

ضمانت اجرای خودداری از آزمایش بدن

حسن محسنی*

۱. وقایع پرونده:^۱

«حسب محتویات پرونده محاکماتی آقای الف.خ. به وکالت از خانم ر.د. به طرفیت آقای ح.د. در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۱۵ دادخواستی به خواسته صدور حکم بر فسخ نکاح به علت عیوب زوج از جمله عنن و خصاء موضوع بند ۱ و ۲ ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی به دادگاه عمومی شهرستان کهگیلویه، تقدیم و در توضیح خواسته اعلام کرده است که: «براساس عقدنامه پیوستی موکله مورخ ۸۵/۳/۶ در دفترخانه ازدواج و طلاق شماره ... دهمدشت با خواننده ازدواج دائم نموده است و مدتی با همدیگر زندگی نموده که متعاقباً کاشف به عمل آمده که مرد به علت معیوب بودن موارد فوق الذکر از انجام رابطه زناشویی ناتوان بوده و از هرگونه انجام وظائف زناشویی امتناع کرده است و چنین عیوبی برای موکله حق فسخ ایجاد می نماید که باکره بودن مشارالیها مؤید و مثبت این امر می باشد که در صورت ارجاع امر به پزشکی قانونی، موضوع محرز و مسلم بوده، لذا درخواست رسیدگی و صدور حکم وفق ستون خواسته را دارد». شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهمدشت عهده دار رسیدگی به پرونده گردیده است. وکیل زوجه (خواهان) در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۸ دادگاه ضمن تکرار مطالب خواسته افزود: «... خواننده، پسرعموی وی (خواهان) بوده که مدتی زندگی مشترک را سپری کرده و به خاطر ترس و استرس

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

hmohseny@ut.ac.ir

۱. رأی و گزارش آن به نقل از: بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه.

[http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9\(22/10/1396\)](http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9(22/10/1396))



از وی فامیل و شوهرش این زندگی را ادامه داده چراکه بعد از عقد کاشف به عمل آمده بود که شوهر وی به علت عیوب از جمله عنن قادر به رابطه زناشویی نبوده است و این عیب قبل از عقد ازدواج در زوج وجود نداشته و موکله از آن بی اطلاع بوده است و بعد از عقد به خاطر موارد فوق الذکر قادر به بیان آن نبوده است». وکیل خواننده به نقل از موکل خود اظهارات وکیل زوج را تکذیب و اظهار داشته: «زوج بنا به قول خودش با همسرش رابطه زناشویی داشته تا جایی که حتی در طول ۲۴ ساعت ۴ بار رابطه همبستری داشته است». زوج برگ گواهی از متخصص زنان ارائه نموده است که حکایت از سلامت پرده بکارت وی دارد، اما پزشکی قانونی اعلام کرده است پرده بکارت از نوع حلقوی و دارای پارگی در ساعت ۷ و ساییدگی در ساعت ۹ می باشد. این موضوع توسط کمیسیون پزشکی قانونی شیراز تأیید شده است. پزشکی قانونی شهرستان کهگیلویه در پاسخ معرفی آقای ح.د. (زوج) جهت معاینه اعلام کرده است: «پس از معاینه و مشاوره تخصصی انجام شده و تست های پاراکلینکی لازم، نامبرده توانایی نعوظ و انجام مقاربت را دارد». وکیل زوج نسبت به این نظریه، اعتراض و درخواست استعلام نظریه کمیسیون پزشکی قانونی را نموده است. علی رغم دعوت دادگاه از زوج جهت اعزام به کمیسیون پزشکی، نامبرده در دفتر دادگاه حاضر نشده لذا دادگاه در تاریخ ۱۴/۱۰/۹۲ ختم رسیدگی را اعلام و طی دادنامه شماره ۶۹۱ - ۱۳۹۲/۱۰/۲۱ با استناد به نظریه پزشکی قانونی در خصوص توانایی زوج بر انجام مقاربت، مستنداً به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، حکم به بطلان دعوی خواهان صادر کرده است. با اعتراض وکیل زوج پرونده در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان کهگیلویه و بویراحمد مورد رسیدگی قرار گرفته. دادگاه مرقوم طی دادنامه شماره ۱۱۸۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۵ با عنایت به اینکه دادگاه بدوی قبل از اخذ نظریه کمیسیون پزشکی قانونی اقدام به انشاء رأی نموده، دادنامه را به علت نقص تحقیقات مستفاد از ماده ۲۹۹ و ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار تلقی و به استناد ماده ۳۵۳ همان قانون آن را نقض و جهت رفع نقص و تکمیل تحقیقات و اتخاذ تصمیم در ماهیت امر، پرونده را به دادگاه بدوی ارسال کرده است. شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت به رغم دعوت های مکرر، موفق به احضار و اعزام زوج به کمیسیون پزشکی نگردیده است.

نهایتاً طی دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۹ با اشاره به اینکه جهت معرفی زوج به کمیسیون پزشکی حضور او لازم و ضروری می‌باشد و مشارالیه علی‌رغم ابلاغ قانونی اختطاریه و منقضی شدن مهلت مقرر قانونی از مراجعه سر باز زده و بدون أخذ نظریه کمیسیون پزشکی قانونی اتخاذ تصمیم مقدور نیست، فلذا با وحدت ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار ابطال دادخواست خواهان را صادر نموده است. این دادنامه در تاریخ ۹۳/۴/۲۴ به وکیل زوجه ابلاغ گردیده که نامبرده در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۶ پس از انقضای مهلت قانونی تجدیدنظرخواهی نسبت به آن فرجام‌خواهی کرده که پرونده پس از وصول به دفتر دیوان عالی کشور و جری تشریفات لازم جهت رسیدگی به این شعبه ارجاع گردیده است. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای قدیانی عضو ممیز و اوراق پرونده در خصوص دادنامه شماره ۲۰۶ - ۹۳/۴/۱۹ فرجام‌خواسته مشاوره نموده، به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۳۳۷۰۹۰۷۵۰۰۳۳۱ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۳ چنین رأی می‌دهد:

مشخصات رأی

شماره دادنامه مرحله نخستین: ۱۱۸۲

تاریخ صدور رأی نخستین: ۱۳۹۲/۱۲/۱۵

مرجع رسیدگی نخستین: شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت

شماره دادنامه مرحله فرجام‌خواهی: دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۵۰۰۳۳۱

تاریخ صدور رأی در مرحله فرجامی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۳

مرجع صدور دادنامه فرجامی: شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور

۲. متن رأی:

«دادنامه فرجام‌خواسته به شماره ۲۰۶ - ۱۳۹۳/۴/۱۹ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دهدشت به شرح زیر واجد اشکال است: روح و ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر بر اعمال خواهان می‌باشد. بدین توضیح که اگر خواهان با عدم پرداخت هزینه کارشناسی شرایط و زمینه انجام آن را فراهم ننماید، یا - همان‌گونه که در ماده ۹۵ اشاره شده

است - خواهان از حضور در دادگاه و ادای توضیح امتناع ورزد، دادخواست توسط دادگاه ابطال می‌شود. اگر عدم حضور خوانده ملاک ابطال دادخواست قرار گیرد هر خوانده‌ای با امتناع از حضور، موجب ابطال دادخواست علیه خویش خواهد شد. بنابراین، دادگاه مکلف است برابر ماده ۲۵۹ قانون مرقوم خوانده را الزام به اجرای دستور نموده و الا موضوع را با اتیان سوگند از ناحیه خواهان فیصله دهد. بنابراین به استناد بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی دادنامه فرجام‌خواسته، نقض و رسیدگی به پرونده با تکمیل نقائص مذکور و اتخاذ تصمیم در ماهیت امر به دادگاه صادرکننده دادنامه منقوض ارجاع می‌گردد».

۳. نقد و بررسی رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور:

۱.۳. گرچه این دادنامه درباره موضوعی از موضوعات حقوق مدنی خاص (خانواده) به شرح مورد ادعای زوجه و انکار زوج است اما آنچه در این دادنامه مورد توجه نگارنده قرار گرفته، امری است که بخشی از ضمانت‌اجراهای آیین دادرسی به‌شمار می‌آید؛ ضمانت‌اجرای خودداری از آزمایش بدن و عدم همکاری با دادگاه در اجرای ترتیب تحقیقی. بدن آدمی (روان و کالبد) رکنی از شخصیت انسان است که هم در روانشناسی و هم در دانش پزشکی قابل مطالعه می‌باشد و تاریخ زندگی بشر مشحون است از فراز و نشیب‌های بی‌شمار در راه شناخت روان و کالبد این مخلوق الهی^۱. امروزه دانش پزشکی و روانشناسی به درجه‌ای از رشد و تکامل رسیده‌اند که می‌توان این ادعا را پذیرفت که ابعاد مختلف نفس برای پزشکان و روانشناسان شناخته شده و آنان می‌توانند با بررسی یا معاینه بدن انسان، تا حد زیادی به رمز و رازها و بیماری‌ها و درمان‌ها پی‌ببرند. با این وصف، برخلاف اموال و مالکیت که در امکان معاینه آن از سوی

۱. واژه «پزشک» در زبان اوستایی مرکب از «بَ اِ شَنَ زَ» می‌باشد که بخش نخست این واژه «بَ اِ شَنَ» در زبان پهلوی و نیز فارسی به‌گونه «بیش» به معنای «رنج و درد» درآمده است و بخش پایانی آن یعنی «زَ»، مشتق از مصدر «زندن» که واژه ترکیبی آن به معنای «زدن یا از میان بردن درد و رنج» توسط درمانگر یا پزشک است. فریدون جنیدی، *داستان ایران؛ بر پایه گفتارهای ایرانی*، دفتر نخست (تهران):

قاضی، به تشخیص وی یا درخواست متداعیین تردیدی نیست، در معاینه بدن (روان و کالبد)، تردید فراوان هست. وجه تردید به باور پژوهنده، ناشی از جدایی موضوع و اهمیت حقوق شخصیت در مقابل حقوق مالکیت است. تصرف در حقوق مربوط به شخصیت، یا ممکن نیست و یا مستلزم رضایت شخص است حال آنکه تصرف در حقوق مالکیت اینچنین نیست. برای نمونه، اموال و مالکیت قابل بهره‌برداری و نقل و انتقال می‌باشد ولی بدن انسان یا اجزای آن فارغ از چنین بهره‌وری یا نقل و تحویل است. بر همین بنیاد و جدایی، گرچه در قانون مدنی (ماده ۱۳۲۴) و قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۲۴۸ تا ۲۵۶) به اوضاع و احوال در خصوص مورد و معاینه محل و تحقیق محلی تصریح شده است و منشأ دلایل اثبات همواره اخبار یا اعلام یا احراز طرفین یا اشخاص ثالث و اقدامات قاضی است و برای مثال، قاضی می‌تواند شهادت گواه را بشنود یا سوگند متداعیین را در فرایند احلاف قرار دهد یا اینکه خود به هرگونه تحقیق و اقدام بر پایه اختیارات قانونی موضوع ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی دست یازد اما در هیچ ماده‌ای از قوانین و مقررات به دادگاه اجازه داده نشده است تا بر پایه درخواست احدی از متداعیین یا به تشخیص خود، معاینه بدن (روان و کالبد) کسی را در دستور ترتیب تحقیق قرار دهد و از همین رو است که استادان، وقتی که خواسته‌اند یکی از محدودیت‌های اصل آزادی تحقیق را تبیین کنند چنین نوشته‌اند: «اختیار دادرسی باید به گونه‌ای اعمال شود که او را از بی‌طرفی خارج نسازد و در معرض اتهام جانبداری از طرفی که به سود او است قرار ندهد و به آزادی فردی و حرمت خانوادگی هیچ یک از اصحاب دعوا صدمه نزند (برای مثال، دستور ندهد که خون یکی از دو طرف گرفته و تجزیه شود یا مکالمه خصوصی او ضبط گردد)».^۱ پس گرچه در بیشتر نظام‌های حقوقی، برای اعلامات و اظهارات طرفین

ارزش اثباتی قائل شده‌اند^۱ و دلایل را به دو گروه تقسیم نموده‌اند: الف) دلایل برتنیده از سوگند، اقرار، گواهی و گزارش کارشناسان؛ ب) دلایل حاصل از بررسی اشیاء و محل وقوع آن‌ها و بررسی جسمی یا روانی اشخاص^۲، اما به هر روی، آنچه در بدن انسان نهفته است و با آزمایش بروز بیرونی می‌یابد با آن چه که در درون آدمی هست از با زبان و گفتار یا اشاره او به عالم وارد می‌شود قابل مقایسه نیست. بایسته یادآوری است که به ویژه قوانین ناظر به دادرسی و اثبات درباره این که اساساً بدن انسان حاوی دلیلی است یا خیر و چگونه می‌توان جسم و جان اشخاص را بررسی و معاینه نمود و از آن دلیلی به دست آورد که حیثاً له یا علیه اوست، ساکت است و رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور از این منظر حاوی نوعی استدلال و راهکار در فرض نیاز به آزمایش بدن خوانده است که مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۲.۳. مبانی صدور رأی شعبه ۱۵، فرجام‌خواهی است که زوجه از رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی دهدشت با انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی انجام داده است. این شعبه که پس از نقض حکم به بطلان دعوی زوجه در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان کهگیلویه و بویراحمد، مبادرت به رسیدگی نموده، طی دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۹ با تأکید بر اینکه «جهت معرفی زوج به کمیسیون پزشکی حضور او لازم و ضروری می‌باشد و مشارالیه علی‌رغم ابلاغ قانونی اخطاربه و منقضی شدن مهلت مقرر قانونی مراجعه نموده و بدون أخذ نظریه کمیسیون پزشکی قانونی اتخاذ تصمیم مقدور نیست»، با أخذ «وحدت ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار ابطال دادخواست خواهان را صادر» کرده است. به بیان دیگر، شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت، جهت بررسی ادعای زوجه، به زوج برای مراجعه به کمیسیون پزشکی اخطار نموده که

۱. حسن محسنی و مجید غمامی، آیین دادرسی مدنی فراملی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ

پنجم، ۱۳۹۶)، صص ۱۶۳، ۱۶۸-۱۶۹.

۲. بند یک اصل شانزدهم اصول آیین دادرسی مدنی فراملی.

به اقامتگاه او ابلاغ شده است و چون زوج حضور نیافته و مهلت اعطایی نیز سپری شده، دادگاه اعلام نموده است که بدون اظهارنظر کارشناسی قادر به تصمیم‌گیری نیست، با وحدت ملاک گرفتن از ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار ابطال دادخواست زوج را صادر کرده است. پس، در این پرونده با پذیرش اینکه بدن انسان حاوی دلیل است، سه امر مطرح می‌گردد: الف) امر پزشکی و اثبات آن (که تنها با آزمایش پزشکی میسر می‌باشد)؛ ب) نحوه الزام زوج برای بررسی بدن او؛ ج) ضمانت اجرای عدم همکاری وی در تشخیص پزشکی.

۳.۳. از جهت موضوعی، موضوع این پرونده مربوط است به ادعای زوجه در ابتلای زوج به بیماری عنن که طبیعتاً به جهت شخصی و خصوصی بودن ماهیت، و نیز علمی و تخصصی بودن طبیعت، جز با روش پزشکی قابل اثبات نیست. به بیان دیگر، هم موضوع امر طبیعتاً فنی و تخصصی پزشکی است و هم اوضاع حاکم بر آن، که امری خصوصی و شخصی و مربوط به حالات خلوت انسان است. همین طبیعت و اوضاع و احوال است که موجب شده نتوان در تعارض و دعوای موضوع پرونده، قول یکی را مقدم دانست و ناگزیر دخالت پزشک در امر فنی و تخصصی پزشکی، بایسته می‌شود.

۴.۳. از جهت حکمی نیز موضوع این پرونده فاقد راهکار شناخته‌شده در اصل قضیه و آثار و پیرامون آن است. از جهت اینکه آیا از اصل و اساس، امکان بررسی و معاینه بدن انسان (روان و کالبد) همچون بررسی و معاینه اموال و اشیاء هست یا خیر، حکمی در قوانین ایران مشاهده نمی‌شود. باید تأکید نمود فرضی که شخص با بررسی و آزمایش بدن خود موافق است و بدان رضایت دارد، و نیز فرضی که در جرائم و مجازات‌ها به‌ویژه جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص آثاری از بدن وی (خون و مو ...) در صحنه حادثه یافت می‌شود^۱ یا اینکه مانند تست الکل در حین

۱. نحوه حضور در صحنه جرم موضوع ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) و آیین‌نامه اجرایی آن (مصوب ۱۳۹۶).

رانندگی به علت رؤیت آثار و علائم ظاهری^۱ براساس اصول پیشگیری از گسترش جرائم مشهود،^۲ شخص وادار به انجام آزمایش الکل می‌شود، خارج از حوصله و موضوع این نوشتار است و بی‌گمان این‌گونه مباحث و اندیشه‌ها در این جستار مطرح نمی‌شود. فلذا اینکه گفته شد قانون در این باره ساکت است ناظر به فرضی است که شخص بدان رضایت ندارد یا با آن صریحاً یا عملاً مخالف است. از این منظر آنچنانکه در رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی دهدشت دیده می‌شود، راهکار دادرسی این شعبه، أخذ وحدت ملاک از ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی اعلام شده و بر پایه آن، دادگاه قرار ابطال دادخواست خواهان (زوجه) را در فرض عدم مراجعه زوج به کمیسیون پزشکی اعلام نموده است؛ یعنی اثر بخشیدن به عدم همکاری مدعی‌علیه با دادگاه، نه به سود مدعی و زیان مدعی‌علیه که به زیان خواهان و ابطال دادخواست او، شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور به‌عکس، ماده مزبور (۲۵۹) را ضمانت‌اجرای همکاری ننمودن خواهان دانسته است و نه طفره رفتن خواننده: «روح و ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر بر اعمال خواهان می‌باشد» و همچنین استدلال این شعبه برای نقض قرار ابطال دادخواست دادگاه تالی، که «اگر عدم حضور خواننده ملاک ابطال دادخواست قرار گیرد هر خواننده‌ای با امتناع از حضور، موجب ابطال دادخواست علیه خویش خواهد شد»، غیرمنطقی می‌نماید و با اعلام نهایی که «... دادگاه مکلف است برابر ماده ۲۵۹ قانون مرقوم، خواننده را الزام به اجرای دستور نموده و الاً موضوع را با اتیان سوگند از ناحیه خواهان فیصله دهد»، قرار ابطال دادخواست بدین نحو استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، دادگاه باید خواننده را برای تشخیص ملزم به حضور نماید و اگر همچنان میسر نشد با سوگند خواهان، موضوع را مختومه اعلام کند.

۱. بند (ب) ماده ۱۰ قانون راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹) که اجازه تست راننده به‌صرف وجود قرائن و شواهد مستتی یا استفاده از مواد روانگردان و مخدر را داده است.

۲. مواد ۴۴ و ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲).

۵.۳. همه سخن بر سر امکان یا عدم امکان الزام یکی از طرفین به بررسی و آزمایش بدن (روان و کالبد) اوست. چگونه است که آنچه از دهان کسی بیرون می‌آید نباید با الزام، فشار و زور یا شکنجه به زبان آمده باشد (اصل ۳۸ قانون اساسی) اما آنچه در بدن اوست و هنوز بیرون نیامده، با الزام به شرح رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور ممکن است بیرون کشیده، آزمایش شود؟ بنابراین، صرف نظر از دلیل بودن یا نبودن اجزاء یا گوشت، پوست، خون، مو و محتویات درون بدن، ایراد و نقصان کار را باید در محل یا مقام دیگری جست. الزام خواننده یا خواهان به بررسی پزشکی و آزمایش به هر روش بی‌گمان مقصود شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور نیست، گرچه دیوان در این رأی امکان الزام به آزمایش را پذیرفته که خود محل گفتگوست. وانگهی، مقنن نیز برای آیین الزام، حکمی مقرر ننموده است و آنچنانکه در رأی شعبه ۱۵ و گردشکار آن گذشت، امر دائر است بین ضمانت اجرای ابطال دادخواست خواهان و الزام خواننده به حضور برای کارشناسی و در صورت عدم امکان صدور رأی براساس نظریه کارشناس، سوگند خواهان. با وجود این، نه اصل امر (الزام یا عدم الزام)، امر مسلمی است و نه ضمانت اجرای آن به شرح مذکور در رأی شعبه ۱۵ مرقوم، استناد درستی است. به ویژه این که خوانده یک بار نزد پزشک رفته و وقتی که برای دومین بار از وی خواسته شده به کمیسیون پزشکی قانونی برود، چنین نکرده است و معلوم نیست بی‌میلی او را باید عدول از رضایت پیشین دانست یا خیر.

۶.۳. درباره اصل موضوع به شرح بالا، نوشته شد که در صورت رضایت یا عدم مخالفت با آزمایش، هیچ تردیدی در پیگیری فرایند توافقی از سوی دادگاه نیست اما در همین فرض هم ضمانت اجرای نقض توافقی یا عدول از رضایت مجهول است. درخصوص آیین الزام هم قانونگذار حکمی مقرر ننموده است تا چه رسد به ضمانت اجرای آن. شعب ۱ دادگاه نخستین و شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور، موضوع را مشمول کارشناسی و ضمانت اجرای همکاری نمودن در این فرایند دانسته‌اند و قدر مسلم تصمیم دادگاه تالی

و دیوان عالی همین استناد به ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی است؛ ماده‌ای که درباره ضمانت اجرای عدم ایداع حق الزحمه کارشناس است و نه همکاری نمودن با او: «ایداع دستمزد کارشناس به عهده متقاضی است و هرگاه ظرف مدت یک هفته از تاریخ ابلاغ آن را پرداخت نکند، کارشناسی از عداد دلایل وی خارج می‌شود. هرگاه قرار کارشناسی به نظر دادگاه باشد و دادگاه نیز نتواند بدون انجام کارشناسی انشاء رأی نماید، پرداخت دستمزد کارشناسی در مرحله بدوی به عهده خواهان و در مرحله تجدیدنظر به عهده تجدیدنظرخواه است، در صورتی که در مرحله بدوی دادگاه نتواند بدون نظر کارشناس حتی با سوگند نیز حکم صادر نماید دادخواست، ابطال می‌گردد و اگر در مرحله تجدیدنظر باشد تجدیدنظرخواهی، متوقف ولی مانع اجرای حکم بدوی نخواهد بود» لذا هم شعبه ۱ مرقوم و هم شعبه ۱۵ دیوان به نوعی دست به أخذ وحدت ملاک از آن ماده زده‌اند. بنابراین، دو شعبه مزبور نیز متوجه نادرستی استناد صریح به این ماده بوده‌اند و به وحدت ملاک بسنده کرده‌اند. صرف نظر از توجه به ویژگی‌های دادرسی و آیین آن (تشریفاتی و امری بودن)، باید بررسی نمود که به‌واقع در این فرض استناد صحیح کدام ماده می‌تواند باشد؟

۷.۳. در حقوق فرانسه، مقنن در بند ۱ ماده ۱۶ کد مدنی بدن انسان و اجزاء و فرآورده‌های آن را موضوع دارایی اشخاص نمی‌داند و در بند ۳ این ماده تأکید می‌کند که به تمامیت جسمانی انسان جز در فرض ضرورت پزشکی او، یا در شرایط استثنائی، برای منافع درمانی دیگری نمی‌توان آسیب رساند و در هر حال رضایت پیشین ذی‌نفع برای این کار لازم است مگر در موردی که وضعیت او برای درمان ضرورت را ایجاب نماید؛ اصل مصون از تعرض بودن بدن انسان^۱. کد تندرستی همگانی^۲ این کشور نیز در

1. Le principe de l'inviolabilité du corps humain.

2. Code de la Santé Publique

ماده ۳۶ جلب رضایت شخص مورد آزمایش یا شخصی که از او خون گرفته شده را در همه حال اصل دانسته گرچه استثناهایی هم برای آن پیش‌بینی نموده است. شعبه ۱ دیوان عالی کشور فرانسه نیز در رأیی به سال ۲۰۰۰، کارشناسی زیست‌شناسی (بیولوژیک) را در دعوی نسب حق تلقی نمود؛ رأیی که مورد بررسی گسترده قرار گرفت.^۱ قانونگذار این کشور نیز در مواد ۱۶-۱۰ تا ۱۶-۱۳ کد مدنی آزمایش ژنتیک را برای مقاصد درمانی یا تحقیقات علمی با ویژگی نظم عمومی پذیرفت که به شکل دستور ترتیب تحقیقی موضوع مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۴۳ به بعد کد آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود و باید با رضایت شخص باشد گرچه وی می‌تواند هر زمان از رضایت خود به هر شکل که بخواهد عدول کند. در آزمایش خون یا اسپرم و دیگر اجزاء و فرآورده‌های بدن هم همین اصول حاکم است. با این وصف، اگر همچون فرض پرونده حاضر یکی از طرفین درخواست آزمایش بدن طرف مقابل را بنماید و او نخواهد یا نتواند، و یا رضایت بدهد و در آزمایشگاه حضور نیابد یا این بررسی به تشخیص قاضی لازم باشد ضمانت‌اجرای آن صراحتاً در کد آیین دادرسی مدنی نیامده است جز اینکه بتوان آن را به تبع روش دستور (یعنی ترتیب تحقیقی) مشمول ترتیبات تحقیقی قانوناً قابل پذیرشی دانست که قاضی می‌تواند برابر ۱۰ کد آیین دادرسی مدنی رأساً دستور دهد. پس اگر قاضی قانوناً بررسی بدن یکی از طرفین را طی یک ترتیب تحقیقی دستور دهد، برابر ماده ۱۱ آن کد «در ترتیبات تحقیقی طرفین ملزم به همکاری هستند وگرنه دادرس به عواقب امتناع یا عدول از این امر ترتیب اثر می‌دهد. اگر یک طرف عنصری اثباتی در اختیار دارد، دادرس می‌تواند به درخواست طرف دیگر خطاب به او دستور ارائه آن را صادر کرده و در

1. Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 2000-06-30, n 12, p. 769, note J. Massip; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; JCP 2000-10-25, n 43/44, conclusions C. Petit et note M.C.Monsallier-Saint-Mieu. Voyez: Anne Pascal et Martine Trapero, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in: **La vérité**, Rapport annuel 2004 de la cour de cassation, La documentation Française, 2004, p. 89.

صورت لزوم جریمه تأخیر معین کند. دادرس می‌تواند به درخواست هریک از طرفین، اگر مانع قانونی وجود ندارد با همان جریمه، ارائه هرگونه مدرکی را که ثالث نزد خود حبس نموده تقاضا کرده یا دستور دهد.^۱ براین اساس، اصل بر لزوم همکاری طرفین با دادگاه می‌باشد و این دادرس است که عواقب امتناع یا عدول را معین می‌نماید با این تفاوت که در آزمایش بدن، در هر حال برابر بند ۳ ماده ۱۶ کد مدنی، رضایت شخص قبلاً باید تحصیل شود و در هر حال او می‌تواند از رضایت خود به هر شکل عدول نماید.

۸.۳. بررسی رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور و رأی فرجام‌خواسته نشان می‌دهد که دادگاه نخستین با عنایت به اینکه بررسی ناتوانی جنسی زوج (عنن) امری پزشکی است و مراجعه به پزشک در قالب قرار کارشناسی باید انجام شود و چنین هم شده که با اعتراض به نظریه پزشک قانونی، امر به کمیسیون پزشکی ارجاع گردیده است، عدم مراجعه با وصف ابلاغ به اقامتگاه زوج را در حکم فرضی دانسته که شخص از ایداع حق‌الزحمه کارشناس خودداری می‌کند که برابر ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حتی اگر با سوگند نیز نتوان رأی داد، منجر به قرار ابطال دادخواست خواهد شد. هر دو مرجع قضایی تالی و عالی در استناد به ماده یادشده (۲۵۹) تردیدی نداشته‌اند و علت نقض در رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور، صرفاً الزام به حضور و در صورت عدم امکان، اتیان سوگند است. هیچ‌یک از مراجع قضایی به دنبال ضمانت‌اجرای استنباط قرینه مثبت‌ه از عدم حضور خواننده در این فرض نرفته‌اند و هم اصل مراجعه به کارشناس و هم ضمانت‌اجرای آن را به کیفیت موصوف، مسلم انگاشته‌اند درحالی‌که به باور پژوهنده کارشناسی به‌شمار آوردن تشخیص پزشکی را نباید برابر با تبعیت از مقررات باب کارشناسی از جهت

۱. حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچه دکتر عباس کریمی و مقدمه پروفیسور لوییک کادیه (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵)، ص ۸۱. برای مطالعه در این باره رک:

Daburon Corinne. **Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation.** In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2001-2. pp. 201-214.

ضمانت اجرای عدم همکاری با کارشناس دانست بلکه باید آن را همکاری نکردن با دادگاه به شمار آورد؛ به بیان دیگر، پیشبرد موضوع پرونده با صرف استناد به مقررات کارشناسی، دادگاه را به حقیقت علمی نمی‌رساند چراکه آیین توسل به کارشناس در مقررات آیین دادرسی مدنی پیش و بیش از همه در پی تأمین حقوق کارشناس قبل از ترتیب اثر دادن به نظر اوست لذا مقنن، اثر عدم پرداخت حق الزحمه کارشناس را به شرح مذکور در ماده ۲۵۹ پیش‌بینی نموده است. وانگهی، در فرض پرونده حاضر، موضوع بر سر همکاری نکردن با کارشناس نیست بلکه همکاری ننمودن با دادگاه روی داده است. از این منظر رأی شعب تالی و عالی قابل نقد می‌باشد و به باور پژوهنده جامعه قضیه پرونده حاضر، بر قامت مقررات باب کارشناسی راست نمی‌آید.

۹.۳. صرف‌نظر از اینکه چنین آزمایشی در نظام حقوق ایران بدون رضایت قبلی قابل انجام است یا خیر و اثر عدول از رضایت چیست، استنباط قرینه مثبت‌ه یا به عبارتی برداشت مخالف از همکاری ننمودن شخصی که بدن او باید آزمایش شود نیز راهکار دیگری است که در رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور کمترین توجهی به آن دیده نمی‌شود. روانشاد کاتوزیان در کتاب *اثبات و دلیل اثبات* خود درباره ضمانت اجرای خودداری از آزمایش خون چنین نوشته است: «به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند به استناد ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ امتناع از دادن خون را به‌ویژه در موردی که احتمال بروز هیچ خطری برای مدعی‌علیه وجود ندارد، از جمله قرائن درستی ادعا به‌شمار آورد».^۱ اینکه استاد به فرض عدم رضایت مدعی‌علیه پرداخته و امتناع بدون احتمال بروز خطر را از قرائن مثبت‌ه درستی ادعای طرف مقابل به حساب آورده، راهکار بسیار نزدیکی است به روش مقبول فرانسوی برای تضمین همکاری طرفین در فرایند کشف حقیقت علمی در

دادگاه، در عین احترام به اصل مصونیت بدن انسان از تعرض. از این منظر به باور پژوهنده استناد دادگاه نخستین و شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور به ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی استنادی ناصحیح است که می‌بایست شعبه مزبور دیوان به متن ماده ۲۰۹ قانون مرقوم، استناد و توجه می‌نمود که دادگاه را به‌طور عینی‌تر و حقیقی‌تر به حقیقت می‌رساند و ضمانت‌اجرای رفتار طرفین دادرسی را شخصی می‌کند. به‌ویژه این که خوانده یکبار نزد پزشک رفته و آزمایش داده است و برای حضور نزد پزشکی قانونی همکاری از او در این پرونده دیده نشده است. مزایای این روش فراوان است از جمله اینکه ناظر به تراضی طرفین یا موافقت شخص با آزمایش نیست چراکه می‌توان عدم مراجعه پس از رضایت را دلیل عدول دانست و همچنین مانع تشخیص قاضی برای انجام آزمایش نیز نمی‌گردد و به احتمال بروز هرگونه خطر (ترس از آزمایش یا آبروریزی و افشای امور شخصی و خصوصی) توجه دارد و طرف مقابل را در شرایطی قرار نمی‌دهد که برای آزمایش بدن یا اجزاء و فرآورده‌های آن ناخواسته از ناحیه دادگاه که طرف دعوی به‌شمار نمی‌آید، الزام شود. این راهکار برداشت ناشی از همکاری نمودن را صرفاً در سطح ارزش قرینه درستی ادعا قرار می‌دهد که در برخورد با دیگر قرائن و امارات باید ارزش آن سنجیده شود و از همه مهم‌تر نتیجه دادرسی را به سوگند گره نمی‌زند؛ سوگندی که فی‌نفسه دلیل اثبات نیست بلکه استنکاف یا نکول از قسم و رد آن (از سوی مدعی‌علیه یا حاکم) به طرف مقابل دلیل اثبات است.^۱ به بیان دیگر، خواهان در این فرض با سوگند نمی‌تواند موضوع را ثابت کند بلکه باید خواستار استخلاف خوانده باشد و در صورت سوگند وی، دعوای خواهان ساقط می‌شود و اگر از خلف ابا‌ء نماید و آن را به خواهان رد کند در این حین سوگندی که خواهان در نتیجه رد به او متوجه می‌شود، موضوع را اثبات می‌کند (مواد ۲۷۲، ۲۷۳ و ۲۷۴ قانون

۱. نک: محمد مصدق السلطنه، دستور در محاکم حقوقی، با مقدمه و تصحیح دکتر حسن محسنی (تهران:

آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۳۲۸ قانون مدنی). بر این اساس، بیان شعبه ۱۵ در رأی خود مبنی بر سوگند دادن خواهان به منظور اثبات، دقیق و صحیح نیست. پس، گرچه موضوع حکم ماده ۲۰۹ قانون مرقوم سند معینی است که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است که نزد طرف دیگر هست و به درخواست طرف باید سند ابراز شود و گرچه مقنن در این ماده مقرر نموده که «هرگاه طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله قرائن مثبت بداند» ولی از حیث اثباتی فرایند مقبول‌تری برای سرایت حکم به فرض پرونده حاضر، نسبت به الزام به آزمایش و درنهایت، سوگند خوانده و رد آن، دارد زیرا قرینه مثبت، به خلاف سوگند که سعی در قطع بی‌چون و چرا و متافیزیک امور دارد در ترازوی ثبوت و اثبات معقول و متعارف ارزش‌گذاری می‌شود. برای نمونه، درخصوص پرونده حاضر که کارشناس نخستین نظر به نبود عنن داده، این قرینه مثبت ناشی از عدم حضور خوانده، یا هیچ چیزی را اثبات نمی‌نماید یا اینکه تاب برابری با اوضاع و احوال ناشی از دلیل کارشناسی پیشین را ندارد و دادگاه نخستین می‌توانست با تصمیمی که به حقیقت قضایی نزدیک‌تر است، موضوع را حل و فصل نماید و در امور علمی و پزشکی به دلایل غیرعلمی و مابعدالطبیعی استناد نکند. به باور پژوهنده، سوگند اثری در اثبات خواسته زوجه برای عنن ندارد و در اینکه اساساً عنن - این عارضه پزشکی و علمی - را می‌توان با سوگند ثابت نمود یا خیر، تردید جدی هست و بهتر بود شعب ۱ و ۱۵ دیوان دست‌کم عدم حضور یا همکاری ننمودن زوج با وصف ابلاغ صحیح را قرینه درستی ادعا قرار می‌داد که برای نمونه در ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم آن درباره سند آمده است؛ چنانکه سند باید در اختیار طرف ابراز شود و الاً قرینه مثبت ادعای طرف است. آثار و علائم بیماری درون بدن او نیز در حکم چنین سندی است که باید ابراز گردد کمااینکه او می‌تواند با عدم ابراز این آثار، عواقب ناشی از این همکاری نکردن را به‌طور ضمنی بپذیرد. وانگهی، چنین به نظر

می‌رسد که أخذ وحدت ملاک از ماده فوق‌الذکر (۲۰۹) به مراتب سهل‌تر و موضوعاً میسرتر از أخذ چنین وحدتی از ماده ۲۵۹ آن قانون در فرض پرونده حاضر باشد. اگر گفته شود قرینه صحت نیز همچون سوگند، حقیقت علمی را برای قضاوت احراز نمی‌کند ولی، تفاوت آن با سوگند در این است که دست‌کم قرینه درستی است درحالی‌که سوگند نه صلح است و نه در حکم آن، بلکه حداکثر نوعی رفع اختلاف مذهبی تنازعات خصوصی است که لزوماً قرابتی به حقیقت و واقع ندارد^۱ و به‌منظور «استفاده از نیروی معنوی و تقوا و ترس از خدا برای تقویت حق» به‌کار می‌رود «نه تراضی و قرارداد که جوهر آن آزادی کامل در پذیرش و رد پیشنهاد است»^۲. همچنین از جهت اثباتی نیز قرینه درستی ادعا از امارات است که برابر حکم ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی مقدم بر سوگند می‌باشد: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به‌موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی‌علیه است، منوط به قسم او نماید». بنابراین، وقتی قرینه صحت ادعا به عنوان اماره می‌تواند مفید علم قاضی باشد، توسل به قسم و آثار آن موضوعاً و حکماً منتفی است.

۱۰.۳. بررسی پرونده حاضر نشان داد که تا چه حد نظریه عمومی ضمانت‌اجراها در نظام حقوقی ایران با ایرادات عملی و اجرایی مواجه است. همچنین، موضع حقوق ایران درباره دلایل علمی و پزشکی چه

۱. برخی حقوقدانان درباره ارتباط میان سوگند و حقیقت می‌نویسند: «و آن اخبار به امری و گواه گرفتن خداوند است بر صق گفتار خود. سوگند ادعایی بیش نیست و ممکن است درواقع دروغ باشد، بدین جهت از نظر تحلیلی نمی‌توان سوگند را مثبت حق دانست، ولی قانون در موارد خاصی که دلیل دیگری بر اثبات ادعا نباشد، سوگند را دلیل بر اثبات حق دانسته است. علت این امر [...] اتکاء به ایمان مذهبی و اعتماد سوگند‌یادکننده است و نظم اجتماعی ایجاب می‌نماید قانون احترام به ایمان افراد گذارد و سوگند را در موارد معینی معتبر بداند». سیدحسین، امامی، حقوق مدنی (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹)، ج ۶، صص ۲۸ - ۲۹.

۲. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، (تهران: نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۸)، ج ۲، ص ۱۹۰، ش ۳۷۳.

وضعی دارد و ارزش علم ناشی از آن تا چه اندازه تاریک است و از این رو، نمی‌توان دریافت که تمامیت معنوی انسان و بدن و جان او در مقابل دستوره‌های قضایی چه تأمین و تضمینی دارد. قوانین نه به توافق طرفین برای آزمایش و نه به اختلاف آنان یا عدول و انصراف ایشان از رضایت قبلی، اشاره‌ای ننموده‌اند و موضوع در همه ابعاد خود در حد کلیات نامفهوم، رها و یله است. این وضعیت، خود را در ضمانت‌اجرای عدم حضور برای آزمایش در کمیسیون پزشکی به شرح پرونده حاضر نشان می‌دهد که از جهات متعدد راهکار شعبه ۱۵ دیوان‌عالی کشور را ناپذیرفتنی و نقدپذیر می‌کند. به باور پژوهنده اصل آزمایش بدن در امور خانوادگی و خصوصی، باید منوط به رضایت آن شخصی باشد که دادگاه به دنبال بررسی بدن او است و اگر چنین رضایتی در میان نباشد یا این که شخص از آن عدول کند و از ادامه کار بازماند، دادرس باید همکاری نکردن او با دادگاه را بسنجد و تبعاً به یکباره نمی‌تواند موضوع را در مدار دلایلی قرار دهد که توانایی اثبات علمی ندارند و موضوع را تبادل سوگند احالت می‌دهند.

فهرست منابع:

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۶ (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹).
۲. جنیدی، فریدون، داستان ایران: بر پایه گفتارهای ایرانی، دفتر نخست (تهران: نشر بلخ، ۱۳۹۲).
۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).
۴. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲ (تهران: نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۸).
۵. محسنی، حسن و مجید غمامی، آیین دادرسی مدنی فراملی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۶).
۶. محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچه دکتر عباس کریمی و مقدمه پروفیسور لوییک کادیه (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵).
۷. مصدق السلطنه، محمد، دستور در محاکم حقوقی، با مقدمه و تصحیح دکتر حسن محسنی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵).
8. Daburon Corinne. **Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation.** In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2001-2. pp. 201-214.
9. **La vérité**, Rapport annuel 2004 de la cour de cassation, La documentation Française, 2004.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgment.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9> (22/10/1396)