

۷۷

آذر ۱۳۹۱



خبرنامه کانون و کلای دادگستری استان اصفهان

عنوان مقالات:

با آثاری از:

- بازنویسی یک سخنرانی کوتاه بهزاد احمدی ندوشن
- کودکان حاصل از اهداء گامت ناشناس در تاریکی اختلاف آراء ندا امیدی فر
- شیر بی یال و دم واشکم که دید دکتر غلامرضا طیرانیان
- مجلس شورای اسلامی بارقه امید کانون و کلای دادگستری حسین زارع
- پژوهشی بر مخالفت شرط ضمان امین با ذات عقد و یا شرع علی فتحی
- اصفهان، پایتخت و کالت ایران زهرافتی هف高尚ی
- کمک های بشردوستانه؛ حق قانونی یا اخلاقی؟ فرشید قولادی نژاد
- نقد و بررسی لایحه جامع و کالت محمود قدوسی
- قاچاق کودک محمد کاکاوند
- ماهیت قراردادهای منعقده در شرکت های هرمی کاظم کاظم زاده
- پرسش بنیادین در «وکالت» رویا کریمی دهکردی
- درنگی بر لایحه قضازدایی و حلف برخی عنوان مجرمانه از قولین دکتر سید نصر الله محبوبی
- وقف اموال توسط اشخاص حقوقی محمد رضا محمدی جرقویه ای
- لایحه ای آینین دادرسی کیفری (۱۳۸۶) در بوتی نقد و بررسی لیلا نعمتی
- محض اطلاع زینب نوروزی
- طنز گودرز نیازی
- زینت هاشمی



صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان
مدیر مسئول: مصطفی انوری زاده
روشن: خبری - آموزشی
ترتیب انتشار: ماهانه
امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی
گرافیک و صفحه آرایی: وهاب یمانی - مائدۀ حائریان
محتری چاپ: شرکت انتشارات فرزانگان زاینده رود
لیتوگرافی: سروش
سایر همکاران: مسیح لله میرزا نی، شیرین شریف زاده
لهم پر غلام حسین، محبوبه فراص،
مهدخت داشن، زهرا صادقی،
روح‌له محمدی و محمدنیک آبدی

نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر
کد پستی: ۸۱۰۷۱۱۳۹
تلفن: ۰۳۱۹۰ فکس: ۰۳۱۹۶

آراء نویسنده‌گان، دیدگاء، «مدرسه حقوق» نیست.

زیر نظر:
دکتر بهروز تقی خانی
b.taghikhani@yahoo.com

- ۲ دکتر غلامرضا طبریانیان
بازنوسی یک سخنرانی کوتاه
- ۷ محمود قدوسی - زینت هاشمی
کوکاکان حاصل از اداء گامت ناشناس
در تاریکی اختلاف آراء
- ۱۶ محمد کاکاوند
شربی بمال و دم و اشکم که دید
- ۱۹ ظاظم کاظم زاده
مجلس شورای اسلامی بارقه امید کانون وکلای دادگستری
- ۲۳ دکtor سید نصرالله معقوی
پژوهشی بر مخالفت شرط ضمانت این با ذات عقد و با شرع
- ۳۳ دکتر غلامرضا طبریانیان
اصفهان پایخت وکالت ایران
- ۴ ندا امیدی فر
کمک‌های پسردستانه: حق قانونی یا اخلاقی؟
- ۵۰ علی فتحی
نقد و بررسی لایحه جامع وکالت
- ۵۶ زهرا فتحی هنجهانی - روزی کربی دهکردی
قاچاق کودک
- ۶۹ زیب نورووزی
ماهیت قراردادهای منعقده در شرکت‌های هریس
- ۸۰ فرشید فولادی فراهان
پرمش بنیادین در «وکالت»
- ۸۵ بهزاد احمدی ندوشن
درینگی برای لایحه قضایی و حنف برخی عنایون مجرمانه از قوانین
- ۹۰ حسین زارع - گودرز نیازی
وقایع اموال توسط اشخاص حقوقی
- ۹۹ لیلانفستی
لایحه‌ی آینین دادرسی کیفری (۱۳۸۶) در بونه‌ی نقد و بررسی
- ۱۱۱ محض اخلاق
۱۱۲ طنز

نقل مطالب «مدرسه حقوق» بلا هائج است. حتی بدون ذکر مأخذ. فقط لحن کنید و اسم نویسنده را از قلم نبندارید. ممنون

بازنویسی یک سخنرانی کوتاه

دکتر غلامرضا طیرانیان

آن چه می خوانید، متن سخنرانی جناب آقای دکتر غلامرضا طیرانیان است در دومین اجلاس کنگره ملی و کالا (۲۷ مهر ۹۱- اصفهان) که توسط خود ایشان بازنویسی شده.

مدرسۀ حقوق

دوستان عزیز، از صبح امروز پنجشنبه ۲۷ مهر ماه سال ۱۳۹۱ تاین لحظه که ساعتی از غروب آفتاب می گذرد در چهار جلسه پی در پی، شما قریب ۱۸ یا ۱۹ سخنرانی شنیده اید. جناب آقای دکتر تقی خانی دیبر محترم کنگره ملی و کالای دادگستری ایران امر فرموده اند که من آخرین سخنران اجلاس دوم این کنگره باشم. در نتیجه عرایض من یا بر مال شما می افزاید و یا خستگی را از وجود شما می زداید. عرایض من یا شما را می رنجاند و یا دل های شما را می راید. قضایت با شماست.

بسم الله الرحمن الرحيم. يا عرضن سلام خدمت همکاران گرامی، خانم ها و آقایان و کالای محترم دادگستری سراسر کشور، به رسم ادب و به حکم وظیفه بر خود واجب می داشم بار دیگر درود پفرستم به اصفهان، سرزمین مردمان غیرتمدن و سیاسکاری کنم از کانون سرافراز و کالای دادگستری منطقه اصفهان، تلاشگر و فداکار در راه صیانت از استقلال وکیل دادگستری و کانون های و کلا. این اصفهان است که مرکز کانون های و کالای دادگستری ایران است. مرکزیت تنها به پایتخت نشینی نیست. مرکزیت آن جاست که همت ها، عزم ها و شجاعت ها برای تحقق هدف نهایی جامعه و کالت متمن کر می شود.

- * اگر نبود کانون و کالای دادگستری اصفهان و تلاش مستمر آن،
- * اگر نبود مجله وزین و بالرژش و قدرتمند «مدرسۀ حقوق» که هر ماه بدون وقفه و با هزینه سنگین و با این گرانی قیمت ها که همه می دانیم، چاپ و منتشر می شود، ولی رایگان و سخاوتمندانه برای کلیه و کالای دادگستری سراسر

ایران پست و ارسال می شود.

* اگر نبود کنگره ملی و کلای دادگستری، بن نهاد تازه تأسیس ولی مقنن که بدون وابستگی به کانون های و کلای اتحادیه سراسری کانون های و کلای، دو سال است فعالیت خود را آغاز کرده و با صلاحت به پیش می رود و اجلس نخست در سال ۱۳۹۰ و اجلس شکوهمند دوم آن امروز در زیباترین و باشکوه ترین و پرهزینه ترین اقامتگاه اصفهان و بنکه ایران با همت جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی و کانون و کلای اصفهان برگزار می شود، همکاران عزیز آبایه واقع ما وسیله مؤثر دیگری داشتیم که این جنبه صنایع یکدیگر را بشنویم و از آن همه رأی و عقیده و پیشنهاد و انتقال سازنده جامعه و کالت دادگستری آگاه شویم؟ آبایه واقع هیچ وسیله مؤثر دیگری در اختیار داشتیم که اعتراض بلند و اتز جار عمیق خود از تصمیم سازن بر ضد و کالت دادگستری را براز کنیم؟

جناب آقای لوری زاده، ریاست محترم کانون و کلای دادگستری اصفهان افربن بر عزم راسخ و اراده استوار شما و مسیری را که برای حفظ استقلال و کالت به درستی انتخاب کرده اید و در این راه قدم هایی تبت بر می دارید. و کلای دادگستری ایران از شما می خواهند گام های خود را همچنان استوار بردارید تا وصول به هدف نهایی - تحسین و هزاران تحسین بر گروه سخت کوتی از و کلای دادگستری اصفهان که با هدایت و مدیریت جناب آقای دکتر تقی خانی این مردم مقنن به هدف و با قدر دادگستری ایران که درهای «مدرسه حقوق» را بر روی و کلای دادگستری گشوده و ما و کلای دادگستری را با روی باز درون این مدرسه پذیرفته و مقالات و دل نوشته های همکاران خود را بدون حذف حتی یک کلمه و یک حرف با نهایت شهامت چاپ و منتشر می کنند.

به یمن درج مقالات کثیری در سال جاری تاکنون در مجله مدرسه حقوق اطهیان داریم که تمامی و کلای دادگستری ایران، پیر و جوان از وجود «لایحه و کالت رسمی» مطلع شده و به خوبی می دانند که هدف تدوین کنندگان آن و ارائه کننده به قوه قضائیه چیزی نیست جز اتهدام بنای با صلاحت و با عظمت استقلال و کیل دادگستری و کانون و کلای به خوبی می دانند که اگر این لایحه چهره و قیافه قانون به خود بگیرد - عرض می کنم چهره قانون به خود بگیرد - زیرا مصوبات و مقررات، زمانی قانون به مفهوم حقیقی است که بر پایه عقل و حق و بر مدار عدالت تصویب شود و آن هم به ظاهر قانون است اما قانون بد. به هر حال اگر این گونه که هست به تصویب برسد، من و شما و تمامی و کلای دادگستری به عنابر فالقد هر گونه اراده تبدیل خواهیم شد مانند ماشین های الکترونیکی که دیگران ماراز راه دور هدایت خواهند کرد و نام «وکیل رسمی» خواهیم یافت و باید بر روی خطوطی حرکت کنیم که پیش روی و کالت «رسمی» می کنند و در صورت ذره ای تخطی از این خطوط رسمی با تیشه غضب ریشه حیات اجتماعی و اقتصادی ما را قطع خواهند کرد و اگر با غل و زنجیر و جبس و تبعید نبرند ناکزیر برای امداد معاش بر روی چهارپایه ای در کنار پیاده روی ساختمن دادگستری به افتخار عربیضه نویسی نائل خواهیم شد. آن هم بس از چند روزی، مأمورین شهرداری به علت سد معبر، بساط عربیضه نویسی ما را جمع اوری و به انبار شهرداری خواهند برد!

فرصت اندکی ولی بالرzes از وقت گرانبهای کنگره ملی و کلا قریب ۲۰ دقیقه برای تقدیم عربیضم در اختیار من گذاشده شده که از آن باید حداقل استفاده را بنمایم، لذا از بحث پیرامون مقالا و مواد «وکالت سوز» لایحه

جامع وکالت رسمی می گذرم و سعی دارم در این مدت کوتاه ریشه یابی کنیم علل خصوصت و ضدیت با وکالت دادگستری را. این نظام جمهوری اسلامی ایران نیست که قصد سرکوب استقلال وکالت دادگستری را دارد. وکالت دادگستری ایران در محاصره فشرده بدخواهانی است که برخی کم تر و بعضی به شدت تمام نمی توانند استقلال وکیل و کانون وکلا را تحمل کنند این گروه های معاند که دشمن نظام جمهوری اسلامی ایران نیز هستند و خود را به قیافه دوستداران و طرفداران نظام معرفی می کنند، هر روز آئین نامه و لایحه ای را تدوین و ارائه می کنند:

گروه اول - دشمنان وکالت. وقتی سما وکیل دادگستری با جدیت تمام و با پیغام از داشت حقوقی خود حقوق از دست رفته موکل خود را اجبار و خصم متجاوز به حقوق موکل خود را بر یک دادرسی علاوه شکست می دهد بنایند که به شدت خشم متجاوز را متوجه خود می کنند او موکل شما را رهایی می کند و تمام خشم خود را بر سما فرود می آورد. و معتقد است اگر سما در دادرسی حضور نداشتند و از موکل خود حمایت نمی کردند تجاوز او همچنان مخفی می ماند و حقیقت بر قاضی کشف نمی شد و موکل شما را بر دادرسی نیز شکست می داد. یعنی اگر وکیل در سال حقوق ۱۰ موکل را استینفا کند و اگر جامعه وکالت جمعاً در سال صد هزار موکل را با دست یابی به حقوق خود بیرون کند. قطعاً و ناگزیر در آن سال یک وکیل، ده دشمن و جامعه وکالت صد هزار بدخواه وکالت در برابر خود قرار داده که با وکالت مبارزه می کنند.

گروه دوم - کسانی هستند که تنها در کشور ایران مخالف کانون وکلای دادگستری هستند. همکاران در سن و سال من دیده اند و به خاطر دارند و کلای جوان بلاند که وکلای دادگستری در گذشته و در سال های طولانی از اداره کانون خود سخت محروم بودند و کلای جوان و سیل و کلای دولت و با ابلاغ قوه قضائیه اداره می شد. در این ایام قارع التحصیلان داشکده ها و مدارس عالی حقوق باداشتن شرایط لازم و کاملاً برای اخذ پروانه وکالت دادگستری به کانون وکلا مراجعه می کردند. ولی با درهای بسته کانون و پاسخ منفی آن رو به رو می شدند. بر تامه از قبل تدوین شده بود که این منقضیان بروانه وکالت مأمور و خشمگین امید خود را از کانون وکلای دادگستری قطع کنند و برای اخذ پروانه وکالت به هر قیمت، به نهاد دیگری روی اورنده رهنده دولتی. این گروه از مخالفین کانون وکلای دادگستری، یا به گذار تصویب ماده ۱۸۷ قانون برتابه سوم توسعه کشور بودند. با وجود این ماده و نهاد موازی در برابر کانون وکلای دادگستری سهل و کلای بدی در برابر وکالت اصلی روانه عرصه وکالت شدند. وقتی اعتراض می کنیم به ماده ۱۸۷، برخی سطحی نگران که قدرت دیدن عمق را ندارند می گویند سما وکلای دادگستری و کانون شما با انحصار طلبی در تأسیس ۱۸۷ و مرکز مشاوره خود «قصر بودید و اگر فارغ التحصیلان حقوق را به جامعه وکالت جنب می کردید ماده ۱۸۷ به وجود نمی امد. اینان غافل اند که در آن ایام امور وکالت در دست دولت بود و کلای در اداره کانون اختیاری از خود نداشتند. گناه را بی جهت بر وکلا بار نکنید.

گروه سوم - کسانی هستند که تنها با وکالت دادگستری در عناو و خصوصت نیستند آن ها با حق در تضاد هستند و چون وکالت دادگستری مظاهر حق است با وکالت نیز به مبارزه برمی خیزند. اینان بنا و بقاء زندگی خود را بر تصاحب و چیاول ماحصل ثروت ملت قرار ناده و با شیوه ای اقتصادی و بازور و فربی و مفتخاری صاحب ثروت و قدرت شده اند. این ها همان کسانی هستند که «اولیاء هم الطاغوت یخرجنهم من النور الی الظلمات» می باشند. درخشندگی و نور حق چشمان آن ها را خیره و تیره می کند و مانند خفashان کور دل و کور چشم به غارهای تاریک می گریزند و از آن جا مقررات ضربه به حق و وکالت دادگستری را هدایت می کنند.

گروه چهارم - افراد خودخواهی هستند که جز محبوبیت خود در جامعه و افکار عمومی، محبوبیت هیج شخص و گروه دیگری را تحمل نمی کنند و توئایی گروهی را که ممکن است در محبوبیت رقیب آن ها شوند در نظره خفه می کنند و نمی گذارند از قوه به فعل درآید این گروه از دید جامعه مخفی هستند و مخفیانه عمل می کنند و کم ترین میازه آن ها با وکالت دادگستری که سخت ترین رقیب آن ها هستند با سلطه به رسانه های مکتوب و صوتي و تصویري و در داستان ها و سریال ها، سیماپي تیره و شبستانی از وکلای دادگستری به جامعه و افکار عمومي ارائه می کنند که وکيل دادگستری عنصری طماع و فربیکار است و القاء می کنند که مردم در برابر وکيل دادگستری مراقاب خود پاشند، استدلال وکيل دادگستری را بازی با کلمات و برهان منطقی وکيل دادگستری را مغلطه و سفسطه می نامند چون به خوبی می دانند وکيل دادگستری با تلاش و فناکاري برای احیاء حق موکل زندگی و شادابی را به او و خانواده او باز می گردانند . طبعاً موکل ، روستای موکل ، محله موکل ، شهر و استان موکل شیفتنه اين وکيل می شوند و وکيل به رقیب غیرقليل رقبت این گروه بدل می شود . هه جامعه وکالت و هم بزرگان نظام نباید از وجود این معاندین که دشمن وکالت و دشمن نظام هستند غافل شویم و آنان را دوستان و طرفداران نظام بدانیم ، هر چهار گروه را بخوانید، ماده يك لایحه جامع وکالت رسمی را این ها می گویند اگر ما دست و پای وکيل می بندیم اگر زبان وکيل راقطع می کیم اگر قلم وکيل را می شکیم فقط برای اجرای سیاست کلی نظام است . سیاست کلی نظام را سیر خود قرار می دهنده و در پس این سیر، نیات پلید خود را مخفی می کنند . می گویند عليه وکالت و استقلال آن، مقررات و قانون تدوین و تصویب می کنیم و به این منظور به اعضاء بزرگان نظام می رسانیم از من کهنه وکيل با تجربه بشوند، این دشمنان دوست نما را شناسابی کنند و به آن ها میدان تدهند تائیت های سوء خود را در ضدیت با وکالت دادگستری به نام نظام و سیاست کلی نظام القاء کنند، این خلیم است به وکالت، این ظلم است به نظام جمهوری اسلامی ایران .

چه کسی باور می کند نظام جمهوری اسلامی که دارای قانون اساسی مدون است و در این قانون حق دفاع و حق بهره مندی از دادرسی عدالت از بدبیهی ترین و طبیعی ترین و اسلامی ترین و انسانی ترین حقوق ملت و از آثار کرامت احلا مزدم است حاضر شود به نام سیاست کلی نظام این حق را از ملت سلب کند و متصلیان و متولیان اعمال این حق را از آزادی ، استقلال و شجاعت محروم سازد . از جمله ترفند های دشمنان وکالت و نظام انتخاب زمان و شرایط کشور برای ارائه مقرراتی است که تدوین می کنند . همه به خاطر داریم که این نامه کنایی سلب استقلال از وکالت دادگستری را زیمانی ارائه نمودند و به امضاء ریاست محترم وقت قوه قضائیه رساندند که کشور دچار بحران پس از انتخاب سال ۱۳۸۸ بود با این کمان باطل که وکلای دادگستری از یهیم اتهام اختلال در آرامش کشور خفه شوند و این نامه را تحمل کنند ولی نمی دانستند و غافل بودند که وکيل دادگستری این ترفند را خشی می کند وکلای دادگستری خواهان حفظ آرامش کشور و زندگی مردم هستند . بسیار عاقلانه عمل کردنده به جای نقض آرامش قلم به دست گرفتند و زبان اجرای این نامه را گوشزد کردنده کافون ها در نهایت آرامش بیانه صادر کردنده تا آن جا که ریاست محترم وقت قوه قضائیه مدبرانه تصمیم به موقف اجرای این نامه اتخاذ نمودند . پس از تصویب قانون برنامه پنجم توسعه کشور، یک سال فرصت داشتند مقررات جامع وکالت را تدوین کنند و به امضاء قوه قضائيه برسانند . تدوین این لایحه که با مختصر تفاوت دقیقاً و عیناً همان این نامه متوقف الاجرا است را می توانستند در ظرف حداقل یک ماه به اتمام برسانند و ارائه کنند . ارائه آن را به تأخیر انداختند و اناختند تا این زمان که کشور بیش از بیش به علت تهاجمات تبلیغاتی بیگانگان به آرامش بیش تری نیاز دارد . باز به همان نیت، لایحه را در این بحران را به نمودند با این اندیشه که وکلای دادگستری مجبور به پذیرفتن از خواهند شد والا متهم به اخلال

در ارامش کشور می شوند. وکلای دادگستری مانند گذشته با تکیه بر عقل و دانایی ضمن حفظ و احترام به آرامش کشور در مسیر استفاده از حقوق قانونی خود، نکات ویران گر این لایحه را به سمع و نظر بزرگان نظام می رسانند و نشاء. بار دیگر این ترقند دشمنان نظام و دشمنان وکالت ختی خواهد شد.

اگرما در این جلسه و در جلسات دیگر و در مقالات و بحث ها سخن ازو وکالت دادگستری و وکیل دادگستری می گوئیم شکی نیست که منظور وکالت سالم و وکیل صالح است. منظور حمایت از وکالت فاسد و وکیل ناصالح نیست که آنان را به درون وکالت نفوذ داده اند. این وکلای ناصالح نیز از دشمنان وکالت سالم اند. بدحواهن وکالت با وکالت فاسد دشمنی و ضدیت ندارند بلکه با آن ها در تبانی و در آغوش یکدیگرند و از امیزش برای تأمین منافع یکدیگر لذت می برند ولی وقتی می خواهند وکالت صالح را سرکوب کنند وجود همین وکلای ناصالح که دست در دست یکدیگر دارند را دستاویز ضدیت با وکالت قرار می دهند. عقاید جامعه فربی این دسیسه کاری ها را نمی خورند در حالی که در تمام افشار و مشاغل مادی و معنوی از این نوع مفسرین کم و بیش یافت می شوند و اختصاص به وکالت دادگستری ندارند.

همکاران عزیز وقت من رو به پایان است. ساعات و دقایق کنگره ملی وکلای دادگستری ایران نیز پایان یافته است. دوستداران نظام جمهوری اسلامی ایران می دانند که ممکن است درین این دشمنان نظام و دشمنان وکالت دادگستری، تعدادی نیز دوست نظام باشند ولی ناگاه از مصالح واقعی نظام، اگر این دشمنان دانا و دوستان نادان دست به دست هم دهنده زیان حق دفاع و حق بهره مندی ملت از دادرسی عادلانه است. دشمن دانا بلندت می کند بر زمین ات می زند نادان دوست. دشمنان وکالت دادگستری تدبیر و شعار «به مرگ می گیریم تا به ترب رضایت دهنند» را پیش گرفته اند و امیدوارند که لایحه جامع وکالت رسمی عیناً ما همین ماد به تصویب بررسد تا ثابت بیاورند وکالت را در آن حمل کنند و لات تحمیل کنند. جامعه وکالت دادگستری با صنایع بلند می گوید نه تنها به مرگ بلکه ما به ترب در پائین ترین درجه آن نیز رضایت نمی دهیم. استوار می ایستیم و به سوگند خویش اسواریم و به مزایا و امتیازاتی کمتر از اینچه لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری به جامعه وکالت اعطای کرده رضایت نخواهیم بلکه با پایمردی و پافشاری، خوهان لغو و نسخ موادی از قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری هستیم که اختیار وکلا را در انتخاب آزاد مدیران کانون ها محدود کرده است.

ما جامعه وکالت ایرانی را از صالحین می دانیم وکلای ناصالح نفوذ داده در جامعه وکالت را از خود نمی دانیم و به خود اجازه می دهیم که به وکلای صالح درود بفرستیم و با صدای بلند بگوئیم: السلام علینا، سلام بر ما وکلای صالح دادگستری، السلام علینا و علی عبادا... صالحین. با آرزوی موفقیت روز افزون برای کانون توامند وکلای دادگستری اصفهان و ادامه اجلاس های اینده کنگره ملی وکلای دادگستری ایران. عرضی تمام شد السلام. موفق و مؤبد باشد.

کودکان حاصل از اهداء گامت فشناس در تاریکی اختلاف آراء

محمود فدوی ■ فریبت هاشمی

چندی پیش در یکی از شعب خانواده دادگستری اصفهان، دعوا بیانی مطرح شد؛ مبنی بر نفع نسب طفلی که حاصل تلفیق تخمک مادر با اسپرمی اهایی (ناشناس) بود این دعوا در حالی از سوی مادر مطرح و منجر به صدور رأی قطعی گردید که والدین از یکدیگر جدا و به لحاظ سلب حق ملاقات طفل از پدر و در پاسخ به آن، اقدام به این امر نشده بود. صرف نظر از این که رأی له یا علیه چه کسی اصدار یافته هدف غایی این نوشتار اشاره به تشتبه آراء و نظریه‌هایی است که بین قضات محترم شعب خانواده دادگستری اصفهان در این خصوص وجود دارد؛ به نحوی که چنانچه همین دعوا در شعبه دیگری مطرح می‌گردید چه بسانجامه منقلب، و کودک سرنوشت دیگری می‌یافتد.

آنچه در این راستا مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد، این است که آینده کودکی به لحاظ سکوت، نقص و ابهام قانون، در تاریکی محض اختلاف آراء قرار می‌گیرد. قانونگذار و دیوان عالی کشور نیز تاکنون در این خصوص چاره‌ای نبایدشیده‌اند. کلام اصل و قاعده حقوقی و درجه مصالح و منافع کدامیک از طرفین دعوا بایستی بر این تاریکی نور بیافشاند و بدان تباتی همیشگی بخشد؟ برای پاسخ به این سوال، نخست، نظری بر قانون «تحوه اهداه جنین به زوجین نابارور» می‌اندازیم، سپس ضمن بررسی تعریف حقوقی نسب در قانون مدنی و فتاوی برخی مراجع عظام در این خصوص و طرح مشکلات ناشی از تشتبه آراء، در نهایت، رازیه دید را به سمت مسائل روانشناسی گردانیده، با ارائه راهکارها و قوانین کشور فرانسه، نتیجه گیری می‌نماییم. اشاره به این مهم، «حالی از فایده نیست که محور جهت گیری در این نوشتار مصالح و منافع کودک و سرنوشت او در صورت طرح دعوا نسب خواهد بود»

قانون تحوه اهداه جنین به زوجین نابارور

مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۷/۰۵/۱۲ قانون «تحوه اهداه جنین به زوجین نابارور» را به تصویب رساند، و آیین نامه آن نیز در سال ۱۳۸۳ تصویب و منتشر شد. تصویب این قانون گام مهمی در تحول حقوق ایران در حل مسائل مربوط به انتقال جنین و بعد مختلف حقوقی آن به شمار می‌رود اما در مواردی دارای نقاوص، کاستی‌ها و لیهامت قابل توجهی است، یکی از لیهامت از ماده بک این قانون ناشی می‌شود که به موجب آن مراکز تخصصی ناباروری ذی صلاح، مجرز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از

تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعاً پس از موافقت کبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات بیشکن، نایابور اینها (هر یک یا به تهابی) به اثبات رسیده؛ اقدام نمایند.

ملاحظه می شود که مطابق این ماده، تنها انتقال جنین های حاصل از تلقیح خارج رحم اسبرم و تخمک مرد و زنی که میان آنها رابطه زوجیت قانونی و شرعاً (اعم از دامنه یا موقت) وجود دارد تجویز شده است و نسبت به سایر فروض تولید مثل با کمک بیشکن از حمله اهدای اسبرم یا تخمک اشخاص بیگانه با جنین حاصل از گامت های بیگانه ساخت است. به نظر می رسد قانونگذار در این حکم، جانب اختیاط رارعایت کرده است و به منظور پرهیز از شباهه تحریم ترکیب اسبرم و تخمک بیگانه مقرر داشته است که صاحبان اصلی جنین، الزاماً باید زن و شوهر قانونی و شرعاً باشند. این اختیاط پسندیده است، هرچند که دلیل محکمی بر تحریم لفاح اسبرم و تخمک بیگانه وجود ندارد و مقتضای اصل برآشت عقلی و شرعاً نیز حوازن آن است^۱ و چنان که شرح آن خواهد آمد بر تجویز آن نیز برخی از فقهاء معاصر نظر مساعد دارند.

ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نایابور نیز مقرر می دارد: «وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین و طفل متولد شده از لحظه نگهداری و تربیت و نفقة و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» شایان ذکر است که عبارت این ماده مشابه عبارت ماده ۱۱ «قانون حمایت از کودکان بین سریرست مصوب ۱۲۵۳» است، با این تفاوت که در قانون اخیر، عبارت «ظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر» ذکر شده بود، که در قانون اهدای جنین، عبارت «وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر» آمده است.

به هر حال قانونگذار در این قانون تسبیت به موضوعاتی مانند تسبیه ارت، محرومیت، ولايت قهری که از آثار نسب مشروع است، سکوت اختیار کرده و معرض آنها نشده است، و تنها مواردی را به صورت حصری به عنوان وظایف و تکالیف زوجین در قبال طفل متولد شده از طریق جنین بیان کرده است.

با این اوصاف نمی توان از این قانون برای تعیین تکلیف کودکان حاصل از گامت ناشناس استفاده کرد، چه رابطه زوجیت مورد اشاره بین اهله کنندگان گامت به هیچ روی مابین گیرنده گامت و اهله گننده آن وجود ندارد. تنها وجه مشترک و قابل استناد در این خصوص را باست در مواد ۳ و ۱۰ آین نامه اجرایی این قانون حستجو کرد آن جا که متذکر می شود: اطلاعات مربوط به جنین های اهدایی به کلی سری طبقه بندی می شوند و ارانه مدارک و اطلاعات مربوط به اهداکنندگان و دریافت کنندگان جنین اهدایی تنها با رعایت قوانین مربوط به حفظ و نگهداری اسرار دولتی و به مراجع قضایی صلاحیت دار مجاز می باشد. مجھول مائن صاحبان جنین و دریافت کنندگان آن که در این مورد نیز رعایت می شود، در اصل می تواند امنیت روانی و اجتماعی طفل و زوجین دریافت کننده جنین را به خوبی تأمین کرده و مانع بزرگی بر سر پیادش دعاوی احتمالی نسب گردد.^۲ مانع که به نظر در وضعیت هداء گامت ناشناس چنان کارایی نداشته و پیرو اختلافات حاصله بین زوجین تبدیل به حریه مناسبی برای انتقام جویی و وجه المصالحه قرار دادن کودک نیز شده است. در خصوص جنین اهدایی مسلم‌آخراج دعوای نسب به سود هیچ یک از والدین حکمی طفل نمی باشد؛ چه، طبق قانون برخی از آثار نسب به طور کامل برای والدین حکمی (گیرنده جنین) مقرر نگردیده است؛ اما حداقل مقرر در ماده ۳ نیز مانع از آن می شود که هر یک از والدین با طرح دعوای نفی نسب امتیازی ویژه برای خود کسب کند، در حالی که در خصوص کودکان حاصل از گامت ناشناس، طرح این دعواه می تواند به نفع کسی تمام شود که صاحب تخمک یا اسبرم می باشد. در اینجا نمی توان از قانون نحوه اهله جنین به زوجین نایابور برای تعیین تکلیف وضعیت نسب یا حداقل تعیین برخی تکالیف و وظایف والدین بهره ای بردن و با توصل به قانون مدنی و قوانوی مراجع تقلید نیز چنان که در بخش بعدی توضیح خواهیم داد؛ این ابهام و

۱- علوی قزوینی، سید مالی، شرح و بررسی قانون «تحمود اهدای جنس به زوجین نایابور»، نشریه: های حقوقی‌علومی، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۰، ص ۱۵۱.

۲- صفار، محمد حماد، قانون تحمود اهدای جنس به زوجین نایابور در موته اند و نحلل، نشریه تحفقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره ۳۶، ص ۲۳۰.

قانون مدنی

تعريف نسب در قانون مدنی ایران رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می کند. این رابطه چنانچه قانون آن را به رسمیت یشناسد مشروع و قانونی است و در غیر این صورت نامشروع می باشد. فرزند مشروع طبق ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی طلقی است که اولاً در زمان زوجت والدین و تانياً در فاصله ای که کمتر از شش ماه و بیش تر از ده ماه از تماس جنسی و نزدیکی پدر و مادر نگذشته باشد متولد گردد. این ماده در حقوق ایران به «amarه فراش» معروف است و اثبات خلاف آن با دلایل محکمه پسند امکان پذیر است.

گاه اتفاق می افتد که زن و مردی غریبه با اعتقاد به رابطه زناشویی با یکدیگر امیزش می کنند، به این تماس در اصطلاح حقوقی «نزدیکی به شبیه» گویند طفل ناشی از اشتباه دو طرفه، ملحق و منسوب به هر دو طرف بوده و فرزند قانونی آن هاست. اما آگاهی هر یک بر عدم وجود رابطه زناشویی مانع از انتساب به وی خواهد بود و فرزند تنها نسبت به کسی که در اشتباه بوده مشروع تلقی می گردد. ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبیه فقط ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو طرف در اشتباه بوده اند، ملحق به هر دو خواهد شد».

تنها موردی که در آن نسب طبیعی مورد شناسایی قرار نگرفته مربوط به زنا است (ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی)^۳ که به سبب عدم وجود رابطه جنسی مشروع بین پدر و مادر و در صورت آگاهی بر این امر، طفل به هیچ یک از اشان ملحق نمی گردد. در غیر این مورد هر نسب دیگری مشروع و معتبر محسوب می گردد. در این خصوص قانون مدنی از فقه امامیه تبعیت کرده است و بر مقررات آن، چیزی نفیا یا اثباتاً نیافروده است^۴.

در فرض ما، علی الاصول و به اقتضای قاعده فراش، طفل ناشی از تلقی به شوهر آن زن ملحق می گردد (والدین حکمی یا گیرنده‌گان گامت لهدايی). بدینهی است شرایط تمسک به قاعده فرنش در این فرض نیز لازم الرعایه نست. بنابراین هرگاه به موجب قاعده فراش و بر اساس ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی بتوان قاعده مجبور را اعمال کرد، نمی توان طفل را به صاحب نطفه تزریق شده ملحق دانست و تنها انجام عمل تلقی مانع از اجرای قاعده مجبور نیست، زیرا ماده مرقوم چنین اقتضایی دارد.

اما چنانچه امکان اعمال قاعده فراش به هر دلیلی میسر نشد. در این فرض، تشت آراء نسبتاً زیادی وجود دارد، لذا کوشش می شود مصاديق متوجه به تکییک، بررسی و حکم هر کدام به طور جداگانه اورده شود. در این حالت دو اندیشه متفاوت وجود دارد.

اندیشه نخست: مطابق این برداشت، ملاک اصلی الحق نسب بین طفل و شخص یا اشخاص دیگر، پیدایش او از نطفه ایشان است، و جز در مورد زنا، مانع برای انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تكون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. این اندیشه بر دلایل زیر مبنک است.

اولاً: طفل، حاصل نطفه مرد و زنی است که گرچه رابطه زناشویی بین آنان برقرار نیست؛ اما مشمول ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی که مقرر می دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود» نمی باشدند و در نتیجه طفل، ولد ناشی از زنا نیوده و عرفان فرزند آن دو به حساب می آید. ثانیاً: روایتی از امام حسن مجتبی (ع) نقل شده که به صحیحه

^۳- طبل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود.

^۴- شهدی، مهدی، و مست خیوقی کودک، از مابینکنی، موجود در سایت ۲۸۱-<http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.aspx?id>

این مسلم معروف است و به موجب آن تسب فرزند ناشی از مساققه زن شوهردار با دختری بیگانه را به شوهر و زن بیگانه محلق داشته‌اند.^۵

با پذیرش این تفسیر، طفل ناشی از اهداء گامت ناشناس، تنها به کسانی منتب خواهد بود که از نطفه آن ها شکل گرفته است. در این جا نسب طفل از یک سوبه یکی از والدین حکمی و از سوی دیگر به اهدا کننده ای می‌رسد که هویت وی نامشخص و هیچ تمايل و قصدی نیز برای داشتن فرزندی که به او تسبت می‌دهند و قبل تکاليف ناشی از آن را ناشته است. تکاليفی که از جمله آن، نگاهداری و تربیت کودک، الزام به اتفاق، ولابت قهری پدر و جد بدري، توارث و حرمت نکاح است.

اندیشه دوم؛ صاحبان این اندیشه علی الاصول نسب طفل را (در فرض مورد بحث) به پدر و مادر طبیعی ملحق ناشته و وضعیت کودک را با کودک ناشی از زنا مقایسه نموده و در حکم زنا می‌دانند. البته اندیشممندان گروه اخیر دارای دو دیدگاه مختلف هستند. به موجب یکی از این دو دیدگاه اگر صاحبان نطفه یا یکی از آنان ناگاه بر بیگانه بودن صاحب نطفه یا رحم باشند، طفل در حکم ولد به شبهه تلقی گردیده و احکام شیوه بر او بار می‌گردد. زیرا آنجا که مرد و زنی اجنبی به تصور اینکه بین آنان رابطه زوجیت وجود دارد مبادرت به مقایسه نموده و صاحب فرزند شوند، نسب این فرزند به آنان محقق می‌گردد. به طریق اولی آنچه که فرزندی از لفاظ مصنوعی بین دو بیگانه که جا هل به ناشتن رابطه زوجیت اند با به عرصه وجود گذاشت باید به آن دو ملحق شود. اگر جهل به بیگانگی رابطه، یک طرفه باشد، احکام نسب به طور یک جایه برقرار می‌گردد. اما بر اساس دیدگاه دیگر (به شرحی که گذشت) در فرض بیگانگی زن و مردم مطلق رابطه نامشروع است و تبیخت رابطه طبیعی و بیگانه برقرار نمی‌گردد و اگهی وعدم آگاهی صاحبان نطفه را مؤثر در مقام نمی‌دانند. عدمه استدلال این نظریه آن است که استثناء نمودن زنا از انساب طبیعی، شارع و قانونگذار را از هدف دور می‌سازد، زیرا علاوه بر زنا در معنای خاص، راه‌های دیگری تبیخت برای حفظ رابطه ازاد زن و مرد و تولید تاسیل وجود دارد و زنا نمونه شایع رابطه نامشروع دو جنس مخالف است. والا رابطه دیگری تبیخت وجود دارد که ولد مصالق کامل زنا محسوب نگردد؛ اما از جهت ایراد خدشه به اصل تحفظ یا عفاف بازنا در معنای خاص تقاوی چندانی ندارد. به عقیله این گروه، نسبت مشروع، نیاز به رابطه مشروع دارد و آمیزش مرد و زن بیگانه، خصوصیتی در نفع نسب ندارد بلکه ملاک اصلی نفی نسب، نامشروع بودن رابطه است.

با پذیرش هر یک از این نظریه‌ها، وضعیت کودک، مابین فرزند نامشروعی که به هیچ یک از والدین طبیعی یا حکمی خود منسوب نمی‌شود و انساب به یکی با هر دوی صاحبان نطفه به لحاظ جهل به آمیزش، در دوران قرل می‌گیرد. چنانچه می‌دانیم در غالب موارد، لفاج با گامت ناشناسی، با عالم و رخصایت اهداء کننده و گیرنده آن صورت می‌پذیرد. پس مسأله جهل در بیشتر موارد منتفی است. اگر این مسأله که نزدیکی و رابطه جنسی در استناد به ولد ناشی از شبهه مؤثر است یا حیر را نیز لحاظ فرار ندهیم؛ تنها نتیجه ای که لزدیرش این نظریه به دست می‌اید، آن است که طفل حاصل از اهداء گامت ناشناس، نسبی نامشروع داشته و به هیچ یک از والدین طبیعی خود منسوب و ملحق نمی‌شود و در حکم ولد ناشی از زن است.

تفقیق در هر یک از این اندیشه‌ها و آرایی که ممکن است به اتكا آن صادر شود، نشان می‌دهد والد نلبادری که بر انجام این نوع تلقیح رضایت داده با ریج و ناگواری ناشی از ناشتشن فرزند را بر خود هموار کند، در این تحلیل‌ها هیچ جایگاه و نقشی ندارد. صرف اینکه نطفه و بخشی از زنیک این فرزند به او تعلق نداشته، کافی است تا هیچ وظیفه و تکلیفی برای، وی منظور نشود. در حالیکه قبول سربرستی یک کودک طبق قانون حمایت از کودکان بی‌سربرست، حقوق متقابلی، هرجند اندکه برای والدینی که هیچ رابطه ژنتیکی با کودک ندارند مقرر می‌کند، برای

۵- حتنی، علی لصر، ۱۳۷۸، لفاج مخصوصی از دیدگاه حقوقی، مجله دیدگاه‌های حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۷۰-۷۳.

این قبیل والدین که از موقعیتی ممتازتر در این خصوص برخوردارند و شاهد تمام مراحل شکل گیری و تکوین طفل در خانواده خود بوده اند و از لحاظ روانی نیز آن را فرزند خود می پنداشند، هیچ حق و تکلیفی منظور نشده است.

دیدگاه فقهای معاصر

با مراجعه به منابع و کتب فقهی، دیدگاه‌های مختلفی در این خصوص به چشم می‌خورد. لبته با توجه به نظرهور بودن بحث، تلکیح مصنوعی جزء مسائل مستحبه تلقی و در آثار فقهای معاصر به آن پرداخته شده است. فقه سنتی، چنین را متعلق به صاحبان اسریر و تخمک تلقی نموده و اگر این مبنی را ملاک عمل قرار دهیم، رایطه تسبی صرفای بن صاحبان گامت و کودک متولد شده ایجاد و با تبع کلیه آثار آن من جمله ولایت، حضانت، محرومیت نکاح و ارث بین آنان اتفاق می‌افتد و لیکن در فقه معاصر، از سوی آن دسته از فقهایی که اصل موضوع را حرام نمی‌دانند، دیدگاه‌های مقامات، مطرح گردیده است:

۱- نظریه مالکیت گامت: گروهی از فقهاء اسپانی، تبریزی و مکارم، متأثر از نظریه ستی، نسب پدری و مادری را بین صاحبان گامت و کودک برقار و اعتقاد بر برقراری وراثت، حضانت، نفقة و محرومیت در نکاح بین آنان ایجاد کردند.

۲- نظریه اعراض: گروهی دیگر از فقهاء (صانعی) معتقدند صاحبان گامت با اهداء جنین، از آن اعراض کرده و دیگر حقی نسبت به آن جنین یا طفل متولد شده ندارند و این اهداء گیرنده‌گان هستند که نسبت به جنین ذی حق بوده و بر اساس آن ابراز داشته‌اند: وراثت، اتفاق و حضانت بین طفل و صاحبان گامت وجود نداشته و فقط در خصوص محرومیت در نکاح، قالیل به اختیاط شده‌اند. این دسته محرومیت در نکاح، نفقة و حضانت را بین کودک و اهداه گیرنده‌گان برقرار و لیکن در خصوص ارت، این رابطه را منحصر به کودک و زن صاحب رحم دانسته‌اند و فتوا داده اند که کدک و شهود زن، صاحب دجه از یکدیگر اirth نمی‌باشد.

۳- نظریه مختلط: گروه سوم از فقهاء (خویی) ملاک نسب را هم مانکیت بر گامت و هم زایمان دانسته و بر آین اساس وراثت، نفقه، محرومیت در نکاح و حضانت را بین صاحبان گامت وزن صاحب رحم از یک سو و طفل از سوی دیگر بقرار دانسته اند.^۹

از نظر فقهی، نسب، یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام، نسب از تکون یک انسان، از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و انث حاصل می شده است. هرچند در پاره ای از آدیان و تزد بعضی ملل، برای آن که نسب از اعتبار حقوقی و تفویج اجتماعی برخوردار باشد کم و بیش وجود شرایطی نیز ضروری بوده است ولی اساس تحقق نسب و منشاء اصلی الحق طفل به شخص ذکور و انث همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است. آن چه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی، مورد انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسبه حقیقت شرعیه ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می گردد: متنها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوق اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است که هرچند طفل از نطفه زن و مرد زناکار به وجود آمده باشد؛ ولی جون رابطه جنسی بین پدر و مادر او نامشروع است، ملحق به ایشان نمی شود. با تأمل و تفکر بر این مهم که در خصوص نسب حقیقت شرعیه وجود ندارد و معنی آن عرفی است، ابعاد فتوای آیت الله صانعی را از این جهت که منحصر به فرد و واحد تعابیر راهگشایی است، بیشتر بررسی می کنیم.

شرح پاسخ ایشان در خصوص نسب کودکان حاصل از نطفه بیگله چنین است: «در صورتی که صاحبان امشاج از نطفه خود اعراض کرده باشند، مانند جایی که آن را در یانک قرار داده تا هر کس خواست از آن استفاده نماید ترتیب احکام پدری و فرزندی بر او و پچه، هر چند صاحب اسپرم و نطفه است مشکل، بلکه ظاهراً ممتوغ است و همین طرز نسبت به زنی که از تخمک خود اعراض کرده، جایی می‌باشد و فرزند متنند فرزندی است که اسپرم منشا و تخمک منشائش از گیاه گرفته شده باشد و به هر حال در مواردی که اعراض صورت گرفته و با در صورتی که صاحبان نطفه و تخمک شناخته شوند، رعایت اختیاط در امر ازدواج با محارم لازم است، بلکه خالی از وجه نسبت و اما اگر زن و شوهر از نطفه‌های خود اعراض نکرده باشند، فرزند به آن‌ها متعلق است و آن زن و شوهر، پدر و مادر فرزند محسوب می‌شوند و فرزند زن صاحب رحم و شوهرش محسوب نمی‌شود.^۷

بذریه‌ی است که انسان نسبت به برخی از اعضای بدن یا فرآورده‌های انسانی، مانند خون، کلیه و گامت دارای حقوق واختیارات است و در نتیجه‌ی می‌تواند در آن‌ها تصرف کند. در حقیقت، عرف، یک نوع رابطه مالکیت انتباری را انتزاع می‌کند و بدین جهت است که انسان می‌تواند در آن‌ها تصرف مادی یا حقوقی نماید. بدین ترتیب، در نتیجه‌ی تصرف حقوقی و انتقال به دیگران، تملیک حاصل می‌شود، زیرا این فرآورده از جمله اسپرم یا تخمک، مال و عنین هستند و اصولاً تملیک هم چیزی جز مالکیت عنین نیست و با توجه به تعریف مالکیت که حقیقی دائمی است و به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین در مالی که موضوع حق است، هر نوع تصرفی یکند، می‌توان رابطه مالکیت را میان صاحب گامت و متقاضی تصور نمود البته، قانون، اخلاق حسن و نظم عمومی از جمله عوامل محدودکننده رابطه مالکیت ایجاد شده برای متقاضی است. به این ترتیب واکناری گامت در قالب برخی از عقود مانند عقد صلح، عقد وکالت، عقد هبه و مانند آن قابل تبیین است، و می‌توان این واکناری را حتی در قالب برخی از اتفاقات نیز تحلیل نمود. اعراض نمودن مالک در حقیقت، صرف نظر از حق عینی است و به این وسیله رابطه میان صاحب گامت و گامت قطع شده و در نتیجه، آن را در زمرة اموال سایح قرار می‌دهد. حتی اگر قائل به این باشیم که گامت مال نیست تا قابل تملیک و هبته باشد، از آن جایی که مطابق قانون واکناری آن نیاز به قصد و رضایت طرفین دارد یک قرارداد غیرمالی لازه الاجراست که بین طرفین آن معتبر می‌باشد.^۸

با این تحلیل چه جای تردید است که با رضایت زوجین بر تلقیح گامت غیر، در حقیقت ایشان مسؤولیت و تکالیف ناشی از آن را نیز متفقیل و متعهد شده‌اند اهداه کننده‌ای که فقط قصد اعطای بخشی از فرآورده جسمی خود را آن هم با نیت خیرخواهانه داشته، چگونه می‌توان بار انتساب طفلی را تحمل کند که هیچ تقسی در پرورش او نداشته و متعاقباً تاثیج غیر قابل گیری آن همچون ارث و نفعه راهم ببیند؟ امری که عقل بر آن صحنه نمی‌گذارد، چگونه می‌تواند مورد تایید شارع باشد؟

ابعاد روانشناسی و راهکارهای کشور فرانسه

بی‌شک وقتی در خانواده‌ای طفلی متولد می‌شود بر طبق قوانین تمام کشورهایی که قانون مدونی دارند، پدر و مادر نسبت به تربیت فرزندان خود و اموال آنان سلطه و حاکمیت دارند. در قبال این سلطه و حاکمیت که نسبت به فرزند خود دارند، قوانین این کشورها تکالیفی را نیز بر عهده آنان گذاشته است.

۷- گروه عقد و حقوق و روانسنجی پژوهشکده این سنا، ۳۸۲، روئیه‌ای بین سولت مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، ۱۴۸۲، انتشارات سمت، می ۲۰۰۶.

۸- برای مطالعه بیشتر راجع، ملکیه راد، سید مرتضی، ۱۳۸۰، «برایت اسلامی ساخت فرازاده‌ای در مال ملکیتی با سنداده از گامت و عین، فصلنامه پاشن، سال ششم، شماره چهل و یارم».

سؤالی که ممکن است در ذهن هر انسانی در مواجهه با این موضوع به وجود آید این است که مبنای این حقوق و تکالیفی که در رابطه والدین با فرزندان برای پدر و مادر قرارداده شده است چیست؟

در توجیه این امر که جرا پدر و مادر نسبت به فرزندان خود حقوقی دارند و این که جرا در تربیت و نگهداری این مکلف به تحمل هزینه هایی شوند، نظرات گوناگونی بیان شده است:

۱- بعضی از تویسندگان به تبعیت از «کافت» (فیلسوف آلمانی) این حقوق و تکالیف پدر و مادر را در قبال فرزند، ناسی از حق طبیعی فرزند نسبت به پدر و مادرمی دانند. چنان که فیلسوف یادشده گفته است: «کودک انسانی است که بدون اراده‌ی خود به دنیا می‌آید. پس در برایر کسانی که زندگی را بر او تحمل کرده اند حق دارد.»

۲- در مقابل نظریه اول که نظریه‌ای افراطی است، بعضی دیگر مبنای حقوق و تکالیف پدر و مادر را در قبال فرزندان خود تأمین سلطه و ریاست آنان برخانواده دانسته و در تبیین این مبنای بعضی از آنان این سلطه را از باب حق قوی برضعیف و بعضی دیگر جنین سلطه‌ای را تبیجه یک قرارداد ضمیمه دانسته و بعضی دیگر هم سلطه‌ای برابر حق قوی فرزندان، از مقوله سلطه صنع بر مصنوع خود دانسته‌اند (مانند حقی که یک کوزه گر بر کوزه ساخته دست خود دارد). در فقه نیز بعضی از فقهاء نظراتی ابراز کرده اند که بی شباهت به نظریه دوم نیست. به عنوان مثال حضانت را در زمرة حقوقی اورده اند که قابی و اگذری به طریق صلح است با آن را حق قابل اسقاط دانسته‌اند یا مادر را در قبال خدمتی که به طفل مشترک ارائه می‌کند مستحق دریافت دستمزد دانسته‌اند.

در حقوق امروز دو نظری که مورد اشاره قرار گرفت پذیرفتشی نیست. حق و تکلیف از مفاهیم اجتماعی است و از لوازم طبیعی روابط به حساب نمی‌آید. بسیاری از حقوق و تکالیف والدین نسبت به فرزندان خود از رابطه طبیعی آنان پیروی نمی‌کند، مثلاً چنان که قبلاً هم بیان کردیم بسیاری از حقوق والدین نسبت به فرزندان خود مشروط به این است که فرزند دارای نسب مترقبه باشد؛ پس رابطه آنان با فرزند خود رابطه صایح و مصنوع بیست بلکه در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان مصالح اجتماعی دخیل است. این امر را می‌توان از بسیاری از مواد قانون مدنی از جمله مواد ۱۱۷۸ و ۱۱۸۴ استیباط کرد.^۹

قواعد حاکم بر روابط پدر و مادر بر دو مبنای استوار است و هر دو مبنای ملازم با یکدیگر و هم مکمل یکدیگرند؛ الف: همبستگی خانوادگی؛ نهاد خانواده یک واحد اجتماعی است که بر اساس اتحاد بین زن و شوهر و وابستگی فرزندان خانواده به آن های وجود امده است. این نهاد اجتماعی در قانون دارای شخصیت حقوقی نیست؛ ولی از منظر اجتماعی، یک مجموعه مستقل به حساب می‌اید همبستگی خانوادگی هر چند محصول قانون نیست؛ اما قانون به حفظ این همبستگی شدیداً توجه دارد. حقوق، آن چه را که اخلاق عمومی برای حفظ همبستگی در نهاد خانواده از تکالیف اعضای آن می‌شمارد می‌پذیرد و از آن حمایت می‌کند. در نهاد خانواده، همه اعضاء مکلف هستند یکدیگر را یاری دهند و مشکلات هم را حل و فصل نمایند و به حکم قانون، ابیون و اولاد تکلیف دارند با وجود شرایط به یکدیگر اتفاق کنند و پدر و مادر مکلف اند به تربیت و نگهداری اطفال خود قیام کنند.

ب: حمایت از کودک؛ هر چند همبستگی اجتماعی یکی از مبانی اساسی در تنظیم روابط پدر و مادر با فرزندان است؛ لکن از مبنای دیگر، یعنی حمایت از کودک که در تنظیم این روابط و سیاست قانونگذاری در این خصوص نقش مهمی دارد، نباید غافل شد. کودک در زمان تولد موجود ضعیف و بی دفاعی است که رها کردن او در محیط اجتماع که پر است از آشوب‌ها و پلیدی‌ها، او را در معرض مخاطرات زیادی قرار می‌دهد. کودک نیازمند این است که در محیطی آرام و همراه با مهر و محبت رشد یابد و استعدادهای بالقوه او شکوفا گردد و در سایه حمایت‌های مادی و معنوی پدر و مادر به رشد و شکوفایی جسمی و عقلی برسد.^{۱۰}

۹- ماده ۱۱۷۸: «مادر داشته استه ملوبین مکلف هسته که در حدود توانش خود به تربیت اطفال خوبی بر حسب مقتضی قدم کنند و سایه آن را به عمل نگذارند.»

۱۰- نهائی حقوق، حقوق خانواده در اسلام، موجود در سایت <http://rajaeui-law.blogfa.com/posi.aspx>.

هریک از آراء و نظریه‌های مورد بررسی، جز نظریه‌های اعراض از کامت آیت الله صانعی، علی‌رغم اختلاف و تشتت بیک وجه مشترک دارند، اینکه، نسبتی بین طفل و والد حکمی نبلابرور قائل نیستند. این دیدگاه‌اگرچه با فقه سنتی هماهنگی دارد؛ اما از لحاظ مصلحت طفل و خانواده و جامعه به شرحی که گذشت، قابل ایجاد است. مطلوب آن است که طفل به کسانی ملحق شود و از اشخاصی ارت ببرد که خواهان او بوده و رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی و آثار مترب بر آن را صریح‌بایاضمناً پذیرفته‌اند. اگر انتساب طفل به زن و شوهر متفاضی را باتمام آثار آن بذیریم، منع نکاح با خوبشان نزدیک نیز از آثار آن خواهد بود. برای رفع هرگونه ابهام، مداخله قانون گذار در این مورد هم لازم به نظر می‌رسد. پذیرش این راه حل با حقوقی تطبیقی نیز هماهنگی دارد در قانون فرانسه، طفل به زن و مرد در خواست کننده ملحق می‌شود و این الحق دارای تعلیمی آثار نسب مشروع اعم از ارت، نفقه، ولایت فهری، حضانته، منع نکاح، احترام و غیر آن است. در واقع رابطه طفل ناشی از تولید مثل با کمک پزشکی به درخواست گنندگان، بر خلاف قواعد سنتی، ناشی از واقعیت طبیعی و زیست شناختی نیسته بلکه ناشی از حکم قانون است. قانون‌گذار فرانسه طفل را منتبه به زن و مرد متفاضی دانسته و شناسایی این رابطه را الزامی و دعوای نفی ولد را مردود شناخته است. قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد که رضایت به تولید مثل با کمک پزشکی، مانع هر گونه دعوای نفی ولد است. این قاعده شامل هرگونه دعوای نفی نسب، اعم از پدری، مادری، مشروع و طبیعی است. بنابراین، زن یا مردی که به تولید مثل با روش یلا شده رضایت داده نمی‌تواند انتساب طفل به خود را نفی کند و در صورت نفی ولد، دادگاه رابطه نسب را احراز و اعلام خواهد کرد؛ وضعیت طفل مانند فرزند خواندگی و دارای همان اعتبار و اقتدار است و همین امر تضادیات سنگین این گونه تولید مثل به ویژه مداخله سر دفتر با قاضی در مورد اهدای کامت و مداخله دادگاه در مورد پذیرش جنین را جهت احراز واقعی بودن رضایت و اگاهی افراد به اهمیت و خطرهای روش مذکور توجیه می‌کند. قابل ذکر است که قبل از تصویب قانون ۱۹۹۴ فرانسه، درباره پذیرش دعوای نفی ولد در موارد یاد شده، بین قضات اختلاف نظر بود و دیوان تمیز فرانسه به استناد ماده ۳۱۱۹ قانون مدنی که اسقاط حق اعتراض به نسب را منع می‌کند، رضایت زن و مرد را مانع دعوای نفی ولد نمی‌دانسته با وجود این، علمای حقوق، عدم استماع دعوای را پیشنهاد می‌گردند و همین راه حل مورد قبول قانون‌گذار ۱۹۹۴ واقع شد.^{۱۱} در ماده ۲۴۴-۴ قانون بهداشت عمومی^{۱۲} فرانسه نیز جهت جلوگیری از خطر همچوئی، اهدای گامت به وسیله یک نفر به بیش از پنج نفر ممتوّع شده است.^{۱۳}

نتیجه گیری

همگامی ناگزیر دانش حقوقی با پیشرفت‌های علمی به ویژه دست آوردهای علم رُتیک با هدف ارائه راه حل مسائل مستحبده از ضرورت‌های امروزین هر جامعه‌ای است. تغییر دیدگاه‌ها متناسب با دانش روز بایستی وارد چرخه قوانین و آراء محکم کشور گردد تا گرهی از کلاف پیچیده موجود گشوده گردد. آن جا که پای کودکی معصوم و بی‌کنایه در میان است و آینده و سرنوشت‌وی در گرو تضمیمات قضایی است: اهمیت موضوع بیش تر آشکار می‌شود. در این جا بحث پذیرش نظریه «جعل نسب» واجد بیش ترین امتیاز به جهت نگرش منبیت به حقوق کودک است. این نظریه خذشنه‌ای به اصول و قواعد حاکم بر روابط مشروع زوجین وارد نمی‌کند و با منطق و مقبولیت‌های اجتماعی

۱۱- صفاری، سید حسین، ۱۳۸۵، ناشریای قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین ناتوجه به حقوق تطبیق، اهدای گامت و جنین در درمان نبلابروری، تهران، پژوهشکده این سنتا و مرکز تحقیق و توسعه در علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سنت)، ص ۱۷۹.

۱۲- Code De La Sante Publique

۱۳- صفاری، سید حسین، ۱۳۸۶، تولید مثل مخصوصی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۶۴، ص ۲۱.

و حفظ مصالح کودک نیز سازگار است و پذیرش آن مخالفتی با شرع و قانون ندارد، به نحوی که حتی با ایجاد روبه قضایی بدون نیاز به قانونگذاری نیز قابلیت اعمال و اجرا دارد.

منابع

۱. ابوالقاسمی، مسعود، ۱۳۸۹، اهتمام جنین و حقوق متولدین ناشی از آن، موجود در سایت <http://lawtoday.557.ir/posts>.
۲. برای مطالعه بیشتر رکه قاسم زاده، سیدمرتضی، ۱۳۸۶، شرایط اساسی صحبت قراردادهای درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم.
۳. تعالی حقوق، حقوق خانواده در اسلام، موجود در سایت <http://rajaei-law.blogfa.com/post16.aspx>
۴. حاتمی، علی اصغر، ۱۳۷۸، للاحص مصنوعی از دیدگاه حقوقی، مجله دیدگاه‌های حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۱۵.
۵. شهیدی، مهدی، وضیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، موجود در سایت <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=281>
۶. صفار، محمد جواد، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در بوته (نقد و تحلیل)، نشریه تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۳، شماره ۳۹.
۷. صفائی، سید حسین، ۱۳۸۵، نارسایی قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده این سینا و مرکز تحقیق و توسعه ای علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۸. صفائی، سید حسین، ۱۳۸۳، «تولید مثل مصنوعی با کمک بیزنسک و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۶۴.
۹. صفائی، سید حسین، ۱۳۸۵، نارسایی قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده این سینا و مرکز تحقیق و توسعه ای علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۱۰. علوی قزوینی، سید علی، ۱۳۸۷، شرح و بررسی قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور»، اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۲.
۱۱. گروه فقه و حقوق و روانشناسی پژوهشکده این سینا، ۱۳۸۲، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، ۱۳۸۲، انتشارات سمت.

«شیر بی یال و دم و اشکم که دید»

نقدی بر مقاله آسیب‌شناسی روش‌های جایگزین حل اختلاف

محمد کاکاوند

در شماره ۷۵ «مدرسه حقوق» از دوست گرامی جناب آفای محمدرضا سماواتی پور مقاله‌ای با عنوان «آسیب‌شناسی روش‌های جایگزین حل اختلاف» به چاپ رسیده است. در حسن نیت ایشان که برای بهبود و بهکرد نجود دادرسی و مخصوصاً گسترش روش‌های دوستانه حل و فصل اختلافات، مدتی است کوشش می‌کنند؛ هیچ تردیدی ندارم و با این کار موافقم و به ایشان عرض می‌کنم: «آفرین بر دست و بر بازوت باد» اما اجازه می‌خواهم با توجه به روش پسندیده مدرسه حقوق و جناب آفای دکتر تقی خانی که از تضارب‌آراء، استقبال می‌کنند و با توجه به این که یقین دارم مؤلف گرامی هم طرفدار این کار هستند؛ چند نکته ای را عرض کنم.

(۱) ابهام در عنوان مقاله

با انتخاب عنوان آسیب‌شناسی روش‌های جایگزین حل اختلاف^۱؛ محقق در صدد است به خواننده توضیح دهد که به روش‌های حل اختلاف چه آسیبی وارد شده است؟! او سپس در صدد شناساندن علل آسیب و علاج آن‌ها برخواهد است.

وقتی روش‌های دوستانه حل اختلاف در کشور ما گسترش نیافته است، باید پکوشیم پرسی کنیم چرا این روش‌ها گسترش نیافته است؟ در این حالت، خود روش‌ها آسیبی ندارند؛ این روش‌ها در کشور ما مرسوم نیست و به آن‌ها خیلی عمل نمی‌شود و متأسفانه مردم ما فقط پیمودن راه پر پیچ و خم دادگستری را می‌شناسند، بی آن که از دقایق و طرایف و اصول آن اطلاع داشته باشند.

کارشناس لرش حقوق بین الملل - کارشناس حقوق ارشد برگزاری اتفاق اولین این مقام - برآمده از دادگاه مرکز داوری اتفاق اول
۱- از جمله تاریخی، مردم در گذشته، خودشان حقوق شان را انتظامی کردند؛ نظام اتفاق گرفتن و حکم‌گذاری روش مرسوم برای احکام حق بود. اسل‌های این‌ها بیشتر نمودند و آنها شان در باقیتند که اختلافات را سالم اسرار حل و فصل کنند و صالح آمیز نمودند؛ پس پذیرفتد که نامیس مردم، مستقل و ضبطه دار برای احکام حق و مراججه به این مرجع برای حل و فصل اختلاف مبتداً حکم‌گذاری مخصوص است؛ پس دستگاه دادگستری ابوروزی در جهان مرره حل مقول و چنان شمول حل و فصل کردن مساخت امور اختلاف است و گذراً دوره اجرای عدالت شخصی اما در کشور ما با برگزاری اتفاق دادگستری با افزایش تعداد دعاوی و بیچیده شدن این ها زیاد شده است و روابط مردم با دادگاه بیچیده؛ به همین علت است که همان کسانی که دادگاه راعیه ای حقوقی را آغاز کرده اند باید ما توجه به اصل حاکمیت اراده بتوانند اختلاف ناشی از این رابطه را به دویش که خودشان بهتر می‌داند حل و فصل کند. روش های دوستانه حل و فصل اختلاف مراجمه به دادگاه است و منسوب از ADR= Alternative Dispute Resolutions روش هایی است که با توصل به آن‌ها بدون مراججه به دادگاه اختلاف را حل می‌کنند که داوری یکی از این روش‌های مراجمه روش‌های جایگزین حل اختلاف، ابهام و لبه دارد و ممکن است خواسته باشد این عنوان گفتن کنند که این روش‌ها جایگزین حل اختلاف می‌شوند این روش‌ها جایگزین با جانش مراجمه به دادگاه هستند، نه جایگزین یا جانش حل اختلاف است. منظور رعایت اختصار در این بیان که که از روش‌های دوستانه حل و فصل اختلاف با روش‌های جانش حل و فصل اختلاف نام برده و این مقصودمان روش‌های جانش مراجمه به دادگاه است.

آن چه نویسنده فاضل و دلسوز بیان کرده اند بحثی از اشکالات موجود در دستگاه دادگستری است که در نهایت راه بروون رفت از مشکل فعلی را گسترش روش های دوستانه حل و فصل اختلاف می داشت که نظری کاملاً صحیح است پس بهتر بود که عنوان مقاله برای مثل، «راهکاری برای گسترش روش های دوستانه حل و فصل اختلاف» انتخاب می شد یا «موانع گسترش روش های دوستانه حل و فصل اختلاف».

(۲) حفظ انعطاف روش های دوستانه حل و فصل اختلاف

لزوماً قانون داشتن، به گسترش روش های دوستانه حل و فصل اختلاف کمک نمی کند. شاید این نظر عجیب باشد ولی توضیح خواهد داد. انعطاف بذیر بودن روش های دوستانه حل اختلاف بکی ازویزگی های مهم تمام روش های دوستانه حل و فصل اختلاف جانشین مراجعته به دادگاه ها است. تکیه بر این که برای استفاده از این روش ها هم حتماً قانون وجود داشته باشد، لزوماً به پنهان و بهکرد این روش ها کمکی نمی کند؛ بلکه نداشت منع قانونی است که باعث حذایت و گسترش این روش ها می شود؛ جون قانونگذاران بر تمام موضوعات و مسائل اشراف ندارند و گه گاه عمل شان به جای آن که «به قول سعدی» ممد حیات باشد و مفرح ذات، می شود محل حیات. قانون مداری کاملاً پسندیده است، اما اگر قانون ناکارآمد باشد، برای ایصال به مطلوب باید لنگان به مقصد رفت، از قانونگذار همین بس که این روش ها را ترویج کند و مانع در راه آن ایجاد نکند و تصمیمات شخص ثالث حل کننده اختلاف را در صورت لزوم اجرا کند. از یاد نباید برد که سنگ بنای تمام روش های دوستانه حل و فصل اختلاف، تراضی و توافق طرفین است. «حقوق» مخصوص اراده آزاد طرفین است و از قانونگذار توقع می رود که مواقب باشد طرفین در شرایطی برابر با یکدیگر مواجه شوند و هیچ کس از جهل، اضطرار یا درماندگی دیگری سوء استفاده نکند و نه این که در صدد باشد به اصطلاح امروز، «کار مهندسی» کند که مردم فقط در چارچوبی به خصوص قرار بگیرند یا در آن باشند یا نباشند.^۲ انسان ها ماشین نیستند که برای آن ها برنامه ای تعیین کنیم که فقط یک خط سیر داشته باشند

به یاد داشته باشیم که اصولاً هر کاری که متع قانونی نداشته باشد می توان کرد ولی از امر و نهی قانونگذار باید تبعیت کرد. عدم تبعیت از اولم و نواهی قانونگذار ایجاد مشکل می کند. قانون وقتی مفید خواهد بود که مناسب با نیازها باشد و اجرایش ممکن باشد. مقصود قانونگذار احصال نمی کند و مشکلی به مشکلات دیگر می افزاید. اگر مقصود از وجود قانون، قانونی است که از این روش ها حمایت کند این توقع بسیار بجاست اما اگر مقصود این باشد که قانونگذار چگونگی کار کرد این روش ها را تعیین کند این کار انعطاف این روش ها را نایاب می کند و حل و فصل دوستانه اختلاف را هم دولتی می کند.

(۳) «اقیاتوس علم به قطر یک سانتی متر»

در نهایت احترام، با ایشان به هیچ وجه موافق نیستم که صدا و سیما مردم را به داوری و دیگر روش های دیگر حل اختلاف سوق دهد. گسترش روش های دوستانه حل و فصل اختلاف باید در مدارس، آموزش داده شود و به طور دقیق و تخصصی در دانشگاه بررسی شود. به علاوه، این کار را باید از کانون و کلای دلاگستری تعیین داشت و

۲- کوشش برای تعلیم آین و شکل روش های دوستانه حل و فصل اختلاف این روش ها را همچون رسیدگی قضایی می کند که روشی اصولاً غیرقابل اطماد است؛ نسخه این کار اتفاقاً نیز نشود که هر روزه شاهد از هستیم که قانون اخراج نمی شود با اینواهله اعمال می شود.

وکلای دادگستری و کلای دادگستری باید موکلان خودشان را تشویق کنند که به جای مراجعته به دادگاه از دیگر روش‌های دوستله حل اختلاف استفاده کنند و گذون های وکلا باید بکوشند که مهارت و کلای دادگستری را در استفاده از این روش‌ها بالا ببرند و مقرراتی را برای این کار وضع کنند و بر آن نظارت کنند صنا و سیما کارهایی مهم تر داردا چهره و کل رخواب ترکنت ترویج داوری و روش‌های دوستانه حل و فصل اختلاف، پیشکش به کار گیری این روش‌های نازارمند مراجعته به شخص متخصص است نه یافتن هر کس که کهنه سال باشد و یا گمان کند که نفوذ کلامی دارد یا خوش صحبت است پس کوشش نکنیم که شیر بی بال و دم و اشکمی برای تنظیم روش‌های دوستانه جلشین مراجعته به دادگاه ایجاد شود، اگر مقصود اخلال رسائی صدا و سیما باشد، توقیع بجا است ولی آموزش، کار صدا و سیما نیست، اگرچه عملکرد صدا و سیما می‌تواند جنبه آموزشی هم داشته باشد، از باد نبریم که آموزش، اصولاً وظیفه مؤسسانی است که کارکردن آموزش است، با یک یا حتی چند برنامه آموزشی صدا و سیما به طریق مرسوم کشور مل، چند نفری را تبدیل به قطب یک سائنس مترمی کند! یعنی آدم همه کاره هیچ کارما

۴) برخورد متشتت با آرای داوری همیشه بد نیست

اصولاً با موضوعی واحد باید رفتاری یکسان شود؛ در این هیچ شکی نیست، اما تمام آرای داوری یکسان نیستند که توقع داشته باشیم رفتاری یکسان با آرای داوران در دادگاه شود، رأیی که استادی مشهور یا حقوقدانی ماهر صادر می‌کند بارأی یک مشاور املاک^۱ از زمین تا آسمان فرق دارد؛ اولی نظری زیبا و نکاتی بدیع دارد، دومی پر از اغلاق فاحش نگارشی استه با دین دست خط دومی گمان می‌کنید که کودکی دبستانی کلمات و عبارات را در هم برمی‌پشت سر هم چیده است، هر دو رأی داور نام گرفته اند، ولی این کجا و آن کجا؟

۵) مالی تلقی کردن ابطال رأی داور حسن دارد!

اگرچه ابطال رأی داور به نظر غیرمالی می‌آید و مالی تلقی کردن ابطال رأی داور فشاری زیاد بر خواهان ابطال رأی داور وارد می‌کند، اما از سویی دیگر، اثربی مفید دارد که ملح اعتراض های نایجا به رأی داور می‌شود، غیرمالی بودن ابطال رأی داور، محکوم علیه را وسوسه می‌کند که ابطال رأی داور را درخواست کند؛ شاید اعتراض، گرفت و رأی نقض شد! پس مالی تلقی کردن ابطال رأی داور، مانع می‌شود که «سنگ مفت، گنجشک مفت»، به رأی داور اعتراض می‌کنیم! هزینه زیادی که ندارد.

۲- مناسعه مدنی است که در لژزاده‌ای خشاستک در ساخت «شخص صاحب شگله با ازایس در قرداد خوشن رایه عنوان داور به اصحاب دعوا تعیین می‌کند و اصحاب دعوا هم بدهی استفاده از خدمات حقوقدانی ملغی این فرورداد را متصا می‌کند و در صورت بروز اختلاف با مراجعته به این شخص، وی تضمیمی نایرجست و خابدارله تاخته می‌کند.

۳- مههر داوری و کریش این روش اعتماد اصحاب دعوست به داور، پس باید با احتجاج کامل بعض عالمند و عاملانه داور را متناسب با نوع اختلاف و شخص وی برگزید، بدهی مسجش احتلال در قرداد ازستا، شرعاً داوری کنچاین و داور را تبعیم گرفت؛ در صورت بروز اختلاف از خزانکاری وی، رأی ابطال کشید، مصادفاً داور خوب گوشش که امپورا با شکسته شدن استخوانی برای دریان فرد محروم به «تشکسته نند» مرتعده بعنی گشته بلند پرتوشک متخصصین موضع از این ریس لر پس و خوب می‌باشد پس بینز است هنگام شکسته داور بعد از بروز اختلاف سنجیده وی را برگزید، به چشم نسته؛ تا نایجا تشوه بعد از خزانکاری وی، رأی ابطال کشید، مصادفاً داور خوب گوشش می‌کند که اصحاب دعوا را باید دیگر سازش قدر تا کار به دادگستری و افعال رأی داور تکشد و طرف ها مودستان تسمیم داور را رسانیت کامل اینرا کشند؛ این نوب مهربات، بدهی می‌لطف داوری، و داوری هیچ این را رأی اجلوی هم نمی‌داند و در صورت از روزم را از اینه ود حل، طرف ها را به سازش ترتیب می‌کنند، این که یک سال چربین دوری را بهماید تا حکم صادر کند و اگر ناجاز شد حکم صادر کند به قليلت اخراج شن رأی حدش هم نوجه می‌کند، به قضا از ملريق اجرای احکام دلاگستری که اجراء، عملی رأی، را در نظر می‌گرد

مجلس شورای اسلامی بارقه امید کانون وکلای دادگستری

کاظم کاظم زاده

در رابطه با لایحه جامع وکالت رسمی پیشنهادی قوه قضاییه، وکلای معمر و مجرب و نخبگان وکالت، مطالب متنوع و مفید و ارزنده در مجلات حقوقی ونشریات روزانه جهت ترویج افکار عمومی مرقوم نموده اند که شاه بیت آن زوال و فقدان استقلال کانون وکلا در طرح جدید می باشد و نکرار مطالب فوق از ناحیه راقم این سطور چه بسا موجب انلاف وقت خوانندگان محترم گردد و با اعتقاد به صحت مطالب منتشره و لزوم تداوم تذکر به کج اندیشان و پانیان و مرؤویان طرح جامع باین جانب با نگاه دیگر و از زویه دیگر به بیان دیدگاه های خود می پردازم.

لازم نیست انسان به عنوان حقوقنام خواه در کسوت وکالت و خواه در حرفة قضایت با مطالعه متن جدید طرح جامع وکالت دادگستری تحت عنوان سازمان وکلای رسمی دادگستری، قلبش به درد آید بلکه هر انسان آزاده به خصوص فرهیختگان جامعه در تمام رشته های مورد نظر باشند خبر زوال استقلال کانون وکلا ناراحت و رنجیده خاطر می گردند زیرا با سابقه ترین نهاد مدنی کشور در حال احتضار و رویه مرگ می باشد. تهادی که در تمام دنیا رهبران مردمی جهان تلاش می کنند، جایگاه آن را به منظور احقيق حق و تأمین عدالت قضایی تقویت کنند تا بین که سرمشق والگوی سایرنهادهای اجتماعی نویا باشد. علتیش بر اهل فن و تجربه معلوم و مشخص است زیرا در صورت ضعیف بودن کانون وکلا با به بیان دیگر حذف کلمه استقلال از کانون وکلا، در عمل به حق دفاع مشروع مردم در مقابل ظالمان و سرکشان جامعه لطمہ شدید وارد می شود. به بیان دیگر احیای حقوق عامه و گسترش عدل و ازادی های مشروع (بنده اصل ۱۵۶ قانون اساسی) در میان قانون اساسی جز بالاستقلال محاکم و استقلال وکلا در نهاد مستقل به نام کانون وکلا در مقام امر دفاع میسر نمی شود. اهمیت کانون وکلا همین بس که اصل ۳۵ قانون اساسی به طرفین دعوا حق داده که در محاکم برای خود و کیل انتخاب نمایند و چنان چه توانایی انتخاب و کیل را نداشته باشند، حکومت موظف است تسهیلات لازم در انتخاب و کیل را فراهم اورد. نسل ما در پیروزی انقلاب اسلامی و تثبیت جمهوری اسلامی رژمات و صدمات زیادی متحمل شد که باروری نهادهای مدنی را برای پیشرفت و توسعه کشور و به خصوص حق دفاع از مظلوم و ستمدیده را برای نسل بعدی به ارمغان آورد. اینک بازماندگان آن نسل در میان سالی و در دوران بازنیستگی با مشاهده محدودیت ها و بی مهری ها دچار بحران فکری و سردرگمی گردیده اند و

احساس می کنند که نهادهای مدنی و تخصصی نیمه بند سابق که علی رغم مخالفت حکومت مستبد پهلوی در فضای زمانی خاص شهریور ۱۳۴۰ تا ۱۳۴۲ به نفع مردم جامعه وضع شده بود، تنها نوید رشد و باروری نمی دهد؛ بلکه رو به اضمحلال است.

واقع مطلب بدین شرح است وقتی ما دانشجوی حقوق قبل از انقلاب بودیم هرگز اهداهای مدنی و تخصصی مثل کانون و کلا برای ما راضی و افغان کننده نبود و شعارها و آرمان های دانشجویان مسلمان فاتر از مقوله و متنون مورد نظر بود و تلاش برای جامعه ای ارمنی و مدينه فاصله بر پایه جامعه پسرخانه و پهنه مندادین و داشت، حلچ و آزادی و امنیت و عدالت که نیاز امروز پسر می باشد و بیش از هر روزگار دیگر احساس می شود اینک همان شعارها و نهادها هم در حال از هم پاشیدن هستند که جای بسیار تأسف دارد، شکی نیست که به نظر اکثریت مردم و به ویژه زاداندیشان، کانون و کلای مستقل، خاله ای و کلا و امید مظلومان و بناهگاه استمدیدگان می باشد. مسلمانهایی است که نیازمند نظارت می باشد نه دخالت و وابستگی به قوه قضاییه در عصر کنونی، عملکرد کانون مستقل و غیر وابسته به قوه قضاییه در بعد داخلی یکی از شاخصه های ترقی و توسعه کشور و در بعد بین المللی باعث ابروداری حکومت و نویددهنده ثبات نموگراسی در جمیع است.

دانشجویان حقوق آن روز، امروزه در زمان تقاعد با سی سال سابقه قضایی و در کسوت وکالت، آینده نهادهای مدنی و مردمی به خصوص استقلال کانون و کلا نه برای خود و دوستان شان که پای ثان لب گور است بلکه به هدف تأمین دادرشه عادلانه برای جامعه ایرانی و حفظ حقوق شهروندی نسل فرهیخته در آینده و صیانت از حقوق جامعه دغدغه فکری آن هاست.

و ذکر خاطره ای کوچک می تواند ارزش و احترام و کلا را در بین جوامع جهانی و همسایگان مرزی ما به نمایش بگذارد. و زمانی که در سال ۱۳۷۲ به ریاست دادگستری خوی منصوب شدم اتفاقاً به همراه فرماندار خوی و هیأتی از مقامات محلی به استان ولن ترکیه (استان محروم مرزی و گردشی) عزیمت نمودم، در حين بازدید از دادگستری وان متوجه شدم که اطاق بزرگی به مساحت تقریبی ۱۰۰ هکتاری متروک در طبقه دوم به وکلای عدیله اختصاص داده اند که مجهز به کمد و سایر ملازمات شخصی بودکه و کلا لباس مخصوص خود را در آن جاده و به هنگام شرکت در دادگاه از لباس مخصوص استفاده می کنند و از بیان زیبایی های دیگر سالن و کلا به لحاظ اطلاع کلام خودداری می نمایم. پس از بازگشت به خوی در دادگستری تازه تأسیس، اطاقی به مساحت ۵ هکتاری متروک را به وکلای اختصاص دادم که مخالفت شدید رئیس کل و برخی از همکاران قضایی و لاری را به لحاظ کمبود اناق به همراه داشت، اگرچه توافقنم موافقت رئیس کل را خذ کنم، در عوض یکی از ادارات..... به لحاظ تنگ نظری و قشری نگری، چندین فقره گزارش علیه این جانب به اتهام همکاری و تباین باو کلا روانه مقامات قضایی ارشد تهران نمود و شگفتانی اعلامی یعنی پاس داشتن حرمت و کلا و محترم شمردن مقام شامخ انسانی (هم کلاسی های سابق)، به خصوص وکلایی که قبل از من قاضی همان شهر یا استان بودند. چه بگوییم آیا درک بلندای اندیشه انسان ها و فاصله و تفاوت آن ها در سیستم های قضایی، غم انگیز نیست؟

تعجب زمانی دو چندان می شود که استقلال کانون و کلا نه از طرف دولت و دولت مردان، که زیاده خواهی و تمدی و تسلط به نهادهای مردمی در ذات آن ها نهفته است؛ بلکه از طرف متولیان قوه قضاییه که فلسفه وجودی و وظیفه سترگ آن ها، دفاع از آزادی و عدالت می باشد به صورت جدی به خطر افتاده. ناسف بازتر از این موضوع، سکوت و بی تفاوتی جامعه قضات است و در این مورد نه صدایی نه قدیمی و نه قلمی از ناحیه جامعه قضات به

خصوص قضات عالی رتبه و مزکی دستگاه قضایی برداشته نشده است. همان حرکت یا رفتاری که جامعه و کلا درباره کائینی ها و مشکلات دستگاه قضایی و قضات در جامعه دارند و پرمیرهن است که یک چشم فرهیخته این شکاف ها را به خوبی مشاهده می کند.

صرف نظر از مجموعه اختلافات و نگرش ها و سلایق، شایسته جامعه قضات به ویژه قضات معمر و مجرب و قانونمند نیست وقتی چندین صبای دیگر بازنشسته شده و به کسوت و کالت خواهند پیوست اعم را این که در وکالت شاغل و فعل باشند را این که پروانه و کالت را مزین طافچه خانه یا دفاتر خود برای روز میباشد پاشند و سکوت اختیار نمایند. باید به عنوان یک نخبه و متخصص در امور حقوقی به نفی استقلال کانون از طریق مجازی قانونی و به صورت منطقی با قلم و زبان خویش به عنوان انتقاد سازنده حساسیت و وکشن نشان دهند چون بی تفاوتی به موضوع معنوی، در آینده گریبان گیر همه آحاد جامعه می شود و اینه هدف از واکنش بین آسیب های گریزانایدیر به حق دفاع افراد در جامعه از طریق نشریات و مجلات حقوقی، در صورت زوال استقلال کانون می باشد چه کس عالم تر و آگاه تر از جامعه قضات که در عمل بتواند معايب و مشکلات طرح جدید را تجزیه و تحلیل کند و غرض از اعلام مواضع در این باره نفع شخصی برای گروه های مدنی و جوامع صنفی نیست حتی هدف حمایت از شخص و کلا و عملکرد کانون و کلا نیست بلکه جانبیاری از نهادی است که در صورت مستقل بودن، خدمات شایان توجه به این مرز بوم و ملت و نظام جمهوری اسلامی ارائه خواهد داد و به نظرمنی رسیده اینه طرح فوق نظر غالب بزرگان حاکمیت و مسؤولان ارشد قضایی نباشد؛ به بیان دیگر در کلیت نظام چنین چیزی وجود نداشته باشد بلکه برخی از مسؤولان قضایی نداسته و با بینش غیر حر斐ه ای، طراح و مدافع این طرح می باشد، تلاش دارند که بنا به هر دلیل مطالب نایخته و تارسرا به نام طرح جامع و کالت توسعه دهند و در کارنامه کاری خود بگنجانند. لازم است مسؤولان ارشد قوه قضاییه آگاه و هوشیار باشند که افکار و اندیشه طراحان لایحه همان تقدیرات نادرست عذاقعن لایحه دادگاه های عام و گامی به عقب می باشد. چه بساطر احان این لایحه دوست بنارند به مانند تشکیل دهندگان دادگاه های عام، دو تا جایزه پیغیرند (بنین معنا که برخی مدافعن یک بار برای تشکیل زودهنگام دادگاه های عام در سراسر حوزه استانی خود جایزه گرفتند و یک بار هم برای احیای دادسرها که پیش قدم شدند.)

ذکر یک خاطره در این باره از مرحوم آیت الله مروی که قبرش پر نور بود، خالی از حسن ت Xiaoahed بود آن مرحوم نقل می نمود احمدی از رؤسای کل دادگستری استان ها به اطلاع کارم در دلاگاه انتظامی امده بود شروع به بدگویی از دادگاه های عام نمود. پس از استماع نظریات ایشان پاسخ دادم که این معايب را در نزد حضرت آیت الله یزدي بازگو کند که با من خداحافظی کرد و رفت بخیم ساعت بعد وقتی برای انجام کاری نزد حضرت آیت الله یزدي رفت. متوجه شدم که رئیس کل مورد نظر در اطلاع آیت الله یزدي حضور دارد و ریاست محترم قوه به محض دینم صدا کرد و اظهار داشت آقای مروی بیا و بین - این آقای رئیس کل چقدر از مزايا و محسان تشکیل دادگاه های عام سخن می گويد. یکه هو متعجب شدم و غم زده، ایته چیزی نگفتم ولی متأسف از این که یک مقام قضایی ارشد در دو صحنه جادگاه حرف های متعجب شدم و غم زده، ایته چیزی نگفتم ولی متأسف از این که یک مقام قضایی دغدغه منتقدان را جدی پیغیرند و زمینه مفید را برای کاستن از اعتبار سپیش قضایی کشور در برابر جهانیان به خصوص دشمنان خارجی و داخلی فراهم ننمایند. از طرفی روش علمی و تجربی نشان داده که آزمون و خطاب در دادگستری بسیار مترب و زیان اور است و جبران آن سال ها بلکه قرن ها نیازمند زمان می باشد. بنابراین دلسوزان علم حقوق بدانند که تضعیف کانون و کلا می تواند به یکی از مهم ترین علل ناکامی دستگاه قضایی و اتحاظاط عدالت در بین مردم تلقی و ترویج شود و به علاوه در مجتمع بین المللی هم داعیه ای عدالت گسترشی و دادرسی منصفانه و بی طرفی در عدله ایران را زیر

سؤال می برد که این اقدام هم به ضرر حکومت می باشد زیرا امروزه در عصر ارتباطات و نسترسی همگان به اینترنت و مطالعه سیستم های قضایی همگان می دانند که دادخواهی بدون وکیل مستقل و استقلال از قوای حاکمه در جامعه جهانی معنا و مفهومی ندارد و عقل جمعی و اکثریت حقوقدانان به ویژه خبرگان فقهی در اسلام و جمهوری اسلامی اعتقاد راسخ دارند که اسلام و مکتب تشیع این قابلیت و بالندگی را در خودش دارد که با حمایت از آزادی های مشروع و ایجاد بستر فرهنگی مناسب در جامعه، استقلال حق دفاع را تأمین کند و از زمان لایحه استقلال کانون وکلا که میراث دکتر مصلق و مهمنم ترین سند حقوقی تاریخ ایران از سال ۱۳۳۱ راجع به وکالت است، وکلا و قضات دستگاه قضایی با همکاری و تفاهم و تعامل سازنده به نحو مطلوب توانستند با همیگر همزیستی مسالمت آمیز داشته و تیجه دیالوگ لستحکام و اتفاقن آرای محکم است. بنابراین متوجه می شویم که استقلال کانون وکلا باعث تقویت نهادهای قضایی در جهت جلوگیری از تضییع حقوق افراد بوده است.

در پیان از مجلس شورای اسلامی انتظار می رود با نقش ارزنده و بی بدیل خود، گام مؤثر و مستحکم چهت تثبیت هسته های اولیه نهادهای مدنی بردارد. بدینهی است این نقش در استقلال کانون وکلا به لحاظ تأمین و تضمین حق دفاع شهر و ندان در برابر قدرت دستگاه قضایی و حاکمیت برجسته و سرنوشت ساز خواهد بود. گویند «ساخته شدن امریکا به عنوان جمهوری، مدیون متن حقوقی بیانیه استقلال آن می باشد نه جیز دیگر. از این منظر نقش مجلس شورای اسلامی در برآورد خواسته ها و نیازهای به حق جامعه وکلا و تضمین استقلال کانون وکلا (نهاد ۱۰۰ ساله) در رویکرد تغیینی، ستودنی و در تاریخ قانونگذاری، ماندگار وجاواده خواهد شد چه بسا زمان بگذرد و جهان باید حولات بسیاری را از سر بگذراند تادرستی نظریات و اندیشه ها ثابت شود همان طوری که از سال ۱۳۳۱ شصت سال گذشته، شاهکار جاودان دکتر مصلق در خاطره ها و کتاب ها به یادگار مانده است در غیر این صورت تا چند سال دیگر نه از تاک نشان خواهد ماند نه از تاک نشان بدینهی است قاطبه مردم ایران و اندیشمندان جامعه از کانون وکلای دادگستری توقع دارند که کماکان با هویت ایرانی و اسلامی همیشه مدافعان استقلال کشور و اجرای عدالت و قانون مدون باشد.

پژوهشی بر مخالفت شرط ضمان امین با ذات عقد و یا شرع

دکتر سعید نصر الله محبوسی

چکیده

موضوع بررسی مخالفت شرط ضمان امین با ذات عقد و نیز بررسی این که این شرط مخالف با شرع است یا نه در درک مباحثت مهمی مؤثر است از جمله در بحث مهمی مثل این که آیا شرط ضمان امین باطل است که خود این مبحث اثرات فراوانی دارد، و نیز آشنایی با این مبحث، سلط خواننده را در مطلق موضوع مخالفت با ذات عقد و نیز شرط مخالف با شرع بالا می برد که خود در تحلیل موضوع های متعدد فقهی و حقوقی مؤثر است. در این مقاله بررسی مخالفت این شرط با ذات عقد به نحو کاملی بررسی شده است از جمله برای این موضوع ابتدا مخالفت شرط ضمان امین با مقتضای عقد تبیین شده است و به ذیل آن موضوع مخالفت شرط ضمان امین با شرع بررسی شده است و در انتها به سبب مناسبت موضوع این که آیا مقتضای عدم ضمان درین امانتی وجود دارد یه شکل زیبایی مورد بررسی قرار گرفته است.

کلید واژه: ذات عقد ، مشروع ، ضمان ، امین ، اطلاق ، شرط

مقدمه و طرح موضوع

بنابر ادله فقهی واضح است امین ضمان نیست مگر این که تعدی و یا تغیریط بکند. حال سوال این است که اگر در عقدی مثل اجاره که دست مستأجر امانتی محسوب می شود شرط ضمان در صورت عدم افراطا و تغیریط بشود، آیا چنین شرطی مخالف ذات عقد و یا شرع نیست؟ و به این سبب آیا چنین شرطی صحیح است؟ در این خصوص باید گفت موضوع بررسی صحت شرط ضمان امین و به خصوص مستأجر از مباحثی است که با وجود اهمیت آن کم تریه بررسی آن پرداخته شده است در حالی که این موضوع در جامعه، مصادیق متعدد کاربردی چه در عقد اجاره و نیز در سایر عقود دارد و تبعات قابل توجهی نیز دارا می باشد. مثلاً اگر در هنگامی که در عقد اجاره شرط می کند مورد اجاره را سالم تحويل داده ام و هر اتفاقی بیافتد همین گونه سالم از شما تحويل می گیرم ، همان طور که در

اجاره مائشین بدون راننده متعارف است و در اجاره خانه و آپارتمان نیز مثال‌های آن کم نمی‌باشد، چنان‌چه شرط و عقد را باطل بدانیم، لازمه آن باطل بودن اجرت المسمی و موظف بودن مستأجر، به پرداخت اجرت المثل است که خود این موضوع می‌تواند تبعات خاصی داشته باشد و علاوه بر مصاديق قابل توجه آن و اثرات عملی بطلان و یا عدم این شرط که همگی کاملاً به این موضوع وابسته است که آن شرط ضمان امین خلاف ذات عقد است و یا این شرط مخالف شرع می‌باشد اگرچه در این مقاله در صدد بررسی جامع صحت شرط ضمان امین نیست بلکه موضوع را فقط از جنبه مخالفت این شرط با ذات عقد و یا خلاف شرع بودن آن بررسی می‌کند و نیز بررسی این بحث برای خواننده دید صحیحی نسبت به مبحث مخالفت با ذات عقد و نیز مخالفت با شرع ایجاد می‌کند که در بسیاری از مباحث حقوقی و فقهی می‌تواند مفید باشد.

بنابر این در این مقاله دو قسمت اساسی مورد بررسی قرار گرفته است:

الف: بررسی مخالفت این شرط با اختصاری ذات عقد

قبل از هرجیز باید با مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد و دلایل بطلان عقد در صورت اندرج چین شرطی آشنا شویم، مقتضای عقد یعنی اثری که طرفین عقد به مظور ایجاد آن عقد را منعقد می‌کنند مثلاً در عقد بیع، تمیلک و تملک، مقتضای ذات عقد بیع می‌باشد، و به همین نحو می‌توان تمیلک منافع را مقتضای ذات عقد اجاره دانست، همان طور که ماده ۴۶۶ ق.م. در تعریف عقد اجاره آن را عقد تمیلکی معرفی می‌کند که به موجب انعقاد آن فیما بین موخر و مستأجر، مالکیت منافع برای مدت محدودی به مستأجر منتقل می‌شود و در ماده ۳۳۸ نیز عقد بیع، تمیلکی معرفی شده که به موجب انعقاد آن، بایع مالک مبيع و مشتری مالک ثمن می‌شود.

به عبارت دیگر مقتضای هر عقد اثر اساسی آن عقد یا مراد مسلم و مقصود بالاصله متعاقدين است، مقتضای عقد که به اراده متعاقدين، جعل شارع، تصویب قانونگذار و داوری عرف حسب مورد ایجاد می‌شود لازم نیست.

بر مبنای این تعریف، هر شرطی که اثر اساسی عقد یا مقصود اصلی متعاقدين را نفی کند، شرط خلاف مقتضای عقد است، مثل این که در عقد بیع شرط شود که مورد معامله به ملکیت مشتری در نیاید یا در عقد نکاح شرط عدم حلیت رابطه جنسی برای زوجین یا شوهر گنجانده شود یا در عقد اجاره مستأجر مالک منافع مورد اجاره نشود و در این خصوص از جمله مهم ترین دلیل بطلان عقد و شرط در صورت شرط خلاف مقتضای عقد می‌توان دلیل را ذکر نمود:

عقد یک مجموعه منسجم است و هر چه در آن گنجانده شود جزئی از همان عقد به حساب می‌آید، اعم از این که تعیید اصلی باشد یا نیعی و جون اراده مشترک طرفین به تمام اجزای آن مجموعه منسجم تعلق گرفته و کل آن را انشا کرده است، همین خصوصیت، موجب حکم عقل به مطلب بودن شرط خلاف مقتضای عقد است؛ زیرا دو تعهد متنافي در یک مجموعه، مانع انسجام یا موجب زوال آن است.

به تعبیر شیخ انصاری شرط ضمان، مخالفتی با احکام اقتضایی شرع ندارد. ایشان در این خصوص می‌نویسد در صورت مخالفت شرط با مقتضای عقد، بطلان ثابت است، زیرا وقوع تناقضی بین عقد و شرط ضمن آن، مانع از وفا است، زیرا عقد به انجام مقتضای خود که معمولاً تخفف ناپذیر است امری نماید و شرط، به عدم انجام مقتضا، لذا با عنایت به این که عقد و شرط هر دو متعلق به یک قصد یا قصد مشترک هستند و در هر لحظه، به انجام شیئی واحد هم امر و هم نهی می‌کنند، بنابر این اولاً: وفای به آن غیر ممکن می‌گردد ثانیاً: به فرض امکان ایقای وضعیت موجود، نشان از بزرگ، ترین تردید نارد و صاحب چنین متعاقفی هنوز به تصمیم و قصد نرسیده است تا بدان پای

بند باشد یعنی اصولاً عقدی منعقد شده است زیرا به موجب قاعده، عقد، تابع قصد است و در فرض مذکور قصدی موجود نیست تا عقد از آن تبعیت کند {شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۲۳ق}

به همین دلیل ماده ۲۲۳ ق.م بیان می‌دارد شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها خود باطل است بلکه مبطل عقد نیز می‌باشد به بیان دیگر دلیل این امر، تعارض بین شرط و مقتضای عقد است. از آن جا که رابطه شرط و عقد رابطه فرع و اصل است و شرط از عقد تبعیت می‌کند، لذا اگر عقد باطل باشد، به تبع آن شرط مندرج در ضمن آن نیز باطل است و مسلمان عکس این مطلب غالباً موجب بطلاً عقد نمی‌شود لیکن هرگاه شرط باطل به نحوی باشد که موجب تزلزل ارکان عقد نیز بشود، بدون شک موجب فروپاشی ارکان عقد نیز می‌شود ولنا مبطل عقد نیز می‌باشد

تبیین مخالفت شرط ضمان امین با مقتضای عقد و پاسخ آن

دلیل آن مخالفت شرط با اقتضای ذات عقد اصلی است که موجب امانتی بودن تصرف مشروط علیه در مال موضوع عقد شده است، زیرا به اقتضای اثر ذاتی عقد، ید مشروط علیه نسبت به مال، امانتی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحبت آن، ید مشروط علیه نسبت به آن ضمانی می‌شود، واضح است که حکم ضمان و امانت نسبت به شیئی واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و نمی‌شود چنین شرطی را در ضمن چنین قراردادی توجیه کرد، در نتیجه شرط، موجب بطلاً قرارداد می‌شود، مثلاً در عقد ودیعه، اقتضای اثر ذاتی و اصلی عقد این است که ید مستویع نسبت به آن امانتی باشد. اقتضای شرط نیز در این است که یداو نسبت به مال، امانتی نباشد بلکه ضمانی باشد. در نتیجه، شرط ضمان امین، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است وشهید ثانی و بعضی از قوها در این خصوص می‌فرمایند به اتفاق تمام فقهاء، چنین شرطی موجب بطلاً عقد می‌شود. {شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۱۳۳۱، ۱۴۱۱، ۱۵۸} {محقق گرکی، ۱۴۱۱، ۲۵۸}

امام خمینی این دلیل را تذیرفته زیرا عدم ضمان یا امان، مثلاً در عقد اجاره، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ضمان، شرط، مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلاً قرارداد گردد. {امام خمینی، ۱۶۲، ۱۴۱۵} و تکه‌هی همان گونه که سید محمد کاظمی یزدی گفته است ماهب اجاره را نمی‌توان استیمان مستأجر دانست، زیرا در مواردی ممکن است اجاره منعقد شود ولی تسلیطی نسبت به عین مستأجر و در نتیجه استیمان مستأجر تحقق نیاید. {کاظمی یزدی، ۱۳۷۶، ۱۱۵}

در توضیح همین اشکال، محدث بحرانی می‌نویسد شرط ضمان امین از جمله مستأجر هیچ گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد، زیرا نهایت مقتضای اجاره این است که مستأجر ضامن نیست نه این که اقتضای عدم ضمان داشته باشد و ایشان اذمه می‌هدد نتیجه این که، عدم ضمان مستأجر در صورتی است که شرط ضمان نشود نه این که به طور مطلق ضامن نباشد. {بحرانی، ۲۱، ۱۴۱۸}

در تأیید و توضیح کلام حضرت امام و سید محمد کاظمی یزدی می‌توان گفت که وصف امانتی بودن در عفوود امانت اور، اثر ذاتی آن نیست زیرا اثر ذاتی عفوود امانتی، مثلاً در اجراء حق مالکیت منافق مستأجر و در عقد عاریه، حق انتفاع مستعیر از مال مورد عاریه و در عقد ودیعه، تنهد مستویع به حفظ مال است و در عقد مضاربه، حق تجارت عامل با امال مالک است بنابراین، اگر در این عقود یدیک طرف نسبت به مال طرف دیگر عقد، امانتی تلقی می‌شود، این اثر ذاتی از اقتضای اطلاق عقد است و شرط خلاف اثر مقتضای اطلاق عقد نافذ است و شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد در شمار شروط صحیح آن و بر اساس قاعده‌ی وجوب وفای به شرط که مستفاد از المومونون عند شروطهم می‌باشد لازم الوفا خواهد بود.

به بیان ساده‌تر برای عقد، دو نوع مقتضیات وجود دارد: یکی مقتضیات ذات و دیگری مقتضیات اطلاق عقد.

مقتضیات ذات عقد اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن عقد را منعقد می کنند برای مثال مفاد اجاره تملیک منفعت به عوض معلوم است حال اگر شرط شود مستأجر مالک منفعت نشود یا مؤجر حق تصرف در عوض معلوم را ندارد و مالک آن نشود شرط مزبور خلاف اقتضای ذات عقد است و با در عقد زوجیت شرط کنند رابطه زوجیت ایجاد نشود این شرط برخلاف مقتضای ذات نکاح است و همه قبول دارند که مقتضای ذات عقد آن قادر به صاهیت عقد نزدیک است که با حدف آن ماهیت عقد نیز از بین می رود یعنی ماهیت عقد و مقتضای آن لارم و ملزم هم هستند و انتفای هر یک موجب انتفای دیگری است. به بیان بهتر در فقه معروف است برای عقد دونوع مقتضیات وجود دارد یکی مقتضیات ذات و دیگری مقتضای اطلاق. مقتضای آن جیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود یعنی در صورت عدم تقدیم به اموری مانند وصف، مکان، زمان مقتضی آن است برای مثال اقتضای اطلاق عقد بیع این است، مبیع و ثمن نقداً پرداخت گردد و بدینه است شرط برخلاف اطلاق عقد مبطل عقد نیست که این که شرط نیز صحیح است، یعنی تمام آثار عقد در نظر شارع در یک سطح از اهمیت نیستند؛ بعضی از آثار جنان با عقد وابستگی دارد که اگر از آن سلب شود عقد مفهوم خود را لست می دهد و لغو زاید می شود که به این نوع آثار، تر ذاتی با اصلی گفته می شود و شرط خلاف آن باطل و موجب بطalan عقد نیز می شود ولی بعضی دیگر از آثار وجود دارد که با وجودی که عقد اقتضای ایجاد آن را دارد اگر سلب شود مفهوم عقلایی عقد از آن سلب نمی شود که این نوع اثر، آثار اطلاق نامبله می شود که شرط خلاف آن نافذ است. مثلاً در عقد بیع، اثر ذاتی عقد عبارت از این است که ثمن و مثمن به بایع و مشتری تملیک شود و نمی توان شرط نمود که مبیع یا ثمن به طرفین یا یکی از آن ها تملیک نشود. ولی اثر اطلاق آن عبارت از این است که مبیع و ثمن بالاتفاقه باید به طرفین تسليم شود که می توان شرط نمود که مثلاً مبیع شش ماه بعد از معامله تسليم مشتری شود. در موضوع مورد بحث نیز همان گونه که عرف و سیره عقلاً تأیید می نماید، به نظر می رسد امامی بودن از آثار اطلاقی عقد موجب امان باشد نه آثار ذات آن که شرط خلاف آن موجب بطalan قرارداد شود.

خلاصه این که: بنابر توضیح مذکور، این شرط، خلاف ذات عقد و مقتضای ذات آن نیست بلکه خلاف اطلاق عقد است. یعنی اگر عقد اجاره، اقتضایی نسبت به عدم ضمان مستأجر داشته باشد به طریق اولی و در صورت اطلاق و به اصطلاح لوخلی و طبعه چنین اقتضایی دارد و بنابراین نمی توان شرط ضمان مستأجر را همانفی با ذات عقد داشت و در حقیقت این شرط همانند خیار قسخ در عقد بیع است که بدون تردید مخالفتی با ذات در آن نیست و تناهد بر این مدعای صحت شرط ضمان مستغير در عقد عاریه است که مناطقاً با عقد اجاره یکی است یعنی در عاریه نیز مانند اجاره، استیمان وجود دارد و اگر شرط ضمان مستغير منافق با استیمان که اقتضای عقد عاریه است بنشد دیگر مجالی برای اختلال صحت آن باقی نمی ماند.

نباید تصور کرد که صحت شرط ضمان در عقد عاریه مستند به دلیل خاص است و گرنه باید آن را نیز فاسد بدانیم زیرا حکم عقلی قابل تخصیص نیست و جنان چه شرط ضمان، مخالف با مقتضای ذات عقد بوده و موجب تناقض در انسای عقد می گردد عفلاً چنین تناقضی فسادآور بوده و هیچ مورد از مصاديق آن را نمی توان به بهانه وجود دلیل خاص از حکم عقلی آن استثناء خارج ساخته و به صحت آن نظر داد.

مضاراً به این که بسیاری از فقهاء شرط ضمان اجیر را در اجاره خدمت مورد پذیرش قرار داده‌اند امام خمینی (ره) در مورد شرط ضمان اجیر می فرمایند:

«و بحوز استراتط الضمان عليه لو حصل الضياع او السرقة ولو من غير تقصير»^۱ امام خمینی (ره) در

ب- آیا شرط ضمان مستأجر مخالف با شرع است

۲۷

محل: نظریه و تاریخ اسلام

یکی از مهم ترین دلایل مخالفین صحت شرط ضمان این است که این شرط مخالف شرع یعنی مخالف کتاب و سنت است (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۳۱، اردیلی ۱۴۱۲، ۵۶۹) { توضیح آن که در روایات صادر از مصوّبین شرط مخالف با کتاب و سنت غیر مجاز شناخته شده است فی المثل روایت «الْمُسْلِمُونَ عَنْ شَرْطِهِمُ الْأَكْلُ شَرْطٌ خَالِفٌ لِكِتَابِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَ فَلَا يَحِلُّ» { وسائل الشیعه، ۲۷۶ / ۱، ۱۴۱۲، روایت ۲۷۰-۸۱ } و از طرف دیگر احادیثی دال بر عدم ضمان امین در دست است و مستند این موضوع، اخباری است که به صراحت از عده ضمان امین سخن گفته است، از آن جمله روایت نقل شده از امیر المؤمنین علیه السلام که فرمود لیس علی المؤمن ضمان { محدث نوری، ۱۴۰۸، ۱۶ } و در روایتی دیگر نیز امام حلاق علیه السلام در پاسخ این پرسش که اگر مال در دست کسی که با آن تجارت می کند و خرید و فروش کالامی کند، تلف شود آیا ضمان متوجه او است فرمودند که آن فرد پس از آن که امین شناخته شده است، غرامتی به او متوجه نخواهد بود به همین علت فقهاء، بد مستأجر را امانت داشته و حکم به غیر مضمون بودن عین مستأجره در مدت اجاره داده اند و بنابراین شرط ضمان مستأجر که امین است شرطی خلاف شرع محسوب می شود.

آیت الله مکارم شیرازی در خصوص دلایل عدم ضمان امین می فرماید [درس خارج ایشان، مسجد اعظم، ۸۷/۲/۲۱] دلیل دوم و هو العمدۀ: روایات هستند روایات کثیره ای که به بیش از شش گروه تقسیم می شود دلالت بر این امر دارد از جمله:

گروه اول؛ روایاتی که مطلق است مانند (عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَنْ أَنَّهُ قَالَ لَيْسَ عَلَى الْمُؤْمِنِ ضَمَانٌ) (مستدرک ۴/ ۱۶۱، ۱۴۰۸)

گروه دوم؛ روایات متعددی که امام از باب قیاس منصوص العله بیان می کند یعنی امام می فرماید که فلاں اجیر که خیانت نکرده ضامن نیست لَأَنَّهُ أَمِينٌ أَسْتَهُ بِذَنْبِهِ أَمِينٌ ضامنٌ نیست و در بعضی حتی لفظ (لَأَنَّهُ هم نیست و فقط امام می فرماید امین ضامن نیست).

گروه سوم؛ روایاتی است که در موارد خاصه آمده است مثلاً امام فرموده است که حمامی نسبت به لباس فرد ضامن نیست و یا وصی و قیم ضامن نیست و امثال آن که اگر این موارد استقراشود و خصوصیت مورد را از آن ها گاکنیم از آن عمومیت را استقاده کنیم.

گروه چهارم؛ روایاتی که فرد را به دلیل این که تعدی و تغیریت نمی کرد ضامن نبود.

گروه پنجم؛ روایاتی که می گوید که امین عند الاشتراط ضامن است یعنی اگر شرط کنیم که امین ضامن باشد در آن صورت ضامن می شود. مفهوم این دسته از روایات این است که اگر ضامن بودن امین را شرط نکنیم او ضامن نیست ایشان در ادامه می فرماید مخفی نماند که این روایات، معارضاتی هم دارد، روایاتی وارد شده است که امین را ضامن می داند مثلاً اگر مالی را دست فردی دادی که آن را اصلاح کند و آن مال خراب شد آن فرد ضامن است.

و در ماده ۲۳۳ ق.م در تأیید این موضوع آمده است شرطی که نامشروع باشد باطل است لیکن بطalan آن از آن جایی که موجب تزلزل ارکان معامله نمی گردد مفسد عقد نیست.

در بررسی و نقد این استدلال و با دقت در این موضوع می توان گفت روایاتی که دلالت بر عدم ضمان امین می کند، مفادش این است که در این گونه ایادی بر خلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه این که در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا شرط ضمان مخالف با شرع باشد | بجنوردی، ۱۴۱۲، ۲۴۷/۳؛ و به تعبیر شیخ انصاری شرط ضمان مخالفتی با احکام اقتضایی شرع ندارد، ایشان می گوید: اگر حکم شرع به موضوعی

باقطع نظر از عوارضی که ممکن است بر آن وارد شود، تعلق باید عروض حکم دیگر بر آن به لحاظ عنوانی دیگر منافاتی با حکم ذاتی آن موضوع ندارد. مثلاً حیث ذاتی گوشت گوسفند منافاتی با حرمت آن در صورت غصب ندارد، در این گونه موارد، شرط خلاف آن حکم مخالف شرع نیست؛ مثلاً در عقد بیع دوختن لباس را بر مشروطه علیه شرط کنند که باحه ذاتی این کار منافاتی با عروض و جوب بر آن، به دلیل این که مورد اشتراط در عقد واقع شده است، نخواهد داشت، اما اگر حکم شرع با توجه به تمام عوارضی که ممکن است بر موضوع وارد شود، تعلق یابد، در این صورت عروض حکم دیگر بر آن با حکم شرعاً منافات دارد و شرط مخالف با آن، خلاف شرع است، مانند امور حرام یا واجب که نمی‌توان خلاف آن ها را ضمن عقدی شرط کرد، آشیخ نصراوی، ۱۴۱۰، ۳۷۶^۱ حال اگر تعلق حکم شرع به موضوع به شکل اول باشد شرطاً خلاف آن حکم را نمی‌توان مخالف شرع دانست لیکن اگر حکم شرع از قبیل نوع دوم بوده و با لحاظ همه عوارض ممکن به موضوع تعلق گرفته باشد لاجرم شرط مخالف آن خلاف مشروع است مانند امور محترمه یا واجبه که نمی‌توان خلاف حرمت و وجوب آن ها را در ضمن عقد شرطاً کرد، در نتیجه شرط ضمان امین از جمله مستأجر را نمی‌توان نامشروع دانست علاوه بر این که روایاتی وجود دارد که شرط ضمان مستأجر را جایز دانسته‌اند از جمله روایت موسی بن بشر^۲، عاملی، ۱۴۱۲، ۱۳، ۲۷۰^۳ که گوید از امام (ع) برسیدم: شخصی ملاحتی را برای حمل گندم‌های خود اجبر کرده و بر او شرط کرده است در صورت تلف شدن گندم‌ها ضامن باشد. امام (ع) فرمود: شرط جایز بوده و اگر نقصانی در گندم‌ها پیدا شود، جبران آن بر عهده ملاحت است. به نظر نجفی صاحب جواهر^۴ (نجفی، ۱۳۹۷، ۲۱۷) استدلال به این گونه روایات، برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر کافی نیست، زیرا مفاد آن راجع به شرط ضمان اجبر است نه مستأجر، ولی این اشکال وارد نیست، زیرا ملاک در این مسأله استیمان است که در اجبر و مستأجر وجود دارد و از این لحاظ در اجبر خصوصیتی نیست که مستأجر از آن خارج شود.

آیا اقتضای عدم ضمان درید امانی وجود دارد؟

آری در صورتی که خروج یدامانی از قاعده ضمان ید معنی قاعده علی الید ما خذلت حتی تودیه به وسیله تخصیص صورت گرفته بود احتمال وجود اقتضای عدم ضمان در ید امانی داده می‌شود و ممکن بود گفته شود قانونگذار به دلیل اقتضایی که در ید امین نسبت به عدم ضمان وجود داشته ادله ضمان ید را تخصیص زده است کما این که مرحوم حکیم معتقد است عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله است زیرا عموم قاعده ی ید اقتضای ضمان متصرف در مال غیر دارد بنابراین، اگر مستأجر ضمان نیست به علت تخصیص قاعده ی ید ادله ی خاص است والا اقتضای ضمان متصرف مال غیر بر مبنای قاعده ید موجود است، در نتیجه، شرط یا طلاق است (حکیم، ۷۰/۱۲). لیکن به طوری که توضیح خواهیم داد خروج ید امین از قاعده ضمان به تخصص است و مجالی برای این احتمال نیست. توضیح این که قاعده ید، قاعده‌ای عام است و خروج هر موضوعی از آن ممکن است به وسیله دلیلی صورت گیرد که این دلیل را مخصوص می‌گویند و موجب تخصیص آن موضوع از قاعده عام می‌گردد. در مقابل ممکن است موضوعاتی خروج تخصیصی از قاعده عام داشته باشند به این معنا که علت حکم عام خارج از موضوع مجبور بوده و اساساً شامل موضوع مانحن فیه نمی‌گردد.

برای مثال در موضوع خروج یدامن از قاعده ید، برخی خروج آن را تخصیص می‌دانند و مخصوص آن را نیز ادله ضمان مانند روایت «لامین لا پسمن» معرفی می‌کنند و لذا معتقدند قاعده ید نسبت به هر متصرفی که در مال غیرمتصرف دارد جاری می‌گردد، لیکن دلایلی مانند حدیث مذبور موجب تخصیص آن شده و مثلاً در مورد امین، آن را از قاعده مذبور مستثنی می‌کنند.

در تفییح نظرات بزرگ‌ن در این خصوص به اختصار می‌گوییم:

اقوال موجود در مساله

۲۹

مهم ترین آن‌ها: دو نظریه در این حدیث وجود دارد؛ احتمال اول اطلاق است؛ یعنی گفته شود که کلمه «ید» اطلاق دارد و شامل همه موارد می‌شود. احتمال دوم آن است که این حدیث فقط دلالت بر بد غیر مأذون، اعم از عدوانی و غیرعدوانی دارد.

کلام مرحوم مامقانی در خصوص استدلال به احتمال اول

در خصوص نظریه اول بسیاری استدلالی مشابه استدلال مرحوم مامقانی دارند. از کلمات مرحوم مامقانی در صفحه ۶۳ از جلد ۵ حاشیه مکاسب استفاده می‌شود که این حدیث اطلاق دارد؛ ایشان می‌فرمایند: لکن انکه خبیر باز الاخذ بالنسبة الى الاصناف الذى تحته ... من قبيل المتواطئ؛ کلمه الاخذ يك عنوان كلی است و تسبیت به مصلایقی که به عنوان افرادش هستند، عنوان متواطئ دارد؛ صدقش بر بد مأذون، با صدقش بر بد غیر مأذون، با صدقش بر عدوانی، با صدقش بر بد غیرعدوانی، علی السویه است؛ و مثلاً همان گونه که بر باب عاریه، مستعیر، بد دارد، در باب غصب نیز غاصب بد دارد، و در هر دو، کلمه «ید» علی السویه استعمال می‌شود. لذا، از کلام ایشان احتمال اول استفاده می‌شود.

دلایل قایلین احتمال دوم

دلیل اول: اما کسانی که احتمال دوم — حدیث فقط بر بد غیرمأذون دلالت دارد — را مطرح کردند، شاهدی که اورده‌اند نسبت به کلمه الاخذ است: فرموده‌اند: بین کلمه «اخذ» و «قبض» فرق است؛ «اخذ» در جایی استعمال می‌شود که با قهر و غلبه پاشد، اما «قبض» در استعمالات عرفی، در مواردی استعمال می‌شود که قهر و غلبه نیست و خود مالک، مالش را به دیگری می‌دهد. بنا بر این رأی ظاهر این است که الاخذ در اصطلاح کتاب و روایات همان اخذ از روی اجبار است و شامل الاخذ بدون قهر نمی‌شود و وقتی به آیات قرآنیه مراجعه می‌کنیم در الاخذ مهربه، آن جا راجح به مرد و زن می‌بینیم مراد الاخذ قهری است، و اگر در آیه شریفه زکات هم الاخذ را الاخذ قهری نمی‌نامیم، به قرینه ذیلش می‌پاشیم. یعنی قبول، خدم من اموالهم صدقة ... یعنی قبول کن، رد نکن، و نگو ما صدقه رانمی‌بذریم، به قرینه ذیلش که می‌گویند [وَضَّلَّ عَلَيْهِمْ إِنْ حَلَّتْكُ سَكُنُ لَهُمْ] آفَرَآنَ كَرِيمَ، سوره توبه، آیه ۱۰۳؛ این دسته می‌گویند؛ به قرینه کلمه «اخذ»، این روایت اصلاً اطلاقی ندارد؛ «علی البد ما اخذت»، یعنی اگر بد چیزی را بدون رضایت و اذن مالک گرفت، خاصمن است. حالا برعکس می‌گویند: این «اخذ» فقط دلالت بر قهر و غلبه دارد، و برعکس دیگر می‌گویند: «اخذ» در مطلق غیرمأذون استعمال می‌شود. این به عنوان یک دلیل برای قول دوم. دلیل دوم؛ فرموده‌اند: اگر روایت اطلاقی هم داشته باشد، در این جا انصراف به بد غیرمأذون دارد و شامل بد مأذون نمی‌شود به بیان بهتر هنگامی که در این روایت دقت کنیم، ظاهر این روایت آن است که «اخذ» باید الاخذ ابتدایی و اختیاری باشد؛ یعنی روایت که می‌گوید «علی البد ما اخذت»، «اخذ» باید ابتدایاً به بد استناد داشته باشد؛ در مواردی که بد بد غیرمأذون است، استناد «اخذ» ابتدایاً به بد است، اما در مواردی که بد بد مأذون است، مثل آن که مالک بگوید «ازت و کلی»، «اخذ» — یعنی بد — در یک رتبه متأخره قرار گرفته است؛ و نمی‌توانیم بگوییم «اخذ» ابتدایاً به بد استناد دارد؛ از عرف هم که سوال کنیم، می‌گوید ابتدایاً مالک به او گفت بدگیر و پس از آن است که بد حاصل شده است. پس، خود روایت ظهور در این معنا دارد که اطلاق نداشته و بد غیرمأذون را شامل می‌شود؛ و طبق این بیان، فرقی

نمی‌کند که عبارت روایت، «اختت» باشد یا «قبضت»؛ هر کدام که باشد، ظهور قوی دارد در این که اخذ یا قبض اینساناً استناد به بد دارد و در نتیجه، مورد بد مأذون که این استناد به نحو ابتدایی نیست را شامل نمی‌شود.

اما نکته قابل توجه که موجب گرایش به نظر تخصصی بودن خروج بد امین از قاعده بد می‌کند این است که حدیث علی الید حدیثی است نبوی، و از آن جا که عمه احادیث نبوی مسیوقد به اختلاف یا مساله‌ای میان مسلمین بوده است لذا این موضوع به ذهن متبار می‌شود که بیان قاعده بد از جانب ایشان نیز مسیوقد به طرح مسالمه با مشکلی میان مسلمین بوده است.

حال تردید است که آیا این مسالمه شامل بد امانتی بوده یا خیر؟ پس در این مورد تردید ایجاد شده است و از آن جا که در این موارد باید به قدر متین‌قین اکتفا کرد لذا منطق حکم می‌کند که قاعده بد را تنها شامل ایادی عدوانی نظیر غاصب بدانیم.

باتوجه به این که لحن حدیث علی الید لحنی زجری است و از استفاده می‌شود که بقای عین و استمرار آن در دست غیرمالک بر ضرر متصرف است و این ضرر تازمانی که مال به صاحب‌ش باز پس داده شود ادامه و استمرار دارد و این لحن مناسب موارد عدوان است، با وجود این فرینه، دیگر شمولی برای حدیث نسبت به بد امین نخواهد بود بنابر آن چه گفته شد ظهور قاعده ضمان بد شمول نسبت به بد امین، مخدوش و غیر قابل استناد می‌گردد و در نتیجه عدم ضمان بد امانتی بر طبق ارتکاز عقلابوده و اساساً مشمول قاعده علی الید نشده است تا آن که گفته شود به وسیله ادله عدم ضمان امین از قبیل «الامین لا يضمون» تخصیص خورده است. در نتیجه برای این مبنای مشکلی وجود ندارد و شاهد بر این معنی همان است که پیش از این گفته شد که فقهاء اجماعاً شرط ضمان را در عقد عاریه، جایز و صحیح دانسنه اند در حالی که بد مستعیر نیز امانتی بوده و اکثر بد امانتی، اقتضای عدم ضمان باشد به ناجار پایان شرط نیز مخالف مشروع و باطل شمرده شود.

و در بواب دیگر فقه نیز نمونه هایی از این قبیل وجود دارد که می‌توان برای تأیید این گفته به آن‌ها استناد کرد مانند ضمان عامل در مضاربه یا مال بتیم و ضمان یابنده مال گشته در فرض تلف شدن آن؛ که با این توضیحات مطلب واضح است.

از توضیحات مذکور به وضوح فهمیده می‌شود که در روایاتی که به آن‌ها برای عدم صحبت شرط ضمان استناد شده، تصریحی به این نشده است که اگر شرط ضمان صورت گیرد باطل است بلکه روایات، مطلق بوده و مفاد آن این است که عین مستأجره امانتی است در دست مستأجر و جز در صورت تعدی یا تغیریض ضامن نیست.

برخی از فقهاء برای استدلال به عدم صحبت شرط ضمان امین از جمله مستأجر گفته‌اند:

با توجه به آن که بر حسب استقرار اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت، منحصر در انالاف بالمبادره و با تنسیب و تصرف عدوانی و تلف در صورت تعدی و تغیریض و غرور و تغیری می‌باشد نمی‌توان بدون تحقق این اسباب و به صرف اشتراط در عقد قابل به حصول ضمان مستأجر گردید و خلاصه آن که صحبت شرط ضمان مستأجر به این معنی است که مسبب را بدون اسباب آن محقق بدانیم و بدینی است که این امری غیرقابل قبول است.

شیخ انصاری استدلال فوق را پذیرفته و در این خصوص می‌فرماید: «فالاًقوی صحه اشتراط العیات التي لم يعلم من الشارع ناحتتها بأسباب خاصة» (شیخ انصاری، ۲۸۳) در توضیح نظر شیخ اعظم و در باش به این اشکال من گوییم که نتایج شرعی و قانونی بر دو گونه اند: برخی از آن‌ها بر حسب ادنه موجود بیرون تحقق اسباب شرعی و قانونی امکان حصول ندارد و در حقیقت اسباب قانونی و شرعی این گونه نتایج همانند عالی هستند که بیرون بیانش آن‌ها، معلوم یعنی آن نتایج تحقق نایذرند مانند مطلقه شدن زوجه و یا پسناش عنوان زوجه برای زنی و مانند این‌ها که باید به وسیله اسباب خاصه شرعی و قانونی ان‌ها مانند حیثه طلاق و نکاح تحقق بایند و به صرف اشتراط آن‌ها در عقدی تحصل نمی‌یابند اما برخی دیگر از نتایج بر حسب ادله مربوط چنانند که تحقق آن‌ها نیاز به اسباب خاص نداشته و

با نفس اشتراط آن‌ها در عقدی، تحقق می‌یابند مانند کالت و وصایت و امثال آن‌ها که نفس اشتراط در عقد کافی در تحقق آن‌ها می‌باشد. اکنون در مسأله مطروحة اگر به وسیله ادله اثبات شود که ضمان مثل با قیمت از جمله نتایجی است که باید منحصراً به وسیله اسباب خاص شرعاً و قانونی تحقق یابد در این صورت صرف اشتراط در عقد کافی در تضمین مستأجر تبوده و نمی‌توان مستأجر را ضامن و مکلف به جبران خسارت وارد بر عین مستأجره دانست لیکن دلیلی موجود نیست که ضمان مثل با قیمت را موقوف بر اسباب خاصی کرده باشد و معنی استقراری ادعایی که در ضمن استدلال مطرح شده بود در صورت صحبت بیش از این نبود که اتفاق بالمبشره بالتسیب و تعدی و تغیری و غرور و تغیر از اسباب ضمان می‌باشد اما انحصر این اسباب رانمی توان با آن استقرار ثبات نمود اینک که توقف و یا عدم توقف ضمان بر اسباب قانونی و شرعاً خاص، معلوم و مشخص نیست می‌توان با کمک از اصل عدم انحصر توقف ضمان بر اسباب خاص و بر آن موارد یادشده حکم به تحقق ضمان امین با اشتراط آن در عقد نموده و به تعبیر دیگر حکم به صحبت شرط ضمان و تأثیر آن در ایجاد مسؤولیت بر امین کرد.

نباید تصور کرد که در مسأله اصل دیگری یعنی اصل عدم تتحقق ضمان به نفس اشتراط جاری است زیرا شک در تتحقق ضمان با اشتراط آن در عقد ناشی از شک در انحصر توقف حصول ضمان بر اسباب خاص لست و به اصطلاح شک سببی و مسببی لست و اجرای اصل عدم توقف که اصلی سببی لست مجلی برای شک در تتحقق ضمان باقی نگذارد و در نتیجه موردی برای اجرای اصل عدم تتحقق ضمان وجود نخواهد داشت.

اگر گفته شود چون شرط ضمان امین از اسباب ضمان نیست در نتیجه چنین شرطی مشروعیت ندارد، صاحب جواهر در این خصوص در عبارت خوبی می‌فرماید «فاتيات الضمان به - حينئذ مع ان اسبابه انما تستفاد من الشرع - لا يخلو من منع» {نجفی ۱۳۹۷۵۵۵} که تلویح‌آبه دلیلی دیگر بر مخالفت با شرط ضمان اشاره می‌کند. در رداین استدلال نیز می‌گوییم:

اولاً: ثبوت ضمان مستأجر برایه عموم قاعده‌ان المونون عند شروطهم است که مانند سایر اسباب ضمان مستند به شرع است.

ثانیاً: این که فقهان در متون فقهی و کتب قواعد فقه شرط ضمان مستأجر را از اسباب ضمان نشمرده‌اند نمی‌تواند دلیلی بر عدم مشروعیت آن باشد، چه آن که مقصود اسبابی هستند که به عنوان این اولیه خود موجب ضمان می‌شوند مانند اتفاق، غصب، تعدی و تغیری و... که در همه این موارد، صدق عنوان هر کدام، خود سبب کافی برای ضمان است. لاما اشتراط ضمان از این حیث موجب ضمان می‌شود که در ضمن عقد و با توافق طرفین آن شرط شده و ناشی از قاعده واجب وفا به شرط است و ایشان در انتها می‌فرماید: از این رو بدینهی است که عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض اسباب ضمان مانند اتفاق قرارگیرد و شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جواهر سرانجام در صلاحیت عموم قاعده‌یاد شده نسبت به سُمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند.

نتیجه:

در متن مقاله، مستدل بیان شد که شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها خود باطل است بلکه مبطل عقد نیز می‌باشد که به طور خلاصه، دلیل این امر تعارض بین شرط و مقتضای عقد است و از آن جا که رابطه شرط و عقد رابطه فرع و اصل است و شرط از عقد تعییت می‌کند، لذا اگر عقد باطل باشد، به تبع آن، شرط مندرج در ضمن آن نیز باطل است و مسلمان عکس این مطلب غالباً موجب بطلان عقد نمی‌شود، لیکن هرگاه شرط باطل به نحوی باشد که موجب تزلزل ارکان عقد نیز بشود، بدون شک موجب فروپاشی ارکان عقد نیز می‌شود و لذا مبطل عقد نیز می‌باشد که در شرط خلاف مقتضای ذات عقد این گونه لست و برخلاف افرادی که گفته اند: به اقتضای اثر ذاتی عقد، ید

مشروط علیه نسبت به مال، امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحت آن، ید مشروط علیه نسبت به آن، امانی می‌شود، و از آن جا که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و بد واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارد و خلاف ذات عقد می‌باشد و نمی‌شود چنین شرطی را در ضمن چنین قراردادی توجیه کرد، در نتیجه شرط موجب بطلان قرارداد می‌شود، اما این استدلال مورد بذیرش نیست زیرا عدم ضمان بالمن، مثلاً در عقد اجاره، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ضمان، شرط مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلان قرارداد گردد، وانگهی ماهبیت اجاره را نمی‌توان استیمان مسناجر دانست، زیرا در مواردی ممکن است اجاره منعقد شود، ولی تسلیطی نسبت به عین مسناجره و در نتیجه استیمان مسناجر تحقق نیابد و نهایت مقتضای اجاره این است که مسناجر ضمان نیست نه این که اقتضای عدم ضمان داشته باشد که برابرین موضوع در انتهای مقاله استدلال کافی آورده شد، در نتیجه چنین شرطی خلاف ذات عقد نیست بلکه خلاف اطلاق عقد می‌باشد.

و طبق استدلالی که در قسمت دوم مقاله بیان شد، شرط ضمان امین خلاف شرع نیست که از جمله دلایل آن این است که روایاتی که دلالت بر عدم ضمان امین می‌کند، مفادش این است که در این گونه ایلای بر خلاف ایلای عدوانی، اقتضای نسبت به ضمان نیسته، نه این که در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا شرط ضمان مخالف با شرع باشد.

منابع

قرآن کریم

انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق

انصاری، هر تضییی فرائد الاصول، انتشارات مصطفوی، قم، ۱۳۷۶، ۵۰ق

امام خمینی، کتاب البیع، قم، مؤسسه ای الشیر الاسلامی، ۱۴۱۵ق

حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم، مؤسسه ای آل الیت (ع)، ۱۴۱۲ق

حکیم، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، تجفف، چاپخانه آداب، ۱۳۹۲ق

شهید ثانی، زین الدین عاملی، شرح لمعه، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷، ۱۷ش

طباطبایی پریزدی، سید محمد کاظمی، سوال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶ش

محمدث بحرانی، یوسف ابن احمد، الحدائق الناظریه فی احکام العترة الطالحة، ۱۴۱۹، ۱۷ق

محقق کرکی، شیخ علی این حسین، جامع المقاصد فی شرح القوانین، بیروت، مؤسسه ای آل الیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ق

موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، قواعد فقهی، قم دلیل ما ۱۴۱۲، ۱۷ق

میرزا نوری، حسین، مستدرک الوسائل، مؤسسه ای آل الیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸، ۱۷ق

نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، کتابخانه اسلامی، ۱۳۹۷، ۱۷ق

اصفهان پایتخت و کالت ایران

دکتر غلامرضا طبری‌سان

عدو شود سبب خیر اگر خنا خواهد. جامعه و کالت دادگستری ایران تا سال ۱۳۷۶ با بهره مندی کامل از استقلال و شجاعت، به برکت لایحه قانونی استقلال کانون و کالای دادگستری مصوب هفتم اسفند ماه سال ۱۳۳۱ به قولی مصوب سال ۱۳۳۳، آرام و بدون تراژل و خطر، در راه وظیفه مقدس خود یعنی احقاق حق مستمدیدگان استوار گام برمی داشت و پیش می‌رفت، گویی و کالت احساس نمی‌کرد هوای پاکی را بنام استقلال که سرمایه حیات او است. و کلت نمی‌دانست در چه نعمتی غوطه و راست، همچون ماهیان باشاط که درون آب و با آب زنده اند و وجود آب راحس نمی‌کنند، ولی بایبرون افتادن از آب، چون احساس خفگی کنند، حیات خویش را در خطر بینند و هر انسانی با تلاش به سوی دریا می‌خزند.

و کالت دادگستری نیز در آن ایام خوش، معنای استقلال را آنکونه که باید، احساس نمی‌کرد و نیازی نمی‌دید نقش زندگی ساز و کل در دفاع از حق و سرونشست فردی و اجتماعی مردم کشور و ملازمه آن را با آزادی و شجاعت معرفی و مفهوم حقیقی استقلال را فریاد کند، چون وکیل و موکل برخوردار بودند از این رحمت الهی. اگر ادعای کنیم و کالت و مردم، هر دو، در آن روزگار در شفقتی طبیعی و قابل انتظار فرو رفته بودند، سخنی گزاف نگفته ایم. تا این که با تصویب «قانون

کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری» نخستین ضریبه خصممه بر پیکر تهاد مردمی و کالت، یعنی کانون‌های و کالای دادگستری فرود آمد و آنان که در خوابی سیک بودند، با همین ضریبه بیدار شدند و چون چشم گشودند، استقلال کانون‌های و کلا و استقلال و کالت را در لب پر تگاه سقوط دیدند و این صدای مخوف را زد خواهان و کالت بهوضوح شنیدند که: اگر وکیل دادگستری تاکنون با داشتن پرونده و کالت صلاحیت مدیریت دعاوی و نجات مستمدیدگان را از دام و کام ستمگران داشت که خود صلاحیتی در اوج است، ولی از این پس و با تصویب این قانون، وکیل دادگستری صلاحیت اداره خود و لیاقت مدیریت ضیف خویش را ندارد، مگر ما نامزدهای مدیریت کانون و کلا را با خط کش‌های خود اندازه بگیریم و صلاحیت هر که را خواستیم تأیید کنیم. گفتند و کالت دادگستری باید مراقب رفتار و تصمیمات خود باشد و کانون و کلا باید سر به زیر در محدوده صنف خود حرکت کند و هیچ گاه واکنش سیاسی از خود نشان ندهد والا اگر ما برنجیم به خود حق می‌دهیم که عیار نهاد صنفی و کالت را با معبارهای سیاسی یذیرفته خود، بسنجم و مهم نیست که وکیل دادگستری برای اداره صنف خود لایق توانا باشد، مهم آن است که برای ما خطرآفرین نباشد،

عصا به دست گیرد و مراقب باشد از خلطوط معنویه ای که مارسمی کنیم تجاوز نکند!

با این ضربه وکالت پایه های موجودیت خود را در تزلزل و بر خود واجب دید سخن از استقلال بگوید که آن را مجرح نموده آند و قلم به دست گیرد و درباره استقلال کانون های وکلای دادگستری و مدیریت آن بنویسد و آنان را که در غفلت عمیق فرو رفته آند نیز بیدار کند و بینار شنید و این خیر نبود جز به برکت نخستین ضربه علو!

عدو شود سبب خیر اگر خدا خواهد. از پس ضربه های ضربه نخست به استقلال وکیل دادگستری در انتخاب مدیران خود، که بگذریم، ضربه دوم ضربه ای هوناک بودار سوی معاندین وکالت دادگستری که فصد قطع ریشه درخت تومند استقلال جامعه وکالت را در سر می برواند. دشمنان و زبان دیدگان از وکالت سالم و وکیل صالح با بهره از شرایط بحرانی کشور که همگان در آن ایام حفظ آرماش را بر خود واجب می داشتند، آئین نامه ای تدوین گردند و آن را آئین نامه برگرفته از لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری نامیدند، ولی دقیقاً ناسخ و ناقص آن و امیدوار بودند وکلای دادگستری مفهور آن شرایط بحرانی، دم برپایورند و ناظر دفن وکالت مستقل باشند و با بدگویی از وکالت و وکیل دادگستری آن را به تأیید قوه قضائیه رسانده اجازه اجرای آن را نیز تحصیل نمودند و با این اقدام ضد قانون و ضلعوکالت، تصمیم گرفتند که قانون استقلال کانون وکلا را به مسلح آئین نامه ببرند، ولی وکلای دادگستری قادر بودند قریانی شدن استقلال وکالت را به چشم به بینند و تاظری بی تفاوت بمانند. وکیل دادگستری عاقل است و می داند از مصالح خود و مصالح مردم چگونه دفاع کند و با استناد به کرامت انسانی ملت ایران و در محدوده قانونی آزادی بیان، پذیرفته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با مقاومتی آرام و در خورشان وکالت و حفظ آرماش کشور قلم به دست گرفت و با هم صدایی همکاران خود صریحاً نوشت که: آئین نامه طبق نص صريح قانون اساسی توان نسخ قانون را ندارد و قبل اجرا نیست.

اعتراض وکلای دادگستری معقول بود و قانونی، و ایستادگی در برابر ناصواب. قوه قضائیه نیز که خود حافظ قانون است صدای وکلا و کانون های وکلای دادگستری را شنبد و رأساً اجرای آئین نامه مزبور را متوقف نمود و سبب خشنودی وکالت و خشم بدخواهان وکالت شد.

خبر دوم که بدخواهان وکالت به آن دل بسته بودند خود سبب خیر شد و بسیاری از خوانندگان مقالات و شنوندگان سخنان، به برکت این ضربه به اهمیت حیاتی استقلال برای وکالت و اثر آن در حفظ حق دفاع و عدالت قضائی بی می بردند که اگر نبود این ضربه، ملت ایرانی هرگز تا این حد وسیع نقش وکالت و ضرورت استقلال آن را نمی شناخت. عدو شود سبب خیر اگر خدا خواهد.

مقاله و خصوصیت با وکالت دادگستری بایان نیافته، همانگونه که تزاع بین حق و باطل، هیچگاه پایان نمی پذیرد. زندگی در گرواین مقابله و پیروزی با حق است. بدخواهان وکالت تبیز دست از سماحت برزنی دارند و مایوس نشند و در کمین نشستند تا در شرایطی بحرانی تو، این بار ضربه آئین نامه را به ضربه قانونی تبدیل کنند. با تغیری خشن در متن آئین نامه ممنوع الاجرا، طرحی تنظیم نمودند و نام آرا «لایحه جامع وکالت رسمی» گذاشتند و با ایجاد ذهنیتی تیره علیه وکالت دادگستری لایحه مزبور را با «امضا» قوه قضائیه برای تقدیم به مجلس شورای اسلامی به دولت یعنی نهاد ریاست جمهوری ارائه نمودند. هر کس، خصوصاً اهل فن با دقت در محتوای لایحه جامع وکالت رسمی در می یابد معاندین وکالت این بار با خشم بیش تری مواد آن را تنظیم کرده اند. گویی در نظر تدوین گشته ای این لایحه، وکالت دادگستری در ایران باید سرکوب شود!

کم ترین حاصل نیکوی مقاومت قانونی و عقلانه وکلای دادگستری، که آن نیز از آثار برکت عدالت دشمنان وکالت است، خروج تصویب مقررات ضدحق و ضلعوکالت دادگستری از حیطه اختیار بدخواهان وکالت است و

سرنوشت استقلال وکالت و حق دفاع در گرو نصیمی قانونی مجلس قانونگذاری، یعنی نمایندگان ملت ایران خواهد بود، مردمی که سخت به استقلال وکالت دادگستری نیاز دارند. مردم نمایندگان خود را در قوه قانونگذاری ازین عقلایی ملت بر می گزینند و عقل و تدبیر عقلا، اجازه نمی دهد قانونگذار تحت تأثیر بدگویی ها و بداندیشی های ضدوکالت، مقدراتی را تصویب کند که با سلب و محو استقلال از وکالت، تسل و کیل شجاع و آزاده را براندازد و در مقام نیاز به دفاع از حق، ملت نتوانند حتی یک وکیل مستقل بباشند.

مخالفین استقلال وکالت دادگستری هرگز بیش بینی نمی کرند که جامعه غیرتمدن وکالت در مخالفت معقول با این لایحه تا این حد واکنش مشروع و قانونی از خود نشان دهد. صدها مقاله دقیق و عمیق روشنگر آنها در باب لزوم حمایت از حق دفاع ملت ایران نوشته و درباره استقلال وکالت دادگستری و ضرورت جوهری آن صدها سخنرانی ایراد شدو کانون وکلای دادگستری اصفهان شجاعانه پیش قدم گردید و تمام مقالات نویسندها و اهل قلم جامعه وکالت را در مجله وزین و ارزشمند «مدرسه حقوق» هر ماه بدون وقهه منتشر و با تأسیس و تقویت پدیده نوینیاد یعنی کنگره ملی وکلا دادگستری ایران، مستقل از تمamic کانون های وکلای دادگستری کشور و برگزاری تاکنون دواجلاس پرمحتوی با حضور بسیاری از وکلای نقاط مختلف ایران، پایگاهی چنین گستره و مستحبکم و فضایی مناسب برای ابراز عقاید درباره وکالت فراهم نمود و بدین وسیله وکلای دادگستری با صدای رسما عقیده خود را به اطلاع مردم ایران رسانندند. با تشکیل و برگزاری اجلاس دوم کنگره ملی وکلا در ۲۷ مهر ماه سال جلری (۱۳۹۱) تعداد کثیری از وکلای دادگستری با اشتیاق فراوان در این اجلاس باشکوه از شهرهای و مراکز استان ها شرکت کرددند که برای فشنستن تمام وکلای محلی وجود نداشت، در سالی بزرگ مستقر در میهمان سرای تاریخی عباسی اصفهان که از نظر وسعت و عظمت تفیر آن یافتن نمی شود.

این گونه بود و این گونه شد که اصفهان سرزمین مردم سخت کوش و حق مدار، میزبان وکالت دادگستری میهمان شد، همگی با هدف حفظ استقلال وکیل دادگستری و استقلال کانون وکلا. این نیز نشان دیگری از لیاقت و ذکاآوت جامعه دادگستری است که از خصوصت دشمنان به سود حیات و استقلال وکالت بهره می گیرد. عدو شود سبب خیر اگر خدا خواهد. آفرین بر مدیران وکالت دادگستری اصفهان!

قریب ده سال است که جامعه وکالت دادگستری ایران هر ماه چشم به راه وصول خبرنامه کانون وکلای اصفهان است تازمانی که بالغزونی و رشد مسائل و بحث های علمی و حقوقی در این مجله، نام «مدرسه حقوق» را زینده آن ساخت و به واقع مدرسه ای شد با عضویت رایگان عموم وکلای دادگستری ایران که با ورود به این مدرسه عالی نه تنها درس حقوق، که درس شجاعت و استقلال را نیز فرا می گیرند. گویی آن که عالم به غیب جهان هستی است من دانست روزی کیان حق دفاع و استقلال وکالت دادگستری ایران که حامی حق بندگان ستمدیده او در این نقطه از جهان اند به خطر می افتند. او قبل از آشکار شدن خطر به اراده متعالی خود وسیله مقابله با آن را در اصفهان بنا نهاد: خبرنامه متولد شد، رشد کرده مدرسه حقوق بدل گردید و امروز پایگاه استوار صیانت از استقلال و آزادگی و شجاعت وکیل دادگستری است. چه کسی در آن روز آینده ای این چنین رایش بینی می کرد؟ آن گاه که تلاش گروهی همفرک و هملل، بدون بنای قابلی، تنها به اراده و مشیت حق تعالی، رسیدن به مقصدی مشترک را بر یکدیگر آسان می کنند، بی هیچ انتظار مزد، این نیست جز جلوه ای از رحمت و نعمت الهی. سپاسگزاری از مخلوق عین شکر خالق است، برهمنگان و متنعمان واجب که فرموده است شکر نعمت افزونی نعمت را در پی دارد و اگر ما از اصفهان و کانون وکلای آن سخن از بن دل به تحسین می گوئیم و از مدیریت تشریفه بالریش مدرسه حقوق سپاسگزاری می کنیم، انجام وظیفه شرعی و انسانی است.

نخت همان عرض است که چون برآن مستقر شوند، به تدبیر امور پردازند در حرکت به سوی مقصد. جای تخت یا پایی تخت آن جاست که امور مدیریت می شود، نه آن جا که رسماً و قانوناً پایتخت است. وکلای دادگستری سراسر کشور که هدف نهایی خود را احقيق و احیای حقوق مظلومین و تأمین حق دفاع و دادخواهی استوار بر عدالت برگزیده اند. سخت معتقداند که استقلال وکیل دادگستری و کانون و کلا از لوازم عقلی این هدف نهایی است و با این اعتقاد راسخ و مصمم، روز ۲۷ مهر ماه، همگی به سوی پایتخت وکالت دادگستری روی اوردنده، با شور و اشتباق در انتظار سخنان دوستاران استقلال وکالت. اصفهان با تلاش مدیران خود پایتخت و جایگاه تدبیر امور وکالت دادگستری سراسر ایران است. این مقامی است که به سهولت تحصیل نمی شود، مقامی که اصفهان به حق شایسته برخورداری از آن است.

آن روز باید اجلاس دوم کنگره ملی در میهمان سرای عباسی اصفهان، اقامتگاه باعظمت و باشکوه، مانده از تاریخ ایران، مدیریت و برگزار می شد. در ساعت مقرر وکلای دادگستری از سراسر کشور با دعوت کانون وکلای اصفهان و مدیر کنگره گرد هم آمدند. جلسه ابهتی تاریخی داشت و با سرود جمهوری اسلامی ایران آغاز شد. حاضرین به احترام بستانده و این سرود را در ذهن خود مرور می کردند و با افتخار که ما ایرانی و مسلمانیم و آن چه می خواهیم منطبق بر این ارکان است. تلاوت آیاتی از قرآن مجید، کلام الهی، با صدای دلنشیں قاری جلسه فضای اجلاس را معنویتی مضاعف بخشید. عطر عدالت و ایمان فضای اجلاس و قلوب حاضرین را در غیبی خود داشت.

نخست سخنان ریاست محترم کانون وکلای دادگستری اصفهان به مدعیون خیرمقدم گفت. در سکوت محض و با گوش دل شنیدیم. جلسه اول اجلاس دوم کنگره ملی وکلای ایران با بیانات استاد حقوقدان ایران، عالم بنام و پرجسته کشور یعنی جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان افتتاح گردید که تنها و به استثناء از شخص ایشان نام می برم و پس. روز ۲۷ مهر ماه سال ۱۳۹۱ به تعداد بیشماری از وکلا اجازه سخن گفتن داده شد، با این ویژگی که کسی خود را متولی و تنها سخن رانی نمی دانست که دیگران همگی محاکوم به شنیدن سخن او باشند بدون حق پاسخگویی! اجلاس در چهار جلسه، دو جلسه صبح و دو جلسه عصر برگزار و جمع سخنرانان بالغ بر ۱۷-۱۸ نفر شدند که تنها یکی از آنان نماینده ای از مجلس شورای اسلامی بود از خطه آذربایجان و از سخنرانان جلسه چهارم اجلاس. این شخصیت توامند در سخن از قوه قانونگذاری، در جلسات دیگری با حضور وکلای دادگستری در حوزه نمایندگی خود نشان داده که سخت به حفظ شان و حیثیت وکالت دادگستری معتقد است. سخنان ایشان در اجلاس بسیار شیوا و جذاب بود به گونه ای که وکلای دادگستری را برانگیخت که در تأیید و تحسین آن چندین بار احساسات و سپاس خود را ابراز کنند. سخنان این نماینده ملت در مجلس قانونگذاری این امید را ایجاد کرد که مجلس شورای اسلامی در مقام بررسی و تصویب « لایحه جامع وکالت رسمی » از بدخواهان و بدگویان وکالت دادگستری اثر نمی پذیرد.

اجلاس دوم کنگره ملی وکلا با برخورداری از تجربه تختیں اجلاس، پریارترین همایشی بود از جمعیت کنیری از وکلای دادگستری که نشان از لیاقت و اهتمام فوق العاده مدیریت آن بود. فوق العاده به این دلیل که تاکنون در هیچ یک از همایش های وکلا چنین عظمتی دیده نشده است. همه سخنرانان آزادانه توائیستند عقاید خود را درباره نقش وکیل در احیای حق دفاع ملت به صراحة بیان کنند، گرچه برای هر سخن ران بیش از ۲۰ دقیقه منتظر نشده بود. البته برخی از همکاران با وجود تذکر رئیس جلسه از این وقت عبور کردند، ولی اکثر همکاران که در امور پایی پند به رعایت قواعد و برنامه جلسات بودند با انصیباط و مهارت تمام محتوای سخنان خود را در این ۲۰ دقیقه به پایان رساند و از بیش ترین تحسین و تشویق حاضرین در جلسه برخوردار شدند.

جز تعداد اندکی، کم شمار، از سخنرانی که هدف اصلی برگزاری کنگره ملی را فراموش کرده و به جای گفتگو درباره صدمات واردہ به استقلال و کالت که این نهاد مردمی را به مخاطره و بر تگاه سقوط برده، از تاریخ قرون گذشته و کالت سخن گفتند، گویی و کالت از استقلال کامل برخوردار است. بدیهی است و طبیعی است اگر از این سخنان استقلال نشده باشد، ولی سایر همکاران با فصاحت و بلاغتی در حذ انتظار درباره موقعیت کنونی و کالت و قصد پنهان بدخواهان این حرفه ترسیف از سلب استقلال از وکیل دادگستری و کانون و کلاس سخن گفتند که موضوع اصلی اجلاس و علت برگزاری کنگره ملی وکلا بود. حاضرین در جلسه با این که خود از حقوقدانان بر جسته کشورند، حقاً از سخنان برخاسته از درهنده جامعه و کالت درس ها فرا گرفتند که به یقین در هیچ مدرسه‌ای نمی‌توان آموخت. همه با عزم راسخ و اراده استوار اجلاس دوم کنگره ملی وکلا را بیان برداشت و به سوی شهرهای محل اشتغال خود برای ایفاء نقش مؤثر در حفظ استقلال و کالت دادگستری بازگشتند.

پایتخت آن جاست که نیروی خود را این گونه به نقاط مختلف کشور گسیل کند. پایتخت آن جاست که چنین سرمایه‌ای را برای صیانت از موجودیت و کالت هزینه کند، سرمایه‌ای از همت و غیرت. اصفهان پایتخت و کالت دادگستری ایران است.

قطعی نظر از ویژگی‌های شخصی هر یک از سخنرانان اجلاس، آنان را به سه گروه می‌توان تقسیم نمود:

گروه اول همکارانی بودند که برای توجیه عقاید و سخنان خود درباره استقلال وکیل دادگستری و کانون وکلا به مبانی شرعی و یا مبانی غربی و کالت و استقلال آن استناد نکردند. این همکاران تنها از اسباب هی واردہ بریکر و کالت دادگستری و آثار شوم آن سخن گفتند و راه مقابله با آن رادر عمل نشان دادند. تکیه گاه اصلی ایشان حفظ آزادی بیان و لزوم مصونیت و شجاعت و کیل دادگستری بود که عدالت در دادرسی و احراق حق اصحاب دعوی به آن وابسته است.

گروه دوم سخنرانی بودند که با استناد به لزوم رعایت حق بشر، مقبول در جهان و مدادی از کنوانسیون‌های جهانی و استانداردهای بین‌المللی خصوصاً از نوع غربی آن سعی داشتند دولت ایران را به نگهداری از استقلال و کالت ترغیب نمایند تا از بدخواهان و کالت و کلای دادگستری تأثیر نذیرند.

گروه سوم معتقد بودند کشور ایران کشور اسلامی است و باید دید حقوق اسلامی چه جایگاهی را برای وکالت می‌پذیرد. به نظر این گروه برای اعتبار بخشیدن به وکالت دادگستری و تأمین استقلال آن نیازی به مبانی غربی نیست و با قرائتی از آیات شریفه و روایاتی از معمومین علیهم السلام عقیده خود را توجیه و بیان می‌کردند. واکنش حاضرین در برابر سخنان گروه دوم و سوم متفاوت بود.

در سطح کشور نه تنها حقوقدانان و کلای دادگستری، برخی موجه یا ناموجه از این روی می‌گردانند و بعضی موجه یا ناموجه از آن پس لاجرم باید میزانی را برگزید که هم مورد پذیرش این گروه و هم مورد قبال آن گروه باشد: نه شرقی نه غربی نه شمالی و نه جنوبی، بلکه نقطه‌ای میانه که همگان، متشرع و غیرمتشرع در برابر آن سر تسلیم فرود اورند و در نتیجه نزاع غرب و شرعاً بایان پذیرد و همه دست در دست یکدیگر به سوی هدفی واحد روی آورند. اگر چنین نقطه نفاهم و مشترکی را یافتیم، بدخواهان و زیان دیدگان از استقلال و کالت دادگستری نیز از ایجاد ذهنیت کاذب بر ضد وکالت دادگستری نزد بزرگان نظام مأیوس خواهند شد و آن میزان که جدا می‌کند انسان را از بهانه، «عقل» و «فطرت» اوست، نزد متشرعنین ممنوع و نزد غیرمتشرعنین مقبول.

از همان ابتدا که بشریت خود و توانایی‌های خود را شناخت، جمعی را عقیده برآن بود و هست که عقل در انسان نیرویی فوی و کامل است و راه زندگی سعادتمندانه را بیاری عقل می‌توان یافت و به عقیده اینان نسان به وجود

دین و متابعت از احکام شرعی نیازی ندارد. در برابر این اعتقاد، کثیری از دینداران، خصوصاً اهل تشیع ضمن قبول جایگاه استوار عقل در نقش زیرینای حیات دنیوی و اخروی و با طرح مباحثت «مستقلات عقلیه» و «استلزمات عقلیه» معتقد بودند رسالت پیامبران در بیان کلام خالق یعنی «وحی» به کمک عقل می‌آید و آمیزه‌ای از عقل و وحی و نقل سبب رشد حرکت انسان به سوی سعادت و کمال است و در نتیجه انسان نه از عقل بی نیاز است و نه از دین.

انسان به حکم فطرت خویش هنگام تفکر این توانایی را دارد که بفهمد افکار او از اغراض و هواه نفس سرچشمه می‌گیرد یا از عقل محض و بی پیرایه که به مرضی آلوده تیست. عقل جامعه‌ای را سرزنش می‌کند که انسان را بدون دفاع، محاکمه و محکوم کند. خدمتمندان جوامع انسانی در تمام نقاط جهان دیروز، امروز این معنی را به یاری تعقل درک می‌کنند. دینداران، خصوصاً پیروان اسلام نیز جایگاه رفیعی برای عقل می‌پذیرند و در تأیید آن سخت معتقداند، عقل به عنوان شریف‌ترین گوهر وجود انسان اول ما خلق الله و افریده بورده‌گار است تا آن جا که از پیامبر عظیم الشان اسلام نقل می‌کنند: «خیر در زندگی فانی و جاوید به یاری عقل قابل تحقق است و انسانی که عقل ندارد لاجرم دین ندارد و زیان انسان دیندار ولی عاری از عقل به مراتب افزون تر از ضرر انسان بی دین است که از عقل پهنه مند باشد. »

و ما بسیاری از هر دو گروه را در جوامع شری می‌بینیم. بنابراین آنان که سعی دارند عقل و دین را معارض و خصم یکدیگر قرار دهند یا غرض آلوده اند و یا نه دین را شناخته اند نه عقل را. حال که مسلمان و غیرمسلمان و دینداران و کسانی که زندگی را بی نیاز از دین می‌دانند اکثر آزاده باشند، بر عقلانیت در زندگی فردی و اجتماعی وحدت نظر دارند، می‌توان حق دفاع و کلت و استقلال و کلت دادگستری را با معيار عقل و فطرت سنجید تا مورد تأیید برقروه باشد.

از آن جا که از آغاز تاکنون تمام انسان‌ها جز تعدادی کم شمار، در معرض خطا و خطایزیری بوده و هستند، نمی‌توان از عدالت، خصوصاً عدالت قضایی که مورد بحث ماست با پهنه از الفاظ و کلمات، تعریف ارائه کرد که در مقام فعلیت، تمامی مدعیان عدالت و اجرای آن به وحدت عمل برسند، ظالم و عادل فریاد عدالت‌خواهی و عمل به عدالت سر می‌دهند. ناگزیر باید از تعریف عدالت بگذریم. عدالت قضایی را باید در چهره اصحاب دعوی حس کرد یا بگوئیم عدالت معنایی حس کردنی است و تعریف کردنی نیست.

در محاکمات حقوقی و کیفری در صورتی طرفین نزاع عدالت را احساس می‌کنند که:

- در برابر قاضی هیچ مانعی برای کشف حقیقت وجود نداشته و قاضی مستقل و به منظور تمیز متجاوز و بی‌گناه از هیچ قدرت مرئی و نامرئی تأثیر ننذیرد که او را جبرا یا اختیاراً، از حق به سود منافق این یا آن منحرف سازد. عقل نمی‌پذیرد که محاکمات به قصد سرکوب یکی از اصحاب دعوی و یا تفوق شخص یا گروهی بر دیگران و تثبیت قدرت‌ها انجام شود.

- اگر دادرسی علاوه‌انه آن است که تنها به منظور کشف حقیقت و محکومیت گناهکار و برانت بی‌گناه صورت پذیرد، لاجرم استلزم عقلی این نوع دادرسی قاضی را مکلف می‌کند، اصحاب دعوی را، در محیطی امن و دور از ارباب، در دفاع آزاد بگذارد و اگر دفاع پسندیده قدرت نبود، از دفاع آزاد حمایت کند و آنان را به مناسبت دفاع مجازات نکند. دفاع باید بدون بیم و هراس و عالمانه باشد. زیرا تنها پس از پایان دادرسی است که حقائب طرفین آشکار خواهد شد.

- همگی انسان‌ها، تابع و متبوع، در عرش و در فرش به دلیل فطرت انسانی خود سخت خواهان بقاء ذات و سلامت شرف، جسم، جان و مال خویشند. عقل برای تحقق این خواسته به میلان می‌آید و دستور می‌دهد

در زمان خطر اکر انسان خود قادر به دفاع از خویش نیست و علم و رموز و فنون دفاع را نمی دارد، از دانایان دفاع برای فجات خود از تایوی استمداد کند.

- اکر انتخاب حامی و مدافع دانا، بر مبنای قدرت و به حکم عقل واجب است، فیاض ملت ها به وجود آگاهان به فنون و علوم دفاع برای صیانت از حقوق ستمدیدگان، مانند هر نیاز دیگری برای سایر مشاغل و حرفة ها، گروهی را بر می انگیزد و با آموختن درس از اسایید خود به علم و شیوه دفاع و عدالتخواهی متجر شوند. در این مرحله است که وکیل و وکالت دادگستری در نقش حمایت از صاحبان حق با به میدان مبارزه حق و باطل می گذارد که سخت باید همراه با فناکاری و از خودگذشتگی باشد.

- اکر وکالت دادگستری برای دفاع از موکل است، لزوماً باید در عرصه دادرسی حضور یابد، از نخستین گام تا پایان دادرسی، قاضی باید وکیل را مانند موکل و بیش از موکل برای بهره مندی از علم دفاع و آگاهی های او به نفع موکل و به نفع حقیقت، آزاد بگذارد تا نجاعت خود را در انجام وظیفه اعمال کند و به مناسب دفاع از موکل زیان نبیند و مجازات نشود گرچه صاحبان قدرت را خوش نیاید و این امنیت را باید دستگاه قضاء، به وکالت اعطا کند و حفظ سرمایه مادی و معنوی وکیل در مقام دفاع ممکن نیست، مگر این که وکیل زیرمجموعه سازمان قضایی کشور نباشد و این است مفهوم و معنای واقعی استقلال وکیل دادگستری و کانون وکلا. با مقدمات فوق و استنباط آن از فرمان عقل و بر مبنای قدرت آزاده دنیالود به اغراض و خودخواهی ها، یعنی پذیرش استقلال جامعه وکالت بر عقلاً انسان می شود و بطور معکوس از ذیل به صدر بازمی گردیم، یعنی اکر کشوری استقلال وکیل را به همانه تنی چند وکیل ناصالح تحمل نکند و اصرار به واپستگی وکالت به سازمان قضایی نماید تا سرنوشت و آینده وکیل تابعی از اراده آن باشد، یقیناً چنین کشوری خواهان کشف حقیقت در دادرسی نیست و تمیز حق از باطل به زیان خود و بزرگان خود می شمارد و اگر سخن از عدالت قضایی می گویند یا تظاهر به آن می کنند، شعاری بیش نیست.

نظر به این که در کشور ایران دفاع و حق دفاع و بهره مندی ملت از دادرسی عادلانه، از اصول مسلم قانون جمهوری اسلامی ایران و مقدس است و با پیه قرلاهان این حق انسانی، طبیعی، فطری و شرعاً نمی توان پذیرفت، آن چه امروز بر ضد وکالت دادگستری به صور مختلف، آین نامه یا لایحه تدوین می شود مطابق با سیاست کلی نظام در باب حق و عدالت قضایی باشد. زیرا نظام کشور ایران بر فطرت الهی انسان و عقل استوار است و سلب استقلال از وکیل دادگستری خواست واقعی بزرگان کشور نیست.

وکلای دادگستری باید تنی چند وکلای ناصالح را با حفظ استقلال کانون وکلا و مراجع انتظامی آن به شدت از جامعه وکالت برائند و بهانه را از دست بدخواهان وکالت بگیرند تا دشمنان که زیان دیدگان از وکالت شجاع و مستقل هستند، فرصت نکنند، ذهنیتی سیاه از وکالت در اجتماع و در رسانه های عمومی بسازند و زمینه را برای تصویب مقرراتی ضد وکالت دادگستری فراهم آورند. بیگری استقلال وکیل دادگستری و کانون وکلا همت می خواهد و ادامه این راه را همچنان در اصفهان جستجو می کیم.

کمک‌های بشردوستانه؛ حق قانونی یا اخلاقی؟

ندا مبدی فر

چکیده:

کمک‌های بشردوستانه، شامل فراهم کردن کالا و خدمات ضروری، به منظور حفظ بقای کسائی است که به طور مستقیم تحت تأثیر فجایع ساخته دست بشر، مانند مخاصمات مسلحانه، یا بلایای طبیعی قرار می‌گیرند. این کمک‌ها در زمان مخاصمات مسلحانه بین المللی، مخاصمات مسلحانه داخلی و حدوث بلایای طبیعی موضوعیت می‌یابند و برخلاف کمک به توسعه که از طرف کشورهای توسعه یافته و به منظور کاستن از فقر بلند مدت و بازسازی زیربنای نهادها و اقتصاد کشورهای در حال توسعه ارائه می‌شود، هدف کمک‌های بشردوستانه کاستن از رنج کوتاه مدت و جلوگیری از تلفات و تضمین دسترسی افراد نیازمند به نیازهای اولیه بقاء مانند آب، پهدلشته، غذا و سرینامه صرف‌نظر از تبعیت نژاد، جنسیت، طبقه یا باورهای مذهبی و سیاسی آن‌ها، می‌یابشد. حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه، حقی است که به دنبال شدت گرفتن مخاصمات مسلحانه داخلی و همچنین افزایش بلایای طبیعی، از دهه ۱۹۹۰ به بعد مورد توجه قرار گرفته است. عنوان حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه را می‌توان ذیل حقوق همبستگی و به اصطلاح «تسیل سوم حقوق بشر»، در کنار حقوقی مانند حق بر توسعه، حق بر صلح و حق بر منفعت بردن از میراث مشترک بشریت بررسی کرد. قبول کمک‌های بشردوستانه به عنوان یکی از حقوق بشر، امری بحث برانگیز است و هنوز در عرصه حقوق بین‌الملل به طور کلی پذیرفته نشده است. این مقاله درصد است تا تأمل در مبانی، منابع و مستدلات موجود در حقوق بین‌الملل، دریافت کمک‌های بشردوستانه را به عنوان یکی از حقوق بشر مورد ارزیابی و بررسی قرار دهد و به بیان این مطلب پردازد که آیا در حال حاضر جامعه بین‌المللی، حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه برای نیازمندان را به رسمیت شناخته است یا خیر.

وازگان کلیدی:

بشردوستانه، حقوق بشردوستانه، کمک‌های بشردوستانه، حق، تعهد، مخاصمات مسلحانه، بلایای طبیعی.

کمک‌های بشردوستانه برنامه‌هایی هستند که برای کاهش آثار منفی بلایای طبیعی یا انسانی یا دیگر شرایط خاص مانند بیماری، گرسنگی یا سایر محرومیت‌ها که تهدیدی جدی برای حیات انسان‌ها هستند، به اجرا در می‌آیند. به عبارت دیگر، کمک‌های بشردوستانه مکمل تلاش‌های مقامات داخلی کشور میزبان یا نهادهایی است که مسؤولیت اولیه برای فراهم‌سازی کمک‌های بشردوستانه را دارند^۱. در جریان این حوادث، خدمات بشردوستانه‌ای باید ارائه گردد که مورد نیاز مردم آسیب دیده است؛ از جمله ارائه غذا، پوشش، دارو، چادر، تخت خواب، وسائل حمل و نقل، وسائل فنی و پیشکی و ارائه کمک‌های مالی برای تأمین این وسائل. ارسال تسليحات، سیستم‌های تسليحاتی، مهمات، وسائل نقشه‌نظامی یا سایر وسائلی که می‌تواند منجر به صلحه بدنی یا مرگ شود، به عنوان کمک‌های بشردوستانه، موضوعیت پیمانه‌ی کند^۲. برای این که کمک‌های ارائه شده به عنوان کمک‌های بشردوستانه توصیف، شود می‌باشد از ماهیت بازدارنده و کاهش دهنده الام انسان‌ها برخوردار باشد. هدف از کمک‌های بشردوستانه، حفظ حیات انسان‌ها، فروشناندن رنج و حفظ شان انسانی آنان و همچنین حفاظت از سلامت افراد نیازمند، صرف‌نظر از تابعیت، نژاد، جنسیت، طبقه یا باورهای مذهبی و سیاسی آن‌ها، می‌باشد و اصول انسانیت، عدم چاند داری و بی‌طرفی هادی ارائه آن‌ها است. این کمک‌ها، علاوه بر تلاش برای ارائه غذا، آب، مراقبت بهداشتی (شامل حمایت روانی)، سریناگ کافی و یا دیگر ملزمومات اساسی، می‌تواند رشمای از برنامه‌های توانمندی‌سازی همچون عملیات پاکسازی میهن‌ها و تعمیرات ضروری زیربنایی ترابری و ارتباطات را بین، در برگیرد. در واقع کمک‌های بشردوستانه به گونه‌ای می‌تواند با تلاش برای فراهم‌آوردن امنیت و نیز تدبیری برای ساختن یا احیای نهادهای مورد نیاز برای ارائه کمک یا آمادگی برای وضعیت‌های اضطراری اینده، مرتبط باشد^۳.

حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه، حقی است که به دنبال شدت گرفتن مخاصمات مسلحانه داخلی و همچنین افزایش بلایای طبیعی، از دهه ۱۹۹۰ به بعد مورد توجه قرار گرفته است. محتوای حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه، از منشور، قطعنامه‌های ملل متحد و اسناد بین‌المللی حقوقی آن شده‌اند. در نشأت می‌گیرد در طول دهه هشتاد میلادی، رهبران سیاسی و مذهبی، مدعی شکل گیری حقوقی آن شده‌اند. در ۱۹۸۷، رئیس جمهور وقت فرانسه، فرانسوا میتران^۴ بیان کرد که کمک به مردم بیچاره که در بحران‌های بشری قرار گرفته‌اند بک تکلیف اخلاقی فراید از دیگر تکلیف دولت است.^۵

همراه با حق توسعه، صلح و منفعت بردن از میراث مشترک بشریت، حق دریافت کمک‌های بشردوستانه نیز در نسل سوم حقوق بشر (حقوق همبستگی) مطرح شده است^۶. لذا عنوان حق دریافت کمک‌های بشردوستانه را می‌توان ذیل حقوق همبستگی و به اصطلاح «نسل سوم حقوق بشر» بروزی کرد. جایی که واپسگی‌های متقابل در حال ظهور کشورها مانند نیاز به کمک‌های بشردوستانه باعث می‌شود در جهان معاصر دیگر مصمم‌ترین کشورها

^۱- «Humanitarian Assistance/disaster relief operations planning», Department of the NAVY office of the chief of naval operations, August ۲۰۰۵, glossary (foreign humanitarian assistance), p.۹.

^۲- Rohan J.Hardcastle,Adrian T.L. Chua,«Humanitarian assistance : towards a right of access to victims of natural disasters»,International Review of the Red Cross , No .۷۷۵,۱۹۹۸, p.۲.

^۳- Handbook on UN Multidimensional peacekeeping Operations , Department of Peacekeeping Operations United Nations ,December ۲۰۰۷, pp. ۴۷-۱۵۸,available at: <http://www.peacekeepingbestpractices.unib.org/Pbps/library/Handbooks/Onv-UNP-OPKOs.pdf>[۱۳۹۰-۰۵-۲۰].

^۴- Francois Mitterrand

^۵- Alberto do Amaral Jr , «The Right to humanitarian assistance»,yale law school,۲۰۰۱, p.۱۷, available at: http://www.law.yale.edu/documents/pdfs/junior_The_Right_to_Humanitarian_Assistance.pdf[۱۳۹۰-۰۷-۱۰].

^۶- Rohan J.Hardcastle,Adrian T.L. Chua op.cit, p.7.

هم توانند مشکلات پیش روی خود را به تنهایی حل کنند. به عبارت بہتر، مسائل حقوق همیستگی به نحوی است که حل و فصل آن‌ها از عهده چند کشور بر نمی‌آید و کل جامعه بین‌المللی باید در حل آن‌ها سهیم باشند.^۷ بر اساس حقوق همیستگی، فرد فرد اینای بشر، متنفع واقعی و مخاطب نهایی این حقوق خواهند بود و همه بشریت از همیستگی بین‌المللی استفاده خواهند کرد. شدت بلاای طبیعی و آثر مخرب آن به گونه‌ای است که کشورهای حاده دیده، که غالباً در زمرة کشورهای در حال توسعه هستند، به تنهایی قادر به پاسخگویی به مشکلات ناشی از آن نیستند و بدین لحاظ برای مواجهه با چنین مشکلاتی، ناجار از استمداد کمک از کشورهای دیگر هستند. در این جاست که بر اساس مقادیر نسل سوم حقوق بشر، تماشی عناصر حقوق بین‌الملل از جمله دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، به عنوان معهدهای اولیه به اعطای کمک‌های بشر دوستانه، وجود حق بر کمک‌های بشر دوستانه را تصدیق می‌کنند. ماهیت این حق، یک حق جمعی است که همگان (افراد، دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و جامعه بین‌المللی به عنوان یک کل) را ملزم به کمک می‌کند. برخی از مطالعات انجام شده این نتیجه را به دنبال دارند که چنین حقی برای الزام‌آوری عملی، باید به صراحت در استاد بین‌المللی مانند معاهدات چند جانبه به رسمیت شناخته شود و صرف معرفی آن به عنوان یکی از حقوق نسل سوم کافی برای مقصود نیست و حتی می‌تواند خطرناک هم باشد؛ زیرا رشد بیرونی قاعده این حقوق، اقتدار حقوق بشر را دچار مشکل می‌سازد.^۸

قبول کمک‌های بشردوستانه به عنوان یکی از حقوق بشر امری بحث برانگیز است و هنوز در عرصه حقوق بین‌الملل به طور کلی پذیرفته نشده است. در سال‌های اخیر، ارکان سازمان ملل متحده و دیگر سازمان‌های بین‌المللی تمایل خود را برای اعلام نسل سوم حقوق بشر، بدون مذکور قرار دادن مقوله کارآمد بودن و حدود و تغور آن، نشان داده‌اند. بنابراین کسانی که حقوق جدید را پیشنهاد می‌کنند، می‌بایست ادعاهای خود را مبنی بر وضعیت متعالی حقوق بشر را توجیه کنند. ادعاهای مبنی در سلحشور بین‌الملل به رسمیت شناخته می‌شوند که پروسه تصویب به این مطلب، که کمک‌های بشردوستانه اساساً حق است یا خیر، بررسی کنیم.^۹

کمک‌های بشردوستانه در منشور سازمان ملل متحده، قطعنامه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت ملل متحده

رهایی از نیاز را می‌توان از بند سوم ماده بک منشور استخراج کرد. به علاوه بر اساس مواد ۵۵ و ۵۶ منشور، همه دولتهای عضو، تعهد به همکاری با سازمان ملل برای دستیابی به مقاصد مقرر در ماده یک منشور را می‌پذیرند. ماده ۵۵ مقرر می‌دارد که ملل متحد، در جهت احترام مؤثر و جهانی حقوق بشر و آزادی‌های انسانی خواهد کوشید از آن جا که کمک بشردوستانه رنج مردم را تخفیف می‌دهد، می‌تواند به عنوان اقدام حداقلی تلقی شود که دولتهای عضو ملل متحد با همکاری این سازمان، به منظور حمایت مؤثر از حقوق بشر، به عمل می‌آورند. بنیان حقوق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه به عنوان تعهد به یاری دادن مردم نیازمند و بنابراین حق به کمک شدن، در همین استدلال فرار دارد.^{۱۰}

۷- احمد رضا توحدی، «حق صلح و حق محظا زیست در پرتو حقوق همیستگی و حقوق بین‌الملل»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق بشر و گفتگوی تمدن‌ها، دلشگاه مقید، ۱۳۸۰، جر. ۸۰.

۸- احمد رضا توحدی، پیش‌نامه، جن. ۶۵.

^۹- Rohan J.Hardcastle,Adrian T.L. Chua ,op cit,p*.

^{۱۰}- Noelle Quenivet,» Humanitarian assistance: a right or a policy? Case study: the Security Council and the armed conflict in the former Yugoslavia», The Journal of Humanitarian Assistance, ۲۰۰۰, p.۱,available at <http://sites.tufts.edu/jha/archives/tag/security-council>, [۱۳۹۰, ۶, ۱۰].

شورای امنیت در قطعنامه‌های مختلف، به حقوق بشر اشاره و توجه کرده است. برای مثال، حق حیات از جمله در قطعنامه‌های ۷۱۳ و ۷۲۱ و ۷۸۰ مورد توجه قرار گرفته است. حق حیات دارای اهمیت چشمگیری است؛ کمک‌های بشردوستانه ضامن حق حیات هستند و خود منتج است از آن.^{۱۱} اما شورا حق برخورداری از استاندارد مناسب زندگی و حق غذا را مستقیم مورد اشاره قرار نداشته است. حقی که به نظر می‌رسد مورد توجه شورا قرار گرفته باشد، رسائلن غذا و تدارکات پزشکی است. در واقع بسیاری از قطعنامه‌های شورا، به حق دسترسی بلامانع به نیازهای انسانی اشاره می‌کنند که نشان دهنده توجه شورای امنیت به وضعیت سلامت و زیست انسان‌هاست. این رکن همچنین به عنوان مثال در قطعنامه‌های ۸۵۹، ۹۰۰، به تسهیلات عمومی، آب، برق، سوخت و سامانه ارتقا طی، اشاره می‌کند. بنابراین، برخورداری از استاندارد مناسب زندگی و حق غذا از جمله حقوقی به شمار می‌آیند که شورای امنیت را وادار به نشان‌دادن واکنش در وضعیت‌های سخت می‌کند.

به طور کلی در قطعنامه‌های شورا، به ندرت به حقوق بین‌المللی بشر اشاره شده است، فقط در قطعنامه‌های ۷۵۷ و ۷۸۷ از «حمایت موثر از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی» صحبت می‌شود. در این زمینه مجمع عمومی نیز به «تفصیل گسترد و فاحش حقوق بشر» (قطعنامه ۴۹) اشاره می‌کند و خاطرنشان می‌سازد دولت‌های عضو ملل متحده، «تعهد به پیشبرد حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و حمایت از آن‌ها» هستند (قطعنامه ۱۹۳/۵). در حالی که شورای امنیت به استاد بین‌المللی حقوق بشر اشاره نمی‌کند، مجمع عمومی در قطعنامه‌های ۴۹/۱۶۵ و ۵۰/۱۹۳ تقریباً به همه استاد مربوط به موضوع اشاره می‌کند و در قطعنامه نخست به دولت‌ها یادآور می‌شود «به تعهدات خود بر اساس استاد حقوق بشری که طرف آن‌ها هستند عمل کنند».

به نظر می‌رسد تصویب قطعنامه‌های سازمان ملل متحده حاکی از اجماع حقوقدانان نسبت به حق برخورداری از کمک‌های بشردوستانه باشد. با این وجود، خلاف این موضوع صادق است.^{۱۲} قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحده (۴۳/۱۳۱ و ۴۵/۱۰۰ و ۴۵/۱۳۱) صرفاً یک حق مضيق در خصوص ارائه کمک‌های بشردوستانه را برای جمیعت نیازمند به رسمیت می‌شناسد و ذکری از کمک‌های بشردوستانه به معنای اخص کلمه، نمی‌کند. پیش‌نویس پیشنهادی ارائه شده که متضمن حق برگرمک‌های بشردوستانه بود، از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحدد شد که این مورد نشان می‌دهد که مجمع عمومی سازمان ملل متحده، آمادگی پذیرش این موضوع را نداشت. با این وجود، عبارت پردازی قطعنامه، بر حق ارائه کمک‌های بشردوستانه دلالت نمی‌کند. مطابق با قطعنامه ۴۳/۱۳۱، دولتی که در سرزمینش حداثه غیر مترقبه اتفاق افتalte است، اولین مقامی است که می‌باشد نسبت به حداثه بروز کرده واکنش نشان دهد و در خصوص ارائه کمک‌های بشردوستانه اقدامات لازم را اتخاذ کند. مسؤولیت دولت در این خصوص، سازمان‌های و فراهم کردن ترتیبات لازم برای ارائه و ارسال کمک‌های بشردوستانه می‌باشد. به عبارت دیگر، جنبش‌ها و سازمان‌های بشردوستانه صرف‌آزمائی وارد عمل می‌شوند که دولت متبع قربانی حداثه در خصوص مشکلات بروز کرده نتوان عمل کند. این ناتوانی می‌تواند به علل اقتصادی، فیزیکی و یافته، صورت گیرد می‌توان استیباط کرد که سازمان‌ها و جوامع ارائه کننده کمک‌های بشردوستانه صرف‌آزمائی وارد عمل می‌شوند که دولت نتوانند نقش اصلی خود را ایفا نکند. چنین تفسیری صرفاً با مطالعه قطعنامه و همچنین مقدمه آن قابل استیباط است که از جامعه بین‌المللی می‌خواهد تأثیر ادخال خصوص وضعیت و خیم بروز کرده، اقدام کنند. مطابق با این دیدگاه، حق ارائه کمک به مردم نیازمند و نه حق دریافت کمک، قابل استیباط است و با توجه به مورد ذکر شده تها ذینفعان، سازمان‌های ارائه کننده کمک‌های بشردوستانه می‌باشند.^{۱۳}

۱۱ - چشتید ممتاز، «حقوق بین‌الملل بشر دوستانه»، مجامعت... اعانته (دانش)، دفتر میراث، ۱۳۸۴ - ص ۱۴۲.

^{۱۲}- Noelle op.cit. p. ۴.

^{۱۳}- Ibid.

به نظر می رسد که قطعنامه های شورای امنیت سازمان ملل متحده برخلاف قطعنامه های مجمع عمومی، مبنای مستحکم تری برای این استدلال که حق دریافت کمک های بشردوستانه در حال ظهور است، ایجاد می کند. بسیاری از قطعنامه های شورای امنیت سازمان ملل متحده، بر حق دسترسی به قربانیان تأکید می کنند و حتی در قطعنامه ۷۰ با توجه به اختیارات مقرر در فصل هفتم، از طرفین مخاصمه می خواهد تا به کمیته بین المللی صلیب سرخ و دیگر سازمان های غیر حکومتی صلاحیت دار، حق دسترسی به اردوگاه ها، اسرا و مراکز نگهداری از قربانیان رااعطا کنند. در واقع نکته مهم و اساسی در داشتن حق دسترسی، کمک به مردم است. حق دسترسی در واقع ابزاری برای پیشبرد حق ارائه کمک های بشردوستانه، می باشد. پس وجود حق ارائه کمک های بشردوستانه، منطقی به نظر می رسد.^{۱۲}

کمک های بشردوستانه در استاد بین المللی حقوق بشر

در این راسته، ماده ۲۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر که حقوق دلان و اکثر دولت ها آن را قاعده عرفی بین المللی می دانند، می تواند برای تقویت این عقیده مورد استناد قرار گیرد که بک حق کمک بشردوستانه وجود دارد در واقع این مقرره، حق حیات، حق تمامیت جسمی و حق استاندارد مناسب زندگی را به حق بهره مند شدن مؤثر از آن ها پیوند می دهد. به علاوه از مهم ترین استانداری که برای دولتها تعهد به وجود می آورند میثاق های بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی به حق حیات اشاره می کند به موجب بندیک ماده ۱۱ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز دولتها حق هر فرد چه بتبرخورداری از استاندارد مناسب زندگی، برای خود و خانواده اش، شامل غذا، پوشاک و مسکن مناسب و پهلو دار و وضعیت زندگی را به رسمیت می شناسند. به موجب بندیک تفسیر کلی شماره ۳ مصوب اجلاس پنجم (۱۹۹۱) کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مورد ماهیت تعهدات دولت های میثاق مربوط، معتقد است که هر دولت عضو یک تعهد کانونی اولیه برای تضمین اراضی حداقل سطح اساسی هر یک از حقوق مندرج در سند را دارد. برای مثال دولت عضوی که در سوزemin آن افراد زیادی از مواد غذایی اساسی، مراقبت بهداشتی اولیه، سربناه و مسکن یا اشکال بایه ای آموزش محروم باشند در نظر اول از اجرای تعهدات خود بر اساس میثاق قصور ورزیده است. اگر قرار باشد این سند به گونه ای قرائت شود که یک تعهد کانونی اولیه را تبیین نکند تا حد زیادی علت وجودی خود را از دست می دهد.^{۱۳}

توجه به حق غذا یا رهایی از گرسنگی را می توان در متون گوناگون مشاهده کرد از جمله اعلامیه جهانی محو گرسنگی و سو، تغذیه،^{۱۴} مصوب کنفرانس جهانی غذا (۱۹۷۴) که در قطعنامه ۳۳۴۸ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۴ به تایید مجمع عمومی رسید. بر اساس ماده ۱۲ این اعلامیه، کل جامعه بین المللی مسؤولیت دارد در دسترس بودن موجودی جهانی مولا خوارا کی در همه زمان ها را تضمین کند. این اندیشه را در تعهد جهانی در مورد امنیت جهانی غذا (۱۹۷۴)^{۱۵} نیز می توان مشاهده کرد.^{۱۶}

طبق ماده ۱۱ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق غذا به عنوان وجهی از یک استاندارد مناسب زندگی، حقی اساسی است. از این رو، حق لشاره شده در هر وضعیتی اعتبار دارد و قابل تعلیق نیست.^{۱۷} در

-۱۴ Ibid.

-۱۵ Noelle op. cit . p. ۲.

-۱۶ The Universal Declaration on the Eradication of Hunger and Malnutrition. ۱۹۷۴.

-۱۷ the World food Conference.

-۱۸ The International Undertaking on world Food Security.

-۱۹ Noelle op. cit . p. ۲.

-۲۰. برای ملاحظه مباحثی پژوهون تبلیغ را که ناسو فریان نیا، «حقوق شر و حقوق بشردوستانه»، انتشارات پژوهشگاه هنگ و اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۷.

تفسیر کلی شماره ۱۲ مصوب اجلالس بیستم (۱۹۹۹) کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، در مورد حق برخورداری از غذای مناسب نیز اشاره شده که احتمال دارد دولت‌ها یا دیگر نهادها این حق را به شکل‌های گوناگون، از جمله با جلوگیری از دسترسی به کمک غذایی پسردوسانه در درگیری‌های داخلی یا دیگر وضعیت‌های اضطراری، تغییر کنند و گفته شده است که در جنین وضعیت‌های دولت‌ها مسؤولیت دارند، بسته به میزان توانایی خود، برای فراهم آوردن امداد مربوط به حوادث و کمک‌های بشردوستانه همکاری کنند (بندهای ۱۹ و ۲۸).^{۲۱}

بیوند بین حق غذا و حق حیات نیز این نتیجه را به دست می‌دهد که حق غذا در هر وضعیتی اعتبار دارد و قبل تعلیق نیست، زیرا هر گونه تعزیز به حق غذا می‌تواند متاخر به مرگ ناشی از گرسنگی بشود و همان طور که کمیته حقوق بشر می‌گوید «حق عالی است که تعلیق آن حتی در زمان وضعیت‌های اضطراری عمومی که حیات ملت در معرض خطر قرار دارد مجاز نیست». کمیته مژبور در بند پنجم تفسیر کلی شماره شش اجلالس شانزدهم خود درباره ماده ۶ ادامه شمول حق حیات را گسترش داده به نحوی که «اقلام در چهت محو سوء تعذیب و بیماری‌های همه گیر» را نیز در بر می‌گیرد.^{۲۲}

در زمینه حق برخورداری از بالاترین استاندارد قابل دسترسی برای بهداشت در تفسیر کلی شماره چهارده این کمیته، مربوط به اجلالس بیست و نهم (۲۰۰۰) در زمینه حق جلوگیری از بیماری‌ها معالجه یا مهار آن‌ها، موضوع شق ب بند دو ماده ۱۲، آمده است که حق معالجه، شامل ایجاد یک سامانه مراقبت‌پزشکی فوری در موقع بروز حوادث، بیماری‌های همه گیر و مخاطرات مشابه نسبت به سلامت انسان‌ها و فراهم آوردن امداد مربوط به حوادث و کمک‌های بشردوستانه در وضعیت‌های اضطراری می‌شود. به علاوه همانند مورد بالا، دولت‌ها مسؤولیت دارند برای فراهم آوردن امداد مربوط به حوادث و کمک‌های بشردوستانه همکاری کنند (بندهای ۱۶ و ۴۰).^{۲۳}

در خصوص حق مسکن، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و اسلاف آن تعلیل زیادی ستد را بررسی کرده‌اند که به این موضوع پرداخته‌اند. برای مثال می‌توان به بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، شق سه بند ث ماده ۵ مقاوله نامه اصحابی همه اشکال تبعیض نژادی،^{۲۴} بند دو ماده ۱۴ مقاوله نامه اصحابی همه اشکال تبعیض علیه زنان،^{۲۵} بند سه ماده ۲۶ مقاوله نامه حقوق کودک، ماده ۱۰ اعلامیه پیشرفت و توسعه اجتماعی،^{۲۶} بند هشت پخش سوم اعلامیه و نکودور در موارد اسکان بشر،^{۲۷} مصوب و اعلان شده کنفرانس اسکان بشر (۱۹۷۶)^{۲۸} که تأکید کرد سرینه و خدمات مناسب، یک حق بایه‌ای بشر است. بند یک ماده ۸ اعلامیه حق توسعه^{۲۹} و توصیه سازمان بین‌المللی کار در خصوص مسکن کارگران (۱۹۶۱)^{۳۰} اشاره کرد. به طور کلی حق مسکن مناسب که از حق برخورداری از استاندارد مناسب زندگی نشأت می‌گیرد اهمیت اساسی برای برخورداری از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دارد.^{۳۱}

با این وجود موارد مورد پذیرش واقع شده در خصوص این که حق برخورداری از کمک‌های بشردوستانه ریشه

۲۱- UN, International Human Rights Instruments, «Compilation of General Comments and General Recomendatuions Adopted by Human Rights Teats Bodies » pp.۷-۶۷, available at : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/.../ca1verfaeandcarevad.../ca1verfaeandcarevad...\\$FILE/G...442.2.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/.../ca1verfaeandcarevad.../ca1verfaeandcarevad...$FILE/G...442.2.pdf) [۱۳۰۰.۷.۰۷].

۲۲-Noelleop.cit. p.۷.

۲۳-UN, International Human Rights Instruments.op cit. pp.۷-۹..

۲۴- The International Convention on the Elimination of All Froms of Racial Discrimination, ۱۹۶۹.

۲۵-The Convention on the Elimination of All Frums of Racial Discrimination against Women, ۱۹۷۹.

۲۶-The Declaration on social progress and Development, ۱۹۶۹.

۲۷-The Vancouver Declaration on Human Settlement, ۱۹۷۶.

۲۸-Conference on Human settlements.

۲۹-The Declaration on the Right to Development, ۲ Dec ۱۹۸۶.

۳۰-The Llo Recommendation Concerning Workers Housing, ۱۹۶۱.

۳۱- UN, International Human Rights Instruments .op. cit., p. ۱۶.

در منشور سازمان ملل متحد و قطعنامه های ارکان آن دارد به اجماع حقوقی نرسیده است. از آن جایی که جامعه بین المللی، از توصیف کمک های بشردوستانه و ارائه آن حتی در موارد اضطراری به عنوان تعهد بین المللی امتناع می کند در نتیجه به نظر می رسد که حق بر کمک های بشر دوستانه را نمی توان مستقیماً از منشور، قطعنامه های مجمع و شورای امنیت ملل متحد و اسناد بین المللی حقوق بشر، ناشی دانست.^{۳۲}

کمک های بشردوستانه در سایر منابع حقوق بین الملل

مطابق با منابع سنتی حقوق بین الملل مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری، مقررات حقوق بین الملل، عمدتاً در معاهدات، حقوق عرفی، و اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن وجود دارد. در حال حاضر هیچ نوع معاهده عمومی در مورد چارچوب های امدادرسانی و حق دریافت کمک های بشردوستانه وجود ندارد و لذا هیچ قاعده ای دولت ها را ملزم نمی نماید که به هنگام حادثه به دولت دیگر کمک کنند به همین دلیل است که پرخی تنها خصمات اجرای کنونی این حق را، افکار عمومی جامعه بین المللی می دانند.^{۳۳} بنابراین، یک موافقت نامه بین المللی به شکل یک کنوانسیون نیاز است تا حمایت از قربانیان را تضمین کند چنین موافقت نامه ای، جامعه بین المللی را در ارائه بهتر امداد به قربانیان کمک خواهد کرد.^{۳۴}

در حقوق بشردوستانه بین المللی، سه نوع حقوق مرتبط با کمک های بشردوستانه مورد حمایت قرار دارد

۱- حق برخورداری از مواد غذایی

این حق در چارچوب حقوق بشردوستانه مورد حمایت قرار گرفته است. همچنین در کنوانسیون های چهارگانه زن و پرتوکل های الحاقی آن، حق برخورداری از غذا قید شده است. ماده ۵۵ کنوانسیون چهارم زن به غیر نظامیان و مواد ۵۱ و ۵۲ این کنوانسیون، به اسرای جنگی مریبوطاً می شود علاوه بر این، مواد ۵۶ و ۵۷ کنوانسیون چهارم زن به جزئیات بیشتری در خصوص حق برخورداری از غذا برای غیر نظامیان اشاره می کند.

۲- حق برخورداری از تجهیزات پزشکی

ماده ۵۵ کنوانسیون چهارم زن مقرر می کند که قوای اشغال گر می بایست تجهیزات پزشکی کافی برای جمعیت غیر نظامی ارائه کند. مطابق با ماده ۱۴ این کنوانسیون، قوای اشغال گر می بایست اطمینان حاصل کند که جمعیت غیر نظامی در سلامت کافی و از تجهیزات و کالاهای پزشکی کافی برخوردار است. ماده ۱۵ پرتوکل الحاقی اول، قوای اشغال گر را برای کمک به پرسنل پزشکی در حین عمل، متعهد می کند. حق برخورداری از پوشак، صراحتاً در ماده ۲۷ کنوانسیون سوم زن در خصوص اسرای جنگی، مورد اشاره قرار گرفته شده است. بالین حال اعمال این حقوق صرفاً تحت شرایط خاص و مستثنایی مورد حمایت واقع شده و حق کمک های بشردوستانه به طور کلی از آن ها استنباط نمی شود.^{۳۵}

^{۳۲}- Ibid.

^{۳۳}- اریتا دستان، « نقش سازمان های غیر دولتی در ارائه کمک های بشر دوستانه: مورد مطالعه: زارله بهم»، پایان نامه کارشناسی ارشد روانه بین الملل، دانشگاه تهران - ۱۳۸۴، ص ۴۵.

^{۳۴}- Rohan J.Hardcastle,Adrian T.L. Chua ,op.cit, p.6.

^{۳۵}- Noelle,op.cit, p.6.

با توجه به این که دیوان بین المللی دادگستری مطلقاً به اصول کلی حقوق استناد نکرده است، بنابراین، این اصول نمی‌توانند مبنایی برای ظهور حقوق پسر جدید ارائه کنند.^{۳۶} لذا این حق را می‌بایست در حقوق عرفی مدنظر قرار داد برخی از حقوق دلایل با توجه به رویه تمامی کشورها در برخورد با این دست وقایع و اعطای کمک به کشورهای مصیبت دیده، این حق را به عنوان یک عرف الزام آور بین المللی به رسمیت شناختند، که نه کشور حادثه دیده یا درگیر در مخاصمه و نه کشورهای همسایه نمی‌توانند از آن جلوگیری کنند. یک عرف فقط زمانی وجود دارد که دو عنصر وجود داشته باشد.

۱- عنصر مادی؛ تکرار یکنواخت و ثابت عمل مشخص در طول زمان

۲- عنصر معنوی؛ اعتقاد به این که چنین عملی یک هنجار حقوقی و الزام‌آور است. مطابق این نظر، حق بر کمک‌های بشردوستانه هر دو شرعاً برای ایجاد عرف را دارا می‌باشد. از یک سو حق قربانیان بلایای طبیعی برای دریافت کمک‌های بشردوستانه، در قانون بسیاری از کشورها در هنگام حادث شدن این حادث، مندرج است. به علاوه در سطح منطقه‌ای، موافقت ذمه‌هایی در خصوص سازماندهی کمک‌های بشردوستانه در زمان حادث شدن بلایای طبیعی، وجود دارد. از سوی دیگر تصویب قطعنامه ۱۲۱/۴۲ توسط مجمع عمومی جلوه بازی از این مفهوم است که جامعه بین المللی از کمک‌های بشردوستانه حمایت می‌کند. قطعنامه‌های شورای امنیت که به همان مطلب صحه می‌گذارند نیز این مطلب را تأیید می‌نمایند. به این ترتیب اعتقاد الزام‌آور از اظهارات مکرر شورای امنیت راجع به قواعد حقوقی تنظیم کننده کمک‌های بشردوستانه برگرفته می‌شود.^{۳۷}

برخی دیگر معتقدند که تمایل دولت‌ها برای ارائه کمک‌های بشردوستانه ضرورت‌آبه این معنا نیست که در حقوق بین الملل عرفی حق دریافت کمک‌های بشردوستانه برای قربانیان بلایای طبیعی وجود دارد. در قضیه قلات قاره دریای شمال، دیوان بین المللی دادگستری اظهار کرد که تکرار یک عمل و شکل عرفی آن، برای تکامل آن به عنوان یک اصل در حقوق بین الملل عرفی کافی نیست. برای موجودیت یافتن چنین حقی، ارائه کمک‌های بشردوستانه می‌بایست به عنوان مدرکی دلیل بر ماهیت الزام آور بودن این کمک‌ها، به عنوان قاعده حقوقی یا قاعده‌ای ناشی از حقوق پشتیبانی شود.^{۳۸}

نتیجه‌گیری

به هر حال، با توجه به آن چه گفته شد آیا می‌توان نتیجه گرفت که ارائه کمک‌های بشردوستانه حقی است که با تعهد به اجرای آن ملزم‌هه دارد؟ در صورتی که این مطلب مورد پذیرش قرار بگیرد که حق برای دریافت کمک‌های بشردوستانه وجود دارد، در این صورت طبیعی است که تعهد بین المللی نیز در این خصوص به وجود می‌آید.^{۳۹} گفته شده دولت‌ها بر این باور نیستند حقی به عنوان حق بر کمک‌های بشردوستانه وجود دارد که اعتقاد به الزام حقوقی در مورد اجرای آن وجود داشته باشد. آن‌ها دایم از مورد ملاحظه قرار دادن کمک یا پاری بشردوستانه به عنوان یک تعهد بین المللی، حتی در موارد اختصاری امتناع می‌ورزند، به همین دلیل است که قطعنامه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت ملل متحد، جامعه بین المللی را فقط تشویق به تقویت حمایت بشردوستانه می‌کنند.^{۴۰} بنابراین به نظر نمی‌رسد که حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه بتوان مستقیم از حقوقی مانند حق بر غذا یا حق

۳۶-Rohan J.Hardcastle,Adrian T.L.. Chua ,op.cit, p.7.

۳۷ - Alberto do Amaral Jr ,op.cit,pp.۱۶-۱۶.

۳۸- Rohan J Hardcastle,Adrian T.L Chua ,op.cit, p.8.

۳۹- ناصر قربان تبا، «حقوق پسر و حقوق بشردوستانه»، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چاپ اول ، ۱۳۸۷، جن ۲۶.

۴۰. قطعنامه ۱۹۵/۱۹۶ مجمع عمومی و قطعنامه‌های ۷۷۶ و ۷۷۷ شورای امنیت.

برخورداری از استاندارد مناسب زندگی، نشأت بگیرد. به هر حال پیوند آن‌ها هر چه بیشتر محکم می‌شود و می‌توان انتظار داشت که در بلند مدت حق بر دریافت کمک‌های بشردوستانه، دست کم به عنوان یک قاعده حقوقی در حال خلپهور مدنظر قرار گیرد. این نظر را تفسیرهای کلی گوناگون کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و همچنین تفسیر کلی شماره پنج کمیته حقوق کودک، تقویت می‌کنند. در این تفسیرها، همکاری بین‌المللی برای تحقق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تعهدی برای همه دولت‌های تلقی شده است.^{۴۱} به طور کلی دولت‌های دارنده خصوص این که فردیان می‌باشد مورد حمایت و کمک قرار بگیرند موافقت می‌کنند اما آن‌ها تأمیلی ندارند که چنین حسن نیتی، به یک تعهد بین‌المللی، تبدیل شود. این تعهد در حال حاضر یک تعهد اخلاقی است و نه حقوقی.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی

۱. توحیدی، احمدضا، «حق صلح و حق محیط زیست در برتو حقوق همبستگی و حقوق بین‌الملل»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق بشر و گفتوگوی تمدن‌ها، دانشگاه مفید، ۱۳۸۰.
۲. دستان، آریتا، «نقش سازمان‌های غیر دولتی در ارائه کمک‌های بشردوستانه: مورد مطالعه زلزله یه»، پایان نامه کارشناسی ارشد روابط بین‌الملل، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۳. قربان نیا، ناصر، «حقوق بشر و حقوق بشردوستانه»، انتشارات پژوهشکار فرهنگ و اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۴. محنتاز، جمشید، «حقوق بین‌الملل بشردوستانه: مخلصات مسلحه داخلی»، نشر میزان، ۱۳۸۴.

ب- منابع انگلیسی

۵. Amaral Jr , Alberto do , «The Right to humanitarian assistance», ۲۰۰۱.
۶. Handbook on UN Multidimensional peacekeeping Operations , Department of Peacekeeping Operations United Nations ,December ۲۰۰۷.
۷. «Humanitarian Assistance/disaster relief operations planning», Department of the NAVY office of the chief of naval operations, August ۲۰۰۵, glossary (foreign humanitarian assistance).
۸. Quenivet , Noelle , » Humanitarian assistance: a right or a policy? Case study: the Security Council and the armed conflict in the former Yugoslavia», The Journal of Humanitarian Assistance, ۲۰۰۷.
۹. Rohan John , and T.L. Chua ,Adrian,» Humanitarian assistance : towards a right of access to victims of natural disasters», International Review of the Red Cross , No ۷۷۴, ۱۹۹۸.

^{۴۱}- Noelle, Op. cit ,p. v; The Committee on Economic, Social , and Cultural Rights General Comments Nos. ۷۸,۷۹) V, (۷۹)۷۸ , (۷۹) ۷۸) A (۷۹) ۷۸), and Committee on the Rights of child General Comment No. ۸۶-۸), UN, International Huma, Rights Instruments « Compilation of General Comments and General Recommendation Adopted by Human Rights Treaty Bodies» ,p.p. ۱۸۵۲۶۲۸۲,۱۶, ۱۱۰,۳۲۶,۳۲۶.

١٠. Charter of the United Nations, ١٩٤٥.
١١. G.A. RES. ٦, ٢٣٧٣ Dec ١٩٨٨.
١٢. G.A. RES. ٣٦, ٣٠/٣٥ Dec. ١٩٩٠.
١٣. G.A. RES. ٣٣, ١٦٦/٣٩ Dec ١٩٩٤.
١٤. G.A. RES. ٣١-٣٣ nov ١٩٩٣.
١٥. G.A. RES. ٣٣ ١٧/٦ Dec ١٩٩٤.
١٦. International Covenant on Civil and Political Rights, ١٦ December ١٩٦٦.
١٧. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ١٦ December ١٩٦٦.
١٨. SC/RES ٢٥ , ٧٢ Sep ١٩٩١.
١٩. SC/RES ٢٧ , ٧٢ Nov ١٩٩١.
٢٠. SC/RES ٣٠ , ٧٣ May ١٩٩٢.
٢١. SC/RES ٢١ , ٧٣ Jun ١٩٩٢.
٢٢. SC/RES ٢٦ , ٧٣ Nov ١٩٩٢.
٢٣. SC/RES ٢٧ , ٧٣ Aug ١٩٩٢.
٢٤. SC/RES ٢٨ ٣٠ March , ١٩٩٣.
٢٥. The Geneva Conventions of ١٩٤٩ and their Additional Protocols of ١٩٧٧.
٢٦. The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination against Women, ١٨ Dec ١٩٧٩.
٢٧. The Declaration on social progress and Development, ١١ Dec ١٩٥٩.
٢٨. The Declaration on the Right to Development, ٦ Dec ١٩٨٦.
٢٩. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ٢١ Dec ١٩٦٤.
٣٠. The ILO Recommendation Concerning Workers' Housing, ١٩٥١.
٣١. The Universal Declaration of Human Rights, ١٠ December ١٩٤٨.
٣٢. The Vancouver Declaration on Human Settlement, ١٩٧٩.
٣٣. UN, International Human Rights Instruments, «Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies» .

نقد و بررسی لایحه جامع و کالت

(تشکیل سازمان و کلا)

علی فتحی

در راستای طرح لایحه جامع و کالت رسمی (تشکیل سازمان و کلا) که با امکان تصویب این لایحه لوایح و قوانین فعلی را ملغی می نماید موضوعات فراوانی قبل بحث در حذف و به نوعی کاهش استقلال کانون های وکلای دادگستری از طرف حقوقدانان به میان آمده اما مهم ترین مباحث قبل نقد و بررسی به شرح ذیل تقدیم حضور می گردد و این نقادی ها جهت اتخاذ و تدوین قانون برتر صورت می گیرد که خواست همه عزیزان چه مخالفان و چه موافقان این طرح می باشد و بالندگی حقوق نیز بر این مبنای اساس استوار است.

برابرها ماده ۲۵ «قراردادن هیأت نظارت بر عملکرد تصمیمات کانون ها و رعایت شرع و قانون و مصالح عمومی و حقوق مکتبه افراد وهم چنین جهت رسیدگی به صلاحیت داوطلبان و...» و ماده ۹۰ که در رأس دادگاه انتظامی و کلا برای است قاضی دادگستری و ماده ۹۱ «انتخاب دادستان دادسرای انتظامی و کلا توسط رئیس قوه قضائیه که یک نفر قاضی دارای حداقل پایه ۹ قضایی با پیشنهاد رئیس کل دادگستری استان» و موارد دیگر قابل بحث که برخلاف لوایح قبلی موضوع کانون های و کلا که در پردازند:

۱- دخالت و تسلط کامل بر کانون ها با گماردن هیأت نظارت، دادستان و رئیس دادگاه انتظامی و کلا خارج از کانون و وکلا و سلب اختیار کامل در اداره کانون ها.

۲- منظور از استقلال کانون و کلا یعنی اداره تمودن کانون از صدور پروناء و کالت تا ابطال آن و رسیدگی به هرگونه تخلفات شغلی و کلا و سایر وظایف محوله قانونی توسط کانون و کلا دادگستری است که درمانحن فیه و قانون مارالذکر نه کاهش استقلال بلکه گرفتن کامل استقلال کانون و کلا ملحوظ می باشد. و اما نظارت یعنی زیر نظر داشتن اعمال حقوقی شخص اعم از حقیقی و حقوقی به صورتی که رفتارها مغایرتی با قانون لازم الاجرا نداشته باشد حال آن که در حال حاضر برابر با قوانین فعلی نه تنها نظارت بلکه حتی در مواردی به صورت مستقیم تحت نظر سیستم قضا انجام وظیفه می نماید از تأیید صلاحیت اعضا هیأت مدیره گرفته تا انتخابات و تأیید صحت آن و رسیدگی به تخلفات در دادگاه انتظامی قضات و... که کانون ها با این قوانین که در هر حال باید مرجمی جهت نظارت

بر حسن اجرای قوانین باشد مشکلی نداشته و ندارند.

با معن نظر به مراتب فوق وابن که خیلی از کشورها در صدد افزایش اختیارات کانون ها با نگرش به توسعه علوم قضایی در نظام های حقوقی جهان بوده، حال آن که طرح لایحه مزبور که موجب مخلوش نمودن استقلال کانون وکلا و به تبع آن سلب امکان دفاع از حقوق موکل به صورت منصفانه وعادلانه بدون واهمه از عواقب مراتب دفاع از حق متهم در محکمه، چرا که در لایحه پیشنهادی هرگونه تحریک از تأکید بر گرفتن اقرار بر علیه و کیل صرف نظر از صحت وسقم آن موجبات نیاز به یک و کیل جهت دفاع از آن و کیل خواهد بود. خیلی از نظام های حقوقی برای رعایت انصاف و عدالت سعی واهتمام دارند که با حذف سیستم نظام تقییشی و روی آوردن به نظام های اتهامی امکان دفاع متمهم از مراحل شروع به رسیدگی را فراهم نمایند (روی آوردن محاکم در نظام اتهامی به استاد و دلایل علمی و پلیسی به منظور رسیدگی به اتهام متهم و صرف نظرشدن از تأکید بر گرفتن اقرار که امروزه اغلب با تکاری بعدی نیز مواجه هستیم که موجب پیشگیری از هرگونه وارد نمودن اتهام با فقد دلایل می گردد) وابن که برخی از نظام های حقوقی رومی ژرمنی هم چون فرانسه برآن است که هم چون نظام حقوقی کامن لو سیستم دادسرا را از سیستم قضایی منفك نماید تا هرگونه تصویر این که کیفرخواست توسط یک قاضی تحت نظر سیستم قضایی صادر می گردد موجبی برای صدور حکم از سوی قاضی تحت امر همان سیستم قضایی در میان نباشد. توصل به نظام های حقوقی دیگر را اگر مد نظر قرار ندهیم، سفارش انجام شده در نظام قضایی علوی در عصرا ای اموروزی به توعی باید مستقل تا قادر به دفاع از حقوق متهم باشد و احادیث و روایات متعدد تماماً حاکی از اهمیت موضوع و پرهیز از دخالت در روابط خصوصی افراد که عقد وکالت و به تبع آن کانون وکلا که برای ساماندهی و نهادینه کردن این رابطه خصوصی به نام کانون وکلا فاعلی تشکیل شده است، پرهیز گردد مگر نظارت بر این روابط از جهت حفظ نظام اجتماعی که کسی مخالف این موضوع نبوده و تا حال نیز این نظارت به صورتی که آمد وجود نداشته و به لطف خدا تاکنون نیز مشکلی حادث نگردیده است.

وقتی برگ زرین تاریخ را ورق می زنیم به قوانین خارج از عرف و اعتقادات و باورها به صورت متعدد در ادوار گذشته که تمونه آن موضوع تجارت مشروب و شرب خمر و... در عصر طاغوت به تصویب رسیده واجرامی گردیده وکنون نیز مورد سرزنش مردم مسلمان کشورمان می باشد، بر می خوریم. اگر چنان چه با حاکمیت نایابیون بنا پارت در فرانسه و مختلف های وکلا با سیاست های وی از استقلال آن کانون کاسته شد اما نهایتاً بعد از انقلاب ۱۷۸۹ مجدداً استقلال کانون به معنای واقعی کلمه مستقر گردید هرچند خود بنا بر این نظام استبدادی سلطنتی عصر پهلوی که مرحوم و به تصویب رسید بیشتر از فتوحات خود بیه آن افتخار می کند و یا نظام استبدادی مجلس متحمل گردید و با دکتر مصلق یا چه مشکلاتی امکان بردن لایحه استقلال قضات و کانون وکلا را به مجلس متحمل گردید و با پیروزی شکوهمندانقلاب اسلامی با رهبری امام خمینی (ره) موجبات نهایت شدن استقلال به معنای خاص و عام کلمه در سیستم حاکمیتی و سایر روابط خصوصی افراد و انتخاب مشاغل و تحصیل و... گردید. آن هم به جهت عدم تعارض با احکام الهی و دینی و اجتماعی است. در جامعه اسلامی برخلاف نظام کمونیستی به روابط خصوصی افراد توجه و پریزه و با احترام نگریسته می شود و در همین حال حکومت، نظارت کافی را در این زمینه دارد ته دخالت. از جمله این روابط خصوصی چنان چه اشاره شد عقد وکالت است که یک قرارداد خصوصی بین وکیل و موکل می باشد و هرگونه دخالت شخص ثالث در عقد به خصوص وکالت از سوی فقه و قانون منع گردیده است مگر در صورت ضرورت و درخواست رسیدگی از سوی طرفین عقد از مرجع قضایی و محاکم و یا نظارت دولت به این رابطه خصوصی از جهت مناقع عمومی، لذا در گذشته با وجود دادگاه های فرمایشی و از قبل رأی صادر شده عصر پهلوی چه رنج ها و سistem ها و محکومیت های متعدد تبعیلوخس و امثال آن، توسط مبارزان سیاسی و دینی و بعض مسئولین عزیز در

قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، متحمل نگردیده اند، آن هم اغلب بدون محاکمه علاوه بر منصفانه و با محاکمه در دادگاه های فرمایشی بدون امکان حق دفاع ((جالب این که تجدیدنظر از احکام سیاسی صادر از دادگاه های نظامی نیز با شخص شاه بود گویی که طرف دعوا مرجع تجدیدنظر آن دعوی باشد، ولی در آن عصر سکوت و عدم امکان دفاع مؤثر به لحاظ قانون امنیت و آزادی بیان همان چیزی که امام ره و مبارزان دینی و سیاسی و جانفشاری های به انجام رسیده برای این کشور به لرمان (آورده)) و یا نبود وکیلی که امنیت جانی در مقابل دستگاه اطلاعاتی و ضدبشری سواوک داشته باشد و یا ترس از آن، قبول پرونده ها را توسط وکیل ممکن نمی نمود و یا اگر هم بود وکیل درباری برای دادن خوراک تبلیغاتی به رسانه ها که نشان دهنده مادرسی با حضور وکیل و عادلانه انجام گرفته همان چیزی که امروزه در اکثر کشورها مرسوم است حال آن که در خفا حکم این علمای دینی در مبارزه با طاغوت صادر گردیده بوده است، وقتی خیلی از آن مبارزان دینی و سیاسی اکنون مسؤولیت های دولتی و سیاسی دارند و این موضوع مایه مباحثات بوده چرا که، طبق نتیجتی عدالتی و دادگاه های فرمایشی و نبود امکان دفاع یا به جهت عدم امکان دفاع از سوی متهم یا به جهت فقدان امنیت شغلی و حرفة ای برای وکیل جهت دفاع از حقوق متهم ((گرفتن استقلال کانون وکلا در پرونده های اغلب سیاسی و یادولتی حداقل این تصور را بیجاد می کند و در عالم حقوق باید از تصویب هر نوع قانون شبیه بر انگیز اجتناب کرد)) را در آن عصر چشیده اند و این خود امید و قوت قلب ما و کلا در انجام وظایف و کاللت می باشد ودهیں مردمی بودن مسؤولین خود و دیدجه ای است الهی ، با این اوصاف بعید به نظر می رسد اجازه داده شود تا امکان دفاع از متهم که قانون اساسی ما برآن اساس تبین گردیده است را از متهم که وکیل یی طرف و مستقبل از ازکان آن تلقی می گردد را منع یا به عبارتی محدود گردد چرا که وکلا نیز جزو فرزندان این کشور و در صورت بروز هر تهدید نسبت به کشور قلم ها تبدیل به سلاح در دفاع از کشور حواهد شد چنان چه در جنگ تحملی شاهد آن بوده ایم حال شایسته است لایحه ای طرح گردد که برخلاف نظر بیش از یکصد هزار نفر تحصیلکرده و مجموعه آنان که اغلب از اساتید دانشگاه و تأثیرگذار جامعه هستند تأثیده گرفته شود؟ ((تردیدنکاریم ریاست محترم قوه قضائیه که خود دانشمندو فیلسوف و پیشیگان این جوانان وکلامی باشند و یاقوتونگذار با کنار گذاشتن لایحه مورد بحث بالاستفاده از لایحه لایحه شده و مورد قبول کانون وکلای می باشند آن لطمہ نزدیکه تصویب خواهند رساند چه بسایای دروزی خود و یا بستانگان این عزیزان نیازمندو در مقابل قانون موردن بحث قرل گیرند و قانون باید صورتی داشته باشد که برای تمام عصرها جوابگو باشد نه برای چند سال .)) بعید به نظر می رسد قانونگذار محترم اگر نه یکصد هزار واندی بلکه چند هزار نیز مخالف تصویب چنین قانونی که به شخصیت و چیزی آن ها توهین و استقلال شغلی آن ها را محدود می کند، را به تصویب برساند و از بركات نظام جمهوری اسلامی که به آن افتخار می نماییم مردمی بودن این نظام می باشد بخلاف نظام های سرمایه داری که قانونگذاری و حاکمیت درید و تسلط عده ای سرمایه دار تأثیرگذار بوده و ثروت اندوزی به هر قیمت هر چند به نارضایتی تعدادی از مردم نیز بینجامد مانع نداشته باشد و اگر لایحه ای تنظیم می گردد برخلاف جلب نظر یکصد هزار واندی حقوقدان و تحصیلکرده و افسار تأثیرگذار جامعه و کلا و عدم توجه به قوانین جهانی در این زمینه که با اندیشه و تحریه و قوه تعقل که یکی از منابع اصلی حقوق اسلامی نیز می باشد در طول مدت ها به نتیجه رسیده اند که هر گونه دخالت مستقیم یا غیر مستقیم (نه نظارت چرا که اکنون نیز نظارت داریم « نظارت بر نحوه انتخابات هیأت مدیره و تأیید صلاحیت آن ها، رسیدگی به احکام صادره محاکم انتظامی و کلا در دادگاه انتظامی قضات، استعلام و نیاز به تأییده مراجع ذی صلاح انتظامی و امنیتی و در اذن پروانه و کاللت، خود نظارت را کامل می کنند ») در این کانون ها و ایجاد شرایط خاص دولتی در اعطای و بطلای پروانه ها، اثرات نامطلوب داشته، هرچند اگر چنین لایحه ((که بعید می رساند مورد قبول نمایندگان محترم، مسؤولین عزیز قرار گرد)) در زمان و شرایط فعلی و حرکت رو به جلو اقتصادی و سیاسی و علمی کشور عزیzman به لطف خدا و به کوری بدبینان نظام جای بحث نیز نداشته، چه رسید تهیه و تنظیم

آن که موجب مخدوش نمودن اذهان این قشر گمنام و فاقد مخصوصیت حرفه ای و زحمتکش که برای احراق حق موکل حتی یک میز و صندلی برای دفاع ندارد و تمام آنديشه برای اعمال قانون و رهانیدن موکل از اتهام واهی یا حداقل مجازات موکل منطبق با قانون نه فراتر از آن که وکیل و قاضی دو بال فرشته عدالت نام نهاده شده است و بدون یک بال پرواز برای رسیدن به عدالت میسر نخواهد شد، و جاهت شرعی و اخلاقی ندارد و فقط فکر برداشتن استقلال از کانون و نیمه دولتی کردن کانون موجب رنجش روح و روان و آزادگی خاطر می باشد که تردیدی نیست ریاست محترم قوه قضائیه هم چون رؤسای ساقی نسبت به این قشر بدل توجه دارند و به قول جناب قرائتی دفاع از حق موکل تکلیف است نه شغل و حرفه و فرمایشات گوهر بار در کرامات و ارزش والی شغل شریف و کالت از سوی صاحب نظران دستگاه قضاء تماماً حاکی از توجه ویژه این عزیزان به وکلا می باشد و نظارت حق سیستم قضاء بوده هم چنان که تاکنون نیز اعمال می شده ولی لایحه جدید هرچند تیز مطمئناً با نگرش عمیق آن بزرگواران با جلب نظر کانون و کلا و حتی مرکز محترم مشاوران حقوقی (عزیزان موضوع ماده ۱۸۷) اصلاح خواهد شد موجب قوت قلبی ما و کلا در همراهی سیستم قضاء در مبارزه با جرم و جنایت و مفسدان اقتصادی که به آن سوگند یاد نموده ایم خواهد شد چرا که قانونی که برخلاف عرف و اصول کلی حقوقی باشد محاکوم به بطالان و نسخ خواهد بود اما این که استفاده از قضات شریف که وکلا درجای خود احترام ویژه ای به آن ها قائل هستند در اداره کانون و محکمه انتظامی و دادستانی آن به گونه ای دولتی کردن و دخالت مستقیم و ساقط نمودن استقلال کامل و کلا را در بر دارد معلوم نیست این گونه لایحه در برخورد ((به نظر توسط کدام بزرگواری به نظر خارج از انصاف و عرف متداول و نزاکت حقوقی)) با عده ای تحصیلکرده و حقوقدان و قشر تأثیر گذار جامعه که در تمام جوامع این صنف مورد احترام وعزت همگانی می باشند چه منظوری را دنبال می کند آیا می خواهد وکلا را بیازماید که چه میزان پاییندی به سیستم اکثر چنین تصوری نمایند ساخت در استیاه استند، تعداًکثیری از وکلا عضو بسیج حقوقانان و ایثارگران و جانبازان جنگ تحملی و مقدله به رهبر فرزانه می باشند و تمام وکلا سوگند و فلاداری به قانون اساسی و مبانی بنیادین انقلاب اسلامی یاد نموده اند که جزء شرایط اخذ پروانه و کالت می باشد. نه اگر منظور برطاشن و یا تقلیل استقلال کانون ها می باشد از بین بردن استقلال کانون ها و وکلا کاهش استقلال سیستم قضاء است چرا که وکلا از سیستم قضاء جدا نیستند و قضات محترم از وکلا این دو دو بال فرشته عدالت برای تحقق عدالت هستند و مکمل هم بوده و لازم و ملزم یکدیگرند اما از طرفی و کیلی که تحت مدیریت دولتی و مستقیم قضاء باشد امنیت شغلی جهت دفاع از حقوق متهمن در مقابل کسی که در کانون و کلا نسبت به سرنوشت شغلی و حرفه ای وی اتخاذ تصمیم خواهد کرد را نخواهد داشت ((هرچند به لطف خدا مسؤولین دادگستری ها و قضات شریف محکم کشور ما انسان های وارسته و خنا ترس و معهد و متین هستند اما این بحث موضوعی کلی و صیانت از جایگاه و جامعه وکلاست و مربوط به این عزیزان که تمام تعامل خود را و کلات اکنون داشته و از برخود انسانی و اخلاقی مملو از کرامات قابل بهره برداری و الگوی سایر کشورهاست درین نکرند، نمی باشد و مبحث مربوط به سیاست کلی دستگاه قضایه کانون و کلا که اکثر کشورهای توسعه یافته روز به روز حذف و کاهش محدودیت های استقلال کانون ها بوده و با طرح چنین لایحه ای اگر برگشتن به عقب و گشته گویی تازه در کشور قانون گذاری می گردد)) آیا واقع این موارد رامتوجه نیستیم یا آکاهانه اقدام به این موضوع می نماییم؟ مگر رهبر کبیر انقلاب اسلامی دروصیت نامه الهی و سیاسی و دینی خود و در راستا و تبیین اصول بنیادین قانون اسلامی به حفظ کرامات والای انسانی جامعه ما را سفارش نفرموده اند؟ آیا این اقدام حفظ کرامات واستقلال این جامعه حقوقی است؟ من تردیدنارم مسؤولین عزیز ((که کم در دوره منحوس پهلوی از بی عدالتی حاکم در محکم که موجب چندین سال نفی بلد و هنگ حرمت قرار گرفتن آن بزرگواران به ویژه تبعید حضرت امام (ره) بدون رسیدگی در دادگاه صالحه صرفاً به جهت مخالفت با اقدامات نامشروع نظام ولایته و رژیم استبدادی،)) اجازه نلایده گرفتن حقوق وکلا را نخواهند داد که به موجب آن محکمه ای تشکیل و وکیل

از موك ومتهم دفاع کند که يكى مى خواهد از وکيل دفاع کند تا شغل خود را از دست ندهد پس اقداماتي خواسته ياناخواسته قصد جدا کردن اين صنف عزيز از جامعه علمي و ديني و... رامي تواني در ذهن متبلور نماید، اگر اين طور باشد سخت در اشتیاه هستند چرا که وکلا مبارزان و جهادگران گمنام بوده و خواهند بود واگر چنین قانوني که بعيد به نظر مى رسدریاست محترم و داشتمندو فيلسوف قوه محترم قضایي و نمایندگان عزيز اجازه تصويب آن را بدنهند و درصورت تصويب باز مطمئناً اين قانون پايدار نخواهد بود و قوانيني پايدار خواهد بود که يالله باشد يا منطبق بر عقل و اندیشه باشد در غير آن عمر کمتری داشته و مختص به زمان محدود خواهد بود مگر اين نیست، سالهای است سران غرب و جنگ طلب در موضوع هسته ای ايران که حق مسلم اين کشور است جنال به راه آنداخته و چه ظلم های را در حق مردم ايران روانداشتند ولی نهاياتاً به اين نتيجه رسیده اند که نمي شود کشوری يا ملتی يا شخصی را از حق طبیعی او محروم کرد و معلوم نیست محرومیت وکلا از اين حق جهانی و ملی خود يعني استقلال که حاصل مبارزات اندیشمندان و روشنفکران در قرون مت마다ً لست و نتيجه آن اعطای و حفظ استقلال بيش از همه کانون وکلا دادگستری می باشد زايده چه افکاري است؟ که انشا الله با طرح چنین لا يحبه اي سوء نيمی در میان نیست اما به جای حل مسأله ، صورت مسأله آن پاک می گردد به طوری که دربي انجام فرامين مقام معظم رهبری در موضوع توسعه قضایي ، برنامه پنج ساله سوم و لadan توری و روش های مناسب جهت ايجاد تحول در اجرای عدالت قضایي که عدالت اجتماعی بدون آن ، به فرموده حضرت على (ع) ميسر نمی باشد را مورد توجه قرارداده وسعي واهتمام از استفاده از اندیشه های اين قشر تحصیلکرده (که اغلب اساتيد دانشگاه و از زبانگان می باشند) و همراه کردن اين قشر و به نوعی جلب نظر اين تعداکتير وکلا در يسيبرادر اهداف متعالي قوه قضائيه و به تعی ان اجرای فرامين معظم له بهره جسته و از آزدگي خاطر خيل کثيري از وکلا که نگرانی آن ها نه به جهت خود بلکه از منظر دفاع از جايگاه و حق مكتسيبه و حفظ استقلال کانون به معنای واقعی که رنج ها و مشقت های برای به يار نشستن اين استقلال درگذشته که بيشتر به آرزو شبيه بوده تا واقعيت به خصوص در دوره حاكميت وسلطنه استبدادي طاغوت ، متحمل نگردیده است ، متعلق به تمام جامعه و ايندگان و حتى سистем قضایي کشور می باشد و نظرات و انتقادات نيز از اين جهت وارد است ، رافراهم ننمایيم و تمام همت خود را به لطف پروردگار در راستاي ساختن ايراني آيدا که با پيشرفت های علمي و فني شروع شده در سال های گذشته که باشتات فراوان در حال فروپاشی است و نياز به توسعه هرچه بيشتر حقوقی در اين راستا است بدون تردید با وضع قوانين برتر و مفيد برازمان حل و آينده که برای ساير کشورهای تازه به استقلال رسیده ، با تحقق بيداري اسلامي که انقلاب اسلامي ايران و الگو و سرمشق خود در تمام زمينه هادر انقلابشان قرارداده اندورهانيده شده از حکومت استبدادي هم چون مصر که پيشتاز در علوم قضایي و حقوقی در بين کشورهای عربی است ()، که نقش وکلا و حقوقدانان در فروپاشي حکومت مستبد حستی مبارک و تحقق انقلاب بی تأثير نبود ()، الگو باشيم نه اين که با گرفتن و يا کاهش استقلال از کانون وکلا هرچند با ارائه طرح و اقام مقدماتي در عصر فعلی و در شرایطی که نظام های حقوقی دنیا سعی در برداشتن اندک محدودیت ها ای موجود حاکم بر کانون های وکلا با قوانین مترافق فعلى کشور عزيزمان که اين برتری در قوانین و سياست ها مردهن نظام مقدس جمهوري اسلامي است تا حدودي با قوانين کشورهای توسعه يافته منطبق است ، نقل مجالس و محافل حقوقی کشورهایي که در عالم حقوق حرفی برای گفتن ندارند باشيم چرا که قانون اساسی و به تعی آن قوانين عادي هر کشوری نشان از ميزان مشارکت مردم در حکومت و پيرو آن ميزان استقلال و آزادی های فردی و اجتماعی است را متبلور می نماید که به لطف پروردگار وجود قانون اساسی و قوانين عادي برتر ، الهام گرفته از حاكميت مطلق خداوند وفق اصل چهارم قانون اساسی که مایه مباحثات می باشد (، که تحریر همین مقاله خود حاکی از آزادی بیان به قانون اساسی جمهوري اسلامي است) را به دست آورد و حتى کانون های وکلا بدون مرجعه انسانه بر اساس اساسنامه خود (، مصوب اول ژوئيه ۱۹۰۱ با اهداف کمک واعمال مؤثر حقوق بشر شناخته شده در سطح جهان موضوع قوانين حقوقی مشترك به تصويب رسیده در

کانون های کشورها و تلاش در راه بازگشت حاکمیت قانون، نهاد قضایی به ویژه حق برخورداری از دادرسی منصفانه و دفاع مؤثر و امکان حفظ حقوق متهم که داشتن و کیل مستقل به صورتی که هیچ نوع وابستگی مالی، اداری و قضایی و حقوقی به شخصی اعم از حقوق عمومی و خصوصی نداشته باشد و هرچند کانون و کلا کشور عزیزان را علی رغم قدرت و قدر استبدادی نظام طاغوت با تلاش روشنفکران و اندیشمندان مذهبی و ملی و سیاسی جامه عمل به خود پوشاند و اکنون هرگونه تغییر برخلاف اصول وارکان استقلال برگشت به عقب تلقی خواهد شد) اندک محدودیت هایی موجب کاهش استقلال واقعی کانون ها می باشد را بر می چیند و در این راستا کشور فرانسه با برداشتن نظام تقییشی و تعییت از حقوق بشر جهانی امکان دفاع از متهم از مراعله اولیه دستگیری را فراهم نموده، حال به جای این که شاهد اعطای استقلال بیشتر و برداشتن محدودیت های سابق کانون باشیم، به قرن های گذشته برمی گردیدم و اندک استقلال موجود را نیز مورد هجمه و خدشه قرار می دهیم حال آن که اگر تعدادی از وکلا مرتکب جرمی گردیده اند و احیاناً در صورت ثبوت به نوعی برخلاف سوگند و آرمان های نظام مقدس جمهوری اسلامی و قانون اساسی کشور عزیزان حرکتی را داشته اند که چنین مواردی در سایر سیستم های دولتی و خصوصی نیز ملاحظه می باشد و این دلیلی بر محرومیت کل جامعه و کلا از حق قانونی و عقلی وجهاتی نمی تواند باشد، شایسته است با طرح لایحه ای ((هرچند بدون تردید تصویب «لایحه مورد بحث» در نادیده گرفتن این اشاره تفصیل کرده و متعهد و تأثیر گذار ممکن نخواهد بود)) موجبات مخدوش نمودن اذهان و کلا را فراهم نموده . آیا شایسته نیست که در تقدیم و طرح هر لایحه ای نظر متفکران و افراد متعهد و متخصص آن صنف مورد توجه قرار گیرد؟ و کلا به هیچ عنوان تا کنون هم چنان که بعض اکم لطفی هایی صورت گرفته، بانتظار مخالفتی نداشته، چرا که کانون و کلا و به تبع آن و کلا عزیز برای خدمت به این مرز و بوم و به تمر رسیدن اصول قانون اساسی و همکاری تنگاتنگ با دستگاه قضایی همکاران پر تلاش در این راستا محسوب می گردند تمام تلاش واهتمام خود را به کار بسته و آمادگی نظارت و حتی برخورد با تخلفات را احیاناً که تاکنون به لطف خدا برخلاف بعضی از دستگاه های خصوصی و بعضی عمومی، آن چه مؤثر باشد شاهد نبودیم را داشته باشد اما نه دخلات و گرفتن استقلال کانون رابطه ای که نه حکم شرعی دارد نه حکم موضوعی که بخواهیم در روابط خصوصی و کیل و موكل آن چنان دخالت نماییم که گویی حکم شارع مقدس است

قاچاق کودک

زهرا انتخی هفتجانی ■ رویا کریمی دهکردی ■

چکیده

امروزه قاچاق انسان در گستره جهانی، دارای ابعاد وسیعی است که یکی از آن‌ها قاچاق کودکان برای مقاصد گوناگون از جمله سوء استفاده جنسی می‌باشد و ایران هم از این پدیده‌ی شوم مستثنی نیست و کشوری است که به عنوان مبدأ و هم برای ترانزیت، مورد نظر قاچاقچیان است. عوامل متعددی را می‌توان باعث گسترش این نوع قاچاق دانست که این موارد بسته‌ی را فراهم کرده که با وجود جنایت‌هایی که کودکان برای باندهای قاچاق دارند نه تنها باندهای داخلی بلکه باندهای خارجی هم متوجه کودکان ایران شوند و خلاً قانونی هم مزید علت شده است تا بسیاری به این معامله پرسود روی خوش نشان دهند پس از یک سوابندا باید دنبال راهکارهایی برای پیشگیری و ریشه کن کردن این بسترها بود تا بتوان از ابتدا با شکل گیری این پدیده مبارزه کرد و از سویی دیگر باید به فکر کودکان بزه دیده‌ای بود که بعد از قاچاق، سلامتی و شلاقی و خلاقیت و حقوق اولیه‌ی خود را از دست داده و دیگر توان بازگشت به جامعه و خانواده‌ی خود را ندارند در این بررسی پرآمون راهکارها و مسائل قانونی راجع به این بحث از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و رسانه‌ها و سایت‌ها، کنکاش می‌کنیم.

واژگان کلیدی:

قاچاق، کودک، بزه دیده، پیشگیری، حمایت

مقدمه:

امروزه مبارزه با قاچاق^۱ انسان به عنوان یکی از جرایم علیه کرامت انسانی، وجهه همت بسیاری از کشورها قرار گرفته است و ارتباط تنگاتنگ قاچاق با دیگر جرایم سازمان یافته از علل اصلی عزم جامعه جهانی برای مبارزه با این جرم است. به رغم الغای نظام برده داری در قرن ۱۸ و ۱۹، در دو قرن اخیر برده داری در قالب قاچاق انسان نمود یافته

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی
کارشناس ارشد حقوق بنی‌حال

است و امروزه در عمل، بهره کشی از انسان‌ها به خصوص اطفال و زنان کمتر از دوره‌ی بردۀ داری نیست. عوامل متعددی در گسترش قاچاق انسان در دهه‌ی اخیر مؤثر بوده اند از جمله: افزایش توریسم جنسی، فقر اقتصادی و فرهنگی، سود حاصل، حاکمیت فرهنگ خشونت، تبعیض‌های اجتماعی وغیره که این مسئله از جهات مختلف امنیت جامعه جهانی را تهدید کرده و حتی در مواردی که بزه دیده نیز رضایت دارد، مخالف شان بشری است و نه تنها حقوق بشر بزه دیده را نقض می‌کند و با ترویج فحشا به اصول اخلاقی خل وارد می‌کند بلکه از نظر بهداشتی موجب شیوع بیماری‌های آمیزشی می‌شود و نظام عمومی و سیستم اقتصادی کشورها را نیز مختل می‌سازد از طرف بسیاری از قاچاقچیان، سود سرشار از قاچاق انسان را طهیر و یا در فعالیت‌های مجرمانه دیگر مانند قاچاق اسلحه و تروریسم به کار می‌برند. در کل، کشورهای درگیر در امر قاچاق می‌توانند مبدأ و مقصد و یا محل ترانزیت قاچاق باشند؛ در این میان ایران هم به عنوان مبدأ و هم مقصد و محل ترانزیت مورد هدف قرار گرفته و این در حالی است که در حقوق کیفری^۴ ایران تا قبل از سال ۸۳ مقرره‌ی خاصی به این امر اختصاص نیافرته بود. حال بر این اساس ما در این مقاله راهکارهای پیشگیری و حمایتی از کودکان^۵ در معرض خطر قاچاق را با مطالعات کتابخانه‌ای و رسانه‌ها و سایت‌ها مورد بررسی قرار داده‌ایم.

تعريف لغوی قاچاق:

قاچاق، برگرفته از واژه‌ی ترکی (قاچماق) به معنای گریزاندن، فرار و ترک وطن است. قاچاق در معنای اسم مصدر آمده و هم در معنای اسم آلت. در معنای اسم مصدر به معنای انجام دادن کاری برخلاف قانون و به نحو بنهان و در معنای اسم آلت، کالایی است که معامله یا ورود آن به داخل کشور ممنوع است.^۶

تعريف حقوقی قاچاق:

حمل و نقل کالا از نقطه‌ای به نقطه‌ای، خواه دو نقطه در داخل کشور باشد و خواه یک نقطه در داخل و یک نقطه در خارج کشور باشند، برخلاف مقررات مربوط به حمل و نقل، به طوری که این عمل ناقص ممنوعیت یا محدودیتی باشد که قانوناً مقرر شده است. قاچاق دارای مصادیق زیادی است از جمله: قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان، قاچاق اثار فرهنگی و ... در قاچاق انسان، موضوع جرم، افراد بشر است و از مصادیق جرائم سازمان یافته است که عموماً توسط گروه‌های مجرمانه سازمان یافته و به منظور تحصیل منفعت، ارتکاب می‌پایند.^۷

تعريف قاچاق انسان:

عبارت است از جایه‌ی انسان از طریق اغفال، اجبار، یا مانند آن برای بهره کشی فرد به ویژه بهره کشی جنسی است. بزه دیده قاچاق انسان، اداره زندگی خود را از دست داده و در معرض بهره کشی قرار می‌گیرد در قاچاق انسان، بزه دیده رضایت ندارد و یا این که رضایتش از طریق اعمالی مانند اجبار، فریب و تهدید، تحصیل شده است،

۱- Criminal law
۲- Childs

۳- حسین، عصّد، فرهنگ فارسی عصّد نهران، البر کبیر ۱۳۶۲
۴- محمد جعفر لکرودی، ترمیث‌لوزی حقوق جان بنه نهران، گج داش ۱۳۷۷
۵- قانون مازده با قاچاق انسان صصوب ۸۳

در قاچاق انسان، ورود به مقصد یک کار ابتدایی است و پس از آن به کار اجباری، بردگی و فحشا یا مشابه آن وارد می شود. در قاچاق انسان حتی ممکن است به طور قانونی به سرزمین دولتی وارد شود تا در آینده مورد بهره کشی قرار گیرد. در استاد بین المللی متقدم در تعریف قاچاق انسان، بیشتر بر کار اجباری تأکید می شد حال آن که در استاد جدیدتر، گستره آن توسعه یافته و ازدواج اجباری، بهره کشی جنسی و برداشت اعضاء اینز در بر می گیرد. مجمع عمومی سازمان ملل متحده در سال ۱۹۹۴ در تعریف قاچاق انسان بیان داشت: حرکت دادن غیر قانونی و مخفیانه اشخاص در عرض مرزهای ملی عمدتاً از سوی کشورهای در حال توسعه با هدف نهایی وادانشن زنان و دختران به وضعیت بهره کشی از لحاظ جنسی و اقتصادی، به سود قاچاقچیان و جنایتکاران و نیز دیگر فعالیت های مرتبط با قاچاق همچون کار خلنجی اجباری، ازدواج دروغین، استخدام مخفیانه و فرزند خواندگی دروغین ماده ۳ پروتکل پیشگیری و مبارزه با قاچاق انسان^۲، به ویژه قاچاق زنان، کودکان، الحاقی به کتوانسیون مقابله با جرایم سازمان یافته فراملی، استخدام، انتقال، حمل و نقل، بناء دادن یا دریافت اشخاص به وسیله ی تهدید یا به کارگیری زور یا دیگر اشکال آدم ریابی، سوء استفاده^۳ از قدرت یا موقعیت اسیب پذیری یا برداخت ها یا منافع برای کسب رضایت فردی که بر شخص دیگر کترول دارد به منظور بهره کشی را قاچاق انسان دانسته است. این تعریف در قانون مبارزه با قاچاق انسان مورد اقتباس قانونگذار قرار گرفته است. طبق این قانون، قاچاق انسان عبارت است از: (الف) خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور با اجرای و اکراه یا تهدید یا خدشه و تبریگ و یا با سوء استفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوء استفاده از وضعیت فرد یا افراد قاچاق شده به قصد فحشا یا برداشت اعضا و جواز، بردگی و ازدواج (ب) تحويل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی کردن یا فراهم ساختن موجبات احتفای فرد یا افراد موضوع بند الف این ماده یس از عبور از مرز با همان مقصود. قانون مبارزه با قاچاق انسان، همانند پروتکل الحاقی به کتوانسیون پالرمو، تحقق جرم مذکور را منوط به آن دانسته که بخشی از رفتار ارتکابی در خارج از کشور واقع شود طبق این تعریف، قاچاق انسان یک جرم فرامرزی است و نقل و انتقال اشخاص در داخل کشور به قصد اهداف مذکور، قاچاق محسوب نمی شود. این عدم تسری مورد انتقاد قرار گرفته است و در اثر این انتقادات در برخی اسناد مانند کتوانسیون اتحادیه آسیای شرقی همکاری منطقه ای راجع به پیشگیری و مبارزه با قاچاق زنان و کودکان برای روسپیگری و پروتکل اختیاری کتوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزو نگاری تعریف اقدامات انجام شده در کلیه مناطق، اعم از مرزهای داخلی و خارجی پذیرفته شده است. این نکته در تعریف قاچاق انسان در قانون ایران مورد توجه قرار نگرفته؛ حال آن که برای مبارزه بهتر با این بدیده شوم، بهتر بود به آن توجه و قاچاق انسان در درون مرزهای نیز جرم انجاری می گردید پس طبق قانون ایران، قاچاق انسان عبارت است از: «عبور دلان فرد از مرزهای کشور، تحويل گرفتن، انتقال دادن، مخفی کردن یا فراهم ساختن موجبات وی پس از عبور از مرز با اجرای، اکراه، تهدید یا فریب، سوء استفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوء استفاده از وضعیت بزره دیده به قصد بهره کشی جنسی، برداشت اعضا بردگی و ازدواج».

کودک و قاچاق کودک

کودک کیست؟ بنابر کتوانسیون حقوق کودک در ماده ی یک، کودک را انسان زیر ۱۸ سال معرفی کرده که به موجب تعریف رسمی اعلامی از سوی سازمان بهداشت جهانی، انسان از بدو تولد تا ۱۵ سالگی، کودک نامیده می شود در ایران مطابق با قوانین اسلام، سن بلوغ شرعی برای دختران ۹ سال قمری و برای پسران ۱۵ سال قمری تعیین شده است.

^۲- محمد جعفری‌بی‌زاده و دیگران، پایان نامه با عنوان «قاچاق انسان در حقوق بشری ایران»،
۸-Abuse

قاچاق کودک

۵۹

بی تردید از زشت ترین جنبه های اجتماعی زندگی بشریت امروز، سوء استفاده های جنسی از کودکان می باشد که در چند دهه اخیر، گسترش دو چندان یافته است. کودکان برای استفاده هایی نظیر روسبیگری، سوء استفاده جنسی، خرید و فروش می گردند که در صد زیادی از این کودکان را کودکان کم سن و سال و به ویژه دختران تشکیل می دهند و یکی از مضلات جدی دنیای مدرن، تجارت زنان و کودکان برای مقاصد جنسی است. فساد دولت مردان و به تبع آن سکوت آن ها و سکوت جامعه در قبال این پدیده زشت، دست تبهکاران را برای این تجارت گرفته و لی مدرن باز گذاشته است و کودکان جهان سوم را به صورت کالای پر سودی برای آن ها مبدل کرده است. یکی از جامعه شناسان سیاسی فیلیپینی می گوید: «اول شما معلم و ثروت های طبیعی ما را تاراج کردید، بعد مردان ما را به عنوان برده و کارگران ارزان گرفتید؛ سپس زنان و دختران ما را برای خانه های فساد خود بردید حالا شما کودکان ما را خواهید برده». قاچاق، سلامت و خلاقیت و شادابی کودک را به شدت نقض می کند و کودکانی که قربانی هستند غالباً مورد آزار و اذیت های جسمی و روانی قاچاق کننده‌ی خود قرار می گیرند از این رو در واقع قاچاق کودک می تواند جنایت علیه بشریت و نسل کشی محسوب شود.

قاچاق کودک، به معنای به خدمت گرفتن اجباری کودکان در سربازخانه ها، تبادل کودکان با غذا و مایحتاج روزانه و گماردن کودکان در کارهای نامشروع است. همچنین اکثر کودکان قاچاق شده در کارهای فساد و فحشا مورد استفاده قرار گرفته و از آن هله عنوان ایزار جنسی استفاده می شود. به عنوان مثال مبادله پایا پای کودکان که در آن، خانواده هایی از طبقه پایین یا متوسط برای مقاصد جنسی، فرزندان شان را با یکدیگر مبادله می کنند در برخی موقع نیز مشاهده شده که اکثر آنها ۱۰ سال سن دارند با زور، تهدید و اجبار از خانواده های شان جدا شده، برای گذانی یا ازدواج زود هنگام مورد استفاده قرار می گیرند همچنین بر اساس مصوبه سازمان ملل که توسط مجمع عمومی این سازمان در کشورهای جهان لازم الاجرا است: قرارای که زیر ۱۸ سال سن دارند جزو رده سنی کودکان بوده و هرگونه سوء استفاده جنسی و جسمی و قاچاق آن خلاف بوده و در صورت مشاهده و پیگیری قضیه از سوی مراجع قانونی، فرد یا افراد خاطی مجازات خواهند شد. در گزارش یونیسف تأکید شده است که پرده برداشتن از اتحرافات جنسی در رابطه با کودکان کار بسیار دشواری است، زیرا غالباً افرادی در آن دخالت دارند که از رده های بالای اجتماعی، مدیران اقتصادی و سیاسی هستند که در شرایطی کاملاً محرومانه به این کار دست می زنند تا از منافع آن بهره برداری کنند. قاچاق کودک حق مسلم کودکان و نوجوانان را در زمینه بالندگی و رشد و تحصیل در میان خانه و خانواده محل سکونت بومی از آن ها گرفته و اکثر کودکان قاچاق شده با خطرات بسیار زیادی نظیر خشونت و سوء استفاده های جنسی روبرو هستند. کودکانی که قربانی قاچاق هستند غالباً از خانواده های فقیر و بی چیز و بدون امکان تحصیل هستند که از خانواده جدا شده اند و با حدائق تحصیل و بدون مهارت و یا شغل های حاشیه ای در معرض بیشترین خطر هستند. این عوامل هنگامی که با جنسیت، تراکم قوم و یا لایل ناراضی مانند مناقشات نظامی یا بایانی طبیعی و ... همراه باشد شرایط مناسبی برای رشد قاچاق را فراهم می کند. غیر از قانون مبارزه با قاچاق انسان که به صورت کلی به موضوع برداخته است قوانین دیگری در این رابطه وجود دارد که به ذکر آن ها می بردازیم:

۱) در سال ۱۳۸۱، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان به تصویب رسید. به موجب ماده ۳ این قانون: «هرگونه

خرید و فروش، بهره کشی و به کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف، از قبیل قاچاق، ممنوع و مرتکب حسب مورد، علاوه بر جبران خسارات واردہ به شش ماه تا یک سال زندان یا به جزای نقدی از ده میلیون ریال تا ۲۰ میلیون ریال محکوم خواهد شد». هر چند در این ماده به طور صریح به قاچاق انسان اشاره نشده ولی استفاده از واژه مطلق قاچاق می تواند موجب این برداشت شود که مراد قانون گذار در این ماده، قاچاق به معنای مطلق اعم از قاچاق انسان و مواد مخدر است. فقدان مقرر کیفری خاص درخصوص قاچاق انسان نیز این برداشت را تقویت می کرده با تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان در سال ۱۳۸۳ خلاً قانونی در این زمینه وضع گردید. ماده ۱ این قانون به تعریف قاچاق اختصاص یافت و ماده ۲ نیز اعمال در حکم قاچاق را بر شمرد.

با تصویب قانون مذکور در مورد نسخ یا عدم نسخ ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان در قسمت قاچاق انسان، اختلاف نظر پیش آمد. یک نظر این است که با تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان نسخ شده است. نظر دیگر این است که با تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان نسخ نشده، زیرا بر اساس ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان می توان حالتی را که طفل در داخل ایران برای بهره کشی جنسی خرید و فروش می شود مجازات کرد. به واقع می توان این گونه بیان کرد که ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان با ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان تعارض ندارد زیرا ماده ۳ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان به قاچاق اطفال در داخل ایران اختصاص دارد و ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان ناظر به قاچاق کلیه اشخاص به خارج از کشور است.

۲) قانون مبارزه با قاچاق انسان (تصویه ۱۳۷۳) این چه فرد قاچاق شده کمتر از ۱۸ سال داشته باشد و عمل از مصادیق محابیه و مفسد فی الارض نباشد حداقل مجازات را خواهد داشت در این قسمت به قاچاق کودک اشاره شده است که مجازات سنگین تری برای آن در نظر گرفته است.

۳) لایحه ۱۹۰۴م حمایت از کودکان و نوجوانان: در قسمت جرائم و مجازات ها ماده ۱۹۰۴م صریحاً قاچاق کودک عنوان شده است (خرید و فروش، قاچاق و یا انتقال اعضاء و جواح کودک و نوجوان، جرم محسوب و در صورت عدم شمول مقررات قضایی مرتکب به دو تا ده سال حبس محکوم می شود).

قاچاق کودک در سطح بین الملل^{۱۰}:

قاچاق کودک دارای دو شیوه قانونی و غیر قانونی در سطح بین المللی است که به صورت کار اجباری بهره کشی و فحشاً، قطع عضو اعضای کودکان و فروش آن شکل می گیرد. در این جانظری به استاد بین الملل پیرامون قاچاق انسان می اشاره به «ولین سند بین المللی در این رابطه مقاوله نامه ۱۸۰۴م به نام «مقاوله نامه بین المللی پاریس مورخ ۱۸۰۴م راجع به تأمین و حمایت مؤثر علیه معاملات جنایت کارانه موسوم به خرید و فروش سفید پوستان» می باشد توضیح این که در آن دوران هنوز برده داری سیاهان در برخی نقاط رایج بوده. در ماده ۶ این مقاوله نامه موازیت از آرنس های مسافرتی و بنگاه های کاریابی مورد تأکید واقع شده است همین طور که مشاهده می شود مقاوله نامه ۱۹۰۴م فقط راجع به سفید پوستان است و نگاه نزد پرستانه ای دارد در سال ۱۹۱۰، قرارداد دیگری برای رفع خلاً های قانونی قرارداد ۱۹۰۴م امضا شد. در این قرارداد پیرامون مجرمانه شناختن قاچاق زنان مده است.

۱۰- غلام رضا جعفری، مقاله قاچاق انسان ازدن و کودکان اجد اسلام بین المللی

«هرکسی که برای هوی و هوس، زنی را ولو با رضایت خودش باشد یا دختر صغيری را برای فسوق، اجیر، جلب یا از راه عفت منحرف کند و لو اين که عملیات مختلفه که مبانی جرم محسوب می شود در مالک مختلفه صورت گرفته باشد مجازات می شود.»

همان طور که مشاهده می شود فاقاچق برای کارهای سخت و ازدواج اجباری جزء این قرارداد بود و در ۳۰ نوامبر ۱۹۲۱ قرارداد سوم ضمیمه شد که ایران از امضاء کنندگان قرارداد سوم بوده. در این سند قید سفید پوست از زنان حذف شد در سال ۱۹۳۳ در بی مأموریت کمیته معامله نسوان و اطفال از طرف جامعه ملل قرارداد بین المللی راجع به جلوگیری از نسوان کبیره شکل یافت که ایران در ۲۰ دی ۱۳۱۳ به آن پیوست. در سال ۱۹۴۹ پروتکل اصلاحی توسط سازمان ملل متحده در جهت اعتبار و تکمیل چهار سند پیشین تصویب شد در این سند روسیگری و فاقاچق تعریف نشده است تا این که بالاخره در سال ۲۰۰۰ پروتکل العاقی به کتوانسیون بالرمو به امضای ۱۳۳ کشور رسید برای لازم الاجرا شدن این پروتکل تصویب ۴۰ کشور لازم است.

نکه ای که قبل از بررسی مفاد پروتکل سال ۱۹۲۰ لازم به ذکر است این است که در حقوق ایران ماده ۲۱۱ قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۲۵۲ با بهره کشی از روسیگری دیگران و فاقاچق زنان به خارج مخالف بود اما عمالاً اجرا نشد در جمهوری اسلامی هم تا پیش از تصویب قانون ۱۳۸۳ تنها در قانون مجازات اسلامی، در ماده ۱۲۵ مصوب سال ۱۳۶۱ و ماده ۶۳۹ مصوب سال ۱۳۷۵ واداشتن دیگران به فحشا منع شده اما فاقاچق برای کار یا برداشت اعضا بدن نا سال ۱۳۸۳ پیش بینی نشده بود

شایان ذکر است که در ایالات متحده هم در سال ۲۰۰۰ قانون حمایت از قربانیان فاقاچق بر کنگره تصویب شده است. در این جا مفاد پروتکل پیشگیری، منع و مجازات فاقاچق اشخاص به ویژه زنان و کودکان را الجمالاً بررسی می کنیم این سند بین المللی اقدامات ملی را در رابطه با جرم انگاری، اقدامات پیشگیرانه، اقدامات حمایتی و اقدامات آموزشی تشرییح نموده است. از نظر جرم انگاری، تعهدات این پروتکل انعطاف ناپذیر نیست. ماده ۵ هیچ تعریفی ارائه نداده است و حقوق داخلی در جرم انگاری محترم و ملاک شمرده شده است. در باب اقدامات پیشگیرانه هم بر طبق بندهای ۲ و ۳ ماده ۹ پیشگیری با اتخاذ اقدامات تحقیقاتی و اطلاعاتی با استفاده از رسانه های جمعی و اینکارات اجتماعی و اقتصادی پیش بینی شده که همکاری با سازمان های غیر دولتی هم در این راستا، ممکن و البته ضروری است. نقش همکاری های دو یا چند جانبه هم بین دول متعاهد در قبال آن چه آسیب پذیری زنان و کودکان را در برابر فاقاچق بیشتر می کند مانند فقر، توسعه نیافتنگی، فقدان فرصت های برابر در جامعه مورد توجه قرار می گیرد (بند ۴ ماده ۹) و هم چنین بند ۹ ماده ۹ مقرر می دارد که اقدامات تقیینی در زمینه های آموزشی، اجتماعی یا فرهنگی انجام گیرد که مانع فاقاچق انسان ها شود همچنین حمایت از بزه دیدگان تا مجددآور مورد فاقاچق واقع نشوند از دیگر اقدامات پیشگیری اجرای ماده ۱۲ پروتکل در جهت اینمنی و کنترل استفاده این است که جعل، سرقت و استفاده از اوراق هویتی دیگران به فاقاچق کمک نکند همچنین آموزش کارکنان مبادی ورودی و خروجی کشورها که بر طبق بند ۲ ماده ۱۰ باید این کارکنان پیرامون فاقاچق انسان آموزش بینند و در مرحله بعد، اقدامات حمایتی قضایی، پزشکی، روانی، مادی، اجتماعی و امنیتی و در صدر و لازم همه آن ها اقدام حمایتی تقیینی. همچنین آسیب دیدگان نیازمند اقدام حمایتی قضایی اند که شامل اطلاع رسانی و معاضدت حقوقی بند ۳ ب ماده ۶ و هم چنین دخالت در فرایند رسیدگی کیفری دخالت بزه دیده بند ۲ ب ماده ۶ همچنین کمک های پزشکی، روانی و مادی بر طبق بند ۳ ج ماده ۶ لازم است زیرا آن ها امکان مالی و مادی ندارند همچنین به این معاضدت ها و حمایت ها باید حمایت اجتماعی، اشتغال و امکانات آموزشی (بند ۲ ماده ۶) و نیز حمایت امنیتی را هم افزود هدف از حمایت امنیتی این است که بزه دیده با آرامش و اطمینان، جوأت شکایت پیدا کند؛ اسرار و هویت بزه دیدگان حفظ شود و اقدامات غیر علنی باشد (بند ۱ ماده ۶)

علاوه بر این ها اقدامات بین المللی شامل تبادل اطلاعات بند ۱ ماده ۱۵، تصدیق اعتبار استناد و باز گرداندن قربانیان به موطن خویش بند ۱ ماده ۸ که البته ترجیحاً باید اختیاری باشد و البته پذیرش این افراد از سوی کشور مبدأ می باشد. با نگاه به این بروتکل می بینیم که نگاه جامع تری به مسئله شده و خصوصاً انتعطاف پذیری قانون گذل در جرم انگاری و همچنین اقدامات حمایتی اش به حل مشکلات زمینه ساز (و پیشگیری از قاچاق انسان) و همچنین به حمایت بزه دیدگان و ممانعت از بازگشت آن ها به فساد می باشد فراموش نکنیم یا میر اکرم در روز قیامت خود را دشمن کسی می داند که دست به فروش انسان آزادبینند.

طریقه‌ی قانونی:

در این طریقه تجارت عبور تحت نظم و نظارت مؤسسات دولتی یا خصوصی کشورهای غرب قرار دارد که ظاهرآ بر اساس ضوابط تعیین شده اقدام به یافتن فرزندانی از جوامع جهان سوم برای زوج های متفاضی می کنند که وجود این مؤسسات برای حفظ ظاهر است و مشروعيت بخش یک عمل نامشروع است.

طریقه‌ی غیرقانونی:

در این شیوه دلالان بجهه با به کار بستن ترفندهای گوناگون در کشورهای جهان سوم اقدام به دزدی و روودن یا خریدن و حتی سفارش بجهه نموده و سپس آن ها را به صور مختلف به کشورهای دیگر وارد می کنند.^{۱۱}

علل گسترش قاچاق کودک:

گزارش های منتشره از سوی کمیته‌ی اجرایی سازمان ملل و اداره‌ی مبارزه با جرایم مواد مخدر سازمان مزبور حکایت دارد که قاچاق انسان به یک مشکل جهانی مبدل گردیده و در این میان هیچ کشور توسعه یافته و در حال توسعه مصون نمی باشد. مدیر اجرایی اداره‌ی مزبور اعتقد دارد: حقیقت این است که برده داری در شکل جدید خود یعنی قاچاق انسان همچنان در قرن بیست و یکم آمده یافته و این مایه‌ی سرم ماست. وی اضافه می نماید: قاچاقچیان انسان به ویژه کودکان و زنان باستفاده از پایگاه های ماهواره ای خود سراسر زمین را در اختیار گرفته اند و در این میان قربانیان از کشورهای فقیر در نیم کره‌ی جنوبی به کشورهای ثروتمند نیم کره‌ی شمالی زمین قاچاق می شوند. بر اساس گزارش اداره‌ی مبارزه با جرایم مواد مخدر سازمان ملل، سالانه میلیون ها زن و کودک در کنار درصد کمی از مردان ۱۲۷ کشور جهان رووده شده و یا به استخدام نهادهای غیر قانونی سازمان یافته در می آیند که در پایان در یکی از ۱۲۷ کشور مقصد با اهدافی چون استثمار جنسی و کار اجباری به کار گرفته می شوند.^{۱۲} شایان ذکر است متاسفانه بدینه نامطلوب قاچاق انسان در ایران نیز وجود داشته و با حداقل دو مقصد دوی و پاکستان قاچاق انسان مخصوصاً زنان انجام می شود. استفاده از پوشش ازدواج صوری دائم یا موقت که دومی در ایران ثبت رسمی نمی شود و بیشتر این مورد برای استفاده قاچاقچیان کاربرد دارد و تفاوت عمده قربانیان قاچاق به دوی و قربانیان قاچاق در پاکستان در بی اطلاعی قربانیان قاچاق به پاکستان از این که قرار است مورد قاچاق واقع شوند است. این

۱۱- همان منبع، ص ۷۲

۱۲- عبد الله احمدی، جرم قاچاق نشر میزان، چاپ سوم، تابستان ۱۴۰۰، ص ۳۸۰

قربانیان با تصور ازدواج درگیر پدیده قاجاق می شوند ولی قربانیان قاجاق به دلی از سر استیصال و فقر با آگاهی به قاجاق تن می دهند و کم و بیش از عواقب آن با اطلاع‌نده البته در ایران آمار دقیقی از تعداد افراد قاجاق شده و مبلغی سنی و ترکیب جنسیتی آن ها و مقاصد قاجاق وجود ندارد یا حداقل رسانه‌ای نشده است.
در اینجا به ذکر عالی از دلایل گسترش قاجاق می پردازیم:

۱) خانواده نابسامان: خانواده کوچک ترین واحد اجتماعی شامل یک زوج و فرزندان است که در یک خانه در کنار هم زندگی می کنند نخستین پایگاه اجتماعی و بهترین آموزشگاه برای رشد فرد آموزش و پرورش و شکل گیری شخصیت و تکوین هویت کودکان در آینده است و در تعاملی کشورها خانواده را همان اصل اجتماعی شدن کودکان می دانند وقتی کودک در خانواده ای ناسالم رشد می یابد دچار آسیب های روانی فراوانی می شود ویژگی های یک خانواده نابسامان می تواند فرق طاقت با تغیر در محبت، تعیض، بی بتویاری در روابط، درگیری های والدین، غیبت والدین، طلاق والدین و مسائلی چون عدم مراقبت، خشونت، اعتیاد، خانواده پر جمعیت و یا بی خانمان باشد که همه ای این موارد از زمینه های بروز مشکلات عمده برای رشد و تربیت و آینده کودک است به عنوان مثال در رابطه با بحث بی بند و باری والدین در کل گفتار و کهربا والدین و طرز برخورد و روابطشان با یکدیگر و ارتباط و معاشرت اعضای خانواده با هم - مراقبت ها در خواب و بستر - نوع بازی ها و خوش گذرانی ها - سخون یوشن و ستری که در خانواده وجود دارد همه برای کودکان درس اند. برخی پدر و مادر ها بدون این که خود آگاه باشند آموزشگران نیرومندی در زمینه ای لغزش ها و حتی انحرافات جنسی هستند بنابراین ضروری است که والدین در روابط خود هوشیار باشند و بالغند عدم مراقبت و عنایت ها در امور مختلف زمینه ساز بسیاری از لغزش هاست چراکه والدین الگوی کودکند و ممکن است طفل را در مسیر خود به بی راهه بیاندازند. تحقیقات جرم شناسان تشنان ناده است افرادی که در خردسالی شاهد بی بند و باری والدین خود بوده اند در بزرگسالی ممکن است از آسودگی و عیاشی سر درآورند حتی برخی از کودکان که روابط والدین خود را دیده اند آن را حمل بر خشونت می کنند و بعد ها در این رابطه به برهه خواهی و سادیسم جنسی کشیده می شوند. بنابراین می بینیم که تک تک این مسائل چه تأثیر عمیقی بر سلامت کودک دارد. معضل خانوادگی مهم دیگری که امروزه آمار رو به گسترشی نیز دارد بحث کودک آزاری است که مسلمان یکی از مشکلات اصلی در این مورد خلاف قانونی و عدم حضور مددکاران اجتماعی در جریان رسیدگی به پرونده هایی که تحت عنوان کودک آزاری هستند می باشد همچنان که آزار دیده بعد از رسیدگی دادگاه بار آی قاضی به همان محیط نامن خانواده باز می گردد در حالی که در کشورهای دیگر اول از طریق روان شناسان و مددکاران، صلاحیت پدر و مادر سنجیده می شود و در صورت اثبات تحويل داده می شود. حال در قانون ما چنین چیزی وجود ندارد و اگر مددکاری هم باشد چنان تخصصی ندارد با این حساب مسئله همچنان به عنوان یک مشکل عمده برای کودکان هست تا زمانی که این مشکلات در خانواده ها باشد نباید انتظار رشد کودکان با هویت کامل و با آینده روش در جامعه ای امن را داشته باشیم چرا که این کودکان حتی از داشتن خانه ای امن، محروم هستند^{۱۲}. همه ای این موارد باعث می شود این کودکان راحت تر به دام قاجاقچیان بیافتد.

۲) ناامنی: عوامل عمده ای شیوع قاجاق، نامنی است که به هر نسبت که بی قانونی و نامنی در یک جامعه بیشتر باشد به همان نسبت شرایط برای جرائم خطرناک و ضد انسانی و انواع قاجاق علی الخصوص قاجاق کودک بیشتر می شود بی نظمی و عدم ثبات باعث می شود که قشر آسیب پذیری از جمله کودکان بیش از پیش در معرض خطر

و سوء استفاده باشند. حل ریشه ای این معضل تنها با برقراری امنیت و نظم امکان دارد.

۳) فقر و حاشیه نشینی: یکی از عوامل قاجاق کودکان، فقر خانواده ها و شرایط اقتصادی نامناسب حاکم بر خانواده هاست. خانواده ها برای نجات از فقر و گرسنگی و احیاناً تصور زندگی بهتر برای فرزندشان، حاضر به فروش کودک خود به قاجاقبران می شوند. در این میان وضعیت حلا اقتصادی خانواده ها و تصور نادرست از آینده فرزندشان آن ها را به مبالغه کودک شان برای پول و ادار می کند. حاشیه نشینی نیز می تواند یکی از دلایل تأثیرگذار باشد. از جمله ویژگی های مناطق حاشیه نشین غیر از چهره ی نامطلوب شهری می توان پایین بودن سطح بهداشت عمومی سلامت روانی و جسمی بقدام شغل مناسب و درآمد کافی وجود خرده فرهنگ ها و تراکم جمعیت و فقدان یا کم بودن امکانات آموزشی و رفاهی و پایین بودن سطح تحصیلات به همراه فقر و فراوانی مواد مخدر را نام برد. همه ای این عوامل می تواند تبعات منفی بر زندگی کودکان مستقر در این مکان ها داشته باشد به نحوه ای که کودک به یک بزه دیده ای بالقوه برای بانده های قاجاق مبدل گردد.^{۱۴}

۴) بی هویتی و بی کسی کودکان: کودکانی که مجھول الهویت اند یا سپریست مناسب ندارند، طعمه ای خوبی برای قاجاقچیان هستند. قاجاق این گونه کودکان برای شان سهل تر است. زیرا کسی آن ها را دنبال نمی کند همچنین برخی از افراد و انمود می کنند که فرزند ندارند و کودک وامانده و بی کس را به فرزندی می گیرند و به این طریق به هدف خود می رساند.

۵) سایر عوامل: گسترش مبادلات بین المللی میان کشورهای فقیر، جایگاه نامناسب اجتماعی دختران، فقدان آموزش های مناسب شامل آموزش های جنسی مورد نیاز جهت کودکان والدینشان، وجود قوانین ناعادلانه، عدم وجود حمایت های قانونی و در نهایت تحریک زود هنگام جنسی کودکان از طریق برنامه های رسانه های جمعی از دیگر عوامل تأثیرگذار هستند. همچنین دلایل فرهنگی و اجتماعی ویژه ای نیز در مورد کودکانی که در نقاط مختلف دنیا به این تجارت وارد می شوند وجود دارد. مثالاً در سیاری از موارد کودکان ساکن کشورهای صنعتی بدین دلیل وارد این فعالیت ها می شوند که تمایل دارند از خانه های سرشار از بی نزاکتی و فعالیت های غیر اخلاقی بگریزند. در کشورهای شرقی و جنوب افریقا نیز کودکانی که دلیل ابتلاء والدینشان به بیماری ایدز، بیتم و بی سپریست گردیده اند. به علت عدم وجود حمایت های مورد نیاز به سادگی قربانی سوء استفاده ها و بدرفتاری های جنسی می شوند و در جنوب آسیا هم جایگاه نامناسب اجتماعی زنان، دختران، در این زمینه مشکل ساز است؛ از طرفی باید دانست که این کودکان و زنان قربانی سوء استفاده های جنسی به اتواع بیماری های آمیزشی نظیر ایدز بیماری های مقاربی مختلط مبتلا می گردند. به علاوه به دلیل شرایط زندگی ماین کودکان در معرض سوء تغذیه قرار دارند که می تواند به نارسایی های جسم، افسردگی و یا بیماری های عصبی منجر گردد.^{۱۵} بر اساس گزارش سالانه صندوق حمایت از کودکان سازمان ملل به علت آن که کودکان جزو نیروهای کاری بسیار ارزان و حتی مجانی محسوب شده و یا به راحتی مورد سوء استفاده جنسی قرار می گیرند، تقاضا برای آن ها بسیار زیاد بوده و از اینرو اکثر قاجاقچیان انسان به قاجاق کودکان به ویژه در مناطق محروم توسعه نیافته و فقیر روی می اووند چرا که این نوع قاجاق، سودآوری فراوان برای باندهای مافیایی قاجاق انسان به همراه دارد.^{۱۶}

۱۴- رضامه‌احرین، تأثیر حاشیه نشینی بر هزاران برهکاری در کلان شهرها منتشرات جاویدان، جنگل، جاب اول ۸۷

۱۵- علی قائمی امیری- کودک و خانواده ناسامان منتشرات تجمیع اولیا، و مربیان سال ۱۲۸۷

۱۶- روزنامه ای امتحان سال ۱۲۸۹

آن چه حایز اهمیت است این است که صرف جرم انگاری در خصوص قاچاق کودک که برخی از مصادیق آن را گفتگی مشمر تمر نخواهد بود بلکه باید از این قوانین حمایت سیاسی به عمل آیدار جمله راهکارها می‌توان موارد زیر را بر شمرد:

۱) ایجاد پایگاه امن برای کودکان: کودک‌مانند هر انسان دیگری و حتی بسیار شدیدتر، نیازمند یک محیط گرم و صمیمی و محبت بی دریغ نزدیکان خود است و خانواده بهترین جایگاه برای تأمین این نیازمندی هاست. پدر و مادر و دیگر اعضای خانواده بیشترین تأثیر را بر کودک دارند و الگوی او محسوب می‌شوند. بنابراین کودکی که در خانواده ای سالم رشد یابد و بالنه شود کمتر به سوی بزه و بزه کاری می‌رود و از آسیب‌های اجتماعی مصنوع تر است. اما بر عکس کودکی که از داشتن چنین خندهای محروم است در معرض خطرهای فراوانی قرار می‌گیرد از همین رو این وظیفه‌ی دولت و جامعه است اگر جایی کودکی را از این حقوق اولیه محروم می‌کنند یا در خانواده مورد ازار و اذیت قرار می‌گیرد، حمایت کند و تگذارد بیش از این طبع، تلخ زندگی را چشید این حمایت را قبل از قانون حمایت از کودکان و نوجوانان در مودی عنوان شد. اما به دلیل عدم حمایت و ضمانت اجراء گویا چندان موفق نبود تا این که در لایحه‌ی جدید حمایت از کودکان و نوجوانان این مسأله بار دیگر و البته به طرز همه جانبه تحری مطرح شد و امید است با تصویب و البته ضمانت اجرای قوی با کودک از ازاری مبارزه و آن را ریشه کن کرد.

۲) ساماندهی نهادهای اجتماعی در جامعه: در جایی که به ساماندهی اشاره کردیم نوک پیکان متوجه نهادهایی است که کودکان بسیاری را تحت شرایطی خاص در خود جای داده اند من جمله کانون اصلاح و تربیت و یا بهزیستی. این مؤسسات کودکانی را زیر چتر حمایت خود قرار داده اند که از داشتن خانواده محروم بوده و یا خانواده ای ناسالم داشته اند از این رو این کودکان جز این مکان ها سرپناه و جای امن دیگری ندارند و این جاست که نقش سازنده‌ی آن‌ها در تربیت این کودکان بیش از پیش جلوه می‌کند و همچون یک خانواده باید به اصول تربیتی و اخلاقی کودکان اهتمام ورزند چراکه این کودکان حتی آسیب پذیر تراز دیگران هستند. بنابراین این نهاد ها نقش عمده‌ای تربیت و شکل گیری هویت کودکان دارند و باید از چیزی که محیط آن‌ها غافل شدند زمینه‌ی این مکان‌ها می‌توان لایحه‌ی حمایت از کودکان بی سربرست و بد سربرست را مطرح کرد که در آن مواردی از شرایط پذیرش کودک مورد توجه قرار گرفته است که البته با رفع یک سری از تقاضای من جمله اشاره به تکلیف سربرستان برای تأمین نیازهای مالی تا سن پانزده سالگی که سن کمی است و بدون در نظر گرفتن شرایط کودک است. و یا دادن سربرستی به ایرانی که مقیم ایران نباشد در حالی که نمی‌توان عاقب این کار را به خوبی کنترل نمود، می‌توان امینوارتر به وضعیت این کودکان بود.

۳) همکاری دولت‌ها با یکدیگر^۷: دولت‌ها باید در عرصه‌ی بین‌المللی جهت سرکوب قاچاقچیان با یکدیگر همکاری نمایند و نهادهای بین‌المللی می‌توانند در این زمینه دولت‌ها را به هم نزدیک کنند. از طرفی آن‌ها باید به کشف و شناسایی محل هایی که به صورت بالقوه می‌توانند مبدأ قاچاق کودک باشند مانند بنادر پردازند و با اتخاذ تدبیر مزدی و کنترل و تقویت مرزهای کشور به پیشگیری و یا به کشف قاچاق مبادرت کنند. این وظیفه‌ی خطیری

است که هر دولت من جمله ایران به عهده دارد.

۴) بالا بردن سطح آگاهی مردم: تسبیت به این موضوع باشد اهتمام بیشتری صورت بگیرد چرا که اطلاعات جامعه نسبت به این موضوع بسیار آنکه بوده و همین موضوع باعث به دام افتادن شان می‌شود پس باید در برخورد با قاچاق، اولویت به پیشگیری داده شود. متأسفانه توجه و پیگیری نسبت به قاچاق حتی یک سوم توجه به مسئله‌ی اعتیاد هم نیست و شاید علت اصلی آن نیز نوع نگاه امنیتی و سیاسی و یا قبیح اجتماعی به این قضیه باشد و گزنه از لحاظ اجتماعی نمی‌توان لطمات حاصل از قاچاق را کمتر از اعتیاد دانست. در این زمینه می‌توان از نهاد‌ها و ارگان‌های دولتی و خصوصی بسیاری از جمله آموزش و پرورش، رسانه‌ی ملی و غیره استفاده کرد و به بیهود این اوضاع پرداخت.

۵) حمایت از بزه دیده در صورت بازگشت: هیچ وجه نباید قربانیان قاچاق خود مجرم و متهم تلقی شوند. قربانی که به دلیل تصور غلط در بعضی از کشورها که معتقدند ارتباط جنسی با کودک باکره ایدز را درمان می‌کند مبتلا به ویروس این بیماری مهلک شده یا قربانی دیگری که به دلیل خستگی پاسپورت و مدلر کش به سخت ترین کارها گمارده شده، باید مجرم تلقی شود خصوصاً اگر کودک باشد که عنصر اراده در مورد او بی معنی نست و مسوّلیتی در برابر آن چه به سر او آمده ندارد اجمالاً نباید شرایطی ایجاد شود که قربانی از ترس باز خواست شدن از اعلام جرم و پیگیری آن و تلاش برای نجات خود دست بردارد و ناجارا در برابر ظالم تمکن کند همان طور که اعتیاد را بیماری و نه جرم می‌دانیم قاچاق شدگی را هم باید بزه دیدگی و نه بزه کاری دید خصوصاً با در نظر گرفتن شرایط سختی که به آن‌ها تحمیل می‌شود. دولت‌ها باید با قاچاقچیان همانند مهاجران غیر قانونی برخورد کنند چرا که این امر موجب می‌شود که زندان‌ها هر چه بیشتر شلوغ شوند و با حجم عظیم کودکان و نوجوانان در زندان روبرو شویم. بنابراین نخستین مرحله‌ای که پس از شناسایی بزه دیدگان قاچاق باید صورت گیرد، تلاش برای بازگرداندن آنان به آغوش خانواده و کشور متبع شان است. در این راه باید از هر گونه اجرای خود طاری شود توجه به منافع بزه دیدگان هنگام بازگشت آن‌ها به کشور بسیار ضروری است، به این معنا که ممکن است در برخی از موارد عدم بازگشت به وطن اصلی مفید تراز بازگشت آن‌ها باشد اما این رویان شده است که باید توجه به عالی ترین منافع بزه دیده، هماناً وجهه همت مقاماتی باشد که قصد بازگرداندن بزه دیده را دارند. در چنین شرایطی که عدم بازگشت امکان و شرایط زندگی در کشور مقصود مهیا شود، یکی از این شیوه‌ها صدور اجازه سکونت برای مدتی همراه با خدمات حمایتی به بزه دیده است.^{۱۸}

۶) معافیت بزه دیده از مجازات: یکی از علل عدم بازگشت بزه دیدگان، ترس از مجازات در صورت ورود به کشور است. در بسیاری از موارد بزه دیدگان به دلیل ترس از مجازات ماقومت در کشور مقصود هر چند با شرایط بسیار بدرا ترجیح می‌دهند از این رو بازگشته بزه دیدگان اطمینان داد که در صورت بازگشت از هر گونه تعقیب جزایی مصون هستند. طبق مقررات کنونی، کسانی که به ایران قاچاق شده‌اند ممکن است با عنوان ورود غیر قانونی مورد تعقیب قرار گیرند.^{۱۹}

۷) حمایت از بزه دیدگان در فرآیند رسیدگی: پس از بازگشت بزه دیدگان، حمایت از آن‌ها در فرآیند کیفری

در جهت شناسایی و مجازات قاچاقچیان بسیار ضروری است و منافع بزه دیده باید به نحو احسن رعایت شود. این در کار می تواند از طریق توسل به برخی راهکارها محقق شود. همچنین قربانیان اغلب به دلیل این که لطمہ به آن ها وارد شده خود نمی توانند دعوی کیفری را به نحو احسن دنبال کنند. ترس انتقام، عدم توانایی مالی برای اخذ و کیل و ناهمراهی خانواده و حمایت از بزه دیده همگی ضرورت نماینده قانونی و حقوقی را برای بزه دیده توجیه می کنند. هنگامی که جرمی علیه کودک ارتکاب می باشد برای اجرای عدالت ناگزیر از مواجهه کودک بزه دیده با دستگاه عدالت بوده و بدین ترتیب باقراردادن کودک در فرآیند کیفری که در بر دارنده هی مرافق کشف جرم، اقامه دعا، تعقیب، تحقیق، رسیدگی و تعیین واجرای کیفر است برای احراق حق و جرمان خسارت کودک باید اقلامات لازم صورت گیرد. همان گونه که در فرآیند کیفری برای کودکان بزه کار باید سپاس است های افتراقی اتخاذ نمود برای کودکان بزه دیده جرم که در فرآیند کیفری قرار می گیرند نیز باید معابر های حمایت افتراقی در نظر گرفته شود. فرآیند کیفری با توجه به آسیب پذیری کودک از نظر جسمی و روحی باید به گونه ای طراحی شود که موجب کاهش آلام و جرمان آسیب های ناشی از جرم بر کودک شود. عدم توجه به نیازهای خاص کودک بزه دیده در این زمینه علاوه بر تضییع حقوق کودک ممکن است موجب بزه دیدگی دوباره یا ثانویه کودک گردد. از این رو استناد بین المللی به ویژه استناد ناظر بر کودکان توصیه می اکید به استاندارد سازی فرآیند کیفری با توجه به نیازهای خاص کودکان، بزه دیده می نمایند.^{۲۰}

۸) شکل دهی نهادهای حمایتی: وجود مکان و یا الجمنی که بتواند به خوبی از کودکان بزه دیده حمایت کند چرا که بسیاری از این کودکان دیگر قادر به بازگشت به خانواده نیستند و یا خانواده ای نیست که حمایت کند غیر از کلنون و بهزیستی جای خاص دیگری وجود ندارد که بتواند به خوبی این وظیفه را تجام دهد. اما جمین ها و گروه هایی هستند که در این زمینه فعالیت هایی هر چند محدود ندارند. برای مثال گروه ترویج که زیر نظر انجمن حمایت از حقوق کودک فعالیت می کند.^{۲۱} یا گروهی که بنام طرح طفلان مسلم از طرف جمعیت امداد دانشجویی امام علی (ع) در راستای آزادسازی و بهبود وضعیت پس از آزادی کودکان بزه کار است که هر سال از تاسوعا تا چهلین حسینی اجرایش و فعالیت های خود را در طول سال ادامه می دهد و هدف آن فعالیت برای کودکان بزه کار است که با کانون های اصلاح و تربیت همکاری می کند.^{۲۲} همچنین انجمن حمایت از کودکان بد سرپرست اصفهان که از سال ۷۸ شروع به کار کرده است و در مواردی نیز با بهزیستی و دلاگستری همکاری دارد و این کمیته به ارتقاء سطح علمی و فرهنگی خانواده ها و مریبان و نمایی کسانی که به نحوی با کودک در ارتباط هستند می پردازد.^{۲۳} در کل تمام این مؤسسات، زمانی کار گشایش هستند که هم طبق اصول خاصی، ایجاد و از طرف دولت هم حمایت شوند تا بتوانند حامی کودکان باشند.

نتیجه گیری:

آن چه که ما را به تحقیق و کنکاش در باب فاچاق کودک و نقش خانواده در آن راغب کرد این است که بحث فاچاق کودک معضلی است که گریبان گیر کودکان ایرانی شده است و روز به روز در حال فزونی است و از سوی هر چه به دنبال علل و ریشه یابی زمینه های آن هستیم در نهایت به خانواده و جایگاه آن در زندگی کودک می رسیم. هر گاه در خانواده ای کودکی لمنیت جانی نداشته باشدو مورد ضرب و شتم قرار گیرد جایی هیچ تردیدی نیست که

- ۲۰- گزارشی از همایش بین المللی تحت عنوان کودکان به عوول بزه دیدگان و شهدان جرم در اکتبر ۲۰۰۸ سویس

- ۲۱- گزارشی از انجمن حمایت از کودکان در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۱۹

- ۲۲- گزارشی از انجمن حمایت از کودکان ۱۳۸۹/۶/۲۰

به بیگانه‌ای پناه ببرد و آینده خود را به او بسیارد غافل از این که این بیگانه، پرتگاه زندگی او محسوب می‌شود و او را به تباہی می‌کشاند. تازمانی که این محیط امن نباشد و یا جایگزین خوبی نداشته باشد و پدر و مادر دلسوزی در کنار کودک نباید انتظاری به از این برای این کودکان داشته باشیم. درست است که تها علت زمینه ساز قاچاق همین علت نیست اما مهم ترین آن هاست و به همین علت به دنبال راهکارهایی در جهت حل و یا حداقل کردن این معضلات هستیم که برخی از آن ها را در تحقیق عنوان کردیم و بیشترین تأکید ما در درجه‌ی اول، پیشگیری از قاچاق کودکان است و آن هم تنها با عزم راسخ دولت و قوانین محکم و برخورد جدی با فرادی است که به هر نحوی حقوق کودک را پایمال می‌کنند و در درجه‌ی دوم حمایت از یک کودک از طریق بازگرداندن به خانواده‌ی سالم یا در صورت نبود این مکان یک مکان یا نهادی که جایگزین مناسبی برای کانون خانواده باشد. همه‌ی این ها در سایه‌ی وجود یک قانون همه‌جانبه و منسجم امکان دارد که تا حدودی در لایحه‌ی جدید حمایت خانواده این مسئله قابل توجه است به نحوی که در آن هم به مسئله‌ی کودک آزاری و هم حمایت از کودک اُسیب دیده و هم قاچاق و بحث‌های پیرامون آن پرداخته است. از این رو به نظرما تصویب این لایحه در کنار اقدامات عملی می‌تواند بزرگترین راه حل مشکلات کودکان باشد.

منابع:

- احمدی، عبدالله، جرم قاچاق، چاپ سوم تایستان ۵دانش میرزا
تیریزی، ایرج، تجارت شیطانی، چاپ اول انتشارات کیهان (۱۳۷۹)
جعفری، غلام رضا، مقاله قاچاق انسان (زنان و کودکان) در اسناد بین‌المللی،
حبيب زاده و همکاران، قاچاق انسان در حقوق کیفری انسان،
عمید، حسین، فرهنگ فارسی عمیک تهران: انتشارات امیر کبیر (۱۳۶۲)
قاسمی امیری، علی، کودک و خانواده‌ی ناسیمان، انتشارات اتحمن اولیاء (۱۳۷۸)
لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی، چاپ نهم، تهران: انتشارات گنج دانش (۱۳۷۷)
مهاجرین برضاء، تأثیر حائیه نشینی بر میزان بزهکاری در کلان شهرها، انتشارات جاودا، جنگل، چاپ اول ۸۷

ماهیت قراردادهای منعقده در شرکت‌های هرمی

زنگ نوروزی

چکیده

در عرصه علوم اقتصادی پیشرفت یک روند همیشگی می‌باشد. در این‌ای زندگی بشر معاملات پایاپایی رونق داشته است، یعنی هر فردی کالای مازاد بر نیاز خود را به دیگری داده و کالای مازاد وی را که مورد نیازش بوده از وی می‌ستاند در ادامه اعتبار و پول ایجاد شده به عنوان کالایی که در نظرهای مردم ارزشمند و مورد نیاز بود در معاملات به کار گرفته شد. روز به روز معاملات گسترده‌تر شده و در نتیجه مسأله معرفی کالا به میان امدتا مشتریان بالقوه تبدیل به مشتریان بالغش شوند بازاریابی شبکه‌ای روش جدید از بازاریابی می‌باشد که در صدد رساندن کالا بدون واسطه از تولید کننده به دست مصرف کننده است. در سطح دنیا عده ای با استفاده از جذبیت‌های بازاریابی شبکه‌ای مبادرت به ایجاد روش متقلبانه ای به نام فعالیت‌های هرمی نموده‌اند تا این طریق به وسیله ایجاد شرکت‌های هرمی، مبادرت به انجام فعالیت‌های سودجویانه با سوء استفاده از نام و موقیعیت بازاریابی شبکه‌ای نمایند، در ایران همانند بسیاری از کشورهای جهان مقره‌ای برای مبلغه‌ای این فعالیت مجرمانه تصویب شده استبرای این که بتوانیم

در مورد صحبت قراردادها و عقودی که شرکت‌های هرمی منعقد می‌کنند و این که آیا قراردادهای منعقده بین اعضاء و شرکت و اعضاء با یکدیگر دارای محمول قانونی و شرعاً هستند یا خیر اظهار نظر کنیم باید ماهیت این قراردادها را مورد بررسی قرار دهیم. البته به طور قطع و یقین با توجه به دلایل ذکر شده در متن مقاله نوع فعالیت این شرکت‌ها به دلیل ضرر و زیان‌هایی که به افراد وارد می‌شود به صورت غیر اصولی و نامشروع می‌باشد و به لحاظ شbahت‌هایی که این معاملات به قمار دارند تمامی قراردادهای منعقده بین اعضاء با یکدیگر و اعضاء با شرکت باطل می‌باشد.

مقدمه

با گذر زمان شاهد پیشرفت در تمامی ابعاد زندگی بشر هستیم، در سایه این پیشرفت انسان‌ها به رفاه و آسایش بیشتر و همین طور به آسان شدن تمامی امور می‌اندیشند تجارت از جمله عرصه هایی است که بشر پیشرفت‌های زیلای در

آن بدست آورده است، گونه های مختلف تجارت باعث به وجود آمدن شیوه های جدید کسب درآمد برای تجار شد. از ابتدای زندگی پسر این روابط به صورت کالا به کالا بود تا زمانی که پول جایگزین کالای مورد نیاز مردم شد (و در زمان حاضر نیز استفاده از کارت های اعتباری مرسوم شده است) همیشه انسان های دنیا رفاه بیشتر و راه های انسان تر برای رسیدن به احتیاجات خود بوده اند تا این که امروز شاهد به وجود آمدن شیوه رقابتی جدید در عرصه تجارت به نام بازاریابی شبکه ای هستیم که هدف اصلی این روش حذف واسطه ها و رساندن کالا با قیمت ارزان تر به دست مصرف کننده بوده است. در بی این گونه از تجارت افرادی برای رسیدن به اهداف شومن خود میاردن به سوء استفاده از این روش نمودند و با سوء استفاده افراد از بازاریابی شبکه ای، شاهد هجوم شرکت های هرمی در این عرصه بودیم عدم اطلاع مردم از غیر قانونی بودن فعالیت شرکت های هرمی باعث شد که ما در زمانی کوتاه شاهد رشد بسیار سریع این شرکت هادر کشورمان باشیم، رویای پولنار شدن در کمترین زمان با کمترین سرمایه باعث می شود که افراد برای عضویت در این گروه ها از خود رغبت فراوانی نشان دهند بنابراین اصلی برای عضویت در شرکت های هرمی این گونه بود که اگر فردی وارد شرکت می شد برای این که بتواند به فعالیت های خود ادامه دهد باید دو نفر دیگر را وارد شرکت نماید و گرنه ادامه فعالیت در شرکت از جانب وی غیر ممکن بود و دیگر سودی به وی تعلق نمی گرفت. در این مقاله پس از ذکر ماهیت فعالیت شرکت های هرمی و قراردادهای منعقده بین اعضاء با یکدیگر و اعضاء و شرکت با یکدیگر به بیان دلایل بطلان این قراردادها از لحاظ فقهی می پردازیم.

کلید واژگان: قرارداد، شرکت های هرمی، قاعده لا ضرر، ممنوعیت غرر

۱- ماهیت حقوقی فعالیت های هرمی

برای اینکه بتوانیم در مورد صحت قراردادها و عقودی که در شرکت های هرمی منعقد می گردند و این که آیا دارای محمل قانونی و شرعاً هستند یا خیر اظهار نظر کنیم باید ماهیت این قراردادها را بررسی نماییم. محمدی، مهدی، سیاست کیفری ایران در قبال پدیده های بازاریابی شبکه ای و هرمی غیر قانونی، بایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران (واحد پردازش قم) شهریور ۱۳۸۶ (ص ۲۶) برای بررسی این قراردادها در دو قسمت مطالعی را در مورد شرکت های هرمی عام و خاص ذکر می کنیم.

الف- ماهیت قرارداد منعقده در شرکت های هرمی خاص

در این نوع شرکت ها اساس کار مبتنی بر گردش بول اعضا جدید بین اعضای قبلی است بدین صورت که طبق یکی از روش های هرمی هر فردی که مایل به عضویت در این سیستم گردد بدون انعقاد هیچ قرارداد بیعی، مبلغی پول را به بالا سری خود داده و خودش میاردن به پیدا کردن زیر مجموعه برای خودش می کند (مثالاً ۴ نفر) این فرد از هر زیر مجموعه خود معادل همان مبلغی که پرداخت نموده است را دریافت می کند (یعنی چهار برابر مبلغ پرداختی خود را) پس همین فرد معادل مبلغ پرداختی خود را از مبالغ تودیعی زیر مجموعه هایش برداشته (و در تیجه پول به خود می رسد) و مبلغی مبالغ دریافتی را به حساب شرکت و فردی که در بالا قرارداد واریز می کند بسیاری از مبلغین این شرکت ها ادعایی کردند که این شرکت ها بازاریابی شبکه ای هستند ولی با مراجعت به سیستم این شرکت ها در می باییم که هیچ گونه خرید و فروشی و بازاریابی در این گونه شرکت ها صورت نمی گیرد و فقط نقدینگی افراد به

حساب افراد خاصی که در بالای هرم هستند منتقل شده و فقط همین افراد و شرکت مادر است که به آن درآمد ادعا شده دست پیدامی کنند البته ذکر این نکته ضروری است که امروزه این شرکت هادر کل دنیا منسخه هستند اشکال اصلی این فعالیت ها همان بازی با پول است که به زودی با اشیاع شدن سیستم دیگر هیچ عضوی وجود نخواهد داشت که وارد این شبکه گردد از نمونه های این شرکت ها می توان به شرکت پتاگونا^۱ اشاره کرد که لفلا با پرداخت مبلغ دو هزار و بیانصد تومان عضو شرکت می شدند و از پایین دستی های خود که ۳۰۰ نفر بودند هر نفر ۲۵۰۰ خود را برداشت و مابقی به حساب فردی خاص واریز می کردند دلیل اصلی تشویق شدن مردم به این فعالیت ها نیز همین پایین بودن مبلغ مورد نیاز برای عضویت و از طرف دیگر در آمد بسیار بالای آن (به خیال خود) بود این شرکت پس از چندین ماه فعالیت در ایران منسخ شد. برای عقد منعقده بین این شرکت ها و اعضای اصلی آنها می توان استنتاج های مختلفی را بیان نموده که ذیل این بحث قسمت بیان می گردد

ب- قرارداد منعقده بین شرکت و اعضا

راجح به این که بین شرکت های هرمی و اعضا ایش چه عقدی منعقد می گردد نظرات متفاوتی می توان بیان کرد که در ادامه بیان می شود

ج- دلایل

دلایل به معنای وساطت در انجام معاملات می باشد. دلایل از جمله مشاغلی است که از توسعه شهرها و افزایش جمعیت نشأت گرفته است. در بعدین المللی به دلیل اشیاع بازارهای داخلی و ضرورت بازاریابی در خارج از مرزها شرکت های تولیدی ناچارند از خدمات دلالان هم برای فروش کالای خود و هم رقابت با سایر محصولات مشابه استفاده نمایند.^(قهرمانی، ماهیت حقوقی دلایل در حقوق تجارت، مجله کانون وکلا شماره ۱۵۵، ص ۳۴) در تجارت بین المللی شرکت های بزرگ تجاری به منظور بازاریابی و فروش کالاهای خود نمایندگانی را در کشورهای مختلف استخدام می کنند تا با معرفی و بازاریابی این افراد کالاهای این شرکت ها باقبال عمومی مواجه گردد. دلال فقط واسطه معامله می باشد و حدود عمل لو محدود به معرفی کردن طرفین معامله به یکدیگر است و ضامن اجرای معامله نیست.^(ستوده تهرانی، حقوق تجارت، نشر دادگستر، جلد اول، سال ۷۶، ص ۴۹) طبق این نظر فردی که در شرکت هرمی عضو می گردد برای دستیابی به عمل دلالی برای آن شرکت می کند. یعنی برای فروش محصولات آن شرکت تبلیغ کرده و افراد جدیدی را برای خرید آن محصولات تشویق می کند. این نظر در «ورد شرکت های هرمی خاص اصلاحاتی ندارد. زیرا همان طوری که در ماده ۳۳۵ قانون تجارت بیان شده دلال کسی نست که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملات شده یا برای کسی که می خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا کند...» در این گونه شرکت ها هیچ معامله مشهودی صورت نمی گیرد و فقط می توان گفت که رد و بدل کردن وجوه در این سیستم صورت می گیرد و شرکت در رأس هرم این رد و بدل کردن وجوه را سازماندهی کرده تا در نهایت به دست عده ای در رأس هرم و خود شرکت برسد.^(قهرمانی، منبع پیشین، ص ۳۴) حتی اگر قائل شویم که در این شرکت ها عقد هبہ (تملک بلا عوض) بین اعضا و شرکت ها برقرار می گردد خود شخص واسطه طرف

^۱ این شرکت ها با نام های مختلف مثل گلاد ماین، گلادکوئست، پتاگونا گلاد بیز، مای کلست، دیاموند بیز، و در داخل و خارج کشور قمایت می کردند.

معامله است و ابتداً این مبلغ به وی تملک می‌گردد(طبق یک نظر) و این مخالف تعریف دلایی می‌باشد.

۵: اجاره

عبارتست از تملیک منفعت به عوض معلوم اجاره همانند بیع از عقود تملیکی است با این تفاوت که مورد بيع عین است و مورد اجاره منفعت ممکن است گفته شود که اجاره در حقیقت تسليط مستأجر است بر عین برای انتفاع به عوض معلوم(امانی، حقوق مدنی، کتابخوانی اسلامیه، سال ۷۷، جلد دوم، ص ۵۴) به این معنی که در شرکت‌های هرمی از نیروی کارفراد استفاده می‌کند و برای رسیدن به اهداف خود مبالغی را به عنوان مزدیه آنها تملک می‌کند. این نظر نیز با اشکال رو به رو است زیرا همان طور که در ابتدا گفته شد اساس کار این شرکت‌ها این گونه است که شخص مبالغی را به بالاسری خود تملیک می‌کند و خودش از زیر مجموعه‌های خود(متلا ۳ نفر) ۴ برای این مبلغ را دریافت می‌کند و یکی را برداشته و مابقی را به حساب شرکت وعده‌ی خاصی(طبق برنامه از پیش تعیین شده) واریز می‌کند در این فعالیت‌ها فرد منافق خود را به شرکت تملیک نمی‌کند بلکه برای رسیدن خودش به بول عضو گیری می‌کند از سوی دیگر اجاره اشخاص عقدی لازم است زیرا هر یک از طرفین تعهدی کرده‌اند و اصل بر این است که تعهد را نمی‌توان یک جانبی برهم زد و هر یک از طرفین می‌توانند در صورت خود داری طرف دیگر از انجام تعهدات قراردادی خود الزام او را از دادگاه بخواهند به خصوص آن که قانون مدنی به طور صریح با ضمنی اشاره‌ای بر آن ندارد که عقد اجاره اشخاص جایز است و بنابر اصل لزوم، اجاره اشخاص عقدی لازم محسوب می‌شود(خواجه امیری، ونوین، حقوق مدنی، نشر گنج دانش، سال ۷۷، ص ۱۲۱)

۵: ماده ۱۰ قانون مدنی

رکن اساسی در هر قراردادی توافق موجود در آن است یعنی در یک قرارداد اراده‌ی کسانی که آن را واقع می‌سازد مهمترین عامل ایجاد حق است. اصل در هر قراردادی حاکمیت اراده است. مقصود از اصل حاکمیت اراده این است که اراده آزاد طرفین به عنوان قاعده به تراضی آنها حکومت دارد و در هر مورد که نسبت به حدود آزادی طرفین و آثار آزادی طرفین و آثار قرارداد تردیدی به وجود آید این قاعده حاکم است مگر این که خلاف آن اثبات گردد(حائزی، مبانی فقهی تحلیلی ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کهنه، سال ۱۳۷۰، ص ۹)

ماده ۱۰ قانون مدنی این اصل را بیان می‌کند که «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». اگر شرکت‌های هرمی اصل آزادی اراده‌ها بدین گونه میسر می‌گردد که قراردادی را که بین افراد در این شرکت‌ها منعقد می‌گردد صحیح و الزام آور بدانیم ولی ایرادی که به این تفسیر وارد است، عوامل محدود کننده ای اصل آزادی اراده‌ها می‌باشد اصل آزادی قرارداد به لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی به عنوان یک وسیله اجتماعی مفید، در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است ولی این اصل تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوق معارض نباشد موارد این تعارض را قانونگذار در مواد ۱۰ و ۹۷۵ ق.م. ذکر کرده است، ماده ۹۷۵ ق.م می‌گوید: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و با قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسن‌بوده و یا به واسطه‌ی جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظام عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد» پس سه عامل قانون، نظام عمومی و اخلاق حسن‌به اصل آزادی اراده را محدود می‌نماید هر نوع معامله‌ای که در بین افراد در جامعه منعقد می‌شود در صورت تعارض با یکی از این سه فاكتور باشد نتیجه اش بطلان معامله می‌باشد. مخالفت با قانون مربوط به قراردادهایی

است که قانونگذار با یک مقره‌ای آن را نهی کرده است. مقصود از نظام عمومی ارتباط آن با مصالح و منافع عموم مردم جامعه‌ی باشد. اگر تراضی بین افراد لعله‌ای بر هر یک از نظام‌های خانوادگی‌بالداری، اقتصادی و سیاسی وارد نماید باید گفت این قرارداد باطل است. اخلاق حسنی نیز یکی از جلوه‌های نظام عمومی است که در اخلاق عمومی مقرر است و خلاف آن نمی‌توان تراضی نمود با این توضیحات می‌توان گفت که قرارداد منعقده در هر شرکت هرمنی او لا به خاطر مضر بودن منافع دارایی فرد ورودی، ثانیاً مضر بودن به اقتصاد کشور وزیر پاگداشتن منافع ملی و خارج کردن ارز از کشور و ثالثاً اتلاف نیروی کار جوانان عقدی باطل است.

۲- قرارداد منعقده بین اعضا

همان طوری که ذکر شد فردی‌ای یافتن اعضاء بالغ را از آنها می‌گیرد از این مبالغ یکی مال خودش می‌باشد یعنی فرد پایین سری یک چهارم این مبلغ را به بالایی تملک می‌کند (زیرا در شرکت پتاگون که مثال ما می‌باشد هر فردی چهار نفر را اولاد شرکت می‌کند و یک چهارم از هر نفر در جمع مبلغی را که فرد پرداخت کرده را تصفیه می‌کند) و باقی پول (سه چهارم) نیز به عنوان امانت نزد بالا سری است تا آن را به حساب شرکت یا افرادی که در رأس هر قرارداد واریز نماید پس عقد هبہ بین اعضا منعقد می‌گردد.

الف- ماهیت حقوقی قرارداد منعقده در شرکت‌های هرمنی عام

این شرکت‌ها شباهت زیادی با شرکت‌های بازار یا بی شبكه‌ای دارند بدین صورت که در این شرکت‌ها بین اعضا و شرکت کالا و خدمات رد و بدل می‌گردد متهی تفاوت‌های ظرفی بین این شرکت‌ها و شرکت‌های بازار یا بی شبكه‌ای وجود دارد. (اسلام، بازار یا بی فرایند مبادله، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، سال ۵۵، ص ۹) ماهیت عقد منعقده در هر دو شرکت هرمنی عام و شبكه‌ای مثل هم می‌باشد که ذیلاً ماهیت حقوقی قرارداد منعقده بین اعضا و شرکت و بین اعضا با یکدیگر را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ب- وکالت

وکالت عقدی است که در آن فردی در انجام امری، دیگری را نایاب خود قرار می‌دهد. اثر وکالت اعطایی نیابت است بدین معنی که موکل اقدام و کیل را در مورد انجام عمل حقوقی به منزله‌ی اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصریفاتی را در اموال و حقوق مالی و غیر مالی او انجام دهد تعهداتی که وکیل پذیرفته است به موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد برای اوست طبق این نظر شرکت شخص را وکیل خود می‌کند تا کالا و خدمات آن شرکت را به فروش برساند و در ازای این اقدام شخص به وی حق الوکاله پرداخت می‌کند این نظر با مشکل روبه روست به این صورت که در ماهیت قرارداد منعقده بین فرد ورودی و شرکت رابطه‌ای ایجاب و قبول صورت می‌گیرد و فرد بالا سری هیچ وقت طرف ایجاب نمی‌باشد و او فقط شرکت و خدمات و مزایای آن را به فرد پایین دستی معرفی نموده و درهنگام خرید کالا یا خدمات خودش کنار می‌رود و شرکت به عنوان ایجاب کننده و فرد وارد شده به عنوان قبول کننده عقد بیع (و یا به طور کلی قرارداد اقدام می‌کنند). (محمدی، منبع پیشین، ص ۳۲)

این تفسیر را نیز در مورد ماهیت قرارداد بین شرکت و فرد بازاریاب می‌توان طرح نمود که فرد به ازای قراردادی که با تشویق وی بین شرکت و فرد جدید منعقد می‌گردد حق دلالی به صورت پورسانت به وی تعلق می‌گیرد این نظردرحالی صحیح است که به فرد اولین عضو گیری، پورسانت متناسب پرداخت گردد والا در برخی از شرکت‌ها که برای پورسانت سقفی تعیین می‌گردد زیاد مصدق ندارد با این توضیح که در اکثر شرکت‌های هرمنی عام بايستی تعلاط مشخصی عضو در هر دو طرف شخص موجود باشد تا اولین پورسانت به وی پرداخت گردد مثلاً در شرکت گلدن ماین یا گلد کوئیست باید در هر طرف شخص سه امتیاز باشد تا اولین پورسانت به وی پرداخت گردد از طرف دیگر اگر افزایش اعضا به صورت متقارن نباشد هیچ پورسانتی پرداخت نمی‌گردد هنلا اگر شخص در یک طرفش هزار نفر (معنی هزار امتیاز) داشته باشد ولی در طرف دیگر شش هیچ امتیازی نداشته باشد به وی هیچ پورسانتی پرداخت نمی‌گردد

د- جماله

جماله عقدی است عهدی و معوض و دارای دوطرف. جماله علاوه بر شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات باید دارای شرایط اختصاصی خودش نیز باشد (عامی، منبع پیشین، ص ۱۹۷) طبق این نظر شرکت و فرد قراردادی را به صورت جماله مشروط به بیع منعقد می‌کنند، شرکت‌های هرمنی در برایر فعالیت‌های بازاریابی فرد مبادرت می‌کند تا طبق چارت از پیش تعیین شده به وی پورسانت پرداخت کنند این شرط که در ابتدا فرد مبادرت به خرید یکی از محصولات شرکت نماید ماده ۵۶ قانون مدنی در مورد جماله می‌گوید «جماله عبارتست از التزام شخصی به ادائی اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین» در این عقد جماله مبادرت به ایجادی می‌کند به طور عام و در مقابل هر کس که عملی راجه‌داده با مالی راتسیلم کننده تهدید می‌گردد تا در مقابل این عمل مالی و یا پاداشی را پرداخت کند (شهیدی، عقود معین، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص ۹۷) ماده ۵۶ همین قانون نیز در مورد این مسأله است که اگر شخصی مورد جماله راجه‌داده نمهدیگر مستحق هیچ جعلی نیست ماده ۵۷ قانون مدنی «عمل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جماله راتسیلم کرده باشد یا توجه داده باشد». در شرکت‌های هرمنی اگر فردی بخواهد فعالیت کند پیش نیاز آن عضویت و در رأس آن خرید کالا یا خدماتی از این شرکت است و پس از عضویت در این شبکه برای وی جایگاهی در شبکه که با نمودار کامپیوتري نمایان می‌شود. این جایگاه به صورت یک شماره (TC) می‌باشد و از این به بعد تمام فعالیت‌ها ای فرد در این شرکت‌ها باید شماره و جایگاهی خواهد بود که به وی در ابتدا تعلق گرفته است. فرد در سایت اینترنتی این شرکت با TC خود می‌تواند وارد شود و از دفتر کار مجازی که شرکت به وی داده است استفاده نماید. در این دفتر کار فرد می‌تواند از محصولی که از شرکت خریده، مبلغی که پرداخت نموده تعلاط اعضاً که وارد کرده، میزان پورسانت که تا این زمان به حسابش واریز شده و در نهایت از شیوه‌ای که فرد تعایل دارد تا پورسانت‌های خود را در یافت کند مطلع شود. اگر فرد تعایل داشت که مبادرت به بازاریابی کند (که اکثریت قریب به اتفاق ورودی‌های این شرکت‌ها شامل می‌شود) موفق به دریافت پورسانت می‌گردد یعنی مورد جماله راجه‌داده است و مستحق جعل می‌باشد و اگر تمایلی به بازاریابی نداشت فقط کالای خود را تحويل می‌گیرد این نظر با اشکال اساسی رو به رو است. بدین صورت که هر فرد صرفاً دونفر را وارد کار می‌کند تا این مرحله جماله صادق باشد ولی در مراحل بعدی که فرد از چرخه خارج می‌شود و زیرا مجموعه هایش عمل بازاریابی راجه‌داده دهنده به حساب شخص اول بول واریز می‌شود دیگر جماله صادق نیست. زیرا این فرد دیگر

فعالیت نمی کند البته می توانیم حمایت های شخص اول از زیر مجموعه هایش و رهبری وی را نیز تحت حمایت قرار داد و آن راجماله ذکر کرد که در این حالت این مشکل حل می شود(محمدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۲۸) یعنی بگوییم فرد با شرکت قرارداد جماله به شرط عقد بیع برقرار می کند و شخص متعهد می گردد که خودش بازگشایی کرده و زیر مجموعه هایش را نیز برای انجام این عمل یاری نماید

۵- ماده ۱۰ قانون مدنی

می توانیم با توجه به اشکالات واردہ برنظریه جماله ماده ۱۰ قانون مدنی را ملاک این عقد ذکر نماییم بدین صورت که قرارداد فی ما بین شرکت و فرد یک قرارداد خاص می باشد که فرد می باشند ابتدا عقد بیع با شرکت برقرار نماید و سپس میلارت به فعالیت در جهت بازاریابی کرده و با پیروی از جارت سیستم موفق به دریافت پورانست گردد «این نظر و ماده ۱۰ اقبالاً بررسی شده است» به عنوان نتیجه باید گفت که به نظر ما عقد جماله این قرارداد را بهتر تفسیر می نماییم زیرا اعمالی ارکان این عقد در یک فعالیت هرمی عام وجود نارد.

۳- ایرادات واردہ برقرارداد منعقده در شرکت های هرمی از منظر فقه

در اسلام کلیه قراردادها از سه منظر و سه مجرماً عبور می نمایند که در صورت تبعیت از این اصول آن قرارداد مشروع خواهد بود این اصول عبارتند از: (موسویان، دلایل حرمت فعالیت های هرمی، مصاحبه در سایت /html.www.nims.ir/۱۳۸۴/mosavi)

۱. ممنوعیت اکل مال به باطل
۲. ممنوعیت ضرر
۳. ممنوعیت غرر

الف - اکل مال به باطل

در اسلام ممنوعیت اکل مال به باطل در آیات مختلفی از قرآن مورد تأکید قرار گرفته است آیه ۱۸۸ سوره ی بقره و آیه ۲۹ سوره ی نساء دال بر حرمت این عمل در اسلام می باشد قرآن کریم در آیه ۱۸۸ سوره ی بقره می فرماید: ولا تأكلوا موالكم بینکم بالباطل

برای معنی این آیه اگر «ب» را سببیه فرض کنیم تفسیر این آیه این گونه می شود که اسباب نقل و انتقال نباید از اسباب باطله مثل کلاه های دراری و خیانت در امانت باشد و اگر «ب» را برای مقابله تفسیر نماییم مفهوم آیه این می شود که یک طرف معامله نباید چیز باطل و بی ارزش باشد (حائری، مسعود، منبع پیشین، ص ۱۷) مثل خمر یا حشرات که مالیت ندارد نباید به عنوان عوض به دیگری بدهد و الا معامله باطل است معنی این قاعده این است که هر گاه کسی مالی را به دیگری تملک می کند از دو حالت نباید خارج باشد و آن این است که یا باید در ازای آن کالایی با ارزشی با خدمات بالازش را دریافت نماید و یا باید آن را مدیه یا همی نماید و الا اگر فردی به دیگری کالایی را تملک نمود ولی در ازای آن کالایی بی ارزش دریافت نمود طبق این قاعده معامله باطل بوده و شخص منتصر می تواند برای دریافت کالایی خود به فرد مقابل رجوع نماید (حقیق ناماد، قواعد فقه بخش مدنی، قم مرکز نشر علوم اسلامی، جاپ نهم، ۱۳۸۱، ص ۱۳۳) جایگاه این قاعده در شرکت های هرمی بدین گونه است که همان طوری که ذکر نمودیم

در ازای مبالغی که فرد برای خرید کالا پرداخت می نماید، کالا و سکه ای را تحويل می گیرد که در عمل قیمتی معادل نصف مبالغ پرداختی دارد. حال سوالی که مطرح می گردد بدین نحو است درست است که سکه دارای قیمتی بالاتر از قیمت واقعی می باشد ولی اگر خریدار این مستله را بداند و بارضایت وارد سیستم شود آیا اطلاع و علم او این معامله را مشروع نمی سازد؟ که باستثنی مطابق شرط لازم برای صحبت معاملات محسوب می گردد ولی کافی نمی باشد. بدین ترتیب اگر معامله ای در شرع اسلام باطل اعلام گردد دیگر رضایت طرفین نمی تواند آن را مشروع سازد به عنوان مثال می توان از معامله ریوی که در آن ممکن است طرفین برای آن رضایت داشته باشند ولی شرع به علت پاره ای مصالح آن را منعو و درای ضمانت اجرای کیفری قرار داده است نام برد (محمدی، مهدی، مرجع پیشین، ص ۴۹) در معاملات هرمی نیز مصالح خاصی باعث شده است که شرع این معاملات را باطل اعلام نمایند شاہتی که این معاملات به قمار دارند از علل بطلان این معاملات می باشد هر گاه از راه فعالیت اقتصادی چند نفر، عده ای از آنها به سود پرسند هیچ مشکلی از لحاظ شرعاً وجود ندارد ولی مشکل آنچاست که منشأ سود آن چند نفر ضرری باشد که به سایر افراد رسیده است اینجا است که معامله حالت قمار بینا کرده و ممنوع و ضرر اعلام می گردد (الهیان، احکام معامله در اسلام، انتشارات تجلی عدالت، ۱۳۸۴، ص ۵۵) قمار نیز معامله ای است که به جای استفاده از فعالیت های مفید و سازنده و استفاده از مواد طبیعی و نیروی کار انسان، تنها از طریق تملک اموال سایرین، در یک پروسه ای، تفاوتی و شناسی می باشد. برای این که فلسفه ممنوعیت قمار را درک کنیم باید به آیه ۹۱ سوره هی مائله رجوع نماییم «نما يرب الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر و يصدكم عن ذكر الله وعن الصلوه فهل انت منتهون» شیطان می خواهد به وسیله شراب و قمار در میان شما عداوت و کینه ایجاد کند و شما را از یاد خدا و از نماز باز دارید. کسی که منشأ سود او ضرری است که به دیگری رسیده است قمار کرده است و عداوتی که قرآن ذکر می کند در دل فرد متضرر ایجاد می شود لطمہ اجتماعی قمار نیز بسیار مخرب است آن جایی که افراد برای عضو گیری معمولاً از آشیان و فامیل و دوستان خود استفاده می کنند عداوتی شدید و کینه ای سخت در بین آنها ریشه می کند و این عداوت منجر به از هم پاشیدگی خانواده های بسیاری شده است. (محمدی، مهدی، مرجع پیشین، ص ۵۱)

ب- ممنوعیت ضرر

قاعده ای لا ضرر از قواعد بسیار مهم و مشهودی می باشد، که در فقه اسلام مورد استفاده قرار گرفته است. بر نظر ضرر علاوه بر مستندات شرعیه دلایل عقلی محکم نیز موجود است و در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء مستقلات عقلیه است و مهم ترین دلایل بر حجت آن مذکور و ممنوع چهارم فقه یعنی عقل است. (محقق داماد، مرجع پیشین، ص ۱۳۵) مفاد لا ضرر نیز حکم ضرری است بدین معنی که هر گاه از حرف شارع مقدس حکمی تسریع شود اگر مستلزم ضرر باشد اعم از ضرر به نفس مکلف یا غیر او یا ضرر مالی و... حکم ضرری از امر برداشته می گردد. اگر در معامله گفته شد اصلت لزوم حکم می کند بر لزوم معامله، چنانچه معامله غبني بوده و منجر به ضرر شد لزوم به موجب قاعده برداشته می شود (موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، نشر میعاد، چاپ دوم سال ۱۳۷۲، ص ۵۹) در شرکت های هرمی با اثبات ریاضی معلوم می گردد که ضرر بسیار زیادی به اجتماع و افرادی که یول خود را از دست می دهند، وارد می شود و همین طور به این دلیل که مبالغ بسیار زیادی ارز از کشور خارج می شود و این امر منجر به تضعیف اقتصاد کشور و موجب واپسیه شدن اقتصاد کشورمان به کشورهای دیگر می شود و از سوی دیگر نیروی جوان و تازه کار مملکت ما به جای پرداختن به فعالیت های مثبت و دائمی، (مثل انجام کارهای تولیدی و خدماتی و...) مبادرت به انجام فعالیت های کاذب و فروش کالای یک شرکت خارجی می نماید که غیر از

ضرر اقتصادی هیچ عایدی برای این مملکت ندارد و در تهایت تبجه این فعالیت‌ها ضرری است که بر پیکره‌ی اجتماع وارد می‌گردد، پس با عمومات قاعده‌ی لا ضرر متوجه بطلان این معاملات می‌شویم.

ج- قاعده‌ی غرر

غورو به معنای خدعاًه و فربیه و نیرنگ می‌باشد در اصطلاح فقه و حقوق بدین معنی است که هر گاه کسی شخصی دیگر را فربیه دهد و در نتیجه مالی تلف گردد باید از عهده‌ی ضرر وارده بـر آید(محمدی، قواعد فقه، نشر دادگستر ۱۳۷۹، ص ۸۳) اهر گاه عملی صادر گردد که باعث گول خوردن شخص دیگری بشود و ضرر وزیانی متوجه او گردد شخص به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده‌ی خسارت وارده بـر آید(راطقی، ملا محمد عوائد الایام، عائده‌ی هشتم، چاپ ۱۳۴۵، ص ۲۸) به نقل از محمدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۵) مبنای این قاعده روایتی از پیامبر «صلی علیه و آله» می‌باشد در این روایت آمده است: «نهی النبي عن الغرور» یعنی پیامبر از حجام معامله غرری مسلمین را نهی می‌کند. غرر احتمالی است که عرف از آن اختتاب می‌کند به طوری که اگر فرد این احتمال را نادیده بگیرد عرف او را سرزنش می‌کند. در بیع غرری مال و سرمایه فرد در معرض اتفاق قرار می‌گیرد و همین مخاطره است که این معامله را با بطلان مواجه می‌سازد. در فعالیت‌های هرمنی فرد به امید این که به در آمده‌ای زیادی دست یابد وارد سیستم می‌شود همان طور که در مباحث قبل گفتیم احتمال این که فرد به در آمد کلان دست یابد کمتر از ۱۰درصد می‌باشد پس این فرد از یک طرف هم پول خود را برای خرید یک کالا می‌کم ارزش از دست داده است و هم این که به در آمده‌ای کلان نرسیده است، پس با توجه به قاعده‌ی غرر، این معامله باطل می‌باشد. برای تحقق غرور عنصری را ذکر نموده اند که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم(محمدی، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۸۳)

اولاً: باید از فرد غار عملی سوزنند.

در مورد شرکت‌های هرمنی این عمل کاملاً مصدق دارد. فردی که دیگری را تشویق می‌نماید تاوارد یک فعالیت شود تا در مدت کوتاهی در آمده‌ای کلانی بدبست آورد با توجه به پوج بودن این ادعاعنصر اول این قاعده محرز است.

ثانیاً: به فرد مغرور باید ضرری وارد شود.

این امر نیز در مورد شرکت‌های هرمنی محرز است زیرا همان طوری که قبل از گفتیم اکثریت اعضای شرکت‌های هرمنی پس از اشباع شدن سیستم، پول خود را از دست می‌دهند.

ثالثاً: فربیه در فرد مؤثر باشد.

این امر در شرکت‌های هرمنی محرز است زیرا در اکثر عضو گیری‌ها فرد با اعتمادی که به بالاسری دارد و بدون تحقیق بیشتر در مورد نوع فعالیت شرکت‌های هرمنی، مبادرت به عضویت می‌نماید و علت اصلی عضویت این فرد تشویق‌های فرد بالاسری وی می‌باشد، که از افراد فامیل یا دوستان و آشنایان وی است.(محمدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۹۷)

در شرکت های هرمنی مبنای کاربر اساس گردش بول بین اعضا می باشد و رهبران آنها مدعی هستند که در ازای مبلغ دریافتی، به اعضا کالا یا خدماتی لائمه می دهند. شرط اصلی عضویت در این شرکت ها این است که هر عضو جدید بتواند دو نفر را به عضویت شرکت در آورد اما با بررسی ساختار این شرکت ها در می بایم که به زودی هیچ فردی نیست که بخواهد عضو این شرکت ها شود. افراد به این امید وارد شبکه می شوند که بتوانند در مدت زمان کوتاهی به نیروت هنگفتی دست یابند غافل از این که به زودی سیستم اشباع شده و دیگر فردی نیست که وارد این سیستم شود و به جای این که به ثروتی دست یابند منصره می شوند با بررسی ماهیت قراردادهای منعقده در شرکت های هرمنی و تطبیق آن با عقود مذکور در قانون مدنی مانند وکالت، دلالی، جماله و... این نتیجه حاصل شد که نمی توانیم قرارداد منعقده بین شرکت و اعضا با یکدیگر را با این عقود منطبق بدانیم و در نهایت با رجوع به ماده ۱۰ قانون مدنی و بیان مطالبی در زمینه ای انطباق قراردادهای منعقده بین شرکت و اعضا و اعضا با یکدیگر با ماده مذکور نیز، غیر ممکن می باشد زیرا رکن مهم در قرار داد توافقی است که بین افراد صورت می گیرد یعنی هر جا تردیدی در اثار قرارداد و آزادی طرفین به وجود آید اصل آزادی اراده است و (طبق ماده ۱۰ قانون مدنی) اما ابرادی که بر این اصل وارد است، عوامل محدود کننده آزادی است که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی ذکر شده است. مانند حفظ نظام عمومی و اخلاق حسن و در زمینه فعالیت شرکت های هرمنی به دلیل این که به اعضا شرکت ها که قشر عظیمی از نسل جوان کشورمان هستند و ضرر فراوانی به آنها وارد می شود و این ضرر وارد به آن ها با نظم عمومی و مصالح اجتماعی و اقتصادی مملکتی که همان عوامل محدود کننده آزادی هستند را تباطط مستقیم دارد. می توان گفت که قرارداد منعقده بین شرکت و اعضا و اعضا با یکدیگر به دلیل ضرر بودن به منافع فرد و جامعه و ضرر های زیادی که بر پیکره اقتصاد کشورمان وارد می کند، و هدر دادن نیروی کار جوانان کشورمان، و با بررسی فقهی با مستندات قوی و دلایل ذکر شده از جانب فقهاء این عقود محکوم به بطalan هستند.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، نشر میزان سال ۸۰
۲. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، نشر میزان سال ۸۰
۳. اسلام، علی اکبر، بازاریابی فرایند مبادله، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، سال ۸۵
۴. امامی، صید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه، سال ۷۷، جلد دوم.
۵. دایسید وروویچ، برلمان، یاکوبویا خصیات زنده، ترجمه پرویز شهریاری، نشر میترا سال ۲۶
۶. بابایی، محمد علی بازاریابی بین المللی، انتشارات سمت، سال ۷۸
۷. خانتری، مسعود، مبانی فقهی تحلیلی، از ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کیهان، سال ۷۰
۸. خواجه میری، عباس و نوین، پرویز، حقوق مدنی ۶ نشر گنج داش، سال ۷۷
۹. براطیان، فرشید، اعتراضات یک نت و رکرانتشارات نسل نوآندیش، چاپ اول، سال ۸۸
۱۰. رنجبران، جهرام بازاریابی و مدیریت بازار شرکت چاپ و نشر بازرگانی سال ۸۵
۱۱. روحان، وینگام، مزایای شبکه، ترجمه کوه گیلانی ناصر و صادقی محمد رضا موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی سال ۸۳
۱۲. زرگر، محمد رضا بازاریابی شبکه ای باید ها و نباید ها، انتشارات بهینه، چاپ اول، سال ۸۵

۱۳. استوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، نشر دادگستر، جلد اول، سال ۷۴
۱۴. گلدوزیان، ایج، بایسته های حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ پنجم، سال ۸۰
۱۵. محب علی‌دود و فرهنگی علی‌اکبر، مدیریت بازار، انتشارات امیر کبیر، چاپ سوم، سال ۷۸
۱۶. محمدی، مهدی، سیاست کیفری ایران در قیال پدیده های بازاریابی شبكه ای و هرمی غیر قانونی بیان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران (واحد پردیس قم) شهریور ۱۳۸۶
۱۷. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، نشر دادگستر، ۱۳۷۹
۱۸. محقق دلماض، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۸۱
۱۹. موسوی بختوری، سید محمد، قواعد فقهی، نشر میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۷
۲۰. امیر محمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی) نشر میزان، چاپ دوم، سال ۸۱
۲۱. امیر محمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اموال و مالکیت) نشر میزان، چاپ دهم، سال ۸۲

مقالات

۲۲. کارگر محمد علی‌نگاهی به قانون ممنوعیت فعالیت شرکت های هرمی، فصلنامه حقوقی، تابستان و زمستان عالشماره ۱۶ و ۱۷.
۲۳. قهرمانی، نصرالله، ماهیت حقوقی دلای در حقوق تجارت، مجله کانون وکلا، شماره ۷۵.
۲۴. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، پلیس و پیشگیری، تهران، نشر دفتر تحقیقات کاربردی پلیس و پیشگیری ناجادانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تیر ماه ۱۳۸۸.
۲۵. امیر خلیلی، سید محمود، توسعه شهرها و ضرورت پیشگیری وضعی از بزهکاری، فصلنامه حقوقی دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷.
۲۶. طباطبایی راه، مصطفی، تاجران کلامبردار، تهران، نشر موسسه تحقیقات تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸.
۲۷. هیأت، ضیاء الدین، اقتصاد بین الملل، تهران، چاپخانه وزارت اطلاعات، جلد اول، ۱۳۴۹.

www.goldquest.persianblope.com.۲۹

www.mitgovsq.۳۰

www.mlmlegal.com.۳۱

www.nms.ir.۳۲

پرسش بنیادین در «وکالت»

فریدون فولادی، نژاد

بیراوه‌هی اول-وازگان، فاصله‌اند: میان رمزپردازی، رمزگشایی و تأویل.

سیر تاریخی شکل گیری «هوبیت وکالت» نشان دهنده‌ی این حقیقت است که در زمانی، پیش از قانونمند شدن حرفه‌ی وکالت، وکیل، همان وکیل مدنی بوده‌نام-گذاری این حرفه، نخستین اثر آن است. اما با تصویب قوانین و نظامات خاص برای این حرفه، هویتی جدید شکل گرفت که با هویت «عقد وکالت» مطابق نبود پس از آن، با تصویب لایحه‌ی قانونی استقلال و آبین نامه‌ی آن، حرفه‌ی وکالت به کلی، معنایی متفاوت یافت. اما، نه نام آن!

پس، یک دل هم بر دو معنای متفاوت دلالت می‌کرد. اگر چه برای تفکیک اتفاقی آن دو، یکی را «عقد وکالت» و دیگری را «حرفه‌ی وکالت دادگستری» نامیدند این اشتراک در دل، همواره موجب سوء تأویل مفسران بر اساس جایگاه و نسبت ایشان با حرفه‌ی وکالت دعواوی بوده. و اگر می‌گوییم: «بر اساس نسبت ایشان با حرفه‌ی وکالت»، نیازی به تصریح این نکته نیست که تأویل‌ها، نه بر اساس مبانی علمی، که بر اساس «خواست قدرت» هر گروه مطرح شده است. پس، طبیعی است که بر اساس ضایعه‌ی فوق، همواره، سیستم حاکم، تمایل به تزدیک کردن این تأویل

به ماهیت «عقد وکالت» و کانون‌های وکلا، اشتباع در تفکیک کامل دو ماهیت داشته‌اند تأویلی، وکیل دعواوی را «ناظر بر استیفاده حقوقی شهروندان در برابر حکومت» معرفی و قصد وارد کردن این ماهیت به حوزه‌های دیگر حقوق را نموده. در حالی که نه اکثر دعواوی، در مقابل حکومت است، نه هویت وکالت در این تأویل لحظه شده.

تأویلی دگر، حرفه‌ی وکالت را از مستقیم عقد وکالت معرفی نموده و تا حدی در نظر خود افراط کرده که در اجرای آیه‌ی قران، وکیل را به افسای اسرار موکل شن تحت عنوان «تدو الامانات الى أهلها» (یعنی قاضی) موظف دانسته! در حالی که قادر به توضیح نکاتی اساسی همچون تکلیف هویت «وکیلی که هیچ موکلی ندارد» و «وجود نظامات میان با وکالت مدنی حاکم بر وکالت دادگستری» نیست.

پس، پرسش بنیادین درباره‌ی وکالت، ناظر به تأویل مدلول واژه‌ی «وکالت» و تشابه زبانی آن با عقد وکالت خواهد بود ارتباط میان «عقد وکالت» و «وکالت دعواوی» چیست؟ بدیهی است که اولی، یک عقد است و دومین، یک حرفه. اما آیا حرفه‌ی وکالت دعواوی، وابستگی جوهري به عقد

وکالت دارد؟ یعنی، اگر عقد وکالت منعقد نگردد، کسی نمی‌تواند در محاکم، از دیگری دفاع کند؟

اگر عقد وکالت را مستتبه یا اباحه یا به قول قانون ملني، دادن نیابت به کسی برای انجام امری بدانيم، وجود شبه قابل توجهی میان آین دو ماهیت خواهیم یافت. اما، آن چه در واقع، وکیل دعاوی را قادر به دفاع از موکل ش در محاکم می‌کند، تنها، یکی از عناصر وکالت عقدی است: «اذن». این در حالی است که می‌دانیم عقود اذنی دیگری نیز وجود دارد، پس چرا ما، از این میان، وکالت عقدی را برای همسان سازی با وکالت دعاوی برگزیده ایم؟ در عقد مضاربه نیز همان اذن وجود دارد و به موجب آن، کسی، برای تجارت، به دیگری پول و اذن در معامله‌ی با آن رااعطا می‌کند. در عمری، رقبی و سکنی، به فرد اذن در استفاده‌ی از ملک داده می‌شود همین طور، در جماله و سایر عقود اذنی، پس، آن چه موجد حق برای فرد ماذون در تصرف مال (اعم از عین، منفعت یا حق) می‌شود، اذن است، نه لزوماً، وکالت. در ماهیات ذکر شده، گاه، هدف، احسان است (عمری، رقبی و سکنی)، گاه چیز دگر؛ مانند تخصص ماذون در انجام کاری که معطی اذن، فاقدش است. مثل جماله و مضاربه، که در مواردی متعدد از مصاديق آن، معطی اذن، تخصص یا توان لازم برای انجام کار یا تجارت را ندارد و کار خود را به تاجری کارهان (در مضاربه) یا فردی (توان) (در جماله) می‌سپارد. آیا نمی‌توان «وکالت دعاوی» را بدون در نظر گرفتن «عقد وکالت»، یکی از مصاديق اعطای اذن به دلیل نبهر ماذون در انجام ماذون به دانست؟ در این صورت، غریب تشبیه لفظی «وکالت عقدی» با «وکالت دعاوی» را خوردن، بیراهه‌ای بیش نیست.

بیراهه‌ی دوم: هستی شناسی وکالت

در یونان پیش از سقراط، مردم، با هستی بنیادین اشیا مرتبط بودند. «واژه‌ی «پرآگما» (شی) در معنای آن چه آدمی، در مراوده‌ی پردازش گرانه با آن سروکار دارد، به کار می‌رفت.» (هیدگر- هستی و زمان- ۶۸) اما با ظهور سقراط و تأثیر متافیزیک افلاطون و عالم، مثل او، رفته، رفت، پرآگما، وجه ابزاریت خود را از دست داد و به لحاظ تأثیر تفکر متافیزیکی، جنبه‌ی کلی آن غالب شد و به معنایی که امروزه در زبان به کار می‌رود یعنی شیء به طور کلی جاافتاد. این واقعه نیز، چون خلط دو هستنده‌ی گونه گون به لحاظ تشبیه زبانی آغاز ورود تفکر به بیراهه‌ای دگربود «چیز، آن عام ای که تمامی هستنده‌گان را به طور کلی در بر می‌گیرد.» اما هستنده‌گان، در ارتباط با خود از یک سو، و انسان، از سوی دیگر، هنگامی قابل شناخت خواهند بود که میزان ابزاریت آن ها برای دازاین موضوع بررسی قرار گیرد. به عبارت دیگر، شناخت بنیادین هستنده‌گان، در گروی نحوه و میزان ارتباط‌شان با انسان است. هر چه انسان، به ارتباط ابزاری آن ها با خود، بیش تر نزدیک شود و اشیا را به عنوان هستی بیش دست خود بشناسد، بیش تر به هستی ماتقدم آن ها نزدیک خواهد شد. آیا ما، تا کنون، به وکالت دعاوی، هم چون ابزاری قابل دست ورزی نگریسته ایم؟ یا هنوز، در بایگانی الفاظ کلی اسطوره‌ای، در جست و جوی و ازگانی زیبا تر، کلی تر و فریبنده تراویم تا حرفة‌ی خود را هر چه بیش تر اسمانی کنیم؟ اگر شناخت، با فرازنج گرفتن ابره حاصل می‌شود، ما در آسمان، چه می‌کنیم؟

بیراهه‌ی سوم: چرا یکی از اعضای مجموعه‌ی سیستم قضایی- به نام وکیل دعاوی- به جای پذیرش وابستگی خود به سایر اعضاء، همواره، به دنبال استقلال است؟

با بررسی کلرکرد وکالت دعاوی، در خواهیم یافت که وکالت دعاوی، عضوی از یک مجموعه‌ی ابزاری است، که ما آن را سیستم قضایی خواهیم نامید. «به بیان دقیق، چیزی هم چون ابزار وجود ندارد، هستی هر ابزاری، همواره

به کلیتی از ابزارها تعلق دارد که در همان کلیت، یک اینزار، می‌تواند آن باشد، که هست. «(هیدگر- هستی و زمان- ۶۸) این مجموعه، دارای کارکرد‌های آشکار و نهان، بر لایه‌های گونه‌گونِ تأویل است که بدون شناخت این کارکردها، تخواهیم توانست به هستی بنایارین این مجموعه واقع شویم، من در مقاله‌ی «درآمد هستی‌شناسی سیستم قضایی» بربخی کارکرد‌های نهان و آشکار این مجموعه را در لایه‌های مختلف تأویل، بر شمرده‌ام، پس برای شناخت هر یک از اعضای این مجموعه، ناگزیر از مراجعته‌ی به آن کارکرد‌ها خواهیم بود.

اما، کارکرد مجموعه‌ی سیستم قضایی، خود، وابسته‌ی به کارکرد هر یک از اعضای مجموعه برای مجموعه و برای ما از یک سو، و ارتباط این اعضا با یکدیگر، از سوی دیگر است. به عبارت دیگر، هر یک از اعضای این مجموعه، دارای حدودی از استقلال و حدودی از وابستگی است. حدود مربوط به استقلال، عناصری هستند که «هویت عضو» را ایجاد می‌کنند و حدود مربوط به وابستگی، «هویت مجموعه» را به وجود خواهد آورد. اعضایی چون: قوانین و نحوه‌ی شکل گیری آن‌ها، حکومت و خواست قدرت، دادگستری، قضات، دادستان، وکیل دعاوی و جز آن‌ها، هر یک، از آن جهت که دارای هویت مستقل وحدگذاری معین‌اند، قابلیت انتساب ابزاریت- یا همان هستی پیش‌دستی موضوع شناخت- را یافته و می‌تواند بر اساس هویت خود، با سایر اعضای مجموعه ارتباط بیاند. ما، با مجموعه‌ای مواجه‌ایم که خود، به عنوان وکیل دادگستری، تنها، یکی از اعضایی آن هستیم. قدر مسلم آن است که تمامی این اعضاء، برای به کار انداختن این مجموعه، اولاً، ضروری‌اند و ثانیاً، به هم، وابسته‌اند. مانند توائیم دادگاهی بدون قضی تصور کنیم، به همین ترتیب، تخواهیم توانست وکیل بدون دادگاه و قاضی و ضمانت اجرایی ارا نصور کنیم، همین طور، تعقیب بدون دادستان و سیستم قضایی بدون مجرمان یا اصحاب دعوا.

اما پرسش آن است که چرا یکی از اعضای این مجموعه به نام وکیل دعاوی، به جای پذیرش وابستگی خود به سایر اعضاء، همواره به دنبال استقلال است؟ این پرسش، مارا به مقوله‌ای اساسی رهنمون خواهد شد:

بیواهه‌ی چهارم- دیالکتیک استقلال

همان گونه که یک پیکر، به عنوان مجموعه‌ای ارگانیکال، به تمامی اعضای خود نیاز مند است، اعضای آن مجموعه نیز، از سویی، به پیکر (به عنوان یک مجموعه) نیازمند‌اند، و از سوی دیگر، به یکدیگر؛ این، حدگذاری‌ای است که هویت عضو و به عبارت دیگر، استقلال آن را تضمین می‌کند: یک چکش، تا تمامی عناصر خود را ناشته باشد، نمی‌تواند به عنوان عضوی از یک مجموعه‌ی ابزاری نجاری به کار رفته، با سایر اعضای مجموعه ایجاد ارتباط نماید. در مجموعه‌ی ارگانیکال، چنانچه یکی از اعضای مجموعه، دچار آسیبی (در استقلال یا همان هویت خود) شود، خواهیم دید که سایر اعضاء، به تکاپوی مضاعف، برای رفع آسیب عضو خواهند افتاد نمونه‌ی ساده‌ی آن، عفو نت یکی از بافت‌های بدن انسان و تب کردن بدن است که نشانه‌ای است از فعالیت مضاعف سیستم ایمنی، چهت دفع آسیب وارد. هم زمان، فرد بیمار تب دارد، از پا می‌افتد و هذیان می‌گوید که منشأ هر یک از این علایم، عضوی جدگانه است. با این وصف، قاعده‌نه تنها و کلای دعاوی، که تمامی اعضای مجموعه‌ی سیستم قضایی، باید در تلاش برای تضمین «استقلال وکیل» باشند. پس، وکیل دادگستری، با استقلال خواهی خود در مجموعه‌ی سیستم قضایی (مجموعه‌ی ای که همه‌ی اعضای آن در ارتباط با یکدیگر‌اند) به دنبال قطع این ارتباط و عدم وابستگی نیست.

بیراهه‌ی پنجم- حد گذاری درون-مجموعه‌ای

۸۳

استقلال و کیل، از لوازم واپستگی او به مجموعه است. به مثال ساده‌ی پیشین نگاه کنید: اگر سیستم دفاعی بدن، حد گذاری نشده بود، یا به عبارت دیگر، دارای تعاریف معین و محدوده‌ی عملکرد تعریف شده، نبود و با سایر سیستم‌ها در تداخل بود، امکان عمل و تأثیر گذاری در زمان لازم را نداشت. آن چه معنای مجموعه‌ای ارگانیکال را حفظ می‌کند، معین بودن حود کارکرد، اختیارات و حوزه‌ی عملکرد هر یک از اعضای مجموعه است. در واقع، اعضای مجموعه، در عین ارتباط با یکدیگر، در ظایف تخصصی تعریف شده‌ی دیگر اعضاء، هیچ گونه دخلاتی ندارند، این، معنای «حد گذاری علمی» است. و اتفاقاً، آن چه موجب خوبی مجموعه است، مداخله‌ی غیر علمی هر عضو در محدوده‌ی ابزاریت عضو دیگر است.

بس، ما، از سوابی، با وابستگی اعضای یک مجموعه به یکدیگر و از سوی دیگر، بالاستقلال هر یک سر حدود تعریف شده‌ی علمی خود- مواجه ایم، و این استقلال، مقدمه و جزء سبب هویت اعضاست. استقراری من در حد گذاری «هویت حرفه‌ی وکالت دعاوی»، منتهی به موارد ذیل شده، عناصری که اگر نباشد، امکان انتساب حد گذاری درون مجموعه‌ی سیستم قضائی، از این حرفه سلب خواهد شد و کیل دعاوی، هویت خود را از کف خواهد داد:

حق و تکلیفِ دفاع از آزادانه- بدون هر گونه محدودیت در انتخاب روش و ابزار دفاع.

حق و تکلیف ایراد به نوع یا روش اداره‌ی دادگاه و اعتراض به عدول از انصاف، عدالت، مساوات و قانون.

حق و تکلیف احراق حقوقی موکل- خارج از چارچوب‌های تعیین شده‌ی قانونی یا رویه‌ی می‌منداول.

حق قبول یا رد آزادانه‌ی پرونده- بدون هر گونه فشار از هر جهت.

حق و تکلیف درخواست استفاده‌ی خود و موکل، از تدبیر امنیتی و تدبیر تحقیقاتی که انحصار آن برای قوانین مصوب است.

حق و تکلیف در ایستادگی برابر دادرسی غیر منصفانه، اعتراض، شکایت، تنظیم صور تجلیسات رسمی قبل استناد در مقابل متخلف، اعلان عمومی آنامه‌ی تخلفاتِ عمدی مقامات قضائی با انتظامی با وجود اعتراض به آن، در جراید و انجام مصاحبه.

حق برخورداری از مصونیت در برابر مقامات انتظامی و قضائی در انجام وظایف وکالت.

حق تمدید پرونده‌ی وکالت و امامه‌ی اشتغال- بدون هر گونه دغدغه‌ی ناشی از تشکیلات و کلا یا حکومت.

حق تعیین آزادانه‌ی دستمزد و انعقاد قرارداد با موکل.

حق و تکلیف انتخاب و تعیین قواعد حاکم بر تشکیلات وکالت و تخلفات انتظامی و نظمات.

بیراهه‌ی ششم- استقلال کانون و کلا

آیا ضرورت استقلال و کیل از سایر اعضای مجموعه، به ضرورت استقلال کانون و کلا منجر خواهد شد؟ بگمانم برای یافتن پاسخ، لازم است مقدمتاً، به متون قانونی ایجاد کننده‌ی «کانون وکلای دادگستری» مراجعه و آن متون را رمزگشایی نماییم، چرا که تاندانیم: «هستی استقلال کانون و کلا، قانوناً، چیست»، نخواهیم توانست به ارتباط آن با «حرفه‌ی وکالت» بپردازیم، قواعد تاویل متن به ما آموخته است که زمانی، می‌توان با رمزگشایی دال رمزبرداخته، معنایی دریافت. اما آن گاه که واژه، از معنا تپه و مبدل به اسطوره می‌شود، دیگر به دنبال رمزگشایی، و اکاوی معیارهای قراردادی و حصول به معنا نمی‌توان بود همان گونه که تعبیر رویا، تازمانی امکان دارد که پیوند یک

فرم(رفتار) و یک کارکرد قصدمند از پر لایه‌ی رویا، به محصول صرفه جویانه‌ی روان پریشی نیاجامیده باشد. این، ساختار اسطوره‌ی مدرن است: هویت هر مفهوم، تازمانی قابل رمزگشایی است که از کف نرفته، واژه، اسطوره و روایین، دیوانه نشده است: از آن پس، دیگر، نه باعث، که با «کارکرد» مواجه خواهیم بود.

وجود کانون و کلا با منشاء حکومتی، مقتضای فقدان استقلال است.

وکالت نیز، چیزی جز هستی تو دستی نیست. وکالت، ابزاری است و شناخت میزان ابزاریت آن، هستی مانند آن را برای ما عیان خواهد کرد. اگر استقلال کانون های وکلا، جزئی از هویت وکالت پاشد، ما در عدم رمزگشایی متون قانونی و عدم شناخت عنای آن در زمان خود را زمان استقلال کانون و کلا (مقرصیم. این قصور، آشکارا، از رویکرد مراقبتی و تنبیه‌ی کانون های وکلا نسبت به اعضای شان، قواعد و ضوابطی ربط حاکم بر وکالت) هم چون تعیین نحوه‌ی لباس پوشیدن، تعیین نحوه‌ی روابط مالی با موکل، تعیین ساعت باز و بسته بودن دارالکاله، تعیین نحوه‌ی اخذ سند از موکل، تعیین متن مذرقات قبض رسید سند و تقویمات تعیین همه چیزها، متن اسطوره‌ای و بی معنای سوگند وکالت، خروجی احکام دادگاه های انتظامی وکلا و هراس وکلای دادگستری در نحوه‌ی زیستن شان (تا با اسطوره‌ی شاعن وکالت در تنافی نباشد) پس از حصول به استقلال، پیandasه، مهنهز در مراسم جشن استقلال، تحلیف کارآموزان و جزان، شعار بال های فرشته، ظلم سنتیزی و عدالت طلبی سرمی دهیم؛ بدون آن که بدایم این وازگان، به اسطوره‌ه تقلیل یافته اند و کارکرداشان، چیزی جز ایجاد موجودی فرالتسانی برای توجه ضرورت قرارگیری ما تحت مراقبت و تنبیه عدله‌ی سازنده‌ی آن، در زمان پیش از استقلال، نبوده. بلی، ما در زمان مقتضی، موفق به رمزگشایی استقلال نشده‌ایم و هنوز نیز، در حد بازخوانی معانی به ظاهر والا انسانی که از همان ابتدای نیاز از معنا تپی بود، مانده‌ایم، اما کانون و کلا، ساختاری است که توسط قدرت حاکم ایجاد شده است پس، نه تنها نمی‌تواند، که نباید بتواند رسیدن به استقلال حرفة‌ی وکالت را تضمین کند و به همین دلیل، تا کنون، هیچ کس در ساختار حکومتی کانون و کلا، به دنبال رمزگشایی استقلال نبوده!

اما، آیا ما باید به دنبال منع قانون گذار از قانون گذاری باشیم؟ یا به دنبال ایجاد سیستم غیر حکومتی برای حفظ هویت وکالت؟ آیا اصولاً، می‌توان از ضرورت استقلال وکالت، به ضرورت استقلال کانون و کلا رسید؟ استقلال کانون و کلا، هم چون خود آن، نه محصول استقلال حرفة‌ی وکالت، که حاصل نظر قانون گذاری، در زمانی خاص است. و آن چه با نظر قانون گذاری بیاید، با نظر قانون گذاری دگر، خواهد رفت؟

اگر وکالت دعاوی، به عنوان عضوی حد گذاری شده، درون مجموعه‌ی سیستم قضایی به کار بشر می‌آید پس، هستی پیش دستی ای است که حقیقت اش، بامیزان و نحوه‌ی ابزاریت آن سنجیده خواهد شد. و اگر حد گذاری، جزء هویت وکالت است، پس خود، هدف است، تا ابزار وکالت، از کف نرود. تا بتواند به خدمت گرفته شود و زوال آن، وکالت را به اسطوره (یا جنون) مبدل خواهد کرد و آن گاه، دیگر، رمزگشایی اش نیز، کارساز نخواهد بود؛ ماتند سایر ساختار های اسطوره‌ای بوازه از معنا تپی می‌شود، روایین: دیوانه می‌شود و وکالت به نشانه ای با این کارکرد مبدل خواهد شد که رسیدگی ها، با حضور و کلای مطیع فایده مندبی ضرر، کاملاً عادلاته و سیستم قضایی، سیستمی کارآمد فرض شودا

وکالت، بدون داشتن حدود علمی خود (که ما آن را استقلال نمیده ایم)، به جنون بیش تر می‌ماند! اما از کانون و کلای مخلوق قدرت، انتظار تضمین استقلال حرفة‌ی وکالت، بیراهه‌ی آخر است!

درنگی بر لایحه قضازدایی و حذف برخی عناوین مجرمانه از قوانین

■ بهزاد احمدی ندوشن

چکیده:

لایحه قضازدایی و حذف برخی عناوین مجرمانه از قوانین، در تاریخ ۱۶/۹/۸۷ به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردید. در آغاز مجلس نهم لزوم رسیدگی به این لایحه که از آن تاریخ تاکنون معوق مانده است از طرف دولت تقاضا گردید. این مقاله قصد دارد به نقد و بررسی لایحه مذکور پیردازد.

کلمات کلیدی:

قضازدایی، جرم زدایی، جرم انگلاری، عدالت ترمیمی، کیفرزدایی، زندان زدایی.

مقدمه:

«در ابتدای هر دوره قانونگذاری، هیأت رئیسه، صورتی از طرح‌ها و لوایحی را که معوق مانده به وسیله اداره کل قوانین تهیه می‌کند و در اختیار نمایندگان می‌گذارد و صورتی نیز برای دولت ارسال می‌نارد. هر یک از طرح‌ها و لوایح معوقه که لزوم رسیدگی به آن به وسیله بیست و پنج نفر از نمایندگان یا از طرف دولت تقاضا شود، طبق آین نامه به کمیسیون‌های مربوطه ارجاع می‌شود و کمیسیون‌ها رسیدگی را به ترتیب مندرج در این آین نامه انجام می‌دهند هرگاه شور اول آن طرح‌ها یا لوایح قبل از خاتمه یافته باشد رسیدگی به طرح یا لایحه با پیشنهاد کمیسیون و تصویب مجلس، یک شوری انجام خواهد شد. در صورت تغییر دولت، چنان‌چه دولت جدید رسم‌آثراً لوایح را اعلام کرده باشد آن لوایح از جریان خارج خواهد شد.»

از جمله لوایحی که در ابتدای دوره نهم قانونگذاری، لزوم رسیدگی به آن موافق این ماده قانونی تقاضا گردید، لایحه «قضازدایی و حذف برخی عناوین مجرمانه از قوانین» است که بنابر پیشنهاد قوه قضائیه در جلسه مورخ ۱۲/۹/۸۷ هیأت وزیران به تصویب رسیده و در تاریخ ۱۶/۹/۸۷ از سوی دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردیده و لیکن تاکنون معوق مانده است.

نگارنده در این مقاله ابتدا به تعریف مفاهیم مرتبط با لایحه مذکور پرداخته و در مبحث دیگر، لایحه مذکور را مورد بررسی و نقد قرارداده است.

مبحث اول: تعریف اصطلاحات و واژگان مرتبط

در این مبحث در حد توان به بررسی مفاهیم خواهیم پرداخت که به نوعی با لایحه مورد بحث مرتبط است، که به ترتیب عبارت است از عدالت ترمیمی، قضا زدایی، جرم زدایی، جرم انکاری، زندان زدایی. از عدالت ترمیمی تعاریف متعددی به عمل آمده است که در این جا تنها به دو تعریف پذیرفته شده تر در عالم حقوق کیفری و جرم شناسی اشاره می‌نماییم، به موجب تعریف «هوارد زهر»:

«عدالت ترمیمی فرایندی است برای درگیر نمودن کسانی که سهمی دریک جرم خاص دارند- تا آن جا که امکان پذیر است- تا به طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به خدمات و زیان ها و تعهدات جهت التیام و بهبود بخشنیدن و راست گردانیدن امور به اندازه ای که امکان پذیر است اقدام نمایند».

به موجب تعریف دیگر از تونی مارشال نویسنده و جرم شناس انگلیسی:

«عدالت ترمیمی فرایندی است که در آن کلیه کسانی که درخصوص یک جرم خاص سهمی دارند گرد هم می‌آیند تا به طور جمعی درباره چگونگی برخورد با اثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته برآه حلی بیابند».

هم چنین مفهوم قضا زدایی عمدتاً در ارتباط با استفاده مقامات تعقیب جرم، از جانشین های کلاسیک کیفری در تعقیب و محاکمه جرایم است. اثر چنین روشی خارج کردن فرد مظنون از فرآیند رسیدگی قضایی کیفری بوده (غیرقضایی کردن) و ممکن است در هر مرحله ای از جریان رسیدگی صورت گیرد توسل به این روش به صورت غیررسمی و از راه اعمال اختیارات اداری در جریان رسیدگی به برونده و نیز با بیاده کردن طرح های رسمی صورت می‌گیرد. مثلاً به استفاده از اختیارات پلیس در بسیاری از نوشتگان اشاره شده است. تصمیم مقام تعقیب (اعم از پلیس یا دادستان و ...) در عدم شروع پیگرد کیفری، می‌تواند در هر زمانی قبیل از شروع محاکمه صورت گیرد؛ ممکن است اتهامات، پس گرفته شده و یا دلایل و شواهد مربوطه اقامه نگردد.

طرح های رسمی تغییر مسیر کیفری، به هدف گیری گروه های خاصی گرایش دارند. مثلاً در دهه ۱۹۶۰ در انگلستان، این عقیده نصیح گرفت (و بعدها به صورت قانون درآمد) که رسیدگی به جرایم توجورانان بایستی در صورت امکان باز فرایند دادرسی در دادگاه های کیفری خارج شود. یکی از راه های انجام این کار، به کارگیری روش «اختصار» است از اعماق مجرمین الکلی به مراکز درمان پژوهشی معتقدین به الکل، انتقال مجرمین مختلف المشاعر به بیمارستان روانی، و روش میانجیگری برای حل و فصل اختلاف های ناشی از ارتکاب جرایم، از جمله دیگر روش های مربوطه محسوب می شوند. هم چنین جرم زدایی از جرایم، که مجرمین بالقوه را از نظام عدالت کیفری خارج می کند، نوع دیگری از قضا زدایی است.

براساس این روش، جرایم ارتکابی در غالب موارد، به وسیله شاکی یا مأمور تحقیق به پلیس ارجاع نمی شود و بدین سان اختلافات، بدون رجوع به دستگاه قضایی، حل و فصل می شود. مثال هایی از این دست عبارتند از پیش بینی مراجع انتظامی در داخل مجموعه های کاری (مراجع صنفی) که براساس تصمیمات آن ها کارکنان مختلف، اخراج شده یا با اختصار روپرتو می شوند، و نقض مقررات مربوط به آن دستگی ها، مالیات و تقلب نسبت به مقررات تأمین اجتماعی، از سوی سازمان های دولتی مربوطه (مراجع اداری و اجرایی مانند کمیسیون رسیدگی به تخلفات گمرکی،

مالیاتی ...) مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار می‌گیرد در مرحله تعیین مجازات، اصطلاح «تغییر مسیر» برای اشاره به اختیاراتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که مانع از حبس شدن قوری مجرم می‌شود (زندان زدایی) . کفالت و تعویق صدور حکم مجازات، دو روش تغییر مسیر مجرمین از بازداشت قبل از مجازات است. در مرود مجازات نیز در شماری از کشورها، طبقی از جانشین های حبس در اختیار مقام ها قراردارد. آزادی زودرس درخصوص محکومیت های حبس، از طریق اعطای عفو یا آزادی مشروط نیز قابل دستیابی است .

از جمله مفاهیم دیگری که با مفهوم قضا زدایی مرتبط است، اصطلاح جرم زدایی است که در معنای دقیق کلمه به معنای فرآیند زدودن برجسب، عنوان با وصف مجرمانه از یک عمل یا یک رفتار است . این مفهوم نیز در تقابل با جرم انگاری قانونی یک فعل یا ترک فعل است که در واقع فرآیندی است که به وسیله آن، رفتارهای جدیدی به موجب قوانین کیفری، مشمول قانون مجازات می شود هر قدر دامنه این قوانین تحت فشار افکار عمومی، گسترده تر می شود، مجرمان بیشتری به وجود می آورد.

در حقیقت، جرم زدایی ایننا با هدف تورم زدایی کیفری - یعنی تعدیل عنوان مجرمانه یا تعداد جرائم در قانون مجازات - مطرح شده است. مقررات اداری بهداشتی، اقتصادی و مالیاتی زیادی وجود دارد که نقض آن ها دارای خصمانت اجرای کیفری است. این امر خود یک « جرم انگاری » - یعنی وضع جرائم جدید - از نوع افراطی است. تقریباً همه جرم شناسان معتقداند که مرتکبین این جرائم نباید به عنوان مجرم تلقی شده و با آن ها به صورت یک مجرم رفتار شود

اصطلاح دیگری که با بحث حاضر مرتبط است و بایستی از قضازدایی و جرم زدایی تمیز داده شود اصطلاح کیفر زدایی است که در واقع جرم زدایی ناقص است؛ بر این حالت ، یک نوع مداخله و تدبیر اجتماعی جایگزین کیفر می شود، ولی عنوان مجرمانه برای فعل یا ترک فعل حفظ می شود این در حالی است که در قضا زدایی یعنی سازوکاری که درجهت محدود نمودن صلاحیت نهادهای مستگاه قضایی به نفع سایر نهادها و روش های رسیدگی اعمال می شود، عنوان مجرمانه زدوده می شود و به جای آن نوعی مداخله و اقدام اجتماعی جایگزین می گردد. هم چنین اصطلاح حبس زدایی را که نخستین بار توسط راتمن به کاربرده شده، اسکال در کتابی تحت همین عنوان چنین تعریف نمود

«اصطلاحی اختصاری در مرود سیاست دولتی تعطیل نیمارستان ها، زندان ها و دارالتأدیب ها است که بر اساس آن، دیوانگان مجرمان و منحرفان آزاد شده و یا از پذیرش آنان در مخربه های کیفی که به طور سنتی در آن ها نگهداری می شوند خودداری می شود. در عوض، آنان آزاد می شوند تا امکان «التطابق و سازگارسازی» خود در جامعه را پیدا کنند».

مطابق بند «الف» ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه، قوه قضاییه مکلف است لایحه جرم زدایی از قوانین کیفری را به منظور جلوگیری از آثار سوء ناشی از جرم انگاری در مرود تخلفات کم اهمیت، کاهش هزینه های نظام عدالت کیفری و جلوگیری از گسترش بی رویه قلمرو حقوق جزا و تضییع حقوق و آزادی های عمومی تهییه و به تصویب مراجع ذی صلاح بررساند.

بر لایحه موضوع بحث حاضر اقضا زدایی و حذف برخی عنوان مجرمانه از قوانین که در هفت بخش حوزه محیط زیست، حوزه امور پزشکی، بهداشتی، درمانی و دامپزشکی، حوزه کار و امور اجتماعی، حوزه حمل و نقل، نظام مهندسی معدن و ساختمان، سایر مقررات بخش های پنج گانه و حوزه های ثبت اسناد املاک و احوال تهییه گردیده نقدهایی وارد است که در ادامه ذکر می گردد.

الف - عدم تطابق علمی با ترمینولوژی‌ها

با تعریفی که در مبحث اول از قضایای و جرم زدایی آمد، مشاهده می‌گردد که لایحه با آن چه در دانشنامه‌ها و فرهنگ‌های قضایی و جرم زدایی آمده است انتباط ندارد. مناسب است که لایحه‌ای که به امر مهم جرم زدایی و قضایای پرداخته در حیطه تعاریف نیز با تعاریف مورد قبول دانشمندان و جرم شناسان انتباط داشته باشد.

ب. بی توجهی به سازمان یافتگی و خطرناکی برخی از جرایم

«جرائم سازمان یافته جرمی است که شاخص تدارک و ارتکاب آن، تشکیلاتی روشمند است که اغلب برای مباحثان آن امکانات معاش فراهم می‌کند».

به موجب تعریف معتبر دیگری:

«جرائم سازمان یافته جرمی است که تعدادی از افراد را در ارتباطات اجتماعی بسته در گیر می‌سازد و به منظور تضمین سود و قدرت حاصل از انجام فعالیت‌های غیرقانونی و قانونی، بر پایه یک ساختار سلسله مراتبی بنانده است و ضعیت افراد در سلسله مراتب ممکن است بر پایه روابط خویشاوندی و یا دوستی و یا منطقاً براساس مهارت و تخصص‌های آن‌ها تعیین گردد».

وضعیت‌ها و بسته به افرادی که موقتاً عهده دار انجام امور مربوط به آن می‌گردند نمی‌باشد. اعضایی که برای حفظ سازمان جهت تعقیب اهداف خود، به صورتی فعل و کامل تلاش می‌نمایند آن را همیشگی می‌پنداشتند. سازمان از رقابت اجتناب می‌کند و برای به دست آوردن انحصار در فعالیت‌های مربوط به یک زمینه خاص یا در یک محدوده خرافیابی معن تلاش می‌کند سازمان همواره یک آمادگی برای استفاده از خشونت و یا فساد و ارتقا درجهت دست یافتن به اهداف و حفظ ساختار و نظم خود دارد و با این که احتمال پذیرش اعضا وجود دارد ولی عضو گیری آن محدود است».

با توجه به تعاریف فوق، متأسفانه لایحه مورد بحث در جرم زدایی از جرایم برای حوزه‌های خاص مانند حوزه محیط زیست به سازمان یافتگی و خطرناکی جرایم توجهی ننموده است. به نظر می‌رسد نمی‌توان جرایم در حوزه قوانین و مقررات محیط زیست که با سلامت انسان و سایر اکوسیستم‌های جانوری و گیاهی مرتبط می‌باشند را در حیطه جرایم کم اهمیت تلقی و از آن‌ها جرم زدایی نمود.

ج - غفلت از جرایم بدون بزه دیده

برابر تعریف رائمه شده از دانشمندان علوم جنایی:

«جرائم بلون بزه دیده جرایمی هستند که هیچ بزه دیده معینی ندارند. آن‌ها از اعمالی تشکیل شده‌اند که به خاطر زیرینهاین قواعد اخلاقی، غیرقانونی شناخته شده‌اند». از توجه به این تعریف این گونه استبطا می‌شود که در لایحه موضوع بحث حاضر، می‌توان به جای جرم زدایی از جرایم سازمان یافتگی و خطرناک، به جرم زدایی از جرایمی توجه کرد که بزه دیده معینی ندارند و صرفاً زیر پا گذاشتن قواعد اخلاقی صرف می‌باشند. امری که متأسفانه در لایحه مغفول مانده است.

د-نادیده انگاری عدالت ترمیمی

۸۹

جلد هشتم، شماره ۲۲، آذر ۱۳۹۱

با توجه به تعریفی که در مبحث اول از عدالت ترمیمی به دست داده شد، شایسته تر بود که در لایحه به این مفهوم مهم عدالت کیفری توجه می شد و بدین ترتیب راهگشای ورود این مفهوم به طور رسمی به مجموعه قوانین و مقررات موضوعه ایران می گردید.

نتیجه گیری:

هرچند لایحه قصاص‌دایی و حذف برخی عناوین مجرمانه از قوانین، در نوع خود از لواجع مهم کیفری پس از انقلاب می باشد، لیکن شایسته تر بود در این لایحه که حدود چهار سال نیز از تقدیم آن به مجلس شورای اسلامی می گذرد در ابتدا تعریفی مطابق با فرهنگ های علوم جنایی از مقاهمیم قصاص‌دایی و جرم زدایی به عمل می آمد، به قسمی که از مقاهمیم مشابه تمیز داده شود نیز این لایحه می توانست مقدمه ای بر ورود مفهوم عدالت ترمیمی به طور رسمی در قوانین موضوعه ایران گردد که بهتر بود این مفهوم مورد توجه تهیه کنندگان لایحه قرار می گرفت و هم اکنون نیز جای آن دارد که در مراحل بعدی به این مقاهمیم جدید در عدالت کیفری کشور عزیزان ایران عنایت و پرداز گردد.

منابع :

۱. بوریکان، زاک، بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲، ۷۶ تا ۷۷، ص ۳۱۶.
۲. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی، تهران، انتشارات مجد.
۳. غلامی، دکتر حسین، عدالت ترمیمی، چاپ اول، زستان، ۱۳۸۵.
۴. موریس و ماسکول، «عدالت ترمیمی، الگوی نوین تفکر در امور کیفری»، ترجمه حسین غلامی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۹.
۵. معظمی، دکتر شهلا، جرم سازمان یافته و راهکارهای جهانی مقابله با آن، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۴.
۶. نجفی ابرند آبادی، دکتر علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم شناسی چاپ دوم، ویرایش جدید، ۱۳۹۰.

Cusson,Maurice,le notion de crime organise .^۷

۱۹۹۵, Schar,E.M.Crimes without victims,prenice Hall .^۸

وقف اموال توسط اشخاص حقوقی

حسین زارع ■■■ گودرز نیازی

چکیده

وضعیت حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی، در حقوق ایران بالاخص قانون مدنی نسبتاً معین و مشخص شده است؛ چرا که به صراحت قانون مدنی، اشخاص حقوقی به متابه اشخاص حقیقی از کلیه حقوق و تکالیف برخوردارند، مگر در مورد حقوق و تکالیفی که فی نفسه مربوط به اشخاص حقیقی بوده و اشخاص حقوقی نسبت به آنها سالیه به انتقام موضوع باشند. از جمله شباهتی که امروزه در حقوق ما به وجود آمده پبحث وضعیت حقوقی وقف اموال توسط اشخاص حقوقی است. به طور کلی باید بیان نمود که از آن جهت که اولاً ویژگی های واقف که در فقه و قانون مقرر است از قبیل مالکیت و اهلیت واقفه، در اشخاص حقوقی نیز مشهود است، ثانیاً در حقوق مدنی تمام حقوقی را که قانون برای اشخاص حقیقی به رسالت شناخته در خصوص اشخاص حقوقی نیز مجری داشته و ثالثاً هیچ گونه دلیل عقلی، شرعی و قانونی دل بر منع اشخاص حقوقی در وقف اموال، مشهود نیست، بنابر جمیع مطالب فوق، صحت وقف اموال از سوی اشخاص حقوقی قابل کشف است.

وازنگان کلیدی: وقف، اشخاص حقوقی، اهلیت، مالکیت.

مقدمه

امروزه نهادهای جدیدی در مقابل شخص حقیقی مثل شرکت های دولتی و غیردولتی، اتفاقاً و غیر اتفاقاً با هویت شخص حقوقی پا به عرصه جامعه نهاده است. اشخاص حقوقی از مقامات اعتباری است که بر اساس نیاز و ضرورت پیشنهاد و همواره با تحول نیازها به نحو شگرفی در حال توسعه و تحول است. سلطه این نهاد در عرصه های مختلف اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی و... مباحث زیادی از جمله مباحث حقوقی را در خصوص این اشخاص با

یکی از مسائل جدید و بحث برانگیز که مقاله حاضر در راستای تشریح آن تدوین شده است این امر می باشد که آیا اشخاص حقوقی می توانند اموال خود را وقف کنند یا به عبارتی وضعیت حقوق وقف اموال از طرف اشخاص حقوقی چگونه است؟ از آن جهت که وقف یکی از نهادهای حقوقی مترقبی و پیشو ا حقوق اسلامی است که در بی آن مالکیت خصوصی به سود اجتماع (کم یا زیاد) از بین می رود (کاتوزیان ۱۳۸۷: ۶۲) و مالکیت جدیدی از طریق تولد شخص حقوقی به وجود می آید، بررسی این موضوع بیش از پیش ضروری به نظر می رسد اینکه اشخاص حقوقی می توانند اموال خویش را وقف دهند و وضعیت حقوقی آن به چه نحو می باشد نیاز به بررسی وقف و شرایط صحبت آن و سپس تطبیق آن شرایط با اشخاص حقوقی است تا در صورت وجود شرایط، با قاطعیت بر صحبت وقوع وقف از سوی اشخاص حقوقی حکم داد و در غیر این صورت حکم به ابطال چنین وقفي صادر نمود لذا این مقاله را در دو قسمت شرایط تحقق وقف و بررسی اختیارات شخص حقوقی به مثابه واقف، بی می گیریم.

الف: شرایط تحقق وقف

در این قسمت سعی می بر آن است تا دو بند مفهوم وقف و شرایط صحبت آن را مورد بررسی قرار دهیم.

بند اول: مفهوم وقف در حقوق و فقه اسلامی

واژه وقف لغتی عربی و به معنای ایستان، نگهداشتن، توقف کردن و منحصر کردن چیزی برای استفاده کسی بیان شده است (معین، ۱۳۸۱: ۵۰-۵۷). مفهوم اصطلاحی وقف چنان از مفهوم لغوی آن بیگانه نیست. فقهای شیعه در خصوص مفهوم فقهی-حقوقی وقف بیان می دارند که: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» (محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴۲۲) یا «التحبیس العین و تسبييل المنفعه» (شیخ طوسی، بی تا: ۲۸۶؛ خمینی، بی تا: ۶۵) یا برخی دیگر فرموده اند: «الوقف عقد يقييد تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» یا «التحبیس الاصل و تسبييل الثمرة» (علامه حلی، ۱۳۲۸: ۷؛ شهابی، ۱۳۷۱: ۷۸؛ خوبی، ۱۴۰: ۵۱۱) جمیع این عبارات دال بر آن است که مالک عین مال خود را در راه خیر اختصاص دهد تا از منافع حاصله از آن عین مستمرا برای نیت وقف استفاده گردد.

در فقه اهل تسنن نیز با اختلافات ندک همین عبارات به کار می رود. از نظر جمهور فقهای حنفی، شافعی و حنبلی، وقف؛ حبس مالی است که با وجود عین، امکان انتفاع از آن وجود داشته باشد. در این معنا، ملک به عنوان ملک الله وقف می شود و وقف از تصرف در آن من نوع می گردد ولی در این معنا، حبس به معنای منع و منظور از منع عین که ملک و مشمول تصرفات تمیلکی باشد؛ است. ولی ابو حنفه وقف را حبس عین توسط مالک وصدقه دلان منعقت آن در راه خیر می دانند در این معنا، وقف قابل رجوع و موقوفه توسط مالک قابل فروش است. ماده ۵۵ قانون مدنی ایران با استفاده از دیدگاه شیعی، وقف را بدین صورت تعریف کرده است «وقف عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبييل شود». منظور از حبس آن است که مالک عال را برای همیشه از ملکیت خود خارج سازد و منظور از تسبييل آن است که منافع مال حبس شده برای مصارف خیریه که مایه خشنودی خداست یا برای اشخاص معین اختصاص یابد، به نحوی که تصرفات مالکانه در مال منوع شود (شهابی، ۱۳۷۱: ۷۹).

گرچه به نظر گروهی وقف ایقاع است (بزدی: ۱۳۷۸؛ ۱۸۵) ولی در قانون مدنی ایران و بر حسب نظر غالب فقهاء وقف عقدی معین و عیتی به شمار می‌اید (صفایی، ۱۳۸۳: ۲۵۱؛ نجفی، بی‌تا: ۲۱۳؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۲۱۸) که برای تحقق آن، شرایطی لازم است. شرایط وقف را باید در سه رکن آن، یعنی شرایط مربوط به واقعه، موقوفه و موقوف علیه یا علیهم بررسی نمود. بدین منظور در ذیل در طی سه قسمت مطالب را بی‌می‌گیرید.

۱- شرایط مربوط به واقعه

مستفاد از قانون مدنی ایران، شرایطی در واقعه لازم است که در صورت وجود احراز آن شرایط، وقف از تابعیه ایشان صحیح خواهد بود، در غیر این صورت مباحثی مطرح خواهد شد که در ادامه بیان می‌داریم. نخستین شرط از شرایط مربوط به واقعه، مالکیت واقع نسبت به ملک موقوفه است. قانونگذار در ماده ۵۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «واقعه باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و...»

البته اینکه مالکیت، شرط صحت عقد وقف محسوب می‌گردد یانه، بین فقهاء و حقوقنان اختلاف نظر وجود دارد. حقوقنان و فقهاء در این زمینه به سه دسته تقسیم می‌شوند، برخی با تأکید به تصریح قانونگذار بر لزوم مالکیت واقعه، مالک بودن وقف بر مال موقوفه را شرط صحت وقف باطل میدانند. برخی مالکیت تأیین عین و منفعت را شرط صحت وقف می‌دانند و معتقدند که واقع در عین واحد باید مالک عین و منافع مال موقوفه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۱۰؛ خمینی، بی‌تا: ۱۳۷۸؛ ۲۰۵) برخی دیگر بر آن هستند که وقف به طور فضولی نیز محقق می‌شود که بعد از آن مالک می‌تواند آن را تنفیذ کند (امامی، ۱۳۳۵: ۷۵).

این در حالی است که قانون مدنی در ماده ۶۴ بیان می‌دارد «مالی را که منافع آن موقتاً متعلق به دیگری است را می‌توان وقف نمود». به جز فرقه مالکی سایر مناهب اربعه بر این اعتقادند که صاحب عین که منافع آن را موقتاً واگذار کرده است می‌تواند آن مال را وقف دهد.

دومین شرط از شرایط واقع مستند به قسمت دوم ماده ۵۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «... و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است»، اهلیت واقع است.

اهلیت عبارت است از توانایی قانونی شخصی برای داراشدن یا اعمال حق (صفایی، قاسم زاده: ۱۳۷۷: ۹) واقع باید هم اهلیت تمنع داشته باشد و هم اهلیت استیفاء، بدین سرح که واقع قدرت داراشدن از حق، که در عقد وقف همان قدرت مالک شدن است را دارا باشد، پس چنانچه شخصی بنا به هر دلیل قدرت داراشدن از حق رانداشته باشد مانند یک بیگانه که حق تملک اموال غیر منقول را ندارد از آن لحاظ که اهلیت تمنع ندارد حق وقف دادن آن اموال را نخواهد داشت و چنانچه کسی اهلیت تمنع داشته ولي اهلیت استیفای را به علت حجر نداشته باشد باز هم به دلیل فقدان اهلیت نمی‌تواند واقع قرار گیرد کما اینکه بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون مدنی در بیان شرایط صحت عقد به مقوله اهلیت طرفین اشاره نموده و از آن جهت که وقف نیز عقد محسوب می‌گردد از این قاعده مستثنی نبوده و واقع باید اهلیت برای وقف داشته باشد.

یکن دیگر از شرایط مربوط به واقعه این است که وقف بر نفس (خویش) وقف نکند چرا که قانون مدنی صراحتاً اعلام کرده است «وقف بر نفس - باطل است» بنابراین در وقف خاص وقف نمی‌تواند یکی از موقوف علیهم باشد لیکن در وقف عام اگر واقع مصدق موقوف علیهم باشد می‌تواند وقف بهره مند گردد.

۲- شرایط مربوط به موقوفه علیه

۹۳

موقوفه علیه شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند که حق بدهه برداری از منافع مال موقوفه را پس از تحقق عقد پیدا می کنند. بر اساس این که موقوف علیه معین و محصور باشد یا نباشد وقف به خاص و عام تقسیم می شود.(صفایی: ۲۸۳؛ ۲۵۵)

وقف عام ممکن است برای اشخاص نامعین به وجود آید یا برای جهات و اهداف خیر مورد نظر وقف. تمایز وقف عام و خاص از جهات متعددی از جمله تحقق عقد (قبو-قبض) آثار عقداده موقوفه و سایر موارد موثر است. قانون مدنی ایران به تبعیت از فقهای شیعه شرایط چند گانه ای را در موقوف علیه شرط نموده است. ماده ۶۹ قانون مدنی مقرر می دارد «وقف بر معلوم صحیح نیست مگر به تبع موجود» ماده بعد نیز افزوده است «اگر وقف موجود و معلوم معاً واقع شود نسبت به سهم موجود صحیح و نسبت به سهم معلوم باطل است». در ماده بعد آمده است «وقف بر مجھول صحیح نیست» بنابر این حاصل وجود دو شرط موقوف علیه به هنگام تحقق عقد ضروری است. یک موجود بودن: منظور از موجود بودن، وجود خارجی یا علیرغم اختلاف نظر فقهها قابل تصور حقوقی (حمل) در زمان وقف مال به سود موقوف علیه می باشد. بنابراین وجود موقوف علیه در لحظه عقد شرط است و وقف بر معلوم باطل است. با این حال در وقف عام، اعم از وقف بر جهت خیر یا موقوف علیه تامحصور، وجود چنین شرطی ضروری نیست.

دوم- معلوم بودن موقوف علیه: منظور از این شرط آن است که موقوف علیه اعم از خاص یا عام، مجھول نباشد و قابل تشخیص و شناسایی و احراز تلقی گردد. تردید در موقوف علیه بدین معنا که موقوف علیه، مرد میان دو یا چند شخص یا امر خیر باشد، موجب بطلان تلقی می شود.

سه- برخی معتقدند اهلیت تملک موقوف علیه نیز شرط است(شهابی، ۱۳۷۱: ۸۹) تاکید بر این شرط از تصریح برخی از فقهاء به اینکه موقوف علیه باید از کسانی باشد که تملک او شرعاً درست باشد ناشی می شود این امر در فقه اهل تسنن نیز دارای سلیقه است و فقها سنن نیز بعضاً اهلیت تملک را شرط قرار داده اند. اما به نظر می رسد وجود این شرط با توجه به این که اموال موقوفه شخصیت حقوقی مستقلی را تشکیل می دهند و مال موقوفه متعلق به موقوف علیه نمی باشد، قابل بذیرش نباشد(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۰۷).

۳- شرایط مربوط به موقوفه

از جمله شرایط مربوط به موقوفه این است که موقوفه باید مالی باشد که با استفاده از منفعت آن، عین باقی بماند و عین آن نیز باید قابل قبض به موقوف علیه باشد. به صراحت ماده ۵۸ قانون مدنی، موضوع وقف مال است و آن هم از نوع عین، بنابراین وقف دین و منفعت باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۳).

بالین حال، وقف عین در صورتی که منفعتی نداشته باشد یا وقف منفعت در صورتی که عینی از آن باقی نماند نمی تواند موضوع وقف قرار گیرد، ولی به این نکته باید اشاره کرد که یک موضوع واحد حسب مورد، گاه می تواند موضوع وقف قرار گیرد و گاهی نیز بالعکس، مثلاً اگر یک جعبه سیب را برای مصرف فرا وقف کنیم چون با استفاده از منفعت، عین هم نایبود می شود، این نوع از وقف جایز نیست. ولی هر گاه همین جعبه سیب را به گونه ایی وقف کنند که با استفاده از منفعت عین باقی بماند وقف صحیح است. مال موقوفه باید قابل قبض را داشته باشد و مدام که قبض واقع نشده یا به اصطلاح قانون مدنی عین موقوفه به

تصرف وقف داده نشده است، اتری بر وقف مترتب نیست، بنابراین وقف می تواند از قصد خود برگردد، یا تغییر و تبدیلی در شرایط و آثار وقف بددهد اما همین که قبض محقق شد، ارکان وقف کامل می شود و دیگر وقف نمی تواند آن را ببر هم زند یا در آن تغییر و تبدیلی بددهد.

بنابراین اگرچه قبض از شرایط صحت عقد است ولی از ویژگی های عین موقوفه به شمار می آید، با این حال وقف مالی که قابل قبض و اقباض نیست، چه عدم قابلیت قبض ناشی از طبیعت مال باشد یا وضع و ارتباط آن با وقف، باطل است.

ب- بررسی اختیارات شخص حقوقی به مثابه واقف

در این قسمت سعی بر آن است تا ویژگی های شخص واقف که در بالا به آنها اشاره گردید در خصوص شخص حقوقی سنجیده شود تا مشخص گردد که آیا اشخاص حقوقی می توانند واقف قرار بگیرند یا خیر. بدین منظور مطالب را در سه بند به شرح ذیل بی می گیریم.

بند اول: مفهوم، اختیارات و محدودیت های شخص حقوقی

اگر بخواهیم از عنوان شخصیت حقوقی به معنای وسیع و گسترده امروزی آن در جوامع ابتدایی سراغ بگیریم، باید بگوییم که چنین عنوانی با این اوصاف در آن جوامع نمی توان یافت؛ ولی می توانیم بگوییم که فکر شخصیت حقوقی در جوامع اولیه بشری به صورت ابتدایی و نیمه متاور وجود داشته است (لوی: ۲۸۵؛ ۲۵) در این جوامع علاوه بر فکر شخصیت حقوقی خاتواده در جوامع بدوی، موضوعات دیگری نیز وجود داشتند که تا حدودی نشانگر وجودی گنگ و مبهم از شخصیت حقوقی می باشد. (علی پاشا، ۱۳۳۸: ۶۸)

تعريف حقوقی مفاهیم، به ویژه مفاهیم حقوقی و فقهی از جهات گوناگون دشوار است با این وصف جهت روشن شدن بحث، ناگزیر از تعریف مطلب مورد بحث هستیم هر چند به گونه ای شرح اسم باشد صاحب نظران در حقوق مدنی از شخصیت حقوقی تعریف های گوناگونی کرده اند از جمله: شخص حقوقی عبارت است از دسته ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک حقوقی هستند (جفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۷۹) یا پاره ای از اموال که به هدف خاص اختصاص داده شده است و قانون آنها اطراف حق می شناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل است مانند دولت شهر، دانشگاه ها و شرکتهای تجاری و موقوفات (صفایی، ۱۳۸۳: ۵۲)

یکی دیگر از حقوقدانان بیان می دارد که هر یک از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت حقوقی می باشد و می تواند به وسیله ای آن دارای حق و تکلیف گردد و آن را جرائم نماید. این قابلیت از طرف خداوند به اعتبار طبیعت انسانی، در او به ودبیه گذاشته شده است. سلب شخصیت حقوقی از فرد انسانی، مرگ حقوقی می باشد، هر فرد انسان بدون داشتن شخصیت حقوقی، زنده شناخته نمی شود، بنابر این اهلیت تمتع، تحت اختیار افراد انسانی نیست تا بتوانند آن را سلب کنند. (امامی، ۱۳۳۵، ص ۱۵۰)

از جمله مباحث دائمه دار و مفید، بررسی حقوق و تکالیف حقوقی اشخاص حقوقی است. ما برای آشنایی اجمالی با این موضوع آنچه را در قانون تجارت در این باره آمده است نقل می کنیم:

باب پانزدهم قانون تجارت به شخصیت حقوقی اختصاص داده شده و در آن دو فصل و نه ملاهه اورده شده است. در فصل اول پس از اشاره اجمالی به تعریف شخص حقوقی به شرایط ثبت آنها پرداخته و در فصل دوم با عنوان «حقوق و وظایف، و اقامتگاه و تابعیت شخص حقوقی» حقوق و تکالیف آن ها را بیان کرده است.

۵۸۸ ماده: شخص حقوقی می تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبعیه فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق وظایف ابوت، بنت و امثال ذالک. بر اساس این ماده قانونی، میان شخص حقیقی و حقوقی، نسبت به حقوق هیچ گونه تفاوتی وجود ندارد، جز در حقوقی که شخص نمی تواند موضوع آنها واقع شود.

چنانچه بخواهیم این ماده قانونی روش ترشود، باید قلمرو و دامنه‌ی شخص حقیقی بررسی و معلوم شود که قانون چه حقوقی را برای انسان به رسمیت شناخته است. سپس با مطالعه‌ی تطبیقی و مقایسه‌ای، روش می‌شود که چه مقدار از آن حقوق، برای شخص حقوقی در داشت حقوق و شرع مقدس پذیرفته شده است. حال این سوال مطرح است که آیا این شخصیت (حقوقی) می‌تواند همچون انسان از همه حقوق ممتع و پهده مندرج دارد یا دامنه‌ی اهلیت او تنگ‌تر از دامنه‌ی اهلیت تمام شخص حقوقی است؟ برای یافتن پاسخ باید بینیم چه حقوقی را یک انسان می‌تواند تملک نماید و این حقوق چند نوع و دسته است. در جواب باید گفت که حقوق فردی یعنی آن امتیازات و اختیاراتی که قانون برای فرد شناخته تا بتواند عملی را نجام دهد یا آن را ترک نماید، در تقسیم اولی به دو دسته‌ی بزرگ تقسیم می‌شود: حقوق مالی و حقوق سیاسی. منظور از حقوق مدنی آن نوانابی‌های حقوقی است که مقررات مدنی هر جامعه برای شخص در ارتباط با اشخاص دیگر می‌شناسد مثل حق مالکیت و حق زوجیت. این دسته از حقوق اگر ارزش داد و ستد را نداشته باشد و به طور مستقیم قابل مبالغه با پول نباشد به عنوان حقوق غیر مالی خوانده می‌شوند مثل حق زوجیت، حق بنت و حق ولایت و اگر قابل داد و ستد باشند و بتوان مستقیماً آنها را به پول مبالغه نمود به عنوان حقوق مالی نامیده می‌شوند. حقوق مالی نیز خود به سه دسته تقسیم می‌گردد: نخست حقوق عینی یعنی آن حقوقی که شخص بی واسطه و مستقیم نسبت به شیئی بینا می‌کند مثل حق مالکیت، حق ارتفاق، حق تحریر، حق وثیقه و حق شفعت. دسته دیگر از حقوق مالی حقوق دینی (شخصی یا ذمی) می‌باشد و آن حقوقی است که شخص نسبت به دیگری پینا می‌کند [جمهوری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۹۰] مثل حق داین نسبت به بدھکار یا مثل حق خیار. دسته‌ی سومی نیز از حقوق مالی وجود دارد که به عنوان حقوق معنوی (حق فکری) خوانده شده است مثل حق مؤلف در رابطه با این دسته از حقوق مالی باید گفت که مطابق قاعده‌ی مندرج در ماده ۵۸۸ شخص حقوقی می‌تواند از آن ممتع شود زیرا دلیلی بر اختصاص این حقوق به شخص حقیقی نیست و در صورت شک نیز باید به اصل وحدت و تشابه احکام شخص حقیقی و شخص حقوقی توسل یافت و در نتیجه شخص حقوقی را بهره مند از آن دانست و اما در رابطه با حقوق غیر مالی باید گفت که چون هدف از وضع و ایجاد این حقوق عاطفی و اخلاقی شخصی می‌باشد و مسئله‌ی عاطفه و اخلاق از مسائل خاص انسان است، در نتیجه این حقوق تنها با مقتضای ذات و طبیعت انسان سازگار خواهد بود و لذا شخص حقوقی از آن بهره مند نیست. دسته‌ی دیگر از حقوق فردی، حقوق سیاسی می‌باشد و منظور از آن، حقوقی است که به موجب آن شخص می‌توان در حاکمیت ملی خود (مانند انتخابات) شرکت کند. در اینکه آیا اشخاص حقوقی می‌توانند از حقوق سیاسی و به ویژه حق انتخاب کردن و انتخاب شدن بهره مند شوند اختلاف است. مطالب مهم این عبارت را در چند نکته خلاصه می‌کنیم:

الف. حقوق فردی که برای هر فردی وجود دارد به دو قسمت اساسی تقسیم می‌شوند: ۱. حقوق مدنی؛ ۲. حقوق سیاسی؛ (کانونیان، ۱۳۸۲: ۲۵۵) حقوق مدنی یا جنبه مالی دارد به نام حقوق مالی و یا جنبه مالی ندارد و به نام حقوق غیر مالی از آنها یاد می‌شود حقوق مالی نیز به سه بخش تقسیم می‌شوند: ۱. حقوق عینی؛ ۲. حقوق دینی؛ ۳. حقوق معنوی؛

ب. حقوقی که برای شخص حقوقی ثابت است:

۱. حقوق مالی عینی مانند حق انتفاع، حق انتقال، حق تحریر، حق وثیقه و حق شفعت.
۲. حقوق مالی دینی مانند حق داین و حق خیار.

۳. حقوق مالی معنوی (فکری) مانند حق تأییف. (دانش برووه، ۱۳۸۹: ۶۵)

ج. حقوقی که مورد اختلاف است که آیا شخص حقوقی از آنها بهره مند است یا نه، یعنی حقوق سیاسی، مانند حق انتخاب کردن و حق انتخاب شدن.

د. حقوقی که شخص حقوقی از آنها بهره مند نیست، حقوق مدنی غیر مالی؛ مانند حق بنوت، ابوت بروجیت و ولایت. به طور کلی و به عنوان سخن پایانی این قسمت باید بیان نمود که در مورد شک و تردید نسبت به ثبوت و یا عدم ثبوت حق برای شخص حقوقی، اصل وحدت و تشابه احکام شخص حقوقی با شخص حقوقی حاکم است.

بند دوم: وضعیت حقوقی اهلیت شخص حقوقی به مثابه واقف

مطابق قانون مدنی که در فوق نیز به آن اشاره شد، یکی از مهم ترین ویژگی های واقف، اهلیت اعم از تمتع و استیفا می باشد. حال در پی آن هستیم تا اشناس حقوقی را به عنوان واقف مورد بررسی قرار دهیم.

اشخاص حقوقی بر حسب اینکه چه زمان اهلیت پیدامی کنند و قانوناً در حدود و صلاحیت خود قدرت انجام اعمال حقوقی را دارند به دو دسته تقسیم می گردند؛ یکی اشخاص حقوقی حقوق عمومی و دیگری اشخاص حقوقی حقوق خصوصی:

هرگاه شخص حقوقی مربوط به حقوق عمومی باشد مانند مجلس شورای اسلامی، دانشگاه تهران، شهرداری تهران، اشخاص حقوقی عمومی محسوب می گردد(صفایی، ۱۳۸۳: ۷۲) سازمان های دولتی نیز که برای رفع نیازهای اجتماعی افراد جامعه از قبیل اقتصادی- فرهنگی، آموزشی، تغزیی و... تشکیل می شوند جزو اشخاص حقوقی عمومی به شمار می آیند (موسیزاده، ۱۳۷۱: ۱۳۸۳). این دسته از اشخاص مستند به ماده ۵۸۷ قانون تجارت به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی می باشند و می توانند بر حسب صلاحیت قانونی مبادرت به انجام اعمال حقوقی از قبیل بيع، اجاره، وقف... شوند.

در مقابل این دسته از اشخاص، اشخاص حقوقی حقوق خصوصی وجود دارند که با روابط خصوصی مردم سرو کار دارند و مربوط به فعالیت آنها در زمینه خصوصی می شوند(صفایی، ۱۳۸۳: ۷۳). این دسته از اشخاص مجموعه ایی از نهادها و تشکل های خصوصی است که مستقل از دولت اند و روابط درونی ما بین آنها کمتر آمرانه و بیشتر داوطلبانه است(علوی تبار، ۱۳۷۶: ۵؛ عبداللهی، ۱۳۷۵: ۱۳۸۵) این دسته از اشخاص نیز شامل شرکت های تجاری، مؤسسات غیر تجاری و موقوفات می باشند و شخصیت آنها هنگامی کامل می شود که بیان قانون به تبت رسیده باشند. در مقابل، تشکیلات و موسسات حقوقی غیر تجاری قبل از ثبت هیچ گونه شخصیت حقوقی نثارند و هنگامی شخصیت پیدامی کنند که تشریفات ثبت آنها به پایان رسیده باشد.

با این توضیح باید بیان نمود که اشخاص حقوقی بنابر اینکه جزء کدام یک از دسته بندی فوق قرار بگیرند شخصیت و اهلیت آن ها با یکدیگر متفاوت می باشد، گاه بدون نیاز به ثبت و گاه با ثبت، شخصیت حقوقی و متعاقب آن اهلیت آنان کامل می گردد.

بند سوم: وضعیت حقوقی مالکیت شخص حقوقی به مثابه واقف

بیان شد که یکی از شرایط صحت عقد وقف چه در قانون و چه در فقه، مالکیت واقف نسبت به عین موقوفه می باشد، حال در این قسمت به دنبال بررسی وضعیت حقوقی مالکیت اشخاص حقوقی به مثابه واقف می باشیم.

اینکه آیا اشخاص حقوقی دارای اهلیت تملک می باشند یا نه، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از قبل مرحوم بروجردی بر این اعتقادند که اشخاص حقوقی هم مانند اشخاص حقیقی می توانند مالک باشند و ثروت داشته

باشد و تمام احکامی که در شخص مالک هست در مورد اشخاص حقوقی نیز صادق است و در این خصوص هیچ فرقی بین شخصیت حقوقی و حقیقی وجود ندارد کما اینکه قانون مدنی ایرانی نیز همانگونه که بیان شد تمام حقوق و تکالیفی را که برای اشخاص حقیقی مقرر نموده در خصوص اشخاص حقوقی نیز مجرامی دارد مگر در موارد تصریح شده، که در این حالت، اهلیت تمامک اشخاص حقوقی در هیچ یک از اسناد و قوانین از این قاعده مستثنی نشده است. در مقابل، گروهی دیگر معتقدند که مقوله ای با عنوان شخصیت حقوقی وجود ندارد و فقط شخص حقیقی می تواند مالک باشد. آنان بیان می دارند که شخص حقوقی وجودی اعتباری داردنه حقیقی و آنچه ماهیت اعتباری دارد منی تواند مالک باشد در حالی که یک از مشخصه های اساسی شخص حقوقی مالک شدن است و از مهم ترین عواملی که سبب می شود تا عقلابه شخص حقوقی اعتبار دهد، مالکیت است، این مطلب در خصوص تمام اشخاص حقوقی حتی وقف نیز صادق است (حکم، بی تا، ۲۵۸)

با توجه به مفهوم مالکیت که قریب به اتفاق فقهاء آن را مری اعتبری به شمار آورده اند از قبیل امام خمینی می توان نتیجه گرفت که یک امر اعتباری مانند مالکیت همان گونه که برای اشخاص حقیقی قابل جعل شدن است برای اشخاص حقوقی نیز اعتبار می شود و آثار و احکام مالکیت بر آنها بار می شود. حال که اثبات مالکیت اشخاص حقوقی محرز است، بی شک این اشخاص به عنوان مالک مشمول اصل نامحدود بودن اختیارات مالک نسبت به ملک خویش قرار می گیرند چرا که ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر می دارد که هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد که در این راستا نیز قاعده معروف الناس مسلطون علی اموالهایم بر این ماده حاکم می باشد.

به طور کلی حق تملک و احکام مربوط به آن از مهم ترین مباحث شخص حقوقی به شمار می آید زیرا اعلام حقوق و بسیاری از فقهاء شاخص ترین ملاک و معیار شخص حقوقی را اهلیت و صلاحیت تملک دانسته اند از سوی دیگر حقوق مربوط به مالکیت و انتقال آن، از مهم ترین و اساسی ترین حقوق و وظایف شخص حقوقی به شمار می آید و کسی از صاحب نظران علم حقوق در آن اشکال نکرده است و هر یک از فقهاء که شخصیت حقوقی را پذیرفته است؛ در این حق و وظیفه خذشے وارد نکرده است، بلکه حتی مالکیت برخی از عنایون شخص حقوقی را شاید بتوان از ضروریات فقه به شمار آورد، مانند مالکیت فقرانسبت به زکات و مالکیت سادات نسبت به خمس، از طرف دیگر بی گمان بزرگترین و موثر ترین عامل که انسان ها را وادار کرده است تا شخصیت های حقوقی گوناگون را تصور و اعتبار کنند و با آنها همانند اشخاص حقوقی رفتار کنند، مسئله مالکیت و قدرت نقل و انتقال آن بوده است تا این طریق بتواند برخی از نیازهای خود را رفع کند.

مطلوب مورد تأکید این است که ملک امر اعتباری است و می تواند افزون بر اشخاص حقوقی برای اشخاص حقوقی نیز از سوی عقلابه اعتبار شود و در این زمینه هیچگونه منع شرعی و قانونی و عقلایی یافتن نمی شود.

نتیجه

امروزه حضور اشخاص حقوقی در جامعه امری اجتناب ناپذیر بوده به گونه ای که قدرت این اشخاص در عرصه های مختلف اجتماعی به مراتب از اشخاص حقیقی افزون تر است. اشخاص مذکور همانند اشخاص حقوقی دلایل اهلیت بوده و حق هر گونه دخل و تصرف در اموالشان را دارا هستند. مضاف بر آن بر اساس قانون مدنی، کلیه حقوق و تکالیفی که برای اشخاص حقیقی متصور است، برای اشخاص حقوقی نیز مجری است مگر اموری که فی نفسه از حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی به شمار آید. از طرف دیگر نهاد حقوقی وقف که به موجب آن مالک عین مال خود را حبس و منافق آن را تسییل می کند، از جمله نهاد هایی است که علاوه بر اینکه در شرع جایگاه خاصی به خود

اختصاص داده در قانون مدنی نیز به طور مفصل بدان پرداخته شده است. در این مقاله وضعیت اشخاص حقوقی در خصوص وقف اموال مورد بررسی قرار گرفت و این نتیجه حاصل شد که چون اولاً اشخاص حقوقی در قانون مدنی ایران از لحاظ حقوق و تکالیف به مثابه اشخاص حقیقی می باشند؛ ثانیاً هیچ گونه دلیل عقلی، منطقی و شرعی و قانونی که دال بر منع تحقق وقف از سوی اشخاص حقوقی باشد یافته نگردید؛ ثالثاً آن جهت که در شرایط وقف، مالکیت و اهلیت باید موجود باشد و این دو ویژگی مهم در اشخاص حقوقی نیز یافت می گردد، بنابراین هیچ گونه منعی در راستای وقف اموال از سوی اشخاص حقوقی وجود ندارد.

منابع و مأخذ

- ۱- صفار، محمد جواد، (۱۳۷۳)، شخصیت حقوقی، چاپ اول، تهران، دانا.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قانون مدنی در نظام کشوری، چاپ هفدهم، تهران، نشر میزان.
- ۳- معین، محمد، (۱۳۸۱)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ نوزدهم، تهران، امیر کبیر.
- ۴- محقق حلی، ابوالقاسم، (۱۹۸۳)، شرایع الاسلام، بیروت، چاپ سنتگی.
- ۵- طوسی، شیخ ابو جعفر محمد بن حسن، بیی، تا، الخلافة، قم.
- ۶- خمینی، روح الله، بیی، تا، تحریر الوسیله، جلد دوم، تهران، مکتب علمیه اسلامی.
- ۷- علامه حلی، یوسف بن مطهر، (۱۳۲۸)، تذکره الفقهاء، ج ۲، تهران، افست.
- ۸- شهابی، علی اکبر، (۱۳۷۱)، تاریخچه وقف در اسلام، مندرج در کتاب ایران شهر، نشریه کمیسیون ملی یونسکو در ایران.
- ۹- خویی، ابوالقاسم، (۱۳۱۰)، مبانی تکمله المنهاج، نجف، مطبوعه الاداب.
- ۱۰- یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، عروه الرائق، ج ۱، ۲، ۳، تهران.
- ۱۱- صفائی، حسین، (۱۳۸۳)، حقوق مدنی اشخاص و اموال، جلد اول، چاپ دوم.
- ۱۲- موسی زاده، رضا، (۱۳۸۲)، حقوق اداری، چاپ ششم، تهران، میزان.
- ۱۳- عبدالهی، احمد، (۱۳۸۵)، ارزیابی کارکرد اجتماعی سازمان های غیردولتی در ایران، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال ششم، شماره ۲۲.
- ۱۴- علوی تبار، علیرضا، (۱۳۷۶)، میزگرد کیان درباره جامعه مدنی، کیان، شماره ۲۳.
- ۱۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، امیر کبیر.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- ۱۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- ۱۸- امامی، حسن، (۱۳۳۵)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران.
- ۱۹- صفائی، قاسم زاده، حسن، مرتضی، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی اشخاص و محجوبین، تهران، سمت.
- ۲۰- آیت الله حکیم، بیی، تا، المنهاج الصالحين، جلد دوم، تهران.
- ۲۱- صالح، علی پاشا، (۱۳۴۶)، پایی کپی سرگذشت قانون، تهران، انتشارات دانشکده حقوق.
- ۲۲- لوى، هانرى بىرول، (۱۳۵۸)، مسائل جامعه شناسی جزائی، ترجمه مصطفی رحیمی، تهران، امیر کبیر.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، مقدمه علم حقوق، چاپ سی و چهارم، تهران، انتشار.
- ۲۴- دانش پژوه، مصطفی، (۱۳۸۹)، مقدمه علم حقوق، چاپ اول، قم، سبحان.

لایحه‌ی آین دادرسی کیفری (۱۳۸۶) در بوقه‌ی نقد و بررسی

لیلا نعمتی

چکیده:

آین دادرسی کیفری از شاخه‌های علوم جنایی است که می‌تواند تضمین عدالت قضائی را به ارمنان آورد لایحه‌ی «آین دادرسی کیفری» در آبان ماه سال ۱۳۸۶ باشش باب، ۲۶ فصل و ۱۶ مبحث تدوین گردید. علی‌رغم آن که این لایحه دلایل نوآوری‌های متعددی نسبت به قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری - مصوب ۱۳۷۸ - می‌باشد در نگاه تفصیلی، یک قانون اقتباسی و ارتقایی محسوب گشته و همچنان پاسخ‌گوی نیازهای کنونی نبوده و لزوم تجدیدنظر در آن اجتناب ناپذیر است. این نگاشته در پی آن است که این لایحه را از دو حیث شکلی و ماهوی مورد ملاحظه و کنکاش قرار داده و زوایای مبهم آن را تنبیه نماید.

کلمات کلیدی:

لایحه - آین دادرسی کیفری - حقوق ایران - بعد‌ماهوي - بعد‌شكلی.

مقدمه

آین دادرسی کیفری، مجموعه‌ی اصول و مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرائم و تعقیب مجرمان و نحوه‌ی رسیدگی و صدور رأی و تجدیدنظر و اجرای احکام و تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضائی وضع شده است.^۱ لایحه‌ی آین دادرسی کیفری در آبان ماه سال ۱۳۸۶ باشش باب، ۲۶ فصل و ۱۶ مبحث تدوین گردید. اواب، این لایحه عبارت لداز کلیات، کشف جرم و تحقیقات مقدماتی، دادگاه‌های کیفری، رسیدگی و صدور رأی، اعتراض به آرا، اجرای احکام کیفری و هزینه‌ی دادرسی و سایر مقدمات باید اذعان داشت نظام دادرسی ایران در این اوآخر دچار یک تراژدی مزمن و تأمل برانگیزی گشته است که می‌توان آن را «بی‌ثباتی قوانین دادرسی» نامید. متأسفانه رویه ای که در نظام دادرسی اخیر حاکم است؛ اجرای آزمایشی قوانین و تمدیدمهلت آن‌ها و انجام به ظاهر اصلاحات مکرر است و این در حالی است که نه تنها هر تغییر و تحولی که در قوانین آین دادرسی کیفری کشور انجام می‌گیرد، ما را

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی - وکیل دادگستری، تبریز.
۱- ماده ۱ قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری)، ۱۳۷۸.

به سوی دادرسی منصفانه سوق نمی دهد، بلکه متدرجاً به اصول ارجاعی و مطروح روی می آوریم، به راستی باید پرسید با چه توجیه و تا چه هنگامی می باشد سرلوشت دادرسی یک کشور که ارتباط مستقیم با حقوق، آزادی و امنیت شهروندان دارد، را در بونه ای ازمن و خطای شتاب زده ای مقتن قرار داد؟ و یا مقتنی که بیش از هر عنصری وقف دارد که هر ماده و تصره و حتی هر کلمه ای یک قانون، بار و اثر حقوقی دارد؛ چرا باید با این گشاده دستی به دگرگونی سرنوشت دادرسی و اصول حاکم بر آن دست زند.

به عنوان تمثیل، سال ها طول کشید تا حقوق دلان، نهاد متعالی «دادسرا» را بجاد و نسق نمودند. در همگامی با این تحول، سرانجام، نظام دادرسی مانیز این نهاد را مورد اقبال قرار داد اما متأسفانه در زمانی که امید می رفت، نهاد دادرسرا در سیستم قضایی کشور، فواید استحکام یابد، قانون گذار به حنف این نهاد با لزش از نظام دادرسی کشور مباردت ورزید سپس در سال ۱۳۷۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری به تصویب رسید؛ قانونی که تصور می گشت یک قانون متفرق و کارآمد تلقی گردد. در این هنگام با احیای مجدد دادرسرا مشخص گردید که تصویب قانون دیگری که با این امر تناسب داشته باشد، اختبان ناپذیر است. چرا که قانون اخیر اصولاً با نهاد دادرسرا ساختگی نداشت. فلاناً امید آن بود که با وضع یک قانون جدید نه تنها به این مبایت و تزلزل قوانین پایان داده شده، بلکه همگام با اصول منصفانه ای دادرسی که در دیگر کشورهای جهان هم حاکم است، گام برداشته شود ولی این بارقه ای امید با تصویب لا یاره ای آین دادرسی کیفری به بونه ای فراموشی سپرده شد.

لا یاره ای آین دادرسی کیفری را می توان از جهات گوناگونی مورد بررسی قرار داد که در این نگاشته از دو منظر شکلی و ماهیتی و از لحاظ پیشبرد اهداف حقوق بشر مورد کنکاش قرار می گیرد:

بعد شکلی

عمده‌ترین نوآوری لا یاره ای آین دادرسی کیفری در زمینه ای شکلی، «تحویل شماره گذاری مواد» است. نگاهی به فهرست و متن لا یاره نشان می دهد که تدوین کنندگان آن، از شیوه ای شمارش مواد قانونی مجازات فرائسه اقتباس نموده اند در این لا یاره، شماره ای کتاب اول با عدد «۱» مشخص شده و برای هر باب نیز به ترتیب عدد «۱» تا «۶» به عنوان دوین علیک ماده ای قانونی در نظر گرفته شده است. سپس برای هر فصل در ذیل هر باب نیز، عدد چنانچه ای به عنوان سومین عدد یک ماده پیش یمنی گشته و در نهایت در ذیل هر فصل، عدد چهارمی را در نظر گرفته اند که پس از «خط تیره» به عنوان شماره ای هر ماده در هر فصل یا مبحث می باشد.

لنا تمامی مواد لا یاره، چهار رقمی خواهد بود که به ترتیب از سمت چپ به راست، بیانگر شماره ای کتاب، شماره ای باب، شماره ای فصل و شماره ای ماده خواهد بود به عنوان تمونه، ماده ۱۲۷-۳-۳ به این معنا است که این ماده در کتاب اول، باب دوم، فصل هفتم به عنوان ماده سوم در نظر گرفته شده است.

مزیت این روش شماره گذاری مواد، نسبت به شیوه های سنتی این است که ضمن نشان دلان جای دقیق مولا در هر کتاب و باب و فصل، به راحتی امکان اضافه کردن مولا جدید به هر فصل را امکان پذیر می سارد، بنابراین که نیاز به استفاده از قید «مکرر» وجود نداشته باشد.

بعد ماهوی

لا یاره ای آین دادرسی کیفری را می توان از جنبه ای ماهوی نیز مورد مدافعت قرار داد این لا یاره از منظر ماهوی دارای نوآوری هایی است که در خور توجه می باشد از دیگر سو این لا یاره دارای نارسانی های متعلقاتی نیز می باشد

الف) نوآوری‌ها

تعريف آیین دادرسی کیفری

طبق ماده ۱ قانون آین دادرسی کیفری کنوی، آین دادرسی کیفری مجموعه‌ی اصول و مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرائم و تعقیب مجرمان و نحوه‌ی رسیدگی و صدور رأی و تجدیدنظر و اجرای احکام و تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی وضع شده است. طبق ماده ۱۱۱ لایحه‌ی آین دادرسی کیفری، تعریف آین دادرسی کیفری عبارت است از «ترتیبات و قواعدی که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجی‌گری،^۱ صلح میان طرفین، نحوه‌ی رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض با آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم و بزدیده وضع شده است.» با قیاس این دو تعریف به تغییرات آن پی‌می‌بریم. در بازترین نمونه، استفاده از واژه‌ی «تعقیب متهم» به جای «تعقیب مجرمان» می‌باشد که وجود آن در قانون آین دادرسی فعلی مورد مناقشه بود و به درست در لایحه‌ی مورد بحث اصلاح گردیده است. در تعریف مذکور در لایحه به ترتیبات مربوط به میانجی‌گری و صلح میان طرفین اشاره گشته و این صراحت بیان، نشان از اهمیت موضوع می‌باشد در حالی که با بررسی لایحه مشخص می‌گردد که به جز چند ماده‌ی انگشت شمار به این دو امر اشاره‌ای تفصیلی نگشته است. همچنین حذف عبارت «تجدیدنظر آراء» در این تعریف که شاید به دلیل پرهیز از اطلاق ای کلام باشد با توجه به سابقه و بیشینه‌ی حضور این عبارت در تعاریف مربوط به آین دادرسی کیفری، چنان سنجیده به شمار نمی‌اید.
از دیگر سو در این تعریف به جای عبارت «طرق اعتراض به قرارها و احکام» از عبارت طرق اعتراض به آراء استفاده گشته است که شامل قرارها و احکام نیز می‌باشد. تغییر دیگری که در این تعریف قبل ذکر است، وجود عبارت «حقوق بزه دیده»^۲ می‌باشد که در قوانین سایق مورد اغفال قرار گرفته بود و به درستی در این قانون از قربانی جرم نیز یاد گشته است. ولی بهتر می‌بود که بین واژه‌ی بزه دیده و متهم، فاصله اتخاذ می‌شد، چرا که نحوه‌ی بیان نارسا به نظر رسیده و از نظر دستور زبان نیز معمولاً دو واژه‌ای را که مترادف بوده و قرابت مفهومی دارد را با حرف ربط «و» در کتابهای^۳ ذکر می‌نمایند. حال آنکه عبارت متهم و بزه دیده دارای دو مفهوم متضاد و متباین است و بهتر آن بود که این عبارت به نحوی دیگر بیان می‌گشت.

امکان مطالبه‌های متعارف درمان مازاد بر دیده

در بسیاری از حوادث و اتفاقاتی که تیجه‌ی آن ورود آسیب جسمانی به شخص مصدوم حادثه است، امکان دارد خسارت دیگری نیز به شخص مذکور وارد آید و می‌علاوه بر تحمل آسیب‌های جسمی (نظیر کودی اعضای بدن،

۱- میانجی، گری-Mediation- ناشر از لکوهای حل و فصل اختلافات در قابل افرادی و رفع اختلافات به روشن قشاید در برخی جوامع قدیمی ایالات متحده آمریکا است. شاکی و منهج را ترجیحاً در یک مکان می‌طرف و همان مناسب برای هر دو آنها در حضور یک شخص ثالث به نام میانجی-Mediator- در کارهای قرار می‌دهد. وظیفه‌ی اصلی فرد میانجی، تشویق طرفین اختلافات به ششین گفته‌ها و ادعاهای یکدیگر در ارتباط با شرح موقع و میس دستیابی به یک راه حل مرضی‌الآرمنین در خصوص اختلاف می‌باشد. (انجمن ابرنایادی، ۱۳۷۷: ۲۸۶ و ۲۸۷)
بزه دیده شخصی است که به دلال ارتکاب جرم به آسیب‌های جسمی روحی، روانی، عاطفی یا رسانه‌ی انسان به حقوق بیانی خود دچار شده است.
(ماریخانی، ۱۳۷۷: ۲۸۸)
۳- شماریان، ۱۳۷۶، ص ۲۷

شکستگی استخوان، از دست دلن قوای بینایی باشتوانی و... متحمل خسارت‌های دیگری نیز شود از جمله احتمال دارد وی بلطف هزینه‌های پیشکشی و معالجاتی هزینه‌هایی را متحمل شود و یا آن که به علت عدم امکان فعالیت جسمانی مدت مدلیدی از کار و اشتغال خود محروم گردد، همچنان که ممکن است شخصی به علت از دست دلن بینایی خود در حلاتی رانندگی برای همیشه از نعمت دین محروم و زبان‌های روحی و معنوی دیگری را تحمل نماید.

پس از تصویب قانون دیات در محاذل علمی و روایی قضائی، امکان مطالبه‌ی چنین خسارت‌هایی مطرح و در اغلب موارد با عنوان خسارت مازاد بر دیه مورد بحث قرار گرفته است از جمله در آرای اصراری مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۴ و ۱۳۷۵/۴/۵ از این اصطلاح استفاده شده است. صرف نظر از اختلاف نظرهایی که در زمینه‌ی مطالبه خسارات نوع دوم وجود دارد، می‌توان استدلال کرد که اصطلاح خسارت زاید بر دیه، عنوان صحیح و مناسبی برای تبیین موضوع نیست. زیرا دیه مبلغ ثابتی را تشکیل می‌دهد، بدل آسیبی است که به جسم تنفس وارد شده است، به عبارت دیگر مددف از پرداخت دیه، جبران آسیب جسمی است در حالی که مطالبه‌ی خسارات دیگر مانند هزینه‌های پیشکشی و بیمارستانی بدل آسیب جسمانی نیست، بلکه بدل خسارت‌های مالی است که به مجتن علیه وارد گردیده و ناشی از تقصیر جانی است.^۲

از جمله تمهیمات و نوآوری‌های لایحه‌ی آینین دادرسی کیفری، امکان مطالبه‌ی هزینه‌های متعارف درمان است که طبق تبصره‌ی ۲ ماده ۱۱۲-۷ هزینه‌های متعارف درمان که مازاد بر میزان دیه باشد مطابق نظر کارشناسی یا بر اساس سایر ادله قابل مطالبه است. با تصویب این ماده به اختلاف نظرها و ابهاماتی که در راستای امکان مطالبه‌ی هزینه‌های مازاد بر دیه بر نگاشته های حقوق دانان سایه افکنده بود، پایان ناده شد.

رعایت حقوق شهروندی

باشد اذعان داشت که لایحه‌ی مبحث عنده در تلاش بوده است تا ضمن تجدیدنظر در بسیاری از اصول این دادرسی کنونی، اهداف حقوق شهروندی رانیز تضمین نماید. از جمله تضمین‌های حقوق شهروندی مطروحة در این لایحه می‌توان به تمهیدیان جون دادرسی منصفانه، استقلال کامل مراجع قضایی، پرهیز از اطاله‌ی دادرسی، اصل برآنت، احترام به کرامت انسانی، حق دسترسی به وکیل، حضور وکیل در کنار شخص تحت نظر، ملاقات وکیل با منتهم حداکثر به مدت سی دقیقه، ارتباط شخص تحت نظر با خانواده... اشاره نمود.

ماده ۱۲۱-۲۱ مقرر می‌دارد «باشروع تحت نظر قرار گرفتن، شخص می‌تواند تقاضای حضور وکیل کند وکیل در بیان ملاقات با منتهم که نباید بیش از سی دقیقه باشد، می‌تواند ملاحظات کتبی خود را جهت درج در پرونده اعلام کند». تأکفته نماند که هرچند لحاظ این ماده از نقاط مثبت لایحه مذکور به شمار می‌اید، ولی تحدید زمان ملاقات وکیل با موکل خوبیش آن هم در زمانی سی دقیقه از معایب آن به شمار می‌اید که جهت تضمین بیش تر حقوق شهروندی متهمن، بازنگری در آن ضروری و اجتناب تاییدی است.

طبق ماده ۱۲۱-۲۲ «شخص تحت نظر می‌تواند به وسیله‌ی تلفن یا هر وسیله‌ی ممکن، افراد خانواده یا آشنايان خود را موضع تحت نظر بودن آگاه کند و ضابطان نیز مکلفند، مساعدت لازم را در این خصوص به عمل آورند. مگر آنکه بنا بر ضرورت تحقیقات تشخیص دهنده که شخص تحت نظر نباید از چنین حقی استفاده کند. در اینصورت باید مراتب را جهت اخذ دستور مقتضی به اطلاع مقام قضایی برسانند.» این ماده نیز همانند ماده‌ی فوق در بطن خود ترکیبی از نوآوری و نارسانی را به همراه دارد. از یک سو امکان مکالمه و تماس متهمن با خانواده و بستگان خوبیش از حقوق وی به شمار می‌اید، ولی از دیگر سو وجود نص اتهایی ماده که بر امکان محرومیت متهمن از این حق اشعار دارد، می‌تواند تالی فاسد داشته باشد و موجب سوءاستفاده گردد.

ماده ۱۲۱-۲۴ نیز مقرر می‌دارد «بنایه درخواست شخص تحت نظر یا یکی از بستگان وی، یکی از پزشکان به تعیین دادستان از شخص تحت نظر معاينه به عمل می‌آورد.» این ماده نیز از حقوق متهم به شمار می‌آید. مطابق ماده تنها خود متهم و بستگان وی می‌توانند تقاضای معاينه پیشک را درخواست نمایند. حال آنکه بهتر می‌بود که عبارت وکیل متهم نیز در عداد افراد لحاظ می‌گشت. احصاء دقیق ضابطان قضایی و تکالیف آنان مطابق ماده ۱۵ قانون آینه دارسی کنونی، ضابطین دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعليمات مقام قضایی در کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلایل جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم و ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی به موجب قانون اقدام می‌نمایند و عبارتند از:

۱- نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران.

۲- رؤسا و معاونین زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان.

۳- مأمورین نیروی مقاومت پسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی که به موجب قوانین خاص و در محدوده وظایف محوله ضابط دادگستری محسوب می‌شوند.

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

۵- مقامات و مأمورینی که به موجب قوانین خاص در حدود وظایف محوله ضابط دلاگستری محسوب می‌شوند در این زمینه ماده ۱۲۱-۱ لایحه مذکور اشاره می‌دارد، ضابطان دلاگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعليمات مقام قضایی در کشف جرم، حفظ آثار و علامات و جمع‌آوری ادله و قوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، بازجویی مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون اقدام می‌کنند. طبق ماده ۱۲۱-۲ لایحه اشخاص زیر ضابط دادگستری محسوب می‌شوند:

(الف) پلیس قضایی،

(ب) رؤسا، معاونان و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان.

(ج) سایر نیروهای مسلح در مواردی که به موجب قانون تمام یا برعی از وظایف ضابطان به آن‌ها محول می‌شود (د) مقامات و مأمورانی که به موجب قوانین خاص در حدود وظایف محول شده، ضابط دلاگستری محسوب می‌شوند سربازان وظیفه ضابط دلاگستری محسوب نمی‌شوند، اما تحت نظارت ضابطان مربوطات جام و خلیقه می‌کند و مسؤولیت تمام اقدامات انجام شده در این رابطه با ضابطان است.

جهت تضمین حقوق متهم، ماده ۱۲۱-۱۰ لایحه مقرر می‌دارد ضابطان دادگستری مکلفند، شاکی را ز حق جبران خسارت و دریافت خدمات مشاوره ای موجود و سایر معاضدت‌های حقوقی آگاه سازند. مطابق ماده ۱۲۱-۱۳ «ضابطان دادگستری مکلفند، برای اعیان حریم خصوصی از افسای اطلاعات مربوط به هویت و محل اقامت بزه دیده و شهود جز در مواردی که قانون معین می‌کند خودداری کنند.» این مولا و دیگر موادی که در ارتباط با وظایف ضابطان قضایی در این لایحه عنوان گشته، گام‌هایی است که می‌تواند از سوءاستفاده‌های احتمالی جلوگیری نموده و موجب تضمین حقوق متهم گردد.

حمایت از شهود و مطلعان

حمایت از شهود و مطلعان از اولازم انکاک نایبیز عدالت قضایی است. حمایت از گواهان موجب ترغیب شهود و مطلعان به حضور در دادسرا و دادگاه گشته و با اتخاذ تدابیر حمایتی از این دو قشر منجر به کشف حقیقت خواهد گشته. پر واضح است که ترس از تهدید و ایذاء و اذیت می‌تواند شهود و مطلعان را از شرکت در دادرسی بر حذر داشته

و مسیر دادرسی را از جریان عادلاته منحرف خواهد ساخت. اما لایحه‌ی آین دادرسی کیفری بامداد ۱۴۷-۱۲۵ مدعی در حمایت از شهود و گواهان داشته است. مطابق این ماده هر گاه بیم خطر جانی یا حیاتی و یا ضرر مالی نسبت به شاهد یا مطلع و یا خانواده‌ی آن‌ها وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آن‌ها ضروری باشد، بازیرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و یا ذکر علت در پرونده تدابیر زیر را تأخذ می‌کند:

- (الف) عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع یا متهمن،
 - (ب) عدم افشاء اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع،
 - (ج) فراهم ساختن امکان استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسائل ارتباط از راه دور، بازیرس در صورت شناسایی شاهد یا مطلع توسط متهمن یا متهمنان و با وجود قوانین یا شواهد مبنی بر اختلال شناسایی وجود بیم خطر برای آن‌ها، به درخواست شاهد یا مطلع، تدابیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان آن‌ها اتخاذ می‌کند.
- به نظر می‌رسد که بهتر می‌بود در این ماده به تدابیر حمایت از خود بزه دیده نیز اشاره‌ای می‌گشت. چرا که گاه متهمن و افراد دیگری که از جانب وی اقدام می‌کنند، ممکن است در صدد تهدید بزه دیده برای بازداشت وی از توصل به نظام عدالت بوده یا در اقدامی تلافی جویانه بزه دیده را به دلیل گزارش موضوع به مقام‌های قانونی مورد آزار و اذیت قرار دهند. این امر به ویژه هنگامی خطرناک است که بزه دیده و بزه‌هکار ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند؛ برای نمونه اعضای یک خانواده‌اند یا در یک محل کار می‌کنند.
- در کلانتری‌ها و دادگاه‌های توکل با فراهم کردن انتظار جداگانه در صورت امکان، از بزه دیده حمایت کرد؛ به گونه‌ای که بزه دیده با مظنون و اعضای خانواده وی برخورد غیر ضروری نداشته باشند خطر تهدید طی جلسه رسیدگی ممکن است به حدآکثر بررسد بسیاری از نظام‌های حقوقی، قوانین و روابه‌هایی را برای به حلقه رساندن این خطر تصویب کرده‌اند. برای نمونه، چند نظام مقوی ارائه‌ی دلیل با ویدئو یا تلویزیون مداریسته را مجاز شمرده‌اند در استرالیای جنوبی، ادرس بزه دیدگان و گواهان در ورقه‌ی گواهی که پیش از رسیدگی های ارجاعی^۶ یا در حین آن در دسترس مظنون قرار می‌گیرد درج نمی‌شود. بزه دیدگان هنگام سوگند خوردن به منزله‌ی گواه در دادگاه ملزم به بیان ادرس خود نمی‌شوند.^۷

پیش‌بینی جبران خسارت ایام بازداشت

از دیدگاه تاریخی، در سراسر اروپا و تا اواخر قرن نوزدهم میلادی هیچ گونه شک و تردیدی نسبت به عدم مسؤولیت دولت در قبال متهمن وجود نداشته است. برای اولین بار در سال ۱۸۹۵ و به گونه‌ای استثنایی، دولت فرانسه مسؤولیت جبران خسارت کسانی را که بی‌گناهی آنان بر اثر اعاده‌ی دادرسی مبرهن می‌گردید، پذیرا شد. عقیده‌ی غالب در این کشور بر مسؤولیت قضات دادسرا و سایر ضابطان، فقط در صورت ارتکاب تقصیر از سوی آنان، استوار بوده است. با اینهمه، در قرن بیستم، دیدگاه‌های انسان‌گرایانه‌تری در سراسر جهان نسبت به متهمنان بی‌گناه مطرح شد. در صحنه‌ی بین‌المللی این موضوع در ششمين کنگره‌ی حقوق جزا در روم، سیکل مطالعات ساتیاکو (شیلی) و بیز در شانزدهمین و هفدهمین اجلاسیه کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد مورد بحث و مذاقه قرار گرفت و سرانجام با عبارت: «هر کس که قریانی بازداشت یا توقيف در شرایطی مغایر با مقررات این ماده

^۶- Committal proceedings

^۷- شابان، ۱۳۸۴، صص ۷۷ و ۷۶
۲- آذری، ۱۳۸۱، صص ۱۲۲ و ۱۲۳

قرار گیرد، حق جبران خسارت دارد» در بند ۵ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (رم ۱۹۵۰) بیان گردید بند ۵ ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی -۱۹۶۶- نیز به صراحت این حق متهم مبنی بر جبران خسارت ناشی از بازداشت غیر قانونی را مدد نظر داشته است: «هر کس که به طور غیر قانونی دستگیر یا بازداشت شده باشد حق جبران خسارت خواهد داشت.»^۷

مطابق ماده ۴۱-۱۲۶ لایحه ی مبحوث عنده، اشخاصی که در جریان دادرسی به هر علت بازداشت شده‌اند و از سوی مراجع قضایی، حکم برآشت یا قرار منع تعقیب در مورد آن‌ها صادر شده، در صورت غیر موجه بودن بازداشت، می‌توانند خسارت ایام بازداشت را مطالبه کنند در مقابل ماده ۱۲۶-۴۲ اشعاری دارد که در موارد زیر شخص بازداشت شده مستحق جبران خسارت نیست:

- (الف) بازداشت ناشی از خوداری شخص در ارائه‌ی اسناد، مدارک و ادله‌ی بی‌گناهی خود باشد
- (ب) به منظور فراری دلایل مرتکب جرم، خود را در مفغان آتهام قرار داده باشد
- (ج) به هر جهتی به ناحق موجبات بازداشت خود را فراهم آورده باشد،
- (د) هم زمان به هر علت دیگر بازداشت باشد

ماده ۵ فوق دارای ابهاماتی می‌باشد از جمله این که مرجع صالح در تشخیص این که متهم مستحق جبران خسارت نیست، چه کسی است. این ابهام و نارسانی شاید در بادی امر، غیر ممهلم به نظر رسد اما عدم تعیین مرجع مزبور می‌تواند موجب تبعیض و سوءاستفاده گردیده و درنهایت به نقص غرض منجر گردد.

ایجاد مرکز ملی تنظیم و ثبت پرونده‌های کیفری

تأسیس ستاد پیشگیری و حفاظت اجتماعی و ایجاد مرکز ملی تنظیم و ثبت پرونده‌های کیفری از نهادهای جدیدی است که در این لایحه پیش‌بینی شده است. ماده ۲-۱۶۲ اشعار دارد «به منظور تسهیل مدیریت و پیگیری دادرسی‌های کیفری توسط مراجع صالح قضایی و همراهانگی در تعقیب دعاوی کیفری، «مرکز ملی ثبت و تنظیم پرونده‌های کیفری» تحت نظرارت رئیس قوه‌ی قضاییه تشکیل و اطلاعات زیر در این مرکز جمع آوری و نگهداری می‌شود:

- (الف) تاریخ و محل ارتکاب جرم، نوع اتهام و تاریخ شروع تعقیب؛
- (ب) نام خانوادگی، نام پدر، سن، جنسیت، تاریخ و محل تولد، تابعیت دین، کدلی، کدپستی و شغل متهم و بزه دیده؛
- (ج) اطلاعات مربوط به گردش کار و پیشرفت پرونده و رأی نهایی،» بی تردید ایجاد چنین مرکزی می‌تواند در تسريع جریان رسیدگی سهم بسزایی را به خود اختصاص دهد
- (ب) نارسانی‌ها

تزايد توبه‌ی متهم به موارد موقوفی تعقیب

ماده ۶ قانون آیین دادرسی کیفری کنونی مقرر می‌دارد، تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات که طبق قانون شروع شده باشد، موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر:

- اول- قوت متهم یا محکوم علیه در مجازات‌های شخصی.
- دوم- گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرائم قبل گذشت.
- سوم- مشمولان عفو.
- چهارم- نسخ مجازات قانونی.

پنجم- اعتبار امر مختومه.

ششم- مرور زمان در مجازات‌های بازدارنده.

از جمله نارسائی‌های این لایحه می‌توان به ماده ۱۱۲-۶ که به موارد موقوفی تعقیب یک مورد اضافه نموده است، اشاره کرد. طبق ماده ۵ فوق تعقیب امر کیفری که طبق قانون شروع شده است و اجرای مجازات موقوف نمی‌شود مگر در موارد زیر:

(الف) فوت متهم یا محکوم عليه،

(ب) گذشت شاکی در جرائم قابل گذشت،

(ج) شمول عفو،

(د) نسخ مجازات قانونی،

(ه) شمول مرور زمان در موارد پیش بینی شده در قانون،

(و) توبه‌ی متهم در موارد پیش بینی شده در قانون،

(ز) اعتبار امر مختوم.

در این راستا باید اظهار نمود که عامل «توبه» از جمله واژهای است که در قانون مجازات اسلامی نیز به کرات مورد استفاده قرار گرفته است، بدون آنکه به تعریف دقیقی از این عبارت و چگونگی احرار آن مبارلت گردد. در این لایحه نیز چنین ابهامی وجود دارد و مشخص نگردیده است که منظور از توبه‌ی متهم چیست و آیا صرف اظهار ندامت و پیشیمانی برای تحقق توبه کفایت می‌نماید و یا اقدامات دیگری نیز برای احرار توبه متهم ضروری است. به عبارتی دیگر معلوم نیست که مذکور توبه‌ی عرفی است که در اغلب موارد محدود به پیشیمانی قلی و باطنی است و یا توبه‌ی فقهی که مراحل چندگانه‌ای در فقه برای آن تعین گشته است؟!

گسترش دامنه جرایم مشهود و تسری تکالیف ضابطان به شهر وندان عادی

ماده ۲۱۵ آیین نادرسی کیفری فعلی اشعار می‌دارد، جرم در موارد زیر مشهود محسوب می‌شود:

۱- جرمی که در مرئی و منظر ضابطین نادگستری واقع شده و یا بالاصله‌های مأمورین یاد شده در محل وقوع جرم حضور یافته یا آثار جرم را بالاصله پس از وقوع مشاهده کنند

۲- در صورتی که دو نفر یا بیش تر که ناظر وقوع جرم بوده‌اند و یا مجنی علیه بالاصله پس از وقوع جرم شخص معینی را متکب جرم معرفی نماید

۳- بالاصله پس از وقوع جرم، علائم و آثار واضحه یا اسباب و دلایل جرم در تصرف متهم یافت شود تا تعلق اسباب و دلایل یاد شده به متهم محرز شود

۴- در صورتی که متهم بالاصله پس از وقوع جرم قصد فرار داشته یا در حال فرار یا فوری پس از آن دستگیر شود

۵- در مواردی که صاحبخانه بالاصله پس از وقوع جرم ورود مأمورین را به خانه‌ی خود تقاضا نماید

۶- وقتی که متهم ولگرد باشد.

طبق ماده ۱۲۱-۱۷ لایحه، جرم در موارد زیر مشهود است:

(الف) در مرئی و منظر ضابطان نادگستری واقع شود یا مأموران یادشده به فوریت در محل وقوع جرم حضور یابند و یا آثار جرم را بالاصله پس از وقوع مشاهده کنند.

(ب) بزه دیده یا جمعی که ناظر وقوع جرم بودند هین وقوع جرم یا بالاصله پس از آن، شخص معینی را به عنوان مرتكب معرفی کنند

ج) بلاfacسله پس از وقوع جرم علائم و آثار واضح یا اسیاب و ادله‌ی آن در تصرف متهم یافته و یا تعلق اسیاب و ادله‌ی پادشده به متهم محتر شود،
د) متهم بلاfacسله پس از وقوع جرم قصد فرار داشته یا در حال فرار بوده یا فوری پس از وقوع جرم دستگیر شده باشد،
ه) جرم در داخل خانه اتفاق افتاده و شخص ساکن در آن بلاfacسله پس از وقوع جرم وارد مأموران را به آن خانه درخواست کنند،

و) متهم بلاfacسله پس از وقوع جرم خود را معرفی کند و موقع آن را خبر دهد،
ز) متهم ولگرد و یا دلای سوابق سوء کیفری بوده و به این امر در آن محل شهرت داشته باشد
تبصره: چنانچه جرائم موضوع بندالقه، ب و ج ماده ۱۳۱-۶ این قانون به صورت مشهود واقع شود تمام شهروندان می‌توانند اقدامات لازم را برای جلوگیری از فرار مرتكب جرم و حفظ صحنه‌ی جرم به عمل آورند. ماده ۱۳۱-۶ جرائم زیر در دادگاه جنائی رسیدگی می‌شود

(الف) جرایم مستوجب مجازات سلب حیات،

ب) جرایم مستوجب مجازات قطع یا قصاص عضو،

ج) جرایم مستوجب مجازات حداقل بیش از سه سال حبس و حبس ابد.

مبرهن است که این ماده علاوه بر گسترش دامنه‌ی جرایم مشهود، در برخی موارد به شهروندان اجازه داده است، در غیاب ضابطین دادگستری اقدامات لازم را برای جلوگیری از فرار مرتكب به عمل بیاورد که این تبصره می‌تواند تبعات و آثار منفی داشته و موجب سوءاستفاده‌های احتمالی شود عمنه ترین سؤالی که در این اثنا به ذهن خطوط می‌نماید، آن است که شهروندان عادی چگونه تشخیص خواهند داد که مجازات جرایم مورد نظر (جرائم مستوجب مجازات سلب حیات، جرایم مستوجب مجازات قطع یا قصاص عضو و جرایم مستوجب مجازات حداقل بیش از سه سال حبس و حبس ابد) چیست تا وارد عمل شوند؟ بی تردید انتظار چنین توافقی از یک شهروند عادی که در غالب موارد از اطلاعات حقوقی سطحی برخوردار است، می‌تواند مصدق تکلیف مالایطاق باشد. لذا وجود چنین موادی، تالی فاسد داشته و مفسدیه‌ی آن بیش از مصلحت آن می‌باشد.

الزام به شهادت

از جمله نارسانی‌های این لایحه، الزام به شهادت می‌باشد که این امر خلاف قانون اساسی نیز است. طبق ماده ۱۲۵-۳۷ «حضور شاهد در دادگاه یا دادسرای منظور ادای شهادت در خصوص جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، قطع یا قصاص عضو، حبس ابد و یا پانزده سال حبس یا بیش تر می‌باشد، الزامی است.» این در حالی است که اصل سی و هشتم قانون اساسی اذعان می‌دارد: «اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. مخالف این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.»

عدم تحول در زمینه‌ی اثبات دعوا

ماده ۱۳۲-۱ لایحه مذکور مقرر می‌دارد، ادله در امور کیفری که برای اثبات جرم یا نفی اتهام به آن استناد می‌شود، عبارت است از:

- (الف) اقرار،
- (ب) شهادت،

ج) علم قاضی که مستند به قرائی قطعی و روش باشد،
د) سوگند در موارد مقرر قانونی.

طبق ماده ۱۳۲-۲ لایحه در مواردی که دعوای کیفری با اذله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارند، اثبات می شود قاضی به استناد آن ها رأی صادر می کند، مگر اینکه قاضی علم بین برخلاف آن داشته باشد. همچنین ماده ۱۳۲-۱ بیان می دارد، هرگاه اقرار یا شهادت فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می تواند به عنوان اماره ی قضایی مورد استناد قرار می گیرد، مشروط بر این که همراه با قرائی دیگر، موجب علم قاضی شود با نکاهی به این مولاد مشخص می گردد که لایحه ی این دادرسی کیفری در زمینه ی اذله اثبات کیفری تحول چنانی نداشته است. انکای این لایحه بر دلایلی چون اقرار و شهادت می باشد حال آنکه بهتر می بود در کتاب این دلایل از دلایل علمی و کارآمدتری که با مقتضیات زمانی نیز سنتخت و همنوایی بیش تری داشته و به کشف حقیقت مساعدت نماید، تأکید می نمود.

عدم پرداخت به مسأله بازجویی و تعیین شرایط آن

بازجویی از متهم از مواردی است که می تواند مسیر دادرسی را به مقصد عدالت و انکشاف حقیقت رهنمون سازد. لایحه ی مورد بحث به کیفیت و کمیت بازجویی، تعیین شرایط آن، مدت زمان بازجویی، تعداد بازجویی از متهم در یک روز، فاصله ی زمانی بین دو بازجویی و دیگر شرایط آن پرداخته است.

پذیرش هیأت منصفه در دادرسی

علی رغم آن که هیأت منصفه در اندیشه های تبیین مطرود گشته است، اما در این لایحه از پذیرش مجدد هیأت منصفه در دعاوی سخن رانده شده است، به عنوان نمونه علی رغم انگیزه های متعالی و انسان دوستانه ای که قانون گزار فرانسوی را واردار به ایناع دونوع زوری و هیأت منصفه کرده بود، نظام رسیدگی مقتبس از انگلستان در کشور فرانسه بنابر دلایلی با شکست مواجه شد، از جمله ی این دلایل، افزایش آمار جرائم پس از انقلاب، عدم آشنایی اعضای هیأت منصفه به وظایف خطیر خود و حتی رشوه خواری برخی از آنان و سرتجام اطلاعه ی دادرسی به علت مداخله ای هیأت منصفه اتهامی بود. اظهار نظر یکی از قضات فرانسه در این باره به وضوح میین عدم موفقیت این پیوند حقوقی و ترجمان احساسات خصم‌مانه فرانسویان نسبت به قوانین بیگانه است: «قضات توسط هیأت منصفه متداول در انگلستان را وارد کشور ما کردند، اما به خوبی میرهن شد که اخلاق فرانسوی با این نهاد حقوقی سازگار نیست و آداب و رسوم ما تاب تحمل آن را ندارد... بگذریم انگلیسی ها به شیوه ی خود زندگی کنند و ما به شیوه خود».^۸

طبق ماده ۱۳۱-۸ لایحه، به جرائمی که مجازات آن ها سلب حیات، قطع یا فصاص عضو، حبس ابد و حبس یا بیش تر است، با حضور هیأت منصفه رسیدگی می شود. تعداد اعضای هیأت منصفه هر شعبه دادگاه پنجاه تا هفتاد نفر می باشد. همچنین طبق ماده ۱۳۱-۱۳ به جرائم سیاسی و مطبوعاتی در دادگاه جنایی مرکز استان محل وقوع جرم با حضور هیأت منصفه رسیدگی می شود. لازم به ذکر است که حضور هیأت منصفه در رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی نشان از نوعی نظارت و تضمیمی در جهت اجرای عدالت قضایی است، در حالی که تسری آن به جرائم عمومی و دخالت دادن افراد عام جامعه که به یقین از تخصص های حقوقی لارمه برخوردار نیستند، ممکن است به وقوع اشتباهات ماهیتی در این دادرسی ها منجر گردد.

تقلیدی و اقتباسی بودن قانون و عدم توجه به اقتضانات بومی

۱۰۹

سال هفتم، شماره ۲۴، آذر ۱۳۹۱

از نارسانی‌های لایحه می‌توان به اقتباسی بودن و تقلیدی بودن برخی مواد آن اشاره نمود. نحوه‌ی شماره گذاری مولد لایحه یادآور قانون مجازات فرانسه است در زمینه‌ی ماهوی نیز در مولد متعددی از قانون خارجی اقتباس گشته است. به عنوان نمونه حضور وکیل در کنار شخص تحت نظر و برقراری ارتباط شخص تحت نظر با خانواده خویش و درخواست معاینه پزشکی توسط شخص تحت نظر از قانون آین دادرسی کیفری فرانسه اقتباس گشته است. ماده ۱۹-۱۲۲ لایحه اذغان می‌دارد «در جرائم تعزیری یا بازدارنده که مجازات قانونی آن حداقل تا شش ماه حبس، ۵۰ میلیون ریال جزای نقدی و یا شلاق است، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه‌ی محکومیت مؤثر کیفری، دادستان می‌تواند بالاخطه‌ی وضع اجتماعی و سوابق متهم و لوضاع و احوالی که موجب وقوع بژه شده است، با برآر نامه وی، ضمن ذکر، ععظ و توبخ متهم و در صورت ضرورت با اخذ اتزام کتبی از او برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری و قرار برک تعقیب صادر کند. این قرار طرف ده روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه کیفری مربوط خواهد بود» این ماده نیز نوعی اقتباس از قوانین خارجی می‌باشد، در حالی که در جمهت پیشگیری از جرایم، جامعه‌ی کنونی ما بیش از هر عامل دیگری تیازمند قطعیت و حتمیت اجرای مجازات است و وجود چنین موادی ممکن است به تعیض قضایی و تحویف عدالت قضایی در تزدھرونдан متنهی گردد، لذا پیشنهاد می‌گردد که این ماده با حزم و احتیاط، اتخاذ گردد علی رغم آن که برخی از حقوق دانان بر این باورند که اعمال دقیق و مستمر قاعده‌ی اجرایی بودن تعقیب، همواره فایده‌ی اجتماعی در برندارد. در برخی از جرائم نه فقط بر تعقیب متهم اثر سودمندی مترتب نیست، بلکه اتخاذ یک سیاست جنایی کارساز ایجاب می‌کند که مسؤولان قضایی طی شرایطی به طور مؤقت از تعقیب برخی متهمان بعویذه نوجوانان اجتناب ورزند. با توجه به چنین برداشتی در نیمه دوم قرن بیست در کنار قاعده‌ی اجرایی بودن تعقیب، قاعده‌ی دیگری موسوم به مقتصی یا «مفید بودن تعقیب» مورد توجه حقوقدانان و به ویژه سیاستگذاران جنایی قرار گرفت؛ ترس از تعقیب و محکومیت برای اشخاصی که نخستین بار مرتکب جرم شده‌اند می‌تواند عاملی مؤثر در پیشگیری از «تکرار جرم» باشد.^۹

توسیع اختیارات دادستان

توسعه دادن اختیارات دادستان از دیگر معایب این لایحه به شمار می‌آید که ممکن است به تعیض و استبدال قضایی منجر گردد مطابق ماده ۱۲۲-۳۰ دادستان شهرستان مرکز استان بر اقدامات دادستان‌ها، مقامات قضایی دادسرای شهرستان‌های آن استان و افرادی که وظیفه دادستان را در دادگاه بخش بر عهده دارند از جمله این وظایف و نیز حسن اجرای آراء کیفری، نظارت داشته، تعلیمات لازم را از ائمه خواهد نمود. در ماده ۱۹-۱۲۲ به دادستان اختیار داده شده است تا در جرایم تعزیری و بازدارنده و تحت شرایطی برای یک بار از تعقیب متهم خودداری نماید. ماده ۱۲۲-۲۰ نیز اشعار می‌دارد: «در جرائم تعزیری یا بازدارنده که مجازات قانونی آن حداقل تا سه سال حبس یا جزای نقدای تا بیست میلیون ریال است، چنانچه شاکی وجود نداشته، گذشت کرده یا خسارت وارد شده جبران گردیده و یا با موافقت بژه دیله، ترتیب پرداخت آن در مدت مشخصی داده شده و متهم فاقد سابقه‌ی محکومیت مؤثر کیفری باشد، دادستان می‌تواند پس از اخذ موافقت متهم و در صورت ضرورت با اخذ تأمین متناسب، تعقیب وی از شش ماه تا دو سال مطلق کند.» همانند ماده ۱۹-۱۲۲ لایحه، ایرادی که بر این ماده وارد است، در نیاز

اجتماع کنونی به قطعیت اجرای مجازات مستتر است و تعلیق تعقیب می‌باشد با احتیاط و پس از بررسی‌های دقیق و کافی و احراز تمامی شرایط، اتخاذ گردد تا در نهایت منجر به تجربی بزهکاران نداشته و اهداف اربعاب فردی و عمومی مجازات مورد فراموشی و کوتاهی قرار نگیرد. هم چنین توسعه دادن اختیارات دادستان که تنها مرجع صالح در تشخیص این سیاست جنایی است، ممکن است به تعیین منجر گردد و بهتر می‌بود که یک نهاد گروهی و متشکل از چند کارشناس - جرم‌شناس، وکیل، روانشناس، جامعه‌شناس و... - دادستان را در اتخاذ این تصمیم همراهی نمایند تا سیستم دادرسی از فردیت گرایی نیز مصون ماند.

وگذاری ابلاغ اوراق قضایی به بخش خصوصی

ماده ۱۲۵-۹ لایحه مقرر می‌دارد «قوه‌ی قضایی می‌تواند ابلاغ اوراق قضایی را به بخش خصوصی وگذار کند. چگونگی اجرای این ماده به موجب آین نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ تصویب این قانون توسط وزیر دادگستری تهیه شده و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد». باید اذعان داشت که وگذاری ابلاغ اوراق قضایی به بخش خصوصی با توجه به محروم‌اند بودن رسیدگی و حساسیت شهروندان نسبت به حفظ اسرار قضایی خود مقتضیات زمانی و شرایط روحی افراد ایرانی و... چنان کارساز نبوده و نمی‌تواند به تجربه‌ی موفقی نائل گردد.

نتیجه گیری

لایحه‌ی آین دادرسی کیفری دلایل توأوري های شکلی و ماهوی است در مورد تعییرات ماهیتی، باید در یک عبارت کلی بیان داشت با این که یک سری نهادهای جدید چون ایجاد مرکز ملی تنظیم و ثبت پرونده‌های کیفری و تأسیس ستاد پیشگیری و حفاظت اجتماعی و مواد جدیدی در این لایحه گنجانده شده است، ولی در نهایت این لایحه توانسته با نیازهای وقعي جامعه منطبق باشد چرا که هنوز هم نظام دادرسی حاکم بر لایحه، یک نظام تلقیکی است، یعنی باز هم در برخی موارد مقام تعقیب و تحقیق یکی شده است هم چنین فضای تلقی متهم به عنوان مجرم بر اصول دادرسی این لایحه حاکم است و تمہیمات بیش تر برای محاکمه کردن و اجرای آن تطابق دارد نه کشف حقیقی جرم و دادرسی علاوه‌انه، تکلیف به شهادت که در قانون آین دادرسی کنونی و قانون اساسی جاریگاهی ندارد در این لایحه عنوان گشته است، در زمینه‌ی لایله اثبات دعوی نیز تحول چنانی صورت نکرده است و هنوز هم دلایل اثباتی دادر مدار اقرار، شهادت و سوگند می‌باشد همچنین به مسأله‌ی بازجویی و تعیین شرایط آن، ساعت بازجویی، تعطیل بازجویی از متهم در یک روز، فاصله دو بازجویی از هم اشاره نشده است. لذا می‌توان بیان داشت که در این لایحه مانه تنها به دستاوردهای جدیدی دست نیافریم، بلکه دچار حرکت باز گشت به گذشته و اقتباس از قولین خارجی و سابق نیز گشته‌یم.

منابع

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
 اداره کنترل موارد مخدوش و پیشگیری از جرم سازمان ملل متعدد، مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم، عدالت برای بزمدیدگان، مترجم علی شایان، تهران: نشر سلسیل، ۱۳۸۷.
 ساریخانی، عادل، «مبانی حکمرانی زیادی و اولی از بزمدیدگان در حقوق جزا و فقهه»، مجله پژوهش حقوق، ش ۱ (۱۳۸۸).
 شعاریان، ابراهیم، ماهیت دیه و نقدی بر احصلاح مزاد بر دیه، نشریه کانون وکلای اذربایجان شرقی، سال سوم، شماره ۵۰، ۱۳۸۶.
 قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) ۱۳۷۸.
 لایحه آین دادرسی کیفری ۱۳۷۶.
 نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، حمید‌هاشم بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.

مترجم: محمد رفعتا محمدی جرفویه‌ای

misaghmohamady@yahoo.com

موقع آدم. من گفته بودم بک ربع ۱۲ در خانه خواهم بود.

۱- سوال: چگونه شمامی توانید بفهمید که یک وکیل دروغ می‌گوید؟

جواب: وقتی لبهایش شروع به حرکت می‌کند.

۶- یک بزشک، یک مهندس و یک وکیل در مورد این که قدمبمی ترین شغل، چه شغلی است بحث می‌کردند و هر کلام به نمایندگی از شغل خود سعی می‌کرد ثابت کنند قدمی ترین شغل را وارد بود. بزشک گفت: یادتون باشه خداوند رشش روز خلت، از دنده آدم حوارایرون کشید و این اولین عمل جراحی بود که خداوند انجام داد که این عمل بزشکی بود و قدمی ترین شغل، مهندس پاسخ داد: ولی قبل از آن خداوند زمین و بهشت را از میان پریشانی‌ها و اغتشاشات و آشنازگی‌ها خلق کرد و بهی نظمی‌های عالم سروسامان داد. بنابراین مهندسی از بزشکی قدمی تراست، وکیل جواب داد به ولی چه کسی بی نظمی‌ها و آشنازگی‌های قبل از خلت را به وجود آورده بود؟

۷- یک وکیل و یک مهندس در دریای کاراییب ماهیگیری می‌کردند، یک روز که در حال قیم زدن در کنار ساحل بودند وکیل گفت: من در این جا هستم چون خانه‌ام سوخت و هر چیزی که باشتم در آتش سوخت و شرکت بیمه همه چیز را پرداخت نمود.

مهندنس پاسخ دلا: من این جا هستم چون خانه و همه متعلقاتم توسط سیل از بین رفت، شرکت بیمه همه خسارات وارد به مرا مانند شما پرداخت کرد.

ید از مکث و وقفه طولانی در حالی که وکیل گیج و آشنازه به نظر می‌رسید پرسید: شما چگونه می‌توانید سیل به وجود بیاورید؟

۸- یک روزنامه محلی اشتباه خبر در گذشت مسن ترین وکیل شهر را چاپ کرد، او بالاصله به روزنامه زنگ زد و تهدید کرد که اگر خبر راصلاح نکنند، از روزنامه شکایت خواهد کرد. روز بعد روزنامه این متن را چاپ کرد، از این که خبر مرگ آقای کریستالی صحیح نبود عنتر خواهی می‌کند.

۲- شخصی مرد وارد بهشت شد. محلی را به او نشان دادند و به او گفتند که جای زندگی تو در بهشت این جاسته او از آن محل راضی نبود و به سنت پیتر شکایت کرد و خواست که جای او را تغییر دهد. سنت پیتر او خواست که اعتراض اش را کتابه او تحويل دهد. بعد از مدتی مرد دید جای او تغییر نکرد، پیگیر موضوع شد، گفتند به اعتراض او ممکن است سه سال دیگر رسیدگی شود. مرد ناراحت شد، شیطان به او نزدیک شد و به او گفت اگر می‌خواهی به کار تزویز تر رسیدگی شود شکایت اش را در جهنم به ثبت برسان، مرد پرسید چرا در جهنم زویز تر رسیدگی می‌شود؟ شیطان گفت: علت اش این است که در بهشت قاضی کم است و رسیدگی‌ها طولانی است ولی در جهنم قاضی فراوان است.

۳- سوال: فرق بین یک داستان زن با یک تروریست چیست؟

جواب: شمامی توانید با تروریست مذاکره کنید.

۴- یک وکیل یک محاکمه ساخت در مورد یک پرونده تجاری داشت. موکل اش که خیلی نگران محاکمه بود، در خارج از شهر، موضوع را پیگیری می‌کرد، وقتی که جلسه دادگاه به نفع وکیل تمام شد، بالاصله وکیل تلگرامی برای موکل اش فرستاد که در تلگرام آمده بود، حقیقت پیروز شد. موکل بالاصله تلگرام را پاسخ داد که سریعاً تجدیدنظر در خواست کنید.

۵- یک وکیل ساعت ۳ نیمه شب وارد خانه شد، همسرش که نگران ابود گفت: تو خیلی دیر آمدی، توبه من گفته بودی که ۱۱:۴۵ در خانه خواهی بود، وکیل پاسخ داد من به

