

پہلا  
خبرنامہ  
اصنافیان  
اسان  
کاؤن وکراؤ ڈاکٹر



### با آثاری از:

شاپور اسماعیلیان، داراب حقی پور،  
محمدعلی دادخواہ، ماجد رشادی، احسان زرخ،  
محمدرضا سمراستی پور، محسن طاہری،  
دکتر غلامرضا طیرانیان، راضیہ عبدالصمدی،  
فرشید فولادی نژاد، دکتر رُزا قراچورلو، بابک کیانی،  
سینا گلستانی، محمدرضا محمدی جرقویہ ای،  
امیر مقامی و محمدرضا نظری نژاد

۴۲

دی ۸

# فهرست مطالب

## خبرها

- ۲ ..... خیریهایی از ایران و کمی آن سوتر ..... امیر مقامی، احسان زورخ؛

## مقالات

- ۱۰ ..... ۱- هدفمند کردن پارانه‌ها و دورنمای جرم شناختی ..... شاپور اسماعیلیان؛
- ۱۴ ..... ۲- الزام به تعیین حبس در بزه انتقال مال غیر ..... دکتروغلامرضا طبرانیان؛
- ۱۸ ..... مردم و وکالت دادگستری (۲) ..... سینا گلستانی؛
- ۲۳ ..... خلاف آمد عادت ..... دکتروژا قراچورلو؛
- ۲۹ ..... جنبش حقوق زنان در جهان با تأکید بر جنبش حقوقی زنان در ایران ... محمدعلی دخواه؛
- ۳۷ ..... نقد یک تصمیم ..... احسان زورخ؛
- ۴۲ ..... آیا مأموران وزارت اطلاعات، ضابط دادگستری‌اند؟ (۲) ..... محسن طاهری؛
- ۴۶ ..... وکالت تسخیری: وکالت در استغاثه یا نیابت در استغفار؟ ..... فرشید فولادی نژاد؛
- ۴۸ ..... سه گفتار در کاشفیت «گواهی» نگرش نسبی گرایانه به گفتمان «گواهی» در ... ماجد رشادی؛
- ۵۲ ..... نقدی بر یک رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور ..... راضیه عبدالصمدی؛
- ۵۶ ..... بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله در بازار بورس اوراق بهادار (۲) ..... محمدرضا نظری نژاد؛
- ۶۶ ..... قرار انطه یا تعلیق عدالت؟ ..... بابک کیانی؛
- ۷۱ ..... قابلیت اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ... محمدرضا سماواتی پور؛
- ۷۳ ..... پرداخت حق مالکانه در زمان تملک اراضی و املاک ... امیر مقامی؛
- ۷۸ ..... مداخله برای حقوق بشر ..... سینا گلستانی؛
- ۸۱ ..... متن بی‌فایده یا ادعای بی‌فایده ..... داراب حقی پور؛
- ۸۶ ..... بازرسی بدنی و کلا با کدامین حکم و مجوز قانونی! .....

## طنز

- ۸۸ ..... ترمینولوژی حقوق ..... محمدرضا محمدی جرقویه‌ای؛

# خبرهای

## از ایران و کسی آن سو تو

### خبرهایی از ایران

امیر مقامی

اخبار

برگزاری سیزدهمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های  
وکلای دادگستری ایران

سیزدهمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای  
دادگستری ایران ۲۷ و ۲۸ آبان در تبریز برگزار شد.  
در این همایش، بهمن کشاورز به عنوان رئیس، مصطفی  
انوری زاده به عنوان نایب رئیس اول، دکتر علی متدنی پور به عنوان  
نایب رئیس دوم، محمد جعفر مفتضری به عنوان بازرس اصلی و  
مهدی عامری به عنوان بازرس علی‌البدل اتحادیه انتخاب شدند.

### دو رأی جالب دادگاه‌های فارس

دادگاه‌های استان فارس، اخیراً دو رأی جالب صادر و منتشر  
کرده‌اند که مورد توجه حقوقدانان و رسانه‌ها قرار گرفته است.  
در یکی از این آراء، از سوی یکی از شعب دادگاه‌های استان  
فارس، مردی محکوم شد به همسریش سالانه ۱۰ روز گل هدیه  
کند در غیر این صورت با سه ماه و یک روز حبس مواجه خواهد  
شد. به گزارش خبرنگار مهر در شیراز، مردی با اتهام رها کردن  
زندگی مشترک و ترک نفقه و ضرب و شتم همسریش مورد  
تعقیب قرار گرفت و دادگاه پس از رسیدگی او را به سه ماه و یک  
روز حبس محکوم کرد؛ اما با توجه به فقدان سابقه کیفری متهم در  
جهت اصلاح ذات‌البین و تحکیم مبانی خانوادگی و زندگی  
مشترک محکومیت نامبرده را به مدت سه سال معلق کرد مشروط  
بر این که زوج دستورات زیر را به معرض اجرا بگذارد:  
۱- پرداخت به موقع نفقه زوجه و حسن معاشرت با وی.  
۲- هدیه دادن یک شاخه گل به مدت سه سال هر سال ده روزه، به  
نحوی که پایان نوبت دهم، سالگرد ازدواج زوجین باشد.  
۳- استفاده از تصایح یکی از علمای مذهبی به تشخیص دادستان  
در سالروز ازدواج در هر سال.  
۴- خودداری از استعمال سیگار و مواد دخانی.  
در رأی دیگری، مردی که در استان فارس با آتش زدن  
عمدی، یک رأس الاغ زنده را کشته بود با حکم جالب دادگاه  
مواجه شد. به گزارش رسانه‌ها چندی قبل، کشاورز ۵۳ ساله‌ای در  
استان فارس، الاغی پلاصاحب که وارد مزرعه کاهوی وی شده و  
به مزرعه خسارت زده بود را با ریختن بتزین به آتش کشید و در  
پس آن، یکی از شعب دادگاه‌های استان فارس که حسب

کیفرخواست دادستان به پرونده رسیدگی می‌کرد او را مجرم  
شناخت و حکم بر محکومیت وی به تحمل ۵۰ ضربه شلاق صادر  
کرد. در ادامه دادگاه نیز به لحاظ وضعیت خاص و فقدان پیشینه  
کیفری و سوابق مثبت محکوم علیه از اجرای حکم شلاق  
خودداری و محکومیت وی را با شرایط دیگری معلق کرد تا در  
صورت اجرای آن‌ها محکومیت شلاق اجرا نشود. در رأی دادگاه  
آمده: «محکوم علیه مکلف است به جای تحمل شلاق و به عنوان  
مجازات جایگزین اولاً نسبت به فراگیری ۲۰ حدیث از معصومین  
(ع) با مضامین مهربانی با حیوانات و رفتار شایسته با حیوانات  
اقدام کند، ثانیاً به مدت یک سال از کاشتن کاهوی در مزرعه خود،  
خودداری کند و ثالثاً یک رأس الاغ پلاصاحب را به مدت سه ماه  
نگهداری و تغذیه وی را به عهده گیرد. مجرم نیز با پذیرش حکم  
دادگاه نسبت به رأی صادره اعتراضی نکرده و مفاد حکم صادره  
به وسیله اجرای احکام دادسرا اجرا شده است.

### رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری درباره تسری مقررات بیمه در مورد کارگران اتاق اصناف

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، در دادنامه ۳۷۴ مورخ ۴  
مرداد ۱۳۸۸، بخشنامه سازمان تأمین اجتماعی را که گفته بود مفهوم  
تسری مقررات بیمه در مورد کارگران اتاق اصناف از تاریخ  
اول اردیبهشت ۱۳۶۵ است، خلاف قانون تشخیص داد و آن را  
ابطال کرد. متن رأی دیوان بدین شرح است:  
نظر به این که، سازمان تأمین اجتماعی در اجرای وظایف و  
مسئولیت‌های خود در زمینه توسعه و گسترش بیمه اجتماعی به  
شرح مادتهای ۱ و ۷ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، کارگران  
اتاق اصناف را به شرح بخشنامه شماره ۱۶۰۶۸ مورخ ۷ شهریور  
۱۳۵۶، تحت پوشش بیمه قرار داده است و انحلال اتاق‌های  
اصناف و تشکیل مجدد آن‌ها، با عناوین دیگر مسقط حق قانونی  
مکتسب افراد بیمه شده نیست. بنابراین، بخشنامه شماره ۵۴۶ فنی  
مورخ ۱۳۶۵/۹/۱۰ سازمان تأمین اجتماعی، که مفهوم تسری  
مقررات بیمه در مورد اشخاص مزبور از تاریخ اول اردیبهشت  
۱۳۶۵ است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به  
قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی و ماده یک و بند یک ماده ۱۹  
و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.

### لایحه‌ای دیگر برای اصل ۴۴

لایحه: «توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل  
اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» در  
کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی بررسی و تصویب شد.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اسفهان - سال چهارم - شماره چهل و دوم - دی‌ماه ۱۳۸۸

در صورت تصویب نهایی این لایحه، اصلاحاتی در قانون مالیات‌های مستقیم و قانون مالیات بر ارزش افزوده انجام خواهد شد و مجازات‌هایی برای ناشران اوراق بهادار و نهادهای مالی که از وظایف خود تخلف نمایند، تعیین می‌شود و سازمان بورس اوراق بهادار نظارت بیشتری بر روند فعالیت نهادهای مالی و اشخاص مذکور در این قانون خواهد داشت.

#### قانون بیمه‌های اجتماعی قالیبافان، بافندگان فرش و شاغلان صنایع دستی شناسه‌دار (کددار)

**ماده ۱-** از تاریخ ابلاغ این قانون، استادکاران و کارگران قالی و فرش دستباف بدون کارفرما و با کارفرما، شاغل در کارگاه‌های خانگی تکباف قالی و فرش و یا تحت پوشش تعاونی‌های قالی و فرش و مجتمع‌های کوچک و بزرگ مربوطه و همچنین شاغلان صنایع دستی خانگی و غیر آن در گروه‌های مصوب شناسه‌دار (کددار) صنایع دستی ایران که به صورت تمام وقت به مشاغل یاد شده اشتغال دارند، تحت پوشش بیمه تأمین اجتماعی قرار می‌گیرند. بیست درصد (۲۰٪) سهم دولت و هفت درصد (۷٪) سهم بیمه‌شده خواهد بود. در صورت وجود کارفرما، با پرداخت سه درصد (۳٪) سهم کارفرما، بیمه یاد شده شامل بیمه بیکاری نیز خواهد بود.

تبصره ۱- تابلویافان طرح پوسته، رنگرزان، پرداخت‌زنان دستی، چله‌کشان دستی، ماهر و رفوگران ماهر و سایر شاغلان صنایع وابسته به تولید فرش و قالی مشمول این قانون می‌باشند.

تبصره ۲- کارگاه‌های خانگی موضوع این قانون، از کارگاه‌های موضوع ماده ۴ قانون کار محسوب می‌شوند.

تبصره ۳- کارگاه‌های خانگی مذکور از تبصره ماده ۹۸ قانون کار استثناء می‌شوند. اجازه‌کنشی قبلی مالک یا مستأجر که کارگاه را در محل استیجاری اداره می‌کند، برای ورود بازرسان کافی است.

تبصره ۴- شاغلین خانگی و یا پاره‌وقت موضوع این قانون می‌توانند از مزایا و تسهیلات مزبور بهره‌مند گردند.

تبصره ۵- سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای مکلف است مهارت فنی متقاضیان مشمول موضوع این قانون را بررسی نموده و کارت مهارت فنی صادر نماید. سازمان می‌تواند نسبت به آموزش متقاضیان مذکور اقدام کند.

**ماده ۲-** صدور پروانه تولید برای کارگاه‌های خانگی که در مدت یک سال حداقل پنج و حداکثر بیست متر مربع در رج پنجاه و یا مساوی آن در درشت‌باف و ریزباف توسط یک استادکار در شغل دائم و کارگر ساده و یا اعضای خانواده‌اش یافته شود، بدون اخذ مجوز از شهرداری و اداره امور اقتصادی و دارایی و با رعایت سایر ضوابط بلامانع است.

**ماده ۳-** هزینه اجرای این قانون در سال ۱۳۸۸ از محل اعتبار برنامه ۳۰۴۴۱ مذکور در بند ۳۴ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۸۸ کل کشور تأمین می‌شود و در سال‌های بعد، در صورت تأمین اعتبار قابل اجرا خواهد بود.

**ماده ۴-** مواد و اجرای قوانین و مقررات دیگر که با این قانون مغایرت دارد، لغو می‌شود.

قانون فوق مشتمل بر، چهار ماده و پنج تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ هجدهم مردادماه یکهزار و سیصد و هشتاد و هشت مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۸/۶/۱۱ به تأیید شورای نگهبان رسید.

#### قانون اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران

**ماده واحده-** ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲ به شرح زیر اصلاح می‌گردد:

**ماده ۲۲-** مسؤولیت صدور گواهینامه رانندگی، اسناد مالکیت و پلاک خودرو در قلمرو جمهوری اسلامی ایران، برعهده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و وظیفه ترجمه و تبدیل گواهینامه‌های رانندگی معتبر صادر شده توسط نیروی انتظامی و سایر اسناد و مدارک مذکور به مدارک بین‌المللی، وفق مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی سال‌های ۱۳۲۸ هجری شمسی (۱۹۴۹ میلادی و ۱۳۴۷ هجری شمسی (۱۹۶۸ میلادی) حمل و نقل جاده‌ای و حسب عرف بین‌المللی و مقررات حاکم بر تمامی کشورهای عضو سازمان بین‌المللی جهانگردی (AIT) و فدراسیون بین‌المللی اتومبیلرانی (FIA) بر عهده کانون جهانگردی و اتومبیلرانی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

قانون فوق، مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز سه‌شنبه مورخ هفدهم شهریورماه یکهزار و سیصد و هشتاد و هشت مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۷ به تأیید شورای نگهبان رسید.

#### آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۹ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث

**ماده ۱-** حرکت وسایل نقلیه موتوری زمینی بدون داشتن بیمه‌نامه شخص ثالث معتبر ممنوع است. دارندگان این گونه وسایل نقلیه مکلف‌اند، مدرک بیمه‌نامه یاد شده را هنگام رانندگی به همراه داشته باشند و در صورت درخواست مأموران راهنمایی و رانندگی یا پلیس راه ارائه نمایند. در صورتی که وسیله نقلیه مزبور فاقد بیمه‌نامه شخص ثالث معتبر باشد، مأموران یاد شده یا پلیس راه موظف‌اند ضمن صدور برگ جریمه و الزام راننده متخلف به پرداخت جریمه تعیین‌شده، وسیله نقلیه را در نزدیکترین پارکینگ عمومی یا محل مطمئن دیگری توقیف نمایند.

تبصره ۱- منظور از محل مطمئن، هر محلی که به تشخیص پلیس مناسب برای نگهداری وسایل نقلیه می‌باشد.

تبصره ۲- مسؤولیت ورود خسارت به وسیله نقلیه در حین انتقال به عهده حمل‌کننده و در طی دوران توقیف به

عهده مسؤول محلی است که تحت عنوان محل مطمئن، وظیفه نگهداری از وسایل نقلیه را به عهده دارد.

**تبصره ۳-** راهنمایی و رانندگی و پلیس راه مجازند نسبت به کنترل مستمر و دوره‌ای بیمه‌نامه شخص ثالث وسایل نقلیه موتوری زمینی اقدام نمایند.

**ماده ۲-** مأموران راهنمایی و رانندگی و پلیس راه موظف‌اند به هنگام کنترل و اجرای قوانین و مقررات مربوط به تخلفات رانندگی و آرایه هرگونه خدمات به دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی (به غیر از هنگام اسقاط خودرو) نیز مداخله بیمه‌نامه شخص ثالث را مطالبه و کنترل نموده و در صورتی که وسیله نقلیه مزبور فاقد بیمه‌نامه شخص ثالث معتبر باشد، براساس ماده ۱ عمل کنند.

**ماده ۳-** در صورتی که ارائه بیمه‌نامه معتبر برای رانندگان وسایل نقلیه عمومی حمل بار یا مسافر، مستلزم صرف زمان باشد، شخص راننده و مؤسسه یا شرکت مربوط موظف‌اند با توجه به شرایط و موقعیت مسافران، به نحو مطمئن و مناسب نسبت به انتقال مسافران تا مقصد و همچنین جبران خسارت وارد شده اقدام نمایند و در خصوص وسایل نقلیه باربری نیز مسئولیت و خسارت‌های ناشی از حمل و نگهداری محمولات در مدت توقیف به عهده مؤسسه مربوط و راننده و راننده می‌باشد.

**ماده ۴-** رفع توقیف وسیله نقلیه موتوری زمینی که به دلیل فقدان بیمه‌نامه شخص ثالث توقیف گردیده است، صرفاً مستلزم ارائه بیمه‌نامه معتبر توسط دارنده وسیله نقلیه به مرجع توقیف‌کننده می‌باشد.

**ماده ۵-** دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی موظف‌اند طرف چپ و پنج روز پس از توقیف با ارائه بیمه‌نامه شخص ثالث معتبر، برای رفع توقیف وسیله نقلیه موتوری زمینی خود اقدام نمایند و چنانچه طرف مدت مذکور اقدامات لازم را به عمل نیاورند، پلیس راهنمایی و رانندگی یا پلیس راه موظف است مراتب را جهت تعیین تکلیف به مرجع قضایی صالح اعلام نماید.

**ماده ۶-** سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای موظف است ترتیبی اتخاذ نماید تا در بازنامه وسایل نقلیه باربری و صورت وضعیت مسافری، شماره بیمه‌نامه شخص ثالث و تاریخ انقضای آن درج گردد.

**ماده ۷-** پلیس راهور نیروی انتظامی مکلف است در صورت احراز تخلف شرکت یا مؤسسه حمل و نقل در صدور بازنامه یا صورت وضعیت مسافری برای وسیله نقلیه عمومی فاقد بیمه‌نامه شخص ثالث، مراتب را در اسرع وقت جهت اجرائی قانون به وزارت راه و ترابری اعلام نماید.

**ماده ۸-** بیمه مرکزی ایران موظف است ترتیبی اتخاذ نماید تا امکان صدور بیمه‌نامه شخص ثالث توسط شرکت‌های بیمه‌ای در حداقل زمان ممکن، با پیش‌بینی ساز و کار لازم صورت گیرد، به نحوی که بیمه‌گذار در محل، قادر به پرداخت حق بیمه و اخذ قرارداد شخص ثالث باشد.

**ماده ۹-** بیمه مرکزی ایران در نقاطی از جاده‌ها که گلوگاه کنترلی بوده و توسط پلیس راهور نیروی انتظامی و با هماهنگی وزارت راه و ترابری تعیین می‌شود (ترجیحاً جنب پاسگاه‌ها یا

ایستگاه‌های پلیس راه) نسبت به اتخاذ ساز و کار لازم برای ایجاد جایگاه‌های صدور بیمه‌نامه شخص ثالث توسط شرکت‌های بیمه‌ای اقدام نماید.

**ماده ۱۰-** بیمه مرکزی ایران موظف است ظرف دو ماه پس از ابلاغ این آیین‌نامه، ترتیبی اتخاذ نماید که با استعلام شماره پلاک انتظامی یا سایر مشخصات فنی خودرو توسط نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، سابقه بیمه‌ای شخص ثالث آن قابل ارائه باشد تا از توقیف وسایل نقلیه موتوری زمینی که رانندگان آنان مدارک بیمه‌ای معتبر به همراه ندارند، جلوگیری شود.

**ماده ۱۱-** نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران موظف است ترتیبی اتخاذ نماید تا امکان دسترسی به بانک‌های اطلاعاتی آن نیرو در ارتباط با مواردی از قبیل مشخصات وسایل نقلیه موتوری زمینی، گواهینامه‌های صادر شده و همچنین سوابق تخلفات و تصادفات رانندگان، از طریق سیستم رایانه‌ای برای بیمه مرکزی ایران و شرکت‌های بیمه فراهم گردد.

این تصویب‌نامه در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۹ به تأیید مقام محترم ریاست جمهوری رسیده است.

## همایش‌ها

### فراخوان همایش

مرکز دآوری اتاق بازرگانی ایران که در نظر دارد به مناسبت یکصدمین سالگرد تأسیس نهاد دآوری در حقوق ایران، همایشی در تاریخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۵ برگزار کند، از صاحبان نظر و متخصصان در حوزه دآوری خواسته است، چنانچه علاقمند به ارائه مقاله مرتبط به موضوع همایش هستند، حداکثر تا تاریخ ۲۰ بهمن ۱۳۸۸، مقاله خود را به دبیرخانه مرکز دآوری اتاق ایران، به نشانی: تهران، خیابان آیت الله طالقانی، نبش خیابان شهید عباس موسوی (فرصت شمالی سابق)، ساختمان شماره ۲۵۴، طبقه سوم، به آقای محمد کاکاوند تحویل دهند. محورهای همایش عبارت‌اند از:

- ۱- دآوری پذیری دعاوی در حقوق ایران
- ۲- اجرای رأی داور
- ۳- دستور موقت در دآوری
- ۴- دآوری چندجانبه
- ۵- دیوان دآوری دعاوی ایران- ایالات متحده
- ۶- دآوری در قراردادهای بیمه‌انگاری
- ۷- دآوری‌های نفتی
- ۸- سیر تحول قوانین و مقررات دآوری در حقوق ایران
- ۹- جایگاه اصناف در دآوری
- ۱۰- دآوری سازمانی در حقوق ایران با تأکید بر مقررات مرکز منطقه‌ای دآوری تهران و قواعد دآوری مرکز دآوری اتاق ایران.
- ۱۱- اوصاف و شرایط داور
- ۱۲- اصلاح باب هفتم (دآوری) از قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی
- ۱۳- رابطه دآوری سازمانی با دادگاه‌ها در نظام قضایی ایران

## کمی آن سو تو

### احسان زورخ

#### اجتاز

#### رایانه‌ها و کیل می‌شوند!

محققان اروپایی موتور تحلیگر منطقی‌ای را ابداع کرده‌اند که با هوش مصنوعی، نظریه پردازی و معنی‌شناسی تلفیق شده تا بتواند بر اساس قوانین اروپا مقررات و آیین‌نامه‌ها را بررسی کرده و کار و کلا را تسهیل کند.

قوانین اروپا پیچیده، چند لایه و بسیار توسعه یافته هستند که هزاران مقررات و آیین‌نامه در خود گنجانده‌اند به شکلی که رجوع به تمامی آن‌ها بسیار وقت‌گیر، پرهزینه و مشکل خواهد بود. در حالی که هماهنگ‌سازی این مقررات و قوانین در دست بررسی است، نیاز است تا پس از این هماهنگ‌سازی سیستم جدید به افراد، شرکت‌ها و نهادهای قانونی آموزش داده شود. در این میان محدوده‌هایی مانند حقوق مالکیت فکری و مقررات حقوق دیجیتال در حال پیچیده تر شدن و توسعه یافتن هستند به شکلی که درک و استفاده آن‌ها در سرتاسر اروپا بسیار مشکل خواهد بود.

اما اکنون پروژه آلیس Alis می‌تواند مقررات و آیین‌نامه‌ها را در دامنه وسیعی تحت پوشش خود قرار دهد. این سیستم بیش از یک پایگاه داده‌های ساده بوده از دیدگاه‌هایی در نظریه پردازی برای طرف‌های مشاخره استفاده می‌کند تا دو طرف را به توافق و دو جانبه برساند.

این رایانه در سخت‌ترین شرایط قادر به تصمیم‌گیری بوده و می‌توان از آن در قانونگذاری نیز استفاده کرد. نظریه بازی به بررسی استراتژی‌هایی می‌پردازد که به تعامل میان افراد منطقی پرداخته و ترجیح این افراد را به وکیلان بازتاب می‌دهد.

این رایانه بسیار قدرتمند بوده و می‌تواند با سرعتی بالا به افراد، شرکت‌ها و وکلای کمک کند تا به زیربنای قانونی پی‌برده و میزان قابل قبول بودن دلایل خود را تعیین کنند.

این سیستم به سادگی قصد دارد فعالیت‌های وکلای را تسهیل کرده و پرونده‌های ساده و بدون پیچیدگی را بدون صرف زمان و با دقت حل کند.

#### نارده‌های نشر

#### ۱- مجلات

زیست فناوری، اخلاق زیستی و حقوق: چالش اروپا در قرن ۲۱  
این مقاله نگاشته Noelle Lenoir می‌باشد که در شماره اول از دوره ۶۹ مجله حقوق نوین در سال ۲۰۰۶ به چاپ رسیده است. در این مقاله‌ی کوتاه نگارنده به بررسی رئوس چالش‌هایی که اتحادیه اروپا در قرن جاری در حوزه زیست فناوری با آن روبرو

خواهد شد می‌پردازد. اهمیت این موضوع از آن جهت است که در این مقاله به موضوعاتی اشاره شده است که به نحوی می‌توانند در تصمیم‌گیری‌های تقنینی مؤثر باشند. محور این مقاله توجه دولت‌های اروپایی به اخلاق زیستی است تا از آن به عنوان ابزاری در فرآیند قانونگذاری خود در جهت پیشگیری از چالش‌های حقوقی، بهره‌برداری کنند.

#### از فضای سایبر به فضای بیوندی: فناوری‌های تلفن همراه به عنوان میانجی فضاهای بیوندی<sup>۲</sup>

این مقاله در سال ۲۰۰۶ توسط Adriana de Souza e Silva که از اساتید دانشگاه دولتی کارولینای شمالی می‌باشد نگاشته شده و در مجله فضاها و فرهنگ‌های انتشارات Sage به چاپ رسیده است. نویسنده در این نوشتار با تعریفی که از فضاهای بیوندی ارائه می‌دهد این مهم را که مبنای بحث وی بر چیست، به مخاطب منتقل می‌کند.

نگارنده شکل‌گیری فضاهای بیوندی را از زمانی می‌داند که جوامع مجازی چون اتاق‌های گفتگو (Chat room) سیستم‌های دامنه چند کاربره (Multi user domains) و امثالهم فعال شدند.

وی این موارد را زمینه ساز ارتباط میان فضای فیزیکی و مجازی می‌داند و از این رو، از آن به عنوان محیط بیوندی یاد کرده است.

با این وصف با توجه به توسعه به‌کارگیری تلفن‌های همراه در میان عامه مردم از سویی و در زمره ابزارهای پیشرفته ارتباطی بودن آن‌ها از سوی دیگر عاملی شده است که وی از این دستگاه‌ها به عنوان ابزارهای واسط میان دو محیط پیش‌گفته یاد نماید. در

این بین وی دو فرض را نیز مطرح نموده است: ۱- چگونه تلفن‌های همراه به عنوان یک واسط مرزهای سنتی موجود میان فضای فیزیکی و مجازی را برداشته اند؟ ۲- جایگاه تغییر دهنده

موبایل به عنوان یک عامل وارد کننده شبکه‌های اجتماعی به فضای فیزیکی و ۳- چگونه جوامع شهری در هنگامی که به یک

فضای بیوندی دوگانه تبدیل می‌شوند، خود را یکپارچه‌سازی می‌کنند. برای نیل به این فرضیه نگارنده فضای بیوندی را به

عنوان یک فضای ارتباطی، سباز و اجتماعی مورد بحث قرار داده است. اهمیت این مقاله در مفهوم‌شناسی جرم‌شناختی آن در

حیطه جرایم سایبری است که به طرز شگفتی در تبیین اندیشه‌های مرتبط با جرایم مجرمان و بزه دیدگان این حوزه در ارتباط است

و می‌توان از اندیشه‌های مطروحه در باب فضای بیوندی در جهت شناخت این جرایم بهره‌برداری نمود.

#### جرم و فناوری - چالش‌ها یا راه حل‌ها؟

بهره‌گیری از مزایای فناوری‌های نوین: له و علیه جرم<sup>۳</sup>

مقاله حاضر که در سال ۲۰۰۸ در شماره ۲۴ مجله حقوق رایانه، صفحات ۴۴۶-۴۳۷ به چاپ رسیده، توسط Maryke

2- From Cyber to Hybrid: Mobile Technologies as Interfaces of Hybrid Spaces  
3- Crime and technology - Challenges or solutions? Taking advantage of new technologies: For and against crime.

1- Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge.



Silalahi Nuth به رشته تحریر درآمده است. نگارنده در این نوشتار با نگاهی دوگانه به ویژگی‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات، هم از منظر بزهکاران سایبری و هم از دید مجریان قانون به این ابزارها نگرسته و از آن به عنوان فرصت و تهدید در مقابله با جرایم سایبری یاد می‌کند. وی فناوری‌های ارتباطی و اطلاعاتی را دارای ساختاری دوگانه می‌داند که هم از سوی مجرمین و هم از سوی دولت‌ها به منظور مقابله با جرایم مورد استفاده قرار می‌گیرد. نگارنده این فناوری را به عنوان ابزاری در جهت وضع قوانین و مقررات شدید بر مبنای اصول فواین کیفری می‌داند که قوانین بین‌المللی در ترسیم آن نقشی به سزا دارند.

## ۲- کتاب‌ها

در این قسمت دو کتاب از مجموعه کتاب‌های مطالعاتی در حقوق بین‌الملل که با موضوع زیست فناوری نیز در ارتباط هستند به همراه کتابی در خصوص مجموعه قوانین زیست فناوری اتحادیه اروپا را به طور مختصر معرفی می‌نمایم:

### فناوری‌های زیستی و حقوق بشر بین‌المللی

کتاب حاضر که جلد ۱۳ از مجموعه کتاب‌هایی تحت عنوان مطالعاتی در حقوق بین‌الملل است و توسط فرانچسکو فرانچینی، جمع‌آوری شده مجموعه‌ای از مقالات در ارتباط حقوق بشر بین‌المللی و زیست فناوری است؛ کتاب حاضر مشتمل بر بخش‌های مشروحه ذیل است:

#### \* بخش اول: بازنگری و پیوند متناوب موضوعات

- ۱- منابع ژنتیک، زیست فناوری و حقوق بشر: چارچوب حقوقی بین‌المللی،<sup>۱</sup> نگاشته فرانچسکو فرانچینی.
- ۲- مسزولیت دولت‌ها نسبت به تجاوزات به اصول اساسی اخلاق زیستی،<sup>۲</sup> نگاشته ی.ام. دویی.

#### \* بخش دوم: اخلاق زیستی و ژنتیک انسانی<sup>۳</sup>

- ۱- تکثیرگرایی اخلاقی و قاعده مند سازی زیست فناوری مدرن،<sup>۴</sup> نگاشته آر. برانزورد.
- ۲- یکسان سازی حقوق زیستی در اروپا،<sup>۵</sup> نگاشته اس. میلنز.
- ۳- استنادهای اخلاقی از سوی یونسکو در رابطه با فعالیت‌های اخلاق زیستی،<sup>۶</sup> نگاشته آ. یوسف.

- 1- Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The International Legal Framework.
- 2- State Responsibility for Violations of Basic Principles of Bioethics.
- 3- Bioethics and Human Genetics.
- 4- Ethical Pluralism and the Regulation of Modern Biotechnology.
- 5- Consolidating Bio-rights in Europe.
- 6- UNESCO Standard-setting Activities on Bioethics: Speak Softly and Carry a Big Stick.

۴- چشم انداز هنجاری مکتوبات قانونی با صیغه اخلاقی: اعلامیه جهانی سال ۲۰۰۵ در رابطه با اخلاق زیستی و حقوق بشر،<sup>۷</sup> نگاشته اج. بوزارت.

#### \* بخش سوم: حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی<sup>۸</sup>

- ۱- زیست فناوری ژرمانتی و حق بر غذا،<sup>۹</sup> نگاشته مچلی و راتین.
- ۲- مطالعه موردی در خصوص قوانین اتحادیه اروپا در رابطه با اقدام‌های اصلاح ژنتیک شده: محیط زیست، سلامت، حقوق مصرف‌کننده و آزادی اقتصادی،<sup>۱۰</sup> نگاشته رژی.
- ۳- منابع زیست زادی و حقوق فطری افراد،<sup>۱۱</sup> نگاشته اف. لئزینی.

#### \* بخش چهارم: حقوق مالکیت‌های معنوی و مسائل تجاری<sup>۱۲</sup>

- ۱- زیست فناوری، حقوق بشر و قوانین بین‌المللی اقتصادی،<sup>۱۳</sup> نگاشته بو. پترزمان.
- ۲- مهندسی ژنتیک، تجارت و حقوق بشر،<sup>۱۴</sup> نگاشته تی. کاتیر.
- ۳- حق اختراع، زیست فناوری و حقوق بشر: حفاظت از تنوع زیستی برای نسل‌های بعد،<sup>۱۵</sup> نگاشته اف. آبروت.

#### \* بخش پنجم: حقوق و خسارت‌های مشارکتی<sup>۱۶</sup>

- ۱- حقوق شهروندی و مشارکت در قوانین زیست فناوری،<sup>۱۷</sup> نگاشته دی. گالیگان.

#### \* بخش ششم: حقوق بین‌المللی بشردوستانه<sup>۱۸</sup>

- ۱- تعالیم‌های نه‌اجسی نظامی در فناوری‌های زیستی: راه‌گیری در قانون وجود دارد؟<sup>۱۹</sup> نگاشته ال. ویرچی.

این کتاب همان‌طور که از مطالب مطروحه در آن نیز به خوبی آشکار می‌گردد به نوعی جنبه‌های مختلف حقوق زیستی را با اندیشه‌های حقوق بشر بین‌المللی مزج نموده است؛ که این

7- The Normative Spectrum of an Ethically-inspired Legal Instrument: The 2005 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.  
8- Economic, Social and Cultural Rights.  
9- Agricultural Biotechnology and the Right to Food.  
10- A Case Study of the European Union's Regulation of GMOs: Environment, Health, Consumer Rights and Economic Freedom.  
11- Biogenetic Resources and Indigenous Peoples' Rights.  
12- Intellectual Property Rights and Trade Issues.  
13- Biotechnology, Human Rights and International Economic Law.  
14- Genetic Engineering, Trade and Human Rights.  
15- Patents, Biotechnology and Human Rights: The Preservation of Biodiverse Resources for Future Generations.  
16- Participatory Rights and Remedies.  
17- Citizens' Rights and Participation in the Regulation of Biotechnology.  
18- International Humanitarian Law.  
19- Offensive Military Applications of Biotechnologies: Loopholes in the Law?

عود به شناخت بهتر نیازهای تقنینی در حوزه زیست فناوری، چه در سطح ملی و چه بین‌المللی کمک می‌کند.

#### زیست فناوری و حقوق بین‌الملل

این کتاب نیز همچون کتاب قبلی تألیف فرانچسکو فرانچینی است و جلد نهم از مجموعه کتاب‌های مطالعاتی در حقوق بین‌الملل است. این کتاب مجموعه مقالاتی مشتمل بر پنج بخش به شرح ذیل است.

#### \* بخش اول: نظام حقوقی بین‌المللی زیست فناوری: شاخص‌های کلی<sup>۱</sup>

- ۱- حقوق بین‌الملل برای زیست فناوری: اصول بنیادین<sup>۲</sup>، نگاهش فرانچسکو فرانچینی.
- ۲- تنوع زیستی و زیست فناوری، یکپارچگی و کوشش در ادغام نمودن رژیم‌های حقوقی بین‌المللی<sup>۳</sup>، نگاهش پی. پاونی.

#### \* بخش دوم: زیست فناوری و حمایت از محیط زیست<sup>۴</sup>

- ۱- زیست فناوری، تنوع زیستی و توسعه پایدار: تعارض یا تطابق؟<sup>۵</sup> نگاهش سی. ریچرل.
- ۲- جمع‌آوری مواد ژنتیکی در بستر عمیق دریا: شکاف‌ها و غلظت‌های حقوقی می‌بایست پر شوند<sup>۶</sup>، نگاهش تی. سوازی.
- ۳- زیست فناوری و منابع زیست زادی دریایی: تقابلی میان کنوانسیون سازمان ملل متحد در رابطه با حقوق دریاها<sup>۷</sup> و کنوانسیون تنوع زیستی<sup>۸</sup>، نگاهش جی. کانلیدی.
- ۴- جمع‌آوری مواد ژنتیکی در قطب جنوب: آیا این امر با ارزش‌های قطب جنوب به عنوان یک ذخیره طبیعی سازگار است؟<sup>۹</sup> پی. ویگنی.
- ۵- جمع‌آوری مواد ژنتیکی در قطب جنوب: چالشی جدید برای معاهده<sup>۱۰</sup> قطب جنوب<sup>۱۱</sup>.

#### \* بخش سوم: زیست فناوری و موضوعات حقوقی بین‌المللی<sup>۱۲</sup>

- 1- The International Legal Regime of Biotechnology: General Aspects.
- 2- International Law for Biotechnology: Basic Principles.
- 3- Biodiversity and Biotechnology: Consolidation and Strains in the Emerging International Legal Regimes.
- 4- Biotechnology and the Protection of the Environment.
- 5- Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development: Conflict or Congruence?
- 6- Bioprospecting on the Deep Seabed: A Legal Gap Requiring to be Filled.
- 7- United Nations Convention on the Law of the Sea.
- 8- Convention on Biological Diversity.
- 9- Antarctic Bioprospecting: Is it Compatible with the Value of Antarctica as a Natural Reserve?
- ۱۰- معاهده قطب جنوب و موافقت‌نامه‌های مرتبط با آن که مجزماً نظام معاهداتی قطب جنوب نامیده می‌شوند، با هدف وضع قوانینی بین‌المللی به منظور جلوگیری از آلودگی قطب جنوب وضع شده‌اند.
- 11- Bioprospecting in Antarctica: A New Challenge for the Antarctic Treaty System.

۱- نزاع سازمان تجارت جهانی در خصوص موجودات اصلاح ژنتیک یافته: وجه مشترک مشکلات قانون تجارت بین‌المللی، قانون محیط زیست و قانون زیست فناوری<sup>۱۳</sup>، نگاهش یو. پترزمان.

۲- آگاهی‌های سنتی، تنوع زیستی، منافع اشتراکی و سیستم ثبت اختراع: رویا در برابر اقتصاد؟<sup>۱۴</sup> نگاهش اولریش.

۳- تجارت بین‌المللی در رابطه با موجودات اصلاح ژنتیک یافته، چارچوب‌های حقوقی و روابط کشورهای توسعه یافته<sup>۱۵</sup>، نگاهش زارلی.

#### \* بخش چهارم: زیست فناوری و حقوق بشر<sup>۱۶</sup>

- ۱- زیست فناوری زراعتی، امنیت غذایی و حقوق بشر<sup>۱۷</sup>، نگاهش ام. فوئر.
- ۲- زیست فناوری، جایگاه بشری و ژنتیک انسانی<sup>۱۸</sup>، اف. لنزینی.
- ۳- حقوق فطری افراد، منابع زیست زادی و آگاهی‌های سنتی<sup>۱۹</sup>، نگاهش ام. فرابونی و اف. لنزینی.

#### \* بخش پنجم: زیست فناوری و سیستم‌های یکپارچگی اقتصادی محلی<sup>۲۰</sup>

- ۱- نقش اتحادیه اروپا در حقوق بنیادین و راهبری زیست فناوری در اتحادیه اروپا<sup>۲۱</sup>، نگاهش پی. استورما.
- ۲- مدیریت خطر موجودات اصلاح ژنتیک یافته در اتحادیه اروپا و استراتژی دفاعی کمیسیون اروپایی در منازعات زیستی: آیا آن‌ها متضاد هستند؟<sup>۲۲</sup> نگاهش اس. پولی.
- ۳- زیست فناوری و سیستم‌های ائتلاف منطقه‌ای، قانونگذاری و رویه عملی در کشورهای جامعه‌آند<sup>۲۳</sup>، نگاهش اف. نوآک.

- 12- Biotechnology and International Trade Issues.
- 13- The WTO Dispute Over Genetically Modified Organisms: Interface Problems of International Trade Law, Environmental Law and Biotechnology Law.
- 14- Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?
- 15- International Trade in GMOs: Legal Frameworks and Developing Country Concerns.
- 16- Biotechnology and Human Rights.
- 17- Agricultural Biotechnology, Food Security and Human Rights.
- 18- Biotechnology, Human Dignity and the Human Genome.
- 19- Indigenous Peoples' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The Case of the Sateré-Mawé People.
- 20- Biotechnology and Regional Economic Integration Systems.
- 21- The EU Charter of Fundamental Rights and the Governance of Biotechnology in the European Union.
- 22- The EU Risk Management of Genetically Modified Organisms and the Commission's Defence Strategy in the Biotech Dispute: Are They Inconsistent?
- 23- Biotechnology and Regional Integration Systems: Legislation and Practices in the Andean Community Countries.



این کتاب سعی در ترسیم جنبه‌های حقوقی زیست فناوری با تأکید بر قواعد بین‌المللی داشته و مطالب بسیاری را نیز در این مورد، به بحث گذاشته که به عنوان آن‌ها اشاره شد.

#### مجموعه قوانین ژنتیک اتحادیه اروپا، قانون و تصمیم‌گیری برای فناوری جدید (چالش‌های قانونی زیست فناوری، ژنتیک انسانی، غذا و حق اختراع)

کتاب حاضر در هفت بخش نگارش یافته است و به بررسی جنبه‌های مختلف قوانین مرتبط با ژنتیک در اتحادیه اروپا می‌پردازد. مطالب کتاب مشتمل بر موارد زیر است:

#### ۱- مقدمه

در بردارنده مهلت و مجوزهای قانونی موجودات اصلاح ژنتیک شده است.

#### ۲- موجودات اصلاح ژنتیک شده در اتحادیه اروپا

تلمرو بحث: در این قسمت به مناظرات مطروحه پیرامون موجودات اصلاح ژنتیک شده اشاره شده است و به سؤالات پیرامون اهداف اصلاح ژنتیک، تسلط خطرپذیری ناشی از اصلاح ژنتیک و نیز بررسی تصمیمات اتخاذ شده در خصوص موجودات اصلاح ژنتیک شده می‌پردازد و به عنوان نمونه کشور انگلستان را مورد بررسی قرار می‌دهد.

#### ۳- موجودات اصلاح ژنتیک شده و ریسک قابولگذاری در اروپا

در این بخش نظام مجوزهای قانونی، ارزیابی علمی خطرپذیری، جایابی رایگان محصولات اصلاح ژنتیک شده و نظارت چند سطحی و سیاست‌های حاکم بر اصلاح ژنتیک از مطالبی هستند که بدان‌ها پرداخته شده است و سعی بر آن بوده تا یک مدل چند وجهی از این مباحث ارائه گردد.

#### ۴- زندگی با محصولات اصلاح ژنتیک شده

همزیستی، تمهد و برچسب زنی: مواردی که در این بخش بدان‌ها پرداخته شده است عبارتند از: همزیستی و حدود ناخالصی محصولات ژنتیکی، همزیستی به عنوان یک مشکل اقتصادی، مسؤولیت مدنی به عنوان یکی از آثار منفی موجودات اصلاح ژنتیک شده، ماهیت ضرر و مسؤولیت و شرکای بحث که این‌ها را می‌توان در واقع طرفین مورد تیز در مناظره پیرامون مسؤولیت مدنی ناشی از موجودات اصلاح ژنتیک یافته دانست؛ در واقع نگارنده در این بخش علاوه بر بحث پیرامون مسؤولیت‌های مدنی ناشی از همزیستی با موجودات تراریخته به بررسی مسؤولیت تولیدکنندگان این محصولات نسبت به برچسب زنی آن‌ها و ارائه خدمات متمایز اشاره نموده است.

۵- زندگی با محصولات اصلاح ژنتیک شده  
مالکیت، توزیع جهانی و ترادوی از هم پاشیدگی جوامع، توزیع جهانی و سرقت زیستی و تقسیم منافع، روابط محلی و مشکلات همزیستی بیشتر، حق اختراع موجودات زنده و قیود اخلاقی؛ این‌ها موضوعاتی است که در بخش زیستن با موجودات اصلاح ژنتیک شده و مفوله مالکیت آن‌ها مورد بحث قرار گرفته است.

#### ۶- مفهوم جهانی تجارت بین‌المللی

در این بخش موضوعاتی چون سازمان تجارت جهانی و ارزش‌های اجتماعی، ارزش‌های دموکراتیک و اجتماعی، ارزیابی خطرپذیری به عنوان یک محدودیت تقنینی، همگرایی جهانی در رابطه با موجودات تغییر ژنتیک یافته و رای هیأت حاکمه، قانونگذاری نوین، که در بردارنده ساختارهای تقنینی بین‌المللی در رابطه با تجارت جهانی است و در آن به فرآیندهای قانونگذاری نوین در عرصه بین‌المللی اشاره شده است که از جمله آن‌ها عدم حضور حکمران‌های منطقه‌ای در تصمیم‌گیری‌های بین‌المللی است.

### همایش‌ها

#### همایش حمایت از حقوق مصرف‌کننده

این همایش در روزهای ۱۰-۹ دسامبر ۲۰۰۹ در شهر ژوهانسبورگ در آفریقای جنوبی برگزار می‌شود. محورهای این همایش بر سازگار نمودن مشاغل با مقررات توین حمایت از حقوق مصرف‌کننده، ابزارهای ایجاد تعادل میان حمایت از مصرف‌کننده و خطر سرمایه‌گذاری و همگام سازی مشاغل در ارتباط با قوانین حمایت از حقوق مصرف‌کننده، مبتنی هستند.

#### دومین همایش جهانی اتاق بازرگانی بین‌المللی

دومین همایش جهانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، در روزهای ۱۱-۱۳ دسامبر ۲۰۰۹ در ریود ژانیرو برزیل برگزار می‌شود. همایش نخست، که در سال ۲۰۰۸ در بارسلونا برگزار شده بود ۵ منطقه جغرافیایی را برای اعضای این اتاق تعریف کرده بود که در خلال سال گذشته میلادی همایش‌های منطقه‌ای در ۵ حوزه برگزار شد. اما همایش بین‌المللی امسال به منظور گردهم‌آوردن اعضا و دادن فرصت اظهار نظر به ایشان است تا دیدگاه‌های خود را در رابطه با موضوعات مرتبط با این نهاد تجاری بین‌المللی مطرح نمایند.<sup>۲</sup>

1 <http://www.intellectransfer.co.za>  
2 <http://www.iccevents.org>

# مستقل

- هدفمند کردن یارانه‌ها و دورنمای جرم شناختی
- الزام به تعیین حبس در بزه انتقال مال غیر
- مردم و رکالت دادگستری (۲)
- اخلاق آمد عادت
- جنبش حقوق زنان در جهان با تأکید بر جنبش حقوقی زنان در ایران ...
- نقد یک تصمیم
- آیا مأموران وزارت اطلاعات، ضابط دادگستری‌اند؟ (۲)
- وکالت تسخیری: وکالت در استغاثه یا نیابت در استغفار؟
- سه گفتار در کاشفیت: گواهی، نگرش نسبی گرایانه به گفتمان «گواهی» ...
- نقدی بر یک رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور
- بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله در بازار بورس اوراق بهادار (۲)
- قرار اناطه یا تملیق عدالت؟
- قابلیت اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ...
- پرداخت حق مالکانه در زمان تملک اراضی و املاک ...
- مداخله برای حقوق بشر
- متن بی‌فایده یا ادعای بی‌فایده
- بازرسی بدنی و کلا با کدامین حکم و مجوز قانونی!

## هدفمند کردن یارانه‌ها و دورنمای جزئیات

۱- لایحه هدفمند کردن یارانه‌ها که دولت از آن به عنوان مهم‌ترین راهکار حل معضل بزرگ اقتصادی کشور یاد می‌کند، شاه بیت‌اش حذف یارانه‌های انرژی است. از منظر این لایحه، حذف یارانه‌ها در دو بخش صورت می‌گیرد. بخش اول، حذف یارانه بنزین، نفت سفید، گازوئیل و گاز می‌باشد که فرار است پس از حذف، قیمت آن‌ها بر مبنای قیمت جهانی تعیین شود. بخش دیگر آن، به حذف یارانه‌های کالاهای ضروری مردم چون آب، برق، آرد و... مربوط می‌شود که پس از این رویکرد، قیمت تمام شده تولید در داخل، ملاک قیمت‌گذاری قرار می‌گیرد. گفته می‌شود، با اجرایی شدن این لایحه - که در زمان نگارش این نوشتار (۸۸/۹/۹) بحث تشکیل سازمان هدفمند کردن یارانه‌ها مطرح بوده و لایحه هنوز نهایی نشده است - دولت در نظر دارد برای روستاییان و دهک‌های پایین جامعه، ۶۰ الی ۷۰ هزار تومان و برای بقیه افراد، حدود ۲۰ هزار تومان پرداخت کند. در زمینه مقررات این لایحه و حواشی آن - با وجود اصرار دولت به اجرا و تأکید به این که تنها راه حل معضل اقتصادی کشور است - از ناحیه کارشناسان و نخبگان اقتصادی، انتقادات شدیدی به خصوص به نحوه عملی شدن آن به عمل آمده است. جهش قیمتی در بسیاری از کالاها بعد از آزاد سازی قیمت‌ها و ایجاد آثار تورمی از جمله پیامدهای منفی این لایحه بر شمرده شده است. به عبارت دیگر اکثریت مردم فقیرتر خواهند شد و برخی ابراز نگرانی کرده‌اند که رکود اقتصادی توأم با تورم می‌تواند منجر به بروز نارضایتی و درگیری‌هایی در کشور شود. همانگونه که در برخی کشورها مانند تونس، مکزیک، آرژانتین، روسیه و سایر کشورهایی که پیش از ایران به این گونه اصلاحات دست زده‌اند، شاهد بوده‌ایم. (ر. ک دکتر نادر هوشمندیار، نوشتار: این یارانه‌ها ما را کشت. روزنامه اعتماد، ۱۶ آبان ۸۸) افزون بر این گفته می‌شود اختلال در بازار کار و ورشکستگی صنایع بزرگ و کوچک از دیگر پیامدهای این لایحه می‌باشد. منتقدان می‌گویند هرگونه تحول اقتصادی باید موجب گسترش عدالت اقتصادی و اجتماعی شود و مهم‌تر از همه، باید زمینه‌ها و بسترهای اجرایی آن فراهم باشد تا بتوان به اهداف مورد نظر نایل شد، درحالی که در شرایط فعلی کشور چنین زمینه‌هایی فراهم نیست. به ویژه این که اصرار دولت به اجرای شتاب زده و عجولانه این «جراحی بزرگ اقتصادی» آن‌هم با در اختیار گرفتن کامل منابع حاصل از حذف یارانه‌ها - بدون نظارت مجلس - سبب دغدغه و نگرانی جدی فعالان سیاسی و نمایندگان مجلس شده است. درحالی که مطابق اصل ۵۳ قانون اساسی کلیه دریافت‌های دولت باید در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز شود و همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام گیرد.

• وکیل دادگستری - ارومیه.

نگرانی نخبگان که بیشتر ناظر به تبعات اجرای این تحول اقتصادی بزرگ می‌باشد، گاهی موجب پیشنهادهایی نیز گردیده است. هر چند استمرار بی‌اعتنایی به نظرات کارشناسی و نادیده گرفتن برخی از اصول قانون اساسی، مؤید این است که به این پیشنهادات نیز توجهی نمی‌شود. یک صاحب نظر می‌گوید: «ما در تصویب قوانین باید به سمتی برویم که نظر اجرایی قوه قضاییه را در تصویب قوانین لحاظ کنیم و با اعمال نظرات کارشناسی در این خصوص، پتانسیل جرم‌خیزی قوانین مصوب را به حداقل برسانیم. در یک نگاه سیستماتیک، قوه قضاییه پیشگیری از جرم را باید در مبادی اندیشیدن به برنامه‌های رشد اقتصادی دنبال کند و مانع از تدوین برنامه‌هایی شود که آثار (جرم‌خیز) دارد. اما اگر رویه‌ای که تاکنون بوده، ادامه یابد، حتی اگر بودجه قوه قضاییه به دو برابر از سطح کنونی برسد، باز نمی‌تواند یکی از وظایف پنج‌گانه خود را که پیشگیری از وقوع جرم است به درستی انجام دهد» - (ر.ک به دکتر حسن سبحانی، نوشتار: جرم‌خیزی برنامه‌ها، روزنامه اعتماد، ضمیمه روزنامه، ۱۶ آبان‌ماه ۸۸)

به هر حال، صاحب‌نظران منتقد با توجه به اهداف مطرح برای هدفمند کردن پارانه‌ها، نه تنها تحقق این اهداف را به نحوی که دولت ادعا دارد، اغلب قابل تردید می‌دانند، بلکه عقیده دارند فشار ترمیمی حاصل از اجرای عمجولانه و غیرکارشناسی این لایحه، فراتر از پرداخت‌هایی که انجام می‌شود خواهد بود. این منتقدان اغلب خارج از بدنه دولت، پیشنهادهایی نیز درباره نحوه اجرای این لایحه و تخفیف آثار زیانبار آن دارند که به لحاظ پرداختن به ابعاد جرم‌شناختی این جراحی بزرگ، از اشاره به جزئیات این نظرات خودداری می‌شود. به هر صورت عدم امکان اصلاح ساختار اقتصادی در کوتاه مدت، «عقب‌گرد نرخ رشد اقتصادی نسبت به چهار سال گذشته»، فاصله گرفتن از اهداف سند چشم‌انداز بیست ساله، واگذاری سهام دولتی به ارگان‌های «شبه دولتی» به جای خصوصی سازی، وجود رکود حاکم بر اقتصاد داخلی که بخشی از آن، نتیجه رکود اقتصاد جهانی است، بالا بودن نرخ تورم و حتی تأثیرگذاری رخدادهای پس از انتخابات بر وضعیت کنونی، عواملی است که دورنمای مطلوبی را برای آثار و نتایج اجرای لایحه هدفمند کردن پارانه‌ها - به فرض قانونی شدن آن - به دست نمی‌دهد.

۲- از دیدگاه جرم‌شناسی، راهکار اساسی مبارزه با بزهکاری، پیشگیری از جرم است، نه برخورد با معلول (مجرم). در حالی که در حقوق جزای سنتی، برخورد پلیسی و قضایی با مجرم به عنوان رویکرد اصلی شناخته شده است. رویکردی که کارایی آن در اغلب سیستم‌های کیفری پیشرفته، مورد تردید قرار گرفته است. بنابراین، تلاش‌های انجام شده در راستای حذف مجازات‌های خشن و غیر انسانی و تعیین جایگزین‌های حبس از جمله اصلاحات جزایی است که برخی از نهادهای فراملی و یا دولت‌ها در برنامه‌های خود دارند (ر.ک به نوشتار: چرا احترام قانون کیفری نقض می‌شود؟ از نگارنده، روزنامه اعتماد ملی، ۱۶/۸/۸۶) از سوی دیگر، راهکار اصلی پیشگیری از جرم، تدوین سیاست جنایی کلان در ابعاد گسترده فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی می‌باشد. این نوع سیاست جنایی در مفهوم «سیاست اجتماعی» است. از این رو نباید این مفهوم اعم را با مفهوم «مضیق و مضیق» سیاست کیفری که منظور از آن «مجموعه شیوه‌های خشن دولت علیه جرم» می‌باشد، اشتباه گرفت. زیرا سیاست جنایی «در مفهوم موثع آن به یکی از قلمروهای سیاسی و اجتماعی تبدیل می‌گردد که در واقع قوای عمومی یک دولت در سطوح بالا و نه صرفاً سازمان‌های قضایی و پلیس آن دولت، باید در برنامه‌ریزی

سیاست‌گذاری و اجرای آن شرکت کنند. (ر.ک به کریستین لارژر، سیاست جنایی، ترجمه نجفی ابرندآبادی، ص ۹) در این نوع رویکرد، سیاست جنایی اثربخش و کارا به عنوان جنبش دفاع اجتماعی «عهده‌دار نوسازی جنبش کهن پیشگیری اجتماعی می‌شود و باید به وسیله تدابیر کلی، بهداشت عمومی، مبارزه علیه آفات اجتماعی، بهبود سطح زندگی و تنظیم برنامه‌های دقیق برای اوقات فراغت و عملی نمودن آن‌چه برخی آن را قائم مقام کیفری می‌نامند به دفاع نوین اجتماعی تحقق بخشد. (ر.ک به مرحوم مهدی کی نیا، سیاست جنایی، نشریه دانشکده علوم قضایی، شماره ۲، ص ۱۷)»

بنابراین، پیشگیری اجتماعی (در قلمرو ابعاد فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی) راهکار اساسی مقابله با بزهکاری و انحراف از هنجارهای اجتماعی است. بدون تردید در تئوری‌های کلان جرم شناختی برای تبیین علیت جنایت (در مفهوم اعم آن) و چرایی تغییرات انواع پدیده‌های مجرمانه و نرخ آن در زمان و مکان معین، جرم‌شناسان معتقدند این ابعاد چندگانه تأثیرات انکارناپذیری در وضعیت و شرایط جامعه و رفتارهای فردی و گروهی دارد. افزون بر این، هریک از عوامل و شرایط فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در دیگری تأثیرگذار است. به‌عنوان مثال شرایط سیاسی حاکم می‌تواند بر وضعیت اقتصادی اثرگذار باشد و بالعکس. به سخن دیگر، وضعیت اقتصادی نابسامان و پاشیده، موجب ناامنی اجتماعی نیز می‌شود و ناامنی اجتماعی خود عاملی مضاعف است برای نابسامانی و بحران اقتصادی. فارغ از این، در تعیین علیت بزهکاری یا انحراف، این عوامل به عنوان علل «برون زاه» یا عوامل محیطی بر عوامل «درون زاه» یا عوامل مربوط به سرشت اندامی و روانی بزهکار - نیز تأثیر گذاشته و فرد را به انحراف از هنجارهای اجتماعی سوق می‌دهد. با وجود پیدایش و تبیین تئوری‌های جدید جرم‌شناختی، هنوز عامل اقتصادی در تشریح علیت پدیده‌های گوناگون بزهکاری، نقش اصلی را ایفا می‌کند. اهمیت این عنصر آن‌گاه آشکار می‌شود که دیگر عوامل فرهنگی، اجتماعی و سیاسی، خود متأثر از این عنصر می‌باشد (ر.ک به نوشتار: پدیده‌های مجرمانه کنونی با هر تئوری‌ای قابل توجه است! از نگارنده، روزنامه اعتماد ملی، ۸۷/۲/۱). بیکاری، تورم، گرانی، رواج فساد مالی، شکاف طبقاتی شدید، تبعیضات ناروا در برخورداری از امکانات مادی و معنوی، و ده‌ها پیامد دیگر عمدتاً معلول سیاست‌های اقتصادی نادرست است. به یقین فشار تورمی شوک‌آور و ناگهانی نیز می‌تواند تبعات زیان‌بار جبران‌ناپذیری را به جامعه و قشر فقیر وارد نماید به نحوی که پرداخت‌های ناچیز نقدی نتواند جوابگوی این زیان‌ها باشد.

و اما این که برخی اظهارنظر نموده‌اند ما در تصویب قوانین باید نظر اجرایی و مشورتی قوه قضاییه را لحاظ کنیم تا پتانسیل جرم‌خیزی قوانین را به حداقل برسانیم. به ویژه این که پیشگیری از جرم یکی از وظایف قوه قضاییه است و در غیر این صورت از هم‌اکنون صحنه‌های محاکمه انسان‌های شریف بسیاری را می‌بینیم که متأثر از اجرای این لایحه، گرفتار پیامدهای رکود، تورم، بیکاری، از هم پاشیدگی خانواده‌ها، عدم امکان فرصت رسیدگی به تربیت فرزندان، سوء رفتارهای فردی و اجتماعی و... شده‌اند در حالی که اگر این قانون روند درستی را طی می‌کرد درگیر چنین گرفتاری نبودند. (دکتر حسن سبحانی، نوشتار جرم‌خیزی برنامه‌ها، منبع پیشین) پاسخ این است در شرایط فعلی، نه تنها تعامل و هماهنگی قانونی و عملی بین دو قوه (دولت و مجلس) با قوه قضاییه در این زمینه‌ها وجود ندارد، رئیس دولت به رغم این که قانوناً

مسئول اجرای قانون اساسی است، ضمن حضور در مجلس، خواهان در اختیار گرفتن کامل منابع حاصل از حذف پارانه‌ها- با تأسیس صندوق- بدون نظارت مجلس- می‌شود درحالی‌که تأسیس این صندوق با اصول ۵۲، ۵۳ و ۵۵ قانون اساسی در تعارض می‌باشد. گذشته از این، اغلب لوایح قضایی قوه قضاییه در مجلس، معطل مانده و یا دولت‌گاهی در این‌گونه لوایح تغییراتی به عمل آورده و سپس به مجلس ارائه نموده است (به عنوان نمونه لایحه حمایت از خانواده). حال چگونه می‌توان انتظار داشت در لایحه مهمی چون هدفمند کردن پارانه‌ها که دولت از نظر شکل و ماهیت، آن را لایحه‌ای در زمینه اقتصادی صرف تلقی می‌کند نظر اجرایی یا مشورتی قوه قضاییه را جلب نماید؟! پرسش دیگر این است، درحالی‌که مقوله پیشگیری از جرم در مفهوم (پیشگیری اجتماعی) در وظیفه و توان اجرایی قوه قضاییه نبوده و نیست، باز چگونه می‌توان امید داشت این قوه بتواند در روند تصویب لایحه هدفمند کردن پارانه‌ها دخالت کند یا نظر مشورتی ارائه نماید؟

رئیس سابق قوه قضاییه در مراسم تودیع و معارفه رؤسای قدیم و جدید قوه قضاییه (در مرداد سال جاری) با اشاره به کثرت پرونده‌ها در محاکم می‌گوید سیستم اداری کشور به گونه‌ای بوده که منجر به وجود آمدن این همه پرونده شده است... امنیت حقوقی و اجرای عدالت زمانی تحقق می‌یابد که سرچشمه‌های تضییع حقوق اشخاص اصلاح شود. (روزنامه اعتماد ۸۸/۵/۲۷)

از نظر جرم‌شناختی، بحران اقتصادی، یک «متغیر مستقل» است که بر تبهکاری (به عنوان یک متغیر وابسته) تأثیرگذار می‌باشد. بدون تردید این تأثیر نه فقط در نوع تبهکاری بلکه در نرخ آن نیز در زمان و مکان متفاوت می‌باشد و اگر گفته شود در شرایط بحران اقتصادی و اجتماعی- دولتمردان با توسل به تسلط اجباری (قوانین، دادگستری و پلیس از عوامل تسلط اجباری محسوب می‌شوند) و در قالب تسلط اجتماعی بر هنجارشکنان و اعضای جامعه غلبه نمایند تا آنان وادار به همنوا شدن یا راه و رسم جدید جامعه گردند. اما نباید غافل بود که «گاهی فشار اجتماعی- به صورت فشارهای بدنی، روانی و اقتصادی، چنان بر فرد هنجارشکن گران می‌آید که نسبت به جامعه احساس عداوت می‌کند و یکسره از همنوا شدن با آن سر می‌پیچد.» (ر.ک به ریموند گسن، مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ترجمه مهدی کی‌نیا، پاورقی ص ۱۲)

و بالاخره گفته‌ها و ناگفته‌های این «جراحی بزرگ اقتصادی» آن‌چنان سبب نگرانی و دغدغه عموم و برخی نخبگان و مقامات است که به رغم تصویب عمده مقررات آن در مجلس، دبیر مجمع تشخیص مصلحت نظام در نامه‌ای به رئیس مجلس شورای اسلامی ضمن ایراد انتقادات جدی به لایحه هدفمند کردن پارانه‌ها، پیشنهاد کرده است: «در ماده‌ای قانونی، یک شورای عالی (مشابه شورای عالی پول و بانک) از اقتصاد دانان و مدیران با تجربه اقتصادی و تنی چند از کارآفرینان کشور، با اختیارات مستقل از مقامات، اجرای قانون را عهده‌دار شوند و با توجه به تأثیر قابل توجه و حائز اهمیتی که اجرای این قانون بر اقتصاد کشور و زندگی مردم دارد، انتظار می‌رود با افزودن ماده‌ای به انتهای این قانون، آن را به مدت شش ماه به نظرخواهی نخبگان جامعه بگذارید، پس از آن که نظرات آنان نسبت به آخرین نظارت مجلس و دولت اخذ شد و اصلاحات لازم انجام گرفت، برای اجرا به دولت ابلاغ شود» (روزنامه اعتماد، ۸۸/۹/۲) به هر حال برای تجربه عینی تبعات اجرای این لایحه باید منتظر ماند.



## الزام به تعیین حبس در بزه انتقال مال غیر

در «نیم نگاه به بزه فروش مال غیر»، مندرج در شماره ۴۱ خبرنامه، نویسنده محترم با برداشتی عدالت خواهانه از متن رأی وحدت رویه ۶۹۶-۸۵/۹/۱۴ دیوان عالی کشور، استدلال نموده‌اند که اعمال تبصره یک ذیل ماده یک قانون تشدید مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷، یعنی ممنوعیت تعیین حبس کمتر از یک سال و تعلیق اجرای کیفر (در مقام اعمال کیفیات مخففه) نسبت به مرتکب انتقال مال غیر، دیگر الزامی نمی‌باشد. به بیان دیگر، آقای احمد رضا یزدانی در نیم نگاه‌شان به این موضوع، به این نتیجه رسیده‌اند که چون در متن رأی وحدت رویه شماره مرقوم که در خصوص عدم شمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی (مرور زمان) در مورد بزه انتقال مال غیر صادر گردیده، آمده است:

«... قانونگذار انتقال مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات آن دانسته ... در حالی که در متن ماده یک قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر، مرتکب این بزه، کلاهبردار (محسوب شده) و نه در حکم آن، بنابراین بعد از قریب به ۸۰ سال تغییر رویه قضایی امکان پذیر شده است. برای سهولت بیان مطالب، ناگزیر از ذکر مواد قانونی و رأی وحدت رویه یاد شده در آخر این نوشتار هستیم. (۱)، (۲)، (۳)»

هر چند نظر نویسنده گرامی، از حیث رعایت عدالت جزایی و تناسب مجازات با جرم و ستودنی است اما بنا به دلایلی که فقط برخی از آن‌ها ذیلاً ذکر خواهد شد، چنین نظری به لحاظ مغایرت با مقررات قانونی و اصول و موازین جزایی، پذیرفتنی نیست:

۱- اساس استدلال نویسنده، بر کاربرد واژه‌ها در قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر و متن رأی وحدت رویه فوق‌الذکر بنا شده است. بدین توضیح که ایشان عقیده دارند چون در قانون اخیرالذکر، شخصی که عالماً اقدام به انتقال مال غیر کند، کلاهبردار محسوب شده و مجازات این بزه در قانون تشدید مرتکبین... حبس از ۱ تا ۷ سال پیش بینی شده و در تبصره ۱ از ماده ۱ قانون اخیر در صورت اعمال جهات مخففه (ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی) تعیین حبس کمتر از یک سال و تعلیق مجازات، تجویز نشده است و چون در متن رأی وحدت رویه شماره ۶۹۶-۸۵/۹/۱۴ پیامی نهفته که برای نخستین بار در تصویب قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ بزه انتقال مال غیر را در حکم کلاهبرداری تشخیص داده است. بنابراین تسری عبارات پایانی تبصره مذکور [الزام به تعیین حداقل حبس (یک سال) و نیز عدم تعلیق مجازات] درباره بزه انتقال مال غیر برخلاف عدالت جزایی و... است.

اولاً- همان طوری که نویسنده نیز اشاره نموده‌اند، رأی وحدت رویه در خصوص عدم شمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی (مرور زمان کیفری) نسبت به بزه انتقال مال

غیر صادر شده. بنابراین احکام قطعی مورد اختلاف نیز در رابطه با این موضوع بوده و اصولاً و منطقاً رأی وحدت رویه در مقام تعیین تکلیف این اختلاف به منظور ایجاد وحدت رویه می‌باشد و بس و این که در متن رأی استدلال شده است... نظر به این که قانونگذار انتقال مال غیر را با علم به این که مال غیر است در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات دانسته و اقدام به این امر نیز ماهیتاً آکل مال به باطل به شمار می‌آید که شرعاً حرام محسوب گردیده... ناظر به دلیل قانونی و شرعی خروج موضوعی بزه انتقال مال غیر از شمول مقررات مرور زمان می‌باشد. به سخن دیگر رأی وحدت رویه در مقام بیان این مطلب است و قید این که قانونگذار وقت [۱۳۸۰] انتقال مال غیر را [در گذشته] در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات آن دانسته، مفید این معنا نیست که چون در قانون سال ۱۳۰۸ مرتکب انتقال مال غیر، کلاهبردار محسوب شده، اینک دیگر (کلاهبردار) نبوده و بلکه (در حکم کلاهبردار) می‌باشد و نتیجتاً تعیین حد اقل یک سال حبس و عدم تعلیق درباره مرتکب آن الزامی نمی‌باشد!

**ثانیاً- قید «کلاهبردار محسوب» یا «در حکم کلاهبرداری» در صور خاص کلاهبرداری،** مانند انتقال مال غیر، تحصیل متقلبانه تصدیق انحصار وراثت و... با تصریح این که به مجازات مقرر برای کلاهبرداری [عام] محکوم خواهد شد، از نظر واژه و لفظ و عبارت هر چند متفاوت است اما در رویه قانونگذاری و قضایی ما بر یک مفهوم دلالت می‌نماید زیرا از آنجایی که توصیف قضایی و جوهره و ارکان تشکیل دهنده بزه کلاهبرداری عام (ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین...) متفاوت از ماهیت و ارکان تشکیل دهنده کلاهبرداری‌های خاص بوده است. قانونگذار برخی موارد خاص را از حیث مجازات مرتکب، کلاهبرداری محسوب و یا در حکم کلاهبرداری قرار داده است.

در تعریف کلاهبرداری عام بیان می‌شود: «کلاهبرداری عبارت است از بردن مال دیگری از طریق توسل توأم با سوءنیت به وسایل یا عملیات متقلبانه» (۴) در حالی که در مورد انتقال مال غیر می‌توان این تعریف را ارائه کرد: انتقال مال غیر عبارت است از انتقال عالمانه و عامدانه مال غیر به دیگری بدون مجوز قانونی. نه تنها این تعاریف متفاوت است بلکه ارکان تشکیل دهنده هر دو جرم نیز یکسان نمی‌باشد. به عنوان مثال کلاهبرداری عام، از لحاظ عنصر مادی جرمی است مرکب و مقید (۵) در حالی که انتقال مال غیر بدون مجوز قانونی جرمی ساده و مطلق می‌باشد (۶) همین‌طور از حیث عنصر روانی، تحقق کلاهبرداری عام مستلزم سوءنیت عام و خاص می‌باشد در صورتی که برای تحقق انتقال بدون مجوز قانونی مال غیر، سوای عنصر مادی، وجود سوءنیت عام (عالمی و عامداً) کافی است و بالاخره مواردی از کلاهبرداری‌های خاص به لحاظ این که جوهره و ارکان متشکله آن‌ها متفاوت از جرم کلاهبرداری عام بوده اما در عین حال از خانواده کلاهبرداری محسوب می‌شود، قانونگذار برای مرتکبین این عنوان‌های مجرمانه جداگانه، مجازات کلاهبرداری را در نظر گرفته است....

۲- اما دلیل قانونی دیگر برای رد نظر همکار محترم، رأی وحدت رویه ۵۹۴-۱۳۷۳/۹/۱ است که می‌گوید: «نظر به این که ماده ۱ قانون راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸، انتقال دهندگان مال غیر را کلاهبردار محسوب کرده و مجازات کلاهبرداری را در تاریخ تصویب آن

قانون، ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی معین نموده بود و با تصویب قانون تعزیرات اسلامی مصوب ۱۳۶۲ ماده ۱۱۶ قانون تعزیرات از حیث تعیین مجازات کلاهبرداری جایگزین قانون سابق و سپس طبق ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷، مجازات کلاهبرداری تشدید و برابر ماده ۸ همان قانون کلیه مقررات مغایر با قانون مزبور لغو گردیده است، لذا جرایمی که به موجب قانون کلاهبرداری محسوب می‌شود از حیث تعیین کیفر، مشمول قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ بوده... همین‌طور در یک نظر مشورتی اداره حقوقی به صراحت بیان شده «تمام آثار جرم کلاهبرداری بر بزه انتقال مال غیر نیز بار می‌شود و لذا با تصویب قانون تشدید مجازات مرتکبین... بزه انتقال مال غیر مشمول مقررات مربوط به کلاهبرداری در آن قانون به شمار می‌رود.» (۷)

همان‌طوری که فوقاً اشاره شده، عبارات «کلاهبرداری محسوب می‌شود» یا «در حکم کلاهبرداری است» از نظر وضع الفاظ در علم اصول و کاربرد آن در رویه قضایی ما دارای معنایی یکسان است. زیرا قید دیگر تعیین مجازات کلاهبرداری برای مرتکبین اعمال به صورت خاص کلاهبرداری، خود دلالت بر این معنا و مفهوم می‌نماید، به نحوی که در قسمت استماع عقیده نماینده دادستان کل کشور در جلسه مورخ ۱۳۷۳/۹/۱ دیوان عالی کشور برای صدور رأی وحدت رویه شماره اخیرالذکر، ایشان ضمن بیانات خود، تصریح نموده‌اند: «... به موجب قانون مصوب ۱۳۰۸ ارتکاب جرم انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری شناخته شده...» همین رویکرد در نگارش برخی از مواد قانون مجازات اسلامی نیز به چشم می‌خورد که برای اجتناب از اطاله مطلب از ذکر مواد خودداری می‌شود. (۸)

#### پی‌نوشت‌ها

۱- ماده یک قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر، مصوب فروردین ۱۳۰۸، «کسی که مال غیر را، یا علم به این که مال غیر است، به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود و همچنین است انتقال گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد...»

۲- ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷، «هر کس از راه حیله و تقلب مردم را به وجود شرکت‌ها یا تجارتخانه‌ها یا کارخانه‌ها یا مؤسسات موهوم یا به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد یا به امور غیر واقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیش‌آمدهای غیر واقع بترساند و یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسایل مذکور یا وسایل تقلبی دیگر، وجوه و یا اموال یا اسناد یا حوالجات یا قیوض یا مفاصحاب حساب و امثال آن‌ها را تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد، کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد اصل مال به صاحبش به حبس از یک تا هفت سال و پرداخت جزای نقدی معادل مابقی که اخذ کرده است محکوم می‌شود...»

تبصر- در کلبه موارد مذکور در این ماده، در صورت وجود جهات و کیفیات مخففه دادگاه می‌تواند با اعمال ضوابط مربوط به تخفیف، مجازات مرتکب را فقط تا حداقل مجازات مقرر در ماده (حبس) و انفصال ابد از خدمات دولتی تقلیل دهد ولی نمی‌تواند به تعلیق اجرای کیفر حکم دهد.

۳- رأی وحدت رویه شماره ۶۹۶-۸۵/۹/۱۴: «تعریف تعزیرات شرعی در تبصره یک ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مندرج است و مطابق ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی، کیفرهای بازدارنده، تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی مقرر می‌گردد. نظر به این که قانونگذار انتقال مال غیر را با علم به این که مال غیر است در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات آن دانسته و اقدام به این امر نیز ماهیتاً از مصادیق اکل مال به باطل به شمار می‌آید که شرعاً حرام محسوب گردیده لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، بزه انتقال مال غیر موضوعاً از شمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مرقوم خارج است...»

۴- میرمحمد صادقی، دکتر حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، ص ۵۱.

۵- در جرم مرکب، مجموع اعمال ارتكابی، جرمی را به وجود می‌آورد. مثلاً در کلاهبرداری، توسل به وسایل متقلبانه، به دست آوردن اموال یا اسناد و یا امثال آن و بردن یا خوردن بخشی از اموال دیگری با احراز شرایط دیگر- کلاهبرداری را تشکیل می‌دهد و تا نتیجه مجرمانه (بردن مال غیر) حاصل نشده، کلاهبرداری تحقق نیافته است. بنابراین جرم، جرم مقید یا نتیجه‌ای می‌باشد.

۶- برای تحقق جرم ساده (که در مقابل جرم مرکب قرار دارد) یک عمل مجرمانه به تنهایی کافی است و ضرورت ندارد چند عمل واقع شود (مانند فروش مال غیر)- در جرم مطلق برخلاف جرم مقید حصول نتیجه مجرمانه (از قبیل صدمه یا خسارت) شرط نیست و مطلق عمل مجرمانه موجب تحقق جرم می‌شود.

۷- نظریه مشورتی ۷/۷۲۴۸ مورخ ۷۳/۱۲/۱۰.

۸- برای نمونه ر.ک به تبصره ۳ از بند ج ماده ۲۹۵ و ماده ۲۹۶ قانون مجازات اسلامی راجع به «در حکم شبه عمد» یا «خطای محض محسوب می‌شود».

# مردم و وکالت دادگستری

دکتر غلامرضا طیرانیان\*

- بخش دوم -

از آن هنگام که انسان به سبب کفران نعمت از اوج دنیای ملکوتی و زیستگاه بهشتی خود سقوط کرد، در دنیای خاکی و خصومت‌ها و تعارضات و فریب و بزهکاری‌ها فرود آمد و معنای حق و تجاوز به حق را با تمام وجود خود لمس و درک نمود و به امر الهی برای ایمنی خویش به حکومت نیازمند شد، به این حقیقت پی برد که گرایش و تمایل مردم، سرمایه و قدرت واقعی همگان است و این حمایت مردم است که به قدرت‌ها، چه مشروع و یا نامشروع و چه مطلقه و یا مشروطه نیرو و پایداری می‌بخشد. بدیهی است هرگاه مردم از قدرت‌های مشروع، حمایت و آن قدرت‌ها را برای زندگی اجتماعی، حفظ و تقویت کردند، با آسودگی خاطر به عدالت کامل و سعادت لایق دست خواهند یافت.

از آن‌جا که مردم و نگاه و افکار مردم تکیه گاهی قوی برای قدرت‌ها است، چه این و چه آن، در تمامی جهان مسابقه‌ای تند و بی‌امان برای جلب افکار عمومی، هر یک به سود و به سوی خود جاری است: برخی به فریب، اعتماد عوام را به سوی خود می‌برند و بعضی از نیروی مردمی برای نیل به اهداف پاک خود بهره می‌گیرند و گروهی نیز با نادانی و ستم و بی‌اعتنا به خواست واقعی مردم، سلطه خویش را بر آنان تحمیل می‌کنند، اگر چه می‌دانند چنین سلطه‌ای دوام ندارد، ولی به اندک آن نیز دلخوش‌اند!

در این میان، وکالت دادگستری، همچون سایر پدیده‌ها و تأسیس‌ها، از این قضا و قدر تکوینی مستثنی نیست و برای بقا و اعتلای خود، به آگاهی و اعتماد و حمایت مردم سخت نیازمند است. اگر جامعه وکالت دادگستری آن‌گونه که تاکنون بوده بی‌تفاوت و بی‌احساس نیاز به مردم، تنها به شأن و منزلت و قداست حرفه خود افتخار کند و بی‌دعوت و بدون برقراری ارتباط، انتظار گرایش مردم را به سوی حقیقت وکالت داشته باشد، وکالت همچون گذشته تاکنون، از نیروی افکار عمومی محروم و آسیب پذیر خواهد ماند و دیگران به خود اجازه می‌دهند که تمثیت امور وکالت را در دستان آهنین خود گیرند و وکالت را از

\* وکیل دادگستری - تهران.

مسیر ذاتی و معنای واقعی خود منحرف سازند و چون وکالت محروم از حمایت مردمی، آماده پذیرش انواع آسیب‌ها و صدمات ناروا شد؛ آزادی زبان و قلم خود در دفاع از حقوق اساسی مشروع مردم را که هدف اصلی و والای وکالت است، از دست خواهد داد. وکالت دادگستری اگر به واقع برای مردم و دفاع از حقوق مردم است، لاجرم باید نیرو و شجاعت و امنیت خود را از مردم کسب نماید و این معنی محقق نخواهد شد مگر با ایجاد رابطه‌ای صحیح و معنوی و دایمی و وسیع و همه‌جانبه و متقابل با مردم. البته و حقاً ضروری و بسیار ضروری است که ابتدا جامعه وکالت، خود و با معیارهای برخاسته از اهداف وکالت پاک، در جهت تقویت استقلال خود و بدون مداخله و توجه به اهداف دیگر کسانی که سعی در تحمیل ثبات خود را دارند، وکلای ناصالح را که حرمت خود را شکسته‌اند شناسایی و با جدیت و سختی و بدون اغماض، آنان را از ساحت مقدس خود براند و فضای وکالت را به دست خویش آن‌گونه پاک و منزّه سازد که بهانه مداخله را از دیگران بگیرد، تا شایسته برقراری ارتباط با عموم و حافظ شأن وکالت و حرمت مردم باشد. جامعه وکالت می‌داند هر نیرویی که بخواهد سالم‌سازی وکالت را برعهده گیرد به معیارهای خویش از جمله حفظ استیلای خود بر وکالت و ایجاد انواع محدودیت‌ها می‌اندیشد تا وکالت، دست نشانده آن نیرو باشد.

برای رسیدن به هدف عالی جامعه وکالت، گریزی از آن نیست که مدیران کانون‌های وکلای دادگستری که مسؤول اداره امور وکالت و اعتلای علمی و معنوی آن می‌باشند، تحرکی در خود و جامعه وکالت ایجاد کنند و به اداره روزمره و جاری و تکراری وکالت بسنده نکنند و به بقای دایم خود در سمت مدیریت نیندیشند که عمر انسان به پایان می‌رسد و افتخار یا ننگ در کارنامه زندگی انسان می‌ماند!

وکلای صالح و توانمند برای ایجاد ارتباط با مردم بسیارند و اکثریت جامعه وکالت را می‌سازند و به وکالت و قداست آن در ورای شغل و تنها امرار معاش عشق می‌ورزند و با احساس ناتوانی جامعه وکالت به خشم می‌آیند. باید از این همکاران حساس و تلاش‌آنها استمنا نمود و از سخنان تند آن‌ها رنجیده خاطر نشد و آنان را به عنوان تدروی از خود نراند و آنان را به حرکات نمایشی و شهرت طلبی متهم نکرد و این گمان ناصواب را در بین همکاران شیوع نداد که آنان در پی اشغال سمت‌های مدیریتی کانون‌ها هستند!

تاکنون، وکالت از سستی و بی‌تفاوتی و عاقبت طلبی خود، پی‌درپی زیان‌های بسیار تحمل کرده و نتوانسته آن‌چنان که در شأن حرفه وکالت است، توانمند در برابر آنان که حیثیت و شرف وکالت را نشانه گرفته و انواع تهمت‌های ناصواب را بر وکالت وارد ساخته‌اند، از خود دفاع کند و فراموش کرده که هنر و توانایی وکالت، دفاع است و شرمندگی است که نتواند از حقوق خود و حقوق مردمی که او را برای این حرفه تربیت کرده‌اند، دفاع کند! باید از این سرافکنندگی بیرون آییم و به جهان سرافرازی پای بگذاریم و اخلاق و شجاعت لازم برای حفظ وکالت را سرلوحه افکار و اعمال خود قرار دهیم و فضای وکالت را به فضای شایسته آن تبدیل کنیم.



وکالت برای ورود به این فضا و برقراری ارتباط متقابل با مردم، از چه کاستی و نقیصی رنج می‌برد؟ از رسانه‌های گروهی و صداها و سیماها انتظار نداریم که ساعات و یا حتی دقایقی را برای آگاهی مردم از وکالت دادگستری اختصاص دهند. باید از آنان سپاسگزار باشیم اگر دست از تخریب چهره وکالت بردارند و هر روز به بهانه سریال‌ها و نمایش‌ها، سیمایی شیطانی از وکالت دادگستری نسازند و بی‌طرفی و انصاف را در وظیفه خود درباره همگان از جمله درباره وکالت دادگستری مراعات نمایند! جامعه وکالت در برابر بی‌حرمتی‌ها و اهانت‌ها چه وسیله‌ای برای دفاع از چهره حقیقی خود دارد؟ چگونه می‌توانیم صدای خود را به گوش مردم، حامیان اصلی وکالت و بهره‌مندان از آن برسانیم تا بدانند تهمت‌های ناروا به وکالت دادگستری دور از حقیقت است؟ و بدانند که افراد ناصالح در تمام گروه‌ها و مشاغل رسمی و غیررسمی فعال‌اند؛ چه شده است که تمامی تیرهای تهمت را به سوی جامعه وکالت می‌افکنند و سعی بر سیاه کردن چهره وکالت دادگستری دارند و حال آن که در رسانه‌ها نام و نشانی از چهره‌های سیاه‌گروه‌های دیگر شنیده نمی‌شود. پس باید با ناامیدی از حمایت رسانه‌ها، خود به جستجوی راهی سالم برای ارتباطی منطقی با مردم برآیم و الا سقوط نهایی وکالت و پایان موجودیت کانون‌های وکلای دادگستری نزدیک است و همکاران و مدیران کانون‌ها باید به این هشدار عنایت کنند. ندامت ناشی از غفلت، ثمری ندارد.

امروز برخی از کانون‌های وکلای دادگستری خبرنامه‌هایی درخصوص آنچه در کانون‌ها می‌گذرد و مقالاتی تخصصی و علمی راجع به مسائل حقوقی برای مطالعه همکاران منتشر می‌کنند که برترین آن‌ها خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان است که به‌طور منظم و بدون وقفه هر ماه، سخاوتمندانه و رایگان در دسترس تمامی همکاران در سراسر کشور قرار می‌گیرد و باید حقاً سپاسگزار بود از همت و تلاش همیشگی دست‌اندرکاران این مجله و مدیریت محترم کانون وکلای دادگستری این استان. سایر کانون‌ها نیز باید از این شیوه پسندیده پیروی کنند. با این همه، انتشار خبرنامه داخلی و درج مقالات تخصصی علمی قادر به جذب و جلب افکار عمومی نسبت به وکالت و نقش وکالت در جامعه نیست و وکالت را از صدمات وارده مصون نمی‌دارد.

وجود کانون‌های متعدد و ایجاد تشکل‌های مختلف در درون یک کانون، خصوصاً در کانون وکلای دادگستری مرکز با وجود وحدت در هدف که حفظ استقلال وکالت دادگستری و اعتلای آن است، خود سبب تجزیه نیروی جامعه وکالت شده و این خود آسیب دیگری است که ما خود به جان خریده‌ایم و هر کس فریادی به اعتراض برمی‌دارد، او را به شورای این تشکل‌ها می‌رانند تا صدای او در آن‌جا محو و خود در این میان هضم شود. وکالت دادگستری در صورتی در ایجاد رابطه متقابل و سازنده با مردم و بهره‌برداری از آن به سود اهداف عالی و مقدس وکالت توفیق می‌یابد که در تمام کشور ایران فقط یک کانون به نام کانون وکلای دادگستری سراسر ایران به وجود آید تا با تکیه بر توانایی تمامی وکلای دادگستری بتوانیم منتظر روز درخشانی باشیم که وکالت در جایگاه شایسته خویش قادر به انجام رسالت خود باشد و تنها با تلاش مستمر و بی‌گیر جامعه واحد وکالت می‌توان قوه مقننه

را به حفظ استقلال و کالت دادگستری در تصویب طرح‌ها و لوایحی که آماده برای ارائه به مجلس شورای اسلامی می‌شود، معتقد ساخت.

در شرایط کنونی و تا قبل از تصویب قوانین جدید، کانون وکلای دادگستری مرکز و با اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران باید با جمع‌آوری توانایی‌های تمام کانون‌ها، بدون توجه به سختی و موانع مختلف و با تحمل آن‌ها دست از تلاش بر ندارند و با بهره‌مندی از تجربه عملی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان و با کسب مجوز از مراجع مسؤول، انتشار یومیه روزنامه‌ای را برعهده گیرند تا وسیله ارتباط با مردم و حاوی نکات فراوان و اخباری باشد که نه تنها برای وکلای دادگستری، بلکه مفید و آگاهی‌دهنده برای عموم مردم ایران در تمام نقاط کشور باشد تا وکالت دادگستری را آن‌گونه که شایسته است بشناسند و مطالبات مردم درباره وکالت از قوای مقننه و قضاییه شکل گیرد و جامعه وکالت نیز بر اثر این مطالبات نیرو بردارد و به تلاش درآید. بدیهی است اگر در ابتدا، انتشار روزانه این وسیله ارتباطی میسر نشود لااقل تا مدتی، هر هفته یک شماره از آن انتشار یابد. آن‌چنان که سایر مطبوعات در برابر دید و در دسترس مردم فرارمی‌گیرد. باور کنیم تنها از این طریق می‌توان صدای برحق وکالت را هر روز به اطلاع و سمع و دید مردم رسانید!

اگر می‌خواهیم وکالت دادگستری آزاد و مستقل بماند و به اداره‌ای دولتی تبدیل نشود، جز این راهی نمی‌توان یافت تا همواره در میان مردم و در خدمت مردم باشیم و از مردم حمایت بستانیم و الا از ملاقات‌ها و التماس‌ها کاری ساخته نیست. می‌گویند انتشار چنین روزنامه‌ای محال و در حد آرزو و خیال خام است و کارشناسی و هزینه فراوانی را می‌طلبد که همکاران قادر به تحمل آن نیستند و باید دست برداشت و غرق توهم و خیال نشویم و بگذارید به کارهای روزانه خود بپردازیم و کانون‌ها را در دایره‌ای وسیع از زحمت و خرج قرار ندهید. البته این کار مهم، همت محکم و عزم راسخی می‌خواهد و با حرکت‌های ناتوان نمی‌توان آن را به انجام رسانید. بدیهی است برای نیل به اهداف عالی وکالت نیاز به جدیت و کوشش و صرف وقت و هزینه فراوان است، ولی قبل از شروع نباید از سختی‌ها بزرگ‌نمایی نمود و بذریاس بین همکاران پراکند و وکالت را همچنان در انزوا و انفعال نگاه داشت و از حرکت به سوی این نیت حیات‌بخش باز ایستاد.

مدیریت، تنها تکیه زدن بر مسند و امر و نهی به این و آن و تشکیل جلسات و گفتن و شنیدن‌ها و سیر و سفرها برای امور جاری و عادی و پیش‌پا افتاده وکالت نیست. مدیران سازمان‌ها و نهادها باید سختی را بر دوش گیرند تا به سرمنزل و نقطه‌نهایی هدف پیش روند و الا با ترجیح راحتی باید با بی‌صدایی و با زبان بسته، هر اهانت و بی‌حرمتی را پذیرفت و خود را از نیروی عظیم افکار عمومی مردم، محروم ساخت!

بسیاراند جرایدی که قادر به تأمین هزینه انتشار خود نیستند. وکلای دادگستری اگر خواهان شأن و منزلت خود باشند، که هستند، از ثمرات زندگی ساز انتشار چنین روزنامه‌ای آگاه‌اند و هزینه آن را با کمال میل تقبل می‌کنند. اگرچه روزنامه‌ای با این ارزش و اثرگذاری قادر است هزینه خود را خود تأمین کند. به جای یأس و نگی، روح امید و ایجاب را باید در

جامعه و کالت دادگستری دمید. تحرک لازم است و بین وکلای دادگستری، جوانان پر تحرک بانشاط بسیار داریم. جوانان باید مدیریت کانون‌های وکلای دادگستری را عهده‌دار و از دانش و تجربه همکاران جهان‌دیده خود برای اداره فعال کانون‌ها بهره‌گیرند. از ترکیب آمیخته‌ای این چنین، نیرویی خلاق و آینده‌نگر به حرکت در می‌آید و روح جدیدی به کالبد بی‌جان و کالت دمیده خواهد شد.

امروز در اداره کانون‌های وکلای دادگستری، کاستی‌ها و نقصان‌های رنج‌آور بسیار است و این امر ناشی از شخصیت همکاران حاضر در مدیریت نیست. همگی شخصیت‌های برجسته و باتجربه جامعه و کالت را تشکیل می‌دهند و مورد اعتماد همکاران خود بوده و می‌باشند، کاستی‌ها و نارسایی‌ها و عدم تحرک‌ها، از اعوجاج قوانین مربوط به وکالت برمی‌خیزد که سایر قوا را در مدیریت و کالت مداخله داده است و دست مدیریت کانون‌ها را در اجرای کارهای سازنده و شجاعانه از پشت بسته است.

با انتشار روزنامه‌ای گسترده که در دست و اختیار کانون وکلای دادگستری باشد، می‌توان ساختار کانون‌ها و وکالت دادگستری را با اصلاح قوانین توسط قوه مقننه، به سوی حق و مردم تغییر اساسی داد و نگرانی عدالتخواهان و معتقدان به حق و آزادی دفاع را به مسئولین درد آشنای قوای کشور و علاقمندان به عدالت واقعی و به مردمی که برای حفظ حقوق اساسی خود در تشویش‌اند، منتقل ساخت. وقتی همگان دانستند و یقین آوردند که وکالت دادگستری جز حق و عدالت و پای‌بندی به سوگند خود انتظاری ندارد و خود قادر است وکلای ناصالح را از جامعه و کالت براند، در این صورت بسیاراند کسانی از قوای کشور و عموم مردم که حمایت از وکالت دادگستری و اهداف عالی‌ه آن را به سود خود و حق می‌دانند. وکالت دادگستری برای توفیق در رسالت خود به این حمایت‌ها سخت نیازمند است و تنها از طریق ارتباط وکالت دادگستری با مردم و ارتباط مردم با وکالت دادگستری، جامعه و کشور، عموماً اصحاب دعاوی، خصوصاً عدالت قضایی را با تمام وجود حس و لمس خواهد کرد. عدالت، تنها با سخن حاصل نمی‌شود؛ برای رسیدن به سرمزل عدالت باید. راه‌های سخت و طولانی را طی کرد.

جامعه و کالت جز این نمی‌خواهد. این واقعیت است؛ نه توهم است و نه تخیل! ■

# خلاف آمدندات

سینا گلستانی\*

از کران تا به کران لشکر ظلمت ولی  
از ازل تا به ابد فرصت درویشانت

در روزگاری که به سر می‌بریم، بنا به حکم محتوم: «از کوزه همان برون تراود که در اوست»، ما جماعت وکلای عدلیه در مقام انجام وظایف و کالشی خود، ناگزیر از تحمل برون تراویده‌های تشکیلات بی‌نهاد و سامان عدلیه‌ایم. تا بدان‌جا که هر لحظه، آری هر لحظه باید در انتظار رفتار یا تصمیم محیرالعقولی باشیم که از یکی از اجزای آن دستگاه جلالت مآب سر می‌زند و از آن‌جا که در تندباد حوادث، پای چوبین بازرسی قضایی به رغم گذشته‌های نه‌چندان دور، سخت بی‌تمکین گردیده است، این انتظار، شوربختانه انتظاری است به جا و بیوسیده و درخور اعتناء.

زینهار از دورگیتی و انقلاب روزگار

در خیال کس نیامد کانچنان گردد چنین

چرا که

به روزگار دولت سامانیان و بلعمیان

چنین نبود جهان، با نهاد و سامان بود<sup>۲</sup>

بگذریم از این سخن که از خامه و زبان بسیاری، مکرر در مکرر جاری شده و دریغ و درد که کمتر اثری از خود بر جای نهاده است.

شرح ابن هجران و ابن خون جگر

این زمان بگذار تا وقت دگر

و اما معجز نوی که از عدلیه عزیز به منصفه ظهور رسیده است، که: لیست هذبه اول قاروره کسرت فی الاسلام.

\* وکیل و مشاور حقوقی فوه قضاییه - تهران.

۱- کل تاه بترشح بما فیه.

۲- لا اقل عدلیه را نهاد و سامانی بود.

چندی پیش در مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، یعنی بزرگترین مجتمع قضایی حقوقی پایتخت بل کشور، قضا را و کالت دوسیه‌ای در تخلیه ید مستأجر محل تجاری که مرتکب انتقال به غیر، بدون مجوز قانونی شده بود، دست داد. در پی تقدیم عرض حال و ضمانت و منضمات آن، علی‌الرسم فی‌امثاله، تعیین وقتی شد که با حلول موعد مقرر و حضور در جلسه رسیدگی، نهایتاً دیدگان به دیدار معجز یاد شده روشن گردید.

خوانندگان علی‌رغم ابلاغ اوراق دعوی، هیچ عکس‌العملی از خود بروز نداده بودند. گویا که پیشاپیش از معجز مزبور مستحضر بودند و نیازی به این‌که خود را به زحمت اندازند و دفاعی نمایند، ندیدند.

ریاست محترم دادگاه پس از ملاحظه دادخواست، خطاب به اینجانب اظهار داشت: آیا انتقال به غیر در دوران مالکیت خواهان‌ها واقع شده یا این‌که خواهان‌ها مالکان جدیدند و تخلف مستأجر در دوران مالکیت مالکان سابق روی داده است؟ با شگفتی گفتم: موکلان، مالکان جدید ملک‌اند و انتقال به غیر در دوران مالکیت مالکان سابق واقع شده است و اساساً این‌که تخلف در چه زمانی رخ داده، حائز کدما این اهمیت تواند بود؟! که با این پاسخ به مراتب شگفت‌تر از پرسش نخست مواجه گردیدم که: در یک معامله باید به اراده طرفین توجه نمود و دریافت که اراده آزاد متعاملین که شکل دهنده قرارداد است، به چه چیز تعلق گرفته است. مثلاً در این‌جا آیا مالک سابق، اراده نموده که کلیه حقوق وی ناشی از عقد اجاره منعقد با مستأجر مستقر در ملک، از جمله حق تخلیه ید مستأجر، به خریدار انتقال باید یا نه؟! مصداق بارز: کلمه حق یراد بها الباطل.

و به دنبال آن‌چه گذشت، اظهار داشت اکثر شعب مجتمع بر این عقیده و نظراند و گویا موضوع در جلسات هفتگی مجتمع مطرح گردیده و نظر غالب بر این بوده است و بالاتر از آن، حتی محاکم تجدیدنظر استان نیز احکام صادره از محاکم بدوی براساس این نظر را مورد تأیید و ابرام قرار داده‌اند! و قاضی محترم با مباهاتی زاید الوصف از این همه، تحت عنوان رویه جدید یاد می‌کرد. گویی که با این کار خلئی قانونی پر شده یا رفع اجمال و ابهامی از قانون شده یا سکوت قانونی، شکسته شده و خلاصه برای مسأله حقوقی لاینحل یا محل نزاع و اختلافی، پاسخی مقتع و منطقی تهیه و تدارک شده است و در این میان من مانده بودم مات و متحیر که چه بگویم و چه بکنم!؟

دردم نهفته به ز طیبیان مدعی

باشد که از خزانه غییم دوا کنند

با توجه به این‌که نخستین جلسه رسیدگی بود، اگر تقاضای جلب ثالث کرده، در فرجه قانونی عرض حال مربوط را تقدیم می‌نمودم، باید مطمئن می‌بودم که مالکان سابق به عنوان ثالث، حاضر به حضور در محکمه و اظهار اراده خود بر معنی مورد نظر ریاست دادگاه هستند والا تمام جریان جلب ثالث و تقدیم عرض حال و الصاق و ابطال تمبر دادرسی و وکالتی و... جز آب در هاون کوفتن نبود و با توجه به این‌که مالکان سابق، ملک را به صورت وکالتی به موکلان فروخته بودند، یعنی با تنظیم مبیعه‌نامه عادی و وکالتنامه رسمی، و احد از ایشان نیز

اساساً در خارج از کشور اقامت داشت و وکالتاً اقدام به معامله کرده بود، حتماً چنین بود و جز این نبود. راه دیگر، تنظیم اقرار نامه رسمی در دفتر ثبت اسناد رسمی، حاکی از اعلام اراده فروشندهگان مزبور بود که باز به حضور ایشان در محضر یا دفتر حفاظت از منافع، هر یک به نوبه خود، و امضاء چنین سندی هیچ امید و اطمینانی نبود. گو این که میان سردفتران محترم اسناد رسمی نیز تا آنجا که بنده اطلاع یافته‌ام، در این خصوص و امکان تنظیم چنین اقرارنامه‌ای اختلاف نظر وجود دارد. حتی در باب تنظیم اصلاحی از برای سند قطعی نقل و انتقال از این حیث، در دفتر محل وقوع معامله نیز سردفتر محترم مربوط نظر به عدم امکان اصلاح (به جهت خروج موضوع از حیطه فنی اصلاحیه اسناد) داشت. ریاست دادگاه هم نظر خود را بر بطلان چنین دعوایی ابراز می‌نمود. پس از چند ماه انتظار، در پی تشکیل پرونده و امید خود و موکلان به اتخاذ نتیجه، حال باید چه می‌کردم؟

اگر هم بر دعوی خود مداومت می‌کردم و دادگاه مبادرت به صدور رأی می‌نمود، معلوم نبود که مرجع استیناف به نقض رأی مزبور اقدام نماید. با تأیید رأی صادره نیز، قضیه اعتبار امر قضاوت شده را می‌یافت و این به هیچ وجه به نفع موکلان نبود. لذا با صد دریغ و درد، دعوی خود را مسترد داشتم و به همین سادگی پرونده بسته شد.

حال بیابید به دور از گرم بازار شتقصه در محاکم عدلیه، موضوع را به لحاظ حقوقی بررسی و به اصطلاح حلاجی کنیم و ببینیم اشکال کار در کجاست. البته اگر اساساً اشکالی وجود داشته باشد.

وقتی مالی اعم از منقول و غیرمنقول، مورد معامله واقع می‌شود و مالکیت آن از شخصی به شخص دیگر انتقال می‌یابد به صرف این نقل و انتقال و خود به خود، کلیه حقوق و تکالیف راجع به آن مال نیز از آن مالک جدید می‌شود و هیچ نیازی به ذکر و احصاء یک یک آن‌ها در قرارداد فی‌مابین نمی‌باشد. یعنی مثلاً در مانحن فیه لزومی ندارد در قرارداد مزبور قید گردد منتقل الیه به عنوان قائم مقام قانونی ناقل، حق تخلیه ید مستأجر مستقر در ملک مورد معامله، تنظیم اجاره‌نامه با وی یا تعدیل اجاره بها و امثالهم را دارد. چرا که این کار تحصیل حاصل بوده، عقلاً و منطقیاً باطل است. شخصی که به موجب معامله‌ای مالک مالی می‌شود، دارنده تمام و کمال حقوقی که مالک پیشین نسبت به آن مال داشته نیز می‌شود. چه، متعلق آن حقوق، مال مزبور است و هر کس به هر طریق، مالک آن مال شود، دارنده حقوق مزبور نیز خواهد شد. همچنان که خود به خود ملتمز و متعهد به تکالیف راجع بدان مال نیز می‌باشد. جالب است که محکمه در خصوص انتقال قهری مال یعنی ارث، قائل به انتقال حقوق مورث متوفی به وراثت بود. لیکن در باب انتقال اختیاری، بحث اراده طرفین و تعلق آن به انتقال حقوق مالک سابق به مالک جدید را پیش می‌کشید! تو گویی انتقال حقوق مزبور بسته به اراده شخص است و چون در ارث، اراده مالک سابق (متوفی) و مالک یا مالکان فعلی (وراثت) دخیل نمی‌باشد؛ لذا حقوق، خود به خود انتقال می‌یابند. اما در معامله که با اراده طرفین شکل می‌گیرد، انتقال حقوق مزبور نیز بسته به اراده ایشان است! حال آن‌که این طرز استدلال به هیچ وجه صحیح نمی‌باشد و در مداخلت اراده یا عدم آن در سبب مملکت، نمی‌تواند ادنی درجه تأثیری بر نقل و انتقال حقوق وابسته به مال انتقال یافته داشته باشد. چرا که حقوق مزبور وابسته به مال هستند و به تبع آن انتقال می‌یابند. یعنی هر کس، مالک مال شود، دارنده آن حقوق نیز شناخته



می‌شود زیرا حقوق مزبور، جزء لاینفک آن مال محسوب می‌شوند و دیگر این که مال، با اراده شخصی یا بدون اراده وی انتقال یافته، یعنی شکل و صورت و قالب نقل و انتقال مال نمی‌تواند تأثیری در این امر داشته باشد.<sup>۱</sup>

تنها مورد استثناء در این خصوص، حق مطالبه اجور معوقه مربوط به دوران مالکیت ناقل است که اگر صراحتاً در قرارداد فی‌مابین به منتقل‌الیه تفویض شده باشد، از آن برخوردار خواهد بود والا فلا. چرا که متعلق این حق دیگر مورد معامله نبوده، بلکه وجه اجاره بهای عقب افتاده است که از آن ناقل است و لاغیر و منتقل‌الیه آن‌گاه محق در مطالبه آن شناخته می‌شود که این حق صراحتاً به او داده شده باشد.

آری اصل حاکمیت اراده در جهت سلبی می‌تواند در این جا مطرح شود. یعنی اگر طرفین، توافق نمایند که برخی از این حقوق به منتقل‌الیه، انتقال نیابد، می‌توانند و کاملاً محق‌اند با گنجانیدن شرط ضمن عقد، بر خلاف مقتضای اطلاق عقد، عدم انتقال حق یا حقوقی را از مالک پیشین به منتقل‌الیه مقرر نمایند. یعنی اطلاق عقد، ایجاب می‌کند که منتقل‌الیه به عنوان قائم مقام قانونی مالک سابق، با تملک مال مورد معامله خود به خود صاحب کلیه حقوق مرتبط با آن گردد و چنان‌چه اراده طرفین در باب برخی حقوق مزبور، به عدم انتقال تعلق گرفته باشد، باید صراحتاً در معامله قید شود که مقتضای اطلاق عقد، شامل آن حق یا حقوق بخصوص نشود.

در این مورد، دو ماده از قانون مدنی قابل ملاحظه است:

ماده ۲۲۰ مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجراء چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند.»

و متعاقباً ماده ۲۲۵ مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.»

«به طوری که در این دو ماده ملاحظه می‌گردد، در یکی عرف حقوقی، مقدم بر قانون قرارداد شده و در دیگری به منزله اراده صریح طرفین که در عقد ذکر می‌گردد، تلقی گردیده است. بدین ترتیب در صورت تجزیه و تحلیل متدرجات این دو ماده که دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای می‌باشند، می‌توان درجه ارزشی را که قانونگذار برای عرف حقوقی قائل بوده به خوبی استنباط کرد. ضمناً در ماده اخیرالذکر اشاره به این نکته گردیده که عرف حقوقی باید تا چه پایه‌ای رواج داشته و مورد شناسایی همگان باشد که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن محسوب گردد.»<sup>۲</sup> فی الواقع باید گفت: «لفظ متعارف در قانون مدنی در مواردی در معنی

۱- در این باب، ملاحظه نقد آقای دکتر عیسی امینی، وکیل محترم دادگستری بر رای صادره از دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مندرج در مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره پیاپی ۲۰۲ و ۲۰۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ مفید به نظر می‌رسد.

۲- سلجوقی (دکتر) محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، تهران، ۱۳۴۷، ص ۱۴۳.

لغوی خود که عبارت از: «معمول و رایج و کثیرالاستعمال - فرهنگ نفیسی» می باشد به کار رفته<sup>۱</sup> از جمله در همین ماده ۲۲۵ و «منظور از کلمه متعارف در این ماده، امر شایع و جاری و رایج می باشد»<sup>۲</sup> و لا غیر.

باید اذعان داشت: تاکنون، در جامعه ایران، متعارف این بوده است که در معاملات، منتقل الیه خود به خود از کلیه حقوق مالک سابق، نسبت به مال مورد معامله برخوردار شود و در این مورد هرگز نیازی به تصریح در عقد احساس نشده است که اگر چنین نبود، به گمانم محاکم، لااقل از عصر تأسیس دادگستری نوین تا امروز، یعنی در طول هشتاد سال فرصت کافی جهت این که متعرض این معنی گشته، به اصطلاح اظهار لحنه نمایند در اختیار داشته اند. لیکن نه تنها چنین نکرده اند که بالعکس مطلب را همچنان که گذشت، بدیهی تلقی نموده اند یعنی قاعده عرفی را به رسمیت شناخته و نیازی به تصریح در عقد چنان که آقایان امروز ادعا می کنند، ندیده اند. اما چه شده که برخی از قضات، دست به چنین خرق عادت می یازیده اند؟! آن هم بدون وجود کمترین نیازی در این باب! چرا قضات محترم در مواضعی که قوانین موجود، متعارض، مبهم، مجمل و به طور کلی نارسا می باشند یا اساساً قاعده و قانونی در میان نیست و احساس خلاء می شود، دست به ایجاد رویه نمی زنند؟! از جمله: ماده ۲۱۸ قانون مدنی / تبصره ۲ ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری / بند ۲ ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی / مواد ۳۸۶ و ۳۸۸ قانون تجارت / ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره ۲ آن و بسیاری موارد دیگر.

در مواضعی از این دست، حضرات چنان دست به عصا و محافظه کار می شوند که گویی اساساً هیچ گونه وظیفه ای از برای خود در رویارویی با آن ها قائل نیستند. آن گاه با وجود موارد پر شمار اشکالات، ناگهان می بینیم دست به چنین اظهار نظرهای کاملاً بی جا و بی منطق و عبث می زنند و معلوم نیست از این کار، کدامین نتیجه را مدنظر دارند و در صددند چه باری را از دوش چه کسی بردارند؟! البته یک نکته مسلم است و آن عبارت است از کم شدن ولو چند پرونده از دستور کار عدلیه آن هم با از سر باز کردن آن ها بدین شیوه سست و بی پایه. بنده می دانم و قبول دارم که کار دادگستری کاری است پر فشار و سنگین و گاه طاقت فرسا و به همین مناسبت، عدلیه را ابهتی باید. لیکن جداً تردید دارم و نمی دانم از اتخاذ چنین روش هایی در برخورد با دعاوی مطروح، اصلاً هیبت و حیثیتی برای دستگاه قضایی جهت برآمدن از عهده آن فشار و ثقل و فرسایش باقی خواهد ماند یا...؟!.

در این جا اشاره به نکته ای مهم لازم و بایسته است و آن: «تقیصه در روش قضاوت و دادرسی»<sup>۳</sup> است. «مقصود... از روش قضاوت و دادرسی غیر از رویه قضایی دادگاه ها می باشد... . رویه قضایی از احکام دادگاه ها و از تصمیم نهایی آنان معلوم می شود ولی روش قضاوت و دادرسی، عبارت از ترتیب و طریقه رسیدگی و تحقیقات تا زمان صدور حکم است. منظور از این قضاوت ها و دادرسی ها رفع ظلم و تعدی و ترمیم زیان و ضررها می باشد. عدالت و امنیت وقتی برقرار می شود که از ظلم و تعدی جلوگیری شود و از زیان و ضررها

۱- سلجوقی، همان جا، ص ۱۴۵.

۲- سلجوقی، همان جا، ص ۱۴۵.

۳- جوان (دکتر) موسی، مبانی حقوق، ج ۱، تهران، ۱۳۲۶، ص ۳۴۱.

ترمیم و جبران به عمل آید. هر یک از قواعد مدنی و حقوقی برای همین منظور وضع و تبیین شده‌اند. مناط در اجراء هر کدام از آن‌ها فعلیت دادن به عدالت در روابط حقوقی مردم است. هر قاعده و هر حکمی که با چنین منظور مطابقت ننماید باید متروک شود.<sup>۱</sup>

از نقل این سطور، عیناً از کتاب مرحوم دکتر جوان، دو منظور داشتم: نخست این که مطالب، کاملاً متناسب موضوع بوده، لازم دیدم آن را در این جا مطرح نمایم. دوم آن که خوانندگان را به مطالعه کتاب مزبور خصوصاً در مبحث مورد نظر دلالت نمایم. اگر نخوانده‌اند، بخوانند و اگر خوانده‌اند دوباره بخوانند. چه، ملاحظه آن را خصوصاً از برای جماعت قاضی و وکیل دادگستری، امروز پس از گذشت این همه سال که از تألیف آن می‌گذرد، خالی از فایده نمی‌دانم، چرا که گویی مطالب همین امروز و خطاب به ما نگاشته شده‌اند.

بالتجیه شایسته آن است که قضات محترم، چه در روش قضاوت و چه در رویه قضایی خود، همواره متذکر این معنی باشند که تمام کوشش و تلاش و این همه عرض و طول دستگاه قضایی، فقط و فقط باید مصروف حفظ و برقراری عدالت و امنیت در جامعه گردد. نه این که بالعکس نقض غرض نماید. وقتی قاضی بی‌میچ دلیل و به ناروا از روش صواب و درست دادرسی عدول کند، توالی فاسد آن به قدری متنوع و رنگ به رنگ تواند بود که از شمارش و احصاء آن، جز هراس و دریغ و نومییدی، حاصل نخواهد شد و اگر بخواهیم این گونه به خلاف آمد عادت رفتار نماییم و بدان دامن زنیم، آیا نتیجه‌ای غیر از هرج و مرج و لگام گسیختگی یعنی همین که متأسفانه شاهد و ناظر آنیم عائد می‌شود؟

هر چند دلگرمیم و مستظهر به فرموده خواجه علیه الرحمه شیراز که:

در خلاف آمد عادت بطلب کام که من

کسب جمعیت از آن زلف پریشان کردم ❁

۱- جوان، همان جا.

# جنبش حقوق زنان در جهان

با تأکید بر جنبش حقوقی زنان در ایران از دوران مشروطیت تا کنون

دکتر رزا قراچورلو\*

- قسمت اول -

## جنبش حقوق زنان در جهان

### الف - مفهوم واژه فمینیست و تاریخچه ظهور و کاربرد آن

واژه فمینیست اولین بار توسط شارل فوریه، سوسیالیست فرانسوی در اوایل قرن نوزدهم ابداع و به کار گرفته شد و نظرات او بر بسیاری از زنان تأثیر گذاشت. وی در ذهن خود به زن جدیدی معتقد بود که می‌تواند رها شود و اندیشه‌ها و عقاید تازه و نوینی داشته باشد. این واژه، در زبان انگلیسی در دهه ۱۸۹۰ برای زنانی به کار می‌رفت که برای کسب حق رأی مبارزه می‌کردند. اما معنای فمینیسم از مبارزه برای حق رأی بسی فراتر رفت و برای گرایش‌های خاص فعالیت‌های زنان نیز به کار برده شد. در حالی که قبل از واژه فمینیسم، واژه جنبش زنان بیشتر به کار می‌رفت که از نظر ماری جو بوهل (Mari jo Buhle) نویسنده آمریکایی در کتاب وی به نام «زن و سوسیالیسم آمریکایی»، واژه جنبش زنان قدیمی شده است، اما جای تحقیر آن نیست.

در دهه‌های ۱۹۲۰ و ۱۹۳۰، فمینیسم به واژه‌ای فراگیر تبدیل شد. لیکن قبل از آن، به خصوص در زبان انگلیسی عبارت‌هایی مانند «زن‌گرایی» و «جنبش زنان» و «مسأله زن» رایج بود. مفهوم جنسیت (Gender) را فمینیست‌ها در دهه ۱۹۷۰ ابداع کردند تا وسیله‌ای برای تشخیص این مسأله باشد که نسبت زنان با مردان در همه فرهنگ‌ها یکسان نیست و جایگاه زنان در جامعه در گذر زمان تغییر کرده است.

از اواخر دهه ۱۹۶۰ گروه‌های فعال زنان نسبت به واژه فمینیسم نوعی بدگمانی و تردید داشتند و به جای آن اصطلاح آزادی زنان و نیز اصطلاح قدیمی‌تر «جنبش زنان» را دوباره به کار گرفتند. برای مثال خاتم ربه کا وست (Rebecca west) در سال ۱۹۱۳، روزنامه نگار جوان و پرشور فمینیست بریتانیا در خصوص مبهم بودن مفهوم فمینیست بیان می‌کند که: «خود من هنوز نتوانستم دریابم که فمینیسم دقیقاً چیست زیرا هرگاه عقیده یا نظری را بیان می‌کنم که مرا از زنان بی‌عرضه در جامعه متمایز می‌کند، مردم به من فمینیست می‌گویند!»

\* وکیل دادگستری - تهران، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

## ب- فمینیسم و انواع آن

فمینیسم، واژه‌ای است که حتی در جنبش نوین زنان با معانی متفاوتی تعریف شده است. البته این امری منحصر به فرد نمی‌باشد. اگر بخواهیم تاریخچه مختصری از ورود واژه فمینیسم و سپس جنبش زنان را مطرح کنیم، در اواخر دهه ۱۹۶۰ میلادی برای اولین بار گروه‌هایی از زنان تشکیل شدند که در آن زمان نسبت به واژه فمینیسم نوعی بدگمانی داشتند و به جای آن اصطلاح «آزادی زنان» را به کار می‌بردند و معتقد بودند که واژه فمینیسم بسیار محدود است، زیرا تنها حقوق سیاسی و مدنی زنان را در برمی‌گیرد.

فمینیسم، گاه به عنوان مبارزه برای حقوق برابر زنان با مردان مطرح بود (فمینیسم لیبرال) و گاه بر برتری زنان بر مردان نه از لحاظ حقوقی و یا در واقعیت اجتماعی بلکه به لحاظ اخلاقی تأکید داشت (فمینیسم رادیکال) و گاهی تفاوت زن و مرد را در اجتماع نقطه عزیمت خود قرار داده است (فمینیسم اجتماعی) و یا گاهی اساساً زن و مرد و زنانگی و مردانگی را اموری غیرجوهری و یا برساخته اجتماع معرفی کرده است (فمینیسم پسا تجددگرا یا پسامدرن). به عبارتی دیگر، ما با تعریف مشخص و معینی از مفهوم فمینیسم روبرو نیستیم که بتوانیم به سهولت و به شکلی ساده آن را بپذیریم یا رد کنیم. تحولات و تنوعات تاریخی، زمانی، مکانی، جغرافیایی و عقیدتی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، اقتصادی، همه بر برداشت‌ها و تفاسیر متفاوت از فمینیسم اثر داشته‌اند و خواهند داشت.

## ج- موج نخست جنبش زنان (از سال ۱۸۴۸ تا ۱۹۲۰ میلادی) و دستاوردهای آن

پس از کنفرانس ضد برده‌داری در لندن در سال ۱۸۴۰ که در آن زنان نتوانستند اجازه حضور در صحن جلسات را بیابند، به فکر سازماندهی جداگانه و مستقلی از جنبش‌های برده‌داری برای پیشبرد منافع و علایق خاص زنان افتادند و مصمم شدند تا علاوه بر آزادی بردگان به فکر آزادی خود نیز باشند!

الیزابت استون و لوکر شامات در آمریکا از اولین زنانی بودند که این فکر را مطرح کردند و نهایتاً در سال ۱۸۴۸، «سازماندهی مستقل زنان بر اساس منافع خاص خودشان» در سنکافالز ایجاد گردید و اطلاعیه آن منتشر شد.

پنج زن فعال در مبارزات ضد بردگی، این اعلامیه را در چهاردهم جولای (ژوئیه) ۱۸۴۸ تنظیم و منتشر کردند. سارا دو گلاس، لوکر شامات، سارا و آنجلینا گریمکی، فریت پروویس، پایگاه عمده جنبش زنان موج اول که عمدتاً از زنان سفید پوست طبقه متوسط جامعه در آمریکا بودند، بیشتر بر حقوق سیاسی تأکید داشتند؛ تا آن‌جا که حتی فراموش کردند برای نخستین اتحادیه کارگری زنان ایالات متحده آمریکا نیز که به شدت کار و فعالیت می‌کردند اما حقوق و دستمزد ناچیزی دریافت می‌نمودند، دعوتنامه برای حضور در سنکافالز بفرستند و همین امر مورد انتقاد اتحادیه زنان کارگر در آن زمان قرار گرفت.

در این جنبش، زنان تأکید داشتند که باید در عرصه‌های سیاسی و اجتماعی فعال شوند، به کنگره بروند، در شوراهای محلی، هیأت امنای مدارس و کلاً در عرصه عمومی و اجتماعی حضور یابند.

در جنگ داخلی آمریکا، از سال ۱۸۶۱ تا ۱۸۶۵ (بین ایالات شمالی و جنوبی) در مورد الغای برده‌داری، جنبش زنان و فعالیت‌های آن‌ها در عرصه‌های عمومی فعال‌تر شد و انجمن مرکزی برای امداد و کمپسیون‌های بهداشتی و غیره را متشکل از بانوان برای پرستاری، مددکاری، جمع‌آوری کمک مالی و غیره تأسیس کردند.

حتی برخی زنان با نام مستعار مردانه وارد نظام شدند و با لباس نظامی و یونیفرم ارتشی در خدمت سربازی در جنگ‌های داخلی مبارزه کردند و بعضی از آن‌ها نشان و حقوق پازنشستگی نیز دریافت کردند. مانند خانم دیورا سمپسون (با نام مستعار رابرت شرت لیف) و خانم فرانسیس هوک (با نام مستعار فرانک فولر). حضور این زنان در ارتش آمریکا به معنای نفی باورهای قدیمی در مورد ناتوانی زنان برای مشارکت در جنگ یعنی یکی از مهمترین توجیحات برای نفی حقوق شهروندی سیاسی برای زنان، محسوب می‌شد.

در سال ۱۸۴۸ در سه مقاله مجله نورت استار (North Star)، فردریک داگلاس رهبر سیاه پوست جنبش الغای برده‌داری چنین نوشت: «ما اعتقاد خود را در این مورد بیان می‌کنیم که همه حقوق سیاسی که اعمال آن برای مردان جایز است برای زنان نیز جایز می‌باشد. همه ویژگی‌هایی که مرد را به عنوان موجودی خردمند و مسؤول متمایز می‌سازد در مورد زن نیز صدق می‌کند. آموزه ما این است که حق، جنس ندارد...» به عبارتی حق، جنسیت نمی‌شناسد. در موج اول فمینیسم، بر اصل برابری زن و مرد در جوهره انسانی صرف‌نظر از تفاوت‌های جنسیتی آن‌ها تأکید می‌شد. خانم مارگریت فولر در سال ۱۸۴۵ در کتاب خود به نام «زن در سده نوزدهم»، سارا گریمکی، فرانسیس رایت و... بر برابری زن و مرد تأکید می‌کردند. در اعلامیه سنکافالز نیز به صراحت آمده بود که «زن با مرد برابر است و این برابری، نتیجه ضروری واقعیت یکسان بودن نسل (بشر) در توانایی‌ها و مسؤولیت‌ها است. زنان باید بتوانند در همه عرصه‌هایی که حضور مردان در آن‌ها جایز شمرده می‌شود، حضور یابند و هر قانونی باعث شود که زنان در جایگاهی فرودست‌تر از مردان قرار گیرند، مغایر اصل بزرگ طبیعت است و بنابراین هیچ اقتداری ندارد.»

زنان در این دوره خواستار تغییر در بسیاری از نهادها از نوع پوشش و لباس زنان گرفته تا حقوق فردی، سیاسی، خانوادگی، ازدواج و دین بودند و درخواست‌های خود را به شکل کتاب، سخنرانی، نامه‌های شخصی، درخواست‌های رسمی و دیگر نوشته‌ها مطرح می‌کردند. در مورد اصلاح لباس زنان، لباس‌های تنگ و پرچین با دامن‌های متعدد را نشانه انقیاد زن دانسته و طرحی ارائه دادند مانند پیراهن بلند و شلوار که متأسفانه مطبوعات آن طرح را مسخره کردند و سال ۱۸۵۰ این طرح شکست خورد.

در مورد اصلاحات حقوقی حفظ حقوق زن پس از ازدواج، دارا بودن حق مالکیت برای زنان متأهل، داشتن اموال و مستغلات شخصی برای زنان متأهل، برابری زنان با مردان در میزان و سطح دستمزد، حق طلاق برای زنان، حق حضانت فرزندان، شرایط مساوی و بهتر برای زنان کارگر، افزایش سن بلوغ به شانزده سال، افزایش شرایط مشابه برای آموزش عالی زنان، از خواسته‌های مورد نظر آن‌ها بود و تقریباً در تمام زمینه‌های فوق، موفق به تصویب قوانین در بسیاری از ایالات آمریکا شدند و به تدریج آن‌ها را به تصویب رساندند.

در ارتباط با اصلاحات سیاسی، آن‌ها حق رأی را نماد آزادی و برابری هر شهروندی می‌دانستند و این حق در سال ۱۸۵۴ توسط الیزابت استتون مطرح شد با این مضمون که «ما تمام

ویژگی‌های لازم برای یک رأی دهنده قانونی را دارا هستیم به جز یکی، آن هم جنسیت!؛ حق رأی زنان در اعلامیه سنکافالز به صورت ماده‌ای مطرح گردید اما به اتفاق آراء تصویب نشد، بلکه با رأی اکثریت به تصویب رسید.

دیگران که زنان در این دوره خواستار برابری با مردان در سلسله مراتب کلیسایی و امکان کسب تحصیلات دینی و نیل به مقامات عالی مذهبی و این که بتوانند موعظه کنند، بودند. حتی برخی زنان در این دوره تا آن‌جا پیش رفتند که اعتقاد به بازنویسی انجیل و تفسیر و قرائت نو از آن داشتند و می‌خواستند تا نکاتی که در این کتاب، زن را تابع شوهر قرار می‌دهد یا فرودست می‌داند حذف شود؛ زیرا معتقد بودند که این امر حاصل تفکر واقعی انجیل نیست بلکه این قانون و افکار عمومی هستند که چنین برداشت‌هایی را به وجود آورده‌اند. (نظیر لوکرشامات در سال ۱۸۵۴).

در این دوران، نامه نگاری و انجام سفرها و سخنرانی‌های شخصی زنان فعال که با قطار، درشکه و گاهی حتی با سورتی به نقاط مختلف می‌رفتند و سخنرانی می‌کردند یا برای دادخواست‌ها امضا جمع می‌کردند، بسیار رایج و مطرح بود. تبلیغات برای جنبش زنان از راه گردهمایی مسالمت‌آمیز، برنامه‌های خبری و امکان جلب حمایت افکار عمومی، سخنرانی در میان مردم، ارائه مطالب مربوط به حمایت از حقوق زنان در نشریات خاص زنان یا نشریات اجتماعی و سیاسی، تهیه و چسباندن پوستر، جمع‌آوری امضا برای تقدیم دادخواست به مراجع قانونگذاری، آگاهی دادن به زنان در مورد حقوق وضعیت خود، انجام می‌شد.

خانم ویکتوریا وودهاال در سال ۱۸۷۲ مسأله حق رأی را در یکی از کمیته‌های کنگره آمریکا مطرح نمود. وی از ارتباطاتی با جنبش بین‌المللی سوسیالیست برخوردار بود و در مجله خود از عشق آزاد طرفداری می‌کرد و به «قهرمان جنبش حقوق زنان» مشهور شد. وی حزب خود را تشکیل داد و خورد را نامزد ریاست جمهوری کرد، باشگاه‌های متعدد زنان برای حق رأی ایجاد کرد و بین خود زنان پایگاه حمایتی وسیعی به دست آورد.

مپس، اتحادیه سیاسی زنان (سال ۱۹۱۰) به جهت پیشنهاد هریت استنتون بلاج دختر الیزابت استنتون که از انگلستان به آمریکا آمده بود و تحت تأثیر جنبش زنان کارگر در انگلستان این اتحادیه را فعال و اقدامات رادیکال را تجویز می‌کرد، در درون جنبش زنان ایجاد و فعال شد. این اتحادیه در سال ۱۹۱۶ به حزب ملی زنان تبدیل شد و از سال ۱۹۱۷ برای کسب حق رأی زنان، کار به ستیزه جویی بیشتر انجامید. در نهایت در سال ۱۹۱۹ با حمایت ویلسون، رئیس‌جمهور وقت آمریکا، حق رأی زنان در مجلس نمایندگان (کنگرس) و در سنا به تصویب رسید و زنان پس از هفتاد و یک سال فعالیت مستمر توانستند به یکی از خواسته‌های محوری خود یعنی حق رأی نایل گردند.

در موج اول فمینیسم، زنان غالباً مردان را دشمن و مشکل آفرین برای خود می‌دانستند و معتقد بودند از آن‌جا که مردان همیشه با انحصارطلبی با حقوق زنان برخورد کرده‌اند و زنان را در موضعی فرودست نگاه داشته‌اند، دشمنان زنان به شمار می‌روند.

اما در همین دوران بین خود فمینیست‌ها اختلاف نظرهای زیادی در زمینه‌های مختلف وجود داشت. برای مثال عدله‌ای معتقد بودند که مادری و خانه‌داری مهمترین وظیفه زن است و عدله‌ای دیگر بر اشتغال زنان تأکید داشتند. همچنین در مورد قانونگذاری، برخی زنان فمینیست فعال این دوره معتقد بودند که باید قانونگذاری خاص و ویژه‌ای توسط زنان و برای زنان انجام شود.



## د- موج جنبش زنان (بین سال‌های ۱۹۲۰ تا ۱۹۶۰ میلادی)

این دوره، دوره رکود جنبش فمینیستی تلقی می‌شود و زنان در واقع با همان تبعیض‌هایی مواجه می‌شدند که قبلاً مواجه بودند. در آمریکا غلبه نظام سرمایه‌داری منجر به تغییر درصد اشتغال، تبعیض در کار، تشویق زنان به حضور در نیروی کار یا خانه نشینی که تا حد زیادی تحت تأثیر نیازهای بازار کار به نیروی کار آن‌ها و تا حدی نیز تابع نیاز سرمایه‌داری به حفظ بازار کار دوگانه‌ای بود که زنان از اصلی‌ترین گروه‌ها در بازار ثانویه آن به شمار می‌رفتند.

لیکن در دهه ۱۹۲۰ تعداد زنان شاغل افزایش یافت و دو برابر دهه قبل شد و تا ۱۹۳۰ وضعیت به همین صورت باقی ماند، اما پس از پایان جنگ جهانی اول و بازگشت مردان از جنگ، نیروی کار عملاً در اختیار آن‌ها قرار گرفت و زنان به شغل‌های نیمه وقت روی آوردند. اخراج زنان از کارخانه‌ها و شرکت‌ها آغاز شد که از آن با عنوان «اخراج بی‌رحمانه زنان کارگر» یاد می‌شود. در این دوره دانشگاه‌ها به سهولت دانشجویان دختر را در رشته‌های حقوق و پزشکی نمی‌پذیرفتند و هفتاد درصد بیمارستان‌ها، انترن‌های زن را قبول نمی‌کردند. زنان در این دوران بیشتر دارای مشاغل موسوم به «یقه سفید» یعنی کارهای خدماتی مانند پرستاری، آرایشگری، دقت‌داری و پیشخدمتی بودند و فقط پانزده درصد زنان کارهای موسوم به «یقه آبی» یا همان کارهای دستی و صنعتی را انجام می‌دادند.

زنان تحصیل کرده و دارای مشاغل حرفه‌ای و تخصصی (چه در بخش دولتی و چه خصوصی) با تبعیض در ارتقا و پاداش روبرو و از قدرت کمتری در تصمیم‌گیری‌ها برخوردار بودند.

انتشار کتاب خانم بتی فریدان به نام «جاذبه معنوی زنان» در سال ۱۹۶۳ راه را برای گفتگو در مورد مسأله مهم اما فراموش شده جایگاه زنان و حقوق آن‌ها در آمریکا گشود و سازمان ملی زنان (نا) برای پیشبرد حقوق زنان و دفاع از برابری به رهبری بتی فریدان تشکیل گردید. روش‌ها و راهکارهای مبارزاتی فعالان حقوق زنان در موج دوم فمینیستی شامل: ۱- اعمال نفوذ و فشار بر نهادهای دولتی و مؤسسات خصوصی، ۲- پیگیری‌های حقوقی و قضایی، ۳- برگزاری تظاهرات، گردهمایی و کنفرانس و توسل به اعتصاب به عنوان کنش‌های جمعی بود. در این دوره، فمینیسم رادیکال که شامل زنان جوان‌تر، جنبش‌های دانشجویی دختران، جنبش چپ مدرن و اعضای گروه صلح فعال بود، شکل گرفت (در دهه ۱۹۶۰). فمینیست‌های رادیکال بیشتر قصد داشتند پدرسالاری را که مردان ایجاد کرده بودند از میان ببرند و برخلاف فمینیست‌های لیبرال در موج اول فمینیستی، خواهان روش‌های اقناعی و قانونی در این راه نبودند. گاهی به فمینیست‌های سوسیالیست و کمونیست نیز فمینیست رادیکال گفته می‌شود.

خودکلمه فمینیست رادیکال کمابیش چالش‌انگیز است زیرا ممکن است از نظر شرکت‌کنندگان و فعالان جنبش، برخی اعمال و نظرها یا کنش‌ها عادی و حتی محافظه‌کارانه به‌شمار آید، در حالی که از دیدگاه یک ناظر خارجی رادیکال تلقی شود. برای همین منظور از اصطلاح «فمینیسم رهایی بخش» به جای رادیکال استفاده می‌کردند. زنان فعال این دوره به‌طور عمده دارای آموزش‌های سیاسی و عموماً مارکسیست یا سوسیالیست و معتقد بودند

1- National Organization for Women (NOW).

زنان زمانی رها می‌شوند که نظام اقتصاد سرمایه داری همراه با استعمار آن از زنان، در خانه و کارخانه برانداخته شود.

فمینیست‌های رادیکال، به «جدایی طلبی زنان از مردان»<sup>۱</sup> معتقد بودند و این جدایی طلبی را به معنای ائتلاف میان زنان به عنوان راهبرد پایه مبارزاتی برای ایجاد، آگاهی و هویت مشترک و استقلال زنان به عنوان یک گروه جدا از مردان در جامعه که از اهمیت اساسی برخوردار است، تعریف می‌نمودند.

شعار اصلی فمینیست‌های رادیکال مبارزه با پدرسالاری است و این امر که پدرسالاری بر فرهنگ تکیه دارد و بر همین اساس در همه جا نفوذ پیدا می‌کند. مبارزات فمینیسم رادیکال بیشتر جنبه فرهنگی دارد و برای همین برخی شاخه‌های آن را فمینیسم فرهنگی می‌نامند و معتقدند زنان باید آگاهی یابند تا از مشکلات ناشی از نظام سیاسی جنسیت و پدرسالاری که در آن، زنان تحت ستم و انقیاد مردان هستند، رها گردند.

فمینیست‌های رادیکال بر تغییر بنیادین نهاد خانواده و ازدواج تأکید دارند و معتقدند که ازدواج، نهادی است که انقیاد مستمر زنان را به لحاظ اقتصادی، مالی، حقوقی، سیاسی و عاطفی ایجاد می‌کند و خانواده ابزار اصلی ستم بر زنان از طریق بردگی جنسی و مادری اجباری است. از لحاظ این گروه، زنان فقط باید از طریق قطع رابطه با مردان و یا محدود ساختن روابط اجتماعی خود با مردان و ادامه فعالیت‌های خود در داخل کمون‌های زنانه، از هر آنچه که مردانه است، خود را رها کنند.

فمینیست‌های رادیکال کلاً مفاهیمی همچون مادری، مراقبت از کودکان و حتی عشق به مرد را به عنوان نهادهایی که آسیب‌پذیری و امکان وابستگی زنان را افزایش می‌دهند، محکوم می‌کردند و تا حد افراطی حتی به تولد کودک یا زایمان زنان ایراد می‌گرفتند و معتقد بودند که زنان باید از این امر غیرانسانی یعنی مادری اجباری رها شوند و کودکان از طریق فرآیندهای آزمایشگاهی و نه از راه طبیعی رحم مادر، متولد شوند. آن‌ها با استفاده از زنان از لباس‌هایی که باعث فشار جسمی و روحی آن‌ها می‌شود و نیز با آرایش زنان، انتخاب ملکه زیبایی و این گونه موارد به شدت مخالف بودند تا جایی که به بدلباسی و زشتی معروف و شناخته شدند. لوازم آرایش را به سطل آشغال می‌انداختند، مجلات مد و لباس‌های تزئینی زنان را به آتش می‌کشیدند و حتی به نمایشگاه سالانه لباس عروس در نیویورک حمله کردند (سال ۱۹۶۸).

فمینیست‌های رادیکال، در عرصه زبان و واژه‌ها نیز مبارزه می‌کردند و خواستار تغییراتی بودند. برای مثال کلماتی را که man در آن‌ها وجود داشت همچون manpower, Chairman, mankind یا اصطلاحاتی مانند Mrs., miss و غیره برای خانم‌ها که وضعیت تأهل آن‌ها را نشان می‌دهد را قبول نداشتند و معتقد بودند همان‌طور که برای مردان واژه Mr. به کار می‌رود و اصطلاحی کلی و عام است که وضعیت تأهل و یا مجرد آن‌ها را نشان نمی‌دهد، باید برای تمام زنان، خواه مجرد یا متأهل واژه Ms به کار رود و به جای واژه‌های یاد شده از Chairperson یا Chairwoman استفاده می‌کردند.

1- Separatism.

اگرچه فمینیست‌های لیبرال تأکید داشتند که با کار مستمر و فرهنگی می‌توان تغییرات اجتماعی و سیاسی مثبتی به نفع زنان فراهم نمود و بیشتر، کارها و مبارزات آکادمیک و فرهنگی انجام می‌دادند، اما فمینیست‌های رادیکال به مبارزات فردی در زندگی روزمره خود اعتقاد داشتند.

## ۵- موج سوم جنبش زنان

موج سوم فمینیسم از دهه ۱۹۸۰ شکل گرفت و در دهه ۱۹۹۰ به اوج خود رسید و همچنان تداوم دارد. در این موج، زنان، بیشتر در عرصه فعالیت‌های نظری و آکادمیک مبارزه می‌کردند. پاتریشا ایرلند، رئیس سازمان ملی زنان در ژوئن ۱۹۹۷ تصریح می‌کند که: «ما از همیشه قوی‌تر هستیم. من به شدت با این ارزیابی که جنبش فمینیسم قدرتمند و پرتراوت و چالاک نیست، مخالفم.»

در این دوران فعالیت‌های متنوع و پیچیده‌تر فمینیستی، گاه همراه با ائتلاف مردان و گاهی فقط به دنبال منافع و علائق خاص یک بخش خاص و مشخص از زنان، بیشتر به صورت راهپیمایی، کنش‌های متنوعی از بسیج همگانی زنان، تظاهرات، استفاده از شبکه‌های اینترنتی و رایانه‌ای، لابی‌کردن، فعالیت‌های نهادی در سطوح مختلف برای نمایندگی منافع زنان، انتقال تجارب، جمع‌آوری و ارزیابی اطلاعات، افزایش آگاهی‌های فمینیستی و غیره از جمله در وبسایت‌های اینترنتی از هواداران خود می‌خواهند که از طریق ارسال نامه‌ها و اعتراض‌های خود به طریق ایمیل به رئیس جمهور و یا نمایندگان اقدام کنند.

در این دوره نیز بزرگترین سازمان فمینیستی در ایالات متحده، سازمان ملی زنان است. بانصد و پنجاه شعبه در ایالات مختلف و دویست و پنجاه هزار نفر عضو دارد و دارای کمیته‌های مختلفی برای امور سیاسی، حق انتخاب زنان در بارداری و پایان دادن به خشونت علیه زنان می‌باشد.

گاه که اختلاف درونی در سازمان پیش می‌آید، تعداد اعضای آن کاهش می‌یابد. از جمله در سال ۱۹۸۵ در دوران رهبری خانم گلد اسمیت تعداد اعضا به صد و پنجاه هزار نفر رسید. در این دوران «حزب قرن بیست و یکم» توسط سازمان ملی زنان تأسیس شد که از زمره فعالیت‌های مهم آن ایجاد بنیادی به نام بنیاد میز به ریاست ماری ویلسون (MS.Foundation) بود که بیست زن برجسته و مهم را برای ریاست جمهوری سال ۲۰۰۸ آمریکا انتخاب کرد و سپس پنج زن از میان آن‌ها را برگزید و برای آن‌ها تبلیغات می‌کرد تا یک نفر از آن‌ها بتواند در موضع ریاست جمهوری قرار گیرد.

در این دوران، اصطلاح «زن مداری» یا (Womanism) از طرف زنان سیاه پوست در مقابل کلمه فمینیسم زنان سفیدپوست به کار می‌رفت. آن‌ها اعتقاد داشتند که زنان سفیدپوست، صدای مبارزه و حق طلبی آنان را بیان نمی‌کنند و نمی‌توانند مشکلات ناشی از ستم نژادی آن‌ها را درک یا بازنمایی کنند و «فمینیسم سیاه» را مقابله‌ای با هژمونی یا سلطه فمینیسم سفیدپوست می‌دانستند.

در این دوران، فمینیست‌ها کاملاً به مسائل مربوط به صلح، حفظ محیط زیست و جلوگیری از آلودگی آن، توجه داشتند. فمینیست‌های صلح طلب (Pacifist feminism) و مخالف

جنگ به عنوان «مادر» در دوران جنگ سرد و در اوایل دهه ۱۹۶۰ بر ضد جنگ ویتنام و نیز در دهه ۱۹۸۰ جنگ سرد دوم و جنگ ستارگان و افزایش تنش میان شوروی سابق و آمریکا با ایجاد جنبش‌های زنانه محلی یا جنبش‌های محلی زنان برای رفع معضلات زنان در محله یا شهر یا منطقه خاص خودشان برای توجه به بهداشت عمومی و آگاهی دادن به زنان که از دستاوردهای این دوران یعنی موج سوم فمینیستی می‌باشد، فعالیت می‌کردند.

فمینیسم پسامدرن یا تجدیدگرا همان ایجاد جنبش‌های محلی زنان یا سیاست محلی است که نوعی سیاست خرد (Micro politics) را تشکیل می‌دهد که پسامدرن محسوب می‌شود یعنی حوزه مبارزات به مشهودات روزمره زندگی هر زنی و نه به انتزاعیات صورت بندی شده، محدود می‌باشد.

پس تکثر و تنوع در انواع دسته‌های فمینیستی و نوع افکار و مبارزات آن‌ها از ویژگی‌های موج سوم فمینیسم به شمار می‌رود.

### و- فمینیسم آکادمیک یا دانشگاهی

در این نوع از فمینیسم، فعالیت‌های فمینیستی در قلمرو علمی- نظری و در چارچوب دانشگاهی مانند نشریه‌ها و مجلات فمینیستی، مباحثات و نظرات، سمینار و پژوهش‌های فمینیستی دانشگاهی و علمی در رشته‌های مختلف، مقالات مربوط به مسأله جنسیت در مجلات گوناگون به ویژه در رشته‌های علوم اجتماعی و انسانی، انتشار کتاب‌های فمینیستی، ارائه سخنرانی‌های علمی در دانشگاه‌ها، تغییرات مثبت در کتاب‌های درسی و آموزشی در مقاطع مختلف در خصوص درج مطالب مربوط به حقوق زنان، بهداشت، آموزش، ایجاد و تأسیس رشته یا دوره‌های مطالعات زنان در دانشگاه‌ها، صورت می‌گیرد.

پس به عنوان نتیجه‌گیری می‌توان گفت که مهمترین ویژگی موج سوم فمینیسم، حرکت به سمت مطالعات و دستاوردهای نظری و علمی و تکثر و تنوع فعالیت‌های زنان در حوزه‌های متعدد به لحاظ قوم، نژاد، زبان، میزان تحصیلات، سن، دانشجو بودن یا نبودن آن‌ها محسوب می‌شود. ■

ادامه دارد ...

# فکر و تصمیم

محمدعلی دادخواه\*

پیش چشمت داشتی شیشه‌ی کبود  
زین سبب عالم کبودت می‌نمود

گذرانیدن روزگار در تنهایی مطلق و تحمیلی ایام گذشته، در عین حال فراغتی فراهم آورد تا در متن و حاشیه برخی مصوبات و مقررات به تفکر انتقادی بپردازم. حال که ابزار و امکان نگارش در دسترس است، تحلیل مکتوب یکی از آن موارد را در معرض قضاوت خوانندگان می‌گذارم.

پیش از ورود به بحث، توجه به یک امر کلی در نظام حقوقی ایران لازم به نظر می‌رسد و آن این که در چارچوب ساختار و بنیان این نظام، قوانین به دو دسته مشخص تقسیم می‌شوند. نخست قانون اساسی که از منطوق آن به عنوان اصل یاد می‌گردد و مقصود از اصل نیز آن است که خود، پرونده و زاینده ماده است؛ یعنی الهام‌بخش قوانین و مقررات و تقسیماتی است که در جهت عدالت و نظم بایستی تدوین و تنظیم شود. همچنین ترتیبات ویژه‌ای در تدوین و تصویب قانون اساسی مورد نظر مقنن است که عدول از ویژگی امری آن‌ها به هیچ روی پذیرفته نیست و نظم حقوقی، چنین رخدادی را عامل بی‌اعتباری قانون موضوعه بعدی یا هر قاعده و قانون مغایر اصول قانون اساسی تلقی می‌کند. دو دیگر، قوانین موضوعه است که در مقابل قانون اساسی از آن‌ها به قوانین عادی تعبیر می‌شود و طبق قاعده، مصوب نهاد قانونگذار صالح است و نیابستی در تغایر و تخالف با قانون اساسی باشد. از این رو است که به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب مشخص شده در اصل نود و یکم قانون اساسی پیش بینی شده است تا وفق اصل نود و چهارم کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی را از نظر انطباق بر موازین و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد.

بنابراین، قانون اساسی به عنوان میثاق تعهدات بنیادین دولت (در معنای عام) در قبال ملت بایستی در هر شرایطی حفظ و حراست شود و از یاد نباید برد که برابر ضرب‌المثل جاری در ادب فارسی که حرمت امامزاده را قبل از دیگران متولی باید نگهدارد، بر دولت است که از پاسداری و پایبندی به این پیمان تن نزنند. البته نخبگان و دلسوزان جامعه نیز در این زمینه مسؤول و متعهداند که در اجرا و اعمال اصول مترقی قانون اساسی دریغ نورزند، اما رسالت بزرگ دادرسان و حقوق‌بانان در همین مواضع خطیر رخ می‌نماید که اگر با تخلفاتی از این دست مواجه شدند، در اصلاح و هشدار نگرش قانون و حقوق افراد پای در میان نهند؛ چه، بی‌توجهی به قانون اساسی، اولاً عامل هرج و مرج و تضییق حقوق افراد ملت است و از دیگر سوی، عامل تعریض و تبلیغات علیه نظام و پر پیدا است که تعقیب نکردن ضمانت‌اجراهای مورد نظر مقنن موجب فاجعه بزرگتری خواهد شد که بی‌نظمی و اغتشاش و رواج و ترویج

\* وکیل دادگستری - تهران.

فرهنگ زشت قانونگریزی و خوی خشن خودکامگی را به بار می‌آورد. این تأکید از آن رو است که آزاداندیشی و انتقادگری به صراحت اصل هشتم قانون اساسی آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است که همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت...» لذا در جهت همدلی، همراهی و عزت و سربلندی ملت باید با هر اقدامی که به هر شکلی قانون اساسی را زیر پا می‌نهد، مبارزه کرد و با استدلال و نقد و بررسی، کژی‌ها و کاستی‌ها را برشمرد. لازمه یک جامعه پویا آن است که مشکلات را بشناسد و راه حل صحیح و منطقی آن را بیابد و از یاد نیاید برد که هیچ مصلحتی بالاتر از رعایت و تضمین حقوق و آزادی‌های ملت، نیست. برای حفظ عزت و شرافت و تمامیت و استقلال ایران عزیز، نخستین گام، توجه دولت به واقعیت‌ها و ضرورت‌های حقوق ملت است و اگر به علت برخی کژفهمی‌ها در تصمیم و عمل مدیران، فاصله بین دولت و ملت زیاد شود، حل مشکلات پیش روی جامعه هرگز آسان نخواهد بود. این دقیقه را نیز باید به خاطر سپرد که هیچ چیزی به اندازه باور و اعتقاد مردم به حفظ حقوقشان از سوی دولت، به نظام مشروعیت عینی نمی‌بخشد. بر این پایه، باید نهادهای قانونی هر کدام چارچوب درست و به‌جای خود را در ساختار قانونی کشور بشناسند و به رأی و اراده مردم که عامل تدوین و تصویب قانون اساسی است، احترام گذارند. وای به روز و روزگاری که پایمالی قانون و قانونگرایی، رویه و روال مجریان شود و بدتر از آن، در سکوت و غفلت ناظران حسن اجرای امور، این بی‌باکی و تجاسر، اصول قانون اساسی را نیز نشانه رود!

اصل نهم قانون اساسی در خصوص اهمیت جدایی ناپذیر آزادی و استقلال کشور اعلام می‌دارد: «در جمهوری اسلامی ایران، آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آن‌ها وظیفه دولت و آحاد ملت است» و چنین ادامه می‌دهد که: «هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.»

ضمانت اجرای این اصل در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۸۱/۱۰/۱۱) بیان شده است: «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که بر خلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محروم نماید، علاوه بر انفصال خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی، به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.»

بند هفتم از اصل سوم قانون اساسی نیز دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف به تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون دانسته است. اصل یکصد و سیزدهم، رئیس جمهور را مسؤول اجرای قانون اساسی معرفی کرده و تأکید قانون اساسی بر مسؤولیت رئیس جمهور چنان است که اصل یکصد و بیست و یکم، رئیس جمهور را ملزم به ادای سوگندی شرعی و وجدانی می‌کند که طبق آن پاسدار مذهب رسمی و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی کشور باشد و خود را وقف پشتیبانی از حق و گسترش عدالت بسازد و از هرگونه خودکامگی بپرهیزد و از آزادی و حرمت اشخاص و حقوقی که قانون اساسی برای ملت شناخته است حمایت کند. پیرو این اندیشه اصل ۲۴ قانون اساسی در جهت اندیشی و نقد و بررسی آزاد، نشریات و مطبوعات را در بیان مطالب آزاد دانسته است. ما نیز پیرو همین حقوق اساسی، آنچه در نظرمان آمده است بیان می‌داریم.

اصولاً آزادی سیاسی، آزادی عقیده، فکر، اندیشه و تشکیل اجتماعات را افاده می‌کند. بندهای ۶، ۷ و ۸ از اصل سوم قانون اساسی، محور هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی، تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون و مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش را موکد می‌کند و بند ۱۴ همان اصل، تأمین حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون را در زمره وظایف اساسی دولت قرار می‌دهد.

تأکید بر رعایت حقوق ملت در فصل سوم قانون اساسی، جلوه برجسته‌تری یافته است. چنان‌که اصل نوزدهم اعلام می‌دارد: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود.» طبق اصل بیستم: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.» وفق اصل بیست و دوم: «حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است.» اصل بیست و سوم نیز با این اعلام که: «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچکس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد»، آزادی عقیده را پاس می‌دارد.

با این اوصاف، اکنون این پرسش در ذهن جوانه می‌زند که اگر مجری یا مدیری در رعایت و التزام به این اصول بنیادین و راهنمای عمل بی‌توجه بود، چه باید کرد و داد مردم را از که و با چه بایستی ستاند؟ راهکار این موضوع در اصول ۳۴، ۳۵ و ۳۷ قانون اساسی به روشنی بیان شده است. اصل ۳۴ تذکر می‌دهد که: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.» در جهت تضمین رسیدگی عادلانه و منصفانه به دعاوی افراد در اصل ۳۵ می‌خوانیم: «در همه دادگاه‌ها، طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.»

در این خصوص در ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸م) آمده است که: «همه در برابر قانون مساوی هستند و حق دارند بدون تبعیض و به طور مساوی از حمایت قانون برخوردار شوند.» در تضمین این حق، ماده ۸ اعلامیه اعلام می‌کند که: «در برابر اعمالی که حقوق اساسی فرد را مورد تجاوز قرار دهد و آن حقوق به وسیله قانون اساسی یا قانون دیگری برای او شناخته شده باشد، هر کس حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالحه را دارد» و تأکید بیشتر اعلامیه هنگامی است که در ماده ۱۰ بیان می‌کند: «هر کس با مساوات کامل حق دارد دعوایش به وسیله دادگاه مستقل و بی‌طرفی، منصفانه و علنی رسیدگی شود و چنین دادگاهی در برابر حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی که به او توجه پیدا کرده باشد، اتخاذ تصمیم نماید.» ذیل ماده ۱۱ اعلامیه هم تصریح می‌کند که: «در جریان یک دعوا باید کلیه تضمینات لازم برای دفاع از حقوق متهم تأمین شده باشد.» فارغ از مواضع صریح قانون اساسی، دولت ایران در اردیبهشت ماه ۱۳۵۴ به میثاق حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۹۶۶م) بدون حق شرط ملحق شده است و با توجه به ضمانت اجرایی که در آن قید گردیده است، تخلف از مفاد مواد آن از دو سو قابل تعقیب داخلی و بین‌المللی است. نخست آن‌که به موجب ماده ۹ قانون مدنی ایران مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین



دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است و دو دیگر این که، به موجب ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات: «یک طرف معاهده نمی تواند به حقوق داخلی خود به عنوان توجیهی برای قصور خود در اجرای معاهده استناد نماید...» لذا گذشته از این که موارد میثاقین هم اکنون در زمره قواعد عرفی بین المللی به شمار می آیند و اقدام برخلاف چنین قواعدی خود باعث ایجاد مسؤلیت بین المللی است و موجبات هتک حیثیت کشور را فراهم خواهد کرد، از آن جا که چون مجلس ایران میثاقین مذکور را تصویب کرده است، قوای مجریه و قضاییه مکلف به اجرای آن هستند و ضمانت اجرای دیگر قوانین داخلی درباره آن ها به طریق اولی باید اعمال شود. قانون اساسی در اصل یکصد و هفتاد و سوم به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آن ها، دیوانی به نام عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس نموده. ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری حدود صلاحیت آن را بیان می کند: «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از اقدامات و تصمیمات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه ها، سازمان ها و شرکت های دولتی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن ها، آیین نامه ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری ها از حیث مخالفت مدلول آن ها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضييع حقوق اشخاص می شود.» همچنین ماده ۲۱ همان قانون واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه ها و سازمان ها و مؤسسات و شرکت های دولتی و شهرداری ها و تشکیلات و مؤسسات وابسته به آن ها و نهادهای انقلابی را مکلف به اجرای احکام دیوان در آن قسمت که مربوط به واحدهای مذکور است می داند و مجازات استتکاف از اجرا را با حکم رئیس کل دیوان، انفصال از خدمات دولتی به مدت یک تا پنج سال اعلام می کند. اصل یکصد و هفتاد و چهارم قانون اساسی نیز بر اساس حق نظارت قوه قضاییه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه های اداری، سازمانی به نام سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رئیس قوه قضاییه پیش بینی کرده است تا مستمراً از کلیه وزارتخانه ها و ادارات و نهادهای دولتی بازرسی نماید و چنان چه به تشخیص سازمان تخلفی احراز شد، مبادرت به تعقیب و اصلاح آن بنماید.

اکنون باید گفت پس از سی سال از تصویب قانون اساسی، بی اعتنایی و زیر پا نهادن آن یک ویرانگری فاجعه ساز است که صدمات و خسارت های جبران ناپذیر مادی و معنوی به دنبال خواهد داشت، پیامدهایی که دست از دامن حقوق افراد ملت به آسانی نخواهند شست. این همه استدلال پیشاپیش از آن جهت گفته شد که در نقد تصمیمی که عیناً در ادامه می آید، به فقدان دلیل گرفتار نبوده باشیم که گفته اند حرف بی دلیل، علیل بود و گوینده آن ذلیل! و آن تصمیم، مربوط به ماده واحده «خروج تصمیمات و آرای صادره از هیأت ها و کمیته های تخصصی وزارتین علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی در خصوص امور و شؤون علمی، آموزشی و پژوهشی از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی» مصوب جلسه ۶۳۰ مورخ ۸۷/۶/۱۲ شورای عالی انقلاب فرهنگی است که به شرح زیر می باشد:

شورای عالی انقلاب فرهنگی در جلسه ۶۳۰ مورخ ۸۷/۶/۱۲، بنا به پیشنهاد مورخ ۸۷/۵/۱۲ معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه و دیوان عدالت اداری، ماده واحده خروج تصمیمات صادره از هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی وزارتین علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی در امور و شؤون علمی، آموزشی و پژوهشی از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی را به شرح ذیل تصویب نمود:

«ماده واحده- آن دسته از تصمیمات و آرای نهایی و قطعی صادره در هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی فعال در وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و دانشگاه‌ها و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی مصوب، از جمله؛ تصمیمات و آرای نهایی هیأت‌های انما؛ ممیزه و انتظامی اساتید و کمیته انضباطی دانشجویان و همچنین تصمیمات و آرای نهایی در خصوص بازنشستگی، ارتقا، ارزیابی و پذیرش علمی، بورس دانشجویان و فرصت مطالعاتی که صرفاً در رابطه با امور و شؤون تخصصی علمی، آموزشی و پژوهشی صادر شده باشد، قابل شکایت و رسیدگی در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نخواهد بود.

تبصره- در هر یک از وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی هیأتی به عنوان مرجع نهایی به منظور تجدیدنظر و رسیدگی به شکایات اساتید و دانشجویان از آرا و تصمیمات هیأت‌ها و کمیته‌های مذکور در ماده واحده فوق که در امور و شؤون علمی، آموزشی و پژوهشی صادر شده و همچنین به منظور نظارت بر نحوه رسیدگی در این هیأت‌ها و کمیته‌ها تشکیل می‌شود. ترکیب اعضا و وظایف و اختیارات هیأت موضوع این تبصره، به تصویب شورای عالی انقلاب فرهنگی خواهد رسید.»

در این جا توجه به چند نکته ضروری است. در این که آیا شورای عالی انقلاب فرهنگی صلاحیت وضع قانون دارد یا نه، حرف و حدیث بسیار است. مختصر آن که قوه صالح قانونگذار طبق قانون اساسی صریحاً و منجزاً مشخص شده است و شورای مورد بحث، از شمول آن خروج موضوعی دارد. اما بر فرض که اختیار قانونگذاری داشته باشد، آیا می‌تواند قانون اساسی را نیز نادیده بگیرد و برخلاف مصرحات و نصوص آن، حقوق منجز و مشخص افراد ملت را بجا دارد؟!

صراحت اصول قانون اساسی در موارد اشاره شده در این نوشتار، نصوصی است که به هیچ روی امکان عدول و نکول از آن وجود ندارد. اصطلاح معروفی در این زمینه میان حقوقدانان قدیم و جدید رواج دارد که: اجتهاد در مقابل نص باطل است. این اصطلاح در زمانی به کار می‌رود که با وجود نص صریح قانون، کسی سعی نماید از راه استدلال و توجیه و اعمال نظر خاص، خلاف نص را اثبات کند که البته این کاری است لغو و بیهوده.

به نظر می‌رسد تصمیمات و اقدامات فرهنگی بایستی با لطف و عطوفت و اندیشه همراه باشد. مخاطبان و موضوع تصمیمات شورای عالی انقلاب فرهنگی، دانشجویان یعنی مدیران فردا و استادان یعنی فرهنگ سازان امروز هستند. چگونه با تصمیمی این چنین، حقوق بدوی و بدیهی افراد را برخلاف قواعد حقوق داخلی و بین‌المللی نادیده انگاریم؟

حق آن است که فوری نسبت به لغو این تصمیم به دور از جهاست قضایی، مغایر اصول قانون اساسی و مخالف موازین بین‌المللی و تعهدات جهانی دولت اقدام شود تا بیش از این حقوق دانشجویان و استادان و دیگر افراد مرتبط با حوزه علم و فرهنگ و دانش و اندیشه بدین نحو پایمال نشود. ■

# آیا مأموران وزارت اطلاعات، ضابط دادگستری اند؟

احسان زرخ\*

- قسمت دوم و پایانی -

## ۲-۲- نظرات موافقان و ارائه کنندگان لایحه

مدیرکل پارلمانی سابق وزارت اطلاعات نخستین مورد را «ضابط قوه قضاییه بودن» عنوان کرده و افزوده بود که مأموران وزارت اطلاعات هم به عنوان «مأمور» تعریف شده‌اند و هم در وزارتخانه آموزش می‌بینند و توجیه می‌شوند. طبق ماده ۱۰ قانون تأسیس وزارت اطلاعات، ما می‌خواهیم در چهارچوب قانون، ضابط قضایی باشیم؛ آن هم در مورد مأموریت‌های خاص وزارت اطلاعات.

مدیرکل پارلمانی وزارت اطلاعات به ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره کرد و گفت که ضابط بودن لزوماً به معنای مسلح بودن نیست و این اشتباه برخی از آقایان در مجلس است. ما می‌خواهیم ضابط در چهارچوب مأموریت‌های وزارت اطلاعات باشیم. وی چنین مثال زد که در برخی از موارد، می‌خواهیم فردی را دستگیر کنیم و زنده بودن او را می‌خواهیم. او یا مسلح است و یا این که قرص سیانور زیر زبان خود گذاشته است. باید آن قدر به سرعت عمل کنیم که او خود را نکشد. آیا باید به وی بگوییم صبر کن تا برادران بسیج و نیروی انتظامی تو را دستگیر کنند!

کریمی در مورد دومین درخواست وزارت اطلاعات برای اصلاح این قانون گفت که ما خواستار حمایت از مخبران و منابع خود شده و برای این کار قانونی نداشته‌ایم. در سومین مورد، خواسته‌ایم که در پرونده‌های امنیتی، نظر ما را به عنوان نظر کارشناسی بپذیرند. آیا معنای این سه مورد توسعه اختیارات است؟ این کار فقط محدود کردن وزارت اطلاعات در چهارچوب قانون و شفاف‌سازی وظایف آن و سهولت تعامل با قوه قضاییه و سایر ضابطان است.

زیرا عده‌ای می‌خواهند این تفسیر غلط را بیان کنند که «ضابط بودن یعنی مسلح بودن»، درحالی که ضابط بودن به معنای مسلح بودن نیست و ما می‌خواهیم در چهارچوب وظایف خود ضابط شویم.

## ۳-۴- نقد و بررسی

درباره استدلال‌های مطرح شده، نکته‌های زیر درخور توجه است:

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی و کارآموز وکالت - کرمانشاه.

۱- نباید مثبت بودن اصلاحیه قانون وزارت اطلاعات را به پرسش کشاند. زیرا، به هر تقدیر این نیروها در مأموریت‌های بسیاری حضور دارند و در بسیاری از موارد به نوعی نقش ضابطان را انجام می‌دهند، در حالی که مجوز قانونی لازم را ندارند؛

۲- ایرادهای نمایندگان به این لایحه به نوعی مرتبط با کلی بودن این لایحه است. زیرا، این لایحه در قسمت‌هایی از خود، اختیارات بسیار و بدون قیدی را برای مأموران این وزارتخانه لحاظ کرده است؛

۳- پاره‌ای از موضوع‌های مطرح در این اصلاحیه، اکنون و در حالی که به تصویب نرسیده‌اند، در دادگاه‌ها اجرا می‌شوند. اصلاح قانون وظایف و اختیارات وزارت اطلاعات، این حسن را دارد که دادرسی بداند که پرونده‌های با ماهیت امنیتی را به کدام قسمت وزارتخانه اطلاعات ارجاع دهد تا بدین وسیله ارجاع پرونده‌ها به این وزارتخانه ساماندهی شده و دادرسان نیز از سردرگمی و بلا تکلیفی خارج شوند؛

۴- ایراد عمده دیگر این لایحه آن است که با تصویب این لایحه، وزارت اطلاعات کار دادستان را انجام می‌دهد و این دخالت در کار قوه قضاییه است. به عقیده نمایندگان مجلس، این بند مغایر اصل تفکیک قوا است که با نگاهی به موازین مطرح در قانون اساسی چنین برداشتی نادرست به نظر نمی‌آید.

در مجموع، باید اذعان کرد که این اصلاحیه جدای از ایرادهای وارد به آن، دارای نقاط قوت بسیاری است؛ به گونه‌ای که، اگر با اندکی تغییر تصویب شود، منشأ رفع خلأهای قانون است.

۵- ضابط بودن مأموران وزارت اطلاعات در لایحه آیین دادرسی کیفری:

قانونگذار در لایحه آیین دادرسی کیفری که تاکنون چندین نسخه از آن منتشر شده است به تعیین ضابطان دادگستری پرداخته است؛ در نسخه‌های اولیه و در ماده ۲۱ این لایحه چهار دسته را به عنوان ضابط دادگستری مطرح نموده است که عبارتند از:

۱- مأموران نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران؛

۲- رؤسا، معاونین و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان؛

۳- سایر نیروهای مسلح در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تمام یا برخی از وظایف ضابط بودن نیروی انتظامی را به آنان محول کند؛

---

۱- ماده ۲۱: ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات مقام قضایی در کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلایل جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم و ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی به موجب قانون اقدام می‌کنند و عبارتند از:

الف) مأموران نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران؛

ب) رؤسا، معاونین و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان؛

ج) سایر نیروهای مسلح در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تمام یا برخی از وظایف ضابط بودن نیروی انتظامی را به آنان محول کند؛

د) مقامات و مأمورانی که به موجب قوانین خاصی در حدود وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند. تبصره- سربازان وظیفه، ضابط دادگستری محسوب نمی‌شوند. لیکن تحت نظارت مأموران ضابط دو این مورد انجام وظیفه می‌کنند. (به نقل از نسخه منتشر شده توسط دادگاه‌های تجدیدنظر و کیفری استان تهران)

۴- مقامات و مأمورانی که به موجب قوانین خاص در حدود وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این پیش‌نویس نامی از مأموران وزارت اطلاعات به عنوان ضابط دادگستری به میان نیامده است؛ و مطابق آن، ایشان را نمی‌توان ضابط دادگستری قلمداد نمود.

این دیدگاه در نسخه آخر لایحه آیین دادرسی کیفری که در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۶ توسط مجلس اعلام وصول شده است، تغییر یافته و این ماده بدین نحو تغییر یافته است که:  
«ضابطان دادگستری عبارتند از:

الف) افسران و درجه داران آموزش دیده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران؛

ب) رؤساء معاونین و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان؛

ج) سایر نیروهای مسلح در مواردی که شورای عالی امنیت ملی تمام یا برخی از وظایف ضابط بودن نیروی انتظامی را به آنان محول کند؛

د) مقامات و مأمورانی که به موجب قوانین خاص، در حدود وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند.

ه) مأموران وزارت اطلاعات در چهارچوب وظایف قانونی محوله.

تبصره- سربازان وظیفه، ضابط دادگستری محسوب نمی‌شوند، اما تحت نظارت ضابطان مربوط در این مورد انجام وظیفه می‌کنند و مسؤولیت اقدامات انجام شده در این مورد با ضابطان است.<sup>۱</sup>

با مشاهده این ماده آشکار می‌شود که قانونگذار نیز به این خلأ قانونی پی برده و سعی در برطرف نمودن آن داشته است؛ حال آن‌که باز هم قید «در چهارچوب وظایف قانونی محوله» را مطرح نموده است و به نظر می‌رسد این قید همان شرایط مندرج در قانون تأسیس وزارت اطلاعات باشد که پیش‌تر بدان اشاره شد و نقاط ضعف آن نیز مطرح گشت. به نظر می‌رسد مشکل همچنان باقی است و این لایحه تنها در صورت تصویب لایحه اصلاح قانون تأسیس وزارت اطلاعات عملی می‌شود. بهتر آن بود که قانونگذار، ساز و کار متفاوتی را در خصوص مأموران این وزارتخانه مطرح می‌نمود، چه آن‌که آنان با سایر نیروهای ضابط تفاوت دارند و نمی‌بایست مانند سایرین با آن‌ها برخورد نمود و لازم است تا در موادی مجزا و به‌طور کامل تکالیف و اختیارات این نیروها مشخص شود تا نه به امنیت ملی کشور که منبعث از استقلال کامل این نیروها است خلی وارد شود و نه منجر به سوءاستفاده از این گستردگی اختیارات شود.

#### ۶- نتیجه‌گیری و ارائه راهکار

اهمیت مقابله با برخی جرم‌ها و نیز ضعف ضابطان دادگستری سبب شده تا نیاز به استفاده از نیروهای وزارت اطلاعات به‌عنوان ضابط دادگستری در پاره‌ای از موارد احساس شود که البته با موانعی نیز روبرو شده است که مهم‌ترین آن‌ها عدم ذکر وزارت اطلاعات به‌عنوان ضابط

۱- ماده ۲-۱۲۱ از لایحه آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۸۷/۹/۲۳ هیأت وزیران.

دادگستری در قانون بود. قانونگذار در ماده ۱۲۴ قانون برنامه توسعه پنجم در مورد کشف مفسد کلان اقتصادی و سرقت میراث فرهنگی، این وزارتخانه را در مقام ضابط دادگستری تلقی کرد.

این ماده اقدامی مثبت در قانون‌مند کردن اقدام‌های این وزارتخانه است، ولی کافی نیست. زیرا تنها به دو مورد اشاره کرده و سایر موارد را نادیده گرفته و این در حالی است که عمده فعالیت‌های این نهاد در تقابل با افراد ضد انقلاب و فعالیت‌های جاسوسی بیگانگان است که به هیچ‌یک از این موارد در این ماده اشاره‌ای نشده است. با توجه به این که اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز است، هنگامی که جواز برخورد با افراد ضد انقلاب و فعالیت‌های جاسوسی بیگانگان به این نیرو داده شده است، اختیار دستگیری و اقدام علیه آن‌ها نیز باید به آنان داده شود. بنابراین، در این موارد قانونگذار باید وارد عمل شده و این نهاد را در این موضوع‌های خاص به‌عنوان ضابط دادگستری بپذیرد. این خود دو تالی مثبت دارد: نخست، فعالیت‌های این ارگان قانونمند می‌شود؛ و دوم، از توسعه اختیارات که در زمان نبود قانون به وجود می‌آید جلوگیری می‌شود. این مسأله در لایحه اصلاح قانون وزارت اطلاعات و لایحه قانون آیین دادرسی کیفری که به مجلس ارائه شده مورد توجه قرار گرفته است؛ هر چند کاستی‌هایی نیز دارند و باید رفع و اصلاح شود.

#### کتاب‌شناسی

- ۱- آخوندی، محمود؛ (۱۳۸۵)، آیین دادرسی کیفری؛ جلد اول و دوم، چاپ سوم، سازمان چاپ و انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲- آشوری، محمد؛ (۱۳۸۰)، آیین دادرسی کیفری؛ جلد اول، چاپ پنجم، انتشارات سمت.
- ۳- آقایی‌نیا، حسین و دیگران؛ (۱۳۷۷)، بررسی قوانین ماهوی ناجا قسمت اول ضابطان دادگستری؛ به سفارش مرکز اطلاعات و پژوهش‌های ناجا؛ معاونت ناجا.
- ۴- سواد کوهی، سام؛ (۱۳۷۹)، نظارت و ریاست مراجع غیر قضایی بر ضابطان دادگستری؛ مجله دادرسی؛ شماره ۲۱، تهران، انتشارات سازمان قضایی نیروهای مسلح، سال چهارم.
- ۵- ضابطان دادگستری، تکالیف و مسئولیت‌ها، (۱۳۸۱)، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، قم.
- ۶- قاسم پور، ابوالقاسم؛ (۱۳۸۱)، ضابطان قوه قضاییه و وظایف آن‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و قوانین متفرقه؛ چاپ اول، انتشارات افق امید، تهران. کاظم زاده، علی؛ (۱۳۶۹)، ضابطان قوه قضاییه چه کسانی هستند؛ چاپ اول، انتشارات پیمان، تبریز.
- ۷- مال میر، محمود؛ (۱۳۸۳)، شرح قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، چاپ اول، انتشارات دادگستر، تهران.
- ۸- مجموعه نظریات اداره حقوقی دادگستری تا سال ۱۳۸۱؛ (۱۳۸۲)، انتشارات ریاست جمهوری، تهران.
- ۹- مهابادی، علی اصغر؛ (۱۳۸۱)، ضابطان دادگستری در قوانین کیفری ایران؛ مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، الهیات و حقوق، سال دوم، شماره چهارم. ■

# وکالت تسخیری

## وکالت در استخائنه یا نیابت در استخائنه؟

محسن طاهری\*

این که کی و کجا اهل حقوق شیر پاک خورده، عقل شان را روی هم ریخته‌اند و به این نتیجه رسیده‌اند که در امر دادرسی، هرگاه پای مرگ و زندگی متهم در میان است یا کیفیت اتهام و مجازات قانونی آن به حدی شدید و سنگین است که فرقی با مردن ندارد، انصاف نیست که متهم بیچاره به دلیل نداشتن پول یا تخصص حقوقی، در جلو میز قاضی بدون پشت و پناه بایستد، من نمی‌دانم. ولی می‌دانم که در توجیه این نتیجه‌گیری گفته شده که هر چه باشد، متهم عضوی از جامعه است و حق و حقوقی دارد که یکی‌اش حق دفاع و برخورداری از عدالت قضایی است. وکیل غیرانتخابی - در امر کیفری: تسخیری - از دل چنین مصلحتی بیرون آمده تا در محضر دادگاه هم از حقوق متهم دفاع کند و هم مراقب اجرای درست قانون باشد. ولی - که البته این «ولی» مدتی است از اصل قضایا مهم‌تر و تعیین‌کننده‌تر شده است - همین تأسیس مبارک و میمون به کشور ما که آمده، مثل همه‌ی چیزهای مبارک و میمون وارداتی و تقلیدی دیگر، مثل پیتزا، پارلمان، بلندگو، رأی، جمهوریت، چراغ راهنمایی، هیأت منصفه و... طوری رنگ عوض کرده و به سوء هاضمه دچار شده که آدم دلش می‌خواهد داد بزند: «بابا، نخوایستیم!» مرحمت فرموده ما را مس‌کنید! و لااقل وکالت تسخیری را از متن قوانین خط بزنید! متهم خودش می‌داند چه خاکی به سرش بکند. نه جداً! مگر نه از قدیم گفته‌اند: «هر کوری پیش پای خودش را بهتر می‌بیند.»؟ پس، چرا لقمه را بی‌جهت دور سر می‌چرخانیم و اصرار داریم که وکیل تسخیری ایرانی شده، واجب‌الوجود دادگاه باشد تا چیزی را به زبان و قلم بیاورد که خود موکل به مراتب بهتر از عهده‌اش برمی‌آید؟

البته، اگر تعیین و اذن دخول وکیل تسخیری فقط برای جرور شدن جنس ویشترین دادگاه است و پز دادن، حرفی نیست. من هم آرزو می‌کنم از این به بعد هر متهمی با صد تا از این جور وکلا در دادگاه حاضر شود و با آنها عکس دسته جمعی بیندازد. اما اگر، نه! فلسفه‌ی شأن نزول این تأسیس کماکان در این آب و خاک به قوت قانونی خود باقی مانده و همان

۱- عمداً این دو مقوله را از هم جدا کردم تا فراموش نشود که وکیل تسخیری، نایب موکل نیست، نه توافق در آن مؤثر است، نه استعفا و نه عزل. (مگر با جهات رد)  
\* کارشناس ارشد حقوق عمومی - شیراز.



است که در بالا به آن اشاره شد، کار برخی حضرات به همه چیز شبیه است جز وکالت و در توصیف تلخی نتیجه اش فقط باید گفت: «مسلمان نشود، کافر نبیند» برای آن که ادامه ی این رفتار جدا از آن که احترام و حیثیتی برای وکیل باقی نمی گذارد، باعث می شود اجر و کلاهی شریفی هم که در همین جایگاه، بیهی همه چیز را به تن شان می مالند و با دل و جان وظیفه ی قانونی را با تمام محدودیت هایش انجام می دهند یا دست کم سعی می کنند انجام بدهند، به هدر برود.

ناسلامتی، وکیل تسخیری قبل از آن که مقید به انجام وظیفه ی صنفی / اجتماعی اش باشد، وکیل دادگستری است و وکیل دادگستری هم صرف نظر از این که از کجا جواز وکالت داشته باشد، وظیفه دارد که اگر از سد سکندر گذشت و به دادگاه راه یافت، مفاد قسم نامه را پشت گوش نیندازد و در چارچوب مقررات و مقدمات، از حقوق موکلش دفاع کند. نه این که صحن دادگاه را با بارگاه انوشیروان اشتباه بگیرد و به جای انجام وظیفه ی مقرر، به عجز و لابه متوسل شود.

او نه مداح است، نه دلال رافت. نه شریک و معاون جرم است و نه لزوماً هم عقیده با متهم. بلکه ظاهراً چیزهایی را خوانده که موکل اش نخوانده، کاری را بلد است که موکل اش قاعدتاً بلد نیست و وظیفه ای را قانون برگردنش گذاشته که عموماً از موکل بر نمی آید. همین صریح تر بگویم، او وکیل است در استفاذه و دادخواهی، نه نایب در استفقار و عذرخواهی. پس، حق ندارد به خاطر عافیت طلبی یا بر اثر بی سوادگی یا به بهانه ی تسخیری بودن، همان اول کار، قید دفاع از موکل و نظارت بر اجرای قانون را بزند و به دنبال رافت و بخشش باشد.

این نوع رفتارها به همه چیز شبیه است جز وکالت. چون به دادگاه چنین القا می کند که موکل مجرم است و مستحق مجازات، رسیدگی هم لازم نیست. فقط کمی اکسیر رافت لازم دارد تا مشکل اش حل شود. نتیجه ی اثربخشی و ادامه ی این روش هم کاملاً معلوم است: قانون و دادگاه و وکالت و قضاوت به کنار، «توبه یار، رافت ببر!».

فکر می کنید هیچ وکیل و قاضی شریف و عدالت خواهی بخواهد وکالت و قضاوت به چنین روزی بیفتد؟ من که باور نمی کنم. ■

# سه گفتار در کشفیت گواهی

## نگرش نسبی گرایانه به گفتمان «گواهی» در حقوق

فرشید فولادی نژاد\*

### گفتار اول

دو نفر، کسانی را در انعقاد عقد خود، گواه می گیرند. آیا گواهان باید تمامی مدلول تراضی طرفین را بدانند؟ اگر در محکمه، نتوانند به بخشی از توافقات گواهی دهند چه خواهد شد؟ اگر با سؤالات یکی از اصحاب دعوا، به صراحت اعلام کنند که بخشی از توافقات را از یاد برده اند، آیا شهادتشان در سایر قسمت‌ها پذیرفته خواهد شد؟ قاضی از کجا باید بداند که ایشان دروغ نمی گویند؟ یا اشتباه نمی کنند؟

یک طرف دعوا، گواهانی برای عقد، معرفی می کند. طرف دیگر، منکر وجود گواهان در زمان عقد می شود. از ایشان سؤالاتی می پرسد، می گویند: «همه‌ی توافقات یادمان نیست.» آیا گواهی ایشان، قابل پذیرش است؟ گواهی ایشان، تا چه حد امکان دلالت بر واقع دارد؟ یک طرف دعوا، به گواهی استناد می کند. طرف دیگر، منکر وجود گواهان در زمان معامله می شود. از گواهان سؤالاتی می پرسد. پاسخ‌ها متفاوت است. آیا گواهی ایشان معتبر است؟ نیست؟ اما ایشان، شاهد واقعه بوده‌اند!

در مذاکرات طرفین دعوا- پیش از جلسه‌ی دادگاه- افرادی حضور داشته‌اند. بعضی از مذاکرات را به خاطر می آورند و بعضی را نه. کسی که گواهی علیه اوست، به دلیل عدم توانایی شهود در بازگویی برخی جزئیات، حضور گواهان در زمان مذاکره را منکر می شود. آیا گواهی ایشان معتبر است؟

افرادی، اتفاقاً، بخشی از عمل حقوقی را دیده‌اند. اما قصد حفظ کردن تمام ماوقع را نداشته‌اند.

افرادی اتفاقاً، شاهد جرمی بوده‌اند. اما جزئیات قضیه را به خاطر نمی آورند. کسی، به گواهی شهود استناد می کند. هیچ یک از شهود، چیزی نمی‌دانند. در واقع، ایشان قصد دادن شهادت دروغ دارند. اما با کمک استنادکننده، تمامی جزئیات ساختگی قضیه را با هم بررسی می کنند. در دادگاه، همگی شهود، پاسخ‌هایی یکسان می دهند. آیا شهادت، کاشف از واقعیت است؟

\* وکیل دادگستری - اصفهان.

## گفتار دوم

به این دو گزاره‌ی ویتگنشتاین از رساله‌ی «درباره‌ی یقین»<sup>۱</sup> نگاه کنید:

- گزاره‌ی نوع نخست: «به یقین، کتاب روی میز است.»
- گزاره‌ی نوع دوم: «او، یقین دارد که کتابی روی میز است.»

گزاره‌ی نوع نخست، وقتی درست است که به راستی، کتابی روی میز باشد. اما گزاره‌ی نوع دوم، امری است، ارجاعی. چگونه یقین «او» را در می‌یابیم؟ یا ثابت می‌کنیم؟ در واقع، فقط زمانی که یقین «او» را ثابت شده فرض کنیم، می‌توانیم بگوییم که گزاره‌ی نوع دوم، یک گزاره‌ی یقینی است. پس می‌توانیم بگوییم: «او یقین دارد که کتاب، روی میز است. اما این نکته (که واقعاً کتابی روی میز هست یا نه)، یقینی نیست.» (بابک احمدی، کتاب تو دید، صفحه ۲۵۰)

علامه، گفته است: «ضابطه در شهادت، یقین شاهد است.» (قواعد، جلد ۳، صفحه ۵۰۱) صاحب جواهر، احادیث متعددی در این معنا ذکر کرده. (جواهر، جلد ۴۱، صفحه ۱۲۳) و شهید ثانی، بر واژه‌ی یقین، تصریح نموده: «الاصل فی الشهاده البناء علی العلم و الیقین.» (مسائلک الافهام، جلد ۱۴، صفحه ۲۲۶)

این، مصداق گزاره‌ی نوع دوم ویتگنشتاین است: «او یقین دارد که... اما این امر، یقینی نیست.»

ما فقط می‌توانیم صدق گزاره‌ی گواه را بپذیریم. بدون هرگونه دلیل و این، چیزی نیست که ما را به واقعیت برساند. به همین دلیل، علامه، در قواعد می‌گوید: «چنانچه یکی از گواهان، شهادت دهد که (مدعی) آن لباس را به یک دینار خریده و دیگری گواهی دهد که همان لباس را در همان وقت، به دو دینار خریده، گواهی هیچ یک، اثبات کننده‌ی مدعی به نیست. مدعی می‌تواند گواهی هر یک را که بخواهد، منضم به یک سو کند کرده، دعوی خود را اثبات نماید.» (قواعد، جلد ۳، صفحه ۵۰۸)

چگونه می‌توان شرط گواه را یقین او دانست و هر یک از دو گواهی متعارض را نیز بدون هرگونه ترجیح، به انضمام سوگند، معتبر دانست، جز آن که بر همان نظر ویتگنشتاین پایبند باشیم که «او یقین دارد، اما موضوع یقین او، یقینی نیست.»

اما بعداً، علامه می‌گوید: «و لو شهد احدهما انه اقر بالعریه و الآخر بالعجمیه قبل.» کسی شهادت می‌دهد که مقر، به زبان عربی اقرار کرده و دیگری، شهادت می‌دهد که او به زبان فارسی اقرار کرده. مدلول گواهی این دو، با وجود تعارض رمزگان (نشانه‌های متعلق به دو نظام زبانی مختلف به کار برده شده و شنیده شده توسط دو گواه)، پذیرفته خواهد شد! این مثال‌ها، بر چه دلالت دارد؟ اگر چه شاهد، باید بر موضوع گواهی، یقین داشته باشد، یقین او، لزوماً، کاشف از واقع نیست. بل صرفاً رافع دعواست.

1- On Certainty. Ludwig Josef Johann Wittgenstein.

چرا ارزش گواهی زنان، با مردان متفاوت است؟

اگر فرض کنیم گواهی، دلیل و کاشف از واقع است، باید در انعکاس واقعیت، انسان بودن، مورد توجه قرار گیرد، نه مرد بودن! چرا که زن و مرد، هر دو از نظر انسان بودن، برابری و دلیلی وجود ندارد که خلاف آن را اثبات نماید. پس، یک انسان، می تواند از طریق بازگویی واقعیت، امری را در دادگاه اثبات کند. اما حقوق ما، فرض فوق را نپذیرفته. آیا سیستم حقوقی ما، در انعکاس واقع، جنسیت را مؤثر می داند؟ می توان حداقل، دو تأویل از عدم برابری زن و مرد در مبحث گواهی یافت.

تأویلی ساده، مبنی بر این که سیستم حقوقی اسلام، قائل به تفاوت زن و مرد از نظر اعتبار گفتارشان است. توجهاتی که بر این نظر می کنند<sup>۱</sup>، قابل ارائه نیست. به نظرم دلیلی بر این تأویل وجود ندارد. بل خلاف آن قابل اثبات است.

و تأویلی دیگر: اصولاً، نظریه‌ی بازگویی واقعیت، نظریه‌ای مردود است. کسی که گواهی می دهد، لزوماً، واقعیت را بازگو نمی کند. بل تنها، تأویلی از تأثیرات عالم خارج بر قوای مדרکه‌ی خود، ارائه می دهد که می تواند واقعیت نداشته باشد. پس آن چه در حقوق ما مطرود است، نه برابری زن و مرد، که جزمیت در اعتقاد به انعکاس واقع از طریق گواهی است.<sup>۲</sup>

مسأله، مربوط به انسانیت نیست. مربوط به جنسیت هم نیست. مسأله، فصل خصومت است. (و البته این، فقط یک تأویل است.) چگونه می شود به انسان‌ها نشان داد که «آن چه شاهد می گوید، لزوماً بازتاب واقعیت نیست. اما برای حل و فصل دعاوی، راهی دیگر جز پذیرش قول شاهد نیز وجود ندارد؟» اگر همه‌ی انسان‌ها در قابلیت گواهی برابر بودند، هیچ گاه این اندیشه که شهادت، لزوماً، دلالت بر واقع ندارد، قابل طرح نبود. اشتباهی که سیستم‌های دیگر حقوقی، گرفتار آن‌اند و از شاهد - چه مرد و چه زن - می خواهند حقیقت را بازگو کند. در حالی که تنها، پیشگامان اندیشه‌ی آنان، به این امر وقوف یافته‌اند که آن چه بازگو می شود، لزوماً، حقیقت نیست. پس به لحاظ معیارهای نشانه شناسیک، می توان این تبعیض را، نشانه‌ای بر آن دانست که: «زن و مرد، هر دو، انسان‌اند و در بازگو کردن حقیقت تفاوتی ندارند. اما آن چه باعث تبعیض شده، آن است که معلوم شود اصولاً، مسأله، بازگو کردن واقعیت نیست. بل اثبات نسبی بودن ارزش گواهی از طریق قائل شدن به تبعیض است. مسأله، تعیین تکلیف اصحاب دعواست.» از چه راهی جز قائل شدن به تبعیض، می شد این نظریه را نشان داد؟

- نمودار تأویل اول: تبعیض در نحوه‌ی اثبات ← نفی برابری زن و مرد
- نمودار تأویل دوم: تبعیض در نحوه‌ی اثبات ← نفی اصل جزمیت اثبات ← اثبات به معنای کشف واقع نیست.

۱- مانند آن که: «زن بیش از مرد، اسیر احساس خود است.» که در فرض پذیرش این توجیه در امر قضاوت، در انعکاس واقع، نمی توان زن و مرد را متفاوت دانست.

تبعیض دیگری هم وجود دارد: دعاوی مختلف، با روش‌های یکسان قابل اثبات نیستند. ماده‌ی ۲۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی را بخوانید. همچنین، قواعد علامه را، علامه، در قواعد، لازمه‌ی اثبات طلاق را گواهی دو مرد دانسته. در اثبات نکاح، یک شاهد مرد و دو زن را کافی دانسته. در دعاوی مالی مثل قرض و غصب، دو شاهد مرد یا یک شاهد مرد و دو شاهد زن را معتبر دانسته و در مواردی که فقط دو شاهد زن وجود دارد، قائل به اثبات نصف وصیت شده. (قواعد، جلد ۳؛ صفحه ۵۰۰) طی ماده‌ی ۲۳۰ نیز، نظیر همین تفاوت‌ها، مورد تصریح قرار گرفته. اما به چه دلیل؟ اگر یک امر مالی و طلاق، هر دو واقعیاتی هستند که شاهد، آن را بازتاب می‌دهد، چرا روش اثبات آن‌ها باید با هم متفاوت باشد؟ تفاوت در نحوه‌ی اثبات دعاوی مختلف نیز، نشانه‌ای است بر آن که گمان نکنیم گواهی شهود، منعکس کننده‌ی واقعیت است. «مسأله، اصولاً، ارتباط با واقعیت ندارد. مسأله، راجع به فصل خصومت است.»

به ماده‌ی ۲۴۱ قانون آیین دادرسی در امور مدنی نگاه کنید: «تشخیص ارزش و تأثیر گواهی، با دادگاه است.» چرا؟ اگر گواهی، کاشف از واقع است، چرا اعتبار آن بر قاضی تحمیل نمی‌شود؟

به ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نگاه کنید: «دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل طرفین، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد.» اگر دلایل، نشان دهنده‌ی واقعیت بودند، چه نیازی به وجود این ماده بود؟

به ماده‌ی ۱۹۴ قانون آیین دادرسی در امور کیفری نگاه کنید: «اقراری که با قراین، ناسازگار باشد، قابل قبول نیست.»

نه اقرار دلیل و کاشف از واقع است، نه گواهی و نه حتی سند. بل هر یک، صرفاً بخشی از یک نظام اثباتی است. نظامی که لزوماً، هیچ یک از عناصرش بر دیگری رجحان ندارد. و نظامی که در آن، هر یک از عناصر، کارکردی خاص دارد و نمی‌تواند به تنهایی، مبنا قرار گیرد. با پذیرفتن این طرح، می‌توان پذیرفت که برای حل یک دعوا لازم است روش‌هایی متفاوت و متکثر به کار برد. اما اگر بنا بر این است که طرحی افکنده شود تا به فصل خصومت برسیم، لازم است طرح فعلی و شکل ثابت و قواعد به ظاهر متقن آن مورد تردید واقع شود و جزء قواعد شکلی و ماهوی چنین دستگاه حقوقی - قضایی‌ای از دو اصل نظریه‌ی «دیدگاه نسبی انسان به حقیقت» و «فصل خصومت» قابل استخراج باشد. نیز یک و یگانه بودن این قواعد، اثبات شدنی باشد و نتوان آن را تنها، راهی در میان راه‌های متکثر و متفاوت محتمل در حل این مسأله قلمداد کرد. ■

# نقدی بر یک رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور دایو

ماجد رشادی

در مقاله منتشره در شماره ۲۱ مجله دادگستر، تحت عنوان مرجع رسیدگی به شکایت از دستور دادستان بر ضبط وثیقه و اخذ وجه الکفاله وجه التزام موضوع ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نویسنده آن طی استدلالاتی من جمله استناد به ماده ۳ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و رعایت شأن و منزلت دادگاه تجدیدنظر مرکز استان و ناسازگاری با حکومت عقل و منطق (برخلاف صریح ماده مذکور در فوق) دادگاه عمومی را صالح به رسیدگی به شکایت مزبور دانسته و اتمام حجت نموده به این که خود در سمت قاضی دادگاه تجدیدنظر مرکز استان تهران از همان دوران اجرای قانون احیای دادرسی مرجع رسیدگی به اعتراض موصوف با تعلیل فوق‌الذکر به مناسبت، دادگاه عمومی و یا دادگاه انقلاب را صالح تشخیص و بر همین مبنا پرونده‌های ارجاعی، به دادگاه نخستین اعاده شده... و نیز این نکته را تأیید نموده که: درحالی که دوگانگی برخورد عملاً نسبت به مورد دادرسی و دادگاه‌ها باقی است و حتماً نیاز به اصلاح و یا تصریح قانونی یا ایجاد وحدت رویه قضایی! و رفع معضل دارد.

پس هیأت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی اکثریت وحدت رویه<sup>۱</sup> شماره ۶۹۴-۸۵/۸/۹ مرجع رسیدگی به موضوع را دادگاه عمومی و انقلاب شهرستان محل صدور دستور ذی ربط اعلام نموده است. این مقاله در واقع نقدی است بر رأی وحدت رویه مذکور و پاسخی ضمنی به مقاله موصوف.

\* وکیل دادگستری - ارومیه.

- ۱- مهم، کفیل و وثیقه‌گذار می‌توانند در موارد زیر ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ دستور رئیس حوزه قضایی در مورد پرداخت وجه التزام یا وجه الکفاله با ضبط وثیقه به دادگاه تجدیدنظر شکایت نمایند.
- ۲- نظر به این که به موجب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اصلاحی قانون مذکور، اختیار دادستان که از او سلب شده بود، مجدداً به وی اعطا شده و دستور ضبط وثیقه یا وجه الکفاله با وجه التزام نیز حسب رأی وحدت رویه قضایی ۶۷۹-۱۳۸۴ از وظایف دادستان تشخیص داده شده و در ماده ۳ اصلاحی قانون مرقوم در موارد متعدد صلاحیت دادگاه عمومی در رسیدگی به اعتراضات معموله نسبت به تصمیمات دادرسی تصریح گردیده و مطابق اصول کلی و روح حکم بر آیین دادرسی کیفری تصمیمات دادرسی در دادگاهی که آن دادرسی در معیت آن انجام وظیفه می‌نماید قابل اعتراض می‌باشد و چون در حال حاضر به اعتبار تشکیل دادرسی‌های عمومی و انقلاب در سراسر کشور دیگر دستور ضبط وثیقه از ناحیه رئیس حوزه قضایی صادر نمی‌گردد، لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شیه شوم دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان مبنی بر صلاحیت دادگاه عمومی در رسیدگی به اعتراض نسبت به دستور ضبط وثیقه توسط دادستان، صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاجرا می‌باشد.

با توجه به ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب<sup>۱</sup>، ایجاد وحدت رویه قضایی منوط به این است که نسبت به موضوعات مشابه اعم از حقوقی یا کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین، آراء مختلف صادر شده باشد. در صورتی که صراحت ماده ۱۴۳ فوق، طریق تفسیر و استنباط را نسبت به موضوع مسدود ساخته و خود نوعی اجتهاد در مقابل نص است.

استاد به ماده ۳ اصلاحی مزبور مطلبی را برخلاف صریح ماده مورد بحث ثابت نمی‌نماید، کما این که غیر از بندهای «ح» و «ل» از ماده اخیرالذکر که حل اختلاف بین دادستان و بازپرس را بر صلاحیت دادگاه عمومی یا انقلاب محل دانسته و در سایر موارد به دادگاه یا دادگاه صالحه اشاره شده است.

بدیهی است سلطه قانون و سیر دعاوی بر موازین آن از لوازم ثبات و استقرار قوه قضاییه و قانونمند شدن قضات می‌باشد، در غیر این صورت باید گفت حکومت قانون خواب و خیالی بیش نیست.

توسل به اصول کلی و روح حاکم بر آیین دادرسی نیز نمی‌تواند در ما نحن فیه مستمسک ایجاد وحدت رویه در مقابل قانون واقع شود. زیرا موارد مذکور زمانی مصداق می‌باید که قضیه مطروحه قانون ناقص یا متناقض، مبهم، مجمل و یا فاقد نص صریح بوده و یا این که عبارت آن برای فهم مقصود کافی نباشد و از آن معانی مختلفی استنباط شود.

استلزام‌های عقل (روح قانون) معانی و هدف‌هایی است که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و به نیروی عقل کشف می‌شود. بی‌گمان در مواردی که قانون حکم صریحی ندارد باید کوشش شود تا از مفاد و معانی مواد موجود با ملحوظ داشتن اصول کلی، اراده قانونگذار در باره مسائل مورد نزاع استنباط نمود. این عمل تفسیر و به عبارت دیگر شکافتن تعقیدات و توضیح مبهمات برای تشریح منظور حقیقی قانونگذار است.

کش دادن عبارتی صریح و روشن، به منظور فرار از مبانی واضح و آشکار در پیچ و تاب تعبیرات دور و دراز و بی‌مورد، نه تنها موجب انحراف ذهن از تبت واقعی مقنن می‌گردد بلکه پی‌آمد آن تغییر مسلم و خروج از نص و مآلاً تأویل به رأی خواهد بود.

به موجب ماده ۳ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. حال همان‌طوری که نویسنده محترم مقاله فوق، مدعی است، عملاً دوگانگی

۱- هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین آرای مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلف‌اند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. همچنین هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور با دادگاه‌ها نیز می‌توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل ۳/۴ رؤسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نمایند. رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد ملاک عمل خواهد بود. آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم می‌باشد.



برخورد فی مابین مراجع قضایی در رابطه با مورد باقی است. در واقع با لازم‌الاجرا بودن قانون به یقین متابعت از رأی وحدت رویه ترجیح بلامرئج می‌باشد.

قلمرو ایجاد وحدت رویه، صرفاً محدود به مواردی است که در ماده ۲۷۰ مزبور پیش‌بینی شده و ناظر بر اجرای صحیح قوانین و هماهنگ ساختن آراء محاکم می‌باشد. در این صورت حریم قانون رعایت شده و مانع از تداخل آن با رأی وحدت رویه نسبت به موضوع واحد خواهد شد.

اصولاً رأی وحدت رویه توان فسخ قانون را ندارد و تفسیر آن نیز نباید به گونه‌ای باشد که فسخ قانون را به دنبال داشته باشد. زیرا هیچ‌یک از مبانی ایجاد وحدت رویه نمی‌تواند قدرت اجرایی قانون ذی‌ربط را محدود یا ممنوع سازد. بنابراین رأی وحدت رویه به شرطی برای محاکم و شعب دیوان کشور عنوان سابقه قضایی و لازم‌الاتباع خواهد یافت که مخالفی با قانون نداشته باشد. در غیر این صورت دیوان کشور به صورت مرجع قانونگذاری در می‌آید که با اصل تفکیک قوا و اصول مکتب تحقیقی حقوقی مابینت دارد و در واقع توأم با آن عنوان دخالت هیأت عمومی دیوان عالی کشور در وظایف خاصه قوه مقننه را خواهد داشت. کما این که در موارد عدیده، هیأت عمومی دیوان عالی کشور با ایجاد آراء وحدت رویه، پا به حدود و ساحت اختیار قوه قضاییه گذاشته و پایبند متون قوانین نبوده است و با ایجاد وحدت رویه نظر به ابطال قانون داشته که اصولاً با وظایف و اختیارات دیوان کشور مغایر است و در قانون اساسی چنین مجوزی وجود ندارد.<sup>۱</sup> اکیداً باید گفت: اظهارنظر در خصوص خوب و بد قوانین از صلاحیت قوه قضاییه و بالاخص دیوان کشور خارج است زیرا در این صورت قوه مقننه زیر نفوذ و بازرسی قوه قضاییه قرار خواهد گرفت. حال این که قانون اساسی با اعلام استقلال قوه مقننه اقدام به این امر را منع کرده و قضات منفرداً یا مجتمعاً حق ارزیابی قوانین را ندارند تا به عناوین مختلفه از اجرای آن خودداری ورزند. زیرا قضات مأمور اجرای قوانین می‌باشند نه واضع آن. این نکته شایان توجه است که تحمیل نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مسأله‌ای خاص با وجود صریح قانون حاکم بر موضوع موجب می‌شود باب بحث و گفتگو و کاوش در پیرامون آن مورد برای دادرسان مسدود و قوه‌ی ابتکار و استنباط را از آنان سلب نماید و به جای تحقیق و تفکر در کیفیت موضوع، احياناً به صورت مقلد دادگاه‌های عالی در آید.

به موجب اصل ۵۷ قانون اساسی صلاحیت تفسیر قوانین عادی، با مجلس شورای اسلامی است و صرف ایجاد وحدت رویه، حتی در حد مجاز در قوانین عادی تجاوز به قوه مقننه است. مع الوصف چنانچه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در حد وظایف و اختیارات خود و برای حفظ حریم قانون عمل نماید نسبت به موارد مشابه هماهنگی فی مابین محاکم به وجود می‌آید و از تشتت آراء جلوگیری می‌شود.

۱- ر.ک مقاله نگارنده تحت عنوان احوال شخصیه و مراجع قضایی شماره ۲۵ مجله دادگستر. در ضمن به موجب رأی وحدت رویه شماره ۲۳۳۱-۴۱/۸/۵۵ بر خلاف مواد ۲۱۵، ۲۸۰، ۲۸۴ و ۳۱۴ قانون تجارت اظهارنامه رسمی جانشین اعتراض‌نامه شده و به طور آشکار حکم صریح ماده ۲۹۵ قانون مذکور نقض گردیده است.

۲- قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه و امامت است بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.

حال این سؤال متبادر به ذهن می‌شود: آیا دادرسان محاکم می‌توانند به عذر ایجاد وحدت رویه قضایی هیأت عمومی دیوان عالی کشور از اجرای صریح قانون حاکم بر همان موضوع خودداری ورزند؟ در پاسخ باید گفت قوه قضاییه، مأمور و مجری قوانین است و اظهار نظر درباره خوب و بد قانون و سرپیچی از اعمال آن از حدود صلاحیت و وظایف این قوه به‌طور کلی خارج و برخلاف قوانین اساسی و عادی می‌باشد.

آثار حقوقی و ضمانت اجرایی آراء وحدت رویه، عطف به ماسبق می‌شود در صورتی که اصولاً اثر قوانین، ناظر به آینده است مگر این که در هر مورد خلاف آن تصریح شده باشد.<sup>۱</sup> با این وصف چه بسا امکان دارد حقوق کسانی که به حاکمیت قوانین موضوعه اعتماد کرده و اقداماتی نموده باشند، دچار تضییع و تزلزل شود. در صورتی که فرآیند ثبات قواعد حقوقی امنیت قضایی است.

تا زمانی که ماده ۱۴۳ مذکور در باب صلاحیت دادگاه تجدیدنظر مرکز استان برای رسیدگی به شکایت معنون حکومت دارد، لاجرم باید به لازم‌الاجرا بودن آن صخه نهاد زیرا در وضع موجود به نظر پای هرگونه استدلالی برخلاف صریح آن سخت بی‌تمکین می‌باشد.<sup>۲</sup> این که در قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ قانونگذار متعرض صلاحیت دادگاه اخیر نگردیده امکاناً نظر به اهمیت موضوع داشته زیرا در توثیق وثیقه یا وجه‌الکفاله عمدتاً حقوق اشخاص ثالث موضوع شکایت است که خود نسبت به جنبه کیفری موضوع دخالتی نداشته‌اند و روی این اصل دقت و تجربه و تعهد دادرسان را در رسیدگی و اظهار نظر درباره موضوع را به منظور رعایت و صیانت حقوق معترضین را می‌طلبد. ■

#### منابع

- قانون اساسی
- قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب
- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی
- قانون تجارت
- قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱
- هفته دادگستری، ضمیمه مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره مسلسل ۱۰۴-۵۱/۱۲/۲۶
- خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، شماره ۱۱، مقاله دکتر محمود مالمر
- نشریه ضمیمه روزنامه رسمی، شماره ۸۲۹-۸۵
- کلیات حقوق خصوصی، دکتر ناصر کاتوزیان، ج ۱
- مقدمه علم حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان
- دانشنامه حقوقی (حروف «ب» و «ث»)، دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی
- نظری به تاریخ ایران و سازمان‌های قضایی، علی پاشا صالح
- شماره‌های ۲۱ و ۲۵ مجله دادگستر

۱- ماده ۴ قانون مدنی- اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر این که در خود قانون، مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد.

۲- ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب- آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدیدنظر نبوده، فقط به موجب قانون بی‌اثر می‌شود.

# بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله دبازار بورس اوراق بهادار

راضیه عبدالصمدی\*

- قسمت دوم و پایانی -

گفتار ششم

- بخش اول: دیدگاه‌های فقهی پیرامون اختیار معاملات

فقه‌ها که اکثراً فقهای اهل سنت هستند (فقهای شیعه کمتر به این مقوله پرداخته‌اند) اشکالات و ایرادات متعددی در این زمینه مطرح کرده‌اند و با توجه به آن، این قرارداد را باطل دانسته‌اند. اولین اشکالی که مطرح شده مسأله غرر است. از آن‌جا که این قرارداد به نوعی غرر منتهی می‌شود، باطل است. درباره غرر در فقه بر معنای خاصی اجماع وجود ندارد. قانون مدنی نیز از غرر تعریفی ارائه نداده است و به تبع آن در آثار حقوقدانان در این زمینه وحدت نظر وجود ندارد. اما در مجموع می‌توان گفت عناصر غرر عبارتند از جهل و احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط ترمینولوژی حقوقی، ص ۴۸۹، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸). بنابراین اگر کسی عقدی منعقد کرد و به یکی از جهات معامله جاهل بود و از آن جهل برای او احتمال حصول ضرری در بین باشد، آن عقد غرری و باطل است. برخی دیگر معامله غرری را معاملاتی می‌دانند که دستیابی به مورد معامله حتمی نبوده یا این‌که بدانند که بر آن مستولی نخواهند شد (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین معاملات معوض و تملیکی، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۱۴) از مجموع تعاریفی که در فقه از معنای اصطلاحی غرر شده است می‌توان گفت معامله غرری، عقدی است که به جهتی از جهات، نتیجه و پایان آن برای یکی از طرفین یا هر دو آن‌ها مجهول باشد و همین جهل باعث زیان مالی و ایجاد اختلاف و کشمکش بین متعاقدين شود. مهمترین موارد آن عبارت است از:

۱- موردی که اصل وجود یا عدم وجود مورد معامله معلوم نباشد و در واقع نسبت به وجود مورد معامله تردید وجود داشته باشد. (فروش میوه درخت قبل ایجاد)

\* کارآموز وکالت و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی - اصفهان.

۲- موردی که تسلیم و تسلیم مورد معامله ممکن نباشد، هر چند علم به آن موجود باشد. (فروش ماهیان دریا...)

۳- موردی که به قابلیت شیء به جهت معامله اطمینان و اعتماد وجود نداشته باشد، اگر چه مورد معامله موجود و قدرت بر تسلیم و تسلیم آن وجود داشته باشد. که این احتمال در نتیجه جهل به مقدار و جنس و وصف مبیع و ثمن به وجود می‌آید. (مثل خرید محموله‌ای بدون تعیین جنس و وصف مبیع) (رفیعی، محمد تقی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، ص ۲۵، انتشارات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸)

ولی در پاسخ می‌توان گفت باتوجه به این که عقد اختیار از جمله عقود تأمینی است مانند عقد بیمه که انگیزه اصلی طرفین از انعقاد چنین قراردادی جلوگیری از ضرر است یعنی فروشنده حق، در قرارداد اختیار با انعقاد چنین قراردادی در واقع رضایت خود را نسبت به این وضعیت اعلام می‌دارد که اختیار خرید و فروش دارایی پایه قرارداد متعلق به خریدار و اراده او تعیین کننده سرنوشت قرارداد باشد بنابراین همان طور که هدف از انعقاد بیمه جلوگیری از یک خسارت احتمالی است و تعهد بیمه‌گر به جبران خسارت نیز منوط به تحقق ضرر احتمالی است که ممکن است هرگز تحقق نیابد بنابراین فروشنده کاملاً بر این وضعیت آگاهی دارد و غرر از طرف او منتفی است. دارنده اختیار برای این که از ریسک ناشی از افزایش و کاهش قیمت‌ها در آینده ضرر نکند اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. در صورتی که در اثر تغییر قیمت ضرری بر او وارد شود با داشتن option آن را از بین می‌برد و در واقع ریسک را به فروشنده منتقل می‌کند و اگر قیمت‌ها تغییر نکند فقط مبلغ شرط را از دست داده است، نظیر آن چه در بیمه وجود دارد. اگر خسارتی واقع شود، بیمه‌گذار ملزم به جبران خسارت است و الا در صورت عدم وقوع خسارت، بیمه‌گر فقط حق بیمه را از دست داده است. در واقع پوشش خسارت در بیمه و انتقال و پوشش ریسک در عقد اختیار، غرض اصلی طرفین از انعقاد قرارداد و در واقع مورد معامله است، که در حصول و وجود آن تردیدی وجود ندارد. بنابراین آن چه که ذکر شد و با پذیرش بیمه در نظام حقوقی ما (قانون بیمه ۱۳۴۷) که همین مبنا در مورد آن وجود دارد و با تسری آن به عقد اختیار، شبهه غرر منتفی است. به علاوه، غرر و جهل در معامله یک مفهوم عرفی است و جهل در معامله تا حدی که عرف عقلاً آن را بپذیرد و تحمل نماید باعث بطلان معامله نمی‌گردد. مورد دیگری که از مصادیق غرر در معامله بیان شده است عدم امکان تسلیم و تسلیم است که در این مورد نیز باید گفت تسلیم و تسلیم یک مفهوم عرفی است و همین که عرف آن را محقق بدانند کافی است و با توجه به این که مورد معامله از جنس حق و اختیار است، قبض و اقباض متناسب با خودش را می‌طلبد و در موضوع مورد بحث ما، با انعقاد عقد و تسلیم اوراق مربوط به اختیار معامله، در واقع تسلیم و تسلیم محقق شده است. (رضایی، مجید، اوراق اختیار معامله در منظر فقه امامیه، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۵، ۱۳۸۴)

دومین شبهه که در باب عدم صحت قرارداد اختیار مطرح شده، بحث قماری بودن این عقد است، زیرا سود و زیان آن با تغییر قیمت در بازار ارتباط دارد. (البرواری شعبان محمد اسلام بورصه الأوراق الماليه من منظور اسلامي، ص ۲۳، ۲۰۰۲ م، ۱۴۲۱ ق)

بر حسب تغییرات قیمت، منافع غیر صحیحی نصیب فرد می شود. در حقوق ما هم از نظر تحلیلی از آن جا که قمار بر اصول تجاری داد و ستد مشروع مبتنی نیست و با نظم عمومی جامعه مغایر است، باطل و نامشروع شناخته شده و به همین دلیل ماده ۶۵۴ قانون مدنی مقرر می دارد قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع ناشی شده باشد نیز جاری است.

در ترمینولوژی حقوقی، قمار، هر نوع شرط بندی در برابر عوض دانسته شده است. برخی نیز قمار را از نظر حقوقی عبارت از قراردادی می دانند که بین دو یا چند نفر بسته می شود که بازی مخصوصی بنمایند و هر یک برنده شود، دیگران مال معینی را به او بدهند. (امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۶۸، ص ۲۱۲)

قدر جامعی که از تعاریف فوق حاصل می شود این است که قمار عبارت است از هر نوع برد و باخت با آلات قمار که در آن عوض باشد. (رفیعی، محمد تقی، همان، ص ۶۰)

بنابراین، قمار، کسب سود به وسیله شانس است و اطلاعات و دانش در آن نقشی ندارد. در واقع به محض شروع قمار، مدیریت بر آن وجود ندارد و قمارکننده باید صبر کند تا نتیجه، که کاملاً تصادفی و بر اساس شانس است به دست آید و هدف از قمار هم صرفاً کسب بازدهی و سود است و هیچ گونه فایده اقتصادی در آن وجود ندارد. در حالی که در قرارداد اختیار، قیمت اختیار مربوط به سهام یا به موضوع معامله دیگر با توجه به وضعیت بازار آن، میزان ریسک قیمت ها در آن زمینه و تحلیل آمار و اطلاعات در بازار صورت می گیرد و کاملاً با شانس و تصادفی بودن متفاوت است. به علاوه این که با توجه به نظر مشهور در فقه، قمار منصرف به استفاده از وسایل و ابزارهای خاص قمار است، همچنین مبنای بطلان قمار، اکل مال به باطل و دارا شدن بلاجهت است که در این جا منتفی است و مبنایی ندارد.

در انگلستان هم قبل از تصویب قانون خدمات مالی FSA در سال ۱۹۸۶ مباحث زیادی درباره منشأ قراردادهای اختیار و صحت آن ها مطرح بود. برخی از صاحب نظران بر این باور بودند که این قرارداد را باید ذیل عنوان قوانین بخت آزمایی مطالعه کرد و بعضی دیگر نیز آن را مصداقی از قراردادهای پاداش یکجانبه می دانستند. گروهی دیگر نیز آن را قراردادی نیمه شانس تلقی می کردند، که با تصویب قانون فوق الذکر به کلیه بحث ها در این زمینه خاتمه داده شد. (درخشان، مسعود، همان، ۶۴۴) آن چه در این جا بیان شد، اهم ایرادات مطروحه در این زمینه است. البته ایرادات دیگری هم وجود دارد که با توجه به توجیهی که از این قرارداد شد پاسخ آن واضح به نظر می رسد و به جهت رعایت اختصار از توضیح آن ها خودداری می شود و تنها به ذکر موارد آن اکتفا می شود:

الف- تعارض این قرارداد با قاعده عدل و انصاف.

ب- اشتغال بر بیع مالایملک.

ج- غیر واقعی بودن معامله.

د- وجود شبهه ربای معاوضی؛ چرا که یکی از طرفین بدون جهت منفعت بیشتری در عقد به دست می‌آورد.

ه- فاسد بودن شرط منفعت در مقابل حق اختیار. (عبدالحمید الرضوان سمیر اسواق الاوراق المالیه قاهره المعهد العالمی للفکر الاسلامی الطبعة الاولى، ص ۳۷۲-۳۶۳، ۱۴۲۳ق)

## - بخش دوم

در این بخش، برآن هستیم تا جایگاه قانونی این قرارداد و نوع قرارداد اختیار را بررسی نماییم و این که آیا عقد از نوع معین هست یا غیر معین؟ نظریات مختلفی راجع به ماهیت این عقد از سوی فقها و حقوقدانان بیان شده است که هر یک از آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم. گروهی آن را وکالت دانسته‌اند، به این معنا که در این عقد، شخصی که تعهد به خرید و فروش می‌کند، یعنی فروشنده حق، به طرف مقابل وکالت می‌دهد تا کالای مورد نظر را به قیمت توافقی و در زمان معین از او بخرد یا به او بفروشد. بنابراین نظر، دارنده اختیار که در واقع همان وکیل است، مال را به موکل اش می‌فروشد یا آن را از وی برای خودش می‌خرد و در صورتی که این امر بر اساس وکالت صورت گیرد، اشکالی در آن نخواهد بود. ولی بر این نظر ایراداتی وارد است، همان طور که برخی از فقها نیز این ایرادات را مطرح کرده‌اند. (مزمین قمی، محمد، عقد اختیار، مجله فقه اهل بیت، ص ۵۶)

اولاً این که عقد اختیار از بحث وکالت خارج است، چرا که در وکالت، موکل همچنان حق انجام عملی که به وکالت داده است و در قبال آن به وکیل دستمزد می‌پردازد را دارد (ماده ۶۸۳ قانون مدنی) بدون آن که حق وی در مورد انجام عملی که به وکالت داده است از وی سلب گردد. در واقع وی همچنان دارای حق تصرف می‌باشد و تا زمانی که وکیل به انجام کار مزبور اقدام نکرده است، می‌تواند مباشرةً آن کار را انجام دهد. مثلاً اگر موکل، کسی را برای فروش خانه‌اش وکیل نماید، خود نیز می‌تواند قبل از اقدام وکیل برای فروش اقدام نماید. البته اگر وکیل قبلاً آن را فروخته باشد، بیع موکل باطل خواهد بود زیرا با فروش خانه توسط وکیل، خانه از ملکیت موکل خارج شده است. ولی در عقد اختیار، حق هرگونه تصرف حقوقی نسبت به دارایی‌های پایه (سهام) قرارداد تا زمان سررسید از فروشنده حق سلب می‌شود.

ایراد دوم این است که عقد وکالت در زمره عقود جایز است، در حالی که قرارداد اختیار در زمره عقود لازم است و از این حیث نیز امکان تطبیق این دو باهم وجود ندارد. نظر دوم، معامله اختیار را نوعی بیع با خیار شرط می‌دانند. به این معنا که خریدار اختیار معامله در هنگام خرید، معامله را به طور قطعی انجام می‌دهد ولی تا مدتی حق فسخ را برای خود شرط می‌کند. (عبدالحمید الرضوان، ۱۴۱۷ ق، ص ۳۶۶-۳۷۷) بر این نظر نیز ایرادات زیر وارد است: اولاً فقهای شیعه اجماع دارند که مثنی در عقد بیع منحصر به اعیان است. در کتاب مکاسب، شیخ انصاری در تعریف بیع آورده است: ظاهراً در بیع معوض باید عین خارجی باشد. (انصاری، شیخ مرتضی مکاسب، جلد ۶، ص ۱۰، تحقیق و تعلیق، سید محمد کلاتر،

مؤسسه‌النشر المطبوعات بیروت) بنابراین توجیه و تطبیق عقد اختیار بر عقد بیع با آن‌چه مورد پذیرش فقهای شیعه است منافات دارد. در قانون مدنی نیز در تعریف بیع در ماده ۳۴۸ چنین آمده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم؛ و تعریفی کاملاً منطبق با نظر مشهور مقرر شده است. بنابراین عقد بیع محدود به اعیان شده و با افزایش قلمرو آن به اموال غیرمادی سازگار نیست و چون در عقد اختیار، موضوع معامله از مقوله حق انتخاب و اختیار است انتقال آن را نمی‌توان از مقوله بیع دانست. ثانیاً این‌که خیار شرط به صورت شرط ضمن عقد عمل می‌کند و در عقد بیع اختیار معامله بر همان حق خرید یا فروش واقع می‌شود، نه این‌که شرط ضمن عقد باشد. ثالثاً این‌که فرض بیع با خیار شرط و شرط عوض در مقابل خیار شرط فقط در مورد اختیار خرید قابل تطبیق است و شامل اختیار فروش نمی‌شود. زیرا صاحب اختیار فروش، حق امتیاز فروش را می‌خرد و فروشنده هیچ‌گاه ثمن را نمی‌پردازد. (فطانت و آقاپور، اوراق اختیار معامله (option) در بازار سرمایه ایران، ص ۱۹۵، چاپ دوم، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۳) به علاوه در بیع با خیار شرط، قرارداد انتقال به طور کامل منعقد می‌شود، ولی متزلزل است. در حالی‌که در قرارداد اختیار، نقل و انتقالی نیست به اصل کالا صورت نمی‌گیرد و صرفاً در ازای مبلغی حق و اختیاری واگذار می‌گردد.

سؤالی که طرح آن به نظر ضروری است، این است که آیا انتقال سهام را می‌توان بیع دانست؟ یعنی سهام شرکت‌ها از مقوله اعیان است یا حق مالی محسوب می‌گردد؟ در توضیح این مطلب باید گفت، در شرکت‌های مدنی هر یک از شرکا مالک سهم مشاعی از مال مشترک است که می‌تواند آن را بفروشد، زیرا مال مشاع در زمره اعیان است و موضوع عقد بیع قرار می‌گیرد (ماده ۳۵۰ قانون مدنی) ولی در شرکت‌های تجاری که شخصیت حقوقی، مالک تمام دارایی‌های متعلق به شرکت است و قانون آن را جدای از شخصیت شرکا می‌داند سهم شرکت دارای ماهیت ویژه‌ای است و به دشواری می‌توان آن را در زمره اعیان آورد.

در این شرکت‌ها، شریک، هیچ حق عینی بر سرمایه شرکت ندارد و تنها می‌تواند از منافع به دست آمده از سرمایه خالص و منافع احتمالی سود ببرد و در نتیجه باید گفت، آن‌چه دارند مالکیت اموال شرکت نیست، حقی است بر مالک. (شخصیت حقوقی که امتیازاتی درباره منافع سرمایه به آن‌ها می‌دهد). به همین جهت هم قطع نظر از ترکیب سرمایه که به صورت منقول است یا غیرمنقول، حق شریکان را به تابعیت از موضوع آن، منقول شمرده‌اند، خواه به صورت سهام در شرکت سهامی باشد یا سهم در شرکت‌های دیگر.

به این ترتیب سهم شرکت، نماینده وجود حقی است که خود دارای ارزش اقتصادی است و قابل انتقال است و آن را نباید با اموال شرکت اشتباه کرد و در زمره اعیان آورد. علی‌رغم این مسئله، قانون تجارت و لایحه اصلاحی ۲۴ اسفند ۱۳۴۷، انتقال سهام را بارها فروش نامیده است.

ماده ۲۴ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت، در تعریف سهم آورده است: «سهم، قسمتی از دارایی شرکت سهامی است که مشخص کننده میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت‌های سهامی است. ورقه سهام، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد». فروش سهام در دوران تشکیل شرکت به



صورت پذیره نویسی انجام می‌شود که در واقع تعهد به خرید و پرداخت بهای آن پیش از انتشار است. (مواد ۹ تا ۱۲ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷)

در ماده ۳۴ آمده است: «کسی که تعهد به اکتیاع سهمی را نموده باشد (پذیره نویس)، مسؤول پرداخت تمام مبلغ اسمی آن می‌باشد و در صورتی که قبل از تأدیه تمام مبلغ...» و واژه اکتیاع استفاده شده است. ماده ۳۹ لایحه قانونی نیز مؤید صحت چنین معاملاتی است. (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج اول، شرکت انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۴، شماره ۳۵۲) نظر سومی که مطرح شده، نظریه نقل و انتقال حق مالی است. حق از عناوین حقوقی و فقهی است که در مقابل عین و منفعت قرار می‌گیرد و بهترین تعریفی که می‌توان از حق، ارائه کرد، تعریف شیخ انصاری است که آن را سلطنت اعتباری بر شیء و یا نوعی ملکیت ضعیف قلمداد نموده است. به طور کلی، حقوق به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم می‌شود. حقوق غیرمالی امتیازی است که هدف آن، رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. (کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴) اگرچه ممکن است این حقوق آثار مالی هم داشته باشد مثل حق زوجیت که امکان مطالبه نفقه و ارث را نیز به دنبال دارد، ولی اصل حق، قابل واگذاری به غیر نیست ولی حقوق مالی امتیازی است که سیستم حقوقی هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آن‌ها اعطا می‌کند.

هدف از ایجاد حق مالی، تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء، بین اشخاص وجود دارد و موضوع مستقیم آن‌ها، تأمین حمایت از نفع مادی است. مثل حق مالکیت، حق انتفاع و حق سرقفلی... با توجه به تعاریفی که از انواع حقوق مالی و غیرمالی ارائه شده و همچنین با در نظر داشتن مفهوم اختیار معامله، می‌توان گفت که ماهیت اختیار معامله یک حق مالی از نوع دینی می‌باشد، چرا که برخلاف حق عینی که در آن، شخص به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به چیزی حقی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن بهره‌مند شود، در حق دینی، شخص، حقی نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. در واقع، کسی که دارای حق عینی است، به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به چیزی حقی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن بهره‌مند شود. در حق دینی، شخص، حقی نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن، می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. در واقع، کسی که دارای حق دینی است فقط به وسیله مدیون و به طور غیرمستقیم می‌تواند آن را بر روی اشیاء اعمال نماید و راه عملی اجرای حق این است که الزام مدیون را به اجرای تعهدش از دادگاه بخواهد.

حق مالی که در اختیار معامله مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد، به این صورت است که مثلاً در اختیار خرید، فروشنده نسبت به دارایی خود حق دارد که آن را به هر فردی که می‌خواهد و به هر قیمتی که می‌خواهد و در هر زمانی که مناسب تشخیص می‌دهد واگذار نماید. (فطانت و آقاپور، همان، ص ۱۱۹) بنابراین چنانچه شخصی از فروشنده بخواهد فروش کالای خود را تا مدت خاصی متوقف نماید، در واقع از فروشنده خواسته است که در مدت معینی از حق خود صرف‌نظر نماید و این حق را به او منتقل نماید تا خریدار، یا خود از آن استفاده نماید، یا آن را به دیگری واگذار نماید. فروشنده نیز در ازای این انتقال حق، مبلغی را دریافت می‌دارد. بنابراین

اختیار خرید کالا از فروشنده قابل معاوضه است. (امام خمینی: البیع، ج ۱، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۴۲۱ق، ص ۶۰-۵۹) همین مسأله در مورد اختیار فروش هم صادق است، یعنی خریدار حق دارد که دارایی‌های مورد نظر خود را از هر فروشنده‌ای و در هر تاریخ و با هر قیمتی که مناسب می‌داند خریداری نماید. به عبارت دیگر، او برای خرید دارایی خود دارای یک حق انتخاب است. (فطانت و آقاپور، همان، ص ۲۰۰) پس در این جا یک حق مالی وجود دارد که شخص می‌تواند آن را در قبال دریافت وجه معینی، واگذار نماید. به این معنا که حق خرید خود را تا تاریخ معین و قیمت مشخص، منحصر به یک فروشنده خاص نماید. چنین معامله‌ای مشروع است و در صحت آن شکی نیست. (امام خمینی، همان، ص ۶۰)

در ابراد به توجیه فوق می‌توان گفت که اختیار فروش از قبیل احکام شرعی‌ای است که مختص به موضوعات خود هستند. بنابراین همان طور که انسان جایز است آب بیاشامد و غذای مباح بخورد، این جواز، حقی برای او محسوب نمی‌شود که برای وی جعل شده باشد، به عبارت دیگر، اباحه، شرعی‌ای است از احکام الهی، همچنان که برای وی جایز است که ملک خود را بفروشد و آن چه را می‌خواهد بخرد. بنابراین نمی‌توان آن را از مقوله حق دانست و آن را به دیگری منتقل نمود. (مؤمن قمی، محمد، فقه اهل بیت، ص ۵۹)

تطبیق اختیار معامله با عقد بیمه، نظر دیگری است که ارائه شده است. بیمه از عقود شناخته شده‌ای است که تا حد زیادی با قرارداد اختیار مشابهت دارد. اختیار معامله در واقع نوعی بیمه کردن دارایی‌های مالی در برابر افزایش یا کاهش ناگهانی قیمت‌ها است و شخصیت‌های حقوقی یا حقیقی فروشنده اختیار نیز دقیقاً مانند شرکت‌های بیمه سیاست‌هایی را اتخاذ می‌کنند که ریسک را به حداقل رسانده و خود را از تغییر ناگهانی و غیرمترقبه قیمت‌ها مصون نگه دارند. (فطانت و آقاپور، همان، ص ۱۵۳).

وجود بیمه‌گر و بیمه‌گذار و حق بیمه در قرارداد بیمه و وجود فروشنده اختیار معامله و حق شرط خریدار اختیار معامله از وجوه تشابه قرارداد بیمه و قرارداد اختیار معامله است. همچنین این که در قرارداد بیمه، ریسک در قبال پرداخت حق شرط از خریدار اختیار به فروشنده منتقل می‌شود.

در قرارداد بیمه در صورت وارد آمدن خسارت به بیمه‌گذار، بیمه‌گر ضرر را جبران خواهد نمود. در قرارداد اختیار نیز در صورت تغییر ناگهانی و نامطلوب قیمت‌ها، فروشنده اختیار معامله ضرر را جبران خواهد کرد. همچنین در قرارداد بیمه در صورت مصون ماندن بیمه‌گذار از خسارت در پایان دوره، بیمه‌گر هیچ تعهدی ندارد و حق بیمه به عنوان حق الزحمه شرکت بیمه تلقی می‌شود و در قرارداد اختیار نیز در صورت عدم تغییرات ناگهانی و نامطلوب قیمت‌ها در پایان دوره مقرر، فروشنده اختیار معامله هیچ تعهدی ندارد و حق شرط را دریافت می‌دارد. (فطانت و آقاپور، همان، ص ۱۵۴)

اگرچه می‌توان گفت که قرارداد اختیار معامله نقش بیمه را در بازارهای مالی ایفا می‌کند و هر دو در زمره عقود تأمینی هستند ولی این مشابهت‌ها باعث نمی‌شود که هر دو نوع معامله یکی دانسته شود، و تفاوت‌هایی که میان این دو نهاد وجود دارد آن‌ها را از یکدیگر متمایز می‌سازد.

عرف، این دو قرارداد را متمایز از یکدیگر می‌داند. (رضایی، مجید، ص ۱۳۲، فصلنامه پژوهشی اوراق اختیار در فقه امامیه، همان)

در بیمه، بیمه‌گر (که غالباً شرکت‌های بیمه هستند) باید پس از وقوع حادثه برحسب مقدار حق بیمه، خسارت را جبران کند ولی در این مورد، زیان دیده یا شخص در معرض زیان، اقدام به خرید و فروش می‌نماید. در قرارداد بیمه، قصد بیع وجود ندارد، یعنی در صورت وقوع خسارت، بیعی واقع نمی‌شود، بلکه خسارت به صورت نقدی پرداخت می‌شود. ولی در قرارداد اختیار جبران خسارت به صورت انجام یک عقد بیع صورت می‌گیرد، یعنی فروشنده اختیار، به وسیله تضمین انجام یک معامله در یک قیمت معین، خسارت وارده را جبران می‌نماید. (فطانت و آقاپور، ص ۱۵۶)

مقدار زیان نیز در اختیار معامله، برخلاف بیمه، قابلیت تغییر ندارد، چرا که در بیمه به میزان زیان، جبران خسارت صورت می‌گیرد ولی در قرارداد اختیار فقط امکان خرید و فروش برای خریدار اختیار وجود دارد. (رضایی، مجید، همان، ص ۱۲۳)

به علاوه در بیمه، بیمه‌گذار قصد جلوگیری از ضرر را دارد نه قصد کسب منفعت، در حالی که در اختیار معامله، قصد کسب منفعت وجود دارد. (رضایی، مجید، ص ۱۲۳)

مطابق نظر بعدی، سعی در تطبیق قرارداد اختیار با عقد جعاله شده است. مطابق این نظر قرارداد اختیار، عبارت است از اسناد قراردادی که در تاریخ و زمان معین شده طرف مقابل متاع مشخص شده در قرارداد را جهت فروش به جاعل اریه نماید و او آن را به ثمن مشخص شده در قرارداد خریداری نماید. در این قرارداد، یک طرف جاعل و طرف مقابل عامل می‌باشد. عمل خواسته شده عرضه متاع جهت خرید و جعل را می‌توان تفاوت قیمت بین قیمت توافقی در قرارداد و قیمت روز متاع در تاریخ سررسید دانست یا جعل را همان حقی دانست که جاعل به عامل می‌دهد و خود را ملزم به خرید متاع ارائه شده می‌نماید. (بت شکن، محمد هاشم، شناخت قراردادهای تحویل آتی و اختیار معامله، پایان نامه دکترا، دانشگاه تهران، رشته مدیریت مالی، ۱۳۷۹، ص ۲۳۵) ولی این توجیه با اشکال جایز بودن عقد جعاله مواجه است. این در حالی است که عقد اختیار از جمله عقود لازم می‌باشد. برای رفع این شبهه نیز ایشان قائل‌اند با توافق و شرط ضمن عقد جهت ایجاد سپرده حسن انجام تعهد در واقع هر یک از عامل یا جاعل، زیان وارده به طرف مقابل را از این سپرده تأمین می‌نماید ولی این توجیه نیز اگرچه زیان وارده به شخص را جبران می‌کند ولی در مورد ماهیت عقد نمی‌تواند راهگشا باشد.

قول دیگری که مطرح شده است نظریه تشابه قرارداد اختیار و قولنامه است.

در مورد قولنامه، تعاریف مختلفی از سوی حقوقدانان بیان شده است، ولی از مجموع آن‌ها تعریف زیر مطرح می‌شود. قولنامه، نوشته‌ای است غالباً عادی، که حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی است که ضمانت اجرای تخلف از آن نیز پرداخت مبلغی به عنوان وجه التزام است. (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، ص ۵۵۲) این گروه، اختیار معامله را برگه‌ای غالباً رسمی می‌دانند، حاکی از توافق بر واقع ساختن عقدی در موردی معین، که ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت مبلغی به عنوان حق شرط است. از این رو با اختیار معامله تشابه کامل دارد. (عصمت پاشا، عبید الله، فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و

دیدگاه‌های فقهی، ترجمه علی صالح آبادی، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۹، بهار ۱۳۸۲، ص ۴)

این گروه، تشابه قولنامه و اختیار معامله را در موارد زیر می‌دانند:

۱- توافق بر واقع ساختن عقدی در موردی معین و قیمتی مقطوع در آینده.

۲- وجود یک ضمانت اجرا. (وجه التزام در قولنامه و حق شرط در اختیار معامله)

۳- رضایت طرفین بر این که اگر دهنده وجه التزام یا (حق شرط) از عقد روی گردان شد مبلغ مذکور به عنوان جریمه عدم انجام تعهد، متعلق به گیرنده وجه التزام بوده و قرارداد پایان یافته است. (فطانت، محمد و آقاپور، ابراهیم، امکان سنجی طراحی اختیار معامله، ص ۱۷۷)

در نقد این نظریه باید گفت، گفتگوهای مقدماتی پیرامون انعقاد یک قرارداد، گاه به توافق و بستن پیمان منتهی می‌شود و گاه به سبب وجود مانعی، قرارداد منعقد نمی‌گردد. همچنین این احتمال وجود دارد که یکی از طرفین، تصمیم قطعی خود را گرفته باشد، ولی دیگری که هنوز در تردید است بخواهد که تصمیم قطعی طرف مقابل را برای خودش حفظ نماید تا در صورت تمایل به آن بیبندد و با اعلام قبول خود، عقد نهایی را منعقد نماید. در این گونه موارد است که پیمان‌های مقدماتی یا پیش قراردادها درباره انعقاد نهایی قرارداد مورد نظر بسته می‌شود و بر مبنای این پیش قرارداد هر دو طرف یا یکی از آن‌ها خود را به انعقاد پیمان نهایی ملتزم می‌سازد.

قراردادهای مقدماتی را به دو گروه اصلی می‌توان تقسیم کرد. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشارات بهنشر، چاپ نخست، تهران، ص ۳۷۷)

موردی که مقصود از قرارداد مقدماتی، تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است و در این فرض، طرفین، مایل به انعقاد عقد اصلی نیستند و تنها خود را ملتزم می‌سازند و انشاء عقد نهایی را به تراضی در آینده موکول می‌کنند. به عنوان مثال، طرفین درباره قیمت خاصی به توافق رسیده‌اند، ولی چون خریدار آمادگی پرداخت فوری پول را ندارد و یا فروشنده برای انجام عملیات مالیاتی نیاز به زمان دارد، طرفین ملزم به انجام انتقال می‌شوند. این رابطه، شخصی است و هیچ حق عینی از آن حاصل نمی‌شود. به همین جهت معمول است که مبلغی از ثمن که به عنوان بیعانه پرداخت می‌شود، وجه التزام انجام معامله قرار بگیرد که هرگاه خریدار از انجام تعهد خودداری کند حقی نسبت به وجه التزام ندارد و اگر فروشنده امتناع کند، بیعانه را به اضافه معادل آن باید به خریدار بپردازد. (کاتوزیان، همان، ص ۳۷۷)

بنابراین، ایرادات وارده به نظریه مشابهت قرارداد اختیار و قولنامه عبارت است از:

وجه التزام که در قولنامه‌ها به عنوان جریمه یا جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا پشیمانی از اجرای تعهد مشخص می‌گردد، نسبت به هر یک از متعاقدين لازم الاجرا است و هر یک از طرفین (اعم از خریدار و فروشنده) ملزم به پرداخت آن می‌باشند.

در حالی که در عقد اختیار آنچه که دارنده حق ملزم به پرداخت آن است، عوض اختیاری است که به دست آورده است، نه جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد اصلی و عدم انجام عقد نهایی.

همان طور که قبلاً هم به آن اشاره شد، قولنامه در واقع قراردادی است که به موجب آن، هر یک از طرفین ملزم به انجام تعهد خود و ملتزم به انجام عقد اصلی است. یعنی پیش قراردادی که هر دو طرف را ملتزم به انجام عقد نهایی می‌سازد، در حالی که در قرارداد اختیار، دارنده حق، برخلاف واگذارنده حق، ملتزم به عقد نهایی نیست و در انعقاد یا عدم انعقاد عقد نهایی مختار است. بنابراین، نظریه یکسانی این دو عقد قابل پذیرش نیست.

### نتیجه گیری

نظر به تأیید و قبول اصل آزادی قراردادها در قانون مدنی (ماده ۱۰) که چنین مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»، نیازی به تطبیق و توجیه قرارداد اختیار در قالب عقودی چون وکالت، بیع با خيار شرط، وکالت و بیمه وجود ندارد و برخلاف اهل سنت، فقه ما نیز تطبیق عقود جدید و مستحدثه را با عقود معروف و شناخته شده الزامی نمی‌داند. همچنین با توجه به آنچه که در پاسخ به ایرادات مطروحه از سوی فقها در باب شبهه غرر یا قمار و موارد مذکور مطرح شد، پذیرش این عقد از لحاظ قانون مدنی و نظام حقوقی ما بلاشکال است و مخالفتی با قواعد آمره و نظم عمومی ندارد و نظر به دو سویه بودن آن، و آن که مبسای ایجاد تعهد در آن، تراضی دو طرف است، باید آن را عقد، و با توجه به آن که این عقد موجب تعهد به بیع برای یک طرف و موجب اختیار نسبت به انجام یا عدم انجام بیع برای طرف دیگر است، آن را وعده یک طرفه بیع یا عقد اختیار نامید. ■

# قرار اناطه یا تعلیق الت؟

محمد رضا نظری نژاد\*

به منظور تأمین نظم اجتماعی و اجرای هر چه فزون‌تر عدالت قضایی در قوانین آیین دادرسی اعم از مدنی و کیفری، ساز و کاری تحت عنوان «اناطه» پیش بینی شده است که مطابق آن، با توجه به تخصصی شدن محاکم، رسیدگی به پاره‌ای دعاوی، منوط به مشخص شدن موضوع در دادگاهی خاص است.

اما پر واضح است با توجه به صلاحیت عام محاکم در رسیدگی به مقدمات و لوازم هر دعوی و از طرف دیگر لزوم احتراز از تطویل دادرسی و از همه مهمتر استثنایی بودن موارد صدور قرار اناطه، قلمرو این قرار بسیار محدود است.

اما بسیار ملاحظه می‌شود که این قرار استثنایی از جانب برخی محاکم، بنا به پاره‌ای ملاحظات، قاعده تلفی شده و از این جهت پرونده منوط به رسیدگی‌های، نامرتبط شده و از این حیث آثار و توالی فاسدی پدیدار می‌گردد در این نوشتار با تشریح پرونده‌ای، به ذکر مشکلات صدور این قرار در غیر ما وضع له، پرداخته می‌شود:

## ۱- شرح مختصر پرونده

«الف» سه دستگاه صنعتی را به قصد بیع در اختیار «ب» قرار می‌دهد. نظر به عدم پرداخت ثمن معامله و مضي مدت زمانی که برای پرداخت ثمن مقرر شده بود، در تاریخ ۸۴/۳/۲۶ در دفتر «ب» و در حضور شهرد، توافقنامه‌ای تنظیم می‌شود که مطابق آن، طرفین معامله با اقاله معامله سابق، توافق نمودند که دستگاه‌های مزبور در تاریخ ۸۴/۶/۱۵ مسترد گردد. با توجه به استکفاف آقای «ب» از استرداد ماشین آلات مزبور، دادخواستی به کلاسسه... به خواسته «استرداد دستگاه‌های صنعتی برشمرده در توافقنامه مورخ ۸۶/۳/۲۶» مطرح می‌گردد. در وقت مقرر رسیدگی، خواننده دعوی با پذیرش صحت و اصالت امضاء خود مدعی شد که سند مزبور به صورت صوری تنظیم شده؛ چون خواهان سود و بهره پول خود را خواسته بود و چون نمی‌توانستم به وی بدهم، در آن موقع چنین توافقنامه‌ای نوشته شد. همچنین نامبرده در این جلسه مدعی شد که توافقنامه مذکور با اکراه و اجبار تنظیم شده است. با توجه به ناتوانی خواننده در اثبات ادعای خود و با ملاحظه دیگر دلایل موجود در پرونده، دادگاه حکم به

\* دانشجوی دکتری حقوق دانشگاه تهران و کارآموز وکالت - گیلان.

استرداد دستگاه‌های صنعتی را صادر نمود. خواننده دعوی با طرح مجدد ادعاهای ابرازی دادگاه بدوی در لایحه تجدید نظر خواهی، تقاضای تجدید نظر نسبت به حکم صادره را مطرح می‌نماید. ادعای تجدید نظر خواه در لایحه تجدید نظر خواهی دایر مدار دو موضوع است:

۱- باطل بودن سند مستند دعوی.

۲- عدم توجه دادگاه بدوی به دلایل ابرازی پیرامون بی‌اعتباری توافقنامه.

پر واضح است که ادعای تجدید نظر خواه، مستند به بندهای «الف» و «ح» ماده ۳۴۸ آ.د.م، از جهات تجدید نظر خواهی و رسیدگی مجدد می‌باشد. نامبرده همچنین بنا بر همان جهات، مبادرت به طرح دعوی ابطال توافقنامه تنظیمی مورخ ۸۴/۳/۲۶ در دادگاه بدوی می‌نماید. در پرونده تجدید نظر که تحت کلاسه... ثبت شده است، در وقت‌های مقرر رسیدگی تجدید نظر در تاریخ‌های ۸۶/۲/۲۹ و ۸۶/۹/۱۸، تجدید نظر خواه، از حضور در دادگاه تجدید نظر به منظور اثبات مدعیات خویش استنکاف می‌نماید و علی‌رغم این که در وقت رسیدگی ۸۶/۹/۱۸ موظف به حاضر نمودن شهود خود بوده است، از انجام این مهم نیز خودداری می‌نماید. با وصف مراتب مزبور، دادگاه تجدید نظر مستند به ماده ۱۹ آ.د.م. با صدور قرار اناطه، تا مشخص شدن تکلیف پرونده دادگاه بدوی، دستور توقف رسیدگی را صادر می‌نماید و متعاقب چنین دستوری، دفتر دادگاه تجدید نظر پرونده سابق را تحت کلاسه جدید ثبت دفتری می‌نماید.

۲- نقد و بررسی تصمیم دادگاه تجدید نظر مبنی بر توقف رسیدگی با صدور قرار اناطه

توقف رسیدگی با صدور قرار اناطه (موضوع ماده ۱۹ ق.آ.د.م.) بنا بر دلایل زیر مخالف قانون، اصول حقوقی و منطق قضایی است که در چند فراز به آن‌ها پرداخته می‌شود:

۱-۲- مطابق رأی شماره ۱۹۳۳ مورخ ۱۳۱۷/۸/۲۶ دیوان عالی کشور و به مصداق قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز هست»، رسیدگی به لوازم و مقدمات هر دعوی، حق و بلکه تکلیف مرجع رسیدگی است. بنابراین اصل بر صلاحیت عام و مطلق مرجع رسیدگی در رسیدگی به لوازم و مقدمات دعوی است، مگر مواردی که صراحتاً استثنا شده باشد. موارد استثنایی مواردی است که قانونگذار رسیدگی به مقدماتی خاص را در صلاحیت انحصاری مرجع دیگری قرار داده باشد. موارد استثنایی مزبور در قوانین دادرسی طی فرآیند «اناطه» مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. پر واضح است که با توجه به استثنا بودن قرار اناطه، در صدور قرار مزبور، باید به قدر متیقن اکتفاء نمود. قدر متیقن در صدور قرار اناطه مطابق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، این است که مرجع رسیدگی به اصل دعوی، صلاحیت رسیدگی به مقدمه‌ای خاص را نداشته و رسیدگی به آن مقدمه در صلاحیت انحصاری و ذاتی دادگاه دیگری باشد. در پرونده حاضر، پرسش این است که رسیدگی به صحت و اصالت سند مورخ ۸۴/۳/۲۶، که از یک طرف مستند تجدید نظر خواهی است و از طرف دیگر، مبنای دعوی ابطال سند (موضوع پرونده



بدوی جدید)، قرار گرفته است؛ آیا از صلاحیت دادگاه تجدید نظر، خارج و در صلاحیت انحصاری و ذاتی دادگاه بدوی قرار دارد، که به صدور قرار اناطه مبادرت شده است؟ پر واضح است که پاسخ به این پرسش منفی است.

۲-۲- صدور قرار اناطه غالباً منحصر به مواردی است که دو دادگاه در بحث «صلاحیت ذاتی» از حیث «نوع» یا «صنف» با یکدیگر تفاوت داشته باشند، نه از حیث «درجه»؛ توضیح این که، به طور مثال در شکایت ترک انفاق در دادگاه کیفری، در صورت انکار زوجیت توسط زوج، زوج مکلف به اثبات موضوع زوجیت در «دادگاه خانواده» است که از حیث «صنف» و «نوع»، متفاوت از «دادگاه کیفری» است، به سخن دیگر، پیش شرط «اناطه» نه تنها صلاحیت انحصاری مرجع خاص است، بلکه دو مرجع رسیدگی باید در عرض یکدیگر باشند نه در طول هم. بنابراین در صورتی که دو دادگاه از حیث درجه با هم تفاوت داشته باشند، مثل دادگاه تجدیدنظر و دادگاه بدوی، صدور قرار اناطه قابل تصور نخواهد بود؛ به عبارت بهتر، با توجه به اولویت دادگاه عالی بر دادگاه بدوی، مطابق اصول حقوقی و ماده ۳۰ آ.د.م. امکان توقف رسیدگی دادگاه تجدیدنظر به علت لزوم رسیدگی بدوی به مقدمه‌های خاص، میسر نمی‌باشد. در پرونده حاضر، رسیدگی به صحت و اصالت توافقتنامه مورخ ۸۴/۳/۲۶ به عنوان لازمه دعوی اصلی، در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر قرار دارد، (اگرچه دادگاه بدوی... نیز در حالت عادی، امکان رسیدگی به دعوی ابطال سند را دارد). اما در فرض موجود پرونده، با توجه به تقدم و اولویت دادگاه تجدیدنظر بر دادگاه بدوی، اساساً اولویت رسیدگی با دادگاه تجدیدنظر است، نه دادگاه بدوی.

۲-۳- در پرونده حاضر، دادگاه تجدیدنظر با صدور قرار اناطه، رسیدگی به اصل دعوی را متوقف بر روشن شدن وضعیت پرونده جدید (مطروح در دادگاه بدوی...) نموده است. پرسش این است: در صورتی که دادگاه حقوقی در پرونده صدورالذکر به استناد تقدم و اولویت دادگاه تجدید نظر و از طرف دیگر سابقه رسیدگی به موضوع و به منظور احتراز از صدور آرای متعارض و متضاد، تا مشخص شدن موضوع در دادگاه تجدید نظر، رسیدگی خود را به حالت توقف و تعلیق در آورد، تکلیف چیست؟ به عبارت دیگر، آیا دادگاه حقوقی بدوی با توجه به رسیدگی موضوع در مرجع تجدیدنظر نمی‌تواند، تا تعیین تکلیف پرونده در مرجع تجدیدنظر، مانند دادگاه تجدیدنظر، دستور توقف رسیدگی با تعیین وقت نظارت را صادر نماید؟ پر واضح است که امکان این موضوع وجود داشته و بسیار نیز منطقی به نظر می‌رسد. در این حالت آیا مرجعی حق تکلیف نمودن به دادگاه حقوقی بدوی را خواهد داشت؟ با توجه به صدور دو دستور توقف رسیدگی، تکلیف احقاق حق، و فصل خصومت چه می‌شود؟

۲-۴- تصمیم اتخاذی دادگاه محترم تجدیدنظر از حالات و فروض زیر خارج نمی‌باشد:

۲-۴-۱- اساساً دادگاه بدوی... به استناد رسیدگی موضوع در شعبه دادگاه تجدیدنظر، با دستور تعیین وقت نظارت، رسیدگی خود را موقوف به تعیین تکلیف پرونده

دادگاه تجدیدنظر کند. در این حالت مشخص نیست که وضعیت فصل خصومت (و نه حتی احقاق حق) چه می‌شود؟

۲-۴-۲- هیچ‌یک از طرفین دعوی به هر علت، موضوع پرونده‌های مطروحه در شعبه بدوی و تجدیدنظر را به دادگاه دیگر اطلاع ندهند، در این صورت نیز تکلیف رسیدگی و فصل خصومت نا مشخص است.

۲-۴-۳- حکم غیرقطعی توسط دادگاه بدوی... صادر شود و این حکم توسط یکی از طرفین دعوی مورد تجدیدنظر خواهی قرار گیرد. در این صورت با توجه به سبق ارجاع، پرونده جدید به همین شعبه دادگاه تجدیدنظر واصل خواهد شد. قطعاً در حالت فوق پرونده‌های سابق و لاحق، توأمان مورد رسیدگی قرار خواهند گرفت. در این رسیدگی توأمان، آیا دادگاه تجدیدنظر مکلف به رسیدگی به کلیه لوازم و مقدمات دعوی نخواهد بود؟ آیا در این حالت بر توقف رسیدگی شعبه... دادگاه تجدیدنظر، اثری مترتب خواهد بود؟ آیا صدور قرار اناطه در این حالت تنها سبب تطویل دادرسی نشده است؟

۲-۴-۴- اگر حکم دادگاه بدوی به نفع «الف» صادر شد و به علت عدم تجدیدنظر خواهی خواهان پرونده بدوی (تجدیدنظر خواه پرونده تجدیدنظر) این حکم قطعی گردید، در این حالت، آیا تصمیم اتخاذی دادگاه بدوی به نفع «الف» برای دادگاه تجدیدنظر فصل الخطاب بوده و این دادگاه قهراً به نفع او حکم خواهد داد؟ اگر پاسخ مثبت است، پس خود دادگاه تجدیدنظر در راستای رسیدگی به پرونده چه کاری صورت داده است؟ و اگر پاسخ منفی است، پس بر دستور توقف رسیدگی و صدور قرار اناطه چه اثری بار شده است؟

۲-۴-۵- اگر حکم پرونده بدوی (موضوع دعوی ابطال سند) به نفع خواهان «ب» صادر شود و به علت عدم تجدیدنظر خواهی «الف» قطعی گردد، آیا در این حالت دادگاه تجدیدنظر به استناد این حکم متعارض مؤخر، قهراً حکم مقدم (موضوع تجدیدنظر خواهی در پرونده تجدیدنظر) را نقض خواهد نمود؟ پاسخ مثبت یا منفی به این پرسش توالی مورد ۲-۴-۴ را خواهد داشت. به علاوه در صورتی که در پرونده بدوی به نفع خواهان (تجدیدنظر خواه پرونده تجدیدنظر) حکم صادر گردد، آیا اساساً می‌توان به استناد این حکم متعارض مؤخر، حکم بدوی مقدم را نقض نمود؟ اگر پاسخ مثبت باشد، پس مفهوم و مودای ماده ۴۳۹ ق.آ.د.م. به چه کار خواهد آمد؟ آیا مطابق ماده ۴۳۹ در صورت تعارض احکام اولویت با حکم اولی نمی‌باشد؟ واضح است که اولویت با حکم اولی است.

۲-۵- قطع نظر از ایرادات پیشین، تصمیم اتخاذ شده توسط شعبه محترم... دادگاه تجدیدنظر استان، توالی فاسد دیگری نیز دارد. از جمله:

۲-۵-۱- ظاهراً با اتخاذ تصمیم مذکور، دادگاه تجدیدنظر، حکم آتی دادگاه بدوی را در پرونده‌های مطروحه در شعبه تجدیدنظر، فصل الخطاب دانسته و آن را مستند تصمیم خود خواهد نمود. در این حالت، اولویت دادگاه عالی بر دادگاه بدوی به شرحی که گذشت، نادیده گرفته شده است.

۲-۵-۲- دادگاه تجدیدنظر با تجویز رسیدگی مجدد به موضوعی که سابقاً رسیدگی شده است، زمینه صدور احکام متهافت و متضاد را فراهم نموده است؛ زیرا، بسیار محتمل است که دادگاه بدوی در رسیدگی مجدد پرونده به هر علت، حکم متعارض صادر کند.

۲-۵-۳- تصمیم دادگاه تجدیدنظر مستندی برای تطویل دادرسی است. زیرا با طرح مجدد موضوع در دادگاه بدوی و انتظار روشن شدن موضوع، هیچ اثر و نتیجه‌ای جز دفع الوقت و مضي زمان و ناامیدی صاحب حق در پی نخواهد بود.

۲-۵-۴- تصمیم شعبه... دادگاه تجدیدنظر (مبنی بر صدور قرار اناطه تا روشن شدن وضعیت پرونده بدوی) با فرآیند دادرسی در پرونده تجدیدنظر نیز تعارض دارد؛ زیرا در وقت رسیدگی مورخ ۸۶/۹/۱۸ تجدیدنظر خواه مکلف گردیده بود که شهود را برای اثبات ادعاهای خود حاضر کند. تصمیم استماع شهادت شهود، به خوبی دلالت بر آن داشت که دادگاه تجدیدنظر، رسیدگی به صحت و اصالت سند را وظیفه خود می‌دانست. حال چگونه بعد از این که در وقت مقرر، تجدیدنظر خواه، شهود خود را حاضر نکرد، به یکباره دادگاه تجدیدنظر، به جای تأیید حکم اولی، رسیدگی به صحت و اصالت سند را در صلاحیت خود ندانسته و به صدور قرار اناطه مبادرت نموده است؟

با توجه به مجموعه مطالب ابرازی، نظر به این که اولاً، رسیدگی به لوازم و مقدمات هر دعوی با دادگاه رسیدگی کننده به اصل دعوی است. ثانیاً، با توجه به عدم وجود دلیلی که رسیدگی به صحت و اصالت توافقنامه مورخ ۸۴/۳/۲۶ را در صلاحیت انحصاری و ذاتی دادگاه حقوقی بدوی قرار دهد. ثالثاً به منظور احتراز و اجتناب از صدور احکام متهافت و متضاد و همچنین با توجه به این که تجدیدنظر خواه در وقت‌های مقرر رسیدگی، هیچ اقدامی برای اثبات جهات تجدیدنظر انجام نداده است. و به خصوص با توجه به تکلیف وی به حاضر نمودن شهود، از انجام آن خودداری کرده است، صدور قرار اناطه از اشکال و ایراد اساسی برخوردار است که هیچ مستندی برای آن نمی‌توان یافت.

چنین «اناطه‌ای» در بردارنده رسیدگی تخصصی به موضوع نبوده و جز تعلیق عدالت، نامی نمی‌توان بر آن نهاد. ■

## قابلیت اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در فرض عدم دسترسی به حافظ اموال (موضوع ماده ۷۸ قانون اجرای احکام مدنی)

بابک کیانی\*

قانونگذار با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که تصویب آن در سیر قانونگذاری کشور در دوره‌های مختلف با فراز و نشیب‌های فراوان روبرو بوده است این امکان را فراهم نموده که در صورت عدم دسترسی به اموال محکوم علیه و بر اساس درخواست محکوم له، تا زمان تأدیه وی در حبس بماند. در جریان رسیدگی به پرونده‌های اشخاصی که در دایره شمول یا عدم شمول ماده ۲ قانون مذکور قرار می‌گیرند بعضی اوقات به مواردی بر می‌خوریم که قبلاً در اجرای قرار تأمین خواسته یا در جریان اجرای حکم، مالی از محکوم علیه توقیف گردیده و بر اساس ماده ۷۸ قانون اجرای احکام به حافظ اموال سپرده شده است و سپس در ادامه عملیات اجرایی واحد اجرا یا محکوم له مواجه با این مسأله می‌گردند که حافظ اموال در دسترس نمی‌باشد و اقامتگاه خود را تغییر داده و همچنین اموال توقیفی را به محل نامعلومی منتقل نموده است. حال با این اوصاف این سؤال مطرح است که در چنین وضعیتی که محکوم له پس از طی مراحل رسیدگی قضایی موفق به اخذ حکم قطعی نسبت به محکوم علیه گردیده است آیا می‌بایست مجدداً پرونده دیگری با انجام تشریفات قانونی و طی مراحل پیش بینی شده علیه حافظ تشکیل دهد یا قادر است به لحاظ عدم دسترسی به مال محکوم علیه نسبت به او ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را اعمال نماید. در این خصوص به طور کلی دو نظر ابراز گردیده است که هر یک از نظرات نیز دارای شقوق و فروض مختلفی است.

**نظر اول:** پاره‌ای معتقدند با وصف توقیف مال محکوم علیه و تحویل آن به حافظ مسئولیت محکوم علیه خاتمه یافته تلقی می‌شود زیرا مالی از نامبرده توقیف شده و به شخص مسئولی سپرده شده است و قانونگذار اعمال ماده ۲ محکومیت‌های مالی را در صورت در دسترس نبودن مال وی مجاز دانسته است بنابراین توقیف نامبرده با وصف اخذ تأمین مال قبلی از وی، در واقع محکومیت وی به دو موضوع است که این مطلب از انصاف و منطق قضایی فاصله دارد و با فلسفه وضع قانون محکومیت‌های مالی سازگاری ندارد. البته قائلین به این نظر این عقیده را نیز بیان می‌دارند که در وضعیتی که ارزش مال توقیفی بر اساس ارزش‌گذاری اموال مشابه در دسترس و با جلب نظر کارشناس کمتر از میزان محکوم به باشد در این فرض تا میزان مال موجود نزد حافظ، شخص اخیر مسئولیت دارد و مازاد بر آن متوجه محکوم علیه است که در این راستا در صورت عدم دسترسی به مال محکوم علیه، اعمال ماده ۲ نسبت به مازاد امکان پذیر و صحیح است لکن به طور کلی قائلین به این نظر با توقیف مال محکوم علیه فرض را بر این قرار می‌دهند که مالی از محکوم علیه در دسترس بوده و از وی توقیف شده است و دیگر مجالی برای اعمال ماده ۲ باقی نمی‌ماند و حوادث بعد از توقیف از جمله انتقال مال توسط حافظ به نقطه نامعلوم و عدم دسترسی به حافظ ربطی به محکوم علیه ندارد.

**نظر دوم:** عده‌ای دیگر معتقدند مسئولیت محکوم علیه تا زمان برائت قطعی ذمه‌ی وی پابرجا و برقرار است و بر اساس اصل استصحاب چون دین مسلم و قطعی نسبت به محکوم

\* وکیل دادگستری - اصفهان.

علیه ثابت گردیده است و تأمین اموال به منزله پرداخت به محکوم له محسوب نمی‌گردد و قانونگذار در ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی، تأمین را به توقیف اموال تعریف می‌نماید. و در مبحث اول فصل دوم قانون اجرای احکام مدنی نیز در ماده ۴۹ به بعد، توقیف مال محکوم علیه معادل محکوم به و هزینه‌های اجرایی پیش‌بینی شده است و در ماده ۵۲ قانون اخیر‌الذکر مشخصاً از امکان استیفای محکوم به از مال تأمین و توقیف شده قبلی سخن به میان آمده است بنابراین تأمین و توقیف اموال، پرداخت و برائت ذمه محسوب نمی‌گردد تا به تبع آن در فرض متواری شدن حافظ یا عدم دسترسی به وی و اموال توقیف شده، محکوم علیه را فاقد مسؤولیت بشناسیم. قائلین به این نظر مخصوصاً در فرضی که اموال توقیفی در محل اقامت یا فعالیت محکوم علیه به حافظ سپرده شده و سپس به اموال و شخص حافظ دسترسی نیست، خود این وضعیت را به منزله تبانی محکوم علیه با حافظ می‌دانند و معتقد به مسؤولیت محکوم علیه و امکان اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در این خصوص می‌باشند. پاره‌ای از طرفداران این نظریه معتقدند صدور حکم قطعی نسبت به محکوم علیه دایره بر اشتغال ذمه وی نسبت به محکوم له، کاشف از این واقعیت است که محکوم علیه از ابتدا با کتمان حقیقت، هم موجب زحمت برای دستگاه قضا و هم ایجاد مشقت برای محکوم له شده است و با عدم پرداخت دین مسلم، مسؤولیت خود را نسبت به محکوم له ایجاد کرده است. بنابراین در فرضی که مالی از وی توقیف شده، نامبرده می‌توانسته ضمن همکاری با محکوم له و دادگاه ترتیب اجرای حکم یا پرداخت بدهی خود را قبل از اجرای حکم فراهم نماید بنابراین عدم دسترسی به حافظ وضعیتی است که منشأ آن اقدامات محکوم علیه است و بنا به قاعده اقدام، مسؤولیت این اعمال و نبودن حافظ متوجه ایشان است.

عده‌ای دیگر از طرفداران این نظریه معتقدند تا قبل از وصول محکوم به، محکوم له محق به اجرای امتیازاتی است که قانونگذار برای امکان وصول مطالبات وی در نظر گرفته است و در متن ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قانونگذار (با گرفتن مفهوم مخالف) اعمال ماده را در فرضی می‌داند که مالی از محکوم علیه در دسترس نباشد و در گفتار حاضر مالی از محکوم علیه در دسترس نیست زیرا آن چه از وی توقیف شده و حافظ آن را به نقطه نامعلومی برده است دقیقاً مصداق بارز در دسترس نبودن مال است؛ بدین لحاظ اعمال ماده ۲ در این فرض دقیقاً اجرای صحیح متن قانون است. به عقیده این حقیر تا قبل از تحویل مال به محکوم له، برائت ذمه محکوم علیه حاصل نشده است و این تفکر که در صورت انتقال مال توسط حافظ، محکوم له صرفاً محق اقامه دعوی علیه حافظ مستنداً به ماده ۸۵ قانون اجرای احکام و عموماً مبحث خیانت در امانت است، ناصواب می‌باشد. بنابراین به نظر می‌رسد در برخورد با چنین وضعیتی بایست در پرونده‌های مختلف به صورت موردی و موشکافانه و تجزیه و تحلیل موضوع اعمال قانون نمود. به عبارت دیگر در فرضی که اموال در محل اقامت محکوم علیه به حافظ سپرده شده و سپس محکوم علیه و حافظ، آن محل را تغییر داده‌اند و دسترسی به حافظ مقدور نیست؛ این موضوع می‌تواند دقیقاً مصداق بارز تبانی محکوم علیه با حافظ باشد و اعمال ماده ۲ در این فرض منطقی و قانونی است. هرچند به عقیده اینجانب اعمال ماده ۲ در فروض دیگر نیز با توجه به سیاق عبارات قانونگذار در ماده مذکور و وضع ضابطه عدم دسترسی به مال محکوم علیه و توجه به اصل استصحاب، قانونی و صحیح به نظر می‌رسد. لازم به ذکر است که فروض دیگر در دسترس نبودن مال به دلیل تلف اعم از عمدی یا غیرعمدی از دایره عرایض اینجانب خارج می‌باشد. ■

# پرداخت حق مالکانه در زمان تملک اراضی و املاک

نقدی بر عملکرد شهرداری‌ها

محمد رضا سماواتی پور\*

بر اساس قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۵۶ پس از انعقاد عقد اجاره، حقی برای مستأجر ایجاد می‌گردد که عنوان قانونی آن، حق کسب و پیشه و تجارت بوده که در نزد عامه به اشتباه به حق سرقفلی معروف گردیده است. وجه تمایز این دو حق (سرقفلی و حق کسب و پیشه) بر همه حقوقدانان و اهل فن روشن بوده و در کتب و مقالات گوناگون در خصوص آن به حدکفایت بحث شده است. فلذا به جهت اطناب کلام از تکرار مطلب خوداری نموده و خوانندگان محترم را به آن کتب و مقالات ارجاع می‌نمایم. (۱)

بر اساس ماده ۱۹ قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۵۶، مستأجر (صاحب ح ک پ ت) موظف است در زمان نقل و انتقال مورد اجاره به نالث نسبت به کسب رضایت مالک اقدام نماید. در این رابطه معمولاً نقل و انتقالات به چند شیوه انجام می‌گردد.

**در شیوه اول** که شیوه معمول جامعه می‌باشد، مستأجر قدیم و مستأجر جدید، با کسب رضایت مالک اقدام به نقل و انتقال ح ک پ ت می‌نمایند که معمولاً این عمل با تنظیم یک سند عادی صلح با امضای طرفین و مالک شروع و متعاقب آن پس از اخذ مفاصا حساب‌های قانونی توسط مستأجر سابق، از طریق مراجعه به دفاتر اسناد رسمی با تنظیم سند رسمی صلح و اجاره نامه رسمی صورت می‌پذیرد.

**در شیوه دوم**، مستأجر سابق حقوق خود را به مستأجر جدید واگذار نموده، لکن کسب رضایت مالک و حتی تسویه حساب با ادارات گوناگون مانند شهرداری و دارایی و غیره را به عهده خریدار می‌گذارد که در این شیوه - که عرفاً به خرید کلیدی مشهور می‌باشد - خریدار با اجازه حاصل از مستأجر سابق که معمولاً به صورت یک سند وکالت رسمی متجلی می‌گردد و با قبول خطرات احتمالی، اقدامات فوق را به انجام می‌رساند. در هر دو روش فوق‌الذکر به‌طور عرفی بابت این نقل و انتقال مبلغی به مالک پرداخت می‌گردد که از آن به حق مالکانه یاد می‌کنند. این مبلغ چیزی در حدود ده تا بیست درصد ارزش نقل و انتقال مورد اجاره می‌باشد. حال که با انواع شیوه‌های انتقال آشنا شدیم، بهتر است در راستای ایجاد پیش زمینه مناسب ماده ۱۹ قانون و ارکان آن را بررسی اجمالی نموده و سپس به موضوع اصلی بپردازیم:

\* وکیل دادگستری - تهران.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان - سال چهارم - شماره ۴۷ - دوم - دی‌ماه ۱۳۸۸

«در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره نامه، حق انتقال به غیر داشته باشد می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد. هرگاه در اجاره نامه حق انتقال به غیر سلب شده باشد یا اجاره نامه‌ای در بین نباشد و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در قبال تخلیه مورد اجاره، حق کسب و پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد و الا مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند. در این صورت دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر...»

با بررسی و مطالعه دقیق این ماده می‌بینیم که ماده ۱۹ حاوی چند نکته و مطلب می‌باشد:

- داشتن یا نداشتن حق واگذاری به غیر توسط مستأجر
- اجاره برای همان شغل یا شغل مشابه
- امکان خرید به مالک در قبال پرداخت حق کسب و پیشه
- حق مستأجر جهت مراجعه به دادگاه و درخواست تجویز انتقال

در صورت اول یعنی داشتن حق انتقال به غیر، مستأجر می‌تواند مورد اجاره را برای شغل مشابه به هر شخص واگذار نماید و این انتقال بدون پرداخت هرگونه وجهی و تحت هر عنوانی به مالک انجام خواهد شد. لکن در صورت عدم داشتن این حق (یعنی منع مستأجر از انتقال مورد اجاره به غیر) قانون ابتدا به مالک این اجازه را داده تا با پرداخت حق کسب و پیشه به مستأجر مورد اجاره را تخلیه نماید. لکن مواقعی وجود دارد که مالک نه موافق نقل و انتقال مورد اجاره به ثالث بوده و نه به هر دلیل توانایی پرداخت حقوق مستأجر در قبال تخلیه مورد اجاره را دارد. در حالت اخیر مستأجر می‌تواند به دادگاه عمومی مراجعه و تجویز انتقال منافع به غیر را از دادگاه مطالبه نماید. دادگاه نیز به طور معمول پس از اخطار به مالک و عدم تمایل مالک به پرداخت حقوق مستأجر، حکم به تجویز منافع به ثالث برای مدت معلومی (شش ماه) صادر می‌نماید.

ملاحظه می‌فرمایید که در هیچ یک از شقوق سه گانه فوق هیچ گونه مبلغی به مالک بابت نقل و انتقال مورد اجاره پرداخت نمی‌گردد. اما باید دید که چرا در عمل اکثر انتقالات مربوط به این مورد با مراجعه به مالکین و پرداخت این مبلغ صورت می‌پذیرد. به نظر نگارنده با توجه به این که اغلب اجاره نامه‌های مشمول قانون سال ۵۶، مستأجر را در انتقال مورد اجاره به ثالث منع نموده‌اند، مستأجرین به چند دلیل محتمل به مالک مراجعه و با پرداخت مبلغی تحت عنوان حق مالکانه اقدام به واگذاری مورد اجاره به ثالث می‌نمایند. اولین و مهمترین دلیل آن شاید عدم علم به قانون باشد چرا که متأسفانه اکثر صاحبین حق کسب و پیشه، پرداخت این مبلغ را وظیفه خود و حق شرعی مالک می‌دانند. (۲) دلیل دیگر طولانی بودن تشریفات دادرسی و بیم از درافتادن با مالک بوده و مهمتر از همه این که اگر مالک تمایلی بر خرید حق کسب و پیشه داشته باشد با توجه به این که میزان این حق توسط کارشناس رسمی تقویم و ارزیابی می‌گردد و معمولاً ارزیابی کارشناسی از ارزش روز بازار پایین تر بوده، در نهایت امکان ضرر مستأجر



وجود خواهد داشت. فلذا اکثرأ مستأجرین با عنایت به مراتب فوق، صلاح را در مراجعه به مالک و پرداخت این مبلغ می‌دانند. (۳)

حال که دیدیم پرداخت حق مالکانه و حتی میزان آن هیچ‌گونه جایگاهی در قوانین موضوعه ندارد، به بررسی موضوع اصلی مقاله می‌پردازیم. موضوعی که ما در این مقاله در صدد بررسی آن هستیم ماهیت این حق یعنی حق مالکانه و انتقال و تسری آن به معاملات دستگاه‌های تملک‌کننده املاک و اراضی بر اساس طرح‌های مصوب دولتی - عمومی می‌باشد. با طرح این سؤال که آیا نهادهای عمومی و دولتی که بر اساس قانون اقدام به تصویب طرح‌های دولتی - عمومی و عام‌المنفعه می‌نمایند، نیازی به کسب رضایت مالک در زمان انجام توافق با مستأجر و خرید حقوق قانونی وی دارند یا خیر؟

می‌دانیم که بر اساس مقررات قانونی، نهادها و دستگاه‌های دولتی می‌توانند اراضی مورد نیاز خود را از اراضی و املاک افراد به جهات گوناگون مندرج در قانون تأمین نمایند. به عنوان مثال ساخت اتوبان‌های شهری، عبور لوله‌های نفت و گاز و ساخت تأسیسات عمومی و عام‌المنفعه همه و همه از مواردی است که دولت و نهادهای ذی‌ربط را اجبار می‌نماید تا برای تأمین زمین مورد نیاز خویش متوسل به تملک و خرید اراضی و املاک اشخاص حقیقی و حقوقی گردد. این تملکات در هر مورد با تصویب طرح و از طریق تشریفات قانونی با امضای بالاترین مقامات صورت می‌پذیرد. نهاد شهرداری تهران - که یکی از نهادهای مدیریت شهری محسوب می‌گردد - نیز از این موضوع مستثنی نبوده و نیاز دارد جهت تأمین اراضی مورد نیاز خویش اقدامات تملکی لازم را نسبت به اراضی و املاک اشخاص اعمال نماید. اهمیت اقدام شهرداری‌ها تا حدی بوده که مقنن پیش‌بینی‌های خاصی را در خصوص این نوع از تملکات انجام داده و در ارتباط با نحوه و چگونگی پرداخت حقوق اشخاص، قانون خاصی را تصویب نموده است. (۴) در زمان انجام توافق با صاحبین ح ک پ ت مستأجر را ملزم به اخذ رضایت مالک نموده و با کسر ده درصد از ارزش مورد توافق به عنوان حق مالکانه، اقدام و مبلغ مذکور را به مالک می‌پردازند. در این باره مقامات شهرداری چنین استدلال می‌کنند که در صورت عدم پیروی از چنین روشی، مشمول مقررات بند یک از ماده ۱۴ قانون مالک و مستأجر یا همان انتقال به غیر بوده و حتی ادعا می‌شود که در مواردی که شهرداری بدون رضایت مالک اقدام به خرید ح ک پ ت مستأجر نموده، دادگاه‌ها با شکایت مالکان اقدام به صدور حکم به محکومیت شهرداری نموده‌اند. (۵) حال می‌خواهیم بررسی نماییم اقدام شهرداری در این موارد مطابق قانون بوده و یا خیر و آیا در صورت خرید حقوق این افراد بدون رضایت مالکان امکان صدور چنین احکامی وجود دارد یا خیر؟

به نظر نگارنده به دلایل ذیل استدلال شهرداری در این مقام، مخالف قانون می‌باشد:

**الف -** همان‌طور که مشروحاً توضیح داده شد، مقررات ماده ۱۹ ناظر بر اجاره محل توسط مستأجر با اراده قبلی است. در حالی که در زمان اجرای طرح‌های قانونی اراده مستأجر در واگذاری مدخلیتی نداشته و شهرداری یا سایر نهادهای دولتی در صورت استتکاف اشخاص، از طریق قانونی و توسل به جبر اقدام به تملک اراضی و املاک می‌نمایند (۶) چرا که این نهادها بر

اساس مقررات حکومتی از باب اعمال حاکمیت و یا مجوز قانونی اقدام به تصویب طرح‌های عمومی توسط بالاترین مقامات می‌نمایند و این قوانین همواره از موارد تحدیدکننده حقوق اشخاص بوده و اراده فردی تاب مقاومت در برابر این قوانین را ندارد.

ب- مطابق ماده ۱۹، مستأجر برای همان کسب و یا کسب مشابه، مورد اجاره را واگذار می‌نماید؛ در حالی که در خصوص واگذاری به شهرداری‌ها این عمل برای ساخت اتوبان، پارک و دیگر تأسیسات عمومی و عام‌المنفعه انجام می‌گردد و کسب و تجارت مشابهی در کار نیست تا لزومی بر اخذ رضایت مالک باشد.

ج- از طرفی مراجعه مستأجر به دادگاه عمومی و درخواست تجویز منافع نیز به نظر ناکارآمد خواهد بود چرا که در صورت صدور حکم دادگاه دایر بر تجویز انتقال به غیر، هیچ فرد عاقلی اقدام به خرید یک ملک داخل در طرح دولتی و عمومی نمی‌نماید. از طرفی به لحاظ مقررات قانونی امکان نقل و انتقال نیز وجود ندارد.

د- از همه مهمتر عدم وجود ضمانت اجرای قانونی در موضوع می‌باشد. چرا که در فرض انتقال مورد اجاره به غیر توسط مستأجر که حق واگذاری نداشته، ضمانت اجرای مندرج در قانون مصرح بوده و دادگاه‌ها برابر مقررات قانونی ضمن صدور حکم تخلیه مورد اجاره، حکم به پرداخت نصف مبلغ ح ک پ ت به متصرف یا صاحب حق حسب مورد می‌نمایند. لکن در این فرض یعنی خرید حق توسط شهرداری، امکانی برای صدور حکم تخلیه و همچنین اعاده وضع به حال سابق وجود ندارد. زیرا در این گونه مواقع با قطع خدمات دولتی مانند آب، برق و گاز، ملک تخریب و در خدمت طرح قرار می‌گیرد. بنابراین نگرانی شهرداری‌ها از صدور چنین احکامی نابه‌جا خواهد بود. ضمن این که کسر مبلغی از حقوق مستأجر نیاز به مجوز قانونی و نص صریح داشته و در قوانین موضوعه هیچ گونه نصی در این خصوص مشاهده نمی‌گردد. (۷)

فلذا بدون هرگونه رویکرد جانبدارانه، چنین استنباط می‌گردد: از آن‌جا که تحدید حدود اشخاص نیازمند نص قانونی بوده و ما در این گونه موارد نصی نداریم تا با استناد به آن حقی از مستأجر زائل نماییم، به نظر می‌رسد امتیازی که مقنن برای مالک در نظر گرفته مختص به مورد خاص و همان نقل و انتقالات عادی بوده و در این گونه موارد حقی برای مالک منصور نباشد. از این رو ضروری می‌نماید مقامات قضایی و ذی‌سمت در جهت ایجاد رویه مناسب باید پیش‌بینی‌های لازم را نموده تا از تضییع حقوق بیت‌المال و آحاد مردم خودداری گردد.

## پی‌نوشت‌ها

- ۱- کشاورز، بهمن، کتاب حق سرقتی و کسب و پیشه و تجارت.
- ۲- البته نکته‌ای که نباید از ذهن دور کرد این است که پرداخت این حق مخالفتی هم با قانونی نداشته و می‌توان آن را مباح تلقی نمود.
- ۳- چه بسا افرادی که امروزه بدون هیچ‌گونه فعالیت و زحمتی سالیانه مبالغ گزافی از این درگاه نصیب خود می‌نمایند.
- ۴- قانون نحوه تقسیم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۷۰/۷/۲۸ شهرداری‌ها را ملزم نموده بر اساس این قانون با اشخاص وارد معامله شده و حقوق مردم را پرداخت نمایند. مقررات این قانون نسبت به لایحه قانونی نحوه خرید و تملک... مصوب ۵۸ شورای انقلاب، حقوق مردم را بیش از گذشته تأمین می‌نماید و این خود برهانی است بر اهمیت این گونه تملکات در محدوده شهری.
- ۵- تا این تاریخ نگارنده علی‌رغم تلاش فراوان به هیچ یک از این آراء دست نیافته است و به نظر می‌رسد با توجه به آراء مخالف در صورت وجود داشتن این چنین آرایسی موضوع از مصادیق صدور رأی وحدت رویه باشد.
- ۶- این روش از تملک بر اساس قانون نحوه خرید املاک و اراضی مورد نیاز دولت... اصطلاحاً به اعمال ماده ۹ مشهور می‌باشد و در این روش با عدم مراجعه مالک یا مالکین به مرجع تملک‌کننده و یا عدم دسترسی به مالک یا ذی‌حق، ارزش ملک به حساب دادگستری تودیع و عملیات تخریب زیر نظر مقامات قضایی صورت می‌پذیرد.
- ۷- در این رابطه نگارنده با مراجعه به یکی از شعب دیوان عدالت اداری موفق به اخذ دادنامه بسیار جالبی گردیده که در نوع خود رهگشای مطلب بوده است لکن با عنایت به تعدد و تهافت نظرات قضات در این باب و حرمت مال مسلمین در جامعه اسلامی، لزوم ایجاد وحدت رویه توسط نهادهای نظارتی خصوصاً دیوان عدالت اداری در این باب، مؤثر و راهگشا خواهد بود که امید است محقق گردد. ■

# بررسی حقوق بشر مداخله

امیر مقامی\*

نمایندگان مجلس شورای اسلامی، چندی پیش با ۲۹ امضا «طرح افشای نقض حقوق بشر توسط آمریکا در جهان امروز» را تقدیم هیأت رئیسه مجلس نمودند. این در حالی بود که پیش از این در تاریخ ۸۸/۳/۵ «قانون الزام دولت به تجدیدنظر در روابط تجاری و اقتصادی با کشورهای حامی تروریسم» به تصویب مجلس رسیده بود که مطابق ماده واحده آن «دولت موظف است در روابط تجاری و اقتصادی با کشورهایی که به تشخیص دولت از تروریسم حمایت می‌کنند در جهت محدود کردن این روابط تجدیدنظر کند.» بنابه گزارش رسانه‌ها، کلیات و جزئیات طرح اخیر نمایندگان نیز با اندکی تغییرات و با تغییر نام به «قانون افشای نقض حقوق بشر توسط آمریکا و انگلیس» به تصویب رسیده است. از جمله تغییرات طرح، به جز تغییر نام و افزودن وضعیت انگلیس به آن می‌توان به این موارد اشاره نمود:

- موضوع «محدودیت‌های فناوری اطلاعات» از طرح حذف گردید.
- مسئولیت کار گروه موضوع این قانون از وزارت امور خارجه به وزارت اطلاعات محول شد.
- نماینده سپاه پاسداران و کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس به اعضای کارگروه اضافه شدند.
- وزارت امور خارجه موظف شد هر سال در روز ۱۳ آبان گزارش نقض حقوق بشر در ایالات متحده آمریکا و انگلیس را «منتشر» نماید. این وظیفه در طرح اولیه نمایندگان پیش بینی نشده بود.

نهایتاً طبق گزارش «ایسکا نیوز»، به موجب این قانون در صورت تأیید شورای نگهبان، به منظور مقابله با توطئه‌ها و محدودسازی‌های ناعادلانه آمریکا و انگلیس علیه جمهوری اسلامی ایران و جهت آگاه‌سازی جامعه جهانی از موارد عدیده نقض حقوق بشر توسط این دو کشور و حمایت از جریانات مترقی که در برابر اقدامات غیرقانونی دولت‌های آمریکا و انگلیس در جهان ایستاده‌اند مبلغ ۲۰ میلیون دلار از محل صندوق ذخیره ارزی تخصیص می‌یابد. همچنین طبق این ماده در خصوص چگونگی هزینه‌کردن این اعتبار در کارگروهی با مسئولیت وزارت اطلاعات و عضویت وزارت امور خارجه، وزارت ارتباطات و فن‌آوری اطلاعات، سپاه پاسداران، سازمان ارتباطات و فرهنگ اسلامی و همچنین یکی از اعضای کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی به انتخاب کمیسیون تصمیم‌گیری می‌شود.

\* کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل، مدیر گروه حقوق دانشگاه علمی کاربردی فرهنگ و هنر اصفهان.

بنابراین گزارش، وزارت اطلاعات به عنوان مسئول کارگروه موظف است هر سه ماه یکبار گزارش کار خود را به کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی مجلس شورای اسلامی ارائه کند.

همچنین وزارت امور خارجه موظف است سالانه گزارش نقض حقوق بشر در ایالت متحده آمریکا و انگلیس را تهیه و در روز ۱۳ آبان ماه منتشر کند.

تصویب این طرح در شرایطی روی داد که وزارت امور خارجه هم طی سال‌های اخیر، مکرراً درباره نقض حقوق بشر در بعضی کشورهای «خاص» اعلام موضع کرده یا کتاب به چاپ رسانده است. رسانه‌ها نیز چندی پیش از انتقاد شدید ایران از نقض حقوق بشر در آمریکا، کانادا و اتحادیه اروپا در جلسه کمیته سوم مجمع عمومی خبر دادند. مجموعه این اقدامات طی سال‌های اخیر نشان می‌دهد که جمهوری اسلامی ایران تمایل دارد موضوع وضعیت حقوق بشر در سایر کشورها را مورد بررسی قرار دهد. این طرح‌ها و مصوبات و کتاب‌ها و بیانیه‌ها همگی نشانه‌هایی از تمایل حاکمیت به ابراز حساسیت رسمی در قبال نقض حقوق بشر (حتی در قالب تروریسم) است؛ موضوعی که گاه از آن به عنوان «سیاست خارجی نه‌اجبی» نیز تعبیر شده است. در طرف مقابل نیز وزارت امور خارجه آمریکا، کمتر از یک ماه پیش طی گزارش مفصل آزادی مذاهب، بخشی از این گزارش را به وضعیت اقلیت‌های مذهبی در ایران اختصاص داد. وزارت امور خارجه آمریکا هر سال گزارش‌هایی درباره وضعیت حقوق بشر (به طور کلی یا موردی و در موضوعات خاص) تهیه و منتشر می‌نماید و هر سال نیز بودجه‌ای را تحت عنوان پیشبرد حقوق بشر و دموکراسی در برخی کشورها (از جمله ایران) به تصویب کنگره می‌رساند.

آنچه گذشت تنها نمونه‌ای از آخرین تحولات با عنوان بررسی وضعیت حقوق بشر بک کشور توسط کشوری دیگر است؛ موضوعی قابل تأمل و از نظر حقوقی، قابل بررسی و پرسش برانگیز. در حقیقت، امروزه هیچ کشوری - گرچه در ظاهر موضع انتقادی ایدئولوژیک نسبت به «نظام بین‌المللی حقوق بشر» داشته باشد - نمی‌پذیرد که خود ناقض این نظام حقوقی بین‌المللی است؛ بلکه همگان سعی می‌کنند کشورهای دیگر را به نقض حقوق بشر در چارچوب حقوقی موجود متهم سازند. بدیهی است منظور از «نظام بین‌المللی حقوق بشر»، مجموعه موازین و قواعد حقوقی بین‌المللی مرتبط با موضوع حقوق بشر است که جنبه‌های ایدئولوژیک یا سیاسی آن مورد نظر این نوشته نیست. گرچه این کنش‌ها و واکنش‌ها بیش از آن که در راستای تلاش برای ترویج حقوق بشر باشد، تلاشی است برای رفع اتهام از خود و بهره برداری سیاسی از نظام حقوقی، اما موضوع حقوقی در جریان این اظهارات و مواضع، طرح مسأله مکرر «مداخله» است. اغلب کشورها گرچه خود نسبت به نقض حقوق بشر در کشورهای دیگر - به خصوص کشورهایی که روابط سیاسی خوبی با آنها ندارند و یا از نظر ایدئولوژیک، مخالف محسوب می‌شوند - موضع‌گیری می‌کنند؛ اما مسأله این‌جاست که هنگامی که نوبت به آن‌ها می‌رسد تا مورد نقد و پرسش دیگران قرار گیرند و طرف مقابل نیز چنین مواضعی اتخاذ می‌کند، وی را به نقض حقوق بین‌الملل و «مداخله در امور داخلی» خود متهم می‌کنند. این تناقض رویه دولت‌ها، این پرسش جدی را مطرح می‌کند که آیا این‌گونه رفتارها مداخله غیرقانونی در امور داخلی کشورهای دیگر هست یا نه؟ و اقدام دولت‌های معترض به مداخله

برای اعتراض به نقض حقوق بشر توسط دیگران چگونه توجیه پذیر است؟ آیا اقدام متقابل است؟ یا مقابله به مثل؟ یا اصلاً اقدامی ذاتاً مشروع است و ادعای غیرقانونی بودن چنین مداخله‌ای نادرست است؟! پاسخ این پرسش‌ها تحقیق مفصلی می‌طلبد که نگارنده اینک در جایگاه بررسی آن‌ها نیست. اما در این خصوص می‌توان فرضیه‌ای را مطرح و نظر همدرسان را جویا شد. فرض نگارنده بر این است که چنین اعتراضات و موضع‌گیری‌هایی اولاً تا حدی که موجب فشار برای تغییر اراده دولت‌ها نمی‌شوند، مداخله محسوب نمی‌شوند! ثانیاً چنان‌چه به مداخله نرم (غیرنظامی) بیانجامد، ذاتاً مشروع و قانونی و اخلاقی هستند. قانونی، از آن جهت که اراده کشور متخلف را به سوی پایبندی به تعهدات بین‌المللی‌اش سوق داده‌اند و احیاناً داعیه آمرانگی و ارگامنیسی بودن چنان تعهداتی (حتی در مورد نقض حقوق بشر علیه اتباع آن دولت) در این میان مؤثر است. ضمن آن‌که دولت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل در برابر دولت‌های دیگر، متعهد می‌شوند که حقوق اتباع خودشان را نیز محترم بشمارند؛ بنابراین باید در برابر همان دولت‌ها نیز (علاوه بر مردمان کشور خود)، پاسخگو باشند. به عبارت دیگر این یک حق و یک تکلیف برای دولت‌هاست که از حقوق آحاد انسان‌ها حمایت نمایند. اخلاقی، از آن جهت که موجب تضمین احترام حقوق بشر و یاری رساندن به مظلوم است. هر چند سایه سیاست بر سر چنین مداخلاتی علیه بعضی کشورها و سکوت در برابر بعضی دیگر از کشورهای متخلف، سنگینی می‌کند. در حقیقت باید پذیرفت که طی شش دهه اخیر، ورود موضوع «حقوق بشر» به حیطه «حقوق بین‌الملل» موجب تغییراتی در وضعیت حقوقی روابط دولت‌ها با اتباع خود و ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال رفتار با اتباع خودشان شده است. در حالی که در حقوق بین‌الملل کلاسیک، رفتار دولت‌ها با اتباعشان در زمره اقتدارات حاکمیتی قلمداد می‌شد؛ اما حقوق بین‌الملل نوین با انعقاد معاهدات حقوق بشری (و اصالتاً از زمان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر) این اقتدار مطلق را مقید نموده است. بنابراین ذی‌نفع حقیقی و ماهوی در هر تعهد حقوق بشری بین‌المللی دولت‌ها می‌تواند تبعه دولت متعهد، تبعه دولت دیگر عضو معاهده یا حتی هر فرد انسانی فارغ از عضویت یا عدم عضویت دولت متبوعش در معاهدات حقوق بشری و حتی فارغ از تابعیت داشتن یا نداشتن‌اش باشد و از منظر حقوق بین‌الملل شکلی، این یک حق و یک تکلیف برای سایر دولت‌هاست که دولت متخلف را به پایبندی به تعهداتش فراخوانند.

اما در مورد مداخله نظامی که معمولاً به طور خاص با اصطلاح مداخله بشردوستانه از آن یاد می‌شود، اصل ممنوعیت توسل به زور، محدودیت‌هایی برای استفاده از زور در جهت تضمین رعایت حقوق بشر ایجاد می‌کند و به نظر می‌رسد همان موارد تجویز استفاده از زور در مورد مداخله بشردوستانه صادق باشد و نه بیشتر از آن؛ یعنی اقدام در چارچوب مقررات منشور ملل متحد به عنوان مقررات شکلی و اثبات تهدید صلح و امنیت بین‌المللی (البته در مفهومی موسع) یا تجاوز و دفاع مشروع به عنوان مقررره ماهوی. البته فرض رفتار متقابل یا مقابله به مثل نیز در جای خود قابل بررسی است. جدا از همه بحث‌های حقوقی و سیاسی و ایدئولوژیک در حاشیه مفهوم «حقوق بشر»، همه این چالش‌ها ناشی از تناقض رفتار دولت‌هایی است که به عنوان یک واقعیت، خود سازندگان مادی حقوق بین‌الملل هستند. ■

# متن بی‌فایده یا ادعای بی‌فایده

سینا گلستانی\*

در شماره ۳۹ خیرنامه وزین کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، ویژه مهرماه ۸۸ مقاله‌ای تحت عنوان: «متن بی‌فایده شالوده شکنی دعوای الزام به تنظیم سند رسمی» به قلم آقای فرشید فولادی نژاد وکیل محترم دادگستری طبع و نشر گردید که خصوصاً به لحاظ سیاهه سابق اینجانب، منطبق در شماره ۳۷ مجله مزبور و بحث مستوفی مطروح در آن راجع به دعوی الزام به تنظیم سند رسمی، عرض ملاحظاتی چند بایسته به نظر رسید.

فرنگی‌ها را اصطلاحی است تحت عنوان: «Jurisprudence» که به پارسی می‌توان از آن به: «فن تفسیر قانون» یاد کرد و این وجه متمیز ممتاز حقوقدان از غیرحقوقدان است. در ظاهر کتب قانون طبع و نشر شده، در اختیار همگان قرار دارد. زبان آن‌ها هم پارسی است. یعنی همه کس می‌تواند کتاب قانون را پیش رو نهاده، مطالعه کند. ولی این مقدار برای درک محتوی قوانین و تحلیل آن کفایت نمی‌کند. که اگر چنین نبود، دیگر متخصص با غیرمتخصص تفاوتی نداشت. پس حقوقدان را در امر تفسیر قوانین بصیرتی باید که غیرحقوقدان علی‌الاصول از آن محروم است و بی‌بهره. این است تفاوت ایشان.

به نظر می‌رسد همکار محترم، در مقاله مورد بحث، تفسیر و برداشتی از مواد قانون ثبت اسناد و املاک مصوب اسفندماه ۱۳۱۰ کرده‌اند که ناگزیر، منطقی‌اً ایشان را به استتاج مندرج در آن رهنمون گردیده است که محل تأمل است و موجب تصدیع حاضر. باب سوم قانون مذکور تحت عنوان: «ثبت اسناد» چنین آغاز می‌شود:

## «فصل اول - مواد عمومی»

ماده ۴۶- ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

ماده ۴۷- در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده، وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است:

\* وکیل و مشاور حقوقی قوه قضاییه - تهران.



۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.

۲- صلحنامه و هبه نامه و شرکت نامه.

ماده ۴۸- سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

پیش از بحث، لازم است ماده قانونی دیگری را هم مورد توجه قرار دهیم و آن عبارت است از صدر ماده ۲۲ قانون مزبور که مقرر داشته:

«همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت...»

حاصل و نتیجه عائد از مطالعه موادی که گذشت چیست؟ آیا همان است که نگارنده محترم مقاله مطرح نموده است؟ یعنی: بی اعتباری سند عادی معامله غیر منقول منعقد میان اشخاص در جامعه و به اصطلاح ایشان متن بی فایده! یا چیزی دیگر؟

مخلص را گمان بر آن است که آنچه از مجموع مواد قانونی مذکور می توان فهم کرد، چیزی است غیر از آنچه نگارنده محترم مطرح نموده است و آن عبارت است از عدم ترتیب اثر به اسناد عادی معامله غیر منقول به عنوان دلیل مالکیت و بالتیجه مالک نشناختن شخص، بدون ثبت ملک به نام وی در دفتر املاک و اسناد و لاغیر. یعنی اشخاص به صرف ارائه سند عادی معامله، نمی توانند توقع داشته باشند که مراجع رسمی ایشان را مالک ملک مورد معامله بدانند و مآلاً از آثار و نتایج قانونی حاصل از آن برخوردار شوند. چیزی که پیش از تصویب قوانین و مقررات راجع به ثبت اسناد و املاک در این کشور سابقه نداشت و معاملات که مطابق مقررات فقهی و احکام شریعت میان اشخاص صورت می گرفت، به خودی خود، ایشان را به وجه تمام و کمال از نتایج حاصل از آن بهره مند می ساخت. آیا این معقول و منطقی است که قانونگذار یک باره با تدوین مقررات راجع به ثبت، عزم به نزع بنیان های مرصوص حقوقی که سده ها در این کشور سابقه داشته، جزم نموده، عدم ثبت رسمی معامله غیر منقول را مساوی بی اعتباری و بیهودگی قرارداد عادی منعقد میان طرفین محسوب دارد؟! از یک سو مقررات قانون مدنی را در باب عقود و قراردادها مطابق همان مقررات فقهی پیش گفته به دست رسیده از دل قرون و اعصار تدوین نماید و از سوی دیگر با پیش بینی موادی در قانون ثبت اسناد و املاک، آن کاخ رفیع را یک باره ویران و با خاک یکسان سازد؟ خیر. هرگز نمی توان چنین سهل و ساده در خصوص قوانین به اظهار نظر پرداخت. ضمن این که قرارداد های منعقد میان اشخاص، مادام که مطابق قانون (منظور قانون مدنی) باشند، در عالم اعتبارات حقوقی معتبر بوده، احدی را یاری آن نیست که آن ها را به بی فایده گی، بیهودگی و بی اعتباری منتسب دارد. اگر مواد مذکور از قانون ثبت، خصوصاً ماده ۴۸ حائز چنین اثری که مؤلف محترم ادعاء نموده اند، بود چرا در طول سال های متمادی، محاکم این کشور از تالی تا عالی و از بدایت تا تمیز، همواره به دعاوی اشخاص، دائر بر الزام خواننده به تنظیم سند رسمی معاملات فی مابین

آن‌ها داده و آن‌ها را پذیرفته و مطابق خواسته مبادرت به صدور رأی نموده‌اند؟ آیا وفق آن‌چه نگارنده محترم مدعی‌آند، ایشان فی الواقع، حکم قانون (ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک) را اجرا کرده‌اند، نه تعهد قراردادی طرفین را؟ اگر چنین بوده است، بنده می‌پرسم پس چرا قانونگذار، خود صراحتاً ضمانت اجراء عدم ثبت رسمی معامله را رجوع به محکمه و الزام طرف به این مهم قرار نداده است؟ که اگر چنین بود، نظر نگارنده صحیح به نظر می‌رسید. قانونگذار در ماده ۴۸ پس از مواد ۴۶ و ۴۷، ضمانت اجراء تخلف از ثبت رسمی معاملات و اسناد را عدم پذیرش آن‌ها توسط مراجع رسمی و دولتی اعلام نموده است و لاغیر. که در مجموع پس از لحاظ حکم مندرج در صدر ماده ۲۲ یاد شده می‌توان چنین نتیجه گرفت که این عدم پذیرش به معنای عدم پذیرش اشخاص به عنوان مالک رسمی است و لاغیر. قانونگذار در هیچ جا نگفته است، و بنا به آن‌چه گذشت، نمی‌توانست بگوید که معاملات اشخاص در صورت عدم ثبت رسمی، محکوم به بی‌اعتباری و به اصطلاح نویسنده، بی‌فایده‌گی است.

او تنها گفته است در صورت عدم انجام این تکلیف قانونی توسط اشخاص، دولت هم متقابلاً ایشان را مالک نخواهد شناخت. معنای این سخن، بی‌اعتباری و بی‌فایده‌گی و بیهودگی قراردادهای عادی منعقد میان اشخاص نیست و نمی‌تواند هم باشد. آیا مقنن نمی‌توانست در ماده ۴۸ مزبور پیش بینی نماید: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، بی‌اعتبار یا به قول نگارنده بی‌فایده است. البته که می‌توانست ولی چنین نکرده، چون منطقی نبوده است. اساساً چرا باید چنین سندی را به رغم قواعد پولادین قانون مدنی، منسوب به بی‌فایده‌گی نماییم و آن‌گاه به نحو محیرالعقولی استدلال کنیم که:

«ماده ۴۶ قانون ثبت مبنی بر ثبت سند نیست و از آن‌جا که ثبت سند عقد، تکلیف قانونی طرفین عقد است، پس باید ضمانت اجراء هم داشته باشد. لذا با اثبات انجام دو مرحله عقد-سند تکمیل مراحل سه‌گانه را خواستار می‌شود. مستند او سند عقد است که سندی عادی است، اما مستند اصلی او ماده ۴۶ قانون ثبت است که طرفین عقد را مکلف به ثبت سند عقد دانسته و طبق آن می‌توان ناکل از ایفاء تعهد قانونی (نه تعهد قراردادی) را ملزم به ایفاء آن تعهد قانونی کرد.

چرا که نه؟

ارائه سند عادی به محکمه نه برای اثبات مالکیت است و نه برای اثبات وجود تعهد. بل برای اثبات پروسه عقد-سند-ثبت است. به معنای دیگر برای اثبات استقرار روابط طرفین عقد تحت شمول ماده ۴۶ قانون ثبت است.»

باید به عرض برسانم مواد ۴۶ و ۴۷ ضمانت اجراء دارند، و آن همان است که در ماده ۴۸ وارد شده است. حتی اگر هیچ‌یک از این مواد هم در کتاب قانون پیش بینی نشده بود، چنان‌چه اشخاص در قراردادهای عادی فی مابین، تعهد به حضور در دفترخانه و ثبت رسمی معامله را می‌نمودند، این تعهد، صحیح و الزام‌آور بود و ایشان می‌توانستند به استناد آن، الزام طرف مقابل را به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی از دادگاه تقاضا نمایند.

برای این که دادگاه به الزام خواننده به تنظیم سند رسمی حکم کند هم، اول لازم است مراتب وقوع معامله را میان طرفین، آن هم به نحو صحت، احراز نماید. به منظور نیل بدین مهم،

به از سند عادی تنظیمی میان ایشان، وسیله دیگری به نظر نمی‌رسد. پس چگونه می‌توان چنین متنی را بی‌فایده خواند؟!

نویسنده محترم از یک سو در صدر مقاله خود دست به تجزیه و تفکیک (Isolation) شگفتی‌زده و ایده (عقد-سند-ثبت) یا (عقد-ثبت-سند) را مطرح نموده‌اند، غافل از این که تفکیک و جداسازی مراحل امر کاملاً تصنعی بوده، فایده عملی بر آن مترتب نتواند بود. یا تعهد شخص را به انتقال، صرفاً ناظر به عین مال تلقی نموده‌اند که لزوماً چنین نیست و این تعهد علی‌الاصول شامل عین و منافع هر دو است، مگر آن که منافع از آن دیگری باشد و عقد را حائز دو جنبه تملیکی و عهدی دانسته‌اند! که علی‌ای‌حال نظر شخصی ایشان است و محترم. اما از سویی دیگر وقتی به دعوی الزام به انتقال رسمی رسیده‌اند، عقد و سند را که قبلاً از هم مجزی کرده بودند با هم مخلوط کرده و گفته‌اند:

«... این دعوا مطابق ماده ۴۸ قانون ثبت قابل استماع نیست. چرا که دلیل اثبات بیع، سندی است که ماده ۴۸ قانون ثبت آن را قابل پذیرش نمی‌داند... اگر دادگاه بخواهد به تعهد موجود در عقد اعتبار بخشد، ناگزیر است اول به عقد تملیکی اعتبار بخشد، تا تعهد ضمن آن که تابع عقد است معتبر شناخته شود و اصولاً مطابق ماده ۴۸ قانون ثبت سند چنین معامله‌ای برای دادگاه قابل پذیرش نیست.»

این واضح است که محکمه در حکم به الزام به تنظیم سند رسمی، پیش و بیش از همه چیز فی‌الواقع به اجرای قانون حکم می‌نماید، لیکن ناچار به عرض می‌رسانم اگر مانند نگارنده قائل شویم دادگاه در چنین مواردی تنها به اجرای حکم قانون حکم می‌کند نتیجتاً باید قائل شویم در مواردی هم که اساساً تعهد به حضور در دفترخانه در قرارداد فی‌مابین طرفین درج نگردیده است و یا اساساً قرارداد مکتوبی میان طرفین معامله وجود ندارد نیز دادگاه به صرف احراز وقوع معامله باید به قول نگارنده به حکم قانون عمل نماید. حال آن که چنین نیست و نمی‌تواند هم چنین باشد. چه، این خود، نقض غرض واضح قانون ثبت اسناد و املاک خواهد بود. بنابه آن‌چه گذشت؛ سند عادی تنظیمی میان طرفین حائز کمال اهمیت حقوقی است و خاستگاه حقوق و تعهدات ایشان در قبال یکدیگر می‌باشد. چنان‌چه سند مزبور فاقد تعهد طرفین به حضور در محضر و ثبت رسمی معامله باشد، هیچ محکمه‌ای نمی‌تواند ایشان را بنابه قول نگارنده به حکم قانون، بدین مهم ملزم نماید. تعهد مزبور است که نقطه اتکاء حکم دادگاه قرار می‌گیرد و هم آن است که مطلق نظر اداره حقوقی دادگستری در ارائه نظرات مشورتی مربوط به این موضوع بوده است.<sup>۱</sup>

اشکال کار نگارنده در این است که ایشان عدم ثبت معامله غیر منقول را مساوی عدم اعتبار قرارداد عادی تنظیمی میان طرفین قلمداد نموده‌اند اما چرا و چگونه؟! الله اعلم. در هیچ جای قانون (منظور قانون ثبت) چنین ضمانت اجرایی پیش بینی نگردیده است. ماده ۴۸ قانون مزبور نیز به هیچ وجه مفید چنین معنایی نیست و معنای آن همان است که پیشتر بدان اشاره شد. و این همان نکته اساسی است که در مقدمه سخن بدان پرداختیم و آن اهمیت فن تفسیر قانون است.

۱- از جمله نظریه ۷/۴۴۹ مورخ ۶۰/۵/۲۷ و نظریه ۷/۳۶۷۵ مورخ ۶۲/۸/۱۱ قابل ملاحظه‌اند.

نگارنده می‌فرماید: دعوی الزام به تنظیم سند رسمی براساس ماده ۴۸ قانون ثبت، قابل استماع در محاکم نیست... چرا که اصولاً مطابق ماده ۴۸ مزبور، سند چنین معامله‌ای برای دادگاه قابل پذیرش نیست.

در این که سند چنین معامله‌ای برای دادگاه قابل پذیرش نیست، هیچ شکی نیست. اما از کدام حیث قابل پذیرش نیست؟ آری این سند به عنوان دلیل مالکیت منتقل الیه بر مورد معامله قابل پذیرش نیست. یعنی مشارالیه به صرف در دست داشتن آن نمی‌تواند انتظار داشته باشد. او را به عنوان مالک مورد معامله به رسمیت بشناسند. این مهم در گرو انتقال رسمی مال بدوست. اما خود معامله که در عالم اعتبارات حقوقی شکل گرفته و سند، وسیله ظهور آن است چطور؟! آیا از نظر نگارنده محترم، معامله طرفین هم توسط دادگاه قابل پذیرش نیست؟ آیا ایشان کمترین دلیلی بر منع چنین قبول و پذیرش سراغ دارند؟ آیا در ماده ۴۸ یا جای دیگری در قانون، قانونگذار متعرض عقد فی مابین طرفین یا سند آن گردیده و آن‌ها را محکوم به بی‌اعتباری نموده است؟

تمام بحث بنده با ایشان در این سیاهه، دائر مدار همین نکته است و لاغیر، که اگر حل و فصل شود، اختلاف نظر از میان برخواهد خواست.

بنابه آن‌چه گذشت، ماده ۴۸ قانون ثبت تنها پذیرش اسناد عادی را به عنوان دلیل مالکیت اشخاص بر اموال غیرمنقول رد نموده است نه پذیرش آن‌ها را در مقام اثبات و احراز معاملات واقع میان اشخاص. علاوه بر آن‌چه مشروحاً به عرض رسید، ماده ۲۲ قانون مزبور قوی‌ترین دلیل بر اثبات چنین استنباطی از ماده ۴۸ می‌باشد. یعنی قانونگذار در قانون ثبت اسناد و املاک تنها در صدد عادت دادن و تشویق اشخاص به ثبت رسمی معاملاتشان بوده است، نه بی‌قدر و ارزش کردن اصل معاملات ایشان، و هرگز پای خود را از این حد فراتر ننهاده است. حال، نگارنده محترم چگونه چنین استنباط و استنتاج بدیع و شگفتی را پیش کشیده است؟! بنده متحیرم.

ایشان در همان صدر مقاله خود دعوی شالوده شکنی دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یعنی یکی از قدیم‌ترین و شایع‌ترین و مهم‌ترین دعاوی مطروح در عدلیه را به میان آورده است و بنده جداً از چنین عزمی که مع الاسف گاه و بیگاه در دادگستری از جانب قضات و کلای محترم به سوانق گوناگون به منصفه ظهور می‌رسد، در شگفتم. شالوده شکنی برای چه و به کدامین منظور؟!

آیا هیچ اندیشیده‌ایم با شکستن شالوده‌های مستحکم و کالبدهای پولادین، آن هم به بهانه‌های واهی، قصد داریم چه کنیم و به کجا برسیم؟!

آیا اکنون سالیان سال نیست که سخت خود را مشغول به این اشتباه عنیف تاریخی ساخته و ناگزیر، نتایج سخیف آن را نیز متحمل گردیده‌ایم؟

اندکی بیندیشید و داوری کنید.

در خاتمه، تذکر نکته‌ای را بر خود بایسته می‌دانم و آن این که چه در مسوده پیشین و چه در این سیاهه، بنده را قصد و نیت معارضه و مواجهه با نگارندگان محترم نبوده و نیست، به هیچ روی. منظور راقم این سطور از ترقیم مطالب، فقط و فقط همین دغدغه اخیرالذکر بوده است و لاغیر. لذا جداً امیدوارم نوشته‌های اینجانب، احیاناً همکاران بزرگوار را نیاززده باشد. که به فرموده خواجه: «ما نگوئیم بد و میل به ناحق نکنیم...» ■

# بازرسی بدنی وکلا

## باکدامین حکم و مجوز قانونی!

داراب حقی پور\*

اخیراً دادگستری ارومیه به استناد بخشنامه چهار سال پیش، دستور بازرسی بدنی وکیل و کلا را صادر و اجرا کرده است. جالب است که بخشنامه استنادی دقیقاً بازرسی وکیل را منع کرده است و این از عجایب دادگستری است که به چیزی استناد می‌نماید و دقیقاً صد در صد عکس آن را نتیجه می‌گیرد. (داستان اصلاح آیین‌نامه وکالت توسط عالی‌ترین مقام قضایی کشور نمونه روشنی است از این قماش)

وقتی که اصول قانون اساسی و قوانین آیین دادرسی کیفری در خصوص حفظ کرامت انسان به فراموشخانه سپرده می‌شود تا با تکیه بر بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های فرا قانونی حکمرانی فردی، قانونی جلوه گر گردد، نتیجه نباید هم بیش از این باشد. ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری تفتیش اشیاء را فقط و فقط آن هم در جرایم تجویز نموده است ولی به شرط آن‌که با اجازه‌ی مخصوص مقام قضایی باشد. آیا منزلت وکیل در نزد آقایان کمتر از متهم است یا مال، بسی شیرین‌تر از نفس؟ کدام جرم اتفاق افتاده است که اینچنین دست‌پاچه دستور می‌فرمایید؟ کدام قانون به شما اجازه‌ی تفتیش بدنی وکیل را داده است؟ کیف پیش کش شما. کدام قانون، کدام مرجع به شما اختیار قانونگذاری فرا مجلسی داده است؟ از کی تا حالا مأمورین یا سئولین حراست، قانونگذار شده‌اند؟

بنده مدافع حمل موبایل به داخل دادگستری نیستم و حتی در حمل و استفاده از آن ابا دارم، ولی سؤال می‌کنم کدام قانون، حمل موبایل را جرم انگاری کرده است؟ زرادخانه کیفری ما کی حمل موبایل به داخل دادگستری را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است؟ مگر شما در هر راهرو و در هر گوشه‌ی دادگستری دوربین‌های قوی مداربسته که تا عمق جان آدم‌ها نفوذ می‌کنند کار نگذاشته‌اید؟ صرف‌نظر از این که وجود سیستم‌های امنیتی بیش از آن که منادی کنترل باشد افشاگر ناکامی و ضعف است، آیا می‌توان تصور کرد که موبایلی جرأت کند، در زیر چشمان تیزبین دوربین‌ها و مأموران، خودی نشان دهد؟ گیرم که چنین شد، مگر شما به تعداد کافی مأمور و دادگاه و غیره برای جوابگویی قاطع ندارید؟ خوب مجرم (حامل بمب منفجره موبایل) هم که در دادگستری به دام افتاده، دیگر چه می‌خواهید؟ محاکمه کنید با استناد به قوانینی که وضع نموده‌اید.

حال بگویید آیا کسی باور می‌کند که بهانه بازرسی بدنی وکلا وارد کردن موبایل توسط وکیلی به داخل سیستم امنیتی و رخنه در تور حفاظتی دادگستری باشد؟ این بیشتر به جوک شبیه است تا واقعیت. (گفت: این جوک را تا به حال نشنیده بودم.) اگر هم چنین باشد که واقعاً

وکیل دادگستری - ارومیه.

فاجعه است! دوربین‌های بیشمار در هر پیچ و خم و به تعداد کافی مأمور امنیتی و سرپاز آماده، آن وقت کسی بتواند این تور امنیتی را سوراخ کند، واقعاً فاجعه است! حال اگر هم واقعیت داشته باشد آیا نشان نقطه کور تور حفاظتی نیست؟ آدم یاد هواپیمای اولترا لایتی می‌افتد که تور حفاظتی اتحاد جماهیر شوروی را پاره کرد و به راحتی در میدان سرخ مسکو به زمین نشست. ولی در آنجا تور حفاظتی ترمیم شد. کل هواپیماهای دنیا را توقیف نکردند. به هر حال مأمور معذور است. فردا بگویید هر وکیل‌ی که وارد دادگستری می‌شود باید کاپشن بپوشد والا حق ندارد وارد شود، باور بفرمایید مأمور اجازه نخواهد داد هیچ وکیل بدون کاپشن وارد دادگستری شود.

داستان چیست؟ داستان به نظر نمی‌رسد موبایل باشد یا تور حفاظتی و غیره، اصلاً داستان حفاظت از اطلاعات نیست، اطلاعات که داخل اطاق‌هاست نه در راهروها. می‌گویند ملا نصرالدین در کوزه دنبال سوزن می‌گشت، گفتند: دنبال چه می‌گردی؟ گفت: سوزن، گفتند این جا گم کرده‌ای؟ گفت نه، داخل خانه، گفتند: پس چرا این جا دنبالش می‌گردی؟ گفت: داخل خانه تاریک است پیدا نمی‌شود.

واقعیت چیزی است که تک تک و کلا به عینه می‌بینند: تلاش‌های نافرجام در بر هم زدن استقلال کانون، تراشیدن مشاوران حقوقی وابسته به حکومت که بعداً نام وکیل به آن‌ها نهادند آن هم بدون مجوز قانونی، تلاش در اضمحلال کانون‌های وکلا با خلق اصلاحیه‌ای فرا قانونی از آیین‌نامه‌ای که نیم قرن پیش معطلی استقلال کانون بود، تلاش‌های مداوم تلویزیونی در تخریب وجهه وکلا، سخنانی‌های مسئولین به موازات اقدامات فوق و بالاخره بالاترین درجه اهانت، بازرسی فیزیکی به بهانه پیدا کردن موبایل! (یا سوزنی که در داخل خانه گم شده) همه این‌ها اتفاقی و بدون هماهنگی است!

آیا نمی‌دانند یکی از شاخصه‌های دموکراسی هر کشوری، استقلال و کلاست؟ آیا نمی‌دانند تحقیر وکیل و اهانت به او بیش از آن که موجب نتیجه دلخواه آن‌ها شود، نشانگر مشکل عمده در تحقیرکننده است که در علم روانشناسی بالینی به نوع و نام آن صراحتاً پرداخته شده است. شعار وکیل بال دوم عدالت است چه بی‌معنی تعریف می‌شود وقتی وکیل مظنون معرفی می‌شود و علی‌رغم آن که تمام امکانات امنیتی، مأمورین و دوربین‌ها برای جستجو در احوال او به کار گرفته شده‌اند و آن وکیل باز تخلف می‌کند و موبایل داخل دادگستری می‌کند، شگفت من این است که اصلاً چرا این موجود را به دادگستری راه می‌دهند. آیا بهتر نیست آیین‌نامه، بخشنامه یا دستورالعملی از همان قماش که به وفور صادر می‌کنند، خلق بفرمایند و ریشه فساد را بخشکانند تا دادگستری از شر این موجود خطرناک، نفس راحتی بکشد، فکر آقایان هم راحت شود تا انشا الله تلاش خود را به وظیفه خود معطوف دارند و از همه مهمتر دوربین‌ها و مأمورین، استراحتی بفرمایند.

ولی حیف نیست این موجود که حتی از قاتل خودش هم تشکر می‌کند و فقط و فقط، هر از گاهی، محترمانه و به صورت کتبی اعتراضش را عرض می‌کند، کنار گذاشته شود؟ آن وقت پس کارهای معاضدتی (رایگان) را چه کسی انجام دهد؟ مشاوره‌های رایگان را کی انجام دهد؟ وکالت‌های تسخیری را چه کسی مجانی برای دادگستری انجام دهد؟ آن وقت تقصیر همه فسادها را به گردن کی باید انداخت؟ و آخر سر، کدام ارگان، کدام کانون برای آقایان بعد از فراغت، پروانه وکالت صادر کند؟ ■

# ترمینواوژکی هفت

محمدرضا محمدی جرقویه‌ای

آزمون و خطا: تخصص انحصاری متخصصین.

اصلاح قوانین: رشک مستقل به ماضی.

اکثریت: دفاعی است مورد پسند و عاری از منطق.

بی‌عوضه: آدمی است که فاقد شرارت‌هایی است که ما ستایشگر آن هستیم.

بیماری: نتیجه بهداشت افراطی.

یادتی: امری است که فقرا دنبال یافتن آن هستند و اغنیاء دنبال دادن آن.

تنبیل: آدمی است که هیچ کاری را به نحو احسن انجام می‌دهد.

چک بلامحل: سرقه کتبی.

حق السکوت: وجهی است که آقایان به خانم‌ها می‌دهند تا سکوت کنند.

حقوق تطبیقی: علمی است که به مقایسه اشتباهات بشری می‌پردازد.

دیپلماسی: به نتیجه رساندن کارها بدون استفاده از رک گویی و شفافیت.

رئیس جمهور مادام‌العمر: آدمی است که معتقد است همه مردم را برای همیشه می‌توان خر کرد.

رضایت همسر اول برای ازدواج: انتقام شیرین.

شخص حقوقی: اختراع بشر است برای فرار از عذاب وجدان، موقعی که می‌خواهند جواب سربالا به مردم بدهند و مسئولیت خطاهای خود را از خود سلب نمایند و یا احياناً مال مردم را بربایند. شخص حقوقی بر دو نوع است: شخص حقوقی عمومی و شخص حقوقی خصوصی. در شق اخیر فقط می‌توان مسئولیت حیث و میل اموال مردم را از خود سلب کرد ولی در شق اول، اطلاق داشته و امکان سلب مسئولیت از افراد پشت پرده و تصمیم گیرنده شخص حقوقی عمومی در هر زمینه از بردن حیثیت و آبروی افراد گرفته تا فیض مال و جان دیگران میسر است.

مثال شخص حقوقی عمومی: دولت است

که معمولاً شبیه اطفال می‌باشد. دهانی همیشه باز، بدون احساس مسئولیت.

مثال شخص حقوقی خصوصی: شرکت‌ها هستند که به شما اجازه می‌دهند با پرداخت حداکثر یک میلیون ریال، میلیاردها ریال اموال مردم را بربایند.

شخص حقیقی: انواع ندارد، مراتب دارد و از شخص واقعاً حقیقی که شامل زورمندان، زورمداران و مزوران موجه می‌شود، شروع شده به اشخاص مجازاً حقیقی که عموم مردم را شامل می‌شود، ختم می‌گردد.

شخصیت: حالت تشخیص شخص در اجتماع که فرد را موضوع حق و تکلیف قرار می‌دهد با این توضیح که هرچه فرد از میزان تمکن، نفوذ، زیبایی و قدرت بالاتری برخوردار باشد، موضوع حق بیشتری قرار می‌گیرد و چنانچه فاقد موارد فوق باشد، به همان میزان، موضوع تکلیف.

فقه: مغز نامرئی مجلس قانونگذاری.

قلب: حقیقت وارونه که مرکز احساسات آدمی است.

کلافگی: بیماری است که از بجه‌ها به انسان ارث می‌رسد. هوشی: کسی است که در پاسخ سلام علیکم به ارباب رجوع می‌گوید: علیک‌الرسوم.

مورخصی: ترک خدمت در زمان معین از طرف مأمور دولت به اذن مقام صلاحیتدار برای انجام کار مفید.

مردم: ردیف و قافیه شعر مسؤولان.

مشاور حقوقی: آدمی است که برای هرکاری که می‌خواهید بکنید، راهی پیدا می‌کند و برای کارهایی که نمی‌خواهید بکنید، بهانه‌اش را.

مهیز: کسی است که به سنی رسیده است که خیر و شر را تشخیص داده و قادر به انتخاب شر باشد. ■

۱-وسوم: نواجب، پول.