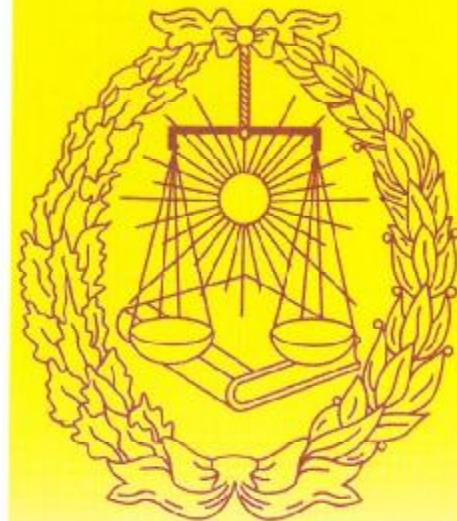


خزانه مسح اسناد اصفهان کانون وکلادادستان



با آثاری از:

۲۶

اواییهشت ۸۹

مرضیه اسماعیلی فلاح، شاپور اسماعیلیان،
دکتر محمد مهدی الشریف، سیامک بهارلویی،
حسن پاک طینت، طاهر توحیدی، محمدرضا توکلی،
فرشاد چنگایی، سید محمدعلی دادخواه، دکتر علی رادان جبلی،
ماجد رشادی، دکتر غلامرضا طیرانیان،
محمد رضا محمدی جرقویهای، احمد نصر اصفهانی و
علی نیک پور

مطالب

۲	دلایل نسخ مقررات تعلیق تعقب.....	دکتر غلامرضا طبریان؛
۷	برخی چالش‌های دستگاه قضایی.....	شاپور اسماعیلیان؛
۱۱	بیداد برداشیان.....	سید محمد علی دادخواه؛
۱۵	امانت و ضمان در حقوق مالی.....	دکتر محمد مهدی الشریف؛
۱۸	مقایسه دونهاد ظهرنوسی و ضمانت در استاد تجاری (۱).....	دکتر علی رادان جبلی؛
۲۸	ماهیت غیرترمیمی شورای حل اختلاف در قیاس با میانجی گزیری کفری.....	طاهر توحیدی؛
۳۳	تفاوت‌های انسانی و مفهوم برابری حقوق.....	احمد نصر اصفهانی؛
۳۷	تلارم شرط عدم عزل و کبل و حق فسخ مرکل.....	سیاunk پیارلویی؛
۴۰	حسن پاک طینت! وضعیت حقوقی آثار تمان‌های ساخته نشده.....	حسن پاک طینت؛
۴۷	ارکان بزه جعل رایانه‌ای.....	محمد رضا توکلی؛
۶۲	نگرشی بر ماهیت جرم عقیم.....	فرشاد چنگلی؛
۶۹	علی لیک پور؛ جستاری در نحوه تقدیم اعتراض به کمیسیون ماده واحده.....	علی لیک پور؛
۷۵	در پژوهی اسماعیلی فلاخ؛ جایگاه حقوقی آگهی‌های بازرگانی در مطبوعات.....	محمد رضامحمدی جرقویه‌ای؛
۸۵	جلب شخص ثالث در مرحله تجدیدنظر.....	ماجد رشادی؛

طریق

۸۸ محمد رضامحمدی جرقویه‌ای؛ ترمینولوژی حقوقی

دلایل نسخ مقررات تعليق تعقیب

دکتر غلامرضا طیرانیان*

گرچه اعتقاد به عدم نسخ مقررات تعليق تعقیب متهماً بر وسعت اختیارات دادسراهای عمومی می‌افزاید، ولی یقین است که جناب آقای پرویز علیزاده، معاونت محترم دادسرای عمومی و انقلاب ارومیه، مقاله علمی، تحقیقی خود را با عنوان: «تعليق تعقیب در نظام کیفری فعلی» که در شماره ۴۴ خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان منتشر شده، با این انگیزه مرقوم نفرموده‌اند.

دلایل قوی وجود دارد که مقررات تعليق تعقیب موضوع ماده ۴۰ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۵۲ و ماده ۲۲ قانون اصلاح باره‌ای از قوانین دادگستری مصوب سال ۱۳۵۶، نسخ شده و با وجود مقررات فصل سوم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان: «تعليق اجرای مجازات» از ماده ۲۵ الی ماده ۳۷ قانون مزبور، تعليق تعقیب به وسیله دادسراهای موضوعیت خود را از دست داده و تمامی مزايا و منافع و مصالحی که در مقاله فوق برای تعليق تعقیب شمرده شده، با استحکام يشتر، ضمن حفظ حقوق متهماًی که اظهار نظر در ماهیت اتهام انتسابی به خود را طالباند، در تعليق اجرای مجازات مستر می‌باشد و وظایف ای که بر عهده دادسرای باقی می‌ماند، تنها جمع آوری دلایل اتهام و در نهایت صدور قرار منع تعقیب، موقوفی تعقیب، قرار مجریت، صدور کیفرخواست و... می‌باشد که به عنوان اصل مسلم پذیرفته شده است و اختیار تعليق به دادگاه‌های کیفری، آن هم پس از تعیین مجازات محول گردیده است.

به منظور سهولت دسترسی به مقررات ماده ۴۰ مکرر و ۲۲ قوانین مورد بحث که ملاحظه و مراجعة به آن در این بحث ضروری است، متن مواد مزبور ذیلاً نقل می‌شود:

ماده ۴۰ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۵۲:

در امور جنحة هرگاه متهماً افراز به ارتکاب جرم نماید و این افراز حسب محتويات پرونده مفروض به واقع باشد، در صورتی که دادستان با ملاحظه وضع اجتماعی و موابق زندگی و روحیه متهماً و اوضاع احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده تعليق تعقیب را مناسب بداند، می‌تواند با احراز شرایط زیر، تعقیب کیفری او را تعليق و پرونده را به دادگاه جنحة ارسال نماید:

- ۱- موضوع اتهام از جرائم مندرج در باب دوم قانون کیفر عمومی نباشد.

* وکیل دادگستری - تهران.

- ۲- متهم سابقه محکومیت مؤثر نداشته باشد.
 ۳- شاکی خصوصی در میان نبوده یا گذشت کرده باشد.

دادگاه جنحه در صورتی که قرار تعلیق را تأیید نماید، قرار قطعی است. در غیر این صورت طبق مقررات به موضوع اتهام رسیدگی خواهد کرد. هرگاه درباره متهم قرار تأمین صادر شده باشد پس از قطعیت قرار تعلیق، قرار تأمین ملغی الاثر خواهد شد.

تبصره ۱- قرار تعلیق تعقیب در دفتر مخصوص در اداره سجل کفری ثبت می شود و در صورتی که متهم ظرف سال از تاریخ صدور قرار تعلیق تعقیب، مرتكب جنحه یا جنایت شود، با رعایت تعدد جرم نسبت به اتهام سابق مورد تعقیب فرار خواهد گرفت.

تبصره ۲- در مورد تعدد جرم، هرگاه جرائم انتسابی توأمان واقع شده باشد، مانع اجرای مفاد این ماده نیست و چنان‌چه یکی از جرائم انتسابی از درجه جنایت باشد، دادستان زمانی می‌تواند قرار تعلیق تعقیب در امر جنحه را صادر نماید که امر جنایی منتهی به صدور قرار منع تعقیب شده باشد.^۶

ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶:

«درتمامی اتهامات از درجه جنحه به استثنای جنحه‌های باب دوم قانون مجازات عمومی، هرگاه متهم به ارتکاب جرم اقرار کند، دادستان رأساً می‌تواند تا اولين جلسه دادرسی با احراز شرایط زیر، تعقیب کفری او را با رعایت تبصره‌های یک و دو ماده ۴۰ مکرر قانون تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آین دادرسی کفری ذکفری معمومی ملحق سازد.

- ۱- اقرار متهم حسب محتويات و اوراق پرونده مقرر به واقع باشد.
 - ۲- متهم سابقه محکومیت کفری مؤثر نداشته باشد.
 - ۳- شاکی یا مدعی خصوصی در میان نبوده یا شکایت خود را مسترد کرده باشد.^۷
- نویسنده محترم مقاله در جهت اثبات عدم تنسخ مواد فوق فرموده‌اند:

۱... در خصوص موضوع تعلیق تعقیب، چون قانون آین دادرسی کفری فعلی ساکت است و حکمی ندارد تا مواد مذکور با آن مغایرت داشته باشد؛ فلاناً موضوع تعلیق تعقیب در قوانین مارالذکر نسخ نشده‌اند و مفهوم مخالف ماده ۳۰۸ قانون آین دادرسی کفری نیز مؤید آین خواهد بود...»^۸

به عرض می‌رسد:

گرچه برشی حقوقدانان معتقد اند برداشتن موضوعی ثابت که در قانون منسخ وجود داشته و عدم بیان حکمی درباره آن، خود نوعی نسخ و از مصاديق نسخ عملی است. زیرا زمان تصویب قانون جدید و جانشین، «وقت حاجت» است و قانونگذار عاقل است، بلکه رئیس‌العقلاءست و عاقل، سکوت در وقت حاجت را قبیح می‌داند. از این عقیده که بگذریم، ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی جدید صریحاً و بدون استثنای موردمی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۲۹۰ شمسی و اصلاحات بعد آن، از جمله مواد ۴۰ مکرر و ۲۲ مربوط به تعليق تعقیب را نسخ نموده است و در ابتدای ماده ۳۰۸ با قيد لفظ «فقطه» تکلیف می‌کند که از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، یعنی از تاریخ ۱۳۷۸/۸/۴، فقط باید بر اساس این قانون عمل نمود.

وصف «مغایرت» در عبارت: «... و همچنین کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون...» مربوط به کلیه قوانین غیر از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۲۹۰ و اصلاحات آن است که در بدوجمله به لغو آن تصریح شده است و الگاکافی بود ماده ۳۰۸ به این صورت تصویب شود: از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون نسخ و لغو می‌گردد زیرا لفظ عام، «کلیه» شامل قانون مصوب سال ۱۲۹۰ و اصلاحات بعدی آن نیز می‌شد.

به علاوه، قطع نظر از این که سکوت قانونگذار در وقت حاجت روانی باشد، سکوت را در صورتی می‌توان به قانونگذار نسبت داد و از آن معنایی استخراج نمود که در قانونی تحت عنوانی دیگر راجع به موضوع، حکمی وجود نداشته باشد. اگر نظام کیفری فعلی کشور را تنها در قانون آیین دادرسی کیفری جستجو نکنیم و مقررات قانون مجازات اسلامی را نیز جزوی از نظام کنونی و کیفری کشور بدانیم، که باید بدانیم، موضوع تعليق در این نظام مسکوت نمانده است.

آن‌چه مهم است نفس تعليق است نه مقام تصمیم‌گیرنده، از آن‌جا که تعليق در دادسا و خودداری از تعقیب متهم برخلاف وظیفه اصلی دادسراست و فرست قانونی را متمهم سلب می‌کند، متهمنی که علاقمند به تعليق تعقیب خود نیست، بلکه مایل است با دفاع و ارائه دلایل ثابت کند که اولاً اظهار او، اقرار محسوب نمی‌شود، ثانیاً اقرار منتبه به او مقرن به واقع نمی‌باشد و اگر تعليق توسط دادسا را پذیریم این حق، یعنی حق دفاع که از حقوق اساسی متهمن است، زایل می‌گردد.

مسلسلماً و اگذاری تعليق به دادگاه کیفری تحت عنوان تعليق اجرای مجازات موضوع مواد ۲۵ الی ۳۷ قانون مجازات اسلامی این مفسدیه را در بر ندارد و درباره متهمنی اعمال می‌شود که به هر حال پس از دفاع از خود به مجازات محکوم شده است و با عدم پیش‌بینی تعليق تعقیب در قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (ماده ۳ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ و بند «الف» تابند «ن» و تصریه‌های آن) متحصرآ به عنوان یک اصل، یعنی تعقیب متهمن، وظیفه دادسرها فاقد استناد و ثبیت شده می‌باشد و دادسا ممنوع از صدور قرار تعليق تعقیب می‌باشد.

فرموده‌اند: «... تقسیم‌بندی مجازات‌ها در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی به حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، نافی تقسیم جرایم به خلاف، جنحه و جنایات نیست... و قانونی که دلالت بر نسخ صریح تقسیم‌بندی جرایم به جنایی، جنحه و خلاف داشته باشد، موجود نیست...»

به عرض می‌رسد:

اولاً- در مورد سکوت مناسب به قانونگذار و معنای آن قبلًا توضیح داده شد و نیازی به تکرار آن نیست.

ثانیاً- تقسیم‌بندی مجازات‌ها به حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، نه تنها نافی تقسیم جرایم خلاف و جنحه و جنایت است که در قانون مجازات عمومی منسوخ، مقرر شده بود بلکه دقیقاً و با توجه به تغییر نظام جرم و مجازات بر مبنای موازن فقهی و نبود سابقه‌ای از این تقسیم‌بندی در فقه اسلامی، پس از تصویب قانون مجازات اسلامی، با هیچ تعییری نمی‌توان تقسیم‌بندی جرایم را به جنایت، جنحه و خلاف، پذیرفت بلکه این تقسیم‌بندی موضوعاً منسوخ و متنفی است.

از آن‌جاکه رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸۲/۷/۶۶۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور راجح به حق برخورداری محکوم علیه از تخفیف مجازات در صورت اسقاط حق تجدیدنظرخواهی می‌باشد، نه در مقام احیای تقسیم‌بندی جرایم در قانون سابق که مغایر با نظام کیفری موجود و منسوخ است لذا اشاره ماده ۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری به عبارت در امور جنحه، سبب احیای این عنوان نخواهد بود زیرا همان طور که گفته شد دیوان عالی کشور در این مقام اقدام به انشای رأی وحدت رویه ننموده است.

نظریه مشورتی شماره ۷/۳۵۷۷-۱۶/۵/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه، دایر بر بقای اعتبار ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب سال ۱۳۵۶، اعتبار قانونی ندارد و اداره حقوقی قوه قضائیه نمی‌تواند قانون منسوخ را احیا نماید. به علاوه چه ضرورتی دارد امری را برخلاف نظام کیفری کونی کشور بهذیریم و خود را در تطبیق مجازات‌های مذکور در باب دوم قانون مجازات عمومی منسوخ با مواد قانون مجازات اسلامی دچار زحمت بی‌نتیجه و نشست فکری نماییم، در حالی که با افزودن شلاق در مورد بسیاری از تعزیرات و به بسیاری از حبس‌های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی، چنین تعطیقی مطلقاً منطبق و میسر نمی‌باشد. به علاوه، قیاس موارد مشابه مذکور در قوانین مجازات عاملین مختلف در امر حمل و نقل کالا و منع خرید و فروش کریم‌های کالاهای اساسی و تشکیل شرکت پست جمهوری اسلامی ایران که نه از مصاديق تعیق بلکه خود از انواع مجازات تعزیری می‌باشد، قیاس مع الفارق است و برای اثبات ادعا قابل استناد نخواهد بود.

نتیجه و پیشنهاد

پیشنهاد این است که دادسراهای احیا شده، به اختیارات خود، مذکور در قانون آین دادرسی (در امور کیفری) و مقررات قانون مجازات اسلامی و قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اکتفا نمایند و اصل وظیفه خود را که تعقیب کیفری متهمان است تا حصول نتیجه قضایی پیگیری نمایند.

نتیجه این که:

طبق ماده ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی: «کلیه قوانین که با این قانون مغایر باشند، ملغی است...» شکنی نیست که تقسیم‌بندی قانون مجازات عمومی سابق با تقسیم‌بندی جرایم در قانون مجازات اسلامی در مغایرت صریح است و تقسیم‌بندی جرایم به خلاف، جنحة و جنایت منسوخ و ملغی می‌باشد و با صراحتی بیشتر ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی که جای تردید باقی نمی‌گذارد: «کلیه قوانین مغایر با این قانون از جمله قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۴۰ و اصلاحات و الحالات بعدی آن ملغی است.»

همان طور ملاحظه می‌شود متن در ماده فوق، کل مواد قانون مجازات عمومی سابق را در جمله قوانین مغایر با قانون مجازات اسلامی اعلام نموده است و با هیچ تعبیر و مصلحت‌اندیشی نمی‌توان این معنی را تغییر داد و تقسیم‌بندی جرایم به خلاف، جنحة و جنایت نیز از این قبیل است.

ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (اصلاحی ۱۳۸۱/۷/۲۸) به قبیل و قال خاتمه می‌دهد و به اصطلاح عامه، این ماده و مقررات آن به منزله تیر خلاص در این گفتگو است که مقرر می‌دارد:

ادر حوزه قضایی هر شهرستان یک دادسرا نیز در معیت دادگاه‌های آن حوزه تشکیل می‌گردد. تشکیلات، حدود صلاحیت، وظایف و اختیارات دادسرای مذکور که دادسرای عمومی و انقلاب نامیده می‌شود تا زمان تصویب آین دادرسی مربوطه، طبق قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی^۱ و مقررات مندرج در این قانون به شرح ذیل می‌باشد: بند «الف»... تا بند «ن» و تبصره‌های آن.^۲ *

با عذرخواهی از جناب آقای پروریز علیزاده

معاونت محترم دادسرای عمومی و انقلاب ارومیه

۱- نه مقررات قانون آین دادرسی کیفری سابق و ماده ۴۰ مکرر آن و نه مقررات ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶.

۲- تعلیق تعقیب متهم بجزء هیچ یک از بندهای مذکور در این ماده و تبصره‌های آن نیست.

خبرنامه کانون و کلای دادگستری استان اصفهان- سال چهارم- شماره چهل و ششم- اردیبهشت ماه ۱۳۸۹

برخی چالش‌های دستگاه قضایی

شاپور اسماعیلیان*

۱- رئیس قوه قضاییه در مورخه ۸۹/۱/۱۲ با چند تن از مراجع تقليد در قم دیدار و گفت و گو کرد. مراجع نظرات خود را در مورد مشکلات قوه قضایی به آیت الله لاریجانی ابراز کردند. آیت الله مکارم شیرازی در دیدار با رئیس این قوه تأکید کرد: «باید جلو اعماق نفوذها در قوه قضاییه گرفته شود». این مرجع تقليد گفت: «آبروی نظام جمهوری اسلامی ایران در امر قضاست و اگر دستگاه قضایی کار آمد داشته باشیم در دنیا موفق خواهیم بوده. آیت الله مکارم شیرازی از طولانی شدن [رسیدگی به] پرونده‌های قضایی ابراز نگرانی کرد و افزود: «بسیاری از مردم از طولانی شدن رسیدگی به پرونده‌های قضایی گلایه دارند... وی استقلال قوه قضاییه را بسیار مهم بر شمرد و اظهار داشت: «گاهی دیده می شود برخی به دنبال اعمال نفوذ در قوه قضاییه مستند و می خواهند استقلال قضایی را زیر سؤال ببرند، حتی گاهی این کار از سوی برخی دولتمردان و گاهی از سوی افراد ممکن صورت می گیرد و باید جلو همه این اعمال نفوذها گرفته شود».

آیت الله صافی گلایگانی نیز با تأکید بر اهمیت استقلال قوه قضاییه افزود: «اگر افرادی از بیرون مداخله کنند و بعضی قصاصات تحت نفوذ افراد باشند و خدای نخواسته حق را در حکم رعایت نکنند به استقلال قوه قضاییه خدشه وارد می شود». - نقل از روزنامه بهار، ۸۹/۱/۱۴

۲- سال گذشته برای قوه قضاییه سال سختی بود و این سختی همچنان ادامه دارد. رخدادهای بعد از انتخابات، اعتراضات به نتایج آراء، درگیری‌های خیابانی، بازداشت و محاکمه اغتشاشگران و فعالان سیاسی و مطبوعاتی و افرادی که از آنان به عنوان «عوامل فتنه» یاد می شود. همین طور بر ملا شدن فجایع کهربیزک و معروف یک مقام قضایی شناخته شده به عنوان متهم اصلی قضایی کهربیزک در تحقیق و تفحص مجلس، توقيف مکرر مطبوعات اغلب منتقد دولت یا وابسته به جناح خاص، روند دادرسی دستگیر شدگان و یخش صحنه‌های آن از رسانه ملی، تداوم تهمت و افشاگری در برخی رسانه‌ها و خطابه‌ها، در تگنا قراردادن کانون‌های وکلا به لحاظ تصویب آین نامه اجرایی فرافقانوی ناقض استقلال کانون وکلا و در

* وکیل دادگستری- ارومیه.

این اواخر رد صلاحیت‌های گسترده و کلای سرشناس برای نامزدی در انتخابات هیأت مدیره از طرف دادگاه عالی انتظامی قضات و... و... همه جریاناتی بوده که دستگاه قضایی را به طور مستقیم و یا غیر مستقیم تحت مسؤولیت سنگین و فشارهای چندجانبه قرار داده است. از سوی دیگر، برخی اقدامات این قوه از ناحیه جناحها و گروههای درگیر مسائل و حتی برخی دولتمردان مورد انتقاد قرار گرفته است. به عنوان نمونه ذکر می‌شود: رئیس جمهور به دنبال توقیف یک نشریه از سوی دادستانی به دلیل اهانت به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام و برخی چهره‌های مطرح با انتقاد شدید از قوه قضاییه اظهار داشت: «این قبیل برخوردها را بقول نداریم و معقدیم این رفخارها نشان دهنده روحیه دیکتاتوری است- روزنامه اعتماد، مورخ ۱۱/۸/۸۸، که دادستانی تهران ضمن یادهای در واکنش به این انتقادات، اعلام داشت: «اجرای قانون، دیکتاتوری نیست»- تیتر اول روزنامه بهار، مورخ ۸/۱/۸۸: «همین طور آیت‌الله احمد جنتی دبیر شورای نگهبان در دی‌ماه سال ۸۸ جمله‌ای تاریخی گفت که بسیاری از تحیلگران و مردم را به تأمل واداشت. او گفت: دستگاه‌های اطلاعاتی و امنیتی باید به وظایف خود عمل کنند و اگر این افراد [معترضان] بخواهند دوباره پررو شوند و در خیابان‌ها حرمت شکی کنند باید امان شان داد و باید سریعاً دستگیر و محکمه شوند. همچنین برای رسیدگی به پرونده‌های آن‌ها باید از قاضی‌هایی مانند قاضی‌های سال ۵۷ استفاده کرد نه قاضی‌های بی‌حال [...] او در پایان سال ۸۸ از رئیس قوه قضاییه به دلیل اعدام دو جوان تشکر کرد». به نقل از سالنامه روزنامه بهار، یکشنبه، ۲۳/۸/۸۸ ص. ۵۷.

رئیس قوه قضاییه نیز در قبال انتقادات از عملکرد دستگاه قضایی، واکنش‌هایی نشان داده است. وی در اوخر بهمن ماه گذشته با اشاره به فته‌های بعد از انتخابات ریاست جمهوری گفت: در طول این مدت، عده‌ای دستگاه قضایی را به کندی و یا اهمال در رسیدگی به اتهام آشوبگران و فته‌انگیزان منهم می‌کردند و عده‌ای برخوردهای قانونی دادرسی با متهمان و آشوبگران را تجاوز به حقوق شهروندی پنداشتند. وی ادامه داد: واقعیت این است که دستگاه قضایی اگر بخواهد بر اساس حرف دیگران عمل کند دچار چالش‌های جدی خواهد شد و ما در این زمینه، در مسیر انصاف و حق، گام برد اشته و عمل می‌کنیم و در مقابل فشارهایی که هست مقاومت کرده و راه صحیح قانونی را طی می‌کنیم»- روزنامه آرمان، مورخ ۲۹/۱۱/۸۸

-۳- نگارنده، طی مقالات و باداشت‌های جداگانه، سابقاً مطالیی را درباره «محورهای مهم تأمین شرایط محاکمه عادلانه» و ضرورت استقلال قاضی نوشت و نظرات و انتقادات خود را از برخی مقررات مغایر با استقلال و شرایط محاکمه عادلانه یادآور شده است که نیاز به تکرار مکرات نیست. (برای نمونه ر.ک به اولویت‌های رئیس جدید قوه قضاییه... و از استقلال قاضی تا استقلال وکیل، شماره‌های ۴۴ و ۳۹ همین خبرنامه) به یقین، همان‌طوری که برخی مشاهیر حقوق نیز تأکید کرده‌اند، استقلال قضایی سوای جهات قانونی از جهات عملی نیز باید درون دستگاهی و برون دستگاهی باشد (ر.ک به دکتر محمود آخوندی، آین دادرسی کیفری، جلد چهارم، استقلال قضات در نظام حقوقی ایران، ص ۲۹۹^(۳۰۹) به این معنا که در درجه اول امسؤولان و مقامات قوه قضاییه باید از هر گونه سفارش، پیش‌داوری و اظهار نظر

خودداری کنند...» در حقیقت این نوع توصیه‌ها و یا تشویق قضاطی به شدت عمل یا ارافق نسبت به بزهکاران خاص، استقلال قاضی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. همین طور مقامات غیروابسته به دستگاه قضایی هرگز مجاز نیستند در عملکرد قضایی مداخله کنند و یا به نحوی که فوقاً اشاره شد دیر محترم شورای نگهبان آنهم در جایگاه امام جمعه موقت تهران از پشت تربیونی که صحنه‌ها و خطابه آن به طور زنده و سراسری پخش می‌شود، ضمن توصیه به قضاطی، اعلام نماید باید از قاضی‌هایی مانند قاضی‌های سال ۵۷ استفاده کرد نه قاضی‌های بی‌حال (!)...

نکته دیگر در راستای تأمین استقلال قضاطی، این است که «قانونداری» در عمل و نه فقط در شعار نهادینه شود و افکار عمومی «احساس» کند و «باور» نماید هیچ کس و در هیچ مقامی حرأت نمی‌کند قانون شکنی نماید و اگر قانون شکنی کرد هر چند قانون شکن، یک مقام قضایی شناخته شده باشد (همان طوری که در گزارش فجایع کهربیزک معرفی شد، دیگر مصون از تعقیب نیست) بنابراین با اعمال چنین سیاست‌های جسورانه و «بدون گذشت» نه تنها خاطی به خاطر خطایش و اهمه خواهد داشت بلکه مردم عادی کوچه و بازار و بزهکاران آزادآفایه دزد تا دانه درشت‌ها نیز از هیبت، صلابت، قاطعیت و سلامت دستگاه قضایی متأثر گشته و تصور توسل به «مناسبات شخصی» و «اعمال نفوذ» به ذهن شان خطرور نخواهد کرد و آخذ از مقامات حکومتی به خود اجازه نخواهد داد با سخنان آنچنانی قضاطی را مورد خطاب قرار دهد و قاضی نیز بر خود خواهد بالید در دستگاهی با عزت و عظمت و در عین حال عهده‌دار حفظ حقوق و کرامت انسانی انجام وظیفه می‌کند و عزت و احترام قاضی حداقل تا حد قضاطی برخی از کشورهای مسلمان همسایه خواهد بود که رئیس جمهور یا نخست وزیر شان باید در قبال دیوان عالی مشکل از این قضاطی پاسخگوی خطایش باشد. آن وقت تصور اعمال نفوذ از سوی دانه درشت‌ها و یا برخی دولتمردان در قوه قضاییه به اذهان عمومی خطرور نخواهد کرد درحالی که در شرابیط و وضعیت کوتني دستگاه قضایی ما، نیازمند «اعتمادسازی» است و این «اعتماد سوزی» و «تخربی‌ها» نتیجه عملکرد یک و دو ساله اخیر نیست و آناتی که به لحاظ اعمال سیاست‌های غلط در نظام قضایی، دست به تغییر ساختارهای تشکیلاتی نهادینه شده و تشکیل دادگاه‌های عام زدنده و از این طریق عرصه خدمت را بر سرمایه‌های قضایی پرتوان تشكیل کرده‌اند، آن در دستگاه قضایی نبوده و هرگز پاسخگو نیستند. مسوولان فعلی قوه قضاییه وارث خرابی‌هایی هستند که از حدود دو دهه پیش شروع شد. از سوی دیگر همان طوری که رئیس سابق قوه قضاییه در مراسم تودیع خود با اشاره به کثرت پرونده‌ها در محکم خاطرنشان کرد: «سیستم اداری کشور به گونه‌ای بوده که منجر به، به وجود آمدن این همه پرونده شده است... امنیت حقوقی و اجرای عدالت زمانی تحقق می‌باید که سرچشممه‌های تضییع حقوق اشخاص اصلاح شود». روزنامه اعتماد، ۲۷/۵/۸۸

اما واقعیت این است با مشکلاتی که دستگاه قضایی در گیر آن‌هاست و بخشی از آن حاصل سیاست‌ها و اقدامات خارج از بدنه دستگاه می‌باشد رسیدن به وضعیت مطلوب در کوتاه مدت عملی نیست و با اتخاذ و اعمال سیاست‌های فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی مؤثر و کارآمد و

رفع تبعیضات ناروا از هر حیث و به طور کلی تأمین شرایط محاکمه عادلانه (حق دادخواهی و دفاع) دستگاه قضایی و ضعیت بهتری پیدا خواهد کرد.

۴- طولانی شدن رسیدگی به پرونده‌ها جدای از عواملی که باعث کثرت شکایات و دعواهی می‌شود و قطع نظر از نارسایی‌های موجود در دستگاه قضایی و ابرادات برخی قوانین به ویژه آین دادرسی و کمپود پرستل اداری و قضایی و محدودیت امکانات مالی این دستگاه، مخلول کم سوادی و یا یوسوادی برخی قضات است. چند سال قبل یکی از معاونین قوه قضاییه، آمار آرای متفوض در مراجعت تجدیدنظر را یک فاجعه خواند حال باید بررسی کرد این آمار در چه حدی است؟ افزون بر این، به لحاظ کمود کادر قضایی فاضل و پرتوان، اغلب قضات دادگاه‌های تجدیدنظر استان نیز کم سایقه و از نظر داشش قضایی در حد لازم نیستند. گاهی آرایی از برخی از این دادگاه‌ها صادر می‌شود که مؤید این است قضی دادگاه به بدیهی ترین اصول و مبانی حقوقی وارد نیوده است. به عنوان نمونه گاهی ملاحظه می‌شود به رغم این که شخصی طرف شکایت نیوده و در دادرسی شرکت نداشته کارخانه وی ضمن دادنامه قطعی دادگاه تجدیدنظر به عنوان رد مال (از باب مجازات) مورد حکم قرار گرفته است! یا قضات بدون این که خواسته دادخواست بدیوی را که رفع تجاوز به ادعای مالکیت بود مورد مذاقه قرار دهند در رأی تجدیدنظر خواهی، خواسته را (رفع تصرف) تصريح نموده و استدلال کرده‌اند چون دلیلی بر سبق تصرف ارائه نشده دعواهی رد می‌شود! و یا ابلاغ قانونی را ملاک رد واخواهی دانسته‌اند! و آرای عجیبی که منگارنده برای اثبات ادعا می‌تواند آن‌ها را برای هر مقام قضایی مسئولی که منکر چنین واقعیتی باشد ارائه نماید و مفضل دستگاه قضایی در این راستا قطعاً در کوتاه مدت قابل حل نیست. البته باید انکار کرد ضعف بنیه علمی در برخی از وکلا نیز دیده می‌شود ولی به هر حال آفات قضیی بیسواند متوجه دستگاه قضایی و نهایتاً سبب تضییع حقوق مردم می‌شود و باز ناید گسترش بی رویه و کمی مراکز علمی و دانشگاهی غیر استاندارد را در پذیرش دانشجویان حقوق به عنوان یک علت اولیه ناید گرفت. بدون شک، کم سوادی یا یوسوادی قضی، علت‌العلل اطاله دادرسی یا تضییع حقوق مردم است و موجب سلب اعتماد آنان از دستگاه قضایی می‌شود و در مورد آسیب‌شناسی اطاله دادرسی، ناگفته‌ها باقی می‌ماند انشاء الله فرصت دیگر و یادداشت دیگر... ■

بیان بر طبقه

سید محمدعلی دادخواه*

از آن پاکتر نیست کس دوچهان
که هست از سوی متهم، متهم
ناصر خسرو

امام محمد غزالی در نصیحه الملوك، چهار شرط را لازمه دادگری دانسته است؛ چهار شرطی که همچون چهار ستون سلامت رأی به شمار می‌آید: نخست عدل، دو دیگر خرد، سه دیگر بربداری و چهارم شرم.

هناز هم پس از گذشت صدها سال از این نظر، تضمینات و مبانی لازم و کافی هر اعلام نظر قضایی را در این موازین می‌توان خلاصه دانست. عنوانین نوین این لازمه‌های دادرسی امروزه در چارچوب نظام‌های مترقبی حقوقی برای حفظ حقوق و پاسداری از امتیازات انسانی به رسمیت شناخته شده‌اند و در مجموع اصول یک دادرسی عادلانه و منصفانه را تشکیل می‌دهند.

در تاریخ بسیار دور ایران نیز حکمرانان نخستین شرط وفاق و همبستگی را دادگری می‌دانستند به گونه‌ای که سر سلسه پادشاهان دوران باستانی با این هدف و نگرش که پیش از هر تصمیم و عمل باید به عدالت و داد آن دیشید، تام خود را «پیشدادیان» نهادند.

تصمیم نامدخل و غیرمستند از هیچ مقام قضایی ای پذیرفته نیست و فاجعه زمانی فاش و فاحش‌تر می‌شود که تصمیمی فارغ از موازین و مبانی قانونی درباره مرزداران و مرزبانان حقوق کشور اتخاذ شده باشد. وجه تفاوت نظر شخصی و سیاسی با نظر قضایی در این است که هر گونه اظهارنظر قضایی باستی لزوماً متکی بر حکم قانون و مستند به اصول و قواعد متفق، رسیدگی عادلانه و منصفانه باشد و متأثر و فخامتی که آن را از سایر اظهارنظرها تمایز می‌سازد در همین اتکای به قانون و منطق عقلایی است. این است که در نخستین ماده باب اوله اثبات دعوا در قانون مدنی (ماده ۱۲۵۷) می‌خواهیم هر کس مدعی امری شد باید آن را اثبات کند. این تکلیف آمر قانونی به معنی پذیرش نظم و آیین ویژه قضایی و رعایت مجموعه اصول، تواضع و قوانینی است که هر دادرس دادگستری مقید و محدود به چارچوب آن است و تخلف از آن، موجب بی اعتباری هر رأی و عملی است که به اعتبار نظام قضایی صادر شده است. بر این پایه است که طبق اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است؛ و قاضی موظف است که کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد

* وکیل دادگستری- تهران.

به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی محترم حکم قضیه را صادر نماید و...» (اصل یکصد و شصت و هفتاد)، حکمی که حجت و دلالت آن مجھول باشد و استدلال و استنادش ناگفته و پوشیده، حکم قضایی نیست بلکه نظری سلیقه یا بیانیه‌ای سیاسی است! این قاعده در منابع شرعی مسلم است که: «البینه علی المدعی، ادب و فرهنگ عرفی نیز دلیل آوری را تکلیف مدعی می‌داند:

«نگفته ندارد کسی با تو کار
ولیکن چو گفته دلیلش بیار»

لر و اثبات ادعا از اصول و قواعد بنیادین و پایه شکل‌گیری هر دعوا و دادرسی‌ای است و به این علت که بر مدار ملاک خرد بیناد یافته است، اصلی جهانشمول و مورد اتفاق ملل مختلف است و اختصاص به سرزمین یا نظام حقوقی ویژه‌ای ندارد و در جامعه بین‌المللی همچون قاعده‌آمره بدن نگریسته می‌شود که در هیچ شرایطی نمی‌توان از آن عدول کرد زیرا جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل (International community of states as a whole) آن را پذیرفته و مورد شناسایی قرار داده است. از دیگر قواعد آمره بین‌المللی که در قریب به اتفاق نظام‌های قضایی مدرن انعکاس یافته است، اصل حسن نیت است. اصل تفسیر به نفع منهم، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و لزوم رعایت کرامت، شرافت و حیثیت انسانی هم از دیگر قواعد ارجمندی است که باستثنی ناظر بر هر رسیدگی قضایی دانسته شود و مبنای تصمیم و عمل قضات قرار گیرد. نقض هر یک از این قواعد موجب می‌اعتباری ذاتی هر رأی و نظر است. مضاکه این که هر قاعده اعتبارش را از قاعده برتر خود کسب می‌کند. چنان‌که در قانون اساسی؛ فقه امامیه و منشور بین‌المللی حقوق پسر اصل بر براثت و صحت است مگر آن که خلاف این ثابت شود و عامل و ناطر قضایی نمی‌تواند فارغ از قوانین و ادلیه اثبات؛ صرفاً مسبوق به ذهنیت یا سلیقه شخصی اظهار نظر کند.

در چنین چارچوبی و برای تضمین حقوق افراد در محاکم و تمهید شرایط شکل‌گیری دادرسی عادلانه و منصفانه ضرورت مداخله حرفاً و کلی دادگستری در امر تخصصی دفاع احساس شد و جایگاه و کلای دادگستری در دادگاه‌ها به عنوان یاور مردم و دادرسان در احراق حقوق و رعایت عدالت تثیت شد. تا جایی که امروزه حق بهرمندی از وکیل و تضمین امر دفاع به عنوان حقی اساسی و جلوه‌ای از استانداردهای نظام قضایی عادلانه تلقی می‌شود. اصل سی و پنجم قانون اساسی در این خصوص اعلام می‌دارد: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوی حق دارند برای خود و کلی انتخاب نمایند و اگر توافقی انتخاب و کلی را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین و کلی فراهم گردد». زیرا اجرای عدالت متضمن دو موضوع است: نخست حق دادخواهی و دو دیگر، آزادی دفاع. لذا در کنtar اصل استقلال دادرسان و مصونیت آنان از هر گونه عزل و نصب و اعمال فشار و نظر دیگران که لازمه تصمیم‌گیری صحیح و سلامت و حسن نظارت دستگاه قضایی است، ضرورت آزادی دفاع ایجاد کرد تا نظام حرفاً خاص مربوط به این امر با انتظام و انصباط مخصوص و ساختاری مستقل از قوای عمومی دولتی شکل‌گیرد تا افراد در مقابل قدرت حاکمیت، بی دفاع نمانند.

این تضمینی است که هر نظام مترقبی ممکنی به آرای عمومی، به مردم خود می‌دهد تا فرشته عدالت اسیر چنگال قدرت فائمه دولت نشود و ملت همواره به دادستانی و دادگستری مستقل چشم امید داشته باشد.

بر این پایه نظام حرفه‌ای کانون‌های وکلای دادگستری در سراسر جهان برای حفظ حقوق مردم و دفاع از آن در برابر هر گونه تعدی و تجاوز و سلط‌آرامش عمومی در جامعه به گونه‌ای در عین استقلال شخصیت حقوقی اختبارات قدرت عمومی برخوردار شده‌اند اما در ضمن، از باب انتظام ساختار و عمل با قوانین عمومی مملکتی، تحت نظارت قیمتی (نه سلسله مراتبی و استصوابی) حاکمیت قرار دارند. لذا این نظام صنفی ویژه دو مسؤولیت بزرگ را به دوش می‌کشد؛ نخست نظارت و دقت در مسؤولیت و تکالیف اعضا برابر سوگندی که هنگام نائل آمدن شغل وکالت یاد می‌کنند تا عیار عدالت را رعایت کرده و از داشت و تخصص خود در مجرای قوانین و حقایق امر استفاده کنند و دو دیگر، تکلیف در برابر نظام قانونی حاکم است تا به قوانین عمومی پایبند بوده و در مسیر کلی قانونمندی حرکت نمایند.

در چارچوب مسؤولیت نخست، کانون‌های وکلا از طریق هیأت مدیره‌ای اداره می‌شوند که ترکیب اعضا آن به وسیله وکلای صاحب حق رأی، انتخاب و تعیین می‌گردد و اصولاً در همه نظام‌های مترقبی، دولت دخالتی در این زمینه ندارد. با وجود این و به رغم مفهوم حقیقی استقلال، با تصویب قانون کیفیت اختیار پروانه وکالت در سال ۱۳۷۶، این قاعده و لوازم منطقی آن تادیده گرفته شد و قوه قضاییه دست‌اندرکار تعیین صلاحیت حرفه‌ای وکلا شد. اگرچه تا زمانی که قانونی حاکمیت دارد لاجرم بایستی به اجرای آن ملتزم بود اما، انتظار از قوه قضاییه پشتیبان حقوق عمومی این بود و هست که با توجه به این اصل کلی که دادرس خوب، قانون بد را نیز به نیکی تفسیر و اجرا می‌کند، با تزام به اصل بکصد و شصت و هفتم قانون اساسی و ماده ۳ قانون آین دادرسی مدنی ناظر بر ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی از چالش‌های پیش رو و تعارضات احتمالی اجتناب می‌ورزید تا روال ناصواب نظارت استصوابی قوه قضاییه بر کانون‌های وکلا هر دو سال یکبار تجدید و تکرار نمی‌شد!

اکنون این بیداد که بر دادباتان این سرزمین رفته است و می‌رود را به کجا باید روایت کرد و دادخواست که نظام جاری و عاملان آن، حق انتخاب و اظهارنظر مستقل وکلا راجع به تعیین ترکیب هیأت مدیره‌ای که مسؤول اداره واحد صنفی متبع خود است را محدود به تشخیص بلاحیان و بلادلیل جامعه قضایی کرده است که فارغ از اصول و قواعد قانونی عمل می‌کنند و نیازی به تبیین حجت تضمیم و عمل ندیده و نمی‌بینند؟

واقعیت تلغی این است که ۳۶ نفر از ۸۱ وکیل دادگستری که برابر قانون صلاحیت کار و فعالیت حرفه‌ای شان تأیید شده است و از منظر قواعد آمره در معیار جهانی (Jus cogens) و قانون اساسی (اصل ۳۷) بر براثت قانونی آنان خدشه و ایرادی وارد نشده است. فرست شرکت در انتخابات هیأت مدیره به عنوان نامزد رای‌آورده و رئیس دادگاه عالی انتظامی قضات به رغم تکلیف قانونی مبنی بر اعلام نظر حداقل ظرف مهلت دو ماه، پس از زمان مذکور و بدون ذکر مستندات قابل قبول آنان را از حق شرکت در انتخابات محروم داشت. عدالت و انصاف ایجاد می‌کند بررسی حیثیت و شخصیت افراد با حضور آنان انجام گیرد و دلایل رد صلاحیت به طور مستدل و مستند اعلام شود اما، گویا دادگاه عالی انتظامی قضات به روال و رویه معهود

خود هیچ گاه نکلیفی در این خصوص احساس نکرده است و نمی کند. سه هزار سال پیش سپرورد در بیان تفاوت حکم قانون و حکم زور اعلام داشت قانون مستدل، مستند و بر پایه خرد است و قدرت الزام خود را از این مبانی وام می گیرد اما، حکم زور صرفاً متکی به بازوی توانمند است و خود را پاسخگوی هیچ منطقی نمی داند.

روی سخن به جانب عالیجنابان محکمه عالی انتظامی قضات است تا در تصمیم و عمل خود اندیشه کنند. می دانیم محدوده اتخاذ تصمیم هر عضو هیأت مدیره کانون و کلا بسیار اندک و تا حدودی غیرمستقل است. یعنی هر رأی یک هجدهم از تصمیمات را تأیید یا رد می کند. در صورتی که محدوده عمل وکیل دادگستری به اعتبار اختیارات قانونی در انجام امور محوله قضایی چنان وسیع و گسترده است که می تواند به تنهایی درباره جان و حال و اقتدار و اختیار انسان های متعدد تصمیم مؤثر و کاری بگیرد و بر عمل او آثار قانونی باشد.

وکالت از زمرة عقود استیمانی است یعنی وصف امانت در بنایه پیمان هر مراجعته کننده به وکیل جای گرفته است. در پرونده های قضایی متعددی، این حقوق بانان به دفاع از حقوق چندین هزار نفر از موکلین برخاسته اند و از حقوق بشری و میراث فرهنگی آنان دفاع کرده اند و دست اتدر کار تعیین سرنوشت شده اند. چگونه است که این وکیل به تنهایی نسبت به حقوق همه این انسان ها اختیار و اقتدار دارد اما در خانه خودش نمی تواند فی المثل راجع به انتقال محل اشتغال همکاری از همکاران خود اعلام نظر کند و بر بنای خرد جمعی تصمیم بگیرد؟!

ناظره گر عادی این تعارض غیرعادی را بر نمی تابد که پروانه وکالت وکلای سلب صلاحیت شده در دادگاه عالی انتظامی قضات در سراسر پهنه گشته معتبر است و در مراجع رسمی داخلی مقبول و به دلالت ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی به عنوان سند رسمی شناخته می شود اما، همین وکلا در امر بسیار محدود هیأت مدیره کانون و کلا آن هم به مدت دو سال حق و صلاحیت اظهار نظر ندارند! هر گز بر چنین تصمیم عادی از قانون و منطق عقلانی به دیده تأیید و تصویب نمی توان نگریست و بر جامعه وکلا تکلیف و جدانی و شغلی است که این معضل پاگرفته در طول سالیان را در صدر دستور نشست ها و هم فکری های خود قرار دهد تا راهی برای اصلاح قانون مربوطه (در درجه نخست) یا اصلاح رویه ناصحیح دادگاه عالی انتظامی قضات (در مرتبه بعد) بیابند و پاسدار استقلال واقعی کانون های وکلا باشند. ■

«قاضی تو نه خود، خدای خود را پیش کن
قاضی تو بیا کلاه خود قاضی کن»

امانی و ضمانت در حقوق مالی

دکتر محمد مهدی الشریف*

چکیده: برقراری ید امانی و ضمانت نسبت به مال متعلق حق غیر، از دو جهت با مشکل رویرو است. یکی از جهت امکان استیلا بر حق و دیگر از جهت مالی حق و براین اساس تنها در مواردی که حق به عین تعلق گرفته و امکان استیلا بر آن به تعیین وجود دارد و حق نیز از جمله حقوقی است که جنبه مالی داشته و قابل معاوضه با مال است مانند حق تحریر، می‌توان از ید امانی و ضمانت نسبت به مال موضوع حق سخن گفت و بر عکس در مواردی که استیلا نسبت به حق امکان ندارد مانند حق قذف و حق خیار و یا مالیت حق مشکوک است مانند حق سبق و حق اولویت استفاده از مباحثات، برقراری ید امانی و ضمانت امکان ندارد.

می‌دانیم که تصرف در مال غیر به دو قسم امانی و ضمانت تقسیم می‌شود. همچنین می‌دانیم حکم به عدم خسارت نسبت به تلف و نقص فهری مال، امتیازی است که قانونگذار برای یه امانی در نظر گرفته است و بالاخره می‌دانیم که به موجب ماده ۲۹ قانون مدنی، رابطه اعتباری اشخاص با اموال در دو مقوله مالکیت و حق جای می‌گیرد. به بیان دیگر شخصی که با یک مال رابطه اعتباری دارد، یا مالک آن مال است یا این که آن مال متعلق حق وی قرار گرفته است. در این که برقراری وصف امانت نسبت به ملک غیر یا مالی که متعلق مالکیت قرار گرفته، وجود دارد هیچ تردیدی نیست. اما سوالی که ما در پی پاسخ آن هستیم این است که آیا تصور ید امانی در خصوص مال موضوع حق غیر نیز امکان دارد؟ به عنوان مثال اگر کسی دیگری را بر مالی که نسبت به آن حق تحریر دارد مستولی سازد، آیا متصرف نسبت به آن مال امنی محسوب می‌شود یا خیر؟ تعبیر شناخته شده امانت «مالکان» و تأکید تمامی مؤلفان بر نقش اساسی اذن و رضای «مالک» در ایجاد امانت مالکی در مقابل امانت شرعی این تردید معقول را در ذهن ایجاد می‌کند که ید امانی منحصر به مالی است که متعلق مالکیت قرار گرفته و دارای مالک باشد و مالی که صرفاً متعلق حق غیر است نمی‌تواند موضوع امانت قرار گیرد.

با این وجود، با تأمل در مفهوم امانت و با توجه به تقابل آن با مفهوم غصب، انکار امانت نسبت به حق به نحو مطلق دشوار به نظر می‌رسد. زیرا همان گونه که می‌دانیم نقطه مقابل امانت یعنی غصب، به تصریح فقهاء و قانون مدنی (ماده ۳۰۸ ق.م) شامل غصب حق غیر نیز می‌گردد. بنابراین اگر ید غاصبانه در خصوص حق امکان دارد، ید امانی نیز نباید با مشکلی رویرو باشد. گذاری در ادبیات فقهی و حقوقی در این زمینه نشان از آن دارد که حقوق غیر مالی مانند حق قذف و حق فصاص و امثال آن که سخن از استیلا در مورد آنها متفق است، از محل بحث خارج و غصب در خصوص آنها بی‌معناست. حقوقی نیز که متعلق آنها اینجا یک فعل است مانند خیارات یا شفعه، با بحث غصب و استیلا عدوانی ییگانه‌اند و بدین ترتیب سخن از غصب تنها در حقوق متعلق به عین، مانند حق تحریر و حق اختصاص و حق رهن قابل تصور

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان - وکیل دادگستری.

است. زیرا شرط اساسی تحقق غصب، استیلا و وضع ید است و در حقوق متعلق به عین، استیلا بر حق، به تبع استیلا بر عینی که حق به آن تعلق گرفته قابل تصور است و بر این اساس کسی که بدون مجوز و عدواناً بر عین متعلق حق غیرمستولی گردیده، غاصب محسوب می‌گردد.

حال آیا می‌توان نجین نتیجه گرفت که در حقوقی که غصب و ید غاصبانه در آن‌ها مطرح است، ید امانتی و غیرضمانتی نیز قابل تصور است؟

حقیقت این است که تقابل غصب و امانت به معنای دقیق و کامل کلمه نیست. به بیان دیگر هرچند در اغلب قریب به اتفاق موارد که در آن امکان تحقق غصب و ید غاصبانه وجود دارد، امکان تحقق ید امانتی و غیرضمانتی نیز وجود دارد؛ اما می‌توان مواردی را یافت که در آن غصب صدق می‌کند، اما فرض ید امانتی در خصوص آن‌ها منتفی است. توضیح این که بر غصب دو حکم تکلیفی وضعی مترب است. احکام تکلیفی مترب بر غصب، حرمت تصرف و وجوب فوری رد است و حکم وضعی مترب بر غصب، ضمان مال مخصوص یا همان ضمان ید است. اما برخلاف حکم تکلیفی حرمت تصرف و وجوب رد که در تمامی اقسام غصب جریان دارد حکم وضعی ضمان ید در تمامی موارد غصب ثابت نیست (فاضل لئکرانی، تفصیل الشریعه، کتاب الغصب، ص ۲۰). به تصریح فقهاء حکم ضمان به مواردی اختصاص دارد که مخصوص، مالی از اموال باشد. دلیل این اختصاص نیز روشن است. زیرا معنای ضمان چیزی جز این نیست که تلف و خسارتمال بر عهده متصرف است و او باید از عهده تدارک یدل آن برآید. حال در جایی که مال مخصوص، عین یا منفعت باشد، ثبوت حکم ضمان با مشکلی رویرو نیست، زیرا عین و منفعت از مصادیق مسلم مال محسوب می‌شوند و بدون تردید غاصب باید عوض عین یا منافعی که در زمان غصب تلف با فوت شده بازیس دهد. اما در حقوق مالی وضعیت چگونه است؟ آیا حق مالی نیز از زمرة اموال است؟

همان گونه که می‌دانیم بر اساس تلقی سنتی و رایج در فقه، مال صرفاً شامل عین و منفعت می‌گردد و حق، هر چند ممکن است به مال تعلق گیرد، اما خود مال محسوب نمی‌شود (شیخ انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۹۷) از این‌جا مروج، هدی الطالب، ج ۱، ص ۱۲۲). وانگهی «حق» در ردیف «مالکیت» و از مقوله رابطه و علله اعتباری با اموال است و همان گونه که مالکیت، خود مال نیست، بلکه به مال تعلق می‌گیرد، «حق» نیز مال نبوده ولی ممکن است به مال تعلق گیرد. تعبیر مکرر اموال و حقوق مالی که در مواد قانون مدنی و از جمله در مواد ۱۱۸۳، ۱۱۸۷، ۱۲۰۷، ۱۲۱۲ و ۱۲۱۳ آمده دقیقاً بر همین تحلیل استوار است. از آثار این تحلیل این است که در فرضی که شخص بر مالی که حق انتفاع آن متعلق به دیگری است مستولی می‌شود؛ تنها در مقابل مالک منافع است نه صاحب حق انتفاع. زیرا از صاحب حق، مالی را تلف نکرده و تنها مالی که در این میانه تلف شده، منافع است که به مالک منفعت تعلق داشته است. (جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۱۷۷).

ممکن است گفته شود اگر بر اساس این تحلیل، حق، مال محسوب نمی‌شود، پس تعبیر حق مالی چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟ در پاسخ باید گفت اولاً تعبیر حقوق مالی در عرض اموال و مجزای ازان، خود فرینه‌ای است بر تسايز «حق مالی»؛ «مال». تأییاً مراد فقهاء و دست کم فقهایی که حقوق را مطلقاً مال به حساب نمی‌آورند از «حقوق مالی»، تعلق این حقوق به مال است، نه وقوع مال در مقابل آن‌ها و مالیت خود آن حقوق (فاضل لئکرانی، تفصیل الشریعه، کتاب الغصب، ص ۲۰).

هر چند استاد فقهای معاصر یعنی شیخ انصاری در بحث از جواز وقوع حق به عنوان ثمن در بیع، حتی ثمن قرارگرفتن حقوق قابل نقل همچون حق تحجیر را به دلیل عدم صدق مال بر آنها نمی پذیرد اما مراجعته به فتاوی فقهیان معاصر نشان از اختلاف نظر در بین آنان براساس اختلاف آنها در مسأله مالیت حقوق دارد. برخی چون مرحوم امام خمینی به تبع مشهور تصريح نموده‌اند که به دلیل عدم مالیت حق در غصب حقوق، ضمان ید جریان تدارد. یکی از شاگردان ایشان در توضیح این فتوی چنین می‌نویسد:

«اما الحقائق فلیس فی غصبها ضمان الید، و ظاهره انه لافرق بین ان يكون الحق مالیاً كحق التحجیر و حق الرهانه وبين ان لم يكن. اما في الصوره الثانية فواضيحة لأن المفروض عدم كونه مالی، كحق النبي فی المسجد، والمدرسه و تحرها و اما في الصوره الاولى، فلاان الحق و ان كان مالیاً لا ان القاهر ان انصراد بمدلیته، تعلقه بالمال لا لاقوع المال فی مقابلة، فلا يعقل فيها الضمان» (فضل لنکرانی، همان).

دیدگاه مشهور از سوی برخی از فقهای معاصر مورد تردید یا مخالفت قرار گرفته است. این دسته از فقهاء برخلاف تحلیل مشهور فقه، برخی از حقوق را که عرفانًا در قبال آنها مال پرداخت می‌شود، مشمول تعریف مال دانسته‌اند و بر این اساس به جواز وقوع چنین حقوقی به عنوان ثمن در بیع و صداق در نکاح تصريح نموده‌اند (اصفهانی «کمپانی»، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۵۷/ وحید خراسانی، منهج الصالحين، ج ۳/ص ۲۸) و برخی دیگر صراحتاً ضمان ید را در خصوص حقوق مالی که عرفانًا مال در مقابل آن قرار می‌گیرد پذیرفته‌اند (سیز واری، مهدی‌الاحکام، ج ۲۱، ص ۲۹۴).

علی‌رغم وجود نشانه‌هایی از دیدگاه مشهور در قانون مدنی، دیدگاه اخیر را می‌توان دیدگاه مورد قبول نظام حقوقی ایران دانست. زیرا در حقوق امروز هیچ کس در مالیت حقوقی چون حق تحجیر تردیدی به خود راه نمی‌دهد و هر چه در قبال آن بهای پرداخت می‌شود و دارای ارزش اقتصادی است مال قلمداد می‌گردد. بنابراین می‌توان نهایتاً چنین نتیجه گرفت که ید امانتی در مورد حقوق نیز قابل تصور است اما نه هر حقی بلکه تنها در خصوص حقوقی که در غصب آنها ضمان ید وجود دارد و این حقوق تنها حقوقی هستند که اولاً به عینی از اعیان تعلق گرفته باشند تا صدق استیلا و ید در مورد آنها امکان پذیر باشد و ثانیاً عرفانًا قابل مقابله با مال باشند. بر اساس شرط اول، حقوقی همچون حق قاذف یا حق قصاص خارج می‌شوند. خیارات نیز به جز خیار شرط برخلاف تصور اولیه به عقد تعلق می‌گیرند نه به عین، ولذا این حقوق نیز با شرط اول خارج می‌شوند. و بر اساس شرط دوم، حقوقی مانند حق سبق در مکان‌های عمومی و امثال آن که فاقد مالیت‌اند از محل بحث خارج مانده و حقوقی مانند حق تحجیر و حق اختصاص باقی می‌مانند. پس اگر کسی بر مالی که دیگری نسبت به آن حق اختصاص یا حق تحجیر دارد با اذن و رضای او مستولی گردد ید او نسبت به آن مال امانتی خواهد بود و ضامن تلف یا نقص آن خواهد بود و بر عکس اگر بدون اذن بر آن عین مسلط گردد غاصب حق بوده و ید وی ضمانتی خواهد بود.

در پایان یادآور می‌شود آن‌چه تاکنون گفته شد ناظر به مواردی است که حق به مالی تعلق گرفته که در مالکیت کسی نیست مانند حق تحجیر و حق اختصاص و اما بحث از مواردی که حق به عین مملوکی تعلق گرفته مانند آن‌چه در حق انتفاع و ارتفاق و یا حق رهن با آن روی رو هستیم، خود شرح مستوفایی را می‌طلبد که این اجمالاً، مجال طرح آن نیست. ■

مقایسه دو نهاد ظهرنویسی و ضمانت در اسناد تجاری

دکتر علی رادان جبلی*

- قسمت اول -

چکیده

به رغم آن که میان دو نهاد ظهرنویسی و ضمانت در استاد تجاری مشابهت‌هایی وجود دارد، لیکن نمی‌توان تفاوت‌های آن‌ها را که ناشی از اهداف متفاوت در وضع آن دو بوده، نادیده گرفت. مسؤولیت تضامنی ظهرنویس و ضامن با دیگر متعهدین سند تجاری، مهترین قرابت این دو نهاد تجاری است، اما حوزه مسؤولیت آن‌ها یکسان نیست. آشنازی با تفاوت‌هایی که این دو مفهوم دارند به تبیین قلمرو مسؤولیت ظهرنویس و ضامن خواهد انجامید. تردید در این که امضای پشت سند به جهت ظهرنویسی صورت گرفته یا ضمانت، تایید متفاوتی را به وجود می‌آورد؛ موضوعی که به اختلاف دیربا در دکترین و رویه قضایی منتهی شده است. ضامن بودن صاحب امضا؛ با اصول حقوقی، بیشتر موافق است و این تظری هنگامی تقویت می‌شود که شاهد تأمین افزون‌تر حقوق دارند. سند خواهیم بود.

وازگان کلیدی: ظهرنویسی، ضمانت، مسؤولیت تضامنی.

مقدمه

قانون تجارت ایران، عمری کمتر از یک سده دارد زیرا برخلاف قانون مدنی که از پیشوانه غنی و عظیم فقه امامیه برخوردار می‌باشد، نهادهای تجاری مندرج در قانون تجارت ایران بازتاب عرف‌های تجاری ثبت شده در سده‌های چهارم میلادی در اروپا می‌باشد. از این رو، حقوق تجارت ایران و امداد مقررات حقوق رومی ژرمنی و بهخصوص حقوق قدیم فرانسه است. با این تفاوت که فرانسوی‌ها از سال ۱۸۰۷، زمان تصویب قانون تجارت خود، همواره نسبت به انجام اصلاحات لازم در این قانون اقدام و کارآیی آن را حفظ کرده‌اند، لیکن قانون تجارت ایران جز در مورد تغیر مقررات ناظر به شرکت‌های سهامی در سال ۱۳۴۷، به حالت سکون خود باقی مانده است.

* وکیل دادگستری - اصفهان.

مبحث استاد تجاری نیز، از لحاظ مرجع اقتباس و فقدان تغییرات ضروری، وضعیتی مشابه با دیگر نهادهای حقوق تجارت دارد. نکته قابل توجه در این بخش از قانون تجارت که می‌تواند به عنوان ضعف آن تلقی شود، اختصار گویی افراد گونه در بیان پاره‌ای احکام مرتبط است. چهار ماده قانون تجارت در موضوع ظهرونویسی (ماده ۲۴۵-۲۴۸ ق.ت) و قسمت انتهایی ماده ۲۴۹ در موضوع ضمانت، از لحاظ کمی، ناکافی و به جهت کیفی، پرسوال می‌باشد. بدینسان، یک نفر قاضی و یا وکیل دادگستری در مواجهه با مسائل متعدد ظهرونویسی و ضمانت، پس از نیافتن حکم در مقررات قانون تجارت و فقدان پیشینه این گونه مباحث در حقوق سنتی ایران، راهی جز تمسک به موازین کلی قانون تجارت (روح قانون)، عرف و اصول عملی نخواهد داشت. بعضی از تویستندگان حقوق تجارت ایران که اختصار آزاردهنده مقررات قانون تجارت را برای پاسخ به چالش‌های حقوقی کافی نمی‌یافتد، چاره را در پیوند حقوق تجارت ایران با مقررات جامع «کتوانسیون راجع به قانون متحده شکل مربوط به بروات و سفته» مصوب ۱۹۳۰ زنود دیدند. مراجعته به پاسخ‌هایی که مرحوم دکتر حسن ستوده تهرانی در تئگنای خلاصه‌ای قانون تجارت ایران ارائه داده، تلاشی در این مسیر تلقی می‌شود.

البته مقررات کتوانسیون موصوف تا حد زیادی ساخته و پرداخته نظرات علمای حقوق تجارت فرانسه است، اما به دلیل دخالت مؤثر نظریات نوین حقوق تجارت آلمان، در بعضی موضع، نگرشی متفاوت با حقوق فرانسه را به نمایش گذاشده است.^۱ با وجود این، مقررات این کتوانسیون را می‌توان در راستای روح کلی ناظر به اصول شکل گرفته چند صد ساله اخیر در مبادلات تجاري اروپا (غیر از انگلستان) دانست و استفاده از آن مقررات در تبیین قسمت‌های ناقص قانون تجارت ایران، امری قابل پذیرش است. بهره‌برداری از مقررات کتوانسیون زنود را می‌توان در قالب عرف تجاري در ایران مطرح ساخت تا مکمل مقرراتی باشد که خود حاصل رویه‌های مستمر و مستقر میان بازار گنان بوده است.

به هر روی، ظهرونویسی و ضمانت، دو نهادی هستند که در کنار یکدیگر مطرح بوده و با وجود قرابت ساختاری، از اختلاف در ماهیتی نصیب نیستند. بررسی تحبلی از دو مفهوم ظهرونویسی و ضمانت و پردازش مشابهات و تفاوت‌های این دو، هدفی است که در این نوشته تعقیب می‌شود.

مبحث اول - شناسایی مفهومی ظهرونویسی و ضمانت

۱- ظهرونویسی: قابلیت آسان و آگذاری، یکی از ویژگی‌های مهم استاد تجاري است. پیشینه‌یابی نشان می‌دهد که اولین سندي که در مبادلات تجاري برای پرداخت دین مورد استفاده قرار گرفت، برات بود و این سند، تنها می‌توانست از سوی کسی که نام او در برات قيد شده بود: وصول شود. با این حال، چون برات در بر دارنده طلب دارنده آن از صادر کننده به حساب می‌آمد و هر طلبی قابل انتقال است، لذا در اوآخر قرن شانزدهم میلادی، برای واگذاری سهل و ساده حقوق مندرج در برات، ساز و کار ظهرونویسی از سوی ایتالیایی‌ها ابداع شد. (ستوده

۱- برای نمونه می‌توان به عدم پذیرش تئوری انتقال محل در مقررات کتوانسیون زنود مصوب ۱۹۳۰ اشاره نمود؛ در حالی که فرانسوی‌ها با اصرار و لجاجت خواستار تصویب آن بودند.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان - سال چهارم - شماره چهل و ششم - اردیبهشت ماه ۱۳۸۹

نهرانی، ۱۳۸۳:۵۷-اسکینی، ۱۳۷۹:۸۵) روش کار در ابتدا چنان بود که برات به حواله کرد دارنده صادر شده و نام کسی که می خواست بعد این سند را وصول نماید، از همان زمان صدور در برات درج می شد.

برات، برخلاف سنته و چک، الزاماً برای انتقال، نیاز به ظهورنویسی دارد، زیرا برات را نمی توان در وجه حامل صادر کرد و می بایست نام دارنده آن در سند قید شود. (بند ۷ ماده ۲۲۳ ق.ت.) به این خاطر، چنانچه دارنده برات بخواهد حقوق خود در این سند را به دیگری منتقل نماید، مکلف است اراده خود در داخل سند به ظهور رسانیده و این کار تنها از طریق ظهورنویسی انجام می شود.

الف- ماهیت ظهورنویسی: منظور از ظهورنویسی، انتقال حق دارنده سند تجاری به غیر است. (ماده ۲۴۵ ق.ت) گرچه قانون تجارت، ظهورنویسی به جهت و کالت در وصول (ماده ۲۴۷ ق.ت) را نیز یکی از انواع ظهورنویسی دانسته، اما این نوع ظهورنویسی در کنار ظهورنویسی برای انتقال، مطرح شده است. در حقیقت، اولین منظور از ظهورنویسی، انتقال حقوق بوده و ماده ۲۴۷ قانون تجارت نیز اصل را بر انتقال برات از طریق ظهورنویسی قرارداده است؛ مگر آن که خلاف این اصل با قرائن خارجی به اثبات برسد. بدیهی ترین حقیقی که دارنده سند تجاری از آن برخوردار است، طلی است که از صادرکننده داشته و همین طلب، مبنای صدور سند تجاری بوده است. بر این اساس، انتقال حق از طریق ظهورنویسی می تواند معنای انتقال طلب را داشته باشد. با این حال، نظر به ویژگی های استناد تجاری و حقوق خاصی که به موجب قانون برای دارنده سند قابل تصور است، لذا واگذاری برات، سنته و چک، معنایی بیشتر از یک انتقال طلب ساده دارد. برای مثال، حق مراجعة دارنده به کلیه معهدهای سند تجاری به صورت تضامنی (ماده ۲۴۹ ق.ت)، برخورداری از حق تأمین خواسته بدون پرداخت خساره احتمالی (ماده ۲۹۲ ق.ت)- ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م) و پهراهمندی از حق مراجعة دارنده برات و سنته به دیگر معهدهای این دور سند تجاری در صورت ورشکسته شدن صادرکننده و یا محال عليه (ماده ۴۲۲ ق.ت)، از جمله حقوقی است که می تواند با انتقال از طریق ظهورنویسی به دارنده جدید انتقال یابد. پس، همان گونه که بعضی از تویستدگان حقوق تجارت، به درستی ظهورنویسی را انتقال سند نام نهاده اند، (ستوده تهرانی، همان) می بایست واگذاری سند تجاری را، واگذاری تمام حقوق مندرج در این گونه استاد به حساب آورد.

از سوی دیگر، ظهورنویسی، بی گمان، نوعی قرارداد است. توافقی شکل گرفته میان ظهورنویس و منتقل الیه که می توان آن را در زمرة قراردادهای نامعین (ماده ۱۰ ق.م) قرار داد. بدیهی است برای تکوین این قرارداد، شرایط تحقیقی ماده ۱۹۰ قانون مدنی، می بایست مراعات شود. این نظر، موافقانه دارد (کاویانی، ۱۳۸۳:۸۸)، اما در حقوق فرانسه، گرایش به این عقیده که ظهورنویسی نوعی حواله بر فرد بری الذمه می باشد، ابراز شده است؛ یعنی ظهورنویسی، حواله جدیدی است که بر اساس آن، ظهورنویس، محیل جدید، انتقال گیرنده، محتال و برات گیر همان محال عليه یاشد. (۷۶: ۱۳۸۰) تحلیل یاد شده نمی تواند در حقوق کشور ما مورد پذیرش قرار گیرد، زیرا حواله عقدی است که میان محیل و محال عليه واقع شده و رضای محتال نیز در آن شرط است (ماده ۷۲۵ ق.م) و چون موافقت محال عليه قبل از انجام ظهورنویسی اخذ شده و توالي میان ایجاد ظهورنویس و قبول محال عليه وجود

ندارد، لذا وجود یک عقد، آن گونه که فرانسوی‌ها اعتقاد داشته‌اند، در حقوق ما جایگاهی درخور ندارد. به علاوه، ظهرنویسی، امری فراتر از عقد حواله است، زیرا وجود مسؤولیت تضامنی براتکش و براتگیر در مقابل دارنده برات، با مدلول ماده ۷۳۰ قانون مدنی که به برائت ذمه محیل پس از وقوع عقد حواله نظر داده، در تصادم باشد.

ظهرنویسی متنضم‌ان تعالی محل برات نمی‌باشد. در واقع، انتقال طلب حاصل از برات با انتقال محل آن یکسان نیست. آشنایی با این گزاره نیازمند توضیح درباره محل در برات است. محل که در حقوق کشورهای اروپایی و به خصوص فرانسه مورد توجه بوده، در ابتدا «بلغی پول که محیل به محل‌علیه داده تا آن مبلغ به دارنده سند رسانیده شود» تعریف می‌شد. بر این مبنای چون فلسفه صدور برات، انتقال جووه از مکانی به مکان دیگر بود، لذا ضرورت داشت که محل؛ محل برات را در نزد محل‌علیه به صورت موجود داشته باشد. (صادقیان، ۱۳۴۰: ۳۲۷) به نقل از زهراء ابراهیمی، ۱۳۸۵: ۳۱) اما این تعبیر از محل دچار دگرگونی شد: مفهوم کسب اعتبار در صدور برات باعث شد تا دیگر برات به عنوان وسیله‌ای جهت پرداخت به حساب نیامده، بلکه تصد اخذ مهلت در فاصله بین صدور تا سرسید مدنظر قرار گیرد. به این ترتیب، زمانی می‌توان برات را دارای محل داشت که در موعد آن، محل‌علیه مبلغ معادل مبلغ مندرج در برات به صادرکننده مدبیون باشد. با تحول مفهوم محل، می‌توان آن را اعتبار یا موجودی تقدی معادل وجه برات نزد محل‌علیه تعبیر نمود.

مطابق بند ۳ ماده ۱۱۶ قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۹۳۵، مالکیت محل به طور قهری به دارنده گان پی دری برات منتقل می‌شود. از این رو ظهرنویسی باعث می‌شود که مالکیت محل خود به خود به دارنده جدید انتقال یابد. پذیرش این نظریه در حقوق فرانسه سبب می‌شود که تضمینی واقعی به نفع دارنده برات برقرار گردد که نتیجه آن در بحث ورشکستگی یافوت صادرکننده برات هویتاً می‌شود. پس، اگر بعد از صدور برات، صادرکننده ورشکسته شود یا فوت نماید، مالکیت برات دهنده نسبت به محل آن به دارنده برات اولی و سپس با ظهرنویسی‌های بعدی به دارنده گان بعدی انتقال یافته و حدوث ورشکستگی و فوت، سبب آن نیست که دارنده آخری در زمرة غرمای ورشکسته یا متوفی وارد شود.

در این میان، موضع قانون تجارت ایران متفاوت است و با آن که چار جو布 اساسی خود را از قانون تجارت فرانسه اقتباس نموده، لیکن به دلیلی که مشخص نیست، مبحث محل و موضوع انتقال آن در قانون ما به سکوت برگزار شده است. (فخاری، ۱۳۸۷: ۲۳) از این لحاظ، در صورت ورشکسته شدن برات دهنده نمی‌توانیم دارنده برات را نسبت به محل برات، برخوردار از حق انحصاری بشناسیم (همان: ۵۱) و لذا ظهرنویسی نمی‌تواند، به انتقال محل و ایجاد حقی خاص برای منتقل‌الیه ظهرنویسی در برات منجر شود.

ب- شکل ظهرنویسی: صورت ظهرنویسی نیز از انتقال طلب ساده متمایز است. دلیل این امر را باید در خصایص استاد تجاری یافت. می‌دانیم که انتقال طلب را مانند اغلب صور قراردادی، می‌توان قراردادی رضائی قلمداد نمود که در آن پیدایش عقد منوط به هیأت خاصی نمی‌باشد و آن‌چه در آن اهمیت دارد، ابراز اراده است. اما در ظهرنویسی، انتقال سند مطرح است و چون پیکره سند، کلیه حقوق منصور را در خود جای داده، لذا گردش آزاد و عاری از هرگونه تشریفات نیز باید در خود سند نمودار گردد. به این خاطر، ابراز اراده غیرمکروب یا خارج از

کالبد سند نمی تواند، خصیصه پیش گفته استاد تجاری را تأمین نماید. بدین لحاظ ظهرنویسی باید در خود سند انجام شود و همان طور که گفته اند، اگر ظهرنویسی خارج از برات صورت گیرد، در حکم انتقال طلب بوده و کسی که برات به او منتقل شده است نمی تواند انتقال دهنده را مسؤول عدم پرداخت مبلغ آن بداند. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۲: ۵۹)

در مورد شرایط شکلی ظهرنویسی، رعایت مواردی که در قانون تجارت به آن اشاره شده، امری ضروری می باشد:

۱- ضرورت امضا: آن گونه که ماده ۲۴۶ قانون تجارت بیان داشته، ظهرنویسی، تنها با صدور امضا ممکن است و مهر نمودن، وافی به مقصود نیست. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۸۷) البته این نظر مخالفانی نیز دارد. به عقیده دسته اخیر، چون برات می تواند با مهر صدور باید (ماده ۲۲۳ ق.ت)، لذا ظهرنویسی با مهر هم فاقد ایراد است. (فخاری، ۱۳۸۷: ۱۴۹) عقیده اخیر از نقطه نظر منطق حقوقی صحیح است، لیکن چون متن در مورد استاد تجاری به شدت تابع شکل می باشد و فقدان هریک از شرایط تحققی در فقرات ۲ تا ۸ ماده ۲۲۳ قانون تجارت را به منزله از میان رفتن ویژگی سند تجاری دانسته است (ماده ۲۴۶ ق.ت)، لذا نظر نخستین از وجاهت بیشتری برخوردار است.

۲- عدم لزوم تعیین منتقل الیه: ماده ۲۴۶ قانون تجارت، تعیین منتقل الیه ظهرنویسی را امری اختیاری محسوب داشته است. در این صورت ممکن است ظهرنویس با امضای سفید پشت سند و بدون آن که نام انتقال گیرنده را قید نماید، ظهرنویسی به صورت حامل را صورت دهد. در چنین سندی دیگر نیاز به امضای دیگر در انتقالات بعدی نبوده و در واقع این سند تبدیل به یک سند در وجه حامل شده که با قبض و اقباض انتقال داده می شود. (کاویانی، ۱۳۸۳: ۹۲)

۳- عدم لزوم قید تاریخ: درج تاریخ در ظهرنویسی فراید عام و خاصی دارد. فایده عام آن را می توان در تشخیص اهلیت ظهرنویس به هنگام ظهرنویسی جستجو کرد. همچنین موضوع فقدان صلاحیت بازار گان متوقف و ورشکسته در انجام ظهرنویسی (مواد ۴۲۳ و ۴۱۸ قانون تجارت) می تواند به بطلان چنین عمل حقوقی منجر شود و درج تاریخ در این میان به لحاظ تشخیص، اثربخش می باشد. (اسکینی، ۱۳۷۲: ۸۷) همچنین فایده خاصی که می توان به آن اشاره داشت، موضوع مراجعت هر دارنده به ایادی ماقبل و هر ظهرنویس جدید پیش از خود است. (ماده ۲۴۹ قانون تجارت) روشن است که اگر هر ظهرنویس در هنگام امضاء، تاریخ را نیز درج نماید، اولاً زنجیره ظهرنویسی که در تشخیص دارنده قانونی سند نقش مهمی

ایقا می نماید، قابل تشخیص است و از سوی دیگر، مراجعته هر معهد به شخص پیش از خود ممکن خواهد شد.

۴- ضرورت ظهرنویسی در پشت سند: این سوال که آیا ظهرنویسی حتماً باید در پشت سند صورت گیرد، با پاسخ های متفاوتی مواجه شده است. بعضی از نویسندهای قدری حقوق تجارت ایران، ضرورت ظهرنویسی در پشت سند را مذکور شده‌اند. (اعظمی زنگنه، ۱۳۴۶: ۲۲۹ به نقل از اسکنی، ۱۳۷۹: ۸۷)؛ لیکن بعضی دیگر، ظهرنویسی را یک عمل حقوقی و انجام آن در متن یا ظهر سند را بی تفاوت دانسته‌اند، وقوع ظهرنویسی در روی سند را نیز ممکن شمرده‌اند. (اسکنی، ۱۳۷۹: ۸۷) نظر اخیر را باید صائب دانست، زیرا استعمال معمول و اغلب ظهرنویسی در پشت سند، نمی تواند سبب بی اعتبار شدن انجام ظهرنویسی در متن سند باشد؛ گرچه امکان دارد، ظهرنویسی در روی سند باعث ایجاد شبهه در ماهیت امضای صورت گرفته شود.

۲- ضمانت: عقد ضمان به معنای اخص، تعهد به مالی است که در ذمه دیگری قرار دارد. (اما می، ۱۳۷۲: ۲۵۲) این تعریفی است که از فقه امامیه گرفته شده (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹ هق: ۲۵۸) و با ماده ۶۸۴ قانون مدنی منطبق است. اثر عقد ضمان مبتنی بر نقل ذمه بدھکار اصلی به ذمه ضمان است و این عقیده در نزد گروه بزرگی از فقهای امامیه مورد پذیرش قرار گرفته است. دلایل پیروان این نظر را علاوه بر دلایل نقلی که متکی بر تعدادی روایات مقبول نزد امامیه است، دلایل عقلی و حتی لغوی تشکیل داده است. (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳۴) در این میان بعضی از قیهان متأخر در مقام مناقشه به ادلہ استنادی مشهور فقها برآمده و دلایل مورد انکای ایشان در قبول نظریه نقل ذمه را مورد خدشه قرار داده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲: ۴۷) بعضی از اساتید حقوق نیز، نقل ذمه در عقد ضمان را خلاف قاعده دانسته‌اند. به باور این عده، روایاتی که تأسیس فضای عقد ضمان بر آن بنا شده، راجع به ضمان از میت است و دلیلی دایر بر استخراج نظر مشهور از آن روایات وجود ندارد. همچنین عرف مسلم، بیانگر وثیقه بودن عقد ضمان بوده و شارع اسلام در صدد تغییر این عرف نبوده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۲۸۶)

الف- ضمانت در قانون تجارت: تعریفی از ضمانت در قانون تجارت وجود ندارد. در این باره نمی توان خردی ای بر تدوین کنندگان این قانون گرفت، زیرا قانون مدنی در مبحث عقد ضمان به شناسایی این اصطلاح حقوقی و شرایط ایجاد و صحبت روابط اطراف این عقد پرداخته است. آن گونه که بیان شد، اثر عقد ضمان در قانون مدنی، انتقال ذمه مضمون عهده به ضامن است (ماده ۶۹۸) زیرا این عقیده‌ای است که در نزد فقهای امامیه پذیرفته شده (تجفی،

۱- آقای دکتر اسکنی، این عقیده را به مرحوم دکتر متوجه تهرانی نیز اتساب داده‌اند، (همان) لیکن مطالعه دقیق نظرات آن استاد فقید در کتاب حقوق تجارت، جلد سوم، نشانی از همراهی ایشان با این عقیده ندارد.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان- سال چهارم- شماره چهل و ششم- اردیبهشت سال ۱۳۸۹

۱۳۶۵: ۱۱۳) و بن مایه اختلاف با نظریه «ضم ذمه» است که در فقه عامه مورد اتفاق است.
(ابن قدامه، بی تا: ۷۱- جعفری لنگرودی، ۱۴۸: ۱۲۵۲)

قانون تجارت در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳، امکان ضمانت از نوع تضامنی را فراهم آورده است. معنی این سخن آن نیست که میان قانون مدنی و قانون تجارت در این مقوله اختلاف مبنای وجود دارد. زیرا آن گونه که مدلول ماده ۴۰۳ مقرر داشته، برقراری رابطه تضامنی میان طلبکار با مدييون و ضامن او، تنها در صورتی قابل تحقق است که قانون اجازه دهد و یا قرارداد، مقرر نموده باشد. از این رو در فقدان قانون یا قرارداد، نتیجه ضمان، زوال ذمه مضمون عنه و اشتغال ذمه ضامن خواهد بود. عدم تضامن یا خلاف اصل بودن مسؤولیت تضامنی، اثر منطقی تلاشی مقررات قانون مدنی و قانون تجارت در مقوله ضمانت است.

قانون تجارت، مسؤولیت تضامنی را به صورت طولی و عرضی معرفی نموده است. یعنی چون «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بداآ به مدييون اصلی رجوع کرده...» شاهد تضامن طولی هستیم. در این نوع مسؤولیت، مراجعه ابتدایی طلبکار به مدييون اصلی و سپس به ضامن مدييون مطرح است. حقوق اروپایی به این نوع ضمانت، عنوان ضمانت ساده را داده است؛ چنان که ماده ۴۹۵ قانون تعهدات سویس، مراجعه طلبکار به ضامن را منوط به مراجعه به مدييون اصلی و عدم پرداخت از موى نامبرده دانسته است. (واحدی، ۲۰۸: ۷۸) ماده ۲۴۹ قانون تجارت ایران نیز مسؤولیت تضامنی طولی را مقرر داشته است. بدین صورت که دارنده برات هنگامی مجاز به مراجعه به دیگر متعهدان این سند تجاری است که با مراجعه به محال عليه قادر به وصول مبلغ برات نشده باشد. (صقری، ۱۳۸۰: ۱۴۱)

پذیرش مسؤولیت تضامنی عرضی هم از سوی قانون تجارت ایران در ماده ۴۰۳ یان شده است. زیرا وقتی «طلبکار می تواند به ضامن و مدييون اصلی مجتماعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید»، تضامن از نوع عرضی معرفی گردیده است.

مسؤولیت ضامن در اسناد تجاری هم از نوع تضامن عرضی است.^۱ قسمت اخیر ماده ۲۴۹ قانون تجارت مقرر داشته است: «ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال عليه یا ظهرنویسی را کرده فقط یا کسی مسؤولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است.» پتابراین دارنده سند مسؤولیت ضامن مراجعه نخست به مضمون عنه نخواهد بود.

از لحاظ میزان مسؤولیت ضامن در اسناد تجاری، می توان به یکسان بودن مسؤولیت ضامن و مضمون عنه اشاره نمود. به این جهت، اگر ضامن مجبور به پرداخت مبلغ برات گردد، دارای کلیه حقوقی خواهد بود که مضمون عنه دارا می باشد. (ستوده تهرانی، ۵۲: ۱۳۸۲)

۱- مرحوم دکتر امیر حسین فخاری که به نازگی درگذشته و حق استادی بر بسیاری از دانش آموختگان حقوق و از جمله نگارنده را دارد، در مقاله‌ای با نفسبری تاریخی و لفظی از ماده ۳۱۴ قانون تجارت، ضمانت در چک را از نوع تضامنی تدانسته است. استاد میرور لفظ خسان در ماده «یاد شده را ناظر به مسؤولیت کلی دانسته و برخلاف دیگر نویسنده‌گان حقوق تجارت، با مقایسه ماده ۳۱۴ مزبور و بند ۴ ماده واحد، ۱۳ ژوئن ۱۸۶۵ قانون تجارت فرانسه، نتیجه گرفته که ماده ۳۱۴ مذکور در این مقام مسکوت است. (فخاری، ۷۸-۸۱: ۷۷)

ب- شکل ضمانت: در این مورد نیز قانون تجارت بیانی ندارد. به هر حال، چون شکل گرانی حاکم بر استاد تجاری، اجازه ضمانت به صورت غیرمكتوب یا خارج از سند را نمی‌دهد، بنابراین ضامن می‌بایست او اد خود را به طرقی در ورقه نمایان سازد. به نظر بعضی از اساتید، ضمانت هنگامی معتبر است که به امضا ضامن رسیده باشد و مهر تمی تواند نقش امضا را ایفا نماید. (اسکینی، ۱۰۹: ۷۹) این عقیده، صائب نیست، زیرا برخلاف ظهernoیسی که مقتن، امضا را برای تحقق ظهernoیسی لازم شمرده، در ضمانت، سکوت قانونگذار، صحبت ضمانت در صورت مهر نمودن یا انگشت زدن از سوی ضامن را منطقی می‌نماید.

بحث دوم- شبهات‌های میان ظهernoیسی و ضمانت

ظهernoیسی و ضمانت از اسباب ایجاد مسؤولیت در استاد تجاری هستند. گرچه قانون تجارت ایران در تشریع این دو نوع نهاد حقوقی به اختصار در بیان گراییده، لیکن دقت در مدلول مواد ۲۴۵ الی ۲۴۹ قانون تجارت، مشاهت‌هایی که میان این دو وجود دارد را ظاهر می‌سازد، وجود تشبیه را می‌توان در ذیل خلاصه نمود:

۱- مسؤولیت تضامنی با دیگر متعهدان استاد تجاری: دیدیم که مسؤولیت تضامنی امری استثنایی است و تنها قانون یا قرارداد به تحقق آن حکم می‌کند. از این‌رو، نص ماده ۲۴۹ در صدر و ذیل، به وجود مسؤولیت تضامنی ظهernoیس و ضامن یا دیگر متعهدان سند تجاری دلالت می‌نماید.

الف- عدم مسؤولیت تهایی: ظهernoیس و ضامن از جمله مسؤولان پرداخت مبلغ استاد تجاری هستند، ما این حال نباید آن‌ها را بدهکار نهایی بررات، سفته و چک به حساب آورده. زیرا بدهکار واقعی در بررات، محال‌علیه‌ای است که نسبت به قبول برات اقدام کرده است. به این خاطر، بعضی از نویسنده‌گان حقوق تجارت، به درستی مسؤولیت برانگیر را «اصلی» معرفی کرده‌اند. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۷۹) در سفته و چک نیز، این صادرکننده است که مسؤول نهایی پرداخت تلقی می‌شود، زیرا او مبادرت به ایجاد سند تجاری نموده و در صورت عدم پرداخت، دارنده در هر حال می‌تواند به او مراجعه کند.^۱

به هر روى، چنان‌چه ضامن یا ظهernoیس مجبور به پرداخت مبلغ سند تجاری شوند، به دلیل آن که مسؤولیت اصلی پرداخت بر عهده آن

۱- تنها صورتی که در آن امکان مراجعته دارنده چک به صادرکننده از میان می‌رود، موردی است که ماده ۳۱۵ قانون تجارت معرفی کرده است. یعنی اگر دارنده چک در طرف ۱۵ و ۴۵ روز مقرر در این ماده، پرداخت وجه را مطالبه نکند و وجه چک به میانی که مربوط به محال‌علیه است از بین بروده، دعوی دارنده چک بر علیه صادرکننده در دادگاه مسموع نخواهد بود.

نمی‌باشد، همچون دارنده جدید، می‌توانند به دیگر مسؤولین مطابق مفاد
ماده ۲۴۹ قانون تجارت مراجعه نمایند.

ب- پذیرفته نشدن دعوی امساء: ماده ۲۶۹ قانون تجارت، محاکم را از دادن مهلت برای پرداخت برات، بدون رضایت دارنده آن بر حذر داشته است. این متنوعیت قانون برخلاف مفاد ماده ۲۷۷ قانون مدنی است که دادگاهها را با توجه به وضعیت مديون در اعطای مهلت عادله، آزاد نگذارد است. به این ترتیب، برخلاف قاعده کلی مزبور و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، درخصوص برات و سفته، هیچ یک از متعهدان این دو سند تجاری و از جمله ظهرنویس و ضامن نمی‌توانند تقاضای تقسیط پرداخت (اعسار) را بنمایند. از آنجاکه قانون تجارت در این مقام، قانون خاص محسوب می‌شود، مقررات عام اعسار را مورد تخصیص قرار داده است.

۲- اعلام اراده در خود سند: هم ظهرنویسی و هم ضمانت، از طریق اعلام اراده انشایی در سند تجاری به وقوع می‌پوندد. یعنی چون سند تجاری وصف تجربی دارد و از روابط مبنای خود گستره و ماهیت خود را در شکل و قالب سند نمودار می‌سازد؛ به همین خاطر، ظهرنویسی و ضمانت در خارج از سند تجاری، اعتبار خاص خود را نخواهد داشت. به بیان دیگر، اگر اراده انشایی خارج از سند به منصه ظهور رسد، تأثیری در روابط موجود میان متعهدین و دارنده نخواهد داشت و تنها تداعی انتقال طلب مدنی و ضمانت از نوع نقل ذمه را می‌نماید. بیروان این نظر، گروه بزرگی از نویسنده‌گان حقوق تجارت را تشکیل می‌دهند و مخالفی با آن نیافتها ایم.

بحث سوم- تفاوت‌های میان ظهرنویسی و ضمانت

با وجود شبهات‌هایی که میان دو نهاد حقوقی یاد شده وجود دارد، نقاط اختلاف آن‌ها قابل انکار نمی‌باشد. فلسفه وضع، حوزه مسؤولیت و نتایج حاصل از مسؤولیت به جدایی ظهرنویسی و ضمانت می‌انجامد. باید توجه داشت که در پاره‌ای موارد، اختلاف یاد شده، به هیچ عنوان تأثیری در موقعیت دارنده سند تجاری به عنوان طلبکار نگذاشته و مراجعت یکسان او به ظهرنویس و ضامن و مسؤولیت آن دو در مقابل صاحب برات، سفته و چک، سخن از اختلافات را تنها در عرصه نظریه‌پردازی موجه می‌سازد. اما در دیگر موارد که به آن خواهیم پرداخت، تفاوت در مسؤولیت، برای دارنده سند تجاری نیز اهمیت دارد؛ به طوری که در مراجعة و یا عدم امکان مراجعة به دو متعهد سند تجاری نقش اساسی ایفا می‌نماید.

به طور خلاصه، اختلاف میان دو نهاد پیش گفته را می‌توان در ذیل خلاصه نمود:

۱- اختلاف در موضوع: ظهرنویسی و سیله‌ای برای انتقال طلب بوده و هست و هدف از سازوکار آن، انتقال حقوق دارنده سند تجاری در ساده‌ترین شیوه ممکن می‌باشد. به همین

خاطر، منظور از ظهرنویس شخصی است که در دوره‌ای ولو کوتاه، سند تجاری را در دست داشته و صاحب آن به شمار می‌آمده است. در واقع، هیچ گاه نمی‌توان از ظهرنویس سخن گفت، مگر آن که وی را قبل‌دارنده سند به شمار آوریم. زیرا کسی که ظهرنویسی می‌نماید، حق موجود خود را انتقال داده وجود حق، دلالت بر آن دارد که ظهرنویس در برهمه‌ای از زمان، در موقعیت دارنده سند قرار داشته است.

البته ظهرنویسی یک انتقال طلب ساده نیست و واگذاری برات با واگذاری حقوق توأم است، به طوری که ظهرنویس، ضامن پرداخت وجه سند تجاری از سوی دیگر متعهدین سند (محال علیه یا صادر کننده) خواهد بود. به هر حال، گرچه ظهرنویس به صراحت ماده ۲۴۹ قانون تجارت، یکی از مسؤولان پرداخت سند تجاری است، اما مسؤولیت او به سبب انتقال حقوق برآئی حاصل‌آمده است.

این در حالی است که ضامن، عموماً شخص ثالثی است که به نفع یکی از مسؤولان برات دخالت کرده و تعهدی را به عهده می‌گیرد. (اسکنی، ۱۳۷۲: ۱۰۹) این اقدام باعث می‌شود که دارنده سند تجاری از اطمینان بیشتری نسبت به پرداخت سند برخوردار شود و چون مسؤولیت میان ضامن و مضمون‌عنه تضامنی (عرضی) است، لذا حق مراجعته توأمان به هر دو، او را در موقعیت مناسبی قرار می‌دهد و با وجود این، ضامن در غالب موارد، دارنده سند نیست و شخصی است که خارج از حوزه مسؤولان سند تجاری، برای خود مسؤولیت ایجاد نموده است. این تفاوت بارز ظهرنویس و ضامن را نمی‌توان به آسانی نادیده گرفت و در حقیقت، وجه مهمی از اختلاف میان این دو نهاد تجاری، ناظر به این موضوع است.

این که گفته شد، ضامن در غالب موارد، شخص خارجی است، به آن دلیل است که ضمانت ممکن است به وسیله هر شخصی حتی یکی از امضاکنندگان برات به عمل آید. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۲: ۴۹) فایده‌ای که از ضمانت مسؤولان سند تجاری حاصل می‌آید را می‌توان در حوزه‌های مختلف مسؤولیت آن‌ها جستجو کرد. یعنی - همان گونه که توضیح داده خواهد شد - ممکن است مسؤولیت امضاکننده سند به جهتی زایل شود، اما به مسبب آن که این شخص عنوان ضامن را نیز دارد، مسؤولیت نامبرده از این لحاظ برقرار باشد. ■

ادامه دارد....

ماهیت غیرترمیمی شورای حل اختلاف در قیاس با میانجی‌گری کیفری

طاهر توحیدی*

چکیده

با این که مدت مدبدي از عمر شورای حل اختلاف در ایران نمی‌گذرد اما با نیم نگاهی به بدن و زیرساخت‌های این نهاد جدید التأسيس می‌توان دریافت که شورای حل اختلاف تا چه اندازه از ماهیت‌های ترمیمی در راستای تراکم‌زدایی از بار پرونده‌های محاکم قضایی دور افتاده و به عبارتی شفاف‌تر، ناکارآمد عمل کرده است. تردیدی وجود ندارد که شورای حل اختلاف می‌توانست با برنامه‌ریزی‌های منطقی و اتخاذ تدابیر سنجیده، رسالت‌های ترمیمی خود را به خوبی ایفا نماید ولی واقعیت مطلب در زمان حاضر بیشتر به نمایان شدن جنبه‌های غیرترمیمی شورای حل اختلاف بر می‌گردد که در نوشتار حاضر به بررسی تطبیقی آن با میانجی‌گری کیفری در غرب می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: شورای حل اختلاف، رسالت‌های کارکردی، ماهیت غیرترمیمی، میانجی‌گری.

مقدمه

ایجاد شوراهای حل اختلاف بر اساس ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران باز می‌گردد.^۱ ماده ۱۸۹ اشعار می‌دارد: «به منظور کاهش مراجعت مردم به محکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلاف محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارند و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است به شوراهای حل اختلاف واگذار می‌گردد. حدود و ظایف و اختیارات این شوراهای ترکیب و نحوه انتخاب اعضای آن بر اساس آین نامه‌ای خواهد بود که به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیأت وزیران و به تأیید رئیس قوه قضائیه می‌رسد».

در صدر ماده، اولین علت وجودی شورای حل اختلاف، کاهش مراجعت مردم به محکم قضایی عنوان شده تا بدین طریق بتوان به دادگستری در جهت پیروز آمدن از زیر بار سنگین پرونده‌های ارجاعی کیفری و غیر کیفری کمک کرد. دومنین رسالت شورای حل اختلاف، به افزایش دادن مشارکت‌های مردمی برای حل و فصل اختلافات از طریق درگیر کردن جامعه محلی در فرآیند رسیدگی‌ها بر می‌گردد تا بدین طریق دستگاه قضایی را در سرعت بخشیدن به فرآیند رسیدگی و در نهایت تراکم‌زدایی از کار محکم، کمک نموده باشد.

با توجه به این رسالت‌های عده‌ای از حقوقدانان سعی کرده‌اند که شورای حل اختلاف را با نهادهایی مانند میانجی‌گری کیفری در غرب مقایسه کنند و در بادی امر نیز به نظر می‌رسد که

* کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی.
۱- به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۶۰۷۰، ۱۱/۲/۱۳۷۹.

این قیاس تا حدودی موجه جلوه می‌نماید در حالی که با نگاهی تطبیقی و بر شمردن تمایزات فی‌مایین، باید ادعا کرد که این دونهاد؛ کاملاً با هم متفاوت است که در مطالب آتی بدان اشاره خواهد شد. امروز و بعد از گذشت چند سال کار اجرایی؛ باید گفت که متأسفانه درونداد و برونداد نهاد شورای حل اختلاف در کاوش مراجعت و تقلیل تراکم زدایی و توسعه مشارکت مردمی با نتایج مشبّثی همراه نبوده و حتی با اقبال عمومی نیز مواجه نشده است. راستی را از زبان عموم افراد جامعه می‌توان شنید که منشأ اصلی آن به آشکار شدن جنبه‌های غیرترمیمی و نداشتن برنامه‌ریزی‌های اصولی در تأسیس چنین نهادهایی برمی‌گردد. نگارنده در نوشتار حاضر به نشان دادن زوابایی از جنبه‌های غیرترمیمی شورای حل اختلاف در قیاس با میانجی‌گری می‌پردازد.

گفتار اول - واقعیت وجودی شورای حل اختلاف

آمار رو به تزايد پرونده‌های کیفری و غیرکیفری و یافتن راهکاری سریع برای خلاصی از دست چنین معضلی با هدف کمک به دستگاه‌های قضایی و در پشت پرده آن توسعه مشارکت مردمی (هدف نهان)، بستری و وجودی شورای حل اختلاف را در کشورمان ایران تشکیل می‌دهند. به زبان دیگر مبنای فکری تأسیس شورای حل اختلاف، ارتباط مستقیم با افزایش بروندۀ‌های محاکم و در نتیجه به همان نسبت تراکم جمعیت بالقوه و بالفعل کیفری و غیرکیفری دارد. ادعای فوق زمانی بیشتر آشکار می‌شود که در عبارت سطر اول ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه به عنوان قانون زیرینای ایجاد شورای حل اختلاف، کاستن از حجم تراکم مراجعت پایانی مردمی به محاکم دادگستری ذکر گردیده است. پس مبنای اصلی شکل‌گیری شورای حل اختلاف، از بین بردن معضل تراکم زدایی بوده و نه توسعه مشارکت مردمی در حل و فصل دعاوی؛ به طوری که به جرأت باید عنوان کرد که چنان‌چه معضل فوق الاشاره به طریقی دیگر قابل حل بود هیچ گاه به مشارکت هیأت اجتماع (آن هم افراد غیرمتخصص و بی‌خبر از امر قضا) در حل گرفتاری، روی آورده نمی‌شد.

دخالت جامعه محلی و درگیر نمودن آن‌ها در فرآیند رسیدگی‌های کیفری و حقوقی تنها به خاطر کاستن از بار بروندۀ‌های دادگستری بوده که تدریجاً و به مرور زمان کترل آن از عهده محاکم قضایی خارج شده بود. قبل از این گرفتاری و روپروردیدن با چنین معضلی در جامعه ما اصلاً بخشی از توسعه مشارکت همگانی در حل و فصل دعاوی تحت تأثیر مکاتب ترمیمی در میان نبود.

شاید عده‌ای عقیده داشته باشند که در جوامع غربی نیز همین معیار یعنی کاستن از بار بروندۀ‌های محاکم، دلیل اصلی تشکیل و ایجاد نهادهای ترمیمی (مثلاً میانجی‌گری) بوده ولی در جواب باید گفت که در جوامع غربی، مشارکت اجتماعی در جهت حل و فصل اختلافات با تفکرات بعض‌جا گزین صورت گرفته است نه تنها به صورت کمک‌رسانی محفوظ برای رهایی از دست پاره‌ای معضلات پیش روی دادگستری‌ها، هر چند نایاب از ذکر این نکته غافل مانده که در حال حاضر این نهادها بیشتر به صورت همیوار با محاکم عدالت کیفری عمل کرده و تفکر جایگزینی محفوظ هنوز جامه عمل به خود نپوشیده است.

دلیل روشن در تصدیق این مدعای که در جوامع غربی مشارکت اجتماعی تنها در راستای تراکم زدایی نبوده، این است که در بسیاری از کشورها، میانجی‌گری برای حل اختلاف نه

فقط بعد از مراجعه به محاکم قضایی بلکه حتی قبل از ورود پرونده به مدار عدالت کیفری در دادگستری‌ها نیز امکان‌پذیر است. به عنوان نمونه در کشور آلمان، طرفین در گیر اختلاف قبل از مراجعته به دادگستری باید الزاماً به میانجی گر منخصص رجوع کرده و در صورت عدم توافق و دریافت گواهی عدم سازش، آن‌گاه به محاکم قضایی رجوع نمایند. دادگستری کشور آلمان در ابتدای امر با پرونده‌های متعدد کیفری یا حقوقی مواجه نمی‌گردد تا برای حل معضل به تأسیس نهادهای کمک‌کننده غیرتخصصی مثل شورای حل اختلاف اقدام نماید.

در واقع باید فرق گذاشت میان بسترها وجودی تأسیس چنین نهادهای در ممالک غربی که تحت تأثیر دستاوردهای جرم‌شناسی چند دفعه اخیر، صرف مشارکت عمومی شهروندان، آن هم با معیارهای منطبق مدنظر بوده با ممالکی که در آن‌ها هدف از مشارکت مردمی تنها و تنها بهره‌گیری از نیروی کار افراد غیرمتخصص برای کاهش مراجعت مردمی و نهایتاً کم کردن آمار پرونده‌های کیفری و حقوقی می‌باشد. بدون تردید چون شوراهای حل اختلاف با مبانی فکری ترمیمی و معیارهای استاندارد و اصولی پایه‌ریزی، نشده زودتر از آن‌جهه که انتظار می‌رفت ماهیت‌های غیرترمیمی خود را بروز داده که در گفتار دوم و به صورت تطبیقی به آن نظر خواهیم انداخت.

گفتار دوم- ماهیت غیرترمیمی شورای حل اختلاف در قیاس با میانجی‌گوی کیفری

در این گفتار و با اشاره‌ای تطبیقی، معنی در نمایاندن جنبه‌های غیرترمیمی شورای حل اختلاف داریم. همان‌طور که مشخص است قانون اساسی هر کشور در بردارنده عالی‌ترین اهداف و نشان‌دهنده آرمان‌های عالیه همان اجتماع می‌باشد. تمامی قوانین و مقررات کیفری، مدنی، تجاری، اداری و... باید مطابق با آن تنظیم گردیده و همسو با آن در حرکت باشند. پر واضح است که هر قانون یا آیین‌نامه یا تشکیلات ساختاری که در تضاد با قانون اساسی باشد دیری نخواهد پایید که با روند نزولی و عدم کارایی در عملکرد مواجه خواهد شد.

شوراهای حل اختلاف از همان آوان تأسیس و تصویب، خصایص و زمینه‌های نقض اصول مسلم قانون اساسی را در خود نهفته داشتند. بر طبق اصل ۳۶ ق.ا. «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» و این در حالی است که به جرأت می‌توان ادعا کرد که شورای حل اختلاف اگرچه دادگاه صالح نبوده و نیست ولی اکنون به مثابه یک دادگستری نوین مشغول رسیدگی به پرونده‌های ارجاعی اعم از کیفری و حقوقی می‌باشد. امقررات شورای حل اختلاف به نحو آشکاری صلاحیت‌های رسیدگی به امور کیفری را تا نصاب مجازات قانونی سی میلیون ریال به اشخاص قادر صلاحیت و تخصص در امر قضا و در روستاهای ساد خواندن و نوشتن واگذار می‌کند که از شاهکارهای بدیع در نقض اصول متعدد قانون اساسی است.^۱ شورای حل اختلاف از زمان تأسیس و با نقض اصول ق. ا جنبه‌های غیرترمیمی خود را بروز داده است.

۱- اسماعیلیان، شاپور، مقاله زمینه‌های لفظ قانون اساسی در امور کیفری، خبرنامه کانون و کلای استان اصفهان، سال چهارم، شماره ۴۳، ص ۳.

بعد از ذکر این مطلب به مقایسه شورای حل اختلاف با نهاد میانجی گری کیفری می پردازیم تا بدین ترتیب سایر جهات و ظرفیت‌های غیرترمیمی شورای حل اختلاف بهتر و بیشتر نمایانده شود.

اولین ایرادی که به نهاد غیرترمیمی شورای حل اختلاف در قیاس با میانجی گری به متابه نهادی ترمیمی گرفته می شود این است که منشاً وجودی و زیربنای ساختاری شورای حل اختلاف، تراکم زدایی محض از کار دستگاه‌های قضایی بوده درحالی که نهادهای ترمیمی و از آن جمله میانجی گری به دنبال ناکارآمدی عدالت کیفری کلاسیک در مبارزه با بزهکاری، پا به عرصه وجود گذاشت و حتی به زعم نظر برخی حقوقدانان از چنین نهادهایی به عنوان سیستم‌های جایگزین در امر مبارزه با بزهکاری باد می شود. لازم به ذکر است که امروزه در ممالک غربی میانجی گری به مانند نهادی هم‌جوار با دادگستری‌ها در حال فعالیت می باشد.

دومین ایراد واردہ به شورای حل اختلاف فرآیند محور نبودن (عدم فرآیند محوری) این نهاد می باشد درحالی که در میانجی گری فرآیند محوری اصل بوده و حل اختلاف فی مابین طرفین در گیرآغاز و روند و پایان را طی می نماید.

ایراد سوم به ابزارهای موجود در شورای حل اختلاف و میانجی گری مربوط می شود. بدین معناکه در میانجی گری از ابزارهای کاملاً حرفه‌ای و تخصصی بهره می گیرند و در تقابل با آن در شورای حل اختلاف آنچه که اصلاً وجود ندارد روندهای حرفه‌ای و تخصصی است. در کشور فرانسه و برطبق ماده ۱۴۱ قانون آین دادرسی کیفری هرگاه دادستان با در نظر گرفتن شرایط، اعتقاد به بازپذیری مجرم یا تقادر به عدم تکرار جرم و نیز جبران خسارت داشته باشد با توجه به نوع جرم و تخصص هر فرد (میانجی) اقدام به ارجاع امر به میانجی گری می نماید^۱ که خود نشانی از تخصصی بودن امر میانجی گری بوده در حالی که در ایران، غیرحرفه‌ای بودن ابزارها آن‌جا مشخص می گردد که در شورای حل اختلاف در میان حیرت حقوقدانان، صلاحیت تحقیق و رسیدگی و صدور رأی درباره جرایم و مجازات نقدی قانونی تاسی میلیون ریال به اشخاص فاقد صلاحیت قضائی تفویض گردیده است. به ویژه این که اتخاذ تصمیم درباره تخلف از برخی نظمات مربوطه از قبیل امور بهداشتی، حرفه‌ای، صنفی، پژوهشکی، فنی-مهندسی، شهرداری، راهنمایی و رانندگی و... مستلزم اشراف به مسائل تخصصی و حقوقی است.^۲ آن‌جا که دارا بودن سواد کافی و آشنایی نسبی به موzaizen فقهی و مقررات قانونی ملاک عضویت در شورای حل اختلاف برای رسیدگی به پروندهای حقوقی و کیفری لحاظ گردیده با چه جرأتی می توان از تخصصی بودن ابزارها در حل مشکلات سخن گفت؟!

ایراد چهارم این خواهد بود که رجوع به شورای حل اختلاف در بسیاری موارد اجرایی بوده و طرفین ملزم به حضور هستند در صورتی که یکی از اصول حاکم بر میانجی گری، داوطلبانه بودن حضور هم در ابتدا و هم در روند تکمیلی آن بوده و به عبارت دیگر

۱- برطبق قانون آین دادرسی کیفری در فرانسه دادستان می تواند خود امر میانجی گری را بر عهده بگیرد.

۲- اسماعیلیان، شاپور، مقاله قانون خلاف صلاحیت و اصول دادرسی، خبرنامه کانون وکلای استان اصفهان، سال سوم، شماره ۳۳، ص ۱۹.

میانجی گری، بالذات اختباری است و الزامی به حضور در بین نیست.^۱ در ادامه همین مطلب، وجه اتفاق بارز دیگر شورای حل اختلاف با میانجی گری، در صدور حکم می‌باشد به گونه‌ای که شورای حل اختلاف به مانند دادگستری در راستای افزایش صلاحیت‌ها حکم صادر کرده در صورتی که میانجی گر حق صدور حکم را نداشته و پرونده را برای صدور حکم نهایی توسط دادگاه آماده می‌نماید. باید از ذکر این نکته غافل بود که اختیار صدور حکم از سوی شورای حل اختلاف در تناقض آشکار با اصل ۳۶ ق. ابوده که در مطالب قبلی به آن اشاره گردید. (حکم به مجازات باید از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد).

لازم به یادآوری است که ایرادات دیگری نیز ممکن است در ارتباط با قوانین و مقررات ماهوی و شکلی شورای حل اختلاف مطرح گردد که ذکر تمامی آن‌ها در این مقاله نمی‌گنجد ولی در نوشتار حاضر سعی برآن بوده تا اهم ایرادات نمایانده شود تا در صورت متقاعد شدن مسؤولان محترم قضایی و با رفع کڑی و کاستی‌ها بتوان گامی مؤثر را در جهت کاستن از جنبه‌های غیرترمیمی شورای حل اختلاف برداشت.

نتیجه‌گیری

با مقایسه‌ای تطبیقی، در افتن این نکته بدینهی است که شورای حل اختلاف تنها با مبنای نکری تراکم زدایی از بار پرونده‌های رو به افزایش محاکم قضایی، هستی یافته است. نتیجتاً این که تأسیس چنین نهادی نه تنها با فکر ترمیمی نبود بلکه با نظری بینا و ژرف به آن می‌توان بی‌بردکه رویکردهای شورای حل اختلاف نیز ترمیمی نبوده تا با ادعاهای بلندپروازانه بخواهیم آن را با نهادهای ترمیمی دو دهه اخیر در غرب در یک میزان قرار دهیم. این گفته به معنای داشتن تفکر غربی نیست بلکه حقیقتی گویا در خصوص شورای حل اختلاف و عدم توفیق در رسالت‌های کارکرده‌ی آن، در کشورمان ایران می‌باشد. تردیدی در این امر نیست که با تصویب و تدوین قوانین و مقررات غیر کارشناسانه و غیر منطبق با واقعیت‌های وجودی جامعه، نه تنها مشکلات را برطرف ننموده بلکه با گرفتاری‌هایی بیشتر نیز دست به گریان خواهیم بود و اثبات مدعای خویش را در مورد ناکارآمدی قوانین و تأسیسات ساختاری غیر کارشناسانه، همانند سایر حقوقدانان، به مرور زمان «نه چندان طولانی» موقول می‌نماییم. =

منابع

- ۱- اسماعیلیان، شاپور، مقاله «قانون خلاف صلاحیت و اصول دادرسی، خبرنامه کانون وکلای استان اصفهان، سال سوم، شماره ۳۳».
- ۲- اسماعیلیان، شاپور، مقاله «زمینه‌های نقض قانون اساسی در امور کیفری، خبرنامه کانون وکلای استان اصفهان، سال چهارم، شماره ۴۲».
- ۳- شیری، عباس، «افق‌های توین عدالت کیفری (عدالت ترمیمی)»، انتشارات انجمن علمی دانشجویی حقوق، دانشگاه تهران، صص ۸-۷.

۱- ر. گ. به: شیری، عباس، «افق‌های توین عدالت کیفری (عدالت ترمیمی)»، انتشارات انجمن علمی دانشجویی حقوق، دانشگاه تهران، صص ۸-۷.

برای حق

احمد ناصر اصفهانی

همواره شاهد بوده‌ایم سیاری از افراد با تمثیک به وجود تفاوت‌های طبیعی، اجتماعی، عقیدتی و غیره در میان انسان‌ها، برابری و تساوی حقوق آن‌ها را انکار نموده‌اند. اما آیا واقعاً تفاوت‌های انسانی در یک‌همندی برابر این‌ای بشر از حقوق انسانی تأثیرگذار است؟ دیدگاه‌های مختلفی در این رابطه وجود داشته و دارد، در اینجا از منظر حقوق بشر به آن می‌پردازیم.

سخن اول

تردیدی نیست که انسان‌ها از جهات مختلف با هم متفاوت‌اند. برخی زن هستند و برخی مرد، برخی کودک‌اند و برخی بزرگ‌سال، برخی معلول ذهنی و یا جسمی هستند و برخی غیرمعلول، برخی تُروتمنداند و برخی قبور، برخی دارای قدرت و توانایی جسمی و بدنی و یا توانایی بالای فکری و ذهنی هستند و برخی قادر این قدرت یا توانایی‌ها هستند... اما صرف نظر از این عوارض، همه انسان‌ها، علی‌رغم تنوع و گوناگونی، از یک ساختار زنیکی برخوردارند که آن‌ها را از سایر موجودات مجزا می‌کند و اصطلاحاً به آن زنوم انسانی گفته می‌شود.

سخن دوم

از منظر حقوق بشر، همین که موجودی دارای زنوم انسانی باشد، بشر است.^۱ کلیه این‌ای بشر به طور طبیعی، دارای نیازهایی از قبیل نیاز به زیستن شرافتمانه، نیاز به غذا و آب سالم، نیاز به امنیت، نیاز به آموختن و دانستن، نیاز به انتخاب کردن و تصمیم‌گرفتن و... هستند. این نیازها و همچنین برخی ضرورت‌های حیات اجتماعی، مبنای پذیرش امتیازات، توانایی‌ها و آزادی‌هایی برای انسان‌ها می‌شود که اصطلاحاً به آن‌ها حقوق انسانی اطلاق می‌گردد. از آن

۱- وکیل دادگستری- اصفهان.

۲- بنگردید به ماده ۱ اعلامیه جهانی زنوم انسانی و حقوق بشر (مصوب ۱۹۹۷- یونسکو): «زنوم انسانی بسر وحدت بین‌الملل همه اعضای خانواده بشری و شناخت کرامت ذاتی و تنوع آن‌ها تأکید می‌کند، به معنی همادین زنوم انسانی میراث مشترک بشریت است» قابل دسترس در:
<http://portal.unesco.org/en/>

جایی که همه انسان‌ها در انسان بودن با هم برابرند و هیچ‌کس انسان‌تر از دیگری نیست، یا برخی کمتر از دیگران انسان نیستند. در نتیجه همه افراد بشر دارای حقوق و آزادی‌های انسانی برابر با هم هستند و از حقوق بشر به طور برابر متعنت‌اند.

سخن سوم

در حقوق بشر، زمانی که از برابری و تساوی میان انسان‌ها صحبت می‌کنیم، با دو مفهوم رویرو هستیم. یکی «افراد برابر» و دیگری «محتوای برابری». تفکیک میان این دو مفهوم بسیار مهم و ضروری است و نباید بین این دو خلط شود و گزنه ممکن است به لحاظ وجود تفاوت‌های انسانی، تمتع برابر از حقوق بشر را انکار کنیم و یا بالعکس به لحاظ عدم توجه به وجود این تفاوت‌ها از لزوم استیفاء برابر از حقوق در هر شرایطی سخن برآئیم که أمری است نه ضروری و نه امکان پذیر. آن‌جایی که به تعریف انسان می‌پردازیم، در حوزه «تعیین افراد برابر» قرار داریم. اما آن‌جایی که از این سخن می‌گوییم که این افراد برابر، در چه چیز و در چه شرایطی با هم برابرند، در حوزه «تعیین محتوای برابری» قرار گرفته‌ایم. در این حوزه دو مفهوم مطرح است: یکی «برابری در تمتع» و دیگری «برابری در استیفاء».

سخن چهارم

تفاوت‌های انسانی از قبیل تفاوت‌های جنسیتی، تفاوت‌های جسمی و ذهنی و... در بهره‌مندی و تمتع برابر افراد از حقوق بشر هیچ‌گونه اثری ندارند. به صرف انسان بودن، همگان از این حقوق به طور برابر متعنت‌اند، اما صرف تمتع برابر از حقوق انسانی، لزوماً به معنای امکان استیفاء برابر در هر شرایطی نیست. به هنگام استیفاء و اجرای حقوق بشر، نقش تفاوت‌های انسانی قابل تأمل است.

از منظر موazین حقوق بشر، در قالب یک روند دموکراتیک و با رعایت ضوابطی، می‌توان نوعی اهلیت استیفاء جهت اجرای حقوق بشر هیچ‌گونه اثری ندارند. به صرف انسان بودن، همگان این که چارچوبه این اهلیت، موجب یک نابرابری ناموجه میان انسان‌ها نگردد. به تعییر بهتر می‌توان برای به کارگیری و اجرای حقوق انسانی، وجود یا حصول به شرایطی را در افراد مقرر داشت که از نظر عقلی و علمی کاملاً قابل توجیه باشند. در این رابطه چند نمونه ذکر می‌شود:

اجرای حق مشارکت در اداره امور عمومی

همه انسان‌ها به صرف انسان بودن، به طور برابر، دارای حق تعیین سرنوشت و حق اداره زندگی خود هستند. قسمت مهمی از زندگی هر فرد، حوزه عمومی آن است. مشارکت در اداره این حوزه، یکی از حقوق بنیادین بشر است. با این حال برای مشارکت در مدیریت یک جامعه یا یک کشور و نصدی امور مملکتی، داشتن سلامت روانی و قدرت تعلق و تجربه و

تعلق خاطر به سرزمین و جامعه و فرهنگ آن کشور، امری کاملاً معقول و ضروری است. کودکان، اصولاً قادر تجربه و تخصص و قدرت تقلیل و تصمیم‌گیری لازم در این زمینه می‌باشد. معلولان ذهنی و روانی نیز همین گونه‌اند. همچنین کاملاً پذیرفتی است، یک فردی که برای مثال، اصالت و تابعیت غیر ایرانی دارد و شهروند ایران محسوب نمی‌شود، به دلیل عدم تعلق خاطر به سرزمین و فرهنگ ایران، نتواند به نحو شایسته در مدیریت این کشور مشارکت نماید. از این رو، نمایندگان یک جامعه می‌توانند به دلیل وجود چنین واقعیت‌هایی و به منظور رعایت مصالح عمومی و ملی، برای متصدیان و یا برای انتخاب کنندگان آن‌ها، حداقلی از شرط سن، یا حداقلی از تحصیلات و تخصص و یا شرط شهروندی و تابعیت را مقرر دارند.

اجرای حق بر ازدواج و تشکیل خانواده

همه افراد بشر از ابتدای حیات، به طور برابر، دارای حق بر ازدواج و تشکیل خانواده هستند. لیکن این واقعیت دارد که تصمیم‌گیری‌های درست و آگاهانه و انجام مسؤولیت‌های مربوط به زندگی مشترک و همچنین داراشدن توانایی‌های مربوط به تولید نسل و زایمان و...، نیازمند رسیدن به دوره سنی خاصی است که در آن دوره، علی‌الاصول اغلب افراد، می‌توانند این امور را به انجام برسانند. بنابراین تعیین حداقل سن ازدواج برای اجرای این حق، کاملاً معقول و مبتنی بر واقعیات است.

اجرای حق بر مالکیت

کلیه افراد از حق مالکیت و آزادی‌های مربوط به آن به طور برابر بهره‌مند هستند. به موجب این حق، افراد می‌توانند کسب درآمد کنند، به فعالیت‌های اقتصادی دلخواه پردازنند و در چارچوب قانون، اموال و دارایی مورد نیاز و مورد علاقه خود را تملک نمایند و...، لیکن وجود برخی تفاوت‌های ذهنی و جسمی و یا داشتن برخی دانش‌ها و تخصص‌ها، همچنین وجود تفاوت در شیوه‌های زندگی و تفاوت در موقعیت‌های اجتماعی و... میان انسان‌ها، همواره موجب این شده است که برخی افراد از دارایی بیشتر و برخی از دارایی کمتری برخوردار گردند. بسیاری از افراد هستند که علی‌رغم تلاش فراوان ممکن است به دلیل تفاوت‌های گفته شده، نتوانند در طول دوران زندگی خود بیشتر از میزان معینی درآمد و دارایی کسب کنند. به همین خاطر برای این قیل افراد لازم است حداقلی از فرصت‌ها و امکانات فراهم شود، تا امکان اجرا و تحقق این حق - حق بر مالکیت - به وجود آید. در این راستا دولت‌ها می‌توانند و بلکه موظف‌اند با لحاظ این واقعیات و به منظور ایجاد حداقل فرمته‌ها و امکانات و درجهت تأمین عدالت اجتماعی، برخی تدابیر و اقدامات ضروری را که فی نفسه متنضم نابرابری‌هایی نیز هست، مذکور قرار دهند. مثلاً در زمینه پرداخت مالیات از بخودگی‌های مالباتی برای افرادی که دارای درآمدی کمتر از یک حداقل معین هستند،

استفاده نمایند و یا این که به این دسته از افراد به طرق مختلف، وام، یارانه و سایر تسهیلات ارائه نمایند.

این قبیل تفاوت‌گذاری‌ها و محدود سازی‌ها علی‌رغم این که یک نوع نابرابری میان افراد در استیفای از حقوق شان ایجاد می‌کند، اما تعییض تلقی نمی‌شود. از نظر کمیته حقوق بشر، «هر گونه رفتار نابرابر در صورتی که معیار و خصایطه چنین تفاوت‌گذاری معقول و عینی باشد و مقصود از آن دستیابی به هدفی باشد که طبق مبنای توجیه پذیر است، متضمن تعییض نخواهد بود».^۱ تعییض زمانی اتفاق می‌افتد که صرفاً به خاطر وابستگی به یک مذهب با نژاد خاص و یا به علت زن یا مرد بودن و امثال آن، اساساً تمتع برابر از همه یا برخی از حقوق انسانی را از افراد سلب یا با محدودیت مواجه کنیم و یا این که به دلایل موهوم و غیر واقعی و صرفاً به علت وجود تفاوت‌های انسانی، استیفای برابر از همه یا برخی از حقوق پسر را انکار نموده یا محدود نماییم.

سخن پایانی

انسان‌ها همگی از حقوق انسانی به طور برابر بهره‌مند‌اند، لیکن هنگامی می‌توانند این حقوق برابر را به طور برابر نیز استینه نمایند که واجد اهلیت استیفای آن نیز باشند. ضوابط و معیارهایی که چار چویه این اهلیت را تعیین می‌نمایند، می‌توانند مبنی بر برخی تفاوت‌های انسانی باشند، منوط به این که با لحاظ واقعیات عینی و دلایل مسلم عقلی، نابرابری که در پی آن ایجاد می‌شود را کاملاً توجیه نمایند. به سخن دیگر تفاوت‌های انسانی از قبیل تفاوت‌های جنسیتی، تفاوت‌های جسمی و ذهنی و... در بهره‌مندی و تمتع برابر افراد از حقوق پسر هیچ گونه اثری ندارند، اما همین تفاوت‌ها در شرایط و نحوه استیفا و اجرای حقوق پسر، می‌توانند اثر گذار باشند. فراموش نکنیم که همواره اصل بر برابری است. در تعیین افراد برابر و در شناسایی حقوق، این اصل مطلق است. اما در هنگام استیفاء و اجرای حقوق پسر، این اصل، استتا پذیر است. یعنی می‌توان به شرط وجود دلایل کاملاً معقول و مبنی بر واقعیات عینی، نابرابری‌هایی را در نظر گرفت. این سخن مناقبی با موازین حقوق پسر و لزوم رعایت اصل برابری ندارد. ■

1- General Comment No.18 . Adopted by the human rights committee, para: 13.

عدم عزل وکیل

سیامک بهارلویی و حق فسخ موکل

تعازم شرط

اداره ثبت اسناد و املاک اصفهان در بخششته شماره ۱۰۳/۸۸۱۲۹۷۰ با ارسال تصویر دادنامه شماره ۶۵۷ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان مورد ابطال سند و کالتname شماره ۶۰۶۶۴ صادره از دفتر اسناد رسمی شماره ۸ اصفهان را به کلیه دفاتر اسناد رسمی ابلاغ نموده است. موضوع خواسته خواهان در دادگاه بدوى صدور حکم به فسخ و کالتname مزبور به لحاظ تردید در جمله «دو ضمن عقد خارج لازم موکل حق عزل وکیل را از خود سلب و ساقط نموده بوده و بیان داشته عقد خارج لازمی صورت نگرفته است. شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان در نهایت، مستندا به مواد ۷۰ الی ۷۳ قانون ثبت اسناد و املاک، با احراز عدم اعتبار ادعای تردید نسبت به مفاد سند رسمی، قرار رده دعوی مطروحه را صادر نموده است. با تجدیدنظر خواهی خواهان، پرونده در شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان مورد بررسی قرار گرفته است. دادگاه تجدیدنظر نیز اعتراض تجدیدنظر خواه را از مصاديق ادعای تردید نسبت به سند رسمی تشخیص داده و در این خصوص نظر دادگاه بدوى را تأیید نموده و اشکال تجدیدنظر خواه را دارای وجاهت قانونی ندانسته است. لکن با احراز اراده انشایی موکل بر انحلال عقد وکالت و با توجه به جایز بودن عقد وکالت، حکم بر انحلال و فسخ و کالتname مزبور صادر نموده است! در بخش هایی از دادنامه صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر آمده است: «به نظر صرف شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم، ماهیت عقد وکالت را که عقدی جایز است تغییر نمی دهد... مگر آن که خود عقد وکالت هم در ضمن عقد لازمی منعقد شود... اگر طرفین خواستند از حکم قسمت دوم ماده ۶۷۹ ق.م استفاده کنند باید به همان کیفیتی که مورد نظر قانونگذار قرار گرفته است عمل نمایند یعنی وکالت با عدم عزل وکیل که دو موضوع علیحده می باشد هر دو را توأمًا با واقع ساختن عقد لازمی در قالب شرط ضمن العقد گنجانده تا عقد لازم، طبع اولیه عقد وکالت را که جایز است تغییر دهد... قید مذکور در سند رسمی یاد شده به نظر تغییری در ماهیت عقد وکالت نداده و جایز بودن عقد وکالت و اراده انشایی موکل بر فسخ آن منحل شده محسوب می گردد...».

درباره نظریه و استدلال دادگاه محترم تجدیدنظر چند نکه را می توان بررسی نمود:
نکته اول: به نظر می رسد اساسی ترین نکته مورد توجه دادگاه تجدیدنظر در صدور رأی بر انحلال وکالتname و توجه ننمودن به شرط بلاعزل در وکالتname، عدم رعایت ترتیبی است که مستفاد از قسمت دوم ماده ۶۷۹ قانون مدنی است؛ زیرا بیان شده (باید وکالت با عدم عزل وکیل توأمًا در ضمن عقد لازمی گنجانده شود) ظاهراً این استنباط ناشی از غلط املاکی در

* سند دفتر اسناد رسمی ۲۵۲ اصفهان.

برخی از نسخ قانون مدنی است زیرا در قسمت دوم ماده ۶۷۹ قانون مدنی آمده است: «... مگر این که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد در حالی که در بسیاری از نسخ به جای حرف «با» از حرف «با» استفاده شده است. با توجه به این نکته، دیگر نیازی به توأم بودن وکالت و شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم دیگر، آن گونه که دادگاه تجدیدنظر استدلال نموده است وجود ندارد. (صرف نظر از نظریه مشهور حقوقدانان که اساس این مشکل را با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی منطقی می‌دانند)»

نکته دهم: درباره این موضوع می‌توان این سوال را مطرح نمود که آیا تلازمی بین شرط عدم عزل وکیل و حق فسخ موکل وجود دارد؟ و آیا با عدم عزل وکیل دیگر موکل حق فسخ وکالتname را ندارد؟ هرچند ممکن است در بدو امر تصور شود تلازم عقلی بین عزل وکیل و فسخ موکل وجود ندارد لیکن می‌توان گفت بین نتیجه این دو، تلازم وجود دارد. زیرا چنان‌چه با وجود شرط عدم عزل، باز هم موکل حق فسخ داشته باشد شرط عدم عزل، لغو و پس‌فایده خواهد بود. به تعبیر دیگر وکیل از موکل می‌خواهد با گذاشتن شرط عدم عزل، این اطمینان را به او بدهد که بدون هیچ دغدغه‌ای می‌تواند به انجام مورد وکالت عمل کند بنابراین نمی‌توان از سوی شرط عدم عزل وکیل را در وکالتname مصون از خدشه تصور نمود و از سوی دیگر با احراز اراده انتسابی موکل مبنی بر فسخ وکالتname، رأی به انحلال وکالتname داد!

نکته سوم: دادگاه تجدیدنظر، با این استدلال که با آوردن یک شرط نمی‌توان ماهیت یک عقد را تغییر داد و عقد جایز را تبدیل به عقد لازم نمود، حق فسخ موکل را با وجود شرط عدم عزل باقی دانسته است. حال آن که شرط عدم عزل در وکالت، ماهیت عقد وکالت را تغییر نمی‌دهد بلکه به لحاظ تلازمی که با نتیجه حق فسخ دارد، این حق را استثنائاً از موکل سلب می‌نماید و این به معنی تغییر ماهیت عقد وکالت نیست. همان‌گونه که در وکالت بلاعزل چنان‌چه یکی از طرفین فوت کند یا دچار جنون شود یقیناً عقد وکالت منفسخ می‌گردد و قید بلاعزل بودن وکیل نمی‌تواند از این انفاسخ جلوگیری به عمل آورد. بنابراین، اساساً شرط عدم عزل، ماهیت عقد وکالت را تغییر نمی‌دهد. درحالی که در رأی مذکور از جمله «... تا عقد لازم طبع اولیه عقد وکالت را که جایز است تغییر دهد...» این گونه استفاده می‌گردد که شرط عدم عزل در شرایط استثنایی و تنها با تغییر دادن ماهیت عقد وکالت، شرطی صحیح و منجع خواهد بود!

نکته چهارم: آن‌چه تاکنون گذشت، بحثی رایج پیرامون رابطه شرط عدم عزل وکیل و حق فسخ موکل بود و این که آیا شرط عدم عزل وکیل به تنها جواز را که جزء ماهیت عقد وکالت است تغییر می‌دهد یا خیر؟ اما در این خصوص نظریه متفاوت و جالبی از سوی شیخ مرتضی انصاری در کتاب مکاسب ارائه شده است که به تغییر خرد او پاسخی حاسم بر این سوال است (پاسخی که سوال را از دیشہ برمنی دارد) ایشان در مقدمه دوم از بخش خیارات کتاب مکاسب در نقد نظریه معروف علامه حلی در کتاب (اختلاف) که جواز و لزوم را از ذاتیات عقد می‌داند می‌گویند: «ان اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد وليس من مقتضيات العقد في نفسه معقطع النظر عن حكم الشارع» شیخ اعظم معتقد است اساس جواز و لزوم، جزء ذاتیات عقد نیست و مثلاً لزوم در عقد بیع به وسیله حکم شارع فهمیده می‌شود ته این که ماهیت عقد بیع ایجاد لزوم کند. بنابراین نظر، شرط عدم عزل وکیل هر چند به جواز عقد

وکالت لطههای بزند (اگرچه بر حسب آن‌چه گذشت این گونه هم نیست) باز هم شرط خلاف ذات عقد محسوب نمی‌گردد و ماهیت عقد و کالت را تغییر نمی‌دهد زیرا ماهیت عقد و کالت چیز دیگری است و جواز در این عقد، چیز دیگر! این نظریه در اندیشه فقهاء و حقوقدانان متأخر نیز تأثیرگذار بوده است تا جایی که برخی حقوقدانان معتقد‌اند: «امکان بر هم زدن و کالت را باید مقتضا و جوهر و کالت دانست و هیچ مانعی ندارد که در نتیجه پیمان موکل و وکیل اختیار آن‌ها محدود شود یا از این برود...»^۱

در تشرییح نظریه شیخ انصاری، سید کاظم طباطبائی با را از این نیز فراتر نهاده و می‌گوید: «حسن الوجه فیاللزوم هو ان بناء البيع علىاللزوم فإذا ورد دليل الامضاء كفى» سید برای اولین بار مدعی شده است نه تنها جواز و لزوم جزء ماهیت عقد نیست بلکه دلیل آن حکم تأسیسی شارع نیز نیست. او معتقد است شارع در جواز و لزوم از عرف پیروی نموده و دستور شارع بر لزوم مثلاً عقد بیع یک حکم اضافی است.

نظریه شیخ انصاری و نظریه تکمیلی سید با توجه به بناء شارع در معاملات بالمعنى الاعم که امضا و تأیید عرف است (برخلاف عبادات بالمعنى الاصلی که بناء شارع تأسیس است) نظریه موجهی است و مورد توجه حقوقدانان معاصر نیز قرار گرفته است.^۲

نکته آخر آن که عنصر اساسی قانونگذاری، ترسیم حد و مرزهای حقوق شهروندی و دفاع از این حقوق است. بر این اساس در تفسیر موارد ابهام و اعمال قانون، رعایت این قاعده ضروری است. به عبارت دیگر در انتخاب یکی از چند استباطی که از یک عنوان قانونی می‌توان نمود، انتخاب تفسیری که در وضیعت آشفته و بی‌سر و سامان نظام ثبیتی کشور بسیاری سازگاری پیشتری دارد. اکتون که در وضیعت آشفته و بی‌سر و سامان نظام ثبیتی کشور بسیاری از خرید و فروش‌های اموال متنقول (مانتد خودروهای فرسوده) و غیرمتنقول (مانتد زمین‌هایی که مشکل شهرداری دارند) به دلیل وجود موانع ثبیتی از طریق و کالت بلاعزال صورت می‌گیرد و حقوق متعاملین خود به خود در معرض تفضیل به سبب عدم آگاهی از قوانین حقوقی است، تنها صدور این چنین آرایی از محاکم کشور برای ساختن یک معجون آشفته ساز دیگر کافی است! و کالت بلاعزال که هم اکتون یکی از متدالول ترین شیوه‌های نقل و انتقال در کشور ماست ذاتاً در معرض خطراتی مانتد موت یا جنون یکی از متعاملین قرار دارد و مردم از همین میزان از قوانین نیز اطلاع ندارند چه رسد به آن که این پس و کالت بلاعزال نیز با توجه به اراده انسانی موکل محل گردد! اگر چنین استدلالی فرا‌اگیر شود و قرار شود همه دفاتر استاد رسمی پس از صدور وکالت بلاعزال با مراجعة و درخواست موکل، وکالت‌های بلاعزال را فسخ کنند چه آشفته بازاری ساخته خواهد شد؟ لابد آن‌گاه رسالت نظام ثبیتی کشور در ایجاد بهداشت حقوقی محقق خواهد شد! این که چه کسی مسؤول ساماندهی به این وضعیت درهم ریخته است را نمی‌دانیم اما همین قدر می‌دانیم سازمان ثبت استاد و املاک کشور مسؤول آن نیست چه این سازمان در این موارد برای خود وظیفه‌ای جز صدور بخشنامه نمی‌شناسد!»

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، درس‌هایی از عقود معین، بخش وکالت.

۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، کتاب تحولات حقوق خصوصی، مقاله دوم (اللزوم و جواز در عقود و ایقاعات)

وضعیت حقوقی آپارتمانهای ساخته نشده

حسن پاک طینت

چکیده

در کشور ما آپارتمان سازی از قدمت زیادی برخوردار نیست و در چند دهه اخیر در شهرهای بزرگ به دلیل مهاجرت‌های زیاد به سوی این شهرها، فروش آپارتمان ساخته نشده رواج پیدا کرده است. در همین راستا مشکلات حقوقی در رابطه با نقل و انتقال این گونه ساختمان‌ها رخ داده است. از جمله این که اگر نقل و انتقال آن‌ها در قالب بیع قرار گیرد، با این مشکل مواجه است که بر طبق ماده ۳۶۱ قانون مدنی در بیع عین معین، میع باید هنگام عقد موجود باشد و الا باطل است. اگر ما آن را در قالب بیع کلی فرض کنیم، با این اشکال رویه رو است که مالی می‌تواند در قالب کلی به فروش بررسی که متنی باشد و نه قیمتی. در حالی که آپارتمان، یک مال قیمتی تلقی می‌شود. همچنین تحلیل این نقل و انتقال در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی یا تعهد به بیع، با ایراداتی رویه رو است. در این مقاله سعی شده است تا تحلیل‌های ارائه شده با دیدی نقادانه به تصویر کشیده شده و در نهایت، نتیجه‌ای معقولانه مطابق با نظام حقوقی به دست بدهیم.

واژگان کلیدی: بیع، آپارتمان‌های ساخته نشده، تعهد به بیع، بیع صرف.

مقدمه

خرید و فروش آپارتمان‌ها به دو صورت انجام می‌شود: ۱- اجراء به شوط تعليک. در این فرض باید مقررات قانون مدنی در مورد عقد بیع، قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۶ اسفند ۱۳۴۳ و ماده ۱۰ مکرر الحق شده به آن مصوب ۱۲۵۸ شورای انقلاب و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۸ اردیبهشت ۱۳۴۸ هیأت وزیران مورد توجه قرار گیرد. ۲- فروش آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد. در این فرض بر طبق نقشه ساخته‌سازی، ابعاد زمین، متراژ، ویژگی‌ها و کلیه اوصاف آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، در عقد خواهد آمد و فروشنده تعهد می‌کند آپارتمان مذکور را بر طبق شرایط مذکور در عقد در موعده معین ساخته و به خریدار تحویل دهد. در حقیقت، فروشنده مال موجود را نمی‌فروشد، ولی ملتزم به ساخت و تحویل آپارتمان مورد توافق می‌شود و خریدار بهای آن را به اقساط می‌پردازد. پاسخ مرسوم درباره وضعیت حقوقی آپارتمان ساخته نشده این است که تعهد به فروش است و به عبارت دیگر قراردادی است درباره فروش؛ فروشنده ملتزم می‌شود که ساخته‌سازی را بر طبق شرایط پیمان‌ساز و در نتیجه پیش از پایان ساخته‌سازی و انتقال آن، خریدار همچ حق عینی بر مال ندارد. در مباحث اصلی در مورد این موضوع بیشتر بحث خواهیم کرد.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران و کارآموز وکالت- اصفهان

۱- تاریخچه

علی القاعده برای صحت هر معامله، اوصافی بیان می‌شود که به طور معمول در تمام قراردادها یکسان اجرا می‌شود. این اوصاف عبارت‌اند از: ۱-۱- معلوم و معین بودن. ۲-۱- قدرت به تسليم. ۳-۱- موجود بودن. ۴-۱- مشروع بودن. ۵-۱- مالیت داشتن. ۶-۱- قابلیت نقل و انتقال (شیخ انصاری، ۱۳۷۲، ۲۰۲).

شرط سوم یعنی شرط موجود بودن، اختصاص به موردی دارد که مال به صورت عین معین فروخته می‌شود و مانی که در آینده بوجود می‌آید، نمی‌توان در قالب عین معین فروخته شود. به عبارت دیگر، آن‌چه مورد انتقال قرار می‌گیرد حق مالی است که شخص انتقال دهنده را به مال موضوع معامله مربوط می‌کند. این رابطه، زمانی ایجاد می‌شود که دو پایه آن (یعنی شخص و مال) موجود باشد و گرنه حقی بوجود نمی‌آید تا مورد انتقال قرار گیرد. به همین جهت، در این گونه موارد، هر گاه عین در زمان انتقال موجود نباشد، عقد باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۶۹). این قاعده در تمام مواردی که قصد انشا ناظر به عین خارجی است، موجود است و در نتیجه، بیع در مورد مالی که احتمال وجود آن است یا این که در آینده به وجود می‌آید اجرا می‌شود. همین مباحث را می‌توان در کتب فقهی تحت عنوان فروش مال آینده یا مال معدوم یافت. در واقع بسیاری از فقهاء، فروش مالی را که در آینده به وجود می‌آید تحت عنوان بیع مال معدوم آورده و آن را باطل می‌دانند (شیخ محمد حسن نجفی، بی‌تا، ۲۵۱). برخی دیگر در امکان فروش سردرختی و میوه‌آینده تردید کرده‌اند و در صورتی آن را صحیح می‌دانند که فروش مال منضم به یک مال موجود باشد. عمدۀ ترین دلیل آنان، حدیث لاتع مالیس ماعنده‌ک است. از طرفی دیگر بحث عقد استصناع در فقه مطرح شده است که بی ارتباط با بحث نیست. در این عقد، صنعتگر در مقابل پولی که می‌گیرد متعهد می‌شود که شیء مورد توافق را با خصوصیات مورد نظر سازد. در این که این عقد نیز صحیح است یا خبر نیز اختلاف نظر وجود دارد. با این حال پاره‌ای آن را با استناد به مصالح مرسله صحیح می‌دانند و آن را زاده نیازهای امروزی می‌دانند که پذیرش بیلان آن باعث عسر و حرج در روابط مردم خواهد شد. بنابراین هرچند که در فقه بحثی تحت عنوان فروش آپارتمان ساخته نشده نیامده است (علیزاده، ۱۳۸۲، ۲۵) اما ممکن است یکباره انکار کرد که فقهاء مابه این اصر توجه نداشته‌اند. زیرا در مصادف‌های مشابه که قابل انطباق با فروش آپارتمان ساخته نشده است، بحث‌های زیادی در مورد فروش مال آینده مطرح ساخته‌اند و ممکن است نظر آنان را به همین ترتیب در مورد فروش آپارتمان ساخته نشده استنتاج کرد.

۲- تعریف

برای تعریف مناسب باید داشت که مورد معامله عبارت است از پیش فروش آپارتمان یا واحد آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود. در فقه شاید بتوان بهترین تعریف را در این گونه معاملات از بیع سلف یا سلم استخراج کرد (علامه حلی، ۱۳۷۲، ۱۹۹). در این معامله، ثمن نقد است و باید در مجلس معامله به قبض فروشنده داده شود و در ازای آن، فروشنده تعهد می‌کند که میع را با اوصاف معلوم و معین در مدت معلوم تهیه و به خریدار تسليم نماید. شاید بتوان این تعریف فقهی را در مورد فروش آپارتمان‌های امروزی به کار برد، اما در انطباق این تعریف

با معاملات امروزی دو اشکال وجود دارد. اول این که در بیع سلف، ثمن باید در مجلس عقد به فروشنده تحویل داده شود، در حالی که در معاملات امروزی، خریدار صرفاً مبلغ ناچیزی را در همان ابتدای امر پرداخت می‌نماید و بر اساس توافق با فروشنده، بقیه اقساط را در مواعید معین پرداخت خواهد نمود. اشکال دوم از آن جانشی می‌شود که بیع سلف و سلم صرفاً در مورد مال کلی، صحیح تلقی شده و مال کلی در مورد اموال مثاب امکان پذیر است (حسینی عاملی، ۱۳۲۶، ۲۷۰؛ ۱۳۲۰، ۲۷۵). ساختمان، مال مثاب تلقی نشده و فروش آن در قالب بیع کلی با اشکال و ایراد مواجه خواهد بود. از لحاظ حقوقی می‌توان آن را به فروش یک دستگاه آپارتمان ساخته نشده با اوصاف معلوم و معین در ازای ثمن در موعدی مضبوط و معین تعریف کرد (علیزاده، ۱۳۸۲، ۵۰ و لیون، ۱۳۸۰، ۶۷). در ادامه به بررسی ماهیت حقوقی این معامله خواهیم پرداخت.

-۳- بیع

گاهی اوقات دو طرف می‌خواهند مال موجود در آینده را از هم اکنون تملیک کنند و این با فرضی که توافق می‌کنند سبب تملیک مال آینده را به وجود آورند، تفاوت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۲۷۵). در حالت اول قطعاً معامله باطل است، زیرا تراضی طرفین در مورد مالی می‌شود که وجود ندارد و به اصطلاح معدهم است که ماده ۳۶۱ قانون مدنی آن را منع می‌کند. اگر در بیع عین معین معلوم شود که بیع وجود نداشته بیع باطل است، (اما می، ۱۳۷۷، ۳۰)، در فرض دوم با اشکالی مواجه نخواهیم شد، زیرا بیع موجود، انتقال داده نمی‌شود و صرفاً سبب انتقال فراهم می‌آید. نکته مهم در اینجا این است که به محض تحقق سبب، تملیک صورت می‌پذیرد و نیازی به تحقیق و انجام عمل حقوقی دیگر نیست. به عبارت دیگر تملیک، متعلق بر وجود است و با ایجاد هر ذره از ساختمان به تدریج نیز تملیک صورت می‌گیرد. در امکان تعلیق در عقد اشکالی دیده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۵۷). همین تحلیل را می‌توان در وصیت دید. موصی صرفاً سبب تملیک را ایجاد می‌کند و این سبب باعث می‌شود که مال خود به خود و متعلق بر فوت موصی به موصی له متنقل شود و نیاز به عمل حقوقی دیگری نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۲۰۹). تمعون دیگر را می‌توان در اجراء به شرط تملیک دید که صرفاً زمینه و سبب تحقق انتقال فراهم می‌آید. در این زمینه اشکالی دیده نمی‌شود. اما اگر فروشنده نظر به فروش آپارتمان موجود داشته باشد، بی‌گمان عقد باطل است. به همین دلیل، ایراداتی که در مورد فروش آپارتمان ساخته نشده به استاد ماده ۳۶۱ قانون مدنی گرفته شده است، کارساز نیست. زیرا ماده ۳۶۱ ناظر به فرضی است که بیع از هم اکنون به فروش رود و آشکار شود که می‌بین موجود نیست. در نتیجه از اشکال تعهد به فروش رهایی خواهیم یافت؛ زیرا تحلیل آپارتمان ساخته نشده با تعهد به فروش، با این اشکال مواجه است که خریدار هیچ حق عینی برآپارتمان مذکور ندارد و فروشنده به راحتی می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۲۷۸، شهیدی، ۱۳۷۵، ۶۷). در واقع تحلیل معامله مذکور به عنوان عقد بیع برای حمایت از حقوق مصرف کننده در برابر مؤسسه‌های بزرگ ساختمانی ضرورت دارد و به مصلحت عمومی است. البته برخی، این گونه معاملات را در قالب بیع کلی آورده‌اند و فروشنده را در صورت تخلف از تعهد خود و انتقال آپارتمان به دیگری، ملزم می‌دانند که تعهد خود را از نوع مشابه انجام دهد (علیزاده، ۱۳۸۲، ۴۷). همچنین باید مذکور شد که این معامله نمی‌تواند

در قالب بیع در حکم معین درآید؛ زیرا اموالی می‌توانند به صورت کلی در معین به فروش رستد که مثلی باشند و نه قیمتی (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۲۰، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۵۷، شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۵۹). برخی دیگر به گونه‌ای متفاوت، معاملات مذکور را توصیف می‌کنند. به نظر اینان، فروشنده صرفاً زمین را می‌فروشد و تعهد می‌کند که آپارتمان مذکور را با اوصاف معین ساخته و در موعد مقرر تحویل خریدار دهد. در این تحلیل، عقد بیع و مقاطعه کاری در هم آمیخته است. فروش زمین به خریدار، عقد بیع را تشکیل می‌دهد و پس از اتمام عقد، فروشنده به عنوان پیمانکار و خریدار به عنوان کارفرما در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و فروشنده به عنوان پیمانکار متعهد می‌شود ساختمن مذکور را با اوصاف مزبور ساخته و به خریدار تحویل دهد. حسن این تحلیل این است که خریدار را از نقل و انتقالات معارض فروشنده مصنوع می‌دارد و در صورت تخلف فروشنده، می‌توان با فسخ قرارداد، ساخت آپارتمان را به دیگری واگذار کرد (شهیدی، ۱۳۷۵، ۵۷). اما ایراد اساسی این تحلیل آن است که توصیف این معامله به دو عقد بیع و مقاطعه کاری با قصد متعاملین مخالف است «المفرد تابعه للقصود». در این نوع قراردادها خریدار ملتزم می‌شود که تا قبل از تنظیم سند رسمی انتقال، از هر گونه نقل و انتقالی نسبت به آن خودداری کند. آنچه از این شرط استباط می‌شود این است که مورد معامله، انتقال آپارتمان است نه زمین و خریدار ملتزم به عدم انتقال آپارتمان می‌شود. طرفین اصلاً تصور چنین قراردادهایی را نکرده‌اند و این ساخته ذهن یک حقوقدان تبریزی و کنجدکار برای حمایت از خریدار است. در هر حال اگر قصد طرفین چنین باشد، معامله مذکور صحیح است.

۴- بیع سلف

در این نوع بیع، می‌بیع کلی فی ذمه و ثمن نقد و قبض ثمن در مجلس عقد از ارکان صحت معامله است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ش ۳۶۵۷، محقق قمی، ۱۳۲۴، ۱۲۰). هر چند که برخی خواسته‌اند پیش فروش آپارتمان ساخته نشده را در قالب بیع سلف با سلم قرار دهند، اما ایرادات و اشکالاتی بر این نوع معامله وجود دارد.

۱-۱. در بیع سلف، مورد معامله کلی است و با توجه به این که مورد معامله در بیع آپارتمان یک مال قیمتی است، نمی‌تواند در قالب معامله کلی درآید.

۲-۲. در بیع سلف، ثمن نقد است، در حالی که در معاملات آپارتمان‌ها، ثمن نقد نسبت و در طی انساط طولانی مدت پرداخت می‌شود.

۳-۳. در بیع سلف، قبض کل ثمن در مجلس عقد شرط است که این شرط در معاملات مذکور با توجه به توضیحات بالا مفهود می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۸، ۵۵۲).

۵- عقد شرکت

«شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاره» (ماده ۵۷۱ قانون مدنی)؛ «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکا، از قبیل مزاج اختیاری یا قبول مالی مشاع در ازای عمل چند نفر و نحو این‌ها» (ماده ۵۷۳ قانون مدنی). در این معامله چند نفر سرمایه خود را در قالب عقد شرکت اختصاص به ساخت آپارتمان‌های مشاعی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۸). در واقع یک نفر مالک یک

قطعه زمین است، اما چون سرمایه کافی برای ساخت و ساز ندارد با دیگری قراردادی تحت عنوان شرکت منعقد می‌نماید که اقدام به ساخت آپارتمان‌های مشترک نمایند. به این نظر ایراداتی وارد کرده‌اند:

۱-۵. از جمله این که عقد شرکت از عفو و جائز است و هر آن، هر یک از طرفین حق فسخ عقد را دارد.

۲-۵. پس از ساخت آپارتمان، هر یک از طرفین مالک مشاعی آپارتمان خواهد شد، در حالی که قصد طرفین، خرید قسمت معین و مجزا از یک آپارتمان است (علیزاده، ۱۳۸۲، ۹۰).

هر یک از ایرادات مذکور قابل دفع است: طرفین می‌توانند حق فسخ را در دابطه بین خود ساقط نمایند و عقد شرکت را در بین خود الزام آور سازند. بنای طرفین در مشارکت در امر ساختمناسازی همین است که طرفین حق فسخ عقد را نداشته و تا اتمام کار با هم همکاری نمایند. همچنین اگر قصد طرفین در مشارکت در ساخت احراز شود، اشکالی متوجه این قصد نخواهد شد. طرفین پس از اتمام ساختمناسازی آپارتمان‌های مذکور می‌شوند. در نتیجه اگر قصد طرفین بر مشارکت احراز شود ایرادی متوجه این تحلیل نخواهد بود.

۶- تعهد به بیع

در تعهد به بیع که در عرف امروزی به قولنامه شهرت یافته است، طرفین قصد انعقاد معامله اصلی را ندارند و صرفاً زمینه سازی برای انتقال مورد معامله در آینده را می‌کنند. مصدق بارز این تعهدات، فروش اموال غیرمنقول است که خریدار و فروشنده پس از توافق اولیه (قولنامه) متعهد می‌شوند. پس از فراهم کردن شرایط انتقال با حاضر شدن در دفتر استاد رسمي، بیع قطعی را انجام دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۲۷۶. ویون، ۱۳۸۰، ۷۸. کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۷۸). «اگر قرارداد فروش آپارتمان، تنها به تعهد بر ساختن و انتقال دادن پاشد، فروشنده توافق می‌تواند با پول نیازمندان کاخی بلند بسازد و به صاحبان اصلی نیز انتقال می‌دهد. گاه او می‌تواند به چند برابر بهای قراردادی ساخته خود را بفروشد و یعنی از عهدشکنی ندارد. بر بنای تحلیل مرسوم آپارتمان از آن اوست و اگر به دیگری بفروشد مال خود را انتقال داده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۲۹۰).

۷- قرارداد خصوصی

آخرین تحلیل برای صحت و پذیرش این گونه معاملات در نظام کنونی، ماده ۱۰ قانون مدنی است. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد ناقد است». در واقع وقتی که حقوقدان در می‌ماند که ماهیت عقد حادث را با کدام یک از نهادهای حقوقی تطبیق دهد ناچار به ماده ۱۰ قانون مدنی متولّ می‌شود و از همه قید و بندی‌های عقود معین رها می‌شود. از تحلیل بیع، آزاد است؛ زیرا از اشکال مربوط به موجود نبودن یا کلی بودن یا قیمتی بودن رهایی می‌یابد. از تعهد به بیع رهایی می‌یابد، زیرا دیگر اشکال عدم حق عینی خریدار را بر معامله مذکور نمی‌بیند. از عقد شرکت به علت جایز بودن خلاص می‌شود و شرط قرض ثمن در مجلس عقد را در بیع سلف در برابر

خود نمی بیند (علیزاده، ۱۳۸۲، ۱۶۵). در هر حال، در صورتی که نتوان بر مبنای تحلیل پیشین به صحت عقد مذکور حکم کرد، می توان به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحبت آن را پذیرا شد.

۸- ترقی ناسکهای مصالح ساختمانی

باید تذکر داد که تعهد فروشنده، ناظر به نتیجه است. از او هیچ عذری جز قوه قاهره پذیرفته نخواهد شد. در صورتی به عهد خود وفا کرده است که آپارتمان ساخته شده را تحويل دهد. اما گاه ممکن است در اثر حوادث پیش بینی نشده، هزینه مصالح ساختمانی با مزد کارگر چند برابر شود و اجرای تعهد برای فروشنده متعدد و متعدد باشد. بنابراین باید پنداشت که مفاد عقد، هیچ گاه تغییر نمی کند و همچنان دست نخورده باقی می ماند. عوامل اختیاری و اجباری سبب می شود که متن اصلی قرارداد تغییر کند. بنابراین ممکن است بر اثر حکم قانون یا تراضی طرفین یا به وسیله دادرسی، قرارداد تعديل شود. تعديل قانونی ناظر به موردی است که به موجب قانون به طور مستقیم انجام می شود یا قانون به یکی از دو طرف حق تعديل را می دهد. تعديل قراردادی در جایی است که دو طرف در متن قرارداد تعديل را پیش بینی می کنند یا پس از انعقاد قرارداد به تراضی انجام می شود. تعديل قضایی به موردی گفته می شود که دادرس مفاد قرارداد را تعديل و متناسب با شرایط می سازد. تعديل قضایی نیز متنده به مبانی گوناگون است. از جمله: نظریه حوادث پیش بینی نشده، بر هم خوردن تعادل دو عوض و ایجاد غبن، سوء استفاده از حق، دارا شدن بلا جهت، رفتار خلاف حسن نیت و دگرگونی طبیعت تعهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۷۰). به هر حال اگر ادامه کار برای فروشنده ایجاد عسر و حرج کند، بی اعتنایی به آن روانیست و دادگاه باید درخواست تعديل یا فسخ قرارداد را پذیرد.

نتیجه گیری

- ۱- قرارداد پیش فروش آپارتمان ساخته نشده، زاده نیازهای کنونی است و ضرورت فانونگذاری در این زمینه برای حمایت از خریداران احسان می شود. اما می توان از عنایون مشابه در فقه یعنی فروش سر درختی و بیع سلف و سلم و استصناع، برای پذیرش این گونه معاملات استفاده کرد.
- ۲- همان طور که گفته شد، پذیرش بیع بودن این گونه قراردادها، با ماده ۳۶۱ قانون مدنی مخالف ندارد. رویه قضایی می تواند با تحلیل درست این گونه قراردادها به ایجاد سبب مالکیت و پذیرش شرط تدریجی مالکیت برای خریدار، چارچوبهای خاص و منظم در قالب عقد بیع برای این گونه را پذیرا شود.
- ۳- اگرچه شاید بتوان برای تفسیر این گونه معاملات از بیع سلف استفاده کرد، اما از آن جا که بیع سلف مخصوصات خود را دارد که با آپارتمان های ساخته نشده سازگار نیست، کمتر به آن توجه شده است.
- ۴- توجیه معاملات مذکور در قالب عقد شرکت نیز قابل پذیرش است. یکی از طرفین، زمین و طرف دیگر سرمایه را برای ساختن آپارتمان با مشارکت یکدیگر به کار می گیرند. اما اشکال عده این تمايل، مخالف بودن آن با قصد طرفین است و به همین دلیل مورد استقبال قرار نگرفته است و الا از لحاظ حقوقی اشکالی متوجه آن نیست.

۵- تعهد به بیع، با اشکال عدم حمایت لازم و کافی از خریدار روبه روست. از این روست که برخی حقوقدانان با عدول از تحلیل های قبلی، به استناد ماده ۱۰ به استقبال پذیرش این گونه معاملات رفته‌اند.

۶- در عین حال که باید ادعای تابه‌جای تغییر قیمت را رد کرد، وقوع حادثه ناگهانی و دور از انتظار دو طرف را، باید مجوز فسخ یا تغییر قرارداد ساخت. *

منابع و مأخذ

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۲، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۹.

- امامی، حسن؛ حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ نوزدهم، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۹.

- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.

- ولیون، رضا، مقاله فروش آپارتمان‌های ساخته نشده، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان، ۸۰.

- علیزاده، حسن، وضعیت حقوقی فروش آپارتمان ساخته شده، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۲.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی، جلد اول، چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۳۸.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، چاپ احمدی، ۱۳۷۸.

- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ اول، نشر مجده، ۱۳۸۳.

- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، کتاب البیع، مطبوعه الاطلاعات، ۱۳۷۲ ه.ق.

- میرزای قمی، جامع الشنات، چاپ سنگی، دو جلدی، ۱۳۲۴.

- حسینی عاملی، مفتاح الكوامه، جلد پنجم، چاپ سوم، ۱۳۳۰.

- علامه حلی، تذکره الفقهاء، جلد سوم، چاپ سوم، ۱۳۷۲.

- محقق حلی، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم بن احمد بزدی، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران.

- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الكلام، جلد سوم و پیست و پنجم، بیروت، دارالاکبا التراث العربي، چاپ هفتم، بی‌تا.

ارکان بزه جعل رایانه‌ای

محمد رضا توکلی*

چکیده

فن آوری اطلاعات با پیشرفت سریع علوم رایانه‌ای و گسترش شبکه‌های الکترونیکی و مجازی، تحول عظیمی در نحوه زندگی بشر به وجود آورده که به انقلاب اطلاع رسانی شهرت پیدا کرده و عصر پیش رو را به عصر اطلاعات مبدل ساخته است. جمهوری اسلامی ایران نیز با کارگیری این فن آوری، عضو این جامعه اطلاعاتی شده و قوانینی در این خصوص و از جمله بزه جعل رایانه‌ای که چزه جرایم مهم و در ارتباط با امنیت و آسایش عمومی می‌باشد وضع نموده است که نیاز است مورد بحث و بررسی قرار گیرد و نقاط ضعف و قوت آن مشخص گردد.

کلید واژه: جرایم رایانه‌ای؛ جعل رایانه‌ای، ارکان جرم، تجارت الکترونیکی.

مقدمه

انقلاب فن آوری اطلاعات، جوامع را دستخوش تغییرات نموده است و بیاری از کارها و امور راهم راحت تر نموده است. امروزه به سختی می‌توان بخش‌هایی از جامعه را یافت که تحت تأثیر آن قرار نگرفته باشد. اما این پیشرفت‌ها حائز جنبه‌های خطرناک و پیوایش انواع جرایم جدید و بهره‌برداری از فن آوری جدید در ارتکاب جرایم سنی نیز می‌باشد. افراد از طریق اتصال به سرویس‌های اطلاعاتی و ارتباطات به یک فضای مجازی دست می‌یابند که به راحتی می‌تواند مورد سوءاستفاده مجرمین و اخلالگران قرار گیرد. بنابراین حقوق جزا بایستی با ایجاد و تأسیس مقاومت و نهادهای نوین، تدابیر لازمی مناسب با این پیشرفت‌های تکنولوژی پیش بینی نموده و همچنین فرصت‌های پیچیده‌ای که جهت سوءاستفاده از تسهیلات فضای مجازی فراهم آمده است را مدنظر داشته باشد. در این مختصراً سعی شده ارکان بزه جعل رایانه‌ای از منظر قانون جرایم رایانه‌ای و قانون تجارت الکترونیکی مورد بررسی قرار گیرد. قبل از آن که وارد بحث اصلی شویم مختصراً توضیحی درخصوص تعریف جرایم رایانه‌ای و جعل رایانه‌ای داده و سپس به ماهیت موضوع پرداخته خواهد شد.

۱- تعاریف

۱-۱- تعریف جرایم رایانه‌ای

با توجه به تعریف کلی که از جرم در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی وجود دارد که هر فعل یا ترک فعلی را که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌نماید. لیکن بسیاری از جرایم در قوانین کیفری تعریفی از آن ارائه نشده است و جرایم رایانه‌ای نیز مستثنی

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، قاضی دادگستری- خمینی شهر.

نخستنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان- سال چهارم- شماره چهل و ششم- اردیبهشت ماه ۱۳۸۹

از این موضوع نمی‌باشد و مشکل فراروی محققان جرایم رایانه‌ای نیز تعریف این پدیده است. در این زمینه تعریف‌های گوناگونی توسط افراد و سازمان‌های مختلف بین‌المللی ارائه شده است که گاهی رهیافت تکنیکی و گاهی رهیافت حقوقی دارند که این رهیافت‌ها هریک بحث دیگری را در بطن خود دارد که بحث در رابطه با آن‌ها از حوصله و موضوع این مقاله خارج است و خود مبهمی جداگانه می‌طبند و ذیل به ذکر چند تعریف از سازمان‌های بین‌المللی اکتفا می‌گردد:

قدم نخست در این خصوص از سوی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (O.E.C.D)^۱ در گزارش «جرائم رایانه‌ای - تحلیل سیاست‌های قانونی» در سال ۱۹۸۶ برداشته شده که در تعریف موسوع و مبهم عنوان داشته است: «سواء استفاده از رایانه‌ها شامل هر رفتار غیرقانونی، غیر اخلاقی یا غیرمجاز مربوط به پردازش خود کار انتقال داده‌هاست». کمیته متخصصان جرم رایانه‌ای اروپا^۲ نیز در توصیه‌نامه معروف (R/89) سال ۱۹۸۹ خود تعریفی از جرائم رایانه‌ای ارائه ننموده و صراحتاً در گزارش توجیهی این توصیه‌نامه اعلام داشته است که هر تعریفی از جرائم رایانه‌ای با نوعی نارسانی موافق می‌شود.^۳

یکی از متخصصان این کمیته چنین تعریفی از جرائم رایانه‌ای ارائه کرده است: «هر فعل مثبت غیرقانونی که در آن، رایانه، ابزار یا هدف جرم است، به عبارت دیگر ابزار یا هدفی که تأثیرگذار بر عملکرد رایانه است.» متخصصی دیگر از همین کمیته می‌گویند: «هر واقعه توأم و انجام شده با فناوری رایانه که موجب شود بزه دیده، متحمل ضرر، خواه بالقوه یا بالفعل شود و مرتكب عمدتاً توانسته یا خواهد توانست چیزی را (اعم از امتیاز مالی و غیرمالی) کسب کند».^۴ انجمن بین‌المللی حقوق کیفری (AIDP)^۵ نیز در نشست‌های مختلف خود توانسته است تعریفی از جرائم رایانه‌ای ارائه دهد.

لازم به ذکر است که تعبیر جرایم رایانه‌ای، با وجود پیدایش اصطلاحات جدید در خصوص جرایم نوین مرتبط با فناوری اطلاعات، کماکان کلیت خود را حفظ کرده است و مفهوم آن در وسیع ترین شکل ممکن مذکور می‌باشد. در قوانین موضوعه ایران در این مقوله از جمله قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۷/۱۰/۸۲ و قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۵/۱۰/۸۳ تعریفی از جرائم رایانه‌ای عنوان نشده است و صرفاً به ذکر مصادیقی در مواد مختلف پرداخته شده است.

۱-۲- تعریف جعل

جعل^۶ یکی از مسائل مهم حقوق کیفری است و علاوه بر جنبه‌های ضرری آن موجب سلب اعتماد مردم نسبت به استاد و نوشته‌های رسمی و غیر رسمی گردیده و نتیجتاً مخل آسایش و

۱- Organization for economic co-operation and development.
۲- جاوده‌نیا، جود، جرایم تجارت الکترونیکی، تهران، انتشارات خرسنده، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۲۳.

۳- Council of Europe - Committee of Ministers.

۴- جاوده‌نیا، جود، پیشین، ص ۱۲۳.

۵- دزیانی؛ محمد. حسن، ابعاد جزایی کاربرده کامپیوتو و جرایم کامپیوتوی، خبرنامه انفورماتیک، شورای عالی انفورماتیک کشور، شماره ۵۸، تیر ۱۳۷۴، ص ۱۵۷.

۶- Association Internation De Droit Penal; International Association Of Penal Law.

۷-Forgery.

نظم عمومی می‌گردد. به همین لحاظ است که آن را از جمله جرایم بر ضد آسایش عمومی می‌دانند و لذا آشنایی با جگونگی آن و علم و اخلاق از مشخصات آن برای تعامی افراد جامعه لازم و مفید می‌باشد. مضافاً این که اتفاقاً اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز این است که جرم جعل از حیث قانونی هم، واجد تعریف باشد تا همگان بدانند چه اعمالی مصدق عنوان جعل می‌باشد و مجازات ارتکاب این اعمال چیست تا از ارتکاب آن خودداری کنند. جعل در لغت به معنی ساختن، گردانیدن، قرار دادن، وضع کردن، خلق کردن؛ آفریدن، ساختن سند یا نوشته دیگر به نام کسی برخلاف حقیقت^۱ و نیز به معنای نامبلدن، پیدا و آشکار کردن، نسبت دادن چیزی به چیزی، بزرگ داشتن و گردن، گرگون کردن و... می‌باشد. در قرآن مجید نیز در آیات مختلفی^۲ لغت جعل با معانی گوناگون ذکر شده است: «وَ لَوْ شَاءَ رِبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أَمَّهَا وَاحِدَةً»^۳، «أَفَكَ خَدَى شَمَا مَيْخَوَسْتَ هَرَآيْهَ مَرَدَمَ رَا يَكَ اَمْ قَوَارَ مِيْ دَادَ»^۴. در تعریف جعل از لحاظ اصطلاحی تعاریف متعدد و گوناگون از سوی حقوقدانان مطرح شده است که امکان ذکر تعامی آن‌ها می‌سوز نمی‌باشد. به عنوان مثال استاد سپهوند بیان می‌دارد: «جعل و تزویر عبارت است از قلب مقلباته حقیقت در سنده، یا نوشته یا چیز دیگر به فصد اخسار به غیر به طرق پیش بینی شده در قانون»^۵.

دکتر علی آزمایش در تقریرات درس حقوق جزای اختصاصی دانشگاه تهران جعل را به این شرح تعریف نموده‌اند: «ساختن هر چیز مثل سند به یکی از طرق پیش بینی شده در قانون برخلاف حقیقت و به ضرر دیگری»^۶.

بلکن، حقوقدان انگلیسی، تعریف کوتاه و خوبی از جرم جعل ارائه داده است: «عمل عبارت است از ساختن معیله‌ای یک نوشته به ضرر دیگری»^۷.

دکتر حسین میرمحمد صادقی در تعریف جعل بیان می‌دارند: «ساختن یا تغییر دادن آگاهانه نوشته یا سایر چیزهای مذکور در قانون به ضرر دیگری به قصد جازدن آن‌ها به عنوان اصل»^۸. اگر در این تعاریف و تعاریفی که در کتب دیگر آورده شده دقت شود، نتیجه‌های که می‌توان به دست آورد این است که هر چند که تعاریف، شامل کلیه موارد مقلباته و مژورانه‌ای که از نظر قانون عنوان جعل را دارد نمی‌شود ولی در کلیه آن‌ها عناصر مشترکی از جمله «قلب حقیقت» و «اخسار به غیر» به جسم می‌خورد.

در قوانین ایران، تعریفی از جرم جعل ارائه نشده است، بلکه احکام راجع به انواع مختلف آن طی بیست ماده ۵۲۳ الی ۵۴۲ در فصل پنجم «قانون تغییرات» مصوب ۱۳۷۵ و نیز قوانین

۱- عمید، حسن، فرهنگ لغت فارسی، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ هفتم، ۱۳۶۹، ص ۶۹۲.

۲- آیات ۲۹ و ۱۳۸ و سورة بقره، ۱۲۱ سوره هود، ۱ سوره العنكبوت، ۷۲ سوره فتح و...

۳- قرآن مجید، سوره هود، آیه ۱۱۸.

۴- جراحتی، عزیزان‌الله، جعل و استفاده از سند محصلو در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (بخش تغییرات)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، تابستان ۱۳۸۰، ص ۴.

۵- مصلانی، علیرضا، جمل و تزویر در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۲، ص ۱۶.

۶- Sir-william Blackstone، اولين پروفسور در تدریس حقوق در انگلستان ۱۷۲۰-۱۷۷۳ میلادی.

۷- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۲) جرایم لیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم، زمستان ۱۳۷۸، ص ۲۷۷.

۸- میرمحمد صادقی، حسین، پیشین.

گوناگون دیگر آورده شده است. جرم جعل رایانه‌ای نیز به همین کیفیت می‌باشد و در قانون تجارت الکترونیکی ماده ۶۸ و قانون جرایم رایانه‌ای ماده ۶ صرفاً به ذکر مصاديق و احکام آن پرداخته شده است.

۲- ارکان تشکیل دهنده جرم جعل رایانه‌ای

ارکان تشکیل دهنده جرایم و ضمانت اجراهای کیفری آن‌ها از مهم‌ترین مسائل مربوط به جرایم می‌باشد. زیرا، بررسی ارکان پدیده‌های مجرمانه و ضمانت اجراهای آن در واقع چارجویه یک جرم را متخصص نموده و هشدار قانونگذار را به شهروندان، قابل درک و فهم می‌کند. فلندا بررسی ارکان یک جرم می‌تواند به فهم ما از نوع جرم، اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر آن جرم و واکنش اجتماعی و ضمانت اجراهای مقرر برای آن جرم کمک کند.

۱- رکن قانونی

هر جرم از سه عنصر قانونی؛ مادی و روانی تشکیل می‌شود و برای محکوم شدن منتهم به ارتکاب جرم لازم است که کلیه اجزای این عناصر توسعه مرجع تعقیب، اثبات شود. با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده «قیح عقاب بلا بیان» تا هنگامی که عملی از سوی قانونگذار، جرم شناخته نشده باشد امکان مجازات مرتكب آن نخواهد بود و این بیان گز اهمیت عنصر قانونی است.

در بحث عنصر قانونی جرم جعل رایانه‌ای به دورکن قانونی می‌توان اشاره نمود: یکی ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۸۲/۱۰/۱۷ که اشعار می‌دارد: «هر کس در بستر مبادلات الکترونیکی، از طریق ورود، تغیر، محو و توقف «داده پیام» و مداخله در پردازش «داده پیام» و سیستم‌های رایانه‌ای و یا استفاده از وسایل کاربردی سیستم‌های رمزگاری تولید امضا- مثل کلید اختصاصی- بدون مجوز امضاکننده و یا تولید امضای فاقد مبالغه ثبت در فهرست دفاتر استاد الکترونیکی و یا عدم انتبار آن وسایل با نام دارنده در فهرست مزبور و اخذگواهی مجموع و نظایر آن اقدام به جعل «داده پیام» دارای ارزش مالی و اثباتی نماید تا با ارائه آن به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره به عنوان «داده پیام» های معتبر استفاده نماید، جاعل محسوب و به مجازات حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی به میزان پنجاه میلیون (۵۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال محکوم می‌شود.

تبصره: مجازات شروع به این جرم حداقل مجازات در این ماده می‌باشد.
دیگری، ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۸۷/۳/۵ می‌باشد که بیان می‌دارد: «هر کس به طور غیرمجاز مرتكب اعمال زیر شود، جاعل محسوب و به جلس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد:

الف- تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن متقلبه داده به آن‌ها.

ب- تغییر داده‌ها یا علایم موجود در کارت‌های حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلباته داده یا علایم به آن‌ها.

در حال حاضر، این دورکن قانونی در رابطه با جعل رایانه‌ای وضع گردیده است که توضیع بیشتر آن در مباحث بعدی خواهد‌آمد. البته در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۸۲/۱۰/۹ در ماده ۱۳۱ آن به طور کلی اشاره به جرایم رایانه‌ای نیروهای مسلح دارد که از شمول بحث ما خارج است.

۲-۲- رکن مادی

برای این که جرمی وجود خارجی پیدا کند، پیدایش یک عنصر مادی ضرورت دارد زیرا، صرف فکر و قصد مجرمانه بدون توجه به عمل، برای ارتکاب جرم و تحقق مسؤولیت کیفری کافی نیست. بنابراین، قصد ارتکاب جرم تا زمانی که مقرنون به اعمال خارجی نباشد، قابل مجازات نیست. تصره ۱ ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر می‌دارد: «مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد... قابل مجازات نیست». اصولاً اجزای رکن مادی عبارت است از: رفتار مجرمانه، شرایط و اوضاع و احوال، نتیجه و رابطه علیت.

نکته قابل ذکر در خصوص رکن مادی جرایم رایانه‌ای آن است که در این گونه جرایم همانند جرایم سنتی، ما با یک واقعه ملموس و فیزیکی به عنوان رکن مادی مواجه نیستیم چراکه اقدامات مجرمانه در یک «فضای مجازی»^۱ صورت می‌پذیرد و مرتكب با دستیابی به این فضای که شاخص‌ترین آن نیز شبکه بین‌المللی یا اینترنت^۲ می‌باشد، دست به ارتکاب جرم می‌زند. اینترنت، دنیای واقعی را همانند سازی کرده است با این تفاوت که فواصل فیزیکی در آن اهمیت ندارد و شایع‌ترین سرویس ارائه شده در اینترنت که برخی حتی اینترنت را خلاصه در آن می‌بینند «وب جهانی»^۳ است که همین صفحات رنگارنگ اینترنتی است که در قالب آن همه چیز اعم از متن، تصویر، صوت، فیلم و امثال آن ارائه می‌شود و در یک چنین فضای مرتكب بدون هیچ گونه محدودیت زمانی و مکانی به حجم زیادی از اطلاعات و خدمات دسترسی پیدا می‌کند.

۱-۲- مرتكب

با توجه به ذکر عبارت «هر کس» در صدر ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای و ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی، مرتكب، عبارت است از هر شخص حقیقی. البته از جمله نوآوری‌هایی که در قانون جرایم رایانه‌ای به چشم می‌خورد، این است که اشخاص حقوقی نیز با وجود شرایطی که در ماده ۱۹ این قانون ذکر شده است می‌توانند مرتكب جرم رایانه‌ای شناخته شوند و دارای مسؤولیت کیفری باشند و به صراحة تصره ۲ ماده مذکور مسؤولیت کیفری شخص حقوقی مانع مجازات مرتكب نیز نخواهد بود.

1- Cyber space.

2- Internet.

3- World Wide Web.

رفتار مجرمانه بزه جعل رایانه‌ای مطابق ماده ۶ قانون جرائم رایانه‌ای عبارت است از: «تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد یا ایجاد یا وارد کردن مقلوبانه داده به آن‌ها- تغییر داده‌ها یا علایم موجود در کارت‌های حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن مقلوبانه داده‌ها یا علایم به آن‌ها».

و از لحاظ ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی، رفتار مجرمانه این بزه عبارت است از: «ورود، تغییر، محو و توقف داده پیام» و مداخله در پردازش «داده پیام» و سیستم‌های رایانه‌ای و یا استفاده از وسائل کاربردی سیستم‌های رمزگاری تولید امضا- مثل کلید اختصاصی- بدون مجوز امضاکننده و یا تولید امضای فاقد سابقه در فهرست اسناد الکترونیکی و یا عدم انطباق آن وسائل با نام دارنده در فهرست مزبور و اخذ گواهی مجموع و نظایر آن».

و نتیجتاً «جعل داده پیام»های دارای ارزش مالی و اثباتی».

با توجه به موارد یادشده ملاحظه می‌گردد که همگی از مصاديق بارز فعل می‌باشد و این بزه با ترک فعل محقق نمی‌گردد.
در ماده ۶ در قسمت اول بند «الف» صحبت از: «تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استناد...» شده است.

داده^۱ در لغت به معنای «اطلاعات»، «مفروضات»، «دانسته‌ها» و «سوابق» آمده است.^۲
کنوانسیون جرایم سایر، در بند «ب» ماده یک خود فقط «داده رایانه‌ای» را تعریف کرده است:
«به معنای هر نمادی از واقعیات، اطلاعات یا مفاهیم که به شکلی که برای پردازش در سیستم رایانه‌ای که حاوی برنامه‌ای مناسب برای واداشتن یک سیستم رایانه‌ای به انجام یک وظیفه است، مفید باشد».^۳

در قانون تجارت الکترونیکی و جرایم رایانه‌ای علی‌رغم کاربرد این کلمه، تعریفی از آن به عمل نیامده است با وجود آن که ترجمه ناقص تعریف کنوانسیون جرایم سایر در دو پیش‌نویس و لایحه جرایم رایانه‌ای آمده بود.^۴

داده‌ها، دارای اقسام مختلفی هستند: «داده رایانه‌ای»، «داده مخابراتی»، «داده موجود روی کارت‌های اعتباری» و... اما به طور کلی می‌توان گفت داده‌ها عبارت‌اند از اطلاعاتی که در قالبی خاص ایجاد، ذخیره و نگهداری می‌شوند. لازم به ذکر است که آن چه موضوع جرایم رایانه‌ای واقع می‌شود، غالباً داده‌های رایانه‌ای هستند. البته اقسام نام برده شده از داده را می‌توان به نوعی داده رایانه‌ای دانست، چراکه امروزه با در هم آمیختن تجهیزات مخابراتی و سیستم‌های رایانه‌ای، دیگر عملاً تفکیک این فضاهای از یکدیگر میسر نیست. داده‌های موجود روی کارت‌ها

۱- Data.

۲- حسین، سلیمان، فرهنگ انتلیپی- فارسی، تهران، انتشارات فرهنگ معاصر، چاپ جدید (اول)، ۱۳۷۵، ص ۱۷۶.

۳- جاوید نیا، جواد پیشون، ص ۵۹.

۴- تعریف ذکر شده در لایحه جرایم رایانه‌ای: «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم به شکلی مطلوب برای پردازش در یک سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی است که باعث می‌شود سیستم‌های ذکر شده کار کرد خود را به مرحله اجرا بگذارند».

و تراشه‌ها نیز به وسیله رایانه قابل ایجاد، ذخیره و پردازش است لذا داده رایانه‌ای دارای مفهوم عامی است که سایر انواع داده‌ها را در بر می‌گیرد.

گفتنی، در قسمت اول بند «الف» عنصر مادی تغییر یا ایجادآورده شده است. تغییر به معنای هرگونه دخل و تصرف و دستکاری و دگرگون سازی در تمام یا قسمتی از داده‌هast به نحوی که ماهیت و مفهوم داده‌ها متفاوت شوند. اما گاهی اوقات مرتکب، یک داده‌ای را که از قبل هیچ جزء آن موجود نبوده است تشکیل می‌دهد و در واقع یک داده جدید ایجاد می‌کند. حال این داده جدید می‌تواند اصلی باشد یا مجعل. اما ملاک و معیار قانونگذار برای تحقق بزه جعل رایانه‌ای، تغییر و ایجاد هر داده‌ای نمی‌باشد بلکه صرفاً «داده‌های قابل استناد» می‌باشد موضوع جرم جعل رایانه‌ای واقع شوند تا تحقق عنصر مادی این بزه امکان‌پذیر باشد البته این تغییر و ایجاد باید به صورت متقابله باشد که این مفهوم را از آخر بند می‌فهمیم که ناظر به تمام این بند است چون اگر قلب حقیقت از این اقدامات گرفته شود جعل رایانه‌ای دیگر مفهومی نخواهد داشت.

در خارج از فضای مجازی، معاملات و مبادلات ممکن است از طریق سند صورت گیرد و سند نیز عبارت است از «هر نوشته‌ای که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد است»^۱ و سندي که حاوی تمهیمات طرفین است باید قابلیت استناد داشته باشد. یعنی فرد صادرکننده نتواند اصل چنین سندي را انکار کند و اسناد از حيث قابلیت استناد به دو دسته تقسیم می‌شوند: «رسمی و عادی».^۲

اسناد عادی می‌توانند مورد انکار و تردید واقع شوند اما اسناد رسمی این قابلیت را ندارند و فقط ادعای جعل نسبت به آن‌ها پذیرفته می‌شود.^۳

در مورد اسناد الکترونیکی نیز این موضوع مطرح است و صرفاً «داده‌هایی که قابل استناد باشند» مدنظر است نه هر داده‌ای. مثلاً در هنگام راه اندازی سیستم رایانه‌ای، یک سری داده‌های رایانه‌ای به اجزای مختلف آن دستور می‌دهند و برای انسان هم این داده‌ها غیرقابل فهم است و قابل استناد به شخص یا اشخاص خاصی هم نمی‌باشد و از شمول داده‌های قابل استناد خارج است و یا کل‌آزاده‌هایی که به هر کیفیت در سیستم‌های رایانه‌ای موجود است و متضمن تعهدی نمی‌باشد و یا قابلیت انتساب به فردی را ندارد.

در قانون جرایم رایانه‌ای، توضیح خاصی از داده‌های قابل استناد ارائه نشده است و صرفاً در ذیل ماده ۵ در فصل سوم در استناد پذیری ادله الکترونیکی به چگونگی و نحوه قابلیت استناد داده‌ها اشاره شده است.^۴

در قسمت دوم از بند «الف» ماده ۶ بیان می‌کند: «... یا ایجاد یا وارد کردن متقابله داده به آن‌ها».

۱- ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی.

۲- ماده ۱۲۸۶ قانون مدنی.

۳- ماده ۱۱۹۱ قانون مدنی.

۴- ماده ۵ قانون جرایم رایانه‌ای: «جهان‌چه داده‌های رایانه‌ای توسط طرف، دعوا یا شخص ثالثی که از دعوا آگاهی نداشته، ایجاد یا پردازش یا ذخیره یا منتقل شده باشد و سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی مربوط به نحوی درست عمل کند که به صحت و تسامیت، اخبار و انکار نایذیری داده‌ها خدشه وارد نشده باشد، قابل استناد خواهد بود».

در این قسمت، صحبت از به وجود آوردن یا اضافه کردن (که از همان مفهوم ورود استباط می شود) متنقلانه داده به داده های قابل استناد صحبت می کند و فقط «به آنها در عبارت ماده به همان داده های قابل استناد بر می گردد».

در این مرحله، یک سری داده های قابل استناد موجود می باشد که به نحو متنقلانه، داده های در آنها ایجاد می شود و یا از قبل ایجاد شده و به آنها وارد و اضافه می گردد.

البته لازمه هر تغییر یا ایجاد، ورود به فضای مجازی مربوطه می باشد و عبارت ورود در آنها مستر است و مقدمه آنهاست.

در بند «ب» ماده ۶ در قسمت اول آن، صحبت از: «تغییر داده ها یا علایم موجود در کارت های حافظه یا قابل پردازش در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی با تراشه ها...» شده است. ملاحظه می شود که اینجا صرفاً بحث از تغییر و دیگر گون سازی متنقلانه داده ها به مفهوم عام کلمه و یا علایم موجود در کارت ها که همان اطلاعات پردازش شده و وارد شده در کارت های مربوطه می باشد، شده است و دیگر صحبتی از داده های قابل استناد نشده است. چرا که داده های موجود در این گونه کارت های ذکر شده به خودی خود حاوی اطلاعات مهمی می باشند که نیاز است مورد حمایت قانون واقع شوند. البته آن هم صرفاً کارت های حافظه و قابل پردازش که مربوط به سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا تراشه ها می باشد و نه هر کارت حافظه ای. قانونگذار با ذکر این سه مورد قصد محدود کردن دایره شمول کارت حافظه را داشته است.

لازم به ذکر است، همانگونه که گفته شد امروزه در بسیاری موارد به لحاظ تلفیق سیستم های رایانه ای و مخابراتی امکان نفیکی بین این دو قضا و در نتیجه تشخیص سامانه ها یا همان سیستم های آنها از یکدیگر وجود ندارد.

از طرف دیگر، ذکر واژه «تراشه»^۱ بعد از سامانه های رایانه ای و مخابراتی در این ماده فقد سنتیت با آن دو مورد دیگر می باشد چرا که سامانه های مذکور در ابعاد وسیع و بزرگی می باشند و کارت های حافظه و قابل پردازش متعددی در آنها می تواند جای گیرد لیکن تراشه ها یا همان مدارهای الکترونیکی مجتمع که در ابعاد بسیار کوچی می باشند (معمولاً کمتر از یک سانتی متر مربع) خود جزئی از کارت های حافظه می باشند و در بسیاری از کارت های دیگر که جزء سامانه های مذکور نیز نمی باشند وجود دارد. به عنوان مثال اکثر کارت های هوشمند آذاری تراشه های رایانه ای می باشند که حتی در برخی مواقع برای پردازش داده ها دارای یک پردازنده کوچک^۲ نیز می باشد.^۳ شاید هدف قانونگذار از ذکر این کلمه آن بوده است که دایره شمول کارت های حافظه را وسیع تر کند تا کارت های حافظه بیشتری را در بر گیرد.

1- Chip or IC: Smart Cards در رایانه و الکترونیک، برد مداری یا یک منطق توکار یا میان افزار است که توانایی اسفلال در تضمیم گیری به آن می دهد. در بانک داری و امور مالی، کارت یا هوش شنیه کارت اعتباری است، اما حاوی یک مدار مجتمع است که مقدار محدودی حافظه و هوش دارد. (فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوٹری بیکری و سافت، ص ۳۸۹، کانون نشر علوم).

2- Microprocessor: دزبانی، محمد حسن، کلامه داری از طریق کارت های پلاستیکی، خبرنامه انفورماتیک، شرایی عالی انفورماتیک، شماره ۸۸، می ۸۴.

قسمت دوم بند «ب» تیز اشعار می‌دارد: «... یا ایجاد و وارد کردن متقلبانه داده‌ها یا علایم به آن‌ها»، افعال به وجود آوردن و وارد یا اضافه نمودن داده‌ها یا علایم آن‌هم به نحو متقلبانه به شرحی که گذشت می‌باشد و لفظ «آن‌ها» در این بند تیز به همان مواردی که در قسمت اول این بند ذکر شده است باز می‌گردد. بدین معنا که به وجود آوردن علایم یا داده‌ها و یا اضافه کردن آن‌ها می‌پایست به نحو متقلبانه در همان محدوده کارت‌های حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رابانه‌ای یا مخابراتی، یا تراشه‌ها باشد.

در رابطه با وقتار مجرمانه در ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی به غیر از افعال ورود و تغییر که شرح آن در ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای گلشت اشاره به افعال و موارد دیگری شده است که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

از جمله افعال ذکر شده، محو، توقف و مداخله در پردازش ادله پیام^۱ می‌باشد. محو به معنای از بین بردن به نحوی که دیگر آثاری از ادله مربوطه باقی نماند. «توقف» در اینجا به عنوان مصدر «متوقف کردن» به کار رفته است که این متوقف کردن ممکن است موقعت یا دائمی باشد و به حالتی اطلاق می‌شود که تمام یا بخشی از ادله‌ها به گونه‌ای مخفی می‌شوند که عمل پردازش را از مسیر عادی خارج می‌سازد و مانع عملکرد صحیح سیستم‌ها در پردازش دقیق اخلاقیات می‌شود.^۲ ممکن است داده غیرصحیح با متوقف کردن بخشی از ادله‌ها ایجاد گردد به این صورت که با ورود به یک سیستم رایانه‌ای، مانع از انتقال بخشی از ادله‌ها هنگام انتقال آن از یک بخش سیستم به بخش دیگر شده یا مانع از دسترسی به آن بخش از ادله‌ها توسط کاربر مجاز شوند و داده‌هایی که به کاربر مجاز می‌رسد یک داده ناقص و غیرصحیح خواهد بود.

مداخله یا مختل کردن؛ در این حالت داده‌ها از بین نمی‌رود بلکه ماهیت قبلی خود را تغییر می‌دهند به عبارت دیگر همان داده‌ها در سیستم رایانه‌ای یا در حامل‌های داده موجود است اما ترتیب آن‌ها به هم می‌ریزد.^۲ البته شایان ذکر است که افعال ورود، تغییر، محو و توقف هر کدام به نوعی خاص، مداخله در داده‌ها محسوب می‌گردند. موضوع جرم جعل در قانون تجارت الکترونیکی «داده پیام می‌باشد، طبق تعریف بند «الف» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی «داده پیام» عبارت است از: «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم که با وسایل الکترونیکی، نوری یا فن آوری‌های جدید اطلاعات، تولید، ارسال، دریافت یا ذخیره با پردازش می‌شود».

این تعریف در اصل از «قانون نموه کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آستیوال)^۲ در مورد تجارت الکترونیکی (۱۹۹۶)^۳ برداشت شده است که البته دخل و تصرف به وجود آمده در آن، سبب شده با تعریف «داده» خلط شود و لذا برخی آن را مترادف «داده» دانسته و از این حیث تعریف را مغایر استاد بین المللی، از «داده» دانسته‌اند. به طور کلی، میرسان

1- Data Message

۲- طالیبی، محمد، پرسنی تطبیقی جرم مخالف در ۵۰۵۰ مورد، در کوانسیون جوایز ساپر و قانون مجازات جوایز دایلیه‌ای، مجله حقوق، دادگستری، سال ششم، شماره ۳۵، شهر بور و شهر ۱۳۸۸، ص ۴۵.

٣- جالب و مجهول

4- UNCITRAL: united nations commission on international trade.
5- UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996).

گفت «داده پیام»، به اطلاعات ارزشمند و قابل فهم و در ک برای انسان اطلاق می‌گردد که مبنای روابط اجتماعی و خصوصاً روابط تجاری می‌باشد و فقط قالب آن‌ها عوض شده است. در ارتباط با «داده پیام» و «داده رایانه‌ای» نیز می‌توان گفت رابطه این دو، رابطه عموم و خصوص من وجه است به این معنا که هر چند در برخی مصاديق مشترک‌اند، اما برخی «داده‌های رایانه‌ای»، «داده پیام» محسوب نمی‌شوند و متقابلاً برخی «داده پیام»‌ها، «داده رایانه‌ای» محسوب نمی‌گردند.^۱

مداخله در پردازش

مداخله در سیستم‌های رایانه‌ای یا پردازش آن‌ها نیز به نوعی مستلزم همان مداخله در داده‌ها یا داده پیام‌ها می‌باشد و در برگیرنده یک مطلب است.

استفاده از وسایل کاربردی سیستم‌های رمزگاری تولید امضای بدون مجوز امضا کننده: این موضوع به مبحث امضای الکترونیکی و انواع آن باز می‌گردد. امضای الکترونیکی نیز طبق تعریف بند «۱» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی: «عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده پیام» است که برای شناسایی امضای کننده «داده پیام» مورد استفاده قرار می‌گیرد»، این قسمت زمانی اتفاق می‌افتد که دارنده کلید خصوصی قصور نموده و کلید خصوصی اش در اختیار فرد غیرمجاز قرار گیرد و آن فرد با استفاده از کلید خصوصی طرف اقدام به امضای الکترونیکی نماید و مرتكب جعل شود.^۲

تولید امضای فاقد سابقه ثبت در فهرست دفاتر اسناد الکترونیکی: گاهی ممکن است مرتكب، امضایی تولید کنده فاقد سابقه ثبت در «دفاتر اسناد الکترونیکی» یا همان «دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی» باشد.

عدم انتظام وسایل کاربردی سیستم‌های رمزگاری تولید امضا با نام دارنده در فهرست مزبور: صرف نظر از برخی از ایرادات که در برخی کتب^۳ به این قسمت از ماده گرفته شده است منظور مواردی است که مرتكب از کلید خصوصی ثبت شده به نام یک فرد خاص استفاده و یک امضای دیجیتال به نام خود یا شخص ثالثی ایجاد می‌کند و وقتی از این امضا استفاده شود مخاطب دچار اشتباه شده و امضا را منتسب به فردی می‌داند که از کلید خصوصی او استفاده شده است.

۱- جاوید نیا، جواد، پیشین، صص ۶۰ و ۶۲.

۲- برای کسب اطلاعات بیشتر در این زمینه، ر. ک: جاوید نیا، جواد، پیشین صص ۷۶ الی ۷۱. همچنین - زرگلام-

ستار، قانون تجارت الکترونیکی و القای الکترونیکی، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، قم، سلسیل، چاپ اول، ۱۳۸۴، صص ۲۸۷ الی ۳۰۲.

۳- بختیاروند، مصطفی، مطالعه تطبیقی، مقررات حاکم بر داد و ستد های الکترونیکی، منبع مذکور، صص ۳۷۱ الی ۳۷۷.

۳- جاوید نیا، جواد، پیشین، صص ۲۹۴ و ۲۹۳.

اخذگواهی مجموع: ایرادی که می‌توان به این قسمت گرفت آن است که آیا «أخذگواهی مجموع» می‌تواند جزء عناصر مشکله بزه جعل رایانه‌ای باشد؟ چراکه در اکثر موارد، صدور گواهی مجموع است که وصف مجرمانه دارد نه اخذ آن. خصوصاً این که افرادی که مبادرت به اخذگواهی مجموع می‌نمایند اغلب فاقد سوء نیت و خودشان هم بزه دیده هستند. شاید منتظر قانونگذار این بوده است که صرف اقدامات اولیه و ایجاد یک سری داده‌های مجموع برای گواهی در تحقق این جرم کفايت نمی‌کند و حتماً باید یک خروجی به شکل گواهی مجموع از این داده‌ها از طریق رایانه اخذ شود. با عنایت به قید عبارت «و ظایران» در متن ماده در تمثیلی بودن مصادیق عنصر مادی جعل از لحاظ قانون تجارت الکترونیکی تردیدی نمی‌باشد اما در قانون جرایم رایانه‌ای این مصادیق با ذکر عنوانین کلی مطرح شده است که به نوعی نیز احصاری است.

لازم به ذکر است که موضوع جرم جعل رایانه‌ای وفق ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی صرفاً «داده پیام‌های دارای ارزش مالی و اثباتی می‌باشند آن هم «داده پیام‌هایی که در بستر تجارت الکترونیکی مبادله می‌شوند و جمع بین این اوصاف یعنی هم ارزش مالی و هم قابلیت استناد برای داده پیام‌ها ضروری است و عدم وجود هر یک از این دو موردن، موجب خروج اقدامات از بزه جعل رایانه‌ای در بستر مبادلات الکترونیکی می‌شود. از طرف دیگر قید «تا با ارائه آن به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره به عنوان «داده پیام‌های معتبر استفاده نماید...» در متن ماده دایره شمول ماده را محدود می‌کند و متن ماده مشخص کننده این موضوع نمی‌باشد که اقداماتی که در راستای جعل تا قبل از ارائه آن به مراجع مذکور و استفاده از آن به عنوان داده پیام معتبر انجام شده است چه تکلیفی دارد آیا جرم تمام است یا خیر؟^۱

به نظر می‌رسد برای آن که بزه جعل رایانه‌ای در بستر مبادلات الکترونیکی تام شود نیاز است که اقدامات مذکور منتهی به ارائه آن داده پیام‌های مجموع با عنوان معتبر به مراجع موصوف شود و تا قبل از این مرحله اقدامات انجام شده، در مرحله شروع به جرم قرار خواهد گرفت.

با توجه به ماده ۵۶ قانون جرایم رایانه‌ای که اشعار می‌دارد: «قوانين و مقررات مغایر با این قانون ملغی است.» و در این قانون مواد قانونی خاص به صراحة نسخ نشده است فلذا در حاکمیت قانون مذکور و ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی با توجه به این که قانون جرایم رایانه‌ای قانونی عام و مؤخر التصویب و قانون تجارت الکترونیکی قانونی خاص و مقدم التصویب می‌باشد، می‌بایست به حیطه نسخ ضمنی وارد شد. چراکه هرگاه قانون دوم نسبت به قاعده نخست عام باشد، چون هر عام قابل تخصیص است و در همه قوانین احکام استثنایی کم و بیش دیده می‌شود احتمال دارد که قانونگذار مایل به حفظ حکم خاص باشد. به ویژه از این که قانونگذار حکم خاص را از همه مانندهای خود جدا ساخته و موضوع حکم قرار داده است، این احتمال بیشتر تقویت می‌شود که از ابتدا نیز به نظر او این موضوع از سایر افراد عام ممتاز بوده است.^۱

۱- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، انتشارات بهمن برنا، چاپ هجدهم، ۱۳۷۳، ص ۱۸۳.

در سیاق عبارات و متن ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی نیز که دقت کنیم به همین نتیجه می‌رسیم که حکمی کاملاً خاص است و قانونگذار قصد ممتاز کردن آن را از دیگر احکام داشته است چرا که اولاً جعل رایانه‌ای از منظر قانون مذکور می‌باشد در بستر مبادلات الکترونیکی باشد. ثانیاً موضوع جرم، «داده پیام‌های می‌باشد نه داده به معنای عام کلمه. ثالثاً آن‌هم «داده پیام‌های دارای ارزش مالی و اثباتی. رابعاً جهت ارائه این «داده پیام‌های مجعلو بالعنوان معتبر به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره و خاماً افعال مرتكب نیز در این قانون تمثیلی است و افعال خاص هم مد نظر است که در قانون جرایم رایانه‌ای اشاره‌ای به آن نشده است از جمله بحث امضای الکترونیکی که یک نوع داده با ماهیت خاص می‌باشد. پس می‌توان نتیجه گرفت که قانون جرایم رایانه‌ای ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی را نسخه ضمنی نموده است و در مورد افعالی همچون ورود و تغیر که احکام جدید و عام آن در قانون جرایم رایانه‌ای عنوان شده است قانون تجارت الکترونیکی را منسوخ شده دانسته و قانون جدید راحاکم و در موارد خاص که ذکری از آن در قانون جرایم رایانه‌ای نشده است همچنان در بستر مبادلات الکترونیکی و بحث داده پیام، قانون تجارت الکترونیکی را حاکم بدانیم.

۲-۳-۲- نتیجه حاصل از جرم

نتیجه حاصل از جرم جعل مستقیم ایجاد ضرر است اعم از بالفعل یا بالقوه، مادی یا معنوی، ضرر مستقیم یا عدم النفع، شخصی یا عمومی و ضرر شخصی که سند مجعلو متنسب به اوست یا دیگری. در صورتی که همه ارکان عنصر مادی کامل باشد اما ضرری از اشکال چندگانه جعل متصور نباشد بزه جعل مستقیم حقق نشده است. البته این شرط در قانون تصریح نشده است و مبنای آن رویه قضایی و نظرات حقوقدانان است که کماکان اختلافاتی در آن موجود است.

در بحث بزه جعل رایانه‌ای نیز این سوال مطرح است که آیا عنصر ضرر در آن مطرح می‌باشد یا خیر؟ برخی عقیده دارند که این عنصر در بزه جعل رایانه‌ای جایگاهی ندارد. چرا که هم در کتوانسیون جرایم سایبر و هم در ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی، برخلاف مواد مربوط به جعل مستقیم به نتیجه تصریح شده است. «ایجاد داده‌های غیر صحیح و متاظر آن «جعل داده پیام‌های دارای ارزش مالی و اثباتی» نتایج مصروف در دو ماده یاد شده می‌باشد که به صورت مادی قابل تحقق اند خواه این داده‌های ایجاد شده خلاف حقیقت ثانویه باشد یا خلاف حقایق اولیه و ثانویه و خواه ایجاد ضرر نمایند یا خیر، بنابراین اگر اقدامات مندرج در ماده انجام شود، اما جعل «داده پیام‌های دارای ارزش مالی و اثباتی به وقوع نیبوسته باشد، عملیات مرتكب در حد شروع به جرم خواهد بود.

بعضی بر این نظر دارند که در عبارت: «... تا ارائه آن به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره...»، عبارت «ارائه آن» که مقصود همان ارائه داده پیام‌های جعلی می‌باشد به مراجع مربوطه، بر جنبه ضرری موضوع تکیه دارد که حکایت از استفاده این داده پیام‌های مجعلو به ضرر دیگری دارد.

۱- جازید نیا، جواد، بیشن، صص ۲۹۸ و ۲۹۹.

اما در قانون جرایم رایانه‌ای به نظر، موضوع روشن‌تر می‌باشد. چراکه قانونگذار به طور مطلق، تغییر یا ایجاد متقابله داده پام‌های قابل استناد و یا وارد کردن متقابله داده به آن‌ها را برای عنصر مادی جرم جعل رایانه‌ای مدنظر قرار داده است و نظر بر عنصر ضرر در تحقق این بزه ندارد.

۳-۲-۲- شروع به جعل رایانه‌ای

طبق اصلی که در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی تلویحاً بیان شده است، شروع به جرم بدون تصریح قانونگذار جرم تلقی نمی‌شود و لذا عمل فردی که جرمی را شروع کرده ولی به دلایل خارج از اراده‌اش جرم محقق نگردد به است، قابل مجازات نیست مگر در دو حالت:

الف- قانونگذار صراحتاً شروع به جرم موصوف را جرم‌انگاری کرده باشد.

ب- عملیات انجام شده فی نفسه جرم باشد.

تبصره ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی نیز شروع به جعل رایانه‌ای را جرم دانسته است و مجازاتی معادل حداقل مجازات جرم اصلی مندرج در ماده پرای آن در نظر گرفته است. صرف نظر از این که حداقل مجازات در متن ماده لحاظ نشده است. لیکن در قانون جرایم رایانه‌ای شروع به جرم مذکور جرم‌انگاری نشده است که البته در بحث شروع به جرم جعل رایانه‌ای در پستر مبالغات الکترونیکی باید موضوع نسخ ضمنی را در رابطه با مصاديق افعال مورد نظر که شرح آن گذشت در نظر داشت.

شاید علت عدم جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون جرایم رایانه‌ای آن باشد که به لحاظ سرعت بالا در عملیات رایانه‌ای، فاصله زمانی بسیار اندکی بین شروع به جرم جعل رایانه‌ای و وقوع آن به صورت تام وجود دارد، لیکن این امر غیرقابل تصور یا محال نمی‌باشد که فردی عملیات مقدماتی بزه جعل رایانه‌ای را حسب مورد انجام داده باشد و قبل از آن که جرم تام شود مرتکب دستگیر شود و این جاست که با خلاً قانونگذاری مواجه خواهیم شد.

۳- عنصر روانی

با نگاهی به موارد اعمال مرتکب در ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای و ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی ملاحظه می‌شود که همگی از مصاديق فعل می‌باشد. پس نتیجاً عنصر مادی می‌باشد به صورت ارادی و با عمد در فعل صورت پذیرد و بزه جعل رایانه‌ای از جمله جرایم عمدى است و بنابراین از روی سهل انگاری امکان وقوع آن نمی‌باشد. همچنین مرتکب می‌باشد علم به موضوع داشته باشد. یعنی بداند عملی که انجام می‌دهد غیرمجاز است و در اثر اشتباه، خود را مجاز به انجام عمل ندانسته باشد. پس موارد مذکور نشان دهنده همان سوء‌نيت عام برای تحقیق بزه جعل رایانه‌ای است.

اما در مورد سوء‌نيت خاص و به عبارتی قصد نتیجه که در جرم جعل سنتی عبارت است از «قصد اضرار به غیر» و با توجه به رفتار مرتکب قابل احراز است، همان‌گونه که گذشت مبنای آن رویه قضایی و نظرات حقوقدانان است و در قانون تصریحی به آن نشده است و مورد اختلاف هم می‌باشد و در مبحث نتیجه حاصل از جرم به آن اشاره شد.

در ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی به قصد تیجه که عبارت است از قصد «جمل داده‌پایام‌های دارای ارزش مالی و ایناتی» خواه موجب ضرر شود یا خیر اشاره شده است. از طرف دیگر در مورد ماده مذکور همان‌طور که گفته شد برخی نظر بر این داردند که عبارت: «با ارائه اداده پایام‌های مجعل به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره به عنوان «داده پایام‌های معنبر» ظهور در رکن ضرری و بالتبیه سوء‌نیت خاص دارد. در قانون جرایم رایانه‌ای ماده ۶ نیز همان‌طور که شرح آن گذشت صرف تغییر، ایجاد یا ورود مقلباته داده‌های قابل استناد را به طور مطلق در تحقیق بره جعل رایانه‌ای کافی می‌داند و همین که اقدامات مذکور در یک داده قابل استناد رخ دهد جعل محقق است خواه موجب اضرار شود یا خیر. لذا تیجتاً سوء‌نیت خاص در این بزه مصداقی نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

هرچند که قانون جرایم رایانه‌ای دارای نوآوری‌هایی از جمله مسؤولیت‌کیفری اشخاص حقوقی است و بحث حذف عنصر اضرار در جعل را مد نظر قرار داده است و دایره جمل رایانه‌ای را محدود به داده‌های قابل استناد کرده است لیکن کاسته‌هایی نیز دارد و از آن جمله این که تدوین کنندگان این قانون مبحث شروع به جرم را در بزه جعل رایانه‌ای جرم‌انگاری ننموده‌اند که این امر باعث خلاً قانونی در برخورد با مرتكبین این بزه خواهد شد آن‌هم در فضای مجازی‌ای که سرعت ارتکاب جرم بسیار سریع است و آثار مخرب آن نیز به مراتب بیشتر از جعل سنتی می‌باشد و در مبحث نسخ قوانین مغایر نیز بهتر بود قانون جرایم رایانه‌ای موضع دقیق تر و واضح‌تری را در پیش گیرد که از اختلافات عقیده در این موضوع و به تبع آن اتخاذ تصمیمات و آرای متفاوت جلوگیری شود. همچنین تعاریف دقیق و واضح از لغات و اصطلاحات رایانه‌ای نیاز بوده است که در این قانون ارائه شود و عناصر مادی جرم جعل رایانه‌ای نیز با دیدگاهی دقیق و به طور جامع و مانع ملاحظه نظر واقع گردد تا امکان برخورد قانونی با مرتكبین به نحو مطلوب‌تری صورت گیرد و در مبحث مجازات مرتكبین بهتر بود حسب مورد مجازات مناسب با نوع بزه واقع شده مد نظر قرار گیرد و برای موارد خاص و مهم مانند مواد ۵۲۵ و ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی در جعل سنتی در مبحث جعل رایانه‌ای با توجه به سرعت و گستردگی و آثار مخرب آن، مجازات سنگین‌تری در نظر گرفته شود. *

فهرست منابع

- ۱- باستانی، برومند، جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بی‌هکاری، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- ۲- باصری، علی‌اکبر، هندبوک مجموعه قوانین و مقررات فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT)، تهران، انتشارات خرسندي، چاپ اول، بهار ۱۳۸۷.
- ۳- بختیاروند، مصطفی، مطالعه تطبیقی مقررات حاکم بر داد و ستد های الکترونیکی، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، قم، انتشارات سلسیل، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ۴- جاوید نیا، جواد، جرایم تجارت الکترونیکی، تهران، انتشارات خرسندي، چاپ اول، ۱۳۸۷.

- ۵- چراغی، عزیزالله، جعل و استفاده از سند مجهول در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (بخش تعزیرات)، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق؛ نراق، تابستان ۱۳۷۸.
- ۶- حیم، سلیمان، فرهنگ انتکلیسی- فارسی، تهران، انتشارات فرهنگ معاصر، چاپ جدید (اول) ۱۳۷۵.
- ۷- ذیانی، محمد حسن، ابعاد جزا ای کاربرد کامپیوتر و جرایم کامپیوتری، قسمت اول نا چهارم، خبرنامه انفورماتیک، شورای عالی انفورماتیک کشور شماره های ۵۸ الی ۶۱.
- ۸- ذیانی، محمد حسن، کلاهبرداری از طریق کارت های پلاستیک، خبرنامه انفورماتیک، شورای عالی انفورماتیک کشور، شماره ۶۸، تیر ۱۳۷۷.
- ۹- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات- ۱، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۲.
- ۱۰- زرکلام، ستار، قانون تجارت الکترونیکی و القبای الکترونیکی، مجموعه مقاله های هماش برسی جنبه های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، قم، انتشارات سلسیل، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ۱۱- طالبی، محمد، برسی تطبیقی جرم «اخال در دادگاه» در کتوانسیون جرایم سایر و قانون مجازات جرایم داینه ای، مجله حقوقی دادگستری، سال ششم، شماره ۳۵، شهریور و مهر ۱۳۸۸.
- ۱۲- عمید، حسن، فرهنگ لغت فارسی، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ هفتم، ۱۳۶۹.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، انتشارات بهمن برنا، چاپ هجدهم، ۱۳۷۳.
- ۱۴- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، شخصیت معنوی، اموال و مالکیت، امنیت و آسایش عمومی، علمی- کاربردی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دهم، مهر ماه ۱۳۸۳.
- ۱۵- مصلانی، علیرضا، جعل و تزوير در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۲.
- ۱۶- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۳) جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم، زمستان ۱۳۷۸.

حقیقت

نگرشی بر ماهیت جرم

فرشاد چنگایی*

چکیده

در زمینه ماهیت جرم عقیم و تفکیک آن از شروع به جرم، نظرات متفاوتی وجود دارد. بر اساس یک دیدگاه، در جرم عقیم، مرتكب، تمام اقداماتی را که برای تحقق جرم لازم است انجام می‌دهد ولی جرم واقع نمی‌شود. صاحبان این دیدگاه، معتقد به مجازات جرم عقیم در قالب شروع به جرم می‌باشند. گروهی دیگر معتقدند که هر آنچه توسط مرتكب جرم عقیم صورت گرفته حتی به مرحله شروع به جرم نرسیده و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد. در این مقاله، ضمن بررسی مشاً اختلاف، این دیدگاه‌ها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است به این صورت که اگر عملیات اجرایی که برای تحقق جرم لازم و کافی است وجود داشته باشد، تحقق نتیجه، حتمی و قطعی است و جرم تام تحقق می‌باشد. لذا در درستی این مطلب که در جرم عقیم تمام عملیات اجرایی جرم توسط مرتكب واقع شده ولی منجر به جرم تام نمی‌شود، تردید است. در حقیقت، در جرم عقیم، عملیات اجرایی به معنای دقیق کلمه شروع نمی‌شود. در حالی که در شروع به جرم، اعمال انجام شده توسط مرتكب، حداقل بر اساس نظریه عینی پذیرفته شده در حقوق کیفری ایران، داخل در تعریف قانونی جرم می‌باشد و عملاً هم شروع عملیات اجرایی جرم صورت می‌گیرد. لذا اعمال مجازات برای مرتكب جرم عقیم در قالب شروع به جرم چنان دقیق و منطقی نیست. قانونگذار با جرم انگاری این عمل در تبصره ماده ۱۲۱ لایحه مجازات اسلامی^۱ علاوه بر این که مشکلاتی را در عمل از لحاظ ایاتی به وجود خواهد آورد، از اصول کلی حقوق جزا (عدم جرم انگاری قصد) هم عدول کرده است و به جای جرم زدایی، جرم زایی را در دستور کار خود قرار داده است. بنابراین به نظر من رسید که جرم انگاری این عمل به دلیل عدم شناخت ماهیت این عمل بوده است لذا در این مقاله سعی بر این است که حتی الامکان محدوده عمل عقیم و تفاوت آن با شروع به جرم، معلوم و مشخص گردد.

کلید واژگان: جرم عقیم، جرم محال، شروع به جرم، عملیات اجرایی جرم.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوقی جزا و جرم شناسی دانشگاه اصفهان.

۱- بر اساس تبصره ماده ۱۲۱ لایحه مجازات اسلامی که در زمان نگارش این مقاله در شورای نگهبان برای بررسی عدم مغایرت آن با شرعاً و قانون اساسی قرار دارد، هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته، لیکن به جهات مادی که مرتكب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.^۲

الف: مسیر جنایت

مراحل ارتکاب یک جرم عمدی را می‌توان به شکل ذیل ترسیم نمود:^۱

- ۱- مرحله هاجس: در این مرحله، اولین تلنگر در ذهن انسان برای انجام عمل مجرمانه تحقق می‌یابد.
- ۲- مرحله خاطر: در این مرحله، ذهن از محدوده هاجس فراتر رفته و محدوده ذهن برای ارتکاب عمل مجرمانه گسترده‌تر می‌شود.
- ۳- مرحله حدیث نفس: این مرحله را باید مرحله سخن‌گفتن با خود جهت قانع شدن برای ارتکاب عمل مجرمانه تفسیر کرد، مبنی بر این که آیا عمل مجرمانه را انجام بدهم یا انجام ندهم. در این مرحله ذوق و شوق شخص برای انجام عمل مجرمانه کاملاً فعال می‌گردد و در صنداین است که خود را برای انجام عمل مجرمانه راضی و سپس آماده کند.
- ۴- مرحله هم: در این مرحله، شخص برای ارتکاب جرم مقصص می‌شود و تصمیم جدی خود را در زمینه ارتکاب جرم اتخاذ می‌نماید.
- ۵- مرحله عزم: در این مرحله، شخص تصمیم خود را در زمینه انجام عمل مجرمانه، با دیگران در میان می‌گذارد. در این مرحله احتمال تبانی نیز قابل تصور است.
- ۶- مرحله تهیه مقدمات: این مرحله خود دو قسم است:
 - اول - مرحله تهیه مقدمات بعیده جرم. برای مثال: خریدن چاقو یا خریدن انگور. در این حالت نمی‌توان گفت که این شخص با خریدن چاقو یا خریدن انگور، امور مقدماتی برای ارتکاب جرایم قتل و تهیه مشروبات الکلی را انجام داده است.
 - دوم - مرحله تهیه مقدمات قریبیه جرم. برای مثال: شخصی که دیگری را در خانه‌ای حبس و او را تهدید به قتل می‌کند سپس به قصد کشتن محبوس، با چاقو به طرف او حمله می‌کند، این امور را می‌توان از مراحل مقدماتی قریبیه جرم به شمار آورد. در این مرحله چنان‌چه عاملی که به شخص مرتکب بر می‌گردد (مثلًا خطای در تیر اندازی) مانع ورود در عملیات اجرایی خاصه جرم شود، عمل عقیم خواهد بود.
- ۷- مرحله شروع به جرم: شروع به جرم زمانی تحقق پیدا می‌کند که فاعل، آن مقدار اعمالی را که داخل در تعریف قانونی جرم است انجام بدهد ولی بنا به هر علتی جرم تمام واقع نشود.^۲
- ۸- مرحله ارتکاب جرم قام: در این مرحله، تمام عملیات اجرایی جرم به پایان رسیده و جرم بنابر ماهیت و نوع آن (مطلق یا مقید) تحقق پیدا می‌کند.

۱- حجاریان، محمد حسن، تقویرات دوره کارشناسی درس حقوق جزای عمومی، دانشگاه ولی عصر واحد خرم‌آباد، ۱۳۸۴.

۲- پوریافرانی، حسن، جرم انتکاری‌های جدید در لایحه قانون مجازات اسلامی، خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان، سال چهارم، شماره سی و هفتم، مردادماه ۱۳۸۸.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان- سال چهارم- شماره چهل و ششم- اردیبهشت‌ماه ۱۳۸۹

ب: عقیم در لغت و اصطلاح

کلمه عقیم در لغت به معنای نازابی، بی‌حاصل و بیهوده و همچنین در معنای گودی واقع در رحم که مانع پذیرش فرزند می‌گردد، بیان شده است.^۱ ولی در اصطلاح حقوق، عبارت است از جرمی که نتیجه آن تحقیق پیدا نمی‌کند.^۲ با این تفاسیر و با توجه به اختلاف نظری که در خصوص عمل عقیم وجود دارد می‌توان دو تعریف جداگانه از آن ارائه داد. اول این که جرم عقیم عبارت است از: «انجام کلیه اقدامات و عملیات مجرمانه که به دلیلی جز مانع خارجی منجر به تحقیق نشود. بنابراین جرم عقیم یک جرم انجام یافته تلقی می‌گردد».^۳ دوم این که عمل عقیم عبارت است از: «عدم ورود به عملیات اجرایی خاصه جرم به دلیل عواملی که به شخص مرنگ منسوب است (عدم دقت، بیماری و ناتوانی، عدم مهارت و...) در حالی که هم وسیله مجرمانه و هم موضوع جرم وجود دارد» در ذیل، حقیقت عرفی و قانونی جرم عقیم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ج: حقیقت عرفی جرم عقیم

حقیقت عرفی آن است که عرف، لفظی را بر معنایی قرار می‌دهد و آن لفظ را به آن معنی اختصاص می‌دهد^۴ و عمل عقیم در اصطلاح عرفی عبارت است از قصد ارتکاب عمل مجرمانه و انجام یکسری امور اجرایی اعم از این که در رکن مادی تعریف شده برای جرم داخل شده باشد یا نشده باشد و متعاقب آن جرم تمام تحقیق پیدا نکند به گونه‌ای که ماهیتاً امکان تحقق جرم وجود داشته باشد. در این معنی به دو عملیات باید توجه داشت:

۱- عملیاتی که شخص به قصد ارتکاب جرم انجام می‌دهد ولی به هر علتی وارد در عملیات اجرایی خاصه جرم نمی‌گردد. مانند تیر اندازی به قصد قتل شخصی و عدم برخورد تیر به بدن او.

۲- عملیاتی که شخص به قصد ارتکاب جرم انجام می‌دهد و در رکن مادی جرم مورد نظر نیز داخل می‌شود یا به بیان دقیق تر به تعبیر برخی از حقوقدانان، همان «رفتار فیزیکی» لازم برای ارتکاب جرم را انجام دهد.^۵ مثلاً این که شخصی به قصد کلاهبرداری، استاد مجھولی را ارائه دهد به گونه‌ای که موجب فریب شخص مقابله نیز بشود.

بنابراین در عرف، انجام هر کدام از این عملیات و متعاقب آن عدم تحقق جرم (به هر علتی)، جرم عقیم را رقم خواهد زد.

۱- طباطبائی، سید مصطفی، فرهنگ تونی عربی-فارسی، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۶۶، ص ۴۵۱.

۲- فرهودی نیا، حسن، جواہم تالق، انتشارات فروزان، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷.

۳- علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۵۳، ص ۱۲۶.

۴- نجیب حسنی، محمود، شرح قانون حقوقات لبنانی، القسم العالمی، بیروت، دارالنهضه العربی، ۱۹۸۶، ص ۳۳۸.

۵- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیستم، ۱۳۸۴، ص ۴۱.

۶- میرمحمد صادقی، حسین، جواہم علیه اموال و مالکیت، چاپ یازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص ۵۵.

د: حقیقت قانونی جرم عقیم

حقیقت قانونی عبارت است از این که قانون، لفظ خاصی را بدون توجه به عرف در معنای خاصی قرار داده و لفظ را به آن معنی اختصاص داده باشد.^۱ از لحاظ قانونی، هیچ گونه حقیقتی در مورد جرم عقیم وجود ندارد و حکمی که در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی بیان گردیده در مقام بیان عدم امکان مجازات شروع به جرم بوده است و از فحوات این ماده می‌توان حداقل عملیات داخل در شروع به جرم را استخراج کرد ولذا بخشی از جرم عقیم به دلیل فقدان عنصر قانونی مطرح نیست.

به هر حال، بررسی تفاوت بین شروع به جرم به عنوان یک نهاد قانونی و جرم عقیم به عنوان نهادی که قانون به آن توجهی نداشته است مدنظر می‌باشد. این در حالی است که در حقیقت عرفی، کلیه اقداماتی که قبل از انجام رکن مادی جرم تحقق می‌باید نیز، داخل در مفهوم جرم عقیم است همچنان که انجام قسمتی از عنصر مادی جرم نیز داخل در مفهوم جرم عقیم می‌باشد. از طرفی نیز بر اساس آن‌جهه از فحوات ماده ۴۱ ق.م.ا برداشت می‌شود، قانونگذار با پذیرش نظریه عینی، آن مقدار از اعمالی را که داخل در یک جزء کوچکی از عنصر مادی جرم قرار می‌گیرد، شروع به جرم می‌داند. به عبارتی دیگر با مقایسه حقیقت عرفی عمل عقیم و حقیقت قانونی شروع به جرم، می‌توان گفت که مقدار اعمال انجام شده تا قبل از ورود در رکن مادی جرم را می‌توان جرم عقیم دانست. بنابراین اگر کسی به قصد قتل چاقوی خویداری کند و به محض دیدن شخص مورد نظر به او حمله کند ولی توسط پلیس دستگیری با این که به دلیل خم شدن شخص، چاقو از بالای سر او عبور کند و نتیجه تحقق نیابد، همه این اعمال از لحاظ عرفی، عمل عقیم محسوب می‌شوند، ولی از لحاظ قانونی هیچ مستندی برای محکوم کردن شخص وجود ندارد. اما زمانی که چاقو به سینه فرد اصابت می‌کند، اگر موجب قتل او شود، عمل، جرم تمام قتل عمدى است، اما اگر به هر دلیلی موجب قتل او نگردد (اعم از این که قبل از تحقق مرگ به بیمارستان منتقل و مورد معالجه قرار گیرد و یا حتی بدون معالجه، عمل موجب قتل او نگردد) عمل، مشمول شروع به جرم خواهد بود.^۲ در این حالت باید خاطرنشان کرد که (در مثال بالا) عملیات اجرایی برای جرم جرح به پایان رسیده است نه برای جرم قتل، زیرا ما بر این اعتقادیم که اگر عملیات اجرایی خاصه جرم تحقق پیدا می‌کرد جرم تمام تحقق می‌یافتد ولی به این دلیل که عمل مرتکب داخل در عملیات اجرایی جرم شده ولی نتیجه‌ای نداشته است، عمل، شروع به جرم است.

بنابراین زمانی که شخصی عملیات فریبندی را به قصد بردن مال غیر انجام دهد و متعاقب آن، طرف مقابل نیز اغفال شده ولی شخص ثالثی مانع تسلیم مال به فریبندی گردد و یا زمانی که مالک اشتباهآ در واریز به حساب اغفال کننده، پول را در حساب غیر واریز می‌نماید، کلیه این اعمال شروع به جرم محسوب می‌گردد.

بنابراین می‌توان چنین بیان نمود که:

۱- محمدی، ابوالحسن، همان، ص ۴۳.

۲- پوریافرانی، حسن، جوابیه علیه اشخاص، انتشارات چنگل، ۱۳۸۸، ص ۲۲۸.

- عمل عقیم عبارت است از انجام اقداماتی در راستای ارتکاب جرم که البته این اعمال هیچ کدام عملیات اجرایی یا رکن مادی جرم مورد نظر نیست. به عبارت دیگر در عمل عقیم هنوز مرتکب وارد رکن مادی یا عملیات اجرایی جرم مورد نظر نشده است.
- شروع به جرم عبارت است از انجام حداقل یک جزء از رکن مادی و عدم تحقق جرم.
- جرم تام عبارت است از انجام رکن مادی جرم در جرم مطلق و انجام رکن مادی جرم و تحقق نتیجه در جرم مقید.

بنابراین از لحاظ قانونی به محض ورود در عملیات اجرایی جرم مورد نظر و عدم تحقق جرم نام، به دلیل مانع خارجی یا هر علت دیگر، عمل شروع به جرم است نه عقیم.

۵: عملیات اجرایی جرم عقیم

همان گونه که بیان شد گروهی از حقوقدانان معتقد‌اند که در جرم عقیم تمام عملیات مجرمانه پایان می‌یابد ولی بنا به علی‌غیر ارادی و بدون مانع خارجی، نتیجه تحقق نمی‌یابد و در شروع به جرم؛ عملیات اجرایی به پایان نمی‌رسد بلکه به دلیل مانع خارجی در مرحله شروع باقی می‌ماند.^۱ گروهی نیز با همین عقیده ولی بالتفصیل بیشتر بیان می‌کنند که هر گاه مرتکب عملیات اجرایی جرم را به پایان برساند با سه صورت مواجه خواهیم بود: ۱- جرم تام، ۲- جرم محل و ۳- جرم عقیم.^۲ پذیرش این نظریات دارای تالی فاسدی است که در بندهای بعدی شرح آن خواهد گذاشت.

گروه دوم از حقوقدانان که نگارنده نیز با این گروه موافق است بر این نظر هستند که در جرم عقیم، اعمال انجام شده توسط مرتکب حتی به مرحله شروع به جرم نمی‌رسد و قبل از ورود در عنصر مادی جرم، اعمال انجام شده متوقف می‌گردد و یا اتمام می‌یابد. در حالی که در شروع به جرم اعمال مرتکب داخل رکن مادی جرم قرار می‌گیرد.^۳

و: قصد مجرمانه

هم در عمل عقیم و هم در شروع به جرم، مرتکب، قصد انجام جرمی را دارد که در ذهن می‌پروراند و به قصد انجام آن جرم دست به انجام عملیاتی می‌زند، نه به قصد آن مقدار عملی که هم اکنون تحقق یافته و بحتمل نتیجه‌ای در بر داشته است. بنابراین صرف قصد را نمی‌توان مجازات کرد و ورود در مرحله عملیات اجرایی خاصه جرم مورد نظر، مرز تفکیک شروع به جرم از عمل عقیم می‌باشد.

۱- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۲.

۲- نور بهاء، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۸، ص ۲۳۲.

۳- باهری، محمد، تقریرات حقوق جزای عمومی، به تقلیل از قانون مجازات اسلامی در نظام حقوق کشوری، تأثیر: رضا شکری و قادر سیروس، ۱۳۸۷.

۴- پوری‌افرانی، حسن، تقریرات حقوق جزای عمومی دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۸.

ز: در باب مجازات

این که آیا جرم عقیم قابل مجازات می باشد یا نه، ریشه در دیدگاهی دارد که در زمینه جرم عقیم بیان گردید. بنابراین گروهی که معتقد اند در جرم عقیم تمام عملیات به پایان می رسد اما نتیجه ای تحقق نمی یابد، قائل به این امر شده اند که جرم عقیم نوع خاصی از شروع به جرم بوده^۱ و در قالب شروع به جرم قابل مجازات است. در حالی که گروه دوم که نگارنده نیز با آن ها هم عقیده است معتقد اند که با تفسیر متعلقی از ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی و توجه به عدم خلط مباحث حقیقت عرفی و قانونی و مبنای که برای شروع به جرم و جرم عقیم بیان گردید، نه تنها نمی توان عمل عقیم را در قالب شروع به جرم قرار داد بلکه این عمل چون داخل در رکن مادی جرم نمی شود، جرم نبوده و قابل مجازات هم نخواهد بود.

ح: محل و منشأ اختلاف آرای حقوقدانان

سؤال این است که آیا این دو گروه از علمای حقوق بر سر مفهوم واحدی بحث می کنند و به جهت وضع الفاظ متفاوت دچار این اختلاف شده اند؟ به گونه ای که گروهی بر این مفهوم واحد، از لفظ شروع به جرم و گروهی دیگر از الفاظ عقیم و محل استفاده کرده اند؟ به نظر می رسد این گونه نباشد چرا که هر دو گروه در تعریف شروع به جرم، ارتکاب چیزی از رکن مادی را لازم می دانند و در تعریف جرم عقیم چیزی متفاوت ارائه می دهند. در این حالت تعاریف از جرم عقیم، متفق بر دو بخش است: گروه اول که معتقد اند در جرم عقیم کلیه عملیات اجرایی جرم به پایان رسیده و لی نتیجه ای حاصل نشده است. گروه دوم که معتقد اند در جرم عقیم، اعمال انجام شده حتی وارد در مرحله شروع نشده و در مرحله قبل از ورود در عنصر مادی جرم، متوقف شده است.

حال که مشخص شد هر دو گروه، جرم عقیم و شروع به جرم را دارای مفهوم واحدی نمی دانند، سوال دوم این است که چرا برخی از شارحین حقوق جزا، جرم عقیم را در قالب شروع به جرم قابل مجازات می دانند و برخی نافی مجازات برای آن می باشند؟ با سیری در کتب مختلف در بحث مربوط به جرایم عقیم یک نکته قابل تأمل است و آن این است که در همه این مباحث مثالی که برای جرم عقیم به کار می برند شیلیک تیر به سوی شخصی زنده است که تیر به او اصابت نکرده است. به نظر نگارنده ریشه این اختلافات را باید در این مثال جستجو کرد. در این مثال، اولین لحظه برای تحقق اولین جزء از رفتار فیزیکی جرم قتل چه زمانی است؟ آیا به صرف چکاندن مانع عملیات اجرایی که داخل در رکن مادی جرم قتل است تتحقق پیدا کرده است؟ آیا دقیق تر این نیست که بگوییم لحظه شروع رکن مادی جرم قتل از زمانی است که افعال مقدماتی مرتكب، اولین اثر خود را بر روی موضوع جرم می گذارد؟ با یافتن پاسخ این سؤالات می توان به ماهیت عمل عقیم پی برد و اختلاف موجود را حل نمود. به نظر نگارنده در جرایی که موضوع جرم، یک جسم مادی است مثل سرقت، تخریب و قتل، لحظه شروع به جرم (ورود به عملیات مادی جرم) از زمانی است که فعل و رفتار مرتكب اولین

۱- صابنی، پرویز، حقوق جزای عمومی، نظر طرح نو، ۱۳۸۲، چاپ اول، ص ۴۱.

اثر را بر موضوع جرم می‌گذارد. سرقت، مستلزم رباش است و رباش، خود دو جزء دارد: وضع ید بر مال غیر و خارج کردن از حیطه تسلط مالکانه.^۱ در این حالت، شروع به جرم، وضع ید بر مال غیر است که اولین اثر فعل مرتكب بر موضوع جرم است. در قتل نیز باید همین گونه باشد. زمانی که شخصی به قصد کشتن دیگری چاقوبی را در دست گرفته و می‌خواهد ضریب را به او وارد کند اما به دلیل خم شدن، چاقوبه او اصابت نمی‌کند یا تیری را به قصد قتل شلیک کرده و به واسطه عدم مهارت مرتكب، تیر به وی اصابت نمی‌کند، در هیچ یک از دو مثال، رکن مادی قتل عمدى شروع نشده است بنابراین گروهی که معتقد‌اند جرم عقیم را باید در قالب شروع به جرم مجازات کرد به تفسیر منطقی از ماده ۶۱۳ و ۴۱ قانون مجازات اسلامی توجه نداشته‌اند و به زعم ایشان با چکاندن ماشه اسلحه و عدم اصابت تیر نه تنها عملیات شروع شده بلکه به پایان هم رسیده است در حالی که موضع بودن این تفسیر بر کسی پوشیده نیست و این گونه اعمال تا قبل از اثر بر موضوع جرم از مقدمات قریبه جرم می‌باشد و نباید آن‌ها را داخل در رکن مادی جرم دانست. پذیرش نظر این دسته از حقوقدانان تاییحی را در بر دارد که با اصول پذیرفته شده در شروع به جرم و جرم عقیم معارض است. با این توضیح که اگر بگوییم در جرم عقیم رفتار فیزیکی مرتكب کاملاً انجام شده ولی نتیجه‌ای حاصل نشده است این انتقاد وارد است که جرم عقیم را فقط در جرایم مقید می‌توان تصور کرد و در جرایم مطلق قابل تصور نیست زیرا در جرم مطلق صرف انجام رفتار فیزیکی بدون نتیجه، جرم تمام را تحقق می‌بخشد در حالی که واقعاً این گونه نبوده و شروع به جرم و جرم عقیم در این گونه جرایم نیز قابل تصور است، فارغ از این که قانون برای آن‌ها مجازات قرار داده باشد یا نه.

نتیجه

بر اساس تفاسیری که شرح آن گذشت می‌توان گفت هرگاه فعل مرتكب داخل در رکن مادی جرم قرار نگیرد ولی جرم تمام محقق نشود، این مقدار عمل مرتكب مصدق شروع به جرم است و زمانی که عمل مرتكب داخل در رکن مادی جرم قرار نگیرد این مقدار عمل مشمول عمل عقیم خواهد بود و هرگاه مرتكب برای ارتکاب جرم از وسائلی استفاده کند که ماهیتاً منجر به وقوع جرم نمی‌گردد یا چنان‌چه ماهیتاً منجر به وقوع جرم می‌شوند ولی بر موضوعی استعمال می‌گردد که ذاتاً منجر به تحقق نتیجه مدنظر نخواهد شد، در این حالت، عمل، جرم محال است، به هر حال عمل عقیم و شروع به جرم کاملاً از هم مجزا بوده و در زمینه مجازات و جرم بودن عمل نیز، بر اساس مقررات فعلی، عمل عقیم از این باب مطلقاً و شروع به جرم نیز چنان‌چه قانون به جرم بودن آن تصریح نکرده باشد، جرم نبوده و مجازاتی نخواهد داشت.

در عین حال همان گونه که گفته شد در تبصره ماده ۱۲۱ لایحه مجازات اسلامی، جرم عقیم و حتی جرم محال نیز در حکم شروع به جرم محاسب شده که بر اساس مطالب گفته شده، صحیح به نظر نمی‌رسد. ■

^۱- میر محمد صادقی، حسین، همان، ص ۴۵

جستاری در نحوه پیگمیسیون تقدیم اعتراض ماده واحد

علی نیک پور*

مقدمه

قانونگذار در موارد متعدد و مختلف جهت جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی نسبت به تصمیمات و آرای صادره از مراجع قضایی و مراجع غیردادگستری و حتی مراجع اداری، طرقی را برای تجدیدنظرخواهی، پژوهش و اعتراض، پیش یین نموده است که قواعد مربوط به آن در زمرة قوانین آمره و تخلف نابذیر محسوب می‌شود. در این میان کمیسیون ماده واحد قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع (مصوب ۱۳۹۷/۶/۲۲) مشهور به کمیسیون ماده واحد، یکی از مراجع اداری پیش‌ینی شده است که به منظور دریافت اعتراضات به اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۶ (با اصلاحات بعدی) و رسیدگی به آن‌ها تأسیس گردیده است و در ادارات منابع طبیعی مستقر است. (مخاطب محترم می‌تواند در خصوص ترکیب کمیسیون و کسب آگاهی سایر جزئیات مربوط به آن به قوانین ذیریط مراجعه کند). لکن در این نوشته سعی شده است تا به برخی مسائل و مسئله‌های مبتلاه و شایع در خصوص نحوه تقدیم اعتراضی به کمیسیون مذکور، در حد وسیع اندک علمی و بضماعت مزاجه تجربی پاسخ داده شود.

آیا اداره کل منابع طبیعی می‌تواند اعتراض کند؟

در پاسخ به سؤال فوق می‌توان دو نظر ارائه داد که مبانی آن را باید در قائل شدن شخصیت مستقل حقوقی برای کمیسیون ماده واحد نسبت به اداره منابع طبیعی جستجو کرد. تو پسیحاً این که، طبق نظر اول با تلفات به ماده ۲ و تصره ۱ آن از آین‌نامه مذکور که کمیسیون ماده واحد را در اداره منابع طبیعی یا واحد جایگزین دیگر مستقر می‌داند و مسؤولیت اداره جلسات هیأت به عهده رئیس اداره منابع طبیعی شهرستان است و دیرخانه هیأت نیز تحت نظر رئیس اداره منابع طبیعی شهرستان در اداره منابع طبیعی تشکیل می‌شود و به دلیل ارتباط کاملاً نزدیک هیأت و تأثیرپذیری آگاهانه با ناخودآگاه هیأت از انتظام فکری موجود در اداره منابع طبیعی که در رأس آن رئیس آن اداره است، می‌توان بیان داشت که کمیسیون ماده واحد

* کارشناس حقوقی اداره منابع طبیعی خواتسار، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.
۱- شمس، دکتر عبدالله، آین دادرسی مدنی، جلد نخست، ص ۱۵۶، ش ۲۵۷. جهت دیدن نظر مخالف کمیسیون را از مراجع شبه قضایی قلمداد نموده، ر.ک. مهدی بالوی، خبرنامه کانون وکلای اصفهان، شماره ۲۲ ص ۵۲

شخصیت حقوقی مستقلی نسبت به اداره مرقوم ندارد، لهذا طرح اعتراض از سوی اداره، خلاف مقررات دادرسی عادلانه است که موجب تضعیف اشخاص حقیقی در احراق حقوق خود می‌باشد. این نظر بعضاً در برخی از آرای دادگاه‌های بدی پذیرفته شده است و به تأیید دادگاه تجدیدنظر نیز رسیده است. شایان ذکر است که وجود چنین مرجعی در اداره منابع طبیعی چنان با ذوق سالم و منطق حقوقی سازگاری ندارد و باید چاره‌ای اندیشید تا استقلال این کمیسیون نسبت به اداره مارالذکر بیش از پیش گردد و بدین ترتیب به طور خودکار آرای صادره از آن مستحکم‌تر و رویکرد اذهان عمومی نسبت به آن مثبت‌تر شود.

در مقابل، طبق نظر دوم، باید دل به استقلال نهاد پیش بینی شده جهت اعتراض به ملی شدن اراضی (کمیسیون ماده واحده) نسبت به اداره منابع طبیعی سپرده، زیرا:

اولاً: طبق منطق صریح تصمیره ۲ ماده ۴ آین نامه مارالذکر سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور و ادارات کل منابع طبیعی نیز می‌تواند به منظور اعاده منابع طبیعی ناشی از نحوه اجرای قانون ملی شدن جنگل‌ها و ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و اصلاحات بعدی که به موجب آن منابع ملی و اتفاقاً در سهم اشخاص حقیقی و یا حقوقی قرار گرفته است، اعتراض خود را به دیرخانه هیأت جهت اقدامات لازم تسلیم نمایند.

ثانیاً: بر فرض فقدان چنین نصی، آن‌چه که مفروض است این است که این هیأت فارغ از سمت و سوهای فکری اعضای آن و با در نظر گرفتن عدالت، مبادرت به اظهارنظر می‌نماید. وانگهی در صدر اعضای آن یک نفر قاضی دادگستری وجود دارد و الیاهیه این قاضی است که مبادرت به انشای رأی می‌نماید. به این ترتیب و با توجه به استدلالات فوق باید به نظر دوم پیوست و برای کمیسیون مزبور شخصیت مستقل حقوقی قائل شد. پس در این صورت ادارات کل منابع طبیعی و سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور می‌تواند اعتراضات مستند خود را به کمیسیون مربوطه تقديم نمایند و مسلم الیان است که جهت اعتراض به تصمیم قاضی کمیسیون می‌تواند ابطال آن را از دادگاه عمومی و سپس دادگاه تجدیدنظر مینی بر افزایش اتفاق و تقلیل مستثنیات بخواهد.

اعتبار امر قضاؤت شده آرای صادره از کمیسیون^۱

قاعده این است که جهت فصل خصوصت و نزاع بین اطراف دعوا یا استفاده با خیالی آسوده از محکوم به و یا ارائه حکم صادره به عنوان دلیل و اتقان آرای صادره از محاکم دادگستری، احکام، دارای اعتبار امر قضاؤت شده می‌باشد که شرایط خاص خود را دارد. اما سؤالی که قابل طرح و بررسی است این که، چنان‌چه کمیسیون ماده واحده قبل‌اً در حدود صلاحیت خود به صورت ماهوی نسبت به موضوعی اظهارنظر کرده باشد آیا این امر،

۱- برای شناخت دقیق مفهوم اعتبار امر مختصه ر. ک، شمس دکتر عبدال...، آین دادرسی مدنی، جلد تخته، ص ۴۵۹ به بعد- کاتوزیان، دکتر ناصر- کتاب ارزشمند اعتبار امر قضاؤت شده در دعواه مدنی.

شامل قاعده فوق است؟ یا این که چون کمیسیون از مراجع اداری است مشمول اعتبار امر قضایت شده نمی‌شود؟ در ایران به این پرسش پاسخ مثبت داده شده است.^۱ زیرا فلسفه رسیدگی نکردن دوباره به دعوا یا امری که قبل از رسیدگی و مورد صدور رأی قطعی قرار گرفته، هر چه باشد، نسبت به آرای مراجع مزبور نیز وجود دارد و نوع مرجع نباید تأثیری در آن داشته باشد. از سوی دیگر اگر اعتبار امر قضایت شده، قاعده باشد، که هست، عدم اجرای آن مستلزم وجود نص صریحی است که باید تفسیر مخفی شود و چنین نصی و وجود ندارد.^۲

با روشن شدن این مطلب این سوال به ذهن متادر می‌شود که در صورتی که نسبت به مرتعی قبل از کمیسیون ماده واحد طرح اعتراف شده باشد و به صورت کلی تعامی آن مرتع ملکی اعلام شده باشد آیا می‌توان با این استدلال که موضوع، شامل امر مخومه است گفت: قابلیت پذیرش و ثبت در کمیسیون را ندارد؟ در پاسخ بدواند باید برفرض که اعتبار امر قضایت شده در موردی خاص من جمیع الجهات واجد شرایط اعمال است، نمی‌توان از پذیرش و ثبت اعتراف امتناع ورزید زیرا در نهایت قاضی هیأت باید با بررسی موضوع و جواب امر و شرایط اعمال قاعده (وحدث اصحاب دو دعوا - وحدث موضوع دو دعوا - وحدث سبب دو دعوا) نسبت به اصدار رأی رد اعتراف اقام کند و شخص دیگری صالح به چنین اقدامی نیست.

به بحث اصلی بازمی‌گردیم، چنان‌چه رأی کلی مبنی بر ملن بودن مرتعی صادر شود، برای مثال قاضی هیأت در رأی، تمام پلاک مرتع «الف» را ملکی اعلام کرده در حالی که خواهان فقط به بخشی از آن اعترافی داشته است آیا می‌توان گفت دیگر پذیرش اعترافات نسبت به مرتع «الف» فاقد توجیه قانونی است یا نه؟ در پاسخ به این سوال گفته است، صرف نظر از این که این گونه انشای رأی که خواهان به قسمتی از اراضی ملکی معتبر است و قاضی هیأت تمامی آن اراضی را ملکی اعلام کند و بدین ترتیب رسیدگی ماهیتی انجام شود، برخلاف قواعد مسلم و میرزا آین دادرسی مدنی است. زیرا قاضی باید در جارچوب خواسته خواهان یا معتبر مبادرت به انشای رأی نماید. عدم رعایت چنین قاعده‌ای از موارد نقض بلا ارجاع در دیوان عالی کشور است (ماده ۴۰۳ ق.آ.د.د.ع.ا.م). معهداً تقدیم اعتراض به دیرخانه کمیسیون توسط اشخاصی غیر از معتبر قبلي هیچ منع قانونی ندارد^۳، زیرا:

اولاً: یکی از شرایط اعتبار امر قضایت شده، وحدث اصحاب دو دعوا می‌باشد. حالیه در مانحن فیه چنین شرطی معدوم است، حتی اگر موضوع و سبب دو دعوا واحد باشد نبایز امر شامل قاعده نیست، از طرفی توجهی به این که در بسیاری از موارد که حکم کلی نسبت به مرتعی

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، اعتبار امر قضایت شده در دعوای مدنی، ش ۶۸، ص ۱۰۶.

۲- شمس، دکتر عبدال...، آین دادرسی مدنی، جلد نخست، ص ۴۲۳، ش ۸۱۵.

۳- و حتی باید قال شد که همان طور که قبل از رسیدگی معتبر قبلي هم می‌تواند اعتراض کند اما متعاقباً اعتراض آن باید توسط رأی قاضی هیأت رد شود.

صادر می شود و معتبر دیگر نسبت به بخش دیگری از مرتع اعتراض دارد، وحدت موضوع دو دعوا نیز مفقود است. پس اصولاً شرایط شمول قاعده در ما نحن فی وجود ندارد.

ثالیاً: نظر به این که در صورتی افراد می توانند به ملی شدن اراضی در محاکم عمومی دادگستری اعتراض کنند که قبل از کمیسیون ما به النزاع اعتراض خود را تقدیم و در این خصوص حکم قانونی صادر شده باشد. به دیگر سخن دادخواست دهنده باید سابقاً در دیبرخانه کمیسیون اعتراض خود را تقدیم داشته و نامش در رأی قاضی منعکس شده باشد. در غیر این صورت محاکم طرح چنین دعوا را بدون مسابقه طرح اعتراض در کمیسیون فاقد وجاہت قانونی دانسته و مدعی با قرار عدم استماع دعوا یا رد دعوا مواجه می شود؛ با این توصیف، مدعی هیچ راهی برای احراق حق ندارد و این خلاف روح حاکم بر مواد ذی ربط و گویی نقض غرض مقنن است.

باری، برای پرهیز از این توالی فاسد باید تمامی اعتراضات را چه کامل و چه ناقص پذیرفت و پس از جری تشریفات قانونی، قاضی هیأت اتخاذ تصمیم نماید.

تحوه پذیرش اسناد عادی در کمیسیون ماده واحد

نظر به ماده ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت دولت، فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده 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 می داند. مع الوصف این سؤال اساسی مطرح است که چه اسنادی قابلیت طرح در کمیسیون را دارند؟ آیا استشهادیه های محلی یا مبابعه نامه های عادی، دارنده آن را قادر به طرح اعتراض در آن کمیسیون می سازد؟

در پاسخ به سؤال فوق ابتدائاً باید به دستور العمل تحوه پذیرش اسناد عادی در دیبرخانه های کمیسیون ماده واحده قانون تعین تکلیف اراضی اختلافی به شماره ۸۶/۱۲۹۴۵۹-۸۶/۵۹ اشاره نمود که به موجب بند ۲-۲ معتبرضی که هیچ گونه اسناد مشتبه مالکیت ندادشته باشد و صرفاً دارای استشهادیه محلی باشد را از پذیرش ادعا در کمیسیون محروم ساخته است. معهدنا بند آخر الذکر در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طرح و عنایتاً به نظریه شورای نگهبان، منتج به صدور رأی شماره ۱۳۸۸/۳/۱۳-۱۷۶ به شرح ذیل شد:

- ۱- برای نمونه، به این رأی توجه فرمایید: «تجدیدنظرخواهی آقایان... و ... از دادنامه... اصداری از شعبه اول دادگاه حقوقی خوانسار متضمن صدور قرار عدم استماع دعوا ایشان مبنی بر اعتراض به رأی شماره... قاضی هیأت رسیدگی موضع قانون تعین تکلیف اراضی اختلافی وارد تشخیص نمی گردد. زیرا تجدیدنظرخواهان جزء افرادی که معتبرض به آنکه تشخیص بوده اند، نمی باشند و ایشان بایستی ابتدائاً از طریق کمیسیون ماده واحده قانون تعین تکلیف اراضی اختلافی اقدام نمایند. لذا باره اعتراض ایشان دادنامه تجدیدنظرخواسته را به استداد ماده ۳۵۳ ق.آ.دم تأیید می نماید رأی صادره قطعی است».
- ۲- در صورتی که مدار که معتبرض ناقص باشد دیبرخانه باید اختصار رفع نقص صادر کند (تصویره ۵ ماده ۴ آین نامه اجرایی ق. تعین تکلیف...).

با عنایت به این که به شرح نظریه شماره ۱۷/۳۰/۳۰۸۹۵ مورخ ۸۷/۱۲/۴ فقهای محترم
شورای نگهبان بند ۲-۲ دستورالعمل نحوه پذیرش استاد عادی به شماره ۸۶/۱/۲۹۴۵۹ مورخ
۱۳۸۶/۵/۹ سازمان جنگل‌ها و مراتع و آبخیزداری خلاف موازین شرع شناخته شده است،
بنابراین مستندا به ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ابطال بند ۲-۲ از دستورالعمل
مورد اعتراض صادر می‌شود.^۱

با به مراتب معنونه در حال حاضر چنان‌چه شخصی با در دست داشتن استشهادیه محلی
عادی به دیرخانه کمیسیون جهت طرح اعتراض مراجعه نماید، مسؤول مربوطه مکلف به
پذیرش ادعا نامه است. (البته مشکلات عملی و سوء استفاده‌های احتمالی افراد فرصت طلب
و سودجو ناشی از این تصمیم بر کسی پوشیده نیست و بر شمردن مضار اخذ چنین موضوعی،
نوشتاری مبسوط و مجزا می‌طلبند و در این مختص نمی‌گنجند). اما سوال قابل بررسی دیگر این
است که آیا با این توصیف می‌توان مبایعه نامه‌های عادی را داخل در حکم فوق قلمداد کنیم و
دیرخانه را مکلف به پذیرش ادعا نامه مستندا به آن نماییم؟ از یک سو نظریه شورای محترم
نگهبان در این راستا جهت اعتبار بخشیدن و اهتمام بیشتر به گواهی به عنوان یکی از ادله اثبات
دعوا در فقه اسلامی است و از طرف دیگر طبق ماده ۱۲۸۵ ق.م شهادت‌نامه سند محسوب
نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت. لذا با چنین مقدمه‌ای و با اتحاد طریق رأی
اصداری از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می‌توان قائل به پذیرش مبایعه نامه‌های عادی
در کمیسیون شد. خاصه اگر ذیل مبایعه نامه مضمونی به امضای چند گواه باشد، عکت ابراز آن
نظریه در مورد اخیر نیز موجود است.

از سوی دیگر می‌توان نظری مخالف ارائه داد. و این گونه استدلال نمود که:

اولاً: رأی مارالذکر صرفاً ناظر به بند ۲-۲ دستورالعمل مزبور است و با توجه به استثنائی
بودن آن باید در حیطه و موضع نص تفسیر شود و از سرایت آن به سایر موارد خودداری
نمود.

ثانیاً: وفق منطقی صریح بند ۱-۲ دستورالعمل معنونه، معتبرین دارای مبایعه نامه عادی
ابتدائاً می‌بایست آن سند عادی را در دادگاه ذی صلاح (محل وقوع ملک) تغییر نموده، سپس
میادرت به طرح اعتراض نمایند، کما این که در بند اول آمد، این بند کما کان به قوت خود باقی
است و تصمیم اخیر دیوان عدالت اداری در آن ساری نمی‌شود.

ثالثاً: مادتین ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، مانع از پذیرش این گونه استاد در مراجع اداری و دولتی
نمی‌شوند.

رابعاً: رأی شماره ۱۶۶/۷/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، پذیرش استاد عادی
مبنی بر نقل و انتقال اراضی و املاک ثبت شده بدون تنفيذ و تأیید آن توسط مراجع قانونی

صلاحیتدار به شرح ماده ۴۸ ق.ث، را فاقد جواز قانونی دانسته است. و هیچ گونه دلیلی بر نسخ صریح یا ضمنی و المای این رأی وجود ندارد، لذا در ما نحن فيه مجری خواهد بود.

خامساً: مصلحت اداری و دولتی و لزوم انتظام امور و ایجاد حاجز و رادع در مقابل سوداگران بیماردل، ایجاب می کند که از پذیرش جنین اسناد عادی امتناع گردد.

با امعان نظر به موارد مطروحه بمنظر می رسد، دلایل عدم پذیرش به مراتب قوی تر باشد. لذا معتبرین همان گونه که در بند ۲-۱ دستورالعمل و نیز رأی اخیرالذکر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آمد، می توانند در بدو امر، اسناد خود را تنفیذ، سپس مبادرت به تقديم ادعا نامه اعتراضی به دیرخانه کمیسیون نمایند.

نتیجه

کمیسیون ماده واحده یکی از مراجع اداری است که به منظور رسیدگی به اعتراضات اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) به ملی شدن اراضی تشکیل شده است و باید دانست این مرجع، شخصیت مستقلی نسبت به اداره منابع طبیعی دارد. پذیرش این استدلال آثار خاص حقوقی خود را به همراه دارد.

در خصوص پذیرش اسناد عادی باید قائل به تفکیک شد و فقط استشهادیه را مورد پذیرش قرار دادا و باید تسبیت به پذیرش مبایعه نامه های عادی قبل از تنفیذ آن توسط محکمه صالح امساک ورزید و چنان جه نسبت به موضوعی قبلاً اظهارنظر ماهوی گردید حتى با وجود وحدت موضوع و اصحاب و سبب دعوا باید مسئول دیرخانه اعتراض را ثبت، سپس در صورت اجتماع شرایط قاعده، فاضی هیأت نسبت به رد اعتراض اقدام نماید. ■

والله العالم

منابع

- ۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج دوم، تهران، نشر میزان ۱۳۸۵.
- ۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، اعتبار امر قضاوی شده در دعواهی مدنی، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۶.
- ۳- شمس، دکتر عبدال...، آینه دادرسی مدنی، جلد نخست، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۴.
- ۴- غلامرضا شهری، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۴.

آگهی‌های بازرگانی

کو مطبوعات

* مرضیه اسماعیلی فلاخ

چکیده

موضوع آگهی‌های تجاری و ساز و کار نظارتی آن از موضوعات حساس و دغدغه برانگیزی است که نسبت به آن به فراخور ساختارهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و نوع نگاه به آینده، برخوردهای متفاوتی شده است.

این برخوردها گاه آن قدر ساده‌تر هستند که در ضابطه‌گذاری تنها به ذکر کلیاتی بسته می‌شود و گاه آن قدر سختگیرانه است که قوانین مفصل و محکمی طراحی می‌شود.

آنچه که امروز در نشریات ایران شاهد آن هستیم، حاکمی از تنوع و چندگانگی و چندپارگی قوانین ناظر بر ساز و کارهای آگهی‌های تجاری است. به این مسأله همچنین کاستی‌ها و کمبودهای قانونی را که گاه چالش‌های جدی را به ویژه در باب حقوق مخاطبان آگهی‌ها پیش رو می‌گذارد، نیز باید افزود.

در این جستار، کوشش شده تا به بررسی جایگاه کوتی حقوق تبلیغات بازرگانی در حوزه مطبوعات پرداخته شود تا با نقد و دقت نظر در این عرصه، زمینه بحث و بررسی بیشتر فراهم آید.

واژگان کلیدی: حقوق تبلیغات بازرگانی، آگهی‌های تجاری، حقوق مخاطبان، مطبوعات.

مقدمه

آگهی‌های بازرگانی، پدیده‌ای رسانه‌ای با ابعاد اجتماعی و اقتصادی بسیار وسیع است. آگهی‌ها هرچند بخشی از حوزه ارتباطات را شامل می‌شود، اما امروزه آن چنان وسعتی یافته که نه تنها قسم قابل ملاحظه‌ای از پیام‌های وسائل ارتباط جمیع از قبیل رادیو، تلویزیون، مطبوعات و... را به خود اختصاص داده، بلکه ظرف‌های تازه‌ای برای انتقال پیام و ارتباط با مخاطب یافته و با به خدمت گرفتن سازه‌های شهری، وسائل نقلیه عمومی و حتی پوشش انسان‌ها، روی قوطی کبریت و اخیراً به وسیله پیامک از طریق تلفن همراه، بیش از هر متن رسانه‌ای دیگر در جامعه به چشم می‌خورد.

* کارآموز و کالت - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق ارتباطات دانشگاه علامه طباطبائی.

لذا بررسی جایگاه حقوقی آگهی‌های بازارگانی در حوزه مطبوعات از اهمیت خاصی برخوردار است، چرا که این رسانه، طی چند دهه گذشته به طور سنتی، متولی نشر قسمت عظیمی از تبلیغات بوده است.

در چنین شرایطی مطالعه اصول و قواعدی که باید در تولید، نشر و محتواهای آگهی‌های بازارگانی مراعات شود، به صاحبان کالا و نیز کانون‌های تولید و نشر آگهی کمک می‌کند تا ناخواسته به نقض حقوق عمومی جامعه یا حقوق خصوصی شهروندان دچار نشوند. دقت نظر در نظام حقوق و مسؤولیت‌ها در این حوزه، به اختلافات و نابسامانی‌ها در عرصه مزبور باسان داده یا از دامنه آن می‌کاهد.

فصل اول-کلیات

گفتار نخست- چنینهای مختلف آگهی‌های بازارگانی

در جامعه‌ای که دیگر روابط اقتصادی رو در رو در آن جایی نداشت، آگهی‌های تجاری تبدیل به منبعی رو به رشد از اطلاعات درباره کالاهای موجود در جامعه شد. آگهی‌های تجاری از زمرة مفاهیمی است که به رغم وجود ابتدایی، برای ارائه تعریف جامع و مانع با دشواری رو به روست. می‌توان گفت آگهی‌های بازارگانی «کوششی در راستای تدارک و انتشار آگاهی‌ها، با هدف ثبت نشان دادن مصرف یک کالا، می‌باشد. (قضی زاده، ۱۳۸۱: ۴۱)

در واقع تبلیغات تجاری نوعی از ارتباطات است و به دنبال پاسخی از قبیل خرید یافتن است. آگهی‌های بازارگانی، اگرچه در برخی موارد ظاهر توصیفی دارد، ولی در حقیقت یکی از انواع ارتباطات اقتصادی به شمار می‌رود. (اسماعیلی، ۱۳۸۵: ۳۴) اگرچه در بیشتر و از نامدها، تبلیغ، متادف با اطلاع دادن و آگاهی رساندن به کار رفته، اما دیگر نمی‌توان براساس چنین تعاریف ساده و معصومانه‌ای تبلیغات تجاری پیچیده و مرکب امروزی را تبیین کرد.

«برخی از منتقلان آگهی‌های تجاری، بر این عقیده‌اند که اطلاعات اغلب آگهی‌های بازارگانی، کمترین رابطه‌ای با اطلاعات و واقعیت‌های عینی ندارد و از جهتی دیگر نه تنها در انتخاب مصرف کننده تقش کمک کننده‌ای در تشخیص کالای خوب از بد ندارد، بلکه تنها تأثیر آن گران‌تر شدن کالا به سبب افزوده شدن هزینه آگهی بر قیمت تمام شده کالا یا خدمت است که در نهایت بر مصرف کننده تحمیل می‌شود.» (رسولی، ۱۳۸۶: ۲۶)

دیگر هدف تبلیغات، صرفاً ایجاد آگاهی در مخاطب تسبیت به یک محصول نمی‌باشد، بلکه «با نیاز سازی مصنوعی رابطه کالا-نیاز را به کالا. ارضاء، تبدیل کرده و بنابراین نظام عرضه و تقاضا به معنای کلاسیک آن دیگر در جامعه سرمایه‌داری وجود خارجی ندارد؛ ایجاد تقاضای کاذب سبب به هم خوردن رابطه عرضه و تقاضای طبیعی می‌شود.» (میر فخرایی، ۱۳۸۶: ۲۷)

ابرخی دیگر از معتقدان اعتقاد دارند که آگهی‌های بازرگانی، با انحصار تولید برای گروهی از شرکت‌های بزرگ و پرتوان، رقابت ناقصی را ایجاد خواهد کرد، در نتیجه تنها بنگاههای تولیدی پرقدرت قادر خواهند بود هزینه‌آگهی‌های گران را متفق شوند و شرکت‌های کم‌توان، خود به خود از گرددونه رقابت خارج خواهند شد.

مدافعان آگهی‌های تجاری بر این اعتقاد اند که انتشار آگهی‌های بازرگانی، نقش مهم و اساسی در حرکت ماشین اقتصاد و تولید دارد. این نظریه بر این اصل استوار است که آگهی‌های بازرگانی قادر است تا موجب تشدید رقابت شود و با تشديد رقابت و به میان آمدن صنعت و تولیدات جدید، خود به خود اشتغال و شکوفایی اقتصادی از پی خواهد آمد. (رسولی، ۱۳۸۶)

(۲۵)

گفتار دوم: نظارت، کنترل و ویژگی‌های قانونی آگهی‌های تجاری

موضوع کنترل آگهی‌ها به طور مستقیم به حقوق مخاطبان و مصرف کنندگان کالاها و خدمات معطوف می‌شود. برای این منظور، نظام‌های رسانه‌ای در قالب «نهادهای خودناظارتی» یا «نهادهای قانونی» با تعین محدودیت و ضوابط خاصی بر محضای آگهی‌ها و نحوه نشر و پخش آن نظارت خود را اعمال می‌کنند.

بررسی قوانین و مقررات مصوب کشور ایران حاکی از آن است که یک قانون منسجم و مشخصی که ساز و کار آگهی‌ها را بحسب انواع آگهی و رسانه تعیین کند به چشم نمی‌خورد. آنچه که از قوانین و مقررات مصوب کشور در مورد فعالیت‌های تبلیغاتی می‌توان پیدا کرد به طور عمده شامل موارد زیر است:

- اصولی از قانون اساسی
- بخش‌هایی از قانون هدف‌ها و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی درخصوص تبلیغات
- آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت‌های کانون‌های آگهی و تبلیغ
- ماده ۱۹ قانون مطبوعات
- بخش‌نامه‌های مصوب کمیته مرکزی سازمان‌های تبلیغاتی کشور درخصوص تبلیغات
- قوانین و مقررات مربوط به نحوه تبلیغ در مؤسسات و واحدهای آموزشی، تحقیقاتی، فرهنگی و هنری
- فصل قواعد تبلیغ در قانون تجارت الکترونیکی
- قوانین و مقررات مربوط به منع به کارگیری اسمی، عنایی و واژه‌های یگانه
- مقررات مربوط به نحوه درج آگهی‌های پیش فروش مسکن
- قوانین و مقررات مربوط به تبلیغ دستگاه‌های فلزیاب
- بخش‌نامه تهیه آگهی‌های رادبویی و تلویزیونی (مربوط به سازمان صدا و سیما)

یکی از مجموعه قوانین مهم درباره فعالیت‌های تبلیغاتی بازرگانی در ایران، آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغ می‌باشد که به لحاظ ساختار

شامل دو بخش اساسی است. در بخش اول، نحوه تأسیس و نظارت بر عملکرد شرکت‌های تبلیغاتی مطرح شده است و در بخش دوم ضوابط مربوط به آگهی‌های تجاری آمده است. براساس قانون یاد شده، علاوه بر صدور پروانه تأسیس، رسیدگی به شکایات از مؤسسات و کانون‌های آگهی و تبلیغ و همچنین لغو پروانه، تعطیل موقعت و دائم و یا تعليق مدیران این مؤسسات بر عهده کمیته سازمان‌های تبلیغات گذاشته شده است. اعضای این کمیته عمدتاً از مدیران مرتبط دولتی انتخاب و منصوب می‌شوند. به نظر می‌رسد این کمیته صرفاً بر فعالیت‌های مؤسسات تبلیغاتی و کانون‌های آگهی نظارت داشته باشد چراکه رسیدگی به تخلفات تبلیغاتی رسانه‌ای به ویژه در مطبوعات و رادیو و تلویزیون به شکل مجزا از طریق دادگاه مطبوعات و نظام رسیدگی به تخلفات داخلی صدا و سیما عملی می‌باشد.

از این رو به نظر می‌رسد دو ضعف اساسی در مسأله نظارت بر فعالیت‌های تبلیغاتی وجود داشته باشد؛ یکی دولتی بودن ساز و کار نظارت بر فعالیت کانون‌ها و عدم توجه به نظام خود نظارتی و دوم عدم یکپارچگی در اعمال قوانین.

به طور کلی تمام محدودیت‌ها و الزامات حاکم بر پخش و انتشار آگهی‌های بازرگانی از دید حقوق مصرف‌کنندگان و مخاطبان در قوانین تبلیغات ایران یا مایر کشورها را می‌توان در چند بخش تقسیم کرد: دسته‌ای از محدودیت‌ها و الزامات، شامل قوانینی است که هدف از تدوین آن‌ها نظم بخشی برای حفظ تعادل اجتماعی و اقتصادی و به طور کلی موارد مربوط به بایدها و نبایدهای اخلاقی در جامعه است، دسته دیگر، محدودیت‌هایی است که به موضوعات سلامتی و بهداشتی جامعه مربوط می‌شود. همچنین برخی ممنوعیت‌ها به ویژه در خصوص حقوق کودکان و نوجوانان تدوین شده است. برخی از محدودیت‌ها درباره تبعیض جنسی، قومی، نژادی و مذهبی می‌باشد و پاره‌ای از محدودیت‌ها به حقوق شهروندی و پاره‌ای دیگر به مسائل محیط زیست بازمی‌گردد. (رسولی، ۱۳۸۶: ۴۹)

فصل دوم - جایگاه فعلی آگهی‌های بازرگانی در مطبوعات

گفتار نخست - مسائل و مشکلات پیش رو در نشر آگهی‌های بازرگانی در مطبوعات

پس از انقلاب، تا مدتی اصلاً فکر کردن به آگهی‌های بازرگانی کار پسندیده‌ای نبود؛ اما به مرور، پای آگهی‌ها به نشریات باز شد و امروز دیگر نمی‌توان با توجیهاتی از قبیل این که، آگهی‌های تجاری افراد را تنوع طلب، جویای رفاه و مصرف کننده بار می‌آورد، نسبت به مقوله آگهی‌های بازرگانی بی‌توجه بود. چرا که در غرب، همین آگهی‌ها، عامل رونق تجارت و صنعت و ارتقای کیفی کالاها و از عوامل ایجاد رقابت در بازار تولید بوده است؛ هرچند که این حقیقت را نیز کتمان نمی‌کنیم که تبلیغات نادرست و غیر منطبق با مسائل اقتصادی یک جامعه می‌تواند به نیازهای کاذب در آن جامعه دامن بزند. از طرفی برخی معتقد‌اند در حالی که رسالت مطبوعات عمده‌ای در راستای اعتلای فرهنگ است، حضور آگهی‌های بازرگانی به عنوان مؤلفه‌ای تجاری در این حوزه چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟!

از سوی دیگر، شاهد آئیم که در گذار توقع تحقق آرمان اعلای فرهنگ در مفهوم عام خود از مطبوعات، در عین حال از این رسانه می‌خواهند، مؤثر، پرثمر، خودگردان و قادر به ایجاد درآمد برای خود باشند، که این امر مطبوعات را بحران مواجه ساخته است. مطبوعات، به ویژه در کشور مایه دلیل فقدان فرهنگ مطالعه، باید دو ویژگی را هم زمان در خود داشته باشند تا بتوانند مورده توجه مخاطب قرار گیرند؛ اول آن که ارزان باشند و دوم آن که از لحاظ مطلب، نحوه چاپ و نوع کاغذ از کیفیت مطلوبی برخوردار باشند. هر کس که آشنایی مختصری با مقدمات اقتصاد مطبوعات داشته باشد، حتماً حکم به غیرممکن بودن انتشار چیزی نشریه‌ای خواهد داد. تنها دو تبصره می‌تواند این حکم را چهار تغیر کند؛ یکی همان مسأله یارانه و دیگری موضوع جنجالی آگهی‌های تجاری.

دیگر خودگردانی که حتی دامن گیر نشریات دولتی نیز شده است، متوجه آن گردیده که بسیاری از نشریات، با نعام توان جهت جذب آگهی اقدام کنند. در چنین اوضاع و احوالی اگر نشریه‌ای خصوصی ادعای پرهیز از آگهی داشته باشد، اگر نگوییم ادعایی مضحك، دست کم باید بگوییم دعوی غیر واقع بینانه‌ای کرده است.

به این آشفته بازار باید وجود رسانه رقیب دیگری را در این حوزه به نام تلویزیون افزود که در هر لحظه، مخاطب میلیونی دارد و علی‌رغم پخش فراوان آگهی‌های بازارگانی همواره فریاد هل من مزیدش بلند است.

مطبوعات که در چند دهه گذشته به طور مستقیم، عهده دار نشر بخش عظیمی از تبلیغات بوده‌اند، اکنون با حضور این رقیب قدر مواجه شده‌اند که با جذب فراوان آگهی‌های بازارگانی به رقابت با آنها پرداخته و گویا قصد دارد تها روزنه تنفس رسانه‌های مکتوب را مسدود کند. در این میان هر از چندی خبرآرام تعطیلی نشریه‌ای را به دلیل آشنازی مشکلات اقتصادی می‌شونیم. در ابتدا برخی این مسأله را امری سیاسی قلمداد کرده و معتقد بودند که رسانه ملی مملکت، کمر به قتل اقتصادی روزنامه‌هایی بسته که بعد از دوم خرداد ۱۳۷۶، جسورانه به حوزه‌هایی ناخنک می‌زنند و نیمه‌های پنهانی ای را هریدا می‌کنند که پیش از این کسی جرأت آن را نداشت. (تبلیغات شهری؛ زشت، زیباء، بلا تکلیف، ۱۳۷۷: ۲۵) در مقابل این نظر که تلویزیون، رسانه‌ای رقیب در جذب آگهی است، عده‌ای معتقد اند که «ضعف خود مطبوعات در بهره‌گیری از توانایی‌ها و قابلیت‌های این رسانه باعث شده است که تلویزیون به عنوان رسانه‌ای رقیب در امر تبلیغات مطرح شود که اهم این توانایی‌ها، همانا ماندگاری پیام است، مضافاً این که مطبوعات، مخاطبان خاص خود را دارند و این مسأله‌ای است که باید مغفول واقع شود». (فهاری، ۱۳۷۷: ۱۵)

لذا تبیین جایگاه حقوقی تبلیغات بازارگانی به ویژه در عرصه مطبوعات، امری لازم و ضروری است.

گفتار دوم- جایگاه حقوقی آگهی‌های بازارگانی در مطبوعات پس از انقلاب

با پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷، تحولی اساسی در بنیادهای مختلف حقوقی کشور پدید آمد، اما هنوز قانون جامع الشمولی در زمینه آگهی‌های بازارگانی به تصویب نرسیده

است. لذا تدوین قانونی شفاف که مبین حقوق صاحبان تبلیغ، رسانه‌ها، مصرف کننده و کانون‌های تبلیغاتی باشد، ضروری است.

در تبلیغ، چهار عنصر اصلی وجود دارد؛ صاحب تبلیغ، یعنی کسی که پول برای طراحی و ارائه تبلیغ می‌دهد. شرکت تبلیغاتی، یعنی نهادی که تبلیغ را اجرا می‌کند. رسانه‌ها که تبلیغ را پخش می‌کنند. مردم و مصرف کنندگان که تبلیغ برای جلب نظر و اقناع آنان صورت می‌گیرد. در قانون تبلیغات باید روابط فی‌مابین این چهار عنصر اصلی تعریف شود. دیگر آن که علی‌رغم نیاز به قوانین روش و مدون در حوزه تبلیغات تجاری نایستی عملکرد قانونگذار به گونه‌ای باشد که با تضییق حقوق فعالیت‌های تبلیغاتی این شرایط حیاتی اقتصاد را بسته و با افزایش تصدی گری دولتی در این حوزه، به کنترل قاهرانه تبلیغات اقدام نماید.

قوانين و مقرراتی که بر تبلیغات تجاری در عرصه مطبوعات حاکم می‌باشد در سه حوزه اساسی، عادی و آین نامه‌ای قرار می‌گیرند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از تبلیغات تجاری به طور خاص بحث نشده است و اصولاً چنین انتظاری از قانون اساسی که اصولاً بایستی به کلیات و مبانی پیردازد، منطقی نمی‌باشد.

در هر حال، اصولی در این قانون وجود دارند که بدون شک در تبلیغات تجاری نیز باید لحاظ شوند. (اسماعیلی، ۱۳۸۵: ۷۱) مهم‌ترین قواعد مذکور عبارت اند از: حفظ و توسعه ارزش‌های اخلاقی (به موجب اصول ۳ و ۸ قانون اساسی)، رعایت موادین شرعی و مصالح اجتماعی (به موجب اصول ۴ و ۱۲ و ۱۷۵ قانون اساسی)، احترام به نهاد خانوار و شخصیت زن (به موجب اصول ۱۰ و ۲۱ قانون اساسی)، پاسداشت خط و زبان رسمی کشور (به موجب اصل ۱۵)، منوعیت اضداد به غیر و تعرض به حریم خصوصی افراد (به موجب اصول ۲۲ و ۴۰ قانون اساسی)، حفظ محیط زیست (به موجب اصل ۵۰ قانون اساسی)، رعایت استقلال و میاستهای اقتصادی (به موجب اصول ۱۱ و ۴۳ قانون اساسی).

در رابطه با این اصول، ذکر نکاتی چند، خالی از فایده نخواهد بود:

به موجب بند ۱۰ ماده ۶ قانون مطبوعات، در راستای احترام به نهاد خانوار و شخصیت زن «استفاده ابزاری از افراد، اعم از زن و مرد، در تصاویر و محتوا، تحقیر و توهین به جنس زن، تبلیغ تشریفات و نجملات نامشروع و غیرقانونی» منوع شده که این امر در طراحی و نشر آگهی‌های تبلیغاتی در مطبوعات بایستی مورد توجه قرار گیرد.

همچنین در راستای پاسداشت خط و زبان رسمی کشور می‌توان به قانون «منوعیت به کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات یگانه» مصوب ۷۵/۹/۱۴ مجلس شورای اسلامی و آین نامه اجرایی آن مصوب ۷۸/۲/۱۹ هیأت وزیران اشاره کرد، که در برخی موارد آگهی‌های بازرگانی را نیز در بر می‌گیرد.

بر اساس ماده واحده این قانون «به منظور حفظ قوت و اصالت زبان فارسی... به کاربردن کلمات و واژه‌های بیگانه در گزارش‌ها و مکاتبات، سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های رسمی» منوع می‌باشد و «همچنین استفاده از این واژه‌ها بر روی کلیه تولیدات داخلی اعم از بخش‌های دولتی و غیردولتی که در داخل کشور عرضه می‌شود، منوع است.»

به موجب تبصره این قانون: «چاپخانه‌ها، مراکز طبع و نشر، روزنامه‌ها و سایر مطبوعات، مکلف به رعایت این قانون هستند و در صورت تخلف، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی موظف است مطابق تبصره هشتم همین قانون با آن‌ها رفتار کند.»

تبصره ۸ این قانون می‌افزاید: «تولید و توزیع کنندگان کالاهای و صاحبان مراکز کسب و پیشه، در صورت تخلف از این قانون به ترتیب به مجازات‌های زیر محکوم خواهند شد:

- الف- اختارکتبی توسط وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- ب- تعویض علایم و نشانه‌ها و تغییر اسمی و عنوانی پس از اعلام وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی توسط وزارت کشور یا دستگاه‌های ذی‌ربط با هزینه مختلف
- ج- تعطیل موقت محل کار
- د- لغو پروانه کار.»

ماده ۱۳ آین نامه اجرایی قانون مذکور تصریح می‌دارد: «کلیه روزنامه‌ها و نشریه‌های فارسی زبان موظف‌اند مفاد قانون را در کلیه مطالب خود، از جمله آگهی‌ها، رعایت کنند. بدیهی است در مورد آگهی‌های خارجی مانند مناقصه‌های بین‌المللی که باید به زبان خارجی چاپ و نشر شوند، طبق مقررات مربوط اقدام خواهند کرد.» در حوزه قوانین عادی باید گفت که با وجود نیاز مبرم، متأسفانه مجلس شورای اسلامی، هنوز قانون تبلیغات را تدوین و تصویب نکرده است. البته «تاکنون تلاش‌هایی برای تهیه پیش‌نویس قانون تبلیغات تجاری صورت گرفته که از آن میان به دو نمونه می‌توان اشاره کرد. نخست پژوهشی است که گروهی از محققان به سفارش مرکز مطالعات و تحقیقات رسانه‌های وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در سال ۱۳۷۶ انجام داده و نتیجه آن را همراه با توضیح و دلایل توجیهی تحت عنوان «درآمدی بر پیش‌نویس قانون تبلیغات تجاری» منتشر نموده است که پیش‌نویس قانون مذکور شامل ۷۷ ماده می‌باشد.

دومین تلاش در اسفندماه ۱۳۸۰ صورت گرفته که معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغاتی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در این تاریخ و با استفاده از پژوهش‌های قبلی، «پیش‌نویس قانون تبلیغات بازرگانی جمهوری اسلامی ایران» را در ۱۱۰ ماده تنظیم و پیشنهاد داده است که این پیش‌نویس طی تجدیدنظر بعدی در اسفندماه ۱۳۸۱ به ۵۷ ماده تقلیل یافته است. (اسماعیلی، ۲۸۵؛ ۲۸۲)

در حال حاضر اصلی ترین قانون مورد استفاده در گستره آگهی‌های تجاری کشور، آین نامه مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی در جلسه مورخ ۱۲/۲۷/۵۸ به نام «آین نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی» است که از اعتباری چون مصوبه قوه مقننه برخوردار است، که به گفته کارشناسان تا حدود زیادی از آین نامه‌های قبلی مصوب سال‌های ۱۳۴۸ و ۱۳۵۴ اقتباس گردیده است، یعنی قوانین و مقررات ناظر بر فعالیت‌های امروز تبلیغاتی، با اندکی اغماض برگرفته از شرایطی است که ۴۰ سال پیش برکشور حاکم بوده است.

نکته دیگر این که این مصوبه از لحاظ شمول موضوعی، عام بوده و تمایزی میان وسائل ارتباط جمیع مختلف بر اساس کارکردها و قابلیت‌های آنان قائل نشده است.

ماده ۱۵ آیین نامه مذکور تصریح می‌دارد که: «آگهی‌های تبلیغاتی که از طریق رسانه‌های همگانی (رادیو، تلویزیون، سینما، روزنامه، مجله، سالنامه، ویزیتوری و مانند آن) پخش و انتشار می‌باشد تابع مقررات مندرج در این آیین نامه می‌باشد. از جمله نفایص عمدۀ قانون مزبور، مختصر بودن آن و عدم تمایز میان رسانه‌های مختلف و ابهامات گوناگون آن می‌باشد. وجود این ابهامات راه را برای برداشت سلیقه‌ای از بندهای مختلف آن فراهم کرده است. از برخی بندهای این قانون چنین استنباط می‌شود که روزنامه‌ها و مجلات نباید آگهی سازمان‌ها و مؤسستی را که مجوز فعالیت ندارند، چاپ کنند. از این رهگذار برای بسیاری از نشریات به ویژه در بخش نیازمندی‌ها مشکلاتی ایجاد می‌شود و به همین دلیل مسؤولین آگهی‌ها در مطبوعات غالباً معتقدند که «این وظیفه روزنامه نیست که بدنبال مجوز داشتن صاحب آگهی، با توجه به وقت کمی که جهت چاپ و نشر دارد، برود». (تشکری، ۱۳۷۷: ۳۸) این معتقد‌اند که «موقعیتی در سطح برخی مراکز دولتی و غیردولتی وجود دارد که می‌خواهند تا تمام اهرم‌های کترنی که جزء وظایف آن هست را از طریق مطبوعات اعمال کنند.» (قهری، ۱۳۷۷: ۳۸)

مهمنترین موارد اشاره شده در آیین نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی به قرار زیر اند: امکان بازرسی از نحوه فعالیت و دفاتر کانون‌های آگهی و تبلیغاتی توسط مأموران صلاحیت دار وزارت ارشاد (به موجب ماده ۴)، لزوم کسب پروانه جهت فعالیت در کانون‌های آگهی و تبلیغات و معرفی یک مدیر مسؤول حائز شرایط به وزارت ارشاد (به موجب ماده ۳)، عدم امکان تصدی به مدیریت مسؤولی یش از یک کانون تبلیغاتی (به موجب تبصره ماده ۴)، لزوم عدم واستگی کانون‌های آگهی و تبلیغاتی از نظر اداری و نصیم‌گیری به وسائل ارتباط جمعی و یا آگهی‌دهندگان (به موجب ماده ۵)، تشکیل کمیته‌ای به نام کمیته سازمان‌های تبلیغات در وزارت ارشاد به منظور صدور پروانه تأسیس برای کانون‌ها و مؤسسات تبلیغاتی و رسیدگی به شکایات مربوط به آن‌ها یا الغو پروانه و برکناری یا تعليق مدیران مسؤول و تعطیل موقعت یا دائم کانون‌های آگهی و تبلیغاتی (به موجب ماده ۱۰)، لزوم مطابقت آگهی‌های تجاری با معاوین شرعی و قانونی کشور (به موجب بند «الف» ماده ۱۲)، ممنوعیت استفاده از تصاویر و عنوانین مقامات عالی رتبه ملکی و نشان مذهبی و شخصیت‌های تاریخی و فرهنگی کشور در آگهی‌هایی که هدف آن‌ها ارائه کالاهای مصرفی و خدمات مشابه است (به موجب بند «ب» ماده ۱۲)، ممنوعیت بی اعتبار جلوه دادن خدمات یا کالاهای دیگران (به موجب بند «پ» ماده ۱۲)، ممنوعیت ادعاهای غیرقابل اثبات و گمراه کشته در آگهی‌های تجاری (به موجب بند «ت» ماده ۱۲)، ممنوعیت مخالفت محنوای تبلیغات با اخلاق و معتقدات مذهبی و عفت عمومی (به موجب بند «ث» ماده ۱۲)، ممنوعیت ادعاهایی از قول منابع علمی که از طرف منابع موثق علمی تأیید نشده باشد (به موجب بند «ج» ماده ۱۲)، ممنوعیت تبلیغ کالاهای بازرگانی و خدمات تجاری در کودکستان‌ها، دیستان‌ها و دیرستان‌ها (به موجب بند «چ» ماده ۱۲)، ممنوعیت تحریر و استهزای دیگران (به موجب بند «ح» ماده ۱۲)، ممنوعیت تبلیغاتی که مروج فساد یا مخالفت ادیان رسمی و برخلاف عفت عمومی باشد (به موجب بند «خ» ماده ۱۲)، ممنوعیت تعیین جایزه در مقابل تشویق به خرید و

مصرف (به موجب بند ۸د ماده ۱۲)، لزوم اخذ اجازه قبلی از وزارت بهداشت در رابطه با آگهی‌های مربوط به خواص مواد غذایی، آشامیدنی، بهداشتی و آرایشی (به موجب ماده ۱۳). در رابطه با موارد مذکور در این آیین نامه نیز ذکر نکاتی چند، خالی از فایده تخواهد بود: به عنوان نمونه بند «ب» ماده ۱۲ با نقش تبلیغ که همواره خارج کردن رقیب از میدان می‌باشد، متباین است، یا درست است که بند «ج» همان ماده تبلیغ کالاهای تجاری را در اماکن آموزشی همچون کودکستان‌ها منع کرده، اما کودک پس از خروج از واحد آموزشی، خود را در معرض تهاجم انواع تبلیغات، خصوصاً موادی چون پفک و چیز... که مضر سلامت اوست می‌بیند!

از طرف دیگر، این فرض که استفاده از عناصر ملی - مذهبی به طور کلی غلط است، یک تفکر غیرمنطقی است. بلکه باید چنین گفت: که استفاده نابهدا از آن‌ها اشتباه است. پس اگر می‌بینیم که آگهی‌های تجاری در مطبوعات ما تبدیل به کپی مدل‌های غربی شده، باید اشاره کرد که چون تنها به این شکل امکان نشر می‌باشد. همچنین باید توجه داشت که می‌توان از آگهی‌ها در راستای پیش رد روند فرهنگی جامعه استفاده کرد. به راستی چگونه می‌شود تبلیغی ساخت که برگرفته از فرهنگ خودی باشد، ولی حق استفاده از هیچ نشانه با عنصر فرهنگ خودی در آن وجود نداشته باشد؟ آن هم به بهانه لطمہ زدن به فرهنگ! در آخر، گذشته از قوانینی که پیش از این گذشت، تاکنون آیین نامه‌های متعددی نیز در خصوص آگهی‌های تجاری به تصویب رسیده است. پیشتر این آیین نامه‌ها به استناد ماده ۱۷ «آیین نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی» از سوی کمیته مرکزی سازمان‌های تبلیغاتی کشور در وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تصویب شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «کانون‌های آگهی و تبلیغاتی مکلف‌اند کلیه دستورالعمل‌های را که در آینده در مورد تبلیغات از طرف وزارت ارشاد ملی در حدود اختیارات قانونی آن تهیه و ابلاغ می‌گردد، دقیقاً رعایت نمایند».

برخی دیگر از این آیین نامه‌ها نیز مصوب هیأت وزیران یا نهادهایی مانند شورای فرهنگ عمومی یا شورای عالی انقلاب فرهنگی است. در هر صورت، به دلیل کثیر این مقررات و تغیرات پیاپی و سریع در آن‌ها، پرداختن به آن‌ها ضروری نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

غیبت قانون در عرصه تبلیغات تجاری در تمامی عرصه‌ها و به ویژه مطبوعات، با توجه به مظلومیت این رسانه موجب شده تا بعضی برخی سازمان‌ها خود را متولی این حوزه قلمداد کرده و با اعمال سلیقه، در برخی موارد به تضییع حقوق مطبوعات، مخاطبان یا کانون‌های تبلیغاتی اقدام نموده باشند.

به هر تقدیر تبلیغات تجاری در مطبوعات - به عنوان منبع آگاهی و اطلاع رسانی - قانونی روشن و بدون ابهام می‌طلبد که با اشراف به تمام ابعاد این مقوله فرهنگی - اقتصادی، بلاتکلیفی موجود را پایان بخشد. به ویژه آن که مطبوعات به دلیل سیاست خودگردانی، شدیداً نیازمند برخورداری از این شریان حیات اقتصادی خود می‌باشد، که تدوین قانونی شفاف در زمینه

مزبور، از این که مطبوعات به جهت نیاز اقتصادی تحت سلطه صنایعی قرار گیرند که مخاطبان خود را نه به چشم گروهی شهروند، بلکه با دیده مصرف کنندگان بی دفاع آگهی‌های بازرگانی می‌نگرند، جلوگیری خواهد نمود.
همچنین قوانین و مقررات کنونی نیازمند ملاحظات قانونی و بازبینی‌های دقیق و جدید در خصوص تعداد دفعات چاپ آگهی و سطح زیر چاپ آگهی به نسبت چاپ مطلب و مواردی از این دست می‌باشند. ■

منابع

الف- کتاب‌ها

- ۱- اسماعیلی، محسن، ۱۳۸۵، حقوق تبلیغات بازرگانی در ایران و جهان، تهران، نشر شهر، چاپ اول.
- ۲- رایبی، مارک، ۱۳۸۴، رادیو- تلویزیون خدمت عمومی: چالش قرن بیست و یکم، مترجم: ثاقب فر، مرتضی، تهران، انتشارات سروش، چاپ اول.
- ۳- رسولی، محمد رضا، ۱۳۸۶، پرسی تطبیقی قوانین تبلیغات تجاری در بین کشورهای ایران، انگلستان، چین و ارمنستان، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، چاپ اول.
- ۴- میرفخرایی، ترا، ۱۳۸۶، پرسی مقایسه‌ای «لنمان‌های غالب در حوزه قوانین تبلیغات تجاری در ایران، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، چاپ هفتم.

ب- مقاله‌ها

- ۱- شکری، علی؛ قهاری، حسین، ۱۳۷۷، قانون تبلیغات، قدیمی غیرشفاف و پراز ابهام، فصل نامه رسانه، تهران: شماره ۳۶، زمستان.
- ۲- رسام، مسعود، ۱۳۷۷، تبلیغ تلویزیونی، سرگردانی بین بی قانونی و سلیقه، فصل نامه رسانه، تهران، شماره ۳۶، زمستان.
- ۳- قاسمی، سید فرید، ۱۳۷۷، پیشنه و انواع آگهی، سالنامه وقایع آگهی در ایران، فصل نامه رسانه، تهران، شماره ۳۶، زمستان.
- ۴- قاضی زاده، علی اکبر، ۱۳۸۱، تبلیغ صنعتی که باور تولید می‌کند، فصل نامه پژوهش و سنگشن، تهران، شماره ۲۹، بهار.
- ۵- کاشفی خواتساری، سید علی، ۱۳۷۷، مطبوعات کودک و نوجوان و مشکلی به نام آگهی، فصل نامه رسانه، تهران: شماره ۳۶، زمستان.

طلب شخص ثالث

در مرحله تجدیدنظر

ماجد رشادی*

لازمه تدوین قانون آین دادرسی به صورتی جامع الاطراف، غور و بزرگی دقیق و اجتناب از عجله و شتاب می باشد که فرآیند آن ایجاد نظم در دادرسی است. در غیر آین صورت باید قانع شویم به این که دقت، فدائی سرعت می گردد. در واقع عدم توجه به این مهم، توالی فاسد به بار می آورد، من جمله اصل تدافعی و ترافعی بودن دادرسی که خود ضامن حفظ و حسیات حقوق افراد ملت می باشد، زیر مسئول قرار خواهد گرفت. بنابراین واجب است در تعالی سطح قانونگذاری و رفع نارسایی ها و مآل آبهود آن و قرارگرفتن در یک مدار صحیح و اصولی اهتمام کامل به عمل آید. در این صورت قانونی در پیش روی قاضی و وکیل و آحاد ملت قرار خواهد گرفت که با اعمال و اجرای آن توسط وکیل و قاضی همانند دو بال، شاهین عدالت را در فضای مساعدی که فراهم می گردد، به سوی وادی حق و عدالت به پرواز در می آورد. بدینه است در غیر این صورت جوی آکنده از فناوری و آرای متفاوت به وجود می آید که آثار نامطلوب آن اتحراف از مقصد و اخلال در قلمرو اقتدار محاکم و بالنتیجه تضییع حق و سرگردانی و بلا تکلیفی و اطلاع دادرسی است.

بدون شک، آین دادرسی مدنی، طایله راستین احقيق حق و تحقق عدالت و ممیز حق از باطل می باشد. از این رو هر نظام حقوقی باید مبتنی بر موائزین متفن و فراگیر باشد، به طوری که دیدگاه قاضی برای رسیدگی به موضوع فصل الخطاب نیل به عصاوه آن، یعنی حل و فصل دعوا و رفع خصومت و رسیدن حق به حقدار به نحو بایسته و شایسته باشد. در این صورت از نگرانی های ناشی از تشتبه آرا مآل جلوگیری به عمل می آید و دادرسی در راستای نظر متفن قرار خواهد گرفت، به نحوی که فتح الباب حل معضل بوده و مانع مصادره حقوق حقه مردم به نفع ستمگران و متاجوزین و حدوث طواری، یعنی حوادثی که موجب توقف بی مورد یا تغیر یا اختلال زوال دادرسی باشد، خواهد بود.

مع الاوصاف باید پذیریم خواه ناخواه در تدوین قوانین در مرحله اجرا مواردی از ابهام با اجمال یا سکوت نمایان می شود که به هر تقدیر مورد توجه واقع نشده است. لیکن به دستور اصل ۱۶۷^۱ قانون اساسی و ماده ۳^۲ قانون آین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور

* وکیل دادگستری - ارومیه.

۱- قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوته باید و اگر نایاب با استناد به متابع معتبر اسلامی، تناوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا تعارض قوانین مدوته از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.^۳

۲- قصاصات دادگاهها موظف اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح با متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود

مدنی، قاضی باید نفایص مذکور را برای تحقق راه حلی مساعد و مناسب در جهت تداوم دادرسی و اتخاذ تصمیم نهایی به چالش بکشد.

شاهد مثال این که بر طبق ماده ۱۳۵ قانون آین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹؛ هریک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالث را لازم بداند، می‌تواند تا پایان جلسه اول دادرسی جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب او را بنماید، چه دعوی در مرحله نخستین باشد یا تجدیدنظر.^۶ مقررات این ماده باید صرفاً ناظر به مرحله بدوي باشد که دادرسی به شیوه اختصاری برگزار می‌شود و اساس رسیدگی مبتنی بر اظهارات شفاهی طرفین دعوی است و طبعاً مرحله تجدیدنظر را شامل نمی‌شود زیرا مشخصه اصلی و اساسی در این مرحله دادرسی به صورت عادی و تبادل لوابع می‌باشد. به موجب ماده ۳۴۶ قانون مارالذکر مدیر دفتر دادگاه بدوي ظرف دو روز پس از تاریخ وصول دادخواست و ضمایم آن و یا پس از رفع نقص، یک نسخه از دادخواست و پیوست‌های آن را برای طرف دعوی می‌فرستد که ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ پاسخ دهد. پس از انتضای مهلت پاد شده اعم از این که پاسخی رسیده یا نرسیده باشد، پرونده را به مرجع تجدیدنظر برای اخذ تصمیم می‌فرستد. بنابراین در این مرحله، تشکیل جلسه دادرسی نه محمل قانونی دارد و نه ضرورت. بلکه با وصول پرونده به دادگاه چنان‌چه معدّ صدور حکم باشد، دادگاه انشای رأی می‌نماید، مگر این که حضور اصحاب دعوی یا وکلای آنان را برای اخذ توضیحاتی پیرامون دعوی مطروحه یا مطالباتی و یا به منظور شرکت در اجرای یکی از فرارهای صادره در پرونده، لازم بداند. لذا اصل بر عدم نزوم تشکیل جلسه دادرسی است.

به موجب ماده ۱۱ از قانون تشکیل دادگاههای عمومی مصوب ۱۰ مهر ۱۳۵۸ شورای انقلاب؛ «رسیدگی به کلیه دعوی حقوقی با رعایت قواعد اختصاری به ترتیب مقرر در قانون آین دادرسی مدنی به عمل خواهد آمد». با این که متعاقب تصویب این ماده از قانون مذکور، در زمینه تشکیلات محاکم، قوانین متعددی شامل: قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و قانون اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ به تصویب رسیده، لیکن تعریضی به ماده مذکور به عمل نیامده است. در حالی که ماده ۱۱ مورد بحث با ماده ۳۴۶ قانون آین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی در رابطه با موضوع مورد بحث مغایرت دارد زیرا این که در ماده ۱۱ کلیه دعوی حقوقی را به منظور رعایت قواعد اختصاری به یک چوب رانده، مع الوصف در ماده ۳۴۶ اشاره‌ای به تشکیل جلسه دادرسی (که از خصایص دادرسی اختصاری و مرحله بدوي است) نشده است. در واقع باید قائل شویم به این که ماده ۳۴۶ مؤخر التصویب، ماده ۱۱ را در خصوص مورد نسخ ضمنی نموده است.

نشانش باشد، با استناد به منبع معتر اسلامی یا فتاویٰ معتر و اصول حقوقی که مغایر با مسواعین شرعاً نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الامستکف از احراق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

بر طبق ماده ۳۵۶ از قانون آین دادرسی مدنی جدیدالتصویب: «مقرر اتی که در دادرسی بدروی رعایت می شود در مرحله تجدیدنظر نیز جاری است مگر این که به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» در یک نگاه به نظر می رسد این ماده نیز با ماده ۳۴۶ ناسازگاری ندارد زیرا نسبت دوم آن ماده اخیرالذکر را صحنه گذاشته است.

حال باید دید در وضع موجود، خواهان جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر ظرف چه مدت و موعدی می تواند مبادرت به تقديم دادخواست جلب ثالث بنماید؟ ماده ۱۷۴ قانون آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با ماده ۱۳۵ قانون جدید جز این که در ماده اخیر برای مرحله بدروی، زمان تقديم دادخواست جلب ثالث را معین نموده، فرقی دیگر با هم ندارند.

با توجه به ماده ۲۷۵ از قانون آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸: «دادخواست جلب شخص ثالث در دادرسی های عادی از مدعی علیه تا موعد آخرین لایحه که می دهد، پذیرفته می شود.» توضیح این که به موجب قانون جدید، امر تبادل لوابع فقط یک بار انجام می شود.

بنابراین فواید در قانون جدید برای مرحله تجدیدنظر موعدی مشخص به منظور امکان تقديم دادخواست جلب ثالث از جانب هر یک از متداعین پیشینی نگردیده است و با احراز عدم وجود جلسه دادرسی به صورت قطعی، موضوع مهلت سه روزه مقرر برای دادرسی اختصاری (مرحله بدروی) نیز متفقی است. لاجرم برای تعین تکلیف باید به سراغ مادتین ۱۳۶ قانون جدید (در خصوص محاکوم علیه غایب) و ماده ۲۷۵ از قانون مصوب ۱۳۱۸ برویم. بدین ترتیب وفن ماده ۱۳۶ مذکور: «محاکوم علیه غایبی در صورتی که بخواهد درخواست جلب شخص ثالث را پسندید، باید دادخواست جلب را با دادخواست اعتراض توأم به دفتر دادگاه تسلیم کنند، معتبرض علیه نیز حق دارد در اولین جلسه رسیدگی به اعتراض، جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز دادخواست جلب شخص ثالث را تقديم دادگاه نماید.»

به لحاظ سکوت قانون جدید از نظر زمان تقديم دادخواست جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر و این که اسایید حقوق در آثار منتشره خود معتبرض این مورد نشده و راه حلی ارائه ننموده اند، حکایت همچنان باقی...».

به موجب ماده ۵۲۹ قانون جدیدالتصویب از تاریخ لازم الاجرا شده این قانون، قانون آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و الحالات و اصلاحات آن... و سایر قوانین و مقررات (در موارد مغایر) ملغی گردیده است. لیکن در قانون جدید به لحاظ سکوت مطلب، مغایرت مطرح نیست. بنابراین می توان با توصل به وحدت ملاک و تتفیع مناطق نتیجه بگیریم که در عمل موعد تقديم دادخواست جلب ثالث را برای محاکوم له (ضمن لایحه پاسخگویی به تجدیدنظر خواه) و در مورد محاکوم علیه با استفاده از حکم ماده ۱۳۶ قانون جدیدالتصویب (ماتن محاکوم علیه غایب) پذیریم که می تواند توأم با دادخواست تجدیدنظر خواهی نسبت به تقديم دادخواست جلب ثالث اقدام نماید. ■

۱- «هر یک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالثی را لازم بداند می تواند به موجب دادخواست از دادگاه درخواست جلب آن شخص را نماید اعم از این که دعوی در مرحله نخستین باشد یا پژوهش».

ترجمه واژه‌های جرقه‌ای

محمد رضا محمدی جرقه‌ای

قانونگذاری: شعری گویند و معنی زخدا می‌طلبم.
فتح ذاتی: عملی که فی حد ذاته و صرف نظر از دستور
قانونگذار رشت و بد باشد. هرچند که در عادت به
خلاف آن عمل کنند، مانند بی حجابی در پیری.
فتح عقلی: چیزی که از نظر عقول متعارف مردم نایست
شمرده شود. مانند احسان و صدقه در خفا.
فلاحت: واحد شمارش شیر و اعضای حزب.
فهار: عقدی است بین دزد و احقر.
مستثنی: زیارویان.
مستی: حالی که باعث می‌شود مست، همه آدمها را برابر
و یکسان سیند. لازم به ذکر است، مستی مستوجب
محاذات است.
مقمعه و اجب: هر عملی که انجام دادن آن، مقدمه انجام
دادن یک تکلیف قانونی باشد، آن مقدمه را مقدمه
واجب گویند. مانند اخذ حق الکاله.
موجات اوث: شناس، که البته قانون آن را در قالب نسب
و سبب معرفی می‌کند.
نافعه: آدم نرمال.
ناظر اطلاعی: ناظری است که اعمال نماینده باید با اطلاع
او باشد و عدم تصویب او خدشهایی به عمل نماینده
وارد نمی‌سازد، مثل نظارت مردم بر حکومت.
نشر اکادمیک: انتشار آن دسته از دروغ‌هایی که به نفع ما
نیست.
نیم عشر: انعامی است که محکوم علیه به شکرانه تأخیر
در انجام تعهد به وسیله جریان دادرسی به دولت
می‌پردازد.
وصیت: لایحه دفاعی‌ای است که میت برای بعد از فوت
خود تنظیم می‌کند.
وقایی به عهد: ماضی یعنید.
وکیل: صدقی که دهانش با پول باز می‌شود.
سوق خدمت آدم‌های بی خاصیت به جامعه. همایش
هوادار: ربات سیاسی. ■

آباترید (بی تابعیت): شهر وند، دنیا.
آزادی مطبوعات: به آزادی خربید، فروش و حمل و
نقل مطبوعات گویند.
آتشی فمینیسم: کسی که اعتقاد دارد زن و مرد اختلاف
دارند.
ادب: دستورالعملی است که باعث می‌شود تا خوب به
نظر برسیم.
استدلال: تسلیک است به چیزی که اندیشه را به چیز
دیگر راهنمایی کند. مانند بوسه و طلاق برای یک
دوم انسان‌ها.
اغتنیا: آدمهایی که مرگشان مفید است.
افشا: احساس مسؤولیتی است که بعد از اخراج به انسان
دست می‌دهد.
تظاهرات (واهیمایی): دستگاه ارسال SMS به
دشمن.
ثالث: سهم الارث میت از اموال خود.
جرم شناسی: عملی است که سعی می‌کند شرایط، علت
و مقتضیاتی که موجب وقوع بزه شده است را
کشف کند تا بتواند مانند خطاهای خودمان آن را
توجیه کند.
ذکر عام و اراده خاص: تسهیلات وام مندرج در
تصصه‌های بودجه.
رسوا: آدمی که ترجمه شده است.
سرقت: توزیع ثروت توسط بخش خصوصی.
شاهد: آدمی که باگفتن دروغ به دادگاه کمک می‌کند
تا حقیقت را کشف کند.
عادت ماهیانه: برداخت اقساط وام.
عضو شورای حل اختلاف: قاضی تحری.
فهاد: درخت کاجی که با هر نوع اقلیمی سازگار است.
قاعده دارا شدن غیرعادلانه: یعنی صاحب دارایی
شدن بدون سبب قانونی، این قانون به صورت
یکسان پر همه فقراء و اغیانی حاکم است و تنها
تفاوت اش در مثبت یا منفی بودن دارایی است.