

مادرس حقوق

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

عنوان مقالات:

- تابلوی ورود منوع را از سردر کانون‌های وکلای دادگستری برداریم
 - دهان سوخته
 - نقد بخشنامه قوه قضاییه راجع به مرور زمان حقوقی گامی دیگر
 - حق دسترسی به آب آشامیدنی برای همه
 - موانع نکاح در حقوق قدیم فرانسه
 - آیا علم زندگی بشر را ارتقا می‌دهد یا باعث تداوم نقض حقوق بشر می‌شود؟
 - ماهیت لوث و مصاديق آن در فقه اسلامی
 - دولتی یا غیردولتی
 - بررسی شرایط عمومی جرایم علیه پسریت
 - دیدگاه‌های حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی (۲)
 - هزینه دادرسی در مرحله فرجم خواهی
 - موضوع واقعی شرط قدرت بر تسلیم: قدرت واقعی یا علم بر قدرت
 - پیشگیری از جرم سایبری
 - نقدي بر یکی از آرای دادگاه عمومی جزایی تهران
 - حق‌های اساسی مطبوعات
 - خبرها و حاشیه‌ها
- | | |
|--------------|------------------------|
| با آثاری از: | محمد احمدزاده |
| | شاپور اسماعیلیان |
| | حسن باهوش |
| | کیمیا تقاه |
| | طاهر توحیدی |
| | بابک خسروی‌نیا |
| | مجتبی دهقاندار |
| | دکتر لیلا رئیسی |
| | زهره رحمانی |
| | دکتر مرتضی طبیبی جبلی |
| | دکتر غلامرضا طبیرانیان |
| | دکتر حسن فرهودی‌نیا |
| | دکتر رزا قراچورلو |
| | علیرضا قنبری |
| | سید محمد مهدی کورکی |
| | مریم مشایخ |
| | کامبیز نوروزی |
| | صادق هژیر |

فهرست مطالب

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان
مدیر مسوول: مصطفی لوری (اده)
روش: خبری - آموزشی
ترتیب انتشار: ماهانه
افور اداری: سید مهدی حاتون آبادی
گراییک و حفظه آرایی گروه هنری سارنگ
محتری چاپ: شرکت انتشارات فزانگان زاینده رود
لینوگرافی: سروش
سایر همکاران: هیرا احمدی، الهام پور غلامحسین،
سنا عباسیان، سحر بیزیه قیاضی،
روح الله محمدی، محمدنیک آبادی
نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر
کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹
تلفن: ۰۳۶۳۱۹۰ فکس: ۰۳۶۳۱۹۶

آراء نویسنده‌گان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

زیر نظر:

دکتر بهروز تقی خانی

b.taghikhani@yahoo.com

نقل مطالب «مدرسه حقوق» بلا مانع است. حتی بدون ذکر مأخذ، فقط لطف کنید و اسم نویسنده را از قلم نبندید.
همتوں

- ۲ دکتر حسن فرهودی (با)
تلخی و ورود منع را از سر در کانون‌های
وکلای دادگستری برداشت
۴ دکتر غلامرضا طیب‌الائمه
دهان ساخته
۱۰ حسن بادوش
تقدیم‌شده فرهنگی اقصایه راجع به
بروز (دهان ساخته)
۲۱ ساخته‌گذار
کامی دیگر
۲۲ عزم‌نامه‌های
حق دسترسی به آب آشایانی برای همه
۲۸ دکتور مرتضی طیبی جباری / مردم‌شناسی
موقعیت کاخ در حقوق قدیم فرانسه
۳۲ گنجایش
آیا عالم، زندگی نشر را تلقی می‌دهد یا ناچار تداوم
نهض حقوق نشر می‌شود؟
۳۷ هژارتوحیدی
ماهیت لوت و مهادین آن در فقه اسلامی
۴۲ دکتر غلامرضا طرابیان
دولتی یا غیر دولتی
۴۴ دکتر باباری
بررسی شرایط عدمی حرایم علیه نشرت
۵۳ پاک‌عمری (با) / محتوى مقاله‌ها / سید محمد‌علی‌کورقی
دیدگاه‌های حاکم بر درستگشتن بین الملل (۲)
۶۰ هیردان‌اقتری
هزینه درسی در مرحله فرجم خواهد
۶۵ زهار‌حجانی
موضوع واعن شرط ثابت بر تسلیم
قدرت واقعی یا علم بر قدرت
۷۵ دکتر زهرا مهروردی
پیشگیری از جرم سایری
۷۷ محمد‌احمدادی
نقادی بر یکی از آرای دادگاه عمومی جزایی تهران
۹۵ گامبیز‌لوروزی
حق‌های اساسی مطیعه‌های
۱۰۷ شهروسان‌بابلیان
حضره‌های حاشیه‌ها

قابلی ورود ممنوع را از سر در کانون‌های وکلای دادگستری برداریم

دکتر حسن فرهودی نیا

چکیده

حفظ شان و جایگاه مثال زدنی کانون‌های وکلای دادگستری از حیث وزارت علمی و کیفی وکلای عضو، وظیفه همکاری و کلام به ویژه اعضای هیأت مدیره کانون‌هاست. دغدغه نگران‌کننده و دل آزاری در طی سال‌های اخیر، راقم این سطور را همراهی می‌کند. این دغدغه از تبصره ۴ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ نشأت می‌گیرد. چنان‌چه از حکم مقرر در این تبصره تفسیر مطلوب و قابل قبول تری ارائه نشود این بیم و خطر وجود دارد که کانون‌های وکلا در سال‌های آتی ته‌چنان دور از وجود نیروهای کیفی محروم بمانند، نیروهایی که اتفاقاً در حفظ استقلال کانون‌های وکلا، وزارت و اعتبار آن‌ها در تعامل و تقابل با قوه قضاییه می‌توانند مؤثر باشند و تجربه گرانیهای دوان خدمت قضایی را در راستای ارتقای کانون‌های دادگستری به کار گیرند.

متقادراً کانون‌های وکلا به حکم قانون مشمولین بند دل ماده ۸ اصلاحی لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری مصوب ۱۳۴۴ را پذیرش می‌کنند. این پذیرش گاهی طوعاً و گلهی به اجراء دادگاه عالی انتظامی قضاط است. مشمولین این بند به جهت گذشته اداری و نظامی و بعضاً امنیتی نسبت به کارآموزانی که به سلک وکالت درمی‌آیند تفوق دارند و یا می‌توانند این تفوق را پیدا کنند و به طور طبیعی در قائم هیأت مدیره، اداره کانون‌ها را به عهده بگیرند و... برداشت و تفسیر کانونی از تبصره اشعاری، چنین سیمایی را پیش روی هر ناظر بی طرفی به تصویر می‌کشد به زعم نگارنده چنین آینهای دور از ذهن به نظر نمی‌رسد و معتقد است می‌توان (و باید) از قانون برداشت کرد که مصالح کانون‌های وکلای دادگستری تضمین شود.



بحث اصلی

فلرغ از این که آیا نهی، همیشه موجب فساد و بطلان است و یا افاده حرمت می‌کند بطلان عمل منهی عنده را در بی داشته باشد و این که میان نهی و بطلان همیشه ملازمه برقرار نیست و این که نهی پیش‌بینی شده در تبصره ۴ ماده عقوتون کیفیت صرف‌آفکاره ممنوعیت می‌کند و نه بطلان اقدام و کائی، لازم است به این سوال پاسخ ناده شود که حکم مقرر در تبصره مارالذکر چگونه باید تفسیر شود. مراد از آخرین محل خدمت کجاست؟ دامنه

ممنوعیت مورد نظر آیا تمامی شهرهای استان محل خدمت را پوشش می‌دهد یا صرفاً شهر مرکز استان را و یا اساساً باید طرحی نو در انداخت و تفسیر دیگری از آن حکم را به داد؟

سه نوع تفسیر و فهم از آن ممنوعیت قابل ارائه است:

- الف- ممنوعیت منحصر به شهر مرکز استان است
- ب- ممنوعیت شامل تمامی شهرهای استان محل خدمت است
- ج- تفسیری که در این مقال مورد پذیرش قرار گرفته است

کانون‌های وکلای دادگستری عملاً تفسیر مذکور در بند «الف» را مورد پذیرش قرار داده با اختصار محدودیت به شهر مرکز استان از دلن پروانه و کالت دادگستری به این قبيل متضابتان (که به جهت رفتار توأم با همراهی مسأله برانگيز مرکز مشاوران قوه قضائیه و آماده کردن پروانه و کالت حتی قبل از بازنشستگی، مراجعت این قبيل افراد به کانون‌های وکلا به تعداد ایشان یک دست هم نمی‌رسد) به منظور اشتغال به وکالت در شهر مرکز استان قبل از انقضای سه سال خودداری کردند.

تفسیر و برداشت مذکور در بند «ب» تصادفاً تفسیری است که با ظاهر قانون منطبق تر به نظر می‌رسد و بر این اساس به قضات بازنشسته شاغل در دلاعله‌های تجدیدنظر ته فقط برای شهر مرکز استان بلکه به هیچ‌یک از شهرهای مستقر در قلمرو جغرافیایی استان مورد نظر در طول سه سال بعد از بازنشستگی نباشد پروانه و کالت داده شود چه آن که مراد از محل خدمت حوزه قضائی است و حوزه قضائی محل خدمت قضات شاغل در دادگاه تجدیدنظر استان است و نه شهر مرکز استان، نام و عنوان دادگاه محل خدمت چنین اشخاصی بهترین گواه این مدعاست، یعنی دادگاه تجدیدنظر استان.

صاحب این قلم با ملاحظاتی که در این مقاله عنوان می‌شود اعتقاد دارد که دلن پروانه و کالت دادگستری به قضات بازنشسته از قوه قضائیه و شاغل در دادگاه‌های تجدیدنظر استان به منظور اشتغال به وکالت در شهر مرکز استان نه تنها مجاز بلکه شدیداً متصمن مصلحت کانون‌های وکلای دادگستری است زیرا:

۱- چنان‌چه ظاهر قانون را حجت بداییم این ظهور ممنوعیت اعطای پروانه و کالت به هر یک از شهرهای استان محل خدمت قضائی شاغل در دادگاه تجدیدنظر را در بر می‌گیرد کانون‌های برای پرهیز از آثار سوء و غیرعقلایی از ظاهر قانون دست برداشته و محدودیت را به شهر مرکز استان منحصر ساخته و در واقع به نوعی اجهتناد در مقابل نص دست زده‌اند. این سخن بدین معناست که کانون‌های وکلای دادگستری در عمل پذیرفته‌اند که حکم کلی قانون کیفیت از منظر ممنوعیت مذکور قابلیت اجرایی ندارد و آن را در ارتباط با شهرهای غیر از شهر مرکز استان، قانون متروک تلقی کرده و به ترجیحی دست زده‌اند که بالمرجح محسوب می‌شود، چرا توافق حکم مبحوث عنده را در رابطه با مرکز استان نیز متروک که تلقی کرد؟

۲- تاکنون هیچ یک وکلا و صاحبنظران عرصه وکالت و اسناید حقوق به عملکرد کانون وکلای دادگستری مرکز

در اعطای پروانه وکالت دادگستری برای شهر تهران به قضاط بایزنستهای که در زمان تقاعد، در دیوان عالی کشور (اعم از دادسرار و دادگاههای دیوان عالی کشور) شاغل بوده‌اند ایراد و اشکال نگرفته و آن را قانونی دانسته‌اند. اگر ما هستیم و حکم قانون کیفیت اخذ پروانه به چه دلیل این حکم، قضاط شاغل در دیوان عالی کشور را در بر نمی‌گیرد؟ و به چه دلیل این حکم معطوف به قضاط شاغل در دادگاههای تجدیدنظر استان است؟ آیا فقط شاغلین در دادگاههای اخیر قضی محسوب می‌شوند؟ عدم تسری حکم قانون کیفیت به قضاط شاغل در دیوان عالی کشور و اقدام کانون وکلای دادگستری مرکز، مستظره به برداشت منطقی و پرهیز از تفسیر غیر عقلایی قانون و تأثیر مناطق مصلحت در عمل به قانون است، در ارتباط با قضاط دادگاههای تجدیدنظر نیز باید این برداشت و تفسیر دفاع کرد.

۳- دلوری عقل ایجاد می‌کند تا از تقویت جبهه مقابل و موادی کار و موادی ساز (رقیبی که کمر همت خود را بر حلف کانون‌ها سفت و سخت بسته) پرهیز کرد و در تحکیم جبهه کانون‌ها کوشید. در این راستا باید به قضاط ثابت کرد که کماکان کانون وکلا خانه دوم آن‌هاست. این هدف در دسترس نخواهد بود جز آن که کانون‌های وکلای دادگستری در اعطای پروانه وکالت به قضاط دادگاههای تجدیدنظر به منظور اشتغال به وکالت در شهر مرکز استان مجاز باشند.

۴- رویه عملی محاکم قوه قضاییه نیز ثابت می‌کند که دستگاه قضا از حکم قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت برداشت دیگری دارد و یا آن را نمی‌پذیرد صاحب این قلم چه در دوران قضاوت و چه در سال‌های وکالت مشاهده نکرده است که قضی دادگاهی از مداخله وکالتی و کیلی که در مدت زمان ممنوعیت سه‌ساله اقدام کرده است حتی در صورت ایراد طرف مقابل جلوگیری کند و یا به چنین ایرادی ترتیب اثر بدهد.

به چه جهت کانون‌های وکلای دادگستری در عمل به حکم قانونی که استقلال واقعی کانون‌ها را محدودش و زیر سوال برده است و می‌توان کیفیت را از این جهت قانونی تماماً زیان‌بار به شمار آورد، مصدق کاسه داغ‌تر از آش باشند؟! حافظه تاریخی به ما می‌گوید که محروم مدرس در مقام پاسخ‌گویی به منتشر عینی که قواعد حاکم بر مرور زمان را خلاف شرع می‌دانستند اظهار داشته چرا مخالفت، خودشان به میل خود می‌گویند در برخی از دعاوی مداخله نداشته باشند لاقل در این محدوده مطابق میل و خواست شما سخن می‌گویند... در بحث حضر نیز قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت هرچند به اعتبار طی مراجعت قانونی برای کانون‌ها لازم‌العایه است لاما بهطوری که گفته شد به شدت استقلال کانون‌ها را محدودش ساخته است، چه ضرورتی وجود دارد خود را پای بند محدودیتی بسازیم که آن محدودیت از سویی مورد قبول قوه قضاییه نیست و تاکنون عملاً به آن تن در نداده است و از طرف دیگر کاملاً به زیان مصالح عالیه کانون‌هاست.

۵- ملاحظات مصلحت‌گرایانه به شرح ذیل:

اول- مشمولین بند «د» ماده ۸ اصلاحی

دستاندرکاران اداره کانون‌های وکلای دادگستری به خوبی اگاهی دارند که به ویژه در سال‌های اخیر مراجعه

دارندگان مدرک کاشنایی حقوق که در سمت مدیر وقتی دادگستری و یا در نهادی اداری (عموماً نظامی و امنیتی) به عنوان کارشناس حقوق (و یا حداخل به این بهانه) به کانون‌های وکلای دادگستری کشور جهت اخذ پروانه کارآموزی که متأسفانه در مواردی میان موقعیت شغلی و اجتماعی قبل از بازنشستگی آن با میزان درک و عمق سوال حقوقی آنان تاسب معکوس برقرار نست، روز به روز افزایش می‌یابد. این قبیل مقاضیان در مواردی هم که به لحاظ عدم ارائه احکام کارگزینی ظاهراً حائز شرایط قانونی نیستند موفق می‌شوند با ارائه گواهی از مقامات بالادست هیأت‌های مدیره کانون‌ها را قانع کنند و یا در صورت مواجه شدن با نظر مخالف هیأت مدیره از طریق دادگاه عالی انتظامی قضات ضمن نقض تصمیم هیأت مدیره موفق به اخذ پروانه کارآموزی می‌شوند و سرانجام نیز از فیلتر کمیسیون اختبار عبور و به اخذ پروانه و کالت نائل می‌آیند. واقعیت تلخ این است که عموماً مشمولین بند «لا» در مقایسه با قضات بازنشسته دادگستری از دانش و منش حقوقی شایسته و کافی برخوردار نیستند و شکفتا که در ورودی کانون‌ها با تابلوی ورود منوع مواجه نمی‌شوند و دستهای که شایستگی بیشتری دارند با مشاهده مانع به دامن رقیب پناه می‌برند. مراد آن نیست که مشمولین بند «لا» در صورت احرار شرایط از حق قانونی خود بهره‌مند شوند بلکه منظور و هدف آن است که مانع ترشی در مسیر ورودی شایسته‌ترین‌ها توجیه نداده و تداوم این وضع باعث خواهد شد در آینده نه چندان دور کانون‌های وکلا از نیروهای واقعاً کیفی محروم، هرچند از نظر کمی متوجه شوند. آیا تصویر این وضعیت در سال‌های آتی نه چندان دور نگران کنند و آزاده‌نهاده نیست؟ آیا کفه سنگین علمی کانون‌ها در مقایسه با شاغلین دستگاه قضائی خود را کماکان حفظ خواهد کرد؟ آیا با تداوم این وضع کماکان شاهد اداره شدن کانون‌ها توسط وکلای زبردست، متیحر و با کیفیت علمی بالا در سال‌های آتی خواهیم بود؟

دوم- هرچند مرکز مشاوران قوه قضائیه باحضور مسؤول جدید این مرکز عملاً پذیرش و کیل از سوی داوطلبان آزاد را محدود ساخته است ولی کماکان در ارتباط با مقاضیان دارای تحصیلات دکتری و قضات دادگستری تجذیب‌نظر به روال سابق عمل می‌کند. قضات شاغل در دادگستری که بنایه فرض از نیروهای کیفی به شمار می‌آیند در اول خرو و با او سط خدمت قضائی به عنوان مستشار در دادگاه تجدیدنظر به خدمت گرفته شده و عموماً در این سمت بازنشسته می‌شوند. این نیروها آن گونه که تجربه تلخ سال‌های اخیر نشان می‌دهد جذب مرکز مشاوران شده و با اخذ پروانه و کالت در شهرهای مرکز استان به وکالت می‌برند. این وضعیت تأیید می‌کند جناب‌جه درب ورودی کانون‌ها بر همین پاشنه می‌چرخد هر سال بیش از سال قبل کانون‌های وکلای دادگستری ممکن است از لحاظ کمی افزایش یابند و فربه شوند از جهت کیفی نحیف‌تر و لاغرتر از پیش خواهند شد.

در عین حال انتظار نمی‌رود که از طریق قوه مقننه طرح قانون جامع وکالت به این زودی سامان یابد و بر موازی کاری قلم بطلان کشیده شود. از این روی به نظر می‌رسد با تغییر نوع نگاه به قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت و با تکیه بر ملاحظاتی که در این مقاله عنوان شده است می‌توان بستری فراهم کرد که قضات دادگستری بعداز بازنشستگی کمافی سابق به خانه دوم خود روی آورند.

دهان سوخته

دکتر غلامرضا طیرانیان

جای شگفتی است که در گفتگو راجع به پیش‌نویس طرح «قانون جامع وکالت دادگستری»، طرحی که در دست بررسی و در نوبت تصویب به وسیله مجلس شورای اسلامی است، تعدادی از وکلای دادگستری که این پیش‌نویس را نخواونده از قول دیگران و یا خود خواونده و فریفته خاله برخی از القاط و عبارات آن از قبیل «استقلال» و «استقلال کامل» و کانون وکلای دادگستری مؤسسه‌ای است «غیردولتی» شده بودند، پس از بحث و توضیح و توجه درباره نحوه به کار گیری ماهرا نه کلمات مزبور و ملاحظه مندرجات سایر مولد طرح که کانون وکلای محلي و مملی دادگستری را به مؤسسه‌ای «غیرمستقل» و «افق هرگونه استقلال» و «دولتی» تبدیل حتی استقلال ضعیف و متزلزل امروز رانیز از جامعه وکالت سلب می‌نماید، ناگهان با وحشت وکالت دادگستری را در فضای وابسته و متکی به قوای کشور و «دولتی» و کیل دادگستری را در موضوعی آسیب‌پذیر و فاقد امنیت و تضمین‌های شغلی احسان و چاره‌جویی و پیشنهاد کردن دوستی که شناخت و با نمایندگان قانونگذاری کشور ارتیاط دارند، با پرهه از توانایی خود جلسه‌ای با حضور نمایندگان مزبور فراهم آورند تا بایان روش مهارتی که در تدوین این طرح به کار رفته از نیت پنهان طراحان آن پرده برداشته شود.

پس از مناکراتی مفصل تمنی همکاران معتقد شدند هرگاه حقایق مربوط به یدیده وکالت دادگستری و نقش استقلال آن از حاکمیت در حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی اهالی کشور برای نمایندگان تشریح گردد، نمایندگانی که به عنوان عقلای ملت انتخاب شده‌اند، چمسا با آگاهی از نیت مزبور از تصویب طرح خودداری و یا با تعبیراتی بنیادی در آن قانون تصویب شود که وکالت دادگستری در جایگاه زندگی ساز خود قرار گیرد و کیل دادگستری قدر باشد به رسالت واقعی و مقدس خویش عمل کند و استقلال وکالت که شاخصه و نشانه مترقبی بودن ایران است به جای خود باقی بماند.

این گفتگو بین وکلای دادگستری شاغل در شهری از شهراهای کشور انجام شد، که دارای دو نماینده در مجلس شورای اسلامی است که خود را مردمی و از مردم می‌دانند و شائق برای شنیدن نظر انتخاب کنندگان خود در مورد قوانینی که در شرف تصویب است، خصوصاً کسانی که بر حسب شغل و وظیفه خوبش مستقیماً با قوانین مصوب آئی باید زندگی کنند.

تنی چند از همکاران که با عذرخواهی از ایشان بیش از حد خوشبین و اگر جسارت تلقی نکنند بسیار خوش خیال بودند، با اعتماد به روابط خود با نمایندگان شهر به دوستان حاضر در جلسه اطمینان دادند که به محض درخواست و دعوت از نمایندگان مزبور، وکلای دادگستری شاید حضور پرшوز ایشان در جلسات آئی برای استماع عقاید

■ وکیل دادگستری-تهران

صاحب نظری درباره طرح قانون جامع و کالت دادگستری خواهد بود!

جلساتی چند به این منظور برگزار شد هیچ یک از نمایندگان شهر در این جلسات حضور نیافتند حاضرین با انتظاری که لشکر من الموت است به در رودی جلسه چشم دوخته بودند همکاران خوشین بدون نمایندگان و با شرمندگی وارد جلسه شدند و از این که نمایندگان محترم کارهای مهم تری داشتند و توانستند به عهد خود وفا کنند عذر خواستند. آخر الامر پس از چند جلسه یکی از همکاران موفق شد نماینده یکی از شهرهای مجاور را راضی به حضور در جلسه وکلای دادگستری و بحث راجع به وکالت و قانون و کالت کند. دوستان خشنود از این موقفيت، حضور آن نماینده محترم را مفتیم شمرده و با تمام وجود از ایشان بابت تواضع و اختصاص وقت و حضور در جلسه وکلای دادگستری سپاسگزاری کردند.

گفتگو آغاز شد. یکی از همکاران به تفصیل راجع به اعراض نهفته در طرح قانون جامع و کالت و سلب کامل استقلال از جامعه و کالت دادگستری که در نهایت زیان آن متوجه نیازمندان به دفاع شجاعانه می‌گردد سخن گفت. نماینده محترم به وکلای دادگستری اطمینان داد که هیچ طرح ولایحه‌ای از پیش تصویب شده و فقط برای تأیید به مجلس ارائه نمی‌شود بلکه نمایندگان ملت سخت علاقمندند از عقاید و نظرهای کارشناسی اشخاص ذی‌ربط و ذی‌نفع و ذی‌صلاح آگاه شوند و آن چه را معقول و مستدل است در تصویب قوانین مراعات نمایند دوستان دیگر هریک عقاید خود را به طور مختصر راجع به نقاط طرح قانون جامع و کالت بیان کردند و پرسش اکثر وکلای حاضر در جلسه راجع به علت تصویب قوانین به زیان جمعه و کالت در سال‌های اخیر بود از جمله تصویب ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه و قانون کیفیت اخذ رواهه و کالت و پیش‌نویس طرح حاضر، که تیر خلاص به استقلال و کالت دادگستری شلیک می‌کنند.

نماینده مزبور با صبر و متناسب، تمامی اظهارات وکلای دادگستری را شنیدند و برخی از انتقادات را تأیید و آخر الامر چون همکاران در اخذ پاسخ صریح در برابر پرسش خود اصرار می‌ورزیلنده فرمود: فراموش نکنید ما نمایندگان مردم و در تصویب قوانین تابع افکار، عقاید و خواست انتخاب کنندگان خود می‌باشیم و ناکنایر این واقعیت را به صراحت می‌گوییم که افکار عمومی مردم به علت گران‌بودن حق الوکاله نظر مساعدی نسبت به وکالت دادگستری ندارد و مجلس نمی‌تواند در برابر قوانین محدود کننده و کالت دادگستری ایستادگی کند. باید وکلای دادگستری در جستجوی روشی باشند که بار سنگین حق الوکاله را از دوش مردم بردارد. پس مشکل اصلی و کالت دادگستری، مسئله حق الوکاله است! و هرگاه سخن از لزوم و حفظ استقلال و کالت دادگستری و تأثیر آن در تأمین دفاع آزاد همکاران و حاضرین در جلسه تصدیق کردند تأثیر این سلاح را در تصویب قوانین و کالت که آری خوانده‌ایم شعاری را که سرلوحة تصویب ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور قرار گرفته است. شعاری با این عبارت ظاهر آرایی و خوش‌بیان کرد: «به منظور اعمال حمایت‌های لازم حقوقی و تسهیل دستیابی مردم به خدمات قضایی و حفظ حقوق عامه به قوه قضاییه اجازه داده می‌شود...» وکلای دولتی و ولایتی به قوه قضاییه در برابر وکلای گران دادگستری به بازار و کالت روانه سازند و اما به واقع هدف ارزان کردن و کالت است و یا این خود پوششی بود تهها برای دولتی کردن و کالت و تأسیس مرکزی موائزی و مقابل با کانون وکلای دادگستری ایران که علاوه بر ناشن شخصیت حقوقی مؤسسه بود مستقل از قوای کشور و اکر و کالت گران بود، آیا پس از تأسیس مرکز وکلای دولتی همچنان حق الوکاله گران است؟ تا گران را چگونه معنی کنیم!

همکاران گرامی، وکلای محترم دادگستری سراسر کشور، به همت کانون وکلای دادگستری اصفهان کنگره ملی وکلای دادگستری به زودی برای بررسی مسائل و مشکلات وکالت و راه حل های عملی و معقول به منظور حفظ شان و منزلت وکالت و ارائه راه حل های عملی و معقول به منظور حفظ شان و منزلت وکالت و صیانت از استقلال جامعه وکالت دادگستری ایران و مصون داشتن این حرفة مقدس از بهانه جویی های به ظاهر افکار فربی، در شهر پرآوازه اصفهان برگزار خواهد شد بیانید همگی با همکری این لکه بزرگ یعنی مصیبت حق الوکاله و نقطعه بدون حفاظ و آسیب پذیر وکالت را برای همیشه از ساحت مقدس وکالت و دفاع بزداییم. آیا حق الوکاله به واقع گران است. آیا برای این پرسش پاسخ هایی منطقی، منصفانه و بالآخره قانونی نمی توان یافت و لرانه نمود؟

همان طور که باها گفته شد از فرصت تشکیل کنگره ملی نیز باید در جهت چگونگی اخذ مجوز برای انتشار نشریه ای به نام جامعه وکالت دادگستری ایران به صورت یومیه و یا در ابتداء هفتگی و پس از آن یومیه نهایت بهره برداری را نمود. زیرا آن چه بگوییم و بنویسیم و منحصر از خبرنامه ها و یا مجلات کانون های وکالت درج گردد، تنها وکلای دادگستری از آن مطلع می شوند و افکار عمومی را که علیه وکالت دادگستری شکل داده اند پاک نخواهد کرد مگر با درج پاسخ پرسش مردم در نشریه عمومی و سراسری وکالت.

کنگره ملی وکلای دادگستری باید با بررسی و تبادل نظر به پرسش های افکار عمومی به شرح زیر پاسخ دهد که:

- آیا میزان برای تشخیص معنای گرانی کالا و خدمات، واحدهای ریالی است که باید پرداخت شود؟
- آیا اگر به وکیل دادگستری علاوه بر ارائه دفع علمی و قانونی که مشتقانه این وظیفه را تجام می دهد، لواحق ناگوار دیگری نیز تحمل شود، منصفانه است به حق الوکاله خالص بسته کند و آیا با رفع این لواحق نمی توان از حق الوکاله کاست؟
- آیا این نظام در حق الوکاله صحیح است که حق الوکاله تابعی از بیهای خواسته و وصف مالی یا غیرمالی دعاوی است یا باید متناسب باشد با زمان و عمری که وکیل دادگستری برای احراق حق موکل و دفاع از او اخذ حکم اختصاص می دهد و زحمات مختلفی را تحمل می کند؟
- آیا وجود ندارد مشاغلی سهل و کمزح مدت ولی مشروع یا به ظاهر مشروع که با ارتباط و در زمانی ناچیز در آمد های کلان تحصیل می کنند، ولی چون در حوزه حق و باطل فعل نیستند و به معقولات وارد نمی شوند، کسی متعرض و معتبر نیست؟
- و خلاصه آیا آنان که از سلاح حق الوکاله علیه جامعه وکالت استفاده می کنند به واقع برای مردم دل می سوزانند و یا این پوششی است برای توجیه بدخواهی علیه وکیل دادگستری که برای حفظ استقلال خود جز از قانون پیروی نمی کند؟ و نیز پرسش هایی دیگر که قابل طرح است.

همکاران محترم وکلای دادگستری ایران، تا ما نشریه ای عمومی نداشته باشیم که با روشنگری حقایق و نقش وکالت و مسئله حق الوکاله را برای افکار عمومی که متأسفانه علیه وکالت شکل یافته بیان کنیم، مطمئن باشید همچنان و تابد صنایی حفایت وکالت دادگستری و کانون های وکلا خاموش خواهد ماند و هر روز باید در انتظار

ضریات بیشتری بر پیکره مجرح و کالت دادگستری پلشیم و زبان و کلت در مقابله با این ضربات به خاطر تهمت حق‌الوکله کوزه، بلکه بسته باشد.



روزگاری بود که در شهرهای بزرگ استان‌های کشور پیش از ده‌الی پاتزده و کیل دادگستری و در شهرهای دیگر پیش از پنج و نه‌برخی از شهرها حتی یک و کیل دادگستری وجود نداشت، و اگر استانی دارای ۶۰ و کیل دادگستری بود می‌توانست برای خود کانون مستقل از وکلا تشکیل نهاد و لی امروز به برکت ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه کشور و قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری و به برکت داشتگاه آزاد که در کنار هر فارق روئیده بر زمین داشتگاه‌ای برای اخذ شهرهای کلان برپا کرده‌اند بمن استادهای واجد شرایط با توانایی علمی در حداقل، آن جنان برآمد و کلای دعاوی افزوده شده و بر در و دیوار ساختمان‌ها تابلوی وکالت‌ولی و غیر دولتی (کانون)، ویختهاند و آفان که دستی بر آتش دارند و آگاهان از بازار فلی و بازار فعلی و کالت به خوبی می‌دانند که برای وکلای دادگستری، جز تئی چند از وکلای گلشته و مشهور، دیگر اثری از آن حق‌الوکله‌های کذایی باقی نمانده و این حق‌الوکله‌ها بود که موجب ذهنیت عمومی در مورد گرانی حق‌الوکله گردیده است امروز آن حق‌الوکله رخت بر بسته و فی ذهنیت علیه و کالت دادگستری در مورد گرانی حق‌الوکله بر جای خود نشسته است.

ایانمی‌دانند بانمی خواهند بدانند که در شرایط امروز در عرصه وکالت اغلب وکلای جوان حتی به اندازه کارمندان ساده غیر قضایی و تازه استخدام دادگستری در آمنی خدارند ولی باید آثار سوء ذهنیت سدمومی راجع به حق‌الوکله را تحمل کنند و بسیاری مایوس از وکالت و عواید آن رو به مشاغلی اورده که نه تنها به سواد حقوقی بلکه به سواد ابتدایی و خواندن و نوشتن نیز اختیاری ندارد و به علت داشتن پروانه و کالت این وکلای بیکار دادگستری، نامشان در آمار بیکاران کشور نیز ثبت نمی‌شود و شانی دارند که از کمک مؤسسات خیریه نیز قادر به استفاده نیستند.

امروز برای اغلب وکلای دادگستری حق‌الوکله‌ای وجود ندارد تا در بحث دوم درباره گران بودن آن گفتگو شود امروز وکلای جوان، حتی قادر به پرداخت اجاره‌های یک اتاق نیستند تا دقتری تأسیس کنند و محلی برای پذیرفتن مراجعين خود، اگر باشند تأمین ننمایند. آیا وکلای امروز باید دهانی سوخته از آش و غذای نخورده داشته باشند؟ بدخواهان و کالت اندکی به خود آیند و خود را در محضر خدای تعالی بینند و اگر از جهات دیگری به وکالت اعتراض دارند، جهات مزبور را زیر پوشش گرانی حق‌الوکله برای ایجاد بدینی در جامعه علیه و کالت دادگستری پنهان نکنند و به صراحت اعلام کنند آن چه را در باطن دارند تا وکیل دادگستری بداند علیه کدام اتهام باید از خود دفاع کند. بگویند:

- آیا و کالت دادگستری شغلی نامطلوب و خطرآفرین است؟

- آیا استقلال و کالت دادگستری مانع تحقق اهداف آنان است؟

- آیا باید کاری کرد که وکیل در اندیشه نان اصول عالی حرفة مقدس و سوگند خویش را فراموش کند؟

- آیا و کیل دادگستری در قبول و کالت از موکل خود باید قبل از مقامی کسب مجوز کند؟

- آیا و کیل دادگستری با رعایت برخی ملاحظات باید دفاع از موکلین را به گونه‌ای ارائه کند که سبب رنجش و خشم کسی نشود؟

نقد بخشنامه قوه قضائيه راجع به مروز زمان حقوقی

حسن باهونش

مشکل عشق نه در حوصله دانش ماست
حل اين نكته بدین فکر خطأ نتوان کرد
(حافظ)

چکیده

از ديدگاه جامعه‌شناسی، جهت برقراری عدالت و نظم عمومی به عنوان کارکرد اصلی نهادهای قانونگذاری و قضائی، توجه به نيازها و ضرورت‌ها نه تنها الزامي بلکه هم‌زلا می‌باشد از اين زاوية، نقد اجمالی کارکرد اصلی قوای مقننه و قضائیه جمهوری اسلامی ايران در سه دهه گذشته و نقد بخشنامه اخير قوه قضائيه راجع به برقراری مروز زمان حقوقی در دادگاه‌های اصل ۴۹ قانون اساسی، لزوم توجه هرچه بيشتر به عامل اساسی ضرورت و نياز را در حيطة صلاحیت دو قوه- افسكار می‌سازد.

کلید واژه‌ها: نياز و ضرورت، عدالت و نظم عمومی، قانونگذاری و قضاء، کارکردهای اجتماعی،
جابجايی کارکردهای نهادهای اجتماعی.

مقدمه

يکی از مهمترین، حوزه‌های چالشی نظام حقوقی ما، باز خورد ناشی از تقابل نيازهای زندگی با اندیشه‌های فقهی می‌باشد. هرچند که تجربه آغازین حکمرانی جمهوری اسلامی، حکم مسائله را روشن نمود.^۱ لیکن بحث‌های نظری و ابهام موجود^۲ در حوزه معرفتی دین همچنان ادامه دارد.^۳ با اين حال، در نگرش جامعه‌شناسخی، موضوع مورد

کارشناس ارشد حقوق بين الملل

۱- حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه، رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تامیم احکام فرعیه حتی شمار و روزه و حج است، حاکم می‌تواند مسجد یا منزل را که در مسیر خیابان است خراب کند و بول منزل را به صاحبانش رد کند؛ حکومت می‌تواند قراردادهای شرعاً را که خود با عزم مسته استه در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، پیگراهیه لغو کند و می‌تواند هر امری، را جه عذری و یا غیرعابدی که جریان ای خلاف مصالح اسلام است، از آن مادی که چنین است، جواہری کند.^۴ قسمتی از تامه مورخه ۱۳۹۹/۱۶۱۱ نام خصوص (۱) خطاب به رئیس جمهور مختصر و وقت: صحیفه نور، ج ۲، من ۱۷۰ و ۱۷۱، به نقل از: دکتر هژارور، حسین «جمعه تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شبدیز پیشتي تهران، بهار- تابستان ۱۳۷۱، شماره ۱۰، من ۳۰.

۲- اندیشه اصولکرا واقعه کرای امام خمینی (ره)، میراث که پرای همیشه به این بحث‌های نظری پایان نهاد امری که در بروزهای قانونگذاری، مورد استقبال شورای نگهبان، ۵ نون امساس فرار نگرفت و سراجام به تأمین مجمع تشخیص مصلحت نظام متوجه گردید. جهت مطالعه بیشتر موضوع، رج: دکتر حسین مهربور، عهل، من ۳۱.

۳- در مواجهه با مدرنیته، قیم تاریخی از مواد تصنی و فرهنگ، کشورهای حوزه اپیراتوری اسلامی و تحلیل تاریخ است از قلب و مفاهیم و مقولات اروپایی سیاسی، از مهمترین علل ابهام معرفتی مذکور، در یکصد سال اخیر من ایشد با فرض صحت این تغیر، رهایت کتمان‌های «تجدد خواهانه» و



چالش، از زاویه کارکرد اصلی نهادهای اجتماعی- برآوردن نیازهای خاص- در خور بررسی می‌باشد. در این نگرش، در راستای مهمترین کارکرد نظام نفیتی و قضائی، با تقدیم هر یک از این دو ساختار، به مطابقه یک نهاد اجتماعی؛ خروجی نهادهای قضائی- با نگاه ویژه به تصمیمات دادگاهها به عنوان عصاوه نظام قضائی- و نفیتی می‌تواند مورد ارزیابی قرار گیرد تا سهم توجه به نیازهای زندگی در زمینه برقراری عدالت و نظم عمومی در تصمیم‌گیری‌های این دو نهاد آشکار گردد.

از این منظور، پژوهش‌نامه شماره ۳۲۰۰/۱۱/۷۹۷۱۳۸۷ قوه قضائیه راجع به مرور زمان اعتراض اشخاص ثالث نسبت به احکام صادره از دادگاه‌های اصلی^{۴۹} قانون اساسی به عنوان مصنافی از جرجایی کارکرد نهادهای اجتماعی با نیمه‌نگاهی اسیب‌اشتبه که به نتیجه عملکرد قوای مقته و قضائیه- با نگاه ویژه به دادگاه‌ها به عنوان مهمترین رکن این قوه- در حوزه‌های مشابه مورد بررسی مختصر قرار می‌گیرد.

بخش اول- برآیند کلی حرکت قوای قضائیه و مقنه

نخستین و بزرگی نهادهای اجتماعی؛ برآورده ساختن نیازهای اجتماعی می‌باشد. هر نهادی برای رسیدن به هدف نهایی اش به دنبال رفع نیازهای اجتماعی خاصی می‌باشد. برای مثال، نهاد خانواره مسؤول نظرلار بر کارکرد توئینی‌شناختی، اجتماعی کردن کودکان و تأمین امنیت فضایی برای اعضاش است. در نگرشی جامعه‌شناختی، قوای نفیتی و قضائی نیز از این قاعده کلی، مستثنی نبوده، هر کدام از این ساختارهای حقوقی، به عنوان مصاديقی از نهادی اجتماعی، به دنبال پاسخ دادن به نیازهای عدالت‌طلبانه بشری- در حیطه صلاحیت خودشان- بر مبنای واقعیات زندگی بشری در اجتماعات بشری، می‌باشد. بر این اساس، وضع مراجع مذکور در به کارگیری روزآمد از ساختارهای حقوقی، جهت تأمین نظم عمومی و استقرار عدالت- به عنوان مهمترین کارکرد این نهادها- اجمالاً بررسی می‌گردد.

گفتار اول- سیر حرکتی قوه مقنه

از مجموع اصول قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، فهمیده می‌شد که نمایندگان منتخب مردم، بایستی با در نظر گرفتن نیازهای جامعه و مصالح مردم و برای حسن اداره جامعه و تنظیم روابط اجتماعی مردم، در چارچوب قانون اساسی و موادین شرع اسلام، قوانین را تصویب بکنند و اعضا شورای نگهبان به عنوان خبرگان و متخصصان در مسائل فقهی و قانون اساسی، مصوبات مجلس را مورد ارزیابی قرار بدهند؛ نه

«ست‌گرایانه» با عنوان «اسکولاریزم‌سیون» و «عرقی‌زادی»^{۵۰} انتطبی، به این نظریه اسلام خواهد داشت. [جهت مطالعه بیشتر موضوع، ر. که: «دکتر سید جواد طباطبایی، «تأملی درباره ایران، جلد نخست» در یادگاری بر تقریره انتظام ایران، «تهران، نشر نگاه معاصر»، جای جهار، ۱۳۸۴، ص ۳۶۹-۳۶۰] در این میان، اندیشه‌قهوهی امام خمینی (ره) به عنوان اندیشه‌ای برخاسته از دلسته با منطق خاص خود نسبت خود را به مردم نهادن، نیازگاری و با اصلاحات، از درون تعیین و تبیین نموده، با افکشن طرح نوآتشی با امر مدیر رامکن شودند. که دکتر موسی شعبانی، «قواییان سنت در قسمی، جایش بر مفهوم سنت در غرب (انقلاب اسلامی و غرب مدرن)»^{۵۱}، هفت‌نامه خبری- تحلیلی مثبت، سال اول، ۲۲ از مرداد ۱۳۸۸، شماره نوزدهم، ص ۷۷ و دکتر ابوالقاسم گرجی، «تاریخ فقه و فقهاء»، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۱۹.

۱- بهاد اجتماعی، نظام سازمانی‌بافته و پایداری از الکوهای اجتماعی است که برخی و فتاوهای تأیید شده و یکنواخت را در جهت برآورده ساختن نیازهای بهادی جامعه، ایجاد می‌کند، در هر جامعه‌ای پنج نهاد اجتماعی بینایی وجود طریند که نهاد حکومتی یکی از آن‌ها می‌باشد. کارکردهای خاص نهادهای حکومتی عبارتند از: ۱- نهادمند ساختن هنجره‌ای طریق قوانین مصوب مجاز، قوه مقنه- ۲- اجرای قوانین مصوب- ۳- حل و فصل در گیری‌های موجود در میان اعضا جامعه- ۴- برقراری خلمانی چون مرافقتهای بهداشتی، آموزش، رفاه و نظارت ان- ۵- حمایت شهروزان در برابر حملات ملتهاتی دیگر و حفظ هوشیاری صفت در برایر تهدیدهای خارجی. ن. که: بروس کوئن، «الرامدی بر جامعه‌شناسی»^{۵۲}، ترجمه محسن نلایی، تهران، نشر قوتی، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹ و ۱۲۴.

نمایندگان مجلس می‌توانستند در مقام تصویب قانون به مواردین شرع و اصول قانون اساسی بی‌توجه باشند و نه اعضای شورای نگهبان، مجاز بودند بدون در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مسائل روز و موقعیت زمانی و مکانی و بی‌توجه به مصالح اساسی جامعه و تحقیق و تأمل کافی در همه جواب قضیه، در مورد انتطبق و یا عدم انتطبق قانون با شرع و قانون اساسی اظهارنظر کنند. مع الاسف، گاهنامه رویدادهای تقینی، حکایت از آن دارد که دستگاه قانونگذاری، از ابتداء، در تطابق قوانین با ضرورت‌ها و نیزهای زندگی اجتماعی، از دردی مزمن، در رنج به سر برده، عملکرد نه چنان قابل دفاع به شرح ذیل از خود به جا گذاشته است:

- ۱- به چالش طلبین نظم حقوقی مستقر با دستکاری ناشیانه در قوانین موجود؟
- ۲- میانجیگری رهبر کبیر انقلاب به لحاظ نادیده گرفته شلن نیازها؟
- ۳- پیدایش نهادهای حقوقی مجازی به دلیل پاکشاری و اصرار بر روزآمد نکردن مقررات؟
- ۴- پیمودن راه آزمون و خطأ و تصویب قوانین ناکارآمد؟
- ۵- به تأخیر اندختن تصویب قوانین دور نیز جامعه^۶ و مالاً تحملی هزینه‌های مادی و معنوی بر جامعه.

گفتار دوم- سیر حرکتی قوه قضائیه

قوه قضائیه به عنوان قوه‌ای مستقل، پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت، عهده‌دار وظایف عدیده، از جمله رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات می‌باشد (اصل ۱۵۶ قانون اساسی)، در راستای انجام این مهم، هر چند که دادگاهها، صلاحیت وضع قواعد حقوقی را نداشته، مجری قانون می‌باشند. ولی، هیچ‌گاه نمی‌توان نقش آن‌ها را در دیدن روح تازه به کالبد بی‌روح قوانین، به هنگام تفاسیر قضایی از قوانین و ارائه راهلهای منصفانه، نادیده گرفت. لیکن دادگاهها، با وجود نقش بالقوه‌شان در تفسیر قوانین عادی (اصل ۷۳ قانون اساسی)، در حالی که می‌توانستند با تواوی و تفاسیر کارآمد، اثرگذاری قواعد حقوقی را بپسندید. به دلایلی که خارج از حوصله ما می‌باشد، بعض‌اً برخوردي پویا از خود نشان نداهه، نتوانستند رویکرد و تفاسیر قضایی شان را با توجه به بازتاب اجتماعی و اخلاقی راهلهای، بر اساس داده‌های حیات اجتماعی استوار سازند. مراجعته به نحوه‌ی عملکرد اکثر محاکم و نقد رویه قضایی شان در ارتباط با دو موضوع

- ۱- دکتر مهرپور، حسین؛ پیشین، ص ۱۳.
- ۲- مانند حرف و اصلاح مولا ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مدنی و بصره ۱۴۹ ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی.
- ۳- ن. ک. به ازوم توجه به عامل انسانی «ضرورت» در امر قانونگذاری، منعکس در نامه مورخ ۱۳۶۷/۱۵ حضرت امام خمینی (ره)، جهت ملاحظه متن کامل نامه ن. گ. دکتر حسین مهرپور، همان، ص ۱۸.
- ۴- تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام از فرمان مورخ ۱۳۶۶/۱۷/۱۷ حضرت امام خمینی (ره).
- ۵- نظریه مورخ ۱۳۶۲/۹/۵ شورای نگهبان قانون اساسی بادول عدم جواز شرعاً تجدیدنظرخواهی از حکم حاکم شرع و متمایباً بخشنه‌های شماره ۱۳۶۷/۵/۱۱ ۱۳۶۷/۹/۱۱ ۱۳۶۷/۹/۱۱ نظریه مورخ ۱۳۶۷/۹/۱۱ شورای نگهبان راجع به مختلف بودن نهادهای خسارت تاخیر تاریه و مورخ زمان با مواردین شرعاً و پذیرش مجدد تاریخی شماره ۱۳۶۷/۹/۱۱.
- ۶- نظریات شورای نگهبان راجع به مختلف بودن نهادهای خسارت تاخیر تاریه و مورخ زمان با مواردین شرعاً و پذیرش مجدد تاریخی شماره ۱۳۶۷/۹/۱۱ شورای نگهبان راجع به مختلفی عومنوی و اقلاب و پذیرش ترجیح تخصیص بون محاکم و اخیاء مجدد تاریخی شماره ۱۳۶۷/۹/۱۱.
- ۷- حذف ظاهر و تنکیل دادگاهی عومنوی و اقلاب و پذیرش ترجیح تخصیص بون محاکم و اخیاء مجدد تاریخی شماره ۱۳۶۷/۹/۱۱.
- ۸- جرم‌گذاری‌های قانون صدور چک متصوب ۱۳۶۷ و بازگشت ضمیه به قانون صدور چک متصوب ۱۳۶۵ در اصلایه سال ۱۳۶۲.
- ۹- نظریه شماره ۱۳۶۷/۹/۱۱ شورای نگهبان راجع به غیرشرطی بون مفاد مولا ۶۶ و ۶۸ و مکرر قانون آئین دادرسی کیفری سایق در امکان صدور قرار تأیین خواسته از جانب قضات ایستاده دادسرار مقادیر مقابل این نظریه و اخیاء مجدد آن.
- ۱۰- تجویز زمانی کردن افراد به دلیل عدم اینلای تهدیدات حقوقی (قانون نحوه‌ی اجرای مکومیت‌های مانی ۱۳۶۷) علی‌رغم تجزیه مشایه در سال‌های ۱۳۵۱-۵۲.
- ۱۱- محل مائن لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوان- تدبیق قوه قضائیه- از سال ۱۳۶۳ در کمیسیون حقوقی- قضایی مجلس.
- ۱۲- عدم تصویب نهایی مواد ۱ تا ۴۷ قانون مجازات اسلامی با گذشت ۱۸ سال از اجرای اینلای این و لرماجع مجددش به کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس به بهانه «تفصل بودن لایحه» یا «صلاح نبودن طرح برخی مجازات‌ها در صحن عمومی».

خسارت تأخیر تأديه و ماده ۲ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی، محک تجربی صحت و سقم این فرضیه خواهد بود.

بند اول- خسارت تأخیر تأديه

شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۱ و ۱۳۶۲/۴/۱۲ در پاسخ به استعلام شورای عالی قضائی وقت، مطالبه مازاد بر بدهی بدهکار به عنوان خسارت تأخیر تأديه، موضوع ماده ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آینین دادرسی مدنی سابق و سایر مقررات مشابه را مغایر با موازین شرع اعلام کرد. این اظهارنظر مستلزم زیان هنگفت و غیرقابل جبران برای بانک‌ها و انگیزه‌ای برای طرف قراردادهای خارجی چهت عدم ایقای دیون پولی در موعد مقرر بود، بنابراین لازم بود تدبیر فوری برای آن اندیشیده شود.^۱ این نظریه در روایت مالی بین اتباع ایرانی (به استثنای نظام بانکی آن هم در موقعیت طلبکاری)، نیز موجب مختل شدن کارکرد ساز و کار عدالت معاوضی گردید، چرا که دادگاه‌ها با تلقی جبران کاهش ارزش اسکناس- در تعهداتی که موضوع آن وجه نقد بود- به عنوان مصالق باز «دریافت خسارت تأخیر تأديه»، در عمل، کاهش ارزش اسکناس را، ناعادلانه، به نفع بدهکار، به طلبکار تحمیل کردند، هرچند این وضع، سرانجام به موجب تبصره الحقیقی به ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده ۵۳۲ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، تا حلودی تبدیل گردید ولی، حای خالی روبه قضایی قوی در فاصله این سال‌ها، به خوبی احساس می‌شد. به هر حال چون مبنای حرمت دریافت خسارت تأخیر تأديه در نظریات شورای نگهبان، ربا دانستن اخذ مازاد بر بدهی بود و دریافت مبلغ اضافی رقمی بر اثر کاهش ارزش اسکناس، اخذ مازاد بر بدهی- و تیجتاً اخذ ربا- نبوده، بلکه خود جزئی از اصل پول مورد دین بدهکار می‌باشد، دادگاه‌ها در استناد به مواد ۷۱۹ و ۷۱۲ قانون آینین دادرسی مدنی، چهت استقرار عدالت معاوضی از توأم‌مندی لازم به شرح ذیل برخوردار بودند:

الف- رویکرد نظری با تمسک به دکترین محدود بودن اختیارات شورای نگهبان یا نظریه عدم
شمول احصیل ۴ قانون اساسی به قوانین سابق؟^۲

ب- رویکرد اصولی با استصحاب بقای اعتبار حقوقی مقدرات مذکور به لحاظ عدم نسخ صریح
یا ضمنی آن‌ها!^۳

ج- رویکرد تفسیری با تجزیه و تحلیل ماهیت پول و اسکناس و امکان جبران تغییر نوسان
ارزش مبادلاتی پول.^۴

بند دوم- الزام بدنی^۵

زنگنه کردن افراد به ذلیل عدم ایقای تعهدات حقوقی، فرآز و نشیب‌های زیادی را در کشور ایران طی کرده

۱- نگ به

- نظریه شماره ۱۳۶۰/۵/۲۷۹-۵۹۳۸ شورای نگهبان درباری مشروعیت اخذ خسارت تأخیر تأديه از کمپسلریای ائرزاً تهمی فرا رسید

- نظریه موخ ۱۳۶۱/۴/۸ شورای نگهبان درباره مشروعیت اخذ خسارت تأخیر تأديه توسعه بانک‌ها به شرط ذکر در قرارداد اخذ و ادا

- قانون نحوه وصول مطالبات بانک‌ها مصوب ۱۳۷۸/۱۰/۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام

۲- مرحوم دکتر شهبندی، مهدی، «اسقوط تعهدات»، تهران، مرکز چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص ۴۳

۳- حجت‌الاسلام خامنایی، سید محمد، «احصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون و کار دادرسی، سال ۱۳۹۰، شماره ۱۵۲-۱۵۳، ص ۲۶

۴- مرحوم دکتر شهبندی، مهدی، «ثار قراردادها و تعهدات»، تهران، انتشارات سعد- چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۲۸۳-۲۷۸

۵- مرحوم دکتر شهبندی، مهدی، «ثار قراردادها و تعهدات»، ص ۴۷

است، ظرف ۲۶ سال (۱۳۵۱-۱۳۷۷) روند قانونگذاری در این زمینه، آن جنان متلاطم بوده که هر کس را به اندیشه و تأمل و نهایتاً تأسف و امنی دارد. گاه قانونگذار، حبس افراد را به علت پرداخت دیون مجاز شمرده (قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱) و زمانی با عدول سریع از مصوبه قبلی خود به منع توقيف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات والزمات مالی حکم نموده است (قانون منع توقيف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الازمات مالی مصوب ۱۳۵۲) اما آن‌چه بیش از همه، حیرت‌انگیز می‌نماید بدعتی است که به نوعی سیر قهقهای قانونگذار توصیف می‌شود. قانونگذار بست و پنج سال پس از تصویب قانون منع توقيف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات والزمات مالی، با نقض تعهدات بین‌المللی کشور، حبس بدھکار تا زمان اثبات اعسار را تجویز کرد^۱ (قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷).

با تجویز مجازات زندان-بدون تعیین سقف حداقلی مدت حبس-توسط قانونگذار، برای دیون مدنی، اکثریت قریب به اتفاق دادگاهها، یا را فواتر گذاشت، با تفسیری ناصواب از قانون مذبور و نادیده گرفتن واقعیات اجتماعی [تعهد بین‌المللی ناشی از ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲ و اشکار شدن تبعات سوء مجازات حبس در نتیجه تحقیقات جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی واستفاده از مجازات‌های جایگزین حبس در کشورهای دیگر نسبت به اعمال مجرمانه] با استناد به بند «ج» ماده ۱۸ آینین‌نامه اجرایی قانون مذکور، رسیدگی به دعوی اعسار و تقسیط محکوم به رأیز مشروط به زندانی شدن محکوم علیه مدعی اعسار کردند، تا این‌که با دخالت دیوان عالی کشور (رأی وحدت رویه شماره ۶۴۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲) شرط مذبور، متنقی اعلام گردید، هرچند که امکان محبوس شدن محکوم علیه ناآگاه به مقررات اعسار، همچنان تداوم ندارد.

در جنین حالی، با توجه به تعارض مفاد قانون داخلی با تعهدات بین‌المللی و عدم شناسایی صریح تفوق قراردادهای بین‌المللی بر قوانین عادی در ایران، دادگاهها چه تکلیفی داشتند؟ آیا می‌توانستند قانون داخلی را همسو با تعهدات بین‌المللی و مطابق با دادهای علمی بنمایند؟ پاسخ، مثبت به نظر می‌رسد، زیرا برای دادگاهها میسر بود یکی از راهکارهای زیر را برگزینند:

یک- استاندارد حداقلی با نمسک به «نظریه برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی»^۳

الف- عمل به ماده ۱۱ میثاق بر اساس اصل تفوق قراردادهای بین‌المللی ثبت به حقوق ملی؛ بدین توضیح که تکلیف قضات داخلی در اجرای یک معاهده بین‌المللی در فرض ما، ماده ۱۱ میثاق- مبتنی بر یک

۱- دکتر زمانی، سیدقاسم، «رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور (موعده ۱۰/۷/۱۳۸۲) در خصوص رسیدگی به دعوای اعسار قبل از حبس: کامپ بدوی نظیف قانون داخلی با تعهد بین‌المللی»، چاهه بروزهای حقوق پاییز، زمستان ۱۳۸۲، نسخه ۳، ص ۹۷.

۲- در ادبیه شست مه ۱۳۸۴، ایران به تضویث میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی درآمد در ماه ۱۱ میثاق مقرر شده است که «تعیین کس را نمی‌توان تنها به این علت که قدر به اجرای یک تعهد قردادی خود تبیست زندانی کرد». این میثاق مسویت حبس اول را به علت عجز از اجرای تعهدات قردادی را در کنار حق

حیات، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت برداشتن و کل اجرایی، حق مدرسی عدالت و از مصاديق حقوق انسانی پیش قلمداد کرده است. در ماه ۴ میثاق به دولت عضو احراز داده شده که هر گاه بک خطر عمومی، فوق المأله موجود است ملت را تهدید کند تحت شرایط خاص، تعهدات ناشی از میثاق و اعلان نیامد. لیکن بدان

۳- ماده ۴ میثاق در کنار حقوق ممثل حق حیات و ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت برداشتن و کل اجرایی، تعهدات قردادی را از جمله حقوقی قابللا کرده که مطلق بوده و به هیچ‌وجه اخراج و تبلیغ در آن راه ندارد به موجب بند ۲ ماده ۷ میثاق هر دوست طرف این میثاق تعهد می‌شود که مطابق اصول قانون اساسی خود و مقررات این میانی، اسلامیانی در زمینه آخلاق تدبیر قانونگذاری و غیر آن به متغیر تئییف حقوق شناخته شده در این میثاق

که قبلاً به موجب قوانین موجود یا تدبیر دیگر لازم‌الاجرا شده است به عمل آوردن. دکتر بهمن آقای، «فوهنهنگ حقوق پشو»، تهران، کتابخانه کنجران، جاپ اول، پاییز ۱۳۷۶، ص ۲۰۷ و ۲۱۱.

۳- دکتر ضیایی بیگدلی، محمد رضا، «حقوق بین‌الملل عمومی»، تهران، کتابخانه کنجران، جاپ چهاردهم، ۱۳۷۹، ص ۷۳-۷۴.

ازام بین‌المللی^۱ می‌باشد. این الزام ناشی از تعهد اجرایی است که دولت ملی بر دوش دارد و قاضی داخلی به عنوان یکی از ارکان دولت ملی، مکلف به اجرای مقرره بین‌المللی می‌باشد^۲ و برای توجیه عدم اجرای معاهده بین‌المللی، نمی‌تواند به مقررات داخلی خود استناد نماید.

ب- عمل به ماده ۱۱ میثاق بر اساس روح و مقادیر ماده ۱۱۶ قانون امور حبسی^۳ بدين توضیح که در قوانین ایران در ماده ۱۱۶ قانون امور حبسی، برتری عهده‌دارهای بین‌المللی نسبت به قوانین عادی پیش‌بینی گردیده و با تعیین حکم مقرره مذکور^۴ به استناد ماده ۳ قانون آینین دادرسی مدنی^۵ می‌توان حکم به برتری عهود بین‌المللی بر قوانین عادی داد، البته ممکن است گفته شود حکم ماده ۱۱۶ قانون امور حبسی به تعیین تکلیف مأمورین کنسولی در خارج ایران را نمی‌توان تا این حد تعیین داد.

دوم- استناد حداقلی با استناد به نظریه تساوی اعتبار حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی^۶

بر این اساس قضات ایرانی، بایستی با تکیه بر تکلیف متدرج در اصل ۱۷۰ قانون اساسی، به دلیل تجاوز مقام واضح آینین نامه از حدود اختیارات قانونی، با خودداری از اجرای بند «ج» ماده ۱۸ آینین نامه قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و با لحاظ بازتاب اجتماعی- اخلاقی تفسیر خود از مواد ۲ و ۳ قانون مذکور، با اعمال قاعده‌ی «الجمع مهمماً امکن اولی من الطرح». در جهت تطبیق حداقلی قانون داخلی با تعهد بین‌المللی ناشی از ماده ۱۱ میثاق، همانند رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، زنانی بودن مدعی اعسار را سطر لازم برای اقامه دعوای اعسار از محکومیه یا درخواست تقسیط آن نمی‌دانست. مع الاسف، نه تنها اقدامی در مقام تصحیح انحراف مقتن از موازن بین‌المللی مشاهده نشد بلکه رویه قضایی فراتر از پیش‌بینی قانون‌گذار جهت رسیدگی به ادعای اعسار و درخواست تقسیط، بازداشت مدعی را شرط ضروری دانست.

بخش دوم- رویکرد قانونگذار و دستگاه قضایی نسبت به نهاد مرور زمان

بنابر ظاهر ماده ۷۳۱ قانون آینین دادرسی مدنی سابق، مرور زمان در امور حقوقی، عبارت از گذشتן مدتی بود که به موجب قانون، پس از انقضای آن مدت، صرفاً دعوی شنیده نمی‌شود و به همیچ وجه، سبب سقوط حق و تعهد نمی‌گردد و صرفاً توانایی صاحب حق را در اجرای تعهد به انجام تعهد از طریق قضایی از بین می‌برد چرا که طبق ماده ۷۳۵ قانون آینین دادرسی مدنی سابق، اگر مدیون، دینی را که مشمول مرور زمان شده بوده اخبار ایفاء می‌کرد نمی‌توانست به استناد مرور زمان آن را از دایین پس بگیرد. نظم عمومی و اماره اعراض از حق، به عنوان مبانی اصلی

۱- ماده ۱۱۶ کوносیون ۱۹۵۹ وین در زمینه حقوق معاهده‌های هر دولت با صرف اضایاف و نه اضایاف مترله تصویب [ب] یک مفاده بین‌المللی- حداقل ایران تعهد پایه‌نده می‌شود که از هر اتفاقی که ناموضع و هدف آن معاهده، مغایرت داشته باشد انتشار ورزد همچنین ماده ۲۷ همان کوносیون مقرر می‌دارد «هر چیز بکار از طرف‌های معاشه نمی‌تواند برای توجه عدم اجرای معاهده به مقررات داخلی خود استناد کند».

۲- ماده ۲۶ کوносیون وین در تصدیه حقوق معاهده‌های از اجرای طرف‌های اسلامی می‌کند و یاد توسط آن‌ها حسن نیت به اجرا خواهد گردید. ماده ۱۱۶ قانون امور حبسی؛ «اگر در عهود و قراردادهای متعقدین دولت ایران و دولتی که مأمور کنسولی مأموریت خود را در کشور آن دولت اجرای خواهد گرد».

۳- گیتی، خسرو، «انتساب از دیوان بین‌المللی از نظر محاکم ایران»، مجله وزارت دادگستری، شماره ۲، تیرماه ۱۳۹۲، ص ۲۰ به نقل از: نوعلین، بروز، «همانی حقوق بین‌الملل عمومی»، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه، چپ پنجم، پیار ۱۳۹۱، ص ۵۹۱.

۴- این استناد به این نظریه، به چهیت فرو ریختن مبانی استنباطی از بالطف عبارت مطابق روح و مقادیر قوانین موضوعه، از ماده ۳ قانون آینین دادرسی مدنی سلیق و جایگزین از با عبارت «خانع معتر اسلامی با قانونی معتبر و اصول حقوقی» در ماده آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مشکل به نظر می‌رسد مگر این‌که، قائل باشیم به این که استنباط حکم موضوع از «کلیت و جمیعت» اروج و مقادیر قوانین موضوعه، متناسبی از «أصول حقوقی» خبری داخلی می‌باشد.

۵- دکتر ضیایی بیکانی، محمد رضا پیشین

وضع مقررات مرور زمان دانسته شده‌اند.^۱

مرور زمان در امور کیفری، هر چند مورد استعمال و نظر قانونگذار در شق ۴ ماده ۸ قانون آین دادرسی کیفری سابق و مولا ۵۱ و ۵۲ قانون مجازات عمومی ۱۳۰^۴ و مواد ۴۹ تا ۵۳ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ بوده، لیکن تعریفی از جانب مقنن از مرور زمان کیفری نشده بود^۵ در هر حال می‌توان مرور زمان در امور کیفری را عبارت از انقضای مدتی از تاریخ وقوع جرم یا تاریخ قطعیت حکم، دانست که پس از آن متهمن دیگر قابل تعقیب و یا حکم دیگر قابل اجرا نخواهد بود.^۶ یعنی بینی مرور زمان در قوانین، موقوفان و مخالفانی دارد. لیکن واقعیت این است که دلایل موافقان مرور زمان بیشتر از دلایل مخالفان آن است.^۷

گفتار اول- سیر حرکتی قوه مقننه: رفتار دوگانه

پس از انقلاب اسلامی از آن‌جا که برخی فقهای امامیه، مرور زمان را به ظاهر مغایر با شرع می‌شناختند و می‌گفتند که «در شرع ما به جز دو یا سه روایت ضعیف‌السنن در مورد مرور زمان وجود ندارد که قابل اعتماد هم نیست»، با این نهاد به مخالفت پرداختند.^۸ در همین ارتباط شوازی نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی وقت در نظریه مورخه ۱۳۶۱/۶/۱ مولا ۵۴ تا ۵۶ قانون مجازات عمومی سابق را مخالف موادین شرع اعلام نمود^۹ این شورا همچنین طی نظریه شماره ۲۲۵۷/۱۱/۲۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ اعلام داشت: «مواد مزبور- ماده ۷۳۱ قانون آین دادرسی مدنی- که مقرر می‌دارد پس از گذشتن مدتی (ده سال، بیست سال، یک‌سال و غیره) دعوا در دادگاه شنیده نمی‌شود مخالف با موادین شرع تشخیص داده شد». این در حالی بود که مقررات راجع به مرور زمان کیفری تا تاریخ ۱۳۷۷/۲/۲۷^{۱۰} و مقررات راجع به مرور زمان حقوقی تا تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱^{۱۱} به جهت عدم نسخ صریح یا ضمنی، از نظر اصولی معتبر بودند، تا این‌که با تصویب مواد ۱۷۳ و بعد قانون آین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، این تأسیس حقوقی در کیفرهای بازدارنده به رسمیت شناخته شد.

پذیرش مرور زمان در مجازات‌های بازدارنده- صرف‌نظر از ابهام در تعریف «ماجرات‌های بازدارنده» و روش نبودن دقیق دامنه شمول آن که منتهی به صدور چندین رأی و حدت رویه شده- نشانگر آن است که قانونگذار، در وضع قوانین آزاد نبوده و گرفتار ضرورت‌ها و نیازهایی است که این ضرورت‌ها و نیازها به عنوان جلوه‌های واقعیت اجتماعی به عنزله منبع واقعی یا اصلی حقوق^{۱۲}، مستعد ایجاد قواعد حقوقی می‌باشد و به رسمیت نشانخت آن‌ها (در فرض ما مرور زمان)، تنبیجهای جز انشایش شدن پرونده‌های کیفری، تکلیف ملاطباق دادگاهها در رسیدگی به

۱- محروم دکتر شهیدی، مهدی، «سقوط تعهدات»، ص ۱۴-۱۳۷.

۲- شیری، عباس، «سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران»، نهران، لشکرات جهاد طاسکافی شهید بهشتی، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۶، ص ۲۲۸-۲۲۷.

۳-

۴- دکتر خاقن، علی، «آین دادرسی کیفری»، نهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲-۱۱۱.

۵- گوهری زورگردی، محمدرضا، «سیاست جایی قضایی؛ [ایران] معاویت حقوقی و بوسیه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات توسعه قضایی»، ۸، قوه قضاییه، نشر ملی‌سپلیل، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۵، ص ۴۰.

۶- گذته می‌شود که محروم دادرس از آن‌جا که به فواید عملی این نهاد انتباود را روشن نمی‌خواشد که هنگام تصویب قانون اصول محکم‌سازی این دادگاه می‌باشد.

۷- و قانون مجازات عمومی ۱۳۰^۴ با این تأسیس حقوقی مخالف است. نکره و در اینجا به کسانی که به او خرده گرفته و می‌گفتند که چرا اجازه نداده مردم را به

مرور زمان تصویب شده، گفت: «مگر ما نی کوئیم که اصلاً قوانین این‌ها را اقویین جای عرقی و اقویون نهاده نهاده باشند. با وقوع مقررات

دیگری، اخراجی، قوانین خود را به زمان معینی مثلاً ۲۰ سال محدود کنند چرا مخالفت کنیم، و نه بایدیم به تقلیل از محض‌درضا گوهری بروجردی، همان، ص ۴۱.

۸- قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحات و احالتات می‌باشد. ۷۷۹ قانون مجازات ملائمه اصلاحی ۱۳۷۷/۲/۲۷ صریحت‌تر شد.

۹- قانون آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۶۸ و اصلاحات و احالتات از بسطور کلمی به موجب ماده ۵۲۹ قانون آین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱.

۱۰- منابع واقعی یا اصلی حقوقی یعنی عوامل حقیقی که از نظام اجتماعی، اقتصادی- سیاسی و یا عقیدتی ناشی می‌شود و منابع شکلی

یعنی عناصر ظاهری ایجاد و یا تأیید قواعد حقوقی لازم‌الاجرا، به نزل از: دکتر محمدرضا شعبانی بیگانی، یشن، ص ۸۷.

موضوعاتی که آثار و ادله‌ای از آن بر جای نمانده و ملاً نتوان کردن عدالت کیفری به لحاظ دشواری تشخیص واقعیت و دشواری تعیین مجرد (به دلیل ممکن بود زمان حلولانی از تاریخ وقوع جرم) نداشتند است. در هر حال، پذیرش نهاد مرور زمان در مجازات‌های بازگاری‌نشده، بیانگر نگرش تغییر قانونگذار تسبیت به روزه سابق خود بوده گامی مهم در برقراری نظام عمومی محسوب می‌شود. لیکن با توجه به اهمیت و اولویت مقررات حقوق کیفری نسبت به مقررات حقوق منسق به لحاظ ارتباط مستحبک‌تر این شاخه از حقوق عمومی با نظم عمومی جامده، این پرسنلیتی می‌باشد که با وجود پذیرش مرور زمان در بخشی از حقوق کیفری، چادر شمول آن نسبت به امور حقوقی در حقوق خصوصی همچنان تردید وجود ندارد به عبارت دیگر علت دوگانگی رفتار مقنن در این زمینه ناشی از حیست؟

شاید بتوان پاسخ این رفتار دوگانه را در گزارش ناصحیح قانونگذار، از منابع واقعی حقوقی و نادیده گرفتن رابطه متقابل منابع واقعی و شکلی حقوقی دانست هرچند که پاسخی کامل نخواهد بود^۲

گفتار دوم- سیر حرکتی قوه قضائیه: از دیالکتیک ابهامی تا جایجایی کارکردهای نهادهای اجتماعی

خلاف موازین شرع تشخیص ناده شدن مواد ۵۴ تا ۴۹ قانون مجازات عمومی سابق و ماده ۷۳۱ و بعد قانون این نادرسی ملتفی سابق، موجب کسیختگی و از هم پاشیدگی وجود جمعی و فردی جامعه حقوقی شده با تحقق تقدیم قواعد حقوقی، دادگاهها را با این طبقه دیالکتیک ایهامی مواجه نموده؛ چرا که از گیسونهاد مرور زمان، صریح‌باضم‌نما، فسخ نشده بود و از سوی دیگر، نهاد مذکور از جانب شورای نگهبان، مخالف موازین شرع، اعلام شده بود و با توجه به این که الزام به هر دو قاعده، در آن واحد ممکن نبود، وجدان جمعی پیش از آن که یکی از این دو را قطعاً برگزینند در حالت ایهامی به سر می‌برد هرچند سرانجام، مجموعه دلگستری، نظریه شورای نگهبان را بنقررات مذکور ترجیح داد لیکن نظام قضایی این بار در عمل خود را زیاد پایین نظریات فقهی شورای نگهبان نشان نداد.

- ۱- ترتیب اثر ندادن به شکایات خارج از طرف رمانی شش ماه در جرایم مشمول عنوان «صدر چک پرداختنشدنی» به استناد ماده ۱۰ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ (ماده ۱۱ قانون صدور چک اصلاحی ۱۷/۱۴۲۲) و تأیید صحت عملکرد مذکور از جانب اداره حقوقی قوه قضائیه؛^۶

۲- اعمال مقررات راجع به مرور زمان استنلا تجاری و تأیید درستی رویه مذکور به موجب آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه؛^۷

۳- تعین موعده روزه برای تجدیدنظر خواهی از حکم ناذگاه مدنی خاص به موجب رأی وحدت رویه

1- Gurvitch, *Le Temps présent et l'idée du Droit social*, Paris, 1932, pp. 224, 278, 293.

۱۰۷- گروچ، «صلار حامی‌الشایخ، حقوقی، توجهه حسن حبیب، تبران، جایخانه پیغمبر، پیغمبران»، ۲۱.

۲۵۰

^{۲-۳} دکتر بیرونی، تحقیق درباره این مقاله کاربردی است، از این‌جا با این نظریه مخالف است.

-**شالو اسماعیلیان، «جند میال» خبر تاریخ کلوز و کلایی خادگستری استان اصفهان، اردیبهشت ۱۳۸۸ شماره ۲۵.**

۱۱-۱۲، سی و سه

٢-نظریہ مشین، شمارہ ۷/۶-۷۶۲/۲/۱۳۶۶۔

٣١٥ و ٣٩٠ تجارت قاتون ٢٨٨، ٢٨٦، ٢٨٤، ٢٨٣، ٢٨٢، ٢٨١، ٢٨٠ تجارت مولان کد نون.

۶- ن. کد به آرایی وحدت روید شماره ۵۳۶ - ۱۲/۲/۳۷۹ و شماره ۵۹۷ - ۱۰/۷/۱۰۳۷۹ هیات عمومی دیوان عالی گذشت.

شماره ۵۲۷ مورخ ۱۳۶۸/۶/۱۴ دیوان عالی کشور، علی‌رغم نظریه^۱ شورای نگهبان مبنی برخلاف موائزین شع بودن عدم استماع تقاضای تجدیدنظر خارج از مهلت مذکور و تبعیت مجلس شورای اسلامی از نظریه مذکور.^۲

موضع پیچیده مجموعه دادگستری نسبت به نظریات فقهی شورای نگهبان از یکسو و استمرار بحث‌های نظری به لحاظ تداوم حیات اعتباری نهاد مرور زمان (به دلیل عدم نسخ نهاد مذکور) از سوی دیگر، به ابهام نظری و عملی قضیه، همچنان می‌افزود تا این که سرچشمۀ نهاد مذکور - قانون مجازات عمومی سابق و قانون این دادرسی ملنی سابق - به موجب ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۲۹ قانون آین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، صریحاً نسخ گردید. ولی، مراجع قضایی، همچنان مستقل از نظام تقینی، بقای اعتبار مرور زمان مذکور در قانون صدور چک و مقررات راجع به اسناد تجاری را مستصحاب نموده، با جاری شدن مجدد مرور زمان در نظام تقینی کیفری، با تفسیر موسع از عنوان مجازات‌های بازدارنده، به پهنه‌گیری حداکثری از این ساز و کار مبادرت کردند، تا این که بخششانه شماره ۱۳۶۸/۷/۵ - ۳۲۰۰/۸/۱۱ قوه قضاییه، راجع به برقراری مرور زمان نسبت به دعاوی اشخاص ثالث در خصوص اموال مصادره‌ی یا تعلیکی موضوع رأی وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور به شماره ۱۳۷۱/۱۲/۲ - ۵۸۱ خطاب به محاکم اصل ۳۹ قانون اساسی، باز دیگر موضع مستقل قوه قضاییه نسبت به نهاد مرور زمان و اختلاف نظر قوه مذکور با قوه مقننه را آشکار نمود.

به موجب این بخششانه «دعاوی اشخاص ثالث اعم از حقیقی یا حقوقی که متصرف ملک مورد ادعای بوده‌اند و از تاریخ صدور حکم قطعی مصادره یا تملیک بیش از ده سال سیری شده باشد به هیچ عنوان، قابل استماع نخواهد بود و ادعای حق اشخاصی که متصرف ملک مورد ادعای می‌باشد به روای گذشته، بدون اعمال محدودیت زمانی فوق رسیدگی خواهد شد. بدیهی است اعمال این مقررات شامل پرونده‌های جریانی که تاکنون منجر به صدور رأی اقطعی نشده باشد نیز خواهد بود».

این بخششانه مصدق بارزی از «جابجایی کارکردهای نهادهای اجتماعی»^۳ می‌باشد که طی آن، دستگاه قضایی، مستقیماً و - نه غیرمستقیم در شکل تفسیر قانون و یا رأی وحدت رویه - مبادرت به امر تقین نموده است. یک چنین جلیجایی کارکرده، زمانی رخ می‌دهد که یکی از دو شرط زیر وجود داشته باشد:^۴

- ۱- یک نهاد دیگر تواند نیاز معینی را در جامعه برآورد سازد;
- ۲- دو یا چند نهاد قادر به برآوردن یک نیاز باشد ولی یکی از این نهادها به روشنی اثبات کند که می‌تواند آن نیاز را

۱- نظریه مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۳ شورای تکه‌های بین شرح می‌باشد «همچنین تعیین مدت در روزبرای درخواست تجدیدنظر که... خاد از آن عدم استماع تقاضای تجدیدنظر خارج از مهلت مذکور است، همانطور که در نظر قلی ذکر شده خلاف موائزین شرعی است و باید اصلاح شود» گفتنی لست که قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاهها و نحوه رسیدگی آن‌ها مصوب ۱۳۶۷/۲/۶ بر همین مبنای به تصویب رسید.

۲- ذکر مهربور، حسین «دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی»، تهران، انتشارات اطلاعات، جاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۲۰۴-۲۰۶.

۳- رأی وحدت رویه مذکور بین شرح می‌باشد هر احکام صادره از دادگاه‌های اقلاب در بعضی موارد علاوه بر جمهه کیفری و مجازات مرتكب واحد جمهه حقوقی هم می‌باشد و احوال ناشروع او را نیز شامل می‌شود در جزوی موردی هر نوع ادعای حق که از طرف اشخاص حققی با حقوقی نسبت به این احوال عنوان شود و لویه ادعای خارج بودن آن مال از داری ناشروع محکوم علیه باشد رسیدگی آن بر حسب شکایت شاکر و طبق مانند. با دادگاه صادرکننده حکم می‌باشد و دادگاه اقلاب پس از رسیدگی اگر سخت ادعا را تشخیص نداد بر طبق قابل اصل ۳۹ قانون اساسی مال را به صاحبیش در می‌کند و الا به پیتالام می‌دهد بنابراین مرتبت همزبور رسیدگی به ادعای اشخاص حقیقی یا حقوقی را نسبت به احوالی که دادگاه‌های اقلاب ناشروع شناخته و مصادره نموده‌اند در صلاحیت دادگاه‌های اقلاب تشخیص می‌دهند».

۴- جلیجایی کارکردهای نهادهای اجتماعی به معنی تنقل کارکرده‌ی از یک نهاد به نهاد دیگر می‌باشد به عنوان مثال در جوامع صنعتی تبریز، خاتواده پیش از هر نهاد دیگر کارکردهای را از نسبت داده است. بینتر کارکردهای اجتماعی کردن فرزندان به مدارس و اگذار شده‌اند و خانواده اکنون در اختیار نهادهای اقتصادی و حکومت هستند. به نقل از برسوس کون، پیشین، ص ۱۲۵.

۵- همان.

به بهترین وجهی برآورده سازد.

تصویر این بخش‌نامه، با در نظر گرفتن صلاحیت دو قوه و با توجه به بطیعه، بودن حرکت قوه مقننه در تصویرب مقررات راجع به تأمین نظم عمومی، در رابطه با اولین شرط از شروط دوگانه جایگاهی کارکردهای نهادهای اجتماعی-قابل ارزیابی بوده، علی‌رغم دلالت‌اش بر توجه و نگرانی مسؤولین قضایی، از تأمین نشدن ضرورت‌های نظم قضایی، دارای ایراداتی اساسی به شرح ذیل بوده، مستلزم نهادمندی مقرر در بند دوم اصل ۱۵۸ قانون اساسی می‌باشد:

۱- نقض اصل تفکیک قوا با وضع قاعده آمره (اصل ۷۱ قانون اساسی) در ایجاد تکلیف برای دادگاهها و تحدید

حقوق مردم؛^۱

۲- نقض آشکار برابری حقوق اشخاص (اصل ۱۹ قانون اساسی) و حمایت یکسان مقررات از اشخاص (اصل ۲۰ قانون اساسی) به دلیل جاری شدن اتحاصاری مرور زمان به نفع نهادهای عمومی؛

۳- تعارض آشکار با قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ به جهت برقراری مرور زمان، با وجود نسخ آن در امور حقوقی به موجب قانون مذکور؛

۴- نفی صلاحیت ویژه قوه مقننه در ماده ۴ قانون ملنی به لحاظ عطف بمسابق شدن بخش‌نامه، چرا که به موجب ماده قانونی مذکور، تنها قانونگذار به طور استثنایی مجاز به عطف بمسابق کردن قانون می‌باشد.^۲

نتیجه‌گیری

پیشینه تقینی و قضایی جمهوری اسلامی ایران، ت Shanker آشفتگی و ناکارآمدی قوانین و مقررات و توجه ناکافی به بازتاب اجتماعی-اخلاقی تفاسیر قضایی می‌باشد که هیچ یک از آن دو، در شان نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نمی‌باشد. نتیجه این بررسی مختصر به شرح ذیل می‌باشد:

بند اول- قوه مقننه

در مورد علل آشفتگی و ناکارآمدی قوانین و مقررات، نظرات مختلفی از سوی صاحبنظران مطرح شده، در بین همه این عوامل، عدم توجه به عامل «ضرورت و نیاز» در یک «نظام مدیریتی و سازماندهی متون قانونی»، حلقه مفقوده‌ای است که در نظام حقوقی ما مسبب در هم ریختگی و ناکارآمدی مقررات شده است، در این مختصراً، سعی شد تا سهمی بی‌توجهی به این عامل، در ناکارآمد شدن نظام تقینی، مشخص گردد و نشان داده شده، هر موقع قانونگذار، این عامل را نادیده گرفته سرانجام، ناچار از شناسایی آن شده است. بنابراین، با تجربه سه دهه قانونگذاری، شایسته است که عامل مذکور، در تدوین مقررات لحاظ گردد.^۳ در راستای این نگرش، قانونگذار به هنگام تدوین

۱- در پرده چهارم نمایش‌نامه «تاجر ویژی» از «برایام شکسپیر»، اشاره نظری به اصل تفکیک قوا وجود دارد که لشان جالب توجه می‌باشد. یکی از دو دلستان اصلی این کمکی، مربوط به قرضی است که یک تاجر ویژی-تئوبو-برایی کمک به دوست خود- سیانیو- و تهیه مقدامات خواستگاری عروسی وی با دختری شریعت‌مند به نام پورشا از یک پیوودی بنام شالایا می‌گرد و در مقابل سنتی به او مهد ندارد تا در صورت عدم امکان در برخات آن در موعد مقرر، مختاری از گوشش بدن خود را از مر قسمی از بدن که طلماکار مایل باشد به عنوان جزیمه به او بدهد و چون بر حسب تصالهه تاجر سیانیو به موقع از عدهه پرداخت بدهی خود برینی آیده کار به دلگاه می‌کشد. سایر به عنوان مضمون‌هند، امدادگی خود را بر پرداخت دو بربر و حقی «د» بر بر مبلغ مضمون به اعلام می‌کند تا بلکه مضمون‌له از اجرای مفاد سند منصرف، گردد و از دلگاه می‌خواهد تا «هین بار قانون را طبق اختبارات خود تغییر گند زیرا برای انجام یک صواب بزرگ، یک خطاکی کوچک جایز است...» پورشا که با لیلس مبدل و کالت و نام مستعار بالشازار ایه علت بیماری بالاربو- و کل اصلی پرونده «از جانب وی» به عنوان وکیل چهت دفعه از ضامن، در جلسه دلگاه حاضر شده، به جهت قانونی ناشتن موضوع خواسته، در مقام دفعه از موکل‌اش، حاضر به نقض اصل تفکیک قوا و تغییر قانون موضعه توسطه نستگاه قضایی شده و می‌گویند: «چنین عملی جایز نیست هیچ فکری در ویژه نمی‌تواند قانون را که روزی وضع شده، تغییر دهد. زیرا چنین کاری باعث بدخت شده و خطاهایی بی‌شماری به تقلید از آن در اداره‌ی کشور سورت خواهد گرفت، خیر نماید چنین کرد» به تقلیل از: «بلایام شکسپیر، تاجر ویژی» ترجمه دکتر علاءالدین پازگاری، تهران، نشریات علمی و فرهنگی، جلد پنجم، ۱۳۷۷، ص ۱۵.

۲- دکتر کاتویان، ناصر، «حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان»، تهران، کلین و کلای دلگستری مرکز، چاپ دوم، تابستان ۱۳۷۹، ص ۹۲.
۳- توجه به این نکات حکم موضع را روشن می‌کند: الف- «اساس قانونگذاری در حقوق اسلام، رعایت مصالح و معادله است، این نظر مورد قبول تسلیمی فرق از جمله امامیه می‌باشد». به تقلیل از: دکتر جعفری لنگرودی، محمد مجتبی، «حقک ب حقوقی حقوق اسلام»، تهران، کتابخانه گنج داش، چاپ دوم، خرداد ۱۳۷۰، ص ۱۵.

مقررات، باید به این پرسش‌ها پاسخ روشن داده باشد:

- ۱- این قانون به کدام نیازها، پاسخ می‌دهد که با اصلاح و تفسیر قوانین قبلی، امکان پاسخ به آن‌ها وجود ندارد؟
- ۲- این قانون مشخصاً جایگزین چه متنی می‌شود که باید اصلاح یا نسخ شوند؟ یا چه خلاً قانونی را پر می‌نماید؟
- ۳- وضع یا نسخ با اصلاح قانون مذبور چه اثراتی در نظام و ساختار متنون قانونی به جای می‌گذارد؟^۴- آیا زمان وضع، نسخ یا اصلاح فرارسیده است؟ بدینه‌ی است پاسخ به این مسائل، حداقل پیش‌نیاز لازم برای قانونگذاری می‌باشد.

بند دوم- قوه قضاییه

یکم- به تحقیق گفته شده^۵ که قوه قضاییه (قاضی به عنوان قلب تپنده این قوه مورد توجه می‌باشد) از لحاظ شغل خود تبعیغ دو تکلیف اجباری می‌باشد: یک تکلیف اجرای اجرای قانون و دیگری برقراری عدالتی منصفانه با مقتضیات زمان حاضر با گزینش منصفانه‌ترین راه حل در مورد مرفاعه‌ای که به او ارجاع شده است، با این همه دادگستری نصی توائد از زیر بار یک الزام نماید، یعنی مجبور است که بر قاعده حقوقی تکیه نماید، هرچند که از کان تفسیر قاعده حقوقی، جهت ارائه راه حل منصفانه با توجه به بازتاب اجتماعی- اخلاقی تفاسیر برای وی در نظر گرفته شده لیکن، حق وضع قاعده آمره تحت هر عنوان- بخششانه، آین نامه، رأی وحدت رویه...- از وی سلب شده تا امکان دخالت در امر قانونگذاری متفق گردد.

دوم- از رهگذر مطالعه در پیشینه نظام قضایی سه دهه گذشته، دو موضوع اساسی ذیل: ۱- اثبات ممتنع نبودن امکان تجربه قضایی- با تکیه بر تفاسیر و راه حل‌های پیشنهادی- مغایر^۶ با رویه قضایی حاکم بر نمونه‌های ارائه شده و تأیید حقایق امر ممکن در گذر زمان؛ ۲- افق فکری و بینش فقهی درخور تحسین نظام قضایی^۷ در بهره‌مندی از فقه پویای شیوه جهت حل مضلات قضایی در موضوعاتی که نظریه فقهی شورای نگهبان، مبنای شرعی روشن و صریحی نداشتند؟

نشان می‌دهد که «یک رویه قضایی منسجم و یک دادگستری قوی از یک قوه قانونگذاری آگاه، اگر مؤثرتر نباشد بی‌گمان کم‌اهمیت‌تر نیست»^۸، همین تجربه تاریخی متضمن این رهیافت می‌باشد که نیل به چنین نظام قضایی، مستلزم توجه دستگاه قضایی به دو نکته کلیدی می‌باشد: اول این‌که، همه چیز را باید از قانونگذار انتظار داشت؛ دوم این‌که باید حقوق را به جای قوانین به اشتباہ گرفت.

حاصل سخن این‌که، توجه به نیازها و ضرورت‌ها، به منزله منابع اصلی و واقعی حقوق، اجتناب‌ناپذیر بوده و گزارش نادرست قانونگذار از این منابع و نایابه انگاشتن رابطه متقابل منابع واقعی و شکلی حقوق، علت‌العل احتلال در کارکرد اصلی نهادهای قضایی و تقدیمی بوده انتظار می‌رود که قانونگذار در مقام تعین و دستگاه قضایی در حیطه صلاحیت خویش- در مقام تفسیر و ارائه راهکارهای قانونی- با عنایت ویژه به ضرورت‌ها و نیازها، آینه‌شایسته‌ای برای فرهنگ و مدنیت ایران اسلامی باشد.

^۱ زیر عنوان سکب صالح مرسله^۹- «خرچه تدریجی مصالقلای از علم اصول، مانند قیاس اصولی، استحسان، مصالح مرسله، سد و قبح، انجام‌استفاده که اهل سنت بر علم اصول داخل گردد و بدنده و فر استیاط‌شیمه تأثیری نداشتندار مهمندین ویزگویی توره هشتم الوار فقهه تسبیه (دانسته شده است)، به نقل از دکتر گرجی، ابوالقاسم، پیشین، ص ۱۴۵، ج ۲.

^۲ اختلاف نظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، سبب شد که تو اصلاح خصوصیت و تصریوت^{۱۰} و «اصلاح نظام»^{۱۱}- که شاید بتوان گفت، هر دو ممکن باشد- توسط حضرت امام خمینی (ره) وارد سیستم قانونگذاری گردد که همین علیون، سراج‌جم عوجب تشكیل نهاد مجتمع تشخیص نظام و محدود کردن اعتبار تشخیص شورای نگهبان شد.^{۱۲} به نقل از دکتر حسین مهرپور، پیشین، ص ۴۸ و ۱۵۵.

^۳ هازی اولی بروز، «جامعه‌شناسی حقوقی» ترجمه مرحوم دکتر سید‌الله‌الفضل قافی شریعت‌الله‌ی، تهران، نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص ۴۸ و ۱۵۵.

^۴ دکتر مهرپور، حسین، پیشین، ص ۲۰۱-۲۰۹.

^۵ دکتر کاظمی‌پور، ناصر، «تحولات نظام حقوقی بعد از انقلاب»، نشریه ایران فرهنگ‌پرمن اسفند ۱۳۸۲- شماره ۱۱، ص ۷.

کامی دیگر

صادق هژیر

پایان دوره ۱۸ ساله مدیریت دولتی کانون وکلای دادگستری مرکز، متعاقب تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری در سال ۱۳۷۶ و آغاز کار هیأت مدیره منتخب اعضاي کانون، در شرایطی محقق شد که تبصره ۱ ماده ۴ قانون مذکور بر این انتخابات سایه افقینه بود، اما نظرارت موضوع تبصره مذکور نظر مخالفین استقلال کانون وکلا و استقلال وکیل را تأمین نمی کرد، چون به هر تقدير مدیریت هیأت مدیره منتخب وکلا با مدیریت مدیران منصوب دولتی تفاوت فاحش داشت، دور از انتظار نبود که برای تأثیرگذاری بر تصمیمات هیأت مدیره منتخب تمهدیات دیگری نیز اندیشیده شود، با آغاز به کار هیأت مدیره منتخب، تشکیل کانون های وکلای دادگستری در استان ها و در نتیجه تجزیه کانون بزرگ وکلای دادگستری مرکز که کانون وکلای بزرگ این مرز و يوم نیز هست در دستور کار دست اندر کاران قرار گرفته، مجوز قانونی این تصمیم ماده ۱ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۵ بود که شرط تأسیس کانون در مقر هر دادگاه استان را شتغال حداقل «عنفو وکیل دادگستری تعیین کرده است، جنبه تجزیه کانون بزرگ مرکز در حدی بود که ترسیم تعداد وکلای شاغل در استان ها مانع اجرای آن نشد و با تجمعیم دو یا چند استان به مرکزیت مرکز یکی از این استان ها برای تشکیل کانون برنامه ریزی شد از دیگر سو، موجبات همایش هیأت های مدیره کانون ها به منظور ایجاد هماهنگی و وحدت رویه در انجام وظایف، از طریق معاونت هماهنگی وزارت دادگستری فراهم شده بود و اولین این همایش در دفتر معاونت هماهنگی وزارت دادگستری با حضور اعضای هیأت مدیره سه کانون موجود وقت بود تشکیل کانون های جدید موجب شد، اندیشه ایجاد نهادی که هماهنگ کننده امور جاری و مدافع حقوق کانون ها و وکلای عضو، از جمله مدافعان استقلال کانون ها باشد، مطرح شود و پس از مطرح شدن رشد کند و منجر به تأسیس اتحادیه سراسری کانون های وکلای دادگستری ایران «در سال ۱۳۸۲» شود.



هر چند پس از تأسیس اتحادیه ضمن انجام اصلاحاتی در اساسنامه آن موجباتی فراهم شد که شرط عضویت در هیأت مدیره کانون ها برای نامزدهای عضویت در هیأت رئیسه و اعضای شورای اجرایی اتحادیه که یکی از ارکان تصمیم گیری در اتحادیه است، برداشته شود و این امر موجب گردید که اعمال تبصره ۱ ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت در خصوص مدیران اتحادیه منتخب شود، ولیکن تردیدی نیست که استمرار اعتبار تبصره مذکور به عنوان عامل تحديد حق انتخاب شدن در هیأت های مدیره کانون ها و به تبع آن عضویت در هیأت عمومی اتحادیه که مرجع تصویب و تغییر و اصلاح اساسنامه اتحادیه است، همواره استقلال کانون ها و استقلال وکیل را در معرض خطر قرار دهد. ادامه اجرای ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه حتی بعد از اتفاقی مدت اعتبار قانون مذکور و تهیه پیش نویس قانون وکالت در زمستان ۱۳۸۳ بدون اطلاع و جلب غضیر کانون ها، در جهت اعمال نظر مخالفین استقلال کانون وکلا صورت گرفت که اقدام به موقع و هماهنگ کانون ها پس از اطلاع از این امر مانع از ادامه

مراحل لرسال آن به مجلس شورای اسلامی و منجر به تهیه پیش‌نویس «قانون اصلاح لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری و سایر مقررات مربوط به وکالت» در ۲۳۷ ماهه توسط کمیسیون ویژه قوانین کانون وکلای دادگستری با شرکت نمایندگانی از کانون‌ها در سال ۱۳۸۴ وارائه آن به قوه قضاییه شد پس از آن پیش‌نویس‌های دیگری نیز توسط قوه قضاییه، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران تهیه شده که ورود در جزئیات آن‌ها در این مقال نمی‌گنجد اما این مطلب شایان توجه است که در تمامی این پیش‌نویس‌ها به تبعیت از پیش‌نویس سال ۱۳۸۳ تهیه شده قوه قضاییه، موجودیت اتحادیه نادیده انگاشته شده و به جای آن، مؤسسه‌ای مستقل کانون می‌باشد در عمل مشاهده شده که تبصره ۱ ذیل ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت صرف‌نظر از این که نیازی به تصویب و اجرای آن نبوده، به نحو منصفانه‌ای اجرانمی شود و تصمیمات مرجع تصمیم‌گیری متاثر از عواملی است که علی‌الاصول نباید باشد، تا زمانی که این تبصره یا مقرراتی مشابه آن معتبر و قابل اجرا باشد موجودیت اتحادیه و استقلال کانون‌های وکلا و به تبع آن استقلال وکیل و حق آزادی دفاع نه تنها ضرورت دارد اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران، با همین نام باقی بماند بلکه باید با انتخاب شیوه‌های مناسب درجهت تقویت و فعال تر شدن آن کوشید اگر بگوییم تأسیس اتحادیه کانون‌ها هرچند ضعیف و ناکارآمد، گام اول بود امکان حضور وکلای خارج از اعضای هیأت مدیره کانون‌ها در لرکان تصمیم‌گیری و مدیریتی آن گام بعدی و... اینک اما شرایط حاکم بر جامعه وکالت این مرز و بوم گامی دیگر طلب می‌کند، گامی که آحاد وکلای دادگستری عضو کانون‌های وکلای مستقل دادگستری را در تصمیم‌گیری و مدیریت اتحادیه مشارکت دهد این مشارکت عمومی وکلا موجب مصونیت اتحادیه و اقتدار آن خواهد شد اینک که اولین کنگره بزرگ ملی وکالت به همت وکلای ارجمند و سخت‌گوش عضو کانون محترم اصفهان برگزار می‌گردد اقتضا دارد به نحو شایسته‌ای به این مهم پرداخته شود

پیشنهاد راقم این سطور این است:

- ۱- با اطلاع‌رسانی قبلی و تبلیغ مقدمات، در حوزه هر یک از کانون‌های وکلای دادگستری، در زمان انجام انتخابات هیأت مدیره، معادل دو برابر تعداد اعضای هیأت مدیره از وکلای دادگستری با حداقل ۸ سال سابقه وکالت با رأی کتبی و مخفی وکلای عضو آن کانون به عنوان اعضای هیأت عمومی اتحادیه انتخاب شوند.
- ۲- هیأت عمومی اتحادیه تشکیل شود از اعضای هیأت‌های مدیره همه کانون‌ها و اعضای منتخب دیگر که خارج از هیأت مدیره برای این امر انتخاب شدند.
- ۳- تجویز شود که هر یک از اعضای حاضر هیأت عمومی امکان رأی دادن از طرف دو عضو غایب از حوزه کانون متبوع خود را داشته باشد.
- ۴- شورای اجرایی اتحادیه تشکیل شود از نمایندگان کانون‌ها، از کانون مرکز دو نماینده و از هر یک از سایر کانون‌ها یک نماینده به انتخاب اعضای هیأت مدیره و منتخبین وکلای حوزه هر کانون در هیأت عمومی، هیأت رئیسه اتحادیه به کیفیت فعلی توسط هیأت عمومی انتخاب شود.
- ۵- در صورت موافقت با این پیشنهاد، هیأت عمومی اتحادیه نسبت به اصلاح اساسنامه متنضم این پیشنهاد اقدام کند.

امید است صاحبان نظر و اندیشمندان جامعه وکالت با اعلام نظر ارزشمند خویش در این خصوص، برداشتن گامی دیگر در جهت حفظ اتحادیه و تقویت کانون‌ها و تصمین حق آزادی دفاع را تسهیل نمایند.»

حق دسترسی به آب آشامیدنی برای همه^۱

مریم تصریف‌خانی

حق دسترسی به آب آشامیدنی، عبارت از حق هر شخصی است برای این که از آب سالم با قیمت مناسب و در میزان کافی برای بی‌طرف نمودن حوائج اساسی خویش بهره‌مند گردد. این امر محقق نمی‌شود مگر با یک مقدار محدود آب که لزوماً نایستی را بگان باشد.

این حق در سطح ملی بیشتر شناخته شده است تا در سطح بین‌المللی و در بیش از ۹۰ درصد کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OCDE) و نزدیک به ۱۰۰ درصد شهرهای بزرگ اعمال می‌شود.

این حق می‌تواند به یکی از حقوق پسر تشبیه شود که از حق سلامتی، حق مسکن، حق برخورداری از شرایط خوب زندگی و حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم نشأت می‌یابد. این حقوق مختلف به ویژه در منشور اجتماعی اروپایی (بازنگری شده در ۱۹۹۶ استراتسیبورگ) و در قوانین اساسی برخی از کشورها گنجانده شده‌اند.

نقل قول‌هایی که در ادامه می‌آیند نشان می‌دهند که چگونه این حق انعکاس یافته است و اثر واقعی آن چیست؟

- طبق اعلامیه جهانی حقوق پسر ۱۹۴۸ (ماده ۲۵): «هر کس حق دارد که سطح زندگی او، سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث خوارک و مسکن و مراقبت‌های طبی و خدمات لازمه اجتماعی تأمین کند».

هرچند که در لیست فوق الذکر به آب صراحتاً اشاره‌ای نشده است، لکن حق دسترسی به آب قطعاً جزء حقوق حمایت شده می‌باشد.

- در سال ۱۹۶۶، میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تأکید می‌کند که: «دولت‌های عضو این میثاق حق هر فرد را برای دستیابی و برخورداری از بالاترین (وضعیت) سلامت جسمی و روحی، به رسمیت می‌شناسند. اقداماتی که دولت‌های عضو برای دستیابی و تحقق کامل این حقوق اعمال می‌نمایند شامل (اقدامات) زیر می‌باشد: ... ب- بهبود تمام جوانب بهداشت محیط (زیست) و بهداشت صنعتی».

- اعلامیه جهانی پیشرفت اجتماعی و توسعه در ۱۹۶۹ بر اجرای اهداف اساسی زیر تأکید می‌کند:

f.10- «فرام آوردن برای همگان وبالاخص برای افرادی با درآمد پایین و خانوارهای پرجمعیت، محل سکونت و خدمات رضایت‌بخش جمعی».

۱- ترجمه مقاله «le droit à l'eau potable pour tous» موجود در سایت Gep/Workshop/Env.Interface/Smet.doc/cj-ik/20-02-01/

کارشناس ارشد حقوق خصوصی و کیل دادگستری.

- براساس کنفرانس ملل متحد در مورد آب مصوب ۱۹۷۷، این امر مورد توافق واقع شده است که: «همه افراد حق دسترسی به آب آشامیدنی دارند.»

- کنوانسیون حذف کلیه انسکال تبعیض علیه زنان در ۱۹۷۹، بیان می‌دارد: «همچنین دولت‌های عضو بهویژه اطمینان حاصل خواهند کرد که زنان از حقوق زیر پرخوردار باشند: ح- (حق) بهره‌مندی از شرایط زندگی مناسب بهویژه در ارتباط با مسکن، بهداشت، امکانات آب و برق، حمل و نقل و ارتباطات.

- طرح دهه بین‌المللی تأمین آب آشامیدنی و بهسازی محیط در سال ۱۹۸۱ بهوسیله سازمان ملل متحد، این هدف را مورد تأکید قرار می‌دهد که: «همه مردم با هر سطح از توسعه و یا در هر شرایط اقتصادی و اجتماعی، حق دسترسی به آب آشامیدنی با کیفیت مناسب و در مقادیر متناسب با نیازهای ضروری خویش را دارند.» در خلال این طرح، تأمین آب آشامیدنی از سوی دولت‌ها به عنوان یک اولویت به شمار آمد و همچنین بخش قابل توجهی از کمک‌های مالی به آن اختصاص یافته است.

- در ۱۹۸۹، براساس کنوانسیون حقوق کودک، حکومت‌های عضو این بیان، تمام اقدامات لازم را انجام می‌دهند تا این اطمینان کامل را به وجود آورند که آب آشامیدنی سالم با رعایت حفظ محیط زیست، برای کودکان فراهم شده است.

- کنوانسیون سازمان بین‌المللی کار در رابطه با بیمان ساکن در کشورهای مستقل اعلام می‌دارد: «حقوق مردم ذی نفع در منابع طبیعی که زمین‌های خود را تجهیز نموده‌اند، می‌باشند مورد حفاظت قرار گیرد.» این متن به ویژه بر این امر دلالت دارد که آسیب جدی به منابع آبی وقع در زمین‌های حفاظت شده محاذ نیست.

- در سال ۱۹۹۲ کنفرانس بین‌المللی راجع به آب و محیط زیست اعلامیه دوبلین را مورد پذیرش قرار داد که براساس آن: «این یک اصل اولیه است که حقوق زیربنایی بشر را برای بهره‌مندی از آب سالم و بهداشتی با یک قیمت مقرر به صرفه به رسمیت بشناسیم.»

- در همان سال در زمان اجلاس ریو، دولتها اعلامیه ریو را پذیرفتند که بربط آن: «افراد بشر حق بهره‌مندی از یک زندگی سالم و پریار هم آهنگ با طبیعت را دارند.» آن‌ها همچنین برنامه ماده ۲۱ را مورد پذیرش قرار دادند که طی آن بایستی: «اطمینان حاصل شود از این که برای همه جمعیت شهری حداقل ۴۰ لیتر آب سالم فراهم شود.» البته باید در نظر داشت که این نوشته تنها جمعیت شهری را مورد نظر قرار داده است. این برنامه همچنین شامل اقدامات راجع به لهناف و روش‌های عینیت بخشی به حق دسترسی به آب آشامیدنی است:

۳۸) «دولت‌ها... باید تدبیری به کار بزند که مستقیم یا غیرمستقیم؛ برای نیازمندان دسترسی به آب پاک را فراهم کنند.»

- ۱۸.۱۷) «دسترسی جهانی به آب آشامیدنی سالم را تضمین نمایند.»
 ۱۸.۱۸) «ترویج سیاست‌هایی با هدف دریافت قیمت واقعی خدمات زیربنایی و در عین حال با هدف به رسمیت شناختن نیاز به یافتن رویکردهای مناسب (شامل یارانه‌ها) برای گسترش خدمات مبنایی به همه خانوارها.»
 ۱۸.۱۹) «بایستی اولویت به تأمین مایحتاج اساسی جهت آب آشامیدنی، حمایت پزشکی و تأمین غذا داده شود. برای هر گونه استفاده فراتر از این، منابع آبی باید به عنوان یک کالای اقتصادی لحاظ شوند.»
 ۱۸.۲۰) «اولویت در توسعه و انتفاع از منابع آبی، باید به برآورده نمودن نیازهای اولیه و حفظ و حراست از اکوسيستم داده شود.»
 ۱۸.۲۱) «تدابیر به کار رفته می‌بایست تا آن جا که ممکن است، هم قیمت واقعی آب را به عنوان یک کالای اقتصادی منعکس نمایند و هم قدرت پرداخت خانوارها را باشند.»

- مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۹۳، پیمانی با عنوان «محیط زیست و توسعه» به تصویب رساند که به موجب آن، دولت‌های متعاهد موظف‌اند اهتمام ویژه به تأمین نیازهای ضروری انسان همچون آب آشامیدنی و غذا داشته باشند.»

- در فوریه ۱۹۹۴، مادام سیمون وی وزیر امور اجتماعی، بهداشت و درمان در خلال اجلاس بین‌المللی ترتیب داده شده توسط فرانسه اعلام کرد: «فارغ از درجه و شکل شهریت، آزادی دستیابی به آب سالم، از حقوق بشر به شمار می‌اید.»

پس از آن، اجلاس توصیه‌های سوپریانس پولیس را مورد پذیرش قرار داد که مطابق با آن: «هر فردی صرف‌نظر از شرایط زندگی و میزان درآمدش، حق غیرقابل انکاری بر نوشیدن آب سالم و بهداشتی دارد»
 «تدابیر تساوی سازی بین اقسام مختلف جامعه بایستی اتخاذ شوند. با این حال، پخشی از کمک‌های مالی دولت لازم است که همچنان برقرار بمانند.»

- در ۱۹۹۴ کنفرانس بین‌المللی در خصوص جمعیت و توسعه اصول اجلاس قاهره را پذیرفت که براساس آن: «بشریت حق برخورداری از یک زندگی سالم را دارند... افراد بشر حق دستیابی به یک زندگی رضایت‌بخش برای خود و اعضای خانواده‌شان دارند که مشتمل بر خوراک، پوشانک، سرینه، آب آشامیدنی و سیستم بهداشتی مناسب باشد.»

- آکادمی آب (فرانسه) و برنامه بین‌المللی هیدرولوژی یونسکو (UNESCO IHP)، در سال ۱۹۹۷ اعلامیه پاریس را مورد موافقت قرار دادند و بر اساس آن:
 «سیاست عاقلانه تعریف‌مایی کردن آب» ارزش اقتصادی آن را به رسمیت می‌شناسد که حساسیت اجتماعی در این خصوص یکی از مؤلفه‌های اساسی این امر می‌باشد. کمک‌های مالی (یارانه‌ها) که صحیح طراحی نشده‌اند و باعث بهره‌مندی جمعیت شهری به ضرر روستایان و یا شهروندان مرتفه به ضرر کم درآمدکارانی گردند، نباید دیگر وجود داشته باشند.»

- وزرای مسؤول آب، برنامه‌ریزی و محیط زیست منطقه آفریقا در اعلامیه CAP یکی از اهداف خود را چنین عنوان نمودند:

«ترویج استفاده از تعریفهای واقع‌بینانه برای آب و سرویس‌های پهداشتی همراه با نرخ‌های متمایز برای اقشار کم درآمد...»

- کنفرانس حراوه «استراتژی اداره آب»، که در ژانویه ۱۹۹۸ توسط کمیسیون توسعه پایدار سازماندهی شد، چنین نتیجه‌گیری می‌کند: «تأمین پایدار آب مستلزم آن است که هزینه‌ها تحت پوشش در آیند. کمکهای مالی برای گروه‌های خاص مثل کم درآمدها، در برخی کشورها مطلوب تلقی می‌شوند.»

- در ششمین اجلاس کمیسیون توسعه پایدار ملل متحد (نيویورک ۱۹۹۸) تصمیم ۱/۶ تصویب شد: «بازیابی هزینه‌ها در خصوص تأسیسات آب، با استیضاح تدریجی و با عنایت به شرایط خاص هر کشور به مرحله اجرا درآید. ضروری است یارانه برای گروه‌های بخصوصی به ویژه اقشار آسیب‌پذیر در پارهای کشورها ایجاد شود.» مطابق گزارش کمیسیون جهانی توسعه و محیط زیست به سال ۱۹۸۷ (کمیسیون بروتلتند)، توسعه پایدار عبارت است از «برآوردن نیازهای نسل حاضر بدون به خطر انداختن قابلیت‌های نسل آینده به گونه‌ای که نیازهای نسل کنونی نیز به مخاطره نیافتد.»

- در مارس ۱۹۹۸، کنفرانس بین‌المللی آب و توسعه پایدار در پاریس تشکیل جلسه داد و اعلامیه‌ای صادر کرد که یکی از اهداف آن عبارت بود از: «استقرار تدریجی روش‌های بازیابی هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم خدمات می‌بایست مورد تشویق واقع شوند البته با رعایت حقوق استفاده کنندگان کم درآمد.»

- در همان ماه در اجلاس بین‌المللی «سیاست جهانی آب، مشارکت برای اداره فرامرزی منابع آب» که توسط بنیادی آلمانی برای توسعه جهانی طرح‌بازی شده بود اعلامیه موسوم به پطرزبورگ تصویب شد که براساس آن: «آب باید به عنوان یک سرمایه اقتصادی و همگانی لحاظ شود. با بهره‌گیری از افزارهای اقتصادی، لازم است روشی هماهنگ کننده اهداف اقتصادی، اجتماعی و محیطی به کار برد شود بدین معنی که این ابزارها بایستی به دقت انتخاب شده و به کار روند تا عدالت اجتماعی و سیاست محیطی همراه با وصول هزینه‌ها از طریق نصب تعریفهای مناسب تأمین گردد. استفاده از این ابزارها همچنین باید تأثیرات منفی که دامنگیر خانوارهای کم درآمد می‌شود را انکاس دهد.»

- در آوریل ۱۹۹۹، مجمع اروپایی حقوق محیط زیست در madere اعلامیه‌ای در مورد مدیریت پایدار آب صادر کرد که از «حق هر کس برای دسترسی به آب آشامیدنی» حمایت می‌کند طبق ماده ۷ اعلامیه، «هیچ کس نباید از مقدار مناسب آب برای برآورده کردن نیازهای اساسی خود محروم بماند.» «وقتی که تصمیم به کاهش یارانه در موضوع آب گرفته شد، باید دوران گذار پیش‌بینی شود و استثنایات موجه مناسب با ملاحظات اجتماعی در نظر گرفته شود.»

- پروتکل آب و سلامتی (لنن) در ژوئن ۱۹۹۹، هدف دسترسی همکان به آب آشامیدنی را مورد تأکید قرار می‌دهد و بر اصل زیر اشاره می‌نماید: «دسترسی عادلانه همه شهروندان به آب بالاخص افراد کم درآمد و آسیب‌پذیر.» پروتکل در مقدمه خود اعلام می‌دارد: «دسترسی به آب به میزان لازم برای پاسخگویی به نیازهای اساسی بشریت انکار ناپذیر است و همین طور بهبود سلامتی و توسعه پایدار.»

حقوق اجتماعی ملی از دیرباز تدبیر خاصی را برای مقابله با مشکلات مالی که کم در آنها با آن رو برو هستند اتخاذ نموده است. (در حقوق فرانسه، این افراد شامل تهی دستان، در وضعیت اخراج، در وضعیت نامن و... هستند). سهم کمی از این تدبیر خاص در ارتباط با آب است، زیرا مخارج تأمین آب بخش ناچیزی از هزینه‌های خانوارهاست، در مقایسه با مسکن، حرارت و برق. (تقرباً ۷ درصد) معدلک حقوق ملی برخی کشورها حق دسترسی به آب آشامیدنی را به روشی به رسمیت شناخته و پهنه‌مندی آسیب پذیرها از آب و پرداخت قیوض آب را سازماندهی کرده است. که در ادامه به دو نمونه از این کشورها اشاره می‌کنیم.

- فرانسه

براساس ماده ۵-۴۳ قانون فرانسوی شماره ۹۲-۷۲۲ مصوب ۱۹۹۲ که توسط قانون شماره ۶۵۷-۹۸ مصوب ۱۹۹۸، اصلاح گردیده است، «با این بات مشکلات اقتصادی هر شخص یا خانواده‌ای، ایشان حق برخورداری از کمک اجتماعی برای دسترسی یا حفاظت دسترسی خود به آب را دارند». اجرای مؤثر این حق اشکالاتی را در عمل ایجاد می‌کند (شرایط، کمک مالی...). این کمک‌های اجتماعی برای پرداخت قیوض آب به طور مشترک توسط توزیع کنندگان آب، دولت و سازمان‌های خیریه تأمین می‌شود. اخیراً، فرانسه برنامه نظارت علیه فقر و محرومیت ایجاد کرده است.

- بلژیک

قانون ۸ ژوئیه ۱۹۷۶ در ارتباط با مراکز عمومی کمک‌های اجتماعی چنین تجویز می‌کند: «هر شخص حق پهنه‌مندی به کمک اجتماعی را دارد. این کمک به هدف امکان دادن به انساخن برای برخورداری از یک زندگی راحت مناسب با شان انسانی می‌باشد.» براساس ماده ۳ فرمان ۲۰ دسامبر ۱۹۹۶ منطبق فلاماند، «هر مشترک حق دسترسی به تأمین حداقل و بدون وقفه برق، گاز و آب برای مصارف داخلی به هدف منتفع شدن از یک سطح زندگی مناسب با استانداردهای بشری را دارد.» مطابق با ماده ۱۵ از فرمان ۱۵ آوریل ۱۹۹۹ منطقه والون، «هر شخص حق دارد از میزان مناسبی آب آشامیدنی با کیفیت خوب برای تغذیه نیازهای خانگی و سلامتی پهنه‌مند شود.» حق توزیع کنندگان آب برای ثابت نگهداشتن قیمت آب «مانع برای ایجاد تعریف اجتماعی مناسب با شرایط وضع شده توسط دولت نمی‌باشد». (ماده ۴، ۲) بنیاد جدید ایجاد شده برای اداره آب مسؤول مطالعه بر روی اصول و معیارهای قابل اعمال برای تهیه همگانی آب با یک قیمت گذاری اجتماعی سازگار می‌باشد.

- سایر کشورها

همان‌طور که در این گزارش آشکار شد، شیوه‌های قیمت‌گذاری به نفع افراد تهی دست در کشورهای مختلف وجود دارد. دولت برای سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌های آب مخارج زیادی صرف می‌کند، اما اغلب، در آنها برای جبران هزینه‌های عمومی آب کافی نیست. هر چند یارانه‌ها کاهش می‌یابند، آن‌ها هنوز باقی هستند.

موانع نکاح در حقوق قدیم فرانسه

مریم مشایخ

دکتر مرتضی طبیبی جوائی

کلیدواژه: موانع نکاح، زنا، مرگ مدنی، طلاق.

چکیده

دنیای کنونی، دنیای تغییرات و تحولات است و علی‌رغم پیشرفت وسائل ارتباط جمعی، هنوز هم بسیاری از مردم جهان از خصوصیات فرهنگی، تاریخی، جغرافیایی، اقتصادی و حقوقی جوامع دیگر اطلاع کامل ندارند. جه رسد از حقوق و قوانین کشورهای دیگر.

امروزه به لحاظ ارتباط کشورها با یکدیگر حقوقدانان هر کشور تاچارند که علاوه بر اطلاع نسبت به حقوق کشور متبوع خود، از قواعد حقوق و مقاومیت و تأسیسات و نهادهای حقوقی کشورهای دیگر نیز اطلاع داشته باشند اما از آنجایی که قسمت عمده مقاومیت و قواعد حقوقی از سنت‌ها و وضعیت تاریخی، اجتماعی و نوع افکار و اعتقادات الهام می‌گیرد عملاً غیرممکن است که یک فرد قادر باشد به درستی حقوق یک کشور را شناخته و اطلاع کافی از آن حاصل نماید به همین جهت مطالعات حقوق کشورهای دیگر ابزار و وسیله‌ای شده است که در این راستا می‌تواند کمک ارزشمندی به ما بنماید.

مواد ۱۶۱-۱۶۲-۱۶۳-۱۶۴-۱۶۵-۱۶۷-۲۲۸-۲۹۵-۲۹۸ قانون مدنی فرانسه به موانع نکاح^۱ این کشور اختصاص دارد، از آنجایی که حقوق فرانسه بر مبانی انسان محوری است و کلیه قواعد خود را از عقل انسانی اقتباس کرده، به خصوص بعد از انقلاب کثیر فرانسه، تغییرات و تحولات زیادی در مبانی حقوقی و اقتصادی و مذهبی این کشور ایجاد گردیده است.

حقوق قدیم فرانسه موانع متعددی را برای ازدواج مطرح می‌کرد موانعی که منبعی از اعتقادات مذهبی و اخلاقی بود، در حالی که امروزه بر اساس شرایط موجود تعللی از این موانع حذف گردیده‌اند از جمله موانع حلف شده می‌توان به مرگ مدنی، زنا و طلاق اشاره نمود.

مقدمه

نکاح و مباحث پیرامون آن نه تنها در حقوق ایران بلکه در حقوق سایر کشورهای دنیا از موضوعات مورد بحث می‌باشد، چنان‌چه در حقوق فرانسه نیز موانع نکاح مورد بحث قرار گرفته و حقوقدانان این کشور از شرایط منفی ازدواج به موانع نکاح باد نموده‌اند. موانع نکاح موقعیت‌هایی لست که در آن موقعیت‌ها ازدواج ممنوع است؛ که برخی

استادیار گروه حقوق دانشگاه امیرکبیر
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

1- Les empêchements du mariage.

از این موانع مطلق آن دین یعنی موانعی که با وجود آن‌ها ازدواج با هر کسی ممنوع است و برخی دیگر از موانع نسبی بوده که ازدواج را بین اشخاص معینی ممنوع می‌کند.

تقسیم‌بندی دیگری نیز برای موانع ازدواج در حقوق فرانسه وجود دارد

۱- موانع نهی کننده (Mazeaud & Chabas, 1995: 680)

۲- موانعی که مانع از به رسمیت شناختن ازدواج می‌باشد (Mazeaud & Chabas, 1995: 680) که این موانع اثر کامل تری از موانع نهی کننده دارد، چرا که موانع نهی کننده مانع از صحبت ازدواج نمی‌باشد، درحالی که موانع دسته دوم منجر به بطلان ازدواج می‌گردد و بطلان ازدواج را حتی پس از ثبت آن به تنبل خواهد داشت.

اهمیت نهاد خانواده در بین نهادهای اجتماعی میان اهمیت این مبحث است، بهویژه آن که مقصود بحث درخصوص موانع حقوقی تشکیل خانواده یعنی موانع نکاح باشد. اساساً مسائل مربوط به نکاح و موانع آن در هر کشوری به صورتی جلوه کرده است و عمدتاً این موانع ریشه در عقاید، افکار و تمایلات افراد آن جامعه دارد و در حال حاضر کشورهای مختلف، بسته به نوع افکار، اعتقادات و فرهنگ جامعه قوانین و مقررات خاصی را در این خصوص اعمال می‌کنند
در این مقاله سعی بر آن است که به بررسی موانع نکاح^۱ در حقوق قدیم کشور فرانسه پرداخته شود.

- تقسیم‌بندی موانع نکاح در حقوق فرانسه

درخصوص این موانع دو نوع تقسیم‌بندی وجود دارد: موانع نسبی^۲ و موانع مطلق.^۳

موانع نسبی ازدواج را بین اشخاص معینی ممنوع می‌کند و موانع مطلق موانعی است که ازدواج را بین کلیه افراد ممنوع می‌کند

تقسیم‌بندی دوم نیز تقسیم‌بندی موانع نهی کننده و موانعی است که منجر به عدم رسمیت ازدواج می‌گردد موانع نهی کننده منجر به بطلان ازدواج نمی‌گردد، درحالی که موانع دسته دوم اثر کامل تری دارند به این معنا که ازدواج ثبت شده برخلاف آن موانع باطل محسوب می‌گردد (Mazeaud & Chabas, 1995: 681)

- موانع نکاحی که امروزه حذف شده‌اند

۱- مرگ مدنی^۴

برخی از محاکومین مجازات‌شان مرگ بود. با صدور مرگ اشخاص، آن‌ها از صفحه عالم حقوقی خنث می‌شوند و شخص محسوب نمی‌شوند. اگر این اشخاص قبلاً متاهل بوده باشند ازدواج‌شان منفسخ می‌شوند و اگر هم مجرد

1- Empêchements de mariage.

2- Les empêchements relatifs.

3- Les empêchements absolus.

4- La mort civile.

می بودند، دیگر نمی توانستند ازدواج کنند. ماده ۲۵ قانون مدنی قدیم فرانسه در پاراگراف هفتم مقرر می کرد: این چنین اشخاصی اهلیت قانونی برای انعقاد ازدواج که اثر مدنی ایجاد می کند، ندارند. (Mazeaud & Chabas, 1995: 681)

قانون ۲۱ می ۱۸۵۴ مرگ مدنی را نسخ کرد و بدین ترتیب این مانع ازدواج را از بین برد (Chabas, 1995: 681).
۲- زنا^۱

ماده ۲۹۸ قانون مدنی قدیم فرانسه پیش بینی می کرد که اگر علت طلاق برقراری رابطه زنا از طرف یکی از طرفین رابطه زوجیت بوده است همسر مجرم به هیچ وجه حق ازدواج با طرفی را که با او زنا کرده نداشته است. این ابزار بسیار مؤثر و کاملاً عاقلانه وضع شده بود در حقیقت این ماده قانونی این آمید واهی را از بین می برد که شخص بتواند به وسیله طلاق با طرف زانی خود ازدواج کند منتها این قانون خیلی ناهمانگ و بد اجرا می شد (Hugue, 2006: 119).

چراکه برخی دلگاهها در حکم قضایی شأن نام طرف را زانی ذکر می کرند و برخی دیگر این کار را نمی کرند. بنابراین امکان ازدواج مجدد بسته به شناس بود. سرانجام این ماده قانونی در ۱۵ دسامبر ۱۹۰۴ از بین رفت. (Mazeaud & Chabas, 1995: 685)

۳- طلاق^۲

بعد از این که زن و شوهر از هم دیگر طلاق می گیرند، جنایی، آنها را به تأمل و تفکر و امنی دارد و آنها قصد ازدواج مجدد می کنند. ماده ۲۹۵ قانون مدنی قدیم فرانسه به دو دلیل آنها از ازدواج مجدد منع می کرد:

۱- دو نویسنده فرانسوی به نامهای مالوی^۳ و ترونشه^۴ این گونه استدلال می کردند که اجازه بازی با طلاق، اجازه بازی با ازدواج نیز هست. به این معنا که فراهم آوردن امکان ازدواج مجدد برای زوجینی که قبل از طلاق گرفته‌اند طبیعتاً موجب تشویق آن هاست به این که طلاق را تنها یک تجربه ساده قرار دهند. البته این دلیل خیلی محکم نیست. چنان‌چه در طول انقلاب فرانسه ازدواج مجدد زن و شوهر مطلقه امکان‌پذیر بود، پس از نظر عرفی منع برای آن وجود نداشت. (Cornu, 2006: 67)

۲- قبل از قانون ۱۳ زوئیه ۱۹۴۵ قراردادهای مربوط به نظام مالی زوجین قراردادهای ثابتی بود و طرفین رابطه زوجیت حق تغییر این گونه قراردادها را پس از تبت ازدواج نداشتند (ماده ۱۳۹۵ قانون مدنی قدیم فرانسه) و تنها با جاری کردن صیغه طلاق و ازدواج مجدد می توانستند این

1- Adultère.
2- Divorce.
3- Malveille.
4- Tronche.

قراردادها را تغییر دهد. بنابراین ازدواج مجدد زوجین، پس از طلاق، راه گزینی برای تغییر قراردادهای نظام مالی زوجین بود. مخالفان ماده ۲۹۵ قانون مدنی این ماده را با منافع فرزندان و منافع خانواده در تضاد می‌دانستند؛ چرا که مانع از این می‌شد که زوجین سابق به خودسازی پرداخته و دوباره به زندگی مجدد بگرنند.

قانون مصوب ۲۷ ژوئیه ۱۸۸۴ این اجازه را به طرفین داد تا بتوانند دوباره با هم دیگر ازدواج کنند متنها حق تغییر نظام مالی قلی را نداشتند. و نیز اگر یکی از زوجین ازدواج مجدد می‌کرد و به اشتیاق رسیدن به همسر اول نکاح دوم را به طلاق می‌کشاند، منوعیت فوق همچنان پا بر جا بود. سرانجام قانون ۴ ژوئیه ۱۹۳۰ این مانع را با کلیه شروط آن حذف کرد و ماده ۲۹۵ قانون مدنی را به این ترتیب تغییر داد «در صورتی که زوجین مطلقه دوباره قصد ازدواج داشته باشند ثبت این ازدواج لازم خواهد بود و هیچ معنی ندارد که طرفینی که قصد ازدواج مجدد دارند یک قرارداد مالی جدید منعقد کنند». لیکن دوباره طی اصلاحات ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۵ عنوان شد که دادگاه می‌تواند با تأییدیه مبنی بر منافع خانواده و با در نظر گرفتن تمام نیازها، رژیم جدیدی از خانواده را برای ازدواج مجدد بعد از طلاق صادر نماید. (Courbe, 2001: 30)

نتیجه گیری

موانع نکاح در حقوق فرانسه زیرینای انسان محوری دارد، نظام حقوقی این کشور کلیه قواعد خود را از عقل انسانی اقتباس کرده، لذا برخلاف حقوق ایران که منبعث از قواعد ۱۴۰ ساله فقه است و اصول ثابتی دارد، همراه با تحولات تاریخی و اجتماعی تغییر یافته، بهخصوص بعد از انقلاب کبیر فرانسه که شاهد تغییر و تحولات زیادی در مبانی حقوقی، سیاسی و اقتصادی این کشور هستیم؛ از جمله تحولات رخداده در نظام حقوقی این کشور حذف برخی موانع نکاح می‌باشد که بر اساس تفکرات کنونی حاکم در این کشور صورت پذیرفته و به اعتقاد حقوقدانان معاصر موانع یاد شده جایگاهی در نظام فعلی حقوقی و اجتماعی کشور فرانسه ندارد.

منابع و مأخذ

- 1- Comu, Gerard (2006) *Droit civil/ la famille*. Paris, Dalloz.
- 2- Courbe, Patrick (2001) *Droit de la famille*. Paris, Armand Colin.
- 3- Hugue, Fulchiron & Malaunie, Philippe (2009) *La famille*. Paris, Universite de Lausanne, Imprimerie Vaudoise.
- 4- Mazeaud, Henri et leon& Mazeaud, Jean & Chabas, Francois (1995) *Lecons de droit civil*, paris, Moutchrestien.

آیا علم، زندگی بشر را ارتقا می‌دهد یا باعث تداوم نقض حقوق بشر می‌شود؟

کیمیا تقاضا

مقدمه

پیشرفت‌های علمی باعث شده امروزه پزشکی بسیاری از بیماری‌های تهدید کننده حیات مانند فلج اطفال، سل و ایندرا درمان کند. در اکثر نقاط جهان امید به زندگی افزایش چشمگیری داشته است در حالی که پایین‌تری به اخلاقیات کمتر شده است. پیشرفت‌های تکنولوژی در زمینه علم به افراد این اجازه را می‌دهد که سبک زندگی خود را به گونه‌ای تعیین کنند که منجر به سلامتی بیشتر آنان شود. برای مثال ممکن است افراد در مورد نوع غذایی که می‌خورند تمرینات ورزشی، سیگار کشیدن و حتی زمان بجهه‌دار شدن تصمیماتی اتخاذ کنند. این مقاله اقداماتی که در دوران قلی از زایمان صورت می‌گیرد مانند کاشتن نطفه و تعیین جنسیت نوزاد را در چارچوب حقوق بشر بین‌المللی که در اعلامیه جهانی حقوق بشر، کنوانسیون حقوق کودک و کنوانسیون حذف کلیه اشکال تعییض نژادی علیه زنان بیان شده است، بررسی می‌کند.^۱

زمینه تاریخی بهسازی نژادی



طرح نظریه بهسازی نژادی حداقل به سال ۱۸۶۵ بر می‌گردد که فرانسیس گالتون اظهار داشت افراد بشر باید بر سر نکامل خود کنترل داشته باشند.^۲

در قرن پنجم فلسفه‌ای چون افلاطون در حالی که ارزش همسرگزینی و تنظیم خانواده را خاطر نشان ساختند، مسئله نحوه مواجهه با فرزند ناخواسته را مطرح کردند.^۳ در ۱۸۸۳ گالتون نام بهسازی نژادی را برای نظام تولید مثل انتخابی پیشنهاد کرد. اصطلاح بهسازی نژادی (eugenics) از واژه یونانی eugenies برگرفته شده است که به معنای تولد خوب است.^۴ گالتون بهسازی نژادی را این گونه تعریف می‌کند: «علم ارتقای نسب که به هیچ وجه منحصر به مسائل روابط جنسی و قانونی نمی‌شود بلکه شامل تمام تابع ناشی از آن است و باعث می‌شود نژادها و نسبهای مناسب‌تر شناسی بهتری برای غالب شدن بر آن چه در غیر این صورت می‌بودند داشته باشند».^۵ گالتون به بررسی فرمول‌هایی نیز پرداخته است مثلاً این که چگونه نظارت اجتماعی می‌تواند بر کیفیت نژادی نسل‌های آنی اثرگذار باشد یا چگونه علم می‌تواند ویژگی‌های مادرزادی نژادی را ارتقا دهد.

■ کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل - کارآموز وکالت.

۱- کنوانسیون حقوق کودک، مقدمه، ۲۰ نوامبر ۱۹۸۶، کنوانسیون حذف کلیه اشکال تعییض نژادی علیه زنان، مقدمه، ۱۸ سپتامبر ۱۹۷۹. اعلامیه جهانی حقوق بشر، باید تأکید کرد این مقاله به بررسی اقداماتی که در زمینه تولید مثل صورت می‌گرداند دیدگاه حقوق بین‌الملل می‌برد و نه از دیدگاه حقوق مربوط به تولید مثل.

2- Daniel J. Kevles, In the name of Eugenics 3(1995).

3- Diane B. Paul, controlling human Heredity: 1865 To The Present, 5 (1995).

4- Ibid, 3.

5- Ibid.

این تعریف از بهسازی نژادی می‌تواند در زمینه انتخاب زاد و ولد و استقلال تصمیم‌گیری راجع به آن خطرناک باشد. در طی دهه ۱۸۹۰ تا ۱۸۲۰ علاوه بر انگلستان و ایالات متحده آمریکا بسیاری از کشورهای غیر انگلیسی زبان مانند ترور، برباد و جمهوری شوروی عقاید و رویه‌های تئوری بهسازی نژادی را به کار گرفتند.^۱ در اواخر ۱۹۲۰ این تئوری با پذیرش وسیعی روپرورد و بسیاری از افراد از نظر اجتماعی فاقد صلاحیت لازم محسوب می‌شدند و این عقیده حاکم شده بود که این افراد باید از بین بروند.^۲ اگرچه بسیاری از طرفداران اولیه نظریه بهسازی نژادی مخالف استبداد بودند، در طی زمان این نظریه شروع به اعمال اجبار به افراد در زمینه تولید مثل و در جهت اهداف اجتماعی کرد و اعتقاد بر این بود که این امر می‌تواند باعث توسعه کیفیت جمعیت، جلوگیری از رنج بردن نسل‌های آنی و یا کاهش هزینه‌های مالی کشور شود.^۳

گروه نازی‌ها در آلمان توجه بین‌المللی را به بخش تاریک بهسازی نژادی جلب کردند آن‌ها با ابراز مخالفت نسبت به یهودیان، همجنس‌گرایان و بیماری‌های موروثی در بردازی این افراد شرکت کردند تا به اهداف خود در جهت بهسازی نژادی دست یابند.^۴

در واکنش نسبت به ظلم و ستم‌های ناشی از جنگ جهانی ۱ و ۲ و تجربه نازی‌ها در زمینه بهسازی نژادی، اعلامیه جهانی حقوق بشر در جهت ایجاد معیارهایی برای حمایت از بشر در برابر چنین اقداماتی به وجود آمد. این اعلامیه نضمیناتی را برای حفظ ارزش بشر ایجاد کرد و نیاز به پیشرفت‌هایی را در زمینه فن‌آوری زیستی و مهندسی زنیک در کنار درک اساسی و احترام به حقوق بشر خاطر نشان ساخت.^۵

پدیده نوزادان طراحی شده

آزمایش‌های ژنتیک برای تشخیص بیماری قتل از تولد استعداد ژنتیکی را برای مستلا شدن به بیماری‌های تهدید کننده آزمایش می‌کند در این صورت والدین می‌توانند جنبینی را انتخاب کنند که امکان زنده ماندن و تولدش وجود داشته باشد. این گونه آزمایشات قبل از ایالات متحده آمریکا، انگلستان، اسپانیا و هند به کار می‌رفت.^۶ بسیاری ادعامی کنند این روش لازمه حق تولید مثل و حق تنظیم خانواده افراد است. به علاوه دورنمایی به کارگیری عالم برای کم کردن بیماری‌ها ممکن است در بدو امر بسیار قابل اعتماد باشد علاوه بر این‌ها، طبق ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر «هر شخصی حق دارد آزادانه در زندگی فرهنگی اجتماع مشارکت کند... و در پیشرفت‌های علمی و مزایای آن سهیم شود»^۷ حتی اگر این تفسیر همان جیزی نباشد که پیش‌نویسان اعلامیه جهانی در زمان تدوین این ماده در نظر داشته‌اند، به نظر می‌رسد آزمایشات ژنتیک باعث استفاده از علم موجود می‌شوند.

با این حال ممکن است ادعا شود هدف اعلامیه جهانی حقوق بشر اعطای حمایت هم در برابر نقض حقوق بشر و هم حقوق بشریت است. وقتی خود علم بسیاری از حقوق بشر را نقض می‌کند، شاید به کار بردن چنین علمی باید مورد تردید واقع شود. این اعتقاد در ماده ۳۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر بیان شده است که اعلام می‌دارد: «هیچ چیز در این کنوانسیون نباید به گونه‌ای تفسیر شود که باعث شود یک کشور، گروه یا شخصی در فعالیتی مشارکت کند یا اقدامی را تجام دهد که منجر به نقض حقوق یا آزادی‌هایی شود که در این اعلامیه به رسمیت شناخته شده‌اند.»

1- Daniel Wikler,Can we learn from Eugenics?in Genetic Information Acquisition,Access,And Control(1999).

2- George P Smith,human Rights and Biomedicine,115(2000).

3- David S.King,Preimplantation Genetic Diagnosis and the New Eugenics,25(1999).

4- Diane B.Paul,Controlling Human Heredity,17(1995).

5- George P.Smith,Human Rights and Biomedicine,23(2000).

6- U.Meister.Knowledge and attitudes toward preimplantation genetic diagnosis in Germany,232(2004).

7- Universal declaration,art.27.

اساساً ژنتیک به والدین و بزشکان این اجازه را می‌دهد که ویژگی‌های ژنتیکی خاصی را انتخاب کنند که از نظر آن‌ها مطلوب‌تر است. نگرانی‌عمدهایی که وجود دارد این است که والدین می‌توانند از مهندسی بزشکی برای انتخاب یا طراحی ویژگی‌های فرزندشان، از رنگِ جسم و ضریب هوشی گرفته تا قدرت فیزیکی و ویژگی‌های شخصی او استفاده کنند.^۱ جای سوال دارد که والدینی که سعی می‌کنند قبل از تولد فرزندشان همه چیز را تحت کنترل داشته باشند چگونه والدینی هستند؟ ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر بیان می‌دارد: «هر فرد به عنوان عضوی از جامعه صلاحیت ادراک... حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی که برای حفظ و ایجاد او و پیشرفت آزادانه شخصیت‌آشناز لازم است را دارد». کتوانسیون حقوق کودک نیز در مقدمه خود بیان می‌دارد: «کودک برای رشد کامل و هماهنگ شخصیت خود باید در محیطی شاد، عاشقانه و اگاهانه بزرگ شود».

مشکل بزرگی که در مورد کودکان طراحی شده وجود دارد این است که با تعیین و طراحی بسیاری از ویژگی‌های این کودکان، ژنتیک می‌تواند کاربرد معیارهای از پیش تعیین شده را وسعت بخشد و این امر بدینین نسبت به معلولین را افزایش می‌دهد زیرا آن‌ها را به عنوان افراد برابر خانواده پسری نادیده می‌گیرد.^۲ علاوه بر این‌ها این طرز فکر از این جهت نیز خطرناک است که با یکسان‌سازی افراد نسبت به تفاوت‌ها حساس‌تر خواهیم شد و نهایتاً منجر به تبعیض‌های بیشتر می‌شود.^۳

خطو بدنام کردن معلولین به عنوان افرادی که از نظر ژنتیکی در رده پایینی قرار دارند

به وجود آمدن معیارهایی برای طبیعی بودن افراد و سلامتی آن‌ها از نظر علم ژنتیک منجر به قضاوت منفی در مورد افراد غیرطبیعی خواهد شد که در اطراف معلم این می‌بینیم در جامعه‌ای که افراد در برابر ویژگی‌های افراد معلول چهه می‌گیرند و از داشتن فرزندان معلول اجتناب می‌کنند، کودکان معلول بدنام خواهند شد. در جامعه‌ای‌ند که در آن افراد معلول تقریباً بهطور کامل حذف می‌شوند، به نظر نمی‌رسد این تعداد محدود افراد از سطحی از حمایت و احترام برخوردار باشند. این دیدگاه که فرد معلول باری است بر دوش اجتماع ارزشمند تلقی خواهد شد و به تنها او و خانواده‌اش را بدنام خواهد کرد، بلکه والایی و ارزش آن‌ها را نیز زیر سوال خواهد برد.^۴ چنین دیدگاه‌هایی فلسفه ماده اعلامیه جهانی حقوق بشر را نادیده گیرند که بیان داشته است تمام افراد بشر آزاد، برابر، دارای ارزش و حقوق متولد می‌شوند. کتوانسیون حقوق کودک نیز مقرر می‌دارد که کشورها باید به مسوولیت‌ها، حقوق و تکالیف والدین و در صورت امکان، اعضای خانواده و جامعه، قیمهای قانونی و اشخاصی که مسؤول کودک هستند آن‌گونه که در عرف به رسمیت شناخته شده احترام بگذارند.^۵ به علاوه ماده ۲۳ کتوانسیون حقوق کودک مقرر می‌دارد که کشورهای منعقد کننده باید این امر را به رسمیت بشناسند که کودک معلول بدنام خواهد شد و آن‌ها حمایت می‌کند. زیرا جامعه به انتخاب آن‌ها احترام می‌گذارد و از آن‌ها حمایت می‌کند.

1- Sheila McLean, Modern Dilemmas: Choosing Children, 16-17 (2006).

2- Maha FMunayyer, Genetic Technology: Constructing a new language for international human rights, (1997).

3- Bryan Appleyard, Brave new worlds: staying human in the genetic future, 3-7 (1998).

یان می‌دارد در تبیجه تحول بهسازی زنایی، افراد می‌خواهند کودکان خوب داشته باشند و بتایر این از دیگران نیز انتظار می‌برند همین گونه عمل کننده جای این که بادشنان کودکان بد باری بر دوست جامه بگذارند افرادی که باعث تولد کودکان معلولی می‌شوند که می‌توانند مقدت شوند ممکن است مقصو شناخته شوند!

4- Diane B.Paul, Controlling human heredity, 133(1991)

5- Convention on Rights of Child, art.5.

6- Convention on Rights of Child, art.23.

پیشرفت ژنتیک و نوزادکشی

۳۵

نوزادکشی پدیده تازه‌ای نیست، این عمل در بریتانیا و مستعمرات آمریکا و ایالات متحده آمریکا از قرن ۱۶ تا قرن ۱۹ انجام می‌گرفت. از نظر تاریخی، اکثر موارد کشنن نوزادان شامل نوزادان دختر می‌شدند است، دلیل ترجیح نوزادان پسر در فرهنگ‌ها و زمان‌های مختلف متفاوت بوده است، واضح است که امروزه نوزادکشی مخالف ماده ۳ علامه جهانی حقوق بشر یعنی حق زنانگی کردن و ماده ۶ کنوانسیون حقوق کودک است که اظهار می‌دارد هر کودکی حق زنانگی دارد و لازم می‌داند کشورهای مختلف کننده تا حد امکان بقا و پیشرفت کودک را تضمین کنند.

بنابراین، سوال مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا آزمایش‌های قبل از زایمان که باعث انتخاب جنسیت

خاصی برای کودک می‌شود، شکل تازه و مدرنی از نوزادکشی را تقویق نمی‌کنند؟ مقدمه کنوانسیون حقوق کودک

بیان می‌دارد که کودک به دلیل توان فیزیکی و ذهنی اش مراقبت‌های خاصی مانند حمایت‌های حقوقی را قبل از

تولد مثل زمان پس از تولد نیاز دارد.^۱

حتی اگر پیشرفت‌های ژنتیک بتواند از تولد نوزادان ناخواسته جلوگیری کند، وقتی نوزادان صرفاً به دلیل جنسیت‌شان ناخواسته باشند، جامعه بین‌المللی و کشورها باید کنوانسیون‌هایی را در این زمینه برای اعمال برابری و جلوگیری از سقط جنین‌های دلیل جنسیت آن‌ها تلویں کنند.

نوزادکشی و به طور خاص کشنن نوزادان دختر همچنان در بسیاری از بخش‌های آسیا، بهویژه آسیای مرکزی و آسیای شرقی انجام می‌گیرد.^۲ این اقدام کاملاً غایر با اصول اعلامیه جهانی حقوق بشر، کنوانسیون حذف کلیه اشکال تبعیض نسبت به زنان و کنوانسیون حقوق کودک است.

چین

کشنن نوزادان دختر و ترجیح نوزادان پسر در فرهنگ سنتی چین سابقه زیادی دارد یک عامل عمدۀ ترجیح نوزادان پسر در چین موقعیت پایین‌تر زنان نسبت به مردان است.^۳

در قرن بیستم اقدامات زیادی در زمینه ایجاد برابری بین زن و مرد صورت گرفت، برای مثال اگرچه قانون ازدواج ۱۹۴۹ به زنان حق دارا شدن و ارث بردن را داد، استقبال کمی از این قانون صورت گرفت.^۴

در سال ۱۹۷۹ زمانی که چین سیاست تک فرزندی را با هدف مهار رشد سریع جمعیت چین اجرا کرد ترجیح نوزادان پسر شدت گرفت. دیدگاه غالب این بود که کنترل جمعیت تنها راه حل از بین بردن فقر، نوزادکشی و سوءتفصیله است. اما اجرای چینی سیاستی به افزایش سقط جنین‌های دختر منجر شده است.^۵

دولت چین تلاش کرد با ایجاد هنجرهای اجتماعی و فرهنگی از تعداد نوزادان دختری که کشنن می‌شوند کم کند برای مثال به جای حمایت از والدین برای به دنیا آوردن فرزندی با جنسیتی خاص، قوانینی را تصویب کرد که از دختر و پسر حمایت‌های برابری را به عمل آوردند مطابق سرشماری سال ۶۵۳، ۲۰۰۰ میلیون مرد و ۶۱۲ میلیون زن در چین وجود داشته است. تعداد زیادی مرد مجرد در چین وجود دارد. این امر نشان می‌دهد حتی با وجود قوانینی

1- Convention on Rights of Child, Preamble.

2- Hudson & Den Boer, 113(2004).

3- Cheryl L. Meyer & Michele Oberman: Mothers who kill their children, 5-6(2001).

4- ibid

5- Xiarong Li: License to coerce: Violence against women state responsibility and legal failures in China's family, 150(1996).

که به دختران حق دسترسی برابر به تحصیلات و دارایی را اعطای می کنند، ترجیح نوزادان پسر همچنان قوی تر از اعتقاد برابری در دولت چین عمل می کند.^۱

نتیجه

این مقاله به بررسی برخی از مشکلات حقوقی پیرامون مکانیزمی برای توسعه اختیارات مریوط به تولید مثل و استقلال در آن مورد استفاده قرار می گیرد. با این حال آزمایشات رُتیک می توانند با طراحی انتظارات خاصی که برای داشتن نوعی از کودکانی که افراد باید داشته باشند انجام می دهند، به نحو وسیعی آزادی تولید مثل افراد را محدود می سازند.

با افزایش سطح دسترسی به الگوهای تنظیم خانواده، جامعه بین‌المللی و کشورهای عضو آن با فراهم کردن ابزارهایی از بین بردن نابرابری‌ها که عمدتاً ناشی از فقر می باشند و خانواده‌ها را ناچار می سازند فرزند پسر را ترجیح دهند، گام‌هایی بلندی را برخواهند داشت. با این حال شاید این تصور اشتیاه باشد که با بهبود پخشیدن روش‌های کنترل تولد با هزاران سال تبعیض علیه زنان و اولویت دادن به مردان می توان مبارزه کرد. پیش بردن اهداف حقوقی بین‌الملل بدون تردید نسخ قوانینی را می طلب که حقوقی نابرابر را برای زنان و مردان در نظر گرفته‌اند. تازمانی که مرد و زن طبق قانون نابرابر نباشند هیچ امیدی برای درک نابرابری زن و مرد وجود نخواهد داشت. به علاوه قوانین باید به نحو برابری به کار گرفته شوند. مثلاً بیهوده است که طبق قانون زنان بتوانند مالک دلاری باشند اما در عمل هیچ ذنی نتوانند مالی را بخرد یا به ارت برد. همچنین باید برای نقض قوانینی که برای برابری هر دو جنس ایجاد شده‌اند خدمات اجره‌های قوی وجود داشته باشد و قیمت جوامع از تصویب یا اجرای چنین قوانینی خودداری می کنند باید جریمه‌ها و مجازات‌های شدیدی بر آن‌ها تحمیل شوند. در حالی که تعیین جنسیت چنین به دلایل شخصی ممکن است به نظر بی ضرر بیاید، پیامدهای زیادی دارد که بر عملکرد مناسب جامعه، کشور، جهان و پرشیت تأثیر می گذارد به همین دلیل در حال حاضر تصمیم‌گیری به ضرر نوزادی با جنسیتی خاص، به هر دلیل، چه مریوط به ملاک‌های ظاهری، سلامتی یا اجتماعی و چه غیر آن و چه قبل از تولد و چه بعد از تولد، نباید تأیید شود.

از آنجا که استفاده از رُتیک با خودش قدرت نقض‌ها و تخلفات دیگری نیز به دنبال دارد، بحث‌های باز در سطح ملی و بین‌المللی پیرامون این مسائل ضرورت دارد. با این حال تردید است که آیا این روش‌ها برای از بین بردن کامل عمل انتخاب جنسیت کافی است یا خیر. ■

1- Valerie M.Hudson & Andrea M.Dan Boer, Security implications of Asia's surplus male population, 179-181(2004).

ماهیت لوث و مصاديق آن در فقه اسلامی

طاهر توحیدی

چکیده

در حقوق کیفری ایران که بر مبانی شرعی بنیان نهاده شده و در تدوین آن زیربنایهای فقه اسلامی لحاظ گردیده، مبحث ادله اثبات و جگونگی کاربرد آن در کشف حقیقت و احراق حقوق بزهديدگان از جرم و تحمل مجازات بر مرتکبان حقیقی جرایم از اهمیت وافر برخوردار است. یکی از بحث برانگیزترین موضوعات در حوزه ادله اثبات دعوی و در حقوق کیفری ممالک اسلامی، قسامه است که پیش شرط اعمال آن تحقق لوث می‌باشد. در حقوق ایران نیز قسامه و قابلیت اجرای آن به عنوان یکی از دلایل اثبات در احراز جنایات و احراق عدالت قضایی نیازمند شناخت و بررسی موضوع لوث در فقه اسلامی است. نوشتار حاضر به بررسی ماهیت لوث و مصاديق تمثیلی آن در اقوال فقهاء اسلامی اختصاص یافته است.

واژگان کلیدی: لوث، قسامه، قتل، ادله، ماهیت.

مقدمه

اصولاً ادله اثبات جرم در فقه اسلامی بر دو نوع عام و خاص تقسیم می‌شود. دسته اول ادله عام بوده مانند اقرار، شهادت و... که در تمامی جرایم قبلیت استناد جهت احراز جرم را داشته به نحوی که در تمام جرایم می‌توان از آن بهره گرفت. دسته دیگر ادله خاص هستند که تنها در برخی جرایم جهت اثبات دعوی، امکان تمسک به آن وجود دارد و در موارد دیگر حتی بر فرض وجود آن، غیرقابل ترتیب اثر بوده و مصدقابارز آن قسامه می‌باشد.

قسامه به معنای سوگند خوردن بوده و در اصطلاح فقهیان اسلامی سوگندهایی است که بر اولیای دم تقسیم می‌شود^۱. ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته «راههای ثبوت قتل در دادگاه عبارتند از: اقرار، شهادت، قسامه، علم قضی» اشاره به این نکته لازم است که نحوه تکاری ماده ۲۳۱ و ترتیب مقرره آن حاکی از تقدم و تاخر آن‌ها نیست. در این راستا باید افزود تنها قسامه در ردیف آخر ادله اثبات قرار می‌گیرد بدین معنا که استناد به قسامه، در صورتی توجیه حقوقی خواهد یافت که دلایل دیگری مانند اقرار، شهادت و علم قضی برای احراز واقعیت در میان نباشد. در تأیید مدعای فوق باید بر تصریح متن ماده ۲۳۹ ق.ما استدلال نموده که اشعار می‌دارد:

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

۱- مرعشی، محمدحسن، دیدگاههای تو در حقوق کیفری اسلام، چاپ اول، نشر میزان، س. ۲۷۳، ص. ۱۷۶.

ثابت می‌شود.»

«د. و در صورت نبودن بینه از برای مدعی، قتل یا جرح یا نوع آن‌ها به وسیله قسامه و به نحو مذکور در مولا بعدی

مطلوب حائز اهمیت دیگری که نیاز به تذکار دارد این است: اگرچه راههای ثبوت قتل در مبحث قصاص نفس عنوان گردیده ولی امر مسلم آن است که اختصاص به قتل های عمدى ندارد و مجرای نفوذ آن در دایره اثباته به سایر جنایات نیز تسری خواهد یافت. به عبارت دیگر با فقدان دلایل همچون اقرار، شهادت و علم قاضی در اثبات جرم، قسامه منوط به تحقیق لوث، قابلیت اجرایی در پست عمل را خواهد یافت.

جهت امکان اجرای قسامه و نقش ثبوتی آن، وجود دعواه قتل و تحقیق لوث ضروری می‌نماید. بر طبق نص صریح روایات، قسامه فقط در مورد اثبات دعواه قتل کاربرد عملی در مقام قضا داشته و در این راستا میان قتل عمده شبه عمده و خطای محض تقاضتی نیست. در جراحت نیز قلمرو قسامه برای ثبوت دیه بوده که مستند قانونی آن نیز ماده ۲۵۴ ق.م.^۱ می‌باشد. جدای از وجود دعواه قتل، تحقیق لوث نیز از دیگر شرایط لازم جهت امکان توسل به قسامه و إعمال آن می‌باشد که کلیه فرق اسلامی بدان نظر اندادهند.

حال یاسخ به این سوالات که تعریف لوث، ماهیت حقوقی و مصاديق آن در مذاهب مختلف اسلامی چیست را در گفتارهای آتی مورد بررسی و ملاکه نظر قرار خواهیم داد.

گفتار اول: لوث و ماهیت آن

لوث از ریشه «لوث»، لاث^۲ در لغت به معنای آلایش، آلدگی، برهان و دلیلی که کامل نشده و هنوز قابل قبول نباشد، آمده است.^۳ برخی از فقهاء لوث را به معنی قوت گرفته‌اند و این معنا در کتاب المعجم الوسيط به عبارت «الوث القوءه» آمده است. قانون مجازات اسلامی از لوث تعریفی ارائه نکرده و بیشتر به ذکر موادی که معین کننده مصاديق لوث باشد اکتفا نموده است. تقریباً اکثریت حقوقدانان معتقدند لوث اماره‌ای است که با حدوث آن، ظن به صدق ادعای مدعی حاصل می‌شود.

فقهاء نیز در کتب فقهی خویش به تعریف لوث پرداخته‌اند. محقق حلی^۴ لوث را عالمتی می‌داند که با پیدايش آن گمان بیشتر به صادق بودن مدعی برای انسان پیدا می‌شود.^۵ صاحب ریاض نیز اماره‌ای را که ظن قوی ایجاد نماید لوث دانسته‌اند و مردان از ظن قوی ظنی است که نزدیک به علم است و اگر چنین ظنی برای حاکم ایجاد گردد، لازم است وارد رسیدگی شود و با سوگند پنجاه نفر از ولایی دم قضیه را در صورت حصول علم و اطمینان صادر نماید.^۶ با توجه به تعاریف فوق می‌توان دریافت که وجود اماره و مظنون شدن قاضی در همه موارد شرط ضروری تحقیق لوث می‌باشد. «لوث حاصل جمع دو پدیده است که عبارت‌اند از قراین و امارات و امثال آن و ظن قاضی که مبتنی بر آن‌هاست. حصول ظن قاضی به صحبت ادعای مدعی که مبتنی بر قرینه یا قراینی باشد یک الزام اجتناب ناپذیر است. صرف ادعای قاضی به تحقیق حلن، کافی برای لوث ت Xiaoahd بود بلکه قرینه باید عرفاً و عقلای قابلیت ایجاد ظن را داشته باشد»^۷ تنها در این شرایط و با حصول چنین ظنی است که امکان توسل به قسامه در راستای اثبات جرم وجود خواهد داشت. ظنی که فراتر از شک و پایین‌تر از اطمینان محض قرار داشته و به عبارتی میان شک و جزم در نوسان است.

۱- ماده ۲۵۴: «هر جراحت، قصاص با قسامه ثابت نمی‌شود و فقط موجب پرداخت دیه می‌گردد».

۲- حسین‌چان، بهمن، حقوق جزای اختصاصی، ۱، چاپ اول، انتشارات نس نیکان، تابستان ۱۳۸۲، ص ۱۹۲.

۳- محقق حلی، شرایع اسلامی، قصاص، چاپ تربیز، منگی.

۴- طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، مؤسسه ال بیت، سال ۱۴۰۴ هق.

۵- آقایی نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جنایات)، نشر میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۸۵، ص ۲۰۲.

در ذکر این گفتار بایستی به این پرسشن پاسخ داد که ماهیت حقوقی لوث چیست؟ با تدقیق نظر در موارد مختلف قانون مجازات اسلامی، می‌توان دریافت که لوث از لحاظ ماهیت حقوقی، اماره قانونی یا الماره قضایی محض به شمار نمی‌آید. قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۲۱ اماره را اوضاع و احوالی دانسته که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود با ملحوظ نظر قرار داشن این ماده بایستی عنوان نمود که اوضاع و احوالی که به حکم قانون دلیل بر امری شناخته شود «amarah qanunî» نام دارد.

«amarah qanunî» تا زمانی که دلیلی برخلاف آن موجود نباشد دلالت بر تحقق امری می‌نماید و دادرس را قادر می‌سازد تا بر مبنای آن حکم صادر نماید. در واقع استناد به اماره قانونی، اجری حکم قانون و اوز وظایف دادرس است. در این گونه موارد، قانونگذار ظانی را که در نتیجه اعتماد به ظاهر به دست می‌آید توسعه می‌دهد و در همه دعاوی، آن را نشانه وجود واقع می‌شمرد.^۱ از آن جایی که مصاديق امارات قانونی حصری بوده و متقابلاً مصاديق لوث تمثیلی می‌باشد پس می‌توان ادعا کرد که لوث ماهیتاً اماره قانونی به شمار نمی‌آید.

در نقطه مقابل اماره قانونی در حقوق ایران و جهت اثبات جرایم اماره قضایی قرار دارد که گاه‌ها در صورت تعارض با امارات قانونی، مقدم بر آن‌ها می‌باشد. «amarah قضایی اوضاع و احوال مخصوص مورد دعوی است و جدان دادرس را قانع می‌سازد و بنابراین دلالت آن بر واقع بیش از اماره قانونی است که بر مبنای ظن نوعی مورد اعتماد قانونگذار قرار دارد.^۲ مصاديق لوث در قانون مجازات اسلامی حصری نیست و علی‌رغم تمثیلی بودن آن، باید گفت که باز هم از لحاظ ماهیتی در چهارچوب امارات قضایی قرار نخواهد گرفت. دلیل این امر آن است که در صورت وجود امارات قضایی و حصول اقناع وجذبی و یقین بر ارتکاب جرم توسط متهم، قاضی ناچار از صدور حکم محکومیت خواهد بود در حالی که صرف تحقق لوث دلالت بر ارتکاب جرم از سوی متهم ندارد و موجب جواز صدور حکم از سوی قاضی نمی‌باشد. قبلانیز بر این نکته تأکید شد که لوث تنها مجوز اجرای قسمه می‌باشد و لاغر.

با این تفاسیر می‌توان بر این اعتقاد، راسخ ماندگار ماهیت حقوقی لوث نه قانونی و نه صرفاً قضایی می‌باشد بلکه تنها اوضاع و احوالی ظن آور بوده که حدوث آن، امکان اجرای قسمه را در مسیر اثبات جرم میسر می‌سازد.

گفتار دوم: مصاديق لوث از دیدگاه مذاهب اسلامی

در گفتار حاضر و به صورتی مختصر به بیان موارد تحقق لوث از دیدگاه مذاهب اسلامی می‌پردازیم تا با مقارنه و تطبیق این آفواه تصویر شفافتری از واقعیت حقوقی لوث به دست آید.

۱- لوث در فقه امامیه

برخلاف فقهای عامه که مواردی حصری را برای لوث پرشمرده‌اند، فقهای امامیه اعتقاد بر آن دارند که در هر مورد از جنایات که ظن غالب بر ارتکاب قتل به وجود آید مورد از موارد لوث خواهد بود. به عبارت دیگر جنان‌جه قضای رسیدگی کننده به موضوع، ظن غالب بر ارتکاب قتل پیدا نماید می‌تواند آن ظن را لوث به حساب بیاورد و به قسمه متول گردد. شهید در لمحه می‌نویسد: لوث اماره‌ای است که ظن بر ادعای مدعی را ایجب نماید. مثل شخصی که با سلاح آغشته به خون نزد مقتول یافت شود یا مقتول در خانه کسی و یا قربه‌ای پیدا شود که معمولاً مقتول به آن جا رفت و آمد داشته است. غیر از این موارد از نظر فقهای اهل تشیع شهادت یک مرد عادل، شهادت زنان و

۱- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام کشوری، چاپ سوم، نشر میزان سال ۱۳۷۸، صفحه ۷۹۸ - ۷۹۹.

۲- همان صفحه ۷۹۸ - ۷۹۹.

حتی شهادت فاسقین می‌تواند موجب لوث گردد. با این حال پاره‌ای از فقهاء اهلیه شهادت کودکان را موجب لوث ندانسته مگر این که به حد تواتر رسیده باشد. مشهور فقهاء اهلیه شهادت کفار را از مصاديق لوث دانسته، هرچند قول غیرمشهور، آن را داخل در مصاديق لوث نمی‌داند.

قانون مجازات اسلامی با الهام از قول مشهور فقهاء امامیه، هر اماره‌ای که موجب ظن نزد حاکم گردد را از موجبات لوث دانسته و بر این منوال شهادت طفل ممیز قابل اعتماد، کافر و فاسق مورد توثق و نیز شهادت زنان و... لوث را محقق می‌سازد. ماده ۲۳۹ ق. ج^۱ مطابق دیدگاه مشهور نگارش یافته است.

۲- لوث در فقه شافعی

از نظر فقهاء شافعی لوث فقط با حدوث موارد ذیل قابلیت تحقیق را داشته که نتیجتاً اثبات دعوی را از طریق قساممه ممکن می‌سازد.^۲ موارد حدوث لوث به قرار ذیل هستند:

- الف- قرینه‌ای بر صدق ادعای مدعی از جانب قضی حاصل شود.
- ج- مقتول یا بعضی از اعضای جسم وی، در یک محله یاقریه‌ای که بین مقتول و اهالی آن قریه دشمنی بوده بیدا گردد.
- د- هنگامی که مقتول در یک ازدحامی کشته شود و در چنین شرایطی قید دشمنی بین اجتماع کشته‌گان و مقتول شرط نیست.
- ن- چنگ بین دو گروه که یکی از گروه‌ها علیه دیگری دست به اسلحه ببرد.
- و- شهادت یک مرد عادل، یک زن و اظهارات فاسقین و کفار و کودکان.

۳- لوث در فقه مالکیه

در فقه مالکی زمانی مورد از موارد لوث است که ظن غالب به وقوع قتل وجود داشته باشد. نمونه‌های ذیل از مصاديق لوث در فقه مالکی هستند:

- الف- شخص عاقل بالغ مسلمان که نم برگ است بگوید خون من پیش فلانیست یا بگوید فلانی مرا کشت.
- ب- این گونه رفتار در قتل عمد به اتفاق آرا موجب لوث است.
- ب- شهادت دو مرد عادل مبنی بر ضرب و جرح.
- ج- شهادت یک نفر مبنی بر دیدن ضرب و جرح.
- د- شهادت یک نفر مبنی بر دیدن قتل.
- ن- مقتول نزد کسی که آثار قتل نزد او وجود دارد یافت گردد.

۴- لوث در فقه حنبی

در مذهب حنبی موارد زیر اوت محسوب می‌گردد: الف- وجود عذالت ظاهری بین مقتول و مدعی. ب- در صورت عدم عذالت ظاهری باید قرینه‌ای بر صدق ادعای مدعی وجود داشته باشد. مثل کشته شدن مقتول در ازدحام یا شهادت دادن کودکان یا ایشان از جانب یک مرد عادل بر قتل.

۱- ماده ۱۳۹ هجریه بر اثر قراین و لژرات و باز هر طبق دیگری از قبل شهادت یک شاهد یا حضور شخصی همراه با آثار جرم در محل قتل با وجود مقتول در محل تردید اقلام شخص مین و یا شهادت طفل میز مرد احتمال و بالمال آن حاکم به ارتکاب قتل از جانب متهم نان بینا کند مورد از سازه لوث محسوب می‌شود و در صورت نبودن بینه از برای مدعی قتل با جرح یا نوع آنها بحسبه قلده و به نحو مذکور در موارد بعده ثابت می‌شود.

۲- مدرس عبدالکریم، شریعت اسلامی، جلد چهارم، چاپ اول، نشر سلمان الاعظمی، سال ۱۹۷۲ میلادی، صص ۹۹-۱۰۰.

مقول در یک محله لوث نبوده مگر این که عدالتی بین مقتول و لاهی آن محل به عنوان قربته وجود داشته باشد^۱

۵- لوث در فقه حنفی

نظر فقهای حنفی برآن است که اگر در مقتول اثری از ضرب و جرح و خفگی باشد می‌توان از باب تحقیق لوث حکم به اجرای قسامه خاد اگر چنین آثاری را نتوان در شخص مشاهده نمود بحث از لوث و متعاقب قسامه منتفی است زیرا در این موضع ظاهر آن است که معتقد بر فوت طبیعی فرد باشیم. فقهای حنفی خوبیزی‌های داخلی و خارجی اعضای بدن انسان را از موارد لوث به شمار نیاورده و معتقدند که این گونه حوادث معمولاً هنگام صعود به ارتفاعات یا نزول از آن رخ می‌دهد ولی سایر مذاهب اسلامی این شرایط را نمی‌ذیند و عقیده دارند که از شرایط لوث آن نیست که حتماً اثرات قتل در مقتول باشد. گاهی فردی به قتل می‌رسد بدون این که اثری از قتل در او باشد و بالعکس بعضی اوقات مواردی اتفاق می‌افتد که ممکن است تراحت قتل در شخص متوفی وجود داشته بدون این که در عالم واقع قتلی رخ داده باشد

نتیجه‌گیری

هدف اصلی از بررسی مختصر اقوال مختلف مذاهب اسلامی در رابطه با ماهیت و شرایط تحقیق لوث در نوشտار حاضر، تنها ذکر این نکته است که مقامات قضایی باشیست در راستای احراز لوث و نتیجتاً تمیک به قسامه نهایت دقت را مبذول دارند. لازم است قصاصات محاکم، موارد استفاده از این تأسیس جزائی را به حداقل تقلیل دهند. زیرا که حدوث لوث به زعم قاضی و نهایتاً دستور به اجرای قسامه و صدور حکم محکومیت بر اساس آن در جرایم مثل قتل عمد که قابلیت برگشت‌پذیری و جبران آن جز در موارد پرداخت دیه ممکن نیست، می‌تواند در مواردی همچون اشتباه قضایی، اثرات نامطلوبی را برای دستگاه قضایی به دنبال داشته باشد عدم توجه به این نکته و تحمیل مجازات‌ها بر افراد ناکرده بزه در غیر موارد شایسته و بر اثر اشتباهات انسانی، جدای از افزایش حس بی‌اعتمادی افکار عمومی، در نهایت عدالت قضایی را نیز با چالش‌های جدی مواجه خواهد کرد.

منابع

- ۱- آقای نبه، حسین، حقوق کفری اختصاصی (جنایات)، نشر میران، چاپ دوم بهار ۱۳۷۵، تهران.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، قالبون مدنی در نظم کشور، چاپ سوم، نشر میران، سال ۱۳۷۸، تهران.
- ۳- حسین‌چالی، بهمن، حقوق جزائی اختصاصی (۱)، چاپ اول، انتشارات نسل نیکان، س. ۱۳۸۲، تهران.
- ۴- مرعشی، محمدحسن، دیدگاه‌های توفر حقوق کفری اسلام، چاپ اول، نشر میران، س. ۱۳۷۳، تهران.
- ۵- ترابی، محمد حسن، تقریرات حقوق اسلامی تطبیق، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان.
- ۶- ابن قدیمه، عبدالله بن احمد بن محمد بن المغنى، بیروت، دارالکتب العربي.
- ۷- طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، مؤسسه آل بیت، سال ۱۴۰۴ هـ.
- ۸- محقق حلی، شرائع الإسلام، فراسان، چاپ تبریز، منگی.
- ۹- مدرس، عبدالکریم، شریعت اسلام، جلد چهارم، چاپ اول، نشرسلمان الاعظمی، سال ۱۹۷۲ میلادی، بغداد.

^۱- ابن قدیمه، عبدالله بن احمد بن محمد بن المغنى، بیروت، دارالکتب العربي.

دولتی یا غیردولتی

دکتر غلامرضا طبریان

در طرح «قانون جامع و کالت دادگستری» که در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی است و قریباً در معرض تصویب قوه قانونگذاری است، مواردی به شرح زیر مقرر می‌دارد:

ماده ۴ - «کانون محلی و کلای دادگستری مؤسسه‌ای است دارای شخصیت حقوقی مستقل غیردولتی و غیرانتفاعی که در مرکز هر استان تشکیل می‌شود.»

ماده ۲۱ - «کانون ملی و کلای دادگستری مؤسسه‌ای است دارای شخصیت حقوقی مستقل غیردولتی و غیرانتفاعی که با عضویت تمامی کانون‌های محلی و به منظور ایجاد هم‌آهنگی در اجرای وظایف آن‌ها و نیل به اهداف زیر در پایخت تشکیل می‌شود...»

ماده ۷ - «تمامی مصوبات هیأت مدیره و رئیسی کانون‌های محلی باید ظرف یک هفته در سایت اینترنتی و خبرنامه کانون‌های محلی منتشر شود. مصوبات مذکور یک هفته پس از انتشار، لازم‌الاجرا می‌شوند. این مصوبات منحصراً از حیث عدم مطابقت با قانون و شرع و از سوی هر ذی‌نفع، حسب مورد، قابل شکایت در شعب یا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.»

ماده ۲۸ - «تمامی مصوبات هیأت عمومی و شورای اجرایی و رئیس کانون ملی باید ظرف یک هفته در سایت اینترنتی و خبرنامه کانون ملی منتشر شود. مصوبات مذکور یک هفته پس از انتشار، لازم‌الاجرا می‌شوند. این مصوبات منحصراً از حیث عدم مطابقت با قانون و شرع و از سوی هر ذی‌نفع، حسب مورد، قابل شکایت در شعب یا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.»

از آن‌جا که برابر اصل ۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان عدالت اداری نهادی قانونی است که با صلاحیت اختصاصی در مورد تظلمات و شکایات مردم نسبت به مأمورین دولت و واحدها و آینه‌های دولتی تأسیس شده که زیر نظر ریاست قوه قضائیه وظایف خود را انجام و اعمال حاکمیت می‌نمایند، طبعاً هر مرجعی که مصوبات و تصمیمات آن در دیوان عدالت اداری قابل شکایت و رسیدگی و ابطال باشد مؤسسه‌ای دولتی محاسب و نمی‌توان به هیچ وجه آن مؤسسه را غیردولتی نام‌گذاری نمود و حال آن که کانون‌های محلی و ملی و کلای دادگستری از سوی طبق مولد ۲۱ و طرح قانون جامع و کالت به صراحة غیردولتی و از سوی دیگر بر اساس مواد ۱۷ و ۲۸ طرح مذبور به عنوان مراکز و مؤسسانی دولتی معروف شده که مصوبات آن‌ها در دیوان عدالت اداری قابل ابطال است که این خود تناقضی آشکار است بین مواد طرح و مغایرتی صریح با اصل ۷۳ قانون اساسی!

طراحان پیش‌نویس طرح قانون جامع وکالت در برابر این تناقض و مغایرت بین چه پاسخی ارائه می‌نمایند؟ و آیا در معرفی کانون‌های وکلایی دادگستری به عنوان مؤسساتی غیردولتی صداقت دارند و یا گمان می‌کنند و کلایی دلاگستری توان درک تناقض را در این نحوه تدوین قوانین ندارند و یا اصولاً می‌توان مؤسساهای را مستقل و غیردولتی شمرد که حتی مصوبات و تصمیمات روزمره و اداری آن توسط قوه قضاییه قابل ابطال است؟

باتوجه به این گونه نگارش پیش‌نویس طرح قانون جامع وکالت نه تنها با قبول شخصیت حقوقی مستقل برای کانون‌های وکلایی دادگستری، اعم از محلی و ملی، استقلالی به این کانون‌ها و جامعه وکالت اعطا نشده، بلکه استقلالی نیز که طبق لایحه مصوب سال ۱۳۳۳ به کانون وکلایی دادگستری اعطا و در سال‌های اخیر با تصویب قوانین جدید تضعیف شده بود زائل خواهد شد و کانون وکلایی دادگستری تبدیل می‌گردد به مؤسساتی کاملاً فقد استقلال و دولتی و با مراجعت قوه قضاییه در انتخاب مدیران کانون‌ها و ابطال بروانه وکالت دادگستری و کلا در مراجع دولتی و قضایی یعنی در مراجعتی غیر از دلاگاه انتظامی و کلا که طبق لایحه استقلال کانون وکلا تنها مرجع ابطال بروانه اشتغال وکیل دادگستری تعیین شده است.

البته به نظر طراحان قانون جامع وکالت، وکلایی دادگستری باید خشنود باشند از استقلال مالی خود از دولت که حق بهره‌مندی از بودجه کشور را ندارند و باید به این استقلال افتخار و بسته نمایند زیرا در طرح مذکور پیش‌بینی شده است:

ماده ۲۰- هزینه‌های کانون از محل حق عضویت سالانه و هدايا و کمک‌های مالی مستمر و یا ادواری اشخاص و وجوده دریافتی موضوع تبصره این ماده و ماده ۶۵ این قانون و نیز درآمدهای حاصل از فروش مجلات و نشریات تأمین می‌شود... تبصره- وکلایی دادگستری مکلفاند معادل یک‌چهارم تمبر الصاقی به وکالت‌نامه را بابت هزینه کانون به حسابداری دادگستری پرداخت نمایند و حسابداری دادگستری مکلف است در پایان هر ماه مبالغ دریافتی را به کانون وکلایی مریوط پیرداد»

ماده ۳۱- «هزینه‌های کانون ملی از محل عضویت سالانه کانون‌های محلی که میزان آن با توجه به وضع مالی هر کانون و- تعیین می‌شود، تأمین خواهد شد. کانون می‌تواند از هدايا و کمک‌های مالی کارآموزان و کلا و درآمدهای حاصل از فروش مجلات و نشریات و سایر محصولات مرتبط و شهریه کلاس‌های آموزشی و سایر اقدامات علمی و فرهنگی استفاده کند.»

آیا با زوال هر نوع استقلال از جامعه وکالت دادگستری شایسته نبود که طراحان پیش‌نویس طرح قانون جامع وکالت پنهان کاری را کنار می‌گذارند و به صراحت هدف غایی خود را اعلام می‌کرند که کانون وکلایی دادگستری نباید مستقل باشد و باید تحت نظر مستقیم قوه قضاییه اداره و به دست نشانه‌های مطبع و بی‌چیزه و مواجب تبدیل گردد که بدون دریافت مزد از اباب اطاعت از قوه قضاییه باید با هزینه خود اداره شود و بدون بهره از بودجه عمومی کشور به کارکنان کانون نیز حقوق دریافت نماید و این همان استقلالی است که به کانون‌ها تفویض گردیده یعنی فقط استقلال کامل مالی از دولت که حتی مصوبات و تصمیمات روزمره و اداری آن‌ها حسب مورد و بنایه مصلحت به وسیله قوه قضاییه قابل ابطال می‌باشد.

آیا شایسته نبود به جای کانون وکلایی دادگستری، اداره‌ای به نام اداره وکالت در قوه قضاییه تشکیل شود، دارای یک رئیس با انتصاب از سوی قوه قضاییه وتابع نظمات وزارت عدله! وکیل دادگستری می‌فهمد و همین فهم او را غیرقابل تحمل کرده است.»

استدلال مخالفین عمدتاً این بود که پذیرش «لزوم ارتباط» در اساسنامه محاکم کیفری قبلی همانند نورمیرگ، توکیو و اخیراً دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق محدودیتی بر صلاحیت آن محاکم بوده و نه عنصر ذاتی جرم جنایت عليه بشریت. (ارسنجانی، ۱۹۹۹^۱، ص ۲۴۵) حتی برخی از مخالفین این موضوع، معتقد بودند درج این شرط در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق یک اشتباه بوده است و به همین جهت دادگاه بعداً در جریان کار به لشکال چوناگون سعی نمود از رعایت آن خودداری نموده و موارد پذیرش آن را بسیار محدود نماید. (بیگ زاده ابراهیم، تقریرات درسی، ۱۳۸۲^۲). دادگاه پژوهش در پرونده تادیج نیز اعلام نموده است: «در حال حاضر یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی ایجاد گردیده است که ارتباط جنایت علیه بشریت را با درگیری بین‌المللی مسلحانه لازم ننموده است.» (بند ۱۴۱ از رأی پژوهشی تادیج)^۳

نهایتاً به موجب ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری وجود چنین شرطی برای ارتکاب جنایت علیه بشریت ضروری تلقی نگردید. لذا می‌توان چنین استنباط نمود که از لحاظ عرف و رویه بین‌المللی برای ارتکاب جرم جنایت علیه بشریت وجود یک عملیات مسلحانه لازم نیست و ارتکاب این عمل مجرمانه چه در زمان صلح و چه در طی یک درگیری مسلحانه اعم از بین‌المللی یا غیر بین‌المللی یک جرم بین‌المللی محسوب می‌شود.

۲- جرم باید در چارچوب یک حمله گسترده یا سیستماتیک رخ داده باشد^۴

از بررسی اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و نیز رویه دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا کامالاً روشن است که عملیات اتفاقی و جرم‌های ساده را باید از جنایات علیه بشریت مجزا نمود و لازم است که جنایات علیه بشریت به صورت گسترده یا سازمان یافته ارتکاب یافته باشدند. اساسنامه دیوان کیفری (بند ۱ از ماده ۷) در این خصوص مقرر می‌دارد منظور از جنایات ضد بشریت در این اساسنامه هر یک از اعمال مشروحة ذیل است، هنگامی که در چارچوب یک حمله گسترده یا سازمان یافته بر ضد یک جمعیت غیرنظمی و با علم به آن حمله ارتکاب می‌باید^۵:

در آرای زیادی از جمله وینکو و ملین^۶ دادگاه یوگسلاوی ضرورت وجود این شرط را اعلام نموده است. همین طور در پرونده‌های از جمله آکایسو دادگاه رواندا نیز این شرط عمومی را برای ارتکاب جرایم علیه بشریت صراحتاً ضروری اعلام نموده است. این دادگاه در این ارتباط می‌گوید:

«به نظر دادگاه لازم است که عمل ارتکابی به صورت قسمتی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک رخ داده باشد و صرفاً یک خشونت اتفاقی نباشد.» (آکایسو، همان منبع، بند ۵۷۹)

در ماده سه اساسنامه دادگاه رواندا نیز صراحتاً لزوم رعایت این شرط درج گردیده است، البته در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سخنی از ضرورت رعایت این شرط به میان نیامده است و در این خصوص تردیدهایی ایجاد گردید که نهایتاً در جهت ضرورت رعایت این شرط رفع گردید. دیر کل سازمان ملل متعدد در گزارش خود برای روش شدن این شرط اظهار داشته است که این قبیل اعمال باید دارای ماهیت بسیار سنگین باشند و به عنوان بخشی از یک تهاجم گسترده و سازمان یافته به دلایل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا منذهبی علیه جمعیت غیرنظمی ارتکاب

1- Arsanhani.

۲- برای کسب اطلاعات بیشتر مراجعه شود به دیپلم، علیرضا، همان منبع، ص ۱۵۵.

3- Widespread or Systematic Attack.

4- Article 7, part 1: For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a WIDESPREAD OR SYSTEMATIC attack directed against any civilian population with knowledge of the attack.

5- www.un.org/icty/pressreal/p427.ehtml.

بابند. (گزارش دبیر کل سازمان ملل متحد در مورد تعریف جنایات علیه بشریت ۱۹۹۳ بند ۴۷) ^۱ دادگاه یوگسلاوی همان گونه که گفته شد، در آرای زیادی این موضوع را یادآوری کرده است که جرایم اتفاقی و موردی را نمی‌توان به عنوان جنایات علیه بشریت پذیرفت و لازم است این جرایم به صورت گسترده یا سیستماتیک ارتکاب یافته باشند.

این دادگاه در یکی از آرای خود در این خصوص اظهار داشته است:

«از این رو لازم است که اعمال اتفاقی و بدون ارتباط با یکدیگر از حیطه جنایات علیه بشریت که لازم است علیه یک جمعیت غیرنظمی انجام گردد و به طور گسترده یا سیستماتیک واقع شده باشند، مستثنی گردد.» (رأی تادیج، بند ۵۴۸)

در اینجا لازم است که مفهوم و معنای دو ویژگی گسترده و سیستماتیک روش گردد و سپس مشخص شود که این دو ویژگی باید به طور توانمند در یک حمله وجود داشته باشد یا وجود آنها به طور موردی (افرادی) هم قابل پذیرش است؟

همان طور که به وسیله دادگاه یوگسلاوی در پرونده مامکلو^۲ بیان گردیده است، عبارت گسترده ناظر بر مقیاس حمله، بزرگی آن و شمار قربانیان است، در حالی که عبارت سیستماتیک ناظر بر طبیعت سازمان یافته، از پیش طراحی شده و عدم وقوع اتفاقی اعمال مجرمانه است. دادگاه رواندا نیز در پرونده کایشیما^۳ (بند ۱۲۳ رأی دادگاه بدوی)^۴ اظهار می‌دارد که حمله گسترده، حمله‌ای است که علیه گروه زیادی از قربانیان انجام شده باشد و حمله سیستماتیک حمله‌ای است که به دنبال یک سیاست یا طرح از پیش تعیین شده انجام گردد.

در رأی آکایسو نیز دادگاه معتقد است در یک حمله سیستماتیک حمله باید از یک خط مشی معینی تعیین و پیروی کرده باشد. (آکایسو، همان منبع، بند ۵۸ رأی)

لذا همان گونه که در رأی تادیج (همان منبع، بند ۹۴۴ رأی) بیان گردیده است مبنای یک حمله گسترده یا سیستماتیک یک برنامه یا سیاست دولتی است و این حمله در راستای تحقق آن برنامه یا خط مشی انجام گرفته که می‌توان آن را از نوع اعمال ارتکابی استنباط نمود لازم نیست که تمام افرادی که این حمله را انجام می‌دهند مأموران و فراد دولتی باشند و حضور افراد غیردولتی با علم به وجود این حمله و این که اعمال مجرمانه آنها نیز قسمتی از این حمله می‌باشد، موجب تحقق شرط مذکور می‌گردد این موضوع را می‌توان از آرای زیادی به ویژه از رأی سلیمانی^۵ (همان منبع، بند ۲۱۴ رأی) و در جایی که در بحث از مسؤولیت کیفری مقام مافق، تفسیر بسیار گسترده‌ای از مافق مقام ارائه می‌گردد استنباط نمود. در این رأی دادگاه اظهار می‌دارد که مقام مافق می‌تواند هم شامل مقامات نظامی و هم مقامات غیرنظمی، هم مقامات کشوری و هم مقامات محلی گردد که به واسطه اقدامات مجرمانه افراد تحت کنترل، اعم از نظامی و غیرنظامی، دولتی و غیردولتی و با جمع سایر شرایط ممکن است دارای مسؤولیت کیفری به دلیل ارتکاب جنایات علیه بشریت باشند این موضوع را همین طور از رأی کایشیما (همان منبع، بند ۱۲۳) و رأی آکایسو (همان منبع، بند ۵۴۹) می‌توان استنباط نمود. از نظر اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نیز حمله گسترده و یا سازمان یافته به معنای ارتکاب چندین عمل از اعمال مذکور در بند ۱ از ماده ۷ اساسنامه است که بر ضد هر جمعیت غیرنظمی که در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت یا یک سازمان برای انجام چنین حمله‌ای

1- UN Doc S/25704; 3 May 1993 para. 48.

2- Momcilo.

3- www.Wtlyworld.com/countries/serbia.html.

4- Kayishema.

5- www.Un.Org/ICTY/brdjanin/trial/Judgment/foot2.htm.

6- Celebici.

صورت گرفته باشد. (قسمت «الف» بند ۲ از ماده ۷)

در پاسخ به این سوال که آیا لازم است این دو ویژگی مجتمع‌دریک حمله وجود داشته باشند یا وجود یکی از آن دو نیز کافی است، باید گفت، عرف و رویه قضایی حاکی از آن است که وجود یکی از این دو شرط کافی است. طبق اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق و همین‌طور در رویه این دادگاه وجود یکی از این دو شرط کافی تلقی گردیده است.

در رأی دادگاه عالی مربوط به پرونده دراگولجوب^۲ (بند ۸۵ رأی)^۳ و رأی دادگاه عالی مربوط به پرونده تادیج (همان منبع بند ۴۷۵) دادگاه یوگسلاوی این موضوع را یادآوری کرده است. در پرونده تادیج دادگاه در این خصوص گفته است:

«اکنون مسلم است که این جنایات می‌تواند یا در حد گستره یا به طور سیستماتیک اتفاق بیفتد و هریک از این دو کافی است که اعمال اتفاقی یا مردمی را مستثنا کند.»

در پرونده گوران^۴ نیز یکی از موارد ایراد متهم این بود که باید هر دو معیار گستره و سیستماتیک بودن، در حمله جمع باشد تا جرایم اتهامی در صلاحیت دادگاه قرار گیرد. اما هم دادگاه بدوي و هم دادگاه عالی این ایراد را رد نموده و صراحتاً عدم ضرورت جمع این دو ویژگی را به صورت توأم در حمله اعلام کرده است.^۵

دادگاه رواندا نیز وجود یکی از این دو ویژگی را در حمله کافی دانسته است البته لازم به یادآوری است که در اساسنامه دادگاه رواندا از این جهت اتهامی وجود داشت که دادگاه در رویه خود این اتهام را به گونه‌ای رفع نمود که وجود یکی از این دو شرط کافی تلقی گردیده است. در متن انگلیسی اساسنامه دادگاه رواندا گفته شده حمله گستره یا سیستماتیک در حالی که در متن فرانسوی آن گفته شده، گستره و سیستماتیک این امر در این خصوص شبهای را به دنبال داشت، لیکن دادگاه در تمامی آرای صادره خود این شباهه را به نفع متن انگلیسی اساسنامه رفع نموده است. (بیگ زاده، همان منبع)

لذا در یک جمع بندی می‌توان گفت که هم رویه دادگاههای کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا و هم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی حاکی از آن است که حمله‌ای که در جریان آن یک جنایت علیه بشریت ارتکاب می‌یابد، باید یا گستره باشد یا سیستماتیک و ضرورتی ندارد که به طور توأم دارای هر دو ویژگی باشد.

۳- حمله گستره یا سیستماتیک باید علیه یک جمعیت غیرنظامی^۶ انجام شود

براساس ماده پنج اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق و ماده سه اساسنامه دیوان رواندا و نیز ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری حمله گستره یا سیستماتیک که جنایت علیه بشریت قسمی از آن می‌باشد باید علیه یک جمعیت غیرنظامی انجام شود. این شرط عمومی در تمام آرای صادره از محاکم یوگسلاوی و رواندا مورد توجه قرار گرفته است. در رأی تادیج (همان منبع، بند ۲۳۶) و نیز رأی آکايسو (همان منبع، بند ۵۸۲) هر دو دادگاه صراحتاً این شرط عمومی را لازم دانسته‌اند.

در پرونده گوران دادگاه در خصوص این شرط اظهار می‌دارد. مهم این است که جمعیت غیرنظامی مورد حمله

1- Article 7; part 2 (a): "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population pursuant to or in furtherance of a State or organization policy to commit such attack.

2- Dragoljub-kunarac.

3- www.un.org/icty/foca/trialc2/Judgment.

4- Goran-jelasic.

5- www.ScienceDaily.Com/encyclopedia/goran-jelasic.

6- Civil population.

قرار گرفته باشد و این که فرد قربانی به طور خاص و به عنوان غیرنظمی مورد حمله قرار گرفته باشد مورد نظر نیست. (همان منبع، بند ۲۶۱ رأی)

هم از رویه دادگاه رواندا و هم یوگسلاوی سابق چنین استنباط می شود که ویزگی «غیرنظمی» را باید به طور گسترده و عام تفسیر نمود و نه به طور محدود و مضيق، لذا به نظر می رسد منظور از افراد غیرنظمی همه افراد غیرمبارز و اشخاصی که سلاح خود را به زمین گذاشتند می باشد.

این موضوع را می توان از رأی بلاسکیک^۱ (بند ۱۳ رأی)^۲ نیز استنباط نمود. دادگاه یوگسلاوی در این رأی نیز عبارت جمعیت غیرنظمی را در معنای عام به کار گرفته است و حتی معتقد است، در مردم در یک مکن و زمان ویژه سلاح هایی را حمل کرده اند، مثلاً یک رئیس خانواده ای که تحت اوضاع و احوال خاصی در حمایت از خانواده خود تنفیگ در دست می گیرد نباید موقعیت خود را به عنوان یک فرد غیرنظمی از دست بدهد. دادگاه رواندا نیز در ضمن پرونده کاشیما عبارت جمعیت غیرنظمی را در مواردی با بحث تعارضات نظامی مرتبط دانسته و اظهار می کارد که، اگرچه به موجب اساسنامه دادگاه رواندا جنایت علیه بشریت ممکن است خارج از تعارض نظامی هم رخ داده باشد، لیکن اگر تعارض نظامی در بین باشد، باید مفهوم این عبارت با در نظر گرفتن یک تفکیک بین افراد نظامی و غیرنظمی در نظر گرفته شود اما در مردمی که جنایات علیه بشریت در زمان صلح ارتکاب یافته، باید این عبارت را شامل همه افراد غیر از کسانی که وظیفه حفظ نظم عمومی را بر عهده داشته و وسائل توسل به زور را به طور مشروع در اختیار دارند دانست. (کایشیما، همان منبع، بند ۱۲۷ رأی)

از رویه هر دو دادگاه کاملاً مشخص می گردد که غیر از ویزگی غیرنظمی، ویزگی های دیگر همچون مليت، قومیت در جمعیت مورد حمله مورد نظر نمی باشد. البته باید این حمله به طور مستقیم علیه جمعیت غیرنظمی انجام شود. برای استنباط این موضوع باید روش ها و متدهای مورد استفاده در حمله، موقعیت قربانیان، تعداد آن ها و طبیعت جرائم ارتکابی در حمله را مورد بررسی قرار داد. (دیوبویس اویور، ۱۹۹۷^۳، ص ۴۴۳)

البته ضرورتی ندارد که تمام افراد یک منطقه مورد حمله قرار گیرند. منظور از به کار گیری اصطلاح جمعیت آن است که جرم جنبه فردی نداشته و بلکه جنبه جمعی داشته باشد. در رأی تادیج و آکیسو این موضوع مورد تأیید قرار گرفته است و نیز همان طور که دادگاه رواندا نیز در یکی از آرای خود اظهار داشته است «یک جمعیت، ویزگی غیرنظمی خود را حتی اگر افراد خاصی از بین این جمعیت با تعریف غیرنظمی هم خوانی نداشته باشد از دست نمی دهد». (سلی بی چی، همان منبع، بند های ۱۹۳-۱۹۸)

در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نیز با الهام از عرف و رویه قضایی بین المللی این قید پذیرفته شده است. قسمت «الف» از بند ۲ ماده ۷ صراحتاً این موضوع را بیان می کند.

۴- جنایات علیه بشریت باید با علم به حمله^۴ ارتکاب یابد

یکی دیگر از شرایط عمومی جنایات علیه بشریت بر اساس رویه دادگاه های کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا و نیز اساسنامه دیوان کیفری بین المللی این است که مرتكب با عالم و آگاهی از وجود حمله گسترده یا سیستماتیک علیه یک جمعیت غیرنظمی مرتكب جنایات علیه بشریت گردیده باشد. اگرچه لازم نیست این علم و اطلاع به طور تفصیلی و دقیق باشد. همین طور متمهم باید از این که اعمال مجرمانه اش قسمتی از این حمله را تشکیل می دهد آگاه

1- Blaskic.

2- www.Un.Org/ICTY/blaskic/trialc1/Judgment.

3- Dubois olivier.

4- With knowledge of the attack.

باشد در آرای صادره از هر دو دادگاه یوگسلاوی و رواندا این شرط عمومی مورد توجه قرار گرفته است.
در پرونده کایشیما (همان منبع، بند ۲۴۷ رأی) دادگاه رواندا اظهار می‌دارد که مرتكب باید از وجود یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه یک جمعیت غیرنظامی و از این که عمل او قسمتی از آن حمله می‌باشد آگاه باشد.
همین طور در پرونده روگو^۱ نیز بر ضرورت احراز علم و آگاهی متهم از وجود یک حمله گسترده یا سیستماتیک و این که عمل مجرمانه او قسمتی از این حمله را تشکیل می‌دهد تأکید ورزیده است. (روگو، بند ۲۰ رأی)
دادگاه یوگسلاوی سابق نیز در رأی تادیج اظهار داشته که متهم باید با علم به وجود حمله گسترده و این که عمل او جزئی از آن حمله گسترده است عمل کند (همان منبع، بند ۴۷۵ رأی) و در مرحله پژوهشی در رأی خود در خصوص پرونده کوناراک آگاهی داشته که دادگاه بدوي کاملاً مقاعد گردیده که متهمان اعمال مجرمانه خود را در چارچوب یک حمله گسترده علیه یک جمعیت غیرنظامی و با علم به وجود این چارچوب و این که اعمال مجرمانه آن‌ها در آن چارچوب قرار می‌گیرد و در آگاهی کامل از این که اقدام‌شان به حمله کمک می‌کند انجام داده‌اند. (کوناراک، بندھای ۸۴-۸۲ رأی)^۲

البته همان طور که قبل اگفتہ شد، لازم نیست که این علم و اطلاع به طور کامل و دقیق نسبت به حمله و تمام جزئیات آن باشد و این مطلب به وسیله دادگاه یوگسلاوی سابق در رأی تادیج تأیید گردیده است.
همین طور در پرونده بلاسکیک (همان منبع، بند ۲۱۲ رأی) دادگاه رواندا اظهار می‌دارد نیازی نیست، متهم همه جزئیات حمله‌ای که اعمال اش در جریان آن و به عنوان قسمتی از آن حمله انجام می‌گردد را بداند. بلکه کافی است که روشن گردد که او با میل و رضایت و به طور آگاهانه در ارتکاب اعمال مجرمانه‌اش مشارکت کرده است.
برای احراز آگاهی مجرم از وجود حمله و این که اعمال مجرمانه او قسمتی از این حمله را تشکیل می‌داده، می‌توان از دلایل زیر استفاده نمود:

- اوضاع و احوال تاریخی در ارتباط با اعمال مجرمانه‌ای که لرتکاب یافته‌اند.
- وظایف متهم در زمانی که جرایم ارتکاب یافته است.
- مسؤولیت مرتكب در سلسله مراتب سیاسی و نظامی.
- ارتباط مستقیم یا غیرمستقیم بین سلسله مراتب سیاسی و نظامی.
- قلمرو، ماهیت و نوع اعمال ارتکابی. (بلاسکیک، همان منبع، بند ۲۵۹ رأی)

در پرونده‌های کارادزیک^۳، آکایسو و تادیج، برای احراز علم متهم، از همین معیارها استفاده شده است.
همین طور لازم نیست که روشن گردد که متهم قصد ارتکاب عمل مجرمانه را علیه جمعیت غیرنظامی داشته یا علیه فرد یا افراد قربانی و همین که علم متهم در خصوص وجود حمله گسترده و سیستماتیک ثابت گردد کافی است. (امام‌کلو، همان منبع، بند ۱۰۳ رأی)

در یک جمع‌بندی و با عنایت به عرف و رویه بین‌المللی باید گفت به عنوان یک شرط عمومی برای تحقق جنایات علیه بشریت باید حمله گسترده یا سیستماتیک علیه یک جمعیت غیرنظامی انجام گردیده و نیز مرتكب جنایات علیه بشریت از وجود این حمله و از این که اعمال مجرمانه او قسمتی از این حمله را تشکیل می‌دهد مطلع باشد.

1-Ruggiu.

2- www.ICTR.Org/ENGLISH/cases/musema/judgement/Arret/annexb.htm.

3- Kunarac.

4- www.Un.Org/ICTY/trialc2/judgments/kun-lh010222e-5.htm.

5- Karadzic.

۵- عدم لزوم انجام حمله بنا به دلایل تبعیض آمیز^۱

۵۱

در خصوص این که آیا جرم علیه بشریت باید به طور تبعیض آمیز بنا به دلایل همچون دلایل ملی، سیاسی، مذهبی و قومی ارتکاب باید یا خیر، بین محاکم کیفری بین المللی چه از نظر مواد مربوطه در اساسنامه و چه در رویه تفاوت وجود دارد.

در ماده پنج اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق، جزء در مورد یکی از مصادیق جرایم علیه بشریت، یعنی «آزار» در سایر موارد رعایت و احراز این شرط لازم نیست. البته برخی از حقوقدانان این موضوع را با تفاسیر ارائه شده از طرح اساسنامه این دادگاه ناهمانگ می‌دانند. از یک داوید در این خصوص معتقد است بی‌شک سهوی در کار بوده است زیرا در تفسیر طرح اساسنامه که از سوی دبیر کل سازمان ملل تدوین شده است می‌خوانیم: «جنایات علیه بشریت عبارت‌اند از اعمال غیربشری بسیار عمده... که به علل ملی، سیاسی، قومی، نژادی یا مذهبی... ارتکاب یافته‌اند.» (از یک داوید دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق، ص ۲۱۴). در رویه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق وجود یکی از انگیزه‌های قومی یا نژادی... را فقط برای جرم اذیت و آزار لازم ندانسته است. لازم به یادآوری است که اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی نیز جز در مورد جرم آزار لازم ندانسته که این اعمال به صورت تبعیض آمیز انجام گردد. (بنده از ماده هفت اساسنامه) در حالی که بر اساس ماده سه دادگاه رواندا تمام جرایم علیه بشریت باید به طور تبعیض آمیز ارتکاب یافته باشد به عنوان نمونه در یکی از پرونده‌های مربوط به جنایات ارتکابی علیه افرادی از قبیله توتس^۲ که جرایم علیه آن‌ها بنا به دلایل قومی و سیاسی ارتکاب یافته بود، دادگاه برای اثبات مجرمیت متهمن در کنار سایر شرایط این شرط را نیز احراز کرده است. (کایشیما، همان منبع، بندهای ۱۳۰ و ۱۳۱)

در پرونده آکایسو (همان منبع، بنده ۵۸۳ رأی) نیز دادگاه رواندا ضرورت احراز این شرط عمومی را در جرایم علیه بشریت تذکر داده است.

در رأی بدوي تادیج، دادگاه یوگسلاوی سابق داشتن قصد تبعیض آمیز را در تمام جرایم علیه بشریت ضروری ندانسته ولی به دنبال اعتراض در مرحله پژوهش، مبنی بر این که چنین شرطی فقط در اساسنامه دادگاه رواندا پیش‌بینی گردیده و بر اساس مقررات اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق و نیز عرف بین الملل رعایت چنین شرطی برای جرایم علیه بشریت لازم نیست، دادگاه عالی صراحتاً این ابراد را نسبت به رأی دادگاه بدوي وارد ندانسته و رعایت و احراز این شرط را جز در مورد جرم آزار در سایر جنایات علیه بشریت ضروری ندانست. (تادیج، همان منبع، بندهای ۲۷۵ و ۲۷۳ رأی)، لذا می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که عرف و روش بین المللی جز در مورد جرم آزار در بقیه مصادیق جنایات ضد بشري وجود دلایل تبعیضی را ضروری ندانسته است.

نتیجه‌گیری

در یک نتیجه‌گیری کلی باید گفت، در جنایات علیه بشریت در کنار عناصر اختصاصی هر جرم وجود یک سری شرایط عمومی ضروری است. در هر مورد لازم است، که نخست این شرایط عمومی احراز گردیده و سپس عناصر اختصاصی آن عمل مجرمانه بررسی و اثبات گردد این امر برای رعایت اصل قانونی بودن جرایم در مورد

1- Discriminatory reasons.

2- Persecution.

3- Article 7, part 1 (h) : Persecution against any identifiable group or collectivity on political; racial; national; ethnic; cultural; religious; gender as defined in paragraph 3; or other grounds that are universally recognized as impermissible under International law; in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the court.

4- Tufts.

این گونه جنایات لازم و ضروری است. این موضوع از ماده ۵ اساسنامه دیوان کیفری یوگسلاوی سابق و ماده ۳ اساسنامه دادگاه رواندا و نیز رویه محاکم مذکور در آرایی که تاکنون صادر نموده‌اند و همین طور از ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی کاملاً محرز می‌باشد. قدر متین در خصوص این شرایط عبارت است از، عدم وجود رابطه ضروری بین جنایات علیه بشریت و مخاصمات سلحنه، عدم ضرورت وصف گسترش و سیستماتیک بودن به‌طور توأم‌ان در حمله، ضرورت حمله علیه یک جمعیت غیرنظمی و تفسیر گسترش از وصف غیرنظمی جمعیت، ضرورت علم مرتكب جنایات علیه بشریت نسبت به وجود حمله به‌طور کلی و بدون ضرورت علم تفصیلی و دقیق و عدم ضرورت حمله بنایه دلایل تبعیض آمیز جز در مورد جنایت آزار.

البته باید فراموش نشود که تمام شرایط آستانه جنایات علیه بشریت جنیه حصری داشته و باید چه از لحاظ شکلی و از نظر ماهوی مورد تفسیر مضيق قرار گیرد تا زمینه هر چه مساعدتری برای مجازات مرتكبین این گونه جنایات فراهم گردیده و از بی‌مجازات مأذن آن‌ها در پرتو شروط و قیود دست و پاگیر جلوگیری شود.

فهرست منابع

الف- منابع فارسی

- ۱- دیهیم، علیرضا، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، نشر نظر مطالعات میان‌و بین‌المللی، تهران، ۱۳۸۰.
- ۲- بیگ زاده، ابراهیم، تقویرات درسی، دانشگاه علوم و تحقیقات، تهران، ۱۳۸۲.
- ۳- اریک داوید دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق، ترجمه مصطفی رحیمی، مجله حقوقی نظر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۸ و ۱۹، سال ۲، ۱۳۷۳.

ب- منابع انگلیسی

كتب

- 4- ALDRICH George H; Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia; (1996) 60 A.J.I.L.64.
- 5- ALVAREZ Jose E; Rush to Closure : Lessons of the Tadic judgment (1998) 96 Mich.L.Rev.2031.
- 6- ARSANJANI Mahnoush H, The Rome Statute of the International Criminal Court; (1999) 93 Am. J.
- 7- DUBOIS Olivier ; Rwanda's national criminal courts and the International Tribunal; (1997) 321 International Review of the Red Cross 717.

اسفار

- 8- The Statute of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia.
- 9- The Statute of International Criminal Tribunal Law For Rwanda.
- 10- The Statute of International Criminal Court.

سایتهاي اينترنتي

- 11- www.un.Org/ICTY/tdic/trialc2/Judgment.
- 12- www.un.Org/ICTY/celebic/trialc2/Judgment.
- 13- www.un.Org/ICTR/English/Judgment/Akayesu.
- 14- www.Wittyworld.com/countries/Serbia.html.
- 15- www.Wittyworld.com/countries/Serbia.html.
- 16- www.un.Org/ICTY/pressreal/p427.ehtm.
- 17- www.un.Org/ICTY/brdjanin/trialc/Judgment /foot2.htm.
- 18- www.un.Org/ICTY/foca/trialc2/Judgment.
- 19- www.Scencedaily.Com/encyclopedia/goran-jelicic.
- 20- www.Scencedaily.Com/encyclopedia/goran-jelicic.
- 21- www.un.Org/ICTY/blaskic/trialc1/Judgment.
- 22- www.ICTR.Org/ENGLISH/cases/musema/judgment/Arret/annexb.htm.
- 23- www.un.Org/ICTY/trialc2/judgment/kun-th010222e-5.htm.

دیدگاه‌های حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی

سید محمد مهدی کورگن مجتبی دهقاندار پاپک خسروی خیا

- قسمت دوم و پایانی -

۷- معایب منطقه‌گرایی

همان طور که ذکر گردید منطقه‌گرایی با این که از لحاظ سنتی قدیمی‌تر از دیدگاه جهان‌گرایی می‌باشد، در طول سال‌های اخیر سیر صعودی در میان سیستم‌های قضایی کشورهای مختلف داشته است به طوری که می‌توان گفت به رویه حاکم در میان کشورها تبدیل شده است. اما در مقابل این امتیازات، دیدگاه منطقه‌گرایی دارای معایب مهمی است که به راحتی نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت. در این جایه طور اجمالی به معایب دیدگاه منطقه‌گرایی اشاره می‌کنیم.

اول- سیستم منطقه‌ای نامتناسب با بازارهای جهانی است. به طور کلی نتایج این سیستم بستگی به محل استقرار دارایی‌ها و تفاوت قوانین در هر حوزه قضایی دارد. قوانین مربوط به ورشکستگی بین‌المللی تبدیل به بازی موزیکال صنعتی‌ها شده که در آن بستانکاران نمی‌دانند که دارایی‌های فرد بدھکار در زمان قطع موزیک در کجا قرار دارد.

دوم- منطقه‌گرایی باعث ایجاد تعدد در دعوی ورشکستگی می‌شود که این روش یک حق تقدمی برای طلبکاران داخلی به شمار می‌آید و فراواتی اموال را در یک حوزه قضایی به نسبت سایر حوزه‌های قضایی نشان می‌دهد. به همین دلیل توزیع دعوی ورشکستگی همیشه غیرقابل پیش‌بینی است. (Westbrook, 1997, 419) و از جهت این که حق تقدمی برای طلبکاران داخلی ایجاد می‌کند، عدالت را در مورد بستانکاران بین‌المللی از بین می‌برد.

سوم- دیدگاه منطقه‌گرایی طبیعتاً منجر به توزیع تکه تکه دارایی‌ها یک تاجر با شرکت می‌شود که به طور غیرهمکارانه و بر مبنای قلمرو طلبکاران توزیع می‌گردد. در این دیدگاه در هر منطقه نوعاً منافع محلی و داخلی آن منطقه مطلوب و مورد نظر می‌باشد. تکه تکه شدن و پخش شدن اموال و دارایی‌ها ممکن است باعث کاهش بهای اموالی شود که این اموال می‌توانند باعث بالابردن سطح دریافتی بستانکاران از میزان طلب‌های شان از تاجر ورشکسته باشند.

چهارم- رفتارهای غیرهمکارانه منطقه‌ای ناشی از خواسته طلبکاران ممکن است منجر به افزایش بی‌عدالتی در توزیع اموال و پایین آمدن کارایی فرآیند تصفیه ورشکستگی شود. (Tung, 2002, 1) بدھکاران احتمالاً در تبائی با بستانکاران مطلوب خود می‌توانند رفتارهای استراتژیک مثل کلاهبرداری بروز دهند و این کار

را با دستکاری محل دارایی‌ها انحصار می‌دهند. (Westbrook, 2000, 2309)

پنجم- همیشه امتیازات و منافع نباید به راحتی برای طلبکاران داخلی محدود گردد. در دنیای جدید طلبکاران چند ملیتی خبره و ماهر به طور قابل توجهی برای طرح دعوی در دعاوی ورشکستگی داخلی در سرتاسر کشورهای دنیا توانایی دارند. بنابراین، این عادلانه است که بیان کنیم که اثر ابتدایی قاعده تصرف^۳ (منطقه‌گرایی) صرفاً حمایت و حفاظت از دعاوی ورشکستگی ملی و قانون ملی است که در نتیجه این امر طلبکاران داخلی و طلبکاران خبره چند ملیتی نیز در اهمیت عملی این امر سهیم می‌شوند. (Westbrook (A), 1991, 514)

ششم- برخی معتقدند که برخلاف عقیده منطقه‌گرایها تمامی طلبکاران داخلی نیز از این دیدگاه منتفع نمی‌شوند و این دیدگاه به سود تمام طلبکاران داخلی نیست. از همین رو میان طلبکاران داخلی تفکی قائل می‌شوند و سوالاتی را در این مورد مطرح می‌نمایند که آیا نوعی از طلبکاران وجود دارند که می‌توانند طبق منطقه‌گرایی بهتر به طلب خود دست یابند؟ اگر این چنین باشد، چه مقدار از این نوع طلبکاران وجود دارند که از اجرای این دیدگاه منتفع می‌شوند و چه مقدار از اجرای این فرآیند متضرر می‌شوند؟ بنابراین پاسخ به سوالات حاضر را بر سه دسته افراد متمرکز می‌کنند:

- الف- بدھکارانی که جهانی‌سازی را ترجیح می‌دهند زیرا هزینه‌های کمتری برآن‌ها تحمیل می‌کند.
- ب- طلبکاران تعديل کننده؟ که افرادی هستند که تعديلی در طلبشان به واسطه نرخ سود ایجاد می‌نمایند و ممکن است رژیمهای حقوقی متفاوتی را برای اجرای قرارداد رفاقتی در دعواوی ورشکستگی انتخاب کنند.
- ج- طلبکاران غیرتعديل کننده؟ که شامل طلبکارانی می‌باشند که نمی‌توانند یا نمی‌خواهند طلب خود را به واسطه دادن وام‌هایی به بدھکار تعديل کنند. ولت این امر این است که نمی‌خواهند با خطرهای همراه با اعطای وام مانند خطر عدم پرداخت رو به رو شوند.

به جز «طلبکاران غیرتعديل کننده» که از فرآیند جهانی‌سازی متحمل ضررهایی می‌شوند که این خسارات مالی بیشتر و مهم‌تر از منافع دیدگاه جهانی‌سازی است، منطقه‌گرایی باید مورد قبول واقع نشود و رد شود. یعنی فقط «طلبکاران غیرتعديل کننده» هستند که از دیدگاه منطقه‌گرایی سود و منتفع نمی‌کسب می‌کنند. برای فهمیدن این که چرا مباحثت باید بر واژه «طلبکاران غیرتعديل کننده» منصر کر شود، یک نیاز برای شناسایی این لشخاص این است که در یک بازار رفاقتی (بیشترین فرض معقولانه برای بازار سرمایه) «طلبکاران تعديل کننده» (که این افراد شرایط‌شان را با وام دادن به تاجر بدھکار نسبت به خطرهایی که با آن‌ها رو به رو می‌شوند تنظیم می‌کنند) می‌خواهند نرخ سود پول بازار را بدون انتخاب قواعد ورشکستگی بدست آورند.^۴ در صورتی که همه طلبکاران طلب‌های خود را تعديل کنند، به واسطه قانون حاکم بر دعواوی ورشکستگی تمام هزینه‌ها بر بدھکار تحمیل می‌شود زیرا فشارهای رفاقتی از طلبکاران جلوگیری خواهد کرد که مبلغی بیشتر یا کمتر از نرخ خطر تعديل شده در بازار به دست آورند. البته در یک مورد خاص (از لحاظ عملی) طلبکاران داخلی ممکن است نسبت به طلبکاران خارجی سودی کسب نکنند. هرچند تا زمانی که طلبکاران قواعد ورشکستگی را پیش‌بینی می‌کنند، آن‌ها قادر خواهند بود نرخ خارج از ورشکستگی را برای بازگرداندن سرمایه خود درخواست نمایند. (T.Guzman, 2000, 2180 & 2181)^۵

1- Grab Rule.

2- Adjusting Creditors.

3- Nonadjusting Creditors.

^۴- واژه «باکاران تعديل کننده» و غیر «تعديل کننده» از مقاله ذیل اخذ شده است:

Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried, The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy, 105 Yale L.J. 857 (1996)

⁵- در حقیقت طلبکاران ممکن است تعديلی در قواعد به واسطه نرخ سود ایجاد نمایند. مثلاً آن‌ها ممکن است موعد پرداخت وام‌ها را جایگزین کنند، یا مقرراتی وضع نمایند. یا ممکن است نصیحتاتی اخذ نمایند و مواردی دیگر از این قبیل.-

۸- تعدیل نظریه منطقه‌گرایی و جهان‌گرایی

همان طور که بیان شد نظریه جهان‌گرایی دارای اشکالاتی جدی است و همچنین انتقاداتی نیز بر نظریه منطقه‌گرایی وارد شده است به طوری که نمی‌توان این دیدگاه را به طور خالص پذیرفت. در این باره دکتر کارت نادلمن می‌گوید: «قابلیت اعطا ف در قواعد ورشکستگی بین‌المللی ضروری و ناگزیر است. در چنین وضعیتی یک قاعده اعطاف ناپذیر و خشک نمی‌تواند تمام مشکلات را به گونه‌ای رضایت‌بخش حل کند. نه نظریه منطقه‌گرایی و نه نظریه یکسان‌سازی (حضور در همه‌جا در یک وقت) نمی‌توانند به طور کافی حریف چنین وضعیت متفاوتی باشند.» (H.Nadelmann, 1946, 167)

به همین دلیل در نهایت، طرحی در این حوزه پیشنهاد شد که مورد توجه دولتها و سازمان‌های بین‌المللی قرار گرفت و بر مبنای این طرح قوانین بین‌المللی در مورد ورشکستگی تدوین گردید. این طرح که بر اساس «همکاری کشورها» استوار بود تقریباً میان دو دیدگاه ارتباط برقرار می‌کند البته در عمل، هیچ کشوری دیدگاه جهانی‌سازی یا منطقه‌گرایی را بدون تغییر و اصلاح این دیدگاهها اجرا نمی‌کند مثلاً قانون ورشکستگی ایالات متحده شیوه اصلاح شده دیدگاه جهانی‌سازی را اجرا کرد به گونه‌ای که موافقت کردن که مبنای اصلی این قانون بر این امر استوار شود که دارایی‌ها باید بر یک پایه جهانی‌سازی جمع و استوار شوند.^۱ این دیدگاه بر این فرض استوار بود که در یک سیستم همکاری بین‌المللی برخی کاهش‌های بر منافع داخلی در یک مورد، به شدت توسط مورد دیگر متوازن و جران می‌شود در حالی که به طور کلی تجارت سود زیادی در پی خواهد داشت که ناشی از اجرای قواعد قابل پیش‌بینی است. هرچند قانون ایالات متحده این حق را برای دادگاه‌های داخلی قائل می‌شود که به صلاحیت خود عادلانه بودن نادرسی در کشور اصلی را ارزیابی کنند و از منافع طلبکاران داخلی در شرایط خاص حفاظت و مراقبت نمایند (L.Bufford and Others, 2001, 5)

همکاری‌هایی که برای رفع این موانع ایجاد می‌شود نوعاً توسط سیستم‌های حقوقی بین‌المللی و نهادهای جهانی اتفاق می‌افتد.² هنوز در سایر متون قانونی، برخلاف وجود موانع، همکاری‌ها انجام می‌شود. بهتر است نهادهای رسمی و سازمان‌های بین‌المللی روش‌های اجرایی مبهم را به واسطه عرف‌های اجرایی (همراه با جزئیات کامل) معین نمایند. آن‌ها می‌توانند بسیاری از مشکلات را به واسطه کسب اطلاعات و انتشار آن‌ها میان کشورهای عضو حل نمایند. حتی در موقع رویارویی با برنامه‌های پیچیده یا مشکلات سخت و بی‌نتیجه که آفت و بالای جهانی‌سازی است، سیستم‌ها و نهادهای بین‌المللی می‌توانند به واسطه موضوعات مرتبط به هم، همکاری بین‌المللی را تسهیل بخشند. هر کدام از این روش‌ها وظیفه‌ای را بر عهده دارند که در اینجا به آنان اشاره خواهیم کرد:

الف- عرف و ضابطه‌های جزئی

سازمان‌های بین‌المللی اطلاعات و روش‌های را از عرف مهیا می‌کنند که می‌توان به واسطه آن‌ها مشکل اجرای مبهم همکاری‌های بین‌المللی را حل کرد. پروفسور کن ایوت^۳ و دانکان استیدال^۴ از این روش به عنوان «عرف ۱- اما در پونه ورشکستگی شرکت سیمون ملائده می‌شود این دیدگاه اتخاذ شده قانون ورشکستگی ایالات متحده نه دیدگاه منطقه‌گرایی. اما به جای آن‌ها یک دیدگاه قبل احاطی را اجرا کرد که به شرایط هر فرد وابسته بود (Hong Kong & Shanghai Banking Corp v. Simon (9th Cir. 1998

۲- سیستم‌های حقوقی و نهادهای بین‌المللی نیازمند یک نقش مرکزی برای آسان کردن همکاری‌های بین‌المللی هستند. Amir N. Licht. 1991. 76) استفن کراسنر یک سیستم حقوقی را به عنوان یک مجموعه از اصول، هنجارهای قواعد و تضمینات صریح با ضمنی می‌داند که برای ایجاد رویاهای در ورشکستگی بین‌المللی مورد نیاز می‌باشد و این عوامل مورد انتظار، حوزه ارتباطات بین‌المللی را پوشش می‌دهند.

Stephen D.Krasner, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, in International Regimes, INTERNATIONAL ORGANIZATION 36, Spring 1982.

3- Kenneth Abbott.

4- Duncan Snidal.

جزئی» یاد کرداند. ممکن است کشورها به علت هزینه‌های ارتباطی و اطلاعاتی زیاد و همچنین عقلانی نبودن این موضوع که باعث ایجاد مشکلاتی می‌شود، تمام تواوفات و خلبطه‌های موجود در قرارداد را به صورت مکتوب ننویستند (مثلاً مکتوب کردن معاهده‌ای که تمام احتمالات راییان می‌نماید). سازمان‌ها فرآیندی را مهیا می‌کنند که به واسطه این فرآیند قواعد و خلبطه‌ها که جزئی و کوچک شده‌اند، در تمام دعاوی خاص گنجانده شوند (Tung, 2001, 89-91).

ب- حل مشکلات پیچیده

همچنین سیستم‌ها و سازمان‌های بین‌المللی در غلبه بر مشکلات پیچیده تواناً هستند. علاوه بر این، همکاری چندجانبه بین کشورها نوعاً نیازمند کمک از جانب سیستم‌ها و نهادهای رسمی است. هزینه‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی پایین‌تر به نوع دیگری می‌توانند مانع همکاری‌های بین‌المللی شوند. آن‌ها با جمع‌آوری و انتشار اطلاعات در مورد کشورهای عضو، سبب تسهیل شناسایی منافع مشترک و پایین‌آوردن هزینه‌های موافقتنامه‌های مذاکره‌ای و نظارت بر تطبیق کشورها می‌شوند. همچنین سیستم‌های حقوقی می‌توانند زمینه را برای دستیابی به توافق برای اجرای جمعی فراهم کنند. همان‌گونه که بین شدن تهاشایسته است که سیستم‌های حقوقی به روشن شدن اجرای مجهود کمک کنند، بلکه آن‌ها باید هزینه انتشار این استانداردها را برای کشورهای عضو پایین بینورند. این سیستم‌ها ممکن است اطلاعاتی در مورد شووه‌های رفتاری برای تطبیق با عوامل خاص را منتشر نمایند. کم کردن هزینه‌های اطلاعات در تمام این حوزه‌ها سبب ایجاد همکاری ارزان به نسبت وجود عیوب در این همکاری‌ها می‌شود که شناس دست‌یابی و پشتیبانی از تواوفات چندجانبه را فراش می‌دهد. این دیدگاه‌آرای قابلیت پیش‌بینی هر کشور برای اجرای برخی تواوفات اش علاوه بر توسعه و پیشبرد تهسیلات برای ایجاد همکاری‌های چندجانبه حمایت می‌کند. (Tung, 2001, 93)

ج- حلقه‌های اتحاد

حتی اگر شرایط برای همکاری در یک وضعیت مشکل ایجاد شود یا حتی اگر دولتها به بن‌بست برستند (یعنی دولتها هیچ‌گونه منافع مشترکی نداشته باشند) به طور کلی این همکاری قابل از بین رفتن و قطع شدن نیسته. یک سیستم حقوقی ممکن است قادر باشد تا به واسطه پایین‌آوردن سطح عدم تعیت کشورها سبب ایجاد همکاری بین کشورها شود. حلقه‌های اتحاد یا برگزاری مذاکرات در مورد مشکلات بر سر موضوعات مختلف، می‌تواند سبب کاهش اختلافات میان کشورها شود و همچنین باعث افزایش همکاری میان آن‌ها گردد «در فضای روابط و ارتباطات طولانی مدت، چانهزنی به وقوع می‌بینند و این شیوه‌ای است از اثرات روابط طولانی مدت که منجر به فرآیند چانهزنی خاص می‌شود». (Tung, 2001, 94).

در انتهای باید بیان کرد که سیستم‌ها جهانی و نهادهای رسمی بین‌المللی با ایجاد روش‌هایی که ذکر شد، باعث تسهیل روابط در همکاری‌های بین‌المللی می‌شوند.

۹- دیدگاه‌های حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی در حقوق ایران

در قوانین ایران مقررات خاصی در این رابطه وجود ندارد اما حقوقدان ایرانی به اختصار به دیدگاه‌های حاکم بر ورشکستگی بین‌المللی پرداخته‌اند و استدلال‌های خود را در این راستا بیان داشته‌اند، که در اینجا به این نظرات می‌پردازیم:

الف-نظریه وحدت ورشکستگی

باید توجه کرد که نظریه سرزمینی بودن^۱ و چندگانگی^۲ ورشکستگی برای طلبکار دلای امتیازاتی می‌باشد (عرفانی، ۱۳۷۲، ۱۹۸) از این روست که برخی از حقوقدانان نظریه تعدد ورشکستگی که مبتنی بر هدف ورشکستگی و تکنیک آن می‌باشد، قابل انتقاد می‌دانند. زیرا از لحاظ هدف ورشکستگی که عبارت از ایجاد تساوی بین طلبکاران ورشکسته می‌باشد، تحقق پذیر نیست. باید توجه داشت که وقتی رسیدن به هدف تساوی بین طلبکاران امکان‌پذیر است که همه مدارک و دلایل در دسترس دادگاه مأمور رسیدگی کننده قرار بگیرد (هر چند در عمل گردآوری مدارک لازم برای رسیدگی واحد مشکل است)، از طرف دیگر کمک به تاجر بدھکار به لحاظ پراکنده بودن طلبکاران از طریق قرارداد ارفاقی^۳ امکان پذیر نخواهد بود، مگر این که قرارداد مذکور در کشورهای دیگر معتبر شناخته شود ملاحظه می‌شود که نظریه وحدت و عمومیت ورشکستگی، به لحاظ وحدت مدیر تصفیه و وحدت دلایی و وحدت قانون لازم‌لاجر اسهولت زیادی برای دادرسی ورشکستگی فراهم می‌سازد با وجود این، عده‌ای از حقوقدانان آثار حقوقی حکم ورشکستگی صادر از کشور خارجی را در کشور خود قبول ندارند و قانون ملی را قوی و اولی می‌دانند (عرفانی، ۱۳۷۲، ۱۹۶)

جا دارد در اینجا به این مورد هم اشاره کنیم که برخی از حقوقدانان ایرانی از عناوینی برای این بحث استفاده کرده‌اند که در ظاهر مشابه با نظریه وحدت ورشکستگی یا همان جهانی‌سازی است ولی به صراحت در مورد تأثیر بین‌المللی حکم ورشکستگی صادر از یک دادگاه را برای اموال تاجری که در کشورهای مختلفی واقع شده‌اند قبول ندارد و در نهایت با توجه به استناد به قانون ایران نظریه منطقه‌گرانی را پذیرفته‌اند. (نصیری، ۱۳۷۰، ۲۴۰)

ب-نظریه تعدد ورشکستگی

حقوقدانان ایرانی بعد از تعریف دو سیستم تعدد ورشکستگی^۴ و وحدت ورشکستگی^۵ ایا همان عمومیت ورشکستگی^۶ نظرات خود را با استدلال‌هایی در این باره مطرح می‌کنند و با استدلال‌های خود می‌خواهند بیان کنند که در حقوق ایران کدام نظریه مقبول‌تر است.

یکی از این استدلال‌ها مبتنی بر ماده ۹۷۱ قانون مدنی است. بر اساس قسمت اخیر این ماده که بیان می‌دارد: «مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». به عبارت دیگر این استناد ملاک تشخیصی است که به وسیله آن می‌توان بیان کرد هرگاه دادگاهی در خارج از ایران حکم ورشکستگی تاجری را صادر کرده باشد که دارای اموال و طلبکارانی در ایران است، دادگاه ایرانی نیز می‌تواند به ورشکستگی وی رسیدگی کرده، حکم دیگری صادر کند تا صدور حکم ورشکستگی از طرف دادگاه ایرانی، طلبکاران تاجر در ایران می‌توانند از کلیه حقوق برخوردار باشند (اسکینی، ۱۲، ۱۲۸۶)

علاوه بر این باید بیان داشت که مواد ۳۴ و ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۷ هم در مورد صلاحیت انحصاری دادگاه اقامتگاه تاجر و شرکت‌های بازارگانی ورشکسته به گونه‌ای اظهار نظر کرده است. بنابراین هرگاه حکم ورشکستگی تاجر با شرکت مقیم ایران به وسیله یک محکمه خارجی صادر شود، مدیر تصفیه نمی‌تواند به این عنوان نسبت به اموال تاجر ورشکسته در ایران وضع ید کند و عملاً چنین حکم ورشکستگی مطلقاً تأثیر برون مرزی نخواهد داشت و صلاحیت مدیر تصفیه در این فرض، در حدود مایملک تاجر ورشکسته که در قلمرو صلاحیت قضایی کشور صادر

1- TERRITORIALITE (F).

2- PLURALITE (F).

3- CONCORDAT.

4- Faillites multiples (F).

5- Unité de la faillite (F).

6- universalité de la faillite (F).

7- در قانون آین دادرسی مدنی مصوب، سال ۱۳۸۱ ماده ۲۱ و ۲۲ جایگزین ماده ۳۴ و ۳۵ قانون قدیم شدند.

کننده حکم واقع است، می‌باشد. (نصیری، ۱۳۷۰، ۲۴۰)

براساس ماده ۳۴ ق. آدم باید این گونه بیان کرد که فرض کنیم تاجر ورشکسته مقیم ایران نیست ولی در ایران اقدام به افتتاح یک شعبه یا نمایندگی نموده است. در این فرض، محاکمه ایرانی به استناد ماده ۳۴ ق. آدم می‌تواند حکم ورشکستگی تاجر غیر مقیم در ایران را صادر کند ولی نظر به این که حکم صادره بر منای احراز صلاحیت دادگاه ایرانی در مفهوم بین‌المللی صادر نشده است، تأثیری در خارج از ایران نخواهد داشت و حکم فقط از لحاظ بستانکاران ایرانی و اموال واقع در ایران مؤثر است. (نصیری، ۱۳۷۰، ۲۴۰)

جا دارد که در این جایان کنیم با توجه به ماده ۳۵ قانون آین دادرسی مدنی (ماده ۲۲ قانون جدید) قانونگذار از سیستم وحدت تعییت کرده است. اما ماده ۳۴ قانون آین دادرسی مدنی (ماده ۲۱ قانون جدید) تابع سیستم تعدد است. اساساً قابل توجیه نیست که مفنن دو سیستم را بپذیرد، ضمن این که باید راه حلی را پیدا کنیم که به نفع طلبکاران ایرانی باشد، بنابراین با توجه به کلمه «بازار گذان» که در ماده ۳۴ ق. آدم به کار رفته است باید بر این عقیده بود که قانونگذار ما از سیستم تعدد تعییت کرده و از همین روست که در این ماده گفته شده است: در صورتی که مرکز اصلی شرکت در ایران واقع نباشد دعواهی توقف را می‌توان در دادگاهی اقامه کرد که در حوزه آن دادگاه شعبه آن شرکت قرار داشته باشد. (فخاری، ۱۳۷۸، ۸)

در انتها باید بیان کرد که حقوقدانان ایرانی به علت عیوبی که در نظریه وحدت ورشکستگی بیان شده استه این نظریه را کنار گذاشته و موافق اجرای نظریه تعدد ورشکستگی با همان منطقه‌گرایی می‌باشد. چرا که نظریه وحدت ورشکستگی باعث به وجود آمدن یک حکم در یک دادگاه برای تمام اموال ورشکسته در سطح جهان است در حالی که نظریه تعدد ورشکستگی باعث صدور احکام متعدد برای اموال مختلف ورشکسته در کشورهای مختلف می‌باشد. از همین رویکرد است که قانونگذار ما در لایحه قانون تجارت که در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی است در ماده ۶۰ بیان داشته است: «در صورتی که اموال ورشکسته در حوزه قضایی دیگری واقع باشد و دخالت در آن اموال نیازمند اجازه قضایی باشد، مدیر تصفیه با اخذ نیابت قضایی از مرجع قضایی صادر کننده حکم ورشکستگی برای مرجع قضایی محل وقوع اموال، در خصوص مورد اقدام مقتضی به عمل می‌آورد.» هرچند در ماده فوق الذکر اسمی از وحدت یا تعدد ورشکستگی با دعوی ورشکستگی بین‌المللی به میان نیامده است اما یکی از مصادیق اعطای نیابت قضایی به مرجع قضایی محل وقوع اموال، در زمانی است که مال شخص ورشکسته در کشور خارجی واقع شده باشد. بنابراین مرجع قضایی محل وقوع مال است که باید در مورد شیوه اجرای حکم ورشکستگی در مورد اموال شخص ورشکسته تصمیم‌گیری نماید و این به منزله تعدد ورشکستگی با منطقه‌گرایی در دعوی ورشکستگی بین‌المللی است.

۱۰- نتیجه

همان طور که مشاهده گردید دو نظریه اصلی بر ورشکستگی‌های بین‌المللی حاکم است که عبارت‌اند از «جهانی سازی» و «منطقه‌گرایی». با توجه به انتقادات جدی وارد بر جهان‌گرایی و بررسی امتیازات این دیدگاه که جنبه نظری داشت تقریباً تمامی کشورهای دنیا به این تتجه رسیده‌اند که دستیابی به دیدگاه جهانی شدن در حوزه ورشکستگی بین‌المللی ممکن نیست یا هنوز موعد آن فرا نرسیده است.

با کنار گذاشتن جهانی سازی به خاطر نقاوص متنی، نظریه منطقه‌گرایی همچنان در سطح بین‌المللی قابل اجراست. لازم به ذکر است که منطقه‌گرایی در طول سال‌های گذشته روند پر افتخاری در سیستم قضایی کشورهای دنیا داشته است. تحلیل گرلن بر این باورند که منطقه‌گرایی چه در گذشته و چه در حال همیشه عملکرد کارآمدی داشته است. حقیقتاً منطقه‌گرایی به رفتارهای طولانی دولتها برای صلاحیت داشتن بر اموال و اشخاصی که در

قلمروی آن‌ها قرار دارد توجه دارد. تجزیه و تحلیل‌ها نشان می‌دهند که منطقه‌گرایی همیشه وجود داشته و همیشه روابط حاکم بوده است. (M.Lopucki,2000, 2220)

اما با توجه به پیچیدگی دعاوی ورشکستگی و ارتباط مستقیم این دعاوی با سیاست‌های تجاری و مالی کشورها نیاز است نوعی همکاری و هماهنگی میان دادگاه‌های کشورهای درگیر در یک دعوا ورشکستگی برای اجرای بهتر و آسان‌تر امور تصفیه تاجر ورشکسته اجرای گردد. به عبارت دیگر نیاز است نظریه منطقه‌گرایی تغییر شود تا دادگاه‌ها با انتعاف بیشتری بتوانند تصفیه امور ورشکسته را تجام دهند هر چند که ورشکستگی، عمده‌اً حوزه بسیار مشکلی برای هماهنگی‌ها یا همکاری‌های بین‌المللی است. از این رو سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی اقدام به تصویب و توزیع مقرراتی در رابطه با ورشکستگی‌های بین‌المللی کرده‌اند که از جمله این قوانین می‌توان به قانون مدل آسیتال در ورشکستگی‌های بین‌المللی^۱، مقررات اتحادیه اروپا^۲، موافقنامه تجارت ازاد آمریکای شمالی^۳... اشاره کرد.

از قوانین ایران نه نظریه وحدت ورشکستگی و هم نظریه تعدد ورشکستگی قابل لستباط است اما از آن جا که یک قانونگذار نمی‌تواند دو سیستم را به اجرای بگذارد باید سیستم تعدد ورشکستگی را که دلایل امتیازات بیشتری است پذیرفت.

منابع

- ۱- اسکینی، ریما، حقوق تجارت ورشکستگی، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
- ۲- فخاری، امیرحسین، تقریرات دروس حقوق تجارت، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸.
- ۳- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد ۲، تهران، انتشارات جهان دانشگاه (ماجد)، ۱۳۷۷.
- ۴- نصیری، مرتضی، حقوق جند ملیتی، تهران، نشر داش امروز، ۱۳۷۰.
- 5- Amir N.Licht, "Games Commissions Play: 2x2 Games of International Securities Regulation", Yale journal International law, Number 81, 1991.
- 6- Andrew T.Guzman, "International Bankruptcy: In Defense of Universalism", Michigan Law. Review, Number 96, 2000.
- 7- C.T.Curtis, "The Status of Foreign Deposits Under the Federal Deposit Preference Law", vol 21, University of Pennsylvania Journal Of International Economic Law No.2, Summer 2000.
- 8- Frederick Tung, "Skepticism about Universalism International Bankruptcy International Relations", University of California-Berkeley,2002 At [Http://www.repositories.cdlib.org/blewp/43](http://www.repositories.cdlib.org/blewp/43).
- 9- Frederick Tung, "Is International Bankruptcy Possible?", Michigan Journal of International Law, Number 23, 2001.
- 10-A-Jay Lawrence Westbrook, Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies, 17 Brook Journal International Law, 1991.
- 11-B- Jay Lawrence Westbrook,"Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum", 65 Am. Banker Law Journal, 1991.
- 12- Jay Lawrence Westbrook, "Universal Participation in Transnational Bankruptcy in Making Commercial Law: Essay In Honor of ROY GOODE", Ross Cranstone ed, 1997.
- 13- Jay Lawrence Westbrook, "A Global Solution to Multinational Default", Michigan Law Review ,2000.
- 14- John Lowell, "Conflict of Laws as Applied to Assignments of Creditors", 1 Harvard .Law. Review, 1888.
- 15- Kurt H. Nadelmann, "Solomons v.Ross and International Bankruptcy Law", Modern Law Review, Number 9, 1946.
- 16- Lucian Arye Bebchuk & Andrew T.Guzman, An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies, Vol 42, Journal of Law Economic, 1999.
- 17- Lynn M.Lopucki, "Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach, CORNELL Law Review, 1999.
- 18- Lynn M Lopucki, "The Case for Cooperation Territoriality in International Bankruptcy", 89 Michigan Law. Rev,2000.
- 19- Manfred Balz, » The European Union Convention on Insolvency Proceedings», 70 American Banker Law Journal, 1996.
- 20- Rosa María Lastra and Clas Wihborg, "Resolving Cross-border Banking Crises", International Financial and Monetary Law, October 2006.
- 21- Roy Goods, "Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials", New York, OXFORD University Press, 2007.
- 22- Samuel L.Bufford and Others, "International Insolvency", Federal Judicial Center Publication, 2001.
- 23- Soojeun Oh, "Creditor Rights in Insolvency Procedure .Insolvency Systems in Asia: An Efficiency Perspective", OECD Publisher, Nov.29-30 1999, at www.oecd.org/daf/corporate -affairs/insolvency/in-asia/oh.pdf.
- 1- UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency.
- 2- European Union Regulation on Insolvency Proceedings.
- 3- North American Free Trade Agreement (NAFTA).

هزینه دادرسی در مرحله فرجام خواهی

علیرضا قنبری

الف- طرح بحث.

ب- جایگاه قانونی دیوان عالی کشور.

پ- هزینه دادرسی.

ت- هزینه دادرسی در مرحله رسیدگی در دادگاه بدوي و حکم غایبي و تجدیدنظر.

ث- هزینه دادرسی در مرحله رسیدگی در دیوان عالی کشور.

ج- نتیجه گیری.

الف- طرح بحث



هزینه دادرسی یکی از مباحث مهم در آینه دادرسی است و خصوصاً در دعاوی حقوقی که غالباً دعاوی مالی است و نیازمند تقویم خواسته و پرداخت هزینه دادرسی در مراحل مختلف می‌باشد بسیار حائز اهمیت می‌باشد در قانون آینه دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۷/۱/۲۱ و اصلاحات بعدی آن باب هشتم در دو فصل طی مواد ۵۰۲ الی ۵۱۴ به این مهم اختصاص یافته است. همچنین در مواد متعدد نیز به انتخاء مختلف به این امر پرداخته است از قبیل فصل دوم از باب سوم در مقررات مربوط به بھای خواسته (مواد ۶۱ الی ۶۳) و یا فصل دوم از باب چهارم در مقررات مربوط به احکام قبلی تجدیدنظر خواهی (ماده ۳۳۰) و یا مبحث اول از فصل اول از باب پنجم در مقررات مربوط به فرجام خواهی (ماده ۳۶۷) که به بیان موارد تعیین خواسته می‌پردازد و بدیهی است بھای خواسته صرف نظر از تعیین صلاحیت و قابلیت تجدیدنظر خواهی با فرجام خواهی عمده‌تا در خصوص پرداخت هزینه دادرسی واحد اهمیت است. در خصوص مرحله فرجام خواهی مقررات آینه دادرسی مدنی و بعض قوانین مرتبط دیگر در خصوص پرداخت هزینه دادرسی دارای ابهاماتی است که در این نوشتار به بررسی ابهامات مذبور و تبیین موضوع می‌پردازیم.

ب- جایگاه قانونی دیوان عالی کشور

دیوان عالی کشور یا دیوان تعمیر، نهادی قضایی است که برای نظارت بر حسن اجرای قوانین تأسیس گردیده است. تأسیس دیوان عالی کشور در ایران تقلیدی از عالی ترین مرجع قضایی در نظام حقوقی فرانسه یعنی Court

بوده است. مصطفی منصورالسلطنه (عدل) در سال ۱۳۲۷ ق. ۱۹۰۷-۱۹۱۰ م. یعنی زمانی که تشکیلات دیوان تمیز (دیوان عالی کشور) هنوز قانوناً مشخص نشده بود راجع به دیوان تمیز می‌نویسد: «دیوان تمیز محکمه عالیه‌ای است که مافق تمام درجات محکم بوده و فقط در بایتخت منعقد می‌شود و بر عکس سایر محکم که حوزه اختارشان (صلاحیت) محدود بوده و منحصر به یک محله یا یک شهر و یا ایالت است دیوان تمیز تمام خاک ایران را در تحت اختار (صلاحیت) داشته و تمام احکام قابل تمیز را از هر محکم که صادر شده باشد می‌تواند تمیزاً رویت و رسیدگی نماید.»

وی اضافه می‌کند که: «اهم وظایف دیوان تمیز آن است که مراقبت کامل نماید تا سایر محکم، قوانین مملکت را صحیحاً تأویل و اجرا نمایند. دیوان تمیز به کنه و اصل دعاوی که رؤیت می‌کند؛ رسیدگی نمی‌نماید. یعنی باید تمام نکات و دعاوی را که حکام اولیه قبول نموده‌اند ثابت دانسته و فقط ملاحظه نماید که به فرض ثبوت این نکات و مطالبه؛ آیا قانون صحیح اجرا شده است یا نه؟ و در صورتی که انتباط مصدق با حکم قانون صحیح باشد آن رأی را ابرام کند و اگر انتباط آن مصدق با حکم قانون نادرست باشد آن رأی را نقض کند.»

پند سوم اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی از فصل باردهم نیز که نظارت بر حسن اجرای قوانین را یکی از وظایف قوه قضاییه تعیین می‌نماید در مقام بیان این وظیفه نظارتی است که در اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی در خصوص محکم قضایی آن را بر عهده دیوان عالی کشور به عنوان بخشی از سازمان اصلی قوه قضاییه قرار داده و چنین بیان می‌دارد که: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسؤولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد.» البته در اصل یکصد و هفتاد و چهارم قانون نیز در خصوص حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری آن را بر عهده سازمان بازرسی کل کشور قرار داده که سازمان مزبور نیز بخشی از سازمان قوه قضاییه بوده لیکن در این نوشتار صرفاً به بررسی وضعیت دیوان عالی کشور می‌پردازد. ماده ۳۶۶ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ نیز با تأیید صریح وظیفه نظارتی دیوان عالی کشور چنین بیان می‌دارد که: «رسیدگی فرجامی عبارت است از تشخیص انتباط یا عدم انتباط رأی مورد درخواست فرجامی با موازن شرعی و مقررات قانونی.»

در قسمت صدر ماده ۵۵۸ قانون آینین دادرسی مدنی سابق چنین مذکور گردیده بود که: «مقصود از رسیدگی فرجامی تشخیص این امر است که حکم یا قرار مورد درخواست فرجامی موافق قانون صادر شده یا نه...». با توجه به آن‌چه بیان شد در دیوان عالی کشور رسیدگی قضایی به مفهوم دادرسی ماهیتی صورت نمی‌گیرد و اصطلاح دادرسی اختصاصاً مربوط به محکم بدروی و تجدیدنظر استان می‌باشد. بنابراین ماده ۳۶۸ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ که احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن و طلاق و حجر و وقف را قبل فرجم خواهی در دیوان عالی کشور دانسته است ناظر بر رعایت شرایط شرعی و قانونی این گونه دعاوی است و منظور قانونگذار رسیدگی ماهوی به دعاوی مزبور نیست. از مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ نیز چنین مستفاد می‌گردد که احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن و طلاق و حجر و وقف که پس از رسیدگی ماهیتی از محکم بدروی صادر گردیده باشد ایندانا در محکم تجدیدنظر استان قبل تجدیدنظر خواهی ماهیتی است و چنان‌چه از این گونه احکام در مواعده مقرر قانونی تجدیدنظر خواهی شده و یا نتشه باشد قبل رسیدگی فرجامی (شکلی) در دیوان عالی کشور می‌باشد. اما در بند پنجم ماده ۳۷۱ قانون آینین دادرسی مدنی که در قانون آینین دادرسی مدنی سابق پیش‌بینی نگردیده بود چنین قید گردیده است که دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی فرجامی به بررسی این مطلب که «تحقیقات انجام شده ناقص بوده و یا به دلایل و مدافعت طرفین توجه نشده باشد» نیز می‌پردازد از پند مرقوم ممکن است چنین استباط گردد که رسیدگی دیوان عالی کشور در مواردی نیز ماهیتی محسوب خواهد

گردید و دیوان عالی کشور نیز همچون محاکمه تجدیدنظر حق خواهد داشت در ماهیت دعوی ورود نموده و اثباتاً یا نفیا اظهارنظر نماید. اما چنین استباطی صحیح نخواهد بود زیرا بررسی دیوان عالی کشور نسبت به چگونگی تحقیقات محاکم بدی و تجدیدنظر نیز منحصر ارسیدگی شکلی است و دیوان عالی کشور صرفاً به محاکمه بدی و یا تجدیدنظر مذکور می‌گردد که اصحاب دعوی دلایلی ابراز نموده‌اند که توسط محاکم فوق مورد توجه قرار نگرفته است و این که آیا دلایل فوق ماهیتاً موجب اثبات یا نفی حقی برای اصحاب دعوی گردد مجدداً در صلاحیت محاکم رسیدگی کننده بدی و یا تجدیدنظر می‌باشد. در مواد ۵۵۹ و ۵۶۰ قانون آینین دادرسی مدنی سابق صرفاً بندهای اول الی چهارم ماده ۱۷۳ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ ذکر شده بود و بند پنجم در قانون ۱۳۷۹/۱/۲۱ اضافه گردیده علی‌ایصال اگرچه بند پنجم ماده ۳۷۱ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ مفهوماً و منطوقاً استبطاً رسیدگی ماهیتی توسط دیوان عالی کشور را تقویت می‌نماید لیکن با توجه به جایگاه قانونی دیوان عالی کشور و صراحت اصول متعدد قانون اساسی و مواد مختلف قانون آینین دادرسی مدنی که وظیفه اصلی دیوان عالی کشور را منحصر تشخیص انتطبق یا عدم انتطبق رأی مورد فرجام‌خواهی با موازین شرعی و مقررات قانونی دانسته است بند پنجم ماده ۱۷۳ قانون آینین دادرسی مدنی را نیز باید منحصر به همین وظیفه قانونی دانست زیرا فرجام‌خواهی طریق فوق العاده اختلاف به احکام است و از سایر طرق شکایت از احکام متمایز دانسته شده است. فرجام نه یک طریقه عدولی مانند رسیدگی واخواهی است و نه یک طریقه تصحیحی مانند رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر می‌باشد رسیدگی فرجمی عدولی نیست زیرا مرجع آن دادگاه صادر کننده حکم نیست رسیدگی تصحیحی نیز نیست زیرا دیوان عالی کشور رسیدگی را تجدید نماید بنابراین با توجه به مراتب پیشگفتار و این که عنوان دادرسی مستلزم حضور و دفاع اصحاب دعوی است در حالی که در دیوان عالی کشور هرگز اصحاب دعوی چهت دفاع حضور نمی‌باشد لذا رسیدگی دیوان عالی کشور عنوان دادرسی به مفهوم اخسن آن که در محاکم بدی و تجدیدنظر صورت می‌گیرد را نخواهد داشت حال باید بینیم که اگر در دیوان عالی کشور، دادرسی صورت نمی‌گیرد و اجرای وظیفه نظارتی قضایی از چهت اجرای صحیح قوانین نیز تکلیف هیأت حاکمه است که آن را به قوه قضاییه و قوه قضاییه به دیوان عالی کشور محو نموده است آیا برای اجرای چنین وظیفه نظارتی در قانون آینین دادرسی مدنی و سایر قوانین مربوطه هزینه دادرسی پیش بینی گردیده است؟

پ- هزینه دادرسی

مطابق ماده ۵۰۲ قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی هزینه دادرسی عبارت است از:

- ۱- هزینه برگهایی که به دادگاه تقدیم می‌شود.
- ۲- هزینه قرارها و احکام دادگام

در قانون آینین دادرسی مدنی سابق هزینه‌هایی که شخص در مقام دادخواهی باید پرداخت می‌نمود را تحت دو عنوان «هزینه دادرسی» و «هزینه دفتر» مورد بحث قرارمی‌داد اما در قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ کلیه هزینه‌ها تحت عنوان هزینه دادرسی مورد بحث واقع شده‌اند هزینه‌های دادرسی در هر مرحله اعم از بدی و تجدیدنظر شامل هزینه تقدیم دادخواست و هزینه تصدیق اوراقی است که به دادگاه تقدیم می‌گردد. هزینه‌هایی همچون هزینه اظهارنامه و یا هزینه‌های اجرایی جزء هزینه‌های

دادرسی محسوب نمی‌گردد. در برخی از قوانین ازعنایی هزینه دادرسی استفاده نشده است همچون ماده ۱۱۰ قانون تأمین اجتماعی مصوب تیر ماه ۱۳۵۴ که از عنوان «هزینه تمیر دعاوی» استفاده کرده است. اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۱۳۷۱/۹۰۶-۷/۹۴ در ارتباط با مفهوم هزینه تمیر دعاوی متدرج در قانون مرقوم اعلام ناشته است که: «طبق ماده ۱۱۰ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴؛ تأمین اجتماعی از پرداخت هزینه تمیر دعاوی معاف است و چون هزینه دفتری غیر از هزینه دعاوی است لذا معافیت مذکور شامل هزینه دفتری نمی‌شود.»

ت- هزینه دادرسی در دادگاه بدوي و حکم غيابي و تجدیدنظر

مطابق ماده ۵۰۳ قانون آینين دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی هزینه دادخواست کنی یا شفاهی اعم از دادخواست بدوي و اعتراض به حکم غيابي و مقابل و ورود و جلب ثالث و اعتراض شخص ثالث و دادخواست تجدیدنظر و فرجام و اعاده دادرسی و هزینه و کالتانمه و بيرگهاي اجرائي و غيره همان است که در ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معين مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و يا ساير قوانين تعين شده است که به صورت الصاق و ابطال تمير و يا واريز وجه به حساب خزانه پرداخت مي‌گردد.

ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ در بندهای ۴ و ۶ و قسمتهای «الف» و «ب» از بند ۱۲ به بيان هزینه‌های دادرسی مرحله بدوي و حکم غيابي و تجدیدنظر پرداخته است. بدين ترتيب که در مرحله بدوي دعاوی که خواسته آن تا مبلغ ده ميليون ريال تقويم شده باشد معامل يك و نيم درصد ارزش خواسته و بيش از مبلغ ده ميليون ريال به تسبیت مازاد برآن درصد ارزش خواسته تعیين گردیده است. در مرحله تجدیدنظر و اعتراض به حکمی که بدلويا یا غيابا صادر شده باشد نيز سه درصد به تسبیت ارزش محکوم به تعیين گردیده است. علاوه بر هزینه‌های فوق نيز بايد مبلغ يك هزار ريال بر روی اوراق دادخواست و شکوایه ابطال تمير گردد. هزینه تصدیق اوراق و گواهی‌های صادره از دفاتر دادگاهها و کلیه مراجع قضائی نيز در هر مورد مبلغ دویست ريال تعیين شده است که بر روی تصاویر اوراق پس از رؤیت اصول آن‌ها الصاق و ابطال تمير مي‌گردد.

ث- هزینه دادرسی در دیوان عالی کشور

مطابق ماده ۵۰۳ قانون آینين دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص هزینه دادخواست فرجام به ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معين مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ ارجاع مي‌نماید. ماده ۳۸۳ قانون آینين دادرسی مدنی نيز عدم پرداخت هزینه دادرسی مرحله فرجامی را زوجات اخطار رفع تقصی دانسته است. اما در مراجعيه به ماده ۳ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و... مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ ارجاع مي‌نماید. ماده ۱۲ ماده ۳ نيز ناظر به هزینه‌های دادرسی مرحله بدوي؛ اعتراض به حکم وازهای به نام فرجام دیده نمي‌شود و بند ۱۲ ماده ۳ نيز ناظر به هزینه‌های دادرسی مرحله بدوي؛ اعتراض به حکم غيابي؛ تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان؛ تجدیدنظر در دیوان عالي کشور؛ اعتراض ثالث و اعاده دادرسی است و در مورد هزینه مرحله فرجام حکمی ندارد.

همان‌گونه که در ابتدای اين نوشثار متذکر شدیم رسیدگی در دیوان عالي کشور به صورت شکلي و جهت تشخيص اطباق آرای صادره با موافقین شرعی و قانوني است و در دیوان عالي کشور دادرسی همانند محکم بدوي و تجدیدنظر صورت نمی‌گيرد. در قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و... مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ نيز جهت رسیدگی تجدیدنظری در دیوان عالي کشور هزینه دادرسی معين نموده است. در حالی که در ماده ۳۸۳ و ۳۸۷ قانون

آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از هزینه فرجامی نام می‌برد و ذکر «رسیدگی تجدیدنظری در دیوان عالی کشور» در قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و... مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۸ با عنوان مصadge در قانون آین دادرسی مدنی مناقات داشته و چنین تصور می‌شود که در دیوان عالی کشور رسیدگی تجدیدنظری نیز صورت می‌گیرد.

مشخص نیست علی‌رغم آین که قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۸ مقدم بر تاریخ تصویب قانون آین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۱ بوده و هر دو قانون مزبور نیز توسط مجلس شورای اسلامی تصویب گردیده به چه علت قانونگذار در عطف مبحث هزینه دادرسی در قانون آین دادرسی مدنی به قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۸، توجهی به متن قانون مقدم‌التصویب در خصوص موضوع ننموده است؟

ج-نتیجه‌گیری

باتوجه به آن‌چه بیان گردید، لازم است که قانونگذار ابهام موجود مربوط به جایگاه دیوان عالی کشور و همچنین وضعیت هزینه دادرسی را در مرحله رسیدگی در دیوان عالی کشور مشخص نماید. زیرا مشخص نیست که آیا دیوان عالی کشور بالآخر رسیدگی فرجامی می‌نماید و یا آین که حق رسیدگی تجدیدنظری رانیز دارد؟ و یا آین که اگر حق رسیدگی به هر دو صورت یاد شده برای دیوان عالی کشور لحاظ شده است چگونگی محاسبه و پرداخت هزینه دادرسی برای هر یک به چه نحو می‌باشد. به هر صورت در حال حاضر محکم در عمل معیار محاسبه هزینه دادرسی در مرحله فرجام خواهی را همان مقررات قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۸ دانسته و عبارت تجدیدنظر در دیوان عالی کشور را از باب مسامحه قانونگذار در وضع عبارت قانونی فرض کرده‌ام. قصد قانونگذار از ذکر عبارت فوق را فراموش نمایند و این در حالی است که در مورد قوانین مربوط به آین دادرسی مدنی و به خصوص موضوع هزینه دادرسی، محلی برای تفسیر نیست و مقررات مربوط به آین دادرسی مدنی باید کاملاً بدون ابهام و اجمال و ضعف گردد تا موجبات سردرگمی قضات و اصحاب دعوا را فراهم ننماید.

منبع

- ۱- زراعت، عباس، آین دادرسی دادگاه‌های عمومی در امور مدنی، خط سوم، ۱۳۷۹.
- ۲- مهاجری، علی، مسوغه در آین دادرسی مدنی، انتشارات فکر سازان، ۱۳۵۶.
- ۳- صنر زاده نقش، سید محسن، آین دادرسی مدنی و بازار گانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، انتشارات جهاد دانشگاهی، بهار ۱۳۸۲.

موضوع واقعی شرط قدرت بر تسلیم: قدرت واقعی یا علم بر قدرت

زهرا رحمانی

مقدمه

موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد بین فقها و نویسنده‌گان در نظام‌های حقوقی مورد اختلاف است. عده‌ای فقط قدرت عملی^۱ و خارجی را تحت عنوان قدرت واقعی ملاک می‌دانند و عده‌ای دیگر مقصود واقعی از قدرت بر اجرای تعهد را در علم بر وجود قدرت می‌دانند. در مقابل، گروهی قائل به قدرت معلوم یا مرکب هستند که نوعی قدرت تلقیقی از علم بر وجود قدرت و قدرت عملی است. بعضی مقصود از موضوع این شرط را علم و حتی ظن و وثوق واطمینان بر وجود قدرت می‌دانند و در مقابل گروهی احتمال عرفی و معقول و حتی امید بر قدرت اجرا را کافی می‌دانند.

اختلاف فقهاء در موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد گاهی به برداشت آن‌ها از حدیث «نهی النبی عن الرفر» بستگی دارد پس اگر مصادفی از غیر بیابند عقد را باطل می‌کنند و چون آن‌ها در مفهوم غرر و مصاديق آن اختلاف نظر دارند؛ تبعاً در موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد تیز اجماعاً متفق القول نیستند. گروهی معيار نفی غرر را فقط علم و وثوق بر وجود قدرت می‌دانند و گروهی حتی مطلق ظن را کافی دانسته و امروزه تیز بسیاری از نویسنده‌گان احتمال معقول و عرفی را بر وجود قدرت بر اجرای تعهد کافی می‌دانند و حتی امید به تحقق قدرت را مانع بطلان دانسته‌اند.

اختلافات فوق ضرورت ارائه نظریات مختلف و بررسی تحلیلی این موضوع را توجیه می‌کند؛ به طوری که در پایان می‌توان به موضوع واقعی شرط بی‌برد.

نظریه اول- قدرت علمی

پیش از هر چیز لازم به ذکر است که، در موضوع واقعی شرط قدرت بر انجام تعهد، مقصود از علم همیشه در مقابل جهل نیست، یعنی علم به معنی یقین و قطع واقعی نمی‌باشد، بلکه گاهی اطمینان و وثوق عرفی است که می‌تواند با قدرت عملی و خارجی توأم شود. همان‌طور که در جواهر و مصباح الفقاہه، وثوقی معتبر شناخته شده است که دارای درجه بالاتری از ظن است ولی یقین نیست. (خوبی، ج ۵: ۲۵۷؛ نجفی، ج ۱۳۶۵: ۲۲؛ ۳۹۱: ۲۲)

پس بنابراین وقتی از شرط بودن علم به قدرت بر تسلیم مورد تعهد در هنگام تشکیل عقد صحبت می‌شود،

■ وکیل دادگستری و داشجویی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان.
۱- قدرت علمی معادل قدرت خارجی و ذاتی واقعی است و در مقابل قدرت علمی می‌باشد که صرفاً علم و یقین بر وجود قدرت است.

منظور این است که طرفین در زمان عقد باید به طور عادی و عرفی اطمینان به قدرت بر اجرای تعهد و تسلیم موضوع تعهد در زمان مقرر ناشته باشند. (نیک فرجم، ۱۳۸۸: ۵۵۸)

اهمیت علم در موضوع واقعی شرط قدرت بر اجرای تعهد، عده‌ای را برآن داشته است که مقصود واقعی از قدرت بر اجرای تعهد را در علم بروجود قدرت بدلند و در شایع ترین مصدق این شرط که قدرت بر تسلیم مبیع است، اذعان پذارند که منظور از قدرت بر تسلیم، علم متباینین در حین عقد است بر آن که هر یکی می‌تواند آن‌چه راتمیک نموده و پا تعهد کرده است در موضع مقرر به دیگری تسلیم نماید؛ چنان‌چه اگر یکی از متباینین به آن امر تردید باطن داشته باشد بیع باطل است چون دادن عوض در مقابل مالی که نمی‌داند بدست خواهد آورد غیرعقلائی و غری است. (امامی، ۲۵۳۶، ج ۱: ۴۲۷) به بیان دیگر در مورد قدرت بر اجرای تعهد، عده‌ای اطمینان و ثقوق و اعتماد بر قدرت اعرا را مناط اعتبار می‌دانند؛ از نظر این گروه توافقی تسلیم بیع لازمه آگاه بودن طرفین به شرایط مبیع و چگونگی عقد است. معاظه‌ای که خریدار در امکان دست یافتن به مبیع در تردید باشد، یا بداند که هیچ‌گاه بر آن مستولی نخواهد شد، معامله‌ای است غریب، قانونگذار لازم می‌داند که خریدار و فروشنده با دیده یاز معامله کنند و هر کدام بداند در برای چیزی که می‌دهد به چیز داشت می‌باشد و به همین دلیل است که معامله مبهم یا مورد تردید را منع کرده و توافقی یا تسلیم را از شرایط درستی آن قرار داده است. بنابراین، توافقی واقعی شرط نیسته، اعتماد به وجود این توافقی مناط اثبات است. (تجھی، ۱۳۶۵: ۱۱۲؛ امامی، ۲۵۳۶، ج ۱: ۴۲۷؛ ۱۳۹۱: ۹۹؛ انصاری، ۱۸۷: ۱۳۷۵؛ کاتوزیان، ۱۴۱: ۱۳۷۴) ولی ظاهرًا قانون هنفی ایران لین تحلیل را پذیرفته است زیرا قدرت بر تسلیم را در شرایط مبیع اورده و اشاره‌ای هم به علم و اعتقاد و اعتماد طرفین بر تسلیم و اگر آن ننموده است، در واقع اگر تنها اعتماد طرفین شرط صحبت عقد بیع باشند پس عدم قدرت واقعی در زمان عقد باید عقد را باطل کند، چون طرفین اطمینان بر وجود قدرت داشته‌اند. لیکن این نتیجه به هیچ وجه موردن قبول منطق حقوقی و قوانین مدون نبوده و حتی طرفداران نظریه فوق نیز هرگز صحت عقد بیع را در صورت عدم قدرت واقعی، پذیرفته و معتقدند که در این لمحه «اگر پس از عقد معلوم گردد که متعاقدين در اشتیاه بوده‌اند و در واقع و حقیقت بایع قادر نبوده است و عدم قدرت بر تسلیم به طور مطلق باشد و اختلال رفع آن نشود و حتی اگر عدم قدرت موقع بوده ولی تسلیم مبیع به طور وحدت مطلوب باشد با اطلاق ماده ۳۴۸ بیع باطل است زیرا آن‌چه مقصود مشتری از عقد بیع می‌باشد غیرقابل انجام است و امری که به منظور رسیدن به آن مشتری نمی‌شود» (امامی، ۲۵۳۶، ج ۱: ۴۲۹).

با توجیه بطلان بیع در صورت علم قدرت واقعی توسط این اساتید شاید بتوان ادعا کرد که این عده قدرت مرکب را شرط صحبت عقد می‌دانند که ترکیبی از قدرت واقعی و علم بر وجود قدرت است، ولی این نویسنده‌گان ظاهراً موضوع واقعی قدرت بر اجراء اعلام متعاقدين بر قدرت می‌دانند اما عدم قدرت واقعی راعامل بطلان می‌پنداشند (تعارض) همچنین اگر این گروه با اطلاق ماده ۳۴۸ به علت عدم قدرت علمی عقد را باطل بدانند باید براساس نظر آن‌ها در صورت غفلت قدرت بر تسلیم به نحو موقت در حالی که تسلیم مبیع به طور تعدد مطلوب است نیز عقد باطل باشد ولی آن‌ها می‌گویند که بدون قدرت خارجی واقعی در موعد تسلیم، عقد صحیح و ماده ۳۴۸ منصرف از این موضوع است. (امامی، ۲۵۳۶، ج ۱: ۴۳۰) شاید به نظر آن‌ها عدم قدرت موقع قابل اغماض است و حدوث فوری قدرت در حکم وجود آن در موعد مقرر باشد ولی اصولاً حدوث قدرت بعد از موعد باعث صحت عقد بیع نمی‌گردد و قدرت بر تسلیم ماهیتاً کلای حالت اصلی و ابتدایی است نه عارضی و طاری و حدوث قدرت حتی در حالت تعدد مطلوب نمی‌تواند بطلان عقد به خاطر عدم قدرت بر تسلیم را بدل به صحت کند در مبحث شروط ضمن عقد که شرایط صحت آن به علت عدم تغییر ماهیت تعهد اصلی و تبعی قابل تعمیم به تعهدات اصلی است، عده‌ای از فقهاء می‌گویند: «هرچند تعهد سفهی به فعل ثالث که ارتباط به مشروط علیه ندارد باطل است ولی اگر اطمینان و ثقوق بر ایجاد آن باشد پس شرط مقدور است یعنی برای تحقق شرط مقدور که خود

نوعی قدرت بر اجرای تعهد تبعی است و ثقوق و اطمینان بر ایجاد را پذیرفته‌اند و می‌توان در تعهدات اصلی نیز با اطمینان و ثقوق بر اجرای تعهد آن را مقدور دانست. (سید یزدی، ۱۳۸۷، ج: ۲، ۲۲۵: ۲۲۵) همچنین در شرط ضمن عقدی که مورد آن «تعهد به خوش رساندن زرع» است به علت عدم وثوق بر تحقق شرط در آینده آن را باطل دانسته‌اند. بنابراین می‌توان این گونه نتیجه گرفت که برخی فقهاء وثوق بر اجرای تعهد را برای تحقق تعهد تبعی لازم می‌دانند.

(علامه، ۱۳۷۹: ۱۸۷-۱۸۸)

فقهای زیادی مجموعه مرکب وثوق و اطمینان عرفی را همراه با قدرت واقعی شرط صحبت عقد و موضوع واقعی این شرط می‌دانند (به نقل از: داریشی، ۱۳۷۷: ۸۸)

مرحوم اراکی در موضوع واقعی قدرت بر تسلیم مفصل‌آب نوشته قدرت واقعی و قدرت معلوم و قدرت مرکب می‌پردازد او بعد از آن که شرحا سوم از شرط عوضین را قدرت بر تسلیم می‌داند، اشاره به استدلال دیگران در نزوه شرط به حدیث تهیی النبی عن بیع الفر می‌کند و در تشریح غور یا تصویب به حدیث علی (ع) «الفر عمل ما لا يومن سعه من الضرر» امر را دکر ملحوظ و عدم آن نه واقع و علمش می‌داند و در نهایت نتیجه می‌گیرد که اگر وثوق و اطمینان به حصول قدرت باشد عقد صحیح است هر چند قدرت واقعی موجود بانشد؛ ولی اگر وثوق و اطمینان به قدرت بر تسلیم بانشد عقد فاسد است هر چند قدرت واقعی بانشد و رابطه این تو را عموم و خصوص من وجه می‌داند که در مصادق مشترک نیز بیع به علت وثوق و اطمینان صحیح است نه قدرت واقعی. (از اکی، ۱۴۱۵، ج: ۵: ۲۲۷)

گروهی قدرت بر تسلیم را شرطی تبعی می‌دانند و مقصود اصلی از بیع را تسلیم مشتری بر مبيع دانسته و استدلال می‌کنند به همین علت قدرت مشتری بر تسلیم کافی برای صحبت است و حتی وثوق و اطمینان مبنی بر حصول مشتری بر بیع کافی است؛ پس موضوع واقعی قدرت بر تسلیم را وثوق و اطمینان مبنی بر قدرت بر تسلیم توسط مشتری می‌دانند (از اکی، ۱۴۱۵، ج: ۲: ۲۴۰)

بعضی شارحان قانون مدنی در بیع کلی که عوض یا معوض کلی فی الذمه باشد معتقدند که عادتاً باید حصول آن در خارج ممکن بوده و متعهد، وثوق و اطمینان داشته باشد که می‌تواند آن را در تاریخ صین تسلیم کند چرا که معامله به کلی که عادتاً ممتنع الوجود است محاکوم به بطلاً می‌باشد. (حائزی شاهباغ، ۱۳۷۶، ج: ۲: ۶۱)

اعتقاد به قدرت علمی بدون توجه به قدرت واقعی عده‌ای از فقهاء را برآن داشته است که به عنوان اصل مدعی شوند «الاصل اشتراط العلم بالقوله لا واقعها والمناط هو العلم والوثيق». (از اکی، ۱۴۱۵، ج: ۲: ۲۳۱-۲۳۲)

پس اعتقاد به حضور علم و اطمینان در موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد گاهی به تنهایی مدنظر است (قدرت علمی) و گاهی با قدرت واقعی پیوند دارد (قدرت معلوم) که خود نظری جداگانه است.

نظریه دوم- قدرت واقعی

آن چه از ظاهر مولاد قانونی خصوصاً ماده ۳۴۸ و نویشته‌های فقهاء بر می‌آید این است که مراد از قدرت به عنوان شرط صحبت قرارداد همان قدرت واقعی است که حالت عملی و خارجی دارد و احتیاجی به انضمام علم و یقین و اطمینان و وثوق و احتمال و امید و... به آن نیست و این به معنی عدم تاثیر جهل بر وجود قدرت نیز هست؛ بهطوری که اگر واقعاً قدرت عملی در زمان انعقاد موجود بوده است، جهل بر عدم قدرت نمی‌تواند معامله را باطل کند، ولی علم بر عدم قدرت معامله را سفهی و غیرعقلایی می‌کند و حتی من باب نفی قصد و اراده می‌توان عقد را باطل دانست.

در بعضی مذاهب قدرت بر اجرای تعهد به معنی قدرت واقعی و عملی، شرط صحبت است هرچند باعث تصور

کند که قدرت بر تسلیم ندارد. (شیخ‌الاسلام، ۱۳۶۸: ۱۲۰)

پیروان این نظر قدرت واقعی بر اجرای تعهد را از شرایط صحت عقد می‌دانند یعنی عملأ و اقعاً در عالم خارج باید مورد تعهد مقدور باشد و حتی علم و یقین طرفین بر وجود قدرت کافی برای صحت نیست. (ره بیک، ۱۳۶۸: ۸۷) بعضی از فقهاء نیز نهی مذکور در حدیث «تهیٰ التّبَرِي عن بيع الغرر» را «ممنوعیه الغرر الواقع في البيع» می‌دانند و قدرت واقعی را شرط صحت می‌دانند. (راکی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۲۷)

نظريه سوم- قدرت معلوم

موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد را عده‌ای «قدرت معلوم» می‌دانند که در واقع نوعی قدرت مرکب است؛ چرا که از پیوند علم و اطمینان بر وجود قدرت و قدرت واقعی یا اعمالی حاصل می‌شود مثلاً موضوع قدرت بر تسلیم مبيع نیز صرفاً قدرت واقعی یا خارجی بر تسلیم نیست بلکه معلوم بودن نیز ضمیمه آن است؛ پس علم بر وجود قدرت اگر با قدرت واقعی تأم شود موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد تحقق می‌باید که از شرایط صحت عقد خواهد بود ولی اگر طرفین علم بر وجود قدرت داشته باشند، اما بعداً معلوم گردد قدرت واقعی موجود نبوده و یا اگر قدرت واقعی در حين عقد باشد ولی طرفین علم نداشته باشند به هر حال «قدرت معلوم» محقق نیست و عقد غرری و باطل خواهد بود؛ زیرا معامله غرری عقدی است که به علت مجحول بودن وضعیت معامله یا تصوّرات خلاف واقع طرفین هنگام تشکیل آن، می‌تواند سبب بروز اختلاف و کشمکش بین معاملین شود، که همواره مورد اجتناب و پرهیز در معاملات بوده است، مضافاً بر آن که معامله‌ای که منتقل‌الیه با علم بر عدم قدرت بر تسلیم و دسترسی پیدا نکردن بر مورد معامله اقدام به تشکیل آن می‌کند، یک معامله سفهی است که نشان دهنده سفاهت معامله‌کننده بلکه حتی عدم تمیز وی می‌باشد زیرا با وضعیت مذکور هیچ فرد عاقلی حاضر نیست چیزی در مقابل مالی بدهد که هرگز به دستش نمی‌رسد.

نتیجه‌ای که از مطلب بالا بدست می‌آید، این است که شرط صحت معامله در حقیقت وجود قدرت واقعی بر تسلیم و علم طرفین بر این قدرت یا عدم علم بر فقدان قدرت است که در صورت متفق بودن هر یک از این دو عقد باطل خواهد بود. (شهیدی، ۱۳۷۵: ۴۵-۴۶)

شیخ انصاری نیز موضوع شرط قدرت بر تسلیم را «قدرت معلوم» می‌داند، ایشان بدون توجه به ماهیت واقعی شرط که از شرایط صحت معامله است و حالت اولیه و اصلی دارد، معتقد است که اگر طرفین علم و یقین بر وجود قدرت داشته باشند و واقعاً قدرت موجود نباشد ولی بعداً قدرت حادث شود عقد صحیح است. (انصاری، ۱۳۷۵: ۱۹۲)

به نظر می‌رسد که حدوث هیچ یک از شرایط صحت عقد نمی‌تواند بعد از بطلان عقد به معامله صحت را برگرداند؛ چرا که در این صورت در هر بطلانی باید شک کرد، نظر شیخ انصاری فقط هنگامی قابل توجیه است که او فقط علم بر وجود قدرت را شرط صحت بداند، در حالی که او نیز به «قدرت معلوم» معتقد است و با عدم قدرت در زمان عقد «قدرت مرکب معلوم» متفقی و عقد باطل می‌شود و اعتقاد به حدوث قدرت برای صحت، تعارض آشکار با اعتقاد به قدرت معلوم است. (شهیدی ثانی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۲۵۱) عده‌ای دیگر از فقهاء نیز موضوع قدرت بر تسلیم را موضوعی واقعی و علمی می‌دانند که باید علاوه بر قدرت واقعی و فعلی و خارجی، علم بر وجود آن نیز موجود باشد. (راکی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۴۲) پس موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد در این نظر قدرت واقعی و قدرت علمی است که فقدان هر یک از این دو جزء، باعث عدم وقوع قدرت بر اجرای تعهد است.

در واقع می‌توان گفت که در این صورت، قدرت معلوم مساوی است با قدرت واقعی (ذاتی، خارجی، عملی) +

قدرت علمی (ایا عالم بر وجود قدرت).

۶۹

نظريه چهارم- ظن بر اجرای تعهد

عده‌ای برای جلوگیری از آثار نادرست علم و یقین در وجود قدرت و همچنین دوری از غرری بودن عقد، در صورت اعتقاد به احتمال بر وجود قدرت، معتقدند اگر احتمال عرفی به حد ظن برسد کافی است ولی بعضی در صورت ظن بر وجود مانع نیز قدرت بر اجرای تعهد را بحق می‌دانند و حال آن که اگر ظن بر وجود مانع بتواند جایگزین ظن بر وجود قدرت بشود، پس آن‌ها علاوه بر ظن بر وجود قدرت، صرف احتمال بر وجود قدرت را نیز پذیرفت‌اند؛ پس در تعهد بر ساختن سیل‌بند در محلی که احتمال خرابی آن به حد ظن رسیده است، باطن بر وجود مانع، در واقع احتمال بر وجود قدرت موجود است و این دو مفهوم کاملاً جناگانه هستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ۱۹۵؛ سید یزدی، ۱۳۸۲، ج ۲۲۵:۲)

در قبول ظن بر وجود قدرت برخی معتقدند که چون ظن بر وجود قدرت، امکان اجرای تعهد را معقول می‌کند پس کافی برای تحقق شرط است و اگر ظن معمول بر ارجام فعل شرط شده بر ثانی برود و حتی بعداً معلوم گردد که هیچ امید و ظن واقعاً موجود نبوده استه یعنی قدرت واقعی متحقق نبوده و فقط ظن معقول بر قدرت بوده است، به دلیل وجود ظن معقول عقد صحیح است و تعهد ایجاد شده است. (سید یزدی، ۱۳۸۷، ج ۲:۲۴۵) گروهی به جای «ظن معقول» مفهوم «ظن قوی» را می‌پذیرند و معتقدند در فروش ماهی در دریا یا برندۀ در هوا چون احتمال دسترسی اندک است و دو طرف ظن قوی بر امکان تسلیم ندارند بیع باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۴۳) ولی شهید ثانی ظن بر وجود قدرت بر تسلیم را در عقد بیع بدون هیچ وصفی می‌پذیرد (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ۵۰۹) چون از فقهاء نیز ظن به امکان اجرای تعهد بر حسب ظاهر عرفی را کافی برای ایجاد تعهد دانسته‌اند.

(سید یزدی، ۱۳۷۸، هق، ج ۱۰۸:۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۹۵-۱۹۶)

در نظری بسیار نادر، نویسنده‌ای معتقد است که اگر علت تعذر اصلی «عدم قدرت در زمان اتفاق» قوه قاهره باشد توجه به ظاهر عرفی و ظن بر وجود قدرت کافی برای صحبت عقد است در غیر این صورت ظن کافی نیست.

(ره پک، ۱۳۶۸:۸۷)

به نظر می‌رسد که هیچ مبنای فقهی و منطقی برای نظر اخیر وجود نداشته باشد و باید گفت که در تأثیر عدم قدرت ابتداً، علت به وجود آورده آن مؤثر نیست و سبب ایجاد تعذر در مرحله رفع مسؤولیت، چهره خاص دارد نه در مرحله ایجاد تعهد. از طرفی مقدور بودن وصف مورد تعهد است، نه متعهد و بدون شک وصف مقدور بودن از شرایط واقعی صحبت قرار داد است؛ پس بدون قدرت واقعی (اصلی، ابتداً یا ذاتی) حتی علم بر قدرت نیز کافی برای صحبت نیست.

نظريه پنجم- شک و تردید در قدرت بر اجرای تعهد

بعضی از فقهاء عجز را مانع عقد دانسته و عقیده دارند که معامله هنگامی باطل است که طرفین در زمان عقد عالم به عجز از تسلیم باشند ولی اگر نسبت به این امر شک داشته باشند، معملله صحیح خواهد بود؛ حتی اگر پس از عقد عدم قدرت بر تسلیم مسلم گردد به نظر آن‌ها نمی‌توان در این مورد به حدیث نفی غرر استناد کرد و معامله را باطل دانست. زیرا حدیث مزبور مربوط به مواردی است که مقدار جنس یا اوصاف مورد معامله هنگام عقد برای طرفین مجهول باشد در این مورد است که احتمال ضرر و خطر برای یکی از دو طرف زیاد است اما این

حدیث نمی‌تواند مربوط به موردی باشد که موضوع معامله از جهت وجود و عدم قدرت بر تسلیم مشکوک است. خصوصاً این که هرگاه پس از معامله معلوم شود که قدرت بر تسلیم موجود نبوده است، طرفی که از این امر متضرر می‌گردد می‌تواند با داشتن خیار فسخ، معامله را منحل کرده و بدین وسیله غرر را از خود دور کند. (نجفی، ۳۶۵: ۲۸۸-۲۸۹)

برخی دیگر از فقهای امامیه (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۱۸۶-۱۹۲) بر شرط بودن قدرت بر تسلیم و بطلان معامله در صورت تردید در قدرت بر تسلیم اظهار نظر نموده و برای اثبات آن به روایت نفی غرر استناد کرده‌اند. ایشان در پاسخ استدلال مذکور می‌گویند که اگر بنا باشد بتوان به روایت مزبور برای بطلان عقد در صورت جهل به مقدار جنس و وصف مورد معامله استناد کرد، به طریق اولی می‌توان آن را دلیل بر بطلان عقد در صورت تردید در قدرت بر تسلیم دانست؛ زیرا در معامله‌ای که هنگام تشکیل به وجود قدرت بر تسلیم مورد آن و دسترسی منتقل‌الیه و یا متعهدله به آن مشکوک باشد قطعاً غرر و خطر مالی برای یک طرف و بروز اختلاف و دعوا بین طرفین وجود دارد به علاوه نه تنها در فقه امامیه بلکه در سایر مذاهب اسلامی برای لزوم قدرت بر تسلیم به این روایت استناد کرده‌اند؛ بنابراین وجود قدرت بر تسلیم، شرط صحبت معامله است نه آن که عدم آن مانع باشد.

برخی از حقوقدانان با تقویت نظر اخیر، تردید در وجود قدرت بر تسلیم را موجب بطلان معامله دانسته‌اند و در استدلال این نظر گفته‌اند، در صورتی که یکی از متبایعین به آن امر (قدرت بر تسلیم) تردید و یا ظن داشته باشد، بیع باطل است؛ زیرا ظن عوض در مقابل مالی که نمی‌داند به دست خواهد آورد غیرعقلائی و غرری می‌باشد.

همچنین اظهار عقیده شده است که در تقویت نظر اخیر می‌توان به مفهوم اولویت استناد کرد؛ زیرا در صورتی که قدرت بر تسلیم مورد معامله مجهول و مشکوک باشد، معامله باطل خواهد بود این امر غیرمنطقی به نظر می‌رسد که مثلاً تردید در صفات عقد آن را باطل کنند و لی تردید در این که آیا مورد معامله به دست منتقل‌الیه یا متعهدله خواهد رسید یا نه در عقد بی‌تأثیر باشد مضافاً آن که با وجود غرر در چنین معامله‌ای و این که دلیلی بر اختصاص یافتن روایت مزبور به موارد جهل به جنس، مقدار یا لوحاص وجود ندارد، بطلان عقد را در صورت تردید در قدرت، به خوبی می‌توان از روایت استفاده کرد. (نیک فرجام، ۱۳۸۸: ۵۶۴)

با قبول نظر این حقوقدانان و دلایل مذکور باید گفت قانون مدنی نیز حالت تردید در وجود قدرت را نهییرفته است. ماده ۳۴۸ می‌گوید «... یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد؛ قانونگذار لازم می‌داند که خریدار و فروشنده با دینه باز معامله کنند و هر کدام بدانند که در پرایم چیزی که می‌دهند به چه چیزی دست می‌یابند و به همین دلیل است که معامله می‌بینند یا مورد تردید را منع کرده و توافقی بر تسلیم را از شرایط درستی آن قرار نداده است. بنابراین بیع صحیح است که یا بایع قدرت بر تسلیم مبيع را داشته باشد یا اگر چنین قدرتی ندارد مشتری خود قادر به تسلیم باشد.

نظریه شیوه‌نمای احتمال بر اجرای تعهد

امروز عده‌ای می‌گویند که لازم نیست طرفین به امکان اجرای تعهد یعنی ممکن بودن اجرا یا قدرت بر اجرا، علم و یقین داشته باشند، بلکه اگر درجه احتمال به حدی برسد که عرف تعهد را ممکن بشمارد کافی است. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۹۵) عده‌ای که ظن بر وجود مانع را برای تحقق موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد کافی می‌دانند به نحو غیرمستقیم احتمال بر وجود قدرت را برای تحقق شرط مقدور کافی می‌دانند. (سید یزدی، حاشیه بر مکاسب، ۲۲۵: ۲)

اعتقاد به احتمال عریقی در برخی از عقوبی که میتوان بر مسامجه و احسان و ارفاق هستند، چهره آشکارتری می‌باشد؛ بهطوری که مثلاً در عقد کفالت، تعهد به احضار مکفول، بانوی امید به نفوذ معنوی کفیل در مدینون به وجود می‌اید از همین روست که برخی احتمال توائی کفیل در احضار مکفول را کافی دانسته و معتقدند احتمال توائی کفیل بر احضار مکفول نیز کفايت می‌کند و قدرت واقعی بر آن شرط نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۴۵۳) البته چنان‌چه مکفول در وضعیت و حالتی است که در موعد احضار، امکان حاضر کردن او به طور مطلق موجود نمی‌باشد، تعهد به احضار به وجود نمی‌آید؛ چون قدرت واقعی بر اجرای تعهد موجود نبوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۴۵۴)؛ چرا که ظاهراً با استناد به حدیث غرر باید علم بر وجود قدرت موجود باشد، ولی همان طور که گفته شد، قبول علم و یقین، به معنی خاص علم مدنظر نبوده، بلکه از آن جهت است که علم باید طریق واقع باشد، پس اگر حتی علم بر وجود قدرت موجود باشد ولی بعلاوه کشف گردد که واقعاً قدرت موجود نبوده است تعهد ایجاد نمی‌شود و اگر منظور از علم در حدیث نفی غرر، فقط طریق واقع است، پس هر درجه از علم که پائعت شود قصد جدی از معامله اجزاز شود کافی است. (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۱۸۸) بنابراین در صورت علم بر عدم قدرت، بطلان عقد به علت اخلال در قصد و اراده نیز قابل پذیرش است، ولی با پذیرش موضوع واقعی شرط قدرت بر اجرای تعهد مبنی بر «قدرت مرکب» - که حداقل احتمال عریقی و معقول با قدرت واقعی بیوند خورده است - می‌توان بطلان عقد را به علت عدم قدرت بر اجرای تعهد توجیه کرد.

نظریه هفتم - امید و تصور بر اجرای تعهد

بعضی مقصود از توان انجام کار مورد تعهد را میدهند به تحقق آن می‌دانند؛ به طوری که بر حسب ظاهر و متعارف، امید بر اجرای تعهد باشد، هرجند مواعظ آینده آن را ناممکن کند و حتی اگر مواعظی در واقع وجود داشته و دو طرف آگاه نبوده‌اند.

پس صرف امید بر اجرای تعهد برای تحقق موضوع واقعی شرط قدرت بر اجرای کافی بوده، حتی اگر قدرت واقعی بر اجرای تعهد وجود نداشته باشد.

ایشان در تأکید نظر خود می‌گویند: به صراحة ماده ۲۲۴ ق.م. اگر در ضمن قرارداد اقدام با عدم اقدام به فعلی بر شخص خارجی شرط می‌شود و یک طرف ملتزم می‌شود که رضایت ثالث را به دست آورد، فقط به خاطر این است که به نفوذ خود در او امیدوار است و صحبت شرط فعل که خود تعهد تبعی است، با تکیه بر امید به رضایت ثالث است و هیچ علم وظن و اطمینانی بر قیول ثالث نیست. پس قدرت بر اجرای تعهد می‌تواند با امید به وجود قدرت تحقق یابد و با همین امید تعهد به فعل ثالث غیرمقدور و غیرمعقول نمی‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۲: ۱۹۹)

عدهای تصور و فرض حصول تعهد را در عالم خارج، برای مقدور بودن اجرای تعهد کافی می‌دانند، چون اگر تصور و فرض حصول تعهد در عالم خارج ممکن نباشد، تعهد لغو و بیهوده است. (علامه، ۱۳۷۵: ۱۳۷۵)

در مذهب شافعی به نظر برخی فقهاء با تصور بر وجود قدرت اگر قدرت واقعی نیز موجود باشد عقد صحیح است چون اعتبار عقد به نفس الامر است نه بطن مکلف. (شیخ الاسلام، ۱۳۶۸: ۱۲۰؛ موسوی خمینی، ج ۳: ۳۶۳۱۲؛ ۱۳۶۵: ۱۳۷۵) شیخ انصاری در حالتی که قدرت واقعی بر تسليم در زمان عقد موجود نیست، لیکن امید به تمکن بر تسليم موجود است، ظاهراً متمایل به عدم بطلان عقد استه چون در این صورت معتقد به عدم غرری بودن عقد می‌باشد،

ولی او به اجماع و اتفاق فقهاء در بطلان این بیع اشاره می‌کند. (انصاری، ۱۳۶۵: ۱۸۵) بهتر است با برداشت عرقی از حدیث نبوی غرر و بانگاهی وسیع و منطبق با واقعیات اجتماعی، اگر عرف عقلاء معامله‌ای را غرری ندانست، در صحبت آن شک نکنیم؛ مخصوصاً که در جوامع امروزی بسیاری از معاملات تجاری

و روزمره مردم مبنی بر رسیک و خطر است.

مردم برای رسیدن به سود کلان بسیاری از احتمالات و خطرات را عاقلانه پذیرا هستند و قصد جدی نیز در معامله دارند.

بسیاری از مردم حتی با امید و احتمال به وجود قابلیت اخراج با قصد جدی حاضر به انعقاد عقد می‌گردند؛ و این در حالی است که اعتقاد به قدرت علمی و قدرت معلوم و در نظر گرفتن اطمینان و وثوق در وجود قدرت بر اجرای تعهد، مصادیق زیادی از این معاملات را باطل می‌نمایند؛ حال آن که اصل بر ثبات قراردادها و صحت آن هاست و امنیت معاملاتی، مقتضی است که حتی الامکان قراردادهای کمتری محکوم به بطلاً گردد و اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده بیشتر محترم شمرده شود.

بنابراین به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز، در پیداش مطلق تعهدات قدرت واقعی بر انجام تعهد با احتمال عرفی معقول، پیوند خورده و حتی در معاملاتی که مبتنی بر مسامحة و ارافق است، مجموعه مرکب قدرت واقعی و «لامید و تصور بر وجود قدرت»، کافی برای تحقق موضوع واقعی قدرت می‌باشد. چون اگر طرفین هیچ احتمال و امیدی به اجرای تعهد نداشته باشند هرگز حاضر به انعقاد قرارداد نمی‌شوند و تعهدی به وجود نمی‌آید. (البته همان طور که در مبحث جایگاه شرعاً قدرت در عقود مبنی بر مسامحة خواهد آمد، قائل شدن به عدم شرطیت قدرت بر اجرای تعهد نیز، در عقودی که غرر راهی در آن‌ها ندارد، خالی از وجه خواهد بود)

گرچه باید در اهلیت کسی که بدون هیچ گونه احتمال و امیدی به اجرای تعهد، حاضر بر انعقاد می‌شود شک کرد و چنین معامله‌ای را غیرعقلایی و سفهی دانست، ولیکن همیشه احتمالات بسیار قوی مثل ظن و وثوق، برای تتحقق قدرت بر اجرای تعهد و رفع غرر، ضروری به نظر نمی‌رسد؛ چه بسیار معاملاتی که با احتمال و امید به اجرای آن منعقد می‌شود و قصد جدی بر آن مستقر می‌گردد و طرفین برای رسیدن به سود کلان خطرات زیادی را عاقلانه پذیرا می‌گردند و هیچ نظامی نیز به علت فقدان اهلیت و قصد و اراده چنین معاملاتی را باطل نمی‌کند. در واقع موضوع واقعی شرعاً، باید حتی الامکان معاملات کمتری را محکوم به بطلاً کند و یا نگاهی عرفی و اجتماعی، منطبق با مصالح واقعیات اجتماعی باشد.

بنابراین «قدرت مرکب» مورد نظر ما مجموعه‌ای است از قدرت واقعی و احتمال عرفی معقول که در بعضی مصادیق امید و تصور به اجرای تعهد نیز قابلیت جایگزینی با احتمال عرفی معقول را خواهد داشت. عده‌ای در عقد کفالت و عقودی که مبنی بر احسان و مسامحة است، امید معقول به امکان اجرای تعهد را در زمان عقد حتی اگر قدرت واقعی نیز موجود نباشد عامل صحبت عقد می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۴۵۴)

نتیجه بحث

با توجه به مباحثت ذکر شده می‌توان گفت که گروهی موضوع واقعی قدرت بر تسلیم را علم بر وجود قدرت می‌دانند (قدرت علمی) (نظر اول) ولی در مقابل عده‌ای اصل را بر وجود قدرت عملی و خارجی و واقعی می‌دانند (قدرت واقعی) (نظر دوم) و عده‌ای از جمع این دو به قدرت معلوم یا مرکب معتقدند. (قدرت واقعی و قدرت علمی) (نظر سوم)

پذیرش هر نظر آثار کاملاً متفاوتی به دنبال خواهد داشت؛ مثلاً در صورت اعتقاد بر وجود قدرت واقعی (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۴۳) فقط طبق نظر دوم عقد صحیح است و با صرف وجود قدرت علمی نیز طبق نظر اول عقد درست می‌باشد و صحبت عقد طبق نظر سوم مبنی بر وجود هر دو قدرت توأمًا می‌باشد و با نفی هر کدام، موضوع واقعی

شرط تحقق نمی‌باید و عقد باطل خواهد بود.

به هر حال در تمام موارد فوق، ماهیت موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد، حالت اصلی و لبتایی و اولیه دارد؛ یعنی حدوث قدرت واقعی نمی‌تواند به عقد صحت را برگرداند، پس اگر طرفین یقین داشته باشند که قدرت بر تسلیم و تسلم دارند، ولی بعد از وقوع معامله معلوم شود این قدرت موجود نیست، به هر حال قدرت واقعی مفقود است و نظر دوم و سوم عقد را باطل می‌کند و حدوث قدرت نمی‌تواند بطلان عقد را مبدل به صحت کند. حتی با پذیرش خبار نیز نمی‌توان اثر طاری و عارضی قدرت را پذیرفت.

قدرت بر اجرای تعهد، صرفاً به معنای قابلیت اجرای تعهد در عالم واقع و خارج نیست، بلکه طرفین باید در زمان ایجاد تعهد احتمال عرفی معقول به اجرای تعهد بدهند و راجح باید گفت علاوه بر این که موضوع شرعاً وجود قدرت واقعی بر تسلیمه است، معلوم بودن این قدرت برای طرفین در هنگام تشکیل عقد نیز قسمتی از موضوع می‌باشد. پس در واقع موضوع از دو امر ترکیب یافته است: یکی قدرت بر تسلیم و دیگری علم طرفین به این قدرت؛ بنابراین می‌توان این مجموع مرکب را «قدرت معلوم» (جنین عقد) تعبیر کرد؛ به این معنا که طرفین باید در حین عقد عالم باشند که تعهد، قدرت بر تسلیم مورد معامله را دارد؛ لذا می‌توان گفت قدرت تسلیم ممیع به تنهایی، حتی گرواقعی باشد، کافی نبوده و رفع غرر نمی‌کند و آن‌چه موجب رفع غرر می‌شود و جهالت و خطر مالی را مرتفع می‌سازد. علم به این قدرت است. (نیک فرجام، ۱۳۸۸: ۵۵۹؛ بنابراین شرط صحت معامله، در حقیقت وجود قدرت واقعی بر تسلیم و علم طرفین بر این قدرت یا عدم علم بر فکران قدرت است، که در صورت منتفی بودن هر یک از این دو عقد باطل خواهد بود).

عدهای از فقهای امامیه با این که موضوع شرط را قدرت معلوم می‌دانند اظهار عقیده کردند. که اگر طرفین معامله هنگام عقد معتقد به وجود قدرت بر تسلیم باشند و پس از معامله معلوم شود که موجود تبوده و سپس قدرت مذبور حادث گردد عقد صحیح خواهد بود (اصصاری، ۱۳۷۵: ۱۹۲؛ ۱۳۷۵: ۵۵۹) لیکن این عقیده غیرموجه به نظر می‌رسد، زیرا اگرچه طرفین هنگام معامله علم بر قدرت داشته‌اند، ولی واقعاً قدرت بر تسلیم موجود نبوده و در نتیجه مجموع مرکب (قدرت معلوم) نیز منتفی بوده است. عدم وجود قدرت واقعی هنگام معامله، کافی است که عقد را باطل سازد و حدوث آن پس از عقد نمی‌تواند معامله باطل را مجدداً صحیح گرداند در صورتی می‌توان این عقیده را پذیرفت که شرط صحت صرفاً علم بر قدرت باشد نه قدرت معلوم. (شهیدی، ۱۳۷۵: ۴۷)

از طرف دیگر به نظر می‌رسد که موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد با عرف پیوندی ناگسستی دارد. معیار عرفی بسیار متغیر و نسبی است و در زمان‌ها و مکان‌ها و موارد مختلف به صورت‌های گوناگون ظهور می‌کند، عرف در واقع مسامحه و اغماض زیادی می‌نماید.

پس در واقع موضوع واقعی قدرت بر اجرای تعهد «قدرت مرکب» است که جزئی از آن قدرت واقعی یا قدرت عملی و خارجی است و جزء دیگر احتمال عرفی معقول.

اگر عرفًا معامله از حالت احتمال ضعیف و گرویندی خارج شود و عرف عقلًا اجرای تعهد را مقلوب بداند، برای تحقق جزء اخیر شرط مذکور کافی است.

احتمال عرفی معقول در اکثر موارد همان احتمالی راجح است که تعبیر به خن می‌شود، ولی الزاماً در تمام موارد به معنی احتمال قوی یا احتمال بیش از ۵۰٪ نیست؛ مثلاً در معاملات تجاری که مبتنی بر ریسک و خطر است تاجر برای رسیدن به سود کلان با احتمال و امید به قابلیت اجراء، قصد انجام معامله می‌کند، همچنین در معاملاتی که مبتنی بر مسامحة و احسان است، احتمال عرفی معقول ممکن است احتمال قوی نباشد.

هر چند به نظر می‌رسد که در اکثر موارد، احتمال عرفی معقول معادل خن است، لیکن مواردی قبل تصور است که عرف عقلاً با احتمال به اجرای تعهد قرارداد را صحیح می‌داند در حالی که این احتمال راجح و قوی هم نیست.

مقدم و فقهاء در مصاديق زیادی، معاملاتی را صحیح دانسته‌اند که هیچ علم و اطمینانی بر قابلیت اجرای آن‌ها نمی‌باشد؛ مانند فروش میوه بر درخت و بیع سلم و بیع فضولی... (شهید اول، ۱۴۰۶: ۱۱۱؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۲۳؛ شهید ثالث، ۱۴۱۵: ۶؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۲۴؛ ۱۴۱۵: ۳۵)

بنابراین آن‌چه که مسلم است باید درجه کمتری از علم و وثوق بر اجرای تعهد را در تشکیل قلت مرکب دخالت بدھیم.

منابع و مأخذ

- ۱- ارaki، شیخ محمد علی، ۱۴۱۵، کتاب البيع، چاپ اول قم، مؤسسه در راه حق.
- ۲- امامی، سید حسن، ۱۳۵۶، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ عز تهران، اسلامیه.
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۰، مکاسب، ۶، جلد ۴، قم، مجتمع الفکر الاسلامی.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۵، مکاسب، دوره یک جلدی، چاپ دوم، در مطبوعه اطلاعات تبریز، چاپ سنگی.
- ۵- حازی شاهباغ، علی، ۱۳۷۶، شرح قانون مدنی، جلد ۲، چاپ ۱، تهران، گنج دانش.
- ۶- دارینی، علی، ۱۳۷۷، قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت عقد، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام حسین (ع).
- ۷- رهیک، سیامک، ۱۳۶۸، تعهد غیرقابل اجرا، پایان نامه دوره فوق لیسانس دانشگاه تربیت مدرس.
- ۸- شهید ثانی، زین الدین العاملی، ۱۴۰۳، الروحه البهیه فی شرح المحمد الدمشقی، دوره ۱۰ جلدی، بیروت؛ دارالاحیاء الترات المرسی.
- ۹- شهیدی، مهدی، ۱۳۷۵، مجموعه مقالات، چاپ اول، تهران، نشر حقوقنا.
- ۱۰- شیخ‌الاسلام سید محمد، ۱۳۶۸، راهنمای مذهب شافعی، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۱- علامه، سید مهدی، ۱۳۷۵، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، چاپ اول، تهران، انتشارات مائی.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، حقوق مدنی عقود معین، چاپ ششم، تهران، انتشارات بهمن برقا و مدرس.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی عقود معین، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهمن برقا و مدرس.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، بهنشر.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ ششم، تهران، سهامی انتشار با همکاری بهمن برقا.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران، بهنشر.
- ۱۷- موسوی خیتی، روح الله، ۱۳۵۳، کتاب البيع، ۵، جلد قم، اسماعیلیان.
- ۱۸- موسوی خوبی، سید ابوالقاسم (ابن نا)، مصباح الفقاہة، نجف، حیدری.
- ۱۹- نجفی، محمد حسین، ۱۳۶۵، جواهر الكلام فی شرح نسایع الاسلام، چاپ هشتم، بیروت، دارالكتب الاسلامیه.

پیشگیری از جرم سایبری

(کلاهبرداری رایانه‌ای، جعل رایانه‌ای، سوخت رایانه‌ای،...)

دکتر رضا قراجورلو

مقدمه

ویژگی برجسته فن آوری اطلاعات ناگفته است که بر تکامل فن آوری ارتباطات راه دور گذاشته و خواهد گذاشت. ارتباطات کلاسیک هم چون انتقال صدای انسان، حای خود را به مبالغه مقادیر وسیعی از دادمهای صوت، متن، موزیک، تصاویر ثابت و متغیر دارد. در نتیجه این تحولات، جامعه‌ای مجازی با آذر واقعی پدید آمده است. جامعه‌ای که تمامی فعالیت‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و هنری را به طور شگفت‌انگیزی تحت تأثیر قرار داده و مبادلات تجاری، تعامل بین حاکمیت و شهروندان، توزیع اطلاعات علمی، هنری، آموزشی و خلاصه همه نهادهای جدید عصر صنعتی از آن متاثر گشته است. فن آوری اطلاعات با تمام قابلیتها و پیچیدگی‌هاش



به شدت در مقابل تهدیدات آسیب‌پذیر است. بدین ترتیب که فن آوری اطلاعات ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای را که پیش از این به هیچ وجه امکان پذیر نبود فراهم نموده است. سیستم‌های کامپیوتری فرصت‌هایی تازه و بسیار پیشرفته برای قانون‌شکنی در اختیار مجرمین می‌گذارند و توان بالقوه ارتکاب گونه‌های مرسم جرم را به شیوه‌های غیرمرسم بوجود می‌آورند. تجارت و بازرگانی، امور اداری و در مجموع جامعه مابر کارآیی و امنیت بسیار بالای فن آوری مدرن اطلاعات استوار است. سیستم‌های کنترل هوایی، دریایی و فضایی و همین‌طور پژوهشکی تاثرگذاری زیادی ممکن بر سیستم‌های کامپیوتری هستند. کامپیوترها و اینترنت نقش کلیدی در آموزش و تعلیم و تربیت خردسالان دارند. شبکه‌های کامپیوتری بین‌المللی به منزله سلسله اعصاب اقتصادی بخش عمومی و جامعه هستند. امنیت این سیستم‌های کامپیوتری و ارتباطی و مراقبت از آن‌ها در مقابل جرم کامپیوتری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. با وجود این بسیاری از کشورها، تجار و کاربران عادی از حملات واقعه یا حملاتی که می‌تواند بر آن‌ها رخداد بی‌احلام‌اند. بنابراین، دولتمردان، تجار و کاربران باید بدانند که حمایت و حفاظت در مقابل جرم کامپیوتری حائز اهمیت است. آنان باید از ابعاد مختلف تهدیدات جرم کامپیوتری و واکنش‌هایی که می‌توان داشت مطلع گردند.

چکیده

پدیده جرم رایانه‌ای مرز نمی‌شنند. با افزایش گسترش و به کارگیری فن آوری‌های جدید، بدلیله جرم این مرتبط با این فن آوری‌ها بیز به سرعت و تصاعدی افزایش می‌باشد در ایران نیز سال‌هاست استفاده از رایانه و اینترنت روند رو به گسترش داشته است. بنابراین متأسفانه جرم رایانه‌ای در ایران مانند سرقت از کارت‌های اعتباری، سرفت

اینترنتی، سرقت از دستگاه‌های خود پرداز (عابر بانک)، نفوذ در شبکه‌های اطلاعاتی مؤسسات دولتی و خصوصی و احیاناً تخریب یا سوءاستفاده مالی، لرزه‌نگاری اینترنتی و دیگر جرایم ایجاد می‌نماید کارشناسان علوم مختلف رایانه‌ها، شبکه‌ها و اینترنت، پلیس و دیگر مراجع و مقامات ذی‌ربط به آخرين یافته‌های این علم تجهیز شوند تا بتوانند با این نوع جرایم مقابله نمایند. از این‌رو اطلاع و آگاهی از آخرين شیوه‌های تخریبی و مجرمانه رایانه‌ای برای پیشگیری، ردیابی، پیگیری و کنترل این نوع جرایم کاملاً ضروری می‌باشد.

در این مقاله تحت عنوان: «پیشگیری از جرم سایبری (کلاهبرداری رایانه‌ای، جعل رایانه‌ای، سرقت رایانه‌ای، ...)» طی مبحث‌های اول تا پنجم به طور جدائمه و مجزا، ابتدا به تعریف جرایم رایانه‌ای و انواع آن و کلیاتی دیگر در این زمینه خواهیم پرداخت. سپس در مبحث ششم خصوصیات مجرمین رایانه‌ای را با توجه به عملکرد و رفتار و انگیزه آن‌ها یا میزان هوش و تجربه‌شان نسبت به دانش کامپیوترا مورد بررسی قرار خواهیم داد. مبحث هفتم تحت عنوان پیشگیری از جرایم رایانه‌ای است و در این مبحث طی بندهای «الف» تا «ه» به طور کامل به شناسایی تهدیدات و خطرات احتمالی برای سیستم کامپیوترا، حفاظت فیزیکی از رایانه‌ها، حفاظت کارکنان، حفاظت ارتباطات شبکه رایانه‌ای و حفاظت عملیات خواهیم پرداخت.

در خاتمه، نتیجه‌گیری مرتبط با موضوع اختصاصی مقاله یعنی پیشگیری از جرایم رایانه‌ای ارائه می‌گردد.

کلید واژه‌ها: جرم سایبری، جرم کامپیوترا، پیشگیری، پیشگیری از جرم سایبری

مبحث اول - تعریف جرایم رایانه‌ای

تاکنون تعاریف گوناگونی از جرم کامپیوترا و جرم محاذی از سوی سازمان‌های بین‌المللی، قانونگذاران و مراجع رسمی و غیر رسمی برخی کشورها و مختصصان ارائه شده است که وجود تفاوت و گاه تعارض در آن‌ها بین‌گر ابهامات موجود در ماهیت و تعریف این جرایم می‌باشد. هنوز یک تعریف کلی برای جرایم کامپیوترا به دست نیامده و به طور معمول به جای آن تعاریفی کاربردی ارائه شده است. در کنگره دهم سازمان ملل متحد در مورد پیشگیری از جرم و اعمال مجرمین، جرم کامپیوترا با دو تعریف طبقه‌بندی گردید:

الف- جرم سایبری در مفهوم جزئی (جرائم کامپیوترا): به معنای هرگونه رفتار مستقیم غیرقانونی به وسیله عملیات الکترونیکی که امنیت سیستم‌های کامپیوترا و داده‌های پردازش شده به وسیله آن‌ها را هدف قرار دهد.

ب- جرم کامپیوترا در مفهوم کلی (جرائم مرتبط با کامپیوترا): یعنی هرگونه رفتار غیرقانونی که به وسیله یا در ارتباط با یک سیستم یا شبکه کامپیوترا ارتکاب یافته و تملک، ارائه یا توزیع غیرقانونی داده‌ها به وسیله یک سیستم یا شبکه کامپیوترا.

این تعاریف با وجود آن که کاملاً قطعی نمی‌باشند اما نقطه شروع خوبی برای مشخص کردن آن‌جهه که منظور ما از جرم کامپیوترا است می‌باشند. راهنمای سازمان ملل متحد نیز جرایم کامپیوترا را چنین تعریف نموده است: «فعالیت‌های مجرمانه‌ای که

ماهیت سنتی دارند از جمله سرقت، کلاهبرداری، جعل و سوءاستفاده که همگی به طور معمول در همه جام مشمول ضمانت اجراءهای کیفری می‌باشند. کامپیوتر نیز فرصت‌های تازه‌ای برای سوءاستفاده به وجود آورده است که می‌توانند و یا باید جرم‌انگاری شوند.^۱

به هر حال تعریف‌های متعددی از جرم رایانه‌ای در قوانین داخلی برخی از کشورها از جمله کانادا ایالات متحده آمریکا، فنلاند، آلمان و اتریش ارائه شده است.^۲ همچنین سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۳ در سال ۱۹۸۶ با ارائه گزارشی بدون تعریف از جرم کامپیوتری، پیشنهادهای اصلاحاتی را در زمینه جرایم رایانه‌ای به کشورهای عضو ارائه نمود تا در قوانین کیفری داخلی خود آن‌ها را به کار گیرند.

همچنین از طرف متخصصان نیز تعاریف گوناگونی در مورد جرایم رایانه‌ای ارائه شده است. پروفسور اولریش زیبر^۴ از صاحب‌نظران بر جسته اتریشی در حقوق جزای کامپیوتری، «هرگونه رفتار غیرقانونی، غیراخلاقی و غیرمجاز که مشتمل بر داده‌برداری اتوماتیک یا انتقال داده‌ها باشد»، را برای تعریف جرایم رایانه‌ای به کار برد است. پروفسور «شیک»^۵ دیگر حقوقدان بر جسته اتریشی نیز جرم کامپیوتری را به هر عمل مجرمانه‌ای اطلاق می‌کند که در آن کامپیوتر وسیله یا هدف ارتکاب جرم باشد.^۶

مبیت دوم—انواع جرایم رایانه‌ای^۷

جرائم رایانه‌ای طیف گسترده‌ای از بزهکاری‌ها را شامل می‌شود و انواع مزاحمت و جرایم را در بر می‌گیرد. جاسوسی رایانه‌ای^۸ که صدمات جبران ناپذیری به امنیت ملی وارد می‌سازد، سرقت وایرانهای^۹ یک مؤسسه تجاری باعث ورشکستگی آن مؤسسه می‌شود، نفوذ‌کننده غیرمجاز که جهت سرگرمی به نفوذ در برنامه‌های رایانه‌ای می‌پردازد صدمات و خساراتی وارد نمی‌سازد، اما موجب آزار و اذیت کاربران و شرکتهای تولید‌کننده بازی‌های رایانه‌ای می‌شود جعل رایانه‌ای به خصوص جعل هویت^{۱۰}، شنود و استراق سمع تلفنی^{۱۱}، ایجاد انواع کرمها و ویروس‌های رایانه‌ای^{۱۲}، کلاهبرداری رایانه‌ای^{۱۳}، مزاحمت^{۱۴}، نسخه‌برداری‌های غیرمجاز^{۱۵} از نرم‌افزار و نیز از داده‌ها، سرقت نرم‌افزار، تکثیر غیرمجاز داده‌ها، تحریف داده‌ها^{۱۶} یا ورود داده‌های غلط^{۱۷} از مهم‌ترین جرایم رایانه‌ای به شمار می‌روند.

برخی جرایم رایانه‌ای جنبه تفریحی و پاره‌ای دیگر انگیزه و دلایل سیاسی و اجتماعی دارند و دسته‌ای از این جرایم از فعالیت‌های اصلی مجرمان حرفه‌ای به شمار می‌آیند. جرایم رایانه‌ای به شیوه‌های متعددی دستیابندی می‌شوند که ممکن است براساس مجرمین یا انگیزه‌های ارتکاب جرایم صورت گیرد. به عنوان مثال مجرمان حرفه‌ای و غیرحرفه‌ای و با انگیزه‌های مختلف از ارتکاب این جرم همچون انگیزه انتقام‌جویی، انگیزه‌های مالی و

۱- ذیلی، محمدحسن، مقدمه‌ای بر سایبر لای (cyber law) در اینان، خبرنامه انفورماتیک، شوری عالی انفورماتیک، شماره ۷، من ۱۲۲.

۲- OECD: Organization of Economic Cooperation and Development.

۳- Ulrich seiter.

۴- ذیلی، محمدحسن، جرایم کامپیوتری، پیاشش بین المللی حقوق اطلاعات کیفری، دیپرخانه شورای عالی انفورماتیک، شماره ۷، من ۱۶.

۵- پیشین.

۶- Computer Crimes.

۷- Computer-driven espionage.

۸- Computer theft.

۹- Masquerading.

۱۰- Wiretapping.

۱۱- Worms.

۱۲- Computerized fraud.

۱۳- Harassment.

۱۴- Unauthorized copying .

۱۵- Data diddling.

۱۶- False data entry.

مادی، انگیزه جاسوسی بر علیه امنیت ملی کشور و دیگر انگیزه‌های سیاسی وغیره.

بحث سوم- برنامه‌ریزی و ردبایی جرایم رایانه‌ای

منظور از برنامه‌ریزی برای جرایم رایانه‌ای به معنای متوقف ساختن تلاش‌ها در جهت جلوگیری از این چنین جرایمی نیست، بلکه به معنای آمادگی برای بذلتین شرایط است یعنی چنان‌چه یکی از آن جرایم اتفاق نخواه اقدام برای ردبایی و مبارزه با آن‌ها بدانیم و آگاه باشیم امروز برنامه‌ریزی برای چگونگی پیشگیری و ردبایی یک جرم رایانه‌ای، بخش مهمی از هر برنامه‌ریزی روش کار سازمان است. چهار عامل اصلی برای برنامه‌ریزی و روش کار جرایم رایانه‌ای وجود دارد:

- ۱- در نظر گرفتن تدبیر ردبایی در محل که با به کارگیری این تدبیر امکان خیلی سریع برای مأموران رسیدگی ایجاد خواهد شد و اغلب جرایم رایانه‌ای به سرعت کشف می‌شوند.
- ۲- فراهم آوردن گروهی از افراد که قادر به پاسخ‌گویی در زمینه حفاظت رایانه باشند.
- ۳- داشتن این که چطور این گروه به انواع مختلف موقعیت‌ها از کمترین تا جدی ترین باید پاسخ دهند، برای مثال آن‌ها نیاز دارند که بدانند با چه کسی تماس می‌گیرند و با چه شخصی اتصالات شبکه و سیستم را کاملاً قطع کرد و این که چطور فعالیت‌های خود را برای استفاده بعدی قانونی و مالی مستند می‌کنند.
- ۴- حصول اطمینان از این امر که شما قادر به تغییر برنامه‌هایتان در گذر زمان می‌باشید تا بتوانید پاسخ‌گویی تحول فناوری و گذشت زمان بوده و مهاجمین را کنار بینید.

بحث چهارم- تحقیق پر امون یک جرم رایانه‌ای

تحقیق جرایم رایانه‌ای برای اکثر اشخاص - قربانیان و بازرسان اجرای قانون - کزی نوین است در بسیاری از روش‌ها، تحقیقات جرم رایانه‌ای مانند انواع دیگر تحقیقات جنایی است اما آن‌ها نیرویی را برای تبدیل به یک شبکه پیچیده از مبارزات فنی دارند اجزای اصلی بررسی جرم رایانه‌ای عبارت‌انداز: ۱- جمع‌آوری و فراهم نمودن گروه تحقیق مناسب، پیش‌بینی و منظور کردن مشاوران فنی که می‌توانند جزئیات فنی جرم را درک کرده و به حفظ مدارک، به ویژه مدارک الکترونیکی کمک کنند، دارای اهمیت خاصی می‌باشد. ۲- تحقیق وقایع با بررسی مدارک، مصاحبه‌ها، اطلاعات، مراجعت از رفتار افراد مشکوک و فعالیت اطلاع‌رسانی. ۳- آماده‌سازی حکم بازرسی. ۴- مطالعه صحته جرم، آگاهی از این امر که چه چیزی را توقیف کنند، جمع‌آوری شواهد و مدارک ارتکاب جرم و بررسی آن‌ها.

بررسی و تحقیق نسبت به جرایم رایانه‌ای نیاز میرم به مهارت و تخصص ویژه دارد زیرا متأسفانه مجرمین رایانه‌ای از اطلاعات و دلنش حرفة‌ای پیشتری نسبت به کارآگاهان قضایی برخوردار می‌باشند. ضابطین قضایی برای بررسی‌های کامل و دقیق، تیمهای تحقیقاتی تشکیل می‌دهند و وظایف و فعالیت‌های هر نفر را در تیم به طور جدایکانه مشخص می‌کنند. نوع و تعداد این افراد بستگی به ماهیت موضوع مورد تحقیق دارد. برخی از تحقیقات با رضایت سازمان مورد هجوم واقع شده، صورت می‌گیرد و رضایت‌نامه مكتوب به ضابطین قضایی همراه با قراین و شواهد و مستندات لازم ارائه می‌شود.

برای انجام تحقیقات، کارآگاهان تمامی مدارک زیر را جمع‌آوری می‌نمایند: الف- تمامی سخت‌افزارهای موجود در صحنه، ب- تمامی نرم‌افزارهای موجود در صحنه، ج- دیسکت، نوار و سایر تجهیزات رایانه‌ای موجود در

صحنه، ۵- تمامی دستورالعمل‌های موجود در صحنه، ۶- تمام تجهیزات جانبی شامل چاپگر، مودم، کابل و غیره و- تمام کاربین‌های باطله، کاغذهای باطله و نوار چاپگرهای، حتی بررسی سطل اوراق باطله نباید فراموش گردد.

بحث پنجم- پیگرد قانونی یک جرم رایانه‌ای

پیگرد و تعقیب قانونی یک جرم رایانه‌ای اغلب از پیگرد دیگر انواع جرائم، پیچیده‌تر است. این نوع تعقیب به آعادگی فنی ویژه و وابستگی بیشتر به مدارک و شواهد و کارشناس نیاز ندارد. هر چند جرم پیچیده‌تر باشد، توضیح جرم و عکس العمل‌های آن، سخت‌تر خواهد بود

برای پیگرد قانونی جرائم رایانه‌ای، نیاز به وجود قضات و هیأت منصفه وجود دارد که از دلنش خوبی در مورد کامپیوتر و فناوری رایانه برخوردار باشند. تعقیب کنندگان، شاهدان خبره و کارمندان فنی که در دادگاه شهادت می‌دهند، باید شهادت خود را به گونه‌ای ارائه دهند که هر فردی در محضر دادگاه آن را درک نکند. همچنین در پرونده‌های جرم رایانه‌ای، بهترین شهادت استفاده از فلوچارت یا نمودار گردش کار تحقیقی است که به قاضی کمک می‌کند تا قبل از هر اتفاق، از شروع تا آخرین مرحله، مطلب را بهتر درک نماید. همین‌طور داده‌های کمی دیسک، داده‌های اصلی، فایل‌ها یا پیام‌هایی که محتوای امضای رایانه‌ای است، فایل‌ها و پیام‌های تاریخ‌دار یعنی تاریخ مربوط با تاریخ جرم، می‌توانند به عنوان اثله و مدارک معتبر جهت رسیدگی به جرم رایانه‌ای به دادگاه رسیدگی کنندۀ ارائه شوند.

بحث ششم- خصوصیات مجرمین رایانه‌ای

برای نخستین بار جدول معرفی مجرمین رایانه‌ای توسط اف. بی. آی تهیه شد که انواع گوناگون مجرمین رایانه‌ای را شامل می‌شد. مجرمین رایانه‌ای به طور کلی براساس چهار نوع خصوصیات یا ویژگی، طبقه‌بندی شده‌اند:

الف- خصوصیات سازمانی

جاسوسان و جرائم سازمان یافته به طور آشکار و قوی با تشکیلاتی منسجم فعالیت می‌کنند و به صورت گروهی و سازمان‌دهی شده اقدام به ارتکاب این جرائم می‌کنند و معمولاً از طرف سرویس‌های اطلاعاتی دشمن حمایت می‌شوند و ارتباطات بین‌المللی گستره‌های دارند و افراد خبره و باهوشی در نفوذ به این سیستم‌ها بآن‌ها همکاری و تشریک مساعی می‌کنند. کلاهبرداری‌های حرفه‌ای و گروهی نیز از جمله این دسته از جرائم رایانه‌ای است که به صورت فردی یا گروهی، غالباً به شکل سازمان یافته و توسط افراد شیاد و باهوش برای کسب منفعت و سود مالی و انگیزه‌های مادی صورت می‌گیرد.

ب- خصوصیات عملیاتی

خصوصیات عملیاتی روش‌هایی را که مجرمین برای ارتکاب جرم به کار می‌گیرند، مورد بحث قرار می‌دهد. این که مجرمین چگونه فعالیتهای خود را برنامه‌ریزی می‌کنند و میزان مهارت آن‌ها به چه میزان است و تا چه اندازه آن‌چه را که در نظر دارند به مرحله عمل می‌رسانند.

از لحاظ خصوصیات عملیاتی، مجرمین رایانه‌ای ممکن است به صورت فردی یا گروهی اتفاق به ارتکاب این جرائم نمایند و از نظر برنامه‌ریزی نیز گاه در برخی جرائم همچون جلسوسی و کلاهبرداری‌های سازمان یافته، دارای برنامه‌ریزی دقیق و پیش از ارتکاب جرم و مفصل هستند و در بعضی جرائم رایانه‌ای

که به صورت فردی انجام می‌گردد، ممکن است برنامه‌ریزی مفصل و قبل از ارتکاب جرم باشد و یا بدون برنامه‌ریزی قبلی و در هنگام فرصت مقتضی، جرم مذکور صورت گیرد. بعضی از مجرمین رایانه‌ای از مهارت و دانش بالایی برخوردارند و وقت زیاد و برنامه‌ریزی مفصلی را برای عمل مجرمانه خود اختصاص می‌دهند و از طریق شبکه‌های رایانه‌ای با دیگر مزاحمین و گروه‌های مجرم تبادل اطلاعات می‌کنند.

ج- خصوصیات رفتاری

خصوصیات رفتاری، خصوصیات خود مجرمین رایانه‌ای را شرح می‌دهد. این که انگیزه و هدف و علاقه‌مندی آن‌ها از ارتکاب این نوع جرایم چیست و چه نقاط ضعی در آن‌ها وجود دارد که افراد سودجو آن‌ها را مورد سوءاستفاده خود برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای قرار می‌دهند.

به لحاظ رفتاری ممکن است جرایم را به صورت فردی یا جمعی و گروهی مرتکب شوند. همین‌طور انگیزه آن‌ها گاه سرگرمی و تفریح با همسالان خود یا حمایت از گروهی از همفکران و همسالان خود می‌باشد و گاهی دستیابی به منافع مادی، پول، قدرت، در مواردی دیگر انگیزه‌های انتقام‌جویانه از یک فرد خاص یا یک سازمان مشخص می‌باشد.

از نظر میزان هوش و تجربه نیز، ممکن است دارای هوش و دانش بالا یا با هوش عادی و متوسط باشند ولی معمولاً در رایانه دارای تجربه هستند. به جهت نقصه ضعف آن‌ها نیز باید اذعان داشت که بعضی از آن‌ها اساساً این‌گونه فعالیت‌های جرم نمی‌دانند و به عنوان یک نوع تفریح و سرگرمی به آن نگاه می‌کنند. پارهای دیگر دچار حرص و طمع شده و خصوصاً در جرایمی مانند کلاهبرداری و جاسوسی که به قصد کسب منافع مالی و مادی آن‌ها را مرتکب می‌شوند، به شدت حریص شده و نسبت به قانون و مقررات بی‌توجه می‌شوند و در نهایت گرفتار قانون می‌گردند.

د- خصوصیات منابع

این خصوصیت در مورد منابعی صحبت می‌کند که در اختیار مجرمین رایانه‌ای بوده یا به آن‌ها نیاز دارند. آموزش‌های ابزار و تشكیلات و افرادی که آن‌ها نیاز دارند تا به آن‌ها در ارتکاب جرایم رایانه‌ای یاری دهند. هرچه سطح آموزش‌ها بالاتر باشد، میزان تخصص و مهارت فرد نیز بالاتر است. ابزار مرتبط نیز معمولاً یک رایانه شخصی و مودم مربوط و گاه نیز تجهیزات گمراه کننده پیشتری مورد احتیاج است برای مثال جهت برقراری ارتباط و استراق سمع الکترونیکی.

همین‌طور بعضی از مجرمان حرفه‌ای خصوصاً در مورد جرایم جاسوسی و کلاهبرداری‌های سازمان یافته، از طرف سرویس‌های بین‌المللی و جاسوسی، مسود پشتیبانی و حمایت قرار می‌گیرند.

در هر حال انواع مجرمین رایانه‌ای براساس خصوصیات مذکور به دسته‌های ذیل طبقه‌بندی می‌گردند:

- ۱- نفوذ‌کنندگان غیرمجاز یا کراکرز^۱
- ۲- مجرمین^۲ کامپیوتري

1- Crackers.
2- Criminals.

۳- خرابکاران^۱

۸۱

شناخته شده اند و می‌دانند.

انگیزه اصلی نفوذ کنندگان غیرمجاز، دسترسی به سیستم یا داده‌ها می‌باشد، انگیزه اصلی مجرمین کامپیوتوری، دستabil و انگیزه اصلی خرابکاران؛ ایجاد خسارت است. نفوذ کنندگان غیرمجاز معمولاً جهت تغییر و برای سرگرمی و کنجهکاری این جرایم را انجام می‌دهند و بسیاری از آن‌ها، نوجوان و کم سن و سال حستند و غالباً به صورت فردی این کارها را انجام می‌دهند.

مجرمین رایانه‌ای بر دو نوع رفتار اصلی مجرمانه متوجه می‌شوند: چاسوسی و کلاهبرداری، که برای انگیزه‌های مالی و ملایم، به صورت فردی یا گروهی (سازمان یافته) اقدام به ارتکاب این جرایم می‌نمایند. خرابکاران نیز به دو دسته کاربران^۲ و بیگانگان^۳ تقسیم‌بندی می‌شوند که معمولاً با انگیزه‌های مختلف را تک این جرایم تمی‌شوند و انگیزه‌های سیاسی و تخصصی هم تبارند بهکه غالباً از روی، خشم و عصیانی رفتارهای مجرمانه را انجام می‌دهند. کاربران افرادی هستند که مجوز استفاده از سیستم را دارند ولی فعالیت غیرمجاز انجام می‌دهند و منظور از بیگانگان افرادی هستند که کاربران غیرمجاز شرکت می‌باشند و به سیستمی دسترسی دارند که هیچ گونه وابستگی به آن ندارند و صرفاً به قصد صلمه زدن با آن کار می‌کنند.

بحث هفتم- پیشگیری از جرایم رایانه‌ای

مبارزه با جرایم رایانه‌ای مانند دیگر جرایم یا پیشگیری از جرایم رایانه‌ای، شناسایی تهدید و خطرات و نیز انواع حفاظت‌های جمله حفاظت فیزیکی از رایانه‌ها، حفاظت کارکنان، حفاظت ارتباطات شبکه رایانه‌ای و حفاظت عملیات با هدف ساخت راستخواهی در ساختن دسترسی مجرمین رایانه‌ای به سیستم‌های رایانه‌ای انجام می‌شود. البته هیچ یک از این راه حل‌ها و مراحل حفاظتی تمی‌تواند به طور مستقل مشکل جرم رایانه‌ای را حل کند، اما چنان‌چه با هم انجام گرددند می‌توانند اثر فراوانی بر جای بگذارند در هر یک از بندوهای ذیل به صورت جداگانه به موارد مهم فوق خواهیم پرداخت.

الف- شناسایی تهدیدها

تعیین خطرات و تهدیدهای متوجه سیستم، اولین گام در ایجاد یک برنامه حفاظت رایانه‌ای مناسب برای آن سیستم و مقابله با جرایم رایانه‌ای است. یک تهدید و خطر احتمالی به سیستم رایانه‌ای ممکن است یک شخص باشد (جاسوس، مجرم حرفه‌ای یا نفوذ‌کننده غیرمجاز)، یا یک شیء (ترمافزار یا سختافزار نقص) یا یک انفاق و حادثه (آتش، رعد و برق و زلزله و دیگر بلایای طبیعی و زیست محیطی)، به هر یک از تهدیدهای یادشده به اختصار در ذیل خواهیم پرداخت.

۱- اشخاص

اشخاص اعم از کاربران یا بیگانگان بزرگ‌ترین تهدید حفاظت رایانه محسوب می‌شوند. اشخاص ممکن است ویروس و کرم‌های رایانه‌ای را وارد سیستم کنند، از اصلاحات سیستم نسخه‌برداری کرده یا

1- Vandals.

2- Users.

3- Strangers.

آن را تغییر دهن و اطلاعات مهم و حساس را به سرقت ببرند.

۲- سخت افزار

هر ساله میلیون‌ها دلار وسائل رایانه‌ای به سرقت می‌روند و میزان بسیار زیادی از آن‌ها توسط اعتراض کنندگان، خرابکاران و کارمندان عصبانی و مشتریان خراب می‌شوند. حوادث و بلایای طبیعی مانند آتش، سیل، زلزله و انفجارات نیز می‌توانند یک مرکز رایانه‌ای را در عرض چند ثانیه ویران کنند.

۳- نرم افزار

مجرمین ماهر و حرفه‌ای، ویروس‌ها و کرم‌هایی را در برنامه‌های کامپیوتی و نرم‌افزار سیستم وارد می‌کنند و یا با کارمندان یا افراد دیگر خارج از سازمان خود در این امر همدستی می‌نمایند. برخی اوقات نیز کارمندان، کپی اختصاصی نرم‌افزار شرکت یا نرم‌افزار خردباری شده و مجاز برای استفاده شرکت را به سرقت می‌برند.

۴- بلایای طبیعی

بلایای طبیعی همچون آتش‌سوزی، رعد و برق، سیل، زلزله و مانند این‌ها تهدیدهایی را متوجه امکانات و سیستم‌های رایانه‌ای می‌کنند. گاه نیز این بلایای طبیعی به صورت عمدی از طرف افرادی که قصد خرابکاری و کارشکنی دارند ایجاد می‌شود و آن‌ها می‌ادرت به ایجاد حریق و قطع برق و خاموش کردن سیستم تهویه مطبوع می‌نمایند.

در هر حال جغرافیای محلی و حوادث طبیعی بالقوه باید در طرح حفاظت طبیعی مدنظر قرار گیرند. در مکان‌هایی که به دلایل مسائل جغرافیایی احتمال وقوع زلزله وجود دارد رایانه‌ای کنسول‌ها، چاپگرهای و دیگر تجهیزات به منظور حفاظت در مقابل لرزش باید به زمین اتصال باید و در محل هایی که خطر سیل وجود دارد تجهیزات باید در طبقات و سطوح پایین نصب گردد. همین طور باید به تهدیدهای ناشی از وجود سیستم‌های تهویه مطبوع، گرمایشی و برق هم توجه نمود. علاوه بر آن میزان درجه حرارت و رطوبت محل نگهداری تجهیزات رایانه‌ای تیز اهمیت دارد. الکتریسیته ساکن نیز یکی از مشکلات دیگر در این زمینه به شمار می‌رود.

۵- تهدیدهای زیست محیطی

مهندسین تهدیدهای زیست محیطی نسبت به سیستم‌های رایانه‌ای عبارت‌اند از حرارت و تهویه مطبوع و دمای اتاق و مکانی که رایانه در آن جا نگهداشی می‌شود که باید در حد مطلوب تقریباً ۱۰ درجه سانتی‌گراد تنظیم شود. رطوبت محیط که باید 45% تا 50% باشد و تهویه مطبوع مستقل در اتاق‌های رایانه‌ای موجود باشند. غبار و گرد و خاک در محیط رایانه که باید با نصب سیستم‌های خنک‌کننده و گرمایشی فیلترهای هوا مانع از ورود غبار به رایانه‌ها به ویژه به دیسک‌هاشد. الکتریسیته یا برق که افزایش یا کاهش ولتاژ برق به سیستم رایانه صدمه می‌زنند. قطع برق، افت ولتاژ و نوسانات آن نیز به تجهیزات رایانه لطمہ وارد می‌کند. باید در اتاق رایانه از کفپوش‌های الکتریسیته ساکن استفاده کرد. از نگهداری تراس‌های الکتریکی در اتاق رایانه اجتناب نمود و دستگاه ثبت کننده ولتاژ یا سیستم ولتاژ یا فیلتر ولتاژ را به سیستم رایانه نصب کرد.

ب- حفاظت فیزیکی^۱ از رایانه‌ها

شامل نگهداری از کلیه لوازم و تجهیزات فیزیکی از جمله ساختمان، اتاق رایانه، خود رایانه، تجهیزات جانبی آن (دیسک، دیسک‌گردان، چاپگر) و رسانه‌های ذخیره اطلاعات مثل دیسک، نویز، کاغذهای چاپ شده و رسانه‌های ارتباطی (فیبر نوری، کابل دو رشته‌ای) می‌گردد.

تدابیر حفاظتی فیزیکی به مفهوم تمام تدبیر دفاعی آشکار است که جهت حفظ تجهیزات در برابر سوانح و بلایای طبیعی و مشکلات زیست محیطی و صدمات عمدى اتخاذ می‌شود. برناههای حفاظت فیزیکی مستمر، ضامن امنیت سایت‌های رایانه است. همچنین سخت‌افزارهای گران قیمت را باید در مکان‌های مجهز به قفل مناسب نگهداشته نمود. نصب سیستم‌های اعلام حریق، طرح‌های مقابله با زلزله، کنترل دسترسی افراد به ساختمان و اتاق رایانه، اتخاذ تدبیر امنیتی، قرار دادن رمز عبور^۲ برای رایانه، حراست از ساختمان مذکور، احراز هویت کاربران مجاز برای ورود به اتاق رایانه و استفاده از آن و شناسایی افراد غیر مجاز، قفل کردن درب محل‌های حساس نسبت به دسترسی افراد غیر مجاز از مهم‌ترین حفاظت‌های فیزیکی محسوب می‌گردد.

ج- حفاظت کارکنان^۳

اشخاص مختلف وجود دارند که رایانه‌ها و اطلاعات را به خطر می‌اندازند بعضی از افراد ممکن است آموخته نباشند و به صورت ناشناس اطلاعات مهمی را که در سیستم ذخیره شده، خراب کرده و یا در فعالیت‌های سیستم دخالت کنند دیگر اشخاص ممکن است با تفکر و اندیشه قوانین را نقض کرده و از سیستم برای کارهای شغلی و تفریح استفاده نمایند. برخی از افراد نیز مجرمان حرفه‌ای هستند که اطلاعات خود رایانه‌ها را به سرقت می‌برند و یا ممکن است وسایل و تجهیزات رایانه‌ای را خراب کنند.

تهدیدی که شخص به سیستم رایانه‌ای وارد می‌کند به چند عامل بستگی دارد: ۱- نوع دسترسی و میزان دسترسی که فرد به سخت‌افزار و یا به نرم‌افزار رایانه دارد. ۲- سطح و میزان مهارت که هر چه میزان مهارت شخص برای دسترسی به اطلاعات رایانه‌ای بیشتر باشد، میزان تهدید‌ها هم گستردگر می‌شود مانند متخصصی یک سیستم، تحلیل گر یا برنامه‌نویز که می‌تواند ویروس یا تهدید برمهریزی شده‌ای را وارد کند که قادر است سیستم را در آینده به طور شدیدی تخریب نماید. ۳- انگیزه‌های متفاوت افراد که هر اندازه انگیزه انتقام‌جویانه و کارشکنی و خرابکاری در شخص قوی‌تر باشد، تهدیدهایی که به سیستم رایانه‌ای صدمه خواهد زد نیز شدیدتر خواهد بود.

بنابراین برای پیشگیری از صدمات مذکور به سیستم رایانه‌ای توسط کارکنان موارد ذیل پیشنهاد می‌گردد: ۱- تحقیق در مورد پیشینه و سابقه کارکنان، ۲- کنترل رفتار کارمندان و نظارت مدیران در مورد آن‌ها، ۳- اختصاص گواهینامه‌های امنیتی به بعضی از کارکنان پس از بررسی و تحقیقات همه جانبه در مورد پیشنه و سوابق کارمند مذکور، ۴- آموخت دادن صحیح به کارمندان، ۵- آگاه نمودن کارکنان نسبت به این امر که مسؤول اعمال خود هستند و هرگونه استفاده از منابع رایانه‌ای سازمان مانند پایانهای، حساب‌ها و کلمات رمز برای آن‌ها مسؤولیت‌آور می‌باشد، ۶- آموخت دادن به مدیران سازمان‌ها و مؤسسات در این مورد که مشکلات بالقوه کارکنان خود را شناسایی نموده و به حل آن‌ها یاری رسانند، ۷- وضع مقررات و محدودیت‌های لازم راجع به استفاده از سخت‌افزار و نرم‌افزارهای رایانه‌ای و قرار دادن ضمانت اجرهای کافی در مقابل نقض این مقررات.

1- Physical security.

2- Users logon Id.

3- Personnel security.

د- حفاظت ارتباطات شبکه رایانه‌ای^۱

حفاظت ارتباطاتی، خود حوزه وسیعی را شامل می‌شود ولی تنها بخش کوچکی از آن متوجه ارتباط داده‌ها می‌باشد. این حوزه همچنین شامل حفاظت از پست الکترونیک، نمایر، تلفن و ارتباطات پست صوتی می‌شود که در حوصله این مقاله مختصر نمی‌گنجد.

ارتباط بین رایانه‌ها به طور چشمگیری بر میزان قدرت آن‌ها می‌افزاید. اما هرچه ارتباط یک رایانه با دیگر رایانه‌های سازمان، شب اداری، سیستم‌های داخلی و بین‌المللی افزایش یابد بر خطوط و تهدیدهایی که متوجه سازمان می‌شود نیز افزوده می‌گردد. شبکه‌های رایانه‌ای به سه دسته اصلی تقسیم می‌شوند ۱- شبکه‌های محلی، ۲- شبکه‌های با پوشش وسیع، ۳- شبکه‌های بین‌المللی. موقع جرایم رایانه‌ای در این شبکه‌ها غالباً توسط کارکنان، فروشنده‌گان و افرادی که به پایانه‌ها و تجهیزات آن‌ها دسترسی دارند اتفاق می‌افتد.

جهت حفاظت و ارتباطات رایانه‌ای شیوه‌های متعددی وجود دارد که در ذیل به برخی از مهمترین این موارد در بندهای جداگانه و به اختصار اشاره خواهیم کرد.

۱- کنترل دسترسی^۲

شامل استفاده از رمز و کد عبور می‌باشد که باید در اختیار دیگران قرار نگیرد و در فایل‌های رایانه ذخیره و نگهداری نشود. رمزهای عبور پیچیده در مقایسه با رمزهای عبور ساده و کوتاه، امنیت بیشتری دارند زیرا حدس زدن و نفوذ در آن‌ها دشوارتر خواهد بود. همین‌طور رمزهای عبور باید در فواصل زمانی معین، تغییر کنند و دارای قفل رمز باشند زیرا این قفل‌های امنیتی در میانی ورودی سیستم می‌توانند دسترسی افراد و کاربران را به سیستم‌های ویژه محدود نمایند.

۲- روش‌های رمز نگاری^۳

رمز نگاری یا به صورت رمز درآوردن اطلاعات و داده‌ها در شبکه‌های رایانه‌ای برای محدود نمودن دسترسی افراد به اطلاعات محروم‌انه ضرورت دارد اصول و روشی که می‌آن رمز نگاری صورت می‌گیرد به عنوان الگوریتم رمز نگاری معروف می‌باشدند و در سادگی یا پیچیدگی قرایب تبدیل داده‌ها نقش بسزایی دارند. رمز نگاری به صورت معمول در سازمان‌های نظامی، سرویس‌های اطلاعاتی، ادارات پلیس، طرفین پیمان‌های دفاعی و بخش‌های اقتصادی کاربرد داشته است. رمز نگاری موضوع پیچیده‌ای است و امکان بررسی تمام جوانب آن در این مقاله نمی‌گنجد.

۳- فناوری دیواره آتشین^۴

دیواره آتشین یک روش نرم‌افزاری یا سخت‌افزاری است که بر کلیه ارتباطات شبکه اعم از داخلی و اینترنت نظارت می‌کند و یکی از شیوه‌های مؤثر حفاظت سایت در مقابل نفوذ افراد غیرمحاذ و فرصت‌طلب به شمار می‌رود. البته این فناوری مانع دسترسی کاربران به خدمات اینترنت نمی‌شود. دیواره آتشین باید پیکربندی، نصب و به دقت مراقبت شود تا مؤثر واقع گردد.

دیواره آتشین تبادل اطلاعات بین رایانه‌های شبکه با دیگر شبکه‌ها را کنترل می‌نماید و فقط

1- Communications security.

2- Access control.

3- Cryptographic methods.

4- Firewall technology.

اطلاعات مجاز از آن عبور می‌کند. این شیوه امکان کنترل پیام‌های ارسالی و دریافتی در سیستم را نیز ممکن می‌سازد.

۴- حفاظت کابل‌های شبکه^۱

کابل‌های حامل داده‌ها در برابر تهدیدهای بسیار آسیب‌پذیر می‌باشد و به راحتی قابل شنود و استراق سمع هستند. باقطع سیستم یک شبکه به آسانی در بخشی از آن اختلال ایجاد می‌شود. باید از کابل‌های شبکه، حفاظت صحیح به عمل آید و هیچ‌گاه نباید کابل‌ها را از طریق سقف عبور داد بلکه باید تنها آن را از درون لوله‌های فولادی عبور داد و از لوله‌های حفاظدار دو جدار، که از امنیت بالایی برخوردار هستند، استفاده کرد. بین جدارهای این نوع لوله چون از گاز متراکم بر شده است، چنان‌چه جدار این لوله‌ها به دلیلی توسط فردی غیرمجاز تخریب شود فشار گاز کاهش یافته و سیستم اعلام خطر به صورت خودکار فعال می‌شود.

۵- عایق‌بندی^۲

یکی از شیوه‌های حفاظت ارتباطات شبکه‌ای و جلوگیری از انتشار پرتوهای الکترومغناطیسی سیستم‌های رادیویی استفاده از عایق برای کابل‌ها و رایانه‌های است. عایق از موادی نظیر مس ساخته می‌شود و می‌تواند از استراق سمع از طریق دریافت سیگنال‌ها جلوگیری به عمل آورد.

۶- حفاظت عملیات^۳

حفاظت عملیات دو مقوله از حفاظت رایانه را در بر می‌گیرد: ۱- روش‌هایی که آگاهی و اصلاح از وقوع جرائم احتمالی را در بین قربانیان بالقوه افزایش می‌دهند. ۲- روش‌هایی بازدارنده مجرمین رایانه‌ای از ارتکاب جرم، در ذیل به اختصار هر یک از این دو مورد را بیان خواهیم نمود:

۱- روش‌هایی که آگاهی و اطلاع از وقوع جرائم احتمالی را در بین قربانیان بالقوه افزایش می‌دهند: این تدبیر به منظور شناسایی جرائم در حال وقوع و جرایمی که صورت پذیرفته‌اند. اتخاذ می‌شود. این اقدامات شامل بازرسی‌های منظم سیستم و بررسی وقایع ثبت شده در رایانه می‌باشد. علاوه بر آن فقدان تجهیزات یا خسارات واردہ بر آن‌ها، دیسک‌ها، نوارها و اطلاعات چاپ شده بر روی کاغذ نیز دلایلی بر وقوع جرائم رایانه‌ای می‌باشد.

در این زمینه باید اقدامات حفاظتی بهتری برای جلوگیری از دسترسی مهاجم به اطلاعات انجام دهید و اطمینان حاصل شود تا کاربران سیستم، کلمه عبور، شماره تلفن و دیگر اطلاعات را در معرض دید دیگران رها نسازند. همچنین کارکنان مجموعه یا هر سازمان باید تشویق شوند تا هرگونه ورود غیرمجاز به سیستم را سریعاً گزارش نمایند و وضعیت‌های مشکوک را در اسرع وقت به رئیس بلاواسطه خود یا قسمت حفاظت سازمان مربوطه گزارش دهند.

۲- روش‌های بازدارنده مجرمین رایانه‌ای از ارتکاب جرم
حفاظت فیزیکی اماکن و تجهیزات رایانه‌ای با استفاده از انواع سیستم‌های استاندارد اعلام خطر و

1- Network cabling.

2- Shielding.

3- Operations security.

دزدگیر، استفاده از نرم‌افزارهای دارای سیستم‌های اعلام خبر و دزدگیر که کاربر را پیش از ارتکاب جرم مطلع می‌سازد.

تکمیل تم مدیریت بحران به محض اطلاع از وقوع جرم رایانه‌ای و اقدام سریع آن‌ها، استفاده از تیم تخصصی‌ای که دارای دانش کافی فنی، حقوقی و حسابرسی باشد وجود قوانین و مقررات و دستورالعمل‌های قانونی لازم برای مبارزه با جرم‌های رایانه‌ای که دارای ضمانت اجرای مؤثر و قوی نیز باشد.

نتیجہ گیری

هنگامی که جرایم رایانه‌ای در حال وقوع هستند، شاید فرصتی برای اتخاذ تدابیر و تهدیدات مقابله و مبارزه با آنها به وجود نماید، به ویژه برای بسیاری از این جرایم که عواقب و نتایج نامطلوبی دارند. بنابراین علاج واقعه قبل از وقوع باید گردد در هر حال پیشگیری از این جرایم بهتر از پیگیری‌های متعاقب و به استطلاع زمان می‌باشد. اگر طرح مبارزه با تهدیدهای از قبیل تهیه شده و افاد آملاکی لازم جهت اجرای آن را داشته باشند، امکان مقابله با هر نوع تهدید و کاهش میزان خسارات سهل‌تر خواهد بود. طرح مبارزه با تهدیدهای رایانه شامل اقدام‌های پیشگیری، مدیریت بحران و جبران خسارت است که به منظور شناسایی و بارسازی سیستم‌های اسپیدیده به کار می‌رود. طرح‌های پیشگیری و مقابله با تهدیدهای باید با گذشت زمان و به صورت متوالی تعریض و به روز شوند. اتخاذ تمهیداتی نظری بررسی‌های دقیق و تغییر شیوه‌های بازرسی از نفوذ افراد غیرمجاز به سیستم ممکن است می‌کند، با اتخاذ این تدابیر، افراد غیرمجاز که قصد نفوذ در سیستم رایانه را دارند از نحوه عملکرد قیترهای حفاظتی و امنیت سیستم مطلع نخواهند شد.

از آن جا که جرائم رایانه‌ای متفاوت می‌باشند، شیوه‌های مقابله با این جرائم و پیشگیری از آن‌ها نیز متفاوت خواهد بود. در هر حال مستندسازی وقایع و شیوه انجام جرم و ثبت اقدامات انجام شده در طول تحقیقات توسط تیم مقابله با تهدیدها و خطرات احتمالی و کلیه موارد مرتبط با حالته مفید خواهد بود. این اطلاعات در تعقیب و کشف جرم، بررسی نقاط ضعف و قوت اقدامات انجام شده و کسب تجارب مورد نیاز در مقابله با تهدیدهای آینده مؤثر خواهد بود.

فیروزت منایم و مأخذ

الف-كتاب

- ۱- انطیز، ویرجینیا، سایبر کرایم (cyber crime)، ترجمه سعید حافظی، کمیته مبارزه با جرائم اینترنتی، سال ۱۳۸۲.

ب-مقالات

- ۱- ذیلیان، محمد حسن، مقدمه‌ای بر سایبر لاد ایران، خبرنامه اقتصادی‌تک، شورای عالی اقتصادی‌تک، شماره ۷۶.

۲- ذیلیان، محمد حسن، جوامی کامپیووتری، پیداشری، بین‌المللی حقوق اطلاعات کیفری، دبیرخانه شورای عالی اقتصادی‌تک، ص ۱۶.

ج-پایان نامہ

- ^۱- شریفی، هرسده، جاییم کامبیوتوی در حقوق جزای بین‌المللی، مقطع کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه آزاد

٥-٦٩

- ۱- جزوی مسوولیت کیفری یخشن و بروس‌های کامپیوتویی، دکتر کریستین شوارتزینگر، شورای عالی توسعه فناوری، کمیته مبارزه با جرم امنیتی، این بکار رفته است.

نقدی بر یکی از آرای دادگاه عمومی جزایی تهران

محمد احمدزاده

درآمد

«اصل فردی کردن مجازات‌ها در حقوق جزا معطوف اندیشه‌های نوین حقوقی است که در بستر سازی قوانین جزایی ماهوی سهم به سزاًی دارد. اصل مزبور در کنار اصول قانونی، شخصی و تساوی مجازات‌ها در قالب اندیشه‌های حقوق جزاًی سوی حقوقدانان همواره مورد تأکید قرار گرفته است. کارآمدی اجرای اصل فردی کردن مجازات‌ها در اغلب نظامهای حقوقی در تصویب قوانین موضوعه به نفع متمم غیرقابل انکار است. به تأسی از اندیشه مزبور مقتن در پاره‌ای از موارد اجرای اصل فردی کردن مجازات‌ها را در اختیار دادگاه قرار داده و در پاره‌ای از موارد، در متون و نصوص قانونی تصریح و اعمال آن را از سوی دادگاه الزامی دانسته است. اجرای اصل فردی کردن مجازات‌ها از سوی مقتن (صرف‌نظر از جنبه انتقادی) در عمل مواجه با اشکال جدی نیست. لکن طرح مسأله و چالش‌های پیش روی پیرامون اجرای این اصل توسط دادگاهها است، تغییض اجرای این اصل به طور مطلق یا مقید به دادگاه اهم موضوعات بحث برانگیز و ظهور اندیشه‌های متفاوت در آراء و نظرات حقوقدانان (اعم از اساتید دانشگاه، وکلا و قضات دادگستری) شده است. نگارنده با ابراز نگرانی از رویه موجود در دادگاهها، رویه سلطنت مطلق دادگاهها در اعمال تخفیف مجازات را در این توشتار مورد انتقاد قرار می‌دهد.»



واژگان کلیدی: تخفیف مجازات، نهاد تبدیل، کمیت تقلیل، تناسب جرم و مجازات، سلطنت مطلق، اختیار مقید، نقدی بر رأی دادگاه عمومی جزایی تهران

تخفیف مجازات

روش مقتن ایرانی در تصویب قوانین جزایی (اعم از ماهوی و شکلی) اجتناب از تعریف واژگان بدیهی حقوقی از جمله تخفیف مجازات است. بدین منظور برای درک مفهوم حقوقی آن به مقصود مقتن از این واژه به قوانین جزایی مراجعه می‌کنیم و سپس آراء و نظرات حقوقدانان و رویکرد رویه قضایی پیرامون تخفیف را بیان خواهیم نمود. آگرچه تخفیف مجازات در قوانین جزایی از جمله قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲، قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ به طور

صریح از سوی مقتن تعریف نگردیده است، لکن با دقت در مفهوم و مصاديق کاربردی مقتن در اصول و مبانی تخفیف، تعریف مورد نظر مقتن کاملاً آشکار می‌شود.

از دیدگاه قانون مجازات اسلامی تخفیف مجازات در دو بخش تخفیف مجازات قانونی و تخفیف مجازات قضایی مورد بررسی قرار گرفته است.

در نوع اول مقتن به منظور کشف باندها و شبکه‌های بزرگ بزهکاران در اجرای سیاست کیفری مدیرانه تحت شرایطی در میزان مجازات بزهکار تخفیف داده و در مواردی به کلی او را از مجازات معاف کرده است، عدد و سیاست کیفری مقتن اغلب در جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی قابل ملموس است. به عنوان مثال منطق مواد ۵۲۱، ۵۵۱، ۵۵۵ ق.م، از مصاديق تخفیف قانونی است که رأساً از سوی مقتن در نصوص قانونی تأکید و اعمال آن بر دادگاه‌ها الزامی تلقی شده است. دادگاه‌ها در اعمال این گونه تخفیف مواجه با تکلیف قانونی خواهند بود. حقوقدانان این گونه تخفیف‌هارا در آثار خود تحت عنوان عذرها مخفف مورد بحث قرار داده‌اند.^۱

نوع دوم که به تخفیف مجازات قضایی مشهور شده، کیفیات مخفف منطبق ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی است. کیفیات مخففه مانند عذرها مخفف موجب تقلیل کیفر از حداقل مجازات مقرر برای هر جرم است، لکن در نوع دوم در صورت احراز شرایط مقرر، دادگاه در اعطای تخفیف مختار خواهد بود. با این تفاوت که در نوع اول به حکم قانون دادگاه ملزم به اعمال تخفیف است، مهتمترین فایده عملی کیفیات مخففه که در آموزه‌های اصل فردی کردن مجازات‌ها بیان می‌شود منطبق کردن مجازات با شخصیت بزهکار و اجرای عدالت و پاسخ به نتای انصاف وجودن دسته جمعی است. بنابراین کیفیات مخففه به قاضی دادگاه اجازه خواهد داد با لحاظ سروط مقدم در قانون رأی خود را در خصوص متهماً مناسب سازد. تنها ابرادی که به کیفیات مخففه وارد شده است تقلیل مجازات و اثر زیای آن در نگاههای عمومی است این نگاه در تبدیل حبس‌های سنتگین به حبس‌های کوتاه‌مدت در وجودن‌های بیدار جامعه کاملاً مشهود است.^۲

نهاد تبدیل

با مناقه در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۰ یکی از موارد تخفیف مجازات نهاد تبدیل یا کیفیات مبدل است. قانون جزاً از تبدیل مجازات تعریفی به عمل نیاورده است. حقوقدانان در تعریف تبدیل مجازات معتقدند، تبدیل مجازات تغییر ماهیت مجازات به مجازاتی مناسبتر به حال متهماً است.^۳ در برخی قوانین تبدیل مجازات به نوعی دیگر بدون معیار و ضاییله تخفیف از سوی مقتن اجرایی تلقی شده است.^۴ این گونه تبدیل‌ها به نظر نگارنده از مقوله تخفیف محل بحث خارج و به منزله اجرای مستقیم اصل فردی کردن مجازات‌ها از سوی مقتن تلقی می‌شود. تبدیل مجازات تعزیری و بازدارنده به مجازات زنوع دیگر به شرط مناسب بودن به حال متهماً،

۱- لریجانی، محمد علی، ح.ج.ع، جلد ۲ صفحه ۲۰۶.

۲- اردبیلی، محمد علی، جایگزین‌های زنانهای کوتاه‌مدت در حقوق کیفری ایران، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۱۱، ۱۲، ۱۳، سال ۱۴۰۰، ص ۲۷۷-۲۹۱.

۳- گلزاریان، ایرج، پایسته‌های حقوق جزای عمومی، ص ۳۲۹.

۴- بند ۱ ماده ۲ قانون وصول برخی از جرایم مخصوص دولت و مصرف آن در موارد مین مصوب سال ۷۳ و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۲ موخ ۹۷/۷۸۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

یکی از مؤلفه‌های مهم تبدیل مجازات در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و تولد چالش‌های مهم این تبدیل در رویه قضایی است. «مناسب» بودن مجازات در قانون مجازات اسلامی فاقد ضابطه و معیارهای نوعی است. عنوان مناسب یعنی در خور و موافق بودن کیفر با وضع و احوال متهم به قید این که مجازات عمل ارتکابی از سوی متهم نامتناسب با خصوصیات فردی و اجتماعی است. به همین علت مقتن به دادگاه اجازه داده است که مجازات مناسب را در خصوص متهم مدلل سازد. به نظر قاطع، تبدیل مجازات نوعی تخفیف است به شرط این که مناسب به حال بزهکار تلقی شود. نظر مخالف معتقد است که تبدیل مجازات به عنوان تخفیف علی القاعده صحیح نیست مگر آن که قانون چنین تبدیلی را اجازه دهد.^۱

عنوان «به شرط مناسب و مساعد بودن به حال متهم» که در متن قانون آمده است عنوانی مهم و از زمرة مصادیق حقوق اکتسابی متهم در فرایند تکوین پدیده مجرمانه مورد توجه دادگاهها است. کلی بودن این عنوان و عدم تصریح به نحوه، چگونگی و محدوده تناسب تشتت آرا و تیجات خودکامگی قصاصات در نحوه تبدیل را به دنبال داشته و این امر کاملاً تغیر کننده است. در نهاد تبدیل مجازات طرح سوالات ذیل و پاسخ به آن‌ها مادر کشف را حل عملی و منطقی به ویژه کشف مقصود مقتن یاری خواهد کرد:

- ۱- آیا دادگاه می‌تواند هر مجازاتی را به مجازات دیگر تبدیل کند؟
- ۲- تشخیص مساعد بودن مجازات به حال متهم در اختیار کیست؟
- ۳- آیا در تبدیل کیفر حبس به جزای نقدی دادگاه سلطنت مطلق دارد؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت: ظاهرآ در محدوده اعمال تبدیل، دادگاه به استناد منطق ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی اختیار کامل دارد و در تبدیل مجازات می‌تواند مجازات جرمی را ز شلاق به حبس یا جزای نقدی و یا به کیفر دیگر تبدیل کنند همچنان که بر عکس، حبس یا جزای نقدی را به شلاق و یا به نوع دیگری به نظر خود تغییر دهد. تشخیص مجازات اخف و اشد و تناسب آن دو ابتداء در ماده ۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ به وضوح مورد تصریح مقتن قرار گرفته بود. به موجب این ماده، مجازات‌ها از حیث شدت و ضعف به چهار نوع:

- ۱- جناحت،
- ۲- جنحه مهم،
- ۳- جنحه کوچک و
- ۴- خلاف

تقسیم شده بود. مقتن در اصلاحیه قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۵۲ جرایم را به سه دسته جناحت، جنحه و خلاف درجه‌بندی نمود این تقسیم‌بندی معیار مناسب و مشخصی بر تشخیص مجازات اخف از اشد بوده است. با این معیار دادگاهها در تشخیص مجازات اخف به حال متهم مواجه با اشکال جدی نبوده‌اند. با حذف طبقه‌بندی جرایم بر حسب شدت و ضعف آن در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۰ و زدودن ضابطه تشخیص

۱- نوریها، رضا زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۴۲۲.

مجازات‌های اخف از آشت، این رویه عملاً موجب سردرگمی دادگاه‌ها شده است. با حذف این درجه‌بندی رویه مشخصی در مورد شدت و خفت مجازات‌ها وجود ندارد. مثلاً بین مجازات‌های بدنی (مانند شلاق) و مجازات‌های سالب آزادی (حبس) مقایسه دشوار شده است. اگر چنان‌چه دادگاه مجازات شلاق را به حبس تبدیل کند و یا بر عکس، از کدام ضابطه تبعیت کرده است؟

در برخی از آرای دیوان عالی کشور مجازات‌های سالب آزادی شدیدتر از مجازات‌های بدنی مورد توجه قرار گرفته است لکن به نظر می‌رسد مجازات‌های بدنی شدیدتر از مجازات‌های محدود کننده آزادی و کیفرهای مالی باشند^۱. لایحه قانون مجازات اسلامی در مواد ۱۱۵-۳ و ۱۱۵-۴ کیفر حبس را از تمامی مجازات‌های تعزیری و بازداشت‌هشتد تلقی نموده است. پذیراین در نتیجه‌گیری سوال نخست باید گفت دادگاهها به شرط مساعد و مناسب بودن مجازات تبدیل شده به نفع متهم می‌توانند مجازات را به مجازات دیگر تبدیل کنند در این تبدیل ضابطه شخصی مؤثر در مقام نخواهد بود و ضابطه عینی ملاک تبدیل قرار خواهد گرفت.

در پاسخ به سوال دوم باید گفته: تشخیص مجازات مناسب‌تر به حال متهم که نوعی نگرش در تخفیف مجازات است علی‌الاصول با دادگاهها است. هرگاه ضابطه و نگرش دادگاه در تبدیل مجازات موقعیت متهم را به نظر خود تشدید کند بحث تخفیف مجازات مواجه با شکال اساسی و از موجبات نقص دادنامه در دادگاه‌های عالی خواهد بود به عنوان مثال هرگاه دادگاه متهم را به جای تحمل ۷۴ ضربه شلاق بالحاظ وضع خاص او به تحمل ۶ ماه حبس تعزیری تبدیل کند آیا مجازات جانتشین با عنوان مجازات مناسب به حال متهم می‌باشد؟! آیا نظر متهم در نحوه تبدیل از مصاديق ضابطه تبدیل و مجازات مناسب‌تر وارد ترتیب اثر است؟

به نظر ما هرگاه مجازات تبدیل شده موقعیت متهم را تشدید و دگرگون کند اقدام دادگاه مغایر با فلسفه تخفیف مجازات و تزالق قاعده مناسب‌تر به حال متهم در اصل مبانی تخفیف خواهد بود. ضوابطی چون عرف، آثار مخرب برخی از کیفرها نسبت به روح، روان و جسم متهمان، ناکارآمدی کیفر حبس، پرهیز از مجازات‌های واجد آثار تبعی و استفسار نظر متهم در پذیرش نوع تخفیف از جمله ضوابط عینی مجازات‌های مجازات‌های مناسب‌تر به حال متهم بر دادگاه در خور توجه است.

در پاسخ به سوال سوم باید گفت: دلتر مدار تبدیل مجازات در رویه قضایی، تبدیل مجازات‌های بدنی و سالب آزادی به جزای نقدی است. چه، جزای نقدی نسبت به مجازات‌های حبس و شلاق مساعد و مناسب به حال متهم به نظر می‌رسد. تبدیل مجازات حبس و شلاق به جزای نقدی بی‌حد و مرز نبوده و در این تبدیل دادگاه با موانع و محدودیت‌هایی مواجه است. یکی از این موارد ضابطه مقرر در شقوق ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب سال ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ است. ضابطه و محدودیت دوم بند ۱ تبصره ۱۷ قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی دولت ایران مصوب بهمن ماه ۱۳۶۸ است. ضابطه و معیار سوم در قوانین خاص جستجو می‌شود؛ ماده ۳ قانون مجازات جرایم تیروهای مسلح، تبدیل مجازات‌های حبس و شلاق به جزای نقدی، اختیار دادگاه را تابع حد و مرز دانسته است. محدودیت و ضابطه چهارم ضابطه تقینی است. ضابطه تقینی آن ضابطه‌ای خواهد بود که مقتن در برخی از جرایم و مجازات‌ها، مجازات بینایی را در متون قانونی بیان کرده است. به

^۱- نوریه، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۱۶۴.

عنوان مثال در مواد ۵۳۳، ۵۳۵، ۵۳۶، ۵۳۸، ۵۴۰ و ۵۴۱ مقدمن ۶ ماه تا سه سال حبس را با سه تا هجده میلیون ریال جزای نقدی موازنه دانسته است. این گونه ضوابط نیز به عنوان یک ضابطه عینی در میزان تبدیل حبس به جزای نقدی از سوی دادگاه قابل توجه خواهد بود. بنابراین دادگاه در تبدیل مجازات کیفر حبس، شلاق، ... به مجازات نقدی فاقد اختیار مطلق است.

کمپیت تقلیل

تقلیل مجازات یکی از مصادیق تخفیف مجازات در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی است. اساساً تقلیل مجازات که تخفیف محسوب می‌شود دارای چه ضابطه‌هایی است؟ به عبارت دیگر تقلیل در مجازات‌های دارای اقل و اکثر (مانند شش ماه تا سه سال) و فقد حداقل مانند مواد ۵۹۸ و ۶۳۷ و تبصره ماده ۶۵۵ عق، جا شلاق تا ۷۴ ضربه، شلاق تا ۹۹ ضربه و تا ۵ سال حبس چگونه خواهد بود؟^۱

در مورد تقلیل مجازات از سوی اساتید حقوق نظریات مختلفی ارائه شده است. برخی عقیده دلنده تقلیل مجازات، موجب تقلیل کیفر از حداقل مجازات مقرر برای هر جرم است. به عنوان مثال هرگاه مجازات جرمی در قانون شش ماه تا سه سال حبس باشد تقلیل کیفر از شش ماه تخفیف محسوب خواهد شد.^۲

برخی تنزل مجازات از حداقل مقرر در قانون را به طور مطلق بلکه به طور نسبی پذیرفته‌اند اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریات شماره ۷۱۶ مورخ ۱۳۶۹/۶/۲۵ و ۷۱۷۴۹ مورخ ۱۳۷۲/۴/۵ از نظریه اول مبنی بر تقلیل کیفر از حداقل مقرر در قانون را مورد عنایت قرار داده است. تنبیه‌هایی که اداره حقوقی قوه قضائیه به آن رسیده است تقلیل کیفر از حداقل مقرر در قانون است ولاعیر. پژوهش دامنه‌دل نگارنده در این خصوص نشان می‌دهد که تقلیل کیفر از حداقل مقرر در قانون با تقسیم به نوع متهم سازگاری دارد. تقلیل، زمانی تخفیف تلقی می‌شود که از حداقل مقرر در قانون پایین تر باشد در غیر این صورت از فلسفه تخفیف مجازات‌ها فاصله خواهیم گرفت. اما مشکل اساسی تقلیل از حداقل مقرر قانونی در مجازات‌هایی که فاقد اقل هستند یکی از خلاهای مباحث علمی و دانشگاهی است که تاکنون کمتر به آن توجه شده است. مثلاً مجازات مندرج در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی شلاق تا ۹۹ ضربه فاقد اقل مقرر قانونی است یا در تبصره ماده ۶۵۵ قانون مجازات اسلامی تا ۵ سال حبس فاقد اقل مقرر قانونی است با توجه به عدم ذکر حداقل مجازات‌ها در منطبق قانون به تصویر کشاندن حداقل مجازات مواجه با مشکل اسلامی است. جزا دانان در بحث مجازات معاویت در جایی که مقدم از کلمه تا استفاده کرده است (مانند ... تا ۷۴ ضربه شلاق) حداقل مجازات یک ضربه، یک روز حبس را محاسبه نموده‌اند.^۳

با ملاحظه این عقیده حداقل مجازات‌ها اگرچه در متن قانون نیامده، لکن حداقل آن از مبدأ آن تصور خواهد شد. پذیرش این نظریه در استدلال اخیر تقلیل مجازات (تنزل از حداقل مقرر در قانون) در تراحم خواهد بود. راه حل منطقی در چنین مواردی تبدیل مجازات به نوع دیگر به شرط مساعد بودن به حال متهم خواهد بود. در غیر این صورت دادگاه مجازات غایت تعیین شده در قانون را به حداقل ممکن، با توصل به ضابطه شخصی تقلیل خواهد

۱- نوری‌پا، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۳۶۸.

۲- نوری‌پا، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۳۲۲.

نمود! مثلاً دادگاه اگر چنان‌چه مجازات تا یک سال حبس را برای عایت کیفیات مخففه به ۹۱ روز حبس تقلیل کند به نظر می‌رسد تخفیف حاصل شده است. این مشکل در مجازات‌های تابت مانند یک سال حبس و ۷۳ ضربه شلاق قابل مقایسه است. راه حل عملی در این گونه مجازات‌ها تبدیل آن به نوع دیگر به شرط مساعد بودن به حال متهم است. رویه قضایی توسل قاضی دادگاه به حداقل مقرزی حبس در این گونه موارد را تأیید می‌کند انتظار می‌رود مقнن در این گونه موارد با تضمین یقای حقوق متهم نسبت به رفع معضل اقدام و راه حل اصولی تقلیل مجازات را بر محکم ترسیم نماید.

تناسب جرم و مجازات

مسئله تناسب جرم و مجازات یکی از قواعد مهم مطرح در حقوق جزا است که متأسفانه قاعده مزبور کمتر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. فرایند دادرسی کیفری دارای فراز و نشیب عجیبی لست که دادگاه علی‌رغم رعایت قواعد و ترتیبات رسیدگی با برخورده علی‌مشلده چون شخصی و نوعی و کیفیات مخففه، مجازات را در خصوص متهم مورد تشدید یا تخفیف قرار می‌دهد. زیرا عمال مجازات مقرر قانونی بدون توجه به شخصیت بزهکار مطلق نبوده و نمی‌توان عین مجازات قانونی را در مورد متهم اعمال نمود. رعایت تناسب جرم و مجازات با توجه به سهیم بزهده در ارتکاب جرم، نوع فعل مجرمانه و کیفیت ارتکاب رکن مادی جرم و تأثیر آن در نظام عمومی جامعه، توسط دادگاه‌ها رعایت می‌شود. این قاعده در مجازات‌هایی که در متن قانون به حداقل و حداقلتر آن اشاره شده مانند ۶ ماه تا ۳ سال، تا یک سال، تا ۷۴ ریال جزائی نقدی با توجه به ضایعه مذکور توسط دادگاه قابل توجه است. این ضوابط و معیارها در علی‌تلشدید و تقلیل مجازات حدکننی داعیه ظهور قاعده‌ای به نام تناسب جرم و مجازات را در حقوق جزا به ارمغان آورده است. این قاعده در برخی موارد توسط خود مقнن در مجازات‌ها رأساً رعایت شده است. مثلاً در حبس‌های کوتاه‌مدت و برخی از جرایم ناشی از تخلفات رانندگی و شرکت در آزمون به جای دیگری، جزائی نقدی به عنوان مورد توجه در برخی جرایم جزائی نقدی در کنار حبس مورد توان از تعادل قرار گرفته است تا دادگاهها با توجه به نحوه یه نحوه یه نحوه ارتکاب جرم، حدت و شدت وقوع آن و سهیم بزهده در وقوع جرم، یکی از مجازات‌های بینایین را مورد توجه قرار دهند. برخی حقوقدانان قاعده تناسب جرم و مجازات را با قاعده تخفیف یکی دانسته‌اند. به نظر ما، بین قاعده تناسب جرم و مجازات و قاعده تخفیف تقاؤن وجود دارد زیرا در کیفیات مخففه تناسب مجازات با شخص متهم (شخصیت بزهکار) ملحوظ نظر مقнن است این ادعا با شقوق ماده ۲۲ که محور آن به شخص متهم محدود شده است ابه وضوح قابل استنباط است لکن در قاعده تناسب جرم و مجازات، متهم نقش اساسی را ایفا نمی‌کند و شخصیت متهم در تناسب جرم و مجازات فاقد نقش اساسی است. ضوابطی چون نوع وصف مجرمانه، نحوه تکوین رکن مادی جرم و علی‌آن در این قاعده سهیم بسازی خواهد داشت. تقاؤن دیگر، طبیعت جرایم ارتکابی است. قاعده تناسب جرم و مجازات مانند کیفیات مخففه محدود به جرایم تعزیری و بازدارنده نخواهد بود بنابراین تقلیل موازن و نوسان مجازات در نصوص قانونی بدون توجه به شخصیت متهم از قاعده‌ای به نام تناسب جرم و مجازات تبعیت می‌کند.

سلطنت مطلق

عبارت «دادگاه می‌تواند» در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی موجب تفسیرهای مختلفی است برخی به این عقیده‌اند که عبارت می‌تواند، نوید دهنده اختیار مطلق دادگاهها در اعمال تخفیف است و جز در موارد استثنایی

[اممنویت و موافع] قاضی دادگاه مطلقاً آزاد است، تیجه این عقیده موجب رواج ضایعه شخصی دادگاهها در اعمال تخفیف شده است. عقیده این دسته از حقوقدانان بیشتر با تفسیر ادبی سازگاری دارد اعلی الاصول اختیار مطلق، سلطنت مطلق یا آزادی سلطق از مفاهیمی است که در نظام دینی، قانونی و حقوقی ما قادر جایگاه اساسی است. اصول معمد قانون اساسی مثبت ۱۰۶ و ۱۱۱^۱ که دادگاهها مأذون از ولایت مطلقه فقیه در نظام قضایی ما به امر قضا اشتغال ندارند حکایت از نفي اختیار مطلق دادگاهها دارد.

در این نظریه تخفیف به عنوان حق مسلم متهم شناسی نشده و صرفاً دادگاه با اختیار مطلق با وصف استحقاق متهم به تخفیف می‌تواند از اعمال آن خودناری کندا به نظر ما تخفیف مجازات حق متهم و عدم رعایت آن توسط دادگاه از موجبات نقض دادنامه و مخالف بoven رأی دادگاه با قانون خواهد بود. وقتی که موقعيت متهم با یکی از شرایط ماده ۲۲ قانون مجازات تطبیق می‌کند در این فرض برای متهم حق ایجاد می‌شود که عدم اعطای آن حق توسط دادگاهها از موجبات تجدیدنظرخواهی و حتی اعاده دادرسی در مراجع عالی خواهد بود. اذای دون تردید نمی‌توان از اصطلاح «دادگاه می‌تواند» معنای الزام را افاده کرد و لی اگر تخفیف را در صورت وجود جهات مخففة و فقدان مانع حق متهم بشانیم دادگاه ملزم است با رعایت شروط مقرر تخفیف مجازات و امیرد لحوق حکم قرار دهد در این صورت رأی دادگاه با منطق، عدالت قضایی و حقوق متهم منطبق، خاصه معیار شخصی غیرقابل دفاع جایگاه خود را به معیار نوعی قابل دفاع خواهد داد.

اختیار مقید

به نظر نگارنده علی رغم حکم عام و مطلق ماده ۲۲ اختیار دادگاه قانوناً محدود و مقید است. کیفرهای حدود قصاص و دیات، منع تبدیل در برخی جرایم مصرح از جمله تبصره ۲ ماده ۶ لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب خرداماه ۱۳۵۹، تبصره ۱ ماده یک قانون تشید مجازات مرتكبین ارتقاء، اختلاس و کلاهبرداری، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، محدودیت تبدیل مجازات‌های نظامیان در ماده ۳ قانون مزبور، عدم تسری تبدیل مجازات به اقدامات تأمینی و تربیتی، به ویژه مجازات‌هایی که ماهیتاً واحد صبغه اقدامات تأمینی هستند، منع تخفیف مضاعف، تلقی تخفیف به عنوان حق مشروع و مشروط برای متهم، ضرورت موجه و مستدل بودن احکام در نظام قضایی و اصول دادرسی، از مصادیق مستدل نفي اختیار مطلق دادگاه و تنور اختیار مقید اوست.^۲ بنابراین دادگاه در صورت وجود جهات مخففة و فقدان مانع مجاز نخواهد بود از تخفیف امتناع نماید زیرا تخفیف حقی است مشروطاً برای متهم که در صورت وجود شرایط مقرر دادگاه باید نسبت به اجرای آن بر اساس مرout اقدام کند.

نقدي بر رأي دادگاه عمومي جزاير تهران

رأي دادگاه

در خصوص انهاجم آقای ... ۳۸ ساله و باوکالت آقای محمد احمدزاده مبنی بر ارتکاب یک فقره قتل غیرعمدی

۱- گلزاریان، ایرج، شرح قانون مجازات اسلام، ص ۴۴۶.

۲- علوم جنایی، سیمینه مقالات تجلیل از استاد دکتر محمد اشوری، ص ۱۶.

ناشی از بی‌احتیاطی در امر رانندگی به میزان ۵۰ درصد و با وصف عبور از محل ممنوع موضوع شکایت آقای ... و با وکالت آقای ... و کیفر خواست دادسرای عمومی و انقلاب تا حیه ۱۱ تهران نظر به مفاد کیفر خواست صادره از جمله شکایت شاکی نظریه هیأت‌های کارشناس رسمی در امر تصادف که علت را بی‌احتیاطی از سوی رانندگان کامیون خاور ... (متهم موصوف) و موتورسیکلت (مرحوم) به علت حرکت در مسیر خط ویژه (حرکت در مسیر ممنوع) و انحراف مشترک هر دو از محور وسط خط ویژه به میزان پنجاه-پنجاه تشخیص داده است و گله‌های پزشکی قانونی و اقرار متهم در مرجع تحقیق و دفاعیات و کیل متهم در این دادگاه بزه انتسابی را نسبت به متهم موصوف محرز دانسته و به استناد بند «ب» ماده ۳۹۵ و تبصره ۳ این ماده و بند «ب» ماده ۳۰۲ و ۷۸ ناظر به ۷۱۴ و ۲۹۶ و ۲۹۷ همگی از قانون مجازات اسلامی و بارعایت بند ۵ ماده ۲۲ از این قانون به لحاظ نداشتن سابقه کیفری، متهم موصوف را از جنبه خصوصی جرم به پرداخت الف- یک دوم از دیه کامل مرد مسلمان، ب- یک دوم از یک سوم دیه کامل به عنوان تغییظ دیه و قوع صدمه و قتل در ماه حرام (ربب) در حق اولیای دم و از جنبه عمومی جرم و با رعایت تخفیف به پرداخت هفتاد میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت محکوم می‌نماید. رأی صادره حضوری است و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ واقعی و اخواهی در این دادگاه و سپس ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.

رتیس شعبه... دادگاه عمومی جزایی تهران

دادگاه تالی در تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی ۷۰۰۰۰۰۰۰ ریال با توسیل به عقیده اختیار مطلق و سلطنت قدرت (به شرحی که در سطور فوق این اختیار نقد و به اختیار مقید ثابت شد) خود را در تبدیل مجازات بی حد و مرز دانسته است معلوم نیست دادگاه، متهم را به چه میزان حبس محکوم و کدام حبس را به جزای نقدی تبدیل نموده است؟! دادگاه در اعمال مجازات جانشین (جزای نقدی ۷۰۰۰۰۰۰ ریال) از محدودیتهای مقرر قانونی به شرح استدلال مذکور در سطور اختیار مقید و تبدیل مجازات غافل مانده است. توسیل و ابتنای اختیار مطلق به هر میزان جزای نقدی ولو یک صد میلیون تومان! صفت به شرط مناسب و مساعد بودن به حال متهم (که نتیجه‌باشد) به لحاظ عجز از تودیع جزای نقدی به لایی هر بیست هزار تومان یک روز بازداشت خواهد شد) را از اصل و مبانی تخفیف زایل و موقعیت متهم را به جای تخفیف، تشدید می‌کند. انتقاد دوم استناد به ماده ۷۱۴ و ۲۲ و ۷۱۸ همان قانون، از سوی دادگاه تالی مبتنی بر لشتباه است زیرا مواد استنادی (تخفیف و تشدید) در خصوص موضوع مطرده قابل جمع نیستند در ماده ۷۱۸ آمده است: اگر چنان‌چه راننده در موقع جرم مست بوده یا پروانه نداشته یا زیاد تر از سرعت حرکت کرده و یا ... به بیش از ۲/۳ مجازات مذکور در ماده فوق (۷۱۴) محکوم خواهد شد این ماده علل مشدده مجازات مندرج در ماده ۷۱۴ قانون مرقوم را توجیه می‌کند. به هر حال، در صورت تطبیق افعال راننده با منطبق ماده ۷۱۸ دادگاه با تکلیف تشدید مجازات مواجه خواهد شد و توسیل به تخفیف با وجود کیفیات مشدده نقض غرض و از موجبات نقض دادنامه در دادگاه عالی است.»

حق‌های اساسی مطبوعات^۱

کامبیز دوروزی

مدخل

آن‌چه در موضوع حقوق مطبوعات دائزماندار کلام و هسته کالوئی بحث است واژه آزادی است. واژه آزادی مطبوعات به همان اندازه که بزرگ، ارزشمند و مقدس است، کلی است و معنای واضحی را فده نمی‌کند. اگرچه در عالم فلسفه سخن در باب آزادی فراوان گفته شده است. ولی در عالم حقوق ما به کلیاتی که معنای عینی و بیرونی روشنی ندارند نمی‌توانیم اکتفا کنیم. همین کلیت غیرقابل توضیح عملاً سبب‌ساز آن شده است که واژگان بزرگ و مقدسی که ناظر به حقوق ملت هستند عموماً مورد سوء استفاده قرار بگیرند. یکی از این واژگان واژه آزادی است. قطع نظر از آن‌چه در فلسفه و حتی فلسفه حقوق، ذیل مدخل «آزادی» گفته و نوشته می‌شود به ناگزیر باید اذعان داشت که این کلمه به تنهایی، در نظام زندگی اجتماعی، فاقد معنا و معنومی روشان است. وقتی گفته می‌شود «آزادی هست» یا «آزادی نیست»، به راستی سخن از چیست؟ چه چیز وجود دارد یا ندارد؟

چگونه می‌توان اصلاً یک مفهوم کاملاً ذهنی را اندازه‌گیری کرد یا ما به ازای بیرونی و متین آن را دریافت؟

اگرچه تلاش‌های فکری برای تعریف و تبیین مفهوم آزادی، به عنوان بی‌ریزی مبانی نظری فکر آزادی، همواره در حوزه حقوق مورد بهره‌برداری فراوان قرار گرفته است، اما این نظریه‌برداری‌ها به تنهایی برای ایهام‌زدایی از مفهوم زمینی و اجتماعی آزادی در حوزه حقوق، بسته نیست و نمی‌تواند آن مفهومی معین و زندگه که در تنظیم روابط اجتماعی موقعیت ویژه‌ای بیابد ارائه دهد. مشکل اصلی آن جاست که در فرآیندهای مقابله با آزادی، به ویژه از قرن بیستم به بعد، که امواج آزادی‌خواهی به نوعی عالم‌گیر شده است، «مفهوم کلی آزادی، کمتر مورد مخالفت یا مقابله قرار می‌گیرد در این دوران، آزادی به عنوان یک حق بنیادین و یک ارزش برتر، در تمام جوامع پسری مورد قبول و وفاق همگانی است و به همین سبب، به ویژه در صاحبان قدرت، کسی را یاری مخالفت با آزادی، به متابه یک مفهوم کلی، نیست چنین مخالفتی را جز رسوایی، سزا و جزایی نیست. به همین سبب، فرآیندهای مخالفت با آزادی، اغلب از آن جایی آغاز می‌شوند، که مصداق‌های آزادی یا به عرصه می‌گذارند. مثلاً بسیار بعيد است کسی بدلو اعلام کند با آزادی مطبوعات مخالف است. چنین کسانی مخالفت خود با آزادی مطبوعات را ضمن تمجید و تحسین آزادی و آزادی مطبوعات، در مصاديق آن به اجرا در می‌آورند. از همین نقطه است که کلی ماندن مفهوم آزادی به یک مناقشه دردرساز بدل می‌شود که گاه پایان ناپذیر می‌نماید.

برای گریز از این کلیت مبهم دردرساز، بهترین و ساده‌ترین راه، اتحال «حق آزادی» به «حقوق متعدد» است.

۱- این مقاله قبلاً در همایش حقوق مطبوعات رانه و سیس در کتاب مجموعه مقالات همایش - در سال ۸۹- منتشر شده است.

ازادی، یک حق ذاتی است و طبعاً مقتضیاتی دارد. این مقتضیات، «حق‌ها» بی هستند که بدون آن‌ها، چیزی به نام «حق آزادی» محقق نمی‌شود. از نظر حقوقی، برای تحقق آزادی لازم است حق‌هایی که مقتضای ذات حق آزادی نند، کشف و تبیین شوند به عنوان مثال، «آزادی بیان» یکی از مقتضیات حق کلی آزادی است. به همین ترتیب، آزادی بیان نیز، که در بادی نظر، خود یک مفهوم کلی است، مقتضیاتی دانسته و به حق‌های دیگر منحل یا خرد می‌شود، که از جمله آن‌ها «حق آزادی مطبوعات» است. همین منطق بر مفهوم «حق آزادی مطبوعات»، که خود از مقتضیات «حق آزادی بیان» و «حق آزادی» است، حاکم است. یعنی «حق آزادی مطبوعات»، اگرچه مفهومی دقیق تر از حق آزادی بیان باز هم یک مفهوم نسبتاً کلی است و لازم است برای فهم و درک و تبیین آن «حق‌های» دقیق‌تری را که ابهام بزناند، کشف، یا حسب مورد، وضع کرد.

در این مجال کوتاه تلاش خواهیم کرد مهمترین حق‌هایی را که از آن‌ها به عنوان «حق‌های اساسی مطبوعات» نام می‌بریم، به شکل بسیار خلاصه و فشرده مورد بررسی قرار دهم. براساس این تحلیل آزادی مطبوعات مرادف است با حلقان شش حق اساسی. بدلن معنا که اگر هر یک از این حق‌های اساسی نباشد آزادی مطبوعات یا نیست یا قویاً مخلوش می‌شود.

پیشایش باید تأکید کنم که این بحث، استوار است بر «اصل آزادی مطبوعات» که در اصل بیست و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن تأکید شده است: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آن که مدخل به مبانی اسلام با حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می‌کند.» اصل بیست و چهارم قانون اساسی، آزادی مطبوعات را به عنوان یک «اصل» مورد شناسایی و قبول قرار داده است. از حیث منطق حقوق، «اصل آزادی مطبوعات»، دارای الزاماتی است که برخی از آن‌ها را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

- ۱- اصل بر آزادی مطبوعات و دیگر وسائل گردش آزاد اطلاعات است.
- ۲- براساس قاعده «الاصل دلیل حیث لا دلیل» تا هنگامی که دلیلی خلاف اصل آزادی وسائل گردش آزاد اطلاعات وجود نداشته باشد، باید به اقتضای اصل عمل شود.
- ۳- در مورد شک، لازم است به اصل عمل شود.
- ۴- تعیین، تبیین و تفسیر استثنای اصل، نباید به اندازه و کیفیتی توسعه و گسترش باید که موجب تعطیل یا خدشه کلی به اصل گردد آزاد اطلاعات و مقتضیات آن شود به عبارت دیگر در موارد تعیین استثنایها باید بنایه «قاعده قبح تخصیص اکثر»، از تخصیص اکثر جلوگیری کرد.

با این مقدمه کوتاه بر این نکته تأکید دارم که حق آزادی مطبوعات، به حق‌های متعلقی منحل می‌شود که شش نتای آن‌ها از اهمیت بیشتری برخوردارند. این حق‌ها عبارت‌اند از:

- حق آزادی انتشارات
- حق استمرار انتشارات
- حق کسب خبر
- حق انتشار خبر
- حق امنیت حرفه‌ای

- حق دادرسی خاص

۹۷

تلاش خواهی کرد در این وقت محدود این حقوق را یکاکن تعریف کنم و براساس این تعریفها نگاه قانون مطبوعات کشور به این حقوق را روشن کنم که احیاناً به ناگزیر وارد نقد قانون مطبوعات هم می‌شود.

۱- حق ازایی انتشار

در حق ازایی انتشار سخن از آن است که هر کس می‌تواند نشریه مورد علاقه خود را منتشر کند و انتشار نشریه موکول به اثبات صلاحیت نیست باید توجه داشت که از این جمله آزادی مطبوعات یک حق ذاتی است نه اعطایی. وقتی یک حق ذاتی نسبت یکی از نتایجش این است که همگان صلاحیت استیفادی آن حق را دارند مگر خلاف آن ثابت بشود. بر همین اساس هر کس می‌تواند نشریه مورد علاقه خود را منتشر کند. از آن جا که انتشار نشریه یک رفتار اجتماعی نسبت و شخص با انتشار نشریه طرف تعهد و مسؤولیت حقوقی و احتمالاً گیری قرار می‌گیرد، لاجرم می‌باشد از شرایط مسؤولیت قانونی برخوردار باشد. به عنوان مثال وقتی کسی ممکن است نشریه‌ای را منتشر می‌کند طرف قراردادهایی را ممکن قرار گیرد. یا ممکن است مورد مواخذة گیری قرار گیرد پس طبیعی است که باید به سن قانونی رسیده باشد لذای انتشار نشریه، برخورداری از شرایط عمومی مسؤولیت قانونی ضروری است.

اما قانون مطبوعات به شیوه بسیار متفاوتی به حق ازایی انتشار نگریسته است. برابر با قانون مطبوعات دریافت پرداخته انتشار برای شروع به فعالیت نشریه الزامی است.

در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا سه رژیم متفاوت برای شروع به انتشار نشریات وجود دارد که عبارت‌اند از: رژیم اعلامی، رژیم ثبتنامی و رژیم صدور پروانه. سخت‌ترین رژیم حقوقی از حیث نحوه شروع به انتشار رژیم صدور پروانه است. نکته بسیار مهم این است که در رژیم صدور پروانه آن چه می‌باشد صلاحیت متضادی احراز شود حال آن که وقتی گفته می‌شود اصل بر آزادی مطبوعات است و آزادی مطبوعات یک حق ذاتی است، به معنای آن است که همه افراد صلاحیت استیفادی آزادی مطبوعات و حق‌های ناشی از آن را دارند و دیگر نیازی به احراز صلاحیت مطرح نیست. در مقام مقایسه، مالکیت یک حق ذاتی است و به این معناست که هر کس صلاحیت توانایی و قابلیت مالک شدن دارد و برای آن که خود او بتواند رأساً این حق را به مورد اجرا گذارد، کافی است شرایط ساده‌ای فراهم نده باشد، مانند آن که به سن قانونی رسیده باشد شرایط استیفادی حق مالکیت، هیچ‌گاه به معنای احراز صلاحیت برخورداری از حق مالکیت تفسیر نمی‌شود.

حق ازایی انتشار به ترتیبی که گفته شد از لوازم آزادی مطبوعات است براساس حق ازایی انتشار از آن جا که حق ازایی مطبوعات یک حق ذاتی، ترجمه اول و غیرمشروط است، همگان صلاحیت انتشار نشریه دارند و کافی است شرایط قانونی مسؤولیت احراز شود. در ماده ۹ قانون مطبوعات شرایط صدور پروانه تعیین شده است و به خصوص در تبصره ۶ همین ماده به صراحت موضوع بررسی صلاحیت مطرح شده است که باید توسط هیئت نظارت بر مطبوعات انجام شود.

حکم این تبصره بدان معناست که قانون مطبوعات اصل را بر عدم صلاحیت گذاشته است و لازم است هیأت

۱- تبصره ۶ از ماده ۹ هیأت نظارت موظف است چهت بررسی صلاحیت متفاضل و مذکور مسؤول از مراجع ذیصلاح (وزارت اطلاعات و دلگستری و نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران) استعلام نمایند مراجع ذکور موظفاند خاکتر ندوه نظر خود را همراه مستندات و ملارک معنبر به هیأت نظارت اعلام نمایند در صورت عدم پاسخ از سوی مراجع ذکر و فکران دلیل دیگر صلاحیت آنان تأیید نشده نلقی می‌گردد.

۲- حق استمرار انتشار

نظرارت بر مطبوعات صلاحیت منقضی را احراز کند. این نگرش به موضوع با مقاد حقوق آزادی انتشار سازگار نیست.

حق استمرار انتشار هم یکی از مقتضیات اصل آزادی مطبوعات است. اگر اصل بر آزادی مطبوعات باشد قاعده‌نشریات باید بتواند در وضعیت استمرار، فعالیت خود را انجام دهد. مقصود از حق استمرار انتشار آن است که جلوگیری مقامات حکومتی از انتشار یک نشریه منع و استثنایست. تحلیل نظری این بحث پسیار ساده و به نوعی نتیجه حق آزادی انتشار است. اگر حکومت مجاز باشد به سهولت که از انتشار نشریات جلوگیری کند، عملاً حق آزادی انتشار و تبعاً حق آزادی مطبوعات تعطیل یا در حکم تعطیل خواهد بود. آزادی مطبوعات، از نظر قانون اساسی یک اصل است. از حیث قواعد تقسیر، موارد خلاف اصل باید به صورت مضيق و محدود تفسیر شوند. تجویز ممانعت از انتشار نشریات به صورت نامحدود و غیرمقید برای دولت، عملاً جایی برای آزادی نشریات باقی نمی‌گذارد. در رژیم حقوقی مندرج در قانون مطبوعات حق استمرار انتشار مورد توجه نبوده است. در تبصره ماده ۱۲ قانون مطبوعات هیأت نظارت بر مطبوعات مجاز شناخته شده که به تشخیص خود نشریه‌ای را که از بندهای ماده ۶ تخلف کرده توقيف کند.

این، اختیار فوق العاده گستردگی است که به هیأت نظارت بر مطبوعات اعطا شده و برای اجرای آن هیچ‌گونه تشریفاتی نیز منظور نشده است. مثلاً حق دفاعی برای نشریه پیش‌بینی نشده است. هیأت نظارت بر مطبوعات می‌تواند حتی با مصوبه‌ای که اهل ادارات به آن مصوبه دست‌گردان می‌گویند نسبت به توقيف یک نشریه اقدام کند. توقيفی که از نظر زمانی هم هیچ محدودیتی ندارد غیر از آن که هیأت نظارت بر مطبوعات می‌تواند طبق ماده ۱۲، به سهولت تصمیم به توقيف نشریات بگیرد، در قانون مطبوعات جلوگیری از انتشار نشریه به صورت توقيف یا لنبو امتیاز، به عنوان مجازات به رسیدت شناخته شده است و محاکم برای صدور حکم به توقيف یا لغو امتیاز نشریات از اختیارات بسیار گسترده‌ای برخوردارند.

از مهمترین مواد قانون مطبوعات که در این مورد قبل اشاره و تأکید است، ماده ۳۵ همین قانون است. مطابق با این ماده «تخلف از مقررات این قانون جرم است و چنان‌چه در قانون مجازات اسلامی و این قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد، متخلف به یکی از مجازات‌های ذیل محکوم می‌شود: آلف- جزوی نقدی از یک میلیون تا بیست میلیون ریال؛ ب- تعطیل نشریه حداقل تا شش ماه در مورد روزنامه‌ها و حداقل تا یک سال در مورد سایر نشریات.»

۱- تبصره ماده ۱۲: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی موقوف است تخلف نشریات را لسا به تغایر اوضاعی هیأت نظارت طرف مدت یک ماه مورد بروزی قرار داده و در موروث از روم به طور مستحب و یا از طریق هیأت نظارت مرتب راجه بیگرد قانونی به دادگاه صلح تقدیم نماید.

۲- ماده ۱۲ ماده نشریات جز در مورد ادخال به میان و حکام و مختار و حقوق عمومی و خصوصی که در این فصل مشخص می‌شوند از این:

۱- تشریف مطالب الحادی و مخالف موازین اسلامی و ترویج مطالعی که به انسان جمهوری اسلامی اطمینان وارد کند

۲- اشاده قحتان و سکرات و انتشار عکس‌ها و تصاویر و مطالب خلاف عفت عمومی.

۳- تبلیغ و ترویج اسراف و بندری.

۴- ایجاد اختلاف مابین انشار حامی و معمویه از طریق طرح مسائل نژادی و قومی.

۵- تحریض و تشویق افراد و گروه‌ها به ارتکاب اعمالی علیه امنیت، حیثیت و عناصر جمهوری اسلامی ایران در داخل یا خارج

۶- فلسفه نسون و انتشار استناد و دستورها و مسائل محروم‌نشانی و تحقیقات مراجع قضائی بین مجوز قانونی مجلس شورای اسلامی و ساحت اسلامی و مقدسات آن و همچنین اعلان به مقام معظم رهبری و مراجع سلام تقلید.

۷- اعلان به دین میان اسلام و مقدسات آن از افراد کشور و توهین به انسان حقیقی و حقوقی که محبت شرعی دارند اگرچه از طریق انتشار عکس با کریکاتور را بشناسد.

۸- سرفشهای این و همچنین نقل مطالب از مطبوعات و احزاب و گروه‌های منحرف و مختلف، سلام (المدحی و خارجی) بهنحوی که تبلیغ از آن‌ها باشد. حدود موارد فوق را این‌نامه مشخص می‌کند)

بنظر نمی‌رسد هیچ یک قوانین ایران یا حتی بسیاری گشور قانونگذاری به چنین شیوه‌ای انجام شده باشد که تخلف از مقررات یک قانون، علی‌الاطلاق جرم شناخته شده باشد این نوع نگرش قانون مطبوعات به مسانه، حکایت از گرایش شدید قانونگذار به ایجاد سلطه بر مطبوعات دارد. بگذریم از این که ماده ۳۵، از نظر ادبیات قانون توییس و اصول حقوق جزا پر از اشکال و خطاست. به عنوان مثال در سطر اول که به صورت کلی آمده است تخلف از مقررات این قانون جرم است، قانونگذار برای تحیيد حقوق مطبوعات به قدری شتاب داشته که اصلاً توجه نکرده است در این قانون علاوه بر مطبوعات برای دیگرانی هم تکلیف ایجاد شده مانند وزیر ارشاد، دادستان، وزیر دادگستری، اعضای هیأت منصفه و... حال اگر هر یک از این افراد هم تخلفی از مقررات قانون مطبوعات داشته باشد، لابد به حکم ماده ۳۵ قابل مجازات‌اند.

۳- حق کسب خبر

حق کسب خبر از جمله مهمترین حق‌های مطبوعات است. کار نشریات گردش آزاد اطلاعات است و لازمه گردش آزاد اطلاعات داشتن اطلاعات است. وقتی شما اطلاعاتی ندارید گردش اطلاعات هم پدیدار نمی‌شود و چیزی برای گردش باقی نمی‌ماند. اصطلاحاً گردش آزاد اطلاعات متفقی به اتفاقی موضوع خواهد شد. حق کسب خبر به طور خلاصه عبارت است از حق دسترسی نشریات به اطلاعات و اخبار.

در این بحث لازم است به تقسیم‌بندی اخبار به اعتبار منابع آن‌ها نیز توجه شود اخبار به اعتبار منبع، به دو دسته قابل تقسیم‌اند. یک دسته را اطلاعات میدانی می‌نامیم. اخبار و اطلاعات میدانی به آن دسته از اطلاعات و داده‌های خبری می‌گوییم که در کانون اصلی واقعه یا سوزه قرار دارند. آن‌چه در مجلس می‌گذرد یا در دولت یا سازمان‌های مختلف با خیابان‌ها یا هر مکان عمومی دیگر، اخبار میدانی‌اند. یا مثلاً امارهای مختلف، قراردادهای مربوط به حوزه عمومی. از نظر حق کسب خبر، کلیه این اطلاعات باید در دسترس نشریات باشد. وقتی روزنامه‌نگار مستقیماً به این اخبار مراجعه می‌کند، در واقع مستقیماً از میدان اطلاعات، خبر کسب می‌کند و نمی‌توان، جز در موارد استثنای که به آن‌ها اشاره خواهد شد، از دسترسی روزنامه‌نگار به این اطلاعات و اخبار مخالفت کرد.

دسته دیگر اطلاعات رسانه‌ای است. اطلاعات رسانه‌ای، اطلاعاتی هستند که نشریات از رسانه‌های دیگر کسب می‌کنند. پایگاه‌های اینترنتی، تلویزیون‌ها، رادیوها، وبلاگ‌ها، مطبوعات و... رسانه‌هایی هستند که هریک ممکن است برای رسانه دیگر یک منبع خبری باشند. خصوصاً در ایران که فیلترینگ پایگاه‌های اینترنتی جاری است و نیز استفاده از گیرنده‌های ماهواره‌ای تلویزیون قانون نیازمند اخذ مجوز از مراجع دولتی است، توجه به این تفکیک اهمیت می‌پلد. روزنامه‌نگار بنا بر حق کسب خبر می‌بایست بتواند بدون فیلترینگ به پایگاه‌های اینترنتی دسترسی داشته باشد و مجوز استفاده از گیرنده‌های ماهواره‌ای تلویزیونی نیز داشته باشد.

قانون مطبوعات ایران، حق کسب خبر را به رسالت شناخته است. به موجب ماده ۵ این قانون، «کسب و انتشار اخبار داخلی و خارجی که به منظور افزایش آگاهی عمومی و حفظ مصالح جامعه باشد، را رعایت این قانون حق قانونی مطبوعات است.»

اما این ماده به دلایل اصلی برای تحقق و توسعه حق کسب خبر کفايت نمی‌کند.

می‌دانیم در دنیای امروز، اطلاعات یکی از مهمترین منابع قدرت‌اند. به ویژه در ساخت قدرت، اطلاعاتی که تولید می‌شوند نقش مهم و مؤثری در روابط قدرت ایفا می‌کنند. همین امر سبب می‌شود معمولاً صاحبان قدرت تمایلی به آن نداشته باشند که روزنامه‌نگاران به اطلاعات و اخبار دسترسی بیندازند به همین دلیل معمولاً اطلاعات طبقه‌بندی کرده و به این ترتیب منع قانونی برای انتشار آن‌ها تولید می‌کنند در ایران مقررات مربوط به طبقه‌بندی

اطلاعات به اندازه‌ای ساده است که تقریباً به سادگی می‌توان هر نوع اطلاعات را ذیل عنوان‌های مختلف طبقه‌بندی کرد. در مواردی هم که اطلاعات، طبقه‌بندی نیستند موانع متعدد عملی برای ورود روزنامه‌نگاران به حیطه این اطلاعات ایجاد می‌شود.

امروزه این وضعیت عملاً موجب شده است امکان دسترسی روزنامه‌نگاران به اطلاعات و اخبار مهم و مؤثر، تر ایران در حد پایینی باشد.

برای تحقق حق کسب خبر، لازم است در وهله نخست الزامات قانونی مؤثر و اجرایی برای انتشار اطلاعات و اخبار توسط دولت وضع شود. خصوصاً باید در مقررات مربوط به طبقه‌بندی اطلاعات، اختیارات مقامات دولتی اکیداً محدود به مواردی شود که مستقیماً مربوط به امنیت ملی و موارد مشابه باشد.

علاوه بر این لازم است ممانعت از انجام وظیفه روزنامه‌نگار در کسب خبر، به عنوان یک جرم با مجازات‌های سنگین شناسایی شود. مقررات تبصره ۱ ماده ۵ قانون مطبوعات که مطابق با آن مخالف از ماده ۵ (و ۲) به شرط داشتن شاکی به حکم دادگاه به انفال خدمت از شش ماه تا ۲ سال و در صورت تکرار به انفال دائم از خدمات دولتی محکوم می‌شود. بسیار ضعیف بوده و در عمل نیز کاملاً ناکارآمد نشان داده است. کما این‌که تاکنون در موارد بسیار زیاد نه تنها روزنامه‌نگاران در دستیابی به اخبار با مشکلات متعدد اداری مواجه بوده‌اند بلکه حتی در پارهای موارد مستقیماً مورد تعرض جسمی نیز قرار گرفته‌اند.

-استثناهای حق کسب خبر

دو استثنای کلی بر حق کسب خبر وارد است.

نخست استناد طبقه‌بندی شده است و دیگری حریم خصوصی. در ایران قانون مجازات انشای استناد طبقه‌بندی شده و محترمانه قانونی بسیار کلی است که ساده‌ترین مقامات دولتی را برای طبقه‌بندی کردن هر نوع مدرکی مجاز دائمه است. این قانون مطلقاً مخالف آزادی مطبوعات است مانع جدی برای دسترسی نشریات به اطلاعات محسوب می‌گردد.

استثنای دیگر حق کسب خبر حریم خصوصی است. از آنجا که موضوع حریم خصوصی، دست کم در حوزه حقوق، در ایران بحث جدیدی است و کمتر مورد توجه قرار گرفته است، مایل آن را کمی با تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار دهم.

به طور خلاصه حریم خصوصی، بخشی از زندگی اشخاص است که یک فرد متعارف آن را متعلق به خود دانسته و ورود به آن را برای دیگران جایز نمی‌داند و از آن نفع یا زیانی به صور مستقیم به دیگران وارد نمی‌شود. هر کس حق دارد در حریم خصوصی خود به ترتیبی که علاوه دارد، رفتار کند یا بیاندیشد. از آنجا که حریم خصوصی فقط مربوط به شخص است هیچ خبرنگاری اجازه ورود مستقیم یا غیرمستقیم و کسب خبر از آن ندارد. برخی از مصادیق باز خریم خصوصی افراد را می‌توان به ترتیب ذیل بر شمرد:

۱-سکونتگاه

سکونتگاه به محلی اطلاق می‌شود که فرد در آن به صورت دائم یا موقت زندگی می‌کند. سکونتگاه ممکن است دائم باشد که در زبان فارسی به آن خانه می‌گویند. همچنین ممکن است سکونتگاه جنبه موقت داشته باشد، مانند هتل، مسافرخانه یا خیمه. حتی ممکن است سکونتگاه بسیار نازل باشد مانند خانه‌های حلیبی‌آبادها، بهطور کلی هر

۲- بخش دفاتر و محل‌های کار

بخش دفاتر و محل‌های کار نیز حريم خصوصی افرادند، به عنوان یک معیار کلی، هیچ سازمان دولتی حريم خصوصی نیست. همچنین هیچ سازمان غیردولتی که محل ارایه خدمات عمومی است، یعنی سازمان‌هایی که در واژه غیردولتی که محل ارایه خدمات عمومی است، یعنی سازمان‌هایی که در واژه شناسی حقوق سازمان‌های عمومی غیردولتی نامیده می‌شوند نیز حريم خصوصی نیستند همچنین محل‌های کار خصوصی که به طور عرفی مورد مراجعة عامه مردم‌اند نیز حريم خصوصی تلقی نمی‌شوند؛ از قبیل فروشگاه‌ها، داروخانه‌ها، مطب پزشکان، دفاتر استاد رسمی، رستوران‌ها، سینماها و مانند این‌ها، ملاک مهمن در تشخیص این قبیل اماکن این است که هر فرد بدون اجازه قبلی مجاز به ورود به آن‌هاست و قاعده‌نمی‌توان جلوی ورود آن‌ها را گرفت، با این حال بخش‌هایی از این نوع اماکن نیز حريم خصوصی می‌شوند، به عنوان مثال در یک اداره دولتی، آن بخش از محل کار کارمند که به طور عرفی فقط خود وی مجاز به دسترسی آن‌هاست مانند میز کار، کشوی میز، کمد و مانند این‌ها، حريم خصوصی وی محسوب می‌شوند، یا مثلاً دفتر کار مدیر رستوران و مانند این‌ها، اما آن دسته از دفاتر کار که به طور عرفی محل مراجمه اشخاص نیست و هر کس نمی‌تواند بدون اجازه قبلی به آن وارد شود و صاحب آن عرفًا مجاز به جلوگیری از ورود افراد باشد، حريم خصوصی است.

۳- وسائل شخصی

هر نوع وسیله شخصی حريم خصوصی است، لباس و محتویات جیب همه، کیف، کمد، میز کار، اتومبیل و مانند این‌ها حريم خصوصی افرادند.

۴- عقایده، اندیشه‌ها و احساس

هر عقایده، احساس و اندیشه‌ای که افراد دارند در زمرة حريم خصوصی آن‌هاست و تا زمانی که خود آن‌ها را مطرح نکردند قابل تفحص و بررسی و اطلاع نیستند.

۵- تصویر و صوت

هر کس با تصویر و صدای خود حق دارد، تصویر و صدا نیز در زمرة حريم خصوصی بدون اطلاع یا اجازه وی نمی‌توان آن‌ها را موضوع کسب خبر قرار داد، مگر در مواردی که شخص در تجمعات عمومی حاضر شده باشد، مانند ورزشگاه‌ها، همایش‌ها، تظاهرات‌ها، پارلمان و مانند این‌ها، در واقع فرد با حضور خود در این قبیل مجتمع، عملاً از حق خود بر تصویر و صدای خود اعراض کرده است.

۶- مکاتبات و مراسلات

از دیگر مصادیق حريم خصوصی، مکاتبات و مراسلات و یادداشت‌های شخصی افراد است، اعم از آن که این مراسلات و مکاتبات و یادداشت‌ها به صورت مکتوب باشند یا به صورت‌های جدیدتری از قبیل مطالبی که در رایانه ذخیره می‌شود یا از طریق پست الکترونیکی مخاطره می‌شود و یا از طریق تلفن منتقل می‌شوند.

حریم خصوصی، به اعتبار موقعیت عمومی افراد نسبی است، به این معنا که در مورد کسانی که در افکار عمومی از موقعیت ممتازی برخوردارند و این موقعیت ممتاز ناشی از انتخاب رسمی یا غیررسمی جامعه است، دایره حریم خصوصی متفاوت است، این افراد کسانی هستند که:

- ۱- در جامعه موقعیت برجسته و ممتاز دارند اعم از آن که شهرت کامل داشته باشند یا نه، به عنوان مثال یک وزرنشکار در کل جامعه از موقعیت خاصی برخوردار است و معمولاً شهرت نیز دارد، اما یک نماینده مجلس هم اگرچه دارای موقعیت ممتاز هست ولی دست کم در غیر حوزه انتخابیه ممکن است شهرت فراوان نداشته باشد.
- ۲- این موقعیت ممتاز ناشی از انتخاب رسمی یا غیررسمی جامعه است، بدین معنا که جامعه باقیالی که نسبت به آن فرد ناشته، موجب شده است تا وی به چنین منزلتی دست یابد، شهرت یک وزرنشکار ناشی از اقبال عمومی است، موقعیت یک وزیر یا یک نماینده یارلمان نیز ناشی از انتخاب مستقیم و غیرمستقیم عمومی است، یک خواننده یا هنرمند رشته‌های دیگر، یا هنرپیشه و... هم ممکن است چنین موقعیتی داشته باشد.

در هر حال نکته مهم این است که به طور مطلق عنوان داشتن موجب صدق شرایط فوق نیست، مثلاً هر وزرنشکاری که حتی در سطح ملی قهرمانی است الزاماً واجد شرایط بالا نیست.

افرادی که دارای موقعیت ممتاز هستند، نیز حریم خصوصی دارند، اما دایره حریم خصوصی آنها محدودتر از دایره حریم خصوصی افراد عادی جامعه است، به عنوان مثال نمی‌توان از یک فرد عادی که در خیابان ایستاده و منتظر تاکسی است عکسبرداری کرد، اما اگر این فرد یک هنرمند شناخته شده باشد تصویربرداری او مجاز است، خرید یک باغ و یا ویلا توسط یک شخص عالی اصلاح‌نمی‌تواند موضوع حق کسب خبر قرار گیرد ولی چنان‌چه یک مقام عالی رتبه حکومتی چنین کاری انجام دهد، حق کسب خبر جاری خواهد بود.

حلقه رفت و امدتها دوستانه افراد عادی فرع و میزان ارزش خبری آن از شمول حق کسب خبر خارج است، اما در مورد اشخاص ممتازی که گفته شد، چنین نیست، شرح و تبیین دقیق مصادیق حریم خصوصی و احکام و استثناهای آن بسیار وابسته به مفاهیم عرفی است.

۴- حق انتشار خبر

آشکار است که وقتی نشریه توسط خبرنگاران و روزنامه‌نگاران و دیگر همکاران نشریه، اخباری را کسب می‌کند، می‌باشد قادر به انتشار آنها باشد. در غیر این صورت تمام فعالیت نشریه، به امری بیهوده و ابتر تبدیل می‌شود. اصولاً هدف اصلی هر نشریه گردن آزاد اطلاعات است و انتشار خبر نقطه نهایی و اصلی کار مطبوعات است.

به طور خلاصه، بنایه حق انتشار خبر، نشریه می‌تواند هر خبر و مطلبی را که به تشخیص خود مناسب می‌داند منتشر کند و نمی‌توان نشریه را مجبور چاپ یا عدم چاپ یک مطلب کرد در این بحث توجه به چند نکته اهمیت دارد.

نخست این که تشخیص مناسب بودن مطلب از اختیارات نشریه است. اهمیت هر مطلب و خبری در عرف روزنامه‌نگاری، طبقه‌بندی می‌شود که آن را «لرزش خبری» می‌نامند بعضی اخبار اصولاً از لرزش خبری بالایی برخوردارند، اخباری مانند سقوط هواپیما، سیل، زلزله، مسابقات ورزشی ملی مهم و مانند این‌ها به دلیل ماهیت خود که موجب می‌شود توجه علمه را برانگیزد، عرف‌آز ارزش خبری بالایی برخوردارند، با این حال «لرزش خبری» اغلب مطالب، امری نسبی است که بسته موضوع و علایق و گرایش و نوع یک نشریه ممکن است متفاوت باشد. یک خبر

سینمایی برای نشریه‌ای که موضوع آش به چنین حوزه‌هایی نزدیک است ممکن است ارزش خبری بالای داشته باشد اما برای نشریه‌ای که فرضاییتر موضوعات آش به مسائل اقتصادی اختصاص دارد شاید چنین نباشد بنابراین هیچ مرجعی غیر از خود نشریه نمی‌تواند به بهانه ارزش خبر، نشریه را به طور مستقیم یا غیرمستقیم از انتشار مطلبی منع کند و یا مجبور به انتشار مطلبی بنماید.

ماده ۵ قانون مطبوعات، که قبلاً هم به آن اشاره شد، حق انتشار خبر را به رسمیت شناخته است طبق این ماده «کسب و انتشار اخبار داخلی و خارجی که به منظور افزایش آگاهی عمومی و حفظ مفاسد جامعه باشد، با رعایت این قانون حق قانونی مطبوعات است.»

ازجمله آثار مهم حق کسب خبر، ممنوعیت سانسور است. واژه سانسور، از نظر تعریف ساده و به خصوص در جامعه ایران و سایر کشورهای فرهنگی و مطبوعاتی در ایران، کاملاً شناخته شده و اشناخته به بیان کاملاً ساخته سانسور عبارت است از اعمال فشار مستقیم یا غیرمستقیم مقامات حکومتی برای جلوگیری از انتشار مطلب، به قریبی که سریچی از آن موجب محروم شدن نشریه یا اشخاص از انجام حقوق قانونی شود.

ماده ۴ قانون مطبوعات، قاعده ممنوعیت سانسور را پذیرفته و نعلام داشته است:

«هیچ مقام دولتی و غیردولتی حق ندارد برای چاپ مطلب یا مقاله‌ای در صدد اعمال فشار بر مطبوعات برآید و یا به سانسور و کنترل نشریات می‌ادرت کند» علاوه بر این، ممنوعیت سانسور، از مقتضیات ذاتی اصل آزادی بیان و آزادی مطبوعات است.

امروزه در ایران سانسور مطبوعات به صورت مستقیم کمتر مشاهده می‌شود. گرچه در موارد متعددی مشاهده شده است که برخی مراجع دولتی به صورت دستوری نشریات را از درج پاره‌ای اخبار منع می‌کنند. با این حال می‌توان گفت که سانسور مستقیم در مطبوعات ایران شکل مستمر و روزمره ندارد. اما به صورت غیرمستقیم، نگرانی نشریات از نتایج مطالبی که منتشر می‌کنند، نوعی خودسانسوری را بر رفتار آن‌ها حاکم ساخته است.

تبصره ۲ ماده ۵ قانون مطبوعات، یک مورد استثناست، که اعمال سانسور را مورد قبول قرار داده است، بنابراین تبصره «اصحابات شورای عالی امنیت ملی برای مطبوعات لازم‌الایتعاد است» مفهوم این ماده آن است که شورای عالی امنیت ملی می‌تواند در موارد خاص، نشریات را از درج بعضی اخبار منع کند.

تقریباً در اغلب رژیوهای حقوق مطبوعات در کشورهای مختلفه امنیت ملی به عنوان یک علت موجه برای سانسور قلمداد می‌شود و مقام‌های معین برای حفظ امنیت ملی مجاز به اعمال سانسور خبری شناخته می‌شوند. با این حال تجویز سانسور در موارد مربوط به امنیت ملی، یک مورد کاملاً استثنایی و محلود است. در این قبيل امور، او لا باید موضوع کاملاً به امنیت ملی مربوط باشد. مانند جنگ، جاسوسی، عملیات امنیتی در برابر قوای بیگانه و مانند این‌ها. مفهوم امنیت ملی صرفاً در برابر نیروی بالفعل بیگانه مصدق می‌باشد. بنابراین مجادلات یا راقبات‌های جریان‌های اجتماعی یا فرهنگی یا سیاسی یک کشور، تقریباً هیچ‌گاه نمی‌تواند به بهانه امنیت ملی، مورد سانسور واقع شود در هر حال سانسور به دلیل حفظ امنیت ملی، به عنوان یک استثنای بر حق انتشار خبر، باید صرفاً محلود به اخبار معین و برای مدت کوتاه اعمال شود.

تبصره ۳ ماده ۵، اجازه سانسور را فقط به شورای عالی امنیت ملی اعطا کرده است. بنابراین هیچ مرجع دیگری، اعم از قضایی یا اداری مجاز به اعمال سانسور نیست. همچنین برای اعمال سانسور می‌بایست شورای عالی امنیت ملی، یعنی هیأتی که طبق اصل یکصد و هفتاد و ششم قانون اساسی تشکیل می‌شود، در جلسه رسمی خود موضوع را تصویب کرده و ابلاغ کند. در واقع برای اجرای تبصره ۲ ماده ۵، تصویب نامه جلسه رسمی شورای عالی امنیت ملی ضروری است و دوایر اداری این شورا اصلاحیت تصمیم‌گیری در مورد منع نشریات از انتشار مطلب را ندانند.

بر حق کسب خبر دو استقنا وارد شده است.

استثنای اول، مواردی است که طبق قانون منوع است. مهمترین مصدق این منوعیت‌ها، مطالب مجرمانه است. نشریات نمی‌توانند مطالبی را که جنبه مجرمانه دارند، از قبل افشاء توهین، نشراکاذبیه، افشاء اسناد صدق‌بندی شده، انتشار مطالب و تصاویر خلاف عمومی و مانند این‌ها را منتشر کنند. روشن است که این منوعیت صرفاً به این معنایست که نشریه در صورت انتشار مطالب مجرمانه، ممکن است بعد از انتشار مورد تعقیب و محاکمه قرار گیرد. استثنای دوم، انتشار مطالب مربوط به حريم خصوصی اشخاص است. که بحث آن در مبحث حق کسب خبر مورد بررسی قرار گرفت.

۵- حق امنیت حرفه روزنامه‌نگاران

روزنامه‌نگاری همواره شغلی پرمخاطره است. خطرات روزنامه‌نگاری مستقیماً ناشی از نقش اطلاعات در ساخت قدرت است. همان‌طور که قبلاً هم گفته شد، امروزه اطلاعات از منابع صهم اقتدار است و امتیازات متعددی از آن حاصل می‌شود. صحابان قدرت معمولاً تماشی به آگاهی دیگران از اطلاعات تدارند و بیزه در موارد اطلاعاتی که حاکی از اقدامات نامشروع یا غیرقانونی است، یا اطلاعاتی که ابرادات کسان یا مراکز صاحب قدرت را شکار می‌کند، مقاومت در برابر دسترسی روزنامه‌نگاران به اطلاعات افزایش می‌یابد. این مقاومت گاه ممکن است در حد جلوگیری از انجام وظیفه خبرنگار باشد. گاهی هم ممکن است به برخورد جسمانی یا حتی قتل روزنامه‌نگار متنه شود. این نوع واکنش‌ها نسبت به روزنامه‌نگار ناشی از مقاومت ساخت قدرت رسمی و غیررسمی در برابر گردش آزاد اطلاعات است که روزنامه‌نگار مجری و رکن اصلی آن است.

به همین سبب می‌باید امنیت روزنامه‌نگار برای انجام وظایف حرفه‌ای تضمین شود تا وی بتواند با فراغت و آسودگی بیشتر وظایف‌های را که به حکم کار روزنامه‌نگاری بر عهده دارد به انجام رساند. بهترین شیوه برای تضمین امنیت حرفه‌ای روزنامه‌نگار آن است که با وضع قانون خاص، هرگونه تعرض به خبرنگار حین انجام وظیفه یا به سبب انجام وظیفه به عنوان یک جرم خاص تعریف شده و برای آن مجازات سنگین پیش‌بینی شود. تبصره ۱ ماده ۵ قانون مطبوعات، اگرچه ممکن است نوعی خدمات اجرای کیفری برای انجام وظایف حرفه‌ای محسوب شود، اما با توجه به مخاطرات این حرفه، می‌باید با تعیین مجازات‌های شدید تضمین‌های مستحکم‌تری برای حفظ امنیت حرفه‌ای روزنامه‌نگاران، به عنوان یک حق اساسی، تعیین شود.

۶- حق دادرسی خاص

اصل یکصد و شصت و هشتاد قانون اساسی ایران، مقررات ویژه‌ی را برای رسیدگی به جرایم مطبوعاتی (و سیاسی) وضع کرده است که اختصاصاً حاکم بر رسیدگی به همین دو جرم است. در واقع اصل یکصد و شصت و هشتاد، بعضی شرایط دادرسی خاص را برای جرایم مطبوعاتی پیش‌بینی کرده است که من از آن به عنوان «حق دادرسی خاص» برای رسیدگی به جرایم مطبوعاتی یاد می‌کنم. به موجب این اصل «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علی ای است و با حضور هیأت منصفه در محکم دادگستری صورت می‌گیرد. نحوه انتخاب، شرایط، اختیارات هیأت منصفه در تعریف جرم سیاسی را قانون براساس موازین اسلامی معنی می‌کند.» چنان‌که از این عبارت آشکار می‌شود:

اولاً- رسیدگی به جرایم مطبوعاتی الزاماً علني است و دادگاه نمی تواند تحت هیچ عنوان و بهانه ای محاکمه را به صورت غیرعلني برگزار کند. این الزام منحصر به محاکمه جرایم مطبوعاتی (و سیاسی) است. زیرا می دانیم که اصل یکصد و شصت و پنجم، محاکم راجحاز کرده است که در موارد مربوط به نظام عمومی یا منافی عفت عمومی، یا توافق طرفین در دعاوى خصوصي، محاکمه را به صورت غیرعلني برگزار کنند.

بهنظر می رسد تأکيد و اصرار قانون اساسی بر علني بود کلیه محاکمه های مطبوعاتی، عملتاً به منظور جلوگیری از تعرض به حقوق متهم مطبوعاتی است. نه فقط به لحاظ نظری، بلکه تجربه تاریخ یک قرنی حقوق موضوعه و دادگستری جدید در ایران، حاکی از آن است که در جرایم مطبوعاتی و سیاسی شهرهای محاکمه های غیرعلني فضای پنهان و مناسبی را آفریده اند که در آن ساخت قدرت رسمی، از طریق دادگاه، حقوق متهم را که در استیفای حق آزادی اقدام کرده و مورد اتهام قرار گرفته است، نادیده انگارد.

علني بودن محاکمه، نوعی ضمانت اجرای عملی برای دادرسی عدالتی در محاکمه های مطبوعاتی است.

ثانیاً- حضور هیأت منصفه در محاکمه جرایم مطبوعاتی ضروری است و می توان گفت از شرایط صلاحیت ذاتی دادگاه است و بدون آن دادگاه قادر صلاحیت ذاتی برای محاکمه است.

هیأت منصفه به عنوان نماینده افکار عمومی با حضور در دادگاه، در مورد گناهکاری یا بی گناهی متهم تصمیم گیری می کند به بیان دیگر، در جرایم مطبوعاتی، این افکار عمومی و تبعاً جامعه است که نسبت به متهم تصمیم می گیرد، نه دادگاه، که نماینده حاکمیت است.

تحلیل نهاد حقوقی هیأت منصفه در حقوق ایران، موضوع مفصلی است که خود نیازمند یک مقاله تفصیلی مستقل است. در اینجا به این مخصوص بسته می شود که اصولاً از ویزگی های هیأت منصفه این است که اعضای آن باید غیرحرفاء و از افسار مختلف مردم باشند و هر پرونده هیأت منصفه مخصوصی به خود را داشته باشد. همچنین در مرحله تجدیدنظر نیز باید هیأت منصفه حضور داشته باشد. تأکید قانون اساسی بر حضور هیأت منصفه، تلاشی دیگر برای جلوگیری از تعرض حکومت ها به حق بنیادین آزادی بیان و آزادی مطبوعات.

ثالثاً- رسیدگی به جرایم مطبوعاتی صرفاً در صلاحیت محاکم دادگستری است و مراجع قضایی اختصاصی صلاحیت رسیدگی به جرایم مطبوعاتی را ندارند. در این مورد باید توجه کرد که در زمان تصویب قانون اساسی، یعنی سال ۱۳۵۸، در نظام قضایی ایران، دادگاه ها به دو دسته تقسیم می شدند. یک دسته دادگاه هایی بودند که تحت نظارت وزارت دادگستری قرار داشته و به دادگاه دادگستری خواهه می شدند. این ها محاکم عمومی بودند و دیگری دادگاه های نظامی که مرجعی اختصاصی بوده و مستقل از وزارت دادگستری فعالیت می کردند. به همین سبب دادگاه های دادگستری، عنوان دیگری بود برای دادگاه های عمومی. لذا تأکید اصلی یکصد و شصت و پنجم به صلاحیت تحریکی دادگاه های دادگستری برای رسیدگی به جرایم مطبوعاتی را بابه صلاحیت دادگاه های عمومی و عدم صلاحیت مراجع قضایی اختصاصی تفسیر نماییم.

مواد ۳۶ تا ۴۴ قانون مطبوعات ایران، تشریفات مربوط به تشکیل هیأت منصفه و برگزاری دادگاه را بیان کرده است.

به نظر می رسد مقررات هیأت منصفه که در قانون مطبوعات آمده است از جهاتی قابل نقد و ایراد باشد. نخست آن که اعضای هیأت منصفه هر استان، برای مدت ۲ سال ثابت هستند و تمام محاکمات با حضور یک هیأت برگزار می شود. این امر باعث می شود هیأت منصفه، عملاً یک کارکرد حرفاء ای پیدا کرده و توانایی اش برای

بازتاب افکار عمومی کاهش پاید

دیگر آن که هیأتی که در ماده ۳۶ برای انتخاب اعضای هیأت منصفه معین شده است، این احتمال را افزایش می‌دهد که گرایش‌های سیاسی در انتخاب اعضای هیأت منصفه اثر گذاشته و هیأت منصفه با گرایش سیاسی انتخاب شود. حال آن که هیأت منصفه باید کاملاً مبادر از گرایش‌های خاص باشد. سوم آن که در جرایم مطبوعاتی، هیأت منصفه صرفاً در مرحله بدوی حضور دارد و مرحله تجدیدنظر، بدون حضور هیأت منصفه برگزار می‌شود. به همین دلیل، از آن جا که تصمیم گیری در مورد گناهکاری یا بی‌گناهی متهم و نیز استحقاق یا عدم استحقاق وی به تخفیف توسط هیأت منصفه انجام می‌شود، مرجع قضایی تجدیدنظر، در این در مورد خود را صالح ندانسته و اطهار نظرنمی‌کند.

این نقیصه موجب می‌شود که رسیدگی به جرایم مطبوعاتی، در آن قسمت از رأی دادگاه که مربوط به مجرمیت متهم است، یک مرحله‌ای باشد. حال آن که از فواعد دادرسی علاوه‌انه، یکی هم این است که منهمن باید از حق اعتراض و تجدیدنظر خواهی برخوردار باشد. در رسیدگی به جرایم مطبوعاتی، اعتراض منهمن به مجرمیت‌اش، عملاً در مرحله تجدیدنظر مورد بررسی قرار نمی‌گیرد. این ایجاد بزرگ فقط در صورتی قابل رفع است که مرحله تجدیدنظر نیز با مقررات خاص و با حضور هیأت منصفه، طی شود.

و بالاخره ماده ۳۴ قانون مطبوعات، مراجع قضایی اختصاصی را نیز برای رسیدگی به جرایم مطبوعاتی صالح دانسته و مقرر داشته است: «رسیدگی به جرایم مطبوعاتی با توجه به قوانین مربوط به صلاحیت ذاتی می‌تواند در محاکمه عمومی یا انقلاب با سایر مراجع قضایی باشد.» چنان که پیش از این نیز گفته شد، قانون اساسی، صرفاً دادگاه‌های دادگستری، یعنی دادگاه‌های عمومی را صلاح به رسیدگی دانسته و لذا اعطای صلاحیت به مراجع قضایی اختصاصی در ماده ۳۴، مورد نقد و اشکال تواند بود.

حق‌هایی که در این فرصت کوتاه بر شمردید، صرفاً شماری از حق‌های اساسی مطبوعات و البته مهمترین آن‌ها، هستند که هریک می‌باید با تفصیل و تدقیق بیشتر و به صورت مستقل به رشته بحث و نظر در آیند. مسأله اصلی این است که مفهوم عمومی آزادی مطبوعات، مشکل از این حق‌های اساسی‌اند. این شش حق اساسی معیارهایی‌اند که با استفاده از آن‌ها، می‌توان مفهوم آزادی مطبوعات را به صورت دقیق شناسایی و تفسیر کرد و در تدوین مقررات مطبوعاتی یا اندازه‌گیری آزادی مطبوعات آن‌ها را مورد استفاده قرار داد.

۱- ماده ۵۶. انتخاب هیأت منصفه به طریق ذیل خواهد بود: هر دو سال یک بار در مهرماه، جهت تعیین اعضا هیأت منصفه در تهران به دعوت رئیس قوه قضاییه پاساینده ایشان و با حضور ایشان، با نایابنده وی و وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی، رئیس شورای اسلامی شهر، رئیس سازمان تبلیغات اسلامی و نایابنده نوری سیاستگذاری لیله جمده سراسر کشور و در مراکز استان به دعوت نایابنده ریاست قوه قضاییه و با حضور وی و مدیر کل فرهنگ و ارشاد اسلامی و رئیس شورای اسلامی شهر مرکز استان، رئیس سازمان تبلیغات و امام جمعه مرکز استان با نایابنده وی تشکیل می‌شود. هیلت مذکور در تهران بیست و یک نفر و در سایر استان‌ها چهارده نفر از افراد مورد اعتماد مومی را زین گروههای مختلف اجتماعی (روحانیون، اسایید داشگاه، پوشکان، مهندسان، تویسندگان و روزنامه‌نگاران، وکلان دادگستری، دیران و آموزگاران، اسنانک، کارشناس، کارگران، کشاورزان، هندمند و بسیجیان) به عنوان اعضای هیأت منصفه انتخاب می‌کند. چنان‌چه به هر دلیلی اعضای هیأت منصفه به ده نفر را کمتر بررسد، هیلت مذکور در این ماده موظف است خارج یک ماه تشکیل جلسه داده و نسبت به تکمیل اعضاء، هیأت منصفه اتفاق نماید.

خبرها و حاشیه‌ها

شایور اسماعیلیان

اشاره

هرچند نیمه اول فروردین سال جدید در کشور مأ، ایام تعطیلی عمدۀ نشریات جراید است، از همین رو و به لحاظ تعطیلی چند روزی دستگاه‌های دولتی و نهادهای حکومتی و مدنی، بهویژه در حوزه مسائل حقوقی، اغلب با کمبود خبر مواجه هستیم. با این حال، بارعايت مشی تشریف در پایداری این بخش، ذیلا به مواردی می‌پردازیم:

وزیر اطلاعات: گزارش خودسرها به قوه قضاییه ارایه شد

رئیس قوه قضاییه در همایش دادستان‌های سراسر کشور، با عنوان «تفقش دادستان در مقابله با جرائم و تامین امنیت عمومی» که در اوایل اسفند سال گذشته برگزار شد با اتمام حجت به قانون شکنایی که بد گفته‌وی خارج از چارچوب‌های شرعی، هر کاری که می‌خواهد ناجم می‌دهند، اظهار داشت دیگر تحمل اش به سر آمده است و از دادستان تهران خواست که به پرونده این افراد رسیدگی کند. صادق آملی لاریجانی گفت: «لر مدت زمان حضورم در دستگاه قضایی احساس می‌کنم، بسیاری برای خود حاشیه امن قائل‌اند».



وی اشاره‌ای نیز به این داشت: «عدهای که می‌توان گفت اتهامات شان برجسته بوده و توجه اتهامات شان قطعی است در تلاش هستند که از حضور در دادگاه‌ها اجتناب کنند. قضات باید محکم باشند و تبع جنجال نباشند». اگرچه در این اشاره از کسانی نام نبرده شد اما به نظر می‌رسد منظور از «اتهامات برجسته»، اتهاماتی است از نوع فساد مالی که متوجه شخص یا برخی اشخاص است که در مصدر مشاغل ردبلا و ارشد دولتی می‌باشند زیرا آغاز محاکمه متهمن پرونده یک شبکه اختلاس میلیارددی شرکت بیمه ایران، مؤید این نظر است. بنابراین، اعلام خبر ارائه گزارش خودسرها به قوه قضاییه از سوی وزیر اطلاعات در نخستین روزهای کاری سال جاری، اقدامی است که در راستای برخورد با قانون‌سکنان، صورت می‌گیرد یعنی کسانی که به مسوولان کشور و خانواده‌ایشان هتاكی و اهانت می‌کنند یا به گفته رئیس قوه قضاییه در کوچه و خیابان راه می‌افتد و علیه کسی که خود می‌به آن ندارند شعار می‌دهند و خود نیز محاکمه و اجرا می‌کنند». پس از اتمام حجت رئیس قوه قضاییه که به دنبال ماه‌ها بحث و جدل درباره لزوم برخورد با اهانت‌کنندگان به مسوولان کشور و خانواده‌ایشان به عمل آمد و سخنان مهم و صریح رهبر معظم انقلاب در جریان دیدار با اعضای مجلس خبرگان مبنی بر این که «این پیام من است، هرگونه هتك حرمت و رفتارهای غیر اخلاقی و توھین آمیز، خلاف شرع، مخالف عقل سیاسی و ضریبه به جمهوری اسلامی است و خداوند را خشمگین می‌کند»، حجت‌الاسلام والمسلمین حیدر مصلحی وزیر اطلاعات، درباره اقدام وزارت‌خانه متوجه اش راجع به ارائه «گزارش‌های افراد خودسر» به قوه قضاییه

■ وکیل دادگستری، عضو هیأت علمی دانشگاه ارومیه.

خبر داد حضرت آیت‌الله خامنه‌ای در سخنان شان راجع به رواج پدیده توهین و هتکی به نکات مهمی نیز اشاره کرده‌ند که لازم است عیناً نقل شود ایشان، انتقاد مخالفت و «بیان صريح و شجاعانه عقاید» را بدون اشکال بر شمردند اما افزووند: همه این مسائل باید به دور از «هتك حرمت و اهانت و فحاشی» بیان شود تا اعصاب جامعه و آرامش مردم را برهم نزنند و همه در این زمینه مسئول‌اند. ایشان در سخنانی صريح به همه، به ویژه جوانان افزووندند: «پیام من به همه کسانی که حرف می‌زنند یا در مطبوعات، ویلایت‌ها و محیط‌های دیگر می‌نویسن، این است که مخالفت کردن، رد کردن و محکوم کردن یک فکر سیاسی و دینی یک چیز است و ابتلای به رفتار غیر اخلاقی و دشمنان و هتك حرمت چیز دیگر، من مسائل غیر اخلاقی را قاطعه‌انه و به طور کامل رد می‌کنم و نباید انجام شود.» (منبع خبر روزنامه شرق، ۹۰/۱/۱۵)

لایحه نظارت بر رفتار قضات و طرح رسیدگی به دارایی مقامات و... مغایر شرع و قانون اساسی شناخته شد

یکی از چالش‌های جدی و مستمر در تدوین بررسی و تصویب لواح و طرح‌های قانونی از سوی ارائه‌دهندگان آن‌ها و یا مرجع تصویب (مجلس شورای اسلامی)، نیوکار کارشناسانه لازم و کافی و عدم تطبیق اولیه پیش‌نویس قولانیں با قانون اساسی و قولانی است که سابق‌به تصویب رسیده است.

آمار بالای موارد اعلام مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی و شرع از سوی شورای نگهبان، به ویژه در امور مهم، مؤید این رویکرد می‌باشد. بدینه است بررسی کارشناسانه لواح و طرح‌ها در مرحله تقاضی نباید به کمیسیون‌های مجلس و یا کارشناسان محدود و منتخب مجلس در مرکز پژوهش‌های مجلس محدود شود بلکه اقتضا دارد پیش‌نویس این لواح و طرح‌های مهم- به ویژه در امور حقوقی- تکثیر و در اختیار مراکز علمی و دانشگاهی معتبر قرار گیرد تا نخبگان، متخصصان بر جسته و صاحب‌نظر در مسائل مربوطه درباره محتوای آن‌ها اعلام نظر نمایند. در حالی که چنین رویکردی در عرصه قانونگذاری نادر بوده و یا اصلاً وجود نداشته است و نتیجه آن انلاف وقت مجلسیان و تصویب مقررات مغایر قانون اساسی و گاهی شرع است، حال ذیلاً به نکاتی در مورد دو مصوبه مهم که مغایرت برخی از مقررات آن‌ها با قانون اساسی و شرع اعلام شده، لشاره می‌شود:

الف- در زمان بررسی و تصویب «لایحه نظارت بر رفتار قضات» در مجلس شورای اسلامی در بخش خبرها و حاشیه‌ها (شماره‌های ۳۷۶ و ۱۳۷۶ همنین شریه) این پرستش مطرح شد با وجود دادگاه عالی انتظامی قضات و قانون رسیدگی به صلاحیت قضات مصوب ۱۶۴ که مغایر اصل ۱۳۷۶ می‌باشد، مذکور اقدام نمایند، مغایر اصل رسیدگی به صلاحیت قضات، چه ضرورتی داشته، معلوم نیست(!) و با ضمن انتقاد از این که چرا در امور حقوقی و قضایی سرنوشت‌ساز، پیش‌نویس این مقررات، قبل از بررسی و تصویب در مجلس در اختیار مجتمع علمی و پژوهشی قرار نمی‌گیرد و باحتی جزئیات آن در رسانه‌های همگانی منتشر نمی‌شود که نتیجه آن تصویب مقررات غیر کارشناسانه و مغایر با قانون اساسی است، اشاره کردیم که ابهام‌ها و ایرادها و خلاصهای موجود در این لایحه پس از تصویب آن آشکار خواهد شد. حال شورای نگهبان در ایرادات خود آورده است:

۱-۲- نظر به این که اطلاق عبارت ذیل ماده ۵ ظهور در این دارد که رئیس قوه قضائیه با تحقق موارد مقرر در اصل ۱۶۴ قانون اساسی نیز تواند نسبت به تعییر سمت قضات مذکور اقدام نمایند، مغایر اصل مذبور شناخته شد. ۳-۴- فصل پنجم، از جهت این که مشخص نیست آیا صلاحیت «دادگاه عالی رسیدگی به صلاحیت» شامل اختیارات رئیس قوه قضائیه در اصول ۱۵۸ و ۱۶۴ قانون اساسی می‌شود یا خیر؟ و فرق این دادگاه با دادگاه عالی قلی در چیست؟ ابهام وجود دارد...»

ب- اصل ۱۴۲ قانون اساسی با احصای مقامات و اشخاص مذکور در اصل، مقرر می‌دارد: «دارای رهبر، رئیس

جمهور، وزیران و همسرو فرزندان آنان قبل و بعد از خدمت، توسط رئیس قوه قضاییه رسیدگی می شود که برخلاف حق، افزایش نیافته باشد.»

شورای نگهبان، پس از رفع ایرادات این شورا از سوی مجلس، باز طرح رسیدگی به دارایی مقامات، مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران را مغایر شرع و قانون اساسی شناخت. نظر شورا با لحاظ اصول قانون اساسی و مبانی حقوقی، خواسته است:

«۱- ماده ۲ جدید به معنای الغای حصر مستفاد از اصل ۱۴۲ قانون اساسی است، بنابراین شکال سابق این شورا کماکان به قوت خود باقی است. علاوه بر این شمول آن نسبت به اشخاص و مقامات انتخابی شاغل فعلی مبهم است. پس از رفع ابهام، اظهارنظر خواهد شد همچنین اعلام فهرست اموال مقامات مذکور در این ماده [سایر مسؤولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران] به رئیس قوه قضاییه رسیدگی توسط وی نیز مغایر اصول ۱۵۸، ۱۴۲ قانون اساسی شناخته شد.

۲- اطلاق ماده ۱۳ جدید در خصوص واگناری اختیارات رئیس قوه قضاییه به شخص دیگر، نسبت به مقامات مذکور در اصل ۱۴۲ قانون اساسی مغایر اصل مذکور است و نیاز آن جا که انفصل موقعت از خدمات دولتی و عمومی در این ماده شامل مسؤولان و مقاماتی می شود که برای مدت معین انتخاب یا منصوب می شوند و اشخاصی که بر کناری آنها مطابق قانون اساسی نیازمند تصمیم‌گیری از سوی مراجع و مقامات مخصوص می باشد، مغایر اصول متعدد قانون اساسی است. همچنین انفصل در غیر موارد عمدی، خلاف موافقین شرع شناخته شد.

انتقاد از رویکرد رسانه ملی در افزایش جرایم و انتقال نادرست مفاهیم حقوقی

انتقاد از رویکرد جستارانه و گاهی «غیربی طرفانه» رسانه ملی در اطلاع رسانی و برخی عملکردها و پخش اخبار و رویدادها، همواره رو به گسترش بوده است. سابقا در همین نشریه (شماره ۵۰) نگارنده، حلی مقاله «سیمای وکیل در رسانه ملی» این عملکردهای جهت دار و نادرست درباره جایگاه وکیل و کالت و نمایش‌های متمرکز بر اقتدار پاییس و کارآگاه محوری و به صور کلی رویکردهای خلاف این دادرسی کیفری را مورد نقد و بررسی قرار داد و یادآور شد که چگونه هر از گاهی رسانه ملی بانمایش برخی سریال‌ها با فیلم‌های تلویزیونی ازو کل سیمایی با ویژگی‌های «فالد»، «خاذ» و «جاعل» به مردم ارائه می دهد زیرا این نمایش‌های «اغراق آمیز» در مورد وکلای وابسته به یک نهاد مدنی برای رسانه ملی «هزینه‌بر» نمی باشد اما اینکه قوه قضاییه نیز با اعتراض به برخی عملکردهای صدا و سیما به جرگه منتقدین پیوسته است، اخیرا مدیر کل روابط عمومی و تشریفات قوه قضاییه با بیان این که شیوه ارائه مسایل حقوقی در صدا و سیما باید متتحول شود، اظهار داشت بسیاری از سریال‌های رسانه ملی موجب افزایش جرایم می شود وی ضمن تشریح تحوه تعامل اطلاع رسانی قوه قضاییه با رسانه ملی و با اینرا تأسی از عدم توجه نویسندها و تهیه کنندگان سریال‌های تلویزیونی به آین دادرسی کیفری کشور، خاطر نشان کرده با وجود همکاری صمیمانه روابط عمومی دستگاه قضایی با تهیه کنندگان مجموعه‌های تلویزیونی و فیلم‌های سینمایی در جهت آموزش صحیح مفاهیم و مصاديق حقوقی برای انتقال آن به مخاطب، متأسفانه این مفاهیم در فیلم‌نامه‌ها لحاظ نمی شود و همچنان اطلاعات نادرست به مخاطب ارائه می شود. رحیمی گفت متأسفانه بسیاری از سریال‌ها موجب افزایش جرایم می شود و به تازگی ورود و سمت و سوی سریال‌های تلویزیونی به سمت دعاوی خانوادگی و مناسبات عاطفی آسیب خورده حقوقی، بسیار شده است که موضوع از چند منظر قابل بحث و بررسی است. وی افزود بسیاری از حقوقدانان و وکلا از انتقال نادرست مفاهیم حقوقی به بینندگان، گله‌مند هستند و اعتراض آنان پذیرفتی و به جاست زیرا به نمایش گذاشتن تشریفات دادرسی به تقلید از فیلم‌های خارجی در تهیه مجموعه‌های تلویزیونی،

فارغ از توجه کامل به آین دادرسی موجود کشورمان، در تنظیم سکانس‌ها پذیرفتی نیست و در این موضوعات نیز به دستگاه قضایی کشور ظلم می‌شود

افزایش آمار زندانیان یکی از چالش‌های قوه قضاییه

بار دیگر، انتقاد از افزایش زندانیان، خبر ساز شد. چالشی که از سوی برخی از نمایندگان مجلس مطرح شد و مورد تأیید و گلایه رئیس قوه قضاییه قرار گرفته، محمدتقی رهبر، عضو کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس در ۹۰/۱/۱۷ در گفت و گو با خبر انانلاین، بایان این که اعضای کمیسیون دعده خود، یعنی افزایش زندانی در کشور را با آیت‌الله آملی لاریجانی در میان گذاشته و از این که قضات تندند و قلم به دسته افراد را به زندان می‌فرستند گلایه‌مند بودند، تأکید کرد آیت‌الله لاریجانی تیز این موضوع را فیل داشت و از این حرکت قضات گلایه کرد. محمدتقی رهبر از این که قضات به خاطر یک چک برگشتی یا اجرای یک مهره افراد را به زندان می‌فرستند، به شدت انتقاد کرد و گفت: این در حالی است که راهکارهای دیگری برای مجازات هست و تبادل با کوچکترین موضوع، زنان را بر کنیم، وی با تأکید بر این که زندان محل اصلاح و تربیت است نه محل انساد، زندان را آخرین راه حل دانسته نه اوین آن و در عین حال به تفکیک نشدن زندانیان بر اساس جرایم اشاره کرد و گفت: این چه وضعی است که مامی‌بینیم یک نفر به خاطر چک برگشتی با چاقوکش‌ها، هروئین‌ها، مواد مخدری‌ها، قاچاقچی‌ها، هم‌سلول شود (منبع خبر، شرق، ۹۰/۱/۱۷)

اوخر اسفند ماه سال گذشته غلامحسین اسماعیلی رئیس سازمان زندان‌ها، در همایش دادستان‌های سراسر کشور، از افزایش نگران کننده آمار زندانیان خبر داد وی با انتقاد از قضایی کم زندان‌ها و حجم بالای زندانی در کشور، اتخاذ تدبیری را برای حل این مشکل خواستار شد. اسماعیلی بایان این که در یک سال و نیم گذشته ۵۵ هزار نفر زندانی به آمار زندانیان کشور اضافه شده، تأکید کرد: این در حالی است که حتی ۵۵ متر هم به قضایی زندان‌ها اضافه نشده است. رئیس سازمان زندان‌ها بایان این که در حال حاضر با ظرفیت اسمی ۵۸ هزار نفری زندان‌های کشور، بیش از ۲۲۰ هزار نفر زندانی وجود دارد و در دوره مسوولیت یک سال و نیم من در سازمان زندان‌ها، ۵۵ هزار نفر به آمار زندانیان سراسر کشور اضافه شده است، گفت: امروز لز جمعیت ۲۲۰ هزار نفری زندانیان، ۷۰ هزار نفر با قرار تأمین در زندان هستند که می‌توانیم تدبیری اتخاذ کنیم که برخی در زندان باشند

فردای همان روز، معاون اول رئیس قوه قضاییه در همایش دادستان‌های سراسر کشور با اشاره به برخی اصول حاکم بر تحقیقات مقدماتی به اصل براثت به عنوان دیوار بلندی که همه در پرتو آن می‌توانند احساس امنیت کنند اشاره و خاطر نشان کرد: اصل آن است که جرمی متوجه هیچ کس نیست مگر دلیلی وجود داشته باشد. معلوم اول قوه قضاییه ادامه داد: در پرتو اصل براثت نقش دادستان در تأمین امنیت نیز مطرح است در واقع فقط برخوردار با مجرم مطرح نیست، از این که افراد میری از تهم [ناکرده جرم] احساس امنیت نیز کنند مهم است. بنابراین مدیریت پرونده بر عهده دادستان است. وی گفت در مواردی که می‌توان قراری صادر نکرد که منجر به بازداشت شود، در آن جا دست دادستان‌ها باز است. دادستان‌ها در مواردی که می‌توانند بازداشت نکنند، این کار را انجام ندهند.

غلامحسین آزمایی، دادستان کل کشور نیز در این همایش طی سخنرانی تراکم زندانی را مطلوب ندشتست. (همان منبع) انتقاد از افزایش آمار زندانیان از سال‌ها قبل، به ویژه در زمان مدیریت آیت‌الله هاشمی شاهرودی رئیس سابق قوه قضاییه نیز مطرح بوده اما واقعیت این است این آمار و مشکلات خاص زندان‌ها تا این حد نگران کننده و به عنوان یک چالش جدی بیش روی قوه قضاییه مطرح بوده است. تأکید بیشتر رئیس قوه قضاییه سابق به «اجتناب از حبس محوری» و این که دادیار، بازرس و دادستان‌ها باید حامی حقوق مردم باشند و نه دولت که صاحب اقتدار

می‌باشد، از توصیه‌های محوری ایشان بوده است. (و که به یادداشت حقوق دفاعی متهم و پیش شرط‌های حمایتی از نگارنده، روزنامه اعتماد ملی، ۱۲/۳/۸۶) اما به نظر می‌رسد، نه تنها در رویکرد قضات دادسراها در این زمینه، تحولی صورت نگرفته و بلکه آمار اعلامی توسط رئیس سازمان زندان‌ها مبنی بر این که امروز از جمعیت ۲۲۰ هزار نفری زندانیان ما ۷۰ هزار نفر با قرار تأمین در زندان هستند (یعنی تزدیک به زندانیان)، خود مؤید این است که اغلب قضات دادسراها، در مرحله تحقیقات مقلماتی و تفهیم آتهام با خذ تأمین منحوب به بازداشت (در مفهوم اعم آن) متمایل‌اند و تغییر این رویکرد با نظارت جدی دادستان‌ها به عملکرد قضات دادسر، در مواردی که از قبولی تأمین (مانند کفیل یا وثیقه) خودداری می‌کنند و یا رویه‌شان متنی بر اخذ تأمین نامناسب است، امکان پذیر می‌باشد. اما راهکار اساسی، به کار گیری قضات فاضل و مجروب در دادسراهاست که دستگاه قضایی از کمبود آن رنج می‌برد. نگارنده به یاد دارد در اوایل انقلاب در دوره کارآموزی قضایی خود در دادسرای تهران، دادیاران یا بازیرسان با سابقه و مجروب و برخی از آن‌ها دارای مدرک دکترا در مصدر کار بودند. اینک قوه قضاییه برای رفع کمبود کادر قضایی خود ناجا است هر داشت آموخته حقوق را فارغ از این که مدارک علمی وی از چه دانشگاهی یا مرکز علمی اخذ شده در صورتی که برای شغل قضاء، شایسته تشخیص می‌دهد، بتواند عنوان دادیار به کار بگمارد و برخی از این دادیاران کم تجربه یا فاقد تجربه با اصحاب پرونده کیفری و به ویژه متهم چه برخوردی دارند، مردم قضاؤت کنند! این که چند درصد از تفهیم آتهام‌ها، از نظر عناوین مجرمانه و دلایل استنادی منطبق با موارزین قانونی است، نهادهای نظارتی قوه قضاییه، خود برسی کنند. دادسراها، محل برخورد و رو در روی اولیه مردم با قضات است. اساس قضاؤت عمومی نسبت به عملکرد دستگاه قضایی، عملت از رویکرد دادسراها شکل می‌گیرد، یکی از عوامل افزایش زندانیان تحت قرار نیز به سیاست (زندان محوری) برخی از همین قضات دادسراها مربوط می‌شود. همین طور گلایه اریاب از رجوع دستگاه قضایی درباره عدم رعایت اخلاق اسلامی بیشتر متوجه قضات دادسراها می‌باشد که ابته تراکم پیش از حد پرونده و عدم تناسب آن با توان قضات نیز در این فرآیند تأثیرگذار است و از همه مهم‌ترین این قضاؤت دادگاه‌های جزایی بر اساس محتویات پرونده مشکله از سوی دادسراهایی است که چنین ساختاری داشته و با کمبودها و معضلاتی رو درو هستند. بدینه است در آسیب‌شناسی «اطاله دادرسی» یا «عمل نارضایتی مردم از دستگاه قضایی» و «افزایش آمار زندانیان»، افزون بر عوامل دیگر، این عوامل نیز مورد برسی کارشناسانه قرار گیرد تا تدبیر و سیاست‌های قضایی متناسب و لازم اتخاذ گردد.

اخراج محمد شویف از دانشگاه علامه طباطبائی

در خاتمه این بخش از نشریه، بد نیست خبر کوتاهی نیز درباره یک استاد حقوق و کیل دادگستری داشته باشیم، به دنبال اخراج بازنیستگی اجرایی برخی از استادی دانشگاه‌های در چند سال گذشته، حکم اخراج محمد شریف نیز از تدریس در دانشگاه علامه طباطبائی تهران به وی ابلاغ شد وی گفت: از آن جایی که در نامه هیأت مرکزی جذب این دانشگاه به صلاحیت علمی بندۀ ایرادی وارد نشده و این هیأت، صلاحیت عمومی اینجانب را تأیید نکرده، بعد نیست که موضوع به فعالیت‌های سیاسی مرتبط باشد. این و کیل دادگستری افزود: قبل از مواردی استید را بازنیسته می‌کرند و من هم با وجود ۲۵ سال سابقه این امکان را داشتم اما در مورد من بی‌اصفی کرند او می‌گوید تقریباً تمامی پرونده‌های وکالتی اش، پرونده‌های سیاسی بوده که به صورت رایگان از فعالان سیاسی، مدنی و دانشجویان بر عهده گرفته است. (منبع خبر - روزنامه شرق، ۹۰/۱/۱۷)

