



خبرنامه کلون و کلای دادگستری استان اصفهان

عناوین مقالات:

- حکومت عقل بر قانون
- اتحادیه: هست ها و بایدها
- حقیقت امانت
- نقدی بر مقاله ی هزار و یک (یک دادنامه هزار انتقاد)
- تحلیل دعوی اعسار شهرداری ها
- برآیند مهر سنگین و بنیان خانواده
- وکیل دادگستری یا دفتر یار دفتر خانه یا هر دو؟؟؟
- تغییر عنوان مجرمانه توسط دادگاه های تجدید نظر:
- پیروی از الزامات آیین دادرسی کیفری یا رویه قضایی؟
- قرار دادهای مجوز اجباری استفاده از اموال فکری
- چالش های حقوقی و عملی فراروی تبصره ۹ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها
- در شیوه های نگارشی مقالات و رعایت زبان معیار
- نکاتی حقوقی در مورد افراد مشمول خدمت سربازی
- فساد سه هزار میلیارد تومانی و رویکرد جرم شناختی
- معاضدت قضایی (قسمت اول)
- کتابخانه های دیجیتال در نظام مالکیت فکری
- خطای نسبی در قتل در حکم شبه عمد (قسمت اول)
- نامه ها و نظرها
- طنز
- **با آثاری از:**
- شاپور اسماعیلیان
- محمد احمدزاده
- دکتر محمد مهدی الشریف
- یعقوب باثمائی
- نصر الله جعفری خسروآبادی
- مارال دادخواه
- راحله سادات رجالی
- علیرضا رون زاد
- احسان زرخ
- رضا زرعی
- مریم شریفی رنائی
- مرتضی شیخ الاسلامی
- زینالله صمدی قوشچی
- محمدرضا طهماسبی فر
- دکتر غلامرضا طایرانیان
- فاطمه عظیمی
- مصطفی محمودی هرنندی
- رضا مقصودی
- محمدرضا محمدی جرقویهای

فهرست مطالب

- ۲ **دکتر غلامرضا طبرانیان**
حکومت عقل بر قانون
- ۸ **احسان زرج**
انجمنیه بهت ها و بیادها
- ۱۲ **دکتر محمد مهدی اشرفی - نصر الله جعفری خسرو آبادی**
حقیقت اجانت
- ۲۹ **محمد احمدزاده**
نقش بر مقاله‌های هژو و بیک (یک دانشمندی را نقد)
- ۳۳ **مصطفی محمودی هرندي**
تحليل دعوي احصاء شهر داري ما
- ۳۶ **مازال دادخواه**
برآیند مهر سنگین و بیان خانواده
- ۴۴ **مرتضی شیخ الاسلامی**
وکيل دادگستری یا دفتر بار دفتر خانه با هر دو ۲۲۲۲
- ۴۹ **فاطمه عطیعی - پیغوب پانمانی**
تعمیر عنوان مجرم‌مانه توسط دادگاه‌های تجدید نظر: پیروی از الزامات آیین تادرس کیفری یا رویه قضایی؟
- ۵۴ **مریم شریفی رفائی**
فراز نادمانی محور اجباری استفاده از اموال فکری
- ۶۰ **ریحانه صمدی نوشجی**
چالش‌های حقوقی و عملی فراروی نحصه ۹ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها
- ۶۵ **رضا زوی**
در شیوه‌های نگارشی مقالات و رعایت زبان معیار
- ۷۸ **محمد رضا طهماسبی فر**
نگاهی حقوقی در مورد افراد مشمول خدمت سربازی
- ۸۳ **شاپور اسماعیلیان**
فساد سه هزار میلیارد تومانی و رویکرد جرم شناختی
- ۸۶ **رضا منصردی**
معاصدت قضایی (قسمت اول)
- ۹۳ **راخله سعادت رحالی**
کتاب خانه‌های دیجیتال در نظام مالکیت فکری
- ۱۰۲ **علیرضا رون‌زاد**
خطای نسبی در ثقل در حکم شبه عمدا (قسمت اول)
- ۱۱۲ **نامه‌ها و نظرها**
- ۱۲۰ **طنز**



صاحب امتیاز: کانون و کلاسی دادگستری منطقه اصفهان
مدیر مسئول: مصطفی انوری زاده
روشن‌خیزی: آموزشی - آموزشی
ترتیب انتشار: ماهانه

امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی
گرافیک و صفحه‌آرایی: وهاب پیمان - مانده خاتربان
مجری چاپ: شرکت انتشارات فرزانه‌گان زارنده رود
سایر همکاران: مسیح‌الله میرزایی، شیرین شریف‌زاده،
الهام پور غلامحسین، محبوبه فیاض،
روح‌الله محمدی و محمد نیک آبادی
نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر
کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹
تلفن: ۲۶۸۳۱۹۰ فکس: ۲۶۸۳۱۹۹

آراء نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوقی نیست.

زیر نظر:

دکتر بهروز تقی‌خانی
b.taghikhani@yahoo.com

نقل مطالب «مدرسه حقوقی» بلا مانع است حتی بدون
ذکر یا حذف فقط تلفظ کنند و اسم نویسنده را از قلم
پندارید. ممنون

حکومت عقل بر قانون

دکتر غلامرضا طبرانیان

طبق فرضی^۱ غیر قابل انکار، قانون بر مبنای عقل تدوین و توسط قوه مقننه وضع می‌گردد فرض مزبور آن است که نمایندگان ملت از بین عقلای جامعه انتخاب و قوه قانون گذاری از مجموع این نمایندگان، یعنی عقل جمعی یک ملت، تشکیل و قانون نیز پس از بحث و بررسی به اراده اکثریت این جمع تصویب می‌شود، لذا در مقام کشف منطوق و مفهوم از مواد قانون باید تفسیری را برگزید که با عقل مغایر نباشد و اگر از الفاظ و عبارات و ترکیب جملات در متن قانون دو یا چند معنی قابل استخراج باشد، در اعمال قانون، معنایی باید ترجیح داده شود که عقل آن را بپذیرد و مخالف عدالت نباشد، گرچه معنای مغایر با عقل به معنای ادبی قانون نزدیک تر باشد.

دقت فرمایید در متن مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱:

ماده ۱۳۱: «هر گاه مالی که مزایده از آن شروع می‌شود، خریدار نداشته باشد، محکوم له می‌تواند مال دیگری از محکوم علیه معرفی و تقاضای توقیف و مزایده آن را بنماید یا معادل طلب خود از

وکیل دادگستری تهران

۱- فرض خصوصیت و معنایی است مقبیل با (اصل) و (قاعده):

منظور از اصل وسیله و طریقه ای است که در مقام یأس حقوقدان اعم از داور و وکیل دادگستری و منرس علم حقوق از کشف حکم واقعی برای او راه گشای عمل به قانون و تفسیر آن است مانند اصل برائت حکمی در صورت تردید در وجود یا عدم قانون؛ به عبارت دیگر

اصل آزادی اراده است تا زمانی که قانون یقیناً و صریحاً اراده اشخاص را محدود و ممنوع نساخته است و مانند اصل برائت موضوعی، مثلاً برائت از برائت، چنان چه تردید شود شخصی مدیون است تا زمانی که دلیلی حاکی از یقین بر مدیونیت شخص به دست نیامده است.

منظور از قاعده، حکمی است که زیربنای آن نوعی و معنی بر غلبه است، مانند قاعده (بد) به این معنی که تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است (ماده ۳۵ قانون مدنی) و یا قاعده (فراش) یعنی طقس متولد در (زمان زوجیت ملحق به شوهر است (ماده ۵۸ قانون مدنی)

بدیهی است اصل و قاعده با عنایت به تعاریف فوق در شرایطی لازم از رعایه و قابل استناد است که دانرس از یافتن و احراز واقعیت در رابطه حقوقی طرفین مأیوس گردد و الا چنان چه بر اساس دلایل مکتوفه خلاف اصل و قاعده بر دانرس ثابت شود در این صورت باید طبق دلایل مزبور رأی صادر گردد و اصل و قاعده به معنای فوق اعتبار خود را از دست می‌دهد.

اما در عمل به فرض، مثل فرض مذکور در ماده ۲ قانون مدنی (فرض علم عموم به تصویب قانون پس از انتشار در روزنامه رسمی و تقضای ۱۵ روز از تاریخ انتشار) نه تنها جستجو و کشف واقع جایز نیست بلکه اگر با دلایلی حاکی از یقین، خلاف فرض بر دانرس ثابت شود دانرس نمی‌تواند و نباید فرض را رها و معیار بدان تصمیم اتخاذ یا رأی صادر نماید زیرا مصالحتی که سبب استقرار فرض می‌شود، غیر قابل انکار است و نقض اصل موجب اختلال در رونق حقوقی اتباع کشور می‌گردد. لذا در فرض عقلایی بودن قوانین حتی اگر ثابت شود قانون غیر عقلانه تصویب شده یا اکثریت نمایندگان ملت با تأثیر پذیری از اموری، تکریر به وضع قانونی مغایر با عقل شده اند در این گونه موارد دانرس باید قانون را به گونه ای تفسیر و اعمال کند که منطبق با عقل باشد و این گونه است که حقوقدان و قوه قضائیه خطاهای غیر عقلانه قوه مقننه را خنثی و جبران می‌نمایند و باید چنین باشد.

اموال مورد مزایده به قیمتی که ارزیابی شده قبول کند یا تقاضای تجدید مزایده مال توقیف شده را بنماید و در صورت اخیر، مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت و هزینه آگهی مجدد به عهده محکوم له می باشد و هر گاه طلبکاران متعدد باشند رأی اکثریت آن ها از حیث مبلغ طلب برای تجدید آگهی مزایده مناسبت اعتبار است.»

ماده ۱۳۲: « هر گاه در دفعه دوم خریداری نباشد و محکوم له نیز مال مورد مزایده را به قیمتی که ارزیابی شده قبول ننماید آن مال به محکوم علیه مسترد خواهد شد.»

از کلمه «میزان» مذکور در ماده ۱۳۱ با توجه به نحوه نگارش ماده دو مفهوم قابل تصور است:

۱- از عبارت: «... در صورت اخیر مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت...» به این منظور استفاده شود که مال مورد مزایده به هر «قیمت» که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت. همان گونه که در اکثر دوایر اجرای احکام مدنی به آن عمل می شود.

۲- در این مفهوم، منظور قانون گذار این باشد که از مال مورد مزایده به هر «نسبت و مقدار» که خریدار پیدا کند فروش خواهد رفت. یعنی اگر خریداری مایل به خرید تمامی مال مورد مزایده نباشد، می تواند مقداری از مال را مثلاً عشر یا ربع یا ثلث یا نصف آن را خریداری کند و دایره اجرای احکام ملزم است به همان مقدار مال را به او بفروشد. همین بحث قابل طرح است، هر گاه اموال مورد مزایده و متعلق به محکوم علیه، چند رقبه منک هر یک دارای پلاک نثی مستقل و یا چند قلم اجناس متفاوت باشد، مانند یخچال، ویتزین و یا چند اتومبیل و وسایل تزیینی مختلف که در مورد مزایده دوم خریدار پیدا کند؛ بنا به تعبیر اول از ماده ۱۳۱ خریدار می تواند این اموالی را که ممکن است قیمت عادلانه آن میلیاردها ریال یا تومان است مثلاً انصاف به خرج دهد به یک تومان یعنی ده ریال واحد پول ایران خریداری کند و دایره اجرای احکام را نیز مکلف به این معامله بدانیم و قانوناً نتوان خریدار را مکلف به پرداخت مبلغ بیشتری برای انجام معامله نمود، ولی اگر منظور قانون تعبیر دوم باشد و خریدار آمادگی خود را برای معامله اعلام نماید، در این صورت به خریدار اختیار داده می شود بخشی از اموال مورد مزایده را به قیمت کارشناسی یعنی قیمت پایه خریداری کند و ملزم به خریداری یک باره کلیه اموال مورد مزایده نباشد.

تردید نیست که نه تنها عقل سالم و قانون گذار عاقل قدر به پذیرفتن تعبیر اول نمی باشد حتی عقول ناقص نیز نمی توانند به این بی عدالتی تن در دهند که حقوق محکوم علیه مدیون بر اموال مورد مزایده تا این حد تضییع گردد و خریدار اموال مزبور را به ثمن بخش بلکه به ثمنی نازل تر از آن خریداری نماید. حتی اگر کسانی در توجیه تعبیر اول معتقد باشند به هر حال باید به اراده قانون گذار تسلیم بود و نظر قانون گذار بر این امر تعلق گرفته که در مزایده دوم مال مورد مزایده به هر قیمت که خریدار پیدا کند فروخته شود و مقصود از لفظ (به هر میزان) به هر قیمت است و میزان متوجه قیمت می باشد نه متوجه مقدار مال مورد مزایده و اجتهاد در برابر نص جایز نیست، در این صورت لزوماً باید از عهده پاسخ به پرسش های زیر برآیند مثلاً اگر به این تعبیر خریدار پیدا شده در مزایده دوم برای مال مورد مزایده که طبق نظر کارشناس یکصد میلیون تومان ارزیابی شده فقط حاضر به پرداخت یکصد تومان به عنوان ثمن باشد:

۱- در حالی که خریدار کلیه اموال مورد مزایده را با پرداخت یکصد تومان یعنی به واقع به طور رایگان تصاحب نموده، مجوز شرعی و قانونی این تصاحب چیست؟

۲- آیا این امر خود از مصادیق مصادره اموال اشخاص محسوب نمی شود، آن هم توسط شخص خریدار، نه دولت و نه محکوم له؟ که آن هم نیازمند به مجوز شرعی و قانونی است؟

۳- اگر وجود ماده ۱۳۱ را مجوز این نوع مصادره بدانند، از آن جا که مصادره از انواع مجازات است و تحمیل مجازات

بر مجرمین جایز است، باید پاسخ دهند که محکوم علیه (مدیون حقوقی) مرتکب چه جرمی شده که اعمال این اجحاف و بی عدالتی در حق او روا باشد؟ فراموش نکنیم که ماده ۱۳۱ متعلق به قانون اجرای احکام مدنی است و محکوم علیه مشمول مقررات اجرای احکام کیفری نمی باشد.

۴- البته توجه دارند در اصطلاح (اجتهاد در مقابل نص) که جایز نیست، منظور از نص، عبارت صریح قانون است که برای خواننده قانون و مجری آن ایجاد یقین نماید و هر گونه احتمال خلاف آن حتی احتمال ضعیف در برابر یقین منتفی باشد. آیا به واقع می توان پذیرفت که لفظ «به هر میزان» مذکور در ماده ۱۳۱ به معنای «به هر قیمت» است. در حالی که قانون گذار در ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی قبلاً به لفظ قیمت اشاره داشته و این کلمه در اختیار او بوده، چرا و به چه انگیزه به جای به هر قیمت از لفظ به هر میزان استفاده نموده است؟

از آن جا که قانون گذار عاقل است و اگر عاقل نباشد ما یعنی ما حقوق دانان و تمامی مردم یک کشور قانون گذار خود را بر معیار عقل انتخاب کرده ایم، مقنن را عاقل فرض می کنیم و این فرض، تکرار ناپذیر است یعنی اثبات خلاف آن پذیرفته نیست، لذا هیچ گاه عمل لغو و غیرعقلانه از قانون گذار پذیرفته نیست و لفظ «به هر میزان» نیز در معنای «به هر قیمت» صراحت ندارد و نص محسوب نمی گردد تا اجتهاد در برابر آن قابل تصور باشد.

ما قانون گذار را در تصویب ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی به بی خردی و بی عقلی متهم نمی کنیم و در صورتی رفع اتهام از مقنن مزبور ممکن است که معتقد شویم: «چنان چه در مزایده اول به قیمتی که مال مورد مزایده ارزیابی شده خریداری وجود نداشته باشد و یا محکوم له معادل طلب خود از اموال مورد مزایده به قیمت کارشناسی قبول نکند و مزایده دوم برگزار شود، در این مزایده منحصرأ فروش اموال مورد مزایده به قیمت ارزیابی توسط کارشناس جایز است و اگر خریدار قادر یا مایل به خرید تمام اموال مورد مزایده نباشد می تواند به هر مقدار و به هر نسبت (به هر میزان) که مایل است از اموال مزبور به قیمت کارشناسی خریداری کند»

نظریه فوق نه تنها از قانون اجرای احکام مدنی (ماده ۱۳۱) قابل استنباط است بلکه با عقل و منطق و عدالت نیز مطابقت دارد و اگر دوبار اجرای احکام مدنی تاکنون اموال مردم (محکوم علیهم) را به هر قیمت نازل که خریدار پیدا کرده فروخته اند شرعاً و قانوناً مسؤول و قابل مواخذه می باشند و باید به نحو ممکن آن را جبران نمایند.

با قبول عقیده فوق یعنی قبول تعبیر دوم که در صدر مقاله اشاره شد و نیز حمل ماده ۱۳۲ قانون اجرای احکام مدنی به این معنی که اگر خریدار در دفعه دوم اصرار به خریداری مال مورد مزایده کمتر از قیمت ارزیابی شده داشته باشد در حکم موردی است که در دفعه دوم نیز خریداری وجود ندارد و خریدار در صورتی موجود است که حاضر به خریداری مال مورد مزایده به قیمت کارشناسی نباشد در این صورت بررسی مسائل زیر ضروری است:

مسئله اول- با پذیرفتن عقیده معقول فوق و پس از واگذاری آن قسمت از اموال مورد مزایده به خریدار، تکلیف قانونی در مورد بخش باقی مانده از اموال چیست؟ آیا محکوم له حق دارد بقیه اموال را به قیمت ارزیابی شده قبول کند یا الزاماً باید بقیه اموال طبق ماده ۱۳۲ به محکوم علیه مسترد گردد؟

مسئله دوم- پس از استرداد اموال به محکوم علیه، اعم از این که برای کلیه اموال خریدار پیدا نشده یا نسبت به اموال باقی مانده پس از واگذاری بخشی از اموال مورد مزایده به خریدار، آیا محکوم له حق دارد مجدداً بازداشت اموال مزبور و مزایده آن را به نفع خود تقاضا کند و یا اموال مسترد شده به محکوم علیه برای همیشه مصون از بازداشت و مزایده به تقاضای محکوم له می باشد.

از آن جا که در این مقاله بحث تحلیلی مواد قانون اجرای احکام مد نظر نیست، در پاسخ به مسایل فوق به اختصار اشاره می شود که حق محکوم له مبنی بر وصول محکوم به از اموال محکوم علیه به قوت خود باقی است و به او

اجازه می دهد، عقلاً، تا زمانی که اموال به محکوم علیه مسترد نشده و یا پس از استرداد تا زمانی که اموال مزبور از مالکیت محکوم علیه خارج نگردیده، بازداشت و مزایده مجدد آن را درخواست نماید و بار دیگر مقررات مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ قانون مزبور به موقع اجرا گذارده شود.

تعبیر و تفسیر قانون مبتنی بر عقل به واقع پاسخ گوی بسیاری از سؤالاتی است که حکم صریحی درباره آن سؤالات در قانون پیش بینی نشده است.

بنا به تعبیر اول هر گاه در مزایده دوم، اموال مورد مزایده به هر قیمتی که خریدار قبول کند به او فروخته شود، در مقابله با این معامله تخمیلی یا توجه به حقوق مقرر در عقد بیع برای بایع، محکوم علیه برای استیفای حقوق ضایع شده خود حق طرح چه نوع دعوایی را دارد؟ فی المثل طبق ارزیابی کارشناس با تومییل مورد مزایده دارای قیمتی معادل سی میلیون تومان است و مسؤول اجرای احکام، این تومییل را به مبلغ پنج میلیون تومان به خریدار فروخته است. لازم است قبل از پاسخ به این نکته عنایت شود که اقدامات مسؤول اجرای احکام مدنی در مورد مزایده و در نهایت فروش اموال محکوم علیه به دستور و به نمایندگی از سوی دادگاه صادر کننده انجام می شود و از آن جا که دادگاه بر محکوم علیه ممتنع از پرداخت محکوم به، ولایت قانونی و شرعی دارد، بر حسب این ولایت به مسؤول اجرای احکام، نمایندگی تفویض می نماید، طبق این معنی عقد بیع در واقع بین محکوم علیه و خریدار منعقد گردیده الیه با استفاده از ولایت دادگاه، لذا بایع یعنی محکوم علیه در این عقد بیع از تمامی حقوق خود بهره مند می باشد. از سوی دیگر باید توجه داشت که هیچ شخص و مقامی بر دیگری که رشید باشد ولایت ندارد مگر در حداقل قانونی که به آن تصریح گردیده است. اگر چه دادگاه در انجام معامله و فروش مال محکوم علیه بر او ولایت دارد، ولی وسعت این ولایت در حدی نیست که بتوان حقوق مربوط به خيارات از جمله خيار غبن را در این بیع از محکوم علیه به عنوان بایع ساقط نمود و اگر این خيارات ساقط شده باشد، اسقاط آن از اعتبار شرعی و قانونی برخوردار نیست. بنابه مراتب فوق، محکوم علیه یا وکیل او حق دارند با استناد به خيار غبن، اعلام فسخ چنین عقد بیعی را با توجه به رعایت فوریت امر به عنوان خواسته دعوی خود و یا تقدیم دالخواست از دادگاه صالح درخواست نمایند.

قبول حکومت عقل بر قانون در بسیاری از موارد به حقوق دان و مجریان قوانین یاری می دهد که از اطلاق برخی الفاظ و عبارات متون قانونی دست برداشته و از برخی تعبیر و تفاسیر غیر معقول پرهیز نمایند. از جمله مواردی غیر از آن چه درباره مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ قانون اجرای احکام مدنی گفته شد و اجرای قانون به آن مبتلا است و بعضی مجرین قانون علی رغم حکومت عقل بر قانون به استناد برخی کلمات و عبارات قانون، خود را دارای اختیار مطلق تصور می نمایند. از جمله در برخی مواد قانون، خصوصاً در قوانین دادرسی که لفظ «... می تواند» به کار رفته است. فی المثل در ماده ۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «دادگاه می تواند جلسه دادرسی را به درخواست و رضایت اصحاب دعوا فقط برای یک بار به تأخیر بیندازد» یا در ماده ۱۰۱ همین قانون تصریح شده است: «دادگاه می تواند دستور اخراج اشخاصی را که موجب اختلال در نظم جلسه شوند، با ذکر نحوه اختلال در صورت جلسه صادر کند و یا تا بیست و چهار ساعت حکم حبس آنان را صادر نماید. این حکم فوری اجرا می شود و اگر مرتکب از اصحاب دعوا یا وکلای آنان باشد به حبس از یک تا پنج روز محکوم خواهد شد.»

از این قبیل مواد در قوانین دادرسی فراوان است. در برخی از قوانین دیگر از جمله در ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها نیز تصریح گردیده که «... شهرداری می تواند از عملیات ساختمانی ساختمان های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود ... جلوگیری نماید...»

البته در مواردی که از الفاظی مانند: «دادگاه مکلف است» یا «دادگاه موظف است» در قانون استفاده شده مانند مواد ۱۲۵ و ۲۲۱ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹^۲ یا در قوانینی که لفظ «می تواند» بر حسب قراین، دلالت بر اختیار مطلق دادگاه دارد مانند ماده ۱۵۳ که به موجب آن دادگاه با توجه به امکانات سازمانی خود می تواند اجرای قرار تأمین دلیل را به دادرس علی البدل یا مدیر دفتر دادگاه ارجاع دهد و یا در موارد بسیاری که لفظ «می تواند» راجع به اختیار اصحاب دعوی است از قبیل مواد ۱۰۸ و ۱۳۵ و ۱۴۱ و ۱۵۶^۳ که اصحاب دعوی می توانند از حقوق قانونی خود اعراض نمایند، از بحث این مقاله خارج است و منظور در این گفتگو توجه به موادی از قانون است که «می تواند» بر حسب لفظ دلالت بر اختیار مطلق مرجعی مثل شهادت یا دادرسی یا دادگاه دارد و سؤال این است که:

آیا دارنده اختیار بر حسب معنای مطلق «می تواند»، حق دارد به میل شخصی خود به یکی از دو جانب «می تواند» عمل کند؟ و یا لفظ «می تواند» دلالت بر تکلیف دارد، اعم از تکلیف به اقدام یا خودداری از اقدام، حسب موارد مختلفه؟ به عبارت دیگر در این گونه موارد آیا افراد ذینفع که از تصمیم یا قرار دادگاه متضرر می شوند حق اعتراض و سؤال از دادگاه دارند و یا در پاسخ به معترض گفته خواهد شد که با توجه به اختیار مطلق که از لفظ «می تواند» استنباط می شود اعتراضی از جانب افراد ذینفع پذیرفته نیست و تصمیم یا قرار دادگاه نیاز به توجیه ندارد.

این بحث تنها به مواردی اختصاص ندارد که در قانون از لفظ «می تواند» استفاده شده، بلکه در باره ای از مواد قانون از کلمات یا جملات و عبارات دیگری استفاده شده که معنایی معادل «می تواند» دارد، مانند ماده ۱۳۳ قانون آئین دادرسی مدنی که مقرر می دارد: «هرگاه دادگاه احراز نماید که دعوی ثالث به منظور تبانی و یا تأخیر رسیدگی است ... دعوی ثالث را از دعوی اصلی تفکیک نموده و به هر یک جداگانه رسیدگی می کند.» مفاد این ماده به واقع حاکی از این معنی است که دادگاه می تواند به دعوی ثالث جداگانه رسیدگی نماید و یا ماده ۲۲۱ قانون مزبور با این متن: «در صورتی که طرف دعوی تأمینتی بدهد که مناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت مصحلت از دستور موقت رفع اثر خواهد نمود.» از آن جا که در این ماده تشخیص مصحلت در اختیار دادگاه گذارده شده، در این مورد نیز می توان ماده ۲۲۱ را به این معنی پذیرفت که «دادگاه می تواند از دستور موقت رفع اثر نماید.» در مواردی از این قبیل نیز باید محدوده اختیار دادگاه را بررسی نموده تا معلوم شود، علت این نوع تفویض اختیار چیست و علت استفاده از لفظ «می تواند» به جای «مکلف است» کدام است؟

در این بحث مانند بحث گذشته راجع به مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ قانون اجرای احکام مدنی باید از حکومت عقل بر قانون بهره گرفته و معتقد شد از آن جا که: قوه مقننه از عقلای برگزیده ملت تشکیل می شود و بیدیهی است حتی عقول ساده مردم نمی پذیرند به مرجع و مقام و مسؤولی در انجام وظایف محوله که حفظ حقوق عامه و داره قوای کشور بر عهده او گذارده شده، چنان اختیار مطلق و بدون قید و شرطی داده شود که به هر نحوی که مایل است مطابق

۲ - ماده ۱۲۵ - «... درخواست تبدیل تأمین از دادگاهی می شود، که قرار تأمین را صادر کرده است. دادگاه مکلف است طرف دو روز به درخواست تبدیل رسیدگی کرده قرار مقتضی صادر نماید.»

ماده ۲۲۱ - «دادگاه مکلف است ضمن صدور حکم راجع به ماهیت دعوی نسبت به سندی که در مورد آن ادعای جعل شده است تعیین تکلیف نموده، اگر ...»

۳ - ماده ۱۰۸ - «خواهان می تواند قبل از تقدیم دادخواست ... در موارد زیر از دادگاه درخواست تأمین خواسته نماید ...»
ماده ۱۳۵ - «هر یک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند، می تواند تا پایان جلسه اول دادرسی ... با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب او را بنماید.»

ماده ۱۴۱ - «خوانده می تواند در مقابل ادعای خواهان، قلمه دعوی نماید چنین دعوی ... دعوی متقابل نامیده شده و توأماً رسیدگی می شود ...»

ماده ۱۵۶ - «هر کسی می تواند قبل از تقدیم دادخواست حق خود را به وسیله اظهارنامه از دیگری مطالبه نماید ...»

با خواست شخصی خود عمل کند، لذا پاسخ معقول و مقبول این است که در مفهومی کلی، مرجع مسئول بر حسب «می تواند» باید اقدامی نماید که در جهت حقوق عامه و در دعوی در جهت حقوق اصحاب دعوی و کشف حقیقت باشد. عمل به اختیار مذکور در قوانین نباید موجب تضییع حق و تثبیت باطل باشد بنابراین «می تواند» به معنای اختیار مطلق نیست و صاحب اختیار باید در برابر نحوه استفاده خود از قانون، پاسخ گو باشد. زیرا هیچ انسانی بر انسان و انسان های دیگر اختیار مطلق ندارد تا از پاسخ گویی معاف گردد و این حکم بدیهی عقل است و عقل منشأ صدور قوانین می باشد و هر تفسیری از قوانین مغایر با عقول بدیهی پذیرفته نخواهد بود.

بسیاری از دعوی دادگستری از حیث اتخاذ تصمیمات قضایی و دستورات اداری، وصفی مشابه و یکسان دارند. در این نوع دعوی، دادرسی در برابر تقاضای اصحاب دعوی و حکومت بر دعوی نباید تفاوتی قایل شود یعنی برخی درخواست ها را بپذیرد و از پذیرفتن بعضی تقاضاها خودداری کند. در این صورت دادگاه در مقام رسیدگی به دعوی یا مکلف به اقدام و یا ممنوع از آن است. طبعاً در این قبیل دعوی قانون از لفظ «می تواند» استفاده نمی کند و تبعیض در قبول درخواست اصحاب دعوی را جایز نمی شمرد مثلاً اگر خواهان در موارد مذکور در ذیل ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی منی، تأمین خواسته خود را درخواست نماید در این وضع تفاوتی بین دعوی و اصحاب دعوی مختلف وجود ندارد و قانون به دادگاه اجازه نمی دهد از اجابت تقاضای خواهان امتناع نماید. لذا در ماده ۱۰۸ تصریح نموده دادگاه مکلف به قبول درخواست خواهان می باشد. زیرا به فرض قانون گذار مقتضای تصمیمات دادگاه در این نوع دعوی همواره موجود و موانع آن مفقود است و فرض های قانونی قابل تفسیر نبوده و تصمیم درباره آن ها به دادگاه واگذار نمی گردد.

ولی اگر دعوی از حیث شرایط و محتوا و قبول درخواست اصحاب دعوی و اتخاذ تصمیم قضایی واداری متفاوت باشد به نحوی که قانون نتواند به طور قطع، امری را بر دادگاه تکلیف کند یا دادگاه را از انجام امری باز دارد، در این صورت با توجه به صلاحیت اخلاقی و علمی دادرسی و با استفاده از لفظ «می تواند» به او اختیار می دهد تا به تشخیص خود اگر مقتضای اقدام و تصمیم و قبول درخواست اصحاب دعوی فراهم باشد و مانعی نیز برای اقدام وجود نداشته باشد از «می تواند»، معنای «مکلف است» استنباط نماید و چنان چه مقتضی وجود نداشت یا با وجود مقتضی، مانعی برای اقدام و تصمیم و قبول درخواست یکی از طرفین وجود داشت، در این صورت لفظ «می تواند» را حمل بر، خودداری از اقدام و اخذ تصمیم و قبول درخواست اصحاب دعوی نماید.

لذا به حکم عقل هیچ گاه دادگاه نمی تواند خود را در اتخاذ تصمیم، آزاد و به طور مطلق دارای اختیار بداند و اگر دادگاه با توجه به اقتدار قضایی خود، بتواند در برابر اصحاب دعوی و وکلای آنان از پاسخ گویی و توجیه تصمیمات خویش امتناع کند، مراجع صالحه نظارت و بازرسی و ارزشیابی موظف اند با بررسی محتویات پرونده مربوط به دعوی، اقدام دادگاه را به استناد «می تواند» مذکور در قوانین ارزیابی نموده چنان چه دلیل موجهی در استفاده مثبت یا منفی از این اختیار قانونی وجود نداشته باشد نظر خود را در مورد وقوع تخلف اعلام نمایند.

بدیهی است چنان چه همگان، عقل را بر قوانین حاکم بدانند، بسیاری از خطاها و نواقص و نارسایی های قوانین که نوعاً زمینه ساز سوء استفاده از قانون می باشد قابل جبران خواهد بود.

اتحادیه: هست ها و باید ها

احسان زورخ

درآمد

باورم بر این است که نام اتحادیه سراسری کانون های و کلاهی دلاگستری ایران پیش از آن که به سبب جایگاه این اتحادیه به عنوان بزرگ ترین تشکل غیردولتی مستقل ایران بر سر زبان ها باشد با نام رئیس چند سال اخیر آن آقای بهمن کشاورز در اذهان جای گرفته، به گونه ای که در تصور برخی، معادله ی مقابل نقش بسته بود: اتحادیه مساوی کشاورز!

البته ایشان مقصر نیستند، عدم مشارکت سایرین موجب گردیده که تراکم و بازتاب رسانه ای فعالیت های اتحادیه بیش از آن که گویای فعالیت های یک نهاد صنفی مقتدر باشد، گویای اندیشه های یک فرد باشد! از مصاحبه با مطبوعات چاپی و الکترونیکی گرفته تا نامه های ارسالی به کانون های عضو؛ همه و همه صرفاً یک نام را تداعی می نمودند و آن هم ریاست اتحادیه بود.

البته در آغاز بحث می بایست اذعان نمایم که نمی توان منکر کارکردها و فعالیت های مثبت و ارزنده ریاست پیشین اتحادیه بود و در ابتدای بحث خود از ایشان سپاس گزری می نمایم که در این مدت، قبول زحمت کرده و امور اتحادیه را در حد توان و حتی بیش از آن اداره نموده اند، لکن همواره به این مهم اعتقاد راسخ داشته و دارم که بهترین دوست هر شخص بهترین منتقد بی غرض او است و از این حیث به سبب دوستی با اتحادیه و علاقه ای که به این نهاد مردم نهاد دارم و خود را عضو کوچکی از آن می دهم ایده هایی را که در ذهن خود دارم مطرح می کنم، شاید با سبقت اندیشه دوستان به ابزاری کارآمد جهت بهبود وضعیت حرفه و کالت تبدیل گردد!

نخست) اتحادیه: هست ها

همان طور که در بادی کلام مطرح شد وضعیت فعلی اتحادیه به گونه ای است که گویی اصولاً هیأت مدیره ای برای اداره آن وجود ندارد و تمامی امورات در ید شخص واحدی به نام رئیس اتحادیه است و تمامی اظهارنظرها و

تصمیم‌گیری‌ها با نظر مشارالیه است و سایر اعضای هیأت رئیسه هیچ گونه اختیاری در ابراز اراده کسلی که با رأی مستقیم و غیرمستقیم آن‌ها انتخاب شده‌اند ندارند. به راستی این نقصان ناشی از کدام عامل است؟ آیا ناشی از اقتدار ریاست اتحادیه است؟ یا ناشی از ضعف سایر اعضا؟ یا این که صرفاً از باب احترام و تواضع ایشان نسبت به ریاست اتحادیه است؟

به نظر می‌رسد اوضاع اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران به سبب مجموع عوامل فوق و نیز بی‌تفاوتی بسیاری از اعضا و عنی‌الخصوص دوستان حاضر در شورای اجرایی به حال کنونی درآمده و موجبات متکلم و حده شدن ریاست آن را فراهم آورده بود.

ایرادهای مبنایی در شیوه کنونی اداره اتحادیه به گونه‌ای است که پدیرش اداره آن به کیفیت حاضر در دوره جدید هیأت رئیسه از سوی بسیاری مقبول نیست که در بخش دوم تحت عنوان بایدها بدان اشاره خواهد شد. وجود یک حالت بی‌طرفانه! در میان اعضای هیأت رئیسه‌های پیشین که عنان اداره امور را صرفاً به دست ریاست اتحادیه داده بود موجبات بدل شدن وی به متکلم و حده را فراهم کرده بود که این امر نیز ناشی از مطالبی است که پیشتر به صورت سؤالی مطرح نمودیم!

بسیاری از دوستان با توجه به فضای دوستانه بسیار نزدیک حاکم بر مجامع اداره‌کننده اتحادیه از باب احترام نیز که شده مخالفتی نمی‌کردند و بسیاری از امور اتحادیه بدون اظهار نظر کارشناسانه‌ی اعضا و صرفاً با اعلام رأی موافق یا نمرتاً مخالف ایشان همراه بود به گونه‌ای که یک بار حضور در جلسات اتحادیه این مهم را به اثبات می‌رساند و در واقع وضع اداره جلسات به گونه‌ای است که کوچک‌ترین شباهتی به انتظارات اولیه از آن ندارد. در عمل، اعضای اسکودا صرفاً میهمانانی هستند که در جلسات حضور به هم می‌رسند و به تعبیری جلسات اتحادیه بزمی است و دیگر هیچ! حتی برگزاری جلسات شورای اجرایی، هزینه‌های سرسام‌آوری بر کانون‌ها تحمیل می‌کند چه رسد به همایش‌هایی که به صورت شش ماهه برگزار می‌شود و غالباً نیز به تکرار مکررات و مباحث بی‌حاصل در کنار ضیافت‌های غیرضروری و پر زرق و برق می‌گذرد و این در حالی است که کانون‌ها برای تأمین هزینه‌های خویش از حداقل‌ها هم چشم‌پوشی نمی‌کنند و چه بسیار کارآموزان و وکلای جوانی که در پرداخت هزینه‌های تمدید سالانه دچار مشکل‌اند و هیچ فریادسی ندارند. این در حالی است که کانون‌ها به بهانه ناتوانی در تأمین منبع پرداخت ۴ درصد سهم کانون از بیمه صندوق حمایت این مبلغ را که می‌بایست به موجب قانون، خود پرداخت کنند از اعضای خویش می‌ستانند! وا عجب! که اگر از بسیاری ظاهربینی‌ها و اسراف‌ها پرهیز شود، اوضاع جامعه و کالت بسیار بهتر از این وضع ناگوار فعلی خواهد بود.

دوم) اتحادیه: بایدها

حال که از هست‌ها گفتیم، لازم است از بایدها نیز سخن به میان آوریم؛ از خواست‌ها و آمال خویش برای آینده اتحادیه، به این امید که روزی شاهد نهادی پویا و تأثیرگذار باشیم.

اولین مصاحبه اعضای هیأت رئیسه جدید اتحادیه به صورت جمعی و با اظهار نظر غالب دوستان عضو بود که جای بسی امیدوارست و امید آن می‌رود که این روش ادامه داشته و نواب رئیس و بازرسان کانون نیز همواره احساس مسؤلیت کرده پاسخ‌گوی اعضای جامعه و کالت باشند و صرفاً حضور فیزیکی به نحو «من در میان جمع و دلم

جای دیگر است!» نداشته باشند.

به راستی هدف غایی و فلسفه بنیادی اتحادیه سراسری کانون های و کلاهی دادگستری چه بوده است؟ به نظر می رسد که هدف تشکیل نهادی است که عهده دار امور کانون های عضو در تعاملات اجتماعی، سیاسی، رسانه ای، آموزشی و... باشد تا بلکه موجبات اتحاد و اقتدار هر چه بیشتر کانون های و کلاهی دادگستری را فراهم آورد و به صورت متمرکز به تبیین راهکارها و رفع محدودیت های پیش پای اعضا بپردازد که این مهم تا حد زیادی هم چنان در محدوده بایدها قرار گرفته است.

اتحادیه می بایست زمینه رشد و بالندگی جمیع کانون ها را فراهم آورد و در ترسیم چارچوب های مدیریتی آنان، روش های اداره امور کانون، چگونگی برگزاری دوره های کارآموزی و اختیار، تعامل با دادگستری های سطح کشور، آموزش جامعه و کالت، حمایت از صنف و کالت و... اقدام نماید؛ لکن کدامیک از این موارد در حد معقول انجام پذیرفته و عملی گشته است؟

به جرأت می توان گفت که هیچ یک از موارد فوق در حد انتظار از سوی اتحادیه محقق نشده و این مهم را می توان منبعث از دو عامل دانست:

۱. فقدان ضمانت اجرای واقعی برای پیروی کانون ها از تصمیمات اتحادیه و به تعبیری نقش ارشادی داشتن اتحادیه و وجود الزامات اخلاقی صرف برای کانون ها؛

۲. حضور اتحادیه در حواشی غیر ضرور و فاصله گرفتن آن از وظایف اصلی آن و تبدیل شدن آن به یک نهاد تشریفاتی و به تعبیر نگارنده، لوکس! که بیشتر به درد ظریف کاری می خورد تا انجام کارهای بنیادین!

به راستی که جامعه و کالت از تکرار مکرراتی که بسیاری و از جمله نگارنده سطور حاضر، بارها و بارها آن را تکرار نموده اند خسته شده و نیازمند اندکی عمل است چرا که «دو صد گفته چون نیم کردار نیست»
با این وصف به نظر می رسد که اتحادیه که نهادی برآمده از دل قانون نیست و صرفاً تشکیلاتی است که با اراده کانون ها به وجود آمده، می بایست در ساختار خویش بازنگری نماید.

تعیین حداقل های سنی برای حضور در اتحادیه و عضویت در شورای اجرایی در حال حاضر چندان صحیح به نظر نمی رسد و به گونه ای است که در حال حاضر با وضعیت پیری اتحادیه مواجه شده ایم به گونه ای که اگر یک بار در جلسات اتحادیه یا شورای اجرایی آن حضور نداشته باشید کاملاً این دیدگاه را تصدیق می نمایید. لذا به منظور پویایی هر چه بیشتر اتحادیه ضروری است تا امکانات حضور اعضای جوان در اتحادیه و ارکان آن فراهم شود.

از سوی دیگر، تشکیل کمیسیون هایی در اتحادیه اقدام مؤثری بود که هر چند تا حد بسیاری صرفاً عنوان هستند و عملاً اقدامی در رستای اداره امورات کانون ها ندارند و البته به درد بی هویتی که کمیسیون های کانون ها نیز با آن مواجه هستند دچار هستند و از خود اختیاری ندارند و صرفاً نظر مشورتی می دهند که آن هم غالباً بی اعتبارها می شود؛ با این وصف اصل ایده خوب است و بسیار بهتر خواهد بود که اگر کمیسیون های بیشتر و تأثیر گذارتری تشکیل شوند و حیثه فعالیت های آن ها نیز ترسیم شده و دارای حدود اختیارات باشند که از پیش مشخص و با پشتوانه اجرایی باشد. به عنوان مثال کمیسیون آموزش اگر به نحو فوق تشکیل شود و بر ساختار آموزشی و کلا در سرتاسر

ایران نیز نظارت داشته باشد و در معرفی و ارائه اساتید طراز اول کشور که غالباً نیز عضو کانون های وکلا هستند اقدام نماید و به صورت جامع و منسجم، کمیسیون های آموزش کانون ها را تحت حمایت خود قرار دهد به بهترین شکل موجبات بالندگی بیش از پیش جامعه وکالت را موجب خواهد شد.

سواى موارد فوق، تبیین و تقویت جایگاه اتحادیه نیز در آینده جامعه وکالت نقش بسزایی خواهد داشت. موضع گیری های موازی از سوی کانون های عضو و علی الخصوص کانون مرکز که گاهها همراه با اشتباهاتی است؛ از جمله اظهار نظر اخیر که با پاسخ وزیر دادگستری مواجه گردید! اظهارات این چنینی که تمامی جامعه وکالت را زیر سؤال می برد و در انهان مخاطبان، ضعف بنیه علمی صنف وکیل را متبادر می کند صرفاً اظهار نظر دوستان هیأت مدیره کانون مرکز و یا صرفاً رئیس آن است و هیچ ارتباطی به سایرین ندارد. اما به هر حال اظهار نظرهایی از این دست نباید از سوی کانون های وکلا صورت پذیرد و می بایست از سوی اتحادیه و پس از بررسی های لازم باشد تا هم فاقد ایرادات علمی باشد و هم از طریق مجرای اصلی اعلان نظر یا همانا اتحادیه صورت پذیرفته باشد.

با این وصف به سبب پرهیز از اطاله کلام به همین مختصر بسنده کرده و این گونه جمع بندی می نمایم که امید است هیأت رئیسه جدید اتحادیه با انسجام فکری و عملی به اداره امور اتحادیه بپردازند و از تک بعدی شدن و تمرکز امور بر رئیس اتحادیه دوری نمایند و از سوی دیگر با تقویت کمیسیون های نوپا و گسترش آن ها و نیز اعطای اختیارات اجرایی به آن ها موجبات تعالی روز افزون جامعه وکالت را فراهم آورند.

حقیقت امانت

(پژوهشی در نقش اذن در ایجاد امانت^۱)

دکتر محمد مهدی الشریف ■ نصر الله جعفری خسروآبادی ■

چکیده:

امانت از مفاهیم سهل و ممتنع در حقوق ماست. امانت از امور تشریحی و از سنخ حکم قانون نیست تا اراده‌ی اشخاص از خلق آن ناتوان باشد و دخالت در حوزه‌ی قانون گذاری به حساب آید بلکه موضوع است برای حکم قانون گذار به عدم ضمان. امبرای تحقیق این موضوع چه شرایطی لازم است؟ آن چه مصادیق امانت هم چون مستودع و مستعیر و مستأجر را در کنار یکدیگر می‌نشانند این است که در تمامی آن‌ها مالک با رضایت، دیگری را بر مال خود مسلط کرده است. بنابر این، امین‌انوائی است که از تسلیط و اذن مالک به تصرف انتزاع می‌گردد و حکم قانون گذار به عدم ضمان را به دنبال دارد. از این رو در عقود امانی فاسد نیز می‌توان از امانت متصرف سخن گفت. استفاده قانون مدنی در ماده ۳۰۸ از تعبیر «استیلا» بدون مجوز» در بیان ضمان ید به خوبی نشان می‌دهد که قانون مدنی نیز هم چون مشهور فقها مفهوم امانت را با اذن گره زده و حقیقت استیمان را چیزی جز تسلیط مقرون به رضای مالک نمی‌داند و بر این اساس برای امین شمردن شخص، کافی است استیلا، به اذن مالک (امانت مالکانه) یا قانون گذار (امانت شرعی) صورت گرفته باشد و نیازی به وجود عقد امانی صحیح یا تصریح قانون گذار به عدم ضمان یا به امین بودن متصرف نیست.

درآمد:

ضمان ید، تمهیدی است که در حقوق ما برای تصرف در مال غیراندیشیده شده است. اما این ضمانت اجرای سنگین بر تمامی موارد اثبات ید بر مال غیر، ثابت نیست. در خروج ید امانی از شمول ضمان ید در بین فقها اختلافی نیست هر چند در این که، ابدای امانی تخصیصاً یا شمول قاعده‌ی «علی الید» خارج هستند، اتفاق نظر وجود ندارد (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۸ امامقانی، ۱۳۱۶، ج ۵، ص ۶۳/ فاضل لنگرانی، ۱۴۲۵، ج ۱ ص ۱۰۹). بدین سان وضع ید بر مال غیر به دو نوع کاملاً متفاوت تقسیم می‌گردد: ید ضمانتی و ید امانی. مهم ترین

۱- این مقاله با تفصیل کمتر و با پاره‌ای تفاوت‌ها در شماره ۸ زمستان ۸۹ فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران به چاپ رسیده است.

■ استادیار و عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان و وکیل دادگستری

■ دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم و وکیل دادگستری

اثری که در فقه و حقوق برای ید امانی و امین قلمداد شدن شخص شناخته شده، این است که در موارد ید امانی به خلاف ید ضمانی، متصرف در قبای تلف و نقص و عیبی که بدون تعدی و تفریط وی حاصل شده مسؤلیت و ضمانی ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۲ / بروجردی عبده، ۲۷۳، ۱۳۸۰، امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۶۸). این اثر مهم و آثار دیگری که بر امانی یا ضمانی تلقی کردن ید متصرف بار می‌شود، ایجاب می‌کند که سبب ایجاد کننده ید امانت اعم از امانت مالکانه و شرعی، بازشناسی و تنقیح گردد. باید اعتراف نمود که با وجود اهمیت نظری و عملی ید امانی و استیمان در حقوق ایران، حقیقت و عناصر و اسباب استیمان در حقوق ایران کمتر مورد کنکاش عمیق و همه جانبه قرار گرفته و از این حیث ستاره‌ی اقبال امانت شرعی از امانت مالکانه نیز کم فروغتر و کم نورتر بوده است. ما در این نوشتار کوشیده‌ایم حقیقت و سبب امانت مالکانه را مورد بررسی قرار داده و با توجه به آراء فقها و حقوق دانان، مبنای منتخب قانون مدنی را مشخص نماییم.

مبحث اول - سبب ایجاد امانت مالکانه در فقه

در باب سبب امانت مالکانه اقوال مختلفی ابراز گردیده است. اما در مجموع می‌توان دیدگاه‌ها در زمینه ید امانت را در پنج قول اصلی خلاصه نمود. از بین این دیدگاه‌ها، قولی که اذن و رضای مالک به تصرف را موجب امانت و رفع ضمان ید می‌داند قول مشهور در بین فقیهان امامیه است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۰۷ / امرای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۴۱). بر اساس این قول، تحقق امانت منحصر به عقود امانی نبوده و نه تنها در عقود امانی فاسد نیز می‌توان از امین بودن متصرف سخن گفت (عکس قاعده ما یضمن)، بلکه در تسلیط و استیلائی که صرفاً بر مبنای اذن مالک صورت گرفته، بدون این که عقدی در میان باشد مانند استیفاء از مال یا اذن مالک (ماده ۳۳۷ ق.م) نیز وصف امین بر متصرف قابل تحقق است. برخی دیگر از اقوال نیز چنان که خواهیم دید بیان دیگری از دیدگاه مشهور به حساب می‌آیند و دیدگاه مستقلی نیستند. سایر اقوال نیز همگی اذن مالک را شرط لازم برای تحقق امانت می‌دانند؛ منتهی با افزودن قیدی بر اذن کوشیده‌اند از انتقاداتی که به زعم آن‌ها بر قول مشهور وارد است اجتناب نمایند. بنا بر این دیدگاه‌های پنجگانه نهایتاً به دو قول اصلی قابل ارجاع‌اند که بر اساس یکی از آن‌ها اذن مالک به تنهایی و بدون نیاز به قید دیگری، توان ایجاد وصف امانت را دارد (دیدگاه مشهور) و دیدگاه دیگر که اذن مطلق را ناتوان از ایجاد امانت دانسته و افزودن قیدی بر اذن مالک را برای ایجاد امانت مالکی لازم دانسته است. و اما دیدگاه‌های موجود در مسأله از قرار زیراند:

۱ - اذن و رضای مالک

همان گونه که اشاره شد مشهور فقیهان امامیه در تبیین امانت مالکانه و سبب تحقق آن بر عنصر اذن و رضای مالک انگشت نهاده‌اند و در تحلیل امانت شرعی نیز اذن شارع را کارگزار اصلی می‌دانند. در واقع بر اساس قول مشهور، تصرفاتی که به اذن مالک یا شارع صورت می‌گیرد مصداق امانت بوده و از شمول دلیل ید خارج است. به بیان دیگر از نظر مشهور آن چه برای تحقق امانت مالکانه ضروری است این است که مالک به دیگری اذن دهد که بر مال وی مستولی گردد و به تعبیر دیگر مالک با رضایت، دیگری را بر مال خود مسلط سازد. فقدان هر یک از عناصر یادشده، موجب عدم تحقق امانت مالکانه می‌گردد. بنا بر این برای ایجاد ید امانی متصرف لازم است لولا اذن از سوی مالک واقعی صورت گرفته باشد، ثانیاً مالک صلاحیت دادن اذن را داشته باشد و به اصطلاح، محجور و ممنوع از تصرف نباشد ثالثاً مالک، مال را به این عنوان که مال خود اوست به متصرف داده باشد نه به عنوان این

که ملک متصرف است. بنا بر آن چه گفته شد اذن سارق یا غاصب یا کسی که بدون مجوز بر مال دیگری مستولی است؛ اگر چه خود را مالک بپندارد از ایجاد وصف امانت عاجز است. اذن صغیر و مجنون و سفیه نیز به دلیل بی اعتباری اذن شان نمی تواند بد گیرنده مال را امانی سازد اثنی که بدون رضایت و بر اساس اکراه صادر شده نیز قابلیت ایجاد وصف امین برای متصرف را ندارد. تسلیم مال از سوی مالک به دیگری به تصور این که مال متعلق به دیگری است نیز بد گیرنده را امانی نمی سازد.

همان گونه که پیداست در قول مشهور، وصف امانت از مأذون در تصرف بودن، انتزاع می شود یعنی هر جا شخص به اذن مالک یا شارع بر مال غیر مسلط می گردد امین محسوب شده و ضامن تلف و نقص قهری آن مال نخواهد بود. هر چند در عدم ضمان امین تردیدی نیست اما پرستی مهمی که در مقابل قول مشهور وجود دارد این است که چرا با این که در روایات سخن از عدم ضمان امین است و نامی از اذن در بین نیست، مشهور فقها بحث امانت را با بحث اذن گره زده و امین را به مأذون در تصرف تفسیر کرده اند؟ تأمل در قول مشهور نشان می دهد که تحلیل مفهوم امین در روایاتی که در باب امانت آمده ایشان را به چنین نقطه ای سوق داده است.

امانت در دو معنای متفاوت به کار رفته است. در یک اصطلاح امانت ضد خیانت و در اصطلاح دیگر امانت در مقابل غصب است (بجنوردی، همان، ج ۲، ص ۱۲ / فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۴ / مکارم، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵۰ / مشکینی، ۱۳۸۴، ص ۸۶). بنابر اصطلاح اول، منشأ اطلاق عنوان امین بر شخص، انصاف واقعی او به وصف امانت و وثاقت است. در تعریف دوم بر خلاف تعریف اول تکیه و تأکید بر عنصر ایتمان یعنی اعتماد مالک در تحویل مال به متصرف است، خواه گیرنده ی مال واقعاً متصرف به صفت امانت باشد یا نباشد. بر این مبنا امین کسی است که استیلائی او بر مال غیر، عدوانی نبوده و مستند به مالک یا شارع باشد (مکارم همان، ج ۲، ص ۲۵۰ / جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۲).

هر چند بنا بر گفته برخی از فقها امانت در روایات گاه در معنای اول و گاه در معنای دوم به کار رفته است (خمینی، ۱۳۱۰، ج ۱، ص ۲۳۴ / مکارم، همان، ج ۲، ص ۲۵۱) اما مسلماً مراد از امین در قاعده ی امانت یا همان قاعده ی معروف «الامین لا یضمن»، نمی تواند امین واقعی یعنی متصرف به وثاقت و عدالت واقعی باشد (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۶۶ / همو، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۵۶۰). زیرا چنین تحلیلی باعث می گردد بسیاری از مصادیق مسلم امانت از دایره ی بحث خارج بمانند افزون بر این، چنین تفسیری از امانت بر خلاف اجماع فقهای امامیه است (رشتی، بی تا ص ۴۶). جالب است بدانید برخی از اساتید حقوق، امین را به معنای اول آن دانسته و بر خلاف تمامی نویسندگان بر خلاف صریح قانون مدنی، حکم به ضمان مستاجر نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۶۲۱).

تأکید بر استیمان حقیقی و قصد عنوان امانت نیز چنان که در دیدگاه بعدی خواهیم دید با کاربرد های مسلم امین ناسازگار است و امانت را در عقد ودیعه که حقیقت آن استتبابه ی در حفظ است منحصر می سازد. پس مراد از امین در روایات کیست؟ تنها نقطه ای که در تمامی مصادیق مسلم امانت مشترک است و مستودع و مستأجر و مرتبه و عامل در مضاربه و امثال آن را به یکدیگر پیوند می زند این است که در تمامی آن ها مالک با رضایت، مال خود را تحت استیلائی دیگری قرار داده است. و این همان نقطه ای است که عقود امانی فاسد را در کنار عقود امانی صحیح قرار می دهد و بر اساس آن می توان از وجود امانت در عقد فاسد نیز سخن گفت. و بالاخره این نقطه ی مشترک نقطه ای است که مفهوم امانت را در امانت شرعی و مالکی به یکدیگر نزدیک می سازد زیرا در امانت شرعی نیز استیلائی شخص بر مال غیر به اذن شارع صورت پذیرفته و دست کم در امانت شرعی تردیدی وجود

ندارد که اطلاق عنوان امین دلیلی جز مأذون بودن از ناحیه ی شارع ندارد این دلایل باعث گردیده که مشهور فقها «امین» مذکور در روایات را بر «مأذون در تصرف» تطبیق نموده و اذن مالک را سبب امانت به حساب آورند. نکته ای که در فهم قول مشهور، توجه به آن لازم است این است که مراد مشهور از این که اذن سبب امانت است یا امین همان مأذون در تصرف است، این نیست که اذن، صرف نظر از تصرف موجب امانت می گردد. زیرا مسلم است که وصف امین جز در فرض استیلا و وضع ید بر مال صادق نیست. پس در واقع مراد مشهور این است که تصرف به اذن مالک موجب انتزاع وصف امانت برای متصرف می گردد. برای نشان دادن همین نکته است که برخی از فقها ترجیح داده اند به جای تعبیر اذن مالک از تعبیر تسلیط ناشی از رضایت (تسلیط عن الرضا) برای بیان دیدگاه مشهور استفاده کنند.^۲

یکی از نکات مهمی که در دیدگاه مشهور وجود دارد این است که مشهور کوشیده اند از مصادیق پراکنده ای که در روایات به عنوان امین اعلام شده به قاعده ی کلی دست یابند. قاعده ی «اذن مالک موجب امانت است» قاعده ای است که مشهور فقها از تبع در مصادیق امانت استخراج کرده اند. بدین ترتیب از دیدگاه مشهور، تمامی موارد استیلا به اذن مالک از شمول دلیل ید خارج اند. در نهایت، جمع بندی دیدگاه مشهور از دلیل ید و روایات مربوط به امانت را می توان این گونه خلاصه نمود که «هر کس بر مال غیر مستولی شود ضامن آن است مگر کسی که با اذن مالک بر مال غیر مستولی شده باشد». ثمره ی مهم این قاعده سازی این است که مصادیق امین به موارد مصرح در روایات و عقود امانی محدود باقی نمی ماند و در هر موردی که اذن به تصرف وجود داشته باشد می توان از امین بودن متصرف سخن گفت. به عنوان مثال بر اساس قول مشهور بدون هیچ مشکلی می توان از امین بودن کسی که مال دیگری را برای ملاحظه و نه به قصد خرید در اختیار گرفته (مأخوذ برای نظر) یا کسی که به اذن دیگری از مال غیر استیفای منفعت می کند، سخن گفت (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۱/ ص ۴۶۹). بر دیدگاه مشهور انتقاداتی وارد شده که ما در طی بخش های بعدی به آن ها خواهیم پرداخت و پذیرش قول مشهور در گرو این است که بتواند از عهده ی پاسخ گویی به این اشکالات بر آید.

۲- استیمان یا تسلیم مال به عنوان امانت

به گفته محقق رشتی برخی از نویسندگان، امانت را نتیجه ی استیمان یا امین قلمداد کردن متصرف مال از سوی مالک دانسته اند (رشتی، همان، ص ۴۵). بر اساس این دیدگاه صرف اذن یا تسلیم مال از سوی مالک برای امین تلقی شدن گیرنده کافی نیست بلکه باید مالک، مال را به عنوان امانت در اختیار گیرنده گذاشته و چنین عنوانی را قصد کرده باشد زیرا آن چه به طور مسلم از دلیل ید خارج است امین است نه مأذون. نقل عبارتی در این زمینه خالی از لطف نیست: «هو دعوی ان المأذون امین مدفوعه، بوضوح الفرق بین الاستیمان و الاذن، فان الاذن لیس الا اعلام الرضا و رفع المنع و الاستیمان تسلیط غیر علی المال علی وجه الامانه ای معامله معه معامله الامین و من المعلوم ان الثانی اخص من الاول» (نوری، ۱۴۱۴، ص ۲۳).

این دیدگاه با مشکلات جدی روبروست. لازمه ی این تحلیل این است که بسیاری از مصادیق مسلم امانت از

۲- با این توضیح، تأمل در عبارت فقیه محقق و زرفاندیش مرحوم محقق اصفهانی خالی از لطف نیست: «ان المراد بالاستیمان ناره هو استیمان الحقیقی و هو اخذ الشخص امینا بنفسه فی حفظ ماله و رعایه نسوته و لیس مثله الا فی الودیعه... و آخری براد بالاستیمان مجرد تسلیط عن رضا و لذا ورد فی المستأجر و المستعیر لهما مؤتمنان... فلاموجب لكونهما مؤتمنین الا التسلیط علی العین عن رضا» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۹۶).

دایره‌ی امانت خارج بمانند زیرا استیمان به معنای واقعی کلمه جز در مورد عقد و دبیعه که حقیقت آن امین قرار دادن شخص بر مال و استنبایه‌ی در حفظ است و وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ۳۴۲ ص). در حالی که در روایات و در فقه به افرادی غیر از مستودع هم چون مستأجر و مرتین و امثال آن‌ها به نحو مطلق، اطلاق امین شده است، چه مالک در حین تسلیم مال، عنوان امانت را قصد کرده یا نکرده باشد.^۳

اما آیا تمام کسانی که از «استیمان» سخن گفته‌اند را باید در زمره‌ی طرفداران دیدگاه اخیر جای داد؟ این پرسش به خصوص از این جهت اهمیت زیادی دارد که علی‌رغم ضعف آشکار این قول، بسیاری از فقهای بزرگ در بیان ماهیت و سبب امانت، از استیمان مالک سخن گفته‌اند. به عنوان مثال عبارت شیخ اعظم در مکاسب که از سوی محشین و شارحین نیز تلقی به قبول شده چنین است: «الدلیل المخصص لقاعده الضمان، عموم مدلل علی من استأمنه المالك علی ملكه غیر ضامن» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۹۸). شمار دیگری از فقها و به ویژه مراجع هم روزگار ما در بیان امانت مالکانه، «استیمان» را در کنار «اذن» نشانده‌اند (اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۴۲۷/ گلیایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۳/ خمینی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۰۶/ سیستانی، ۱۴۲۰، ۲/۲۲۳/ بوجت، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۵۸) و این تردید معقول را در ذهن‌ها ایجاد کرده‌اند که از نظر اینان برای ایجاد امانت، علاوه بر اذن مالک، به استیمان نیز نیازمندیم.

تأکید بر استیمان را در ادامه‌ی عبارات فقهای اخیر و تعلیل امین بودن مرتین و مستأجر و مستعیر و امثال آن نیز می‌توان مشاهده کرد. اغلب این فقها در بیان علت امین بودن مصادیق پیش گفته از عباراتی هم چون «حیث ان المالك قد سلمها بعنوان الاستیمان» (اصفهانی، همان، ص ۴۲۷/ گلیایگانی، همان، ص ۲۳/ بهجت، همان، ج ۱، ص ۱۵۸۱) یا «حیث ان المالك قد استأمنهم علیها» استقاده نموده‌اند (سیستانی، همان، ج ۲، ص ۲۲۳) و جالب است بدانیم که در این میان برخی دیگر از فقها در تعلیل امین بودن مرتین و مستأجر و امثال آن‌ها، از عبارت «حیث ان المالك قد سلمها بعنوان الاستیمان» تنها بخش نخست آن را ذکر کرده و عبارت «بعنوان الاستیمان» را حذف نموده‌اند (خمینی، همان، ج ۱، ص ۶۰۶/ مرعشی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۳۰) و این احتمال را تقویت نموده‌اند که ما با دو مبنای متفاوت روبرو هستیم که بر اساس یکی از آن‌ها، علاوه بر تسلیم مال از سوی مالک، «تسلیم به عنوان استیمان» برای تحقق امانت ضروری است و بر اساس مبنای دیگر صرف تسلیم مال از سوی مالک برای ایجاد امانت کافی است و لازم نیست مالک، عنوان امانت را قصد نموده باشد.

تأمل در کلمات این فقها نشان می‌دهد مراد اینان از «تسلیم به عنوان استیمان» این است که مالک، مال را به عنوان این که مال خودش است در اختیار متصرف گذارده باشد نه به عنوان عوضیت یا به عنوان وفای به عقد. این فقها خود تصریح نموده‌اند که استیمان حقیقی تنها در ودیعه قابل تحقق است و در سایر موارد، استیمان مالک چیزی جز تسلیم دیگری بر مال از سوی مالک نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۹۶). دقت در عبارت زیر که با اندک اختلافی در اکثر کتب فتوایی فقهای معاصر در تعریف امانت مالکانه آمده به روشنی حکایت از این دارد که مراد از استیمان چیزی جز این که مالک، مال خود را به دیگری تسلیم کند و حفاظت از مال را به وی واگذارد، نیست: «الامانه علی قسمین؛ مالکیه و شرعیه. اما الاول فهو ما كان باستیمان من المالك و اذنه... فان العين فیها بید الطرف امانه مالکیه، حیث ان المالك قد سلمها الیه و ترکها بیده من دون مراقبه منه و

۳ - به تعبیر یکی از فقها، «لا يعتبر بعد ذلك أي بعد وجود الائنة ان يكون الاذن مبنياً علی الاستیمان و الاستنبایه فی الحفظ كما فی الاماره بالمعنی الاخص اعنی الواجبه ضروره اطلاق الاخبار و ظهور الاجماع و تجرد بعضی ما هو من الامانات نساء و اجماعاً كما مر به و غیرها عن تلک» (رشتی، همان، ص ۴۶).

۳- اذن به تصرف به مصلحت مالک

مهم ترین نقدی که بر قول مشهور وارد شده از سوی فقیه محقق مرحوم میر فتح مراغی صاحب کتاب ارزشمند العناوین الفقهیه است، وی معتقد است اذن صرف نمی تواند منشأ استیمنان و رفع ضمان گردد. زیرا موارد متعددی وجود دارد که با وجود اذن و رضای مالک، ید متصرف، ضمانتی تلقی شده است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۸۴). به عنوان مثال در مقبوض به بیع فاسد و مأخوذ بالسوم با وجود اذن مالک ید متصرف ضمانتی است. یکی دیگر از موارد نقض مسأله تلف مبیع قبل از قبض است که حتی اگر بقای مبیع در نزد بایع به اذن مشتری نیز باشد باز بایع ضامن است. از دیگر موارد نقض، ضمان دامپزشک و صنعت گر است که با وجود اذن در تصرف، ضامن تلف اموالی هستند که در اختیار آن ها گذاشته شده است.

در نهایت صاحب عناوین برای فرار از این اشکالات، قید «تصرف به مصلحت مالک» را بر «اذن و رضای مالک» می افزاید و چنین نتیجه می گیرد که استیمنان عبارت است از اذن مالک یا شارع در قبض یا تصرف مال برای مصلحت مالک، نه مصلحت گیرنده و نه مصلحت طرفین (همان). به بیان فنی از نظر وی رابطه‌ی بین اذن و استیمنان یا مأذون و امین، رابطه‌ی عموم و خصوص مطلق است. یعنی در تمام مواردی که امانت مالکی وجود دارد، اذن مالک وجود دارد ولی در تمام مواردی که اذن وجود دارد لزوماً استیمنان وجود ندارد.

هر چند دیدگاه صاحب عناوین مورد تأیید برخی از اساتید حقوق نیز قرار گرفته است (محمدی، ۱۳۷۴، ص ۶۴ و ۴۵) اما به نظر می رسد هیچ کدام از نقض هایی که از سوی صاحب عناوین بر قول مشهور وارد گردیده وارد نیست. قلع نظر از وارد نبودن نقض های صاحب عناوین که در بخش بعد به تفصیل به آن ها خواهیم پرداخت، مبنای وی یعنی «اذن به تصرف به مصلحت مالک»، خود موارد نقض مسلمی دارد که برای کنار نهادن آن کافی است. زیرا نه تنها در مواردی هم چون رهن، اجاره، مضاربه، و مزارعه که قبض به مصلحت طرفین است، در امانی بودن ید متصرفین تردیدی نیست بلکه حتی در مواردی نیز که قبض صرفاً به مصلحت گیرنده است مانند عاریه، کسی در امانی بودن ید مستعیر تردیدی ندارد.

۴- اذن مقید به عدم ضمان

صاحب عناوین در موضع دیگری از کتاب خود در بحث از اذن به عنوان یکی از مسقطات ضمان، دیدگاه دیگری را در مسأله مبنای امانت مطرح کرده و می گوید اذن مالک به دیگری در تصرف در مال خود از سه قسم خارج نیست: یا اذن مالک «مقید به ضمان» است یا «مقید به عدم ضمان» و یا اذن مجرد و عاری از قید ضمان و عدم ضمان است که اصطلاحاً از آن به «اذن مطلق» تعبیر می شود. در فرض اول بی گمان اذن مالک، رافع ضمان نیست. در صورت دوم نیز بدون تردید، اذن، رافع ضمان است و قدر متیقن از ادله همین صورت است. اما مسأله‌ی اصلی فرض اذن مجرد و مطلق است. از نظر صاحب عناوین، مجرد اذن و رضایت مالک بدون قید عدم ضمان، نافی ضمان متصرف مال نیست. به گفته‌ی وی ماهیت اذن، رخصت در تصرف است و این ترخیص اعم از آن است که همراه با ضمان باشد یا نباشد. وی در تأیید مدعای خود به موارد نقضی که پیش تر یادآور شدیم و در آن اذن با ضمان جمع شده است بهرامی کند و می گوید در توجیه این موارد نقض، سه احتمال وجود دارد. یک احتمال این است که این مثال ها دلیل خاص داشته اند که البته با توجه به فقدان دلیل خاص این احتمال را منتفی می داند احتمال دوم

این است که در این مثال ها اذن، اذن عقید به ضمان بوده نه اذن مجرد و مطلق تا نقضی بر قاعده به حساب آید. وبالاخره احتمال آخر این است که علت ثبوت ضمان در این موارد این است که اذن مطلق، مسقط ضمان نیست و برای نقض ضمان، اذن باید با قید عدم ضمان، همراه باشد (مراغی، همان، ج ۲، ص ۵۱۵). صاحب عنوانین نهایتاً احتمال سوم را بر می گزیند و می گوید با توجه به این که سقوط ضمان به واسطه‌ی اذن مطلق مشکوک است و دلیلی از اجماع یا نص نیز بر چنین قابلیت‌ای برای اذن در دست نیست، چاره‌ای جز تمسک به عمومات ضمان مانند علی‌الد وجود ندارد (مراغی، همان).

همان گونه که پیداست اعتبار قول مشهور در گرو این است که بتواند به نقض های صاحب عنوانین پاسخ شایسته دهد. پاسخ مسأله ی ضمان در مقبوض به عقد معاوضی فاسد چندان دشوار نیست. تبعی در فقه نشان می دهد که اکثر فقها و به ویژه از زمان شیخ انصاری به بعد ثبوت ضمان در مقبوض به بیع فاسد را نه به دلیل قصور اذن مطلق از ایجاد امانت بلکه به این دلیل دانسته اند که مالک، مال را به عنوان وقای به عقد و به عنوان این که ملک مشتری است در اختیار او قرار داده نه به عنوان ملک خود (انصاری، همان، ج ۲، ص ۱۹۹ / خوانساری، ۱۴۱۸، ص ۱۳۱ / الصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۱۸ / خمینی، همان، ج ۱، ص ۲۷۲). و اتفاقاً این نحوه استدلال حکایت از آن دارد که از منظر این فقها، اذن مالک برای ایجاد امانت کافی است و از همین رو به جای استناد به دلایلی مانند تا کافی بودن اذن مطلق یا ضرورت تقید اذن به عدم ضمان بر این نکته انگشت نهاده اند که در مقبوض به عقد فاسد، مالک، اذن به تصرف در مال خود را نداده و این معنایی جز این ندارد که اگر مالکی به دیگری اذن دهد که بر مال وی مسلط شود بدو امانتی خواهد بود.

اما در خصوص ضمان مأخوذ بالسوم باید گفت اولاً این مسأله یک مسأله ی اختلافی است و برخی از فقها به دلیل اذن مالک، گیرنده را ضامن نمی شمارند (دبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۱۹۲ / بهجت، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۳۶ / فاضل، ۱۴۲۳، ص ۴۰ / سیستانی، همان، ۲۵۸/۲ / تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱، ص ۵۸۴ / آصف محسنی، ۱۳۸۲، ص ۱۳۴). ثانیاً در اخذ بالسوم به خلاف سایر موارد امانت، گیرنده، مال را با این شرط ضمنی از مالک در یافت می کند که یا آن را خریداری نموده و ثمن آن را بپردازد و یا مال مأخوذ را باز پس دهد. به بیان دیگر ضمان اخذ بالسوم نه به دلیل عدم کفایت اذن مطلق برای ایجاد امانت، بلکه به دلیل توافق ضمنی و بنای طرفین بر ضمان است. به بیان دیگر اذن مالک در موارد اخذ بالسوم یک اذن مطلق نبوده بلکه اذنی مفید به ضمان است و حکم مشهور به ضمان گیرنده مال در اخذ بالسوم نیز همین امر است. عبارت زیر یکی از ده ها نمونه ای است که فقها برای توجیه ضمان در اخذ بالسوم به وجود شرط ضمنی یا تقیید اذن به ضمان در این گونه موارد استناد کرده اند در حالی که اگر از نظر آنان اذن مطلق توان ایجاد امانت را نداشت حاجتی به این توجیهاات نبود: «لا اذن فی المقبوض بالسوم اذن تضمینی بمعنی ان البایع یعطى السلعه الی مشتری مشروطاً بالشرط البنایی علی انه لولئف فی یده یعطیه بدله» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۳۰۹). بنابراین ما در این جا با یک اذن مفید به عوض (گلبایگنی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۱۰) یا یک اذن تضمینی یا اذن معاوضی (فشارکی، ۱۴۲۱، ص ۵۱۷ / کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۴۶۸) روبرو هستیم نه با یک اذن مطلق و علت حکم به ضمان نیز دقیقاً در همین نکته نهفته است. و دقیقاً بر اساس چنین تحلیلی است که در مسأله‌ی «ماخوذ برای نظر» که صحبت از خرید و معامله در میان نیست و مثلاً دوستی مالی را از دوست خود می گیرد تا آن را بررسی کرده و آن را به وی باز پس دهد، فقها به عدم ضمان دریافت کننده تصریح نموده اند. (بهجت، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۲۳ / کاشف الغطاء، همان، ج ۱، ص ۴۶۹).

یکی دیگر از موارد نقض صاحب عنوانین، ضمان معاوضی در فرض تلف مبیع قبل از قبض بود، در فرضی که مبیع به اذن مشتری نزد بایع باقی مانده باشد، این نقض نیز به نظر درست نمی آید زیرا مسؤولیت و ضمان بایع از جهت حکم شارع به انفساخ عقد است نه از باب ضمان امین و لذا بایع، ضامن عوض قراردادی است نه قیمت واقعی

(بجنوردی، همان، ج ۲، ص ۱۹ / فاضل، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۴۲) و دیگر مورد نقض، مسأله‌ی ضمان صنعت گر و اجیر و دامپزشک نسبت به تلف مالی است که به مناسبت عقد در اختیار آن‌ها قرار گرفته؛ در حالی که به حسب فرض، این اموال به اذن و رضای مالک در اختیار متصرفین قرار گرفته است. این اشکال نیز وارد نیست زیرا آن چه در متون فقهی در باب ضمان صنعت گر و امثال آن آمده ناظر بر فرض اتلاف است نه تلف قهری و روشن است که ید مانی و امانت، مخصص قاعده‌ی ضمان ید است نه قاعده‌ی اتلاف. (بجنوردی، همان، ج ۲، ص ۲۱).

نقض دیگری که از سوی صاحب عناوین و برخی از اساتید حقوق (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۶) مطرح گردیده این است که فقها برای تجدید امانت امینی که با تعدی و تفریط بدوی ضمانتی شده است، صرف اعلام رضای مالک به بقا تصرف را موجب تجدید امانت نمی دانند بلکه برای امانی شدن بد، تجدید عقد و قبض مجدداً لازم می دانند (نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۶، ص ۱۴۵) در حالی که اگر اذن مالک برای ایجاد امانت کافی بود نیازی به تجدید عقد و قبض وجود نداشت.

این اشکال نیز وارد به نظر نمی رسد. زیرا اولاً اکثر قریب به اتفاق فقها، اذن مجدد مالک را برای تجدید امانت کافی می دانند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۱۲) ثانیاً فقهایی که برای تجدید امانت، تجدید عقد و قبض را لازم دانسته اند نه به دلیل اعتقاد آن‌ها به عدم کفایت اذن برای ایجاد امانت بلکه به این دلیل است که این فقها معتقدند با تعدی امین، تصرف او مشمول دلیل علی الید قرار گرفته و مطابق این روایت، ضمان تا زمان تأدیه مال به مالک باقی است (علی الید ما اخذت حتی تودیبه). به بیان دیگر مطابق این روایت، غایت خروج از ضمان، اطاق مال به مالک است و بر اذن مجدد مالک، «اداء» و «تأدیه» صئق نمی کنند (یزدی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۸۱). بنابراین مادام که مال مجدداً به مالک بازپس داده نشود، متصرف از شمول دلیل بد خارج نمی گردد پس آن چه از کلام این فقها قابل استفاده است نه عدم توانایی اذن برای ایجاد امانت بلکه عدم توانایی اذن برای رفع ضمان و امین ساختن کسی است که ید او به دلیل غصب یا تعدی ضمانتی شده و مشمول دلیل بد فرار گرفته است.

همان گونه که دیدیم هیچ کدام از موارد نقض مطرح شده از سوی صاحب عناوین بر دیدگاه مشهور قابل پذیرش نبود و بر توانایی اذن برای ایجاد امانت اشکالی وارد نیست.

اما نکته ای که تذکر آن در این جا ضروری به نظر می رسد این است که در کلمات فقها به استناد به قاعده‌ی تحت عنوان «الاذن لا ینافی الضمان» یا «الاذن لا یرفع الضمان» بر می خوریم اما این استنادات به معنای تأیید قول صاحب عناوین نیست زیرا مراد فقها از این قاعده این است که «جواز تکلیفی» ملازمه با عدم ضمان ندارد یعنی اگر در موردی به دلیل اذن شارع یا مالک انجام عملی تکلیفاً مجاز باشد این جواز، رافع ضمان اتلاف یا ضمان ناشی از استیفا نیست. مثلاً شخص در صورت اضطرار مجاز است از غذای متعلق به غیر استفاده کند یا شیشه‌ی اتومبیل غیر را شکسته و خود را از آتش برهاند ولی در عین حال از بنب اتلاف یا استیفا، ضامن خسارات وارده است. تبصره‌ی ماده‌ی ۵۵ ق. مجازات اسلامی به همین مطلب اشاره دارد. یکی دیگر از موارد رایج استناد به این قاعده مسأله اتلاف در مقام معالجه است که علی رغم جواز معالجه، پزشک ضامن آسیب‌های وارده به بیمار است. از این قاعده با عبارت صریح تر «الجواز الشرعی لا ینافی الضمان» نیز تعبیر شده است. (نجفی، همان، ج ۴۳، ص ۴۶). در این زمینه مقایسه دو عبارت از صاحب عروه، درس آموز است. صاحب عروه در یکی از حواشی خود بر مکاسب می گوید: «ان الاذن من حیث هو - سواء کن مالکاً او شرعياً - لا یرفع الضمان، و انما الراجع هو اسقاط الاحترام الذی لا یصلق الا مع الاذن المجانی» (یزدی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۹۹) و در جای دیگر و در حاشیه‌ی دیگری چنین می گوید: «الاذن فی التصرف مسقط للضمان» (همان، ص ۴۵۸).

تأمل در کلام محقق یزدی نشان می دهد که بین این دو عبارت، تفاوتی نیست. زیرا یکی مربوط به ضمان اتلاف و دیگری ناظر به ضمان ید است. به بیان روشن تر عبارت اول ناظر به فرضی است که یا بنده مال، مال

مجهول المالك را به اذن شارع صدقه داده و اکنون مالک مال پیدا شده و مال خود را مطالبه می کند. در این فرض بسیاری از فقها و از جمله صاحب کتاب «العروه الوثقی» معتقد به ضمان یابنده مال هستند و در توجیه ضمان وی می گویند اگر چه یابنده از سوی شارع، مجاز و مأثور در صدقه دادن بوده ولی جواز تکلیفی صدقه دادن که در حکم اتلاف مال به ضرر مالک است، ملازمه ای با عدم ضمان یابنده ندارد. به عبارت ساده تر محقق یزدی در این عبارت در مقام توجیه ضمان اتلاف علی رغم اذن شارع و جواز تکلیفی عمل است و البته در ادامه تصریح می کند اگر اذن مالک شامل اتلاف مال نیز بوده و به اصطلاح به معنای اسقاط احترام مال باشد، در این صورت، اذن مانع از تحقق ضمان اتلاف است مانند اذن صاحب خانه به میهمان در استفاده از غذا یا اذن تبرعی مالک به استفاده دیگری از منافع مال (ذیل ماده ۳۳۲ ق.م) که موجب عدم ضمان استفاده کننده نسبت به منافع می گردد. به طور خلاصه صاحب عروه در عبارت اول در مقام بیان این مطلب است که اذن مالک یا شارع در انجام عمل زیانبر هر چند تکلیفاً انجام عمل را مجاز می سازد ولی ملازمه ای با رفع حکم وضعی یعنی ضمان ناشی از آن اتلاف ندارد مگر آن که مالک با اذن خود، حرمت مال خود را برداشته و اسقاط احترام نموده باشد. در حالی که عبارت دوم مرحوم محقق یزدی مربوط به مسأله ای مقبوض به عقد امانی فاسد و در مقام توجیه امانت و عدم «ضمان ید» کسی است که به اذن مالک بر مال مسلط شده است.

۵- تسلیط مجانی و غیر تضمینی یا تسلیط غیر معوض

برخی از فقهای بزرگ هم چون شیخ انصاری در توجیه عکس قاعده ای مایضمن، از تسلیط مجانی و غیر معوض به عنوان مبنای عدم ضمان سخن گفته اند.^۴ محقق رشتی نیز تسلیط مجانی و بدون توقع عوض را مبنای عدم ضمان دانسته است.^۵ این قول علی رغم شباهت ظاهری با قول صاحب عناوین مبنی بر ضرورت تقدیم اذن به عدم ضمان برای ایجاد امانت، درست در مقابل آن بوده و بیان دیگری از مبنای مشهور است. زیرا اولاً شیخ در مقام توجیه عکس قاعده ای مایضمن یعنی عدم ضمان متصرف در قبایل تلف مال حتی در فرض بطلان عقد امانی یا عقد مجانی مانند هبه است نه در مقام بیان سبب امانت در عقود امانی.

توضیح این که بر اساس قاعده ای «مالا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» در عقودی که در صحیح آن ها ضمان نیست در فرض فساد و تلف مال در نزد گیرنده نیز ضمان و مسؤولیتی متوجه گیرنده نیست. این قاعده هم شامل عقود امانی فاسد می گردد هم عقود مجانی فاسد مثل هبه یا صلح مجانی. حال شیخ برای توجیه این قاعده باید دلیلی را ذکر کند که هم شامل عقود امانی گردد و هم شامل عقود مجانی و روشن است که استدلال به امان بودن متصرف، تنها به کار عقود امانی فاسد می آید. و برای توجیه عدم ضمان گیرنده در عقود مجانی فاسد کارایی ندارد. زیرا در هبه ای فاسد هر چند متبهب ضامن مال موهوب در فرض تلف نیست اما مسلماً علت عده ضمان وی امان بودن وی نیست. چرا که واهب، قصد تملیک مال به متبهب را داشته نه دادن اذن به تصرف در مال موهوب. بر همین اساس شیخ در توجیه عکس قاعده به دنبال عبارتی است که علاوه بر عقود امانی، عدم ضمان گیرنده در هبه ای فاسد را نیز توجیه کند و به همین خاطر بر نکته مشترک در عقود امانی و عقود مجانی یعنی غیر معوض بودن تسلیط

۴- «فحاصل انه عدم ضمان المستأمن ان مع دفع المالك عليه ملاکه علی وجه لا یضمنه بعوض واقعی - اغنی لمتل و لقیمه - و لا جعلی فلیس علیه ضمان» (انصاری، همان، ج ۳، ص ۱۹۸)

۵- «هو الوجه فيه سببه عموم علی الیه للضمان و لیخرج عنه الا تسلیط المجانی و لیراد به ما لیرتکن له عوض لا علیلاً و لا اجلاً و لیباره آخری: لا علیلاً و لا متوقفاً و لیبرکن تسلیطاً فیه علی وجه الضمان و لو رجاء فان كان علی وجه الضمن بالعوض کلفقد لقیس، او کان اتسایطاً فیه برجاه العوض کالمقبوض بالسوم فیحکم فیه بالضمناً عملاً بعموم علی الیه» (رشتی، ۱۲۰۷، ص ۳۶۸)

یا دفع مال به گونه غیر تضمینی انگشت نهاده است نه صرفاً بر اذن مالک به استیلا که تنها در عقود امانی وجود دارد؛ ثانیاً دقت در تعبیر این بزرگان مانند «دفع المال علی وجه لا یضمنه بعوض واقعی ولا جعلی» یا «عموم ما دل علی من لم یضمنه لمالک» که در کلام شیخ آمده و یا عبارت «لم یکن التسلیط قبه علی وجه الضمان» که در کلام محقق رشتی آمده به روشنی نشان می دهد که مراد آنان، «تقیید اذن به عدم ضمان» نیست بلکه مراد «عدم تقیید اذن به ضمان» یا «عدم تقیید به عوض» یا «عدم توقع عوض فعلی یا آتی» است و روشن است که بین این دو تفاوت اساسی وجود دارد. زیرا «تقیید به عدم ضمان» امری وجودی و محتاج اثبات و «عدم تقیید به ضمان» امری عدمی و مطابق با اصل است. بنا بر این از نظر این فقها برای این که اذن بتواند موجب امانت گردد کافی است که معاوضی و مقید به ضمان نباشد و روشن است که این مبنا هم شامل اذن مطلق می گردد و هم شامل اذن مقید به عدم ضمان یا مقید به مجانیت و به دیگر سخن از منظر شیخ اعظم انصاری و پیروان وی، از بین اقسام سه گانه ی اذن، تنها اذن مقید به ضمان یا اذن معاوضی یا اذن تضمینی و مقید به عوض از ایجاد امانت و رفع ضمان ناتوان است. بر همین اساس از نظر شیخ انصاری و تمام معتقدان به عکس قاعده «ما یضمن» بد گیرنده در کلیه عقود امانی و عقود مجانی مانند هبه و صلح مجانی اعم از این که این عقود صحیح باشند یا فاسد، بد امانی است و مبنای عدم ضمان گیرنده نیز آن است که اذن مالک مقید به عوض نبوده است.

مبحث دوم - سبب امانت از دیدگاه قانون مدنی

با توجه به فقدان حکم صریح مسأله در قانون مدنی، در بین اساتید حقوق مدنی ایران در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد. مرحوم امامی را از زمره ی کسانی تلقی کرده اند که معتقد است صرف اذن، قاهر به رفع ضمان نیست و تنها در فرضی می تواند ضمان را منتفی سازد که مطابق قانون، مصدق امانت محسوب شود (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۹). این نسبت به نظر درست نمی آید. زیرا مرحوم امامی در توجیه ضمان آخذ بالسوم، همانند مشهور فقها، ملاک ضمن را در قصد مالک و معاوضی بودن اذن وی جستجو می کند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۷۰). در حالی که اگر از نظر ایشان اذن کافی برای رفع ضمان نمی بود به چنین استدلالی نیاز نبود.

استاد برجسته حقوق مدنی ایران استاد دکتر ناصر کاتوزیان را باید از موافقان دیدگاه مشهور به حساب آورد زیرا اگر چه ایشان در یک موضع به طور ضمنی از مبنای نخست صاحب عناوین یعنی اخذ مال به مصلحت مالک دفاع نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۶۵) اما در چند موضع دیگر تصریح نموده اند که ضرورتی ندارد صفت امانت ناشی از حکم قانون باشد و اذن مالک می تواند وصف امانت را برای متصرف به وجود آورد و بر همین اساس، ضمان آخذ بالسوم را همانند مشهور فقها نه بر مبنای عدم کفایت اذن مالک در ایجاد امانت بلکه بر مبنای شرط ضمنی و مسؤولیت قراردادی توجیه کرده اند (کاتوزیان، همان، ۸۶/ همو، ۱۳۷۴، ص ۷۴/ همو، ۱۳۶۴، ص ۲۷).

استاد دکتر جعفری لنگرودی از مخالفان دیدگاه مشهور به حساب می آیند. ایشان در برخی از تألیفات اخیر خود صراحتاً اظهار داشته اند که اذن طبعاً اقتضای رفع ضمان نمی کند مگر این که بر عنوان قانونی دیگر مانند امانت بر تصرف مأذون منطبق شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۰/ همو، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۱۴-۴۰۹). بر اساس دیدگاه ایشان، امانت مالکانه به پنج نوع تقسیم گردیده و حکم عدم ضمان تنها به برخی از مصادیق آن اختصاص یافته است. مثلاً بر اساس این دیدگاه، مستأجره، ضامن نقص و تلف عین مستأجره است؛ مگر شرط عدم مسؤولیت شده باشد یا عذر عام پیش آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۶۲۱). یکی از مبنای دیدگاه استاد جعفری لنگرودی تفکیک بین امانت و ایتمان است. از نظر ایشان امانت اعم از ایتمان است. هر عقد که مبنای تسلیم مال در آن وجود صفت امانت در طرف عقد باشد مصداق ایتمان است مانند ودیعه، عاریه و مضاربه. از نظر ایشان مراد از امین در احادیث

که ضمان ید از وی نفی شده همین معنی است. در مقابل این اصطلاح، اصطلاح دیگری وجود دارد که ساخته‌ی متشرعه است و بر اساس آن هر گونه تصرف در مال غیر که غضب حقیقی یا حکمی نباشد امانت و امانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۳-۴۰۲). بر اساس این تقسیم‌بندی اجاره اعیان و اشخاص هر چند از امانات به معنی اعم هستند اما مصداق ایتمان یا امانت به معنای اخص نیستند. ایشان معتقدند بر اساس روایات موجود، حکم عدم ضمان ناظر به امانت ایتمانی است نه امانت مصطلح متشرعه.

به هر تقدیر صرف نظر از درستی یا نادرستی این دیدگاه، این نظریه را نمی‌توان در عناد دیدگاه‌های حقوقی به شمار آورد زیرا این دیدگاه نه در مقام کشف دیدگاه قانون مدنی بلکه در پی استنباط حکم مسأله‌ی امانت بر اساس روایات موجود و قطع نظر از قانون مدنی می‌باشد. به بیان دیگر استاد جعفری لنگرودی در این تحلیل، نه در جامه‌ی یک حقوق دان بلکه در کسوت یک فقیه و بر کرسی افتاء ظاهر شده‌اند. و دقیقاً به همین دلیل است که در این دیدگاه هیچ ابایی از مخالفت با احکام صریح قانونی هم چون امانت مستأجر وجود ندارد. بر همین اساس ما نقد و بررسی این دیدگاه را که مستلزم تحلیل و جمع‌بندی روایات است خارج از چارچوب این مقال و فراتر از شأن خود دانسته و از آن چشم می‌پوشیم. با وجود این باید یادآور شد که در کلمات استاد جعفری هیچ دلیل قابل توجهی در مخالفت با قول مشهور و انکار تأثیر آن در ایجاد امانت به چشم نمی‌خورد و تنها دلالی که در این زمینه در آثار ایشان به چشم می‌خورد یکی استناد به مسأله‌ی ضمان اخذ بالسوم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۰) که توجیه آن به تفصیل گذشت و دلیل دیگر ایشان استناد به برخی آراء مخالف در این زمینه است که همگی مربوط به سایر مذاهب فقهی است و طبعاً در تفسیر قانون مدنی نمی‌توانند مورد اعتنا قرار گیرند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۲-۴۰۰).

در بین اساتید حقوق مدنی ایران تنها کسی که به صراحت و با تفصیل تمام با قول مشهور به مخالفت برخاسته و مبتای سببیت اذن برای رفع ضمان از متصرف را با مبتای منتخب قانون مدنی مخالف قلمداد نموده، استاد فقید و برجسته حقوق مدنی ایران مرحوم استاد دکتر مهدی شهیدی است. این استاد برجسته معتقد است از نظر قانون مدنی تصرف مأذون تنها در صورتی موجب ضمان نخواهد بود که با یکی از قالب‌های امانی پیش‌بینی شده در قانون قابل تطبیق باشد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۹). بنا بر این نظر، امین بودن ثمره مأذون بودن متصرف نیست بلکه برای حکم به امانت متصرف تحقق یکی از عقود امانی که قانون گذار تصریح به امانی بودن ید متصرف در آن نموده، ضروری است. ایشان علاوه بر استناد به مسأله‌ی ضمان مقبوض به عقد فاسد و مسأله‌ی مأخوذ بالسوم، به مفهوم مخالف ماده‌ی ۶۳۱ قانون مدنی استناد نموده و گفته است براساس مفهوم این ماده تنها در صورتی که قانون کسی را نسبت به مالی امین قرار داده باشد او همانند مستودع بوده و ضامن تلف و نقص مال نمی‌باشد و قانون گذار در هیچ متنی تصرف مأذون را امانی محسوب ننموده و از دلیل ید خارج نکرده است. ایشان مواردی هم چون ماده‌ی ۴۹۴ ق.م.را که به طور ضمنی حکایت از پذیرش امانت به صرف ذن مالک می‌کند را استثنایی تلقی نموده‌اند.

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر از نقاط ضعف متعددی رنج می‌برد. نخست این که بر تفسیری لفظی و صورت‌گرایانه از ماده‌ی ۶۳۱ استوار است. زیرا مراد از عبارت «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار نداده باشد، مثل مستودع است» در ماده‌ی ۶۳۱، تنها مصرحات قانونی نیست بلکه بی‌گمان اصول و قواعد مستخرج از قانون نیز بخشی از قانون و نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد. و چنان که خواهیم دید از مجموع مواد قانون مدنی، سببیت اذن برای رفع ضمان قابل استنباط است؛ چنان که برخی دیگر از اساتید به این امر تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۷). ولنگهی این نحو تفسیر نتایجی را به دنبال دارد که گمان نمی‌رود حتی صاحب این تفسیر نیز بدان ملتزم گردد. مثلاً قانون مدنی در هیچ متنی از امین بودن و کیل و متولی وقف و موقوف علیهم و عامل در مزارعه و

مساقات، و حتی امین بودن اجیر) جز در مورد متصدی حمل و نقل) سخن نگفته است و التزام به این تفسیر ایجاب می‌کند که این موارد را از مصادیق امانت به حساب نیاوریم در حالی که هیچ کس در امین بودن این افراد کم‌ترین تردیدی ندارد.

اشکال دیگر این دیدگاه این است که فاقد هرگونه تحلیل در باب سبب امانت است. در این دیدگاه، موارد امانت ملکته موارد پراکنده‌ای هستند که هیچ نظم و قاعده‌ی خاصی بر آن‌ها حکومت نمی‌کند و تنها حکم قانون گذار به امانی بودن، آن‌ها را در کنار هم قرار داده است و هیچ ویژگی مشترکی که مبنای حکم قانون گذار به امانی بودن آن‌ها باشد از آن‌ها قابل استخراج نیست. به عبارت دیگر در این موارد ید متصرف امانی است چون قانون گذار چنین خواسته است! اما این تصرفات چه خصوصیتی داشته که قانون گذار آن‌ها را امانی تلقی کرده این دیدگاه هیچ پاسخی برای آن ندارد. از دیگر اشکالات این تحلیل این است که بدون توجه به لحن ماده‌ی ۳۰۸ ق.م.د امانی را تخصیصاً از غصب حکمی ضمان ید خارج می‌داند. درست است که بسیاری از فقها به دلیل اطلاق حدیث علی الید دلیل ید را شامل تمام ایادی دانسته و ید امانی را تخصیصاً از دلیل ید خارج می‌دند نه تخصیصاً اما در قانون مدنی عبارت مطلق «هم چون دلیل ید وجود ندارد که به نحو مطلق، استیلا بر مال غیر را موجب ضمان دانسته باشد و برای خروج از آن نیاز به مخصص باشد بلکه قانون گذار از همان ابتدا و البته بر مبنای قول مشهور در فقه، در ماده ۳۰۸ غصب حکمی و ضمان ید را منحصر در «استیلا‌ی بدون مجوز» نموده است و با افزودن قید «بدون مجوز»، تمامی تصرفات مجاز و مأذون را موضوعاً از شمول ماده ۳۰۸ خارج دانسته است.

اشکال دیگری که بر تحلیل مرحوم شهیدی وارد است این است که برای تخصیص دلیل ید وجود عنوان «امانت» را ضروری شمرده است و این در حالی است که بنا بر مفهوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی، برای خارج شدن ید از شمول ضمان ید و غصب حکمی، عنوان «مجاز و مأذون بودن» در استیلا کافی است و حاجتی به عنوان «امانت» نیست. به دیگر سخن قانون گذار نگفته است که «استیلا امانی در حکم غصب نبوده و موجب ضمان نیست» بلکه مفهوم ماده ۳۰۸ این است که «استیلا مجاز و مأذون در حکم غصب و موجب ضمان نیست». بدین ترتیب برای خروج از منطوق ماده ۳۰۸ و ضمان ید، کافی است استیلا، مصداق استیلا همراه با مجوز یا همان تصرف مأذون باشد و دیگر نیازی به این که قانون گذار صراحتاً از امین بودن وی سخن گفته باشد نیست. در واقع قانون مدنی به تبع قول مشهور در فقه، ملاک در تمیز ید امانی از ضمانی را مجاز و مأذون بودن تصرف قرار داده و به جای تأکید بر عنوان امانت بر عنوان اذن، انگشت نهاده است. بنابراین اگر قانون مدنی استیلا را مطلقاً و بدون تقیید به «عدم مجوز» در حکم غصب اعلام کرده بود، برای خروج هر تصرف از شمول غصب حکمی نیازمند مخصص بودیم و در فرض تردید در تخصیص چاره‌ای جز حکم به ضمان نبود و هم چنین جا داشت پرسیده شود آیا مواردی که به موجب قانون امین شناخته شده‌اند به دلیل مأذون بودن آن‌ها بوده تا بتوان از آن حکم کلی امین بودن مأذون در تصرف را به دست آورد یا دلیل دیگری داشته است و طبیعتاً اگر علیت اذن برای امانت اثبات نمی‌گردید و احتمال داده می‌شد که انصاف به امانت داور مدار اطلاق عنوان امین از سوی قانون گذار یا ناشی از اذن مقید به عدم ضمان بوده باشد می‌بایست مانند مرحوم شهیدی خروج از دلیل ید را منحصر به موارد مصرح امانت می‌نمودیم و در صورت شک نیز حکم به ضمان را ثابت می‌دانستیم. اما همان گونه که گفتیم قانون مدنی غصب حکمی را منحصر در استیلا بدون مجوز نموده و نه تنها موارد امانت را تخصیصاً و موضوعاً از غصب حکمی خارج دانسته بلکه امانت را با مأذونیت گره زده به گونه‌ای که برای حکم به عدم ضمان و امانت متصرف کافی است «استیلا‌ی بدون مجوز» بر آن صدق نکند و هیچ امر دیگری از جمله اطلاق عنوان امانت از سوی قانون گذار نیز برای تحقق آن ضروری نیست. نکته‌ی عجیبی که همین جا باید یاد آور شد این است که مرحوم شهیدی تنها به مخالفت با سببیت اذن مطلق برای امانت بستننده نموده بلکه بر خلاف تمامی نویسندگان، اذن امانی را نیز ناتوان از ایجاد وصف امانت دانسته است! ایشان

اذن را به سه قسم اذن امانی، اذن ضمانی و اذن مطلق تقسیم نموده و پس از مسلم فرض کردن ناتوانی اذن مطلق و اذن ضمانی از ایجاد امانت پرسیده اند. «یا مالک می تواند به دیگری اذن امانی در تصرف در مال خود بدهد به طوری که با چنین اذنی، تصرف مأذون، امانی باشد؟» (شهیدی، همان، ص ۱۱۰) و نهایتاً پاسخ داده اند که حتی اذن امانی نیز توان امانی ساختن ید متصرف را ندارد (همان، ص ۱۱۳) و در این جهت، گوی سبقت را از تمامی مخالفین قول مشهور روده اند! سنگ بنای استدلال ایشان این است که امانت نیز هم چون ضمان، حکمی قانونی یا اثری از آثار قانون است که قانون گذار برای برخی نهادها و وضعیت های خاص پیش بینی نموده است و چنین حکم و اثری را نمی توان برای سایر نهادها و از جمله اذن شناخت. از سوی دیگر ماهیت اذن چیزی جز ترخیص و اعلام رضای مالک نیست و بنابراین اذن بر خلاف قصد انشاء نمی تواند ماهیتی را در عالم اعتبار خلق کند که اثر قانونی آن امانی بودن ید متصرف باشد (همان، ص ۱۱۲-۱۱۰).

نخستین اشکال این تحلیل این است که اگر مراد ایشان از اذن امانی، اذن مقید به عدم ضمان باشد - که ظاهراً همین است - نه تنها با هیچ دیدگاهی حتی سخت گیرانه ترین دیدگاه ها نیز هم خوانی ندارد بلکه با آن چه در باب نقش اذن مالک در عدم ضمان ناشی از اتلاف گفتیم نیز ناسازگار است. چگونه می توان پذیرفت که که اذن مقید به عدم ضمان، توانایی جلوگیری از ضمان اتلاف را داشته باشد اما توان جلوگیری از ضمان ناشی از تلف قهری را نداشته باشد؟ یعنی مالک می تواند به دیگری اذن دهد که در مال وی تصرف نماید و این اذن حتی تصرفات منجر به اتلاف را نیز در بر گیرد و این اذن نافی ضمان اتلاف متصرف خواهد بود اما نمی تواند مسؤلیت تلف قهری مال خود را از دوش متصرف بردارد! ریشه این اشکال را باید در سبنای ایشان در باب ماهیت امانت جستجو کرد از نظر ایشان امانت نیز همانند ضمان، حکمی از احکام قانونی است و همان گونه که وضع و رفع ضمان به دست قانون گذار است امین تلقی کردن یا نکردن اشخاص نیز به دست قانون گذار است و مالک نمی تواند متصرف مال خود را متصرف به صفت امانت نماید.

در پاسخ این اشکال باید گفت بر خلاف تصور مرحوم شهیدی امانت حکم قانونی نیست تا افراد از ایجاد آن ناتوان باشند، بلکه خود موضوع حکم قانون گذار به عدم ضمان است و آن چه در قبال امین قرار می گیرد عناوینی چون غاصب یا متصرف غیر مأذون است نه ضامن؛ و عدم ضمان امین نیز اگر چه امری مسلم است اما از احکام مترتب بر امانت است نه خود امانت. همان گونه که اشاره شد صرف نظر از این که چه مبنایی را به عنوان سبب امانت بپذیریم امین عنوانی است برای کسی که به اذن مطلق (مبنای مشهور) یا اذن مقید به عدم ضمان (مبنای مخالف مشهور) بر مال مالک مسلط گردیده و امانت وصف آن است و عدم ضمان امین نیز نتیجه ی خروج تخصیصی یا تخصیصی این عنوان از دلیل ضمان است و به تعبیر ساده تر دلیل ضمان چنین عنوانی را در بر نمی گیرد. بدین ترتیب روشن می شود که اطلاق عنوان امین بر شخص را نمی توان با امور تشریحی مقایسه نمود و آن را در انحصار قانون گذار دانست. در فقه نیز هیچ کس در این شک ندارد که اگر مالک، دیگری را امین مال خود قلمداد نماید، مشمول عنوان امین گردیده و از دلیل ید خارج خواهد بود. عبارت شایع «استیمان مالک» نیز به همین معنا اشاره دارد. و اساساً معلوم نیست که بر اساس این دیدگاه چه تفاوتی بین امانت شرعی و امانت مالکانه وجود دارد و انگهی بر فرض که امانت، حکم قانون گذار نیز باشد این دیدگاه با مشکل روبروست و از عهده توجیه برخی موارد نقض مسلم بر نمی آید. به عنوان مثال اگر قرار باشد به دلیل حکم بودن امانت، اراده افراد را از ایجاد آن ناتوان بدانیم این اشکال در مورد «ضمان» که در حکم بودن آن هیچ تردیدی نیست شدیدتر وجود دارد در حالی که هیچ حقوق دانی را سراغ نداریم که به این ادعا که ضمان حکم قانون است و افراد نمی توانند آن را ایجاد کنند در درستی «شرط ضمان» و توانایی

اشخاص در ایجاد چنین شرطی تردید نموده باشد.^۶

از آن چه در خصوص حکم نبودن امانت گفته شد پاسخ بخش دیگر استدلال مرحوم شهیدی مبنی بر این که اذن به دلیل ماهیت غیر انشائی خود از خلق ماهیتی که امانت از احکام آن باشد عاجز است نیز معلوم می شود زیرا همان گونه که گفتیم مراد از سببیت اذن برای رفع ضمان این نیست که امانت حکم قانونی اذن است یا اذن قائل است ماهیتی را انشاء کند که حکم امانت بر آن مترتب گردد بلکه مراد از سببیت اذن برای عدم ضمان، سببیت غیر مستقیم و از طریق محقق ساختن عنوان امین است که موضوعاً از عنوان استیلائی بدون مجوز خارج است و نتیجه ی این خروج، برائت و عدم ضمان متصرف است.

در تهاتر صرف نظر از انتقادات وارد بر دیدگاه های مخالف مشهور، اساساً ملاحظه و تأمل در قانون مدنی حکایت از این دارد که قانون مدنی هم چون اکثر موارد در این جا نیز از دیدگاه مشهور تبعیت کرده است. زیرا از یک سو قانون مدنی در ماده ی ۳۰۸ ضمان ید را به دو مورد اختصاص داده است: غصب واقعی و غصب حکمی. و غصب حکمی را منحصر در استیلائی بدون مجوز نموده است. آیا این تعبیر را جز بر قول مشهور که ضمان را منحصر در استیلائی غیر مأذون می داند، می توان حمل نمود؟ اگر بپذیریم که استیلائی مأذون و به رضای مالک، استیلائی نامشروع و بدون مجوز نیست که حقیقت هم همین است معنای آن این خواهد بود که تصرف مأذون تخصصاً از شمول دلیل ید خارج است و در این صورت دیگر عدم ضمان متصرف مأذون مطابق با قاعده بوده و محتاج دلیل نیست. زیرا با عدم جریان دلیل ید، اصل برائت و عدم ضمان، بدون معارض باقی می ماند انشاء ماده ی ۳۰۸ ق.م و استفاده از تعبیر «استیلائی بدون مجوز» به خوبی نشان می دهد که نویسندگانی قانون مدنی هم داستان با مشهور فقها، امانت را بر اساس اذن تفسیر می نمایند و همین که استیلا بر اساس اذن و مجوز مالک یا شارع واقع شده باشد از دلیل ید خارج خواهد بود.

یکی دیگر از دلایل مهمی که حکایت از حاکمیت قول مشهور بر قانون مدنی دارد و چنان که باید مورد توجه قرار گرفته ماده ی ۳۳۷ ق.م است. بر اساس این ماده هر کس با اذن صریح یا ضمنی مالک از مال وی استیفای منفعت کند، باید اجرت المثل آن را بپردازد مگر این که معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است. تأمل در این ماده که مصداق بارز اذن مطلق و غیر مندرج در عقود امانی مصرح در قانون است، نشان می دهد که بر خلاف تصور برخی از نویسندگان (شهیدی، همان، ۱۰/۸۲) قانون گذار، ید متصرف مأذون را امانی تلقی نموده زیرا اگر ید وی ضمانتی بود او می بایست مانند همه ی موارد ید ضمانتی نسبت به مطلق متافع ضامن باشد نه فقط منافع استیفا نموده است. نکته دیگری که از این ماده استفاده می شود این است که بر خلاف تصور مرحوم شهیدی، امانت از آثار عقود امانی نبوده و در خارج از این عقود و در قلمرو روابط غیر قراردادی نیز می توان از امین بودن متصرف سخن گفت.

از دیگر موادی که به خوبی نشان از سببیت اذن برای امانت دارد ماده ۴۹۴ قانون مدنی است. به موجب این ماده «عقد اجاره به محض انتضای مدت بر طرف می شود، اگر پس از انتضای آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک در تصرف خود نگاه دارد موجد برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای

۶ - البته در فقه برخی از فقهاء همچون مرحوم آیت الله خوئی در درستی شرط ضمان در عقود امانی به جز در مواردی که در روایات بدان تصریح شده مانند شرط ضمان در عاریه، به استدلال ناتوانی اشخاص از ایجاد حکم تردید کرده اند اما اولاً این قول با مخالفت بسیاری دیگر روبرو شده و ثانیاً تنها سببیت به ضمان است که حکم بدون آن مسلم است نه امانت که فقهاء صرف نظر از مبنای منتخب خود در سبب امانت در توانایی اراده قرارداد در ایجاد آن هیچ تردیدی ندارند و اختلاف آن ها صرفاً در لزوم تقبیل یا عدم تقبیل اذن به عدم ضمان است که حکم بودن آن مسلم است نه امانت که فقهاء صرف نظر از مبنای منتخب خود در سبب امانت در توانایی اراده قرارداد در ایجاد آن هیچ تردیدی ندارند و اختلاف آن ها صرفاً در لزوم تقبیل یا عدم تقبیل اذن به عدم ضمان است.

منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید. همان گونه که به روشنی از این ماده استفاده می شود پس از انقضای مدت اجاره که دیگر رابطه ی بین طرفین، رابطه ی قراردادی نیست، متصرفی که مال را با «اجازه» مالک در تصرف نگاه داشته امین محسوب می شود. زیرا در این مورد نیز متصرف، تنها نسبت به منافع مستوفات ضامن است و این حکم جز با امین بودن متصرف سازگار نیست. چراکه در ید ضمانی، متصرف ضامن تمامی منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات است کما این که در همین ماده نسبت به متصرف غیر مجاز تصریح شده است. این ماده نمونه خوبی است برای فهم ماده ۳۰۸ ق.م. که از استیلائی مجاز و غیر مجاز به عنوان مبنای ضمان و عدم ضمان متصرف مال غیر سخن گفته است. ترادف اجازه و اذن نیز در این ماده قابل توجه است. زیرا قانون گذار در شق اول از تعبیر «ذن مالک» و در شق دوم از «اجازه ی مالک» سخن گفته و باب هرگونه تردید در این که مراد ماده ۳۰۸ از «مجوز» چیزی غیر از «اذن» است بسته است. دلالت این ماده بر تبعیت قانون مدنی از قول مشهور و سببیت اذن و اجازه مالک در ایجاد امانت چندان واضح است که مرحوم شهیدی هیچ راهی برای توجیه آن نیافته و لذا مجبور شده است بدون هیچ دلیلی آن را یک حکم استثنایی تلقی نماید.

نتیجه گیری:

گفتیم که بر اساس قول مشهور در فقه، اذن و رضایت مالک به این که دیگری بر مال وی مستولی گردد برای ایجاد صفت امانت کافی است و ضرورتی ندارد مالک، مال را به عنوان امانت و یا در قالب یک عقد امانی در اختیار شخص قرار داده باشد. تأمل در مواردی که اطلاق امین بر آنان شده مانند مستاجر و مستعیر، به خوبی نشان می دهد تنها چیزی که در این مصادیق مشترک است و می تواند مبنای اطلاق عنوان امین باشد این است که مالک با رضایت، دیگری را بر مال خود مسلط ساخته است. به تعبیر محقق اصفهانی «کل تسلیط عن الرضا ائتمان» (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۳۰). با این تحلیل معلوم می شود که چرا مشهور فقها در عقود امانی فاسد نیز قائل به امانت و عدم ضمان متصرف هستند. زیرا امانت از آثار عقد امانی نیست که تحقق آن در گرو صحت عقد باشد؛ بلکه نتیجه رضایت مالک به استیلائی غیر بر مال اوست که در عقد امانی فاسد نیز وجود دارد.

گفتیم که اشکالات و نقض های متعددی بر دیدگاه مشهور مطرح شده که مهم ترین آن ها مسأله ی مقبوض به عقد فاسد و أخذ بالسوم است که در آن ها علی رغم وجود اذن مالک، حکم به ضمان شده است. مشهور فقیهان امامیه به توجیه موارد نقض پرداخته و گفته اند در مقبوض به عقد فاسد، مالک اذن به تصرف دیگری در مال خود را نداده بلکه مال را به تصور این که ملک گیرنده است به وی تسلیم نموده و در أخذ بالسوم نیز اذن مالک، اذنی تضمینی و معاوضی است نه یک اذن مطلق و لذا حکم به ضمان أخذ بالسوم نه به دلیل عدم توانایی اذن برای امانت بلکه به دلیل تقیید اذن به ضمان است.

دیدگاه مشهور به بیان های مختلف در کلمات فقها انعکاس یافته است. برخی از فقها هم چون محقق اصفهانی تعبیر تسلیط مقرون به رضای مالک را بر تعبیر اذن و رضای مالک ترجیح داده اند. برخی دیگر نیز از تعبیر تسلیط مجانی یا تسلیط بدون توقع عوض استفاده نموده اند و گفته اند اذن غیر مقید به عوض یا اذن بدون تضمین موجب امانت مأذون می گردد که این تعبیر نیز مآلاً به دیدگاه مشهور باز می گردد. از نتایج مهمی که بر دیدگاه مشهور مترتب است این است که در صورت احراز اذن مالک به تصرف، حکم به

امانت متصرف می شود و نیازی به اثبات عدم تقیید اذن به ضمان وجود ندارد زیرا عدم القید مطابق اصل است؛ در حالی که بر مبنای نظر کسانی که اذن مقید به عدم ضمان یا اذن مقید به مجانیت را سبب امانت می شمارند حتی در فرض احراز اصل اذن، در صورت شک در تحقق قید نمی توان حکم به امانت نمود.

دیگر نکته ی مهمی که دیدگاه مشهور را بر دیدگاه کسانی که امانت را منوط به حکم قانون گذار و در قالب عقود امانی منحصر می کنند برتری می بخشد این است که بر اساس مبنای مشهور، توجیه استمرار پدامانی پس از انقضای مدت (ذیل ماده ۴۹۴) یا انحلال عقد (مانند ماده ۷۹۰ ق.م.مینی بر امین بودن مرتبه حتی پس از برائت ذمه و قک رهن) بسیار روشن است زیرا بر مبنای مشهور، ملاک امانت مالکانه، رضایت مالک به تصرف است و تسلیط مقرون به رضا نیز کاشف از رضایت مالک به تصرف است و لذا مادام که مالک مال خود را مطالبه ننموده چنین فرض می شود که مالک هم چنان به بقای مال در نزد متصرف رضایت دارد. اما کسانی که امانت را حاصل حکم قانون گذار در خصوص عقود امانی می دانند در توجیه ادامه ی امانت مالکانه با مشکل جدی روبرو خواهند بود زیرا امانت از احکام مترتب بر عقد بوده و عقد نیز به حسب فرض، منحل یا منقضی شده است.

با وجود اختلاف نظر در بین اساتید حقوق به نظر می رسد قانون مدنی در این مسأله نیز از قول مشهور پیروی کرده است. نحوه ی بیان ماده ی ۳۰۸ ق.م که از استیلا بی‌دون مجوز به عنوان سبب ضمان ید سخن گفته، نشان می دهد که از نظر قانون گذار، استیلا با مجوز و مستند به اذن مالک یا شارع از شمول دلیل ید خارج است. استقرا در قانون مدنی این اصل را به دست می دهد که هر کجا استیلا با اذن مالک صورت گرفته، ید متصرف امانی تلقی شده است. ماده ی ۴۹۴ و ماده ی ۲۲۷ ق.م نیز که منصرف مأذون را تنها در قبال منافعی که استیفا نموده مسؤول شناخته است به خوبی حکایت از آن دارد که قانون گذار بد متصرف مأذون را امانی تلقی کرده والا می باست حکم به ضمان منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات می نمود. موادی هم چون ماده ی ۶۳۱ و ماده ی ۷۹۰ ق.م نیز که دلالت بر استمرار ید امانی مالکانه حتی پس از انقضا یا انحلال عقد دارد نشان می دهد که از نظر قانون مدنی امانت از احکام مترتب بر عقود امانی نیست بلکه امانت حاصل اذن و رضایت مالک به تصرف است.

منابع فارسی:

- ۱- امام سید حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، تهران، کتابفروشی اسلامییه
- ۲- پروچردی عبدالمحمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد
- ۳- بهجت شیخ محمد تقی (۱۳۸۴)، جامع المسائل، ج ۴ و ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات شفق
- ۴- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۵- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول، تهران، گنج دانش
- ۶- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۸۶)، الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوقی، ج ۱، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش
- ۷- شهیدی مهدی (۱۳۷۹)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد
- ۸- کاتوزیان ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱ (عقود نمیلکی - بیع، اجاره، فرض)، چاپ ششم، تهران، نشر کت انتشار
- ۹- کاتوزیان ناصر (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ اول، تهران، انتشارات بهتشر
- ۱۰- کاتوزیان ناصر (۱۳۸۷)، الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- ۱۱- محمدی ابوالحسن (۱۳۷۴)، قواعد فقه، چاپ دوم، تهران، موسسه نشر یلدا
- ۱۲- یزدانیان علیرضا (۱۳۸۶)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ق) حاشیه المکاسب، الطبعة الاولى، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- ۲- آصف محسنی، محمد (۱۳۸۲)، الضمانات الفقهية و أساليبها، الطبعة الاولى، قم، پیام مهر
- ۳- اصفهانی، کمپانی (شیخ محمد حسین) (۱۴۰۹ق) بحوث فی الفقه، الطبعة الثانية، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۴- اصفهانی، کمپانی (شیخ محمد حسین) (۱۴۱۸ق) حاشیه المکاسب، ج ۱ و ۲، قم، موسسه الطیبه لاحیاء التراث
- ۵- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۸۰هـ) وسیله النجاه (مع حواشی الامام الخميني)، الطبعة الاولى، تهران، موسسه نشر آثار امام خمینی
- ۶- الحسینی، الشاعرودی، سید علی (۱۳۸۷) محاضرات فی الفقه الجعفری، الطبعة الثانية، قم، موسسه دائره معارف الفقه الاسلامی
- ۷- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۸هـ ق)، کتاب المکاسب، ج ۳ و ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- ۸- بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق) القواعد الفقهیه ج ۲، الطبعة الاولى، قم، نشر الیهادی
- ۹- بهجت، شیخ محمد تقی (۱۳۲۸ق)، وسیله النجاه، ج ۱، قم، نشر دفتر آیت الله بهجت
- ۱۰- تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱ق) التعلیقه الاستدلالية علی تحریر الوسیله، الطبعة الاولى، تهران، نشر عروج
- ۱۱- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۰۹ق) وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۶، الطبعة الاولى، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام
- ۱۲- حکیم سید محسن طباطبایی (۱۴۰۵ق) منہج الفقهاء، الطبعة الاولى، قم، انتشارات ۲۲ بهمن
- ۱۳- حلی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، ج ۲، الطبعة الاولى، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۱۴- خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰ق) البیع، ج ۱، قم، انتشارات اسماعیلیان
- ۱۵- خمینی، سید روح الله (۱۴۱۴ق) تحریر الوسیله، ج ۲ و ۱، تهران، موسسه دار العلم
- ۱۶- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع ج ۲، الطبعة الثانية، قم، موسسه اسماعیلیان
- ۱۷- خوانساری، شیخ موسی (۱۳۱۸ق) منته الطالب فی شرح المکاسب (تقریر بحث المیزان لنادینی) ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی
- ۱۸- رشتی، گیلائی، میرزا حبیب الله (بی تا) کتاب الاجاره، چاپ سنگی، بدون نوبت چاپ و محل نشر
- ۱۹- رشتی، گیلائی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۷ق) فقه الامامیه، قسم الخیارات، الطبعة الاولى، قم، کتابفروشی دثوری
- ۲۰- سبزواری، سید عددا علی (۱۴۱۳) مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، ج ۲۱، الطبعة الرابعة، قم، دفتر آیت الله سبزواری
- ۲۱- سیستانی، سید علی (۱۴۲۰ق) منهاج المصلحین، ج ۲، الطبعة الاولى، قم، دفتر آیت الله سیستانی
- ۲۲- طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق) اریاض المسائل ج ۲، الطبعة الاولى، قم، موسسه آل ابیت
- ۲۳- عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق) مناجاة الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۶، الطبعة الاولى، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۲۴- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۳ق) الاجاره، الطبعة الاولى، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار
- ۲۵- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق) القواعد الفقهیه، ج ۱، الطبعة الثانية، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار
- ۲۶- قشیرکی، سید محمد (۱۴۲۱ق) الرسائل الفتناریه، الطبعة الثانية، قم، موسسه نشر الاسلامی، الضبعة الثانية
- ۲۷- کشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۲۲ق) تحریر المجله ج ۱، الطبعة الاولى، تهران، مجمع العالی للتقریب بین المذاهب
- ۲۸- کرکی (محقق ثانی)، علی ابن الحسین (۱۲۱۴ق) جامع المقاصد، ج ۶، الطبعة الثانية، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام
- ۲۹- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ق) هداية العباد، الطبعة الاولى، قم، دار القرآن الکریم،
- ۳۰- مامقانی، عبد الله ابن محمد (۱۳۱۶ق) غایه الامال فی شرح المکاسب، ج ۵، قم، انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیه
- ۳۱- مراغی، السید میر عبد الفتاح الحسینی (۱۴۱۷) بالمناوین الفقهیه، ج ۲، الطبعة الاولى، قم، موسسه النشر الاسلامی
- ۳۲- مرعشی، سید شهاب لدین (۱۴۰۶ق) منهاج المومنین، الطبعة الاولى، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی
- ۳۳- مشکینی، علی (۱۳۸۳) مصطلحات الفقه، الطبعة الرابعة، قم، دفتر نشر الیهادی
- ۳۴- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق) مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذعان، ج ۸، الطبعة الاولى، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۳۵- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰ق) القواعد الفقهیه، ج ۲، الطبعة الثالثة، قم، مدرسه الامام امیر المومنین
- ۳۶- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۸ق) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، الطبعة السابعة، بیروت، دار احیاء التراث العربی
- ۳۷- نوری، شیخ فضل الله (۱۴۱۴ق) رساله فی قاعده ضمان الید، الطبعة الاولى، قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۳۸- همدانی، آقا رضا (۱۴۱۶ق) امصباح الفقیه ج ۱۴، الطبعة الاولى، قم، موسسه الجمع فقه لاحیاء التراث
- ۳۹- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۸) حاشیه المکاسب، ج ۲، تحقیق شیخ عباس محمد آل عباس القطیفی، الطبعة الثانية، قم، موسسه الطیبه لاحیاء التراث

نقدی بر مقاله‌ی هزار و یک (یک دادنامه، هزار انتقاد)

محمد احمدزاده

مقدمه

استاد دکتر محمد علی جاهد در شماره ۵۹ مجله‌ی مدرسه‌ی حقوق پیرامون دادنامه‌ی صادره از شعبه دادگاه عمومی جزایی آستارا با اعتناز بستر سازی استحکام آرا در رویه‌ی قضایی ایرانی را بیان فرموده‌اند. نگارنده با مطالعه‌ی مقاله‌ی استاد با توجه به این که مدت‌هاست مبحث جرایم نقص (شروع به جرم) جزایی از سر فصل‌های حقوق جزای عمومی یک را تدریس می‌کند، بر خود واجب دانسته پیرامون مؤلفه‌های شروع به جرم و تأثیر آن در رویه‌ی محاکم به ویژه رأی مبحث عنه، انتقادی بر مقاله‌ی استاد ارائه کند.

به نظر ما استحکام و مستدل بودن آرای محاکم در هر کشور بیانگر بالندگی و پویایی جامعه‌ی حقوقی آن کشور است. تضمین آرامش افکار عمومی، به ویژه حقوق دانان، معلول نتیجه‌ی چنین آرای است که همگان در انتظار آن هستند. در این رهگذر، مقنن ایرانی در ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ ضمانت اجرایی بر عدم رعایت این دو ویژگی پیش بینی نموده است.^۱ گاهی در عمل بنا به دلایلی که در این مقاله نمی‌گنجد آرای قضات از چندان استحکام و استدلالی برخوردار نمی‌باشند، اگر چه آسیب شناسی این موضوع، موضوع مقاله‌ی دیگری است، لکن با اعمال سیاست مدبرانه می‌توان زمینه‌ی صدور آرای مستحکم را در دادگستری به وجود آورد.

* ایرادات مهم و اساسی وارد بر مقاله

۱) الزامی نبودن صدور بازداشت موقت در جرم آدم ربایی

توقیف احتیاطی یا بازداشت موقت مخالف اصل استمرار آزادی متهم در فرآیند دادرسی و تحقیقات مقدماتی است. آثار اصل برائت ایجاب می‌کند متهم در فرآیند دادرسی از مرحله‌ی تعقیب تا مرحله‌ی صدور حکم قطعی از آثار این اصل بهره‌مند شود. متأسفانه تجدیدات تقنینی به تاسی از نظام تفتیشی حاکم بر تحقیقات مقدماتی در پاره‌ای

وکیل پایه یک دادگستری تهران

۱- به موجب ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۸/۱۵ صدور رأی غیر مستدل و غیر مستدل موجب محکومیت انتظامی از درجه‌ی ۷ تا ۴ مانده ۱۳ این قانون خواهد بود.

از جرایم مهم، توقیف احتیاطی را تجویز نموده است. به نظر ما بازداشت موقت یک استثنایی بر اصل استمرار آزادی متهم در فرآیند تعقیب، تحقیق و دادرسی است. در مقام استثنا بایستی به قدر متیقن اکتفا کرد.^۲ ماده ۳۲ قانون آ.د.ک بر اساس شدت و میزان مجازات قانونی در پاره ای از جرایم با اعتدالز جلوگیری از محو دلایل و ثبانی در تکمیل ادله و آثار آن، صدور بازداشت موقت از سوی مقام قضایی را جایز دانسته است. متعاقباً در ماده ۳۵ قانون مرقوم صدور بازداشت موقت برخی از جرایم از جمله آدم ربایی با رعایت قیود ماده ۳۲ این قانون الزامی تلقی شده است. صرف ذکر اتهام آدم ربایی در ماده ۳۵ قانون مرقوم مجوزی بر بازداشت موقت الزامی نخواهد بود. به عبارت دیگر در جرایم موضوع ماده ۳۵ قانون آ.د.ک زمانی بازداشت موقت الزامی خواهد بود که کلیه قیود ماده ۳۲ از جمله بند «د» در تمام جرایم مصرح محقق شده باشد. در صورت عدم تحقق قیود ماده ۳۲ از جمله بند «د» (در جرایم موضوع ماده ۲۵ قانون مرقوم) صدور بازداشت موقت الزامی نخواهد بود. نتیجه این که؛ جرایمی که بازداشت موقت آن در ماده ۲۵ قانون مرقوم الزامی تلقی شده است صرفاً با رعایت قیود ماده ۳۲ این قانون، الزامی خواهد بود و لا غیر. به عنوان مثال در جرم آدم ربایی زمانی بازداشت موقت الزامی خواهد بود که بند «د» ماده ۳۲ در فرآیند تعقیب و تحقیقات مقدماتی، متصور و محقق شده باشد، در غیر این صورت به صرف عنوان اتهام آدم ربایی بدون حدوث قید بند «د»، مقام قضایی مجوز صدور بازداشت موقت را نخواهد داشت.^۳ بنا به صراحت ماده ۳۵ قانون آ.د.ک و اصل بنیادین استمرار آزادی متهم در فرآیند دادرسی که در اسناد مهم حقوق بشری به آن تأکید شده است ادعای صدور بازداشت موقت الزامی متهمان به آدم ربایی مخالف حقوق متهمین از منظر قوانین داخلی و بین المللی و انتقاد از قاضی محترم دادگاه استارا مصداق بارز عدم رعایت زبان معیار در مقالات علمی و پژوهشی است.^۴

۲) تجویز اعمال کیفیات مخفیه در مجازات آدم ربایی مشدد

نویسنده ی محترم مقاله در بخش ایرادات ماهوی، توسل به تخفیف مجازات به جای تشدید مجازات را مورد انتقاد قرار داده و متهمان را مستحق تحمل ۱۵ سال حبس دانسته است! به نظر ما ایراد استاد وارد نیست زیرا اولاً لحاظ کیفیات مخفیه در موارد تشدید مجازات به صراحت مورد تحریم مقنن ایرانی قرار نگرفته است. ثانیاً به استناد تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی در تعدد جرم که از علل مشدده ی مجازات محسوب می شود دادگاه می تواند از تخفیف مجازات استفاده کند. ثالثاً مستنداً به ماده ۷۲۸ از قانون مجازات اسلامی امکان توسل قاضی دادگاه به تخفیف مجازات در موارد تکرر جرم که از کیفیات مشدده محسوب می شود وجود دارد و تعارضی بین تقارن اعمال کیفیات مخفیه و مشدده در اعمال مجازات وجود ندارد. بنابراین دادگاه اگر چه با کیفیات مشدده ی آدم ربایی مواجه است لکن اختیار دارد با حدوث کیفیات مخفیه و ذکر جهات آن مجازات های مناسب را در خصوص متهم یا متهمان اعمال نماید.

۲- آذری، محمد، آ.د.ک، جلد ۲، ص ۲۰۶.

۳- نظریه ی مشورتی شماره ۷/۳۲۲۱-۱۱/۱۵۱۱-۱۳۸۰: در ماده ۳۲ قانون آ.د.ک ۱۳۷۸ موارد جواز قرار بازداشت موقت احصاء شده است لیکن در ماده ۳۵ همان قانون موارد الزامی بودن صدور قرار بازداشت موقت تعیین شده است بنابراین در جایی که بند (د) ماده ۳۲ قابل تحقق بوده و جرایم نیز از جرم های مذکور در ماده ۲۵ باشد، توقیف الزامی است لیکن اگر بند (د) محقق نباشد صدور قرار بازداشت موقت الزامی نخواهد بود. به عبارت دیگر هر جا از جرایم احصاء شده در ماده ۲۵ و همراه با قیود ماده ۳۲ باشد، صدور قرار بازداشت موقت الزامی و در غیر این صورت جایز خواهد بود. نظریه ی قضات دادگستری استان تهران، ۱۳۸۰/۳/۱۰؛ مطابق صریح ماده ۳۵ قانون آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸، صدور قرار بازداشت موقت باید با رعایت قیود ماده ۳۲ همان قانون باشد و طبق ماده ۲۷ قانونی مخالف است (در کلیه قرار بازداشت ها) پس از یک ماه مستقلاً قرار بازداشت را تمدید یا به قرار تعیین مناسب دیگری تبدیل نماید بنابراین در هر حال رعایت ماده ۱۳۷ الزامی است (چه بسا شرایطی که موجب صدور قرار بازداشت شده پس از یک ماه منقضی شده است).

۴- زرعی، رضا، مقاله ی در تبیین های نگرش مقالات و رعایت زبان معیار منتشره در شماره ۶۴، ماده ۶۴، حقوق

۳) تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی

مطابق نظریه‌ی واکنش اجتماعی در علم جرم‌شناسی، زندان، مجازات شکست خورده تلقی شده است. مجازات حبس، خود مولود جرایم دیگر است که جرم‌شناسان، نهادهای اجرایی و مؤسس را به اصلاح زیر بنایی آن توصیه می‌کنند. بنابراین احتراز از اعمال کیفر حبس در جرایم و استفاده از مجازات‌های جایگزین، یکی از آموزه‌های جرم‌شناسی نوین و جلوگیری از سقوط بزه‌کار در گرداب هلاکت است.^۵ تبدیل مجازات و استفاده از مجازات‌های جایگزین و منطبق کردن آن با شخصیت بزه‌کار و تبعیت از اصل فردی کردن مجازات‌ها^۶ با داده‌های نوین علم جرم‌شناسی که به سمت اصلاح و تربیت بزه‌کار تعبیر می‌شود مطابقت دارد. بنابراین رأی دادگاه نه تنها مورد انتقاد نیست بلکه در راستای یافته‌های علم جرم‌شناسی قابل دفاع است.^۷

۴) مجازات معاون، علی‌الاصول به استناد اصل قانونی بودن مجازات‌ها از ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی تبعیت می‌کند.

به منظور تبیین مفهوم مجازات معاونت، ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی را مجدداً مورد توجه قرار می‌دهیم: «هر کس به قصد معطل‌بندی وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگری به عتف یا تهدید یا حيله یا به هر نحو دیگر شخصاً یا توسط دیگری شخصی را برآید یا مخفی کند به حبس از ۵ تا ۱۵ سال محکوم خواهد شد در صورتی که سن مجنی علیه کمتر از ۱۵ سال تمام باشد یا ربودن توسط وسایل نقلیه انجام پذیرد یا به مجنی علیه آسیب جسمی یا حیثیتی وارد شود مرتکب به حداکثر مجازات تعیین شده محکوم خواهد شد و در صورت ارتکاب جرایم دیگر به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌گردد.» مطابق منطوق ماده‌ی فوق، مجازات آدم ربایی برای شرکا و مباشرین ۵ الی ۱۵ سال حبس پیش‌بینی شده است. در صورت مصداق یافتن کیفیات مشدده، مرتکب، مستحق حداکثر مجازات مقرر در قانون یعنی ۱۵ سال حبس خواهد بود. بنابراین مخاطب مقنن در حدوث علل مشدده و تأکید به مجازات حداکثری، شرکا و مباشرین جرم می‌باشند و مجازات معاون از همان حداقل مجازات مقرر یعنی ۵ سال تبعیت می‌کند. این معیار با ضابطه‌ی اصل قانونی بودن مجازات‌ها در حقوق جزای عمومی مطابقت دارد. به عبارت دیگر مجازات آدم ربایی بر فرض حدوث کیفیات مشدده دارای حداقل مقرر قانونی است و مجازات معاون مستنداً به ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی همان حداقل مقرر در قانون خواهد بود. قانون‌گذار در سیاق ماده مرقوم، معترض مجازات حداقل مجازات مقرر در صورت تشدید مجازات نشده است. در هر حال حداقل مجازات آدم ربایی با فرض این که مباشر و یا شرکا جرم مضمول کیفیات مشدده باشند مجازات معاون تابع حداقل مقرر قانونی در متن قانون خواهد بود. بنابراین ادعای فقدان حداقل مجازات قانونی در آدم ربایی مشدده، تفسیر

۵- رک، نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی تجربی دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۳-۷۲، ص ۱۷۰

۶- احمدزاده، محمد، مقاله‌ی نقدی بر یکی از آرای محاکم جزایی، بهارن، منتشره در شماره ۵۹ مدرسه حقوق

۷- به نظر عموم حقوق‌دانان، لگیزه، علی‌الاصول در مسئولیت کیفری بزه‌کار (حدود و تعزیرات مجازات) بی‌تأثیر است لکن تأثیر آن در اصل مسئولیت تخفیف یافته در بند ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، مورد توجه قرار گرفته است در وضعیت مطروحه در پرونده‌ی استازا لگیزه‌ی اصلی متهمان مورد توجه دادگاه قرار گرفته است و به نظر می‌رسد متهمان مستحق تخفیف و رای دادگاه قابل دفاع و با مقایسه‌ی آن با پرونده‌ی آدم ربایی کرمان و اعمال مجازات مثليه با توجه به باطنه‌ی مجرمانه و اوضاع و احوال حاکم بر ارتکاب جرم آدم ربایی در هر دو پرونده، ادعای اسناد غیر قابل دفاع است.

به رأی و غیر قابل دفاع است.

۵) تسلط یا استیلا (سلب آزادی) بر بزه دیده، ضابطه و معیار شروع به جرم و جرم تام آدم ربایی نخواهد بود.

مؤلفه های شروع به جرم از دیدگاه عموم حقوق دانان اگر چنانچه از لزوم قصد مجرمانه بگذریم، شروع به اجرامانح خارجی و فقدان انصراف ارادی است. شروع به جرم، زمانی محقق خواهد شد که مباشر، عملیات مقدماتی را در فرآیند و مسیر فعل مجرمانه پشت سر گذاشته و با ورود در عملیات اجرایی، یکی از ارکان اختصاصی جرم مورد نظر را انجام داده باشد. لکن در اغلب موارد، تشخیص و تفکیک عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی آسان نبوده و موجب استنباط های متفاوت شده است. حقوق دانان برای حل مسأله (تمیز اعمال مقدماتی از عملیات اجرایی) دو نظریه حقوقی را به چالش کشانده اند؛ نظریه ی عینی و نظریه ی ذهنی. آنان که به موفقیت عمل مجرمانه توجه دارند از نظریه ی عینی تبعیت کرده اند مطابق این تئوری شروع به اجرا زمانی قابل تصور است که مباشر یکی از عناصر مادی تعریف شده در قانون را مرتکب شده باشد. در غیر این صورت اقدامات او در حد عملیات مقدماتی و داخل در عنوان شروع به جرم نخواهد بود. رویه ی قضایی ما در اغلب موارد بر نظریه ی عینی تبعیت کرده است. در مقابل، نظریه ذهنی با تأکید بر قصد مجرمانه و تصمیم قطعی مباشر صرفاً به لحاظ مصالح اجتماعی با احراز قصد مجرمانه و تصمیم جازم، مباشر را در مظان اتهام شروع به جرم قرار می دهد اگر چه اقدامات انجام یافته داخل در تعریف عملیات مقدماتی مستقر شده باشد.

تهدید آزادی شهروندان و جرم انگاری اعمال مقدماتی به لحاظ قصد مرتکب، به عنوان تنها ایراد وارد بر نظریه ی ذهنی، مورد انتقاد حقوق دانان قرار گرفته است. مقنن ایرانی در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی از نظریه عینی تبعیت کرده است.

مؤلفه نهایی شروع به جرم، مانع خارجی و فقدان انصراف ارادی است. مانع خارجی خارج از اراده و نیروی باطنی مباشر که عینی و خارجی هستند مورد توجه قرار گرفته و از آن به انصراف غیر ارادی مرتکب تفسیر شده است.^۸

با توجه به مؤلفه های شروع به جرم به شرحی که بیان شد، متهم پرونده آدم ربایی با اتمام مرحله ی شروع به اجرا و گذر از عملیات اجرایی به مجرد تغییر مسیر، مرتکب جرم تام آدم ربایی شده است و اقدامات بزه دیده برای رهایی از چنگ آدم ربا و پرتاب خود به بیرون، یک عمل و مانع خارجی برای عدم تحقق جرم تام نخواهد بود. به مجرد تغییر مسیر، جرم تام آدم ربایی، محقق ولو این که متهم بزه دیده را به مقصد مورد نظر و توافق شده با همسر شکی نرسانده باشد. زیرا متهم قبل از تغییر جهت، تمام عملیات اجرایی داخل در تعریف قانونی جرم آدم ربایی را انجام، و با تغییر مسیر، جرم تام آدم ربایی، محقق و رأی دادگاه از این حیث قابل دفاع است.

«تحلیل دعوی اعسار شهرداری ها»

مصطفی محمودی هرنیدی

مقدمه:

برابر ماده ۵۰۳ قانون آئین دادرسی مدنی ناظر به ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۷۳/۱۲/۲۸ و رأی شماره ۶ مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به این مضمون که «عموم اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی موظف به پرداخت هزینه دادرسی می باشند و معافیت از تأدیه هزینه دادرسی حتی به طور موقت، امری استثنایی و مخالف با اصل و قاعده کلی مذکور بوده که در موارد خلاف اصل بایستی به قدر متیقن از مؤدای مواد اکتفا شود» کلیه اشخاص موظف به پرداخت هزینه دادرسی هستند.

سابقاً برابر ماده ۶۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ کلیه دوایر دولتی و سازمان های وابسته از پرداخت هزینه دادرسی معاف بوده لکن مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخ ۸۰/۱/۲۸ دیوان عالی کشور چون طبق ماده ۵۲۹ قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب، ماده

۶۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی در مورد معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی نسخ شده حتی دولت نیز موظف به پرداخت هزینه دادرسی می باشد. از آن جایی که محاکم قضایی در خصوص دعوی اعسار از هزینه دادرسی شهرداری ها، رویه های متفاوتی اتخاذ می نمایند در این مقاله به تحلیل و بررسی این موضوع پرداخته شده است.

مطابق ماده ۲۳ آئین نامه مالی شهرداری هامصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ «بودجه سالانه شهرداری عبارت است از یک برنامه جامع مالی که در آن کلیه خدمات و فعالیت و اقداماتی که باید در طی سال مالی انجام شود همراه با برآورد مبلغ و میزان مخارج و درآمدهای لازم برای تأمین هزینه انجام آن ها پیش بینی می شود و پس از تصویب انجمن شهر قابل اجراء است» و برابر ماده ۶۷ قانون شهرداری، بودجه شهرداری تا روز آخر دی ماه هر سال از طرف شهردار، پیشنهاد و بنا بر تکلیف مقرر در بند ۱۲ ماده ۷۱ قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵/۳/۱ شورای شهر نیز قبل از اسفندماه آن را رسیدگی و تصویب می نماید. مطابق ماده ۲۴ دوره عمل بودجه هر سال تا ۱۵ اردیبهشت ماه سال بعد خواهد بود و تعهداتی که تا آخر اسفندماه هر سال تحقق یافته

باشد تا خاتمه دوره عمل بودجه از محل اعتبار مربوطه قابل پرداخت است و در ماده ۷۹ قانون شهرداری و ماده ۳۴ آئین نامه مالی شهرداری مقرر شده کلیه پرداخت های شهرداری باید در حدود بودجه مصوب با اسناد مثبت انجام گردد.

قانون گذار در ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ صرفاً به عنوان «وجه مربوط به محکوم به» اشاره نموده و با عنایت به این که قانون گذار در به کار بردن الفاظ، قصد خاص نموده لذا حکم این قانون قابل تسری به هزینه دادرسی نیست.

نظر اول:

مطابق ماده ۵۰۴ قانون آئین دادرسی مدنی «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود به طور موقت قادر به تأدیه آن نیست» و عبارت کسی در ماده ۵۰۴ قانون مرقوم و ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ و لزوم ارائه شهادت نلمه کتبی از طرف مدعی اعسار موضوع ماده ۵-۶ قانون آئین دادرسی مدنی و هم چنین ماده ۲۳ قانون اعسار، همگی مبین این می باشد که اعسار صرفاً در خصوص شخص حقیقی مصداق دارد و به لحاظ این که شهرداری هم دارای سرمایه و اموال منقول و غیر منقول می باشد و هم این که به آن اموال دسترسی دارد، لذا واجد هیچ کدام از شرایط لازم مندرج در ماده ۵۰۴ قانون آئین دادرسی مدنی یعنی ۱- عدم کفایت دارایی ۲- عدم دسترسی به مال نمی باشد و در نتیجه با توجه به اطلاق مواد فوق نمی توان درخواست اعسار اشخاص حقوقی را پذیرفت و قانون آئین دادرسی مدنی از قوانین امری بوده که بر خلاف مقاد آن نمی توان رفتار نمود و قبول اعسار اشخاص حقوقی در آن به صراحت ذکر نشده و حتی تقسیط هزینه دادرسی شهرداری که نوعی اعسار محسوب می شود و در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۷۷ پیش بینی شده بنا به مراتب فوق غیر قابل استماع می باشد.

نظر دوم:

مطابق ماده ۵۸۸ قانون تجارت، شخص حقوقی می تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارا شود و اعسار از جمله حقوقی نیست که بالطبع مختص به انسان باشد و قید عبارت «اشخاص» در ماده ۲۷ قانون اعسار مفید همین معناست لذا مدعی برای پذیرش دعوی اعسار نیست.

نظر سوم:

برابر ماده ۳ قانون تشکیل شهرداری ها و انجمن شهرها و قصبات مصوب ۱۳۲۸/۵/۴ «شهرداری بنگاهی است ملی و دارای شخصیت حقوقی» و ماده ۲ قانون شهرداری ها مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ نیز برای شهرداری ها شخصیت حقوقی قائل شده و قانون گذار در ماده ۵۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۲۳ قانون اعسار برای تجار و اشخاص حقوقی حق اقامه دعوی ورشکستگی در نظر گرفته و شهرداری در صورتی که قادر به پرداخت هزینه دادرسی نباشد بایستی دعوی ورشکستگی طرح نماید.

از آن جاکه شهرداری نیز به مثابه دیگر دستگاه‌ها دارای مجاری قانونی برای تعیین و تصویب این گونه هزینه‌ها در تصویب بودجه می‌باشد، عدم پیش‌بینی آن در بودجه سالیانه موجه نبوده و هیچ‌یک از دعاوی اعسار و تقسیط و معافیت موقت و ورشکستگی جهت پرداخت هزینه دادرسی دستگاه‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی قابل طرح و استماع نبوده و صدور حکم بر معافیت موقت شهرداری نیز نه تنها فاقد مستند قانونی است بلکه خلاف قانون آئین دادرسی مدنی می‌باشد؛ چرا که اعسار توسط قاضی محکمه اثبات و حکم به آن داده می‌شود و معافیت از پرداخت هزینه دادرسی حتی به طور موقت را قانون تعیین می‌کند. در حال حاضر نهادهایی هم چون بقاع متبرکه و بنیاد شهید و کمیته امداد به موجب قانون خاص معاف از پرداخت هزینه می‌باشند. هم چنین مطابق ماده ۱۳۲ قانون بودجه سال جاری که برابر ماده ۱۳۶ آن فقط در سال ۱۳۹۰ قابل اجراست «دعاوی راجع به حفظ بیت‌المال به‌ویژه در پرونده‌های مربوط به اراضی و اموال دولتی و عمومی؛ از پرداخت هزینه دادرسی در مراحل مختلف معاف هستند...» به نظر، موضوع پرداخت هزینه دادرسی توسط شهرداری منصرف از این قانون نیز باشد چرا که قانون گذار در این ماده چند شرط برای معافیت از پرداخت هزینه دادرسی در نظر گرفته ۱- موضوع پرونده حفظ بیت‌المال باشد ۲- اراضی و اموال دولتی و عمومی باشد. در حالی که بند ۱ ماده واحده قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۹ ناظر بر تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶، شهرداری‌ها را جزء نهادهای دولتی محسوب ننموده و شهرداری جزو ذوات عمومی غیر دولتی می‌باشد و اراضی و اموالی که در اختیار شهرداری‌ها قرار نارد هر چند مورد استفاده عموم است لکن جزو اموال خصوصی آنان بوده و این اموال تابع مقررات مربوط به اموال عمومی از جمله منع انتقال و فروش (ماده ۲۴ و ۲۵ و ۲۶ قانون مدنی و ۱۱۲ و ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی) نیست و حق شهرداری نسبت به این اموال شبیه حق مالکانه افراد نسبت به اموال‌شان است و اگر قانون گذار می‌خواست این گونه مراجع را مشمول این ماده قرار دهد مفاد ماده را به لفظ دیگری وضع می‌نمود و در صورت تفسیر موسع قانون در جهت شمولیت شهرداری در ماده ۱۳۲ قانون بودجه می‌بایست در پرونده‌ها قایل به تفکیک شد. به طور مثال ملک شهروندی که در طرح قرار گرفته و شهرداری قصد تملک آن ملک را دارد از مصادیق بیت‌المال نیست.

از توجه به مراتب فوق و نظر به این که در دعوی اعسار از پرداخت هزینه دادرسی شهرداری، استماع شهادتی میسر نبوده و پرونده بعد از ثبت دلائل خواسته سعد صنوبر رأی بوده و صرف نظر از این که در هر حال نتیجه طرح این دعوی، رد دعوی اعسار است؛ به نظر می‌رسد اتخاذ تصمیم در این خصوص بدون تعیین جلسه دادرسی و در وقت فوق‌العاده توسط محاکم فاقد اشکال باشد.

بر آیند مهر سنگین و بنیان خانواده

مازال دادخواه

چکیده

خانواده، کهن‌ترین نهاد مدنی جامعه است که به عنوان مهم‌ترین نهادها مورد توجه و حمایت شریعت اسلام و قانون گذار اسلامی قرار گرفته است. اساس تشکیل خانواده که عقد نکاح می‌باشد، الزاماتی را برای طرفین این عقد مقرر داشته است که صحت مواردی از آن‌ها محل مناقشه و تردید واقع شده است؛ از جمله است مسئله مهر سنگین که بر پایه عقد نکاح، زوج متعهد به پرداخت آن به زوجه می‌شود.

در اجتماع کنونی شاهد تعیین مهریه‌های سنگینی هستیم که آثار و تبعات ناخوشایندی را پدید آورده که نه تنها زوجین را تحت تأثیر قرار داده بلکه به عنوان یک معضل اجتماعی در محافل علمی و محاکم دادگستری مورد مناقشه می‌باشد.

در این مقاله سعی بر این است که علل اجتماعی و روانی تعیین مهریه سنگین و تالی فاسد آن، بر مبنای نظام حقوقی فعلی و تکیه بر مشاهدات و تحقیقات عینی و اجتماعی مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: صداق، بضع، تضمین نکاح، تأمین آتیه، مصالح و مفاسد، تغییر حکم.

مهر

مهر یا صداق که در زبان فارسی، کابین نیز نامیده شده است عبارت است از مالی که زن در اثر عقد از دواج مالک آن می‌گردد و در صورتی که شرط مدت و اجل در آن نباشد تکلیف مرد است که عندالمطالبه مهر را پرداخت نماید. البته طبق ماده ۱۰۹۲ ق.م. مالکیت زوجه در نیمی از مهریه مستقر و در نیم دیگر متزلزل است تا زمانی که دخول صورت گیرد، که در این فرض تمامی مهر بر ذمه شوهر مستقر می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود...». از طرفی می‌توان ارتداد زوج را در حکم دخول دانست و زوج را محکوم به پرداخت نیمی از مهر نمود و نیز در فرضی که زوجه قبل از دخول فوت نموده باشد، از مطالعه تاریخی ملل گذشته این چنین استنباط می‌شود که مهریه به عنوان قیمت زن پرداخت می‌شده است. در

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی - وکیل پایه یک دادگستری

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسوول در ترمینولوژی حقوق، ج(۵)، ص ۳۵۷۷، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۱ش

آن انوار که زنان از حداقل حقوق مدنی و سیاسی برخوردار نبوده اند و به عنوان مال قابل تملک مورد خرید و فروش قرار می گرفتند، تنها به عنوان عامل بقای نسل و وسیله برآوردن نیازهای انسانی تلقی می شده اند. ظاهراً قبل از این که خرید و فروش زنان مطرح شود، مرد، می توانست با مدتی کار کردن در نزد پدر زن خویش، دختر وی را به همسری برد و بعدها که تحولاتی در زمینه ازدیاد ثروت پدید آمد به جای در اختیار قرار دادن نیروی کار مقداری هدیه یا پول برای پدر زن برده می شد. و گاهی پدر عروس در مقابل پولی که از وی می گرفت هدیه ای نیز به او می داد و با زیاد شدن تعداد هدایای رد و بدل شده، دادن جهیزیه به دختر به عنوان رسمی کهن باقی ماند و سینه به سینه به ملل امروزی به میراث رسید.^۲

پرواضح است که در عصر کنونی نمی توان مهر را به عنوان پهای فروش زن دانست، زیرا اولاً: هیچ انسانی مجاز نیست خود یا دیگری را در مقابل مالی به فروش رساند مضافاً این که در نظام فعلی، نهاد برده فروشی به موجب کنوانسیون حقوق بشر که ایران نیز به آن پیوسته، لغو شده و خرید و فروش انسان مغایر با شئون و کرامت انسان به عنوان اشرف مخلوقات تلقی شده است.

ثانیاً در خرید و فروش در عقود معاوضی، قیمت معامله باید روشن باشد در غیر این صورت معامله باطل تلقی می گردد و حال این که در نکاح دائم تعیین مهر شرط عقد نبوده و ممکن است که نکاح بدون تعیین مهر واقع گردد. در زمان اعراب جاهلی، زنان را موجودات بی ارزشی می دانستند که مانند اموال دیگر به ارث می رسید و یا دخترانی را که مایه ننگ و شرم قبایل می دانستند زنده به گور می کردند.^۳ اما با ظهور اسلام، این عقاید رو به زوال نهاد و زن دیگر به عنوان مال و مملوک تلقی نمی شد و به حکم^۴ «یه شریفه: «و اتوا النساء صدقاتهن نحله»^۵ مهرهای زنان را به طیب خاطر به خود آن ها بدهید، شوهر باید مهر را به عنوان هدیه و نحله ای به زن بپردازد. و مهر به عنوان دینی بر ذمه زوج تلقی شده است: «الصداق کالدین لانه یجب فی الذمه یعقد و کل ما وجب فی الذمه یعقد کان دیناً»^۶. در روایات نیز آمده: «ان الله تعالی غافر کل ذنب الامن جحد مهراً...»^۷. یعنی خداوند گناه هر کسی را می بخشد مگر گناه کسی را که مهر زنش را تکذیب کند.

با این تعابیر در نظام حقوقی اسلام، مهر به عنوان هدیه ای از جانب زوج تلقی شده و بیشتر مانند یک قرارداد تبعی در کنار عقد نکاح می ماند و برخلاف نظر عدّه ای از فقها^۸ که مهر را عوض بضع یا به عبارتی عوض تمتع جنسی از زن یاد کرده اند، نمی توان وجود مهر در عقد نکاح را مانند سایر عقود معاوضی و در مقابل بضع تلقی نمود چرا که هدف اصلی از انعقاد عقد نکاح نمی تواند تنها ارضای تمایلات جنسی فرد باشد. گواه بر این ادعا همان طور که اشاره رفت ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی است. از طرفی در عقدی که مهر به تعیین نشده اگر قبل از نزدیکی، طلاق واقع شود زن مستحق مهرالتمتع خواهد بود، در حالی که اگر مهر در مقابل بضع و به عنوان عوض تلقی می شد زن استحقاقی

۲- نوربخت، ویل، تاریخ تمدن، ج(۱)، ترجمه احمد آرام، ص ۴۴، انتشارات لیبال، چاپ ششم، تهران، ۱۳۷۸ش.

۳- محقق، محمدباقر، حقوق مدنی زوجین، ص ۱۱، انتشارات بنیاد قرآن، چاپ سوم، ۱۳۹۰ش.

۴- سوره نساء، آیه ۴.

۵- شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن الحسن، مبسوط، ج(۴)، ص ۳۱۵، چاپ مرتضویه، تهران، ۱۳۸۹ق.

۶- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج(۱۰۳)، مؤسسة الیهام بیروت، لبنان، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

۷- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج(۳)، ص ۳۷۸، انتشارات اسلامیة تهران، ۱۳۴۵ش - حلی، حسن بن یوسف، تبصرة، ص ۸، چاپ اسلامیة تهران، ۱۳۵۵ش -

نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج(۳)، ص ۱۰۷، تهران، ۱۳۶۷ق.

برای مهر نداشتن، لذا مالیت داشتن بضع و معاوضی بودن عقد نکاح نمی تواند مورد قبول باشد. مهر که در طول تاریخ بشری همواره وجود داشته است، در حقوق ایران که مبتنی بر شرع مقدس اسلام است می تواند مبتنی بر سنت و عرف حاکم تلقی شود. اما مناسفانه قرار دادن مهرهای سنگین در نکاح امروزه بسیار شایع شده است و فزونی میزان مهر، یکی از مشکلات عصر جدید قلمداد می شود.

دلایل اجتماعی و روانی مهریه های سنگین:

قانون مدنی که برگرفته از شرع مقدس اسلام می باشد، در ماده ۱۰۸۰ تعیین مقدار مهر را به تراضی طرفین واگذار کرده است. و لذا رضای زوجین در تعیین میزان مهر، ملاک و ضابطه اصلی خواهد بود. این تعیین می تواند هم زمان با عقد نکاح باشد و یا این که بعد از جاری شدن نکاح توسط طرفین و یا شخص ثالثی صورت پذیرد. آیات و روایاتی چند در خصوص استحباب قلت مهر آمده است از جمله: «والمستحب عندنا الا بتجاوز السنه المحمديه خمس مائه درهم»^۸ میزان مهر السنه ۵۰۰ درهمی است که معادل ۵۰ دینار می باشد از طرفی عده ای از فقها فراتر از استحباب تعیین مهر به اندازه مهر السنه فایل به این نظراند که در صورتی که مهریه از مهر السنه تجاوز کند، زاید بر آن باطل می باشد.^۹ و حال این که امروزه شاهد مهریه های سنگین هستیم که عقل آدمی را به تحبیر و ا می دارد.

اولین نکته ای که باید به بررسی آن پرداخته این است که مهر اصولاً یک قرارداد تبعی نسبت به عقد نکاح می باشد؛ با این وصف باید قایل به این باشیم که باید تمامی شرایط و قواعد عمومی سایر قراردادها را دارا باشد. در این که مهر باید طبق قواعد عمومی قراردادها مالیت داشته و دارای ارزش اقتصادی باشد و یا این که قابل تملک به وسیله زن باشد و عین معین باشد و یا در زمان عقد موجود باشد و... بحثی نیست. سؤال اصلی در مورد صحت حقوقی گنجاندن مهریه ای سنگین ضمن عقد نکاح می باشد. مهریه سنگینی که بدون هیچ تأمل و تدبیر عقلانی در ضمن عقد نکاح درج شده و آثار و تبعات نامطلوبی را از خود به جای می گذارد.

اصولاً قانون خوب، قانونی است که بتواند نیازمندی های اجتماع را برآورده ساخته و در رفع معایب بکوشد و بتواند با سازماندهی روابط اجتماعی، گرهی از مشکلات اجتماعی را بگشاید. و حال این که با نگاهی به بستر اجتماع و تحقیق و تفحص در دادگاه های خانواده و مسؤلان اجرایی و نیز طرفین پرونده به این نتیجه می رسیم که در حال حاضر مسأله گنجاندن مهریه سنگین در عقد نکاح بدون وجود حدود و ثغوری به عنوان یک معضل اجتماعی چهره نشان می دهد. با بررسی در متون قانونی و سوابق فقهی به این نتیجه می رسیم که نه تنها قانون گذار برای میزان مهر حد و مرزی را قایل نشده است بلکه طرفین را کاملاً مختار در تعیین میزان مهریه نموده که این امر در مواردی باب سوء استفاده زنان و در مواردی به عنوان حربه ای برای زنان شناخته شده است که در موارد بسیار زیادی نیز وافی به مقصود نبوده است.

وقتی که از نزدیک با خلم هایی که عقیده بر تعیین مهریه سنگین دارند به صحبت می نشینیم، می بینیم که عده ای از آن ها مهریه سنگین را تضمینی در جهت عدم وقوع طلاق و یا در صورت وقوع طلاق به عنوان تأمین مالی و

۸ - نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل، ج (۲)، ص ۶۰۶ انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۳ ق.

۹ - عاملی، شیخ بهاء الدین، جامع عباسی، ص ۲۸۹، انتشارات فرهنگش، بی تا.

تضمین آینده می‌دانند. و حال این که در فرهنگ کنونی می‌بینیم تا زمانی که زوجین بدون هیچ مشکلی با هم زندگی می‌کنند صحبتی از مهریه و مطالبه آن به میان نمی‌آید و همین که ناسازگاری طرفین آغاز شد، صحبت از مطالبه مهریه می‌شود که در این فرض، مطالبه مهریه به عنوان غرامت خسارتی که به زن وارد شده چهره می‌نماید چرا که تا زمانی که زوجین بدون هیچ مشکلی با هم زندگی می‌کردند زن دلیلی برای مطالبه مهریه و در مضیقه گذاشتن همسر خود نمی‌دیده است و بعد از حادث شدن اختلافات زن تنها راه اعمال فشار را مطالبه مهریه می‌داند.

از طرفی در نظام فعلی ما، قانون حمایت خانواده برای تحقق حق طلاق زوجین، شرایطی را مقرر کرده است که در بعضی از موارد، زوجه که در عسر و حرج شدیدی به سر می‌برد و نمی‌تواند سوء معاشرت و سوء رفتار زوج را به اثبات برساند، مهریه سنگین را به عنوان حربه‌ای برای وادار کردن زوج به طلاق وی استفاده می‌کند و چه بسا که بتواند مهریه خود را جزا یا تماماً بخشیده و به صورت خلع، مطلقه شود و یا از این طریق حق حضانت را برای بعد از سن هفت سالگی فرزند کسب کند.

از دیگر سو، نگرانی‌ها در مورد مردانی است که به دلیل واهمه از پیشنهاد مهریه سنگین یا از ازدواج کردن منصرف می‌شوند، یا به بهانه‌هایی آن را به تعویق می‌اندازند. چرا که از طرفی عرف ایجاد شده در خصوص مهریه سنگین اصولاً نمی‌تواند به سادگی از بین رود و از این روست که دل‌نگرانی و تشویش ذهنی برای مردان چه قبل از ازدواج و چه بعد از ازدواج ادامه پیدا می‌کند. چرا که هر آن انتظار می‌رود که با کوچک‌ترین اختلاف و تضادی صحبت از مطالبه مهریه به میان آید. به عنوان یک نمونه عینی، مردی که بعد از عقد نکاح همسر خود را با مرد اجنبی دیده بود و همواره به روابط زنش مشکوک بود در اوج فشارهای روانی و جایی که هیچ‌امیدی به ادامه زندگی آن‌ها باقی نبود می‌گوید: «تنها مشکل اساسی من مهریه سنگین همسر است روزی که بتوانم او را متقاعد کنم، توافقی و با دادن مقنناری از مهریه ز او جدا خواهیم شد» و لذا زن، حتی در موقعیتی که سوء رفتار وی به اثبات رسیده از مهر خود به عنوان دستاویزی برای تحت فشار قرار دادن همسرش استفاده می‌کند و حتی در فرضی که هیچ کدام از طرفین، سوء رفتار بازرزی ندارند از لحاظ روانی، همواره در تنش و اضطراب بوده و کانون خانواده به جای این که محلی برای زندگی سعادت‌مند باشد به محیطی متشنج تبدیل می‌گردد که پشتوانه آن نه تنها محکم و استوار نیست بلکه به هر دلیل کوچکی خانواده را در معرض تلاشی شدن قرار می‌دهد.

خانمی که به تازگی از همسرش جدا شده بود این چنین می‌گوید: «در ابتدا فکر می‌کردم که با تعیین مهریه سنگین زندگی و آتیه ام را تأمین و تضمین نموده‌ام، اما وقتی کار به دادگاه کشید، نه تنها شوهرم راضی به جنایی نبود، بلکه با اثبات ادعای اعسار خود، مهریه ام را نیز نداد و تا جایی مرا تحت فشار قرار داد که گفتم: مهرم حلال، جانم آزاد». از طرفی زیاد اند مردانی که به دلیل عجز از پرداخت مهریه همسرشان در زندان به سر می‌برند و مهریه سنگین نه تنها نتوانسته دوام زندگی زناشویی آن‌ها را تضمین کند بلکه به تلاشی شدن بنیان خانواده و افزایش آمار زندانیان منجر شده است.

بررسی حقوقی:

در نظام فعلی و عرف رایج در این ادوار، مشغولیت ذمه زوج به پرداخت مهر زوجه به مجرد عقد نکاح پذیرفته شده است. و هیچ اقدام مؤثری نیز از جانب قانون‌گذار برای اصلاح مقررات مربوط به مهر و یا تعریف ضابطه‌هایی برای

تعیین میزان آن صورت نگرفته است. اما باید پذیرفت که در موارد عدیده‌ای و مشخصاً در زمانی که زوج استطاعت مالی برای پرداخت مهر سنگین را ندارد، گنجاندن چنین مهری در عقد نکاح عقلانی نیست. در این که ذمه زوج به مهریه زن بعد از عقد نکاح مشغول می‌باشد، هیچ شک و تردیدی نیست. اما از طرفی در کتاب که به عنوان یکی از دلایل استنباط احکام شرعی است آمده است که شوهران نباید زنان خود را تحت فشار قرار دهند تا به ناچار قسمتی از مهریه خود را ببخشند: «و لا تعضوهن لتذهبوا ببعض ما ائتموهن»^{۱۰} و در فرضی که مرد تحت هیچ شرایطی قادر به پرداخت مهر نمی‌باشد، آیا در این شرایط عقد نکاح صحیح است؟ و در این حالت برای زوجه چه اقدام قانونی متصور است؟ آیا وی بر این مبنا می‌تواند عقد را فسخ کند؟ و یا این که برای وی حق طلاق یک طرفه ایجاد خواهد شد؟

در پاسخ باید گفت که برای زوجه نه حق فسخ وجود دارد و نه حق طلاق ایجاد می‌شود چرا که دلایل فسخ عقد نکاح محصور بوده و نمی‌توان طبق سایر عقود، مبنای فسخ را در مورد آن اعمال کرد، همین طور است در ایجاد حق طلاق، چرا که در حال حاضر با به وجود آمدن شرایطی، هر یک از زوجین می‌توانند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کنند لذا نمی‌توان به استناد سنگین و غیرقابل پرداخت بودن مهریه، موجبات گسیختن عقد نکاح را پدید آورد.

طبق قواعد عمومی قراردادها، عقد، تابع قصد ایجاد آن است و اگر هنگام انعقاد عقد نکاح، زوج قصد پرداخت مهر را نداشته باشد این سؤال به ذهن می‌آید که آیا عقد نکاح از اساس دچار خدشه نشده است؟ و یا بالعکس داعی و غرض زوجه از تعیین مهریه سنگین، همان طور که اشاره رفت در اکثر موارد مسائلی چون ایجاد وثیقه و یا تضمین برای آینده بوده است و آیا با این اوصاف صحت عقد نکاحی که با این مبانی منعقد شده محل تردید نیست؟ در پاسخ باید گفت که بطلان عقد نکاح یا استناد به فقدان اراده و یا دواعی غیرعقلانی موجه نمی‌باشد، چرا که اولاً: ماهیت عقد نکاح طوری است که نمی‌توان تمامی قواعد عمومی قراردادها را در آن جاری کرد چرا که اساس عقد نکاح مانند سایر عقود معاوضه‌ای نبوده و ماهیت ویژه خود را دارد. ثانیاً: با پذیرفتن این نظر، دارس در هر موردی باید به دنبال دواعی و اغراض ابتدایی طرفین باشد که کاری است بس دشوار و غیرعقلانی در مورد این ماهیت ویژه. ثالثاً: مهر در عقد نکاح جنبه فرعی و تبعی دارد^{۱۱} و چه بسا که بتوان آن را از آثار ایجاد عقد نکاح تلقی نمود. سؤال بعدی این است که آیا می‌توان مهر را مانند شرط ضمن عقد تلقی نمود، به طوری که طبق بند اول ماده ۲۳۲ق.م. در صورت غیرمقدور بودن پرداخت مهر، مهر سنگین را باطل فرض کرد بدون این که این بطلان به عقد اصلی یعنی نکاح سرایت کند؟ و یا طبق شق دوم ماده مذکور، هیچ نفع و فایده عقلانی بر مهر سنگین ندیده و آن را باطل دانست؟!

گفته اند که کافی است که امکان دست یابی به نتیجه موردنظر متعهد، در دید عرف وجود داشته باشد^{۱۲}. و حال این که در بسیاری از مهرهای سنگین، عرف نیز صحنه بر غیرعقلانی و غیرقابل پرداخت بودن آن می‌گذارد. اما در این که مهر را بتوان مانند شرط ضمن عقد تلقی کرد، محل تردید و نظر است. چرا که ماهیت شرط، صرف نظر از

۱۰- نساء، آیه ۱۹.

۱۱- امامی، اسدالله، صفایی، سیدحسین، حقوق خانواده، ص ۱۲۳، انتشارات میزان، چاپ نهم، تهران، ۱۳۸۴ش.

۱۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، شمار ۵۶۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۳ش.

عقلانی بودن یا نبودن آن با مهر که به عنوان یک سنت تلقی شده منافات دارد چرا که بدو در زمان انعقاد عقد نکاح، اصل عقد را مشروط به مهر نکرده اند و چه بسا که اصلاً ذکر می هم از مهر به میان نیامده باشد و به نظر می رسد که گمماکان باید عقد نکاح و امور فرعی آن مانند مهر را با ماهیت ویژه خود مورد بررسی قرار داد.

بررسی مقاصد شریعت:

در بررسی نظام حقوقی که نشأت گرفته از شریعت مقدس اسلام است راهکاری بری جلوگیری از تعیین مهریه های سنگین دینه نشد اما با کمی دقت در مقاصد اصلی شریعت پی می بریم که هدف از نزول احکام شرعی، که امروزه وارد متون قانونی ما شده است رسیدن انسان به کمال و رشد معنوی برای نیل به سعادت دنیوی و اخروی بوده است. آیه شریفه: «ان الله یأمر بالعدل والاحسان و ایتاه ذی القربی و ینهی عن الفحشاء والمنکر و البغی یعظکم لعلکم تذکرون»^{۱۲} در مقام بیان این امر بوده است. یعنی غرض خداوند از تدوین شریعت این است که جوامع بشری بر اساس عدل و احسان بنا شود، و کزاف نیست اگر گفته شود هدف و غرض نهایی همه احکام شرعی در این آیه بیان شده است. فرمان به کسب مصالح و اسببی که می تواند ما را در راه رسیدن به این هدف رهنمون باشد، از مقاصد اصلی پروردگار بوده است و از طرفی به زدودن هر گونه زشتی و تجاوز بعد از امر به عدل و احسان، مسیری را برای شریعت مشخص نموده که همواره در صدد جذب مصالح و دفع مفاسد باشد. نکته اصلی و مهم تشخیص این مصلحت و مفاسد، ابزارهایی است که می توان برای تشخیص آن مورد استفاده قرار داد و یکی از ابزارهایی که می توان با توسل به آن، نواقص قانونی را مورد بررسی قرار داد، با تفکیک احکام عبادی که در شریعت دارای احکام ثابت و لایتغیری هستند و در واقع همان ثابت بودن و لایتغیر بودن آن به مصلحت بشر بوده است، به احکام معاملی در روابط مدنی انسان ها می رسیم که همواره تابع مصالح و مفاسد انسان ها بوده اند. قسم اول از احکام شریعت یعنی عبادیات در مرحله ثبوت به صورت مطلق و دایمی وضع شده اند چرا که عقل ناقص بشری نمی تواند به فلسفه وضع آن ها دست یازد. اما قسم دوم از احکام، همان احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد که ممکن است در ادوار مختلف چهره های متفاوتی داشته باشد. به عبارت دیگر می توان گفت در مرحله ثبوت، این احکام، مشروط و مقید به همان مصالح و مفاسدی بوده که عقل انسان می تواند وارد حوزه آن ها شده و تعیین تکلیف کند. در واقع آن چه که عقل در این حوزه حکم می کند، شرع نیز به آن حکم خواهد کرد. لذا در این قسم از احکام هیچ مانعی دیده نمی شود که به دنبال حکمت و فلسفه وضع آن بود در خصوص مهریه نیز که به عنوان سنتی دیرینه در شریعت ما پذیرفته شده است نیز چنین است.

علی الخصوص که امروزه انگیزه از ایجاد مهریه سنگین در بسیاری از موارد، غیر عقلانی و بعضاً به جا آوردن تعهد از جانب زوج، غیرمقدور می باشد. لذا عقل سلیم بشری حکم می کند که با تحولاتی که در خصوص مهریه به وجود آمده و به عنوان یک عرف نایستند رو به گسترش می باشد، به نحو روش مندی وارد عرصه شود. تحولات موضوعات که بعضاً همان عرف های حادث در عصر کنونی اند می تواند منجر به تغییر حکم اصلی شود. چرا که همان طور که اشاره رفت این دسته از احکام، تابع مصالح و مفاسدی اند که در ازمنه و امکانه مختلف چهره های متفاوتی از خود به نمایش می گذارند. لذا لازم است قانون گذار با اصلاح مقررات مربوط به مهریه هر چه سریع تر در خصوص این عرف رو به گسترش وارد عرصه شود و با به دست دادن معیارهای عقلانی، حداقل و حداکثری برای میزان مهریه

تعیین نماید. از طرفی با فرهنگ سازی اجتماعی و بالا بردن سطح آگاهی‌های اقشار مختلف جامعه، هدف اصلی از تشکیل خانواده را تبیین نماید و از طرفی با حداقل حمایت‌هایی که فعلاً در کشور ما دیده نمی‌شود به حمایت از زنانی بپردازد که به دلایل گوناگون زندگی مشترک خود را از دست داده‌اند و در مقابل، ضمانت‌اجراه‌های مؤثری بر مردانی که به دلایل واهی باعث از هم گسیختن بنیان خانواده می‌شوند در نظر بگیرد. تا بلکه آمار رو به فزونی طلاق به نحوی کاهش پیدا کند.

نتیجه‌گیری:

مهر به عنوان سنت دیرینه در اکثر جوامع بشری وجود داشته است که ابتدا آن را در عوض بضع تلقی می‌کردند. اما با گسترش جوامع بشری و نزول احکام شریعت با گذر از دوران جاهلیت، امروزه اکثریت قریب به اتفاق علما بر این عقیده‌اند که بضع فی‌نفسه نمی‌تواند مالیت داشته باشد و در عوض عقد نکاح واقع شود. چرا که عقد نکاح دارای ویژگی‌هایی است که در سایر عقود معاوضه‌ای دیده نمی‌شود. مسأله اصلی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت مهریه‌های سنگینی است که در عرف امروزی ما رو به رشد می‌باشد که در موارد عدیده‌ای نه تنها عقلانی نیست بلکه زوج هیچ‌گاه قادر به پرداخت مهریه تعیین شده نخواهد بود. اما طبق نظام فعلی که برگرفته از احکام شریعت است اصل را بر آزادی طرفین در تعیین میزان مهریه تلقی نموده‌اند و تأسیس خاصی از نظام حقوقی برای مقابله با این معضل اجتماعی دیده نمی‌شود. مهر سنگین نه می‌تواند باعث ایجاد حق فسخ یا ایجاد حق طلاق در عقد نکاح شود و نه ماهیت شرط ضمن عقد را دارد که به خودی خود به دلیل غیرمقدور و عقلانی نبودن باطل محسوب شود. اما آن چه که در محاکم دادگستری و در صحبت با مردان و زنان به دست آمده این است که در فرهنگ عصر کنونی اصولاً روجه مهریه را به عنوان وثیقه عقد نکاح و تضمین زندگی زناشویی قلمداد کرده، و از طرفی چون حمایت‌های خاصی از طرف ارگان‌های مسوول در قبال زنان مطلقه دیده نشده، مهریه سنگین را به عنوان تأمین آتیه خود قلمداد می‌کنند. و از طرفی مردان نیز به تصور این که مهریه سنگین را به انتحای مختلف پرداخت نخواهند کرد حاضر به قبول این مهریه‌ها شده و در برآیند این دو دیدگاه که اصولاً وافی به مقصود هم نبوده است، اختلافات رو به ارج نهاده و مهر به عنوان حربه‌ای از جانب زوجه و در مقابل از اسباب ایداء و آزار زوج در فرضی که زوجه تنها به استناد عسر و حرج درخواست طلاق می‌کند چهره نشان داده است و چه بسا که زوجه در موارد بسیاری با صرف نظر کردن از مطالبه مهریه، یا طلاق خلع گرفته و یا حضانت طفل را مطالبه می‌کند.

لذا به نظر می‌رسد که در شرایط فعلی، تنها اقدام قانون‌گذار است که می‌تواند تا حدودی از گسترش این مشکلات جلوگیری کند. اما در نظام اسلامی اصولاً تغییر احکام شرعی که بعضاً بدون دست‌کاری وارد متون قانونی شده است خلاف شرع، و ناپسند تلقی شده است. اما باید پذیرفت که مقاصد شریعت این بوده است که جوامع بشری بر اساس عدل و احسان باشد و در هر زمانی با دفع مفاسد و جلب مصلحت‌های زمانی و مکانی به کرامت و شرافت انسان و اهداف شریعت نایل آیند. لذا در این مرحله لازم است مسایل عبادی و معاملی از یک دیگر تمایز داده شوند. مسایل عبادی که لاین تغییر هستند و عقل بشری نمی‌تواند به فلسفه وضع آن‌ها دست یابد از حوزه بحث ما خارج است. اما مسایل معاملی که در مقاله حاضر «مهر» به عنوان مصداقی از آن بررسی شد، از جمله مسایلی است که در مرحله ثبوت یعنی وضع حکم، بر مبنای مصلحت و مفاسد، بیان و وضع شده است.

لذا در عصر کنونی که انگیزه و داعی تعیین مهر سنگین بعضاً غیرعقلانی و نامقنن است نمی‌تواند مصلحت موردنظر شارع انور را تأمین کند، چرا که در بررسی علل اجتماعی و روان‌شناختی، مسایلی مطرح و بررسی شد

که ابتدائاً از مسایل فرهنگی و تربیتی افراد است نه از اغراض و اهداف عالیه عقد نکاح. لذا عقل بشری می تواند با ورود در حوزه مسایل معاملی، به تغییر حکم آن برطبق مقتضیات زمانی و مکانی بپردازد و از تالی فاسد مهریه های سنگین که در این مقاله بررسی شد بکاهد. لذا به نظر می رسد که قانون گذار باید به سرعت و به نحو روش مندی وارد مطالعات اجتماعی و فرهنگی شده، قوانینی متناسب برای تعیین مهریه تدوین نماید.

فهرست منابع و مآخذ:

- ۱- قرآن کریم
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ميسووط در ترمينولوژی حقوق، ج(۵)، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۱ ش.
- ۳- دورانت، ویل، تاريخ تمدن، ج(۱)، ترجمه احمد آرام، انتشارات آفان، چاپ ششم، تهران، ۱۳۷۸ ش.
- ۴- حلی، حسن بن یوسف، تبصره، چاپ اسلامیه، تهران، ۱۳۵۵ ش.
- ۵- محقق، محمدباقر، حقوق مدنی زوجین، انتشارات بنیاد قرآن، چاپ سوم، ۱۳۶۰ ش.
- ۶- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج(۳)، چاپ هفتم، تهران، ۱۳۶۷ ق.
- ۷- شیخ طوسی، ابن جعفر محمد بن الحسن، ميسووط، ج(۳)، چاپ مرتضویه، تهران، ۱۳۸۹ ق.
- ۸- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ۶ (۱۰۲)، مؤسسه آوفا، بیروت، لبنان، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- ۹- نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسایل، ج(۲)، انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۸۰ ق.
- ۱۰- عاملی، شیخ بهاء الدین، جامع عباسی، انتشارات فراهانی، بی تا.
- ۱۱- امامی، عبدالله صفایی، سیدحسین، حقوق خانواده، انتشارات میزان، چاپ نهم، تهران، ۱۳۸۴ ش.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج(۲)، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۰ ش.

وکیل دادگستری یا دفتر یار دفتر خانه یا هر دو!؟؟؟

مرتضی شیخ الاسلامی

در خصوص این که کارآموز وکالت همزمان دفتر یار دفترخانه اسناد رسمی نیز می باشد گزارشی در ماه قبل به دادسرای کانون وکلای دادگستری مرکز واصل شد.

شکوائیه واصله پس از ارسال برای خانم مشتکی عنه و وصول پاسخ ایشان به دایزری ارجاع و منجر به تصمیم گردید.

در این پرونده، کارآموز وکالت یاد شده این چنین از خود دفاع می کند:

ابتدا با استناد به مواد ۱۲ و ۱۵ قانون دفاتر اسناد رسمی عنوان می نماید که این قانون مربوط به دفاتر اسناد رسمی می باشد نه کانون وکلا.

در ادامه چند سؤال مطرح می نماید و پاسخ آن را نیز می دهد که به شرح زیر می باشد:

« به زعم چه مرجعی تخلف است؟ »

دلیل مؤید دیگر، صلاحیت مرجع انتظامی است. با این توضیح که تخلف از مواد ۱۲ و ۱۵ قانون سردفتران در صلاحیت مراجع انتظامی کانون موصوف است نه کانون وکلا. چرا که تخلف ماده ۱۲ و ۱۵ تخلف صنف دفتر یار است نه صنف وکیل.

چه عملی از اعمال وکیل تخلف است و چه مرجعی صالح است؟

به استنباط از احکام فقهی و مقررات انتظامی، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و به استنباط از رسالت دادسرای انتظامی که در صورت احراز تخلف، کیفرخواست صادر می کند، باید گفت تخلف انتظامی، آن فعل یا ترک فعل است که وکیل از آن منع شده و ضمانت اجرای آن یکی از مجازات های مقرر در قانون وکالت است.

در حالی که در خصوص موضوع این شکایت علیه اینجانب، در قوانین راجع به وکالت منعی وجود ندارد و اگر هم به فرض محل منع ماده ۱۲ و ۱۵ قانون سردفتران را از مقوله منع وکیل بدانیم نه دفتر یار، در این صورت هم برای این منع مجازاتی تعیین نشده، چنان چه بنا باشد مجازاتی بر اساس قانون سردفتران تعیین شود این سؤال را به ذهن متبادر می سازد که آیا مجری قوانین مربوط به سردفتران، دادسرای کانون وکلا است؟ علاوه بر این که اگر مقنن و یا واضع آیین نامه اقدام اینجانب را تخلف می دانست برای آن مجازات تعیین می نمود. لذا با این اوصاف نیز موضوع خارج از مقوله رسیدگی های دادسرای انتظامی می باشد. به عبارت دیگر باید ممنوعیتی برای وکیل پیش بینی شده

باشد و وکیل از آن ممنوعیت نخطی کرده باشد و مجازاتی برای آن عمل تعیین شده باشد تا بتوان استعدادی برای طرح در دادرسی انتظامی و مجازات وکیل پیش بینی کرد.»

تصمیم دادیار محترم پرونده

«بند ۱ ماده ۱۵ قانون [۱] (دکتر رسمی و ...)) مصوب سال ۱۳۵۴ سردفتران و دفتریاران را از شغل و کالت ممنوع کرده است نه وکلا را، یعنی اگر در مانحن فیه تخلفی صورت گرفته از ناحیه دفتر یار یا نماینده دفتر است و نه از سوی وکیل و قاعدتاً مرجع صالح هم برای رسیدگی به تخلف مخاطبین آن قانون تشکیلات انتظامی کانون مشبوه است نه دادرسی انتظامی کانون وکلاء ضمن این که قوانین و مقررات خاص وکالت چنین معنی را پیش بینی نکرده که وقوع آن را تخلف به شمار آورده، حتی رغم آن مشتکی عنها پیشاپیش استعفای خود را از آن شغل به مرجع ذیصلاح اعلام کرده که در پرونده انعکاس دارد و در واقع به علت این که مخاطب آن قانون هم قرار نگذرد ادامه یا اشتغال به آن شغل را بری خود به مصلحت ندیده و انصراف داده است. بنابراین وقوع تخلفی احراز نشده قرار منع تعقیب خانم مشتکی عنه صادر و اعلام می شود.»

در ادامه معاونت محترم دادرسی با مطالعه پرونده چنین نظر می دهند:

«دادیار محترم:

پرونده و گزارش و نظریه جنابعالی مطالعه و مرور شد همان طور که مرقوم فرموده اید آن چه منع شده اشتغال سردفتر و دفتریار هم زمان به شغل وکالت است و این امر مستلزم صدق قضیه در عکس آن نیست. موارد ممنوعیت از وکالت در ماده ۱۰ لایحه استقلال [۲] احصاء شده و چون دفتر یار مستخدم دولتی و بلدی و بنگاه دولتی محسوب نمی شود لذا ممنوعیت مورد نظر شاکی به این قسمت تسری ندارد و از طرفی چون اشتغال به دفتر یاری نیز هیچ گونه مخالفتی با شؤون وکالتی ندارد لذا در مجموع به لحاظ عدم احراز تخلف با نظریه جنابعالی دایر بر منع تعقیب انتظامی موافقت دارم.»

چند نظریه در خصوص پرونده:

نظریه اول:

عده ای معتقداند اگر دفتر یاری شغل دولتی هم محسوب نشود ولی می تواند خلاف شؤون وکالت باشد. با توجه

[۱] - ماده ۱۵ قانون دفتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۵۳ :

مشاغل زیر منافی شغل سردفتری و دفتر یاری است :

۱- قضایوت و وکالت دادگستری و عضویت در مؤسسات دولتی وابسته به دولت و شهرداری ها.

[۲] - ماده ۱۰ لایحه قانونی استقلال کانون وکالی دادگستری

به اشخاص زیر اجازه وکالت داده نمی شود:

۱- اتباع خارجی ۲- قضات و مستخدمین دولتی و بلدی و مملکتی و بنگاه هایی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت است در حین اشتغال به خدمت

به استثنای استادان دانشکده حقوق که اشتغال به تدریس در یکی از شعب حقوقی دارند در صورت اجازه شورای دانشکده. ۳- ...

به قرار دادسرا و عدم وجود قانون در خصوص دفتریاران می توانیم رجوع کنیم به یک نظریه مشورتی از کمیسیون امور حقوقی کانون وکلای دادگستری مرکز که در آن عنوان شده است اگر وکیل یا کارآموز وکالت، در هیأت مدیره یا متصدی مدیریت عاملی یک شرکت تجاری باشد رفتار خلاف شأن می باشد پس چگونه می توان گفت دفتریار که به نوعی مستخدم می باشد و حتی ماده ۱۵ قانون دفاتر اسناد رسمی آن را معایر با وکالت دانسته است رفتار خلاف شأن نباشد؟! در دوره های قبل در دادسرا حتی برای خواننده موسیقی کیفرخواست صادر شد، برای وکیلی که اقساط صندوق حمایت خود را واریز نکرده بود، کیفرخواست صادر شد، برای کارآموزی که چک برگشتی داشت و هم برای وکیلی که تجدید فراش کرده بود و در عین حال همسر اول اطلاع نداشت، کیفرخواست صادر شد. (البته قرار های سابق داد سرا با تغییر شرایط زمان نمی تواند ملاک احکام بعدی قرار گیرد)

نظریه دوم:

می توان اشاره کرد به حقوق سوکل؛ شخصی که دفتریار است و باید مرخصی خود را از کانون سردفتران درخواست نماید، چگونه می تواند عملاً در دادگاه ها حضور پیدا کند و بی گیر مطالبات موکلان اش باشد. شاید ممنوعیت تصدی مدیریت عامل یا عضویت در هیأت مدیره شرکت ها نیز همین محدودیت باشد.

نظریه سوم:

استناد قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۲۵ تیر ۱۳۵۴، دفتریار؛ نماینده سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در دفترخانه و معاون سردفتر است. پس این ادعا که دفتربازی، شغلی است آزاد، کاملاً مردود می باشد. به این رأی قطعی دادگاه عالی انتظامی قضات نیز توجه فرمایید:

« رأی شماره ۸۷ - ۱۳۷۵/۵/۹ دادگاه عالی انتظامی قضات: ابراد آقای... به رأی محکومیت خود (محرومیت دائم از شغل وکالت) وارد نیست زیرا ماده ۱۵ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۵۴ شغل وکالت دادگستری را منافی با سردفتری دانسته یعنی در یک زمان کسی نمی تواند هم سردفتر اسناد رسمی باشد و هم شغل وکالت دادگستری داشته باشد یعنی دارای پروانه وکالت دادگستری باشد. ابراد نامبرده به این عنوان که شرایط قانونی و تحصیل پروانه وکالت را بعد از تحصیل پروانه از دست نداده است نیز وارد نیست زیرا نامبرده بر حسب قسمت اخیر بند ۱ ماده ۸۲ آیین نامه وکالت (آیین نامه لایحه استقلال) می بایست بعد از قبول شغل سردفتری ظرف ۱۰ روز از تاریخ فاقد شدن شرایط، کانون را کتبا مطلع نموده و پروانه خود را تسلیم نماید، که به این وظیفه قانونی عمل ننموده است. لذا رأی محکومیت آقای... برخلاف مقررات قانونی نبوده و اعتراض نامبرده بر آن بی مورد است.»

نظریه چهارم:

ماده ۱- قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب سال ۱۳۵۶:

« دفترخانه اسناد رسمی واحد وابسته به وزارت دادگستری است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می شود، سازمان و وظایف دفترخانه تابع قوانین و نظامات راجع به آن است.»

ماده ۲- « سردفتر با پیشنهاد سازمان ثبت و ابلاغ ریاست قوه قضاییه (وزیر دادگستری) منصوب می شود. »

ماده ۳- « دفتریار نماینده سازمان ثبت اسناد و املاک است. »

ماده ۲۴- « سردفتران و دفتریاران می توانند از مرخصی استفاده نمایند. »

ماده ۱۴ آیین نامه اصلاحی دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۵۴: « ابلاغ مرخصی از سوی مدیر کل ثبت منطقه صادر می شود. »

ماده ۱۶- همان « ابلاغ مرخصی خروج از کشور منوط به تصفیه حساب و بازرسی دفتر خانه است. »

مطابق ماده ۹۰ قانون ثبت و ماده ۵۳ آیین نامه دفاتر اسناد رسمی سال ۱۳۱۷:

« عایدات حاصله از حق الثبت دفاتر اسناد رسمی پس از پرداخت سهم صاحبان دفاتر جزو عایدات عمومی محسوب و تسلیم خزانه خواهد شد» ماده ۱۴ قانون تشکیل دفاتر اسناد رسمی مقرر می دارد « نصف عایدات حاصله از حق الثبت به صاحب دفتر و نصف دیگر، متعلق به اداره ثبت اسناد و املاک است. »

از آن جا که در ماده ۱ قانون دفاتر اسناد رسمی ... مصوب سال ۵۴ قید شده که دفاتر اسناد رسمی واحد وابسته به وزارت دادگستری هستند لذا با مراجعه به ماده ۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۶۶ مشاهده می شود که ذکر شده: « مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه گانه اداره می شود» هم چنین در ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۸۴ ذکر شده: « 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 به عهده یکی از قوای سه گانه یا سایر مراجع قانونی می باشد انجام می دهد. »

ماده ۵ قانون مدیریت: « کلیه مؤسسه دولتی دستگاه اجرایی هستند. »

ماده ۶ قانون مدیریت: « پست سازمانی: جایگاهی در ساختار سازمانی دستگاه اجرایی برای انجام وظایف. »

در تبصره ۲ قید شده « شغل عبارتست از وظایف مستمر مربوط به پست سازمانی یا پست تمام وقت. »

از آن جا که در مواد ۱۵ و ۴۹ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۵۴ از سر دفتری با عنوان شغل نام برده شده است و پست سازمانی نیز با تعریف فوق در مؤسسه دولتی مشخص است و در تبصره ۴ قید شده: « تصدی به وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی ممنوع است» و تبصره ۹ قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب سال ۷۳ عنوان می دارد: « کلیه سازمان ها، نهادها و ارگان هایی که به نحوی از بودجه عمومی استفاده می نمایند و شرکت ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و مؤسسات که شمول قانون بر آن ها مستلزم ذکر نام است مشمول این قانون هستند. » پس ممنوعیت تصدی و وکالت و سردفتری محرز است.

موارد تصریح شده ممنوعیت :

بند ۳ ماده ۱۲ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۵۴: «سردفتر نمی تواند وکالت دادگستری نماید» و در بند ۱ ماده ۱۵ قید شده: «وکالت منافی شغل سردفتری است»
حالی‌ه با توجه به فرض تحقق شخصیت واحد مقنن و ذکر صریح ممنوعیت قانونی و با عنایت به تصریح کلمه منافی از مصدر باب منافات که از باب مفاعله می باشد و مغایرت دو جانبه را نشان می دهد لذا مستنداً به موارد مذکور، جمع وکالت و سردفتری میسور نیست.

نظریه پنجم :

نظریه ۵۶۳۴ ک. ق. - ۸۲/۲/۱۸ اداره حقوقی دادگستری: «با عنایت به مقررات ماده ۱۵ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۵۴ که قید شده مشاغل وکالت دادگستری و سردفتری اسناد رسمی منع قانونی دارد و اشتغال به هر یک از مشاغل مذکور منع قانونی جهت اشتغال به شغل دیگر دارد.»

نظریه ششم :

بند ۵ ماده ۵ آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۷ قانون توسعه سوم سال ۸۱ ممنوعیت سردفتری و دفتراری در هنگام صدور مجوز تأسیس مؤسسه حقوقی.

نظر شما چیست؟

با تشکر از جناب آقای ارش ذوالفقار وکیل محترم دادگستری که اینجانب را در تکمیل کردن این تحقیق یاری نمودند.

تغییر عنوان مجرمانه توسط دادگاه‌های تجدید نظر: پیروی از الزامات آیین دادرسی کیفری یا رویه قضایی؟

فاطمه عظیمی ■ ■ یعقوب باتمانی ■ ■

مقدمه:

حقوق، علمی است پویا و هیچ‌گاه در قید زمان و مکان نمی‌تواند پاسخ‌گوی معضلات باشد. این ویژگی علی‌الخصوص در حقوق کیفری و آیین دادرسی جلوه بیشتری پیدا می‌نماید. اصولاً جوامع بشری در برابر هر نوع اخلاق در نظم عمومی، با ابزارهای کیفری، به مقابله برمی‌خیزند. اما تاریخ

به مقننین آموخته است که نباید به بهانه بازیابی نظم عمومی، در این مبارزه مقدس، حداقل‌هایی نادیده گرفته شود. این حداقل‌ها در آیین دادرسی کیفری متبلور می‌شوند.

آیین دادرسی کیفری مجموعه‌ای از تشریفات و مقررات است. البته نباید تصور نمود که از قید تشریفات، اختیاری بودن این آیین استنباط می‌گردد؛ بلکه مقررات آن مربوط به نظم عمومی بوده و این مقررات جنبه آمره دارند. لذا بر همین اساس اساتید اذعان داشته‌اند که منظور از تشریفات، اشاره به شکلی بودن آن‌ها است و نه غیر الزامی بودن آن‌ها.^۱

توصیف^۲ و تفسیر قانون در راستای اجرای صحیح آن، از جمله وظایف ذاتی قوه قضاییه است. گرچه

نظارت بر حسن اجرای قوانین در حدود اختیارات دیوان عالی کشور می‌باشد، نیک پیداست که این امر نمی‌تواند نافی توصیف موضوعات مسأله‌متنازع فییه از سوی دادگاه‌ها باشد.

اهمیت بنیادین اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و پذیرش آن در قوانین موضوعه کشورها، محدودیت‌هایی جدی بر مصلحت‌اندیشی در فرآیند دادرسی منصفانه وارد نموده است. اصولاً جرم، پدیده‌ای اجتماعی است و به همان میزان که می‌توان نسبت به ارتکاب آن عکس‌العمل شدید نشان داد، ممکن است که مورد اغماض و چشم‌پوشی به دلایل مصلحتی قرار گیرد.

■ وکیل دادگستری - عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور زنجان

■ - دانشجوی دکتری حقوق، عضو کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و مدرس دانشگاه

۱ - آخوندی، دکتر محمود اندیشه‌ها، جلد ۴، انتشارات مجد، تهران ۱۳۸۴

۲ - Qualification

بیان مسأله:

در نظام حقوقی موضوعه ایران، وظیفه کشف، تعقیب و تقاضای مجازات متهمین بر عهده دادسرا قرار دارد. نهاد تعقیب با بررسی دقیق جوانب و حقایق موضوع و لحاظ آن‌ها در تصمیمات خود، اعتقاد خود بر توجه اتهام به متهمین را در قالب کیفرخواست به اطلاع دادگاه صالح می‌رساند. آن چه که از لحاظ دادرسی و اصول منصفانه آن، مسلم است این است که قلمرو رسیدگی دادگاه، محدود به کیفرخواست می‌باشد، یعنی در صورتی که در کیفرخواست صادره عنوان جزایی خاصی برای اعمال عادی^۳ متهم مشخص شده باشد، دادگاه فقط در محدوده کیفرخواست مجاز به تصمیم‌گیری خواهد بود و اگر تحقیقات را ناقص تشخیص دهد، نمی‌تواند فی‌الباهه و بدون اقدام از جانب دادسرا، عنوان مجرمانه را تعبیر دهد.

مسأله ای که در این جا در مقام تشریح آن هستیم، مربوط به یکی از حقوق بنیادین بشر در فرآیند محاکمه عادلانه^۴ است. دادسرا که نهاد کشف و تعقیب جرایم است، در این مسیر با الزاماتی مواجه است. اسناد بین‌المللی و داخلی، حقوق متهمین در فرآیند رسیدگی به اتهامات را به کرات مورد تضمین قرار داده‌اند. در ظاهر به نظر می‌رسد که فعل یا ترک فعلی که عنصر مادی جرم را تشکیل می‌دهد، شاخص نهایی محکومیت یا برائت متهم است. اما با مذاقه در مقررات، متوجه می‌شویم که حتی خطرناک‌ترین متهمان نیز باید در طی یک فرآیند دادرسی منصفانه مورد تعقیب قرار گیرند. اگر هدف، صرفاً تعیین مجازات متهم باشد، ایرادی وجود ندارد که توصیف دادسرا، دادگاه بدوی و تجدیدنظر از عمل واحد، متفاوت باشد، به این معنی که در کیفرخواست، دادسرا عمل متهم را به عنوان مثال استفاده از سند مجعول بداند و دادگاه بدوی نیز تحت این عنوان متهم را محکوم نماید و از آن سو دادگاه تجدیدنظر با توصیف متفاوت از رکن مادی جرم، فرضاً عمل مجرمانه بزه کار را کلاهبرداری تشخیص دهد.

نظریه مشورتی اداره حقوقی:

در نظریه مشورتی شماره ۷/۷۷۱۷ - ۱۳۸۳/۱۰/۱۴ - اداره حقوقی قوه قضاییه در پاسخ به این سؤال که «چنان چه کیفرخواست از دادسرا به اتهام خیانت در امانت صادر شده باشد ولی به نظر دادگاه اتهام متهم منطبق با مقررات مربوط به کلاهبرداری باشد، تکلیف دادگاه چیست؟» با استدلالات نه چندان صحیح این گونه اظهار داشته که: «درست است که طبق بند (ج) ماده (۱) ۱۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادگاه‌های عمومی جزایی و دادگاه انقلاب، فقط به جرایم مندرج در کیفرخواست، وفق قانون آیین دادرسی مربوطه، رسیدگی می‌نمایند ولی این امر به این معنی نیست که دادگاه در تطبیق مورد با قانون، تابع کیفرخواست دادسرا باشد، بلکه همان گونه که بعضاً در مورد جرایم مندرج در کیفرخواست دادگاه پس از رسیدگی معتقد به بی‌گناهی متهم شده و رأی به برائت صادر می‌کند، در تطبیق قانون با مورد هم، بدون اعاده پرونده به دادسرا، می‌تواند برخلاف تشخیص دادسرا، حکم به مجازات جرمی دهد که خود تشخیص می‌دهد. مثلاً هرگاه در کیفرخواست تقاضای اعمال مجازات

۳- Actus Reus

۴ - Fair Trial

درباره تحلیل مفهوم فوق بنگرید به:

قاری سید فاطمی؛ دکتر سید محمد: حقوق بشر در جهان معاصر، جلد دوم، مؤسسه حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۸۹، صص ۲۲۰-۲۲۹

جرم خیانت در امانت شده باشد و دادگاه مورد را خیانت در امانت نداند و بزهی دیگری مثل کلاهبرداری تشخیص دهد، در این صورت دادگاه مطابق تشخیص خود عمل می نماید نه آن چه که در کیفرخواست آمده است.»

ارزیابی نظریه اداره حقوقی و رویه قضایی در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری:

با دقت در مفاد این نظریه می توان به سادگی، بی اعتنایی به اصول اولیه حقوق کیفری را ملاحظه نمود. آیا می توان حکم برائت را با مجرمیت متهم هم سان تلقی کرد؟ واضح است که این امر به نوعی قیاس مع الفارق تلقی می گردد. در نظریه مشورتی گفته شده که اگر دادگاه معتقد به برائت باشد، نیازی به پیروی از کیفرخواست دادرسی نیست. آیا ذکر این استدلال به نحوی از انحا، اشاره به امور بدیهی و ضروری اصول حقوقی نیست؟! در چنین حالتی هر عقل سلیمی حکم می نماید که نهاد تعقیب، تنها می تواند معترض به رأی گردد. اما در سؤال مورد نظر بحث بر این است که آیا علی رغم الزام دادگاه در رسیدگی به جرایم مندرج در کیفرخواست، تغییر عنوان مجرمانه، حق دادگاه می باشد یا خیر؟

به عنوان یک مسأله مقدماتی، بدیهی است که کیفرخواست را دادرسی تنظیم می نماید. اگر بنا بر این باشد که توصیف دادرسی از عمل مجرمانه، تأثیر آن چنانی بر سرنوشت دعوی کیفری نداشته باشد و توصیف اتهام نیز در دست دادگاه ها باشد، آیا این امر لولاً منجر به وحنث نهاد تعقیب و نهاد قضایی و ثولاً شدن مرحله تحقیقات مقدماتی نمی شود؟! ثانیاً اگر توصیف دادرسی شاخصه نهایی اتهام نباشد، چه دلیلی وجود دارد که دادرسی در کیفرخواست های خود، عنوان مجرمانه را مشخص نماید؟!

آن چه که باعث مخالفت با طرز استدلال اداره حقوقی قوه قضاییه می شود، نادیده گرفتن حقوق دفاعی متهم در بسیاری از موارد می باشد. آیا می توان مراحل تحقیق، تعقیب و صدور حکم را که متمایز از یکدیگر می باشند، به طور کامل به دادگاه سپرد؟

یکی از دلایلی که اداره حقوقی را به این نتیجه گیری اشتباه رهنمون گشته است، صرف نظر از کبری و صغرای غلط قضیه، الزامات عملی بوده است. اگر قرار بر این باشد که دادگاه ها توصیفی متفاوت از توصیف نهاد تعقیب داشته باشند، با توجه به کثرت شکایاتی که دادرسی ها در بسیاری از مواقع با آن مواجه هستند، شاهد تأخیر و کندی در فرآیند مبارزه کیفری با جرایم خواهیم بود. اما کلید حل این مشکل، تضييع حقوق متهم نیست. به عبارت بهتر، نیاید به بهای زایل نمودن تأخیر در روند دادرسی، حقوق اساسی متهم در معرض تضییع قرار گیرد. آیا حق اخذ آخرین دفاع متهم فاقد اهمیت است که دادگاه در دادرسی، هر زمان بتواند عناوین مجرمانه را تغییر دهد؟

یکی از حقوق بنیادین متهم، حق تفهیم او بر عنوان اتهاماتی است که متوجه او می باشد. نهاد تعقیب باید چنان بر جوانب پرونده مسلط باشد که عنوان مجرمانه صحیح را تعیین نماید. متهم و وکیل او نیز یا در نظر داشتن این امر که اتهام او چیست، تدارک دفاع می بینند. شکی نیست که تغییر ناگهانی عنوان مجرمانه متهم از جرمی به جرم دیگری، رکن مادی عمل را زایل نمی نماید، بلکه دقیقاً رکن قانونی جرم^۵ را تغییر می دهد. تصور نماید که متهم برطبق کیفرخواست صادره و حکم بدوی، به استفاده از سند مجعول، متهم و محکوم گردیده است. میزان مجازات

نیز در فرض ما از سوی دادگاه سه سال تعیین شده است. متهم با کسب رضایت از شاکی خصوصی و بنا به وضعیت خاص خود از جمله جوانی و فقد سابقه کیفری، با امید بسیار اقدام به تجدیدنظر خواهی می نماید. به یک باره دادگاه با استناد به وجود تعدد معنوی جرم، عمل مجرمانه را مصداق کلاهبرداری می داند و بدون وجود کیفر خواسته با تفهیم اتهام به وی، او را به دلیل ارتکاب کلاهبرداری، به یک تا هفت سال زندان محکوم می نماید. در این فرض، اقدام توصیفی دادگاه تجدیدنظر، مطابق با نظریه مشورتی اداره حقوقی، مستلزم تشدید مجازات خواهد بود؛ حتی اگر این دادگاه مجازات را به یک سال حبس تقلیل داده باشد. زیرا همان طور که می دانیم بر طبق تبصره یک ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری، در بزه کلاهبرداری، دادگاه نمی تواند به کمتر از حداقل مجازات قانونی رای دهد. دیوان عالی کشور نیز در رای وحدت رویه شماره ۶۲۸-۱۳۷۷/۶/۳۱ بر این نظریه مهر تأیید زده است. بنابراین واضح است که با تغییر و توصیف متفاوت دادگاه تجدیدنظر از فعل واحد، اختیار قانونی متهم در تمتع از حقوق مندرج در ماده ۲۲ و تبصره های آن، محمل قانونی خود را از دست می دهد و بیم و امید متهم در توسل به تجدیدنظر خواهی، به یأس تبدیل خواهد شد.

حال آن که در صورت عدم تغییر عنوان اتهامی، متهم می توانست به تخفیف و یا تبدیل مجازات نیز امیدوار باشد. شاهد مثال در این باب بسیار است و مثال فوق تنها یکی از صدها مورد محتمل در تغییر عنوان مجرمانه است که سبب تشدید مجازات می گردد.

به راستی آیا در چنین مواردی می توان از حقوق دفاعی متهم سخن گفت؟ آیا در چنین مواردی اشاره به دادرسی دو مرحله ای منطقی است؟ اوج نقض این حقوق در مواردی است که عناوین مجرمانه در دادگاه تجدیدنظر تغییر می نماید.

مطالعه برخی از مواد قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص این مسأله، می تواند ما را به نتایجی متفاوت از آن چه که اداره حقوقی بدان دست یافته است، برساند.

ماده ۲۵۰ این قانون مقرر می دارد:

« اگر رای تجدیدنظر خواسته از نظر احتساب محکوم به یا تعیین نوع و میزان مجازات و تطبیق عمل با قانون یا نقایصی نظیر آن ها متضمن اشتباهی باشد که به اساس رای لطمه وارد نسازد مرجع تجدیدنظر که در مقام تجدیدنظر رسیدگی می نماید ضمن تأیید رای آن را تصحیح خواهد نمود.»

به نظر می رسد که مقصود از تطبیق عمل با قانون، توصیف عنوان مجرمانه عمل بزهرکار است. یعنی رکن مادی جرم با کدام ماده قانونی منطبق است. طبیعی است که در بسیاری از موارد تغییر عنوان مجرمانه (توصیف جرم از جانب دادگاه تجدیدنظر) به اساس رای لطمه وارد می نماید. در این جا مرجع تجدیدنظر نمی تواند تصحیح رای نماید. بنابراین این مسأله باقی است که تکلیف چیست؟

بند ۴ ماده ۲۵۷ همان قانون، پاسخی ظاهری به این سؤال داده است:

« اگر دادگاه تجدیدنظر حکم بدوی را مخالف موازین شرعی یا قانونی تشخیص دهد، یا ذکر مبانی استدلال و اصول قانونی آن را نقض و پس از رسیدگی ماهوی مبادرت به انشای رای می نماید. رای صادره جز در موارد مذکور در ماده ۲۲۵ این قانون قطعی می باشد.»

واضح است که منظور مقنن در این ماده منصرف از مواردی است که توصیف دادگاه بنوی و دادگاه تجدیدنظر متفاوت از یکدیگر است. مضاف بر این که ماده ۲۵۸ همین قانون در بردارنده مقرره ای است که اختیار تغییر عنوان مجرمانه را تا حدود زیادی محدود نموده است:

«دادگاه تجدیدنظر نمی تواند مجازات تعزیری مقرر در حکم بدوی را تشدید نماید مگر در مواردی که مجازات مقرر در حکم بدوی کمتر از حداقل میزانی باشد که قانون مقرر داشته و این امر مورد اعتراض شاکی تجدیدنظر خواه... قرار گیرد که در این موارد مرجع تجدیدنظر با تصحیح حکم بدوی نسبت به مجازاتی که قانون مقرر داشته، اقدام خواهد نمود.»^۷ اگر این طریقه استدلال پذیرفته شود آن گاه فلسفه وضع ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بهتر درک می شود: «مرجع تجدیدنظر فقط نسبت به آن چه مورد تجدیدنظر خواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می نماید.»

آیا در مواردی که متهم مرحله بنوی اقدام به تجدیدنظر خواهی از حکم صادره می نماید، منظور او این خواهد بود که دادگاه تجدیدنظر تمام فرآیند رسیدگی را در جستجوی عدالت مطلق نظر قرار دهد یا این که منظور او از تجدیدنظر در امور کیفری، اخذ برائت یا تخفیف است؟

فرجام سخن:

ماده ۲۴۱، تاج تفسیر دوگانه ای دارد: از یک سو آن چه که در مرحله بنوی مورد حکم قرار می گیرد، فعل یا ترک فعل مجرمانه ای است که منجر به محکومیت گردیده است و از سوی دیگر آن چه مورد تجدیدنظر قرار گرفته است، توصیف دادگاه بنوی از عمل مجرمانه و تطبیق آن با قانون است. شکی نیست که اگر دادگاه تجدیدنظر به این نتیجه برسد که توصیف اشتباه بوده است، امکان اصلاح وجود دارد؛ البته به این شرط که رأی بنوی نقض شود و با توجه به نقص و اشتباه صورت گرفته، با ارجاع پرونده به نهاد تعقیب، حقوق متهم نیز در نظر گرفته شود.

چنین تفسیری با توجه به مختومه نشدن پرونده در کل و غیر قطعی بودن آن، هیچ تعارضی با اعتبار امر مختومه نخواهد داشت. باید همواره به یاد داشته باشیم که رعایت تشریفات آیین دادرسی کیفری، امری اختیاری نیست بلکه تشریفاتی بوده که الزام آور است. لزوم در نظر داشتن این نکته و توجه به پویایی مستمر حقوق متهمین که حاصل قرن ها تلاش و تجربه و دانش تاریخی بشر در اعصار طولانی می باشد، اقتضا دارد که اداره حقوقی قوه قضاییه که دارای مقام دکترینال شامخ در راهنمایی ها است، بیش از سایر مراکز علمی، دغدغه رعایت این نکات مهم و اساسی را داشته باشد و هیچ گاه در مقام راهنمایی علمی، مصلحت اندیشی ننماید و اجازه مصلحت اندیشی را به رویه محاکم بسپارد؛ حتی اگر این دغدغه از بین بردن طولانی شدن رسیدگی ها باشد. ارزش های نظری و ابزارهای دفاعی متهمین باید هیچ گاه از سوی نهادهای علمی رسمی، کم اهمیت پنداشته نشود. ترکیب و وزن علمی اداره ای هم چون اداره حقوقی قوه قضاییه همواره علتی بوده که علما در بررسی نظرات این مرجع مدنظر قرار داده و می دهند. حساسیت این اداره می تواند در بسیاری از زمینه ها، غنای بیشتری به نظرات صادره آن بیفزاید.

۷- مفاد این ماده عیا در تبصره ۴ ماده ۲۷ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، تکرار شده است.

«قرارداد های مجوز اجباری استفاده از اموال فکری»

مریم شریفی ربانی

مقدمه:

بشر در طول تاریخ توانسته است با قدرت و توان فکری خود روز به روز برده از طبیعت نا مکشوف بردارد؛ حاصل این تلاش ها، ابداعات هنری، اختراعات و اکتشافاتی است که در عالم حقوق، اموال فکری^۱ نامیده می شود. آن چه وجود قوانین منسجم برای حمایت از مالکان این اموال را ضروری جلوه گر می سازد روند روبه رشد پیدایش اموال فکری در سطح جهانی است^۲. این اموال اگر چه فاقد صور مادی هستند اما هر عقل سلیمی به ارزش اقتصادی و اعتبار داد و ستد آن ها اذعان دارد^۳. از همین روست که لواء مزبور مورد احترام و حمایت قانون گذار قرار گرفته است. اطلاق عنوان «اموال» به این پدیده ها تا حدودی گویای چارچوب حمایت قانون گذار از این اموال و صاحبان آن ها است. بدیهی است که پیشرفت و ارتقای علم، هنر و صنعت، مستلزم آن است که مالکان، این اموال را در دسترس عموم قرار دهند. از طرفی حمایت از حقوق مالکیت فکری ایجاب می نماید که صاحبان این اموال به خوبی از حاصل تلاش خویش متمتع شده و به سهولت قادر به استیفای تمام و کمال حقوق خویش باشند.

در راستای نیل به همین اهداف است که قانون گذار، حقوق مالکیت فکری را حقوقی انحصاری قلمداد نموده و بهره برداری سایرین از اموال مزبور را منوط به تحصیل اجازه از مالک می داند. به موجب ماده ۱۰ قانون مننی و اصل آزادی قراردادی، طرفین می توانند به انعقاد قرارداد اجازه بهره برداری مبارت نمایند. این قرارداد ها به صورت اختیاری^۴ منعقد می گردند اما آن چه می خواهیم در این مقال بررسی نماییم مجوز های بهره برداری «اجباری»^۵ است. قراردادهای که بنابر مصالح ملی، علی رغم میل دارنده منعقد می گردند. به طوری که طرف قرارداد، یا دولت و یا شخص ثالث مأذون از سوی دولت می باشد و این دولت یا مقام قضا است که انعقاد قرارداد مجوز اجباری را به دارندگان اموال فکری تحمیل می نماید.

اگر چه شایع ترین راه برای معرفی اموال فکری به بازار های داخلی و خارجی و کسب منافع تجاری حاصل از آن برای مالکان اموال فکری، اعطای مجوز بهره برداری به سایرین می باشد لیکن ممکن است دارندگان اموال فکری به دلایلی از اعطای چنین مجوزهایی استنکاف ورزند. امتناعی که ممکن است منافع و مصالح عموم را با

مخاطرات قابل توجهی روبرو سازد و دارنده را در مظان اتهام سوء استفاده از حق قرار دهد. احراز سوء نیت دارندگان برای چنین امتناعی، مراجع ذی صلاح را قادر می سازد انعقاد قرارداد مجوز اجباری را به دارندگان، تحمیل نمایند. پیش بینی چنین حقی در قوانین داخلی اغلب کشورها و معاهدات و کنوانسیون های بین المللی^۶ گویای اهمیت این موضوع برای دولت ها می باشد.

انگیزه دول از صدور مجوز اجباری:

رعایت مصالحی چند، در سال های اخیر، دولت ها و مجامع بین المللی را بر آن داشته تا علی رغم اصل آزادی قراردادی، انعقاد قرارداد مجوز اجباری را (تحت شرایط بسیار ویژه ای) به دارندگان حق تحمیل کنند. در بیان برانگیختگی دولت ها برای صدور مجوز های اجباری بهره برداری، می توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ۱) جلوگیری از سوء استفاده دارنده حق مبنی بر بی استفاده گذاشتن اختراع خویش.
 - ۲) ممانعت از تحمیل شرایط ناعادلانه به متقاضیان مجوز، توسط دارنده حق.
 - ۳) کنترل فعالیت های تجاری و ایجاد فضای رقابنی سالم.
 - ۴) حفظ مصالح و منافع عموم، به ویژه در مورد کالاهای مهم و ضروری از قبیل محصولات دارویی و...^۶
- همان طور که مشاهده می گردد، آن دسته منافع عمومی که در اعطای مجوز های اجباری مورد تعقیب دولت ها قرار می گیرد بیشتر مربوط به امنیت ملی، تغذیه، بهداشت یا توسعه سایر بخش های حیاتی اقتصادی کشور می باشد.^۷

دول پیشگام:

در حال حاضر کشور تایلند به عنوان یکی از کشور های پیش گام در جهت وضع مقررات ناظر بر مجوزهای اجباری در سطح دنیا مطرح است.^۸ پس از آن نیز، قوتین ملی هند و کانادا حق تحصیل مجوز اجباری را برای دولت در مورد محصولات دارویی به رسمیت شناختند.^۹ اما در سال های اخیر شاهد رشد فزاینده متون قانونی در داخل کشور ها، ناظر بر پیش بینی این حق برای دولت ها هستیم که نه فقط در زمینه محصولات دارویی و پزشکی بلکه در سایر زمینه های تکنولوژی نیز قابل اعمال است؛ همان طور که در قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۸۶، قانون گذار اعطای مجوز اجباری را منحصر به محصولات ویژه ای نمی داند و فحوی کلام وی حاکی از اطلاق است.

مزایا و معایب مجوز اجباری:

به عقیده برخی، نامطلوبیت های اقتصادی ناشی از انعقاد این قسم قراردادها بسیار محل تأمل است که مهم ترین آن ها، خدشه به حقوق مالکیت خصوصی اشخاص، کاهش انگیزه مخترعین و... می باشد و تلاش های مخترعان را پیش چشم شان عقیم جلوه گر می سازد.^{۱۰} لکن به نظر می رسد مزایای حاصل از آن بسیار بیشتر از معایب مترتب بر آن است. به هر حال مطالعات آماری نشان دهنده موارد ناچیز و قابل چشم پوشی استفاده از مکانیسم مزبور می باشد چه در کشور های توسعه یافته و چه در کشورهای در حال توسعه شمار این قراردادها در مقایسه با نوع اختیاری آن، بسیار کم گزارش شده است.^{۱۱}

احکام و آثار:

آن چه در این مقال قابل توجه می باشد، ذکر این مطلب است که اگر چه اعطای لیسانس اجباری، از آن جا که فاقد عنصر اساسی رضایت دارنده برای انعقاد قرارداد است، خلاف قاعده است، لیکن مراجع ذی صلاح در این اقدام، ولی متمنع قلمداد می گردند و از این حیث قرارداد های مجوز اجباری نیز مانند سایر قرارداد های اعطای مجوز، تابع قواعد عمومی قرارداد ها قلمداد می گردند.

شرایط تحقق مجوز اجباری

نظر به این که به موجب قواعد عمومی قرارداد ها و اصل آزادی قراردادی، انعقاد قرارداد های مجوز اجباری، خلاف قاعده قلمداد می گردد، توجه به تفسیقات قانونی که بر سر راه انعقاد این قرارداد ها وجود دارد، واجد اهمیت به نظر می رسد که ذیلا به ذکر آن می پردازیم.

الف) استتکاف دارنده حق از بهره برداری خود و یا اعطای مجوز به سایرین

طبق قوانین مالکیت فکری اغلب کشورها، هر ذی نفع می تواند پس از گذشت سه سال از تاریخ صدور ورقه حق اختراع، در صورت عدم به کار گیری آن توسط دارنده، تقاضای صدور حکم انعقاد قرارداد مجوز اجباری را بنماید. همان طور که در بند ۲ ماده ۲۱ تریپس هم اشاره شده، دولت ها تنها زمانی قادر به صدور چنین مجوزی هستند که تلاش آن ها برای انعقاد مجوز اختیاری بی نتیجه مانده باشد. البته در ذیل همین ماده به تعهد دولت یا شخص مأذون از طرف دولت، مبنی بر پرداخت مبلغی عادلانه و معقول به دارنده، اشاره شده است. به طوری که مالک از سایر حقوق خود بهره مند خواهد بود. قسمت چهارم بند الف ماده ۵^{۱۳} کنوانسیون پاریس اشعار می دارد در صورتی که دارنده حق اختراع، عدم فعالیت خود را با استنلا به معاذیر قانونی توجیه نماید، تقاضای صدور مجوز اجباری رد می شود.

هم چنین به موجب ماده ۲۹ قانون صرح های صنعتی سوئد، قرارداد لیسانس اجباری نمی تواند مانع بهره برداری شخص دارنده از موضوع قرارداد و تجاری سازی آن شود. به موجب بند دال ماده ۱۷ قانون ثبت علائم و اختراعات ۸۶ نیز، انعقاد قرارداد لیسانس اجباری مانع انعقاد قرارداد لیسانس توسط مالک نخواهد بود.

ب) احراز صلاحیت متقاضی

در مواردی که اشخاص از دولت تقاضای مجوز لیسانس اجباری می نمایند، دولت یا هر مقام ذی صلاح از طرف دولت موظف به احراز صلاحیت متقاضی می باشد.

به موجب ماده ۲۹ قانون طرح های صنعتی فنلاند^{۱۴} چنان چه محرر شود متقاضی قادر به استفاده قابل قبول از طرح مزبور و هم چنین رعایت شروط قرارداد و ایفای تعهدات خویش نمی باشد، مجوز اجباری قابل اعطا نخواهد بود. هم چنین به موجب قانون مالکیت فرانسه^{۱۵} چنان چه مجوز اجباری اعطا گردد و مجوز گیرنده قادر به ایفای تعهدات خویش نباشد و یا در اجرای آن اهمال ورزد، شخص دارنده و عند الاقتضا سایر لیسانس گیرندگان، حق

تقاضای باز پس گیری آن را از دادگاه دارند. مشابه چنین حکمی در بند ج ماده ۱۷ قانون ثبت علائم و اختراعات ۸۶ نیز وجود دارد.

البته در صورت تحقق همه شرایط قانونی اعطای لیسانس اجباری که به دو مورد از مهم ترین آن ها اشاره شد، حق اعطای لیسانس اجباری به طور خودکار به وجود نمی آید. مراجع ذی صلاح در راستای رسیدگی به تقاضای صدور چنین مجوزی باید به بررسی موردی نیز بپردازند.^{۱۵}

تفاوت های مجوز اجباری با مجوز اختیاری :

- ۱) به موجب ماده ۳۲ قانون حق اختراع بلژیک^{۱۶} قرارداد مجوز اجباری نمی تواند به صورت انحصاری^{۱۷} اعطا شود.
- ۲) به موجب ماده ۳۱ تریپس و متون قانونی سایر کشورها، امکان صدور مجوز اجباری برای علائم تجاری وجود ندارد.
- ۳) به موجب ماده ۳۹ قانون طرح های صنعتی سوئد^{۱۸}، مجوز اجباری قابل انتقال^{۱۹} و اعطای فرعی^{۲۰} به ثالث نمی باشد مگر آن که این امر برای بهره برداری تجاری از موضوع قرارداد اجتناب ناپذیر باشد. به هر حال احراز چنین لزومی بر عهده دادگاه خواهد بود.
- و این در حالی است که چنین محدودیت هایی برای انعقاد قرارداد اعطای مجوز های اختیاری وجود ندارد.

نتیجه گیری :

نظر به لرجحیت منافع عمومی بر منافع خصوصی، انعقاد قرارداد های مجوز اجباری و تحمیل آن به دارندگان، نه تنها قابل توجیه بلکه مکانیسم مطلوبی نیز به نظر می رسد. اما آن چه بسیار حائز اهمیت می باشد، توجه به خلاف قاعده بودن این قرارداد ها می باشد. چرا که دارنده، دارای حق « مالکیت » بر پدیده فکری است و اصل بر رضایت وی برای اعطای مجوز به سایرین می باشد. بنا بر این در صدور چنین مجوز هایی باید نهایت احتیاط صورت گیرد و کلیه شرایط برای صدور آن محرز گردد. این دقت و احتیاط باید در تبیین و توجیه منافع مورد تعقیب در تقاضای صدور مجوز اجباری تا احراز سوء نیت دارنده از استتکاف وی مبنی بر اعطای مجوز، اعمال گردد. به گونه ای که حفظ مصالح عموم، بهانه ای واهی در دست سودجویان در جهت تخریب حقوق مالکانه دارندگان اموال فکری قرار نگیرد.

پاورقی ها :

۱- intellectual property .

۲- محمود حکمت نیا . مبانی مالکیت فکری . سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی . چاپ اول . ۱۳۸۷ .

۳- اسد الله امامی . حقوق مالکیت معنوی . جلد اول . نشر میزان . چاپ اول پاییز ۱۳۸۶ . صفحه ۲۸۶

۴- voluntary license.

۵- compulsory license.(non-voluntary license).

- ۶-agreement on trade -related aspects of intellectual property rights.(TRIPS)
- ۷-Hugh C. Hansen , Susy Frankel .intellectual property law & policy .HART publishing .Oxford & Portland Oregon .۲۰۰۸.page ۴۸ .
- ۸-Meir Preze pugatch the international political economy of intellectual property rights. Published by : Edwaed Elger publishing . ۲۰۰۴ .
- ۹-Graham Dufield , Uma Suthersanen . global intellectual property .published by: Edward Elger publishing limited.University of London (UK) .۲۰۰۸.page ۱۲۶.
- ۱۰- Meir Preze pugatch.page ۵۲ .
- ۱۱-Cameron R. Sneddon ." license beware, the seventh circuit holds that the patent license by any other name not the same" .senevth circuit review .vol ۲ issue ۲ . spring ۲۰۰۷ .page ۸۰۴
- ۱۲-Paris convention for the protection of industrial property .march/۱۸۸۳/۲۸.
- ۱۳-Finland Registered Designes Act (۲۰۰۶)
- ۱۴- article L ۱۴ - ۶۱۳ .
- ۱۵-Richard Li -Dar Wang ."compulsory license bearing reach-trought royalties" .Yale Journal of Law & technology . vol ۲۵۱ .۱۰ .USA .(۲۰۰۸) .page ۳۲۸.
- ۱۶- Belgium Patent Law (۱۹۹۷).article ۲۱(b)
- ۱۷-قرارداد مجوز انحصاری ، قراردادی است که به موجب آن مالک ، اجازه بهره برداری از مال فکری را تنها به مجوز گیرنده اعطا می نماید و متعهد می گردد مجوز مزبور را به دیگری اعطا ننماید. (exclusive license)
- ۱۸- Sweden Design Act (۲۰۰۲) .article ۲۹(h).
- ۱۹- assignment
- ۲۰- مجوز فرعی به حالتی اطلاق می گردد که مجوز گیرنده ، مجوز استفاده از حقی را که از مجوز دهنده تحصیل نموده است ، کلاً یا جزئاً به شخص ثالث اعطا می نماید . اعطای این حق با انتقال قرارداد به شخص ثالث کاملاً متفاوت است .

فهرست منابع :

الف) منابع فارسی :

- نید حسن میر حسینی فرهنگ حقوق مالکیت معنوی ، حقوق مالکیت صنعتی . جلد اول . نشر میزان چاپ اول پاییز ۱۳۸۵
- محمود حکمت نیا . مبانی مالکیت فکری . سازسن چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی . چاپ اول ۱۳۸۷
- اسد الله لاهی . حقوق مالکیت معنوی . جلد اول . نشر میزان . چاپ اول پاییز ۱۳۸۶ . صفحه ۲۸۶

ب) منابع لاتین :

- Richard Li -Dar Wang ."compulsory license bearing reach-trought royalties" .Yale Journal of Law & technology . vol ۲۵۱ .۱۰ .USA .(۲۰۰۸) .page ۳۲۸.

- Hugh C. Hansen , Susy Frankel .intellectual property law & policy .HART publishing .Oxford & Portland Oregon .۲۰۰۸,page ۳۸ .
- Meir Preze pugatch .the international political economy of intellectual property rights. Published by : Edwaed Elger publishing . ۲۰۰۴ .
- Graham Dufield , Uma Suthersanen . global intellectual property published by: Edward Elger publishing limited,University of London (UK) .۲۰۰۸,page ۱۲۶.
- Cameron R. Sneddon . " license beware, the seventh circuit holds that the patent license by any other name not the same" . senevth circuit review . vol ۲ issue ۲ . spring ۲۰۰۷ .page ۸۰۳

ج) فهرست قوانین و معاهدات بین المللی :

- agreement on trade -related aspects of intellectual property rights,(TRIPS)
- Paris convention for the protection of industrial property)march,(۱۸۸۳/۲۸).
- Finland Registered Designes Act (۲۰۰۶)
- Belgium Patent Law (۱۹۹۷).
- Sweden Design Act (۲۰۰۲)
- Intellectual property code french. (۱۹۹۹)last amended ۴Sep

چالش های حقوقی و عملی فراروی تبصره ۹ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها

زیدالله صمدی قوشچی

بعلاز تصویب تبصره ۷ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مصوب ۱۳۵۹/۶/۸ (قانون الحاق ۶ تبصره به ماده ۱۰۰ قانون شهرداری) که متن آن طی لایحه قانونی تبصره های اصلاحی و الحاقی به ماده ۱۰۰ مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب عیناً در تبصره ۹ تکرار شده، این سؤال اصلی مطرح بوده (ومی باشد) که در شهرهای موضوع تبصره های مذکور اگر ذی نفع از پرداخت جریمه تعیین شده توسط کمیسیون های رسیدگی کننده استنکاف نماید آیا شهردای می تواند پرونده را برای صدور رای تخریب (همانند تبصره های ۲ و ۳ ماده ۱۰۰) مجدداً به همان کمیسیون ارجاع نماید؟

به بهانه پاسخ گوئی به این سؤال لازم آمد که نخست بحثی در زمینه چالش های عملی و حقوقی فراروی این تبصره (۹) به عمل آید و نهایتاً پاسخ سؤال داده شود اما قبل از آن عین متن تبصره درج می شود « تبصره ۹- (الحاقی ۱۳۵۸/۶/۲۷) ساختمان هایی که پروانه ساختمان آن ها قبل از تاریخ تصویب نقشه جامع شهر صادر شده است، از شمول تبصره ۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها معاف است.»

از منطوق عبارات پیداست که معافیت مورد نظر تبصره ۹ ماده ۱۰۰ مصوب ۱۳۵۸ (تبصره ۷ الحاقی سال ۵۶ قیل) مربوط به تمام ساختمان های احداثی قبل از مقطع زمانی تصویب نقشه جامع شهر نیست بلکه معافیت صرفاً در مورد ساختمان هایی است که دارای پروانه ساخت صادره قبل از تصویب نقشه جامع است. پس اگر ساختمانی در این گونه شهرها بدون پروانه ساخته شده باشد کمیسیون (در صورت تشخیص) می تواند رأی تخریب درباره آن صادر کند هم چنین معافیت راجع است به خود ساختمان که با پروانه ساخته شده است و ربطی به سایر تخلفات ندارد فرخاً ساختمانی دارای یک طبقه اضافه بنا باشد نمی توان گفت برای این طبقه اضافی کمیسیون قادر به صدور رای تخریب نیست. وانگهی این پرسش مطرح است اگر ساختمانی که دارای پروانه ساخت قبل از تاریخ تصویب نقشه جامع است چنان چه رعایت بر اصلاحی (عدم عقب نشینی) را ننماید و به معبر شکل گرفته تجاوز کند با با تخطی از مفاد پروانه، پنجره مشرف ایجاد نماید یا تجاوز به منظر ساختمان های ثبت شده میراث فرهنگی داشته باشد یا تخلف عدم استحکام داشته باشد که نتوان آن را اصلاح نمود، (عدم امکان تحکیم و تقویت) آیا کمیسیون نمی تواند رأی قلع بنا صادر کند؟ سؤال در موارد دیگری هم مطرح است. اگر ساختمان دارای پروانه از نوع مورد بحث پیش آمدگی غیرمجاز نسبت به ساختمان های مجاور هم ردیف داشته و موجب کسر نور و روشنایی

و نیز نقصان قیمت آن‌ها شود یا در اثر ارتفاع اضافی، همین آثار را نسبت به ساختمان‌های مجاور شمالی داشته و متضررین نیز شاکی باشند یا کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ مکلف‌اند از صدور رأی تخریب، خودداری کنند؟ به نظر می‌رسد حکم تبصره ۷ سابق و تبصره ۹ فعلی صرفاً مربوط به تغییر کاربری باشد به همان نحوی که در تبصره الحاقی بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری در سال ۱۳۵۲ به تصویب رسیده است و گرنه با توجه به مصادیقی که فوقاً ذکر شد می‌توان ادعا نمود که مقنن در تدوین و تصویب تبصره‌های مذکور دچار اشتباه شده است.^۱

با قبول محدودیت مستنبط از حکم تبصره ۹ الحاقی به شرح پیش گفته می‌توان این سؤال را مطرح کرد که با وجود تبصره ذیل بند ۲۴ ماده ۵۵ مذکور فوق چه نیازی به تدوین و تصویب تبصره ۷ سابق و ۹ فعلی بوده است؟ زیرا می‌دانیم تبصره بند ۲۴ در سال ۵۲ اولاً؛ صدور رأی تخریب در مورد تغییر کاربری (دائر کردن واحد تجاری در مناطق غیر تجاری) را منتفی کرده و تنها حکم تعطیل واحد خلاقی را اشتهاء نموده است که صدور این حکم وفق تبصره منوط به تصویب قبلی نقشه جامع شهر است. این وضع می‌تواند سؤال بالا را تکمیل کند: تبصره ۷ سابق و ۹ فعلی الحاقی سال ۵۸ چه چیزی را خواسته است عوض کند یا تکمیل نماید؟ و اگر تدوین کنندگان و تصویب کنندگان تبصره اخیرالذکر و طرفداران آن (که کم هم نیستند) پاسخ بدهند که تبصره بند ۲۴ خاص یک مورد است که عبارت است از دائر کردن واحد تجاری در مناطق غیر تجاری، لیکن حکم تبصره ۹ الحاقی عام و شامل تمام تخلفات است که تنها در صورت وقوع بعد از تصویب نقشه جامع شهر کمیسیون‌ها می‌توانند با استناد تبصره ۱ در رسیدگی به آن رأی تخریب صادر نمایند ولی با تصویب تبصره اخیرالذکر در مورد هیچ تخلفی که در حوزه و حریم شهرهای فاقد طرح جامع اتفاق می‌افتد، رأی تخریب صادر نخواهد شد.

ادعای این عده نمی‌تواند ذهن را قانع کند زیرا همان‌طور که قبلاً اشاره کردیم چگونه و با کدام منطق^۲ می‌توان پذیرفت که مثلاً در این گونه شهرها ساختمانی با پروانه احداث شود ولی استحکام نداشته و خطری باشد و امکان تقویت و تحکیم آن نیز نباشد کمیسیون‌ها قادر باشند (فرضاً) با صدور حکم پرداخت جریمه شهرداری را ملزم به صدور گواهی پایان ساخت نمایند که نتیجه قهری آن ابقای ساختمان غیر مستحکم خلاقی و خطری است؟! یا ساختمان دارای پروانه، رعایت حریم ساختمان میراث فرهنگی ثبت شده را ننموده و موجب اختلال در منظر آن باشد و یا ساختمان دارای تراکم و ارتفاع اضافی محل نور و روشنایی ساختمان مجاور و همسایه که مورد اعتراض مالک آن هم می‌باشد؟ آن چه تا این جا گفته شد صرفاً به شقوق مختلف استنباط از حکم تبصره ۹ الحاقی و چگونگی تدوین و تصویب آن مربوط بود اما در جواب سؤال که پرسیده شده است چنانچه متخلف (ذی نفع)

۱- تصویب تبصره ۷ ماده ۱۰۰ در سال ۵۶ و جایگزین آن (تبصره ۹ سال ۵۸) را می‌توان به حساب اشتباه در تعیین گذشت تدوین کنندگان و مراجع تصویب کننده این تبصره‌ها توجه نکرده‌اند که بنی خلاقی اصولاً در تضاد با اصول شهرداری - فنی و بهداشتی است و رعایت این اصول آن چنان با زندگی شهری و آسایش و سلامت مردم در ارتباط است که نقض آن علی‌القاعده قابل مسامحه و اعمال نیست به‌طوری که نگرش نسبتاً دقیق در ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و تبصره‌های آن لگام‌کننده این باور است که حکم اصلی در مورد تخلفات ساختمانی حکم قلع است و سایر احکام پیش‌بینی شده، استثناء بر اصل می‌باشد (مثلاً حکم پرداخت جریمه - فصل سوم کتاب تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران انتشارات جنگل چاپ پنجم سال ۹۰) / راجع به این سطور قابل مراجعه است) با این توضیحات قبول اظهار نظر بعضی از نهادهای استعلام‌شونده مانع بر عدم تشکیل کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ برای تخلفات ساختمانی شهرهای فاقد نقشه جامع (نظریه ۷/۴۲۷-۱/۲۱-۱۳۶۰/۱۳۶۰ اداره حقوقی قوه قضائیه) مشکل، بلکه غیرممکن به نظر می‌رسد به خصوص که عملاً در این گونه شهرها کمیسیون‌ها برای رسیدگی به تخلفات تشکیل و رسیدگی و اثنای رأی به پرداخت جریمه می‌شود گرچه حضوری بودن احکام صادره به جریمه، خود جای تأمل دارد و استنباطی است که جالغانه به آن عمل می‌شود.

۲- شباهت و ملاک کاربرد «منطق» در این مقام، هم منطق «بیتی بر عقل و فکر انسان به‌طور کلی است، و هم منطق «بیتی بر تشخیص اهل فن و به اصطلاح «عرف خاص» حاکم بر اصول فنی ساختمان سازی به نحوی که رعایت آن اصول باعث می‌شود استفاده از بنای تمام شده با آرامش خاطر کامل و بدون دغدغه و احساس خطر صورت گیرد لازمه این وضع مطلوب در بر خطری و مستحکم بودن هر بنامست چه مسکونی، چه اداری و چه تجاری و چه صنعتی و آن چه قابل توجه است این که هدف پیش گفته را تاریخ صدور پروانه بنا تعیین نمی‌کند که در صورت عدم رعایت آن اصول اگر قبلاً از تصویب نقشه جامع شهر باشد

در شهرهای فاقد نقشه جامع مفاد رأی پرداخت جریمه را به مورد اجراء نگذارد آیا شهرداری می تواند برای صدور حکم تخریب، پرونده را به همان کمیسیون ارجاع نماید؟ می گوییم با توجه به استنباط های متفاوت از مفاد تبصره الحاقی که قبلاً به آن اشاره شد جواب های متفاوت، پیش رو خواهد بود به این شرح:

۱- اگر ملاک را استنباط اداره حقوقی قرار دهیم (که به طور کلی تشکیل کمیسیون را در این گونه شهرها مجاز نشناخته است) لابد وقتی کمیسینی تشکیل نشود رأیی هم به پرداخت جریمه وجود نخواهد داشت که موضوع استتکاف از پرداخت آن از ناحیه ذی نفع بتواند مطرح شود (سالبه به انتفاء موضوع) به عبارتی شفاف تر وقتی اصل وجود نداشته باشد، فرعی هم وجود نخواهد داشت (وقتی پرونده تخلف تشکیل نشود و کمیسیون هم تشکیل نشود رأیی هم در کار نخواهد بود نه جریمه نه غیر آن)

۲- پاسخ دوم مربوط به آن تعداد از حقوق دانانی است که عقیده دارند حکم این تبصره در هم خوانی و هم سویی با تبصره ذیل بند ۲۴ ماده ۵۵ است یعنی معاقبت از حکم تخریب تنها شامل تخلف تغییر کاربری می شود در این صورت، تخلف مشمول حکم تخریب نیست و تنها مشمول حکم تعطیل است (همان طور که تبصره بند ۲۴ حکم کرده است) و پرداخت جریمه هم موضوعیت ندارد که عدم پرداخت آن بتواند مطرح شود و احیاناً بشود اثر استتکاف

(چنان که تبصره ۹ حکم کرده) نتوان نست به آن تصمیم مناسب گرفت و تنها زمانی کمیسیون ها بتوانند رأی قلع بدهند که پروانه ساختمان بعد از تصویب نقشه جامع شهر باشد؛ شایان ذکر است که جامعه بشری نیز به رعایت اصول فنی مربوط به احداث بنا عمل نمی کند. اصولاً در هر قرن یا قرون اخیر کثرت نکرده و تشدید شده است برعکس سابقه آن به علت اهمیت و ملموس بودن به چند هزار سال پیش از زمین ما برمی گردد ذیلاً قسمتی از این نفع عمومی (ششمین پانزده سلسله اول بابل) مربوط به ۲۰۰۰ سال پیش از میلاد درج و ذمیری درباره آن چه زیاده ضلع نقین و تشریح تبصره ۹ سابقاً گفته می شود را به خواننده مطلب وامی بخنداند این است قسمتی از آن کتب نامه عهد باستانی «اگر بنایی برای کسی خانه ای بسازد و بنای آن را محکم نسازد و خانه فرو بریزد و موجب مرگ صاحب آن گردد، آن بنا محکوم به مرگ است و اگر موجب مرگ یکی از پسران صاحب خانه گردد یکی از پسران بنا باید کشته شود و اگر موجب مرگ یکی از بردگان صاحب خانه شود بنا باید یکی از بردگان خود یا بهای آن را به صاحب خانه تسلیم نماید و اگر موجب از بین رفتن اموال گردد بنا ملزم به تأمین هر آن چه از بین رفته است می باشد و چون خانه را محکم نساخته است باید خانه را به هزینه خود دوباره بسازد و اگر بنا ای خانه بسازد و بنای آن را مطابق اصول نسازد و دیواری از آن فرو بریزد آن بنا ملزم است آن دیوار را به هزینه خود محکم بسازد» گفتنی است در اثر رعایت این اصول مربوط به استحکام بنا است که بنایی از بنیه مربوط به دوران های باستانی ایران (وقتی از تخریب عمدی و زدیله شدن قسمت های حیثیاری شده مصون مانده باشد) در مقابل گزند بنیویز این استوار و سرفراز ایستاده است (مجموعه های طاق بستان و پاسارگاد و تخت جمشید به عنوان نمونه) و می داریم که مسجدهای جامع یزد و اسفهان هر کدام بیش از یک هزار سال عمر دارند و پل ها و مساجد شهر اسفهان اهالی در دوره صنویه بیش از چهار سده است.

و نکته آخر در این مورد اینکه تبصره ۹ ماده ۱۰۰ (تبصره ۹ سابقاً) از لحاظ سیر تکاملی قوانین و مقررات که سیر عقول و منتخب قوانین است، با مقررات ذی ربط مقدم بر خود نیز در تبارش و تعلق است و هم خوانی ندارد در این مورد غیر از حکم تبصره یک ماده ۱۰۰ (مصوب سال ۱۳۴۵ و اصلاحی سال ۱۳۵۲) که به طور قاطع برای ساختمان خلافی رأی قلع بنا را پیش بینی نموده که مورد بنای غیر مستحکم از مسابقه بارز آن است، به قسمت هایی از این نامه ساختمانی شهر تهران مصوب مورخ ۲۱/۳/۲۱ دوره ششم انجمن شهر با تاخت که منع و مآخذی معتبر برای اکثر مصوبات قانونی ذی ربط در سطح کشور بوده اشاره می شود: «تر قسمتی از ماده ۴ این نامه که مربوط به تهیه و تسلیم مدارک برای وصول پروانه ساختمان است تصریح شده «باید تمام محاسبات فنی راجع به استقامت ساختمان نیز ضمیمه شود» و ماده ۱۶ «میگوید» هر ساختمان جدید در کلیه قسمت ها باید به طریق بنا شود که در هیچ مورد موجب خطر برای کارگران و همسایگان و یا آنخاصی که از گذرهای مجاور عبور می نمایند نباشد» و قسمتی از ماده ۱۵ همان این نامه مقرر داشته «شهرداری حق خواهد داشت در صورتی که ساختمان طبق مفاد این نامه نباشد عملیات آن را متوقف ساخته یا خراب نماید» از خوندان بیرسیم امروز که ۲۵ سال از تصویب تبصره ۷ سابقاً و ۲۲ سال از تصویب تبصره ۹ ماده ۱۰۰ سپری شده چنان چه در شهری فاقد نقشه جامع (که تعداد آن کم هم نیست) پرونده تخلف عدم استحکام بنا به کمیسیون ها ارجاع و با پرداخت جریمه گواهی پایان ساخت برای آن صادر و ساختمان ایفاء شود و چند وقت بعد ساختمان فرو بریزد و تعدادی از هموطنان بی گناه داخل آن کشته شوند قضاوت مردم نسبت به قضیه و مجموعه تصمیم گیرندگان (در رأس آن قوه مقننه که که حکم تبصره ۹ را از آن برداشته) چگونه خواهد بود آیا غیر از قضاوتی خواهد بود که در مورد استقامت غیر مستحکم منطبقه سانسات آباد تهران داشتند که در تابستان سال ۸۷ در اثر فروریختن، چنان ۱۷ نفر از مسافران بی گناه و نان نیر خانواده ها را از آن گرفت؟!

ذی نفع از پرداخت آن پرونده را برای صدور رای تخریب، مجدداً به کمیسیون ارجاع نمود.

۳- اما آنان که منتقدانند بدینا کمیسیون نمی تواند رای تخریب صادر کند و خروج تخلفات ساختمانی در شهرهای فاقد نقشه جامع را از حکم تخریب، حسب ظاهر تبصره استنباط می کنند، دو نوع جواب ممکن است ارائه نمایند:

الف: چون تبصره مزبور بنیاداً حکم تخریب برای این گونه تخلفات منظور ننموده و حکم اصلی در این گونه موارد لاجرم پرداخت جریمه می باشد لذا در صورت عدم پرداخت جریمه هم پرونده قابل ارجاع به کمیسیون برای صدور رای تخریب نیست یعنی رجعت به اصل به علت عدم پیش بینی تخریب موضوعیت ندارد و چاره ای جز آن نیست که شهرداری حکم پرداخت جریمه را اجراء کند و به طریقی آن را از ذی نفع وصول نماید.

ب: گرچه بنیاداً حکم تخریبی نیست ولی در صورت استتکاف از پرداخت جریمه، می توان برای صدور رای تخریب پرونده را به کمیسیون ارجاع نمود شایان ذکر است که اکثر اعضای کمیسیون های متشکله در شهرهای فاقد طرح جامع عقیده به باور موضوع بند الف فوقی الذکر دارند این باور در صورتی که معتقد به ضرورت و لزوم تصویب موضوع و حکم تبصره ۷ سلیق و ۹ فعلی یا حجیتی که ظاهر و منطوق آن نشان می دهد باشیم، مناسب ترین استنباط و انتخاب خواهد بود اما همان طور که قبلاً گفتیم حکم عدم شمول عام تبصره یک ماده ۱۰۰ به تخلفات ساختمانی شهرهای فاقد طرح جامع، توجیه منطقی ندارد (برخلاف منطوق تبصره و حجیت ظاهر آن) زیرا غیر از دلالتی که قبلاً به آن اشاره شد (مشکلات عملی وقوع تخلفات عدیده غیر قابل تحمل و توالی فاسد ابقای آن تخلفات در اثر صدور و اجرای رای پرداخت جریمه) از نظر روند تقنین نیز ابراد به آن وارد است به این صورت که مقنن در سال ۱۳۴۵ برای رعایت اصول شهرسازی و فنی و بهداشتی آن چنان اهمیت قائل شد که برای تخلف از آن اصول تنها حکم رای قلع بنای خلافی را مقرر نمود و تا سال ۱۳۵۶ (سالی که برای تبدیل پارکینگ و زیرزمین به مسکونی بر مبنای حق پارکینگ مصوب آنجمن شهر به جای تخریب استثنائاً پرداخت جریمه را مقرر نمود آن هم نه به طور مطلق بلکه با قید و بند و با ذکر حالاتی که هم چنان مشمول حکم تخریب می شد) برآن حکم استوار ماند (مدت ۱۱ سال) هم چنین می دانیم که در سال ۱۳۵۵ (زمان تقدیم لایحه قانون ۶ تبصره الحاقی به ماده ۱۰۰) تعداد قابل توجهی از شهرهای کشورمان فاقد طرح جامع بودند^۳ و از هیچ نظر مصلحت نبوده در آن سال ساختمان های دارای خلاف را که پرونده ساخت آن ها قبل از تصویب نقشه جامع شهر صادر شده، از شمول حکم تبصره یک معاف نماید (تبصره ۷) و این معافیت را در سال ۱۳۵۸ طی تبصره ۹ مجدداً مورد تصویب و تأکید قرار دهد مگر اینکه به کمک مقنن برآییم و بگوئیم مقنن با توجه به حکم تبصره ۲ ماده ۲۳ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۱/۱۷ شهرداری ها مکلف شده بودند ظرف مهلت ۳ سال نقشه جامع شهر را تهیه و برای تصویب پیشنهاد نمایند وقتی به این تکلیف عمل نکرده باشند مقنن به نحوی گرایش به سوی قاعده تسلیط پیدا کرده و با لحاظ مهلت، در سال ۱۳۵۶ اراده مالک را در احداث بنا بر محدودیت های ناشی از طرح جامع شهرسازی ترجیح داده است و نیز برای اجبار به

۳- بنا به روایتی در آن تاریخ از چند صد شهر کشور تنها ۷۲ شهر دارای طرح جامع مصوب بودند. (منبع: کتابچه مقررات شهرسازی و معماری و طرح جامع - مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران از آغاز تا ۱۳۷۰/۱۳۱۳-۱۳۷۰) تهیه و تنظیم خانم شهلا ملک انتشارات مرکز مطالعات و تحقیقات شهرسازی و معماری، ایران وابسته به وزارت مسکن و شهرسازی چاپ اول ۱۳۷۰ - صص ۷ الی ۱۱) و به روایتی تنها چهل و سه شهر (کتابچه مقررات شهرسازی و معماری و طرح های توسعه و عمران - مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران از تاریخ تأسیس تا پایان شهریور ۱۳۸۲ - انتشار معاونت شهرسازی و معماری وزارت مسکن و شهرسازی - گردآوری و تنظیم دبیرخانه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران - زیر نظر داود دانشیان چاپ اول - پانز ۱۳۸۳ صص ۶۷-۶۸)

تسریع شهرداری‌ها در مورد تهیه طرح‌های جامع شهرسازی (و به تبع آن طرح‌های تفصیلی) از این تشریح به عنوان ابزار، استفاده نموده است تا شهرها از نظر مقررات شهرسازی سازمان یابند و با تکلیف‌رها نشوند که نقش طرح جامع شهرسازی و طرح تفصیلی آن بسیار واجد اهمیت است و طرح‌های هادی شهرسازی در غیاب طرح‌های جامع و تفصیلی بسیار ضعیف و کم‌اهمیت می‌باشد^۴ و یا اینکه با توسل به تعبیری که قبلاً هم به آن اشاره شد ادعا شود که تبصره ۷ مقررات الحاقی سال ۵۶ و تبصره ۹ مقررات اصلاحی سال ۵۸ در هم سویی و هم خوانی با تبصره الحاقی سال ۱۳۵۲ به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری به تصویب رسیده و منظور واقعی مقنن در این دو تبصره، معافیت تغییر کاربری (از مسکونی به تجاری) و پایداری حکم تعطیل برای این مورد از تخلفات ساختمانی بوده به همان صورتی که در تبصره الحاقی به بند ۲۴ قانون مزبور به ترتیب با فواصل زمانی سه سال و شش سال از مقرره اخیرالذکر بعداً به تصویب رسیده است چراکه فرض براین است که مقنن نسبت به موضوعاتی که برای آن قانون انشاء می‌کند و مجموعه مقررات مملکتی اشراف دارد و اسناد اشتباه به او قبیح است^۵ فلذا نهایتاً می‌گوییم در این زمینه شاید دلائل یا استدلال‌های دیگری هم وجود داشته باشد که بتواند چالش‌های پیش‌گفته را کم‌رنگ‌تر کند.

۴- قانون تغییر نام وزارت ایلانی و مسکن و شهرسازی، مصوب سال ۱۳۵۲ برای ملاحظه نقش هر کدام از آن طرح‌ها در زمینه شهرسازی - قابل رجوع است.
 ۵- تصویب قانون و انشای حکم و قاعده برای مسائل اجتماعی مبتنی به غرور و دقت بیشتری می‌طلبد تا تکرار آن در قانون یا قوانین تکمیلی و اصلاحی بعدی با این نتیجه، به تکوین کنندگان و تصویب کنندگان تبصره ۷ سال ۵۶ بیشتر ایراد وارد است تا اقدام کنندگان درباره تبصره ۹ مصوب سال ۵۸ که مقرره دوم در شرایط زمانی خاص سال ۵۸ و با ادعای عاجل بودن اصلاحات و الحاقات در تبصره‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری از ناحیه مسئولین بعضی از کلان‌شهرها با اکتفا به یادداشت‌ها و نظرات فردی خیره در مسائل شهرسازی و ساختمانی (به‌تیره در سوابق حقوقی و تقنینی) به صورت لایحه توسط شورای انقلاب به تصویب رسید (انتل به مضمون از آقای دکتر ش-ی. دبیر فراکسیون مدیریت شهری و روستایی مجلس شورای اسلامی در ساعات استراحت سه‌بهاره مشکله در شهر مشهد، اسفندماه ۱۳۸۷، راجع به تخلفات ساختمانی) با لحاظ این واقعیت که موضوع و حکم تبصره ۹ تاگز موشوخ و حکم تبصره ۷ سابق است.

در شیوه‌های نگارشی مقالات و رعایت زبان معیار

رضا زرعی

(قسمت دوم)

ما نگوئیم بد و میل به ناحق نکنیم
جامه کس سیه و دلخ خود ازرق نکنیم...
حافظ از خصم خطا گفت نگیریم بر او
وز به حق گفت، چدل با سخن حق نکنیم

یادداشت اعتراض آمیز جناب دکتر محمد علی جاهد، خصوص مقاله این جانب با عنوان: «در شیوه‌های نگارشی مقالات و رعایت زبان معیار» را در شماره ۶۶ خبرنامه مدرسه حقوق مطالعه کردم که با نام «توضیحاتی پیرامون مقاله شیوه‌های نگارشی...» چاپ شده بود و تمام توجه اش معطوف به مقاله این جانب در شماره ۶۴ همین خبرنامه بود. مضمون این نوشته پنج صفحه‌ای در دو قسمت قابل بررسی است. قسمت اول، قبول تردید آمیز برخی از اشکالات نگارشی (و نه ماهیتی) و قسمت دوم - که نسبتاً مفصل است - توجه کننده عمده انتقادات ارایه شده و بعد، ادعای خروج انتقاد کننده از «حدود اخلاق حرفه‌ای» بود.

در تعییت از آموزه‌های دینی و فرهنگی جامعه، مایل نیستم موضوع به مجادله و «مراء» کشیده شود. پس افسار قلم را رها نخواهیم ساخت؛ اگر هم مواردی را بیان می‌کنیم صرفاً به انگیزه تبیین بیشتر و رفع ابهامات و دفاع از صحت انتقادات به خصوص اصالت عمل کرد هم کاران زحمت کش در کانون اردبیل است. قضاوت نهایی نیز مثل همیشه با خوانندگان پرحوصله و هم کاران صاحب نظر است.

اولویت پرداختن به آیین نقدها و گفتگوها

برای ایجاد ارتباطات، این انگیزه‌ها قابل توجه به نظر می‌رسد:
- رفع تردیدها و ابهام‌ها

رئیس کانون وکلای دادگستری اردبیل
- در لغت نامه دهخدا به نقل از منتهی الارب، «مراء» به معنی «مجادله کردن یا داور، و یا فسردهن بر مواضع و لجاج ورزیدن و جلعنه زدن در سخن کسی به قصد تمسيف، سخن او یا تحقیر» آمده است

- کسب اطلاعات اضافی و آموزش های لازم طرفینی برای مقابله با اتفاقات آینده
- کم کردن اضطراب های ناشی از ابهامات
- شناخت بیشتر از راه حل های موجود و حل بهتر مشکلات
- تأیید شدن توسط دیگران و از ناحیه افراد گروهی که به آن تعلق داریم
- تأثیر گرفتن از افراد گروه و سازمان و تأثیر گذاری بر آن ها، در نتیجه دخالت در روند حرکت آینده گروه و جامعه و کسب موفقیت و افاق های تازه

در صورت توافق عناوین فوق و مضمون آن ها، می توانیم انواع نوشته ها و تحقیقات و مباحثات با مضامین ذکر شده را در کنار دیگر فعالیت های فرهنگی و اجتماعی ایجاد کنیم، جلسات سراسری و کلا تشکیل دهیم و کنگره های ملی داشته باشیم و به طور قطع همه این جلسات و مباحثات با بهره مندی از انگیزه های فوق، غنای بیشتری خواهند داشت.

هم چنین می توانیم به طور هم زمان در خصوص میانی، ضرورت ها، محدودیت گفتگوها و مذاکرات و یا در مفهوم کلی نحوه ایجاد ارتباطات سازنده و مؤثر، تبادل نظر کنیم و برای هر کدام از مباحث و موارد، مصادیق عینی نیز بیاوریم و در حد امکان، راه های علمی و عملی پیدا کنیم و طوری نباشد که اگر کسی انتقادی - هر چند نادرست - از رفتار و یا نوشته های دیگری داشته باشد، مخاطب از لحاظ روحی به بن بست برسد و اعتماد به نفس خود را از دست بدهد. پس، تازمشی که به واقعیت های محیط پیرامونی و محتوای فکری هم کاران و نیز روز آن ها نپردازیم و موانع گفتگوهای سازنده را شناسایی نکنیم، نخواهیم توانست خرد جمعی را در راه اهداف صنفی و کشوری بسیج کنیم و از تمامی نیروهای موجود بهره ببریم. در نیل به این اهداف عالی، بهره مندی از تربیت های صحیح خانوادگی و آموزشی مدارس و دانشگاه ها نیز تأثیر قاطع دارد.

اگر و کیلی نتواند در مکاتبات و نوشته ها، بر اعصاب اش مسلط باشد، به طور قطع در نحوه پذیرش ارباب رجوع و مشاوره ها هم عاجز خواهد بود و نخواهد توانست موکلان و مراجعه کنندگان اش را به طور اصولی راهنمایی و مدیریت کند، در جلسات دادگاه ها - به خصوص در حضور جمعیتی انبوه - بر رفتار مسلط باشد، اظهارات و مدافعات خود را به طور مستدل و فنی ارائه دهد و لحن سخنرانی و لویح و دفاعیات را در حد مطلوب تنظیم کند. در نتیجه از ابزار معجزه آسای مذاکره و گفتگو های سازنده نیز بهره مند نخواهد بود.

در این جا توجه دست اندر کاران و کالت و پیش کسوتان این حرفه در سطح کشور را - جسارتاً - به این نکته اساسی جلب کرده، معروض می دارد آسیب شناسی حرفه و کالت و یافتن راهکارهای اصولی و عملی، وقتی ممکن خواهد بود که قبلاً کارآموزان و وکلا با این ابزار گفتگوها و چند و چون آن مسلح شوند و در تمام طول فعالیت های صنفی و حرفه ای و آموزشی، این جنبه از فنون را در مباحثات و گفتگوها نگاهیانی کنند؛ پس لازم است در صورت فوریت امر، قسمتی از برنامه ها و جلسات کنگره های ملی و کلا را نیز به این موضوع اختصاص دهند، که گفته اند:

اول ای جان دفع شرّ موش کن
بعد از آن در جمع گندم کوش کن

اگر چنین کنیم نتیجه خواهیم گرفت طوری که اگر و کیلی به وکیل دیگر، تذکر دهد که نوشته هایش را مدلل کند، این تذکر به معنی تخریب و توهین نخواهد بود و انتظار پرخاشن به مسائل و ریشه های آن و نتیجه گیری روشن از مقالات و نقادی ها، امری غیر عادی، عجیب و دور از طایفه تلقی نخواهد شد؛ بلکه باعث خواهد شد که مخاطب - در صورت صحت تذکرات و انتقادات - با طیب خاطر بپذیرد و چشم و گوش اش را بیشتر باز کند. (نه این که عزت نفس اش را از دست بدهد و خود را در بن بست ببیند)

بررسی مواردی که برای معترض محترم شائبه ایجاد کرده است.

اگر کسی به عنوان نقد بخواهد به جملاتی از یک نوشته استناد کند، رسم بر این است طوری آن جملات را بیان کند که حکم «لا له» نداشته باشد، در غیر این صورت و با نقل ناقص و از میان جملات و عبارات، کار علمی نکرده است و با آشکار شدن حقیقت در تذک مدتی، عدم صداقت اقدام کننده معلوم خواهد شد.

در نقل موارد چهارگانه صفحه ۳۲ خبرنامه ۶۶ (برای اثبات ادعای شائبه عدم صداقت)، ذره ای دقت و انصاف علمی مشاهده نمی شود و استناد به مطالب نقل شده نیز موجه نمی باشد و یا اندکی دقت، خواننده به ماهیت امر پی خواهد برد. در حد مقدور، متن عبارات و جملات نقل شده را در کنار اصل کامل جملات استنادی به ترتیب می آوریم تا حقایق روشن تر شود. جالب تر این که نه تنها متن اعتراضیه این روای غیراصولی لایحه یافته، بلکه این تذکر را دلیل بر ورود شائبه بر صداقت نیز عنوان فرموده اند.

۱- جملاتی از مقاله ما در صدر صفحه ۳۲ خبرنامه شماره ۶۶ بدین گونه استناد شده است: «...گویا خود را مرجع تشخیص مطلق موارد ادعایی می دانند و تمایلی به ارائه مدارک و دلایل ندارند یا با حسن تعبیر می توان گفت ظاهراً انتظار دارند هر چه می گویند وحی منزل تلقی و پذیرفته شود و هم چون بعضی از حاکمان توقع تبعیت محض را دارند»

صورت کامل جملات در پاراگراف دوم صفحه ۲۴ خبرنامه شماره ۶۴ چنین است: «نویسنده محترم در قسمت های ۱۵ تا ۱۹ از ایرادات نگارشی و بیسپنهادت ارائه شده، از معرفی منابع معتبر و یا حداقل ارائه دلایل و توجیهاات کافی سر باز می زند و این حالت باعث تأسف در سهل گرفتن موضوع نگارش شده و نشان می دهد که گویا خود را مرجع تشخیص مطلق موارد ادعایی می دانند و تمایلی به ارائه مدارک و دلایل ندارند یا با حسن تعبیر می توان گفت ظاهراً انتظار دارند هر چه می گویند وحی منزل تلقی و پذیرفته شود و هم چون بعضی از حاکمان توقع تبعیت محض را دارند.»

۲- این جمله از مقاله نیز مورد اعتراض واقع شده است: «... مردم عادی از این نوع اظهارنظرهای آمرانه و بدون استدلال طرفی نمی بندند.»

متن کامل چنین است: «...این حالت (عدم ارائه دلایل و توجیهاات کافی)، مقاله را از منطق و استدلال و جنبه های آموزشی، توجیھی - که هدف اصلی این گونه مقالات است - تهی می کند؛ حتی اگر کلیه قضات، از جمله قاضی محترم صادر کننده رای و نیز کلیه و کلا به این بیسپنهادت گردن بنهند، ولی مردم عادی از این نوع اظهارنظرهای آمرانه و بدون استدلال طرفی نمی بندند.»

۳- جمله نقل شده «اگر از همین کارآموزان در مقام انتشار کتاب یا مقاله ای برآیند...» معمولاً وکیل سرپرست به اعمال و رفتار صنفی و حرفه ای کارآموزش نظارت دارد و می تواند در مقام تذکر و ارشاد، لحن «والدینی و بزرگسالی» را توأمان در زبان محاوره به کار برد تا آن کارآموز به عمق مطلب پی ببرد. منظور و معهود (agreed) نیز در همین حد بوده است و لا غیر.

هیچ سوء تفاهمی بین ما وجود نداشته و نگارنده در تذکرات قبلی، وظیفه خود را به نحو احسن انجام داده و در چند مورد تذکر حضوری هیچ وقت ریاکارانه رفتار نکرده ایم. پس «تسویه حساب» خاصی نیز ضرورتی نداشته است؛ شاهد مثل آن که ایشان را متصف به «خلق نیکو» (ص ۲۶ خبرنامه ۶۴) کرده و گفته ایم: «ناقد محترم قصد داشته اند مقاله خود را به صورت تحلیلی، انتقادی و حقوقی ارائه دهند» و حتی ایشان را در ردیف و کلاهی تحصیل کرده و با انگیزه (هر دو ص ۲۹ خبرنامه ۶۴) دانسته و در کنار دیگر «هم کاران زحمت کش و علاقه مند به ایفای رسالت در عرصه قلم و تدبیر» نشانده ایم. (ص ۲۰ خبرنامه ۶۴) احتمال می دهم در عکس العمل نسنجیده مورد

بحث تحت تأثیر حواشی قبل و بعد از انتخابات اخیر واقع شده باشد که البته در همه جا کم و بیش وجود دارد.

ادعای «هزاری» داشتن و خلط مباحث «زبان معیار علمی» و «زبان معیار ادبی»

در رد ادعای ورود شائبه بر صداقت در انتقادات ارائه شده، (که در بند سوم آمده است) اضافه می‌کنیم، منظور نگارنده این بود که رابطه کارآموز- وکیل سرپرست با رابطه کاری و شؤونات شغلی وکیل یا یک مرجع رسمی قضایی یکسان نیست. حداقل این است که وکیل با قاضی از لحاظ شأن برابری و نباید خطاب به مرجع قضایی یا یک قاضی، از همان لحن وکیل سرپرست استفاده کرد و ادعای «هزاری» داشت. به خصوص این که خود مدعی و نقد کننده محترم نیز اشکالاتی در نحوه نگارش و جمله بندی و استدلال‌ها داشته است. بدون تعمق در منظور اصلی نگارنده، که گفته بودیم در نگارش مقالات علمی، آن هم خطاب به مرجع قضایی نباید تعبیر مبالغه آمیز داشت، قضاوت فرموده و نوشته‌اند: این امر «برای زیرسؤال بردن مطلب دیگران، به دور از انصاف و اخلاق حرفه‌ای است». به ویژه آن که مطلب این جانب در قالب نقد ارائه شده است نه مقاله! و یکی از ویژگی‌های نقد، جذاب و کنایه آمیز بودن آن است! با این نوع اظهار نظر معلوم است که نه معنی نقد را درست فهمیده ایم و نه معنی مقاله را و نه حتی معانی و تفاوت زبان معیار علمی را با زبان معیار ادبی. چرا که اگر به ضوابط «زبان معیار علمی» توجه کنیم شرط است که کلمات این زبان خالی از بار عاطفه و مبالغه باشد و بسیار روشن و واضح بیان شود. این زبان، طنز و کنایه را نمی‌پذیرد؛ پس نباید موضوع و محتوای «زبان معیار علمی» را با «زبان معیار ادبی» که برای موارد کنایه و طنز آمیز هم به کار می‌رود، خلط کنیم.

در توضیح بیشتر می‌گوییم، برای زبان معیار، انواعی شمرده‌اند که در مورد بحث، ما به دو نوع آن یعنی «زبان معیار علمی» و «زبان معیار ادبی» و فرق بین این دو اشاره می‌کنیم:

آن چه در زبان معیار علمی شرط است این است که کلمات این زبان باید خالی از بار عاطفی باشد و روشنی و وضوح دستوری آن باید به نهایت برسد و از اغراق برکنار بماند؛ ولی در زبان معیار ادبی، شرط نداشتن بار عاطفی و اغراق برای کلمات مطرح نیست.^۲

۴- با استناد به عبارت «تا کسی احساس نکند که گوینده سخن به وکالت از رؤیا حرف می‌زند» ادعا شده تداعی (؟) کننده شائبه عدم صداقت نویسنده در ذهن مخاطبان (؟) است... در حالی که می‌دانند وکالت مطالعه در پرونده معمولاً در متن رأی نمی‌آید. از طرف دیگر در صفحه اول تقدیشان در بند توضیح محتوای پرونده، با آوردن عبارت «برابر مدارک موجود و محتویات پرونده کیفری» عملاً ادعا فرموده‌اند که بر پرونده مربوط تسلط کامل دارند و تمامی مطالب خود را نیز بر این فرض بنا کرده‌اند. با این همه، تکیه اصلی ما بر رعایت اصل بی طرفی بوده است که در لحن استفاده شده احساس نمی‌شد و گر نه دلیلی ندارد که هم کار قلم به دست و علاقه مند خود را مسخره کنیم؟ قضی صادر کننده دادنامه، بهتر از ما به واقعیات توجه داشته است!

۲- به تاسی از «گاروبین» و «هانوی» می‌توانیم چند مورد از نقش‌های زبان معیار در محدوده فرهنگ یک جامعه زبانی را برشمردیم:

الف- زبان معیار باید بتواند علاوه بر تنبیت شدگی در جامعه، انعطاف پذیر نیز باشد.

ب- زبان معیار باید از نظر فرهنگی و علمی دارای پختگی باشد تا برای بیان مقاصد علمی و فرهنگی ارتقا یابد.

ج- زبان معیار باید نقش متحد کننده داشته باشد، تا تمامی لهجه‌های داخلی زیر لوای یک زبان به زندگی خود ادامه دهند.

د- زبان معیار باید نقش اعتبار دهنده داشته باشد و کسانی که آن را درست به کار می‌برند احترام بیشتری داشته باشند.

ه- زبان معیار دارای مرجعیت است، یعنی ملاکی است برای درست و غلط بودن صورت‌های زبانی تا تمامی آحاد جامعه از آن تبعیت کنند.^۳

برای مطالعه بیشتر، رک: دومین سمینار زبان فارسی در صدا و سیما، انتشارات سروش، تهران، ۱۳۷۱، صص ۳۹-۴۰، ۴۳ و ۴۴.

در توضیح بیشتر می‌گوییم که همین قاضی محترم صادرکننده دادنامه، با توجه به تسلط کافی بر کیفیت تشکیل پرونده و نحوه وقوع جرم و رابطه زن و شوهری طرفین اصلی و انگیزه های ارتکاب، با اعمال کیفیات مخفیه، توانسته است از اختیارات قانونی خود به درستی و هنرمندانه استفاده کند و بعد از اطلاع از واقعیات و مشکلات خانوادگی و اقتضای سنی متهمین، با رعایت اصل بی طرفی، نگاشته است شوهری در مضرت اخلاقی و روانی زنان به مدت ۳ و یا ۱۵ سال موردنظر و تاکید معترض محترم گرفتار شود. این ماییم که به فکر تکلیف حقوق زیان دیده (بگوییم بزه دیده) افتاده ایم (سطر آخر ص ۸۴ ش ۵۹) و می‌خواهیم بدون اطمینان در مشابهت کامل نحوه ارتکاب جرم در هر دو پرونده، این سیاست کیفری را توصیه کنیم که مانند پرونده دادگاه جزایی کرمان رفتار شود تا مایه عبرت دیگران شود! اگر گفته ایم که با این موضع گیری ها و تحلیل ها طوری نباشیم که دیگران احساس کنند که به و کالت از خانم روپا حرف می‌زنیم، زیاد هم بی جا نبوده است.

نظر ما بر این بوده که نقد کننده محترم در این گونه اتفاقات به ریشه نپرداخته و از جمله نگفته است که چه بکنیم تا جنس های مخالف بتوانند قبل از انعقاد رسمی عقد زواج هم دیگر را تا حد مورد نیاز بشناسند و از سلاخی هم دیگر و برنامه های هم دیگر خبر داشته باشند تا این همه پرونده طلاق و استفاده از مهریه به عنوان ابزار، پیش نیاید و اصولاً ما به عنوان وکیل و مدرس دانشگاه و دکتر در حقوق جزا چه راه حل هایی برای این مسائل و مشکلات ارائه داده ایم؟

بهترین انتخابات، در دوره سوم هیأت مدیره کانون وکلای اردبیل انجام شد.

افتخار دارد به عرض برساند که انتخابات سومین دوره هیأت مدیره کانون اردبیل در هفتم مهرماه ۱۳۹۰ در کمال صحت و اتقان برگزار شد و حتی بیش از دو دوره گذشته شرکت کننده داشت. از ۱۲ نفر داوطلب، یکی از آنان از ادامه کار و شرکت در رقابت انتخاباتی منصرف شد و رقابت در بین ۱۱ نفر باقی مانده، ادامه پیدا کرد برای اولین بار بود که رئیس کانون اش، بیش ترین رأی را در بین شرکت کنندگان آورده بود و برای اولین بار بود که تا تشریفات قانونی تأیید صحت انتخابات انجام نشده بود و حتی تا زمانی که وقت مقرر قانونی برای اعتراضات احتمالی در خصوص نظر هیأت نظارت، منقضی نشده بود، نتایج انتخابات و آرای تک تک ۸ نفر حائزین اکثریت آرا به طور مکتوب ابلاغ نشد تا رسیدیم به برگزاری مراسم اولین نشست پنج نفره اعضای هیأت مدیره و برگزاری مراسم انتخابات رئیس، نایب رئیس، بازرس و منشی که همگی با طمأنینه و در کمال صحت صورت گرفت. با این همه، تجزی در پیشگاه پیش کسوتان و وکلای تلاش گری که در انتخابات شرکت کرده اند به چه معناست؟ این شخص چگونه می‌تواند هم کاران پیش کسوت و دست اندرکار پیش و پس از انتخابات را زیر سؤال ببرد و انتخابات سالم انجام شده را دچار تردید کند؟ آیا این نحوه عمل کرد، بی حرمتی به کاران وکیل تلقی نمی‌شود؟ این معترض که در جلسه هیأت عمومی انتخابات و حتی در شمارش آرا حضور داشتند - اگر ایراد و اشکالی در انتخابات سراغ داشتند و یا مشاهده کرده بودند - چرا در زمان های مقرر به نتیجه و نحوه انتخابات خطاب به هیأت نظارت و بعداً به دادگاه عالی انتظامی منمکس نکردند؟ مگر این که بگویند منتظر فرصت بودند که نقدی بر نوشته شان صورت گیرد تا بعد از چندین ماه به یاد انجام وظیفه بیفتند!

حرمت کانونی و کانونیان	شد ز آزل در بر ما مشترک
آب دهم بر گلک دوستی	تابشوم در ره آنان هَلک!
ما به سُکر خنده یاران خوشیم	گو که شود بیش، نه در یک کَمک
خشت به دیوار و به در می زند	آن که کشد بر در غیري سرک

در این جا فرصت را غنیمت شمرده، بار دیگر از حضور گرم و صمیمانه هم کاران عزیزم در انتخابات، قدردانی

و تشکر می‌کنم و امیدواره با کمک خداوند متعال و هم راهی و هم دلی دیگر اعضای محترم هیأت مدیره و هم کلران و کیل در سراسر استان این بار سنگین را به سر منزل مقصود برسانم.

علی‌رغم همه مشکلات و ضرورت نظم دادن به فعالیت کمیسیون‌ها و دانشرا و دادگاه انتظامی کانون و حضور فعال اعضای محترم هیأت مدیره در عرصه جلسات عمومی و همایش‌های اتحادیه سراسری و فعالیت‌های جنبی کانون از قبیل برگزاری آزمون ورودی کارآموزان و کالت در این استان و غیره، با اقتضای استحضار می‌رساند که با تکیه بر الطاف بی‌کران خداوند و هم دلی‌ها و حمایت‌های موجود در بین هم‌کاران، در این سه ماه گذشته، موفق شدیم ساختمانی را در محل شهری مناسبی برای دفتر کانون خریداری کنیم که از این بابت نیز خداوند را شاکریم و هم چنان نیاز به تدویم هم‌دلی‌ها داریم و خواهیم داشت.

در بیان فرق «صدور کیفرخواست» با «محکومیت از درجه ۴ به بالا» و رفع شبهه ز ادعای «جریان مشکوک»! هیچ جریان و حرکت مشکوکی چه قبل و چه بعد از انتخابات نبوده است و برگزار کنندگان انتخابات نیز با دقت و امانت داری تمام انجام وظیفه کرده‌اند و اگر کسی در این ادعای اش صادق بود، باید قبل از انتقاد این جانب اعتراض کتبی خود را (البته همراه با دلیل) ارائه می‌کرد نه این که به حرکات و جریان‌سازی تصنعی آن‌هم از طریق مدرسه حقوق-بپردازد.

- آیا متوجه هستیم چه می‌کنیم؟

- آیا این ادعاهای واهی و سلاک دانستن صرف صدور کیفرخواست برای محرومیت از حق انتخاب شدن برای عضویت در هیأت مدیره کانون‌ها عاقلانه و عالمانه و قانونی است؟

اگر کسی در حال و وضع حاضر، خود را وکیل پایه یک دادگستری می‌داند، لازم است پیوند و تعصب و کالتی نداشته باشد و کمک کند تا بارها سالم به مقصد برسد نه این که سوار در شبکه تمرکز گرایان شود و بدتر از آن، به منزله اسب در شبکه آنان باشد.^۲ از نظر این جانب، توقع اصلی متصدیان کانون‌ها، در هر سمت و مسؤولیت، در وهله اول این است که هم‌کاران، با قلم و قدم، آنان را یاری کنند و تحت تأثیر روانی جو ایجاد شده زمان انتخابات قرار نگیرند، نه این که بیابیم بعد از تمام شدن رقابت‌های انتخاباتی به هر بهانه‌ای، با هیاهو چراغ هم‌دیگر را خاموش کنیم. قانون گذار در بند «د» ماده ۴ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۵ و نیز بندهای مذکور در ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۹ شرایط عضویت در هیأت مدیره کانون‌ها را تعیین کرده است و صرف صدور کیفرخواست در موارد قانونی -حتی با عناوین تخلفاتی بالاتر- نمی‌تواند مانع از اعمال این حق صنفی و شهروندی شود. تازه این در حالی است که بسیاری از هم‌کاران گرامی و قایلین به حقوق انسانی و شهروندی، هنوز هم معتقداند که هر وکیلی به صرف تدویم وکالت و تحصیل رأی اعتماد هم‌کاران می‌تواند داوطلب عضویت در هیأت مدیره باشد فقط چون مواجه با قانون هستیم ملزم به اجرای موارد حصری تصویبی هستیم. وکلایی که حسن شهرت نداشته باشند، حدنصاب انتخاب شدن را تحصیل نخواهند کرد. مگر این که خود معترض محترم، این نظر خود را بر تمرکز گرایان ارائه دهد و راهتمایی‌های لازم را بنماید تا در متن قانون جامع وکالت مطرح شده گنجانده شود تا این عزیز نیز بتوانند به این نظر بسیار آزادی خواهانه و صنفی، جامعه عمل ببوشانند و خیال همه را راحت کنند و از تخصص و مهارت صنفی و استادانه خود همه را به فیض برسانند.

۳- نقل خاطره بد از بازگشتی دانشگاه ما که استاد جعفری لنگرودی رئیس دانشکده حقوق دانشگاه تهران بودند. بعد از رفع و رجوع مشکل اداری نگارنده با یکی از استادان محترم، استاد خطاب به این جانب گفتند: شما رشته مهم حقوق را می‌خوانید، وصیت می‌کنم که بعد از پایان تحصیلات، چه قاضی بشوید و یا وکیل و سردفتر، «اسب هر درشکه نشوید» برای ارزش گذاری به این وصیت آن را در متنوی: «خلاق را حقایق آشکار است» گنجانده ام که دویست از آن متنوی را که اشاره به مضمون فوق دارد، در اینجا می‌آوریم:

وصیت کرده بر ما لنگرودی ز ما بر از سلامتی و درودی
وکالت یا قضاوت را چو کردید درشکه حاضر است امیش نگردید،

نحوه به کار گیری اشکال اسامی مذکر و مؤنث در زبان فارسی

کلمات «شاکیه» (complainant) و «شاکیه» بارها توسط ناقد محترم و یا در متن رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به کار رفته است، در رأی مورد نقد نیز دوبار از کلمه «شاکیه» و یک بار هم از «شاکیه» استفاده شده است. می دانیم، معمولاً در زبان فارسی، مؤنث وجود ندارد و در همه موارد لازم بود به صورت «شاکیه» استفاده شود. در تمامی متون قانونی آیین دادرسی کیفری هم به همین گونه رفتار شده و هیچ نمونه ای سراغ نداریم که از الفاظ «شاکیه» و یا «متهمه» استفاده شده باشد.

- ناقد محترم در تفاوت نحوه استعمال «شاکیه» و «شاکیه» موضع خود را اعلام نکرده و خود نیز به اشتباه به صورت «شاکیه» مندرج فرموده اند. دلیل ادعا این است که زبان فارسی برخلاف زبان عربی، تفکیک جنسیتی به صورت مذکر و مؤنث ندارد و در این مورد به خصوص برای هر دو، «شاکیه» نوشته و گفته می شود. بنابراین استعمال این قبیل کلمات در نقش اسمی و فاعل جمله، به صورت های: «شاکیه»، «مخترمه»، «رئیس» «شاعره»، «این جائیه» و ... صحیح نیست و حتی به قول مرحوم سعید نفیسی: «از این نادرست تر چیزی نیست».

- چند نمونه از اسامی و صفات مذکر و مؤنث عربی را که وارد فرهنگ نگارشی و محاوره ای و قوانین ما شده و شناسنامه ایرانی گرفته اند، می آوریم:

جد - جنه - والد - واده - خال - خاله - زوج - زوجه - عم - عمه - مسلم - مسلمه
 محصن - محصنه - زانی - زانیه
 دلال - دلالة - رئیس - رئیسه - رفاصه - مدیر - مدیره - معشوق - معشوقه - ملک - ملکه
 ندیم - ندیمه - مرحوم - مرحومه

صفات اختصاصی برای جنس مؤنث: «مخدره، ضعیفه، معروقه و سلیطه» (بدون داشتن وجوه مذکر)^۴

«بزه دیده» و «مجنی علیه» از منظر قوانین و فرهنگ های حقوقی

در زیرنویس شماره ۱۰ از صفحه ۳۴ خبرنامه ۶۶ ادعا شده گویا به جای «بزه دیده»، کلمه «مجنی علیه» (victim of an offence committed against the person) را به اشتباه به کار برده ایم، می گوئیم استعمال این اصطلاح سابقه فقهی و قانونی دارد. ماده ۲۰۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، مواد دوازده گانه «قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص» مصوب ۵۳/۱۲/۱۸ و ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی از نمونه های بارز شمرده می شود که اصطلاح فوق در آن ها به کار رفته است. به خصوص در ماده ۶۲۱ ق.م.ا (که دو بار به کار رفته) هیچ تفکیک و تخصیصی در جنبه های معنوی - حیثیتی و جسمانی دیده نمی شود و معترض محترم نیز دو مرتبه در گزارش خود از پرونده، اصرار بر ورود صدمات جسمانی به رؤیا خانم داشته اند. ولی حالا ما را در استعمال کلمه مجنی علیه مقصر می دانند و می گویند که استعمال مجنی علیه فقط در مورد ورود صدمات جسمانی است!

۴ - برای مطالعه بیشتر ر.ک، ۱- «در مکتب استاد»، سعید نفیسی، مؤسسه مطبوعاتی عطایی، ج. دوم، ۱۳۴۴، صص ۶۲، ۶۳ و ۱۲۰ - ۲ «غلط نویسیم (فرهنگ دشواری های زبان فارسی)»، ابوالحسن نجفی، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی، ج. سوم، ۱۳۲۰، صص ۵۲ و ۵۳ - ۳ «سنو» نگارش»، مرتضی کاخی، انتشارات امیرکبیر، ج. سوم، ۱۳۷۸، ص ۹۲.

همان گونه که در مقدمه مقاله مورد نقد آورده ایم: «رشته حقوق از آن رشته های علمی شاخص است که خود دارای تعبیرات و اصطلاحات دقیق و شناخته است» و یکی از اصطلاحات دقیق فقهی و قانونی نیز همین اصطلاح «مجنی علیه» است که در بین حقوق دانان و فقها اصطلاح شناخته شده ای است و با معانی به کار رفته در ماده ۶۲۱ ق.م.ا نیز هم خوانی دارد. ولی ترکیب «بزه دیده» با تمام زیبایی و سره بودن و امکان تلفظ آن، در قانون شناخته شده نیست و جزء اول آن «بزه» (به فتح اول) در فرهنگ های لغت در معانی عمومی «خلاف»، «گناه» و «خطا» و «جور و ستم» آمده و یک کلمه پهلوی است و اغلب برخلاف «جنایت»، در معانی گناه و کار خلاف اخلاق به کار رفته است که خارج از منظور و مقصود قانون گذار است. حداقل این است که در موارد تصریحی در قانون، نمی توان به جای «مجنی علیه» از «بزه دیده» استفاده کرد. در فرهنگ های حقوقی، مختلف: «مجنی علیه» غالباً در مورد کسی که ضرر مادی یا معنوی در اثر جرمی بر او واقع شود، به کار رفته است.^۵ جالب تر این که هیچ کدام از استادان حقوق جزا - از جمله دکتر گلوزیان و دکتر زرعت - در بحث از ماده ۶۲۱ از کلمه «بزه دیده» استفاده نکرده و همگی همان «مجنی علیه» را به کار برده اند، لابد این یکی هم از ابتکارات معترض محترم می باشد.

جای گاه ها و منزلت اشخاص با سخن گفتن و نوشتن آن ها قابل تشخیص است! کسی که معیار لازم و قطعی برای تعریف «مقاله» را با حدود سلیقه ای یک مجله اشتباهی می گیرد و رسالت مقاله تحقیقی را از مقاله ادبی نمی شناسد، چگونه می تواند داعیه نقادی داشته باشد؟ - کسی که اصرار بر بازداشت موقت در مورد شوهر کم تجربه و سهل انگار را با استناد به ماده ۳۵ ق.ا.د.ک داشته باشد،

- معنی و مصادیق «نامزد» را با «شوهر» در نوشته اش تفکیک نکند،
- کسی که شرط عضویت در هیأت مدیره را - خودسرانه - صدور کیفرخواست (و نه حکم قطعی از درجه ۴ به بالا) بداند،
- کسی که درج سمت قانونی و صنفی مقاله نویس را (به عنوان رئیس کانون) با تعبیر «تعجیل»، تیرت داخلی مقاله اش کند و بخواهد این حق مسلم قانونی را از نویسنده سلب کند.^۶
- و در خاتمه، کسی که مقید به ارائه دلیل و مدرک بر ادعاهایش نباشد، چگونه انتظار دارد مورد خطاب و تذکر و انتقاد واقع نشود؟!

امیدواریم همه ما جای گاه و شن خود و دیگران را به درستی بشناسیم و متوجه اشتباهات من باشیم و طوری رفتار کنیم که شایسته زندگی و کار و کیلانه باشیم نه این که بر سر شاخ نشسته آن را از بیخ قطع کنیم! من و شما اگر می خواهیم عزت داشته باشیم، از همین اقدامات و نوشته ها و گفته های خودمان و از همین احترام گذاشتن به آرای هم کاران صنفی حاصل می شود نه از تخریب و تشعیه کانون ها و جوسازی علیه اعضای محترم هیأت مدیره و بر گزار کنندگان بزرگ وار انتخابات و هیأت محترم نظارت! اگر هم کسی عیب و اشکالی از یک وکیل و یا از یک عضو هیأت مدیره و یا از من کم تجربه مشاهده کرد، نباید آن را به حساب ارکان کانون، بگذارد و

۵- برای تحقیق بیشتر، کد فرهنگ فارسی معین و لغت نامه دهخدا - «ترمیمی از حقوق»؛ کردی - «فرهنگ اصطلاحات حقوق جزا»، عباس قدیانی، مؤسسه فرهنگی عابدزاده، ج. اول، ۱۳۷۵، ص ۹۵ - «فرهنگ دادرسی»، حسین کریمی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ج. اول، ۱۳۷۸، ص ۲۸۰ (به نقل از لغت نامه دهخدا). - «فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری»، عباس ایمانی، نشر آریان، ج. اول، ۱۳۸۲، ص ۴۰۹

۶ - نگارنده در ذیل مقاله «تنبوه های نگارشی...»، خود را «وکیل پایه یک دادگستری» معرفی کرده بود، نه «رئیس کانون وکلای دادگستری اردبیل» که معترض محترم تعبیر نادر «تعجیل در معرفی» را به کار برده اند. در واقع، مسؤولین محترم و دانشمندان خیرنامه مدرسه حقوق، با استحضار از نتیجه انتخابات انجام شده در ۷ مهر در اردبیل (از روی لطف) در ذیل مقاله مذکور عنوان «رئیس کانون وکلای دادگستری اردبیل» را جایگزین کرده بودند که به نوبه خود تشکر می کنم؛ ولی درج عنوان مذکور در فهرست نامه تنظیمی از ۶ تا ۶۰ مدرسه حقوق با املاح نگارنده بوده است که توسط کانون محترم اسفهان چاپ و منتشر شده است.

با انواع برقر و ختگی ها و عصیانیت ها علیه دیگران کیفرخواست صادر کنند! روا نیست به خاطر یک دستمال، قیصریه را به آتش بکشیم! سعدی چه خوش فرموده است:

تا مرد سخن نگفته باشد عیب و هنرش نهفته باشد

تعریف جامع و مانع «مقاله» توسط اعتراض کنند!

معترض محترم از بند ششم از بندهای شش گانه اعتراضی، با اشاره به شرایط هفت گانه اعلامی که در خصوص شرایط تحقیقت و نوشتن ها ارائه کرده بودیم خواسته اند به ما درس بدهند و به قی از یک مجله، مقاله را این گونه تعریف کرده اند: «... منظور از مقاله نوشته ای است که حجم آن کمتر از ۱۰ صفحه و بیشتر از ۳۰ صفحه نباشد» و در بالا و قبل از آن نیز در تعریف نقد و یادداشت فرموده بودند: «اگر مطلب کوتاهی حداکثر در ۱۰ صفحه بیان گر دیدگاه های نویسنده آن در موضوع مورد بحث باشد، نقد و یادداشت نامیده می شود».

لازم است به عرض ایشان برساند که در شماره های قبلی از جمله شماره های ستوالی ۱۶ و ۱۷- مربوط به پاییز و زمستان ۱۳۸۶- مصححت بر این واقع شده بود که همین کانون محترم کرمشاه، سقف حداکثری حجم مقوله مورد پذیرش خود را ۵ صفحه قرار دهد، ولی بعد از جمله در شماره های ۲۹-۲۷، ۱۳۸۹، حجم حداکثری را «۱۰ صفحه» و حداکثر آن را نیز ۳۰ صفحه اعلام کرد. حال سؤال این است که اگر در این مجله و یا مجله ای دیگر (از جمله شماره ۱۳ نشریه کانون و کلاهی دادگستری آذربایجان شرقی)، حداقل صفحات مقاله ۴ صفحه و حداکثر آن را ۱۵ صفحه اعلام کند این معترض محترم، این بار در تعریف مقاله چه خواهند فرمود و تفاوت تلقی های سه گانه ۴ و ۵ و ۱۰ را چگونه توجیه خواهند کرد تا تعریف مقاله «جامع» و «مانع» باشد؟

پس ملاحظه می فرمایید که این دوست عزیز ما چه دسته گلی به ما داده اند و چه درسی از اصول نگارش و انجام تحقیقات را می خواهند به دانشجویان خود بدهند.

اضافه می کنیم که نمی دانند که اصولاً «مقار و کمیت در مقاله به موضوع مورد بحث بستگی دارد... و موضوع سخن است که مقدار مقال را تعیین می کند»^۷ و در نتیجه حجم هر مقاله در هر نشریه و مجله ای ممکن است متفاوت باشد.

«مقاله» (Article) در فرهنگ معین به معانی: «گفتن»، «سخن گفتن»، «فصلی از کتاب یا رساله»، «نوشته ای که درباره موضوعی نویسنده غالباً نوشته ای که برای درج در روزنامه یا مجله تهیه شود» آورده شده است. نهایت این که: «... مقاله نوشته ای قانون مند است که در زمینه متفاوت به بررسی... می پردازد و می تواند انواعی چون تحقیقی، اجتماعی، انتقادی، طنزی و جز این ها داشته باشد و یا از محتوای علمی محض برخوردار و سطح یک گزارش ورزشی ساده باشد»^۸

برخلاف نظر معترض محترم، با نگاهی کوتاه به نمونه هایی از مجلات و نشریات به خصوص مجلات مربوط به کانون های و کلا، مشاهده می کنیم که تقریباً در هیچ کدام معیار و تعریف واحد و دقیقی از «مقاله» (و در مرحله بعد نقد و یادداشت) ارائه نشده است، گر هم خواسته اند حداقل و حداکثری را در سقف مقالات تعیین کنند، نظر بر تعریف «مقاله» و تمیز آن با نقد و یادداشت نداشته اند. بلکه هر کدام بنا به سلیقه، شروط و شیوه خودشان گاهی هم، بسته به ظرفیت حجمی نشریه عمل کرده اند. حال برای توضیح بیشتر، از شرط و شروط دیگر نشریه های حقوقی

۷- وزین پور، دکتر نادر، بر سمنند سخن، انتشارات فروغی، ج. پنجم، ۱۳۶۶، ص ۱۸۶ ذیل عنوان «حدود مقاله».

۸- مؤمن، علی، «درباره زبان فارسی و آئین نگارش»، چاپ امیر کبیر همدان، ج. اول، ۱۳۶۹، ص ۱۰۲.

موجود در کشور نیز به عنوان نمونه چند مورد را با تعیین مشخصات و سال چاپ آن‌ها می‌آوریم:

الف- از نشریاتی که برای مقالات، سقف حداقلی و حداکثری قائل شده اند:

- ۱- نشریه کانون وکلای آذربایجان شرقی در سری نشریات دوره جدید
- ۲- خیرنامه مدرسه حقوق کانون وکلای اصفهان
- ۳- فصل نامه داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان
- ۴- فصل نامه داخلی «وکیل مدافع» همین کانون خراسان
- ۵- مجله حقوقی دادگستری قوه قضاییه
- ۶- مجله پژوهش‌های حقوقی

ب- از نشریاتی که هیچ گونه سقفی قائل نشده اند:

- ۱- کانون وکلای دادگستری مرکز (در هر سه دوره)
- ۲- کانون وکلای دادگستری منطقه فارس و استان‌های تابعه جنوب ایران
- ۳- «فصل نامه حق» (زیر نظر مرکز مطالعات حقوقی و قضایی)
- ۴- «مجله تحقیقات حقوقی» دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

ج- از نشریاتی که فقط سقف حداکثری قائل اند:

- ۱- دوفصل نامه «راه و کالت» کانون وکلای دادگستری گیلان
- ۲- «مجله حقوقی» کانون وکلای دادگستری همدان
- ۳- «پژوهش‌نامه حقوقی» دانشگاه گیلان

از آوردن این مثال‌ها نتیجه می‌گیریم که هر نشریه‌ای به تناسب حجم و ظرفیت خود و ضرورت سقف تشریحی مطالب، سلیقه‌ها و روش‌های متفاوتی را در پیش گرفته‌اند که اندکی با دیگر نشریات و مجله‌ها تفاوت دارد و حتی در قید مقدمه و چکیده و واژگان کلیدی و ذکر منابع در آخر مقالات نیز این روش‌های متفاوت کم و بیش جاری و ساری است.

در تفاوت مقاله و نقد و یادداشت نیز باید گفت، نگارنده در نقد خود اساساً به «شیوه‌های نگارشی مقالات و تحقیقات» در معنی اعم نظر داشته و در مقام تعریف و تبیین شرایط شکلی نبوده است؛ بلکه به مفهوم ابلاغ و رسالت نویسنده و کیفیت نوشته‌ها و رعایت شرایط نگارشی و برهیز از به کار بردن کلمات نادرست و غلط‌های مشهور و روان نوشتن پرداخته و بر توجه بیشتر در ارائه محتوای نوشته‌ها و دلایل و استنادات تأکید کرده است تا به طور دقیق و درست انجام شود. با همین توجیه و برداشت، گاهی هم به جای مقاله از تعابیر جای‌گزین دیگری - بسته به مورد و نیاز - از قبیل «گزارش»، «نوشته»، «نوشته‌ها»، «تحقیقات و نوشته‌ها»، «تحقیقات و مقاله نویسی»، «مقالات و نقادی‌ها» و «کتاب یا مقاله» سود جست‌ه بودیم.

ما به یقینیم در این گفته‌ها	نیست زما جز سرِ پیلانِ کَجَک!
زیره به کرمائی اگر برده ایم	گشته به کانونِ صفاهانِ کَزَک
بیخته ایم از همه سو آمدها	پس چه نیازی به سَرَند و آلَک؟!
کینه نداریم به دل از کسی	از چه شود کوزَه دل پُر نَرَک؟!

اگر هم بنا به روال معمول، به همراه هم کار دفتری و حقوقی ام جناب آقای بهنام قسمتی (که در فهرست نامه نیز یاری ام کرده بود) و یا با هم کاری کنرآموزان و کارمندان محترم کانون، مواردی از اشکالات و پیرایسی، صفحه آرایبی و یا تاییبی را، قبل از رسیدن به دست خوانندگان رفع کرده ایم، صرفاً برای احترام به خوانندگان گرامی بوده است و این امر بدون اجازه گرفتن از معترض محترم، در مورد تمامی آثار چاپ شده نگارنده، اعم از شعر یا مقاله، اتفاق افتاده که در مجله «آبادگران» نظام مهندسی اردبیل و نشریات محلی دیگر از قبیل «یاشیل مغان»، «چشمه اردبیل»، «پیام اردبیل» و نیز نشریات و مجله های کنون های محترم اعم از اصفهان، آذربایجان شرقی و غیره چاپ و منتشر شده است و اتفاقی تازه ای نبوده است.

جار و جنجال یا تحقیق و تحلیل؟

این حرکت ها و اهمیت ندادن به خواننده و هم کاران و کالتی از کجانشی می شود؟ به نظر قاصر این جانب، این دوست ما هم چنان در اظهار نظر عجله فرموده اند و گرنه می توانستند با اندکی بررسی و کنکاش، اظهارات سنجیده و پخته ای داشته باشند و این گونه آبروریزی نمی کردند.

در تحلیل نهایی باید گفت این عزیز، علاوه بر فضای انتخاباتی کانون متبوع، تحت تأثیر جو تحکم آمیز و خشونت طلب جری، خود را فارغ از هرگونه تعقل و انطباق مطالب با موازین منطقی و عقلی دانسته اند و چه بسا دانش جویان بیچاره ما را هم با همین نوع بیانات بدون دلیل به بیراهه کشانده اند و البته این نقصی است که بر شیوه های آموزشی جاری ما وارد است، چون گاهی مشاهده می شود در بعضی از این مراکز، با نگرش متمرکز و ابلاغ از بالا و کنترل نظامی گونه، مانع پژوهش و تحقیقات جدی و ایجاد روحیه خلاقیت و تعامل فکری و هماهنگی با محیط پیرامونی می شوند.^۹ حال اگر این مدرس را در فضای صنفی آزاد و کلا- که اهل نقد و تحلیل هستند راه دهند، طبیعی است که خود را فوراً گم کند و فرق بین یک آموزش کده آزاد را با فضای نقد و تحلیل کانون تشخیص ندهد. اگر شخص بی ادعایی هم چون بنده حقیر، به او بگوید که «بالای چشمه ابروست»، زمین و زمان را بر هم بدوزد و چه بسا اگر میدان یابد بخواد همان فضای آشفته و تحکم آمیز را در جامعه صنفی و کلا نیز رواج دهد و تفاخر به عناوین را ملاک اصلی بداند. در این حال و هوا، اگر کار به درگیری لفظی و توهین هم بکشد اتفاق عجیبی تلقی نمی شود.

پیش چشمه دشتی شیشه کیود زان سبب هستی کیودت می نمود

یاد قصه عینکم مرحوم رسول پرویزی افتادم که چه خوب از درد اصلی سخن گفته بود تا ریشه جهل مرکب را بنمایند. کاش می شد آن مرحوم را دعوت می کردیم تا قصه عینکش را بار دیگر برای ما شرح دهد و همه را بخنداند تا دیگر عینک زدن را «نای فرنگ مایی در آوردن» و غیره و غیره ندانیم... و بتوانیم از عینک برای دین برگ های زرد پاییزی و سمرن آجرهای چیده شده در دیوار ساختمان روبه رویی و خواندن تخته سیاه حتی از ردیف دهم کلاس استفاده کنیم.^{۱۰}

۹- رک مقاله «بررسی ضعف ها و رانکارهای برنامه ای ...» به قلم حمید رضا آیت اللهی، ز کتاب «مجموعه مقالات همایش بررسی متون و منابع حوزه های فلسفه، کلام، ادیان و عرفان»، ج. اول، به کوشش دکتر حسین کلیایی اشتری، نشر پژوهشگاه علوم انسانی، چ اول تهران، ۱۳۸۴.
۱۰- مرحوم رسول پرویزی با اشاره به هیکل و قیافه خاص خود شرح می دهد که اگر قبل از تهیه عینک خود با لوسی بازی هایش، توانسته بود با قد بلند نیمکت ردیف اول کلاس را تساحب کند؛ با این همه، در همان ردیف اول نیز بدون عینک با هزاران فشار و زحمت می توانسته نوشته های روی تخته سیاه را بخواند ولی از فضای روزگار، بعد از به دست آوردن عینک به طریق شیطنت آمیز، به چشمش اطمینان کامل پیدا می کند و این بار برخلاف سابق، برای نشستن بر نیمکت کلاس خودشان هیچ کوششی نمی کند و با وجود نشستن در ردیف آخر کلاس، تمامی نوشته های روی تخته سیاه را می تواند بخواند و به طور اتفاقی کشف می شود که بیچاره ضعف شدید بینایی داشته و تیرمند عینک دوربین بوده است... (نقل از: سرعت، دکتر محمد جواندین نگارش، نشرات اساطیر، چ چهارم، ۱۳۶۸، ص ۸۰-۸۹)

ضرورت شخصی نکردن مسائل، نقدها و گفتگوهای علمی

به کار بردن نام و یا نام خانواده طرف انتقاد (زرعی و یا رضا زرعی) به تعداد ۱۲ بار در یادداشت ۵ صفحه ای، با ادعای «تعجیل آقای زرعی در معرفی خویش به عنوان رئیس جدید کانون اردبیل» به چه معنی است؟ و چه امر خلافی حادث شده و یا چه اتفاق عجیب غیرمنتظره ای حادث شده بود که به جای این که به تذکرات توجه کنیم و مطالب خود را مستند و مدلل کنیم، موضوع را به حاشیه کشانیم و شخصی کردیم. به فرض که این جانب در معرفی خویش به عنوان رئیس کانون اردبیل تعجیل داشتیم، این امر چه ارتباطی به موضوع داشته است؟ این اصل را باید به یاد داشته باشیم که گفته اند: «رفتاری را که می خواهید مورد انتقاد قرار دهید، به خوبی شناسایی کنید. انتقاد خود را متوجه عمل یا رفتاری مشخص کنید نه خود شخص. یعنی رفتار را مورد انتقاد قرار دهید نه فرد را.»^{۱۱}

به کار بردن ضمائر مشترک «خویش» به تعداد ۲۳ بار و «ایشان» به تعداد ۲۵ بار و ۶ بار «تأسف خوردن» و «متأسف شدن»، از لحاظ روان شناسی چگونه معنی می شود؟ چرا به این زودی کنترل و عزت نفس خود را از دست داده ایم و بر الفاظ به کار رفته نیز مسلط نیستیم؟

اصل بر این است که نباید در انتقادات و مباحثات فنی و علمی، به موضوع جنبه شخصی بدهیم؟ شاهد مثال آن که در مقاله ارائه شده قبلی، فقط دو بار به صراحت نام صاحب نقد را آورده ایم، ۱۲ بار از ترکیب «ناقد محترم»، ۳ بار از «منتقد محترم» و ۴ بار هم از ترکیب «نویسنده محترم» استفاده کرده ایم تا هیچ گونه شائبه بی احترامی نرود. اگر هم بعد از اسم غیرواقعی «رؤیا» کلمه احترام آمیز «خانم» را به کار برده ایم، منظور خاصی نداشته و فقط به مفهوم جمله جلب عنایت کرده ایم و خواسته ایم بگوییم که ناقد باید بی طرف باشد نه این که از تمام ابعاد توری حرف بزند و بنویسد که شائبه و کالت از یکی از طرفین بر ذهن خواننده خطور کند. منطوق و مفهوم جمله ما نیز صرفاً بر این دلالت دارد و نه چیز دیگر. البته این سؤال هم باقی می ماند که ناقد محترم بنا به تأکید چه گونه توانسته اند «به تمام مدارک موجود و محتویات پرونده کیفری» دسترسی داشته باشد و از کجا مطمئن هستند که تمامی مدارک و محتوای پرونده را از دید بی‌پسین خود گذرانده اند؟

نتیجه گیری (conclusion)

مخاطب محترم خود را به ارائه دلیل در موارد ادعایی دعوت کرده ایم و خود نیز در هر مورد (چه در بحث حاضر و چه در موارد دیگر که قبلاً در نشریات مختلف کانون ها و غیر آن ها مطالبی نوشته ایم) «بند دلیل» بوده ایم. هر چند نوشته ها و حرف های خود را وحی منزل نمی دانیم - که بشر جایز الخطاست - ولی با این همه، (خوش بختانه یا شوربختانه) به لطف خداوند، تاکنون موردی که بی دلیل حرفی زده باشیم سراغ نداریم و کسی نیز از این بابت متعرض نشده است. اگر ایرادات نا به جایی بر نوشته ای (اعم از تحقیق و نقد و یادداشت) وارد آید، خوانندگان آگاه بر کج سلیقه ای انتقاد کننده بی خواهند برد و به ریش و خواهند خندید و اگر هم نوشته ای خوب باشد، هر کاری و غرضی و تخریب و توهینی مثل تَف سربالا خواهد بود که بر چهره خود آن خواهد برگشت و صاحب اثر نباید بیش از اندازه متأثر و نگران باشد. مهم این است که به نوشته ها و مقالات خود ایمان داشته باشیم و با عشق و تسلط بر زبان، با بهره مندی از دقت و مطالبات فنی و عمومی، صبر بی اندازه به خرج بدهیم و هیچ وقت از یاد گرفتن

۱۱- ر.ک: چگونه مذاکره کننده بهتری، باشی، جیمز پترسن، ترجمه دکتر سمود کسای و ایراهیم شیر امیری، انتشارات همشهری، ج اول، ۱۳۷۸

و تصحیح اشتباه خود، ابا و ترسی نداشته باشیم؛ مگر می شود هر باوه و نوشته پستی را شاه کار قلمداد کرد؟ و یا مگر می شود نوشته پر محتوا، اصیل و فنی شخص آشنا به اصول و مبادی آداب را پست جلوه داد؟ برای پرهیز از حدوث شیوه و حالت مذموم «مرء»، پیش از این نمی نویسیم، مگر این که در فرصتی مناسب با احساس ضرورت، قسمت دیگر مقاله شیوه های نگارشی را ارائه دهیم و نیز مطالب جمع آوری شده مربوط به نحوه برگزاری جلسات و انجام مذاکرات عمومی و آئین انجام گفت و گو را تنظیم کرده و در شماره های آینده ارائه دهیم؛ تا بدان جا که بنائیم: از چه، چرا و چگونه باید بنویسیم.

کنفوسیوس چه خوب گفته است: باید کاری کرد که واژه ها در معنای درست خود به کار روند. نباید محتوای آن ها را بازل یافت... وقتی کلمات دقیق نباشند حکم کردن ها هم روشن نخواهد بود، کارها رونق نمی گیرد... از این رو انسان آزاده واژه ها را چنان بر می گزیند که هیچ ابهامی پیش نیاید و حکم های خود را به صورتی در می آورد که بتوان بدون دودلی و تردید اجرا کرد.^{۱۲}

خلاصه این که اگر مقصود و هدف اصلی خود را مشخص کنیم و به کار خود ایمان داشته باشیم و در صد جوسازی و تخریب نهاد و یا مسؤلی از کانون ها نباشیم، خود را گم نخواهیم کرد و عزت نفس مان را از دست نخواهیم داد و به خاطر تذکرات از کوره در نخواهیم رفت. در این صورت کسی را هم به طور شخصی خطاب نمی کنیم. در هر نوشته و ادعایی، سعی می کنیم به خواننده و مخاطب احترام بگذاریم و به شیوه اقناعی رفتار کنیم. مستندات و دلایل خود را ارائه دهیم و حرف بی دلیل نزنیم که قلندر بیدار است و شب دراز، هم چنین ایمان بیاوریم که سفری باز نشده یک عیب دارد ولی سفری باز شده ممکن است هزار ایراد داشته باشد.

گفت چنین شیخ ابوالخیر ما	فاش به تاریخ، نه در پیچ پچک،
قال و مقالی که فتن در میان	تا که شود خیر و فزاید چمک،
باش مواظب که ز حد نگذرد	تا نزند بر تن وجان سیخونک
«رفتن» و «شستن» چو نبخشد اثر،	«گفتن» و «جستن» چه کنی تک به تک؟
بگذر و بگذار «مقالات» را	هیچ نباشد دل از این ها خنک
گر سخنی با مه خوبان زدیم،	ور قلمی گشت به تشریح و فک
مقصد و مقصود رضای حق است	ورنه، شمر جملگی اش را کفک ^{۱۳}

۱۲ - «کنفوسیوس»، تألیف کارل یاسپرس، ترجمه احمد سمعی، انتشارات خوارزمی، چ اول، ۱۲۶۳، صص ۲۶ و ۲۷، با اندکی تلخیص و تغییر.
 ۱۳ - ابیات فوق و دیگر ابیات به رنگ و بوی این ابیات، از قصیده «نور و کیلانه» سروده نگارنده نقل شده است.

نکاتی حقوقی در مورد افراد مشمول خدمت سربازی

محمد رضا ظهیرمسنی فر

چکیده:

به موجب ماده ۱ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی و با توجه به مفهوم اصل ۱۵۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دفاع از استقلال و تمامیت ارضی نظام جمهوری اسلامی ایران، جان، مال و ناموس مردم، وظیفه دینی و ملی هر فرد ایرانی است و در اجرای این وظیفه کلیه اتباع ذکور مکلف به انجام خدمت وظیفه عمومی برابر مقررات این قانون می باشند. با عنایت به مطالب فوق، طی کردن دوره خدمت سربازی، وظیفه همه افراد ذکور (کلیه اتباع ذکور) است مگر در مواردی که قانون خلاف آن را مقرر نموده است. بنابراین انجام یا عدم انجام دوره خدمت سربازی برای افراد مشمول، فواید، ویژگی ها، عواقب و مضراتی از لحاظ حقوقی، قانونی و اجتماعی دارد که در این نوشتار سعی داریم خلاصه و مفید به صورت نکته های حقوقی به شرح و بررسی آن بپردازیم.

کلمات کلیدی:

نظام وظیفه، مشمول، غیبت از خدمت، اتباع ذکور

الف: اتباع ذکور:

اتباع ذکور دولت جمهوری اسلامی ایران از لحاظ قانون خدمت وظیفه عمومی و با توجه به مقررات ماده ی ۹۷۶ قانون مدنی به شرح ذیل می باشند:

- ۱- کلیه ی ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تابعیت خارجی آن ها مسلم باشد^۱
- ۲- کسانی که پدر آن ها ایرانی است اعم از این که در ایران یا در خارج متولد شده باشند.
- ۳- کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیر معلوم است.
- ۴- کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن ها در ایران متولد شده به وجود آمده اند.

^۱ کارآموز و کالت کلون و کالتی، دانشجوی خوستن

۱- تابعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آن ها مورد اعتراض دولت ایران نباشد.

۵- کسانی که در ایران از پدری که تبعه ی خارجی است به وجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند والا قبول شدن آن ها به تابعیت ایران برطبق مقرراتی خواهد بود که برطبق قانون برای تحمیل تابعیت ایران مقرر است.

۶- هر تبعه ی خارجی که تابعیت ایران را تحمیل کرده باشد.

نکته ی اول: اطفال متولد ز نمایندگان سیاسی و کنسولی خارجی مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود. (تبصره ماده ی ۹۷۶ قانون مدنی)

نکته ی دوم: اشخاصی که تابعیت خارجی داشته و بعداً تابعیت ایرانی تحصیل کرده باشند از احاطه انجام خدمت وظیفه تابع مقررات خدمت وظیفه ی عمومی خواهند بود. (ماده ی ۲ آیین نامه ی اجرایی خدمت وظیفه عمومی)

نکته ی سوم: چنان چه افراد مشمول نکته ی دوم، در زمان داشتن تابعیت کشور خارجی مطابق قوانین همان کشور خدمت دوره ضرورت را انجام داده باشند برای مراحل احتیاط و ذخیره تابع مقررات مربوط به اشخاص هم طبقه خود خواهند بود چنان چه کشور متبوع قبلی آنان فاقد مقررات خدمت وظیفه ی عمومی بوده و یا از انجام خدمت دوره ضرورت معاف شده باشند در صورت لزوم در زمان جنگ و سیح همگانی به خدمت احضار خواهند شد.

ب: مشمول به چه اشخاصی اطلاق می گردد:

به استناد ماده ی ۱۹ و ۲۰ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ با اصلاحات بعدی و هم چنین مواد ۳ و ۴ آیین نامه ی اجرایی آن، افراد مشمول شامل:
افراد ذکور ایرانی است که از اول فروردین ماه سالی که طی آن سال وارد سن ۱۹ سالگی می شوند و هم چنین افرادی که جهت انجام خدمت دوره ضرورت بلامانع تشخیص داده شوند در طی سالی که به سن ۱۹ سال تمام می رسند

ج: مشمولین غایب چه کسانی هستند:

با عنایت به قانون خدمت وظیفه عمومی و آیین نامه اجرایی آن، مشمول غایب به اشخاص ذیل اطلاق می گردد: (صراحت

۲- نظریات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مورد تابعیت:

الف: نظریه ی مشورتی اداره حقوقی دادگستری (شماره ۷/۹۴۳-۷/۲۲۱-۸۰): چنان چه شخصی ساکن ایران باشد و در تعیین تابعیت ایرانی یا خارجی وی تردید حاصل شود، نام که تابعیت خارجی او منحل نشده یا بدو، تبعه ی ایران به شمار آید.

ب: نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری (۵۰۲۵-۷/۱۳۰/۱۳۰-۶۱/۱۰): بانوجه به عبارت اشخاص زیر تبعه ایران محسوب می شوند در ستمه ماده ۹۷۶ می رسد که تبعیت ایران منحصر به کسانی است که در آن ماده تصریح شده است لذا افرادی که در ایران از پدر خارجی و مادر ایرانی، تواد در خارج ایران محسوب نمی شود.

ب: نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری (شماره ۷/۶۵۲۲-۸۰/۸۲-۸۰): بانوجه به مفهوم برافق بند ۴ ماده ی ۹۷۶ قانون مدنی فرزندان متولد شده پدر تبعه ی خارجی و مادر ایرانی که متولد شده و ظاهر استند به ایرانی نیز داده شدن تردیدنا ای محسوب و تابع قوانین ایران می باشد.

ت: نظریه ی مشورتی اداره حقوقی دادگستری (شماره ۷/۲۲۸۹-۷/۲۲۹-۵۴/۴): عدم موافقت رئیس پارلنواعی کفر نظامی با زن خارجی مانع از تحمیل تابعیت ایران برای زن خارجی در صورت از نواج با زوج نظامی ایرانی نیست.

- ماده ۵۸ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ با اصلاحات بعدی)
- ۱- مشمولین خدمت وظیفه عمومی که برای رسیدگی و اعزام اجباری شوند ولیکن در مهلت مقرر که از طرف سازمان وظیفه عمومی اعلام می گردد، خود را معرفی نمایند. (ماده ۵۸ قانون مذکور)
 - ۲- دارندگان معافیت موقت، چنانچه حداکثر پس از یک ماه از خاتمه مدت اعتبار، خود را معرفی نمایند.
 - ۳- دارندگان برگه اعزام به خدمت بدون درج غیبت چنانچه در موعد اعزام تعیین شده خود را معرفی نمایند.
 - ۴- مشمولین دیپلم و پیش دانشگاهی حضوری، در صورتی که در مهلت های تعیین شده با توجه به تاریخ تولد و تاریخ اخذ مدرک تحصیلی مدارک خود را ارسال نمایند.
 - ۵- مشمولین فارغ التحصیل (فوق دیپلم و بالاتر) چنانچه تا ۶ ماه پس از فراغت از تحصیل خود را معرفی نمایند.
 - ۶- مشمولین انصرافی، اخراجی و کسانی که ترک تحصیل نموده اند چنانچه تا ۳ ماه پس از آن خود را معرفی نمایند.
 - ۷- مشمولینی که در مقاطع مختلف تحصیلی و از مهر ماه سال اعزام به بعد پیش از سقف تحصیلی مجاز ادامه تحصیل داده باشند.
 - ۸- مشمولینی که به صورت داوطلب از (ادامه متفرقه) ادامه تحصیل آنان تا بعد از موعد قانون اعزام ادامه داشته باشد.
 - ۹- مشمولینی که در مسیر رسیدگی های پزشکی یا معافیت کفالت قرار داشته و عمداً موجبات طولانی شدن مدت رسیدگی را فراهم نمایند.

د: آثار حقوقی و قانونی غیبت مشمولین:

- ۱- باترکیب مواد ۹۵، ۸۸ و قسمت اول ماده ۹۶۲ قانون مدنی باماده ۱ و ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی می توان گفت هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود (اهلیت تمتع) لیکن هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اجرا کند مگر این که برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد، که تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود. بنابراین اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع می شود. ولی در مواردی که قانون گذار برای انجام برخی از حقوق مانند معامله کردن، انتقال دادن سند و... محدودیت هایی را قائل شده، شرط رهایی از این محدودیت قانونی، عمل به نص قانون و شمول آن است که در این خصوص می توان به ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی و مواد ۴۸، ۴۹ و ۵۰ آئین نامه اجرایی آن اشاره نمود که محدودیت هایی را برای مشمولین غایب در نظر گرفته است.

ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی:

- انجام امور زیر در مورد مشمولین وظیفه عمومی مستلزم ارائه مدارک دال بر رسیدگی به وضع مشمولیت آنان از اداره وظیفه عمومی می باشد.
- ۱- شرکت در آزمایشات رانندگی و اخذ گواهینامه
 - ۲- دریافت هر گونه وام و کمک های کشاورزی و صنعتی و دامداری و مسکن از طریق وزارت خانه ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت ها و نهادهای قانونی
 - ۳- کاندیدا شدن جهت انتخابات مجلس شورای اسلامی و سایر شوراهای و انجمن های قانونی
 - ۴- صدور پروانه کسب و اجازه اشتغال و عضویت در شرکت های تعاونی
 - ۵- ثبت هر گونه نقل و انتقال غیر قهری اموال به طور مستقیم و غیر مستقیم در دفاتر اسناد رسمی

۶- دریافت مستمری از سازمان های دولتی و وابسته و نهادهای قانونی

۷- استخدام به هر صورت (رسمی، پیمانی، روز مزد و خرید خدمت) در وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و نهادهای قانونی و شرکت های دولتی.

تبصره ۱: در مواردی که ضرورت یا خرج ایجاب کند که معاملات مشمول ثبت گردند مانند اموال مشترک که عدم ثبت اموال مشمول موجب زیان مالی برای شرکای دیگر گردد، ثبت اموال مشمول بلامانع است. تشخیص موضوع به عهده محاکم صالحه است.

نکته اول: دارندگان کارت پایان خدمت دوره ضرورت یا کارت معافیت دائم می توانند موضوع ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی را انجام دهند.

نکته ۲: دارندگان کارت معافیت موقت (کفالت یا پزشکی) در مدت اعتبار آن و هم چنین دارندگان گواهی اشتغال به تحصیل بر اساس کارت معافیت تحصیلی معتبر در مدت اعتبار آن می توانند اموری مانند عضویت در شرکت های تعاونی، ثبت هر گونه نقل و انتقال غیر قهری اموال به طور مستقیم و غیر مستقیم در دفاتر اسناد رسمی و... (موضوع آئین نامه اجرایی قانون خدمت وظیفه عمومی) را انجام بدهند.

نکته سوم: دارندگان دفترچه آماده به خدمت بدون مهر غیبت در مدت اعتبار آن می توانند فقط اموری مانند ثبت نام برای اخذ گواهینامه رانندگی

۲- دریافت مستمری از سازمان های دولتی و وابسته و نهادهای قانونی

۳- استخدام به صورت روز مزد - خرید خدمت در وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و نهادهای قانونی و شرکت های دولتی را انجام دهند.

نکته چهارم: در موردی که مالی به صورت قهری مانند اموال به مشمول می رسد نیازی به صدور اجاره از مرجع خاصی نیست، ولی در موردی که ثبت اموال برای مشمول ضرورت دارد بویه استناد ماده ۱۰ قانون مذکور و بند (ی) ماده ۱۵۱ آئین نامه اجرایی آن به دادگستری مراجعه نموده که پس از طی مراحل رسیدگی و تشریفات قانونی مربوط به دادگاه، ثبت امور مربوط به معاملات غیر قهری آنان را در حدی که در حکم قید شده است انجام دهند.

نکته پنجم: باتوجه به بند (ه) ماده ۱۰ قانون مذکور و به نظرمی رسد، عضویت در شرکت های تعاونی برای افراد مشمول ممنوع است و عضویت در دیگر شرکت های موضوع قانون تجارت از جمله مسؤولیت محدود و... بلامانع است.

۲- مجازات و تبعات غیبت مشمولین:

۱- مدت خدمت این گونه مشمولین که خود را معرفی نمایند ۳ ماه و چنان چه دستگیر شوند ۶ ماه یا بیشتر از سایر مشمولین خواهد بود بویه سبب ارتکاب جرم غیبت به دادگاه صالحه معرفی خواهند شد.

۲- محرومیت های اجتماعی ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی (همان طور که شرح داده شد) شامل مشمولین غایب خواهد بود.

۳- عدم امکان تحمیل تا پایان خدمت دوره ضرورت

۴- عدم امکان خروج از کشور

۵- عدم امکان استفاده از معافیت ها به جز معافیت های پزشکی و معافیت مقررات ویژه اینترگران و ملنا دجویان

۶- مضمولین غایب نمی توانند به عنوان متقاضی خدمت در سازمان ها و نهادها و وزارتخانه ها به صورت مأمور (امریه) اقدام نمایند

نتیجه گیری:

در پایان می توان گفت دفاع از استقلال و تمامیت ارضی نظام جمهوری اسلامی ایران جان مال و ناموس مردم و وظیفه ی دینی و ملی هر فرد ایرانی است و به موجب قانون هیچ فرد مشمول خدمت و وظیفه عمومی را در جز در موارد مصرحه در قانون نمی توان از خدمت معاف کرد که قانون گذار برای اجبار افراد مشمول به طی کردن دوره خدمت ضرورت محدودیت هایی را پیش بینی کرده است که تا شخص، خدمت و وظیفه خود را انجام ندهد و یا معافیت نگردد از پاره ی از حقوق اجتماعی محروم خواهد شد ولی این محرومیت از حقوق اجتماعی موقت است و شخص و یا اشخاص مشمول می توانند با عمل به قانون فوق اهلیت استیفای خود را به اجرا گذارند و همان طور که در این نوشتار به آن پرداخته شد فرد مشمول در پاره ای از موارد مانند انتقال غیر قهری اموال می تواند به محاکم صالحه دادگستری مراجعه نماید و حقوق خود را استیفای نماید.

منابع:

- ۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۲- قانون منی، تنوین علی رضا میرزایی
- ۳- مجموعه آئین دادرسی منی، جلالول - جاب هفتم، معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، تابستان ۱۳۸۴
- ۴- قانون خدمت و وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ با اصلاحات بعدی و آئین نامه اجرایی قانون خدمت و وظیفه عمومی
- ۵- مجموعه قوانین و مقررات جزایی تنوین جهانگیر منصور
- ۶- اسد پور تهرانی، علیرضا، آشنایی با حقوق شهروندی، مجلات حقوق دادرسی، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶ شماره ۶۱
- ۷- اسکندری محمد اسماعیل، بررسی تحلیلی و ضرورت اصلاح ماده ۱۰ قانون نظام وظیفه عمومی، مجلات حقوق، کانون سال چهل و نهم دوره دوم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۲ شماره ۴۱
- ۸- محمدی، سید فریدالدین، اجرای مقررات نظام وظیفه در اسناد رسمی، مجلات حقوق، کانون سال چهل و پنجم دوره جدید اردیبهشت ۱۳۸۱ شماره ۳۶
- ۹- سیروی، احمد علی نقدی بر مقاله اجرای مقررات نظام وظیفه در دفاتر اسناد رسمی، مجلات حقوق، کانون سال چهل و پنجم دوره جدید خرداد ۱۳۸۱ شماره ۳۲
- ۱۰- محمدی، سید فریدالدین، پاسخی بر نقدی بر مقاله اجرای مقررات نظام وظیفه در دفاتر اسناد رسمی، مجلات حقوق، کانون سال چهل و پنجم دوره جدید خرداد ۱۳۸۱ شماره ۳۳

فساد سه هزار میلیارد تومانی و رویکرد جرم‌شناختی

شاپور اسماعیلیان

۱- این روزها قوه قضاییه ایام پرکزی را سیری می‌کند و این پرکاری تنها به خاطر فزونی پرونده‌های ناشی از آسیب‌های اجتماعی و جرایم خاص نیست؛ بلکه کم‌نظیرترین و بزرگترین فساد مالی سه هزار میلیارد تومانی در دوره تصدی ریاست آیت‌الله‌آملی‌لاریجانی اتفاق افتاده است زیرا که با وجود گذشت بیش‌تر از چهار ماه از تاریخ افشای آن، حجم و ابعاد گسترده پرونده دلیل طولانی شدن روند رسیدگی به آن اعلام شده و این در حالی است که مصطفی پورمحمدی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور که یکی از افشاه‌کنندگان اولیه این فساد مالی عظیم بوده، گفته است «بر اساس نظرسنجی سایت این سازمان، ۹۸ درصد مردم همچنان پی‌گیر فساد مالی اخیر هستند که ۷۵ درصد آنها دولت و ۱۶ درصد قوه قضاییه را مسئول اختلاس سه هزار میلیاردی دانسته‌اند»

وی در (همایش پیشگیری و مبارزه با فساد) که چندی قبل با حضور مسئولان قضایی در سازمان بازرسی کل کشور برگزار شد، در واکنش به دغدغه‌های مردم اطمینان داده است «نمی‌گذاریم این دغدغه‌ها باقی بماند و سرنوشت برخی پرونده‌ها در گذشته که گفته

می‌شود بی‌فرجام مانده است در رابطه با این پرونده تکرار شود» (روزنامه شرق ۲۱ آذر ۹۰) اما دغدغه مردم و بلکه صاحب‌نظران دلسوز وقتی فزونی یافت که ۲۰ روز بعد از برگزاری این همایش، رئیس سازمان بازرسی کل کشور هشدار داد خطر تکرار فساد بانکی اخیر وجود دارد (تیتریک شرق ۱۰ دی) زیرا پورمحمدی گفت: اکنون به نظام بانکداری اعلام می‌کنیم که زیر ساخت‌ها را تکمیل کنند در غیر این صورت مشابه فساد اقتصادی اخیر دوباره اتفاق می‌افتد. و این هشدار در حالی بود که آیت‌الله‌آملی‌لاریجانی، چند روز قبل گفته بود قوه قضاییه از یک سو درگیر «متهمان‌تعلیم دیده‌ای است» که به راحتی به جرم خود اعتراف نمی‌کنند و از سوی دیگر افراد وابسته به این گروه در بیرون نیز به طرح دعوی‌هایی در مورد اموال انجام می‌دهند و از روسای نادگستری‌ها خواست «رسیدگی به این پرونده‌ها را متوقف کنند زیرا نباید در هر گوشه یک رسیدگی انجام شود» مگر تکلیف پرونده‌های فساد مالی در مرکز روشن شود.

از طرف دیگر روایت برخی از مسئولان از پشت پرده این فساد مالی نیز شنیدنی و نکان‌دهنده است. یک نماینده

تهران در مجلس گفته است: در جریان تاسیس بانک آریا که با پشتیبانی افرادی از درون بانک مرکزی صورت گرفت، این فرد ۱۵ بار تلاش کرد با تقلب مجوز بگیرد، اما نشد و نمی‌داند چه اتفاقی افتاد که بار شانزدهم این فرد موفق به گرفتن مجوز شد و پس از آن نیز با مجوز اقدام به پول شویی کرد. احمد توکلی در نشست دانشجویان شیراز با موضوع «کالبد شکافی تقلب سه هزار میلیارد تومانی» با اشاره به نقض موازین شایسته سالاری در قالب های مختلف، اظهار داشت: مهم ترین مشکل ملاک تصمیم گیری در حکومت، برفیق بازی، تبارگرایی و گروه آرای است.

رئیس مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی افزود: رفیق بازی در سپردن مناصب با واگذاری امتیازات به شکل غیر رقابتی، ارتقای ازاری و سیاسی دوستان و رفیقان ویژه بدون توجه به قابلیت و اهلیت این افراد است که از جمله آن ها انتصاب در بانک صادرات، توسعه صادرات و شورای پول و اعتبار و انتصاب قائم مقام بانک مرکزی بوده است. وی در ادامه تصریح کرد: این پارتی بازی ها منافع اقتصادی دوستان و رفیقان صاحب منصب را تضمین می کند. توکلی با اشاره به تبارگرایی و قوم و خویش بازی در دولت، خاطر نشان کرد: تبارگرایی و قوم و خویش بازی با سپردن امکانات و دادن امتیاز به اعضای خانواده و نزدیکان صاحب منصب صورت می گیرد. وی در ادامه بیان داشت: مطالعات بانک توسعه آسیایی نشان می دهد که اندازه فساد در شرایطی تا ۱۷ درصد تولید داخل کشورها نیز می رسد و اگر فساد مالی اخیر را با نرخ رسمی هر دلار ۹۹۰ تومان و با توجه به میزان GDP سال ۲۰۰۹ ایران بسنجیم، با نرخ رسمی ۳۳۱ میلیارد دلار بوده است. وی ادامه داد به صراحت می تون گفت که فساد مالی اخیر دو برابر بزرگ تر از بزرگ ترین رسوایی سال ۲۰۰۹ آمریکا بوده که این فساد مشابه آن فسادهایی است که علاوه بر ضربه به اقتصاد ملی، مشروعیت سیاسی حکومت را به طور مستقیم زیر سوال می برد. (شرق ۱۰ دی ماه به نقل از خبرگزاری فارس)

۲- بدون تردید، هرچه از ابعاد مختلف و تبعات منفی و مخرب فساد مالی سه هزار میلیارد تومانی آن هم در سالی که جهاد اقتصادی نامیده شده گفته شود، بجز کم گفته شده است، هر چند مسئولان قضایی در حدود امکانات قانونی مستمرا به اطلاع رسانی کلی در این زمینه پرداخته اند و مکررا تاکید نموده اند با وجود فشارهای وارده، به حد پیگیر پرونده هستند تا به فرجام برسد.

یکی از ابعاد قابل بررسی این فساد عظیم، تاثیرات سوء آن در افزایش نرخ بزهکاری از منظر جرم شناختی و بلکه جامعه شناسی کیفری است. اگرچه چرایی وقوع این نوع «تاراج بیت المال» خود در حیطه بررسی جرم شناختی است که نیازمند دسترسی به تمام زوایای واقعیت های پرونده می باشد اما پرداختن به گسترش زمینه انحرافات مالی و هنجار شکنی هنجار شکنان خرده پا نیز حائز اهمیت دو چندان است. بی چون و چرا علل اولیه وقوع چنین گندکاری مالی کم نظیر توسط برخی فرادستان همان طوری که یک نماینده مجلس یاد آور شده در «نقض شایسته سالاری»، «رفیق بازی و تبارگرایی» در سپردن برخی مناصب به دولتیان «و نبود نظارت های مستمر سیستماتیک» به کارهای آنان و از همه مهم تر، عدم تحقق اقدامات پیشگیرانه به لحاظ نبود اهرم های موثر و بلکه نداشتن «سیاست جنایی مدون» در مفهوم سیاست اجتماعی است (رک. به یادداشت نگارنده در روزنامه شرق ۱۰ دی ماه تحت عنوان پیشگیری از جرم در گرو تدوین سیاست جنایی ص ۱۰)

به هر حال، آن چه قابل انکار نیست شوک وقوع فساد مالی عظیم، تاثیرات خود را به گسترش میل به انحراف و فساد مالی خرده پاها در طبقه فرودست جامعه می گذارد. از دیدگاه برخی از جامعه شناسان «فساد تعدی گرایانه»

و «تدافعی» وقتی در جامعه رخ می‌دهد که دو گروه عمده شکل می‌گیرد. یکی نیروها، افراد، سازمان و شبکه‌های اجتماعی که قدرت بی‌قید و بند دارند و در نتیجه پاسخ‌گو نیستند. آنان شکل‌دهنده نوعی نیروی اجتماعی اند. آن‌را (فساد تعدی گرایانه) نامیده‌اند. فساد می‌تواند که تهاجمی است یعنی در اختیار گرفتن منابع، فرصت‌ها و اختیارات بیشتر. در مقابل این جریان، یک نیروی اجتماعی پدید می‌آید که قربانی این فساد است. آدم‌هایی که در قلمرو اجتماعی مختلف، قربانی فساد می‌شوند و این قربانی شدن تکرار شده است. این قربانیان در وضع گسترش دامن‌گیر فساد، دنبال راه کارهایی هستند که بتوانند باقی بمانند و به حیات خود ادامه دهند. در نتیجه نوع دیگری از فساد شکل می‌گیرد که نام آن (فساد تدافعی یا جبرانی) است. یعنی قربانیان فساد، خود راه فساد را انتخاب می‌کنند تا بتوانند ادامه حیات دهند تا لااقل بتوانند حداقلی از منابع و امکاناتی که حق خود می‌دانند و توسط نیروهای تجاوزگر و تعدی‌گر از آن‌ها ستانده شده پس بگیرند. سرک (ضمیمه روزنامه شرق مورخ ۹۰/۷/۲۱، فساد چگونه پا می‌گیرد ص ۲۹) این دیدگاه جامعه‌شناختی با اغلب تئوری‌های جرم‌شناسی نیز همسو و هماهنگ است و تنها در شیوه تبیین و توجیه آنها تفاوت دیده می‌شود.

به عنوان مثال بر مبنای (تئوری تعهد) هاوارد بکر «اشخاص به هنجار مجموع منافع خود را در احترام گذاردن به قانون کیفری برای از دست ندادن استفاده از مزایای زندگی اجتماعی می‌بینند» (ریموند گسن، جرم‌شناسی کاربردی ترجمه مرحوم کی‌نیاص ۱۶۲) ولی وقتی قانون کیفری آن‌هم در قالب فساد کلان از سوی طبقات فرادست نقض می‌شود، مزایای زندگی اجتماعی فرودست نیز مورد تجاوز قرار می‌گیرد. از این رو آنان دیگر اعتقادی به الزام به تعهد اجتماعی ندارند. در نتیجه آزادند. تسلیم امیال و سلاقی خود شوند. بنابراین آن‌چه که فساد تدافعی یا جبرانی نامیده می‌شود، گسترش می‌یابد و چنین فرایندی به مصالح جامعه و منافع فرودستان قربانی نیز لطمه می‌زند که هنوز به تعهد اجتماعی خود برای اجتناب از انحراف پای بندند اما با تکرار چرخه فساد تعدی‌گرایانه و گسترش فساد تدافعی، آنان نیز ناخواسته به (رفتار متقابل) می‌پردازند و این روند مستمر در دراز مدت به بی‌اعتمادی نسبت به حاکمیت قانون و کارایی دستگاه قضا می‌انجامد. راه کار اساسی این پیامدهای دردناک تدوین و تصویب و عملی نمودن مقررات و اهرم‌های نظارت به عمل کرد فرادستان در قالب پیشگیری از جرم می‌باشد. در ثانی الزام هر مسئول بلند پایه به پاسخ‌گو بودن در قبال جامعه و مردم و همین‌طور اجتناب از رویکرد‌های مبتنی بر رفیق‌بازی و تبارگرایی در واگذاری مسئولیت‌ها و بها دادن به شایسته‌سالاری، ایجاد زمینه مشارکت همگانی در اداره کشور و پرهیز از انحصارگرایی، از ملزومات این راه کارها محسوب می‌شود و بالاخره توأم با این سیاست‌های کاربردی، تسریع در محاکمه و مجازات مفسدین اقتصادی و تاراج‌کنندگان بیت‌المال بخش دیگر از سیاست جنایی پیش‌گیرانه خواهد بود.

معاضدت قضایی

رضامقصودی

(قسمت اول)

پس از سال‌ها توفیق فعالیت در شعبه معاضدت کانون وکلای اصفهان و آشنایی هر چند مجمل و نسبی با ماهیت و فلسفه این نهاد و قواعد و موازین حاکم بر آن، بر آن شدم تا جای گاه و کارکرد، ضوابط و ساز و کارهای عملی معاضدت، روح و فلسفه وضع این نهاد، مشکلات، نواقص و موانع رشد و بالندگی آن و راه کارهای مؤثر برای ایجاد تعامل مثبت و سازنده بین وکیل و موکل معاضدتی و تسخیری را مورد واکاوی و بررسی قرار دهم.

فصل اول

روح معاضدت، تعاریف و مبانی

در ابتدا به جای تعریف فشرده، خشک و کلاسیک از این جوهر گرین قدر، فلسفه، ماهیت، کارکرد و اثر اجتماعی آن را بررسی می‌کنیم:

— معاضدت، عرصه ظهور و حضور وکیل در میان طبقه ضعیف و محتاج جامعه و طیف گسترده‌ای

است که برای دادخواهی خود ملجأ و مأوایی نمی‌یابند.

— معاضدت، روح و کالت و فلسفه حیات این نهاد و تفسیر عملی و زنده خدمت بی‌مزد و منت و تأسیسی عینی و ملموس در اثبات این شعار است که برای تحقق و حفظ دموکراسی، عدالت نباید جیره بندی شود.

— معاضدت، وسیله و دلیل اثبات این موضوع است که دست‌گیری و حمایت از قشر بی‌بضاعت، در فطرت و عمق جان «واضعین قانون و کالت» نهفته بوده و حس خیرخواهی، کمک به هم‌نوع، فداکاری، مساعدت و دست‌گیری از ضعفا، با نهاد و کالت عجین شده است.

— معاضدت، پاسخی عملی، عینی و روشن و مهربانی‌محور باطل بر ادعای همه‌آنانی است که تلاش‌های وکیل را تماماً و عموماً منفعت‌طلبانه، به قصد سودجویی و آمیخته با حس جاه‌طلبی و حب مال و مقام می‌دانند.

— معاضدت، اثبات عملی حسن نیت و وسیله ابراز قصد و اراده جدی نهاد و کالت در هم‌کاری و تعامل مثبت و سازنده با نهاد قضاوت در اجرا و تحقق بهتر عدالت قضایی است.

— معاضدت، زنده نگه داشتن یاد و خاطره همه کسانی است که برای آزادی مردم، اسارت خویش و برای حیات

آنان، مرگ خویش و برای دفاع از حقوق آنان، تضییع حق خویش را انتخاب کردند.

— معاضدت، نوعی تأمین اجتماعی مفید و مؤثر در امر وکالت است. برای آنان که دغدغه و دلباوسی طرح یا دفاع از دعوی را داشته ولی توانایی مالی برای گرفتن وکیل ندارند.

— معاضدت، نقطه پیوند وکیل با طبقه متوسط و رو به پایین و ضعیف جامعه و شناخت رازها، نیازها و دردهای پنهان در لایه های زیرین اجتماع است. شناختی که از طرق عادی وکالت ممکن است هیچ گاه حاصل نشود.

— معاضدت، تکلیف قانونی بر پذیرش و دفاع از دعاوی مختلف با خواسته ها و موضوعات متفاوتی است که با اراده و اختیار وکیل، وی ممکن است از این شانس و تجربه مفید محروم گردد.

— در بین شعب و ارکان مختلف کانون های وکلا، معاضدت تنها مرجع ارتباط مستقیم و مؤثر و خاص با اقشار جامعه بوده و از آن به عنوان «ویترین کانون» یاد می شود.

— معاضدت، توشه راه، ذخیره آخرت و زکات علمی وکیلی است که خلأوند این موهبت را به وی ارزانی داشته و معتقد است نظام آفرینش بر عدل و داد و راستی و بنده بستان وضع شده است:

این جهان کوه است و فعل ما ندا
باز گردد این نداه را صدا

— و بالاخره، در این زمانه که هر کس از درجه تنگ و محدود منافع خویش به زندگی و دیگران می نگرد، معاضدت و نهادهایی هم نظیر که تملک بر تعاون، دست گیری از ضعفا، حس خیرخواهی و خدمت بی روی و ریا، نوع دوستی، احسان و ایثار استوارند، به کالبد خشک و سرد جامعه، روح حیات و امید دلامرهمی بر زخم بی نوایان و علاج و تسکینی برای دردمندان و مؤمنی برای تنهایی و غربت انسان هایی است که از بی عدالتی و تطاول روزگار آسیب دیده و روی نیاز و دست امید به سویمان گشوده اند.

همه این مواهب و اثرات به شرطی است که:

— نهاد معاضدت به اندازه نقش و کار کرد عمیق خود جدی گرفته شود و برای بالندگی، سازندگی و اثربخشی آن تلاش مضاعف گردد.

فصل دوم:

آیین رسیدگی در شعبه معاضدت

الف) بررسی مستندات، شناخت مبنا و سبب دعوی

امور معاضدت بر دو پایه استوار است:

- مشاوره
- تعیین و معرفی وکیل معاضدتی
- مراجعه بین و متقاضیان معاضدت نیز دو دسته اند:
- کسانی که خواستار مشاوره در موضوعی از امور حقوقی هستند
- آنان که متقاضی استفاده از خدمات وکیل معاضدتی اند
- و اما قواعد و اصول حاکم بر رسیدگی به امور اشخاص و طبقات فوق:
- متقاضیان مشاوره

با استماع تحقیق اظهارات متقاضی و پس از اشراف و توقف بر نوع موضوع حقوقی، راهکار مطلوب و مناسب با آن ارائه می گردد. می دانیم برای مشورت صحیح در امور حقوقی، شناخت مبانی حقوقی، تسلط بر موضوعات و مفاهیم، آشنایی

با قوانین و آراء وحدت رویه و نظرات مشورتی و آخرین تغییرات آن ها، برخورداری از قدرت و قوه اجتهاد به وسیله شناخت اصول استنباط احکام برای تطبیق و استخراج مصادیق جزئی از مفاهیم و اصول کلی، و از همه مهم تر در موضوع دعوی، تجهیز به فن و کالت به خصوص برای تشخیص مینا و سبب دعوی، ضروری است.

بسیاری از دعاوی که در جریان دادرسی، عقیم و با صرف انرژی، وقت و هزینه بسیار، بالاتر مانده و حتی مشمول قضیه اعتبار امر مختومه شده که دیگر قابل جبران نیست، ناشی از عدم شناخت و تشخیص مینا و سبب دعوی، تدسستن مستندات و دلایل مثبت کافی و انتخاب غلط در روش دادخواهی است.

لذا اعضای شعب معاضدت که جواب گوی نیاز متقاضیان زیادی می باشند، می بایست با برخورداری از قوه استنباط احکام و تشخیص دعاوی و با تشخیص ذهن و قوت استدلال، مناسب ترین راه حل را در کوتاه ترین زمان از لایه لایه اظهارات پراکنده و بعضاً متشتت متقاضیان، انتخاب و ارائه نمایند.

در همین مقام به راه حل عملی و منطقی یکی از مشکلاتی که در ارجاعات معاضدتی با آن مواجه ایم، دست می یابیم و آن این است که پس از جریان امر معاضدت و مراجعه متقاضی نزد وکیل منتخب، با موارد معتنا بهی مواجه ایم که وکیل با بررسی دقیق مستندات و دلایل ابرازی موکل معاضدتی یا حتی پس از انجام امر و کالت و تقدیم دادخواست یا دفاعیه، متوجه می شود که موکل اساساً دارای چنین حقی نبوده، یا در موضوع ارجاعی قبلاً حکمی با اعتبار امر مختومه صادر گردیده یا مستندات یا اظهارات موکل ناسازگار است و ... در این جا است که شعبه معاضدت با چالشی جدی مواجه می گردد. از یک سو اعتراض بحق وکیل معاضدتی از ناپختگی و نقص رسیدگی در شعبه معاضدت و از طرف دیگر دل خوری و سر خوردگی و ذهنیت منفی موکل معاضدتی و تبعات نامطلوب دیگر. لذا چنان چه موضوع این مبحث در نحوه و خصوصیات مشاوره صحیح، جدی گرفته شود و کانون ها از بهترین، متبحرترین و فضل ترین و کلا در این باب استفاده نمایند، از بروز معضلات و گرفتاری های بعدی در همان ابتدا پیش گیری خواهد شد.

به همین منظور در برخی از شعب معاضدت بسته به نوع، میزان شناخت آگاهی و تسلط بر مبانی حقوقی و تبحر و کارنایی اعضای معاضدت، دو نایره یا کار کرد های مختلف تشکیل شده و فعالیت می نمایند: ۱- قسمت مشاوره برای متقاضیان مشاوره یا افرادی که برای ارجاع امرشان به وکیل، نیازمند مشاوره دقیق و بررسی کامل تر مدارک می باشند و یا شناخت مینا و سبب دعوی محتاج نظر آنان است. ۲- قسمت اصلی که به امور خاص ارجاعات معاضدتی رسیدگی می کند.

– متقاضیان استفاده از خدمات معاضدتی

به نظر حقیر در این گروه که وجه غالب مراجعین را شامل می شود، همواره مشاوره حقوقی مرتبط و مناسب، از اسباب و لوازم موضوع می باشد یعنی علاوه بر احراز شمول موضوع در تعیین وکیل معاضدتی، خود متقاضی نیز می بایست از احاط تمیز و تشخیص نوع دعوی، نحوه مطالبه و تعیین خواسته و اثرات و احکام مترتب بر آن ها تبیین و توجیه گردد. لذا بین متقاضیان مشاوره با متقاضیان وکیل معاضدتی، نسبت عموم و خصوص مطلق برقرار است یعنی هر متقاضی وکیل معاضدتی محتاج مشاوره و ارشاد قضایی است ولی عکس آن صلاح نیست. یعنی الزاماً هر نیازمند مشاوره مشمول استفاده از خدمات وکیل معاضدتی نمی باشد. از طرف دیگر و با استفاده از این نکته باید اشاره کرد که عضو معاضدت صرفاً نباید به خواسته ای که متقاضی مطرح می کند به عنوان راه حل حقوقی موضوع اکتفا و توجه کرده و بدان ترتیب اثر دهد بلکه مقتضی است با شرم حقوقی و علم و کالتی خویش، خواسته متقاضی را اولاً با مستندات و مدارک موجود و ثانیاً با هدف غایی و منظور متقاضی از طرح دعوی و ثالثاً با مصالح و منافع واقعی وی تطبیق دهد و در این راستا متقاضی را ارشاد نماید لذا چه بسا آن چه هم کار معاضدتی با رسیدگی خویش بدان دست می یابد، کاملاً متفاوت از خواسته اولیه متقاضی بوده ولی وافی به مقصود و در نیل به غایت امر و مصالح وی به صلاح و صواب نزدیک تر باشد.

برای ایضاح امر و روشن شدن موضوع به مثال ذیل توجه فرمایید :

زنی که از اجحاف و ستم های بی شمار همسرش به ستوه آمده، زیر نگاه های بدبینانه و سنگ جفای شویش تاپ و توان از کف داده، آزرده و خسته دل است. دارای کراهت شدید قلبی از تداوم زندگی با چنین مردی است، برای قطع این علقه تحمیلی و ناروا، راه کار قانونی می جوید. نمی یابد. به او گفته اند باید عسر و حرج خود را اثبات کنی! ولی شاهد و دلیلی بر زخم های روح اش که آهسته و در انزوا خراشیده شده نمی یابد. آزارهای جسمی شاید قابل تشخیص و اثبات باشد، اما اینای روحی و کراهت قلبی، غالباً از دایره اثبات حقوقی خارج است و مقبول طبع قضایی دادرسان نمی افتد. چه باید کرد؟! به او گفته اند: مهریه حق مسلم و عندالمطالبه تو است. آن را مطالبه کرده، حکم گرفته و به اجرا بگذار تا همسرت را مجبور به طلاق نمایی!!

این خانم با چنین ذهنیتی به شما مراجعه کرده و درخواست مطالبه مهریه اش را دارد.

شما می توانید دو گونه عمل کنید و در هر دو صورت به تکلیف قانونی خود عمل نموده اید.

- ۱- مدارک مثبت دعوی (تصویر قبالة نکاحیه و ...) را دریافت، فرم تقاضای وکیل را به امضای متقاضی رسانده و در موضوع مطالبه مهریه و احیاناً تأمین خواسته، درخواست را به جریان بیاورید. اما ...
 - ۲- با کنکاش، پرس و جو از دلیل وی برای مطالبه مهریه، انگیزه ها، زمینه ها و خاستگاه موضوع را بررسی و به روح و ماهیت موضوع پی برده و او را دلیل راه شوید که: مطالبه مهریه دارای موضوع مالی است و هدف اولیه و بلذات از مطالبه آن وصول مال است. شما که شوینتان کارگر یا کارمندی ساده است و در خانه استیجاری سکونت دارد و آهی ندارد تا با ناله سودا کند، از مطالبه مهریه چه عاید و بهره ای می برید؟ به او گفته اند اگر نهد، زندان می رود اما شما می دانید معسر را زندان نمی کنند بلکه فنظره ای میسر. مهلت عادلانه می دهند که تا پایان عمر هم آفاقه نمی کند. حال برای رهایی وی از این بند، راه کارهای دیگر می جوید. شوهر وی مدتی است ترک انفاق کرده و ترک زوجیت نموده. بسیار خب از این راه می توان برای نجات وی و گسستن علقه زوجیت استفاده کرد و سریع و مؤثر به نتیجه مطلوب رسید. و قس علی هذا.
- حال کدام راه به عدالت قضایی و احقاق حق نزدیک تر است؟

ب) احراز اعسار متقاضی

به موجب آیین نامه قنون وکالت، مصوب ۱۳۱۶: تشخیص و احراز اعسار متقاضی وکیل، تکلیفی است که بر عهده شعبه معاضدت گذاشته شده است. یکی از امور سهل و ممتنع در امر معاضدت، رسیدگی به وضعیت مالی متقاضی و تشخیص اعسار وی برای تعلق وکیل معاضدتی می باشد. این موضوع در عین سادگی، پیچیدگی و دشواری خاصی دارد. بسیار اتفاق افتاده که پس از احراز اعسار و ارجاع امر به وکیل معاضدتی، وکیل منتخب با بررسی های اولیه متوجه توانایی مالی موکل معاضدتی شده و موارد اعتراض خود را به شعبه معاضدت اعلام داشته و می دارد. در این مقال ضمن بررسی راه های تشخیص اعسار متقاضی، ضمانت اجرای اثبات خلاف اظهارات متقاضی در آینده را بررسی می کنیم.

طریق مرسوم در احراز اعسار

شعب معاضدت برای تشخیص وضعیت دارایی و میزان توانایی و امکانات مالی متقاضی برای گرفتن وکیل، راه های مختلفی را پیش روی دارند

۱- فرم استشهادیه محلی

برخی با تهیه فرم استشهادیه محلی، از متقاضی می‌خواهند که با تکمیل آن و اخذ تأییدیه از شورا یا مسجد محل مراتب اعیان خود را اثبات نمایند. اشکال این روش آن است که احراز هویت و صحت اظهارات شهود هم‌واره مورد تردید است و ممه‌ور نمودن برگه به مهر و امضای شورا یا مسجد محل نیز از این ابهام و تردید نمی‌کاهد. تکلیف به حضور شهود در محل شعبه یا اخذ مدارک هویتی آنان نیز دشواری‌ها و موانع خاص خود را دارد. ولی این روش از امتیاز سهولت و راحتی برای متقاضیان معسر و آبرومند برخوردار است. این روش خاصه در برآوردن مقصود برای اشخاص آبرومند یا موارد خاص بسیار مفید و مطلوب است.

۲- استعلام از کلانتری محل

در این شیوه عمل، فرم‌های خاصی به عنوان استعلام وضعیت مالی متقاضی تنظیم و به دست وی می‌دهند تا با مراجعه به کلانتری محل اقامت خود، نسبت به انجام تحقیقات محلی توسط مأمور کلانتری و تهیه گزارش و پاسخ آن به شعبه اقدام گردد. این روش نسبت به شیوه قبلی از اطمینان و اصابت بیشتری به واقع برخوردار است. البته گزارش مأمور کلانتری نیز هم‌واره دارای درصدهایی از اشتباه و خطا می‌باشد. به علاوه این که در موارد زیادی افراد آبرومند و مأخوذ به حیا، مایل به حضور مأمور کلانتری در محل زندگی خود و تحقیق از همسایگان نیستند. هم‌چنین در موضوعات و اختلافات خانوادگی و به ویژه آن‌جا که متقاضی وکیل معاضدتی، زوجه می‌باشد، این روش اغلب مفید نبوده و دارای تبعات و آثار نامطلوبی است. نباید برای بهره‌مندی از خدمات و کالت معاضدتی، اعتبار، آبرو و حیثیت افراد خدشه دار شود.

۳- معرفی توسط سازمان‌های حمایتی و مؤسسات خیریه

داشتن معرفی نامه از سازمان بهزیستی، کمیته امداد امام خمینی (ره)، بنیاد شهید، مؤسسات حمایت از ایتم و زنان بی‌سرپرست و خیریه‌های مربوط مانند: خیریه امام زمان (عج) که متقاضی را تحت پوشش و حمایت خود دارد و معرف نتوانی دارنده آن از گرفتن وکیل است.

۴- احراز اعیان به واسطه حالات و خصوصیات متقاضی

در برخی موارد به واسطه وضعیت خاص متقاضی و نوع دعوی می‌توان اعیان را تشخیص داد. مثلاً هر گاه متقاضی به واسطه بدهی در زندان است، هم‌چنین در مواردی که حکم اعیان متقاضی از مرجع قضایی صادر شده است، صدور حکم اعیان به معسر حق می‌دهد که از وکیل معاضدتی استفاده نماید. حکم اعیان خواه مربوط به پرداخت هزینه دادرسی باشد یا اعیان از پرداخت محکوم به برای معسر، معافیت موقت از پرداخت حق الوکاله وکیل ایجاد می‌کند. این مورد به جمع دو یا چند حالت نظیر: بی‌سرپرست و اجاره نشین بودن متقاضی، داشتن اولاد و نداشتن صم در آمد کافی، ورشکستگی و بدهی و اقساط بانکی و ... قابل تعمیم است.

۵- استفاده از روش های خاص دیگر

- روش های دیگری نیز برای احراز اعسار متقاضی مرسوم است که گاهی به عنوان شیوه اصلی و گاه به عنوان جایگزین و مکمل یکی از دو روش فوق اعمال می شود. مانند:
- الف) تقاضای وکیل معاضدتی با گواهی دادگاهی که پرونده متقاضی در آن جا مطرح و تحت رسیدگی است.
- ب) تهیه استشهادیه با امضا و مهر شورای محل و و تأیید و ارجاع معاونت دادگستری به شعبه معاضدت.
- ج) احراز اعسار با گواهی احد هم کاران که تقاضای قبول وکالت معاضدتی را با تأیید مراتب عدم تمکن مالی وی به شعبه معاضدت اعلام نموده است.
- د) استفاده از کارآموزان یا سایر هم کاران متقاضی، برای تحقیقات پیرامون این موضوع.
- س) رسیدگی به وضعیت مالی متقاضی در خود شعبه معاضدت با رؤیت اسناد و مدارک مالی از جمله پرینت گردش حساب بانکی مثلاً سه ماهه اخیر وی و ...

— وضعیت رسیدگی به اعسار متقاضی تاجر و اشخاص حقوقی

آیا تعیین وکیل معاضدتی برای تاجر و اشخاص حقوقی امکان پذیر است؟ در صورت امکان این امر، طریق احراز اعسار در این موارد به چه نحو است؟ آیا وضعیت مالی شخصیت حقوقی، ملاک اعسار یا تمکن است یا اعضای آن؟ — از آن جا که در آیین نامه قانون وکالت، مصوب ۱۳۱۶؛ که متنی قانونی و مستند در باره شرح وظایف شعبه معاضدت می باشد، از تقاضاکننده و متقاضی نام بر نه شده و هیچ اشاره ای به نوع شخصیت (حقوقی، حقیقی) متقاضی نشده است، لذا اصل پذیرش تقاضای اشخاص حقوقی منع قانونی ندارد اما در مرحله اثبات اعسار و ناتوانی از پرداخت حق الوکاله که شرط لازم برای داشتن وکیل معاضدتی است، به نظر می رسد این امر در مورد اشخاص حقوقی و تاجر نیازمند اثبات و صدور حکم ورشکستگی ایشان در مرجع قضایی است. از آن جا که در محاکم از تاجر، تقاضای اعسار پذیرفته نمی شود و تاجر متوقف می بایست برای اثبات عدم تمکن مالی خویش دلاخواست ورشکستگی بدهد، لذا با وحدت ملاک از این قاعده و این که داشتن وکیل معاضدتی دارای آثار و تبعات مفید و مطلوبی برای اشخاص می باشد (خواه از حیث استفاده از خدمات وکیل معاضدتی و یا بهره گیری از این تأسیس در مواردی مانند دعاوی مالی که ممکن است محکوم شوند و بخواهند دلاخواست اعسار از محکوم به بدهند، چرا که در صورت استفاده از وکیل تعیینی در این موارد، اثبات اعسار با مانع مواجه و دشوارتر می باشد) ، او با توجه به این که معاضدت، امری استثناء، خلاف قاعده و برای موارد خاص است، لذا می بایست به قدر متیقن اکتفا نمود و قائل به این شد که تاجر و شخص حقوقی که به حیات تجاری و اقتصادی خود ادامه می دهد و توقیفی در پرداخت دیون اش حاصل نشده، تا احراز توقف و اعسار که به وسیله صدور حکم ورشکستگی از دادگاه صورت می گیرد، بقاء تمکن و توانایی مالی وی استصحاب شده و لذا از نظر قانون، معسر محسوب نمی شود و پذیرش تقاضای وکیل معاضدتی وی قبل از صدور حکم ورشکستگی، نوعی دوگانگی در تعریف و تفسیر مفهوم اعسار و در تعارض با ملاک قانونی برای احراز این امر می باشد. اما گاهی تقاضای اشخاص حقوقی برای داشتن وکیل معاضدتی در خود موضوع ورشکستگی است. به عبارت دیگر برای دلاخواست ورشکستگی تقاضای وکیل می نمایند که در این حالت برخی معتقدند در صورتی که مستندات و مدارک ارائه شده مبین و مثبت توقف شخص حقوقی و تاجر باشد، مانند صدور احکام و اجرائیه علیه آنان، می توان در موضوع ورشکستگی و با دقت و وسواس بیشتر، نسبت به تأیید اعسار و معرفی وکیل معاضدتی برای ایشان اقدام کرد.

نکات مهم:

۱- همان گونه که گفته شد در تمامی روش های فوق، شیوه ای قطعی، کامل و قناع کننده وجود ندارد و هر روش با محاسن و معایبی روبرو است. گذشته از آن، هیچ گاه اثبات خلاف آن چه شعبه معاضدت تشخیص داده غیر ممکن نیست و همواره این احتمال وجود دارد که در طی جریان و کالت معاضدتی، وکیل منتخب، پی به وضعیت مطلوب مالی موکل معاضدتی برده و گزرش امر را همراه مستندات به شعبه معاضدت ارائه نماید. حال باید دید در این گونه موارد آیا رسیدگی اولیه شعبه از اعتبار امر مختومه برخوردار است یا قابل تجدیدنظر و نقض می باشد؟

به نظر می رسد از آن جا که متقاضی در بنو امر و برای بهره مندی از خدمات وکیل معاضدتی، خود را معسر معرفی کرده و اصل در تعلق وکیل معاضدتی، احراز اعسار متقاضی است، و با قیاس و وحدت ملاک از قواعد اعسار در رسیدگی های قضایی، که هر گاه خلاف اظهارات و کذب شهادت شهود وی معلوم یا در آینده دارای تمکن مالی گردد، یا مالی از وی کشف شود، با توجه به این که میزان در افراد، حال فعلی ایشان است، معسر سابق، متمکن تنقی و احکام شخص ملیء بر وی بار می شود، در امر معاضدت نیز چنان چه خلاف اظهارات متقاضی در توانایی مالی اش معلوم شد، شعبه معاضدت می تواند ابلاغ وی را کان لم یکن تلقی و در ادامه وی را از این خدمت محروم نموده یا در موارد و دعاوی بعدی او را مشمول محرومیت از خدمات وکیل معاضدتی نماید.

۲- موضوع دیگر این است که میزان در تشخیص اعسار، وضعیت مالی بالفعل متقاضی است از نظر پرداخت نقدی حق الوکاله وکیل. لذا ممکن است شخصی بالفوه دارای تمکن مالی بالا و حتی دارای املاک و مستغلات زیادی باشد ولی امکان فروش آن و پرداخت حق الوکاله وکیل، بسته به خواسته موضوع دعوی را نداشته باشد. با این توضیح، شبهه مقدری که گاهی پیش می آید که مثلاً فلان متقاضی با ماشینی مدل بالا یا سر و وضع آن چنانی مراجعه نموده، دفع می شود. چرا که ظاهر اشخاص به خودی خود و فی نفسه نمی تواند دلیل موجه و اقناع آوری بر توانایی و تمکن مالی آنان باشد. کما این که صرف سر و وضع ساده یا آشفته و فقیرانه کسی دلیل بر اعسار و فقر مالی اش نیست.

۳- نکته لازم به ذکر دیگر این است که به نظر بنده با حفظ اصول و نظامات، رویه در شعبه معاضدت بایستی بر اساس امور سمحه و سهله باشد. یعنی همیشه نوعی اغماض و چشم پوشی به نفع افرادی که روی نیاز و دست امید به این نهاد گشوده اند، و خلاف اظهارات شان اثبات نشده، مطلوب و مأجور است. و سخت گیری خارج از اصول، این تأسیس را از فلسفه وضع و نیت واضعین خود دور می کند. گو این که اساس معاضدت هم چنان که از وجه تسمیه آن برمی آید، بر فداکاری، مساعدت، اغماض و احسان استوار است.

۴- همه اسباب و ابزار احراز اعسار که گفته شد، در صورتی است که تشخیص توانایی مالی متقاضی در بررسی اولیه ممکن نباشد. مولودی پیش می آید. که از توجه به نوع خواسته، وضعیت مالی و شغلی متقاضی و یا با شناخت از طرق دیگر در همان بررسی های اولیه می توان تمکن مالی وی را احراز کرد که در این صورت توبت به استفاده از دیگر راه ها نمی رسد. مثلاً به طور معمول هر گاه خواسته مورد دعوی، مالی بوده و میزان بالایی از طلب را نشان دهد که مستند به استاد مسلم و قطعی طلب و مؤید توانایی و گردش مالی بالای متقاضی است، تشخیص اعسار یا مانع جدی و بزرگی می باشد زیرا اماره بر تمکن مالی متقاضی وجود دارد و اعسار بایستی به نحو سخت گیرانه تر و با ادله قوی اثبات شود. زیرا اغماض و تفسیر موارد شک به نفع متقاضی تا جایی است که اماره و قرینه ای بر خلاف آن موجود نباشد.



کتابخانه‌های دیجیتال در نظام مالکیت فکری

راجله سادات رجلی

مقدمه

با پیشرفت علم و رشد تکنولوژی و گسترش فضای مجازی (وب) دسترسی به فضایی که در آن محصول افکار، اندیشه‌ها و مطالعات و هنر پدید آورندگان با سرعت چند هزارم ثانیه از کشوری به کشور دیگر و از زبانی به زبان دیگر ترجمه می‌شود به شدت در حال توسعه است.

در این دنیای پرتحرک که تبادل اطلاعات هر روز از شکل‌های سنتی، انتشارات چاپی و رسانه‌های دیداری و شنیداری فاصله بیش‌تری می‌گیرد، به همان میزان دامنه قوانین حق مؤلف نیز از محدوده نشر چاپی و رسانه‌های دیداری و شنیداری فراتر می‌رود و نظام‌های اطلاعاتی رایانه‌ای و شبکه‌ها را نیز شامل می‌شود. ناشران، نویسندگان و کتاب‌داران در این میان جزء پیش‌گامان رسانه جدید هستند. با این حال، آن‌ها سعی می‌کنند تفسیر دقیقی از قوانین موجود حق مؤلف ارائه دهند.

در چنین جهانی دامنه حقوق مادی و معنوی مؤلف از مرزهای محدود کشورها فراتر رفته و ابعاد جهانی یافته است؛ در نتیجه، حمایت از مالکیت فکری و حق مؤلف در سطح بین‌المللی ضروری می‌نماید. با ورود فناوری‌های جدید، با آن‌که در محیط دیجیتالی تغییرات زیادی در تولید و اشاعه منابع الکترونیکی حاصل شده، اما در ماهیت حقوق مالکیت فکری تغییر چندانی ایجاد نشده است. در کشور ما هنوز از همان قوانین حقوق مالکیت فکری که در محیط سنتی چاپی کاربرد داشت برای این محیط استفاده می‌شود. این امر چالش‌های فراوانی را برای نویسندگان، کتاب‌داران و مدیران اطلاعاتی به وجود آورده و نارسایی‌های فراوانی در این قوانین دیده می‌شود.

تاریخچه

اینترنت و راه‌هایی که برای تبادل اطلاعات در اختیار ما می‌گذارد:

تعاریف متفاوتی از فضای سایبر ارائه می‌شود؛ از جمله:

اینترنت یک اقیانوس اطلاعات با ضخامت ۱۰ سانتیمتر است.

اینترنت مجموعه‌ای از کانال‌های ارتباطی با استانداردهای مشخص خود می‌باشد که به اطلاعات برخط بستر می‌دهد. راه‌های تبادل اطلاعات در اینترنت شامل استفاده از پروتکل‌های برخط زیر است: پروتکل انتقال فایل (FTP) و نار جهان‌گستر به دست آوردن اطلاعات از راه دور که به کاربران امکان ذخیره‌سازی اطلاعات رایانه‌های دور دست را می‌دهد و هم چنین می‌تواند اطلاعاتی را انتقال دهند. اینترنت مهم‌ترین و بزرگ‌ترین راه برای بازیابی و به دست آوردن اطلاعات می‌باشد. وب شامل تعداد بسیار زیادی از اسناد ذخیره‌شده در رایانه‌ها در سراسر جهان است. هر صفحه وب دارای نشانی ویژه خود می‌باشد و از زبانی که «اچ‌تی‌ام‌ال» نامیده می‌شود استفاده می‌کند. زبان مزبور اجازه برقراری ارتباط با اسنادی که شامل متن، تصویر، و صدا می‌باشد را می‌دهد. (اچ‌تی‌ام‌ال) یک زبان برنامه‌نویسی نشانه‌گذاری می‌باشد که رسانه‌های چندمنظوره را به زبان نشانه‌گذاری ارسال می‌کند و مرورگر این کدها را به شکل صفحه معمولی نمایش می‌دهد.

پروتکل وب:

وب بر اساس مدل سرویس دهنده و کاربر عمل می‌کند. مدل سرویس دهنده و کاربر در سامانه شبکه‌های رایانه‌ای دارای ۳ جزء است: سرویس دهنده، کاربر و شبکه. منظور از اچ‌تی‌پی نیز مجموعه قواعد مورد توافق برای تولید برنامه‌های تحت شبکه در اینترنت است. وب با مجموعه کانال‌های ارتباطی و استانداردهای مشخص خود، بستری برای اطلاعات برخط است، اما این اطلاعات و اسناد روی وب، سازماندهی ندارند. وب یک کتابخانه دیجیتالی نیست و ترکیب اطلاعات روی آن بر اساس فرم‌ها و ساختارهای مختلف است؛ اطلاعات عرضه‌شده در آن، مهارشده نیست و به طور روزافزون به حجم و تعداد صفحات آن افزوده می‌شود.

ملاحظات مربوط به حق مؤلف

یک آگهی یا اعلان حق مؤلف در منابع دیجیتالی دارای ویژگی‌های زیر است:

۱. بیان گر مالکیت حق مؤلف است،
 ۲. مشخص می‌کند که از اثر چگونه می‌توان استفاده کرد،
 ۳. این پتانسیل را دارد که یک جزء از مدیریت حقوق دیجیتال باشد،
 ۴. در رابطه با شرایط و استحقاق استفاده از اثر، موجب اطمینان بخشی می‌گردد و اطلاعات مدیریت حق مؤلف را می‌توان در بطن (تروپ) خود اثر جا داد.
- در تهیه پیش‌نویس ملاحظات مربوط به حق مؤلف، نکات زیر باید مورد توجه قرار گیرند:

۱. هر نوع وب‌سایتی به طور جهانی دسترس پذیر است؛
۲. تشخیص انواع مختلف استفاده (مانند کپی، چاپ، ذخیره، اسکن، بارگذاری، شبکه و میزبانی)؛
۳. تعیین انواع مختلف کاربران و این که استفاده، شخصی یا آموزشی یا تجاری است؛
۴. واگذاری حقوق استفاده از اثر تحت مجوزهای قانونی (آموزشی و دولتی) و استثنائات فروش منصفانه؛
۵. توجه به ملاحظات حق مؤلف در مورد اجازه استفاده‌های مشخص (مثلا اجازه استفاده آموزشی)

حق مؤلف به عنوان ابزاری برای پیشرفت اقتصادی و اجتماعی، چارچوب حقوقی بازارها را برای یکی از حوزه‌های رو به رشد فعالیت اقتصادی، آماده می‌کند.

حق مؤلف به عنوان یک ساختار اجتماعی و حقوقی توسعه یافته، مورد توجه بوده و تنها در این اواخر است که ابعاد اقتصادی آن نیز مورد تأکید قرار می‌گیرد. این واقعیت که حق مؤلف در زندگی روزمره ما عملاً در همه حوزه‌ها - تولید، توزیع، مصرف - نقش دارد، روز به روز آشکارتر می‌گردد. علاقه روزافزون به حق مؤلف در بعد تجاری نیز رو به گسترش است؛ آن جا که صدور مجوز، سرمایه‌گذاری و نقل و انتقال، توجه عده‌ای کثیر را به خود جلب کرده است. در دورانی که اینترنت در عمل تمامی مرزها را درنوردیده و هر کس را با یک کلیک، در تعاملی به وسعت گستره زمین قرار می‌دهد، طبعاً روند اطلاع‌رسانی - به صورت مثبت یا احتمالاً منفی - شتابی بیش‌تر به خود می‌گیرد و حرکت تکاملی تاریخ با سرعت اینترنت هماهنگ می‌شود. البته در این میان، فرهنگ ملی که به لحاظ اقتصادی، سیاسی و اجتماعی با کشورهای پیشرفته صنعتی فاصله دارند، همواره در معرض استحاله قرار دارد. سیاستی که در تمامی این سال‌های پس از ورود اینترنت به کشورمان، با هدف جلوگیری از استحاله فرهنگ این مرز و بوم کهن، در پیش گرفته شده، عمدتاً مبتنی بر حذف و فیلترینگ بوده، در حالی که راه حل علمی و اجتماعی محور این مشکل را ارتقای سطح دانش کارشناسان و فراهم کردن امکانات لازم (از جمله حمایت از حقوق مالکیت فکری به منظور تولید محتوا) در جامعه شبکه‌ای، امروزی دانند.

با تولید نرم‌افزارهای لازم و متناسب با فرهنگ خودی، و حمایت از تولید، توزیع و مصرف محصولات داخلی نه تنها این فرهنگ از استحاله نجات خواهد یافت، بلکه به واسطه تعامل با فرهنگ دیگر ملل جهان، مانعی برای شکوفایی و رشد آن وجود نخواهد داشت.

از سویی، تولید محتوا و توسعه صنعت نرم‌افزار در کشور یکی از گزینه‌ها برای کاستن از وابستگی به اقتصاد تک محصولی می‌باشد و سیمای اقتصاد کشور را دگرگون می‌سازد. متأسفانه صنعت نرم‌افزار ایران همواره با مشکلات و موانعی فراوان مواجه بوده است و شرکت‌های نرم‌افزاری برای سرمایه‌گذاری توجیه اقتصادی نداشته‌اند. اما در سال‌های اخیر، سیاست‌های جنبش نرم‌افزاری در کشور و حمایت‌های نهادهای اجرایی دولت نظیر شورای عالی انفورماتیک (با سابقه ۲۰ ساله) و شورای عالی فناوری اطلاعات با تدوین سیاست‌ها و راهبردهای کلان در تولید و خودکفایی زیرساخت‌های اطلاعاتی و نرم‌افزاری، تولید کالاهای اطلاعاتی را تا حدودی هموارتر کرده است. از این میان، لایحه جرایم رایانه‌ای و تصویب کلیات آن در شور اول توسط نمایندگان مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۵، نشان از تسریع در روند قانون گذاری در این زمینه و پر کردن خلأ قانونی در زیربنای اطلاعاتی و ارتباطی ایران دارد (مجلس شورای اسلامی ۱۳۸۵). هم چنین طبق گزارش خبرگزاری ایرنا در فروردین ۱۳۸۴ بالغ بر ۳۰۰ شرکت نرم‌افزاری در زمینه تولید نرم‌افزار فعالیت داشته‌اند؛ و این نشان دهنده علاقه به حق مؤلف در بعد تجاری در میان شرکت‌ها است.

این پدیده نو در ایران زاینده عواملی چند است:

نخست این که علاقه به حق مؤلف تا حدودی نتیجه افزایش نقش مالکیت فکری در جامعه است. اکنون توجهی

بس بیش‌تر به عوامل تولیدی غیرمادی مبذول می‌گردد، و مالکیت فکری و به ویژه حق مؤلف در رشد و بهره‌موری صنایع مبتنی بر خلاقیت و اطلاعات، مهم تلقی می‌شود.

دوم این که موضوع حمایت از حق مؤلف، بسط یافته است. در چارچوب نظام حمایتی بسط یافته حق مؤلف، محصولات جدید، مبتنی بر حقوق تازه کسب‌شده، شکل گرفته‌اند. مزایای اقتصادی نرم‌افزارها، چندرسانه‌ای‌ها و محصولات فناورانه گوناگون به حد قابل ملاحظه‌ای رسیده و بازار بسیار بزرگی در ایران را به خود اختصاص داده‌اند. سوم این که در نتیجه انقلاب دیجیتالی، آثار تحت حمایت حق مؤلف، امروزه موضوع اصلی تجارت الکترونیکی و معاملات دیجیتالی به شمار می‌آیند.

موارد تحت حمایت قانون حق مؤلف در محیط دیجیتال

طرح و نقشه‌ی زیربنایی منحصر به فرد یک صفحه وب و محتویات آن، باز قبیل: پیوندها، متن بدیع و زبان نشانه گذاری بی نظیر، آثار ویدئویی، موارد دیداری-شنیداری، فهرست وب سایت های گردآوری شده از سوی یک شخص یا سازمان و همه‌ی عناصر اجزای منحصر به فرد دیگری که ماهیت اصلی منابع موجود بر روی وب سایت ها را صفحه آرایی و ایجاد کرده است، تحت حمایت قانون حق مؤلف قرار دارند.

قانون کپی رایت اساساً باید برای استفاده از شکل های خاص هنری و علمی، تولید اطلاعات و ارائه محتوا، شامل: فیلم ها، قطعه های موسیقی، نرم افزارها و قطعه های سخت افزاری و برنامه های تلویزیونی، رعایت شود.

سیاست حق مؤلف برای آثار چاپی، هنری، عکس ها و آثار ویدئویی، نرم افزارها و تقریباً برای هر چیزی که بر روی اینترنت قرار دارد نیز اعمال می شود. سازندگان آثار در حوزه های مختلف از جمله: آثار چاپی، آثار ویدئویی، سینمایی، موسیقیایی و نرم افزارهای رایانه ای نگران هستند، چرا که امکان تهیه و ساخت نسخه های الکترونیکی منابع و پخش و توزیع مجدد آن ها در آن سوی مرزهای ملی، می تواند برای آن ها تهدیدی به شمار آید.

امنیت اطلاعات در محیط دیجیتال

با توجه به رشد فناوری اطلاعات و شبکه های اطلاعاتی، متون و روش های خاصی نیز برای حفاظت از منابع موجود در این شبکه ها ایجاد شده است. برای حفاظت از اطلاعات در شبکه های دیجیتالی، روش های مختلفی چون: «به هم ریزی» (hashing)، «برچسب گذاری» (tagging) و «رمز نویسی» (encryption) در حال گسترش است.

یکی از مهم ترین موارد استفاده از روش برچسب گذاری در حفاظت از اطلاعات و بهره گیری از مواد مشمول حق مؤلف، سیستم «شناسایی جهانی داده ها» است. این سیستم، روشی برای رمز گذاری همه ی اشکال داده های دیجیتال از طریق شناسه یی با یک ساختار واحد است که اگر رمز سیستم شناسایی جهانی داده ها پاک یا عوض شود، ساختار داده ها به هم ریخته و ارزش آن ها از بین می رود.

نظام های مدیریت حق مؤلف، اساساً پایگاه هایی اطلاعاتی هستند که اطلاعاتی درباره ی آثار و اشکال متفاوت و مجزای آن آثار و در اغلب موارد مؤلف و دیگر صاحبان حقوق را در بر دارند. این اطلاعات برای کمک به فرآیند صدور مجوز برای استفاده از آثار، از سوی دیگران مورد نیاز است. بنابراین هسته ی اصلی این سیستم ها از دو بخش تشکیل شده است: شناسایی محتوی یا اطلاعات و حقوق دیگران.

«ابزار صدور مجوز» با یک سیستم واقعی مدیریت حق مؤلف الکترونیک، استفاده کننده ی اطلاعات و حقوق

قابل دسترسی را کاهش کرده، به صورت پیوسته درخواست مجوز ارائه می کند و بدون دخالت انسان، پاسخ را از سیستم الکترونیکی دریافت می کند.

هدف اصلی در استفاده از سیستم های مدیریت حق مؤلف الکترونیک، تسویه ی حقوقی برای اطلاعات منتقل شده در شبکه های دیجیتال است. استفاده کننده ممکن است هم اطلاعات و هم حقوق مربوط به دسترسی به اطلاعات را به دست آورد و یا ممکن است اطلاعات را از قبل داشته و به حقوقی اضافی در رابطه با آن نیاز داشته باشد. این سیستم ها مهم ترین و شاید تنها راه تسویه ی حقوقی در شبکه های دیجیتال و یا نظارت بر استفاده از اطلاعات ارسال شده از طریق این شبکه ها هستند.

اما یکی از بزرگ ترین موانع بر سر راه سیستم های مدیریت حق مؤلف الکترونیک، گردآوری حق التألیف ها و پول نقد است. اگرچه از نظر فنی می توان بر نسخه برداری نظارت داشت، اما جمع آوری واقعی پول نقداً امری بسیار دشوار است.

چالش های حق مؤلف در محیط دیجیتال (ایران)

باتوجه به این که قانون پیشرفته ی کپی رایت هنوز هم در کشور ما به طور رسمی برقرار نیست و اعمال نمی شود از این دست سرقت های ادبی و هنری که تقریباً در همه رسانه ها نیز رایج هستند کاملاً طبیعی و عادی به نظر می رسد و حتی ممکن است به انزوای فرهنگی نیز منجر شود. ما روزانه موسیقی های بسیار زیادی در قالب های خارجی مانند موسیقی های کلاسیک را از صداوسیما می شنویم، یا بسیاری از ترک های موسیقی را از سایت های اینترنتی دانلود می کنیم.

ممکن است برای کاربران آسایش طلب که حاضر نیستند در ازای دریافت یک محصول فرهنگی، هزینه ی آن را بپردازند و به شکل غیر قانونی آلبوم های موسیقی خوانندگان یا آثار موجود در گالری تصاویر یک عکاس یا کتاب های قابل خرید و فروش دانشگاهی را با شکستن قفل و هک کردن سایت های دانشگاهی از اینترنت دانلود می کنند، این فرآیند بسیار لذت بخش و جالب باشد، اما تولیدکنندگان آثار شامل: خوانندگان، آهنگ سازان، نویسندگان، نقاشان، عکاسان و... که در ازای زحمات خود، حقوقی انتظار دارند هم از این بی قانونی ضرر می بینند و هم انگیزه ی کاری شان را از دست می دهند.

نقض حق مؤلف در اینترنت

یکی از مسائل مهم مسؤولیت مدنی ناشی از فعالیت ها یا ارتباطات اینترنتی نقض حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری است. در کشور ما نیز سایر کشورها قوانین و مقررات خاصی در مورد حقوق مذکور و جلوگیری از نقض آن ها در جریان فعالیت رسانه های همگانی همانند مطبوعات، رادیو و تلویزیون به چشم می خورد لیکن پرسش این است که آیا قوانین و مقررات موجود موازاً در مصادیق نقض حقوق مؤلف در اینترنت را نیز شامل می شود و یا این که باید به تدوین قواعد خاصی در این باره دست زد؟

مصادیق نقض حقوق مؤلف در اینترنت

علاوه بر هرکسها، رساها یا ارائه دهندگان خدمات اینترنتی (ISP) و سازندگان وب سایت ها بیش از سایرین مرتکب نقض حقوق مؤلف در اینترنت می شوند که ذیلاً به بررسی این موضوع می پردازیم.

نقض حقوق مؤلف توسط رساها:

نقض حقوق مؤلف در اینترنت زمانی رخ می دهد که یکی از حقوق انحصاری (مادی یا معنوی) پدیدآورنده در جریان ارتباطات اینترنتی مورد تجاوز قرار بگیرد.

از میان این حقوق می توان به حق مصلحت دیگران از تولید مجدد یا کپی کردن یک اثر نمایش یک اثر به عموم یا توزیع و توزیع آثار اشاره کرد. عمده ترین موارد نقض کپی رایب توسط ارائه دهندگان خدمات اینترنتی یا رساها رخ می دهد.

رساها خدمات دسترسی به اینترنت را در ازاء دریافت وجه برای مشتریان انجام می دهند. آن ها هم چنین داده های مختلفی را برای استفاده مشتریان خود ذخیره می کنند که می توان به داده های ذخیره شده بر سرور گروه خبری use net یا سرور world wide web اشاره کرد.

مسئولیت رساها در قبال فعالیت ها و اقدامات آن ها در برابر مشتریان شان، عموماً مبتنی است بر شناخت آن ها از فعالیت مشتری.

اگر رساها از رفتار مشتری خویش ناآگاه باشند بسیاری از دادگاه های خارجی تمایل به آن دارند که آن ها را در قبال آن رفتار مسئول به شمار آورند.

ارائه دهندگان خدمات آن لاین در صورتی مسئول نقض کپی رایب خواهند بود که به طور مستقیم در کپی کردن یک اثر حمایت شده دخالت داشته باشند.

به طور مثال اگر یک رسا از یک داستان برفروش کپی صورت دهد یا یک کپی تقلید شده از microsoft word (که به یک نرم افزار برای انجام خدمات تایپ و ویرایش گویند) بربخش بولتن یا وب سایت خود قرار دهد مرتکب نقض کپی رایب شده است، در این فرض رساها با سایر نقض کنندگان کپی رایب هیچ فرقی ندارد.

ارائه دهندگان خدمات اینترنتی ممکن است به خاطر نقض حقوق مؤلف مسئول شناخته شوند، حتی اگر آن ها به طور مستقیم در کپی کردن آثار مورد حمایت دخالت نداشته باشند برای مثال آن ها در مقابل تجهیزاتی که استفاده می کنند نظیر استفاده از رایانه ای که همانند سرور عمل می کند یعنی می تواند بدون دخالت مستقیم یک شخص اقدام به کپی کردن نماید مسئولیت دارند.

بنابراین هر رسا باید از این نظریه موجود در حقوق مالکیت فکری آگاه باشد که اشخاص ممکن است مسئول نقض حقوق مؤلف شناخته شوند، حتی اگر مستقیماً در کپی کردن یا توزیع یک اثر شرکت نداشته باشند. در چنین مواردی نقض مشارکتی یا نسبی رخ می دهد.

در نتیجه این سؤال مطرح می شود که یک رسا چه زمانی به خاطر کپی های صورت گرفته از طریق آن تجهیزات یا وسایل مسئولیت دارد؟

مثال دیگر آن است که سرورهای گروه خبری که به وسیله رساها کنترل می شوند هر روز هزاران فایل از گروه های خبری را کپی می کنند.

گرچه بسیاری از آن فایل ها مسلماً حاوی مطالب و آثار حمایت شده به وسیله قواعد حقوق مؤلف می باشند تاکنون هیچ

ارائه دهنده خدمت اینترنتی یافت نشده است که به خاطر نقض حقوق مؤلف به این شکل مسوول شناخته شود. دلیل این امر آن است که اقدام سرورهای گروه خبری برای آن‌ها ناشناخته بوده و آن‌ها مستقلاً عمل می‌کنند. با وجود این هر رسا باید از این نظریه موجود در حقوق مالکیت فکری آگاه باشد که اشخاص ممکن است مسوول نقض حق مؤلف شناخته شوند حتی اگر مستقیماً در کپی کردن یا توزیع یک اثر شرکت نداشته باشند. در چنین مواردی نقض مشارکتی یا نسبی رخ می‌دهد. چون شخص نقض کننده در فعل شخص دیگری که درصد نقض حقوق مؤلف دیگری است با علم به این موضوع شرکت می‌کند یا به فعل او کمک می‌کند. هم چنین طبق نظریه مسوولیت ناشی از فعل غیر، شخص رسا ممکن است در قبال اعمال نقض حقوق دیگری مسوول شناخته شود، اگر این حق و توانایی را داشته که از اعمال شخص نقض کننده جلوگیری کرده و یا بر آن‌ها کنترل داشته باشد و یا این که یک منافع مالی مستقیم از نقض حقوق مؤلف عاید او شود.

برای تحقق این مسوولیت لازم نیست که خواننده (رسا) علم فعلی نسبت به فعالیت نقض کننده داشته باشد. لذا طبق این دو نظریه رساها حتی در صورتی که به طور مستقیم در نقض کپی رایت دیگران دخالت نداشته باشند مسوول شناخته می‌شوند. برای آشنایی با رویه عملی دادگاه‌ها در این باره یکی از آرای دادگاه‌های کالیفرنیا را به بحث می‌گذاریم.

مسوولیت رساها در قبال اعمال و فعالیت‌های دیگران در سال ۱۹۹۵ در دعوی مرکز مذهبی تکنولوژی علیه netcom در یکی از دادگاه‌های کالیفرنیا اثبات شده است.

در این دعوی فایل‌های حاوی آثار واجد حقوق حمایت شده که متعلق به کلیسای علم شناسی بود توسط یک سرور خبری که تحت کنترل netcom بود بر روی یک گروه خبری اینترنت نصب شده بود.

در این مین، کاربری فایل‌ها را بر اینترنت نصب کرد و عملاً از خدمت تابلوی بولتن محلی BBC که امکان دسترسی به اینترنت از طریق netcom را فراهم می‌آورد استفاده کرد. کلیسا درخواست کرد که BBC.NETWORK دسترسی فرد مذکور را به اینترنت قطع کند و تمام اسناد حاوی آثار متعلق به کلیسا را از سرور تحت کنترل خود حذف کند. وقتی که BBC و NETCOM از این درخواست سر باز زدند اختلاف به دادگاه‌ها کشیده شد و دادگاه هیچ یک از خوانندگان را مسوول نقض مستقیم حقوق مؤلف کلیسا ندانست. زیرا هیچ یک از طرفین، اقدامات مثبتی برای کردن از آن آثار انجام نداده بودند. با وجود این، سیستم‌های رایانه‌ای هر دو طرف به طور اتوماتیک جهت دریافت و ارسال آن آثار فعال شده بود و دادگاه این امر را برای احراز نقض مستقیم حقوق مؤلف کافی ندانست.

در یک دعوی دیگر تحت عنوان مسوولیت ناشی از فعل غیر، دادگاه باز کلیسا رذی حق ندانست و اعلام کرد که هیچ یک از خوانندگان NRTCOM و BBC نفع مالی مستقیمی از کپی کردن آثار حمایت شده نبرده‌اند. لکن دادگاه اعلام کرد که NETCOM طبق نظریه نقض مشارکتی هم مسوولیت محسوب نمی‌شود مگر آن که NETCOM از نقض آگاه باشد و اظهار داشت که اگر NETCOM از وجود مواد یا مطالب و آثار حمایت شده در سرور خود آگاه بوده و یا آگاه نبوده ولی می‌بایست که آگاه باشد و از حذف آن‌ها کوتاهی کند این تقصیر و کوتاهی می‌تواند منجر به نقض مشارکتی شود. اظهارنامه‌ای که کلیسا برای NETCOM فرستاده می‌تواند دلیل کافی باشد تا NETCOM به دلیل کوتاهی و تقصیر در عمل کردن به آن اظهاریه مسوول شناخته شود این دعوی سرانجام با مصالحه بین NETCOM و کلیسا خاتمه یافت.

نقض حقوق مؤلف توسط سازندگان وب سایت‌ها

استفاده از گرافیک برای انتقال اطلاعات به کاربران یکی دیگر از مصادیق نقض حقوق مؤلف توسط سازندگان

وب سایت ها در ارتباطات اینترنتی است. گرافیک ها و تصاویری که در ارتباطات اینترنتی مورد استفاده قرار می گیرند به طرق مختلف ایجاد می شوند.

گاهی رساها یا سایر اشخاصی که می خواهند گرافیک و تصاویر استفاده کنند خود اقدام به طراحی و خلق آن ها می کنند گاهی از تصاویر متعلق به اشخاص ثالث استفاده می کنند. در فرض نخست هر چند ممکن است تصویری که خلق می شود مشابه با تصاویر دیگر اشخاص باشد لیکن اگر پای تقلید و کپی در میان نباشد و شباهت صرفاً از باب توارث باشد مسؤلیتی ایجاد نمی شود.

اما اگر در مرحله خلق و ایجاد تصاویر یا گرافیک جدید، آثار دیگران استفاده شده باشد ممکن است تری که خلق می شود یک اثر اشتقاقی (اقتباسی) بوده و نقض کپی رایب به شمار آید.

منظور از اثر اشتقاقی اثری است که شخص با تلفیق کل یا بخشی از اثر اشخاص دیگر در طرح خود یا در اثر خود ایجاد می کند.

در فرضی نیز که از تصاویر و گرافیک اشخاص ثالث استفاده می شود قاعده حاکم در قلمرو ارتباطات اینترنتی آن است که تصاویر متعلق به دیگران را ننزد.

از همان لحظه ای که تصویر اولیه در سخت افزار تثبیت می شود مورد حمایت حقوق مؤلف است و هر نوع کپی کردن غیر مجاز از این تصویر نقض حقوق مؤلف پدید آورنده محسوب می شود مگر آن که یکی از استثنائات استفاده از حقوق مؤلف دیگران نظیر (استفاده منصفانه) وجود داشته باشد.

برخی تصاویر نظیر internet explorer که متعلق به شرکت میکروسافت است ممکن است کپی شود، اما تنها در صورتی که کپی کننده شرایطی را که استفاده از آن تصویر را مجاز می دارد قبول کرده باشد.

برخی از این مجوزها یعنی شرایطی که استفاده از تصاویر موجود در اینترنت را مجاز اعلام می دارد تصریح می کنند که کپی کننده به هیچ وجه حق ندارد که ظاهر تصویر را تغییر دهد و تنها می تواند از آن تصویر به عنوان یک لینک به برخی سایت های مشخص استفاده کند.

برخی از تصاویر نیز به صورت آزاد در اینترنت وجود دارند یعنی برخی سایت ها تصویری را عرضه می کنند که برای استفاده دیگران می باشد. این تصاویر ملامت که شرایط پیشنهاد شده از سوی سازنده تصویر رعایت شوند ممکن است در یک صفحه اینترنتی مورد استفاده قرار گیرند و نوعاً این سایت ها شرط می کنند که در ازاء لینک به آن ها باید یک نوع اعتبار به مؤلف داده شود که این اعتبار معمولاً عبارت از یک لینک به سایت مؤلف می باشد. متن پر دلزی برای یک صفحه اینترنتی تابع همان اصول تصویر برداری است. متنی که کاملاً ابتکاری بوده و توسط پدید آورنده وب سایت پر دلزی شده باشد از حقوق مؤلف برخوردار است.

همانند تصاویر، تصاحب متن اجازه اشخاص ثالث بدون اجازه آن ها غیر قانونی است مگر این که یک استفاده منصفانه در کار باشد. سرانجام آن که استفاده از متن اشخاص ثالث طبق یک قرارداد مجوز استفاده، تابع شرایط آن مجوز خواهد بود.

نتیجه گیری و ارائه راهکارهای پیشگیری از نقض کپی رایب

در کشور ما تعداد کشورهای تولید کننده نرم افزار که همواره با محصولات خود قفل های سخت افزاری ارائه می کنند و این قفل ها نیز هر کدام مختص به یک کامپیوتر و کاربر خاص است (که به صورت هوشمند کاربر خود را تشخیص می دهد و به او اجازه تکثیر نمی دهد) بسیار کم هستند. اما قیمت های تمام شده هر کدام از این نرم افزارها بسیار زیاد است. این فزونی قیمت ها که شرکت ها غالباً به میل خود ارائه می کنند و از سوی دیگر نیاز

به استفاده قطعی و حتمی از محصول که کاربران را ناچار می سازد به آن وضعیت تن دهند، یکی از معضلات وجود نداشتن قانون حق مؤلف در عرصه ی تولید محتوی و اثر است. مطمئناً یک گروه نرم افزاری که پس از مدت ها تلاش و برنامه نویسی و طراحی موفق به ارائه اثر جدید خود می شود و برای آن ساعت ها وقت و انرژی و چندین نفر نیروی انسانی صرف کرده اند، از تکثیر و کپی شدن سی دی های نرم افزار خود با قیمت تمام شده ی چند دلار، ضرر هنگفتی خواهد کرد و ممکن است حتی تصمیمات بنیادی در مورد پی نگرفتن کار خود اتخاذ کند.

از سوی دیگر، کاربری که می داند با صرف هزینه ی بسیار ناچیز می تواند لوح فشرده ی آخرین نرم افزار بازار را به دست آورد و از پرداخت چند صد دلار بی نیاز شود چگونه باید مجاب شود تا تعهدات اخلاقی را بپذیرد و هزینه ای سنگین را برای یک نرم افزار بپردازد؟

منبع

- ۱- آذرتک، عبدالحسین، ۱۳۷۵، حق مؤلف، فصلنامه کتب (۳)، ۱۶-۲۶۱.
- ۲- از هیلل و قبیل تا جرایم رایانه ای؛ میزگرد بررسی لایحه جرایم رایانه ای، ۱۳۸۴، ماهنامه وب ۶۴ (مهر).
- ۳- خیرآبادی، ناهید، ۱۳۸۴، کپی رایت، رمز بنای صنعت نرم افزار، ماهنامه وب ۶۵ (آبان)، ۷۸-۷۷.
- ۴- صیبری، ایمان، نگاهی به قانون حق مؤلف در دنیای مجازی، بلژیایی ۲ دی ۱۳۸۷.
- ۵- کاستلز، مانوئل، ۱۹۹۹، عصر اطلاعات: اقتصاد، جامعه و فرهنگ، ترجمه احد علیقلیان و دیگران، ۱۳۸۰، ج ۱، ظهور جامعه شبکه ای، تهران: طرح نو.
- ۶- کاراندیش، نجمه، ۱۳۸۵، سیستم های مدیریت دیجیتال: حقوق مؤلف، مجله الکترونیکی نما (۲).
- ۷- مطلی، داریوش (۱۳۸۶)، حق مؤلف در محیط دیجیتال، فصلنامه کتاب، ۷۰، ۱۳۷-۱۶۴.

خطای نسبی در قتل در حکم شبه عمد

علیرضا زون زاد

چکیده:

خطای مشترک در دو قسمت نظریات فقها و حقوق موضوعه ایران مورد بررسی قرار گرفته است. فقها اشتراک مزبور را در دو حالت قابل تحقق دانسته‌اند: الف - اسباب گوناگونی که همه آن‌ها در ایجاد یک جنایت شرکت داشته‌اند. ب - افعال گوناگونی که به وسیله یک سبب ایجاد می‌گردند. در اسباب گوناگون، مسؤولیت بین آن‌ها توزیع نمی‌شود، بلکه مسؤولیت در میان اسباب متراحم فقط به یک سبب اسناد داده می‌شود. لکن در افعال گوناگون، مسؤولیت بین آنان تقسیم می‌گردد. در حقوق موضوعه؛ خطای نسبی در جرایم قابل تعزیر موجب مجازات قاعلمستقل خواهد بود. ولیکن در دیات، در متضامین، مسؤولیت مساوی است و در غیر آن اختلاف نظر است. عده‌ای بر حسب میزان تقصیر (به نسبت درصد) معتقداند و پاره‌ای با احراز تقصیر، میزان مسؤولیت را دخیل ندانسته و قائل به تساوی هستند.

واژه‌های کلیدی

خطا، مرتکب، بزه دیده، توزیع، مسؤولیت

مقدمه:

بنا بر یک اصل کلی، هر کسی موجب صدمه دیگری شود، مسؤول جبران آن است. این اصل حقوقی مورد قبول جوامع بشری، ریشه در امنیت و عدالت اجتماعی دارد. اما همیشه این عامل ورود صدمه نیست که مسؤولیت دارد. در برخی موارد شخص بزه‌دیده نیز در به وجود آمدن صدمه مؤثر است و از این جهت مسؤولیت دارد. در مواردی که بزه دیده نقشی در ایجاد حادثه نداشته باشد و مشکل زیادی در تعیین عامل وارد صدمه وجود نداشته باشد، چنانچه حادثه کلاً در نتیجه قصور یا دخالت متهم حادث شده باشد، وی مکلف است کل خسارات را جبران کند. هم‌چنین در مواقعی که حادثه کلاً در نتیجه قصور یا دخالت بزه‌دیده حادث شده باشد، هر چند در

■ وکیل دادگستری - مشهد

تعیین مصادیق آن تفرات‌های خاصی وجود دارد، لکن در صورت عدم امکان انتساب واقعه به کسی دیگر، شخص مسؤولیتی در این باره ندارد و کسی که بر علیه خود اقدام کرده است طبق قاعده اقسام باید تبعات ناشی از آن را بپذیرد. اما مشکل اساسی - در تعیین مسؤولیت و میزان آن - در جایی است که مرتکب و بزه دیده هر دو به نحوی در ایجاد خسارت یا صدمه‌ای که به وجود آمده دخالت داشته‌اند و وقوع حادثه منتسب به هر دو است. به عبارت دیگر؛ در وقوع حادثه بزه دیده به گونه‌ای دخالت دارد و از نظر مادی نیز در تحقق ضرر، شریک است. پیرامون خطای نسبی بزه دیده در رژیم‌های مختلف حقوقی اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی مرتکب را کلاً از مسؤولیت مبری می‌دانند و برخی معتقدند مسؤولیت باید بین مرتکب و بزه دیده تقسیم شود. هر چند ممکن است در نحوه تقسیم، اتفاق نظر نداشته باشند.

با عنایت به مراتب مذکور در فوق به منظور تبیین و مبرهن نمودن موارد معنونه، خطای نسبی بزه دیده را در دو قسمت مطالعات فقهی و حقوق موضوعه بررسی می‌نماییم.

۱ - توزیع مسؤولیت در نظریات فقها

فقهای مذاهب اسلامی؛ اشتراک در خطا را در دو حالت ذیل قابل تحقق دانسته‌اند:

الف - اسباب گوناگونی که همه آن‌ها در ایجاد یک جنایت شرکت داشته‌اند.

ب - افعال گوناگونی که به وسیله یک سبب ایجاد می‌گردند.

در حالت اشتراک در خطا به اسباب گوناگون، مسؤولیت اسبابی که در پدید آوردن جنایت شرکت داشته‌اند، توزیع نمی‌شود. بلکه مسؤولیت در میان اسباب متزاحم، فقط به یک سبب اسناد داده می‌شود و تعیین آن سبب نیز بر طبق ضوابط و قواعد ویژه‌ای است.

با التفات به این که با اسناد مسؤولیت به سبب واحد - سببی که مسؤولیت بدان وابستگی پیدا می‌کند - توزیع مسؤولیت بر طبق ملاک‌های معین و قواعد ویژه‌ای - از جمله اجتماع سبب و مباشر - مورد اجماع همه مذاهب اسلامی است بنابراین اشتراک مزبور از شمول مقاله خارج است و صرفاً اشتراک به وسیله افعال گوناگون مورد بحث قرار می‌گیرد در نوشته‌های فقهی؛ اشتراک در خطا در موارد ذیل مطرح گردیده است:

۱ - ۱ - ضمان تصادم کنندگان

ضمان ناشی از تصادم؛ ممکن است بین دو پیاده یا دو سواره یا بین پیاده و سواره یا بین دو زن حامله اتفاق بیافتد و در اثر آن هر دو یا یکی از آن‌ها کشته شوند.

هرگاه دو نفر تصادم کنند و بمیرند، برای ورثه هر یک از آن‌ها نصف دینه لوست و نصف دیگر که سهم خود لوست ساقط می‌شود. در این حکم دو سواره، پیاده و سواره و پیاده یک سانند و بر هر یک از آن‌ها نصف بهای مرکوب

۱ - علیرضا زون زاد و ابوالحسن شاکری، عوامل قطع رابطه انتساب در قتل در حکم شبه عمد، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۴۳، تهران، ۱۳۸۲ - ص ۱۴۷

۲ - قاعده اقسام: اگر کسی، اقدام به سقاط احترام در حق خود کند و به زیان خویش دست به کاری زند، دیگر حق ندارد از باب خسارتی که دیده است، تقاضای جبران ضرر کند. برای اثبات این قاعده فقها به خبر «لا یجزل مال امرء الا بطیب نفسه» استناد می‌کنند. وقتی مالکی رانسی به تصرف بی‌عوض دیگری شد دیگر موردی برای ضمان متصرف باقی نمی‌ماند.

دیگری واجب می‌گردد و این حکم بدان جهت است که هر یک از آن‌ها به سبب عمل خود و دیگری تلف شده‌اند. پس در دو قتل شریک هستند و عمل هر یک از آن‌ها نسبت به (جان) خود هدر و نسبت به حق دیگری مضمون است. مثل این که خود خویشتن را زخمی کند و دیگری هم زخمی به او بزند و او بر اثر دو زخم بمیرد که نصف دیه ساقط و نصف دیگر بر عهده نفر دوم مستقر می‌گردد. در صورتی که در اثر تصادم یکی از متصادمین بمیرد - بنابر آن چه گفتیم - شخص زنده ضامن نصف دیه تلف شده می‌باشد. و چنان چه یکی از متصادمین راکب و دیگری پیاده باشد بر پیاده لازم است که نصف دیه راکب و نیمی از قیمت مرکوب را بپردازد و در مقابل راکب نیز موظف به پرداخت نصف دیه پیاده است. با این وجود در روایتی از امام کاظم (ع) منقول است که کل دیه میت را بر عهده شخص زنده نهاده است. یا عنایت به این که روایت مزبور شاذ و در سلسله سند آن نیز راوی مجهول الحال می‌باشد، بنابراین متروک بوده و کسی به مقتضای آن عمل نکرده است. ضامن تصادم دو حامله نیز مشمول احکام مذکور در فوق است. بدین معنا که نصف دیه هر یک ساقط و نصف دیگر ثابت می‌ماند و نسبت به چنین نیز دیه جنین کامل - به نسبت - بر عهده هر یک از آن‌هاست.^۶

۱-۲- ضمان دخترانی که سوار یکدیگر شده بودند

شخصی بر دوش شخص دیگری سوار می‌شود و شخص سومی مرکوب را سگ می‌زند و مرکوب تعادل خود را از دست می‌دهد و شخص سوار بر زمین می‌خورد و می‌میرد. در این خصوص فقها سه نظریه را ابراز داشته‌اند:
برخی از فقها قتل به تصنیف دیه مقتول بین مرکوب و سگ زننده می‌باشند.^۷

۲- زین الدین جبل العلامی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۲، انتشارات مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، ج پنجم، ۱۳۷۰، ص ۴۰۲ - شیخ محمدحسن النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۳، انتشارات کتابچی، ج چهارم، تهران، ۱۳۳۴، ص ۶۴ - ابوالقاسم خوئی، مبانی تکلمه المتهاج، ج ۲، المطبعة السمیة، ج دوم، قم، ۱۳۹۶ هـ - ق، ص ۲۲۸ - روح الله الموسوی الخمینی، تحریر الوسیلة، ج ۴، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی، قم، ص ۲۶۷ - شیخ محمدباقر مجلسی، حدود و قصاص و دیات، انتشارات مؤسسه نشر آثار اسلامی، قم، ص ۱۱۵ - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن محمد حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، گردآوری شده در «سلسله التبیان الفقہیة» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص ۳۹۶ - للقاضی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، جواهر الفقه، ۴۸۱ - ۴۰۰ هـ - ق (گردآوری شده در «سلسله التبیان الفقہیة» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص ۱۵۶ - شیخ جمال الدین ابن منصور الحسن بن سدید الدین یوسف بن زید الدین علی بن محمد بن مطهر العلی المشتهر بالعلامة الحلی و العلامة علی الاطلاق، قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام گردآوری شده در «سلسله التبیان الفقہیة» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص ۵۹۵

۴- زین الدین جبل العلامی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۰.

۵- شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص ۸۶۷ - روح الله الموسوی خمینی، همان، ص ۳۶۷ - شیخ محمدباقر مجلسی، همان، ص ۱۱۵ - للقاضی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، همان، ص ۱۵۶ - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن محمد، شرایع الاسلام، ص ۳۹۶.

۶- روح الله الموسوی خمینی، همان، ص ۲۶۷ - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن محمد حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۶ - شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص ۶۸ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۵.

۷- سکه سیخهایی نازک و دراز که در خوشه جو یا گندم است، خار خوشه گندم. حسن عمید، فرهنگ عمید، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۱، ص ۱۲۵۰.

۸- زین الدین جبل العلامی (شهید ثانی)، همان، ص ۲۲۲ - شیخ محمدباقر مجلسی، همان، ص ۱۱۶ - للشیخ ابی جعفر محمدبن علی بن الحسین بن موسی بن بابویه القمی الملقب بالصدوق، المفتح فی الفقه، (۲۸۱ هـ - ق)، گردآوری شده در «سلسله التبیان الفقہیة» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص ۲۵ - للشیخ الاجل ابی جعفر بن الحسن بن علی الحسن الطوسی المشتهر شیخ الطائفة و الشیخ الطوسی، انتهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی، (۴۶۰ - ۲۵۸ هـ - ق)، گردآوری شده در «سلسله التبیان الفقہیة» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص

عده‌ای ثلث دیه مقتول را هدر دانسته‌اند. چرا که وی بیهوده سوار بر دیگری شده است (و به عبارت دیگر خود در قتل خویشتن کمک کرده است) و دو نفر دیگر، هر کدام ثلث دیه را باید بپردازند. پاره‌ای نیز معتقداند که ادله اقتضا می‌کند تمام دیه بر عهده سگ زنده باشد، زیرا او جتی است و مرکوب را مضطر کرده است تا تعادل خود را از دست بدهد و اگر امکان حفظ تعادل برای سگ زده شده وجود داشت، وی مسؤول کل دیه می‌باشد.^{۱۰} به طوری که از نظرات مذکور برمی‌آید تمامی فقها در وجود مسؤولیت اتفاق نظر دارند، لکن اختلاف تنها در شخص مسؤول و میزان مسؤولیت وی در پرداخت دیه می‌باشد.^{۱۱}

۱-۳- تلف شدن به واسطه منجنیق یا تخریب دیوار

هر گاه (مثلاً) ده نفر یا منجنیق سنگ بیندازند و سنگ منجنیق برگردد و یکی از آن‌ها را بکشد، سهم او از دیه ساقط می‌شود زیرا که وی به سبب کار خود و همکاری‌اش کشته شده است، مانند حالت تصادم بذریع این یک دهم دیه او بر بقیه مستقر می‌گردد. اگر دو نفر کشته شوند نیز احکام مذکور در فوق مرتب می‌شود و چنان چه هر دو بمیرند یک دهم هر یک به هدر می‌رود و بقیه ورثه یک دهم از اموال هر یک از آن‌ها را پرداخت خواهند نمود.^{۱۲} البته این حکم شامل کسانی می‌گردد که طناب‌ها را می‌کشیدند نه آنان که چوب را نگه داشته یا کمک دیگری جز کشیدن طناب‌ها می‌نموده‌اند مانند شرکت در منجنیق است، شرکت جمعی در کشیدن خرما بُنی که تنه درخت بر روی هر یک از آن‌ها بیفتد و کشته شود.^{۱۳} در کتاب نه‌ایه شیخ طوسی آمده است که هر گاه سه نفر در خراب کردن دیواری شرکت داشته باشند و دیوار بر یکی از آن‌ها فرو ریزد و بمیرد، جمیع دیه او بر دو نفر است، چون هر یک ضامن یک دیگر اند دلیل این امر نیز روایت ابن‌بصیر است از امام صادق (ع) که گفته است: امیرالمؤمنین علی (ع) در مورد سه نفری که

۱۲۶- شیخ ابی ذکریا یحیی بن احمد بن یحیی بن الحسن بن سعید الهندی، جامع الشریع، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۵۰۰. القاضی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، المذهب، (۴۸۰-۴۰۰ هـ. ق.)، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۱۹۸. شیخ محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۶.

۹- علامه، قواعد الاحکام، ص ۹۸۵. ابی الصلاح تقی‌الدین نجم‌الدین عبدالله الحللی، الکافی فی فقه الاسلامی، (۳۲۷-۳۲۷ هـ. ق.)، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۹۶. محقق حلّی، مختصر النافع، ص ۲۷۵. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۶. للشیخ المقید المعروف بابن‌المعلم (۴۱۳-۳۲۶ هـ. ق.)، المفنعه فی الاصول و الفروع، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۴۶. لحمزه بن علی بن زهره الحسینی الاححاق الحللی، (۵۸۲-۵۱۱ هـ. ق.)، غنیة المنزوع الی الاصول و الفروع، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۲۵. مؤلف اخیر الذکر در تعلیل حکم بیان نموده است «چون زنی که سوار بوده به عنوان شوخی و بازی این کار را کرده است و زن دیگر را به عنوان سواری اجاره نگرفته است، و اگر او به عنوان اجاره سوار شده باشد و چنین وضعی پیش می‌آید، بایستی آن دو زن دیه کامل را به مصدوم می‌دانند.»

۱۰- ابن‌کریس، السرائر، گردآوری شده در «سلسله الینایع الفقهیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ص ۳۲۷. زین‌الدین جبلی العاملی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۳. شیخ بهائی، جامع عباسی، چاپ سنگی سلیمان خان، ص ۲۹۶.

۱۱- نظرات ابرازی مربوط به قضاوت حضرت علی (ع) بیراهون قارصه واقصه و قاصه بوده است که در روایات به اشکال متعدد ذکر شده است و بنابه تفاوت روایات، استنباط‌ها نیز متفاوت گردیده است.

۱۲- القاضی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، المذهب، ص ۱۹۲. محمدباقر مجلسی، همان، ص ۱۲۰. شیخ محمد نجفی، همان، ص ۱۰۷. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۸. علامه حلّی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۷. ابن‌کریس، همان، ص ۲۵۰.

۱۳- الجوهر المنیر، ج ۲، به نقل از دکتر عوض احمد ادریس، دیه، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج دوم، ۱۳۳۳، ص ۵۶ «از امیرالمؤمنین علی بن ابی‌طالب -رضی الله عنه- روایت شده است که ده نفر خرما بُنی را کشیدند [تا از آن خرما بچینند] تنه درخت بر روی یکی از آنان افتاد و مرد. علی (ع) بر آنان حکم کرد که هر یک عشر (یک دهم) دیه را بپردازند و یک عشر را ساقط کرد زیرا مقتول خود در قتل خویشتن کمک کرده بود.»

در تخریب دیوار شرکت داشته‌اند و دیوار بر روی یکی از آن‌ها فرو ریخت، قضاوت فرمودند که بقیه، ضامن دیه وی می‌باشند، چرا که هر یک از آن‌ها ضامن دیگری است.^{۱۳}

اکثریت فقها! سند این روایت را ضعیف دانسته و معتقداند که این ضعف مانع از عمل کردن به محتوای آن است، مضافاً این که با قواعد شرعی منافات دارد.^{۱۴} بنابراین هر یک از بازماندگان را ضامن ثلث دیه شخص هلاک شده دانسته‌اند، چرا که شخص هلاک شده در نتیجه فعل خود و عمل دو نفر دیگر تلف شده است و لذا ثلث دیه که در اثر فعل خود شخص هلاک شده حادث گردیده و وی در حدوث آن مساعدت نموده است، ساقط می‌شود.^{۱۵}

۱-۴ - افتادن در کنام شیر «زیبه اسد»^{۱۶}

عده‌ای برای تماشای شیر بر لب گودالی می‌روند که شیر در آن است. یک نفر می‌لغزد و در حال افتادن به داخل گودال به نفر دیگری می‌چسبد و نفر دوم هم به نفر سوم می‌چنگ می‌زند و نفر سوم نیز به دامن نفر چهارم می‌چسبد و هر چهار نفر به داخل گودال سقوط می‌کنند و طعمه شیر می‌شوند. در حکم این مسأله دو روایت است:

اول: روایت محمدبن قیس از امام باقر (ع) است که گفته است امیرالمؤمنین علی (ع) بدین شرح قضاوت فرموده‌اند: اولی طعمه شیر شده و در نتیجه احدی ملزم به پرداخت دیه او نمی‌باشد (خون اش هدر است) چرا که بی‌سبب افتاده است، لکن اولیای دم وی باید یک سوم دیه را به اولیای نفر دوم بدهند و ورثه نفر دوم نیز باید دو سوم دیه را به اولیای نفر سوم بدهند و ورثه نفر سوم باید دیه کامل را به اولیای نفر چهارم بدهند.^{۱۷}

برخی از فقها در توجیه روایت مذکور بیان داشته‌اند؛ چون نفر اول را کسی نکشته است، بنابراین هیچ کس نیز موظف به پرداخت دیه او نیست و لذا خونس هدر است. ولی دومی را اولی و سومی را دومی و چهارمی را سومی از بین برده است. از این رو دیه دومی بین سه نفر (یعنی اولی و سومی و چهارمی) تقسیم می‌شود. بدین توضیح که به میزان مورد جنابت مستحق بوده و به مقتضای که جنایت نموده است، ساقط می‌گردد.^{۱۸}

و اما سومی را چون دو نفر - اولی و دومی - از بین برده‌اند و وی نیز نفر چهارم را کشته است، بنابراین به واسطه قتل که مرتکب شده است ثلث دیه اش ساقط می‌گردد و دو ثلث آن برعهده نفر دوم است.^{۱۹}

۱۴- شیخ طوسی، همان، ص ۱۲۷ - شیخ ابی ذر بن سعید اهللی، همان، ص ۵۰۱ - وسائل، ج ۱۹، ص ۱۷ به نقل از دکتر ابوالقاسم گرچی، دیات، انتشارات دانشگاه تهران، ج اول، ۱۳۸۰، ص ۹۶.

۱۵- محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۸ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۷ - سید علی الطباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۴، انتشارات مؤسسه التشراف الاسلامی، الطبعه الاولی، ۱۴۲۲ هـ. ق، ص ۲۱۲ - محقق حلی، مختصر النافع، ص ۲۷۵ - شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۰۹.

۱۶- ابن ادریس، همان، ص ۲۵۰ - محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۲۰ - سید علی الطباطبائی، همان، ص ۲۱۲ - شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۰۹ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۸ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۷ - محقق حلی، مختصر النافع، ص ۲۷۵.

۱۷- زیبه به ضم راء، گودالی است که می‌کنده‌اند تا شیر در آن بیفتد و شکار نمایند. محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۲۵.

۱۸- زین‌الدین جبل‌العلایی (شهید ثانی)، همان، ص ۱۴۸ - ابن ادریس، همان، ص ۳۴۸ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۴۰۱ - محقق حلی، مختصر النافع، ص ۴۷۷ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۴ - محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۲۵ - شیخ طوسی، همان، ص ۱۲۶ - شیخ مفید، همان، ص ۲۶ و ۲۷ - سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۷ - شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۵۶ - للعماد الدین ابی جعفر محمد بن علی بن حمزه الطوسی المعروف بابن حمزه، اوسيله الی نیل الفضیله، گردآوری شده در «سلسله لیتابع الفقهیه» مؤسسه فقه اشیه، ج ۲۵، ص اول، ص ۲۸۰.

۱۹- زین‌الدین جبل‌العلایی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۷.

۲۰- زین‌الدین جبل‌العلایی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۷.

لکن در خصوص نفر چهارم، چون وی را سه نفر از بین برده‌اند و او نیز مرتکب قتلی نشده است، بنابراین مستحق دیه کامل می‌باشد.

توجیه مزبور ضعیف است، چرا که اگر شخصی بر دیگری جنایتی وارد نموده و سبب قتل وی گردد لازمه‌اش آن نیست که در جنایتی که به وی وارد شده و مستحق دیه گردیده است، تخفیفی حاصل آید.^{۳۱}

پاره‌ای از فقها بیان داشته‌اند: دیه چهارمی بر سه نفر به طوری مساوی است. چون هر سه در سببیت، قتل او مشترک‌اند و این که دیه چهارمی - در روایت - تنها به سومی نسبت داده شده و در عهده وی ثابت گردیده است، به واسطه آن است که دومی ثلث دیه از اولی مستحق بوده که پس از دریافت آن، ثلثی دیگر به آن اضافه نموده و به سومی رد می‌کند و سومی نیز ثلثی دیگر به آن افزوده و به چهارمی دفع می‌نماید و چون دیه کامل به وسیله سومی به چهارمی داده می‌شود، لاجرم آن را بر عهده وی نهاده‌اند علاوه بر این که توجیه مذکور با ظاهر روایت مخالفت دارد. چرا که ظاهر حدیث، بیان گر آن است که سومی به طور مستقل و علی‌حده موظف به پرداخت تمام دیه است. در خصوص افراد دوم و سوم نیز قابلیت اجرا ندارد. زیرا که لازمه آن این است که دیه سومی بر اولی و دومی و دیه دومی تماماً بر عهده اولی باشد. در حالی که - همان طوری که بیان شد - قتل بودن دومی نسبت به سومی دخالتی در اسقاط حقیقت ندارد.^{۳۲}

علی‌رغم انتقادات فوق‌الاشعار، اکثریت علماء به مضمون حدیث عمل نموده و بر طبق آن فتوی داده‌اند.^{۳۳} دوم: روایت مسموع از امام صادق (ع) است که امیرالمؤمنین علی (ع) حکم فرموده است: برای اولی یک چهارم دیه، برای دومی یک سوم دیه، برای سومی نصف دیه و برای چهارمی دیه کامل است و این دیه‌ها را نیز بر عهده عاقله آنان که از دحام نموده‌اند، قرار داده است.^{۳۴}

عده‌ای از فقها در توجیه روایت دوم بیان داشته‌اند که چاه عدواناً حفر شده است و از طرفی دیگر دربین شیر مستند به ازدحام چهار نفر بوده است که خود مانع از فرار کردن هر یک می‌باشند. بنابراین اولی به سبب افتادن در چاه و واقع شدن سه نفر دیگر بر روی او فوت نموده است و چون فوت این سه نفر به سبب کار خودشان است، لاجرم سه ربع از دیه آن‌ها هدر و ساقط می‌گردد و یک ربع باقیمانده بر عهده حافر چاه است. مرگ دومی به سبب کشیدن اولی و افتادن دو نفر دیگر روی او است که افتادن آن دو در نتیجه کار خویش است، بنابراین یک سوم دیه او ثابت و دو ثلث آن هدر و ساقط است.

فوت سومی در اثر کشیدن دومی و افتادن چهارمی روی او است که ناشی از عمل خویش است، فلذا نصف دیه ثابت و نصف آن هدر است.

اما موت چهارمی، صرفاً به خاطر کشیدن نفر سوم به وقوع پیوسته است. بنابراین چون وی سبب وقوع جرمی نگردیده است، فلذا دیه کامل دارد. مع‌الوصف اختلاف در این است که چه کسی مسئول پرداخت دیه می‌باشد.^{۳۵}

علاوه بر ضعف روایت و عدم ارائه دلیل واقعی و مکفی مبتنی بر پرداخت دیه توسط عاقله، چون متن روایت به

۳۱- زین‌الدین جبل‌العمالی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۷. ابن‌ادریس، همان، ص ۳۴۸.

۳۲- زین‌الدین جبل‌العمالی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۷.

۳۳- زین‌الدین جبل‌العمالی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۳۷.

۳۴- سید علی‌الطباطبائی، همان، ص ۳۳۷. شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۵۶. محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۲۰۲. علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۴. زین‌الدین جبل‌العمالی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۷. مختصر النفع، ص ۳۲۷. محمداقصر مجلسی، همان، ص ۱۲۵.

۳۵- علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۴. زین‌الدین جبل‌العمالی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۸.

گونه‌ای است که حافر چاه متعدی نمی‌باشد، بنابراین پرداخت دیه از سوی وی نیز موجبی ندارد.^{۲۶} فلذا با مطرود دانستن روایات مذکور در فوق می‌توان معتقد به دو نظریه گردید:

الف - هر یک دیه کسی را که به او چسبیده و به درون حفره انداخته است ضامن می‌باشد، زیرا مستقلاً او را تلف نموده است پس باید تمام دیه را بپردازد.^{۲۷} ب - بر عهده اولی تمام دیه دومی است، چون به تنهایی او را تلف کرده است، به اضافه نصف دیه سومی - چون این شخص در اثر کشیدن دومی و سومی تلف شده است - و یک سوم چهارمی - چون چهارمی به واسطه کشیدن آن سه نفر از بین رفته است - و بر عهده دومی نصف دیه سومی و ثلث دیه چهارمی است و بر عهده سومی یک سوم است.^{۲۸}

۱ - ۵ - افتادن در چاه

هر گاه چند نفر یکی پس از دیگری در چاه افتند و همه یا برخی از آنان بمیرند، دو حالت قابل تصور است:

حالت اول: افتادن بدون کشیدن

چنان چه کسی در چاهی بیفتد و آن گاه دیگری بر روی او افتد و سپس سومی و چهارمی و همه بمیرند، بی‌آن که یکدیگر را از دهانه چاه کشیده و چاه‌کن نیز متعدی باشد، در این صورت فرد نخست که در چاه افتاده به چهارم سبب از بین رفته است.

الف - کوفتگی و صدمه خوردگی از چاه

ب و ج و د - سنگینی دومی و سومی و چهارمی که بر روی او قرار گرفته‌اند.

عوضی که در برابر صدمه خوردن از چاه حاصل می‌آید، هدر و ساقط است، چرا که چاه، آلت است و تعدی در آن معنایی ندارد، پس دیه آن چه در برابر سه سبب دیگر است، باقی می‌ماند، بنابراین فرد نخست مستحق سه چهارم دیه است که بر عهده دومی و سومی و چهارمی است، زیرا که آن سه نفر در قتل وی شریک بوده‌اند.

نفر دوم نیز به سه سبب کشته شده است؛ یکی صدمه خوردن با فرد اول که در ته چاه بوده است و سبب دوم و سوم، سنگینی بدن سومی و چهارمی است که بر روی او افتاده‌اند. آن چه در برابر صدمه خوردن حاصل آمده است، هدر و ساقط می‌گردد و بنابراین برای وی دو ثلث دیه باقی می‌ماند که بر عهده سومی و چهارمی است. فرد ثالث نیز به دو سبب فوت شده است؛ یکی صدمه خوردن از دومی که در زیر او افتاده است و دیگر سنگینی چهارمی که بر روی وی افتاده است، آن چه از دیه در مقابل صدمه خوردگی حاصل شده است، هدر و ساقط است و تنها نصف دیه بر عهده چهارمی مستقر می‌گردد.

نفر چهارمی به یک سبب کشته شده است و آن مصدم شدن با سومی است که دیه وی هدر و چیزی برای او باقی نمی‌ماند.^{۲۹} فقها نظر دیگری نیز بیان داشته‌اند بدین توضیح که دیه کامل فرد اولی بر عهده دومی و سومی و چهارمی است،

۲۶- سیدعلی طباطبائی، همان، ص ۱۵۸ - شیخ محمد نجفی، همان، ص ۱۵۷ - زین‌الدین جبل‌العاملی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۸.

۲۷- ابن‌ادریس، همان، ص ۲۴۸ - سیدعلی طباطبائی، همان، ص ۲۲۸ - زین‌الدین جبل‌العاملی (شهید ثانی)، همان، ص ۲۲۸.

۲۸- شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص ۱۶۱ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۴۰۲ - قواعد الاحکام، ص ۵۹۴ - محقق حلی، مختصر النافع، ص ۴۷۷.

۲۹- شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص ۱۵۶ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۴۰۲ - شیخ مفید، همان، ص ۲۷ - روشه الطائین، ج ۹، ص ۳۲۷ و ابن حزم، ج ۱۰، ص ۵۰۴ به نقل از احمد ادریس، همین، ص ۱۶۱.

بدون آن که چیزی از وی هدر باشد. زیرا آنان در قتل وی شرکت داشته‌اند و دیه دومی بر سوی و چهارمی است و دیه سومی به طور کامل بر عهده چهارمی و شخص اخیر الذکر نیز مستحق دیه ای نمی‌باشد.^{۳۰}
حکیم اخیر الذکر، مستند به قضای عمر - رضی الله عنه - درباره دیه بینا بر عهده نابینائی است که بر روی وی افتاد و او را کشت.^{۳۱}

حالت دوم: افتادن در چاه با کشیدن یکدیگر

هرگاه کسی در کنار چاه پایش بلغزد و آن گاه دست به سوی دیگری دراز نماید و با چسبیدن و کشیدن وی در چاه افتد و دیگری نیز بر روی او بیفتد و آن گاه هر دو بمیرند، چنانچه چاه کن در کندن متعدی باشد، مسؤلیت پرداخت نیمی از دیه اولی را باید بر عهده بگیرد. چرا که وی به دو سبب مرده است؛ اول - فرو افتادن و صدمه دیدن از چاه و دوم - افتادن دومی بر روی وی است. ولی هرگاه چاه کن متعدی نباشد، خون اولی هدر است و ورثه وی باید دیه نفر دوم را بدهند.

با فرض این که چاه کن متعدی باشد و نفر اول، دومی را به داخل چاه بکشد و دومی نیز سومی را و سومی نیز نفر چهارم را کشته باشند، در این صورت شخص اول به چهار سبب کشته شده است. یکی برخورد با چاه و سه علت دیگر، سنگینی سه نفر دیگر است که یکی پس از دیگری بر روی او افتاده‌اند بنابراین خود او در کشتن خویش به سه سبب شرکت داشته است - سبب کشیدن دومی و سومی و چهارمی گردیده است - لهذا آن چه از دیه که در برابر شرکت خود او در قتل است هدر و ساقط می‌شود و فقط ربع دیه وی بر عهده چاه کن مستقر می‌گردد.
دومی نیز به واسطه سه سبب از بین رفته است؛ اول آن که به وسیله نفر اول به درون چاه کشیده شده است و سبب دوم آن است که شخص سومی را بر روی خود به چاه کشته است و علت سوم نیز سنگینی چهارمی است که روی او قرار گرفته است.

بنابراین وی در قتل خویش در دو سبب از اسباب سه‌گانه مشارکت داشته است - و آن کشاندن دومی و سومی است - فلذا از دیه او آن چه در برابر شرکت خود اوست، هدر و ساقط می‌گردد و تنها ثلث دیه او بر عهده اولی است. سومی نیز از دو سبب از بین رفته است؛ اول آن که، دومی او را به چاه کشیده است و دوم آن که وی چهارمی را به چاه کشیده است. فلذا او نیز در قتل خویش با یک سبب شرکت داشته است. بنابراین آن چه از دیه او در برابر مشارکت وی است، هدر و ساقط می‌گردد و تنها نصف دیه وی باقی می‌ماند که بر عهده نفر دومی و اولی است.^{۳۲}
دلیل شرعی احکام مزبور - توزیع مسؤلیت بین شرکت کنندگان در جنایت - نیز قضاوت علی بن ابیطالب در مسأله دام شیر است که رسول خدا (ص) حکم حضرت را تقریر و امضاء فرمودند.^{۳۳}

۳۰- شیخ ابی ذکر سعیدلهندی، همان، ص ۵۰۱ - المجموع فی شرح المذهب، ج ۵، ص ۳۶۲ و ابن حزم، همان، ج ۱۰، ص ۵۰۶ به نقل از احمد لاریس، همان، ص ۱۶۱.

۳۱- علی بن ریاح لخمی در این‌باره روایت کند که مردی عصاکش نابینائی بود و هر دو در چاه افتادند و نابینا بر روی بینا افتاد و وی را کشت. عمرین خطاب - رضی الله عنه - حکم کرد که دیه بصیر بر عهده اعمی است. احمد لاریس، همان، ص ۱۶۱.

۳۲- شمس الدین عبدالرحمن بن محمد بن احمد (ابن قدهه) المعنی، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، (۱۴۰۳ هـ - ق) - ابن لاریس، همان، ص ۳۴۹ محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۴۰۲.

۳۳- ابن لاریس، همان، ص ۱۶۲ - ابوالحسن محمدی، حقوق کیفری اسلامی (دیات)، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۶۴، ص ۶۶.

۱-۶- حکم مست های مجروح و مقتول

محمد بن قیس از قول امام محمد باقر (ع) از امیر المؤمنین (ع) روایت کرده است که چهار نفر با هم شراب نوشیدند و آن گاه در اثر منازعه، دو نفر از آن ها زخمی و دو نفر دیگر کشته شدند و حضرت در مقام قضاوت فرمود: «دیه مقتولان به عهده مجروحان است که باید پس از کسر دیه جراحات، بپردازند» و در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است که دیه مقتولان را بر عهده هر چهار نفر گذاشته و دیه جراحات مجروحان را از دیه مقتولان (کشته شدگان) کسر نموده است.^{۳۴} عده ای از فقها به مضمون روایات مذکور ایراد نموده اند که اگر دو تن مجروح قاتل هستند، چرا قصاص واجب نمی گردد و همین طور حکم به وجوب دیه نسبت به زخم آن ها، چون حکم عمد قصاص است.^{۳۵}

در پاسخ بیان شده است که چون در جرایم عمدی قصد شرط است و این قید در شخص مست به لحاظ تزلزل رکن روانی، منتفی است. بنابراین با وجود حالت مستی، عمد محقق نمی گردد. مضافاً این که احتیاط در دماء نیز ایجاب می نماید تا سبب ایجاب ریختن خون دیگری به طور قطعی احراز نشده باشد نمی توان خون وی را ریخت و چنان چه در تحقق چنین سببی شک داشته باشیم باید به اصل احتیاط در ریختن خون دیگران عمل کرده و از ریختن خون وی خودداری نماییم. فلذا در چنین مواردی صرفاً دیه استقرار پیدا می کند.^{۳۶} با عنایت به این که سند روایات فوق الاشعار ضعیف است و از طرفی دیگر لازمه اجتماع چهار تن و وقوع کشتار مستلزم آن نیست که قاتل همان مجروح باشد یا برعکس، بنابراین باید احکام مزبور را مختص واقعه ای خاص بدانیم که امام (ع) به واسطه علم به موجب آن این طور حکم فرموده اند.^{۳۷}

۱-۷- حکم شنا کنندگانی که یک نفر از آن ها غرق می شود

سکونی از امام صادق (ع) و محمد بن قیس از امام باقر (ع) و هر دو از امیر المؤمنین علی (ع) روایت کرده اند درباره شش جوانی که در رود فرات شنا می کردند و در حین شنا یکی از آن ها غرق شد و دو نفر از آن ها علیه سه نفر شهادت دادند که آن ها او را غرق کرده اند و آن سه علیه این دو گواهی دادند که مشار البیها وی را غرق کرده اند.^{۳۸} حضرت

۳۴- محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۷- «محقق حلی، مختصر النافع، ص ۴۷۶- شیخ ابی ذکریا سعید الهمذلی، همان، ص ۵۰۱- علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۸- شیخ مفید، همان، ص ۴۷- شیخ طوسی، همان، ص ۱۲۶- زین الدین جبل العاملی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۳- اللقاصی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، مهذب به، ص ۱۹۸- ابن زهره، همان، ص ۲۵۲- ابن حمزه، همان، ص ۲۷۹- ابی الصلاح الحللی، همان، ص ۹۶- محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۸- سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۱- شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۹۰- للنظام الدین ابی الحسن سلیمان بن الحسن بن سلیمان الصرشتی، اصباح الشیعه به مصباح الشریعه، گردآوری شده در «سلسله الیتایع الفقیه» مؤسسه فقه الشیعه، ج ۲۵، ج اول، ص ۲۹۱.

۳۵- ابن ابریس، همان، ص ۹۰.

۳۶- زین الدین جبل العاملی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۳- زین الدین جبل العاملی (شهید ثانی)، مسالک الاقهار، ج ۲، قم، دار الهدی للطباعة و النشر، ص ۲۶۸- آیت الله آقا رضا مدنی کاشانی، القصاص للفقها و القصاص و الخواص، الطبعه الثانیه، مؤسسه النشر الاسلامی، (۱۴۲۰ هـ. ق)، ص ۱۰۵.

۳۷- زین الدین جبل العاملی (شهید ثانی)، روضه البیعه، ص ۴۲۳- محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۷- سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۳- شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۹۳- علامه حلی، مختصر النافع، ص ۴۷۶.

۳۸- وسایل، کتاب الادیات از ابوبن عثمان، ج ۱۹، حدیث ۱، ص ۱۷۳- محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۹.

فرمود: «دیه بطور اخصاً بین پنج نفر تقسیم شده و هر کدام موظف اند به نسبت شهادتی که داده‌اند، یک پنجم آن را بپردازند»^{۳۳} سند روایات مذکور نیز ضعیف است و به همین لحاظ اکثریت فقها آن را متروک و مطرود دانسته‌اند و با فرض صحت نیز روایات را مختص واقعه‌ای خاص می‌دانند که قابل تسری به موارد مشابه نمی‌باشد.^{۳۴} چرا که حکم موافق اصل و قاعده آن است که شهادت گواهان اول را در صورت درخواست ولی دم و عادل بودن آن‌ها بپذیریم و به شهادت دیگران ترتیب اثر ندهیم و چنان چه دعوی علیه همه آن‌ها باشد گواهی هیچ یک را نپذیریم. زیرا که مورد از موارد لوث است که باید از طریق قسامه اثبات شود.^{۳۵}

نحوه توزیع مسؤولیت در خطای مشترک در بین فقهای معاصر نیز موردتشت آراء قرار گرفته است. به طوری که برخی قائل به تساوی در ضمان هستند و عده‌ای به مقدار دخالت و صدق سببیت به تناسب تقصیر نظر داده‌اند که ذیلاً عین سؤال و پاسخ ذکر می‌گردد:

س: در حوادث رانندگی و ناشی از کار خبرگان و متخصصین امر احراز تقصیر را به نحو درصد بیان می‌نمایند. بدین نحو که مثلاً راننده یکی از خودروها ۷۰ درصد مقصر است و راننده خودروی دیگر نیز ۳۰ درصد، حال آیا محکمه مزم به پرداخت دیه به نحو مذکور می‌باشد و یا صرف احراز تقصیر، هر یک به نحو تساوی ملزم به پرداخت دیه می‌شوند. آقایان گلبایگانی و قاضی لنگرانی قائل به تساوی دیه بوده و هر دو را ملزم به پرداخت نصف دیه نموده‌اند.^{۳۶} آقای موسوی زربیلی نوشته‌اند: «نظر متخصصین در این رابطه نوعاً موجب یقین نمی‌شود اگر در موردی سبب یقین شود به آن عمل می‌شود و الا در فرض اثبات شرکت دیه به نحو مساوی تقسیم می‌شود و مصالحه کنند بهتر است.»^{۳۷} مع الوصف آقایان حکارم شیرازی و بهجت قائل به تناسب تقصیر بوده و در صورت تفاوت آن، دیه را به نسبت تقصیر پذیرفته‌اند.^{۳۸} آقای صناعی می‌گویند: «به مقدار دخالت و صدق سببیت در این گونه تصادف‌ها دیه تقسیم می‌گردد و قاعده عقلانیه بلکه شرعیه در کیفیت ضمان (که دیه هم از همان باب است) در تقسیم به نسبت تقصیر است.»^{۳۹}

۳۹- زین الدین جبلی العلامی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۲ - ابن لاریس، همان، ص ۲۲۸ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۷ - محقق حلی، مختصر النافع، ص ۲۷۶ - شیخ مفید، همان، ص ۴۷ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۵۹۸ - شیخ طوسی، همان، ص ۱۲۶ - محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۸ - سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۲ - شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۹۴ - للنظام الدین الصرشتی، همان، ص ۲۹۱ - للقاضی عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی، مذهب، ص ۱۶۸ - ابن زهره، همان، ص ۲۵۲ - ابن الصلاح المجلسی، همان، ص ۹۶ - شیخ ابی ذکریع سعید الهذلی، همان، ص ۵۰۱
 ۴۰- ابن لاریس، همان، ص ۲۲۸ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۳۹۷ - محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۹ - سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۲ - شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۹۴ - محقق حلی، مختصر النافع، همان، ص ۴۷۶ - زین الدین جبلی العلامی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۴
 ۴۱- محمد باقر مجلسی، همان، ص ۱۱۹ - سید علی طباطبائی، همان، ص ۲۲۴ - زین الدین جبلی العلامی (شهید ثانی)، همان، ص ۴۲۴
 ۴۲- بیوست شماره ۱ و ۲، سؤال ۴.
 ۴۳- بیوست شماره ۲، سؤال ۴.
 ۴۴- بیوست شماره ۴ و ۵، سؤال ۴.
 ۴۵- بیوست شماره ۶، سؤال ۴.

نامه ها و نظرها

یاد باد آن روزگاران...

یاد آوری این مهم برای همکاران عزیز خصوصاً جامعه جوان و کالت که خوشبختانه تعداد آن ها هر زمان رو به افزایش می باشد قابل تأمل است که در جوامع پیشرفته، شأن و مقام وکیل دادگستری در چه حد و پایه است و بسیاری از سیاستمداران بزرگ و رؤسای جمهور، وکیل دادگستری بوده و حتی در تحولات و دگرگونی های جوامع نقش بارز و اساسی داشته اند.

در ایران نیز قبل از انقلاب، کانون و وکلای دادگستری جایگاه و احترام خاص خود را داشتند به صورتی که در جشن های استقلال کانون، نخست وزیر، وزیر دادگستری، رئیس دیوان عالی کشور و قضات عالی رتبه و سایر مقامات سالگرد استقلال کانون را تبریک می گفتند و در ایجاد رسمی از هیأت مدیره کانون دعوت به عمل می آمد و با توجه به این که به موجب قانون، شأن رئیس کانون وکلا برابر با مقام دادستان کل کشور بود در یک نوبت که از طرف دربار از مرحوم هاشم وکیل با عنوان آقای هاشم وکیل رئیس کانون وکلا دعوت شده بود ایشان دعوت نامه را عودت و اظهار کرده بودند با توجه به هم طراز بودن مقام ریاست کانون با دادستان کل کشور لذا بایستی عنوان جناب آقای هاشم وکیل ریاست کانون وکلا قید گردد.

طبیعی است این احترام به کل جامعه و کالت تسری و گسترش داشت و قضات و کارمندان دادگستری نیز آن را رعایت می کردند وکلای دادگستری نیز خود را مکلف به حفظ شوونت و رعایت حد و حدود احترام آمیز می دانستند برای این که همکاران عزیز به نمونه ای از راه و روش آن زمان آشنا شوند متن نامه رئیس کانون وکلای دادگستری خطاب به ریاست کل دادگاه های استان مرکز را که مربوط به سال ۴۶ است پس از توضیح ذیل، عیناً نقل می نمایم.

جلسات دادگاه مخصوصاً دادگاه های جنایی و دیوان کیفر اغلب با تأخیر از وقت مقرر تشکیل می گردید و یکی از علل آن دیر آوردن متهمین از زندان بود؛ این موضوع باعث اتلاف وقت و کلا می شد و نهایتاً همکارانی که بیشتر با این دادگاه ها سرو کار داشتند مراتب را به رئیس کانون اعلام و در واقع شکایت کردند.

مرحوم هاشم وکیل شرح زیر را مرقوم و ارسال داشت :

« ریاست محترم کل دادگاه های استان

آقایان وکلای دادگستری اظهار می دارند بیش از وقتی که برای مطالعه پرونده و دفاع صرف می شود وقتشان در انتظار تشکیل جلسه برای نادرسی تلف می گردد و از کارهای دیگری جهت باز می مانند و اسباب شکایت ارباب رجوع فراهم می شود و مطلبی که می شود به آن اضافه کرد این است که انتظار، ذوقی برای دفاع باقی نمی گذارد و به این عنوان اسقاط تکلیف می شود به این جهت در جلسه هیأت مدیره تصمیم گرفته شد که وکلا تا نیم ساعت منتظر بشوند و اگر رسیدگی شروع نشد حضور و مدت انتظار خود را با قید ساعت بنویسند و به دفتر دادگاه بدهند که با قید ساعت وارد دفتر نمایند و به کار خود برسند.

خواهشمند است دستور فرمایید دفتر نامه های مزبور را با قید تاریخ و ساعت وارد دفتر نمایند و به آقایان دادرسان هم توصیه فرمایید اوقات طوری تعیین شود که چنین اقدامی مورد پیدا نکند.

رئیس کانون وکلای دادگستری - هاشم وکیل»

از آن به بعد جلسات دادگاه ها نوعاً حداکثر با اندکی تأخیر در وقت مقرر تشکیل می شد و در غیر این صورت ما وکلا به نحو مذکور عمل می کردیم.

آن چه چندین سال است بر جامعه وکالت تحمیل شده و روزانه همکاران با آن روبرو هستند و اغلب اخبار بسیار ناخوشایندی از نحوه عمل کرد با بعضی از همکاران به گوش می رسد نیازی به تکرار و بازگویی ندارد که (بین تفاوت ره از کجا است تا به کجا)

حسن رستگار

وکیل دادگستری - تهران

نبایدهای وکیل معلق

یکی از موضوعاتی که همیشه برای وکلایی که به مجازات تعلیق از شغل و کالت (مدت دار و یا بدون مدت زمان معین) محکوم می شوند این است که آیا می توانیم به فعالیت هایمان در خصوص پرونده هایی که قبلاً تقبل کرده ایم ادامه بدهیم؟ آیا وکیل معلق می تواند خدمات مشاوره حقوقی بدهد؟ آیا وکیل معلق می تواند وکیل سرپرست باشد؟ نظریه های مختلفی در این مورد بیان شده است که به شرح ذیل می باشد:

نظریه اول: وکیل دادگستری در زمان تعلیق نمی تواند هیچ گونه فعالیت و کالتی اعم از تنظیم لایحه و ارسال آن به دادگاه و یا مشاوره حقوقی به عنوان وکیل دادگستری و هم چنین بستن قرارداد (و کالت نامه - قرارداد حق الوکاله - مشاوره جهت ادامه پرونده) انجام دهد. ضمناً باید پرونده هایی را که به وکالت قبول نموده است به غیر واگذار نماید. وکیل دادگستری که معلق از شغل و کالت می باشد حتی نمی تواند به عنوان وکیل سرپرست باشد یعنی وکیل دادگستری در زمانی که معلق است باید به کمیسیون کارآموزی اعلام نماید که در مدت زمان تعلیق وی، کارآموزان و کالت، وکیل سرپرست دیگری تعیین نمایند.

نظریه دوم: وکیل دادگستری نمی تواند فعالیت و کالتی داشته باشد یعنی حضور در دادگاه، تنظیم و کالت نامه و قرارداد و تنظیم لوایح دفاعیه موکل، نبایدهایی است که توسط این قبیل وکلا انجام می شود. اما سواد فردی را نمی توان تعلیق کرد و شخص معلق می تواند مشاوره حقوقی دهد اما نه به عنوان وکیل دادگستری. داشتن صفت وکیل سرپرست نیز با توجه به این که فعالیت و کالتی محسوب نمی شود منعی ندارد.

نظریه سوم: وکیل دادگستری نمی تواند وکالت نامه جدیدی تنظیم نماید ولی به علت این که حقی از موکلین اش از بین نرود می تواند لوایح دفاعیه را برای آنان تنظیم نماید و در دفتر حضور داشته باشد. در این نظریه وکیل معلق می تواند وکیل سرپرست نیز باشد.

البته در رد نظریه فوق با توجه به این که وکالت نامه های کارآموزان و کالت توسط وکلای سرپرست امضا می شود و مورد تأیید قرار می گیرد، به نظر می رسد وکیل سرپرست نیز نمی تواند

در زمان تعلیق، سرپرستی کارآموزان را به عهده بگیرد. به هر حال با توجه به ماده ۵۵ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ چنین عنوان شده است: «وکلائی معلق و اشخاص ممنوع الوکاله و به طور کلی هر شخصی که دارای پروانه وکالت نباشد از هر گونه تظاهر و مداخله در عمل وکالت ممنوع است اعم از این که عناوین تدلیس از قبیل مشلور حقوقی و غیره اختیار کند و یا این که به وسیله شرکت و سایر عقود یا عضویت در مؤسسات خود را تحصیل در دعوی قلمداد نماید. متخلف از یک تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم خواهد شد.» به نظر می رسد بهترین نظریه که می تواند با قانون نیز مطابقت داشته باشد نظریه اول است.

مرتضی شیخ الاسلامی
 مدیر دفتر دادرسی انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز

به بهانه انتشار فهرست مقالات و مطالب نشریه

حقوق دان و روزنامه نگار

همکار ارجمند جناب آقای رضا زرعی، رئیس کانون وکلای دادگستری اردبیل در مقدمه برای ضمیمه فهرست مقالات و مطالب، از شماره ۶ تا ۶۰ مدرسه حقوق، آورده اند «انتشار منظم و گسترده نشریه مدرسه حقوق و رسیدن منظم آن به دست اغلب طالبین وکیل و حتی غیر وکیل با محتوای متنوع و غنی آن، کاری بس مهم و اساسی است و شایسته بیشترین استقبال... نحوه فعالیت این نشریه در حال حاضر آئینه ای است از وقایع اجتماعی، حقوقی و صنفی کشورمان و قطعاً تأثیر ماندگاری در رشد و تعالی آموزش حقوق و مسائل اجتماعی و صنفی داشته و خواهند داشت. لذا بر ماست که از گردانندگان این نشریه و حمایت کنندگان آن در کانون بزرگ اصفهان، تشکر و سپاس گزاری کنیم. با همین انگیزه ها بود که این مجموعه بی هیچ چشم داشت و بیش شرحی تهیه شده، امید است کارآموزان عزیز و دانشجویان رشته حقوق و دیگر محققین گرامی از این فهرست نامه ماندگار استفاده کنند.» سپس این همکار صاحب قلم شیوا و توانا که نوشتارهای شان نشان از فزونی فضل و آگاهی چشم گیرشان به مسائل حقوقی اجتماعی و صنفی دارد به حق، یکی از علل انتشار چنین فهرستی را امکان دسترسی راحت خواننده و محقق به سوابق موضوع ها و مطالب

این نشریه برشمرده و در عین حال تاکید نموده اند: «این کار فی نفسه نوعی یادآوری به جا و قدردانی از زحمات نویسندگان مقالات و کتاب نیز می تواند تلقی شود». بخش اول این مجموعه به فهرست مقالات و مطالب در ۲۷ عنوان یا گرایش اختصاص یافته و بخش دوم آن به فهرست اعلام می پردازد به عنوان مثال، این حقیر ۳۹ مورد، مقاله، یادداشت و مطلب در این شصت شماره نشریه نوشته ام - که مخاطب محترم امید است ذکر این نکته را خودستایی تلقی نکنند - با بررسی عناوین و موضوع مقالات و نوشتارها، به خوبی بی بردم برای تدوین چنین فهرست ها و مطالب متنوعی، زرعی تمامی مطالب این ۶۰ شماره را خوانده و چه کار بر زحمتی را به فرجام رسانده اند که به قولی دست مرزاد! اما وقتی به یاد آوردم که در نخستین کنگره ملی و کلا چگونه حضورا با ایشان آشنا شدم و این آشنایی سبب شد آقا رضا، گزیده ای از آثار منظوم خود را به حقیر هدیه نمودند که با خواندن آن ها و آثار دیگرشان در مدرسه حقوق دریافتم با نویسنده ای توانا و شاعری خوش ذوق، افتخار آشنایی داشته ام و این خود نیز نمونه ای است از ثمرات نخستین کنگره ملی و کلا و این همه ره آورد که در این جا مجال اشاره به آن ها نیست، حاصل زحمات بی دریغ استاد گرامی جناب آقای دکتر تقی خانی است در انتشار منظم نشریه و زین مدرسه حقوق و برگزاری کنگره ملی و کلاما از این رو، بر خود وظیفه دیدم تا با نگارش این چند جمله بار دیگر از ایشان و آقای رضای عزیز تشکر و قدردانی نمایم و تنها موضوعی که با خواندن شماره ۶۶ نشریه مکترم کرد، این بود که چرا برخی از همکاران و کیل جوان - منظورم جناب دکتر محمد علی جاهد است - که طی نوشتار «توضیحاتی پیرامون مقاله در شیوه های نگارشی مقالات و رعایت زبان معیار» آن چنان به آقای رضا زرعی تاخته اند که نگو و نپرس! و همین بس که طی ایرادهای خود به این نقد، آن چه را که «جریانیت مشکوک قبل و بعد از انتخابات هیات مدیره دوره اخیر کانون اردبیل» نامیده اند در مقام پاسخ گویی خود به نقد آن بزرگوار آورده اند که بیان این مطالب سهیم و غیر مرتبط به اصل مقاله، برویکردی است غیر منصفانه و غیر منطقی با موازین پاسخ گویی به نقدها، زیرا این گونه واکنش ها در عین حال که از اعتبار پاسخ گویی به نقد می کاهد، خود نمونه ای است برای اثبات نهادینه نشدن نقد پذیری آن هم از سوی برخی حقوق دانان دست اندر کار حق و قانون!

شاپور اسماعیلیان

مرجع اعلام تخلف و کلا

مجله وزین مدرسه حقوق

یا سلام

در شماره ۶۵ مجله از سوی همکار گرامی جناب آقای محمد دولت آبادی از وکلای محترم سندج، یادداشتی زیر عنوان تفکیک قوا در کانون و کلا، درج شده بود، لازم دیدم توضیحاتی درباره آن داده و نظر خود را بیان کنم.

به طور خلاصه دو پرسش مطرح کرده اند: ۱. آیا شکایات و تخلفات و کلا و کار آموزان باستی از کانال ریاست هیأت مدیره به دادسرا ارجاع شود یا دادستان؟ ۲. آیا دادستان در صورت مشاهده تخلفی از یکی از وکلا (و یا کارآموزان)، خود بدون ارجاع رئیس کانون، حق رسیدگی دارد؟
الف: با برداشت همکار گرامی در بخش اول موافقم زیرا در ماده ۶۱ آیین نامه لایحه استقلال بالصراحه آمده که شکایت کتبی در دفتر کانون ثبت و نزد دادستان فرستاده خواهد شد و در پاسخ به کسانی که به رغم صراحت ماده مزبور، معتقد اند شکایات باید به نزد ریاست کانون فرستاده و وی به دادسرا ارجاع دهد و قایلین به آن هم ظاهراً در کانون ها کم نیستند، می پرسیم، ارسال شکایات نزد رئیس کانون به چه منظور و هدفی است؟ اگر قرار است فرد مزبور عیناً به دادسرا ارجاع دهد که کار عبث و زحمت بیهوده است و سودی در آن دیده نمی شود، جز تحمیل کار اضافی بر رؤسای کانون ها که خود کم گرفتاری و مشکل ندارند و اگر قرار است رؤسای کانون ها شکایات را بررسی و هر چه را به مصلحت دانستند به دادسرا بفرستند (منصرف از این که فرصت چنین کاری را کمتر دارند) قطعاً نالی فاسد داشته و کار پسندیده ای نخواهد بود. چه اطمینانی هست که همه شکایات از صافی رؤسای کانون ها بگذرد و سلیقه ای عمل نشود و به دادسرا برسد؟ چه تضمینی وجود دارد که آنان جز شکایات و اعلامات غیر قابل توجه، بقیه را به دادسرا خواهند فرستاد؟

به هر روی، دادسرا و در رأس آن دادستان، شکایات و اعلاماتی را که قابلیت رسیدگی ندارد، تفکیک و درباره آن خود تصمیم می گیرند، باید به اختیارات منصوص اکتفا شود و این از الزامات تفکیک قواست.

ب: با برداشت دیگر همکار محترم که دادستان در صورت مشاهده تخلفی از ناحیه یکی از وکلا، رأساً و بدون ارجاع رئیس کانون، حق رسیدگی دارد موافق نیستیم. نخست به مواد مربوطه در این باب اشاره می نمایم:

۱- ماده ۱۵ لایحه قانونی استقلال «در صورتی که رئیس دادگاه یا دادستان شهرستان ... تخلفی از وکیل مشاهده نمایند که قابل تعقیب باشد باید مراتب را کتبا به دادسرای انتظامی

کانون و کلا اطلاع دهند».

۲- ماده ۲۰ آیین نامه لایحه « رئیس کانون... مرجع رسیدگی به شکایات و اختلافات و کلا و کارآموزان و کارگشایان بوده، می تواند خبط و خطا و انحرافات شغلی آنان را کتبا تذکر دهد و تعقیب انتظامی و کیل متخلف را از داسرای انتظامی بخواهد».

۳- ماده ۶۱ آیین نامه « شکایت از تخلفات و اخلاق و رفتار و کلا ممکن است کتبی باشد یا شفاهی، شکایت کتبی در دفتر کانون ثبت و رسید داده می شود و نزد دادستان فرستاده خواهد شد».

۴- ماده ۶۲ آیین نامه « از هر طریقی اطلاع راجع به تخلف یا سوء اخلاق و رفتار و کیل به رئیس کانون برسد و آن را قابل توجه تشخیص دهد به داسرا رجوع می نماید».

در هیچ یک از مواد پیش گفته که قانون گذار و واضع آیین نامه در مقام بیان بوده اند اسمی از دادستان داسرای کانون، به عنوان اعلام کننده تخلف نبرده اند. ممکن است کسانی تخلفات انتظامی را همانند جرایم فرض کنند که آن چه مربوط به عموم است و جنبه خصوصی ندارد از سوی دادستان یا مدعی العموم طرح و تعقیب می شود که چنین نیست. به گمانم آن بخش از تخلفات را که شاکی خصوصی ندارند حسب مواد ۲۰ و ۶۲ آیین نامه به عهده رئیس کانون گذارده اند و صواب هم همین است که دادستان خود اعلام تخلف نکرده و چنان چه همانند سایر و کلا و دیگر اشخاص به تخلفی برخورد کرد آن را به ریاست کانون گزارش دهد چون و کلا در مقایسه با عموم افراد جامعه بخش بسیار کوچکی بوده و درست نیست که فردی از افراد همان صنف درباره همکار خود اعلام تخلف کرده و خود نیز در مقام مسوول داسرا، اظهار نظر و کیفرخواست صادر کند یا امر به صدور آن بدهد.

به گمانم بحث تخطی و تجاوز از محدوده اختیارات منصوص که در قسمت الف به آن اشاره شد در این جا هم مطرح است و اصلاح است به نص بسنده گردد تا تالی فاسدی حادث نشود و تفکیک قوا در کانون رعایت گردد.

ضمناً یادآور می شوم ماده ۱۳ لایحه قانونی استقلال هم برای اثبات نظریه همکار گرامی وافی به مقصود نیست زیرا ماده مزبور می گوید داسرای انتظامی مرجع رسیدگی به تخلفات بوده که مرجع رسیدگی بودن با مرجع کشف تخلف و اعلام آن تفاوت آشکار دارد.

غلامرضا طوسی

وکیل دادگستری - مشهد

فهرست مقالات مدرسه حقوق

«ساقیا لطف نمودی قدح ات پر می باد که به تدبیر تو تشویش خمار آخر شد ...»

باز دیگر شاهد تحفه، ای نغز از کارگاه کارآمد مدرسه حقوق هستیم: «فهرست مقالات و مطالب» مطبوع در شماره‌های ۱ تا ۶۰ که با اهتمام جناب آقای رضا زرعی ریاست محترم کانون وکلای دادگستری ارتبیل گردآوری شده و با التفات جناب آقای دکتر بهروز نقی‌خانی ضمیمه مجله مستطاب کانون وکلای دادگستری اصفهان منتشر گردیده است.

به پاس تدبیر این بزرگواران در زودن تشویش ره بویان تطریق تحقیق، رقیمه حاضر را جهت سپاس از ایشان خصوصاً جناب زرعی که سلسله جنیان این مهم بوده اند تقدیم داشته‌نظر جمیع هم قطاران ارجمند را به اهمیت کار و تداوم آن با همین شیوه در باب مقالات شماره‌های پسین مجله در آینده جلب می‌نمایم.

مخلص
سینا گلستانی

طنز

محمد رضا محمدی جرقوبه‌ای

خوانندگان محترم مجله مدرسه حقوق

سلام، حالتون چطوره؟ (نتیجه را برای دکتر تقی خانی اطلاع دهید من از ایشان می پرسم) در ادامه سلسله برنامه های تحقیقاتی میدانی، این بار نیز به میان مردم رفته و از ایشان پرسیده ایم:

چرا اختلاس صورت می گیرد؟

قبل از این که ببینم پاسخ مردم به این سؤال چه بوده است، باید خدمت شما عرض کنم که هر گونه شباهت این بحث با حوادث داخلی کاملاً اتفاقی و انتحاری می باشد و این برنامه صرفاً بر اساس مباحث عمیق جرم شناسی، جامعه شناسی، روانشناسی و ... (شناسی های دیگر) صورت می گیرد و قصد ورود به سایر عرصه ها را اصلاً و ابدا ندارد.

شهروند اول:

: چون ما حیوان نیستیم.

خبرنگار: چه ربطی دارد؟

: آخر تاکنون نشنیده ایم حیوانات اختلاس کنند و این وجه متمایز انسان ها با سایر موجودات است.

شهروند دوم:

: چرا صورت نگیرد؟ ... هان؟ از شما می پرسم چرا صورت نگیرد؟

خبرنگار: من چه می دانم

: تو که نمی دانی بی خورد می کنی سؤال می بررسی (یک ضرب سیلی هم به صورت خبرنگار وارد آمد که حق شکایت ایشان محفوظ است)

شهروند سوم:

: سؤال شما سیاسی است، شما می خواهید بگویید دولت ضعیف عمل کرده است ولی کور خوانده اید، رئیس دولت گفت: دولت هیچ نقشی در اختلاس نداشته است.

شهروند چهارم:

: علت روانشناختی و روانشناسی دارد:

خبرنگار: چطوره؟

: متأسفانه این جا قادر به گسترده بحث نیستیم ولی از نظر روانی در یک کلام به تفلوت های فردی بر می گردد که مبحث گسترده ای در علم روانشناسی می باشد.

خبرنگار: چه ربطی دارد؟

: ببینید همه افراد از هوش و استعداد یکسانی برخوردار نیستند، عده ای از بقیه خیلی باهوش تر هستند و در نتیجه این امر صورت می پذیرد.

شهروند پنجم:

مهم نیست چگونه صورت می پذیرد، برای من این سؤال مطرح است که چرا لو می رود؟

شهروند ششم: علت تاریخی دارد؟

خبرنگار: چگونه؟

: ببینید بسیاری از اموال دولتی متأسفانه توسط شاهان سابق از جمله نادر..... یا محمود غزنوی و غیره به زور از ملل دیگر گرفته شده و در نتیجه با آورده را باد می برد یا به قول معروف دزد به دزد زده است.

شهروند هفتم:

چون دولت نیاز به درآمد دارد.

خبرنگار: ببخشید متوجه منظور شما نشدم.

: ببینید یکی از مجازات های اختلاس، محکومیت به جزای نقدی معادل وجه اختلاس شده است. لذا عملاً بوروکراسی اداری زمینه را فراهم می کند تا افراد در تله افتاده و اختلاس کنند و بعد دو برابر از ایشان پس بگیرند و عملاً بدون زحمت ۱۰۰ درصد سود کسب می کنند.

شهروند هشتم:

: مبنای عقلانی و درستی دارد.

خبرنگار: منظور؟

: ببینید اختلاس از ریشه وقت طلاست گرفته شده که به مرور به و سپس اختلاس تبدیل شده است و بر این مبنای استوار است که نباید فرصت را از دست داد چون همیشه این فرصت در دست نیست به قول شاعر

ای که دستت می رسد کن اختلاس

گر نه فردا می شود پول ها خلاص