

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادر سه حقوق

سال شانزدهم، شماره ۱۵۵، دی ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل
طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمدحسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: عظیمه آگاهی، سعید احمدی، آرمان زینلی، مینا سالمی، ساراسادات شجاعی،
سید حسین طهماسبی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، فاطمه محسنی، امیر مقدم.

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادر سه حقوق نیست.

نشریه مادر سه حقوق در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس
است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyhoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «مادرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه ی دیگری منتشر نشده باشد.
- مسؤولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
 - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
 ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
 - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
 - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
 - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
 - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.



فهرست مطالب

سرمقاله: وثاقت و وکالت ۴

مقالات

مقایسه اجمالی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در حقوق ایران و فرانسه (قسمت دوم) ۱۰

دکتر عبدالرسول دیانی

نازنین دوستدار

نقد یک رأی در باب بخشش طلب به غیر مدیون ۳۱

دکتر محمد مهدی الشریف

قواعد حقوقی حاکم بر پرداخت ضمانت نامه‌های بانکی ۴۳

آرمان زینلی

بررسی نوآوری های اصلاحات قانون مبارزه با پولشویی ۷۵

امیر هاشم زاده

مهدی هلالی

تجربه ای حقوقی از دوران کارآموزی ۱۰۶

منصور انجم شعاع

راهکارهای کاهش طلاق (از تغییر سبک زندگی تا رویکرد عدم تسهیل طلاق) ۱۱۱

سید وحید صادقی

محمد حسن پور

گزیده سخنرانی ها

مراجعات تشخیص اراضی ملی و موات و روش اعتراض به آن ۱۳۴

دکتر نصیر مشایخ

بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی ۱۴۴

آراء منتخب قضایی ۱۴۶

عظیمه آگاهی

صفحه ادبی «رُقعہ» ۱۵۲

سید حسین طهماسبی

شعر؛ میراث عمر ۱۵۴

پند استاد؛ یادى از استاد دکتر ابراهیم پاد ۱۵۵

فاطمه محسنی

گزیده مقالات کاربردی ۱۵۶

امیر مقدم

معرفی کتاب ۱۶۰

مهدی اعتمادیان

زنگ تفریح

حیوان ۱۶۶

دکتر علی رادان جلیلی

مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال شانزدهم

شماره ۱۵۵





سرمقاله

وثاقت و وکالت

حُسن انتخاب دوستانِ بخش معرفی کتاب «مدرسه حقوق»، این بار معرفی کتاب «سازمان وکالت و نقش آن در عصر ائمه (ع)» را در دستور کار خود قرار داد. این کتاب دو جلدی بخش‌های مختلفی دارد و مباحث متعددی را مطرح نموده است. صرف نظر از میزان ارتباط امر وکالت مورد نظر در این کتاب با موضوع «وکالت دادگستری» امروز، ارتباط تام وکالت و وثاقت، موضوعی درخور توجه در میان همه مباحث این کتاب است و همین موضوع، الهام بخش نگارش سرمقاله حاضر شد. در عرف مردم و یاحتی عالم حقوق، اصطلاحاتی وجود دارند که حرکت به نوعی نمایندگی اشاره دارد؛ این اصطلاحات که برخی سابقه‌ای به قدمت صدر اسلام و حتی قبل از آن در متونی مانند «مادمان خزار دادستان»^۱ و غیره دارد، عبارتند از: وکالت، نیابت، سفارت، قیمومت، قائم مقامی، تولیت، اتساب (نُسوب) و...

۱. معرفی شده در بخش معرفی کتاب مدرسه حقوق شماره ۱۴۹ تیرماه ۱۴۰۰.



آنچه در کلمه این اصطلاحات مشرک است و شرط اولیه و فصل مشرک تمامی این اصطلاحات است، «وثاقت» است. ممکن است در برخی از این تأسیسات، برخی شرایط لازم در دیگر تأسیسات لازم نباشد، اما شرط وثاقت، شرطی است که لازم تمامی این موارد است. به عنوان مثال اعلمیت یا افضلیت هر یک از طرفین این تأسیسات، نسبت به طرف مقابل در برخی از این نهادها مانند ولایت و قیمومت لازم است، اما در نیابت و یا سفارت، شرط لازمی نیست. «وثاقت» به خودی خود، لازمه واکذاری هر امری است و غیرقابل انکار است و می توان آن را نوعی شرط بنایی دانست که طرفین با فرض وجود آن حتی اگر مقررات و یا توافقی در این خصوص وجود نداشته باشد، مبادرت به انعقاد آن می نمایند. سیره عقلانیز بر این تعلق دارد که آنگاه مبادرت به واکذاری تمام یا بخشی از امور خود به دیگران نمایند که نسبت به انجام دهنده آن از حیث «وثاقت»، اطمینان داشته باشند.

این سیره تا بدانجا مستحکم و پایدار است که می توان حکم شارع نسبت به وجود، احراز و استمرار «وثاقت» در انجام هرگونه واکذاری و نمایندگی به دیگران را نوعی امر ارشادی به معنای ارشاد شارع به حکم عقل تلقی کرد.

با این مقدمه، «وثاقت» برای وکالت دادگستری امری حیاتی و به مترکه روح برای کالبد آن است و امروزه وکالت دادگستری با کلیه نشیب و فرازهایی که داشته و دارد، هنوز شرط لازم، ضروری و



اساسی «وثاقت» را همراه خود دارد و باید آن را «مستمرّاً» به همراه داشته و حفظ نماید. حفظ و حراست از شرط «وثاقت» برای وکالت تا آنجا از اهمیت برخوردار است که بدون آن می‌توان اساس وکالت را مخدوش و یا حتی معدوم دانست. حفظ این شرط، به روز کردن آن و حراست از آن وظیفه وکلای دادگستری و نهادهای مرتبط با آن، حاکمیت و مردم به عنوان موکلین و طرف قرارداد در قراردادهای وکالت است:

- «وکلا» و «نهاد وکالت»

از آنجا که اقتضای هر دعوی به معنای اعم، ناگزیر حکم به بی‌تحتی یکی از طرفین است، ممکن است وکیل دادگستری در عین انجام وظایف کامل شغلی خویش، با عدم توفیق در پیروزی موکل در دعوی مطروحه مواجه شود؛ عدم توفیق وکیل در برکسی نشاندن خواسته موکل، می‌تواند شبهه عدم وثاقت وکیل را برای موکل در پی داشته باشد و دعوی ناموفق، می‌تواند بهانه‌ای برای طرح عدم وثاقت وکیل یا وکیل مقابل باشد. وکلا باید از یک سو تمامی تلاش خویش را برای بروز وثاقت «وکیل» به کار گیرند و از سوی دیگر از هر بهانه یا موضع تهمتی که منتفی به ایجاد شبهه «عدم وثاقت» در ذنب طرفین دعوی و یا دیگر مرتظین و یا مطلعین از پرونده نسبت به وکیل گردد، پیشگیری نمایند. چه بسا سخن یا اشاره و یا حتی گوشه چشم و سکوت و سکون از سوی یک وکیل برای تبرئه یا حتی به جانب جلوه دادن خود، موجب سوءظن عدم



وثاقت وکیل طرف مقابل گردد. از آنجا که این امر در نهایت تیشه به ریشه نهاد وکالت و شخص وکیل خواهد زد، بر جامعه وکالت و بر یکایک وکلاست که با عملکرد خویش به شدت و دقت هرچه تمام در مقام حفظ شرط و شان «وثاقت وکیل» دادگستری باشند.

- «حاکمیت»

حاکمیت اعم از دستگاه قضائی و غیر آن نیز باید اهمیت وثاقت در امر وکالت را بیش از پیش بشناسند و از آن در راه سلامت دستگاه قضا و امنیت فکری و آسایش روحی شهروندان حراست نمایند. هرگونه عملکرد حاکمیت که منتهی به ابراز عدم اهمیت به وثاقت نهاد وکالت و وکیل دادگستری نزد شهروندان شود، تیشه ای است که به اصل حاکمیت و دستگاه قضا خواهد خورد و بی اعتمادی عمومی و از دست رفتن سرمایه اجتماعی، طرح پرونده های واهی، چنگ زدن بوسیله و رابطه و دلال نشی را در پی خواهد داشت و عرصه را هر روز بر دستگاه قضائیک تر و تنگ تر خواهد کرد. اگر شخص یا اشخاصی تصور کنند برای گریز از گرفتاریها، قصور و تقصیرها و یا ناکارآمدی های قوه قضائیه، می توان با برچسب عدم وثاقت به وکیل دادگستری، حاشیه امن و توجیه قابل قبولی برای دستگاه قضائی ایجاد کرد، سخت در اشتباه اند. وکیل بر همان کشتی سوار است که قاضی و دستگاه قضا آنرا می رانند. ورود هرگونه ضربه به وثاقت وکیل ضربه به اساس دستگاه قضا خواهد بود و بر همین اساس بر حاکمیت است که به هر نحو در قوام شرط وثاقت برای وکالت بکوشد.

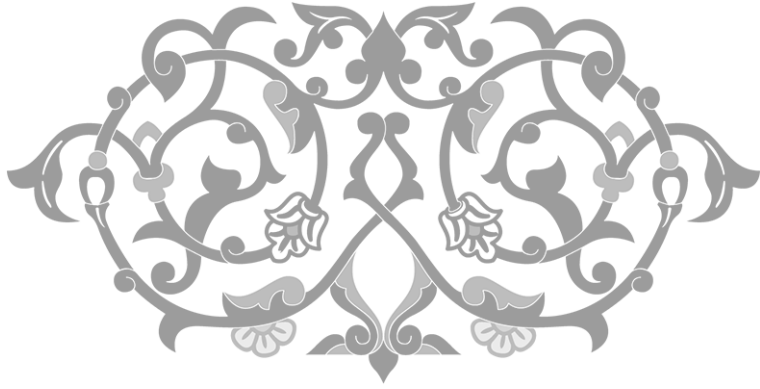


- «مردم»

هر شخص تحقیقی و حقوقی که به نوعی با امر وکالت و وکیل دادگستری مرتبط می‌شود و یا در این خصوص قلم و بیانی دارد، باید برای حفظ حرمت حقوق اشخاص، امنیت اجتماعی و آرامش شهروندان و دستگاه قضا از ویژگی «وثاقت» در وکالت دادگستری پاسداری کند و هر عاملی که این شرط حیاتی وکالت را مخدوش سازد، از بین برود. جامعه بدون داشتن وثاقت به وکیل دادگستری نخواهد توانست بیچ‌دعوی را با آرامش طی کند و به پایان رساند. شبهه «عدم وثاقت» بید آخرین ظن و شبهه‌ای باشد که در صورت عدم توفیق در پرونده نسبت به یک وکیل روا داشته می‌شود؛ زیرا عدم وثاقت ممکن است در یک مورد بخشی از فشار روانی یک موکل را کاهش دهد، اما در نهایت ضربه‌ای سنگین بر جامعه و از جمله همان موکل وارد خواهد ساخت.

موارد فوق و موضوعات بسیار دیگر، دلایل جدی است که حراست از وثاقت را در حد وظیفه‌ای عمومی، مهم و اساسی مطرح می‌سازد و پرداختن به آن در نوشتارها و گفتارهای حقوقی و از جمله «مدرسه حقوق» می‌تواند زوایای دیگری از آن را آشکار سازد.

مدیر مسئول



مقالات





مقایسهٔ اجمالی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در حقوق ایران و فرانسه (قسمت دوم)

دکتر عبدالرسول دینانی^۱

نازنین دوستدار^۲

بخش دوم: اعتبار سند الکترونیکی در قالب سند رسمی در حقوق
ایران و فرانسه

گفتیم که ماهیت و هدف ادله الکترونیک با سایر ادله یکسان است، اما آیا ارزش اثباتی آن نیز در نظام فعلی ایران با سایر ادله برابر است؟ مادهٔ ۱۲ (ق.ت.ا.ا.) اجمالاً سند الکترونیکی را مورد پذیرش قرار داده اما ادله الکترونیک بسته به محتوای آن می‌تواند در قالب سند عادی، سند رسمی و یا حتی اماره قضایی باشد و البته سند هم اعم از عادی و یا رسمی بسته به محتوای آن می‌تواند در قالب اقرار، شهادت شهود و یا سوگند باشد. اگر شرایطی که در تنظیم سند رسمی لازم‌الرعايه است در تنظیم سند الکترونیک رعایت شده باشد، آن سند اعتبار سند رسمی را به خود خواهد گرفت. البته در حقوق کیفری هر گونه علامت و نشانه ارتکاب جرم موجود در محیط سایبری که برای قاضی علم ایجاد کند می‌تواند مستند رای قاضی قرار گیرد، اما عمدهٔ ادله الکترونیکی که در حقوق کیفری

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران.

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد.



مدنظر قرار می‌گیرند در قالب امارات قضایی و حداکثر در حد سندعادی هستند چون معلوم است که برای اثبات هیچ جرمی سند رسمی تنظیم نمی‌شود. پس مهم‌ترین مشکل در این موارد مشکل انتساب دلیل به فردی است که در مظان اتهام به جرم قرار دارد. مثلاً در جرم سوء استفاده از اکانت دیگری و یا از رمز و کلمه عبور دیگری این مشکلات مطرح می‌گردد که البته می‌توان از طریق شبکه‌های ارائه‌کننده خدمات جرایم مزبور را ردیابی کرد.

در نهایت، این که کشف و حفظ ادله الکترونیکی از جمله یکی از ده‌ها تخصصی است که آموزش و تربیت کارشناسان آن، محتاج به عنایت و همت دستگاه قضایی است. با توجه به این که رفته رفته رایانه به عنوان یک پدیده درکشور ما جای خود را باز می‌کند، و طبیعتاً بخش مهمی از زندگی افراد و نهادهای جامعه را تحت الشعاع حضور خود قرار می‌دهد که طبعاً بر زندگی قضایی مردم نیز تأثیر قابل ملاحظه‌ای خواهد نهاد، تربیت کارشناسان امور رایانه‌ای مسائل قضایی از جمله کارشناسان جرایم رایانه‌ای و کارشناسان ادله الکترونیکی برای دستگاه قضایی هم نیاز خواهد بود و هم ضرورت.

فصل اول: تعریف سند رسمی و انطباق تعریف سند رسمی با سند الکترونیکی

گفتار اول: تعریف سند رسمی

ماده ۱۲۸۷ (ق.م.) برای این که سند رسمی محسوب شود، احراز سه شرط را لازم دانسته است؛ نخستین شرط تنظیم سند در اداره ثبت اسناد و املاک یا در دفاتر اسناد رسمی و یا در نزد مأمورین رسمی است. البته، سندی که محل خاصی برای تنظیم آن پیش‌بینی شده، باید در همان محل خاص تنظیم شود.^۳ شرط دوم رعایت مقررات ماهوی و شکلی مربوط به تنظیم سند است که از آن جمله وفق ماده ۱۲۸۸ (ق.م.) عدم مخالفت سند با قوانین البته عدم مخالفت با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را هم در برمی‌گیرد. برای این که سند رسمی تلقی شود باید به وسیله مأمور رسمی تنظیم شده باشد خواه مستخدم دولت باشد یا رابطه استخدامی با دولت نداشته باشد و این صلاحیت اعم از

۳. عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۱۴۰.



گفتار دوم: انطباق تعریف سند رسمی با سند الکترونیکی

بند ب ماده ۴۸ قانون برنامه ۵ ساله توسعه سند الکترونیکی را به شرط احراز اصالت صدور و تمامیت آن در حکم سند کاغذی دانسته و در ماده ۶ (ق.ت.ا.ا.) داده پیام را در مواردی که وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد در حکم نوشته تلقی کرده، می توان عنوان سند رسمی را بر سند الکترونیکی تشکیل شده در محیط امن سایبری منطبق ساخت. پس با توجه به موارد مذکور می توان گفت هر جا که سندی لازم باشد، داده پیام می تواند جانشین و یا در حکم آن باشند. ماده ۱۵ (ق.ت.ا.ا.) نیز که داده پیام مطمئن را مصون از دعوای انکار و تردید دانسته و تنها ادعای جعل را در مورد آنها قابل طرح دانسته، به نوعی ارزش اثباتی چنین سندی را در حد رسمی ارتقا بخشیده است و البته وفق ماده ۱۲ همان قانون ارزش اثباتی داده پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن قابل رد ندانسته است.

بند ۱ ماده ۱۳۱۶ کدسیویل نوشته در شکل الکترونیک را به همان اندازه سند کاغذی قابل پذیرش دانسته است، منوط به این که به شخصی که به درستی مورد شناسایی قرار گرفته قابل انتساب باشد و هم در موقع تشکیل سند و هم در مرحله نگهداری آن شرایطی که بتواند یک پارچگی آن را تضمین نماید، رعایت شده باشد.^۴ بر این اساس، ادله الکترونیک در نظام حقوقی فرانسه در شرایطی که با رعایت شرایط مربوط به ایمنی محیط سایبری ایجاد و یا ذخیره شده باشند، دقیقاً به اندازه اسناد کاغذی توانایی و ارزش اثباتی دارند.^۵

اما فراتر از اعتبار اسناد الکترونیک در شکل سند کاغذی، قانون گذار ایران برای داده-پیام مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن همان آثار حقوقی را قائل شده که ماده ۱۲۹۲ (ق.م.) برای چنین اسنادی در نظر گرفته است. ممکن است ایراد شود که داده پیام

4. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

5. Xavier Linant, Bellefonds, Computer law in the millenium perspective, Publibook, 2001, P.143



مطمئن به دلیل این که بدون دخالت مأمور رسمی تنظیم می گردد، از ویژگی اسناد رسمی برخوردار نیست، اما باید توجه داشت جهت ارتقای اعتبار اسناد الکترونیک ایجاد دفاتر مشخصی با دارا بودن سمت رسمی برای صدور گواهی امضای الکترونیکی جهت شناسایی هویت طرفین در مبادلات الکترونیکی تأسیس شده که انطباق این شرط نیز با اسناد الکترونیکی را محقق می سازد. با این وصف حتی می توان تاریخ آن ها را نسبت به اشخاص ثالث معتبر دانست. لذا فراتر از اینکه بگوییم اسناد الکترونیکی مطمئن در حکم سند رسمی اند باید بگوییم چنین اسنادی خود سند رسمی اند، زیرا تمامی شرایط چنین اسنادی را دارا هستند.

فصل دوم: شیوه های تعرض به مفاد سند رسمی

با توجه به شباهت اسناد کاغذی با اسناد الکترونیک و عدم امکان استماع دعوای انکار و تردید در مورد سند رسمی شیوه های تعرض به سند الکترونیکی را در دوگفتار پی می گیریم. بخش دوم ماده ۱۳۱۹ کدسیویل اسناد رسمی الکترونیکی در هر حال لازم الاجراء تلقی کرده و ماده ۱۳۱۷ این قانون در برابر اسناد الکترونیکی تنها دعوای جعل را قابل استماع می داند.

گفتار اول: ادعای جعل

یکی از دعوای که می توان علیه هر سندی اعم از عادی و یا رسمی کاغذی و یا الکترونیک مطرح ساخت، ادعای جعل می باشد که به عملکرد طرفین دعوا در تغییر مندرجات سند مرتبط است. جعل اسناد الکترونیکی اعتبار و سندیت داده پیام ها و اسناد الکترونیک را دستخوش تغییر نموده به دو صورت سنتی و الکترونیکی انجام می گیرد. ماده ۵۲۳ (ق.ا.م.) بدون تعریفی از جعل مصادیقی از آن را بیان کرده است که همه آن ها از دو حالت «ساختن» یا «تغییر دادن» نوشته خارج نیست. طبق تعریف سازمان همکاری و

6. Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.



توسعه اقتصادی اروپا به‌عملی نظیر ورود، تغییر، پاک کردن، یا متوقف کردن داده‌ها یا برنامه‌های رایانه‌ای که به قصد ارتکاب جرم صورت گیرد، جعل رایانه‌ای می‌گویند. در ماده ۷ کنوانسیون جرایم سایبری افعالی را که منجر به ارتکاب جعل را در قالب وارد کردن، تغییر دادن، محو کردن، متوقف کردن عمدی و بدون حق داده‌های رایانه‌ای به‌نحوی که منجر به ایجاد داده‌های غیرصحيح شود مطرح کرده است.^۷

ماده ۴۴۱ قانون جزای فرانسه جعل را هر تحریف فریب‌کارانه حقیقت دانسته که ذاتاً خسارتی را به‌وجود می‌آورد. این ماده نوع وسیله جعل را بی اهمیت دانسته و وقوع آن را در قالب نوشته یا هر وسیله ابراز اراده و اندیشه‌ای که درصدد اثبات حق یا واقعه‌ای بوده و دارای اثر قانون بوده باشد، قابل تحقق دانسته است. در فرانسه دعوی جعل می‌تواند به دو صورت دعوی اصلی و طاری مطرح شود. دعوی جعل اصلی آنست که شخص آگاه شود که سندی یا قسمتی از سند به‌زیان او جعل شده و به‌هر علت نخواهد شکایت کیفری مطرح کند، می‌تواند علیه شخصی که سند را در اختیار دارد، دعوی جعل اقامه نماید و با اثبات جعلیت سند حکم جعلیت سند را گرفته و پس از نهایی شدن آن از نگرانی وجود سند فارغ شود. دعوی جعل طاری‌وفق ماده ۲۹۹ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه آنست که نسبت به‌سند عادی ارائه شده در جریان رسیدگی ادعای جعل شود، در چنین صورتی وفق مواد ۲۸۷ تا ۲۹۵ در خصوص سند مورد تعارض عمل می‌شود و البته دادگاه در جریان رسیدگی به دعوی جعل الکترونیک شرایط مندرج در مواد ۱-۱۳۱۶ و ۴-۱۳۱۶ کدسیویل که برای چنین اسنادی مقرر شده را ملاک عمل خود قرار خواهد داد.

التهایه، جعل اسناد عادی که با استفاده از کامپیوتر انجام می‌شود با جعل اسناد الکترونیکی متفاوت است. جعل الکترونیک به‌معنای تغییر داده‌پیام‌ها یا اسناد الکترونیک است، درحالی‌که جعل عادی با استفاده از کامپیوتر یا سایر وسایل الکترونیک، برای ایجاد تغییر در متن و مفاد اسناد عادی یا اعتبار بخشی به اسناد عادی نامعتبر است. بر این اساس در جعل اسناد عادی، کامپیوتر و یا ابزارهای دیگر الکترونیکی نظیر چاپگر و... تنها به عنوان ابزار جرم به‌کار گرفته می‌شوند، ولی در جعل اسناد الکترونیک برای بازیابی این

۷. مهدی موحیدیان عطار: مهدی، جرم جعل اسناد الکترونیکی و سوءاستفاده غیرقانونی از آن،

پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۵، ص ۸.

گفتار دوم: تعرض به مفاد سند الکترونیک در قالب دفاع ماهوی

یکی از شیوه‌های تعرض به مفاد سند، بی‌اعتباری مفاد سند است که نوعی دفاع ماهوی در برابر سند محسوب می‌شود و به ماهیت و محتوای سند بستگی دارد نه به تشریفات شکلی مربوط به تنظیم آن. این شیوه‌ها قابل شمارش نیستند، اما می‌توان از مهم‌ترین آن‌ها در قالب ادعای بطلان معامله موضوع سند به دلیل صوری بودن^۸ یا نداشتن شرایط اساسی صحت، ادعای فسخ، ادعای سقوط تعهد موضوع سند نام برد. یادآوری می‌نماییم بخش دوم قانون تجارت الکترونیک ایران به قراردادهای تجاری (الکترونیک) اختصاص داده شده که می‌توانند موضوع این دعاوی ماهوی باشند.

گفتار سوم: تعرض به مفاد سند الکترونیکی به دلیل تعارض با سایر ادله

علی‌رغم به کارگیری تمام معیارهای ارتقای اعتبار اسناد الکترونیک باز هم مواردی که مفاد این اسناد با سایر ادله تعارض پیدا کند محتمل خواهد بود. اما برای تحقق تعارض واقعی باید اولاً هر دو دلیل، ظنی باشند؛ و الا اگر یک دلیل قطعی باشد، نوبت به دلیل ظنی نمی‌رسد. برای مثال سند رسمی مخالف نظریه کارشناس که با اوضاع و احوال مسلم قضیه منطبق بوده و برای دادگاه علم ایجاد کند، مقدم بر دلیل رسمی الکترونیک خواهد بود. ثانیاً مدلول دو دلیل باید با یکدیگر تنافی (اعم از ذاتی و یا عرضی) داشته باشند. ثالثاً هر دو دلیل حجیت کامل داشته باشد به این صورت که یا نسبت به اصالت آن‌ها تعرض و یا ایرادی گرفته نشده باشد، و یا در صورت تعرض، اصالت آن‌ها به ترتیبی به اثبات رسیده باشد^۹. رابعاً اینکه یکی بر دیگری حاکم نباشد. ادله‌ای که ممکن است در تعارض با سند الکترونیک باشند متعددند، ما فقط فرض تعارض سند الکترونیک (اعم از رسمی یا عادی) با سند کاغذی (اعم از رسمی یا کاغذی) را مطرح می‌کنیم.

۸. عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۱۹۲.

۹. رحمان عمروانی، بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی، مجله کانون، ۱۳۸۷، ش ۸۱ و

ص ۸۲، ۶۰.



در موارد بسیار زیادی نیاز است که اسناد الکترونیک نیز با سایر اسناد و مدارک عادی مورد تطابق قرار گرفته و صحت آن‌ها در مواردی که تردیدی نسبت به آن‌ها وجود داشته باشد، برطرف شود. فارغ از تطبیق امضاهای الکترونیک و امکان تطبیق ثبت اطلاعات رایانه محل تشکیل داده‌پیام و سند الکترونیکی، در رابطه با تطبیق اسناد عادی و الکترونیک باید به تفاوت‌های ماهیتی آن دو نیز توجه داشت و در تطبیق این دو با یکدیگر تفاوت شکل اسناد را مورد توجه قرارداد. مثلاً می‌دانیم که در اسناد الکترونیک خط صادر کننده سند اساساً موضوعیت ندارد، لذا دادگاه نمی‌تواند حکم به تطبیق اسناد الکترونیک و عادی بدهد. ماده ۱-۲۸۸ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه اختیار تطبیق اسناد الکترونیک با اسناد عادی و بی‌اعتبار ساختن اسناد الکترونیک را برای قضات به رسمیت شناخته است و سخن از تطبیق سند الکترونیک و عادی در نظام حقوقی فرانسه قابل پذیرش است. سند کاغذی مورد تعارض با سند الکترونیک ممکن است سند لازم‌الاجرا باشد. سند لازم‌الاجرا، سند رسمیا عادی است که بدون صدور حکم از دادگاه قابل صدور اجرائیه برای اجرای مدلول سند باشد. در موارد تعارض این قبیل اسناد و اسناد الکترونیک می‌توان این استدلال را مطرح ساخت که در صورت وجود سند الکترونیکی معارض می‌توان اجرای سند لازم‌الاجرا را تا هنگام احراز صحت مفاد هر کدام از اسناد به تعویق انداخت.

در مورد تعارض سند کاغذی و سند الکترونیک چهار وضعیت قابل تصور است: تعارض سند عادی کاغذی با سند عادی الکترونیکی، تعارض سند عادی کاغذی با سند الکترونیکی رسمی، تعارض سند الکترونیکی رسمی با سند عادی کاغذی، تعارض سند الکترونیکی رسمی با سند رسمی کاغذی

بند اول: تعارض سند الکترونیک با سند کاغذی غیر همسان

در مورد تعارض اسناد الکترونیکی با اسناد کاغذی غیر همگون (مثل حالات دوم و سوم فروض بالا) از همان قواعدی تبعیت می‌شود که در مورد اسناد کاغذی وجود دارد و لذا همان‌طوری که امکان ایجاد تعارض میان سند عادی و رسمی وجود دارد، بین سند الکترونیکی رسمی و سند عادی کاغذی یا سند عادی الکترونیکی با سند رسمی کاغذی نیز وجود دارد. در چنین فرضی دارنده سند عادی (اعم از الکترونیک و یا کاغذی) به‌طور کلی می‌تواند با استفاده از طرق مختلف مانند اثبات عدم اعتبار معامله مندرج در سند رسمی (اعم از الکترونیکی یا کاغذی) و یا اثبات تعهد مالک به انجام تشریفات تنظیم

سند رسمی به استناد سند عادی، تقاضای الزام مالک به تنظیم سند رسمی را بخواهد.

بند دوم: تعارض سند الکترونیک با سند کاغذی همسان

در مورد تعارض دو دلیل همسان رسمی یا عادی با اسناد الکترونیکی همسان خود، با فرض عدم تعرض به اصالت آن‌ها دو وضعیت پیش می‌آید.

در فرضی که دو سند عادی با هم تعارض پیدا کنند. مثل اینکه الف به استناد سند عادی، مدعی خرید ملکی معین که فاقد سابقه ثبتی است، از شخص خاصی بوده و در نتیجه مدعی مالکیت آن باشد، و در مقابل شخص ب نیز با سند عادی دیگر مدعی خرید ملک مزبور از شخصی دیگر و در نتیجه مدعی مالکیت بر همان ملک باشد، در این موارد به لحاظ ارزش اثباتی برابر هر دو دلیل و اعتبار قانونی آن‌ها باید قائل به تساقط هر دو سند بوده و رسیدگی را با استناد به سایر ادله و در فرض نبود ادله دیگر باید مطابق با اصول عملیه ادامه داد. بنابراین، در مثال مورد ذکر شرایط چهارگانه تعارض وجود دارد و لذا اسناد عادی مذکور در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند و در نتیجه از اعتبار ساقط می‌گردند.

ماده ۱-۲۸۸ آیین دادرسی مدنی فرانسه امکان تطبیق اسناد الکترونیک و عادی را به رسمیت شناخته و در موارد تعارض میان این دو حتی اگر اماره‌ای مبنی بر صحت این دو وجود داشته باشد، قانون‌گذار امکان الغای چنین اماره‌ای از سوی دادگاه و اعلام بی اعتباری سند الکترونیکی را مورد شناسایی قرار داده است.

البته در موارد تعارض این اسناد با سایر ادله یا اسناد دیگر ممکن است حتی اسناد عادی به واسطه سند الکترونیک بی اعتبار تلقی شوند و نمی‌توان تفسیری که بیان‌گر تحدید اختیارات دادگاه‌ها در این خصوص است را مورد پذیرش قرار داد. به عبارت دیگر، در موارد تعارض ادله عادی نظیر اقرار و سند الکترونیکی همان راه کارهای قابل اعمال در خصوص تطبیق و تشخیص صحت سند عادی مورد استفاده قرار می‌گیرد. از سوی دادگاه قابل استفاده بوده و نمی‌توان اختیارات دادگاه‌ها را در این زمینه محدود نمود.

در ایران می‌توان از طریق دفاتر خدمات صدور گواهی امضای الکترونیک، با استفاده از رمز و الگوریتم‌های ویژه که در فرآیند امضاهای دیجیتال پیش‌بینی شده و یا شناسه‌های شخصی در امضاهای الکترونیک مشهود امکان ایجاد انتساب نوشته به فرد معین را فراهم نمود.

اما در خصوص تطبیق آن با اسناد عادی باید گفت ماده (2) 9 قانون نمونه آنستیزال



قدرت اثباتی داده‌های الکترونیکی را با توجه به میزان اطمینان به‌روش ایجاد نگهداری یا مبادله‌ای داده‌ها و همچنین با توجه به‌روش محافظت از تمامیت اطلاعات و نحوه‌ی شناسایی فرستنده پیام و سایر ملاحظات مرتبط قابل ارزیابی دانسته است. این مقررات در واقع تعیین ارزش دلایل الکترونیکی در مقایسه با سایر دلایل را به‌قاضی سپرده است تا با در نظر گرفتن معیارهای بالا در این رابطه تصمیم‌گیری نماید^{۱۰}. هر چند قانون ایران از نمونه تبعیت کرده اما در امر نظام کلی ادله اثبات که (خصوصاً در دادرسی‌های مدنی) نظام ادله قانونی می‌باشد، پیروی نکرده و رجحانی برای سند کاغذی نسبت به سند الکترونیک و یا بالعکس قایل نشده است. لذا نظام مقررات فرانسه و آسیترا در ایران قابل اعمال نیستند و قانون‌گذار باید به‌صورت موردی راه‌کار قابل اعمال در موارد تعارض اسناد الکترونیک و عادی را مشخص نموده یا تطابق آن‌ها با یکدیگر و چگونگی تطبیق را تعیین نماید.

در مورد تعارض اسناد رسمی الکترونیکی با اسناد رسمی کاغذی باید به همان قواعد مربوط که ناظر به تعارض محتوای اسناد رسمی است و در قانون ثبت اسناد ذکر شده مراجعه کرد. در این رابطه مراجعه به دادگاه موضوعیت پیدا می‌کند و دادگاه نیز معمولاً با ارجاع امر به کارشناس موارد تغایر اسناد را احراز و به اداره ثبت دستور اصلاح سند مشکل‌دار (اعم از الکترونیکی یا عادی) و رفع مغایرت را می‌دهد.

فصل سوم: طرق غلبه بر شیوه‌های تعرض به مفاد سند رسمی

برای اعتبار بخشی به سند رسمی که در معرض جعل و یا تعارض با سایر اسناد اعتبار آن مورد خدشه واقع شده راهکارهایی وجود دارد. عنوان مبحث دوم قانون تجارت الکترونیک «نوشته، امضای اصل» است که نشان می‌دهد سند الکترونیک از این دو جزء تشکیل شده است. وفق ماده ۶ این قانون هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده‌پیام در حکم نوشته است، مگر در موارد اسناد مالکیت اموال غیرمنقول، فروش مواد داروئی به‌مصرف‌کنندگان نهایی، اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور

۱۰. محمد ساعی و رضا باباخانی، بررسی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در ایران، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۱، ش ۳۵، ص ۱۷۷.



خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از به‌کارگیری روش‌های خاصی به‌صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند.

می‌دانیم که تفاوت مهم سندعادی با سند رسمی عدم پذیرش انکار و تردید نسبت به سند رسمی است. این امتیاز وفق ماده ۱۵ (ق.ت.ا.ا.) نسبت به داده‌پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن نیز وجود دارد یعنی نسبت به چنین داده پیام‌هایی نیز انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعل کرد و یا ثابت نمود که داده‌پیام مزبور به‌جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است. دلیل عدم امکان ادعای تردید یا انکار نسبت به سند الکترونیکی آن است که نحوه تنظیم و ارسال آن به‌گونه‌ای است که صاحب امضاء نمی‌تواند انتساب سند به‌خود یا دیگری را انکار نماید؛ زیرا چنانچه سند الکترونیک به‌شکل مطمئنی تنظیم و امضاء نشود، اساساً قابل ایجاد نیز نخواهد بود، مگر این‌که جعل انجام شده باشد. به‌عبارت دیگر، هنگامی که سند الکترونیک بدون امضاء ایجاد نشود، انکار امضاء پس از تولید سند بی‌معنا است.^{۱۱}

گفتار اول: راهکارهای سنتی اعتبار بخشی به مفاد سند الکترونیک رسمی

راه‌کارهای سنتی بررسی اعتبار اسناد، تطبیق آن‌ها و استکتاب از صاحب سند و یا حتی تقاضای بررسی کارشناسی سند است. در فرانسه قاضی این اختیار را دارد تا از هر راه‌کاری برای اثبات صحت ادله و اعتبار آن‌ها استفاده نماید و این اختیار قضات شامل ادله الکترونیک نیز می‌شود.^{۱۲} به‌عبارت دیگر، در نظام قضایی فرانسه قاضی می‌تواند از همان راه‌کارهای سنتی برای بررسی ارزش و اعتبار سند الکترونیک استفاده نماید و تفاوتی نمیکند که خود سند اساس تطبیق یک سند الکترونیک باشد یا یک سند عادی. در هر صورت قاضی توانایی بررسی صحت و اعتبار دلیل را خواهد داشت.

در ایران هر چند راه‌کاری برای تطبیق و بررسی صحت ادله الکترونیک ارائه نشده، اما ماده ۴ (ق.ت.ا.ا.) به محاکم قضایی اختیار داده درمواقع سکوت و یا ابهام براساس سایر

۱۱. عباس زراعت و حمیدرضا حاجی زاده، ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات قانون مدار، ۱۳۹۰، ص ۲۶۷.

۱۲. Dominique Mougenot, La prevue, Larcier publishers, 2002, P.232.



قوانین موضوعه مثل تطبیق و استکتاب و رعایت چهارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون، برای اثبات صحت و اعتبار ادله الکترونیکی مورد استفاده قرار داد. قانون ایران در کنار راهکارهای اعتبار بخشی، راهکارهای جلوگیری از جعل اسناد الکترونیکی، نیز در سه محور مد نظر قرار داده است.

محور اول، ایجاد محیطهای امن سایبری است. ماده ۱۳ (ق.ت.ا.) ارزش اثباتی داده پیامها با توجه به عوامل مطمئن از جمله تناسب روشهای ایمنی به کار گرفته شده با موضوع و منظور مبادله داده پیام قابل تعیین دانسته است. این قانون کلیه داده پیامهایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند، از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم سند معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی دانسته است.

محور دوم جرم‌انگاری جعل و استفاده از سند مجعول می‌باشد. ماده ۶۸ (ق.ت.ا.) هر کس را در بستر مبادلات الکترونیکی، از طریق ورود، تغییر، محو و توقف داده پیام و مداخله در پردازش داده پیام و سیستم‌های رایانه‌ای، و یا استفاده از وسایل کاربردی سیستم‌های رمزنگاری تولید امضاء - مثل کلید اختصاصی - بدون مجوز امضاکننده و یا تولید امضای فاقد سابقه ثبت در فهرست دفاتر اسناد الکترونیکی و یا عدم انطباق آن وسایل با نام دارنده در فهرست مزبور و اخذ گواهی مجعول و نظایر آن اقدام به جعل داده پیام‌های دارای ارزش مالی و اثباتی نماید، تا با ارائه آن به مراجع اداری، قضایی، مالی و غیره به عنوان داده پیام‌های معتبر استفاده نماید، راجعاً محسوب و به مجازات حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی به میزان پنجاه میلیون ریال محکوم نموده است. با صدور حکم کیفری بر احراز جعل سند الکترونیکی بی‌اعتباری آن نیز مشخص می‌شود.

محور سوم حکم به جبران خسارت ناشی از جعل الکترونیکی به افراد موضوع ماده ۷۸ (ق.ت.ا.) است. این ماده افراد یا موسساتی که در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی، به جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد می‌نمایند را مکلف به جبران خسارت وارده دانسته؛ مگر این که خسارت وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد، که در این صورت، جبران خسارت بر عهده این اشخاص است.



گفتار دوم: احراز اصالت انتساب سند الکترونیکی از طریق امضای الکترونیک

امضای الکترونیک و صیانت از آن در محیط سایبری یکی از راه‌کارهایی است که برای بررسی صحت اسناد الکترونیکی مورد استفاده قرار می‌گیرد. امضای مندرج در اسناد الکترونیک که اصطلاحاً امضای الکترونیک نامیده می‌شود، در واقع نسخه پویش‌شده امضای دستی هستند که گاهی با امضای دیجیتال اشتباه گرفته می‌شوند. امضاء دیجیتال در معنای وسیع کلمه علامتی است که قصد اصلی امضاکننده را برای الزام به انجام عملی یا خودداری از آن نشان می‌دهد.^{۱۳}

در تعریف امضای الکترونیک چنین آمده که امضای الکترونیک به مفهوم عام کلمه عبارت است از «یک رمز مستقل و محرمانه که تعیین هویت ارسال‌کننده و الحاق او به سندی که محتوی داده را تشکیل می‌دهد ممکن می‌سازد»^{۱۴}.

قانون نمونهٔ آنسیترال امضای الکترونیک را دادهٔ دیجیتال می‌داند که با انضمام یا وابستگی منطقی آن به یک داده‌پیام، مؤید شخصیت انحصاری امضاکننده و قبول وی نسبت به همان داده‌پیامی است که آن داده دیجیتال به آن منضم شده یا با آن وابستگی منطقی دارد. چهارچوب قانون (دایرکتیو) امضای الکترونیک اروپا نیز در تعریف امضای الکترونیک بیان می‌کند بند ۲ مادهٔ ۲ (ق.ت.ا.ا.) نیز امضای الکترونیک را عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به داده‌پیام دانسته که برای شناسائی امضاءکننده داده‌پیام مورد استفاده قرار می‌گیرد. تخصیص امضای الکترونیکی موجب می‌شود که حتی ادعای اشتباه و انکار و تردید نسبت به سند الکترونیکی را از میان ببرد.

گفتار سوم: احراز اصالت انتساب سند به صاحب سند از طریق اثر

۱۳. محمود عرفانی، حقوق تجارت، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۴۴.

۱۴. محمد ساعی و رضا باباخانی، بررسی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در ایران، پژوهش‌نامه

حقوق اسلامی، ۱۳۹۱، ش ۳۵، ص ۱۷۷.



انگشت، پرتونگاری چشمی، کدها و رمزهای منحصر به فرد

پیشرفت فن آوری راه کارهای صیانت از اعتبار اسناد الکترونیک نیز افزایش داده که از آن جمله استفاده از ویژگی‌های خاص بدنی مانند اثر انگشت و قرنیه چشم است. در این روش‌ها نرم افزارهای کامپیوتری اثر انگشت یا طرح قرنیه فرد را به عنوان یک سری داده های منحصر به فرد الکترونیک ثبت می‌نمایند.

تعیین کدهای رمز الکترونیکی نیز از دیگر راهکارهای صیانت از چنین اسنادی است. در این خصوص بند ن ماده ۲ (ق.ت.ا.ا.) می‌گوید: «با توجه به اوضاع واحوال مبادله داده پیام از جمله: طبیعت مبادله، مهارت و موقعیت طرفین، حجم مبادلات طرفین در موارد مشابه، در دسترس بودن گزینه‌های پیشنهادی و رد آن گزینه‌ها از جانب هریک از طرفین، هزینه گزینه‌های پیشنهادی، عرف و روش‌های معمول و مورد استفاده در این نوع مبادلات، ارزیابی می‌شود». استفاده از منابع رمز برای بررسی صحت اعتبار اسناد الکترونیک این ویژگی را دارد که در موارد تطبیق کار دادگاه را برای بررسی صحت و اعتبار ادله بسیار آسان می‌نماید.

بخش سوم: سند الکترونیکی به عنوان سند عادی در حقوق ایران و فرانسه

با توجه به اینکه هر سندی که اعتبار سند رسمی را نداشته باشد، سند عادی محسوب است، این قاعده در مورد سند الکترونیکی هم مجرا است. چنین سندی در معرض انکار و تردید بوده ادعای جعل نیز در مورد آن قابل استماع است و البته، طرق ماهوی تعرض به مفاد آن نیز قابل تصور است تعارض آن با سایر ادله نیز از موجبات بی اعتباری آن محسوب می‌شود.

فصل اول: تعریف سند عادی و انطباق تعریف سند عادی با سند الکترونیکی

اسناد الکترونیک ذخیره شده در محیط سایبری به دلیل قابلیت استناد و کتبی بودن در صورتی که در محیط امن سایبری تنظیم نشده باشند، به شرط قابلیت اتساع به فرد دخیل در تنظیم سند، می‌توانند از اعتبار اسناد عادی برخوردار شوند. در نتیجه همان



اعتباری که به اسناد عادی اعطا می‌شود، به اسناد الکترونیک نیز داده می‌شود^{۱۵}. لذا سند الکترونیک که به‌طور قانونی برای ثبت یک قرارداد یا واقعه به‌کار گرفته می‌شود، اعتباری برابر با اسناد عادی دارد و در سایر موارد، یعنی زمانی که یک راه‌حل و قاعده حقوقی برای اعتبار بخشی به ثبت اسناد الکترونیک وجود نداشته باشد و طرفین به ابتکار خود از سند الکترونیک استفاده می‌کنند، اسناد الکترونیک اعتبار سند عادی را ندارند^{۱۶}.

فصل دوم: تعرض به مفاد سند عادی الکترونیکی

نسبت به سند الکترونیکی عادی چهار دعوی مستقل می‌توان مطرح کرد دعوی جعل، انکار، تردید و صوری بودن مفاد سند. اما با توجه به اینکه دو دعوی جعل و صوری بودن مفاد سند مشترک بین سندهای و سند رسمی است در این قسمت فقط به دعوی انکار و تردید می‌پردازیم که از جمله دفاعیات شکلی در برابر اسناد است. از مفهوم مخالف ماده ۱۵ (ق.ت.ا.) می‌توان دریافت که طرح ادعای انکار و تردید نسبت به اسناد الکترونیکی که در محیط یا به‌شیوه نامطمئن تهیه شده‌اند، امکان‌پذیر می‌باشد. در بخش دوم ماده ۲۸۷ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه نیز مقرر شده اگر انکار و تردید نسبت به یک نوشته یا امضای الکترونیک انجام شود، دادرس تحقق شرایط مقرر در مواد ۱-۱۳۱۶ و ۴-۱۳۱۶ قانونی در رابطه با اعتبار نوشته یا امضای الکترونیک را بررسی می‌نماید. البته برای تعرض به اصالت سند اصطلاح دیگری در قالب «تکذیب سند» در ماده ۱۲۹۱ (ق.م.) آمده، که اعم از انکار و تردید و حتی جعل است^{۱۷}.

گفتار اول: تعرض به مفاد سند الکترونیک عادی در قالب انکار و تردید

در دعوی انکار وفق ماده ۲۱۶ (آ.د.م.) منتسب‌الیه سند منتسب به خود را انکار می‌نماید و در دعوی تردید شخص دیگری غیر از منتسب‌الیه، اصالت سند ابراز شده علیه خود را نمی‌پذیرد. اما جعل عبارت است از ساختن یا تغییردادن آگاهانه نوشته یا سایر چیزهای

15. ElizabethCooke, Modern Studies in Property Law, Hart Publishing, 2003, Vol 2, p. 169

16. Kinsella, N. Stephan, F. Simpson, Andrew, Online Contract Formation, Oceana Publications, 2004, P. 113

۱۷. عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۱۸۹.



مذکور در قانون به قصد جا زدن آن‌ها به عنوان اصل برای استفاده خود یا دیگری به ضرر غیر که بحث آن در بخش اول گذشت. اظهار انکار یا تردید نسبت به قسمتی از سند ممکن نیست و باید در این خصوص ادعای جعل مطرح شود. سکوت در برابر سند نیز در رویه قضایی به پذیرش یا شناخت ضمنی اصالت سند تعبیر می‌شود. دعوای انکار در مورد سند عادی الکترونیکی به وفور قابل تحقق است و مورد آن جایی است که فرد دیگری با به دست آوردن کلمه عبور و رمز طرف دیگر از آن استفاده و سندی را در این رابطه تنظیم می‌نماید.

دعوای تردید وفق قسمت اخیر ماده ۲۱۶ (آ.د.م.) موردی است که شخص اصالت انتساب سند را از شخص دیگری نفی کند. با توجه به اینکه قانون تجارت الکترونیک، اسناد الکترونیک را نیز به عنوان شکل خاصی از اسناد در دادرسی پذیرفته، اصول حاکم بر ادله در دادرسی شامل اسناد الکترونیک نیز خواهد بود. در فرانسه نیز در برابر سایر اسناد الکترونیکی عادی موضوع ماده ۱۳۱۶ کدسیویل که موضوع دستورالعمل شورای دولتی فرانسه نیستند و آن شرایط را برآورده نمی‌کنند، امکان طرح دعوای انکار و تردید وجود دارد. ماده ۱۳۲۲ کدسیویل مقرر داشته در مواردی که طرفین دست نوشته یا امضاء خود را انکار می‌نمایند و یا در مواردی که وراثت یا بازماندگان او ادعا می‌نمایند که از امضاء یا نوشته سند آگاه نبوده‌اند، باید تطبیق در دادگاه انجام شود^{۱۸}؛ لذا در رابطه با اسناد موضوع ماده ۱۳۱۶ کدسیویل ادعای انکار و تردید امکان‌پذیر است و در این صورت، اظهار انکار و تردید و تطبیق سند باید در دادگاه انجام شود.

نخستین راه‌کاری که باید برای تشخیص اصالت سند مورد تعرض در نظر گرفته شود، تطبیق مفاد این سند با اسناد و دلایل دیگر است. در مورد تطبیق سند با مفاد اسناد دیگر باید اسنادی را انتخاب نمود که صحت مفاد آن ثابت یا مورد اعتراف طرف مقابل باشد.

گفتار دوم: تعرض به مفاد سند الکترونیکی به دلیل تعارض با سایر ادله

با توجه به گسترش استفاده از اسناد در معاملات تجاری ممکن است اسناد الکترونیک

18. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.



با سایر ادله تعارض پیدا کنند. در حقوق ما سند الکترونیک تاب معارضه با اقرار را ندارد، اما در فرانسه چنین برتری برای اقرار نیست و بنا به تشخیص قاضی مفاد هر کدام که به واقعیت نزدیکتر است بر دیگری ترجیح دارد.

تعارض سند الکترونیک با شهادت نیز ممکن است. برخلاف سنت رومانیستی که برای شهادت ارزش چندانی قائل نیست و حقوق کشور ما هم بی‌تأثیر از این سنت نیست، امروزه شهادت نقشی بیشتر از گذشته در کشف حقیقت و اثبات دعوی پیدا نموده و برای اثبات کلیه دعاوی، بدون تفکیک میان اعمال حقوقی و وقایع حقوقی پذیرفته می‌شود^{۱۹} و موید این مطلب در حقوق ما اصلاحات سال ۱۳۶۱ در حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸، ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱ و غیر شرعی اعلام کردن ماده ۱۲۰۹ (ق.م.) توسط شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ بود. امری که ارزش اثباتی اسناد را در محاق شک فرو برد^{۲۰} و قانون مدنی را هم در قسمت اسناد و شهادت به یک شیر بی یال و دم مبدل نمود. به‌هرحال، در وضعیت کنونی با توجه به تفوق شهادت که از نظر شرعی در قالب بینه شرعی از آن یاد می‌شود بر سایر ادله به‌جز اقرار، می‌توان مفاد شهادت را بر اسناد الکترونیکی ترجیح داد.

ماده ۱۹۹ آئین دادرسی مدنی فرانسه به دادرس اجازه داده هنگامی که دلیل گواهی قابل پذیرش است، اطلاعات اشخاص ثالث را که واجد ماهیت تبیین‌کنندگی وقایع مورد دعوا هستند و آن‌ها پیرامون آن شخصا آگاهی دارند استماع کند. رفع تعارض میان شهادت و سند الکترونیکی نیز با توجه به ماده ۱-۲۸۸ قانون مذکور به‌عمل می‌آید؛ لذا بنا به نظر قاضی و با توجه به اصل اقناع وجدانی قاضی می‌توان حتی مفاد شهادت را بر سند الکترونیکی ارجح دانست.

از دیگر موارد تعارض محتمل تعارض میان نظرات کارشناسی و اسناد الکترونیک

۱۹. محسن صفری، تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ش ۵۶، ص ۱۱۳.

۲۰. سیدعلی خزایی، نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس، قم، فصل‌نامه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقاله ۵، دوره ۹،

شماره ۲۷، ۱۳۸۷، ص ۱۳۴.



است. در ایران به‌طور معمول به استناد ماده ۲۶۵ (آ.د.م.) نظر کارشناس غیر مطابق با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی را قابل ترتیب اثر ندانسته است؛ لذا اگر نظر کارشناس با اسناد عادی و یا الکترونیک مطابقت نداشته باشد، سند بر نظریه کارشناسی ترجیح داده می‌شود؛ اما در فرانسه همان قاعده عام قانون آئین دادرسی مدنی در خصوص نظرات کارشناسی نیز قابل اعمال است یعنی این قاضی است که اولویت و ترجیح هر کدام از ادله ناهمگون مذکور بر دیگری را تعیین می‌نماید.

فصل سوم: طرق غلبه بر شیوه‌های تعرض به مفاد سند عادی الکترونیکی

سند الکترونیکی می‌تواند با شرایطی، کارکردهای اصالت سند را تأمین کند. ماده ۸ (ق.ت.ا.) این شرایط را تعیین و سندی را که دارای شرایط تعیین شده باشد «سند اصیل» می‌داند. از جمله این شرایط این است که «اطلاعات مورد نظر قابل دسترسی بوده و امکان استفاده در صورت رجوع بعدی فراهم باشد». شرط دوم این است که داده‌پیام به همان قالبی که تولید، ارسال و یا دریافت شده و یا به قالبی که دقیقاً نمایش‌گر اطلاعاتی باشد که تولید، ارسال و یا دریافت شده نگهداری شود. شرط سوم این است که اطلاعاتی که مشخص‌کننده مبدأ، مقصد، زمان ارسال و دریافت داده‌پیام می‌باشند نیز در صورت وجود نگهداری شوند. در نهایت شرایط دیگری که هر نهاد، سازمان، دستگاه دولتی و یا وزارت خانه در خصوص نگهداری داده‌پیام مرتبط به‌حوزه مسؤولیت خود مقرر نموده، رعایت شده باشد. رعایت شرایط خاص نگهداری اطلاعات به‌صورت داده‌پیام از وظایف دستگاه اجرایی و سازمان دولتی است که نگهداری داده‌پیام در حوزه مسؤولیتش قرار دارد و عدم رعایت شرایط در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست^{۲۱}. در این رابطه ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنجم توسعه ایران به‌قوة قضائیه اجازه داده براساس آیین‌نامه‌ای که توسط وزیر دادگستری با همکاری دادستانی کل کشور و سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران تهیه و به‌تأیید رئیس قوه قضائیه می‌رسد، اسناد و اوراق پرونده‌های قضایی

۲۱. مرتضی شهبازی‌نیا و محبوبه عبدالهی، احراز اصالت در اسناد الکترونیکی، تهران، فصل -



که نگهداری سوابق آن‌ها ضروری می‌باشد را با استفاده از فن‌آوری‌های اطلاعاتی روز به اسناد الکترونیکی تبدیل و سپس نسبت به امحای آن‌ها اقدام نماید، مشروط بر آن‌که حداقل سی سال از مدت بایگانی قطعی آن‌ها گذشته باشد. اطلاعات و اسناد تبدیلی در کلیه مراجع قضایی سندیت داشته و قابل استناد خواهد بود. اصل پرونده‌های مهم و ملی که جنبه سندیت تاریخی دارد توسط سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران حفظ و نگهداری خواهد شد.

در اسناد عادی یکی از راه‌کارهای بررسی و مقایسه دو سند که با یکدیگر تعارض دارند تطبیق خط و امضاء بوده است. با توجه به این‌که در اسناد الکترونیک امضاء به سادگی قابل جعل و یا کپی‌برداری است و خط نگارش نیز بر اساس داده‌ها و اطلاعات سازماندهی شده خود کامپیوتر مشخص می‌شود، تطبیق خط و امضاء مورد پیدا نمی‌کند. این شکل از تطبیق در مواردی که سند عادی عیناً اسکن شده و به صورت الکترونیک ارائه می‌شود کاربرد دارد.

در مواردی ممکن است ماهیت تعهدات طرفین در اسناد اساس تطبیق قرار بگیرد به عنوان مثال دو تاجر که مدت‌ها رابطه قراردادی خرید و فروش مثلاً پارچه داشته‌اند طی اختلافی در دادگاه اسناد عادی یا الکترونیک ارائه می‌دهند. اما اگر مفاد سند الکترونیک یکی از طرفین تعهداتی غیر از بیع تجاری پارچه را شامل شده باشد، مثلاً سندی عادی مبنی بر فروش خانه تاجر اول به دوم ارائه شود بدون این‌که سایر اسناد آن را تأیید نماید، مثلاً وجهی یا رسیدی مبنی بر پرداخت پول وجود نداشته باشد، می‌توان اعتبار آن سند را مورد تردید قرارداد، اما اگر سایر اسناد جانبی آن سند را تأیید نماید مثلاً قرارداد فروش خانه به همراه رسید دریافت وجه و فیش واریز حساب بانکی و... ارائه شود؛ احتمال صحت سند اولیه بالا می‌رود؛ زیرا اسناد دیگر نیز مفاد تعهدات مندرج در سند نخست را تأیید می‌نمایند.

تطبیق تاریخ اسناد عادی و الکترونیک نیز می‌تواند برای رفع تعارض میان اسناد مورد استفاده قرار گیرد. ممکن است تاریخ اسناد الکترونیک ارائه شده در دادگاه با سایر اسناد رسمی یا حتی اسناد عادی دیگر نیز تطبیق داده شود تا صحت سند متعارض مشخص شود. در موارد بسیار زیادی نیاز است که اسناد الکترونیک نیز با سایر اسناد و مدارک عادی مورد تطابق قرار گرفته و صحت آن‌ها در مواردی که تردیدی نسبت به آن‌ها وجود داشته باشد، برطرف شود. در فصل قبل تطبیق و امکان استفاده از این راه‌کار یعنی تطبیق



امضاهای الکترونیک و امکان تطبیق ثبت اطلاعات رایانه محل تشکیل داده‌پیام و سند الکترونیکی و... را مورد پذیرش قرار دادیم، اما در رابطه با تطبیق اسناد عادی و الکترونیک باید به تفاوت‌های ماهیتی آن دو نیز توجه داشت و در تطبیق این دو با یکدیگر تفاوت شکل اسناد را مورد توجه قرارداد. مثلاً می‌دانیم که در اسناد الکترونیک خط صادر کننده سند اساساً موضوعیت ندارد، لذا دادگاه نمی‌تواند حکم به تطبیق اسناد الکترونیک و عادی بدهد. در فرانسه مفاد ماده ۱-۲۸۸ قانون آئین دادرسی مدنی اختیار تطبیق اسناد الکترونیک با اسناد عادی و بی‌اعتبار ساختن اسناد الکترونیک را برای قضات به رسمیت شناخته است و سخن از تطبیق سند الکترونیک و عادی در نظام حقوقی این کشور قابل پذیرش است.

نتیجه

مفاد داده‌پیام و اطلاعاتی را در خود دارند، از همان اعتبار و قدرت اسناد عادی برخوردار بوده هم برای تشخیص امور حکمی و هم برای تشخیص امور موضوعی مورد استفاده قرار بگیرند.

با توجه به واجد بودن دو شرط اساسی سند کاغذی برای سند الکترونیکی در قالب «نوشته بودن» و «قابلیت استناد» و اینکه برخی داده‌های الکترونیکی مطمئن شرایط اسناد رسمی را هم دارند، می‌توان قایل به وجود سند الکترونیکی رسمی هم شد و ارزش چنین اسنادی را در نقش «در حکم سند رسمی» کاهش نداد بلکه ارزشی کاملاً معادل سند رسمی برای آن قایل شد که می‌تواند از ارزش اثباتی در حد سند رسمی بهره‌مند بوده و حتی تاریخ آن نسبت به ثالث معتبر باشد.

راهکارهای متعددی برای احراز اصالت اسناد الکترونیک علاوه بر شیوه‌های سنتی نظیر استفاده از داده‌پیام‌های خاصی که صحت آن‌ها از سوی مقامات رسمی تأیید شده، استفاده از نشانه‌های اعتماد الکترونیک یا امضای خاص الکترونیک وجود دارد که اصالت انتساب و صحت چنین اسنادی را تضمین می‌نماید که در موارد ادعای جعل، انکار و تردید نسبت به سند الکترونیک قابل استفاده است.



منابع:

- آذرنوش آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، نشر نی، تهران، ۱۳۷۹
- السان: مصطفی، جایگاه امضای دیجیتال در ثبت اسناد به شیوه الکترونیکی، تهران، ماه نامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، اسفند ۱۳۸۳، شماره ۵۵، ص ۶۸
- جعفری لنگرودی: محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ ۲۲ سال ۱۳۸۸
- خزایی: سیدعلی، نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس، قم، فصل نامه پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله ۵، دوره ۹، شماره ۲۷، تابستان و پاییز ۱۳۸۷، ص ۱۳۴.
- دیانی: عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، تهران، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۴۰۰
- دوبلفون: زویه لبنان، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه زرکلام: ستار، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۸
- دیانا: هولمز، آشنایی با تکنولوژی اطلاعاتی، ترجمه دکتر مجید آذرخش و دکتر جعفر مهرداد، انتشارات سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷
- زراعت: عباس، حاجی زاده: حمیدرضا، ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات قانون مدار، ۱۳۹۰
- زرکلام: ستار، امضای الکترونیکی و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوا، تهران، فصل نامه مدرس علوم انسانی-پژوهش های حقوق تطبیقی، بهار ۱۳۸۲، شماره ۲۸، ص ۳۴.
- ساعی: محمد، باباخانی، رضا، بررسی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در ایران، پژوهش نامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۱، دوره ۱۳، شماره ۳۵، ص ۱۷۷.
- شهبازی نیا: مرتضی، عبدلهی: محبوبه، احراز اصالت در اسناد الکترونیکی، تهران، فصل نامه مدرس علوم انسانی، زمستان ۱۳۸۸، شماره ۶۳، ص ۱۳۱.
- صادقی نشاط: امیر، اعتبارسنجی اسناد الکترونیک، تهران، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۴.
- صفری: محسن، تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، تهران، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، تابستان ۱۳۸۱، ش ۵۶، ص ۱۱۳.
- کی نیا: محمد، و فاطمیان: مسعود، مطالعه تطبیقی حقوق اسناد الکترونیکی در حقوق ایران، مقررات آنسیترال و حقوق فرانسه نشریه کانون سردفتران استان قزوین، ۱۱ شهریور ۱۳۹۴



- عرفانی: محمود، حقوق تجارت، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸
- عمروانی: رحمان، بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی، تهران، مجله کانون، خرداد و تیر ۱۳۸۷، ش ۸۱ و ۸۲، ص ۶۰
- غمامی: مجید و آذین: سید محمد، نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی، تهران، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ دوره ۳۹، شماره ۲، ص ۲۶۹
- مولودی: محمد، و فراهانی: رسول، بررسی تطبیقی افشای اسناد و اطلاعات الکترونیکی در ادله اثبات دعوا در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران، تهران، فصل نامه پژوهش های حقوق تطبیقی وابسته به دانشگاه تربیت مدرس، تابستان ۱۳۹۴، دوره نوزدهم، شماره ۲، ص ۱۴۵
- موحدیان عطار: مهدی، جرم جعل اسناد الکترونیکی و سوءاستفاده غیرقانونی از آن، پایان نامه دانشگاه پیام نور تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۸۵
- نور شرق: جمشید، امضای الکترونیک، تهران، فصل نامه حقوق و سیاست، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۷۸
- Cooke, Elizabeth, Modern Studies in Property Law, Hart Publishing, 2003, Vol 2, p169.
- Davi D'Agostino, Greg Wilshusen, Defense Department Cyber Efforts: DOD Faces Challenges in Its Cyber Activities, DIANE Publishing, 2011
- De Bellefonds, Xavier Linant, Computer law in the millenium perspective, Publibook, 2001
- Donovan, James Michael, Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Centuries, Carolina, University of North Carolina Press: 2010
- Kinsella, N. Stephan, F. Simpson, Andrew, Online Contract Formation, Oceana Publications, 2004
- Mougnot, Dominique, La prevue, Larcier publishers, 2002
- Ploug, Thomas, Ethics in Cyberspace: How Cyberspace May Influence Interpersonal Interaction, Ballerup Denmark, Springer pub: 2009



نقد یک رأی

در باب بخشش طلب به غیر مدیون

دکتر محمد مهدی الشریف^۱

چکیده

قانون مدنی در ماده ۸۰۶ از هبه دین به مدیون سخن گفته است. سکوت قانونگذار در مورد هبه دین به غیر مدیون و نیز دشواری مربوط به تحقق شرط قبض در این قسم، این احتمال را تقویت نموده که قانون مدنی نظر فقیهانی را پذیرفته که هبه دین به غیر مدیون را روا نمی شمارند. بر فرض آنکه قانون مدنی را در این زمینه ساکت بدانیم و همداستان با برخی از فقهای بزرگ معاصر، هبه دین به غیر مدیون را ممکن بدانیم، نباید از این نکته غفلت کنیم که حتی بر بنیاد دیدگاه باورمندان به جواز بخشش طلب به غیر مدیون نیز، قبض شرط صحت هبه است و بر خلاف هبه دین به خود مدیون، که به محض انشاء هبه، طلب به خود مدیون منتقل و ساقط می گردید، در هبه به غیر مدیون، با انشاء هبه، طلب به ثالث متهب منتقل نمی شود و تملیک متوقف بر قبض مصداق دین از سوی متهب است و لذا مادام که متهب، مصداق طلب را از مدیون دریافت نکرده، هبه به دلیل عدم تحقق شرط صحت، محقق نشده است.

هبه به حسب مال موضوع هبه اقسام گوناگونی دارد و در مورد روایی و صحت اقسام مختلف آن اختلاف است. به عنوان مثال در صحت هبه عین معین هیچ تردیدی وجود ندارد اما روایی هبه منفعت و هبه حق در حقوق مدنی ما به شدت محل تردید است و

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.



اشتراک قبض در صحت هبه و مشکلات مربوط به قبض منفعت و حق، عامل اصلی این تردید به حساب می‌آید. در صحت همه اقسام هبه عین نیز اتفاق نظر وجود ندارد. هبه عین خود بر چند قسم قابل تقسیم است: هبه عین معین، هبه طلب به خود مدیون و هبه طلب به غیر مدیون. در بین این اقسام هبه عین معین وضعیتی روشن تر از دیگر اقسام دارد. زیرا قبض عین معین با مشکل خاصی روبرو نیست. در مورد هبه دین به خود مدیون، هر چند تصور چگونگی تسلیم و قبض طلب که یک مال کلی است، دشوار است اما قانون مدنی در ماده ۸۰۶ که مقرر می‌دارد: «هر گاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد» باب تردید در روایی چنین هبه ای را مسدود نموده است و با بیان غیر قابل رجوع بودن هبه دین به مدیون، بطور ضمنی بر صحت چنین هبه ای صحه گذارده است. در این میان هبه دین به غیر مدیون وضعیت پیچیده تری دارد. از یکسو قانون در خصوص آن حکمی ندارد و از سوی دیگر به دلیل کلی بودن موضوع این هبه و تردید در امکان رعایت شرط قبض در این نوع، صحت چنین هبه ای محل تردید جدی قرار گرفته است. فقیهان امامی نیز بر همین اساس در روایی چنین هبه ای اختلاف کرده و برخی آن را جایز و مشهور فقها آن را ناممکن شمرده اند. با توجه به پیشینه مساله در فقه و شیوه رایج قانون مدنی در تبعیت از قول مشهور و نیز نحوه تنظیم ماده ۸۰۶ ق.م که تنها از هبه دین به مدیون سخن گفته، بپایه نیست اگر معتقد باشیم قانون مدنی، هبه دین به ثالث را روا نمی‌داند. قرینه دیگری که این احتمال را تقویت می‌کند این است که قانون مدنی در مورد جواز یا عدم جواز رجوع در هبه عین معین و هبه دین به مدیون صراحتاً تعیین تکلیف نموده ولی در مورد جواز یا عدم جواز رجوع از هبه به غیر مدیون سخن نگفته در حالی که اگر قانونگذار به روایی هبه دین به غیر مدیون باور داشت می‌بایست در مورد قابل رجوع بودن یا نبودن این قسم از هبه نیز مانند سایر اقسام تعیین تکلیف می‌کرد.

ممکن است گفته شود تنها اشکالی که در صحت چنین هبه ای قابل طرح است، ابهام در کیفیت قبض مال کلی است و از آنجا این اشکال بین هر دو قسم هبه دین به مدیون و هبه دین به غیر مدیون مشترک الورد است، با هر توجیهی که قانونگذار هبه دین به مدیون را ممکن شمرده همان توجیه برای تصحیح هبه دین به غیر مدیون نیز کافی است. همچنین ممکن است کسی ادعا کند اساساً اشتراط قبض در صحت هبه اختصاص به هبه عین معین دارد و هبه عین کلی یا طلب از چنین شرطی مستثنی است و بنابر



این همان گونه که هبه دین به مدیون صحیح است، هبه دین به غیر مدیون نیز از حیث اشتراط قبض با مانعی روبرو نیست. واقع این است که این احتمالات بهره ای از حقیقت ندارد. زیرا اولاً قانون مدنی در ماده ۷۹۸ به نحو مطلق از اشتراط قبض در صحت هبه سخن گفته است و اطلاق این ماده شامل تمامی اقسام هبه می گردد و ثانیاً در بین فقها اعم از موافقین صحت هبه دین به غیر مدیون یا مخالفان آن، تردید و اختلافی در اشتراط قبض وجود ندارد. اما آنچه باعث گردیده همه فقها در صحت هبه دین به مدیون اتفاق نظر داشته باشند، صرف نظر کردن از شرطیت قبض نیست بلکه بر اساس پذیرش کفایت قبض حکمی است و این پذیرش مستند به قاعده «ما فی الذمه مقبوض» است. به بیان روشن تر از آنجا که در حقوق ایران به تبع فقه، در مقام تحلیل بدهی یا دین، آن را استقرار مال کلی بر ذمه مدیون می شمارند و به تعبیر دیگر دین نوعی مال و البته از نوع مال بر ذمه بحساب می آید؛ وقتی دائن طلب خود را به مدیون می بخشد چنین فرض می شود که مال موضوع هبه، از قبل در قبض مدیون بوده است و لذا به محض تحقق عقد هبه، متهب مالک ما فی الذمه خود شده و دین او ساقط می شود. چنانکه پیداست این تحلیل تنها در مورد بخشش دین به خود بدهکار قابل تصویر است و در مورد هبه دین به غیر بدهکار چنین تحلیلی ممکن نیست. زیرا فرض این است که مال بر ذمه مدیون ثابت است و متهب کسی غیر از بدهکار است. با این توضیح باید پرسید اگر قبض واقعی یا حکمی برای تحقق هبه لازم است، پس فقیهانی که حکم به روایی چنین بخششی داده اند، چه توضیحی در باره شرطیت قبض در مطلق هبه دارند؟ مراجعه به کلمات این فقیهان که اکثریت فقهای معاصر را تشکیل می دهند، نشان می دهد که این اندیشمندان نیز قبض را ضروری می دانند لکن از نظر اینان، برای تحقق هبه طلب به غیر مدیون، بستانکار باید مصداق مال کلی موضوع دین مثلاً سکه یا برنج و امثال آن را از مدیون ستانده و به قبض متهب دهد و در واقع مالکیت متهب حاصل عقد هبه و تحقق شرط است. برای تقریب به ذهن می توان مورد را به بیع کلی ای تشبیه کنیم که تحقق اصل بیع منوط به تسلیم مصداق مبیع از سوی بایع به خریدار است. بنابر این از منظر این دسته از فقیهان هبه طلب به غیر بدهکار بر خلاف هبه دین به خود مدیون که به صرف انشاء هبه و قبول متهب محقق می گردید، تنها با تحقق قبض مصداق، کمال یافته و محقق می گردد. اما مراد از قبض مصداق دقیقاً چیست؟ آیا منظور این است که دائن، خود پس از انشاء هبه، مثلاً صد سکه طلب خود از مدیون را از وی ستانده و به قبض متهب دهد یا



مراد این است که دائن، طلب خود را به ثالث هبه می کند و با این کار این امکان را برای متهب فراهم می سازد که به مدیون مراجعه کرده و مثلاً صد سکه ای که به دائن مدیون بود را از وی بستاند؟ در کلام باورمندان به جواز بخشش دین به غیر بدهکار، مطلب روشنی در این زمینه نمی توان یافت ولی بر اساس برخی اشارات موجود در کلمات آنان، بنظر می رسد که مراد ایشان، صورت دوم یعنی تخلیه بین مدیون و متهب برای دریافت مصداق طلب است. حال در اینکه تا قبل از قبض مصداق هیچ الزامی برای واهب وجود ندارد تردیدی نیست اما آیا پس از قبض مصداق نیز، مانند هبه عین معین، می توان تا مصداق باقی است از هبه رجوع نمود؟ پاسخ روشنی در این زمینه داده نشده است اما با توجه به اینکه اصل بر قابل رجوع بودن هبه است و دلیل غیر قابل رجوع بودن هبه دین به مدیون نیز نه کلی و دین بودن موضوع هبه بلکه فراهم بودن شرایط مالکیت ما فی الذمه در هبه دین به مدیون و قاعده «الساقط لا یعود» است و از همین رو قانونگذار مدنی نیز صرفاً از قابل رجوع نبودن بخشش طلب به خود مدیون سخن گفته، ظاهراً می توان نتیجه گرفت که هبه طلب به غیر بدهکار، مشمول قاعده عام حاکم بر هبه یعنی قابل رجوع بودن آن تا زمان بقای عین است.

آنچه در پی می آید اختلافی است که در رویه قضائی در خصوص چنین هبه ای رخ داده است. خلاصه ماجرا از این قرار است که زوجه ای بموجب یک برگه عادی تمام مهر خود را به خواهر شوهرش می بخشد و این برگه به امضاء زوجه و همسرش می رسد و سپس پس از مدتی خواهر شوهر ذیل این برگه، مهری که به وی هبه شده بود را به برادرش (زوج) بذل می کند. زوجه در دفاع خود عمدتاً بر عدم قصد جدی یا اکراه انگشت نهاده و دادگاه بدوی که دلیلی بر اکراه یا عدم قصد نیافته، این دفاع را نپذیرفته اما با این استدلال که مفاد این برگه ابراء مهر است نه هبه مهر و به تعبیر دیگر منظور از بخشش مهریه، «بخشودن» و ابراء آن بوده نه «بخشیدن» و هبه کردن، و ابراء تنها در مورد اموال کلی امکان دارد، نسبت به بخش کلی و بر ذمه مهریه حکم به سقوط مهر داده و نسبت به اقالام خارجی مهریه، این ابراء را فاقد اثر شمرده است. از این حکم تجدیدنظرخواهی شده و لایحه ای در دفاع از زوجه تقدیم گردید و در نهایت دادگاه محترم تجدیدنظر، بدرستی و با چند استدلال و از جمله با تحلیل اراده زوجه در قالب هبه و عدم صحت هبه دین به غیر مدیون، رأی دادگاه بدوی در خصوص سقوط بخش کلی مهریه را نقض نمود. در ادامه خلاصه ای از رأی دادگاه محترم بدوی و لایحه تجدیدنظرخواهی و رأی

دادگاه محترم تجدیدنظر تقدیم می گردد. یادآور می شود لایحه تجدیدنظرخواهی از زبان زوجه انشاء شده است.

۱ - خلاصه رأی دادگاه بدوی

«دادگاه با عنایت به اینکه اولا مطابق تصویر سند عادی مصدق پیوست دادخواست، خانم الف اعلام نموده «اینجانب الف همسر آقای م کلیه مهریه خود را به خواهر شوهرم خانم ب می بخشم» و مبادرت به امضاء سند مذکور نموده است و در ذیل آن نیز خانم ب اعلام نمود «کلیه مهریه خانم الف که به اینجانب بخشیده اند اعم از مهریه مندرج در سند نکاحیه و صورت قباله عادی که شامل سهم ایشان از زمین مزروعی واقع در ... و همچنین سه دانگ آپارتمان مسکونی واقع در... را به برادر خود آقای م واگذار نموده و ذمه ایشان را ابراء کرده و هیچ طلبی ندارم»؛ ثانيا خواننده ردیف اول خانم الف در جلسه مورخ ... حاضر شده و انتساب سند مذکور به خود را مورد تایید قرار داده است لکن ... مدعی شد امضاء و اثر انگشت ذیل سند مذکور بر اساس زور و اجبار خواهان از وی اخذ شده است در حالی که خواهان این ادعای خواننده را رد نموده و خواننده نیز دلیلی بر اثبات آن اقامه ننمود ... ثالثا موضوع ابراء دین است و نه عین ... لذا دادگاه قسمتی از دعوای خواهان را وارد دانسته و به استناد ... حکم به اثبات بریء الذمه بودن خواهان از پرداخت مهریه خواننده ردیف اول (صرفا نسبت به اموال منقول {ظاهرا تعبیر «منقول» از سوی دادگاه مسامحی بوده و منظور از آن اموال کلی و دیون است} که متعهد به پرداخت آن به زوجه می باشد) را صادر و اعلام می نماید و در خصوص قسمت دیگر از خواسته خواهان مبنی بر اثبات ابراء مهریه در خصوص اموال غیر منقول ... دادگاه با توجه به شرح پیش گفته به لحاظ آنکه ابراء ذمه نسبت به دین صورت می گیرد و اموال غیر منقول مذکور با توجه به اینکه با وقوع عقد نکاح به مالکیت خواننده ردیف اول درآمده و وی نیز آن را به خواننده ردیف سوم {خواهر زوج} واگذار نموده است (حسب سند عادی ذکر شده که در آن از واژه «بخشیدن» استفاده شده است که به نظر می رسد همان معنای واگذاری را دارد) و خواننده ردیف دوم {خواهر زوج} نیز متعاقبا اعلام نمود که ذمه خواهان را ابراء نموده است که با توجه به اینکه با انتقال مالکیت، ذمه خواهان اساسا در مقابل هیچ شخصی مشغول نمی باشد و این واژه بطور صحیح بکار نرفته است دادگاه اساسا دعوای خواهان را منطبق با قانون مطرح رسیدگی ندانسته و ... قرار عدم استماع دعوا صادر می نماید...».



ملاحظه

چنانکه معلوم است دادگاه محترم بدوی در تحلیل ماهیت عمل حقوقی واقع شده بین هبه و ابراء مردد است از یکسو بر اساس ابراء بودن، این برگه را تنها در مورد دیون و ارقام کلی و بر ذمه مهریه موثر دانسته و از سوی دیگر در مورد اموال غیر منقول، از برگه موصوف استفاده بخشش و واگذاری و انتقال مالکیت نموده است. روشن است که یک عمل حقوقی نمی تواند هم مصداقی از ابراء و هم مصداقی از بخشش و هبه باشد و دادگاه محترم می بایست نخست در تعیین قالب حقوقی بکار گرفته شده نتیجه واحدی را انتخاب و در ادامه به آثار همان قالب ملتزم می گردید. تحلیل رابطه حقوقی طرفین در قالب ابراء در خصوص اموال کلی مهریه، باعث گردیده دادگاه محترم بدوی در این بخش از مهریه اساسا با مساله ای با عنوان هبه دین به غیر مدیون و مشکلات پیرامون آن خود را مواجه نبیند. البته این ابهام نیز در رأی دادگاه محترم بدوی وجود دارد که معلوم نیست آیا دادگاه که لفظ «بخشیدن» را در برگه موصوف معادل با «واگذاری» دانسته و از کلمه هبه استفاده ننموده است، از بخشیدن و واگذاری معنایی غیر از هبه اراده نموده یا خیر؟ اگر همان هبه منظور است که در این صورت هبه اموال غیر منقول هیچ محظوری ندارد و اگر مراد از آن نهاد دیگری است، چه نهادی است؟ ما در نظام حقوقی خود برای واگذاری مجانی عین، قالب دیگری غیر از هبه یا صلح مجانی نمی شناسیم. پاره ای دیگر از ایرادات در ضمن لایحه تجدیدنظرخواهی مورد اشاره قرار گرفته است.

۲ - خلاصه لایحه تجدیدنظرخواهی

محضر ارجمند قضات معظم شعبه ۲۸ محاکم تجدیدنظر استان اصفهان بعد التحیه با احترام و ادب اینجانب الف در خصوص پرونده کلاسه ... مطروحه در آن شعبه محترم، مطالب زیر را به استحضار رسانده و رجاء واثق دارم قضات معظم با عنایت به مطالب تقدیمی، عدم حقانیت تجدیدنظرخوانده محترم را تصدیق خواهند فرمود. چنانکه مستحضرید تنها مستند مدعای تجدیدنظرخوانده محترم، برگه عادی است که به امضای اینجانب رسیده و در آن ذکر شده که بنده کلیه مهریه خود را به خواهر شوهرم می بخشم! صرف نظر از اینکه بنده به کرات بر این نکته پای فشردم که با توجه به شخصیت همسرم و ضرب و شتم های متعدد که مدارک آن در پرونده مضبوط است، نگارش چنین متنی از سوی بنده چیزی جز دفاع یک زن بی پناه در شرایطی که



امکان توسل به کسی را نداشته، نبوده و البته هیچگاه گمان نمی کرده که نگارش چنین متنی در یک سررسید و بدون هیچگونه تشریفات شکلی و شهود و امثال آن، روزی همچون یک سند رسمی برای تضييع تمام حقوق وی مورد استناد قرار می گیرد، خوشبختانه به لحاظ ماهوی و فارغ از این ایرادات نیز فاقد وجهت و اعتبار قانونی است. بنا بر آنچه به عرض می رسد این برگه به گونه ای نگارش یافته که حتی بر فرض اصالت و آزادی اراده من نیز فاقد اعتبار و اثر است. دلایل عدم اعتبار این برگه به شرح زیر است:

۱. پیش شرط ضروری در خصوص صحت مفاد این برگه و میزان تاثیر آن، تعیین ماهیت حقوقی آن است. دادگاه محترم بدوی از این برگه برداشت «ابراء مهریه» نموده اند و از همین رو آن را صرفا شامل اموال کلی و بر ذمه دانسته اند. زیرا به لحاظ حقوقی تردیدی نیست که تنها اموال بر ذمه را می توان با ابراء اسقاط نمود و ابراء در مورد اموال خارجی تاثیری ندارد. اندک تاملی در متن مورد استناد نشان می دهد که مفاد این برگه - با فرض اصالت و عدم اکراهی بودن آن - بدون کمترین تردیدی چیزی جز «هبه» نیست. زیرا اولاً در این متن آمده «کلیه مهریه خود را به ا.م. خواهرشوهرم می بخشم». ابراء اسقاط مافی الذمه مدیون است و طلبکار چیزی به بدهکار نمی دهد بلکه آنچه بر ذمه اوست ساقط می کند لذا در عبارت هایی که برای ابراء بکار می رود دلالت بر انتقال چیزی به بدهکار ندارد بلکه دلالت بر انصراف یا از بین بردن طلب دارد. پس برخلاف هبه که سخن از انتقال مجانی مالی «به کسی» است در ابراء سخن از انتقال یا بخشش «به کسی» معنا ندارد. از این رو تعبیر رایج در ابراء عباراتی از این قبیل است: طلبم را بخشیدم یا از طلبم گذشتم یا صرف نظر کردم یا تو را ابراء کردم که همگی دلالت بر اسقاط و نه انتقال مالی به دیگری دارد. ثانیاً دلالت این متن بر هبه بخصوص از آنجا صریح تر است که سخن از بخشش به کسی غیر از مدیون است. اگر این احتمال ضعیف در موردی که شخص به بدهکار می گوید «طلبم را به تو بخشیدم» مطرح باشد که برخلاف ظاهر عبارت، منظور اسقاط طلب است نه بخشیدن طلب به مدیون تا مصداق هبه باشد، قطعاً در موردی که طلبکاری به غیر مدیون بگوید «طلبی که از دیگری دارم را به تو بخشیدم» دیگر به هیچ نحو



نمی‌توان آن را حمل بر ابراء کرد. زیرا در این صورت هیچ جایگاهی برای ثالثی که نام وی در متن آمده وجود نخواهد داشت. به عبارت دیگر اگر مراد ابراء مدیون باشد، با سقوط دین دیگر چیزی وجود ندارد تا بخواهد به ثالث داده شود. ثالثا متنی که مدتها بعد از نگارش من، از سوی خواهر شوهر اینجانب در ذیل عبارت من آمده نیز به صراحت حکایت از این دارد که تصور شوهر و خواهر شوهر من این بوده که با دستخطی که از من گرفته اند، مهریه به خواهر شوهرم منتقل شده است و لذا او در دستخطی که نوشته در مورد مهریه من تصمیم گرفته و به خیال خود آن را به برادر خود بخشیده یا او را ابراء کرده است!

۲. اکنون با اثبات هبه بودن متن مورد استناد باید دید آیا چنین هبه ای - صرف نظر از اشکالاتی که من در مورد اکراه و عدم قصد واقعی بر بخشش مهر گفتم - به لحاظ حقوقی واجد اعتبار است یا نه؟ خوشبختانه به دلایل متعدد چنین هبه ای فاقد اعتبار است.

۳. اولین دلیل بی اعتباری این هبه ادعایی این است که هبه یک عقد است و نه تنها محتاج قبول متهب است بلکه این قبول باید در مجلس عقد و با رعایت موالات بین ایجاب و قبول صورت گیرد. همانگونه که ملاحظه می فرمایید هبه ای که به بنده منسوب است صرفا به امضای من و همسر من رسیده که هیچ سمتی در هبه ندارد و کسی جز من و همسر من در زمان نگارش متن حضور نداشتند و از همین رو این دستخط فقط ممضی به امضای من و همسر من است و اثری از امضای متهب ادعایی نیست که قطعا اگر در آن مجلس حضور داشت و هدیه ای به این سنگینی که تمام مهریه یک زن نگون بخت است! را دریافت می کرد، ذیل این دستخط را امضاء می نمود. متنی که در ذیل دستخط من توسط شوهر خواهرم نوشته شده نه تنها مربوط به مدتها پس از زمان نگارش متن من است بلکه اساسا در مقام قبول هبه اصلی نیز نوشته نشده است بلکه صرفا مشتمل بر ابراء مهر به برادرش و با پیشفرض تحقق هبه ای در سابق صورت گرفته و لذا در آن هیچ اشاره ای به قبول هبه قبلی نشده است. بنابراین، این هبه ادعایی از اساس باطل بوده و هیچ گاه شکل نگرفته است.

۴. و اما قطع نظر از دلیل فوق که بطلان هبه را بطور کامل اقتضا می کند، دلایل عدم اعتبار این هبه در مورد بخش کلی و بر ذمه مهر همچون سکه و طلا با



دلایل عدم اعتبار بخش اموال خارجی متفاوت است. در مورد بخش کلی و بر ذمه هبه نامعتبر است زیرا به لحاظ حقوقی، هبه دین تنها به شخص مدیون امکان پذیر است. دلیل آن نیز روشن است. هبه عقدی عینی است و قبض مال موهوب شرط صحت تمامی اقسام هبه است. در مورد اموال خارجی، قبض با تسلیم فیزیکی عین موهوبه به متهب صورت می گیرد ولی در مورد مال کلی که قبض فیزیکی منتفی است تنها در فرضی که قبض حکمی وجود داشته باشد هبه ممکن است. توضیح اینکه طبق قاعده «مافی الذمه مقبوض» تنها در فرضی که متهب خود مدیون باشد و به اصطلاح مال کلی یا دین بر ذمه شخص متهب مستقر باشد، آن را در حکم مال مقبوض دانسته و چنین فرض می شود که مال موهوب در نزد متهب وجود دارد و بر این اساس حکم به صحت آن می کنند. به همین دلیل مشهور فقهای امامیه هبه دین به غیر مدیون را ناممکن می شمارند. به گفته مرحوم محقق در شرایع الاسلام: «و لو وهب ما فی الذمه فان کانت لغیر من علیه الحق لم یصح علی الأشیبه لأنها مشروطه بالقبض» و صاحب جواهر در شرح این عبارت شرایع، عدم صحت هبه دین به غیر مدیون را مبتنی بر اصل عدم انتقال دانسته و آن را قول اشهر و بلکه مشهور ذکر می کند. با قاطعیت می توان گفت قانون مدنی نیز از همین نظر تبعیت نموده است. زیرا اولاً قانون مدنی محمول بر نظر مشهور فقهای امامیه است مگر آنکه تصریح به خلاف آن نموده باشد و ثانیاً قانون مدنی در تنها ماده ای که در آن به موضوع هبه دین (هبه طلب) پرداخته ماده ۸۰۶ است که صرفاً از هبه دین به مدیون و غیر قابل رجوع بودن آن سخن گفته و به خوبی نشان می دهد که اگر قانونگذار مدنی هبه دین به غیر مدیون را بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه معتبر می دانست باید کوچکترین اشاره ای به امکان آن، یا نحوه قبض آن یا قابل رجوع بودن یا نبودن آن می نمود.

۵. ممکن است ادعا شود که هر چند مشهور فقها هبه دین به غیر مدیون را به دلیل عدم امکان قبض واقعی و حکمی، نادرست می دانند اما برخی از فقهاء چنین هبه ای را صحیح می شمارند. در پاسخ به این شبهه نیز باید گفت حتی بر فرض پذیرش دیدگاه این دسته از فقهاء، باز باید حکم به بطلان هبه مورد بحث نمود. زیرا فقهای اندکی که مانند مرحوم امام خمینی در تحریر الوسيله از امکان هبه دین به غیر مدیون سخن گفته اند، از شرط قبض صرف نظر نکرده و صحت



چنین هبه ای را منوط به قبض مصداق دین از سوی ثالث دانسته اند. عبارت تحریرالوسیله در این زمین از صراحت کامل برخوردار است: «و أمّا الدین فان کانت لمن علیه الحقّ صحتّ بلا إشکال. ... و إن کانت لغير من علیه الحقّ فالأقوی صحتها أيضاً. ویکون قبض المو هوب بقبض مصداقه.» بنابر این اگر کسی مثلاً صد سکه از دیگری طلبکار باشد و بخواهد آن را به غیر مدیون هبه کند، برای تحقق شرط قبض که شرط صحت مطلق هبه است، باید صد سکه خارجی را که مصداق صد سکه کلی است به قبض متهب ثالث بدهد. بنابراین حتی با این دیدگاه فقهی نیز هبه مورد بحث در مورد بخش دینی و کلی مهر باطل است. زیرا هیچگاه مصداق این طلب به قبض خواهر شوهر من در نیامده و بلکه او صراحتاً در ذیل دستخط من به زعم خود، ذمه شوهر من را ابراء کرده است و لذا بدون هیچ تردیدی میتوان گفت این هبه بر هر دو مبنای فقهی باطل و بلااثر بوده است.

۶. و اما در مورد اموال خارجی سه دانگ آپارتمانی که متعلق به اینجانب می باشد، سال ها پس از ازدواج اینجانب به نحو مشترک با همسرم خریداری شده و ربطی به مهریه که مربوط به زمان عقد است و خطبه عقد بر روی آن جاری شده ندارد و نه در قبالة رسمی از آن خبری هست نه در پیشنویس قبالة. قولنامه خرید مشترک این آپارتمان که نام بنده و همسرم به عنوان خریدار در آن ذکر شده موجود و شاهد صدق ادعای بنده است. متأسفانه همسر اینجانب همواره سعی نموده این سه دانگ را هم به خیال خود داخل مهریه کرده و با این دستخط، آن را نیز پایمال نماید.

۷. در مورد زمین و حتی سه دانگ آپارتمان - به فرض آنکه جزو مهریه باشد که نیست - شرط تحقق هبه، قبض متهب است که خوشبختانه این امر نیز صورت نگرفته است. زمین مورد بحث سال های سال است که بدون متصرف بوده و عملاً زمینی رها شده است و لذا قبض خواهر شوهرم در مورد آن مسلماً منتفی است. در مورد آپارتمان نیز این برگه در زمانی نوشته شده که بنده و همسرم در آن زندگی می کردیم و پس از یکی دو سال نیز که از آنجا رفتیم در اختیار مستاجر بوده و لذا در این مورد نیز خوشبختانه قبض خواهر شوهر هیچگاه محقق نشده است. بدیهی است با عدم تحقق قبض یا حتی شک در قبض، حکم به صحت هبه نمی توان نمود.



۸. از دلایل روشن عدم قبض و عدم تحقق هبه که جای هر گونه انکاری را باقی نمی‌گذارد نوشته ذیل دستخط اینجانب توسط شخص متهب (خواهر شوهرم) است. زیرا تنها اقدامی که پس از به اصطلاح هبه اینجانب از سوی وی صورت گرفته واگذاری کل مهر به برادرش یعنی همسر من بوده است. یعنی صرفاً به خیال خود با یک تصرف انشائی، مهریه را به برادر خود واگذار کرده است. بنابر این با وجود عدم قبض، هبه اموال خارجی نیز منتفی است.

۹. خوشبختانه مدعیان هبه برای ادعای قبض اموال خارجی، بین دو محذور گرفتارند. اگر ادعا کنند که بین هبه من و واگذاری خواهر شوهرم فاصله بوده و در این فاصله اموال به قبض وی درآمده، که در اینصورت مسلماً توالی عرفی ایجاب و قبول هبه به هم خورده و اساساً هبه شکل نگرفته است و اگر مدعی شوند در همان مجلسی که بنده آن دستخط را نوشتم، خواهر شوهرم مهریه را به برادرش واگذار کرده که در اینصورت یقیناً امکان قبض زمین و آپارتمانی که تا مدت‌ها پس از آن نیز محل زندگی مشترک من و همسر من و تحت تصرف خودم و همسر من بوده وجود نداشته است. به هر حال در هر دو صورت هبه واقع نشده است...»

۳ - خلاصه رأی شعبه ۲۸ دادگاه محترم تجدیدنظر

در خصوص اعتراض ۱. آقای م ۲. خانم الف به طرفیت ... نسبت به دادنامه ... مورخ ۲۲/۸/۱۳۹۶ صادره از ... متضمن ... قرار عدم استماع دعوی راجع به ادعای ابراء از اموال غیر منقول مهریه... و حکم به اثبات بری الذمه بودن زوج از پرداخت مهریه نسبت به بخشی از مهریه شامل اموال منقول مندرج در سند نکاحیه ... اوراق پرونده ملاحظه و اظهارات تکمیلی طرفین در این دادگاه استماع شده است. مهریه که برای زوجه تعیین میشود دینی است به عهده زوج و برائت ذمه او نیازمند دلیل است. از دستخط ابرازی که با امضای زوجه و اثر انگشت وی می باشد هر چند از جهت صدور منتسب به او می باشد و دلیل موثری بر خلاف آن ارائه نشده است اما از جهت محتوی به قرائن و شواهد موجود برائت ذمه زوج احراز نمی شود زیرا اولاً در مورد این دست نوشته دو فرض متصور است یکی ابراء ما فی الذمه دیگری انتقال طلب زوج به ثالث. ابراء نیست زیرا مطابق مفاد ماده ۲۸۹ قانون مدنی ابراء وقتی محقق است که ذمه مدیون مستقیماً بری شود و طلبکار



از آن به اختیار صرف نظر کند و مفاد مواد ۸۰۶ این قانون نیز راجع به بخشش طلب به مدیون است نه به غیر مدیون، در این نوشته از طلب نسبت به مدیون صرف نظر نشده است. با انتقال طلب یا انتقال تعهد به اعتبار تغییر داین مفاد بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی هم منطبق نمی باشد زیرا این انتقال عقدی است بین بستانکار سابق و لاحق (منتقل الیه) که در این عقد حسب اظهار طرفین و خانم الف خواهر آقای م نامبرده اخیر به عنوان منتقل الیه هنگام نوشتن متن حضور نداشته است و از سوی دیگر نوشته خانم الف ذیل این متن که بدون تاریخ است و ایشان از بیان تاریخ آن اظهار بی اطلاعی نموده است قدر متیقن حسب اظهار وی (صورتجلسه ۱۳۰۰/۹/۲۷) بعد از اختلاف زوجین و توقیف طلاهایی بوده است که زوج مدعی بوده از دوستش می باشد. این نوشته با توجه به عدم رعایت توالی عرفی و اینکه بعد از اقدام زوجه به مطالبه مهریه و توقیف اموال زوج که نوعی عدول از ایجاب احتمالی اولیه بوده است تاثیری در تحقق این عقد نخواهد داشت. ثانیاً در مقام تحلیل اراده زوجه قابل ذکر است عرفاً برای بخشش و یا ابراء انگیزه هایی وجود دارد که حاکی از یک رابطه صمیمی فی مابین طرفین می باشد و زوجه چنین موضوعی را نپذیرفته است و بیان کرده است: «من با خواهرش سازگاری نداشته ام چه دلیلی داشته تمام مهریه ام را به او ببخشم در حالی که سند و مدارک هنوز دست من است این مطلب مورد تایید زوج و خواهرش نیز واقع شده است بنابراین نحوه روابط حاکی از این است که نوشته از سر لجبازی و بدون اراده جدی باطنی زوجه بوده و خانم ج {خواهر زوج} نیز احتمالاً بر فرض اطلاع چون آن را جدی تلقی نکرده است اقدامی برای وصول حقوقش نداشته است اما پس از وقوع اختلاف و مطالبه مهریه در جریان رسیدگی به پرونده های مربوط به اقدام برای مهریه، مکاتبه ای مبنی بر بخشش به برادرش تقدیم کرده است. با این تحلیل، اراده جدی برای بخشش مخدوش می باشد و اثر حقوقی بر آن مترتب نخواهد بود. ثالثاً در مورد اموال غیر منقول استدلال دادگاه به اینکه اساساً این موارد ما فی الذمه تلقی نمی شوند تا ابراء محسوب شود صائب است، هبه نیز نخواهد بود زیرا به قبض متهب در نیامده است زیرا ماده ۷۹۸ قانون مدنی آن را از ارکان هبه برشمرده است... مستنداً به مواد ۳۵۳ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با پذیرش اعتراض خانم الف آن قسمت از دادنامه که در مورد براءت ذمه مدیون راجع به اموال منقول می باشد نقض و حکم به بطلان دعوی خواهان بدوی صادر می شود...»



قواعد حقوقی حاکم بر پرداخت ضمانت نامه های بانکی

آرمان زینلی^۱

مقدمه

صرف مطالبه وجه ضمانت نامه از سوی ذی نفع، منجر به پرداخت از سوی بانک نمی شود. بلکه بانک ضامن حسب مورد، ممکن است مجاز به پرداخت وجه به ذی نفع باشد یا به واسطه دستور منع پرداختی که ضمانت خواه از دادگاه اخذ و به وی ارائه کرده ممنوع از پرداخت باشد. لذا توجه به موارد پرداخت و موارد منع پرداخت بحثی است که در مقاله‌ی حاضر بررسی می شود.

از سوی دیگر ضمانت نامه بانکی بسته به موضوع آن، شرایط متفاوتی برای پرداخت وجه در نظر می گیرد؛ زیرا به دلیل آزادی قراردادی طرفین، تعیین شروط پرداخت در اختیار آن هاست^۲ و از آنجا که ضمانت نامه، ابزاری تضمینی است و بر خلاف ابزارهای پرداخت که حاوی دستور پرداخت بی قید و شرط هستند، پرداخت مبلغ ضمانت نامه متوقف به شرایطی چون اعلام تخلف ضمانت خواه، ارائه سند خاصی از ثالث توسط ذی نفع یا شرایطی این چنینی است.

دو نکته که از شرایط پرداخت وجه ضمانت نامه بانکی ناشی می شود موضع ذی نفع در رابطه با ضمانت نامه و نیز جایگاه اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه است. به این

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانش آموخته ی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد خوراسگان.

۲. کاشانی، محمود، ضمانت نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵، شماره ۱۶ و ۱۷، صص ۱۵۰-۱۵۱.



معنا که هر میزان، زمان صدور ضمانت‌نامه، برای پرداخت وجه آن شرایط کمتری لحاظ شود و ذی‌نفع بتواند با صرف ارسال تقاضای پرداخت به بانک و حداکثر با اعلام تخلف ضمانت‌خواه، به مبلغ ضمانت‌نامه نایل شود، دارای موضع قوی‌تری در این خصوص است. همچنین هر میزان که پرداخت، بی‌قید و شرط و ساده‌تر باشد، استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه به نحو مطلوب‌تری مراعات می‌شود. بنابراین بعد از مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع، بانک ضامن وظیفه دارد، جهت حفظ حقوق ضمانت‌خواه، انطباق مطالبه با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه را احراز و سپس مبادرت به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه کند. در همین راستا در قسمتی از مقاله به شرایط حاکم پس از مطالبه ذی‌نفع و چگونگی پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌پردازد؛ با این قید که با توجه به نگارش تالیفات مبسوط در خصوص تقلب ذی‌نفع و سوءاستفاده از اصل استقلال، تاکید بیشتر بر اقدامات بانک ضامن پس از اخذ مطالبه از ذی‌نفع است.

فصل اول: موارد پرداخت و منع پرداخت

بانک پس از دریافت مطالبه از ذی‌نفع، نمی‌تواند بلافاصله نسبت به پرداخت وجه به او اقدام نماید. بلکه موظف است با رجوع به مفاد ضمانت‌نامه شرایط پرداخت را بررسی و در مورد هر ضمانت‌نامه موارد پرداخت را شناسایی و مطالبه را با آن اعتبارسنجی کند. در برخی موارد نیز، امکان دارد بانک قبل از بررسی شرایط پرداخت این امر را احراز کند در خصوص ضمانت‌نامه مربوطه که مطالبه وجه آن را دریافت کرده است، دستور موقتی مبنی بر منع پرداخت از جانب دادگاه و به وسیله ضمانت‌نامه به وی ارائه شده است. بر این اساس، در هر مورد، بانک وظایف متفاوتی بر عهده دارد که در مبحث اول از فصل حاضر، به بررسی موارد پرداخت و در مبحث دوم به بررسی موارد منع پرداخت اشاره خواهد شد.

مبحث اول: موارد پرداخت

یکی از تفاوت‌های ماهوی ضمانت‌نامه‌های بانکی با ضمانت‌نامه‌های تبعی در این نکته نهفته است که ذی‌نفع با مشاهده قصور ضمانت‌خواه در ایفای تعهدات مربوط به قرارداد پایه، صرفاً با ارائه تقاضای وجه مطابق با متن ضمانت‌نامه و در صورت تصریح ضمانت‌نامه با ارائه سند یا اسناد مندرج در متن، می‌تواند بدون فوت وقت وجه ضمانت‌نامه



را دریافت کند. این ویژگی بنیادین که نشأت گرفته از اصل استقلال است، ضمانت‌نامه های بانکی را آن چنان مورد اطمینان قرار داده که به جرات می‌توان گفت یک جنبه از ریسک هر قرارداد تجاری و مالی به وسیله ضمانت‌نامه قابل پوشش است. چه بسا در قیاس با اعتبارات اسنادی که صرفاً ابزار پرداخت هستند، ضمانت‌نامه بانکی با توجه به نقش تضمینی خود می‌تواند از اهمیت بیشتری در تجارت داخلی و بین‌الملل و تامین آسودگی خاطر خریدار/ کارفرما برخوردار باشند.

این نکته که خریدار/ کارفرما به چه طریقی می‌تواند اقدام به مطالبه کند به شروطی وابسته است که در زمان صدور ضمانت‌نامه در سند مزبور قید شده است.

به این ترتیب و بر اساس شرایط پرداخت، ضمانت‌نامه به دو قسم کلی تقسیم و در دو گفتار در قالب پرداخت بر مبنای درخواست ساده و پرداخت اسنادی بررسی می‌شود. اما پیش از ورود به بحث، لازم است وجه تسمیه این تقسیم‌بندی بیان شود. منظور از پرداخت بر مبنای درخواست ساده، پرداختی است که متعاقب مطالبه ساده و بدون نیاز به ارائه اسناد و مدارک دیگر به عمل آمده است. در برخی از تقسیم‌بندی‌ها به این قسم از پرداخت، پرداخت به موجب نخستین درخواست گفته می‌شود. در حالی که هدف از صدور ضمانت نامه بانکی این است که در تمام اقسام خود به موجب نخستین درخواست موجه ذی‌نفع پرداخت شود. به عبارت دیگر در سایر اقسام ضمانت‌نامه نیز، پرداخت به موجب نخستین درخواست صورت می‌گیرد و تنها تفاوت موجود میان شرایط مختلف پرداخت، به درج اسنادی غیر از مطالبه کتبی ساده برمی‌گردد. به همین سبب عبارت پرداخت به موجب درخواست ساده برای تمیز این قالب از ضمانت‌نامه از اقسامی است که پرداخت وجه ضمانت‌نامه را موقوف به ارائه اسناد خاصی می‌نماید.

گفتار اول: پرداخت بر مبنای درخواست ساده

در خصوص پرداخت با درخواست ساده باید گفت، غالباً بانک‌ها به دنبال صدور ضمانت‌نامه در این قالب هستند، چرا که تخصص و حجم کارهای بانکی، فرصت چندانی به آنها نمی‌دهد که درگیر فرایند بررسی مدارک ارائه شده از سوی ذی‌نفع مبنی بر تخلف ضمانت‌خواه شوند. ممکن است در ضمانت‌نامه صرف مطالبه شرط شده باشد (بند اول) و یا مطالبه به همراه اعلام تخلف ضمانت‌خواه مدنظر طرفین قرار گرفته باشد. (بند دوم)



بند اول: پرداخت بر مبنای صرف درخواست

این قسم از ضمانت‌نامه که متداول‌ترین قالب آن نیز محسوب می‌شود، باید به محض اولین درخواست و بدون نیاز به ارائه مدرک خاصی پرداخت شود. در چنین ضمانت‌نامه‌ای ذی‌نفع می‌تواند بدون نیاز به ارائه مدرکی حاکی از میزان تخلف ضمانت‌خواه، کل مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کند و بانک مکلف است پس از دریافت همین درخواست ساده و انطباق آن با شرایط ضمانت‌نامه در خصوص نحوه وصول درخواست، مبلغ را به ذی‌نفع پرداخت کند. در این قالب اگر بخواهیم به طور دقیق اراده طرفین ضمانت‌نامه را محترم بشماریم، در واقع باید بگوییم امکان صدور دستور موقت مبنی بر منع پرداخت هم وجود ندارد^۳ و به همین سبب به این نوع از ضمانت‌نامه، ضمانت‌نامه خودکشی گفته می‌شود^۴. البته به همان اندازه که در این مدل ذی‌نفع قوی‌ترین موضع را در خصوص مطالبه بی‌قید و شرط دارد، به همان اندازه احتمال سوءاستفاده ذی‌نفع و تقلب نیز وجود دارد. در چنین فرضی، تنها اقدام ممکن برای ضمانت‌خواه اقامه دعوا پس از پرداخت است که معمولاً باید در کشور محل اقامت ذی‌نفع انجام شود، از این روی هزینه مضاعفی برای ضمانت‌خواه در بردارد. اما با این وجود به دلیل غلبه داشتن صدور ضمانت‌نامه در این قالب، گفته می‌شود در صورت تردید در مورد نوع ضمانت‌نامه، فرض بر عندالمطالبه بودن قالب آن است^۵ و لذا برای حمل ضمانت‌نامه بر این نوع، نیازی به درج عبارت «قابل پرداخت به موجب نخستین درخواست» نیست و هر عبارتی که مفید این مطلب باشد و حتی هر عبارتی که مفید قالبی دیگر نباشد، کافی است تا ضمانت‌نامه را از نوع مزبور تلقی کنیم^۶.

۳. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، صفحه ۲۷۰.

4. Suicide Guarantee

۵. سلطانی، محمد، مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی، پیشین، صفحه ۲۲۵.

۶. شهبازی‌نیا، مرتضی، شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آنها،

مدرس علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۱، شماره ۱۴، صفحه ۲۱.



بند دوم: پرداخت بر مبنای اعلام تخلف ضمانت خواه

تفاوتی که این نوع از ضمانت نامه با نوع قبل دارد این است که مطالبه در بند قبل صرفاً به درخواست کتبی ذی نفع نیاز دارد و بحث تخلف ضمانت خواه را مطرح نمی کند، ولی در این نوع باید همراه با درخواست، به تخلف ضمانت خواه نیز اشاره شود، هر چند که نیازی به اثبات این تخلف وجود ندارد. در واقع این نوع، توازنی بین جایگاه ذی نفع و مضمون عهده ایجاد می کند. به این ترتیب که ذی نفع در عین حال که به راحتی می تواند به وجه ضمانت نامه برسد، به دلیل لزوم اشاره به تخلف ضمانت خواه، با احتمال بیشتری، صادقانه اقدام به مطالبه می کند و احتمال سوءاستفاده وی کاهش می یابد. زیرا بر اساس اینکه می داند در قبال این ابراز تخلف، در آینده مسئول است، در صورت عدم وجود قصور از سوی ضمانت خواه از مطالبه منصرف می شود.

طبق ماده ۲۰ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه، اعلام تخلف ضمانت خواه، جزء شرایطی است که ذی نفع زمان مطالبه مکلف است به آن توجه کند. با این حال لایحه اصلاح قانون تجارت، در خصوص مکلف کردن ذی نفع به اعلام تخلف ضمانت خواه هنگام مطالبه، سکوت اختیار کرده و به این ترتیب راه را برای سوءاستفاده های احتمالی ذی نفع که در نوع پیشین ضمانت نامه بیان شد باز گذاشته است. در حالی که مطلوب تر آن بود لایحه، جهت افزایش سطح اطمینان در قلمروی مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی و ترغیب بیشتر فعالان اقتصادی به استفاده از این ابزار و نهایتاً فزونی رونق اقتصاد، چنین شرایط حداقلی برای مطالبه را نادیده نمی گرفت.

گفتار دوم: پرداخت اسنادی

در ضمانت نامه های قابل پرداخت با درخواست ساده، راه برای سوءاستفاده ذی نفع به طور قابل توجهی باز است و لذا این امر تهدیدی برای فروشندگان و پیمانکاران به حساب می آید. به این دلیل به طور روزافزون شروطی برای بازداشتن ذی نفع از مطالبه ناروای وجه ضمانت نامه در متن ضمانت نامه پیش بینی می شود. از جمله این شروط ارائه اسنادی است که توسط اشخاص ثالث یا دادگاه یا داور تنظیم شده است. این اسناد بسته به ماهیت ضمانت نامه های بانکی می تواند متفاوت باشد. مثلاً در ضمانت نامه های شرکت در مناقصه، ممکن است پیش بینی شود که ذی نفع از دفتر اسناد رسمی سندی بیاورد که نشان دهد ضمانت خواه در مناقصه برنده شده است، با این حال از امضای قرارداد و در نتیجه اجرای



پروژه سرباز زده است. یا در ضمانت‌نامه‌های ایفای تعهد، ذی‌نفع ملزم باشد از بازرس سندی بیاورد که ضمانت‌خواه پروژه را کامل اجرا نکرده است. بانک در مواجهه با این نوع مطالبه صرفاً موظف است سندی که در متن ضمانت‌نامه پیش‌بینی شده است را بررسی کند و با قرارداد پایه سر و کار نخواهد داشت، لذا نباید پرداخت اسنادی را با ضمانت‌نامه‌های غیرمستقل خلط کرد.

همانطور که بیشتر اشاره شد شیوه پرداخت در واقع مبین جایگاه و ارزش اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی نیز است. برای مثال اگر شیوه منتخب برای مطالبه ضمانت‌نامه، از نوع قابل پرداخت به صرف درخواست باشد، استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه به نحو کامل وجود دارد، چرا که وصول آن، غیر از یک درخواست کتبی، نیازمند ارائه امر دیگری که مربوط به قرارداد پایه باشد نیست و بنابراین درخواست بانک فوراً وجه را به ذی‌نفع پرداخت می‌کند و متعاقباً ضمانت‌خواه نیز وجه پرداختی توسط بانک را به حساب آن کارسازی خواهد کرد. اما اگر شیوه منتخب برای پرداخت ضمانت‌نامه از نوع قابل پرداخت بر اساس رای داور یا دادگاه باشد اصل استقلال، اهمیت و جایگاه قبلی خود را از دست می‌دهد، چرا که در عمل ذی‌نفع ناگزیر است قبل از مطالبه وجه ضمانت‌نامه، تخلف ضمانت‌خواه از تعهداتش در خصوص قرارداد پایه را اثبات نماید و در صورت موفقیت در این اثبات است که می‌تواند با ارائه رای مرجع داوری یا شخص ثالث وجه ضمانت‌نامه را وصول نماید.

مدارکی که طبق ضمانت‌نامه، می‌تواند به عنوان شرط پرداخت مقرر گردد، بر اساس شخص ارائه‌دهنده به دو دسته تقسیم می‌شود. دسته نخست مدارکی که شخص ذی‌نفع موظف به تنظیم و ارائه آن‌ها است (بند اول) و دسته دوم اسنادی که از سوی شخص ثالث، دادگاه، داور یا کارشناس، تنظیم می‌شوند. (بند دوم)

بند اول: پرداخت بر مبنای ارائه مدارک از سوی ذی‌نفع

ممکن است ذی‌نفع زمان صدور ضمانت‌نامه با درج هر گونه شرط که وی را جهت استحقاق دریافت وجه ضمانت‌نامه، ملزم به مراجعه به دادگاه، داور یا هر شخص ثالثی کند مخالفت کرده و حداکثر بپذیرد که خودش گواهی‌های مورد نیاز برای مطالبه را صادر کند. به این سبب امکان دارد در ضمانت‌نامه شرط شده باشد که ذی‌نفع زمانی مستحق دریافت وجه ضمانت‌نامه است که اسناد خاصی دال بر ایفای تعهداتش به موجب قرارداد پایه



به بانک ارائه دهد، نظیر ارائه صورت حساب یا فاکتور که مبین بستانکاری وی باشد. همچنین امکان درج این شرط که خود ذی نفع یا یکی از کارمندان وی تخلف ضمانت خواه را گواهی کنند وجود دارد. روشن است در چنین شرایطی، بانک با توجه به اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی نمی تواند اصالت حقیقی اسناد ابرازی توسط ذی نفع را احراز کند و در مقام اجرای اصل انطباق دقیق صرفاً می تواند به ظاهر اسناد توجه نماید. از سوی دیگر، اگر ذی نفع در اخذ اسناد پیش بینی شده در متن ضمانت نامه توفیق نیابد، نمی تواند سند دیگری جایگزین آن کند و از بانک مطالبه وجه کند. به این ترتیب بار اثبات عدم ایفای تعهد از جانب ضمانت خواه بر دوش ذی نفع قرار می گیرد و در صورت عدم ارائه اسناد مزبور، نمی تواند مطالبه را توجیه کند، حتی اگر ضمانت خواه حقیقتاً تعهدات قراردادی خود را نقض کرده باشد.

بند دوم: پرداخت بر مبنای گواهی شخص ثالث

گاهی بر اساس متن ضمانت نامه، مطالبه ذی نفع تنها پس از صدور گواهی شخص ثالث دال بر تخلف ضمانت خواه از ایفای تعهدات قراردادی اش، ممکن است. به عبارت دیگر مقرر می شود از جمله مدارکی که ذی نفع زمان مطالبه باید به بانک ارائه دهد، رای دادگاه، داور یا گواهی کارشناس است که دلالت بر تخلف ضمانت خواه می کند.

در پرداخت بر مبنای گواهی شخص ثالث، اگر چه در رابطه ذی نفع و بانک، استقلال ضمانت نامه حفظ می شود، اما در اساس قضیه و در رابطه ذی نفع و ضمانت خواه، این استقلال تا حد زیادی تضعیف می گردد. در واقع ذی نفع برای یافتن استحقاق مطالبه، نیازمند اخذ نظر ثالث است که نشان دهد ضمانت خواه طبق قرارداد پایه، مرتکب تخلف قراردادی شده است. با این وجود این شیوه پرداخت، از این حیث که مانع سوءاستفاده و مطالبه ناروای ذی نفع می گردد، مورد توجه فعالان اقتصادی که در موضع ضمانت خواه قرار می گیرند واقع می شود و از طرف دیگر از سوی بانک و ذی نفع مورد استقبال قرار نمی گیرد. زیرا برای بانک سهولت بررسی مطالبه و ساده بودن شرایط ضمانت نامه جذاب تر است و ذی نفع نیز خواهان حق مطالبه بی قید و شرط است. همچنین زمانی که ضمانت نامه ارائه حکم نهایی دادگاه یا داوری را به عنوان شرط مطالبه پیش بینی کرده است ذی نفع در اثبات رسیدگی نمی تواند مطالبه نماید و این نیز سبب تاخیر در مطالبه وجه از سوی ذی نفع شده و به ضرر وی تمام می شود.



با این حال ماده ۱۶۳ لایحه اصلاح قانون تجارت مقرر داشته است که زمان صدور ضمانت نامه، پرداخت وجه نباید منوط به ارائه اسناد صادره از سوی شخص ثالث و ضمانت خواه باشد.^۷

لایحه اصلاح قانون تجارت با این مقرر، آزادی عمل بی حد و مرزی به ذی نفع داده که قابل انتقاد است، زیرا به او این امکان را می دهد بدون نیاز به تصدیق تخلف از ناحیه شخص ثالث، نظیر کارشناس، بتواند وجه ضمانت نامه را مطالبه کند و به این ترتیب امکان زیادی برای سوءاستفاده از ضمانت نامه را به دست آورد.

چنین مقررهای در کنار انتقاد دیگری که در خصوص عدم لزوم اعلام تخلف ضمانت خواه از سوی ذی نفع زمان مطالبه، به لایحه وارد شد، سبب تقویت بیش از حد موضع ذی نفع و وارد کردن تمام خطرات به ضمانت خواه است. این شکل مقررات گذاری خصوصاً در شرایطی که برای رونق اقتصادی نیازمند تشویق فعالان اقتصادی به استفاده از ابزارهای تضمینی هستیم، نتایج معکوس و منفی به بار می آورد. نکته قابل توجه آن است که طبق مواد ۱۵۷ و ۱۵۸ لایحه اصلاح قانون تجارت، رعایت مفاد لایحه برای طرف های ضمانت نامه الزامی است.^۸

در پایان این مبحث باید اشاره کرد صرف نظر از نوع پرداخت ضمانت نامه مستقیم، ضمانت نامه متقابل معمولاً قابل پرداخت بر مبنای نخستین درخواست است. چرا که ضامن مستقیم به موجب ضمانت نامه متقابل ذی نفع شناخته می شود و در مقام مطالبه وجه آن ربطی به مفاد ضمانت نامه مستقیم و اعلام تخلف ضمانت خواه از رابطه پایه پیدا نمی کند.

۷. ماده ۱۶۳ لایحه اصلاح قانون تجارت: قبول هیچ یک از اسناد توسط صادرکننده نباید منوط به امضاء یا تایید متقاضی صدور ضمانت نامه یا امضای شخص ثالث شود.

۸. ماده ۱۵۷ لایحه: حقوق و تعهدات طرف های ضمانت نامه مستقل تابع شرایط مقرر در ضمانت نامه و مقررات این قانون است.

ماده ۱۵۸ لایحه: تقاضای پرداخت مبلغ ضمانت نامه باید با رعایت حسن نیت و با رعایت شرایط مندرج در ضمانت نامه و این قانون انجام شود.



مبحث دوم: موارد منع پرداخت

ممکن است در متن ضمانت‌نامه‌های بانکی پیش‌بینی شود که وجه ضمانت‌نامه با درخواست ذی‌نفع قابل پرداخت است، مگر آن که ضمانت‌خواه اسنادی که در سند درج شده را ارائه دهد و به این شکل مانع پرداخت ضمانت‌نامه به ذی‌نفع شود. مثلاً ممکن است زمان صدور ضمانت‌نامه، پیش‌بینی شود در صورت وقوع قوه قاهره و عدم توفیق ضمانت‌خواه در ایفای تعهدداشت در رابطه با قرارداد پایه، ذی‌نفع حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه را نداشته باشد. در صورت درج چنین شرطی، وظیفه ارائه اسناد دال بر وقوع قوه قاهره، بر عهده ضمانت‌خواه قرار می‌گیرد، نظیر اینکه مهندس ناظر به ضمانت‌خواه گواهی دال بر وقوع قوه قاهره ارائه دهند تا ضمانت‌خواه از طریق آن بتواند بانک را از پرداخت باز دارد. در غیر این صورت بانک ضامن، حاضر به قبول درج چنین مانعی برای پرداخت در متن ضمانت‌نامه نخواهد شد، زیرا احراز وقوع چنین مانعی خارج از حیطه وظایف و توانایی‌های بانک است. گفتنی است برخی عقیده دارند صرف درج این شرط در قرارداد پایه نیز می‌تواند ضمانت‌خواه را در محدود کردن پرداخت به بانک به ذی‌نفع یاری برساند، به این ترتیب که در صورت وقوع قوه قاهره ضمانت‌خواه از طریق دادگاه و به استناد شرط مندرج در قرارداد پایه بتواند دستور منع پرداخت اخذ کند و با ارائه دستور به بانک، مانع پرداخت بانک به ذی‌نفع شود. در حالی که چنین نظری خلاف اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه است. زیرا به نحو بسیار روشنی ضمانت‌نامه بانکی را به مفاد قرارداد پایه مربوط می‌کند. بر همین اساس، نه تنها چنین استدلالی از سوی بانک مردود می‌شود بلکه به نظر می‌رسد ضمانت‌خواه نیز نمی‌تواند بر مبنای چنین شرطی در قرارداد پایه، پس از پرداخت بانک، علیه ذی‌نفع اقامه دعوا کند. این استقلال تا حدی است که حتی اصلاح قرارداد پایه، در ضمانت‌نامه بانکی تاثیری ندارد.^۹ در واقع ضمانت‌خواه با تقاضای صدور ضمانت‌نامه از بانک ضامن، کلیه آثار ضمانت‌نامه بانکی از جمله اصل استقلال آن از قرارداد پایه و پرداخت بی‌قید و شرط به ذی‌نفع را پذیرفته است. بدون درج شرط فوق، پس از صدور ضمانت‌نامه، ضمانت‌خواه در مقابل بانک ضامن و

۹. شهبازی‌نیا، مرتضی، ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، پایان‌نامه دکترا، تربیت مدرس، ۱۳۸۰.



ذی‌نفع، دارای جایگاهی نیست که بتواند راساً به بانک ضامن دستور منع پرداخت دهد و در صورت چنین اقدامی، بانک به دستور وی ترتیب اثر نخواهد داد.

اما روشن است چنانچه ذی‌نفع مبادرت به مطالبه ناروای مبلغ ضمانت‌نامه کند و موفق به دریافت وجه آن شود گذشته از خسارت مالی قابل توجهی که به ضمانت‌خواه وارد می‌آید، وی مجبور است درگیر فرایند پیچیده دادرسی جهت استرداد مبلغ از ذی‌نفع شود.

بنابراین در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی، این مطلب پذیرفته شده است که بدون تجاوز به جایگاه اصل استقلال و صرفاً در مواردی که مطالبه ذی‌نفع آشکارا ناروای می‌باشد، ضمانت‌خواه بتواند با مراجعه به دادگاه و اخذ دستور موقت مبنی بر منع پرداخت، مانع بانک ضامن از پرداخت به ذی‌نفع شود. دعوی صدور دستور موقت مبنی بر منع پرداخت که ممکن است متعاقباً دعوی ماهوی ابطال ضمانت‌نامه را نیز در پی داشته باشد متداول‌ترین نوع دعوی در حیطه ضمانت‌نامه‌های بانکی به شمار می‌رود.^{۱۰}

این دستور موقت بسته به برداشت دادگاه‌ها از شرایط ضمانت‌نامه و طرفین قابل صدور است. بر همین اساس، در مبحث حاضر، به منع پرداخت در فرض سوءاستفاده ذی‌نفع از اصل استقلال پرداخته می‌شود.

سوءاستفاده از اصل استقلال

قبل از پرداختن به سوءاستفاده در ضمانت‌نامه بانکی به عنوان یکی از مصادیق صدور قرار منع پرداخت، لازم به ذکر است این مساله، یکی از گسترده‌ترین مباحث در حوزه ضمانت‌نامه‌های بانکی است و آثار اختصاصی با این عنوان به رشته تحریر درآمده، به همین جهت در این تحقیق از جنبه‌های کار شده بحث حاضر چشم‌پوشی و بر نقاط مبهم آن تاکید می‌شود.

در خصوص اصل استقلال باید گفت اگر چه هدف یک ضمانت‌نامه بانکی پوشش دادن متعده‌له یا ذی‌نفع در مقابل خساراتی است که از یک قرارداد پایه ناشی شده‌اند، اما استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع، به قرارداد پایه ارتباطی پیدا نمی‌کند و صرفاً با توجه به

۱۰. محبی، محسن، انواع دعوی مربوط به ضمانت‌نامه های بانکی، وکالت، دی ۱۳۸۴، شماره



مفاد و شروط مندرج در متن ضمانت‌نامه سنجیده می‌شود و بانک به دلیل حاکمیت اصل استقلال نمی‌تواند برای تشخیص استحقاق ذی‌نفع، به ایرادات ناشی از قرارداد پایه توجه کند. هیچگونه دفاعیه‌ای ناشی از رابطه پایه (نظیر انقضاء قرارداد، تهاوتر، فورس ماژور، دعوی تجاری بین ضمانت‌خواه و ذینفع و غیره) یا ارتباط میان ضامن و ضمانت‌خواه (ورشکستگی ضمانت‌خواه، عدم ایفای تعهدات ضمانت‌خواه در خصوص پرداخت هزینه های ضامن و غیره) نمی‌تواند توسط ضامن به عنوان مستمسکی برای خودداری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه و یا تغییر مبلغ ضمانت‌نامه متناسب با زیان وارده به ذینفع، مورد استفاده قرار گیرد. ضامن صرفاً مجاز است تا مطالبه ذی‌نفع را بررسی نموده و انطباق آن را از نظر صورت ظاهری با شرایط ضمانت‌نامه تشخیص دهد. به محض اینکه چنین تشخیصی داده شد، ضامن باید بلافاصله وجه مطالبه شده تحت ضمانت‌نامه را پرداخت نماید.^{۱۱}

با این حال تاکید بیش از حد بر اصل استقلال و قائل شدن به انتزاع مطلق ضمانت نامه از ایرادات مربوط به قرارداد پایه نیز امری مردود و غیرقابل توجیه است که به خصوص در عرصه ضمانت‌نامه متقابل تعیین محدوده این اصل در خور توجه است. برای نمونه در مواردی که بانک ضامن مستقیم، مرتکب تبانی با ذی‌نفع و پرداخت در قبال مطالبه خارج از موعد ذی‌نفع شده است، می‌تواند با استناد به استقلال ضمانت‌نامه متقابل از هر تعهد دیگر، به بانک ضامن متقابل مراجعه کند و از او وجه پرداختی را مطالبه نماید؟ در حالی که برخی نویسندگان حقوق آلمان، استقلال ضمانت‌نامه بانکی را چنان مطلق انگاشته‌اند که هیچ استثنایی را در مورد آن نمی‌پذیرند و در این خصوص تا آنجا پیش می‌روند که آن را تعهد به نتیجه می‌دانند، این عقیده در رویه قضایی بسیاری از کشورها مردود است.^{۱۲}

مهمترین نکته در ارتباط با سوءاستفاده در یک ضمانت‌نامه، شرط پرداخت مندرج در

۱۱. تراشیون، سعید، تقلب در ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره

۳۱۹۹، تاریخ چاپ: ۱۳۹۳/۰۲/۲۵

۱۲- تفرشی، محمدعیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی، استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق

تجارت بین المللی، نامه مفید مرداد و شهریور ۱۳۸۲، شماره ۳۷، صفحه ۱۷.



متن ضمانت‌نامه است. چرا که چنانچه تقلبی در یک ضمانت‌نامه مستقل رخ دهد در خصوص پرداخت وجه آن خواهد بود. می‌توان گفت شرط پرداخت وجه یک ضمانت‌نامه مستقل به طور کلی می‌تواند در یکی از سه مورد ذیل باشد:

۱- ارائه مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع به صرف اعلام تخلف متقاضی.

۲- ارائه مطالبه مذکور به همراه سند یا اسنادی که ذی‌نفع ارائه کند.

ارائه اسنادی توسط اشخاص ثالث مانند حکم دادگاه یا رای داور.

هر چند که از نظر قانونی هر سه موارد مذکور امکان وقوع دارد اما اکثریت قالب ضمانت‌نامه‌ها از روش نخست پیروی می‌کنند، زیرا منطقی است خریداران حاضر به قبول ضمانت‌نامه‌هایی می‌شوند که ساده‌ترین و سریع‌ترین تضمین را به آن‌ها ارائه می‌دهند.

ماده ۱۵ URDG نیز روش نخست را متذکر شده است، اما ذی‌نفع را موظف داشته که علاوه بر اعلام تخلف متقاضی تحت رابطه پایه، نوع تخلف را نیز دقیقاً عنوان کند.^{۱۳} این امر اساساً برای به حداقل رساندن تقلب در مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌ها است. هر چند که بانک ضامن در صورت ارائه مطالبه منطبق با متن ضمانت‌نامه باید وجه ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع پرداخت کرده و نمی‌تواند به استناد موارد مندرج در رابطه پایه از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کند، اما این امر به هیچ عنوان نافی حق متقاضی در اقامه دعوی علیه ذی‌نفع به علت مطالبه غیرمنصفانه وجه در محاکم قضایی نخواهد بود. ضمانت‌نامه‌های مستقل از قاعده «نخست پرداخت، سپس اقامه دعوی» پیروی می‌کنند. به عبارت دیگر ضامن در صورت دریافت مطالبه منطبق با متن باید وجه ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع پرداخت کند، اما متقاضی می‌تواند در صورت غیرمنصفانه بودن مطالبه یعنی دریافت وجه آن به رغم عدم وقوع تخلف در رابطه پایه متعاقب پرداخت وجه آن، علیه ذی‌نفع به محاکم قضایی شکایت کرده و وجه ضمانت‌نامه به همراه خسارت مربوطه را از طریق

۱۳. بند الف ماده ۱۵ URDG ۷۵۸: مطالبه وجه تحت ضمانت‌نامه باید همراه اسنادی باشد که در ضمانت‌نامه مشخص شده است، ولی در هر حال باید همراه بیانیه‌ای از طرف ذی‌نفع باشد که روشن می‌کند درخواست‌کننده در چه موردی از تعهداتش تحت رابطه پایه تخلف کرده است. این بیانیه ممکن است در متن مطالبه وجه یا مدرک امضا شده دیگری که همراه مطالبه وجه بوده یا به مطالبه وجه اشاره کند، باشد.



حقوقی از ذی نفع مطالبه کند. بدیهی است با توجه به قاعده استقلال ضمانت نامه از رابطه پایه، بانک ضامن هیچ گونه ارتباطی به این دعوی نداشته و طرفیتی در آن نخواهد داشت. با توجه به آنچه ذکر شد در خصوص شرط پرداخت مندرج در متن ضمانت نامه اولین راهکار جهت به حداقل رساندن تقلب، صدور ضمانت نامه تحت URDG است. الزام ذی نفع به اعلام کتبی نوع تخلف در مطالبه وجه آن در این مقررات، تا حدود زیادی انگیزه وی را نسبت به مطالبه متقابلانه زایل می سازد، چرا که باید پذیرفت به صرف همین اعلام، وی تا حدودی در تنگنای وجدان اخلاقی و صداقت پیشگی قرار می گیرد و نیز در این صورت باید متعاقب دریافت وجه، پاسخگوی محاکم قضایی در خصوص ادعای مکتوب خود باشد.

بر اساس آمار^{۱۴}، کمترین دعاوی حقوقی در خصوص ضمانت نامه هایی بوده است که تحت این مقررات صادر شده اند. در همین جا لازم به ذکر است که چنانچه ضمانت خواه در زمان صدور ضمانت نامه از قدرت چانه زنی لازم برخوردار بوده و لزوم ارائه اسنادی را به همراه مطالبه وجه ضمانت نامه در متن آن درج کند، این امر نیز به نوبه خود احتمال تقلب را بسیار کاهش خواهد داد.

به عنوان مثال زمانی که در قرارداد پایه رجوع به داوری پیش بینی شده است، می توان مطالبه وجه ضمانت نامه را در متن آن مشروط به ارائه حکم داور در خصوص وقوع تخلف در رابطه پایه کرد. بدیهی است در چنین صورتی ذی نفع کاملاً از حق مطالبه خودسرانه ضمانت نامه محروم می شود. البته همان طور که اشاره شد ضمانت نامه های نادری تحت چنین شرایطی صادر می شود، چرا که معمولاً ذی نفع ضمانت نامه ها از پذیرش شروطی که آنها را ملزم به ارائه اسنادی علاوه بر مطالبه کتبی وجه ضمانت نامه کند خودداری می نمایند.

با همه این اوصاف علیرغم آن که در صورت ارائه مطالبه منطبق، ضامن باید وجه ضمانت نامه را پرداخت کرده و هر گونه دعوی حقوقی پس از پرداخت قابل طرح است. دادگاه در رسیدگی به ادعای ضمانت خواه مبنی بر ناروا بودن درخواست پرداخت ذی نفع، به رفتار طرف مقابل نیز توجه می کند. در پرونده ای ضمانت نامه ای با موضوع حمل و

۱۴. تراشیون، سعید، پیشین، صفحه ۱۲.



تحويل ماشین آلات از آلمان به ایران صادر شده بود که ذی نفع ایرانی مبادرت به مطالبه و وصول وجه ضمانت نامه با ادعای عدم تحويل کامل ماشین آلات کرده بود. ضمانت خواه آلمانی مدارکی به دادگاه ارائه می دهد که نشان می داد وی تمام ماشین آلات را به ذی نفع ایرانی تحويل داده است، لکن ذی نفع ایرانی تعداد محدودی از آخرین محموله را مرجوع کرده است. دادگاه در رسیدگی به پرونده با در نظر گرفتن رفتار ضمانت خواه مبنی بر انجام کامل تعهد قراردادی اش و از سوی دیگر با لحاظ کردن رفتار عامدانه ذی نفع ایرانی مبنی بر مرجوع کردن چند مورد از ماشین آلات و سپس مطالبه وجه ضمانت نامه، مطالبه ذی نفع ایرانی را محکوم نمود.

همچنین مواردی وجود دارد که حتی قبل از پرداخت، ضامن را از پرداخت وجه ضمانت نامه به ذی نفع به رغم ارائه مطالبه منطبق منع خواهد کرد. در این گونه موارد به علت احتمال مطالبه متقابلانه، به درخواست ضمانت خواه حکم منع پرداخت موقت وجه ضمانت نامه توسط محاکم قانونی صادر می شود. چنانچه بانک ضامن دستور رسمی دادگاه مبنی بر منع موقت پرداخت وجه ضمانت نامه را دریافت کند تا زمانی که حکم مربوطه به قوت خود باقی است، حق هیچ گونه پرداختی به ذی نفع را نخواهد داشت.

لازم به ذکر است که در برخی موارد ضمانت خواه مستنداتی در اختیار دارد که نشان دهنده عدم حسن نیت ذی نفع و سوء استفاده احتمالی وی از ضمانت نامه مربوطه است. در چنین مواردی اگر ضمانت خواه با ارائه مدارک به دادگاه درخواست منع پرداخت ضمانت نامه را کند، با تشخیص قاضی ممکن است حکمی مبنی بر منع موقت پرداخت وجه ضمانت نامه صادر شود. این حکم به این منظور صادر می شود که طرفین به دادگاه مراجعه و موضوع کاملاً بررسی شده و حکم قطعی و نهایی در این خصوص صادر شود. حکم قطعی دادگاه معمولاً اگر به نفع ذی نفع صادر شود لغو حکم منع پرداخت مربوطه می باشد و اگر به نفع متقاضی باشد معمولاً حکم به ابطال نهایی ضمانت نامه و عودت وثایق به وی خواهد بود. باید توجه داشت که با توجه به قاعده استقلال ضمانت نامه از رابطه پایه هر گونه مدارک در این خصوص باید به دادگاه ارائه شود و ارائه چنین مدارکی به ضامن مانع پرداخت وجه ضمانت نامه نخواهد بود.

نکته دیگری که توجه به آن ضروری است عدم هر گونه اشاره به موضوع تقلب و کلاهبرداری در خصوص ضمانت نامه های بانکی در URDG است. علت این امر علاوه بر تفاوت معیارهای نظام های حقوقی مختلف در خصوص مفهوم تقلب، عدم ارتباط



موضوع تقلب به وظایف ضامن است^{۱۵}، مگر در مطالبه‌ای که ناروا بودن آن آشکار باشد^{۱۶}. بنابراین چنانکه گذشت اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه با یک استثناء عمده رو به رو است و آن تقلب و سوءاستفاده آشکار در جریان مطالبه وجه ضمانت‌نامه است. مثلاً مواردی که ذی‌نفع کتباً اعلام می‌کند متقاضی تعهداتش را در ارتباط با قرارداد به انجام رسانیده، اما همزمان با اظهار عدم ایفای تعهدات مربوطه وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند، یا زمانی که ضمانت‌خواه به دلیل مانع‌تراشی‌های تعدی ذی‌نفع در ایفای تعهداتی که ضمانت‌نامه بابت پوشش آن‌ها صادر شده است ناکام می‌ماند. در چنین مواردی ضمانت‌خواه می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات این امر، قرار منع پرداخت علیه بانک ضامن و ذی‌نفع به دست آورد.

در سال‌های اخیر نزد برخی کشورها چون سنگاپور و انگلستان، در حوزه اعتبارات اسنادی که غالباً رویه و مقررات آن به حوزه ضمانت‌نامه‌های بانکی تسری می‌یابد، علاوه بر استثنای مربوط به تقلب، استثنایی دیگر مربوط به بطلان اسناد ارائه شده از سوی ذی‌نفع (فروشنده) را مطرح کرده‌اند که این امر موجبی دیگر برای تضعیف اصل استقلال در اعتبارات اسنادی و در چشم‌اندازی نزدیک در حوزه ضمانت‌نامه‌های بانکی است.

حال با توجه به مطالبی که در خصوص اصل استقلال و استثنائات وارده بر آن گذشت، در خصوص مسأله‌ای که در ابتدای بحث پیرامون تقلب بانک ضامن و رجوع به ضامن متقابل مطرح شد، می‌توان قایل به این امر بود که در مواردی که تقلب بانک ضامن اصلی کاملاً محرز است، ضمانت‌خواه می‌تواند قبل از مطالبه از طریق اثبات این موضوع در مراجع قضایی دستور منع پرداخت تحصیل نماید و ضامن متقابل با استناد به آن از پرداخت وجه سر باز بزند و این امر به اصل استقلال خدشه‌ای وارد نمی‌سازد، بلکه صرفاً استثنایی است که به اصل استقلال وارد آمده است. گفتنی است در صورت عدم تحصیل دستور مبنی بر منع پرداخت، این فرصت همچنان برای ضامن متقابل یا ضمانت‌خواه وجود دارد که با طرح دعوی استرداد علیه ذی‌نفع و بانک ضامن، مبلغ پرداختی را مسترد کنند.

۱۵. تراشیون، سعید، پیشین، صفحه ۱۲.

۱۶. سلطانی، محمد، پیشین.



فصل دوم: اقدامات بانک ضامن

با وصول تقاضای مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع به بانک ضامن، بانک چنانچه طبق دستور دادگاه ممنوع از پرداخت نباشد، مکلف به بررسی اعتبار مطالبه و انطباق آن با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه است و می‌بایست ظرف مدت تعریف شده‌ای نسبت به قبول یا رد تقاضای پرداخت وجه، اظهار نظر کند (مبحث اول). در صورتی که بانک مطالبه ذی‌نفع را منطبق با شرایط ضمانت‌نامه یافت، آنگاه بحث تهاتر، پرداخت و ارزش پرداختی مطرح می‌شود. (مبحث دوم)

مبحث اول: اقدامات بانک قبل از تصمیم به پرداخت

بانک پس از وصول مطالبه از سوی ذی‌نفع، موظف به انجام اقداماتی است. از جمله این اقدامات مبادرت به بررسی اعتبار مطالبه ظرف مهلت معقول (گفتار اول)، احراز انطباق مطالبه با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه (گفتار دوم)، اطلاع مطالبه به ضمانت‌خواه یا ضامن متقابل (گفتار سوم) و در صورت منطبق ندیدن مطالبه، اعلام رد درخواست به ذی‌نفع ضمانت‌نامه (گفتار چهارم) است که هر یک از این مباحث در ادامه مورد توجه قرار می‌گیرند.

گفتار اول: بررسی انطباق مطالبه در مهلت معقول

طبق URDG نسخه ۷۵۸، بررسی مطابقت مطالبه با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه باید طی مدت معقولی انجام شود که این مدت معقول با توجه به ماهیت ضمانت می‌تواند متفاوت باشد. بنا بر ماده ۲۰ URDG چنانچه ذی‌نفع زمان ارائه مدارک مطالبه مطالبی در خصوص تکمیل مدارک در زمان آتی عنوان نکند، ضامن باید ظرف مدت ۵ روز کاری بررسی مدارک را به عمل آورد و هنگام محاسبه نیز، روز ارائه مدارک حساب نمی‌شود. چنانچه در این فاصله، اعتبار ضمانت‌نامه منقضی شود تاثیری در اعتبار مطالبه به عمل آمده نداشته و بانک به بررسی خود ادامه می‌دهد، مگر اینکه ذی‌نفع هنگام مطالبه بیان کند که قرار است مدارک را تکمیل کند و یا به نحوی که مربوط به خود ذی‌نفع است بررسی معلق شود و در این اثنا مدت ضمانت‌نامه خاتمه یابد.

لذا همین که مطالبه تا تاریخ مندرج در ضمانت‌نامه به بانک واصل شود برای اعتبار



مطالبه کافی است و مدت بررسی بانک در اعتبار مطالبه موثر نیست. به ویژه آن که در مقررات مختلف زمان‌های بررسی متفاوتی در نظر گرفته‌اند و این امر ربطی به ذی‌نفع ندارد. نسخه قبلی URDG - ۴۵۸ - در بند الف ماده ۱۰ مقرر می‌داشت بررسی بانک باید در مدتی معقول انجام شود. اما این امر که مدت معقول چه ضابطه‌ای دارد ابهام داشت، به گونه‌ای که ممکن بود یک بانک حداکثر ۵ روز را مدت معقول در نظر می‌گرفت، در حالی که بانک دیگر تا ۷ روز را برای بررسی معقول می‌دانست ISP ۹۸ نیز با معیاری نظیر URDG ۴۵۸، اما اندکی مساعدتر، به گونه‌ای مهلت بررسی بانک را تعیین کرده که بدون معیار شفاف و قطعی، حداقل و حداکثر روزهای مجاز برای بررسی را بیان می‌کند. طبق ماده ۵-۰۱ ISP ۹۸ بررسی باید ظرف مدت معقول و بین ۳ تا ۷ روز کاری به عمل آید.

ماده (۲) ۱۶ کنوانسیون آنسیترال نیز در راستای مدت معقول به معیار حداکثری ۷ روز کاری اشاره کرده است.^{۱۷}

همانطور که گفته شد مدت زمان معقول به معیارهایی چون لزوم فوریت یا پیچیدگی و زبان مدارک ارائه شده از سوی ذی‌نفع بستگی دارد. اینکه مدت معقول به چه مدت اطلاق می‌شود بسته به شرایط ضمانت‌نامه متفاوت است. مثلاً در ضمانت‌نامه‌هایی که پرداخت به صرف درخواست ذی‌نفع انجام می‌شود؛ به دلیل اینکه بحث انطباق مدارک تا حدود زیادی منتفی است، بانک به طور متعارف ۳ روز کاری از زمان وصول درخواست مهلت دارد تا نسبت به صحت مطالبه اظهار نظر کند. اما در مواردی که ضمانت‌نامه حاوی شرایط محدودکننده یا متوقف‌کننده پرداخت است بانک مهلت بیشتری نیازی دارد تا ابتدا به ضمانت‌خواه اطلاع دهد ذی‌نفع مطالبه وجه کرده و از وی بخواهد در صورت وجود اسناد دال بر محدود یا متوقف شدن پرداخت، آن‌ها را به بانک ارائه دهد و به این ترتیب مدارک پیچیده و مختلفی به بانک ارائه می‌دهد، بانک نیازمند مهلت بیشتری برای بررسی انطباق مطالبه با مندرجات ضمانت‌نامه است.

۱۷. ماده (۲) ۱۶ کنوانسیون آنسیترال: در صورت عدم تصریح یا توافق ضامن و ذی‌نفع، ضامن باید مهلت معقول را در بررسی اسناد رعایت کند که به هر حال از ۷ روز کاری پس از روز دریافت اسناد بیشتر نخواهد بود.



نکته مثبت دیگری که در URDG پیش‌بینی شده آن است که امکان دارد پس از ارائه مطالبه به بانک از سوی ذی‌نفع، بانک به علت قوه‌قاهره، نتواند به بررسی اسناد و مدارک مربوطه در مدت پنج روز، مبادرت کند. در این صورت بنا بر ماده ۲۶ URDG دوره پنج روزه به حالت تعلیق درآمده و پس از رفع مانع مذکور، بانک ضامن طی مهلت باقی‌مانده، به بررسی خواهد پرداخت.^{۱۸}

در حقوق ما، طبق ماده ۲۵ دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی، با تبعیت از معیار URDG مقرر داشته است بانک ضامن ظرف مدت ۵ روز از ارائه مدارک باید بررسی را انجام و نتیجه را در صورت رد مطالبه به ذی‌نفع اطلاع دهد. در حالی که طبق ماده ۱۶۱ لایحه اصلاح قانون تجارت، بانک در روابط داخلی حداکثر یک هفته و در روابط خارجی حداکثر ۱ ماه مهلت دارد تا مطابقت اسناد ارائه شده توسط ذی‌نفع با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه را احراز کند. این امر خصوصاً آن که بین مهلت بررسی روابط داخلی و خارجی تا این حد تفاوت قائل شده، مطلوب به نظر نمی‌رسد. در روابط داخلی نیز معیار یک هفته به جای ۵ روز سبب می‌شود هر بانک طی مهلت متفاوتی در قالب این یک هفته اقدام به بررسی کند که این امر می‌تواند موجب تضییع حقوق ذی‌نفع نیز باشد.

گفتار دوم: رعایت اصل مطابقت دقیق اسناد با مندرجات ضمانت‌نامه

در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی، این مقوله که با توجه به اصل استقلال، پرداخت ضمانت‌نامه صرفاً با رعایت شرایط مندرج در آن صورت می‌گیرد و نه با توجه به شرایط قرارداد پایه، امری کاملاً پذیرفته شده است. بانک نیز در مقابل ذی‌نفع وظیفه بررسی انطباق این مدارک را دارد و از دیگر سو در مقابل ضمانت‌خواه، وظیفه تصدیق انطباق مدارک را به عهده دارد. چنانچه مدارک تقدیمی از سوی ذی‌نفع با شرایط مندرج در متن ضمانت‌نامه هماهنگی داشته باشد؛ بانک مبادرت به پرداخت وجه به ذی‌نفع می‌نماید و در غیر این صورت، چنانچه ذی‌نفع در ارائه مدارک قصور ورزد یا با سوءنیت مبادرت به مطالبه کند درخواست از سوی بانک رد خواهد شد. چنانچه بانک در ایفای این وظیفه کوتاهی کند و با وجود مطالبه ناقص، مبلغ ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع بپردازد حق مراجعه به

۱۸. آفاکی، ژرژ، ترجمه تذهیبی، فریده، پیشین، صفحه ۲۲۱.



ضمانت خواه برای دریافت مبلغ ضمانت نامه را از دست می دهد.

اصل انطباق دقیق، منبعث از اسنادی بودن شرایط ضمانت نامه بانکی است. به عبارتی شرایط پیش بینی در ضمانت نامه، لزوماً باید قابلیت تنظیم در چهارچوب سند را دارا باشند و به این ترتیب این تکلیف را برای بانک به همراه خواهند داشت که از طریق بررسی این اسناد در خصوص محق بودن ذی نفع برای وصول وجه ضمانت نامه تصمیم بگیرد.

بنابراین پرداخت مبلغ صرفاً با مدارک مندرج در ضمانت نامه ممکن است. یعنی حتی اگر اهدافی که قرارداد پایه به دنبال آن ها بود از طریقی غیر از مدارک مندرج در سند نیز، قابل اثبات باشد، به دلیل اصل انطباق، بانک درخواست غیر منطبق با ضمانت نامه را رد می کند. همچنین بر اساس ویژگی بارز اصل انطباق که رعایت شکل گرایی است، بررسی ظاهری اسناد، از سوی بانک کفایت می کند و بانک طبق ماده ۱۹ URDG نسخه ۷۵۸، لزومی به بررسی محتوای اسناد ارائه شده ندارد. دلیل اکتفای بانک به شروط مندرج در ضمانت نامه هنگام بررسی اسناد این حقیقت است که بانک هیچ گونه اشرافی بر رابطه ذی نفع و ضمانت خواه و روند ایفای تعهدات آن دو در قبال یکدیگر ندارد و تنها ملاک متن ضمانت نامه است؛ لذا باید کاملاً به آن پایبند باشد. پایبندی به اصل استقلال و اصل انطباق، تا حدی است که اصولاً چنانچه شرطی در متن ضمانت نامه وجود داشته باشد که بر خلاف URDG باشد، متن ضمانت نامه ملاک عمل قرار می گیرد.

مثلاً چنانچه ضمانت نامه تحت URDG باشد مطالبه منطبق زمانی حاصل می شود که همراه با اعلام تخلف ضمانت خواه باشد. اما طرفین ضمانت نامه طبق ماده ۱۵ URDG می توانند زمان صدور ضمانت نامه اعلام تخلف ضمانت خواه را لازم ندانند. در خصوص ضرورت رعایت اصل انطباق باید گفت، علاوه بر اشاره URDG به پرداخت در مقابل ارائه اسناد مطابق با شرایط و مفاد ضمانت نامه، مساله رابطه بانک و ضمانت خواه نیز توجیه گر ضرورت این اصل است؛ چرا که علی رغم مستقل بودن تعهد بانک مقابل ذی نفع از هر گونه تعهد دیگر، از منظر رابطه بانک و ضمانت خواه، بانک موظف است مصلحت ضمانت خواه را نیز مراعات نماید که بدین منظور معیاری جز شروط و مفاد ضمانت نامه ندارد. ذی نفع صرفاً مکلف است مندرجات ضمانت نامه را ارائه کند و وظیفه اثبات تخلف ضمانت خواه را ندارد و این به اصل استقلال حاکم در ضمانت نامه های بانکی برمی گردد.

باید گفت با وجود التزام بانک ضامن به اصل انطباق، بانک ضامن اصراری بر تحقق واژه به واژه شروط ضمانت نامه ندارد، مگر آن که چنین تطابقی در ضمانت نامه پیش-



بینی شده باشد در نتیجه خطایی که مربوط به اعداد و ارقام باشد و آشکارا از اشتباه تایپی ناشی شده باشد مانع پذیرش تقاضای پرداخت نخواهد شد. با این حال اگر مغایرت اساسی بین مدارک ارائه شده و شروط مندرج در ضمانت‌نامه وجود داشت، بانک در قبال هر گونه پرداخت، مسئول خواهد بود. این مساله که اقدام بانک دقیقاً بر چه استاندارد و ضوابطی باید صورت گیرد، تاکنون در هیچ مقرره‌ای به روشنی تبیین نشده است و اگر موضوع به دادگاه‌ها نیز کشیده شده باشد، هر دادگاه بر اساس تجزیه و تحلیل خود در قضیه ابراز نظر می‌کند. اما چیزی که به عنوان راهگشای کلی در URDG مطرح شده مفاد ماده ۱۹ است که مطابقت ظاهری اسناد را برای ایفای وظیفه بانک کافی دانسته است. یعنی چنان که اشاره شد، بانک در عین التزام به بررسی انطباق اسناد با مندرجات ضمانت‌نامه، صرفاً ظاهر اسناد را بررسی می‌کند و درصدد احراز اصالت آن‌ها نیست.

دعاوی مربوطه به اصل انطباق در دو حالت دیده می‌شوند اول اینکه بانک بر این عقیده باشد که شرایط ضمانت‌نامه محقق نشده و در پی آن به درخواست ذی‌نفع ترتیب اثر ندهد، دوم حالتی که ضمانت‌خواه مدعی است شرایط ضمانت‌نامه رعایت نشده که این حالت بعد از پرداخت بانک و مربوط به زمانی است که بانک در پی استرداد مبلغ پرداختی به ذی‌نفع است که گاهی با ادعای تقلب شخص ذی‌نفع در ارتباط است. به طور کلی بیشتر دعاوی مربوط به اصل انطباق، از سوی شخص ضمانت‌خواه و علیه ضامن متقابل اقامه می‌شود. زیرا ضامن متقابل و ضمانت‌خواه عموماً در یک کشور واحد اقامت دارند. در حالی که معمولاً قانون حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی همان قانون حاکم در محل بانک صادرکننده ضمانت‌نامه است که در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقیم، این قانون عموماً همان قانون محل تجارت شخص ذی‌نفع است، زیرا در اغلب اوقات بانک ضامن مستقیم و ذی‌نفع در کشور واحدی اقامت دارند.

در برخی موارد این وظیفه ضمانت‌خواه است که با ارائه مدارکی، رعایت شرط مربوط به اصل انطباق را برای بانک میسر سازد. برای نمونه ممکن است در ضمانت‌نامه شرایطی پیش‌بینی شده باشد که پیشرفت قرارداد پایه، محدودکننده حق ذی‌نفع برای مطالبه تمام یا قسمتی از وجه ضمانت‌نامه باشد. به این ترتیب با استناد به اصل عدم، اثبات تحقق این شرایط و محدود شدن حق ذی‌نفع، بر عهده شخص ضمانت‌خواه است. لذا در صورت کوتاهی ضمانت‌خواه در ارائه چنین مدارکی، نمی‌تواند پس از مبادرت ضامن به پرداخت، علیه وی به استناد عدم انطباق اقامه دعوا نماید.



از سوی مقابل گاهی شروط مندرج در ضمانت‌نامه از ابتدا ماهیت اسنادی ندارند و برای نمونه وقوع حادثه‌ای خاص را به عنوان شرط قرار داده‌اند. در چنین مواردی پیش بینی می‌شود در صورت وقوع یک حادثه خاص، ذی‌نفع مکلف است با درآوردن این شرایط در قالب سند و تقدیم اسناد مربوطه به بانک، درخواست مطالبه خود را صحیح جلوه دهد.^{۱۹} چرا که طبق ماده ۷ URDG ۷۵۸ شروط غیراسنادی از سوی بانک مورد توجه قرار نمی‌گیرد. لذا مادام که این شروط به صورت مکتوب درنیامده‌اند، بانک نمی‌تواند و نباید به آن‌ها توجه کند.

بنابراین چه ذی‌نفع و چه ضمانت‌خواه، هر دو مکلفند به وظایف احتمالی که برای هر یک در ضمانت‌نامه درج شده است عمل کنند و بانک در این خصوص تنها وظیفه تشخیص انطباق درخواست با متن ضمانت‌نامه را دارد و خارج از این تشخیص مسئولیتی متوجه وی نیست.

در مواردی که شرایط پرداخت وجه ضمانت‌نامه به صورت دقیق پیش‌بینی نشده‌اند، وظیفه ذی‌نفع با ارائه مدارک پیش‌بینی شده در ضمانت‌نامه خاتمه یافته و باقی موارد بر عهده بانک است که بنابر صلاح دید خود و حسب احتیاط متعارف و معقول اصل انطباق را رعایت نماید.

در خاتمه توجه به این نکته ضروری است اصل مطابقت دقیق علاوه بر اینکه به دلیل تاکید بر شکل‌گرایی، می‌تواند دست و پای ذی‌نفع را برای نشان دادن تحقق شرایط ببندد، می‌تواند برای بانک نیز محدودیت‌زا باشد. چرا که اگر هم بانک به مطالبه ذی‌نفع سوءظن داشته باشد، نمی‌تواند مدارکی مازاد بر مفاد ضمانت‌نامه از وی مطالبه کند.

گفتار سوم: اعلام به ضمانت‌خواه یا ضامن متقابل

طبق ماده ۲۲ URDG بانک پس از بررسی مطالبه در مدت مقرر، موظف است بدون فوت وقت، مدارک حاکی از درخواست وجه را به ضمانت‌خواه و در صورت وجود ضمانت نامه متقابل به ضامن متقابل ارسال دارد. هدف اصلی وظیفه بانک مبنی بر اطلاع دادن

۱۹. امیرپور، رسول، مطالبه متقابلانه وجه ضمانت نامه بانکی در تجارت بین‌الملل، پایان‌نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹، صفحه ۶۹.



مطالبه به ضمانت‌خواه این است که وی زمان کافی برای بازپرداخت مبلغ به بانک و یا در صورت ادعای ناروا بودن مطالبه ذی‌نفع فرصت اقدام به موقع از طریق مراجع قانونی و اخذ دستور موقت منع پرداخت داشته باشد. به این ترتیب ماده ۲۳ URDG بانک را ملزم می‌کند که بدون فوت وقت ضمانت‌خواه را از مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه مطلع کند، با این حال بانک را ملزم به اطلاع‌رسانی پیش از پرداخت نمی‌کند.^{۲۰} در واقع اینکه اطلاع مطالبه به ضمانت‌خواه از سوی بانک قبل از پرداخت تا چه حد ضروری است در رویه بحثی اختلافی است.

در آمریکا قبل از جریان انقلاب اسلامی ایران، بانک تکلیفی به اطلاع‌رسانی پیش از پرداخت نداشت. لکن در جریان انقلاب ایران، رویه جدیدی در این خصوص در آمریکا شکل گرفت. در دعوایی علیه بانک ملی ایران از سوی ضمانت‌خواه آمریکایی، دادگاه علی‌رغم عدم پذیرش اعلام اولیه به عنوان وظیفه بی‌چون و چرای بانک با توجه به شرایط خاص پرونده که با اوضاع سیاسی حاکم بر ایران در ارتباط بود، رایبی حاوی دستور به بانک مبنی بر اطلاع‌رسانی مطالبه به ضمانت‌خواه صادر کرد. این دستور به سبب اعطای مهلت به ضمانت‌خواه بود تا وی بتواند در صورت ناروا بودن مطالبه، مدارک دال بر آن را تدارک ببیند و موفق به اخذ دستور منع پرداخت شود.

مخالفان مکلف دانستن بانک به اعلام مطالبه قبل از پرداخت به ضمانت‌خواه استدلال می‌کنند که اولاً: تهدات بانک کاملاً مستقل از قرارداد پایه و رابطه ذی‌نفع و ضمانت‌خواه است.

ثانیاً: چنین تکلیفی در اعتبارات اسنادی نیز پیش‌بینی نشده است.

ثالثاً: بانک از نبود اختلاف میان ذی‌نفع و ضمانت‌خواه کسب منفعت می‌کند و چه بسا با اطلاع مطالبه به ضمانت‌خواه و تحریک وی به اخذ دستور موقت، روابط مربوطه را وارد پیچیدگی‌های زیادی می‌کند.

در پاسخ به ایراد نخست گفته شده است که استقلال وظایف بانک از قرارداد پایه هیچ

۲۰. افتخار جهرمی، گودرز، نفرشی، محمد عیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی، تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، مدرس علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۰، شماره ۲۰، صفحه ۱۴.



ارتباطی به اطلاع دادن تقاضای پرداخت به ضمانت‌خواه ندارد.

در پاسخ به ایراد دوم گفته شده است عدم پیش‌بینی چنین تکلیفی برای بانک در اعتبارات اسنادی هیچ ربطی به ضمانت‌نامه‌های بانکی ندارد، چرا که در اعتبارات اسنادی، فروشنده با تسلیم اسناد حمل به بانک تقاضای پرداخت می‌کند و به عبارتی اعتبارات اسنادی نوعی وسیله پرداخت است و مطالبه مبلغ آن امری در راستای ایفای تعهدات قراردادی است، اما در ضمانت‌نامه‌های بانکی بحث متفاوت است.

ضمانت‌نامه بر خلاف اعتبارات اسنادی یک ابزار تضمین است که خریدار/ کارفرما تنها زمانی که با تخلف فروشنده/ پیمانکار از وظایف قراردادی‌اش روبرو شد می‌تواند وجه آن را مطالبه کند. لذا پرداخت آن امری استثنایی و خلاف رویه قراردادی است و به همین جهت اطلاع به ضمانت‌خواه پیش از پرداخت، امری موجه به نظر می‌آید.

در خصوص دلیل سوم مخالفان اطلاع‌رسانی به ضمانت‌خواه، مبتنی بر این که بانک با پرداخت مبلغ به ذی‌نفع می‌تواند از اختلافات با وی در صورت عدم پرداخت جلوگیری کند، نیز گفته شده از سوی دیگر با پرداخت بدون اطلاع ضمانت‌خواه و در صورت آشکار بودن تقلب در آن، بانک وارد اختلافات دیگری با ضمانت‌خواه خواهد شد. در مزیتی که برای بانک در صورت اطلاع به ضمانت‌خواه مطرح شده است در امان بودن از ظن اتهام تبانی با ذی‌نفع و پرداخت متقلبانه به وی است.

در URDG و اکثر کشورها از جمله انگلستان، ضرورت اطلاع‌رسانی پیش از پرداخت پذیرفته شده است. به نظر می‌رسد دلیل رویه موجود این باشد که مطالبه ضمانت‌نامه برای ضمانت‌خواه امری قابل پیش‌بینی است و به همین جهت وی فرصت کافی برای تامین مبلغ بازپرداختن به بانک را داشته است و چه بسا بانک به اطلاع‌رسانی قبل از پرداخت، سبب تضعیف استقلال عمل بانک در قبال تعهدی می‌شود که وی با صدور ضمانت‌نامه مستقل بانکی، بی‌قید و شرط بودن آن را پذیرفته است. حال آنکه بانک با اطلاع‌رسانی به ضمانت‌خواه پیش از پرداخت، گویی در مسیر عدم پرداخت و دادن فرصت به ضمانت‌خواه جهت مانع‌تراشی برای پرداخت حرکت می‌کند. همچنین تکلیف به اطلاع‌رسانی، بانک را به مثابه وکیل ضمانت‌خواه قرار می‌دهد که قبل از هر عملی، موظف به اطلاع دادن به موکل خود است. در صورتی که بانک به عنوان یکی از دو طرف ضمانت‌نامه، خود متعهد اصلی آن محسوب می‌شود و دلیلی بر کسب اجازه از ضمانت‌خواه وجود ندارد خصوصاً آنکه خود ضمانت‌خواه از بانک تقاضای صدور چنین ضمانت‌نامه‌ای کرده است.



به هر روی چنانچه گذشت ماه ۲۲ URDG با وجود مکلف دانستن بانک به اطلاع رسانی به ضمانت‌خواه مبنی بر تقاضای پرداخت ذی‌نفع، نه تنها صراحتی در خصوص تقدم اطلاع‌رسانی بر پرداخت نداشته است، بلکه در انتهای ماده مقرر شده پرداخت ضمانت‌نامه نباید مشروط به ارسال مدارک مطالبه و اطلاع‌رسانی به ضمانت‌خواه شود. در خصوص ضمانت اجرای این تکالیف باید گفت URDG در عین مشخص کردن تکالیف برای اطراف ضمانت‌نامه، ضمانت اجرایی برای تکالیف مزبور بار نکرده‌اند و این امر را به سیستم داخلی هر کشور که این مقررات را اجرایی می‌کند واگذار کرده‌اند. در سیستم حقوقی ما، دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) که در مقدمه‌اش بیان کرده از مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، موسوم به URDG ۷۵۸- تأثیر گرفته، در ماده ۵۴ مقرر داشته است تخلف از مفاد این دستورالعمل موجب اعمال مجازات‌های انتظامی موضوع ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و تبصره ۳ ماده ۹۶ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه می‌باشد.

همچنین ماده ۱۰-۳ مقررات ISP ۹۸ به صراحت تکلیف بانک را نسبت به مطلع ساختن ضمانت‌خواه از مطالبه وجه ضمانت‌نامه منتفی دانسته است و شرطی در خصوص تسلیم اسناد مطالبه وجه ضمانت‌خواه نیز مقرر نداشته است. بنابراین بار کردن وظیفه اطلاع‌رسانی به ضمانت‌خواه قبل از پرداخت نمی‌تواند بصورت تکلیفی قانونی بر دوش بانک قرار گیرد. در واقع می‌توان گفت تکلیف به اطلاع‌رسانی وجود ندارد، زیرا بدیهی است بانک پس از پرداخت، حداقل برای استرداد مبلغ پرداختی، باید مراتب را به ضمانت‌خواه اطلاع دهد.

ضمانت‌خواه در صورتی که خواهان چنین اطلاع‌رسانی‌ای باشد می‌تواند زمان صدور ضمانت‌نامه از ضامن بخواهد پس از مطالبه ذی‌نفع، یک کپی از اعلامیه تخلف ضمانت‌خواه که URDG به آن توصیه نموده است را به ضمانت‌خواه ارسال کند تا ضمانت‌خواه در صورت تمایل به اخذ دستور منع پرداخت در مهلت مناسب اقدام کند. اما در مجموع طبق ماده ۲۲ URDG این اقدام بانک نباید به عنوان پیش شرط پرداخت مقرر شود.

ماده ۳۱ دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) نیز به تبعیت از RUDG مقرر داشته است ضامن موظف به اطلاع فوری به ضمانت‌خواه است و این وظیفه بعد از



پرداخت و جهت بازپرداخت وجه به بانک به او بار می‌شود.^{۲۱} انتقادی که به این ماده وارد است به هدفی باز می‌گردد که برای این تکلیف بانک قرار داده شده است. هدف از اطلاع به ضمانت‌خواه، تنها بازپرداخت مبلغ نیست. در مواردی اطلاع فوری به ضمانت‌خواه با هدف دادن فرصت به وی جهت اقدام به موقع قانونی علیه ذی‌نفع در صورت مطالبه ناروای وی است. گذشته از این نکته، ماده مزبور در مقام بیان تکالیف بانک صرفاً باید به اطلاع‌رسانی به ضمانت‌خواه اشاره می‌کرد و لزومی به بیان دلیل این کار وجود نداشت.

در پایان این گفتار، لازم به ذکر است مطالبی که در خصوص وظیفه بانک ضامن مبنی بر ارسال مدارک مربوط به مطالبه، گفته شد در فرض وجود دو بانک ضامن مستقیم و ضامن متقابل نیز صادق است. به این معنا که اگر ضامن مستقیم وجه ضمانت‌نامه متقابل را مطالبه نماید و ضامن متقابل نیز مطالبه را منطبق تشخیص دهد، ملزم است بدون فوت وقت، مراتب را به اطلاع دستوردهنده یا ضمانت‌خواه برساند. طرف دستوردهنده شخصی است که دستور صدور ضمانت‌نامه یا ضمانت‌نامه متقابل را می‌دهد و مسئولیت بازپرداخت آن را نیز به عهده دارد. دستوردهنده می‌تواند همان ضمانت‌خواه باشد یا نباشد. به این معنا که در اکثر مواقع این دو یکی هستند، اما در خصوص شرکت‌های بزرگ، شرکت به بانک دستور صدور ضمانت‌نامه را می‌دهد، حال آنکه شخص دیگری طرف قرارداد پایه تجاری با ذی‌نفع قرار گرفته است. در چنین مواردی چنانکه گذشت مسئولیت بازپرداخت به بانک ضامن، طرف دستوردهنده است، در حالی که ذی‌نفع ضمانت‌خواه را به عنوان طرف ضمانت‌نامه می‌شناسد.^{۲۲}

ضامن متقابل در مقام ارسال مدارک مربوط به مطالبه، باید دو دسته مدارک را ارسال دارد. دسته اول، مدارک مربوط به مطالبه وجه ضمانت‌نامه مستقیم از سوی ذی‌نفع و دسته

۲۱. ماده ۳۱ دستورالعمل: موسسه اعتباری موظف است بلافاصله پس از پرداخت تمام یا بخشی از وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مراتب را علاوه بر روش مکتوب از سایر طرق به ضمانت‌خواه، جهت پرداخت وجه مذکور به موسسه اعتباری ابلاغ نماید.

۲۲. تراشیون، سعید، طباطبایی، غزاله، ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقررات حاکم بر آن‌ها، زمستان ۹۲، پژوهشکده پولی و بانکی، صفحه ۱۱.



دوم، مدارک مربوط به مطالبه ضمانت‌نامه متقابل از سوی ضامن مستقیم^{۲۳}.

گفتار چهارم: اطلاع فوری به ارائه‌دهنده در صورت رد مطالبه

اگر بانک بعد از بررسی مطالبه از حیث انطباق با شرایط ضمانت‌نامه، این انطباق را احراز نکرد و تصمیم به رد تقاضای پرداخت گرفت، باید فوراً مراتب رد را به ارائه‌دهنده اطلاع دهد. طبق بند ۲۴ URDG، اعلامیه رد مطالبه باید فوراً به ارائه‌دهنده ارسال شود و طی آن هم موارد رد بانک و هم دلایل عدم انطباق را به روشنی متذکر شود. اما در خصوص فوریتی که بانک برای اطلاع به ارائه‌دهنده باید رعایت کند بند الف ماده ۵-۰۱ ISP ۹۸ مقرر داشته است اعلام عدم قبولی باید طی مهلتی که نامعقول نباشد به ارائه‌دهنده ارسال شود که از نظر این ماده مهلت ۳ روزه معقول و مهلت پیش از ۷ روز نامعقول جلوه می‌کند. همچنین طبق بند ماده ۱۶ کنوانسیون آنسیترال ضامن باید ظرف مدت معقولی که تحت هر شرایطی نباید از ۷ روز کاری تجاوز کند نسبت به انطباق مطالبه با شرایط ضمانت‌نامه اظهارنظر کند و چنانچه تصمیم به رد تقاضا گرفت مراتب را طی اعلامیه‌ای به ارائه‌دهنده اطلاع دهد. ملاحظه می‌شود مواد مربوط به ISP ۹۸ و کنوانسیون آنسیترال صراحتاً بانک را مکلف به اظهارنظر فوری ظرف مدت مشخص می‌کنند در حالی که URDG به طور ضمنی این فوریت را به بانک تکلیف می‌کند.

جدا از این مقررات، رویه عملی بانک‌های ضامن نیز به این شکل است که پس از بررسی مطالبه از حیث انطباق با شرایط ضمانت‌نامه، در صورت عدم انطباق فوراً مراتب را به ارائه‌دهنده مطالبه اطلاع می‌دهند. دلیل اهمیت این اطلاع و لزوم فوریت آن دادن فرصت به ارائه‌دهنده جهت مطالبه جدید است. لذا در موردی که عدم انطباق در دو مورد وجود دارد و بانک در اعلامیه‌ای که به ارائه‌دهنده ارسال می‌دارد؛ تنها یک مورد را ذکر کند، در صورت مطالبه جدید ارائه‌دهنده، نمی‌تواند به مغایرت دومی که نسبت به رفع آن اقدامی صورت نگرفته است، استناد و از پرداخت خودداری کند^{۲۴}. این اهمیت خصوصاً در مواردی که مطالبه غیرمنطبق در واپسین روزهای مدت اعتبار ضمانت‌نامه به بانک واصل

۲۳. آفاکی، ژرژ، ترجمه تذهیبی، فریده، پیشین، صفحه ۲۳۸.

۲۴. آفاکی، ژرژ، ترجمه تذهیبی، فریده، پیشین، صفحه ۲۲۹.



شده به خوبی قابل ملاحظه است، به طوری که کوتاهی بانک در اطلاع‌رسانی عدم انطباق به شخص ارائه‌دهنده، موجب مسئولیت خود بانک برای پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شود. چنان که ماده ۰۳-۵ ISP ۹۸ به همین نکته اشاره کرده و این قصور را مانع خودداری بانک از پرداخت مبلغ تضمین‌نامه به جهت مطالبه غیرمنطبق دانسته است.

همچنین بند ج ماده ۲۴ URDG اظهار می‌دارد در صورتی که ضامن در خصوص اعلام عدم انطباق مطالبه به ارائه‌دهنده اقدامی نکند دیگر نمی‌تواند به استناد عدم انطباق، از پرداخت خودداری ورزد و پس از پرداخت هم نمی‌تواند جهت اخذ وجه پرداختی به ضمانت‌خواه رجوع کند، چرا که پرداخت طبق شرایط مندرج در ضمانت‌نامه نبوده و به علت کوتاهی خود بانک در ایفای وظایفش صورت گرفته است.

لازم به ذکر است که بند «ت» ماده ۲۴ URDG در مقام بیان لزوم اطلاع رد از سوی بانک تعمداً از واژه ارائه‌دهنده مطالبه The Presenter of the Demand به جای واژه ذی‌نفع Beneficiary استفاده کرده است. دلیل این امر به این بازمی‌گردد که ارائه‌دهنده، هم به عنوان نماینده ذی‌نفع و هم در مواردی به عنوان صادرکننده اسناد مربوط به مطالبه، صلاحیت و توانایی بیشتری برای اصلاح سند و ترتیب دادن یک مطالبه دیگر در مدت اعتبار باقی‌مانده ضمانت‌نامه دارد مانند زمانی که وی همان کارشناسی است که به موجب ضمانت‌نامه موظف به صدور گواهی خاصی است.^{۲۵}

پس از رد مطالبه غیرمنطبق از سوی بانک ضامن و ارسال اطلاعیه به شخص ارائه‌دهنده، شخص مزبور می‌تواند در مدت باقی‌مانده از اعتبار ضمانت‌نامه مبادرت به ارسال مطالبه جدید نماید. این وضع حتی زمانی که بنابر مفاد ضمانت‌نامه، تنها یک مطالبه از سوی ذی‌نفع مجاز دانسته شده نیز صادق است. چرا که باید پذیرفت در این حالت نیز، نظر ضمانت‌نامه به دادن یک فرصت به ذی‌نفع جهت ارسال مطالبه منطبق بوده است، حال آنکه مطالبه پس از رد، شایستگی به شمار آمدن در شمار مطالبه منطبق را ندارد و لذا

۲۵. بند ت ماده ۲۴ URDG ۷۵۸: اگر ضامن، مطالبه را رد کند، باید در این باره اطلاعیه‌ای به ارائه‌دهنده درخواست بدهد که موارد زیر را بیان نماید:

- ضامن مطالبه وجه را رد می‌کند.

- ذکر هر مغایرتی که ضامن به دلیل آن‌ها مطالبه وجه را رد می‌نماید.



فرصت ارائه مطالبه منطبق برای ذی نفع، کماکان، محفوظ است.^{۲۶}

تنها یک مورد وجود دارد که بانک با وجود عدم قبولی مطالبه ذی نفع و تاخیر در اطلاع به وی، مسئولیتی برای پرداخت وجه ضمانت نامه ندارد و آن زمانی است که دلیل بر یکی از دلایل احراز عدم انطباق، وصول مطالبه به بانک بعد از انقضای مدت ضمانت نامه باشد. در این صورت بانک در اطلاع دادن به ذی نفع مبنی بر رد، هر میزان تاخیر هم داشته باشد مسئول نیست؛ چرا که ذی نفع فرصت دیگری برای رفع نقص و ارسال مطالبه مجدد ندارد، این مطلب از میان مقررات پیرامون ضمانت نامه بانکی و تضمین نامه ها تنها در ماده ۵-۰۴ ISP ۹۸ آمده است. اما عدم تصریح آن در URDG نسخه و کنوانسیون، منافاتی با فلسفه عدم مسئولیت بانک در این مقاله ندارد و می تواند در عمل از سوی بانکها مورد توجه قرار گیرد.

نکته باقی مانده در این خصوص وظیفه بانک نسبت به بازگرداندن اسناد پس از عدم قبولی مطالبه وجه است که طبق بند چ ماده ۲۴ URDG بانک می تواند در هر زمان اسناد ارائه شده به صورت کاغذی را به هر وسیله ای که مناسب بداند به ارائه دهنده عودت داده و سوابق الکترونیکی را بدون هیچ مسئولیتی امحاء نماید.

مبحث دوم: اقدامات بانک ضامن پس از تصمیم به پرداخت

در صورتی که بانک ضامن، مطالبه ذی نفع را معتبر و منطبق با مندرجات ضمانت نامه یافت، موظف است بدون فوت وقت، نسبت به پرداخت مبلغ به ذی نفع اقدام کند. منتهی معمولاً قبل از پرداخت نهایی وجه ضمانت نامه بانک این امر را بررسی می کند که چنانچه ذی نفع در فاصله مطالبه تا پرداخت با تاخیری مواجه شده که در متن ضمانت نامه مستحق دریافت خسارت دانسته شده است، مبلغ خسارت تاخیر پرداخت را نیز به وی بپردازد. نکته دیگری که بانک ضامن زمان پرداخت در نظر می گیرد روابط مالی متقابل ذی نفع با بانک است که ممکن است وی را به بانک بدهکار کرده و گزینه تهاتر را در اختیار بانک قرار داده باشد. بر این اساس، هریک از مباحث مطروحه، طی دو گفتار مورد توجه قرار می گیرند.

۲۶. آفاکی، ژرژ، ترجمه تذهیبی، فریده، پیشین، صفحه ۲۲۸.



گفتار اول: بررسی خسارت تاخیر در پرداخت

ضمانت‌نامه‌های بانکی، به ندرت حاوی شروطی در خصوص پرداخت خسارت در فرض تاخیر پرداخت از طرف بانک هستند. مضافاً اینکه اگر بانک به دلیل دستور توقیفی که ضمانت‌خواه از دادگاه تحصیل نموده است از پرداخت ممانعت ورزیده باشد، عمل بانک، قصور در ایفای تعهد تلقی نمی‌شود و لذا در مدتی که دستور موقت ایجاب می‌کند، تعهد به پرداخت خسارت، وجهه قانونی ندارد.^{۲۷}

در صورتی که متن ضمانت‌نامه در خصوص خسارت تاخیر در پرداخت ساکت باشد، باید طبق رویه‌های شکل گرفته تصمیم گرفت. در چند پرونده این چنینی در فرانسه ذی نفع علاوه بر پرداخت وجه ضمانت‌نامه، خسارت ناشی از تاخیر در پرداخت را از بانک مطالبه کرده است با این استدلال که امتناع بانک از پرداخت یا تاخیر وی در پرداخت، با دلایل بی‌اساس چون عدم تحقق شرایط ضمانت‌نامه، شائبه متقلبانه بودن مطالبه یا فرعی بودن ضمانت‌نامه و پرداخت آن بوده است و لذا هدف بانک صرفاً وقت‌کشی بوده است و واقعیت امر از این قرار است که بانک درصدد بوده به نفع ضمانت‌خواه عمل کند. در این موارد، بانک به دلیل تاخیر بی‌مورد در پرداخت، ملزم به جبران خسارت شده است، در برخی موارد شرط پرداخت خسارت در صورت تاخیر در پرداخت، در متن ضمانت‌نامه‌های متقابل درج می‌شود که محاسبه آن نیز با توجه به بین‌المللی بودن رابطه، معمولاً بر مبنای نرخ لیبور است. همچنین در ایران بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی اخذ خسارت تاخیر تادیه وجه نقد تحت شرایط مشخص امکان‌پذیر است.

گفتار دوم: تهاوتر با مطالبات متقابل بانک

معمولاً ذی‌نفع ضمانت‌نامه‌ای را از ضمانت‌خواه می‌پذیرد که از سوی بانک مورد اطمینان شخص ذی‌نفع صادر شده باشد. به همین جهت عموماً ذی‌نفع با بانک ضامن که مبادرت به صدور ضمانت‌نامه بانکی به نفع وی می‌کند علاوه بر رابطه مربوط به ضمانت نامه، مراودات بانکی دیگری نیز دارد. گاهی ممکن است این مراودات به نحوی باشد که

۲۷. امیرپور، رسول، مطالبه متقلبانه وجه ضمانت نامه بانکی در تجارت بین‌الملل، پایان‌نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹، صفحه ۶۶.



ذی نفع بابت آن‌ها به بانک ضامن، بدهکار باشد. در این موارد این سوال مطرح می‌شود که آیا هنگام مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه از طرف ذی نفع، بانک ضامن می‌تواند با ادعای تهاتر مبلغ ضمانت‌نامه با بدهی‌های ذی نفع، از پرداخت معاف شود یا خیر؟

این مساله در URDG مسکوت مانده است و مقررات در این خصوص تعیین تکلیفی نکرده‌اند. اما کنوانسیون آنسیترال طبق ماده ۱۸ بانک را محق دانسته است که با استناد به تهاتر مبلغ ضمانت‌نامه با طلب متقابل خود، از پرداخت بری شود.^{۲۸}

به نظر می‌رسد استناد بانک ضامن به این تهاتر و برائت از پرداخت نقدی مبلغ ضمانت‌نامه با اصول کلی حقوق قراردادها سازگاری داشته باشد. چرا که بانک به موجب ضمانت‌نامه در مقابل ذی نفع مدیون تلقی می‌شود. حال اگر به سببی دیگر از ذی نفع طلبی داشته باشد که شرایط سه گانه تهاتر را فراهم کند مانند هر بدهکار دیگری می‌تواند به استناد تهاتر این دو مبلغ، از پرداخت معاف شود. این امر با اقتضائات مسائل تجاری که نیاز به سرعت و گردش پول دارد در ارتباط مستقیم است.^{۲۹}

به عبارت دیگر، بانک به موجب ضمانت‌نامه در مقابل ذی نفع تعهد دارد که در مدت اعتبار سند ضمانت‌نامه و در صورت مطالبه ذی نفع، وجه را به او بپردازد و از این منظر دینی بر عهده بانک قابل تصور است. لذا طبیعی است که در صورتی که بانک نیز در مدت اعتبار ضمانت‌نامه طلبی از ذی نفع پیدا کند، بتواند آن را با وجه ضمانت‌نامه تهاتر نماید.

نتیجه‌گیری

بانک‌ها و فعالان اقتصادی با اشراف به جنبه‌های مختلف ابزار ضمانت‌نامه‌ی بانکی و تکیه بر خصوصیات انعطاف‌پذیر آن در خصوص امکان صدور برای هر نوع رابطه پایه،

۲۸. ماده ۱۸ کنوانسیون آنسیترال: در صورتی که ضمانت‌نامه خلاف آن را مقرر نکرده یا در خارج از سند ضمانت‌نامه بین ضامن/صادرکننده و ذی نفع توافقی شده باشد، ضامن/صادرکننده می‌تواند با استناد به تهاتر از پرداخت به موجب ضمانت‌نامه معاف شود؛ مگر در خصوص طلبی که از طرف اصیل/ضمانت‌خواه یا طرف دستوردهنده به بانک ضامن منتقل شده باشد.

۲۹. احمدی، زینب، بررسی فقهی و حقوقی تهاتر و اقسام آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تابستان ۱۳۹۱.



می‌توانند به طور مضاعفی از این ابزار بهره‌گیرند و با اطمینان از پوشش ریسک قراردادهای مالی، به جریان یافتن نقدینگی در مسیرهای سالم اقتصادی کمک کنند.

در مقاله حاضر به پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی پرداخته شده است، بانک در مواجهه با هر ضمانت‌نامه دو موضع کلی دارد؛ یا دستوری مبنی بر منع پرداخت دریافت داشته یا خیر. در صورت عدم دریافت این دستور، حسب مندرجات ضمانت‌نامه مکلف به بررسی پرداخت بر اساس شرایط آن از قرار پرداخت به موجب صرف درخواست، پرداخت بر مبنای اعلام تخلف ضمانت‌خواه و پرداخت اسنادی است. اما چنانچه دستور منع پرداخت به دلیل سوءاستفاده دریافت نموده اساساً از ورود به مرحله بررسی معاف است.

چنان چه بانک پس از مطالبه ذی‌نفع، مجاز به پرداخت بوده و تصمیم به بررسی اعتبار مطالبه بگیرد، موظف است ظرف مدت معقول که در URDG ۵ روز فرض شده است بررسی را انجام دهد و در این راستا به سبب حاکمیت اصل استقلال و اصل شکل‌گرایی در حوزه ضمانت‌نامه‌های بانکی، مکلف به رعایت دقیق مندرجات ضمانت‌نامه و انطباق مطالبه با مندرجات است. بانک ضامن در این راستا صرفاً به ظاهر اسناد توجه کرده و تکلیفی برای احراز اصالت آن‌ها ندارد.

در صورتی که بانک انطباق مطالبه با مندرجات ضمانت‌نامه را احراز نماید باید فوراً مراتب را به ضمانت‌خواه یا دستوردهنده اطلاع دهد. دلیل این فوریت، دادن فرصت کافی به آن‌ها برای اثبات ناروا بودن درخواست ذی‌نفع و اخذ دستور منع پرداخت از دادگاه در موارد هر چند نادر است که درخواست پرداخت، ناروا بوده است. از دیگر سو چنان چه بانک درخواست پرداخت را رد کند باید مراتب رد به انضمام دلیل مغایرت را به ارائه‌دهنده مطالبه ارسال دارد تا وی فرصت کافی برای ارائه مطالبه مجدد را داشته باشد. در صورت قصور بانک در ادای این وظیفه و انقضای مدت اعتبار ضمانت‌نامه، بانک در قبال ارائه دهنده قادر به استناد به مغایرت مربوطه نیست.

معمولاً بانک‌ها از درج شرایط پیرامون پرداخت بهره و غرامت از سوی بانک به دلیل تاخیر در پرداخت وجه به ذی‌نفع، امتناع می‌ورزند. با این حال چنانچه تاخیر بانک بی‌دلیل و آشکارا با هدف وقت‌کشی به نفع ضمانت‌خواه باشد طبق رویه‌های موجود که در چند مورد چنین بهره‌ای مطالبه گردیده و دلیل بر رد آن نیز اقامه نشده، می‌توان قائل به تعلق چنین مبلغی به ذی‌نفع از مسیر دادگاه و بدون نیاز به استناد به شرط مندرج در ضمانت‌نامه شد.



ممکن است بانک ضامن علاوه بر رابطه مربوط به ضمانتنامه، روابط تجاری دیگری با ذی‌نفع داشته باشد که به موجب آن‌ها از وی بستانکار باشد. در این حالت با مطالبه وجه ضمانتنامه از سوی ذی‌نفع بانک می‌تواند تا میزان طلب خود، وجه ضمانتنامه را تهاتر کند.

همان‌طور که ملاحظه شد با توجه به شفافیتی که زیر سایه مقررات متحدالشکل در حوزه ضمانتنامه‌های بانکی ایجاد می‌شود، فراگیر کردن این مقررات باید جزء اهداف اصلی دست‌اندرکاران بانکی قرار گیرد تا هم ذی‌نفع با اطمینان از وضوح کافی شرایط مطالبه وجه ضمانتنامه، به قبول این ابزار به عنوان تضمین اقتصادی خود ترغیب گردد و هم بانک و ضمانت‌خواه با آگاهی از شرایط یک مطالبه و پرداخت موجه، با اطمینان خاطر و در یک فضای امن و اطمینان‌بخش، در راستای صدور و استفاده از این ابزار گام بردارند. در نهایت نیز ضمانتنامه‌های بانکی به کمک این مقررات توانایی تضمین ریسک‌های قراردادهای تجاری را در حد اعلاء خود پیدا کرده و با ایجاد امنیت، سبب افزایش سرعت رشد اقتصادی شود.

تصویب دستورالعمل ناظر بر ضمانتنامه‌های بانکی (ریالی)، در اردیبهشت ماه ۱۳۹۳ و تصریح آن به همگامی با URDG (به ویژه با تصویب بخشنامه اخیر بانک مرکزی با موضوع تاکید مجدد بر اجرای دقیق مفاد دستورالعمل ناظر بر ضمانتنامه‌های بانکی (ریالی) و اعلام رسمی بی‌اعتبار بودن ضمانتنامه‌های صادره فاقد شماره اختصاصی قابل پیگیری از سپام^{۳۰}) گامی در راستای هماهنگی با URDG بوده است، به عنوان مثال همان‌طور که در این مقاله بیان گردید، تعیین تکلیف دستورالعمل در خصوص موضوعیت داشتن وصول درخواست‌ها به بانک تا پایان ساعت کاری آخرین روز اعتبار و یا تصریح ماده ۶ آن به استقلال ضمانتنامه بانکی از قرارداد پایه و شناسایی ماهیت مستقل برای آن تحت ماده ۱۰ قانون مدنی از نقاط قوت این دستورالعمل می‌باشد.

۳۰. بخشنامه شماره ۹۴/۳۱۵۹۵ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۰، سایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی

ایران، بخش قوانین و مقررات، بخشنامه‌ها، بخشنامه‌های نظارت.



بررسی نوآوری های اصلاحات قانون

مبارزه با پولشویی

امیر هاشم زاده^۱

مهدی هلالی^۲

چکیده

پولشویی روی دیگر فعالیت‌های مجرمانه است، که سبب می‌شود ثروت های ناشی از جرم به چرخه اقتصادی وارد شوند، و ظاهری پاک به خود بگیرند. در نتیجه رديابی آنها سخت تر می شود، از طرف دیگر پولشویی دارای آثار و پیامدهای سوء برای نظام اقتصادی در بخش دولتی و خصوصی میباشد. و باعث بد نامی دولت در عرصه بین المللی (بهشت پولشویی) می شود. پولشویی فرآیندی پیچیده است که با ورود رایانه به معاملات و همچنین گسترش سیستم مالی الکترونیکی اعم از بانکی و غیربانکی، پیچیده تر شده است.^۳ به موازات این تغییرات نیاز به وضع قوانین به روزتر برای مبارزه با این پدیده لازم می باشد. از طرف دیگر یکی از روش های تامین مالی تروریسم پولشویی است که ارتباط زیادی با تامین مالی تروریسم دارد، قانونگذار در ابتدا در سال ۱۳۸۶ اقدام به تصویب قانون مبارزه با پولشویی نمود، که پس از ۱۰ سال با توجه به ناکارآمدی این قانون و پیشنهاد های بین المللی در زمینه پولشویی و تامین مالی تروریسم، از جمله گروه اقدام ضربت مالی موسوم به FATF^۴ برخی از مواد قانون مبارزه با پولشویی توسط مجلس اصلاح

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی و قاضی دادگستری

۲. دانشجوی ارشد و وکیل پایه یک دادگستری

۳. سیاه بیدی کرمانشاهی و سعید و احمدعلی ثالث موید، (۱۳۹۶)، ص ۲۱

4. Financial Action Task Force



گردید. این اصلاحات دارای نوآوری‌های، و نکات جدیدی نسبت به قانون سابق از جمله توجه به مبارزه با تامین مالی تروریسم، پیش بینی نهاد های مالی افزون بر قانون سابق سازوکارهای جدیدی در جهت مبارزه با پولشویی است که در این مقاله به بررسی این مواد و میزان کیفیت آن ها می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: پول شویی، قانون مبارزه با پولشویی، گروه اقدام مالی مشترک، تامین مالی تروریسم

مقدمه

امروز در پی گسترش سریع پدیده پولشویی و تبدیل آن به یک معضل بین‌المللی نگرانی وسیعی در بین کشورهای مختلف به ویژه کشورهای غربی در مورد فقدان قوانین ملی موثر برای مبارزه با آن برانگیخته شد. آگاهی کشورهای توسعه یافته از آثار پولشویی و تدوین قوانین و مقررات و اتخاذ تدابیر لازم برای مبارزه همه جانبه با آن باعث شد که عواید حاصل از فعالیت های مجرمانه تنها به منظور پاک جلوه دادن به سوی کشورهایی منحرف شوند که ساز و کارهای تقنینی و نظارتی آنها در بازارهای مالی ضعیف است یا تدابیری برای برخورد با این مشکل اتخاذ نکرده‌اند. بدون شک سرازیر شدن این وجوه به کشورهای فاقد ساز و کار لازم مبارزه با پولشویی مشکلات فراوانی هم در داخل و هم در عرصه بین المللی برای آنها ایجاد خواهد کرد به همین خاطر گفته شده است که اولین گام در مقابله با این مشکل تدوین قوانین و مقررات مناسب برای مبارزه با پولشویی است. گسترش پولشویی می‌تواند آثار و پیامدهای گوناگونی برای دولت داشته باشد؛ از جمله ایجاد ناامنی و تضعیف حاکمیت از طریق کمک به تامین مالی تروریسم، بدنامی کشور در عرصه بین المللی که در مباحث آتی بیشتر به آن می‌پردازیم، خروج ثروت از کشور و فرارهای گسترده مالیاتی، اخلال و بی ثباتی در بازار مالی، شناخته شدن کشور به عنوان بهشت پولشویی در سراسر جهان^۵ و قرار گرفتن در لیست سیاه سازمان های مالی و تضعیف بخش خصوصی دانست.

کشور ما اولین بار در سال ۱۳۸۶ اقدام به تصویب قانون برای مبارزه با پولشویی نمود.

۵. شمس ناتری، محمدابراهیم و داود اسلامی، (۱۳۹۴)، ص ۲۶۵.



اما با توجه به مواد قانون سال ۱۳۸۶ عدم کارآمدی آن را با توجه به رویه محاکم می‌توان مشاهده نمود. از جمله می‌توان به سخنان سخنگوی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس^۶ در جلسه ۲۰۳ مجلس توجه نمود که بیان می‌دارد با گذشت ۴۰ سال از انقلاب اسلامی صدها مورد پولشویی در کشور گفت داده است اما تاکنون یک مورد در دادگاه‌ها به جرم پولشویی محکوم نشده‌اند و هر کسی برای پولشویی به دادگاه رفت تبرئه شد.^۷

امروز پولشویی در جهان کاربردی دوگانه دارد؛ یکی اینکه از پولشویی برای پنهان نمودن و مشروع جلوه دادن دارایی‌های نامشروع حاصل از فعالیت‌های مجرمانه مالی (جرم منشاء) می‌باشد^۸ و دیگری استفاده از پولشویی در راستای اهدافی همچون تامین مالی تروریسم می‌باشد. که توجه به ارتباط پولشویی با تامین مالی تروریسم به خصوص پس از حوادث ۱۱ سپتامبر شدت بیش تری به خود گرفت.^۹ یکی از اساسی‌ترین سازمان‌های بین‌المللی در زمینه مبارزه با پولشویی گروه اقدام مالی مشترک موسوم به «FATF» می‌باشد. که طی بیانیه‌های که در نشست‌های سالانه خود صادر می‌نماید الزامات مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم و همچنین کشورهای دارای ریسک بالا برای پولشویی را مورد اشاره قرار می‌دهد^{۱۰}، که در سال‌های اخیر نام کشورمان در لیست سیاه این سازمان بوده^{۱۱} که عضویت در این سازمان تفاوتی ندارد، بلکه مهم انجام پیشنهادهای مزبور و عدم قرار گرفتن در لیست سیاه این سازمان می‌باشد.^{۱۲}

۶. نوروزی حسن.

۷. روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶، ص ۶.

۸. عباسی، اصغر، (۱۳۹۳)، ص ۲۵.

۹. عبداللهی، محسن، (۱۳۸۱)، ص ۱۴.

۱۰. زارع قاجاری، علی و علی قائم مقامی، (۱۳۹۲)، ص ۸.

۱۱. در گزارش فوریه سال ۲۰۱۵ میلادی این گروه، ایران در صدر این لیست قرار دارد و کشورهای کره شمالی الجزایر اکوادور و میانمار نیز در این لیست قرار دارند برای مشاهده

رجوع کنید به: www.fatf-gafi.org

۱۲. معصومی، ابوالفضل، (۱۳۹۲)، ص ۴۳.



که در سال اخیر ورود کشورمان از این لیست به حالت تعلیق درآمده تا این که در این زمینه اصلاحاتی در زمینه قانون مبارزه با پولشویی و همچنین قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم در سال ۱۳۹۷ صورت گرفت، همچنین دو لایحه الحاق به کنوانسیون مبارزه با تامین مالی تروریسم و همچنین الحاق به کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی تقدیم مجلس گردید.

که پس از بررسی های فراوان و بر اثر پیشنهاد های خارجی از جمله پیشنهاد گروه ضربت اقدام مالی موسوم به FATF لایحه اصلاح قانون مبارزه با پولشویی در سال ۱۳۹۶ به مجلس تقدیم شد که پس از تصویب در سه مرحله به شورای نگهبان ارسال گردید، ولی نتوانست نظر موافق این شورا را را به خود جلب کند، سپس در راستای اجرای اصل ۱۱۲ قانون اساسی این لایحه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد^{۱۳} که این مجمع با اعمال تغییراتی جزئی در لایحه در تاریخ ۲۹ دی ماه ۱۳۹۷ این قانون و تصویب و جهت ابلاغ به مجلس شورای اسلامی ارسال نمود.

بخش اول

گفتار اول: آشنایی با جرم پولشویی

پولشویی هر گونه عملی به منظور به مخفی نمودن یا مشروع جلوه دادن هویت عواید غیر قانونی حاصل از جرم می باشد، به عبارتی دیگر پولشویی منجر به تغییر مبدأ، مشخصات، منشاء و مقصد نهایی پول های آلوده به منظور عدم امکان ردیابی آن توسط مراجع ذیصلاح می باشد.

که برای پولشویی سه مرحله بیان نموده اند:^{۱۴}

۱- مرحله استقرار^{۱۵}

۲- مرحله لایه گذاری^{۱۶}

۳- مرحله انتقال^{۱۷}

۱۳. مهرپور، حسین، (۱۳۹۲) ص ۳۴۰.

۱۴. رهبر، فرهاد، (۱۳۸۲)، ص ۳۳.

15. Placement

16. Layering



گفتار اول: مرحله استقرار یا جایگذاری (مکان یابی)

در پولشویی جایگذاری مرحله ای است که در آن مجرمین عواید حاصل از جرم را با هدف از بین بردن منشأ غیرقانونی آن وارد سیستم مالی می‌نمایند.^{۱۸}

در این مرحله وجوه و منابع حاصل از جرم وارد شبکه مالی رسمی اعم از بانک ها و یا موسسات مالی غیر بانکی می‌شود. این مرحله ممکن است با تبدیل وجوه نقدی به چک مسافرتی، حواله‌های پولی و یا سنگ های گرانبها و یا فلزات گرانبها همچون طلا و الماس، اشیاء عتیقه و یا هواپیما صورت بگیرد؛ تا در وهله ثانی بتوان آنها را فروخته، و پول حاصله را ناشی از فروش آن اشیاء قلمداد کرد. روش دیگر که برای جایگذاری مورد استفاده پولشویان صورت می‌گیرد. اصطلاحاً «اس مورفینگ»^{۱۹} نامیده می‌شود. به این ترتیب که وجوه به مبالغ کوچک تقسیم شده به سیستم مالی وارد می‌شوند و بعداً دوباره از سیستم خارج می‌شوند به معنای عامیانه و به تعبیر «جفری رابینسون»^{۲۰} نویسنده کتاب «شستشوی پول آلوده» می‌توان آن را یک کاسه کردن و جای دادن نامید.^{۲۱} به عنوان مثال: برای یک فروشنده و قاچاقچی مواد مخدر که ۵ میلیون دلار وجه نقد به دست آورده است بسیار سخت است که این مبلغ را که ممکن است بیش از پنجاه هزار اسکناس باشد وارد سیستم بانکی نماید؛ بنابراین این شخص اموال حاصل از قاچاق مواد مخدر را تحت عناوین مختلف همچون حواله های پستی، چک های مسافرتی و سایر اوراق بهادار وارد سیستم بانکی می‌نماید، تا تمام وجه نقد خود وارد سیستم بانکی شود.^{۲۲}

مرحله استقرار و جایگذاری از آسیب‌پذیرترین مرحله از مراحل سه گانه برای پولشویان می‌باشد، از آنجایی که در این مرحله وجوه وارد سیستم مالی می‌شوند حامی ناچار است خودش را به سیستم های بانکی و نظارتی نشان دهد. بنابراین در صورتی که سازمان‌های مالی که وظیفه نظارت بر فعالیت های مالی را دارند، وظایف خود را به خوبی اجرا نمایند، ردیابی پولشویی آسان تر خواهد شد. از این رو قانونگذاران و مجریان قانون غالباً به این

17. Transfer

۱۸ . ساکی، محمدرضا، (۱۳۸۹)، ص ۶۳.

19. Smurfing

20 . Jeffrey Robinson

۲۱ . رابینسون، جفری، (۱۳۸۱)، ص ۹۱.

22. Quirk, Peter, (1996), p65



مرحله توجه ویژه‌ای دارند.

این پیشگیری با اتخاذ تدابیری همچون گزارش معاملات پولی غیر متعارف یا کلان که به «معاملات مشکوک»^{۲۳} معروف می‌باشند، و همچنین اعلام فعل و انفعالات پولی فرامرزی احراز مشتری و نگهداری سوابق می‌تواند محقق شود.

گفتار دوم: مرحله لایه گذاری یا لایه چینی

لایه گذاری در مرحله دوم فرایند پولشویی قرار دارد. ساز و کار مورد استفاده در این مرحله با هدف مخفی کردن منشاء منافع حاصله یا مشروع جلوه دادن آن صورت می‌گیرد، به این ترتیب که مجموعه‌ای از نقل و انتقالات متعدد و پیچیده انجام می‌شود تا ماهیت جرائم ارتكابی پنهان بماند و پولشویان بتوانند از منافع آن استفاده کنند. این مرحله در واقع مرحله ای است که منابع مالی مستقر شده در سیستم مالی رسمی از بستر آن جدا می‌گردد، در این مرحله با تشکیل لایه‌های پیچیده و متعدد که از طریق نقل و انتقالات بین حساب های بانکی و دادوستدهای پیچیده مالی انجام می‌گردد، منشاء پول از بستر و منبع اولیه خود کاملاً جدا و ناشناخته می‌گردد.^{۲۴} به عبارت دیگر لایه گذاری همان پاک کردن آلودگی وجوه اولیه به منظور ناکام نمودن هرگونه نظارت مالی و یا تعقیب قانونی می‌باشد. و به زبان عامیانه به قول «جفری رابینسون» می‌توان این مرحله را صابون زدن ممتد یاد کرد.^{۲۵}

شناسایی عملیات پولشویی در این مرحله به مراتب سخت تر از مرحله اول می‌باشد. به این دلیل که بهره‌برداری از فناوری نوین نقل و انتقالات بانکی وجوه از جمله «نقل و انتقالات الکترونیکی»^{۲۶} و «نقل و انتقالات حواله ای»^{۲۷} موجب انتقال سریع پول از یک مکان به مکان دیگر حتی نقل و انتقال بین دو کشور شده است.^{۲۸} و همین امر شناسایی و ردیابی وجوه را با مشکل مواجه می‌سازد. همچنین وجود صرافی هایی که به راحتی با

23. Suspicious transactions

۲۴. عباسی، اصغر، (۱۳۹۳)، ص ۶۴.

۲۵. رابینسون، جفری، (۱۳۸۱)، ص ۱۱۰.

26. Electronic transfer

27. Hawala transfer

28. camdessus, michel, (1998), p25



صدور حواله انجام انتقال پول و ارز را بین دو کشور مختلف سهولت می‌بخشد نیز مزید بر مشکل شده اند.

که اصل رازداری بانک‌ها^{۲۹} و محرمانه بودن رابطه وکیل و موکل و مشتریان بانک‌ها به اختفای هویت پولشویان کمک نموده و می‌توان آن را مانعی در مقابل مبارزه با تامین مالی تروریسم دانست.

گفتار سوم: مرحله انتقال یا یکپارچه سازی^{۳۰}

در عملیات پولشویی یکپارچه‌سازی یعنی مرحله ای که مجرمین سعی می‌کنند که ظاهری مشروع برای عواید حاصل فراهم کنند^{۳۱}؛ به طوری که پول نامشروع حاصل از ارتکاب جرم در کنار منابع مشروع مخلوط شده و دیگر هیچ ردی از خود باقی نگذارند. «جفری رابینسون» این مرحله را مانند مرحله ای می‌داند که پول‌های آلوده، شست و شو شده و به صورت درآمد مشروع که تابع نظام مالیاتی و بانکی کشور است به جریان گذاشته می‌شود. و با عنوان بهتر، این مرحله را با عنوان «خشکاندن پول‌های شست و شو شده» نام گذاری کرده است.^{۳۲}

در صورتی که مرحله قبلی، یعنی مرحله لایه گذاری با موفقیت انجام شده باشد حتی در صورت کشف این جرم در این مرحله تنها می‌توان به مصادره دارایی‌ها اقدام نمود به دلیل اینکه در این مرحله هویت ارسال کنندگان و حامیان مخفی آنها به سختی قابل شناسایی می‌باشد، تا آنجا که در هنگام کشف تنها با چند دسته افراد روبه‌رو می‌شویم، که افراد فرعی و غیر اصلی می‌باشند. که حتی در اغلب مواقع اعضای اصلی شناسایی نمی‌شوند^{۳۳}. که در ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی نیز به موضوع مصادره وجوه و اموال موضوع جرم پولشویی اشاره شده است. «مصادره» به معنای محرومیت دائمی مالک از مال خود به موجب حکم یا دستور صادره از طرف دادگاه می‌باشد. «ضبط» یا اصطلاحات

29. Bank of secrecy

30. Integration

۳۱. صادق نژاد نائینی، مجید و دیگران، (۱۳۹۶)، ص ۲۱.

۳۲. رابینسون، جفری، شست و شوی پول آلوده، ص ۱۵۵

33. Dandurand, Yvon,(2004),p23



مشابه آن از جمله انسداد و توقیف به معنای ممنوعیت از دخالت و تصرف در مال به صورت موقت می‌باشد که این موضوع ممکن است با تصرف فیزیکی بر مال موضوع مصادره و ضبط تحقق یابد یا این که مال در ید مالک باقی بماند و مالک تنها از معامله و خارج کردن آن از محلی ممنوع شود.^{۳۴}

بخش دوم: نوآوری های اصلاحات قانون مبارزه با پولشویی گفتار اول: تفسیر جدید از اصل صحت

یک خلاء را می‌توان در ماده یک قانون سابق که اصل را بر صحت معاملات می‌گذاشت، دانست. مگر آنکه بر اساس شواهد و قرائن ظن قوی بر عدم صحت آن وجود داشته باشد. همین اصل صحت بر پی گیری معاملات مشکوک مشکلاتی به وجود آورد از جمله اینکه احتمال داشت یک کارگر تبعه کشور خارجی با ۱۱۰ میلیارد تومان و متهم به پولشویی به دادگاه می‌رود ولی قاضی با توجه به اصل صحت معاملات تبرئه صادر می‌کرد، اما این سوال همیشه در ذهن خواهد بود که یک کارگر ساده چگونه ۱۱۰ میلیارد تومان پول در حسابش می‌باشد؟^{۳۵} به خاطر همین مشکل بود که ماده یک قانون سابق حذف گردید و به طور کلی به تعریف واژگانی مثل تحصیل مال جرم منشاء مال حاصل از جرم پرداخته شد.

تا قبل از تصویب اصلاحات این قانون، مجازات جرم پولشویی، آن بود که اگر شخصی پولشویی انجام داده بود به میزان ۲۵ درصد میزان مال محکوم می‌شد. اگر همین شخص به تعزیرات حکومتی ارجاع می‌شد و آنجا محاکمه می‌شد مال قاچاق او ۱۰۰ درصد مصادره و جریمه می‌شد. در حالی که یکی از مسائلی که در حقوق جزا با آن مواجه می‌باشیم که آن اصل یک اصل قانونی است که در فلسفه احکام کیفری نیز وجود دارد، تناسب جرم و مجازات می‌باشد که مجازات ۲۵ درصد مال پولشویی شده به شدت کمتر از قبح و تاثیر جرم صورت گرفته می‌باشد. سوال دیگری که ممکن است به وجود بیاید آن

۳۴. دلیر، حمید، (۱۳۹۰)، ص ۵۸.

۳۵. روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶، ص ۶ (نطق حسن نوروزی؛ سخنگوی کمیسیون قضائی و حقوقی).



است که بر اساس اصل ۳۷ قانون اساسی و اصل برائت، اصل بر برائت است مگر اینکه خلاف آن ثابت بشود، بنابراین چگونه می‌توان با وجود این دلایل، در جرم پولشویی این اصول را نادیده پنداریم؟ در پاسخ می‌توان گفت با توجه به حساسیت موضوع و همچنین وجود قرائن قوی شخص مظنون به پولشویی می‌شود و همچنین در این قانون آمده است که کسی که پول دارد باید اثبات کند پول او از کجا آمده است و قانونی است یا غیر قانونی، نه اینکه قاضی و ضابط بخواهند اثبات کنند، تنها قاضی باید بفهمد که شخصی که مقدار غیر قابل توجیهی پول در حسابش وجود دارد این پول از کجا آمده است؟

گفتار دوم: قابلیت پیگرد در جرم پولشویی به صورت مستقل از جرم منشأ به منظور به بازدارندگی و اثربخشی

در ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی که در سال ۱۳۹۷ اصلاح گردید پیگرد جرم پولشویی و جرم منشأ را دو امر متفاوت دانسته، که این برداشت را می‌توان از بیان مصادره اصل مال و درآمد و عواید حاصل از جرم منشأ و همچنین مصادره اصل مال و درآمد و عواید حاصل از ارتکاب جرم پولشویی دانست که این ماده این دو موضوع را به خلاف قانون سابق از یکدیگر تفکیک نموده است.

همچنین تبصره ۳ این ماده در مقام تبیین مجازات بیان داشته است که مرتکبین جرم منشأ در صورت ارتکاب جرم پولشویی علاوه بر مجازات‌های مقرر مربوط به جرم منشأ به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این قانون نیز محکوم خواهد شد. بنابراین به طور مثال در صورتی که شخصی مرتکب اختلاس شده و اموال ناشی از اختلاس به وسیله عمل پولشویی تطهیر کرده است، شخص علاوه بر مجازات حبس و مجازات مالی ناشی از اختلاس به مجازات جداگانه ای از باب پولشویی محکوم می‌گردد، بنابراین در صورت اعمال این ماده به دلیل این که معمولاً مرتکبین این جرائم اموال ناشی از جرم را به چرخه اقتصادی می‌برند و جلوه ای مشروع به آن می‌بخشند باید در اکثر پرونده‌های جرایم اقتصادی شاهد این باشیم که در کنار عنوان اتهامی جرم منشأ جرم پولشویی نیز در کنار جرم ذکر شده بیاید، و مجازات لازم برای آن مقرر گردد.

گفتار سوم: تسری دایره جرم منشأ به جرائم خارج از کشور

ماده ۳ قانون مبارزه با پولشویی در مقام تعریف عواید حاصل از جرم بیان می‌دارد هر



نوع مال یا امتیاز ای که به طور مستقیم یا غیر مستقیم از ارتکاب جرائم اعم از جرائم منشاء و پولشویی به دست آمده باشند عواید حاصل از جرم می‌باشند. تا قبل از انجام اصلاحات سال ۱۳۹۷ که شمول جرم پولشویی فقط درون کشور بود. که تبصره ۱ این ماده تفاوتی میان اینکه جرم منشأ در داخل یا در خارج از کشور ارتکاب یافته باشد قائل نشده و تنها قیدی که به آن اضافه نموده آن است که جرم واقع شده در خارج از کشور جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق قانون ایران جرم باشد.

در صورتی که این ماده اشاره می‌نمود که قسمتی از جرمی نتیجه آن در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود می‌شد آن را طبق ماده ۴ قانون مجازات اسلامی توجیه نمود، در حالی که این ماده از قانون مبارزه با پولشویی صحبتی از تاثیر جرم منشاء نکرده است، اما می‌توان متوجه شد که در صورتی می‌توان این قانون را بر جرم منشاء اجرائی دانست که پولشویی مربوط به عواید حاصل از جرم منشاء در ایران صورت بگیرد یا جزئی از آن در کشورمان واقع شود که در واقع منظور از قسمتی از جرم، بخشی از عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم است نه تهیه مقدمات جرم.^{۳۶}

در غیر این صورت می‌توان با توجه به ماده ۸ قانون مجازات اسلامی که بیان می‌دارد هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه کشور ایران مرتکب جرم می‌شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود.

که این اصل و همچنین موضوع مطرح در ماده ۳ قانون مبارزه با پولشویی به اصل صلاحیت شخصی منفی یا انفعالی پرداخت است که به معنای گسترش صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرایمی است که علیه اتباع آن کشور انجام می‌شود. که این ماده نشان از توجه ویژه قانونگذار به آثار سوء پولشویی و جهان شمول شدن چنین پدیده اقتصادی می‌باشد.

گفتار چهارم: پیش‌بینی توقیف اموال و ابزار حاصل از ارتکاب جرم

تا قبل از تصویب اصلاحات قانون مبارزه با پولشویی، در قانون سال ۱۳۸۶ به ابزارهایی که در فرآیند جرم پولشویی مورد استفاده قرار می‌گیرند اشاره ای نشده بود ولی در تبصره ۲



ماده ۳ اصلاحی سال ۱۳۹۷ بیان شده است که کلیه آلات و ادواتی که در فرآیند جرم پولشویی وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال یا برای استعمال اختصاص یافته و در هر مرحله از مراحل تعقیب و رسیدگی به دست آیند توقیف می‌شوند، البته ابزارهایی که در جرم پولشویی مورد استفاده قرار می‌گیرند اغلب ابزار و اسناد بانکی می‌باشند که به خودی خود دارای ارزش مادی آنچنانی نمی‌باشند، ولی با توجه به اشاره ماده به ابزارهای تحصیل استفاده در اثر جرم منشاء، می‌توان اشاره نمود که تمام ابزارهایی نیز که در مسیر جرم منشاء پولشویی مورد استفاده قرار می‌گیرند را نیز می‌توان مصادره نمود، به طور مثال در صورتی که یک شخصی پس از اختلاس و یا هر جرم منشاء دیگر که دارای عواید مالی نامشروع فراوانی است جهت تطهیر اموال حاصل از جرم یک شرکت ساخت و ساز تاسیس نماید، و از این طریق پول های کثیف را پاک جلوه دهد، می‌توان آن شرکت و اموال آن را که در راستای پولشویی و به قصد آن تاسیس شده و تشکیل شده است مصادره و مضمول این ماده نمود. که مصادره با توقیف دارای تفاوت هایی می‌باشد از جمله این که عمل مصادره با حکم دادگاه قابل اجراست ولی توقیف با قرار مقام دادرسی انجام می‌پذیرد که در خصوص آن مواد ۱۴۸ الی ۱۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری نحوه آن را مشخص نموده است، که ماده ۱۵۱ این قانون به بازپرس این اختیار را داده است که در موارد ضروری برای کشف جرم و یا دستیابی به ادله وقوع جرم حساب های بانکی اشخاص را با تایید رییس حوزه قضایی کنترل کند. که بر اساس این قانون منظور از کنترل حسابهای بانکی اشخاص بررسی حساب ها و اخذ هرگونه اطلاعاتی است که در زمره اطلاعات شخصی صاحب حساب بوده و سایرین مجاز به دست یابی به آنها نیستند مانند تعداد حساب ها میزان موجودی میزان تعداد زمان و مکان واریز ها و برداشت ها و یا رمز شخصی عملیات بانکی.^{۳۷}

گفتار پنجم: پیش بینی مجازات برای مدیران و کارکنان دستگاه های اجرایی در صورت عدم رعایت تکالیف مقرر در این قانون در حالت دارای قصد و یا ناشی از تقصیر



نوآوری دیگری که در اصلاحات قانون چشم می‌خورد تبصره ۲ ماده ۷ این قانون می‌باشد که این تبصره با توجه به تفاوت‌های پست کارکنان و همچنین تقسیم قصد آنها به عمد و به تقصیر، مجازات مختلفی در هر کدام از حالت‌ها در صورت سرپیچی از وظایف مقرر آن‌ها در نظر گرفته است.

که این وظایف با توجه به تصریح ماده ۷ بدین صورت می‌باشند:

- ۱_ احراز هویت و شناسایی مراجعان مالکان واقعی و در صورت اقدام توسط نماینده یا وکیل احراز سمت و هویت نماینده وکیل و اصیل
 - ۲_ ارائه اطلاعات گزارش‌ها اسناد و مدارک لازم به مرکز اطلاعات مالی در چهارچوب قانون و آیین‌نامه مصوب هیئت وزیران
 - ۳_ ارائه گزارش معاملات یا عملیات یا شروع به عملیات بیش از میزان مصوب شورا یا معاملات و عملیات مشکوک به بانکی ثبتي سرمایه‌گذاری صرافی کارگزاری و مانند آن‌ها به مرکز اطلاعات مالی.
 - ۴_ نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب رجوع مالک سوابق حساب‌ها عملیات و معاملات داخلی و خارجی حداقل به مدت پنج سال پس از پایان رابطه کاری یا انجام معاملات موردی که شیوه آن موجب آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین می‌شود.
- در صورتی که مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری عالماً، عامداً و به قصد تسهیل جرائم مربوط به پولشویی از انجام تکالیف مقرر در هر یک از موارد مذکور در فوق خودداری نمایند علاوه بر انفصال موقت درجه ۶ به جزای نقدی درجه ۶ نیز محکوم می‌شوند. دستگاه‌های اجرایی مشمول این بند با توجه به ماده مذکور از قانون مدیریت خدمات کشوری عبارتند از: کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که مشمول قانون بر آنها مستلزم ذکر و 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. همچنین با مراجعه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی طبق تقسیم بندی مجازات تعزیری پرداخت است. میزان جزای نقدی پیش بینی شده برای عمل مذکور در تبصره ماده ۷ بیست میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال می‌باشد، که علاوه بر آن میزان انفصال موقت این عمل نیز حداکثر تا ۵ سال می‌باشد.



در صورتی که همین اشخاص مذکور در بالا از روی تقصیر مرتکب به عدم انجام وظایف مذکور در فوق گردند به انفصال موقت درجه ۷ محکوم می گردند که با توجه به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی این مدت انفصال تا ۶ ماه می باشد.

پس از بیان مجازات مدیران و کارکنان دستگاه های اجرایی در انتهای این ماده به مدیران و کارکنان سایر دستگاه های حاکمیتی و بخش های غیر دولتی اشاره شده است که در صورتی که از انجام وظایف مقرر در فوق خودداری نمایند به جزای نقدی درجه شش که همان ۲۰ میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال است، محکوم می شوند. نکته قابل توجه این است که این تبصره در حالی که میان قصد عمد و تقصیر برای مرتکبانی که اشخاص قانون مدیریت خدمات کشوری هستند تفاوت قائل شده است؛ اما برای کارکنان سایر دستگاه های حاکمیتی و بخش های غیردولتی تفاوتی بین این دو موقعیت قائل نشده است.

گفتار ششم: پیش بینی ساختار عملیاتی واحد اطلاعات مالی^{۳۸} در سطح قانون و تعیین ساختار این واحد عملیاتی تحت عنوان موسسه دولتی تابع وزارت امور اقتصاد و دارایی با ترکیب جدید اعضا

ماده ای با عنوان ماده ۷ مکرر به قانون مبارزه با پولشویی اضافه شده که هدف آن تشکیل نهاد برای اجرای قانون مبارزه با پولشویی و همچنین قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم است، که از جمله وظایف این مرکز دریافت، گردآوری، نگهداری، تجزیه و تحلیل و ارزیابی اطلاعات و بررسی معاملات و عملیات مشکوک به پولشویی و تامین مالی تروریسم، ردیابی جریان وجوه و انتقال اموال با رعایت ضوابط قانونی گزارش معاملات و عملیات مشکوک به پولشویی و تامین مالی تروریسم می باشد. وظایف تقریباً گسترده ای به این مرکز محول شده است که می تواند در جهت مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم مفید واقع شود اما نکته قابل ذکر پایان بند الف این ماده می باشد که گزارش معاملات و عملیات مشکوک به پولشویی و تامین مالی تروریسم را نیز یکی از وظایف این نهاد دانسته است؛ در حالی که اولاً گزارش معاملات و عملیات مشکوک



وظیفه کارکنان و اشخاصی است که در قانون نام آنها ذکر شده، ثانیاً این مرکز در جریان معاملات و عملیات مشکوک نمی‌باشد تا آنها را گزارش دهد، رابعاً اینکه نهادی که گزارشها به آنها ارسال گردد مشخص نشده است، بلکه خود این نهاد مرکزی برای دریافت گزارش عملیات مشکوک می‌باشد.

محل تشکیل این نهاد وزارت امور اقتصاد و دارایی می‌باشد کی یک موسسه دولتی تابعه وزارت امور اقتصادی و دارایی می‌باشد این نهاد متشکل از رئیس و به تعداد لازم معاون و گروه های کارشناسی مانند کارگروه حقوقی و قضایی پیگیری و نظارت تحلیل و بررسی اطلاعات مالی دارا می‌باشد.

گفتار هفتم: انتزاع وظایف اجرایی واحد اطلاعات مالی از شورای عالی

مقابله و پیشگیری از جرائم پولشویی و تامین مالی تروریسم

علاوه بر پیش بینی واحد اطلاعات مالی این قانون به منظور هماهنگی برای پیشگیری و مقابله با جرائم پولشویی و تامین مالی تروریسم شورایی به نام «شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم پولشویی و تامین مالی تروریسم» پیش بینی نموده است. که بیانگر وظایف متعددی می‌باشد. ولی وظیفه اصلی آن را می‌توان در پیشگیری و جلوگیری نمودن از پولشویی در سراسر کشور ذکر کرد. که دبیرخانه این شورا نیز مانند واحد اطلاعات مالی در وزارت امور اقتصاد و دارایی می‌باشد و ریاست آن نیز بر عهده وزیر امور اقتصاد و دارایی می‌باشد. اعضای این شورا عبارتند از: وزیر صنعت معدن و تجارت، وزیر اطلاعات، وزیر کشور، وزیر دادگستری و وزیر امور خارجه، نماینده رئیس قوه قضائیه، دادستان کل کشور یا نماینده وی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور یا نماینده وی، رئیس سازمان اطلاعات سپاه و رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشند. و سه نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر به پیشنهاد کمیسیون های اقتصادی شوراها و امور داخلی کشور و قضایی و حقوقی و تصویب مجلس می‌باشد. توضیح دیگر راجع به این ماده این می‌باشد که در بیان وظایف شورا امر پیشگیری از جرائم نیز پیش بینی شده است، و ترکیب شورا نیز دستخوش تغییراتی شده است. که از جمله این تغییرات می‌توان به اضافه شدن رئیس سازمان اطلاعات سپاه و همچنین سه نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر به پیشنهاد کمیسیون های اقتصادی اشاره نمود. که با توجه به اینکه جرم پولشویی از زمره جرائمی می‌باشد که



اغلب فعالیت های آن به صورت مخفیانه و به اصطلاح جرم شناسی آن به صورت زیر زمینی صورت می گیرد^{۳۹} همکاری نهادهای اطلاعاتی و امنیتی در پیشگیری از این جرم بیش از پیش احساس می شود که در اصلاحات صورت گرفته در این ماده به این نکته توجه شده است.

با توجه به گسترش معاملات الکترونیکی و کاربرد رایانه در عملیات مالی و بانکی بهتر بود که جهت عملکرد بهتر این شورا، عضویت مقامی از نهادهای ناظر بر فضای سایبر نیز پیش بینی می شد، مقاماتی مانند پلیس فضای مجازی و یا وزیر ارتباطات و فناوری یا نماینده آن که دارای تخصص در این زمینه می باشد.

گفتار هشتم: پیش بینی اختیار جلوگیری از نقل و انتقال وجوه یا اموال مشکوک به پولشویی و تامین مالی تروریسم برای مرکز اطلاعات مالی حداکثر تا ۲۴ ساعت برای مواردی که به مقام قضایی دسترسی نیست.

این نوآوری ذیل بند (ذ) در تبصره یک آن پیش بینی شده است که این اختیار را در صورتی به مرکز اطلاعات مالی محول نموده است که به مقام قضایی دسترسی نباشد و مورد جزء موارد فوری مشکوک به پولشویی و تامین مالی تروریسم باشد. تعریفی از فوری بودن اقدام ارائه نشده است ولی می توان اینگونه برداشت نمود معاملات مشکوک را می توان مشمول اقدام فوری دانست که در صورت فوت وقت، اموال موضوع جرم پولشویی خارج از دستور مقامات ذیصلاح قرار بگیرد.^{۴۰}

در مورد معاملات و عملیات مشکوک نیز بند چ ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی که جزء مواد اصلاحی سال ۹۷ می باشد معاملات و عملیات مشکوک را اینگونه تعریف نموده است: معاملات و عملیات مشکوک شامل هر نوع معامله دریافت یا پرداخت مالی اعم از فیزیکی یا الکترونیکی یا شروع به آن ها است که بر اساس قرائن و اوضاع و احوالی مانند موارد زیر ظن قوی جرم ایجاد می کنند:

۱_ معاملات و عملیات مالی مربوط به ارباب گروه که بیش از سقف فعالیت مورد

۳۹. آقائظری، حسن و علی هاشم بیضایی، (۲۰۱۶) ص ۸۹.

۴۰. کشتکار، مریم، (۱۳۹۰)، ص ۶.



انتظار می‌باشد.

۲_ کشف جعل، اظهار کذب یا گزارش خلاف واقع از سوی مراجع، قبل یا بعد از آنکه معامله یا عملیات مالی صورت گیرد و نیز در زمان اخذ خدمات پایه.

۳_ معاملات یا عملیات مالی که به هر ترتیب مشخص شود صوری یا ظاهری بوده و مالک شخص دیگری است.

۴_ معاملات و عملیات مالی بیش از سقف مقرر در آیین نامه اجرایی این قانون هر چند مراجعان قبل یا حین معامله یا عملیات مزبور از انجام آن انصراف داده یا بعد از انجام آن بدون دلیل منطقی نسبت به فسخ قرارداد اقدام نمایند.

به نظر نگارنده در صورتی که از عبارت «مانند موارد زیر» که در صدر ماده آمده است؛ برداشت شود که قانونگذار در مقام بیان حصری مصادیق موارد مشکوک نبوده و موارد دیگری که ممکن است در این بند نیامده باشد ولی با نظر و تجربه کاری افراد مشمول این قانون مشکوک به نظر برسند قابلیت گزارش و پیگیری داشته باشند و همانگونه که در ابتدای بحث بیان کردیم روشهای پولشویی روز به روز در حال پیشرفت و نوآوری می‌باشند که مجال به روز رسانی روز به روز قوانین وجود ندارد. بنابراین، در صورتی که قانون اختیارات بیشتری به نهادهای نظارتی بدهد می‌تواند در امر پیشگیری مفیدتر واقع شود.

گفتار نهم: حاکمیت احکام قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در خصوص شرکت در جرم، معاونت در جرم و شروع به جرم در مورد پولشویی.

ماده ۱۳ قانون مبارزه با پولشویی مجازات شروع به جرم، معاونت و شرکت در جرایم موضوع این قانون را تابع قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ دانسته است. بنابراین جهت آشنایی با مفاهیم مذکور مربوط به پولشویی به قانون مجازات اسلامی رجوع می‌کنیم.

الف: شروع به جرم

منظور از شروع به جرم، شروع به اجرای عنصر مادی جرم یا آغاز عملیات اجرایی جرم می‌باشد. به عبارت دیگر شروع به جرم رفتاری است که مرتکب پس از عبور از



مراحل ذهنی (قصد مجرمانه) و تهیه مقدمات به منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام می‌دهد لیکن به واسطه مانع غیر ارادی قصدش معلق می‌ماند و جرم منظور محقق نمی‌شود.^{۴۱}

هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند به شرح زیر مجازات می‌شود:

الف_ در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار.

ب_ در جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج.

پ_ در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش.

در رابطه با شروع به جرم پولشویی مثالی را که می‌توان بیان کرد این است که شخصی اموال و عواید مالی ناشی از جرم را به قصد پنهان یا کتمان کردن منشاء نامشروع آنها، از طریق عملیات بانکی سعی دارد، آنها را با اموال مشروع دیگری یکپارچه سازد، اما در این مرحله با مشکوک شدن افراد مشمول قانون پولشویی به این معامله قصدش از این کار معلق می‌ماند و در مرحله لایه گذاری قصدش به صورت غیر ارادی متوقف می‌گردد. یا ممکن است در یک صرافی که شخص قصد تبدیل ارزهای خود به پول دیگر را دارد تا بتواند از ردیابی مقامات مسئول جلوگیری نماید قصدش معلق شود و نتواند جرم پولشویی را به انتها برساند، که در این دو حالت شخص شروع به جرم پولشویی نموده است.

حال با توجه به اینکه ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی برحسب اصل مال و درآمد و عواید حاصل از ارتکاب جرم منشاء و جرم پولشویی دو مجازات مختلف در نظر گرفته است، که در صورتی که اصل مال و درآمد و عواید حاصل از ارتکاب جرم تا ۱۰ میلیارد ریال باشد شخص به مصادره اموال، جزای نقدی معادل وجوه یا ارزش مالی مورد پولشویی و همچنین حبس تعزیری درجه پنج محکوم می‌گردد، و در صورتی که میزان اموال و درآمد و عواید حاصل از پولشویی بیش از ۱۰ میلیارد ریال باشد علاوه بر دو



مجازات بیان شده قبلی شخص به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌گردد. توجه به اینکه مجازات این جرم هم حبس می‌باشد و هم جزای نقدی و هم مصادره اموال، با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در صورت تعدد مجازات‌ها، مجازات شدیدتر و در صورت عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر مجازات حبس ملاک است؛ و با توجه به اینکه رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور شماره ۷۵۹ بیان می‌دارد که مجازات نقدی که در درجات ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی آمده است ناظر به جزای نقدی ثابت است و از جزای نقدی نسبی انصراف دارد، ما در ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی با جزای نقدی نسبی مواجه می‌باشیم. بنابراین باید حبس را ملاک قرار دهیم که در برخی موارد درجه ۵ و در برخی موارد درجه ۴ می‌باشد.

با توجه به بیان دو مجازات در قانون مبارزه با پولشویی بنابراین برای شروع به جرم پولشویی نیز دو مجازات می‌توان در نظر گرفت. البته در شروع به جرم، مقام قضایی برای پی بردن به عواید حاصل از جرم پولشویی با دشواری‌هایی رو به رو می‌باشد، زیرا هنوز جرم پولشویی به وقوع نپیوسته است تا عواید حاصل از آن نیز روشن شوند. اما اصل مال و در آمد حاصل از ارتکاب جرم منشاء در مرحله شروع به جرم نیز قابل ردیابی می‌باشد.

تفاوت در مجازات‌ها جایی بیشتر به چشم می‌خورد که در صورتی که جرم پولشویی معلق شده را مشمول حبس تعزیری درجه ۴ بدانیم مقام قضایی با توجه به بند ب ماده ۱۲۲ شخص را تنها می‌تواند به حبس تعزیری درجه پنج که مدت آن بیش از ۲ سال تا ۵ سال می‌باشد، محکوم می‌نماید. ولی در صورتی که جرم پولشویی معلق شده را مشمول حبس تعزیری درجه ۵ بدانیم، شروع به این جرم مشمول بند پ ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی می‌باشد که مقام قضایی رسیدگی کننده، می‌تواند شخص شروع کننده به جرم را از میان سه مجازات: ۱. حبس بیش از ۶ ماه تا ۲ سال، ۲. جزای نقدی بیش از ۲۰ میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال و ۳. شلاق از ۳۱ تا ۷۴ ضربه، محکوم نماید.

ب_ معاونت در جرم پولشویی

قانون مبارزه با پولشویی برای جرم پولشویی، معاونت نیز متصور شده است که نحوه تعیین مجازات آنها به قانون مجازات اسلامی محمول نموده است طبق ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی سه دسته از افراد را مشمول معاونت در جرم دانسته است:

الف_ هر کس دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم



کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدزت، موجب وقوع جرم گردد.
ب_ هرکس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ_ هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.

حال برای مثال معاون در جرم پولشویی می‌توان شخص «الف» را در نظر گرفت که شخص «ب» که مرتکب جرم اختلاس شده و عوایدی را از این جرم به دست آورده است. در جهت مخفی کردن عواید حاصل از جرم و مشروع جلوه دادن آنها شخص را به ارتکاب جرم پولشویی راهنمایی کرده و روشهای پیچیده آن را به او آموزش می‌دهد، و یا کارت اعتباری خود را در دسترس شخص مختلس قرار دهد تا نقل و انتقالات مالی توسط آن حساب صورت بگیرد، تا ردیابی آن برای مقامات ذیصلاح مشکل شود. که در این صورت نیز شخص مرتکب جرم معاونت در پولشویی شده است.

که با توجه به بند ت ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مجازات معاونت در جرائم موجب تعزیر، یک تا دو درجه پایینتر از مجازات جرم ارتكابی می‌باشد.

که در اینجا نیز با توجه به اینکه دو مجازات برای جرم پولشویی در نظر گرفته شده است، که هر دو حبس می‌باشند، و با در نظر داشتن تبصره یک ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی که بیان می‌دارد مجازات معاون از نوع مجازات قانونی جرم ارتكابی است. بنابراین در صورتیکه شخصی معاونت در جرم پولشویی با مبالغ بیش از ۱۰ میلیارد ریال نماید، شخص به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌گردد و در صورتی که مبلغ موضوع جرم پولشویی کمتر از ۱۰ میلیارد ریال باشد مجازات معاون جرم حبس تعزیری درجه شش یا هفت خواهد بود.

پ_ شرکت در جرم پولشویی

قانون مبارزه با پولشویی شرکت در جرم را نیز مشمول مقررات قانون مجازات اسلامی دانسته است که در این باب ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مجازات شخص شریک در جرم را مجازات فاعل مستقل آن جرم دانسته است.

مثالی که برای شرکت در جرم پولشویی می‌توان در نظر گرفتن آن است که عواید حاصل از جرم توسط چند شخص تطهیر و مورد پولشویی قرار بگیرند، که شخصی عهده‌دار مرحله انتقال و شخص دیگر عهده‌دار مرحله لایه گذاری جرم پولشویی باشد.



به طور مثال شخصی اموال حاصل از جرم را به قصد مخفی سازی منشاء آن تبدیل به ارز خارجی سازد. که در این مورد نیز شخص مرتکب شرکت در جرم پولشویی شده است.

ج_ تشدید و تخفیف

قانون مبارزه با پولشویی کیفیات مشدده و مخفیه این جرم را نیز به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده است.

که ماده ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی جهات تخفیف و کیفیت اعمال آنان را بیان داشته اند که در مورد جرم پولشویی با توجه به این که مجازات آن در هر دو حالت مذکور در ماده ۹۰ حبس تعزیری می باشد بنا بر بند الف ماده ۳۷ دادگاه می تواند در صورت وجود جهات تخفیف مذکور در ماده ۳۸ حبس متهم را به میزان یک تا سه درجه تقلیل دهد.

در مورد تشدید مجازات نیز مواد متعددی وجود دارد که از جمله ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی که به سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته به عنوان یکی از کیفیات مشدده اشاره دارد، که شخص سردسته به حداکثر مجازات محکوم می شود.^{۴۲} یعنی در صورتی که پولشویی به صورت سازمان یافته صورت بگیرد و میزان مبلغ موضوع جرم بیش از ۱۰ میلیارد ریال باشد سردسته به حداکثر مجازات حبس تعزیری درجه چهار، یعنی ۱۰ سال حبس محکوم می شود. دیگر موارد تشدید مجازات موارد تعدد و تکرار جرم است که تابع قوانین حقوق جزا عمومی است و بستگی به جرائم متعدد همراه آن دارد.

گفتار دهم: لزوم نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب رجوع،

ذینفعان واقعی و سوابق حسابها و عملیات داخلی و خارجی

این وظیفه قبل از انجام اصلاحات در ماده ۳۳ آیین نامه اجرایی قانون سابق پیش بینی شده بود که قانونگذار بنا به اهمیت موضوع این بحث را در ذیل بند ۵ ماده ۷ قانون مبارزه با پولشویی پیش بینی نمود، در اصلاحات قانون این مدت زمان را حداقل به مدت ۵ سال بیان نموده است که از مفهوم این ماده می توان دریافت که در برخی مواقع افراد مشمول قانون مبارزه با پولشویی می توانند حتی پیش از این مدت زمان سوابق را نگهداری نمایند.

۴۲. شمس ناتری، محمدابراهیم و دیگران، (۱۳۹۶)، ص ۳۴۹.



این ماده از قانون، نحوه نگهداری از سوابق را به موجب آیین نامه اجرایی این قانون می‌داند. آیین نامه اجرایی نیز در خصوص شیوه نگهداری صحبتی بیان نکرده، بلکه تنها ذیل تبصره ۱ ماده ۳۳ بیان داشته است که سوابق و مدارک باید به گونه ای ضبط و نگهداری شوند که در صورت درخواست واحد اطلاعات مالی و سایر مراجع ذیربط اطلاعات آن اسناد در ظرف زمانی مناسب قابل دسترسی باشند. و همچنین سوابق معاملات ها به دو صورت فیزیکی یا سایر روش های قانونی متصور دانسته است، که امروز با توجه به اینکه منابع شناسایی منوط به ارائه کد ملی برای اتباع ایران و کد اقامت برای اتباع خارجی می‌باشد، ولی تنها مدرک فیزیکی نگهداری شده امضاء می‌باشد که آن هم تنها در صورت مراجعه حضوری، امکان نگهداری دارد، و در عملیات الکترونیکی بانکی و مالی مدرک فیزیکی بر جای نمی‌ماند و تنها مدارک الکترونیکی و رایانه ای است که باقی می‌ماند. اشخاص مشمول موظفند مدارک رایانه ای در حدود مدت زمان تعیین شده نگهداری نمایند، که می‌توان لازمه آن را حفاظت از سیستم های رایانه ای و مصون ماندن از دخالت افراد غیر ذیصلاح دانست.

گفتار یازدهم: تکلیف بانک ها و سایر دستگاه ها به همکاری با مرکز اطلاعات مالی و شورای عالی مقابله با پیشگیری از جرایم پولشویی و تامین مالی تروریسم در خصوص اطلاعات مورد نیاز در اجرای این قانون در خصوص پاسخ استعلامات مرکز در مورد اطلاعات تکمیلی مرتبط با معاملات و تراکنش های مشکوک به صورت برخط امن

وظیفه اول که عبارت است از تکلیف به همکاری بانکها و سایر افراد مشمول قانون مبارزه با پولشویی با شورای عالی مقابله با پیشگیری از جرایم پولشویی و تامین مالی تروریسم از ماده ۶ قانون مبارزه با پولشویی برداشت می‌شود، البته جدای از بحث همکاری نهادها با شورا و مرکز مذکور، این بانک ها و افراد مشمول قانون مبارزه با پولشویی هستند که ابتدا به ساکن لازم است شروع به همکاری با شورا و مرکز نمایند و گزارش دهی معاملات از جمله معاملات مشکوک را انجام دهند حال در صورتی که در حین انجام این همکاری شورا یا مرکز اطلاعات مالی، اطلاعاتی را درخواست نماید بانک ها و افراد مشمول موظفند اقدام به همکاری نمایند.



مورد دوم مذکور در این گفتار آن است که برخی از اشخاص مشمول قانون مبارزه با پولشویی را موظف نموده که به صورت برخط امن استعلامات و اطلاعات تکمیلی مرتبط با معاملات و تراکنش‌های مالی مشکوک به پولشویی را ارسال نمایند، که تبصره ذیل بند ب ماده ۷ مکرر تاکید دارد واگذاری اطلاعات امنیتی طبقه بندی شده بعد از طی مراحل رسیدگی اطلاعاتی ارائه شود.

اسناد طبقه بندی شده به چهار دسته محرمانه، خیلی محرمانه، سری و به کلی سری تقسیم می‌شود.^{۴۳} ماده ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد ارائه اسناد سری و به کلی سری به مرجع قضایی در صورت درخواست آن مرجع بیان داشته که این درخواست باید با موافقت رئیس قوه قضاییه باشد.^{۴۴}

حال با توجه به تاکید تبصره به طی مراحل رسیدگی اطلاعاتی، در مورد اطلاعات امنیتی طبقه بندی شده، در مورد اسناد سری و به کلی سری می‌توان به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه نمود ولی راجع به اسناد محرمانه و خیلی محرمانه سخنی در میان نیامده است. که می‌توان به آیین نامه مذکور مراجعه نمود.

همچنین سیستم بر خط امن که در بند ب ماده هفت مکرر آمده است سیستم اختصاصی می‌باشد که بانکها از طریق آن معاملات و گزارش های آن را انجام می‌دهند.

گفتار دوازدهم: جرم انگاری تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق

کالا و ارز به عنوان جرم منشاء از منظر پولشویی

با توجه به اینکه در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی برخی از مصادیق قاچاق تخلف حساب شده که رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی می‌باشد^{۴۵}، ولی با توجه به اینکه میزان بالایی از درآمد دارد، می‌تواند مورد توجه پولشویان و تامین کنندگان مالی تروریسم قرار گیرد.

۴۳. آیین نامه طرز نگاهداری اسناد سری و محرمانه دولتی و طبقه‌بندی و نحوه مشخص نمودن نوع اسناد و اطلاعات مصوب ۱۳۵۴/۱۰/۱.

۴۴. خالقی، علی، (۱۳۹۵)، ص ۱۸۸.

۴۵. مانند قاچاق کالاهای غیر ممنوعه.



بنابراین این تصمیم که تخلفات مزبور در این قانون قاچاق جزء جرایم منشا دانسته اقدام مناسبی می‌باشد تا بتوانند جلوی ورود اموال ناشی از این تخلفات را بگیرد.

گفتار سیزدهم: گسترش دایره شمول اموال به منافع، امتیازات، اسناد تجاری و سهام

بند ب ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی «مال» را این گونه تعریف نموده است:
هر نوع دارایی اعم از مادی یا غیر مادی، منقول یا غیرمنقول، مشروع یا غیر مشروع و هر نوع منفعت یا امتیاز مالی و همچنین کلیه اسناد مبین حق اعم از کاغذی یا الکترونیکی نظیر اسناد تجاری، سهام یا اوراق بهادار.
در این ماده در تعریف مال اسناد مالی و برخی حقوق مالی را نیز مشمول تعریف مال دانسته است.

از نظر حقوقی به چیزی مال می‌گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

- ۱_ مفید باشد و نیازی را برآورد خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛
 - ۲_ قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد.^{۴۶}
- اگر بخواهیم تعریفی مرسوم از مال ارائه بنماییم، می‌توان گفت چیزی است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود. معیار تمیز این ارزش نوعی است و در اختیار عرف؛ یعنی در بازار معادل مبلغی پول است.^{۴۷}
- البته بر خلاف تعاریفی که حقوقدانان حوزه حقوق خصوصی از مال داشته‌اند، مال در عرف کنونی به دو معنی مادی و حقوقی به کار برده می‌شود.^{۴۸}
- ۱_ به معنای مادی و محدود؛ مال به اشیایی گفته می‌شود که موضوع داد و ستد حقوقی بین اشخاص قرار می‌گیرد. مانند خانه، اتومبیل، فرش و جواهر.
 - ۲_ به معنای مجرد و حقوقی؛ که عبارت از حقوق مالی است که به اشخاص امکان

۴۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، ص ۹.

۴۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، ص ۳۸۴.

۴۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، ص ۱۰؛ به نقل از الکسی، ویل، حقوق مدنی، چاپ سوم، جلد ۱،

ص ۱۹.



انتفاع از اشیا مادی را می‌دهد، مانند حق مالکیت و طلب از دیگران؛ که در این معنا است که حقوق به اشیا می‌پردازد.^{۴۹}

حال با توجه به توضیحات مختصر گفته شده راجع به مفهوم مال، می‌توان گفت که مقصود قانونگذار از بکار بردن کلمه مال وجود عین خارجی نمی‌باشد، بلکه با توجه به توضیحات ذکر شده در فوق و همچنین کاربرد گسترده اموال غیر فیزیکی همچون ارز های دیجیتالی، می‌توان این ماده را تاکید دوباره بر استنباط مفهوم موسع از مال و در نظر داشتن تعریف حقوقی از مال در نظر قانونگذار دانست.

گفتار چهاردهم: انصراف شخص یا فسخ قرارداد مانع از اعلام معامله یا عملیات مالی بیش از سقف مقرر آیین نامه به عنوان عملیات مشکوک نیست
این ماده یکی از خلأ های قانونی در پیگرد جرم پولشویی، که مورد استفاده پولشویی قرار می‌گرفت را مورد اشاره قرار داده است.

به این صورت که معامله در بنگاه های مشمول قانون مبارزه با پولشویی مانند صرافی ها انجام می‌دادند و سپس معامله را فسخ می‌نمودند که در این حالت هم پول آلوده دو مرتبه جابجا شده است و هم معامله فسخ شده است؛ که امکان شک به آن نیز کمتر شده است. این فرض در صورت فسخ معامله می‌باشد ولی در بند ۴ ذیل جزء چ ماده ۱ حتی در صورتی که طرفین معامله پیش از انعقاد آن از انجام آن منصرف شوند را نیز مشمول، عنوان معامله بر آن بار کرده است. که در صورتی که از آن قصد معامله استفاده می‌نمود بهتر بود. ولی باز همین پیش بینی نشان از دقت قانونگذار در پیشگیری از این جرم می‌باشد.

گفتار پانزدهم: کمک به مرتکب جرم منشاء برای فرار از آثار و تبعات قانونی نیز جرم پولشویی محسوب می‌شود.

در بند ب ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی در تعریف پولشویی علاوه بر این که قانون گذار بین مرتکب جرم پولشویی و مرتکب جرم منشاء تفاوت قائل شده است، در انتهای این بند اشاره شده است، در صورتی که شخصی عملیات مالی انجام دهد که شخص



مرتکب جرم منشاء تحت آثار و تبعات قانونی جرم منشاء قرار نگیرد، به عبارتی دیگر عملیات مالی انجام دهد که شخص مرتکب جرم منشاء از مسئولیت قانونی فرار نماید مرتکب جرم پولشویی شده است، در واقع این اقدام از قانونگذار جزء مواردی می‌باشد که به جای معاونت در یک جرم، عنوان مجرمانه خاصی در نظر گرفته است. و دلیل این که قانونگذار به عنوان پولشویی را انتخاب نموده است این می‌باشد که شخص معاون در واقع با تبدیل مبادله یا انتقال عواید حاصل از جرم منشاء به دنبال پنهان یا کتمان کردن آنها و همچنین خلاصی دادن مرتکب جرم منشاء می‌باشد.

گفتار شانزدهم: جرم انگاری عدم رعایت آیین نامه های شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم پولشویی و تامین مالی تروریسم که به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

در تبصره ۳ ماده ۴ قانون مبارزه با پولشویی اجرای تمام آیین نامه های اجرایی شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم پولشویی و تامین مالی تروریسم را الزامی دانسته است، شبیه این مجازات در تبصره یک ماده ۱۴ قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم اصلاحی سال ۱۳۹۷ دیده می‌شود که بیان نموده است هرگاه اشخاص مشمول این قانون وظایف مندرج در این قانون و آیین نامه را انجام ندهند به مجازات معاون جرم محکوم می‌شوند، البته این تبصره از قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم عدم انجام وظایف را به دو قسمت از روی عمد و تقصیر مانند اهمال و سهل انگاری تقسیم نموده است که در صورتی که شخص از روی اهمال و سهل انگاری قانون مربوطه را انجام ندهد به یکی از مجازاتهای درجه هفت محکوم می‌شود.

نکته دیگر این است که در تبصره ۳ ماده ۴ قانون مبارزه با پولشویی تشخیص تخلف از اجرای آیین نامه را علاوه بر مراجع قضایی به مراجع اداری نیز محول نموده است. و مجازات در نظر گرفته برای این تخلف تنها دو تا پنج سال انفصال از خدمت مربوط یا محکومیت از همان شغل، می‌باشد. که در تقسیم بندی درجات مجازات تعزیری، این مجازات یکی از مجازاتهای درجه شش محسوب می‌شود.

که به نظر در صورتی که این عمل از روی عمد و جهت همکاری و تسهیل امر پولشویی باشد، بهتر به نظر می‌رسد که شخص از شمول این تبصره خارج نموده و مشمول معاونت در جرم پولشویی قرار داد.



گفتار هفدهم: جرم انگاری استفاده از اطلاعات و اسناد گردآوری شده در اجرای این قانون در جهت نفع خود یا دیگری

ماده ۸ قانون مبارزه با پولشویی تاکید داشته که اطلاعات و اسناد گردآوری شده صرفاً برای کشف و رسیدگی به جرائم بایستی استفاده شوند و افشای اطلاعات و اسناد و همچنین استفاده از آن‌ها را خواه به نفع خود شخص باشد یا به نفع دیگری توسط مامورین دولتی یا سایر اشخاص این قانون جرم انگاری نموده، و شخص مرتکب مشمول مجازات حبس تعزیری درجه ۵ (۲ تا ۵ سال حبس) محکوم نموده است. راجع به افشای اطلاعات در قانون مجازات اسلامی در ماده ۵۰۶ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ قانونگذار به مبحث افشای اطلاعات پرداخته ولیکن آن را مختص مامورین دولتی دانسته و نتیجه آن را رسیدن اطلاعات به دشمن دانسته است.^{۵۰}

حال با توجه به مجازات سنگینی که قانون گذار برای این عمل در نظر گرفته است و همچنین قصد انجام این کار را که مفروض دانسته است، می‌توان نتیجه گرفت که این جرائم بایستی به صورت عمدی واقع شود، البته مناسب بود که قانون گذار برای افرادی که به صورت سهوی مرتکب چنین تخلفی می‌شود مجازاتی در نظر می‌گرفت.

گفتار هجدهم: اختصاص شعب تخصصی از دادگاههای عمومی در

تهران و در مراکز استانها برای رسیدگی به جرم پولشویی و جرائم مرتبط
ماده ۱۱ قانون مبارزه با پولشویی به بحث صلاحیت رسیدگی به جرم پولشویی پرداخته است که در آن به الزام تخصیص شعبی از دادگاههای عمومی در تهران و در صورت نیاز در مراکز استانها جهت رسیدگی به امور پولشویی نموده است.

صلاحیت به معنای اقتدار و شایستگی رسیدگی به یک امر است که قانون گذار به قاضی می‌بخشد.^{۵۱} در ماده ۵۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به بحث تخصیص شعبی برای رسیدگی تخصصی اشاره نموده است، صلاحیت ذاتی دادگاه‌ها غالباً بر اساس نوع

۵۰. میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۹۶)، ص ۱۱۲.

۵۱. عابدی، احمد رضا، (۱۳۹۷)، ص ۲۷.



جرم و گاه بر اساس شخصیت مرتکب از یکدیگر تفکیک می‌گردند، اما در این موضوع دادگاه نیز به منظور رسیدگی تخصصی به جرائم که نهایتاً رسیدگی بهتر و سریع تر را به دنبال دارد یک نوع تقسیم کار داخلی با ماهیت اداری صورت می‌گیرد.^{۵۲}

این اختیار بر اساس ماده ۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۱۳۸۰ ریاست قوه قضاییه داده شده بود. رئیس وقت قوه قضاییه نیز در سال ۱۳۸۹ طی بخشنامه‌ای موضوع اختصاص شعبی از دادرها و دادگاه های عمومی برای رسیدگی به موضوعات خاص، به تشکیل شعبی خاص برای رسیدگی به جرم پولشویی اشاره شده بود.

بر اساس این ماده تشکیل شعبی از دادگاه عمومی در تهران برای رسیدگی به جرم پولشویی و جرائم مرتبط الزامی بوده و در مراکز استانها در صورت نیاز می‌باشد، حال سوالی که شاید پیش بیاید این است که در صورتی که جرم پولشویی در حوزه شهرستان واقع شود و رسیدگی به آن در صلاحیت مرکز استان بوده و یا با توجه به عدم وجود نص رسیدگی به جرم در دادگاه عمومی شهرستان مربوطه صورت می‌گیرد؟ می‌توان گفت با توجه به اینکه جرم پولشویی جزء جرائم عمومی بوده و بیان اینکه دادگاه تخصصی صلاحیت ساز نیست و صلاحیت رسیدگی به تمام جرائم را دارد، نمی‌توان جرم پولشویی واقع شده در شهرستان را در صلاحیت رسیدگی دادگاه مرکز استان دانست.

به این نکته نیز باید توجه داشت که با توجه به اینکه مجازات جرم تعزیری یا حبس تعزیری درجه چهار یا پنج می‌باشد. بنابراین جرم پولشویی در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد.

در این ماده به جرائم مرتبط با پولشویی نیز اشاره شده است که یکی از جرائمی که بیشترین ارتباط را با پولشویی دارد؛ جرم تامین مالی تروریسم می‌باشد که در این رابطه ماده ۹ قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم اشاره دارد که رسیدگی به جرائم موضوع این قانون در صلاحیت دادگاه های کیفری یک مرکز استان است. در این صورت می‌توان نتیجه گرفت در صورتی که جرم پولشویی همراه با جرم تامین مالی تروریسم باشد، می‌توان به آن در دادگاه کیفری یک مرکز استان رسیدگی نمود.

۵۲. خالقی، علی، (۱۳۹۵)، ص ۵۹۹.



گفتار نوزدهم: پیش‌بینی همکاری بین‌المللی بر اساس موافقت‌نامه

با توجه به اینکه امروزه جرم پولشویی گستره‌ای بین‌المللی پیدا کرده و در خدمت تروریسم بین‌الملل قرار گرفته است توجه به موافقت‌نامه‌های همکاری‌های دو جانبه و چند جانبه ضروری می‌باشد قانونگذار ما نیز در ماده ۱۲ قانون مبارزه با پولشویی به این نکته اشاره داشته است، که در این زمینه کشورمان موافقت‌نامه‌های با برخی کشورها منعقد نموده است که البته موضوع موافقت‌نامه پولشویی نمی‌باشد، ولی در ضمن آن به بحث پولشویی نیز اشاره شده است. از جمله آنها می‌توان به موافقت‌نامه همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر^{۵۳} مورخ ۲۷ آبان ۱۳۸۹ برابر با ۱۸ نوامبر ۲۰۱۰ اشاره نمود که در ماده ۲ این موافقت‌نامه به بحث مبارزه با تطهیر اموال اشاره نموده است. در زمینه موافقت‌نامه‌های دوجانبه نیز کشورمان با کشورهای هم‌چون ترکیه، افغانستان، ایتالیا و بوسنی و هرزگووین موافقت‌نامه دوجانبه منعقد نموده است.^{۵۴}

نتیجه‌گیری

امروز مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم جلوه‌ای بین‌المللی پیدا نموده است و حتی نحوه قانونگذاری در این زمینه نیز می‌تواند تبعاتی همچون قرار گرفتن دولت در لیست سیاه گروه کدام مالی مشترک، و در نتیجه بار شدن اثرات منفی بر اقتصاد داخلی و همچنین افزایش کمک به تامین مالی تروریسم داشته باشد. در نتیجه با توجه به گسترش و متنوع شدن عملیات پولی و بانکی و در پی آن گسترده تر شدن و پیچیده تر شدن عملیات پولشویی، ایجاد اصلاحاتی در قانون مبارزه با پولشویی که مصوب سال ۱۳۸۶ بوده و اولین تجربه قانونگذار ما در این زمینه بوده است، و از طرف دیگر در پی پیشنهاد های سازمان های بین‌المللی، به شدت احساس می‌شد. در این راستا قانونگذار ما در سال ۱۳۹۷ اصلاحات اساسی در قانون مبارزه با پولشویی به عمل آورد. اصلاحات و نوآوری های

۵۳. اعضای این موافقت‌نامه عبارتند از: دولت جمهوری آذربایجان، دولت جمهوری اسلامی ایران، دولت جمهوری قزاقستان، دولت فدراسیون روسیه و دولت ترکمنستان.

۵۴. ساعد، نادر (۱۳۹۵)، ص ۶۰.



ایجاد شده را بطور کلی می‌توان به دو دسته ساختاری و ماهوی تقسیم نمود. نوآوری‌های مربوط به دسته ساختاری، مواردی از جمله تشکیل واحد اطلاعات مالی، افزایش اعضای شورای پیشگیری از پولشویی و تامین مالی تروریسم و توجه به اهمیت مبارزه با تامین مالی تروریسم و ارتباط آن با پولشویی، پیش بینی وظایف گسترده برای هر دو رکن، و پیش بینی شعب تخصصی رسیدگی به موضوع جرم پولشویی و جرایم مرتبط با آن اشاره نمود. و همچنین قانونگذار با عنایت به اینکه امروزه پولشویی به صورت بین‌المللی ارتکاب می‌یابد، قانونگذار در ماده ۱۲ قانون اجازه همکاری بین‌المللی در زمینه پولشویی را فراهم آورده است. که لازمه به ثمر نشستن تمام موارد مذکور توجه و تدوین مقررات و ایجاد آیین‌نامه‌ای جامع در این رابطه و نحوه عمل این دو رکن می‌باشد.

در رابطه با نوآوری‌های مربوط به دسته ماهوی نیز می‌توان به جرم‌انگاری‌های جدید همچون جرم‌انگاری استفاده از اطلاعات و اسناد گردآوری شده در اجرای این قانون، جرم‌انگاری تخلفات مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منظر پولشویی، گسترش دامنه شمول جرم منشاء به جرائم خارج از کشور، پیش‌بینی مجازات برای مدیران و کارکنان دستگاه‌های اجرایی در صورت عدم رعایت تکالیف مقرر و همچنین گسترش مصادیق پولشویی اشاره نمود.

این نوآوری‌ها و موارد ذکر شده در کنار سایر قوانین و مقررات از جمله مقررات مالی، می‌تواند زمینه را برای ریشه کن نمودن و تنگ کردن عرصه پولشویی بر مجرمان و در نتیجه جلوگیری از آثار و تبعات اقتصادی حاصل از پولشویی، فراهم آورد. زیرا جرم پولشویی جرمی تابع و در پی جرم منشاء که اغلب مالی می‌باشد^{۵۵}، صورت می‌گیرد، و قانونگذاری در سایر زمینه‌های جرائم مالی و توجه به موضوع به روزرسانی قوانین و مقررات در این زمینه می‌تواند به مبارزه با پولشویی کمک شایانی نماید، تا این که کشور هم در امر مبارزه با پولشویی بین‌المللی و مبارزه با تامین مالی تروریسم در عرصه داخلی و بین‌المللی موفق گردد.



منابع:

منابع فارسی:

- خالقی، علی، (۱۳۹۵) نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران.
- دلیر، حمید، (۱۳۹۰)، حقوق مصادره، میزان، تهران.
- رایبسون، جفری، شست و شوی پول آلوده، (۱۳۸۱)، ترجمه آلبرت برنادی و اشرف باقری، کلک آزادگان، تهران.
- روزنامه رسمی، مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۰۳، شماره ۲۱۳۱۶.
- رهبر، فرهاد، (۱۳۸۲)، پولشویی و آثار و پیامدهای آن، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۳.
- زارع قاجاری، فردوس و علی قائم مقامی، (۱۳۹۲)، استاندارد های بین المللی مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم، نشر تاش، تهران.
- ساعد، نادر، (۱۳۹۵)، منابع حقوق مبارزه با تروریسم در ایران، خرسندی، تهران.
- ساکی، محمدرضا، (۱۳۸۹)، حقوق کیفری اقتصادی، جنگل، تهران.
- سیاهییدی کرمانشاهی، سعید و احمدعلی ثالث مویدی، (۱۳۹۶) حقوق کیفری اقتصادی: پولشویی، نشر میزان، تهران.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم و حمید رضا کلانتری و ابراهیم زارع و زینب ریاضت، (۱۳۹۶) قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، میزان، تهران.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم و داود اسلامی، (۱۳۹۴)، ماهیت کیفری تامین مالی تروریسم، مطالعات حقوق کیفری و جرمشناسی دانشگاه تهران، شماره ۴ و ۵، صص ۲۵۷ تا ۲۸۶.
- صادق نژاد نائینی، مجید و حسین میر محمد صادقی و اسدالله مسعودی مقام و کمال کدخدامرادی، (۱۳۹۶)، نشست های نقد و بررسی آرای قضایی اختلاص و پولشویی، پژوهشگاه قوه قضاییه، تهران.
- عابدی، احمد رضا، (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، مرکز آموزش قوه قضاییه، تهران.
- عباسی، اصغر، (۱۳۹۳)، حقوق کیفری اقتصادی، میزان، تهران.



- عبداللهی، محسن، (۱۳۸۱)، پیامد های یازده پیتامبر بر مبارزه با تروریسم، ماهنامه حقوقی، شماره اول.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، اموال و مالکیت، میزان، تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- کشتکار، مریم، (۱۳۹۰)، راهبرد های اجرای برنامه موثر ضد پولشویی توسط سیستم بانکی، بانک مرکزی، تهران.
- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۴)، حقوق جزا عمومی ایران، ج ۱، دانشگاه تهران، تهران.
- مصدق، محمد، (۱۳۹۵) شرح قانون مجازات اسلامی، ج ۲ جنگل، تهران.
- معصومی، ابوالفضل، (۱۳۹۲)، مبارزه با پولشویی و تامین مالی تروریسم؛ تهدیدی پس از برداشتن تحریم ها، مجله بازار و سرمایه، شماره ۴۱ و ۴۲.
- مهرپور، حسین، (۱۳۹۲)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگستر، تهران.
- میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اختصاصی (۳): جرایم علیه امنیت و اسایش عمومی، میزان، تهران.

منبع عربی:

- آقائظری، حسن و علی هاشم بیضایی، (۲۰۱۶) آثار عملیه غسل المال، مجله الاجتهاد و التجدید، رقم ۳۸-۳۹.

منابع لاتین:

- Camdessus, Michel, (1998), money laundering; the importance of international countermeasures, paris, feb10
- Dandurand, Yvon, (2004), Link Between Terrorim And Other Forms Of Crime, International centre for criminal law reform and criminal justice polisy.
- FATF Report, (2015), the the black list.
- Qurik, peter, (1999), Macroeconomic Implic of money laundering, IMF EA.
- Schott, paul allan, (2006), Refrence guid to anti money laundering and combating the financing of terrorism, The world Bank. Secend edition.



تجربه ای حقوقی از دوران کارآموزی

منصور انجم شعاع^۱

چکیده

دانش آموختگان حقوق، زمانی که با قبولی در آزمون وکالت وارد این عرصه می‌شوند، معمولاً یک نگرانی اصلی دارند و آن اینکه چگونه باید از آنچه تاکنون آموخته اند در عمل استفاده کنند و معمولاً غالب دانش آموختگان در هر رشته ای - درست یا نادرست - این تصور را دارند که آنچه تا کنون آموخته اند و در واقع صرفاً رنگ و بوی تئوری داشته است، آن چنان به کار نخواهد آمد و گویا باید با ورود به حوزه عمل، راه و رسم آن را از ابتدا بیاموزند و شکاف آشکاری بین تئوری و عمل وجود دارد. این دقیقاً تصویری است که نگارنده در بدو ورود به عرصه وکالت داشت، اما پرونده پیش رو دیدگاه وی را تغییر داد و نشان داد بیش از آنکه نیاز به آموختن باشد، باید یاد گرفت که چگونه و چه زمان از آنچه آموخته ای استفاده کرد و در این رهگذر راهنمایی یک وکیل سرپرست متعهد - مانند بزرگواری که بنده از حضور وی بهره برده ام - بسیار راهگشا خواهد بود. مختصری که تقدیم می‌گردد شرح پرونده ای در سال ۱۳۹۵ است که برای نگارنده که در آن زمان کارآموزی نوپا بود، تجربه ای شیرین رقم زد و امید است برای خوانندگان محترم نیز نکاتی کاربردی به ارمغان بیاورد.

مختصر پرونده به این شرح است که آقای م.س اقدام به خرید یک دستگاه آپارتمان از آقای م.ق می‌نماید و به موجب صورتجلسه مورخ ۹۳/۱۲/۲۰ مقرر می‌گردد چنانچه فروشنده قادر به انتقال سند به نام خریدار نباشد، موکل بنده که در این معامله یک شخص ثالث محسوب می‌گردد، متعهد به خرید مورد معامله از خریدار است. پرونده جهت رسیدگی به شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان ارجاع و علی رغم دفاعیات مطرح شده در دادگاه

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.



بدوی، دادرسی محترم وقت شعبه به شرح ذیل اقدام به صدور رای می‌نماید:

((در خصوص دعوی م.س با وکالت..... بطرفیت..... با وکالت آقای منصور انجم شعاع به خواسته الزام به ایفای تعهد مبنی بر الزام خوانده به خرید یک باب آپارتمان مسکونی به پلاک ثبتی طبق نظر سه نفر کارشناس به شرح دادخواست تقدیمی، دادگاه به عنایت به محتویات پرونده و ملاحظه دادخواست تقدیمی و رونوشت مصدق قرارداد ۱۳۹۳/۱۱/۲۰ که دلالت بر وجود تعهد به شرح فوق داشته و اصالت آن از ناحیه خوانده مصون از ایراد و اعتراض مانده و دلیلی بر فسخ یا بطلان آن و هم چنین انجام دادن تعهد اقامه نگردیده است و خوانده به نحو موثر و موجه ایراد و و دفاعی بعمل نیاورده است..... حکم بر محکومیت خوانده به ایفای تعهد به شرح صدرالذکر و پرداخت کلیه ی خسارات دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید.))

در فرجه قانونی نسبت به دادنامه مذکور تجدید نظرخواهی به عمل آمده و لایحه ذیل به عنوان لایحه تجدید نظرخواهی تقدیم دادگاه تجدید نظر شده است:

ریاست محترم محاکم تجدید نظر استان اصفهان
با سلام و ادای احترام؛

بدینوسیله ضمن اذعان به حسن نیت دادرسی محترم شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، به دلیل عدم توجه دادرسی محترم به ادله ی ابرازی، به شرح ذیل نسبت به دادنامه ی صادره معترض بوده، ضمن تقاضای توجه آن مقام محترم به دفاعیات ارائه شده در مرحله ی بدوی، به استحضار می‌رساند:

الف- همانطور که در لایحه ی ارائه شده در مرحله ی بدوی معروض گذشت، تعهد مذکور به هر معنایی باشد فاقد وجاهت قانونی و بی اعتبار خواهد بود زیرا:

۱- ممکن است چنین تعهدی به معنای نوعی ایجاب جهت خرید یکدستگاه آپارتمان از سوی موکل قلمداد شود. بدین صورت که موکل ایجاب خود را بطور معلق ابراز داشته است. در این صورت چنین ایجابی از دو جهت قابل خدشه است، اولاً ایجاب بصورت معلق واقع گشته و تعلیق در انشا باطل است و ثانیاً توالی عرفی میان ایجاب و قبول رعایت نگشته و لذا موجب بطلان ایجاب صورت گرفته می‌شود.



- ۲- ممکن است چنین تعهدی در واقع نوعی ضمان قلمداد شود. بدین شرح که موکل با امضای صورتجلسه مورد نظر ضمانت بایع را بر عهده گرفته که چنین ضمانتی به جهت معلق بودن مستندا به ماده ۶۹۹ قانون مدنی باطل است.
- ۳- النهایه ممکن است چنین تعهدی صرفا در حد یک شرط فعل تفسیر گردد. بدین شرح که موکل تعهد کرده در صورت حصول معلق علیه، یکدستگاه منزل مسکونی را ابتیاع نماید. لیکن همانطور که مستحضر هستید اصل بر آزادی انسان در انعقاد قرارداد و عدم ولایت کسی بر اوست و تا زمانی که مجوز شرعی در میان نباشد، نمی‌توان کسی را به انعقاد قراردادی ملزم نمود.

در دعوای مطروحه الزام موکل به خرید یکدستگاه آپارتمان خواسته شده است که این خواسته به معنای الزام نامبرده به ادای ایجاب چنین قراردادی است، حال آنکه ایجاب و قبول امری کاملا رضایی، قائم به شخص و قابل رجوع است. لذا تا زمانی که معامله تماما واقع نشده، ایجاب قابل رجوع خواهد بود آنهم بدین دلیل که شرعا و قانونا رضایت کامل طرفین در زمان انعقاد قرار داد شرط اصلی وقوع هر معامله ای است و قانونگذار به طرفین اجازه داده تا قبل از انعقاد قرارداد بتوانند هر زمان و به هر دلیل از رضای خود عدول نمایند. حال در چنین فرضی مسلما نمی‌توان کسی را که پس از مدت ها انتظار و عدم پاسخگویی طرف مقابل، رضای به معامله و قصد انشا ندارد به پای معامله کشاند یا به ولایت از او چنین قراردادی را منعقد کرد و بی شک فرض چنین ولایتی برای دادگاه به معنای نادیده گرفتن رضای متعاملین خواهد بود. مسلما در حالتی که تعهد قائم به شخص است و نیازمند رضای کامل متعهد آن هم جهت انشا معامله است، امکان الزام وی به انجام تعهد وجود ندارد و باید به دنبال سایر طرق قانونی بود. مشابه این امر فرضی است که کسی ملتزم به دادن رهن می‌گردد لیکن مال الرهانه را معین نمی‌نماید. در این وضعیت چون مال را باید ملتزم تعیین نماید و دادگاه جهت تعیین مال الرهانه از دارایی وی بر او ولایتی ندارد، امکان الزام به انجام تعهد وجود نخواهد داشت و راهی جز فسخ معامله باقی نخواهد ماند^۲

از طرفی دیگر اگر بپذیریم چنین تعهدی قابل الزام است اجرای آن چگونه خواهد بود؟

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره ی مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ص ۳۰۷.



آیا دادگاه می‌خواهد به نیابت از کسی که قصد انشا و رضا ندارد معامله را واقع کند؟ سایر شرایط معامله را چه کسی باید معین نماید؟ خریداری که رضای به معامله ندارد یا حاکمی که هم می‌خواهد به ولایت از وی ایجاب را جاری کند و هم بر سر سایر شرایط معامله با خواهان مذاکره کند؟ آنهم بدون آنکه چنین ولایت وسیعی برای او در نظر گرفته شده باشد!

در نهایت پس از انعقاد قرارداد باید چه کرد؟ مسلماً موکل باید با بایعی روبرو شود که قریب یک سال او را در انتظار گذاشته و حال پس از تاخیر بسیار به مطالبه ی تعهد سابق برآمده در حالی که دیگر توان پرداخت ثمن مورد معامله را ندارد و بایع هم باید مدت ها در پی گرفتن ثمن خود باشد و از طرفی مورد معامله را تخلیه کرده و به خریدار تحویل دهد! در صورتی که راه ساده تر آن است ابتدا به متعهد اصلی رجوع کرده و به دنبال انتقال رسمی سند باشد!

ب- همانطور که در مرحله ی بدوی معروض گشت، صرف نظر از صحت خواسته ی تجدید نظر خوانده ی محترم و ماهیت آن، صورتجلسه ی مستند دعوی معلق بوده و تاکنون معلق علیه آن حاصل نگردیده و تجدید نظر خوانده محترم نیز هیچ دلیلی مبنی بر حصول معلق علیه ارائه نکرده است و تا زمانی که صورتجلسه ی مذکور منجر نشده است، اقامه دعوا جهت مطالبه ی تعهد مورد نظر بی جهت و فاقد مبنای قانونی است. توضیح آنکه در صورتجلسه ی مورخ ۹۳/۱۲/۲۰ صراحتاً تصریح شده است (چنانچه آقای م.ق قادر به انتقال سند به نام آقای م.س نباشد، موکل متعهد به خرید مورد معامله است). بنابراین طبق توافق طرفین، تعهد موکل در صورتی منجز است که ثابت شود آقای م.ق قادر به انتقال سند نیست و امکان انجام آن را ندارد. در موضوع حاضر تجدید نظر خوانده محترم صرف عدم حضور آقای م.ق در دفتر خانه را به منزله ی عدم امکان انتقال سند تلقی نموده، حال آنکه طبق توافق طرفین باید ثابت شود نه تنها امکان انتقال سند وجود ندارد، بلکه آقای م.ق نیز قادر به انجام آن نمی‌باشد نه آنکه بطور اختیاری در دفتر خانه حاضر نشده است!

ضمناً قابل توجه است تجدیدنظر خوانده محترم در مرحله ی بدوی بدون اقامه ی دلیل مدعی گردیده ملک مذکور در رهن بانک می‌باشد، صرف نظر از عدم اثبات این ادعا، صرف در رهن بودن نیز به منزله ی حصول معلق علیه نخواهد بود، چرا که باید ثابت شود آقای م.ق توان فک رهن را نداشته و یا ذینفع (بانک) به چنین انتقالی رضایت ندارد.



پ- به تصریح صورتجلسه ی مستند دعوی، مطالبه و اجرای تعهد موکل مقید به زمان خاصی بوده، لیکن تجدید نظر خوانده محترم پس از گذشت قریب به یک سال از تاریخ مقرر و بدون اخطار قبلی و مطلع نمودن موکل در مقام مطالبه ی تعهد مذکور برآمده است. حال آنکه پس از گذشت چنین مدت طولانی، موکل دیگر توان خرید ملک مورد ادعا را ندارد و مسلماً نمی‌توان انتظار داشت یک شخص متعارف قریب یک سال در انتظار تصمیم طرف دیگر مبنی بر مطالبه ی تعهد یا غیر آن بماند و درطول این مدت ثمن آن را که مبلغ قابل توجهی است در جایی کنار بگذارد! . مضافاً آنکه تاخیر طولانی تجدید نظر خوانده و عدم مراجعه وی به موکل در خلال این مدت، دلالت بر اسقاط ضمنی حق مطالبه شده از جانب وی دارد.

بر این اساس و نظر به مراتب فوق به ویژه آنکه شرایط مورد توافق طرفین جهت تنجیز تعهد ادعایی و حصول معلق علیه ثابت نگردیده و خواهان محترم بدوی در زمان مورد توافق جهت مطالبه ی تعهد مذکور به موکل مراجعه نکرده و از طرفی موضوع صورتجلسه ی تنظیمی به هر تفسیری که باشد امری خلاف قانون، غیر عقلایی و فاقد اثر حقوقی است، تقاضای نقض دادنامه بدوی را دارد.

شعبه ۹ دادگاه تجدید نظر پس از بررسی محتویات پرونده به شرح ذیل اقدام به صدور رای نموده است:

موضوع تجدید نظر خواهی آقای منصور انجم شعاع به وکالت از ، دادنامه شماره مورخ می‌باشد که به موجب آن دعوای تجدید نظر خوانده مبنی بر الزام به خرید یک دستگاه آپارتمان با استدلال انجام شده، ثابت تشخیص و حکم بر محکومیت به ایفای تعهد صادر گردیده، قطع نظر از ماهیت تعهد موضوع توافق نامه مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲ که متضمن هیچ ضمانت اجرایی نیست، معلق علیه تعهد، عدم امکان انتقال سند رسمی می‌باشد و این موضوع با عدم انتقال سند تفاوت می‌کند و صرف گواهی عدم حضور در دفترخانه کفایت نمی‌کند و با توجه به اینکه انتقال سند رسمی از آثار بیع بوده، تعهد تضمینی از جهت مالکیت رسمی فروشنده و عدم مانع بر انتقال سند بوده نه بر انتقال سند تا تاریخ معین و بنابراین از جهت مذکور دلیلی ابراز نشده است. علاوه بر آنکه تعلیق مذکور تعلیق در انشاء است و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی، ضمن نقض آن حکم بر بطلان دعوی صادر و اعلام می‌نماید. این رای قطعی است.



راهکارهای کاهش طلاق

(از تغییر سبک زندگی تا رویکرد عدم تسهیل طلاق)

سید وحید صادقی^۱

محمد حسن پور^۲

چکیده

امروزه آمار طلاق به شکل نگران کننده‌ای افزایش یافته و به یک آسیب اجتماعی تبدیل شده است. این درحالی است که از منظر اسلام، نهاد طلاق به عنوان مغبوض ترین حلال خدا نام برده شده است که تنها در موارد خاصی به آن توصیه شده است. یکی از علل مهم افزایش آمار طلاق را می‌توان در «تغییر سبک زندگی» دانست. سبک زندگی اسلامی چون بر اساس تفکرات و نگرش‌های دینی و بر اساس دستورات الهی شکل می‌گیرد زندگی را بادوام‌تر می‌کند و می‌تواند در مقایسه با سبک زندگی غربی از طلاق جلوگیری کند. اسلام با برنامه ریزی های دقیق؛ مثل تأکید بر انتخاب صحیح همسر قبل از ازدواج، رعایت تمامی شئون و حقوق زوجین در حین دوران زناشویی و قرار دادن کلیه راهکارهای ایجاد صلح و سازش در زمان طلاق و عدم تسهیل طلاق، خواستار تحقق ارزش های والای دین، همچون تحکیم بنیان خانواده، حفظ پایگاه اولیه تولید نسل و گسترش جمعیت مسلمان و جلوگیری از کلیه موانع موجود بر سر راه اهداف این دین مقدس است. در این مقاله به برنامه اسلام در زمینه کاهش میزان طلاق در دو بخش قبل از بروز اختلاف و بعد از بروز اختلاف خواهیم پرداخت.

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای مرکز، دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان.

۲. پژوهشگر دانشگاه جامع امام حسین (ع) و دانشجوی دکتری حقوق دانشگاه تهران.



مقدمه

طلاق در اصطلاح، همانا انحلال پیوند ازدواج دائم است که از طرف شوهر صورت می‌گیرد (امامی، بی‌تا، ج ۵، ص ۵) و همچنین در صورتی که شوهر حقوق زوجه را ایفاء نکند و اجبار او هم ممکن نباشد، حاکم شرع او را مجبور به طلاق می‌کند و در صورت امتناع شوهر از طلاق، حاکم، بنا بر قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» زوجه را طلاق می‌دهد که این طلاق شرعاً صحیح است. (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ۲۵۶-۲۵۷)

افزایش آمار طلاق در بسیاری از کشورها مانند ایران، از عوارض اندیشه‌های مدرن و فردگرایانه است. طلاق که روزگاری نه‌چندان دور، واقعه‌ای تلخ حساب می‌شد امروزه از قبح آن بسیار کاسته شده است. بر اساس آمار دفتر آمار و اطلاعات جمعیتی سازمان ثبت‌احوال کشور، تعداد طلاق‌های ثبت‌شده در هجده سال؛ یعنی سال‌های ۱۳۷۲ تا ۱۳۸۹ نشان‌دهنده آمار رو به رشد این پدیده است. در سال ۱۳۷۲ تعداد ۲۹۳۱۳ مورد طلاق، در سال ۱۳۷۵ تعداد ۳۷۸۱۷ مورد، در سال ۱۳۸۰ تعداد ۶۰۵۰۰ مورد، در سال ۱۳۸۵ تعداد ۹۴۰۳۹ مورد، در سال ۱۳۸۹ تعداد ۱۳۷۲۰۰ مورد و در سال ۱۳۹۰ تعداد ۱۴۲۸۴۱ مورد طلاق در کشور به ثبت رسیده است.

اکثر طلاق‌ها در عصر کنونی با دلایلی بی‌اساس و قابل‌حل از دیدگاه اسلام، چون توقعات نامحدود و گرایش به تجملات، مشکلات جنسی، دخالت‌های مخرب دیگران، بی‌توجهی زوجین نسبت به خواست‌های یکدیگر، هوسرانی و توجه نامشروع به خواهش‌های نفسانی و... صورت گرفته (سلیمیان، ۱۳۸۱، ص ۴۵-۴۸) و جدای از اینکه باعث تخریب و زوال خانواده می‌شود، یکی از علل اساسی در کاهش جمعیت قلمداد می‌گردد؛ چرا که از یک‌سو باعث ویرانی نهاد خانواده به‌عنوان شاخصه اصلی در تولید مثل شده و از سوی دیگر ایجاد بینش منفی در افراد نسبت به ازدواج و گرایش به عزوبت و همچنین گرایش به روابط نامشروع جنسی از بازتاب‌های مخرب اجتماعی آن است. برنامه اسلام در زمینه کاهش طلاق را می‌توان به دو بخش قبل از بروز اختلاف و بعد از بروز اختلاف تقسیم کرد که در ذیل به آن خواهیم پرداخت.

۱: برنامه اسلام، قبل از بروز اختلاف

از مجموع عواملی که در طلاق وجود دارد، چند عامل نقش بیشتری دارند که ریشه هر همه را باید در مدرنیته جستجو کرد. عامل اول انتخاب نادرست همسر است که به



دلیل تغییر ملاک‌های انتخاب همسر، اصالت دادن به ملاک‌های فرعی و غفلت از معیارهای اصلی روی می‌دهد؛ عامل دوم، نفوذ اندیشه‌های مدرنیستی و فردگرایانه است که با ترجیح منافع فردی بر مصلحت خانوادگی به افزایش ناسازگاری زوجین دامن زده و زمینه اختلاف و جدایی را فراهم می‌سازد. از آنجا که در اندیشه مدرنیستی، اصالت با فرد و خواسته‌های شخصی او است، هر چیز که در رویارویی با این اصل قرار گیرد، باید از میان برداشته شود. بدون شک در زندگی مشترک، موقعیت‌هایی پیش می‌آید که زن یا مرد ناچارند خواسته شخصی خود را فدای مصلحت خانوادگی نموده، به‌جای واگرایی به هم‌گرایی روی آورند. این رویکرد با دیدگاه مدرنیستی و مبنای لیبرالیستی و فردگرایی مدرنیته در تعارض است از این رو در فضای اندیشه‌های مدرنیستی، به‌جای تقویت روحیه جمعی و گذشت و ایثار در خانواده که توصیه دین اسلام است و نقش بارزی در کاهش اختلافات خانوادگی و افزایش مهر و محبت همسران به یکدیگر و آرامش آن‌ها در خانواده (روم ۲۱؛ اعراف ۱۷۸) ایفا می‌کند به‌سادگی سخن از طلاق و جدایی به میان می‌آید. (جوکار، ۱۳۹۳، ص ۶۲) عامل سوم، مشکلات جنسی میان زوجین است که برخی از آمارها از تأثیر ۸۰ درصدی^۳ آن در امر طلاق حکایت می‌کنند که این عامل هم بی‌ربط به مدرنیته نیست چرا که گسترش وسایل ارتباط جمعی و فیلم‌ها و تصاویر مستهجن اولاً باعث بلوغ زودرس در میان نوجوانان شده و ثانیاً شهوت‌ها و توقعات زوجین را نیز تحت تأثیر خود قرار داده است.

اینک پس از آشنایی اجمالی با اندیشه‌های لیبرالی و تأثیر ناگوار آن‌ها بر زندگی، یگانه راه‌هایی و پناه بردن به آموزه‌های دینی و گوش سپردن به ندای دل‌نشین سخن پروردگار عالیمان است تا آرامش رفته، دوباره به زندگی بازگردد و محبت و عشق راستین باایمان به مبدأ خوبی‌ها و یک‌رنگی، دیگر خواهی، فداکاری و ... برای زندگی به ارمغان آید. خداوند از طریق ادیان راستین، باورها و بینش‌هایی را عرضه می‌کنند که سبک زندگی را تغییر می‌دهد و رویکردی دیگر را به زندگی، فرا روی همه‌ی انسان‌ها قرار می‌دهد و خانواده‌ها و زوج‌های جوان پیشنهاد می‌کند که هرچه سریع‌تر از آموزه‌های لیبرالی فاصله بگیرند و زندگی خود را بر اساس آموزه‌های الهی سامان دهند. این آموزه‌ها که در تقابل آشکار با اندیشه‌های لیبرالی است، در سیاست کلی جمعیت نیز تحت عنوان «ترویج و



نهادینه‌سازی سبک زندگی اسلامی- ایرانی و مقابله با ابعاد نامطلوب سبک زندگی غربی» به آن اشاره شد. سبک زندگی اسلامی برای هر یک از عوامل سه‌گانه فوق‌برنامه دارد. در مقابل عامل اول که ملاک‌های نادرست همسر است؛ آیات و روایات زیادی وارد شد که ملاک‌های انتخاب همسر در آن تشریح شده است، ملاک‌هایی چون تقوا، عفت، اخلاق نیک، اصالت خانوادگی، ازدواج باهم کفو و هم‌شان بودن از ملاک‌های اصلی محسوب می‌شوند به‌علاوه از معیارهای دیگری که در لابه‌لای احادیث اسلامی به چشم می‌خورد و پس از موارد مزبور، باید موردنظر قرار گیرد، عبارت است از: دوشیزگی همسر، زیبایی و باهوش بودن، سلامت جسم و روان و کم بودن مهریه و...^۴ در ذیل به برخی از این روایات اشاره می‌شود:

الف- رسول اکرم صلی‌الله علیه و آله می‌فرمایند: کسی که برای زیبایی زنی با آن ازدواج کند آنچه دوست دارد را نخواهد دید و کسی که برای مال زن با او ازدواج کند، خدا او را به همان مال می‌سپارد، بر شما باد به زنان و دختران متدین. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۹۹)

ب- جابر بن عبدالله انصاری می‌گوید، در محضر رسول خدا صلی‌الله علیه و آله بودم. آن حضرت درباره همسر شایسته چنین فرمود: بهترین همسران شما کسانی هستند که دارای ده خصلت باشند: ۱. برای آمدن فرزندان متعدد آمادگی داشته باشند. (زایا باشند) ۲. مهربان باشند. ۳. عفت و پاک‌دامنی خود را رعایت کنند. ۴. در میان بستگان خود عزیز و سربلند باشند. ۵. نزد شوهر فروتن باشند. ۶. خود را برای شوهر بیارایند و خود را به او بنمایانند. ۷. نسبت به نامحرمان خود نگه‌دار باشند و پوشش خود را حفظ کنند. ۸. از شوهر حرف‌شنوی و اطاعت داشته باشند. ۹. در مسائل جنسی، میل شوهر را جلب کنند. ۱۰. در عشق و علاقه به شوهر، افراط نکنند و حد اعتدال را حفظ نمایند. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۲۴، حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۲۹)

ج- همچنین در روایتی پیامبر اسلام (ص) فرمودند: «ایها الناس ایاکم و خضراء الدمن» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۳۴) «ای مردم بپرهیزید از گیاهان سبز و خرمی که در

۴. کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۲۴ باب خیر النساء، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۷۸

بَابُ جُمْلَةٍ مِمَّا يُسْتَحَبُّ اخْتِيَارُهُ مِنْ صِفَاتِ النِّسَاءِ.



مزبله دان ها پرورش یافته است. وقتی توضیح خواستند، مقصودشان را زنان زیبا و خوب رویی دانستند که در محیط فاسد و خانواده بد پرورش یافته اند.»

د- امام صادق علیه السلام می فرماید: «الکفو ان یکون عقیفا و عنده یسار» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۷۸) کفو (هم‌ردیف در ازدواج) کسی است که عقیف باشد و مالی هم داشته باشد.

بنابراین، باید مسائل جزئی و ظاهری از قبیل ثروت، زیبایی، مقام و دل بری کم‌تر مورد توجه قرار گیرد و در مقابل، سعی شود ملاک‌های ضروری و اصلی هم چون ایمان، تقوا و اصالت خانوادگی بیش‌تر مورد اهمیت قرار گیرد. پیامبر اسلام صلی الله علیه و اله نهی فرمودند که زنی را برای مال یا جمالش بگیرند؛ زیرا مالش موجب طغیان و جمالش مایه تباهی اوست. ملاک اصلی برای زن، دین و ایمان اوست. (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۷۵)

در مقابل عامل دوم که نفوذ اندیشه‌های مدرنیستی و فردگرایانه است، اندیشه‌ها و آموزه‌های اسلامی در تقابل با آن مطرح می‌شوند که به برخی از موارد اشاره می‌شود:

۱: ترک خودبینی و پیروی از هوای نفس: در تقابل با اندیشه‌ی فردگرایی، خودمحوری و انسان‌محوری لیبرالیسم؛ آموزه‌های دینی، خودمحوری را یادآور می‌شوند. اعمال انسان در صورتی ارزش دارد که بر اساس اخلاص و خودمحوری و با نیت تقرب به پروردگار انجام یافته باشد. در وسایل الشیعه از پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل شده است: «ثلاث مهلکات: شح مطاع و هوی متبع و اعجاب المرء بنفسه» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۰۳)؛ سه چیز است که باعث هلاکت می‌شود: بخلی که از آن اطاعت شود، هوا و هوسی که از آن پیروی گردد، گرفتار شدن به خودبینی. این روایات و امثال آن زن و مرد را در خانواده از هرگونه خودرایی و خودبینی باز می‌دارند و آنان را به جاده‌ی انصاف، حق‌خواهی و دیگر دوستی رهنمون می‌شوند. حدیث پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) هم‌زمان دو اصل فردگرایی و آزادی لیبرال‌ها را مورد نقد خویش قرار می‌دهد. از سوی دیگر در روایات منقول از اهل بیت (علیهم‌السلام)، دیگر دوستی و ابراز محبت به دیگران از نشانه‌های عقل و خردمندی انسان معرفی شده است. این دسته از روایات عقل‌گرایی لیبرالیسم را در بوته‌ی نقد می‌گذارد و معنای عمیقی از خردمندی ارائه می‌دهد. از امام رضا (علیه‌السلام) نقل شده است: «التودد الی الناس نصف العقل» (همان، ج ۱۲، ص ۵۲) دوست داشتن و اظهار محبت به مردم نیمی از خرد است. با اندکی



دقت روشن می‌شود محبت همسران به یکدیگر بر اساس این حدیث با تأکید بیشتر، از لوازم خردمندی آنان است. (زیبارودی، سبک زندگی لیبرالی و افزایش طلاق، <http://razavi.aqr.ir>)

۲. از بین بردن بسترهای جدایی و طلاق: به عنوان مثال خود برتر بینی یکی از خصلت‌هایی است که زمینه جدایی را فراهم می‌کند. در حدیثی شریف، امام رضا (ع) نشانه‌های خردمندی شخص مسلمان را ده مورد ذکر نموده‌اند که متناسب با این بحث، نشانه‌ی دهم چنین است: «العاشر ... ما العاشره» دهم و چیست آن دهم؟ سپس امام رضا (علیه‌السلام) می‌فرماید: «لایری احداً الا قال هو خیر منی و اتقی». (ابن شعبه الحرانی، ۱۳۷۴، ص ۴۴۳) شخص مسلمان با هیچ‌کسی برخورد نمی‌کند مگر آن که می‌گوید: او از من بهتر است. امام رضا (علیه‌السلام) در این حدیث شریف از آنان می‌خواهد با به‌کارگیری اصل «دیگر برتر بینی» زندگی خود را از ورطه‌های خطرناک جدایی و آثار و توابع پس‌از آن نجات دهند.

۳. سفارش اکید به اصلاح ذات‌البین و ایجاد آشتی و صمیمیت میان مسلمانان: در بسترهای لیبرالی که بی‌تفاوتی، تساهل و تسامح‌های ناشی از بی‌طرفی و عدم مسئولیت نسبت به سرنوشت یکدیگر فضایی از سردی روابط را رقم‌زده است، خداوند همگان را به ایجاد آشتی و صلح دعوت می‌کند و می‌فرماید: «فاتقوا الله و اصلحوا ذات بینکم» (انفال: ۱) از خداوند پروا کنید و میان خود صلح و آشتی برقرار سازید. نکته‌ی دیگر، تأکید فوق‌العاده‌ی اسلام بر صله‌ی رحم و توجه جدی به مشکلات نزدیکان و سعی و تلاش در رفع آن‌ها است. ارتباط صمیمانه و دیدار با خویشاوندان، امکان توفیق بهره‌گیری مناسب و شایسته از سرمایه‌ای وجودی ایشان، کاهش دردها و نگرانی‌های ناشی از احساس غربت در میان دیگران و بهره‌مندی از امنیت خاطر به دلیل پشتیبانی و حمایت همه‌جانبه‌ی ایشان به هنگام بروز مشکلات و حوادث از عواملی است که می‌تواند زوج‌های جوان را تا اندازه‌ی زیادی در برابر برخی آسیب‌های روانی و اجتماعی بیمه کند.

موارد فوق و ده اصول دیگر همچون اصل امر به معروف و نهی از منکر، اصل مسئولیت‌پذیری همگانی و ... همگی در سبک زندگی ایرانی-اسلامی موجب بقای خانواده است و در تقابل با سبک زندگی غربی قرار می‌گیرد که بیان آن خارج از این مقال است. اما عامل آخر یعنی مشکلات جنسی؛ تا یک دهه گذشته در فهرست دلایل اصلی طلاق زوجین گزینه مشکلات جنسی در روابط زوجین کمتر به چشم می‌خورد اما این



روزها با نگاهی به گزارش‌های مراجع رسمی و همچنین وکلا و به‌ویژه مشاوران مستقر در دادگاه‌های خانواده می‌توان مشکلات جنسی در روابط زوجها را به‌عنوان یکی از دلایل اصلی طلاق در سال‌های اخیر برشمرد.

وجود فیلم‌های مستهجن پورنو و عکس‌های نامتعارف در جامعه سطح توقعات در روابط زناشویی را بالا برده و چنانچه چنین روابطی ایجاد نشود، ابزارهای ارتباطی وسیع مانند چت زمینه را برای ورود مجازی و سپس به دنبال آن حقیقی افراد غیر به حریم خانواده‌ها فراهم می‌سازد. برای تقابل با این فرهنگ غلط به برخی از راهکارهای حقوقی و اسلامی در این زمینه اشاره می‌شود که باید مدنظر قانوننویسان و دولت قرار گیرد.

۱. اینترنت ملی: شبکه ملی اطلاعات، معروف به اینترنت ملی ایران نام پروژه‌ای است مطابق ماده ۴۶ قانون برنامه پنجم توسعه «وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مکلف است نسبت به ایجاد و توسعه شبکه ملی اطلاعات و مراکز داده داخلی امن و پایدار با پهنای باند مناسب با رعایت موازین شرعی و امنیتی کشور مناسب اقدام و با استفاده از توان و ظرفیت بخش‌های عمومی غیردولتی، خصوصی و تعاونی، امکان دسترسی پرسرعت مبتنی بر توافقنامه سطح خدمات را به صورتی فراهم نماید که تا پایان سال دوم کلیه دستگاه‌های اجرائی و واحدهای تابعه و وابسته و تا پایان برنامه، شصت درصد ۶۰ درصد خانوارها و کلیه کسب‌وکارها بتوانند به شبکه ملی اطلاعات و اینترنت متصل شوند.» البته پیشرفت چندانی حاصل نشده است. مشابه این پروژه در بسیاری کشورها اجرا شده است. به‌طور نمونه کره جنوبی که رتبه اول سرعت اینترنت جهان را در اختیار دارد در دهه ۱۹۹۰ پروژه شبکه ملی پرسرعت را اجرا کرد.^۵ گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ایران در زمینه توسعه رایانش ابری در قوانین توسعه‌ای کشورهای چین، کره جنوبی و انگلستان نشان داد هر سه کشور مدل مشابه شبکه ملی اطلاعات را در خاک خود پیاده‌سازی کرده‌اند و بنابراین برای ایجاد دولت الکترونیکی بر بستر رایانش ابری تحقق شبکه ملی اطلاعات یک جزء اساسی است. روشن است اجرای این طرح به پالایش سایت‌ها از بسیاری از مطالب منافی عفت و مخرب منجر خواهد شد.

5 - <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/808849>

6 - <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/856593>.



۲. اجرای قانون: به موجب قانون ممنوعیت استفاده از تجهیزات ماهواره‌ای مصوب ۱۳۷۳ ورود، توزیع و استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره جز در مواردی که قانون تعیین کرده است ممنوع است و استفاده‌کنندگان از تجهیزات دریافت از ماهواره نیز علاوه بر ضبط و مصادره اموال مکشوفه به مجازات نقدی از یک میلیون تا سه میلیون ریال محکوم می‌گردند. علیرغم وجود قانون در زمینه ممنوعیت استفاده از تجهیزات ماهواره‌ای، در مقام عمل شاهد عدم اجرای این قانون هستیم. وجود تجهیزات ماهواره‌ای در منظر عموم نوعی بی‌اعتنایی به قانون و شکستن آن محسوب می‌شود و به همین علت در شرایط کنونی لزوم اصلاح قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره بیش از گذشته احساس می‌شود؛ چراکه عمل نکردن به قانون بدتر از بی‌قانونی است. درهرحال اقدام عملی در این باب برای حفظ خانواده و کاهش طلاق بسیار ضروری است. البته نباید غافل شد که اسلام و سبک زندگی اسلامی توجه خاصی به مسائل جنسی داشته است. در این گفتار به تعدادی از روایات که در باب آداب زناشویی وجود دارد اشاره خواهیم کرد:

۱. از امام رضا علیه‌السلام روایت نسبتاً مفصلی است که طی آن حضرت شرایط دقیق ایجاد میل طرفین جهت تفاهم و هماهنگی میان آنان را مطرح فرموده اند تا زوجین از نظر جنسی ارضاء شوند. (نوری، حسین، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۲۲۱)

۲. در روایت امام صادق علیه‌السلام در نحوه و میزان نگاه زوجین به یکدیگر برای ایجاد لذت در هنگام رابطه جنسی احکام و دستوراتی صادر شده است. (همان)

۳. امام رضا (ع) در جواب مردی که زن جوانی داشته و پرسید به خاطر مصیبتی که دیده است آمیزش جنسی با همسر خود را چند ماه یا یک سال ترک کند فرمود: اگر بیش از چهار ماه آمیزش جنسی را ترک کند گناهکار است. (همان، ص ۱۴۱) فقها از این روایات ترک آمیزش با همسر دائمی بیش از چهار ماه را حرام می‌دانند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۱۵، یزدی، ۱۴۳۲، ج ۵، ص ۵۰۷)

۴. حرمت جماع با زن در زمان عذر ماهیانه نیز از احکامی است که فقها از روایات به دست آورند (یزدی، ۱۴۳۲، ج ۱، ص ۳۳۹)

۱-۱- آموزش و مشاوره قبل از ازدواج، راهکار مهم در کاهش نرخ طلاق
هرچقدر در یک جامعه آموزش و مشاوره خانواده‌ها جدی گرفته شود به‌طورقطع



مشکلات خانواده‌ها کاهش خواهد پیدا کرد چراکه با توجه به نظر برخی از کارشناسان درصد قابل توجهی از مشکلات خانواده‌ها نشأت گرفته از ناآگاهی و عدم آشنایی با مهارت‌های زندگی است؛ به عبارت دیگر بین آموزش و مشاوره و کاهش طلاق رابطه مستقیمی وجود دارد. تحقیقات نیز این موضوع را تأیید می‌کند. به‌طور مثال دریکی از تحقیقات انجام شده مشخص گردید تنها ۴ درصد از کسانی که متقاضی طلاق بوده‌اند دوره‌های آموزش و مشاوره پیش از ازدواج را گذرانده بودند. (باقری و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۸۴)

چند مهارت اساسی در بحث زندگی و خانواده مورد نظر است، مانند مدیریت احساسات و خشم، خودآگاهی، مدیریت استرس، مهارت ارتباط مؤثر، مهارت انتخاب همسر، مهارت همسرمداری، مهارت سلامت جنسی؛ مهارت تربیت فرزندان؛ البته در کنار این‌ها یکسری مهارت‌های فرعی نیز وجود دارد مثل مهارت تنظیم اقتصاد خانواده و... بخشی از مشاوره و آموزش خانواده، آشنایی با مسائل جنسی است و به نظر کارشناسان و صاحب‌نظران اهمیت مهارت روابط زناشویی اگر از دیگر مهارت‌های زندگی بیشتر نباشد کمتر نیست چراکه این بحث در قوام و تحکیم خانواده‌ها و پیشگیری از طلاق مؤثر است. چون بخشی از نارضایتی‌های خانواده‌ها به این رابطه خاص برمی‌گردد. تحقیقات نیز این مطلب را تأیید می‌نمایند. به‌عنوان نمونه تحقیقی با عنوان تأثیر روابط جنسی زوجین بر طلاق در مرکز درمان ناباروری ابن‌سینا انجام شد، این تحقیق بر روی ۸۰۰ زوج در حال طلاق و ۸۰۰ زوج در حال زندگی عادی در ۴ استان لرستان، قم، اصفهان و فارس به‌عنوان جمعیت هدف این تحقیق انتخاب شده بود، نتایج این تحقیق از این قرار گزارش شده است: «۷۱ درصد زوجین اعلام کرده‌اند که هیچ‌گاه در مورد مسائل زناشویی آموزشی ندیده‌اند و ۸۶ درصد آن‌ها این موضوع را مطرح کردند که هیچ‌وقت در این مورد با فرزندان‌شان صحبت نمی‌کنند همچنین ۵۹ درصد زوجین اعلام کرده‌اند که هیچ مرکزی را برای برطرف کردن مشکلات زناشویی خود نمی‌شناسند.»^۷

به نظر می‌رسد که اگر مردی بداند یا احتمال بدهد که آنچه پزشکان نسبت به عوارض جسمی برای زن می‌گویند درست است و آن عوارض ناشی از آمیزش غلط (مانند آمیزشی که در آن مرد یا زن به اوج لذت نرسد) باشد، در این صورت یادگرفتن شیوه به اوج لذت



رسانیدن زن لازم است و همچنین اگر مرد احتمال بدهد به واسطه ندانستن طریقه درست آمیزش با زن باردار، عیب و نقصی به جنین یا مادرش وارد می‌کند، پرسیدن و یادگرفتن طریقه سالم آمیزش از پزشکان لازم است. (مصطفوی، جواد، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۲۶)

وقتی به روایات اهل بیت علیهم السلام مراجعه می‌کنیم می‌بینیم به کرات به مسائل جنسی اشاره شده است حتی آموزش ریز مسائل جنسی نیز در روایات مشاهده می‌شود. از این رو این آموزش باید به هنگام و با شیوه‌ای خاص و توسط کارشناسان متخصص و متعهد و متشرع انجام شود تا از آسیب‌های خانواده‌ها در این حوزه جلوگیری کرد. بهترین روش این است که این آموزش‌ها در فضای اخلاقی و قبل از عقد انجام شود تا جلوی آسیب‌های اجتماعی احتمالی آن گرفته شود.

در نظر برخی از کارشناسان حالت ایده آل در بحث آموزش و مشاوره این است که هر فرد از بدو تولد باید یک دفترچه سلامت خانواده داشته باشد و به صورت دوره‌ای زیر نظر یک کارشناس باشد تا در زمان‌های مختلف آموزش‌های و مهارت‌های موردنیاز را کسب نماید و همچنین در کنار این، هر خانواده باید زیر نظر یک کارشناس باشد یعنی همان طور که پیشنهاد طرح پزشک خانواده برای حفظ سلامت جسم خانواده‌ها اجرا شد، می‌توان طرح مشاور خانواده را نیز برای سلامت روح و روان خانواده‌ها پیشنهاد نمود که البته تمام این‌ها نیازمند بسترسازی علمی و دینی بین مشاوران و کارشناسان فعال در حوزه روانشناسی خانواده است.

فارغ از الزامی شدن یا نشدن قانون آموزش پیش از ازدواج، یکی از راهکارهای اصلی در نهادینه کردن آموزش و مشاوره قبل از ازدواج، فرهنگ‌سازی این امر است. این فرهنگ‌سازی از دو طریق ممکن است: ۱. استفاده از مکانیسم‌های تشویقی: دولت می‌تواند با استفاده از سیستم‌های تشویقی مانند اعطای وام‌های قرض‌الحسنه، مسکن استیجاری، بن‌های خرید کالا و خدمات تشویقی دیگر، زوجین را ترغیب به شرکت در دوره‌های مهارت‌های زندگی نماید. ۲. استفاده از ظرفیت رسانه: نهادهای فرهنگ‌ساز مانند رسانه‌ها، نهادهای متولی اعزام مبلغ دینی، آموزش و پرورش، آموزش عالی و... می‌توانند نقش بسزایی در تبیین ضرورت و فواید آموزش‌های پیش از ازدواج میان خانواده‌ها و نشان دادن نادرست بودن این تصور که مشاوره فقط برای کسانی است که مشکل دارند، ایفا نمایند تا خانواده‌ها به این درک برسند که هرچقدر بحث آموزش و مشاوره قبل از ازدواج را جدی بگیرند به همان میزان آسیب‌ها و اختلافات زندگی کمتر شده و آمار طلاق در



خانواده‌ها کاهش پیدا خواهد کرد.

اما در رابطه با الزام قانونی داشتن این امر نظرات مختلفی وجود دارد. برخی معتقد هستند که خانواده‌ها و زوجین را نمی‌توان مجبور کرد که دوره‌های آموزشی و مهارت‌افزایی‌های مورد نیاز را بگذرانند، بلکه تنها راه این است که با استفاده از مکانیسم‌های تشویقی خانواده‌ها را ترغیب به گذراندن دوره‌های مهارت‌افزایی کرد. در مقابل برخی از کارشناسان و دست‌اندرکاران این امر معتقد هستند که اگر این طرح الزام قانونی نداشته باشد نمی‌تواند موفق باشد. این گروه معتقدند همان‌طور که قانون، برای حفظ جان مردم در اجتماع، بستن کمر بند را الزامی کرد و یا اخذ گواهی‌نامه رانندگی را منوط به گذراندن دوره‌های آموزشی مرتبط با رانندگی نمود، به‌طریق‌اولی در جهت سالم‌سازی جامعه و خانواده‌ها، آموزش و مشاوره پیش از ازدواج باید الزامی شود تا در نتیجه زوجین در شرف ازدواج، هم با مهارت‌های گوناگون زندگی آشنا گشته و انتخاب صحیحی در زندگی داشته باشند و هم برای شروع یک زندگی سالم و آگاهانه آماده باشند. لذا برای قانونی و اجرایی و الزامی شدن این امر باید دفاتر ازدواج را ملزم نمود از ثبت ازدواج‌های فاقد گواهی‌گذراندن این دوره‌ها خودداری نمایند. (باقری و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۸۴)

بنا بر مطالب گفته‌شده، پیشنهاد می‌شود که کلاس‌های رایگان و الزامی قبل از ثبت ازدواج برای زوجین صورت گیرد تا سازگاری و تجانس فرهنگی میان زوجین بررسی شود و مهارت‌های زندگی و همسرداری نیز برای آن‌ها بیان شود و به‌نوعی علاج درد قبل از واقعه کرد.

۲- برنامه اسلام، بعد از بروز اختلاف

نبی اکرم (ص) از طلاق به‌عنوان یکی از مبعوض‌ترین حلال‌ها در نزد خداوند یاد کرده‌اند؛ زیرا ایشان چنین فرمودند: «ما أحلَّ اللهُ شيئاً أبغضَ إليه من الطَّلاقِ؟» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۵، ص ۲۸۰) خدا چیزی را حلال نکرده که نزد وی از طلاق منفورتر باشد. پس این اقدام در منظر اسلام، عملی منفور و ناپسند بوده و تا زمانی که راهی برای ادامه زندگی مسالمت‌آمیز موجود باشد، روی آوری به این عمل، مورد مذمت قرار گرفته است. برای نمونه خداوند در آیه ۳۴ سوره نساء می‌فرماید: «...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً». این آیه شریفه بیانگر آموزش روش‌های مقابله با نشوز زن که یکی از عمده



عوامل طلاق در جامعه فعلی است، به طور ضمنی نشانگر قداست و اهمیت خانواده از دیدگاه اسلام است. (مکارم، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۷۲-۳۷۳)

به اضافه اینکه در آیه ۳۵ همین سوره می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا». شارع حکیم با تأکید بر انتخاب داور جهت بهبود روابط زوجین و ایجاد صلح و سازش بین آن‌ها، پایداری نکاح و عدم تفرق زوجین را مقصود نهایی خود قرارداد (همان، ص ۳۷۵) این امر در مواد ۲۷^۸ و ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ تصریح شده است. هرچند در عمل داورانی انتخاب می‌شوند که نقش حکمیت را به عهده نمی‌گیرند و به عبارتی خودشان از مدعیان اصلی طلاق هستند؛ این امر از آنجا نشأت می‌گیرد که سبک بسیاری از ازدواج‌های امروزی عوض شده و این ازدواج‌ها غالباً با مخالفت خانواده‌ها روبرو می‌شود فلذا در این مرحله حساس، داوران که اغلب از اقوام درجه اول انتخاب می‌شوند تمایلی به حل اختلاف ندارند. برای حل این مشکل پیشنهاد می‌شود تا با اصلاح قانون قضات حق رد داور انتخابی را داشته باشد و یا داور را خود شخص قاضی (با مشورت طرفین) انتخاب کند. این امر هرچند با ظاهر آیه همخوانی ندارد ولی برخی فقها در فتاوی خود به آن اشاره کردند که امام خمینی (ره) از جمله آن‌هاست که به دلیل وجود نکات ارزشمند که در فتوای ایشان وجود دارد عین عبارت در اینجا آورده می‌شود: «اگر نشوز از زوجین واقع شود به طوری که خوف شقاق و جدایی بین آن‌ها باشد و امر آن‌ها به حاکم شرع کشانده شود، باید دو حکم تعیین کند: یک حکم از طرف شوهر و یک حکم از طرف زن که جهت اصلاح و رفع اختلاف آنچه را که صلاح می‌بینند از باهم بودن یا جدا بودن آن‌ها، انجام دهند و بر حکمین واجب است که بحث و جدیت بکنند در حال آن‌ها و در آنچه سبب و علت پیدا شدن این اختلاف است، سپس در امر آن‌ها کوشش کنند، پس هر چه را که رأی شان گرفت و به آن حکم نمودند بر زوجین نافذ است و بر زوجین لازم است که به آن راضی باشند- به شرطی که مورد حکم آن‌ها جایز باشد- کما اینکه اگر شرط کنند به

۸. در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.



زوج که زوجه را در فلان شهر یا در مسکن مخصوصی یا در نزد پدر و مادرش ساکن نماید یا با زن مادر یا خواهرشوهر سکونت نداشته باشد و لو در یک‌خانه جدایی باشد یا با او هوییش در یک‌خانه و مانند آن سکونت نداشته باشد یا بر زن شرط کنند مهر حالش را تا فلان مدت به تأخیر بیندازد یا آنچه را که از او گرفته به او قرضی رد نماید و مانند آن. به خلاف اینکه جایز نباشد که اینک بر مرد شرط کنند که بعضی از حقوق هوو را از هم خوابگی یا نفقه یا رخصت زن در خروجش از خانه او هر وقت و هر جا که بخواهد و مانند این‌ها را ترک نماید.» (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۰۶)

علاوه بر این در آیه ۱۲۸ همین سوره نیز چنین فرموده است: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا». این آیه با دعوت نمودن زوجه به صلح و سازش در مواقع نشوز مرد، حفظ کیان خانواده را به‌عنوان یکی از محوریت‌ترین وظایف بیان نموده است.

اسلام با لحاظ کردن حق طلاق برای مردان با توجه به خصوصیات عاطفی و تصمیم‌گیری سریع زنان در مواقع دشوار و همچنین قرار دادن طلاق رجعی و لحاظ نمودن حق رجوع برای مرد در زمان عده این نوع طلاق، زمینه را برای بازگشت و تحکیم پیوند زناشویی مهیا نموده و درنهایت وجود شرایطی خاص؛ مثل حضور دو شاهد عادل (خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۱) و یا عدم حائض بودن زن در زمان طلاق (همان، ص ۳۲۸) و... موانعی دیگر جهت جلوگیری از این عمل مبغوض در فقه به شمار می‌روند. در اینجا با توجه به رویکرد جدید تسهیل طلاق در قوانین گفتاری را به آن اختصاص می‌دهیم.

۱-۲- رویکرد تسهیل طلاق در قوانین ایران

سیر تحولات قوانین و مقررات طلاق در جمهوری اسلامی ایران، جهت‌گیری به سمت «تسهیل طلاق» است. توضیح اینکه طلاق به خواست زوجه در دو قالب کلی قانونی و قراردادی صورت می‌گیرد. در دوره نخست قانون‌گذاری، قانون مدنی پنج سبب برای طلاق قضائی یا قانونی ذکر کرده بود: امتناع شوهر از انفاق (۱۱۲۹) امتناع شوهر از ایفای وظیفه همسری (ماده ۱۱۳۰) سوء معاشرت (۱۱۳۰)، ابتلای شوهر به امراض مسریه صعب‌العلاج (۱۱۳۰) و مفقودالاثر شدن شوهر (۱۱۳۰)، قانون حمایت خانواده سال‌های



۴۶ و ۵۳ هر کدام اسباب طلاق قضایی را توسعه داده‌اند به گونه‌ای که در قانون اخیر به ۱۴ مورد افزایش یافته است. در سال‌های نخست پس از انقلاب اسلامی، با تصویب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص (مصوب ۱۳۵۸) روند تسهیل طلاق و تکثیر موجبات آن متوقف شد. دلیل اصلی تغییر رویکرد قانون‌گذار بازگشت به احکام شرعی بوده است. لکن پس از گذار از سال‌های نخست پیروزی انقلاب اسلامی، مجدداً رویه آسان‌سازی طلاق از سر گرفته شد.

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در دوره جدید قانون‌گذاری، با بهره‌گیری از دو روش تقنینی و قراردادی به سمت آسان‌سازی طلاق برای زوجه پیش رفته است: در روش تقنینی، با بهره‌گیری از «اختیارات حاکم اسلامی» و «ظرفیت عناوین و احکام ثانوی» شرایطی ایجاد شد تا زوجه زودتر و آسان‌تر بتواند طلاق بگیرد. به عنوان مثال مطابق متن اولیه ماده ۱۱۳۰ ق.م.مصوب ۱۳۱۴، زوجه در سه مورد حق داشت از دادگاه تقاضای طلاق نماید. متن قانون چنین است: «حکم ماده قبل در موارد ذیل نیز جاری است: ۱. در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد؛ ۲. سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد؛ ۳. در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب‌العلاج، دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.» این متن پس از انقلاب به طور مکرر اصلاح گردید که اصلاح ماده به همراه الحاق یک تبصره به شرح ذیل است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

تبصره (الحاقی ۱۳۸۱/۰۴/۲۹): عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد:

۱ - ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه.

۲ - اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک



آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است .
در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک ، مجدداً به مصرف
موارد مذکور روی آورد ، بنا به درخواست زوجه ، طلاق انجام خواهد شد .

۳ - محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر .

۴ - ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت
زوجه قابل تحمل نباشد .

۵ - ابتلاء زوج به بیماری های صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب
العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید .

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج
زن در دادگاه احراز شود ، حکم طلاق صادر نماید».

ورود عناوین ثانوی عسر و حرج در متن قانون، به نوعی توسعه موارد طلاق است؛ زیرا
این عنوان عام، مصادیق سه گانه مذکور در متن سابق را شامل شده، مصادیق دیگر را نیز
در بر می گیرد. قانون اخیر از دو جهت اطلاق دارد الف- اطلاق نسبت به مراتب عسر و
حرج: مطابق تعریف جدیدالصدور، عسر و حرج عبارت است «وضعیتی که تحمل آن
مشکل باشد». مطابق متن اولیه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، «سوء معاشرت شوهر» در
صورتی موجب طلاق است که « ادامه زندگی زن را با او غیر قابل تحمل سازد». مشقتی
که «تحمل آن مشکل باشد»، بسی نازل تر از مشقتی است که «غیر قابل تحمل باشد».
برخی ضمن ارائه نظرات فقها در خصوص عسر و حرج، تعریف قانون از عسر و حرج را از
لحاظ فقهی قابل پذیرش نمی دانند، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که این درجه از مشقت،
مجوز اجبار به طلاق باشد. (هدایتی، ۱۳۹۴، ص ۶۴) البته در همین تبصره در بند ۴ و ۵،
سطح بالاتری از مشقت ملاک قرار گرفته و از عبارت «قابل تحمل نباشد» و «مختل
نماید» استفاده کرده که نشان از اضطراب و ناهماهنگی است. ب- اطلاق قانون نسبت به
گونه های عسر و حرج. تعریف قانون از عسر و حرج، از جهت فراگیری آن نسبت به گونه
های مشقت نیز اطلاق دارد و هر دو نوع جسمی و روحی را شامل می شود.

در روش قراردادی، تمام مصادیق مذکور در قانون حمایت خانواده سال ۵۳ در اسناد
نکاحیه جمهوری اسلامی ایران درج گردید و شرایطی ایجاد شد تا زوجه بتواند از شوهر در
آن موارد وکالت در طلاق بگیرد. توجیه حقوقی تسهیل طلاق برای زوجه، حمایت از زن
در برابر «ضرر و حرج» است. در حقیقت قانون گذار خواسته است از طریق تسهیل




طلاق، زوجه را از آسیب‌های وضعیت ضرری یا حرجی خلاص نماید. تأثیرپذیری از رویکرد «برابری حقوقی» در اسناد بین‌المللی نیز در رویکرد تسهیل طلاق بی‌تأثیر نبوده است. با توجه به اختیار مطلق زوج در طلاق، قانون‌گذار کوشیده است اختیار زوجه در تقاضای طلاق را افزایش دهد تا تفاوت حقوقی موجود کاهش یابد. تسهیل طلاق زوجه به علت ضرر یا حرج راه‌حل حقوق خصوصی برای تأمین حقوق زوجه است. این رویکرد در مواردی که طلاق راه منحصر دفع یا رفع ضرر و حرج باشد صحیح است. لکن سخن در این است که از منظر حقوق عمومی دولت موظف است از طریق رفع منشأ ضرر یا حرج از طلاق پیشگیری نماید؛ اساساً خانواده در ایران مانند سایر جوامع از آسیب‌هایی رنج می‌برد که به لحاظ منشأ به سه آسیب کلی بازمی‌گردد: این سه عبارت‌اند از: «نادانی»، «ناتوانی»، «نافرمانی» و به تعبیری جهل، عجز و نشوز. هر یک از این آسیب‌ها خود مصادیقی دارند. مثلاً نادانی اعم است از حقوقی و مهارتی؛ یا ناتوانی اعم است از مالی و غیرمالی؛ و نافرمانی نیز ممکن است یک‌جانبه یا متقابل باشد.

گفتنی است، مقصود از ناتوانی در تقسیم فوق مفهوم فقهی آن است و به همین دلیل توانائی ضرری و حرجی را نیز در بر می‌گیرد. از سوی دیگر، هرچند نادانی یک آسیب حقوقی به شمار نمی‌آید ولی باعث به وجود آمدن بعضی مشکلات حقوقی می‌گردد. بر اساس تقسیم‌بندی فوق، در بحث ناتوانی مالی می‌توان گفت به‌طور کلی سه دسته افراد وجود دارند که لازم است نگاه قانون به هریک متفاوت باشد:

۱. فردی که از کارافتاده است و نمی‌تواند درآمد کسب کند.
۲. فردی که می‌تواند ولی تلاشی برای کسب درآمد نمی‌کند و فعلاً در مضیقه مالی است.
۳. فردی که توانایی مالی دارد اما هزینه نمی‌کند.

قانون باید فرد سوم را مجبور کند یا نفقه پرداخت نماید یا اینکه همسرش را طلاق بدهد، در مورد دسته دوم هم که فعلاً توانایی اقتصادی ندارد چون بیکار است باید فرصت شغلی برایش ایجاد کرد و تا زمانی که بیکار است باید حمایتش نمود. دسته اول هم که اگر کار هم برایش فراهم شود به دلیل عجز و از کارافتاده بودن و عاجز نمی‌تواند، اگر زن و شوهر به یکدیگر علاقه‌مند هستند و تنها مشکلشان معیشت است نباید مجوز طلاق داد. در حال حاضر، قانون مدنی هیچ فرقی بین شوهر ممتنع و شوهر عاجز قائل نشده است؛ سیاست تقنینی ما راجع به هر سه دسته یک روش را در پیش گرفته است؛ به‌طور



مثال در ماده ۱۱۲۹ آمده «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه» این ماده باعث تسهیل طلاق می‌شود چون هر سه دسته را یکسان پنداشته است چراکه در مورد دودسته اول که طلاق ضرورت ندارد یا حداقل اولویت ندارد، زمینه طلاق را تسهیل نموده است.

مواجهه قانون‌گذار با زنان ستم دیده یا در معرض ستم مانند رفتار پزشکی است که به‌جای تلاش در جهت مداوای بیمار و رفع ریشه‌های آن، از وی سلب حیات می‌کند تا از درد و رنج خلاص گردد. راه حمایت از زنان در معرض آسیب، تنها گسست نکاح و طلاق نیست. بسیاری از آسیب‌ها یا مشکلات در روابط همسری قابل‌رفع است؛ از این‌رو دولت موظف است در جهت رفع منشأ ضرر یا حرج زوجه بکوشد و پس از حصول نتیجه، دیگر وجهی برای طلاق باقی نمی‌ماند. این منشأ ضرر نیز یا اقتصادی است که در سطور فوق اشاره شد که باید بین موردی که مرد به دلیل ناتوانی از پرداخت نفقه خودداری می‌کند و موردی که مرد نمی‌خواهد نفقه پرداخت کند فرق قائل شد. منشأ دیگر ضرر، مشکلات جنسی و ناتوانی‌های جنسی در زن یا مرد است توضیح اینکه دین مبین اسلام جایگاه ارزشی ممتازی برای «عفاف» قائل شده و منزلت عفیف را تا رتبه مجاهد شهید و فرشته مقرب بالا برده است (سید رضی، ۱۳۸۹، حکمت ۴۷۶) از سوی دیگر، قرآن کریم فاحشه‌ی آشکار یا پنهان را در زمره‌ی محرمات بزرگ قرار داده و از آن نهی کرده است (انعام ۱۵۱) این را نیز می‌دانیم که از نظر اسلام راهی برای عفیف ماندن جز ازدواج یا خویش‌نداری جنسی وجود ندارد. این بیان خدای متعال در قرآن کریم است که فرمود: «مردان و زنان بی‌همسر خود را همسر دهید...، اگر فقیر و تنگدست باشند، خداوند از فضل خود آنان را بی‌نیاز می‌سازد... و کسانی که امکانی برای ازدواج نمی‌یابند، باید پاکدامنی پیشه کنند تا خداوند از فضل خود آنان را بی‌نیاز گرداند» (نور ۲۲ و ۲۳) بدین ترتیب ازدواج در اسلام به منظور حفظ عفاف تشریح گردیده یا حداقلی یکی از مبانی آن حفظ پاکدامنی است. نکته مهمی که باید به آن اشاره شود این است که وضعیت زن و شوهر در امور جنسی متفاوت است؛ زیرا اگر همسر مردی ناشزه باشد یا دچار ناتوانی جنسی گردد، مرد می‌تواند از وی جدا شود، یا با حفظ رابطه زوجیت همسر دیگری به عقد دائم یا منقطع اختیار نماید؛



بنابراین، او می‌تواند خود را از خطر آلوده‌دامنی حفظ نماید. درحالی‌که وضعیت زن از این جهت متفاوت است؛ وی حق طلاق ندارد و از طرفی تا از قید زوجیت فعلی خلاص نشود، نمی‌تواند شوهر دیگری اختیار نماید. در این صورت، اگر راهی برای گسست نکاح برای وی وجود نداشته باشد، خطر آلوده‌دامنی وی را تهدید می‌کند؛ به عبارت دیگر، اگر خانواده برای زن کارکردش را از دست بدهد و زن در معرض فساد باشد، نظام حقوقی ما راهی برای طلاق پیش‌بینی نکرده است.

در فقه آمده است مرد مجاز است تا ۴ ماه از نزدیکی با زن امتناع کند. این یعنی زن چهار ماه یک‌بار حق ارضای جنسی دارد؛ اولاً اصلش محل بحث است، زیرا صاحب عروه می‌گوید اگر زن به دلیل جوانی یا به دلیل بیش‌فعالی جنسی یا هر دلیل دیگری در معرض فساد باشد، احوط آن است که یا به نیاز جنسی زنش قبل چهار ماه پاسخ بدهد یا طلاقش دهد (یزدی، ۱۴۳۲، ج ۵، ص ۵۰۸)؛

در این زمینه مباحث بعضی بزرگان را مورد بررسی قرار دادیم. طبق آنچه به دست آمده، هیچ بُعدی ندارد که کسی اینجا فتوا بدهد؛ البته اگر بپذیریم که بی‌اعتنایی شوهر به این نیاز همسر، موجب می‌شود که در معرض فساد قرار گیرد. اگر یک منشأ عقلایی برای آن دیده شود، برای فتوا هیچ بُعدی وجود ندارد هر چند صاحب عروه احوط گفته است. (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۵، ۴۷۹) در هر صورت آیا می‌توان گفت شریعت نسبت به خطر بی‌عفتی زن، راه‌حل ندارد؟!

در بحث طلاق خلع فقه می‌گوید اگر زن از شوهرش کراهت دارد، خلع بر زوج واجب نیست، ولو زن مهریه را بذل نماید؛ بلکه می‌توان همچنان این زندگی را سرپا نگه داشت اما خطر فساد زن وجود دارد چراکه اگر مرد با قوه قهریه زن را وادار به هم‌خوابگی کند، این رابطه برای مرد یک رضایت نسبی دارد، چون رضایت حداکثری مبتنی بر مشارکت فعال خود زن در روابط جنسی است اما در طولانی‌مدت زن در خطر فساد است، چون فرض بر این است که تنها راه تأمین نیاز جنسی زن، شوهر است که از این طریق هم ارضا نمی‌شود. بر اساس مواردی شبیه به مورد فوق باید راه طلاق را به دلیل عفاف باز بگذاریم، به نظر می‌رسد عفاف یک اصل ارزشی و اخلاقی محض نیست بلکه یک اصل فقهی و با کاربرد فقهی است؛ در صورتی که به کارکردهای فقهی این امر ملتزم نبوده‌ایم؛ نه در فقه



سنتی و نه در حقوق داخلی ولی در اندیشه‌های فقهی امام خمینی (ره) این امر یک جایگاه روشنی دارد^۹. شیخ حسین حلی اساساً می‌گوید آیه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» یک قاعده کلی است مبنی بر این‌که در زندگی زناشویی، بر شوهر واجب است که در برابر همسرش یکی از دو راه را اختیار کند، یا همسرش را به شایستگی نگهداری کند و یا او را به نیکی طلاق داده و رها سازد. (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۸۷)

بنابراین در چنین وضعیتی در درجه اول باید فرایند درمانی را طی کنیم، یعنی قانون قرار ارجاع به پزشک صادر کند و اگر بر اساس نظر پزشک، درمان امکان‌پذیر نبود یا فرد بیمار از درمان امتناع کرد، آنگاه باید فرایند طلاق را تسهیل نمود اما فقه سنتی می‌گوید زن مبتلاست و باید صبر کند.

به‌طور کلی در مواردی که خانواده در معرض فساد است، البته نه از باب زیاده‌خواهی زن و بی‌مبالاتی او بلکه درجایی که شوهر توجهی به غریزه زن ندارد قانون‌گذار توجه لازم را نداشته است، اما چرا این اتفاق افتاده است؟ به دلیل اینکه ما موضوع خانواده را به‌طور کامل به حقوق خصوصی برده‌ایم؛ راه‌حل حقوق خصوصی می‌گوید زن در حرج و ضرر است، پس لا حرج و لا ضرر؛ اما اگر پای موضوع خانواده به حقوق عمومی باز شود، مسئولیت‌های دولت در میان است آن موقع دولت باید منشأ ضرر و حرج را برطرف کند، یعنی اگر شوهر زنی اختلالات جنسی دارد، مسئول است و باید درمانش کند. در این صورت دیگر راهی برای اعمال قاعده لا حرج و لا ضرر باقی نمی‌ماند. ضرر مالی تأمین شده است و ضرر جسمی هم مورد درمان قرار گرفته است. به‌طور خلاصه حقوق دو راه‌حل متمایز در مواجهه با حق طلاق زوجه دارد:

۱. تسهیل طلاق در حقوق خصوصی؛ حقوق خصوصی در رویکردی فردگرایانه می‌کوشد با بهره‌جویی از قواعد «لا حرج» و «لا ضرر» طلاق را تسهیل نماید. با فرض احراز ضرر یا حرج در روابط زوجیت، زوجه می‌تواند تقاضای طلاق کند و با مداخله دادگاه

۹. چنانچه گفته شد امام خمینی در مورد زنانی که شوهرشان مفقودالثر بودند؛ فرمودند اگر زن نه از جهت نفقه، بلکه به لحاظ اخلاقی در معرض فساد باشد، حاکم می‌تواند زن را طلاق بدهد حتی قبل از یأس از بازگشت شوهر. شورای قضایی نیز استفتاء امام را در قالب بخشنامه به همه محاکم ابلاغ نمود که به درخواست چنین زنی رسیدگی نمایند.



مطلقه می‌گردد.

۲. طلاق زدایی در حقوق عمومی؛ حقوق عمومی در نظام جمهوری اسلامی ایران خانواده گرا و خانواده محور است. به همین دلیل می‌کوشد از تشکیل خانواده حمایت کرده و به بقای آن کمک نماید. خانواده محوری مقتضی آن است که دولت اسلامی به‌جای تسهیل طلاق برای رفع منشأ ضرر و حرج بکوشد. روشن است که پس از رفع منشأ ضرر یا حرج، طلاق قضائی و جاهتی نخواهد داشت.

میان راه‌حل حقوق عمومی و حقوق خصوصی رابطه ترتیبی وجود دارد. اگر دولت به مسئولیت‌های خود در قبال خانواده عمل نماید، از بسیاری طلاق‌ها پیشگیری می‌شود و طلاق برای مواردی که آسیب موجود غیرقابل‌رفع یا رفع آن دشوار باشد تجویز می‌گردد. این امر مستلزم اصلاح قوانین طلاق با اولویت رویکرد حقوق عمومی است.^{۱۰}

نتیجه

اسلام با برنامه‌ریزی‌های دقیق؛ مثل تأکید بر انتخاب صحیح همسر قبل از ازدواج، رعایت تمامی شئون و حقوق زوجین در حین دوران زناشویی و قرار دادن کلیه راهکارهای ایجاد صلح و سازش در زمان طلاق و عدم تسهیل طلاق، خواستار تحقق ارزش‌های والای دین، همچون تحکیم بنیان خانواده، حفظ پایگاه اولیه تولید نسل و گسترش جمعیت مسلمان و جلوگیری از کلیه موانع موجود بر سر راه اهداف این دین مقدس است. لذا حکومت اسلامی نیز باید با جلوگیری از گسترش روزافزون طلاق از یک‌سو و تشویق و ترغیب به ازدواج نسبت به سایر اعمال از سوی دیگر، جهت دستیابی به کثرت جمعیت اقدامات ذیل را در اولویت قرار دهد:

- برنامه‌های تبلیغی و رسانه‌های برای فرهنگ‌سازی جهت پابندی زوجین به خانواده و حفظ حرمت آن.

- مشاوره رایگان قبل از ازدواج با ارائه مشوق‌ها به زوجینی که در این کلاس‌ها

۱۰. جهت مطالعه بیشتر رک: - باقری، محمدحسین و همکاران، راهکارهای تقنینی کاهش نرخ طلاق و آثار و پیامدهای پس از طلاق. ۲. هدایت نیا، فرج الله، تسهیل طلاق یا طلاق زدایی در حقوق خانواده ایران.



شرکت می‌کنند و حتی الزامی کردن آن

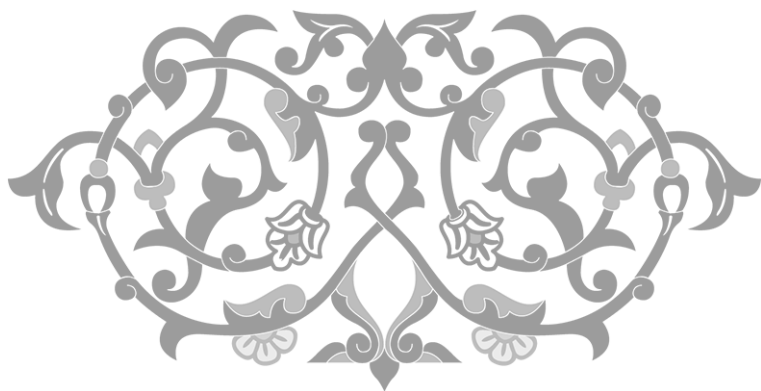
- به‌کارگیری گروه‌های مداخله‌گر؛ نظیر مددکار و روانشناس جهت مشاوره رایگان در امر طلاق، برای ایجاد هرگونه صلح و سازش بین زوجین.
- از آنجاکه در عمل داورانی انتخاب می‌شوند که تمایلی به ایجاد صلح ندارند، با اصلاح قانون، قضات حق رد داور انتخابی را داشته باشد و یا داور را خود شخص قاضی (با مشورت طرفین) انتخاب کند.
- تشویق داوران و یا قضات دادگاه‌های خانواده در صورت حفظ نظام خانواده.
- دولت اسلامی به‌جای تسهیل طلاق برای رفع منشأ ضرر و حرج بکوشد. روشن است که پس از رفع منشأ ضرر یا حرج، طلاق قضائی و قانونی وجاهتی نخواهد داشت.

منابع:

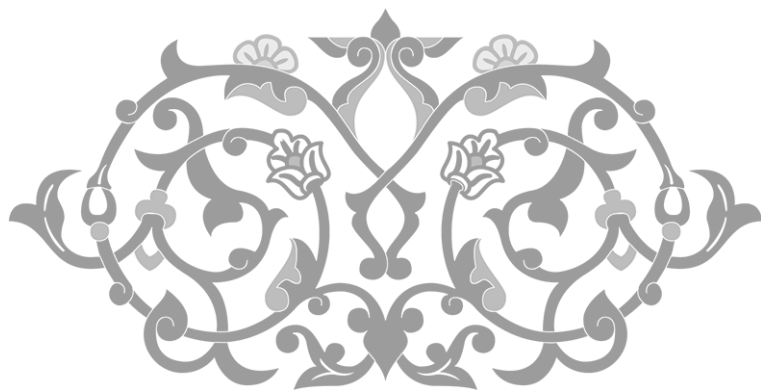
- - باقری، محمدحسین و ابراهیمی، جواد، دلاوری، جواد، راهکارهای تقنینی کاهش نرخ طلاق و آثار و پیامدهای پس از طلاق، تهران: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی معاونت پژوهش، ۱۳۹۴
- - ابن شعبه الحرانی، تحفه العقول، تحقیق علی اکبر غفاری، قم: نشر جامعه مدرسین حوزه علمی قم، ۱۳۷۴.
- - امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۵، تهران: انتشارات اسلامی، بیتا.
- - جوکار، محبوبه، مدرنیته، تغییر سبک زندگی و کاهش جمعیت در ایران، پژوهش‌نامه اسلامی زنان و خانواده، سال دوم، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
- - حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱ و ۱۲ و ۲۰، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
- - حلی، حسین، بحوث فقهیه، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- - خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بیتا.
- - سلیمیان، خدامراد، «طلاق؛ منفورترین حلال»، ماهنامه مبلغان، ش ۳۲، شهریور ۱۳۸۱.
- - سید رضی، محمد بن حسن، نهج‌البلاغه، قم: اندیشه ماندگار، ۱۳۸۹.
- - شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح، ج ۱ و ۵، قم: رأی پرواز، ۱۴۱۹ ق.
- - طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم ۱۴۱۸ هـ ق.
- - طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۷، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- - کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.



- -مصطفوی، جواد، بهشت خانواده، ج ۲، مشهد: انتشارات هائف مشهد مقدس، ۱۳۸۷ ش
- -مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، ج ۳، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۸۷ ش.
- -نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۹، بیروت: دار إحياء التراث العربی ۱۴۰۴ ق.
- -نوری، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴ و ۱۵، بیروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
- -یزدی، محمدکاظم، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، ج ۱ و ۵، قم: مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۳۲.



گزیده سخنرانی‌ها





مراجع تشخیص اراضی ملی و موات و روش اعتراض به آن^۱

سخنران: دکتر نصیر مشایخ^۲

در بحث اراضی ملی و موات مقررات و قوانین مختلفی وجود دارد، مثل قانون لغو مالکیت اراضی شهری و قانون تشخیص اراضی موات خارج از محدوده شهر و قانون زمین شهری و اراضی شهری.

اراضی موات به طور کلی اراضی ای هستند که سابقه عمران و احیا ندارند. و بموجب قانون لغو مالکیت اراضی موات از تاریخ ۵/۴/۵۸ سابقه احیا نداشته یا این که از اراضی ای بوده که تا اسفند ۱۳۵۸ به دولت منتقل نشده باشند.

عنوان این اراضی موات است و سابقه احیا ندارند، این دسته از اراضی خود به دو دسته تقسیم می شوند که در قانون زمین شهری و آیین نامه آن به اراضی بایر و موات مشهور است. در فقه هم به موات بالعرض و بالذات سابقه دارد. اراضی موات اراضی هستند که اصلاً سابقه احیاء ندارند ولی اراضی بایر اراضی هستند که قبلاً سابقه احیا داشتند ولی به دلیل اعراض مالک دوباره به حالت موات برگشته است.

یک دسته از اراضی موات در داخل محدوده شهر و یک دسته در خارج از محدوده شهری است.

تشخیص اراضی ای که در داخل محدوده شهر است با اداره راه و شهرسازی است و

۱. ایراد شده در ۲۶ آبان ۹۹ (پیاده سازی سخنرانی توسط همکار گرامی سرکار خانم

ساراسادات شجاعی وکیل پایه یک دادگستری).

۲. سردفتر اسناد رسمی مدرس حقوق ثبت اسناد و املاک.



مستند مالکیت آن قانون لغو مالکیت اراضی موات و قانون زمین شهری است. اراضی خارج از محدوده شهر به موجب قانون تشخیص اراضی موات خارج از محدوده به عهده اداره اراضی جهاد کشاورزی است.

به موجب قانون تعریف محدوده شهرها و شهرک‌ها به آن حدی از کالبد شهری می‌گویند که به موجب آن حدودش با طرح جامع یا طرح هادی در محدوده شهر قرار می‌گیرد.

تعریف اراضی ملی

در خصوص اراضی ملی - که مستند آن قانون حفظ و حمایت از منابع جنگل هاست - متأسفانه دانشجویان ما از تاریخ قانون‌گذاری خیلی مطلع نیستند. در آن زمان مجلس قانون‌گذاری کشور تعطیل بود و برای اداره امور، خود دولت قانون تصویب می‌کرد. قوانین تصویب‌شده توسط دولت هم در حکم قانون بود بنابراین ما می‌گوییم تصویب‌نامه قانونی.

قانون جنگل‌ها و منابع ملی در دوره‌ی فترت مجلس بی‌سروصدا تصویب شد که بیشه‌زارها جنگل‌ها و پوشش‌های گیاهی خودرو متعلق به دولت و در نتیجه ملی است. قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی که در سال ۱۳۷۱ تصویب شده است عنوان داشته که منابع طبیعی و جنگلی کشور متعلق به دولت است و پوشش‌های گیاهی خودرو که عمدتاً مراتع و پوشش جنگلی است را ملی اعلام کرد. در واقع اداره اراضی ملی بر عهده معاونت اداره‌ی منابع طبیعی و آبخیزداری وزارت جهاد کشاورزی هستند و در اراضی موات خارج از محدوده بر عهده‌ی اداره امور اراضی جهاد کشاورزی است. اداره‌کننده اراضی موات که در داخل محدوده هستند، اداره راه و شهرسازی است. یک بار در یکی از مجلات علمی پژوهشی مقاله‌ای ارایه دادم به عنوان «تفکیک اراضی در داخل محدوده شهر و خارج از محدوده شهر چه آثاری دارد؟» که مطالعه شود.

اثر اول: مرجع رسیدگی

تشابهی میان اراضی ملی و موات است و همچنین در مرجع تشخیص آن اثر اولش تشخیص اراضی و اثر دیگرش مرجع رسیدگی به اعتراض به آن است.



مرجع رسیدگی به اعتراض به تشخیص اراضی موات یک مرجع است و مرجع اعتراض به تشخیص اراضی ملی یک مرجع دیگر. یعنی مهم‌ترین اثر حقوقی آن، از جهت اعتراض است.

بحث تشخیص اراضی ملی اگر به یک لفظ عام بیان بکنیم در اداره جهاد کشاورزی است، به موجب ماده ۵۶ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و جنگلی کشور، که در سال ۷۱ تصویب شده این اراضی ملی است، بنابراین مرجع تشخیص اراضی ملی اداره جهاد کشاورزی است که البته برگ تشخیص صادر و این برگه تشخیص اعلام می‌کند که زمین ملی اعلام شده است که کم از یک خبر ناگوار نیست.

تشخیص اراضی موات، همان طور که عرض کردم بسته به این که زمین داخل محدوده باشد و یا خارج از محدوده متفاوت است و اگر اراضی در داخل محدوده شهر باشد تشخیص آن باستناد ماده ۱۲ قانون زمین شهری به عهده اداره راه و شهرسازی است.

مرجع تشخیص اراضی موات داخل محدوده شهردر ماده ۱۲ قانون زمین شهری کمیسیون سه نفره ای است که اعضای آن را وزیر راه و شهرسازی تعیین می‌کند و مشهور به کمیسیون ماده ۱۲ است. (اگر زمین در داخل شهرو طبق تعریف محدوده شهر باشد). اگر دوستان مایل باشند دقیق تر طرح محدوده شهر را بدانند، مراجعه بکنند به ماده ۱ قانون تعاریف محدوده شهرها شهرک‌ها و روستاها.

مرجع تشخیص اراضی موات خارج از محدوده شهر هیاتی است که زیر نظر اداره امور اراضی جهاد کشاورزی و مستند به قانون تشخیص اراضی موات خارج از محدوده شهر مصوب سال ۶۵ است.

روش اعتراض

روش اعتراض به تشخیص اراضی موات و اعتراض به تشخیص اراضی ملی سیر تحول و پیچیده ای دارد و این از موارد غامض و پیچیده است که رویه قضایی واحدی وجود ندارد.

مرجع اعتراض به تشخیص اراضی ملی به طور کلی به موجب ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و جنگلی کشور بر عهده جهاد کشاورزی است. این تشخیص از



طریق برگه ای مشهور به تشخیص اخطار می شود و در روزنامه های کثیرالانتشار منتشر می شود (طبق قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوبه ۷۱/۷/۵).

اولین مسئله در خصوص رسیدگی به دعاوی مربوط به اراضی ملی است. برگه ی تشخیص از جهت منشاء ایجاد حق و یا ایجاد تکلیف و دغدغه ایجاد مشکل چه بحثی دارد؟ این تشخیص جهاد کشاورزی در خصوص ملی بودن اراضی اعلامی هست یا تأسیسی؟ اصلاً منظور از اعلامی و یا تأسیسی چیست؟ منظور از اعلامی یعنی وضعیت موجود از این لحظه کشف می شود و منظور از تأسیسی بودن یعنی از این لحظه سبب تحقق تکلیف می شود؛ اگر اعلامی باشد حق و تکلیفش برمی گردد به قبل و اثر قهقرایی دارد و امروز که برگه تشخیص اعلام شده از زمان قهقرا تکلیف ایجاد می شود.

حال از روزی که برگه ی تشخیص صادر شده ملی تشخیص می شود یا نه؟ از قبل اراضی ملی بوده است؟

اینجا دو نظر وجود دارد؛ یک نظر ماده ۱ تصویب نامه قانون ملی شدن جنگل ها که اراضی با پوشش گیاهی جنگل ها و مراتع با پوشش گیاهی خودرو را ملی می داند و فرقی نمی کند که امروز قانون تصویب شده، یا بعد (اعلامی). یک نظر دیگر این است که وقتی ما به شخصی می گوئیم زمین ملی شده است از همین امروز ملی است (تأسیسی). قضاتی که بر تأسیسی بودن اعتقاد دارند از روزی که تشخیص اعلام می شود زمین را ملی می دانند و قانون ملی شدن جنگلها و قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی را در واقع یک حکم کلی می دانند که از تاریخ تعیین مصداق ملی می شود، دلیلش این است که هر وقت موضوع تشخیص شد، از این تاریخ ملی است. استحضار دارید که اثر آن را از جهت اصولی اصطلاحاً، ثمره نزاع می گویند.

در ثمره تقسیم اگر فرض را بر این بگذاریم که ملی شدن اراضی، اعلامی است بنابراین تکلیف ما خیلی سخت می شود و قضات البته نظر بر اعلامی بودن دارند، جهاد کشاورزی نیز همین نظر را دارد. تشخیص اگر اعلامی باشد در واقع به شما اعلام می کند که از زمان تصویب قانون ملی شدن جنگلها یعنی ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ زمین ملی بوده و شما



اگر می‌خواهید اعتراض بکنید باید دلایلی بیاورید که از تاریخ ۲۷/۱۰/۱۳۴۱، قطعه زمین شما احیا شده بوده، که این بسیار مشکل است، یعنی درواقع چیزی حدود پنجاه و خرده‌ای سال که شما باید آنرا اثبات بکنید.

در اواسط دهه سی، تمام زمین‌ها و جنگل‌های کشور با همکاری نقشه‌برداران آمریکایی نقشه‌برداری شد. بنابراین اگر کسی که زمینی قبل از ملی شدن جنگل‌ها و باغات داشته‌است می‌تواند با مراجعه به سازمان جغرافیایی کشور و با استعلام از آنجا مشخص کند که با نقشه هوایی کشور، زمینش پوشش گیاهی نداشته و جنگل و بیشه‌زار نبوده‌است یا زمین سابقه احیا داشته‌است.

اما چگونه تشخیص بدهیم که این زمین ملی است؟ یکی از راهکارها استفاده از کارشناس منابع طبیعی است.

کارشناسان منابع طبیعی از روی شیارهایی که بر زمین می‌خورد، جنس خاک و کودهای شیمیایی و pH خاک و... درواقع تشخیص می‌دهند که زمین در گذشته پوشش گیاهی داشته یا خیر؟ و پوشش گیاهی از چه نوعی بوده؟ و آیا کاشت انسانی داشته‌است یا خیر؟ نقشه جغرافیایی نیز در این امر کمک کننده‌است.

آیا داشتن سند می‌تواند در این موضوع به ما کمک کند؟ داشتن سند الزاماً خیر.

ماده ۹ قانون ملی شدن جنگل‌ها می‌گوید آن دسته از اراضی که ملی شدند، حتی اگر سند داشته باشند سند باطل است، پس صرف این که طرف بگوید من آن موقع سند داشتم کافی نیست ممکن است در داخل آن سندی که سابقه صدور دارد و نشانی از احیاء داشته نوشته شده باشد: توتستان یا مشجر یا باغ چای ویا... اگر این موارد در سند باشد آن سند به کار می‌آید و مالکیت صاحب سند را اعلام می‌کند.

اگر اثر برگه‌ی تشخیص را اعلامی بدانیم در اینصورت ملی بودن جنگل‌ها از مصادیق اختیار دولت در سلب مالکیت است، اگر اثر آن را تاسیسی بدانیم (که شعب کمتری این نظر را دارند) در این صورت باید از تاریخی که اعلام شده زمین را ملی بدانیم. از این رو باید دلایلی بیاوریم که زمین دارای سابقه احیاء می‌باشد، البته این نظر به عدالت نزدیکتر است و امکان تناظر و دفاع به مالک میدهد.

دادگاه‌ها و جهاد کشاورزی نیز بر این عقیده هستند که تشخیص اثر اعلامی دارد پس



به این دلیل مالک زمین باید دلایلی اقامه کند از جمله کارشناسی و عکس هوایی سازمان نقشه‌برداری که نشان بدهد زمین قبل از تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ در اختیار مالک بوده است.

و اگر مالک اعتراض داشت چه باید بکند؟

با تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها در تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷، قانونی تصویب شد به اسم قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها، که در این قانون ماده ۵۶ مشهوری بود که در واقع مرجع اعتراض به برگه تشخیص شد.

کمیسیون در ماده ۵۶ وجود داشت که در آن هر کسی به برگ تشخیص ملی بودن اراضی اعتراض داشت به کمیسیون ماده ۵۶ مراجعه می‌کرد. در واقع نظر اکثریت کمیسیون ملاک عمل بود، تا اینکه در تاریخ ۱۳۶۰/۱۱/۴ قانون دیوان عدالت اداری تصویب شد.

طبق بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، در واقع اعتراض به تصمیم متخذ در کمیسیون ماده ۵۶ به برگه تشخیص ملی بودن اراضی، در دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود. نظریه‌ی کمیسیون ماده ۵۶ قطعی بود و وقتی که قانون دیوان عدالت اداری تصویب شد، نظر کمیسیون ماده ۵۶ چون یک مرجع اداری یا شبه قضایی بود سرانجام در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض شد.

این موضوع تمام شد تا در سال ۶۷، هیاتی دیگر به نام هیات ماده واحده ایجاد گردید.

صلاحیت ماده واحده‌ی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی در واقع همان صلاحیت کمیسیون ماده ۵۶ را داشت.

این ماده واحده در سال ۸۷ نیز اصلاح شد و این کمیسیون ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی که قاضی در آن رای صادر میکرد. این رأی قاضی در دادگاه عمومی قابل اعتراض بود و آراء شعب بدوی نیز در دادگاه تجدیدنظر قابل اعتراض اعلام شد. پس اعتراض سه مرحله‌ای بود.

بنابراین با توجه به تاریخچه اداری و قضایی، در سال ۸۹ یک قانونی تصویب شد به اسم قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی که در تیرماه ۸۹ تصویب گردید که از سال بعد از آن لازم‌الاجرا می‌شد، در واقع اعتراض و رسیدگی به این



اعتراض، به شعب ویژه مرکز، ارجاع می‌شد که با این حساب، اراضی‌ای که تا به حال اعتراض نشده یا برگه تشخیص آن صادر نشده بود به شعب ویژه ارسال می‌شد.

شعب ویژه مرکز چه بود؟

طی بخشنامه رئیس قوه قضاییه، شعب ویژه مرکز، در مرکز استان است. رییس قوه قضاییه اعلام کرد که شعب ویژه در مرکز استان در واقع به این موضوع رسیدگی می‌کنند و آراء شعب ویژه قابل اعتراض در مرجع تجدید نظر است.

پس از آن قانون رفع موانع تولید به تصویب رسید. در حال حاضر قانون رفع موانع تولید عنوان کرده است که از سال ۱۳۹۰، پنج سال صلاحیت عمل دارد. خیلی از ما وقتی اعتراض را در شعب ویژه مطرح می‌کنیم، قرار عدم صلاحیت صادر می‌شود به این علت که مدت صلاحیت (۵ساله) این قانون به پایان رسیده است. در چنین اسنادی، فرد باید با مراجعه به دفتر اسناد رسمی استعمال بگیرد، معمولاً دفاتر اسناد رسمی از اداره منابع طبیعی و جهاد کشاورزی استعمال می‌گیرند و سپس مشخص می‌شود، زمین ملی است یا خیر.

اداره جهاد کشاورزی نامه را به خود مالک نمی‌دهد و به دفترخانه می‌فرستند. اگر اخطار رسمی تشخیص، به مالک ابلاغ شده است این مورد بحث است. ولی اگر هنوز اعلام نشده است باید به شعب ویژه برود، اگر اعلام شده است در واقع صلاحیت شعب ویژه تمام و برگه تشخیص ابلاغ شده است.

رای وحدت رویه ای در این خصوص صادر شد که واقعاً موضوع را روشن نکرد. بنابراین در حال حاضر اگر تشخیص اراضی اعلام نشده باشد باید به شعب ویژه که در خصوص اراضی ملی بوده است مراجعه شود.

سوالی که مطرح می‌شود این است که اگر کاربری زمین در سند مالکیت نوشته شده باشد چطور؟ که این یک بحث کاربردی است. یکی از سوالاتی که مطرح می‌شود این هست که ممکن است در یک سند مالکیت کاربری زمین نوشته شده باشد مثلاً یک قطعه زمین مزروعی که این خود به تنهایی کفایت نمی‌کند و اگر سندی وجود داشته باشد که سابقه احیا دارد و سابقه آن به تاریخ ۴۱/۱۰/۲۷ بر می‌گردد، نظریه غالب این است که



در آن تاریخ مذکور سند نوشته شده است و اگر بعد از ۲۷/۱۰/۴۱، کاربری مزروعی بودن زمین در سند نوشته شده باشد دیگر تأثیری ندارد مگر این که مالک اثبات نکند که این زمین مزروعی بوده، و احیا آن قبل از سال ۴۱ بوده است.

در خصوص ملی شدن اراضی، سوالی که مطرح می شود این است که آیا هر دلیلی یا مستندی که نشان از احیا بدهد معتبر است؟ در واقع این جا ادله ی اثبات حصری نیست که بگوییم مثلاً این دلیل یا آن دلیل باید باشد یا الزاماً نظر کارشناسی باشد یا فلان دلیل. بنابراین هر دلیلی که نشان از سابقه احیای زمین در قبل از ۲۷/۱۰/۴۱ یعنی زمان تصویب تصویب نامه جنگل ها باشد آن دلیل معتبر است.

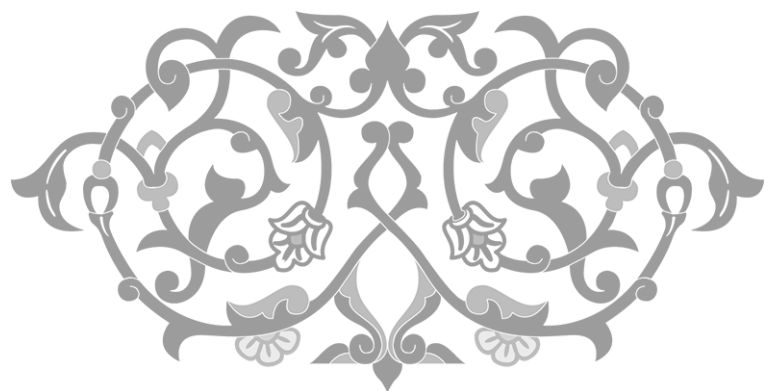
نکته ای از آیین دادرسی در مورد اراضی باید بگوییم که اصلاً موضوع دعوا و خواسته چیست؟ خواسته در واقع اعتراض به برگ تشخیص است که دعوایی غیر مالی است. در مواردی که برگ تشخیص صادر شده باشد و شما اعتراض خود را اعلام می کنید، خواسته شما غیر مالی است.

سوال دیگر این که وقتی ملکی سند ماده ۲۲ قانون ثبت راداشته باشد امکان ملی شدن آن ملک چگونه است؟ در ماده ۲۴ قانون ثبت اعلام می دارد همین که مدت عملیات مقدماتی ملک به پایان رسید هیچ دعوایی پذیرفته نیست. در واقع نظر دوست ما که مقاله ای نوشته بود در مبارزه با زمین خواری، عنوان می داشت که ماده ۲۴ قانون ثبت باعث زمین خواری است. چرا که وقتی ماده ۲۴ قانون ثبت میگوید سند صادر شده و هیچ دعوایی پذیرفته نیست پس اگر منابع طبیعی اعلام کند که زمین ملی هست، بی فایده است، زیرا سند باطل نمی شود!

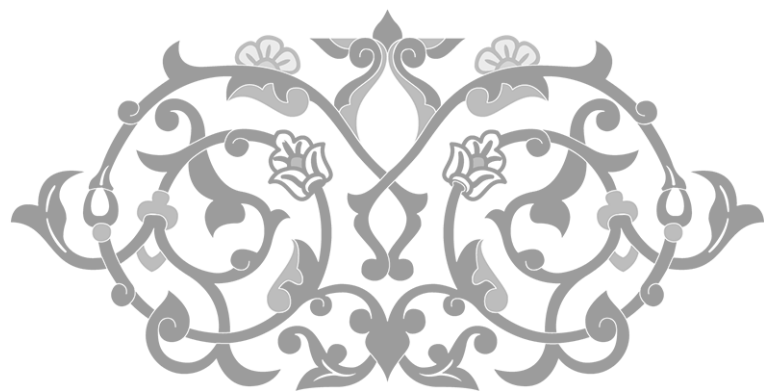
دوستان اشتباه نکنید ماده ۲۲ قانون ثبت می گوید که دولت کسی را مالک می شناسد که نام او در دفتر املاک وجود داشته باشد. ولی بعضی از اسباب سلب مالکیت نوعی است، اتفاقاً موضوع تز دکترای من در سلب مالکیت بود و سلب مالکیت در واقع نوعی است. گاهی در مواردی مثل صدور برگ تشخیص که منجر به ابطال سند مالکیت می شود به دلیل عدم رعایت قانون نیست بلکه از علل سلب مالکیت است یعنی قانون گذار بدون توجه به این که مالکیت شما عادی یا رسمی است بدون توجه به این که سند مالکیت دارید یا ندارید مالکیت شما را سلب می کنند.



بنابراین برابر ماده ۲ قانون تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌ها که می‌گوید حتی اگر در خصوص جنگل‌ها و مراتع سند صادر شده باشد، آن سند بی اعتبار است، این از موارد سلب مالکیت است و بعد از این که آن زمین در واقع موضوع و مصداق ملی شدن واقع می‌شود، سند مزبور اعتبار خودش را از دست می‌دهد و به همین دلیل رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور صادر شده است که عنوان می‌دارد وقتی یک زمین از اراضی ملی اعلام می‌شود الزامی ندارد که سند مالکیت برای او صادر گردد و الزامی ندارد که نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد همین که ملی بشود زمین متعلق به دولت است و سلب مالکیت گشته و اسناد مالکیت صادر شده اشخاص بی اعتبار است.



بایسته‌های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

۱ - نظریه مشورتی ۵۴۸/۱۴۰۰/۷ مورخه ۱۴۰۰/۵/۱۷

استعلام :

چنانچه خراش حارصه بر روی مفصل بندهای یک و دو احد از انگشتان را نتوان به یکی از بندها اختصاص داد، چه میزان دیه دارد؟

پاسخ :

بند انگشت عضو تلقی نمی‌شود؛ بلکه هر انگشت به عنوان یک عضو طبق ماده ۶۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دیه مشخصی (یک دهم دیه کامل) دارد که بین تعداد بندها تقسیم می‌شود؛ بنابراین دیه حارصه انگشت بر اساس دیه انگشت (و نه دیه بندهای انگشتان) سنجیده و محاسبه می‌شود؛ زیرا مواد ۵۶۸، ۵۶۹، و ۷۰۹ قانون یادشده ناظر به عضو (انگشت) است.

۲ - نظریه مشورتی ۹۲۲/۱۴۰۰/۷ مورخه ۱۴۰۰/۰۸/۱۵

استعلام :

مطابق بند «ب» ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، جرایم مستلزم پرداخت دیه یا ارض در صورتی که میزان یا جمع آنها کمتر از یک دهم دیه کامل باشد، قطعی و غیر قابل اعتراض است. در پرونده‌های دارای یک شاکی و دو متهم؛ که دیه متعلق به هر یک از متهمان کمتر از یک دهم و قابل اعتراض نمی‌باشد ولی با در نظر گرفتن جمع دیات متعلق به شاکی که بیش از یک دهم است، از جانب وی قابل اعتراض می‌باشد، آیا این استدلال دادگاه تجدیدنظر صحیح است و در این فرض، آیا رأی فقط از ناحیه شاکی قابل تجدید نظرخواهی است و از ناحیه متهمان قطعی و غیر قابل طرح در دادگاه تجدید نظر می‌باشد؟

۱۴۴

ملی
حقوق



پاسخ :

مستفاد از مواد ۳۰۲ و ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ چنانچه افرادی به نحو جداگانه نسبت به فرد واحدی ضرب و جرح عمدی وارد آورند، نصاب و ضابطه مقرر برای تجدید نظرخواهی نسبت به رأی صادره، میزان صدماتی است که هر یک از آنان وارد آورده اند و نه مجموع دیات متعلقه. بدیهی است که چنانچه ضرب و جرح عمدی وارده ناشی از رفتار مشترک (مشارکت) متهمان باشد، مجموع دیه متعلقه به مجنی علیه، نصاب و ضابطه تجدید نظرخواهی خواهد بود.

۳ - نظریه مشورتی ۹۱۸/۱۴۰۰/۷ مورخه ۱۴۰۰/۰۸/۱۸

استعلام :

اگر صدمه ای در غیر از حد فاصل بیضه ها و مقعد به مصدوم وارد شود و باعث عدم ضبط ادرار و مدفوع با هم شود، آیا به مصدوم یک فقره دیه کامل تعلق می‌گیرد یا دو فقره دیه کامل؟

پاسخ :

برابر ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هرگاه صدمه وارد شده به حد فاصل بیضه ها و مقعد موجب عدم ضبط ادرار یا مدفوع یا هر دو شود، یک دیه کامل دارد. ماده ۷۰۵ قانون یادشده نیز به طور مطلق بیان می‌دارد جنابیتی که موجب عدم ضبط دائم مدفوع یا ادرار شود، دیه کامل دارد؛ اعم از این که ضربه وارده به حد فاصل بیضه ها و مقعد وارد شود یا ناحیه دیگر. ضمناً مطابق جلد دوم کتاب تحریرالوسیله حضرت امام (ره) (کتاب الدیات) ضربه وارده به غیر حد فاصل بیضه ها و دبر که موجب عدم ضبط مدفوع و ادرار مجنی علیه شود، صرفاً موجب پرداخت یک دیه کامل است.



آراء منتخب قضایی

عظیمه آگاهی^۱

هدف از ایجاد این صفحه، در معرض دید قرار دادن آرای بدیع، مستدل و آموزنده صادره از دادگاه ها، قدردانی از قلم همکاران قضایی، نشر دیدگاه ها و نظریات و نیز ایجاد منظر و تفسیر نوین از قوانین می باشد. امید است انتشار این صفحه به وکلا و کارآموزان در بالابردن کیفیت تنظیم لوایح و دفاعیات در محاکم کمک نماید. از همکاران صنفی و قضایی، جهت ارسال آراء این چینی و انتشار در «مدرسه حقوق» استمداد می طلبیم.

مقدمه^۲

تاسیس نهاد داوری یکی از راهکارهای قانون گذار برای نیل به کاهش دعاوی وارده به دادگستری و کاستن از اطاله ی دادرسی بوده است که البته به نظر می رسد ساز و کار پیش بینی شده در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی که مجمل و در مواردی ناقص به نظر می رسد، نه تنها این هدف را محقق نساخته بلکه محاکم را در مواردی با چالش های جدی روبرو ساخته است. یکی از موثرترین این عوامل، پیش بینی مواردی از ابطال رای داور در ماده ۴۸۹ قانون مذکور بوده که باعث شده است، حقوق دانان به کارایی نهاد داوری با وضعیت کنونی در رسیدن به اهداف یاد شده، به دیده ی تردید بنگرند. شاید به جرأت بتوان گفت که درج عبارت پر ابهام «مخالفت با قوانین موجد حق» در بند ابتدایی ماده ی مورد اشاره، آن هم در شرایطی که اطلاق آن جمله، بدون ارایه ی توضیحی از مقصود قانون گذار در این باره، بر ابهامات و تفاسیر

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. رضا قاسمی رستمی، دادرس شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهرکرد.



گونگون در آن رابطه، بیش از پیش دامن زده است، مهمترین عامل در ناکامی کارایی نهاد داوری در نظام قضایی ایران تلقی می‌شود. به هر حال در این مختصر تلاش بر این است که با ارایه ی تفسیری مضیق و حداقلی از عبارت مذکور بر مبنای ماهیت نهاد داوری و مقصود قانون گذار از تاسیس آن نهاد و تنقیح مناط از سایر مواد مرتبط در قانون مزبور با پیش نهاد تاویل عبارت یاد شده به مفهوم «مخالفت با احکام قانون گذار»، راه را بر ارایه ی تفاسیر دیگر که همگی می‌تواند به تزلزل نهاد داوری منجر شود، سلب نماییم.

باسمه تعالی

به تاریخ..... در وقت فوق العاده جلسه شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهرکرد به تصدی امضاء کننده ذیل تشکیل است، پرونده کلاسه تحت نظر است دادگاه ضمن اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال، تکیه بر شرف و وجدان و توجه به اوراق و محتویات پرونده به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

رأی دادگاه

در خصوص دادخواست با وکالت (وکیل دادگستری) به طرفیت با وکالت (وکیل دادگستری) به خواسته ی ابطال رای داور به شماره مورخ ۹۷/۷/۹ بدین توضیح که وکیل خواهان به وصفی که در دادخواست تقدیمی آورده و در جلسه ی اول دادرسی نیز بر آن اصرار ورزیده مدعی است از آنجایی که داوران مجاز به صدور رای نبوده اند و رای صادره هم مخالف با قوانین موجد حق است لذا آن باید ابطال شود. در واقع در دادخواست اینگونه آورده است: «... حسب دادنامه شماره ۳۴۴ صادره از موسسه داوری دعوای شرکت با موضوع تنفیذ فسخ قرارداد و الزام موکل به تحویل خودروی موضوع قرارداد به شرکت اجابت گردیده است. از آنجایی که موکل تمام اقساط را تاکنون پرداخت کرده است، ادعای فسخ بی اساس است. مطلب دیگر اینکه ادعای شرکت دایر بر اینکه موکل از شرط مندرج در بند ۲ از ماده ۹ قرارداد تخطی کرده است، قابل پذیرش نیست چرا که موکل و سایر کامیون داران برای حمل بار مراجعه کرده اما مسؤولین شرکت از اجرای بند قرارداد شانه خالی کرده‌اند.» (مشارالیه در اولین جلسه ی دادرسی نیز مدعی شده که اساسا داوران حق داوری در موضوع مورد تنازع را نیز نداشته‌اند). در این باره دادگاه قبل از ورود به ماهیت ادعا لازم



می‌بیند پیرامون بند یک از ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی که در آن مقرر شده در صورتی که رای صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد، باطل است و قابلیت اجرایی ندارد و در اینجا نیز برای اجابت خواسته مورد استناد مدعی قرار گرفته است توضیح مختصری ارائه دهد. در حقیقت هر چند عنوان اخیرالذکر بسیار موسع و متاسفانه تاب انواع تفاسیر را دارد و لیکن این مهم نیز نباید مورد غفلت قرار گیرد که نمی‌توان در توسل به تعبیر یاد شده، سوء استفاده نمود و آن را مستمسکی برای زیر سوال بردن اصل نهاد داوری کرد. به دیگر سخن داوری برای آن پایه گذاری و متعاقبا در قوانین موضوعه به رسمیت شناخته شده است تا نه تنها از حجم روز افزون طرح دعاوی در دادگستری بکاهد (هر چند هم اکنون بنا بر مواجهه ی غیر اصولی برخی محاکم با دعاوی ابطال داوری خود یکی از عوامل ازدیاد پرونده ها شده است)، بلکه راه حلی باشد برای فصل خصومت میان متخاصمین در خارج از محاکم قضایی با اقتضائاتی خاص که مهمترین ویژگی آن توافق طرفین برای ارجاع امر به شخص یا اشخاصی معین است که هیچ لزومی ندارد حقوق دان یا قانون شناس باشند. ممکن است و البته بسیار نیز پیش می‌آید که اشخاص، موضوع مورد اختلافشان را به واسطه ی اعتماد یا مواردی از این دست، به داور یا داورانی ارجاع می‌دهند که هیچ اطلاعی از قوانین موضوعه ندارند حال سوال اساسی اینجاست که با فرض یاد شده، تا کجا باید داوران را ملزم به رعایت قوانین دانست؟ کدام یک از قوانین یا مقررات می‌تواند توسط داوران نادیده گرفته شوند؟ و صد البته منظور از قوانین موجد حق چیست؟ ناگفته پیداست که پاسخ به این سوالات با چالش و دشواری جدی مواجه است. اما به هر حال در این دادرسی برای اتخاذ تصمیم نهایی و فصل خصومت چاره ای برای یافتن پاسخ معتبری به آن سوالات نیست. در این ارتباط مقدمات متذکر می‌شویم؛ اولاً همانگونه که بیان شد با توجه به سیاق عبارات ماده ۴۸۹ از قانون مرقوم و سایر موادی که به مناسب مرتبط با موضوع مورد بحث می‌باشند از جمله ماده ۴۸۲ از همان قانون، شکی نیست که تا جای ممکن، باید موارد مربوط به ابطال رای دوار را «مضیق» و «در حدود نص» تفسیر نمود چون که تفسیر استثنا جز این نمی‌طلبد. ثانياً از روح قواعد حاکم بر داوری بر می‌آید در این گونه دعاوی به ماهیت داوری که از تسامح و مصالح سرچشمه می‌گیرد توجهی ویژه ای باید داشت و بیان کرد نه تنها باید برای داور در آن راستا اختیار تصمیم گیری به اقتضاء وظیفه ای که به او (با ویژگی های خاص داور به ما هو داور) سپرده شده است، مورد شناسایی قرار



گیرد، بلکه به همین جهت هم نمی‌توان به هر بهانه‌ای از جمله آنچه برای نقض آراء دادگاه‌های تالی در مراجع عالی استناد می‌شود، برای ابطال رای داور هم استناد و برای توجیه مساله نیز آن را در ذیل قوانین موجد حق تعریف کرد. ثالثاً عنایت به این نکته اهمیت دارد که دادگاه در مقام تجدیدنظرخواهی از رای داور نیست تا به رسم مرسوم در این رسیدگی‌ها، مجدداً وارد ماهیت ادعا شود، دلایل را بررسی کند، به آنچه که احیاناً مورد توجه قرار نگرفته ورود کند و النهایه به اتخاذ تصمیم بپردازد. بلکه بازهم تاکید می‌شود تنها مستمسکی که می‌توان بر آن اساس آراء داوری را ابطال کرد همان موارد هفت‌گانه است که قانون‌گذار در ماده ۴۸۹ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بر شمرده است. شاید این تعبیر با کمی مسامحه خالی از اشکال باشد که بگوئیم نوع ورود دادگاه به رای داور با تفاوت‌هایی، بسیار شبیه به رسیدگی‌های فرجامی در دیوان عالی کشور است. یعنی همان‌گونه که آن مرجع در مقام فرجام‌خواهی به آرای دادگاه‌های تالی، تا حد امکان وارد ماهیت نمی‌شود و تنها انطباق یا عدم انطباق رای معترض عنه را با موازین شرعی و مقررات قانونی می‌سنجد، دادگاه‌ها هم در هنگام رسیدگی به دعاوی ابطال آراء داور نباید فراتر از آنچه بدان اشاره شد وارد شده و در رای داور خدشه کنند. ذکر این مطلب نیز خالی از لطف نخواهد بود که بیان داریم هر چند در هر دو دعوی (رسیدگی به دعاوی ابطال و فرجام‌خواهی نسبت به آراء)، قانون‌گذار به لزوم انطباق رای مورد اعتراض با قانون (شرع)، تاکید کرده و هر دو مرجع قضایی را مکلف به بررسی این مهم در آن تصمیمات کرده است ولیکن بر خلاف اینکه در رسیدگی‌های فرجامی در صورتی که تحقیقات انجام شده ناقص بوده و یا به دلائل و مدافعات طرفین توجه نشده باشد، مورد از موارد نقض دانسته شده است (بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون اخیر)، در ماده ۴۸۹ با وجود اینکه ظاهراً نگارندگان قانون در مقام بیان تمامی موارد ابطال رای داوری نیز بوده، به آن موضوع اشاره‌ای نداشته‌اند که خود قرینه‌ای محکم است بر اینکه دادگاه‌ها حق و تکلیفی در آن باره ندارند. به هر حال با ذکر آن مقدمات؛ دوباره به سوالات بالا باز می‌گردیم. در پاسخ باید اظهار داشت، برای پایبندی داوران به قوانین موضوعه باید وصفی حداقلی لحاظ کرد. شاید در این رابطه توسل به این عبارت خالی از لطف نباشد که تا همین اندازه که داور «حلالی را حرام نسازد یا حرامی را حلال ننماید» می‌تواند رای او قابل قبول باشد. البته نویسنده‌ی این سطور خود باور دارد که عبارت پیش گفته نیز از همان ایراد کلی بودن رنج می‌برد ولی به نظر می‌رسد دیگر مفردی جز چنگ



زدن به چنین تفسیری نیست. اما این را هم نباید از نظر دور کرد که اگر ملاک را آن تفسیر قرار دهیم بسیاری از قواعد که در ذیل «مقررات» نه «احکام و قوانین» جای می‌گیرند از ذیل عبارت کلی «قوانین موجد حق» خارج شده و دامنه‌ی موضوع کمی محدود خواهد شد. چرا که مقررات، همان مباحتی اند که بنا بر ضرورت الزام آور شده اند و ظاهراً می‌توان گفت داور برخلاف محاکم قضایی، توان نادیده گرفتن آنها را دارد و البته داور کماکان نمی‌تواند از احکامی که توسط شارع مقدس وضع و در قوانین موضوعه تجلی یافته اند چشم پوشی کرده و بر خلاف آنها مبادرت به اتخاذ تصمیم نماید. علی‌ایحال با درنظرداشتن مطالب مشروحه معنونه دادگاه در خصوص مدعای خواهان اینگونه نظر دارد: (اول) آنچه که وکیل او مدعیست مورد توجه داور قرار نگرفته و مآلاً رای داوری را بر آن اساس خلاف قوانین موجد حق می‌پندارد، به عقیده‌ی محکمه نمی‌تواند با وصفی که در مانحن فیه بدان مفصلاً پرداختیم از موجبات ابطال، ذیل مقرره‌ی مذکور باشد. چه اینکه آنچه مشارالیه بدان استناد کرده است، برای ابطال رای داور کفایت نمی‌کند. زیرا اشکالات طرح شده، به ماهیت رسیدگی داور در اصل دعوی و تشخیص او در تطبیق مصداق با موضوع باز می‌گردد که بعلت عدم ورود محکمه در این مقام برای رسیدگی ماهوی مجدد در موضوع مورد تنازع (به آن شکل) و نظر به اینکه رای مورد اعتراض نیز موجه و مدلل است و تعارضی هم با «احکام» قانون گذار ندارد، نمی‌تواند خدشه‌ای به صحت رای وارد کند. ثانیاً ایراد دیگر تقدیم کننده‌ی دادخواست به رای داور مستنداً به بند ۶ از ماده ۴۸۹ قانون مورد بحث هم با توجه به محتویات پرونده مردود است. زیرا هر چند بر اساس قراردادی که میان خواهان و خوانده درباره‌ی موضوع مورد اختلاف تنظیم شده (قرارداد اجاره به شرط تملیک مورخ ۹۴/۱۲/۱۵) مشخص است که نامبردگان در ماده ۱۸ آن قرارداد، موافقت کرده اند که اختلافاتشان در آن باره به هیات داوری شش نفره معینی ارجاع شود. ولی دخالت موسسه‌ی داوری در اختلافات طرفین به قرارداد ثانویه‌ی باز می‌گردد که متداعیین در تاریخ ۹۷/۴/۸ منعقد نموده و تفاهم کرده اند که داوران آن موسسه درباره‌ی اختلافشان تصمیم‌گیری کنند که این خود نشان از آن انصراف نامبردگان از شرط قراردادی مورد اشاره و رضایت به داوری موسسه‌ی داوری دارد فلذا بر همین اساس موسسه‌ی مذکور مجاز به حل اختلاف میان نامبردگان شناخته می‌شود. پس با این احوال در نهایت نمی‌توان دعوی را وارد تشخیص داده داد به همین علت مستنداً به مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۷۷، ۴۸۲ و ۴۸۹ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و



انقلاب در امور مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان در این دادرسی صادر و اعلام می‌شود
این رای ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل پژوهش خواهی در محاکم محترم تجدید نظر
استان چهارمحال و بختیاری است.
دادرسی شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهرکرد - رضا قاسمی رستمی



صفحه ادبی «رُقعه»

سید حسین طهماسبی^۱

دیباچه


سلام آغاز کلام است. خواه این کلام شروع داستانی باشد، خواه بهانه ای برای پایان یک زندگی. خواه صحبت از دوستی باشد، خواه حتی مجادله ای مقابل دشمن. صلح و آشتی، قهر و نفرت، هرچه باشد، کس ندیده انسانی شروع کند سخنی را و از لسانش بیفتد واژه سلام. جایی شنیده ام «سلاما قولاً من رب رحیم».

و اما بعد، امروز که به لطف دوستان صفحه ای دگر به این مجله که مقابل دیدگان شماست اضافه شده است، بسیار خوشحالیم که منت چشم های شما را برای خوانش این صفحه برسر نهاده ایم. نام این صفحه «رُقعه» گذاشته شده است. باشد که مقبول نظر دوستان باشد.

بهتر آن است که در ابتدای کلام و شروع سخن، خویش را به پُرگویی متهم نسازم و چند سطری بنویسم از آنچه ادیبان در خصوص ادبیات گفته اند. از تعریف بعضی از گذشتگان که بگذریم؛ آنان که «ادب» را تنها به شعر اطلاق می کرده اند. «ادب» عبارت بود از شعر و آنچه که به شناخت و معنی آن کمک می کرد و ادیب کسی بود که کارش روایت و نقل و حفظ شعر بوده است. اما ادب در اصطلاح، نام دانشی است که قدما آن را شامل این علوم دانسته اند: واژه، صرف، نحو، معانی، بیان، بدیع، عروض، قافیه، قوانین خط، قوانین قرائت که بعضی اشتقاق و انشاء راهم بدانها افزوده اند.

تعریف معاصران از ادبیات گسترده تر از گذشتگان است. امروزه به دلیل توسعه و ترقی نثر و پدید آمدن انواع مختلف آن، ادبیات مفهوم وسیع و جامع تری یافته است؛ به طوری که نمی توان تعریف جامع و منطقی برای آن کرد. امروزه ادبیات به هر اثر شکوهمند و

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



ممتازی اطلاق می‌شود که بر عاطفه و خیال و اسلوب و معنا مبتنی است چه شعر و چه نثر.

ادبیات، سخنانی است که از حد سخن عادی برتر و والاتر بوده و مردم آن سخنان را شایسته ضبط و نقل دانسته‌اند و از خواندن و شنیدن آن احساس غم و شادی و... کرده‌اند. با این تعریف دامنه ادبیات بسیار گسترده و شامل منظومه‌های حماسی، غنایی، نمایشی، تعلیمی، قصه، داستان، رمان و آثار وابسته به آن‌ها و در کل شامل ادبیات نمایشی و ادبیات روایتی نیز می‌شود.

در تعریف دیگری از ادبیات آمده است: هر نوع از انواع انشاء، به نثر یا نظم که هدفش بیان داستان باشد نه صرف ابلاغ حقایق (خواه ابداعی باشد، خواه از طریق ابداع، جانی تازه به آن داده شده باشد) یا لذت خاطر بخشیدن به وسیله نوعی استفاده از تخیل آفریننده در کاربرد کلمات.

آنچه مسلم است گستره‌ی ادبیات نه تنها بسته به جوامع و حکومت‌ها متفاوت است، بلکه در بین اشخاص نیز لحن و سیاق خود را دارد. حال اگر ایشان وکلایی باشند ناگزیر استفاده از کلمات مایه‌ی مباحات است، اگر بتوانیم از نگارش‌ها و نوشته‌های هر یک از این وکلا استفاده کنیم. بر ما بنویسد هر آنچه را که در خلوت و آشکار خود نوشته‌اید. در انتظار دست‌خطِ کلماتِ شما می‌مانیم.

نیکو خواهد بود اگر صفحه را به نام خویش مزین فرمایید.



میراث عمر

روزی که زندگانی ما بیست ساله بود
موضوع درس بر سر «حجب» و «کلاله» بود
لختی «لزوم شرط» و درنگی «وفای عهد»
گاهی حدیث «فسخ» و زمانی «اقاله» بود
سالی گذشت در ره «تحقیق» حال خویش
شرح و بیان «واقعه» چندین «مقاله» بود
در «حق» و «حکم» و در پی مفهوم «لا ضرر»
تفصیل فاضلانه به حد «اطاله» بود
با «داوران» منتخب از «اهل حلّ و عقد»
روزی «دفاع» «مدعی» از یک «رساله» بود
با هم‌رهان سست عناصر مرا گذشت
«عهدی» که نانوخته به رسم «قباله» بود
چندی به پایمردی آزادگی مرا
از «محبتی» به «محبتی» دیگر «احاله» بود
«پیمان» ما صداقت و در «عرف» هم‌رهان
«پیمان» «جنگ قدرت» و برگ و نواله بود
میعاد «وعده»ها به «مرور زمان» گذشت
چیزی که ماند «دعوی» پنجاه ساله بود
حق و امید و قصه حرمان و آرزو
«میراث» عمر رفته ما لامحاله بود
پایان آنچه در دل ما ناروا نشست
در شوره زار حادثه‌ها «استحاله» بود
جز بذر مهر دوست نروید و بر نداد
گویا «موات» سینه ما «بالاصاله» بود

مرحوم دکتر حمید بهرامی احمدی

۱۵۴

میراث
حق

شماره ۱۵۵ / دی ۱۴۰۰



زندگی نامه استاد دکتر ابراهیم پاد

فاطمه محسنی^۱

استاد دانشگاه و صاحب کرسی حقوق جزای اختصاصی، دکتر ابراهیم پاد در سال ۱۲۹۰ در تبریز به دنیا آمدند. تحصیلات ابتدایی و متوسطه را در این شهر به پایان رساندند. لیسانس حقوق را در مدرسه عالی حقوق تهران گذراندند و در سال ۱۳۱۲ رتبه اول اعزام دانشجو به اروپا را به دست آوردند و از دانشکده حقوق دانشگاه پاریس با رتبه پایان نامه تحت عنوان «معاملات فضولی در حقوق تطبیقی» موفق به اخذ دکترا گردیدند. همچنین دوره مدرسه عالی علوم سیاسی و اقتصادی و نیز مؤسسه جرم‌شناسی و دوره کارآموزی در پارکر (دادسرا) را به پایان رساندند و به ایران بازگشتند و در مناصب و پست‌های قضایی در دادگستری مشغول شدند و به عنوان عضو علی‌البدل محکمه بدایت، دادیار و بازپرس و معاون دادستان، رئیس شعبه دادگاه شهرستان تهران، مستشار استیناف و دیوان کیفر، رئیس شعبه استیناف مرکز، دادستان استان یک و دو مرکز، مدرس دانشکده پلیس و کلاس قضایی دادگستری (از سال ۱۳۱۸) و در واقع از پایه‌گذاران دانشکده پلیس بودند. در سال ۱۳۳۰ از خدمت قضایی دادگستری کناره‌گیری کردند و به هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران پیوستند و به تدریس حقوق جزای اختصاصی، حقوق جزای تطبیقی و حقوق جزای بین‌الملل در تمام مقاطع تحصیلی پرداختند. از سال ۱۳۳۷ استادی کرسی حقوق جزای اختصاصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران به استاد محول گردید و در سال ۱۳۳۸ ریاست مؤسسه جرم‌شناسی را به عهده داشتند. کتاب ارزشمند «حقوق کیفری اختصاصی» استاد، طی سال‌ها چندین نوبت تجدید چاپ گردیده است.



گزیده مقالات کاربردی

امیرمقدم^۱

در مجلات علمی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود؛ اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از اینرو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آنرا در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

۱- کنکاشی بر قاعده محدود بودن رسیدگی دادگاه در قلمرو خواسته

نویسندگان: نهرینی فریدون، خاکباز محمد

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ بی‌تردید یکی از مسائل مهم آیین تنظیم دادخواست و اقامه دعوا قاعده «تعیین قلمرو رسیدگی دادگاه در محدوده خواسته» است. آنچه در این خصوص مهم و بنیادین جلوه می‌کند مشروعیت و ماهیت و همچنین حدود این قاعده است تا به دور از هر گونه ابهام روشن شود چه معیار و ضابطه‌ای قلمرو رسیدگی دادگاه را تعیین می‌کند و مشروعیت می‌بخشد یا آن را محدود یا به طور کلی ممنوع می‌کند. قاعده محدود بودن رسیدگی دادگاه در قلمرو خواسته از روح و منطوق مواد مختلف و پراکنده قانون آیین دادرسی مدنی و برخی مبانی فقهی مرتبط با آن قابل استنباط است. یافته‌های تحقیق نشان داد رعایت

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



این قاعده امری و شکلی در همه مراحل دادرسی لازم و دارای ضمانت اجراهایی است. هرچند استثنائاتی بر این قاعده وارد است، آن استثنائات باید به طور محدود تفسیر شوند تا حرمت این قاعده و سایر اصول و قواعد حقوقی مرتبط با آن، از جمله اصل بی طرفی دادرس، حفظ شود. از این رو، محققان در تحقیق حاضر با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی به دنبال آن بودند که قاعده یادشده و حدود اختیار دادگاه در افزودن یا کاستن از خواسته و عنوان دعوا را بر اساس اصول حقوقی و برخی مبانی فقهی بررسی کنند و در صورت امکان پیشنهادهایی ارائه دهند.

۲- امکان سنجی بازگشت مجدد دین بر ذمه مدیون

نویسنده: سعیدی، محمدعلی؛ نویسنده مسئول: محمدحسینی، صدیقه؛

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ در زمینه امکان بازگشت مجدد دین بر ذمه مدیون چهار نظر عمده فقهی وجود دارد. قائلین به استحاله بازگشت مجدد دین ساقط شده به قاعده «الساقط لا یعود» و اصل عدم عود استدلال می کنند. برخی با استناد به ماهیت اعتباری دین، بنای عقلا و صحت فسخ و اقاله عقود با موضوع دین قائل به امکان اعتبار مجدد دین ساقط شده بر ذمه مدیون هستند. برخی بر آن اند که سقوط دین به منزله تلف دین است. اما در صورت وجود سبب اعاده دین مثل دین ساقط شده بازمی گردد. برخی نیز قصد طرفین را در حکم مسئله تعیین کننده دانسته اند. اگر قصد طرفین تملیک و تملک باشد، بازگشت دین ممکن است. اما، با قصد ایفا و استیفای دین، دین باز نخواهد گشت. طبق بررسی ها، سقوط دین در حکم تلف است و طبق اصل تبعیت امور اعتباری از قواعد عقلی بازگشت آن به حکم قاعده عقلی «الساقط لا یعود» محال است. اما بازگشت مماثل دین ساقط شده ممکن است. طبق مواد ۸۰۶ و ۷۰۱ و ۷۲۳ ق.م. قانون گذار نیز دیدگاه یادشده را پذیرفته است. از نتایج پذیرش دیدگاه بازگشت مثل دین عدم بازگشت طواری دین از جمله ضمانات و وثایق متعلق به دین، حال بودن دین مُعاد، و عدم اعتبار قرار اقساط در مورد آن است.

۳- انقلاب کانتینر و آثار آن در حقوق حمل و نقل

نویسنده: اشراقی آرانی، مجتبی

فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی بهار ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۱



از دهه ۱۹۶۰ میلادی، صنعت حمل و نقل تحولی را به خود دید که به دلیل رقم زدن شرایطی متفاوت از گذشته، از آن به «انقلاب کانتینر» تعبیر می‌شود. کانتینر در عین حال که دستاوردهای فراوانی مانند افزایش سرعت، ایمنی و امنیت حمل کالا و کاهش هزینه حمل به ارمغان آورد، مسائلی را در دنیای حقوق ایجاد کرد که مناقشه بر سر آنها همچنان ادامه دارد. ماهیت حقوقی کانتینر (اینکه از حیث تعیین میزان مسئولیت متصدی حمل دریایی یک «بسته» به‌شمار می‌رود یا خیر)، تبیین روابط حقوقی ناشی از صدور بارنامه‌های متعدد (بارنامه گروپاژ و بارنامه داخلی) برای یک کانتینر و نیز قراردادهای اجاره جایگاه کانتینر (اسلات)، تعیین شخص مسئول در صورت ورود خسارت به بار موجود در کانتینر) در حالی که کانتینر پلمپ شده در اختیار متصدی حمل قرار می‌گیرد) و مسؤولیت خسارت ناشی از چیدمان نامناسب بار در کانتینر یا چیدن کانتینر در عرشه کشتی در زمره مهم‌ترین مسائلی است که در پی انقلاب کانتینری در حقوق حمل و نقل ظهور یافته و در این مقاله بررسی و تحلیل شده است.

۴- نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران

نویسندگان: مظفری خدیجه، حسینی زینب

مجله حقوقی دادگستری پاییز ۱۴۰۰ دوره ۸۵ شماره ۱۱۵

عدم ایفای برخی وظایف زوج مانند انفاق یا برقراری روابط جنسی (نشوز زوج)، سبب تزلزل رابطه زناشویی شده و موجبات اضرار زوجه را فراهم می‌آورد. با وجود اشارات قرآن، روایات و فقه امامیه، این امر در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران چندان شناخته شده نیست. در صورتی که زوج به موجب عقد نکاح تعهدی در برابر زوجه داشته باشد و با وجود توانایی بر انجام آن از این کار خودداری ورزد، می‌توان او را ناشز دانست. ترک انفاق، خودداری از برقراری رابطه جنسی، سوءمقاربت، بداخلاقی و... مصادیقی از نشوز زوج هستند. در قوانین فعلی برخلاف تعهدات مالی که تخلف از آن‌ها ضمانت‌اجراهای مؤثر و حتی مجازات را در پی دارد، در خصوص تعهدات غیرمالی مانند ترک رابطه جنسی با وجود توانایی زوج، ضمانت‌اجرای مؤثری پیش‌بینی نگردیده است. با تکیه بر مقررات فعلی می‌توان نشوز زوج را از موجبات عسر و حرج زوجه تلقی کرد و حتی پا را فراتر نهاد و زوج ناشز را به دلیل نقض تعهد کلی حسن معاشرت الزام به انجام تکالیف یا طلاق نمود و از بلاتکلیفی زوجه پیشگیری نمود. با شناسایی نهاد نشوز زوج در قانون و تعیین مصادیق

و ضمانت اجرای آن می‌توان این نهاد را در حقوق موضوعه نیز به رسمیت شناخت.

۵- تأمین هزینه‌های داوری از سوی شخص ثالث

نویسندگان: نژندی منش هیبت الله، بذار وحید

فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی بهار ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۱

تأمین هزینه‌های داوری از سوی شخص ثالث، پدیده‌ای نوظهور در داوری است که براساس آن، شخص ثالث هزینه‌های مربوط به رسیدگی داوری را در قبال سهیم شدن در منافع حاصل از رأی داوری که احتمالاً به نفع طرف مورد حمایت صادر می‌شود، می‌پذیرد. حتی یک طرف اختلاف که مشکلی در پرداخت هزینه‌های داوری ندارد نیز می‌تواند به منظور گریز از عواقب ناشی از شکست در داوری، موافقت‌نامه تأمین هزینه‌های داوری را با یک شخص ثالث منعقد کند. با اینکه شخص ثالث نقش چشمگیری در اجرای حق طرف‌های اختلاف در دسترسی به دادگاه خواهد داشت، این شخص طرف اختلاف محسوب نمی‌شود و بدیهی است در مواردی از جمله اخذ تأمین برای هزینه‌های رسیدگی طرف مقابل، نمی‌توان تعهدی را بر او بار کرد. علاوه بر ضرورت افشای هویت شخص ثالث از سوی طرف مورد حمایت برای مرجع داوری، داوران نیز ملزم‌اند تا هرگونه ارتباط خود با این شخص را آشکار سازند.



معرفی کتاب

مهدی اعتمادیان^۱

کتاب «سازمان وکالت و نقش آن در عصر ائمه (ع)»، تألیف «محمد رضا جباری»، اثر منتخب ششمین همایش کتاب سال حوزه، توسط انتشارات مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی، در دو جلد، به چاپ رسیده‌است.

معرفی نویسنده:

حجت‌الاسلام و المسلمین دکتر محمد رضا جباری، دارای تحصیلات حوزوی و دانشگاهی است. وی که دروس خارج فقه و اصول را در محضر آیات عظام تبریزی، وحید خراسانی و مکارم شیرازی تلمذ نموده‌است، در تحصیلات دانشگاهی نیز دارای مدرک کارشناسی ارشد الهیات و معارف اسلامی از دانشگاه قم و دکتری علوم قرآن و حدیث از دانشگاه تربیت مدرس است.

از سوابق اجرای محمد رضا جباری، می‌توان به مدیریت مرکز تخصصی تاریخ اسلام در حوزه‌ی علمیه قم، قائم مقامی مدیر گروه تاریخ مؤسسه امام خمینی، مدیر مسؤولی فصلنامه‌های مختلف مانند تاریخ در آینه پژوهش، شیعه شناسی، انتظار موعود و... اشاره کرد.

معرفی کتاب:

روش انجام این پژوهش، با توجه به تاریخی بودن ماهیت موضوع، روش تاریخی همراه با تحلیل محتوا و از نوع تحقیق بنیادی است. هدف پیگیری شده در آن نیز تبیین دقیق‌تر سیره‌ی عملی معصومان علیهم‌السلام از عصر امام صادق علیه‌السلام تا پایان

۱. دانشجوی کارشناسی حقوق، دانشگاه پیام نور واحد زرین شهر.



عصر غیبت صغراست.

کتاب یاد شده در نه فصل تدارک شده و فاقد پاورقی است. توضیحات مربوطه با ارائه شمارگان، به پی‌نوشت‌های پس از هر فصل، موکول شده‌است. این کتاب - که در تلاش است با ترتیبی منطقی و بر مبنای نمونه‌های مستند، جنبه‌های مختلف سازمان و کالت ائمه اطهار علیهم‌السلام را بررسی نماید - در «مقدمه»، پس از بیان هدف و ضرورت پژوهش و نیز معرفی منابع تحقیق، به بررسی و توضیح واژه‌های مربوط به و کالت امامان شیعه علیهم‌السلام می‌پردازد: وکیل، سفیر، باب، قیم، نایب، قائم مقام، منصوب از جانب امام و متولی امور امام، لغاتی هستند که از متن گزارش‌های موجود در منابع، قابل دسترسی است.

نخستین فصل کتاب، با عنوان «زمینه‌ها و عوامل تشکیل و گسترش سازمان و کالت توسط امامان شیعه علیهم‌السلام»، عهده‌دار بیان علل به وجود آمدن سازمان و کالت از سوی ائمه اطهار علیهم‌السلام است: (۱) دوری مسافت بین مناطق شیعه‌نشین و مراکز استقرار امامان شیعه علیهم‌السلام (۲) جو خفقان و دشواری ارتباط مستقیم امامان علیهم‌السلام و شیعیان (۳) عدم دسترسی شیعیان به امامان به سبب حبس، شهادت و غیبت (۴) آماده‌سازی شیعیان نسبت به شرایط عصر غیبت، از جمله‌ی این عوامل دانسته شده است.

فصل دوم کتاب، «محدوده‌ی زمانی و سیر فعالیت سازمان و کالت از آغاز تا انجام» است. در این فصل بیان می‌شود هرچند مطابق متون روایی و تاریخی، وجود و کلا برای معصومین علیهم‌السلام در دوران پیش از امام صادق سلام‌الله‌علیه نیز مطرح شده، اما و کالت به مفهوم «نمایندگان عمومی ائمه علیهم‌السلام برای انجام یک سلسله وظایف خاص در میان شیعیان» در عصر امام صادق علیه‌السلام، پدید آمده‌است. علت آغاز این پدیده در این زمان، همان عواملی است که در فصل نخست تفصیلاً بدان اشاره شده‌است. عنوان فصل سوم، «قلمرو فعالیت سازمان و کالت» است. نحوه‌ی شناخت این قلمرو به دو طریق صورت گرفته‌است: یکی تصریحات متون و دیگری احصاء مناطق شیعه‌نشین که قاعدتاً نیازمند حضور فعال سازمان و کالت در آن مناطق است. شمارش قلمرو، ابتدا از مرکز اصلی رهبری و تأسیس این سازمان یعنی مدینه، آغاز شده و سپس به مناطق دیگری از حجاز، شمال آفریقا، عراق و ایران ختم می‌شود: ناحیه جزیره العرب (مدینه، مکه، یمن و



بحرین)، ناحیه‌ی عراق (کوفه، بغداد، سامرا، مداین، واسط، بصره، نصیبین و موصل)، ناحیه‌ی شمال آفریقا (مصر و مغرب)، ناحیه‌ی ایران (قم و اطراف قم، ری، قزوین، همدان، دینور، قرمیسین، آذربایجان، اهواز، خراسان، ماوراءالنهر و ...).

یکی از اصلی‌ترین فصول کتاب، فصل چهارم آن با عنوان «ساختار و شیوه عملکرد سازمان وکالت» است. در این فصل، سازمان وکالت، هرّمی با نظم و انسجام توصیف شده که بالاترین بخش آن را رهبری سازمان، یعنی ائمه معصومین علیه‌السلام تشکیل می‌داد. کارکرد ائمه علیهم‌السلام در این مقام در عناوین ذیل بررسی شده‌است: تعیین و نصب وکلا و باب‌ها، تبیین شخصیت وکلا برای شیعیان، شیوه‌های مقابله با جریان‌های انحرافی مرتبط با سازمان وکالت، برخورد با خیانت و فساد در سازمان وکالت با شیوه‌های مقتضی، تبیین وظایف و نظارت بر عملکرد وکلا و باب‌ها، تأمین مالی و امنیتی سازمان وکالت. پس از رأس هرّم، به ترتیب به سمت قاعده‌ی آن، ابتدا وکلای ارشد و سپس وکلای جزء قرار داشتند، به این معنا که برخی از وکلا بر برخی دیگر، حائز برتری و امتیاز بودند. حضور وکلا در منطقه‌ی مربوطه به دو نحو دائم و سیار بوده که در صورت تخطّی از وظایف، از سوی رهبری سازمان یا مقام بالاتر از خود، مؤاخذه می‌شدند. سازمان وکالت که همواره از اصلی به نام «تقیّه و نهان‌گرایی» تبعیت می‌نمود، دارای وظایفی نظیر جمع‌آوری وجوه شرعی، هدایا و نذورات در قبال صدور قبض و رسید بود. آخرین موضوع پرداخته شده در این فصل، انحاء مختلف ارتباط در سازمان وکالت است: حضوری و مشافهه‌ای، مکاتبه‌ای، پیک و قاصد، خرق عادت در صورت لزوم، چهار نوع ارتباط معرفی شده، است.

پنجمین فصل کتاب، تحت عنوان «وظائف و مسؤولیت‌های سازمان وکالت»، با لحاظ سه نکته آغاز می‌شود: (۱) تنوّع و گستردگی وظایف امام معصوم، موجب تنوّع و گستردگی وظایف نماینده‌ی ایشان در صورت وجود شرایط مناسب در وی می‌شد. (۲) مسؤولیت وکلای ائمه علیهم‌السلام یکسان نبوده و به فراخور مقامات علمی و دینی دارای مراتب مختلف بوده‌است. (۳) وظایف وکلای عصر غیبت صغری (نواب اربعه) به مراتب فراتر از مسؤولیت یک وکیل در یک ناحیه محدود و دور افتاده در اعصار پیشین بوده‌است. با توجه به نکات یاد شده، مجموع وظایف، شؤون و مسؤولیت‌های سازمان وکالت در طول دو قرن فعالیت با هفت نقش مطرح می‌گردد: نقش مالی (مهم‌ترین و به نقل برخی تنها نقش)، نقش ارتباطی (نامه‌ها و توقیعات)، نقش علمی و ارشادی (خصوصاً در زمان حیرت، یعنی زمان شهادت ائمه علیهم‌السلام)، نقش سیاسی و حفاظتی (برای امامان علیهم‌السلام،



شیعیان و سازمان وکالت)، نقش تمهیدی (برای ورود شیعه به عصر غیبت)، نقش اجتماعی و خدماتی (نسبت به امامان علیهم‌السلام و شیعیان)، نقش مبارزاتی (ضدّ منحرفان و مدعیان دروغین بایّت).

در فصل ششم، به منظور بررسی صفات لازم در کارگزاران سازمان وکالت، به عنوان «ویژگی‌های کارگزاران سازمان وکالت» می‌رسیم. از آن‌جا که میان بایّت و وکالت ائمه علیهم‌السلام تفاوت است، هر مقوله ویژگی‌های خاص خود را می‌طلبد. صفات مذکور برای باب‌های معصومین علیهم‌السلام در این موارد، احصاء شده‌است: (۱) قرب به معصوم و علم به اسرار او (۲) جایگاه رفیع معنوی و معرفتی (۳) اوج کتمان و تقیه (۴) خرق عادت به وقت لزوم. اما صفات مذکور برای وکلای معصومین علیهم‌السلام، چنین بیان شده‌است: (۱) عدالت و وثاقت (۲) رازداری و نهان‌کاری (۳) شناخت نسبی از معارف دینی (۴) مطیع و مطاع بودن (۵) نظم، دقت، کاردانی و احتیاط.

فصل هفتم، نخستین فصل جلد دوم بوده که با عنوان «معرفی باب‌ها و وکلای معصومین علیهم‌السلام»، به ارائه‌ی فهرستی مصداقی و مجزاً از باب‌های معصومین علیهم‌السلام از پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله تا امام عصر عجل‌الله‌فرجه و وکلای امامان شیعه از امام صادق سلام‌الله‌علیه تا امام عصر عجل‌الله‌فرجه می‌پردازد؛ فهرستی که ادعا شده‌است تاکنون در هیچ پژوهشی چنین مجموعه‌ای فراهم نشده‌است. گفتنی است رابطه‌ی بایّت و وکالت، رابطه‌ی عام و خاص من وجه دانسته شده؛ به این معنا که گاه شخصی دارای مقام بایّت بوده ولی وکیل نبوده و بالعکس، و گاه شخصی دارای هر دو منسب است.

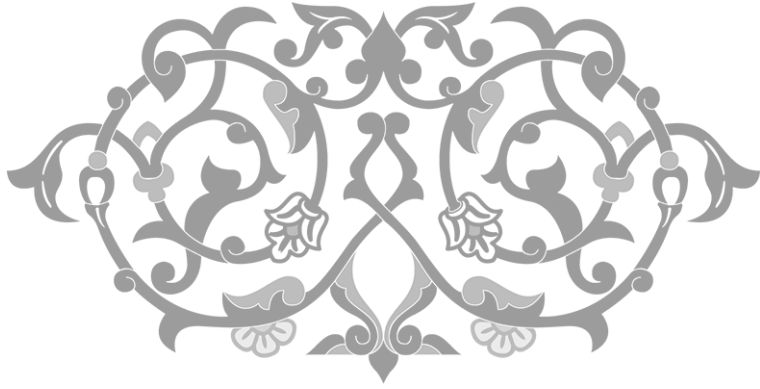
«بررسی موارد انحراف و خیانت در سازمان وکالت»، عنوان فصل هشتم کتاب است. ابتدائاً چهار علت برای این سوال مطرح شده است که «اگر اهل بیت علیهم‌السلام، آگاه به بواطن بوده و از آینده‌ی افراد مطلعند، چرا به تعیین و نصب این‌گونه افراد اقدام فرمودند؟»: (۱) ائمه علیهم‌السلام مأمور به عمل بر طبق ظاهر بوده و جز مواقع ضرورت از علم الهی خویش استفاده نمی‌نمودند. (۲) هرگونه اقدام علیه شخصی که هنوز منحرف نشده، مصداق قصاص قبل از جنایت است. (۳) در برخی موارد، برخورد با شخص، موجب صدمات بزرگ‌تری مانند افشاگری می‌شد. (۴) این موارد، تجربه‌ای برای دوران غیبت به شمار می‌رود. اما آن‌چه متن اصلی این فصل را به خود اختصاص می‌دهد، علل این انحراف و یادکردی از وکلای منحرف است. عوامل بروز خیانت و فساد در برخی از



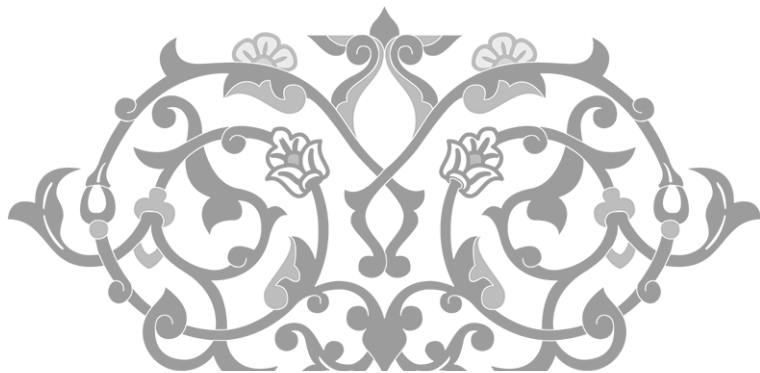
و کلا، در این موارد شمارش شده است: (۱) دنیا طلبی و مال دوستی (۲) انحرافات فکری و اعتقادی (۳) حسادت نسبت به هم‌گنان (۴) وابستگی به دربار عباسی (۵) فساد اخلاقی.

فصل نهم، آخرین فصل کتاب بوده که با عنوان «مدعیان دروغین و کالت و باییت» شناخته شده است. از آن روی که کالت و باییت از سوی ائمه علیهم‌السلام، منشأ جایگاه ممتاز اجتماعی نزد شیعیان و دسترسی به اموال شرعی بوده، افراد فریب‌کار به این مقام طمع می‌کردند. ریشه‌ی اصلی این طمع، دنیاخواهی و انحرافات عقیدتی دانسته شده است. از دیگر سو، در این فصل تذکر داده شده است که جریان‌های دروغین در زمان امامت امام هادی سلام‌الله‌علیه، صعودی شد که معلول چند امر از جمله احتجاب و حبس معصومین علیهم‌السلام و اثرات حرکات پیشین نظیر تحرکات «أبوالخطاب» بوده است؛ به نحوی که اوج دعاوی دروغین در عصر غیبت صغری است. از این رو، یکی از وظایف نواب اربعه، تلاش در جهت رسواسازی این مدعیان دروغین و ابلاغ پیام ناحیه‌ی مقدسه به شیعیان در زمینه لعن و تبری از این افراد بود.

در انتهای کتاب، پس از ارائه‌ی خلاصه‌ای در حدود سه صفحه در بخش «خاتمه» و «فهرست منابع»، سه فهرست «أعلام»، «مکان‌ها» و «فرق و مذاهب» نیز به چشم می‌خورد.



زنگ تفريح





حیوان

دکتر علی رادان جبلی^۱

ابلاغیه دادگاه که آمد روی صفحه گوشی تلفن همراهم، آه از نهادم بلند شد. وکیل تسخیری شده بودم و این یعنی دفاع از آن چه خود انتخاب نکرده‌ای. وقتی مجبور به دفاع از کسی باشی که خود، او را نخواسته‌ای، بی میلی و گاه انزجار می‌آید سراغت؛ آن وقت است که قدر اختیار و انتخاب دانسته می‌شود! شال و کلاه کردم و رفتم دادگاه تا بینم موکل کی است و اتهام چیست؟ وقتی دیدم پرونده مربوط به سرقت مسلحانه است، قدری خیالم آسوده شد! همیشه از این که در پرونده‌های خلاف عفت و آن هم در نوع عفت و کالت کنم، نوعی کراهت وصف نشدنی سراغم می‌آید، یکی بند تنبان اش شل شده و کار دست خودش داده و من باید ریسمان برائت، دور گردن اتهام سفت نمایم! چقدر باید رطب و یابس به هم بافت که آلت جرم تنها در حوالی ناحیه ممنوعه و نه خود آن وارد شده است! و با پیش کشیدن اصول و ضوابط حقوقی نگذاشت حد بر صاحب نفس شیریه، اجرا شود.

پرونده را خواندم؛ چند نفر در طمع سرقت از یک آغل گوسفندان به آن دستبرد می‌زنند. موکل «غلامعلی» نام داشت و نمی‌دانم به چه سبب او را «شاغلام» صدا می‌کردند! او داخل آغل، سگ نگهبان را - که به مقابله با سارقان برخاسته بود- با چند ضربه چاقو، نفله کرده و سپس گوسفندان را با کمک هم‌دستانش می‌رباید. آن‌ها گوسفندان زبان بسته را در صندوق عقب یک اتومبیل شخصی به زور جای داده و باقیمانده را هم در صندوق عقب خودرو بر روی هم تلنبار می‌نمایند. در گرگ و میش صبح یکی از گوسفندان که از جای تنگ به ستوه آمده و خواسته بود که از شیشه اتومبیل بیرون را سیر نماید، سرش را بالا می‌آورد! سر بر آوردن حیوان همان و رویت شدن از سوی

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس دانشگاه.



گشت پلیس که دست بر قضا در همان حوالی در حال حرکت بوده همان! تعقیب آغاز می‌شود و سارقان برای فرار از دست پلیس، راه جاده ی خاکی در پیش گرفته تا در بیابان گم شوند. اما سرعت اتومبیل پلیس بیشتر بوده و سارقان راه به جایی نبرده و تسلیم می‌شوند. گوسفندان روانه ی آغل و دزدان به زندان تحویل داده می‌شوند. دفاع از شاغلام دزد نابکار و زخمی این گروه، بر عهده من قرار گرفته بود؛ مردی بود سی ساله، دیلاق، با موهای کم پشت، کم سواد و معتاد. این آخری را می‌شد از رنگ زرد کناره ی سبیل های آویزان و دندان های نامرتب و پُر از چرمش تشخیص داد. در حین سرقت زخمی شده بود. رفتم زندان سراغش، بی نشاط بود. چند روز بود که دوری از منقل کار او را به خماری کشیده بود. پشت سر هم خمیازه می‌کشید، گفتم «چرا سگ را کشتی؟ چرا سلاح با خودت آورده بودی؟» پوزخند زد و گفت: «سلاح کدومه آقا وکیل! من یک چاقوی جیبی دارم که همه کاری برام می‌کنه. ابزار دستمه، وقتی رفتیم تو آغل، سگه پا شد و پرید به من، حیوون مچ پای من رو گرفت، چه دندونایی داشت لاکردار، رفقام داشتن از من جداش می‌کردن، که ول کرد و زیر زانوم رو گاز گرفت. بدتر شد. دادم بلند شده بود، با پای دیگه ام یه لگد زدم به سگ، ول کرد. اول گفتم در می‌ره، اما ولکن نبود. پرید و رون پامو گاز گرفت. دردی کشیدم که شاید زن زائو می‌کشه. دیدم حیوون ول کن نیست، از مچ پا شروع کرده و هی داره می‌یاد بالا! دفعه ی بعد شاید پرید و جای ناچورم رو گاز گرفت. اون وقت دیگه هیچی از مردی برام نمی‌موند؛ می‌شدم بی بی غلام! فهمیدم که باید خلاصش کنم. چاقو رو در آوردم و یک ضربه به گردن حیوون زدم. ول کن نبود لامصب، دومی رو زدم. خون از گردن سگ و پای من مته جوب آب می‌ریخت، سگ سَقَط شد و...» از حرف هاش خنده ام گرفته بود، اما وقتی تصور کردم که سگ وظیفه شناس، برای آن چه یک کار درست تلقی می‌شد، جانش را از دست داده، مانده بودم که در آن جدال شبانه، «حیوان» کدامیک از آن ها بوده... دیگر حرفی بین من و شاغلام نمانده بود. پرسیدم چیزی نمی‌خواهد؟ سیگار می‌خواست که من نداشتم. دیگر شاغلام را ندیدم تا روز محاکمه. هنوز می‌لنگید، اما رنگ و رویش بهتر شده بود. چیزی بهش رسیده بود یا هوای آزاد بیرون از زندان سرحالش آورده بود، نمی‌دانم.

صاحب گوسفندان آمده بود دادگاه. برای اش ناراحت بود، گفت از وقتی که یک توله بوده بزرگش کرده... نوبت دفاع من رسید. توضیح دادم که چاقوی جیبی را نمی‌شود سلاح به معنای عرفی محسوب کرد. شوخی کردم که «شلغم هرکاری کند، شاه میوه



نمی‌شود». ادامه دادم که موکل ممکن بود در اثر حمله ی سگ، آسیب جدی ببیند. بار طنز را چاشنی کردم که «اگر دندان سگ بالاتر آمده بود، شاغلام حالا باید در ردیف غلام های حرمسرای شاهان گذشته به حساب می‌آمد!» قاضی جدی بود و کم حرف، کمی تبسم کرد. نیش شاغلام هم از آن حرف‌هایی که زدم، باز شده بود. دادگاه تمام شد. این دفعه هم پرسیدم که چیزی نمی‌خواهد؟ با لبخند تلخی گفت: «چیزی که من می‌خوام پیش تو نیست». یک پاکت سیگار که صبح برای دادن به او خریداری کرده بودم را دادم دستش. گفتم: «والله من بهتر از این ندارم. آدم این یکی هم نیستم، چه برسد به بهترش!» شاغلام محکوم شد به حبس. سرقت با وصف توام با آزار تشخیص شد و می‌بایست دو سالی را در حبس خماری می‌کشید. حتماً تا حالا زخم‌های پایش خوب شده و می‌تواند روی هر دو پا راه برود؛ پاهایی که یک حیوان، فدیة حفظ آن‌ها شد...