

مدرسه حقوق

سال سیزدهم شماره ۱۲۰ خرداد ماه ۱۳۹۷

شهرستان

بسم الله الرحمن الرحيم

شناسنامه

ماهنامه خبری آموزشی مدرسه حقوق

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر احمد محمدی

سر دبیر: دکتر داود نصیران

مدیر فنی و ناظر چاپ: روح اله محمدی

مدیر اجرایی: زهرا کیانی هرچگانی

روشن: خبری آموزشی

ترتیب انتشار: ماهنامه

گرافیک و صفحه آرایی: انتشارات جنگل

لیتوگرافی و چاپ: انتشارات جنگل

نشانی: اصفهان، خیابان کوالا میور،

ساختمان کانون وکلاء

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک:

madreseyehoghough@isfahanbar.org

۱ بررسی وضعیت حقوقی شرط توارث در تکاح منقطع
■ میترا حکمت خواه

۹ بررسی مقایسه‌ای مفهوم مشارکت مدنی در حقوق ...
■ مهین خدیری غریبوند، گلاویز الماسی

۱۹ تقابل «نظم» و «عدالت» در حقوق
■ مهدی شریعتی فرد

۳۹ بررسی ماهیت انشاء غیر موضوع تعهد در حقوق ایران و ...
■ بهناز فتاحی

۴۹ سامانه ثنا
■ حسین فرامرزی

۵۳ تسری آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به ...
■ امید محمدی

۵۷ از رتبی که می‌رویم
■ رضا مقصودی

۶۱ حذف تعیین ظرفیت از آزمون وکالت
■ محمدصادق مهرارا

۷۳ نقد بک رأی: «اصلاح رأی حبس ابد با توجه به ...
■ ایمان نوروز باقری

۸۳ برداشتی تازه
■ شیرین ولی‌او

۸۷ طنز حقوقی (دل نوشته‌های فلسفی بک حقوقدان)
■ محمدرضا محمدی جرقویه‌ای

آراء نویسندگان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

نقل مطالب «مدرسه حقوق» با ذکر مأخذ و نام نویسنده بلامانع است.

نشریه «مدرسه حقوق» در وبسایت کانون وکلای اصفهان در دسترس می‌باشد.

www.isfahanbar.org

شیوه‌نامه «مدرسه حقوق»

۱. مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه‌ای چاپ شده باشد.
۲. هیأت تحریریه در چاپ و اصلاح و تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است.
۳. نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیکی نویسنده در پایان مقاله قید شود.
۴. مقالات ارسالی در محیط word2013 با فونت 14 b zar تنظیم و به نشانی الکترونیکی «مدرسه حقوق» ارسال شود.
۵. مطلوب است که تعداد صفحات حداقل ۵ و حداکثر ۱۰ صفحه باشد. مقاله‌های بیشتر از ۷ صفحه باید دارای چکیده (حداکثر ۱۰۰ کلمه) باشد.
۶. ارجاع به منابع در متن مقالات به این صورت نوشته شود: (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه).
۷. در پایان مقاله فهرست منابع استفاده شده در مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به این شکل ذکر شود:
کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، نام کتاب، نام مترجم (در صورتی که کتاب ترجمه باشد)، شماره جلد، ناشر، نوبت چاپ، تاریخ انتشار.
مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (داخل گیومه نوشته شود)، نام مترجم (اگر ترجمه باشد)، نام مجله، سال انتشار، شماره مجله.
۸. در هر مقاله تعداد نویسندگان افزون بر دو نفر نباشد.

بررسی وضعیت حقوق شرط توارث در نکاح منقطع

میترا حکمت خواه

چکیده

موضوع این مقاله بررسی صحت شرط توارث در نکاح منقطع است. نظر برخی حقوقدانان طبق مفهوم مخالف ماده ۹۴۰ ق.م.توارث مختص عقد دائم است. امروزه با توجه به ازدیاد نکاح منقطع و گاه به گاه تعیین مدت زیاد مثلاً ۲۰ ساله یا بیشتر، خالی از لطف نیست قائل به صحت این شرط گردیم. در این مقاله سعی شده با نظر به قاعده عدل و انصاف و اصل صحت و عموم المؤمنون عند شروطهم به بررسی وضعیت صحت این شرط در نکاح منقطع پرداخته شود.

واژگان کلیدی: نکاح منقطع، شرط توارث، احکام تکلیفی، احکام وضعی.

مقدمه

ازدواج موقت از مختصات فقه جعفری است که مسلمانان اتفاق و اجماع دارند که در صدر اسلام ازدواج موقت مجاز بوده و رسول اکرم (ص) در برخی از سفرها که مسلمانان از همسران خود دور بودند و در ناراحتی به سر می بردند به آن ها اجازه ازدواج موقت می داده است که البته این امر در زمان خلافت خلیفه دوم توسط او منع و تحریم گردید. در دین مبین اسلام قواعد ارث در رابطه با زوجین حسب آیه ۱۲ سوره نساء توسط شارع مقدس بدین سیاق وضع گردیده «... ولهن الربع مما ترکتم ان لم یکن ولد فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم ...» اطلاق و عمومیت آیه موصوف به صورت امری تعیین شده است که توافق برخلاف آن از ناحیه طرفین علی القاعده پذیرفته نیست. در این خصوص جهت تبیین بهتر موضوع می بایست توافق طرفین عقد، حوزه احکام تکلیفی و احکام وضعی را جداگانه مورد بحث قرار داد تا در نهایت به این سؤال پاسخ داده شود که شرط توارث در نکاح منقطع صحیح است یا باطل. پس در ابتدا و بعد از بیان مفاهیم به بیان نظرات و روایات موجود و در ادامه نظرات فقها را در مورد توارث در نکاح منقطع بیان می کنیم. در خاتمه نظر نویسنده تحت عنوان نتیجه در ارتباط با موضوع ابراز می گردد.

گفتار اول: بررسی مفاهیم و عناوین فقهی و حقوقی

برای ورود به بحث ناگزیر می‌بایست به بررسی برخی عناوین فقهی و حقوقی به شرح ذیل بپردازیم:

مبحث اول: ارث و توارث

۱. ارث در لغت به معنی ترکه و اموالی است که از متوفی به جای می‌ماند و در اصطلاح حقوقی مقصود از آن انتقال مالکیت اموال میت است، پس از فوت به وارث او (شهیدی، ۳: ۱۳۷۹) در قانون مدنی تعریفی از ترکه توسط قانون‌گذار ارائه نشده است، اما از بررسی مواد ۸۶۱ الی ۹۴۹ قانون مدنی، همچنین مواد ۱۶۲ الی ۳۷۴ قانون امور حسبی می‌توان تعریف ذیل را ارائه داد. ترکه عبارت است از کلیه اموال منقول و غیرمنقول و همچنین حقوق مالی متوفی پس از حیاتش که قهراً به وارثین حین‌الفوت وی منتقل می‌شود.
۲. توارث یعنی از یکدیگر ارث بردن که مطابق ماده ۸۶۱ قانون مدنی تحقق توارث فی‌مابین مورث و ورثه ممکن است به دو طریق نسب و سبب محقق شود. مسلماً موضوع بحث این نوشتار در محدوده سبب قرار می‌گیرد، زیرا نکاح از جمله اسبابی است که حسب ماده ۸۶۴ قانون مدنی موجبی برای میراث زوجین تلقی می‌شود.

مبحث دوم: بررسی احکام شرعی در مورد ارث

برای پاسخ به این پرسش که احکام ارث در زمره کدام یک از احکام شرعی قرار می‌گیرد، ابتدا لازم است تقسیم‌بندی احکام شرعی و سپس تعاریف فقها را از آن مورد بررسی قرار دهیم تا در نهایت دریابیم شرط توارث از این حیث با مانع و رادعی مواجه خواهد شد یا خیر؟

احکام شرعی بر دو گونه‌اند:

الف) احکام تکلیفی

دستورات و فرامین صادره از ناحیه پروردگار در خصوص افعال و کردار بندگان اعم از امر یا نهی یا اجازه و رخصت را احکام تکلیفی می‌گویند که به پنج قسم تقسیم می‌شوند: وجوب، حرمت، اباحه، استحباب، و کراهت.

در این خصوص بیان شده است که توافق طرفین در قالب شرط در وجوب و حرمت پذیرفتنی نیست، زیرا قواعد یاد شده امری هستند و توافق برخلاف آن در تعارض آشکار با کتاب و سنت قرار گرفته و باطل است، اما در قلمرو مباحات توافقات طرفین به دو شکل صورت می‌گیرد: یا امر مباحی را به صورت خاص بر خود ممنوع می‌کنند (ماده ۹۵۹ قانون مدنی) یا امر مباحی را بر خود لازم می‌نمایند.

ب) احکام وضعی

احکام وضعی آن دسته از احکام شرعیه است که مستقیماً از ناحیه شارع وضع نشده است و مقتضای آن الزام یا منع و رخصت نیست، مانند مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت و صحت. همین‌جا لازم است اضافه شود فقها در تعاریف ارائه شده از احکام فوق، همچنین در تعدد احکام تکلیفی و وضعی دچار اختلاف نظر هستند (محقق داماد، ۲۲: ۱۳۸۱) که شرط مخالف قسم

اول باطل است، زیرا حکم به گونه‌ای است که در آن لحاظ تجرد نشده است و از همین رو با کتاب و سنت مخالفت دارد و مخالفت با قسم دوم از قبیل مباحات شرعیه بالاصل است و چنین شرطی فاسد نیست. در مقام تردید به این که آیا شرطی از قبیل قسم اول است یا قسم دوم و آیا فاسد است یا صحیح، مرحوم انصاری با استناد به این که امام (ع) در روایات در مقام بیان ضابطه است و فقط در مواردی که شرط موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال است آن را باطل می‌داند، اصل را در موقع شک و موضع تردید، صحت شرط می‌داند، مگر آن که دلیل خاصی بر فساد آن به موجب تحلیل حرام یا تحریم حلالی موجود باشد و مهم‌تر آن که عموم «المؤمنون عند شروطهم» دلالت بر صحت شرط به عنوان یک اصل دارد.

مبحث سوم: نکاح منقطع و آثار شرط توارث در روابط طرفین

در یک تقسیم‌بندی از لحاظ زمانی نکاح به دائم و موقت تقسیم می‌شود که در فقه از آن به نکاح متعه یا منقطع یاد می‌شود که هر یک از آن‌ها آثار حقوقی خاص خود را دارد. نکاح منقطع به جهت اراده طرفین از حیث زمانی محدود به مدت زمان خاصی است که مورد توافق طرفین قرار گرفته است (ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی) و از این جهت با نکاح دائم متفاوت است و بدون نیاز به حکم دادگاه با سپری شدن مدت پایان می‌پذیرد. از آنجاکه در فقه امامیه برخلاف بعضی مذاهب اسلامی نکاح متعه مورد پذیرش قرار گرفته است، این مسئله به جهت بررسی آثار فقهی و حقوقی مترتب بر آن مورد محل بحث فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. برخی از نویسندگان حقوقی نکاح منقطع را از حیث ذکر مدت آن شبیه عقد اجاره می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۳۳) بعضی می‌گویند همسر موقت زوجه نیست تا مشمول عموماً آیه ۱۲ از سوره نساء «... و لهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم ...» شود. در جواب می‌توان گفت که طبق آیه ۶ سوره مؤمنون: «الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم» می‌توان همسر موقت را نیز زوجه نامید؛ زیرا در این آیه مباشرت جنسی به جز از راه ازدواج و ملک یمین حرام است، بنابراین اگر اطلاق زوجه در عقد موقت صحیح نباشد، ازدواج موقت نیز مشمول این حرمت می‌شود. بیان فوق مخالفانی نیز دارد از جمله مرحوم صاحب جواهر که ضمن رد نظر فوق معتقد است روایات موجود در مقام تخصیص توارث به ازدواج دائم در حد تواتر است. «... ضروره اراده غیر المستمتع بها من الزوجه بالنصوص المعتمره اللتی یمکن دعوی تواترها...» (نجفی، ۱۹۰: ۱۴۳۰)

گفتار دوم:

مبحث اول: عقاید مخالفان و موافقان نکاح منقطع

سؤالی که در این بخش مطرح می‌شود این است که با پذیرش نکاح متعه در فقه امامیه آیا آثار نکاح دائم از حیث توارث بر آن مترتب می‌شود یا خیر؟
در این خصوص چهار فرض را می‌توان در نظر گرفت:
فرض اول: ارث مطلقاً وجود نداشته باشد؛ چه شرط کنند و چه شرط نکنند.
فرض دوم: مانند عقد دائم مطلقاً ارث ثابت باشد.
فرض سوم: اگر شرط اسقاط ارث نکنند، ارث ثابت می‌شود.
فرض چهارم: ارث فقط در صورت شرط ارث ثابت می‌شود.

به نظر می‌رسد فرض آخر با توجه به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» که اطلاق دارد، در عقد متعه هم بتوان شرط توارث گذاشت، اما با این نظر مخالفانی وجود دارد که در زیر به آن‌ها می‌پردازیم: گروهی این‌گونه اشکال می‌کنند که «عقد انقطاعی مانند عقد دائم سببیت برای ارث ندارد. چگونه با شرط ارث ثابت می‌شود در حالی که این شرط برخلاف کتاب و سنت و مقتضای عقد است؟» (محقق کرکی، ۱۹۹۳: ۳۹)

صاحب جواهر در جلد ۳۰، صفحه ۱۹۴ نیز در مقام رد این قول می‌فرماید: «بلاشکال اگر کسی شرط کند که غیر وارث از من ارث ببرد این شرط مخالف کتاب و سنت است و این شرط صحیح نیست، لذا این شرط در عقد متعه مخالف کتاب و سنت است. علاوه بر این که این شرط در عقد متعه مخالف مقتضای عقد متعه نیز است، در جامع المقاصد و صاحب جواهر هر دو روایت‌های فوق را حمل بر وصیت کرده‌اند، یعنی مراد این است که شرط شده که وصیت کنند که از اموال مقداری به آن‌ها داده شود. در تبیین موضوع نیز آورده‌اند: شاهد این که وصیت است نه ارث، این است که اکثر برای یک نفر شرط شده باشد فقط همان فرد ارث می‌برد و طرف دیگر ارث نمی‌برد. در حالی که اگر ارث بود هر دو ارث می‌برند. خصوصاً با توجه به این که با مرگ عقد باطل می‌شود، مثل زمانی که مرد مدت را به زن هبه کند، برخلاف عقد دائم که آثار زوجیت باقی است. حال وقتی که زوجیتی بعد از مرگ بین این دو برقرار نباشد، ارث چگونه ثابت می‌شود؟ زیرا ارث برای زوج و زوجه ثابت است و این دو زوج و زوجه نیستند و شاهد این که زوجیت باطل می‌شود این است که تغسیل این زن بر مرد جایز نیست و نگاه کردن حرام است و اولویتی بر دیگران ندارد، لذا جای بسیار تعجب است که بعضی فتوا به جواز ارث داده‌اند. نتیجه این که ارث ثابت نیست و ممکن است این شرط حتی اصل عقد را نیز باطل کند.»

شهید اول در جلد دوم لمعه دمشقیه ذیل کتاب نکاح فصل چهارم (نکاح متعه) آورده است: «ولایقع بها طلاق والا ایلا و الا لعان الا فی القذف بالزنی علی قول، ولا توارث الا مع شرطه» یعنی طلاق و ایلاء در ازدواج موقت صورت نمی‌پذیرد و لعان نیز واقع نمی‌شود؛ مگر نسبت زنا دادن بنا بر قولی. همچنین ازدواج موقت موجب ارث بردن زن و شوهر از یکدیگر نمی‌شود؛ مگر آن که آن را شرط کنند. در جایی دیگر آورده است: «ویجوز اشتراط السائع فی، العقد کاشترط» یعنی شرط کردن آنچه جایز است در عقد صحیح است لذا از نظر شهید اول شرط توارث در نکاح متعه شرطی جایز است و اشتراط آن از ناحیه طرفین در عقد نکاح موقت صحیح است و به جهت قواعد ارث فی مابین طرفین جاری خواهد شد. (شهید اول، ۱۳۸۳: ۷۱) به عبارت دیگر مقتضای ارث بردن بنا بر قول دوم و سوم و چهارم وجود دارد. بنا بر قول دوم و سوم مقتضای خود عقد است، مانند عقد دائم حال یا مطلقاً (قول دوم) یا به شرطی که سقوط ارث را شرط نکنند، (قول سوم) ولی بنا بر قول چهارم مقتضای، شرط ضمن عقد است؛ نه خود عقد، لذا اگر شرط کردند ارث ثابت است و الاً ارث ثابت نیست.

مبحث دوم: شرط توارث یا عدم توارث در قانون مدنی (ماده ۹۴۰ ق.م)

در حقوق کنونی نیز اصل بر عدم توارث در نکاح منقطع است (ماده ۹۴۰ ق.م) و قانون‌گذار محترم در بیان این مطلب که در صورت اشتراط توارث آیا متناکحین عقد منقطع از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر صراحتی ندارد و البته عدم تصریح او به معنی مخالفت با شرط توارث در عقد متعه نیست، زیرا اولاً، با توجه به اصل



(صحت) و عموم (المؤمنون عند شروطهم) معتبر نشناختن آن نیازمند دلیل و تصریح است و سکوت قانون گذار را نمی توان به منزله مخالفت او با چنین شرطی دانست. ثانیاً، با وحدت ملاک از ماده ۱۱۱۳ ق.م. که می گوید: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده باشد یا این که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» می توان به صحت چنین شرطی و تمایل قانون گذار به پذیرش آن پی برد. ثالثاً، از عبارت قانون گذار با این که احکام راجع به وراثت زن را در نکاح منقطع به باب ارث موکول می کند، (ماده ۱۰۷۷ ق.م) چنین برمی آید که امکان ارث بری در عقد متعه منتفی نیست. در غیر این صورت قانون گذار به عدم توارث در نکاح منقطع اشاره می نمود. به عبارت دیگر ارجاع امر به باب ارث فرع بر پذیرش امکان توارث است و نیز تعدد روایات وارده مبتنی بر پذیرش چنین شرطی را نمی توان نادیده گرفت و از این رو قبول چنین شرطی بر عدم پذیرش آن راجح است.

مبحث سوم: شروط ضمن عقد

۱. **تعریف:** توافقی است، بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی که از توابع عقد دیگری قرار گرفته است، مانند شرط صفت یا خیار شرط که همیشه از لوازم عقد اصلی است و وکالت که ممکن است به اراده دو طرف تابع عقد بیع یا نکاح باشد. هر چند شرط همیشه تعهد تبعی است این تابعیت ماهیت اصلی آن را از بین نمی برد و برای این که به درستی واقع شود باید شرایط عمومی تعهدات را دارا باشد. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۹۷ و ۳۰۷). لازم است در این خصوص چند مسئله مورد بررسی قرار گیرد. انحلال عقد دائم تنها به وسیله طلاق و موارد فسخ مخصوص به خود امکان دارد، لذا شرط ضمن عقد نکاح دائم با اقاله یا فسخ نکاح از بین نمی رود، زیرا اساساً از این طریق قابلیت انحلال ندارد. در نکاح متعه نیز طریق انحلال عقد اصلی از طریق بذل باقیمانده مدت یا انقضاء مدت امکان پذیر است و حتی طلاق نیز در آن راه ندارد، لذا در این صور چنانچه عقد اصلی منحل شود، شرط ضمن آن عقد نیز از جمله توارث در صورتی که آن را صحیح قلمداد کنیم به جهت تبعیت از عقد اصلی از بین خواهد رفت. بدیهی است موضوع این مقال استوار بودن عقد است و این که به طریق قهری از طریق فوت منحل شود و الاً مطابق آزادی اراده طرفین در انعقاد قرارداد به همان سببی که آن ها را مجاز به درج شرط ضمن عقد می دانیم به همان سبب نیز امکان اسقاط شرط با تراضی طرفین وجود خواهد داشت. منتها ممکن است شرط توارث از ناحیه طرفین این گونه در نکاح متعه گنجانده شود: الف) در صورت فوت هر یک از زوج یا زوجه دیگری از آن ارث برد. ب) در صورت فوت زوج، زوجه از آن ارث برد. ج) در صورت فوت زوجه، زوج از او ارث برد. د) اگر در یک حادثه هر دو فوت شوند و تقدم و تأخر هر یک مشخص نباشد تکلیف چیست؟
۲. **شرط بی فایده و نامشروع:** مسلماً در شرط توارث نفع و فایده عقلایی مطمئن نظر طرفین است و این گونه نیست که شرط موصوف فاقد عنصر نفع و فایده عقلایی باشد. برای تشخیص نفع و فایده در یک شرط می بایست بنای خردمندان مورد توجه قرار گیرد و مطمئناً عاقلان نیز با ملاحظه خصوصیت های رابطه دو طرف به داوری خواهند پرداخت. در خصوص موضوع مورد بحث نیز خردمندان شرط توارث بین زوج و زوجه در نکاح منقطع را شرطی بی نفع و فایده تلقی نمی کنند. همان گونه که گفته شده است شرطی نامشروع تلقی می شود که با قوانین امری یا نظم عمومی و



اخلاق حسنه منافات داشته باشد. آنچه در این خصوص مسلم است این که شرط توارث شرطی با جهت نامشروع تلقی نمی‌شود که از این حیث باطل تلقی شود، زیرا جهت توارث هیچ‌گاه جهت نامشروع نیست. در اینجا لازم است در خصوص وضعیت شرط توارث در عقد را در قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه بررسی نماییم:

۳. **نظم عمومی و اخلاق حسنه:** نظم عمومی و اخلاق حسنه دو مفهوم اجتماعی و قوانین نوشته‌نشده‌ای هستند که قوام هر قوم بدان بستگی دارد و قانون‌گذار به منظور ایجاد نظم و عدالت همواره آن را مدنظر داشته و لازم‌الرعایه می‌داند. (کاتوزیان، ۱۹۸: ۱۳۶۹) نظم عمومی شامل قواعدی است که به منظور حفظ صیانت جامعه و تأمین منافع عمومی و تعدیل و حسن جریان امور وضع می‌گردد. قوانین راجع به نظم عمومی اخص از قوانین الزامی است. (لنگرودی، ۷۱۷: ۱۳۸۷) اخلاق حسنه را می‌توان به عفت عمومی یا آداب عمومی تعبیر کرد و مجموعه ضوابط و رفتارهای است که موردپسند اکثریت مردم یک جامعه باشد. اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است و اموری که با اخلاق حسنه مخالفت داشته باشد، طبعاً نظم عمومی را برهم می‌زند. ۴. قوانین امری: مطمئناً شرط خلاف قوانین تکمیلی و تفسیری بدان جهت که مقصود از وضع آن تکمیل نمودن قرارداد اصلی و رفع نقص از آن زبانی به هدف قانون‌گذار نمی‌رساند تا شرط خلاف آن‌ها را باطل تلقی کنیم، اما سؤال این است که آیا مطابق منطوق ماده ۹۴۰ قانون مدنی ارث ویژه نکاح دائم است یا خیر؟ زیرا در آن ماده آمده است: «زوجین که زوجیت آن‌ها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند.» آیا مفهوم ماده مذکور بدین شکل «زوجین که زوجیت آن‌ها موقتی بوده و حتی ممنوع از ارث نباشند، از یکدیگر ارث نمی‌برند.» از نوع موافق است یا مخالف و آیا در هر یک از صور مذکور دارای حجت می‌باشد؟ اگر آن را مفهوم موافق بدانیم که به نظر اصولیین قیاس اولویت است به عقیده اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها حجت است، هرچند در نحوه حجت آن بحث است (محمدی، ۷۹: ۱۳۹۱) و اگر آن را مفهوم مخالف بدانیم می‌بایست تشخیص دهیم مفهوم مخالف ماده ۹۴۰ قانون مدنی از نوع شرط، غایت، حصر یا غیر از آن است. می‌توان وصف دائم بودن در ماده مذکور را حصر دانست در این خصوص بین اصولیین نسبت به این که حصر مفهوم دارد یا نه اختلاف است، ولی بیشتر اصولیین آن را دارای مفهوم می‌دانند و به تعبیر دیگر مفهوم حصر را حجت می‌دانند. (همان: ۸۴) حال باید وارد تقسیم‌بندی شروط شویم تا وضعیت شرط توارث در عقد نکاح متعه را بررسی کنیم. همان‌طور که می‌دانیم قانون مدنی شروط باطل را به دو گروه تقسیم کرده است:

۱. شروطی که مفسد عقد نیست، مانند شرط نامشروع و بی‌فایده و غیرمقدور. (ماده ۲۳۲ قانون مدنی)
۲. شروطی که باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شوند، مانند شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود. (ماده ۲۳۳ قانون مدنی) حال می‌بایست بررسی شود شرط توارث در نکاح متعه آیا شرطی صحیح است یا شرطی باطل و مبطل عقد؟ مطمئناً شرط توارث بی‌فایده و غیرمقدور نیست، اما همان‌طور که اشاره شد برخی از فقها آن را نامشروع تلقی می‌کنند. (محقق کرکی، همان: ۳۹) برخی نیز مانند صاحب جواهر شرط توارث در نکاح متعه را مخالف مقتضای عقد متعه می‌دانند. (نجفی، ۱۹۴: ۱۴۳۰) در این خصوص لازم به ذکر است که شرط توارث در نکاح متعه شرطی نامشروع نیست؛ چراکه شرطی

نامشروع است که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه یا عرف جامعه باشد که به نظر می‌رسد نه برخلاف نظم عمومی ما و نه برخلاف اخلاق حسنه یا عقاید مذهبی ما باشد و نه امری ناپسند و نکوهیده در عرف ما به شمار می‌رود. پس نمی‌توان آن را امری نامشروع دانست. همچنین توارث را نمی‌توان مخالف مقتضای عقد متعه دانست؛ چراکه طبق مفهوم و تعاریفی که علمای حقوقی از مقتضای یک عقد به عمل آورده‌اند عبارت است از آن اثر یا آثاری که عقد بدون آن محقق نمی‌گردد، به طوری که سلب آن مساوی است با نفی و ابطال عقد. حال آن‌که با سلب این امر از عقد متعه هیچ‌گونه خللی به عقد اصلی وارد نخواهد گردید.

نتیجه

با توجه به اقوال فقها و نظرات برخی علمای حقوق مبنی بر عدم صحت شرط توارث در نکاح منقطع در حقوق کنونی نیز اصل بر عدم توارث در نکاح منقطع است (ماده ۹۴۰ ق.م.) و قانون‌گذار محترم در بیان این مطلب که در صورت اشتراط توارث آیا متناکحین عقد منقطع از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر صراحتی ندارد و البته عدم تصریح او به معنی مخالفت با شرط توارث در عقد نیست، زیرا:

اولاً، با توجه به اصل (صحت) و عموم (المؤمنون عند شروطهم)، معتبر نشناختن آن نیازمند دلیل و تصریح است و سکوت قانون‌گذار را نمی‌توان به منزله مخالفت او با چنین شرطی دانست.

ثانیاً، با وحدت ملاک از ماده ۱۱۱۳ که می‌گوید: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر این‌که شرط شده باشد یا این‌که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» می‌توان به صحت چنین شرطی و تمایل قانون‌گذار به پذیرش آن پی برد.»

ثالثاً، از عبارت قانون‌گذار به این‌که احکام راجع به وراثت زن را در نکاح منقطع به باب ارث موکول می‌کند، (ماده ۱۰۷۷ ق.م.) چنین برمی‌آید که امکان ارث‌بری در عقد متعه منتفی نیست. در غیر این صورت قانون‌گذار به عدم توارث در نکاح منقطع اشاره می‌نمود. به عبارت دیگر ارجاع امر به باب ارث فرع بر پذیرش امکان توارث است و نیز تعدد روایات وارده مبتنی بر پذیرش چنین شرطی را نمی‌توان نادیده گرفت و نظر نویسنده نیز بر این است که نه تنها شرط توارث در نکاح منقطع امری فاسد و باطل نیست و نیز برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی یا عرف نیست، بلکه با توجه به قاعده عدل و انصاف و نیز اصل صحت می‌توان چنین شرطی را شرط صحیحی پنداشت و نیز آن را یکی از مصادیق اخلاق حسنه به شمار آورد و درج چنین شرطی در عقود منقطع با مدت زمان‌های طولانی یا در عقود که بعضاً زنان به علت فقر و نیاز مالی مجبور به نکاح متعه می‌شوند از مشکلات متعددی جلوگیری نمود. از این‌رو قبول چنین شرطی بر عدم پذیرش آن راجح است و البته ضمن تأکید بر لزوم اصلاح رویکرد حقوقدانان عزیز نسبت به این موضوع هر نقد علمی را برگ زرینی در سوابق خود دانسته و پیشاپیش عالی‌ترین مراتب سپاس را تقدیم حضور صاحب‌نظران منتقد خویش می‌نمایم.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد سوم، انتشارات اسلامی، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره‌ی نهایی شرح قانون مدنی (ارث)، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۷.
۵. خوانساری، سیداحمد، جامع‌المدارک، مکتبه الصدوق، طهران، چاپ دوم، جلد ۴، سال ۱۴۰۵ هجری قمری.
۶. شهید اول، لمعه دمشقیه، جلد دوم، انتشارات دارالفکر، چاپ ۱۴، ۱۳۸۳.
۷. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
۸. شهیدی، مهدی، ارث، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۷۹.
۹. علامه، سیدمهدی، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، نشر میزان، چاپ دوم، پاییز، ۱۳۸۷.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، خانواده، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات به نشر، جلد ۲، ۱۳۶۹.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث)، انتشارات میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۳.
۱۴. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهل و نهم، ۱۳۹۱.
۱۵. محقق داماد، دکتر سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۸۱.
۱۶. محقق کرکی، شیخ علی‌ابن‌الحسین، جامع‌المقاصد، مؤسسه آل‌البیت قم، جلد ۱۳، سال ۱۹۹۳.
۱۷. نجفی، شیخ محمدحسن «صاحب جواهر»، جواهرالکلام، جلد ۳۰، ۱۴۳۰ هجری قمری.
۱۸. قانون مدنی.



بررسی مقایسه‌ای مفهوم مشارکت مدنی در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا

مهین خدیری غریب‌وند ■ گلاویژ الماسی ■

چکیده

مشارکت مدنی، به معنای اجتماع دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی برای انجام عملیات تجاری و کسب سود، یکی از عقود فراگیر در روابط اجتماعی افراد بوده که تقریباً در تمامی زمینه‌ها فعالیت گسترده‌ای دارد. فصل هشتم در باب بیان عقود معین قانون مدنی، به مقررات شرکت، اشاعه و تقسیم مال مشترک اشاره داشته و احکام و شرایط آن را بیان نموده که توأم با یک‌سری قواعد آمره در این خصوص است. ساختار خود شرکت و وجود شخصیت حقوقی در این نوع مشارکت، موضوعی است که طرح آن، تفکیک بین شرکت مدنی و تجاری را موجب شده و شناخت آثار و تبعات ناشی از آن نیز تحقیقی جامع را می‌طلبد که در این نگارش به بررسی یکایک آن خواهیم پرداخت. در کنار بررسی قانون ایران، با نگاهی تطبیقی به حقوق کامن‌لا در زمینه مشارکت مدنی، سعی شده تا وجوه افتراق و اشتراک دو سیستم و نقاط ضعف و قوت قانون ایران تشریح شده و پیشنهادهایی جهت رفع خلأهای قانونی موجود داده شود.

مبحث اول: مفهوم مشارکت مدنی

شرکت به معنای عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان یا سایر مقاصد، حقوق خود را با هم در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند.^۱

حال آن‌که شرکت مدنی دارای ماهیت قراردادی بوده که برخاسته از قصد اختیاری شرکا است.^۲ این مفهوم در مقابل شرکت تجاری است که توأم با شخصیت حقوقی بوده و تشکیلات دولتی^۳ به شمار می‌رود.^۴

■ وکیل دادگستری کانون اصفهان، کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

■ وکیل دادگستری کانون اصفهان، کارشناس ارشد حقوق تجارت.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح، نشر گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۱۷.

2. H.T. Hackney Co. v. Robert E. Lee Hotel, 300. S.W.1,2 (Tenna) 1927.

3. State – created

4. Trustees of Dartmouth College v. Woodward 17U.S. (4 wheat) 518.

در واقع، عقد شرکت، از انواع شرکت مدنی است و شرکت مدنی قلمروی وسیع‌تری از عقد شرکت دارد و عقود مانند مضاربه، مزارعه و مساقات نیز از مصادیق شرکت مدنی هستند، بدون آن‌که از مصادیق اصطلاح عقد شرکت باشند.^۱

یکی از مفاهیم مشابه با مشارکت مدنی جوینت‌ونچر^۲ است که به عنوان اجتماعی از چند نفر برای رسیدن به یک هدف واحد و با مقصود تجاری، اقتصادی مالی یا فنی، همراه با منافع متقابل و کسب منفعت می‌باشد. برخی بر این باورند که ماهیت حقوقی جوینت‌ونچر، همان قرارداد مشارکت است. در یک تقسیم‌بندی از انواع جوینت‌ونچر، مشارکت مدنی به عنوان نوعی از آن، به مانند ساختار شرکتی که با توافق قراردادی صورت می‌گیرد و وسیله فعالیت مشترک قرار نمی‌گیرد، نام برده شده است.^۳

در مقابل می‌توان گفت با توجه به این‌که جوینت‌ونچر همیشه در قالب قرارداد نیست و در برخی موارد دارای ماهیت حقوقی است، این عقیده باطل است و بایستی پذیرفت که این دو نهاد متفاوت از هم بوده و هر کدام در حیطه و قلمرو خاصی کاربرد دارند. علاوه بر این وجه تمایز آن را با مشارکت مدنی در این می‌دانند که مشارکت مدنی برای مدت نامحدود یا مدت معین و برای انجام معاملات مختلف تشکیل می‌شود؛ حال آن‌که موضوع جوینت‌ونچر، انجام یک معامله خاص است.^۴

در حقوق انگلیس نیز مشارکت مدنی به رسمیت شناخته شده است. قانون مشارکت مدنی در سال ۱۹۸۰ به تصویب رسید و همین قانون بود که الهام‌بخش تدوین قوانین یکنواخت مشارکت مدنی در این زمینه در حقوق آمریکا شد.^۵ قبل از تصویب این قانون، قواعد عرفی، حاکم بر این نوع مشارکت‌ها بود و در واقع، به گفته برخی، فعالیت‌های مدرن حقوق انگلیس بیشتر وام‌دار اصول مشارکت مدنی است تا قواعد حاکم بر شرکت‌ها.^۶

بند ۱ بخش ۴ قانون ۱۹۸۰ انگلیس مقرر می‌دارد، اشخاصی که قصد دارند مشارکت را ایجاد نمایند، مجتمعاً شرکت نامیده می‌شوند و نامی که تحت آن فعالیت صورت می‌گیرد، شرکت^۷ نامیده می‌شود.^۸ این در حالی است که قانون آمریکا به اصطلاح شرکت اصلاً اشاره‌ای نکرده و حتی قصد در ایجاد این نهاد را نیز ضروری ندانسته است. در واقع، شرکت مدنی در کامن‌لا به معنای روابط بین اشخاصی است که در جهت انجام کار و فعالیت با هدف کسب منفعت شکل می‌گیرد^۹ و در

۱. صادقی گلدار، احمد، عقد شرکت، قلمرو و مفهوم آن، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۹، ۱۳۶۶، ص ۱۸۹.

2. Joint Venture

۳. اشمیتوف، کلایو ام، ترجمه اسبقی نمینی، محمد، اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، باقری، محمد، طیبی فرد، امیرحسین، همت دوست، اسماعیل، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸، صص ۵۲۳ - ۵۲۴.

۴. قهرمانی، نصرالله، ماهیت حقوقی جوینت ونچر و مقایسه آن با مفاهیم مشابه، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۹، ۱۳۸۴، ص ۳۵.

۵. کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۶۰.

6. Talbot, Le, Critical Company Law. P13.

7. Firm-name.

8. Partnership Act 1890: "4.(1) Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act called collectively a firm, and the name under which their business is carried on is called the firm-name...".

9. G. Ellis, Jason & Slorach, Scott, Business law, Oxford University Press, 1997, P 306.

خصوص مفهوم مشارکت مدنی^۱ آمده که به عنوان روابطی است بین افرادی که با هدف رسیدن به منفعت مشترکی اعمال تجاری انجام می‌دهند. البته مقررات دیگری وجود دارد که این تعریف کلی مشارکت را به موارد دیگری نیز گسترش می‌دهد. نمونه این مورد روابطی است که افراد در سود کار خاصی، سهامی را دریافت می‌کنند.

در حقوق آمریکا نیز آنچه در خصوص شرکت مدنی حاکم است، قانون یکنواخت شرکت مدنی^۲ نامیده شده که در بیش از ۴۷ ایالت از ۵۰ ایالت آمریکا پذیرفته شده و مشتمل بر ۴۵۶ بخش بوده و شامل تعاریف، قواعد و احکام جامعی در این زمینه است. قانونی که اکنون حاکم بر مشارکت مدنی در این زمینه است، قانون یکنواخت مشارکت مدنی ۱۹۹۷^۳ است که قانون یکنواخت مشارکت مدنی مصوب ۱۹۱۴ را اصلاح کرده است. البته در سال ۱۹۹۶ نیز این قانون اصلاح شده که به منظور یکپارچه کردن مقررات حاکم بر مشارکت مدنی با مسئولیت محدود بود. این تغییرات به وسیله کنفرانس ملی نمایندگان قوانین دولت متحدالشکل^۴ صورت گرفته است.^۵ در هر دو کشور، حقوق مشارکت متأثر از حقوق قراردادهای و نمایندگی است.

این که در حقوق انگلیس و آمریکا، قانون‌گذاری در زمینه مشارکت صورت گرفته است، نقطه قوتی نسبت به حقوق ایران است؛ چرا که به طور مفصل، تمامی قواعد و احکام تشریح شده است. در دولت فدرال ایالات متحده آمریکا قانون موضوعه مشخصی برای ایجاد مشارکت مدنی نداشته، اما در هر کدام از ۵۰ ایالت، قوانین و حقوق کامن‌لا بر مشارکت مدنی حکم‌فرما است. در این دولت‌ها اصول حقوق کامن‌لا، مشارکت مدنی کلی، مشارکت محدود و مشارکت مدنی با مسئولیت محدود قابلیت اجرا دارد و در صورت عدم وجود قانون فدرال خاصی، کنفرانس ملی نمایندگان قوانین دولت یکنواخت، قانون نمونه غیر الزام‌آوری را به نام قانون یکنواخت مدنی مطرح نموده که به نام قانون یکنواخت مدنی است. جا داشت قانون ایران نیز، دستورالعمل و قواعدی، هر چند غیرالزامی در این زمینه، جهت نمونه و راهنمایی تدوین می‌نمود. در حقوق انگلیس نیز همانند حقوق ایران، وجه متمایز شرکت مدنی با شرکت بازرگانی و تجاری^۶ را باید در مفهوم شخصیت حقوقی^۷ جست. با این توضیح که شرکت بازرگانی دارای یک ماهیت و موجودیت حقوقی است که از شرکا و اعضای آن تمایز بوده، حال آن‌که شرکت مدنی، موجودیت حقوقی جدا از اشخاص و اعضای آن ندارد.

از وجوه تشابه دیگر این است که در حقوق انگلیس نیز، آنچه در مفهوم شرکت مدنی اهمیت دارد، کسب منفعت است؛ از همین رو کلپ، انجمن یا محمل‌های اجتماعی نمی‌تواند شرکت محسوب شود؛ چراکه هدف از این مؤسسات کسب منفعت نیست و از طرفی اعضای این مؤسسات برای بدهی‌های

1. Partnership
2. Uniform Partnership Act or U.P.A
3. Revised Uniform Partnership Act 1997 or RUPA
4. the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).
5. Edwin W. Hecker Jr., The Kansas Revised Uniform Partnership Act, Journal of the Kansas Bar Association, Vol. 68, p. 16, 1999, P 1.
6. Company
7. Incorporation or -Legal Existence

متحمل و قابل پیش‌بینی شرکت مسئول نبوده و ملزم به شرکت در زیان‌هایی که بالاتر از میزان مشارکت تعریف شده آنان است، نیستند.^۱

مبحث دوم: موضوع مشارکت مدنی

مشارکت مدنی در نظام بانکی کشور می‌تواند حوزه وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی را شامل شود. فعالیت‌های عمرانی انتفاعی، طرح‌های تولیدی، خدماتی و بازرگانی را با مشارکت سازمان‌های ذی‌ربط دولتی، اشخاص حقیقی و حقوقی بخش خصوصی و تعاونی با همکاری نظام بانکی می‌توان در قالب این عقد به اجرا درآورد.^۲ شرکا می‌توانند هر نوع شرکتی را به هر نحو که مایل هستند، تشکیل دهند، اما رعایت یک‌سری قواعد آمره برای ایجاد آن الزامی است؛ بدین صورت که موضوع در شرکت مدنی از اهمیت به‌سزایی برخوردار است؛ چراکه مرز بین شرکت تجاری و مدنی و سایر مؤسسات را مشخص می‌سازد؛ به نحوی که اگر فعالیت شرکت در قالب مواد ۲ و ۳ قانون تجارت قرار گیرد، شرکت تجاری است؛ نه مدنی. موضوع شرکت، مطلبی است که در قالب مواد ۵۷۶، ۵۷۷، ۵۷۹، ۵۸۰ قانون مدنی نیز ذکر شده است. می‌توان قاعده کلی را چنین ترسیم کرد که هر شرکتی که در قانون تجارت برای آن مقررات خاصی پیش‌بینی نشده باشد، مدنی است.^۳

در مشارکت مدنی برخلاف مضاربه که سرمایه نقدی مورد نیاز را منحصرأ مالک تأمین می‌کند، تأمین سرمایه، اعم از نقدی و غیرنقدی به مشارکت شرکا تأمین می‌شود. حال موضوع اشاعه می‌تواند عین، منافع عین و دیگر اموال عینی یا حق دینی، مانند حقوق قراردادی مشترک یا حق شفعه باشد. مالکیت معنوی نیز از جمله حق اختراع و دیگر حقوق معنوی ممکن است موضوع مشارکت قرار گیرد.^۴

لازم است که وضعیت شرکت‌های مدنی دارای سرمایه مستقل را از مشارکت‌های مدنی بدون سرمایه تفکیک کرد. هر چند شرکت‌هایی که از طریق سرمایه‌گذاری نقدی یا غیرنقدی تشکیل می‌شوند، معمولاً در قالب شرکت‌های تجاری هستند، ولی به هر حال در موارد محدودی مشارکت‌های مدنی بر اساس آورده نقدی یا غیرنقدی بین اشخاص وجود دارند. به سادگی نمی‌توان مرز مشخصی بین این نوع شرکت‌ها و شرکت‌های تجاری قائل شد؛ چراکه شرکت‌های مدنی نیز هستند که مشغول کار تجاری‌اند. پاره‌ای دیگر از شرکت‌های مدنی بدون سرمایه هستند؛ بدین ترتیب که از آنجا که تشکیل شرکت مبتنی بر شخص شرکا است، اگر هر یک از شرکا که معمولاً دارای امکانات فنی و سرمایه‌های بزرگی هستند، ولی شرکت فاقد سرمایه اسمی است، سرمایه را اساس مشارکت خویش قرار ندهند، اما در عین حال با همان امکانات خویش شرکتی را تشکیل دهند، شرکت مدنی بدون سرمایه تلقی می‌شوند.

پس آورده چه مادی و چه غیرمادی باشد، می‌تواند به عنوان سرمایه در نظر گرفته شود. منظور از مال غیرمادی، مالی است که در خارج وجود مادی ندارد، ولی جامعه وجود آن را اعتبار کرده و قانون هم آن را شناخته است، مانند حق اختراع، حق تألیف و به طور کلی هر نوع حق مالی از جمله حق ارتفاق، حق انتفاع و طلب که دارای ارزش مبادله‌اند، می‌تواند موضوع آورده شرکا قرار گیرد.

1. Ibid, P 307.

۲. شیخی، علیرضا، مشارکت مدنی؛ عقدی فراگیر در اجرای بانکداری بدون ربا، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۱۱، ۱۳۷۹، ص ۴۲.

۳. حسینی تهرانی، مرتضی، شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۷، ۱۳۶۵، ص ۴۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۴۵.



البته سرمایه هر شریک، به منزله عوض و معوض در عقود معاوضی است؛ لذا باید تمام شرایط موضوع یک عقد کامل را داشته باشد. از جمله این موارد مالیت، منفعت عقلایی، طلق بودن، مقدور-التسلیم بودن، قانونی بودن معامله کردن آن و قابلیت موضوع معامله قرار گرفتن است و در صورتی که از تسلیم این آورده خودداری شود، با وجود اثبات مطالبه آن از سوی شرکت، موضوع مشمول خسارت مواد ۲۲۶ و ۲۲۸ قانون مدنی قرار می‌گیرد. به طور کلی شروط آورده شرکا را می‌توان در معین بودن، قابل انتقال بودن، مشروع و موافق نظم عمومی و اخلاق حسنه بودن آن خلاصه کرد.^۱

آنچه در وجود یک شرکت در حقوق انگلیس اهمیت دارد، در ماده ۲ قانون ۱۹۸۰ بیان شده است که اولین مورد این است که هر اجتماع و مشارکتی در اموال یا اجاره را نباید مشارکت مدنی خواند؛ بلکه این شراکت بایستی با هدف سود و کسب منفعت باشد.^۲ در حقوق این کشور، این موضوع که مشارکت مدنی به وجود می‌آید یا نه، صرفاً یک امر موضوعی نبوده و ترکیبی از امر موضوعی و حکمی است.^۳

تمام اموال، حقوق و منافع که از طریق خرید یا غیره به شرکت آورده می‌شود، در قانون انگلیس به عنوان اموال شرکت نام برده شده است که منحصراً باید در جهت اهداف شرکت و طبق توافق به کار برده شود. قانون این کشور، محدودیتی در خصوص نوع مال و آورده ذکر نکرده، اما با تفسیر مضیق از قانون یکنواخت مشارکت مدنی آمریکا، می‌توان گفت کار و خدمت سرمایه محسوب نمی‌شود. در آرای بسیاری نیز به این امر اشاره شده که یکی از معیارهایی که وجود شرکت را ثابت می‌کند، پول نقد، اموال، دانش فنی یا مهارتی است که به شرکت آورده می‌شود.^۴

این که اموال شرکا به عنوان اموال شرکت تلقی شود، به توافق طرفین بستگی دارد، اما به طور کلی، هر مالی که به شرکت آورده می‌شود یا پس از تشکیل و به حساب و از طرف شرکت به دست می‌آید، اموال شرکت محسوب می‌شود. در بخش ۳۱ قانون انگلیس نیز اشاره شده که اموالی که با پول خریداری می‌شود و به شرکت تعلق دارد، فرض بر این است که از طرف و به حساب شرکت خریداری شده؛ مگر توافق خلاف این مورد بین طرفین وجود داشته باشد.

البته این قاعده استثنایی نیز دارد و آن جایی است که مالکین مشترک منافع یا مالکین زمینی که جزو اموال شرکت نیست، شریک منافی هستند که از استفاده از آن زمین حاصل می‌شود و زمین‌های دیگر نیز خریداری کرده که زمین خریداری شده به آن‌ها تعلق دارد و نه به عنوان شریک؛ بلکه به عنوان مالکین مشترک، از آن بهره می‌برند. بنابراین مهم است که به صراحت توافق شود که هر مال اضافه دیگری که حاصل

۱. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۶۳.

2. Partnership Act 1890: "2. In determining whether a partnership does or does not exist, regard shall be had to the following rules: (1) Joint tenancy, tenancy in common, joint property, common property or part ownership does not of itself create a partnership as to anything so held or owned, whether the tenants or owners do or do not share any profits made by the use thereof..."
3. Harman L.J. Keith Spicer Ltd v. Mansell, 1970, 1W.L.R. 333.
4. Volzke Construction Ltd. v. Westlock Foods Ltd. (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 97, 70 A.R. 300, [1986] 4 W.W.R. 668 (C.A.), at pp. 5-6; Pooley v. Driver (1876), 5 Ch.D. 458, 46 L.J. Ch. 466, at p. 6; Cox and Wheatcroft v. Hickman (1860), 8 H.L. Cas. 268, 11 E.R. 431, at p. 10.

می‌شود، به شرکت تعلق دارد. لذا اموال شخصی شرکا باید از اموال شرکت تفکیک شود.^۱ یکی از راه‌های آن این است که اموالی که در اسناد مربوط به شرکت ثبت نشده، اموال شرکت محسوب نمی‌شود.

در برخی موارد اموال شرکت، اموال شخصی محسوب می‌شود و هر شریکی به عنوان متصرف در مشارکت مدنی، مالک آن است. این دیدگاهی است که در قانون قدیم یکنواخت مشارکت مدنی آمریکا به آن اشاره شده بود که تحت تأثیر دیدگاه مشارکت جمعی بود؛ چرا که بر اساس این دیدگاه، مشارکت مدنی فاقد یک موجودیت مستقل است و فرض بر این بود که مشارکت مدنی نمی‌تواند اموالی داشته باشد و شرکا عملاً مالک اموال محسوب می‌شوند. در حالی که در قانون جدید صراحتاً ذکر شده که مشارکت مدنی ممکن است دارای اموالی باشد.

با این که مقررات و قوانینی در حقوق کامن‌لا به طور اخص به بیان مشارکت مدنی پرداخته، اما در هیچ یک از دو سیستم حقوق کشورهای مورد بحث، در خصوص موضوع و مال مورد نظر در شرکت مدنی صحبتی نشده است.

لازم به ذکر است که در حقوق انگلیس، عدم ذکر مالی در ترازنامه شرکت به معنای این نیست که مال مربوط جزء اموال شرکت محسوب نمی‌شود و نام مالک آن به طور قطعی نمی‌تواند نشان‌دهنده‌ی برای تفکیک اموال شخصی از مال شرکت باشد؛ چراکه ممکن است مالی به نام شریک باشد، اما به هزینه شرکت خریداری شده باشد که باز جزء اموال شرکت محسوب می‌شود. لذا باید توافقی در این زمینه حتماً نوشته شود و در صورتی که هیچ صحبتی از آن در توافق نامه نشده باشد، رجوع به ترازنامه، تنها راه چاره تلقی می‌شود که باز ممکن است در ترازنامه نیز فهرستی از اموال شرکت ذکر نشده باشد. حال آنکه در حقوق ایران گفته شده که تسلیم مال در برخی موارد، همانند اموال غیرمنقول با ثبت آن به اسم شرکت تحقق می‌یابد که این خود می‌تواند معیاری برای شناسایی اموال و جلوگیری از هرگونه تقلب و تزویر باشد.

مبحث سوم: شرایط انعقاد قرارداد مشارکت مدنی

تحقق عقد شرکت منوط به قصد و رضای طرفین است. طرفین باید قصد ایجاد مشارکت داشته باشند. این سخن که املاک مفروز پس از امتزاج به املاک مشاع تبدیل شده و نیازی به قصد شرکت وجود ندارد؛ چرا که به دلیل عدم تشخیص اموال از یکدیگر ناچار به حکم به مالکیت مشاع هستیم، درست نیست؛ زیرا همین مطلب است که امتزاج اختیاری را از قهری جدا می‌سازد و برای تبدیل مزج قهری به شرکت، باید قصد شرکت وجود داشته باشد و نمی‌توان فقط عدم تشخیص اموال از یکدیگر را شرکت پنداشت.^۲ البته برای تشکیل شرکت مدنی نیازی به تنظیم شرکت‌نامه نیست و تنظیم قرارداد شرکت کافی است. موافقت‌نامه برای تشکیل شرکت، قرارداد خصوصی است که در دفتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود.^۳

یکی از شرایط دیگر، وجود هدف مشخص و معین است و چون از مبدأ تا مقصد، شرکا هدف پیمودن وضع و راه موجود و رسیدن به وضع مطلوب را در نظر گرفته‌اند، رعایت این شرط لازم و ضروری است. از طرفی تنها این کافی نیست که موضوع مالکیت همه شرکا شیء واحد باشد و در واقع هر یک نسبت به

1. Kelly v Kelly (1990) 92 ALR 74; 64 ALJR 234.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۹، ص ۲۰۷.

۳. افتخاری، جواد، شرکت‌های تجاری، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۸.

قسمتی معین از اجزای آن شیء واحد مالکیت داشته باشند، بلکه بایستی مال در عین واحد متعلق حق مالکیت هر یک از شرکا محسوب شود.^۱

به عبارت دیگر، موضوع شرکت باید مشخص باشد؛ به خصوص در صورتی که در قالب عقود بانکی باشد تا بانک‌ها بتوانند پس از ارزیابی موضوع و اطمینان از برگشت اصل سهم‌الشرکه و سود آن، مباردت به انعقاد قرارداد نمایند و فعالیت مؤثر و اطمینان‌بخشی در تولیدات، کشاورزی و غیره داشته باشند.^۲ اگر حداقل دو نفر شریک، شرکتهای را تشکیل داده که تشکیل آن شرکت از نظر رعایت قوانین مدنی درست است، ولی اصول آن با مشخصات شرکتهای مذکور در ماده ۲۰ قانون تجارت قابل انطباق نیست، آن شرکت، شرکت مدنی است.^۳ اساس و پایه هر شرکتی را همکاری و مشارکت تشکیل می‌دهد؛ به همین خاطر است که قانون تجارت نیز حداقل افراد برای تشکیل شرکت را دو نفر دانسته و اعتبار شرکت تک شریکی در حقوق ما همراه با تردید است.

شرایطی نیز برای انعقاد قرارداد مشارکت مدنی در حقوق کامن‌لا وجود دارد؛ چون شرکتهای با عضو واحد ممکن است در کشور محل ثبت خود قانونی شناخته شوند، لذا بر طبق این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن می‌توانند در ایران فعالیت نمایند. تشکیل شرکت با عضو واحد در اکثر کشورها نظیر انگلیس، فرانسه، ایتالیا و آلمان پذیرفته شده است.^۴ در حقوق انگلستان، قانون مقررات راجع به شرکتهای سهامی خاص تک عضوی (مصوب ۱۹۹۲) اجازه می‌دهد که شرکتهای سهامی خاص با یک شریک تشکیل شوند.

حقوق انگلیس سه شرط را برای ایجاد شرکت عنوان کرده‌اند؛ تجارت، همکاری بین دو یا چند نفر به صورت مشترک و هدف کسب سود.^۵ همه شرکا مستحق سهم مساوی از سود و منافع هستند و باید به نحو تسهیم نیز در زیان شریک باشند و هیچ شریکی سزاوار گرفتن منافع سرمایه قبل از اثبات سود نیست. از طرفی، هیچ شریکی برای کاری که در تجارت شرکت کرده است، پاداشی دریافت نمی‌کند. در حقوق آمریکا شرط تقسیم سود به‌گونه نابرابر در حالی که آورده شریکان برابر است، پذیرفته شده است. بخش ۱۸ قانون یکنواخت شرکت مدنی تقسیم سود را به‌گونه برابر تجویز کرده، اما هرگونه توافق خلاف این مورد را قابل پذیرش دانسته است.

وجه امانی شریک در کامن‌لا نیز به رسمیت شناخته شده است. بخش ۲۱ قانون یکنواخت شرکت مدنی آمریکا به امین بودن هر شریک، را به ویژه در مورد سودهایی که در جریان عملیات و امور شرکت به دست می‌آید، تصریح دارد.

بخش ۱۹ قانون آمریکا به هر شریکی حق دسترسی به دفاتر حساب‌های شرکت را داده و اگر دفاتر نامناسب باشد، برابر ماده ۲۰ همان قانون، به هر شریکی حق می‌دهد که اطلاعات بیشتری را از مدیر درخواست کند. متن ماده بدین شرح است که: «شریکان باید اطلاعات حقیقی و کاملی از تمام اموری که در شرکت مؤثر است، با درخواست هر شریک ارائه دهند.»

۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، نشر حقوقدانان، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۷۷.

۲. درویشی، ابراهیم، جایگاه عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود اسلامی، فصلنامه بانک صادرات ایران، شماره ۱۴، ص ۷۸.

۳. قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین، بحثی در اطراف معاملات شرکتهای تجارتی و مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱، ص ۳۳۵.

۴. محمودی، اصغر، تشکیل شرکت با عضو واحد، مجله مصباح، شماره ۶۱، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱.

5. Dollar Land Ltd v. CIN Properties Ltd, The Times April 21, 1995.

اگر شرکت حق دسترسی شرکا به حساب و دفاتر شرکت را انکار کند، شریک حق خواهد داشت تا دستور موقتی از دادگاه مبنی بر اجبار شرکت برای اجازه بررسی اسناد را بگیرد.¹ همان‌طور که اشاره شد، خلاف حقوق ایران که به صراحت شرکت تک‌نفره را مورد پذیرش قرار نداده، در کامن‌لا شرکت تک‌نفره معتبر است. این در حالی است که با تأسیس شرکت‌های تک‌عضوی، ضریب ریسک فعالیت‌های اقتصادی برای اشخاص معامله‌کننده بالا نخواهد رفت؛ زیرا قید عبارت تک‌شریک، بعد از نام شرکت به خوبی وضعیت شرکت و میزان مسئولیت تنها عضو آن را نشان خواهد داد و اشخاص با علم و آگاهی از وضعیت شرکت وارد معامله با آن می‌شوند. در ثانی، ممکن است اعتبار چنین شرکت‌هایی به مراتب بیشتر از شرکت‌های با تعداد شریک بیشتر باشد.

در حقوق ایران، موضوع سود اضافی بدون عملکرد بیشتر شریک، با توجه به پیشینه فقهی در این زمینه، قبول این مسئله را اندکی دشوار می‌نماید، اما در حقوق آمریکا به صراحت به امکان هر نوع توافق در این زمینه اشاره شده است. البته در مقابل این که، در حقوق انگلیس تعداد افراد، محدودیت ذکر شده، با توجه به مبنای قراردادی بودن مشارکت مدنی و اصل آزادی قراردادهای خالی از اشکال نیست. با وجود تفاوت‌های جزئی که ریشه در پیشینه حقوق کشورهای مورد مقایسه دارد، تفاوتی بین ید امانی شریک و حقوق شرکا از جمله حق درخواست حسابرسی، حساب پس دادن، تقسیم سود و زیان بین آن‌ها نیست.

نتیجه‌گیری

اگر بخواهیم به ارائه تعریفی مختصر از شرکت بپردازیم تا بتوان به وسیله آن وجه تمایز مدنی و حقوقی آن را به رخ کشید، باید این‌گونه گفت که شرکت‌های تجاری، اجتماع دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی برای انجام عملیات تجاری و کسب سود را گویند و شرکت‌هایی که هدف از تأسیس آن‌ها تجارت نیست و اعمال تجاری انجام نمی‌دهند، شرکت‌های حقوقی یا مدنی نامیده می‌شوند. پس باید قلمرو حکومت قانون مدنی را از قانون تجارت بازشناخت و در خصوص شرکت‌هایی با فعالیت تجاری، قانون تجارت را حاکم دانست. قانون مدنی، برای شرکت‌های مدنی شخصیت حقوقی قائل نشده و غالباً قریب به اتفاق نویسندگان حقوق مدنی نیز شخصیت حقوقی برای شرکت‌های مدنی نمی‌شناسند. از سویی دیگر، مفهوم اجتماع حقوق را نباید با مشارکت در هم آمیخت؛ چراکه هر اجتماعی عنوان مشارکت پیدا نمی‌کند.

قانون ایران ذکری از عقد شرکت نکرده، به همین دلیل بین حقوقدانان و فقها در وجود مستقل این نوع عقد، ابهامات و اختلافاتی وجود دارد. از سوی دیگر موضوع و سرمایه‌های قابل قبول در این زمینه ذکر نشده است؛ اما در حقوق کامن‌لا تا حدی مشخص‌تر به این امر پرداخته شده است. حقوق کامن‌لا در این زمینه می‌تواند الگوی قانون‌گذار ایرانی باشد. در مجموع می‌توان گفت، حقوق مدنی ایران، حاوی تمام مقررات لازم‌الاجرا در این باب نیست و قانون مدنی در زمینه عقد شرکت که یکی از عقود معین محسوب می‌شود، متضمن نقاط مبهم متعددی است و پاسخگوی روابط اجتماعی کنونی نیست. باید کوشش کنیم از طریق تفسیر و با استفاده از سایر قوانین و منابع فقهی و بالأخره با پیشنهاد وضع مقررات جدید ابهامات موجود را برطرف کنیم. حکم قانونی و قانون‌گذاری مدون و جدید نیز اجتناب‌ناپذیر است.

1. Gregory, William A. The Law of Agency and Partnership, 3d ed. St. Paul, Minn, West Group, 2001, P12.



یکی از این راه‌های حل معضل سکوت قانون‌گذار، می‌تواند وضع قانونی جامع، همچون حقوق انگلیس، با تمامی مقررات و قواعد حاکم بر مشارکت مدنی باشد یا این که همچون آمریکا، دستورالعملی، هر چند غیرالزامی جهت راهنمایی کسانی که گاهی همه سرمایه خویش را به مشارکت می‌گذارند، تدوین گردد.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۹.
۲. اشمیتوف، کلابو ام، ترجمه اسیقی نمینی، محمد؛ اخلاقی، بهروز؛ امام، فرهاد؛ باقری، محمد؛ طیبی فرد، امیرحسین و همت‌دوست، اسماعیل، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۳. افتخاری، جواد، شرکت‌های تجاری، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۴. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۵. حسینی تهرانی، مرتضی، شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۷، ۱۳۶۵.
۶. درویشی، ابراهیم، جایگاه عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود اسلامی، فصلنامه بانک صادرات ایران، شماره ۱۴.
۷. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، نشر حقوقدانان، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۸. شیخی، علیرضا، مشارکت مدنی؛ عقدی فراگیر در اجرای بانکداری بدون ربا، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۱۱، ۱۳۷۹.
۹. صادقی گلدار، احمد، عقد شرکت، قلمرو و مفهوم آن، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۹، ۱۳۶۶.
۱۰. قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین، بحثی در اطراف معاملات شرکت‌های تجاری و مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.
۱۱. قهرمانی، نصرالله، ماهیت حقوقی جوینت‌ونچر و مقایسه آن با مفاهیم مشابه، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۹، ۱۳۸۴.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح، نشر گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۱۳. کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۴. محمودی، اصغر، تشکیل شرکت با عضو واحد، مجله مصباح، شماره ۶۱، ۱۳۸۴.

ب) انگلیسی

1. H.T. Hackney Co. v. Robert E.Lee Hotel, 300. S.W.1,2 (Tenna) 1927.
2. G. Ellis, Jason & Slorach, Scott, Business law, Oxford University Press, 1997.
3. Edwin W. Hecker Jr. The Kansas Revised Uniform Partnership Act, Journal of the Kansas Bar Association, Vol.68, 1999.
4. Gregory, William A. The Law of Agency and Partnership, 3d ed. St. Paul, Minn, West Group, 2001.

تقابل «نظم» و «عدالت» در حقوق

مهدی شریعتی فرد

چکیده

در اولین نظر، شاید نسبت بین «نظم» که به طور عمده از طریق قانون تجلی می‌یابد، از یک سو و از سوی دیگر، «عدالت»، از میان نسب اربعه، تساوی تلقی گردد و چنین گفته شود که «نظم قانونی»، لاجرم و در همه حال، «عدالت» را نیز با خود به همراه دارد، اما در خوش‌بینانه‌ترین نگاه، تقارن و همراهی عملی میان «نظم» و «عدالت» را فقط به عنوان یک اصل می‌توان در نظر آورد؛ در حالی که هم به لحاظ نظری و هم در عالم خارج، می‌توان قوانینی را تصور یا مشاهده کرد که هیچ انطباقی با عدالت ندارند. اطلاق - ناپذیری عدالت و نسبی و شناور بودن مفهوم آن در بسیاری از موضوعات و زمینه‌ها نیز به این شکاف دامن می‌زند. اینجاست که برای یک حقوقدان واقعی این سؤال مطرح می‌شود که در صورت تقابل بین «نظم قانونی» و «عدالت»، باید جانب کدام طرف را نگاه داشت؟ قانون؟ یا عدالت؟ در فرض مورد بحث، جانبداری از نظم و قانون، البته کار روان و ساده‌ای خواهد بود که هیچ هزینه‌ای نیز به دنبال نخواهد داشت، لیکن در این صورت، رسالت ناشی از حقوقدان بودن چه خواهد شد؟ آیا رسالت یک حقوقدان، لزوماً پاسداری از قوانین به هر قیمتی است؟ یا این که رسالت او، پاسداری و نگاهبانی از حریم عدالت می‌باشد؟ آیا قانون و نظم ناشی از آن، برای یک عالم حقوق، باید موضوعیت داشته باشد یا طریقت؟ و اگر قانون، به خودی خود موضوعیت ندارد و بلکه طریقی است شکیل و منضبط به سوی عدالت، در این صورت تعدیل قانونی که احیاناً ناعادلانه است یا در وضعیت خاصی و در اثر متحول شدن و دگرگون گشتن بسیاری از مفاهیم یا مناسبات و ارتباطات کهن، امروز به بی‌عدالتی منتهی می‌شود، چگونه و به چه نحو میسر و امکان‌پذیر خواهد بود، به طوری که هم اصل «حاکمیت قانون» مخدوش نگردد و هم «عدالت»، قربانی اصل حاکمیت قانون نشود؟ در این وجیزه تلاش شده است این مسائل مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد. البته بدیهی است که به لحاظ منطقی، بحث حاضر، به دنبال خود بحث دیگری را هم خواهد طلبید و آن این که اساساً «عدالت» چیست و در عمل، با چه معیارهایی قابل شناسایی است؟ پرواضح است که نتیجه‌ی هرگونه تسامح یا «کلی‌گویی» در این باره، مهجور ماندن «عدالت» و چیرگی «ظلم» آن هم با رنگ و لعاب «قانون» خواهد بود. معالوف از آنجا که بحث راجع به ماهیت عدالت و این که جوهر و خمیرمایه‌ی عدالت چیست و در عمل با چه معیارهایی قابل تشخیص و شناسایی است، مجال مستقل دیگری

را می‌طلبید، لذا ان شاءالله در اولین فرصت ممکن، سعی خواهد شد در حد بضاعت، به آن نیز پرداخته شود.

جهت تشجید و تقریب ذهن خواننده‌ی محترم با موضوع مقاله‌ی حاضر، «چکیده» را با دو فراز از سخنان استاد مرحوم جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان به پایان می‌رسانم که این دو فراز، به صریح‌ترین وجه ممکن، از دغدغه‌ی معظم‌له درباره‌ی موضوع مورد بحث (یعنی قربانی شدن عدالت در مسلخ نظم قانونی) حکایت دارد:

الف) «...هنر حقوق‌دان تنها در این نیست که قانون را بفهمد و آن را مطابق با نظر قانون‌گذار اجراء کند؛ هنر واقعی در این است که از ترکیب قوانین در سایه‌ی اصول حقوقی، راهی به سوی عدالت بگشاید و نیازها و ضرورت‌ها را رعایت کند و درست در همین جاست که اجتهاد واقعی شکل می‌گیرد و حقوق، چهره‌ی علمی می‌یابد.» (دکتر ناصر کاتوزیان، رک: ابتدای کتاب تألیفی توسط آقای دکتر حسن بادینی با عنوان: «فلسفه مسئولیت مدنی»)

ب) «سعی من بر این است که به قوانین احترام بگذارم و از آن‌ها جدا نشوم؛ ولی وقتی با ستمی آشکار روبه‌رو شوم هرچه در دسترس دارم، بر سر آن قانون می‌کوبم تا از رونق و جلا بیفتد؛ اگر بتوانم از آن می‌گذرم و اگر نتوانم لاقلاً این رضایت را دارم که با ظلم درافتاده‌ام.» (دکتر ناصر کاتوزیان، رک: سرآغاز کتاب «خانواده»)

واژگان کلیدی: حقوق، نظم، عدالت، قانون، تفسیر قضایی.

۱. طرح موضوع (نقش حقوق در زندگی اجتماعی انسان‌ها)

می‌دانیم که زندگی انسان‌ها به صورت گروهی و اجتماعی جریان دارد. این زندگی اجتماعی؛ خواه به تعبیر آگوست کنت فرانسوی، ناشی از غریزه‌ی دیگرگرایی (Altruism) باشد و خواه طبق نظر توماس هابس انگلیسی، نتیجه‌ی حکم ضروری عقل انسان به منظور مقابله با مشکلات و نیازها؛ (رک: دکتر مهدی کی‌نیا، «مبانی جرم‌شناسی»، جلد دوم، صفحه ۸) به هر حال عامل ایجاد پدیده‌ای بنام «رابطه» می‌باشد که در بین اعضای این اجتماع، در عرصه‌های گوناگون به وجود می‌آید. بنابراین، روابط اجتماعی و مدنی، نتیجه‌ی منطقی و اجتناب‌ناپذیر یک زندگی گروهی و اجتماعی است.

از سوی دیگر می‌دانیم که «حقوق» به یک معنا عبارت است از مجموعه‌ی نظامات و مقررات الزام‌آور حاکم بر همین روابط اجتماعی. (Law = Droit) از این منظر، وظیفه‌ی حقوق، تنظیم و تسبیح روابطی است که در عرصه‌ی زندگی اجتماعی و در اثر این نوع زندگی وجود دارد، اما آنچه حائز اهمیت فراوان است و در واقع، فلسفه‌ی حقوق را تشکیل می‌دهد، این است که بینیم مبنای این نظم چیست؟ در حقیقت همین «مبنا» ست که روح یک نظام حقوقی را می‌سازد و وجه‌تمایز میان مکاتب مختلف حقوقی را تشکیل می‌دهد.

از آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که برای حقوق، در دو سطح باید «نقش» قائل شد: اول، در سطح مقدماتی و حداقلی و دوم، در سطح نهایی و غایی.

در سطح مقدماتی، وظیفه‌ی حقوق ایجاد نظم در روابط اجتماعی است. حقوق از این منظر می‌خواهد در روابط اجتماعی نظم و ترتیبی ایجاد نماید که لازمه‌ی امنیت و ثبات در زندگی مدنی است. ضرورت حاکمیت قانون در تمامی عرصه‌ها و برای همه‌ی افراد و اشخاص نیز، در حقیقت تبلوری از همین موضوع می‌باشد.



ایجاد نظم در روابط اجتماعی، اما تمام وظیفه‌ی حقوق و غایت آمال آن نیست. شاید بتوان گفت که ارزش نظم، عمدتاً به جهت بستری است که برای پرورش استعدادها و رسیدن به فضایل دیگر مهیا می‌سازد؛ یعنی نظم، زمانی ارزش دارد که وسیله و زمینه‌ای باشد برای نیل به ارزش‌های والای دیگر. اینجاست که نقش حقوق در سطح نهایی و غایی مطرح می‌شود. در این سطح است که حقوق باید هدف غایی و آرمانی خود را متجلی نماید. حال بینیم در بحث ما، این غایت‌الغایات، این آرمان و این ارزش‌های برتر کدام است که «نظم»، مقدمه، بستر و زمینه‌ی آن محسوب می‌شود.

بی‌گمان این ارزش برتر و ممتاز که «آرمان» حقوق را هم تشکیل می‌دهد، چیزی نیست؛ مگر «عدالت»؛ همان ارزش والا و اما اغلب گم‌شده‌ای که بشریت همواره تشنه‌ی آن بوده است. خداوند متعال در قرآن مجید، عدالت را نزدیک‌ترین فضیلت به تقوا معرفی کرده است: «اعدلوا، هواقرب للتقوی» (سوره مائده: آیه ۸) و در آیه‌ای دیگر، عدالت را به عنوان مبنا برای داوری و قضاوت در میان مردم، مورد تأکید قرار داده است: «واذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» (سوره نساء: آیه ۵۸) یعنی زمانی که بین مردم به داوری و حکم می‌پردازید، مبنای کار شما باید عدالت باشد و نه چیز دیگر و این، یعنی ضرورت رعایت تلازم بین «حکم کردن» و «عدالت». «کانت» هم می‌گفت: «اگر عدالت از بین برود، دیگر زندگی کردن به زحمتش نمی‌آورد.» (نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، «گامی به سوی عدالت»، ج اول) در میان انسان‌ها نیز همواره غیورمردان و شیرزنان زیادی بوده‌اند که از جان، مال، آزادی و امنیت خود گذشته‌اند تا به عدالت برسند؛ چندان که صفحه‌ی تاریخ بشر، سرشار از حکایات و شرح احوال چنین انسان‌های گران‌قدری است.

در این‌که آرمان حقیقی حقوق چیزی جز «عدالت» نیست، تردیدی نمی‌توان داشت. نظم فقط مقدمه‌ای است برای رسیدن به این آرمان و گرنه غایت حقوق، صرف نظم بخشیدن به امور نمی‌باشد. بسیاری محیط‌ها وجود دارند که لبریز از نظم و انضباط می‌باشند، مثلاً محیط‌های نظامی، پادگان‌ها و زندان‌ها. در این قبیل محیط‌ها، بدون شک نظم و انضباط، حرف اول را می‌زنند و نه فقط حرف اول، که تمام حرف را اشغال کرده‌اند، اما حقیقتاً هیچ ارزشی ندارند؛ مگر آن‌که بخواهیم با هرج‌ومرج مقایسه‌شان کنیم که البته این حرف دیگری است که در آن صورت، من هم قبول دارم که نظم زندان‌گونه، بهتر از هرج‌ومرج است، اما نکته‌ی حساس و اساسی اینجاست که آیا انسان به دنیا آمده است تا فقط گرفتار هرج‌ومرج نباشد تا بتوان گفت برای تأمین این معنا، نظم تنها و زندان‌گونه کافی است؟ یا این‌که آدمی به دنیا قدم گذاشته تا فضایل و ارزش‌ها را در خود بپروراند و به تعالی و ارجی که شایسته‌ی آن است، دست یابد؟ پس گزاف نیست اگر حقوق، از انتظام امور و تنظیم و تنسیق روابط اجتماعی، هدف و غایتی برتر را در سر بپروراند و به نظم و نسق تنها قانع نباشد و در حقیقت، همین هدف غایی است که به حقوق، شرافت و منزلت می‌بخشد و این، نه فقط آرمان حقوق، که آرمان و اوج آمال تمام بشریت است که توسط حقوق تبلور می‌یابد. از همین جاست که از دیرباز تاکنون، در کشور ما هم به دستگاه قضایی، «عدلیه» گفته شده است و نه «نظمیه».

عدالت، از نظر ارزش و قداست با هیچ ارزش دیگری قابل مقایسه نیست. حتی «آزادی» که این همه برای آن در همه جای دنیا سر و دست می‌شکنند، از نظر ارزشی نمی‌تواند در رتبه‌ای بالاتر از عدالت و حتی هم‌سنگ با آن قرار داشته باشد؛ چندان که می‌بینیم انسان‌های زیادی بوده‌اند که از آزادی خود

چشم پوشیده‌اند تا به عدالت برسند. «نلسون ماندلا» رهبر خستگی‌ناپذیر مبارزه با تبعیض نژادی که خود، حقوق‌دان و وکیلی آزادمرد و آزاداندیش بود، متجاوز از ۲۷ سال در زندان ماند تا ثابت کند، نه نظم و نه آزادی، هیچ‌کدام آن قدر ارزش ندارند که «عدالت» در برابر آن‌ها فدا گردد. در جامعه‌ای که او در آن می‌زیست و با نظام حاکم بر آن مبارزه می‌کرد، قانون به حد کافی وجود داشت و به تبع آن، نظم هم به حد کافی موجود بود، اما تمام آن قوانین و نظم ناشی از آن‌ها، همه و همه ناعادلانه و مبتنی بر تبعیض نژادی بودند (۱) و اساساً «آپارتاید = Apartheid» در کشور آفریقای جنوبی، عمدتاً به شکل قانونی آن تبلور یافته بود؛ (۲) یعنی ظلم، بی‌عدالتی، نابرابری و تبعیض را در پوشش قانون آراسته بودند. چنین کرده بودند تا نتوان با چنان وضعیتی به آسانی درافتاد؛ تا «قانون»، بهانه‌ها را قطع کند یا این که بهانه‌ای باشد برای قطع تظلمات و اعتراض‌ها. آیا «حقوق» می‌تواند چنین نظم مبتنی بر قانون، اما تهی از عدالت و انصاف را بپذیرد و به دیگران هم اصرار کند که آن را بپذیرند؟ دقیقاً این سخن «مهاتما گاندی» که می‌گفت: «زمانی فرا می‌رسد که عدم‌همکاری، به اندازه‌ی همکاری، وظیفه‌ی هر کس می‌شود و (آن روز) کسی که از این حق (و تکلیف) خود صرف‌نظر کند، انسان شمرده نمی‌شود.» (۳) اشاره به چنین وضعیتی است: «حاکمیت قانون ناعادلانه».

«عدالت» برخلاف بسیاری از ارزش‌های دیگر، هیچ محدودیتی ندارد و هیچ‌گونه قیدی هم نمی‌پذیرد. ارزشی است بی‌چون و چراه، مطلق و بی‌قید و شرط که حتی نا عادلان و ظالمان نیز دوست دارند از آن دم بزنند؛ در حالی که آزادی تا جایی محترم است که مخل آزادی دیگران نباشد و در نتیجه، قیدی دارد از جنس خود و با همان علتی که برای خود، مقرر است. نظم نیز چنین محدودیت‌هایی دارد و اساساً ارزش آن به جهت نقشی است که در هموارسازی راه برای پرورش سایر ارزش‌ها و فضایل بر عهده دارد و گرنه جز تکلف و مزاحمت، چیز دیگری نخواهد بود.

۲. چگونگی تأمین عدالت به عنوان آرمان حقوق، در جریان دادرسی

با روشن و مسلم بودن ارزش، اهمیت و قداست «عدالت» به عنوان آرمان اصلی و حقیقی حقوق و این که نظم قانونی فقط در صورتی که عادلانه باشد، می‌تواند حقوق را در نایل شدن به آرمان خود یاری دهد، می‌خواهم این سؤال را مطرح کنم که موضع یک حقوق‌دان و ازجمله یک قاضی که قلم رسمی و زنده‌ی حقوق را در دست دارد، در مقابل قوانین به ویژه در مقابل قوانینی که احیاناً ناعادلانه می‌باشند یا در شرایط و موقعیت خاصی، اثر ناعادلانه بر جای می‌گذارند باید چگونه باشد؟ آیا این موضع می‌تواند همانند موضع یک فرد نظامی یا یک کارمند دولتی، موضعی سراسر انفعال، انقیاد و اطاعت باشد؟ مسلم است که قضاوت قاضی در پرونده‌ها نمی‌تواند مغایر با قوانین موجود باشد و نیز مسلم است که قاضی نمی‌تواند طوری عمل کند که رفتار قضایی وی به منزله‌ی وضع قاعده تلقی گردد؛ چراکه چنین امری ضمن ایجاد هرج و مرج، با اصل تفکیک قوا نیز که از اصول پیشرفته‌ی جوامع دموکراتیک محسوب می‌شود، مغایرت خواهد داشت. پس راه جمع این ضرورت‌ها کدام است و چاره چیست؟ چگونه می‌توان هم قوانین را محترم شمرد و هم دغدغه‌ی عدالت را فراموش نکرد و به اطاعت جامد و خشک و نوعی و مطلق و افراطی از نظام قانونی دل خشنود نداشت.



به نظر نگارنده، راه چاره، در هوشمندانه استفاده کردن از «فرصت تفسیر قانون» نهفته است که این فرصت به مناسبت قضاوت در پرونده، به صورتی مستمر، همیشه موجود و اجتناب‌ناپذیر ایجاد می‌گردد و با دادرسی و قضاوت، ملازمه‌های تنگاتنگ دارد. به عبارت دیگر این راه بالقوه‌ی درمان، عبارت است از «تفسیر قضایی قانون»؛ یعنی تفسیری که قضات به مناسبت قضاوت در یک پرونده، از قوانین موجود ارائه می‌دهند. البته پرواضح است که این مکانیسم، زمانی در درمان درد مؤثر خواهد افتاد که شخص مفسر، با اعتقاد به ضروری بودن دغدغه‌ی عدالت، نسبت به مبانی کاری که به عنوان تفسیر انجام می‌دهد، آگاهی کامل داشته باشد و تفسیر را، هوشمندانه و با رویکردی «رسالت‌نگرانه» انجام دهد و گرنه تفسیر دادرسی یا هر حقوقدان دیگری که به خطر «انفعال» اعتقاد ندارد یا اطاعت محض و بی‌قیدوشرط از مقتن را وظیفه‌ی بدیهی و حرفه‌ای خود می‌داند یا از انفعال و اطاعت، تمهیدی برای «رفع تکلیف از خود» می‌سازد، جز «مترادف‌سازی برای قانون» چیز دیگری نخواهد بود. در این صورت، نتیجه نیز مشخص است: ادامه‌ی فراموشی نسبت به عدالت یا تحیف و نزار ماندن آن به بهانه‌ی قانون‌گرایی مطلق و بی‌چون و چرا. البته بایستی خاطر نشان شود که در این مقاله، نه «قانون‌گرایی» توصیه می‌شود و نه آن‌گونه تفسیری که ایجاد قاعده‌ای مستقل نماید که نتیجه‌ی آن، علاوه بر تخدیش در اصل تفکیک قوا، چیزی جز ایجاد هرج‌ومرج و خودسری نخواهد بود. فقط می‌خواهم بگویم که یک حقوقدان نباید خود را چنان در قوانین محصور بداند که از رسالت اصلی خود که نسبت به عدالت دارد، باز ماند؛ چراکه حقوقدان، پاسدار عدالت است و نه پاسدار محض قانون. پس اگر بین قانون و عدالت فاصله ببیند باید در تدارک وسیله‌ای شایسته برای مبارزه با بی‌عدالتی باشد و گفتیم که این وسیله به‌طور عمده، عملی و قابل‌دسترسی، عبارت است از «تفسیر قانون با رویکردی عدالت‌محور». این است رسالت حقیقی یک حقوقدان، و گرنه پلیس بهتر از حقوقدان، حفاظت از قانون را می‌شناسد.

۳. اثبات وجود انفعال قضایی در برابر قانون

وجود انقیاد و انفعال حقوقدان و به خصوص دادرسی در برابر قانون را، حداقل در جامعه‌ی حقوقی و قضایی کشور ما نمی‌توان انکار کرد. به تعبیر استاد گران‌قدر مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان («شیوه تجربی تحقیق در حقوق»، ص ۱۷۳) «قضات ما شرم دارند بگویند راه‌حلی عادلانه است و همیشه سعی می‌کنند برای توجیه نظر خود، بگویند راه‌حلی قانونی است. نویسندگان ما به نام عدالت که می‌رسند قلمشان می‌شکند، گویی عدالت مترادف با هرج‌ومرج است ...». البته معلوم نیست این معضل تا چه حد ناشی از طبیعت نظام حقوقی رومی - ژرمنی است که خانواده‌ی متبوع حقوق ایران را هم تشکیل می‌دهد و در آن، منابع مدون که در رأس همه‌ی آن‌ها، قانون قرار دارد از ارج فراوان برخوردار است و تا چه حد معلول عوامل دیگر از جمله عوامل خاص مربوط به محیط جغرافیایی ایران می‌باشد. لیکن آنچه مسلم می‌نماید این است که حقوقدانان این مرز و بوم، به ویژه قضات و دادرسان که قلمشان، رسمیت قانونی و دولتی (دولت در معنای وسیع کلمه = Government) دارد، نسبت به قانون به‌مثابه‌ی «وحي منزل» می‌نگرند. بدیهی است که این موضع منفعلانه در برابر قانون، در تفسیرهایی هم که آن‌ها از قوانین ارائه می‌دهند، اثر خواهد گذاشت. از همین جاست که متأسفانه امروز، رویکرد غالب در تفسیر قوانین، رویکردی است با محوریت تلاش در جهت «کشف اراده‌ی قانون‌گذار» و تنها همین رویکرد است که به عنوان چراغ

راهنمای تفسیر، هدایتگر مفسر می‌شود و فقط با چنین نگاه مطیعانه‌ی محض است که به تفسیر قانون پرداخته می‌شود؛ درست شبیه آنچه در فقه، در ارتباط با تفسیر آیات و روایات صورت می‌گیرد، اما چگونه می‌توان فراموش کرد که آیات و روایات، منتسب به شارعی حکیم و بی‌نقص و عیب می‌باشد، چندان که حکمت و عدالت، لزوماً در بطن این منابع، مندرج و موجود است، اما آیا این تلازم قطعی، در قانون بشری نیز وجود دارد؟

برای مدعای خود مبنی بر انفعال قضایی در برابر قانون (و به بهانه‌ی نظم قانونی)، مثال‌هایی در زمینه‌های حقوقی و کیفری ذکر می‌گردد:

مثال اول (حقوقی): درباره‌ی حدودو ثغور «نقعه‌ی زوجه»، متن قانون موجود در این زمینه (یعنی ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی) را همه مطالعه کرده‌ایم: «نقعه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث‌البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه‌ی مرض یا نقصان اعضاء.» ملاحظه می‌شود که در این ماده، هیچ‌ذکری از هزینه‌های درمانی و دارویی زوجه به میان نیامده است و این، حقیقتاً نه عادلانه است و نه واقع‌بینانه. این در حالی است که در شاکله‌ی این ماده، نشانی هم از این که بتوان گفت موارد مندرج در متن ماده، مواردی تمثیلی هستند، دیده نمی‌شود. بنابراین راه توسعه‌ی میدان این ماده و تسری آن به هزینه‌های درمانی، حداقل از طریق استفاده از شاکله‌ی ماده امکان‌پذیر نیست، فلذا حکم بر مبنای منطوق ماده‌ی موصوف، بی‌گمان شامل هزینه‌های درمانی و دارویی زوجه نخواهد بود و این، یک شگفتی تأسف بار است. اکنون سؤال این است که هنگام صدور حکم راجع به نقعه‌ی زوجه، آیا اغلب، این ماده را در همین محدوده‌ی نامتناسب آن به کار نمی‌بریم و در برابرش، موضع تعبد، تبعیت و انقیاد اتخاذ نمی‌کنیم؟ در پاسخ باید گفت که بله متأسفانه چنین است. اغلب دادرسان، همین ماده‌ی قانونی را با همین محدوده‌ی نامتناسبش، نصب‌العین خود قرار می‌دهند و بر همان پایه، حکم صادر می‌کنند؛ خواه موضوع، مستقیماً مربوط به نقعه باشد، خواه در ارتباط با دعوی تمکین که از سوی شوهر اقامه می‌گردد و در آن، بحث نقعه، ممکن است ملاً مطرح شود. پرسش این است که بالأخره هزینه‌ی درمان و دارو که در قانون، جزء نقعه‌ی زوجه ذکر نشده است را چه باید کرد؟ آیا درست است که هزینه‌ی دارو و درمان زن بر عهده‌ی شوهر نباشد و در این زمینه، هیچ مسئولیتی متوجه او نباشد؟ بی‌شک قانون موجود چنین می‌گوید، اما آیا یک حقوقدان رسالت‌شناس می‌تواند بی‌آنکه دغدغه‌ی عدالت داشته باشد، زیر بار این قانون برود و تمهیدی برای جبران این کاستی ناعادلانه نیندیشد؟ لیکن و با صدها دریغ و افسوس، غالباً می‌بینیم که قانون‌گرایی مطلق و بی‌چون و چرا، این وضعیت را بر دادرس، بلکه بر حقوقدانان دیگر هم می‌قبولاند و حتی فرصت کمترین اندیشه و دغدغه را از آن‌ها می‌ستاند و در این میان آنچه فدا می‌گردد، البته عدالت است و بس. در خصوص مسئله‌ی مورد بحث، شاید بتوان گفت که عدم‌ذکر هزینه‌های درمانی در شمار ارقام نقعه، ناشی از ناچیز بودن این قبیل هزینه‌ها در زمان‌های دور باشد که در آن، درمان‌ها اغلب خانگی و سنتی بوده و فاقد آن چنان هزینه‌ای؛ چندان که برای قانون‌گذار وقت جلب توجه نمی‌کرد، اما اگر همان شارع یا قانون‌گذار، امروز بخواهد نظر بدهد، هزینه‌های درمانی نیز توجه او را به خود معطوف خواهد کرد. پس به همین جهت، تفسیر امروز ما از متن دیروز، باید متضمن این باریک‌بینی و ژرف‌اندیشی باشد. تفسیر بر مبنای این قبیل باریک‌بینی‌ها را تفسیر بر اساس روح قانون می‌گوییم و این حقیقتاً نیاز رو به رشد صدور حکم، و



افتاء در هر عصری و به ویژه در عصر حاضر است. اینک اگر دادرس تفسیر خود از ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی را بر همین مبنا استوار سازد و بگوید که مراد و غایت از نظام انفاق زوجیه، تعهد زوج در برابر هزینه‌های متعارف زندگی زن می‌باشد، آن‌گونه که وی بتواند زندگی معمول و متعارف خود را ادامه دهد، در این صورت خواهد توانست هزینه‌های متعارف دارویی و درمانی را هم به عنوان نفقه، مورد حکم قرار دهد.

البته به‌طور اکید، نکته‌ای را باید به این بحث بیفزاییم و آن عبارت است از ضرورت توجه به آثار و پیامدهای تبعی تفسیرهایی که ممکن است دامنه‌ی قانون را، حسب اقتضاء کم یا زیاد نماید. ما نمی‌توانیم پیش‌بینی این قبیل آثار و نتایج تبعی را از یاد ببریم که اگر به این تبعات احتمالی بی‌توجه باشیم، بخشی از کار را درست کرده و بخشی دیگر را خراب نموده‌ایم. این مسئله‌ی مهم، به‌وضوح ممکن است در موضوع نفقه زن و تسری آن به هزینه‌های درمانی او پیش آید. به این صورت که چون عجز شوهر از پرداخت نفقه‌ی زن، حسب ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی، از موجبات حق زن برای درخواست طلاق است و از سوی دیگر، چون در مقدار هر یک از اقلام نفقه، معیار، حال زن است و نفقه باید به‌طور متعارف، با وضعیت زن متناسب باشد، در نتیجه، اگر شوهر نتواند متناسب با حال زن، مسکن، غذا و اثاث‌البیت... او را فراهم نماید، نهایتاً زن خواهد توانست از دادگاه بخواهد شوهر او را به دادن طلاق ملزم نماید و دادگاه با احراز این وضعیت، حکم به الزام شوهر به اجرای صیغه‌ی طلاق صادر خواهد کرد؛ حتی اگر شوهر به این الزام تن در ندهد و جهت اجرای صیغه‌ی طلاق حاضر نگردد. نهایتاً دادگاه باید از باب «الحاکم ولی الممتنع» طلاق را از جانب شوهر عاجز از پرداخت نفقه جاری سازد، اما واضح است که این نتیجه‌ی تبعی را نمی‌توان درباره شوهری که از پرداخت هزینه‌های درمانی همسرش (در فرضی که درمان را هم جزء نفقه بپذیریم) در حد متناسب با وضعیت زن عاجز است، قبول نماییم. به‌عنوان مثال، زنی را در نظر می‌گیریم که به یک بیماری بسیار صعب‌العلاج و پرهزینه مبتلا شده است. شکی نیست که شوهر این زن به‌طور کلی (و صرف‌نظر از بیماری او) اگر از تأمین مسکن و غذا و اثاث‌البیت در حد تناسب زن (به هر میزان از تناسب که اقتضای حال زن است)، عاجز باشد، این زن حق طلاق خواهد یافت، اما اگر همین شوهر از تأمین هزینه‌ی درمان بیماری پرهزینه‌ی این زن، عاجز باشد (که طبیعتاً به جهت ضرورت رعایت «تناسب هزینه» با وضعیت بیماری صعب‌العلاج این زن، این عجز قابل‌تصور است)، آیا باز هم این زن علیه شوهر موصوف، حق طلاق خواهد یافت؟ و اگر احیاناً پاسخ کسی به این فرض، مثبت باشد، آیا این نتیجه‌ی تبعی را می‌توانیم منطقی بشماریم؟ و آیا اصلاً مصالح اجتماعی اجازه‌ی این نتیجه‌ی تبعی را (در مورد هزینه‌های درمانی گزاف و سنگین) خواهد داد؟

از همین جاست که به عنوان نکته‌ای مؤکد، باز هم یادآور می‌شویم که در تفسیرهایی که به توسعه یا ضیق دایره‌ی حکم می‌انجامند، باید نیم‌نگاهی هم به آثار و نتایج تبعی داشت و برای این قبیل پیامدهای بعضاً نامتوازن، چاره‌جویی کرد. اساساً این که گفته‌اند قاضی باید مجتهد باشد، این سخن به معنای قوه‌ی او برای تجزیه و تحلیل مسائل است و در نتیجه، ناظر به جنبه‌های تحلیلی قضاوت می‌باشد که در همه جای دنیا، برای امر قضا لازم و ضروری است. قضاوت و تفسیرهای ناشی از آن، عالی‌ترین مرتبه‌ی فکر منطقی است؛ فکری که بیانگر نوعی تکاپو و تلاش ذهنی برای یافتن معلومات متناسب با مطلوب و سپس منظم و مرتب ساختن آن‌ها برای رسیدن به مقصود است؛ چندان که در سخن منظومی

که منتسب به مرحوم حکیم سبزواری است در تعریف «فکر» گفته شده است: «الفکر حرکت الی المبادی؛ و من مبادی الی المراد». این فرآیند، گرچه در تمام شئون زندگی روزمره‌ی آدمیان لازم است و شاید هم جلوه‌ای از ناطقیت اوست، اما قوی‌ترین، دقیق‌ترین و عالی‌ترین درجه‌ی آن، همان قدرت تجزیه و تحلیل (اجتهاد)ی است که لازمه‌ی طبیعت امر قضاست. در نتیجه، اجتهاد قضایی، اختصاص به زمان و مکان خاصی نداشته و در هر قضاوتی و در هر جای دنیا لازم و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد.

به هر تقدیر، در مورد هزینه‌ی درمانی، بنا بر عقیده‌ی نگارنده، با توجه به توضیحاتی که بیان شد، این هزینه‌ها را می‌توان (و باید) در پرتو تفسیری هوشمندانه، عدالت‌جویانه و رسالت‌نگرانه، در شمار ارقام نفقه به حساب آورد، اما برای رهایی از تالی فاسد مربوط به امکان تحقق حق طلاق برای زن (در فرض عجز شوهر از پرداخت هزینه‌های درمانی بعضاً بسیار گزافی که خارج از بضاعت مالی اوست) می‌توان برخلاف سایر ارقام نفقه که معیار حدود هر یک از آن‌ها عبارت است از وضعیت زن، در مورد هزینه‌های درمانی، معیار حدود را بر وضعیت مالی شوهر استوار کرد؛ چرا که امروزه، هزینه‌های درمانی، گاه چنان سنگین می‌شود که به‌راستی نمی‌توان اعمال قاعده‌ی عمومی مبنی بر رعایت وضعیت زن به نحو متعارف را انتظار داشت.

مثال دوم (حقوقی): نمونه‌ی دیگر را می‌توان در ارتباط با محدوده‌ی قانونی ذکر شده برای «مستثنیات دین» (ماده‌ی ۵۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و تفسیری که از این محدوده می‌توان به عمل آورد، بیان کرد. البته مثال مستثنیات دین، قدری با مثال قبلی (راجع به حدود و نفقه) متفاوت است؛ از آن جهت که در بحث راجع به نفقه، غرض، جامعیت بخشیدن به محدوده‌ی نفقه از طریق تفسیر قانون بر مبنای «روح قانون» است چراکه در مثال نفقه، نیل به عدالت واقعی و جامع، از طریق تفحص در روح و مبنای قانون مربوط (یعنی ماده‌ی ۱۱۰۷) امکان‌پذیر است؛ یعنی تفسیری هوشمندانه و موشکافانه از حکم قانون، می‌تواند این معنا را محقق سازد. به عبارت دیگر در موضوع نفقه، می‌خواهیم بگوییم اگر واضعان ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی، امروز بودند چه حکمی درباره‌ی نفقه وضع می‌نمودند و آیا باز هم از هزینه‌ی دارو و درمان زوجه می‌گذشتند یا خیر؟ لیکن در مثال مستثنیات دین، لزوماً نمی‌خواهیم توسعه یا ضیق در محدوده‌ی این مستثنیات ایجاد نماییم؛ بلکه می‌خواهیم در تفسیری که از مصادیق این مستثنیات لازم می‌آید، تدبیری عادلانه اتخاذ کنیم؛ یعنی می‌خواهیم ببینیم تشخیص «شئون عرفی» یا تشخیص «میزان احتیاج محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی» که در تمامی موارد مستثنیات دین، از ارکان اساسی به شمار می‌رود و این تشخیص توسط مقام قضایی به عمل می‌آید، با چه نوع نگاهی شایسته‌ی انجام است؟ بدیهی است اگر مصادیق این مستثنیات را با رویکردی تفسیر کنیم که در آن، نگاه عمده معطوف به «دائن مالباخته» باشد، یک نتیجه حاصل می‌شود و برعکس، اگر بخواهیم با رویکردی «مدیون محور» تفسیر نماییم، نتیجه‌ی دیگری حاصل خواهد شد. حقیقتاً باید دید که عدالت از ما چه می‌خواهد؟ آیا دائنی که مالش را از دست داده است، محور توجه عمده قرار گیرد عادلانه‌تر است یا بدهکاری که از بازپرداخت مال دیگری، بازمانده یا از ادای آن طرفه می‌رود؟ این تمایز، به خصوص در جایی که دین، ناشی از یک معامله‌ی معوض بوده و مالی به کیسه‌ی مدیون رفته است یا در فرضی که بازپرداخت و مسترد نمودن مالی مطرح می‌باشد که قبلاً به کیسه‌ی مدیون وارد شده است باید بیش از حالت‌هایی مانند تأدیه‌ی مهریه و دبه و نیز ضرر و زیان که مسبوق به اخذ هیچ‌گونه مالی از جانب مدیون نمی‌باشند، مورد توجه و



امعان نظر قرار داشته باشد. یعنی اگر درباره‌ی دیون دسته‌ی نخست (معاملات معوض و نیز معاملات امانی مثل عاریه، وکالت و...) عدالت حکم می‌کند که در مقام تفسیر مستثنیات دین، «دائن مالباخته» راکمی بیش از مدیون مورد توجه قرار دهیم، در خصوص دیون دسته‌ی دوم (مثل مهریه، دیه، خسارات مرتبط با مسئولیت مدنی و...) عکس قضیه می‌تواند صادق باشد، یعنی تفسیر این مستثنیات با محور قرار گرفتن «وضعیت مدیون»، اقرب به عدالت خواهد بود.

حال سؤال قابل طرح و نکته‌ی مدنظر این است که ما در مواجهه با بحث مستثنیات دین، آیا این تمایزات و تفاوت‌های غیرقابل‌انکاری که ممکن است با لحاظ قرار دادن منشأ و منبع دین، وجود داشته باشند را اصلاً به حساب می‌آوریم یا این که در تمامی موارد مربوط به اقسام دیون، به طور نوعی و مطلق، تن به تفسیر می‌دهیم؟ فراموش نشود که ریشه‌ی این بحث، در اقسام دیون بر مبنای منابع مختلف آن‌ها نهفته است و این که این موضوع، چگونه می‌تواند (و باید) در کیفیت تفسیر راجع به مستثنیات دین، تأثیر بگذارد و گرنه منطوق مواد قانونی راجع به مستثنیات دین، بی‌آنکه سهمی هم از اقسام دین در این مواد، لحاظ بوده باشد، جای خود دارد که از نظر ما هم محترم است. بنابراین مسئله‌ی ظریف و مورد نظر این است که به هر حال در امر تفسیر مستثنیات دین، آیا تمایزی هم بین اقسام دیون بر مبنای منبع و منشأ آن‌ها قائل هستیم یا این که صرف‌نظر از چنین تمایزاتی، تن به یک تفسیر مطلق و نوعی بر اساس منطوق مواد می‌دهیم و در این میان هیچ سهمی هم برای عدالت قائل نمی‌شویم؟

مثال سوم (حقوقی): در ماده‌ی ۱۰۹۲ قانون مدنی آمده است: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر، بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.» فرض قابل بحث در این ماده، مربوط می‌شود به موردی که زن، قبل از وقوع نزدیکی، ذمه‌ی شوهر را نسبت به مهر ابراء نموده و به اصطلاح، مهرش را به او بذل کرده باشد و سپس شوهر بخواهد او را طلاق دهد. در اینجا این سؤال پیش می‌آید که آیا زن باید نصف مهر را به شوهر برگرداند یا خیر؟ در توضیح و تبیین مبنای این سؤال باید گفت که بی‌گمان، اگر زن مذکور، مهر را از شوهر می‌گرفت و برای خود برمی‌داشت یا می‌گرفت و به دیگری بذل می‌کرد یا حتی بی‌آنکه عملاً گرفته و تصرف کرده باشد، آن را به همان صورت، یعنی در همان جای خود، به دیگری می‌بخشید یا به هر نحو از انحاء، به دیگری منتقل می‌کرد (یعنی انتقال طلب = انتقال مافی- الذمه‌ی شوهر: بند ۳ ماده‌ی ۲۹۲ قانون مدنی) در تمام این حالات، هنگام طلاق قبل از نزدیکی، باید نصف مهر را به شوهر مسترد نماید، زیرا شرط استقرار و دوام و بقای مالکیت زن نسبت به تمام مهر، تحقق نزدیکی است و لذا چنانچه قبل از تحقق نزدیکی، شوهر بخواهد زن را طلاق دهد، مالکیت زن نسبت به نیمی از مهر، به واسطه‌ی این طلاق، زایل و منحل می‌گردد و در نتیجه‌ی این انحلال، اگر تمام مهر را گرفته باشد، باید نصف آن را به شوهر بازگرداند؛ اما اگر همان مهر را به جای این که به دیگری بذل نماید به خود شوهر بذل کرده باشد، اینجا چه باید کرد؟

در پاسخ ممکن است گفته شود که چه فرق می‌کند که به دیگری بذل نماید یا به خود شوهر؛ بذل، بذل است و در تمام این حالات، زن، سلطه و حق مالی‌اش را نسبت به مهر خود اعمال کرده و به اختیار خود، عمل حقوقی «بذل» را که در هر حالت، موجب برائت ذمه‌ی شوهر می‌گردد انجام داده است؛ حال که نزدیکی واقع نشده و شوهر در صدد طلاق اوست، لذا باید به هنگام طلاق قبل از

مجامعت، نصف آن را به شوهر برگرداند. این پاسخی است که گروهی از صاحب‌نظران به آن معتقد می‌باشند.

ناگفته پیداست که قائل شدن به چنین پاسخی، نتیجه‌ی تفسیری است مجرد و محض از مفاهیم حقوقی و در کنار هم چیدن این مفاهیم و نهادها بدون ذره‌ای توجه به آنچه عدالت و انصاف در ضمیر انسان فریاد می‌زند. کجای این عادلانه است که دختری مثلاً با مهریه‌ی ۳۰۰ عدد سکه‌ی بهار آزادی (مقدار مهر در این مسئله مهم نیست.) به عقد پسری درآید و سپس در راستای تعمیق روابط زناشویی و نشان دادن حسن‌نیت خود نسبت به این پیوند، بی‌هیچ عوضی، ذمه‌ی شوهر را نسبت به تمام مهر ابراء کرده، مهرش را به او بذل نماید، آنگاه شوهر درصدد طلاق قبل از نزدیکی برآید و ما هم به عنوان مدعیان عدالت و انصاف، هنرمندانه! با تمسک به مفاهیم محض و داده‌های مجرد حقوقی، استدلال کنیم که هرچه هست، این زن با بذل کردن مهر خود، سلطه‌ی مالی خویش را نسبت به مهرش، آن‌گونه که می‌خواسته، اعمال کرده است. پس اینک که نزدیکی واقع نشده و طلاقش داده می‌شود، بایستی نصف مهر را به شوهر برگرداند!! آیا این نتیجه ولو این که با مفاهیم و نهادهای حقوقی مطابقت هم داشته باشد، پذیرفتنی و قانع‌کننده است؟

نگاه موشکافانه، رسالت‌نگرانه و حساس به عدل و انصاف، به دادرسی و البته به هر حقوقدان دیگری نهیب خواهد زد که در این ماده، واژه‌ی «دادن» را در معنای ساده و عرفی آن در نظر بگیریم و چنین تفسیر کنیم که ملاک اعمال این ماده، خارج شدن چیزی از دارایی شوهر از بابت مهریه است؛ خواه این خروج، مستقیم بوده باشد، مثل دادن مهریه به زن در شکل ساده‌ی آن یا غیرمستقیم و باواسطه، مانند آن که زن در مقابل بذل مهریه به شوهر، امتیازی مالی یا غیرمالی از او کسب کرده باشد که از آن به «عوض» تعبیر می‌شود؛ چندان که وجود همین عوض، به مثابه خارج شدن چیزی از دارایی شوهر تلقی می‌گردد. در غیر این صورت، اجرای ماده‌ی مرقوم، چیزی جز قربانی شدن عدالت و انصاف در مسلخ قانون نخواهد بود.

مثال چهارم (حقوقی): به عنوان مثالی دیگر، می‌توان به ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳/۱۱/۲۷ اشاره کرد: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد.» این ماده بیانگر حق بی‌قیدوشرط شوهر در طلاق دادن زن است و ناشی از قاعده‌ی فقهی «الطلاق بید من اخذ بالساق» می‌باشد. اکنون کمی به آثار و نتایج خارجی این ماده تأمل کنیم. توجه کنیم به این که اطلاق وحشتناک ماده‌ی مذکور، در کنار ناکارآمدی‌های عملی که درباره‌ی ابزارهای تأمین‌کننده‌ی مصالح زن (مثل مهریه) وجود دارد در عرصه‌ی روابط خانوادگی و اجتماعی، چه پیامدهایی می‌تواند داشته باشد و چگونه می‌تواند یک زن را مخصوصاً پس از سال‌ها زندگی مشترک، بیچاره و مستأصل نماید. حال اگر ماده‌ی مذکور، با همان اطلاق وحشتناک آن، مورد عمل قرار گیرد و هیچ تمهیدی در جهت تعدیل آن اندیشیده نشود، آیا می‌توان گفت که عدالت را به ارمغان آورده است؟ البته نظر به همین ایراد اساسی است که خوشبختانه! حدود ۵۸ سال! بعد از تصویب ماده ۱۱۳۳ ق.م، قانون‌گذار درصدد تعدیل برآمد و طی تبصره‌ی ۳ «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ تمهید لازم برای جبران کاستی و بی‌عدالتی ناشی از ماده‌ی ۱۱۳۳ را فراهم کرد، به این صورت که اجرای صیغه‌ی طلاق و ثبت آن را منوط به تأدیه‌ی کلیه‌ی حقوق مالی زن به صورت نقدی نمود تا جایی که اگر شوهر، حقوق مالی زوجه را تأدیه نکند،

حکم صادره درباره‌ی طلاق، ملغی‌الامر گردد. بدین ترتیب، ماده‌ی ۱۱۳۳ ق.م.تعدیل شد. البته باید یادآور شد که متأسفانه «قانون جدید حمایت خانواده» مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۱ در ماده‌ی ۲۹ خود، تعدیل به وجود آمده از تبصره‌ی ۳ «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» را فرو کاست؛ چراکه مقرر نمود فقط «ثبت طلاق» (که مسبوق است به «اجرای صیغه‌ی طلاق»)، موکول به تأدیبه‌ی حقوق مالی زوجه باشد و این بدان معناست که حتی بدون تأدیبه‌ی حقوق مالی زن، صیغه‌ی طلاق درباره او جاری خواهد شد و به نظر نگارنده، این قدمی است دوباره به سمت همان وضعیت نخست که موضوع انتقاد است. با این حال صرف نظر از تطورات و فراز و نشیب‌های قانونی راجع به مسئله‌ی یادشده، سخن در این است که حتی اگر چنین تمهیداتی در مقررات موضوعه اتخاذ نگردد، (مانند همان ۵۸ سال دوره‌ی حاکمیت بی‌قید و شرط ماده ۱۱۳۳ ق.م) آیا دادرسان نباید از تبعات ماده‌ی ۱۱۳۳ ق.م احساس نگرانی می‌نمودند و در صدد تمهید یک راه‌حل مناسب برمی‌آمدند؟ آیا نباید برای جلوگیری از اجحاف زوجه سعی می‌کردند در خصوص ماده‌ی ۱۱۳۳ چنان رویه‌ای را ساخته و پرداخته کنند که به سهم خود، بی‌عدالتی مزبور تعدیل گردد؟ این قبیل احساس مسئولیت‌های قضایی، یک ایثار نیست، بلکه جزء لاینفک کار دادرسی است و گرنه دست روی دست گذاشتن و مانند یک پلیس و کارمند دولتی، با این قبیل قوانین کنار آمدن، چندان هنری نیست که بتواند رسالت عمیق و عظیم دادرسان را تأمین نماید.

مثال پنجم (حقوقی): در ماده‌ی ۱۱۲۳ قانون مدنی مواردی از عیوب زن بیان شده است که اگر در زمان عقد، در زن موجود بوده باشد، برای مرد حق فسخ ایجاد می‌کند: «عیوب ذیل در زن، موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: ۱. قرن، ۲. جذام، ۳. برص، ۴. افضاء، ۵. زمین‌گیری و ۶. نابینایی از هر دو چشم». بدیهی است که حکم این ماده ولو این که برگرفته از فقه بوده باشد، مربوط به زمانی است که این ایرادات، قابل‌رفع نبودند. سؤال این است که اگر این ایرادات، امروز با یک مداوای ساده و بی‌هیچ عارضه‌ای، مرتفع شوند آیا حکم این ماده باز هم به قوت خود باقی خواهد بود؟ از سوی دیگر آیا عیوب جدید مثل آلودگی به ویروس HIV (ایدز) نمی‌تواند مشمول مقررات ماده‌ی موصوف باشد؟ بی‌گمان رویه‌ی قضایی باید درباره‌ی این قبیل سؤالات حساس بوده و به دنبال تمهید پاسخ باشد، اما برای این قبیل پرسش‌ها، هرگز پاسخی مناسب، درخور و مبتنی بر روح نظام حقوقی، حاصل نخواهد آمد؛ مگر با اتکاء به یک تفسیر هوشمندانه و آگاهانه و به عبارت دیگر با یک اجتهاد (تجزیه و تحلیل) جدیدی که مبتنی بر اوضاع و احوال جدید باشد. درباره‌ی این نوع موضوعات و مسائل که به اصطلاح «مستحدثات» نامیده می‌شوند، البته بدیهی است که نباید تحقیق و جستجو در متون و منابع تکمیلی (حسب ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) را به منزله‌ی یک تلاش تفسیری تلقی نماییم؛ مگر آن که در مراجعه به این منابع و متون تکمیلی، به دنبال یافتن نظریه‌ای باشیم که اجتهاد ما را پشتیبانی کند. سخن در این است که این قبیل موارد، بیش از آن که نیازمند جستجو در متون و منابع تکمیلی باشند، محتاج به اجتهاد جدید هستند؛ مگر این که هدفمان در مراجعه به منابع تکمیلی، یافتن نظریه‌ای باشد که مؤید اجتهاد ما است.

مثال ششم (کیفری شکلی): تا چندی پیش، یعنی تا قبل از تصویب و اجرایی شدن قانون جدید آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴، دفاتر شعب دادرها (دادپرسی‌ها و بازپرسی‌ها)، معمولاً از «قرار منع تعقیب» و نیز «قرار موقوفی تعقیب» هیچ نسخه‌ای به مشتکی‌عنه (متهم) نمی‌دادند، بلکه آن را فقط

به شاکی می‌دادند؛ با این استدلال که قانون گفته است اگر شاکی اعتراضی داشته باشد، باید اعتراض خود را ظرف مهلت مقرر (ده روز از تاریخ ابلاغ) تسلیم نماید. مشتکی‌عنه هر چه اصرار می‌کرد که از این رأی، نسخه‌ای هم به من بدهید تا سند حقانیت یا پیروزی‌ام را در اختیار داشته باشم، اغلب امتناع می‌کردند و می‌گفتند قانون ذکر از مشتکی‌عنه (متهم) به عمل نیاورده و فقط گفته است که شاکی حق اعتراض دارد! همین مشکل، گاه در خصوص رأی دادگاه جزایی که حاوی تأیید قرار معترض‌عنه (یعنی تأیید قرارهای منع تعقیب و موقوفی تعقیب) باشد نیز مشهود بود و بارها دیده شده بود که از این رأی، هیچ نسخه‌ای به مشتکی‌عنه نمی‌دهند! چنان وضعیتی، چیزی جز انفعال بسیار عجیب و آزاردهنده در برابر قانون و اسیر ماندن در حدود الفاظ آن نیست. لیکن اگر درکمان از قانون درست باشد، یعنی روح قانون را در نظر بگیریم و راه اجتهاد را بر خود نبندیم آن وقت طور دیگری نظر خواهیم داد: خواهیم فهمید که قانون از آن جهت «شاکی» را نام برده بود که این قرارها، به ضرر او می‌باشند و لذا اوست که به این قرارها اعتراض می‌نماید. به عبارت دیگر، ذکر نام شاکی توسط قانون، ناشی از موضوعیت داشتن اعتراض از جانب اوست؛ چراکه مشتکی‌عنه که به نفع او، قرار منع یا موقوفی تعقیب صادر شده است، نیازی به اعتراض ندارد، اما آیا این امر می‌تواند به معنای منع قانونی در مورد تحویل نسخه‌ای از قرار به وی باشد؟ آیا اساساً اثبات شیء، می‌تواند ماعدا را نفی کند؟ و مهم‌تر این که مگر مطالبه‌ی نسخه‌ای از رأی قضایی (اعم از قرار یا حکم) ملازمه با موضوعیت داشتن اعتراض از جانب مطالبه‌کننده دارد؟! البته باید گفت که به دنبال تصریح ماده‌ی ۲۶۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) مبنی بر این که قرارهای موضوع بحث باید به هر دو طرف دعوی ابلاغ گردد، خوشبختانه اکنون دیگر زمینه‌ای برای بروز مشکلی که در این بند بیان شد، باقی نمانده است. لیکن تمام سخن در این است که حتی بدون این تصریح نیز باید درک یک حقوقدان از قانون، در برگیرنده روح قانون نیز باشد و در چارچوب الفاظ آن اسیر نماند.

در امور کیفری (ماهوی) نیز گاه چنین نقایص فاحشی دیده می‌شود که با روشن‌بینی و ژرف‌اندیشی، شاید بتوان برای آن‌ها چاره‌ای اندیشید و تمهیدی تدارک دید. لیکن از آنجا که در حوزه‌ی امور کیفری، اصول و ضوابط محدودکننده‌ای وجود دارند که حاکم بر امر تفسیر هستند، لذا از حقوقدانی که مباردت به تفسیر می‌کند، نمی‌توان چندان انتظار تهور، ابداع و خلاقیت داشت. با این حال در همین عرصه نیز، نگارنده معتقد است که تسلیم محض بودن در برابر قانون و حدود الفاظ آن نارواست و به هر نحو ممکن باید دغدغه‌ی عدالت را جدی گرفت. در این خصوص دو نمونه از کاستی‌های قانونی را به عنوان مثال‌هایی زنده ذیلاً ذکر می‌نمایم:

مثال هفتم (کیفری): می‌دانیم که ماده‌ی ۸۲ قانون مجازات اسلامی سابق (مصوب ۱۳۷۰)، که البته چندی پیش جای خود را به قانون جدید (مصوب ۱۳۹۲/۲/۱) داد، در چهار مورد برای جرم زنا، مجازات اعدام مقرر کرده بود: **الف)** زنا با محارم نسبی، **ب)** زنا با زن پدر که موجب قتل زانی است، **ج)** زنا با زن غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب قتل زانی است و **د)** زنا با زن به عنف و اکراه که موجب قتل زانی اکراه‌کننده است.

از سوی دیگر طبق ماده‌ی ۸۳ از همان قانون (قانون سابق)، در دو مورد نیز حد رجم (سنگسار) اجرا می‌شود: **الف)** زنا با زن محصن و **ب)** زنا با زن محصنه با مرد بالغ.



بنابر مجموع این دو ماده، مجازات جرم زنا در شش مورد، قتل و سنگسار است. این شش مورد، طبیعتاً شنیع‌ترین و پلیدترین فرض‌های زنا را در برمی‌گیرند و لذا مجازات مقرر برای آن‌ها شدیدترین نوع مجازات است، یعنی قتل و گاه سنگسار. «لازم به ذکر است، از آنجا که مجازات سنگسار، در یک فرض که در ماده‌ی ۱۰۳ بیان شده است، ممکن است به قتل محکوم‌علیه/علیها منجر نشود، لذا نگارنده، «سنگسار» را داخل عنوان «قتل» نیاورده، بلکه این دو مجازات را در کنار هم ذکر نمودم. مع‌الوصف سنگسار شدن، اغلب و عادتاً با مرگ ملازمه دارد و لذا غالباً در عدد قتل محسوب می‌شود.» علی‌ای‌حال بحث مهم و آنچه همواره مورد علامت سؤال بسیار بزرگ و جدی در ذهن نگارنده بوده، مربوط به فرضی است که طی آن، مرد بالغ، رشید، آگاه و درعین‌حال، متمرد و طغیانگری که اتفاقاً حالت احسان هم در او نیست، (مثلاً از اول مجرد بوده یا همسرش را بعداً طلاق داده است و...) دخترکی کم سن و سال (اعم از نابالغ یا تازه به بلوغ رسیده) را که پای به شرایط حساس جسمی، روحی، عاطفی و هیجانی گذاشته است، به آسانی می‌فریبد و با او مرتکب زنا می‌گردد. حال اگر این فرض، خارج از شقوق شش‌گانه‌ی مذکور در مادتين ۸۲ و ۸۳ قانون مجازات اسلامی بوده باشد، یعنی هیچ‌یک از کیفیات شش‌گانه‌ی مندرج در مواد یاد شده را حائز نبوده باشد چه مجازاتی برای زانی فریبکار و اغفال‌کننده که با خدعه و نیرنگ، دخترکی کم سن و سال را مورد زنا قرار داده است، قابل اعمال خواهد بود؟ متأسفانه پاسخ، فقط «صد ضربه شلاق» است! (طبق ماده‌ی ۸۸ قانون مجازات اسلامی)؛ آن هم نه فقط برای زانی بلکه برای آن دخترک کم سن و سال و فریفته شده هم؛ مگر این که دخترک کم سن و سال، نابالغ بوده باشد که در این صورت صرفاً به جهت فقدان مسئولیت کیفری، شلاق نخواهد خورد، لیکن در هر حال، میزان مجازات مرد فریبکار، از حد جلد (یعنی صد ضربه شلاق) فراتر نخواهد بود، در حالی که شاعت و دناوت عمل او کمتر از موارد شش‌گانه‌ی مذکور در مواد ۸۲ و ۸۳ قانون مذکور نیست؛ و آیا این عادلانه است؟ کاستی قانون مذکور، مربوط به نادیده‌گرفتن پلیدی موجود در این قبیل «اغفال»ها می‌شود؛ در حالی که پلیدی این‌گونه اغفال‌ها، اگر نگوئیم بیش از موارد شش‌گانه‌ی مذکور در مادتين ۸۲ و ۸۳ مذکور است به هیچ‌وجه کمتر از آن‌ها هم نیست، ولیکن قانون مصوب ۱۳۷۰ همان‌گونه که دیدیم، بی‌تفاوت از کنار آن گذشته است. تمام بحث نگارنده در این است که این بی‌تفاوتی و خاموشی قانونی را، رویه‌ی قضایی می‌بایست جبران کند و اصلی‌ترین و کارآمدترین ابزار این جبران هم عبارت است از تفسیر قضایی رسالت‌نگر و عدالت-محوری که این کاستی قانونی را به نحوی مرتفع سازد. البته باز هم تکرار می‌شود که نگارنده نیز با دشواری‌ها و محدودیت‌های شدید این امر به خصوص در حوزه‌ی امور جزایی به لحاظ حاکمیت اصول و ضوابط محدودکننده از قبیل «اصل قانونی بودن جرم و مجازات»، «اصل تفسیر مضیق در امور جزایی»، «اصل تفسیر به نفع متهم» و... آشنا است، اما در هر حال معتقد است که این دشواری‌ها هر چه باشد، نباید دغدغه‌ی عدالت را در یک حقوقدان از بین ببرد و او را به انفعالی مأیوس‌کننده و ناتوان‌ساز در برابر کاستی‌های قانون وادارد، چراکه در این صورت در واقع آنچه قربانی شده است، عدالت است و بس.

در مثال اخیر شاید بتوان از طریق تجزیه و تحلیل در خصوص «عنف» و فلسفه‌ی سخت‌گیری راجع به آن، به این نتیجه رسید که آنچه در علف باعث پلیدی آن می‌شود «مسلوب‌الاراده» شدن «مزنی‌علیها» است و این که مزنی‌علیها، در اثر علف، بی‌اراده در برابر جرم قرار می‌گیرد. اگر علف را بتوانیم چنین تحلیل کنیم، در این صورت «اغفال» را هم می‌توانیم از همین جنس به حساب آوریم، زیرا

در اغفال یک دخترک کم سن و سال هم درحقیقت زانی، اراده‌ی او را تسخیر کرده و او را بی‌اراده‌ی سالم، در برابر جرم قرار داده است. پس اغفال هم به همان اندازه قبیح، شنیع و پلید است که عنف. این تجزیه و تحلیل به ویژه با توجه به متن ماده‌ی ۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ که «اکراه» نیز به لحاظ ساختاری، خفیف‌تر از «عنف» است، اما هم‌ردیف با «عنف»، مورد حکمی یکسان قرار گرفته است، درست به نظر می‌رسد؛ هم از جهت وحدت ملاکی که به نظر نگارنده میان اغفال، اکراه و عنف، قابل تصور است و هم از جهت انطباق با روح قانون به جای تعبد در برابر الفاظ آن و هم از جهت تأمین عدالت و انصاف. البته باز هم تکرار می‌شود که نگارنده به این که این نوع تجزیه و تحلیل در حوزه‌ی امور جزایی، به جهت وجود ضوابط محدودکننده‌ی حاکم بر امر تفسیر، چقدر می‌تواند با مقاومت و انتقاد و عدم‌پذیرش مواجه باشد، واقف است، اما هرچه باشد، می‌تواند حداقل کوره راهی برای حرکت به سوی عدالت باز کند و فراموش نکنیم که بسیاری از شاهراه‌های امروز، کوره راه‌های غیرقابل‌تصور دیروزاند که به تدریج نضج گرفته، جاافتاده و تثبیت شده‌اند. شاید به جهت این نوع افکار و اندیشه‌های عدالت‌جویانه است که خوشبختانه در تبصره‌ی ۲ ذیل ماده‌ی ۲۲۴ قانون اخیرالتصویب مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲/۲/۱) پرده از کاستی قانون قبلی برداشته شد و پیش‌بینی گردید که «اغفال دختر نابالغ» نیز در حکم «عنف» است؛ هرچند همین پیش‌بینی جدید نیز از این جهت که فقط «اغفال نابالغ» را در حکم عنف قرار داده و راجع به «اغفال دخترکی که تازه به سن بلوغ رسیده» قائل به چنین حکمی نشده است، جداً ناکافی و ناقص است. حقیقتاً چه بسیارند دخترکان کم سن و سال، اما به لحاظ سن شرعی، به بلوغ رسیده‌ای که به جهت شرایط حساس سنی و غلبه‌ی احساس، عاطفه و هیجان بر آن‌ها، به راحتی طعمه‌ی اغفال طغیانگران معصیت‌کار و شهوت‌ران قرار می‌گیرند، اما متأسفانه این اغفال‌شدنشان، حمل بر تراضی و توافق می‌گردد و آثار «توافق» بر آن بار می‌شود. جالب است به یادآوریم که قانون‌گذار، دخالت همین دخترکان تازه بالغ شده را در امور مالی‌شان نمی‌پذیرد و آن‌ها را در زمینه‌های مالی، علی‌الاماره تا سن ۱۸ سال، غیر رشید می‌شمارد، اما وقتی پای مسئله‌ی مهمی مانند محافظت از ناموس فرامی‌رسد، همین‌ها را که در یک بحث جزئی مالی، غیر رشید شمرده شده‌اند، رشید و صالح تلقی می‌کند؛ چندان که وقتی هم اغفال می‌شوند، این اغفال آن‌ها را، تراضی و توافقی مؤثر و سالم به حساب می‌آورد و نتیجه می‌گیرد که زنا‌ی واقع‌شده، زنا بین دو انسان باشعور کامل بوده است. قانون‌گذار حتی در قانون جدید نیز با این که از جهت عنف تلقی کردن اغفال یک دختر نابالغ، به طرز قابل‌تحسینی، ظرافت فکر به خرج داده و بدین ترتیب، بخشی از کاستی‌های قبلی در این زمینه را جبران نموده است، اما در خصوص شکل دوم کاستی، یعنی در مورد اغفال یک دختر تازه بالغ شده، که در مقایسه با اغفال نابالغ، از فراوانی بیشتری هم برخوردار است، باز هم چشم بر واقعیات بسته است، چراکه در زنا‌ی توافقی با چنین دخترکی، قانون‌گذار متأسفانه، هیچ‌گاه به زانی نهیب نمی‌زند که تو در واقع دخترچه‌ای را فریب داده‌ای که در یک بحث ریز مالی مانند یک معامله‌ی پنجاه هزار تومانی، صلاحیت تصمیم‌گیری ندارد، پس نمی‌توان گفت که تو با او توافق کرده‌ای، بلکه باید گفت که تو او را فریفته و از این راه، اراده‌اش را تسخیر نموده‌ای؛ تو او را مسلوب‌الاراده کرده‌ای؛ لذا باید بر تو هم سخت گرفت؛ نباید با تو همان رفتاری را کرد که در مورد زناهای توافقی آگاهانه و مسبوق به شعور و فهم، رفتار می‌شود... آری، قانون‌گذار هنوز هم این گفتنی‌ها را نمی‌گوید و در تقنین خود، این‌ها را به حساب نمی‌آورد؛ چراکه ظاهراً عقب‌نشینی از

جرم‌اندیشی، فقط ذره‌ذره به پیش می‌رود، اما باشد، همین اندازه هم مغتنم است. به هر حال آنچه به مقصود ما در بحث حاضر می‌تواند کمک کند، این است که بدانیم با تفسیری هوشمندانه، هدفمند و رسالت‌نگرانه، می‌توان از این قبیل کاستی‌ها و بی‌عدالتی‌ها، به طرز محسوسی کاست و این است رسالت اصلی یک حقوقدان.

مثال هشتم (کیفری): در حقوق جزا با تعریف جرم کلاهبرداری آشنا هستیم و می‌دانیم که این جرم، عملی است که از لحاظ عنصر مادی، متشکل از سه جزء می‌باشد: (مستفاد از ماده‌ی ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۸)

الف) توسل به عملیات متقلبانه (مثل این که طرف را به تمکن و تمول خود به صورت واهی و غیرواقع، امیدوار نماید)؛

ب) اغفال مجنی‌علیه (یعنی طرف در اثر حيله‌ی مذکور در بند الف، فریب‌خورده و اغفال شود)؛
ج) بردن مال طرف در نتیجه‌ی بندهای الف و ب.

ترکیب این سه جزء، عنصر مادی (actus reus) جرم کلاهبرداری را تشکیل می‌دهد که مجازات آن در قانون مرقوم مشخص است.

حال سؤال این است که اگر کسی دیگری را به تمول و امکانات و اعتبار مالی خود بفریبد و در نتیجه، از بابت عوض قراردادی خود (مثلاً از بابت ثمن معامله) یک فقره چک صادر نماید و در ازای آن، عوض متقابل (مثلاً مبیع) را تصاحب کند و بعداً این چک، بلامحل از آب درآید، این عمل او چه حکمی خواهد داشت؟ منظور در خصوص چک صادره‌ی اوست که مواجهه با برگشت شده است. آیا این چک برگشتی که از آن به عنوان ابزاری در جهت نیل به کلاهبرداری استفاده شده است، قابل پیگیری در قالب «کلاهبرداری» است؟ یا این که موضوع فقط به صرف این که چکی در میان است، تابع نفس قانون چک خواهد شد؟ که بر اساس آن، اگر از جهات قانونی، واجد جنبه‌ی جزایی عنوان خود چک باشد، از همین طریق و در غیر این صورت، فقط از طریق دعوی مدنی قابل پیگیری است؟

در محاکم اغلب چنین دیده می‌شود که هرگاه فرآیند کلاهبرداری، از طریق چک که برای خود دارای قانون ویژه‌ای هست، رخ داده باشد بیشتر ذهن‌ها به همان سمت چک و رژیم قانونی مربوط به آن سوق می‌یابد؛ در حالی که این امر نادرست بوده و ناشی از تفسیری ناصواب از مسائل قضایی است. درست آن است که باید بین دو حالت قائل به تفکیک شد: **حالت نخست** آن است که صدور چک به‌مثابه ابزاری برای کلاهبرداری قرار گرفته و ارکان مادی جرم کلاهبرداری موجود باشد. در این فرض احکام کلاهبرداری قابل اعمال خواهد بود، ولو این که ذات صدور چک پرداخت نشدنی، فاقد وصف کیفری بوده باشد. به عبارت دیگر، در این حالت، صرف معنون بودن رخداد موصوف با عنوان «چک»، مانع از صدق عنوان جزایی کلاهبرداری نخواهد بود، اما **حالت دوم** مربوط به موردی می‌شود که در رخداد موضوع بحث، یک یا چند جزء از اجزای سه‌گانه‌ی عنصر مادی کلاهبرداری موجود نباشد. بدیهی است در این فرض، عنوان کلاهبرداری صادق نخواهد شد و لذا تعقیب موضوع تحت این عنوان، میسر نخواهد بود؛ مسئله فقط تابع نظام قانونی مربوط به خود چک خواهد شد و بس. البته مسائل مربوط به خود قرارداد و وضعیت حقوقی آن در این مثال، موضوع دیگری است که به بحث حاضر مربوط نمی‌شود.

به هر تقدیر آنچه باعث تأسف است و منظور نظر نگارنده در مثال مذکور را تشکیل می‌دهد، این است که معمولاً در دادرها و حتی در محاکم، این قبیل تفکیک‌ها و تمایزات مشاهده نمی‌شود. هرگونه کلاهبرداری که باشد، وقتی پای چک به میان آمد، مسئله خودبه‌خود به سمت نظام و مقررات چک سوق می‌یابد؛ در حالی که باید توجه داشت که در بسیاری از این چک‌ها، صدور چک، شکلی از کلاهبرداری را تشکیل می‌دهد که غفلت از آن، به منزله‌ی مغفول گذاردن بخشی از ظرفیت‌های قوانین موجود است. این کاستی، نیست؛ مگر ناشی از تفسیری سطحی از مقررات و قوانین که خود، جلوه‌ای دیگر از انفعال است.

مثال‌ها و نمونه‌هایی که انفعال در برابر قانون را نشان می‌دهند، کم نیستند و در سطوح مختلف و به اشکال گوناگون قابل مشاهده‌اند. این قبیل انفعال‌ها به یک معنا، نادیده انگاشتن ضرورت و نیز بدهات «اجتهاد» (در معنای اعم کلمه) هم هست؛ در حالی که انسان در تمام امور خود محتاج به اجتهاد و تجزیه و تحلیل است و از کورکورانه اطاعت کردن و مقلدانه راه رفتن به جایی نخواهد رسید.

۴. اثبات قبح انفعال در برابر قانون

از منظر اصل تفکیک قوا، واضح، بدیهی و قابل درک است که قوه قضاییه، بایستی از هرگونه «قاعدہ‌سازی» خودداری نماید چه، این امر از صلاحیت‌های ویژه‌ی دستگاه قانون‌گذاری است. نیاز به یادآوری ندارد و امر بدیهی و روشنی است که «آراء وحدت رویه قضایی» که توسط بخش‌هایی از دستگاه قضا، یعنی هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صادر می‌شوند و جنبه‌ی عمومی و کلی دارند را بایستی «قاعدہ‌ی جدید» تلقی کرد و وجود آن را ناقض اصل تفکیک قوا دانست؛ چراکه این آراء، در حقیقت چیزی جز تفسیر قانون که توسط قوه‌ی مقننه وضع شده‌اند نمی‌باشند و وجود آن‌ها، فرع بر وجود قانون مصوب مقنن است. پس «آراء وحدت رویه» بیش از آن که قاعدہ‌ای نو تلقی شوند، تفسیر و تبیین قاعدہ‌ای موجود به شمار می‌روند و مکانیسمی هستند برای وحدت بخشیدن به برداشت‌های قضایی مختلف از قوانین و قواعد موجود. از سوی دیگر، قضات نیز بایستی در مقام صدور حکم چنان عمل نمایند که «وضع قاعدہ» نکرده باشند. در حقیقت منع قضات از صدور احکام کلی و عام (موضوع ماده‌ی ۴ قانون آیین دادرسی مدنی) ناشی از همین معناست و نتیجه‌ای است منطقی از اصل تفکیک قوا؛ چندان که اصل «نسبی بودن اعتبار آراء قضایی» نیز مبین همین واقعیت موجه و بسیار ارزشمند است، لیکن همه‌ی این‌ها، آیا باید به معنای «اطاعت مطلق دادرس از قانون» تلقی شود؟ و آیا درست است که اصل تفکیک قوا، در عمل، منجر به انفعال حقوقی و قضایی گردد؟ در این صورت این سؤال می‌تواند و باید مطرح باشد که اگر وظیفه‌ی دستگاه قضایی و به ویژه وظیفه قضات در کار قضایی خود به «اطاعت محض از قانون» خلاصه می‌شود، پس چه فرقی میان یک قاضی با یک پلیس و کارمند دولتی، از حیث تبعیت از قانون وجود خواهد داشت؟ به قول مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان (کتاب شیوه تجربی تحقیق) «اطاعت از قانون به وسیله ژاندارمری، نیروهای انتظامی و نظامیان، خیلی بهتر از حقوقدانان انجام می‌شود». پس تفاوت یک حقوقدان با این دسته از مطیعان بی‌چون و چرای قانون، چه خواهد بود؟ به راستی آیا می‌توان پذیرفت که نقش یک قاضی که انسانی است



دانشمند و حقوقدان، همانند یک مأمور انتظامی یا مستخدم دولتی، فقط به شناختن قانون و بکار بستن موبه‌موی آن منحصر باشد و هیچ رسالت دیگری بر دوش و هیچ دغدغه‌ی دیگری در ذهن او نباشد؟ آیا می‌توان قبول کرد که یک دادرس بخواهد عدالت را فقط در دل قوانین مفروض ببیند و در نتیجه، با به کار بستن قانون، روح حقیقت‌طلب و عدالت‌جوی خود را «ارضاء‌شده» و تکلیف اصلی و رسالت حقیقی خود را «انجام یافته» بداند؟ بنا بر فرض که البته نمونه‌های فراوانی نیز دارد، اگر قانونی ناعادلانه بود، آن وقت چه می‌تواند بکند؟ بدون شک مأمور انتظامی و کارمند دولتی و دیگر مخاطبان قانون، بایستی در برابر قانون، مطیع محض باشند، اما آیا این همه اطاعت و انقیاد در قاضی و حقوقدان هم باید وجود داشته باشد؟ قاضی و دادرسی که حامل و صاحب یکی از دو شأن بزرگ انبیاست، چه را که انبیاء و مرسلین، عمده‌تاً برای دو چیز مبعوث شده‌اند: یکی برای رساندن پیام خالق به خلق و دیگری برای قضاوت و داوری در بین خلق. حال آیا با این اطاعت و انقیاد مطلق و انفعال بی‌چون و چرا در برابر نظام قانونی، چنین شأن و منزلتی، برای قاضی حتی در فرض برخورداری او از تعهد و تقوا، قابل دفاع و توجیه‌پذیر خواهد بود؟ حقیقتاً شرافت قضاوت، نه به قانون‌گرایی مطلق قاضی، بل منوط به حساسیت او درباره‌ی عدالت است و این که در کار خود، برای نیل به عدالت، چنان ابزارها و تمهیداتی را فراهم نموده باشد که «اصل اطاعت از قانون» یا همان «قانون‌گرایی» نیز نتواند او را از این آرمان باز دارد.

۵. نتیجه

بنابر آنچه بیان شد باید پذیرفت که اطاعت بی‌چون و چرای حقوقدان و از جمله دادرس از نظام قانونی، نمی‌تواند هنر چندانی برای یک حقوقدان «حقیقت‌طلب» و «رسالت‌شناس» محسوب گردیده، نه او را و نه دیگر انسان‌های نکته‌دان، باریک‌بین و متوقع را راضی و خشنود سازد. به ویژه زمانی که وی با یک قانون ناعادلانه یا با یک قانونی که در موقعیت خاصی، ناعادلانه ظاهر می‌شود، مواجه است، باید چاره‌ای برای انجام رسالت اصلی و حقیقی خود پیدا کند؛ چراکه رسالت یک عالم واقعی حقوق، چیزی فراتر از اجرای بی‌چون و چرای قانون و مقررات است و او باید به ویژه به عنوان یک حقوقدان صاحب‌منصب، بیش از هر چیز به عدالت بیندیشد و نیل به عدالت را آرمان‌والای خود قرار دهد و نه تبعیت محض از قانون‌گذار را. تمام بحث نگارنده در این نکته خلاصه می‌شود که قانون، اگر هم به فرض، برای همه موضوعیت داشته باشد، برای حقوقدان آن هم حقوقدانی که در منصب قضاوت نشسته و در صدد تشخیص حق از باطل و نهایتاً رسیدن به عدالت است، قانون فقط یک «طریق» است. اگر این طریق، وافی به مقصود آرمانی او بود که هیچ در غیر این صورت باید چاره‌ای پیدا کند و گفتیم که این چاره، به‌طور عمده در «چگونگی تفسیر از قانون» نهفته است. تمام قدر و منزلت علم حقوق علی‌الخصوص در کسوت قضاوت، بسته به همین واقعیت و منوط است به درک و دغدغه‌ی این رسالت از سوی حقوقدان و دادرس. البته این بحث همان‌گونه که به کرات بیان شد، تنها به قضات مربوط نمی‌شود و در سطحی ملایم‌تر، به هر حقوقدان دیگر نیز ارتباط می‌یابد، اما چون قاضی قلم بر دست دارد و از قلم اوست که به‌طور رسمی، حق و باطل از هم متمایز می‌گردد، لذا ظرافت و حساسیت موضوع، درباره‌ی او بیشتر و نمایان‌تر است همچنان که اجر معنوی‌اش نیز بیشتر خواهد بود.

در پایان، همان‌طور که در بخش «چکیده» نیز متذکر آمده، مجدداً یادآوری می‌گردد که به لحاظ منطقی، بحث حاضر به دنبال خود بحث دیگری را هم می‌طلبد و آن این که اساساً «عدالت» چیست و در عمل، با چه معیارهایی قابل‌شناسایی است؟ بدیهی است که هرگونه تسامح یا «کلی‌گویی» در این باره، منجر به مهجور ماندن «عدالت» و چیرگی «ظلم» آن هم با رنگ و لعاب «قانون» خواهد شد. البته بحث راجع به ماهیت عدالت و این که جوهر و خمیرمایه‌ی عدالت چیست و در عمل با چه معیارهایی قابل تشخیص و شناسایی است، مجال دیگری می‌طلبد که ان شاءالله در اولین فرصت ممکن و به قدر بضاعت تقدیم خواهد شد.

«و موافیقی الا بالله علیه توکلت والیه انیب» (سوره هود، آیه ۸۸)

پی‌نوشت

۱. ماندلا، نلسون، کتاب «راه دشوار آزادی»، ترجمه مهوش غلامی، انتشارات اطلاعات، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
۲. ذیلاً به چند نمونه از این قوانین ناعادلانه و آپارتایدی اشاره می‌شود:
 - * «قانون سرکوبی کمونیسم» مصوب ۱۹۴۹؛ این قانون، پوششی بود برای سرکوبی هرگونه مخالفت و انتقاد علیه دولت سفیدپوست.
 - * «قانون ثبت احوال» مصوب ۱۹۵۰ که پایه‌گذار بسیاری از تبعیضات بود.
 - * «قانون اسکان گروهی» مصوب ۱۹۵۰ که محدودکننده‌ی آزادی تمام مردم غیرسفیدپوست آفریقای جنوبی بود.
 - * «قانون تحصیلات اتباع بانتو زبان» مصوب ۱۹۵۳؛ به موجب این قانون، دولت آپارتاید، تمامی مدارس بومی آفریقایی را منحل کرد و آن‌ها را تحت حاکمیت و برنامه‌ریزی دولت سفیدپوست قرارداد. بدین ترتیب، آفریقایی‌ها یا باید قید تحصیل را می‌زدند یا تحقیر در مدارس دولتی را متحمل می‌شدند.
 - * «قانون جدا بودن اماکن تفریحی» مصوب ۱۹۵۳، معروف به آپارتاید کوچک.
 - * «قانون تعیین مقامات بانتو» مصوب ۱۹۵۴؛ بر اساس این قانون، شورای نمایندگی بومی که تنها دیوان نمایندگی آفریقایی‌ها محسوب می‌گردید، منحل شد و جای آن را، سیستمی سلسله‌مراتبی از رؤسای رسمی قبائل گرفت که البته این رؤسا، توسط دولت مرکزی منصوب می‌شدند.
 - * «قانون توسعه‌ی تحصیلات دانشگاهی» مصوب ۱۹۵۹ که طی آن، اتباع غیرسفیدپوست از ورود به دانشگاه‌های باز ممنوع شدند. این در حالی بود که اتباع غیرسفیدپوست، بیش از ۸۰ درصد از کل جمعیت کشور را تشکیل می‌دادند، لیکن فقط ۱۳ درصد از اراضی کشور را در اختیار خود داشتند.
 - * «قانون بازداشت نود روزه» مصوب ۱۹۶۳ که بر اساس آن، هرگونه بازداشت توسط پلیس و مقامات امنیتی، بدون هیچ‌گونه دستور قضایی تا نود روز (تکرار می‌کنم: تا نود روز!) امکان‌پذیر بود.
 - * «قانون تروریسم» مصوب ۱۹۶۷؛ به موجب این قانون، مخالفت با آپارتاید، به‌طور رسمی معادل با تروریسم تلقی شد. (منبع پیشین)
۳. برگزیده‌ی آثار ماهاتما گاندی: «همه‌ی مردم برابرند»، ترجمه‌ی محمود تفضلی، ص ۳۷۸، نقل از مرحوم استاد دکتر ناصر کاتوزیان، «فلسفه حقوق»، ج ۱، ص ۱۳۷.



فهرست منابع

الف) کتب

۱. کلام... مجید
۲. بادینی، حسن، فلسفه‌ی مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه‌ی حقوق، جلد ۱ و ۲ و ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۴. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۶. ماندلا، نلسون، راه دشوار آزادی، ترجمه: مهوش غلامی، انتشارات اطلاعات، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.

ب) مقالات

- کاتوزیان، ناصر، نقد قانون‌گرایی افراطی، چاپ در کتاب شیوه‌ی تجربی تحقیق، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۹.

بررسی ماهیت ایفاء غیر موضوع تعهد در حقوق ایران، مصر

بهناز فتاحی

چکیده

هر تعهدی باید به نحوی ساقط شود. موارد سقوط تعهد در ماده ۲۶۴ قانون مدنی ایران با کشورهای دیگر اندکی متفاوت است. مثلاً در حقوق مصر به ایفاء غیر موضوع تعهد (وفای به مقابل) اشاره شده که ماهیتی بین وفاء به عهد و تبدیل تعهد دارد و در ایران فقط به دو مورد اخیر اشاره شده است. در این مقاله ماهیت ایفاء غیر موضوع تعهد در حقوق مصر و آثار آن و نظرات مختلف در حقوق ایران در مورد آن بررسی شده است. واژگان کلیدی: شیخ طوسی، مسائل الخلاف، فقه مقارن، حقوق تطبیقی اسلامی.

مقدمه

اسباب سقوط تعهدات در ایران عبارت‌اند از: ۱. وفاء به عهد، ۲. اقاله، ۳. ابراء، ۴. تبدیل تعهد، ۵. تهاتر و ۶. مالکیت ما فی الذمه. این اسباب در حقوق مصر در مواردی متفاوت از حقوق ایران است که عبارت‌اند از: ۱. وفاء به عهد، ۲. ایفاء غیر موضوع تعهد، ۳. تبدیل تعهد، ۴. تهاتر، ۵. اتحاد ذمه، ۶. ابراء، ۷. محال بودن اجرای تعهد و ۸. مرور زمان. یکی از موضوعات مورد اختلاف بین علمای حقوق در بحث سقوط تعهدات، ماهیت حقوقی ایفاء غیر موضوع تعهد است. اگرچه تقریباً همه حقوق دانان در این مسئله که در این نوع وفای به عهد، تراضی دائن و مدیون لازم است، اتفاق نظر دارند، لکن برخی آن را صرفاً قراردادی تملیکی دانسته و برخی دیگر آن را به تبدیل تعهد از نوع تبدیل موضوع، تعبیر می‌کنند. (طباطبایی؛ اکرمی، ۱۳۹۳: ۸۶) با این تفاوت که تضمینات دین سابق از بین نمی‌رود. غالباً سقوط تعهد با وفای به عهد صورت می‌گیرد و به موجب ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران: «متعهدله را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه موضوع تعهد است قبول نماید، اگرچه آن شیء قیمتهاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.» در حقوق کشورهای عربی نیز مفاد همین ماده آمده و تمامی آن‌ها پذیرفته‌اند که اگر آنچه مدیون در مقام وفای به عهد می‌پردازد از هر جهت با آنچه در تعهد، عهده‌دار آن بوده است منطبق نباشد، تعهد اجرا نشده است. (طباطبایی؛ اکرمی، همان: ۸۴) اکنون در صدد آن هستیم که بدانیم اگر متعهدله موضوع دیگری غیر از موضوع تعهد را پذیرفت چه ماهیت و آثاری دارد. برای پاسخ به این سؤال ابتدا به ماهیت

وفاء به عهد و تبدیل تعهد و سپس به بررسی تطبیقی ایفاء غیر موضوع تعهد در حقوق ایران و مصر می‌پردازیم.

گفتار اول:

۱-۱. موضوع عقد، موضوع تعهد

قانون مدنی ایران در ماده ۲۱۴ به مورد معامله اشاره کرده، ولی آنچه از فحوای کلام قانون‌گذار به دست می‌آید، ناظر به مورد تعهد است. تعهد یکی از آثار عقد بوده و عقد از منابع مهم ایجاد تعهد است. در یک تعریف کلی، عقد عبارت است از توافق دو اراده انشایی بر سر ایجاد یک اثر حقوقی در عالم اعتبار. پس متعلق قصد طرفین، همان اثر حقوقی است که در نتیجه ایجاد این اثر حقوقی، تعهداتی نیز برای هریک از طرفین ایجاد می‌شود. تعهد نیز رابطه‌ای حقوقی است که به موجب آن، شخصی می‌تواند از دیگران انجام دادن امر (فعل، ترک فعل) و نیز انتقال مال که همان موضوع تعهد است را بخواهد. در واقع موضوع مستقیم و بی‌واسطه عقد، همان رابطه حقوقی است، ولی موضوع تعهد، فعل، ترک فعل یا انتقال مال است که فرع بر موضوع عقد است. (همان: ۸۵)

۱-۲. وفای به عهد، تبدیل تعهد

وفای به عهد ساده‌ترین وسیله سقوط تعهدات است؛ زیرا در وفای به عهد مقصود متعهدله که رسیدن به مورد تعهد باشد، حاصل می‌شود و تکلیفی که در اثر عقد به عهده متعهد گذارده شده است، انجام می‌گیرد. (ابوعطا؛ محمد، ۸: ۱۳۹۲) اما ایفاء وقتی محقق می‌شود که موضوع تأدیه دقیقاً همان موضوع تعهد باشد، یعنی بین موضوع تأدیه و موضوع تعهد این همانی باشد و الا متعهد له حق دارد از پذیرش آن خودداری کند. این حقیقت مورد عنایت فقها را قانون‌گذار در ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران تصویب نموده است. تبدیل تعهد نیز یکی دیگر از روش‌های سقوط تعهد است؛ به معنای الغای یک تعهد به موجب تعهد دیگر که جای تعهد اول را می‌گیرد. تبدیل تعهد دارای ماهیت قراردادی (عمل حقوقی رضایی) بوده و از این رو قصد و رضا و اهلیت از شرایط آن است. (همان: ۱۰) تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهدگاهی با ایفاء غیر موضوع تعهد اشتباه می‌شود، ولی تفاوت‌هایی دارند که در ادامه توضیح می‌دهیم.

۱-۳. ماهیت وفای به عهد

۱. نظریه عقد بودن ماهیت وفای به عهد به نحو مطلق

این نظر عده‌ای از حقوقدانان فرانسوی می‌باشد که می‌گویند زمانی که مالی تسلیم می‌شود با قبول طرف و تسلیم، مال به ملکیت او در می‌آید، بنابراین در همه موارد وفای به عهد عقد است. این نظریه در میان برخی کشورهای دیگر مانند آلمان و مصر هم مطرح می‌باشد. بر اساس نظر مشهور در فرانسه، وفای به عهد توافقی یا قراردادی است که موضوع آن پایان دادن به تعهد و برائت مدیون است. مطابق این نظریه، وصول طلب برای سقوط دین بدهکار کافی نیست و پذیرش او امری است ضروری؛ به همین جهت باید اهلیت تصرف داشته باشد. در حقوق آلمان هم پس از تصویب قانون مدنی، نظریه قرارداد یا توافق بودن وفای به عهد مطرح شد و طرفدارانی پیدا کرد. در حقوق مصر نیز برخی حقوقدانان وفای به عهد را توافق



یا قرارداد می‌دانند. ایراد وارد بر این نظر مفهوم مخالف ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران است که می‌توان متعهدله را مجبور به قبول خود موضوع تعهد کرد، زیرا طبق ماده ۲۷۳ قانون مذکور در صورت امتناع وی باید به حاکم تسلیم نمود پس مشاهده می‌شود اراده متعهدله تأثیری در قبول موضوع تعهد ندارد.

۲. نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت وفای به عهد

به نظر بسیاری از حقوق‌دانان و فقهای اسلامی اجرای قرارداد به حکم قانون بوده و نیازی به رضایت و اراده انشایی اجراکننده تعهد یا گیرنده تعهد ندارد. (قاسم‌زاده، ۱۷۷: ۱۳۸۳)

دکتر کاتوزیان نیز در این مورد می‌فرماید: «وصف اصلی قرارداد، آزادی در انتخاب و تراضی و نفوذ انشاء است. در وفای به عهد مدیون از پیش ملتزم شده است که مالی را به دیگری واگذار کند یا کاری را انجام دهد، نه در انتخاب‌گیرنده آزادی دارد، نه در گزینش میزان و اوصاف مال. به حکم قانون باید به این التزام عمل کند و اگر به رغبت مفاد را انجام ندهد به زور وادار می‌شود. پس چگونه می‌توان ادعا کرد که با اجرای عقد عمل حقوقی دیگری انجام می‌دهد، عملی که ناگزیر از انجام دادن آن است و اراده هیچ نقشی در ایجاد یا سقوط التزام ندارد. از طرف دیگر لزوم اهلیت برای قبض نیز نشانه قراردادی بودن ماهیت وفای به عهد نیست. این حکم چهره حمایتی دارد و برای این است که مال محجور در معرض تضییع و تفریط قرار نگیرد.» (کاتوزیان، ۱۶: ۱۳۹۰)

این نظر را در مورد عین معین می‌توان پذیرفت، ولی در مورد مال کلی دکتر کاتوزیان می‌گویند: «تملیک با تعیین مصداق صورت می‌پذیرد، اما با پذیرفتن نظریه واقعه حقوقی، تلف مبیع قبل از قبض را باید از مال خریدار بدانیم. همچنین فروختن مال کلی توسط فروشنده را باید فروش مال غیر بدانیم که خود دکتر کاتوزیان هم این را نمی‌پذیرند».

۳. قائلین به تفصیل

دکتر حسن امامی فرموده‌اند: «اگر موضوع تعهد کلی باشد، عقد است و اگر عین معین یا کلی در معین باشد، واقعه حقوقی است.» ایشان می‌گویند: «تسلیم مورد تعهد در صورتی که کلی فی‌الذمه باشد، از نظر تحلیل عقلی معامله جدیدی می‌باشد و مانند انتقال عین خارجی است، زیرا کلی که مورد تعهد قرار گرفته دارای افراد عدیده در خارج می‌باشد که متعهد ملزم به تسلیم یکی از آنها است و می‌تواند هر یک از این افراد کلی را برای ایفاء تعهد خود انتخاب نماید و انتخاب فرد به تنهایی موجب ایفاء تعهد نمی‌شود، بلکه باید آن را تسلیم متعهدله کرد و او آن را قبض نماید. عمل مزبور که به صورت یک عمل قضایی می‌باشد به نظر می‌رسد که در حقیقت معامله جدیدی است. (امامی، ۳۱۸: ۱۳۴۰)

دکتر شهیدی هم فرموده‌اند: «اگر وفای به عهد ایجاد حق یا مالکیت کند، ایقاع است و در سایر موارد واقعه حقوقی است و در هیچ صورتی عقد نیست. لذا ایفای تعهد در مواردی که سبب تملیک یا انتقال حقی به متعهدله شود، یک عمل حقوقی یک‌طرفه است که برای تحقق آن اراده انشایی تأدییه‌کننده لازم است.» (شهیدی، ۲۱: ۱۳۹۰)

نظر دکتر شهیدی که کلی در معین و کلی فی‌الذمه را ایقاع می‌دانند به نظر ترجیح دارد؛ چرا که ایشان تملیک را در زمان تسلیم محقق می‌دانند، یعنی با اراده متعهد و بدون نیاز به اراده متعهدله که از این جهت نوعی ایقاع است.



گفتار دوم:

۱-۲. ایفاء با غیر موضوع تعهد

در مورد این که این ایفاء با تراضی صورت می‌گیرد و صحیح است؛ اختلافی وجود ندارد. حال مالی که داده می‌شود، ممکن است حالات مختلف داشته باشد که در زیر توضیح داده می‌شود:

۱. تسلیم مالی کمتر از موضوع قرارداد از حیث کمیت و کیفیت

در این مورد بی‌شک متعهدله می‌تواند از قبول آن امتناع کند، زیرا برابر ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران، وقتی نمی‌توان متعهدله را مجبور به قبول مالی به جز موضوع تعهد کرد، اگرچه قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد، به طریق اولی نمی‌توان او را مجبور به قبول مالی دیگر با قیمتی پایین‌تر کرد. البته با تراضی همین امر هم امکان‌پذیر است.

۲. تسلیم مالی برتر از موضوع قرارداد از حیث کیفیت یا کمیت

در مورد برتر بودن از نظر کمیت، مشتری الزامی به پذیرفتن مقدار زیادتر ندارد، چون مقدار زیادتر قابل تفکیک و تجزیه از اصل هست؛ اما در برتر بودن از نظر کیفیت، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای نظر بر واجب بودن پذیرش از طرف مشتری دارند و عده‌ای قائل‌اند که مشتری الزامی به پذیرش ندارد، زیرا بر طبق ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران نمی‌توان مشتری را ملزم به پذیرش کرد، اگرچه آن مال قیمتاً معادل یا حتی برتر از موضوع تعهد باشد؛ اما شکی نیست که با تراضی امکان دارد.

۲-۲. صور ایفاء با غیر موضوع تعهد

۱. هر دو عین معین باشند: در صورتی که مورد تعهد عین معین متعلق به متعهدله باشد و طرفین توافق کنند که به جای آن مال معین دیگری تسلیم شود، به نظر می‌رسد قرارداد مزبور تملیک عین در برابر عین و یک عقد معاوضی و یا در مواردی بیع باشد. (شهیدی، ۵: ۱۳۷۳)
۲. موضوع تعهد عمل (فعل یا ترک فعل) یا کلی باشد و موضوع ایفاء یک مال دیگر غیر از آن کلی یا آن عمل باشد: این مورد می‌تواند یک عقد غیر معین (وفق ماده ۱۰ قانون مدنی ایران) باشد که عوضین آن تملیک مال در مقابل اسقاط حق است. (شهیدی، ۴۵: ۱۳۹۰)

۲-۳. موارد مشابه با ایفاء غیر موضوع تعهد

۱. مورد تعهد کلی باشد و توافق شود متعهد بعداً فردی از افراد کلی دیگری تسلیم کند، این قرارداد یک تبدیل تعهد با تبدیل موضوع خواهد بود. (مورد بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران)
۲. مورد تعهد عین معین باشد و توافق شود متعهد فردی از افراد کلی دیگری تسلیم کند: الف) در صورتی که عین معین متعلق به متعهدله بوده باشد: این قرارداد تملیک در برابر کلی مورد تعهد است و عرفاً ظهور در بیع دارد.
ب) در صورتی که عین معین متعلق به متعهد بوده باشد: این قرارداد تملک یا اسقاط حق در برابر کلی است.
۳. مورد تعهد فعل یا ترک فعل بوده و پس از انجام عمل دیگری به وسیله متعهد و به دستور متعهدله توافق شود تعهد در برابر انجام این عمل ساقط شود، این توافق را نیز می‌توان یک تهاتر قراردادی دانست. (شهیدی، همان: ۱۰۲)

۲-۴. ماهیت ایفای غیر موضوع تعهد

۲-۴-۱. ارکان و ماهیت چندگانه ایفای غیر موضوع تعهد در حقوق مصر

نظریه غالب در حقوق مصر و فرانسه ایفاء غیر موضوع تعهد را ترکیبی از تبدیل تعهد و ایفای تعهد از طریق تملیک می‌دانند. به این معنا که ابتدا دائن و مدیون به تبدیل تعهد از نوع تغییر موضوع توافق می‌کنند که اثر آن، انقضای دین اصلی همراه با تضمیناتش است و حال که دین سابق تبدیل شد، دین جدید که تعهد به انتقال مالکیت جدید است، اجرا می‌شود؛ بنابراین هم‌زمان دو سقوط تعهد داریم، یکی سقوط تعهد اصلی از باب تبدیل تعهد و دیگری سقوط تعهد جدید از باب وفای به عهد؛ در نتیجه، مالکیت بی‌درنگ به دائن منتقل می‌شود. در واقع طرفین تعهد با یک اراده انشایی دو اثر در عالم حقوقی به جای می‌گذارند. (طباطبایی؛ اکرمی، همان: ۹۱) بنابراین، ایفاء به مقابل علاوه بر تبدیل تعهد دارای دو رکن اساسی یعنی وفای به عهد و تملیک بوده و در نتیجه احکام وفای به عهد و برخی از احکام تملیک در مورد آن جاری است. از این توصیف حقوقی دو امر به دست می‌آید:

الف) در ایفاء به مقابل، دین اصلی به سبب تبدیل تعهد منقضی می‌شود و نه به سبب وفای به عهد یا تهاتر؛ اما دین جدیدی که جایگزین دین اصلی شده به سبب ایفای عین آن و نه ایفای موضوع دیگر ساقط می‌شود.

ب) احکام ایفاء مزبور از مقررات مربوط به وفای به عهد و انتقال مالکیت استنباط می‌گردد. (احمد سنهوری، ۲۹۲: ۱۳۷۲)

برای نمونه در قانون مدنی مصر، ماده ۳۵۰ مقرر می‌دارد: «هرگاه دائن در استیفای حق خود به عوض شیء لازم‌التأدیه چیز دیگری را قبول نماید، به منزله ایفای تعهد است.» معادل این نص در قوانین مدنی سایر کشورهای عربی عبارت است از مواد ۳۴۸ قانون مدنی سوریه، ۳۳۷ قانون مدنی لیبی، ۳۹۹ قانون مدنی عراق و ۳۱۸ قانون تعهدات و عقود لبنان. از ماده فوق معلوم می‌شود که وفای به مقابل دارای دو رکن است:

۱. توافق دائن و مدیون بر تملیک مال دیگری به عوض موضوع تعهد اصلی

دائن با مدیون توافق می‌کند به عوض ایفای موضوع تعهد اصلی، مدیون مال دیگری را به تملیک دائن درآورد. بنابراین اجبار دائن به دریافت چیزی به غیر از موضوع تعهد جایز نیست و صرفاً با رضایت او چنین ایفایی ممکن است. پس وفاء به مقابل محتاج دو اراده (دائن و مدیون) می‌باشد، ولی عقد نیست، بلکه همچون وفاء به عهد از اسباب سقوط تعهد است البته طرفین باید دارای اهلیت لازم باشند. دائن باید دارای اهلیت استیفای به دین به همان نحو مذکور در وفای به عهد باشد، زیرا ایفای به مقابل متضمن معنای استیفای دین است. مدیون نیز باید علاوه بر اهلیت ایفای دین، دارای اهلیت تصرف نیز باشد؛ زیرا او دینش را از طریق تملیک مالی به دائن، ایفاء می‌کند؛ بنابراین ایفای به مقابل در مورد او به طور هم‌زمان متضمن معنای ایفای دین و در عین حال تملیک اوست و اراده طرفین باید خالی از عیوب اراده یعنی اشتباه، تدلیس، اکراه و استقلال باشد.

به علاوه ایفاء با غیر موضوع تعهد باید دارای موضوع و سبب باشد. سبب آن، ایفای دین اصلی و موضوع آن، تملیک مال دیگری به عوض موضوع دین اصلی است؛ بنابراین موضوع باید واجد دو شرط باشد:

الف) داخل در قلمرو تعهد اصلی نباشد، بلکه مال جدیدی باشد که به جای موضوع اصلی تعهد قرار گرفته است. ب) موضوع این توافق باید انتقال ملکیت باشد، بنابراین توافق مقرض و مقترض مبنی بر نگارش کتاب معینی به جای تأدیه مبلغ مورد قرض از ناحیه مدیون، ایفاء به مقابل محسوب نمی‌شود، بلکه غالباً از مصادیق تبدیل تعهد از طریق تغییر موضوع تعهد است.

۲. اجرای این توافق از طریق انتقال فوری مالکیت و در نتیجه براءت ذمه مدیون صرف توافق بر ایفاء به مقابل کافی نیست، بلکه اجرای توافق از طریق انتقال فوری مالکیت از مدیون به دائن نیز ضروری است؛ بنابراین برای انتقال مالکیت چنانچه موضوع جدید مقدار معینی گندم یا پنبه باشد، افزای آن‌ها و انتخاب مصادیق کلی و اگر ماشین باشد تعیین فرد آن و اگر خانه یا زمین باشد، به ثبت رساندن توافق لازم است. (همان: ۲۸۹)

۲-۴-۲. ماهیت حقوقی ایفاء غیر موضوع تعهد در ایران

در حقوق داخلی نظریه غالب ایفای غیرموضوع تعهد را ماهیتی مرکب از تبدیل تعهد و وفای به عهد از طریق انتقال مالکیت می‌داند. بعضی از فقها نیز ایفای غیرموضوع تعهد را ترکیبی از وکالت، تبدیل تعهد و پرداخت می‌دانند. (طباطبایی؛ اکرمی، همان: ۹۲) در قانون مدنی ایران تعریفی از ماهیت حقوقی این ایفاء به عمل نیامده و وضعیت این عمل حقوقی صریحاً مشخص نشده است، با این حال صحت و اعتبار آن از مفهوم مخالف ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «متعهدله را نمی‌توان مجبور کرد که چیز دیگری به غیر آنچه مورد تعهد است قبول نماید؛ اگرچه آن شیء قیمتاً معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد.» به روشنی استنباط می‌شود. (شهیدی، همان: ۴۴) بنا به نظر دکتر شهیدی، ایفاء تعهد به وسیله تأدیه مال متفاوت با موضوع تعهد را نمی‌توان همانند ایفاء تعهد ساده یک ایقاع یا یک عمل قضایی دانست؛ زیرا آنچه به متعهدله تسلیم می‌شود مورد تعهد و موضوع حق متعهدله نبوده است. پس نیاز به اراده انشایی دو طرف بر تملیک و تملک این موضوع جدید یا انتقال حقی نسبت به آن دارد؛ اما باید دانست این اراده عقد بیع، معاوضه، صلح یا تبدیل تعهد نیست، زیرا طرفین این عقود را اراده نکرده‌اند، البته می‌توانند این عمل حقوقی را در قالب بیع یا معاوضه یا قرارداد دیگری انشا کنند. با تحلیل عرف از اراده آن‌ها می‌توان عقد مزبور را یک قرارداد غیرمعین بر تملیک عین یا انتقال حق مربوط به آن در برابر سقوط تعهد اصلی (مورد ماده ۱۰ قانون مدنی ایران) معرفی کرد. البته این وضعیت در موردی است که مورد تعهد عین کلی یا عملی باشد؛ اما در صورتی که مورد تعهد عین معین متعلق به متعهدله باشد، به نظر می‌رسد قرارداد مزبور تملیک عین در برابر عین و یک عقد معاوضه یا در مواردی بیع باشد. (شهیدی، همان: ۴۶) لذا ماهیت حقوقی این ایفاء را می‌توان تملیک مال یا انتقال حق مربوط به آن در برابر سقوط تعهد دانست. (شهیدی، ۱۰۱: ۱۳۹۰). از نظر فقهی برخی بر این نظرند که با قبول متعهدله همراه با قبض این امر امکان‌پذیر است؛ و تراضی به تنهایی کافی نیست. گروهی آن را معاوضه اعلام کرده‌اند؛ ولی به دلیل این که قصد طرفین در اینجا بر معاوضه نبوده، بر این نظر ایراداتی وارد است. دکتر کاتوزیان نیز گفته‌اند قراردادی است تملیکی که به منظور تأدیه دین انجام می‌شود. در عین حال که پرداخت است و دین را از بین می‌برد، تملیک جداگانه نیز هست. در این قرارداد عوض و معوض عبارت‌اند از مالی که



تحويل شده به جای موضوع اصلی قرارداد و در ازاء و عوض آن، سقوط تعهد. این قرارداد به قبض نیاز دارد و در زمره عقود عینی قرار دارد.

۲-۵. آثار حقوقی ایفاء غیر از موضوع تعهد

اولین اثر آن، سقوط تعهد سابق و آزاد شدن ذمه متعهد و نیز انتقال مالکیت مالی که به جای موضوع تعهد به متعهدله تسلیم شده است یا انتقال حقی از آن به متعهدله است. حال اگر معلوم شود که مالی که به جای تعهد اصلی داده شده، مالیت نداشته یا مستحق للغير بوده یا به هر نحو ناقص بوده، تعهد سابق با تمام ضمانت اجراهای خود به میدان آمده و حقوق از دست رفته متعهدله مورد حمایت قانونی قرار خواهد گرفت. همچنین در حالتی که بائع متعهد به وجه التزام قراردادی در صورت عدم تحویل مبیع باشد و سپس با توافق مشتری، مال دیگری موضوع تعهد قرار بگیرد و مال را تحویل ندهد باز هم آن وجه التزام باقی است. چون تعهد اصلی سر جای خود وجود دارد و ساقط نشده است که این موارد از تفاوت‌های این ایفاء با تبدیل تعهد است، زیرا در تبدیل تعهد دین سابق به کلی ساقط شده و دین جدید جای آن را گرفته است. گاهی بخشی از ضمانت اجراها مربوط به جنس و وصف مبیع است که در این صورت چون طرفین بر دادن مال دیگری تراضی کرده‌اند، نبود آن صفات، ضمانتی در پی ندارد. (ابوعطا؛ محمد، همان: ۲۶) در حقوق مدنی مصر ماده ۳۵۱ مقرر می‌دارد: «در وفاء به مقابل، در خصوص تملیک مال جدید به جای دین اصلی، احکام بیع به ویژه احکام مربوط به اهلیت متعاقدين و ضمان استحقاق و ضمان عیوب پنهانی و از حیث انقضای دین، احکام وفای به عهد به ویژه احکام مربوط به تعیین این جهت پرداخت و زوال تضمینات، رعایت می‌شود.» از این ماده استنباط می‌شود که ایفاء مورد نظر دارای احکام دوگانه است، به اعتبار انتقال مالکیت از مدیون به دائن احکام بیع و به اعتبار ساقط نمودن دین، احکام وفای به عهد در مورد آن جاری است.

الف) آثار ایفاء غیر موضوع تعهد به اعتبار انتقال مالکیت

۱. **اهلیت متعاقدين:** مدیون نه تنها باید دارای اهلیت ایفاء باشد، بلکه اهلیت تصرف را نیز لازم دارد. دائن نیز باید دارای اهلیت التزام باشد.
۲. **ضمان استحقاق (ضمان درک):** هرگاه مال ایفاء شده مستحق للغير در آید، دائن می‌تواند به مدیون رجوع کند، اما نه برای مطالبه دین اصلی، چرا که این دین همراه با تضمیناتش به سبب تبدیل تعهد از بین رفته و هیچ‌یک اعاده نمی‌شوند، بلکه از باب ضمان استحقاق مانند رجوع مشتری به بائع. از آنجا که مراجعه دائن از باب ضمان استحقاق است، لذا موارد زیر بر اساس احکام مربوط به ضمان استحقاق قابل مطالبه است:
الف) قیمت مال ایفاء شده در زمان استحقاق همراه با بهره قانونی آن از همان زمان.
ب) هزینه مفیدی که دائن نمی‌تواند مالک را ملزم به تأدیه آن نماید و همچنین هزینه‌های لوکس و تجملی را در صورتی که مدیون سوءنیت داشته است.
پ) کلیه هزینه‌های دعوای ضمان و دعوای استحقاق به جز هزینه‌هایی که با ابلاغ دعوی به مدیون قابل اجتناب بود.
ت) و به‌طور کلی جبران کلیه خسارات یا عدم‌النفع ناشی از مستحق للغير درآمدن مال تأدیه شده.

۳. ضمان ناشی از عیوب پنهانی: هرگاه مال ایفاء شده، مستحق‌الغیر نباشد، ولی دائن عیب پنهان را در آن کشف نماید، می‌تواند از باب ضمان ناشی از عیوب پنهانی مطابق با احکام مواد ۴۴۷-۴۵۴ قانون مدنی ایران به مدیون مراجعه نماید، همانند رجوع مشتری به بائع. هرگاه تأثیر عیب به میزانی باشد که دائن در فرض علم راضی به چنین ایفایی نمی‌شد، دائن می‌تواند آن را به مدیون برگردانده و خسارت را به همان نحو مذکور در ضمان استحقاق مطالبه کند؛ اما هرگاه دائن مال معیوب را نگاه دارد یا این‌که عیب منجر به آن حد از خسارت نشود، صرفاً می‌تواند خسارت ناشی از عیب را مطالبه کند. (ماده ۴۵۰ و ۴۴۴ قانون مدنی ایران)

ماده ۳۵۱ قانون مدنی مذکور نیز احکام بیع را منحصر به سه حکم بالا ننموده، بلکه آن‌ها را از باب تمثیل و تأکید ذکر کرده، لذا برخی دیگر از احکام بیع نیز در مورد وفاء به مقابل رعایت می‌شود، مانند حق امتیاز (تقدم) بائع (در صورتی که باقیمانده تعهدش را ایفاء کند)، حق تکمیل ثمن در فرض غبن و ...

ب) آثار ایفاء غیر موضوع تعهد به اعتبار ساقط نمودن دین

ایفاء مورد نظر، به اعتبار وفای به عهد بودن، موجب سقوط دین جدید به وسیله تبدیل تعهد است که جایگزین دین اصلی شده است. از این مطلب نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. زوال تضمینات دین اصلی و عدم اعاده آن‌ها حتی در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مال تأدیه شده.
۲. اگر مدیون نسبت به بعضی از دیون متعدد با جنس واحد ایفاء به مقابل کند، در زمان ایفاء می‌تواند مشخص کند که تأدیه بابت کدام دین است و گرنه، بابت دین حال و در مرحله بعد بابت دینی که متضمن هزینه بیشتری برای مدیون باشد، محسوب است و در صورت تعادل دیون در حلول و تحمیل هزینه بر مدیون، تعیین دین با دائن است.
۳. اگر مدیون در مورد دینی ایفاء مقابل کرده که اساساً موجود نبوده، احکام وفای به عهد و انتقال مالکیت جاری نمی‌شود و مدیون باید مالی را که ایفاء نموده با استناد به ایفای ناروا مسترد کند.
۴. هرگاه مدیون معسر قبل از انقضای سررسید دین اصلی در مقام وفاء به مقابل به یکی از دائین برآید، سایر طلبکاران حق اعتراض دارند و همین‌طور بعد از انقضای سررسید چنانچه ایفای به مقابل در نتیجه تبانی بین مدیون و دائن صورت گرفته باشد، سایر طلبکاران حق اقامه دعوی عدم‌نفوذ را دارند. (سنه‌وری، همان: ۲۹۶)

نتیجه‌گیری

در مقام نتیجه‌گیری می‌توان چنین عنوان کرد که شاید با وجود ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران متعهدله را نمی‌توان مجبور به گرفتن مال دیگری به جز موضوع تعهد نمود، ولی در ایفاء غیر موضوع تعهد ما به دنبال اجبار متعهدله برای قبول چیز دیگری نیستیم، بلکه صحبت از توافق طرفین است و حال آن‌که دو طرف به دنبال سقوط تعهد هستند و می‌توان به سقوط آن از هر راهی که مورد نظر طرفین است، توافق کرد. در ثانی با وجود چنین توافقی حتی دیگر نیازی به تبدیل تعهد هم باقی نمی‌ماند، چون با تبدیل تعهد، تعهد قبلی با کلیه تضمیناتش ساقط می‌شود و این به ضرر متعهدله تمام می‌شود، ولی در ایفاء غیرموضوع تعهد به راحتی می‌توان با توافق شیء دیگری جایگزین کرد و در صورت مستحق‌الغیر



درآمدن موضوع تعهد بعدی یا مالیت نداشتن آن موضوع تعهد قبلی دوباره موجودیت پیدا می‌کند. پس با وجود اختلافات در مورد ماهیت ایفاء غیر موضوع تعهد در عمل این روش راه‌گشایی است برای عوض کردن موضوع تعهد بدون این‌که از تبدیل تعهد استفاده شود و نیز راهی است برای سقوط تعهد به غیر از وفاء به عهد.

منابع

۱. ابوعطا، فرزاد؛ محمد، مسعود، «تغییر موضوع تعهد در مقام وفای به عهد»، سال پنجم، شماره نهم، مطالعه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۲.
۲. احمد سنهوری، عبدالرزاق، انتقال و سقوط تعهدات، مترجمین علیرضا امینی، محمدحسین دانش‌کیا، مرکز ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۷۲.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۴۰.
۴. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳.
۵. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
۶. طباطبایی، اکرمی؛ سید محمدصادق، زهرا، «ماهیت حقوقی ایفاء غیر موضوع تعهد»، سال دوم، شماره پنجم، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۱۳۹۳.
۷. قاسم‌زاده، مرتضی، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.

سامانه‌ش

حسین فرامرزى

آنچه مورد بحث و تحقیق است آن است که مردم اطلاع دقیق و سریع از روند رسیدگی پرونده قضایی خود در دادگستری داشته باشند، این شاید یکی از حقوق بدیهی هر شهروند می‌باشد که هم حقوق شهروندی را شامل می‌شود و هم جزئی از حقوق مدنی و آیین دادرسی و قانون اساسی است، اما تمام جنبه‌های این حقوق و قانون‌ها را باید در روند اطلاع‌رسانی دستگاهی که دایه قانون و عدالت را دارد، باید رعایت کند. داشتن یا نداشتن یک وسیله‌ی شخصی مانند موبایل هم جزء اختیارات شخصی هر فرد است و ما الزام و قانونی در هیچ کجای دنیا برای داشتن یا نداشتن آن نداریم. این مطلب را در مورد موبایل بیان کردیم تا وارد موضوع مورد بحث شویم: «ابلاغ و اطلاع‌رسانی الکتریکی (سامانه ثنا)» درست است ابلاغیه و اخطاریه‌های دادگستری به صورت دستی با مشکلات و معایبی همراه بود و مزایا و فوایدی هم داشت، اما ایرادات آن شاید بیشتر به روش و طرز به کار گرفتن مأموران بود.

اما آنچه مورد بحث می‌باشد روش جدید اطلاع‌رسانی است و نمی‌خواهیم به روش قبلی بپردازیم. به‌طور معمول و متعارف حتماً عده‌ای هم از این روش استقبال می‌کنند و این نوع سامانه یا هر اقدامی حسن‌هایی دارد و یا معایبی، بی‌شک هر دو بعد را فرامی‌گیرد، اما اگر ما در حقوق عدالت‌گستری میزان - مان فقط قانون مدون و حقوق مردم و عدالت و انصاف باشد، این‌ها هدف مجموعه حقوق‌دانان و دستگاه قضایی می‌باشد.

در این روش الکترونیکی افرادی از آن رضایت دارند که به این وسایل مانند موبایل و... دسترسی دارند. در این روش می‌توان کمی حفظ ابرو کرد، چون مأمور به درب منزل یا محلی کار نمی‌آید، البته باید توجه داشت همین مورد که مأمور با لباس فرم خود رجوع می‌کرد، خود باعث می‌شد افرادی یا خانواده‌هایی در بین خود مشکلات را اصلاح کنند یا به هر اتفاق کوچکی در دادگاه‌ها پرونده‌سازی نکنند یا به خاطر همین موضوع متهم سعی می‌کرد سریع حق دیگری را بپردازد و حفظ آبرو کند. اما سؤال اینجاست که آیا همه جمعیت یک کشور در هر کشوری در یک گروه طبقاتی و سوادى و... قرار دارند؟ آیا داشتن وسیله‌ای مثل موبایل مانند داشتن شناسنامه یا کارت ملی الزامی است؟ یا می‌تواند باشد؟ آیا موبایل داشتن چه از نظر علمی و پزشکی و در حال حاضر فرهنگی و اخلاقی مطلقاً خوب است یا بد؟!

شاید با مشکلاتی که موبایل در فضای مجازی برای افراد به وجود می‌آورد و گاهی تبلیغات بر علیه استفاده از آن در رسانه‌ها صورت می‌گیرد، فردی تصمیم به عدم استفاده از آن بگیرد یا عده‌ای که در مناطق دورافتاده زندگی می‌کنند و اطلاع و اعتقاد یا آشنایی با آن ندارند، ولی برای موضوعاتی مجبور به ورود به دستگاه قضایی می‌شوند. ما نمی‌توانیم هیچ شهروندی را در هیچ کجای دنیا ملزم به استفاده از موبایل کنیم و شرطی را برای استفاده از حقوق مدنی بر اساس داشتن آن قرار بدهیم، پس اگر به خاطر سامانه ثنا و اطلاع‌رسانی فرد ملزم به داشتن موبایل باشد، باید آن را به آیین دادرسی در یک ماده واحد جدید اضافه کنیم!

به خاطر شفاف شدن این موضوع (موبایل) به اتفاقی که در جریان یک‌بار رجوع به دادگستری به وجود آمد، می‌پردازیم.

وقتی به همراه یک خانم به مرکز دادگستری شفا در شهر مشهد برای دریافت یک برگ انحصار وراثت که در یکی شعبه حل اختلاف آن حوزه قضایی بود، می‌خواستیم وارد شویم، غیر از بازجویی‌هایی که باید برای ورود به دادگستری می‌دادیم، الزام به دریافت سامانه ثنا کردند، چون از قبل برگه از شعبه جهت تسهیل در ورود داشتیم (البته این نکته هم قابل تأمل و تأسف است که شعبه ۹۰ حل اختلاف در این مرکز بود، ولی بایگانی آن در کیلومترها دورتر در خیابان میرزا کوچک خان بود که باید این مسیر را برای کوچک‌ترین کاری در ترافیک طی می‌کردیم) بنده مقاومت کردم و ایراد گرفتم که این قانونی و الزام‌آور نیست که فرمودند قانون است و رئیس حوزه قضایی (حاج آقا) دستور دادند هیچ‌کس بدون ثبت ثنا حق ورود ندارد. این تا به حدی بود که مأموران انتظامی هم اقداماتی را انجام دادند و وقتی برای دریافت این سامانه در همان مرکز رجوع کردیم، گفتند باید موبایل داشته باشید تا پیام بیاید و شماره را دریافت کنیم! جالب است اینجا در دادگستری می‌گویند باید موبایل داشته باشید، ولی برای ورود می‌گویند نباید موبایل داشته باشید! این به این معناست که هر فردی که می‌خواهد به دادگستری به هر دلیلی ورود پیدا کند باید قبلش یک موبایل بخرد. بعد از شرط داشتن موبایل نکته قابل توجه دریافت مبلغ ده هزار تومان پول برای هر فرد که می‌خواهد وارد یک مرکز قضایی شود و در این سامانه ثبت‌نام اجباری کند. این مبلغ بر اساس کدام حق و انصاف و آن جنبه حلالیت در درآمد دریافت می‌شود؟

یک فرایند الکترونیکی در چند ثانیه چه بار هزینه برای دستگاه قضایی دارد؟ چرا یک فردی که هیچ دادخواستی ندارد، هیچ شکواییه علیه او نشده و فقط برای یک پرسش یا دریافت یک برگه و سند و ... می‌خواهد به دادگستری وارد شود، باید این مبلغ را پرداخت کند و موبایل هم داشته باشد؟ یعنی هر که از خط ورودی دادگستری‌ها بخواهد بگذرد، باید این اقدام علیه او صورت بگیرد. معمولاً برای ورود به مکان‌های تفریحی حق ورود می‌گیرند.

سامانه ثنا برای اطلاع‌رسانی از روند رسیدگی پرونده قضایی افراد است و خیلی از افراد برای کار روزمره به دادگستری رجوع می‌کنند و پرونده‌ای ندارند، شاید گفته شود این دستورالعمل این‌گونه نیست؛ بلکه شرایطی دارد، اما آنچه در حال تحقق است این‌گونه است که بیان شد: «اجبار و الزام» آیا دریافت این مبلغ از لحاظ شرعی درست و حلال است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در اصول کلی آن یعنی حکومت حق و عدل قرآن در اصل اول از فصل اول و با توجه به اصول دیگر قانون اساسی مانند اصل چهارم از فصل اول که کلیه مقررات و قوانین مدنی، جزایی، مالی اقتصادی، اداری، فرهنگی،

نظامی، سیاسی و... باید بر اساس موازین اسلامی باشد. اصل سی و چهارم و اصول حاکم بر قوه قضاییه و ماهیت به وجود آمدن این قوه در قانون اساسی با این نوع اقدامات منافات ندارد؟ کدام حوزه قضایی یک روز خودش به صورت اتفاقی و آزمایشی این فرآیند ورود به دادگستری را مورد بررسی میدانی قرار داده تا علت ازدحام و عصبانیت مردم و مشکلات ورود به داخل مجتمع قضایی را از نزدیک ببیند که این سامانه ثنا هم به آن مشکلات اضافه شده است؟

اگر هدف اطلاع‌رسانی الکترونیکی برای اطلاع از مسیر رسیدگی پرونده و ابلاغات بود، می‌توانست بر اساس دادخواست یا شکواییه‌ای که هر فردی به دستگاه قضایی ارائه داد، دفتر شعبه رسیدگی کند و برای همان اطراف دعوا ثبت سامانه ثنا را انجام دهد و اگر مبلغی هم می‌خواهند دریافت کنند، در همان هزینه‌های سنگین رسیدگی آن را هم اضافه کنند. هدف از ملاک قرار دادن ثبت‌نام ثنا برای ورود به دادگستری چیست؟

در کجای دنیا برای ورود به دادگاه‌ها با عناوین مختلف پول می‌گیرند؟ مگر هزینه رسیدگی در هر پرونده گرفته نمی‌شود؟ مگر این هزینه‌های سرسام‌آور که بی‌مهابا و بی‌قاعده زیاد شده کفاف نمی‌دهد که فقط برای یک ارائه شماره به نام ثنا باید جداگانه ده هزار تومان بدهند.

اگر کسی دادخواستی با شکواییه‌ای می‌دهد هزینه آن را می‌پردازد که در همان‌جا می‌توان یک کد رهگیری به او ارائه داد و از او سؤال کرد که ابلاغ و اطلاع از پرونده را چگونه می‌خواهد. این حق شهروندی و عدالت و انصاف اجتماعی است. در حکومت و قضاوت اسلامی که خود فرد انتخاب‌کننده باشد، بر اساس شرایط و امکانات فردی و اجتماعی‌اش یا ابلاغ الکترونیکی را می‌خواهد یا دستی را. در کشورهای اروپایی حتی این نوع ابلاغ الزامی نیست.

این نوع ابلاغ الکترونیکی هم ایرادات و مشکلاتی دارد، از جمله نوع ابلاغ که بیان می‌کند به این آدرس اینترنتی رجوع کنید و در ادامه بیان می‌دارد: در صورت عدم ... خود این نوع بیان در پیام برای عده‌ای ابهام‌آور است و باز برای اطلاع دقیق افراد مجبور به مراجعه به دفاتر شعب دادگاه‌ها هستند.

بهتر و نزدیک‌تر به عدالت که در رسالت دادگستری است و همچنین قانون اساسی قانون اسلامی این است که ابتدا کمی در ورودی مراکز قضایی احترام و آرامش هم‌وطنان رعایت شود. باید توجه شود که داشتن موبایل چه مقدار مزاحمت و تهدید در دادگستری ایجاد می‌کند و منع یا عدم‌منع آن در حوزه‌های مختلف قضایی متفاوت شود.

ملاک ورود به دادگستری کد رهگیری و ثبت‌نام سامانه ثنا نباشد، بلکه هر فردی که دادخواست یا شکواییه در دادگستری ارائه داد، با اطلاع از مزایای اطلاع‌رسانی الکترونیکی و با رضایت فرد نوع ابلاغ انتخاب شود و هزینه‌ای هم برای ثبت‌نام ثنا دریافت نگردد.

تسری آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شهرهای دیگر

امید محمدی

چکیده

برخی شوراها و شهرداریها معتقدند: دادنامه‌های هیئت محترم عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبات برخی شوراهای اسلامی سایر شهرها از مصادیق آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری نبوده تا در موارد مشابه لازم‌الاتباع باشد. لذا از تمکین نسبت به آرای صادره هیئت عمومی در موارد مشابه امتناع می‌نمایند. در این مختصر درصدد اثبات خلاف این ادعا و لازم‌الاتباع بودن آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تمامی موارد هستیم. این دلایل مستنبط هستند از قانون اساسی، قوانین عادی (مانند قانون مدنی، قانون مجازات اسلامی، قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، قانون برنامه پنجم توسعه، قانون دیوان عدالت اداری)، آیین‌نامه‌های اجرایی، نظریات مشورتی دیوان عدالت اداری، نظریات رسمی شورای نگهبان، اصول حقوقی مانند تساوی افراد در برابر قانون، دلیل عقل و عبث نبودن آراء صادره هیئت عمومی و بار نمودن حداکثری آثار به این نهاد عالی اداری.

واژگان کلیدی: هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، لازم‌الاتباع، وحدت رویه، تسری ابطال مصوبه.

بنا به دلایل و مستندات ذیل آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مربوط به یک شهر برای شهر دیگر نیز لازم‌الاتباع است:

۱. قانون اساسی

الف) وفق اصل ۱۰۵ قانون اساسی ایران تصمیمات شوراها نباید مخالف موازین اسلامی و قوانین کشور باشد. وقتی در رأی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مصوبه‌ای با همان مضمون در شهر دیگر به دلیل نقض قانون باطل می‌شود، باید شهر دیگر آن را رعایت نماید تا ناقض قانون اساسی نباشد. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هرچند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهرداری مربوطه، مغایر این «قانون اساسی» نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

■ وکیل دادگستری کانون البرز، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی.

ب) اصل عدالت و برابری افراد در برابر قانون نیز اقتضاء می‌کند، وقتی اخذ عوارضی از شهروندان بخشی از این سرزمین مغایر قانون شناخته شد، نتوان اخذ همان وجه را از مردمان شهروندان دیگر جایز و قانونی قلمداد کرد؛ چرا که این امر با اصل ۲۰ و بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی مبنی بر یکسانی افراد در برابر قانون مغایر است. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهرداری مربوطه، مغایر این اصل برابری و تساوی افراد در برابر قانون نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

۲. نظر شورای نگهبان

شورای محترم نگهبان در پاسخ به نامه شماره ۱۸۱۷۵/د - ۴۱ - ۱۳۸۳/۹/۲۶ ریاست محترم دیوان عدالت اداری طی نظریه شماره ۸۳/۳۰/۹۴۸۶ - ۱۳۸۳/۱۱/۷ چنین اظهار نظر می‌کند: «اجرای مصوبه ابطال شده و نیز تصویب مصوبه‌ای با همان مضمون یا مبتنی بر همان ملاکی که موجب ابطال است، مانند عدم وجود مجوز قانونی و بدون اخذ مجوز جدید بوده و برخلاف نظریه تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۳۷۹ - ۱۳۸۰/۲/۱۸ شورای نگهبان می‌باشد.» همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، شورای نگهبان صراحتاً اعلام نموده مصوبه جدیدی که با همان مضمون مصوبه‌ی ابطال شده‌ی قبلی یا مبتنی بر همان ملاکی که موجب ابطال شده، از تاریخ تصویب باطل بوده و فاقد اثر می‌باشد. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهرداری مربوطه، مغایر این «نظر شورای نگهبان» نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

۳. قوانین و مقررات مصوب مجلس شورای اسلامی

الف) ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت سال ۱۳۸۰ و تبصره ۳ ماده ۶۲ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ نیز دریافت هرگونه وجه، کالا یا خدمات تحت هر عنوان، از اشخاص حقیقی و حقوقی توسط نهادهای عمومی غیردولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود را ممنوع اعلام نموده است.

ب) اخذ چنین مبالغ غیرقانونی با بهانه‌های متعدد می‌تواند مطابق ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ جرم درجه شش تلقی گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «هر یک از مسئولین دولتی و مستخدمین و مأمورینی که مأمور تشخیص یا تعیین یا محاسبه یا وصول وجه یا مالی به نفع دولت است، برخلاف قانون یا زیاده بر مقررات قانونی اقدام و وجه یا مالی اخذ یا امر به اخذ آن نماید، به حبس از دو ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. مجازات مذکور در این ماده در مورد مسئولین و مأمورین شهرداری نیز مجری است و در هر حال آنچه برخلاف قانون و مقررات اخذ نموده است، به ذی‌حق مسترد می‌گردد.» بنابراین وصول هرگونه درآمد محتاج اذن قانون و رعایت شرایط و حدود مشخص شده توسط مقنن می‌باشد؛ به عبارت دیگر وصول درآمد به هر صورت، شکل و به هر قیمتی ممکن نبوده و بلکه عدم رعایت این شرایط در جای خود ممکن است پیگرد کیفری نیز داشته باشد. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر، راجع به غیرقانونی بودن اخذ وجهی با عنوانی خاص، از سوی شهرداری مربوطه، مصداق فعل مجرمانه فوق نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

ج) ملاک ماده ۹۲ قانون دیوان عدالت اداری: مطابق ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، مقرر شده است: «چنانچه مصوبه‌ای در هیئت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیئت عمومی در مصوبات بعدی، الزامی است. هرگاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر با رأی هیئت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان موضوع را خارج از نوبت، بدون رعایت مفاد ماده ۸۳ این قانون و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده در هیئت عمومی مطرح می‌نماید.» در این رابطه آرای نیز از هیئت عمومی دیوان صادر گردیده است.^۱ به نظر می‌رسد، در خصوص اخذ عوارض باید علاوه بر دید محلی، دیدی کلی هم داشت تا از تضییع حقوق شهروندی جلوگیری گردد. یکی از هشت اصل حاکم بر قانون چنین بیان می‌شود: «قانون باید به صورت قواعد کلی و فراگیر باشد.» در همین رابطه نظریه شماره ۹۱/۷۳ مورخ ۹۱/۱/۲۷ کمیسیون مشورتی دیوان عدالت اداری بیان داشته است: «مستفاد از ماده ۹۲ قانون دیوان عدالت اداری این است که آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در موارد مشابه برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری لازم‌الاتباع است.» در هر حال آیا نمی‌توان از این مواد مربوط به قانون دیوان با قیاس مستنبط‌العله ملاک و مناط‌گیری نمود؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

د) با توجه به این که دیوان عدالت اداری در آرای مشابه، اخذ چنین وجوهی را در شهری دیگر خلاف قانون قلمداد کرده و به استناد ماده ۳۰۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است، دریافت کند، ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.» و ماده ۳۰۲ قانون مذکور که اشعار می‌دارد: «اگر کسی که اشتهاً خود را مدیون می‌دانست، آن دین را تأدیه کند، حق دارد از کسی که آن را بدون حق، اخذ کرده است استرداد نماید.» همچنین ماده ۳۰۳ قانون فوق که در این رابطه تصریح دارد: «کسی که مالی را من غیرحق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است، اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.» آیا شهرداری‌ها که نسبت به اخذ چنین مبالغی خلاف قانون و من غیر حق، مبادرت می‌ورزند، نباید مبالغ مذکور را به شهروندان مسترد نمایند؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

۴. آیین‌نامه‌های اجرایی

الف) به استناد ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی نحوه وضع و وصول عوارض توسط شوراهای اسلامی شهرها مصوب ۱۳۷۸ باید یکنواختی در نظام عوارض سراسر کشور رعایت گردد. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهر دیگر، مغایر این ایجاد یکنواختی نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

ب) بر اساس منطوق بند (ج) ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی نحوه وضع و وصول عوارض توسط شوراهای اسلامی شهرها مصوب ۱۳۷۸، «هماهنگی و وحدت رویه در نظام عوارض» از جمله سیاست‌های عمومی دولت است که شوراها مکلف‌اند به هنگام تصمیم‌گیری راجع به عوارض آن را مراعات نمایند. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهرداری مربوطه، مغایر این «هماهنگی و وحدت رویه در نظام عوارض» و «سیاست عمومی دولت» نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟

۱. رأی شماره ۱۰۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۷.

۵. عقل

مگر می‌شود اخذ وجهی در شهری غیرقانونی باشد و در شهر دیگر قانونی؟ مگر می‌شود ربا در شهری حرام باشد و در شهر دیگر حلال؟ غیرقانونی است در سرتاسر این سرزمین. آیا نظری برخلاف این موضوع، خلاف عقل و تساوی افراد نیست؟ پس به کدامین دلیل اکل مال به باطل را روا می‌دارید؟ در پایان مطلبی از استاد گران سنگ جناب آقای لنگرودی افتادم. ایشان می‌گوید: «یک وکیل دادگستری به اداره‌ای رفته بود و به استناد قانون، مطلبی را تقاضا می‌کرد» آن پشت میز نشین گفت: «تو واضح بگو چه می‌خواهی تا من تکلیف خودم را با تو بدانم! به قانون چه کار داری؟ قانون در دست اهل قانون مثل موم است: می‌تواند از آن، سگ بسازد و می‌تواند از همان موم، طاووس بسازد! تو بگو بدانم: سگ می‌خواهی یا طاووس؟» این در زمانی است که قانون مدون وجود داشته، وای به حال زمانی که قانون مدون نباشد! آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی شهرداری مربوطه، مصداق بی‌اخلاقی فوق نیست؟ امید است شهرداری‌ها مصداق این بی‌اخلاقی نباشند و با دلایل واهی اکل مال به باطل را روا ندارند.

نتیجه

اصول قانون اساسی (بند ۱۴ اصل ۳، ۱۹، ۲۰ و ۱۰۵)، قوانین عادی (مانند قانون مدنی، مواد ۳۰۱ الی ۳۰۳، قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵، ماده ۶۰۰، قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت سال ۱۳۸۹، ماده ۴، قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی سال ۱۳۸۹، تبصره ۳ ماده ۶۲، قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۲، مواد ۱۱، ۱۲ و ۹۲)، آیین‌نامه اجرایی نحوه وضع و وصول عوارض سال ۱۳۷۸، مواد ۵ و ۱۴، نظریات مشورتی دیوان عدالت اداری، نظریه شماره ۹۱/۷۳ مورخ ۹۱/۱/۲۷ کمیسیون مشورتی دیوان عدالت اداری، نظریات رسمی شورای نگهبان، نظریه شماره ۸۳/۳۰/۹۴۸۶ - ۱۳۸۳/۱۱/۷ و نظریه تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ - ۸۰/۲/۱۸ - ۱۳۸۰/۲/۱۸، اصول حقوقی مانند تساوی افراد در برابر قانون، دلیل عقل و عبث نبودن آراء صادره هیئت عمومی و بار نمودن حداکثر آثار به این نهاد عالی اداری، همگی دلالت بر اثبات لازم‌الاتباع بودن آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تمامی موارد دارد. آیا عدم رعایت رأی صادره‌ی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هر چند صادره در خصوص شهر دیگر از سوی سایر شهرداری‌ها، مصداق نقض قوانین و مقررات و اصول شرعی و قانونی نیست؟ امید است قسمت حقوقی شهرداری‌ها، مصداق این نقض نباشند.

از رنجگر که می‌بریم

رضا مقصودی

مجله حقوق مردم در شماره هجدهم خود به تاریخ اسفندماه ۱۳۴۸ دو گزارش منتشر نمود: اول گزارشی از هجدهمین سالگرد استقلال کانون وکلا و دوم گزارشی از جلسه مشترک اعضای هیئت‌مدیره کانون‌های مرکز، فارس و آذربایجان که مشکلات و دغدغه‌های آن روز بزرگان عرصه وکالت را برای طرح و حل‌وفصل در اولین کنگره وکلای دادگستری در پاییز ۱۳۴۹ منعکس و مطرح ساخت. آنچه در بازبینی مطالب منتشره در گزارشات فوق و بازتاب این نظرات حائز اهمیت و موجب تعجب یا تأسف است، این که در وضع حاضر از همان دردها، آسیب‌ها، نقص‌ها و خلأهایی رنج می‌بریم که اسلافمان در ۱۳۴۸ دغدغه حل و رفع آن را داشتند و گویی گذر زمان، پیشرفت اوضاع، رشد فرهنگ و ارتقاء معلومات و زندگی در همه ابعادش چیزی از آلام و نیازهایمان نکاسته است! برای این که مصداق کلام امام علی علیه‌السلام نباشیم که فرمودند: «هر کس دو روزش مساوی باشد، مغبون است.»؛ گذری بر مطالب و مشکلات آن روز جامعه وکالت انداخته، نشتری بر زخم‌های کهنه زده باشد موجب انذار و تنبیه و بیداری برخی ذهن‌های خواب‌آلود شده تا اندکی از اختلافات و تمنیات فردی کاسته، قدمی به پیش گذاریم:

۱. دکتر احمد هومن، رئیس وقت کانون

۱-۱. موضوع: معیشت سخت

... «سال گذشته برای وکلای ایران سالی سخت، خسته‌کننده و دردناک بود. از یک‌سو، فروش «پوشه» که تنها راه عائدی و منحصر وسیله پرداخت هزینه‌های مستمر کانون بود، قطع گردید و از سوی دیگر با ازدیاد جرایم و ایجاد مراجع جدید رسیدگی نیازمندی بکار وکالت تسخیری فزونی یافت و بالتبینه مسئولیت وکلایی که در مراجع کیفری، دفاع متهمین را به عهده دارند، طاقت‌فرسا گردید. در تهران و شهرستان‌ها وکلایی بودند که در سال، دفاع بیش از «یک‌صد پرونده» به آن‌ها رجوع شده بود و وقتی را که باید صرف خود و خانواده خود کنند، مصروف چنین کار سنگین بی‌پاداشی نموده بودند و چقدر برای حضار محترم ناراحت‌کننده و دردناک خواهد بود؛ اگر بگوییم سال گذشته چند نفر از همین

وکیل دادگستری کانون اصفهان.

مردمان شرافتمند و باایمان با نهایت تنگ‌دستی جان به جان‌آفرین تسلیم کردند و تا آنجا که کانون هزینه دفن و کفن بعضی را پرداخت و در خانه یکی از آن‌ها که دو روز بود از جهان رخت بسته بود، نایب رئیس کانون به وسیله نردبان وارد شد و شاهد مرگ جان‌گداز و اندوهناک یکی از همکاران خود گردید تا آنجایی که من اطلاع دارم و آمار سازمان جهانی معاضدت قضایی که به چند زبان منتشر می‌گردد، نشان می‌دهد در هیچ جا آن قدر کار مجانی به وکلا ارجاع نمی‌شود و کمتر در آخر عمر سرنوشت دردناکی در انتظار وکلاست.»

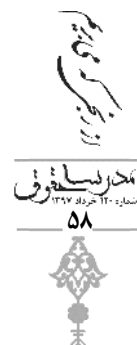
۲-۱. موضوع: کارچاق‌کن‌ها

«... در سال گذشته، کانون مبارزه دامنه‌داری را علیه کارچاق‌کن‌ها و متظاهرين به وکالت با همکاری وزارت دادگستری شروع کرد و آنان که از جهل مردم استفاده کرده، به دستگیری عده‌ای از مأموران جزء به اعتبار موهوم کارچاق‌کن کنی کرده، دستگاه عدالت را مبتذل و منافع بیچارگانی که اضطراراً به آن‌ها پناه می‌برند در خطر می‌اندازند، سخت تحت تعقیب قرار گرفتند. ما انتظار داریم آن‌هایی که دست‌خوش چنین علف‌های خودرو شده‌اند، بدون هیچ‌گونه تشویش کارچاق‌کن‌ها را معرفی کنند تا تحت تعقیب قرار گرفته، به کیفر قانونی خود برسند و اگر بضاعت ندارند و استحقاق وکیل معاضدتی داشته باشند، از مساعدت‌های لازم قانونی برخوردار شوند.»

۲. منوچهر پرتو، وزیر وقت دادگستری

۲-۱. موضوع: نقش خلاقه وکیل

«... در امر حقوقی با تبادل لوابیجی که (توسط وکیل) به عمل می‌آید، مقیاس و میزانی دست دادرس دادگاه می‌دهد. تلاش و خدمت وکیل دادگستری بیش از همه افراد است، به دلیل این که صبح هم‌زمان با شروع کار وزارت دادگستری ناگزیر است که خدمت خود را شروع کند؛ نه تنها در دادگستری، بلکه در تمام سازمان‌هایی که موکل او گرفتاری دارد. عصر هم که موقع استراحت قاضی است، تازه کار وکیل در دفترش شروع می‌شود. خانواده‌اش از مرخصی استفاده نمی‌کنند، خودش این حق را ندارد. هر کس حتی یک کارگر شریف برایش در سال چند روز مرخصی قائل شده‌اند که در کنار خانواده خودش به استراحت پردازند و وظایف خانوادگی و پدری را اجرا کند و یک فرصتی باشد برای تمدد اعصاب و استراحت او از این کار فشرده و سنگین، ولی متأسفانه وکیل دادگستری از این نعمت بی‌نصیب است. آینده ندارد. وکیل دادگستری تمام ابزار کارش برای تلاش جهت زندگی خودش و خانواده؛ قلمش، قدرت بیان و قدرت پاهایش است، ولی معلوم نیست اگر خدای ناکرده یکی از این عوامل را از دست داد، آینده خانواده او چه می‌شود؟ تکلیف گذران زندگی‌اش چیست؟ شاید این طور معروف شده باشد که وکیل دادگستری درآمد دارد، حق الوکاله‌های کلان می‌گیرد، ولی باید به عرضتان برسانم شاید یک اقلیت ناچیز از این نعمت برخوردار باشند، ولی موکلی که یک حق الوکاله ناچیز به یک وکیل می‌دهد، درست تصور می‌کند که او را خریده، هرروز و شب به دنبال اوست، تلفن او امان نمی‌دهد، به دفترش می‌آید. هر چه به او می‌گویند وقت شما فلان روز است، اقدام هم می‌کنم، ولی شاید این برایش یک تسلی خاطر باشد که بنشیند و برای وکیلش درد دل کند، مشکلات دیگرش را هم برایش تعریف کند و مانع شود که این شخص به کارهای دیگرش برسد. این که گفتم نقش خلاقه بسیار قابل توجهی در اجتماع ما دارد بی‌دلیل نیست. در جهش‌های اقتصادی و پیشرفت‌های اقتصادی بهترین مشاور اوست که بازده فعالیت یک بخش خصوصی را در امر سرمایه‌گذاری چندین برابر می‌کند.»



۲-۲. موضوع: تقوای ستیز

«... طبع کار این اقتضاء را دارد که اگر خدای ناکرده یک قاضی یا یک وکیل در راه ناصواب قدم بردارد، آلودگی‌اش دامن تمام قضات و تمام وکلا را می‌گیرد. اگر یک دادرس علی‌البدل بخش در سرخس یک عمل ناصوابی انجام بدهد، هم دامن دادگستری را می‌گیرد، هم دامن رئیس دیوان کشورش را؛ همین‌طور کانون وکلا. پس باید انقلاب اداری را جدی تلقی کنیم؛ هم در دادگستری و هم در کانون وکلا. قاضی اگر با عقده قضاوت کند، قضاوتش معلول است. عقده چیست؟ من اتومبیل ندارم، باید به پرونده کسی رسیدگی کنم که با اتومبیل آخرین سیستمش تصادف کرده! تکلیف آن بدبخت معلوم است ولی قاضی باید مبرّی باشد از این مسائل. وکیل دادگستری باید شرافتاً به موکلش وقتی مراجعه می‌کند برای قبول وکالت بگوید کار تو به جایی نمی‌رسد. نگوید اگر میدان توپخانه را مدعی مالکیتش هستی من تا فردا صبح حکم تخلیه آن را می‌گیرم.»

۳. فیض مهدوی

۱-۳. موضوع: الزامی شدن وکالت

«... مسائل مربوط به جامعه وکالت مسائلی است که حد ندارد و آقایان به خوبی توجه دارند که در سطح دنیا مردم نسبت به وکیل دادگستری نحوه قضاوت دیگری دارند و امر وکالت با پیشرفت کلیه امور در دنیا الزامی‌تر می‌شود.»

۴. جعفر منصوریان

۱-۴. موضوع: جایگاه اجتماعی وکیل

«... وکالت در ایران از نظر جامعه، متأسفانه آن طور که باید و شاید شناخته نشده و اجر و منزلت وکیل را به معنای واقعی نمی‌شناسند و من، مقصر، خودمان را می‌دانم. ما نقش اساسی این تقصیر را بازی کرده‌ایم. ما باید به اجتماع بفهمانیم چه هستیم و چه وظیفه‌ای را انجام می‌دهیم. الان عده‌ای افراد فاقد صلاحیت به نام کارچاق‌کن و دلال کار اساسی را به دست دارند و بعد در اجتماع هم نقش وکیل را بازی می‌کنند.»

۲-۴. موضوع: استقلال مالی

«... یکی از اساسی‌ترین کارهای ما موضوع استقلال کانون است. اگر وکیل در قیدوبند باشد، مسلماً نمی‌تواند وظیفه اساسی خود را ایفاء کند. ما از ۱۸ سال قبل کانون مستقل داشتیم و عمل می‌کردیم، ولی در یک کانون مستقل مسئله اساسی آن، امر مالی است که اگر نباشد دستگاه وجود ندارد... مع‌الوصف وکلای دادگستری به اندازه‌ای احساسات بی‌شائبه به خرج دادند که حتی یکی از همکاران گفت تنها دارایی او که یک قطعه فرش است را حاضر است بفروشد و هزینه کانون را بدهد.»

۳-۴. موضوع: وکالت در محل اشتغال

«... از لحاظ اجتماعی به خصوص باید دقت کنیم. نباید وضع وکالت بی‌بندوبار باشد، یکی از فارس پروانه بگیرد و در آذربایجان دفتر باز کند. درست است که یک وکیل در همه جای ایران می‌تواند کار کند، ولی محل اقامتگاه یا دفتر وکالتی او باید در نقطه معین باشد.»

۵. زرينه باف

موضوع: شناسایی وکیل

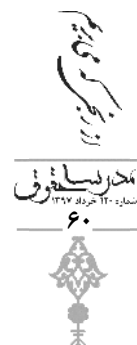
«موضوع اساسی این است که در اجتماع ما متأسفانه شخصیت و موقعیت وکیل شناخته نیست و این ناشی از وضع خود و کلاست که به این فکر نیفتاده و نخواسته‌اند که کار خود را نشان بدهند... کار وکیل تنها شرکت در محکمه نیست، وکیل کارهای بزرگ‌تری در سطح مملکت دارد که متأسفانه تاکنون شناخته نشده است... معمولاً در اجتماعاتی که تشکیل داده می‌شود و کمیسیون‌هایی که در نظر می‌گیرند، از حقوقدانان استفاده نمی‌شود.»

۶. پگاه

موضوع: همبستگی و انسجام

«... جامعه‌ای حق حیات دارد که مشکل و مستقر و پایرجا باشد، شرط اول استقرار و ابراز حیات این است که یک جامعه‌ای با هم متحد باشند و چون ما وکیل دادگستری و واقع بین هستیم، با کمال صراحت عرض می‌کنم ما هنوز نتوانسته‌ایم خودمان یکدیگر را ملاقات کنیم و انتقاداتی را که از ما می‌شود و به جامعه و کلا می‌شود، پاسخ بدهیم. به نظر من قدم اول ما این است که وکلای دادگستری با هم متحد باشند و قدم بعدی این است که واقعیت را ببینیم. من می‌بینم دو جامعه حقوق دان در این کشور وجود دارد که وکلای دادگستری و قضات هستند و وقتی وکیل و قاضی یا هر حقوق دان دیگری نتوانند یکجا بنشینند، آن جامعه حقوقدان تشکیل نشده. به نظر من وکیل دادگستری یک دستگاه فرستنده است که قانون را منطبق بر موضوع می‌کند، ولی این دستگاه فرستنده زمانی مؤثر است که یک دستگاه گیرنده باشد و آن دستگاه گیرنده هم قدرت این را داشته باشد که ضبط و عمل کند. لذا وقتی دستگاه فرستنده ما خوب کار کند و دستگاه گیرنده که قضات باشند، توجهی نکنند، وجود ما زائد است. لذا وکیل و قاضی با هم هستند و باید با هم کار کنند.»

برای لحظاتی چشمان خود را ببندید و فراموش کنید این سخنان از زبان چه کسانی و در چه زمانی گفته شده است. آیا چنین نمی‌نماید که شرح و حکایت این دردها، دغدغه‌ها، کزلی و کاستی‌ها هم‌اینک در کنگره یا همایشی در حال برگزاری است و با گذشت قریب به نیم قرن، چیزی از تازگی و درد این زخم کهنه کاسته نشده است؟ حتی می‌توان گفت در برخی زمینه‌ها دغدغه‌ها و رنج‌های دیگری اضافه شده و به عقب رفته‌ایم. فی‌المثل همان‌طور که گذشت، سابقاً در موضوع استقلال دغدغه اصلی استقلال مالی بود و امروزه سال‌هاست خطر وابستگی معنوی و اداری و سازمانی نهاد وکالت، استقلال این عنصر ارزنده را در همه ابعاد تهدید می‌کند. اگر احساس غبن یا حتی حرمان به شما دست داد، قطع نظر از علل و عوامل بیرونی، آیا نمی‌توان گفت که خود ما در این سال‌های پُربیم و امیدی که بر وکالت و کانون‌ها گذشت، به جای پرداختن به ریشه مشکلات مشترک که سالیان است روح این حرفه منیع را آهسته خراشیده، آن را به انزوا کشانده و از آفرینش نقش‌های حیاتی خود بازداشته است، وقت پرازش و ثمر خود را بیشتر مصروف دغدغه‌های شخصی و گروهی یا پرداختن به حواشی و شاخه‌ها و برگ‌ها نموده، از ایجاد حس همبستگی و اتحاد و هویت جمعی در وکلا غافل یا عاجز مانده‌ایم؟ شاید این اندک تلنگری به برخی از ما وارد کند که برای رضای خدا و ایجاد اصلاح و حراست از این بنای فاخری که به بهای از دست دادن‌های بسیار آباد گردیده، کمی از تمنیات و نفسانیات خود فاصله گرفته، برای نفع اجتماع و شاکله وکالت قدمی به جلو برداریم.



حذف تعیین ظرفیت از آزمون وکالت

محمدصادق مهرآرا

چکیده

میزان ظرفیت جذب کارآموز وکالت توسط کانون‌های وکلای دادگستری باعث ایجاد هیاهو در جامعه حقوقی کشور و ایجاد کمپینی پوپولیسمی با موضوع حذف ظرفیت از آزمون وکالت گردیده است. این کمپین که حامیانی نیز پیدا کرده است، برای نیل به هدف خود به موادی از قانون نیز استناد جسته و ادعای خود را مطابق با قانون می‌داند و معتقد است که صلاحیت کمیسیون تعیین ظرفیت توسط ماده قانونی دیگری از بین رفته است، اما هیچ کجا تفسیری کامل و صحیح از ماده استنادی خود ارائه نکرده و به کلی‌گویی بسنده نمودند و به دلیل برداشت ناصحیح از قانون، دست به شکایت از کانون‌های وکلا در شورای ملی رقابت زدند، در عمل این اقدامات بدون پشتوانه صحیح، تنها باعث آشفتگی بیشتر ذهن آزمون‌دهندگان وکالت شده است.

واژگان کلیدی: اصل ۴۴، مجوز کسب‌وکار، مراجع صدور مجوز، کانون‌های وکلا.

مقدمه

مدتی است که صدای کمپینی فضای حقوقی کشور را پرکرده است. عده‌ای از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق که به دلایل متعددی پشت آزمون وکالت جا مانده‌اند، برای توجیه عدم‌عبور از این آزمون به دنبال بهانه‌ای برای خود و بعضاً خانواده‌شان می‌گردند و به مانند همیشه که ما انسان‌ها به جای آن‌که ابتدا علت و ریشه حل مشکل را در خود جستجو کنیم، سریعاً به سراغ عوامل بیرونی می‌رویم، این گروه نیز مستثنی نبوده و مشکل را ابتدائاً در قانون و کانون‌های وکلا می‌بینند تا خود و برای رفع این مشکل دست به ایجاد کمپین زده‌اند؛ کمپینی که با ایجاد جنجال در پی پاک‌کردن صورت مسئله است تا یافتن راه‌حلی برای رفع مشکل این قشر خاص، عده‌ای نیز آگاهانه یا از سر بی‌اطلاعی به دلایل مختلف و احتمالاً شخصی به حمایت از این گروه پرداخته‌اند که در میان آن‌ها اساتید دانشگاه و نمایندگان ملت نیز دیده می‌شوند، اما غافل از آن‌که هدف غیرکارشناسانه کمپین، حقوق اجتماعی موجود را نیز از بین خواهد برد. مسئولان کمپین برای قانونی جلوه دادن ادعای خود مستندات را نیز ارائه کرده‌اند. این‌که این استنادات و ادعاها مطابق با قانون است یا خیر، موضوع بحث مقاله حاضر می‌باشد، لذا به روش تحلیلی

وکیل دادگستری کانون اصفهان، کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

در دو بخش به واکاوی موضوع حذف ظرفیت از آزمون وکالت می‌پردازیم. در بخش نخست به بررسی ادعاهای مطروحه کمپین و در بخش دیگر به توضیح و تفسیر دلایل و مستندات قانونی ارائه شده توسط آن‌ها خواهیم پرداخت. به امید آن‌که روشنگری باعث آرامش افکار گردد.

۱. ادعاهای کمپین

کمپین از روز تشکیل (دی‌ماه ۹۵) همان‌گونه که از نام آن پیداست، صراحتاً هدف خود را حذف ظرفیت از آزمون وکالت عنوان نمود و در این راستا دست به تبلیغات گسترده از طریق جراید و حتی شبکه‌های اجتماعی زد که به قول خودشان غوغایی به پا کردند. پوپولیس‌م جدید با سر زبان آوردن واژه‌هایی همچون بی‌عدالتی، جوان بیکار و انحصارطلبی، افکار عمومی را تحت تأثیر قرار داده و خود را طلایه‌دار عدالت عنوان کرد. در این راه نیز اغراض شخصی عده‌ای هم به میدان آمد. این غرض‌ورزی‌ها را می‌توان از افکار و گفتار تعدادی از حامیان این کمپین استنباط کرد. آنجا که میزان حق‌الوکاله تنها بعضی از وکلا که کاملاً مطابق با شرع بود را پیراهن عثمان کردند، اما رقم بسیار بالای وکالت‌های تسخیری و معاضدتی وکلا در طول یک سال در سراسر کشور را نخواستند که ببینند؛ خدمتی کاملاً رایگان که در هیچ ارگان غیردولتی دیده نمی‌شود یا سخن گفتن از ظاهر و نوع پوشش بعضی از وکلا می‌تواند نشان از عقده‌های درونی آن‌ها باشد.

۱-۱. صلاحیت علمی

دولت در اکثر پذیرش‌های خود مثل استخدام‌ها از معیار ظرفیت استفاده می‌کند، اما در بحث وکالت حامیان کمپین می‌گویند وجود ظرفیت یک استاندارد غیرمعقول است. (freevekalat.ir) آن‌ها گذاشتن حد نصاب عددی را معیار مناسب‌تری می‌دانند، اما خبر ندارند که تعدادی از پذیرفته‌شدگان سال قبل معدلشان حتی زیر عدد ۱۳ بوده است. در این صورت اگر معیار مدنظر کمپین اعمال می‌شد، تعداد قبول‌شدگان بسیار کمتر از الان می‌بود. برای مثال اگر قانون در انتخابات مجلس شورای اسلامی از معیار احراز رأی به جای معیار ظرفیت استفاده می‌کرد و می‌گفت هر کس در انتخابات x رأی بیاورد، نماینده مجلس می‌شود، امکان داشت در یک دوره ۷۰۰ نماینده در مجلس داشته باشیم و در یک دوره ۲۰۰ نفر. حال آیا این معیار عاقلانه‌ای است؟ اگر عاقلانه و خوب است برای همه خوب و اگر بد است، برای همه بد می‌باشد. پس اگر معیار ظرفیت که بر اساس قانون اجرا می‌شود را حذف کنیم، امکان دارد تعداد پذیرفته‌شدگان کمتر از قبل هم شوند که معقولانه نیست و شاید هم بیشتر از حد توانایی کانون‌ها و دادگستری‌ها و امکانات آن‌ها پذیرفته‌شده داشته باشیم و این نیز عملی نامعقول است که با حذف معیار ظرفیت، کانون‌ها را با موضوعی مبهم و احتمالی روبه‌رو کنیم.

۱-۲. اشباع بازار

معمولاً هر پروژه‌ای که کلید می‌خورد، آمار آن بر اساس تفکر و خواست مدیران آن ارائه و تفسیر می‌شود. کمپین نیز از این موضوع مستثنی نبوده و مدیرانش آمار و تفاسیر خود از این آمارها را به افکار جامعه القاء می‌کنند. یکی از این آمارها رقم دو پرونده (freevekalat.ir) در روز برای هر وکیل یا رقم ۱۷۰۰ نفر



ورودی به حرفه وکالت در سال ۹۵ می‌باشد؛ اما باید دید این آمارها از کجا به دست آمده است. حجت‌الاسلام شهرباری معاون محترم قوه قضاییه اعلام کردند در سال ۹۵ حدود ۵/۵ میلیون پرونده (cafehoghough.com) به دستگاه قضا وارد شده که پنج درصد کمتر از سال ۹۴ است؛ اما مدیران کمپین می‌گویند حدود ۱۵ میلیون پرونده در سال به سیستم دادگستری وارد می‌شود که با این حساب ۳۰ میلیون طرف دعوا در سال خواهیم داشت و با احتساب حدود ۶۳ هزار وکیل و ۲۴۴ روز کاری در سال به هر وکیل دو پرونده در روز تعلق می‌گیرد. عددی که به هر وکیل، قاضی یا هر شخصی که در دادگستری رفت‌وآمدی دارد، بگویند تعجب می‌کند، زیرا این آمار با واقعیت، از زمین تا آسمان فاصله دارد. بسیاری از وکلا برای امرار معاش به دنبال حتی یک پرونده در ماه هستند. این بزرگ‌نمایی از یک‌طرف و ناچیز شمردن ۱۷۰۰ ورودی در سال از طرف دیگر چه هدفی را دنبال می‌کند؟ در حالی‌که در حقیقت کانون‌های وکلا هر ساله بیش از ۳۰۰۰ عدد پروانه وکالت صادر می‌نمایند؛ چیزی که در کمتر ارگان غیردولتی و حتی دولتی که ایجاد اشتغال وظیفه اصلی آن‌ها می‌باشد، می‌بینیم. با این اوصاف رقم صدور بیش از ۳۰۰۰ پروانه وکالت در سال رقم بالایی محسوب می‌گردد. البته در مقابل رقم کلی حدود ۲۵ هزار فارغ‌التحصیل (yjc.ir) رشته حقوق در سال عدد خوبی محسوب نمی‌شود؛ اما مگر قرار است اشتباهات وزارت علوم را با ویران کردن نهادهای دیگری همچون کانون‌های وکلا و ایجاد زمینه فساد اداری و فساد در امر وکالت که برای جامعه بسیار خطرناک است، اصلاح کنیم؟ در بسیاری از کشورها بین ورودی رشته‌های دانشگاهی و فرصت‌های شغلی تناسب وجود دارد. کشوری که در حال توسعه و پیشرفت است، نیاز به بیش‌ترین فارغ‌التحصیل در رشته‌های کارآفرینی همچون کامپیوتر، IT و ... دارد تا رشته‌های علوم انسانی که ظرفیت آن برای هر جامعه محدود است، مثل آن‌که وزارت علوم طی چند سال یک‌میلیون فارغ‌التحصیل رشته فلسفه تحویل جامعه بدهد و سپس دولت اعلام کند که تعداد فارغ‌التحصیل دانشگاهی بیکار بسیار بالاست و برای رفع این مشکل به ارگان‌های مختلف بگوییم که به آن‌ها مجوز کار بدهید و خیال کنیم که با صدور چند مدرک به نام مجوز کار، بیکاری تمام شده است؛ در حالی‌که صدور مجوز کار با ایجاد کار متفاوت است. ما برای رفع معضل بیکاری باید شغل جدید ایجاد کنیم؛ نه این‌که به‌طور بی‌رویه مدرک صادر کنیم. قابل‌ذکر است که بیکاری در اکثر رشته‌های دانشگاهی دیده می‌شود و در بعضی رشته‌ها همچون معماری، فیزیک و کشاورزی درصد بیکاری از رشته حقوق هم بالاتر است. (afkarnews.com)

۱-۳. انحصارطلبی

از سال ۷۶ و پس از تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت، کانون‌های وکلا همه‌ساله اقدام به برگزاری آزمون ورودی نمودند؛ کاری که کمتر نهادی انجام داده است. حال پس از بیست سال برگزاری آزمون به یک‌باره همه چیز سیاه شد، بی‌عدالتی و انحصارطلبی سرتاپای کانون‌های وکلا را فرا گرفت. ظرفیت آزمون ورودی وکالت را ناعادلانه خواندند، اما یک‌قدم آن طرف‌تر یعنی وجود ظرفیت در آزمون سراسری دانشگاه‌ها را ندیدند که چگونه غرق در عدالت شده است. مخالفین ادعا می‌کنند که کانون‌های وکلا در تعیین ظرفیت، انحصارطلبی را مدنظر دارند، اما این موضوع را بیان نمی‌دارند که بر اساس قانون، تعیین ظرفیت بر عهده کمیسیونی قرار گرفته که کانون‌های وکلا تنها یک رأی از سه رأی آن کمیسیون را بر

عهده دارند و دو رأی دیگر بر عهده قوه قضاییه می‌باشد، لذا دولت است که تصمیم‌گیرنده اصلی است، نه کانون‌های وکلا. اتفاقاً این امر که قانون تصمیم‌گیری در خصوص موضوعی را بر عهده یک هیئت چندنفره می‌گذارد، نشان از جلوگیری از انحصارطلبی دارد و همه عقلاً می‌دانند تصمیمات یک هیئت عاری از انحصارطلبی است؛ مگر این که اکثریت آرا در دست یک عضو باشد که در خصوص کانون‌های وکلا این امر مصداق نداشته و از چنین اتهامی که مخالفین بیان می‌کنند، مبرا هستند.

۲. استنادات کمپین

کمپین و حامیان آن به جهت آن که ادعاهای خود را واقعی جلوه دهند و برای خود دلایلی ارائه کرده باشند، به سراغ مواد قانونی رفته و قوانین نامرتبط را با خواسته‌های خود مرتبط دانسته و خود را این‌گونه محق جلوه می‌دهند، لذا به جهت تبیین و روشن شدن موضوع به توضیح و تفسیر مواد استنادی این گروه خواهیم پرداخت.

۲-۱. اصل ۱۴۱ قانون اساسی

تمامی قوانین کشور بایستی با قانون اساسی پالایش و تفسیر شوند. موقعیت شغل وکالت و قوانین مرتبط با آن نیز از این حکم مستثنی نبوده و بایستی جایگاه آن را از دید قانون اساسی ملاحظه کرد. اصل ۱۴۱ قانون اساسی^۱ می‌گوید کارمندان دولت نمی‌توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند. در ادامه، شغل وکالت دادگستری را نیز جزء مشاغل ممنوع برای کارمندان دولت عنوان می‌کند. دلیل آن این است که قانون اساسی خواسته شغل وکالت را در ردیف و در حکم مشاغل دولتی قرار دهد تا آن را از مشاغل و کسب‌وکارهای دیگری که تمام کارمندان دولت بدون محدودیت می‌توانند در وقت غیراداری به آن بپردازند و برای انجام آن جواز بگیرند، جدا سازد. همچنین اصل ۴۴ قانون اساسی بیان داشته که نظام اقتصادی کشور بر پایه سه بخش دولتی (بخش‌هایی که به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت است)، تعاونی (شامل تولید و توزیع کالا) و خصوصی (مکمل فعالیت‌های اقتصادی بخش دولتی و تعاونی) استوار است. حال باید دید آیا وکالت دادگستری جزء بخش اقتصادی یک کشور محسوب می‌شود و اگر وکالت دادگستری در کشوری گسترده‌تر باشد، آن کشور توسعه‌یافته‌تر تلقی می‌گردد؟ اگر این چنین است پس کشور را معطل نکنیم، بیاید به همه فارغ‌التحصیلان رشته حقوق پروانه وکالت بدهیم تا معیار توسعه‌یافتگی را به دست آوریم و سرمایه‌های خارجی فراوانی نصیب کشورمان کنیم تا درآمد ناخالص ملی را یک‌شبه افزایش دهیم و در ردیف کشورهای توسعه‌یافته جهان قرار بگیریم، زیرا که وکالت دادگستری همچون شغل شریف معلمی جزء اقتصاد یک کشور محسوب می‌شود.

۱. اصل ۱۴۱ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزیران و کارمندان دولت نمی‌توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند و داشتن هر نوع شغل دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی و وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نیز ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت‌مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی، جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای آنان ممنوع است. سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی از این، حکم مستثنی است.»

۲-۲. ماده ۷ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴

یکی از استنادات کمپین ماده ۷ قانون^۱ اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ می‌باشد. صدر این ماده قانونی چنین می‌گوید «به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظف‌اند شرایط و فرایند صدور مجوز را ساده کنند.» پس مخاطب ماده هر مجوز و هر مرجع صدور مجوزی نمی‌باشد، بلکه تنها مراجعی که مجوزهای صادره توسط آن‌ها در فرآیند سرمایه‌گذاری در کشور تأثیرگذار می‌باشند، مدنظر قانون است. همان‌گونه که در سایت هیئت مقررات‌زدایی، هدف این هیئت تسریع سرمایه‌گذاری و وظیفه‌ی آن تسهیل مراحل صدور مجوز عنوان شده است. (eform.mefa.ir) لذا پروانه و کالت و کانون‌های و کلا از محدوده شمول این قانون خروج موضوعی دارند، زیرا اولاً، کانون‌های و کلا و پروانه و کالت در روند سرمایه‌گذاری در کشور هیچ تأثیری ندارد و عدم صدور فراوان پروانه و کالت مانعی بر سر راه سرمایه‌گذاری در کشور ایجاد نمی‌کند. ثانیاً، مراجع مدنظر این قانون بر اساس بند ۲۱ ماده ۱ قانون^۲ فوق‌الذکر، دستگاه‌های اجرایی ماده ۵ قانون^۳ مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸۶، ماده ۵ قانون^۴ محاسبات عمومی کشور مصوب ۶۶، شوراهای اسلامی شهر و روستا، اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی، اتاق‌های تعاون یا اصناف، تشکل‌های اقتصادی، اتحادیه‌ها، شوراها، مجامع و نظام‌های صنفی می‌باشند که با نگاهی اجمالی به آن‌ها می‌توان دریافت که کانون‌های و کلا جزء این مراجع و مخاطب ماده نمی‌باشند. البته بعضی از اعضای کمپین و حامیان آن‌ها می‌گویند در این بند از قانون صراحتاً به اتحادیه‌ها اشاره شده است، اما مثل این که این گروه خود را به کوی دیگری زده‌اند و با این که می‌دانند کانون‌های و کلا پروانه و کالت صادر می‌کنند، نه اتحادیه کانون‌های و کلا (اسکودا)، باز می‌گویند اتحادیه‌ها در قانون ذکر شده است، در حالی که منظور از اتحادیه‌ها در این قانون اتحادیه‌هایی است که تحت نظر سازمان‌های

۱. ماده ۷ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظف‌اند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب‌وکار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب‌وکار در صورت ارائه مدارک مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار، بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب‌وکار توسط «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار» تعیین و در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور اعلام می‌شود.»

۲. ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «مجوز کسب‌وکار: هر نوع اجازه کتبی اعم از مجوز، پروانه، اجازه‌نامه، گواهی، جواز، استعمال، موافقت، تأییدیه یا مصوبه است که برای شروع، ادامه، توسعه یا بهره‌برداری فعالیت اقتصادی توسط دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب هشتم مهرماه ۱۳۸۶ و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی مصوب اول شهریور ۱۳۶۶، شوراهای اسلامی شهر و روستا، اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی، اتاق‌های تعاون یا اصناف، تشکل‌های اقتصادی، اتحادیه‌ها، شوراها، مجامع و نظام‌های صنفی یا نمایندگان و متصدیان مستقیم یا غیرمستقیم آن‌ها صادر می‌شود.»

۳. ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری: «دستگاه اجرایی: کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر یا تصریح نام است از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند.»

۴. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور: «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده یا می‌شود.»

صنفي^۱ می‌باشند^۲ و مجوزهای کسب‌وکار صادر می‌کنند؛ نه اتحادیه‌های غیرانتفاعی که اصلاً مجوزی صادر نمی‌نمایند.

۲-۳. بند ۲۱ ماده ۱ قانون اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴

مجوزهای کسب‌وکار در بند ۲۱ ماده ۱ این قانون^۳ به طور واضح تعریف شده است و منظور از آن مجوزهایی است که برای شروع، ادامه، توسعه و بهره‌برداری از فعالیت‌های اقتصادی لازم است و فعالیت‌های اقتصادی در ماده ۲ این قانون این‌گونه تعریف شده است: «فعالیت‌های اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران شامل تولید، خرید و فروش کالاها و یا خدمات» می‌باشد و منظور از خدمات بر اساس بند ۳ ماده ۱ همین قانون^۴ خدماتی است که استفاده از آن از فرایند تولید کالا قابل تفکیک نیست، یعنی خدماتی که مربوط به کالاها می‌باشند، مثل خدمات پس از فروش کالا، نه هر شغل خدماتی، لذا منظور از مجوزها در این قانون مجوزهایی است که در فعالیت‌های اقتصادی همچون تولید و خرید و فروش کالا و خدمات مربوط به کالا مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ نه هر مجوزی خصوصاً مجوزهای مشاغل خدماتی که همچون پروانه وکالت مربوط به کالا و فعالیت‌های اقتصادی نمی‌باشند.

۲-۴. ماده ۵۷ قانون رفع موانع تولید

بر اساس ماده ۵۷ قانون^۵ رفع موانع تولید مصوب ۹۴/۲/۱ که تبصره ۳ ماده ۷ قانون اصلاح موادی از

۱. ماده ۲۱ قانون نظام صنفی: «در هر شهرستان که واحدهای صنفی با فعالیت‌های شغلی مشابه یا همگن وجود داشته باشد، افراد صنفی با رعایت این قانون مبادرت به تشکیل اتحادیه می‌کنند. تبصره ۱: اتحادیه دارای شخصیت حقوقی و غیرانتفاعی است و پس از ثبت در وزارت صنعت، معدن و تجارت رسمیت می‌یابد.»
۲. ماده ۲ قانون نظام صنفی: «فرد صنفی: هر شخص حقیقی یا حقوقی که در یکی از فعالیت‌های صنفی اعم از تولید، تبدیل، خرید، فروش، توزیع، خدمات و خدمات فنی سرمایه‌گذاری کند و به عنوان پیشه‌ور و صاحب حرفه و شغل آزاد، خواه به شخصه یا با مباشرت دیگران محل کسبی دایر یا وسیله کسبی فراهم آورد و تمام یا قسمتی از کالا، محصول یا خدمات خود را به طور مستقیم یا غیرمستقیم و به صورت کلی یا جزئی به مصرف‌کننده عرضه دارد، فرد صنفی شناخته می‌شود. تبصره - (اصلاحی ۱۳۹۲/۰۶/۱۲) صنفی که قانون خاص دارند، از شمول این قانون مستثنی می‌باشند. قانون خاص قانونی است که بر اساس آن نحوه صدور مجوز فعالیت، تنظیم و تنسيق امور واحدهای ذی‌ربط، نظارت، بازرسی و رسیدگی به تخلفات افراد و واحدهای تحت پوشش آن به صراحت در متن قانون مربوطه معین می‌شود.»
۳. به زیرنویس صفحه قبل مراجعه گردد.
۴. بند ۳ ماده ۱ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «خدمت: محصول غیرملموسی که استفاده از آن از فرایند تولید آن قابل تفکیک نیست.»
۵. ماده ۵۷ قانون رفع موانع تولید: «تبصره (۳) ماده (۳) قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم (۴۴) قانون اساسی به شرح زیر اصلاح می‌شود و سه تبصره دیگر به عنوان تبصره‌های (۵)، (۶) و (۷) به این ماده الحاق می‌شود:
تبصره ۳ - کلیه مراجعی که مجوز کسب‌وکار صادر می‌کنند موظف‌اند نوع، شرایط و فرآیند صدور، تمدید و لغو مجوزهایی را که صادر می‌کنند به همراه مبانی قانونی مربوطه ظرف مدت یک ماه پس از ابلاغ این قانون، تهیه و به «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، مستقر در وزارت امور اقتصادی و دارایی به صورت الکترونیکی و پس از تأیید نماینده تام‌الاختیار یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی ارسال کنند. این هیئت هرماه حداقل یک‌بار به ریاست وزیر امور اقتصادی و دارایی و با حضور دادستان کل کشور، رئیس سازمان بازرسی کل کشور، رئیس دیوان محاسبات کشور یا نمایندگان تام‌الاختیار آنان، دو نماینده مجلس شورای اسلامی، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران،



قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب ۹۳/۴/۱ را اصلاح و ۳ تبصره دیگر به این ماده اضافه کرده است، مجوزهای مدنظر قانون اخیرالذکر تنها مجوزهایی می‌باشند که به استناد آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها شرایط صدور آن مشخص می‌شوند؛ نه مجوزهایی که شرایط صدور آن بر اساس قوانین مصوب مجلس تعیین شده است، زیرا تبصره ۳ اصلاحی این‌گونه بیان می‌دارد که کلیه مراجع صدور مجوز کسب‌وکار موظفانند شرایط و فرآیند صدور، تمدید و لغو مجوزهایشان را به هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار ارسال دارند تا این هیئت، شرایط و مراحل صدور مجوز را در بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها به نحوی تسهیل نماید و هزینه آن‌ها را تقلیل دهد که صدور مجوز کسب‌وکار در سراسر کشور به صورت آنی و غیرحضوری صورت پذیرد. مصوبات این هیئت برای صدور مجوز کسب‌وکار لازم‌الاجرا است، لذا این هیئت صلاحیت و اختیار تغییر شرایط و مراحل صدور مجوزهایی که توسط قوانین مصوب مجلس تبیین شده است را به هیچ‌وجه ندارد. بنابراین پروانه و کالت که فرآیند، شرایط و مرجع صدور آن توسط قانون مصوب مجلس مشخص شده است، از شمول صلاحیت هیئت مقررات‌زدایی مجوزهای کسب‌وکار خروج موضوعی دارد.

۲-۵. تبصره ۱ ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴

در تبصره ۱ ماده ۷ این قانون^۱ گفته شده است که اگر مراجع صادرکننده مجوز در ظرف زمانی تعیین شده، مجوز مورد تقاضا را صادر ننماید، متقاضی می‌تواند علاوه بر شکایت به مرکز ملی رقابت از بالاترین مقام آن دستگاه اجرایی صدور مجوز را درخواست کند و بالاترین مقام اجرایی هم موظف است اشخاصی

رئیس اتاق تعاون مرکزی ایران، رئیس اتاق اصناف ایران و حسب مورد نماینده دستگاه اجرایی ذی‌ربط موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی کشور و دارندگان ردیف و عنوان در قانون بودجه سنواتی مربوط، تشکیل می‌شود. این هیئت موظف است حداکثر تا مدت سه ماه پس از ابلاغ این قانون، شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب‌وکار در مقررات، بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و مانند این‌ها را بهره‌وری تسهیل و تسریع نماید و هزینه‌های آن را به نحوی تقلیل دهد که صدور مجوز کسب‌وکار در کشور با حداقل هزینه و مراحل آن ترجیحاً به صورت آنی و غیرحضوری و راه‌اندازی آن کسب‌وکار در کمترین زمان ممکن صورت پذیرد. مصوبات هیئت مذکور در مورد بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌ها پس از تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی و در مورد تصویب‌نامه‌های هیئت‌وزیران پس از تأیید هیئت‌وزیران برای کلیه مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار و کلیه دستگاه‌ها و نهادها که در صدور مجوزهای کسب‌وکار نقش دارند، لازم‌الاجرا می‌باشد.

فعالیت این هیئت پس از انجام تکالیف مذکور نیز استمرار یافته و در صورتی که تحقق این اهداف به اصلاح قوانین نیاز داشته باشد، هیئت مذکور موظف است پیشنهادهای لازم را برای اصلاح قوانین تهیه و به مراجع مربوطه ارائه کند.»

۱. تبصره ۱ ماده ۷ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «در صورتی که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار از ارائه مجوز در ظرف زمانی تعیین شده در پایگاه اطلاع‌رسانی یادشده امتناع کند، متقاضی مجوز می‌تواند علاوه بر ارائه شکایت حضوری یا الکترونیک به مرکز ملی رقابت، کتباً از بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط، تسریع در صدور مجوز موردنیاز خود را درخواست کند. در این موارد، بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است ظرف حداکثر هفت روز کاری از تاریخ ثبت درخواست، با دعوت از متقاضی صدور مجوز و مراجع صادرکننده مجوز، موضوع را بررسی و در چهارچوب قوانین، زمینه صدور فوری مجوز مورد درخواست را فراهم کند. بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است اشخاصی که در صدور مجوز کسب‌وکار اخلاص یا اهمال کرده‌اند را به هیئت تخلفات اداری معرفی کند. این اشخاص چنانچه هیئت مذکور تخلفشان را تأیید کند، به مجازات مقرر در بندهای (د) به بعد ماده (۹) قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب هفتم آذر ۱۳۷۲ محکوم می‌شوند.»



که در صدور مجوز کسب‌وکار اخلاص کرده‌اند را به هیئت تخلفات اداری معرفی کند و هیئت تخلفات اداری نیز بایستی آن شخص را طبق قانون رسیدگی به تخلفات اداری محکوم کند. پس، مراجع صدور مجوز صرفاً مراجعی هستند که قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون تخلفات اداری بر عملکرد آن‌ها حاکم است و در صورت تخلف، این قوانین ملاک در مجازات آن‌ها خواهد بود.

همچنین تبصره ۲ ماده ۷ قانون^۱ صدرالذکر بیان می‌دارد، امتناع از پذیرش درخواست مجوز به دلیل اشباع بودن بازار، مصداق اخلاص در رقابت است و شورای رقابت بایستی بالاترین مقام دستگاه مربوطه را به مجازات بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون^۲ اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ محکوم کند. یعنی اگر به دلیل اشباع بازار مرجع صدور مجوز از پذیرش درخواست صدور مجوز امتناع نماید، در صورتی به مجازات نقدی بند ۱۲ ماده ۶۱ محکوم می‌شود که شورای رقابت نقض ماده ۴۵ این قانون^۳ را که مربوط به اخلاص در رقابت است، احراز کرده باشد. با نگاهی به بند ۲۰ ماده ۱ قانون^۴ فوق‌الذکر درمی‌یابیم که اخلاص در رقابت یعنی اخلاص در نظام اقتصادی کشور، آن هم با اعمالی همچون انحصار (بند ۱۲ ماده ۱ قانون^۵ قدرت تعیین قیمت یا مقدار تولید در بازار) احتکار، افساد در اقتصاد، تمرکز ثروت، کاهش ابتکار یا عملی که باعث سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور گردد. حال با این اوصاف و روشن شدن اخلاص در رقابت، چگونه تعیین ظرفیت برای ورود به کانون‌های وکلا حتی اگر به دلیل اشباع بازار هم باشد، می‌تواند مصداق اخلاص در رقابت محسوب گردد و چگونه می‌توان برای این اخلاص از کانون‌های وکلا در شورای ملی رقابت شکایت کرد تا شورا هم کانون‌های وکلای دادگستری را به جزای نقدی مصرح در بند ۱۲ ماده ۶۱ این قانون محکوم کند و بالاترین مقام مسئول صدور مجوز یعنی رؤسای کانون‌ها را بر اساس قانون تخلفات اداری بازخواست کند؟ در حالی که می‌دانیم تخلفات رؤسا و اعضاء

۱. تبصره ۲ ماده ۷ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار موظفانند درخواست متقاضیان مجوز کسب‌وکار را مطابق شرایط مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور دریافت و بررسی کنند. صادرکنندگان مجوز کسب‌وکار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب‌وکار امتناع کنند. امتناع از پذیرش مدارک و درخواست مجوز و تأخیر بیش از ظرف زمانی تعیین‌شده در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور در صدور مجوز برای متقاضیانی که مدارک معتبر مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی یادشده را ارائه داده‌اند، مصداق «اخلاص در رقابت» موضوع ماده (۴۵) این قانون است و شورای رقابت موظف است به شکایت ذی‌نفع رسیدگی و بالاترین مقام مسئول دستگاه مربوطه را به مجازات تعیین‌شده در بند (۱۲) ماده (۶۱) این قانون محکوم کند.»
۲. بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «تعیین جریمه نقدی از ده میلیون (۱۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا یک میلیارد (۱.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال، در صورت نقض ممنوعیت‌های ماده (۴۵) این قانون.»
۳. ماده ۴۵ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: اعمال ذیل که منجر به اخلاص در رقابت می‌شود، ممنوع است. الف: احتکار و استتکاف از معامله، ب: قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، ج: تبعیض در شرایط معامله، د: قیمت‌گذاری تهاجمی، ه: اظهارات گمراه‌کننده، و: فروش یا خرید اجباری، ز: عرضه کالا یا خدمت غیراستاندارد، ح: مداخله در امور داخلی یا معاملات بنگاه یا شرکت رقیب، ط: سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلطی: محدود کردن قیمت فروش مجدد، ک: کسب غیرمجاز سوءاستفاده از اطلاعات و موقعیت اشخاص.
۴. بند ۲۰ ماده ۱ قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: اخلاص در رقابت: مواردی که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود.
۵. بند ۱۲ ماده ۱ قدرت تعیین قیمت یا مقدار تولید در بازار - انحصار: وضعیتی در بازار که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولیدکننده، خریدار و فروشنده از عرضه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت و یا مقدار را در بازار داشته باشد، یا ورود بنگاه‌های جدید به بازار یا خروج از آن با محدودیت مواجه باشد.

هیئت‌مدیره کانون‌های و کلا بر اساس قوانین و مقررات و کالت بوده و مرجع رسیدگی به آن دادگاه عالی انتظامی قضات است، لذا ملاحظه می‌فرمایید که پروانه و کالت و کانون‌های و کلا و تخلف رؤسای کانون‌ها از شمول قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ خروج موضوعی دارد.

۲-۶. تبصره ۴ ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴

ذیل تبصره ۴ ماده ۷ بیان شده که مراجع صدور مجوز نمی‌توانند هزینه، شرط یا مدرکی اضافه بر قانون از متقاضی دریافت دارند و گرنه به مجازات ماده ۶۰۰ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی^۲ محکوم می‌شوند. این ماده مربوط به مسئولین دولتی و مأمورین وصول وجه به نفع دولت و مسئولین شهرداری‌ها می‌باشد و هیچ شخص دیگری را به هیچ‌وجه شامل نمی‌شود و این بدان معناست که مراجع صدور مجوز و مسئولین خاطی آن بایستی جزء دولت و شهرداری‌ها باشند تا در صورت تخلفی از این دست بر اساس ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی محکوم گردند، لذا رؤسای کانون‌ها خارج از موضوع تبصره ۴ ماده ۷ می‌باشند. نتیجه‌ای که در تفسیر تبصره‌های ۱ و ۲ همین ماده قانونی نیز در بندهای قبلی به آن رسیده بودیم.

۲-۷. نسخ تبصره ماده ۱ قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت

اخیراً عده‌ای که نمی‌دانم حقوقدان هستند یا کارشناس مسلط بر اصول فقه، ادعایی مبنی بر نسخ تبصره ماده ۱ قانون^۳ اخذ کیفیت پروانه و کالت توسط تبصره ۲ ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را مطرح و منتشر کرده‌اند و مرکز پژوهش‌های مجلس

۱. «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسبوکار» موضوع تبصره (۳) این ماده، موظف است ظرف مدت حداکثر سه ماه پس از ابلاغ این قانون، شرایط صدور مجوزهای کسبوکار را به تفکیک هر کسبوکار در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسبوکار منتشر کند.

پس از راه‌اندازی «پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور»، تغییر در شرایط صدور یا تمدید مجوزهای کسبوکار چنانچه در جهت تسهیل صدور و تمدید مجوزها باشد، بلافاصله به دستور رئیس هیئت در پایگاه اطلاع‌رسانی یادشده اعمال می‌شود و چنانچه تغییر، شامل افزایش مراحل یا مدارک مورد نیاز و به هر نحو، مشکل کردن صدور یا تمدید باشد، شرایط جدید باید از شش ماه قبل از اجرا، در این پایگاه اعلام شود.

مراجع صادرکننده مجوز کسبوکار حق ندارند حتی با توافق متقاضی مجوز، هیچ شرط یا مدرکی یا هزینه‌ای بیش از آنچه در پایگاه اطلاع‌رسانی مربوطه تصریح شده، از متقاضی دریافت مجوز کسبوکار مطالبه کنند. تخلف از حکم این تبصره مشمول مجازات موضوع ماده (۶۰۰) قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات بازدارنده، مصوب دوم خرداد ۱۳۷۵) است.

۲. ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی: «هر یک از مسئولین دولتی و مستخدمین و مأمورینی که مأمور تشخیص یا تعیین یا محاسبه یا وصول وجه یا مالی به نفع دولت است برخلاف قانونی یا زیاده بر مقررات قانونی اقدام و وجه یا مالی اخذ یا امر به اخذ آن نماید، به حبس از دو ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. مجازات مذکور در این ماده در مورد مسئولین و مأمورین شهرداری نیز مجری است و در هر حال آنچه برخلاف قانون و مقررات اخذ نموده است، به ذی‌حق مسترد می‌گردد.»

۳. ماده ۱ قانون کیفیت اخذ پروانه: «از تاریخ تصویب این قانون کانون‌های و کلاهای دادگستری جمهوری اسلامی ایران مکلف‌اند حداقل یک‌بار در سال نسبت به پذیرش متقاضیان پروانه کارآموزی و کالت از طریق آزمون با آگهی در جراید اقدام نموده و حداکثر ظرف مدت شش ماه پس از برگزاری آزمون ضمن اعلام نتایج قطعی نسبت به صدور پروانه کارآموزی و کالت برای پذیرفته‌شدگان اقدام نمایند.»

تبصره. تعیین تعداد کارآموزان و کالت برای هر کانون بر عهده کمیسیونی متشکل از رئیس‌کل دادگستری استان، رئیس شعبه اول دادگاه انقلاب و رئیس کانون وکلای مربوط می‌باشد که به دعوت رئیس کانون وکلای هر کانون، حداقل یک‌بار در سال تشکیل و اتخاذ تصمیم می‌نماید.»



(rc.majlis.ir) که حیطة کارى آن تنها انجام دادن طرح‌هاى مطالعاتى و تحقيقاتى مى‌باشد،^۱ نظر به تأييد ادعاى مطرح شده در فوق را داده است که البته اين نظر لازم‌الاتباع نيست؛ زيرا تنها مصوبات مجلس لازم‌الاتباع مى‌باشد. بر اساس مبانى اصول فقه و همچنين اصول حقوقى حاکم، قاعده نسخ يا تخصيص زمانى اعمال مى‌شود که مفاد دو حکم اولاً، در موضوع يکسان بوده، ثانياً، اين دو حکم با موضوع يکسان، در عمل متعارض يکديگر باشند (قافى شريعتى، ۱۳۹۵: ۱۹۷) و گرنه چنانچه دو حکم در عمل متعارض هم نبوده و تنها از نظر لفظ منافى يکديگر باشند، احتياجى به نسخ يا تخصيص آن‌ها نخواهد بود، مثل مواد ۶۷۶ و ۶۷۷ قانون مجازات اسلامى و اگر هم، چنين نيازى وجود داشته باشد، اصل بر تخصيص است، نه نسخ؛ چراکه بايستى تلاش کنيم تا آنجا که مى‌شود اعتبار قوانين را پابرجا نگاه داريم.

حال با توجه به اصولى که بيان شد و با تفسيرهاى که در بندهاى قبلى از ماده ۷ قانون اصلاح موادى از قانون اجراى سياست‌هاى کلى اصل ۴۴ و تبصره‌هاى آن به عمل آمد، آيا اين ماده قانونى خاص که دايره شمول آن تنها مجوزهاى کسب و کارى که شرايط صدور آن بر اساس تصويب‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و آيين‌نامه‌هاى هيئت دولت و وزارت امور اقتصادى و دارايى معين مى‌شود و در سرمايه‌گذارى در کشور و ديگر فعاليتهاى اقتصادى اعم از توليد، خريد و فروش کالا و خدمات مربوط به کالا مؤثر مى‌باشند و توسط دستگاه‌هاى اجرايى و ارگانهاى که قانون خدمات کشورى و قانون تخلفات ادارى بر آن‌ها حاکم است، صادر مى‌گردند را شامل مى‌شود و به نوعى قانون خاص محسوب مى‌گردد، قانون ديگر يعنى تبصره ماده ۱ قانون كيفيت اخذ پروانه و کالت که مصوب مجلس شوراى اسلامى بوده و از حيطه صلاحيت ماده ۷ قانون فوق‌الذکر و هيئت اجرايى آن يعنى هيئت مقررات‌زدايى و تسهيل مجوزهاى کسب و کار مستقر در وزارت اقتصادى و دارايى خارج است و در عمل متعارض و تنافى بين آن‌ها به وجود نمى‌آيد را نسخ يا تخصيص مى‌گرداند؟

نتيجه‌گيرى

نمى‌توان وجود ظرفيت را امرى نامعقول دانست و مدعى شد که صلاحيت علمى معيار مناسب‌ترى مى‌باشد؛ زيرا با اعمال اين معيار کانون‌هاى و کلا هر ساله در مقابل عملى مبهم و تعداد نامشخص کارآموز قرار خواهند گرفت که يک‌طرف آن عدم‌رفع نياز و طرف ديگر آن مواجه شدن با امرى است که توانايى و امکانات مديريت آن را ندارند. همچنين با توجه به اين که بر طبق قانون تعيين ظرفيت پذيرش کارآموز

۱. وظائف اين نهاد در ماده (۲) قانون «شرح وظائف مرکز پژوهش‌ها» مذکور به شرح زير است:

الف) مطالعه، بررسى و ارائه نظرهاى کارشناسى بر روى تمام طرح‌ها و لوايح، ب) گردآورى، نقد و تنظيم نظرهاى محققان و پژوهشگران مراکز دانشگاهى و تحقيقاتى، دستگاه‌هاى اجرايى، نهادها، گروه‌ها و احزاب سياسى و افکار عمومى در مورد نيازهاى جامعه، ج) مطالعه، بررسى و تحقيق نسبت به حسن اجراى قوانين و ساير ابعاد نظارتى مجلس و ارائه پيشنهادهائى کارشناسانه براى رفع موانع و مشکلات اجرايى، د) تأمين نيازهاى اطلاعاتى کميسيون‌ها و نمايندگان مجلس از طريق تدارک و برقرارى نظام اطلاع‌رسانى، ه) انجام پژوهش‌هاى موردى حسب درخواست هيئت‌رئيسه، کميسيون‌ها و نمايندگان مجلس، و) انجام مأموريتهاى محوله در رابطه با کتابخانه‌هاى مجلس که اين گونه موارد زير نظر مستقيم رئيس مجلس قرار مى‌گيرند؛ ز) اشاعه نتايج مطالعات پژوهشى از طريق نشر کتب و نشریات، ط) انعکاس نظرات به واحدها و دستگاه‌هاى ذى‌ربط با نظر هيئت‌رئيسه مجلس.

وکالت در کمیسیون سه نفره مشخص می‌گردد که کانون‌های وکلا تنها یک رأی در این کمیسیون را دارند، ادعای انحصارطلبی تهمتی بیش نمی‌تواند باشد. از طرفی اعتبار کمیسیون تعیین ظرفیت موضوع تبصره ماده ۱ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت هنوز پابرجا بوده و هیچ قانونی آن را نسخ نکرده است؛ زیرا برخلاف آنچه ادعا می‌شود، دایره شمول ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و تبصره‌های ذیل آن فقط مجوزهای کسب و کاری است که بر اساس تصویب نامه‌ها، بخش نامه‌ها و آیین نامه صادر می‌گردند که هیئت مقررات‌زدایی هم توانایی اصلاح آن را دارد؛ نه مجوزی که بر اساس قانون صادر می‌شود. پس، تنها قانون جدید مصوب مجلس شورای اسلامی می‌تواند آن را تغییر دهد؛ نه هیئتی در دولت، لذا پروانه وکالت و کانون‌های وکلا خروج موضوعی از شمول قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و هیئت مقررات‌زدایی داشته و این قانون به نوعی خاص نمی‌تواند ناسخ قانون خاص کیفیت اخذ پروانه وکالت باشد.

منابع

۱. قافی حسین، شریعتی سعید، اصول فقه کاربردی، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵.
2. <http://www.afkarnews.ir>
3. <http://cafehoghough.com>
4. <http://eform.mefa.ir>
5. <http://www.rc.majlis.ir>
6. <http://www.yjc.ir>

تقدیر رأی:

«اصلاح رأی حبس ابد با توجه به قانون، الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر»

ایمان نوروز باقری

چکیده

با لازم‌الاجرا شدن قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر و ارجاع پرونده‌های محکومین سابق از اجرای احکام کیفری به دادگاه‌های صادرکننده حکم قطعی و برای تشخیص این که کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی به این امر را دارد، این پژوهش را با دو فرض مطرح نمودیم، فرض اول رسیدگی به پرونده محکومین صرفاً شکلی است که در این صورت مرجع صالح برای تخفیف مجازات، «دادگاه صادرکننده حکم قطعی است ولو این که به موجب قانون لاحق، مرجع سابق صادرکننده حکم، دیگر صلاحیت رسیدگی به آن اتهام را به صورت ابتدایی نداشته باشد»، فرض دوم اگر بخواهیم در اجرای این قانون و اعمال تخفیف نسبت به آراء صادره قطعی، رسیدگی مجدد و ماهوی را اعمال نماییم، به این منظور باید صلاحیت ذاتی محکمه، حق داشتن وکیل، پژوهش خواهی و مرجع اعتراض را برای محکومان در رسیدگی مجدد لحاظ کنیم.

واژگان کلیدی: مواد مخدر، صلاحیت، تخفیف، آراء قطعی، رسیدگی شکلی و ماهوی.

۱. مقدمه

یکی از اهداف مقنن در قانون‌گذاری تعیین حقوق و تکالیف آحاد جامعه و دستگاه‌های اجرایی و قضایی کشور است که این ضرورت جز با قانون‌گذاری شفاف و به دور از شتاب‌زدگی در امر تصویب قانون مقدور نیست، ولی در قانون پیش رو به دلیل وجود طیف وسیعی از سکوت، اجمال، ابهام و پیچیدگی، نه تنها کیفی‌سازی رو به نزول بوده، بلکه نبود شفافیت در آن باعث فقدان امنیت قضایی شده و حتی فهم قانون را دشوار و قضات محترم را در شیوهی اعمال تخفیف و اصلاح در احکام صادره قبلی دچار مشکل می‌نماید، در این راستا بخشنامه‌ای در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۶ از سوی ریاست محترم قوه قضاییه صادر شد تا شاید بتواند از تشتت آراء جلوگیری کند؛ اما رویکرد مثبت این مصوبه را می‌توان در جهت دادن مجازات سلب حیات و اعدام به سمت اشخاص و سران اصلی و کسانی که استفاده از لفظ مفسد فی‌الارض بر رفتار آنان صادق است، مشاهده نمود. لذا این پژوهش برای بررسی بیشتر پیرامون چگونگی اعمال ماده

■ کارآموز وکالت کانون اصفهان.

۱. شعبه ۲ دیوان عالی کشور (تاریخ نهایی رأی: ۹۳/۰۲/۳۰).

۴۵ قانون در مورد محکومین سابق با توجه به دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۳۷۳۱۱۰۱۸۴۴ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۳۰ صادره از دادگاه انقلاب شهرستان نجف‌آباد انجام گرفته است.

۲. متن رأی (شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو شهر نجف‌آباد)

در پرونده کلاسه ۹۶۱۴۴۳ آقای م.ش.ن. فرزند ب حسب دادنامه شماره ۱۶۶ - ۸۷/۰۳/۲۹ مورخ ۸۷/۰۳/۲۹ اصداری از این شعبه به حبس ابد و تحمل ۷۴ ضربه شلاق تعزیری و مصادره اموال بابت در معرض فروش قرار دادن هشت کیلوگرم تریاک محکوم که در راستای مصادره یک دستگاه پژو روآ به شماره انتظامی ضبط و چک شماره ۲۲۳۰۹۰۰ به مبلغ ۲۶۵۰۰۰۰۰ ریال باطل و چک شماره ۶۱۱۸۷۵ به مبلغ ۲۵۸۰۰۰۰ ریال ضبط شده است و پرداخت پنجاه میلیون ریال جزای نقدی و تحمل ۶۰ ضربه شلاق تعزیری و تحمل سه و نیم سال حبس بابت نگهداری سه کیلو و ششصد و چهل و نه گرم تریاک و سوخته تریاک و نیز پرداخت ۵۰۰۰۰۰ ریال جزای نقدی و تحمل ۳۰ ضربه شلاق بابت استعمال تریاک محکوم گردیده است و دادنامه به موجب دادنامه شماره ۳۳۲/۸۸/۴۵۰۲ مورخ ۸۸/۱۱/۱۰ دیوان عالی کشور قطعی شده است. در حال حاضر نظر به تصویب ماده ۴۵ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر الحاقی ۹۶/۰۷/۱۲ مجازات مقرر قانونی تقلیل و قاضی محترم اجرای احکام در راستای ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی درخواست اصلاح رأی را نموده است. علی هذا نظر به ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی که اصلاح رأی را در صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی می‌داند، و با عنایت به تبصره ۳ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری که ملاک صلاحیت را در خصوص پرونده‌های ثبت شده پیش از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری زمان ثبت آن‌ها می‌داند و نظر به این که تعدد قاضی وصف ذاتی محکمه است نه مقررات دادرسی که بتوان آن را به محکمه دیگر از باب مقررات رسیدگی تسری داد، و با توجه به این که تقلیل مجازات و به طور کلی مجازات دهی بدون مداخله در محکومیت رسیدگی در معنای حقیقی نیست که مستلزم تعدد قاضی باشد (کما این که در مقررات تجمیع آراء ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مجازات دهی بدون محکومیت را از رعایت صلاحیت ذاتی نیز مستثنی کرده) لذا این دادگاه با وحدت قاضی خود را صالح به رسیدگی دانسته و نظر به این که هیچ یک از شرایط بندهای ماده ۴۵ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر موجود نیست، دادگاه مستندا به ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی و ماده ۴۵ مکرر و ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مجازات حبس ابد مقرر را به تحمل ۲۰ سال حبس و پرداخت ششصد میلیون ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت تبدیل و اصلاح می‌نماید. ضبط مواد مکشوفه به نفع دولت به قوت خود باقی و سایر مجازات‌ها نیز به قوت خود باقی است و مدت حبس گذرانده شده احتساب خواهد شد. با توجه به عدم لحاظ مقررات تعدد جرم وفق قانون جدید مجازات اسلامی برای محکوم، قاضی اجرای احکام پس از بررسی در صورتی که اعمال تعدد قانون جدید مجازات اسلامی را مساعد به حال متهم تشخیص داد پیشنهاد اصلاح را ارسال خواهد نمود. رأی صادره به تبعیت رأی اصلی حضوری و چون مراحل اعتراض منقضی شده و تخفیف مجازات موجد حق پژوهش نیست و استظهارا به نتیجه نشست قضایی معاونت قضایی دادستانی کل کشور که این آراء را قطعی می‌داند قطعی است.

تجدید رأی: «اصلاح رأی حبس ابد به تعزیرات قانون مجازات اسلامی»



۳. سیری گذرا در مستندات قانونی، رویه‌ها و نظرات حقوقی

۳-۱. تبصره ۳ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری: دادگاه‌های کیفری استان و عمومی جزایی موجود به ترتیب به دادگاه‌های کیفری یک و دو تبدیل می‌شوند. جرایمی که تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون در دادگاه ثبت شده است، از نظر صلاحیت رسیدگی تابع مقررات زمان ثبت است و سایر مقررات رسیدگی طبق این قانون در همان شعب مرتبط انجام می‌شود. این تبصره در مورد دادگاه انقلاب و دادگاه‌های نظامی نیز جاری است.

۳-۲. ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری: هرگاه پس از صدور حکم معلوم شود محکوم‌علیه دارای محکومیت‌های قطعی دیگری است و اعمال مقررات تعدد، در میزان مجازات قابل اجراء مؤثر است، قاضی اجرای احکام کیفری به شرح زیر اقدام می‌کند: الف) اگر احکام به‌طور قطعی صادر یا به لحاظ عدم تجدیدنظرخواهی قطعی شده باشند، در صورت تساوی دادگاه‌ها، پرونده‌ها را به دادگاه صادرکننده آخرین حکم و در غیر این صورت به دادگاه دارای صلاحیت بالاتر ارسال می‌کند تا پس از نقض تمام احکام، با رعایت مقررات مربوط به تعدد جرم، حکم واحد صادر شود.

۳-۳. مدیرکل دفتر حقوقی و امور مجلس ستاد مبارزه با مواد مخدر: برخی حقوقدانان این قانون را کاهش مجازات قلمداد نکرده‌اند، بلکه نوعی اصلاح کلی قانون می‌دانند، به همین دلیل این اختلاف بین حقوقدان‌ها وجود دارد که از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون، آیا قضات صادرکننده رأی، مجدداً باید رسیدگی ماهوی به این پرونده‌ها داشته باشند یا این که تنها به اصلاح حکم منتهی خواهد شد؟

علیزاده ادامه داد: اگر چنانچه رسیدگی، مفروض بر رسیدگی ماهوی باشد، چون رسیدگی قبلی اعتبار امر مختومه دارد، در واقع یکی از مراجع عالی باید اذن در رسیدگی مجدد را صادر کند. وی اضافه کرد: برخی حقوقدان‌ها نیز معتقدند که چون این قانون کاهش‌دهنده مجازات بوده است و مخفف است، تنها با درخواست قاضی مجری حکم، موضوع را به دادگاه صادرکننده حکم اعلام می‌کند تا نسبت به صدور حکم اصلاحی اقدام شود که البته این موضوع بین نهادهای عالی قوه قضاییه در حال بررسی است و تا قبل از لازم‌الاجرا شدن آخرین نظریه و آخرین توافق اعلام خواهد شد که چگونه با پرونده‌های مواد مخدر برخورد شود.

۳-۴. شعبه ۳۸ دیوان عالی کشور: با تصویب بند ب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بند ۷ از ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ نسخ گردیده است و تصویب قانون لاحق مخففه بعد از صدور حکم قطعی، از شمول اعاده دادرسی خارج می‌باشد.

۳-۵. شعبه ۳۴ دیوان عالی کشور: در صورتی که به موجب قانون جدید مجازات اسلامی، مجازات جرمی کاهش یابد از جهات پذیرش اعاده دادرسی نیست، بلکه دادگاه صادرکننده رأی باید با تقاضای اجرای احکام نسبت به اصلاح حکم اقدام نماید.

۳-۶. به گزارش ایلنا، در این جلسه معاون حقوقی و معاون اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه، جمعی از مسئولان ستاد مبارزه با مواد مخدر و اعضای کمیته حقوقی این ستاد، به علاوه معاون اول دادستان کل کشور و تعدادی از قضات دیوان عالی کشور حضور داشتند و در مورد نحوه

اجرای قانون الحاق ماده ۴۵ و اعمال تخفیف در مجازات مرتکبان و محکومان آن بحث و گفت‌وگو کردند. در پایان این جلسه سعید عمرانی معاون قضایی دادستان کل کشور در جمع‌بندی مباحث مطرح شده گفت: اکثریت قریب به اتفاق حاضرین در این جلسه در این مورد به اجماع رسیدند که مجوز بازنگری در احکام صادره قبلی و اعمال مجازات اخف، مستنداً به بند ب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی باشد و مرجع رسیدگی به موضوع فوق نیز دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر صادرکننده آراء قطعی است و دیوان عالی کشور از این قاعده مستثنی است. وی افزود: همچنین بر این موضوع نیز اجماع صورت گرفت که نهایتاً حکم صادره، اصلاحی تلقی شده و غیرقابل تجدیدنظر و فرجام‌خواهی خواهد بود. عمرانی تأکید کرد: در نهایت مقرر شد نتیجه جلسه و نظریه مشورتی مورد اجماع به دادستان کل کشور و رئیس قوه قضاییه گزارش و ارائه شود تا در صورت تأیید و حسب ضرورت، به نحو مقتضی به دادرها و محاکم ابلاغ شود.

۳-۷. ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی شیوه استقرار و اجرای وظایف معاونت اجرای احکام کیفری یا واحدی از آن در زندان‌ها و مؤسسات کیفری: در اجرای ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۵۰۵ قانون، در مواردی که مجازات محکوم به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، قاضی مستقر بلافاصله قرار موقوفی اجرا صادر می‌کند و در مواردی که تخفیف در مجازات حاصل گردد، قاضی مذکور موظف است فوراً مراتب را برای اصلاح حکم به دادگاه صادرکننده حکم قطعی منعکس نماید.

تبصره. وظیفه فوق نافی وظیفه قاضی اجرای احکام کیفری نیست و چنانچه موجبی جهت تخفیف یا تغییر در حکم صادره حاصل شود، وی موظف است اقدام مقتضی را معمول و مراتب را به قاضی مستقر نیز اعلام کند.

۴. نقد شکلی و ماهوی رأی

- ۴-۱. در انشاء رأی صادره به اشتباه، ماده ۴۵ مکرر نگارش شده که با توجه به صدر قانون جدید، شماره ۴۵ قانون مصوب ۱۳۶۷ به ماده ۴۶ اصلاح و ماده واحده جدید جایگزین ماده ۴۵ قدیم گردید.^۱
- ۴-۲. صلاحیت [ص ح ی] [ع ا ص] شایستگی، درخوری، سزاواری، اهلیت.^۲ صلاحیت عبارت از حق و تکلیفی است که مراجع قضاوتی (قضایی یا اداری) در رسیدگی به دعوی، شکایات و امور به خصوص، به حکم قانون دارا می‌باشند. قبل از هر اقدام قضایی، قاضی باید صلاحیت خود و شعبه خود را مورد بررسی قرار دهد و در صورت نداشتن صلاحیت، تصمیم قانونی اتخاذ نماید؛ مگر این که در بدو امر فاقد صلاحیت بودن قاضی مشخص نباشد و در جریان تحقیقات این موضوع مشخص گردد. در بند (ب) ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی قاضی اجرای احکام موظف است، اگر مجازات جرم به موجب قانون لاحق تخفیف یافت، اصلاح آن را تقاضا نماید و حتی

۱. ماده واحده. یک ماده به شرح زیر به عنوان ماده (۴۵) به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷/۸/۳ و اصلاحات بعدی آن الحاق و شماره ماده (۴۵) قانون به ماده (۴۶) اصلاح می‌گردد. [قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۷/۱۲]

۲. لغت‌نامه دهخدا.

محکوم نیز می‌تواند تخفیف مجازات را درخواست کند و این تقاضا در دادگاه صادرکننده حکم قطعی بررسی شود، در این مورد هم چون عیناً رأی دادگاه انقلاب در دیوان عالی کشور تأیید شده بود پس دادگاه انقلاب شهرستان نجف‌آباد صلاحیت رسیدگی به این امر را پیدا می‌کند. بعد از لازم‌الاجرا شدن این قانون و قبل از صدور بخشنامه از طرف ریاست محترم قوه قضاییه، قاضی محترم اجرای احکام شهرستان نجف‌آباد در راستای اعمال بند (ب) ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی درخواست اصلاح رأی را به دادگاه صادرکننده رأی قطعی ارسال می‌دارد قاضی محترم شعبه مذکور با استناد به تبصره ۳ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری که صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های ثبت شده را تابع مقررات زمان ثبت می‌داند، خود را صالح به رسیدگی اعلام می‌دارد، در حالی که این پرونده مختومه و از دادگاه صادرکننده خارج شده و بعد از تصویب قانون جدید آیین دادرسی کیفری برای اصلاح رأی دوباره وارد شعبه می‌شود، از شمول تبصره ۳ ماده ۲۹۶ خارج است و تبصره ۳ ماده مذکور استثنایی بر قاعده «اجرای فوری قوانین مربوط به صلاحیت» [بند الف ماده ۱۱ ق.م.ا. ۹۲، تشکیلات قضایی و صلاحیت] می‌باشد و اگر هم طبق بند (ب) ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی یا بند دوم بخشنامه ریاست محترم قوه قضاییه و تبصره ذیل آن صلاحیت به همین دادگاه داده شود، طبق متن تبصره ۳ ماده ۲۹۶ «سایر مقررات رسیدگی طبق قانون در همان شعبه مرتبط انجام می‌شود.» [بند پ ماده ۱۱ ق.م.ا. ۹۲، شیوه دادرسی]، در حالی که صلاحیت دادگاه انقلاب شهرستان نجف‌آباد در حد جرایمی است که با وحدت قاضی قابل رسیدگی است و می‌توان این نکته را در استدلال قاضی محترم محکمه مشاهده نمود: «... و نظر به این که تعدد قاضی وصف ذاتی محکمه است؛ نه مقررات دادرسی که بتوان آن را به محکمه دیگر از باب مقررات رسیدگی تسری داد.»

تشریفات: مقرراتی که قانون‌گذار با توجه به زمان و مکان خاص، برای اجرای بهتر عدالت وضع می‌کند، ولی قابل تغییرند و اگر تشریفات نقض شود باید دید که آیا رعایت آن، بدان درجه از اهمیت است که موجب بی‌اعتباری تصمیم شود یا خیر؛ زیرا قانون‌گذار برای تشریفات، قید قرار داده و گفته است باید تشریفات به آن درجه از اهمیت باشد که موجب بی‌اعتباری تصمیم شود. نحوه تشخیص درجه اهمیت ذکر شده را قاضی تشخیص می‌دهد که **بطلان قضایی** گفته می‌شود.^۱ استناد دوم قاضی محترم به ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری که به صراحت فقط برای اعمال مقررات تعدد و بدون ورود به ماهیت آراء صادره به تصویب قانون‌گذار رسیده و با توجه به نظر گروهی که اعمال ماده ۴۵ قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر را در مورد محکومین صرفاً رسیدگی شکلی می‌دانند، می‌توان دادگاه انقلاب شهرستان نجف‌آباد را صالح به اعمال تخفیف دانست، زیرا قاضی محترم محکمه با بررسی و مطابقت شکلی تک‌تک بندهای قانون مذکور اعمال تخفیف نموده که می‌توان آن را عیناً در این عبارت رأی صادره مشاهده نمود: «... نظر به این که هیچ‌یک از شرایط بندهای ماده ۴۵ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر موجود نیست، دادگاه مستنداً به ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی و ماده ۴۵ مکرر و ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر ...» در قوانین شکلی جزایی اصولاً تفسیر به صورت

۱. تبصره ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری.

موسع خواهد بود. علاوه بر این برخلاف قوانین ماهوی جزایی، عطف به ماسبق هم می‌شوند، زیرا این قوانین تغییری در تعریف جرم، در میزان مسئولیت کیفری مرتکب و در کمیت مجازات به وجود نمی‌آورند، بلکه ناظر به طرز رسیدگی، تعقیب جرم، صلاحیت دادگاه‌ها، طرق اعتراض به احکام و قرارها می‌باشند و در واقع حقی را برای متهم به وجود نمی‌آورند و حقی را هم از او زایل نمی‌کنند. قضات در مواجهه با چنین وضعیتی می‌کوشند تا از رهگذر تفسیر قوانین به نیت واقعی و غرض اصلی قانون‌گذار واقف آیند، اما باید این نکته را مدنظر داشت که در بادی امر نمی‌توان شک در اراده قانون‌گذار را به نفع متهم تفسیر کنند، بلکه باید بکوشند تا اراده اصلی مقنن را کشف نموده و هرگاه از جست‌وجوی خود مأیوس شوند، آن‌گاه شک را به نفع متهم تفسیر کنند.

اراده اصلی مقنن: مقصود از انجام تکلیف قانونی مقرر در ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری، حذف احکام متعدد و صدور حکم واحد با لحاظ قاعده تعدد جرم است.^۱ صرف نظر از آن که نتیجه اعمال آن ماده تخفیف یا تشدید مجازات باشد و بر همین اساس، این استنباط که «در صورتی ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری قابلیت اعمال دارد که به نفع متهم باشد.» هیچ‌گونه مبنای حقوقی و توجیه قانونی ندارد.

اگر با قیاس (ادله استنباط احکام) بخواهیم نظر و استدلال قاضی محترم را بیان کنیم می‌توان جدول زیر را ترسیم نمود:

اصل (مقیس علیه)	حکم اصل	فرع (مقیس)	جامع (علت)
صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های ثبت شده	تابع مقررات زمان ثبت (تبصره ۳ ماده ۲۹۶ ق.آ.د.ک)	صلاحیت اصلاح و تخفیف آراء صادره قطعی قبل از (ق.آ.د.ک)	ثبت شدن پرونده قبل از قانون آیین دادرسی کیفری جدید
صلاحیت اعمال مقررات تعدد	دادگاه صادرکننده آخرین حکم (بند الف) ماده ۵۱۰ ق.آ.د.ک)	صلاحیت اعمال اصلاح و تخفیف آراء صادره قطعی	صدور محکومیت‌های قطعی متعدد در دادگاه‌های یکسان

نظر به این که اعمال مقررات ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی قاعده‌ای استثنایی و منحصر به مورد خاص مطرح در قانون اشعاری است و تغییر یا تبدیل مجازات مقرر در دادنامه قطعی، بدون نقض دادنامه صادره در صورت حصول شرایط قانونی صرفاً به دادگاه صادرکننده رأی قطعی اختصاص یافته و بنا بر قاعده اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز می‌باشد، دادگاه شعبه انقلاب شهرستان نجف‌آباد که صادرکننده رأی قطعی بوده، به لحاظ صلاحیت ذاتی سابق خود در رسیدگی به ماهیت جرم انتسابی کماکان صلاحیت رسیدگی و اظهارنظر در قضیه اعلامی را داشته و شاید نیازی به استناد و استنباط از مواد ۲۹۶ و ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری نیست.

۴-۳. در عبارت پایانی رأی صادره چند نکته قابل تأمل است: «... رأی صادره به تبعیت رأی اصلی حضوری و چون مراحل اعتراض منقضی شده و تخفیف مجازات موجد حق پژوهش نیست و استظهاراً به نتیجه نشست قضایی دادستانی کل کشور که این آراء را قطعی می‌داند، قطعی است.»

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۵۸ - ۱۳۹۶/۴/۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

الف) در ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت بیان می‌دارد: «... هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ‌یک از جلسات دادگاه حاضر نشود یا لایحه دفاعیه نفرستاده باشد، دادگاه پس از رسیدگی رأی غیابی صادر می‌کند...». حال با توجه به این‌که پرونده از سال ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۶ مختومه شده و هیچ‌گونه جریان دادرسی وجود نداشته، چگونه می‌تواند حضوری باشد؟

ب) تخفیف مجازات در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی که با رعایت بندهای ماده ۳۸ قانون مذکور توسط دادگاه اعمال می‌گردد، جزء اختیارات قاضی محترم است و در این‌گونه تخفیفات هیچ‌گونه اجباری نسبت به قاضی در اعمال آن وجود ندارد و برای همین انشاء و بیان این عبارت «... تخفیف مجازات موجب حق پژوهش نیست...» می‌توانست درست باشد، ولی وقتی مقنن رأساً و صریحاً در ماده ۴۵ قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر و بند ۴ بخشنامه، قاضی را مکلف به رسیدگی در اسرع وقت می‌کند، پس شاید نیاز متهم به اعتراض و درخواست کاهش در حبس و جزای نقدی بیشتر نمایان شود!

پ) عبارت «... استظهاراً به نتیجه نشست قضایی دادستانی کل کشور که این آراء را قطعی می‌داند، قطعی است.» نشان از نوعی تکیه و تبعیت قاضی محترم از نظریه نشست قضایی است، در حالی که در قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر سازوکاری که نشان از ارجاع امر در موارد مبهم بودن و سکوت قانون مذکور به این‌گونه نشست‌ها، بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها مشخص نشده تا بتوان با یک نشست یا بخشنامه احکامی را قطعی یا غیرقطعی بنامیم و در حالی که اصل بر غیرقطعی بودن حکم و قابلیت اعتراض به آن است،^۱ شاید حداقل در مورد ایراد به صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به استناد بند (پ) ماده ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری جای بحث و تأمل بیشتر باشد. در ضمن در ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری آراء قطعی احصاء شده است.

در نتیجه سه بند فوق: اگر اعمال ماده ۴۵ قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر را در رابطه با محکومین بدون ورود به ماهیت پرونده صرفاً رسیدگی شکلی فرض کنیم و با درخواست پژوهش‌خواهی از اصلاح آراء با این استدلال که سابقاً یک‌بار در ماهیت رسیدگی و رأی قطعی صادر شده، مخالفت نماییم، شاید در وهله‌ی اول صحیح به نظر آید، نسبت به میزان تخفیف اعمال شده یا عدم تخفیف به خصوص زمانی که با وحدت قضایی رسیدگی می‌شود، ضرورت تجدیدنظرخواهی را می‌توان بیش از پیش درک نمود.

۴-۴. می‌توان یکی از نکات مثبت را در توجه قاضی محترم به عدم لحاظ مقررات تعدد جرم و اعمال ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی [...] از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود... در انشاء رأی مذکور مشاهده نمود: «... با توجه به عدم لحاظ مقررات تعدد جرم وفق قانون جدید مجازات اسلامی برای محکوم، قاضی اجرای احکام پس از بررسی در صورتی که اعمال تعدد قانون جدید مجازات اسلامی را مساعد به حال متهم تشخیص داد پیشنهاد اصلاح را ارسال خواهد نمود.»

۱. بند ۵ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هرکس مرتکب جرمی اعلام بشود، حق دارد که اعلام مجرمیت و محکومیت او به وسیله یک دادگاه عالی‌تر طبق قانون مورد رسیدگی واقع شود.»

۴-۵. در این رأی با تبدیل حبس ابد به حبس درجه دو، محکوم دیگر نمی‌تواند پس از تحمل نصف مدت مجازات و با شرایط احراری در ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی درخواست آزادی مشروط کند و به موجب انتهای متن تبصره‌ی ماده ۴۵ قانون الحاق یک ماده به قانون مبارزه با مواد مخدر و بند ۱۲ بخشنامه، دادگاه می‌تواند تنها بعد از گذراندن حداقل مجازات قانونی جرم [۱۵ سال حبس]، تمام یا قسمتی از باقیمانده حبس را صرفاً برایش تعلیق نماید.

۵. مثالی فرضی که رسیدگی ماهوی را بیش از پیش در اعمال این قانون نمایان می‌کند

مأمورین انتظامی در سال ۱۳۹۳ فردی را در حین فروش مواد مخدر تریاک به میزان ۲۵ کیلوگرم دستگیر و در حین بازرسی از اتومبیل حامل مواد، به سلاح شکاری [دارای مجوز] که در صندوق عقب خودرو می‌باشد، برخورد می‌کنند و صرف این که مجازات اعدام فقط در ماده ۱۱ قانون مبارزه با مواد مخدر، قاچاق به طور مسلحانه نگارش شده و در این موضوع هیچ‌گونه درگیری مسلحانه‌ای رخ نداده و سلاح دارای مجوز است و شامل بند (الف) ماده ۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات^۱ مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۰۷ نمی‌باشد، در نتیجه قاضی محکمه با توجه به انتهای متن تبصره‌ی بند ۴ ماده ۴ قانون مبارزه با مواد مخدر حکم به اعدام صادر و رأی قطعی می‌شود. حال در سال ۱۳۹۶ بعد از لازم‌الاجرا شدن ماده ۴۵ قانون پرونده به همان شعبه با قضات لاحق برای اعمال تخفیف ارسال می‌شود. قضات با بررسی پرونده و مشاهده حمل سلاح شکاری [دارای مجوز] در پرونده و بند (الف) ماده ۴۵ قانون مذکور^۲ چگونه می‌توانند بدون ورود به ماهیت، قصد مقابله با مأموران را در سال ۱۳۹۳ احرار کنند؟؟ در حالی که در متن قانون قبل، قصد مقابله با مأموران نگارش نشده و قضات سابق رسیدگی‌کننده به این پرونده، در ماهیت حمل سلاح شکاری [دارای مجوز] با قصد مقابله با مأموران وارد نشده‌اند و رأی در محکومیت یا براءت متهم صادر نکرده‌اند. آیا با این وصف هنوز هم می‌توان گفت رسیدگی صرفاً شکلی است؟

۶. نتیجه

اگر از نظر برخی از حقوقدان‌ها که معتقدند این قانون صرفاً کاهش‌دهنده مجازات بوده و رسیدگی را شکلی فرض می‌کنند، پیروی کنیم باید درخواست تخفیف مجازات برای محکوم‌علیه مستنداً به بند (ب) ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، برای رسیدگی به دادگاه صادرکننده رأی قطعی ارسال شود، حتی اگر دیگر صلاحیت رسیدگی به آن موضوع را نداشته باشد. تجدیدنظر در میزان مجازات

۱. ماده ۶ قانون مبارزه با مواد مخدر: «هر کس به‌طور غیرمجاز سلاح گرم یا سرد جنگی یا سلاح شکاری یا قطعات مؤثر یا مهمات آن‌ها را خریداری، نگهداری یا حمل نماید یا با آن‌ها معامله دیگری انجام دهد، به ترتیب زیر به حبس تعزیری محکوم می‌شود:

(الف) سلاح سرد جنگی، سلاح شکاری یا مهمات آن، به حبس از نودویک روز تا شش ماه یا جزای نقدی از ده میلیون تا بیست میلیون ریال.

۲. [مواردی که مباشر یا حداقل یکی از شرکا حین ارتکاب جرم سلاح کشیده یا به قصد مقابله با مأموران، سلاح گرم یا شکاری به همراه داشته باشند].

و اعمال تخفیف آن، به عهده دادگاه صادرکننده حکم قطعی گذارده شده و دیوان عالی کشور، دادگاه به شمار نمی‌آید، بنابراین چنین موضوعی قابل طرح در دیوان عالی کشور نیست، ولی نسبت به میزان تخفیف اعمال شده و صلاحیت دادگاه اصلاح کننده رأی باید قائل به پذیرش پژوهش و تجدیدنظرخواهی بود. در صورت توجه به نظر برخی دیگر از اندیشمندان حقوق که این قانون را اصلاح و تخفیف صرف نمی‌دانند، بلکه رسیدگی در ماهیت امر و دقت و توجه در بندهای قانون مذکور می‌دانند تا قاضی محترم محکمه بتواند شرایط دارا شدن تخفیف یا عدم آن را در حکم خود مستقلاً بیان نماید و همان طور که در رأی وحدت رویه ۷۶۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مورد فرجام خواهی متهمان ذکر گردید [...] دادنامه معترض عنه به استناد شق ۴ بند «ب» ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری نقض و پرونده جهت رسیدگی و صدور حکم با لحاظ شرایط قانونی اخیرالتصویب، به شعبه هم‌عرض دادگاه صادرکننده رأی منقوض ارجاع خواهد شد. [بخواهیم رسیدگی را ماهوی انجام دهیم باید تمام شرایط و مقررات رسیدگی از جمله ابلاغ وقت رسیدگی، شرط حضور وکیل، تعدد قاضی و... را برای محکومان آراء قطعی مجدداً برقرار نماییم.

منابع

۱. خالقی، دکتر علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ نهم، ۱۳۹۶.
۲. گلدوزیان، دکتر ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۳. مرادی، امیر، اصول فقه (مبانی استنباط حقوق اسلامی)، انتشارات دوران‌دیشان، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
۴. منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مواد مخدر، انتشارات نشر دوران، بروز رسانی: حسین زارعی، چاپ ششم، ۱۳۹۶.

برداشتی تازه

شیرین ولی لو

خبر کوتاه و ساده بود اما شگفت‌انگیز؛ بدان‌گونه که درنگ جایز ندانستم. برخاستم، قلم به دست گرفتم و... آنچه پیش روی شماست حاصل آن اندیشه و احساس و آگاهی‌ام نسبت به حقوق است. در آغاز هفته پیشین خبری فضای مجازی را پر کرد که یکی از قضات عالی‌مقام سرزمین ما در شهرستان قم به جای جریمه در مقابل شلاق، در برابر پرداخت پول پا به پای زندان و هر نوع مجازات تذیلی و تریبی گامی نو برداشته و هوای تازه‌ای در ریه‌های دادرسی سرزمین ما پخش کرده است. او محکومان را چونان آموزگاری خردورز به کتاب خواندن واداشته است. شاید اگر دادرسی در سوئیس چنین می‌کرد، چندان شگفت‌انگیز نمی‌آمد یا دادرس فرانسوی بسیار اتفاق می‌افتد محکومان را وادارد تا به نمایش فیلمی بروند و کتابی بخوانند یا تحقیقی انجام دهند؛ اما در سرزمین میراث‌داران بوعلی، سعدی، حافظ، مولوی و صائب هستیم که هر کدام رودی از دانش و هوشیاری و بیداری را در دریای اجتماع جاری می‌سازند، کمتر با تصمیماتی این‌سان انسان‌گرایانه روبه‌رو می‌شویم.

من دانش‌آموخته حقوق همپایی ندیدم که دادرسی با فرزانی تمام نگرشی تام به سرچشمه جرم، به انگیزه مجرم و فضای وقوع بزه داشته باشد و آنگاه در سپهر اندیشه‌اش چنین درمانگر و درمان‌ساز مجرم را چونان شاگرد سرکشی بنگرد و او را با قلم قانون ارشاد کند. باور کنید هنگامی که حکم را در فضای مجازی خواندم، چشمه‌های چشمم جاری شد، اما نه از اندوه، بلکه از شوق که در سرزمین دادرسان بخردی چنین آینده‌نگر و عاقبت‌اندیش به پا می‌خیزند و بایدها و نبایدها را در برترین جایگاه خود می‌نگرند و آنچه باید را در همین چارچوب قانون می‌یابند و آن را می‌نگارند. به یاد دارم در پای سخن پدر حقوق ایران استاد کاتوزیان نشسته بودم و او در جایگاه چونی و چگونگی حکم و آنچه در برابر دادرس است سخن می‌گفت و همه را به قلمرویی هدایت می‌کرد: در سپهر اندیشه دادرسان، سود جامعه، منافع کلی و بهروزی سرزمین مورد درخواستشان باشد. او می‌گفت به روشنی می‌توان از یک ماده استنباطی کرد که با قانون هم منافاتی نداشته باشد، اما هنگامی که شهروندان به علتی که قوانین یا محیط کارآمد نیست و اکنون در برابر دادرسان ایستاده‌اند باید اذعان داشت: «قاضی رعیت قانون نیست، بلکه شهروند آن است.» و در پی این اندیشه او یادآور می‌شد از آن رو دادگری که برترین ارزش‌هاست می‌توان با

برداشتی والا بهترین گزینه را از قانون به دست آورد و اعلام می‌داشت که قانون تکالیفی را بر مردم بار می‌کند تا مردم از سایه و منافع آن برخوردار شوند، اما گاه اتفاق می‌افتد که میان قانون و عدالت هم-سویی نیست. در اینجا باید به گزینه دیگری ره گشاییم که انصاف را در کپه عدالت بنهیم. استاد در پی چنین اندیشه‌ای همه میراث کهن مدون ما را با برداشتی تازه در سکوی عدالت نشانند. شاید کمتر حقوقدانی بدین توان و ارزش در پی برخورداری و گسترش عدالت گام نهاده است؛ اما آنچه به واقع ارزشمند است، برداشت کسانی است که در هنگام اجرای قانون این اندیشه را به پایگاه اجرا و کنش می‌نشانند.

بی‌گمان جناب رهسپار در صدر چنین دادرسانی است که با برداشتی تازه و احکامی ارزشمند که مجرم را به خواندن کتاب فراخوانده است و از آن رو که جرم مجرم تحریق و تخریب در چهارشنبه‌سوری بوده کتابی را گزینش کرده است که مفهوم شادی، معنای سرور و چگونگی نشاط را به شهروندان از یک سو و به مردان دولت از دیگر سو آموخته است. در این که سرزمین ما سرزمین افسرده‌ای است و ایران در شمار کشورهای ناشاد به شمار می‌آید، جای گفتگو نیست، اما تنها آگاهی بر این آسیب کافی نیست. هنگامی که به در و دیوار شهر می‌نگریم کمتر احساس شادی و نشاط به ما دست می‌دهد و از آن رو که در و دیوار شهر بر فکر و اندیشه ما پرتو می‌افکند ذهن ما نیز افسرده و روحمان پژمرده و خانه‌مان غمگده می‌شود. هم‌نسل‌های من با آن که چندان هم با جوانی فاصله ندارند از شادی بی‌بهره‌اند و به همین علت بازتاب‌هایی خطرناک و رعب‌آور را برای گزینه شادی انتخاب می‌کنند.

کژراهه چهارشنبه‌سوری کنش و واکنش‌هایی که با هیچ منطقی هم‌سو نیست و سوگ‌مندانه در سراسر سرزمین گسترش یافته نمونه کوچکی از همین ناشادی است که راه را گم کرده‌ایم. در صورتی که ایرانیان کهن چهارشنبه‌سوری را به عنوان خانه‌تکانی دل پس از خانه‌تکانی گل برگزیده بودند. از جالینوس حکیم در روزگار قدیم تا ساموئل کینگ در روزگار ما می‌گویند نیروهای انسان در هنگام تولید هیچ سمت و سویی ندارند. این ما هستیم که به آن‌ها جهت می‌دهیم؛ در پی سرور و شادی و نور و مهربانی یا افسردگی یا تخریب و ویرانگری. اگر شادی‌های منفی را که در کوچه و بازار فراوان‌اند از منظر چشم و دل ما بشویند، شادی به راستی اندک‌اندک بر خانه دل ما گام می‌نهد.

از یاد نبریم بیشتر جمعیت فعال کشور جوانان‌اند و این گروه به مانند آب و به مانند هوا به شادی نیاز دارند. اگر دولت نتواند این نیاز انکارناپذیر آنان را پاسخگو باشد، آن وقت فوران آن با صدای گوش‌خراشی یک شهر نه، یک سرزمین را آزرده می‌کند. این که دادرسی کیاست و فراست آن را داشته که جرم را از آغاز تا فرجام و انگیزه را از نهاد تا انجام بررسی کند و سپس در اوج آگاهی بر آنچه رخ داده، مجرم را شلاق زند، دارو دهد تا باز هم خوشحالی و شادی را ترویج کند، جای تمجید و تحسین فراوان دارد. این واقعیت تلخی است که جامعه ما شاد بودن را فراموش کرده است و به همین علت بازتاب آن در یک جامعه افسرده در جوانان پژمرده و در اعتیاد و آسیب‌های اجتماعی تبلور پیدا می‌کند. دادرسان آموزگاران ارزشمندی هستند که در پایگاهی والاتر: «معلمان بر کلاس سرزمین» سخن می‌گویند و فرمان می‌رانند. قدر چنین اندیشه‌ورزان دادگری را هرچند اندک‌اند باید دانست و سپاس گفت.

برخی از اندیشه‌ورزان علوم اجتماعی حقوق را علم دانسته‌اند و گروهی آن را هنر پنداشته‌اند و بعضی آن را فن نامیده‌اند. در این گفت‌وگو در پی آن نیستم که این برداشت‌ها را به بررسی بنشینم، اما باور هر

حقوقدان فرزانه‌ای بر این پایه استوار می‌شود که رأی دادرس محترم شعبه ۱۰۳ دادگاه قم رنگین کمان دل‌نشینی است از دانش و هنر و فن دادگری، زیرا با نگرشی عمیق و برداشتی دقیق و پردازشی لطیف از یک‌سو به زمینه ایجاد جرم پرداخته است و از دیگر سو به درمان کاستی جامعه‌ای که شادی‌های منفی و سوگ مایه‌های اندوه‌زا در آن به نحو فزاینده‌ای رشد می‌کند، انگشت نهاده است. این رأی نموداری از حرکت در مرز مشترک اخلاق و قانون است که از یک‌سو با لطف و مهر، اندیشه و روش و منش متهم را دگرگون می‌سازد و از سوی دیگر از باید قانون استفاده می‌کند و او را در موضع درست می‌نشانند، این برداشت تازه از دادرسی نیک‌نگر می‌تواند نسیم دل‌انگیز دادگری را در ریه‌های دادگستری بپراکند و دریچه تازه‌ای بگشاید تا دادرسان قلمی نو برگزینند و از این پس به جای چوب و چماق و دار و درفش مهر و عشق را به تهاوتر نشینند و روح و درون متهمان را به مهمانی بخوانند، در این باور با من همگام شوید که دستاورد این برداشت تازه، آسایش جامعه و آرامش دستگاه دادگستری است. این شیوه می‌تواند پرندۀ گریز پای شادی بر پیکر سرزمین فراخواند تا بر هستی ما پر افشاند و به ما بیاموزد که شادی شرط موفقیت است؛ نه موفقیت شرط شادی.

در خاتمه به عنوان حقوقدانی که دل در گرو عدالت و نظم این آب و خاک دارم، آرزومند آنم که این برداشت و حکم و نظر راه تازه‌ای را بر دادرسان به طور کل و دادرسان کیفری به ویژه بگشاید.

ظفر حقوق قر

(اول نوشته های فلسفی یک حقوق دان)

آزادی و حقوق

محمد رضا محمدی جرقویه ای

این شماره تقدیر به سرسبز و سالار آزادگان جهان
حضرت امام حسین علیه السلام

چکیده

آزادی یکی از واژه های است که اگر دختر یا پسر بود خیلی خوش به حالش می شد، چون کمتر کسی به اندازه آزادی خاطرخواه دارد. با این حال ارتباط این واژه خوشبخت با حقوق رابطه ای شبیه به رابطه والدین است که گاهی اوقات شبیه موش و گربه و گاهی اوقات شبیه پیچ و مهره است. در این مقاله در صدد تبیین این رابطه بوده و اگر جرأت کنیم شاید هم خطاب به همه دوستان آزادی در سرتاسر جهان بگوییم سر قبری گریه می کنید که مرده ای داخل آن نیست. البته شاید هم چیزی در این مورد نگفتیم، پس تا پایان مقاله صبوری کرده و همراه ما باشید.

واژگان کلیدی: کلمه قبیحه، آزادی، سیمرغ، برگ چغندر.

مقدمه

در ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است: «تمام افراد بشر آزاد به دنیا می آیند». سؤالی که در این رابطه پیش می آید این است که صدق و کذب این گزاره از کجا به دست آمده است؟ آیا به راستی صدق این گزاره از بدیهیات است؟ بشر از کجا به این امر بدیهی دست یافته است؟ شاید این تصور از آنجا ناشی شده که انسان لخت به دنیا می آید و همین لخت به دنیا آمدن باعث می شود تا همه فکر کنند که او آزاد به دنیا آمده است. شبیه این تصور در کشور خودمان هم مسبوق به سابقه است که تا اسم آزادی می آید عده ای فکر می کنند آزادی مترادف با برهنگی است و شاید هم به همین دلیل آن را کلمه ای «قبیحه» می دانند. بدیهی است امکان برهنه شدن یکی از شقوق آزادی می تواند باشد ولی الزاماً مترادف آزادی نیست. از طرفی صحت گزاره «بشر آزاد به دنیا می آید» به شدت قابل خدشه است. آیا این طفل تازه به دنیا آمده در تعیین والدین، تابعیت، محل اقامت و بسیاری چیزهای دیگر مختار است؟ شاید چون انسانها دیده اند تمامی آدم وقتی به دنیا می آیند مجرد هستند و تاکنون آدمی دیده نشده که متاهل به دنیا آمده باشد، این فرضیه در ذهن ایشان شکل گرفته که انسان آزاد به دنیا می آید!! ما در این مقاله ضمن تعریف آزادی، نظریات مکاتب مختلف فلسفی، سیاسی و حقوقی را در مورد آزادی ذکر نموده و سپس رابطه این موجود عجیب الخلقه را با حقوق مورد بررسی قرار می دهیم.

تعریف آزادی

اگر از شمای خواننده یا من نویسنده سؤال کنند که آزادی چیست؟؛ احتمالاً پاسخ می‌دهیم امکان عملی کردن تصمیم‌های که فرد یا جامعه به میل یا اراده خود می‌گیرد، را آزادی می‌گویند.

آیزایا برلین که نویسنده مدتها فکر می‌کرد یک اندیشمند و فیلسوف زن است و پس از تامل در قسمت پایین تنه و رویت جوراب سورمه‌ای در پاهای او نویسنده متوجه شد که ایشان مرد است و در تحقیقات بعدی مشخص شد متولد ۶ ژوئن ۱۹۰۹ و متوفی به سال ۱۹۹۷ میلادی و یکی از پرکارترین فیلسوفان سیاسی قرن بیستم است، برای آزادی حدود ۲۰۰ تعریف ارائه نموده است و این در حالی است که بعید می‌دانم در جهان به این تعداد افراد در مورد آزادی فکر و یا اظهارنظر کرده باشند. در هر حال این تعدد تعریف نشان از این دارد که بیچاره آزادی از شروع قصه یعنی تعریف دچار بحران و مشکل است تا چه برسد به راهکارهای اجرایی آن و یا بحث مشروعیتش. مرحوم آیزایا برلین که از تعریف دقیق آزادی نا امید شده بود، ناچار آمد و در نوشته‌ای به نام «دو مفهوم آزادی» در سال ۱۹۵۸ آزادی را به دو شاخه مثبت و منفی تعریف و تقسیم‌بندی کرد و گفت آزادی منفی یا «آزادی از» به معنای تحمیل نکردن مانع و محدودیت از طرف دیگران است و آزادی مثبت یا «آزادی برای» به معنای توان تعقیب و رسیدن به هدف و از سویی دیگر به معنای استقلال یا خود فرمانی در مقابل وابستگی به دیگران است. با این حال علاوه بر سؤال و بحث در مورد «آزادی از» و «آزادی برای» شق سومی هم مطرح شده که در واقع تقسیم بیشتر همان «آزادی برای» است که می‌پرسد آزادی برای که و آزادی برای چه؟ برای فهم بهتر این سه تفکیک آزادی باید گفت مثلاً آزادی بیان یا مطبوعات از مصادیق آزادی برای چه؟ و رهایی از ترس و تلاش برای تحقق بخشیدن جدایی انسان از ترس «آزادی از» و این که چه کسانی از آزادی بهره‌مند هستند پاسخ سؤال «آزادی برای که» خواهد بود. مرحوم مغفور جان استوارت میل هم در کتاب رساله‌ای درباره آزادی حد و مرز آزادی افراد را تا جایی دانسته که مزاحم دیگران نباشند. که البته این تعریف باعث می‌شود پیدا کردن مصادیق مزاحم از یافتن تعریف جامع و مانع برای آزادی سخت‌تر باشد. افراد دیگری هم در این حوزه بدون تعریف دقیق از آزادی شاخص‌های را مطرح کرده‌اند که برآن اساس می‌توان بود یا نبود آزادی را تشخیص داد. مثلاً توماس جفرسون گفته است: جایی که مردم از دولشان بترسند، ستم حاکم است و جایی که دولت از مردم بترسد، آزادی وجود دارد. مشارالیه احتمالاً به فکرشان خطور نکرده که چنانچه در جایی نه دولت از مردم بترسد و نه مردم از دولت بترسند و یا در جایی که هم دولت از مردم بترسد و هم مردم از دولت بترسند، آنوقت تکلیف آزادی چه می‌شود؟! و یا مرحوم منتسکیو می‌فرماید: آزادی عبارت است از این که شخص مجبور نباشد برخلاف مقررات و قانون کاری کند. در تکمیل فرمایش منتسکیو مرحوم نلسون ماندلا گفته بود: وقتی این حق از فرد سلب شود که نتواند زندگی را به شیوه‌ای که اعتقاد دارد، دنبال کند، هیچ چاره‌ای جز قانون شکنی ندارد. از جمع و تفریق سخنان این دو بزرگوار شاید بتوان چنین نتیجه گرفت که اگر در جامعه‌ای خواست مردم در قالب قانون شکل گرفت، به گونه‌ای که هرچه مردم بخواهند، شکل قانون به خود بگیرد، آن گاه آزادی تحقق یافته است. این تعریف نقش تعلیم و تربیت را نادیده می‌گیرد و اجازه می‌دهد که جوامع هرگونه که بیندیشند، عمل کنند، خواه این عمل با اصول انسانی سازگار باشد، خواه نباشد. مثلاً قتل‌های ناموسی در بسیاری از اقوام امری بجا و شایسته است و اگر فرد اجازه داشته باشد این عمل قتل را بدون گذر از مراحل قانون و دادگاه انجام دهد، زهی سعادت و زهی آزادی!!!

مجله حقوقی و فلسفی ایران
مجله حقوقی و فلسفی ایران



جورج اورول که طبق مفاد کتاب قلعه حیواناتش ظاهراً از هرگونه اصلاحی ناامید شده بود، به حداقل‌ها بسنده کرد و گفت: آزادی یعنی آزادانه گفتن این که دو بعلاوه دو می‌شود چهار!!
حیف است این مقاله که با ساعتها کار کارشناسی تهیه شده است، پایان یابد و به نظرات اندیشمند بی‌مغز، استاد مسلم پریشان‌گویی محمدی جرقویه در مورد آزادی مزین نشود. مذلله در کتاب ترمینولوژی حقوق در تعریف آزادی می‌نویسد: اختیاری است که به افراد و بویژه دولتمردان اجازه می‌دهد تا نیازی به یکسان نمودن قول و فعل خود نداشته باشند.
حال با توجه به مراتب فوق بهتر است نگاهی بیندازیم به مکاتب مختلف فکری، فلسفی و بینیم نظر این مکاتب در مورد آزادی چیست؟ و یا اصلاً در مورد آزادی چه مکاتبی بوجود آمده است؟

مکتب نفی مطلق

پیروان این مکتب قبل از تاسیس این مکتب انشعاب حاصل نموده و خود به دو گروه تقسیم شده‌اند: عده‌ای اصلاً منکر وجود آزادی شده و آن را نفی می‌کنند و آب پاکی روی دست همه ما ریخته و می‌گویند آزادی وجود ندارد، نگردد که نیست. از این جمله می‌توان به شیلر اشاره نمود که فرمود: «آزادی فقط در عالم خیال وجود دارد». البته نلسون ماندلا هم معتقد است چیزی به نام آزادی نصف و نیمه وجود ندارد. این گروه معتقد است در فرض هم که بپذیریم انسان آزاد به دنیا آمده است ولی به قول ژان ژاک روسو همه جا در بند است. پس بهتر است حال که آزادی نصف و نیمه نداریم و از آن طرف هم آزادی مطلق نداریم قبول کنیم که چیزی به نام آزادی وجود ندارد. در درون این گروه عده‌ای معتقدند آزادی به عنوان یک عنصر طبیعی وجود دارد ولی به محض این‌که دست بشر به آن برسد ترکیب شیمیایی ایجاد می‌کند و عنصر دیگری تولید می‌کند که می‌توان آن را «شر» نامید. مثلاً «عقیده» به خودی خود هیچ خطر و ضرری ندارد، ولی به محض بروز آن که در سایه آزادی انجام می‌شود، باعث و بانی خیلی مشکلات می‌شود. از همین رو ولتر نویسنده فرانسوی گفته است: در سیاره کوچک ما عقاید بیشتر از طاعون و زلزله موجب بلا شده است. این گروه انشعابی عطای آزادی را به لقای آن بخشیده‌اند و آن را برای بشریت خطری بزرگ می‌دانند. به قول آلن دین فوستر آزادی همان آشوب است فقط با نورپردازی بهتر.

مکتب پذیرش مطلق

پیروان این مکتب معتقدند آزادی وجود دارد و اصلاً نمی‌توان منکر این امر شد منتها در کمیت و مقدار آزادی که در طبیعت وجود دارند، دچار اختلاف هستند. دسته‌ای معتقدند آزادی عنصری است که مقدار کمی از آن در طبیعت وجود دارد، فلذا در توزیع آن باید صرفه جویی کرد مانند طلا. بعنوان مثال جناب لنین رهبر اتحاد جماهیر شوروی که بنده افتخار ملاقات حضوری با ایشان را در کاخ کرملین برای مدتی کوتاه در حالی که ایشان مومیایی شده بود ولی بنده خیر، داشتیم، گفته است: آزادی گرانبهاست، آن قدر گرانبهاست که باید سهمیه‌بندی شود. ایشان در این افاضه کلام یقیناً مستظهر به فرمایشات مرحوم کارل مارکس بود که قبلاً گفته بود: آزادی از جمله تجملاتی است که هرکس توان کسب آن را ندارد. در مقابل این گروه، هستند کسانی که مقدار آزادی موجود در فضا را بسیار زیاد می‌دانند و در این زمینه ژان

پل سارتر که دچار توهم شده و می‌گوید: من محکوم به آزاد بودن هستم را می‌توان مثال زد. این توهم را در ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر که می‌گوید، بشر آزاد به دنیا آمده است را هم می‌توان دید. در درون این مکتب به گروهی برمی‌خوریم که با تقلید از فرمولهای موجود در فیزیک که می‌گوید انرژی هیچگاه از بین نمی‌رود بلکه از حالتی به حالت دیگر تبدیل می‌شود، می‌گوید: آزادی هم وجود دارد و هم مقدار آن زیاد است لکن این آزادی گاه دست دولت است، گاهی اغنیاء و در موارد محدودی هم دست فقرا. در این راستا سخنان لرزشمند استاد محمدی جرقویه در تعریف آزادی بیان آنجا که می‌گوید: نوعی آزادی که بصورت مطلق در هر کشوری وجود دارد، برای دولتها، اشاره به این مهم دارد. در این زمینه جنگ بشر برای آزادی جنگ برای از تصرف دیگری خارج ساختن و تصاحب آن است و گرنه به وفور آزادی در جهان یافت می‌شود.

باز عده‌ای اندک داخل گروه معتقدند آزادی وجود دارد ولی باید راههای خاصی را طی کرد تا این عنصر معدنی به ظهور برسد. مثلاً ویلسن می‌گوید: آزادی محدود کردن قدرت دستگاهها است نه اضافه کردن آن. یا جرج برنارد شو معتقد است ملت از راه آزادی به تعلیم و تربیت می‌رسد نه بالعکس و در همین زمینه مکولی نامی که خودم هم او را نمی‌شناسم، گفته است: «بسیاری از سیاستمداران این مطلب را به خوبی می‌دانند که هیچ ملتی نباید آزاد باشد مگر آنگاه که شایستگی نگهداری و اجرای این آزادی را داشته باشد. این اندرز مانند دیوانه‌ای در یک داستان کهن است که تصمیم گرفته بود در آب نرود مگر آنگاه که شنا کردن را آموخته باشد».

اگر این نظریه یعنی وجود آزادی را بپذیریم، شاید بتوانیم بگوییم انسانها صرف نظر از هر گروه و عقیده‌ای آزادی را دوست دارند البته درخصوص میزان آن و این که تحت مالکیت چه کسی باشد اختلاف دارند. به قول کارل مارکس: «هیچ کس مخالف آزادی نیست، حداکثر مخالف آزادی دیگران است». در تکمیل فرمایشات مارکس، ولتر هم می‌گوید: تمام مردم آزادی را دوست دارند ولی مهارت عجیبی در معدوم کردن آن به کار می‌برند.

ارتباط آزادی و حقوق

بعد از خواندن خزعبلات فوق، احتمالاً اطلاعات شما در مورد آزادی به نسبت قبل پیچیده‌تر و همراه‌کننده‌تر شده است و شاید سر دو راهی قرار گرفته‌اید که بالاخره آزادی وجود دارد یا خیر؟ بنظر من خیلی در این مورد فکر نکنید، چون تا نباشد چیزی مردم نگویند چیزها!!! لابد چیزی وجود دارد که همه این قدر برای آن جان فشانی می‌کنند. پس بهتر است به آن فکر نکرده و ببینیم دلمان چه می‌گوید. آیا دلمان برای آزادی غنچ می‌رود یا خیر؟ چون اجازه ورود به دل شما رابه دلیل موانع جنسیتی و خانوادگی ندارم، انتخاب این تصمیم را به خودتان واگذار می‌کنم و نظر شخصی خودم را در مورد آزادی و ارتباط آن با حقوق می‌گویم. بنظر من آزادی را با فقدان آن هم می‌توان شناخت. و نبود آن در هر جامعه‌ای چنان گندی از ترس و دلهره و تظاهر و ریا ایجاد می‌کند که هر مشامی را می‌آزارد. آزادی انسان الزاماً سیاسی نیست. به قول آلبر کامو: اگر کفشت پایت را زد و از ترس قضاوت مردم پابرهنه نشدی و درد را به پایت تحمیل کردی، دیگر در مورد آزادی شعار نده. و یا استیوسون می‌گوید: جامعه آزاد جامعه‌ای است که بدون داشتن شهرت، در آن امنیت داشته باشی.



آزادی، مطلوب هر فرد جامعه است و حقوقدان که تحصیل در رشته حقوق را برگزیده بیشتر از دیگران دلش برای آزادی می‌تپد و می‌داند به قول نویسنده روسی چرنیشفسکی، ملتی که حقوق یکدیگر را غصب می‌کنند، هرگز از نعمت آزادی بهره‌مند نیستند. در همین راستا حقوقدان تحقق عدالت را بزرگترین قدم برای تحقق آزادی می‌داند. و قوانین را نیز در همین راستا می‌نگرد و اگر دید قانون در راستای محدود کردن آزادی مردم است، با مهارتهای که آموخته است، آن را تعدیل می‌کند و عمده ظلم نمی‌شود. حتی اگر مجبور است در مقام قضاوت یا وکالت مجری آن باشد ولی از نقد آن به هرنحو ممکن دست برنمی‌دارد. حقوقدان در هر قانونی چهار مولفه رفاہ، عدالت، آزادی و امنیت را جستجو می‌کند و به تبع آن زندگی شخصی خود وی نیز نمادی از این چهار مولفه است. لذا اگر فرضاً به عنوان وکیل در جهت غصب حقوق دیگران موکلش را راهنمایی کرد و یا در مقام قضاوت به بهانه مصلحت اندیشی برخلاف قانون رأی داد و محدودیتی ایجاد کرد، آزادی را به بند کشیده است. اگر در مقام وکیل در برابر قاضی متواضع بود ولی در پشت سر او غیبت کرد یا در برابر همکاران عالی رتبه خود مودب ولی مقابل موکلش گستاخ و بی‌ادب بود و یا پاسخ تلفن او را نداد، هرنوع تلقی وی را از آزادی و آزاد اندیشی باید به شوخی گرفت. حقوقدان اگر در مقام قضاوت و صدور حکم، رودربایستی و یا دوستی و یا ترس از مقام خاصی موثر در حکم وی واقع شد، نیز همان حکم را دارد و یا اگر افکار عمومی در تصمیمات او اثر گذاشته و به ناحق حکمی و یا رفتاری سنگین‌تر از سایر متهمان مشابه صرفاً برای اقناع افکار عمومی انجام داد، آزاد نخواهد بود. همچنانکه وکیلی که می‌داند حق با موکلش نیست و سعی در صلح و سازش نمی‌کند و با سنگ‌اندازی در اجرای عدالت اقدام می‌کند، با آزادی‌خواهی میانه‌ای ندارد. در پایان همصدا با فیخته فیلسوف آلمانی که می‌گوید: فلسفه در ذات خود چیزی نیست مگر «تحلیل مفهوم آزادی» نویسنده این مقاله می‌خواهد بگوید: حقوق در ذات خود چیزی نیست مگر بسترسازی برای تحقق آزادی و کسی که در این زمینه همه هنر و دانش خود را به کار می‌گیرد تا این مهم تحقق یابد، حقوقدان است.

منابع

یک عالمه کتاب
مقدار زیادی مقاله

