین برود و یا ضرر شخص فریب خورده جبران نشود.

بنابراین قانون‌گذار بهتر است در جرایمی که در درون خانواده رخ می‌دهد سیاست حبس زدایی را دنبال کند و به جای آن مجازات دیگری مانند جریمه نقدی قرار دهد که این امر به طریق اولی در جبران ضرر برای شخص فریب خورده موثرتر از حبس خواهد بود و همچنین زمینه را برای بازگشت زوجین به زندگی مشترک و حفظ کانون خانواده از انحلال و فروپاشی فراهم می‌کند.

۲- قانون‌گذار صرفاً به جنبه بازدارندگی این جرم توجه کرده و برای مرتکبین آن مجازاتی را تعیین کرده است ولی «تکلیف خسارت‌های مادی و معنوی ناشی از تدلیس نکاح در ماده‌ی (۶۴۷) ق.م.ا و قانون مدنی مشخص نشده است» (احمدیه و بداعی، ۱۳۸۲: ۱۰۸) در حالی که طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی احتمال جبران خسارت مادی و معنوی وارده به فرد فریب خورده وجود دارد.

۳- از آن جا که مصادیق تدلیس در ماده‌ی مذکور تمثیلی است نه احصایی و تشخیص آن نیز بر عهده‌ی عرف گذاشته شده است و عرف نیز در فرهنگ‌های مختلف متفاوت است، امکان سوء استفاده از تدلیس در نکاح همواره وجود دارد و ممکن است صدور حکم تدلیس را برای قضات با دشواری مواجه کند، لذا شناسایی مصادیق تدلیس و روش‌های آن توسط محاکم و پژوهشگران مانع از سوءاستفاده تدلیس در نکاح می‌شود. همچنین با الزام هریک از زوجین به ثبت معرفی کامل خود در دفتر ازدواج و به رویت رساندن اطلاعات ثبت شده و تصدیق آن توسط هر یک از زوجین مانع هرگونه تدلیس در نکاح خواهد شد، زیرا در بسیاری از موارد شخص فریبکار برای تبرئه خود از جرم تدلیس در نکاح مدعی آن است که قبل از ازدواج و در خلوت عیب و نقص و یا فقدان صفت کمال را به طرف مقابل خود گفته است، لذا الزام به معرفی کامل خود و ثبت اوصاف مورد نظر و عیوب هر یک از زوجین در پیشگیری از این جرم موثر است.

۴- با توجه به این‌که از یک سو عموماً زنان از حق فسخ خود هنگامی که دچار فریب می‌شوند مطلع نیستند؛ لذا علی‌رغم اثبات فریب از طرف همسر، تقاضای طلاق می‌دهند و از آن جا که تقاضای طلاق از جانب زن است حکم به طلاق خلع داده می‌شود. بنابراین زن علاوه بر بذل مهریه نفقه‌ی معوقه خود را نیز بذل می‌کند.

در حالی که اگر زن نسبت به حقوق خویش آگاهی داشت تقاضای فسخ نکاح می‌کرد و از حقوق خود برخوردار می‌شد. از سوی دیگر برخی مردان با قوانین مربوط به فسخ نکاح و ماده‌ی ۱۱۲۸ قانون مدنی به خوبی آشنا هستند و جهت فرار از پرداخت نصف مهریه در جدایی قبل از ازدواج می‌کوشند این جدایی رو به صورت فسخ نکاح واقع سازند.^۴ از این رو لازم است مواردی که در شرع و قانون به عنوان فریب در ازدواج شمرده می‌شود به صورت شفاف‌تر مطرح گردد تا هم آگاهی عمومی در این زمینه بالاتر رود و هم نارسایی‌های قانونی روشن گردد.

۵- لازم است قانون‌گذار جامع‌تر به جرم فریب در ازدواج بنگرد، زیرا حمایت کیفری در ماده‌ی ۸۷۳ ق.م.ا. منحصراً زوجهین شده است، در نتیجه نمی‌توان بر این اساس مرد یا زنی را که دیگری را به بهانه‌های واهی برای ازدواج فریب می‌دهد و مدت‌ها با احساسات او بازی می‌کند و سپس تن به ازدواج نمی‌دهد مجازات کرد و ماده‌ی دیگری هم در این باره وجود ندارد و این در حالی است که گاهی شکست روحی و عاطفی صورت گرفته گاه جبران ناپذیر است

۶- تدلیس در ازدواج شامل تدلیس در صفات کمال و عیوب می‌شود؛ در عیوب موجب فسخ نکاح اگر تدلیس در نکاح صورت نگرفته باشد به خاطر عیوب مجوز فسخ، نکاح فسخ می‌شود و فقط تفاوت در گرفتن مهر از مدلس است. اما در ماده‌ی ۸۷۳ قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار مجازات را فقط برای تدلیس در صفت کمال از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن ذکر کرده است و به تدلیس در عیوب اشاره‌ای نکرده است. بنابراین بهتر است قانون‌گذار در متن ماده‌ی مذکور، علاوه بر ذکر تدلیس در وصف کمال به تدلیس در عیوب هم اشاره کند.

۷- بعد از بررسی اقوال فقها و حقوقدانان در مورد رکن مادی جرم تدلیس در ازدواج، این نتیجه حاصل شد که رکن مادی جرم تدلیس در ازدواج، هم مثبت (انجام فعل) و هم منفی (ترک فعل) است، ولی در ماده‌ی ۸۷۳ قانون مجازات اسلامی رکن مادی جرم تنها مثبت (انجام فعل) است و تمام صور مجرمانه را

ندارد، لذا شایسته است ماده مذکور از این لحاظ نیز اصلاح شود و تدلیس در ترک فعل را هم شامل شود.

۸- فاعل جرم تدلیس در این ماده، منحصر در زوجین است. در تدلیس شخص ثالث گفته شد اگر شخص ثالث مانند پدر یا مادر در جرم تدلیس در ازدواج تبانی و مشارکت داشته باشند به عنوان معاونت در جرم مجازات می‌شوند، اما در ماده مذکور مجازات مختص زوجین شده است و به معاونت در جرم اشاره‌ای نشده است. بنابراین شایسته است در جهت پیشگیری از جرم فریب در ازدواج، این ماده از این حیث بازنگری و اصلاح شود و قانون‌گذار فاعل این جرم را به غیر از زوجین نیز تسری دهد و مجازاتی نیز برای آن تعیین کند.

نتیجه‌گیری

آنچه از تحلیل حقوقی جرایم علیه خانواده حاصل شد این است که مجازات وضع شده برای این جرایم در جهت حفظ کیان خانواده و عدم تزلزل و تضییع حقوق زوجین به نحو مطلوبی مقصود قانون‌گذار را تامین نمی‌کند چرا که مداخله و ضمانت‌های اجرایی کیفری مانند حبس، مخل استحکام خانواده است و باعث کم‌رنگ‌تر شدن عواطف و علاقه و محبت زوجین نسبت به یکدیگر می‌شود و زمینه برگشت زوجین را به ادامه زندگی مشترک ناهموارتر می‌کند، لذا با توجه به این مساله قانون‌گذار بهتر است برای جرایمی که در درون خانواده رخ می‌دهد بر خلاف سایر جرایمی که بیرون از خانواده رخ می‌دهد سیاست کیفری حبس زدایی را دنبال کند تا با حبس زوج، زمینه خشم و انتقام و کینه باعث از بین رفتن علاقه و عواطف زوجین نشود که تبعاً این مساله برای فرزندان آنها نیز لطمه‌های جبران‌ناپذیری را به دنبال خواهد داشت.

همچنین بهتر است علاوه بر جرایمی که در فصل نوزدهم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی احصاء و معین شده است، سایر جرایم دیگری که مربوط به حوزه خانواده است مانند کودک‌آزاری، سقط جنین، جرایم مرتبط با حضانت و ملاقات اطفال، نشوز زوج، انکار زوجیت

فروش فرزند و ... را نیز شامل شود و پراکندگی که در قوانین مختلف دیده می‌شود اعم از قانون حمایت از خانواده، قانون مدنی و یا سایر فصول قانون مجازات اسلامی رفع شود تا قوانین مربوط به خانواده از انسجام بهتری برخوردار گردد .

از آنجا که برخی ایرادات مواد قانونی جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی در قانون جدید قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ ارفع شده، اما این ایرادات در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ همچنان باقی است که شایسته بود قانون‌گذار در وضع قانون جدید مجازات اسلامی، اصلاح این ایرادات را مدنظر قرار می‌داد تا قوانین در راستای استحکام خانواده کارآمدتر واقع شود.

پی‌نوشت‌ها:

۱- جهل قصوری این است که فرد جاهل برای جهل خود عذر موجهی داشته باشد و جهل او ناشی از تقصیر و کوتاهی خودش نباشد در فقه این گونه جهل رافع مسئولیت شرعی شناخته شده است. مثلاً کسی که از روی جهل قصوری حکم نماز را نداند و آن را اشتباه بخواند نیاز به اعاده و قضای آن نماز ندارد. (خوبی، ۱۴۱۳، ق: ۲۵۶/۲)

۲- جهل تقصیری این است که فرد جاهل برای جهل خود عذر موجهی نداشته باشد و جهل او ناشی از تقصیر و کوتاهی خودش باشد در فقه این گونه جهل رافع مسئولیت شرعی شناخته نشده است. مثلاً کسی که از روی جهل قصوری حکم نماز را نداند و آن را اشتباه بخواند در مواردی باید نماز خود را اعاده کند و در صورت گذشتن وقت قضای آن را بجا آورد. (خوبی، ۱۴۱۳، ق: ۳۴۲/۲)

۳- ماده‌ی ۸۷۳ قانون مجازات جدید اسلامی.

۴- ماده‌ی ۱۱۰۱ ق.م: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر را ندارد...» .

منابع

- ۱- احمدیه، مریم، بداغی، فاطمه، (۱۳۸۲)، جرایم علیه خانواده در پژوهش میدانی، مجله جامعه‌شناسی و علوم اجتماعی «مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)» فصلنامه، شماره ۲۱، تهران، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- ۲- اسدی، لیلاسادات، (۱۳۸۷)، نقد و بررسی قوانین ثبت ازدواج، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق) فصلنامه، شماره ۴۰، تهران، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- ۳- امیدی، جلیل، (۱۳۷۷)، تجویز تزویج صغار، نشریه علوم انسانی «مقالات و بررسیها»، فصلنامه، شماره ۶۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴- بیاتی، سعید، (۱۳۷۶)، بحثی پیرامون ماده ۶۴۳ قانون مجازات اسلامی، ماهنامه حقوق «کانون» سال چهل و یکم دوره دوم، شماره ۱، تهران، چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ۵- حاجی‌ده‌آبادی، احمد، (۱۳۸۹)، مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد، نشریه جامعه‌شناسی و علوم اجتماعی «مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)» فصلنامه، شماره ۴۸، تهران، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- ۶- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۱ق)، تبصره المتعلمین فی أحكام الدین، چاپ اول، تهران مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۸- حلی، مقداد بن عبد الله سیوری، (۱۴۲۵ق) کنز العرفان فی فقه القرآن، قم انتشارات مرتضوی
- ۹- خلیلی، عذرا، (۱۳۸۷)، نفقه والدین در فقه امامیه و قوانین موضوعه، مجله «فقه و حقوق خانواده (ندای صادق سابق)»، ماهنامه، شماره ۴۹، تهران.
- ۱۰- رهبر، مهدی، (۱۳۸۸)، ممنوعیت ازدواج با زن شوهردار، نشریه مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق) فصلنامه، شماره ۴۵، تهران، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- ۱۱- زراعت، عباس، (۱۳۸۷)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، تهران، انتشارات ققنوس.
- ۱۲- زراعت، عباس، (۱۳۸۲)، شرح قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۲، تهران، انتشارات ققنوس.

- ۱۳- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۹ق)، العروة الوثقی (المحشای)، جلد پنجم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۴- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، جلد چهارم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۵- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ششم، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- ۱۶- عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین، (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الإسلام، جلد هفتم، چاپ اول، قم، مؤسس المعارف الإسلامية.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، دوره مقدماتی حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، نشریلدا.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی (نکاح و طلاق روابط زن و شوهر) جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مدرس.
- ۱۹- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن، طبع قدیم)، جلد اول، تهران انتشارات علوم اسلامی.
- ۲۰- محمدی، مرتضی، (۱۳۸۳)، نفقه ازدواج و تمکین، نشریه علوم اجتماعی «مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)»، فصلنامه، شماره ۲۵، تهران، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- ۲۱- مرادی فر، بهمن، (۱۳۸۹)، تحولات حقوق خانواده بعد از انقلاب اسلامی چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی.
- ۲۲- مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷ق) العناوين الفقهية، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۳- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۰۹ق)، العروه الوثقی (للسید الیزدی)، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الأعلمی للطبوعات.

بازسازی وضعیت ورشکسته در حقوق ایران و قواعد راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال

کوروش کاویانی*

جاوید فرزانه**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۲/۸

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۱/۱۲

چکیده

با صدور حکم ورشکستگی، دو راهکار در مقابل طرفین وجود دارد، راه اول پیش بردن روند تصفیه و ختم ورشکستگی است، که در آن صورت بستانکاران به نسبت و نوع دین اموال و دارایی‌های باقی‌مانده‌ی ورشکسته طلب خود را وصول می‌نمایند، راه دوم که با توافق اکثریت لازم بستانکاران محقق می‌شود، انعقاد قراردادی است تحت عنوان قرارداد بازسازی یا همان قرارداد ارفاقی مطروحه در قانون تجارت ایران، که در صورت توافق و امید به رونق مجدد به ورشکسته اجازه از سرگیری فعالیت تجاری بدون محدودیت و دخالت قانون‌گذار یا حتی بستانکاران، مانند دوران عادی فعالیت تجاری وی داده شود. در مقاله‌ی پیش رو به آثار این نوع قرارداد در هر دو نگرش حقوقی با تبیین نکات مشترک و متفاوت بین آن‌ها با طرح عنوان قراردادی پیشگیرانه به نام قرارداد ارفاقی دوستانه و در نهایت به جهات فسخ و ابطال قرارداد بازسازی پرداخته شده است.

واژه‌های کلیدی: ورشکستگی، قرارداد بازسازی، قرارداد ارفاقی، قرارداد ارفاقی دوستانه، فسخ و ابطال قرارداد بازسازی.

k.kaviani@hotmail.com

javidghz@gmail.com

* دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی تهران

** کارشناسی ارشد حقوق واحد علوم و تحقیقات دماوند

مقدمه

یکی از تاسیسات جدید که در مقررات کشورهای همچون آمریکا، هلند، انگلیس، آلمان و به‌ویژه فرانسه وجود دارد تاسیس حقوقی بازسازی است، (قنوتی؛ کهنمویی، ۱۳۸۹: ۱۱۷) که البته با قرارداد ارفاقی مطروحه در قانون تجارت ایران بیش‌ترین مشابهت را داراست. لازم به‌ذکر است که قانون تجارت ایران عمدتاً از قانون تجارت ۱۸۰۷ میلادی فرانسه مقتبس شده است که تا به امروز مبنای حقوق ورشکستگی ما را تشکیل داده است، با وجود این کشور فرانسه بارها در شرایط و اوضاع و احوال داخلی و تغییرات گسترده در حوزه‌ی تجارت و رشد روزافزون و گرایش بیش از پیش عموم به فعالیت‌های تجاری، قوانین خود را تغییر داده و تاسیسات به‌روز و تازه‌ای در جهت رفع نیاز جامعه مورد تصویب قرار داده است، قانون تجارت ما که از میراث مقررات دو قرن گذشته قانون تجارت فرانسه برآمده است، با قانون تجارت امروز فرانسه بسیار متفاوت و در برخی موارد کاملاً متناقض است. از جمله‌ی این مغایرت‌ها می‌توان به مختص دانستن قواعد ورشکستگی به بازرگان بودن در حقوق ایران اشاره کرد، در حالی که مقررات نوین ورشکستگی در دنیا اکنون مرزبندی گذشته را منسوخ و مقررات ورشکستگی را شامل عموم افراد اعم از تاجر و غیرتاجر که به فعالیت تجاری اشتغال دارند، می‌داند، با این توضیح توجه قانون‌گذار در جهت رفع این نقصان ضرورتی است اجتناب‌ناپذیر، زیرا در بلندمدت این نقص و کاستی باعث عقب‌ماندگی در حوزه‌ی تجارت و گرایش‌های مختلف تجاری- صنعتی خواهد شد. بازسازی وضعیت ورشکسته از جنبه‌های متعددی حایز اهمیت است، لفظ کلمه‌ی بازسازی به‌معنای دوباره ساختن و از نو ساختن پدیده‌ای است، بازسازی پدیده‌ای تحت عنوان ورشکستگی ممکن است هم به تاجر کمک کند و هم به بستانکاران، حتی در صورتی که بازسازی قبل از صدور حکم ورشکستگی به‌وقوع بپیوندد (یعنی به‌موجب قراردادی دوستانه تنظیم گردد) علاوه بر جلوگیری از بدنام شدن تاجر موجب کمتر شدن بار پرونده‌های قضایی در محاکم نیز می‌شود. با این تفاسیر در شرایط خاصی نیز

ممکن است صدور حکم ورشکستگی تاجر و اقدامات قضایی بعدی به مراتب کارسازتر و موثرتر از انعقاد یک قرارداد بازسازی غیر موثر و زیان‌بار باشد. اصلی‌ترین سوال این تحقیق را می‌توان پرداختن به علت تفاوت نگرش و سلیقه در خصوص بازسازی وضعیت ورشکسته در حقوق ایران و راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال در جهت ارایه راه‌حلی برای رفع این نقیصه عنوان نمود. در مقاله‌ی پیش‌رو به بررسی انواع قرارداد بازسازی، شرایط تشکیل و همچنین آثار هر یک از آنها پرداخته می‌شود تا با این کار یکی دیگر از کاستی‌های حوزه‌ی ورشکستگی قانون تجارت ما نسبت به قواعد به‌روز و کاربردی مکشوف گردد. در این مقاله که تحت عنوان بازسازی وضعیت ورشکسته در حقوق ایران و مقایسه‌ی آن با راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترال می‌باشد به‌عنوان یک منبع مطمئن که بازتاب دهنده‌ی نظرات و پیشنهادهای کارشناسی شده با استناد به قواعد نظام‌های حقوقی مرفقی در زمینه‌ی ورشکستگی است، پرداخته می‌شود.

مبحث اول- برون رفت از بحران حجر مالی

زمانی که ورشکسته به موجب قانون از هرگونه مداخله و دخل و تصرف در اموالش منع گردیده است و ادامه‌ی فعالیت تجاری وی مختل گشته، هرگونه اقدام و فعالیت او با سوءظن نگریسته می‌شود. بنگاه تجاری وی به حالت تعلیق در می‌آید، وجهه‌ی تجاری او خدشه‌دار می‌شود و ... در این حالت است که قانون‌گذار برای احیای مجدد ورشکسته و کمک به رفع این مشکل اقدامات و الزاماتی را پیش‌بینی کرده است. بر این مبنا نظری وجود دارد که معتقد است «اشخاص قادرند که نظام ورشکستگی را خودشان سامان‌دهی کنند»، (الیور، ۱۳۸۶: ۷۶) این نظریه را شاید بتوان در مورد مباحث پیش‌رو قرارداد دوستانه و قرارداد بازسازی (ارفاقی) تعمیم داد، زیرا از ملزومات هر نظام حقوقی، قوانین مدون در حوزه‌ی ورشکستگی است.

گفتار اول- بازسازی وضعیت ممنوعیت مالی ورشکسته به وسیله‌ی طرح مذاکرات به منظور انعقاد قرارداد بازسازی

با توجه به این که جریان پیگیری تصفیه امور ورشکسته طولانی و پرهزینه است، بستنکاران در موارد بسیاری ناگزیر از انعقاد قرارداد ارفاقی دوستانه به جای تشکیل قرارداد ارفاقی رسمی هستند. از قرارداد ارفاقی دوستانه در قانون تجارت کنونی سخنی در تایید یا رد آن به میان نیامده است، ولی با استناد به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، این عدم صراحت به معنای ممنوعیت این گونه قرارداد نیست، قرارداد ارفاقی مطروحه در قانون تجارت قرارداد رسمی است که پس از صدور حکم ورشکستگی و اعلام آن قبل از تصفیه‌ی امور ورشکسته با رعایت شرایط انعقاد آن و به دعوت عضو ناظر همان گونه که در ماده‌ی ۴۷۶ به بعد قانون تجارت آمده است منعقد می‌گردد؛ لازم به ذکر است که بر خلاف قانون فعلی تجارت ایران در ماده‌ی ۸۸۳ لایحه‌ی جدید تجاری از قرارداد ارفاقی پیشگیرانه مباحثی عنوان شده است که در نگاه اول به نوعی تداعی کننده‌ی قرارداد ارفاقی دوستانه می‌باشد. راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال در مبحث ساز و کارهایی برای حل و فصل مشکلات مالی بدهکار از مذاکرات داوطلبانه جهت بازسازی وضعیت ورشکسته چنین بیان می‌دارد که:

«مذاکرات داوطلبانه خارج از قلمرو تصفیه و بازسازی و به عبارت دیگر خارج از قلمرو قانون ورشکستگی مفروض و به گونه‌ای روزافزون در حال گسترش و جایگزینی به جای دخالت طولانی و درازمدت محکمه و قانون است. راهنمای آنسیترال به هیچ وجه پیشنهاد نمی‌کند که با گنجانیدن واژه‌ی نظارت دادگاه بر این قرارداد باعث خروج این قرارداد از شمول داوطلبانه و دوستانه بودن شود، زیرا این قرارداد در شرایط قبل از رسیدگی و دادرسی ماهوی به ورشکستگی است و جا دارد بیش تر مورد توجه قرار گیرد» (Legislative, 2005: 21-23).

این قرارداد دوستانه اولین بار توسط نظام بانکی مورد اجرا قرار گرفت و راهنمای آنسیترال نیز در تعریف خود تقریباً محدود به حل مشکل مالی این سیستم

می‌باشد، ولی این تعاریف قرارداد دوستانه را محدود به سیستم بانکی نمی‌نماید بلکه از بخش بانکی به‌عنوان پایه‌گذار آن نام می‌برد و این قرارداد به‌طور ضمنی به ورشکسته اعم از شخص حقیقی یا حقوقی قابل تعمیم است، به‌طور مثال از مذاکرات داوطلبانه بین گروه وام‌دهندگان (بستانکاران) در جهت رسیدن به یک توافق در نحوه‌ی چگونگی بخشش مقداری از بدهی‌های خود و نیز سهم هر یک از بستانکاران از دارایی و فعالیت ورشکسته (منظور سهمی است که به هر یک از بستانکاران با توجه به میزان و نوع بدهی خود از ورشکسته دریافت می‌کنند) خواهد بود. این مذاکرات قدرت انعطاف‌پذیری و کاهش بار بر روی نظام قضایی و پیش‌برد سریع دادرسی بدون دخالت قانون را در جهت تامین حقوق بستانکاران و نیز جلوگیری از بدنام شدن تاجر را خواهد داشت، از طرف دیگر این مذاکرات اگر چه خارج از مفاد قانون است ولی به‌طور کلی از پشتوانه و ضمانت اجرای این قرارداد دوستانه می‌توان از یک قانون ورشکستگی موثر در حالتی یاد کرد که ورشکسته این موضوع را به‌خوبی درک کند که اگر چارچوب کلی قرارداد را به درستی و طبق شرایط منعقد اجرا و به سامان نرساند، رژیم به‌مراتب سختگیرانه‌تر (یعنی مقررات ورشکستگی و دادگاه) در انتظار اوست (Legislative, 2005: 21-22).

پس از رسیدگی به مطالبات و قبل از فروش دارایی تاجر، بستانکاران می‌توانند ضمن انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر، قرار بگذارند که از پیگیری ادامه‌ی روند تصفیه صرف‌نظر کنند، به این شرط که با تخفیفی که برای تاجر ورشکسته قایل می‌شوند، وی در مدت معین شده طلب آن‌ها را پرداخت نماید. بستانکاران می‌توانند در قرارداد ارفاقی به دو صورت برای ورشکسته تخفیف قایل شوند؛ اول این‌که، به وصول حصه‌ای از اموال ورشکسته قناعت و بخشی از طلب خود را ابراء نمایند و دوم این‌که، بدون آن‌که از قسمتی از مطالباتشان صرف‌نظر نمایند، تنها به دادن مهلت پرداخت به وی اکتفا نموده و تا زمان سررسید جدید به‌دنبال وصول مطالباتشان نباشند. در مقابل بستانکارانی که راضی به امضا قرارداد نشده‌اند فوراً سهم خود را از آنچه هست دریافت نموده، ولی چنانچه قرارداد موفقیت‌آمیز باشد

کسانی که حاضر به امضا نشده‌اند حق ندارند تا قبل از تادیه تمام طلب بستانکارانی که در قرارداد ارفاقی شرکت کرده‌اند، بقیه‌ی طلب خود را مطالبه نمایند. بنابراین طرح بازسازی قراردادی است که نسبت به بدهکار، طلبکاران و دارندگان منافع لازم‌الاجرا می‌باشد (Frey, Connico, Lauren, 1990: 503).

ماده‌ی ۱۰۴۵ لایحه‌ی اصلاحی نیز نظری مشابه نظر راهنمای آنسیترال دارد، با این شرح که:

«قرارداد ارفاقی پیشگیرانه نسبت به بستانکارانی که در اکثریت می‌باشند و یا کسانی که ظرف ده روز از تاریخ تصدیق آن را امضا نموده‌اند لازم است. بستانکارانی که جزء اکثریت نبوده و قرارداد را هم امضا نکرده‌اند می‌توانند سهم خود را موافق آنچه که در صورت صدور حکم ورشکستگی و تصفیه اموال از دارایی تاجر به آن‌ها می‌رسد دریافت نمایند، لکن حق ندارند بقیه‌ی طلب خود را در آتیه از دارایی تاجر مطالبه کنند مگر پس از تادیه تمام طلب کسانی که در قرارداد ارفاقی شرکت داشته و یا آن را ظرف ده روز مذکور امضا نمایند».

به تشکیل قرارداد ارفاقی بعد از صدور حکم ورشکستگی باشد، این انتقاد وارد می‌شود که بهتر بود قبل از صدور حکم و خدشه‌دار شدن نام تجاری تاجر، قاضی دادگاه قادر باشد ضمن دعوت از طلبکاران تاجر متوقف و با جلب رضایت آن‌ها و یا حتی راسا با توجه به اهمیت واحد تولیدی و صنعتی یا تجاری به تاجر یا شرکت متوقف مهلت بازسازی و یا ادای دیون بدهد (عرفانی، ۱۳۸۵: ۲۶۱).

پیشنهاد مذکور در آنجایی که دادگاه با رضایت طلبکاران حکم به انعقاد قرارداد ارفاقی بدهد، قابل دفاع است ولی اگر این حق راسا و بدون دخالت و رضایت طلبکاران برای قاضی در نظر گرفته شود، ممکن است حقوق بسیاری از بستانکاران ورشکسته را مورد تضییع قرار دهد. این مساله در قواعد کلی آنسیترال نیز مشهود است زیرا بستانکاران ذی‌نفع عمده در نتیجه دادرسی‌ها محسوب می‌شوند. بنابراین، اگر تصمیمات کلیدی بدون مشورت با آن‌ها و صرفا با مشاوره و حکم افرادی که دارای تجربه یا تخصص محدود یا ویژه در زمینه‌ی تجارت باشند (اعم از قاضی یا کارشناس) صورت گیرد، این مساله ممکن است باعث شود طلبکاران اعتماد و

اطمینان خود را به نحوه دادرسی‌ها از دست بدهند، این در حالی است که مشارکت و تصمیم جمعی بستانکاران در یک دادرسی عادلانه به نفع همه افراد درگیر در مساله و جریان ورشکستگی است، انتقاد بعد در مورد نظر اخیر در جایی است که قرارداد ارفاقی را قبل از صدور حکم بهتر می‌داند باید گفت؛ با توجه به عواقب قانونی و محدودیت اجتماعی ناشی از حکم ورشکستگی که خود می‌تواند عامل بازدارنده‌ای تلقی شود تاجر ورشکسته بعد از قرارداد ارفاقی با احتیاط بیش‌تری به امور تجاری خود می‌پردازد و با انجام معاملات واهی و یا معاملاتی که شانس سودآوری پایینی دارند، حقوق طلبکاران را مجدداً به مخاطره نمی‌اندازد، البته در مورد قرارداد ارفاقی دوستانه که در قانون ما به آن اشاره‌ی مستقیم نشده می‌تواند مصداق عینی قرارداد ارفاقی قبل از صدور حکم باشد، به‌گونه‌ای که راهنما به‌طور صریح از این روش و کاربرد آن در اکثر قوانین ورشکستگی نام برده و اذعان داشته که شروع دادرسی و مقدمات آن می‌تواند با تنفیذ انعقاد قرارداد بازسازی داوطلبانه (دوستانه) توأم گردد، یعنی در بدو امر بر خلاف روش کلاسیک تصفیه امور، به برون‌رفت و تجدید مهلت به ورشکسته برای ادامه‌ی فعالیتش همراه گردد البته این قرارداد صرفاً به ورشکسته واجد شرایط قابلیت اعطا دارد به‌طوری که اگر وضعیت ورشکسته با توجه به نحوه‌ی فعالیت وی یا وخیم بودن اوضاع اقتصادی امکان‌پذیر نباشد، از روش معمول دادرسی استفاده خواهد شد؛ (Legislative, 2005: 240) این قرارداد دوستانه بیش‌تر به نفع ورشکسته است تا بستانکاران و می‌تواند برای گروه بستانکاران به مانند قماری که نهایتاً به برد یا باخت منتهی می‌گردد، تلقی شود.

گفتار دوم- پیش شرط ضروری به منظور انعقاد و تصویب قرارداد دوستانه و

رسمی

در راهنما برای انعقاد قرارداد دوستانه شروطی پیش‌بینی شده است از جمله:

- ۱- مقدار قابل توجه‌ای از بدهی ورشکسته به تعدادی از بانک‌های اصلی یا طلبکاران ورشکسته از جمله‌ی موسسات مالی باشند؛
 - ۲- ناتوانی ایجاد شده یا قریب‌الوقوع بدهکار از پرداخت بدهی خود؛
 - ۳- پذیرش این دیدگاه که ممکن است طرفین درگیر اعم از ورشکسته و وام‌دهندگان (بستانکاران) و همچنین گروه وام‌دهندگان در موضوع ورشکستگی به اختیار خود به راه حل مذاکره‌ی مستقیم و انعقاد قرارداد دوستانه و بدون دخالت محکمه و قانون روی آورده باشند؛
 - ۴- اگر در روند شروع یا ادامه‌ی مذاکرات خللی وارد شود به سرعت به‌توان به قواعد دادرسی در قانون متوسل شد؛
- این روش روند بسیار سریع‌تری نسبت به دادرسی در محکمه دارد و به نفع همه افراد درگیر می‌باشد زیرا علاوه بر ارزان‌تر بودن نسبت به دادرسی در محکمه، ورشکسته هم زمان می‌تواند به فعالیت تجاری خود ادامه دهد، ولی این تبصره که راه حل قانونی همچنان باز است را نباید فراموش کرد (23-22: 2005, Legislative).
- ۵- در مورد فرایند اصلی شروع مذاکرات می‌توان گفت: «مذاکرات داوطلبانه اساساً شامل گرد هم آوردن بدهکار و بستانکاران، یا حداقل بستانکاران اصلی برای تشکیل قرارداد بدون تکیه بر قانون و تحمیل قواعد خاصی در جهت تسهیل هر چه بیش‌تر روند شروع مذاکره و آغاز آن می‌باشد، ورشکسته ممکن است تمایل زیادی برای شروع مذاکره دسته‌جمعی با بستانکاران و یا آن گروه خاصی از بستانکاران به دلیل تضعیف موقعیت خود نداشته باشد، در این مرحله واکنش فردی یک بستانکار به منظور اقدام به شروع دادرسی و عواقب سخت‌گیرانه در محکمه می‌تواند محرک خوبی برای کشش ورشکسته به مذاکره باشد؛ در این وضعیت اگر هر دو طرف درگیر به خوبی از زمان بر بودن و هزینه‌دار بودن جریان دادرسی آگاه باشند تمایل آن‌ها به انعقاد چنین قراردادی بیش از پیش می‌شود» (23: 2005, Legislative).

موارد مذکور همگی نشان‌دهنده‌ی حل مشکل مالی ورشکسته خارج از قانون و دادرسی هستند که نظارت بر ورشکسته را خود بستانکاران با ایجاد یک کمیته‌ی ناظر تقبل می‌کنند، از جمله کارهای این کمیته در تعامل با ورشکسته در به‌وجود آورد شرایطی بازدارنده است که از اقدامات (اعم از معامله و ایقاع) مخرب ورشکسته جلوگیری شود، از مفهوم مخالف این قاعده فهمیده می‌شود که در این زمینه ورشکسته "متوقف" به معنای مصطلح در قانون، کاملاً از دخالت در امور مالی خود سلب اختیار نمی‌شود بلکه از اقداماتی که مضر به حال بستانکاران تلقی می‌شود، منع می‌گردد (Legislative, 2005 : 24).

قرارداد داوطلبانه و دوستانه در اغلب موارد ورشکستگی‌های با میزان بدهی کم به پرداخت کامل منجر می‌شود حتی در ورشکستگی‌های نسبتاً کلان هم نمونه‌های کارآمد و موثر مشاهده گردیده است، از همین روی می‌توان این قرارداد دوستانه را به نوعی یک روند دادرسی سریع در بازسازی البته هر چند خارج از رژیم حقوق ورشکستگی با پشتوانه یک قانون کارآمد در این حوزه به‌عنوان یک راه حل جایگزین موثر در جهت حل مساله بحران ورشکستگی بدون دخالت محمکه تلقی نمود (Legislative, 2005 : 25).

در باب چهارم از لایحه‌ی قانون تجارت ایران از ماده‌ی ۱۰۳۱ تا ماده‌ی ۱۰۴۴ در خصوص تقاضای انعقاد قرارداد ارفاقی پیشگیرانه و ترتیب آن، مواردی را عنوان می‌دارد یکی از آشکارترین تفاوت‌های این لایحه با راهنمای آنسیترال را می‌توان در نحوه‌ی درخواست و تشکیل قرارداد ارفاقی پیشگیرانه ذکر کرد. طبق ماده‌ی ۱۰۳۱ «هر تاجر متوقف می‌تواند ضمن دادخواست تقاضای ورشکستگی حداکثر تا بیست روز انعقاد قرارداد ارفاقی پیشگیرانه را به‌طور کتبی "از دادگاه درخواست نماید" مشروط بر این‌که در دو سال منتهی به صدور رای اعلام توقف به تجارت اشتغال داشته و به تکالیف قانونی تجار در مورد نگهداری دفاتر تجاری و ثبت در دفتر ثبت نام تجاری عمل نموده باشد». در راهنمای آنسیترال در خصوص انعقاد قرارداد ارفاقی دوستانه نیازی به تصویب دادگاه نیست، حال می‌بینیم که در لایحه تجاری در مواد ۱۰۴۱ تا ۱۰۴۳ صراحتاً از نظارت استصوابی دادگاه سخن به میان

آورده است که به نظر می‌رسد که چنین تصریحی تداعی کننده‌ی قرارداد ارفاقی رسمی است تا قرارداد ارفاقی دوستانه.

در خصوص انعقاد قرارداد ارفاقی رسمی به‌طور خلاصه می‌توان گفت، قانون‌گذار ایران شرایطی را مصوب نموده که در صورت احراز آن موارد قرارداد ارفاقی منعقد می‌گردد، که در ۳ مورد عمده می‌توان به بررسی آنها پرداخت؛ مورد نخست، دعوت از بستانکاران توسط عضو ناظر می‌باشد که شرح آن در ماده ۴۷۶ (ق.ت) و مواد بعدی منعکس گردیده است، البته در کشورهایی که نهاد بازسازی در آنها تعریف شده است (آمریکا) ممکن است هر ذی‌نفعی که در قانون مورد اشاره قرار گرفته است نیز این حق را داشته باشد که دادخواستی مبنی بر انعقاد قرارداد بازسازی از محکمه بنماید (قنواتی؛ کهنمویی، ۱۳۸۹: ۱۱۷).

مورد دوم، شرایط حد نصاب و تراضی برای انعقاد قرارداد بازسازی است که قبل از بررسی این شرط ذکر این نکته ضرورت دارد که اعلان اراده شخص حقیقی در این زمینه مانند اعلان در سایر عقود است ولی در مورد شخص حقوقی (شرکت‌های تجاری) اعلان این اراده با توجه به این که یکی از آثار صدور حکم ورشکستگی انحلال شرکت است با چه کسی خواهد بود؟ در پاسخ به این سوال می‌توان گفت که نباید نهاد تصمیم‌گیرنده شرکت را با وجود این که شرکت منحل شده است، منحل فرض کرد بلکه در مواردی مشابه این مورد، تصمیمات آن نهاد را استثنائاً نافذ تلقی نمود (کاویانی، ۱۳۹۱: ۹۵).

استناد به ظاهر ماده ۴۸۰ (ق.ت) و اعطای بی‌قید و شرط حق رای به طلبکاران دارای حق وثیقه دارای نتیجه‌ای غیرمنطقی است، زیرا طلبکاران دارای حق وثیقه علاوه بر این که روند انعقاد قرارداد را دشوار می‌نمایند، انگیزه‌ای هم برای شرکت در انعقاد قرارداد ندارند، چرا که در هر حال طلب خود را از محل مال مرهونه دریافت می‌کنند، در مورد مطالبات ممتاز نیز می‌توان همین اشکال را مطرح نمود، هر چند که رویه قضایی این گونه نیست و برای عدول از این ماده دلایل کافی در دست نیست (کاویانی، ۱۳۹۱: ۹۶؛ صفری، ۱۳۷۶: ۳۵۹).

در تایید نظر فوق و اشکالی که به ماده ۴۸۰ (ق.ت) وارد شد، راهنمای آنسترال نیز در مورد عدم لزوم شرکت بستانکاران با وثیقه در کمیته‌ی بستانکاران نظر مشابه و همسوی با دکترین حقوق تجارت ایران دارد که به‌زعم آن بهتر است قانون ورشکستگی حدی را برای وثیقه بستانکاران تعیین کند که بستانکاران با توجه به آن، حق داشته باشند در جلسات کمیته بستانکاران شرکت کنند، بدین‌معنی که چنانچه ارزش مالی وثیقه آن‌ها بیش‌تر از میزان تعیین شده باشد، حق شرکت در کمیته را نداشته باشند. اصولاً، بستانکاران با وثیقه‌ای که مال مورد وثیقه کفاف پرداخت کلیه‌ی دیونشان را می‌نماید، در کمیته بستانکاران حاضر نمی‌شوند، زیرا در چنین مواردی منافع آن‌ها به‌طور چشمگیری از منافع بستانکاران بدون وثیقه متفاوت است و مشارکت آن‌ها و طبیعتاً ایجاد تغییر در نتیجه تصمیمات بستانکاران ممکن است به نفع بقیه‌ی بستانکاران نباشد، حال در صورتی که مال مورد وثیقه به اندازه‌ی نباشد که پرداخت کلیه‌ی مطالبات آن‌ها را پوشش دهد، احتمال این‌که منافع آن‌ها هم راستا با منافع بستانکاران بدون وثیقه قرار بگیرد، بیش‌تر است، باری در مورد حالت اخیر مشارکت آن‌ها در کمیته‌ی مذکور و در نظر گرفتن حق رای برای آن‌ها، مناسب و مطلوب خواهد بود (Legislative, 2005: 193-194).

برخلاف رویه حاکم که در قانون تجارت ایران از مواد ۴۷۶، ۴۷۷ و ۴۸۱ استنباط می‌شود برای انعقاد قرارداد ارفاقی تشکیل جلسه لازم و ضروری است و در صورت عدم تشکیل جلسه اصولاً رای‌گیری هم متنفی است. باری، در رویه‌ی کشورهایمانند آمریکا برگه‌های رای‌گیری به‌همراه سایر مدارک برای طلبکاران ارسال می‌شود، که نظر موافق و مخالف خود را اعلام نمایند، که در نهایت در صورت توافق طرح بازسازی مراحل اولیه تشکیل را طی کند (2004: 288). (Webster, Boyer, Lauren,

مورد سوم از شرایط سه‌گانه برای انعقاد قرارداد ارفاقی در حقوق ایران، عدم محکومیت ورشکسته به بزه ورشکستگی به‌تقلب می‌باشد، از این رو قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۸۳ (ق.ت) محکومیت تاجر به این بزه را مانع انعقاد قرارداد ارفاقی می‌داند و در نتیجه محکومیت به این بزه پس از انعقاد قرارداد ارفاقی را نیز از موجبات

ابطال دانسته است، البته این جرم مختص به اشخاص حقیقی ورشکسته است و قابل انتساب به شرکت‌های تجاری نیست. و در صورتی که تاجر به اتهام ورشکستگی به تقلب تحت تعقیب باشد، مقنن ترتیباتی را برای به تاخیر انداختن تصمیم‌گیری راجع به قرارداد ارفاقی در نظر گرفته است (کاویانی، ۱۳۹۱: ۹۵-۹۴).

همه‌ی اشخاصی که می‌توانند متقاضی طرح بازسازی شوند می‌توانند ارایه‌کننده‌ی طرح بازسازی نیز باشند. "ماده‌ی ۱۱۲۱ قانون ورشکستگی آمریکا" یک مهلت ۱۲۰ روزه انحصاری را برای بدهکار در نظر گرفته است. در این مدت تقدیم طرح بازسازی صرفاً در اختیار بدهکار است. البته منوط به این که به جای او مدیر تصفیه طرح تعیین نشده باشد (Bookbinder, 2001: 281-282).

بازسازی اصطلاحی است در راهنمای آنسیترال که نزدیک‌ترین معنی به قرارداد ارفاقی مطروحه در حقوق ایران را دارا است. به‌طور خلاصه، در تعریف این اصطلاح می‌توان گفت: "فرآیند احیای وضعیت مالی و تجاری ورشکسته به‌منظور بازیابی جهت ادامه‌ی فعالیت تجاری وی از طریق بخشش بدهی، بازبینی مجدد در مقدار بدهی، تبدیل بدهی به سهام و رعایت قاعده انصاف در مورد بدهی‌ها و اجازه ادامه کسب و کار تجاری به ورشکسته به‌وسیله‌ی امضای طرح بازسازی، با توافق کمیته‌ی بستانکاران (که در مورد چگونگی آن مطالبی عنوان شد) خواهد بود" (Legislative, 2005: 7).

در خصوص کمیته‌ی بستانکاران راهنمای آنسیترال تعریف مشخصی از اعضای آن که، اعم از بستانکاران، نماینده ورشکسته (مدیر تصفیه) هستند اعلام می‌دارد، و در این نشست به نماینده‌ی ورشکسته نیز اجازه دخالت و اثرگذاری در تصمیمات کمیته را اعطا نموده که در این مورد نسبت به حقوق ایران به نظر نقش طرفین درگیر در نحوه‌ی انعقاد قرارداد ارفاقی (بازسازی) بیش‌تر به چشم می‌خورد، هر چند قانون تجارت ایران در این خصوص تصریحی ندارد (و دارای اشکال است) ولی با تفسیر موسع از ماده ۳۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی علاوه بر تقاضای ورشکسته در دعوت از بستانکاران به‌منظور انعقاد قرارداد ارفاقی، می‌توان

به بستانکاران نیز این حق را داد که انعقاد قرارداد ارفاقی را تقاضا بنمایند (کاوایی، ۱۳۹۱: ۱۵۵؛ اسکینی، ۱۳۸۷: ۱۷۰).

بند اول- عدم امکان تصویب طرح بازسازی

در روند جریان انعقاد قرارداد، ممکن است موانعی ایجاد گردد که قرارداد ارفاقی یا بازسازی مورد تصویب قرار نگیرد. و یا به موجب قانون انعقاد و طرح مذاکرات بازسازی در آن شرایط خاص منع شده باشد، از جمله این موارد، ماده ۴۸۳ (ق.ت) که بر طبق آن اگر تاجر به عنوان ورشکسته به تقلب شناخته شود، قرارداد ارفاقی قابلیت انعقاد نخواهد داشت. و یا حد نصاب عددی و مطالباتی بستانکاران، همان گونه که در ماده ۴۸۰ تا ۴۸۲ (ق.ت) آمده است، برای انعقاد قرارداد ارفاقی (طی نشست مجزا) به اندازه کافی نرسیده باشد، در این صورت متعاقبا عملیات تصفیه آغاز می گردد.

همین رویکرد در راهنمای آنسیترال ولی با پیش‌بینی امکان اصلاح طرح پیش‌بینی شده است، که اگر طرح مذاکره قابلیت اصلاح داشته باشد، مورد اصلاح قرار گیرد، در غیر این صورت راهنما نیز مانند رویکرد اکثر قوانین، تبدیل مذاکرات بازسازی به عملیات تصفیه را پذیرفته است. ولی راهنمای آنسیترال این تبدیل موقعیت را اهرمی برای وادار کردن بستانکاران به منظور ایجاد یک طرح مذاکره قابل قبول با این هدف که اگر قرارداد بازسازی مورد تصویب قرار بگیرد همواره ممکن است بازدهی و سود ناشی از آن از تصفیه‌ی آنی در جهت احقاق حقوق و پرداخت بدهی‌های ایشان پسندیده‌تر واقع شود (2005: 225-226, Legislative).

بند دوم - عدم توافق و التزام بین بستانکاران

ذکر این نکته در مورد ماده ۴۸۹ (ق.ت)، در خصوص قرارداد ارفاقی نسبت به طلبکاران اکثریت موافق و اقلیت مخالف از حساسیت بالایی برخوردار است، «مثلا اگر گفته شود طلبکاران اقلیت هرگاه مایل باشند می توانند به قرارداد ارفاقی ملحق شوند در این صورت اشخاص وسوسه می شوند که فعلا رای خود را منفی دهند و

بعدا اگر اجرای قرارداد ارفاقی را موفق دیدند، به آن ملحق شده و به جمع اکثریت بپیوندند. بدیهی است که این وسوسه اساسا مانع از انعقاد قرارداد ارفاقی می گردد زیرا تمایل به رای منفی افزایش می یابد. همچنین اگر به عنوان مثال گفته شود که طلبکاران اقلیت نمی توانند هیچ سهمی از طلب خویش را دریافت کنند مگر پس از اتمام اجرای قرارداد ارفاقی، نتیجه این خواهد شد که طلبکاران صرفا به دلیل ترس از قرار گرفتن در گروه اقلیت، به قرارداد ارفاقی رای مثبت دهند» (کاوایی، ۱۳۹۱: ۹۸-۹۷).

در راهنما نیز همین رویکرد حقوق ایران در ذیل عنوان "عدم توافق و التزام بین بستانکاران" مشهود است، ولی در جزئیات ناشی از این امر، راهنما رویکرد هر قانونی را به سلیقه‌ی همان قانون واگذار کرده است. بطور ضمنی در این خصوص می توان گفت؛ «در مورد بستانکارانی که طرح مذاکرات بازسازی را مورد امضا و یا تصدیق قرار نمی دهند، می توان برای آنها سهم حداقلی که در صورت تصفیه عاید آنها می شد در نظر داشت»، (Legislative, 2005: 226) یعنی مقداری از بدهی خود را با کسر مبلغی از اصل بدهی دریافت می دارند ولی تا پرداخت بدهی امضا کنندگان طرح بازسازی همان گونه که در حقوق ایران اشاره شد از مزیت قرارداد بازسازی محروم می شوند.

بند سوم- ضرورت تایید بوسیله مرجع صلاحیت دار

مواد ۴۸۷ و ۴۸۹ (ق.ت) صراحتا تصدیق قرارداد ارفاقی را به نظر محکمه واگذار نموده است، همچنان که راهنمای آنسیترال دو دیدگاه مختلف را بیان می دارد، دیدگاه اول مانند حقوق ایران برای تاثیرپذیری و التزام آور بودن قرارداد تایید و تصدیق دادگاه به عنوان مرجع صلاحیت دار را لازمه‌ی تحکیم و نفوذ قرارداد ارفاقی منظور داشته است. در مقابل نظام های حقوقی دیگری هستند که توافق اکثریت لازم از کمیته‌ی بستانکاران را برای تایید قرارداد بازسازی کافی می دانند، ولی دادگاه در سیستم قضایی این کشورها هنوز هم نقش یک ناظر را ایفا می نماید، و این نظارت در جایی اهمیت پیدا می کند که مدیون ورشکسته از ایفای مفاد

قرارداد سرپیچی نماید. و در این حالت دادگاه به‌عنوان ناظر بی‌طرف ورود پیدا خواهد کرد. بر طبق این دیدگاه خود بستانکاران در نحوه انعقاد قرارداد بازسازی در اولویت قرار دارند. با مطالعه نظرات تفصیلی راهنما در این خصوص، به‌طور ضمنی درمی‌یابیم که آنسیترال رویکرد دوم در برخورد با نحوه انعقاد قرارداد بازسازی (ارفاقی) را بیش‌تر مورد تایید قرار داده است (2005: 227), (Legislative).

گفتار سوم- اثر تصویب، تایید و اجرای طرح

پس از این‌که اکثریت لازم بستانکاران طرح قرارداد بازسازی را امضا نمودند، هم‌چنین در نظام‌های حقوقی (مانند حقوق ایران) که تصدیق دادگاه نیز برای ترتب اثر قانونی و نافذ بودن قرارداد الزامی است، (قنواتی؛ کهنمویی، ۱۳۸۹: ۱۲۳) این قرارداد لازم‌الاجرا می‌شود و مهم‌ترین اثر آن خروج ورشکسته از حالت تعلیق و توقف و از سرگیری فعالیت تجاری وی خواهد بود (به تفسیر ماده ۴۹۰ (ق.ت.)) (کاویانی، ۱۳۹۱: ۹۷)، راهنما در توضیح اثر این قرارداد به‌طور مثال دو رویکرد از نظام‌های حقوقی مختلف را بیان می‌کند:

مورد اول قوانین کشورهای است که اجرای مفاد قرارداد را بدون نظارت و دخالت بستانکاران، دادگاه و حتی نماینده ورشکسته (مدیر تصفیه) می‌داند، استدلال این قوانین بر این مبناست که قرارداد بازسازی را خارج از شمول افراد درگیر و مدعی در دادرسی اعم از بستانکاران مدیر تصفیه و حتی دادگاه می‌پندارند. در این حال باید به ورشکسته اعتماد نمود و او را در فضایی آزاد تشویق به فعالیت مجدد تجاری نمود. با وجود این نهایتاً این قوانین نیز برای دستیابی به اجرای کامل مفاد طرح بازسازی، لزوم نظارت و کنترل بر حسن اجرای قرارداد ارفاقی توسط یک شخص بی‌طرف را ضروری تشخیص داده‌اند.

مورد دوم قوانین کشورهایمانند ایران است که نقش مداوم دادگاه در نظارت و چگونگی اجرا و تفسیر مفاد قرارداد همواره دیده می‌شود، به نوعی نقش دادگاه در این قوانین به مراتب بیش‌تر از قوانین کشورهای گروه اول است حتی به زعم

راهنما در طیف این گروه از نظام‌های حقوقی، در برخی قوانین مبنای دخالت دادگاه در نحوه اجرای قرارداد بازسازی، به مراتب بسیار گسترده است که اجازه دخالت مستقیم نماینده ورشکسته (مدیر تصفیه) بعد از تصدیق قرارداد را به او می‌دهند، و برخی دیگر قوانین این حق را به کمیته‌ی بستانکاران داده که ناظر و نماینده‌ی خود را بر نحوه اجرای مفاد قرارداد بازسازی انتخاب و انتصاب نمایند (Legislative, 2005: 229-231).

هر چند که راهنمای آنسیترال از میان این دو دیدگاه به گزینش یکی از آن‌ها نپرداخته است ولی از نحوه نگارش و نگرش کلی آنسیترال می‌توان فهمید که به رویکرد قوانین کشورهای گروه اول گرایش بیش‌تری نشان می‌دهد و آنرا با مفهوم اصلی و واقعی قرارداد ارفاقی (بازسازی) سازگارتر می‌داند، چون هدف اصلی ادامه فعالیت ورشکسته مانند دوران قبل از بروز بحران ورشکستگی و عدم نظارت‌های شدید بر وی می‌باشد، ولی در هر صورت نگرش قوانین کشورهای گروه دوم را نیز قابل اجرا تشخیص داده است، هر چند از رویکرد نظارت شدید پرهیز کرده است.

در هر حال در نهاد بازسازی، طرح بازسازی نمی‌تواند مشتمل بر رفتار تبعیض‌آمیز باشد و باید نسبت به آن دسته از طلبکارانی که طرح بازسازی را قبول نکرده‌اند ولی جز طلبکارانی هستند که حسب طرح بازسازی مطالباتشان دچار خسارت می‌شود، رفتار عادلانه و منصفانه‌ای اجرا شود، در حقوق ایران نیز چنین رویکردی به چشم می‌خورد. (انوری‌پور، ۱۳۴۵: ۱۴۲-۱۴۱؛ Frey, Swindon, 2005: 440)

مبحث دوم- اصلاح، و انحلال قرارداد بازسازی

در این مبحث به ضمانت اجرای قرارداد ارفاقی در حقوق ایران، اصلاح قرارداد بازسازی در راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال با ذکر این نکته که اصلاح قرارداد ارفاقی در قانون تجارت ایران پیش‌بینی نشده است و خلا آن احساس می‌شود و در

پایان این مبحث آثار انحلال قرارداد ارفاقی (بازسازی) نسبت از دو دیدگاه، خواهیم پرداخت.

گفتار اول- عدم رعایت شرایط انعقاد و اصلاح طرح مذاکرات بازسازی

در صورت تحقق آثار اجرایی مواد ۴۸۶ و ۴۸۷ (ق.ت)، شرایط انعقاد قرارداد ارفاقی رعایت شده و محکمه قرارداد را تصدیق می‌نماید. در غیر این صورت مطابق ماده‌ی ۴۸۸ (ق.ت) محکمه از تصدیق قرارداد ارفاقی امتناع می‌ورزد. قرارداد ارفاقی (بازسازی) از مصادیق قرارداد جمعی است که اصل نسبی بودن قرارداد بر آن حاکم می‌باشد، (صادقی، ۱۳۸۳: ۵۶) یعنی قانون‌گذار این قرارداد را نسبت به امضا کنندگان قرارداد وارد می‌داند و سایرین نسبت به مفاد و نتایج این قرارداد بی‌بهره هستند.

علاوه بر ماده‌ی فوق، مقنن در مواد ۴۷۹ (ق.ت) ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط دعوت از بستانکاران، در ماده‌ی ۴۸۰ (ق.ت) ضمانت اجرای عدم رعایت حد نصاب طلبکاران موافق انعقاد قرارداد ارفاقی و در ماده‌ی ۴۸۳ (ق.ت) ضمانت اجرای صدور حکم ورشکستگی به تقلب را نیز از موارد تصدیق نشدن قرارداد ارفاقی توسط محکمه تعیین نموده است، زیرا مقنن بزه‌کار متقلب در این حوزه را مستحق بخشش نمی‌داند (کاویانی، ۱۳۹۱: ۹۹).

راهنمای قانون‌گذاری آنستیرال، از امکان اصلاح طرح مذاکرات راجع به قرارداد بازسازی چه قبل و چه بعد از تصویب قرارداد را به عنوان یک مزیت ویژه نام می‌برد، که البته خلا این احکام در قوانین تجاری ما محسوس است و امید است در آینده چنین مقررات تکمیلی جایگزین قواعد فعلی شوند، به زعم راهنمای آنستیرال بسیاری از موارد نقض قرارداد بازسازی را می‌توان با اصلاح آن بدون خاتمه‌ی کلی موضوع قرارداد رفع نمود. هدف اصلی این طرح همواره نیل به تامین حقوق بستانکاران با ارفاق به مدیون ورشکسته و از سرگیری فعالیت تجاری می‌باشد اگر نقض اساسی در نیل به این هدف مکشوف گردد به درستی باید از اجرای این قرارداد چشم‌پوشی کرد، ولی اگر در مسایل جزئی اجرای این طرح با مانع روبه‌رو

گردد بهترین کار می‌تواند اصلاح مانع اجرایی باشد نه حذف کلی آن، این اصلاحیه به زعم راهنمای آنسیترال نیازی به تایید و تصدیق همه ی بستانکاران ندارد (منظور کفایت لزوم اصلاح طرح بازسازی توسط بستانکارانی است که بیشترین مقدار طلب را از ورشکسته دارند) زیرا متقاعد کردن همه ی بستانکاران کاری بسیار مشکل و در اغلب موارد با شکست روبه‌رو می‌شود، همین رویکرد را در قانون تجارت ایران مشاهده می‌کنیم که همان اکثریت لازم از بستانکاران برای انعقاد قرارداد ارفاقی می‌باشند، راهنما معتقد است وقتی روش اتخاذی در موضوع قرارداد بازسازی با شکست رو به رو می‌شود یا قابل اجرا نمی‌باشد، طرح و روش جایگزین آن می‌تواند توسط دادگاه یا حتی خود بستانکاران اصلاح شود (230 Legislative, 2005).

گفتار دوم- فسخ و بطلان مذاکرات بازسازی

تاکنون به شرایطی که عدم رعایت آنها موجبی است تا محکمه از تصدیق قرارداد ارفاقی امتناع نماید، اشاره داشتیم. این‌گونه نیست که پس از تصدیق قرارداد ارفاقی، دیگر هیچ دلیلی مبنی بر ادعای بطلان قرارداد ارفاقی، استماع نشود، بحثی که اکنون قصد پرداختن به آن را داریم، مواردی است که با استناد به آنها، پس از تصدیق قرارداد ارفاقی می‌توان فسخ یا بطلان قرارداد را تقاضا نمود. قانون تجارت ایران و همچنین راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال مواردی را به فسخ قرارداد ارفاقی و مواردی را به دعوی بطلان اختصاص داده است که به‌طور جداگانه به توضیح آنها و آثارشان می‌پردازیم.

بند اول- فسخ قرارداد بازسازی

مطابق مواد ۴۹۴ و ۴۹۵ (ق.ت)، چنان‌چه تاجر ورشکسته، از شرایط قرارداد ارفاقی سرپیچی کرده و آنرا اجرا ننماید قرارداد ارفاقی، تماما فسخ می‌شود ولی در صورتی که شخص یا اشخاصی قسمتی از قرارداد را ضمانت کرده باشند، تنها نسبت به قسمتی از قرارداد که ضمانت نشده فسخ می‌شود.

نخست؛ منظور از سرپیچی از تعهدات، تنها امتناع از اجرای تعهدات مالی است. بدین معنی که اگر در قرارداد برنامه‌ی خاصی مثلا برای چگونگی اداره‌ی موسسه، تعداد کارگران و ... پیش‌بینی شده باشد و تاجر بدان‌ها عمل ننماید ولی از عهده‌ی ایفای تعهدات مالی خود در سر وعده برآید موردی برای فسخ قرارداد ارفاقی باقی نمی‌ماند.

دوم؛ حتی در صورت عدم ایفای تعهدات مالی، قرارداد ارفاقی خود بخود فسخ نمی‌شود بلکه باید از دادگاه تصدیق‌کننده قرارداد ارفاقی، تقاضای فسخ نمود. متقاضی فسخ باید ذی‌نفع باشد یعنی در زمره‌ی طلبکاران امضاکننده باشد چرا که به عنوان مثال، طلبکارانی که قرارداد را امضا ننموده اند نسبت طلب خود حصه برده و نمی‌توانند در این مورد به‌عنوان ذینفع تقاضای فسخ بنمایند. اگر چه ممکن است آن‌ها تمام طلب خود را دریافت نکرده باشند ولی تنها بعد از تصفیه‌ی کامل مطالبات طلبکاران امضاکننده، می‌توانند باقی‌مانده‌ی طلب خود را وصول نمایند و به‌دلیل عدم شرکت در قرارداد ارفاقی (قرارداد بازسازی) در مورد تقاضای فسخ، آن‌ها ذی‌نفع نیستند. نظر راهنمای آنسیترال نیز در این زمینه مشابه با قانون ایران است (Legislative, 2005: 231).

سوم؛ همان‌طوری که از عبارت «ممکن است» مذکور در ماده‌ی ۴۹۴ (ق.ت)، بر می‌آید حق فسخ مزبور در قرارداد ارفاقی صرفا یک حق برای ذی‌نفع است بنابراین علاوه بر این که اعمال آن به میل و خواسته طلبکاران بستگی دارد، مطابق ماده‌ی ۴۴۸ (ق.م) چه قبل و چه بعد بعد از تصدیق قرارداد ارفاقی، قابل اسقاط است و مستندا به ماده‌ی ۴۴۵ (ق.م)، با فوت مورث به ورثه او منتقل می‌شود.

بند دوم- بطلان قرارداد ارفاقی

ماده‌ی ۴۹۲ (ق.ت)، مقرر می‌دارد: «در موارد ذیل قرارداد ارفاقی باطل است:

۱- در مورد محکومیت تاجر به ورشکستگی به تقلب؛

۲- در مورد ماده‌ی ۴۹۰.»

همان‌گونه که در بحث از شرایط انعقاد قرارداد ارفاقی آورديم انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجری که به ورشکستگی به تقلب محکوم شده است، غیرممکن است. انعقاد قرارداد ارفاقی امتیاز و فرصتی است که مقنن به شرط رضایت بستانکاران، برای تجاری قایل شده است که به تمامی توان علمی، اقتصادی و تجربی خود وارد کارزار تجارت و تولید شده‌اند ولی بدون این‌که قصد سویی داشته باشند، بدلیل مواجه شدن با حوادث غیرقابل پیش‌بینی در بحران‌های مالی گرفتار آمده‌اند. اخلاق اجتماعی و لزوم تشویق افراد به سرمایه‌گذاری‌های اقتصادی ایجاب می‌نماید، مقنن ضمن در نظر گرفتن مصالح طلبکاران، تا حد امکان به این افراد مقابله با مشکلات و معضلات اقتصادی یاری رساند. حال اگر به جای تاجر با حسن نیت با تاجری روبه رو باشیم که با انجام اعمال متقلبانه و فریب بستانکاران، موجبات خدشه‌دار شدن اعتماد در جامعه و سست شدن اعتبار معاملات تجاری را فراهم آورده است، دیگر جایی برای تساهل و تسامح باقی نمی‌ماند. چه بسا کوچک‌ترین ملامتی با این افراد آثار مخرب جبران‌ناپذیری در عرصه اقتصادی باقی گذارد. لذا صدور حکم ورشکستگی به تقلب، مانعی بزرگ و غیرقابل عبور در راه انعقاد قرارداد ارفاقی است، به‌گونه‌ای که حسب تقاضای اشخاص ذی‌نفع، طرح بازسازی قابل ابطال است (Bookbinder, 2001: 371-372).

ماده‌ی ۴۹۰ (ق.ت) نیز مشکوف شدن انجام اعمال متقلبانه را برای خلاف واقع جلوه دادن میزان قروض یا بدهی‌ها، از موجبات بطلان قرارداد ارفاقی پس از تصدیق آن، معرفی نموده است.

به‌نظر مفید می‌رسد که: «با اصلاح ماده‌ی ۴۹۲ (ق.ت) چنین تاجری به مجازات شروع به کلاهبرداری یا به تادیبه جزای نقدی نیز محکوم شود». (عرفانی، ۱۳۸۴: ۱۱۵)

اگر بر این عقیده باشیم که ماده‌ی ۴۹۲ (ق.ت) در مقام احصا موارد بطلان قرارداد ارفاقی برآمده است، (کاویانی، ۱۳۹۱: ۱۰۰؛ صقری، ۱۳۷۶: ۳۷۱) با این محدودیت روبه‌رو خواهیم بود که چنان‌چه پس از تصدیق قرارداد ارفاقی کشف شود یکی از شرایط انعقاد قرارداد ارفاقی نقض شده و در واقع، از ابتدا رعایت

نشده است، نمی توانیم به استناد به هیچ ماده قانونی، ابطال قرارداد ارفاقی را از محکمه تقاضا نماییم، زیرا با منحصر شدن موارد ابطال قرارداد، راهی برای این که موارد اساسی خارج از موارد معینه، مستند دعوی ابطال قرار گیرند، باقی نمی ماند. به نظر می رسد ماده ی ۴۹۲ (ق.ت)، در مقام انحصار موارد بطلان قرارداد ارفاقی نیست، بلکه در این ماده تنها مواردی که پس از تصدیق قرارداد ارفاقی، باعث بطلان قرارداد می شوند، بیان شده اند، لذا اثبات این مساله که شرایط انعقاد قرارداد محقق نشده است، موجب عدم تشکیل قرارداد ارفاقی است. حال، چنان چه کشف عدم رعایت شروط، قبل از انعقاد قرارداد ارفاقی صورت پذیرد، از موانع تصدیق و چنان چه پس از تصدیق دادگاه کشف شود، از موارد بطلان قرارداد ارفاقی خواهد بود.

راهنمای قانون گذاری آنسیترال رویکرد نظام های حقوقی (مانند حقوق ایران) که طرح بازسازی بر طبق آن قوانین نیاز به تایید دادگاه دارد را ملزم نموده که قبل از تایید طرح و قرارداد بازسازی شرایط کلی در مورد صحت و نحوه ی انعقاد قرارداد را با توجه به شروط و پیش فرض ها بسنجند، زیرا پس از تایید طرح به چالش کشیدن طرح در شرایط بسیار ویژه ای فقط امکان پذیر است از جمله آن شرایط که در حقوق ایران نیز به آن اشاره شده است محکومیت ورشکسته به تقلب البته با کشف و اثبات این امر در مدت زمان محدود پس از انعقاد قرارداد است، که در این صورت علاوه بر امکان فسخ یا بطلان قرارداد ارفاقی، نهاد تصفیه جایگزین قرارداد بازسازی و متعاقبا وضعیت توقف و منع مداخله ی وی بر اموالش احیا می گردد (Legislative, 2005: 229-230).

لازم به ذکر است، همان گونه که از وجه تسمیه و نگرش اصلی راهنمای قانون گذاری آنسیترال برمی آید، راهنمای آنسیترال هیچ گاه موارد بطلان یا فسخ و یا هر مورد دیگری را که در متن خود منعکس نموده است، احصا و محدود نکرده است بلکه مواردی را به عنوان نمونه بیان می دارد و تشخیص این که آن موارد مذکور کافی است و یا باید موارد دیگری به آن ها اضافه شود را به سلیقه ی قانون گذاری که قصد اقتباس از راهنمای آنسیترال را دارد، منوط کرده است.

گفتار سوم- آثار فسخ و بطلان مذاکرات بازسازی

از میان آثار فسخ و بطلان قرارداد بازسازی، برخی تنها به موارد بطلان اختصاص دارند و بعضی دیگر بین فسخ و بطلان، مشترک هستند. در این گفتار، هر یک از آثار مشترک و متمایز فسخ و بطلان قرارداد بازسازی را به طور مجزا بیان می‌نماییم.

بند اول- اثر اختصاصی بطلان قرارداد بازسازی

تنها تفاوت موجود در آثار فسخ و ابطال قرارداد ارفاقی، که وجه تمایز آثار آن دو به شمار می‌آید، موضوع ضمانت است. بدین ترتیب که در صورت ابطال قرارداد ارفاقی، ضمانت ضامنین خود به خود ملغی می‌شود (موضوع ماده‌ی ۴۹۳ (ق.ت.))، زیرا نخست، ضامن، تقلب و حلیه تاجر را ضمانت نکرده است؛ دوم، از آنجا که بطلان، کاشف از بی اعتباری عمل حقوقی از تاریخ وقوع آن است، لذا مانند آن است که اساساً قرارداد ارفاقی منعقد نشده است. بنابراین اگر ضمانتی از تاجر برای پرداخت طلب شده باشد، ضمانت از همان تاریخ تصدیق قرارداد ارفاقی خود به خود ملغی می‌شود. حال آن‌که چنانچه قرارداد به جهاتی فسخ شود، اگر ضامنین اجرای تمام یا قسمتی از قرارداد را ضمانت کرده باشند به موجب ماده‌ی ۴۹۵ (ق.ت.)، اگر شرایط مطالبه از ضامن فراهم باشد طلبکارها می‌توانند از ضامنین اجرای قسمتی را که ضمانت کرده‌اند بخواهند و قرارداد را نسبت به مابقی فسخ نمایند. البته این در صورتی است که برای اجرای قسمت ضمانت شده، حضور و مشارکت شخص ورشکسته ضروری نباشد. زیرا چنانچه موضوع تعهد، قایم به شخصیت متعهد باشد و تنها ایفای تعهد از جانب خود شخص، مورد توافق قرار گرفته باشد، نمی‌توان متعهدله را مجبور نمود تا ایفای تعهد از جانب دیگری (ضامن) را مورد قبول قرار دهد. مگر این‌که ایفای تعهد از جانب دیگری (مثلاً ضامن) را مورد پذیرش قرار دهد.

بند دوم- آثار مشترک فسخ و بطلان قرارداد بازسازی

۱- تعیین مجدد یک عضو ناظر و مدیر تصفیه توسط دادگاه (موضوع ماده‌ی ۴۹۷ (ق.ت)).

مطابق مواد ۴۹۷ و ۴۹۸ (ق.ت)، پس از صدور حکم فسخ یا ابطال قرارداد ارفاقی، با تعیین مجدد یک عضو ناظر و یک مدیر تصفیه توسط محکمه، امر تصفیه که به دلیل اخذ تصمیم طلبکاران مبنی بر انعقاد قرارداد ارفاقی، متوقف گشته بود، ادامه می‌یابد. لازم به ذکر است که ضرورتی ندارد مدیران تصفیه جدید، همان مدیران ناظر و تصفیه قبلی باشند.

۲- بازگشت طلبکاران به حقوق اولیه (موضوع ماده‌ی ۴۹۹ (ق.ت)).

پس از تعیین مجدد مدیر تصفیه، وی با مراجعه به اسنادی که ظرف یک ماه از تاریخ اعلان در روزنامه، از طلبکاران جدید (طلبکاران پس از قرارداد ارفاقی) جمع آوری شده است، به مطالبات آنها رسیدگی می‌نماید. نسبت به مطالباتی که قبل از انعقاد قرارداد ارفاقی تصدیق شده بود رسیدگی جدیدی به عمل نمی‌آید. بنابراین مطالبات اصلی طلبکاران قبل از قرارداد ارفاقی به همان صورتی که بود (قبل از تخفیف و اعطای مهلت به ورشکسته) مبنای محاسبه قرار می‌گیرند. بدین معنی که طلبکاران امضا کننده قرار ارفاقی، حقوق سابق خود را باز می‌یابند و ارفاق‌ها و ابراهایی که با توافق جمعی برای ورشکسته در نظر گرفته بودند، کان لم یکن تلقی می‌شود.

البته باید توجه داشت مطابق ماده‌ی ۵۰۲ (ق.ت)، پرداخت‌های انجام شده به آنان معتبر و ماخوذی آنها از وجهی که بابت طلبشان باید به نسبت غرما، وصول نمایند کسر خواهد شد.

راهنمای قانون‌گذاری آنسترال در خصوص فسخ و ابطال قرارداد بازسازی دو رویکرد را مطرح نموده، مورد اول را شامل نظام‌های حقوقی می‌داند که اگر اجرای قرارداد بازسازی در آنها با شکست روبه رو گردد قواعد تصفیه به سرعت با حکم دادگاه جایگزین خواهند شد، و مورد دوم شامل نظام‌های حقوقی است که در

صورت بروز تخلف یا مشکل اجرایی در اجرای قرارداد بازسازی توسط ورشکسته بستانکاران بدون نیاز به حکم دادگاه می‌تواند به صورت یک طرفه قرارداد را فسخ نمایند و بدون ضمانت اجرای خاص از ادامه‌ی روند قرارداد بازسازی سرپیچی و موجبات نقض را فراهم آورند. در این صورت تمامی مطالبات و دیون بستانکاران در جریان تصفیه امور ورشکسته (مثل حقوق ایران) به آن‌ها بازگردانده می‌شود و هر یک با توجه به میزان بدهی سهم خود را دریافت می‌دارند. با این تفاسیر قانون‌گذار ایران روش قوانین کشورهای گروه اول در فسخ یا بطلان قرارداد ارفاقی را برگزیده است (Legislative, 2005: 231-232).

۳- الحاق طلبکاران جدید به جمع غرمای پیش از قرارداد ارفاقی (موضوع ماده‌ی ۵۰۱ (ق.ت)).

مطابق ماده‌ی ۵۰۱ (ق.ت)، طلبکارانی جدید (پس از قرارداد ارفاقی) هم به جمع غرما اضافه می‌شوند و از دارایی‌های باقی‌مانده‌ی تاجر حصه می‌برند؛ بنابراین طلبکاران قبل و بعد از انعقاد قرارداد ارفاقی هیچ امتیازی نسبت به یکدیگر ندارند. البته به نظر می‌رسد این قاعده شامل طلبکاران دارای رهنه نمی‌شود، یعنی طلبکاران وثیقه‌داری که قرارداد را امضا نموده‌اند و چه طلبکاران با وثیقه‌ی بعدی، قبل از دیگر طلبکاران از حاصل فروش مورد رهن برخوردار می‌شوند.

۴- بطلان معاملات زیانبار تاجر ورشکسته (موضوع ماده‌ی ۵۰۰ (ق.ت)).

ماده‌ی ۵۰۰ (ق.ت)، یکی از آثار مشترک فسخ و بطلان قرارداد ارفاقی را بطلان معاملاتی دانسته است که تاجر در فاصله بین تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم فسخ یا بطلان آن، به قصد اضرار به طلبکاران منعقد نموده و آن معاملات باعث ورود ضرر به بستانکاران شده‌اند. در مورد وضعیت حقوقی در نظر گرفته شده باید خاطر نشان کرد، از آن‌جا که مقنن برای ابطال این معاملات، تنها سوء قصد تاجر را کافی ندانسته و اثبات ورود ضرر به بستانکاران را هم شرط بطلان در نظر گرفته است، می‌توان این گونه استنباط نمود که مبنای بطلان این معاملات نیز مانند معاملات موضوع ماده‌ی ۴۲۳ (ق.ت)، جلوگیری از ورود ضرر به بستانکاران است. بنابراین بهتر بود که حق ابطال برای بستانکاران در نظر گرفته می‌شد و معاملات،

بسته به نظر و تصمیم صاحبان حق (غرما)، قابل ابطال می‌بود. زیرا از مفهوم بطلان چنین برمی‌آید که به محض ورود ضرر، معامله حتی بدون رضایت بستانکاران نیز، باطل است، به نظر استدلالی که بطلان قرارداد ارفاقی را نسبی (گرایش به قابلیت ابطال) تشخیص داده است، (قایم مقام فراهانی، ۱۳۸۵: ۱۱۶) با قواعد روز حقوق تجارت و همچنین مطابق موارد متعدد عنوان شده در راهنما سازگاری بیشتری دارد. چه بسا همواره در جای جای راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال بر خلاف نگرش حقوق تجارت ایران که نظریه‌ی بطلان مطلق را مطرح کرده است (خصوصاً بعد از توقف تاجر)، راهنما همواره قایل به نظریه‌ی بطلان نسبی است، به‌طور مثال در مبحث معاملات در معرض ابطال، موارد متعددی را ذکر نموده که از آن موارد نظریه‌ی بطلان نسبی استنتاج می‌شود (Legislative, 2005: 141-146).

نتیجه‌گیری

منشا اصلی اختلاف آرا حقوقدانان، همانا قواعد کهنه و قدیمی قانون تجارت ایران است، زیرا بسیاری از مفاهیم اساسی در این قانون مسکوت یا به صورت مبهم نقل شده‌اند. حقوق ایران به نظر گرایش شدیدی به سمت حمایت از بستانکاران دارد. همین گرایش تقریباً در همه‌ی تالیفات حقوق تجارت، اعم از کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها (به غیر از معدود تالیفات) قابل مشاهده است. این روش اگرچه در جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی تجار با سوءنیت بسیار موثر است، ولی عواقب سختگیرانه‌ی آن دامنگیر تجار با حسن نیتی که در اثر حوادث خارج از اراده دچار ورشکستگی می‌شوند نیز می‌شود. می‌توان با تعدیل نمودن قواعد ورشکستگی علاوه بر الحاق به روش برگزیده‌ی جهان امروز، به هر دو طرف درگیر نیز کمک نمود تا با سرعت بیشتری از بحران خارج شوند. از مهم‌ترین این موارد می‌توان به قرارداد بازسازی یا همان قرارداد ارفاقی مطروحه در قانون تجارت ایران اشاره کرد، قاعده‌ی قدیمی موجود در قانون تجارت بر لزوم رضایت اکثریت نسبی و سهمی بستانکاران اعم از بستانکاران عادی و دارای وثیقه

مبتنی است. راهنمای آنسیترا ل به طور ضمنی روشی را که بستانکاران دارای رهینه، با توجه به کفایت پرداخت بدهی ایشان از محل مال مورد رهن، از بستانکاران عادی مجزا کرده است را ترجیح می‌دهد و اصلاح روش قدیمی و بازبینی در نحوه‌ی انعقاد قرارداد بازسازی (ارفاقی) توصیه می‌کند.

با وجود این قانون تجارت ایران در حوزه‌ی ورشکستگی، به منظور همسو شدن با قوانین مترقی و به روز دنیای تجارت نیاز به اصلاح و بازبینی دارد، زیرا یک نظام ورشکستگی صحیح با فرض ثابت بودن سایر عوامل موثر در این زمینه، در نهایت باید موجب حصول یک نتیجه نهایی کارآمد گردد در حالی که اثر این خصیصه در قانون تجارت ما کمرنگ گشته و بهترین نمونه برای تحقق این هدف قوانین نمونه آنسیترا ل و ضمایم آن از جمله راهنمای حقوق ورشکستگی آنسیترا ل با توجه به گستردگی مطالب و ارایه‌ی پیشنهادهای کارشناسی شده با اقتباس از قوانین کشورهای پیشرو در زمینه‌ی حقوق تجارت می‌تواند باشد.

با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد، ورشکستگی را باید به روشی منظم، سریع و اثر بخش برای جلوگیری از رسوایی بی‌دلیل تاجر متوقف و نیز ممانعت از هر گونه وقفه و اختلال در فعالیت تجاری وی با به حداقل رساندن هزینه‌های دادرسی بررسی و حل کرد. بدین منظور باید دو شیوه‌ی دادرسی و تصفیه حساب و بازسازی را به خوبی و به نحو منصفانه مورد بررسی قرار داد تا در صورتی که ادامه‌ی فعالیت تجاری ورشکسته تجارتمندی غیرفعال و کارآمد باشد با انتخاب روش اول به بقای آن پایان داد و اگر بقای آن به ورشکسته، بستانکاران وی و اجتماع، کمک می‌نماید با اعطا مهلتی دوباره، به بدهکار فرصت داد تجارت نابسامان خود را سامان و نظمی دوباره بخشد و به بازسازی وضعیت آشفته‌ی خویش دست یازد هر چند که از مزیت فوق‌العاده‌ی قرارداد ارفاقی دوستانه که قبل از شروع جریان دادرسی ممکن است بین طرفین تنظیم شود نیز نباید غافل شد. حال نحوه‌ی برخورد قانون‌گذار و بستانکاران می‌تواند سرمنشا یک روند اصلاحی برای مدیریت صحیح بازسازی وضعیت ورشکسته باشد و این مدیریت صحیح منوط به قواعد و قانونی به روز و کارآمد در این زمینه است که وجودش نیازمند اصلاح

قواعد شکلی و ماهوی ورشکستگی از جمله قواعد مربوط به بازسازی یا همان قرارداد ارفاقی در قانون تجارت ما در جهت همسویی بیش تر و بهتر و اتمام روند پیچیده و حساس ورشکستگی است زیرا در بسیاری از موارد اشکالات شکلی باعث بر هم خوردن و عدم شکل گیری یک توافق به منظور اعطای فرصت به ورشکسته جهت بازسازی خویش است. با این حساب هر چقدر که روند قانون گذار به سمت تسهیل این امر باشد نفع همه‌ی افراد مرتبط و حتی جامعه تضمین می گردد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی: کتب و مقالات

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷). ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، نشر سمت.
۲. انوری پور، محسن (۱۳۴۵). ورشکستگی در حقوق ایران، (رساله‌ی دکتری) دانشگاه تهران.
۳. صادقی، محسن، (۱۳۸۳). توجیه حقوقی قرارداد ارفاقی و پیمان دسته جمعی کار با توجه به اصل نسبی بودن اثر قراردادها، فصل نامه‌ی دیدگاه‌های حقوقی، دوره‌ی ۹، شماره‌ی ۳۲-۳۳، تهران.
۴. صقری، محمد (۱۳۷۶). حقوق بازرگانی و ورشکستگی، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۵. عرفانی، محمود (۱۳۸۵). حقوق تجارت به زبان ساده، تهران، انتشارات میزان.
۶. عرفانی، محمود (۱۳۸۴). حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، تهران، نشر میزان.
۷. قایم مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۸۵). ورشکستگی و تصفیه، تهران، نشر میزان.

۸. قنواتی، جلیل؛ کهنمویی، اسماعیل، (۱۳۸۹). بررسی نهاد بازسازی در قانون ایالات متحده و مقایسه آن با قرارداد ارفاقی، مجله‌ی پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره‌ی ۱۴، شماره‌ی ۳۲-۳۳، تهران.
۹. کاویانی، کورش (۱۳۹۱). حقوق ورشکستگی، تهران، نشر میزان.
۱۰. هرت، الیور (۱۳۸۶). رویکردهای مختلف به ورشکستگی ترجمه‌ی دکتر کورش کاویانی و شاهین شامی‌ا قدم، فصل‌نامه‌ی دیدگاه‌های حقوقی، دوره‌ی ۱۱، شماره‌ی ۴۰-۴۱، تهران.

ب) منابع انگلیسی

English texts & Book

- 1- Legislative Guide on Insolvency Law, New York, 2005.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004_Guide.html
- 2- David L. Bookbinder, Basic Bankruptcy Law for Paralegal, 4th ed, Aspen Law and Business, 2001.
- 3- Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, Sidney Swindon, Introduction Bankruptcy Law, Thomson learning, 2005., 4th ed
- 4- Martin A. Frey, Waren Mc Connico, Phyllis Hurley Frey, An Introduction Bankruptcy Law, West Publishing Co, 1990.
- 5- Pamela K. Webster, Richard E. Boyer, David Lauren , Practical Bankruptcy Law for Paralegal, 3rd ed, 2004.

حقوق مالکیت‌های فکری سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی

علیرضا محمدزاده وادقانی*

شیوا حکیم شفایی**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۱/۱

چکیده

سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی یکی از وسیله‌های انتشار آثار پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری در سطح گسترده میان افراد جامعه می‌باشد. پیشرفت‌های اخیر در زمینه‌ی پخش برنامه و انتشار سیگنال در فضا و اختراع ماهواره، صرف‌نظر از امتیازهای موجود، پدیده‌ای به نام سرقت سیگنال را به وجود آورده که باعث نقض حقوق این سازمان‌ها شده است.

حمایت از سازمان‌های پخش نسبت به برنامه‌هایی که پخش می‌کنند در قوانین داخلی کشورها در قالب حقوق مولف، حقوق مرتبط، رقابت غیرمنصفانه و ... صورت می‌گیرد. از جمله معاهده‌هایی که در حمایت از سازمان‌های پخش منعقد گردیده می‌توان به معاهده‌ی رم (۱۹۶۱) و معاهده‌ی ماهواره‌ها (۱۹۷۴) اشاره کرد که مطابق آن‌ها حقوقی از جمله حق پخش مجدد، تثبیت، تکثیر و اطلاع‌رسانی به عموم برای سازمان‌ها به رسمیت شناخته شد.

توسعه‌ی فناوری در سال‌های اخیر و همچنین عدم شمول معاهده رم به پخش کابلی باعث شده تا حمایتی کامل و مناسب از سازمان‌های پخش صورت نپذیرد و بخش مهمی از فعالیت‌های این سازمان‌ها بدون حمایت باقی بماند. از این‌رو از سال ۱۹۹۸ سازمان جهانی مالکیت فکری تهیه معاهده‌ی جدیدی را در دستور جلسه خود قرار داد که نتیجه‌ی آن تنظیم پیش‌نویسی درباره‌ی حقوق سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی است. این پیش‌نویس تاکنون به دلیل اختلاف نظر و عدم توافق میان کشورهای پیشرفته و کشورهای در حال توسعه به نتیجه‌ی نهایی نرسیده و جلسات کمیته‌ی تخصصی حقوق مولف و مرتبط در این خصوص ادامه دارد. مقاله‌ی حاضر وضعیت حقوقی سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی را در سطح بین‌المللی و حقوق داخلی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهد.

واژه‌های کلیدی: سازمان پخش رادیویی و تلویزیونی، پخش، معاهده رم، معاهده ماهواره‌ها، پیش‌نویس سازمان جهانی مالکیت فکری در حمایت از سازمان‌های پخش.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران mohamadz@ut.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری از دانشگاه تهران sh.hakim2007@gmail.com

مقدمه

در بسیاری از کشورهای جهان هم‌زمان و در پی وضع حقوق مولف در حمایت از مولفان، به تدریج یک‌سری اشخاص و اصناف از جمله هنرمندان مجری، تولیدکنندگان فنوگرام و ویدیوگرام، برگزارکنندگان مسابقات ورزشی، تهیه‌کنندگان پایگاه داده‌ها و سازمان‌های پخش رادیویی نیز مدعی حمایت از آورده‌های خود می‌شوند. در این وادی، نظام‌های حقوقی با اشخاص گوناگون و با خواسته‌های بعضاً متعارض مواجه می‌شوند که تامین منافع همگی با توسل به راهکار تازه شکل گرفته، یعنی حقوق مولف دارای هم‌خوانی و مناسبت نیست. هر چند بیش‌تر این اشخاص در برخی نظام‌های حقوقی در برخورداری از کپی رایت با اشکال عمده مواجه نیستند. در این میان سازمان‌های پخش رادیویی، از یک سو طرفدار استفاده آزاد از اجرای هنرمندان- مجری و تولیدات تولیدکنندگان فنوگرام و ویدیوگرام‌اند و از سوی دیگر خواستار حمایت در برابر پخش غیرمجاز برنامه‌های خود توسط اشخاص دیگراند. سرانجام در سطح بین‌الملل معاهده‌ی رم مصوب ۱۹۶۱ در راستای حمایت از هنرمندان- مجری، تولیدکنندگان فنوگرام و سازمان‌های پخش با عنوان حقوق مجاور (حقوق مرتبط) متولد گردید. کشورها نیز با توجه به نوع نظام حقوقی حاکم و میزان حساسیت عمومی نسبت به خواسته این اشخاص واکنش و موضع‌گیری کرده‌اند. برخی کشورها با وضع قانون خاص و اقتباس از معاهده‌ی رم سازمان‌های پخش رادیویی را مشمول حقوق مجاور قرار داده، برخی دیگر آن‌را مشمول کپی رایت و دسته دیگر موضوع را به سکوت برگزار کرده‌اند. به‌منظور تعیین جایگاه و وضعیت حقوقی این نهاد در حقوق موضوعه، در ابتدا به تعریف و توصیف آن می‌پردازیم (بخش اول) سپس از انواع حقوق مقرر سخن می‌رود (بخش دوم).

بخش اول: توصیف حقوق**بند اول: سیر تاریخی**

سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی یکی از دارندگان حقوق مرتبط می‌باشند که در معاهده‌ی رم از آن‌ها نام برده شده است. صرف‌نظر از نقش موثر اجتماعی و فرهنگی سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی مساله حقوق آن‌ها در مالکیت ادبی و هنری از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. از دهه‌ی اول قرن بیستم، پخش به‌صورت رادیویی و تلویزیونی ایجاد شد و پخش تلویزیونی بین سال‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ به‌طور گسترده‌ای در میان مردم توسعه یافت (WIPO, SCCR/7/8, 2002, p.3). عملکرد سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی ارسال سیگنال‌هایی است که حاوی تصاویر یا صداها یا هر دو بوده و توسط عموم مردم در منطقه‌ی وسیعی قابل دریافت می‌باشد.

در نخستین سال‌های تاسیس سازمان‌های پخش بین سال‌های ۱۹۳۰ و ۱۹۴۰ مساله‌ی حفظ حقوق آن‌ها از طریق حمایت‌های حق مولف اهمیت چندانی برای آن‌ها نداشت. زیرا آن‌ها در ابتدا به‌عنوان استفاده‌کنندگان از آثار ادبی و هنری مطرح بودند. در سال ۱۹۲۸ در اصلاحات معاهده‌ی برن (اصلاحات رم) حق اعطای اجازه‌ی پخش رادیویی و تلویزیونی به حقوق مولفان اضافه شد و پس از آن در سال ۱۹۴۸ در معاهده‌ی اصلاح معاهده‌ی برن در بروکسل سازمان‌های پخش رادیویی به‌عنوان بزرگ‌ترین استفاده‌کنندگان آثار مولفان در دریافت اجازه‌ی استفاده مطرح شدند. (Stewart Stephen. M, 1989, p.213)

بین سال‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ سازمان‌های پخش به تدریج درباره‌ی منافع خود در رابطه با پخش‌هایی که انجام می‌دادند احساس نگرانی کردند. نخستین نگرانی آن‌ها در مورد اقدامات ایستگاه‌های رادیویی مخفی واقع در آب‌های بین‌المللی بود که بدون پرداخت هزینه‌ای یا دریافت مجوزی، اخبار و موسیقی‌های رایج را پخش می‌کردند. سازمان‌های پخش اقدامات این ایستگاه‌های مخفی را رقابت غیرمنصفانه تلقی می‌کردند. در نتیجه معاهده‌ای میان کشورهای اروپایی به‌منظور جلوگیری از

اقدامات این گونه ایستگاه‌ها در استراسبورگ در سال ۱۹۶۵ منعقد گردید و مانع فعالیت بسیاری از آنها شد.

مشکل دیگری که برای فعالیت سازمان‌های پخش خطر ساز شد، فعالیت مکان‌های عمومی نظیر هتل‌ها و رستوران‌ها بود که با دریافت مبلغی به‌عنوان ورودی از مشتریان خود اجازه‌ی تماشای برنامه‌های تلویزیونی را می‌دادند. از آنجا که تا سال ۱۹۶۰ تعداد کمی از مردم در منازل، تلویزیون داشتند، این اقدام مکان‌های عمومی برای سازمان‌های پخش یک تهدید محسوب می‌شد. ولی از سال ۱۹۶۰ به بعد که تلویزیون وارد بیش‌تر خانه‌های مردم شد، تقاضا برای تماشای برنامه‌ها در مکان‌های عمومی کاهش قابل توجهی یافت. این مشکل با انعقاد «معاهده اروپایی حمایت از پخش برنامه‌های تلویزیونی» در سال ۱۹۶۰ تا حدودی برطرف شد (Stewart Stephen. M, 1989, p.214)

تهدید دیگر برای فعالیت سازمان‌های پخش با اختراع ماهواره‌های مخابراتی و پرتاب آنها به فضا آغاز شد. برخی از سازمان‌های پخش برنامه‌های سازمان‌های پخش دیگر را که از طریق سیگنال‌های حامل برنامه به ماهواره منتقل می‌شد، دریافت کرده و بدون این‌که از سازمان پخش مبداء، مجوزی گرفته یا قراردادی داشته باشند و مبلغی را پرداخت نمایند، اقدام به پخش آنها می‌کردند (Stewart Stephen. M, 1989, p.214). انعقاد معاهده‌ی ماهواره‌ها درباره پخش سیگنال‌های حامل برنامه ارسالی از طریق ماهواره در سال ۱۹۷۴، راهکاری در مبارزه با این تهدید بود که تا حدودی نیز کارساز واقع شد.

نگرانی دیگر سازمان‌های پخش که در سال ۱۹۶۱ در کنفرانس دیپلماتیک برای انعقاد معاهده رم نیز مطرح شد، اقدامات شبکه‌های کابلی بود که برنامه‌های سازمان‌های پخش را از طریق کابل به منازل مردم انتقال داده و حقوق آنها را نسبت به برنامه‌هایشان نقض می‌کردند. اعتراض سازمان‌های پخش در جلسه‌ی مذکور نتیجه‌ای در بر نداشت. زیرا تقریباً تمام کشورهای حاضر فاقد قانونی بودند که حقوق سازمان‌های پخش را در این باره بپذیرد (Stewart Stephen. M, 1989, p.214).

تا سال ۱۹۴۸ بحث زیادی در خصوص حقوق مرتبط مطرح شد ولی به دلیل مخالفت مولفان، تنظیم یک سند بین‌المللی در حمایت از تولیدکنندگان حامل‌های صوتی، اجراکنندگان آثار و سازمان‌های پخش، در قوانین حق مولف صورت پذیرفت زیرا با مخالفت کشورهای دارای نظام شخص محور روبه‌رو بود. تاکید کشورهای دارای نظام شخص محور، بر شخصیت مولف و اصالت اثر مبتنی است و شرط حمایت را اصالت اثر و خلاقیت پدیدآورنده می‌دانند. در حالی که کشورهای دارای نظام جامعه محور که عمدتاً شامل کشورهای موسوم به کامن‌لا می‌باشد، تلقی خاص خود از اصالت را شرط حمایت قرار داده و فعالیت تولیدکنندگان حامل‌های صوتی و سازمان‌های پخش رادیویی نیز اثر تلقی شده و این دسته را نیز مورد حمایت کپی‌رایت قرار می‌دهند.

سپس با بررسی‌های کارشناسان و سازمان‌های مختلف از جمله سازمان آموزش علمی و فرهنگی ملل متحد (یونسکو) و سازمان بین‌المللی کار پیش‌نویسی تهیه شد و حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی، تولیدکنندگان حامل صوتی و هنرمندان مجری در قالب حقوق مرتبط قرار گرفت (کمپر، ۱۳۸۳، صص ۹۹ و ۱۰۰). این پیش‌نویس در سال ۱۹۶۱ در شهر رم با عنوان «معاهده‌ی حمایت از هنرمندان مجری، تولیدکنندگان حامل صوتی و سازمان‌های پخش رادیویی» موسوم به معاهده‌ی رم به تصویب رسید.^۱

بند دوم: مبانی حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی در جهان

حمایت از سازمان‌های پخش در جهان به دو روش متفاوت اعمال می‌شود: برخی کشورها حمایت از سازمان‌های پخش را در قالب حق مولف قرار داده و سایر کشورها قالب حقوق مرتبط را برای حمایت از آن‌ها برگزیده‌اند. کشورهایی از قبیل استرالیا، کوبا، ایرلند، نیجریه، سنگاپور، آفریقای جنوبی و انگلستان پخش برنامه را در کنار آثار مشمول حق مولف مورد حمایت قرار داده‌اند. از طرف دیگر آرژانتین، برزیل، کامرون، شیلی، چین، کلمبیا، فنلاند، فرانسه، هند، ایتالیا، ژاپن،

مکزیک، روسیه، اسپانیا و ترکیه از جمله کشورهایی می‌باشند که سازمان‌های پخش را در قالب حقوق مرتبط حمایت می‌کنند.

تفاوت کشورها در نوع حمایت از سازمان‌های پخش به تفاوت در رویکرد کشورها در اصول و مبانی حمایت از مولف برمی‌گردد. تفاوت میان نظام کامن‌لا با نظام رومی-ژرمنی در نحوه‌ی حمایت از مولف، در اتخاذ رویه‌های مختلف حمایت از سازمان‌های پخش تاثیر بسیاری گذاشته است. به همین سبب در ادامه ابتدا به توضیح مبانی حمایت از مولف می‌پردازیم و سپس تاثیر آن را در چهارچوب حمایت از حقوق سازمان‌های پخش بررسی خواهیم نمود.

اول: مبانی حمایت از مولف

مبانی نظری حمایت از مولف را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم کرد:
الف- مبانی نخست جنبه اقتصادی را در نظر گرفته و بیش‌تر ابزارگرایانه است و اعطای حقوق مولف را وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف اجتماعی مطلوب و مورد نظر می‌داند.

ب- مبانی دوم بدور از دغدغه‌ها و مصالح اقتصادی بوده و ابتدا برحق ویژه‌ی پدیدآورنده‌ی اثر تاکید کرده و جنبه‌ی حقوق شخصیتی آن را در نظر می‌گیرد و منافع و اهداف اجتماعی و اقتصادی را در درجه‌ی دوم اهمیت قرار می‌دهد. مبانی یاد شده منجر به اتخاذ رویکردهای متفاوت در کشورها شده است. نخستین مبنا جنبه‌ی اقتصادی و منافع اجتماعی و فرهنگی جامعه را در نظر گرفته و به تبع منفعت جامعه لزوم اعطا حقوق به پدیدآورنده را توجیه می‌کند که آن هم به دلیل ترغیب و تشویق فعالیت‌های خلاق در جامعه است. در این مبنا به اثر به‌عنوان ارزشی اقتصادی نگریسته می‌شود و حق مولف ابزاری برای تسهیل انتشار اطلاعات و آگاهی عمومی است. این نظریه، نظریه‌ی مشوق نام‌گذاری شده و جامعه-محور می‌باشد. این نظریه اساساً توسط کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا مانند انگلستان و ایالات متحده آمریکا اتخاذ شد و به همین دلیل به روش کامن‌لایی نیز موسوم است. توجه به توسعه و ترویج خلاقیت در جامعه در قانون اساسی آمریکا

(ماده‌ی ۱ بخش ۸) بیان شده است. این ماده حقوق مولفان نسبت به آثارشان را با هدف توسعه و پیشرفت علوم انسانی، علوم و هنرهای مفید مورد شناسایی قرار می‌دهد. ازین‌رو نظام حق مولف در کشورهای کامن‌لا در ابتدا به تشویق تولید آثار جدید توجه دارد. این مساله در قانون حق مولف این کشورها با تاکید بر حقوق مادی از جمله حق تکثیر اثر انعکاس یافته است (Bently&Sherman,2001,p.28). ولی حقوق معنوی در این کشورها به آن میزان مورد توجه نیست و حتی ایالات متحده با شرط استثنای خود از حکم ماده‌ی ۶ مکرر (راجع به شناسایی حقوق معنوی در دولت‌های عضو اتحادیه) به معاهده برن ملحق شد (محمدی، ۱۳۸۶، ص ۴۳). اما نباید تصور کرد که حقوق معنوی در کشورهای کامن‌لا از حمایت برخوردار نیست بلکه باید گفت که تفاوت در میزان و نحوه‌ی حمایت می‌باشد. در کامن‌لا میزان حمایت از حقوق معنوی نسبت به کشورهای رومی-ژرمنی کم‌تر بوده و در خارج از قوانین حق مولف صورت می‌گیرد. به‌عنوان مثال از طریق حقوق قرارداد، قوانین ضدرقابت غیرمنصفانه و قوانین حمایت از حریم خصوصی شکل گرفته است (لایقی، ۱۳۸۱، ص ۸). به‌طور خلاصه باید گفت که در نظام کامن‌لا دیدگاه اقتصادی حاکم مانع از توجه به شخصیت مولف و ارتباط معنوی میان ایجاد اثر و خلاقیت مولف شده است. در نتیجه شخص حقوقی نیز همانند شخص حقیقی شایستگی برخورداری از حمایت در قالب کپی رایت را دارد.

مبنای دوم، نظریه‌ی حقوق طبیعی نامیده شده و شخص محور می‌باشد. این نظریه که در غالب نوشته‌های قدیمی فلاسفه‌ی یونانی دیده می‌شود، توسط جان لاک فیلسوف معروف با تاکید بر حق مالکیت گسترش یافت. آنچه جان‌لاک در خصوص حقوق طبیعی و حق مالکیت برکار گفته است در یک جمله خلاصه می‌شود: «کار هر شخص متعلق به خود اوست» (Drahos,2005,p.42). لاک با این مقدمه که مردم حق طبیعی مالکیت را بر جسم خود دارند چنین ادامه می‌دهد که افراد هم‌چنین حق مالکیت بر کار ناشی از فعالیت جسمی و نتایج کار خود را دارا می‌باشند (Davies,2002,p.14). بنابراین پدید آورنده‌ی اثر حق طبیعی

انحصاری مالکیت بر نتایج کار خود و حق کنترل تکثیر آن را دارد. اثر، بیان شخصیت مولف می‌باشد. در نظریه‌ی حقوق طبیعی، محور حمایت شخص مولف است و غالباً در کشورهای دارای نظام رومی - ژرمنی هم‌چون فرانسه، آلمان و اروپای قاره‌ای اعمال می‌شود و به همین دلیل آن را روش رومی - ژرمنی نیز می‌نامند. هدف اصلی، حمایت از آثار در مقابل استفاده‌ای است که به منافع معنوی و شخصیتی مولف لطمه وارد می‌کند. در نتیجه حقوق معنوی مولف جایگاه محکمی در این نظام دارد (Bently & Sherman, 2001, p.28). اصالت نشان شخصیت مولف است. بنابراین شخص حقوقی قادر نیست اثری را خلق و رابطه‌ی اصیل و شخصی با آن بیابد و سرمایه‌گذاری و مدیریت منابع مالی و فنی نیز نمی‌تواند سبب ایجاد رابطه‌ی معنوی با اثر گردد. ازین رو در نظام شخص‌محور مولف فقط می‌تواند شخص حقیقی باشد (منظور خالق اولیه اثر است و نه منتقل‌الیه).

این نگرش در ساختار حقوق مرتبط هم اثر گذاشته است به طوری که کشورهای رومی - ژرمنی حقوق مرتبط را خارج از قوانین حق مولف مورد حمایت قرار داده و برای آن ساختار و نظام جداگانه‌ای تعریف می‌کنند. به‌عنوان مثال رویه‌ی قضایی آلمان از سال ۱۹۲۰ میان ایجاد (خلق اثر) و اجرا تفاوت گذاشت و بر همین اساس میان حق پدیدآورنده و حقوق مرتبط قایل به تفاوت شد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۳۱۶).

بند سوم: چارچوب‌های حمایت از حقوق سازمان‌های پخش

دو مبنای متفاوت ذکر شده، منجر به اتخاذ چارچوب‌های مختلف حمایت از حقوق مرتبط با حق مولف و از جمله حقوق سازمان‌های پخش در کشورهای مختلف شده است. حقوق سازمان‌های پخش در رویکرد کامن‌لا با مشکلی مواجه نشده است. کشورهای دارای رویکرد کامن‌لا مانند انگلستان، کپی رایت را در سازمان‌های پخش نیز به رسمیت شناخته و آن‌ها را در قالب کپی رایت مورد حمایت قرار می‌دهند. چراکه فعالیت این سازمان‌ها در جهت ترویج هنر، فرهنگ و اطلاعات در جامعه و معرفی آثار متنوع ادبی، هنری و علمی بوده و از نظر اقتصادی

نیز فعالیتی ارزشمند برای هر جامعه می‌باشد. از طرف دیگر کشورهای نظام رومی-ژرمنی حق مولف را فقط برای پدیدآورنده می‌شناسد. زیرا آنچه در این رویکرد اهمیت دارد پدیدآورنده و شخصیت اوست که با استفاده از توان فکری و قوه خلاقیت خود اثری اصیل را به جامعه عرضه می‌نماید. در حالی که سازمان پخش، عرضه‌کننده آثار پدیدآورندگان می‌باشد و در حقیقت فعالیتی را انجام می‌دهد که نمی‌تواند به عنوان یک عمل خلاقانه و اصیل نظیر فعالیت پدیدآورنده اثر نگریسته شود. فقدان عنصر اصالت در فعالیت سازمان‌های پخش آن‌ها را از حمایت حق مولف خارج می‌سازد.

با وجود اختلاف در نوع حمایتی که در رویکرد کامن‌لا و رومی-ژرمنی در حمایت از حقوق سازمان‌های پخش اتخاذ گردیده است، نقطه اشتراک هر دو در هدف حمایت، این دو نظام را به هم نزدیک کرده است. هردوی آن‌ها با استدلال جامعه محورانه و به دلیل نفعی که سازمان‌های پخش در انتشار و عرضه اطلاعات و آثار به جامعه می‌رسانند آن‌ها را مورد حمایت قرار داده‌اند.

بند چهارم: مفاهیم

فناوری پخش در ابتدا به وسیله‌ی مقررات ارتباطات از راه دور قاعده‌مند شد و به تدریج تحت کنترل مقررات مالکیت فکری درآمد. مقررات ارتباطات از راه دور در زمینه‌ی پخش برنامه، بخشی از حقوق عمومی است که نحوه‌ی عمل سازمان‌های پخش را در رابطه با دسترسی عمومی تنظیم می‌کند ولی مقررات مربوط به حقوق سازمان‌های پخش جزئی از حقوق خصوصی است که در قلمرو حقوق مالکیت فکری قرار می‌گیرد. در ذیل تعاریف و مفاهیم را در هر دو این مقررات مورد بررسی قرار می‌دهیم.

اول: سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی

الف) تعریف مطابق مقررات مخابراتی

نخستین تعریف، تعریفی است که در مقررات اتحادیه‌ی بین‌المللی مخابرات (ITU)^۲ آمده است. در ماده‌ی ۱ مقررات رادیویی این اتحادیه، سازمان پخش

رادیویی و تلویزیونی یا ایستگاه پخش رادیویی و تلویزیونی به «ایستگاهی برای عملیات پخش» تعریف شده است و ایستگاه نیز این گونه معرفی شده است: «یک یا چند فرستنده یا گیرنده یا ترکیبی از فرستنده‌ها و گیرنده‌هایی که به منظور انجام عملیات پخش رادیویی، دارای تجهیزات لازم در یک مکان است.» در این تعریف، سازمان‌های پخش ایستگاه‌هایی هستند که امواج رادیویی را به منظور استفاده‌ی سایر سازمان‌های پخش منتشر می‌کنند. باید توجه داشت که به‌ویژه در مورد پخش ماهواره‌ای یا کابلی، گاهی سازمانی که برنامه‌هایی را خریداری یا تولید کرده و برای پخش آن به عموم تصمیم می‌گیرد با سازمانی که سیگنال‌های حاوی برنامه را پخش می‌کند متفاوت است. در تعریف مندرج در مقررات رادیویی مقصود، سازمان پخش دوم است (Ogawa, 2006, p.26). در این معنا سازمان پخش تنها مدیریت و سازماندهی انتقال امواج را عهده‌دار است و مسوول پخش آن‌ها به عموم نمی‌باشد. لازم به ذکر است که در مقاله‌ی حاضر این نوع سازمان‌ها مورد نظر نمی‌باشد.

تعریف دیگری در بند ۳ ماده‌ی ۱ مقررات اساسنامه‌ی اتحادیه‌ی رادیویی و تلویزیونی آسیا و اقیانوسیه^۳ (ABU) مقرر می‌کند: «سازمان پخش مذکور در این قانون به معنای سازمانی است که تحت اجازه‌ی دولت یا اجازه‌ی نهاد دولتی صالح در کشور یا منطقه مورد نظر یا نهاد ملی سازمان‌های پخش عملیات پخش را انجام می‌دهد.» طبق این تعریف مقصود از سازمان‌های پخش، سازمان‌هایی هستند که صرف نظر از نوع ابزار ارسال سیگنال به پخش برنامه از طریق تلویزیون یا رادیو برای عموم می‌پردازند. با توجه به این مطلب پخش با وسایل بی‌سیم و با سیم (کابل) شامل این تعریف می‌گردد.

ب) تعریف مطابق مقررات مالکیت فکری

در قوانین مالکیت فکری معنای روشن و دقیقی از سازمان‌های پخش بیان نشده است. معاهده‌ی رم نیز تعریفی از آن ارائه نکرده است. در معاهده‌ی رم «پخش» تعریف شده است که می‌توان با توجه به آن تعریفی از سازمان پخش ارائه نمود. در

این تعریف مقرر شده است: «پخش عبارت است از ارسال صداها یا تصاویر و صداها از طریق بی‌سیم به منظور دریافت عموم مردم». با توجه به تعریف فوق، سازمان‌های پخش که از طریق سیم (کابل) به پخش برنامه‌ها برای عموم مبادرت می‌کنند، از شمول این تعریف خارج می‌شوند. هم‌چنین سازمان‌هایی که فقط ارسال امواج، صداها یا تصاویر را کنترل می‌کنند و برای ارسال برنامه به عموم تصمیم‌گیری نمی‌کنند و سازمان‌هایی که پیش‌تر در تعریف مقررات رادیویی اتحادیه‌ی بین‌المللی مخابرات ذکر شد، مشمول این تعریف نیستند. بنابراین سازمان پخش مورد نظر و مورد حمایت رم می‌باشد که برنامه‌هایی را تولید یا خریداری کرده و برای پخش آن به عموم تصمیم می‌گیرد. با وجود نبود تعریف روشن، آن چه هم اکنون به‌طور کلی قابل پذیرش می‌باشد این است که سازمان‌های پخش سازمان‌هایی هستند که فعالیت پخش برنامه را از طریق امواج هرتز (امواج رادیویی) به عموم عرضه می‌کنند (WIPO, SCCR/7/8.p.5).

دوم: پخش

واژه‌ی پخش در مقررات اساسنامه‌ی اتحادیه آسیا و اقیانوسیه چنین تعریف شده: «پخش مذکور در این قانون به معنای انتقال محتوا یا سیگنال‌هایی است که به‌منظور دریافت عموم انجام می‌شود و صرف‌نظر از وسیله‌ی فنی ارسال شامل پخش صدا، پخش تلویزیونی و سایر انواع پخش می‌باشد.» هم‌چنین پخش در فرهنگ اصطلاحات الکترونیک به معنای ارسال برنامه‌های رادیو-تلویزیونی برای عموم توسط امواج رادیویی آمده است (کورهایل و سایر نویسندگان، ۱۳۸۰). بدون تردید معنای فنی پخش با معنایی که این واژه در مقررات مربوط به مالکیت فکری دارد نزدیک است. با توجه به تعریف اخیر و با تاکید بر نکاتی که در مورد تعریف معاهده‌ی رم از پخش بیان شد، روشن می‌شود که پخش مورد حمایت قرار دارد که فقط از طریق بی‌سیم (امواج رادیویی) صورت پذیرد. بنابراین پخش توسط موسسات پخش کابلی از این تعریف خارج می‌شود.

پخش باید در سطح وسیعی و به منظور دریافت آن توسط عموم جامعه انجام پذیرد. ممکن است این سوال مطرح شود که عموم جامعه شامل چه کسانی هستند؟ آیا پخش که فقط برای گروهی از مردم انجام گیرد و تنها بخشی از مردم بتوانند به آن دسترسی یابند، می تواند به عنوان پخش رادیویی مشمول حمایت های این معاهده شود؟ به نظر می رسد که مقصود از «قابلیت دریافت عمومی» ناظر بر پخش است که تمام افراد ساکن در منطقه ای که امواج رادیویی به آن منطقه ارسال می گردد، بتوانند برنامه ها را دریافت نمایند. بنابراین ارسال به یک فرد یا افراد معین مانند ارسال برای مسافران یک هواپیما، از این تعریف خارج می شود (WIPO,SCCR/8/INF/1,p.2). آنچه اهمیت دارد این است که سیگنال ها باید قابلیت دریافت را داشته باشند و دریافت بالفعل یا عدم دریافت بالفعل سیگنال ها توسط عموم در حمایت از سازمان پخش که اقدام به ارسال آن سیگنال ها نموده، تاثیری ندارد.

به نظر برخی، تعریف مذکور در معاهده رم، پخش ماهواره ای را از شمول تعریف خارج نکرده زیرا پخش ماهواره ای سیگنال ها نیز از طریق بی سیم و در فضا صورت می گیرد (WIPO,SCCR/8/INF/1,p.2). با وجود این صراحتا شامل پخش ماهواره ای نمی شود، چراکه این معاهده با توجه به زمان تصویب (سال ۱۹۶۱)، فقط پیشرفت های فنی زمان خود را لحاظ کرده و در آن زمان هنوز ماهواره اختراع نشده بود.

در سال ۱۹۹۶ معاهده ای اجراها و حامل های صوتی^۴ (WPPT) به تصویب رسید که دو گروه از صاحبان حقوق مرتبط را مورد حمایت قرار می داد. این معاهده مفهوم پخش را تا حد زیادی به روز کرده است و پخش ماهواره ای را نیز مطرح کرده است. بند (f) ماده ی ۲ این معاهده در تعریف پخش می گوید: «پخش عبارت است از ارسال صداها یا تصاویر و صداها یا نمایش آن. ارسال از طریق ماهواره نیز پخش تلقی می گردد». این تعریف با توجه به تعاریف موجود در رم و معاهده ی ماهواره ها تنظیم شده است. این تعریف بی تردید برای فهم بهتر «پخش»

در نظام حق مولف و حقوق مرتبط بیان شده است و تعریف مورد نظر ما تعریف موجود در معاهده‌ی رم است.

سوم: تعریف سنتی از پخش و ایرادات آن

در این بند به دنبال پاسخ این پرسش هستیم که آیا تعریف از پخش در معاهده رم قابلیت شمول به فناوری‌های نوین مانند اینترنت، ماهواره، کابل و تلنتکس را دارد و آیا می‌توان شیوه‌های جدید پخش برنامه را نیز در قالب تعریف پخش سنتی قرار داد؟ فناوری‌های جدید تلنتکس و پخش اینترنتی را باید خارج از مفهوم پخش برنامه‌ی معاهده رم قرار داد زیرا تلنتکس فقط متشکل از متن است و حاوی صدا و تصویر نیست و در پخش اینترنتی نیز افراد امکان انتخاب زمان و مکان دریافت برنامه را دارند. علاوه بر عدم شمول معاهده‌ی رم به این فناوری‌های جدید، مشکل دیگر تعریف پخش اینست که بر مبنای فناوری واحد ارایه شده، زیرا امروزه این فناوری‌های ارتباطی اغلب در کنار یکدیگر و در ترکیب با هم استفاده می‌شوند اما تعریف موجود در معاهده رم این ترکیب را در نظر نگرفته است. در طی فرایند پخش و ارسال سیگنال‌ها وسایل مخابراتی (ارتباطی) با یکدیگر و در کنارهم عمل می‌کنند به‌عنوان نمونه در فاصله‌ی میان ارسال اولیه‌ی سیگنال‌ها و دریافت آن توسط عموم، از فناوری ماهواره می‌توان به‌عنوان یک رابط استفاده کرد. به‌عبارت دیگر آن چه به‌عنوان پخش ماهواره‌ای شناخته می‌شود به این صورت انجام می‌گیرد که ابتدا یک ایستگاه پخش زمینی، سیگنال‌ها را به سمت بالا ارسال می‌نماید، سپس ماهواره آن را دریافت و مجدداً به سمت زمین ارسال می‌کند که عموم مردم می‌توانند با قرار دادن یک آنتن در پشت بام منزل خود، سیگنال‌ها را دریافت و به برنامه‌ها دسترسی یابند. در واقع منشا سیگنال ماهواره نیست، بلکه منشا آن ایستگاه فرستنده‌ی زمینی می‌باشد. در خصوص امکان در نظر گرفتن پخش ماهواره‌ای به عنوان «پخش» بحث‌های زیادی صورت گرفته است که یکی از دلایل مخالفان این بود که چون سیگنال‌ها ابتدا به ماهواره ارسال می‌شود و نه به عموم پس نمی‌توان آن را پخش نامید ولی باید گفت در آن چه به‌عنوان پخش زمینی خوانده می‌شود نیز

از رابط و واسط مشابهی استفاده می‌گردد. به این صورت که سازمان پخش زمینی ابتدا سیگنال‌ها را به یک ایستگاه تقویت‌کننده‌ی امواج ارسال می‌کند و این ایستگاه تقویت‌کننده است که سیگنال‌ها را برای دریافت عمومی ارسال می‌نماید. با این حال در مورد این‌که فعالیت آن‌ها پخش محسوب می‌گردد هیچ تردیدی وجود ندارد. بنابراین تعارض و ناهماهنگی‌هایی در برخورد فناوری نوین پخش با معاهده‌ی رم وجود دارد و می‌توان گفت تعریف پخش در معاهده‌ی رم، دیگر استفاده‌ی عملی چندانی در جهان ارتباطی و فناوری‌های پیچیده‌ی نوین نداشته و نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای جدید باشد.

بخش دوم: تعیین حقوق

بند اول: ارکان اصلی معاهدات بین‌المللی

بخش دوم دارای دو بند می‌باشد. در بند اول عناصر و ارکان اساسی معاهده‌ها شامل موضوع حمایت، معیار حمایت و مدت حمایت و در بند دوم این بخش حقوق و استثنای‌های وارد بر آن مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

اول) موضوع حمایت

سوالی که در این بخش مطرح می‌شود این است که طبق معاهدات بین‌المللی موجود از سیگنال‌هایی که سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی پخش می‌کنند حمایت به عمل می‌آید یا از محتوای سیگنال؟ به عبارت دیگر موضوع حمایت سیگنال است یا محتوا؟ در قوانین داخلی کشورها در این باره اختلاف وجود دارد و قوانین ملی در این باره روشن و واضح نمی‌باشند. اما کشورهای نظیر کوبا، امارات و ایالات متحده‌ی آمریکا محتوا و برنامه را موضوع حمایت قرار می‌دهند، در حالی که سایر کشورها مانند انگلستان سیگنال را موضوع حمایت قرار داده‌اند (WIPO,SCCR/1/3,p.14). مطابق ماده‌ی ۱۳ معاهده، حقوق سازمان‌های پخش در رابطه با برنامه‌هایی است که به وسیله‌ی سیگنال برای عموم ارسال می‌گردند. حال این برنامه ممکن است در بردارنده‌ی اثر و اجرای مورد حمایت حق مولف یا حقوق مرتبط و یا اثر حمایت نشده باشد. برنامه در صورتی مورد حمایت قرار می-

گیرد که به صورت مجموعه‌ای از سیگنال‌ها درآمد داشته باشد. از این رو محتوای برنامه به خودی خود و به تنهایی موضوع مورد حمایت رم نمی‌باشد بلکه موضوع مورد حمایت، برنامه‌ای است که به وسیله سیگنال حمل و برای دریافت عمومی به فضا ارسال می‌شوند.

دوم) معیار حمایت و اصل رفتار ملی

معاهده‌ی رم معیارهای حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی را در ماده‌ی ۶ بیان کرده است. معیارهای حمایت مندرج در این ماده با توجه به اصل رفتار ملی که در ماده‌ی ۲ معاهده رم ذکر شده، اعمال می‌گردد. بر طبق بند ۲ این ماده کشور عضو معاهده باید حداقل حمایت‌های مندرج در این معاهده را به اتباع سایر کشورهای عضو اعطا نماید حتی اگر این حقوق را به اتباع داخلی خود اعطا ننموده باشد ولی هیچ کشوری نمی‌تواند محدودیت‌هایی بیش از آنچه در معاهده رم تعیین شده برای اتباع سایر کشورهای عضو اعمال نماید، حتی اگر این محدودیت‌ها را در قانون داخلی خود مقرر کرده و در مورد اتباع کشور خود اعمال کند.

با رعایت اصل رفتار ملی، حمایت از سازمان‌های پخش در صورت تحقق یکی از دو شرط ذیل صورت می‌پذیرد:

- ۱- مرکز اصلی سازمان پخش در کشور متعاقد دیگری قرار داشته باشد.
- ۲- برنامه توسط فرستنده‌ای مستقر در قلمرو کشور متعاقد دیگری پخش شده باشد.

اصل رفتار ملی در پرونده‌ی *Goldoni's Love affairs in Chioggia* (1968) به خوبی اعمال شده است. در پرونده‌ی مذکور، یک نمایش در میلان ایتالیا اجرا و در استودیو ضبط و اجازه‌ی پخش انحصاری آن نمایش به سازمان پخش دولتی ایتالیا (RAI) اعطا شد. از طرف دیگر شبکه‌ی تلویزیونی آلمان (DFD) اقدام به پخش آن برنامه، که توسط سازمان پخش ایتالیایی ضبط شده بود، نمود. سپس اجراکنندگان آن نمایش با اقامه دعوا در دادگاه‌های آلمان تلاش

کردند تا مانع پخش آن برنامه توسط شبکه‌ی تلویزیونی آلمان شوند. مطابق ماده‌ی ۷۶ قانون حق مولف آلمان چنین حقی مقرر شده بود و آلمان نیز معاهده‌ی رم را امضا کرده بود. ولی به دلیل این که ایتالیا در آن زمان به رم ملحق نشده بود، دعوای خواهان‌ها در دادگاه تجدید نظر آلمان رد شد. در حالی که اگر در آن زمان ایتالیا به معاهده رم ملحق شده بود، خواهان‌ها براساس اصل رفتار ملی می‌توانستند مانع پخش آن برنامه از طریق شبکه‌ی تلویزیونی آلمان شوند (Stewart, 1989, p230).

در بند ۲ ماده‌ی ۶ رم به کشورهای عضو اختیار حق شرط داده شده که براساس آن می‌توانند با تودیع اعلامیه‌ای اعلام نمایند که فقط از پخش‌هایی حمایت می‌کنند که علاوه بر مرکز اصلی سازمان پخش، فرستنده نیز در آن کشور مستقر باشد. به نظر می‌رسد دلیل حق شرط مذکور این است که کشورها بتوانند برخی از ایستگاه‌های پخش را که ایستگاه‌های فرعی یا جانبی نامیده می‌شوند و مرکز اصلی آن‌ها در یک کشور و فرستنده آن‌ها در کشور دیگری است استثنا نمایند. به عنوان نمونه «رادیو مونته کارلو» در موناکو مستقر است اما به دلایل جغرافیایی، برنامه‌هایی که برای مردم ساکن در موناکو پخش می‌شوند از خاک فرانسه ارسال می‌گردد (Stewart, 1989, p230). بنابراین کشور فرانسه می‌تواند از حق شرط خود در این خصوص استفاده نماید.

سوم) مدت حمایت

مدت حمایتی که به موجب معاهده‌ی رم به سازمان‌های پخش اعطا شده مطابق ماده‌ی ۱۴، حداقل ۲۰ سال می‌باشد و شروع آن مدت برای برنامه‌های رادیویی از پایان سالی که پخش در آن سال واقع شده، آغاز می‌شود. این مدت در معاهده‌ی جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت معنوی (م.ت.ح.م.م) نیز ذکر شده است (بند ۶ ماده‌ی ۱۴). در صورتی که کشورهای عضو مدت بیش‌تری را در قانون داخلی خود در نظر گرفته‌اند، مطابق اصل رفتار ملی باید آن مدت را درباره‌ی اتباع سایر اعضا نیز اعمال نمایند. بسیاری از کشورهای عضو س.ج.م.ف مدت حمایت بیش‌تری را مقرر کرده‌اند که این مدت در اغلب آن‌ها ۵۰ سال می‌باشد. به عنوان نمونه

کشورهای کانادا، چین، فرانسه، آلمان و ژاپن یک دوره ۵۰ ساله را برای حمایت از سازمان‌های پخش در نظر گرفته‌اند. برخی از کشورها نیز به پیروی از معاهده رم حداقل مدت حمایت ۲۰ سال را اعمال می‌کنند. دسته‌ای نیز مدت بین ۲۰ و ۵۰ سال را در نظر گرفته‌اند مانند کلمبیا، هند، مکزیک و فیلیپین. برخی نیز بیش از ۵۰ سال از سازمان‌های پخش حمایت می‌کنند؛ مانند برزیل، اکوادور و ترکیه.

بند دوم: حقوق و استثنای سازمان‌های پخش

اول: حقوق مالی

حقوق مالی سازمان‌ها در ماده ۱۳ معاهده‌ی رم که تعیین کننده حداقل حقوق سازمان‌های پخش می‌باشد بیان شده است. این حقوق در بند ۳ ماده‌ی ۱۴ م.ت.ح.م. نیز مقرر شده است. حقوقی که در رم بر شمرده شده تعیین کننده حداقل حمایت از سازمان‌های پخش می‌باشد. طبق ماده‌ی ۲۲ معاهده کشورهای عضو حق انعقاد توافق‌های خاص میان خود را دارند به شرط این که این توافق‌ها به سازمان‌های پخش، حقی بیش از حقوقی که در رم پیش‌بینی شده، اعطا نماید یا متضمن مقررات دیگری که با آن معاهده مغایر است نباشد. در ذیل به ترتیب حقوق اعطا شده به سازمان‌های پخش را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف) حق پخش مجدد

در معاهده‌ی رم «پخش مجدد رادیویی عبارت است از پخش همزمان برنامه‌ی یک سازمان رادیویی توسط یک سازمان رادیویی دیگر.» تعریف مذکور بیان کننده‌ی چند نکته است. نخست حق پخش همزمان برنامه یک سازمان رادیویی فقط در صورتی قابل حمایت است که توسط یک سازمان رادیویی دیگر یعنی سازمانی که از ابزار بی‌سیم و امواج رادیویی استفاده می‌کند صورت گیرد و در صورتی که برنامه‌ی سازمان رادیویی توسط یک سازمان پخش کابلی پخش شود از حمایت این معاهده خارج است. نکته‌ی دوم این است که پخش برنامه متعلق به سازمان رادیویی باید همزمان با پخش آن برنامه توسط سازمان پخش دارنده حق

صورت گیرد. پخش مجدد برنامه‌ای که با تاخیر صورت می‌پذیرد با پخش مجدد برنامه‌ی رادیویی متفاوت است زیرا برنامه باید ابتدا تثبیت و سپس پخش آن انجام گیرد. پخش با تاخیر برنامه مشمول بند ب ماده‌ی ۱۳ قرار گرفته است (Stewart, 1989, p.246). م.ت.ح.م.ف نیز حق پخش مجدد برنامه را به سازمان‌های پخش اعطا نموده و این سازمان‌ها را مخیر کرده در صورتی‌که پخش مجدد بدون اجازه آن‌ها صورت گرفته باشد از آن جلوگیری کنند. (بند ۳ ماده‌ی ۱۴)

ب) حق تثبیت

حق تجویز و منع تثبیت برنامه بر روی حامل مادی در بند ب ماده‌ی ۱۳ رم و بند ۳ م.ت.ح.م.ف به سازمان‌های پخش اعطا شده است. تثبیت در رم تعریف نشده اما ماده‌ی ۲ WPPT تثبیت را به معنای «دربرداری آواها، یا عرضه‌هایی از آواها در یک حامل مادی است که می‌توان آن‌ها را به کمک یک وسیله درک کرد، تکثیر کرد یا انتقال داد»^۵ آورده است. به عبارت دیگر به معنای وارد شدن برنامه در یک حامل مادی یا همان ضبط برنامه است. نوارها، دیسک‌های فشرده و نیز حافظه رایانه از نمونه‌های این حامل مادی می‌باشد. حق تثبیت از این لحاظ واجد اهمیت است که بسیاری از سازمان‌های پخش برای پخش برنامه‌ها، ابتدا آن را تثبیت و سپس در موقع مناسب پخش می‌کنند. در صورتی‌که این اقدام از سوی سازمانی غیر از سازمان دارنده حق انجام شود، عمل وی تجاوز به حق تثبیت محسوب می‌گردد.

در کنفرانس دیپلماتیک تصویب معاهده‌ی رم، کشورها بر شمول تثبیت برنامه به تثبیت بخشی از برنامه توافق کردند (Stewart, 1989, p.247). بنابراین اگر سازمانی بدون اجازه‌ی سازمان رادیویی دارنده‌ی حق اقدام به تثبیت بخشی از برنامه نماید، در حقیقت به حق تثبیت آن سازمان تجاوز کرده است. اما در این کنفرانس درباره‌ی این که آیا یک تصویر مربوط به برنامه‌ی پخش شده نیز بخشی از برنامه محسوب می‌شود یا خیر تصمیمی گرفته نشد. پاسخ به این مساله زمانی اهمیت دارد که تلویزیون با مطبوعات و روزنامه‌ها در خصوص اعلام یک خبر به

رقابت می‌پردازند و روزنامه‌ای با استفاده از عکس رویداد مهمی که از طریق تلویزیون پخش شده مانند تصویر گل پیروزی در مسابقه‌ی فوتبال یا برخورد پلیس با تظاهرکنندگان، آن را در روزنامه خود منتشر می‌کند. معاهده‌ی رم این مساله را به قانون داخلی کشورها واگذار کرده و در مواردی که قانون ساکت باشد، دادگاه‌ها تصمیم گیرنده نهایی در این خصوص می‌باشند. در بیش‌تر کشورها این عمل به‌عنوان رقابت غیرمنصفانه در نظر گرفته می‌شود (Stewart, 1989, p.247).

ج) حق تکثیر

سومین حق سازمان‌های پخش، حق تکثیر مربوط به برنامه‌های تثبیت شده آن‌ها می‌باشد که در بند ج ماده‌ی ۱۳ معاهده‌ی رم و بند ۳ ماده‌ی ۱۴ م.ت.ح.م.ف ذکر شده است. حق تکثیر یا همان حق نسخه‌برداری به تثبیت مادی اثر تعریف شده است (کلمبه، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷). تکثیر در دو مورد نقض حق محسوب می‌شود:

- ۱- اگر تثبیت برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی بدون اجازه سازمان پخش دارنده‌ی حق انجام گرفته باشد.
- ۲- اگر تثبیت برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی مطابق استثناهای ذکر شده در ماده‌ی ۱۵ معاهده رم انجام شده ولی تکثیر آن با اهدافی غیر از آنچه در این ماده تعیین شده صورت گیرد.

د) حق عرضه‌ی عمومی (اطلاع‌رسانی به عموم)

حق عرضه‌ی عمومی برنامه‌های تلویزیونی، درمورد پخش برنامه در اماکن عمومی با پرداخت هزینه‌ی ورودی است از قبیل رستوران‌ها، هتل‌ها و سازمان‌های پخش می‌توانند پخش برنامه‌های خود را در چنین مکان‌هایی منع کرده یا اجازه دهند. این حق در بند ۳ م.ت.ح.م.ف نیز مقرر شده است. ذکر این حق در معاهده رم اهمیت بسیاری برای سازمان‌های پخش داشت. زیرا در مورد مسابقات ورزشی و به‌ویژه فوتبال، اقدام هتل‌ها و رستوران‌ها درآمد حاصل از فروش بلیت را برای برگزارکنندگان مسابقه کاهش می‌داد و این سبب می‌شد برگزارکنندگان مسابقه‌ها از سازمان‌های پخش مبلغ بیش‌تری را برای پخش تلویزیونی مسابقه

مطالبه نمایند. به همین دلیل برای سازمان‌های پخش مهم است که بتوانند پخش عمومی مسابقه را حداقل تا شعاع خاصی از محلی وقوع رویداد کنترل کنند (Stewart, 1989, p.247). در این خصوص برای کشورهای عضو حق شرط پیش‌بینی شده است.

دوم: حقوق معنوی

حقوق معنوی مولفان، ابزاری است که به پدیدآورندگان اجازه‌ی کنترل چگونگی ارایه و عرضه‌ی آثارشان را توسط سایرین می‌دهد و تضمین‌کننده‌ی منافع غیراقتصادی و غیرمادی ناشی از عمل خلاقانه‌ی پدیدآورندگان می‌باشد (Adeney, 2006, p.1). حقوق معنوی در رابطه با شخصیت پدیدآورنده می‌باشد و به او تعلق دارد و مشتمل بر حقوق ذیل است: حق افشا، حق حرمت نام و عنوان پدیدآورنده، حق حرمت اثر و حق پشیمانی و بازستانی.

معاهده‌ی رم درباره حقوق معنوی دارندگان حقوق مرتبط یعنی هنرمندان مجری، تولیدکنندگان حامل صوتی و سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی، ساکت است و به ذکر حقوق مادی آنان بسنده کرده است. بسیاری از کشورها به تبعیت از رم فقط برای دارندگان حقوق مرتبط مادی قایل شده‌اند. آنچه سبب شده که در رم به حقوق معنوی دارندگان حقوق مرتبط توجه نشود، به دیدگاهی برمی‌گردد که مطابق آن حقوق معنوی به شخصیت پدیدآورنده وابسته است، درحالی‌که فعالیت دارندگان حقوق مرتبط واجد ویژگی اصالت و خلاقیت نیست بلکه فعالیتی صنعتی است که از آنها به دلیل سرمایه‌گذاری، مهارت فنی و نیروی انسانی حمایت به‌عمل می‌آید. ولی معاهده‌ی اجراها و حامل‌های صوتی س.ج.م.ف (مصوب ۱۹۹۶) برای گسترش حقوق هنرمندان مجری گامی به پیش برداشته و برخی حقوق معنوی را به دلیل وجود خلاقیت شخصی که بیش‌تر به حقوق مولفان نزدیک است با محدودیت‌هایی برای آنان قایل شده است (ماده‌ی ۵ معاهده).

با این حال عده‌ای معتقدند چنین تبعیضی منطقی نیست و سازمان‌های پخش نیز باید از حق حرمت نام بر برنامه‌ی خود برخوردار باشند، چرا که نام آنان بر روی اثر صوتی و یا برنامه‌ی رادیویی و تلویزیونی درج شده و باید این حق را به آن‌ها داد که بتوانند دیگران را از تغییرات یا تحریف نام اثر یا نام تولیدکننده و سازمان پخش منع کنند. همچنان که رعایت مقتضیات نظم عمومی نیز این امر را ایجاب می‌کند (صادقی و محسنی، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹). به نظر نگارنده نیز اعطا حقوق معنوی و دست‌کم حق حرمت نام و عنوان و حق حرمت اثر خصوصیتی ندارد که فقط به دارندگان حق مولف اعطا شود و سازمان‌های پخش نیز باید از این دو حق برخوردار شوند و عدم توجه به این دو حق می‌تواند زمینه‌ی نقض به نام و محتوای برنامه‌ها پخش شده متعلق به سازمان‌های پخش را توسط رقبا یا سایر اشخاص فراهم آورد.

بند سوم: استثناها

معاهده‌ی رم در ماده ۱۵ به کشورهای عضو اجازه داده است تا در قوانین داخلی خود، استثناهایی بر حقوق مادی مذکور در معاهده مقرر نمایند. علاوه بر مواردی که در بند یک ذکر شده، بند ۲ ماده‌ی ۱۵ به کشورها اجازه داده تا استثناهایی را که مطابق قوانین داخلی خود در مورد مالکیت ادبی و هنری در نظر گرفته‌اند، در مورد حقوق مرتبط نیز اعمال کنند. بنابراین استثناهای قابل اعمال در مورد حقوق مرتبط را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: اول استثنائاتی که طبق قانون داخلی کشور عضو، نسبت به آثار ادبی و هنری اعمال می‌گردد. دوم استثنائاتی که در بند ۱ ماده‌ی ۱۵ رم ذکر شده است. م.ت.ح.م.ف نیز در بند ۶ ماده‌ی ۱۴ در نظر گرفتن استثناها درباره‌ی حقوق سازمان‌های پخش را با این شرط که در حدود معاهده‌ی رم باشد، مجاز دانسته است.

استثناها عبارت اند از:

اول: استثنا استفاده‌ی خصوصی (شخصی): استفاده‌ی خصوصی مذکور در بند الف ماده‌ی ۱۵ معاهده رم به‌عنوان استفاده‌ای تعریف شده که به‌صورت جمعی یا

برای کسب منفعت نباشد (Stewart, 1989, p.250). بنابراین اگر شخصی برنامه‌ی رادیویی یا تلویزیونی را برای استفاده شخصی و در جمع خانواده و بدون قصد بهره‌برداری تجاری ضبط نماید، عمل او نقض حق سازمان پخش نسبت به برنامه‌ی مورد نظر نیست ولی اگر این ضبط با هدف تجاری یعنی تکثیر و فروش آن صورت گیرد یا برای استفاده توسط یک جمع غیرخانوادگی باشد، تجاوز به حق سازمان پخش دارنده‌ی حق می‌باشد.

دوم: استثنا استفاده از گزیده‌های کوتاه در رابطه با گزارش رخدادهای

جاری: استثنا بند ب ماده‌ی ۱۵ ویژه‌ی سازمان‌های پخش بوده و درباره‌ی پخش اخبار و وقایع جاری اعمال می‌گردد. عبارت «گزیده‌های کوتاه» مشخص می‌کند که این استفاده باید فقط بخشی کوتاه از اخبار باشد. بنابراین در صورتی که سازمانی بخواهد از وقایع روز که ابتدا توسط سازمان پخش دیگری پخش شده، گزارشی را نشان دهد این استفاده باید مختصر و مدت آن تا حدی باشد که به‌منظور بیان، اعلام و روشن ساختن خبر لازم است (Stewart, 1989, p.250). معاهده‌ی رم درباره مفهوم جاری بودن ساکت است. این ابهام در قوانین داخلی کشورها نیز مشهود است. به همین دلیل کشورها این مساله را به رویه قضایی دادگاه‌ها واگذار می‌کنند. به‌عنوان نمونه واژه جاری در قانون کپی رایت انگلستان مصوب ۱۹۸۸ روشن نیست. در پرونده‌ای سازمان پخش BBC علیه سازمان پخش BskyB خواننده تکه‌هایی از زیرنویس‌های مربوط به پخش زنده مسابقات جام جهانی ایتالیا را که سازمان پخش BBC مبلغ قابل توجهی را برای دریافت حق پخش آن مسابقات پرداخت کرده و مالک کپی رایت پخش مسابقات بود، بین ۱۴ تا ۳۷ ثانیه در اخبار خود از شبکه‌ی ورزشی ماهواره‌ای، پخش کرد. دادگاه با این‌که بخش‌های استفاده شده، مهم‌ترین بخش‌های برنامه (گل‌های بازی) بوده، براساس استفاده منصفانه حکم به رد دعوی خواهان داد (کری و ساندرز، ۱۳۸۶، ص ۱۴۵). به دنبال این قضیه برخی پیشنهاد کردند هر موضوعی که بیش از یک روز از عمرش گذشته

باشد، از دایره‌ی شمول واژه جاری خارج شود (همان، ص ۱۴۶). با این حال اصطلاح جاری، مورد تفسیر دقیق و روشن قرار نگرفته است.

سوم: استثنا تثبیت ناپایدار: استثنا تثبیت ناپایدار مطابق بند ج ماده‌ی ۱۵ باید با استفاده از امکانات خود سازمان و برای برنامه‌های خود آن انجام گیرد. هدف از این استثنا تامین نیازهای فنی سازمان‌های پخش برای انجام ضبط‌هایشان است تا به جای این‌که برنامه‌ها را به صورت زنده پخش نمایند پخش برنامه‌ها را با تاخیر انجام دهند. این ضبط‌ها باید پس از طی زمان معقولی از بین بروند. این مدت زمان در بیش‌تر قوانین ملی با مدت اعمال شده درباره‌ی ضبط ناپایدار آثار مورد حمایت حق مولف یکسان است (Stewart, 1989, p.251). به علاوه، این استثنا فقط در موردی اعمال می‌گردد که تثبیت توسط سازمان پخش و با استفاده از تجهیزات فنی سازمان و فقط برای خود سازمان صورت پذیرد. بنابراین اگر هر یک از شرایط مذکور محقق نشود این استثنا قابل اعمال نمی‌باشد.

چهارم: استثنا استفاده با اهداف آموزشی: استفاده با اهداف آموزشی و پژوهش‌های علمی مطابق بند د ماده‌ی ۱۵ جزء موارد استثنا می‌باشد. این مقرر به نفع کشورهای در حال توسعه بوده و به نظر می‌رسد با هدف دسترسی آسان‌تر این کشورها به منابع علمی و آموزشی سایر کشورها وضع شده است. در صورتی که کشور عضو از این استثنا استفاده نماید، موسسه‌های آموزشی، مدارس و دانشگاه‌ها قادر خواهند بود با اهداف صرفاً آموزشی و پژوهش‌های علمی از برنامه‌های آن‌ها استفاده نمایند.

پنجم: استثنا کشورهای در حال توسعه با هدف آموزش یا تحقیقات علمی: بند سه ماده‌ی ۴ معاهده‌ی ماهواره‌ها در ادامه استثناها مقرر نموده «در جایی که قلمرو مذکور، کشور متعاهدی باشد که مطابق رویه‌ی موجود مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کشور در حال توسعه قلمداد می‌شود، برنامه‌ای که از طریق سیگنال‌های منتشر شده حمل می‌شود، توزیع گردد، مشروط بر این‌که توزیع فقط با

هدف آموزش از جمله آموزش بزرگسالان یا تحقیقات علمی باشد» کشورهای متعهد ملزم به حمایت نمی‌باشند.

هر یک از اعضا می‌توانند در قوانین داخلی خود نسبت به حمایت از سازمان‌های پخش، همان استثناهایی را که نسبت به حمایت از حقوق پدیدآورنده آثار ادبی و هنری اعمال می‌کند، مقرر نمایند (بند ۲ ماده ۱۵).

بخش سوم: نظام نوین سازمان‌های پخش در سطح بین‌المللی و حقوق ایران

ناکارآمدی معاهده‌ی رم در مقابله با فناوری‌های جدید از جمله تلویزیون‌های کابلی، ماهواره، اینترنت و اختراع دستگاه‌های ضبط صوت و تصویر که سرقت سیگنال و برنامه‌های تلویزیونی و رادیویی را تسهیل نموده، باعث شد سازمان‌های پخش خواستار به‌روز کردن حقوق خود و کسب حقوقی فراتر از آن چه در معاهده‌ی رم تعیین شده گردند. در این باره، تلاش‌هایی صورت گرفت که نتیجه‌ی آن آغاز سلسله مذاکراتی بود که از سوی س.ج.م.ف از سال ۱۹۹۸ در فیلیپین برگزار شد. حاصل این مذاکرات تهیه‌ی «پیش‌نویس معاهده‌ی حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی» بود. این پیش‌نویس مزایای بسیاری از جمله ارابه‌ی تعاریف مشخص از برخی مفاهیم و به‌روز کردن حقوق سازمان‌های پخش در برابر فناوری‌های جدید دارد.

بند اول: روند جلسات سازمان مالکیت فکری

زمینه‌ی تهیه و تصویب معاهده‌ی جدیدی که حقوق سازمان‌های پخش را به روز نماید از کمیته متخصصان درباره‌ی پروتکل احتمالی برای معاهده‌ی برن آغاز گردید. این کمیته به‌منظور به‌روز کردن معاهده‌ی برن، که هر بیست سال انجام می‌گیرد، تشکیل شد. با این‌که هدف اصلی کمیته به‌روز کردن حقوق مربوط به آثار حمایت شده در برن بود ولی کشورهای کامن‌لا خواستار این بودند که حقوق حامل‌های صوتی نیز در پروتکل گنجانده شود. این درخواست پذیرفته شد و کمیته‌ی دیگری برای بررسی حقوق حامل‌های صوتی و اجراکنندگان تشکیل شد

(Ogawa, 2006, p.75). حاصل کار این کمیته تصویب «معاهده‌ی اجراها و حامل‌های صوتی س.ج.م.ف» در سال ۱۹۹۶ بود. این معاهده ماده‌ای در حمایت از حقوق سازمان‌های پخش و به روز کردن آن ندارد. این مسایل زمینه‌ای را ایجاد کرد که به حقوق سازمان‌های پخش توجه بیش‌تری شود به طوری که دولت فیلیپین از س.ج.م.ف دعوت کرد تا نشست‌ی را ترتیب دهند. سپس «نشست جهانی س.ج.م.ف در مورد پخش برنامه، فناوری جدید ارتباطات و مالکیت فکری» در سال ۱۹۹۷ در شهر مانیل فیلیپین برگزار گردید. این نشست نقش بسیار مهمی را در توجه کشورهای عضو س.ج.م.ف به مسایل و نگرانی‌های سازمان‌های پخش نسبت به حقوق خود و بیان نظرات تازه در این باره ایفا نمود.

پس از نشست فیلیپین، کمیته‌ی دایم حق مولف و حقوق مرتبط س.ج.م.ف (SCCR) با هدف برگزاری جلسه‌ها و بحث‌های ماهوی درباره حق مولف و حقوق مرتبط بین سال‌های ۱۹۹۹-۱۹۹۸ تاسیس شد و بررسی مسایل مربوط به حمایت از حقوق سازمان‌های پخش به عهده‌ی این کمیته قرار گرفت. جلسه‌های کمیته‌ی مزبور از سال ۱۹۹۸ تقریباً دو بار در سال برگزار شده و تاکنون ۲۷ جلسه‌ی عادی و ۲ جلسه ویژه تشکیل شده است. تهیه‌ی پیش‌نویس موجود که با حضور نمایندگان کشورهای مختلف عضو س.ج.م.ف در کمیته‌ی دایم انجام شده، حدود ۱۲ سال به طول انجامید که این بازه زمانی طولانی نشان‌دهنده اختلاف نظر کشورهای مختلف بر روی ابعاد مختلف معاهده می‌باشد. مواد این پیش‌نویس میان کشورهای دو قطب شمال و جنوب یا به عبارتی کشورهای توسعه‌یافته و کشورهای در حال توسعه مورد اختلاف بوده است. نتیجه‌ی این اختلاف‌نظرها لغو کنفرانس دیپلماتیک برای رای‌گیری و عدم تصویب معاهده در دسامبر ۲۰۰۷ بود. پس از لغو این کنفرانس، جلسات عادی کمیته با موضوع حقوق سازمان‌های پخش تاکنون ادامه یافته و سمینارهای منطقه‌ای برای رسیدن کشورها به اتفاق نظر در مورد نکات اصلی معاهده برگزار شده است.

اول: ابتکارات پیش نویس

در پیش‌نویس س.ج.م.ف اصطلاحات و تعاریف جدیدی گنجانده شده که در معاهده‌های قبلی وجود نداشت.^۶

در ماده‌ی ۵ پیش‌نویس هفت اصطلاح تعریف شده که مهم‌ترین آن‌ها به ترتیب زیر می‌باشند:

الف - برنامه: یعنی سیگنال الکترونیکی که از طریق ابزارهای بی‌سیم ارسال می‌شود و حامل برنامه‌های گردآوری شده و زمان‌بندی شده با هدف دریافت عموم مردم می‌باشد. سیگنال‌هایی که به وسیله‌ی ماهواره ارسال می‌شود نیز برنامه می‌باشد. هم‌چنین این سیگنال‌ها وقتی رمزنگاری می‌شوند، اگر ابزار، رمزگشایی برای عموم به وسیله‌ی سازمان پخش یا با رضایت آن فراهم شده باشد، برنامه محسوب می‌شوند. این تعریف جدید در هیچ یک از معاهده‌های سابق موجود نیست و حاوی نکات جدیدی می‌باشد. سیگنال‌هایی که به وسیله‌ی ماهواره ارسال می‌شوند نیز در این تعریف جای دارند. درحالی‌که طبق معاهده‌ی رم درباره شمول یا عدم شمول معاهده به آن‌ها اختلاف بود. از سوی دیگر این تعریف، ارسال سیگنال‌های رمزنگاری شده در جایی که ابزار رمزگشایی در اختیار مردم قرار داده می‌شود را دربر می‌گیرد که با توجه به تعریف پخش در WPPT تنظیم شده است.

ب - سازمان پخش رادیو، تلویزیونی: یعنی شخصیت حقوقی که ابتکار عمل را در دست گرفته و مسوولیت ارسال برنامه را برای دریافت عموم برعهده دارد.

ج - پخش کابلی: به همان معنای پخش از طریق ارسال با سیم است و ارسال از طریق ماهواره را دربر نمی‌گیرد. در پیش‌نویس س.ج.م.ف پخش کابلی از سازمان پخش رادیویی که به صورت بی‌سیم برنامه را پخش می‌کند متمایز شده است. مطابق تعریف ارایه شده سازمان پخش کابلی را می‌توان چنین تعریف کرد؛ شخص حقوقی است که ابتکار عمل و مسوولیت برای ارسال عمومی تصاویر یا صداها یا هردو را از طریق سیم برعهده دارد. یکی از اشکالات اساسی معاهده‌ی رم عدم شمول به پخش کابلی است که در پیش‌نویس برطرف شده است.

د - پخش مجدد: یعنی ارسال همزمان برنامه، توسط هر شخص دیگری غیر از سازمان پخش مبدا با هر وسیله و با هدف دریافت عموم مردم. در تعریف پیش‌نویس، عبارات «با هر وسیله‌ای» و «توسط هر شخص دیگر» نکات جدیدی است که دایره‌ی حمایت از سازمان‌های پخش را گسترده کرده و بدین معناست که پخش همزمان برنامه‌ی یک سازمان پخش اگر توسط سازمان پخش کابلی هر شخص دیگری غیر از سازمان مبدا صورت گیرد، پخش مجدد می‌باشد. هم‌چنین «با هر وسیله‌ای» این تعریف را به پخش مجدد از طریق بی‌سیم، از طریق سیم و نیز شبکه‌های رایانه‌ای گسترش داده است.

دوم: حمایت از سیگنال‌های قبل از پخش

ابتکار دیگری که در پیش‌نویس به چشم می‌خورد حمایت از سیگنال‌های قبل از پخش می‌باشد که مطابق ماده‌ی ۹ مورد حمایت قرار گرفته است. این نوع سیگنال‌ها که در معاهده‌ی ماهواره‌ها نیز مطرح شده به‌منظور پخش نقطه به نقطه ارسال می‌گردند. هدف از حمایت از این سیگنال‌ها جلوگیری از دسترسی غیرمجاز سارقان سیگنال به آن‌ها قبل از رسیدن به مرحله‌ی پخش عمومی است. ماده‌ی ۹ به سازمان‌های پخش، درباره‌ی سیگنال‌های قبل از پخش، حقوق و حمایت‌های مندرج در معاهده را اعطا نموده است. چنین مقرره‌ای در رم وجود ندارد و معاهده‌ی ماهواره‌ها نیز تنها معاهده‌ای است که سیگنال‌های قبل از پخش را مورد حمایت قرار داده است. اما نوع حمایت این معاهده اعطا یک حق خصوصی نیست بلکه بیش‌تر الزام و تعهدی برای کشورهای عضو است تا اقدامات لازم را برای منع توزیع‌های غیر مجاز سیگنال‌های قبل از پخش یا همان سیگنال حامل برنامه از کشور خود به‌عمل آورند. در حالی که حمایت در پیش‌نویس، اعطا حق خصوصی به سازمان‌های پخش است که حمایت بهتری می‌باشد.

با توجه به این‌که مطابق ماده‌ی ۹ همان حقوق انحصاری ذکر شده در ماده ۸ یعنی حق پخش مجدد، تثبیت و تکثیر درباره سیگنال‌های قبل از پخش نیز حاکم است، دایره‌ی حمایتی بسیار وسیعی برای آن در نظر گرفته شده است. چراکه به

عنوان مثال فردی که خواستار دسترسی به این نوع سیگنال‌ها می‌باشد مجبور است که برای استفاده از محتوا از دو سازمان جداگانه دو نوع مجوز (لیسانس) اخذ کند: از سازمان ارسال‌کننده سیگنال‌ها و از سازمان دریافت‌کننده آن. به‌علاوه این که این فرد باید لزوماً از پدیدآورنده و دارنده‌ی حق مولف اثر نیز اجازه بگیرد (Munoz & Chege Waitara, 2007, p.43). این سیگنال‌ها وفق ماده ۹ و ۱۰ پیش‌نویس در مقابل رمزگشایی سیگنال‌های رمز شده، تولید، واردات، فروش و سیله یا سیستم‌های رمزگشایی سیگنال، حذف یا تغییر اطلاعات الکترونیکی برنامه‌ی پخش شده حمایت می‌گردند.

سوم: مدت حمایت

در جریان تنظیم پیش‌نویس و بحث درباره مدت حمایت از حقوق سازمان‌های پخش، دوره‌های پنجاه ساله و بیست ساله مورد پیشنهاد قرار گرفت. در جلسه‌ی پانزدهم دوره حمایتی ۵۰ ساله برحسب الگوی WPPT مورد بحث واقع شد. ولی در پیش‌نویس بعدی مدت حمایت تا پایان یک دوره‌ی ۲۰ ساله تعیین شد. این مدت از پایان سالی که پخش در آن سال روی داده حساب می‌گردد. این ماده مشابه ماده‌ی ۱۴ رم در حداقل مدت حمایت می‌باشد که تغییری را به نفع سازمان‌های پخش دربر ندارد.

بند دوم: حقوق و استثنای پیش‌نویس

اول: حقوق

مطابق بند ۱ ماده‌ی ۸ پیش‌نویس سازمان‌های پخش، از حق انحصاری تجویز اعمال ذیل برخوردار می‌باشند:

- ۱- پخش مجدد برنامه‌هایشان به‌صورت همزمان یا با تاخیر از طریق هر وسیله‌ای؛
- ۲- تثبیت برنامه‌هایشان؛
- ۳- تکثیر مستقیم یا غیرمستقیم برنامه‌های تثبیت شده‌شان، به هر طریق و هر شکل.

ابتکار بند ۲ ماده‌ی ۸ این است که دست کشورهای عضو را در انتخاب روش و ابزار حمایت باز گذاشته و به آن‌ها اجازه داده تا به جای حمایت از طریق قوانین حقوق مرتبط، حمایت را از طریق وضع قوانینی از جمله قانون منع رقابت غیرمشروع، قوانین جزایی یا قوانین مناسب دیگری نیز انجام دهند.

الف) پخش مجدد

در این پیش‌نویس، نخستین حق سازمان‌های پخش نسبت به تجویز «پخش مجدد برنامه‌هایشان از طریق هر وسیله‌ای خواه به‌طور همزمان یا با تاخیر» می‌باشد. حق پخش مجدد در پیش‌نویس س.ج.م.ف دامنه‌ی گسترده‌تری از رم را داراست چرا که عبارت «از طریق هر وسیله‌ای» علاوه بر پخش از طریق بی‌سیم و امواج رادیویی شامل پخش مجدد از طریق شبکه‌های رایانه‌ای و سایر روش‌ها نیز می‌شود. این عبارت می‌تواند به معنای «پخش همزمان» برنامه‌ها توسط سازمان پخش نیز باشد. با توجه به بحث‌های زیاد در مورد پخش‌های اینترنتی بهتر است متن این بند به نحوی اصلاح شود که شامل پخش‌های اینترنتی نگردد. نکته‌ی دیگری که در حق پخش مجدد گنجانده شده اینست که حق پخش مجدد، اعم از پخش‌های زنده یا با تاخیر در نظر گرفته شده است. پخش با تاخیر برنامه به معنای پخش برنامه‌ها برای دریافت عموم، پس از تثبیت آن برنامه‌ها می‌باشد.

ب) حق تثبیت

حق دیگری که در قسمت دوم از بند ۱ ماده‌ی ۸ پیش‌نویس ذکر شده، حق انحصاری «تثبیت برنامه‌های» سازمان پخش می‌باشد. وفق ماده ۱۳ معاهده‌ی رم چنین حقی به سازمان‌های پخش بی‌سیم اعطا شده بود که به معنای وارد کردن سیگنال در یک حامل مادی مانند حافظه رایانه، نوار، سی دی و ... می‌باشد.

ج) تکثیر

حق تکثیر در معاهده‌ی رم محدودتر از حق تکثیری است که در پیش‌نویس ذکر شده است. مطابق معاهده‌ی رم در تکثیر تثبیت‌ها اگر تثبیت با رضایت سازمان

پخش باشد و نیز اگر تکثیر تثبیت‌ها در چهارچوب محدودیت‌ها و استثنای‌های ماده ۱۵ آن انجام شود، مشمول معاهده قرار نمی‌گیرد. اما وفق پیش‌نویس حق تکثیر سازمان‌های پخش دارای محدوددهی وسیعی است. لذا این امر مورد اعتراض کشورهای در حال توسعه واقع گردید. طبق گزارش گروه موسوم به گروه جنوب، مخالفان این بند اعتقاد دارند که اعطا حق تکثیر با این وسعت سبب عدم تعادل میان حقوق سازمان‌های پخش بی‌سیم و کابلی با حقوق دارندگان حق مولف و حقوق مرتبط شده و عدم امکان دسترسی مصرف‌کنندگان به برخی اعمال مشروع و قانونی از جمله انتقال یک برنامه‌ی ضبط شده از یک دستگاه به دستگاه دیگر برای تکثیر را در پی خواهد داشت. سازمان‌های پخش در اغلب موارد تولیدکننده و مالک اولیه حقوق نسبت به برنامه نبوده و اعطا حق تکثیر با چنین گستردگی قابل توجیه نمی‌باشد (Munoz Tellez & Chege Waitara, 2007, p.41). در نتیجه خواستار حذف یا محدود کردن آن به طوری که فراتر از حق تکثیر معاهده‌ی رم نگردد، شده‌اند. ولی به نظر می‌رسد با توجه به این‌که در این پیش‌نویس استثنای‌های حق مولف پذیرفته شده بنابراین این ایرادات چندان وجاهت ندارد زیرا با اعمال این استثناها عملاً حقوق سازمان‌های پخش محدود می‌شود.

دوم: استثناها

علاوه بر مقدمه‌ی پیش‌نویس که محدودیت‌های مربوط به منافع عمومی و حقوق رقابت را بیان کرده، ماده ۱۲ نیز محدودیت‌ها و استثناها را در سه بند ذکر نموده است. بند اول مقرر می‌دارد: «کشورهای عضو می‌توانند در قوانین داخلی خود همان استثنائاتی را که درباره حمایت از حق مولف در آثار ادبی و هنری و حمایت از حقوق مرتبط در قوانین داخلی خود مقرر کرده‌اند، درباره‌ی حمایت از سازمان‌های پخش نیز اعمال نمایند.» در بند دوم به کشورهای عضو اجازه داده شده تا استثناها را فقط در موارد خاص به طوری که با بهره‌برداری عادی از برنامه تعارض نداشته و به منافع سازمان پخش لطمه وارد نکند اعمال نمایند. اعمال این بند منوط به عدم ایراد لطمه به منافع عمومی درباره‌ی استفاده‌ی عادی از برنامه

می‌باشد و از این طریق تعادلی میان حقوق سازمان‌های پخش و منافع عمومی برقرار نموده است. مقررات این بند که براساس قاعده «شروط سه‌گانه» که در معاهده‌ی برن و WPPT مقرر شده، تنظیم شده است. این قاعده اعمال استثناها را کنترل کرده و قلمرو محدودیت‌های قوانین داخلی را کم‌تر می‌نماید.

مطابق بند سوم، کشورهای عضو با توجه به بند ۲ و ۱ می‌توانند استثناهایی را بر حمایت مقرر در معاهده، در مورد استفاده خصوصی و شخصی، استفاده با اهداف آموزشی تحقیقات علمی، استفاده به نفع افراد معلول، گزارش رخدادهای جاری و استفاده برای امنیت عمومی و اهداف قضایی اعمال نمایند. پیش‌نویس استثنا تثبیت ناپایدار را که در معاهده‌ی رم وجود دارد، کنار گذاشته ولی استفاده به نفع افراد معلول، استفاده برای امنیت عمومی و اهداف قضایی موارد جدیدی هستند که به استثناها اضافه شده‌اند.

بند سوم: حقوق سازمان‌های پخش در قوانین ایران

در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ ذکری از حقوق مرتبط نشده و تولیدکنندگان حامل‌های صوتی، سازمان‌های پخش و اجراکنندگان جزو اشخاص مورد حمایت این قانون واقع نشده است. مطابق قوانین خاص از جمله قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ صفحات صوتی و برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی مورد حمایت قرار گرفته‌اند. اگرچه ماده‌ی ۱۱ قانون اخیر مقرر کرده که «مقررات این قانون در هیچ مورد حقوق اشخاص مذکور در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان را نفی نمی‌کند و محدود نمی‌سازد» و از این لحاظ نقطه‌ی مشترکی بین قوانین ایران و ماده‌ی ۱ رم ایجاد شده ولی باید گفت که در حقوق ایران میان حقوق مرتبط و حقوق مولفان تفکیکی وجود ندارد و حقوق مربوط به صفحات صوتی و برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی نیز تحت نظام حقوق پدیدآورنده قرار دارد. بنابراین در حقوق ایران نمی‌توان برای دارندگان حقوق مرتبط مبنا و ساختار مجزا در نظر گرفت و آن را به‌عنوان نظامی مستقل مورد توجه قرار داد.

در قانون ۱۳۵۲ حقوقی برای تولیدکنندگان صفحات یا نوارهای موسیقی و صوتی و هم‌چنین برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی لحاظ شده است. درباره‌ی اجراکنندگان طبق قانون ۱۳۵۲ و ۱۳۴۸ به صراحت نامی برده نشده ولی به عقیده‌ی برخی «از آن جایی که در برخی مواد اجرا حمایت شده است، می‌توان دریافت که اجراکنندگان نیز مورد حمایت قانون قرار دارند. برای مثال ماده‌ی ۱ قانون ۱۳۴۸ از هنرمند به پدیدآورنده تعبیر کرده و او را مورد حمایت خود قرار داده و از آن‌جا که مطابق اسناد بین‌المللی اجراکنندگان شامل بازیگران، آوازخوانان، نوازندگان، رقاصان، دکلمه‌کنندگان و بازخوانان و هر شخصی که اثری ادبی و هنری را اجرا کند می‌شود که جملگی هنرمند تلقی می‌شوند، می‌توان گفت واژه‌ی هنرمند در حقوق ما اجراکنندگان را دربرمی‌گیرد» (صادقی و محسنی، همان، ص ۱۸۲). به عقیده نگارنده این تفسیر تفسیری موسع از قانون ۱۳۴۸ می‌باشد و منظور از هنرمند در ماده‌ی ۱ شامل اشخاصی چون نقاش، مجسمه‌ساز و عکاس می‌گردد و هنرمند مجری را که طبق اسناد بین‌المللی شامل دکلمه‌کننده، رقصنده، خواننده و ... می‌باشد را دربر نمی‌گیرد. چراکه در این صورت باید گفت که قانون ایران به هنرمند مجری حقوقی همانند مولف داده است که مطابق با انصاف و قوانین بین‌المللی نیست. درحالی‌که پیشینه‌ی تدوین قوانین حمایت از هنرمندان مجری در جهان بسیار کم‌تر از مقررات حمایت از مولف می‌باشد. بنابراین چنین تفسیر موسعی درست به نظر نمی‌رسد.

با وجود این که در قوانین مربوط به مالکیت ادبی و هنری ایران برای حقوق مرتبط ساختار و مبنای مستقلی تعریف نشده و حقوقی که در مورد صفحات صوتی و برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی جاری است، تحت نظام حق مولف قرار دارد، اما قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ برای نخستین بار در کنار حقوق مولف از اصطلاح حقوق مرتبط استفاده کرده که در ادامه به آن می‌پردازیم. هم‌چنین پیش‌نویسی در مورد مالکیت ادبی و هنری در وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی با نظر حقوق‌دانان و کارشناسان تهیه شده که هنوز به تصویب نرسیده است.

در ادامه به بررسی ظرفیت قوانین مربوط به مالکیت ادبی و هنری ایران در حمایت از سازمان‌های پخش خواهیم پرداخت.

اول: قوانین

در قانون حمایت از مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، مقررهای که به صراحت به حقوق سازمان‌های پخش در رابطه با پخش برنامه‌هایشان بپردازد وجود ندارد. فقط ماده ۵ این قانون به امکان انتقال حقوق مادی پدیدآورنده به‌منظور پخش از رادیو و تلویزیون اشاره کرده و رادیو و تلویزیون را به‌عنوان منتقل‌الیه حقوق مولفان و هنرمندان مورد شناسایی قرار داده است. لازم به ذکر است که سازمان‌های پخش همانند سایر اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند صاحب اثر باشند و آثاری را با سرمایه و توان انسانی خود خلق نمایند و این امکان در ماده‌ی ۱۶ قانون بیان شده است که در این صورت سازمان پخش به شرط وجود تمامی شرایط حمایت از جمله شرط ماده‌ی ۲۲ (پخش، نشر یا اجرا برای نخستین بار در ایران) مالک اثر خود بوده و از تمامی حقوق ذکر شده در این قانون به‌عنوان پدیدآورنده برخوردار خواهد شد. در مورخ ۱۳۸۹/۶/۱۸ ماده ۱۲ قانون مذکور و تبصره آن هماهنگ با معاهده برن مورد اصلاح قرار گرفت و مدت استفاده از حقوق مادی پدیدآورندگان را از سی سال به پنجاه سال افزایش داد اما ماده‌ی واحده قانون اصلاحی به آثار متعلق به شخص حقوقی و آثار عکاسی تسری نمی‌یابد و طبق ماده‌ی ۱۶ قانون، اثر متعلق به شخص حقوقی و اثری که حق استفاده از آن به شخص حقوقی واگذار شده، همچنان ۳۰ سال از زمان نشر یا عرضه حمایت می‌شود.

قانون ۱۳۴۸ استثنایی را درباره حمایت از برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی در ماده‌ی ۱۱ بیان کرده که مقرر می‌نماید: «نسخه‌برداری... و ضبط برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی فقط در صورتی که برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی باشد مجاز است.» این مقرر در موردی اعمال می‌گردد که سازمان پخش رادیویی یا تلویزیونی مالک اثر یا انتقال‌گیرنده آن بوده و ضبط برنامه توسط ثالث برای استفاده شخص

بوده و غیرانتفاعی است. قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ گام را فراتر گذاشته و در ماده‌ی ۳ نسخه‌پردازی یا ضبط یا تکثیر آثار صوتی را بدون اجازه صاحب حق یا تولیدکنندگان انحصاری یا قایم مقام قانونی آن‌ها برای فروش ممنوع دانسته و در قسمت اخیر ماده مقرر کرده «حکم مذکور در این ماده شامل نسخه‌برداری یا ضبط یا تکثیر از برنامه‌های رادیو تلویزیون یا هرگونه پخش دیگر نیز خواهد بود». البته استثنا استفاده شخصی و خصوصی در تبصره ماده‌ی ۵ اعمال می‌شود. بنابراین مطابق این قانون هرگونه تکثیر، ضبط یا نسخه برداری از برنامه‌های پخش شده از رادیو یا تلویزیون ممنوع و دارای ضمانت اجرای قانونی است.

بنابراین می‌توان مطابق این دو قانون حقوقی را برای سازمان پخش در حقوق ایران قایل شد که البته این حقوق از نوع حقوق پدید آورنده می‌باشد و نه از نوع حقوق مرتبط مذکور در معاهده‌های بین‌المللی. حقوقی همچون حق پخش مجدد، حق تکثیر، حق اطلاع‌رسانی به عموم و حق تثبیت که در معاهده‌ی رم تصریح شده در قوانین ایران به روشنی مشاهده نمی‌شود ولی شاید بتوان همه این انواع را مشمول عبارت «...یا هرگونه پخش دیگر نیز خواهد بود» دانست و بدین ترتیب سازمان پخش را از تمامی حقوق مذکور برخوردار دانست.

قانون دیگری که برای نخستین بار از اصطلاح حقوق مرتبط استفاده کرده، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ است که با هدف تنظیم و قانونمند کردن تبادل اطلاعات در محیط مجازی تصویب شده. انتقاداتی بر این قانون وارد می‌باشد. به‌عنوان نمونه ماده‌ی ۶۲ و تبصره آن مقرر نموده که حق تکثیر، اجرا و توزیع آثار تحت حمایت قانون ۱۳۴۸ و ۱۳۵۲ است و حقوق مالکیت‌های فکری در بستر مبادلات الکترونیکی مورد حمایت قرار دارد. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۶۲ اقسام حقوق مرتبط را نام برده و مقرر می‌کند: «حقوق مرتبط با مالکیت ادبی و هنری که پیش از این به‌عنوان حقوق جانبی مالکیت ادبی و هنری شناخته می‌شدند شامل حقوق مادی و معنوی برابر عناصر دیگری علاوه بر مولف، از جمله حقوق هنرمندان مجری آثار، تولیدکنندگان صفحات صوتی و تصویری و سازمان‌ها و

مؤسسات ضبط و پخش می‌باشند که مشمول قوانین مصوب ۱۳۴۸/۹/۳ و ۱۳۵۲/۹/۲۶ مورد اشاره در این ماده می‌باشند.» این تبصره و ماده مربوطه دارای این اشکال اساسی است که در حقوق ایران نظامی با عنوان حقوق مرتبط یا مجاور و اقسام آن و حمایت از آن در محیط حقیقی وجود نداشته و در هیچ یک از قوانین مذکور در این ماده یعنی قانون ۱۳۴۸ و ۱۳۵۲ صحبتی از آن نشده و قانون تجارت الکترونیک بدون در نظر گرفتن این موضوع، حمایت از حقوق مرتبط را در محیط مجازی مطرح نموده و موارد آن را بر شمرده است.

با این حال می‌توان با توجه به مقررات اندک موجود در قوانین که اغلب ناقص و پراکنده است چنین نتیجه گرفت که حقوق مرتبط از جمله حقوق سازمان‌های پخش به موجب بخش اخیر ماده‌ی ۳ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ و تبصره ۱ ماده‌ی ۶۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مورد حمایت قانون‌گذار ایران می‌باشد.

دوم: پیش‌نویس

پیش‌نویس «قانون جامع حمایت از حقوق مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط» در ماده ۲ به برخی تعاریف و مفاهیم اصلی پرداخته و اصطلاحاتی را تعریف نموده است. پیش‌نویس مشتمل بر شش بخش است و بخش سوم به حقوق مرتبط اختصاص دارد. در فصل سوم از بخش سوم حقوق مراکز پخش رادیو تلویزیونی ذکر شده است.

ماده‌ی ۱ پیش‌نویس مفاهیم و اصطلاحات مربوط به حقوق مولف و مرتبط را تعریف کرده که در ادامه برخی مفاهیم در مورد سازمان‌های پخش را بیان می‌کنیم. بند ۲۴ این ماده چنین مقرر کرده: «پخش رادیویی- تلویزیونی یعنی مخابره اصوات و یا تصاویر با دستگاه ارتباطی بی‌سیم یا با سیم به‌منظور دریافت آن توسط عموم، از جمله پخش از ماهواره.» این تعریف از این نظر که پخش ماهواره‌ای را نیز گنجانده در مقایسه با معاهده رم تعریف به روزی را ارایه داده است.

بند ۳۸ پیش‌نویس مرکز پخش یا همان سازمان پخش را به «مرکزی که مسوولیت پخش رادیو-تلویزیونی اثر را برعهده دارد.» تعریف کرده است.

بند ۱۹ درباره ارسال برای عموم بیان می‌دارد: «یعنی ارسال با سیم یا بی سیم تصاویر یا صدا یا تصویر و صدای یک اثر، ابزار رسانه صوتی یا برنامه رادیو-تلویزیونی به طریقی که تصویر یا صدای مذکور به وسیله اشخاصی خارج از محدوده عادی یک خانواده و نزدیکان آنها در مکان یا مکان‌هایی که در فاصله زیادی از مبدا مخابره قرار گرفته‌اند قابل دریافت باشد ...»

ماده ۹۹ اعمالی را که به اجازه مراکز پخش رادیویی و تلویزیونی نیاز دارند برمی‌شمارد:

۱- با رعایت ماده ۹۵، مرکز پخش رادیویی تلویزیونی دارای حقوق انحصاری انجام دادن یا اجازه انجام دادن اعمال زیر می‌باشد: الف- پخش مجدد برنامه رادیویی یا تلویزیونی، ب- ارسال عمومی برنامه رادیویی تلویزیونی، ج- ضبط برنامه‌ی رادیویی تلویزیونی، د- تکثیر نسخه‌ی تثبیت شده برنامه‌ی رادیویی تلویزیونی.

حقوق ذکر شده برای سازمان پخش همان حقوق مندرج در رم می‌باشد. مطابق ماده ۱۰۰ سازمان‌های پخش از پایان سالی که پخش رادیویی تلویزیونی انجام شده به مدت ۲۰ سال حمایت خواهند شد. به نظر ما نیز مدت ۲۰ سال برای حمایت از سازمان پخش که در پیش‌نویس ذکر شده مناسب است. کشورهای در حال توسعه همواره سعی بر این داشتند که حقوق مرتبط را در چهارچوب محدودی بپذیرند و مدت حمایت را نیز تا حد امکان به پایین‌ترین میزان کاهش دهند، حمایت ۲۰ ساله از سازمان‌های پخش مطابق با مصالح کشور ما، که بیش‌تر مصرف کننده برنامه است تا تولیدکننده می‌باشد.

ماده ۹۵ پیش‌نویس محدودیت‌ها و استثنای حمایت بر حقوق مادی پدیدآورندگان آثار را درمورد حقوق مرتبط قابل اجرا دانسته. این استثنای شامل تکثیر محدود برای مقاصد شخصی، تکثیر به منظور آموزش یا پژوهش علمی، تصویربرداری توسط کتابخانه‌ها و آرشیوها، تکثیر و پخش رادیو تلویزیونی و سایر

وسایل ارسال عمومی اثر به منظور اطلاع رسانی، تکثیر برای استفاده اشخاص ناتوان، نقل قول و نمایش عمومی آثار با رعایت شرایط می‌باشد.

ماده‌ی ۱۶۴ پیش‌نویس معیار حمایت از برنامه‌های پخش شده از رادیو و تلویزیون را مقرر دفتر مرکزی سازمان پخش یا مقرر فرستنده‌ی اصلی قرار داده است و برنامه‌های ذیل را واجد شرایط حمایت می‌داند: الف - برنامه‌های رادیویی یا تلویزیونی پخش شده توسط مراکز پخش بین‌المللی که دفتر مرکزی آن‌ها در ایران واقع شده است؛ ب - برنامه‌های رادیویی-تلویزیونی پخش شده که فرستنده‌ی آن‌ها در ایران واقع است.

بند چهارم: ایران و آثار الحاق به معاهده‌ها

چنانکه می‌دانیم ایران تاکنون به هیچ یک از معاهده‌های حمایت از حق مولف و حقوق مرتبط از جمله، برن، رم و ماهواره‌ها ملحق نشده است. در ادامه به بررسی آثار الحاق و نتایج عضویت کشورمان در معاهده‌ی رم، معاهده‌ی ماهواره‌ها و موافقت‌نامه‌ی جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری در خصوص حمایت از سازمان‌های پخش به ویژه آثار آن بر صدا و سیما ج.ا.ا می‌پردازیم.

اول: الحاق به معاهده رم

در صورت عضویت ایران به معاهده‌ی رم، حقوق و تعهدات ایجاد شده برای کشورمان را به شرح ذیل بر می‌شماریم:

۱- برخورداری از اصل رفتار ملی: مطابق ماده‌ی ۲ و بند ج معاهده‌ی رم رفتار ملی به معنای رفتار اعطایی مطابق با حقوق داخلی کشور متعاهدی است که در آن درخواست حمایت شده است که باید نسبت به سازمان‌های پخش بی‌سیم اعمال گردد.

شرایط اعمال و اصل رفتار ملی مطابق ماده‌ی ۶ رم واقع بودن مرکز اصلی سازمان پخش در قلمرو کشور درخواست حمایت یا واقع بودن فرستنده‌ی ارسال برنامه در قلمرو کشور درخواست حمایت می‌باشد. هم‌چنین کشورها طبق حق

شرطی که همین ماده مقرر نموده می‌تواند اعلام کنند که تنها در صورتی برنامه‌های یک سازمان پخش را مورد حمایت قرار خواهند دارد که هم مرکز اصلی سازمان پخش و هم فرستنده آن، در قلمرو کشورشان واقع شده باشد. کشور ما نیز می‌تواند از این حق برای محدود کردن حمایت‌ها استفاده نماید.

۲- سازمان صدا و سیما از حداقل حقوق مقرر در ماده‌ی ۱۳ معاهده رم یعنی حق پخش مجدد برنامه‌هایشان، حق تثبیت، حق تکثیر تثبیت‌ها و حق اطلاع‌رسانی به عموم برنامه‌ها در مکان‌های عمومی در سایر کشورهای عضو برخوردار خواهد بود و ایران نیز باید این حقوق را برای سازمان‌های پخش سایر کشورهای متعاقد قابل گردد. البته طبق ماده ۱۶ و بند ب آن می‌تواند حق عرضه عمومی برنامه‌ها در مکان‌های عمومی را اعمال ننماید که در این صورت به سایر کشورهای متعاقد این حق داده شده تا حق مذکور را به سازمان‌های پخش ایران که مقرر اصلی آن‌ها در کشور آن‌هاست اعطا نکنند.

۳- ایران مجاز خواهد بود تا استثنای وارد بر حمایت مقرر در معاهده را در قوانین خود مقرر نماید. این استثنای در خصوص استفاده‌ی شخصی و خصوصی، استفاده از گزیده‌های کوتاه در رابطه با گزارش رویدادهای جاری، تثبیت ناپایدار با استفاده از امکانات خود سازمان صدا و سیما و برای برنامه‌های خود سازمان، استفاده با اهداف آموزشی یا پژوهش‌های علمی قابل اعمال می‌باشد. علاوه بر این، کشور ما می‌تواند همان محدودیت‌های وارد بر حقوق مولف را که در قوانین داخلی خود اعمال نموده و به جز ایجاد مجوزهای اجباری که تنها در چهارچوب معاهده امکان‌پذیر است، نسبت به حمایت از سازمان‌های پخش نیز مقرر کند.

۴- حداقل مدت حمایت طبق ماده‌ی ۱۴ رم برای سازمان‌های پخش به مدت ۲۰ سال از پایان سالی که پخش در آن سال واقع شده است و کشور ما متعهد می‌شود تا از برنامه‌های سازمان‌های پخش سایر کشورهای متعاقد حداقل برای ۲۰ سال حمایت به عمل آورد مگر اینکه مدت بیشتری را در قانون داخلی در نظر بگیرد که در آن صورت طبق اصل رفتار ملی مدت بیش‌تر ملاک خواهد بود. هم‌چنین سازمان صدا و سیمای ایران نیز حداقل برای ۲۰ سال نسبت به برنامه‌های

خود که در قلمرو و سایر کشورهای متعاقد پخش می‌شود از حمایت‌های مقرر برخوردار خواهد شد مگر این‌که کشور متعاقد مدت بیش‌تری را در قانون خود در نظر گرفته باشند.

۵- وفق ماده‌ی ۲۲ رم، کشورما مجاز خواهد بود تا با انعقاد توافق‌های خاص با سایر کشورها حقوق بیش‌تری از آنچه در معاهده‌ی رم مقرر شده، برای صدا و سیمای ایران به‌دست آورد.

۶- در ماده‌ی ۲۰، اصل عدم لطمه به حقوق مکتسبه کشورها را بیان شده که مطابق آن معاهده رم به حقوق مکتسبه‌ای که قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده در کشور متعاهدی در آن کشور به‌دست آمده باشد لطمه‌ای وارد نخواهد کرد.

۷- بهره‌مند شدن از حقوق مادی برنامه‌های سفارشی: در صورت الحاق، اگر اجراکننده یا تولیدکننده یک اثر صوتی به سفارش صدا و سیما اثری را اجرا یا حامل صوتی را تولید کند، صدا و سیما به‌عنوان دارنده حقوق مادی شناخته خواهد شد و از حقوق مالی هنرمند مجری و تولیدکننده فنوگرام برخوردار می‌گردد.

۸- ایران در زمان الحاق باید از نظر حقوق داخلی خود در موقعیتی باشد که بتواند معاهده‌ی رم را اجرا نماید. یعنی این‌که قوانین داخلی باید به روز شده و قوانین مربوط به حقوق مولفان و حقوق مرتبط با استانداردهای بین‌المللی هماهنگ گردد...

۹- ایران مطابق بند ۱ ماده‌ی ۲۶ معاهده رم، وفق مقررات قانون اساسی ملزم به اتخاذ تدابیر لازم جهت تضمین اجرای معاهده می‌شود. بنابراین کشورما در صورت الحاق ملزم به اجرای ضمانت‌های اجرایی خاص و تعیین شده نبوده و می‌تواند مطابق قوانین داخلی خود روش اجرای حقوق را تعیین نماید.

دوم: الحاق به ماهواره‌ها

معاهده‌ی ماهواره‌ها بیش‌تر تکلیف و الزامی را برای کشورهای عضو نسبت به منع توزیع سیگنال‌های حامل برنامه‌ی ارسال شده از ماهواره توسط توزیع‌کنندگان

غیرمجاز ایجاد می‌کند تا اعطای حقی خصوصی به سازمان‌های پخش. با توجه به این نکته نتایج الحاق ایران به این معاهده را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۱- ایران مکلف می‌شود تا با اتخاذ موازین مناسب از توزیع سیگنال‌های حامل برنامه‌ای که از ماهواره ارسال می‌گردد توسط توزیع‌کنندگان غیرمجاز در کشور جلوگیری به عمل آورد. در حال حاضر با توجه به انحصاری بودن پخش برنامه در ایران که فقط در اختیار صدا و سیما است و نبود توزیع‌کنندگان خصوصی، ایران مکلف به پیش‌بینی موازین مقتضی به منظور منع این اقدامات توسط صدا و سیما (در صورتی که مجاز به دریافت سیگنال‌ها نباشد) می‌گردد. هم‌چنین سایر کشورهای عضو متعهد خواهند شد تا از سیگنال‌هایی که توسط سازمان صدا و سیمای ایران به ماهواره برای پخش ارسال می‌شود نسبت به توزیع غیرمجاز در قلمرو کشورشان محافظت نمایند.

۲- مفاد معاهده‌ی ماهواره‌ها فقط ماهواره‌های پخش غیرمستقیم یا نقطه به نقطه را دربر می‌گیرد که سیگنال‌های حامل برنامه را پس از تقویت به فرستنده‌های محلی ارسال می‌کنند تا این فرستنده‌ها سیگنال‌ها را برای پخش عمومی منتشر نمایند. ماده ۳ ماهواره‌های پخش مستقیم را که برنامه‌ها را به منظور دریافت مستقیم توسط عموم ارسال می‌کنند از شمول حمایت خود خارج نموده است. بنابراین صدا و سیمای ایران می‌تواند این سیگنال‌ها را مورد استفاده قرار دهد بدون این‌که عمل آن نقض به شمار آید.

۳- صدا و سیما می‌تواند از استثنای مذکور در ماده‌ی ۴ شامل ارسال برای گزارش رخدادهای جاری با هدف اطلاع‌رسانی، نقل قول گزیده‌های کوتاهی از برنامه به منظور اطلاع‌رسانی و توزیع با هدف آموزش یا تحقیقات علمی بهره‌مند شود.

۴- ایران می‌تواند از حق شرط‌های مندرج در بندهای ۲، ۳ ماده‌ی ۸ معاهده استفاده کند. به‌عنوان نمونه اعلام کند که از اعمال معاهده در رابطه با توزیع‌کنندگان کابلی خودداری می‌نماید (لازم به ذکر است که صدا و سیما هم اکنون از کابل برای ارسال برنامه‌ها استفاده نمی‌کند و ارسال غالباً از طریق بی‌سیم صورت می‌گیرد).

۵- این تعهد پس از لازم‌الاجرا شدن معاهده در ایران اجرا خواهد شد. مطابق ماده‌ی ۵ معاهده‌ی ماهواره‌ها هیچ یک از کشورهای متعاقد درباره‌ی توزیع سیگنال‌های اشتقاقی^۷ توزیع شده قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده در کشورشان ملزم به اجرای آن نخواهند بود.

۶- مطابق بند ۴ ماده‌ی ۹ ایران در زمان الحاق باید مطابق با قوانین داخلی خود در موقعیتی باشد که مقررات این معاهده را اجرا نماید.

۷- با توجه به مفاد معاهده ماهواره‌ها به نظر می‌رسد الحاق ایران به معاهده‌ی ماهواره‌ها بیش از آن که حقوقی مقرر دارد، تکالیفی را بر کشور ما و صدا و سیما بار می‌کند. زیرا ایران کشور در حال توسعه‌ای است که در غالب موارد مصرف کننده‌ی برنامه‌های ماهواره‌ای است تا صادرکننده‌ی آن و لذا به نظر نگارنده الحاق به معاهده نه تنها نفع چندانی برای کشورمان نداشته باشد بلکه موانعی را بر سر راه استفاده‌ی صدا و سیما از برنامه‌های ماهواره‌ای نیز ایجاد خواهد کرد و صدا و سیما ناچار خواهد بود برای دریافت برنامه‌های ماهواره‌ای پول پرداخت نماید. در هر حال با توجه به این که معاهده شامل بخش بزرگی از برنامه‌ها که توسط ماهواره‌های پخش مستقیم ارسال می‌گردد نمی‌شود، لذا لزومی به الحاق به این معاهده مشاهده نمی‌شود. کما این که کشورها نیز از این معاهده استقبال چندانی نکرده و تعداد اعضای آن بسیار اندک (۳۳ کشور) می‌باشد.

سوم: الحاق به موافقت نامه‌ی تریپس (م.ت.ح.م.ف)

نتایج حاصل از عضویت ایران در تریپس (م.ت.ح.م.ف) در حمایت از سازمان‌های پخش را می‌توان به ترتیب ذیل عنوان کرد:

۱- در این موافقتنامه به‌طور زیرکانه مقررات مهم معاهده‌های اصلی مالکیت فکری از جمله پاریس و برن گنجانده شده است. بنابراین کشورهای عضو م.ت.ح.م.ف حتی اگر به عضویت این معاهده‌ها نیز در نیامده باشند ملزم به اجرای برخی مقررات آن‌ها می‌شوند. م.ت.ح.م.ف در مورد رم چنین الزامی را قرار نداده ولی مطابق بند ۳ ماده‌ی ۱ م.ت.ح.م.ف در صورتی که کشورهای عضو م.ت.ح.م.ف

معاهده‌ی رم را نیز پذیرفته باشند معیارهای حمایت همان معیارهای مندرج در رم خواهد بود. بند ۲ ماده‌ی ۲ م.ت.ح.م.ف نیز شرط حفاظتی را مقرر نموده که مطابق آن، این موافقت‌نامه به تعهداتی که اعضا طبق معاهده‌ی رم در برابر یکدیگر دارند لطمه‌ای وارد نمی‌کند.

۲- طبق بند ۳ ماده ۱۴ م.ت.ح.م.ف سازمان های پخش رادیویی از حق منع اعمال زیر در صورتی که بدون اجازه آنها انجام شوند برخوردارند: تثبیت، نسخه برداری از تثبیت، پخش مجدد پخش های رادیویی آنها از طریق وسایل بی سیم و نیز پخش عمومی و پخش های تلویزیونی آنها. در صورت عدم اعطای این حقوق به سازمان های پخش رادیویی از سوی کشور عضو، حق ممانعت از اعمال فوق با رعایت مقررات کنوانسیون برن به صاحبان حق مالکیت ادبی هنری آثار مورد پخش تعلق می‌گیرد. یعنی اگر در کشوری حقوق مجاور وضع نشده ولی حق مولف وجود دارد مولفان می‌توانند به استناد حقوق مولف و معاهده برن مانع از پخش بدون اجازه آثارشان شوند. بنابراین حتی اگر ایران به م.ت.ح.م.ف ملحق شود و تا زمانی که حقوق سازمان های پخش را به طور صریح و خاص در قوانین داخلی وضع نکرده است، ملزم به اعطای حقوق سازمان های پخش دیگر اعضای موافقت نامه برابر ماده ۳ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی و تبصره ۱ ماده ۶۲ قانون تجارت الکترونیک و حقوق مقرر در موافقتنامه است و چنانچه برابر قوانین ملی قایل به حقوق سازمان های پخش نباشد مولفان و دارندگان حقوق آثار خارجی می‌توانند با رعایت معاهده برن (در صورت الحاق به برن) مانع از اعمال مذکور در بند ۳ ماده ۱۴ م.ت.ح.م.ف شوند. به هر حال این بند راهکاری را در مورد کشورهایی که هنوز حقوق مرتبط را وضع نکرده‌اند ارائه داده است.

۳- بهره‌مندی از اصل رفتار ملی مندرج در بند ۱ ماده ۳ م.ت.ح.م.ف. طبق این بند، درباره سازمان های پخش تعهد به اجرای اصل رفتار ملی فقط در مورد حقوق پیش‌بینی شده در موافقت نامه اجرا خواهد شد و کشورهایی که از حق شرط مندرج در بند ۱ ماده‌ی ۱۶ رم درباره عدم اعطا حق اطلاع‌رسانی به عموم در

مکان‌های عمومی استفاده می‌کنند باید به شورای جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت فکری اطلاع دهند.

۴- اعمال اصل دولت کامله الوداد طبق ماده‌ی ۴ م.ت.ح.م.ف: در بند ج این ماده مقرر شده که کشورها اصل دولت کامله الوداد در خصوص حقوق سازمان‌های پخش را تا حدودی که در موافقت نامه‌ی تریپس مقرر شده باشد اجرا خواهند کرد. بنابراین اگر به‌عنوان مثال ایران طبق توافق نامه‌ی امتیازات یا حقوقی بیش‌تر از آنچه در تریپس برای سازمان‌های پخش مقرر شده، به کشور دیگر عضو تریپس در نظر گیرد ملزم به اجرای اصل دولت کامله الوداد یعنی اعطا بی‌قید و شرط همان امتیازات و حقوق به سازمان‌های پخش سایر کشورهای عضو تریپس نخواهد بود.

۵- مطابق بند ۵ ماده‌ی ۱۴ م.ت.ح.م.ف. مدت حمایت اعطایی حداقل ۲۰ سال از پایان سالی که پخش انجام شده محاسبه می‌گردد.

۶- طبق بند ۶ ماده‌ی ۱۴ امکان اعمال محدودیت‌ها و استثنائات و شروط در مورد حمایت از سازمان‌های پخش در حدی که معاهده‌ی رم اجازه داده است.

۷- امکان بهره‌مندی از ضمانت اجرای نقض حق که در قسمت سوم م.ت.ح.م.ف پیش‌بینی شده است.

۸- بهره‌مندی از مقررات مربوط به حل اختلافات مندرج در قسمت ۵ م.ت.ح.م.ف میان کشورهای عضو.

۹- مطابق بند ۱ ماده‌ی ۱ م.ت.ح.م.ف اعضا در انتخاب روش مناسب با عرف و نظام حقوقی خود برای اجرای مقررات موافقت‌نامه‌ی آزاد می‌باشند. م.ت.ح.م.ف تعیین‌کننده‌ی حداقل‌های حمایت است و بنابراین کشورها می‌توانند در قوانین خود حمایتی گسترده‌تر از آن چه در آن معین شده، خواه در اعطای مدت حمایت طولانی‌تر و خواه در اعطای حقوق بیش‌تر و گسترده‌تر، در نظر گیرند.

نتیجه‌گیری

سازمان‌های پخش رادیویی به دلیل نقش عمده‌ای که در انتشار و پخش آثار مولفان و ترویج اطلاعات و دانش میان جوامع ایفا می‌کنند و با توجه به

سرمایه‌گذاری‌های کلان و نیروهای انسانی و فنی و تجهیزات گوناگونی که صرف می‌کنند برای تاسیس و ادامه‌ی حیات، در مقابل اقداماتی از جمله سرقت سیگنال و استفاده‌ی بدون اجازه از برنامه‌هایشان که موجب ورود زیان به آن‌ها می‌گردد نیاز مبرمی به حمایت قانونی دارند.

تحولات دنیای فناوری سبب نقض گسترده‌ی حقوق سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی و سرقت سیگنال در سطح جهان شده است. به‌ویژه تحول سیگنال‌ها از آنالوگ به دیجیتال این سرقت‌ها را افزایش داده و امکان نقض و دسترسی غیرمجاز به آن‌ها را فراهم نموده است. نقض حقوق سازمان‌های پخش ممکن است در محیط حقیقی و توسط سازمان‌های پخش بی‌سیم یا کابلی غیر مجاز و یا در محیط اینترنتی و توسط سایت‌های پخش‌کننده انجام گردد.

در موارد بسیاری حقوق سازمان صدا و سیما و حق پدیدآورندگان آثار از جمله فیلم‌ها و سریال‌ها، موسیقی و... در پخش فرامرزی نقض می‌شود. بنابراین لازم است ضمن وضع مقرراتی جامع در جهت حمایت از سازمان‌های پخش (که اخیراً پیش نویس جامعی تهیه شده) و همچنین عضویت ایران در معاهده‌های راجع به حقوق مولف و حقوق مرتبط امکان جلوگیری از نقض حقوق مربوط به برنامه‌های رادیو و تلویزیون ایران را فراهم آورد.

کشورهای پیشرفته از جمله آمریکا و کشورهای اروپایی به دلیل این‌که غالباً عرضه‌کننده و تولیدکننده‌ی برنامه‌ها می‌باشند خواستار حمایت‌های وسیع‌تر در پیش‌نویس س.ج.م.ف می‌باشند. در مقابل، کشورهای در حال توسعه‌ای از جمله هند، برزیل، شیلی و ایران که غالباً مصرف‌کننده‌ی برنامه‌ها می‌باشند، گسترش قلمرو حمایت و حقوق اعطایی به سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی را مانعی بر سر راه انتشار اطلاعات در سطح جهان و خطری برای منافع ملی خود می‌دانند و لذا خواهان محدود شدن قلمرو حمایت به سازمان‌های پخش بی‌سیم و سازمان‌های پخش کابلی با رعایت استثنای کافی می‌باشند. حمایت از سازمان‌های پخش نباید مانع دسترسی عمومی بر اطلاعات و دانش شود و جلوی جریان آزاد اطلاعات را به‌ویژه در اینترنت بگیرد. محدود شدن حقوق سازمان‌های پخش

رادیویی و تلویزیونی به موارد ضروری برای کشورهای در حال توسعه بسیار اهمیت دارد. پیش‌نویس باید به مسایل عمده و نگرانی‌های اساسی سازمان‌های پخش که خارج از شمول معاهده‌ی رم قرار گرفته پردازد. به‌عنوان نمونه از سازمان‌های پخش کابلی حمایت به عمل آورد و مطالبات غیرلازم سازمان‌های پخش را کنار گذارد. چرا که وارد کردن این قبیل موضوعات می‌تواند مانعی بر سر راه گسترش و ترویج دانش و آگاهی بوده و در تعارض با اصل در دسترس بودن اطلاعات برای همگان از طریق رسانه جمعی تلویزیون و رادیو قرار گیرد. بنابراین تاکید می‌شود که برای در نظر گرفتن حقوقی بیش‌تر از آنچه معاهده‌ی رم تعیین نموده باید لزوم و ضرورت آن به‌طور دقیق مورد بررسی قرار گیرد.

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- رجوع شود به: ترجمه کنوانسیون رم (۱۹۶۱)، کنوانسیون بین‌المللی برای حمایت از هنرمندان مجری یا اجراکنندگان، تولیدکنندگان حامل صوتی و سازمان‌های پخش رادیویی (مصوب ۲۶ اکتبر ۱۹۶۱ رم)، علیرضا محمدزاده وادقانی، حسن محسنی و محسن صادقی، مجله حقوق تطبیقی، موسسه‌ی حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره‌ی جدید، شماره ۲، دو فصلنامه‌ی پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- ۲- اتحادیه‌ی بین‌المللی مخابرات (International Telecommunication Union) به‌عنوان یکی از آژانس‌های تخصصی سازمان ملل متحد در سال ۱۸۶۵ تاسیس شد و مقر آن هم‌اکنون در ژنو سوییس می‌باشد. این اتحادیه به‌منظور ارتقای سطح همکاری‌های بین‌المللی در کلیه‌ی زمینه‌های ارتباطات دوربرد تاسیس شد. ایران عضو این اتحادیه می‌باشد.
- ۳- اتحادیه‌ی رادیویی و تلویزیونی آسیا و اقیانوسیه (Asia Pacific Broadcasting Union) سازمانی تخصصی و غیرانتفاعی است که با هدف همکاری هماهنگی فعالیت‌های مشترک و رایزنی درحوزه‌های برنامه‌ای فنی و آموزشی و... در جهت تقویت و توسعه‌ی رادیو و تلویزیون‌های منطقه‌ی آسیا-

اقیانوسیه فعالیت می‌کند. در سال ۱۹۶۳ به تصویب رسید و مقر آن در کوالالامپور می‌باشد. ایران عضو این اتحادیه است.

4- WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)

۵- رجوع شود به: «معاهده اجراها و حامل‌های صوتی سازمان جهانی مالکیت فکری»، ترجمه‌ی دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی و عطیه قایمی، مروارید فیض و فرنوش عدل امینی، گفتاری در حقوق بین‌الملل مولف و مجاور، نشر میزان، ۱۳۹۳.

۵- رجوع شود به: «معاهده اجراها و حامل‌های صوتی سازمان جهانی مالکیت فکری»، ترجمه‌ی دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی و عطیه قایمی، مروارید فیض و فرنوش عدل امینی، گفتاری در حقوق بین‌الملل مولف و مجاور، نشر میزان، ۱۳۹۳.

۶- رجوع شود به متن پیش‌نویس Draft Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Draft 1.0, March Available on: 8, 2007.

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=77333.

۷- «سیگنال اشتقاقی»، سیگنالی است که از طریق تغییر ویژگی‌های فنی سیگنال منتشر شده به دست آید، خواه یک یا چند تثبیت واسطه‌ای انجام شده یا نشده باشد. رجوع شود به تعریف سیگنال اشتقاقی در: محمدزاده وادقانی، علیرضا و شیوا حکیم‌شفایی (۱۳۸۹)، «معاهده توزیع سیگنال‌های حامل برنامه‌ی ارسال شده از ماهواره»، فصلنامه‌ی حقوق مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۰، شماره‌ی ۱، صفحه‌ی ۳۶۷.

منابع و مأخذ

الف- منابع فارسی

۱. صادقی، محسن و حسن محسنی (۱۳۸۳)، «حقوق مرتبط با حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری»، فصلنامه‌ی پژوهش و سنجش، شماره‌های ۳۹ و ۴۰، صفحات ۱۵۹ الی ۱۹۲.
۲. کری، پیترو و جو ساندرز (۱۳۸۶)، حقوق رسانه، ترجمه‌ی حمیدرضا ملک محمدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

۳. کلمبه، کلود، اصول بنیادین حقوق مولف و حقوق مجاور در جهان، ترجمه و توضیح: علیرضا محمدزاده وادقانی، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
۴. کورهیل، مک، نیل اسکلیتر و جان مارتوس (۱۳۸۰)، فرهنگ تشریحی الکترونیک، ترجمه‌ی سعید صمدی، نسترن عدلی رانکوهی، چاپ اول، تهران: پیک علوم.
۵. محمدزاده وادقانی، علیرضا و شیوا حکیم‌شفایی (۱۳۸۹)، «معاهده‌ی توزیع سیگنال‌های حامل برنامه ارسال شده از ماهواره»، فصلنامه‌ی حقوق مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۰، شماره‌ی ۱، صفحات ۳۵۹ الی ۳۷۱.
۶. محمدزاده وادقانی، علیرضا و حسن محسنی و محسن صادقی، «کنوانسیون رم (۱۹۶۱): کنوانسیون بین‌المللی برای حمایت از هنرمندان مجری یا اجراکنندگان، تولیدکنندگان حامل صوتی و سازمان‌های پخش رادیویی (مصوب ۲۶ اکتبر ۱۹۶۱ م)»، مجله‌ی حقوق تطبیقی، موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره‌ی جدید، شماره‌ی ۲، دو فصلنامه‌ی پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
۷. محمدزاده وادقانی، علیرضا و عطیه قایمی، مروارید فیض و فرنوش عدل امینی، ترجمه‌ی «معاهده‌ی اجراها و حامل‌های صوتی سازمان جهانی مالکیت فکری»، گفتاری در حقوق بین‌الملل مولف و مجاور، نشر میزان، ۱۳۹۳.
۸. محمدی، پژمان (۱۳۸۶)، قراردادهای حقوق مولف، نشر دادگستر، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۶.

ب- منابع انگلیسی

1. Adeney, Elizabeth, (2006), **the Moral Rights of Authors and Performers**, 1st.ed, New York: Oxford University Press.
2. Bently, Lionel, Brad Sharman, (2001), **Intellectual Property Law**, London: Oxford University Press.
3. Drahos, Peter, (2005), **A Philosophy of Intellectual Property**, England: Ashgate.
4. Davies, Gillian, (2002), **Copyright and the Public Interest**, London: Sweet and Maxwell.

5. Munoz Tellez, Viviana, Andrew Chege Waitara, (2007), **A Development Analysis of the Proposed WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting and Cablecasting Organizations**, South Centre.
6. Ogawa, Megumi, (2006), **Protection of Broadcaster's Rights**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
7. Stewart, M. Stephene, (1989), **International Copyright and Neighbouring Rights**, 2nd ed., London: Butterworths.
8. World Intellectual Property Organization: Standing Committee on Copyrights and Related Rights, First Session, **Existing Regional and National Legislation Concerning the Protection of the Rights of Broadcasting Organizations**: Memorandum Prepared by the International Bureau, November 2 to 10, 1998.
9. -----, Seventh Session, **Protection of Broadcasting Organizations: Technical Background**: Paper Prepared by the Secretariat, May 13 to 17, 2002.
10. -----, Eighth Session, **Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts**: Working Paper Prepared by the Secretariat, November 4 to 8, 2002.
11. -----, **Draft Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations**, Draft 1.0 March 8, 2007.

آسیب‌شناسی تخلفات موضوع کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بر اساس یافته‌های تطبیقی از کلان‌شهرهای ایران

مصطفی محمدی‌ده‌چشمه*

جعفر سعیدی**

تاریخ پذیرش: ۹۳/۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۲۴

چکیده

تخلف ساخت و ساز شهری از ضوابط و استانداردهای کیفی، فنی و شهرسازی در شهرهای ایران واقعیتی است ریشه‌دار و در عین حال گسترده که همسو با رشد شهرنشینی و افزایش تقاضای موثر در صنعت ساخت و ساز، به گونه‌ای تصاعدی در حال افزایش است. این قانون‌گریزی ساختمانی دیر زمانی است در کلانشهرهای مواجه با محدودیت فضایی، عینیت بیش‌تری نیز یافته است. در تهران بنا بر آمار ارایه شده از اداره‌ی کل کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری در سال ۱۳۹۱، به‌طور متوسط از هر ۱۰۰ واحد نوساز، حدود ۱۵ واحد با خلأی مواجه بوده، در کلانشهر مشهد به ازای ۳۱۰۷۰ پروانه صادر شده در ۶ سال منتهی به ۱۳۹۱، ۷۲۶۵ مورد تخلف صورت گرفته که بیش‌ترین آن، خلأی تراکم ساختمانی بوده است. در کلانشهر اصفهان و در سال ۱۳۹۱، ۱۱ هزار و ۳۶ پرونده‌ی تخلف به کمیسیون ماده‌ی صد شهرداری ارسال شده است. بر اساس آمار موجود در خصوص جرایم کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ شهرداری کلانشهرهای کشور، قم و شیراز کم‌ترین و مشهد بیش‌ترین درصد وصولی یک ساله خود را بر جرایم ساختمانی این کمیسیون به‌دست آورده‌اند. برخورد و راه حل یابی برای مدیریت تخلفات ساخت و سازهای شهری، پیش از اعمال روش‌های قهری و در قالب ریشه‌یابی علل بروز و پامدهای ناشی از آن با توجه به یافته‌های موجود از کلانشهرهای ایران طی سال‌های اخیر هدف نوشتار پیش رو می‌باشد. روش منتخب پژوهش، ترکیبی (پیمایشی- اسنادی) می‌باشد و پس از تحلیل تطبیقی آماری داده‌های کمی، نتایج با بهره‌گیری از روش تحلیل آرا کارشناسان شهرداری و سازمان مسکن و شهرسازی در شهرهای مذکور استخراج و تفسیر شده‌اند. یافته‌های این پژوهش حاکی از این واقعیت می‌باشند که ناسازگاری ضوابط با واقعیات جامعه، ضعف سیستم نظارت و کنترل، عدم شفافیت قوانین و مقررات از جمله عوامل و موانع اجرایی ضوابط شهرسازی هستند که در بروز تخلفاتی ساختمانی موثرند.

واژه‌های کلیدی: کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰، کلانشهرهای ایران، جرایم ساختمانی، آسیب‌شناسی تخلفات ساختمانی

* استادیار گروه جغرافیا و برنامه‌ریزی شهری، دانشگاه شهید چمران اهواز نویسنده مسوول

M.mohammadi@scu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد جغرافیا و برنامه‌ریزی شهری، دانشگاه شهید چمران اهواز

j_saedi69@scu.ac.ir

۱- مقدمه

ساختمان‌ها به‌عنوان مهم‌ترین عناصر سازنده‌ی پیکره‌ی کالبدی شهرها و فرم فضایی حاصل از میان‌کنش رقابتی بازار، بخش خصوصی، بخش تعاونی و نهادهای محلی می‌باشند. هر یک از این نقش‌آفرینان در صنعت ساخت و ساز، به‌گونه‌ای رقابتی منافعی را در شهر دنبال می‌کنند و آنچه که در این چرخه‌ی رقابتی سبب برهم خوردن تعادل می‌گردد، تاکید بر سودافزایی بخشی است که زمینه‌ی پیدایی مفهوم قانون‌گریزی ساختمانی و به تبع آن تخلف ساخت و ساز شده است. تخلفات ساختمانی در بهترین بیان ماحصل تضاد منافع در شهرها بوده و تضاد منافع فردی- اجتماعی بارزترین شکل آن است. لذا سودآوری و رجحان خواسته‌های شخصی افراد می‌تواند به وقوع تخلف ساختمانی در هر جامعه‌ای بیانجامد. (بهشتی روی، ۱۳۷۲: ۴۳).

به‌عبارت دیگر، به گفته گیدنز (۱۳۸۱) هر جا که قانون وجود دارد جرم نیز وجود دارد، زیرا ساده‌ترین تعریف جرم عبارت است از هر شیوه رفتاری که قانون را نقض کند (گیدنز، ۱۳۸۱: ۱۵۲). از این‌روی تخلفات ساختمانی به سبب سطح فراگیر و آثار بلند مدت و پایدار آن در نیمرخ شهرها^۱ از مهم‌ترین چالش‌های شهرنشینی نوین محسوب می‌شوند که همسو با افزایش تقاضای موثر در صنعت ساختمان، شهرها را با چالش‌های عظیمی مواجه نموده است. تخلفات ساختمانی حلقه‌ای از زنجیره‌ی مسایل اقتصادی، اجتماعی، مدیریتی و قانون‌گذاری شهری می‌باشد.

انواع تخلفات ساختمانی که بر نیمرخ شهری اثر می‌گذارد، از دو جنبه قابل ملاحظه می‌باشد:

اول؛ تخلف از نقطه‌نظر نوع کاربری، مساحت و طبقات که جنبه‌های شهرسازی را در بر دارد.

دوم؛ تخلف از نظر سازه، مصالح مصرفی و پایداری ساختمان که جنبه‌های ایمنی و امنیت را در بر دارد.

در این راستا تخلفات ساختمانی در شهرهای ایران از زمانی به‌طور گسترده به‌وجود آمدند که ساخت و ساز شهری به‌دنبال افزایش جمعیت و به‌وجود آمدن

نیازهای جدید سکونتی، رونق یافته و تبدیل به حرفه‌ای سودآور گردید و گروه‌های زیادی را به خود جذب کرد. در نتیجه‌ی این اقدامات، عرصه‌ی ساختمان سازی، تبدیل به محل رقابت گروه‌های مختلف شد که بیش از تلاش برای ارتقا کیفیت ساختمان، سود بیشتر فعالیت ساختمانی و کاهش هزینه‌های ساخت را مدنظر داشتند.

به‌طوری که با تصویب قانون شهرداری‌ها در سال ۱۳۳۴ و الحاقات بعدی آن، به تدریج مسایل شهر و شهرسازی بیش‌تر مورد توجه مقنن قرار گرفته و با تصویب ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها در سال ۱۳۴۵، بحث تخلفات ساخت و ساز، جایگاه خاصی در قوانین شهرسازی پیدا کرد. اما تا قبل از این زمان یعنی سال ۱۳۴۵ عدم رونق زیاد ساختمان‌سازی، جوابگو بودن ضوابط موجود و عدم اهمیت برخی موضوعات مرتبط با ساخت و ساز نظیر استحکام بنا مانع از طرح مساله‌ی عدم رعایت از ضوابط ساختمانی در شهر می‌گردید.

پس از آن و در دهه‌های ۵۰ و ۶۰ با توجه به رشد شتابان و کنترل نشده‌ی شهرنشینی و بروز چالش محدودیت فضایی شهرها و افزایش قیمت زمین شهری، قانون‌گریزی ساخت و ساز شدت گرفت. با استقلال مالی شهرداری‌ها از سال ۱۳۶۸ و افزایش شیوه‌های ناپایدار اخذ درآمد ناشی از فروش تراکم و کاربری در شهر، از اهمیت رعایت ضوابط و مقررات ساخت و ساز در اذهان شهروندان و حتی مدیریت شهری کاسته شده و تخلفات ساخت و ساز نیز شدت یافت.

مقایسه‌ی تعداد تخلفات ساخت و ساز و پرونده‌های موجود در شهرداری تهران نشان می‌دهد که به‌طور متوسط طی سال‌های ۱۳۸۰ تا ۱۳۸۷ به ازای هر ۲ مترمربع پروانه‌ی ساختمانی صادره، ۱ خلاف به کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری گزارش شده که این رقم حاکی از حجم قابل توجه تخلفات ساخت و ساز در شهر تهران است. این در حالی است که در آمارهای جدید شهرداری تهران درباره‌ی میزان تخلفات ساخت و ساز در پایتخت طی سال ۱۳۹۰ نشان می‌دهد: که ساخت‌وساز ۵۳ درصد رشد داشته و میزان تخلف در ساخت و ساز نیز یک درصد از سال ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۰ افزایش پیدا کرده است (شهرداری تهران، ۱۳۹۰).

آمارها نشان می‌دهد که میزان تخلفات ساخت و ساز در کلانشهر تبریز سالانه به‌طور میانگین بالغ بر ۳۰۰۰ فقره پروانه صادر می‌شود و براین مبنا افزون بر ۱۰۰۰۰۰۰ متر مربع ساختمان احداث می‌گردد (شهرداری تبریز: ۱۳۹۰). و میزان تخلفات ساخت و ساز در کلانشهر اصفهان نیز، مقایسه‌ی آمار تعداد پرونده‌های ابلاغی به کمیسیون ماده صد در سال ۱۳۹۰ با پنج سال گذشته حاکی از روند کاهش ۶۰ درصدی تخلفات ساخت و ساز در رابطه با ابنیه‌ی بدون مجوز و تخلفات ساخت و ساز ارتفاع غیرمجاز و بنای مازاد بر ساخت است. اما تغییر کاربری، بیش‌ترین پرونده‌های واصله به کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ شهرداری اصفهان است (کمیسیون‌های ماده صد شهرداری اصفهان، ۱۳۹۰) و در کلانشهر مشهد هم به ازای ۳۱۰۷۰ پروانه صادر شده در ۵ سال منتهی به ۱۳۹۱، ۷۲۶۵ مورد، تخلف موضوع ماده‌ی ۱۰۰ صورت گرفته که بیش‌ترین آن، خلافی تراکم ساختمانی بوده است.

۲- اهداف تحقیق

با توجه به آمارهای موجود تخلفات ساخت و ساز در شهرهای کشور طی سال‌های اخیر و صرف هزینه‌های زیاد و به‌کارگیری نیروهای پرسنلی قابل توجه برای جلوگیری و تنظیم پرونده‌های تخلفات برای رسیدگی و اجرای آرای صادره، ضروری است که این مساله ریشه‌یابی و علت‌شناسی و برای حل آن چاره‌اندیشی شود. لذا در این تحقیق تلاش بر آن است تا تخلفات ساختمانی حادث شده در کلانشهرهای تهران، مشهد، اصفهان، شیراز، تبریز در دوره‌ی زمانی پنج سال منتهی به سال ۱۳۹۰ با رویکردی علی‌گونه‌شناسی شوند و پس از بررسی تطبیقی- موضوعی این تخلفات، راهکارهای مدیریتی تخلفات ساخت و ساز ارایه گردند. بر این اساس مهم‌ترین اهداف تحقیق حاضر عبارتند از:

۱-۲. شناسایی شیوه‌های غالب تخلفات ساخت و ساز در حوزه‌ی ساخت و ساز کلانشهرهای ایران

۲-۲. ریشه‌یابی علل بروز تخلفات ساخت و ساز در کلانشهرهای ایران

۳-۲۳. ارایه‌ی راهکارهای کاهش تخلفات و مدیریت بهینه‌ی نظارت و رسیدگی به تخلفات ساخت و ساز در کلانشهرهای ایران

۳- تخلفات موضوع کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری

منظور از تخلفات موضوع کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری، مصوب سال ۱۳۳۴، تخلفاتی است که در حوزه‌ی ساخت و ساز شهری در محدوده و حریم شهرها رخ می‌دهد و آن عبارتست از عدم رعایت قوانین و مقررات و ضوابط شهرسازی، فنی، ایمنی، بهداشتی و منظر ساختمان که به هر دلیل از سوی سازنده یا سازندگان بناهای شهری صورت می‌گیرد (معصوم، ۱۳۸۱: ۴۹). در این رابطه، پس از اثبات هرگونه عدول از ضوابط ساخت و ساز، کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ به‌عنوان یکی از مراجع اختصاصی اداری که به اختلافات و دعاوی مرتبط با تخلفات ساختمانی رسیدگی می‌نماید، وظیفه‌ی اظهار نظر و صدور رای و اجرای مفاد رای صادره را دارد. در صورت بروز تخلف ساختمانی اولین وظیفه‌ی مقرر در قانون مذکور، جلوگیری از ادامه‌ی عملیات ساخت و ساز است (شرقی، ۱۳۸۳: ۳) و ماده صد قانون شهرداری، ملاک اقدام مامورین شهرداری در ممانعت از این ساخت و ساز می‌باشد (مفرحی و خلیق، ۱۳۷۶: ۱۱۲). وظیفه‌ی اصلی کمیسیون ماده صد اعلام انطباق یا عدم انطباق ساختمان احداثی با اصول فنی، بهداشتی، شهرسازی و احراز یا عدم احراز تخلف ساختمانی می‌باشد. تخلف ساختمانی از جایی شروع می‌شود که ساخت و ساز مطابق با پروانه معتبر صورت نگیرد. در این زمینه «رای وحدت رویه» شماره ۹۳-۱۷/۵/۱۳۷۷ هیات عمومی دیوان عالی کشور اشعار می‌دارد: «با عنایت به صراحت ماده‌ی صد شهرداری که به موجب آن مالکین اراضی واقع در شهرها و حریم آن مکلف به اخذ پروانه ساختمانی از شهرداری گردیده‌اند، اقدام به احداث ساختمان قبل از تحصیل پروانه وجاهت قانونی ندارد» (کامیار، ۱۳۸۴: ۱۲۳). به‌طور کلی تخلفات ساختمانی در ایران مشمول عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه می‌گردد. از منظر گونه‌شناسی، تخلفات ساختمانی متعدد هستند، اما صرف نظر از نوع و چرایی رخداد آن، در یکی از گروه‌های زیر قرار می‌گیرند (سعیدنیا، ۱۳۸۵: ۵۵):

- تخلف از ضوابط و مقررات طرح‌های مصوب (ضوابط مربوط به کاربری، تراکم، تعداد طبقات و پارکینگ)

- تخلف از ضوابط و مقررات فنی و ایمنی (ضوابط مربوط به تاسیسات، استحکام بنا، جلوگیری از آتش‌سوزی و نظیر آن)
- تخلف از ضوابط و مقررات بهداشتی (ضوابط مربوط به تامین نور، تهویه‌ی هوا، سرویس‌های بهداشتی و ...)
- تخلف از ضوابط و مقررات منظر ساختمان (ضوابط مربوط به ارتفاع، نمای ابنیه، جنس مصالح)
- سایر تخلفات (ضوابط مربوط به مدت اتمام بنا، پیش‌آمدگی، استفاده نامناسب از فضای ساختمانی و ...)

۴- پیامدهای ناشی از تخلفات ساختمانی

به‌طور کلی پیامدهای ناشی از تخلفات ساختمانی در ابعاد متفاوت قابل بحث می‌باشند. که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

- ۴-۱. بعد اجتماعی: تخلفات ساختمانی با افزایش جمعیت بیش از حد ظرفیت یک منطقه یا ناحیه و کاهش سطح خدمات‌دهی مورد نیاز آن، به تغییر تعادل مناطق و نواحی مختلف شهر می‌انجامد که نتیجه آن نیز کمبود خدمات و زیرساخت‌ها و در نتیجه فقر دسترسی به کاربری‌ها و تسهیلات مورد نیاز جمعیت شهری است. در این‌باره کاهش اعتماد اجتماعی شهروندان به مدیریت شهری و عدم تمایل به مشارکت در اداره شهر نیز از نتایج بعد اجتماعی تخلفات ساخت و ساز می‌باشند.
- ۴-۲. از منظر ملاحظات شهرسازی: تنزل کیفیت محیطی، عملکردی با تغییر سرانه‌ها، بالارفتن حد محصوریت و پایین آمدن نفوذپذیری، عدم توزیع مناسب نظام توده و فضا، ناهمگونی در خط آسمان، کاهش کیفیت بصری و عملکردی جداره‌ها، تضعیف کریدورهای دید و اغتشاشات بصری (سرخلیلی و رفیعیان، ۱۳۸۸: ۱۸۴)، تغییر میزان سایه‌اندازی در معابر از جمله اثرات کیفی تخلفات ساختمانی نظیر احداث بنای مازاد بر تراکم مجاز، تخلف از مباحث مقررات ملی ساختمان و تخلف از ضوابط نما هستند.
- ۴-۳. از منظر ملاحظات زیست محیطی: بروز مسایلی نظیر آلودگی هوا و صدا، فقدان کارایی و افزایش مصرف انرژی ناشی از عدم رعایت مبحث ۱۹ مقررات

ملی ساختمان، تخریب و تغییر کاربری‌های فضای سبز و زمین‌های کشاورزی و ناسازگاری ناشی از همجواری نامناسب کاربری‌ها می‌باشند.

۴-۴. کاهش ایمنی و امنیت ناشی از عدم توجه به مقررات ملی ساختمان و آیین‌نامه‌ی ۲۸۰۰ ساخت و ساز و نادیده انگاشتن مبحث ۲۱ مقررات ملی ساختمان (جلد پدافند غیرعامل) در ارتباط با تاسیسات و تجهیزات، بهداشت محیطی، مقاومت مصالح، اصول استحکام بنا و اصول پدافند غیرعامل از دیگر پیامدهای قابل ذکر تخلفات ساخت و ساز شهری می‌باشند.

۵- بررسی تطبیقی ضوابط قانونی حاکم بر تخلفات ساختمانی

یکی از وظایف مهم مدیریت شهری در غالب شهرهای جهان، نظارت بر ساخت و سازهای شهری و تضمین رعایت قانون یا ضوابط موجود در این خصوص نهاده شده است. به این منظور در کشورهای مختلف از راهکارهای مختلفی برای کنترل ساخت و ساز شهری نظیر بازدیدهای مستمر دوره‌ای یا اتفاقی، الزامی نمودن اخذ مجوز ساختمانی، کنترل از طریق شرکت‌ها یا مامورین متخصص بازرسی ساختمان در مراحل زمانی مختلف ساخت، کنترل از طریق سیستم‌های هوشمند (تصاویر ماهواره‌ای، نرم‌افزارهای کنترل نقشه استفاده می‌شود. علاوه بر این، برای تضمین اجرای ضوابط و مقررات ساخت و ساز، ضمانت‌های اجرایی متنوعی نظیر حبس، ممانعت و جلوگیری از تخلفات ساختمانی، جریمه، تخریب و رفع خلاف توسط مدیریت شهری پیش‌بینی شده است. در دوران معاصر اولین مقررات منسجم و مکتوب نظارت بر ساخت و ساز در ایالات متحده تدوین شد. در سال ۱۹۰۵ کدهای ساختمانی^۲ (که بعدها از آن به عنوان سند قانون (Act)، استاندارد (Standard)، آیین‌نامه‌ی کاری (Codes of Practice) و مقررات (Cods) نام برده می‌شد) در ایالات متحده، این مقررات عمدتاً با توجه به مخاطرات ناشی از آتش‌سوزی تنظیم شدند اما اندک زمانی بعد، کدهای دیگری نظیر بهداشت عمومی، ایمنی و رفاه نیز به آن افزوده شدند (عسگری و جدیدی، ۱۳۸۱: ۱۲). از لحاظ عملی کدهای ساختمانی سند رسمی حکومت‌ها در زمینه‌ی

تامین ایمنی، زیبایی و همگنی ساختمان‌ها محسوب می‌شوند و هدف اصلی آن‌ها حفظ سلامتی، ایمنی، رفاه و هم شکلی در ساخت و سازها می‌باشد.

در ایران موثرترین قوانین ناظر بر مقوله‌ی ساخت و سازهای شهری عبارتند از قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴، قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی مصوب سال ۱۳۵۳، قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب سال ۱۳۵۱، قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴، مقررات ملی ساختمان، ضوابط و مقررات مصوب طرح‌های جامع، تفصیلی و هادی، قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۳ و آیین‌نامه‌ی ساختمانی ۲۸۰۰. به‌طور کلی نظام‌های حاکم بر قوانین ساخت و ساز را می‌توان در قالب ضرورت صدور پروانه ساختمان، نحوه‌ی جلوگیری از عملیات ساختمانی غیرمجاز یا بدون پروانه و آرا و احکام صادره در خصوص تخلفات ساختمانی دسته‌بندی نمود. برای ضمانت اجرای ضوابط و مقررات مذکور در کشورهای مختلف، بسته به اهمیت رعایت قوانین، ضوابط و توجه مدیریت شهری به اهمیت اجرای ضوابط ساخت و ساز شهری، فرآیندهای مشخصی به‌کار گرفته می‌شود. لذا بسته به اهمیت رعایت قوانین و ضوابط و توجه مدیریت شهری به اهمیت اجرای ضوابط ساخت و ساز شهری، ضمانت اجراها نیز متفاوت است (سرخیلی، ۱۳۸۹: ۴۰).

الف) ضرورت صدور پروانه

پروانه‌ی ساختمان، مجوز شهرداری برای احداث بنا، تعمیر و تغییر اساسی در ساختمان است. با تصویب قانون شهرداری‌ها در سال ۱۳۳۴ و الحاقات بعدی این قانون، به تدریج مسایل شهری و شهرسازی در ایران بیش‌تر مورد توجه مقنن قرار گرفت و با تصویب ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها در سال ۱۳۴۵ موضوع تخلفات ساختمانی جایگاه خاصی در قوانین پیدا کرد. بر اساس این ماده قانونی مالکین و املاک واقع در محدوده یا حریم آن مکلف شدند قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع فعالیت ساختمانی از شهرداری پروانه اخذ کنند (منصور، ۱۳۸۶).

در کشور انگلیس، صدور پروانه‌ی ساختمانی در واقع نوعی از خدمات عمومی است و معیارهای دقیقی برای مسکن‌سازی مجزا، نیمه‌مجزا و ردیفی به منظور

تقویت و هماهنگی ضوابط بخش ساختمان با صنعت ساخت و ساز و در نهایت توسعه و ارتقای شهری دارد (خدابخشی: ۷۹: ۳۴). طبق ماده‌ی ۳۴۴ قانون انجمن شهر دهلی نو در کشور هند، هیچ‌کس نمی‌بایست ساختمان را احداث نموده یا شروع به ساخت کرده یا اقدام به فعالیتی نماید مگر این‌که از سوی نماینده یا مقام عالی انجمن شهر یا رییس هیات مدیره‌ی شورای شهر دارای مجوز قبلی باشد (رجب صلاحی، ۱۳۸۹: ۵۳). در آلمان در هر شهر یا منطقه‌ای که در آن طرح الزامی کاربری زمین وجود داشته باشد، دریافت پروانه ساختمان نیز اجباری است و در کشور مالزی در صورتی که در محل، طرح شهرسازی مصوب وجود داشته باشد، شهرداری برای صدور پروانه ساختمان از همان طرح استفاده می‌کند. اما در صورتی که طرح مصوب شهرسازی نداشته باشد نظر همسایگان استعلام می‌شود و در صورتی که نظرات ملحوظ واقع نشود، همسایگان می‌توانند به هیات بازنگری رجوع کنند (مشیری، ۱۳۸۹: ۲۳).

ب) جلوگیری از عملیات ساختمانی غیرمجاز یا بدون پروانه

در قوانین شهری ایران، شهرداری می‌تواند راسا و بدون مراجعه به دادگاه از عملیات ساختمانی جلوگیری نماید و لیکن حق تخریب بنای مستحدثه را ندارد، ولی مامور شهرداری جهت ورود به زمین محصور برای جلوگیری از احداث بنای غیرمجاز نیازمند اجازه مراجع قضایی می‌باشد (قانون شهرداری‌ها، ۱۳۳۴). در قانون ساخت و ساز فرانسه، طی مراحل شورای دولتی با صدور حکمی توقف احداث بنا را صادر می‌نماید ولی در صورتی که هنوز مقام قضایی رای خود را در خصوص تخلفات صورت گرفته صادر نکرده باشد، شهردار نیز می‌تواند دستور توقف فعالیت‌ها را صادر نموده و رونوشتی از آن را بلافاصله به اداره‌ی دادستانی ارسال نماید (مشیری، ۱۳۸۸: ۱۱۲).

در این راستا ماده‌ی ۳۴۴ قانون انجمن شهر دهلی که در فوق آمده است، نیز ناظر بر احداث بنا یا انجام کاری است که شروع شده باشد یا ادامه داشته باشد (اما کامل نشده باشد) بدون این‌که پروانه اخذ شده باشد یا بر خلاف مفاد شرایط تعیین شده پروانه انجام گرفته باشد یا آیین‌نامه‌ی داخلی حادث شده باشد، صورت می‌گیرد (شهرداری تهران، ۱۳۸۸).

ج) آرا و احکام صادره در خصوص تخلفات ساختمانی

به طور کلی تخلفات ساختمانی در ایران همان گونه که گفته شد شامل عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه و یا مخالف مفاد پروانه می‌باشد. در این باره آرا صادره از کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ مشمول یکی از حالات زیر می‌باشند:

۱- ساختمان‌هایی که بدون پروانه ساختمانی احداث یا شروع به احداث شده و اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی در آن رعایت نشده است، طبق «تبصره ی یک ماده ی ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها»، کمیسیون مذکور ممکن است حکم به قلع تمام یا قسمتی از بنا بدهد که می‌بایست در مهلت تعیین شده که نباید از دو ماه تجاوز کند، صورت گیرد (قانون شهرداری‌ها، ۱۳۳۴).

۲- در مورد احداث بنای بدون پروانه در حوزه ی استفاده از اراضی مربوطه در صورتی که اصول فنی و بهداشتی و شهرسازی رعایت شده باشد، طبق «تبصره ی ۴» ماده ی ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون می‌تواند با صدور رای بر اخذ جریمه به ازای هر مترمربع بنای بدون مجوز معادل یک دهم ارزش معاملاتی ساختمان یا یک پنجم ارزش سرقفلی ساختمان (در صورتی که ساختمان ارزش دریافت سرقفلی داشته باشد) را به شهرداری اعلام نماید (منصور، ۱۳۸۳: ۱۱۵).

قانون شهرداری‌ها در ایران علاوه بر جلوگیری از تخلفات ساختمانی، جریمه و تخریب، در مواردی ضمانت اجرای دیگری را در نظر گرفته است که عبارت از اعاده به وضع سابق (اصلاح) می‌باشد. طبق «تبصره ی ۶» ماده ی ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها در سایر موارد تخلف مانند عدم استحکام بنا، عدم رعایت اصول فنی و بهداشتی و شهرسازی در ساختمان، رسیدگی به موضوع در صلاحیت کمیسیون‌های ماده ی ۱۰۰ است. در پاره‌ای موارد نه رای بر قلع و قمع و نه رای مبتنی بر جریمه، بلکه رای بر اصلاح قسمت‌هایی از ساختمان صادر می‌شود. در فرانسه طبق «بند ۴ ماده ی ۲-۱۵۲ L» قانون ساخت و ساز مقام قضایی در هر لحظه به تشخیص خود یا به تقاضای شهردار و هر مقام ذیصلاح و شخص ذی‌نفع رای خود را صادر می‌نماید. این رای هم می‌تواند شامل تخریب و اعاده به وضع سابق باشد و هم می‌تواند شامل حکم به ابقا ساخت و سازهای انجام شده باشد (هاشمی، ۱۳۸۵: ۳۲). هم‌چنین قانون ساخت و ساز فرانسه با جرم شناختن استنکاف و تمرد از

اجرای دستور توقف و همچنین استنکاف از اجرای آرای صادره و اعمال مجازات‌هایی همچون حبس، جزای نقدی و سایر مجازات‌های تکمیلی (همانند درج در جراید)، در جلوگیری از ساخت و سازهای غیرمجاز موفق بوده‌اند. قوانین ساخت و ساز در این کشورهای فوق نشان از تفاوت‌های موجود در مکانیزم‌ها و ضمانت اجرایی قوانین شهری در این کشورها دارد. قوانین و مقررات ساخت و ساز در فرانسه مبتنی بر رعایت ضوابط شهرسازی است و حقوق عمومی شهروندان در آن به خوبی گنجانده شده است، در حقوق فرانسه علاوه بر توقف ابزارآلات توسط مقامات ذی‌صلاح (ماده‌ی ۳- L۱۵۲) در صورت تمرد از دستور موقت دال بر توقف عملیات ساختمانی و ادامه فعالیت‌ها، استفاده کنندگان از زمین، اشخاص ذی‌نفع در عملیات ساختمانی، مهندسان معماری، کارفرما یا تمامی اشخاص مسوول در حوزه‌ی فعالیت‌های ساختمانی به مجازات ۴۵۰۰۰ یورو و سه ماه زندان یا یکی از این دو محکوم خواهند شد. ولی در حقوق ایران که هیچ ضمانت اجرایی در توقف عملیات ساخت و ساز وجود ندارد، ماهیت کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها شبه قضایی می‌باشد در حالی که ماهیت مرجع رسیدگی کننده در کشور فرانسه دادگاه و یا ماهیت (کاملاً قضایی)، می‌باشد. در ایران دیده می‌شود که عدم پرداخت جریمه از سوی متخلف تنها موجب طرح موضوع در کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ و صدور رای تخریب می‌گردد، بدون آن‌که ضمانت اجرای کیفری از جمله حبس برای آن در نظر گرفته شود. جلوگیری از عملیات ساختمانی به وسیله‌ی ماموران شهرداری باب سوء استفاده، را مفتوح می‌نماید (بهمنی فرد و کلاتری، ۱۳۹۰). این در حالیست که قوانین شهرهایی نظیر لندن، رای جریمه را علاوه بر الزام مالک به رفع خلاف صادر می‌کنند و در واقع از وجه تنبیهی آن استفاده می‌کنند. مطالعه‌ی تطبیقی در قوانین کشورهایمانند هندوستان و فرانسه نیز حاکی از وجود ضمانت‌های اجرایی کیفری برای این موضوع (ساخت و سازهای غیرمجاز) است. همچنین، کشور توسعه‌یافته‌ای مثل فرانسه هم، با جرم شناختن استنکاف و تمرد از اجرای دستور توقف و همچنین استنکاف از اجرای آرای صادره و اعمال مجازات‌هایی همچون حبس، جزای نقدی و سایر مجازات‌های

تکمیلی (همانند درج در جراید) در جلوگیری از ساخت و سازهای غیرمجاز موفق عمل کرده است (بهمنی فرد و کلاتری، ۱۳۹۰).

جدول شماره ۱: بررسی تطبیقی نظام‌های قانونی حاکم بر ساخت و ساز در کشورهای مختلف

کشور	الف) ضرورت صدور پروانه	ب) جلوگیری از عملیات ساختمانی غیرمجاز	ج) آرا و احکام صادره درخصوص تخلفات
آلمان	در هر شهر یا منطقه‌ای که در آن طرح الزامی کاربری زمین وجود داشته باشد، تکمیل عملیات ساختمانی راه‌های ارتباطی دریافت پروانه ساختمان نیز اجباری است.	پایان کار وقتی صادر می‌شود که علاوه بر در آلمان سازوکارهای قانونی برای طرح دعوا در دادگاه در مورد ساختمان‌سازی وصل شده باشد و آب به جریان افتاده بسیار قوی و حامی حقوق شهروندان می‌باشد.	در آلمان سازوکارهای قانونی برای طرح دعوا در دادگاه در مورد ساختمان‌سازی بسیار قوی و حامی حقوق شهروندان می‌باشد.
انگلیس	طرح‌های دولتی در این کشور نیاز به پروانه ساختمان ندارند اما بقیه شرایط آن‌ها با پروژه‌های غیردولتی تفاوتی ندارد. هم‌چنین در مورد تخریب ساختمان‌های تاریخی دولت نیز مکلف است تمام تشریفات اخذ پروانه را رعایت نماید.	نظام کنترل ساختمان تأکید زیادی بر کنترل ساختمان به‌وسیله‌ی بخش خصوصی و رعایت حداکثر حقوق (اشخاص ثالث) همسایگان و طرفداران محیط زیست در اعطای اجازه ساخت و ساز شهری می‌شود.	در این کشور اخذ بیمه‌نامه تضمین کیفیت ساختمان به نفع خریداران ساختمان‌ها به‌وسیله‌ی سازنده اجباری نیست.
فرانسه	در این کشور فقط صدور پروانه‌ی ساختمان برای طرح‌های عمرانی بزرگ (با مساحت بیش از ده هزار متر مربع یا ارتفاع بیش از ۵۰ متر) یا عملیاتی که واجد اثر زیست محیطی می‌باشد مستلزم نظرخواهی عمومی است.	در حقوق فرانسه علاوه بر توقف ابزارآلات توسط مقامات ذی‌صلاح، در صورت ترمرد از دستور موقت دال بر توقف عملیات ساختمانی و ادامه‌ی فعالیت‌ها، استفاده‌کنندگان از زمین، اشخاص ذی‌نفع در عملیات ساختمانی، مهندسان معماری، کارفرما یا تمامی اشخاص مسوول در حوزه‌ی فعالیت‌های ساختمانی به مجازات ۴۵۰۰۰ یورو و سه ماه زندان یا یکی از این دو محکوم خواهند شد.	قوانین حاکم بر جنبه‌های شهرسازی از کارهای عمرانی و ساختمانی بر حسب سلسله مراتب عبارتند از: قانون شهرسازی، مقررات ملی شهرسازی، و مقررات تفصیلی.
آمریکا	واجد نظام کنترل ساختمان بسیار کارآمد، روان و درعین حال مطمئن همراه با حداکثر رعایت حقوق ثالث در طرح‌های توسعه و بهترین مقررات کیفی و استاندارد فنی ساختمانی در پاره‌ای از ایالت‌های آمریکا عملیات ساختمانی مستلزم ثبت نام سازنده‌ی آن در فهرست رسمی سازندگان و خرید بیمه‌نامه‌ی تضمین کیفیت ساخت به نفع خریدار برای مدت ده سال است.	مقررات ساختمانی آمریکا علاوه بر احداث بنا، در مورد نگهداری و بهره‌برداری از امور کنترل ساختمان توسط «اداره‌ی توسعه و بهترین مقررات کیفی و استاندارد شهرسازی» در داخل ایالت‌های آمریکا انجام می‌شود.	رییس ساختمانی شهر، حق صدور و دستور تخریب، انهدام و برچیدن هر نوع ساختمان که مغایر با مقررات ساختمانی احداث شده باشد یا مورد بهره‌برداری قرار گرفته باشد را دارد. پروانه ساختمان نیز لازم‌الاجرا بوده و مالک، مسوول حفظ عملکرد درست ساختمان و اجزای آن است کشورهای است.
استرالیا	با موازین کنترل ساختمانی بسیار دقیق و کارآمد الگوی مناسبی برای کلیه‌ی کشورهای در حال توسعه محسوب می‌شود، پروانه‌ی بهره‌برداری در حکم پایان کار ساختمان است و بدون اخذ آن کسی اجازه‌ی بهره‌برداری از ساختمان نوساز را ندارد. پایان کار می‌تواند برای تمام ساختمان یا بخشی از آن صادر شود.	کمیسیون کنترل ساختمان استرالیا یک مرجع مستقل غیردولتی است که برای وزارت برنامه‌ریزی دولت محلی کار می‌کند و هزینه‌ی خود را از متقاضیان پروانه ساختمان دریافت می‌دارد. وظیفه‌ی این کمیسیون ارایه‌ی مشورت به وزارت مذکور در مورد تغییرات لازم در قانون ساختمان و رسیدگی به شکایات علیه دست‌اندرکاران ساختمان‌سازی می‌باشد.	تضمین کیفیت ساختمان در همه‌ی ایالت‌ها اجباری است و سازندگان ساختمان‌های مسکونی باید تا یک سال ساختمان را در مقابل نواقص، تا دو سال در مقابل کارکرد درست اجزا و تا ده سال در مقابل عیوب سازه‌ای بزرگ تضمین نمایند.

۶- یافته‌های تطبیقی از الگوی تخلفات ساختمانی در کلانشهرهای ایران

از سال ۱۳۶۸ که شهرداری تهران مستقل شد، افزایش شیوه‌های اخذ درآمد از محل فروش تراکم و کاربری در پایتخت افزایش و از اهمیت رعایت ضوابط و مقررات ساختمانی در اذهان شهروندان و حتی مدیریت شهری کاسته شده و در پی آن تخلفات سازمانی شدت یافت. در تهران بر اساس آمار ارایه شده از سوی اداره کل امور اجرایی کمیسیون‌های ماده صد به‌عنوان بررسی‌کننده تخلفات ساختمانی حادث در شهر تهران، در سال‌های اخیر، تخلفات ساختمانی در مناطق ۲۲ گانه شهر تهران روند صعودی را طی نموده است. بر اساس گزارش‌های کمیسیون‌های این ماده تنها در سال ۱۳۸۸ تعداد کل پرونده‌های ارجاع شده به کمیسیون‌های این ماده ۱۸۴۸۵ مورد می‌باشد. از طرفی تعداد تخلفات ساختمانی در همین سال ۳۶۹۸۷ تخلف بوده که نسبت به سال ۸۷ تقریباً ۲۴ درصد رشد داشته است (دفتر کمیسیون‌های ماده صد شهرداری تهران، ۱۳۸۸). در مطالعه‌ای که به‌وسیله‌ی اداره کل کمیسیون‌های ماده صد شهرداری تهران انجام شد، مهم‌ترین علتی را که مردم برای انجام تخلف انجام داده‌اند، رفع نیاز سکونتی ذکر کرده‌اند و بیش‌تر پاسخ دهندگان مرحله وقوع خلاف در بنای خود را بعد از اتمام ساختمان ذکر کرده‌اند.

مقایسه‌ی تعداد تخلفات ساختمانی و پرونده‌های صادره در شهرداری تهران نشان می‌دهد که به‌طور متوسط طی سال‌های ۱۳۸۰ تا ۱۳۸۷ به ازای هر ۲ مترمربع پروانه‌ی ساختمانی صادره، یک خلاف به کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ گزارش شده که این رقم حاکی از حجم قابل‌توجه تخلفات ساختمانی در شهر تهران است (کمیسیون ماده‌ی صد شهرداری تهران، ۱۳۸۷). طبق آمار در سال ۱۳۹۰ تعداد کل پرونده‌های ارسال شده از ۲۲ منطقه به اداره‌ی کل ماده ۱۰۰ معادل ۱۶ هزار و ۵۸۴ پرونده بوده که در مقایسه با مدت مشابه در سال ۱۳۸۹ با فراوانی ۱۶ هزار و ۴۵۶ به میزان یک درصد رشد داشته و می‌توان گفت تغییر چندانی نکرده است و بیش‌ترین خلافی که سازنده‌ها در تهران مرتکب می‌شوند «تراکم» و «تغییر کاربری» است (کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ شهرداری تهران، ۱۳۸۹).

در اصفهان مقایسه آمار تعداد پرونده‌های ابلاغی به کمیسیون ماده صد در سال ۱۳۹۰ با پنج سال گذشته حاکی از روند کاهش ۶۰ درصدی تخلفات ساختمانی در رابطه بدون مجوز است البته تخلفات ساختمانی ارتفاع غیرمجاز و مازاد بر ساخت نیز با نظارت مهندسان نظام مهندسی بیش از ۶۰ درصد تقلیل یافته است. اما تغییر کاربری بیش‌ترین پرونده‌های واصله به این کمیسیون‌ها است. در سال ۹۱، ۱۱ هزار و ۳۶ پرونده به کمیسیون ماده صد شهرداری ارسال شده که ۱۰ هزار و ۷۸۵ پرونده آن مورد بررسی قرار گرفته است. ۶۳/۸ درصد از آرای صادره جریمه، ۳/۳ درصد آرای تعطیل و تبدیل، ۱۸/۵ درصد آرای تخریب، ۱/۱ درصد برائت و ۱۳/۳ درصد رای قرار صادر شده است. احداث بالکن در طبقه اول، اضافه ارتفاع و تغییر کاربری بیش‌ترین تخلفات ساخت و ساز در سال گذشته بوده است (زنگی‌آبادی و همکاران، ۱۳۸۸: ۸).

بررسی تخلفات ساختمانی حادث شده نشان می‌دهد که ریشه‌ی غالب قانون‌گریزی ساختمانی در کلانشهرهای کشور عوامل اقتصادی و رسیدن به سود اقتصادی بیش‌تر در بخش ساخت و ساز است. از طرفی محدودیت و گرانی زمین و مسکن شهری و در نهایت ساخت و سازهایی که منجر به تولید بخش مسکونی یا تجاری می‌شود خود محرکی برای حدوث این‌گونه تخلفات است.

طبق نظرسنجی انجام شده توسط مهندسین مشاور دیارگاه در سال ۱۳۸۸ از کارشناسان کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ و اداره اجرای احکام شهرداری‌های مناطق تهران، به ترتیب سود اقتصادی، عدم آگاهی کافی از مقررات ساختمانی، رفع نیاز سکونتی و یا شغلی متخلف از انگیزه‌های تخلف محسوب شده‌اند. هم‌چنین دیارگاه (۱۳۸۹) به دفاعیه‌های متخلفین در پرونده‌های کمیسیون ماده ۱۰۰ اشاره می‌کند که طبق آن از ۱۴۲ پرونده دارای دفاعیه، بیش از ۲۵ درصد ادعا کرده‌اند که از خلاف آگاهی نداشته یا آن را قبول ندارند. مشکلات مالی و معیشتی نیز در بین بیش از ۱۹ درصد از دفاعیه‌ها اشاره شده بود. (مهندسین مشاور دیارگاه، ۱۳۸۹). زنگی‌آبادی و همکاران، نیز که اضافه ساخت و اضافه طبقه بدون مجوز را از مهم‌ترین تخلفات انجام شده در شهر اصفهان عنوان کرده‌اند، افزایش تخلفات ساختمانی را با افزایش مهارت روستاییان به شهر اصفهان و نیاز به مسکن و افزایش فعالیت‌های ساخت و ساز مرتبط می‌دانند (زنگی‌آبادی و همکاران، ۱۳۸۸: ۸).

یافته‌های تطبیقی از کلانشهرهای کشور حاکی از آن است که:

- بیش از ۳۰ درصد تخلفات ساخت و ساز در حریم شهرها و بدور از نظارت مدیریت شهری رخ می‌دهد.
- سازمان‌ها و ارگان‌های دولتی نقش قابل ملاحظه‌ای در بروز تخلفات ساخت و ساز در پهنه‌های تحت مالکیت خود دارا می‌باشند. از طرفی فقدان هماهنگی بین سازمانی نیز خود به‌عنوان خلا بروز تخلف ساختمانی عمل می‌کند.
- انگیزه‌های رخداد تخلفات ساختمانی در بین شهرها و حتی در میان مناطق مختلف یک شهر متفاوت است. به‌گونه‌ای که در نواحی پیرامونی کلانشهرها تخلف عموماً با هدف تامین مسکن و سرپناه و در محلات جدید و مرفه‌تر شهر با هدف دستیابی به ارزش افزوده بیش‌تر اتفاق می‌افتد. به تبع انگیزه‌های تخلف، نوع تخلف نیز در بخش‌های مختلف شهر تفاوت دارد.
- بررسی‌ها نشان داده است که همواره نزدیک به ۷۵ درصد از آرا صادره در کمیسیون‌های ماده‌ی ۱۰۰ شهرداری‌های کشور، رای جریمه نقدی می‌باشد. بر این اساس رسالت بازدارندگی کمیسیون ماده‌ی صد چندان محقق نمی‌شود. به عبارتی می‌توان گفت که هم‌اکنون کمیسیون ماده‌ی صد به‌عنوان راهکاری جهت قانونی نمودن تخلفات ساختمان عمل می‌نماید.
- بررسی‌های موردی در میان کلانشهرهای کشور نشان داده است که بیش از ۷۰ درصد از تخلفات ساختمانی حادث شده عبارتند از: ساخت و ساز مازاد بر تراکم ساختمانی مجاز، تغییر کاربری و کسر پارکینگ.
- این مطالعه از کلانشهرها نشان داده است که تغییر در منابع مالی شهرداری‌ها و حذف یکباره کمک‌های دولتی در راستای اجرای سیاست خودکفایی شهرداری و فقدان روش‌های جایگزین کسب درآمد پایدار سبب شده تا فروش ضوابط و مقررات ساخت و ساز شهری، به عنوان یکی از منابع عمده درآمد شهرداری‌ها محسوب شود.

- یافته‌های تطبیقی این مطالعه نشان داده است که حجم بالای ساخت و سازهای شهری و فقدان نظارت کافی خود مانع نظارت دقیق عوامل کنترلی مانند مهندسان ناظر، سازمان نظام مهندسی، سازمان مسکن و شهرسازی و حتی شهرداری می‌شود و این عامل در نهایت زمینه‌های بروز تخلفات ساخت و ساز را فراهم آورده است.
- جدول شماره ۲ مهم‌ترین زمینه‌ها حدوث تخلفات ساخت و ساز در کلانشهرهای کشور را نشان داده است:

جدول شماره ۲: زمینه‌های بروز تخلفات ساختمانی

سهم ضوابط سخت‌گیرانه ساخت و ساز مندرج در طرح‌های جامع یا تفصیلی که ناشی از نظریه‌ها و آرا مشاورین شهرسازی در تهیه طرح‌های توسعه شهری است، به مثابه قوانین لایتغیر و بدون در نظرگرفتن شرایط اجتماعی و اقتصادی شهرها تصویب می‌گردد، نقش به‌سزایی در عدم مراجعه بخشی از مردم جهت اخذ پروانه ساختمانی و روی آوردن به تخلف ساختمانی دارد.
سودجویی انبوه سازان ساختمان و مسکن که ناشی از ارزش اقتصادی و سود سرشار ساختمان‌سازی است، نمی‌توان نادیده گرفت. در هیچ‌یک از قوانین شهری اشاره‌ای به نحوه مجازات این اشخاص نشده است.
گاه روند طولانی اخذ پروانه ساختمانی، سازندگان را تشویق به تخلف می‌نماید.
دیدگاه مناسب و مساعد دست‌اندرکاران مربوطه، تدوین مقررات به‌منظور جلوگیری از افزایش تخلفات ساختمانی و راه کارهای علمی‌شناسایی علل آن موجب پویایی ارابه‌ی خدمات نظارتی در حوزه‌ی ساخت و ساز خواهد بود.
سودجویی و کاهش هزینه‌های اجرایی.
عدم آگاهی از قوانین و مقررات ساخت و ساز.
نبودن یا ضعف نظارت و کنترل در ساخت و سازها.
کمبود و ابهام در قوانین و مقررات ساخت و سازها.

منبع: نگارندگان

۷- آسیب‌شناسی تخلفات ساخت و ساز در شهرهای کشور

مشیری در ارزیابی نظام هدایت و کنترل ساخت و ساز شهری در ایران، مشکلات و تنگناهای موجود را در پنج بخش قانونی، ساختاری و تشکیلاتی، مدیریتی، اعتباری مالی و محتوایی (ماهیت برنامه‌ها و طرح) تفسیر نموده (مشیری، ۱۳۸۹) و سرخلیلی و همکاران مهم‌ترین عوامل موثر بر وقوع تخلفات ساختمانی را می‌توان در چهار موضوع زیر جمع بندی نموده اند:

- تاثیر فرایند طبیعی شهری شدن بر تخلفات ساختمانی؛
- عوامل اجتماعی و اقتصادی؛
- نواقص ضوابط و مقررات ساختمانی؛
- اقدامات ناکافی و سیاست‌های نامناسب مدیریت شهری (سرخلیلی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۵۰).

هم چنین مانی در تحلیل عوامل کلان اثربخش بر تخلفات ساخت و ساز شهری ایران از عوامل پنج‌گانه حاکمیت، قوانین و مقررات، ضوابط و بخش‌نامه‌ها، سازمان نظام مهندسی و مهندسین ناظر و عوامل ساخت و ساز شامل مجریان، سازندگان و مالکین نام برده است (مانی، ۱۳۹۰: ۱۰۸).

در نهایت نگارندگان، با رویکردی آسیب‌شناسانه و جامع‌نگر، چرایی رخداد تخلفات ساختمانی را در سه حوزه به صورت زیر تقسیم نموده است:

حوزه‌ی قوانین و مقررات

حوزه‌ی برنامه‌ریزی

حوزه‌ی مدیریت و اجرا

۷-۱. حوزه قوانین و مقررات

از مهم‌ترین آسیب‌های فراروی صنعت ساخت و ساز شهری، نارسایی قانونی در این‌باره است که به نوعی حوزه برنامه‌ریزی و مدیریت ساخت و سازهای شهری را تحت تاثیر قرار داده است. تنوع قوانین و ضوابط حاکم بر ساخت و

سازهای شهری خود یکی از مهم‌ترین دلایل قانون‌گریزی ساختمانی می‌باشد. در حال حاضر علاوه بر مقررات ملی ساختمان (۲۱ جلد)، قوانین سازمان نظام مهندسی، قانون شهرداری و ضوابط و مقررات طرح‌ها و برنامه‌های مصوب نیز در ساخت و سازهای شهری اعمال می‌شود. از طرفی فقدان جامعیت و شفافیت در ضوابط و حتی بخشنامه‌ها زمینه‌ساز بروز تخلف ساخت و ساز، گاه آگاهانه و بعضاً ناآگاهانه را فراهم آورده است. به‌عنوان مثال می‌توان به تغییرات سریع بخشنامه‌های تسهیلات، راه پله و ضخامت دیوار به‌عنوان بخشی از بنا و تغییر آن به‌عنوان بخشی از مازاد بر تراکم از سال ۱۳۸۳ و همچنین بخشنامه‌های ۲۶۹ و ۳۲۹ در خصوص تعداد طبقات اشاره نمود.

از طرفی به‌رغم مجازات‌هایی که در قوانین (به‌ویژه قانون شهرداری) برای تخلفات ساخت و ساز در نظر گرفته شده است، به‌نظر می‌رسد هیچ‌گونه اهرم‌های ضمانت اجرایی در این قوانین دیده نشده است. اساساً در نظر گرفتن جریمه برای وقوع تخلف عمل‌درستی به‌نظر نمی‌رسد چرا که خود به نوعی اصل اجرای مقررات را از بین می‌برد. به‌عنوان مثال عدم پرداخت جریمه از سوی متخلف تنها موجب طرح موضوع در کمیسیون و صدور رای جریمه، اصلاح و یا در نهایت تخریب می‌گردد، بدون آن‌که ضمانت اجرای کیفی برای آن در نظر گرفته شود (بهمنی منفرد و کلانتری، ۱۳۹۱: ۱۱).

در این‌باره هم‌چنین به‌نظر می‌رسد قوانین موجود برای نظارت بر عملکرد مهندسان ناظر نیز آنقدرها بازدارنده نیست تا از تخلفات مهندسان ناظر جلوگیری کند.

مهم‌ترین چالش‌های نظام‌های قانونی مرتبط با تخلفات ساخت و ساز شهری عبارتند از:

- ۱- ناکارآمدی مفاهیم، شفاف و واضح نبوده و دست‌مجمعی را بسیار باز و یا بسته می‌نماید و تخلفات انجام شده به‌طور مطلق بدون دسته‌بندی مطرح گردیده است و این مساله مشکلاتی را در زمینه ایجاد سوء تعبیر ارباب رجوع به‌وجود می‌آورد به‌طور مثال با عنایت به دیدگاه اعضا کمیسیون‌ها

ممکن است که برای یک تخلف در دو ساختمان مجزا با یک آدرس دوگونه رای صادر گردد و این مسئله مشکلات بسیاری را در جهت رفع سوء تعبیر شهروندان فراهم می‌نماید. استفاده از کلمات می‌تواند توسط اعضا کمیسیون، تعبیرهای متعددی را در زمینه‌ی اجرای رای فراهم آورد.

۲- تعداد زیاد پرونده‌های ارجاعی به کمیسیون مذکور، به دلیل حجم زیاد پرونده‌های دریافتی، منجر به کمبود وقت به‌منظور بررسی هر چه سریع‌تر این پرونده‌ها می‌شود، و زمان رسیدگی به پرونده بسیار طولانی می‌گردد، البته این مساله شاید عاملی باشد برای گریز از تخلف توسط مالکین که همواره درخواست تسریع در امور را دارند و مسوولین امر بایستی تدابیری اندیشیده و چگونگی اجرای تمرکززدایی در این مورد و انتقال کمیسیون‌ها به مناطق و امکان آن را بررسی نموده و به‌گونه‌ای عمل گردد که موجبات نارضایتی متقاضیان فراهم نگردد.

۳- شفاف نبودن بحث جرایم که موجب تفاسیر متعدد از طرف متقاضیان خواهد گردید یک طرف و عدم اقدام براساس تبصره از طرف دیگر مشکلاتی را به بار خواهد آورد (کمیسیون ماده‌ی صد شهرداری‌ها).

۴- تعدد نظام‌های قانونی و تصمیم‌گیری

۵- فقدان ضمانت اجرایی قوانین موجود

۶- نرخ جرایم مصوبه هیچ‌گونه بازدارندگی برای سازنده در پی ندارد زیرا بر فرض مثال اگر سازنده‌ای بدون دریافت پروانه ساختمانی پروژه‌ای را آغاز کند مبلغ کل جریمه را باید بپردازد یعنی اگر نرخ جریمه متری ۵۰ هزار تومان باشد این متخلف باید متری ۵ هزار تومان بابت انجام تخلف پرداخت کند که می‌توان نتیجه گرفت دور زدن کامل قانون با پرداخت مبلغ جریمه قابل اجرا است.

۲-۷. حوزه برنامه ریزی

مطابق نبودن و ناسازگار بودن طرح‌های توسعه‌ی شهری با شرایط اقتصادی و اجتماعی جوامع شهری و از طرفی تنوع و تکثر طرح‌ها در کنار افق‌های بلندپروازانه و به دور از واقعیت آن‌ها یکی از مهم‌ترین عوامل اثرگذار بر افزایش تخلفات ساخت و ساز شهری در حوزه برنامه‌ریزی می‌باشند. در حقیقت تجویز یک الگوی همسان شهرسازی در طرح‌های توسعه‌ی شهری به‌ویژه در حوزه‌های عملکردی مانند سرانه‌ها، تراکم‌ها، حد نصاب تفکیک، توزیع کاربری‌ها و مانند این‌ها با توجه به عدم مطابقت با اکولوژی انسانی و طبیعی سایر شهرها، خود زمینه را برای بروز جرایم ساختمانی فراهم می‌نماید. از طرفی یکی مهم‌ترین چالش‌های رویکردهای موضعی و موضوعی به نظام شهرسازی در کلانشهرهای ایران فقدان مدیریت واحد توسعه شهری می‌باشد که در نهایت به نوعی بخشی‌نگری منجر شده است. به دیگر روی در حوزه‌های فعال شهرسازی ایران مانند بهسازی و بازسازی بافت‌های فرسوده، مرمت بافت‌های تاریخی، مدیریت بحران در پهنه‌های آسیب‌پذیر شهرها، طرح‌های جامع و تفصیلی هر یک ضوابط خاص خود را در شهر اعمال و این شرایط علاوه بر ناهماهنگی بین سازمانی، خود بستر ساز قانون‌گریزی ساختمانی را فراهم نموده است. از طرفی زمان بر شدن تهیه‌ی طرح‌های توسعه در نهایت انعطاف ناپذیری طرح‌ها و برنامه‌ها را می‌توان چالش اصلی حوزه‌ی برنامه‌ریزی در ترویج و تشدید تخلفات ساختمانی تعبیر نمود.

۳-۷. حوزه‌ی مدیریت و اجرا

مدیریت شهری از دو نظر بر وقوع تخلفات ساختمانی، تشدید یا کاهش آن موثر است:

- اول از طریق اتخاذ سیاست‌های کنترل زمین شهری و پاسخگویی به نیازها و تقاضاهای شهروندان برای تامین مسکن قابل استطاعت و جهت‌دهی مناسب به سرمایه‌ها؛

- دوم از طریق کنترل مستقیم ساخت و سازهای شهری و تخلفات ساختمانی، دولت‌ها مجبور شده‌اند که بپذیرند سکونت‌گاه‌های غیررسمی معلول یا پاسخ سیاست‌های عمومی آن‌ها هستند (Fekade, 2000).

کسب درآمد پایدار یکی از مهم‌ترین چالش‌های مدیریت کلانشهری ایران می‌باشد. با این وجود اجرای سیاست خودکفایی شهرداری و فقدان روش‌های جایگزین کسب درآمد سبب شده تا فروش ضوابط و مقررات ساخت و ساز شهری، به‌عنوان یکی از منابع عمده‌ی درآمد شهرداری‌ها محسوب شود. بر این اساس تا زمانی که اراده‌ی شهرداری بر کسب درآمد بیش‌تر از جرایم ناشی از تخلفات ساخت و ساز باشد، انجام این‌گونه تخلفات محتمل به نظر می‌رسد. در حقیقت امروزه فروش قوانین و ضوابط ساخت و ساز از سوی شهرداری، واقعیتی تلخ اما پذیرفته شده است.

از طرفی تداخل عملکردی و سازمانی در این حوزه را می‌توان از دیگر معضلات تشدید کننده تخلفات ساختمانی دانست. به عبارتی تعدد نظام‌های تصمیم‌گیرنده و همسو نبودن تفکرات و فقدان هماهنگی بین سازمانی از نتایج فقدان بینش مدیریت واحد شهری در ایران است که بر تشدید تخلفات ساخت و ساز اثرگذار بوده است. وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت دادگستری، وزارت کشور، استانداری‌ها، فرمانداری‌ها، شهرداری‌ها، وزارت کشاورزی، سازمان حفاظت میراث فرهنگی، وزارت راه و ترابری، وزارت نیرو از جمله ارگان‌های دولتی و عمومی هستند که هر کدام حسب تکالیف قانونی خود با مساله تخلفات ساختمانی درگیرند. براساس گزارش‌های واحدهای اجرایی کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ در کلانشهرهای کشور همواره سازمان‌ها و ارگان‌های دولتی در بخش قابل توجهی از تخلفات ساخت و ساز ذی‌نفع بوده‌اند (سرخیلی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۵۰).

همچنین فقدان هماهنگی و بخشی نگری سازمانی این حوزه خود مانعی بر اجرای کامل قوانین ساخت و ساز بوده است. به عنوان مثال براساس آیین نامه‌ی سازمان نظام مهندسی باید ۴ ناظر از رشته‌های عمران، معماری، تاسیسات مکانیکی و برقی برای ساختمان‌ها نظارت داشته باشد و در نهایت هم یک نماینده از سوی سازمان نظام مهندسی، پروانه ساختمانی را صادر کند اما شهرداری این آیین نامه را نپذیرفته و اجرا نمی‌کند. نقض آرا در محاکم قضایی (دیوان عدالت اداری) یکی دیگر از ناهماهنگی‌های بین سازمانی در خصوص تخلف ساختمانی می‌باشد. به نحوی که پس از فرسایش زمانی پرونده تخلف در دادگاه بدوی و تجدید نظر، در بسیاری از اوقات رای کمیسیون ماده ۱۰۰ در دیوان عدالت اداری نقض می‌گردد و این رای با توجه به زمانبر بودن رسیدگی به پرونده‌ها در دیوان عدالت قابل توجه می‌باشد.

در نهایت فرآیند اجرا و تکمیل یک پروژه‌ی ساختمانی نیازمند تعامل و هماهنگی بین مهندسين ناظر و شهرداری از یک سو و مالکان یا ذی‌نفعان از دیگر سوی می‌باشد. سوابق بروز تخلف ساخت و ساز نشان از نارسایی‌های جدی در بخش نظارت بر صنعت ساخت و ساز دارد. طبق تبصره ۳ ماده ۱۰۰ مهندسين ناظر مکلف بر انطباق ساختمان در حال ساخت با پروانه صادر شده، نقشه‌ها و محاسبات فنی مربوطه می‌باشد، خلاف ساخت و ساز از آنجایی آغاز می‌شود که مهندسين ناظر گواهی خلاف واقع از عملیات ساخت و ساز ارایه دهند. در حقیقت با شدت گرفتن عملیات ساخت و سازهای شهری و عدم نظارت جدی بر چرخه‌ی ساخت و ساز، نقش ناکارآمد مهندسين ناظر بیش از پیش قابل توجه می‌باشد. در این‌باره مرحله‌ی زمانی نظارت و ارایه‌ی گزارش ناظر به کمیسیون ماده‌ی صد با در نظر گرفتن سرعت ساخت و ساز ساختمان اهمیت دارد. چرا که در بسیاری از موارد

رای کمیسیون ماده ۱۰۰ متأثر از درصد ساخت و ساز انجام شده و هزینه‌کرد متخلف متغیر خواهد بود. از طرفی نمی‌توان از سهم درآمد پایین مهندسين ناظر، چند مسوولیتی بودن ناظر حتی در یک پروژه‌ی ساخت و ساز و نداشتن اطلاعات کافی از ضوابط ساخت و ساز در ایجاد انگیزه‌ی ناظرین ساخت و ساز برای ارایه گزارش خلاف واقع نیز به‌راحتی گذشت. در نهایت روش‌های سنتی ساخت و ساز و استفاده از کارگران غیرمتخصص و بدون مهارت‌های لازم از دیگر آسیب‌های جدی در حوزه‌ی مدیریت و اجرا و موثر بر افزایش تخلفات ساخت و ساز می‌باشد.

۸- نتایج و راهکارهای مدیریت ساخت و سازهای شهری

نظام هدایت و کنترل ساخت و ساز شهری در کشور متأثر از نظام اجتماعی، حقوقی و برنامه‌ریزی است. بر این مبنا هدایت و کنترل ساخت و ساز شهری در کشور از دو طریق شکل گرفته است.

۱- از طریق انواع برنامه‌ها و طرح‌ها

۲- از طریق ابزارهای برنامه‌ریزی و شهرسازی (ابزارهای حقوقی و مالی)

این نظام واجد تنگناها و مشکلات نهادین در عرصه‌های تهیه، بررسی، تصویب، اجرا و نظارت بر طرح‌های توسعه‌ی شهری است و ریشه بسیاری از مشکلات در نارسایی‌های قانونی، ساختاری و ارتباطات بین سازمانی نهفته است (سعیدنیا، ۱۳۷۹ و وزارت مسکن و شهرسازی، ۱۳۸۷).

جدول شماره ۳: آسیب‌های شناخته شده در حوزه حوزه قوانین، مقررات و بخشنامه‌ها

آسیب‌های شناخته شده	راهکارهای پیشنهادی
متخلفین بین مضرات و منافع تخلفی که صورت می‌گیرد، منافع چند برابری به دست می‌آورند.	افزایش نرخ جریمه‌ها به عنوان به عنوان اهرم بازدارندگی از تخلفات ساختمانی و افزایش ارزش پایه‌ی معاملات ساختمانی
قوانین اعمالی عموماً قدیمی و با توجه به الگوهای نوین ساخت و ساز، ناکارآمدند و زمینه را برای بروز تخلف فراهم می‌کنند.	قوانین کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ به دلیل حساسیت بالا باید هر ۵ سال با توجه به الگوی رفتاری متخلفان سازنده بازنگری شود.
عدم وجود ضمانت اجرایی مناسب قوانین کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰	۱- ضرورت وضع مقررات کیفری با جرم شناختن تخلفات ساختمانی با توجه به مقیاس تخلف ۲- محدود کردن اختیارات کمیسیون‌ها برای تعدیل مفاد قانون از طریق اعمال جرایم نقدی
تنوع قوانین و ضوابط حاکم بر ساخت و سازهای شهری	تدوین قانون جامع ساخت و ساز شهری
فقدان جامعیت و شفافیت در قوانین، ضوابط و بخشنامه‌ها که موجب تفاسیر متعدد از آن شده است	بازبینی و بازنگری قوانین و تدوین قانون جامع ساخت و ساز شهری و تدوین آیین‌نامه‌ی اجرایی آن
یکنواختی، انعطاف ناپذیری و تعمیمی بودن قوانین در شهرهای متفاوت، بدون در نظر گرفتن ظرف مکانی، عملکردی و جمعیتی شهرها.	لازم است قوانین شهرسازی از شهری به شهر دیگر با توجه به مقتضیات زمان، مکان و شرایط تغییر کند و از این رو این قوانین نیازمند بومی‌نگری در تدوین می‌باشند.
روند افزایشی تخلفات ساخت و ساز و فرسایش زمانی پرونده‌های تخلف در کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ و فرآیند طولانی و زمانبر اخذ پروانه‌ی ساختمانی	۱- مکانیزه کردن سیستم کمیسیون ماده‌ی صد ۲- حذف تشریفات زاید صدور پروانه‌ی ساختمانی
ضعف قوانین موجود مسئولیت سازندگان در مورد ایستایی، کارکرد و کیفیت اجزای مختلف ساختمان	تصویب قانون مسئولیت سازندگان خانه‌های نوساز

حوزه قوانین، مقررات و بخشنامه‌ها

منبع: نگارندگان

جدول شماره ۴: آسیب‌های شناخته شده در حوزه‌ی برنامه‌ریزی

آسیب‌های شناخته شده	راهکارهای پیشنهادی
فرسایش زمانی طرح‌های دست اول و فرادست به عنوان مرجع قابل استناد در ضوابط ساخت و ساز	تصویب و اجرای ضوابط و مقررات پیشنهادی طرح تفصیلی برای قانونمند نمودن ساخت وسازهای شهری
ارایه طرح‌های توسعه شهری کمی برداری شده و عدم توجه به ویژگی‌های اجتماعی، اقتصادی، کالبدی شهر و شهروندان در شهرهای مختلف	بومی‌گرایی در طرح‌های توسعه شهری و ارایه عدم توجه به ویژگی‌های اجتماعی، اقتصادی و ضوابط و مقررات با لحاظ نمودن بوم کالبدی شهر و شهروندان در شهرهای مختلف و کالبدی شهر
ضعف و نارسایی ضوابط و مقررات مربوط به کنترل ساخت و ساز در طرح‌های جامع	تاکید بر اجرایی نمودن طرح‌های راهبردی-ساختاری و اجرایی نمودن ضوابط منعطف آن
انعطاف‌ناپذیری طرح‌ها و برنامه‌ها و عدم توجه کافی به امکانات و شرایط تحقق طرح‌ها	تاکید بر اجرایی نمودن طرح‌های راهبردی-ساختاری و اجرایی نمودن ضوابط منعطف آن
تحمیل الگوهای مصنوعی به تقسیمات کالبدی شهر و همسان‌سازی الگوها برای تمامی مناطق شهر و ناپیوستگی میان عوامل برنامه‌ریزی، طراحی، اجرا و ارزیابی.	۱- اجرای سیاست ناحیه‌ی محوری در برنامه‌ریزی و مدیریت ساخت و ساز ۲- اجرای یک مدیریت واحد و پیوسته از از مرحله‌ی پیشنهاد تا اجرا و ارزیابی

آسیب‌شناسی

منبع: نگارندگان

جدول شماره ۵: آسیب‌های شناخته شده حوزه مدیریت و اجرا

راهکارهای پیشنهادی	آسیب‌های شناخته شده	زیرحوزه نظارت	زیرحوزه آموزش و فرهنگ‌سازی	زیرحوزه مدیریت و اجرا
<ul style="list-style-type: none"> - تعیین وظایف پلیس ساختمان، واحد اجراییات شهرداری، مهندسین ناظر و مجریان ساختمانی - برخورد با مهندسان ناظر متخلف و معرفی آنها به نظام مهندسی و دادگاه انتظامی - راه‌اندازی بانک فعالیت‌های ساختمانی و سوابق اجرایی مهندسان ناظر - طرح بازدیدهای مستمر دوره‌ای یا اتفاقی - ارزش‌گذاری کیفی ساختمان‌ها (در ابعاد مختلف مقاومت، معماری بنا و مصرف انرژی) و ارزیابی طرح‌های تشویقی و تنبیهی در قبال آن - تاکید بر عملیات کدگذاری و آرشيو الكترونيكي 	<ul style="list-style-type: none"> ۱- ناکارآمدی در حوزه نظارت بر ساخت‌وسازها ۲- چند مسوولیتی بودن ناظر حتی در یک پروژه‌ی ساخت و ساز و نداشتن اطلاعات کافی از ضوابط ساخت و ساز ۳- روند صعودی ساخت و ساز و ناتوانی در مدیریت و نظارت بر صنعت ساختمان‌سازی 	زیرحوزه نظارت	<ul style="list-style-type: none"> ۱- نارسایی دانش و معلومات در حوزه حقوق شهرداری از سوی مجریان، واحد اجراییات شهرداری، مهندسین ناظر ۲- روش‌های سنتی ساخت و ساز و استفاده از کارگران غیرمتخصص و بدون مهارت‌های لازم 	زیرحوزه مدیریت و اجرا
<ul style="list-style-type: none"> - تربیت نیروهای متخصص حقوق شهرداری در دادگستری - آموزش و اطلاع‌رسانی به شهروندان و گروه‌های دخیل در ساخت و ساز - برقراری برنامه‌های آموزشی مرتبط با مسایل شهری و ساختمانی برای سازندگان و مجریان و ناظران و اعطای گواهی تخصصی نظارت حرفه‌ای - اطلاع‌رسانی محله‌ای از پیامدهای تخلفات ساخت و ساز 	<ul style="list-style-type: none"> ۱- خلا یک مدیریت مجزا در چارت سازمانی شهرداری‌ها برای امور ساخت و ساز ۲- ناهماهنگی، بخشی‌گری و منفعت‌طلبی سازمانی و تعدد نظام‌های تصمیم‌گیرنده و همسو نبودن تفکرات و فقدان هماهنگی بین‌سازمانی ۳- نقض آرا در محاکم قضایی (دیوان عدالت اداری) ۴- اجرای سیاست خودکفایی شهرداری و فقدان روش‌های جایگزین کسب درآمد پایدار شهری 	زیرحوزه مدیریت و اجرا	<ul style="list-style-type: none"> - ایجاد یک واحد مدیریت ساخت و ساز و کنترل ساختمان در چارت سازمانی شهرداری‌ها - ایجاد هماهنگی بین ارگان‌های مختلف تعامل، همکاری و رسیدن به وحدت رویه‌ی بین مسوولان ذی‌ربط اعم از شهرداری و استانداری، دستگاه‌های نظارتی و نظام مهندسی، شورایاران، معتمدان محلی مشارکت و همکاری شهروندان - هماهنگی دیوان عدالت اداری با آرای کمیسیون‌ها - ایجاد شعبه‌ی استانی دیوان عدالت اداری - اعطای اختیارات قانونی به شهرداری‌ها به منظور سرمایه‌گذاری‌های شهری، استفاده از مالیات بر صنایع شهری 	زیرحوزه مدیریت و اجرا

منبع: نگارندگان

پی‌نوشت‌ها

1- City Profile

- نیمرخ شهری به مجموعه‌ای از مشخصات کالبدی شامل فرم، سیما و منظر، رشد ارتفاعی شهر و اندازه جمعیتی شهرها اشاره دارد.

2- Building Cods

منابع و مآخذ

- ۱- احمدی، حسن (۱۳۷۴). نقش شهرسازی در کاهش آسیب‌پذیری شهر، جلد دوم، انتشارات موسسه‌ی بین‌المللی زلزله‌شناسی و مهندسی زلزله.
- ۲- اداره کل کمیسیون‌های ماده‌ی صد شهرداری تهران (۱۳۸۸): **تخلفات ساختمانی در تهران**، ویژگی‌ها و علل آن.
- ۳- بصیرت، میثم (۱۳۹۰). **آشنایی با محدوده‌های شهری**، انتشارات سازمان دهیاری‌ها و شهرداری‌های کشور، چاپ اول.
- ۴- بهشتی روی، مجید (۱۳۷۲). **بررسی آثار کالبدی تخلفات ساختمانی**، پایان‌نامه‌ی دوره‌ی کارشناسی‌ارشد، دانشکده‌ی هنرهای زیبا، دانشگاه تهران.
- ۵- بهمنی‌منفرد و کلاتری (۱۳۹۱). **بررسی تاثیر کمیسیون‌های ماده‌ی صد شهرداری**، در کنترل تخلفات ساخت و ساز، چهارمین کنفرانس برنامه ریزی و مدیریت شهری، مشهد.
- ۶- پرویزی، سیروس (۱۳۸۹). **بررسی جرم‌انگاری ساخت و سازهای غیرمجاز**، اولین کنفرانس ملی مدیریت بحران، زلزله و آسیب‌پذیری اماکن و شریان‌های حیاتی، تهران.
- ۷- پورمحمدی، محمدرضا و خلیل‌نژاد احمد (۱۳۸۱). **نقش و اهمیت زمین در طرح‌های توسعه‌ی شهری و سازکارهای رسیدگی به تخلفات ساختمانی (نمونه موردی شهر تبریز)**، مجله علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه تبریز، شماره‌ی دهم.

- ۸- جهانگیر، منصور (۱۳۸۶). قوانین و مقررات مربوط به شهر و شهرداری، تدوین، نشر دیدار، چاپ پانزدهم، تهران.
- ۹- زنگی آبادی، علی و همکاران (۱۳۸۹). تحلیل فضایی تعامل تخلفات ساختمانی و آسیب پذیری ناشی از زلزله: مناطق شهر اصفهان، مجله مدرس علوم انسانی برنامه ریزی و آمایش فضا، دوره ی چهاردهم، شماره ی دوم.
- ۱۰- سرخیلی، الناز (۱۳۸۹). بررسی تاثیر الگوی فضایی حاکم بر شهر تهران بر بروز تخلفات ساختمانی، پایان نامه ی کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس.
- ۱۱- سرخیلی، الناز و رفیعیان، مجتبی (۱۳۸۸). آسیب شناسی درآمدهای حاصل از تخلفات ساختمانی در شهرداری تهران، مجموعه مقالات برتر سومین همایش «مالیه شهرداری، مشکلات و راهکارها»، تهران.
- ۱۲- سعیدنیا، احمد (۱۳۸۳). ساخت و سازهای شهری، چاپ سوم، انتشارات سازمان شهرداریها و دهیاریهای کشور.
- ۱۳- شمس، عبدالله (۱۳۸۲). آیین دادرسی مدنی، جلد اول، نشر میزان، تهران.
- ۱۴- صفایی پور، مسعود و همکاران، (۱۳۹۰). ملاحظات فضایی- مکانی پراکنش تخلفات کمیسیون ماده مطالعه منطقه ی ۲ کلانشهر اهواز، کنفرانس کلی توسعه ی پایدار و عمران شهری.
- ۱۵- ظاهری، محمد و پورمحمدی، محمدرضا (۱۳۸۵). موانع اجرایی ضوابط شهرسازی و ارایه ی راهکارهای مناسب در جهت جلوگیری از تخلفات ساختمانی (مطالعه ی موردی کلانشهر تبریز)، مجله علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه تبریز، شماره بیست و چهارم.
- ۱۶- غلامرضا کامیار (۱۳۸۵). حقوق شهری و شهرسازی، نشر مجد، چاپ اول، تهران.
- ۱۷- گیدنز، آنتونی (۱۳۸۱). جامعه شناسی، ترجمه ی صبوری، منوچهر. چاپ هفتم، نشر نی، تهران.

- ۱۸- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۱). آیین دادرسی مدنی، نشر میزان تهران.
- ۱۹- مشیری، شهریار (۱۳۸۹). کنترل و هدایت ساخت و ساز شهری؛ طراحی نظام کارآمد، نشریه‌ی هویت شهر، سال پنجم، شماره‌ی هفتم
- ۲۰- معدنیان، شراره (۱۳۸۷). ماده‌ی صد قانون شهرداری، تنها ابزار موجود در تحقق مقررات ملی ساختمان، محور دهم: لزوم تدوین مباحث جدید در مقررات ملی ساختمان و نقد مباحث موجود.
- ۲۱- معصوم، جلال (۱۳۸۰). تخلفات ساختمانی، ماهنامه‌ی شهرداری‌ها، شماره‌ی ۳۳، انتشارات سازمان شهرداری‌ها.
- ۲۲- منصور، جهانگیر (۱۳۸۳). قانون شهرداری‌ها، نشر دیدار تهران.
- ۲۳- منصور، جهانگیر (۱۳۸۵). قانون مجازات اسلامی، نشر دیدار، تهران.
- ۲۴- مهاجری، علی (۱۳۸۱). جزوه‌ی آیین دادرسی مدنی، مرکز آموزش قضات روحانی، قم.
- ۲۵- مهدی قوشچی، زیدالله (۱۳۸۳). تخلفات ساختمانی در نظام حقوق ایران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، تهران.
- ۲۶- مهندسین مشاور دیارگاه (۱۳۸۸). بازنگری و اصلاح چگونگی جلوگیری از تخلفات ساختمانی و رسیدگی به آن، جلد اول.
- ۲۷- مهندسین مشاور دیارگاه، (۱۳۸۸). بازنگری و اصلاح چگونگی جلوگیری از تخلفات ساختمانی و رسیدگی به آن، جلد اول.
- ۲۸- نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۵۲-۱۳۸۱/۱/۲۵-۱۷۴۹۳ روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۳۸۳/۱۲/۲۴.
- ۲۹- هاشمی فضل‌الله (۱۳۸۵). حقوق شهری و قوانین شهرسازی، چاپ سوم، انتشارات مرکز مطالعات و تحقیقات وزارت مسکن و شهرسازی.
- 30- Code de la Construction et de l' habitation, See: <http://www.legifrance.gouv.fr>.**
- 31- Code Paniel, <http://www.ligifrance.gouv.fr>**
- 32- Code Paniel, Urbanisme, <http://www.legifrance.gouv.fr>**

33- *Sealing of Unauthorised Construction Rules, 1986, Dehli, Published by Akalank Kumar Jain, 2008.*

34- *The Dehli Municipal Corporation Act, 1957, Dehli, Published by Akalank Kumar Jain, 2008.*

35- *The New Dehli Municipal Coucil Act, 1996, Dehli, Published by Akalank Kumar Jain, 2007.*

ماهیت و مبانی بیمه‌ی مسوولیت مدنی اجباری در حقوق ایران

سیدمحمدحسن ملائکه‌پور شوشتری*

تاریخ پذیرش: ۹۳/۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۲/۹/۳۰

چکیده

به رغم رشد فزاینده‌ی میزان استفاده از بیمه‌های مسوولیت مدنی، اما هنوز ماهیت حقوقی این قرارداد آشکار نیست. توجیه آثار این قرارداد بر طرفین آن و اشخاص ثالث زیان‌دیده، صرفاً با تکیه بر شناخت ماهیت این قرارداد ممکن خواهد بود. فاصله گرفتن از قواعد عمومی قراردادها در بیمه‌نامه‌های مسوولیت، نظیر تعهد بیمه‌گر در پرداخت خسارت به شخص ثالث زیان‌دیده حتی در صورت عمد بیمه‌گذار و سایر مواردی که با قواعد عمومی توجیه پذیر نمی‌باشند، همگی نشان از آن دارد که باید برای این نوع بیمه‌ها یک ماهیت مستقل در نظر گرفت. هرچند می‌توان از نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث و پرداخت خسارت متناسب به بیمه‌گذار سخن گفت اما به نظر می‌رسد ماهیت قرارداد بیمه‌ی مسوولیت اجباری، تضمین جبران خسارت زیان‌دیده به حکم قانون و در محدوده‌ی قرارداد بیمه باشد. ماهیت مستقلی که نه با نهاد تعهد به نفع شخص ثالث تطابق دارد و نه حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار. راز تشخیص این ماهیت در بررسی مبانی مسوولیت در قراردادهای بیمه‌ی مسوولیت مدنی نهفته است. در واقع اگر بپذیریم که تضمین حق، مبانی پذیرفته شده مسوولیت در حوزه‌ی مسوولیت‌های مشمول بیمه‌نامه‌ی اجباری مسوولیت مدنی می‌باشد، آن‌گاه مبتنی بر همین استدلال، ماهیت پیچیده‌ی بیمه‌ی اجباری مسوولیت مدنی توجیه می‌گردد.

واژه‌های کلیدی: بیمه‌ی مسوولیت مدنی، بیمه‌ی شخص ثالث وسایل نقلیه‌ی موتوری، مسوولیت مدنی

۱- مقدمه

با صنعتی شدن زندگی و گسترش ماشینیسیم خطرات تهدید کننده‌ی زندگی بشری افزایش یافت. مواجه شدن با خطرات و پذیرفتن خسارات آن اجتناب‌ناپذیر است. نمی‌توان از بروز حوادث جلوگیری کرد اما می‌توان با اندیشیدن تمهیداتی آثار زیانبار حوادث را به حداقل ممکن رساند. پس باید به دنبال راهکاری بود تا از یک طرف بتوان آثار مخرب حوادث ناشی از زندگی جدید را کاهش داد و از طرف دیگر رشد اقتصادی را با ترمز مسوولیت مدنی متوقف نمود. راه حل منطقی برای جمع این دو مصلحت، بیمه است. در این میان اهمیت بیمه‌های مسوولیت دو چندان است. با این شیوه منافع بیمه‌گذار و قربانی حادثه تامین می‌گردد و صنعت بیمه نیز به عنوان فعالیت اقتصادی سود ده رشد و توسعه می‌یابد. به همین مناسبت، امروز یکی از شاخص‌های وضعیت صنعتی کشورها، میزان درآمدهای بیمه‌ای آن‌ها است.

هرچند قدمت بیمه‌ی مسوولیت در دنیا به قرن نوزدهم میلادی برمی‌گردد اما در کشور ما صنعت نوپایی است. به‌طوری‌که اولین قانون بیمه در سال ۱۳۱۶ و اولین قانون بیمه‌ی اجباری مربوط به وسایل نقلیه‌ی موتوری در سال ۱۳۴۷ مورد تصویب قرار گرفته است. قانون اخیر در سال ۱۳۸۷ اصلاح گردید. البته در سال ۱۳۸۴ لایحه‌ای تحت عنوان بیمه‌ی تجاری تقدیم مجلس گردید که در گذر از مرحله پارلمانی مسکوت ماند. طبیعتاً عدم قدمت بیمه یکی از عوامل کمبود آثار حقوقی در این حوزه است. در این میان ماهیت حقوقی قرارداد بیمه‌ی مسوولیت مدنی بیش از سایر موارد نیاز به بررسی دارد. چرا که بر خلاف بیمه‌های اموال و بیمه‌های حوادث که در تحلیل ماهیت حقوقی آن‌ها با دشواری خاصی روبرو نمی‌باشیم در تحلیل ماهیت حقوقی بیمه‌های مسوولیت به‌خصوص در موارد اجباری آن نظیر بیمه‌ی شخص ثالث وسایل نقلیه‌ی موتوری، ابهامات زیادی وجود دارد. توضیح آن‌که در توجیه ماهیت بیمه‌های اختیاری مسوولیت مدنی با سختی چندانی مواجه نیستیم زیرا اخذ این پوشش‌ها با اراده‌ی بیمه‌گذار صورت می‌پذیرد و بدیهی است

که ذی‌نفع اصلی آن نیز خود بیمه‌گذار باشد. در واقع بیمه‌گذار برای حفظ تعادل دارایی خود از بیمه‌ی مسوولیت مدنی استفاده می‌نماید. آنچه دشوار می‌نماید توجیه ماهیت بیمه‌های اجباری مسوولیت مدنی است. بیمه‌هایی که اخذ آن‌ها توسط بیمه‌گذار به اجبار قانون صورت می‌گیرد. تمرکز ما در این مقاله نیز بر توجیه ماهیت این گونه از بیمه‌ها می‌باشد. البته از نظریاتی که در این باره رایج می‌نمایم در توجیه ماهیت بیمه‌های اختیاری مسوولیت نیز استفاده خواهیم کرد. با این ترتیب به لحاظ منطقی برای تبیین بحث باید ابتدا از ساز و کار و آنچه که در عمل در بیمه‌ی اجباری مسوولیت ناشی از حوادث رانندگی به‌عنوان مهم‌ترین شاخه بیمه‌ی اجباری مسوولیت مدنی اتفاق می‌افتد سخن گفت و پس از درک این شاخه از بیمه، در مرحله‌ی بعد به تحقیق در مورد ماهیت آن پرداخت. با این توضیح و با عنایت به این که تمرکز اصلی به بیمه‌ی مسوولیت مدنی ناشی از حوادث وسایل نقلیه معطوف خواهد بود، بحث را در دو بخش با عناوین ساز و کار و عملکرد بیمه‌ی اجباری مسوولیت حوادث رانندگی و نظراتی که در مورد ماهیت این بیمه‌ها وجود دارد پی می‌گیریم.

۲- ساز و کار و عملکرد بیمه‌ی اجباری مسوولیت حوادث رانندگی

بی‌تردید برخی از حوادث رانندگی به دنبال اشتباهی اتفاق می‌افتد که از هر انسان متعارفی سر می‌زند. در این موارد مسوول حادثه مرتکب هیچ‌گونه تقصیری نشده است، اما ضرورت حمایت از اشخاص ثالث، قانون‌گذاران را بر آن داشته است تا با دوری از نظام سنتی تقصیر در پی یافتن نظریات جدید برای توجیه حقوقی حمایت همه‌جانبه از اشخاص ثالث زیان‌دیده شوند. در واقع تاسیس بیمه‌ی مسوولیت اجباری به معنای نفی مسوولیت مبتنی بر تقصیر می‌باشد. به همین دلیل است که برخی محققان (کاتوزیان، جنیدی، غمامی، ۱۳۸۶: ۱۶) معتقدند ضمان ناشی از حوادث رانندگی در بسیاری موارد نتیجه خطری است که حرکت با اتومبیل برای دیگران ایجاد می‌کند. به هر جهت زیان‌های فراوان وسایل نقلیه‌ی

موتوری موجب شده است قانون‌گذار از نظام اخلاقی فاصله گرفته و در اندیشه ضرورت‌های اجتماعی باشد. با این حال هرچند باید اذعان نمود این نوع نگاه، باعث آسان شدن جبران خسارت می‌گردد اما این نکته را نیز نباید فراموش کرد که اگر راه افراط پیموده شود و در کنار بیمه، کسر فرانشیز و دیگر راهکارها در نظر گرفته نشود، بیمه شده دیگر نگران آثار تصادم‌ها نخواهد بود.

در ایران تا سال ۱۳۴۷ مسوولیت ناشی از حوادث رانندگی تابع قواعد عمومی بوده است. اما چنین عملکردی نتوانست پاسخگوی نیازهای جامعه باشد. به همین دلیل قانون‌گذار در سال ۱۳۴۷ با تصویب قانون بیمه‌ی اجباری مسوولیت ناشی از وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی طرحی نو بر انداخت و از قواعد عمومی مسوولیت مدنی فاصله گرفت. در نظام جدید، مسوولیت محض برعهده‌ی دارنده قرار گرفت و مسوولیت راننده همچنان در پناه قواعد عمومی حقوق مسوولیت مدنی باقی ماند. عدم برداشت صحیح از اقدام قانون‌گذار در وضع قواعد خاص مسوولیت مدنی در حوزه حوادث وسایل نقلیه، موجب شده است برخی نویسندگان تصور کنند مقنن با وضع قوانین موخر مانند قانون مجازات اسلامی، مبنای مسوولیت را دایما تغییر داده است.

یادآوری می‌نماید که ما در این مقاله قصد بررسی کلیه‌ی مسایل مربوط به بیمه‌ی اجباری شخص ثالث وسایل نقلیه را نداشته و صرفاً به ذکر مواردی بسنده می‌نماییم که با موضوع بحث ما مرتبط است. زیرا از یک طرف بسیاری از بحث‌های این حوزه از مسوولیت از قلمرو بحث ما خارج است و از طرف دیگر خوشبختانه به نسبت مطالب زیادی در این باره نوشته شده است. با این مقدمه مطالب این گفتار را در شش بند ارایه می‌دهیم.

۲-۱- مبنای حقوقی مسوولیت ناشی از حوادث رانندگی

پیش‌تر گفته شد قانون‌گذاران به سمت تضمین پرداخت خسارت زیان‌دیده و حمایت کامل از وی حرکت نموده‌اند. برای نمونه با این که غالباً راننده مرتکب حادثه می‌شود و یا بر اثر آتش‌سوزی اتومبیل به اشخاص ثالث زیانی وارد می‌آید و

در هر دو مورد دارنده مرتکب تقصیر نشده است، اما قانون بیمه‌ی اجباری، دارنده را مسوول می‌داند. چنین حمایت گسترده‌ای که قواعد سنتی مسوولیت مدنی را در نوردیده است توجیه مناسبی می‌طلبد. در این راه، از توجیهی باید استفاده کرد که با سایر قواعد مسوولیت مدنی مانند اصول کلی مسوولیت مدنی موجود در قانون مدنی و قانون مسوولیت مدنی هماهنگ بوده و چارچوب اصلی نظم حقوقی را پریشان نکند. در واقع با در نظر گرفتن هدف قانون‌گذار از حفظ قواعد عمومی مسوولیت به نظر می‌رسد آن چه در عمل با تصویب قانون بیمه‌ی اجباری شخص ثالث اتفاق افتاده است، ایجاد قواعد خاص مسوولیت مدنی در زمینه‌ی بیمه‌ی مسوولیت وسایل نقلیه است. قواعدی که دقت در آن‌ها به خوبی نشان می‌دهد صرفاً در همین حوزه قابلیت استفاده داشته و نمی‌توان بر پایه آن، سایر قواعد مسوولیت مدنی را توجیه نمود.

بنابراین مقنن با علم به شرایط خاص وسایل نقلیه و حوادث مربوط به آن‌ها دست به ایجاد قواعد نوظهور در این حوزه از مسوولیت مدنی زده است. برای درک این قواعد خاص، ابتدا باید اصلی‌ترین موضوع یعنی مبنای مسوولیت دارنده را بررسی کنیم. در پناه این بررسی است که می‌توانیم از ماهیت این بیمه‌ها سخن بگوییم. مطالعه‌ی تحقیقات و آثاری که در این زمینه وجود دارد نشان می‌دهد چهار نظریه‌ی فرض تقصیر، تخلف از تعهد حفاظت وسیله‌ی نقلیه، نظریه خطر و بالاخره اماره مسوولیت پیرامون توجیه این قواعد خاص مطرح شده است. اما به نظر نگارنده درک مبنای این قواعد خاص در نظریه‌ی تضمین حق نهفته است. در ادامه به تبیین نظریات مذکور پرداخته و سپس با استفاده از نتایج حاصله، بحث ماهیت این بیمه‌ها را مطرح می‌نماییم.

۲-۱-۱- فرض تقصیر

چه بسا گفته شود قانون‌گذار در قانون بیمه‌ی اجباری وسایل نقلیه برای آن‌که کم‌ترین انحراف را از قواعد عمومی مسوولیت مدنی نماید، مسوولیت را بر پایه‌ی فرض تقصیر استوار نموده است. فرضی که بر مبنای حکم غالب استقرار یافته

است. زیرا در اغلب اوقات، دارنده اتومبیل بی احتیاطی کرده است. اما چنین مبنایی را به دلیل پیامدهای منفی آن نمی توان پذیرفت. زیرا مطابق با عموومات، خلاف اماره قابل اثبات است. پس اثبات بی تقصیری دارنده به هر طریقی که باشد وی را از مسوولیت معاف می نماید. این در حالی است که قانون به چیزی بیش از این نظر داشته است. پس چنین تلقی با واقعیت تطابق ندارد. هم چنین این نظر با مبنای پذیرفته شده در حقوق اسلامی مغایر است. زیرا مبنای اصلی مسوولیت در فقه اسلامی قاعده لاضرر و تدارک ضرر ایجاد شده است. مطابق با این قاعده، صرف وجود رابطه سببیت میان فعل عامل زیان و ورود زیان به شخص ثالث، باعث لزوم تدارک زیان می گردد. در این فرآیند تقصیر جایگاهی ندارد.

۲-۱-۲- تخلف از تعهد مربوط به حفاظت وسیله نقلیه

مبنای دیگری که می تواند از انحراف زیاد از قواعد عمومی مسوولیت بکاهد، استفاده از عنوان تعهد به نتیجه است. با این توضیح که مقنن دارنده وسیله نقلیه را متعهد به حفاظت از وسیله نقلیه و منع از اضرار به دیگران نموده است. این تعهد یک تعهد به نتیجه است. ورود ضرر به شخص ثالث نشان از نقض تعهد دارد. مطابق با این نظر برای معافیت دارنده از مسوولیت، اثبات بی تقصیری به تنهایی کافی نیست، بلکه باید اثبات شود که رابطه سببیت بین عمل دارنده و وقوع حادثه وجود نداشته است و علت واقعی آن عامل خارجی بوده است. با این توجیه است که بر اساس قانون بیمه اجباری مسوولیت ۱۳۴۷ فقط قوه قاهره موجب معافیت از مسوولیت می گردد. با این حال به رغم ظاهر مستقل این نظر، اما نمی توان انکار کرد که در واقع برگردانی از نظریه مسوولیت محض با رنگ و لعابی قراردادی است.

۲-۱-۳- مسوولیت بدون تقصیر بر مبنای نظریه ایجاد خطر

با ایراداتی که بر دو نظریه مذکور وارد شده است به نظر می رسد توسل به نظریه ایجاد خطر مبنای معقولی برای توجیه نظام مسوولیت مدنی حوادث رانندگی باشد. در واقع مقنن فارغ از وجود یا عدم وجود تقصیر، به دنبال حمایت

و جبران خسارت کامل شخص ثالث زیان دیده می‌باشد و از جهت ایجاد مسوولیت نوعی به نظریه‌ی ایجاد خطر نزدیک شده است. اما می‌دانیم ایجاد مسوولیت مبتنی بر قصد انتفاع، جوهره‌ی ذاتی نظریه ایجاد خطر است که در مورد دارنده همیشه صدق نمی‌کند. توضیح آن که اصطلاح دارنده همیشه بر اصطلاح منتفع منطبق نیست. به‌علاوه با این توجیه چگونه می‌توان از کنار قوه قاهره به‌عنوان تنها معاف کننده‌ی دارنده از مسوولیت (در قانون قدیم) گذشت. آیا جز این است که وجود قوه قاهره به دلیل آن که نشان از بی‌تقصیری دارنده می‌باشد استثنا شده است؟ وانگهی قانون‌گذار در برخی موارد در تعارض مسوولیت نوعی و مسوولیت مبتنی بر تقصیر، مسوولیت اخیر را حاکم نموده است.

۲-۱-۴- اماره مسوولیت

به دنبال عدم مقبولیت نظریات ارایه شده، استارک حقوقدان فرانسوی معتقد است باید از اماره مسوولیت یا اماره علیت سخن گفت. (کاتوزیان، جنیدی، غمامی، ۱۳۸۶: ۲۹) به عقیده وی قانون‌گذار با ایجاد نظام خاص مسوولیت مدنی در مورد حوادث نقلیه در واقع مسوولیت و رابطه‌ی علیت را اماره در نظر گرفته است. بنابراین تنها زمانی دارنده از مسوولیت معاف می‌شود که بتواند اثبات کند مسوولیتی نداشته است و به‌عبارت دیگر رابطه‌ی علیت قطع شده است. با وجود این که به نظر می‌رسد چنین مبنایی از قوت بسیاری برخوردار باشد اما به ظاهر این نظر نیز نباید دل بست. زیرا اگر مقصود از اماره مسوولیت همان اماره علیت باشد آنگاه در مواقعی هم که فعل شخص ثالث اثر قوه قاهره داشته و رابطه‌ی علیت را قطع کرده است مانند قوه قاهره مسوولیتی نباید وجود داشته باشد. این در حالی است که قانون‌گذار فورس ماژور را که در قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۴۷ اثر معاف کننده برای دارنده داشت در ماده‌ی ۷ قانون جدید از عداد موارد استثنا مشمول بیمه خارج نمود. بنابراین استفاده از اماره مسوولیت در حالی که نتوان خلاف این اماره را اثبات نمود، استفاده درستی نخواهد بود.

۲-۱-۵- تضمین حق و استفاده از بیمه

استارک مبدع نظریه تضمین حق، معتقد است در بحث مبانی مسوولیت مدنی نباید تنها به آثار و ارزیابی کار وارد کننده‌ی زیان پرداخت و نقض حق زیان‌دیده و تضمین قانون‌گذار از آن را فراموش کرد. اما سختی تحلیل در آن است که در تراحم میان حق فعالیت کردن عامل زیان و حق ایمن ماندن زیان‌دیده، کدامیک را باید ترجیح داد. وی برای پاسخ به این پرسش کلیدی میان خسارات بدنی و مالی از یک طرف و خسارات معنوی و اقتصادی از طرف دیگر تفاوت قایل است. او معتقد است در دسته نخست قطع نظر از تقصیر عامل ورود زیان در هر حال خسارت باید جبران شود و مسوولیت ناشی از آن نوعی است. چنین ادعایی ممکن است صرفاً در مورد حوادث وسایل نقلیه صحیح باشد. قید صرفاً بدین جهت است که در تمامی موارد نمی‌توان این نظریه را مبنای منحصر مسوولیت دانست.

به هر حال به نظر می‌رسد هدف قانون‌گذار در وضع قوانین مسوولیت حوادث ناشی از وسایل نقلیه، تضمین حق زیان‌دیده باشد. اما با اجباری نمودن بیمه و جمعی نمودن خسارات هم مصلحت عامل زیان در استفاده از وسیله‌ی نقلیه و حق فعالیت و هم حق ایمن بودن زیان‌دیده توأمان در نظر گرفته شده است. در واقع با این شیوه هم عامل زیان حق فعالیت دارد و هم زیان‌دیده ایمن می‌ماند. حق بیمه نیز از تک‌تک اشخاص جامعه گرفته می‌شود و در به اصطلاح صندوقی به اسم شرکت بیمه برای پرداخت خسارات به‌کار گرفته می‌شود. بنابراین اگرچه در ظاهر ممکن است قانون بیش‌تر جانب زیان‌دیده را گرفته باشد و دارنده فاقد تقصیر را مسئول تلقی نماید اما در واقع این بیمه‌گر است که با دریافت اندک حق بیمه‌ای از خیل عظیم افراد جامعه توانسته است خسارات هنگفت زیان‌دیده را جبران نماید. (ملایکه‌پور شوشتری، ۱۳۹۲: ۱۴۵)

نگارنده با استدلال زیر به اطمینان رسیده است که قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۸۷ فارغ از وجود یا عدم وجود عنصر تقصیر به دنبال تضمین حق زیان‌دیدگان می‌باشد. توضیح آن که علی‌الاصول زمانی از بیمه‌ی مسوولیت سخن می‌گوییم که مسوولیتی محرز شده باشد. در واقع بیمه به تبع مسوولیت است. اما دقت در قانون

جدید نشان می‌دهد به رغم عنوان بیمه‌ی مسوولیت اما بیمه به تبع مسوولیت نیست. یکی از این موارد پرداخت معادل دیه‌ی مرد به زن است. در این شرایط به رغم این که مسوول حادثه تکلیفی بیش از نصف دیه‌ی مرد ندارد اما شرکت بیمه‌ی دیه‌ی مرد را به وی پرداخت می‌نماید. به طور کلی منشا مسوولیت بیمه‌گر عقد بیمه است نه تقصیر عامل زیان. با همین استدلال است که ماده‌ی اول قانون بیمه‌ی اجباری ۱۳۴۷ ابتدا دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری را مسوول دانسته و سپس مقرر داشته باید مسوولیت خود را بیمه نمایند. اما قانون‌گذار در قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری به عمد سخنی از مسوولیت دارنده به میان نیاورده است. ماده‌ی اول این قانون دارنده را مکلف به اخذ بیمه‌ی وسیله‌ی نقلیه کرده است. تکلیف به بیمه نمودن بدون ذکر مسوولیت نشان از آن دارد که مقنن فارغ از وجود مسوولیت به دنبال تضمین حق زیان‌دیدگان می‌باشد. دو گزینه این ادعا را کامل می‌کند. گزینه‌ی اول این که قانون‌گذار سخن از بیمه وسایل نقلیه‌ی موتوری کرده است. توضیح آن که به نظر قانون‌گذار صرف وجود خسارت به تبع وجود وسیله‌ی نقلیه، بیمه‌گر دارنده را مکلف به جبران خسارت می‌نماید. هدف غایی قانون، تکلیف به بیمه نمودن مسوولیت دارنده یا راننده نیست بلکه به دنبال جبران خسارت شخص ثالث زیان‌دیده است. گزینه‌ی دوم این که همان‌طور که گفته شد فورس ماژور که در قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۴۷ برای دارنده اثر معاف‌کننده داشت، در قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۸۷ اثر خود را از دست داد. پس در هر صورت گریزی از تکلیف بیمه‌گر دارنده به جبران خسارت زیان‌دیده وجود ندارد. این ادله به خوبی نشان می‌دهد در هر حال خسارت زیان‌دیده در مرتبه‌ی اول اهمیت قرار داشته و باید جبران شود. اما از این نکته هم نباید غافل شد که پایه‌ی اصلی نظامی که قانون‌گذار برای حوادث وسایل نقلیه تعیین کرده است وجود بیمه است. به عبارت دیگر استفاده از نهاد بیمه است که ضرورت احراز مسوولیت را نادیده انگاشته است.

با این ترتیب با دو پرسش مهم مواجه هستیم. اول این که جبران خسارت زیان‌دیده توسط بیمه‌گر در فرضی که مسوولیت دارنده بر اساس مبانی مسوولیت

احراز نگرديده است بر چه منطقی استوار است. دوم این که در مواردی که عمد دارنده محرز است بیمه‌گر بر چه اساسی می‌تواند پس از جبران خسارت زیان‌دیده به دارنده یا عامل زیان مراجعه کند. پاسخ سوال اول پیش‌تر داده شده است. اما برای تکمیل باید گفت تضمین حق زیان‌دیده با استفاده از نهاد بیمه و جمعی کردن خسارات منطق چنین تکلیفی است. در خصوص پرسش دوم نیز باید بگوییم قانون بیمه‌ای اجباری قانونی است در جهت حمایت کامل از حقوق اشخاص ثالث زیان‌دیده، برای همین است که فقط در مورد لزوم جبران خسارت زیان‌دیده سخن می‌گوید. در واقع قانون‌گذار در این قانون در جایگاه حفظ حقوق اشخاص ثالث است. طبیعی است در چنین جایگاهی از مسوولیت دارنده سخن نگوید و مسایل آن را به قوانین دیگری که در این باره وضع کرده است ارجاع نماید. اگر دارنده عمداً موجب ورود زیان شود، مسوول قلمداد گردیده و طبیعی است که در این صورت بیمه‌گر به سان هر دیگر پرداخت‌کننده خسارتی حق مراجعه به دارنده را دارد. به‌علاوه حذف بند ۴ ماده‌ی ۴ قانون بیمه‌ای اجباری که خسارت وارد به متصرفین غیر قانونی وسایل نقلیه یا به رانندگان فاقد گواهینامه را از شمول بیمه خارج می‌نمود، حاکی از آن است که قانون‌گذار در هر حال به دنبال تضمین حق زیان‌دیده از حوادث وسایل نقلیه است.

با همین توجیه است که صندوق تامین خسارت‌های بدنی برای جبران خسارت مواردی مانند فقدان وجود گواهینامه‌ی رانندگی ایجاد شده است. و با این استدلال است که قانون به دنبال حذف نقش رابطه‌ی سببیت می‌باشند. زیرا اگر مسوولیت نه بر اساس تقصیر که حتی بر مبنای رابطه‌ی علیت نیز اگر استوار باشد آن‌گاه هر چیزی که این رابطه را از میان ببرد طبیعتاً باعث معافیت دارنده خواهد شد. پس فعل شخص ثالث نیز دارای تاثیر خواهد بود. به‌نظر می‌رسد آن چه اهمیت دارد تضمین جبران خسارت زیان‌دیده است. در حوادث وسایل نقلیه هیچ عامل معاف‌کننده‌ای نباید وجود داشته باشد و خسارت در هر صورت باید جبران شود. نمی‌توان ترمیم زیان را به بهانه دخالت قوه قاهره یا شخص ثالث معطل گذارد. (کاتوزیان، جنیدی، غمامی، ۱۳۸۶: ۱۵۶)

به نظر می‌رسد قانون بیمه‌ی اجباری جدید به سمت مسوولیت بدون رابطه‌ی سببیت حرکت کرده و حتی مرزهای نظریه‌ی خطر را هم در نوردیده است. بر این اساس چون مبنای پذیرفته شده در حوادث رانندگی با سایر مبانی مسوولیت متفاوت است بنابراین رای صادره از دادگاه کیفری دارای اعتبار امر قضاوت شده در دادگاه مدنی نخواهد بود. نتیجه‌ی دیگر پذیرش این مبنا این است که به صرف دخالت وسیله‌ی نقلیه در حادثه یعنی وجود ارتباط و پیوستگی وسیله‌ی نقلیه و حادثه به گونه‌ای که وسیله‌ی نقلیه به‌طور ضروری و یا بر اثر اتفاق، حادثه را امکان‌پذیر سازد، بدون نیاز به اثبات رابطه‌ی سببیت، بیمه‌گر مکلف به جبران خسارت خواهد بود. البته زیان وارد شده باید قابل انتساب به دارنده باشد.

شناختن حق مراجعه‌ی مستقیم زیان‌دیده به بیمه‌گر که برای اولین بار در قانون بیمه‌ی اجباری ۱۳۸۷ به صورت رسمی و قانونی شناسایی شده است نیز نشان می‌دهد قانون‌گذار چنین حقی را هماهنگ با هدف خود از وضع قانون (تضمین حق زیان‌دیده) قرار داده است.

در این جا مهم است بدانیم که حرکتی که از اروپا و به‌ویژه فرانسه شروع شد و تقصیر را بر مبنای اخلاق معیار مسوولیت قرار داده و پس از چندی به دلیل عدم کارایی در دنیای جدید به سمت نظریات دیگری که در آن‌ها تقصیر نقشی ندارد متحول گردید، در حقوق اسلامی بدون گذر از چنین مراحل از همان ابتدا ارزش ذاتی برای تقصیر در ایجاد مسوولیت وجود نداشته است. همان‌طور که در مفاهیم بیان گردید آنچه در حقوق اسلامی معیار ایجاد مسوولیت قرار گرفته است همانا ورود زیان به اشخاص است نه بررسی عملکرد عامل زیان. همین قدر که عمل موجب زیان را بتوان به فاعل نسبت داد در ایجاد مسوولیت برای وی کافی است. با این برداشت به خوبی معلوم می‌گردد استفاده از تقصیر به‌عنوان مبنای ایجاد مسوولیت مدنی در قوانین ما، تقلیدی کورکورانه و نابجا از حقوق کشورهای دیگر است. البته قانون بیمه‌ی اجباری شخص ثالث از این هم فراتر رفته و حتی رابطه‌ی سببیت را نیز لازم نمی‌داند.

وقتی که قوه قاهره نتواند تکلیف بیمه‌گر به جبران خسارت زیان‌دیده را مرتفع نماید، طبیعتاً فعل شخص ثالث نیز چنین توانی ندارد. لیکن در این شرایط بیمه‌گر پس از جبران خسارت زیان‌دیده به عامل زیان مراجعه می‌کند. تنها استثنا، فعل زیان‌دیده زمانی که علت تامه حادثه است، می‌باشد. این استثنا بر مبنای قاعده اقدام توجیه می‌پذیرد. بنابراین در هر حادثه زیانباری که وسیله‌ی نقلیه در آن وجود داشته باشد، بیمه‌گر مسوول پرداخت خسارت است. تنها اگر زیان‌دیده خود علت تامه‌ی زیان وارده باشد، بیمه‌گر نیز مسوولیتی نخواهد داشت.

۲-۲- مفهوم دارنده

در نظم حقوقی مسوولیت حوادث و وسایل نقلیه، صرفاً دارنده (مالک و یا متصرف) مکلف است بیمه‌ی مسوولیت اخذ نماید. البته تکلیف اخذ بیمه توسط دارنده مانع از ایجاد مسوولیت برای مسبب حادثه نمی‌گردد. اصطلاح به‌کار رفته در قانون بیمه‌ی اجباری با عنوان دارنده یکی از مواردی است که بررسی آن گره‌گشای ما در تحلیل ماهیت این بیمه‌ها خواهد بود. به نظر می‌رسد کلمه دارنده ترجمه واژه فرانسوی (Gardien) باشد. این لفظ در لغت به معنای محافظ و نگهدار است که بر اساس معیار دیوان کشور فرانسه به کسی گفته می‌شود که در هنگام حادثه توانایی و تسلط معنوی نسبت به انتفاع از وسیله‌ی نقلیه را داشته باشد. با این برداشت سارق به رغم آن که مالک نیست اما به دلیل سلطه‌ای که بر وسیله‌ی نقلیه دارد مسوول قرار می‌گیرد. اما در نظم حقوقی ما به قرینه‌ی ماده‌ی ۳ قانون قدیم که مقرر می‌داشت: "از تاریخ انتقال وسیله‌ی نقلیه، کلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه به منتقل‌الیه وسیله‌ی نقلیه منتقل می‌شود..."^{۱۱} از دارنده تعبیر به مالک می‌شد. مسوولیت مالک نه به خاطر حق عینی، که به دلیل سلطه‌ی وی بر وسیله‌ی نقلیه است. بر این اساس استثنا سرقت و غصب از مسوولیت دارنده توجیه می‌گردد. زیرا در این موارد به دلیل سلب سلطه نمی‌توان مالک را دارنده و مسوول دانست. بنابراین در این گونه موارد مسوولیت غاصب و سارق در تعهد بیمه‌گر قرار

نمی‌گیرد. با این تعبیر اجاره وسیله‌ی نقلیه موجب سلب سلطه‌ی مالک بر وسیله‌ی گردیده و متعاقباً تکلیف بیمه را بر عهده مستاجر قرار می‌دهد.

اما تبصره‌ی یک ماده‌ی اول قانون جدید در راستای رفع ابهام از مفهوم دارنده مقرر داشته است: «دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله‌ی نقلیه است و هرکدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل نماید تکلیف از دیگری ساقط می‌شود». سوالی که با تصویب این مقرر هم‌چنان باقی می‌ماند مصادیق مختلف متصرف است. همان‌طور که می‌دانیم تصرف متصرف می‌تواند قانونی و یا غیرقانونی باشد. در مورد متصرفین غیرقانونی مانند غاصبین باید گفت هرچند به حکم ماده‌ی ۳ تنها منتقل‌الیه از مزایای بیمه بهره‌مند می‌گردد اما با توجه به این که به هر حال غاصب هم متصرف محسوب می‌گردد به نظر می‌رسد با توجه به هدف قانون‌گذار از حمایت کامل از زیان‌دیده و با جمع ماده‌ی ۱ و تبصره‌های ۱ و ۲ باید گفت غاصب نیز می‌تواند از بیمه‌نامه‌ی مسوولیت استفاده نماید. البته بیمه‌گر پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده، به غاصب به‌عنوان عامل زیان مراجعه می‌کند. در این میان چنانچه دارنده به تکلیف خود در خصوص اخذ بیمه عمل نکرده باشد، صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، خسارات بدنی زیان‌دیده را پرداخت کرده و در مرحله‌ی بعد به غاصب مراجعه می‌کند. در توجیه مراجعه بیمه‌گر و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به غاصب باید گفت، علت ایجاد بیمه‌ی مسوولیت حمایت از اشخاص ثالث بوده است نه غاصبی که شایسته‌ی شدیدترین برخورد است.

۲-۳- مفهوم شخص ثالث

هر شخصی به غیر از بیمه‌گر و بیمه‌گذار که طرفین قرارداد بیمه می‌باشند، شخص ثالث محسوب می‌گردد. در واقع مقصود از اشخاص ثالث، اشخاص خارج از رابطه‌ی قراردادی بیمه می‌باشد. اما قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۴۷ بدون توجیه معقولی طی سه بند ماده‌ی ۲ به ترتیب الف- بیمه‌گذار، مالک یا راننده وسیله‌ی نقلیه مسوول حادثه، ب- کارکنان بیمه‌گذار مسوول حادثه حین کار و انجام وظیفه،

ج- همسر و پدر و مادر و اولاد و اجداد تحت تکفل بیمه‌گذار، در صورتی که سرنشین وسیله‌ی نقلیه‌ای باشند که راننده یا بیمه‌گذار مسوول حادثه باشد، را از مصادیق شخص ثالث خارج نموده بود. با این حال قانون‌گذار ۴۰ سال بعد در قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری سال ۱۳۸۷ به استناد تبصره‌ی ۶ ماده‌ی اول صرفاً راننده مسبب حادثه را از مفهوم شخص ثالث خارج نمود. توسیع مفهوم شخص ثالث نشان می‌دهد قانون‌گذار حرکتی را که در سال ۱۳۴۷ به سمت حمایت کامل از اشخاص ثالث زیان‌دیده از حوادث و سایل نقلیه آغاز نموده است همچنان ادامه می‌دهد. بنابراین برخلاف قانون سابق دیگر امتیاز ویژه شخص ثالث مخصوص زیان‌دیدگان بیگانه با دارنده نیست و خویشان و وابستگان وی را نیز در بر می‌گیرد. نکته‌ای که نباید آن را از نظر دور داشت این است که ثالث تلقی نشدن راننده مسبب حادثه، تنها نسبت به بیمه‌نامه‌ی اتومبیلی است که رانندگی آن را به‌عهده داشته است ولی در برابر اتومبیل مقابل، ثالث تلقی می‌شود.

به نظر می‌رسد توسعه مفهوم شخص ثالث اگر چه هزینه‌ی زیادی را بر دوش شرکت‌های بیمه قرار می‌دهد، اما بهره‌مندی افرادی مانند فرزندان، همسر و کارکنان بیمه‌گذار از جبران خسارت به عنوان ثالث، گامی موثر در تحقق اهداف و فلسفه تاسیس بیمه خواهد بود و این اقدام قانون‌گذار قابل تمجید است. تنها انتقادی که به آن وارد است، شمول عنوان ثالث نسبت به مالک اتومبیل است، زیرا با عنوان قانون سازگاری ندارد. اگر شرکت بیمه را شخص اول و بیمه‌گذار (مالک) را شخص دوم قرارداد بدانیم، شخص ثالث سایر افراد خواهند بود و شامل مالک نمی‌شود. فلسفه وجودی این قانون جبران خسارت‌های وارد به غیر از طرفین قرارداد بیمه است، نه مالک که خود یکی از طرفین قرارداد است. شاید هدف قانون‌گذار از توسعه مفهوم ثالث به مالک این بوده که هیچ خسارت ناشی از حوادث رانندگی جبران نشده باقی نماند، حتی در موردی که فرد دیگری غیر از مالک، رانندگی اتومبیل را به عهده دارد و سبب ورود خسارت جانی به مالک شود، با این توجیه که شاید با اعسار راننده مواجه شود.

این که راننده مسبب حادثه مشمول عنوان شخص ثالث نمی‌شود بر این مبنا است که در بیمه‌ی مسوولیت، تکلیف بیمه‌گر تضمین مسوولیت بیمه‌گذار در برابر دیگران است. لیکن با توجه به این که پیش‌تر گفتیم در وضعیت فعلی بیمه تابعی از مسوولیت نیست، بنابراین چه بسا بیمه‌گذار مطابق با قواعد عمومی مسوولیت مدنی، فاقد مسوولیت باشد اما بیمه‌گر مکلف به جبران خسارات باشد. با همین توجیه است که بند ب ماده‌ی ۱۱۵ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم توسعه‌ی مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۵ وزارت امور اقتصادی و دارایی را مکلف کرده است در مورد رانندگان نیز همچون سرنشین، بیمه‌ی شخص ثالث را اعمال کنند.

هم‌چنین رانندگان فاقد گواهینامه و متصرفین غیرقانونی نیز مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته‌اند. علت این حمایت آن است که جبران ضرر زیان‌دیده به سایر تخلفات وی ارتباطی ندارد. بنابراین اگرچه باید با راننده‌ی فاقد گواهینامه به دلیل تخلف وی به جهت نداشتن گواهینامه برخورد کرد اما چنین تخلفی نمی‌تواند مستمسک عدم حمایت از وی گردد.

۲-۴- خسارات قابل مطالبه

در نظم قانون قدیم صرفاً به اصطلاح خسارت مالی و بدنی اشاره شده بود و تعریفی در خود قانون از آن ارایه نگردیده بود. به همین جهت تبیین مفهوم خسارت مالی و بدنی برعهده‌ی آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون قرار گرفت. ماده‌ی ۴ آیین‌نامه‌ی مذکور مقرر می‌داشت: «جبران خسارت مالی عبارت است از تأمین و جبران زیان‌های مستقیمی که در اثر حوادث مشمول بیمه به اموال و اشیا تحت مالکیت یا تصرف قانونی اشخاص ثالث وارد می‌شود». اما قانون اصلاحی سال ۱۳۸۷ خود وظیفه‌ی تعریف مفهوم خسارت مالی و بدنی را برعهده گرفته است. در تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۱ قانون مذکور چنین می‌خوانیم: «منظور از خسارت مالی، زیان‌هایی می‌باشد که به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون به اموال شخص ثالث وارد شود.» ملاحظه می‌شود قانون جدید به درستی و برای مطابقت با ماده‌ی اول قانون به جای جبران خسارت مالی خود خسارت مالی را تعریف کرده

است. هم‌چنین قید "مستقیم" از عبارات قانون جدید حذف گردید. بنابراین هرگونه خسارت چه مستقیم و چه غیرمستقیم باید توسط بیمه‌گر جبران شود. (بابایی، ۱۳۸۸: ۲۱۰) هم‌چنین عبارت «اشیا تحت مالکیت یا تصرف قانونی» نیز در قانون جدید برداشته شد. این تغییر نیز اشکالی را که به قانون قدیم وجود داشت مرتفع نمود. در واقع وجود چنین عبارتی در قانون قدیم این شائبه را در ذهن ایجاد می‌نمود که شاید بتوان خسارت وارد به اموال را به امین اموال داد. در حالی که خسارت فقط باید به مالک مال پرداخت شود.

در مورد جبران خسارت بدنی نیز ماده‌ی ۳ آیین‌نامه‌ی مذکور مقرر می‌داشت: «منظور از جبران خسارت بدنی مذکور در ماده‌ی یک قانون، تامین و جبران هزینه‌ی معالجه صدمات بدنی و یا جرح حاصل از حوادث رانندگی و هم‌چنین جبران زیان‌های نقص عضو از کار افتادگی دایم و مطلق یا نسبی، یا فوت ناشی از حوادث مشمول بیمه برای اشخاص ثالث است». در حالی که در تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۱ قانون اصلاحی می‌خوانیم: «منظور از خسارت بدنی، هر نوع دیه یا ارش ناشی از صدمه، شکستگی، نقص عضو، از کار افتادگی (جزیی یا کلی موقت یا دایم) یا دیه فوت شخص ثالث به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون است. هزینه معالجه نیز چنانچه مشمول قانون دیگری نباشد، جزو تعهدات بیمه موضوع این قانون خواهد بود.» در اینجا نیز قانون‌گذار به جای تعریف جبران خسارت، سخن از زیان به میان آورده است. اما جدای از تفاوت در سبک قانون نویسی، به لحاظ ماهوی نیز قانون‌گذار به صراحت صحبت از دیه و ارش به میان آورده و هزینه‌ی معالجات را نیز در صورتی که مشمول قوانین دیگر نباشد جزو تعهدات بیمه‌گر می‌داند. تغییراتی که قانون‌گذار در قانون جدید اعمال کرده است همگی با هدفی که وی برای وضع این قانون در نظر گرفته است (تضمین حق زیان‌دیده) تطابق دارد.

۲-۵- حوادث وسایل نقلیه

ماده‌ی اول قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری، از اصطلاح "حوادث وسایل نقلیه" استفاده کرده است. تبصره‌ی ۴ ماده‌ی مذکور در تبیین این اصطلاح مقرر می‌دارد: «منظور از حوادث مذکور در این قانون، هرگونه سانحه‌ای از قبیل تصادم، تصادف، سقوط، واژگونی، آتش‌سوزی و یا انفجار وسایل نقلیه موضوع این ماده و نیز خسارتی است که از محمولات وسایل مزبور به اشخاص ثالث وارد شود.» منظور از دو واژه‌ی حادثه و سانحه اتفاقی است که ناگهانی و قهری بوده و به‌علاوه ناشی از علتی خارج از اراده‌ی شخص باشد. با این حال ماده‌ی ۶ قانون مذکور به صراحت بیمه‌گر را مکلف به جبران خسارات زیان‌دیده حوادث عمدی نموده است. طبیعتاً در این موارد، بیمه‌گر در مرحله‌ی بعد برای دریافت مبالغ پرداختی به عامل زیان مراجعه خواهد کرد. به هر حال با توجه به هدف قانون‌گذار از حمایت کامل زیان‌دیده باید گفت مقصود از حادثه‌ی وسایل نقلیه هر حادثه‌ای است که با دخالت یک وسیله‌ی نقلیه اتفاق افتد.

در این خصوص یکی از موضوعات اساسی و مهم، ارتباط و جایگاه ماده‌ی ۴ قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن مصوب ۱۳۴۹ با قانون جدید است. در ماده‌ی ۴ قانون مزبور ورود و عبور عابرین پیاده در آزادراه‌ها ممنوع شناخته شده است و در صورت وقوع حادثه منجر به فوت یا جرح یا خسارت مالی، تمام تقصیر را به‌دوش عابر نهاده و راننده مجاز را که وسیله‌ی نقلیه او مجاز به حرکت در آزاد راه بوده، فاقد هرگونه مسوولیتی می‌داند. در ذیل همین ماده اشاره کرده است که عدم مسوولیت راننده‌ی مذکور، مانع استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود. اصولاً، شرکت بیمه زمانی باید موظف باشد خسارت وارده به اشخاص ثالث را جبران نماید که بیمه‌گذار مسوول شناخته شود. زیرا، مسوول اصلی جبران خسارت، بیمه‌گذار است و وی از طریق انعقاد قرارداد بیمه، ریسک را به بیمه‌گر منتقل نموده است. اما پیشتر گفتیم در بیمه‌ی مسوولیت حوادث رانندگی چنین نیست. یکی از مواردی که دادگاه‌ها به فقدان مسوولیت راننده حکم می‌دهند، مصادیق ماده‌ی ۴ قانون فوق‌الذکر است و توجیهی که برای مکلف ساختن شرکت

بیمه به پرداخت خسارت شده، این است که اگرچه بیمه‌گذار مقصر شناخته نشده تا بر اساس قرارداد، بیمه‌گر مکلف به پرداخت خسارت باشد، ولی تکلیف بیمه‌گر به پرداخت خسارت منشا قانونی دارد نه قراردادی و هدف از این تکلیف این است که خسارت زیان‌دیدگان حتی الامکان جبران شود و عدم رعایت برخی مقررات از سوی زیان‌دیده، مانع جبران خسارت او نشود.

به این ترتیب، قانون ایمنی راه‌ها که در سال ۱۳۴۹ تصویب شده و در سال ۱۳۷۹ اصلاح گردیده است، در خصوص حوادث واقع در آزادراه‌ها که بین عابر پیاده و وسیله‌ی نقلیه‌ی مجاز رخ می‌داد، مخصص قانون بیمه‌ی اجباری شخص ثالث تلقی می‌گردید و از باب تخصیص عام به وسیله‌ی خاص، به آن عمل می‌شد. اما با اصلاح و تغییر اساسی قانون بیمه‌ی اجباری شخص ثالث و با توجه به عبارت ماده‌ی ۳۰ قانون مذکور که می‌گوید کلیه‌ی قوانین و مقررات مغایر با این قانون لغو شده است بعید است بتوان هم‌چنان به وجود مفاد ماده‌ی ۴ قانون مزبور استناد کرد.

۲-۶- صندوق تامین خسارت‌های بدنی

تعبیه بیمه اثر دور افتادن قواعد مسوولیت مدنی از مبانی اخلاقی را کاهش داده و باعث می‌شود دارنده به خصوص در مواردی که تقصیری مرتکب نشده است بار مسوولیت را کم‌تر احساس کرده و ضمان خود را حکم زور نداند. دارنده به حکم قانون برای استفاده از وسیله‌ی نقلیه باید آن را بیمه نماید تا مسوولیت او تضمین شود. تکلیف بیمه‌ی مسوولان حوادث رانندگی، بهترین راه حل تضمین جبران خسارت زیان‌دیدگان این حوادث است. با این حال در برخی موارد از جمله زمانی که وسیله‌ی نقلیه مورد حادثه به رغم تکلیف قانونی دارنده، بیمه نشده است، نیاز به یک راه‌حل دیگر داریم. قانون‌گذار صندوق تامین خسارت‌های بدنی را به همین منظور ایجاد کرده است. این صندوق در واقع جانشین بیمه‌گر وسیله‌ی نقلیه است که در مواقع استثنایی که خسارت از هیچ طریق دیگری قابل جبران نیست به حمایت زیان‌دیده آمده و خسارت او را جبران می‌سازد. چون این صندوق جانشین

مسوول است از تمامی دفاعیاتی که وی در برابر دعوای زیان‌دیده از آن برخوردار است، سود می‌برد.

ماده‌ی ۱۰ قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری مقرر می‌دارد: «به منظور حمایت از زیان‌دیدگان حوادث رانندگی، خسارت‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث که به علت فقدان یا انقضا بیمه‌نامه، بطلان قرارداد بیمه، تعلیق تامین بیمه‌گر، فرار کردن و یا شناخته نشدن مسوول حادثه و یا ورشکستگی بیمه‌گر قابل پرداخت نباشد یا به‌طور کلی خسارت‌های بدنی خارج از شرایط بیمه‌نامه (به استثنا موارد مصرح در ماده‌ی ۷) توسط صندوق مستقلی به نام صندوق تامین خسارت‌های بدنی پرداخت خواهد شد.» همین‌طور که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار صرفاً خسارت‌های بدنی را توسط صندوق قابل پرداخت می‌داند.

ذکر این نکته ضروری است که علی‌الاصول صندوق درباره‌ی زیان‌های ناشی از حوادث عمدی نباید مسوولیتی داشته باشد. زیرا این زیان‌ها قابل بیمه کردن نیست و صندوق هم که جانشین بیمه‌گر است تکلیفی در جبران این قبیل خسارات ندارد. اما مطابق با ماده‌ی ۶ قانون جدید، بیمه‌گر حتی مکلف به پرداخت خسارات ناشی از عمد راننده هم می‌باشد لیکن در مرحله‌ی بعد می‌تواند به شخصی که موجب حادثه شده است مراجعه نماید.

۳- نظریات پیرامون ماهیت بیمه‌ی اجباری مسوولیت حوادث رانندگی

حال که مبنای مسوولیت دارنده معلوم گردید، تعیین ماهیت بیمه‌ی مسوولیت مدنی سهل‌تر خواهد بود. نظریات مختلفی در این خصوص قابل طرح است. طی سه بند به بررسی این نظریات می‌پردازیم.

۳-۱- بیمه‌ی مسوولیت و نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث

برخی معتقدند ماهیت بیمه‌ی مسوولیت، تعهد به نفع شخص ثالث است. به عقیده‌ی اینان، بیمه‌گر به نفع شخص ثالث (زیان‌دیده) متعهد شده است در صورت ورود خسارت به وی از ناحیه‌ی بیمه‌گذار، جبران خسارت نماید. برای آن‌که

بتوانیم در مورد این عقیده اظهار نظر نماییم باید نظریه تعهد به نفع شخص ثالث را بررسی نماییم. این بررسی را در سه قسمت پی می‌گیریم. در قسمت اول مفهوم و مبانی نظریه تعهد به نفع شخص ثالث را بررسی می‌کنیم، در ادامه در قسمت دوم آثار تعهد به نفع شخص ثالث و سپس توجیه ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت مدنی بر مبنای تعهد به نفع شخص ثالث را در قسمت سوم مطرح می‌نماییم.

۳-۱-۱- مفهوم و مبانی نظریه تعهد به نفع شخص ثالث

ریشه‌ی این اصل را در حقوق روم یافته‌اند. حقوق‌دانان رومی معتقد بودند که قرارداد نمی‌تواند حقی را برای غیر ایجاد نماید. آنان در پایبندی به این قاعده آن قدر اصرار داشتند که حتی نیابت و وکالت در انعقاد عقود را نیز قبول نداشته و آن را بی‌اثر می‌دانستند. (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۰)

در حقوق جدید در مبانی تعهد به نفع شخص ثالث و توجیه این که چگونه به موجب قراردادی، حقی برای شخصی که طرف قرارداد نبوده است ایجاد می‌شود نظریه‌های مختلفی ابراز شده است که مهم‌ترین آن‌ها سه نظریه زیر می‌باشد:

۳-۱-۱-۱- دکترین پیشنهاد

قدیمی‌ترین نظریه‌ای که برای توجیه حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث اظهار گردیده است، نظریه‌ی پیشنهاد است که مبتنی بر انتقال طلب می‌باشد. این نظریه در قرن نوزدهم توسط لوران حقوق‌دان بلژیکی مطرح شد و در فرانسه نیز دمولمب و دیگران آن را تایید کردند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۸۷) به موجب این نظریه در قراردادی که در آن تعهدی به نفع شخص ثالث می‌شود، نخست حق به نفع طرف قرارداد (مشروطه) ایجاد می‌شود و سپس او استفاده و بهره‌گیری از مزایای شرط را به شخص ثالث پیشنهاد می‌کند و حق در صورتی و از زمانی برای شخص مزبور ایجاد می‌گردد که آن را قبول نماید. نتیجه‌ی این نظریه آن است که به موجب آن، شخص ثالث مستقیماً ذی‌حق قرار نمی‌گیرد و حق حاصل از شرط، نخست وارد دارایی شرط‌کننده می‌شود و از زمان موافقت شخص ثالث به وی تعلق می‌گیرد.

این نظریه به نوعی با اصل نسبی بودن قرارداد قابل توجیه است. (حسینی طرقی، ۱۳۸۲: ۴).

به رغم مزیت این نظریه از لحاظ تطابق آن با اصل نسبی بودن قراردادها، اما دو ایراد عمده به آن وارد است. اولاً خلاف نص ماده‌ی ۲۳۱ ق.م که تعهد به نفع شخص ثالث را استثنایی بر اصل معرفی می‌کند، می‌باشد. ثانیاً با مفاد تراضی طرفین در تعارض است، زیرا تراضی طرفین بر این بوده که تعهد با انعقاد قرارداد و بدون نیاز به هیچ عامل دیگری، به نفع شخص ثالث تعهد ایجاد کنند.

به هر حال چنانچه مبانی نهاد تعهد به نفع شخص ثالث را نظریه پیشنهاد بدانیم، در توجیه ماهیت بیمه‌ی مسوولیت با اشکال روبرو خواهیم شد. زیرا به طور مثال در بیمه‌ی مسوولیت وسایل نقلیه، چنانچه راننده‌ی بیمه‌گذار در حادثه رانندگی قبل از قبول شخص ثالث فوت شود، طلبکاران شرط‌کننده می‌توانند مورد شرط را توقیف نمایند و تعهد جزو ترکه متوفی و متعلق حق طلبکاران قرار می‌گیرد و آنان می‌توانند از آن استیفا طلب خود را بنمایند.

۳-۱-۱-۲- دکرین معامله فضولی

ظاهراً این نظریه ابتدا توسط پوتیه حقوق‌دان فرانسوی ابراز شده است. (محقق داماد، ۲۱:۷۵) به موجب این نظریه، تعهد به نفع شخص ثالث یک معامله‌ی فضولی است که توسط شرط‌کننده از سوی شخص ثالث انجام گرفته است. چنانچه شخص ثالث عمل مزبور را قبول نماید، عمل شرط‌کننده به وکالت تبدیل می‌شود و گویی به حساب او و به نمایندگی از وی انجام یافته است و در حقیقت متعهدله واقعی، همان شخص ثالث بوده که به نام او قرارداد واقع شده است. این نظریه به شکل اداره مال غیر (موضوع ماده‌ی ۳۰۶ قانون مدنی) نیز بیان شده است.

ایرادات عمده‌ای که به این نظریه وارد است یکی این که شرط‌کننده در این‌گونه اعمال حقوقی، شخصاً و اصالتاً خود طرف قرارداد است و به حساب خود عمل می‌کند نه به حساب دیگران و به نمایندگی از طرف آنان. دیگر آن

که شخص فضولی نمی‌تواند قراردادی را که منعقد نموده برهم زند، مگر به‌عنوان فضولی و حال آن‌که در قرارداد بیمه، بیمه‌گذار می‌تواند مستقلاً آن را منحل نماید. (امامی، ۱۳۶۲: ۲۵۶) با وجود این ایرادات از این نظریه هم نمی‌توان برای توجیه ماهیت بیمه‌ی مسوولیت استفاده کرد.

۳-۱-۱-۳- نظریه‌های مبتنی بر ایجاد مستقیم حق

برخلاف دو نظریه‌ی قبلی که درصدد توجیه تعهد به نفع شخص ثالث بر مبنای اصل اثر نسبی قرارداد بودند، در این نظریه، نهاد تعهد به نفع شخص ثالث به‌عنوان استثنا بر اصل اثر نسبی قرارداد معرفی می‌گردد. در این خصوص دو نظریه‌ی عمده وجود دارد.

۳-۱-۱-۳-۱- نظریه‌ی اعلام یک طرفه‌ی اراده (ایقاع)

بعضی از حقوق‌دان‌های غربی معتقدند که تعهد به نفع شخص ثالث از موارد تعهد یک طرفی (ایقاع) است، بنابراین نیازی به قبولی شخص ثالث نیست. شاید از این جهت که این نظریه با قواعد حقوقی ما مشعر به عدم نیاز به اخذ قبولی شخص ثالث سازگار است، از قوت بیشتری برخوردار باشد. اما ایرادی که به این نظریه گرفته‌اند این است که در مساله مورد نزاع، اراده‌ی یک‌جانبه شخص نیست که ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث نموده است، بلکه این تعهد ناشی از توافق اراده دو طرف قرارداد است.

۳-۱-۱-۳-۲- نظریه‌ی ایجاد استثنایی حق به سود ثالث

تحلیل حقوقی این نظریه آن است که قراردادی که میان متعاملین منعقد می‌گردد و در آن یکی از طرفین تعهدی به نفع شخص ثالث می‌نماید، مستقیماً به نفع شخص مزبور ایجاد تعهد می‌شود، بدون آن که احتیاج به قبول و موافقت او داشته باشد. یعنی شخص ثالث بدون آن که مداخله در قرارداد کند، متعهدله قرار می‌گیرد و می‌تواند از قرارداد منتفع شود و از این رهگذر می‌تواند در دادگاه علیه متعهد اقامه دعوی کند. آن‌چه در این نظریه اهمیت بیشتری دارد، این است که حق یا

منفعت بدون آن که وارد ملکیت شرط کننده شود، مستقیماً به نفع شخص ثالث ایجاد می‌شود تا از این طریق حق شخص ثالث از ادعاهای بستانکاران و ورثه شرط‌کننده مصون بماند. مطابق این نظریه، تعهد به نفع شخص ثالث، استثناً بر اصل اثر نسبی قرارداد است.

۳-۱-۲- توجیه ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت مدنی بر مبنای تعهد به نفع شخص ثالث
 برخی صاحب‌نظران معتقدند تاریخ طرح و تحول نهاد «تعهد به سود ثالث» به خوبی نشان می‌دهد که انگیزه رشد آن در حقوق جدید، نیاز جامعه به قرارداد بیمه بوده است. به عقیده اینان در واقع عقد بیمه‌ی وسیله‌ی فنی تعهد به سود ثالث را در پناه و استخدام خود گرفته است. آن چه در این عقد می‌گذرد بر طبق قواعد عمومی است. مطابق با نظر این گروه، مهم‌ترین مورد استفاده از نهاد «تعهد به سود ثالث» انواع بیمه‌هایی است که در آن‌ها ذی‌نفع حق بیمه، شخص ثالث است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷۴) به عقیده‌ی صاحب‌نظران مذکور، در تعهد به نفع شخص ثالث، سودی که به شخص ثالث می‌رسد باید هدف قرارداد باشد نه اثر ساده آن. در قرارداد بیمه‌ی مسوولیت مدنی نیز، هدف از قرارداد، ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث است، لذا قرارداد بیمه‌ی مسوولیت مدنی بر پایه‌ی نهاد تعهد به نفع شخص ثالث توجیه می‌پذیرد.

در تعهد به نفع شخص ثالث، چون منشا تعهد میان طرفین قرارداد می‌باشد و متعهد در برابر مشروط‌له انجام کار یا دادن مالی را به شخص ثالث به‌عهده می‌گیرد، لذا مشروط‌له می‌تواند اجرای تعهد را از متعهد بخواهد. در واقع مشروط‌له در کنار شخص ثالث منتفع می‌باشد. در قرارداد بیمه نیز بیمه‌گذار می‌تواند پرداخت خسارت شخص ثالث را از شرکت بیمه‌گر بخواهد. در این حالت نفع بیمه‌گذار انکارناپذیر است. در صورت عدم پرداخت خسارت شخص ثالث متضرر توسط شرکت بیمه، بیمه‌گذار خود باید خسارت وارده را بپردازد، چرا که در واقع مدیون اصلی، شخص بیمه‌گذار است. در این صورت چنانچه بیمه‌گر از پرداخت خسارت

شخص ثالث ممانعت نماید و تعهد قراردادی خود را اجرا ننماید، بیمه‌گذار می‌تواند یکی از موارد زیر را انجام دهد:

. در شرایطی که حق بیمه به صورت اقساطی پرداخت می‌گردد، به عنوان استفاده از حق حبس، اقساط حق بیمه را پرداخت ننماید.

. مشروطه می‌تواند خسارت وارد به خود ناشی از عدم انجام تعهد را از ملتزم بخواهد.

هرچند چنین اظهار شده است که بیمه‌های مسولیت دو هدف عمده حمایت از دارایی شخص مسوول و حمایت از ثالث زیان‌دیده را پیگیری می‌نمایند اما با گذر زمان دومین هدف، غالب گردیده است. از همین رو بسیاری از انواع بیمه‌ها اجباری گشته است. به عنوان مثال در فرانسه در خارج از قلمرو تامین اجتماعی در بیش از ۹۰٪ موارد، بیمه‌ی اجباری وجود دارد که بیش از ۸۰٪ از آن‌ها بیمه‌های اجباری مسولیت مدنی است.

شاید عمده دلیل معتقدان به نظریه تعهد به نفع شخص ثالث به عنوان مبنای بیمه مسولیت، این باشد که در بیمه‌های اجباری مسولیت و به ویژه بیمه‌ی مسولیت وسایل نقلیه، در بسیاری از کشورها به دلیل لزوم حمایت از زیان‌دیده، بیمه‌گر را حتی در صورتی که بیمه‌گذار به عمد حادثه را ایجاد کرده باشد، مکلف به جبران خسارت شخص ثالث زیان‌دیده دانسته‌اند. اما چون تقصیر عمدی خارج از قلمرو بیمه‌ی مسولیت است، در مرحله‌ی بعد به بیمه‌گر حق رجوع به بیمه‌گذار را اعطا نموده‌اند. لذا به نظر می‌رسد هدف عمده بیمه‌های مسولیت، حداقل در بیمه‌های اجباری مسولیت، حمایت از اشخاص ثالث زیان‌دیده باشد. توسعه محدودی اشخاص ثالث در قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی در برابر اشخاص ثالث که به موجب آن تنها استثنا شخص ثالث، راننده مسبب حادثه است نیز مویدی دیگر است.

هم‌چنین در اغلب کشورها، بیمه‌ی مسولیت در فرض تقصیر سنگین معتبر است. این در حالی است که در همان کشورها، در فرض شرط عدم مسولیت، تقصیر سنگین در حکم عمد قرار گرفته و به آن ملحق می‌گردد. در نتیجه شرط

عدم مسوولیت در صورت تقصیر سنگین هم باطل است. یکی از مهم‌ترین دلایل این تفاوت، حمایت از حقوق زیان‌دیدگان و تضمین جبران خسارت آن‌ها است. اندیشه حمایت از حقوق زیان‌دیده حکم می‌کند که شرط عدم مسوولیت در فرض تقصیر سنگین باطل باشد و برعکس بیمه‌ی مسوولیت در همین فرض صحیح انگاشته شود. اگر نظم عمومی مجوز بطلان باشد، قضاوت نظم عمومی در این دو زمینه که به دو نتیجه‌ی متفاوت منجر می‌گردد، یکسان نیست. از نظر منطقی نیز تقصیر سنگین در حکم عمد است و ضرورتی ندارد که تمام اوصاف و عوارض عمد را داشته باشد.

در کامن‌لا، بیمه‌ی مسوولیت در فرض تقصیر سنگین معتبر است و مخالف نظم عمومی شناخته نمی‌شود. در حقوق ایران نیز تنها تقصیر عمدی استثنا شده است. حمایت از زیان‌دیدگان مستلزم نافذ دانستن بیمه‌ی مسوولیت در فرض تقصیر سنگین است.

۳-۱-۳- ایرادات وارد بر توجیه ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت بر مبنای نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث

هرچند ممکن است در بررسی‌های اولیه به این نتیجه رسید که ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت بر مبنای نظریه تعهد به نفع شخص ثالث استوار است، اما بررسی عمیق و همه‌جانبه موضوع حاکی از آن است که ایرادات متعددی بر توجیه حقوقی بیمه‌ی مسوولیت بر مبنای نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث وارد شده است. برخی از مهم‌ترین این ایرادات بیان می‌شود.

۳-۱-۳-۱- تعهد به نفع شخص ثالث نیاز به یک پایه‌ی قراردادی دارد

لازمه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث، قراردادی است که متضمن یک تعهد فرعی است. به همین دلیل است که در حقوق رم از اصطلاح *stipulation pour autrui* استفاده می‌کنند و واژه *stipulation* یعنی شرط، بیان‌گر این نکته است که در حقوق رم نیز تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط ضمن عقد بوده است. این‌که بتوان یک جانبه‌ی تعهدی به نفع شخص ثالث نمود مورد اختلاف است.

نمی‌توان بیمه‌ی مسوولیت را تعهد به نفع ثالث دانست زیرا در این بیمه، موضوع قرارداد، تعهد به نفع ثالث است نه آن که تعهد به نفع ثالث به تبع یک قرارداد پایه باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷۵) بنابراین از آنجا که در عقد بیمه‌ی مسوولیت، تعهد به نفع ثالث اصل قرارداد است و نه یک تعهد فرعی جداگانه و ضمن عقد، لذا نمی‌توان ماهیت عقد بیمه‌ی مسوولیت را بر مبنای نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث توجیه نمود.

۳-۱-۲-۳- هدف از نهاد تعهد به نفع شخص ثالث احسان به ثالث است

مطابق با گفته نویسنده‌گان حقوقی، هدف از نهاد تعهد به نفع شخص ثالث، احسان به شخص ثالث است. به همین جهت است که هیچ نظام حقوقی اجازه نمی‌دهد ضمن یک قرارداد، تعهدی برعهده شخص ثالث ایجاد نمود. ملاحظه‌ی عقد بیمه نشان می‌دهد در این عقد، احسان موضوعیتی ندارد. در عقد بیمه‌ی مسوولیت، بیمه‌گذار دین خود به ثالث متضرر را از طریق بیمه‌گر و عقد بیمه می‌پردازد. به عبارت دیگر آنچه که عاید شخص ثالث زیان‌دیده می‌شود، طلب ناشی از ورود خسارت به وی، برعهده بیمه‌گذار می‌باشد. هرچند وجود بیمه، خاطر شخص ثالث زیان‌دیده را از مواجهه با خطراتی نظیر اعسار بیمه‌گذار آسوده می‌نماید اما نمی‌توان از این ایجاد آسودگی که به نفع شخص ثالث صورت می‌گیرد تعبیر به احسان نمود.

۳-۳-۱-۳- شخص ثالث منتفع از تعهد در برابر متعهد، حقی خاص و مستقیم ندارد

در نهاد تعهد به نفع شخص ثالث، شخص ثالث منتفع از تعهد در برابر متعهد، حقی خاص و مستقیم ندارد و نمی‌تواند به او رجوع کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷۷) بنا به همین قاعده چنانچه متعهد قرارداد اصلی از ایفای تعهد خود در برابر شخص ثالث منتفع خودداری نماید، شخص ثالث مذکور نمی‌تواند برای مطالبه تعهد، طرح دعوا نماید. این در حالی است که در عقد بیمه‌ی مسوولیت، شخص ثالث زیان‌دیده می‌تواند برای دریافت خسارت وارده به خود از ناحیه‌ی بیمه‌گذار، مستقیماً به شرکت بیمه مراجعه نماید. لذا در عقد بیمه برخلاف نهاد تعهد به نفع شخص

ثالث، شخص ثالث می‌تواند مستقیماً به متعهد عقد بیمه مراجعه نموده و احقاق حق نماید.

البته در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت اصل در بیمه‌ی مسوولیت بر عدم حق مراجعه‌ی مستقیم شخص ثالث زیان‌دیده به بیمه‌گر است. در مواردی که شاهد وجود این حق هستیم، در واقع با موارد استثنا مواجه می‌باشیم. دلیل این امر این است که در بیمه‌ی مسوولیت، بیمه‌گر در برابر بیمه‌گذار مسوول است، نه در برابر شخص ثالث زیان‌دیده. (بهاء‌الدین مسعود، ۲۰۰۸: ۲۲)

۳-۱-۳-۴-در نهاد تعهد به نفع شخص ثالث ذی‌نفع قرارداد باید معین باشد

یکی از اصول نهاد تعهد به نفع شخص ثالث این است که ذی‌نفع قرارداد (شخص ثالث منتفع) هنگام انعقاد قرارداد، لزوماً باید معین باشد. در حالی که با دقت در عقد بیمه‌ی مسوولیت به‌خوبی مبرهن است که اساساً شخص ثالث متضرر که قرار است منتفع از عقد بیمه باشد، از پیش معین نیست. به‌طور کلی در عقد بیمه‌ی مسوولیت، شخصیت ثالث زیان‌دیده فاقد اهمیت است. این قاعده هم به لحاظ کیفی و هم به لحاظ کمی حکم فرماست. توضیح آن که نه تنها شخصیت و هویت شخص ثالث زیان‌دیده اهمیتی برای شرکت بیمه ندارد، بلکه جز در مواردی که تعداد اشخاص ثالث در بیمه‌نامه محدود شده است، در اغلب موارد تعداد اشخاص ثالث نیز فاقد اهمیت است.

۳-۱-۳-۵-عدم محرومیت شخص ثالث زیان‌دیده از مراجعه به بیمه‌گذار

به حکم اصل اثر نسبی قرارداد، عقد بیمه‌ی منعقد شده میان بیمه‌گذار و بیمه‌گر نمی‌تواند مانع رجوع شخص ثالث زیان‌دیده برای اخذ خسارت از بیمه‌گذار شود. (ایزانلو، ۱۳۸۶: ۹۰) این در حالی است که در نهاد تعهد به نفع شخص ثالث، شخص ثالث حق رجوع به متعهدله را ندارد.

۳-۲- تعهد به پرداخت خسارات متناسب به بیمه‌گذار

با ایرادهای فراوانی که به توجیه ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت بر مبنای نهاد تعهد به نفع شخص ثالث وارد گردید، به نظر می‌رسد لازم است ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت را بر مبنایی دیگر استوار نمود. یکی از این مبانی منطقی، پرداخت خسارات متناسب به بیمه‌گذار است. در واقع طبق این نظریه هر چند شخص ثالث زیان‌دیده نیز به نحوی از رهگذر انعقاد قرارداد بیمه‌ی منتفع می‌گردد، اما انتفاع شخص ثالث از توابع و آثار عقد بیمه‌ی مسوولیت است، نه آن که ماهیت آن محسوب گردد.

با استفاده از تحلیلی که پیشتر از مفاد تعهد طرفین عقد بیمه‌ی مسوولیت ارایه شد مبنی بر این که تعهد بیمه‌گر ایجاد امنیت و تامین برای بیمه‌گذار است و این که بیمه‌گذار در واقع متاع تامین می‌خرد، به خوبی مشخص است که ماهیت قرارداد بیمه هر چند از قبل آن شخص ثالث منتفع گردد اما نمی‌تواند تعهد به نفع ثالث محسوب شود. هدف بیمه‌گذار از انعقاد عقد بیمه، ایجاد تضمینی برای حفظ تعادل دارایی خویش است. به عبارت دیگر شاید با اندکی مسامحه بتوان ادعا کرد، به نوعی بیمه‌گر ضامن حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار و پرداخت خسارت ناشی از مسوولیت وی قرار گرفته است.

به علاوه چنانچه ماهیت بیمه‌ی مسوولیت را تعهد به نفع شخص ثالث بدانیم، در واقع به این معنا خواهد بود که این نوع بیمه جزو بیمه‌نامه‌های اشخاص بوده و از قواعد خاص آن متابعت می‌کند. گویی بیمه‌گذار اقدام به خرید بیمه‌ی حوادث برای شخص ثالث نموده است. در صورتی که به نظر می‌رسد در بیمه‌ی مسوولیت، بیمه‌گر جبران خسارت اشخاص ثالث را تعهد نمی‌کند، بلکه بدهی احتمالی بیمه‌گذار را در مقابل اشخاص ثالث که مسوول شناخته می‌شود و باید از اموال و دارایی خود بپردازد، تعهد می‌کند. شاید با همین توجیه است که برخی (کریمی، ۱۳۸۶: ۳۳۴) معتقدند بیمه‌ی مسوولیت جزو بیمه‌های اموال محسوب می‌شود.

این که ماهیت بیمه‌ی مسوولیت، تضمین حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار است به این معنا است که به محض اثبات مسوولیت بیمه‌گذار و به جهت لزوم پرداخت

خسارت شخص ثالث زیان دیده و تعلق دین ناشی از آن بر ذمه‌ی بیمه‌گذار، تعادل دارایی وی به هم خورده و جنبه‌ی منفی آن افزایش می‌یابد. بیمه‌گذار برای جلوگیری از بر هم خوردن احتمالی تعادل دارایی خویش، اقدام به انعقاد عقد بیمه با شرکت بیمه می‌نماید. مطابق این قرارداد، شرکت بیمه به‌عنوان بیمه‌گر متعهد می‌گردد در صورت برهم خوردن تعادل دارایی بیمه‌گذار بر اثر مسوولیت وی در برابر شخص ثالث، با پرداخت دین مذکور تعادل از دست رفته را به دارایی بیمه‌گذار بازگرداند.

تعهد بیمه‌گر در حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار شباهت بسیاری به ضمان دارد. این شباهت در آن است که در هر دو ضامن، پرداخت دین مضمون عنه را ضمانت می‌کند. ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف عقد ضمان مقرر می‌دارد: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده گیرد.» با ملاحظه تعریف مذکور می‌توان به این نتیجه رسید که ماهیت عقد بیمه‌ی مسوولیت همان ضمان است. چرا که بیمه‌گر ضامن پرداخت دینی شده که بر عهده بیمه‌گذار تعلق گرفته است.

در صورتی که ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت را بر مبنای ضمان توجیه کنیم آن‌گاه، بیمه‌ی مسوولیت مدنی به این صورت تعریف می‌شود که: "قراردادی است که به موجب آن، بیمه‌گر در برابر حق بیمه تعهد می‌کند، در صورت تحقق مسوولیت بیمه‌گذار، خسارت وارد از سوی او یا خسارت وارد بر او را جبران سازد." (کاتوزیان، ایزانلو، ۱۳۸۷: ۴) وفق این تعریف، بیمه‌گر در برابر شخص ثالث متعهد نمی‌باشد. بیمه‌گر قصد ندارد در قبال پرداخت حق بیمه، خود را در برابر شخص ثالث متعهد نماید. به عبارت دیگر دو طرف (بیمه‌گذار و بیمه‌گر)، قصد متعهد کردن بیمه‌گر در برابر شخص ثالث و انتفاع ثالث را، جز در موارد استثنایی ندارند.

به محض تحقق مسوولیت بیمه‌گذار، دیون منفی او افزایش می‌یابد؛ منتهی جبران دارایی و برگشت آن به حالت سابق، بر مبنای قرارداد بیمه، از راه حذف دین مسوولیت و التزام بیمه‌گر به جبران خسارت زیان دیده صورت می‌گیرد. بنابراین

تحلیل حق زیان‌دیده در برابر بیمه‌گر به «تعهد به نفع ثالث» درست نیست؛ زیرا بیمه‌گر در عقد بیمه قصد متعهد شدن در برابر اشخاص ثالث را ندارد. لذا هرچند زیان‌دیده از رهگذر انعقاد این قرارداد به گونه‌ای منتفع می‌شود، ولی طرف مستقیم تعهد نیست.

با وجود آن که حق شخص ثالث زیان‌دیده در برابر بیمه‌گر، ناشی از شرط ضمنی یا صریحی است که در قرارداد بیمه به نفع او شده است و از این جهت این تعهد را به نهاد تعهد به نفع شخص ثالث نزدیک می‌کند، اما از نگاه دیگر عنایت به هدف بیمه‌ی مسوولیت به خوبی بیان‌گر این مطلب است که هدف اولیه بیمه‌های مسوولیت، حمایت از دارایی شخص مسوول (بیمه‌گذار) است. لذا پیش از این که حمایت از اشخاص ثالث زیان‌دیده مطرح باشد، حمایت از دارایی شخص مسوول مطمح نظر است.

با وجود این، دقت بیش‌تر نشان می‌دهد توجیه ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت بر مبنای ضمان با دشواری‌هایی روبه‌رو است. اولاً در ضمان، مضمون‌له معلوم و معین است و او است که طرف عقد ضمان با ضامن قرار می‌گیرد. در حالی که در بیمه‌ی مسوولیت، شخص ثالث زیان‌دیده تا قبل از ورود خسارت معین نیست. البته اگر با نگاهی انتزاعی به موضوع توجه کنیم، مضمون‌له افراد جامعه هستند که اجمالاً قابل تعیین می‌باشند. ثانیاً مطابق ماده‌ی ۶۸۵ قانون مدنی رضای مدیون اصلی شرط نیست در حالی که در بیمه‌ی مسوولیت، بیمه‌گذار طرف قرارداد است و بدون قصد وی اساساً قرارداد منعقد نمی‌گردد. ثالثاً برابر با ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است، بنابراین بیمه‌گر نمی‌تواند ضامن پرداخت دین بیمه‌گذار که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، بشود. در خاتمه ذکر این نکته خالی از فایده نخواهد بود که برخی نویسندگان که ماهیت بیمه‌ی مسوولیت را تعهد به نفع شخص ثالث نمی‌دانند با استناد به ماده‌ی ۲۹ قانون بیمه که مقرر می‌دارد «در مورد بیمه مال منقول در صورت وقوع حادثه و پرداخت خسارت به بیمه‌گذار، بیمه‌گر از هرگونه مسوولیت در برابر ثالث بری می‌شود» دعوای ثالث علیه بیمه‌گر را دعوای مستقیم پنداشته و می‌نویسند «از این

ماده دو مطلب را باید به دست آورد، اول در مورد اموال غیرمنقول، اولاً بیمه‌گر حق ندارد مبلغ خسارت را به بیمه‌گذار بپردازد (مفهوم مخالف ماده‌ی ۲۹)، ثانیاً ثالث متضرر حق طرح دعوی مستقیم ضرر و زیان را علیه بیمه‌گر در حد مبلغ خسارت دارد، دوم در مورد اموال منقول به موجب ماده‌ی ۲۹، ثالث زیان‌دیده قبل از این که بیمه‌گر بابت جبران زیان تعهد خود را در برابر بیمه‌گذار انجام دهد (یعنی مبلغ بیمه را به او بدهد) ثالث زیان‌دیده حق دارد علیه بیمه‌گر، طرح دعوی ضرر و زیان کند (دعوی مستقیم) و از دادگاه بخواهد که دستور موقت بر منع پرداخت مبلغ خسارت به بیمه‌گذار صادر نماید.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۶۷۴).

۳-۳- ماهیت دوگانه

به نظر می‌رسد باید از آن افراط و این تفریط پرهیز کرد و به جای تعیین ماهیت بیمه‌ی مسوولیت ذیل عنوان تعهد به نفع ثالث و یا پرداخت خسارت متناسب به بیمه‌گذار (ضمان)، راه میانه را در پیش گرفت. تحلیل دقیق و واقع‌گرایانه بیمه‌ی مسوولیت، نشان می‌دهد ماهیت این بیمه‌گاه پرداخت خسارات متناسب به بیمه‌گذار است و گاه ماهیت مستقل دارد.

شاید در ابتدا منطق این ادعا، مبهم به نظر آید، اما باید دقت کرد که حاصل مفاد تراضی طرفین در وهله‌ی اول پرداخت دیون بیمه‌گذار و برگرداندن تعادل از دست رفته به دارایی اوست که از این رهگذر، شخص ثالث زیان‌دیده نیز منتفع می‌گردد. در واقع هدف اولیه جبران خسارت بیمه‌گذار است. نباید از یاد برد که بیمه‌گر اگر خسارت زیان‌دیده را می‌پردازد در واقع به طرفیت بیمه‌گذار چنین کرده است. پس ابتدا باید ذمه‌ی بیمه‌گذار مشغول گردد سپس با مطالبه‌ی زیان‌دیده، بیمه‌گر جبران خسارت نماید. کسر فرانشیز به خوبی نشان می‌دهد که مدیون واقعی بیمه‌گذار است نه شرکت بیمه.

با این حال به نظر می‌رسد در مواردی که به حکم قانون، اخذ بیمه‌ی اجباری است، بیش‌تر حمایت از اشخاص ثالث زیان‌دیده مدنظر قانون‌گذار بوده و تقویت گردیده است. چرا که در بیمه‌های اجباری مسوولیت، حتی در مواردی که بیمه‌گذار

عامدا باعث ورود خسارت به شخص ثالث شده باشد باز هم بیمه‌گر مکلف به جبران خسارت شخص ثالث است. البته با این توضیح که در مرحله‌ی بعد برای گرفتن مطالبه پرداختی به بیمه‌گذار مراجعه می‌کند. طبیعت این بیمه‌نامه‌ها نشان می‌دهد بیش از آن که حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار مدنظر باشد، تامین خسارت شخص ثالث زیان‌دیده مقصود است. البته جبران خسارت وارده به اشخاص ثالث، لزوماً به این معنا نیست که ماهیت قرارداد بیمه‌ی مسوولیت تعهد به نفع شخص ثالث است.

آنچه ما را به سمت این نتیجه رهنمون می‌سازد، استناد به متن ماده‌ی ۶ قانون بیمه‌ی اجباری مسوولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری است که مقرر می‌دارد «بیمه‌گر ملزم به جبران کلیه‌ی خسارات وارده به اشخاص ثالث خواهد بود». ماده‌ی مذکور به اشخاص ثالث حق مراجعه به بیمه‌گر را داده است. به نظر می‌رسد نمی‌توان از این ماده جهت اثبات ماهیت بیمه‌ی مسوولیت مبتنی بر نظریه‌ی تعهد به نفع ثالث بهره برد. زیرا پذیرش آن بدین معنا خواهد بود که اگر طرفین قرارداد بیمه بخواهند می‌توانند حق مراجعه مستقیم ثالث زیان‌دیده به بیمه‌گر را از وی سلب نمایند. این در حالی است که چنین توافقی خلاف قانون بوده و بلا اثر است.

بنابراین حکم ماده‌ی ۶ صرفاً اشاره به دعوی مستقیم دارد. توضیح آن که مهم‌ترین تفاوت نهاد تعهد به نفع شخص ثالث و دعوی مستقیم در این است که در اولی، حق مراجعه مستقیم ناشی از اراده طرفین است اما در دومی این حق از حکم قانون ناشی می‌شود. (محمدی، ۱۳۸۵: ۱۴۵) پس نمی‌توان از شناخت حق مراجعه مستقیم ثالث زیان‌دیده به بیمه‌گر، ماهیت بیمه‌ی مسوولیت را تعهد به نفع شخص ثالث دانست.

۴- نتیجه‌گیری

برای تعیین ماهیت حقوقی بیمه‌ی مسوولیت نمی‌توان صرفاً به نظریه‌ی تعهد به نفع شخص ثالث یا پرداخت خسارت منتسب به بیمه‌گذار اتکا نمود. بررسی‌ها

نشان می‌دهد قانون‌گذار حداقل در بیمه‌های اجباری مسوولیت متمایل است ماهیت مستقلی برای این بیمه‌ها در نظر گیرد. ماهیت مستقلی که نه با نهاد تعهد به نفع شخص ثالث تطابق دارد و نه حفظ تعادل دارایی بیمه‌گذار. ماهیتی که ما آن را تضمین جبران خسارت زیان‌دیده به حکم قانون و در محدوده قرارداد بیمه می‌دانیم. این نتیجه به خوبی بر اساس تحلیلی که از مبانی مسوولیت ارایه کردیم حاصل می‌گردد. پیش‌تر بیان نمودیم که تضمین حق، مبنای پذیرفته شده مسوولیت در حوزه‌ی مسوولیت‌های مشمول بیمه‌نامه‌ی اجباری مسوولیت مدنی می‌باشد. مبتنی بر همین استدلال، ماهیت پیچیده بیمه‌ی اجباری مسوولیت مدنی توجیه می‌گردد. واضح است که تضمین حق، چیزی به مراتب بالاتر از ذی‌نفع بودن شخص ثالث است. قانون‌گذار نخواسته است که در بیمه‌ی اجباری مسوولیت مدنی، صرفاً تعهدی به نفع شخص ثالث زیان‌دیده صورت گیرد و یا شخص مذکور ذی‌نفع قرارداد باشد. قانون‌گذار به دلیل ضرورت‌های زندگی اجتماعی در عصر حاضر، نظر به تضمین پرداخت خسارت شخص ثالث زیان‌دیده داشته است. اما خود قانون‌گذار اجازه داده است این تضمین قانونی در چارچوب قرارداد محدود شود. برای مثال سقف مبالغ مورد تعهد بیمه‌گر مطابق با نظر قانون‌گذار در قرارداد محدود شود. در واقع قانون‌گذار حداقل‌هایی را به‌عنوان کف تعهدات بیمه‌گر بر عهده‌ی وی نهاده و سایر مسایل را به توافق طرفین سپرده است.

منابع:

الف- منابع فارسی:

- ۱- امامی، سیدحسن، (۱۳۶۲)، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۲- ایزانلو، محسن، (۱۳۸۶)، **شروط محدود کننده و ساقط کننده‌ی مسوولیت در قراردادها**، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳- بابایی، ایرج، (۱۳۸۸)، **حقوق بیمه**، تهران، سمت.

- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۷)، *دایره المعارف حقوق تجارت و مدنی*، تهران، مشعل آزادی.
- ۵- حسینی طرقی، مرتضی محمد، (۱۳۸۲)، *توجیه ماهیت حقوقی تعهد به سود شخص ثالث*، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌ی ۴۵.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت انتشار.
- ۷- کاتوزیان، ناصر؛ لعیا، جنیدی؛ مجید، غمامی، (۱۳۸۶)، *مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی*، تهران، دانشگاه تهران، چاپ سوم.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، محسن ایزانلو، (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی جلد سوم: بیمه‌ی مسئولیت مدنی*، دانشگاه تهران.
- ۹- کریمی، آیت، (۱۳۸۶)، *کلیات بیمه*، تهران، پژوهشکده بیمه‌ی مرکزی، چاپ نهم.
- ۱۰- محقق داماد: سیدمصطفی، (از پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵)، *تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری*، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌ی ۱۷ - ۱۶.
- ۱۱- محمدی، سامک، پاییز و زمستان (۱۳۸۵)، *تمییز تعهد به نفع شخص ثالث از نهادهای حقوقی مشابه*، پژوهش‌نامه‌ی حقوق و علوم سیاسی، سال اول، شماره‌ی دوم و سوم.
- ۱۲- ملایکه پور شوشتری، سیدمحمدحسن، (۱۳۹۲)، *بیمه‌ی مسئولیت مدنی؛ ماهیت و آثار با رویکردی تطبیقی در حقوق انگلستان*، رساله‌ی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشگاه مفید.

ب- منابع عربی:

- ۱- بها الدین مسعود: سعید خویر *الآثار المترتبة علی عقد التامین من المسئولیه المدنیه*، (کلیه الدراسات العلیا فی جامعه النجاح الوطنیه فی نابلس، فلسطین ۲۰۰۸).

In The Name of God

**Academic Journal of
Knowledge and Research of Law**

Vol. 3.No. 1, Spring and Summer 2014

ISSN: 2223-5874

Concessionaire: Shahid Chamran University of Ahwaz

Editor – in – Chief: Pedjman Mohammadi

Executive Director: Hussein Aghaei Janatmakan

Editorial Board (In Alphabetic Order)

Hussein Aghaei Janatmakan Assistant Professor, Shahid Chamran University

Mohammad Ali Ardebili, Professor in Law in Shahid Beheshti University

Hamid abhari. Associate Professor in law in Mazandaran University

Abdollah Shams, Professor in Law, Shahid Beheshti University.

Hussein Sharifi Tarazkoohi . , Associate Professor, emam Hussein University

Yazdollah Taheri Nasab, Assistant Professor,Shahid Chamran University

Mahmoud Kashani, Professor in Law, Shahid Beheshti University.

Pedjman Mohammadi, Associate Professor, Shahid Chamran University

Gholamhassan Mazarei. Assistant Professor, Shahid Chamran University

Nasrin Mahra, Assistant Professor in Law, Shahid Beheshti University

Ali Housein Najafi Abrandabadi, Professor in Law, Shahid Beheshti University

Nour Mohammad Norouzi, Assistant Professor, Shahid Chamran University

All correspondence should be addressed to the Editor-in-chief and should be sent to the email address via journals software (www.scu.ac.ir). Authors of articles and short articles (Persian and English) are requested to read the Guide for preparation of papers and to send the articles in accordance with the format of this guide.

**Academic Journal of
Knowledge and Research of Law, Vol. 3 No 1. Spring and Summer 2014**

Contents

**The Impact of Criminology Doctrines on General Criminal Law
(The Section of Generalities of Criminal Act 1392)**

lamya rostami tabrizi, sayed sadeq akbari

Offences Against Family; Challenges and Strategies

Abdolhosein Rezaiye rad, Soheila Sahraneshin Samani

**Reorganization of Insolvent on Iranian Laws and UNSITRAL
Legislative Guide on Insolvency Law**

Kourosh Kavyani, Javid Farzaneh

Intellectual Property Rights of Broadcasting Organizations

Alireza Mohammad Zadeh, Shiva HakimShafaei

**The Analysis of Violations Included in Commissions (Article 100)
of Municipality Act Based on Comparative Results in Iranian
Mega Cities**

Mostafa Mohammadi, jafar Saedi

**The Nature and Basis of Compulsory Liability Insurance in Law
of Iran**

Sayed Mohamad Hassan Malaekhepour Shoushtari

Abstracts of Persian Articles in English

**The Impact of Criminology Doctrines on General Criminal Law
(The Section of Generalities of Criminal Act 1392)**

*Lamya Rostami Tabrizi
**Sayed Sadeq Akbari

Abstract

The writers of Criminal Act of 1392 predicted some rules following the beliefs in criminology (victimology) and their significance in criminal regulation in order to administer criminal justice more effectively, to strengthen the position and the role of the victim in the process of criminal justice which can improve the victim's position as one of the main actors in criminal justice. Thus legislature protect and consider the victim, who is an active actor in the criminal process which is one of the main foundation of criminal event and criminal act from two aspects :first, considering the role of victim in the occurrence of crime through (article 38,section c),and second, through some cases such as prediction of restorative justice in order to legitimate compensation to the victim (section "c "article 40) , elimination of punishment through delaying the punishment and run the semi-freedom system in order to protect the victim (articles40 &58),strengthen supporting victim through suspending the punishment (article 43,section g). Thus, considerable attention to victim could be useful in order to run justice and realize the principle of individualization of punishment. This paper considers the role of victim in the occurrence of crime (a) and the effects of supporting the victim (b) in Islamic Criminal Law Act (the Section of Generalities articles 1-216).

Keywords: Criminal Act of 1392, Victim, Victimology, Criminology, Criminal law, Restorative justice

* Lamya rostami tabrizi, Email Address:lamyatabrizi@gmail.com

** Sayed sadeq akbari, Email Address:akbariii_67@yahoo.com

Offences Against Family; Challenges and Strategies

* Abdolhosein Rezaiye Rad,
** Soheila Sahraneshin Samani,

Abstract

On of criminal sanction for supporting of family, is criminal policy in the field of offenses against the rights and obligations of family (Articles 868-873) that is including failure to maintain, marriage with a married woman and woman in waiting period of divorce, to inter into marriage contracts with a married women and woman in waiting period of divorce, non-registration of marriage, divorce, revocation of divorce, marriage before maturity and fraud in marriage. Since these offenses have not been more discussed, so their defects are not clear and in some cases, it is difficult to apply. The author in this article by relying on study of that crime concludes that, firstly there is shortcoming in the regulation and secondly the intervention of criminal sanction in Family Law is a big threat for survival of the family foundation. Thus, it is necessary that in the area of family law the criminal sanction should be at minimum level. Also proposals for reform of the law have been proposed.

Keywords: Crimes against Family, Criminal Law, Women, Failure to maintain, Fraud

* Assistance Professor at Law Department of Shahid Chamran University
Email Address: ahr39@scu.ac.ir

**MA student at department of Fiqh and Islamic Law Foundations of Shahid Chamran University
Email Address: samanisoheila@yahoo.com

**Academic Journal of
Knowledge and Research of Law, Vol. 3 No 1. Spring and Summer 2014**

**Reorganization of Insolvent on Iranian Laws and UNSITRAL
Legislative Guide on Insolvency Law**

*Kouros Kavyani,
**Javid Farzaneh

Abstract

With adjudication of bankruptcy, there are two different solutions for the parties, the first forward process of Liquidation and end of insolvency, in which case the creditors in proportion of credits and the remaining assets of insolvent obtaining debts, the second solution is entering into a reorganization agreement or leniency contract of Trade Law of Iran by the requisite majority of creditors committee agreement, allow insolvent the resumption of commercial activities without restriction or interference by legislators or even creditors, if agreed and hope of revival be obtained. In this article explaining the effects of this kind of agreement in both legal approaches with mention the common and different points between them and precautionary agreement which is called to leniency contract and finally cases of cancellation and nullification of reorganization agreement has been studied.

Keywords: Insolvency, Reorganization Agreement, Leniency contract, Voluntary Restructuring Negotiations, Cancellation and Nullification of Reorganization Agreement.

*Associate Professor at Law faculty of Allameh Tabataba'i University,
Email Address: k.kaviani@hotmail.com

**MA Law at Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran
Email Address:javidghz@gmail.com

Intellectual Property Rights of Broadcasting Organizations

*Alireza Mohammad Zadeh,

**Shiva Hakim Shafaei,

Abstract

Broadcasting organizations are one of the main tools for publishing artistic and scientific works of authors in a widespread level. Recent developments in broadcasting and transferring signals in the space and invention of satellite, despite the advantages, caused the problem of signal piracy which infringes the rights of broadcasting organizations.

In most countries broadcaster's rights are protected by different frameworks like copyright laws, related rights, unfair competition law, etc. The main conventions established in protecting broadcaster's rights are Rome convention (1961) and Satellites convention (1974) which granted some rights including rebroadcasting, fixation, distribution and communication to public.

As a result of development of technology in recent years and also limitation of Rome convention to wireless broadcasting, there isn't an adequate and appropriate protection of broadcasting organizations and a large part's of their activities remains unprotected. Therefore, from 1998 the World Intellectual Property Organization started preparing a new convention about protection of broadcasting organization. This draft has not concluded yet because of disagreement between developed and developing countries about some main definitions and articles. In this article, legal situation of broadcasting organizations in national and international level in intellectual property system is studied.

Keywords: Broadcasting organization, broadcast, Rome convention, Satellite convention, WIPO draft on protection of broadcasting organizations.

* Associate Professor, Private Law Department, University of Tehran

Email Address: mohamadz@ut.ac.ir

**MA Law on Intellectual Property Law, University of Tehran

Email Address:sh.hakim2007@gmail.com

**The Analysis of Violations Included in Commissions (Article 100)
of Municipality Act based on Comparative Results in Iranian
Mega Cities**

*Mostafa Mohammadi,
*Jafar Saeedi,

Abstract

The urban construction' violation of regulations and standards of quality, technical and urban planning in Iranian cities is rooted fact, that's rising progressively in line with growing of urbanization and increasing effective demand in the construction industry. This Illegality of building in metropolises with space restrictions, have more objectivity for long time. In Tehran, according to statistics provided by the administration of hundred commission of Municipality Act, by average of 100 new units, 15 units were excited with violation in 1390. Also in Mashhad metropolis for 31070 building permit issued since 1385 to 1391, most of its 7265 infringement was the case of building density. Furthermore in Esfahan metropolis, in 1391, 11036 cases of infringement have been brought in commissions (article 100) of Municipality. According to available statistics concerning infringements was referred to commissions (article 100) of Municipality in whole of country, Shiraz and Qom have minimum and Mashhad has maximum earning from receipt of the commission on construction infringement in one year. The aim of this paper is to find solution for the management of infringement of urban construction before applying coercive methods and in the form of knowing the causes and the consequences of it, according to the data finding of the metropolises of Iran in recent years. Synthesis method (survey and documentary) is selected for research. After the comparative statistical analysis of quantitative data, results will be interpreted by method in which the awards of experts of Municipality and Housing & Urbanization Organization are analyzed. The findings of this study show that the executive factors an obstacles of urbanization' regulations which are effective in building infractions are following:

Incompatibility of regulations with the realities of society

Weaknesses of monitoring and controlling system

Lack of laws and regulations transparency

Keywords:

Commissions (article 100) of Municipality Act, metropolises of Iran, building infractions, Analysis of building infractions

*Assistant Professor at Geography and Urban Planning Department, Shahid Chamran University of Ahvaz, Email Address: M.mohammadi@scu.ac.ir

**MA Student at Geography and Urban Planning Department, Shahid Chamran University Of Ahvaz. Email Address: j_saeedi69@yahoo.com

The Nature and Basis of Compulsory Liability Insurance in Law of Iran

*Sayed Mohamad Hassan Malaekhepour Shoushtari,

Abstract

In contrast to increasingly using of liability insurance, but its legal nature is not clear. The justification of this contract' impacts on parties and third parties is possible, only by knowing the nature of the contract. Having distance from general rules of contracts in liability insurance, such as obligation of insurer to be liable for injured third party, even though the insured will be intended, and other cases that are not justifiable by the general rules; it shows that liability insurance has an independent nature. Although, we can speak about third party beneficiary and loss payment caused by insured, but it appears that its nature is ensuring compensation of injured party by virtue of law and in limitation of insurance contract, independent nature that does not comply with third party beneficiary nor remaining of policyholder's assets balance. The secret of this nature is latent in the liability basics of liability insurance contract. If we approve that guarantee of rights is the basis of liability in the field of liabilities covered by policy, then on this argument, complex nature of liability insurance will be justify.

Keywords: Insurance, Liability, Liability Insurance, Third party beneficiary.

* Assistance Professor at Law Department of Shahid Chamran University
Email Address: s.m.h.malaekhepour@gmail.com

فرم اشتراک دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی

مشخصات فردی

رشته و گرایش:

نام و نام خانوادگی:

میزان تحصیلات:

شغل:

مشخصات موسسه

نام موسسه: اشتراک از شماره تا تعداد هر شماره

نشانی کامل:

حق الاشتراک سالیانه ریال می باشد و برای دانشجویان ۵۰٪ تخفیف داده می شود.

قبل از ارسال مدارک به نکات زیر توجه فرمایید:

- ۱- ارسال کپی کارت دانشجویی برای دانشجویان الزامی است.
- ۲- آدرس پستی به صورت کامل و به همراه کد پستی ده رقمی ارسال گردد.
- ۳- لطفا وجه مورد نظر را به حساب جاری شماره ۲۱۷۷۲۷۲۲۰۵۰۰۳ بانک ملی شعبه شهر دانشگاهی به نام وجوه مربوط به فروش نشریات علمی واریز و اصل رسید بانکی را به همراه این برگ به نشانی زیر ارسال فرمایید.

اهواز- دانشگاه شهید چمران- دانشکده اقتصاد و علوم اجتماعی- دفتر دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی

کد پستی: ۶۱۳۵۷۴۳۳۳۷ تلفن: ۳۳۳۶۲۵۷۵ - ۰۶۱