



خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

با آثاری از: عناوین مقالات:

- مینا ابراهیمیان
- حسین اسماعیل نسب
- بهاره اسماعیلیان
- عباسعلی اکبری حامد
- سید حسین امام
- الهام امیری
- دکتر علی بابایی مهر
- الکساندر پویا
- دکتر بهروز تقی خانی
- طاهر توحیدی
- دکتر علی رادان جلی
- مریم جلالی
- محمد صادق چاووشی
- روح اله خلجی
- حسن رستگار
- رضا زرعی
- مهران صدری منش
- دکتر غلامرضا طیرانیان
- مجید عارفعلی
- محمد رضا محمدی جرقویه ای
- دکتر عباس میرشکاری
- فروغ نظریگی
- نسخ استقلال را نمی پذیریم
- نقد و بررسی آراء محاکم
- سوء شهرت
- میانجیگری و مصالحه در کشاکش واقعیت های
- زمان و قوانین
- اراده ی روشن در کنار نظم اجتماعی عادلانه
- شرایط و مصادیق تعدیل اجاره بها
- نسل کشی، مبانی نظری و بررسی موضوعی با تأکید
- بر قضیه میانمار
- بررسی مسؤولیت کارفرما و مسؤولیت کارگران بین
- حقوق مدنی و حقوق کار
- حقوق، حدود و رسالت مطبوعات
- شرکت های دولتی؛ مفهوم، ماهیت و فلسفه
- حدود آزادی اراده در قانون روابط موجر و مستأجر
- مصوب ۱۳۵۶
- نامه ها و نظرها
- طنز



- ۲ دکتر غلامرضا طبرانیان
نسخ استقلال را نمی پذیریم
- ۱۱ دکتر عباس میرشکاری
نقد و بررسی آراء محاکم
- ۲۶ بهاره اسماعیلیان
سوء شهرت
- ۳۱ رضازری
میانجیگری و مصالحه در کشاکش واقعیت های

زمان و قوانین

۴۵ عباسعلی اکبری حامد

اراده ی روشن در کنار نظم اجتماعی عادلانه

۴۹ محمدصادق جاووشی - مینا ابراهیمیان

شرایط و مصادیق تعدیل اجاره بها

۵۷ دکتر علی بابایی مهر - حسین اسماعیل نسب - مریم جلالی

نسل کشی، مبانی نظری و بررسی موضوعی با تأکید بر قضیه

میانساز

۷۱ الکساندر بویا - الهام امیری

بررسی مسؤلیت کارفرما و مسؤلیت کارگران بین حقوق

مدنی و حقوق کار

۷۷ طاهر توحیدی

حقوق، حدود و رسالت مطبوعات

۸۴ روح اله خلجی - فروغ نظاریگی

شرکت های دولتی: مفهوم، ماهیت و فلسفه

۹۳ مجیدعارفعلی

حدود آزادی اراده در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶

۱۰۳ نامه ها و نظرها

دکتر غلامرضا طبرانیان - دکتر بهروز تقی خانی - دکتر علی رادان چلبی

- سید حسین امام - حسن رستگار - مهران صدری منش

۱۱۱ طنز

محمد رضا محمدی جرقویه ای

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان

مدیر مسئول: مصطفی انوری زاده

روش: خبری - آموزشی

ترتیب انتشار: ماهانه

امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی

گرافیک و صفحه آرایی: وهاب یمانی - مانده حائریان

مجری چاپ: شرکت انتشارات فرزادگان زاینده رود

لینوگرافی: سروش

سایر همکاران: مسیح الله میرزایی، شهربن شریف زاده،

بهاره اسماعیلیان، محبوبه فیاض،

مهدخت دانش، زهرا صادقی،

محمد رضا قاسمی و محمد نیک آبتنی

نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر

کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹

تلفن: ۲۶۸۳۱۹۰ فکس: ۲۶۸۳۱۹۶

آراء نویسندگان، 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

نیندازید. ممنون

نسخ استقلال را نمی‌پذیریم

دکتر غلامرضا طبرانیان ■

دولت دهم «لایحه جامع وکالت رسمی» پیشنهادی قوه قضائیه را در کمیسیون های اصلی و فرعی بررسی و آن را مغایر با حق دفاع اصحاب دعوی و ناقض استقلال حرفه وکالت و کانون وکلای دادگستری تشخیص و از دستور کار دولت خارج و لایحه ای کاملاً متفاوت و دگرگون در آخرین جلسه هیأت دولت در شهر مقدس مشهد تلویحاً تا برای تصویب به قوه قانونگذاری تقدیم گردد. لایحه مصوب هیأت دولت به قوه قضائیه جهت بررسی اعاده شد. تغییرات برای قوه قضائیه قبل تحمل نبود. آن را به دور انداختند و لایحه ای شدیدتر با عنوان «جامع وکالت و مشاوره حقوقی» مشتمل بر ۱۴۶ ماده به منظور سیر مراحل تقنین در مجلس شورای اسلامی، از سوی قوه قضائیه طی نامه شماره ۹۰۰۰/۲۴۷۷۱۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۳ به ریاست جمهوری اسلامی نزد جناب آقای دکتر حسن روحانی

ارسال گردید.

این آرزوی دیرین بدخواهان وکالت دادگستری است که پس از شصت سال تحمل «لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری» به تعبیری مصوب هفتم اسفند ماه سال ۱۳۳۱ شمسی و به تعبیری دیگر مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی، خصوصاً ماده ۱۷ آن که زره امن وکالت دادگستری بود، منسوخ اعلام شود تا غلبه و سلطه خود را بر دفاع اصحاب دعوی و وکالت دادگستری استوار نمایند و استقلالی که به همت رادمردی حقوقدان و آگاه به شاخصه های توسعه عدالت قضایی،

ایستاده در برابر استبداد زمان، پایه گذاری شده بود، نابود سازند. او بندهایی را از پیکره وکالت دادگستری گسست که دودمان پهلوی به پیروی از خودکامگان تاریخ، هم چون ناپلئون بناپارت، تفاله انقلاب کبیر مردم فرانسه و لنین، مستبد و بنیان گذار انقلاب بلشویکی شوروی سوسیالیستی، وکالت و دفاع آزاد را در بند کرده بودند.

قانون وکالت سال ۱۳۱۵ شمسی و قوانین مربوط به وکالت و بیش از آن، مصوب جیره خواران پهلوی، تمامی امنیت و شجاعت را از وکیل دادگستری سلب، زبان و کیل را بریده و قلم او را شکسته و وکالت را پشت در کاخ سعدآباد متوقف کرده بود. وکلای دادگستری پس از تصویب لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری، در پرتو استقلال قانونی از قوای کشور، نیرویی تازه یافتند و بسیاری از غضب شدگان استبداد را از بند ظلم و بی عدالتی عدلیه پهلوی رهانیدند و کیل مستقل با احساس امنیت نگذاشت، بی گناهی مجازات شود و نگذاشت گنهکاری بیش از گناه خود و با عناوینی شدیدتر از وصف گناه خویش محکوم گردد. خشم بدخواهان از وجود وکیل مدافع شجاع برانگیخته شده، اما نتوانستند لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری را نسخ نمایند، ولی ناامید نشدند.

■ وکیل پایه یک دادگستری

اینک « لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی » آرزوی نسخ لایحه استقلال کانون دادگستری را جامه عمل پوشانده است. بخوانید ماده ۱۴۶، این لایحه را که تصریح نموده از « تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون ... لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۵ ... نسخ می گردد. »

من چندین بار تمامی ۱۴۶ ماده لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی قوه قضائیه را به دقت خواندم. حتی متن و ماده ای ندیدم که لااقل تنابهی با ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری داشته، به وکیل دادگستری امنیت ببخشد. اگر شما خوانندگان محترم ماده ای مشابه این ماده را دیده اید به من نشان دهید تا از قصور خود استغفار نموده، توبه کنم!

ماده ۱۷ لایحه استقلال مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی: « از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون هیچ وکیلی را نمی توان از شغل و کالت معلق و ممنوع نمود مگر به حکم قطعی دادگاه انتظامی. »

یقیناً با تصویب لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی، به علت نسخ و حذف این ماده، که نباید چنین روزی، وکیل دادگستری هر لحظه در تیررس بدخواهان و زیان دیدگان از دفاع وکیل، قرار خواهد گرفت. ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری به مراجع قضائی اجازه نمی داد، حتی به عنوان مجازات تنمیمی (تبعی و تکمیلی) وکیل دادگستری را از حرفه خود محروم سازند.

متن زیر بخشی است از نامه معاون قوه قضائیه، خطاب به وزیر دادگستری وقت به شرح نامه شماره ۴۴۳/م ق ... مورخ ۱۳۸۷/۶/۱۶:

« در مورد محرومیت وکیل از حرفه و کالت، پاسخ مسأله مبنی بر این امر است که آیا قانون عام متأخر قانون خاص سابق را نسخ می نماید، یا این که توان نسخ نداشته، بلکه ضمن پذیرش تخصیص، در ماعدای قانون خاص قابلیت اجرا را خواهد داشت؟ بر اساس ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی یکی از مصادیق محرومیت از حقوق اجتماعی، محرومیت از وکالت بوده و به موجب ماده ۱۹ همان قانون، دادگاه می تواند فرد را به عنوان تنمیم حکم تعزیری و یا بازدارنده مدتی از حقوق اجتماعی محروم نماید. لکن با عنایت به ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری نمی توان وکیل را به موجب ماده ۱۹ قانون فوق الذکر از وکالت محروم نمود. زیرا ماده ۱۷ مخصص ماده ۱۹ بوده، چنانچه در علم اصول فقه پذیرفته شده است، مخصص اعم از اینکه مقدم یا مؤخر یا مقارن با عام باشد، در هر حال مخصص بوده و مراد واقعی مقنن را کشف می نماید. ماده ۲۲۹ قانون مجازات اسلامی هم که کلیه قوانین مغایر را ملغی کرده، موجب نسخ ماده ۱۷ نمی شود. زیرا بین دو قانون عام و خاص، مطلق و مقید مغایرتی وجود ندارد. اگر عموم ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مراد قانون گذار باشد، پس دادگاه در رسیدگی به جرم نارندگان پایه قضایی (قضات) نیز باید به عنوان تنمیم مجازات بتواند آنان را ولو به صورت موقت از شغل قضا محروم نماید. در حالی که به موجب ماده ۴ قانون رسیدگی به صلاحیت قضات، این امر در حیطه اختیارات محکمه عالی قضات بوده و حتی رأی دادگاه تأثیری در حکم محکمه عالی نداشته و از بدو تأسیس عدلیه تاکنون چنین حکمی صادر نشده و مرجع تصمیم گیری راجع به محرومیت از شغل قضا، اعم از دائم و یا موقت به عنوان ضمانت اجرای تخلف قاضی یا جرم وی، دادگاه یا محکمه عالی انتظامی قضات بوده است. »

مصونیت وکیل دادگستری در لوای ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری، به این معنی است که حتی دادگاه انتظامی وکلای دادگستری ملزم به تبعیت محض از آرای کیفری قطعی که علیه وکیل صادر شده، نمی باشد و جمله « ... رأی دادگاه تأثیری در حکم محکمه عالی نداشته ... » مذکور در نامه معاون قوه قضائیه مؤید این استقلال است. به این معنی که دادگاه انتظامی وکلا، بنا به استقلال خود حق دارد رأی دادگاه کیفری را، فارغ

از هرگونه تبعیت، ارزیابی، در صورتی که آن را منطبق با موضوع و منطبق با حکم قانون تشخیص داد، به اراده خود نه بعلت تبعیت از رأی قضایی، و کیل را متخلف شناخته و به مجازات انتظامی که در ماهیت با مجازات کیفری متفاوت است، محکوم نماید و الا به تصمیم مستقل خود و کیل را از ارتکاب تخلف انتظامی تبرئه خواهد نمود. زیرا نقض غرض خواهد بود، اگر دادگاه انتظامی قضات در مورد درندگان پایه قضایی (قضات) و دادگاه انتظامی و کلای وابسته به کانون مستقل و کلای دادگستری، به اصطلاح عامیانه «میرزا بنویس» مراجع قضایی کیفری باشند. به عبارت دیگر از یک سو طبق ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون و کلای دادگستری جز دادگاه انتظامی و کلا، مقام دیگری حق محرومیت و کیل را از حرفه و کالت نداشته و از سوی دیگر مرجع کیفری با صدور حکم محکومیت و کیل بتواند، دادگاه انتظامی و کلا را مکلف به پیروی بی چون و چرا، از رأی خویش نماید و تاکنون نیز به برکت ماده ۱۷ به همین نحو عمل شده و به جامعه و کالت دادگستری ایران امنیت بخشیده است.

ببینید اگر ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون و کلا، پناه و کالت دادگستری از سر بدخواهان، با تصویب لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی، نسخ شود، ماده ۸۹ لایحه جامع پیشنهادی چه مصائبی را بر جامعه و کالت دادگستری وارد می کند:

ماده ۸۹: «صدور حکم قطعی مبنی بر محکومیت و کیل به ارتکاب جرائم موجب حد و قصاص نفس، اعدام، حبس ابد و جرم کلاهبرداری، خیانت در امانت، سرقت حدی و رشاء و نیز جرائم عمدی که مجازات قانونی آن ها حبس سه سال یا بیشتر باشد موجب مجازات انتظامی درجه (۷) است.»

مجازات انتظامی درجه (۷) یعنی ابطال پروانه و ممنوعیت دائم از شغل و کالت (ماده ۸۶ لایحه و کالت و مشاوره حقوقی).

نگویند: آیا شایسته و موجه است، و کیلی که به علت ارتکاب جرائم مذکور در ماده ۸۹ محکومیت قطعی یافته، هم چنان به شغل شریف و کالت ادامه دهد. هیچ عاقلی چنین ادعایی ندارد به عبارتی حکم ماده ۸۹ لایحه جامع و کالت دادگستری و مشاوره حقوقی بالذات و در جایگاه خود حکمی صحیح است، اما به سهولت می توان قتل غیرعمدی و خطایی و کیل دادگستری را به کمک دلایل کذبی که شاکی علیه و کیل جمع آوری می کند، قتل عمدی و و کیل را مستوجب قصاص نفس دانست. البته دادگاه انتظامی و کلا مداخله ای در حکم کیفری و اجرای آن نمی کند و نمی تواند چنین مداخله ای بنماید. و کیل اگر در اجرای این مجازات حتی قصاص و اعدام شود، نباید شرف و حرمت حرفه ای او از طریق ابطال پروانه شکسته شود!

دادگاه انتظامی و کلا اگر مستقل است، که باید مستقل بماند، حق دارد با ملاحظه و مطالعه پرونده کیفری، چنان چه جمع آوری دلایل علیه و کیل را، مستدلاً نپذیرفت، با شجاعت و بدون بیم از تعقیب، و کیل محکوم به قصاص را از حیث تخلف انتظامی تبرئه می کند. استقلال دادگاه انتظامی و کلا، تابع کانون و کلای دادگستری، از ارکان اساسی استقلال جامعه و کالت است و به همین معنی است که اگر و کیل را خود نیز مرتکب قتل عمدی شناخت به اراده خود، پروانه او را ابطال و او را از ادامه شغل و کالت بطور دائم ممنوع خواهد ساخت، البته نه با تبعیت از رأی کیفری.

وکیل از وکلای دادگستری که شجاع و آزاده است و معنای خود مراقبتی برای ادامه شغل را نمی شناسد، در دفاع از موکل خود، از خطوط قرمز و محسوسات عبور کرده و به معقولات و ممنوعات ورود نموده است و سخت مورد غضب قرار گرفته است. او شدیداً معتقد است «حق» خط قرمز و محدودیت نمی شناسد. گرچه به علت نحوه دفاع نمی توان او را از جامعه و کالت طرد و پروانه و کالت او را به این مناسبت باطل نمود و مصلحت نیز اجازه چنین اقدامی را نمی دهد، ولی از آن جا که ممکن است بی پروایی و شجاعت او به دیگر وکلای دادگستری

نیز سرایت کند، به هر حال باید تدبیری اندیشید که با ابطال پروانه او سایر وکلا عبرت بگیرند، البته جامعه وکالت خود ارتباط بین دفاع این وکیل و ابطال پروانه او را احساس خواهد کرد!

یکی از بدخواهان این وکیل که از دفاع او سخت متضرر شده، بسیار خشمگین است او در جستجوی راهی است که به سرمایه مادی و معنوی این وکیل ضربه نهایی را وارد نموده او را از شغل وکالت محروم کند. او به بازی بدخواهان دیگر و آموزش دیده، اعلام می کند شخصی را می شناسم که منکی را با سند رسمی و قطعی به وکیل مزبور فروخته است شخص دیگری را آماده کرده ایم تا مدعی شود قبلاً ملک مزبور را از مالک آن انتقال گرفته و وکیل با آگاهی از معامله قبلی ملک غیر را خریداری کرده است، یعنی فروشنده و خریدار (وکیل) هر دو مرتکب کلاهبرداری شده اند. تنها مشکل برای محکومیت آنان راضی کردن چند نفر است که شهادت دهند وکیل شخصاً در جلسه فروش عادی و قلی ملک، به تفاق آن شهرد حضور داشته است!

پس از تبادل نظر بین بدخواهان، این مشکل نیز حل می شود. چند شاهد از بازار شاهدفروشان اجیر می کنند و آن چنان شهادت کذب را به آنان آموزش می دهند که مقام قضایی به شهادت آن ها شک نمی کند و حکم محکومیت کیفری وکیل به اتهام انتقال گرفتن عالمانه ملک غیر صادر می گردد. اگر دادگاه انتظامی وکلا مکلف باشد از رأی کیفری تبعیت کند، با توجه به ماده ۸۹ لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی، این رأی به محض صدور، به خودی خود موجب ممنوعیت دائم وکیل از شغل وکالت (مجازات انتظامی درجه ۷) خواهد شد و به واقع این کانون و دادگاه انتظامی وکلا نیست که وکیل را به عنوان کلاهبرداری برای همیشه از شغل وکالت محروم می کند، بلکه مقام کیفری است که حتی ناخواسته و تعبداً به اعتبار دلایل کذب، وکیل را از وکالت محروم می نماید و کانون وکلا نمی تواند با تصویب لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی از عضو جامعه وکالت حمایت کند و بدخواهان مسرور می شوند از تصویب لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی و وکلای دادگستری همواره در خطرند. آیا امنیتی باقی می ماند برای وکلای دادگستری؟

عقل آلوده به خود مراقبتی حکم می کند که وکیل دادگستری هرگز به خطوط قرمز نزدیک نشود و موکل را فلانی خود کند.

وکیل دادگستری همواره باید لرزان خود را زیر لبه تیز شمشیر مجازات احساس کند و شخصیت خود را در معرض خطر ببیند. ماده ۵۷ لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی برای حق الوکاله، حق مشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری تعرفه ای را با تصویب رئیس قوه قضائیه مقرر و تجاوز از آن را جرم و تبصره های ۱ و ۲، این ماده جرم زایی را به حد کمال رسانده اند:

تبصره ۱: « عقد قرارداد وکالت و مشاوره به میزان بیش از پنج برابر تعرفه مجاز نیست... زاید بر قرارداد یا تعرفه جرم محسوب می شود و مرتکب علاوه بر مجازات انتظامی مقرر در این قانون، به مجازات تحصیل درآمد نامشروع موضوع ماده (۲) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز محکوم می شود. ».

تبصره ۲: « وکیل موظف است با درج مبلغ حق الوکاله در قرارداد و کالنامه تنظیمی یک نسخه از قرارداد حق الوکاله را به موکل و دادگاه و اداره امور مالیاتی محل دریافت پروانه وکالت ارائه نماید. تخلف از مفاد این تبصره جرم بوده، علاوه بر این که موجب منع پذیرش وکالت از سوی دادگاه است، موجب محکومیت مرتکب به مجازات مذکور در تبصره (۱) می باشد. ».

بر فرض تصویب لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی پیشنهادی قوه قضائیه در مجلس شورای اسلامی، آیا با وجود مغایرت ماده ۵۷ و تبصره های آن با شرع، شورای نگهبان قانون اساسی آن را خواهد پذیرفت؟ مجازات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، همان مجازات اکل مال به باطل (تحصیل درآمد نامشروع)، موضوع آیه ۲۶ سوره مبارکه نساء است که فرموده است:

« یا ایها الذین آمنوا لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم ... »

وظیفه وکیل دادگستری، در عنوانی واحد، خصوصاً در دعاوی غیرمالی ممکن است بزودی به پایان برسد، ولی در همان عنوان، چون پیچیده و مشکل بود و نیازمند به بررسی های قانونی و عملی و ممکن است اتمام آن سال ها وقت و عمر وکیل دادگستری را به خود اختصاص دهد. این حقیقت را تنها کسانی می توانند درک کنند که در امر وکالت دادگستری صاحب تجربه طولانی باشند. اینجانب که خود سابقه پنجاه سال قضاوت و وکالت دارم، هنوز پس از ۱۵ سال مبتلا به برخی از دعاوی می باشم که به رأی نهایی منجر نشده است، در حالی که دعوایی از هر حیث مشابه آن، پس از شش ماه یا یکسال به نتیجه نهایی منتهی گردیده است.

آیا به واقع و شرعاً اکل مال به باطل است، اگر قرار داد حق الوکاله آن پرونده طولانی بیش از پنج برابر حق الوکاله سایر دعاوی باشد، حق اگر بارضایت موکل باشد آیا اکل مال به باطل همان «الا ان تكون تجارة عن تراض منکم» است؟ چرا تدوین کنندگان لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی به خود اجازه داده اند مباح و حلال شرع را به ممنوع و حرام تبدیل کنند؟ آیا خدمت وکیل دادگستری در جهت احقاق حق موکل، چون یک بسته کالای معرفی است که قیمت تمام شده و سود معقول آن قابل اندازه گیری باشد؟ آیا خدمت وکیل دادگستری، یک جراحی معین و تعریف شده پزشکی است که ابتدا و انتها و دستمزد آن معلوم باشد؟

اگر قصد آن است که فارغ التحصیلان علم حقوق، جرأت ورود به حرف وکالت را نداشته و وکلای مشاغل از بیم مجازات از حرفه وکالت رانده شوند، باید صریحاً این قصد را اعلام کرد. تعرفه دفاع در دعوی قتل عمدی یک میلیون تومان است، کلام وکیل مجرب و کارآزموده آمادگی دارد، دفاع در چنین دعوایی که محتویات پرونده آن نوعاً بیش از صدها صفحه است و برای دفاع از حق موکل باید کلمه به کلمه و سطر به سطر اوراق آن با دقت و تفکر خواننده و یادداشت برداشته و نتیجه گیری شود، حاضر خواهد شد با این مبلغ و حتی با پنج میلیون تومان در این پرونده وارد دفاع شود و حتی خود را در معرض تهدید و ابلهتگان شخص مقابل قرار دهد و قس علی هذا. بنابراین غرض از نسخ لایحه استقلال کانون وکلا جز این نیست که ماده ۱۹ آن نیز که راهی را برای انطباق حق الوکاله با واقعیت ها است مسدود سازند. ماده ۱۹ لایحه استقلال مقرر می دارد:

« میزان حق الوکاله در صورتی که قبلاً بین طرفین توافق نشده باشد، طبق تعرفه است ... »

از این قبیل مواد تهدید کننده و تحدید کننده وکالت دادگستری، در لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی بسیار است که درباره برخی که عیناً مطابق با مواد لوایح پیشنهادی پیشین است در مقالات گذشته مجله «مدرسه حقوق» کانون وکلای دادگستری اصفهان، گفتگو شده و نیازی به تکرار نیست. اگر بخواهیم راجع به همه مواد ناقص استقلال وکالت بحث شود، باید مقالات متعددی نوشت! ای کاش اعضای هیأت تدوین کننده این لوایح را به جامعه و وکلای دادگستری معرفی می کردند، تا انگیزه بدخواهی در وجود آن ها بررسی شود. در این صورت ثابت خواهد شد که غرض حمایت از مردم نیست، مشکل در وکالت دادگستری نیست. غرض نهایی انتقام جویی از استقلال وکالت است!

جای تأسف است که حرمت سیاست کلی نظام جمهوری اسلامی ایران را نیز رعایت ننموده و نسخ لایحه استقلال کانون وکلا را که نشانه مترقی بودن کشور ایران است، به اجری بند (۱۳) سیاست های کلی نظام نسبت داده اند. ماده (۱) لایحه: «در اجرای اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند (۱۳) سیاست های کلی نظام در امور قضایی، کانون وکلای دادگستری به شرح آتی تشکیل می شود.»

انتساب سلب استقلال از وکالت دادگستری، یعنی انتساب سلب حق دفاع آزاد و شجاعانه و عالمانه از احاد ملت ایران به سیاست کل نظام، یعنی بی حرمتی و ظلم فاحش و ناروا به نظام جمهوری اسلامی ایران. چه کسی باور

می‌کند که نظام جمهوری اسلامی و سیاست آن مخالف استقلال در دفاع از حق باشد و چنین دفاعی را به زیان خود تشخیص داده و خواهان نقض آن باشد تا آن جا که حلال شرع را با این لایحه به حرام تبدیل کنند. فقط دشمنان نظام باور می‌کنند! لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی در سایر مواد خود، حتی اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی را که به آن استناد نموده نیز نقض کرده است. آیا عقل پاک که به بدخواهی و انتقام جویی از وکالت دادگستری آلوده نباشد، می‌پذیرد که سرنوشت مادی و معنوی و کیل دادگستری که باید آزاد و شجاع در دفاع از حق موکل باشد، در دست همان قوه ای باشد که وکیل ناگزیر باید در برابر آن از اصحاب دعوی دفاع نماید. وکالت در دفاع از حق، از جمله حقوق اساسی ملت ایران، در برابر مراجع قضایی است که بر دعوای حکومت می‌کنند. اصحاب دعوی قادر به دفاع به مفهوم واقعی آن نخواهند بود مگر نهادی برخاسته از بیرون حاکمیت یعنی نهادی مردمی و مصون از هر نوع سیطره قوای کشور باشد و دفاع از حق را بر عهده گیرد. آیا وکیل دادگستری که طبق ماده ۵۱ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی باید پروانه خود را به امضاء رئیس کل دادگستری استان دریافت کند، وکیل اصحاب دعوی است یا وکیل منتخب قوه قضائیه؟

ماده ۵۱ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی: « پروانه و کالت با امضاء رئیس کانون استان و رئیس دادگستری استان مربوط صادر می‌شود ... »

مجموعه وکلای دادگستری یک استان، شخص یا گروهی از وکلای استان را شایسته ترین افراد برای حسن اداره امور کانون وکلا و حمایت از حقوق صنفی آنان تشخیص می‌دهند، ولی هیأت نظارت منتخب قوه قضائیه که رعایت مصالح آن قوه را طبعاً مقدم بر مصالح وکلای دادگستری می‌داند و طبق ماده ۳۳ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی حاکم بر امور وکالت دادگستری است، بر اساس معیارهای منظور نظر خود صلاحیت آن فرد یا آن گروه را برای اداره کانون رد می‌کند و وکلای دادگستری استان را از وجود همکاران با کفایت و شجاع خود محروم می‌سازد! آیا کانون وکلای دادگستری در این شرایط، کانونی است غیردولتی و برخاسته از بین وکلای دادگستری یا کانونی است منتخب دولت و تابع قوه قضائیه؟

ماده ۳۳ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی: « به منظور انطباق شرایط داوطلبان ... هیأت مدیره استانی با شرایط مقرر در قانون هیأت نظارت ... با پیشنهاد شورای عالی و کالت و تصویب رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌شود. »

بدیهی است وکیل دادگستری مذکور در لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی که سرمایه مادی و معنوی او تابعی است از تصمیم منتخبین قوه قضائیه، در مقام تعارض بین دفاع از حق موکل و مراجع صادر کننده و ابطال کننده پروانه اشتغال خود، هرگز حیات و ممانت فردی و اجتماعی و حرفه ای خویش را فدای حقوق موکل نمی‌کند و خلاف آن قابل انتظار نیست. در طی تاریخ و در جهان امروز بسیار اندک بوده و هستند بزرگانی که جان و مال خاندان خود را در برابر عظمت حق قربانی کرده اند ولی از اکثریت انسان ها چنین انتظاری معقول نیست!

جامعه وکالت دادگستری یا عنایت به لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی، در هیچ شرایطی نباید از استقلال وکالت که وصف جوهری و وجودی وکالت است دست بردارد. تمامی اعضای این جامعه، آنان که در سمت مدیریت کانون ها انجام وظیفه می‌کنند و هر وکیل دادگستری که به تنهایی یک کانون است و خود را مسؤول صیانت از استقلال حرفه خود می‌داند و باید بداند، هر نوع همکاری در تصویب این لایحه و ورود به جلسات بحث و تصمیم گیری راجع به اصلاح آن را باید مشروط کنند به عدم نسخ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی و هرگز به نقض استقلال حرفه وکالت تن ندهند و از بیم مرگ وکالت ناشی از تصویب لایحه جامع وکالت و

مشاوره حقوقی، به زندگی متزلزل و ذلیلانه و تب آلود راضی نشوند و در تاریخ و کالت از خود نام ننگین بقی نگذارند. جامعه و کالت نیز معتقد است بسیاری از مواد لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی پس از قریب ۶۰ سال کهنه شده و با مقتضیات زمانی انطباق ندارد و باید اصلاح شود، ولی اصلاحی با بقاء استقلال و حفظ مبانی و اصول و اهداف آن. و کلاهی دادگستری اصرار دارند که وصف استقلال متعلق به کانون است که در ماده یک لایحه استقلال « مؤسسه » نامیده شده است.

ماده یک لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری: « کانون و کلاهی دادگستری مؤسسه ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی که در مقر هر دادگاه استان تشکیل می شود. »

خوانندگان محترم، حقوقدانان کشور دقت فرمائید در ماده ۴ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی نیز از لفظ استقلال سوءاستفاده شده تا غیر حقوقدانان و عموم گمان کنند که در این لایحه نیز به کانون و کالت دادگستری استقلال اعطا شده است. اما با زیرکی خاص لفظ استقلال در کلمات « مؤسسه ای است » برداشته شده و به عنوان وصف، به « شخصیت حقوقی » کانون اختصاص یافته است. اگر از کسانی که به الفبای علم حقوق و حقوق تجارت آشنایند، علت این جا به جایی سؤال شود، خواهند گفت: شخصیت حقوقی مفهومی است که حتی بدون نیاز به ذکر، از استقلال برخوردار است، ما این استقلال در برابر چه کسی؟ یک شرکت تجاری بی مقدار که مثلاً موضوع فعالیت آن نوظافت است نیز از افراد شرکت مستقل است.

جامعه و کالت دادگستری استقلال را برای کانون خود به عنوان یک مؤسسه می خواهند که در برابر دولت و سایر مؤسسات عمومی مستقل باشند تا بتوانند بدون بیم از این وابستگی از حقوق اصحاب دعوی دفاع کنند.

ماده ۴ لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی:

« کانون و کلاهی دادگستری استن مؤسسه ای است دارای شخصیت حقوقی مستقل، غیردولتی و غیرانتفاعی که در مرکز هر استان تشکیل می شود ... »

و کلاهی دادگستری باید به عنوان پیش شرط، در صورتی در مذاکرات بررسی لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی شرکت کنند که با اصلاح ماده ۱۴۶ آن تصریح گردد: لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی نسخ نمی شود و به قوت خود باقی است و در هر اصلاح و تصویب قانونی برای و کالت دادگستری، روح لایحه استقلال باید محفوظ بماند.

و کلاهی دادگستری نگران نباشند و کالت دفاع از حقوق مردم در دعاوی، نیاز ضروری یک کشور مترقی و خواست اتباع کشور است. سابقه قانونگذاری نشان می دهد که قانونی را بدون توجه به نصایح خیراندیشان برخلاف مصالح قضایی جامعه، روزی تصویب و به تصویب آن افتخار کردند، ولی دیری نگذشت، چون آثار سوء آن آشکار و نظام قضایی مختل شد، قانون مزبور را نسخ و همچنان افتخار کردند به نسخ آن. بگذارید لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی نیز، بدون هر گونه اصلاح تصویب شود، مطمئن باشید روزی نسخ آن را نیز جشن خواهند گرفت و افتخار خواهند کرد که کانون مستقل و کلاهی دادگستری را احیاء کرده اند.

ملت ایران و تمامی عدالتخواهان امیدوارند نمایندگان ملت در مجلس شورای اسلامی به این مهم عنایت داشته و برای حفظ استقلال و کالت دادگستری به تصویب لایحه جامع و کالت و مشاوره حقوقی رأی ندهند و آلا اگر روزی خود یا سایر مردم کشور برای دفاع از حق خویش در دعاوی، به و کیلی مستقل و شجاع نیاز داشتند، در هیچ نقطه ای از ایران حتی یک و کیل دادگستری را با چنین اوصافی نخواهند یافت. سیر کنید در گذشته ای نه چندان دور و به یاد آورید سرنوشت کسانی را در محاکمات، که در زمان آن ها قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری و ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به تصویب رسید، چگونه صدمات این قوانین را تحمل و

طعم تلخ آن را با تمام وجود چشیدند. سال هاست از هر سو، در رسانه ها، در سخنرانی ها علیه وکالت دادگستری تبلیغ می شود و چهره و کالت را سیاه می کنند، ولی افکار عمومی تسلیم این تبلیغات نمی شوند و هنگام نیاز به دفاع از حقوق خود، همچنان به وکیل دادگستری برای احقاق حقوق خود مراجعه و به وکالت دادگستری اعتماد می کنند.

چه کند دولت یازدهم؟ زمانی که کانون وکلای دادگستری را سازمان نامیدند و به وکالت وصف «رسمی» دادند، دولت دهم نپذیرفت «لایحه جامع وکالت رسمی» را. امروز لایحه سابق شدیدتر و غلیظ تر با عنوان «لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی» به دولت یازدهم بازگشته است. اینک دولت تدبیر و امید در معرض امتحانی سخت قرار دارد. چه کند این دولت؟ دولتی که یک حقوقدان، یک وکیل دادگستری در رأس آن است. او وکیل دادگستری است و بار دیگر باز خواهد گشت به جامعه وکالت و پروانه اشتغال و در اختیار هیأت نظارتی قرار خواهد گرفت که حاکم مطلق بر سرنوشت و آینده تمامی وکلای دادگستری است. تدبیر چیست؟

آیا دولت یازدهم لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی پیشنهادی جدید قوه قضائیه را رسماً و طاعتاً بدون هرگونه تغییر و بدون هیچ اصلاحی بپذیرد و در نابودی کیان وکالت شریک قوه قضائیه شود، یا بدون بیم از هرگونه واکنش و اتهام، آن را مانند دولت دهم در جهت اعتقاد به استقلال وکالت دادگستری دگرگون سازد یا لایحه را به مدت شش ماه بلااقدام نزد خود نگه دارد تا قوه قضائیه بر خلاف قانون اساسی با بهره از اختیار جدید، بدون مداخله دولت، لایحه مزبور را برای سیر مراحل تقنین به مجلس قانونگذاری مستقیم بدون هیچگونه تغییر ارائه و افتخار «احیای حقوق عامه و آزادی های مشروع و اجرای سیاست های کلی نظام و اسلامی کردن وکالت دادگستری و سلب شخصیت و نقض استقلال وکلای مدافع» تماماً به قوه قضائیه اختصاص یابد!

قانون اساسی جمهوری اسلامی میثاقی است بین مردم ایران و حاکمیت کشور. دولت نیز مانند ملت ملزم و متعهد به رعایت اصول این قانون می باشد. این قانون، ملت ایران را در بیان عقاید خود آزاد گذارده به این معنی که امر به معروف و نهی از منکر و دعوت به خیر را وظیفه متقابل دولت و ملت اعلام کرده است.

اندیشمندان، سیاست مداران، حقوقدانان، اساتید مدارس عالی حقوق، قضات آزاداندیش و وکلای دادگستری، کلیه کسانی که نمی خواهند کشور و ملت ایران با دولتی شدن وکالت در دفاع از اصحاب دعاوی، در زمره کشورهای غیرمترقی جهان شناخته و دستاویزی شود، به نفع دشمنان کشور ایران، قلم بردارند و با حفظ حرمت تمامی قوای کشور بنویسند و محترمانه سخن بگویند که چه کند دولت تدبیر و امید، در این مقطع سرنوشت ساز؟

قبل از پایان مقاله، خوانندگان و همکاران اجازه فرمایند برای تنوع در گفتار، فضای جدی بحث را به فضای «طنز» تبدیل کنیم تا اخم از چهره ها برود و لبخند بر لب ها بنشیند. شاید این خود طنز نباشد و سبب خرسندی بدخواهان وکالت شود و مرا در معرض لعن وکلای دادگستری قرار دهد. به هر حال قصد ارائه پیشنهادی دارم که همگان اعم از بدخواهان و وکلای دادگستری را آسوده خاطر می کند و دغدغه ها را زایل. خطاب به بدخواهان وکالت دادگستری:

- ۱- اگر می ترسید وکیل دادگستری با دفاع آزاد و شجاعانه از موکل ستمدیده خود در افکار عمومی مردم ایران محبوب و مقبول شود،
- ۲- اگر می ترسید وکیل دادگستری با کسب محبوبیت و مقبولیت عمومی، به جای شما بنشیند،
- ۳- اگر می ترسید وکیل دادگستری در دفاع از موکل خود ناگزیر سیمای مفتخواری شما را افشاء و موقعیت شما و حامیان شما را در جامعه دچار مخاطره کند،
- ۴- اگر می خواهید وکیل دادگستری برای حفظ حیات فردی و اجتماعی خود، لاجرم «حق» را فدای بقای خود کند،

۵- اگر می خواهید وکیل دادگستری جسارت نزدیک شدن به خطوط قرمزی که شما ترسیم می کنید از دست بدهد،

۶- اگر می خواهید وکیل دادگستری ذلیل «نان» و «سقف» گردد،

بیهوده برای توجیه نسخ «لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی» به سیاست کلی نظام جمهوری اسلامی ایران استناد نکنید. این خود جفای به نظام اسلامی ایران است، پیشنهاد می شود ماده واحده و چند تبصره را به تصویب برسانید و خود وکلای دادگستری را از این درگیری نجات دهید و مسأله مالی و مالیاتی را نیز برای همیشه از ذهن همگان بزدائید:

ماده واحده: از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون کانون وکلای دادگستری و مرکز مشاوره، موضوع ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کلا منحل و پروانه اشتغال کلیه وکلای دادگستری ابطال می گردد و در هر استان کشور اداره ای تأسیس می شود به نام «اداره وکالت» به ریاست مسؤول قضایی استان و وظایف زیر را برعهده دارد:

۱- صدور پروانه برای وکلای سابق که اداره وکالت، ادامه اشتغال آنان را به مصلحت تشخیص دهد.

۲- در سواردی که حضور وکیل در محاکمات الزامی است، همچنین در صورتی که اصحاب دعوی برای دفاع از خود تقاضای تعیین وکیل نمایند با مراجعه به اداره وکالت و سپردن حق الوکاله، طبق تعرفه مقرر، وکیل در اختیار دادگاه مسؤول رسیدگی به دعوی گذارده می شود و موکل حق عزل او را ندارد، مگر با موافقت اداره وکالت.

تبصره ۱- وکیل پس از پایان وظیفه خود، طبق گواهی مقام قضایی، با مراجعه به اداره وکالت حق الوکاله خود را پس از کسر مالیات دریافت می کند. وکیل اداره وکالت، اضافه بر حق الوکاله مقرر مجاز به دریافت وجهی از موکل نمی باشد.

تبصره ۲- رسیدگی به تخلف انتظامی وکلای اداره وکالت در دادگاه انتظامی رسیدگی می شود که اعضای آن توسط اداره وکالت تعیین می شوند. رأی محکومیت وکیل پس از ده روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض نزد رئیس اداره وکالت می باشد و رأی صادره قطعی و لازم الاجرا است.

تبصره ۳- آیین نامه مربوط به اجرای این قانون باید ظرف سه ماه تدوین و تصویب گردد.

با تصویب این ماده واحده همه راحت می شوند و بحث ها به پایام می رسد و نگرانی ها برطرف می شود.

نمی دانم این پیشنهاد را طنز به شمار می آورید و می خندید یا همکاران و وکلای دادگستری بیمناک می شوند از تصویب این ماده واحده؟ بگذریم ما همچنان چشم امید خود را به سوی دولت تدبیر و امید دوخته ایم و به نمایندگان محترم و منتخب مردم ایران در مجلس شورای اسلامی که امید نهایی ملت ایران برای حفظ حق دفاع در دادرسی عادلانه می باشند، قطعاً عقاید و نظرات خیرخواهان را خواهند شنید و به وظیفه خویش اقدام در بررسی لایحه پیشنهادی قوه قضائیه از کیان استقلال کانون وکلای دادگستری که ضامن حق دفاع آزاد در دعوی است محافظت خواهند نمود. انشاء...

نقد و بررسی آراء محاکم

دکتر عباس میرشکاری

۱- مسؤلیت شهرداری نسبت به زیان درختان

۲- تأثیر نسب در دریافت شناسنامه

۳- ابطال شناسنامه

۱- مسؤولیت شهرداری نسبت به زیان درختان

مقدمه:

مسؤولیت مدنی هنوز قلمروهای ناشناخته، فرولان دارد؛ گاه، این نویسندگان حقوقی اند که نخستین گام‌ها را برای شناخت گستره‌های تازه برمی‌دارند، گاه نیز، دادرسان به بهانه‌ی تعیین تکلیف یک پرونده چنین فرصتی رامی‌یابند. رایی که در این نوشتار، از آن سخن گفته خواهد شد، درباره‌ی مسؤولیت شهرداری‌ها نسبت به زیانی است که از شکسته شدن درختان حاصل شده است؛ به این موضوع، در ادبیات حقوقی کمتر پرداخته شده با این حال، هم دادگاه نخستین و هم دادگاه تجدیدنظر، اگرچه با اندکی کاستی، اما به صورت جدی تلاش می‌کنند تا از موضوع پرده‌ی ابهام را بردارند.

مبحث نخست- شرح رویدادهای پرونده

شخصی که خودروی او در هنگام حرکت از خیابان، بر اثر سقوط درخت و شکسته شدن شاخه‌های آن، آسیب دیده بود در دادخواستی به طرفیت شهرداری، خواستار مطالبه زیانش شد. در این دادخواست، از جمله، به گزارش کارشناس منتخب در پرونده تأمین دلیل حوزه ۱۰۴ شورای حل اختلاف استناد شده است. دادخواست به شعبه ۸۱ دادگاه عمومی تهران ارجاع شد. خوانده در مقام پاسخ در لایحه دفاعیه به شماره ۳۴۸۵ به تاریخ ۱۳۹۰/۹/۲۸ چنین نوشت: «در دادخواست تقدیمی، خواهان علت خسارت وارده را افتادن درخت بر روی خودرو اظهار نموده اند، نظر به اینکه عوامل متعددی می‌توانند باعث سقوط درخت شوند که از حیظه کنترل شهرداری خارج می‌باشند؛ چه بسا بی احتیاطی و بی مبالاتی خواهان در پارک نمودن خودرو در محل نامناسب باعث بروز حادثه فوق گردیده است و همان گونه که استحضار دارید، در اثبات مطالبه خسارت بر اساس قانون مسؤولیت مدنی در مواد یک و دو آن قانون، بایستی رابطه سببیت بین زیان وارده و فعل زیان بار وجود داشته باشد که اساساً در پرونده فوق این رکن اثبات نگردیده و نظریه کارشناسی نیز صرفاً به میزان خسارت وارده است و به هیچ وجه نمی‌تواند مثبت تقصیر شهرداری باشد، نکته حائز اهمیت این است که گزارش تنظیمی از سوی مرجع انتظامی صرفاً بر پایه اظهارات شاکی می‌باشد و عنوان نموده که شاکی به واحد گشت مراجعه و اظهار داشتند که سقوط درخت بر روی خودرو ایشان باعث خسارت شده؛ در واقع ساحتی از سوی شاهدی رؤیت نشده است».

سرانجام، دادگاه در دادنامه شماره ۱۰۰۱ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۳۰ چنین نوشت: «در خصوص دعوی آقای ا.ح. ن. الف. به طرفیت شهرداری منطقه سه تهران، به خواسته مطالبه خسارت وارده به یک دستگاه پراید به مبلغ دوازده میلیون و پانصد هزار ریال با این توضیح که خواهان در دادخواست مذکور بیان نمود که در حین حرکت از خیابان جردن، بلوار ستاری، بر اثر سقوط درخت و شکسته شدن شاخه‌های آن، به وسیله نقلیه وی خسارت وارد شده... نظر به اینکه شهرداری بر اساس لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مسؤول حفظ و نگهداری از اشجار در محدوده شهر می‌باشد و در صورتی که بر اثر عدم حفظ و نگهداری موجب ورود خسارت به اشخاص یا اموال گردد، باید خسارت وارده را جبران نماید، بنابراین، نظر به احراز مالکیت خواهان، سقوط درخت بر روی وسیله نقلیه، پذیرش نظر کارشناس در پرونده تأمین دلیل که با اوضاع و احوال مسلم قضیه مغایرت و مبادیئی ندارد، خوانده را از باب تسبیب به استناد قانون فوق الذکر و مواد

یک و دو از قانون مسؤلیت مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹، و ۵۲۰ از قانون آیین دادرسی مدنی، به پرداخت مبلغ دوازده میلیون و پانصد هزار ریال بابت اصل خواسته... در حق خواهان محکوم می‌نماید. این حکم حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

با تجدیدنظر خواهی انجام گرفته، شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۳۱۰۰۸۰۱ به تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۵ چنین نوشت: «در خصوص تجدیدنظر خواهی شهرداری منطقه سه تهران، نسبت به دادنامه شماره ۱۰۰۱ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۳۰ صادره از شعبه ۸۱ دادگاه عمومی تهران، که به موجب آن تجدیدنظر خواه به پرداخت مبلغ ۱۲/۵۰۰/۰۰۰ ریال از بابت اصل خواسته محکوم گردیده است، اعتراض وارد به نظر می‌رسد به این شرح که: با توجه به اوراق پرونده و گزارش مأمور محترم نیروی انتظامی که در برگ سوم پرونده منعکس است: آقای (ج. ن. الف) به واحد گشت مراجعه نمود و اظهار داشت خودرو موصوف در ساعت نوزده پارک بوده که به دلیل بارندگی، یک عدد درخت از حاشیه بلوار ستاری شکسته شده و بر اثر اصابت به سقف خودرو پراید، باعث خسارت گردیده است و تجدیدنظر خواننده در دادخواست تقدیمی اعلام داشته است: اینجانب مالک خودروی پراید، در تاریخ ۱۳۹۰/۸/۱۷ در حین حرکت در اثر سقوط و شکسته شدن شاخه درخت وسط خودروی اینجانب، منجر به خسارت گردیده است. عنایتاً به اینکه دلیل و مدرکی یا نظریه کارشناس که اثبات نماید شهرداری از جریان شکسته شدن درخت در اثر بارش برف مطلع بوده و کوتاهی کرده است یا مقصر اعلام و شناخته شود، به چشم نمی‌خورد؛ علی‌هذا دادگاه رأی معترض عنه را که موافق موازین شرعی و قانونی اصناف نیافته است، مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی نقض و استناداً به بند چهار ماده ۸۴ قانون مال‌الذکر، قرار رد دعوی تجدیدنظر خواننده صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»

مبحث دوم - تحلیل رویدادهای پرونده

آیا شهرداری‌ها نسبت به زیان حاصله از درختان شهر مسؤلیتی دارند یا خیر؟ خواننده پرونده، تلاش دارد تا مبنای مسؤلیت شهرداری را بر پایه‌ی تقصیر استوار کند؛ چنانکه در ابتدای لایحه‌اش می‌نویسد: «عوامل متعددی می‌توانند باعث سقوط درخت شوند که از حیطة کنترل شهرداری خارج می‌باشند...» و یا در پایان لایحه می‌خوانیم: «نظریه کارشناسی... به هیچ وجه نمی‌تواند مثبت تقصیر شهرداری باشد». بر این اساس، از خواهان پرونده انتظار دارد تا تقصیر شهرداری را اثبات کند؛ امری که به آسانی شدنی نیست. دادگاه تجدیدنظر نیز به همین سمت وسو گرایش دارد؛ آنجا که در بخشی از دادنامه‌اش می‌خوانیم: «عنایتاً به اینکه دلیل و مدرکی یا نظریه کارشناس که اثبات نماید شهرداری از جریان شکسته شدن درخت در اثر بارش برف مطلع بوده و کوتاهی کرده است یا مقصر اعلام و شناخته شود، به چشم نمی‌خورد». به این ترتیب، دادگاه تجدیدنظر تکلیف سنگینی بر عهده‌ی زیان دیده می‌نهد: «اثبات آگاهی شهرداری از شکسته شدن درخت». حتی این دادگاه گامی فراتر نیز برداشته و از خواننده می‌خواهد تا کوتاهی شهرداری را نیز اثبات کند. اینک پرسش این است که آیا اثبات آگاهی شهرداری از عهده‌ی خواهان بر می‌آید؟ آیا تحمیل چنین تکلیفی بر زیان دیده از انصاف به دور نیست؟ از این‌ها گذشته، شهرداری وظیفه دارد که از وضعیت درختان شهر آگاه باشد؛ چنانکه در ماده دوم قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درخت مصوب ۱۳۵۲/۵/۱۱ آمده است: «شهرداری‌ها در محدوده قانونی و حریم شهر مکلفند ظرف مدت یک سال شناسنامه شامل تعداد و نوع درختان محل‌های مشمول این قانون را تنظیم کنند... بدین ترتیب شهرداری وظیفه دارد تا برای درختان شهر شناسنامه‌ای تهیه کند، با توجه به این تکلیف، نه تنها اصل بر آگاهی شهرداری از وضعیت درختان است، بلکه شهرداری مکلف به آگاهی از وضعیت درختان بوده و عدم آگاهی، خود تقصیر به شمار می‌آید حتی به گمان نگارنده، می‌توان گامی فراتر نیز برداشت؛ به موجب تبصره ماده پنج قانون یاد شده، «... حفاظت... درختان معابر و میادین و پارک‌های عمومی

از اهم وظایف شهرداری‌ها می‌باشد». بنابراین، شهرداری وظیفه دارد تا از درختان محافظت کند؛ این محافظت تنها به معنای نگهداری درختان از گزند شهروندان نیست؛ بلکه حفاظت از شهروندان در برابر زیان‌های حاصله از درختان نیز، در قلمرو تبصره یاد شده جای می‌گیرند. دادگاه بدوی نیز با روشن‌بینی قابل تقدیری جانب همین یاور را می‌گیرد؛ چنانکه در رایش می‌نویسد: «نظر به اینکه شهرداری بر اساس لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مسوول حفظ و نگهداری از اشجار در محدوده شهر می‌باشد و در صورتی که بر اثر عدم حفظ و نگهداری موجب ورود خسارت به اشخاص یا اموال گردد، باید خسارت وارده را جبران نماید». به این ترتیب، می‌توان به استناد ظاهر تبصره ماده پنج قانون پیش گفته، به صورت مطلق شهرداری‌ها را نسبت به زیان حاصله از درختان مسوول دانست؛ حتی اگر این تعبیر را نپذیریم، مسلم است که شهرداری‌ها مکلف‌اند تا از وضعیت درختان آگاه باشند پس باید اصل را بر آگاهی آنها دانست. اثبات خلاف این اصل نیز تنها به معنای ترک وظیفه و تقصیر شهرداری خواهد بود.

آنچه تا اینجا نوشته شده، تنها تحلیل حکمی مسؤولیت شهرداری‌ها بود؛ اما آنچه دادگاه بدوی توجه کافی به آن نکرد، لزوم اثبات منشأ زیان خواهان است؛ آیا واقعاً زیان خواهان بر اثر شکسته شدن درختان رخ داده است؟ این پرسش از ابتدای پرونده توسط خوانده مطرح شد؛ چنانکه در بخشی از لایحه‌اش می‌خوانیم: «در اثبات مطالبه خسارت بر اساس قانون مسؤولیت مدنی در مواد یک و دو آن قانون، بایستی رابطه سببیت بین زیان وارده و فعل زیان بار وجود داشته باشد که اساساً در پرونده فوق این زکناً اثبات نگردیده و نظریه کارشناسی نیز صرفاً به میزان خسارت وارده است و به هیچ وجه نمی‌تواند مثبت تقصیر شهرداری باشد نکته حائز اهمیت این است که گزارش تنظیمی از سوی مرجع انتظامی صرفاً بر پایه اظهارات شاکی می‌باشد و عنوان نموده که شاکی به واحد گشت مراجعه و اظهار داشتند که سقوط درخت بر روی خودرو ایشان باعث خسارت شده؛ در واقع سانحه از سوی شاهدهی رؤیت نشده است». دادگاه تجدیدنظر نیز متوجه غفلت دادگاه بدوی می‌شود؛ برای همین، در نخستین سطرهای دادنامه‌اش یادآوری می‌کند که «وقوع زیان به علت شکسته شدن درختان» در هیچ کجای پرونده اثبات نشده است؛ بلکه تنها نقل قول‌هایی از سوی زیان‌دیده وجود دارد که یکبار در گزارش مرجع انتظامی دیده می‌شود و دیگر باره در گزارش کارشناس منتخب شورای حل اختلاف، بنابراین، هیچ‌گاه دلیلی برای اثبات علت زیان خواهان ارائه نشده است. بر همین اساس، اگر چه به گمان نگارنده، دادگاه تجدیدنظر در تحلیل حکمی پرونده و شناخت صحیح مبناي مسؤولیت شهرداری‌ها به خطا رفته است، اما از جهت موضوعی، درست عمل کرده است؛ چه بر خواهان بود که منشأی زیان خویش را (یعنی شکسته شدن درختان) اثبات می‌کرد؛ حال که از عهده‌ی این تکلیف بر نیامده، رد خواسته‌اش رواست.

نتیجه:

به موجب تبصره ماده پنج قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درخت مصوب ۱۳۵۲/۵/۱۱، «حفاظت... درختان معابر و میدانی و پارک‌های عمومی از اهم وظایف شهرداری‌ها می‌باشد». بنابراین، شهرداری وظیفه دارد تا از درختان محافظت کند؛ این محافظت تنها به معنای نگهداری درختان از گزند شهروندان نیست؛ بلکه حفاظت از شهروندان در برابر زیان‌های حاصله از درختان نیز، در قلمرو تبصره یاد شده جای می‌گیرند.

۲- تأثیر نسب در دریافت شناسنامه

در شناسنامه، از جمله، اطلاعات مربوط به نسب شخص (نام پدر و مادر و فرزندان) نوشته می‌شود. از همین رو، صدور آن زمانی پذیرفتنی است که نسب شخص اثبات شود. به این ترتیب، مقدمه‌ی صدور شناسنامه، اثبات نسب است. در فرضی که ازدواج پدر و مادر شخص به صورت رسمی ثبت شده باشد، مشکل خاصی در اثبات نسب وی مطرح نمی‌شود اما اگر ازدواج به ثبت نرسیده باشد و یا آن که طفلی خارج از رابطه ازدواج به دنیا آید، اثبات نسب با دشواری‌هایی همراه خواهند بود. در نوشتن پیش‌رو، به تحلیل دو رأی در این زمینه پرداخته خواهد شد.

کلیدواژگان: نسب، شناسنامه، هویت، سند سجلی

پرونده نخست

بند نخست- شرح پرونده

در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۱۲ خاتم ف.م. به طرفیت اداره ثبت احوال شهرستان محلات، دادخواستی به خواسته «صدور حکم بر الزام خوانده به صدور سند سجلی طفل پسر به نام آرین متولد ۱۳۸۳/۳/۱۵ با نام پدر غ.ع.» ارائه نمود. به این دادخواست، «وگرفت مصدق نکاح‌نامه عادی منته ۲۰ ساله به تاریخ ۱۳۸۲/۲/۲۲ و تصویر غیر مصدق مرکز آموزش درمانی هاجر مینی بر بستری شدن خواهان در بخش زایمان آن مرکز و به دنیا آوردن نوزاد پسر و تصویر غیر مصدق از گواهی فوت مرحوم غ.ع. در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۱۲ و استشهادیه‌ای که توسط نه نفر تسجیل شده مبنی بر تأیید ازدواج مشارالیه با آقای غ.ع. و فوت زوج و داشتن فرزند پسر مشترک شش ساله به نام آرین و عدم اخذ شناسنامه برای آن طفل» پیوست شده است. در شرح دادخواست، نیز نوشته شده است: «در ۱۳۸۲/۳/۲ برابر عقدنامه استنادی به عقد موقت ۲۰ ساله آقای غ.ع. در آمده و ثمره ازدواجمان یک پسر متولد ۱۳۸۳/۳/۱۵ بوده که برای آن طفل شناسنامه نگرفتیم و زوج نیز برابر گواهی پزشکی قانونی فوت شد و او به مقررات آشنا نبود لذا درخواست رسیدگی و صدور حکم به الزام خوانده به صدور شناسنامه را دارم... چنانچه مقررات اجازه درج مشخصات والدین را در اسناد سجلی ندهد شناسنامه یک‌طرفه با نام و مشخصات کامل اینجانب به عنوان مادر برای طفل مزبور صادر شود تا بتواند به مدرسه برود». دادخواست به شعبه نخست دادگاه عمومی حقوقی محلات ارجاع و به کلاس ۹۱۰۸۳۰ ثبت می‌شود. دادگاه نیز پس از رسیدگی معمول، در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۱۸ در دادنامه شماره ۹۱/۱۱۵۰ چنین نوشت: «در خصوص دعوی خواهان ف.م. فرزند رضا به طرفیت اداره ثبت احوال به خواسته‌ی الزام خوانده به صدور سند سجلی به نام آ.ع. به تاریخ تولد ۸۳/۳/۱۵ بدین توضیح که خواهان اظهار داشت حسب مدارک پیوستی از جمله یک فقره عقدنامه‌ی عادی در تاریخ ۱۳۸۲/۲/۲۲ به مدت بیست سال به عقد موقت غ.ع. در آمده و حاصل این ازدواج فرزند مشترک یاد شده بوده است. قبل از هر گونه اقدامی برای اخذ شناسنامه برای فرزند مشترک، ایشان فوت نمودند و به دلیل سهل‌انگاری، مراتب ولادت فرزند را به ثبت احوال اعلام نکردند؛ هرچند گواهی ولادت ایشان را از بیمارستان اخذ نمودند. بنابراین، چون اولاً؛ صدور شناسنامه از وظایف قانونی ادارات ثبت احوال می‌باشد و ثانیاً؛ انقضای وقت قانونی اعلام ولادت طفل به هر دلیلی به اداره‌ی ثبت رافع مسؤولیت اداره ثبت در صدور شناسنامه برای متولدین نمی‌باشد و

ثالثاً؛ بر فرض صحت مدارک ادعایی خواهان نامبرده دلائل و مدارک کافی برای مراجعه به اداره‌ی ثبت احوال جهت اخذ شناسنامه برای فرزندش را برابر ماده‌ی ۱۵ قانون ثبت احوال دارد؛ لذا دادگاه خود را صالح به رسیدگی ندانسته، به استناد ماده‌ی مزبور قرار عدم صلاحیت به شایستگی و صلاحیت اداره‌ی ثبت احوال محلات صادر می‌نماید. رأی صادره حضوری و قطعی است. پرونده جهت حل اختلاف به استناد ماده‌ی ۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد.»

پرونده به شعبه نخست دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود؛ این شعبه نیز در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۹ در رأی خویش چنین نوشت: «با التفات به جمیع اوراق پرونده و گزارش عضو ممیز در مورد دعوی خانم ف.م. به طرفیت اداره ثبت احوال محلات به خواسته صدور شناسنامه برای طفل پسر متولد ۱۳۸۳/۲/۱۵... نظر به این که اگرچه صدور شناسنامه برای طفل که اعلام شده: پدر آن طفل فوت شده و سند ازدواج وی با مشارالیه متعه و عادی است، نیاز به طرح یا اقامه دعوی اثبات نسب بوده مگر این که دیگر وراث متوفی ادعای نسب طفل به مورثان را قبول داشته یا رد نمایند اما به جهت این که مشارالیه در پایان دادخواست تقدیمی اعلام داشته: چنانچه مقررات اجازه درج مشخصات والدین را در اسناد سجلی ندهد شناسنامه یک‌طرفه با نام و مشخصات کامل مادر برای طفل مزبور صادر شود و برابر مقررات قسمت آخر تبصره ذیل ماده ۱۶ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ با اصلاحات بعدی که مقرر می‌دارد: اگر مادر اعلام کننده باشد نام خانوادگی مادر طفل به او داده می‌شود، لذا با تایید قرار عدم صلاحیت یاد شده به شایستگی اداره ثبت احوال محلات اصدار رأی می‌نماید.»

بند دوم - تحلیل پرونده

۱- در پرونده پیش گفته، مادری که پیش از این با سند عادی به عقد ازدواج موقت دیگری درآمده، خواستار صدور شناسنامه برای فرزند حاصل از این ازدواج می‌شود. اما رسیدگی به این خواسته بدون اثبات هویت و نسب شخص درست نیست؛ زیرا شناسنامه، هویت و نسب شخص را اثبات می‌کند؛ پس، صدور آن، فرع بر اثبات هویت و نسب است. بر همین اساس، اگر خواسته، صدور شناسنامه باشد، باید در درجه نخست، هویت و نسب اثبات شود. این در حالی است که خواهان اگرچه کموبیش هویت فرزندش را اثبات می‌کند اما در اثبات نسب فرزندش به اشتباه می‌افتد؛ وی ازدواج خویش و نیز تولد فرزندش را اثبات می‌کند اما از اثبات رابطه سببیت میان این دو غافل و یا ناتوان است؛ خواهان از نتیجه ناتوانی‌اش در اثبات این رابطه باخبر است، پس، با زیرکی، در پایان دادخواست خواسته‌ی دیگری نیز به خواسته‌ی نخستینش می‌افزاید؛ چنان که نوشته است: «چنانچه مقررات اجازه درج مشخصات والدین را در اسناد سجلی ندهد شناسنامه یک‌طرفه با نام و مشخصات کامل مادر برای طفل مزبور صادر شود تا بتواند به مدرسه برود.»

۲- شعبه نخست دادگاه عمومی حقوقی محلات در دادنامه‌اش، با بیان این که «صدور شناسنامه از وظایف قانونی ادارات ثبت احوال می‌باشد»، خواهان را ارشاد به مراجعه به اداره ثبت احوال می‌کند؛ چه به باور دادگاه، «بر فرض صحت مدارک ادعایی خواهان، نامبرده دلائل و مدارک کافی برای مراجعه به اداره‌ی ثبت احوال جهت اخذ شناسنامه برای فرزندش را برابر ماده‌ی ۱۵ قانون ثبت احوال دارد». به این ترتیب دادگاه پیش گفته از این حقیقت بی‌خبر است که پیش‌نیاز صدور شناسنامه، احراز هویت و نسب است؛ مقدمه‌ای که سازمان ثبت احوال صالح به رسیدگی درباره‌ی آن نیست. اما شعبه نخست دیوان عالی کشور مسیر را درست‌تر می‌رود، چنان که در دادنامه‌اش می‌نویسد: «صدور شناسنامه برای طفل... نیاز به طرح یا اقامه دعوی اثبات نسب بوده...» به این ترتیب این شعبه به این سمت‌وسو می‌رود که مرجع قضایی را صالح بداند پس باید رأی دادگاه بلوی را نقض کند اما یک نکته، شعبه رسیدگی کننده

را از این کار باز می‌دارد؛ آن جا که این شعبه به جمله پایانی دادخواست، توجه می‌کند: «به جهت این که مشارالیه در پایان دادخواست تقدیمی اعلام داشته: چنانچه مقررات اجازه درج مشخصات والدین را در اسناد سجلی نهد شناسنامه یک‌طرفه با نام و مشخصات کامل مادر برای طفل مزبور صادر شود... با تایید قرار عدم صلاحیت یاد شده به شایستگی اداره ثبت احوال محلات اصدار رای می‌نماید». به این ترتیب، در نتیجه، قرار عدم صلاحیت مرجع قضایی استوار می‌شود. از جهت ماهوی، حق با دادگاه است؛ چه براساس تبصره ماده شانزده ق.ت.ا، «هرگاه اتفاق پدر و مادر در اعلام ولادت میسر نباشد سند طفل با اعلام یکی از ابویین که مراجعه می‌کند با قید نام کوچک طرف غائب تنظیم خواهد شد. اگر مادر اعلام‌کننده باشد نام خنوادگی مادر به طفل داده می‌شود». بنابراین، مادر می‌تواند یک سره به سازمان ثبت احوال مراجعه و در خواست صدور شناسنامه نماید اما از جهت شکلی، نباید از این نکته غفلت کرد که خواسته‌ی نوشته شده در دادخواست، مردد است؛ چه از یک سو، «صدور حکم بر الزام خواننده به صدور سند سجلی طفل... با نام پدر غ.ع.» خواسته شده؛ از دیگر سو، «صدور شناسنامه یک‌طرفه با نام و مشخصات کامل مادر» خواسته شده است. در حقیقت به موجب بند سه ماده ۵۱ ق.ا.د.م. تعیین خواسته از شرایط دادخواست است؛ بنابراین، خواسته‌ی مردد نمی‌تواند صحیح باشد^۱. بنابراین، سزاوار این بود که از همان ابتدا، دادخواست، اگرچه پذیرفته باید می‌شد اما تا تعیین قطعی خواسته، توقیف نیز می‌شد.

پرونده دوم

بند نخست - شرح پرونده

۱- خانم ز.پ. طی دادخواستی به طرفیت آقای د.ا. و سازمان ثبت احوال، خواستار صدور حکم بر اثبات نسب و نیز الزام اداره ثبت احوال به صدور شناسنامه می‌شود. در دادخواست به پرونده کیفری‌ای استناد شده که در آن، رابطه نامشروع خواهان و خوانده (آقای د.ا.) و نیز رابطه پدر و فرزندی بین طفل و خوانده محرز شده است؛ بر همین اساس، خواهان، به طرفیت خوانده ردیف نخست، اثبات نسب میان طفل متولد شده و خوانده (رابطه‌ی ابوت) و در برابر خوانده ردیف دوم، الزام به صدور شناسنامه را خواسته است. پرونده به شعبه نخست دادگاه حقوقی تربت جام ارجاع می‌شود. این شعبه نیز در جریان رسیدگی و استماع اظهارات طرفین، پرونده استنادی به شماره‌ی ۹۰-۲۲۹۰۰۲۵۹-۹۰ کیفری استان را اخذ می‌کند، براساس این پرونده، برای دادگاه محرز می‌شود: «خواهان با خوانده رابطه نامشروع داشته و از خوانده حمله گردیده که تمام آزمایشات و تحقیقات صحت اظهارات خواهان را تایید می‌نماید». خوانده ردیف نخست، در جلسات رسیدگی به نفی رابطه سببیت بسند می‌کند؛ خوانده ردیف دوم نیز در نامه شماره ۱۵۵/ق/۱۱/۱۹ به تاریخ ۱۳۹۰/۵/۱۱ می‌نویسد: «فرزندان تابعیت خود را از پدر نخذ می‌نماید و صدور شناسنامه یک طرفه به نام مادر ممنوع می‌باشد، خواهان می‌بایست زوجیت خود و نسب طفل را به پدر مورد ادعا به اثبات برساند و یا این که پدر طفل را با طرح دعوی ملزم به اخذ شناسنامه و اجرای وظائف خود در برابر فرزندش بنماید، به علت به اثبات نرساندن نسب طفل به پدر و زوجیت و ممنوع بودن شناسنامه یک طرفه از ناحیه اداره مذکور قلمی متصور نمی‌باشد». سرانجام نیز دادگاه در دادنامه شماره ۱۳۹۰۹۹۷۵۱۷۳۴۰۳۳۱۵ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ درباره‌ی خواسته

۱- «ظریه انتظامی این است که با توجه به این که خواسته در دادخواست می‌باید منجز و معین باشد، بدین معنا که نمی‌توان خواسته را مردد عنوان داشت و در صورت طرح چنین دادخواستی دادگاه می‌باید رفع نقص نماید مواد ۵۱ و ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳ قانون اجرای احکام بر این امر اشاره دارند و اصولاً معین و منجز بودن خواسته از اصول دادرسی می‌باشد. خواهان در دادخواست خود خواسته را چنین بیان نموده: ارام خوانده به تحویل چک و در صورت تمنا به تسبیح، تحویل یک دستگاه زین‌انور ۱۲ سیلندر... که خواسته منجز نمی‌باشد. دادنامه شماره ۳۵۲ به تاریخ ۱۳۹۰/۵/۱۸ دادگاه عالی انتظامی قضات در کلاس پرونده ۱۵۸۲/۸۸ به نقل از نشریه قضاوت، ش ۲۲.

نخست اثبات نسب) با این استدلال که طفل ناشی از زنا ملحق به زانی نمی‌شود (ماده ۱۶۷ ق.م.) حکم به رد دعوا صادر نمود؛ همچنین، در مورد الزام اداره‌ی ثبت احوال به صدور شناسنامه هم با این استدلال که صدور شناسنامه از وظایف ثبت احوال است نه مرجع قضایی، به استناد به ماده دو ق.آ.د.م. قرار رد دعوا را صادر کرد.

۲- از این رأی توسط خواهان، تجدیدنظر خواهی می‌شود. شعبه ۲۱ تجدیدنظر استان خراسان رضوی، تجدیدنظر خواهی را می‌پذیرد؛ استدلال شعبه بر این است که به موجب محتویات پرونده‌ی کیفری استناد شده، رابطه نامشروع میان خواهان و خوانده ردیف نخست و تولد طفل از این رابطه محرز است؛ بنابراین، «ضمن نقض رأی تجدیدنظر خواسته با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ به تاریخ ۱۳۶۷/۴/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور حکم بر اثبات نسب بین آقای دا. به عنوان پدر طبیعی فرزند و طفل متولد شده به نام سعید به عنوان فرزند صادر و اعلام می‌گردد. همچنین با توجه به مراتب فوق‌الذکر ضمن نقض قرار مورد اعتراض، حکم بر الزام تجدیدنظر خوانده ردیف دوم به صدور شناسنامه جهت طفل منتسب به تجدیدنظر خوانده ردیف اول صادر و اعلام می‌گردد. این رأی ظرف بیست روز پس از ابلاغ در دیوان عالی کشور قابل فرجام خواهی می‌باشد».

۳- خوانده ردیف نخست، از این رأی فرجام‌خواهی نمی‌کند؛ اما با توجه به فرجام‌خواهی سازمان ثبت احوال، شعبه نخست دیوان عالی کشور، در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ چنین تصمیم می‌گیرد: «قطع نظر از صحت و یا عدم صحت اثبات نسبت ابوت خوانده ردیف اول مرحله بدوی با طفل موصوف، به جهت عدم فرجام‌خواهی مشارالیه رأی تجدیدنظر در خصوص وی قطعیت یافته است... لیکن در خصوص مورد دعوی، ثبت احوال تربت جام (فرجام‌خواه) ملزم به صدور شناسنامه جهت طفل موصوف منتسب به آقای دا. به عنوان پدر عرفی شده و مشخصات پدر عرفی به حکایت اوراق فعلی پرونده معلوم و مشخص شده است و به صراحت رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ به تاریخ ۱۳۶۷/۴/۳ تفاوتی بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع در مقررات بند الف ماده یک قانون ثبت احوال در تکلیف سازمان ثبت احوال به ثبت ولادت و صدور شناسنامه قائل نگردیده است؛ بنا به مراتب با غیرموجه تشخیص دادن فرجام‌خواهی به عمل آمده به استناد مقررات ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۲۹ رأی فرجام‌خواسته ابرام می‌گردد».

بند دوم - تحلیل پرونده

۱- خواهان پرونده‌ی پیش‌رو دو خواسته دارد: یکی، «صدور حکم بر اثبات نسب» و دیگری «الزام اداره ثبت احوال به صدور شناسنامه».

۲- درباره‌ی خواسته نخست گفتنی است که در این پرونده، براساس رأی مندرج در پرونده استنادی به شماره‌ی ۹۰-۲۲۹۰۰۳۵۹ کیفری استان، رابطه نامشروع میان خواهان و خوانده و تولد کودک از این رابطه، محرز است؛ بنابراین، نفی این رابطه، توسط خوانده ردیف نخست، به علت تضاد با اعتبار امر مختومه روا نیست؛ انکار این رابطه توسط سازمان ثبت احوال نیز پذیرفتنی نیست؛ چه اگرچه سازمان یاد شده، در پرونده کیفری شخص ثالث شمرده می‌شده اما نسب، واقعیتی است عینی و اجتماعی که انکار آن توسط دیگران نه منطقی است و نه به مصلحت؛ برای همین، باید در برابر همگان قابل استناد باشد؛ پس سازمان یاد شده، حق ندارد چنین واقعیتی را که با حکم دادگاه به اثبات رسیده، انکار کند. بر همین اساس، دادگاه نیز مکلف به پذیرش رابطه سببیت میان فرزند و خوانده است؛ اما دادگاه بدوی چنین نمی‌اندیشد؛ وی اثبات نسب را رد کرده و در توجیه باورش می‌نویسد: «مطلق ناشی از زنا ملحق به

زانی نمی‌شود» این در حالی است که تکلیف نسب نامشروع پیش از این، در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ به تاریخ ۱۳۶۷/۴/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مشخص شده است؛ براساس این رأی: «... یکی از وظایف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد، بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است... زانی، پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه، کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است...» بنابراین، نامشروع بودن نسب تأثیری در حق فرزند برای گرفتن شناسنامه نخواهد داشت. دادگاه تجدیدنظر نیز در همین مسیر قدم برمی‌دارد؛ چنان که به استناد رأی وحدت رویه حکم بر اثبات نسب بین آقای د.ا. به عنوان پدر طبیعی فرزند و طفل متولد شده به نام سعید به عنوان فرزند داده است.

۳- درباره‌ی خواسته دوم (صدور شناسنامه) گفتنی است که در جایی از لایحه خوانده ردیف دوم از جمله می‌خوانیم: «فرزندان تابعیت خود را از پدر اخذ می‌نمایند و صدور شناسنامه یک طرفه به نام مادر ممنوع می‌باشد...» مسلم است که این نوشته با تبصره ماده شانزده ق.ث.ا. ناسازگار است. براساس این تبصره، «هرگاه اتفاق پدر و مادر در اعلام ولادت میسر نباشد سند طفل با اعلام یکی از اہوین که مراجعه می‌کند با قید نام کوچک طرف غائب تنظیم خواهد شد». بنابراین، صدور شناسنامه با نام مادر ممنوعیتی ندارد. به هرروی، دادگاه بنوی در برابر این خواسته، بر این باور است: «صدور شناسنامه از وظایف ثبت احوال است نه مرجع قضایی»؛ سخن، سخن درستی است؛ چه بند الف ماده یک ق.ث.ا. به روشنی «صدور شناسنامه» را از وظایف ذاتی سازمان ثبت احوال می‌داند^۲ اما از این نکته نباید غافل شد که سازمان یاد شده، سازمانی اداری است بنابراین، صلاحیت رسیدگی به اموری که برخوردار از جنبه‌ی قضایی‌اند را ندارد؛ برای همین، زمانی برای صدور شناسنامه صالح است که در مقدمات صدور شناسنامه میان اشخاص اختلافی نباشد اما آن جا که اختلاف میان زن و مرد است: یکی کودک را از آن خود می‌داند و دیگری، نه، سازمان ثبت احوال به عنوان مرجعی اداری، توان و اختیاری برای رفع اختلاف ندارد، پس طبیعی است که باید چنین کاری را به مرجع قضایی سپرد؛ چنان که دادگاه تجدیدنظر به درستی همین کار را کرد.

نتیجه:

در شناسنامه اطلاعات هویتی و نسب شخص نوشته می‌شود؛ پس برای صدور آن نیاز است که این اطلاعات اثبات شوند. از همین رو، مقدمه درخواست صدور شناسنامه، از جمله، اثبات نسب است اما کیفیت نسب (مشروعیت یا عدم مشروعیت) تأثیری نخواهد داشت.

۳- ابطال شناسنامه

چکیده:

ولادت، ازدواج، طلاق و فوت و وقایع چهارگانه‌ای هستند که بر اساس ماده ۹۹۳ ق.م. اطلاع آن‌ها به دایره سجل احوال و در نتیجه ثبت آن‌ها الزامی است. مفاد وقایع مذکور در اسناد مختلفی به ثبت می‌رسد که باید آن‌ها را سند رسمی دانست؛ چه این اسناد در نزد مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم می‌شود. (ماده ۱۲۸۷ ق.م.) ماده ۹۹۹ ق.م. و ماده ۸ ق.ث.ا. نیز در همین راستا، سند ولادت اشخاصی که ولادت آن‌ها در مدت قانونی به دایره سجل احوال اظهار شده است را سند رسمی محسوب می‌کنند. اگرچه این ویژگی سند سجلی، مانع از تغییر یا ابطال این سند نیست؛ با این حال، لزوم حفظ صحت و اعتبار سند و مصونیت بخشیدن به آن از تعرض‌های گاه و بی‌گاه، امری پذیرفته شده است. در مقاله پیش‌رو، به نقل و نقد رأی در همین رابطه می‌نشینیم.

کلیدواژه: سند سجلی، سازمان ثبت احوال، سند رسمی، تاریخ تولد

مقدمه:

به منظور ایجاد اعتماد برای افراد نسبت به تطابق مندرجات سند سجلی با واقع و جلوگیری از ایجاد خدشه به آن با طرح دعای واهی، قانون گذار همواره در صدد تأکید بر اجرای اصل صحت در خصوص این اسناد بوده است، چنان که ماده هشت ق.ث.ا. مقرر می‌دارد: «سند ولادت و مرگ و شناسنامه و برگ ولادت و گواهی ولادت و اعلامیه‌ها و اطلاعیه‌ها و دفاتر ثبت کل وقایع و نام خانوادگی از اسناد رسمی است و تازمانی که به موجب تصمیم هیات حل اختلاف یا رأی دادگاه بر حسب مورد تصحیح یا باطل نشده به قوت خود باقی می‌باشد». با این حال، رسمی محسوب شدن اسناد فوق به معنای منع اثبات کذب و نتیجتاً بطلان یا تغییر مفاد آن‌ها نخواهد بود. در واقع سند رسمی به این دلیل اعتبار دارد که فرض بر این است که چون نزد مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده‌اند، با واقعیت انطباق دارند. اما اگر اثبات شود مفاد سند رسمی با واقعیت مطابقت ندارد، این فرض به کنار می‌رود و ابطال یا تغییر مفاد سند رسمی مجاز تلقی می‌شود.

بند نخست - شرح پرونده

آقای (الف) طی دادخواستی به طرفیت اداره ثبت احوال به خواسته ابطال شناسنامه به شماره ۳۶۲۶۷۴ و اصلاح تاریخ تولد از ۱۳۴۳/۷/۱۹ به سال ۱۳۴۸/۷/۲۹، بیان داشته است: «در تاریخ ۱۳۴۸/۷/۲۹ متولد شدم ولیکن والدینم به دلیل کم‌اطلاعی، شناسنامه برادر متوفایم را که تاریخ تولد وی ۱۳۴۳/۷/۱۹ بوده است را برایم بدون ابطال سند سجلی وی در نظر گرفته و استفاده می‌نمایند. پس با حفظ این فاصله زمانی سن اینجانب که بعد از برادر متوفایم متولد شدم، غیر واقعی و به تبعیت از شناسنامه ایشان در نظر گرفته شده است و هم‌اکنون متوجه واقعیت شده‌ام و تقاضای ابطال سند سجلی شماره مذکور از تاریخ تولد ۱۳۴۳/۷/۱۹ و اصلاح آن به تاریخ تولد ۱۳۴۸/۷/۲۹ که تاریخ تولد واقعی ام می‌باشد را خواستارم».

دادگاه در دادنامه شماره ۵۴۸ به تاریخ ۱۳۸۹/۶/۳۰ با عنایت به عدم ارسال لایحه از سوی خواننده دعوی علی‌رغم ابلاغ اخطاریه و «تظنر به این که خواهان در جهت اثبات ادعای خود به گواهی شهود تمسک نموده و شهود استنادی به

اسامی... (چهار مرد) در جلسه دادگاه موضوع دعوی خواهان را از جهت تاریخ تولد واقعی تایید نموده‌اند، لذا دادگاه با این اوصاف و قرائن و امارات حاصله در پرونده، دعوی خواهان را ثابت و محرز دانسته، ضمن انطباق موضوع با ماده ۹۵۵ از قانون مدنی و مواد ۱۶۴، ۱۶۸ و ۲۲۹ از قانون آیین دادرسی منی حکم به ابطال شناسنامه شماره ۳۶۲۶۷۴ با تاریخ تولد ۱۳۳۲/۹/۱۶ و صدور شناسنامه جدید با تاریخ تولد واقعی ۱۳۴۸/۹/۲۹ بدون تغییر سایر مندرجات آن صادر و اعلام می‌نماید».

بند دوم - تحلیل پرونده

الف - چرایی طرح پرونده

سند سجلی محتوی اطلاعاتی ناظر به هویت مدنی فرد در اجتماع است و بیانگر آن است که فردی با مشخصات خاص در جامعه وجود دارد. در عین حال این سندی حد ذاته بر وجود عینی فرد دلالتی ندارد و تنها مشخصاتی را به صورت ذهنی و فارغ از فرد صاحب سند بیان می‌کند. برای آن که میان آن مشخصات با خود فرد رابطه عینی برقرار شود، از تصویر استفاده می‌شود. به این ترتیب که تصویری از فرد منضم به شناسنامه می‌شود تا میان آن مشخصات با خود فرد ارتباط و دلالت برقرار شود. به این جهت بند ۳ ماده ۳۶ ق.ش.ا. محل الصاق عکس را از جمله مشخصات و اطلاعات شناسنامه می‌داند. تبصره یک همان ماده نیز مقرر کرده است که: «شناسنامه‌های نمونه جدید افرادی که به سن ۱۵ سال تمام می‌رسند باید ملصق به عکس همان سال صاحب آن باشد». همچنین به موجب تبصره دو ماده مزبور: «شناسنامه باید در سی سالگی تمام، با عکس همان سال صاحب آن تجدید شود. صاحب شناسنامه پس از رسیدن به سن سی سال مکلف است ظرف مدت یک سال برای تجدید آن مراجعه نماید». در واقع، به وسیله همین عکس است که میان مشخصات کتبی موجود در شناسنامه با فرد موجود در عالم خارج که دارای آن مشخصات است، رابطه برقرار می‌شود. و صاحب آن شناسنامه مشخص می‌گردد. دقیقاً به همین دلیل تا زمانی که بر شناسنامه، عکسی پیوست نشده است، احتمال این که شناسنامه آقای الف برای آقای ب به کار رود و مشخصات یک شخص به عنوان مشخصات شخصی دیگر تلقی گردد، زیاد است. فرد شایع این فرض زمانی رخ می‌دهد که شخصی در سنین کودکی فوت می‌کند و اولیای متوفا به جای ابطال شناسنامه، آن را برای فرزند دیگر خود به کار می‌برند. به این ترتیب فرزند دوم صاحب شناسنامه می‌شود که با مشخصاتی که وی باید می‌داشت یا دارد مانند نام و تاریخ تولد، تطابق ندارد. در این صورت، شخص به علت عدم انطباق شناسنامه با مشخصات حقیقی خود، خواهان ابطال شناسنامه فعلی و صدور شناسنامه جدید می‌شود. درخواستی که قانون ثبت احوال درباره‌ی آن ساکت و تشمت رویه قضایی در یافتن پاسخ قاطع واضح است. در پرونده حاضر، نیز همین اتفاق افتاده است؛ شخصی در تاریخ ۱۳۳۲/۹/۱۶، از پدر و مادری متولد شده برای او شناسنامه صادر گردیده و اندکی پس از تولد فوت نموده است؛ در تاریخ ۱۳۴۸/۹/۲۹ شخص دیگری، در همان خانواده، متولد شده، والدین این فرزند، شناسنامه فرزند نخست را که هنوز ابطال نکرده‌اند، برای فرزند دوم خود به کار می‌برند. اینک، فرزند، از این اتفاق ناخوش آگاه شده و خواهان ابطال شناسنامه خود است.

ب - عنوان صحیح خواسته: ابطال شناسنامه یا اصلاح تاریخ تولد

خواهان در عین حال که معتقد است شناسنامه‌ی در دستش از آن وی نیست و از همین جهت خواهان ابطال شناسنامه‌اش می‌شود، با این حال، از متن دادخواست و لوایح ارائه شده به خوبی برمی‌آید که دغدغه و انگیزه اصلی وی از طرح این دعوا،

علمای آرایه ادبی، از لف و نشر مرتب زینت گرفته است؛ به این معنی که تصحیح اسناد بر عهده «هیأت حل اختلاف» و ابطال آن به اختیار «دادگاه» است.

۲ با توجه به این که مجری حکم دادگاه، اداره ثبت احوال است؛ در کلیه دعاوی مربوط به اسناد سجلی که در دادگاه طرح می‌شود، لزوماً می‌باید دعوا به طرفیت اداره ثبت احوال مطرح شود.^۴ بنابراین، رأی از این حیث صحیح است اما با توجه به این که دعوا، اساساً به دلیل خطای والدین خواهان در عدم ابطال شناسنامه فرزند نخست و استعمال آن برای فرزند دوم، به وجود آمده است، طرح دعوا به طرفیت والدین فرد چندان بی‌راه نیست.

د- چگونگی ابطال شناسنامه و صدور شناسنامه تازه

همان‌طور که گفته شد، شناسنامه‌ای وجود دارد که صاحبی ندارد و شخصی وجود دارد که بدون شناسنامه است. بنابراین، تردیدی در بطلان چنین شناسنامه‌ای و نیز لزوم صدور شناسنامه تازه نیست؛ چه حیات حقوقی شناسنامه قائم به وجود صاحبش است و لزوم وجود شناسنامه برای هر شخص، امری مبرهن است. بنابراین، موضوع مورد بحث، بیش از آن که اختلافی حکمی باشد، اختلافی موضوعی است؛ در واقع همه بحث بر سر این است که آیا در حقیقت صاحب واقعی شناسنامه فوت کرده است یا خیر؟ آیا شخصی بدون شناسنامه وجود دارد یا خیر؟ اختلافی که جنبه موضوعی دارد و نیازمند تفحص و احراز حقیقت است.

در همین راستا، احراز فوت صاحب واقعی شناسنامه و اثبات تاریخ دقیق تولد صاحب ظاهری آن می‌تواند عدم تعلق شناسنامه به صاحب ظاهری آن را اثبات کند، در این صورت، تردید در امکان ابطال شناسنامه منطقی نمی‌باشد. خواهان پرونده پیش‌رو نیز جهت اثبات همین موضوع، به گواهی گواهان استناد جسته است. در واقع، دادخواست مورد بحث، متکی به شهادت شهودی است که بر مرگ صاحب واقعی شناسنامه و تاریخ تولد صاحب ظاهری آن گواهی می‌دهند. دادگاه نیز بر پایه همین شهادت شهود، اقدام به صدور رأی می‌نماید. نکته‌ای که این پرسش را مطرح می‌کند که آیا استناد به شهادت شهود، برای ابطال شناسنامه، صحیح است یا خیر؟

اگر چه اداره ثبت احوال به عنوان خواننده در این پرونده، غایب است اما این اداره، در موارد مشابه، در مقام دفاع در مقابل این دلیل به طور متداول به سه ایراد استناد می‌کند. ایراد اول آن که انگیزه شهود از گواهی دادن، یاری و مساعدت به خواهان ابطال شناسنامه است نه یاری مرجع قضایی در دستیابی به حقیقت؛ بنابراین مفاد شهادت با واقعیت انطباق ندارد. ایراد دوم نیز متوجه اختلافاتی است که بر اثر گذشت زمان بین مفاد شهادت شهود ایجاد شده است، به نحوی که ایشان در خصوص تاریخ دقیق فوت و تولد صاحب واقعی و ظاهری شناسنامه اتفاق نظر ندارند. ایراد سوم نیز از این جهت نشأت می‌گیرد که گواهان در زمان تحمل شهادت به علت صغر سن شرایط لازم برای شهادت را نداشته‌اند. اما در نقد ایرادهای فوق، باید گفت که هر چند گاه شهود تنها برای خوشایند خواهان، بر موضوعی که علم کافی به صدق آن نداشته یا به کذب آن آگاهند، شهادت می‌دهند، اما این تردیدها که کم و بیش در خصوص سایر ادله نیز به اشکال مختلف قابل طرح است، نباید سبب رد مطلق و بدون چون و چرای گواهان شود بلکه می‌باید همچنان اصل را بر صدق اظهارات گواهان گذاشته و کذب آن را محتاج اثبات دانست. در خصوص این ایراد نیز که «شهود خواهان در مورد تاریخ دقیق تولد خواهان متفق‌القول نمی‌باشند» نیز توجه به این نکته لازم است که عدم اتفاق شهود در این مورد از مصادیق ماده ۱۳۱۸ ق.م. می‌باشد که به موجب آن، «اختلاف شهود در خصوصیات امر اگر موجب اختلاف در موضوع شهادت نباشد اشکالی ندارد». در همین راستا، همین که بر اساس قدر متیقن حاصله

۴- رأی شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۲۵/۱۲۱/۲۲۶، به نقل از: بدلله بلزگیر، عمل نقض آراء حقوقی در دیوان عالی کشور، ققنوس، ۱۳۶۶، ص. ۱۷۰.

در نقد جدی بر دادنامه مورد بحث وارد است؛ نقد نخست آن که، همان‌طور که گفته شد، اختلاف مورد بحثه اختلافی موضوعی است؛ پس تلاش دادگاه برای احراز حقیقت می‌تواند راه‌گشای این اختلاف باشد؛ اما متأسفانه چنین تخرکی از سوی داور محترم دیده نمی‌شود؛^{۱۰} در واقع این انتظار از داور می‌رفت که به استناد ماده ۱۴۹ ق.ا.ج.م در جهت کشف حقیقت قلبی برآید؛ نه آن که به صرف استناد به شهادت شهود و نیز «قرائن و امارات حاصله در پرونده»، رای خود را بی‌نیاز از تقویت موضوعی ببیند؛ نقد دوم، نیز غفلت داور محترم از قانون ثبت احوال و قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آن‌ها است؛ در واقع، موضوع پرونده پیش رو، یکی از موضوعات مربوط به حقوق ثبت احوال است؛ پس این انتظار، گزاف نیست که رای صادره با توجه به قوانین اختصاصی این حوزه، صادر شود؛ اما دریغ که داور محترم، بی‌توجه به این قوانین خاص، تنها استناد به قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی را برای تقویت جنبه حکمی رای خود کافی دانسته است؛ جالب آن که مواد استناد شده نیز چندان خالی از غلط نیستند؛ برای نمونه داور محترم در جهت اثبات اختیار خود در ابطال شناسنامه به ماده ۹۹۵ ق.م.ا. استناد کرده است؛ در حالی که این ماده، ناظر به صلاحیت داور محترم در تغییر مدارک و مندرجات اسناد سجلی است؛ نه ابطال آن؛ بر پایه این ماده: «تغییر مطالبی که در دفتر سجل احوال ثبت شده است ممکن نیست مگر به موجب حکم محکمه». همچنین، این واقعا نیازی به استناد به ماده ۱۹۴^{۱۱} و یا ۱۹۸^{۱۲} ق.ا.ج.م بوده است؟

نتیجه:

همچنان که اجرای اصل صحت در اسناد سجلی برای مصون گذاشتن آن‌ها از تعرض امری لازم و منطقی تلقی می‌شود؛ پذیرش درخواست ابطال اسناد سجلی، نیز موضوعی پذیرفتنی است. درخواستی که در صلاحیت دادگاه بوده و همان‌طور که در متن مقاله دیدیم، تلاش دادگاه برای احراز حقیقت می‌تواند نقش مؤثری در رفع اختلاف داشته باشد.

منابع فارسی:

- ۱- شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۴، ۱۳۸۴.
- ۲- صفایی، دکتر سید حسین، قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، سمت، ۱۳۸۲.
- ۳- صفایی، دکتر سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، میزان، ج ۲، پاییز ۱۳۸۳.
- ۴- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشار، ج ۲، ۱۳۸۵.
- ۵- کاتوزیان، دکتر ناصر، عقود معین، ج ۴، انتشار، ج ۴، ۱۳۸۲.
- ۶- میرشکاری، عباس، حقوق ثبت احوال، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- ۷- تغییر تاریخ تولد، ماهنامه کانون سردفتران و دفتراران، ش ۹۸، آبان ۸۸.

۱۰- «کیفیت دعوی مطروحه و این که خواهان در دادخواست اعلام نموده که برادری داشته که فوت شده و پدرش به جای این که شناسنامه برادر متوفیش را ببرد و فوتش را ثبت برساند شناسنامه وی را ببرد و عمل کرده چنین اقتضای داشته که دادگاه به منظور کشف واقع دعوی یا ملاحظه سوابق سجلی والدین خواهان و برادران و خواهران وی از آن در زمینه ادعای عنوان شده تحقیق به عمل می‌آورد و چون در ماتحت فیه مراتب فوق رعایت نگردیده لذا نظریه صادره در شرایط فعلی واجد ایراد فقهی است. تشخیص و مقرر می‌گردد پرونده جهت رسیدگی به مورد فوق و صدور رای مفصلی متناسب با نتایج حاصله از رسیدگی مورد نظر به دادگاه رسیدگی کننده ارجاع گردد». دادنامه شماره ۶۸/۱۳۵/۱۸ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۸؛ به نقل از: پدافند، بازگیر، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور- ذمه اثبات دعوی، گیتی، ج ۱، ۱۳۸۰.

۱۱- «لذیل عبارت از سری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند».

۱۲- «هر صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثبت شده اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود».

سوء شهرت

بهاره اسماعیلیان ■

از شگفتی های فراوان دنیای وکالت برای من نازه کار، یکی هم این است که وکلا، به عنوان جامعه ای از حقوق دانان حرفه ای، گرفتار بعضی پدیده های کاملاً غیرحقوقی اند و هنوز از پس اصلاح و تغییرش برنیامده اند. نمونه اش، همین سوء شهرت. شاید برای خیلی ها، انتخابات هیأت مدیره ی کانون وکلا اهمیتی ندارد، ولی آن ها که پیگیرش هستند می دانند که در این انتخابات هم، هر چند یک انتخابات درون صنفی محدود است، اول باید «صلاحیت» نامزدها تأیید بشود و بعد وکلا می توانند از میان نامزدهایی که دارای صلاحیت تشخیص داده شده اند، عده ای را انتخاب کنند.

ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری، مصوب ۱۳۷۶، ویژگی های لازم برای تأیید صلاحیت را شمرده است: «اعضای هیات مدیره (اعم از اصلی و علی البدل) کانون وکلا از بین وکلای پایه یک هر حوزه که علاوه بر دارا بودن شرایط مندرج در بندهای «الف» تا «ز» ماده «۴»^۱ واجد شرایط زیر باشند، برای مدت دو سال انتخاب می گردند:

الف- داشتن حداقل ۳۵ سال سن.

- ب - حداقل هشت سال سابقه وکالت یا چهار سال قضاوت به انضمام چهار سال وکالت داشته و از طرف دادگاه انتظامی صلاحیت قضایی آن هاسلب نشده باشد.
- ج - عدم محکومیت انتظامی در چه ۴ و بالاتر.
- د - عدم اشتهار به فساد اخلاق (سوء شهرت)
- ه - عدم ارتکاب اعمال خلاف حیثیت و شرافت و شوون شغل وکالت.»

تشخیص این ویژگی ها طبق تبصره ۱ همان ماده، به عهده ی دادگاه عالی انتظامی قضا است که: «مکلف است

■ کار آموز وکالت

- ۱- ماده ۲- برای انتخابی پروانه کارآموزی وکالت صادر می شود که علاوه بر درا بودن دانشنامه لیسانس یا بالاتر حقوق یا فقه و مبانی حقوق اسلامی یا معادل آن از دروس حوزوی و دانشکلمی دارای شرایط ذیل باشند:
- الف - اعتقاد و التزام عملی به احکام و مبانی دین مقدس اسلام.
- ب - اعتقاد و تمهید به نظام جمهوری اسلامی ایران، ولایت فقیه، قانون اساسی.
- ج - ندانستن پیشینه محکومیت موثر کیفری
- د - ندانستن سابقه عضویت و فعالیت در گروه های الحادی، و فرق ضاله و معتد یا اسلام و گروه هایی که مراسم آنها مبتنی بر نفی ادیان الهی می باشد.
- ه - عدم وابستگی به رژیم منحوس پهلوی و تحکیم پایه های رژیم طائفوت.
- و - عدم عضویت و هواداری از گروهک های غیر قانونی و معاند با جمهوری اسلامی ایران.
- ز - عدم اعتیاد به مواد مخدر و استعمال مشروبات الکلی.

ظرف حداکثر دو ماه ضمن استعلام سوابق از مراجع ذی ربط، صلاحیت آنان را بررسی و اعلام نظر کند و مراجع ذی صلاح قانونی که از نامزدها، سوابق یا اطلاعاتی دارند در صورت استعلام موظف به اعلام آن می‌باشند.»

دادگاه عالی انتظامی قضات هم در هر دوره‌ی انتخابات، صلاحیت بعضی از داوطلب‌ها را تأیید می‌کند و بعضی‌ها را نه. مجراها از همین جا آغاز می‌شوند: بنده‌ی الف و ب و ج که تکلیف روشنی دارند، ارتکاب اعمال خلاف شأن و کالت هم که باید در دادگاه انتظامی کانون و کلاب بررسی و اثبات شده باشند اما خوب، رد صلاحیتی گفته اند نمی‌شود که سن و سابقه را بشمریم و و اسلام! این جاست که بند دل خودش را نشان می‌دهد و یک تهِ وظیفه‌ی سنگینی را به دوش می‌کشد که قابل حدس است. ما ولی می‌خواهیم خونمان را به آن راد بزنیم و این جا کمی سر به سرش بگذاریم. حرف درسی می‌زند البته و ما هم با خودش مشکلی نداریم. یعنی «برای نمونه اگر کسی درباره‌ی اخلاق حرفه‌ای و کالت سخنرانی کند و در آن بگوید مدیران کانون باید از میان وکلای «خوشنام» انتخاب بشوند، همه‌ی ما نه تنها معنایش را می‌فهمیم، بلکه می‌پذیریم و چه بسا کف مرتب هم بزنیم. دلیلش شانه همین باشد که «مقام» این سخن، در «خلاق» است. در اخلاق، ما تصویری از مفهوم و منظور داریم - دست کم به همان اندازه که از خود اخلاق و از دیگر گزاره‌های اخلاقی، تصویری داریم. اما همین حرف خوب و درست، با آن قیافه‌ی حق به جانب، اگر قرار شد پا به «قانون» بگذاریم و به عنوان یک شرط، کنار چند شرط دیگر بنشیند، دیگر کافی نیست که «تصوری» از مفهومش داشته باشیم. حالا باید بتواند دقیق و روشن بگوید تعریفش چیست؟ مرزهایش کجاست؟ مصداق‌ها و راه‌های اثباتش کدام است؟ بدیهی است نه؟

ولی دست بر قضا در هیچ کجای قانون، «شهنهار به فساد اخلاق» یا همان «سوء شهرت»، حتی تعریف هم نشده است. انگار که تعریفش چنان بدیهی و روشن است که جز من همه می‌دانند. البته امتحانش ساده است. راه بیفتیم از هر چه حقوق دان باسواد که قبولشان داریم بپرسیم سوء شهرت یعنی چه؟ همه بی‌برو و برگرد خواهند گفت: «یعنی بدنامی». و بعد که بگوییم در این حدس را می‌دانیم و به توضیح بیش تری نیاز داریم، آن وقت با سردرگمی، چندتا نمونه برایمان ردیف می‌کنند: «سوء شهرت یعنی این که کسی معروف باشد به فحشا و منکر، رشوه، کلاهبرداری... نمی‌دانم، تباخی، زد و بند، و... از این جور چیزها». خوب این که باز هم نشد تعریف. ولی دست کم - سیاهه‌ای وجود دارد که همه‌ی مصداق‌ها را روشن کند؟ «آن هم خیر.»

پس این فساد اخلاق به چه معناست؟ این قدر می‌دانیم که فساد اخلاق، شامل آن چه موجب محکومیت کیفری و انتظامی بشود، شامل اعتیاد به مواد مخدر و الکل و شامل ارتکاب اعمال خلاف شأن و کالت نیست. و این حتی ماجرا را پیچیده تر می‌کند. در مصوبه‌های دیگری هم که مانند این عبارت آمده، باز هم تعریفی در کار نیست. گاهی در کنار فساد اخلاقی و یا به جای آن، واژه‌ی فحشا به کار رفته مثلاً در بند ۲ ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی: «شهنهار به فساد اخلاق و فحشا.»

در یکی از مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی^۲، بعد از عبارت «کسانی که اشتها به فحشا دارند»، پراتزی باز شده و درون آن آمده است: «مراد از فحشا، رشوه و غیبت و امثال این‌ها نیست» بماند که آدم انتظار دارد به جای چیستان گویی، صریح و روشن نوشته بشود که مراد از فحشا چه «هست». ولی حالا با این «راهنمایی» که در پراتز کرده اند، شمای خواننده می‌فهمید مراد چه بوده؟ رشوه و غیبت از چه نظر در کنار هم ذکر شده و «امثال این‌ها» شامل چه مواردی

۲ - سوابق گزینش دانشجو، مصوب جلسه ۱۵۲ مورخ ۱۳۶۷-۳-۲۴ شورای عالی انقلاب فرهنگی، شماره ابلاغ: ۱۱۱۰/دش، تاریخ ابلاغ: ۱۳۶۷-۳-۳۱

است؟^۳ در مصوبه‌ی قدیمی تری ز همان مرجع^۴ آمده: «عدم اشتهار به فساد اخلاقی و بی بند و باری (فحشا و تهتک)» فساد، فحشا و حالا تهتک، باز هم اگر بگردیم، تجاهر و فسق و فجور و چیزهای دیگر هم ممکن است پیدا کنیم؛ در بند ۵ ماده ۱۰ لایحه استقلال کانون و کلا مصوب ۱۳۳۳ آمده: «شخص مشهور به فساد اخلاقی و تجاهر به استعمال مسکر و افیون و اعمال منافی عفت».

بند ۴ از ماده ۲ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب ۱۳۳۴ - که در سال ۱۳۷۵ به موجب قانون به کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی هم تسری یافته - گفته است: «عدم اشتهار به فساد اخلاقی و تجاهر به فسق».

در بند ۳ از ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ آمده است: «عدم محکومیت به فساد عقیده و عدم معروفیت به فساد اخلاقی و تجاهر به فسق و معتاد نبودن به استعمال افیون و مبتلا نبودن به امراض مسریه».

بند اول قسمت «ب» آیین‌نامه گزینش هیأت علمی رسمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، مصوب ۱۳۶۴ هم می‌گوید: «عدم اشتهار به فسق و فجور و عمل به مناهای اخلاقی و اعمال و رفتار خلاف حیثیت و شؤون شغلی».

و به همین ترتیب، بندهای مشابه دیگری در قوانین دیگر هم هست که فساد اخلاقی را تعریف نکرده‌اند و هیچ کمکی هم به تعریفش نمی‌کنند. تازه این که ندانیم فساد اخلاقی یعنی چه، بخش آسان ماجراست! گیرم که آن را تعریف کردیم و بر سر مصداقش هم به توافق رسیدیم، مشکل اصلی در واقع، آن بخش عجیب‌تر، غیر حقوقی‌تر و عامیانه‌تر است: «اشتهار» به فساد اخلاقی!

اشتهار دیگر چه صیغه‌ای است؟! فساد اخلاقی هر چه می‌خواهد باشد ولی این که کسی به فساد اخلاقی «شهرت» دارد یعنی چه؟ روشن است که منظور، پیشینه‌ی محکومیت مؤثر کیفری، اعتیاد به مواد مخدر و الکل، محکومیت انتظامی و ارتکاب اعمال خلاف شأن و کالت نیست. هر کدام از این‌ها یا اثبات شده است که در نتیجه، یکی از شرایط کلی اعطای پروانه و کالت یا شرایط ویژه‌ی مدیریت را از بین برده، یا دلیل و مدرکی برای اثباتش هست که می‌تواند و باید به تحقق یکی از همان بندها بینجامد تا قابل استناد باشد. مگر می‌شود حالتی را تصور کرد که یک وکیل، مشهور به -مثلاً- ارتکاب اعمال منافی عفت باشد و این موضوع، حتی منجر به یک محکومیت انتظامی هم نشده و عمل خلاف شأن هم محسوب نشده باشد؟ این یک تناقض نیست؟ و اگر نه حکم محکومیتی هست، نه حتی دلیل و دستاویزی برای انواع تعقیب، پس آن سوء شهرت از کجاریشه بگیرد؟ بینیم، داریم اعتراف می‌کنیم که بی هیچ دلیلی با آبروی هم بلزی می‌کنیم؟ بر اساس اشتهار؟ حرف و نقل و اتهام و شایعه و پاپوش؟

شنیده‌ام که فلانی رشوه می‌دهد، می‌گویند پشت پرده زد و بند می‌کند. ما که نمی‌دانیم اما می‌گویند چشم و دل ناپاک است، عجب روزگار بدی شده، عجب...

اعتراف تلخی است اما اشتهار به فساد اخلاقی یعنی همین. یعنی حرف مردم! جز این چه معنای دیگری دارد؟ چرا به چنین چیزی جایگاه قانونی داده‌ایم؟ مبنای حقوقی یا حتی منطقی‌اش چه بوده؟ لابد «تا نباشد چیزکی...» ولی این عذر بدتر از گناه، مربوط به زمانی است که کسی می‌خواهد خانه اجاره بدهد یا دخترش را شوهر بدهد و تحقیق می‌کند

۳ - کمی بعدتر شورای عالی انقلاب فرهنگی در مصوبه‌ای با عنوان «مصادیق عتد و فساد اخلاقی در رابطه با شولما جدید گزینش دانشجوه» مصوب جلسه ۱۵۲ مورخ ۱۳۶۷-۳-۳۱، شماره ابلاغ: ۱۳۳۸/دش، تاریخ ابلاغ: ۱۳۶۷-۴-۱۳، مصادیق فساد اخلاقی را این دو مورد دانسته است: ۱ - اعتیاد به مواد مخدر ۲ - اشتهار به فحشا.

۴ - آیین‌نامه گزینش اخلاقی دولتیان ورود به دانشگاه‌ها، مصوب جلسه ۸ مورخ ۱۳۶۲-۱۱-۱۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی، شماره ابلاغ: ۱۱۶۰/دش، تاریخ ابلاغ: ۱۳۶۲-۴-۱۰

که مبادا مستأجر یا داماد آینده، سوء شهرت داشته باشد! تفاوت ماجرا روشن است. داماد آن خانواده یا مستأجر این خانه شدن، حق اولیه ای نیست که سلب اش نیاز به دلیلی محکم تر از «حرف مردم» داشته باشد. این کجا و حق انتخاب شدن به عنوان عضو هیأت مدیره ی کانون و کلا کجا؟! انتخاب شدن در درجه ی اول یک حق است. چه طور می شود بر مبنای چیزی چنین بی پایه، حقی را که ابتدا ایجاد شده است، از کسی گرفت؟

باشد. اگر دانستیم فساد یعنی چه آن وقت هر کس دچار فساد اخلاقی بود، صلاحیت اش را تأیید نکنیم؛ اما حواسمان که هست؟ فساد، یک چیز است و شهرت به فساد، چیز دیگر. دست کم، فساد دربردارنده ی این فرض نبوتی است که فرد واقعاً مرتکب کارهای نادرستی شده، ولی اشتهار به فساد، حاوی هیچ چیز نیست مگر ناوری غیررسمی و حرف و حدیث درگوشی دیگران. آن دیگران، هر که می خواهند باتسند، مهم این است که اعلام نظر و ناوری شان درباره ی آنهاست که نه ثابت شده و نه قابل اثبات است. نمی تواند ملاک تأیید، یا رد صلاحیت باشد. این طور بگوییم؛ اگر در قانون نوشته بودیم مثلاً عدم ابتلا به فساد اخلاق، یا حتی اگر نوشته بودیم دار بودن صداقت و امانت و حسن تدبیر و تقوا؛ باز هم حقوقی تر از آن بود که بنویسیم «شهرت» به هر کدام از این ها!

دست و دلمان شاید نلرزد اما خودمانیم، رویمان هم می شود به کسی بگوییم صلاحیت ات تأیید نشده چون سوء شهرت داری «حرف پشت سرت هست»؟! راستی به نظرتان کاری دارد که پشت سر کسی صفحه بگذاری و برایش سوء شهرت درست کنی و یا برعکس، بدنامی اش را پنهان کنی؟ شایعه که سند و مدرک ندارد. حرف است. باد هواست. ما یا منابع اطلاعاتی مان، چه طور از شایعه ها باخبر می شویم؟ چاره ای نیست جز آن که به رأی و نظر خودمان عمل کنیم یا مخبر و «رپورت چی» کار بگذاریم. یکی از یکی پسندیده تر!

و خلاصه ی همه ی این پرسش ها را شاید بشود جور دیگری هم مطرح کرد: سوء شهرت یک وکیل را، چرا باید مرجعی خاص «تشخیص» بدهد؟ مگر نه این است که شهرت یک نفر، یعنی آن چه دیگران درباره ی او می گویند یا فکر می کنند؟ بسیار خوب. یک نفر یا به فساد اخلاق شهرت دارد یا ندارد. اگر شهرت دارد یعنی گروه قابل توجهی از همکاران، این موضوع را می دانند (اگر ندانند که دیگر شهرت نیست) و اگر به نظرشان شهرت بدی است، به او رأی نخواهند داد. دیگر چه نیازی به رد صلاحیت در مرحله ی پیش از انتخابات؟ آن مراجع ذی ربط که طبق تبصره ۱ ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه، موظف اند به استعلام دادگاه عالی انتظامی قضات پاسخ بدهند، برای تشخیص شهرت افراد، چه ابزاری دارند؟ مگر نه این که خود فرآیند انتخابات، بهترین ابزار برای دانستن این موضوع است؟

تناقض دیگر در همین جاست: مرجع تشخیص - و بلکه خلق و ایجاد - اشتهار، افکار عمومی است. اختیار این تشخیص را از افکار عمومی که بگیرند، به هر مرجع دیگری که بسپارند، دیگر اشتهار را از معنا و مفهوم تهی کرده اند. فرقی ندارد که آن مرجع دیگر، دادگاه عالی انتظامی قضات باشد یا هر گروه و هیأت دیگر و یا حتی من و شما که به نظر خودمان عادل ترین آدم های روی زمین هستیم. اصلاً بحث از عدالت و انصاف نیست. این ساز و کار غلط است گرچه اتفاقاً، گاهی درست از آب دربیاید. این ساز و کار غلط است و فرقی نمی کند چه کسی اجرایش کند.

روزگاری بود که مردم برای رسیدن به عدالت، ناچار به انصاف و خدائرسی داوران امید می بستند. اما بعدها به تجربه فهمیدند به جای تکیه کردن بر ویژگی های شخصیتی داوران و حکم رانان، باید نهادها و ساز و کارهایی طراحی کنند که محافظ روند دائرسی ها باشند. هم مردم به منصفانه بودن دائرسی مطمئن بشوند و هم دائرسان از تهمت نادائوری در امان بمانند.

این که قوانین از پیش نوشته و مورد توافق باشند، این که ضابطه‌ها روشن و قابل اثبات و نوعی باشند، این که رسیدگی‌ها شفاف و نهادرسیدگی‌کننده پاسخگو باشد، این که امکان دفاع، اعتراض و تجدیدنظرخواهی به افراد داده شود و مانند این‌ها، همان ساز و کارهایی است که عقل بشر طراحی کرده تا امکان اشتباه را به کم‌ترین حد ممکن برساند.

اما ساز و کاری که غلط باشد، جواب هم نمی‌دهد. نشان به آن نشان که، دست کم از زمان تصویب لایحه‌ی استقلال کانون و کلا تا الآن، نزدیک شصت سال است که پدیده‌ی سوء شهرت در قوانین و کالت هست. حالا دیگر می‌شود پرسید در این شصت سال، چه تفسیر واحد و چه رویه‌ی مشخصی در این باره شکل گرفته؟ چه توضیحی برای این وجود دارد که یک نفر را این دوره تأیید می‌کنیم، دوره‌ی بعد نه، و دو دوره بعد دوباره آری؟

و ساز و کاری که غلط باشد حتی نتایج وارونه می‌دهد. حتماً شما هم سراغ دارید مواردی را که رد صلاحیت، اصلاً باعث خوشنامی و محبوبیت یک نفر شده باشد! انگار تحولی در معنای این گزاره رخ داده و کنایه از امر ناگفته و سرپسته‌ای شده که در مناسبات جامعه‌ی ما، جایگاه دیگری دارد. این که گاهی کسانی رد صلاحیت می‌شوند که اتفاقاً نام‌نیکی دارند، نشانه‌ی روشن همین تحول معنایی است. اما البته حرف من این است که نباید حتی در اعتراض بگوییم فلان وکیل «خوشنام» را چرا رد صلاحیت کردند. با گفتن این حرف به همان پدیده‌ی سوء شهرت و ساز و کار بی‌پایه‌اش رسمیت می‌دهیم؛ در حالی که خوشنامی و بدنامی هر دو از یک جنس و به یک اندازه غیرقابل استناد هستند و یا بهتر بگوییم: نام‌نیک، گرچه سرمایه‌ی بالارزشی است اما کارآیی دیگری دارد و تنها برای صاحبان حق رأی، می‌تواند حجیتی داشته باشد.

از این واژه‌های بی‌تعریف و ناروشن و تفسیربردار، کم نداریم در قوانین مان. خود سوء شهرت هم پدیده‌ی ناشناخته‌ای نیست. مفهومش را اگر نه، دست کم کارکرد و دلیل ابهامش را همه می‌دانیم. فقط شاید من اشتباه می‌کردم که انتظار داشتم در مقررات و کالت، به هیأتی حقوقی‌تر و آبرومندانه‌تر ببینمش! شگفتی‌هایش شاید بیش از این‌ها باشد که من گفتم. به هر حال این تعجب کردن، کم‌ترین کاری است که از دستمان برمی‌آید، تا کسی فکر نکند که جا افتاد است برایمان و عادی شده است. نه، دست کم هرگز عادت نخواهیم کرد.

میانجیگری و مصالحه در کساکشی واقعیت های زمان و قوانین

■ رضا زرعی

نشستیم غافل ز مقصود خویش تهی خاطر از فکر بهبود خویش
بیابان غفلت نکردیم طی به مقصود اصلی نبردیم پی
«جامی»

مقدمه:

در متن ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، تا سقف چهارماه برای تحصیل گذشت شاکی و جبران خسارت ناشی از جرم و تا سقف شش ماه برای حل و فصل شکایت از طریق ارجاع به «میانجیگری» و شورای حل اختلاف تخصیص یافته است. نفس پیش بینی این مدت طولانی ده ماهه با صراحت ماده ۳ همین قانون، دایره لزوم رسیدگی در کوتاه ترین مدت و جلوگیری از اختلال یا طولانی شدن فرآیند دادرسی کیفری در تضاد آشکار است.

با این همه، حتی اگر تعریف روشنی هم از میانجیگری و مبانی آن ارائه می شد و یا زمان و مرحله ارجاع به میانجیگری دقیقاً مشخص می شد باز هم سوابق منفی از قبیل اخذ وجوه غیر قانونی در

قبال ارجاع اجباری پرونده ها، آن هم خارج از صلاحیت شورا های حل اختلاف در استان های اردبیل و گیلان همچنان باقی است و این روند باعث نگرانی ما شده است مخصوصاً این که در ماده ۸۲ فوق، مجدداً قضیه ارجاع به شوراهای حل اختلاف پیش بینی شده با این تفاوت که مدت این ارجاع از دو ماه قبلی که در ماده ۱۲ شورای حل اختلاف مد نظر بوده به ۱۰ ماه افزایش یافته است چه برسد به این که کلی گویی ها و ابهامات دیگر موجود در متن ماده فوق ممکن است زمینه سوء استفاده افراد سود جو را از این مدت ده ماهه قانونی ماده ۸۲ فراهم کند. عنوان توجیهی جلب رضایت شاکی نیز برای رفع نگرانی ما کفایت نمی کند چرا که مشابه این محدودیت های ظاهری در مواد ۸ و ۱۲ پیش گفته در متن قانون شورای حل اختلاف لحاظ شده بود ولی در مقام اجرا به هیچ کدام از محدودیت های قانونی توجه نکرده اند.

■ وکیل پایه یک دادگستری - اردبیل

۱- متن استنادی از ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعمیق است، مقام قضایی می تواند به درخواست متهم و موافقت بزه دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین متناسب، حداکثر دو ماه به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضایی می تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه ای برای میانجیگری ارجاع دهد. مدت میانجیگری بیش از سه ماه نیست. مهلت های مذکور در این ماده در صورت اقتضاء فقط برای یک بار و به میزان مذکور قابل تمدید است...

با همه ابهامات و نگرانی‌ها، گنجاندن اصل « میانجیگری » در متن قانون آیین دادرسی کیفری جدید، گرایش به سمت وسوی پایه‌ها و مبانی عدالت ترمیمی و مبانی آن را گواهی می‌دهد. امید است جامعه ما از تحولات زمان، به خصوص پیشرفت علوم در جرم‌شناسی استفاده کند و بتواند با رفع مشکلات، پیش‌زمینه‌های لازم فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی را نیز تدارک ببیند و با تلفیق ره‌آوردهای نوین حقوقی و تجارب روز آمد بشری همچنان گشاینده راه‌های نو برای نسل آینده باشد.

چکیده:

با بررسی متن ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید و مقایسه آن با سوابق ارجاعات مشابه مد نظر در این ماده قصد بر این که بوده فرصت هم‌افزایی علمی و بهره‌گیری از خرد جمعی حقوقدانان فراهم آید و بهره‌گیری هر چه درست‌تر و منطقی‌تر از تحولات جدید قانونی و پیشرفت‌های حاصل شده در عرصه‌های فوق‌امر دادرسی عادلانه کیفری و حقوقی نیز سامان بیش‌تری پیدا کند.

به همین مناسبت و انگیزه، با چند وچونی در موضوع و مضامین میانجیگری و مصالحه تلاش کرده ایم در حد توان، توجه مسئولین محترم قوه قضاییه را به دقت هر چه بیش‌تر و نظارت هر چه دقیق‌تر جلب کنیم و بگوییم که قضیه ارجاع‌های نادرست به شورا‌های حل اختلاف در استان‌های اردبیل و گیلان، که همچنان به شیوه‌های تفصیلی قید شده در شماره‌های ۸۱، ۸۴ و ۸۶ مدرسه حقوق اصفهان، ادامه دارد؛ امیدواریم در اجرای ماده ۸۲ این قضیه، دیگر پیگیری و تکرار نشود و ارجاعات به این نهاد برآمده از قانون کلمه به کلمه از قانون تبعیت کند و بدون رضایت طرفین و توافق شاکی و مدعی خسارت، ارجاعی صورت نگیرد. این امر حداقل دو اثر مثبت زیر را خواهد داشت:

۱- پاسداری از حریم حق الناس

۲- انسداد مجاری تعدی و تضییع و تعلیق حقوق مردم و اجرای عدالت

برعکس، بدون رضایت و تمایل دو طرف و رعایت ضابطه‌مندی‌های قانونی، ارجاع به میانجیگری و شورای حل اختلاف اهداف تعین شده ما را نه تنها تأمین نمی‌کند بلکه باعث انواع انحرافات و بدبینی‌ها نیز می‌شود و در بین مردم اعتماد و اعتباری به این گونه اقدامات و نهاد‌های دخیل باقی نمی‌گذارد و در شأن‌الای مقامات محترم و زحمت کش جامعه ما، اعم از قوه قضایی و دیگر قوا و نهاد‌های مدنی نظام ما نیست و در نتیجه نباید بیش از این تداوم یابد، و گرنه فرمایش حضرت امام صادق (ع) مصداق پیدا می‌کند که: «بمثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها و تمنع الارض برکاتها».

گذشته از همه این‌ها در نیل به مقصود عدالت، «مسیر هم باید عادلانه طی شود و وسواس‌های شرعی نسبت به رعایت حق الناس و تقدم آن بر حق الله بار گرانی است که مستلزم انقیاد و تمکین است»^۲ «صرف پرداختن به آمارها و ظواهر خشک و خالی و بی‌برکت ممکن است حتی کم‌ترین انصاف را هم در خود جای ندهد!

دادکن از شکوه مردم بت‌سرس! نیمه شب از تیرت‌ظلم بت‌سرس!

هر که در این خانه شبی داد کرد خانه فردای خود آباد کرد

«نظامی»

۲- روزنامه اطلاعات، گفتگو با آیت‌الله محقق داماد با عنوان: «دادگستری شایسته و دغدغه حقوق شهروندی» شنبه ۸ تیر ۱۳۹۲

واژه های کلیدی: عدالت ترمیمی، میانجیگری، قانون آیین دادرسی کیفری جدید، اطاله دادرسی، فرهنگ صلح و سازش، اومبودسمان

فصل اول - ارجاع به میانجیگری و مصالحه و تأثیر گذاری آن ها

رویکرد اخیر به سوی اصول میانجیگری و مصالحه - که صورت جدی تر آن در عرصه دادرسی کیفری ظهور یافته است، اهمیت فراوان دارد و اگر به درستی برنامه ریزی و مدیریت شود تأثیر گذاری آن در کاستن از تورم پرونده ها در محاکم قضایی و نرخ تکرار جرم و سلامت اجتماع قابل کتمان و انکار نخواهد بود. در نتیجه شایسته است قبری در لوازم و ابزار و شرایط موفقیت این رویکرد حکیمانه بیندیشیم و ابهامات مربوط به میانجیگری و سوابق منفی ارجاع به شورای حل اختلاف را هم دست کم نگیریم که باعث وهن به نظر می رسد.

الف - ابهامات قانونی و عینی

- عبارات و جمله بندی های مبهم ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری دقیقاً معلوم نمی کند که ارجاعات به شورای حل اختلاف و میانجیگری، در کدام مرحله از رسیدگی عملی خواهد شد. آیا هدف این است که بعد از تسلیم شکوایه، رسیدگی به شیوه معمول ادامه می یابد تا متهم بعد از سپردن تأمین متناسب و اخذ موافقت شاکی بتواند از مهلت دو ماهه اولیه برای جلب رضایت و یا به جبران خسارت استفاده کند و اگر این دو مورد حاصل نشد یعنی اگر رضایت شاکی به دست نیامد و یا خسارت جبران نشد، این دقعه نوبت به ارجاع به میانجیگری و شورای حل اختلاف می رسد یا خیر؟

به بحث اصلی بر می گردیم و می گوئیم چون نزدیک به دو سال می شود که در استان اردبیل با وجود صراحت قانونی دایر بر شرط رضایت برای ارسال به شورای حل اختلاف (ماده ۸ شورای حل اختلاف) این شرط رعایت نمی شود، نگرانیم که در این جا هم همین گونه رفتار شود. در ماده ۱۲ شورای حل اختلاف هم که دادگاه رسیدگی کننده می توانست «باتوجه به کیفیت دعوی و اختلاف و (وجود) امکان حل و فصل آن از طریق صلح و سازش»، اقدام کند ولی آن چه که در عمل افتاد و می افتد این است که در همان بدو امر، بدون این که پرونده طبق روال معمول قبلی به دادگاه ارجاع شود و آن دادگاه بعد از ورود در ماهیت و تشخیص امکان یا عدم امکان صلح و سازش اغلب پرونده های خارج از صلاحیت ذاتی شورای حل اختلاف را به آن جا ارسال می کند!

- علاوه بر این که برای احراز زمینه صلح و سازش بین طرفین و آموزش میانجیگر ها تدارکی نشده، تعریف جامع و مانع «میانجی» (اعم از حقیقی و حقوقی) نیز ارائه نگردیده است و هم این که معلوم نیست چه کسانی مجاز به شرکت در جلسات میانجیگری هستند. مثلاً آیا اعضای خانواده طرفین و یا وکیل آنان می توانند در این جلسات شرکت و اظهار نظر کنند یا خیر؟

- بعد از گذشت مدت ده ماه مدنظر ماده ۸۲ و تنظیم صورت مجلس توسط شخص میانجی و حتی امضای طرفین در ذیل آن، اگر یکی از طرفین متن صورت جلسه تنظیمی را در حضور مقام قضایی تأیید نکند، در قبال تطویل ده ماهه فوق و تضييع اوقات طرفین و قاضی رسیدگی کننده چه کسی پاسخگوست؟

این همه تکالیف اضافی را چگونه می توان با همین تعداد قاضی و کارمند در درون شعبات و یا واحدها و مؤسسات میانجیگری نظارت و مدیریت نمود و به سامان مطلوب رساند؟ به عبارت دیگر، چگونه ممکن است این وظایف اضافه بر تشکیلات دادگستری بار شود ولی سازمان دهی مربوط به آن و تعیین وظایف و مسؤولیت ها پیش بینی نشود و نیروهای کافی تدارک نگردد؟ شاید بگویند که ما اذن به قاضی می دهیم ولی لوازم و امکانات آن را فراهم نمی کنیم!

شیر بی بال و دم اشکم که دید؟ یک چنین شیری خدا هم نافرید!

بنا به مراتب فوق و ابهامات و سوالات متعدد دیگر، که باید در فرصتی مناسب به آن پرداخت، حق داریم نگران رواج سلیقه های مختلف و آشفتگی در اجرای قانون و تضييع حقوق مردم و افزایش مسؤولیت ودغدغه و کلاهی مدافع باشیم.

باز حق داریم بپرسیم آیا این گونه قانون نویسی های کلی و پر از ابهام خواهد توانست باری از دوش دستگاه محترم قضایی وقضات کوشا و مؤمن ما بردارد و جوابگوی مشکلات انبوه مراجعات وسیل پرورنده ها باشد؟ یا این خدای ناکرده بر عکس است و بر مشکلات خواهد افزود؟! در هر حال قانون گذار حکیم به هر دلیل و انگیزه ممکن، نخواسته و یا نتوانسته این ابهامات را با جملات و تعبیر های روشن وساده رفع و تدارک شایسته ای بیند.

ب- سابقه منفی ارجاعات اخیر به واحدهای مصالحه

همان گونه که گفته شد، سابقه منفی ارجاعات به شوراهای حل اختلاف با عنوان: «واحد مصالحه» این نگرانی را ایجاد می کند ارجاعات مربوط به ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، طبق مَر قانون نباشد و مردم به همراه وکلایشان دچار سرگردانی شوند.

ممکن است کسی ایراد کند و بگوید قصاص قبل از جنایت قبیح است و نباید با عینک بد بینی نگاه کنیم بلکه بهتر است قسمت پر لیوان را هم ببینیم! در جواب می گوئیم این نگرانی، همان گونه که قبلاً نیز اشاره شده است سابقه دارد و در نتیجه «مار گزیده از ریسمان سیاه و سفید می ترسد». ما نمی خواهیم متن قانونی ماده ۸۲ هم در مقام اجرا دچار سرنوشت اجرای بد مواد ۱۲۰۸ قانون شورای حل اختلاف و ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری سابق شود و حقوق مردم تضييع گردد! چاره این بدبینی و دلا وهرای نگارنده این است که در اولین فرصت روال غیر اصولی و غیر قانونی ارجاعات خارج از قانون راه که در استان های اردبیل وگیلان صورت می گیرد فوراً متوقف سازند تا ما نیز از نوشتن این سری مقالات و درد دل ها و تذکرات منصرف شویم.

دست از طلب ندارم تا کام دل برآید یا جان رسد به جانان، یا جان ز تن بر آید!

ج- مشکلات قضایی و نقش شورا های حل اختلاف در رفع آن ها

بعضی از صاحب نظران قانون شورای حل اختلاف فعلی را برآمده از مصوبه سال ۱۳۵۶ مربوط به قانون شورای داورى دانسته معتقدند که سازمان قضایی ما با تبعیت محض از این قانون، به جای همگامی با حرکت تکاملی حال

حاضر جامعه دچار عقبگرد شده و با این حرکت راه تحولات مثبت اجتماعی را سد نموده است. آنان همچنین اضافه می کنند که سازمان قضایی، به جای نگاه به جلو، نگاه به گذشته و پشت سر را هدف گیری کرده است.^۲

می گوئیم اتفاقاً در این خصوص، موضوع برعکس است زیرا اصولاً تنها به جلو نگاه کردن کافی نیست بلکه باید گاهی گذشته را هم ببینیم که گفته اند: «گذشته چراغ راه آینده است.» نشان به آن نشان، که همین قانون جدید شوراها ی حل اختلاف مصوب ۸۷ و حتی ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، در مواردی، (از جمله در حل و فصل مشکلات ناشی از تجاوز متجاوز به اموال و اراضی مردم)، عقب مانده تر از قانون حدود پنجاه سال پیش خانه های انصاف است؛ زیرا:

۱- تمامی اعضای خانه انصاف روستایی توسط ساکنان محلی از مردم همان روستاها انتخاب می شد.

۲- رسیدگی هایش مجانی بود

۳- اعضای خانه انصاف حق داشتند بلافاصله بعد از طرح شکایت، سریعاً وارد رسیدگی شوند و با احراز صحت ادعای تصرف عدوانی، رفع مزاحمت و ممانعت از حق، بلافاصله دستور لازم برای رفع مزاحمت و ممانعت و تصرف عدوانی را صادر و تصرفات سابق را اعاده کنند.

همین ماده مبهم و کشدار ۸۲ را نگاه دوباره ای بیندازیم تا ببینیم که چگونه با ادعای رفع ابطاله دادرسی و «میانجیگری»، اجازه می دهد که مثلاً به مدت ده ماه پرونده دعوی تصرف عدوانی در کش و قوس شورای حل اختلاف و یا میانجیگری بماند و عملاً تأکید قبلی قانونگذار در ذیل تبصره ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، دایر بر رسیدگی خارج از نوبت، نسخ ضمنی شود!

د - در ریشه یابی قسمتی از مشکلات قضایی

حضرت آیت الله شاهرودی، در ماه های پایانی آخرین سال دومین دوره ریاست در قوه قضاییه، (سال ۱۳۸۷) در رفع مشکلات قضایی و تأثیر شورا های حل اختلاف از جمله فرموده اند:

احساس می کردیم با تشکیل این شوراها حجم ورودی این پرونده ها کاهش یابد. پیش از ایجاد شوراهای حل اختلاف سالانه چهار میلیون پرونده به دستگاه های قضایی وارد می شد و هنگامی که این شوراها احیا شد احساس بر این بود که حداقل دو میلیون پرونده در شوراهای حل اختلاف رسیدگی می شود؛ اما در جریان کار در سال ۱۳۸۵ مشاهده کردیم که این شوراها طی یک سال به چهار میلیون و ششصد هزار پرونده رسیدگی کرده است [!] ولی در دادگستری ها ورودی پرونده ها همچنان روبه افزایش است که این نشانه جامعه بیمار است که در آن «بهداشت قضایی» اجرا نمی شود.

تا وقتی که جلوی تکثیر این ویروس های اجتماعی، که به حقوق اجتماعی مردم و امنیت مالی، حقوقی، ملکی، اقتصادی و اداری مردم آسیب می زند گرفته نشود، افزایش دادگاه ها و شورا ها نیز تأثیر مطلوب خود را نخواهد داشت. این کار مانند این است که انسان کار بهداشت بدن را رها کند و فقط به فکر افزایش تعداد بیمارستان و درمانگاه باشد.^۳

۲- بهگنا - امیر حسین، نگاهی به شوراهای حل اختلاف، چاپ اول - انتشارات دانشور ۱۳۸۲ صفحه ۱۱۰
 ۳- مجله دادگستر شماره ۳۱، سخن نخست (یادداشت مدیر مسؤول) با عنوان «بهداشت قضایی»، صفحه ۲

ای که دُرد سخت صاف تر از طبع لطیف! گر رود صفوت این طبع سخنندان، تومرو
«سولوی»

- همچنین حضرت آیت الله در جلسه بررسی برنامه سوم توسعه قضایی با اشاره به فضای روابط سالم و تلاش مدیران قضایی و در حرکت به سوی اهداف فرمودند: «اگر گفته می شود مسائل باید پاسدار حقوق جامعه باشد باید چگونگی این پاسداری نیز بیان شود و با تأکید بر عملیاتی بودن برنامه ها در خصوص مشکلات موجود» فرموده اند:

- ۱- آشنا نویسی و برنامه نویسی ما خوب است اما هنگامی که مسأله انامه می باید راه کارهای عملیاتی و مشخص نداریم و این خود یک مشکل است. باید برای برنامه ها شاخص تعریف کنیم و آن ها را از حالت کلی خارج کرده و به صورت ریز و دقیق وارد محور ها شویم.
- ۲- عمده مشکل دستگاه قضایی در ساختار های دستگاه های دیگر کشور است که مبدأ تنظیم روابط حقوقی مردم هستند در سایر نقاط دنیا این دستگاه ها اصلاح شده تا منشاء اختلاف و تخلف نیز نباشد تا زمانی که این ها اصلاح نشوند فشار بر دستگاه قضایی وجود دارد.
- ۳- محاکم باید دارای ساختار شفاف غیر قابل نفوذ و تأثیر، کار آمد و مورد دسترسی باشند که همه این موارد «بهداشت قضایی» را تأمین می کند. اگر بخش اول همراه نباشد و فقط ما خود را اصلاح کنیم به نتیجه نمی رسیم.^۵

- آخر چگونه ممکن است بدون توجه به نابرابری های اقتصادی، فرهنگی - اجتماعی، نژادی و تفاوت های فاحش طبقاتی ناشی از این عوامل و نیز نامنی اقتصادی، اجتماعی و روانی و اعمال روابط به جای ضوابط و انواع تبعیضات موجود بتوانیم محاکمی با ساختار شفاف و غیر قابل نفوذ و کارآمد داشته باشیم و عدالت ترمیمی مورد نظر را، که در کشورهای پیشرفته غربی اجرا می شود در سیستم قضایی کشور خود پیاده و نتایج مورد نظر را نیز به دست آوریم؟ مگر نه این است که بسیاری از منازعات رانمی توان مستقیماً ناشی از عوامل درونی، اعم از سودجویی و یا انگیزه های شخصی دیگر دانست بلکه در کنار آن به علل اقتصادی و تربیتی و افت و خیز هایی ناشی از بی مسؤولیتی و اشتباهات شاخص مسؤولین نیز باید پرداخت که به طور مستقیم و یا غیر مستقیم لطامات شدیدی بر سلامت جسمی و روحی مردم و امنیت فکری و اقتصادی آنان وارد می سازند.

فصل دوم - رویکرد میانجیگری اخیر در قانون آیین دادرسی کیفری جدید

در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشتم، که مجازات آن ها قابل تعلیق است مقام قضایی می تواند:

۱- «به درخواست متهم و موافقت بزه دیده و مدعی خصوصی و با اخذ تأمین متناسب حد اکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند».

۲- «برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه ای برای میانجیگری ارجاع دهد».

- مدت میانجیگری بیش از سه ماه نیست « ولی در صورت اقتضاء مهلت های دو ماهه و سه ماهه مذکور فقط برای یک بار قابل تمدید است. ظاهراً قانون گذار حکیم عنایت فرموده و در این ارجاعات به درخواست متهم و موافقت بزه دیده و اخذ تأمین متناسب نیز اشاره کرده تا علاوه بر کاستن از فشار آنبوه پرونده ها چه در دادسرا و چه دلاگاه های جزایی، شورای حل اختلاف و میانجیگر ها را اجازه دهد تا با ورود در موضوعات فوق شاید بتوانند به نحوی در ترمیم روابط شاکی و متهم مؤثر باشند و اگر هم بتوانند به سیاست قضا زدایی^۶، جرم زدایی^۷ و حتی کیفر زدایی^۸ نیز کمک کنند! حال چقدر در این وادی موفق شوند ظاهراً دغدغه اصلی نیست بلکه هدف اصلی همچنان نجات از فشار سنگین تعداد بی شمار پرونده هاست و نه چیز دیگر!

در این اقدامات حق را به قانون گذار می دهیم که در مقام اعمال حاکمیت نظم و امنیت جامعه را به هر طریق ممکن برقرار کند. و فعلاً هر چه را خسرو کند شیرین است، فعلاً چون اتهامات و اشکالات موجود در این شیوه از قانون گذاری را در ادامه خواهیم آورد در این جا الزاماً به بحث میانجیگری می پردازیم تا بحث را ادامه دهیم.

الف- عدالت ترمیمی در مقابل عدالت کیفری سنتی

اگر عدالت ترمیمی^۹ را فرایندی بدانیم که بزه دیده و بزه کار (و در صورت نیاز) هر فرد یا گروه دیگر زیان دیده از جرم در حل و فصل مسائل مربوط به جرم شرکت فعالی دارند و با بهره مندی از روش هایی مانند سازش، میانجیگری و نشست برای گفت و گو مأموریت خود را عملیاتی کنند^{۱۰}، امید است با تدوین آیین نامه پیش بینی شده در ماده ۸۴ و پرداختن به بحث مهم میانجیگری و ترتیبات آن و نیز مشخص کردن دقیق و روشن شخص و یا اشخاص میانجیگر، ابهامات موجود در این قسمت نیز مرتفع گردد یا کم یا زایل گردد.

نتایج حاصل از بررسی ها و تحقیقات انجام شده نشان می دهد نظام سنتی سزاده در نیل به اهداف اصلاح مجرمان و پیشگیری از جرم، نه تنها تأثیر چندانی در جلوگیری از تکرار جرم ندارد بلکه این نظام به اقتضای ذات خود، که بر رفتار گذشته بزه کار و «مقابل به مثل» تمرکز دارد، با عدالت اجتماعی و سیاسی نیز همخوانی ندارد، مثلاً اگر کشوری، با تخریب استقلال نهاد های صنفی موجود بخواهد رو به تمرکز گرایی تام برود عدالت ترمیمی و اصول و پایه های آن به هیچ وجه در آن کشور به کار نمی آید، بلکه آمار پرونده های کیفری و حقوقی نیز متأثر از زمینه های منفی فوق به طور سرسام آوری بالا خواهد رفت، تا چه رسد به تخریب شخصیت مجرم و بدنام کردن وی و زایل کردن حجب و حیای اجتماعی افراد جامعه، که شرع مقدس سفارش به مراقبت فرموده است.

طرح عدالت ترمیمی در مخلوده تاریخی سنوات ۱۹۷۲ تا ۱۹۷۴ میلادی اتفاق افتاد. امروزه عدالت ترمیمی به یکی از متداول ترین نظام های عدالت دادرسی تبدیل شده و با تصویب قطعنامه ۲۳ ماده ای توسط اجلاس یازدهم کمیسیون پیشگیری از جرم و عدالت کیفری در ۲۳ ژوئیه ۲۰۰۲ (توسط شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد) به کلیه

۶ - Diversion

۷ - Decriminalisation

۸ - Depenalisation

۹ - Restorative justice

۱۰ - ر.ک مقاله «ره یاقتی نوبه بنیان های نظری پیش گیری از جرم» نوشته مهرداد رایجیان اصلی مترجم در مجله حقوقی دادگستری شماره های ۲۸

کشور های عضو - که ایران نیز جزو آنهاست - توصیه گردیده که از این فرایندها در نظام عدالت کیفری استفاده کنند. از مهم ترین فرایندهای ترمیمی فوق، اصل « میانجیگری کیفری » است^{۱۱} و امید می رود در آینده ای نزدیک بسیاری از کشور های برخوردار از عدالت کیفری سزاده نیز در حد ممکن اصول و مفاهیم عدالت ترمیمی را در قوانین خود جایگزین کنند و با تلفیق آثار و نتایج حاصل از اجرای آن اصول با فرهنگ جامعه خود به نحو مطلوبی از تجربیات و پیشرفت های مفید علمی و انسانی بهره مند شوند.

حال با توجه به مراتب و آثار ناشی از اجرای مؤلفه های عدالت ترمیمی، قصد واقعی مسئولین محترم کشور در وارد کردن اصلی از اصول عدالت ترمیمی در شیوه های دادرسی جزایی و حقوقی کشور را حرکت به سوی اجرایی کردن عدالت کیفری صحیح و ترمیمی هم بدانیم نمی توان کتمان کرد که انگیزه اصلی از توسل به شیوه های فوق بیشتر نجات از فشار سهمگین تعداد بیشمار پرونده هاست تا مقابله با بزه و پیشگیری از وقوع و تکرار آن و یا حتی توجه و عنایت اساسی به حقوق بزه دیده و بزه کار در کوتاه مدت! با این همه گذشت زمان و زندگی در جهان پیچیده معاصر، واقعیت ها را بر همه تحمیل و نشان خواهد داد یک مثل ترکی چه خوب می گویند: وقتی که آب جاری شود راه خود را پیدا می کند!

بعد از این مقدمات و زمینه ها، اینک نوبت به نگاه اجمالی به مفهوم و مصادیق میانجیگری می رسد تا معلوم شود فاصله اجرایی واقعی میانجیگری با آن چه که در منطوق و مفهوم قانون جدید آیین دادرسی کیفری چقدر است؟

ب - میانجیگری

میانجیگری، در معنای عام از جمله شیوه های حل و فصل اختلافات به طریق کد خدا منشی تلقی می شود که در فرهنگ و باور عمومی اکثر کشورها، کم و بیش مؤثر بوده است. ولی هم اکنون به معنی خاص و اصطلاحی خود یکی از مهم ترین و با سابقه ترین روش های اجرای عدالت ترمیمی است که میان بزه دیده و بزه کار از نیمه دوم دهه هفتاد قرن بیستم میلادی مورد استفاده قرار گرفته است تا فرایند حل مسائل و دعاوی کیفری با مشارکت طرفین و کلیه سهامداران دعاوی فوق صورت پذیرد.

همانگونه که می دانیم عدالت ترمیمی در بیشتر کشورها، از جمله آمریکای شمالی، استرالیا و زلاندنو به کمک اجرای عدالت کیفری شتافته تا آن جا که علاوه بر نهاد های مدنی، مراجع قضایی و پلیسی این کشورها نیز سعی می کنند اختلافات کیفری سبک و حتی سنگین را با ساز و کار های عدالت کیفری بدون توسل به فرآیند قضایی، در اولین فرصت ممکن حل و فصل کنند و اختلافات و آثار ناشی از جرایم را کم رنگ کنند و یا از بین ببرند. این نهاد به ترتیبی که گفته شد در سال ۱۹۷۷ تا ۱۹۷۸ در «آکهارت» (آمریکا) نیز مورد استقبال قرار گرفت؛ در نتیجه در حال حاضر برنامه های میانجی گری زیادی در اقصی نقاط دنیا مورد استفاده قرار می گیرد^{۱۲} و استفاده از این شیوه، برنامه های حاصل از پیشرفت اجتماعی و حقوقی را نهادینه و تثبیت کرده است.

۱۱- فرایند های دیگر از قبیل: لشتی، نشست های گروهی و خانوادگی و حلقه های تعیین مجازات نیز در ردیف های بعدی قرار می گیرد. ک. م. «بارانایم های عدالت کیفری: عدالت سزا ندهنده و عدالت ترمیمی» نوشته دکتر عباس شیرازی در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴ زمستان ۱۳۸۵، صص ۲۱۳ تا ۲۵۵

۱۲- ک. «عدالت ترمیمی: اصول و روش ها» نوشته دکتر حسین غلامی، نشریه مرکز تحقیقات کامپیوتری و پژوهشهای علوم اسلامی شماره چهارم، سال پنجم ۱۳۸۲

از اهداف میانجیگری

- اهداف متعددی برای میانجی‌گری می‌توان ذکر کرد که بصور خلاصه عبارتند از:
- ۱- مساعدت در روند انقیام و بهبودی بزه‌دیده از طریق فراهم آوردن شرایط امن برای وی؛
 - ۲- ایجاد شرایط لازم برای بزه‌کاران در کسب اطلاعات و آگاهی‌های ضروری مربوط به نتایج و آثار زیان‌بار رفتارهای غیر قانونی و مجرمانه آن‌ها؛
 - ۳- ایجاد فرصت لازم برای بزه‌دیده و بزه‌کار در تلویق و تنظیم برنامه‌های جبران‌آثار و تسلیح جرم. در اجرای برنامه میانجی‌گری بزه‌دیدگان باید همواره این حق را داشته باشند که از مشارکت در برنامه‌های ترمیمی انصراف دهند و در گرفتن خسارت و جبران آن نیز مختار، اثرگذار تصمیم‌ساز باشند.

نگاهی به وظایف میانجیگر

- از جمله وظایف میانجیگر موارد زیر را می‌توان شمارش کرد:
- ۱- میانجیگر باید آمادگی علمی و تجربه لازم را برای میانجیگری داشته باشد؛ مثلاً اگر میانجیگر خود به فرهنگ آپارتمان‌نشینی مسلح نباشد و از قوانین و مشکلات بی‌شمار آپارتمان‌نشینی و یا از مبانی قانون مذاکره و ارتباطات چهره‌به‌چهره و رودررو بی‌خبر باشد چگونه خواهد توانست با ورود منطقی به موضوع، جلسات شاکی و متشاکی مربوط به آپارتمان‌نشینی را مدیریت کند؟
 - ۲- ایجاد امکان ملاقات بزه‌دیده و بزه‌کار و استماع نظرات آنان بعد از احراز تمایل و رضایت آنان برای همکاری و اجرای برنامه‌های میانجیگری با تنظیم صورتمجلس و حتی در صورت لزوم اجرای متن توافق طرفین با نظر مقام قضایی ارجاع‌کننده
 - ۳- عدم نفع مادی میانجیگر و استفاده از زبان و ادبیات خاص میانجیگری، به گونه‌ای که متضمن حداکثر بی‌طرفی و جلب اعتماد طرفین باشد و احساس نکنند میانجیگری بر آن‌ها تحمیل می‌شود.
 - ۴- ملاقات با بزه‌کار، قبل از نشست با بزه‌دیده به منظور اطلاع از نظرات وی و اطمینان از قبول همکاری توسط بزه‌کار در طول برنامه میانجی‌گری، تا در صورت مساعد نبودن شرایط و عدم آمادگی بزه‌کار در قبول مسئولیت جبران و ترمیم خسارات، بزه‌دیده بیش از پیش دچار خسارت مادی یا روحی نشود.
 - ۵- تنظیم صورت جلسه حاوی تمامی توافق‌ها و چگونگی انجام آن‌ها با ذکر ادله و مستندات و اخذ امضا از طرفین و حاضرین احتمالی دیگر از قبیل اعضای خانواده دو طرف و وکلای آن‌ها
 - ۶- پیگیری و اجرای برنامه به شرح توافق‌های حاصله با هماهنگی مقام قضایی و محتوای پرونده
- اینکه این برنامه در کجا، چگونه و راجع به چه انهایی به مورد اجرا در می‌آید و چگونه از آن استفاده می‌شود موضوع مباحث دیگری است. که در محل خود مورد توجه است. مهم‌تر از همه آن‌چه که فعلاً مد نظر و تأکید ماست ایجاد زمینه‌های تربیتی، اجتماعی و فرهنگی اجرای الگوی عدالت ترمیمی و فرایند آن در جامعه می‌باشد که باید با تعیین معانی و مصادیق دقیق بسیاری از اصطلاحات به کار رفته در این فرایند در کنار تعابیر استفاده شده و مشخص قوانین کیفری مورد استناد و بهره‌برداری قرار گیرد تا مسئولیت و حدود وظایف تمامی مسئولین و حتی نهاد‌های رسمی و غیر رسمی و صنفی در کشور دقیقاً مشخص گردد؛ نه این‌که به استناد قانونی ناقص، مجریان بلا تکلیف و سرگردان باشند و هر کس بتواند بسته به مذاق و سلیقه خود آن را تفسیر و اجرا کند!

ج - سرعت قضاوت در تصرف عدوانی اموال در صدر مشروطیت

ماجرایی را نقل می‌کنیم که سعید غیرت فرزند سید عبدالکریم غیرت با عنوان: «سرعت قضاوت» در صفحات ۵۴۶ و ۵۴۷ کلیات آثار پدرش قید و در سال ۱۳۳۸ اقدام به چاپ و نشر آن مجموعه نقیص کرده است. تا بعد از مطالعه آن ببینیم در زمان قاجار در منطقه کرمانشاه چه سابقه اقلیمی در خصوص تصرفات اموال مردم و احقاق حق، آن هم با دخالت میانجیگران ثبت شده است؟

در سال ۱۳۳۲ قمری که امیر مخم بختیاری، حاکم کرمانشاه بود، افراد وابسته به مهر علی خان سالار سلطان (رئیس طایفه احمدوند) از اموال و گله قیسوندی‌ها را، که بالغ بر سه هزار گاو سفند و دو هزار گاو و مبالغ زیادی اموال متفرقه بود، غارت کرد.

کسانی از میانجی‌گران محلی از جمله سعید غیرت، فرزند غیرت کرمانشاهی (شاعر، نقاش، خطاط و مبارز صدر مشروطیت) نزد مهر علی خان میروند تا اموال غارت شده را پس بگیرند ولی سودی نمی‌بخشد!

سعید غیرت که خود هم شاهد و هم روایت‌گر ماجرای «سرعت قضاوت» است می‌گوید:

... فوراً نزد امیر مخم بختیاری رفتیم و او بدون فوت وقت شهاب السلطنه، از افسران بختیاری را با سی نفر سوار بختیاری و چند نفر قیسوندی برای مسترد کردن اموال و احشام غارت شده اعزام کرد ... شهاب السلطنه با سرعت تمام عازم محل طایفه مهر علی خان شد و مهر علی خان را طوری در فشار قرار داد که هم تمامی غارتی‌ها را طبق سیاهه دقیق با چهار هزار تومان پیش‌کش (که رسم آن زمان بود) گرفت و به جای یک تازی شکاری تلف شده، نیز فی المجلس ده تیر کمر مهر علی خان را باز کرد و برداشت. بعد از همه از این ماجراها رسیدی برای تمام اموالی که مسترد شده بود به مهر علی خان دلا تا قضیه خاتمه پیدا کند ...^{۱۴}

سید محمد سعید غیرت در همان سال ۱۳۳۸ شمسی، که سال انتشار کلیات آثار پدرش غیرت کرمانشاهی است، بعد از نقل این ماجرا اظهاراتی دارد که چون با موضوع مقاله حاضر مناسبت دارد، آن را به طور خلاصه در چند سطر می‌آوریم. او چنین می‌نویسد:

«این واقعه زمانی است که حکومت مرکزی ایران در منتهای ضعف و پریشانی و اصول خان خانی و لوح قدرت حکومت عشایری بود. دوایر قضایی و انتظامی هزار یک امروز توسعه و قدرت نداشت. امروز با این همه پیشرفت که در شؤون اداری کشور کرده ایم اگر شما برای یک سرقت یا تجاوز عادی، به دوایر مربوطه مراجعه کنید، دچار چندین ساله و مصونیت مجرم میشوید که ما یک اصولی را از قدیم داشتیم از دست داده و رهروی کبک راهم ... نیاموخته ایم! تو خود حدیث مفصل بخوان از این مجمل.

شاید تحت تأثیر همین انتقادات بوده است که در ماده ۱۲ قانون تشکیل خانه‌های انصاف، در تاریخ ۱۳۴۴/۲/۱۸ به خانه انصاف اجازه داده شده که با احراز صحت شکایت، بلافاصله دستور لازم در رفع مزاحمت و ممانعت و تصرف و حتی اعاده تصرف را صادر نماید. ولی حالا مشاهده می‌شود که ماده ۸۲ مورد بحث که بدون ایجاد هر گونه زمینه‌های تربیتی و فرهنگی و آموزش لازم به جامعه و حتی عوامل و مأمورین دست اندر کار بدون تفکیک دعاوی، تا سقف ده

۱۴- سعید غیرت بعد از درج عنوان «زدی از راه قانون» قبل از آوردن شمار می‌گوید: «یادگار ایامی است که زدی و راهزنی از کوه و گردنه‌ها به شهرها و مجاری قانونی نقل مکان کرد و مکتب رفاه و آرزتله و لیب، چینی و اروپا، ساری گشایش یافت. آریات بیست گانه مورد بحث همگی از زبان یکی فرد بد گوهر با بکار نقل می‌شود که چگونگی آیین خود را از کوه و دشت به داخل شهر هلو منتقل گرفتند. در لغات به دوستان قدیمی خود با آب و تاب بیان می‌کنند تا برسند به سنگر جدید چهار بیت آن را بشنویم

«رهاکن دگر راه و رسم کهن	بکی بنشد کبر از تدابیر من
چومن لوی و در سلک حالیه شو	به عدلیه رو یا بمالیه شو-
کمیترنگه میزو بیلاحسم قلم	ز تعقیب ققون چو خوش ایتم
کنون زدی از راه قانون کنم	نه در کوه و صحرا و هامون کنم

ماه به متصرف عدوانی و مستجاوز به حقوق اموال مردم فرصت داده می شود که برود و موضوع را به نحوی حل و فصل کند! یعنی با وقت کشی، متصرف عدوانی اموال مردم را رخصت می دهد تا جری شود و به کار متجاوزانه خود تا سقف ده ماه ادامه دهد! تازه بعد از گذشت ده ماه در محضر مقام محترم قضایی حاضر شده و متن صورت مجلس تنظیمی را انکار و ادعا کند و بگوید این متن بر او تحمیل شده و او بیگناه است!

باز تأکید می کنیم که ما مخالف این گرایش ها در حرکت به سوی هر گونه پیشرفت در نظام دادرسی عادلانه و میانجیگری و حتی شورای حل اختلاف نیستیم بلکه با اقدامات بدون زمینه و غیر قانونی مخالفیم، با تجاوز به حق الناس و تضییع حقوق فردی و اجتماعی مردم و بدین کردن آنان به حاصل خون شهدا و تهدید کردن امنیت جامعه مخالفیم. با مخوش کردن اعتبار و اعتماد دستگاه محترم قضایی و قضات زحمت کش و دلسوز مخالفیم. با سلب استقلال و شأن و عزت و کلاهی مدافع مخالفیم.

د - در مصادیق واقعی و ذهنی اصل « مشارکت اجتماعی مردم »

در روانشناسی بحثی تحت عنوان « تصویر ذهنی » مطرح است که شاید با موضوع مقاله راجع به نحوه دخالت دادن مردم در امور خودشان، در بحث حاضر نیز بی ارتباط نباشد. توضیح بیشتر این که این تصویرهای ذهنی افراد جامعه است که تعیین می کنند که آنان با پدیده های اطراف خود چگونه مواجه شوند. این هم مطرح است که چه بسا تصاویر و اسطوره های ذهنی خاص ما در برخی برداشت تفاسیر و باورهایمان هم واقعیت ها تأثیر خاص و واقعی خود را می گذارد که در انعکاس بیرونی با واقعیت ها همخوانی نداشته باشد!

اکنون بسیاری از اندیشمندان و مسؤولان و مدیران و برنامه ریزان به این موضوع واقفند که اداره امور مملکت و حل مسائل پیچیده اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، و تکنولوژیکی بی مشارکت مردم امکان ندارد، و سعی می کنند تا به عنوان یک معیار جدید و قابل عمل این مقوله را در فرهنگ عمومی جامعه قرار دهند. خواهی نخواهی پایه و اساس برخی برداشت ها، تفاسیر و باورهای غیر منطبق با واقعیت های هستی و دانش جدید می شود و همه این ها چه بسا حتی مانع اتخاذ شیوه های صحیح و کارساز برای بر خورد با مسائل مبتلابه می شوند و عنوان «بندها یا دام های فرهنگ» به خود می گیرند که شاید این حکم شامل خود نگارنده نیز باشد!^{۱۴}

«مشارکت مردم» هم یکی از این مصادیق است که تلقی های گوناگونی در بین مسؤولین، اعم از قضایی و غیر قضایی به خود گرفته است. بحث مشارکت مردمی در اصطلاح حقوقی و عدالت ترمیمی و بطور مشخص در اجرای اصل «میانجیگری» متفاوت است و مسامحه بردار نیست. حال اگر اصرار بر این باشد که نحوه فعلی استفاده از مردم در ترکیب شوراهای حل اختلاف را هم قسمی از این مشارکت مردمی بدانیم برای دل خوش کردن است چون این نوع مشارکت های انتصابی موقت و متزلزل است و اعتماد مردم را جلب نمی کند و با ارزش های حاکم بر حقوق انسانی و شهروندی و استانداردهای جهانی عدالت ترمیمی^{۱۵} و میانجیگری فاصله بسیار دارد. نهایتاً آن را «نهاد سازش ادغام شده در نظام قضایی» می توان نام نهاد که در مقایسه با دیگر نهاد های سازشی و جاهت چنانی ندارد.^{۱۶}

۱۴ - برادفلی، ژاد از مقاله « ملاحظاتی بر اصول فرهنگ عمومی و اصلاح آن » نوشته محمد علی حسین نژاد، فرهنگ عمومی، شماره پنجم ص ۶۶ - زمستان ۷۳
 ۱۵ - عدالت ترمیمی تنها یک فرد یا یک نهاد و یا فردی به نام قانونی و دستگاه عدالت کیفری را مسلط منحصر به فرد نمی کند بلکه مشارکت ناشی از آن به معنای مشارکتی است با اتفاق نظر و اجماع کامل همه درگیر شدگان در پرونده. اعم از بزهداران بزه دیده و جامعه محلی درون فرایند. ترمیمی اصل است، با روابط میان فردی و شخصی است و خودشان تصمیم می گیرند که با توجه به نظم اجتماع و قانون و فرهنگ حاکم جامعه چگونه رفتار کنند و به جبران خسارت و ترمیم زبان های وارنه بپردازند.

۱۶ - آن دو دیگر به ترتیب: «نهاد سازش کاملاً مستقل از نظام قضایی» و «نهاد سازش خصوصی با نظارت نظام قضایی» است.

هـ - دعاوی مطبوعاتی شورای تخصصی حل اختلاف با اومبودسمان مطبوعات

در مصادیق عینی و عملی تخصصی کردن شوراهای حل اختلاف، برای ایجاد صلح و سازش میان طرفین و سازمان دهی آن‌ها ابتدا به بخشنامه پر از «تتابع اضافات» ریاست محترم وقت قوه قضائیه می‌رویم که به تاریخ ۱۳۸۶/۵/۱۸ در روزنامه رسمی کشور به شماره ۱۸۱۸۹ خطاب به رؤسای کل دادگستری‌ها صادر شده است. بعد از آن نیز با نظری به «اومبودسمان» مربوط به فعالیت‌های مطبوعاتی در کشور سوئد می‌اندازیم و بلافاصله با مقایسه‌ای غالباً نا همگون و مختصر سخن را به پایان می‌بریم.

۱ - متن بخشنامه دعاوی مطبوعاتی و ارجاع آن‌ها به شورای حل اختلاف

«به مو جب بند الف ماده ۷ آئین نامه اجرایی ماده ۱۳۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی ... و اهمیت آن‌ها در افزایش مشارکت‌های مردمی و گسترش فرهنگ صلح و سازش و ایجاد رضایتمندی اصحاب دعوی و به منظور جلوگیری از اطاله دادرسی و کاهش تراکم امور و جلوگیری از اتلاف وقت محاکم و دادسراها و بهره‌مندی اصحاب مطبوعات و رسانه از مزایای میانجیگری و مصالحه در راستای بند ۹ سیاست‌های کلان قضایی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری و ضمن توجه دادن قضات شریف به موارد مندرج در فصل نهم از باب اول ق. آ. د. د. ع. ا در امور مدنی و ماده ۱۹۵ ق. آ. د. د. ع. ا در امور کیفری مبنی بر استفاده از صلح و سازش در حل و فصل دعوای و خود داری از توسل به روش‌های رسمی دادرسی در جهت ایجاد زمینه لازم ارجاع دعوای مطبوعاتی به شوراهای حل اختلاف، مقتضی است رؤسای کل محترم دادگستری‌ها لستان‌ها، شعبی از شوراهای حل اختلاف را در مرکز استان‌ها یا بر حسب ضرورت در سایر شهرستان‌ها به دعاوی مطبوعاتی اختصاص دهند و اعضای شورای تخصصی مطبوعات را با رعایت مفاد ماده ۵ آئین نامه فوق‌الذکر (؟) و بخشنامه شماره ۱۳۳۹/۱۳۸۴/۱۰/۲۸ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۲۸ از میان کارشناسان و متخصصان دارای تجربه و تبحر در امور مطبوعاتی و رسانه‌ای، که مهارت لازم جهت ایجاد صلح و سازش را دارند انتخاب نمایند. در جهت اثر بخشی اقدامات شورای حل اختلاف ویژه مطبوعات، رؤسای دادگستری‌ها موظفند ضمن انتخاب و معرفی قاضی مشاور شورای حل اختلاف تخصصی مطبوعات، زمینه مساعد برای امکان استفاده از همکاری و مساعدت سایر مراجع و اشخاص مصلح و مؤثر و تعامل بین شورای حل اختلاف تخصصی ویژه مطبوعات، مرجع قضایی ذیصلاح، هیئت نظارت بر مطبوعات و سایر مراجع ذیربط را فراهم آورند.»

حال به اومبودسمان سوئد، که بیش از دوپست سال سابقه اجرایی و عملی دارد و ساز و کارش در سوئد و حتی در کشورهای دیگر اروپایی مورد عمل است، نظری می‌اندازیم تا با مقایسه در تلقی معنی واقعی میانجیگری و حل و فصل دعوای مطبوعاتی نتیجه لازم را بگیریم.

۲ - اومبودسمان مطبوعاتی

اومبودسمان (ombudsman) یک اصطلاح سوئدی در معنای رابط مردم و اداره است و تاحدی نقش قاضی صلح را ایفا می‌کند.

در سوئد اومبودسمان مطبوعات در کنار دیگر اومبودسمان‌ها فعال است و بعد از اومبودسمان قضایی، اهمیت بیشتری نسبت به بقیه دارد. این اومبودسمان به وسیله کمیته سه نفری مرکب از نماینده سه اومبودسمان موجود، رئیس

کانون و کلا و رئیس کمیته تعاون مطبوعات تعیین می شود.

اگر کسی احساس کند که از طریق مقاله یا عکس مورد اهانت قرار گرفته است جریان را برای لومبوسمان می نویسد. چنانچه لومبوسمان شکایت را وارد تشخیص دهد با روزنامه مربوط تماس می گیرد. روزنامه ها اغلب عذر خواهی می کنند یا در مقاله بعدی نوشته قبلی را اصلاح می کنند. در صورت امتناع، لومبوسمان او را در حضور هیأت منصفه ای مرکب از نمایندگان مطبوعات و ریاست یک حقوقدان محاکمه می کند. شاکی برای جبران خسارت به دادگاه حقوقی مراجعه می کند. در کشور سوئد احترام به زندگی خصوصی مردم با اطلاع رسانی مطبوعات و آزادی آنان از هم جدا شده است و حرمت ها ی هر دو حفظ می شود^{۱۷}.

نکته اول: لومبوسمان در سوئد از سال ۱۸۰۹ فعال است و ۲۰۵ سال سابقه فعالیت دارد. هیأت منصفه مطبوعات در اروپا هم از سال ۱۹۱۶ میلادی تشکیل شده و فعالیت می کند.

نکته دوم: بخشنامه استنادی فوق نوعی راهنمایی برای رؤسای محترم دادگستری هاست که چگونه بتوانند زمینه تعامل و همکاری و مساعدت مراجع و اشخاص مصلح و مؤثر بین شورای حل اختلاف تخصصی ویژه مطبوعات، مرجع قضایی ذیصلاح، هیأت نظارت بر مطبوعات و سایر مراجع ذیربط را فراهم آورند و اصولاً نمود عملی و عینی مشخصی دیگری ندارد و همه دست اندر کاران و اعضای شورا و دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی نامبرده شده در متن بخشنامه و همگی در صورت تشکیل رنگ و بوی دولتی دارند و تحلیل متقنی دایر بر موفقیت یا عدم موفقیت آن ها توسط نگارنده ملاحظه نشده است ولی می دانیم که لومبوسمان سوئد سخت فعال است و کشور هایی از جهان ژ این لومبوسمان ها استقبال و تقلید کرده اند.

نکته سوم: اداره لومبوسمان مطبوعات با نمایندگان رئیس کانون و کلا، رئیس کمیته تعاون مطبوعات و نماینده سه لومبوسمان: قضایی، اقتصادی و مصرف است نه با منصوبان حکومتی.

در خیال این همه لعبت به هوس می بازم بو که صاحب نظری نام تماشا بیزد
«حافظ»

نتیجه:

پایه ریزی تمدن قابل دوام و کارآمد وقتی ممکن می شود که حناقل موازی با رعایت حق حاکمیت حاکمان قدرتمند، (که اسلحه و امکان هر گونه امر و نهی، اجبار و الزام را دارند)، به حقوق الناس هم توجه لازم را معطوف دارند و زمینه ها و شرایط اعمال این حق عمومی و مردمی نیز تدارک شود و این همه قطعاً با اعتقاد قلبی و درونی به آزادی معنوی توده مردم و حقوق شهروندی آنان محقق خواهد شد.

اقدام های اصولی و اساسی در زمینه های مختلف سیاسی، اقتصادی و اجتماعی از زمینه های لازم برای موفقیت نهاد های ترمیمی و سلامتی دستگاه قضایی است. باید از شعار زدگی و جو زدگی پرهیز نمود و با آگاهی و تسلط بر

۱۷ - رک: «سوئد و کیفیت زندگی» نوشته گی نوظلمون ترجمه منوچهر نصرتی انتشارات سروش چاپ اول ۱۳۵۵ / صص ۲۷۰ تا ۲۷۵ و نیز ماهنامه «خادگستر» شماره اول «مرفی قوه قضائیه سوئد» صص ۲۱ و ۲۲

مشکلات واقعی و آمادگی برای هر گونه اقدام های اصولی و اساسی در مسیر رفع موانع حرکت کرد. خوشبختانه حضرت آیت الله شاهرودی این شجاعت را داشتند که در ابتدای پذیرش مسئولیت به تجربیات و در پایان آن نظرات خود را با درک مشکل اصلی بیان کنند. لذا در همان اوایل پذیرفتند که خرابه ای را تحویل گرفته اند و در آخر نیز مضمون سخنانشان این بود که قبل از همه باید در تدارک بهداشت قضایی واقدامات همه جانبه دیگر، آن هم توسط هر سه قوه باشیم و گزینه چاره سازی های ظاهری و توسل به شورا های حل اختلاف درد ما را درمان نکرده و نخواهد کرد، به عبارت دیگر شورا های حل اختلاف واقعی و میانجیگری، اگر بدون زمینه ها و پایه های لازم و فقط به منزله سُکن، تشکیل شوند طبیعی است که اثر ملموس و بارزی غیر از مخفی کردن درد نداشته باشند.

اگر به ترکیب شورا و نحوه تعیین میانجیگر نیز توجه کنیم می بینیم که این نحوه از ترکیب و انتخاب اعضا، آنان را در زمره «منتخبان مردم» قرار نمی دهد، بلکه اینان معتمدن و منصوبان مستقیم حکومت اند در نتیجه داعیه مشارکت مردم در حل امور قضایی، معنا و مصداق عینی و واقعی ندارد حتی کارکنان زحمتکش، جدی، دلسوز و مردمی این تشکیلات خود مصونیت استخدامی و شغلی ندارند و فاقد استقلال قضایی می باشند و غالباً فاقد تحصیلات حقوقی هستند و آشنایی کافی با موازین قضایی ندارند.

داعیه ناشی از گنجاندن میانجیگری در قانون آیین دادرسی کیفری نیز تقریباً همین حکم را دارد و بدون کارشناسی دقیق و شناسایی مشکلات و نیاز های روز مره جامعه و بهره مندی از تحولات جامعه و علوم پیشرفته روز، به خصوص بهره مندی از آثار عدالت ترمیمی به بار نخواهد نشست و حتی ممکن است با ورود فشار بیش تر بر قضات، اجرای آن در عمل با توقف و مشکلاتی نیز همراه باشد مگر این که بخواهند مثل قضیه انحرافی استان اردبیل و گیلان رفتار کنند. معتقدیم اگر قصد و اراده جدی بر تغییر و تکمیل همچنان در مسوولین محترم موجود باشد لازم است در اولین فرصت ممکن، با استخدام قضات با انگیزه و عالم و همکاران اداری با تجربه تشکیلات دادگستری را سامان دهند. بعد از این امر مهم دخیل کردن نهاد های سازش مستقل از نظام قضایی قطعاً مؤثر تر و کارا تر خواهد بود گر نه همان می شود که جمال زاده در کتاب داستانی صد سال پیش خود با عنوان «صحرای محشر» تصویر کرده است.^{۱۸}

گره به باد مزین گرچه بر مراد رود

که این سخن به مثل، مور با سلیمان گفت

«حافظ»

۱۸- «... همه به خود افتاده بودند و معلوم بود پس از آن که عمری - جز تسبیح و تقدیس کاری نداشته اند... اینک که موقع کار و زحمت و دوره خدمت و بروز لیاقت رسیده - از بزرگ و کوچک، همه سخت بیچاره مانده اند و در مقابل آن همه مشکلات جدید تولید عرش و فرشی و آن همه وظایف و توفیقات، که لازمه رفق و تفق امور قیامت و حل و فصل و ظرافت و ستائیز و کارهای باز خواست است در کار خود سرگردان مانده... به قصد خلاص میجت، نری رد کم کریں... و به خیال خوششان... می خواستند کار را به صاحبکار مشتبه ساخته حرکت را به جای برکت به چشم او بکشند و نسور سی نموند که به همین منشی ها می توانند آب تو گوش عالم العیب و الشهاده کرده، کلاه به سرش بگذارند. چشمت به هر کدام شان که می قتلا گوین غم و هم خود دنیا را تو دلش خالی کرده لب... از کثرت گرفتاری و ز فرط خستگی وی خوی می نالیدند و خدا و بیغم را گوی می گرفتند که چنان گرفتاری، و مشغله از سر و کوشش بالا می رود که خود را نمی شناسند و مجال نلرند مرشان را بخار کنند... به نقل از کتاب «بحسب در انشاء و نویسندگی»، به همت احمد - احمدی، انتشارات کتاب فروشی باستان مشهد، چاپ اول، آذر ماه ۱۳۴۴»

اراده‌ی روشن در کنار نظم اجتماعی عادلانه

عاسعلی اکبری حامد

العلی محظوره الاعلی
من بنی فوق بناء السلف

به سابقه‌ی انس والفتی که از نیمه‌ی دوم ۱۳۳۷ ه. خ. با آقای اسماعیل مصباح اسکونی نویسنده‌ی محترم مطالب مندرج در صفحه‌ی ۷۴ و بعد شماره‌ی ۸۶ - نشریه‌ی مدرسه‌ی حقوق دارم شاهد عینی بر نیک نفسی و صدقت نامبرده بوده و هستم. روزی با الهام از تعبیر - مصباح البحث یظهر کل شیء خفی - (پور سینا) خدمتشان عرض کردم بری هر شهری مصباحی لازم است هنوز بر این اعتقادم و راسخ هم شده‌ام.

قطعا اطلاع دارند - کانون و کلا دادگستری به صورتی که در لایحه‌ی قانونی ۱۳۳۱ ه. خ. به وجود آمد حاصل تلاش معنوی ارزنده و احترام انگیزد و شخصیت ایران‌نوست مرحومان: عبد‌العلی لطفی لاریجانی (متولد ۱۲۵۸ - متوفی ۱۳۳۵ ه. خ.) و دکتر محمد مصدق (مصدق السلطنه) متولد ۱۲۶۱ ه. خ. متوفی ۱۳۴۵ ه. خ. می‌باشد. مجلس شورای ملی دوره هفدهم به دنبال تزویر و تدلیس ستاد ارتش در امر انتخابات با جمعیت کمتری راه افتاد و هدف عمده‌ی آن تضعیف و زبین بردن پایگاه‌های اجتماعی دکتر مصدق و محبوبیتی بود که در اثر ملی شدن صنعت نفت ایران و مخالفت با هر نوع

نفوذ خارجی در ایران پیدا شده بود مسائلی با خود داشت و باید به نوعی از بین می‌رفت. مثلاً از منطقه‌ی مهاباد و ساوجبلاغ مکرری و واجد مذهب اهل سنت فردی در لباس روحانیون شیعه به مجلس رفت و چند روزی هم رئیس مجلس شد حیف از آن استاد عالی قدر و فرزانه (حقوق مدنی) که البته به خاطر مقام علمی مغفورو معفواست و شامل گفته‌ی آندره مالرو - انسان بزرگ هرگز وجود ندارد. در سایر نقاط هم ستاد ارتش در امر انتخابات دخالت کرده بود و نتیجه هم گرفته بود وقتی واقعه‌ی سی ام تیر ماه ۱۳۳۱ سر ریز شد مجلس به کار شکنی پرداخت و عمده‌ترین آن کار شکنی در فراهم آمدن قوانین مورد احتیاج و دخالت در امور قضائی بود و دکتر مصدق ناچار به اخذ اختیارات شد و با توجه به رویه‌ی متناول مجالس گذشته که این تفویض اختیار را به بعضی از وزراء داده است و مورد مخالفت دکتر مصدق بود مصدق در شرایط اضطراری آن روز ناچار به اخذ اختیارات شد (خاطرات و تالمات مصدق - صفحه‌ی ۲۵۰ و بعد - چاپ ۱۳۶۴ ه. خ. تهران - پاهتمام مرحوم ایرج افشار).

باستناد قانون اختیارات لایحه‌ی قانونی استقلال تهیه شد در تهیه‌ی آن مرحوم لطفی همراهی داشت و در جلسه‌ی

سه شنبه ۸ - آذر ماه ۱۳۳۲ در جریان محاکمه ی دکتر مصدق اظهار داشت : ... لوائح قانونی آقای دکتر مصدق چه در قسمت مربوط به دادگستری چه مربوط به وزرات خانه های دیگر به من احاله می شد که من یا خودم موادی تنظیم می کردم و یا به کمیسیون که برای این کار تشکیل داده بودم میبردم که کمیسیون آن را حلاجی کند و (صفحه ی ۶۸ - صورت جلسه ی محاکمه - چاپ بنگاه مطبوعاتی روشنفکر - تهران). به این صورت لایحه ی استقلال حاصل شور و مشورت جمعی بود و اصول مقبول ملل متمسک در امر نمایندگی در دعوی و دفاع را ملحوظ داشته است. عمده هدف این لایحه قانونی آزادی عمل دادن با حقائق حق در امر دفاع و ارائه اراده ی روشن در کنار نظم اجتماعی عادلانه بود. بدبختانه نفوذ عوامل نا مطلوب خواه از بیرون و خواه از داخل کانون شرایطی به وجود آورده است که حالیه در مورد (آسیب شناسی کانون و کلا) طرح مطلب شود مطالب معنونه در حد کلیات قابل بیان است که کلاً آن ها را عیب و ایراد برای کانون نمی توان تلقی کرد و این نکته به هدف لایحه و عرض مطالب دو تیشه عنوان نمی شود و بدون قصد جسارت و در حد درس پس دادن به مطالبی اشاره برای استفاده بیشتر می کنم. زوج بودن اعضای هیأت مدیره ی کانون مرکز را با توجه به روح مفادی و نص لفظی لایحه و غیر قابل تعمیم بودن در مورد سایر کانون های کشور ایراد و اشکال برای نهادن کانون و کلا نمی توان محسوب داشت. لایحه ی قانونی بر اساس احترام به آزادی تدوین شده و قبول باید داشته باشیم در شرایط - آزادی - همیشه سخنان خوش آیند شنیده نمی شود. به هر نوع عقیده و نظری باید اجازه و فرصت اظهار نظر و عمل داد تا بیمارهای حاصل از شرایط را روشن و امکان علاج بدهد با این ترتیب بلافاصله باید پرسید اظهار تالمی بدین صورت چرا باید مطرح شود؟

...چند دستگی و گروه گرایی داخل کانون ها کما کان به عنوان یک افت؟؟ آسیب رسان در دل کانون ها پا برجلست و در مبارزه و رقابت بین این گروه ها و تشکل ها برای هر چند بیشتر سهم گرفتن در مدیریت کانون ها سبب صرف و هرز رفتن نیرو می شود که همدلی و اتحاد این نیرو می توانست نه تنها جلوی بروز فشار ها و مشکلاتی که تا به امروز داشته ایم بگیرد (عین متن)

در امور نظری و مضامین قطعی ناشده اختلاف عقیده و رویه و مرام طبیعی و غیر قابل اجتناب است و همدلی و اتحاد در ضمن مطلوب بودن امکان نداشته و ندارد. به این توصیه ولادیمیر لولیانوف لنین (متولد ۱۸۷۰ متوفی ۱۹۲۴ میلادی) به نقل آنتره مالرو (۱۹۷۶ - ۱۹۰۱ میلادی) در کتاب (ضد خاطرات) دقت مفید خواهد بود: همیشه امکان اقدام مشترک هست به شرطی که نه شعارها با هم آمیخته شوند و نه پرچم ها. (صفحه ی ۵۸۰ - چاپ ۱۳۶۷ - ه. خ. - تهران)

در شرایطی که هنوز (بشر ظلوه و جهول) به ظرفیت کامل ذهنی و معنوی خود نرسیده است و در طریق پیشرفت است خود باوری های غافل از هشدار - (غیث الدین ابوالفتح عمر ابن ابراهیم) معروف به (خیام) نباید غافل باشند که (نسبت) را در این مصراع تعلیم می دهد - (کای بی خیران راه نه اینست و نه آن) - و فقط باید احتیاط کرد و راه حل را فقط به شرط - (اقدام مشترک) افراد بشری مقدور و ممکن تلقی کرد. در این شرایط نسبت مفاهیم شیوه کار در چهار نامه ی لاتینی (جان لاک متولد ۱۶۳۳ - متوفی ۱۷۱۴ میلادی) یافت می شود که مجموع این چهار نامه در سال ۱۶۸۹ میلادی تحت عنوان :

A letter concerning toleration

به انگلیسی ترجمه شده است و دعوت به صبر و بردباری در قبال گروه های فکری مختلف را توصیه می کند و طبعاً در دستگاه هایی نظیر کانون و کلا تفید و توجه به این دعوت به احتیاط لازم و واجب است متالم شدن از چند دستگی و گروه گرایی داخل کانون ها قطعاً و حتماً غیر موجه می باشد و مجال دادن به گروه های مختلف اجازه می دهد

قدمی هم در تأمین - (فراهم آوردن وسایل پیشرفت علمی و عملی و کلا) بند ۴ - ماده ۶ لایحه ی قانونی استقلال برداشت، یعنی نوعی فعالیت علمی در جهت آموختن و پرورش فکری و روی در قبله آزادی فکر و افزودن بر دایره ی معرفت بشری لائق در امور حقوقی و ارائه ی راه حل مناسب و عملی و اجتناب از تقید و تعصب از هر نوعی که بوده باشد در مورد تعدد اعضای هیأت مدیره ی کانون مرکز آن چه از سابقه تلویز این لایحه ی قانونی این بنده ضعیف را معلوم می باشد این که سخن گوی دولت و وزیر امور خارجه ی وقت (دکتر حسین فاطمی متولد ۱۲۹۵ - نائین و متوفی در ۱۹ - آبان ماه ۱۳۳۳ ه. خ.) به شرح روزنامه ی (باختر امروز) شماره ۱۰۳۳ مورخ پنجشنبه هفتم اسفند ماه ۱۳۳۱ در مصاحبه ی خود از امضا شدن لایحه ی قانونی در ۱۳ ماده توسط مرحوم دکتر مصدق خبر داد و نشر و ارائه متن آن را به هفته ی بعدی موکول کرد. در شماره ی ۱۰۴۶ - مورخ سه شنبه ۱۲ - اسفند ۱۳۳۱ (باختر امروز) هم متن لایحه چاپ و منتشر گردید و طبق ماده ی ۲ - مندرج در صفحه ی ۶ - روزنامه ی رسمی اعضای هیأت مدیره ی کانون مرکز - (دوازده نفر اصلی و شش نفر علی البدل) معین شده است و در مجموعه ی قوانین سال ۱۳۳۱ هم همین رقم قید شده است (صفحه ی ۳۶۹ - از نشریات روزنامه ی رسمی کشور) در جلد سوم - از مجموعه ی قوانین دوره ی هجدهم قانونگذاری هم همین رقم مقیده در متن اولیه لایحه ی استقلال درج شده است. فقط در مجموعه ی قوانین ۱۳۳۳ منتشره توسط روزنامه ی رسمی عدد (بازده) دیده می شود (صفحه ی ۲۳۸) این یکی اشتباه چاپی می باشد. با این متن معتبر از لایحه ی قانونی طبعاً اگر به هر علت مشروع و غیر مشروع دشواری هایی تولید شد نتیجه ی اعمال نفوذ و بی اعتنائی به موازین قانونی است. در سال ۱۳۴۶ تعارضاتی که در کانون تهران وجود داشت ادامه ی کار برای دکتر متین دفتری دشوار شد چون گفته بود: من اصلاح دادگستری را از کانون شروع می کنم. و مجبور به کناره گیری شد - این نمونه ها حکایت پرغصه ی سرنوشت تلخ (قانون) را در همان حال وهوایی نشان می دهد که مرحوم حاج عبدالرحیم نجار زاده طالبوف تیریزی (۱۳۲۹ - ۱۲۵۰ ه. ق.) در (مسالك المحسنين) گفته است: اگر آتش منجمد شد و یخ سوخت در ایران هم حکومت قانون سر گرفت (صفحه ی ۶۹۸ مجله ی سخن - دوره ی ۱۶) این بیماری بی توجهی به قانون و مقررات در نظام مشروطیت قانون اساسی و نظام شورائی را به صورت هجویه و مضحکه در آورد در تجزیه و تحلیل Leonard Binder بدین صورت از آن تصویری ارائه گردید:

Constitutionalism as presently maintained in IRAN is a force

صفحه ی ۱۲۹ - به نقل از کتاب:

Political development in chancing society

(صفحه ی ۸۵ - چاپ ۱۹۶۲ - نیویورک).

وقتی هیأت مدیره ها در اعم اغلب واله و مرعوب صاحب قدرت ها هستند چه لزومی برای افزایش مدت خدمت هیأت مدیره وجود دارد؟ دو درجه اثنی تلقی کردن انتخاب هیأت مدیره هم دعوی بلادلیل و فاقد حجت است در قسمت اخیر ماده یک لایحه ی قانونی ارکان کانون احصا شده است از جمله - (الف = هیأت عمومی) و (ب = هیأت مدیره). به شرح ماده ی ۲ - لایحه ی قانونی هیأت عمومی اعضا هیأت مدیره را انتخاب می کند و مستنبط از استقرا با اعمال حق انتخاب و احراز صحت جریان انتخابات هیأت عمومی به وظیفه و اعمال حق قانونی خود اقدام و بیش از آن اختیاری ندارد و دیگر موضوعی برای هیأت عمومی باقی نمی ماند.

افراد انتخاب شده برای هیأت مدیره طبق ماده ی ۵ سمت های اعضا را با انتخاب عملی می سازد و این امر انجام دو امر متفاوت و توسط مراجع مختلف است نمی توان بدو درجه اثنی بودن انتخابات اشاره کرد. موهوم و بی اساس خواهد بود. در مورد نحوه ی برخورد با افراد حرمت خواه کانون چه کاری میتواند بکند؟ آیا داغ و درفش نسخه ی مفید تواند بود؟ فردی که رعایت ادب و نزاکت نمی کند و خشونت رفتار شاغلان به امر رسیدگی به دعاوی از آن سر تاریخ ایران تا عصر نا هنا به تندی برخورد مسئولان قضائی در اعم اغلب اشاره کرده اند و عیب زدگانی در رساله ی تعریفات سنگ تمام

وضع این رفتار را بعضا با کلمات خشن قلمی کرده و در آخر سر (السعيد) را چنین معنی کرده است - (... آنکه هرگز روی قاضی نبیند) و بعد حرف های دیگر که از ذکر آن ها اعتذار دارم، به هر حال توجه به این نکته هم لازم است و کالا در بعضی موارد - مرخصی گرفتگان از بهشت نمی باشند که به این دنیا آمده اند تا احقاق حق کنند و عملا هدف مشروع احقاق حق را - به هر وسیله ی غیر مشروع مقذور می دانند و امینوارم نظیر دلارام مشکل بسند شاعری فصیح و بلیغ مورد عتاب قرار نگیرم که بعد از شنیدن مطالب شاعر گفت: که ای شاعر انتر سخن ژرف بنگر. من شاعر نیستم ولی به انتقاد از خود هم معتقدم بگذریم حدیث مستند به ماده ی ۱۹۳ - آئین نامه ی زنان ها مبنی بر ساختن اتاقی به هزینه ی کانون برای ملاقات با موکل زنلانی - چک بلامحل است با کدام محل و ردیف بودجه جهت هزینه کردن به این امر می توان اقدام کرد هرلدلسکی (متولد ۱۸۹۳ - متوفی ۱۹۵۰ میلادی) از اساتید علوم سیاسی لندن و از روسا اسبق کمیته اجرائی حزب کار گر بریتانیا - در مورد دادگستری بریتانیا روزی گفته بود - دادگستری هتل ریتس The RITZ hotels است همه می توانند بدان وارد شوند ولی از کسی پذیرایی می شود که بتواند از عهده ی هزینه های آن برآید منظورش است توسط سزار ریتس (۱۹۱۸ - ۱۸۵۰ میلادی) تاسیس شده است و از هتل های گران قیمت لندن می باشد - با این هزینه های بالا رونده ی دائمی داجرسی در دادگستری ایران می توان گفت دادگستری مقام برتر در هزینه تراشی دارد و از هتل مزبور هم جلوزده است معلوم نیست چرا باید اطاق و میز و صندلی آن هم باید از بودجه ی نامعلوم کانون ها پرداخت شود - آیا نویسنده محترم خبر دارند که ساختمان های جدید دادگستری در ولایت با وجود سائنها و اطاقهای وسیعی که ساخته شده اند حالیه در بعضی موارد با دیوار کشی و تقسیم بندی سالن ها جهت اسکان کارکنان و بایگانی کردن پرونده دچار تنگی محل و جا شده اند - فکر این وقایع مستحدث هم شده است؟ در تبریز حتی در بلوار آذربایجان ساختمان مفصل جدیدی احداث شده است. کانون نباید تعهداتی در این خصوص بگیرد.

بالاخره بند (د) الحاقی به ماده ی ۸ - مصوب ۱۳۷۳ - نظر نویسنده ی محترم به قرینه ی مستفاد از عبارت (.....) با انجام نصف مدت مقرر کار آموزی (مصون از خدشه و ایراد است. در مورد نظریه معایر با قانون دادگاه عالی انتظامی قضات باید گفت طبق اصول این نظریه اعطای پروانه ی بدون اختیار قطعا قابل اتیان نیست و به دلالت صریح و التزامی و تضمینی مستفاد از معافیت نصف مدت مقرر کار آموزی در ضرورت اختیار مقدم بر صدور پروانه ی و کالت باید توجه شود و به محسوسات و زورورزی ها قناعت نشود در همه احوال تصمیم قاضی نباید معایر قانون باشد و در صدور حکم هم به ضابطه ی مقرر در ماده ۴ - قانون آئین داجرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ حوزه ی عمل دادگاهی انتظامی قضات را محدود به مورد خاص و پرهیز از صدور حکم به صورت عام و کلی می کند. لذا اگر در موردی نظریه ی کانون نقض شود اتباع از آن به علت مخالف قانون بودن موجه نخواهد و دادگاه انتظامی قضات بهتر است به دقت نظر های مرحوم محمد بروجردی عبده توجه داشته باشد که یکی از افتخارات تاریخ قضائی ایران بود و امانت و تقوی و حسن استنباط قضائی را با هم داشت و کار کانون باید - باید - بر تقوی - باشد و الامور عتاب و خطاب - شیخ العالی سیف الدین باخرزی خواهد بود که او را:

..... غلامی بود دانشمند و حافظ و نام او - (نافع) - و حرکتی صادر گشته بود شیخ او را عتاب می فرمود. نافع فتولهای ائمه بیرون آورد و عرضه کرد که من به این فتواها عمل کرده ام. شیخ عالم قدس الله سره بر وی غضب کرد و گفت: ای مدبر کار ما تقوی است نه فتوی (صفحه ی ۱۱۳ - دو رساله ی عرفانی در عشق - به کوشش ایرج افشار - چاپ ۱۳۵۹ - تهران) و ان خیر الزاد التقوی (آیه ی ۱۹۷ - بقره)

لذا اصرار باستناد نص ماده و بند (دال) الحاقی برای کانون واجب و لازم است و در قبال نص هر نوع اجتهادی مقوت است.

شرایط و مصادیق تعدیل اجاره بها

محمد صادق جاووشی ■ مینا ابراهیمیان ■

مقدمه:

اجاره عقدی است معوض و از حیث رابطه ای که بین دو عوض در این گونه قراردادهای پیدا می شود و آثاری که در خود به جا می گذارد، با بیع شباهت کامل دارد. اجاره نیز، مانند بیع، از حیث شرایط انعقاد و آثار، تابع قواعد عمومی قراردادهای است، مانند همه ی قراردادهای، دو طرف باید اراده جدی و سالم داشته باشند، قانون آنان را برای معامله اهل بشناسد، انعقاد اجاره نیاز به موضوع معین و معلوم دارد و سرانجام باید جهت قرارداد شروع باشد.

هدف از عقد اجاره این است که موجر منفعت مورد اجاره یا به بیان دقیق تر، حق مالکیتی را که بر منافع دارد در برابر عوض به مستأجر تملیک و تسلیم کند. از آنجا که هدف از اجاره انتفاع منافع است به همین دلیل موضوع آن باید عین باشد خواه معین یا کلی.

موضوع اجاره باید از جمله اموالی باشد که استفاده از آن با بقای عین ممکن است از طرف دیگر موجر باید مالک منفعتی باشد که واگذار می کند ولی لازم نیست که مالک عین هم باشد زیرا آن چه که در این عقد موضوع مبادله قرار می گیرد منافع مال است نه خود آن به بیان دیگر موجر

سلطه خود را در انتفاع از مورد اجاره به مستأجر انتقال می دهد. پس کافی است که این سلطه را دارا باشد، خواه بر مال دیگری یا بر مال خود. عقد اجاره لازم است و تا زمانی که مدت آن پایان نیافته است نه موجر حق دارد تخلیه مورد اجاره را بخواهد و نه مستأجر حق دارد اجاره را فسخ کند. انحلال اجاره در این مدت در مواردی ممکن است که قانون به یکی از طرفین حق فسخ دهد، یا مالک و مستأجر در انحلال اجاره با هم توافق کنند. از تعهدهای اصلی مستأجر در عقد اجاره پرداختن اجاره بها است مالک و مستأجر در تعیین میزان اجاره آزادی دارند و مقدار اجاره ای که تعیین می شود تا پایان مدت اجاره تغییر ناپذیر است و طبق ق.م.دو طرف حق ندارند به بهانه کم یا زیاد شدن هزینه زندگی، درخواست تعدیل آن را بکنند. ضمانت اجرای تعهد مستأجر در پرداخت اجاره بها این است که هرگاه امتناع مستأجر پس از تسلیم عین باشد، موجر باید اجاره او را درخواست کند. تاخیر در پرداختن اقساط اجاره یا امتناع از تادیه آن به موجر حق فسخ نمی دهد ولی در اجاره املاک شهری، تخلف از پرداخت اجاره به موجر حق فسخ می دهد. (بند ۷ ماده ۵ ق.م.م.س ۶۲ و بند ۹ ق.م.م.س ۵۶).

گفتار نخست: شرایط تعدیل اجاره بها

یکی از دشواری های بررسی وضع اجاره این است که در قوانین ما همه اقسام آن تابع یک قانون نیست. این اشکال در نتیجه سابقه تاریخی قانونگذاری در این باب به وجود آمده است: بدین معنی که بعد از تصویب جلد اول قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ تا مدت ها عقد اجاره در تمام صورت های خود تابع این قانون بود و تنها قانون تجارت ۱۳۱۰ تصدی حمل و نقل را در زمره اعمال تجارتي شمرد و قراردادهای حمل و نقل را تابع قواعد حاکم بر وکالت و مقررات استثنایی آن قانون کرد. ولی جنگ جهانی دوم و حوادث بعد از شهریور ماه ۱۳۲۰ به کلی نهادهای اجتماعی این رابطه حقوقی را دگرگون ساخت. کارگران به صورت طبقه خاصی در برابر سرمایه داران قرار گرفتند و بالا رفتن میزان اجاره ها به صورت یکی از عوامل ترقی هزینه زندگی درآمد. این ضرورت ها سبب شد که، نه تنها دولت با وضع قوانین کار اجاره اشخاص را به کلی در نظارت خود بگیرد، با تصویب آیین نامه تعدیل اجاره بها، بسیاری از قواعد مدنی را در اجاره محل کسب و سکونت تعدیل کند. قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۶ و ۱۳۵۶ این قانون را نیز بر همه اقسام اجاره حاکم نشمرد.

همچنین، یادآوری این نکته نیز لازم است که، گذشته از قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ که بر اجاره محل سکونت حاکم است، قوانین اصلاحات ارضی نیز درباره اجاره مالک مزروعی و تنظیم روابط بین مالک و زارع احکامی دارد که به نوبه خود باید رعایت شود آخرین قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ نیز اجاره ها را به دو گروه تقسیم کرده است:

۱. اجاره های گذشته که تابع قانون تقدیم است.

۲. اجاره هایی که از این پس واقع می شود تابع قانون جدید است.

بنابراین تشخیص قانون حاکم بر هر مورد از مهمترین مسائلی است که دادرس با آن روبرو می شود. اما اصل این است که قانون مدنی به عنوان قانون مادر بر تمام اجاره ها حکمفرماست و دادرس باید استثناهای آن در قانون مالک و مستأجر جستجو کند.

اجاره بها با پیش بینی اوضاع اقتصادی در مدت اجاره معین می شود. ممکن است وضع آینده با آنچه انتظار می رفته تفاوت کند ولی این خطر در همه معاملات وجود دارد و قبول آن لازمه زندگی اجتماعی و تجارت است. بنابراین در مدت اجاره هیچ یک از طرفین حق ندارد به بهانه ترقی یا کنترل هزینه زندگی درخواست تعدیل اجاره بها را بکند. ولی در ق.ر.م.م رابطه حقوقی آن دو به طور نامحدود ادامه دارد و معلوم نیست تا کی یابند به قرارداد خود باقی می مانند. ممکن است انتفاع مستأجر از مورد اجاره سال ها ادامه یابد و در این مدت حوادثی رخ دهد که از حوصله احتمال و پیش بینی آنان خارج باشد، پس عدلانه است که بعد از مدت معقولی هر یک از موجر و مستأجر بتوانند از دادگاه درخواست تعدیل اجاره را بکنند. از مفاد ماده ۴ چنین بر می آید که برای پذیرفته شدن درخواست تعدیل سه شرط لازم است:

۱. اثبات ترقی یا تنزل هزینه زندگی ق.ر.م.م در این باره شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرف شده که از طرف بانک مرکزی منتشر شده را ملاک تمیز ترقی و تنزل هزینه زندگی قرارداده ولی لایحه قانون اصلاح ماده ۴ ق.ر.م.م سال ۱۳۵۸ ماده ۴ را بدین گونه اصلاح کرده که به جای توجه به درصد شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی «دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد کرد».

۲. پایان مدت اجاره: اعم از اینکه اجاره برای بار اول باشد یا به درخواست یکی از دو طرف تجدید شده باشد.

۳. گذشتن سه سال از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ حکمی که میزان اجاره بها را تعیین کرده است. باید از تاریخی که درباره میزان اجاره توافق شده است یا دادگاه در آن باره تصمیم گرفته است سه سال گذشته

باشد زیرا ترقی و تنزل هزینه زندگی در کمتر از سه سال به اندازه ای نیست که تعدیل اجاره را اقتضا کند. بنابراین مبدأ احتساب ۳ سال باید از تاریخی باشد که مستأجر به موجب آخرین اجاره نامه یا حکم دادگاه از عین مستأجره استفاده می کند و مدت هایی که در اجاره های سابق گذشته به حساب نمی آید رای دادگاه در باب تعدیل وضع تازه ای تاسیس می کند و اصولاً باید ناظر به آینده باشد ولی ماده ۵ ق.ر.م.م به خاطر رعایت عدالت این نتیجه را نپذیرفته و آن را از تاریخ تقدیم دادخواست شناخته است بنابراین در موردی که درخواست کننده موجر باشد می تواند ضمن دادخواست تعدیل، تفاوت دو اجاره سابق و تعدیل شده را نیز از مستأجر مطالبه کند در این صورت دادگاه ضمن صدور حکم راجع به تعدیل، مستأجر را به پرداخت مابه التفاوت از تاریخ تقدیم دادخواست تا روز صدور حکم محکوم می نماید. دایره اجرا مکلف است خسارت تاخیر تادیه از تاریخ قطعیت تا تاریخ اجرای حکم را به قرار دوازده درصد در سال احتساب و از مستأجر وصول و به موجر بپردازد. دعوای تعدیل اجاره به زمانی مطرح می شود که مدت اجاره موضوع محل کسب، پیشه یا تجارت منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره نیز سه سال تمام گذشته باشد. در این صورت چنانچه بین موجر و مستأجر در مورد میزان اجاره بهای جدید توافق نشود هر یک می توانند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی در خواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنمایند. در این حالت دادگاه با تعیین کارشناس و جلب نظر او میزان این اجاره بهای عادلانه را تعیین خواهد کرد. ماده ۴ ق.ر.م.م اصلاحی ۱۳۵۸: «موجر یا مستأجر می توانند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی در خواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنمایند. مشروط به این که مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که تعیین و تعدیل اجاره بها صادر شده ۳ سال تمام گذشته باشد دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد کرد، معاونت آموزش قوه قضاییه این دعوا را غیرمالی دانسته اما اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی شماره ۰۹۸۴/۷-۱۳۶۱/۳/۲-۷۱ دعوای تعدیل اجاره بها را مالی دانسته است. به نظر آن اداره چون دادگاه مبلغ و میزان اجاره بها را پس از رسیدگی تعیین می کند و مبلغ تعیین شده طبق ماده ۵ ق.ر.م.م از تاریخ تقدیم دادخواست قابل اجراست لذا این دعوا مالی است. از آنجا که در این دعوا فقط میزان اجاره بها تعیین می شود و اگر مورد مطالبه قرار نگیرد دادگاه حکم به پرداخت مابه التفاوت اجاره بهای فعلی و قبلی نمی دهد لذا غیرمالی بودن این دعوا که رویه قضایی نیز آن را برگزیده است موجه تر به نظر می رسد این دعوا معمولاً در دادگاهی اقامه می شود که عین مستأجره محل کسب، پیشه یا تجارت در حوزه قضایی آن دادگاه واقع شده است.

در صورتی که بین طرفین در مورد رابطه استیجاری و تحقق شرایط تعدیل اجاره بها تعارضی نباشد دادگاه مبادرت به صدور قرار کارشناسی خواهد کرد مشروط به اینکه طرفین در جلسه دادگاه در مورد میزان اجاره بها برای سه سال توافق نکنند. بنابراین دادگاه مبادرت به صدور قرار کارشناسی برای تعیین اجاره بها می نماید. و اگر بخواهد کارشناس انتخاب کند باید به قید قرعه باشد. پس از آنکه کارشناس با مطالعه پرونده و بازدید از ملک مورد اجاره نظریه خود را به دفتر دادگاه تقدیم می نماید مدیر دفتر دادگاه با انضمام نظریه به پرونده آن را به دادگاه ارسال می دارد. مطابق ماده ۴ ق.ر.م.م سال ۵۶:

۱. با توجه به تصویب ق.ر.م.م سال ۶۲ و خروج ماکن مسکونی از مقررات ۵۶ و منتفی شدن عقد اجاره این گونه اماکن با انقضای مدت اجاره، تعدیل اجاره بها در مورد اماکن مسکونی مقبول و مسموع می باشد.
۲. مراد از تعدیل اجاره بها صرفاً افزایش آن و طرح دعوا از ناحیه موجر نمی باشد چه ممکن است به علت رکود اقتصادی، اجاره بها کاهش یابد که در چنین موردی مستأجر حق دارد تقاضای تعدیل آن را بنماید.
۳. شرط پذیرش دعوای تعدیل، انقضای مدت ۳ سال تمام در زمان تقدیم دادخواست است نه در زمان صدور حکم.
۴. کارشناس برای تعدیل اجاره بها، باید اجاره بهای زمان تقدیم دادخواست را برای مورد اجاره تعیین و اعلام دارد. نه قیمت روز انجام کارشناسی را.

۵. کارشناس در زمان تعیین اجاره بها باید پرداخت یا عدم پرداخت سرقفلی اولیه را مد نظر قرار دهد. زیرا پرداخت سرقفلی در بدو اجاره باعث کاهش میزان اجاره بها می باشد.

۶. در دعوی تعدیل، احراز رابطه استیجاری برای رسیدگی و صدور حکم کافی است و نیازی به احراز مالکیت خواهان نمی باشد.

۷. تعیین میزان اجاره بها توسط کارشناس با توجه به وضعیت و موقعیت مورد اجاره از نظر مساحت، رونق کسب، محل استقرار و نظایر آن صورت می گیرد و ارتباطی به میزان اجاره بهای قبلی ندارد.

۸. تا زمانی که دعوی تعدیل اجاره بها مطرح نشود، امکان تعیین اجاره بهای جدید از طرف دادگاه نمی باشد، ولو بیش از سه سال از تعیین اجاره بهای قبلی گذشته باشد.

مطابق ماده ۵ ق.ر.م.م سال ۵۶:

۱. دعوی مطالبه مابه التفاوت دعوی مالی می باشد، هر چند دعوی تعدیل اجاره بها در زمره دعوی غیر مالی است.

۲. خسارت تأخیر تادیه، با توجه به شاخص بانک مرکزی و بدون طرح خواسته از ناحیه موجر و رسیدگی و صدور حکم قابل اجرا نمی باشد.

۳. با عنایت به تصویب ماده ۵۱۳ آ.د.م. مصوب ۱۳۲۹ که تعیین خسارت تأخیر تادیه را صرفاً بر مبنای شاخص بانک مرکزی مجاز دانسته، محاسبه خسارت بر مبنای ۱۲ درصد فسخ گردیده است.

۴. با توجه به این که از زمان تقدیم دادخواست تعدیل اجاره بها صورت می گیرد، مبنای محاسبه مابه التفاوت نیز از همین تاریخ است.

با جدا شدن حقوق کار از حقوق مدنی، بخش مهمی از اجاره اشخاص از قلمرو این شعبه حقوق خارج شد و دولت به وسیله قوانین کار و بیمه های اجتماعی رابطه کارگر و کارفرما را در اختیار گرفت. لیکن باید توجه داشت که حقوق کار همه روابطی را که بر مبنای اجاره اعمال به وجود می آید را در بر نمی گیرد. شما وقتی برای دوختن لباس خود به خیاط رجوع می کنید به زبان قانون مدنی، دیگران را اجیر می کنید ولی اجیره، کارگر شما به حساب نمی آیند و قانون کار بر بیمانی که بسته شده است حکومت نمی کند. ق.م. در اجاره اشخاص، بین قرارداد کار و پیمانکاری تفاوتی نگذارده و در بند ۱ ماده ۵۱۳ اجاره خدمه و کارگران را از هر قبیلی که باشد در یک گروه آورده است. نکته ای که می توان در قانون کار یافت این است که اشخاصی که مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات استخدامی هستند و کارگران کشاورزی و خدمه و مستخدمین منازل و اعضای کارگاه های خانوادگی مشمول مقررات قانون کار نیستند.

حقوقدانان در این زمینه به توافق نرسیده اند ولی به عنوان نتیجه می توان گفت در تمام مواردی که اجیر در اجرای کاری که به عهده دارد از دستور مستأجر اطاعت می کند یا از نظر اقتصادی تابع است و سود و زین کارش به او می رسد، بر روابط آنان قانون کار حکومت می کند و در مواردی که اجیر برای خود کار می کند و چگونگی اجرای تعهد نیز با خود اوست قانون مدنی حاکم است و می توان قرارداد را پیمانکاری یا مقاطعه کاری نامید.

در عقد اجاره باید میزان منفعت مشخص باشد در اجاره حیوان تعیین میزان منفعت یا به بیان مدت اجاره است یا به بیان مسافت و محلی که راکب یا محمول باید به آنجا حمل شود. در اجاره اشیا مدت اجاره باید معین باشد و الا اجاره باطل است. در اجاره اشخاص نیز میزان منفعت انجام دادن امر معین مشخص می شود.

حق مالکیت نیز مانند سایر احوال شخصیه محترم و نا محدود است ولی پاره ای از حقوق فردی را به سبب حفظ نظم عمومی می توان محدود کرد. چون مسکن و منزل برای خانواده ها و محل کار آنها از اهمیت بالایی برخوردار است می توان این حق را محدود کرد که وضع قوانین تعدیل اجاره بها به این منظور است.

دعوی تعدیل اجاره بها زمانی مطرح می شود که مدت اجاره موضوع محل کسب، پیشه یا تجارت منقضی

شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره نیز سه سال تمام گذشته باشد در این صورت چنان چه بین موجر و مستأجر در مورد میزان اجاره بهای جدید توافق نشود، هر یک می توانند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنمایند در این حالت دادگاه با تعیین کارشناس و جلب نظر او میزان اجاره بهای عادلانه را تعیین خواهد کرد. (ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر اصلاحی ۱۳۵۷/۹/۲: «موجر یا مستأجر می تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنماید، مشروط به این که مدت اجاره منقضى شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که تعیین و تعدیل اجاره بها صادر شده سه سال تمام گذشته باشد دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد کرد.» معاونت آموزش قوه قضاییه این دعوا را غیر مالی دانسته است؛ اما اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸۴ - ۶۱۳/۲ - ۶۵: «وای تعدیل اجاره بها را مالی دانسته است. به نظر آن اداره چون دادگاه مبلغ و میزان اجاره بها را پس از رسیدگی تعیین می کند و مبلغ تعیین شده طبق ماده ۵ قانون روابط موجر و مستأجر از تاریخ درخواست قابل اجراء است، لذا این دعوا مالی است. همان گونه که پیش از این اشاره گردید، مقتن مواردی از تعدیل قانونی قرارداد را در عقد اجاره مقرر نموده است که ذیلاً به بررسی آنها می پردازیم

گفتار دوم: مصادیق تعدیل اجاره بها

۱. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲

به موجب ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «موجر یا مستأجر می تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنماید، مشروط به این که مدت اجاره منقضى شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که بر تعیین یا تبدیل اجاره بها صادر شده سه سال تمام گذشته باشد دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد نمود. حکم دادگاه در این مورد قطعی است.»

این ماده به صراحت حق تعدیل میزان تعهدات قراردادی را مورد تصریح قرار داده است. به دلیل این که موجر به لحاظ انقضاء مدت، حق درخواست تخلیه را ندارد، بنابراین، احتمال دارد مورد اجاره چندین سال در ید مستأجر بماند و موجر نتواند مورد اجاره را تخلیه کند. از سوی دیگر، ممکن است با گذشت زمان، هزینه های زندگی و بهای اجاره تنزل یا ترقی داشته باشد. از این رو، مقتن پیش بینی نموده که موجر یا مستأجر بعد از انقضای مدت اجاره می تواند درخواست تنظیم اجاره نامه جدید کرده و در صورتی که از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی تعدیل، سه سال گذشته باشد، تقاضای تعدیل نماید. علت این که مقتن تعدیل اجاره بها قبل از انقضای سه سال را نپذیرفته است، مسأله کنترل قیمت اجاره بها می باشد تا موجر نتواند هر سال با انقضای مدت اجاره، مال الاجاره را افزایش داده و موجب افزایش قیمت اجاره املاک شود.^۱

ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، برای هریک از موجر و مستأجر این حق را شناخته است که با حصول شرایط مذکور در این ماده، درخواست تجدیدنظر در میزان اجاره بها نمایند. به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۵۶۳۹ - ۱۳۶۰/۱۲/۱ - ۱۳۶۰/۱۲/۱ اداره حقوقی قوه قضاییه، توافق موجر و مستأجر بر این که حق درخواست تعدیل مال الاجاره را نداشته باشند، باطل و بلا اثر است؛^۲ زیرا این توافق باعث جلوگیری از اجرای مقررات قانون روابط موجر و مستأجر بوده و مطابق ماده ۳۰ قانون مذکور، دادگاه می تواند آن را باطل و بلا اثر اعلام نماید.

به موجب قسمت اخیر ماده ۴ قانون فوق‌الذکر نیز، حکم به تعدیل اجاره‌بها از سوی دادگاه‌ها بر اساس درصد شاخص کل بهای کالاها و خدمات مصرفی منتشر شده از طرف بانک مرکزی ایران صورت می‌گرفت، اما این قسمت از سوی شورای عالی انقلاب فرهنگی در تاریخ ۱۳۵۸/۹/۲ اصلاح شد و به جای درصد شاخص بهای کالاها و خدمات، نظریه کارشناس در مورد تعیین اجاره‌بها به نرخ عادلانه روز، مبنای صدور حکم قرار گرفت. به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۲۱۴۴۰-۱۳۵۹/۴/۲۹-اداره حقوقی قوه قضائیه: «تاریخ تعدیل اجاره‌بها، تاریخ درخواست تعدیل که عبارت از تاریخ اقدام به این امر و دعوت کارشناس است، خواهد بود».

قابل ذکر است که عاده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، تنها در مورد مکان‌هایی که برای کسب یا پیشه تجارت که پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ اجاره داده شده‌اند، قابل اجرا است و در مورد اماکن مسکونی که مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ می‌باشد، تعدیل اجاره‌بها پیش‌بینی نشده است.

نهایتاً این‌که، به موجب ماده ۲۷ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «در مواردی که حکم تخلیه صادر می‌شود، دادگاه ضمن صدور حکم، مهلتی که از ده روز کمتر و از دو ماه بیشتر نباشد، برای تخلیه تعیین می‌نماید. حکم تخلیه مدارسی که با اجازه رسمی مقامات صلاحیتدار تأسیس شده در تعطیلات تابستان اجرا خواهد شد».

۲. لایحه قانونی «نحوه تخلیه ساختمان‌های استیجاری به وسیله وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی» مصوب ۱۳۵۸/۴/۶

لایحه قانونی نحوه تخلیه ساختمان‌های استیجاری به وسیله وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی مصوب مردادماه ۱۳۵۸، به وزارتخانه‌ها، ادارات، شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی و وابسته به دولت اجازه داده بود که ساختمان‌های استیجاری که در اختیار دارند و مدت اجاره آن منقضی شده بود و بدان نیازی نداشتند را به طور یک‌جانبه بدون موافقت موجر فسخ و محل را تخلیه نمایند. در این مورد، مقنن اقدام به تقلیل مدت قرارداد و تعدیل آن با کم کردن مدت قرارداد نموده بود.

نصربه مصوب آبان‌ماه سال ۱۳۵۸ در همین مورد قدمی جلوتر نهاد و مقرر می‌دارد: «آراء صادره از محاکم دادگستری که به استناد ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر تعدیل مال‌الاجاره برعلیه دولت یا مؤسسات و سازمان‌های دولتی و شرکت‌های وابسته به دولت، بعد از تاریخ ۲۲ بهمن ماه سال ۱۳۵۷ صادر شده و به مرحله اجرا در نیامده باشد، به تقاضای مستأجر موقوف‌الاجراست. دادگاه مکلف است با جلب نظر کارشناس، حکم صادره را با تعیین اجاره‌بهای عادلانه اصلاح کند این حکم قطعی است».

۳. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳

در رابطه با اماکن مسکونی، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ اعمال می‌گردد. به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۲۷۰۴-۱۳۶۲/۶/۲۳-اداره حقوقی قوه قضائیه: «چون با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۶۲) در مجلس شورای اسلامی و التفات به مواد یک و هشت و یازده آن قانون، محل‌های استیجاری مسکونی که قبلاً به اجاره واگذار گردیده است، مشمول مقررات قانون یاد شده و قانون مدنی می‌باشد، لذا رسیدگی به دعوی تعدیل اجاره‌بها موضوع ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ عوجبی نداشته و موضوعاً منتفی می‌باشد». به موجب ماده ۹ قانون مذکور: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر

و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجد نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد». مطابق قانون الحاق یک تبصره به عنوان تبصره یک ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲ مصوب ۱۳۶۴ نیز: «در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علت کمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم‌الاجرا است». همچنین، مقنن در ماده ۱۴ این قانون به وزارت مسکن و شهرسازی اجازه داده است تا اجاره‌بهای محل‌های مسکونی را تعیین نماید.

بنابراین، همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد، قانون‌گذار با توجه به احوال اجتماعی و سیاسی و بحث جنگ تحمیلی، ماده ۱۴ را مورد تصویب قرار داده و دیدگاه خود را بر قرارداد اجاره اماکن مسکونی تحمیل می‌نماید.

۴. ماده واحده ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی مصوب ۱۳۶۸/۷/۱۶

به موجب ماده واحده ضرورت عدم تخلیه خوابگاه‌های دانشجویی: «تخلیه ساختمان‌هایی که در اختیار خوابگاه‌های دانشجویی قرار دارند تا رفع نیاز دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی حداکثر به مدت ۵ سال ممنوع است». همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد، مقنن با تحمیل اراده خود بر طرفین قرارداد اجاره دانشجویی، موجر را مکلف به انعقاد یا تمدید قرارداد اجاره نموده است.

۵. لایحه قانونی تجدید قرارداد اجاره املاک و اموال موقوفه و تجدید انتخاب متولیان و امانت و نظار اماکن متبرکه مذهبی و مساجد مصوب ۱۳۵۸/۲/۴

در مواردی نیز قانون‌گذار با فسخ عقد و تجدید آن با شرایط جدید، اقدام به تعدیل قرارداد می‌نماید. به موجب ماده ۱ لایحه قانونی تجدید قرارداد اجاره املاک و اموال موقوفه و ...: «به منظور جلوگیری از هزینه تضييع حق در موقوفات کشور و تنظیم اسناد و قرارداد اجاره و تعیین اجاره‌بهای عادلانه املاک استیجاری و متصرفی موقوفه، از این تاریخ کلیه اسناد و قراردادهای منعقد (اعم از عادی و رسمی) بین اوقاف و مستأجرین در موقوفات عامه، نظیر املاک مزروعی و باغات و اراضی و مستغلات و مستحدثات شهری و روستایی، فسخ و به این قبیل مستأجرین و سایر اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی که به هر نحوی از انحصار در حال حاضر املاک موقوفه را متصرف می‌باشند اخطار می‌شود که در ظرف ۳ ماه از تاریخ تصویب این لایحه، جهت روشن نمودن وضع املاک استیجاری و متصرفی خود و تأدیه اجاره‌بهای گذشته و تنظیم اسناد جدید به نرخ عادلانه روز به اداره اوقاف محل مراجعه نمایند...».

در انتها شایان ذکر است که موضوع تعدیل در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ به طور کلی منتفی است. دلایل این امر را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۱- مقنن در قانون ۱۳۷۶ حاکمیت اراده را پذیرفته و دولت بر روابط استیجاری نظارت ندارد؛ ۲- با انقضاء مدت اجاره موجر حق درخواست تخلیه مورد اجاره را دارد و انقضای مدت اجاره، پایان روابط استیجاری است؛ بنابراین در قانون ۱۳۷۶ تعدیل و انقضای مدت ۳ سال بعد از پایان روابط استیجاری معنی ندارد؛ ۳- فلسفه وجودی تعدیل در قانون ۱۳۵۶ این بوده که موجر بعد از انقضای مدت اجاره حق تخلیه نداشته باشد، ولی در قانون ۱۳۷۶ که به محض انقضای مدت اجاره موجر حق تخلیه را دارد، تعدیل نمی‌تواند مفهومی نداشته باشد؛ ۴- در قانون ۱۳۵۶ بعد از انقضای مدت اجاره طبق ماده ۷ مقنن به مستأجر اجازه داده بود مجدداً با مالک رابطه استیجاری برقرار کند. تجدید روابط

استیجاری با تحقق شرایط ماده ۴ و در صورت درخواست مالک مستلزم تعیین اجاره‌بها به قیمت عادلانه روز بود، ولی در قانون ۱۳۷۶ بعد از انقضای مدت اجاره اگر طرفین نخواهند رابطه استیجاری را تجدید نمایند، دلیلی بر ادامه روابط استیجاری وجود ندارد تا موضوع تعدیل نیز مطرح شود؛ ۵- موضوع تعدیل یک امر استثنایی بوده و نیاز به نص صریح قانون دارد، در حالی که قانون ۱۳۷۶ تعدیل را پیش‌بینی نکرده و مقررات این قانون نیز با موضوع تعدیل سنخیت ندارد؛ لذا مقررات قانون ۱۳۵۶ در خصوص اجاره‌های مشمول قانون ۱۳۷۶ قابل استناد نیست.

فهرست منابع و مأخذ

۱. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲.
۳. زاهدی، عاطفه، مجموعه پرسش و پاسخ‌های حقوقی اجاره، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۴. طاهر موسوی، یوسف، حقوق موجر و مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۴.
۵. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، «جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن»، مدرس علوم انسانی، دوره هفتم، شماره اول (پیاپی ۲۸)، ۱۳۸۲، صص ۱۶۵-۱۳۳.
۶. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۳.
۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، چاپ سوم، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۲.
۹. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ اول، مجد، تهران، ۱۳۸۲.
۱۰. همو، سقوط تعهدات، چاپ دوم، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۷۰.
۱۱. همو، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، حقوقدانان، تهران، ۱۳۷۷.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۱۳. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، مقاله جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن، ۱۳۸۸.

نسل کشی، مبانی نظری و بررسی موضوعی با تأکید بر قضیه میانمار

دکتر علی بابایی مهر ■ حسین اسماعیل نسب ■ مریم خلای ■

چکیده:

اگر نگاهی گذرا بر تحولات و رویدادهای بین المللی بر پایه اسناد حقوق بشری و بین المللی ببیندازیم، می توانیم بسیاری از اقدامات دولت ها را تحت عناوینی همچون نسل کشی، جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی و جرم تجاوز؛ بر اساس اسناد حقوق بین المللی در دیوان بین المللی کیفری مورد پیگیری قرار دهیم. بر پایه همین اسناد حقوق بین المللی شناخته شده در جهان، برای انجام و تحقق پیدا کردن جرایمی مانند نسل کشی نیز به استمرار یافتن آن و یا کشته شدن عده ای مشخص شرط تحقق یافتن آن نیست و بر همین اساس می توان بسیاری از اقداماتی را که با هدف خاص؛ برای از بین بردن عده ای با نژاد، زبان و یا رنگ خاصی صورت می گیرد را تحت عنوان نسل کشی که از جمله شدیدترین نوع جرائم به حساب می آید در نظر آورد. در برخورد با جرایمی مانند نسل کشی و رسیدگی به این گونه جرایم تا کنون دیوان های اختصاصی اما موقتی مانند رواندا و توکیو تشکیل شده است که به صورت موقتی به جرایم نسل کشی و ضد حقوق بشری پرداخته است؛ اما در این پژوهش سعی بر آن است تا با بررسی مواد اساسنامه دیوان به عنوان نهادی دائمی در رسیدگی به این گونه جرایم و سایر اسناد حقوق بین المللی مرتبط با نسل کشی به تبیین کشتارهای واقع شده در کشور میانمار بپردازیم تا با بررسی جنایات صورت گرفته، بتوانیم به شناختی درست از جنایات انجام شده دست یابیم.

کلید واژه: نسل کشی - دیوان بین المللی کیفری - میانمار - اسناد حقوق بین الملل

دیباچه:

جمهوری میانمار در جنوب شرقی آسیا قرار دارد. این کشور که تحت تأثیر فرهنگ کشورهای هند و چین و متمایل به آئین بودایسم است تا سال ۱۹۴۸ در اشغال انگلستان بود و پس از استقلال، همانند بسیاری از مستعمرات دیگر در

■ عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس
 ■ دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس
 ■ کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس

چرخه‌های از کودتا و نظامی‌گری به سر برده است. میانمار دارای جمعیتی چند ده میلیون نفری است که بیش از ۸۰ درصد آنان را بوداییان تشکیل می‌دهند و مسلمانان و مسیحیان با حدود ۴ درصد جمعیت دو اقلیت بزرگ دیگر در این کشور هستند. گفته می‌شود جمعیت مسلمانان برمه موسوم به مسلمانان روهینگیا چیزی در حدود ۸۰۰ هزار یا یک میلیون نفر است، اما این اطلاعات تمام اخبار پیرامونی کشور برمه نیست. در حدود دو سال است که جنایت‌های فراوانی علیه مسلمانان این کشور در حال رخداد است و حاکمیت کشور برمه رسماً اعلام کرده است که این مسلمانان را تبعه میانمار نمی‌داند و آنان را به عنوان خارجی‌ها یا مهاجران غیر قانونی می‌شناسد که باید در اردوگاه‌های آوارگی ساکن شوند و یا این که از سرزمین مادری‌شان اخراج شوند (hamshahri online.com، ۲۰۱۲).

با توجه به اقدامات دولت مرکزی برمه، کشتارها در برمه در حالی صورت می‌گیرد که کشورهای همسایه اطراف آن از قبیل بنگلادش و مالزی نیز که دین اسلام در آن‌ها دینی شناخته شده است در قبال این جنایت‌ها سکوت کرده و هیچ گونه اقدامی انجام نمی‌دهند و عملاً دیگر سازمان‌های بین‌المللی نیز سکوتی معنادار را انجام می‌دهند و در این شرایط نقش سازمان‌هایی همچون سازمان ملل و سازمان کنفرانس اسلامی در حمایت از مسلمانان در تمام نقاط دنیا؛ از جمله میانمار می‌تواند بسیار موثر باشد. نباید فراموش کرد که تا کنون اقداماتی از این قبیل در جهان اتفاق افتاده که کشتار بی‌رحمانه مردم چین به دست روسیه و کشتار مردم سین کیانگ چین بدست مانوئیست‌های این کشور و حتی کشتار مردم کشمیر بدست هندوها از این دست اقداماتی است که تا کنون در جهان صورت پذیرفته است. با این تفاسیل در حوادث بعد از جنگ جهانی دوم دیوان‌های اختصاصی اما موقتی در راستای رسیدگی به جرایمی مانند نسل‌کشی و غیره تحت عنوان دیوان‌های رواندا، توکیو تشکیل شد اما نتوانست به صورت دائمی ادامه یابد تا جایی که مطابق نشست‌های مکرر حقوق‌دانان و سیاسیون کشورهای جهان بالاخره اساسنامه نهادی قضایی دائمی در اجلاس رم ایتالیا به تصویب رسید و زمینه‌های شروع به کار نهادی با نام دیوان بین‌المللی کیفری را فراهم آورد.^۱ تا از این پس این نهاد مستقل بین‌المللی بنا به اختیاراتی که به موجب اساسنامه برایش در نظر گرفته شده؛ بسیاری از جرائم و کشتارها در جهان را مورد شناسایی قرار دهد و نسبت به مجازات عاملین آن اقدامات مناسب را انجام دهد. از این رو جرایم تحت صلاحیت دیوان به این شرح می‌باشند؛ جرایم نسل‌کشی^۲ (طبق بند ۱ ماده ۵ اساسنامه)، جرایم علیه بشریت^۳، جرایم جنگی^۴ و جرایم تجاوز^۵ که تحت صلاحیت دیوان قرار دارند و دیوان می‌تواند بنا به تشخیص خودش موارد فوق را در هر کشوری، حتی غیر عضو مورد شناسایی و پیگیری قرار دهد (مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه دیوان).

حال این سوال مطرح است که چرا مسلمانان و دولت‌های آنان و سایر نهادها و مجامع بین‌المللی نقش چندانی را از خود نشان نمی‌دهند و هیچ واکنشی جدی به این نسل‌کشی نشان ندادند؟ به راستی مگر پیامبر ما به مسلمانان نمی‌فرماید: «مَنْ أَصْبَحَ وَ لَمْ يَهْتُمْ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ مِنْهُمْ وَ مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يُنَادِي يَا لِمُسْلِمِينَ فَلَمْ يُجِبْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ؛ هر کس صبح کند و به امور مسلمانان همت نوزد، از آنان نیست و هر کس فریاد کمک‌خواهی کسی را بشنود و به کمکش نشتابد، مسلمان نیست.» (کافی، ۱۳۸۵، ص ۱۶۴). آیا توجه به مطالب بیان شده در این تحقیق سعی بر آن است تا اقدامات دولت میانمار بر علیه مسلمانان این کشور مورد بررسی قرار گیرد و اسناد مرتبط حقوق بین‌المللی در این زمینه بررسی شوند. از هنگامی که جنایات مختلفی از ادوار گذشته بر علیه شهروندان کشورها و

۱- دیوان بین‌المللی کیفری از سال ۲۰۰۲ به طور رسمی شروع به کار نمود.

۲- The crime of Genocide
۳- Crimes Against Humanity
۴- war Crimes
۵- The Crime of Aggression.

یا به طور کلی بر علیه نوع بشری صورت می گرفته این نگرانی وجود داشته که این جرائم در چه مرجعی باید بدین ها رسیدگی شود و چه عنوانی از افعال غیرقانونی و بشری بر آن صدق می یابد. حال با توجه به پیشرفت اسناد بین المللی و تعدیل یافتن نسبی اصل حاکمیت کشورها در سطح بین المللی شاهد رعایت و احترام بیش تر به حقوق بشر و شهروندی توسط کشورهاشان هستیم اما در بسیاری موارد و شرایط اقدامات خلافی نیز مانند کشتار مردم توسط دولت مرکزی در میانمار تحقق می یابد که می توان بر پایه اسناد بین المللی موجود آن اقدامات را مورد مطالعه و بررسی قرار داد که در این پژوهش سعی بر انجام آن داریم.

هدف از این پژوهش روشن شدن موضوع کشتار مردم در میانمار و آشنایی با مفهوم نسل کشی است که به شکل های مختلف در جهان انجام می شود و این که آیا کشتارهای مردم در میانمار با هدف نسل کشی است و یا می توان آن را در غالب نسل کشی محسوب داشت. لذا در این پژوهش سعی شده است اولاً مفهوم نسل کشی مشخص گردد ثانیاً با توجه به تحولات و کشتارهای صورت گرفته در میانمار، این اعمال و کشتارها در قالب نسل کشی بر پایه اسناد حقوق بین المللی مورد بررسی قرار گیرد.

سؤال اصلی این پژوهش آن است که کشتارهای مسلمانان در میانمار با چه هدفی بوده و آیا بر پایه اسناد حقوق بین المللی اقدامات دولت میانمار در قتل عام عده ای بی گناه و بی شمار در نواحی خاص از این کشور که دارای مذهب خاصی نیز می باشند از مصادیق نسل کشی به حساب می آید؟ در پاسخ به این سؤال این فرضیه طرح می شود که به نظر دولت بودایی مرکزی میانمار به منظور تطهیر جمعیت این کشور از مذاهب دیگر، طی سالیان اخیر در حال انجام کشتارها می باشد تا اقلیت های دینی مانند مسلمانان را مجبور به ترک این کشور کند. اسناد حقوق بین المللی متعددی در این خصوص مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر و کنوانسیون رفع تبعیض نژادی، اساسنامه دیوان بین المللی کیفری و بسیاری دیگر موجود است که با بررسی دقیق آن ها و با در نظر گرفتن نیت واقعی دولت میانمار، می توان اقدامات صورت گرفته را بر پایه جرم نسل کشی در مجامع بین المللی صلاحیت دار مانند دیوان بین المللی کیفری^۶ مورد پیگیری قرار داد.

شیوه کار و استخراج اطلاعات بر اساس شیوه کار کتابخانه ای بوده، بدین صورت که ابتدا سعی شده است با رجوع به منابع و آثار دسته اول و مقالات و اینترنت؛ مواد اولیه به صورت فیش برداری جمع آوری شود و سپس به دسته بندی و تجزیه و تحلیل مواد جمع آوری شده بر اساس جدول فصول پرداختیم و در پایان به نتیجه گیری از تحقیق با استدلال و استناد بر معلومات ارائه شده اقدام شده است. در استفاده از منابع سعی شده حتی المقدور از آثار دسته اول کارشناسان و صاحب نظران و هم چنین از مهم ترین کتب سیاسی و حقوقی موجود در این رابطه با این موضوع استفاده گردد. به طور کلی در این مطالعه تلاش می شود با بررسی چگونگی تحقق یافتن جرم نسل کشی و ابعاد مختلف حقوقی آن به بررسی زوایای آن به شیوه تحلیلی و توصیفی پرداخته شود.

الف) نسل کشی

۱- تاریخچه تلاش های بشری در نفی جرم نسل کشی

اولین تلاش ها در زمینه جرم ننگاری بسیاری از اقدامات سران کشورها در طول جنگ و یا حتی قبل و بعد از جنگ جهانی اول، در راستای ملزم کردن آن ها به رعایت قوانین و اصول اولیه بشری؛ بعد از جنگ جهانی اول و در جریان

۶-International criminal court (Icc)

کنفرانس صلح پاریس^۷ انجام شد و کمیسیونی را با عنوان کمیسیون مسؤلیت مؤسسين جنگ و اجرای مجازات، برای رسیدگی و تحقیق در مورد مسؤلیت های مربوط به جنگ به وجود آورد که عملاً به عنوان اولین تلاش ها در این زمینه به حساب می آید (مجلسب، ۱۳۸۶، ص ۱۳) اما باید گفت که اولین تعریف از نسل کشی در جریان دادگاه نورنبرگ^۸ بر علیه جنایتکاران جنگی معرفی شد و مورد تعریف قرار گرفت اما پس از چندی تعریفی به صورت مصوب از نسل کشی در کنوانسیون جلوگیری و مجازات نسل کشی^۹ صورت گرفت که بدین شرح است (ماده ۲ کنوانسیون):

در این قرارداد، مفهوم نسل کشی ارتکاب یکی از اعمال مشروحه زیر است که با به نیت نابودی تاملی یا قسمتی از گروه ملی، قومی، نژادی و یا مذهبی به دلیل دارا بودن این اوصاف ارتکاب یابد.

باید گفت که این تعریف مصوب در کنوانسیون سال ۱۹۴۸، به همین شکل در اساسنامه دادگاه بین المللی یوگسلاوی سابق (بند ۲ ماده ۴ اساسنامه) و دادگاه بین المللی رواندا (بند ۲ ماده ۲ اساسنامه) مورد استفاده بوده است و حتی در اساسنامه دیوان بین المللی کیفری نیز (ماده ۶ اساسنامه) به همین شکل آمده است و با تعریف مصوب در کنوانسیون مغایرتی ندارد.

نباید فراموش کرد که جنایت هایی علیه بشریت مانند نسل کشی، از دیر باز و در طول تاریخ موجود بوده است اما روند اهمیت دادن به آن بعد از جنگ جهانی دوم و جریان های حزب گرا و نژادپرست نازی ها اوج گرفت و این امر تا جایی اوج گرفت که در جریان رسیدگی به جرایم نازی ها در دادگاه از جمله مهم ترین اتهامات آن ها نسل کشی بود. تحولات بعدی در عرصه جهانی همچون نسل کشی در بوسنی و هرزگوین^{۱۰}، رواندا^{۱۱} و نسل کشی های دیگر در جریان تحولات مختلف در هند و پاکستان و عراق و اندونزی و غیره موجب شد تا شورای امنیت دستور تشکیل کمیسیونی را در راستای بررسی این موارد نقض کنوانسیون حقوق بشر دوستانه ژنو را طی قطعنامه ای (قطعنامه شماره ۷۸۰) صادر کند. این کمیسیون پس از بررسی ها نظر بر این داد که باید نهادی بین المللی و دائمی در راستای محاکمه مجرمان این گونه اقدامات خلاف حقوق بشری تاسیس شود. البته این تمام این اقدامات منجر به تشکیل نهادی دائمی در این خصوص به نام دیوان بین المللی کیفری در شهر لاهه هلند شد که به تفصیل در مورد آن و اقداماتی که بنا بر قوانین بین المللی و اساسنامه خود می تواند در مورد تحولات میانمار انجام دهد به تفصیل خواهیم پرداخت.

۲- تعریف نسل کشی و ارکان تحقق یافتن آن

جنایت نسل کشی^{۱۲} از مهم ترین جرایم بین المللی است که با توجه به سابقه تاریخی آن تاثیر عمیقی در وجدان جامعه بشری ایجاد کرده است و منجر به تلاش هایی در راستای مدون کردن تعاریفی در این خصوص شده است. از دیدگاه بسیاری از بزرگان حقوق بین الملل این جنایت مستلزم نابودی یک ملت یا یک قوم و یا نسل به صورت فوری نیست بلکه همین امر کافی است تا اقداماتی که منجر به نابودی عده ای خاص می شود، مشتمل بر اعمال متفاوت نسبت به دیگر مرده یک سرزمینی باشد و به صورت تدریجی منجر به انهدام گروه های خاصی شود تا آثاری از آن گروه یا عده خاص باقی نماند که حتی ممکن است به صورت کامل صورت نگیرد و منجر به خارج شدن

۷- این کنفرانس در سال ۱۹۱۹ برای شور و هم اندیشی در مورد مسائل پس از جنگ و تشکیل جامعه ای جهانی به نام جامعه ملل تشکیل شد.

۸- در ۱۸ اکتبر ۱۹۴۵

۹- مصوب ۹ دسامبر ۱۹۴۸

۱۰- ۱۹۹۲

۱۱- بین سالهای ۱۹۹۳ تا ۱۹۹۴ که منجر به کشته شدن نزدیک به نیم میلیون نوتسی در این کشور شد

این عده از کشور اصلی شان یا پراکنده شدن جغرافیایی آن‌ها در نقاط بسیار دور شود (شیری عابد، ۱۳۸۷، ص ۲۳). به طور کلی می‌توان این گونه نیز بیان داشت که نسل کشی به حیات یک گروه ملی به عنوان یک موجود توجه دارد و اعمالی رنج‌ناک می‌شود که متوجه افراد نه به لحاظ برخورداری از اهمیت فردی، بلکه به عنوان اعضای گروه ملی است (اردبیلی، ۱۳۸۹، ص ۶۳).

به طور کلی با توجه به تعریفی که از نسل کشی بیان شد؛ باید برای شناخت موضوع نسل کشی به بیان مسائلی چون ارکان تحقق آن بپردازیم که اگرچه در هیچ یک از اسناد بین‌المللی از آن‌ذکر به میان نیامده است؛ اما به صورت ضمنی متضمن آن است تا با تحقق آن‌ها زمینه وقوع جرم نسل کشی فراهم آید و نمی‌توان بدون تحقق آن‌ها افرادی را تحت عنوان نسل کشی مورد تعقیب قرار داد که این ارکان به شرح زیر می‌باشند:

۲-۱. رکن قانونی

بر اساس اصول کلی حقوق کیفری تنها اعمالی قابل مجازات می‌باشند که قانون آن‌ها را جرم شناخته باشد و برای آن‌ها مجزاتی را پیش بینی کرده باشد. همچنین این امر اصلی پذیرفته شده است که هیچ فردی را به علت قانونی که بعد از ارتکاب جرم وضع می‌شود نمی‌توان محاکمه نمود. حال می‌توان بنا بر این اصول مهم حقوق کیفری در رسیدگی به جرائمی مانند نسل کشی بیان داشت که رکن قانونی عمل نسل کشی توسط کنوانسیون‌ها و مقررات مختلف در دادگاه‌های اختصاصی جهت رسیدگی به جرم نسل کشی در ادوار تاریخی بعد از جنگ جهانی دوم که بدان اشاره شده تعریف شده است و اخیراً می‌توان به ماده ۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری اشاره کرد.

۲-۲. رکن مادی

عنصر مادی نسل کشی می‌تواند از طریق فعل باشد و هم از طریق ترک فعل. در قضیه کاماندا، وی به علت خودداری از انجام وظیفه خود به عنوان نخست وزیر رواندا به منظور اتخاذ تدابیری برای متوقف کردن قتل عام توتسی‌ها که از آن آگاهی داشت مقصر شناخته شد و محاکمه شد (kambadna case > ۱۹۹۹). در جریان مذاکرات تدوین مواد کنوانسیون منع نسل کشی، برخی کشورها بر این نظر بودند که مسأله نابودسازی غیر فیزیکی مانند از بین بردن زبان، گویش و فرهنگ نیز مورد استفاذه قرار بگیرد و در صورت انجام اقدامی علیه آن قابل محاکمه شناخته شود اما، در متن نهایی مورد تصویب واقع شده کنوانسیون بدان اشاره ای نشد و صرفاً به نابودسازی فیزیکی اشاره شد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۳، ص ۹۲). نباید فراموش کرد که در راستای تحقق یافتن عمل فیزیکی یا مادی جرم نسل کشی، از بین بردن یا کشتن عده ای خاص و با تعدادی معین مدنظر نیست و حتی این امر ممکن است با کشتار تعداد افرادی کم تر از تعداد انگشتان دست نیز محقق شود و حتی مرتکب عمل نسل کشی یک یا دو نفر را کشته باشد.

۲-۳. رکن روانی

یکی از مهم ترین وجوه تمایز نسل کشی با دیگر جرائم از جمله جرائم علیه بشریت، تاکید بر عنصر روانی در نسل کشی است. در همین راستا دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در جریان رسیدگی به جرم جلیسیک اعلام می‌دارد (jelisic > case > ۱۹۹۹) : در حقیقت این عنصر روانی است که به نسل کشی ویژگی خاص

خودش را می دهد و آن را از یک جرم عادی و سایر جرائم علیه بشر دوستانه بین المللی جدا می سازد. صدر ماده ۶ اساسنامه دیوان بین المللی کیفری مقرر می دارد: «منظور از جنایت نسل کشی هر یک از اعمال مشروحه زیر است که به قصد نابود کردن گروه ملی، ... از حیث همین عناوین ارتکاب یافته اند».

بنابراین با توجه به این ماده و دیگر تعاریف موجود باید گفت که جرم نسل کشی علاوه بر عمد عام به عمد خاص نیز نیاز دارد و سوء نیت خاص یکی از ارکان وقوع جرم محسوب می شود. پس این اعمال باید با آگاهی و عمد و با قصد حصول نتیجه، یعنی نابودی گروهی یا عده ای هر چند محدود و کم انجام شود و اعمالی که به واسطه سهل انگاری یا غفلت واقع شده موجب تحقق این جرم نیست. برای تحقق عمل نسل کشی مطابق ماده ۶ اساسنامه دیوان، باید ماهیت جنایت به گونه ای باشد که وجود حالت روانی با قصد و نیت خاص جهت کسب نتایج کلی از انجام چنین اعمال ممنوعه ای را می طلبد (بیگ زاده، ۱۳۷۸، ص ۳۶) در بیان لزوم داشتن عنصر روانی در نسل کشی قرآن کریم نیز با تعبیری از این نوع جرم بیان می فرماید (سوره بقره، آیه ۲۰۴ و ۲۰۵): «برخی از مردم با پیامبران با گفتاری زیبا و شگفت انگیز سخن می گویند در حالی که سرسخت ترین دشمنان هستند. آنان وقتی از نزد پیامبر بیرون رفتند در زمین به راه می افتند تا در آن فساد کنند و حرث و نسل را نابود کنند و خداوند فساد را دوست ندارد».

۳- جایگاه نسل کشی در میان سایر جنایات بین المللی

در میان کشورهای جهان از دیر باز اعمالی وجود داشته اند که بعنوان خطرناکترین جرائم مورد اهتمام همه آن ها بوده اند و شدیداً از سوی آن ها نهی می شده است تا جایی که در اساسنامه دیوان بین المللی کیفری (ماده ۵ اساسنامه) به چهار دسته از مهم ترین این جرائم اشاره شده است که دیوان بدان ها رسیدگی می کند که نسل کشی از جمله این خطرناکترین جرائم شناخته شده است که همواره واکنش هایی را در سطح جهانی به دنبال داشته است. به طور کلی جنایات بین المللی مانند نسل کشی از سوی دادگاه نورنبرگ به این شکل تعریف شده است:

جنایت بین المللی رفتاری است که به عنوان یک عمل مجرمانه، مورد تأیید جهانیان بوده و چنان مسأله حادی محسوب می شود که مورد اهتمام جامعه بین المللی است و رسیدگی به آن نباید در صلاحیت انحصاری دولتی قرار گیرد که در شرایط عادی از این حق برخوردار است.

تعریف فوق این مزیت را داراست که جنایات بین المللی را دارای این ویژگی می داند که با توجه به اهمیت آن ها، رسیدگی و محاکمه این نوع جنایت را از صلاحیت انحصاری دولت ها خارج می نماید البته قبل از تدوین اساسنامه رم^{۱۳} در تشخیص این که چه جنایاتی بین المللی هستند، بین دولت ها اختلاف نظر بود و برخی بر این باور بودند که اعمالی که نزد یک دادگاه بین المللی کیفری خواه موقت یا دائمی مورد رسیدگی قرار گرفته است، جنایت بین المللی محسوب می شود.

نباید فراموش کرد که ارزش های نسبی جامعه بین الملل بیش تر مبتنی بر توسعه قوانین و توسعه سطح استانداردها و نظارت بر اقدامات کشورها، حتی در سطح داخلی می باشد و عملاً به تدریج بر اصل حاکمیت مطلق کشورها استثنائاتی در حال بار شدن می باشند که حتی محاکم بین المللی مانند دیوان بین المللی کیفری صلاحیت رسیدگی به جنایات های داخلی یک حکومتی علیه شهروندانش را نیز تحت شرایطی دارا شده است که از جمله این جنایات ها که ممکن است واکنش جهانی را به دنبال داشته باشد و همراه با افکار عمومی و نهادهای حقوقی جهان، واکنش های سیاسی همچون صادر شدن قطعنامه هایی از سوی شورای امنیت سازمان ملل را نیز به دلیل اهمیت و قبح بالای آن به همراه

داشته باشد؛ جرم نسل کشی است. حال با توجه به اهمیت موضوع و اتفاقات صورت گرفته در کشور میانمار سوال این است که آیا می‌توان این جنایات را نسل کشی محسوب داشت و از مراجع بین‌المللی همچون دیوان بین‌المللی کیفری (مطابق مواد ۶ و ۱۵ اساسنامه) و یا شورای امنیت (مطابق منشور سازمان ملل، ماده ۳۹) تقاضای رسیدگی به این کشتارها را نمود؟

ب) نسل کشی بر پایه اسناد حقوقی و اقدامات سازمان های بین المللی

۱- اقدامات نهادهای بین المللی در قضیه میانمار

در تحولات و کشتارهای طی دو سال اخیر عده زیادی از مسلمانان کشور میانمار، برخی از سازمان ها همچون سازمان ملل تلاش نمودند تا نقش منفعلانه ای را ایفاء کنند و حتی الامکان از صدور قطعنامه در خصوص کشتار مردم مسلمان در این کشور خودداری نمایند و مانع از اعمال فشارهایی بر دولت مرکزی میانمار؛ علیرغم وجود اختیاراتی برای شورای امنیت (مانند ماده ۳۹ منشور که شورای امنیت از این ماده در ارجاع دادن پرونده تحولات سوریه به شورا استفاده کرده است) و حتی مطابق اساسنامه دیوان بین المللی کیفری (مطابق ماده ۱۵ اساسنامه) شوند. در این بین سازمان کنفرانس اسلامی توانست عملاً با تشکیل نشست هایی در این زمینه؛ اقدامی را به صورت جدی انجام دهد و با اعمال فشار بر کشورهای همسایه، نهادهای بین المللی، دبیر کل سازمان ملل و دیگر ارگان های موثر در این زمینه، دولت مرکزی میانمار را تحت فشار قرار دهد تا زمینه های تحقق یافتن یک نسل کشی دیگر در طول تاریخ مهیا نشود به طور کلی در این بخش از پژوهش سعی در بررسی اقدامات حقوقی و سیاسی سازمان های تأثیرگذار بین المللی در جلوگیری از وقوع این فاجعه انسانی در میانمار را داریم.

۱-۱. سازمان کنفرانس اسلامی

سازمان کنفرانس اسلامی که در سال ۱۹۶۹ تشکیل یافت و هم اکنون بیش از پنجاه کشور عضو دارد، یکی از اهداف اصلی تشکیل آن؛ انجام اقداماتی لازم به منظور حمایت از صلح و امنیت بین المللی و امنیت متکی بر عدالت است تا در سایه عدم تبعیض مسلمانان و کشورهای اسلامی بتوانند زمینه های پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را فراهم آورند (موسی زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۵). علیرغم وجود زمینه ها و شرایط همکاری بین کشورهای مسلمان و ارتقاء بخشیدن سطح کیفی اهمیت و تأثیرگذاری این سازمان، تا کنون از این سازمان در حوادث مختلف صورت گرفته علیه مسلمانان در نقاط مختلف جهان عکس العمل شدیدی دیده نشده که بتواند کشور متخلف را از تکرار عملش بازدارد که نمود آن را می توان در کشتار مردم مسلمان یا به گونه ای نسل کشی مردم مسلمان بوسنی و هرزگووین در گذشته به خوبی مشاهده کرد اما این سازمان با فعالیت های ایران و همکاری سایر اعضا تلاش نمود تا در موضوع کشتار مردم در میانمار که با توجه بر اسناد بین المللی و وجود سه رکن لازم جهت محقق شدن جرم نسل کشی در این کشور؛ قابل اثبات است، مانع از استمرار این عمل توسط دولت میانمار شود.

از همین رو اجلاس فوق العاده کمیته اجرایی سازمان در سطح سفرا و نمایندگان دائم در مقر سازمان در جده برگزار شد تا در خصوص میانمار هم اندیشی شود^{۱۴}. در این اجلاس علاوه بر اعضای کمیته اجرایی و کشورهای

۱۴- روز یکشنبه ۱۵ مرداد ۱۳۹۱ برابر با ۱۵ اگوست ۲۰۱۲ روز حقوق بشر اسلامی و کرانت انسانی

عضو آسه آن سازمان همکاری های اسلامی، سایر اعضا نیز حضور دارند و در این اجلاس راه های توقف کشتار مسلمانان میانمار مورد بررسی قرار گرفت. به گفته سفیر و نماینده دائم ایران نزد سازمان، اعزام کمیته حقیقت یاب سازمان همکاری اسلامی به کمک سایر سازمان های منطقه ای و بین المللی از جمله پیشنهادات مطرح از سوی کشورهای اسلامی بوده است. از همین رو با توجه به حساسیت بالای موضوع که به عنوان نسل کشی در حال اتفاق بود، سازمان کنفرانس اسلامی می تواند بعنوان دومین سازمان بزرگ جهان، پیگیر قضیه میانمار با درخواست از کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد و شورای امنیت و دادستان دیوان کیفری بین المللی و کشورهای جهان به ویژه مسلمانان و همسایگان میانمار شود. در همین راستا سازمان همکاری اسلامی پیش از آن با صدور بیانیه ای ضمن محکوم کردن کشتار مسلمانان در میانمار از همه سازمان های بین المللی خواسته بود نسبت به وظایف خود در توقف کشتار در این کشور احساس مسؤولیت بیش تری داشته باشند. دبیر کل سازمان نیز با ارسال نامه برای برخی از سازمانهای مهم بین المللی (همچون سازمان ملل و دیوان بین المللی دادگستری و دیوان کیفری بین المللی) نسبت به عواقب استمرار کشتار هشدار داده و خواستار اقدام فوری در جهت توقف کشتار شده بود.

به طور کلی سازمان کنفرانس اسلامی، می تواند به عنوان نهادی برای حمایت از حقوق مسلمانان میانمار که در حال پاکسازی قومیتی و نسل کشی در این کشور هستند، اقدامات پیشنهادی زیر را جهت بهتر شدن اوضاع در کشور میانمار و برای بهبود وضعیت مسلمانان این کشور اتخاذ کند:

۱. سازمان همکاری های اسلامی از کشورهای عضو بخواهد که از روابط خود استفاده و آن کشور را ملزم کنند که به تعهدات خود در مقابل شهروندان عمل کند و از کشتار مسلمانان دست بکشد.
۲. یکی از اقداماتی که باید سازمان درباره کشتار مسلمانان میانمار انجام دهد این است که در چارچوب بحث اقلیت های مسلمان که در مصوبات اجلاس وزرای خارجه و سران کشورها در سال های گذشته داشته است، درخواست تشکیل جلسه کمیته اجرایی سازمان را بدهد تا درباره این موضوع در سازمان تصمیم گیری شود.
۳. در میان گذاشتن موضوع با کمیسیون حقوق بشر جهت محکوم نمودن اقدامات دولت میانمار و همچنین رایزنی با مقامات ارشد اتحادیه اروپا و دادستان دیوان بین المللی کیفری در راستای استفاده از اختیاراتش مطابق ماده ۱۵ اساسنامه دیوان، زیرا کشور میانمار نه تنها اساسنامه دیوان را تصویب نکرده، بلکه جزء کشورهای امضاء کننده اساسنامه رم نیز نبوده است (شریعت باقری، ۱۳۹۰، ص ۲۸۷).

۱- ۲. سازمان ملل متحد

نظر به این که منشور ملل متحد متضمن اصولی مبنی بر حیثیت ذاتی و تساوی کلیه افراد انسانی و کلیه دول عضو ملل متحد، متعهد شده است که منفرداً و مشترکاً با همکاری سازمان ها و کشورهای دیگر جهان برای نیل به یکی از هدف های ملل متحد یعنی توسعه و تشویق احترام جهانی و واقعی به حقوق بشر و آزادی های اساسی برای همگان؛ بدون تمایز نژاد یا جنس یا زبان و یا مذهب اقدام نمایند و اقدامات جدی را در مواقع ضروری از خود نشان دهند؛ متأسفانه در مورد کشتار مردم مسلمان میانمار شاهد اقداماتی متفعلانه از سوی این سازمان، به عنوان بزرگترین و موثرترین سازمان و نهاد تأثیرگذار در سطح جهانی که دارای اختیارات و صلاحیت های زیادی نیز می باشد هستیم. به عنوان مثال در ماده ۳۹ منشور سازمان ملل متحد امکان تشخیص موارد نقض شدن صلح و امنیت بین المللی مستقیماً به عهده شورای امنیت واگذار شده است که این امر در اتخاذ تصمیماتی از سوی این سازمان می تواند بسیار کاربردی و با اهمیت باشد و از طرفی از آن جا که سازمان ملل اقلیت مسلمان روئینگیا را یکی از اقلیت های جهان می داند که در معرض ظلم و ستم بسیار قرار دارند (MEHR NEWS . COM ۲۰۱۲) و در این بین اقدامات

خلاف بشری و تبعیض آمیز دولت میانمار نیز استمرار دارد و موجبات نقض شدن بسیاری از اعلامیه ها (مانند نقض شدن ماده ۱۸ اعلامیه حقوق بشر و حتی محکوم شدن توسط کمیسیون حقوق بشر) نیز در این کشور فراهم آمده و دولت این کشور بر انجام آن اصرار نیز دارد؛ اما این فعال دولت میانمار را از مصادیق ماده ششم^{۱۵} منشور سازمان ملل متحد ننانسته و اقدامی عملی و جدی را تا کنون در این زمینه، علیرغم بالا بودن حساسیت، از خود نشان نداده است و این درحالی است که بیم آن می رود که در میانمار هم اتفاقی که در یوگسلاوی سابق رخ داد، تکرر شود و دولت میانمار نه تنها رفتار تبعیض آمیز علیه مسلمانان را متوقف نمی کند، بلکه در صورت عدم دخالت و نقش آفرینی سازمان ملل به نقض تحریک کننده بودن خود نیز ادامه می دهد.^{۱۶}

۲- بررسی موضوعی در اسناد بین المللی

اسناد حقوق بین المللی زیادی در زمینه نسل کشی و زیر پا گذاشتن حقوق مردم در سطح جهانی وجود دارد که در این قسمت سعی می شود به بیان چند نمونه از آن ها پرداخته شود تا با بررسی دقیق مواد و مفاد این اسناد بین المللی بتوان اثبات کرد که کشتارهای دسته جمعی و مناوم مردم مسلمان در میانمار که با منظور یکدست سازی قومیت در این کشور می باشد؛ بر اساس ارکان سه گانه تحقق یافتن جرم نسل کشی که در بخش اول بدان پرداختیم، نسل کشی است و می تواند در صورت عدم پیگیری از سوی نهادهای بین المللی به غالبی عرفی متفی در این زمینه در سطح جهان تبدیل شود و تبعات بسیاری را به همراه داشته باشد.

۲-۱. کنوانسیون ۱۹۴۸ رفع تبعیض نژادی

از جمله اسناد اولیه بین المللی در جرم انگاری جرایم علیه بشریت مانند منع نژاد پرستی، می توان به کنوانسیون ۱۹۴۸ رفع تبعیض نژادی اشاره کرد که اگر چه در این کنوانسیون قیدی صریح از نسل کشی به میان نیامده است، اما می توان با بررسی دقیق مواد مختلف این کنوانسیون زمینه های تحقق یافتن جرم نسل کشی را مورد شناسایی قرار داد که می تواند از جمله ارکان روانی تحقق یافتن نسل کشی به حساب آید.

از همین رو در ماده ۱ این کنوانسیون آمده است:

«در قرارداد حاضر اصطلاح «تبعیض نژادی» اطلاق می شود به هر نوع تمایز و ممنوعیت یا محدودیت و یا رجحانی که براساس نژاد و رنگ یا نسب و یا منشأ ملی و یا قومی مبتنی بوده و هدف یا اثر آن از بین بردن و یا در معرض تهدید و مخاطره قرار دادن شناسایی یا تمتع و یا استیفاء در شرایط متساوی از حقوق بشر و آزادی های اساسی در زمینه سیاسی و اجتماعی و فرهنگی و یا در هر زمینه دیگری از حیات عمومی باشد.»

در ماده ۲ این کنوانسیون نیز مقرر شده است: «دول عاقد تبعیض نژادی را محکوم می نمایند و متعهد می شوند که با توسل به کلیه وسائل مقتضی و بدون درنگ سیاستی را دنبال کنند که هدف آن از بین بردن هر نوع تبعیض نژادی و تسهیل توافق و تفاهم در بین کلیه نژادها باشد». در ادامه: این کنوانسیون در مواد ۳ و ۴ نیز مقرر می دارد

۱۵- ماده ۶ منشور مقرر می دارد که اگر هر عضوی در تخطی از اصول مندرج در این منشور اصرار ورزد، ممکن است به وسیله مجمع عمومی با تأیید توصیه شورای امنیت از سازمان اخراج شود.

۱۶- دولت میانمار مسلمانان را به عنوان نیمی درجه ۲ به حساب می آورد و عملاً موجبات افزایش و تقویت نفرت بودیست ها نسبت به مسلمانان می شود. عده ای از حقوق دانان نیز بر این باورند که: این نفرت تماماً از سوی دولت میانمار صورت می گیرد و مورد تأیید دولت میانمار است و اعتقاد دارند که این عمل از جمله جابجایی علیه بشریت به حساب می آید. عده ای دیگر نیز بر این باورند که اقدامات دولت میانمار نقض حقوق بشر دوستانه است نه نقض حقوق بشر.

«دول عقاید به خصوص تفکیک نژادی و اعمال روش‌های آبارتاید را تقبیح و محکوم می‌کنند و متعهد می‌شوند که در کلیه اراضی که در قلمرو صلاحیت قضائی آن هاست انجام این قبیل اعمال و روش‌ها را قدغن و ممنوع ساخته و آن را ریشه کن سازند.»

«دول عقاید هر نوع تبلیغات و تشکیلاتی را که از افکار و نظریه‌های مبتنی بر تفوق یک نژاد و یا گروهی از اشخاصی که رنگ و یا منشأ قومی معین دارند الهام بگیرد و یا هر نوع تنفر و تبعیض نژادی را توصیه یا تشویق کند - تقبیح می‌نماید و متعهد می‌شوند که به منظور ریشه کن ساختن این چنین تحریکات یا تبعیضات و به طور کلی برای محو هر قسم تبعیض نژادی سریعاً تدابیر لازم را اتخاذ نمایند - و در این راه اصول اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز حقوقی را که در ماده پنجم این قرارداد تصریح گردیده است مورد توجه قرار دهند.»

حال سوال این است که با توجه به جنبه عرفی پیدا کردن مواد بررسی شده این کنوانسیون در رویه عملی داخلی کشورها و پایبندی شان در رعایت این حقوق اولیه برای شهروندانشان؛ چگونه ممکن است که عده ای از مسلمانان کشور میانمار از حقوق اولیه خود به دور باشند و موجبات تبعیض نژادی همراه با کشتار در این کشور فراهم آید؟ ماه‌ها کشتار و اعمال سخت‌ترین فشارها به همراه از بین بردن خانه و کاشانه مردم مسلمان میانمار، نوعی آبارتاید قومی و مذهبی را در این کشور تداعی می‌کند که آن‌ها را حتی از حقوق اولیه خود نیز منع می‌کند و موجبات کشتار آن‌ها را به منظور پاکسازی قومی در قرن ۲۱ فراهم می‌آورد که این امر بسیار مذموم و ناپسند است.

باید گفت اگر چه تبعیض‌های نژادی و دینی صورت گرفته در میانمار با ادامه یافتن در طی سال‌های اخیر موجبات نسل‌کشی را در این کشور فراهم آورده است اما نباید فراموش کرد که عده ای تلاش می‌کنند تا اقدامات صورت گرفته توسط دولت این کشور را با توجه به مواد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و اعلامیه رفع تبعیض نژادی، کشتار جمعی نشان دهند که این امر بسیار محرز است که کشتار جمعی با نسل‌کشی تفاوتی آشکار دارد؛ بدین گونه که کشتار جمعی مفهومی عام‌تر از نسل‌کشی دارد و نیاز نیست تا یک گروه قومی یا مذهبی یا زبانی خاصی مورد کشتار و رفتارهای تبعیض آمیز قرار بگیرند، بلکه این امر در نسل‌کشی مورد نیاز و برای تحقق حتمی است (وکیل، ۱۳۸۷، ص ۵۹)، که می‌توان این مورد را در میانمار به راحتی با اعمال ارتكابی مشاهده نمود.

۲-۲. اعلامیه حقوق بشر

از آن جایی که عدم شناسایی حقوقی اولیه برای انسان‌ها در طول تاریخ وقوع حوادث ناگوار بسیاری بر علیه بشریت از جمله نسل‌کشی‌ها، تبعیض نژادی‌ها و کشتارهای بسیاری را موجب شده بوده است؛ جامعه جهانی تلاش نمود در اعلامیه‌ای نه‌الزام آور به تبیین حقوق اولیه انسانی بپردازد که از جمله این اولین تلاش‌ها اعلامیه جهانی حقوق بشر است.^{۱۷} در مواد بسیاری از اعلامیه جهانی حقوق بشر به کرامت بشری و بالا بودن اهمیت رعایت حقوق اولیه افراد بشری تأکید شده است و این مهم در میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز مورد تأکید قرار گرفته است که در این قسمت به بررسی مواد مرتبط با موضوع می‌پردازیم. در اعلامیه آمده است (ماده ۲) که افراد بدون هیچ تبعیضی از لحاظ مذهب و عقیده و زبان و غیره از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هایی که در این اعلامیه بر شمرده شده است برخوردارند؛ و از طرفی در ماده ۳ اعلامیه مقرر می‌دارد: «هر کس حق حیات، آزادی و برخورداری از امنیت شخصی را دارد» از سوی دیگر علیرغم تأکید اعلامیه حقوق بشر مبتنی بر منع کار اجباری و بیگاری کشیدن و مهیا کردن شرایط کار آزاد برای همه افراد تا در شرایطی آزادانه شغل خود را انتخاب کنند (مواد ۴ و ۲۳ اعلامیه)؛ در

کشور میانمار شاهد کار اجباری مسلمانان که در اقلیت به سر می‌برند می‌باشیم که چگونه دولت آن‌ها را به کار اجباری می‌گمارد، اجازه خروج از منطقه سکونت خود را به آن‌ها نمی‌دهد و حتی مناطقی را به عنوان مناطق عاری از مسلمانان معرفی می‌کنند، تبعیض روا می‌دارند و خلاف موادمفاد اعلامیه حقوق بشر که اصول بنیادین و اولیه بشریت را بیان می‌دارد عمل می‌کنند.

اگر چه در مواد دیگری از اعلامیه نیز به داشتن آزادی بیان و اندیشه و مذهب صریحاً اشاره شده است (ماده ۱۸) و کشورها باید حقوق اقلیت‌ها را نیز به رسمیت بشناسند اما این امر نیز در کنار منع اجازه تحصیل برای مسلمانان و بسیاری از حقوق دیگر که در اعلامیه بدان اشاره شده است (ماده ۲۶) در میانمار توسط دولت این کشور در قبال اقلیت مسلمان مورد نقض قرار می‌گیرد. می‌توان این گونه بیان داشت که با توجه به اصول سه‌گانه مورد نیاز جهت تحقق یافتن نسل‌کشی، جنبه معنوی و سوء نیت داشتن دولت میانمار با این اقدامات قابل اثبات می‌باشد که همین اقدامات طی سالیان اخیر منجر به مهاجرت عده‌ای زیادی از مسلمانان این کشور به کشورهای منطقه شده است که دولت مرکزی نیز برای تحقق کامل یافتن، از بین رفتن مسلمانان، علیرغم خلاف مقررات بین‌المللی بودن اقداماتش، دست به تحریک بوداییان این کشور برای از بین بردن مسلمانان این کشور می‌زند و حتی در بسیاری از موارد به طور مستقیم اقدام به کشتار مردم در اقلیت مسلمان می‌کند.

۲-۳- اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

از دیگر اسناد مهم حقوق بین‌المللی که می‌تواند در زمینه شناسایی مصادیق جرایم مهم مورد استفاده و ملاک عمل قرار بگیرد، اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است که چهار نوع از جرائم مهم را در اساسنامه خود مورد شناسایی قرار داده است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها که می‌توان مصادیق تحقق یافتنش را در میانمار مشاهده نمود، جرم نسل‌کشی است.

بر اساس این کنوانسیون نسل‌کشی این گونه تعریف شده است (ماده ۶):

« منظور از نسل‌کشی در این اساسنامه، هر یک از اعمال زیر است که به قصد نابود کردن تمام یا قسمتی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی از حیث همین عناوین ارتکاب می‌یابد
الف) قتل اعضای گروه

ب) ایراد صدمه شدید نسبت به تمامیت جسمی یا روحی اعضای گروه

ج) قراردادن عمدی گروه در معرض شرایط زندگی نامناسبی که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی آن بشود

د) تحمیل اقداماتی به منظور جلوگیری از تولد و تناسل گروه

ه) انتقال اجباری کودکان گروه به گروه دیگر».

حال سوال این است که با توجه به اقدامات خلاف حقوق بشری صورت گرفته توسط دولت میانمار که در مبحث بررسی اعلامیه حقوق بشر بدان پرداخته شد؛ آیا مصادیق این ماده، به صورت عینی و واقعی در میانمار در حال جریان نیست؟

می‌توان بیان داشت که جای هیچ‌شکی نیست که علیرغم سکوت دادستان دیوان که دارای اختیارات گسترده‌ای در راستای شناسایی موضوع نسل‌کشی بر اساس استفاده از شهود و کمک خواستن از مجامع بین‌المللی و غیره می‌باشد (مطابق ماده ۱۵) و حتی از کشورها نیز می‌تواند در راستای انجام تحقیق و بررسی موضوع میانمار کمک بگیرد تا نسبت به حقایق موضوع اشراف یابد تا مرتکبان را مورد پیگیری قرار دهد؛ جرم نسل‌کشی در میانمار در حال جریان است و این امر بار دیگر حاکی از این مهم می‌باشد که بنا بر روند تشکیلات و مواد اساسنامه دیوان، شورای

امنیت نیز می‌تواند مواردی را برای محاکمه و پیگیری به دیوان ارجاع نماید (بند ب ماده ۱۳)، که این مهم از این طریق نیز محقق نشده است. از همین رو می‌توان بیان داشت که نسل‌کشی در میانمار و عدم اقداماتی جدی از سوی دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند حتی به عنوان یک آزمایشی جدی برای نشان داده شدن نقش سازنده و بی‌طرف و مستقل دیوان مورد ارزیابی کشورهای غیر عضو جهان قرار گیرد و حتی در آینده مورد سوء استفاده قرار بگیرد^{۱۸} و به عنوان عرفی منفی در جهان تبدیل شود که این امر تا کنون از سوی دیوان با اقدامات متعلاشه اش با شکست مواجه شده است که چگونه دیوان از صلاحیت خود برای تعمیم دادن این مهم مطابق اختیاراتش نسبت به کشورهای غیر عضو در اساسنامه در موارد پیش‌بینی شده (ماده ۱۴) استفاده خواهد نمود.

دست‌آورد

اگرچه سال‌هاست که مردم جهان در کنار و گوشه‌ی کشورهایشان شاهد برخوردهای مختلف و تبعیض‌آمیز با دولت‌هایشان هستند؛ برخوردهای شدیدی که تا کنون کنوانسیون‌ها و قواعد بسیاری در سطح بین‌المللی وضع شده تا آن اعمال را منع و از طرفی قابل پیگیری به منظور به کیفر رساندن بکنند اما در زمان حاضر که بار دیگر یکی از آن اعمال در میانمار در حال وقوع است، سازمان‌ها، کشورها و مجامع بین‌المللی بار دیگر سکوت کرده‌اند و علیرغم تحقق ارکان سه‌گانه جرم نسل‌کشی (رکن روانی، رکن مادی و رکن قانونی) سکوت کرده‌اند و به منظور عدم تلاطم جریان نسل‌کشی در این کشور اقدامی جدی را انجام نمی‌دهند.

دولت میانمار که با اهداف خاصی به مباشرت و یا معاونت مستقیم در کشتار مسلمانان این کشور روی آورده است و از طرفی رکن قانونی در محکومیت و شناسایی عملش برابر با اسناد بین‌المللی همچون اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی وجود دارد، به علت این که عضو سازمان کنفرانس اسلامی نبوده و حتی اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را نیز امضاء ننموده، تلاش می‌کند تا از مسؤلیت خود شانه‌خالی کند و به اقدامات مجرمانه خود ادامه دهد.

از این رو؛ حال که دولت میانمار خود در نسل‌کشی و اقدامات ضد حقوق بشری نسبت به مسلمانان این کشور مقصر است و سعی در محاکمه سران و فرماندهان و عاملین این نسل‌کشی در کشورش ندارد، اگرچه که دیوان کیفری بین‌المللی به دلیل عدم عضویت میانمار در دیوان و حتی عدم پذیرش موقت اساسنامه^{۱۹} نه تنها صلاحیت شخصی و صلاحیت سرزمینی در خصوص قضایای میانمار ندارد، بلکه به موجب صلاحیت زمانی و موضوعی که برای این دیوان با توجه به اساسنامه برای رسیدگی به موجب صلاحیت تکمیلی وجود دارد؛ اما باز هم اقدامی فعالانه انجام نمی‌دهد و از اختیارات خود استفاده نمی‌کند و دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز مطابق با اختیاراتش برای انجام تحقیقات در سطح جهانی به منظور شناسایی جراثمی که در صلاحیت دیوان به منظور رسیدگی است اما ارجاع داده نمی‌شود؛ اقدامی نمی‌کند و به بازجوئی سران و مرتکبین نمی‌پردازد و از طرفی شورای امنیت نیز به پرونده‌های مختلف و قضایای مختلف در سطح جهانی بنا بر مقتضیات سیاسی می‌نگرد و مسائل مهمی همچون نسل‌کشی را برابر اختیارات گسترده‌ای که دارد به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع نمی‌دهد (به دلیل مسلمان بودن جمعیت در

۱۸- رژیم غاصب اسرائیل از جمله رژیم‌هایی در جهان است که علیرغم امضاء اساسنامه دیوان در سال ۲۰۰۰ از تصویب آن خودداری پورزیده است و علیرغم این که دیوان می‌تواند در جویانات التماسات تجاوزکارانه و اقدامات خلاف حقوق بشری و ضد بشریت و حتی جرائم جنگی این کشور در چارچوب درگیری‌هایش با کشورهای همسایه آن کشور را مورد محاکمه قرار دهد و سران را مورد پیگرد قرار دهد، اما به عنوان سابقه‌ای منفی در این زمینه به عملکرد دیوان در جرائم میانمار اشاره خواهد نمود تا بتواند از مسؤلیت بین‌المللی عمل خود بگریزد (به موجب بند ب ماده ۱۲ کشورهای فلسطین و لبنان که اساسنامه دیوان را تصویب نکرده‌اند، می‌توانند برای رسیدگی به جرائم ارتكابی اسرائیل به علت اقدامات مختلف خلاف حقوق بین‌المللی اش که قابل طرح و رسیدگی در دیوان می‌باشند، صلاحیت دیوان را با سپردن اعلامیه پذیرش صلاحیت نزد رئیس‌دیوان بپذیرد).

۱۹- مطابق ماده ۱۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی کشورهای غیر عضو می‌توانند بنا بر موضوعات خاص صلاحیت دیوان را بپذیرند و خواستار پیگیری و اعمال صلاحیت دیوان شوند.

حال نسل کشی)، می توان گفت که نقش سازمان کنفرانس اسلامی بسیار موثر و حائز اهمیت می باشد و زمینه را حتی برای نقش آفرینی بیش تر این سازمان در آینده نیز فراهم می آورد که از جمله اقداماتی که می تواند در قضیه نسل کشی میانمار انجام دهد به این شرح است تا نسل کشی در این کشور نسبت به مسلمانان ادامه نیابد و سایر مراجع بین المللی نیز اقدامات لازم را انجام دهند:

۱. تشکیل نمایندگی فعال در کشور میانمار به منظور حفظ حقوق مسلمانان در این کشور و با فشاری بر تشکیلات چنین نمایندگی در شهرها و نواحی مسلمان نشین
۲. رایزنی و انجام همکاری های لازم با کشورهای همسایه میانمار، سازمان ملل متحد و حتی سازمان منطقه ای آسه.ان به منظور ایجاد فشار بر دولت مرکزی میانمار یا به وجود آوردن یک ائتلاف بین المللی و منطقه ای تا حقوق مردم مسلمان نقض نشود و مورد جنایت نسل کشی واقع نشوند
۳. در میان گذاشتن موضوع میانمار با شورای حقوق بشر سازمان ملل به منظور محکوم نمودن اقدامات دولت و بوداییان میانمار و از طرفی انجام رایزنی با دانلستان دیوان کیفری بین المللی جهت اعزام گروهی به منظور بررسی و حقیقت یابی در کشور میانمار.

حال با توجه به شدت گرفتن اقدامات دولت میانمار به منظور یکدست سازی قومیت در این کشور و انجام اقدامات سخت گیرانه و کشتار بر علیه مسلمانان میانماری که مجموعاً نسل کشی را محقق می نماید؛ باید گفت که مسلمانان میانماری نیز می توانند اقداماتی را در راستای پیگیری حقوق در حال تضییع خودشان انجام دهند و مانع از تداوم روند نسل کشی تدریجی بر علیه خودشان شوند که مهم ترین آن اقدامات می تواند این گونه باشند:

- ۱- تلاش در راستای تشکیل و تاسیس نمایندگی های جهانی حقوق بشری در مناطق مسلمان نشین
 - ۲- پیگیری حقوق تضییع شده خودشان از مراجع بین المللی، با اعزام نمودن نماینده و یا فرستاده ویژه به سازمان هایی همچون آسه.ان، سازمان کنفرانس اسلامی، شورای حقوق بشر و حتی مقر دیوان کیفری بین المللی در شهر لاهه هلند به منظور پیگیری مطالبات حقوقی و قانونی شان.
 - ۳- انجام مذاکره و اعزام فرستاده ای ویژه به سازمان های جهانی همچون صلیب سرخ جهانی و سازمان هایی همچون خواروبار جهانی (fao) و یا یونیسف (unicef) به منظور حمایت این سازمان ها از وضعیت خوراک و تغذیه مردم مسلمان در اقلیت این کشور و با حمایت از زنان و کودکان بی سرپرست میانمار که در اثر نسل کشی ها سرپرست خانواده خود را از دست داده اند و فاقد هرگونه حمایت های سیاسی و حقوقی هستند.
 - ۴- اقدام دیگری که می توان با انجام آن اقدامات دولت مرکزی و حتی بوداییان میانمار را کاهش داد، عدم کوچ و پناهنده شدن به کشورهای همسایه است که عدم انجام این امر می تواند در دراز مدت تأثیر بگذارد.
- حال این امر بار دیگر مورد اشاره قرار می گیرد، از آن جایی که دولت میانمار به عضویت اساسنامه دیوان کیفری بین المللی و حتی سازمان کنفرانس اسلامی در نیامده است، اعمال فشار به منظور قطع اقدامات تبعیض آمیز که از مصادیق نسل کشی می باشد از این طریق؛ به دلیل حمایت های سیاسی از دولت میانمار در سطح بین المللی چندان مطمئن و مفید به فایده نخواهد بود؛ اما از طریق سازمان ملل و به خصوص شورای امنیت که وظیفه حفظ صلح و امنیت بین المللی را بر عهده دارد (حتی شناسایی موارد به خطر اندازنده صلح و امنیت نیز با خود شورا است) این امکان وجود دارد که تا موارد مختلف و مهمی همچون نسل کشی در میانمار مورد توجه قرار بگیرد و به نحو عادلانه و منصفانه در صحنه جهانی، حقوق بشر رعایت شود و زمینه های کاربست و عملیاتی شدن حقوق بشر بین الملل فراهم آید.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

۱. قرآن کریم
۲. اردبیلی، محمد علی، حقوق بین الملل کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹
۳. بیگ زاده، ابراهیم، بررسی نسل کشی و جنایت علیه بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، دیوان کیفری بین المللی و ایرن، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۸
۴. شریعت باقری، محمد جواد، اسناد دیوان کیفری بین المللی، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۰
۵. شیرینی عابد، علیرضا، نسل کشی و جرائم علیه بشریت، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، تهران، ۱۳۸۷
۶. کافی، محمد، اصول عملیه در فقه، تهران، نشر علما، ۱۳۸۵
۷. محاسب، مهین دخت، کشتار جمعی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶
۸. میر محمد صادقی، حسین، دادگاه کیفری بین المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۳
۹. موسی زاده، رضا، سازمان های بین المللی، نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸
۱۰. وکیل، امیر ساعد، جنایات علیه بشریت در حقوق بین الملل معاصر، مجله حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، ۱۳۸۷

ب) منابع اسنادی

۱. اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری ۱۹۹۸
۲. اساسنامه دادگاه نورنبرگ ۱۹۴۵
۳. کنوانسیون رفع تبعیض نژادی ۱۹۴۸
۴. اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸
۵. منشور سازمان ملل متحد ۱۹۴۵

ج) منابع خارجی

۱. International criminal court (ictr) < prosecutor v . goranjelusic < case no it-۱-۹۵-des۱۹۹۹ (online) available : [http / www/wicc - cpi . int / ictr](http://www/wicc-cpi.int/ictr) . (۱۰-aug ۲۰۰۶) .
- ۲ . International criminal court (ictr) < prosecutor v . janekambadna < case no -۹۷-۴-۶-۳۳ < sep۱۹۹۴ (online) available : [http / www/wicc - cpi . int / ictr](http://www/wicc-cpi.int/ictr) .
- ۳ .mehr news . com < ۲۰۱۲
- ۴ hamshahri online . com < ۲۰۱۲

بررسی مسؤولیت کارفرما و مسؤولیت کارگران بین حقوق مدنی و حقوق کار

نویسنده: الکساندر پرویا ■ مترجم: الهام امیری ■

چکیده

نابرابری طرفین در روابط کاری خصوصیتی متمایز به قرارداد کار می دهد که باعث تمایز آن از قراردادهای برگرفته از حقوق مدنی می شود. در حیطة تئوری و عملی گزارشات موجود نابرابری مابین کارفرما و کارگر را بیان می دارند. عدم توازن میان طرفین قرارداد کاری، باعث ایجاد ارکان لازم جهت تولد شاخه جدیدی از حقوق شده است تا به وسیله استقرار آن، این کمبودها و نواقص جبران شود.

اگرچه در مقوله مسؤولیت، این «قانون نابرابر» به عنوان پدیدآورنده نهادهای جدید و مستقلی از «حقوق عام» شناخته نمی شود، اما «قانون نابرابر» در ظاهر امر تنها محدود به از بین بردن و یا جبران عدم تساوی طرفین قرارداد است. بنابراین، حقوق کار رومانی یک نهاد خاص تحت عنوان مسؤولیت پدرسالارانه که شامل قوانین قابل اجرا در رابطه قانونی قرارداد کار انفرادی است را ایجاد می کند اگرچه این نهاد نشان دهنده یک استثنا از قواعد عمومی مسؤولیت مدنی است اما قانون کار رومانی به طور کامل خدمت این نهاد خاص را از قوانین عمومی مسؤولیت مدنی معین نکرده است و از این نهاد خاص به عنوان یک منبع کاشف عناصر و ارکان خود و همچنین به عنوان منبع مکمل استفاده نموده است.

اگر عناصر لازم برای بروز مسؤولیت مدنی، مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد و مسؤولیت جزایی رخ دهد، مسؤولیت پدرسالارانه رانمی توان از آن ها مستثنی دانست.

کلمات کلیدی: مسؤولیت، کارفرما، کارگر، حقوق کار، حقوق مدنی، مسؤولیت پدرسالارانه، مسؤولیت مدنی، قرارداد

■ کارآموز وکالت

ترجمه از:

اصطلاح «مسئولیت» که در حقوق کار مورد استفاده قرار می‌گیرد دارای یک مشخصه فنی است که به وسیله قانون کار - قانون شماره ۵۳۲۲۰۰۳^۱ - و سایر قوانین مربوطه تعریف شده است. ضرورت دارد که اصطلاحات اساسی بدین گونه تعریف شود:

۱ - قرارداد کار انفرادی به عنوان یک توافق ارادی مابین کارگر و کارفرما می‌باشد که در ازای پرداخت دستمزد کارگر موظف به انجام کار برای و تحت سلطه کارفرما می‌باشد. طبق ماده ۱۰ قانون کار، قرارداد کار انفرادی قراردادی است که براساس آن کارگر - شخص حقیقی - موظف است که کار را برای و تحت سلطه اختیارات کارفرما - شخص حقیقی و یا شخص حقوقی - در ازای دستمزد انجام دهد.

۲ - کارفرما به وسیله ماده ۱۴ قانون کار چنین تعریف شده است: «(۱) بر مبنای قانون حاضر، کارفرما یک شخص حقیقی و یا حقوقی است که بر طبق قانون می‌تواند نیروی کار را بر اساس قرارداد کار انفرادی بکار برد. (۲) شخص حقوقی از زمانی که از شخصیت حقوقی برخوردار می‌شود توانایی انعقاد قرارداد کار انفرادی را به عنوان کارفرما دارد. (۳) شخص حقیقی از زمانی که از اهلیت قانونی برخوردار می‌شود، دارای اهلیت برای انعقاد قرارداد کار انفرادی به عنوان کارفرما می‌باشد. با توجه به ماده ۲۳۰ قانون کار «مالک - که در قانون امروزی به عنوان کارفرما نامگذاری شده است - یک شخص قانونی ثبت شده و یا شخص حقیقی مجوز داده شده بر طبق قانون است که سرمایه را - بدون در نظر گرفتن ماهیت آن - با هدف به دست آوردن سود و منفعت در شرایط رقابتی لاره و مورد بهره‌گیری قرار می‌دهد و کار را در ازای پرداخت دستمزد بکار بگیرد».

۳ - مزدبگیر و یا کارگر به عنوان شخص حقیقی که بر مبنای قرارداد کار انفرادی موظف به انجام کار برای و تحت سلطه کارفرما - شخص حقیقی یا شخص حقوقی - در ازای دریافت دستمزد می‌باشد، تعریف می‌شود.^۲ حقوق کار از یک شاخه بزرگ حقوق مدنی منشعب شده است و به عنوان یک ضرورت در زمان حال، به طور فزاینده‌ای برابری دو طرف قرارداد را در گزارشات قانونی ابراز می‌کند. این برابری ممکن است در ابتدای امر تنها در ارتباط با برابری مابین اشخاص حقیقی و یا متعاقبا به طور خاص در ارتباط با برابری در حل و فصل دعوی مابین آنها نیز باشد.

۴ - مسئولیت مدنی قراردادی ارائه دهنده وظایف قانونی فرد بدهکار طبق قرارداد برای جبران خسارت ایجاد شده به طلبکار است که این خسارت به دلیل عدم انجام تعهد، تأخیر در انجام تعهد، انجام ناکافی تعهد و یا عدم انجام کامل و یا جزئی تعهد است (Pop, ۱۹۹۸, p. ۱۷).

۵ - مسئولیت پدرسالارانه مربوط به طرفین مطرح در گزارشات قانونی کار - کارفرما و کارگر - منتج از قرارداد کار انفرادی است که برگرفته از بند ۱ ماده ۲۶۹ و بند ۱ ماده ۲۷۰ قانون کار دارای خصوصیت جبرانی خسارت و بر

۱ - Modified by Law no. ۲۰۰۲/۲۸۰, Law no. ۲۰۰۲/۲۴۱, OUG no. ۲۰۰۵/۶۵, Law no. ۲۰۰۵/۲۴۱, Law no. ۲۰۰۵/۳۷۱, OUG no. ۲۰۰۶/۵۵, Law nr. ۲۰۰۷/۹۴, Law no. ۲۰۰۷/۳۳۲, Law no. ۲۰۰۸/۲۰۲, OUG no. ۲۰۰۸/۱۴۸, Law no. ۲۰۰۹/۳۳۱.

۲ - Modified by art. I section ۲ of OUG no. ۲۰۰۵/۶۵.

۳ - این تعریف با توجه به توصیه نامه شماره ۱۹۸/۲۰۰۶ سازمان بین‌المللی کار - که به اعضای خویش توصیه میکند که یک نهاد قانونی برای ایجاد یک رابطه کاری را تأسیس کنند و همچنین برای این رابطه کاری نشانه‌های ویژه‌ای را محرز کنند - قابل انتقاد است.

مبنای قوانین و اصول مسؤلیت مدنی قراردادی است. قوانین عام مسؤلیت پدرسالارته از جمله قوانین مربوط به مسؤلیت مدنی قراردادی موجود در حقوق عرفی می باشد که به صورت قوانین ویژه ای وارد قانون کار شده اند (Stefănescu, ۲۰۰۷, p. ۴۸۰). با وارد کردن مواد ۲۶۹ و ۲۷۰ به قانون کار، قانونگذار «مسؤلیت مدنی» که در قانون کار قبلی قرار داده شده بود و با مسؤلیت مدنی قراردادی متفاوت است را حذف نمود.

مقوله مسؤلیت در مقررات مسؤلیت مدنی قراردادی که کارفرما را موظف به جبران خسارت میکند یا مقوله مسؤلیت موجود در روابط استخدامی متفاوت می باشد. این نوع از مسؤلیت فقط یک نوع از مسؤلیت مدنی قراردادی است و در هر دو حالت فوق ضرر به وسیله نقض تعهدات ناشی از قرارداد ایجاد می شود.

عناصر مسؤلیت پدرسالارته کارگر و یا کارفرما به شرح زیر است:

۱- بر طبق وجود یک قرارداد کار انفرادی معتبر منعقد شده آثار حقوقی بر آن بار می شود، زیرا یک مسؤلیت مدنی قراردادی با پاره ای از استثنائات می باشد.

۲- یک مسؤلیت فردی است که در نتیجه عملکرد کارفرما و یا تقصیر کارگر در ارتباط با عمل به قرارداد کار انفرادی ایجاد میشود.

۳- اگر در ایجاد خسارت چند نفر شرکت داشته باشند جبران خسارت بر تک تک آنها متناسب با میزان مشارکت آنها در ایجاد خسارت بار میشود و جبران خسارت در این حالت به صورت تضامنی نمی باشد.

۴- یک مسؤلیت کامل است که هم خسارت واقعی ایجاد شده و هم عدم انفع را پوشش می دهد؛ کارفرما و کارگر هر دو تنها پاسخگوی خسارت ایجاد شده - خسارتی که در هنگام انعقاد قرارداد کار انفرادی بدان اشاره شده و یا قبل پیش بینی بوده است - می باشند، به استثناء جرایم سنگین همانند کلاهبرداری (مطابق با قانون مصوب ۱۰۸۵ قانون مدنی) که آنها همچنین برای خسارتهای غیرقابل پیش بینی نیز باید پاسخگو باشند (Motiu, ۲۰۰۹, p. ۳۵۲).

۵- جبران خسارت ایجاد شده به صورت معادل نقدی خسارت حاصله صورت می گیرد. در مورد مسؤلیت کارفرما،

۴ - According to Government Ordinance no. ۱۹۹/۱۹۹ regarding the material liability of the military, published in MOF no. ۲۹۰۸۰/۱۹۹۷۳۳۸, approved by Law no. ۱۹۹/۱۹۹, published in MOF No. ۲۸۰۰۱/۱۹۹۷۳۳

مسؤلیت کارمندان نهادهای نظامی (وزارت دفاع ملی، سرویس اطلاعات رومانی، سرویس اطلاعات خارجی رومانی، گارد و نهاد پشتیبانی، ژاندارمری، خدمات ویژه مخابراتی و غیره) موظف به بازپرداخت خسارت ایجاد شده طبق قوانین مسؤلیت مدنی هستند. قواعد و مقررات مربوط به مسؤلیت مدنی نظامیان شامل حقوق خاص و ویژه ای از مسؤلیت برای این دسته از کارمندان میباشد.

Similarly, according to Law no. ۲۰۰۰/۲۰۰۶ on the status of soldiers and volunteers subordinate officers, published in MOF no. ۲۳۰۱۰۰۲۰۰۶/۱۹۹۸ and Government Ordinance no. ۱۹۹/۱۹۹, approved by Law no. ۱۹۹/۱۹۹

زمانیکه خسارت ایجاد شده به واحد نظامی در روند آماده سازی برای شرکت در میدان جنگ باشد مسؤلیت شامل مسؤلیت مدنی (نه مسؤلیت پدرسالارته) است و بصورت کسر از سه ماه حقوق دریاختی است و تاریخ محاسبه آن از تاریخ کشف خسارت میباشد.

۵- قانون شماره ۱۹۶۹/۱۳۲ که مربوط به مدیران استخالی، وینته و مسؤلیت مربوط به دلایی های دولت است در رابطه با متصدی ها، مقامات و نهادهای دولتی اعمال میشود. published in BOF no. ۱۸۰۱۱/۱۹۶۹/۱۳۲, amended by Law no. ۱۹۹/۲۰۰۳, published in MOF no. ۱۵۰۰۷/۱۹۹۳/۱۸۱

بوسيله ماده ۲۷۰ و مواد بعد از آن قانون کار نیز مورد تأکید قرار میگیرد. مسؤلیت مدیران از نوع مسؤلیت پدرسالارته است - مطابق با اصول قلبی اعمال مسؤلیت مدنی قراردادی - مسؤلیتی که با تعدادی از قوانین خاص مشخص میشود و این مسؤلیت بصورت مشترک و کامل است. طبق ماده ۲۵ - ۲۵ اگر کارکنان به جرم استخدام، تعیین و یا حفظ یک شخص در موقعیت مدیر بدون رعایت سن، تحصیلات، دوره آموزشی و عدم سوء پیشینه اقدام کنند مسئول هستند و این مسؤلیت از نوع پدرسالارته و مشترک میباشد و میزان این مسؤلیت محدود به ارزش وینته مشترک است. مسؤلیت مدیر در این حالت طبق ماده ۳۰ قانون شماره ۱۹۶۹/۱۳۲ تنظیم میشود و میزان مسؤلیت به اندازه خسارتی که توسط مرتکب بلاواسطه جبران نشده باقی مانده است از زمانیکه مرتکب بلاواسطه از پرداخت دیون خویش تاولن شود میباشد.

هیچگونه استثنائی از این قانون وجود ندارد. اما در مورد کارگر استثنائاتی در این زمینه وجود دارد مخصوصاً اگر قرار باشد جبران خسارت از طریق عدم پرداخت دستمزد کارگر صورت بگیرد.^۶

۶- با توجه به نظریه تقصیر یکی از طرفین - مسئله ای که قانون کار به طور خاص به آن نپرداخته است - می توان این گونه بیان نمود که چنین نظریه ای بر علیه کارگر^۷ به خاطر اینکه وظیفه کارگر حناکتر تلاش می باشد قابل اعمال نیست اگرچه این نظریه بر علیه کارفرما به خاطر اینکه وظیفه کارفرما دستیابی به نتایج ویژه ای است قابلیت اعمال را دارد. البته این نظریه نسبی به وسیله کارفرما میتواند از طریق اثبات اینکه عدم عمل به تعهدات ناشی از حوادث غیر قابل انتساب به وی می باشد، تغییر کند.

۷- در صورت عدم توافق طرفین بر وجود و میزان مسؤولیت، احراز آنها به دادگاه ذیصلاح سپرده می شود.

۸- اجرای قضایی مسؤولیت پدرسالارانه در رابطه با کارگر^۸ دارای محدودیت هایی می باشد ولی در رابطه با کارفرما هیچگونه محدودیت قانونی وجود ندارد.

۹- وضع مقررات قانونی با هدف تشدید وضعیت بر علیه کارگر ممنوع می باشد.

۱۰- در کنار بندهای عدم مسؤولیت جبرانی حقوق مدنی، بند ۲ ماده ۲۷۰ قانون کار ریسک های معمول روابط کاری را مورد چهارچوب بندی قرار می دهد.

ویژگی های مسؤولیت پدرسالارانه کارفرما در مقابل کارگر

بر طبق ماده ۲۶۹ قانون کار کارفرما - بر اساس قوانین و اصول مسؤولیت مدنی قراردادی - موظف به جبران خسارت مادی و یا معنوی کارگر به دلیل تقصیر کارفرما در طول عمل به تعهدات و وظایف مقرر در رابطه کاری و یا استخدامی می باشد. اگر کارفرما از جبران خسارت کارگر امتناع ورزد، کارگر می تواند به دادگاه ذیصلاح شکایت کند. بر طبق ماده ۲۷۰ و مواد بعد از آن، کارفرما در صورت پرداخت خسارت می تواند مبلغ مناسب را از کارگری که تقصیر وی ایجاد خسارت کرده را باز پس بگیرد.

برای اینکه کارفرما در قبال کارگرانش مسئول باشد باید تمام ارکان مسؤولیت مدنی قراردادی - عمل غیر قانونی، ضرر، رابطه علت و معلولی بین عمل غیرقانونی و ضرر، تقصیر کارفرما - برآورده شود.

جبران خسارت ایجاد شده به وسیله کارفرما به کارگر باید به طور کامل صورت بگیرد. بنابراین، کارفرما در قبال خسارت مادی و معنوی، خسارت واقعی و خسارت ناشی از عدم النفع، خسارت پیش بینی شده و یا خساراتی که

۶- در حالت دوم، با دو استثنا مواجه هستیم: وقتی که کارگر مال منقولی که مستحق آن نیست را دریافت کند که نتواند مثل آن را پس بدهد و زمانی که قرارداد کار انفرادی کارگر قبل از جبران خسارت کارفرما منقضی شود، فسخی قرارداد بنابر عدم انعقاد قرارداد کار انفرادی دیگری باشد (در حالت اول، معادل تقاضای مال منقول پرداخت میشود و در حالت دوم، کارفرما میتواند از اجرای قضایی برای پوشش ضرر کارفرما براساس این دلیلی مدعی استفاده کند).

۷- به استناد نظریه تقصیر متصدی، در مورد مفقود شدن مال منقول.

۸- اجرای قضایی در مورد کارگران دارای محدودیت میباشد و در صورت جبران خسارت از طریق عدم دستمزد کارگر، طبق ماده ۲۷۳ قانون کار حداکثر تا میزان یک سوم دستمزد ماهانه پرداخت نمیشود و هرگز این عدم پرداخت دستمزد به میزان نصف دستمزد ماهانه نخواهد رسید.

در لحظه انعقاد قرارداد کار انفرادی قابلیت پیش بینی را دارند به جز جرائم سنگین (کلاهبرداری کارفرما)، خسارات ناشی از عدم انجام کامل و یا جزئی تعهد، خسارت ناشی از انجام با تاخیر و یا ناکافی وظایف باید پاسخگو باشد. برای اینکه جبران ضرر به طور کامل صورت بگیرد کارفرما موظف به پرداخت خسارت و نفع قانونی است (بر اساس ماده ۱۰۸۸ قانون مدنی) و تاریخ محاسبه ز روز به جبران در آمدن دادخواست دادرسی (بر طبق قوانین عمومی، از تاریخی که خواننده در دادگاه حاضر نشود) در نظر گرفته می شود.

کارفرما پاسخگوی خسارتهای معین ایجاد شده به کارگر است (خسارتهایی که وجود آنها قطعی و میزان آنها قابل برآورد باشد)، اما در برابر خسارتهای احتمالی و یا خسارتهای آینده هیچگونه مسئولیتی ندارد. اگرچه بحث در رابطه با حوزه قراردادی است، اما جبران نقدی خسارتهای غیر پدروسالارانه - به طور مثال در قراردادهای واگذاری های عمومی، حق چاپ و یا حق اختراع - کاربرد کمی دارد. با توجه به مفاد ماده ۱ قانون شماره ۲۰۰۷/۲۳۷^۱، کارفرما مزم به جبران کامل خسارت - به صورتی که حتی خسارتهای غیر پدروسالارانه را نیز شامل نبود - تا حدی که برای کارگر اتفاق افتاده، می باشد.

شرایط عمومی ایجاد مسؤلیت کارفرما در قبال کارگرس به قربر زیر است:

- دادگاه تصمیم اخراج کارگر به وسیله کارفرما را لغو کند، در این صورت کارفرما موظف به پرداخت خسارت به کارگر می باشد.
- از ادامه کار کارگر به هر نحوی جلوگیری شود.
- رفع اتهام جزایی شخص مورد ظن اذاره محرز و خسارت وی پرداخت شود.
- مرخصی استحقاقی و حق استراحت کارگر - که از حقوق طبیعی در حین کار است - رعایت نشود.
- کارگر از تجهیزات مختص کار و یا تجهیزات و وسایل شخصی خود به دلیل فقدان اقدامات امنیتی مناسب کارفرما محروم شود.

• به دلیل برخی خسارتهای ایجاد شده توسط کارگر، مدارک مورد نیاز وی و گواهی کیفیت کار کارگر در اختیار وی قرار نگیرد (به طور مثال به دلیل عدم ارائه گواهی، کارگر قادر به پیدا کردن کار و یا گرفتن وام و یا اعتبارات بانکی نباشد).

در رابطه با کارفرما، تفاوتی بین مسؤلیت خارج از قرارداد - فورس ماژور و یا حوادث غیر قابل پیش بینی - و مسؤلیت مدنی قراردادی از لحاظ اثر و بار حقوقی وجود ندارد. اگر کارفرما اثبات کند که علت عدم انجام وظایف و تعهدات - که بر اساس قانون و یا طبق توافق با کارگر بر عهده وی بوده - فورس ماژور و یا حوادث تصادفی بوده، در این حالت یکی از ارکان مسؤلیت - وجود رابطه علیت بین عمل غیرقانونی و ضرر وارده - غیرقابل احراز است و در این حالت مسؤلیتی برای کارفرما در نظر گرفته نمیشود.

در اثر فورس ماژور و یا حوادث غیر قابل پیش بینی التزامی در راستای توقف انجام تعهداتی که در این شرایط عمل به آنها غیر ممکن شده است ایجاد میشود (زیر یک قرارداد، عملکردی متوالی است و حالت فورس ماژور و یا حوادث غیر قابل پیش بینی موقت هستند).

شاهد مشخصه تبعیض آمیز حقوق در رابطه با مسئله مسؤلیت پدروسالارانه کارفرما در برابر کارگراتش (به ضرر کارفرما) هستیم که برای حل و فصل کردن حق کارفرما، کارفرما میتواند به میزان آنچه به عنوان خسارت پرداخته است از کارگر مسئول ایجاد خسارت بازپس بگیرد. این مطلب به وسیله بند ۳ ماده ۲۶۹ قانون کار که رای دادگاه راقطعی و لازم الاجرا میدانند، مورد تاکید قرار میگیرد. همچنین ماده ۲۸۹ قانون کار از یک طرف و متون حقوقی از طرف دیگر در رابطه با حل و فصل حق کارفرما زمانی که خسارت توسط تقصیر کارگر ایجاد شده باشد، زمانی

^۱-Law no. ۲۰۰۷/۲۳۷, published in MOF no. ۲۵,۰۷۲۰-۷/۴۹۷, amended the art. ۲۶۹ paragraph ۱ of Labour Code.

قابل اعمال است که تفصیر کارگر قابل احراز باشد و همچنین این مطلب توسط بند ۲ ماده ۱۶۴ قانون کار که رأی دادگاه را قطعی و غیرقابل تجدیدنظر میداند مورد تأکید قرار می‌گیرد.

بنابراین، در مورد اول، اگر کارفرما تمایل به استرداد خسارت پرداختی از کارگر مستوف را دارا باشد، کارفرما موظف به پیروی از مقررات ماده ۲۷۰ و مواد بعد از آن قانون کار میباشد، رأی دادگاه در این مورد قطعی و از لازم الاجرا و همچنین قابل تجدیدنظر نیز میباشد.

اگر برای دادگاه تفصیر کارگر محرز شود رأی دادگاه قطعی و غیرقابل تجدیدنظر است و کارفرما مستلزم تبعیت از بند ۲ ماده ۱۶۴ قانون کار میباشد.

تناقض قوانین ناشی از این واقعیت است که در مورد اول رأی دادگاه قطعی (و لازم الاجرا، طبق ماده ۲۸۹ قانون کار) و کارفرما متعهد میباشد. در مورد مشابه اگر رأی دادگاه طبق بند ۲ ماده ۱۶۴ قانون کار باشد به علت ورود به حیطه اجرای قضایی غیر قابل تجدیدنظر است.

در نتیجه، در رومانی مسؤلیت پدربسالارانه فقط مخصوص قانون کار است. مسؤلیت پدربسالارانه دارای خصوصیات معینی - با توجه به برخی موضوعات واجد شرایط که توسط قانون مستثنی شده‌اند - است. مواد قانونی حقوق کار توسط مواد حقوق عام و حقوق مدنی تکمیل میشود و در برخی موارد رویه قضایی حقوق کار عقب نشینی کرده و به حقوق عام اجازه عمل میدهد.

اگرچه قانون کار از حقوق بین‌المللی و حقوق اروپا تبعیت میکند، با این حال استفاده از آن در برخی قسمتها مشکلاتی را به همراه دارد. اما نکته قابل توجه این است که در قانون کار رومانی روابط میان کارگران و کارفرماها بسیار دقیقاً ارائه شده است. حمایت از کارگران یکی از اصلی‌ترین وظایف قانونگذاری در این حیطه است، بنابراین تمام قوانین مربوط به حقوق آنها لازم الاجرا است و نمیتوانند مورد حذف و یا تغییر همانند کاهش و یا لغو حقوق کارگران قرار بگیرند.

References

- ۱ - Pop, L. (۱۹۹۸). Teoria generală a obligațiilor, Editura Lumina Lex, București
- ۲ - Ștefănescu, I.T. (۲۰۰۷). Tratat de dreptul muncii, Editura Wolter Kluwer, București
- ۳ - Moțiu, Dana Daniela (۲۰۰۹). Dreptul muncii: curs universitar, Editura Mirton, Timișoara
- ۴ - Law ۲۰۰۲/۵۲ modified by Law no. ۲۰۰۳/۴۸۰, Law nr. ۲۰۰۳/۵۴۱, OUG no. ۲۰۰۵/۶۵, Law
- ۵ - no. ۲۰۰۵/۲۴۱, Law no. ۲۰۰۵/۳۷۱, OUG no. ۲۰۰۶/۵۵, Law nr. ۲۰۰۷/۹۴, Law
- ۶ - no. ۲۰۰۷/۲۳۷, Law no. ۲۰۰۸/۲۰۲, OUG no. ۲۰۰۸/۱۴۸, Law no. ۲۰۰۹/۳۳۱
- ۷ - www.ilo.org
- ۸ - <http://www.codulmuncii.ro/en>

حقوق، حدود و رسالت مطبوعات

طاهر نوحیدی ■

چکیده

بررسی حقوق و حدود مطبوعات و ذکر مختصری از آن در ایران مطالبی است که نگارنده در صدد بیان جزئیاتی راجع بدان می‌باشد. بررسی اختصاری حقوق مطبوعات و محدودیت‌های موجود بر سر راه این حرفه در ایران با نگاهی تطبیقی می‌تواند مفید واقع افتد. در ابتدا پیشینه قانونگذاری مطبوعاتی در ایران و سپس جایگاه واقعی و حقوق و حدود مطبوعات و در نهایت رسالت مطبوعات در ایفای وظایف مورد بحث قرار می‌گیرد.

پیشینه قانونگذاری مطبوعاتی در ایران

قانون مطبوعات در ایران و در گذر تاریخی صد و اندی ساله‌ی خود با فراز و نشیب‌های زیادی رو به رو بوده است. نهضت قانون نویسی در ایران عمری تقریباً صد ساله دارد ولی امر مسلم آن است که کشور ایران در زمینه قانونگذاری و نیز قانون نویسی به جز در موارد استثناء، مطلوب عمل نکرده است.^۱ کثرت قانونگذاری، اصلاحات مکرر وارده بر مقررات تصویبی، تعدد قوانین آزمایشی و... می‌تواند نشان بارز صدق مدعا باشد. تعداد زیادی از قوانین فعلی ایران دوران آزمایشی خود را طی می‌کنند و هنوز پایان‌رہ مشخص نیست.

قانون مطبوعات نیز در این راستا از قاعده‌ی «تغییرات متعدد و مکرر» مصون نمانده است. قانون موصوف از ابتدای قانونگذاری تا زمان حاضر پنج بار دستخوش تغییر گردیده، اگر که از اصلاحات متعدد آن چشم‌پوشیم. سال ۱۲۸۶ خورشیدی و تقریباً همزمان با نهضت مشروطه و جریانات سیاسی بعد از آن در ایران را می‌توان نقطه‌ی آغاز تصویب قانون مطبوعات دانست. این قانون تا زمان تشکیل حکومت ملی مرحوم دکتر مصدق به حیات خود ادامه داد و تا اینکه در اوج بحران‌های سیاسی دهه سی و چهل شمسی ایران، قانون مطبوعات دیگری از تصویب شورای ملی گذشته این قانون که به همت مرحوم دکتر مصدق و همکاری‌اش تدوین و تصویب گشته بود، بعد از سقوط دولت دکتر مصدق نیز از سال ۱۳۳۱ تا سال ۱۳۵۶ به اجرا درآمد. سومین تغییر قانون مطبوعات در سال ۱۳۵۶ و ابتدای

■ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی

۱- لایحه قانونی تشکیل دادگاه اطفال بر مکار مصوب ۱۳۳۸ و با قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۴۲ و با قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷ از جمله مواردی هستند که قانونگذار مطلوب عمل نموده است.

سال ۱۳۵۷ انجام پذیرفت که بلافاصله بعد از پیروزی انقلاب ایران در سال ۱۳۵۸ اصلاحات و تغییرات عیدیه‌ای را برای بار چهارم به خود دید. سرانجام قانون مطبوعات در اسفندماه سال ۱۳۶۴ با آخرین تصویب خود مواجه گردید و ناگفته پیداست که این قانون نیز به نوبه خود با اصلاحیه‌ها و تغییراتی منطوقی در سال‌های ۱۳۷۹ و ۱۳۸۸ مواجه بوده است.

تغییرات عمده‌ای که در یک قرن قانونگذاری مطبوعاتی در ایران روی داده، نمی‌تواند مطلوب نظر باشد. سیاست تقنینی نباید با هر تحولی ولو جزئی یا هرازچندگاهی بنا به میل عدادی انگشت شمار و بنا به سلايق شماری معدود تغییر یابد. بدون در نظر گرفتن این راستی، رسیدن به ثبات بسیار دور از ذهن خواهد بود. قانون مطبوعات ایران در حال حاضر حاوی ۴۸ ماده بوده که در سال ۱۳۸۸ آخرین اصلاحات در آن صورت گرفته است.

جایگاه جهانی ایران در حفظ و تضمین آزادی مطبوعات

در حال حاضر کشور ایران در رده بندی جهانی که هر ساله اعلام می‌گردد، وضعیت مناسبی نداشته و ندارد. این در حالی است که اگر به پیشینه قانونگذاری در دوران‌های گذشته توجه شود، خواهیم دید که ایران همواره در برابر تمدن‌های یونان و روم باستان و... قد علم کرده و منشور کوروش کبیر، گواه راستین حقیقت است.

در سال ۲۰۰۳ میلادی کشورهای فنلاند، ایسلند، هلند و نروژ به خاطر حفظ حقوق مطبوعات و آزادی آن، در صدر رده بندی جهانی قرار داشته‌اند. در سال ۲۰۰۴ کشورهایی چون؛ دانمارک، ایرلند، اسلواکی و سوئیس رتبه‌های اول تا چهارم را به خود اختصاص داده‌اند. در سالیان اخیر کشورهایی مانند؛ نپال، چین، ویتنام، برمه، کره شمالی و ایران همواره در رتبه‌های آخر رده بندی جهانی قرار گرفته‌اند. به عنوان نمونه جایگاه جهانی کشور ایران در سال ۲۰۰۷ میلادی و از مجموع ۱۶۹ کشور، رتبه ۱۶۶ دنیا بوده و در سال ۲۰۱۰ رتبه آخر رده بندی جهانی را به خود اختصاص داد و در سال ۲۰۱۱ نیز ایران به همراه سوریه به ترتیب در مقام آخر قرار گرفته‌اند. کشور ایران در سال ۲۰۱۲ نیز رتبه ۱۷۵ را در میان ۱۷۹ کشور کسب نموده است. بنابر آمار گزارشگران بدون مرز در سال ۲۰۱۴ کشور ایران مقام ۱۹۰ را در میان ۱۹۷ دارا می‌باشد.

به هر روی باید عیان ساخت؛ ایران در زمره کشورهای «غیرآزاد» در عرصه آزادی مطبوعات قرار گرفته و همگان بر این راستی و قوف کامل دارند که این رتبه‌ها شایسته‌ی نام بزرگی چون «ایران» نبوده و نیست.

اصول قانونگذاری

قانونگذار خردمند در ابتدا بایستی با توجه به نیازها و ضروریات بین جامعه در گذر زمان اقدام به تصویب قوانین نماید. قانونگذاری باید فرایندی پویا و با لحاظ مقتضیات زمانی و مکانی باشد. چشم در هوا و تصویب قوانین آزمایشی و تشدید کیفرها و عدم اجرا بدون در نظر گرفتن واقعیات اجتماعی، کفایت امر را نخواهد کرد. قطعیت در قانونگذاری و نیز اجرای صحیح مقررات تصویبی، آن مهم است که در ایران کمتر با توفیق توأم بوده است.

قانونگذار خردمند باید تلاش کند که حقوق و حدود را به صورت دقیق تعیین نماید. یافتن نقطه تعادل میان حقوق و حدود هنر قانونگذاری محسوب می‌گردد. رعایت اعتدال و برقراری توازن میان حقوق و حدود و پرهیز از افراط و تفریط و رعایت صراحت و دقت در تدوین قوانین می‌تواند از بازتولید استبداد جلوگیری به عمل آورد. سانسور حقوق و توسعه‌ی حدود به توتالیتاریزم منجر می‌شود که باید اکیداً از آن خودداری نمود.

رعایت توازن و تعادل در سیاست تقنینی ایران کمتر به چشم می‌خورد و چرخه جرم‌انگاری و جرم‌زدایی، بویایی

مطلوب نظر را ندارد. اژدیاد بی رویه عناوین جزایی و عدم جرم زدایی از برخی اعمال و ترک اعمال، نشان دهنده این واقعیت است که مقنن به واقعیات اجتماعی توجه اساسی ندارد.^۲

در حقوق کیفری نیز مقنن ایران بیشتر سعی بر آن دارد که با تشدید کیفر به مبارزه با جرم و کاهش بزهکاری کمک نماید که باز در این زمینه توفیقی حاصل نشده است. عدم قطعیت در اجرای مجازات‌ها در ایران، بزرگترین مانع بر سر راه تأثیرگذاری قوانین تصویبی می باشد.

مقنن در قانون مطبوعات، دقیقاً به توسعه حدود و تحدید حقوق و ممنوعیت‌ها مبادرت ورزیده، به گونه ای که از مجموع مواد قانون مذکور، تنها ۳ ماده به حقوق مطبوعات اختصاص داده شده و در مقابل ۱۵ ماده نیز حدود مطبوعات را بیان نموده است.

حقوق مطبوعات در قوانین ایران

بدون تردید آزادی بیان و اندیشه و موضوعات مرتبط با آن در قالب نسل اول حقوق بشر (حقوق مدنی و سیاسی) قرار می گیرد.^۳ نسل اول حقوق بشر ضامن امنیت و آزادی انسان در مقابل قدرت عمومی و دیگر افراد است. این نسل از حقوق همچنین امکان مشارکت افراد در اداره امور سیاسی را فراهم می نماید. به این ترتیب آزادی اندیشه، بیان، آزادی اجتماعات و تشکل‌ها و همچنین حقوق و آزادی‌های سیاسی و انتخاب حاکمان از طریق انتخابات آزاد از جمله حقوق نسل اول است.^۴

قانونگذار ایران در بند ۲ و ۷ اصل سوم قانون اساسی، ارتقای سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر را از اهداف مدنظر برای دستیابی معرفی نموده است. در اصل پنزدهم نیز به استفاده از مطبوعات در راستای آموزش و پرورش همگانی تصریح شده است. در اصل بیست و چهارم قانون اساسی صراحتاً آزادی مطبوعات بدین شرح مورد اشاره قرار گرفته که: «تشریبات و مطبوعات در بیان مطلب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می کند». در اصل یکصد و شصت و هشتم نیز نحوه رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی مشخص گردیده و مقنن اشعار داشته که: «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری صورت می گیرد. نحوه انتخاب، شرایط، اختیارات هیأت منصفه و تعریف جرم سیاسی را قانون بر اساس موازین اسلامی معین می کند». با توجه به مبانی فوق که در قانون اساسی تصریح گردیده و اعتقاد و التزام مقنن را بدان نشان می دهد باید گفت که «آزادی مطبوعات» در بیان آراء، دیدگاه و اندیشه‌ها در زمره اساسی‌ترین حقوق قرار دارد. لازم به ذکر است که قدیمی‌ترین قانونی که بر اصل آزادی مطبوعات مهر تأیید نهاده و آن را به رسمیت شناخته، قانون اساسی کشور سوئیس در سال ۱۸۹۴ میلادی می باشد.

در قانون اساسی اکثریت قریب به اتفاق ممالک جهان بر آزادی مطبوعات صراحتاً اشاره شده و عنوان گردیده که: «هیچ قانون مصوبی نباید حق آزادی مطبوعات را محدود و یا ممنوع و یا نقض نماید». در ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۷۸۹ نیز این راستی به صراحت درج گردیده است. در همین راستا تعریف عام و خاص از آزادی مطبوعات ضروری می نماید.

۲- قانون مع استفاده از تجهیزات ماهواره و پاره‌ای از این قوانین در زمره جرم‌انگاری‌های غیرواقعی مقنن در سال‌های اخیر به شمار می آید که توفیقی نیز حاصل نکرده است.
 ۳- حسینی، سیدعلی، شنایی یا مفاهیم حقوق عمومی (پرسی مفهوم حقوق بشر)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۰.
 ۴- هاشمی، محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، انتشارات: میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۶۴.

آزادی مطبوعات در معنای عام: آزادی مطبوعات در معنای عام مواردی چون؛ جستجو برای دست یازیدن به اطلاعات، جمع آوری و کسب آزاد اخبار و دیدگاه ها و عقاید موافق و مخالف شهروندان از هر طیفه انتقال و مخایره آزادانه ی اخبار و انتشار آن در روزنامه ها، جراید و... را در بر می گیرد.

آزادی مطبوعات در معنای خاص: انتشار آزاد روزنامه ها و جراید بدون ایجاد هیچ گونه محدودیت و نظارت قبل از انتشار، عدم تعطیل و توقیف غیرقانونی و خودسرانه مطبوعات قبل و بعد از انتشار اخبار، پیش بینی دقیق حقوق و حدود و نحوه رسیدگی به جرایم و تخلفات آنها و مسائلی از این قبیل، چارچوب آزادی مطبوعات در معنای خاص را تشکیل می دهد.

مواد ۳ و ۴ و ۵ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی در ایران به موضوع حقوق مطبوعات پرداخته است. همان طور که قبلاً نیز آمد، مقنن تنها سه ماده را به حقوق مطبوعات اختصاص داده و متعاقب آن مواد ۶ الی ۲۲ را به حدود مطبوعات و مابقی را به جرایم ارتكابی این صنف اختصاص داده که آن هم به عبارتی، در همان قالب «حدود مطبوعات» قرار می گیرد.

ماده ۳ قانون مطبوعات مقرر می دارد: «مطبوعات حق دارند نظرات، انتقادات سازنده، پیشنهادها، توضیحات مردم و مسئولین را با رعایت موازین اسلامی و مصالح جامعه درج و به اطلاع عموم برسانند». این ماده بلافاصله با تبصره ای الحاقی بیان دلشته که: «انتقاد سازنده مشروط به دارا بودن منطق و استدلال و پرهیز از توهین، تحقیر و تخریب می باشد». این ماده در راستای مواد قانون اساسی که در بالا اشاره گردید، به نگارش درآمده است. ماده ۳ به طور خلاصه در این عبارت گنجانده می شود که «بیان مطالب و دیدگاه ها اعم از موافق و مخالف آزاد است». انتقاد باید سازنده بوده و توأم با استدلال باشد و توهین و تحقیر ممنوع است. قید دیگری که در ماده ۳ مشاهده می گردد، عبارت کلی «... رعایت موازین اسلامی...» می باشد. این عبارت را در اکثر مواد قانونی ایران می توان ملاحظه نمود. عبارتی کلی بوده و قانونگذار تشخیص آن را ظاهراً بر عهده افراد و یا شاید قضات در زمان رسیدگی واگذار کرده است. گستره ی این عبارت و تفسیر بلاوجه آن در بسیاری موارد، باعث تضییع حقوق شهروندان شده است و کاملاً مبرهن است که باید از تفسیر موسع آن به جد خودداری نمود تا آزادی های افراد جامعه مورد حمله قرار نگیرد.

بنابراین در این ماده و در راستای اصل ۲۴ قانون اساسی آزادی مطبوعات به عنوان حقوق قانونی شناخته شده و اینکه این آزادی تا چه حد به توسط مقامات دولتی تضمین و از تحدید مضمون مانده، بحث دیگری است که ذکر آن در این مقال نمی گنجد.

ماده ۴ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ «منع اعمال فشار بر مطبوعات از سوی مقامات دولتی و غیردولتی» را به عنوان حق قانونی دیگر آنها برشمرده و بر آن انگشت نهاده است. این ماده بیان می کند: «هیچ مقام دولتی و غیردولتی حق ندارد برای چاپ مطلب یا مقاله ای در صدد اعمال فشار بر مطبوعات برآید و یا به سانسور و کنترل نشر بابت مبادرت کند».

منع اعمال فشار و عدم سانسور مطالب مندرج در نشریات حق قانونی مطبوعات است که بایستی از گزند محفوظ بماند. سانسور مطالب منتشره از سوی مقامات دولتی مستقیماً آزادی بیان و اندیشه را محدود نموده و مورد تهدید قرار می دهد. اعمال فشار به صورت گوناگونی اعم از؛ تهدید، تطمیع، ترغیب، اجبار و به نحو مستقیم و غیرمستقیم ممکن است، صورت بپذیرد. پرهیز از اعمال فشار و تضمین این حق بر عهده مقامات دولتی می باشد.

ماده ۵ قانون مطبوعات نیز که به عبارتی همان تفسیر ماده ۳ می باشد، کسب و انتشار اخبار داخلی و خارجی را در زمره حقوق مطبوعات برشمرده است. این ماده اعلام داشته: «کسب و انتشار اخبار داخلی و خارجی که به منظور افزایش آگاهی عمومی و حفظ مصالح جامعه باشد با رعایت این قانون حق قانونی مطبوعات است». ماده ۵ نیز در راستای مقوله ی آزادی مطبوعات به معنای عام آن قابل تفسیر بوده و به واقع باید گفت که؛ هر سه ماده فوق الاشاره

در جهت ذکر آزادی مطبوعات در کسب اخبار و بیان و انتشار مطالب تحریر و تصویب گشته اند. در خصوص تبصره های سه گانه ی الحاقی سال ۱۳۷۹ به ماده ۵ نیز باید نگاشت که؛ تبصره ۱ هیچگونه حقی را بیان نمی دارد و تنها در مقام تعیین کیفر مقامات دولتی و غیردولتی بر آمده است. تبصره ۲ نیز پیش از آنکه حقوق را ذکر نماید در مقام «ممنوعیت مطبوعات» به رشته تحریر در آمده و ذکر آن در مبحث حدود مطبوعات شایسته تر و به واقع قریب تر می باشد. در تبصره ۲ ماده ۵ قانون مطبوعات، مصوبات شورای عالی امنیت برای مطبوعات لازم الاتباع گردیده و تخلف از این مصوبات، کیفر توقیف نوماهه ی نشریه را به دنبال دارد. در مقابل، تبصره ۳ ماده ۵ حقی دیگر را برای ارباب جراید به رسمیت شناخته است. تبصره ۳ مقرر نموده: «مطالب اختصاصی نشریات اگر به نام پدیدآورنده اثر (به نام اصلی یا مستعار) منتشر شود به نام او و در غیر این صورت به نام نشریه، مشمول قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می باشد». اعلام حمایت قانونی از مطالب منتشره در مطبوعات نیز از دیگر حقوق تصریح شده در قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ می باشد.

با تدقیق نظر در مطالب فوق می توان به این نتیجه دست بازید که؛ آزادی بیان، منع اعمال فشار بر مطبوعات به منظور درج اخبار و مقالات و مطالب، عدم سانسور مطالب، حق کسب اخبار داخلی و خارجی و حمایت قانونی از منتشر کنندگان مطالب اختصاصی در نشریات کشور، حقوقی هستند که در قانون مطبوعات ایران درج گردیده اند.

در خاتمه این گفتار باید به تضمین حقوق دفاعی ارباب جراید در صورت ارتکاب جرم اشاره کرد که در اصل ۱۶۸ قانون اساسی و نیز در تبصره ماده ۲۴ بیان گردیده است. علنی بودن رسیدگی به جرایم مطبوعاتی و سیاسی و لزوم حضور هیأت منصفه در دادرسی ها و با رعایت تشریفات در دادگاه کیفری مرکز استان از جمله حقوقی است که قانونگذار ایران در نظر گرفته و باید الزاماً مرعی گردد و صدا البته نباید از این حقیقت غافل ماند که اهمیت جرایم مطبوعاتی و سیاسی نیز همین امر را اقتضا دارد.

حدود مطبوعات در قوانین ایران

ماده ۶ الی ۲۲ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ با الحاقات و اصلاحات بعدی، به ذکر حدود مطبوعات پرداخته است. مسلماً ذکر تفصیلی تمامی این محدودیت ها در توان نوشتاری اختصاری نیست ولی در این زمینه، به اجمال مطالبی را راجع به محدودیت ها و موانع پیش روی مطبوعات بیان خواهیم کرد.

قیود و بندهای دوازده گانه ی مقرر در ماده ۶ اولین حدود ترسیمی و نخستین خطوط قرمز قانونگذار برای ارباب جراید می باشد که پرهیز از آن ضروری است. نشر مطالب الحادی و ترویج مطالب لطمه زننده به اساس جمهوری اسلامی، اشاعه فحشاء و منکرات و تصاویر و مطالب خلاف عفت عمومی، تبلیغ و ترویج اسراف و تبذیر، تفرقه اندازی بین احاد جامعه از طریق طرح مسایل نژادی و قومی، تحریک به اعمال علیه امنیت، فاش نمودن اسرار و اسناد محرمانه محاکم قضایی و مراجع دولتی و مجالس تقنینی، اهانت به مقدسات و مراجع تقلید، افترا و انتشار اکاذیب، سرقت های ادبی و نقل مطالب از گروه های مخالف و منحرف، تبلیغ تشریفات و تجملات نامشروع و استفاده ابزاری از افراد پخش شایعات و مطالب خلاف واقع و انتشار مطالب علیه قانون اساسی مواردی هستند که اکیداً ممنوع اعلام شده و تخطی از آن جرم محسوب می گردد.

جدای از عباراتی کلی که در قیود فوق وجود دارد، انتشار جراید بدون کسب مجوز نیز ممنوعیت قانونی دارد و در ماده ۷ برای آن مجازات تعیین شده است. بایستی به این نکته اشاره نمود که هر جا سخن از حدود عملکرد مطبوعات به میان آید، منظور مقنن در درجه اول، منع ارباب جراید از تخطی و زیربانهادن اصول بنیادین جمهوری اسلامی و پرهیز از ارتکاب بزه می باشد.

ماده ۸ همین قانون بر ممنوعیت نشریات از اخذ کمک خارجی مستقیم یا غیرمستقیم نظر انداخته است. اخذ کمک مادی از بیگانگان ممنوع و جرم قلمداد شده است. در تبصره ۳ ماده ۸ نیز واگذاری امتیاز نشریه تحت هر عنوانی (بیع، اجاره و...) ممنوع و جرم محسوب گردیده است.

در تبصره ۸ ماده ۹ بر ممنوعیت انجام هرگونه فعالیت مطبوعاتی و نیز قبول سمت در نشریات از سوی اعضاء و هواداران گروه های ضد انقلاب و یا گروه های غیرقانونی و محکومین دادگاه های انقلاب و تبلیغ کنندگان علیه نظام جمهوری اسلامی ایران، تصریح شده است. سلب کلی حقوق و از آن جمله؛ فعالیت مطبوعاتی اعضای مخالف با اصول دموکراتیک جهان در حال حاضر همخوانی ندارد. قانون مدنی ایران در مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ سلب کلی حقوق از خویشان را به توسط شهروندان، ممنوع اعلام نموده و این در حالی است که قانونگذار در پاره ای از موارد خود به سلب یا ممنوعیت از حقوق اجتماعی اقدام کرده که به نظر می رسد وجاهت ندارد.

نظارت بر عملکرد جرایم و انجام رسالت مطبوعاتی بر عهده وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بوده و البته این نظارت نافی اختیارات هیأت نظارتی مطبوعات نمی باشد که در ماده ۱۱ و ۴۵ قانون مطبوعات تصریح شده است. رسیدگی به درخواست صدور پروانه و تشخیص صلاحیت متقاضی و مدیرمسئول بر عهده هیأت نظارت می باشد.

در ماده ۲۲ قانون مطبوعات نیز ورود و خروج مطبوعات به داخل یا خارج کشور مقید به رعایت موازین شرعی و قانون اساسی و اصول نظام جمهوری اسلامی شده است. کنترل ورود و خروج نشریات نیز از دیگر محدودیت های نشریات در قانون مطبوعات می باشد.

رسالت مطبوعات

بعد از آنکه نگاهی گذرا به ممنوعیت ها و محدودیت های مطبوعات و نیز حقوق آنها انداخته شد، در این بخش از گفتار و جهت تکمیل بر کلام مفید خواهد بود که بر رسالت مطبوعات نیز توجهی مبذول گردد.

رسالت تمامی مطبوعات و در هر جای دنیا، نهایتاً تحقق بخشیدن آرمانی عظیم ذیل عنوان «حفظ آزادی و دفاع از آن و ارتقای آگاهی های انسانی و قداست بخشیدن به کرامت انبای بشر می باشد». امروزه این رسالت در کشورهای مختلف تحت الشعاع یک سری بایدها و نبایدها قرار گرفته و هر کشوری در قوانین خود رسالتی خاص را برای نشریات مقرر نموده است. قانونگذار ایران در ماده ۲ قانون مطبوعات در رابطه با رسالت مطبوعات چنین نگاشته است: «رسالتی که مطبوعات در نظام جمهوری اسلامی بر عهده دارد، عبارت است از: روشن ساختن افکار مردم و بالا بردن سطح دانش مردم، پیشبرد اهداف مصرح در قانون اساسی، تلاش جهت نفی مرزبندی های کاذب، مبارزه با مظاهر فرهنگ استعماری و ترویج فرهنگ اصیل اسلامی و گسترش فضایل اخلاقی، حفظ و تحکیم سیاست نه شرقی نه غربی...».

این رسالت ها همان طور که ملاحظه می گردد، بعضی ویژه حکومت ایران و برخی دیگر نیز ارزش های اخلاقی می باشد که به هیچ عنوان در چارچوب دولتی خاص قرار نمی گیرد. در همین مقال باید افزود که در حقوق کشور آمریکا نیز مواردی چون؛ بی طرفی مطبوعات، استقلال کاری و حرفه ای آریاب جرایم، رعایت انصاف و پرهیز از اجحاف حقوق دیگران، صداقت در اشتغال، ارتقای دانش شهروندان و... از جمله رسالت ها و نیز تعهداتی است که نشریات باید در جهت نیل بدان گام نهاده و در التزام به آن وفادار باشند.

به نظر می رسد که حفظ و ارتقای ارزش های اخلاقی، گسترش و افزودن بر سطح آگاهی های عمومی، بیان وقایع به همان صورتی که هستند و جبران نقایص به منظور پر نمودن خلأها، تشویق و توسعه ارتباطات بین مردم و دعوت به همکاری و کمک به دولت ها در راستای حفظ دستاوردها و پرهیز از تخریب و توهین و نیز سست نمودن

اعتقادات عمومی در جهت نیل به منافع شخصی و... می تواند در زمره رسالت مطبوعات به طور کلی قرار گیرد. تعهداتی چون صداقت، استقلال، بی طرفی، رعایت انصاف و... نیز از مهمترین مسائلی است که اهالی مطبوعات و علاقمندان بدن حرفه را ابتدا تا انتها بدان معتقد و ملتزم باشند و هماره در تحقق عدالت و نیل به آزادی کوشا باشند.

نتیجه گیری

اهمیت حقوق مطبوعات در راستای روشنی بخشیدن به افکار عمومی انکارناپذیر است. این حرفه پیوندی ناگسستنی با آزادی بیان و اندیشه دارد و این موارد نیز در زمره ی حقوق بنیادین بشر به شمار می آیند. در نوشتار حاضر سعی بر آن بوده که گوشه ای از حقوق و حدود و رسالت مطبوعات در کشور ایران مورد بررسی قرار گیرد. نگارنده بر این حقیقت وقوف کامل دارد که گستردگی مطالب راجع به حقوق مطبوعات، بسیار فراتر از آن است که در نوشتاری مختصر جای گیرد. وای تا آنجا که در حوصله ی مقال حاضر بوده، بدان پرداخته؛ با این امید که مقبول نظر ریاب فضل و اندیشه قرار گیرد.

منابع

- ۱- هاشمی، محمد، حقوق بشر و آزادی های اساسی، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴
- ۲- حسینی، سیده لطیفه، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی (بررسی مفهوم حقوق بشر)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام سازی اسلامی، تهران، ۱۳۹۲
- ۳- قانون مطبوعات ایران مصوب ۱۳۶۴ با الحاقات و اصلاحات بعدی
- ۴- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

شرکت های دولتی؛ مفهوم، ماهیت و فلسفه

روح اله خلجی ■ فروع نظریاتی ■

مقدمه

در جوامع نخستین، دولت به معنای امروزین خود نقش آفرینی نمی کرد، یا آن که دوائی وجود نداشت و یا آن که دولت فقط در امور نظامی و سیاسی دخالت می کرد. به تدریج و با توسعه شوون اجتماعی، انتظارات مردم از دولت افزایش یافت به گونه ای که دیگر نه تنها مسؤولیت ایجاد امنیت و حراست از مرزها بر دوش قوای حاکم نهاده شد بلکه رسالت آموزش، بهداشت، برقراری نظم اجتماعی، تجارت و اقتصاد به قوه مجریه سپرده شد. با گذشت زمان، دولت به این نتیجه رسید که نمی تواند با نیروی اجرایی خود به تصدی گری بپردازد. به همین دلیل نهادهایی را تأسیس نمود تا در عین وابستگی به دولت، از ساختار اجرایی آن جدا باشند تا بتوانند مانند اشخاص غیر دولتی، وظایف محول شده به دولت را به انجام رسانند. شرکت های دولتی^۱، یکی از این نهادها می باشند. این شرکت ها نماد تصدی گری دولت در عرصه تجارت و اقتصاد هستند و در هر نظام اقتصادی، حتی نظام های سرمایه داری، فعالیتی پر رنگ دارند. در این جا، برای روشن شدن مفهوم شرکت دولتی ابتدا باید به تعریف دولت بپردازیم و از این رهگذر تاریخچه، فلسفه و ماهیت شرکت های دولتی را مطالعه کنیم.

تعریف دولت

واژه ی دولت^۲ در لغت این گونه معنا شده: «گردش نیکبختی و مال و پیروزی از شخصی به دیگری، اقبال، نیکبختی؛ گروهی که بر مملکت حکومت کنند از وزیران و رئیس مملکت قوه ی محریه، مملکت، کشور (خواه پادشاهی خواه جمهوری)». دولت در زبان عامه ی مردم به معنای «هیأت دولت»، «کابینه» یا «تشکیلات و اداره های دولتی» می باشد. در علم سیاست و روابط بین الملل، دیدگاه های مختلفی در مورد دولت وجود دارد. برخی مفاهیم «دولت» و «حکومت» را به یک معنا به کار می برند یعنی «فرمان راندن» را به صورت هم معنا و مترادف با مفهوم دولت به کار

■ کارشناسی ارشد حقوق شرکت های تجاری؛ دانشگاه شهرکرد
 ■ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی؛ دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس

۱- State-owned Companies.

۲- واژه ی دولت که معادل انگلیسی آن State فرانسه ی آن Etat است مانحود از واژه ی Status به معنای شان، مقام، موقعیت و «ایستاده» Standing بوده که

اندیشه ی استحکام نیز از آن مستفاد می شود.

۳- محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد دوم، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۳۱، ص ۶۵۸۲.

می برند. اما به نظر بیش تر اندیشمندان سیاسته دولت، کیفیتی از خود ملت است؛ نیرویی که از اجتماع مردم واحد و متشکل در سرزمین معین و محدود، آزاد می شود. دولت دارای قدرت عمومی کاملی است که موجب شأن و حیثیت حکومت می شود. البته حکومت هم مجری و حامل اقتدار دولت است و این اقتدار مستمر، فراتر از حکم و اتباع است و به کشور و سازمان سیاسی آن، تداوم و همبستگی می بخشد.^۴

دولت در این مفهوم عام دارای چهار عنصر اساسی است: جمعیت، حکومت، سرزمین و حاکمیت. ممکن است تعداد جمعیت یا وسعت سرزمین تغییر یابد، اقتدار و حاکمیت سیاسی، داخلی و خارجی، تحت تأثیر تحولاتی قرار گیرد یا شکل و نوع حکومت ها عوض شود ولی دولت و نظام سیاسی، اجتماعی ثابت باشد.^۵

دولت با این خصوصیات زوال ناپذیر است، مادامی که مردم باشند و نظام اجتماعی آن ها تداوم و مشروعیت داشته باشد یا برکناری حکومت ها دولت ها از میان نروهند رفت، به بیان دیگر، هر تغییری در حکومت به معنای بروز بحران در دولت نیست چرا که با وجود نظام اجتماعی متلاوم و مشروع، دولت هم خواهد بود. چرا که هر نظام اجتماعی به هر گونه ای که باشد برای استقرار نظم، امنیت و عدالت نیاز به وجود دولت دارد و هیچ جامعه ای از نیاز به این سه رکن زندگی اجتماعی، فارغ نخواهد بود.^۶ می توان این گونه گفت که آن چه پایه و اساس یک دولت را تشکیل می دهد جمعیت و وسعت قلمرو، اقتدار سیاسی و خارجی و شکل و نوع حکومت ها نیست بلکه وحدت سیاسی فکری یا قدرت سیاسی واحدی که نشأت گرفته از وجود جمعی مردم است می باشد که البته این وحدت در چارچوب جمعیت، حکومت، سرزمین و حاکمیت مشخصی قرار می گیرد.

بدین ترتیب دولت، بزرگ ترین سازمان بندی گروه انسانی است؛ قدرت سیاسی در آن به جریان می افتد و عالی ترین تجلی قدرت نیز نام گرفته است.

تاریخچه شرکت های دولتی

از ابتدای سال های ۱۳۰۰ اقتصاد ایران همواره تحت تأثیر تحولات و وقایع سیاسی، اقتصادی و بین المللی قرار داشته است. این رخدادها منتهی به وقوع تحولاتی شد که بستر شروع حرکت های متعدد در جهت ایجاد فرآیندهای تولیدی در قرن معاصر در ایران گردید. به تدریج عوامل متعددی دست به دست هم داد تا نقش دولت در بخش های اقتصادی پر رنگ تر از گذشته شود. این عوامل موجب گسترش فعالیت های دولت در محدوده هایی از اقتصاد و بخش عمومی گردید.

فعالیت شرکت های دولتی در ایران از ابتدای سال های ۱۳۰۰ آغاز گردیده است. بر اساس اطلاعات موجود، اولین شرکت دولتی به نام بانک ایران در سال ۱۳۰۰ تأسیس گردید و پس از آن بانک ملی ایران در تاریخ ۱۴ اردیبهشت ماه ۱۳۰۶ خورشیدی به تصویب مجلس شورای ملی رسید. اساسنامه این بانک در تاریخ ۱۴ تیر ماه ۱۳۰۷ خورشیدی توسط کمیسیون مالیه مجلس شورای ملی تصویب شد. بانک ملی ایران کار خود را به طور رسمی در تاریخ سه شنبه ۲۰ شهریور ماه سال ۱۳۰۷ در تهران آغاز کرد.^۷ هدف از تشکیل این بانک پیشرفت در امر تجارت، فلاح و زراعت بود. طی دهه های اول سال های ۱۳۰۰ ایجاد و توسعه شرکت های دولتی از روند متعادلی برخوردار بود به گونه ای که حدود ۳۵ شرکت دولتی ایجاد شد که عمده ترین اهداف دولت از ایجاد آن ها، کنترل تجارت عمومی، ایجاد درآمد

۴- آلترو وینست، نظریه های دولت، ترجمه ی حسین بشیریه، نشر نی، تهران، ۱۳۷۱، صص ۵۶-۵۸.

۵- همان.

۶- حسن ارستجالی، حاکمیت دولت ها، سازمان کتاب های جیبی، تهران، ۱۳۳۲، صص ۶۸-۶۷.

۷- دانشنامه ویکی پدیا

و گسترش حمایت از صنایع داخلی بود. به مرور زمان و بنا به ضرورت و سیاست دولت های وقت، شرکت های دولتی دیگری تأسیس شد و تعداد آن ها افزایش یافت.^۸

افزایش درآمدهای نفتی دولت در دهه ۵۰ باعث تسریع ایجاد شرکت های دولتی جدید شد به طوری که طی دو دهه ۱۳۵۰ و ۱۳۶۰ تعداد شرکت های دولتی و دامنه ی فعالیت آن ها در نظام اقتصادی ایران به سرعت افزایش یافت.^۹ بخش دولتی که پیش از انقلاب به تدریج رشد کرده بود پس از پیروزی انقلاب اسلامی به لحاظ تغییر مالکیت بسیاری از شرکت ها که تا قبل از آن در بخش خصوصی و غیر دولتی فعال بودند و واگذاری بسیاری از این شرکت ها به دولت به علل گوناگون از جمله الزام های قانون اساسی و بدهی شرکت های مختلف به بانک ها و دولت، حجم و عملیات شرکت های دولتی وسعت گرفت.^{۱۰} در دهه های اخیر نیز کارکردهای اقتصادی ایران با تأسیس و اداره ی شرکت های دولتی عجین شده و بخش عمده ای از سرمایه و امکانات مالی کشور از طریق تأسیس و عملکرد همین شرکت های دولتی مورد استفاده قرار گرفته است.

فلسفه و ماهیت تشکیل

در خصوص مبانی نظری و فلسفه ی وجودی شرکت های دولتی، با توجه به این که در کشورهای در حال توسعه دولت ها نقش مؤثر و فزاینده ای در اقتصاد دارند لذا دولت ها علاوه بر سیاستگذاری، از شرکت ها و مؤسسات دولتی در جهت اعمال و توسعه ی سیاست عمومی بهره می گیرند از این رو شرکت های دولتی جایگاه برجسته ای در ساختار اقتصادی این کشورها دارند.^{۱۱} از سوی دیگر نیز شرکت های دولتی در کشورهای در حال توسعه همسو با سیاست های دولت در جهت اجرای برنامه های اقتصادی فعالیت می کنند.^{۱۲}

از آن جایی که در کشورهای در حال توسعه بازار سرمایه و تولید از رشد و توسعه ی منطقی برخوردار نیست لذا بخش خصوصی از سرمایه گذاری اجتناب می کند. از این رو دولت الزاماً خلاء ناشی از این امر را در قالب تأسیس شرکت های دولتی پوشش می دهد. به عبارت دیگر این توری گزینی بخش خصوصی منجر به مداخله ی دولت شده و با تشکیل شرکت های دولتی به احقاق هدف های اجتماعی دولت تحت لوای مالکیت عمومی و استفاده ی ایزاری از این گونه شرکت ها جهت اعمال لستراتژی های سیاسی خود می پردازد. از سوی دیگر نیز با توجه به این که در کشورهای در حال توسعه سرمایه گزاران در بازارهای محلی از خلاقیت کافی جهت کار آفرینی و جسارت لازم برای پذیرش ریسک بیرونند و نانش و آگاهی اداره ی تشکیلات وسیع را ندارند لذا ضرورت مداخله ی دولت بیش تر نمایان می شود.^{۱۳}

در هر جامعه ای، دولت برای رسیدن به اهداف مورد نظر خویش، وظایف، مأموریت ها و تکالیفی را بر دوش دارد که با وسایل، ابزار و تشکیلاتی خاص، همراه با نیروی مجهز انسانی که در خدمت دارد، در جهت تحقق آن اهداف گام بر می دارد. در این راستا دولت نوع اقدامات تفکیک از یکدیگر را مرتکب می گردد که به عنوان عمل حاکمیت و عمل تصدی از آن یاد می کنند. اصطلاح عمل حاکمیت و تصدی که از مجرای حقوق اداری فرانسه وارد ادبیات حقوقی کشور ایران شده است ترجمه دو عبارت فرانسوی «acte de autorité» و «acte de gestion»

۸- کبر کمیجانی و حسن خوشپور، مبانی نظری شکل گیری شرکت های دولتی و علل طرح خصوصی سازی در کشور (اتفاق و قرابت قانونی)، پژوهش ها و سیاست های اقتصادی، بهار ۱۳۷۶، شماره ۲، ص ۲۷.

۹- علی طیبی، نیا و حسین محمدی، مقایسه کارایی سرمایه گذاری در بخش های خصوصی و دولتی در ایران رویکردی برای خصوصی سازی، مجله برنامه و بودجه، شماره ۸۷، ص ۹.

۱۰- مجید رضایی، احیای نظام خراج در واکناری مدیریت شرکت های دولتی به بخش خصوصی، اقتصاد اسلامی، سال چهارم، پاییز ۱۳۸۳، ص ۸۲.

۱۱- علی اکبر نیکو انبال، مشکلات و نولویت ها در ادارات عمومی کشورها در حال توسعه، مدیریت دولتی، دوره جدید، شماره هفدهم، تابستان ۱۳۷۱، ص ۶۰.

۱۲- همان.

۱۳- غلامرضا اسلامی مهدگی، نقش شرکت های دولتی در اقتصاد ایران و بررسی عملکرد آن ها، خلیفدار، سال سیزدهم، شماره ۱۲۷، ص ۱۷.

می باشد ظاهراً برای اولین بار «هاتری دو پانزی»^{۱۴} در کتاب حقوق اداری خود شالوده تقسیم عملیات دولتی را به اعمال حاکمیت و اعمال تصدی ریخت. اما کسی که بیش از همه باعث اشتهار این نظریه شد «لافریر»^{۱۵} استاد حقوق اداری دانشگاه پاریس در نیمه دوم قرن نوزدهم بود.^{۱۶}

در دکتترین حقوقی ایران تعاریف مختلفی از اعمال حاکمیت و تصدی مطرح شده است در یکی از این تعاریف در ارتباط با این موضوع آمده: «اعمال حاکمیت دولت اعمالی هستند که در آن ها دولت به عنوان حاکم و قدرت مطلقه نمایان می گردد و به وسیله ی آن ها به مردم امر و فرمان می دهد و تحکم می نماید به همین دلیل اعمال مزبور از نظر حقوقی شبیه اعمال متداول بین افراد نیستند»^{۱۷}. و در خصوص اعمال تصدی دولت نیز چنین آمده: «اعمال تصدی اعمالی هستند که در آن ها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی شود، بلکه دولت با همان شرایطی که برای افراد مقرر شده، عمل می کند و به همین جهت اعمال مزبور از نظر حقوقی نظیر اعمال افراد عادی است»^{۱۸}. در نظام قانونگذاری ایران مطابق قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی شود. اموری از قبیل سیاست گذاری، برنامه ریزی و نظارت در بخش های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی، برقراری عدالت و تأمین اجتماعی، قانون گذاری، امور ثبتی، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضائی و حفظ تمامیت ارضی کشور، تنظیم روابط کار و روابط خارجی به عنوان امور حاکمیتی بیان شده است^{۱۹} و امور اقتصادی به عنوان امور تصدی اعلام شد که طبق آن دولت متصدی اداره و بهره برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می کند.^{۲۰}

از دیدگاه یکی از حقوقدانان، فلسفه وجودی شرکت های دولتی را می توان به اختصار در موارد زیر بیان کرد:
 (۱) دولت گاه به دلائلی ترجیح می دهد که بعضی از اعمال تصدی را به جای آن که در قالب وزارتخانه ها و مؤسسات انجام دهد در قالب شخصیت حقوقی شرکت تجاری انجام دهد. مانند شرکت پست جمهوری اسلامی ایران.
 (۲) گاه بخش خصوصی از انجام برخی فعالیت های بزرگ اقتصادی ناتوان است و یا اطمینان کافی به بازدهی آن ندارد. در این صورت ممکن است دولت در این راه پیشگام شود.

(۳) بعضاً اموال اشخاص به حکم دادگاه مصادره می گردد. در این صورت چنانچه محکوم علیه در بعضی شرکت ها نیز دارای سهم الشرکه باشد این سهم الشرکه ها نیز قهراً به دولت انتقال می یابد. در این صورت با شرکت هایی مواجه می شویم که بخشی از سهم الشرکه آن متعلق به دولت است بدون این که اراده دولت در تحقق این امر دخیل بوده باشد. بسیاری از شرکت های دولتی در کشور ما از این قبیل اند.

(۴) در بعضی شرائط اقتصادی و سیاسی مصلحت عمومی ایجاب می کند که از دارائی های متعلق به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی سلب مالکیت شده و این دارائی ها به مالکیت دولت درآیند و با اصطلاحاً ملی شوند. چنانچه این دارائی ها متعلق به شرکت های تجاری باشد قهراً مواجه با تولد شرکت دولتی خواهیم بود. مثلاً با تصویب قانون ملی شدن بانک ها مصوب ۱۳۵۸ کلیه سهام بانک های موجود در زمان تصویب قانون که در قالب شرکت سهامی فعالیت می کردند به مالکیت دولت درآمده و به شرکت دولتی تبدیل شدند.^{۲۱}

۱۴- Henrion de Pansey

۱۵- Laferrier

۱۶- علی اصغر پور همایون، اعمال حاکمیت و اعمال تصدی، مجموعه حقوقی، سال ششم، شماره ۱۷۳، ص ۸۱۸ این حقوقدانان فرانسوی معتقد بودند که اعمال تصدی و اعمال حاکمیت به لحاظ ماهیت با هم متفاوت بوده لذا از نظر حقوقی هر دسته باید تابع مقررات مخصوصی باشد.

۱۷ و ۱۸- موجهر طبا طائی موتضی، حقوق اداری انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۴، ص ۳۹۱.

۱۹- ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸ مهرماه ۱۳۸۶.

۲۰- ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸ مهرماه ۱۳۸۶.

۲۱- گزارش کلومی، حقوق شرکت های تجاری، جلد دوم دوره حقوق تجارت، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۹۱، صص ۳۰ و ۳۱.

بر اساس آنچه گذشت می توان گفت هنگامی که دولت در مقام اعمال تصدی است، اقدام به تأسیس شرکت های دولتی می کند. به بیان دیگر شرکت های دولتی ابزار دولت در فعالیت های تصدی گری هستند. نکته حائز اهمیت این که شرکت های دولتی هر چند که در مقام اعمال تصدی هستند اما می توانند اعمال حاکمیت نیز بکنند. برای مثال، شرکت ملی گاز ایران می تواند در مقام اعمال حاکمیت امتیاز یک مشترک را لغو کند.

تعریف شرکت دولتی

در مفهوم عام می توان شرکت را قرارداد یا توافقی (حتی ذهنی) بین افراد دانست که برای دستیابی به هدف و مقصودی معین و مشترک منعقد می شود. افراد مزبور می توانند اشخاص حقیقی یا حقوقی با اهدافی متفاوت و خاص باشند که در مجموعه ای تحت عنوان شرکت که دارای اهداف مشخص و ثابتی است فعالیت می کنند. در صورتی که دولت یا یکی از نهادهای آن در شکل گیری و ادامه ی فعالیت شرکت مؤثر باشد شرکت با دولت مرتبط بوده و می تواند یک شرکت دولتی باشد. اما چنانچه نقش دولت در تشکیل و ادامه ی فعالیت شرکت نقش کنیدی و تعیین کننده ای باشد آن شرکت مطمئناً دولتی و در راستای اصول و ضوابط و اهداف و سیاست های دولت سازماندهی می شود.^{۲۲} قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۴۹ را می توان اولین قانونی که شرکت دولتی را تعریف نموده عنوان کرد، پس از آن قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶/۶/۱ که به تبع شرایط جدید تعریف کامل تری از شرکت های دولتی ارائه داد^{۲۳} اما با توجه به کم و کاستی ها و نارسایی های آن در قانون سال ۱۳۸۶ مجدداً مورد اصلاح واقع شد.^{۲۴} به موجب تعریفی که از شرکت های دولتی در ماده ۴ قانون اخیر آمده شرکت های دولتی را بنگاه اقتصادی دانسته که به تجویز قانون برای انجام قسمتی از تصدی های دولت به موجب سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جزء وظایف دولت بوده و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت می باشد هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و شرکت های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحد های سازمانی ذکر شده در این قانون باشد شرکت دولتی است. لازم به ذکر است شرکت هایی که ۱۰۰ درصد سرمایه آن یا دست کم بیش از ۵۰ درصد از سرمایه آن متعلق به دولت باشد چه از ابتدا دولت آن را تشکیل داده باشد (مثل شرکت ملی نفت ایران) یا بر اثر ملی شدن تمام سهام آن به دولت انتقال داده شده باشد (مثل بانک ها)^{۲۵} شرکت دولتی محسوب می شوند. با توجه به تعریف ذکر شده می توان گفت که شرکت های دولتی به سه صورت تشکیل می شوند:

اول؛ شرکت هایی که با اجازه قانون ایجاد می شوند در این حالت، تمامی سرمایه ی این شرکت ها متعلق به دولت است. دوم؛ شرکت هایی که به حکم دادگاه صالح ملی شده باشند که در این حالت سرمایه ی شرکت دولتی جزء اموال عمومی محسوب می شود.

سوم؛ شرکت هایی که به حکم دادگاه صالح مصادره شده باشند. در این حالت بیش از ۵۰ درصد سهام آن ها متعلق به دولت است به عبارت دیگر می توان گفت که شرکت های از این قبیل نیمه دولتی محسوب می شوند.

۲۲- اکبر کمیجانی و حسن خوشبوره، همان، ص ۴۴.

۲۳- ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ نیز شرکت های دولتی را این چنین تعریف نموده بود: «شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت مشخص ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری شرکت های دولتی ایجاد شود، مادام که ۵۰ درصد از سهام آن متعلق به شرکت دولتی است شرکت دولتی تلقی می شود».

۲۴- برای تطبیق تعریف شرکت های دولتی در قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ رک: غلامرضا سلامی، «شرکت دولتی: چرا شرکت؟ چرا سهامی؟ چرا خاص؟»، حسابدار سال هشتم، اردیبهشت ۱۳۷۱، شماره ۸۶، ص ۷۶ به بعد.

۲۵- زیبا اسکینی، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ هفتم، انتشارات سمت تهران، پاییز ۱۳۸۳، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران را بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تعریف و بخش دولتی را شامل تمام صنایع بزرگ، صنایع مادر، بزرگانی خارجی، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سداها و شبکه های بزرگ آب رسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی و راه و راه آهن بیان کرده است.

هرچند در اصل مذکور از لفظ شرکت دولتی استفاده نشده است، اما تمام فعالیت های ذکر شده در این اصل را می توان از مصادیق فعالیت شرکت های دولتی در ایران دانست. به رغم این که محدوده تعریف شده در این اصل بسیار وسیع است اما در حالی حاضر حیطه فعالیت شرکت های دولتی در ایران بسیار گسترده تر از چهارچوب مورد اشاره است به طوری که می توان محدوده مزبور را حداقل فعالیت شرکت های دولتی در ایران قلمداد کرد.

با توجه به این که در خصوص اهداف تشکیل شرکت های دولتی خط مشی یا هدف مدونی به صورت شفاف، تنظیم نشده یا قلاً در دسترس نیست، لیکن می توان بنا بر اصل ۴۴ قانون اساسی و نظر به عملکردی که از مجموعه فعالیت های این نوع از شرکت ها به دست می آید موارد زیر را بر شمرد.

- ۱) یکی از این اهداف تأمین کالاهای اساسی است یعنی کالاهایی که مصرف آن ها برای مردم جنبه ی حیاتی دارد و نارسایی یا کمبود آن علی رغم این که مردم را دچار مشکلات اساسی می نماید، می تواند حاکمیت دولت را نیز متزلزل کند.
- ۲) تأمین تسهیلاتی چون آب، برق، گاز، تلفن و ... که به دلیل نیاز به سرمایه گذاری های کلان در این عرصه از عهده ی سایر بخش های اقتصادی جامعه خارج است.
- ۳) اعمال حاکمیت اقتصادی از طریق بهره برداری از منابع استراتژیکی که در شمار اموال عمومی به حساب می آید
- ۴) ایجاد صنایع مادر و زیر بنایی که بخش خصوصی توانایی مالی برای انجام آن را ندارد یا به دلیل خطرات احتمالی حاضر به پذیرش ریسک این گونه از سرمایه گذاری ها نیست.
- ۵) ایجاد زیر ساخت های اقتصادی چون راهسازی و تأمین امکانات جهت حمل و نقل داخلی و خارجی.
- ۶) اداره ی یک سری از فعالیت های اقتصادی که برای حفظ مصالح اجتماعی در انحصار دولت قرار دارد
- ۷) تصدی گری نهاد های عام المنفعه، صندوق های باز نشستگی و بیمه های اجتماعی به قائم مقامی ذینفعان.
- ۸) تأمین نیازهای مالی، خدماتی مؤسسات دولتی از ره ایجاد مؤسسات مالی و خدماتی مانند مؤسسات بانکی و شرکت های بیمه که علاوه بر دستیابی به هدف های اصلی تأسیس آن ها به خارج نشدن سرمایه در گردش مؤسسات دولتی از گردش عملیات مالی دولت می انجامد.^{۲۶}
- ۹) در برخی از موارد نیز سرمایه گذاری دولت در قالب شرکت های دولتی به منظور ایجاد رقابت با بخش خصوصی است.

تعریف مؤسسه دولتی

مؤسسه دولتی را یکی از اقسام موسسات عمومی می توان اطلاق کرد^{۲۷}. بر اساس ماده ۲ قانون خدمات مدیریت کشوری مصوب ۱۳۸۶ مؤسسه دولتی را می توان این گونه تعریف نمود: « واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده ی یکی

۲۶- غلابرضا سلامی، همان، ص ۷۷.

۲۷- منوچهر علیا طباطبائی مؤسسه، همان، ص ۱۲۳.

از قوای سه گانه و سایر مراجع قانونی می باشد انجام می دهد»^{۲۸}.

تعریف سازمان دولتی

سازمان دولتی دارای معانی گسترده ای است بر این اساس سازمان دولتی را می توان شامل موارد زیر دانست:

- ۱- وزارتخانه^{۲۹} - مؤسسه دولتی مانند سازمان انرژی هسته ای یا سازمان محیط زیست^{۳۰} - شرکت دولتی مانند شرکت بورس کالای ایران^{۳۱} - مؤسسات دولتی که در حکم شرکت دولتی هستند؛ قسم چهارم طبق ماده ۱۳۸ همین قانون فقط یک مصداق دارد. البته در عبارت سازمان دولتی منظور از دولت، صرفاً قوه مجریه نیست بلکه قوای حاکمیت را نیز در بر می گیرد. با این وصف می توان گفت که در ایران چون دولت به معنای عام شامل نهاد رهبری یا همان مقام رهبری می شود سازمان صدا و سیما نیز یک سازمان دولتی محسوب می شود.

تفاوت های مؤسسه دولتی با شرکت دولتی

- ۱- مؤسسه دولتی زیر نظر یکی از قوای سه گانه قرار دارد و عنوان وزارتخانه ندارد.
- ۲- شرکت دولتی زیر نظر قوه مجریه (دولت به معنای خاص) می باشد.
- ۳- مؤسسه و نهاد دولتی، به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارند تشکیل می شود یعنی مؤسسه و نهاد دولتی اعمال حاکمیت می کند.
- ۴- شرکت دولتی علاوه بر در نظر گرفتن اصل خدمت، اصل سود را نیز مورد توجه قرار می دهد.
- ۵- شرکت دولتی مانند شرکت تجاری در بخش خصوصی، دارای ارکان مانند هیئت مدیره، مدیر عامل، مجمع عمومی و غیره است.

فرق بین سازمان دولتی و شرکت دولتی

سازمان دولتی دارای مفهومی اعم از شرکت دولتی است. رابطه این دو از نوع رابطه عام و خاص مطلق است بدین معنی که هر شرکت دولتی، یک سازمان دولتی شناخته می شود اما هر سازمان دولتی شرکت دولتی محسوب نمی شود به عبارت دیگر شرکت دولتی قسمی از سازمان دولتی است شایان ذکر است که برخی از سازمان های دولتی، نام سازمان را دارند ولی در عمل ساختار آن ها شرکتی است و یک شرکت محسوب می شوند مانند سازمان حسابرسی که یک شرکت سهامی است.

نظریه نظام، مبنای تأسیس شرکت دولتی

در قوانین مدنی و تجاری ایران تعریفی از شرکت تجاری^{۳۲} ارائه نشده است و در واقع، در ماده ۲۰ که فصل اول

^{۲۸} پیش تر بر اساس قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۳۵ بند تا از ماده ۱ مؤسسه دولتی را این گونه تعریف می نمودند: «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و به وسیله ی دولت اداره میشود» بعد از قانون مذکور در سال ۱۳۶۶ طی قانون محاسبات عمومی کشور تعریف کامل تری ارائه گردید: «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه گانه اداره می شود و عنوان وزارتخانه ندارد»
^{۲۹} ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری شرکت های دولتی ایجاد شود، ملازم که ۵۰ درصد از سهام آن متعلق به شرکت دولتی است، شرکت دولتی تلقی می شود»

از باب سوم قانون تجارت با آن آغاز می شود، فقط به شمارش اقسام مختلف شرکت تجاری پرداخته است. در قانون مدنی، در مواد ۵۷۱ و ۵۷۳ تنها به تعریف شرکت مدنی یا همان شرکت از منظر فقه پرداخته شده و مفهوم اشاعه، پایه و اساس این تعریف قرار گرفته است، بدیهی است که این تعریف خارج از بحث شرکت های تجاری است؛ چراکه اشاعه در شرکت تجاری وجود ندارد و از حارفی شخصیت حقوقی شرکت تجاری آن را از شرکت مدنی کاملاً متمایز می سازد. مدنی موجب شده است تا علاوه بر ماهیت حقوقی حقوق و تعهدات ناشی از آن نیز نامعین باشد. علت سکوت قانون گذار ایران در قانون تجارت را می توان تبعیت از سکوت قانونگذار فرانسه در قانون تجارت این کشور دانست. اما سکوت قانون تجارت فرانسه توجیه شدنی است؛ زیرا قانون مدنی این کشور در ماده ۱۸۳۲ شرکت را تعریف کرده است و قانون گذار فرانسه ضرورتی به تکرار آن در قانون تجارت ندیده است؛ در حالی که تقلید صرف قانون گذار ایران از قانون تجارت فرانسه خلائی قانونی ایجاد کرده است؛ چرا که آنچه در قانون مدنی ما در تعریف شرکت آمده با حقیقت شرکت در حقوق تجارت متفاوت است. در واقع، در حالی که شرکت در حقوق تجارت ما ریشه در حقوق اروپایی دارد، شرکت در حقوق مدنی، در درجه اول متکی بر موازین فقهی است.

لکن نمی توان با توجه به مقررات قانون مدنی ایران، شرکت تجاری را تعریف کرد؛ چراکه بر اساس قانون مدنی اصل بر این است که برای انعقاد عقد به اراده حداقل دو شخص (حقیقی یا حقوقی) نیاز است ولی از نظر حقوق تجارت مندرج، تشکیل شرکت تجاری به اراده یک شخص هم امکان پذیر است.

در بعضی از قوانین انگلستان و آلمان شرکت با شریک واحد پیش بینی شده است ولی قانون مدنی ایران همان گونه که گفته شد - شرکت را اجتماع حقوق مالکین متعدد (در شیء واحد) تعریف کرده است و از مضمون قانون تجارت همکاری چند نفر برای تشکیل شرکت (تجاری) مستقلاً می شود شرکت با شریک واحد طبق قوانین ایران قانونی نیست. به نظر ما تشکیل شرکت تجاری به وسیله یک شخص نیز ممکن است و نیازی به وجود حداقل دو نفر نمی باشد. در تأیید این مطلب می توان گفت که شرکت های دولتی زیادی به موجب قوانین و اساسنامه های مربوطه تأسیس شده اند که صد در صد سرمایه آن ها متعلق به دولت (یک شخص) است. هم چنین شرکت هایی که صد در صد سرمایه آن ها ملی یا صادره شده و به تملک دولت در آمده اند و به تجارت اشتغال دارند، شرکتی تجاری هستند که فقط یک شخص (دولت) عضو آن هاست. در حقوق انگلستان، قانون مقررات راجع به شرکت های سهامی خاص تک عضوی (مصوب ۱۹۹۲) اجازه می دهد که شرکت های سهامی خاص با یک شریک تشکیل شوند. نظام حقوقی فرانسه نیز در سال ۱۹۸۵، شرکت های تک شریک را در حقوق موضوعه خود پذیرفت^{۳۰} و بدین شکل، سازمانی بودن شرکت را بر عقده بودن آن ترجیح داد.

جواز تأسیس شرکت های تک شریک را می توان تحت عنوان «نظریه نظام» توجیه کرد. بر مبنای نظریه نظام، سرمایه گذاری برای تشکیل یک شرکت به معنای جمع آوری سرمایه های چند نفر شریک نیست، بلکه به معنای بنیان یک نهاد سازمان یافته است که اهداف تجاری را دنبال می کند. مبتنی بر این دیدگاه تعدد شرکا جزء ارکان موضوعی شرکت به شمار نمی آید. از این رو، برای تشکیل یک شرکت تجاری نیازی به وجود بیش از یک نفر نیست. نظریه نظام، از توافق چند نفر برای تشکیل یک شرکت سخن نمی گوید بلکه از اعلان اراده حداقل یک نفر برای تشکیل یک سازمان تجاری به عنوان یک شرکت، سخن می راند. به عبارت دیگر، نظریه نظام نقطه مقابل نظریه قراردادی بودن شرکت می باشد که به تازگی جایگاه خود را در حقوق ایران به دست آورده است. لایحه جدید تجارت، برخلاف قانون تجارت فعلی، مبنای تشکیل تمام انواع شرکت های تجاری را قرارداد طرفینی نمی داند. این لایحه علی رغم ماده ۹۴ قانون تجارت که برای شرکت با مسؤلیت محدود وجود حداقل ۲ شریک را لازم شمرده، در مواد ۴۷۹ و ۴۸۰ خود، تشکیل این گونه شرکت را با مالکیت تک نفره مجاز دانسته است. بنابراین، علت جواز تشکیل

۳۰- حضرت الله سماوتی، بررسی و تحلیل لیدل حقوقی شرکت با مسؤلیت محدود، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۹۰، ص ۵۷

شرکت تک نفره در ساختار نوین حقوق تجارت کشورمان، پذیرش نظریه نظام توسط لایحه جدید تجارت است.^{۳۱} همان طور که پیش از این اشاره شد، شرکت های دولتی زیادی تنها با وجود یک شریک که همان دولت است تأسیس می شوند. حتی بیشتر شرکت های دولتی که کم تر از پنجاه درصد سرمایه آن ها متعلق به بخش خصوصی است، در ابتدا به صورت صد در صد دولتی تأسیس شده اند و این تنها دولت بوده که برای تأسیس شرکت های دولتی، اعلام اراده کرده است.

بر همین اساس، آنچه به ذهن می رسد سازمانی بودن شرکت دولتی است نه عقدی بودن آن؛ چراکه ماهیت تک شریکی بودن شرکت دولتی ما را به این نتیجه رهنمون می سازد که نظریه نظام یا همان سازمانی بودن شرکت، مبنا و اساس تشکیل شرکت دولتی است.

ارتباط حقوق شرکت های دولتی با سایر گرایش های حقوقی

مبحث حقوق شرکت های دولتی ماهیت صرفاً تجاری ندارد. از آن جا که دولت ساختار این گونه شرکت ها را در نسل اول تعیین می کند برای شناخت شرکت های دولتی ناگزیر باید وارد گستره حقوق عمومی شویم. بنابر این، ارتباط تنگاتنگی میان شرکت های دولتی و حقوق عمومی وجود دارد به ویژه در مواردی که این شرکت ها به اعمال حاکمیت می پردازند و به عنوان نماد حاکمیت دولت در امور شهروندان دخالت می کنند، واکاوی حقوق شرکت های دولتی بر اساس مباحث حقوق عمومی هم چون بحث حاکمیت، انجام می شود.

از طرفی ارتباط حقوق شرکت های دولتی با مباحث حقوق اداری غیر قابل انکار است. مطالعه نظام نظارتی این گونه شرکت ها که در بعد برون سازمانی از سوی نهادهایی همچون سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات و سازمان حسابرسی انجام می شود، رشته حقوق شرکت های دولتی را با حقوق اداری پیوند می دهد.

برای شناخت مبنای مسؤلیت کیفری شرکت های دولتی باید به مطالعه مبحث مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی پرداخت که به تازگی با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در نظام حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است. از این رهگذر، رابطه حقوق شرکت های دولتی با حقوق جزا و جرم شناسی روشن می گردد.

بر اساس نظریه دولت رفاه، هیچ خسارتی حتی اگر از سوی دولت به شهروندان وارد آید، نباید بدون جبران باقی بماند. مبنای مسؤلیت مدنی شرکت های دولتی در فصل مربوط به خود بیان می گردد. اما در این جا برای روشن شدن ارتباط حقوق شرکت های دولتی با گرایش حقوق مسؤلیت مدنی، به نظریه دولت رفاه اشاره می گردد که از مباحث حقوق عمومی سرچشمه می گیرد. از طرفی، نظریه سازمانی بودن شرکت نیز ما را در اثبات مسؤلیت مدنی و کیفری برای مدیران شرکت های دولتی یاری می رساند.

تمايز ساختار حسابداری شرکت های دولتی، ما را به مطالعه دانش حقوق حسابداری بر مبنای کاربردهای خدماتی شرکت های دولتی وامی دارد. از سوی دیگر، فعالیت های شرکت های دولتی در عرصه تجارت بین الملل و پشتیبانی قوانینی هم چون مقررات موافقت نامه تدارکات دولتی^{۳۲}، رشته حقوق شرکت های دولتی را با مباحث حقوق تجارت بین الملل پیوند می دهد.

به طور کلی، حقوق شرکت های دولتی، شاخه ای جدید از علم حقوق است که از ماهیت مرکب پر خوردر می باشد. بدین معنا که یک میان رشته نیست اما با گرایش های مختلف حقوقی و حتی غیر حقوقی هم چون علم اقتصاد در ارتباطی تنگاتنگ قرار دارد.

۳۱- روح الله خلجی، جایگاه نظریه نظام در لایحه جدید تجارت، روزنامه جهان اقتصاد، سال بیست و دوم، شماره ۵۵۲۰، هفتم دیماه ۱۳۹۲، ص ۴.
۳۲- دنس بلسل و جیف امکا آنبوکو، راهنمای سیستم تجارت جهانی، ترجمه مرتضی محمدخان و مجتبی شیشه چی ها، انتشارات سروش، تهران، ۱۳۸۵، ص ۳۹.

حدود آزادی اراده در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶

مجید عارفعلی

مقدمه

سیر تحولات قانونگذاری در خصوص روابط موجر و مستأجر، همواره تابعی از سیاست های اقتصادی و اجتماعی حاکم بوده و از این منظر، دخالت قانونگذار جهت تنظیم روابط میان طرفین عقد اجاره، به خصوص اماکن تجاری، به لحاظ اهمیت و حساسیت های ویژه آن، همواره در فراز و فرود بوده است. از یک سو، مطابق مقررات قانون مدنی، موجر و مستأجر در انعقاد قرارداد اجاره، بر گزین طرف قرارداد، تعیین مدت، میزان مال الاجاره، چگونگی استیفای منفعت، تعیین

شرایط حاکم بر عقد و... در حدود مقررات امری، دارای آزادی بوده و عقد اجاره، عقدی است رضایی (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۱۰؛ امامی، بی.ت، ص ۲) و از سوی دیگر، به تدریج و با وضع مقررات و قوانین خاص، حدود و قیود بسیاری بر این آزادی وارد و از دامنه اصل حاکمیت اراده به بهانه تلمین منافع عمومی و حفظ نظم اجتماعی، کاسته شده است.

از جمله این قوانین، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بوده که امروزه غالباً در خصوص اماکن تجاری، حاکم است. این قانون را می توان از جمله مقررات موضوعه محدود کننده اصل آزادی اراده، چه در انعقاد قرارداد و چه در تعیین شرایط حاکم بر آن شمرده و از جمله، ماده ۳۰ آن

را که مقرر داشته: «کلیه طرق مستقیم یا غیرمستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند پس از اثبات در دادگاه بلااثر و باطل اعلام خواهد شد.» نشانه بارزی از ورود و دخالت مقنن به دایره آزادی اراده به منظور تامین اهداف اجتماعی و اقتصادی مدنظر وی دانست.

این که به چه دلیل قانونگذار ایرانی از قبول اصل آزادی اراده و حاکمیت آن در ماده ۱۰ و سایر مواد باب اجاره در قانون مدنی، به وضع قانون ۱۳۵۶ رسیده، موضوعی است مستقل و نیازمند بررسی جداگانه؛ هر چند غالبه تحولات اقتصادی و اجتماعی و گسترش شهرنشینی و صنعتی شدن جامعه و دوری بیش تر از کشاورزی را بتوان گوشه ای از این دلایل شمرد، اما باید دید آیا آن گونه که شهره است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۶۰؛ کشاورز، ۱۳۸۳، ص ۱۹۳؛ نوین و... ۱۳۷۷، ص ۱۰۴؛ طاهر موسوی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۴) قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، به دلالت ماده ۳۰ آن، قانونی است امری و در جهت حفظ نظم عمومی، به گونه ای که نمی توان تصور وجود آزادی قراردادی موجر و مستأجر را در نهاد برآمده از این قانون کرد؟ و آیا می توان قرارداد اجاره مشمول این قانون را قراردادی تحمیلی دانست؟ آن چه موضوع

بررسی حاضر است، تحلیل ماده ۳۰ قانون و تعیین حدود آزادی اراده طرفین، ضمن عنایت به سایر مواد مرتبط است. در این راستا، ضروری است ابتدا نگاهی به پیشینه قانونگذاری منجر به تصویب ماده صدرالذکر داشته و آن گاه جهت بلزشناسی اصل آزادی اراده در قانون ۱۳۵۶، به بررسی اصل و مصادیق متنازع فیه در ارتباط با ماده ۳۰ بپردازیم.

گفتار اول - پیشینه قانونگذاری

با تصویب قانون مدنی، مواد ۴۶۶ الی ۵۱۷، احکام ناظر بر عقد معین اجاره و مقررات امری و تکمیلی آن را در سه مبحث اجاره اشیاء و حیوانات و اشخاص؛ مقرر و از جمله در مواد ۲۶۹، ۳۷۳، ۴۸۶، ۴۹۰، ۴۹۲، ۴۹۶، ۴۹۷، ۴۹۸، ۵۰۶، ۵۰۹، ۵۱۱ و ۵۱۵ امکان توافق و شرط برخلاف احکام قانونی پذیرفته شده و در نتیجه، مقررات تکمیلی فراوانی در آن به چشم می خورد. قانون مدنی تا سال ۱۳۱۷ و پیش از تصویب قانون راجع به تعدیل مال الاجاره، یگانه قانون حاکم در خصوص کلیه اموال مورد اجاره اعم از مسکونی و تجاری و اداری بوده و آزادی اراده طرفین نیز در آن تأمین و از جمله حسب حکایت ماده ۴۹۴ «عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می شود...».

قانون سال ۱۳۱۷ را می توان آغاز حضور و دخالت قانونگذار در روابط خصوصی قراردادی اشخاص، ناشی از عقد اجاره دانست زیرا به موجب مواد ۱ و ۲ آن، با انقضاء مدت عقد، به درخواست مستأجر، امکان تجدید قرارداد تا سه سال، به حکم قانون، فراهم و از جمله تقاضای تخلیه نیز توسط موجر، پس از انقضای مدت، فقط در مواردی خاص پذیرفته شده بود.

ماده ۲۰ آیین نامه تثبیت قیمت ها شماره ۲۲ مصوب ۱۳۲۲/۷/۲۳ نیز برای نخستین بار مقرر می نمود که «... کلیه طرق مستقیم یا غیرمستقیم که طرفین به منظور فرار از مقررات این آیین نامه اتخاذ نمایند پس از اثبات بلااثر و باطل اعلام خواهد شد.» این سیر قانونگذاری با تصویب قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹/۴/۱۲ ادامه و دخالت قانونگذار در روابط موجر و مستأجر فزونی یافت و بیش از پیش، قرارداد اجاره اماکن مسکونی و تجاری، رنگ تحمیل به خویشتن گرفته و برای نخستین بار، حق کسب و پیشه و تجارت نیز به رسمیت شناخته شد و در ماده ۲۴ آن، متن ماده ۲۰ آیین نامه سابق مجدداً تکرار گردید. نهایتاً با تصویب قانون ۱۳۵۶ و حرکت آن در همان مسیر سابق، سعی در تنظیم روابط پراهمیت موجر و مستأجر، به اقتضای تاثیرات اقتصادی و اجتماعی آن شده و نهاد اجاره، علی الخصوص اماکن تجاری، به صورت سازمانی ویژه و به صورت قالبی آماده، صورت بندی گردیده و در واقع تراضی طرفین مبنای الحاق به این نهاد پیش ساخته قرار گرفته و اعتبار اراده تا بدین حد تنزل یافته است، زیرا از یک سو با انقضای مدت، عقد اجاره به حکم قانون، ادامه یافته و جز در موارد خاص، امکان تخلیه ید مستأجر فراهم نیست و از سوی دیگر به موجب ماده ۳۰ این قانون نیز «کلیه طرق مستقیم یا غیرمستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند پس از اثبات در دادگاه بلااثر و باطل اعلام خواهد شد.» چنان که ملاحظه شد، دیدگاه مداخله جویانه قانونگذار در قرارداد اجاره و علی الخصوص تصریح به عدم امکان توافق برخلاف احکام قانونی، تقریباً از آغاز شروع تصویب قوانین خاص روابط استیجاری، وجود داشته و در این مسیر، نهایتاً به قانون ۱۳۵۶ منتهی شده است. بی گمان اهمیت اقتصادی - اجتماعی عقد اجاره (به خصوص در اماکن تجاری) و ارتباط آن با حقوق عمومی و نظم اجتماعی، آن را تنها در حد یک رابطه خصوصی نگاه نداشته و لزوم حفظ مصالح اجتماعی، توجیه گر نفوذ قانونگذار در انعقاد قراردادهای خصوصی و کاستن از آزادی اراده اشخاص در آن هاست. اما آیا گستره این محدودیت تا بدان حد است که بتوان سخن از فقدان حاکمیت اراده در قانون ۱۳۵۶ به میان آورد؟

گفتار دوم - حدود آزادی اراده طرفین عقد اجاره مشمول قانون مصوب ۱۳۵۶

چنان که دانستیم حسب حکایت ماده ۳۰ استفاده از هر طریق مستقیم یا غیرمستقیم توسط موجر و مستأجر جهت جلوگیری از اجرای قانون، باطل اعلام شده است. اما قیودات و شرایط مقرر در ماده مباحث عنه و نسبت آن با آزادی اراده و مقررات عام قانون مننی در مبحث اجاره و نیز پیروی از قواعد ماهوی آن، نیازمند بررسی و دقت نظر ویژه است تا اولاً میزان آمریت قانون ۱۳۵۶ و حدود آن مشخص گردیده و ثانیاً جایگاه تراضی طرفین در شمول یا عدم شمول قانون بر روابط شخصی و قراردادی میان ایشان و از جمله امکان یا عدم امکان جعل توافقات و شروط ضمن عقد، بسته به موضوعات حادث در عقد و موارد مذکور در مواد قانون، روشن شود. لذا در ذیل به بررسی برخی از مواد قانون، مرتبط با عناوین متنازعیه و نسبت آن ها با ماده ۳۰ می‌پردازیم.

الف- قراردادهای مشمول قانون به لحاظ عنوان

به موجب ماده یک قانون: «هر محلی که برای سکنی یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود در صورتی که تصرف متصرف بر حسب تراضی با موجر یا نماینده قانونی او به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره باشد اعم از این که نسبت به مورد اجاره سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد مشمول مقررات این قانون است»

در واقع قانونگذار جهت ارائه ملاک حکومت قانون بر روابط قراردادی اشخاص، ضوابطی چند را مقرر داشته است از جمله آن که، محل برای سکنی یا کسب یا پیشه یا تجارت یا منظوری دیگر در اختیار متصرف قرار گرفته و این تصرف به منظور اجاره باشد، و در مقام اعلام دایره حکومت قانون بر عناوین استخدامی طرفین مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره باشد». توجه مقنن به «منظور» طرفین و در واقع قصد واقعی ایشان، برخلاف عناوین استخدامی متعاقبین، امری خلاف قاعده نیست زیرا «توصیف قرارداد» در زمره تکالیف و اختیارات دادرس بوده و وی مقید به «عنوان» مورد استفاده طرفین عقد نمی‌باشد. دادرس باید با استفاده از مکانیسم‌های تفسیر قرارداد اقدام به مشخص نمودن طبیعت حقوقی اعمالی که طرفین به واقع قصد انجام آن را داشته‌اند نماید تا بتواند آثار و قواعد قانونی حاکم بر قرارداد را نیز معین کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸) در واقع سعی او بر احراز «قصد مشترک طرفین» جهت توصیف عقد بوده و در این راه نیز از کلیه عوامل دخیل در تفسیر از جمله گفتگوهای مقدماتی یا آثار قرارداد منعقد استعانت می‌گیرد و مقید و محصور به «عنوان» مورد استفاده در قرارداد نیست. ماده یک قانون نیز در مقام بیان همین قاعده است، به همین دلیل در بند ۱ ماده ۲ خود «تصرف ناشی از معاملات با حق استرداد یا معاملات رهنی...» را از شمول قانون خارج نموده است. لذا طرفین قرارداد چنانچه در قصد مشترک خویش به هنگام به تصرف دادن محل، «منظور اجاره» نداشته و فی‌المثل، قصد عاریه، مضاربه، حق انتفاع، بیع شرط، ودیعه یا رهن نموده‌اند -البته صرف‌نظر از مقام اثبات - نمی‌تواند مانع اثرگذاری آزاد اراده ایشان شده و آن را مخالف ماده ۳۰ قانون و به منظور جلوگیری از اجرای مقررات و در نتیجه بلااثر و باطل شمرد. قصد مشترک توان انعقاد هر عقدی از عقود اعم از معین و نامعین را نسبت به محل مورد واگذاری داشته و ایجاد محدودیت برای آن، مخالف اصل و در نتیجه، نیازمند دلیل است که نه تنها در مانحن فیه، مفقود است بلکه به دلالت بند ۱ ماده ۲ در خصوص معاملات با حق استرداد یا معاملات رهنی، ملاک مذکور مورد توجه مقنن نیز قرار گرفته است. در واقع می‌توان چنین در نظر آورد که «در تمام مواردی که منظور تملیک منافع در برابر عوض باشد، قواعد اجاره بر قرارداد طرفین حکومت می‌کند، هر چند به آن نام صلح داده باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۶۳) در

رویه قضایی نیز می‌توان نمونه‌های بسیاری از این طرز تلقی و کوشش در ایفای نقش تفسیر و توصیف قرارداد را دید از جمله، دادنامه شماره (۱۲۶۹-۱۲۷۰)/۹/۱۳۸۴ (۹/۹/۱۳۸۴) صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که مقرر داشته «اراده واقعی طرفین از تنظیم قرارداد، ایجاد رابطه استیجاری بین آنان بوده ... و با توجه به تعریف عقد رهن در ماده ۷۷۱ قانون مدنی... قرارداد تنظیمی منصرف از عقد رهن است و وجوه پرداختی به موجر نیز طبق عرف قراردادهای اجاره به عنوان ودیعه و یا قرض الحسنه تلقی می‌شود و نه «وثیقه دین» که در ماده مذکور قید گردیده است...» (زندى، ۱۳۸۹، ص ۱۹) همچنان که شورای عالی ثبت نیز در رای مورخه ۱۳۴۴/۱۱/۷ خویش چنین بیان داشته: «سند معامله به عنوان رهن تنظیم شده است و به فرض که منظور اجاره بوده و ماده ۲۴ قانون مالک و مستأجر ۱۳۳۹ (ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۶) هم هر عنوانی را به منظور جلوگیری از اجرای قانون مزبور منع کرده است، انصراف از ظاهر سند محتاج به اعمال نظر قضایی است و چنانچه معترض از این حیث اعتراضی داشته باشد، می‌تواند به دادگاه صلاحیت‌دار مراجعه نماید.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸، ص ۲۳۵) و نیز دادنامه شماره ۱۹ مورخ ۱۳۸۳/۱۳/۳۰ صادره از شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مقرر نموده: «با توجه به این که هنگام انعقاد قرارداد، که فی‌الواقع منشاء رابطه حقوقی طرفین می‌باشد و تاکنون دایر مدار تنظیم امور اداری و مالی آن‌ها بوده است، اراده آنان آزاد و مختار بوده و با قصد و رضا عنوان قرارداد خود را قرارداد خصوصی نام نهاده‌اند و از لفظ‌های معیر، مستعیر، موضوع عقد جایز، موضوع فعالیت، شرایط رد عاریه استفاده کرده‌اند و در این قرارداد و شرایط پیش‌بینی شده در آن، عبارتی که بتوان آن را حمل بر این نمود که قصد و ثبت طرفین، موقع انشا و امضای قرارداد، عقد اجاره موضوع ماده ۴۶۶ قانون مدنی است، ملاحظه نمی‌گردد و ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ که ناظر بر قراردادهای و تراضی‌هایی است که به هر عنوان اعم از اجاره یا صلح منافع یا غیر آن حاصل شده باشد مشروط بر آن که منظور از عقد یا تراضی، اجاره باشد... دادگاه ادعای تجدیدنظر خواه را مبنی بر آن که رابطه وی با تجدیدنظر خوانده، مشمول مقررات قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ می‌باشد مرنود می‌داند...» (زندى، ۱۳۸۸، ص ۵۸) با عنایت به موارد فوق، می‌توان پذیرفت که همچنان اصل بر حاکمیت اراده در خصوص انتخاب عقد مورد نظر طرفین بوده و چنانچه طرفین، فی‌الواقع قصد تملیک منفعت در برابر عوض را نداشته باشند و البته عنوان مورد استفاده نیز صورتی برای تقلب نسبت به قانون ۱۳۵۶ نباشد، بر فرض عدم اثبات خلاف آن، احکام خاص عقد مورد نظر متعاقبین جاری خواهد شد.

ب- انتخاب طرف قرارداد و تعیین مدت اجاره

اجاره: عقد است (م ۴۶۶ قانون مدنی) فلذا انعقاد آن نیازمند تراضی موجر و مستأجر. حق مالکیت و اصل تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) آزادی انتخاب طرف قرارداد را نیز قابل توجه کرده و در نتیجه هر کس مختار است تا طرف خویش را با اراده‌ای آزاد برگزیند زیرا عوامل موثر در این انتخاب، اموری کلاً شخصی بوده و از جمله میزان اعتبار اجتماعی و اقتصادی و اخلاقی وی در گزینش نهایی موثر است. در قانون ۱۳۵۶، این آزادی در آغاز رابطه استیجاری میان موجر و مستأجر پذیرفته شده و اساساً هر مالکی به میل و اختیار خویش با فرد دلخواه اقدام به انعقاد قرارداد اجاره می‌نماید. اما ادامه قرارداد، به وسیله قانون اداره شده و به حکایت ماده ۷ آن، می‌توان با انقضای مدت اجاره اولیه، مالک را به تجدیداجاره و تنظیم اجاره نامه جدید از طریق دادگاه ملزم نمود.

امری که مخالف آزادی اولیه در انتخاب مسیر توسط مالک بوده و در نتیجه از محدودیت‌های حاکمیت اراده در این قانون محسوب می‌شود. در خصوص تعیین مدت عقد اجاره اولیه نیز با توجه به تکلیف قانونی ماده ۴۶۸ قانون مدنی، طرفین در تعیین میزان مدت عقد اجاره نخستین، دارای آزادی کامل بوده و با منعی جز «معین» بودن آن

مواجه نیستند اما چنان که گفته شد، با پایان مدت اجاره اولیه، رابطه حقوقی مالک و مستأجر قطع نشده (ماده ۹ و ۷) و طرفین حق تقاضای اجبار دیگری را به تنظیم اجاره‌نامه خواهند داشت. مصداقی از عقود تحمیلی در نظام قانونگذاری ایران که در تجاوز به اصل آزادی قراردادهای فراتر نهاده شده و اختیار انجام معامله نیز از دو طرف آن گرفته شده است، «بیدیهی است در چنین مولودی رابطه حقوقی فقط صورت عقد رازد و توافق طرفین، که اساس تمام قراردادهاست، در آن نقش بازی نمی‌کند پس، در مقام اجرای این عقود، ددرس مجری نظر قانونگذار است نه پیرو مقصود واقعی دو طرفه» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۱۱)

ج- تعیین اجاره بها

اجاره عقدی است معوض، به این معنا که مستأجر نیز در برابر تمینک منفعت مکلف به پرداخت مال الاجاره می‌باشد. این نکته هر چند در تعریف ماده ۴۶۶ قانون مدنی از عقد اجاره، اشاره نشده است اما از بند ۳ ماده ۴۹۰ آن که به تکلیف مستأجر در ناذیه مال الاجاره پرداخته، این امر به خوبی مستفاد است. در قانون مدنی، طرفین عقد اجاره در تعیین میزان اجاره بها، آزادند. این امر در ماده ۳ قانون ۱۳۵۶ نیز مورد تأیید قرار گرفته: «در مواردی که اجاره‌نامه تنظیم شده باشد میزان اجاره بها همان است که در اجاره‌نامه قید شده و هر گاه اجاره نامه تنظیم نشده باشد به میزانی که بین طرفین مقرر و یا عملی شده است و در صورتی که میزان آن معلوم نشود با رعایت مقررات این قانون از طرف دادگاه میزان اجاره بها به نرخ عادلانه روز تعیین می‌شود» قسمت نخست ماده حاوی اصل آزادی اراده متعاقدين است اما قسمت دوم که تعیین اجاره بها را به دادگاه و با رعایت مقررات قانون ۱۳۵۶، واگذار نموده به دلیل وضعیت خاص حاکم بر قراردادهای مشمول آن است زیرا چنان که دیدیم مطابق مواد ۷ و ۹ و با انقضای مدت قرارداد اولیه اجاره، مستأجر مکلف به تخلیه نبوده و به حکم قانون، تصرفات مستأجر ادامه یافته و هر یک از طرفین حق تقاضای تنظیم سند اجاره را خواهد داشت. با این اوصاف، برای پس از پایان مدت عقد اجاره اولیه، دادگاه به حکم قانون، جانشین اراده متعاقدين شده و در صورت عدم توافق ایشان جهت تعیین اجاره بها، «دادگاه میزان اجاره بها را از تاریخ تقدیم دادخواست تعیین می‌کند، ولی این امر مانع صدور حکم نسبت به اجرت‌المثل زمان قبل از تقدیم دادخواست و خسارت تأخیر تادیه آن نخواهد بود» (ماده ۷) ضمن آن که به موجب ماده ۴ «موجر یا مستأجر می‌تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست تجدیدنظر نسبت به میزان اجاره بها را بنماید، مشروط به این که مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستأجره یا از تاریخ مقرر در حکم قطعی که بر تعیین یا تعدیل اجاره بها صادر شده سه سال تمام گذشته باشد، دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تعدیل خواهد کرد. حکم دادگاه در این مورد قطعی است.» از جمع احکام فوق، نکاتی به شرح ذیل قابل استخراج است:

۱- اصل آزادی اراده در تعیین اجاره بها در هنگام انعقاد قرارداد اجاره اولیه و آغاز رابطه استیجاری به طور کامل رعایت شده است.

۲- پس از انقضای مدت قرارداد اجاره اولیه نیز، اصل آزادی قراردادی، حاکم و موجر و مستأجر امکان توافق بر تعیین اجاره بها را از دست نخواهند داد زیرا فرض مداخله دادگاه، به حکم ماده ۴ قانون راه باید ناظر به عدم توافق ایشان بر اجاره بهای جدید شمرده و حضور دادگاه را به دلیل استثنایی بودن آن در مقابل اصل، منحصر به همین فرض دانست و آن را مخالف ماده ۳۰ در نظر نیآورد همچنان که در رویه قضایی نیز رای شماره ۳۷۶ مورخ ۱۳۷۲/۵/۲۵ شعبه ۸۵ دادگاه حقوقی دو تهران مقرر داشته: «... قانونگذار به هیچ وجه مانع اعمال حاکمیت اراده طرفین قرارداد اجاره در خصوص مورد نشده و در نتیجه طرفین می‌توانند توافقاً نسبت به تعدیل اجاره بها... اقدام نمایند و چنین توافقی هیچ گونه مخالفتی با قانون نداشته و بین طرفین نافذ و معتبر خواهد بود.» (حسینی، ۱۳۸۹، ص ۶۰)

اما بررسی که در این میان حائز اهمیت می‌نماید امکان و یا عدم امکان توافق طرفین عقد اجاره مبنی بر عدم افزایش اجاره بها است. با عنایت به این که انگیزه قانونگذار از پیش‌بینی امکان تعدیل اجاره بها در ماده ۴ قانون، توجه به مصالح اجتماعی و اقتصادی خاص و نیز جلوگیری از اجحاف به موجر به دلیل افزایش میزان تورم بوده، نتوان اختیار حاصله را حقی خصوصی و قابل اسقاط دانست و نظر به امکان توافق بر خلاف آن داد زیرا وجه «حکم» بودن آن غنیه دارد. لذا وفق ماده ۳۰ قانون بلااثر و باطل خواهد بود. نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره‌های ۷/۵۶۳۹ مورخ ۱۳۶۰/۱۲/۲۱ و ۷/۱۱۶۵ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۱۸ (اباذری، ۱۳۸۵، ص ۱۶۱ و ۱۶۳) نیز هرچند در نتیجه، موافق با این نظر است اما به دلیل آن که در مقدمه، تقاضای تعدیل ر' «حق» موجر و مستأجر شناخته و آثاری از جمله «امکان اسقاط» برای آن متصور خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۱۸) قابل انتقاد است.

د- شروط و توافقات ضمن عقد

به موجب مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۲۲۲ به بعد قانون مدنی، امکان توافق خصوصی و درج شروط ضمن عقد، در حدود مفاد قانون، فراهم و اقسام شروط باطل و مبطل نیز معرفی شده است. در عقد اجاره نیز مواد ۴۹۸، ۴۹۶ و ۴۷۴ به امکان این امر و ترازی خصوصی تصریح نموده است. اما در قانون ۱۳۵۶ با عنایت به وضع ماده ۳۰ آن و نیز تنوع اقسام شروط و توافقات علی‌الخصوص در اماکن تجاری، اختلاف آراء در صحت یا عدم صحت برخی از توافقات و شروط مندرج در عقد اجاره، بروز و نسبت آن با ماده ۳۰ و محدودیت آزادی اراده محل مباحته بوده است که در این بخش به برخی از مصادیق شایع آن می‌پردازیم.

توافق به عدم تعلق یا اسقاط حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر: مطابق مواد ۱۵ و ۱۹ قانون، با تحقق هر یک از شرایط مقرر برای امکان تقاضای تخلیه عین مستأجره، مستأجر یا متصرف محل تجاری، حسب مورد، مستحق دریافت کل یا نصف حق کسب و پیشه و تجارت خواهد بود. این امر نیز در راستای حمایت از مستأجری است که سال‌ها فعالیت تجاری خویش را در محل، متمرکز و با اجرای تخلیه، چه بسا همه هستی تجاری خویش را نیز از دست دهد، که خود سابقه‌ای قابل بحث و پرمناقشه دارد (بهرامی، ۱۳۸۵، ص ۳۷ به بعد) اما بررسی و نزاع اصلی در این است که آیا امکان توافق میان موجر و مستأجر مبنی بر عدم تعلق حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر یا اسقاط آن، در راستای اصل آزادی اراده، میسر است یا خیر؟ و نسبت آن با ماده ۳۰ چگونه است؟

در این خصوص میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی معتقدند نظر به این که حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر، به مرور زمان و در اثر فعالیت‌های او در مورد اجاره ایجاد می‌شود و حقی نیست که در ابتدای عقد اجاره، محرز و میزبان آن مشخص باشد لذا این امر در واقع اسقاط مال مجب و باطل است. (نویخت، ۱۳۷۰، ص ۲۴۸) و گروهی نیز دلیل منع آن را مخالفت با ماده ۳۰ دانستند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۶۲). نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری نیز به شماره‌های (۱۶۹۹۷۷/۱۳۶۲/۲۰/۴) و (۱۶۵۷/۱۳۸۱/۷/۲) (حسینی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۳) مؤید آن است. لذا مستأجر را مستحق مطالبه آن می‌دانند.

اما در مقابل، برخی دیگر، عمل بر طبق شرط ضمن عقد را لازم و مستأجر را مستحق حق کسب و پیشه و تجارت نمی‌دانند. از جمله کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی که در دو پاسخ خود به تاریخ‌های ۱۳۶۲/۸/۲۱ و ۱۳۶۳/۵/۸ قائل به این نظر بوده و حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر را ساقط دانسته است (کشاورز، ۱۳۸۳، ص ۱۹۰) ضمن آن که، عده‌ای در مقام نقض ادله گروه نخست و تأیید امکان اسقاط حق مذکور، به استناد صحت ضمان مال مجب، امکان صلح بر اسقاط امر احتمالی (ماده ۷۵۲ قانون مدنی)، کفایت علم اجمالی (ماده ۲۱۶ قانون مدنی)، عدم نقض قواعد آمره قانون و حق بودن آن، توافق بر عدم تعلق یا اسقاط حق کسب و پیشه و تجارت را

در مقام تحلیل نظرات وارده، به نظر می‌رسد ممنوعیت توافق موجر و مستأجر بر عدم تعلق و اسقاط حق کسب و پیشه و تجارت با قواعد حاکم بر قانون ۱۳۵۶ سزگارتر باشد زیرا با توجه به پیشینه و هدف قانونگذار جهت نظارت بر آزادی اراده موجر و مستأجر در قرارداد اجاره و محدود نمودن آن به لحاظ تأثیرات اقتصادی و اجتماعی ویژه و نیز جلوگیری از اجحاف و سوء استفاده موجرین از مستأجرین به لحاظ عدم برابری اقتصادی ایشان و به تعبیری، نظم عمومی حمایتی (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۵۶) مقنن را به وضع ماده ۳۰ هدایت نموده و از جمله، کلیه طرق مستقیم و حتی غیرمستقیم جلوگیری از اجرای قانون را باطل اعلام نموده است. در نتیجه، چنین توافقی، به دلیل امره بودن قواعد آن در قانون ۱۳۵۶، مخالف ماده ۳۰ و باطل است لذا از جمله موارد عدم وجود ارادی قراردادی در قانون ۱۳۵۶ را باید مورد منازع فیه دانست.

توافق به تخلیه یا انقضای مدت یا تعیین وجه التزام برای آن: چنان که گفتیم مطابق مواد ۷ و ۹ قانون، با انقضای مدت قرارداد اولیه اجاره، مستأجر مکلف به تخلیه نبوده و به حکم قانون، تصرفات مستأجر ادامه می‌یابد. حال اگر طرفین ضمن عقد اجاره توافق بر انجام تخلیه یا انقضاء مدت نموده و یا برای تخلف از انجام آن، وجه التزام معین نمایند و یا پس از انقضای مدت، بر تخلیه، توافق کنند، تکلیف چیست؟ به نظر می‌رسد می‌توان در این خصوص قائل به تفکیک شده و دو مورد توافق هنگام انعقاد قرارداد و یا در طول مدت آن و پس از انقضای مدت را به نحو جداگانه بررسی نمود:

الف- توافق هنگام انعقاد قرارداد یا در طول مدت آن: به نظر می‌رسد نگرانی از تأثیر برتری اقتصادی موجر بر مستأجر و نیاز وی به محل کسب و در نتیجه، پذیرش شروط موجر توسط مستأجر، و وضع ماده ۳۰، مانع پذیرش صحت چنین توافقی بوده و آن را مشمول طرق مستقیم (توافق به تخلیه در انقضای مدت) یا غیرمستقیم (تعیین وجه التزام یا اخذ اسناد تجاری یا ذمه‌ای برای عدم تخلیه در انقضای مدت) دانسته و باطل شمرده، لذا نمی‌توان در این بخش، اعتباری برای آزادی قراردادی قائل و امره بودن قانون را نادیده انگاشت. همچنان که در رویه قضایی نیز نمونه‌هایی از گرایش به این نظر در دست است. از جمله دادنامه شماره ۶۱۶-۱۹/۱۳۷۳/۹ صادره از شعبه ۶۵ دادگاه حقوقی ۲ تهران که طی آن در مقام استدلال صدور حکم به رد دعوی خواهان (موجر) به خواسته «انجام تعهد تخلیه» علیه خوانده (مستأجر) بر مبنای تعهد او در هنگام انعقاد عقد اجاره به تخلیه براساس درخواست موجر، آورده است: «... تعهد مستأجر به این که تخلیه ملک را به محض درخواست موجر انجام دهد، مخالف با ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است و راهی غیرمستقیم در جلوگیری از اجرای مقررات قانون مذکور است که قانون آن را باطل دانسته و چون بلااثر است نمی‌توان مستأجر را ملزم به انجام تعهد دانست...» (کامیار، ۱۳۷۶، ص ۱۵۵)

ب- توافق پس از انقضای مدت: عقد اجاره عقدی است رضایی که منشاء تحقق آن، تراضی موجر و مستأجر بوده و بدیهی است پس از انقضای مدت نیز علیرغم جواز قانونی ادامه تصرفات مستأجر، توافق بر انحلال این رابطه (اقاله) و در نتیجه، تخلیه آن، یا تعیین وجه التزام عدم انجام آن، معتبر و لازم‌الوفا باشد زیرا اجباری بر پذیرش آن از سوی مستأجر و شرایط ویژه زمان انعقاد قرارداد در وضعیت فعلی، موجود نبوده و اقاله نیز عقدی است نیازمند تراضی. در رویه قضایی نیز دادنامه شماره ۱۲۶۳-۱۳۸۴/۹/۱-۱۲ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مؤید این نظر می‌باشد، با این بیان که: «... اگر چه رابطه استیجاری طرفین، مقدم بر قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ می‌باشد و قراردادهای قبلی اجاره مشمول قانون سال ۱۳۵۶ است ولی نظر به این که مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی قراردادهای منعقد تا زمانی بین طرفین لازم‌الاتباع بوده که به رضای آنان اقاله و یا به علت قانونی فسخ نشده باشد و نظر به این که طرفین در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۹ با قصد و اراده سالم و آزاد، کلیه قراردادهای گذشته را از درجه اعتبار اسقاط و باطل اعلام کرده‌اند و در واقع قرارداد پیشین را اقاله نموده‌اند، از این رو اقدامات طرفین را نمی‌توان حمل بر عدم رعایت

مفاد قانون ۱۳۵۶ و مشمول ماده ۳۰ قانون مرقوم دانست زیرا این ماده منصرف از این موضوع است... از این رو... حکم بر تخلیه عین مستأجره... صادره و اعلام می‌نماید این رای قطعی است.» (زندگی، ۱۳۸۹، ص ۵۶) لذا اطلاق نظریه مشورتی شماره (۵۲۳۰/۷) (۱۳۶۲/۱۱/۱۰) در خصوص جواز هر دو نوع توافق بر تخلیه چه در حین انعقاد و چه پس از انقضاء مدت را نمی‌توان صائب دانسته و هر دو نوع را از شمول نهی ماده ۳۰ خارج شمرد. متن نظریه چنین است: «توافق طرفین به تخلیه مورد اجاره از طرف مستأجر، مغایرتی با ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ ندارد تا قابلیت اجرا نداشته باشد و قانوناً نیز تخلیه بر مبنای توافق، بلااشکال است.» (شهری...، ۱۳۲۰، ص ۴۸۰) در خصوص تعیین وجه التزام برای عدم تخلیه نیز نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری وارده به تاریخ ۱۳۵۱/۱/۲۶ (حسینی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۱) این امر را مخالف ماده ۲۴ (قانون ۱۳۳۹؛ ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۶) اعلام نموده و در نتیجه، بنا به استدلال فوق، اطلاق آن مورد پذیرش نبوده و چون اقاله قرارداد پس از انقضاء مدت، به تراضی بوده و جایز است و در نتیجه تعهد قراردادی تخلیه ایجاد شده و لذا وفق ماده ۲۳۰ قانون مدنی تعیین وجه التزام برای عدم انجام تعهدات قراردادی مجاز است و آزادی اراده در این بخش با محدودیتی مواجه نمی‌باشد.

ارجاع امر به داور یا تقاضای صدور گزارش اصلاحی از دادگاه ضمن دادرسی مربوط به دعوی قانون ۱۳۵۶؛ مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داور یا چند نفر ارجاع دهند.» و نیز به دلالت ماده ۴۵۵ آن «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داور مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.» از سوی دیگر طبق ماده ۱۸۶ «هر کس می‌تواند در مورد هر ادعایی از دادگاه نخستین به طور کتبی درخواست نماید که طرف او را برای سازش دعوت کند.» و «در هر مرحله از دادرسی مدنی طرفین می‌توانند دعوی خود را به طریق سازش خاتمه دهند.» (ماده ۱۷۸) حال در مقام جمع مواد مذکور و قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ پرسش این است که درج شرط داور در ضمن عقد اجاره مشمول قانون ۱۳۵۶ یا ارجاع بعدی آن به داور و نیز تقاضای صدور گزارش اصلاحی از دادگاه در پی سازش طرفین، جایز است یا خیر؟

در تبصره ۱ و ۲ و ماده ۲۳ قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ امکان تقاضای ارجاع امر به داور در خصوص محل های کسب و پیشه و تجارت توسط هر یک از طرفین از دادگاه، پیش‌بینی شده بود و البته موضوع آن نیز مربوط به تعیین حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر و منوط به عدم اجرای حکم تخلیه صادره از دادگاه یا اوراق اجرائیه صادره از دفاتر اسناد رسمی مبنی بر تخلیه بود. ضمن آن که مستند حکم صادره نیز نمی‌بایست سازش طرفین عقد اجاره می‌بود. با این تفاسیر اولاً امکان سازش موجر و مستأجر و تقاضای صدور حکم بر مبنای آن، تلویحاً پذیرفته شده بود ثانیاً ارجاع امر به داور نیز تنها به منظور تعیین حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر بود. چنین مقرره‌ای در قانون ۱۳۵۶ منصوص نشده است. لذا در خصوص امکان آن اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این باورند که با توجه به ماهیت گزارش اصلاحی که عقد صلح است و تصمیم دادگاه تنها ظرفی است بری انعکاس خواست و اراده طرفین، لذا امکان آن و حتی اسقاط حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر وجود دارد (کشاورز، ۱۳۸۳، ص ۱۹۴) نظریه مشورتی شماره ۷/۲۸-۱۳۷۵/۴/۶-۱۳۷۵ اداره حقوقی دادگستری نیز اعلام نموده: «از ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ منع ارجاع امر به داور در موارد مربوط به قانون یاد شده لحراز نمی‌شود.» (ایبازی، ۱۳۸۵، ص ۱۶۳) اما به نظر می‌رسد هیچ یک از نظریات فوق چه در خصوص داور و چه گزارش اصلاحی، به نحو مطلق آن، قابل پذیرش نباشد زیرا اولاً چنان که گفتیم آزادی اراده در قانون ۱۳۵۶ با محدودیت های جدی مواجهه و آمریت قانون، مخالف امکان توافق برخلاف جنبه‌های آمره آن است. ثانیاً هر چند در اصل امکان ارجاع به داور حین یا در طول یا

پس از انقضای مدت قرارداد اجاره یا تقاضای صدور گزارش اصلاحی پیش یا در حین دادرسی دعاوی مربوط به قانون، به جواز حاصله از مواد ۴۵۵، ۴۵۴، ۱۸۶ و ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌توان تردید داشت اما قائل شدن به اعتبار مطلق آراء داور یا گزارش اصلاحی صادره از محاکم، حتی برخلاف موارد امره قانون ۱۳۵۶، مخالف ماده ۳۰ قانون مذکور تلقی می‌گردد. زیرا وفق بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، چنانچه رای داور مخالف با قوانین موجد حق باشد، باطل است. حال، اگر رای داور متضمن عدم شناخت حق کسب و پیشه و تجارت برای مستأجر یا الزام مستأجر به تخلیه در انقضای مدت یا پس از آن، در غیر موارد مصرح قانونی، باشد، آیا می‌توان اعتبار مطلق برای آن در نظر داشت؟ در خصوص گزارش اصلاحی نیز، شکی در وقوع عقد صلح مسبوق بر گزارش اصلاحی صادره از محاکم نمی‌باشد، اما اساس بحث در امکان صلح بر اسقاط حق کسب و پیشه و تجارت یا تخلیه در انقضای مدت است که پاسخ آن را در بندهای پیشین دیدیم. لذا در سایر موارد وجود آزادی اراده و آمریت قانون، می‌توان گزارش اصلاحی را نافذ و معتبر دانست و خارج از آن را مشمول نهی ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۶ و از جمله طرق مستقیم و غیر مستقیم جلوگیری از اجرای قانون و باطل شمرد. همچنان که در قانون ۱۳۳۹ نیز ارجاع به داور جهت تعیین حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر پیش‌بینی شده و در واقع فرض تعلق آن به مستأجر، ممنوعیت قانونی ترسیم شده برای داور بوده است. انتقال ارادی عین مستأجره توسط مستأجر به غیر؛ مطابق قواعد عمومی عقد اجاره، و با عنایت به تملیکی بودن آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره بوده «... می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.» (ماده ۴۷۴ قانون مدنی) اما این اصل در قانون ۱۳۵۶ وارونه شده و آزادی اراده مستأجر در جهت امکان انتقال ارادی منافع به غیر با مانعی جدی مواجه گردیده به گونه‌ای که در زمره تخلفات موجب تخلیه محسوب و نیمی از حق کسب و پیشه و تجارت نیز ساقط خواهد شد (بند ۱ و ۲ ماده ۱۴ و ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶) زیرا حسب حکایت ماده ۱۰ آن: «مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر این که کتباً این اختیار به او داده شده باشد...» لذا از جمله مصادیق محدودیت اصل آزادی اراده، وارونه شدن اصل امکان انتقال منافع توسط مستأجر به غیر بوده و ضمانت اجرای آن نیز جدی است.

نتیجه

با بررسی به عمل آمده دیدیم که در موارد متعددی از جمله، ادامه تصرفات مستأجر پس از انقضای مدت قرارداد اولیه اجاره و به تبع آن تحمیل مستأجر بر موجر، میزان اجاره بها در ایام پس از انقضای مدت، حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر، موجبات تخلیه و... آزادی اراده طرفین قرارداد اجاره مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، محدود و قید و بندهای متعددی بر آن وارد شده است. مداخله قانونگذار در قراردادهای خصوصی، در راستای حفظ نظم عمومی اجتماعی و اقتصادی، هر چند امری ضروری و لازمه زندگی اجتماعی است اما کاستن از محدوده آزادی اراده نیز، خود می‌بایست مقید به محدودیت‌هایی باشد تا غلبه موانع اراده آزاد، موجب تحقق تخصیص اکثر و خروج اصل از عمومیت و تبدیل به استثنا نشود. هر چند به راستی نمی‌توان در جوامع امروزی و با وجود قیودات متعدد قانونی در نحوه اثرگذاری اراده اشخاص در تحقق اعمال حقوقی، سخن از آزادی اراده در حوزه قراردادهای خصوصی زد و مفهوم آن را با مفهوم مدنظر در قرون ۱۸ و ۱۹ میلادی، یکسان پنداشت.

این شیوه قانونگذاری را می‌بایست به قید ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی ویژه، محدود و موقت دانست. چنان که تصویب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ نمونه‌ای از آخرین تحول قانونگذاری در باب اجاره و بازگشتی به اصل آزادی اراده در روابط موجر و مستأجر است زیرا به موجب قسمت اخیر ماده یک آن «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون اجاره کلیه اماکن... تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر

و مستأجر خواهد بود. با این حال، حکومت قانون ۱۳۵۶ بر قراردادهای اجاره سابق، همچنان باقی بوده و انتقادات به آن نیز همچنان ادامه دارد. از جمله، برخی آن را حمایت قانون از غاصب و موجب نادیده گرفته شدن اصل وقایع به عهد دانسته‌اند (مدنی، ۱۳۸۵، ص ۲۹۱) چرا که وجود محدودیت و قیود بی‌شمار در قانون مذکور، علیرغم وجود آزادی نسبی قراردادی در آن، به هنگام انعقاد اولیه قرارداد اجاره و برخی فروعات، سبب تحمیلی شدن قرارداد اجاره به لحاظ استمرار آن پس از پایان مدت گردیده و ماده ۳۰ نیز ممنوعیتی جدی در راه اعتبار توافقات خصوصی موجر و مستأجر ایجاد و سد راه تاثیر گذاری آزاد آن شده است. النهایه می‌توان به عنوان یک اصل، کلیه قواعد موجود در قانون مبحث عنه را آمره و در راستای تامین نظم عمومی دانست مگر این که دلیلی مبنی بر وجود و اعتبار اصل آزادی اراده و حاکمیت آن برای موجر و مستأجر ارائه شود؛ امری که موجب وارونگی اصل و استثناء در قانون ۱۳۵۶ شده است.

منابع:

- امامی، دکتر سید حسن (بی‌تا)، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، بدون نوبت چاپ.
- اباذری قومشی، منصور (۱۳۸۵)، قانون روابط موجر و مستأجر در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خرسندی، چاپ اول، بروجردی عبیده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، انتشارات مجد، چاپ اول.
- بهرامی، زهر (۱۳۸۵)، حق سرقفلی، انتشارات نگاه بینه، چاپ سوم.
- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر (۱۳۸۴)، آراء شورای عالی ثبت و شرح آن، انتشارات ابن سینا، چاپ اول.
- حسینی، سید محمدرضا (۱۳۸۹)، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در رویه قضایی، انتشارات نگاه بینه، چاپ چهارم، زندی، دکتر محمدرضا (۱۳۸۹)، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، جلد نهم، انتشارات جنگل، چاپ دوم.
- زندی، دکتر محمدرضا (۱۳۸۸)، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، جلد پنجم، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- شهری، غلامرضا، حسین آبادی، امیر (۱۳۷۰)، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مسائل مدنی، نشر روزنامه رسمی، چاپ دوم.
- صفایی، دکتر سید حسین (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادهای اجاره، جلد دوم، نشر میزان، چاپ سیزدهم.
- طاهر موسوی، یوسف (۱۳۸۴)، حقوق موجر و مستأجر، انتشارات مجد، چاپ اول.
- کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۷)، عقود معین، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم.
- کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادهای اجاره، جلد اول، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ پنجم.
- کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای اجاره، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
- کشاوری، بهمن (۱۳۸۳)، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، انتشارات کشاوری، چاپ پنجم.
- کامیار، محمدرضا (۱۳۷۶)، گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی، مجموعه اول، نشر حقوقدان، چاپ دوم.
- مدنی، دکتر سید جلال‌الدین (۱۳۸۵)، عقود معین، جلد چهارم، انتشارات پایدار، چاپ اول.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان، چاپ سوم.
- نوبخت، دکتر پرویز؛ خواجه پیری، عباس (۱۳۷۷)، عقود معین (۱)، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.

جناب آقای دکتر حسن روحانی

وکیل دادگستری و ریاست جمهوری اسلامی ایران

با عرض سلام و ارادت؛

این نیک بختی ملت ایران است که پس از تصویب میناق ملت و دولت ایران، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، برای نخستین بار، مسؤلیت مقرر در اصول ۱۱۳ و ۱۲۱ قانون مزبور، یعنی اجرا و پاسداری از قانون اساسی بر عهده یک وکیل دادگستری گنارده شد که با زبان حقوقدانان و استدلال حقوقی و منطقی آشناست.

هر چند مجمع تشخیص مصلحت به عنوان مرجع صالح برای تصویب مقررات مغایر با قانون اساسی، به دلیل برخی مصالح کشور سامان دادن به امور وکالت دادگستری را؛ که بر حسب ماهیت از جمله لوایح غیر قضائی است، بر عهده قوه قضائیه گنارده و به تبع آن، قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز قوه قضائیه را ملزم به تدوین مقررات «جامع وکالت» نموده است، با این همه، هیچ یک از مصوبات فوق سبب نمی شود مقررات راجع به وکالت دادگستری تغییر ماهیت داده و از جمله لوایح قضائی تلقی گردد. زیرا «قضا» و «دفاع» در برابر یکدیگر و ژ دو مقوله متفاوتند و نباید تحت حکومت یک قوه قرار گیرند.

مقررات مربوط به وکالت دادگستری، یعنی مقررات راجع به دفاع اصحاب دعاوی در مقابل مراجع قضائی، مصوبه مجمع تشخیص مصلحت در بند ۱۳ سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران و واکناری تدوین مقررات وکالت به قوه قضائیه از مصادیق «حکومت» است که موضوعی را از یک «دلیل» تبعیاً خارج و در موضوع دلیل دیگر داخل می نماید. از آن جا که حضرت تعالی از مسائل علی «اصول فقه» نیز آگاهی کامل دارید، یقیناً مفهوم «حکومت و نقش دلیل حاکم» را می دانید و به هر حال لوایح مربوط به امر وکالت ذاتاً جزء لوایح غیرقضائی و از جمله لوایح قانونی است که ارائه آن به مجلس شورای اسلامی،

مستقیماً از وظایف ریاست جمهوری است.

مجمع تشخیص مصلحت نظام تنها به لحاظ آشنائی قوه قضائیه به امور وکالت دادگستری، زحمت تدوین لایحه جامع وکالت را به این قوه محول نموده نه بیش از آن، لذا تصمیم و ارائه نهائی «لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی» ارسالی قوه قضائیه نزد ریاست جمهوری، از وظایف خاصه دولت به معنای قوه مجریه می باشد و از این پس قوه قضائیه حتی پس از انقضای شش ماه نمی تواند لایحه مزبور را مستقیماً به مجلس قانونگذاری جهت تصویب ارسال نماید.

جامعه حقوقدانان و وکلای دادگستری و ملت ایران یعنی صاحبان اصلی حق دفاع آزاد در مراجع قضائی امیدوارند با تدبیر حضرت تعالی لایحه پیشنهادی قوه قضائیه را به نحوی اصلاح فرمائید که سبب نسخ «لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ شمسی» نشود.

استقلال وکالت در صورتی باقی می ماند که وکلای دادگستری به عنوان اعضای یک انجمن صنفی بتوانند بدون مداخله قوای کشور مدیرانی را که خود لایق و صالح تشخیص می دهند برای اداره کانون وکلای دادگستری انتخاب نمایند و طبق ماده ۱۷ لایحه استقلال، هیچ وکیل دادگستری را نتوان از شغل خود معلق یا ممنوع نمود مگر با رأی قطعی دادگاه انتظامی منصوب از طرف کانون وکلا و تنها از این لایحه ۶۰ ساله که تصویب و اجرای آن سرمایه افتخار کشور ایران است، موادی اصلاح گردد که اصلاح آن از نظر انطباق با مقتضیات زمان در جهت ابقا و تحکیم استقلال جامعه وکالت دادگستری ایران ضروری است و به مقبولیت دولت اسلامی ایران نزد عقلا جهان می افزاید.

با تقدیم احترام

دکتر غلامرضا طیرانبان*

* وکیل پایه یک دادگستری - مرکز

در پاسخ به برخی از شبهات

شنبه سی و یکم خرداد ۹۳ خبرگزاری‌ها نوشتند: در همایش بزرگداشت هفته قوه قضائیه که در سالن اجلاس سران برگزار شد، رئیس قوه قضائیه سخنانی ایراد کرد و «با بیان این که برخی وکلا مطرح کردند که ابلاغ توسط رئیس دستگاه قضائی استقلال آن‌ها را از بین می‌برد خاطر نشان کرد: اگر این طور باشد پس فضلت نیز استقلال ندارند».

حتماً منظور ریاست محترم قوه قضائیه این بوده که بگویند:

قضات دادگستری مستقل‌اند و از هیچ کس دستور نمی‌گیرند در تصمیم‌گیری‌هایشان تابع مقام مافوق نیستند در محدوده‌ی قانون و با استعانت از شرف و وجدانشان رأی می‌دهند، ولی همین قضات مستقل را قوه قضائیه مدیریت می‌کند و تا حالا هیچ کس نگفته که مدیریت قوه قضائیه نقض استقلال قضات دادگستری است. در مورد وکلا هم، همین حکم جاری است. قوه قضائیه در مقام محدودیت برای وکلا، یا در مقام سلب استقلال حرفه‌ای آنان نیست، و نمی‌خواهد بر استقلال کانون وکلا خدشه‌ای وارد بشود، فقط می‌خواهد بر عملکرد وکلا و کانون وکلانظارت بیش تری داشته باشد تا هم مشکلات وکلا و کانون‌های وکلا را از میان بردارد، و هم در صورت مشاهده تقصیر یا تخلفی در نحوه عمل وکلا، با آن‌ها برخورد بکند تا تخلفی که باعث اختلال در کارهاست تکرار نشود.

این استدلال به رغم ظاهر معقول و منطقی‌اش، چند اشکال عمده و اساسی دارد.

اول آن که: قیاس بین «قاضی مستقل» و «وکیل مستقل» قیاس مع الفارق است. وقتی می‌گوییم قاضی مستقل است، منظورمان این است که قاضی از کسی دستور نمی‌گیرد. رأی که صادر می‌کند رأی و نظر خودش است و مقام مافوق آن را به او دیکته نکرده.

اما وقتی می‌گوییم وکیل مستقل است، می‌خواهیم بگوییم: وکیل دادگستری منصوب دولت یا منتخب حکومت نیست. بنابراین، واژه «مستقل» در ترکیب «قاضی مستقل» به یک معنی است و در ترکیب «وکیل مستقل» به معنی دیگر. و این دو، زمین تا آسمان با هم فرق دارند.

ثانیاً: اگر قرار است وظیفه وکیل دادگستری دفاع از حقوق موکل در مراجع قضائی باشد - که قطعاً همین است - همه تلاش‌ها و همه تمهیدات قانونی باید صرف استقلال وکیل دادگستری از قوه قضائیه بشود، و الا، دست کم در

تمام جرمی که جنبه عمومی دارد و قوه قضائیه به عنوان نماینده جامعه، در مقام شاکی قرار می‌گیرد، وکیل دادگستری نمی‌تواند با فراغت خاطر و بدون اندیشیدن از عکس‌العمل قوه قضائیه و بدون تحمل محرومیت‌های بسیار، به دفاع از موکل‌اش بپردازد و بدیهی‌ترین حقوق او را که اجرای دقیق آیین دادرسی است از مرجع قضائی مطالبه کند.

ثالثاً: وظایف رئیس قوه قضائیه را، اصل یک صد و پنجاه و هشتم قانون اساسی به این شرح تعیین کرده است:

«۱- ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤلیت‌های اصل یک صد و پنجاه و ششم.

۲- تهیه لوایح قضائی متناسب با جمهوری اسلامی.

۳- استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این‌ها از امور اداری، طبق قانون».

نگفته پیداست رسیدگی به صلاحیت داوطلبان اخذ پروانه وکالت و عضویت در هیأت مدیره کانون وکلا، و صدور ابلاغ از طرف ریاست محترم قوه قضائیه برای آن‌ها، جزء وظایف ایشان نیست.

ممکن است بفرمایند و اتفاقاً فرموده‌اند: تهیه لایحه جامع وکالت، مانند تهیه سایر لوایح قضائی از وظایف رئیس قوه قضائیه است. [سخنان ایشان به عین عبارت و به نقل از خبرگزاری‌ها در همان همایش بزرگداشت هفته قوه قضائیه چنین است: «بنده متقدم که لایحه جامع وکالت از وظایف رئیس قوه قضائیه است». و نیز «متأسفانه برخی وکلای می‌گویند [لایحه جامع وکالت] اصلاً لایحه قضائی نیست و «وکالت»، امر قضائی نیست که اگر امور مربوط به وکالت، قضائی نیست، پس بگویند چه چیز «قضائی» است؟]

در این خصوص نیز -جسارتاً- عرض می‌کنم: «وکالت» یک مقوله است و «قضاوت» مقوله‌ی دیگر. قضاوت یعنی رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات و شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات بین مردم، اختصاص دارد به قوه قضائیه که بخشی از قوای عمومی است.

اما، وکالت دادگستری و دفاع از حقوق مردم در مراجع قضائی، بخشی از حقوق ملت است. نویسندگان قانون اساسی هم این تفکیک را مراعات کرده و حق انتخاب وکیل را در فصل سوم آورده‌اند و وظایف قوه قضائیه را در فصل یازدهم و اصلاً به همین دلیل است که قانون اساسی، فقط تهیه لوایح مرتبط با وظایف قوه قضائیه را که از آن به لوایح قضائی تعبیر کرده،

اقدامات اساسی او در تاسیس دادگستری جدید ایران است. منتقدین داور، اقدامات پهلوی اول در نوسازی جامعه ایران را که به حذف مناسبات دیرپای اجتماعی انجامید، بدون حمایت گروهی از نخبگان آن روزگار و از جمله داور ناممکن می‌دانند. به زعم ایشان

رضا شاه از جسارت کافی برای مقابله با مشکلات و کوبیدن موانع و پیش بردن اهداف خود برخوردار بود، اما این نقطه قوت نمی‌توانست ضعف یک نظامی کار کشته را در عدم آشنایی با پلטיک سیاسی-اقتصادی ایران و جهان بر طرف سازد. حضور مردان عرصه سیاست، فرهنگ، حقوق و اقتصاد، مانند محمد علی فروغی، تیمورتاش و داور در پیرامون رییس حکومت، فرصتی بزرگ و تاریخی برای شاه قدرتمند فراهم آورد تا با استفاده از دانش، تجربه و مهارت های مدیریتی دستیاران خود، نظام سیاسی - اقتصادی و فرهنگی ایران را دگرگون کند. گناه داور از نظر مخالفینی که ظهور سردار سپه را شوم می‌دانند، همراهی با دیکتاتور در اجرای منویات مستبدانه است. البته داور این فرصت را نیافت تا عزل رضا شاه و پایین آمدن او از سریر پادشاهی را شاهد باشد و مجال دفاع از خود را نیز پیدا نکرد، اما کسانی چون سید حسن تقی زاده هم که این امکان را یافت، در توجیه پاره ای اقداماتش که در راستای منافع ملی ارزیابی نمی‌شد، چاره ای نداشت جز آن که خود را «آلت فعل» بنامند.

داور در ده سال اول زمامداری پهلوی اول خوش درخشید و در مقام وزیر دادگستری و مالیه، نظرات اصلاحی بسیاری را در حوزه های اقتصاد و قضا عملی ساخت، اما او نیز مانند پیش تر همگان نگون بخت خود اسیر قدر ناشناسی دیکتاتور شد و چون دولتش مستعجی گشت، چاره را در انتحار یافت.

پرونده زندگانی داور در سال ۱۳۱۵ بسته شد، اما لوراق کارنامه او در هفت سال تمشیت وزارت عدلیه، همواره از سوی ناظران و به خصوص حقوقدانان کنجکاو با دقت ورق خواهد خورد. قدری پیش از آن که داور کار خود را شروع نماید، اصلاحات در دادگستری ایران شروع شده بود. واقعیت این است که یکی از اهداف بلند مشروطیت، بسامان کردن عدلیه بود و مگر نه آن بود که اولین صدهای اعتراضی، برای تاسیس عدالت خانه بلند گردید. به همه دلایلی که پیش و کم از آن آگاهیم، بسیاری از آرزو های مردم امیدوار به بهرورزی کشور و رهایی از یوغ توامان استبداد و استمرار در میانه کشمکش های بی حاصل «عامیون» و «اعتدالیون»، ترور های کور، قحطی و

جزء وظایف رئیس قوه قضائیه ناسته، نه تهیه لایحه یا لوایح مربوط به وکلا و مداخله در امور صنفی آن ها که جزء وظایف و اختیارات قوه قضائیه نیست. بنابراین «لایحه جامع وکالت» را نباید «لایحه قضائی» تلقی کرد.

البته می‌توانم ماده ۲۱۲ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی: «قوه قضائیه موظف است با رعایت سیاست های کلی نظام در امور قضائی، لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی را در طول سال اول برنامه، تهیه و از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید».

اما، حرف من این است: «لایحه جامع وکالت» که آن را ریاست محترم قوه قضائیه در اجرای ماده ۲۱۲ قانون برنامه پنجم توسعه تهیه می‌کنند، لایحه قضائی نیست. لایحه غیر قضائی است و طبق قانون اساسی، ربطی به وظایف و اختیارات قوه قضائیه ندارد. فقط رئیس قوه قضائیه، به موجب قانون خاص، موظف به تهیه آن شده است.

به نکته دیگری هم اشاره بکنم: همه می‌دانند «تعیین ضوابط اسلامی مناسب برای... وکالت...» از سیاست های کلی نظام در امور قضائی است. هم چنین همه می‌دانند: «ضوابط» جمع «ضابطه» است و «ضابطه» یعنی حکمی کلی که بر تمام افرادش منطبق باشد. پس، سیاست های کلی نظام در امور قضائی، تعیین احکام متناسب با وکالت توسط قوه قضائیه است، نه مداخله در امور صنفی وکلا و صدور ابلاغ از طرف رئیس قوه قضائیه برای آن ها. غیر از این است؟

دکتر بهروز تقی خانی*

* وکیل پایه یک دادگستری

دادگستری داور

علی اکبر خان داور، قریب به هشتاد سال از مرگ خود خواسته اش، هم چنان نکوهش گران و ستایش کنندگان بسیاری یافته است. گرچه داور به عنوان روزنامه نگار، مدعی لعموم تهران و وزیر مالیه از اشتها لازم برخوردار می‌باشد، اما آن چه بیش تر از همه این ها، او را در نظر ها بزرگ گردانیده،

بی کفایتی دولت های زنجیره ای از بین رفت، با این حال در کنار تمام این هباهو ها، نظام جدید دادگستری کشور به تدریج شکل گرفت.

با تصویب قانون اصول محاکمات حقوقی در ۱۲۸۹، دادگستری اولین قانون ملون جهت برگزاری دلاسی به شیوه فرانسوی را تجربه کرد. همان طور که میسو پرنی کار تدوین قوانین لازم را به پیش می برد، بسیاری از چهره های علمی روحانی، به استخدام دادگستری در آمده و مسند ریاست و مستشاری دیوان تمیز را پر نمودند. عدلیه که روزگاری تنها به محاکم عرفیه اصلاقی می شد، با مشخص و محدود شدن حوزه محاکم شرعی، صلاحیت خود را گسترش داد.

بدین ترتیب، حتی قبل از آن که صلاهی چکمه های سربلانان دیززیون قزاقی در اسفند ۱۲۹۹ در تهران به گوش برسد، دادگستری جدید با همت بعضی مدیران تحصیل کرده چون پیرنیا و ذکاء الملک جامه کهنه را از تن به در کرده و روزگار تازه ای را تجربه می نمود.

داور در نیمه راه پوست انداختن دادگستری به ریاست آن منصوب شد (۱۳۰۵ ه ش). با حضور او تحولات، شتاب بیش تری گرفت: ساختمان های جدید عدلیه یکی پس از دیگری سر بر آورد، سفارش ساختن کاخ دادگستری در اراضی متعلق به میرزا آغاسی صدراعظم درویش مسلک محمدشاه به مهندسین خارجی داده شد، مدرسه عالی حقوق تحت ریاست علی اکبر خان دهخدا با انضباط تمام کار پرورش محصلین حقوق را ادامه می داد، جمع بزرگ تری از روحانیون و این بار با درجات علمی کم تر به عدلیه راه یافتند، طرفه آن که بعد ها تنها صورت های نتراشیده شان نشانی از کسوت سابق آن ها می داد.

طرح های داور یکی یکی اجرایی شد، سازمان های ثبت احوال و ثبت اسناد و املاک شروع به کار نمودند. هر دوی این ادارات پس از مشروطه با مخالفت هایی از سوی بعضی عناصر مذهبی مواجه بودند، به ویژه آن که اندیشه ثبت اسناد، محاضر بسیاری از علما را به محاق کشانید و یا محدود ساخت. هم چنین کار نظارت بر قضات با تاسیس دلاسر و دادگاه انتظامی شیوه مطلوبی به خود گرفت.

اما همه این اقدامات به اندازه تدوین نخستین بخش از قانون مدنی ایران از اهمیت برخوردار نشد. قانون مدنی که حاصل زحمات گروهی از زبده ترین فقها و حقوقدانان تحصیل کرده خارج بود، ایران را در ردیف کشورهای حقوق نوشته در آورد.

تدوین مقررات مهمی چون قانون تجارت، قانون اسناد و املاک، قانون ثبت شرکت ها، مشکل فقد قانون مناسب را مرتفع نمود.

کار داور کارستان شد، تلفیقی از حقوق اسلامی و حقوق منرون در بنا نهادن شالوده دادگستری جدید ایران. ظرف عاریتی از فرانسه و بلژیک که با محتوایی بومی پر شد. بدینسان، بنای بر افراشته داور از آن چنان استحکامی برخوردار بود که حتی با پیروزی انقلاب اسلامی، انقلابیون به فکر از نو بیاکردن دادگستری نیفتادند، بلکه بر توسعه و تکمیل آن افزودند.

بی اتصافی است اگر زحمات داور در خلال یک دوره سزندگی، انکار گشته و یا نادیده گرفته شود؛ شاید به همین خاطر است که از تمام نهاد های دادگستری عصر پهلوی، تنها نام یک وزیر دادگستری شاهنشاهی برخایان کوچکی در مجاورت کاخ دادگستری باقی مانده است.

با آن که می توان زبان به تحسین داور در برآورده ساختن یکی از آمال جامعه ایرانی گشود. اما دادگستری داور بی عیب نبود، آن چه از سخت افزار و نرم افزار زمانه خود برای توسعه دادگستری لازم بود، فراهم ساخت، اما فقد استقلال عدلیه داور، واقعیتی تلخ است که عبور بی تامل از آن رهزن یک نتیجه گیری بی طرفانه خواهد بود.

تصدی داور مصداق شد با ترکتازی های شاه؛ قزاق سابق، هم دانشگاه و ارتش می ساخت و هم زمان زننان ها را پر می کرد. راه آهن کشید و جاده ها را توسعه داد، و در کنارش کوچک ترین صدای مخالف را تاب نیآورده و خاموش می کرد. بی رسمی های حکومت گران، هیچ واکنشی از سوی نرازو داران دستگاه قضایی به وجود نیآورد. سر به نیست کردن مردان لژکان دولت در زننان، شاید جامعه را چندان متأثر نساخت، اما مرگ مشکوک رجالی چون نصرت الدوله فیروز، سردار اسعد بختیاری و تیمورتاش هیچگاه از سوی مدعی عموم بررسی و تعقیب نشد. بی تفاوتی دادگستری در برابر بسیاری از مظالم رفته بر عوام و خواص جامعه آن زمان، قابل توجیه نیست. یک نمونه بارز اقدامات فراتقانونی، علیه سید حسن مدرس، فقیه طراز اول هیأت نظار مجلس دوم شورای ملی و نماینده چند دوره مردم تهران و یکی از تأثیر گذار ترین رجال سیاسی صد ساله اخیر ایران به کار گرفته شد. در دوره زعامت داور، در مهر ماه ۱۳۰۷ خانه مدرس سلسگاه مورد هجوم رییس و مأموران نظمیه تهران قرار گرفت و صاحب خانه پس از مضروب شدن و دشتام نشین به نورترین نقطه شرق کشور

یکی از مالکین مشاع دیگر است) علیه شریک خود طرح دعوی خلع ید مشاعی، نمایندو به لحاظ برداشتی که از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ می شود و بدون توجه به صاتی ماده ۲۰۸ قانون مدنی در باب عصب و بیض مبنی مقررات شراکت در قانون مدنی و با تسهیل قانونگذار برای افراز و فروش املاک مشاع به راحتی حکم خلع ید مشاعی را دریافت و نتیجتاً با استناد به ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی در قالب مواد قانون مدنی؛ یک مال قابل استفاده را با حکم قضائی از حیز انتفاع خارج می کنند که این اقدام در کلان با ورود به حیطه اسراف غیر قابل استفاده شدن سرمایه های ملی را به دنبال دارد.

در این رابطه نمونه هائی ذکر می شود:

الف: شور زندگی مشترک موجب میشود شوهری مفقاری از خانه مسکونی ملکی خود را به تملک همسر خود در آورده پس از آن هم سالیانی در آن زندگی نمایندولی تحت تاثیر حوادثی این شور از بین رفته و آنان به شقاق و جلائی گرفتار شوندوزن با طرح دعوی خلع ید فرصت را برای فشار بر شوهر مساعد دیده و شوهر را به راحتی از خانه ملک مشاع خود اخراج می کند و خانه بدون استفاده رها می گردد.

ب: فرزندی به همراه پدر یا مادر سالخورده خود که صاحب خانه ای می باشند در اجرای عرفی پسندیده بنابه تراضی و سکونت مشترک در خانه آنان را از تنهایی نجات داده و در امور روزانه یاری می رسانند و پس از فوت مالک خود به طور مشاع مالک همان محل سکونت می گردندولی سایر مالکین مشاع (ورثه) با طرح دادخواست خلع ید از او تقاضای خلع ید مشاعی شریک خود که بدون قهر و غلبه و بنا به رضایت مورث آن ها در خانه ساکن بوده را می نمایند و او را از ملکی که حالا خوتنیز مالک مشاع آن می باشد اخراج می کنند البته نمونه های دیگری نیز در این رابطه قابل ذکر می باشند. در این کوتاه سخن به قضات محترمی که از این رویه ناصواب استفاده می کنند عرض می شود:

چنانچه قانونگذار در سال ۱۳۵۶ در وقت تصویب ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی از تصویب این ماده خودداری می کرد ماده ای را با عبارت ((خلع ید علیه متصرف ملک مشاع)) را به تصویب نمی رساند. اگر صاحب ملک مشاع؛ دادخواست خلع ید ملک مشاع را علیه شریک خود به عنوان متصرف ملک مشاع تقدیم می کرد مگر غیر از این است که بدون لحاظ میانی ماده ۲۰۸ قانون مدنی راجع به عنصر استیلاء به نحو عنوان و یا اثبات ید بدون مجوز و یا لحاظ مقررات مربوط به

تبعید شد پس از آن در طول تقریباً یک دهه تبعید غیر قانونی، بی آن که دادگاهی حکم به محکومیت مدرس دهد، مرد اول مجلس و آن که محمد تقی بهار او را بزرگ ترین چهره سیاسی ایران پس از واقعه مغول معرفی کرد غریبانه جنس مشتی محصور معناد به انبوه شد. دادگستری داور در حالی در خواب بود که همین مدرس، با مقاومت در مقابل فشاریون مذهبی، مهر تایید فقهی بر اولین قانون کیفری ایران زده بود، ولی آن هنگام فراموش شده، روزگار را به عسرت در خواب می گذراند عجیب آن که تنها پس از برچیده شدن بساط حکومت پلیسی سرپاس مختاری ماجرای فجیع قتل سیدی پناه آشکار گردید.

به هر روی، چهره دادگستری داور دو گانه است: از یک منظر مدیریت مثال زدنی او سبب شد که از خرابه به جا مانده از استبداد کهن، دادگستری نوین با تمام وجود آن پدیدار شود و از دگر سو، این دادگستری نه می خواست و نه می توانست در مقابل تعدیات صاحبان قدرت ایستاده و با آن را مهار نماید. بی تردید دادگستری داور همه چیز داشت و هیچ نداشت؛ عظمت و شکوه یک دادگستری جلالت ماب در کنار اطاعت محض و بی چون چرا از اربابان قدرت.

حالا سالیان زیادی است که فلک تاج سنگی بر سر داور نهاده و ما به پاس دستور دینی اکرام در گذشتگان پای بر خدمات او نخواهیم گذارد. آری، خرده گیری بر دادگستری داور باعث نمی شود که آموزش و آراش روح او را از داور روز و اسپین مسالمت نمائیم.

دکتر علی رادان جبلی*

* وکیل دادگستری اصفهان

چالش حقوقی خلع ید مشاعی املاک

رویه ای در دادگاه های حقوقی و شوراهای حل اختلاف راجع به دعوی خلع ید مال مشاع تحت عنوان خلع ید مشاعی علیه متصرفی که خود مالک مشاع ملک می باشد تریاج شده که چنان چه صاحب مال مشاع (که آن مال به هر صورت درید

احکام شرکت (قهری و اختیاری) ونحوه اداره اموال شریکی و نیز تصرفات شرکاء موضوع مواد ۵۸۱ و ۵۸۴ قانون مدنی؛ امکان رسیدگی و صدور حکم رانمی داشتند؟

البته شاید صحت این نظریه راجع به لزوم اعمال مقررات قانون مدنی و نیز آسان بودن خلع ید شریک از مال مشاع با عنوان خلع ید مشاعی و توجه قانونگذار به عدم امکان مسلوب المتفعه کردن مال شریکی تحت هر شرایطی؛ موجب شده بوده است که در تاریخ ۵۷۱/۲۲ (قانون افراز و فروش املاک مشاع) به تصویب رسانده شود و به اجرا در آید.

شاید همین قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ و تاخر تاریخ تصویب آن نسبت به تاریخ تصویب ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی در سال ۱۳۵۶ نشان از عدم سرایت عبارت (منصرف ملک مشاع) به مفهوم (شریک مال مشاع) داشته باشد.

لذا با جلب مجدد توجه قضات محترم به این موضوع پیش یا افتاده حقوقی متذکر می گردد نباید به ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی به عنوان یکی از مواد قانون مدنی اعتبار داده و آن را مستند صدور حکم خلع ید علیه شریک قرار داد بدون این که سایر مقررات قانون مدنی در باب احکام شرکت لحاظ شده باشد.

با تشکر

سید حسین امام[✉]

✉ مستشار دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان

آسیب شناسی

انتخابات هیات مدیره صندوق حمایت و کلا.

...اعضاء مجمع عمومی صندوق به موجب اساسنامه عبارت اند از هریک از کانون ها یک نماینده، کانون مرکز دو نماینده و رئیس کانون مرکز که ریاست مجمع عمومی را نیز به عهده دارد، نمایندگان وزارت دادگستری و وزارت کار.

سابقه مدیریت در صندوق و مراجعه به اساسی منتخبین در سال های گذشته نشان می دهد با توجه به این که دوره مدیریت سه سال و برای یک دوره قابل تمدید است و با توجه به این که اصولاً موضوع صندوق حمایت و کلا قبل از این که در سال

۸۸ از طرف جامعه مستقل و کلا مطرح گردد مورد توجه جامعه و کالت نبوده کما این که هم اکنون هم بسیاری از همکاران از مسائل صندوق و مقررات آن بی اطلاع می باشند در هر دوره انتخاب مدیران در شرایط محدود و سسته با کاندیداهای از قبل پیش بینی شده که تعداد آنها هم در همان محدوده ۵ نفر که بعضاً نیز برای دوره دوم انتخاب می شدند صورت می گرفت. هر چند نمایندگان محترم کانون ها در مجمع عمومی شرکت و برای می دانند اما چون نوعاً منتخبین از و کلاهی تهران بودند و اصولاً در مجموع حساسیتی نیز نسبت به صندوق وجود نداشت لذا به طور سنتی تعرفه مدیران از ناحیه زعمای کانون مرکز صورت می گرفت ملاحظه اساسی مدیران صندوق در چند سال گذشته چگونگی هماهنگی های انجام شده و وابستگی مدیران را به طیف خاصی از هیات مدیره های سابق مشخص می کند حال تا چه اندازه این افراد به امور بیمه صندوق حمایت و مشکلات و انتظارات و کلا از صندوق آشنایی و علاقه داشتند مطلب دیگری است.

با انتقادات وارد شده به صندوق و تشکیل جلسات متعدد که شخصاً در آن حضور داشتیم و انتخاب دو هیات از طرف هیات مدیره از اعضا و عضویت این جاب و انتشار مقالات و بروشورهای متعدد و جلب نظر صاحب نظران کم کم موضوع صندوق از حاشیه خارج و وارد متن شد در انتخاب سه سال قبل رئیس هیات مدیره و مدیر عامل تغییر یافت و اقداماتی صورت گرفت که فعلاً از آن می گذرم.

با تمام شدن عمر هیات مدیره انتخابات این دوره حال و هوای دیگری داشت زیرا بارها مسائل صندوق در نشست های اتحادیه مطرح و ضمناً صندوق نسبت به گذشته بارور گردید و توقعات کانون ها نیز از صندوق افزایش یافته است.

در چنین شرایطی صندوق اعلامیه ای منتشر تا کسانی که دلوطلب عضویت در هیات مدیره هستند ظرف مهلت معینی ثبت نام نمایند هر چند این اعلام و جاهت قانونی نداشت کما این که در روز اخذ رای نام افرادی به ایست اضافه گردید تصور شد طلایعه ای برای خروج از شرایط گذشته باشد.

آن چه در انتخابات هیات مدیره به صندوق و سلامت آن آسیب می زند و بایستی در آینده قطعاً در اساسنامه چگونگی رفع این مشکل پیش بینی شود این است که عرصه عرضه کاندیدانها نه تنها فراهم نیست بلکه سد و موانعی موجود است که از ارائه قابلیت ها جلوگیری می نماید.

دلوطلبین از کانون مرکز هستند و به طور نسبی نمایندگان

خدمت گزاران مطلع تر و احیاناً دلسوز تر باشند یا دوطالب نمی شوند یا از گردونه خارج می مانند.

عمر این هیات مدیره نیز سه سال آینده تمام می شود اما بر کانون های محترم و کلا که اکثریت آرا را در دست دارند فرض و واجب است که از هم اکنون برای استیفاء حق طبیعی خود در مقام انتخاب کننده اقدام چنانچه پیشنهادی در ارتباط با اساسنامه دارند ارائه نمایند تا از محوریت انحصاری جلوگیری گردد. امروز ترزنامه و صورت حساب مالی صندوق در اختیار صاحبان اصلی آن که و کلا می باشند، نمی باشد. ترزنامه ها تهیه، بازرسی هم گزارش می دهد که واقعاً بنده نمی دانم کانون ها تا چه اندازه بررسی و اشراف به مطالب آن دارند چون در مجمع عمومی اظهار نظر و عقیده ای نمی شود برای انتخاب مدیران و حفظ حقوق مسلم کانون ها و دوطالبین موادی پیش بینی تا ضمن اعلام انجام انتخابات با پیش بینی فرصت لازم کاندیدا با ثبت نام و ملاک همان اسمی باشد که ثبت نام کرده اند پیشنهاد می شود برای روز اخذ رای از دوطالبین دعوت تا در جلسه حضور داشته و بتوانند چند دقیقه خود را به نمایندگان محترم کانون ها معرفی نمایند.

چون مدیران در صندوق هفته ای یک بار نشست دارند پیشنهاد می شود در اساسنامه ترتیبی داده شود که حداقل یک نماینده از سایر کانون ها بتواند جزء مدیران باشد تا از نزدیک بر کار صندوق نظارت داشته باشد در خصوص مورد و نقش بازنشستگان در ارتباط با صندوق و مطالب دیگر بماند بعد.

حسن رستگار *

* وکیل دادگستری

یک یادداشت هدفمند!

در شماره ۸۸ مدرسه حقوق چاپ خرداد ۹۳ و در یادداشت اول مطلبی تحت عنوان «دو یادداشت» به قلم استاد ارجمند جناب آقای شاپور اسماعیلیان، مطالب در خور تأملی وجود دارد که تذکر آن لازم به نظر می رسد به خصوص که به نظر می رسد مطالب ذکر شده در این یادداشت در تعارض با حقوق اشخاص و بعضاً نهادها باشد:

۱- نویسنده محترم یادداشت در همان ابتدای مطلب به

کانون مرکز کم و بیش از آن ها شناخت دارند اما کانون های دیگر و نمایندگان دولت و وزارت کار به دو صورت با این دوطالبین آشنایی پیدا می نمایند.

الف) آشنایی با کسانی که در جلسات اسکودا شرکت کرده و به طور طبیعی همکاران محترم کانون های دیگر از نزدیک با ایشان آشنا هستند.

ب) تعرفه وسیله کسانی که به هر حال با توجه به سابقه در ارتباط با کانون های و کلامی باشند و کانون های و کلا بنون این که مجال شناخت و بررسی سوابق کل دوطالبین (در این دوره تعداد آن ها ۱۵ نفر بود) داشته باشند و بنون هیچ گونه زمینه قبلی از کل دوطالبین با توجه به مقلمت پیش بینی شده به کاندیداهایی رای می دهند که به دو صورت عنوان شده تعرفه کردند حل نمایندگان دولت و وزارت کار که به طریق لولی شناخت لازم از دوطالبین ندارند و منحصر آرای آن ها در تاپره توصیه دیگران قرار می گیرد. جالب است که در این دوره ناظر و شاهد بودم که صولا بعضی نمایندگان کانون ها از تعداد دوطالبین نیز اطلاعی نداشتند و در جلسه خواسته شده که صورت دوطالبین به آن ها ارائه گردد. مشکل در کانون ها نیست بلکه مشکل در روندی است که بر انتخاب مدیران صندوق حاکمیت دارد.

در این دوره رئیس کانون و کلامی دادگستری مرکز که رئیس مجمع نیز می باشد پیشنهاد کرد به دوطالبین فرصت داده شود که بین دویا سه دقیقه خود را معرفی نمایند این پیشنهاد که نمونه بارز عمل به دموکراسی و رسیدن به حداقل شناخت است بدون ورود به چگونگی و جزئیات موضوع پس از رای گیری مورد موافقت قرار نگرفت حال چرا و چگونه و چرا نمی خواستند این تعرفه به عمل آید موضوع سخن نیست اما مخالفت با اصل تعرفه با این استدلال که در دوره های گذشته چنین امری وجود نداشته یا وقت جلسه گرفته می شود و چگونه از انجام و اعمال بدیهی ترین حق در ارتباط با انجام یک انتخابات صحیح و رعایت دموکراسی و احترام به حق دوطالبین مخالفت به عمل می آورند جای تأمل دارد. تأمل و تاسف که این امر از ناحیه کسانی اعمال می شود که نمای استقلال و عدالت خواهی آن ها گوش فلک را پر کرده و هزاران ایراد و اشکال بر دیگران وارد می کنیم.

عرض کردم به دلائلی قصد ورود به جزئیات و کالبد شکافی ندارم اما آن چه عنوان شده در کلیات موضوع و نحوه انجام انتخاب هیات مدیره صندوق است با این وصف کسانی که به جهت عدیده صلاحیت ورود به این جمع را دارند و می توانند

پذیرش دانشجوی فله ای و بی ضابطه در مقاطع کارشناسی ارشد و گاهی دکترا اشاره نموده اند و در ادامه به صراحت به دانشگاه های دولتی (پردیس ها) و یا واحد علوم تحقیقات دانشگاه آزاد اشاره کرده اند؛ سوال این است که منظور ایشان از ضابطه چیست؟ اولاً همه پذیرفته شدگان، در آزمون ورودی شرکت نموده اند و حائز شرایط قبولی گردیده اند. این که ظرفیت پذیرش دانشگاه ها زیادتیر شده و تمنا د بیشتری از افراد می توانند تحصیلات تکمیلی داشته باشند آیا «بی ضابطه بودن» تلقی می گردد؟ و یا عنوان «دانشجوی فله ای» که نویسنده محترم به کار برده اند، بعید است در خور و در شأن حقوقدان محترمی مانند ایشان باشد. به اضافه این که در بسیاری از دانشگاه های معتبر دنیا، چیزی به نام غول کنکور وجود ندارد و پذیرش معمولاً به شکل مصاحبه و احراز شرایط علمی دوطرفه است و در واقع معروف است که ورود به بسیاری از دانشگاه های دنیا آسانتر از خروج از آن ها است! و لذا ورود به دانشگاه و قرار گرفتن در یک محیط علمی، به فرض که سطح بسیار بالایی هم نداشته باشد، چرا باعث دلخوری و اعتراض شده است؟! که نویسنده در ادامه علت آن را توضیح می دهند که خواهد آمد!

به نظر می رسد یادداشت مذکور با عصبانیت نگاشته شده است چرا که کلمات و عبارات استفاده شده در آن از ابتدا تند و بدون تأمل انتخاب شده است؛ به کار بردن صفت «فله ای» برای دانشجویان دانشگاه های پردیس و علوم تحقیقات مسلماً اگر مصداق جرایم احصاء شده در قانون نباشد قطعاً از نظر اخلاقی توهین آشکاری به این افراد تلقی می شود و به اضافه این که نویسنده علت «فله ای» بودن نامبردگان را این دانسته که «فقط با ضابطه بولی پذیرفته می شوند» که ادعایی عجولانه و سطحی نگرانه است. بر فرض که در بعضی موارد نیز دانشگاهی اقدام به این گونه پذیرش نموده باشد، آیا تعمیم دادن آن به همه موارد و استفاده از کلمه «فقط با ...» می تواند درست و دقیق باشد؟ و نکته دیگر این که چنین ادعایی قطعاً در صلاحیت کسانی است که حق نظارت بر مراکز آموزش عالی را دارند و حرفشان قطعاً باید مستند به دلیل و آمار باشد و نه صرف ادعا.

در ادامه مطلب و در جای دیگری از یادداشت آمده است: «واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی ... گوی سبقت را از رقیب دولتی خود ربوده و بیشتر از آن مراکز بر خیل تحصیل کردگان ارشد اغلب «بیسواد» و در عین حال بیکار می افزاید. جای بسی تعجب است که حقوقدانی که در چند سطر بعد به

سابقه تحقیق، تدریس و قضاوت خود اشاره می کند چگونه در یک قدام شگفت نگیز در مورد «بیسواد» بودن دیگران حکم قطعی صادر می کند؟ و سوال مهم و اساسی این است که مرجع تشخیص سواد کیست؟ آیا نویسنده محترم این یادداشت مرجع تشخیص «سواد» دیگران است و آیا به کار بردن کلمه (مطبوع) به جای (متربوع) توسط یک مدرس دانشگاه که شاید صرفاً یک اشتباه لفظی بوده و لزوماً نشانه عدم آگاهی مدرس مذکور از معنا و تفاوت این دو کلمه نیست، دلیلی بر بیسوادی مدرس است و از آن جا نیز نتیجه باید گرفت نهادی که به مدرس مذکور مدرکی ارائه داده، معتبر نبوده و فقط با ضابطه بولی عمل کرده است!

اما در قسمت پایانی این یادداشت نویسنده به گره گشایی از منظور و هدف خود از نگارش این یادداشت می پردازد و در جمله ای کلیدی به پرسش ذهنی خواننده پاسخ می دهد: «... جنبه نتایج زبان باری که از این امر به وجود می آید» ... جنبه دیگر آن بی اعتبار کردن موقعیت نخبگان! و دارندگان مدارک تحصیلی از دانشگاه های معتبر [است] و نیازی به توضیح نیست که منظور نویسنده محترم از نخبگان و دارندگان مدارک تحصیلی از دانشگاه های معتبر کیست!

در خاتمه لازم به ذکر است که همانطور که نویسنده محترم این یادداشت تلویحاً به مقصود خود از نگارش این یادداشت اشاره فرموده اند صراحتاً به دلیل نگارش پاسخ این یادداشت اشاره می شود. نوشته ای که تحت عنوان «تحصیلات تکمیلی بولی و غیر هدفمند» در شماره ۸۸ خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان منتشر شده با توجه به آن چه گذشت متضمن توهین به دانشجویان و فارغ التحصیلان دانشگاه های پردیس و علوم تحقیقات می باشد و صرفاً یک یادداشت تحلیلی نیست چرا که به کار بردن عباراتی مانند «دانشجوی فله ای» و «تحصیل کردگان ارشد اغلب بی سواد» بعید است که الفاظی علمی و تحقیقی با تحلیلی باشد و لذا لازم است که یک چنین یادداشتی حاوی مسائل علمی و تحقیقی و دور از هر گونه توهین به دیگران باشد، به خصوص اگر نویسنده آن، سال ها پیشینه تحقیق، تدریس و قضاوت داشته باشد!

مهران صدری منشی*

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

طنز این شماره تقدیم به :

سیدجمال الدین گلپایگانی

ادرس خوانده شناسایی نشده میگم باید توی روزنامه
آگهی کنیم؟
میگه: که خوانده را احضار کنیم؟
می گم: پ ن پ ، معدلش بیست شده می خواهیم ارزش
قبردانی کنیم.

پارو اومده برای گواهی انحصار وراثت ، برش توضیح دادم
که چه مدارکی می خواد از جمله فرم ۱۸ دارایی. با تعجب
می پرسه: ۱۸؟
می گم: پ ن پ ۱۷/۷۵! ۲۵ صدم ارفاق کردم که
خوشت باشه.

پارو با سر و صورت خونین اومده دادسرا شکایت کنه می گم
دلیل هم داری؟
می گه پ...
می گم: زهرمار و پ ن پ . خدا از سر تقصیر محمدی
جرقویه نگذره که پ ن پ را وارد ادبیات حقوقی کرد. پرو
گمشو هر وقت آدم شدی بیا شکایت کن.

می گه: آقامی خواستم بگم پزشکی قانونی رفتم گواهی دارم.
کلی خجالت کشیدم که چرا زود قضاوت کردم . باید
حوصله می کردم . از طرف عذرخواهی کردم
می گم: تازه دعواتون شده؟

میگه : پ ن پ دو ماه پیش دعوامون شده زخم ها را
گذاشتم توی فریزر که تازه بموته. در ضمن چون قبلا
در مورد فحش حساب شده خواهش می کنم این دفعه را
ناراحت نشید یک پ ن پ طلبکار بودم.

طسرف بعد از منارعه و درگیری با سر و صورت زخمی
اومده کلاتتری ، توی بینش دستمال کاغذی گرد شده
گذاشته .

می گم : مگه از بینیت خون میاد؟
می گه: پ ن پ دیدم از راه دماغ سوز وارد بدنم میشه ،
گفتم راه ورود سوز و سرما را ببندم.

پارو گوشه و کیفمو قاپیته بعد که گرفتنش اقرار کرده .
برای مواجهه حضوری رفتمم آگاهی خودش بودم مامور می گه:
از این آقا شکایت داری؟ می گم: بله
میگه: مگه این آقا کیفتو قاپیده؟
میگم: پ ن پ ، ازم خواستگاری کرده.

شب استقلال کانون گفتند هیأت مدیره لباس رسمی و کلا
را بپوشند دارم لباس می پوشم خاتم می گه: مگه امشب
چشن استقلاله که این لباس ها را می پوشی؟
می گم: پ ن پ نگران لباسم شدم یاشدم بپوشم بینم
اندازه من هست هنوز یا نه!

در جلسه رسیدگی می گم شاهد را بیاورید.
وکیل میگه: برای ادای شهادت؟
می گم: پ ن پ برای آزمایش خون که اگه مشکل
نداشت دیگه ازدواج را برنامه ریزی کنیم.

مامور اجرای حکم از محل اجرای حکم زنگ زده که رفتیم
حکم را اجر کنیم محکوم علیه و افرادش درگیری شدید

به وجود آورند و همه را لت و پار کرده اند.

میگم: کسی هم صدمه دیده؟

میگه: پ ن پ فقط زنگ زدم بگم سالم رسیدم محل اجرای حکم نگران نباشید اصلا.

اوراق ابلاغ خوانده برنگشته ، وکیل خواهان می گه : وقت را تجدید می کنید؟

می گم: پ ن پ چون شما هستید قبولی خرداد با تک ماده می نویسم.

دستور موقت برای حضانت طفل صادر شده ، پدر طفل با ابلاغ دستور موقت اومده دادگاه می گه دستور دادید بچه را بیارم دادگاه . می خواید بدیدش مادرش؟

می گم : پ ن پ یک زیرشلواری گرفته بودم می خوام ببینم اندازش هست یا نه؟

یارو زنگ زده میگه من دیگه چنا شدم لطفا دادخواست مهریه و نفقه را پس بگیرد.

میگم : از شوهرتون؟

میگه: پ ن پ از کف ماهیتابه ، با ضربه کفگیر چنا شدم.

دختره را به خاطر بدحجابی گرفتن آوردند کشیک . میگه: میخواید من را جریمه کنید؟

میگم: پ ن ب می خواستیم بهت پیشنهاد از نواج بدیم چون دیروقت بود گفتیم مزاحم خانواده نشویم.

پسره را به خاطر مزاحمت خانوادگی گرفتیم، پدرش اومده با هزار التماس و تعهد کفیل پسرش شده

میگم: برای اینکه دیگه شاهد این کار از طرف پسررت نباشیم، پراش آستین بالا بزن.

میگه: یعنی زنتش بدم؟

میگم: پ ن پ آستین بالا بزن برای وضوی نماز میت.

خواهان زنگ زده می گه ابلاغ ما چی شد؟ می گه: فرستادم دایره ابلاغ. میگه : یعنی دادین مأمور ابلاغ برسونه به دستم؟

میگم: پ ن پ ذخیره می کنم برای روز میادا بتونی ازش استفاده کنی.

روز رسیدگی به عنوان وکیل خوانده (زوج) رفتم دادگاه. بعد از اینکه زوجه صحبت کرده رییس دادگاه اشاره می کنه که دفاع کن تا اومدم صحبت کنه خواهان (زوجه) می گه: شما وکیلید؟

می گم : پ ن ب مرغ یاغ ملکوتم نیم از عالم خاک چند روزی قفسی ساخته اند از بدنم.

خواهان زنگ زده شماره پرونده را که تازه ثبت کرده می خواد

میگم: سیستم SMS خودش برات SMS میفرسته.

میگه : یعنی الان تو جعبه پیام موبایلمه؟

میگم: پ ن پ الان دم در خونتونه ولی دستش به زنگ نمی رسه درو بزن بیاد بالا.

حکم به بی حقی خواهان صادر شده اومده داره رای را نشون می ده میگه: شما مطمئنید این رای را خودتون نوشتید؟

می گم: پ ن پ سرم شلوغ بوده دادم وکیل خوانده نوشت.

پشت میزم نشستیم دارم وقت رسیدگی تعیین می کنم ، خواهان اومده می گه : خانم شما منشی دادگاه هستید؟

می گم: پ ن ب من رییس کمیسیون امور بانوان استانداری خوزستانم اوقات بیکاریم میام این جا برای نشر عدل و داد کمک بچه ها.
