

* اندیشه‌ها

- تحلیل و بررسی شرایط عمومی قصاص از منظر... (دکتر محمد مصدق، محمد صادق مصدق)..... ۳
- تعویق صدور حکم (دکتر محمد علی کنعانی)..... ۱۳
- تحول کارکردی پهبادهای از منظر موازین بین‌المللی... (محمد ستایش پور)..... ۱۹
- تخریب در داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی (ایمان حطمی، هومن حطمی)..... ۲۶
- مراجع «دادرسی و داوری» در... (مصطفی مبارکی، محمد کاظم عمادزاده، غلامحسین مسعود)..... ۳۴
- تحلیل فقهی حقوقی در فضای محاذی زمین (مرتضی مرادی گلستانی)..... ۴۲
- مسئولیت نظارتی نظامیان در عدم اعلام جرایم... (علیرضا رضوی ارانی، خداداد جعفری)..... ۵۰
- دیون ممتاز در حقوق ایران (امین گل محمدی)..... ۵۹

* رویه قضایی

- آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور..... ۶۸
- نظرات مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه..... ۷۴
- نظرات مشورتی اداره‌ی حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح..... ۷۶

* حقوق برای همه

- با داوطلبان آزمون‌های حقوقی-قضایی..... ۷۸
- آشنایی با حقوق شهروندی..... ۸۰
- اگر شما قاضی این پرونده بودید، چگونه رأی می‌دادید؟..... ۸۲
- جدول (اصغر فراهانی)..... ۸۳

* فرهنگی

- قضاوت‌های حضرت علی (ع)..... ۸۴
- داستان: نامادری (قهرمان مرادی)..... ۸۶

صاحب امتیاز: سازمان قضایی نیروهای مسلح
مدیر مسئول و سردبیر: دکتر محمد مصدق
مدیر اجرایی: حمید اسماعیل زاده
ویراستار علمی و ادبی: دکتر فرخزاد جهانی
امور مشترکین و توزیع: زهرا پهلوان
امور رایانه و مقالات: فاطمه ضیائی
طراح گرافیک: نفیسه ضیائی
توزیع، لیتوگرافی و چاپ: ایرانچاپ



آراء نویسندگان الزاماً دیدگاه مجله نیست.
 دادرسی مجاز به تلخیص مقالات است.
 نقل و برداشت مطالب با ذکر منبع بلامانع است.
 مقالات رسیده مسترد نمی‌شود.
 مقالات ارسالی تایپ شده باشد.
 آدرس: تهران، خیابان شریعتی، نرسیده به چهارراه
 شهید قدوسی (قصر)، سازمان قضایی نیروهای مسلح
 صندوق پستی: ۱۶۷۶۵-۱۳۱۵
 تلفن دفتر مرکزی: ۸۲۹۰۲۵۷۷-۸۸۴۷۲۳۸۰
 دورنگار: ۸۲۹۰۲۵۷۸

WWW.IMJ.ir

E-mail: dadrasi2010@yahoo.com

حجت الاسلام و المسلمین دکتر محمد مصدق
 حجت الاسلام و المسلمین علی شوشتری
 جناب آقای محمود صفری
 دکتر حسین میرمحمدصادقی
 دکتر سید محمد حسینی
 دکتر محمد جواد صفار
 دکتر سام سوادکوهی‌فر
 دکتر حمید دلیر
 دکتر جعفر صادق منش
 دکتر محمد رضا یزدانیان

اعضای هیئت تحریریه:

آیت الله محمد یزدی

حجت الاسلام و المسلمین شکرالله بهرامی

حجت الاسلام و المسلمین محمد کاظم بهرامی

حجت الاسلام و المسلمین محمد نیازی



نگاهی به قانون اصلاح قانون پولشویی مصوب ۱۳۹۷/۷/۳

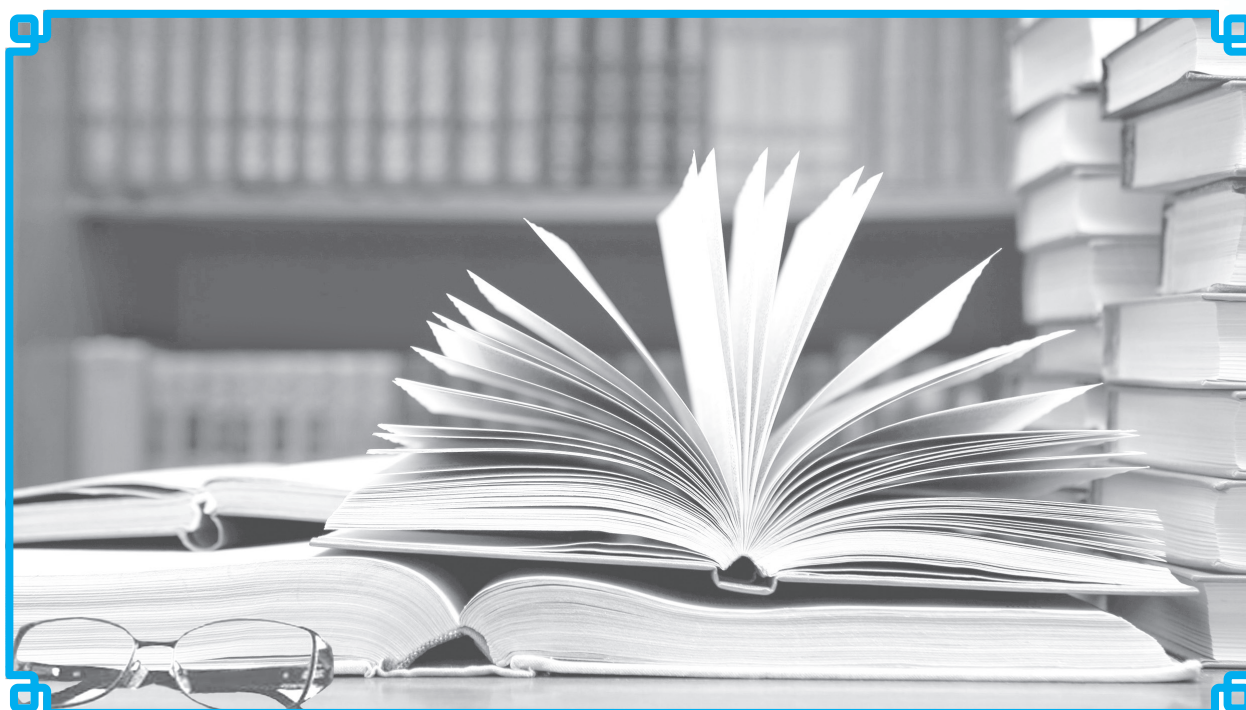
اولین قانون مبارزه با پولشویی در ایران در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲ به تصویب رسید و با توجه به نارسایی‌ها تصمیم بر اصلاح آن گرفته شد. پس از تصویب اصلاحیه قانون در مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۹۷/۷/۳ با ایرادات متعدد شورای نگهبان مواجه گردید که با اصرار مجلس شورای اسلامی، مصوبه مذکور به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال که مجمع در تاریخ ۹۷/۱۰/۱۵ قانون موصوف را موافق با مصلحت نظام تشخیص داد.

فارغ از نحوه چگونگی تصویب و اجرایی شدن آن، نوآوری‌های قانون اصلاحی حائز اهمیت است. در بند الف ماده‌ی یک قانون اصلاحی، دامنه جرم منشأ از جرایم به تخلفات مصرح در قانون قاچاق کالا و ارز توسعه پیدا کرده است، همچنین در بند ب ماده‌ی یک، مفهوم مال تبیین و توسعه پیدا کرده است و شامل هر نوع دارایی اعم از مادی، غیرمادی، منقول و غیرمنقول، مشروع و غیر مشروع و هر نوع منفعت و امتیاز می‌گردد. در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲ قانون، ظن نزدیک به علم و کفایت اثباتی آن به رسمیت شناخته شده و در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۲ سازوکارهای نوین شفاف‌سازی مالکیت‌ها پیش‌بینی شده است. در ماده‌ی ۷ قانون تکلیف نهادها و اشخاص مرتبط در جهت کشف پولشویی تصریح گردیده است. در تبصره ماده‌ی ۷ قانون مصادیق معاملات و عملیات مشکوک به صورت تمثیلی ذکر شده است. در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۷ مکرر قانون دستور توقیف نقل و انتقال وجوه یا اموال مشکوک در مراجع قضایی پیش‌بینی شده است. همچنین در تبصره‌ی ۳ ماده‌ی مذکور وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه در کنار ضابطین عام، در مقابله با این جرم، ضابط محسوب می‌شوند. در ماده‌ی ۹ قانون علاوه بر ضبط اموال مجازات درجه پنج و شش پیش‌بینی شده است که لزوم طرح این موارد در دادسرا را ایجاب می‌کند. علاوه بر این، قانون مجازات اشخاص حقوقی تشدید شده است.

در این قانون اصل صحت، در فرض وجود ظن قریب به علم وارونه گردیده است و علاوه بر پیش‌بینی مصادره اموال، ردّ اموال به صاحبان جاهل به عملیات پولشویی و احترام به اصل ۴۷ قانون اساسی تصریح گردیده است.

با توجه به موارد مذکور قانون اصلاح قانون پولشویی بسیاری از خلأها و نارسایی‌های قانون سال ۱۳۸۶ را برطرف نموده و امید است در عمل هم مورد توجه دست‌اندرکاران دستگاه قضایی قرار گیرد.

تحلیل و بررسی شرایط عمومی قصاص از منظر قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)



حجت الاسلام والمسلمین دکتر محمد مصدق، مدرس دانشگاه و معاون اول دادستان کل کشور
محمدصادق مصدق، دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و کارآموز قضایی تهران

مقدمه

ثبوت قصاص منوط به اجتماع شرایط زیر است:

۱. تساوی قاتل و مقتول در دین؛
۲. فقدان رابطه‌ی ابوت بین قاتل و مقتول؛
۳. محقون الدم بودن مقتول؛
۴. تساوی قاتل و مقتول در حریت و کمال عقل.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شرایط مربوط به ثبوت قصاص را در مواد مختلفی از فصول اول و چهارم از باب اول کتاب قصاص مقرر نموده بود که این پراکندگی زیبنده‌ی قانون‌گذاری نبود و بعضاً موجبات سردرگمی مخاطبان را فراهم می‌کرد. قانون مجازات اسلامی جدید شرایط مربوط به ثبوت قصاص را تحت عنوان «شرایط عمومی قصاص» اعم از قصاص نفس و عضو، در یک فصل شامل یازده ماده (مواد ۳۰۱ لغایت ۳۱۱) پیش‌بینی کرده است. البته شرایط مذکور در این فصل، شرایط اختصاصی ثبوت قصاص است و شرایط عمومی مربوط به مسئولیت کیفری که الزاماً در خصوص جنایات موجب قصاص هم باید رعایت شود، در فصل اول از بخش چهارم کتاب کلیات (مواد ۱۴۰ لغایت ۱۴۵) آمده است. ماده‌ی ۳۰۱ را در شماره پیشین مورد بحث قرار دادیم و اینک مباحث مربوط به ماده‌ی ۳۰۲ را مطرح می‌کنیم.

ماده‌ی ۳۰۲: «در صورتی که مجنی علی‌ه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود:

الف) مرتکب جرم حدی که مستوجب سلب حیات است.

ب) مرتکب جرم حدی که مستوجب قطع عضو است مشروط بر اینکه جنایت وارد شده بیش از مجازات حدی او نباشد. در غیر این صورت مقدار اضافه بر حد حسب مورد دارای قصاص و یا دیه و تعزیر است.

پ) مستحق قصاص نفس یا عضو فقط نسبت به صاحب حق قصاص و به مقدار آن قصاص نمی‌شود.

ت) متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده‌ی ۱۵۶ این قانون جنایتی بر او وارد شود.

ث) زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.

تبصره‌ی ۱. اقدام در مورد بندهای (الف)، (ب) و (پ) این ماده بدون اجازه دادگاه جرم است و مرتکب به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود.

تبصره‌ی ۲. در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند؛ ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

پیشینه‌ی تقنینی

این ماده متناظر با مواد ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) و مواد ۶۲۹ و ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)

مصوب ۱۳۷۵ است که چنین مقرر داشته بود:

ماده‌ی ۲۲۶: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند».

ماده‌ی ۶۲۹: «در موارد ذیل قتل عمدی به شرط آنکه دفاع متوقف به قتل باشد مجازات نخواهد داشت:

الف) دفاع از قتل یا ضرب و جرح شدید یا آزار شدید یا دفاع از هتک ناموس خود و اقارب.

ب) دفاع در مقابل کسی که درصدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید.

ج) دفاع در مقابل کسی که درصدد سرقت و ربودن انسان یا مال او برآید».

ماده‌ی ۶۳۰: «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است».

نکات مربوط به این ماده

۱. قانون سابق جنایاتی را که موجب قصاص و دیه نمی‌شود به صورت پراکنده و در مواد قانونی متعدد آورده بود؛ لیکن ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) تمامی آن موارد را احصا کرده و به صورت یکجا در ماده‌ی ۳۰۲ بیان کرده است. بندهای «الف» و «ب» ماده‌ی پیش‌گفته در مقام بیان مهدورالدم بودن افرادی است که به صورت مطلق مهدورالدم^(۱) بوده و جنایت بر آنها موجب دیه و قصاص نیست. بندهای «پ»، «ت» و «ث» نیز مصادیق مهدورالدم نسبی^(۲) را مورد نظر قرار داده است.

۲. محتوای بندهای این ماده مبتنی بر نظر مشهور فقهای امامیه است؛ به گونه‌ای که برخی از فقها نسبت به موضوع بحث ادعای اجماع کرده‌اند.^(۳)

۳. منظور از جرم حدی مستوجب سلب حیات در بند «الف» این ماده، اعم از جرم‌هایی است که مجازات قانونی آنها حد قتل یا رجم است که عبارتند از:

- زنا با محارم نسبی موضوع ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)؛^(۴)

- زنا با زن پدر موضوع ماده‌ی ۲۲۴ همان قانون؛

- زنا با مرد غیر مسلمان با زن مسلمان موضوع ماده‌ی ۲۲۴ همان قانون؛

- زنا با زانیه یا اکراه از سوی زانی موضوع ماده‌ی ۲۲۴ همان قانون؛

- زنا با محصنه موضوع ماده‌ی ۲۲۵ همان قانون؛^(۵)

- لواط به عنف یا اکراه از سوی فاعل یا وجود شرایط احصان در فاعل، موضوع ماده‌ی ۲۳۴ همان قانون؛^(۶)

- لواط موضوع ماده‌ی ۲۳۴ همان قانون که موجب استحقاق مرگ برای مفعول است؛ اعم از اینکه محصن باشد یا نباشد؛ - لواط غیر مسلمان با مسلمان موضوع ماده‌ی ۲۳۴ همان قانون؛

- تفخیز غیر مسلمان با مسلمان موضوع تبصره‌ی ماده‌ی ۲۳۶ همان قانون؛^(۷)

- قذف یا سب انبیاء، ائمه‌ی معصومین علیهم‌السلام و حضرت فاطمه زهرا سلام‌الله علیها موضوع ماده‌ی ۲۶۲ همان قانون؛^(۸)

- محاربه موضوع ماده‌ی ۲۸۲ همان قانون؛^(۹)

- افساد فی الارض موضوع ماده‌ی ۲۸۶ همان قانون؛^(۱۰)

- بغی موضوع ماده‌ی ۲۸۷ همان قانون؛^(۱۱)

- سرقت حدی در مرتبه‌ی چهارم موضوع ماده‌ی ۲۷۸ همان قانون؛

- تکرار جرم حدی در نوبت چهارم موضوع ماده‌ی ۱۳۶ همان قانون؛^(۱۲)

- ارتداد مرد، سحر و جادو و ادعای نبوت، موضوع ماده‌ی ۲۲۰ همان قانون.^(۱۳)

۴. مبنای فقهی تبصره‌ی یک این ماده مبتنی بر این اصل کلی است که به‌منظور حفظ و استمرار انتظام در امور جامعه، اجرای مجازات باید در انحصار حاکمیت قرار گیرد و هیچ‌کس حق ندارد به‌صورت خودسرانه اقدام به مطالبه‌ی حق خویش کند. این موضوع مورد تأکید فقه‌های امامیه است. از جمله امام خمینی (ره) به‌عنوان یک فقیه و پایه‌گذار حکومت اسلامی، در این‌باره چنین فرموده‌اند: «لیس لأحد تکفل الأمور السیاسیه کاجراء الحدود و القضائیه و المالیه کأخذ الخراجات و مالیات الشرعیه إلا إمام المسلمین علیه‌السلام و من نصبه لذلك».^(۱۴)

۵. تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در مقام حمایت از کسی که مورد تهاجم قرار گرفته است، مقرر می‌دارد: «... چنانچه نفس دفاع صدق کند؛ ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است ...» یعنی همین که نفس دفاع صدق کند، قصاص منتفی می‌شود و اگر مهاجم اثبات کند که از مراتب مقرر برای دفاع تجاوز شده است، تعزیر بر مدافع ثابت می‌گردد و در غیر این صورت، جنایت ارتكابی با قصاص، دیه یا تعزیر مواجه نخواهد شد.

۶. منظور از تجاوز قریب‌الوقوع، تهاجمی است که هنوز فعلیت نیافته، اما وقوع تهاجم نزدیک است؛ مانند اینکه مهاجم مواد آتش‌زایی را بر روی مال مدافع ریخته و در صدد آتش زدن است و یا متجاوز اسلحه را آماده‌ی شلیک کرده است.

۷. منظور از مجازات تعزیری مقرر در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات

اسلامی (۱۳۹۲) با توجه به ماده‌ی ۴۴۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)^(۱۵) در خصوص جنایات بر نفس، مجازات تعزیری مذکور در ماده‌ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ است و در جنایات مادون نفس، مجازات تعزیری مذکور در ماده‌ی ۶۱۴ قانون اخیرالذکر است.



تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در مقام حمایت از کسی که مورد تهاجم قرار گرفته است، مقرر می‌دارد: «... چنانچه نفس دفاع صدق کند؛ ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است ...» یعنی همین که نفس دفاع صدق کند، قصاص منتفی می‌شود و اگر مهاجم اثبات کند که از مراتب مقرر برای دفاع تجاوز شده است، تعزیر بر مدافع ثابت می‌گردد و در غیر این صورت، جنایت ارتكابی با قصاص، دیه یا تعزیر مواجه خواهد شد.

۸. در قوانین پیشین، دفاع مشروع به‌عنوان موجبی برای عدم مجازات مرتکب قتل عمد پذیرفته شده بود^(۱۶) تا این مقطع از تاریخ قانون‌گذاری کیفری، آنچه موجب حذف مجازات قتل عمد (اعدام یا قصاص نفس) می‌گردید، دفاع واجد کلیه‌ی شرایط مشروعیت بود. قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عامل موجهه‌ی دیگری غیر از دفاع مشروع^(۱۷) را پیش‌بینی کرد که به‌موجب آن، هرچند رفتار مرتکب قتل را در حالت عادی عمد محسوب نموده، اما از قصاص نفس معاف ساخته و مجازات‌های تعزیر و دیه را برای وی مقرر نمود. مطابق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در مورد بند «ت»^(۱۸) چنانچه نفس دفاع صدق کند، ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

۹. امروزه با توجه به تفکیک دادرسی کیفری به دو مرحله‌ی دادسرا و دادگاه، در چگونگی اعمال حکم مندرج در تبصره‌ی ۲ این ماده پرسش‌هایی را به شرح زیر مطرح نموده‌اند:^(۱۹)

آیا مقرره‌ی مذکور در پی شناسایی نهادی جدید به‌عنوان عامل موجهه‌ی جرم بوده است و به عبارتی، آیا دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت، مزیل وصف مجرمانه بودن است یا آنکه وصف عمد را به غیرعمد بدل می‌سازد و یا صرفاً مجازات را تغییر می‌دهد؟

آیا قاضی دادسرا مکلف است در مرحله‌ی تحقیق و صدور کیفرخواست به مقرره‌ی مذکور توجه کند و نسبت به جمع‌آوری ادله برای آن و درج مستند قانونی در کیفرخواست اقدام نماید؟

چنانچه پاسخ مثبت است، آیا دادسرا کیفرخواست را برای قتل عمد صادر می‌نماید یا آنکه به لحاظ مجازات مقرر برای چنین حالتی که آن را دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت می‌نامیم، باید قائل به قتل شبه‌عمد بود؟

۱۰. در بیان جایگاه این حکم در حقوق جزای عمومی، نظریاتی به شرح زیر ارائه شده است.^(۲۰)

تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نهادی جدید است که در قوانین ایران سابقه نداشته و لذا باید در تعیین جایگاه آن، به رویه‌ی قضایی که مأخوذ از پیشینه‌ی فقهی است نگاهی داشت. از این‌رو در راستای تبیین جایگاه نهاد دفاع فاقد شرایط مشروعیت

در نظام حقوقی ایران اظهار شده است که «این نهاد اگرچه که فاقد سابقه‌ی تقنینی است؛ اما رویه‌ی قضایی با اعتقاد ضمنی به ضرورت چنین حکمی، در مقام پر کردن خلاء موجود برآمده است و این رویکرد مستند به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی بوده است.»^(۲۱)

آراء متعددی با تکیه بر این رویکرد صادر شده است که می‌توان آنها را در دو گروه جای داد:^(۲۲)

نخست، آرای که قتل همراه با دفاع فاقد جمیع شرایط مشروع را موجب قصاص ندانسته است؛ بی‌آنکه به تاثیر آن در نوع قتل از جهت تبدیل قتل عمد به شبه‌عمد اشاره‌ای کنند:

در یکی از آرای شعب دیوان‌عالی کشور با این استدلال که مقتول و طایفه‌ی او نزاع را شروع کرده‌اند، ادعای دفاع مردود و متهم را مستحق قصاص نفس ندانسته‌اند. طبق بخشی از این رأی: «استدلال دادگاه‌ها از جهت محکومیت متهم ... به قصاص نفس موجه نمی‌باشد؛ زیرا هرچند که شرایط کامل دفاع مشروع در پرونده‌ی امر محقق نمی‌باشد، لیکن با توجه به اینکه عده‌ای از طایفه‌ی مقتول با توافق و تبانی بر قتل، به قصد انتقام‌جویی نیمه‌شب مسلح به سلاح ناریه به مزرعه‌ی مجاور محل سکونت متهم هجوم آورده و اقدام به تخریب مزرعه‌ی ذرت آنها نموده‌اند، متهم را در حدی که مستوجب مجازات قصاص نفس باشد، مسئول نمی‌داند.»^(۲۳)

همچنین در یک رأی، دیوان‌عالی کشور با جرم شناختن رفتار مرتکب و رد حالت دفاع مشروع و استفاده از عبارت دفاع نامتناسب، او را مستحق قصاص نفس ندانسته؛ بدون آنکه به غیرعمد بودن قتل استناد کند: «عمل متهم مصداق دفاع نامتناسب تشخیص و به اعتبار

قاعده‌ی درء و سقوط مجازات قصاص نفس، دادنامه‌ی تجدیدنظر خواسته نقض می‌شود.»^(۲۴)

برخی آراء با تصریح به اصطلاح «دفاع نامتناسب»، در تأیید تشخیص خود، مستند فقهی ارائه داده‌اند و از جمله این رأی است: «در مقام دفاع بودن متهم، محرز و مسلم است و محاکم آن را پذیرفته‌اند؛ اما دفاع را متناسب با خطر تشخیص نداده و حکم قصاص صادر نموده‌اند و حال اینکه با فرض عدم تناسب، چون قتل در شرایط دفاع به وقوع پیوسته، حسب فتوای فقهای عظام از جمله حضرت امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله، چنین قتلی موجب قصاص نمی‌باشد و حداکثر مثبت دیه خواهد بود.»^(۲۵)

چنانچه متهم منکر رفتار ارتکابی باشد، اما باز پرس با احراز ارتکاب رفتار مجرمانه به همراه قصد قتل از طریق ادله‌ی دیگر غیر از اقرار، شرایط دفاع فاقد شرایط مشروعیت را موجود ببیند، قرار جلب به دادرسی باید بر اساس تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی صادر شود.

دوم، آرای که دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت را موجبی برای بدل شدن قتل عمد به شبه‌عمد می‌دانند و بر تبدیل وصف قتل به شبه‌عمد تصریح دارند: در یکی از آراء اصاری دیوان‌عالی کشور، اکثریت اعضای حاضر در جلسه به شبه‌عمد بودن عمل متهم رأی داده‌اند. موضوع این رأی درگیری دو نوجوان است؛ به‌گونه‌ای که قاتل در مقابل اصرار مقتول به عمل شنیع با خود، او را با چاقو

به قتل می‌رساند.^(۲۶) دادستان کل کشور در توجیه نظر خود مبنی بر شبه‌عمد بودن قتل، با استناد به شبهه‌ی احتمال دفاع مشروع، معتقد است: «شرب خمر به حدی نبوده تا مستی به متهمین دست داده باشد و باعث اخلال در مشاعر شود و عدم احساس خطر و اخافه از سوی متهم با توجه به اینکه امکان فرار و ترک محل و استمداد وجود داشته است، دفاع مشروع منتفی است، اما چون احتمال دفاع مشروع و شبهه داده می‌شود و البته در اینکه به فرض دفاع یا دفاع خارج از حد متعارف و مأذون بوده، قتل از موارد شبه‌عمد خواهد بود.»

به نظر می‌رسد مستنبط از تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ صرفاً منتفی شدن قصاص و محکومیت مرتکب به پرداخت دیه و مجازات تعزیری است و این به معنای تبدیل نوع قتل از عمد به شبه‌عمد نمی‌باشد. یکی از حقوقدانان^(۲۷) در تأیید این نظر شش دلیل ارائه کرده است:^(۲۸) نخست، نحوه‌ی نگارش تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی در آنجا که مقرر می‌دارد: «قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود»، نشان از آن دارد که قانون‌گذار در مقام تغییر نوع مجازات است، نه نوع جرم و وصف قتل؛

دوم، صدر ماده‌ی ۳۰۲ مبنی بر اینکه: «مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود» دال بر توجه قانون‌گذار به «مجازات» قتل عمد است؛ سوم، صدر ماده‌ی ۳۰۲ با جمله‌ی «در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود» مؤید آن است که قانون‌گذار در صدد بیان استثناءهای قصاص نفس است و با فرض

آنکه قتل منطبق با یکی از مصادیق قتل عمد موضوع ماده‌ی ۲۹۰ همین قانون^(۳۹) می‌باشد، مرتکب را به جهاتی چون مهدورالدم بودن یا مستحق قصاص بودن مجنی‌علیه، از قصاص معاف ساخته است؛ چهارم، ماده‌ی ۳۰۲ ذیل فصل سوم از کتاب سوم قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) با عنوان «شرایط عمومی قصاص» آمده است و نشان از آن دارد که قانون‌گذار در صدد بیان شرایط اجرای قصاص و جهات معافیت از آن است؛ به عبارتی قانون‌گذار با فرض اینکه جرایم علیه تمامیت جسمانی ذیل این فصل عمدی و مستوجب قصاص است، معافیت‌هایی از قصاص را احصاء کرده است.

پنجم، ماده‌ی ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی در بیان تأثیر احراز دفاع فاقد جميع شرایط مشروعیت یا دیگر مصادیق مندرج در ماده‌ی ۳۰۲، به اصل بودن مجازات قصاص تأکید دارد؛ چرا که در صورت عدم احراز ادعای قاتل، به سراغ اصل یعنی قصاص می‌رود؛ مطابق قسمت پایانی این ماده «... اگر ثابت نشود که مجنی‌علیه شمول ماده‌ی ۳۰۲ است و نیز ثابت نشود که مرتکب براساس چنین اعتقادی مرتکب جنایت شده است، مرتکب به قصاص محکوم می‌شود...».

ششم، ماده‌ی ۳۰۵^(۴۰) نیز در قتل مجنون چنین فحویبی دارد؛ به این نحو که قتل مجنون را که به‌طور عمد واقع شده، با مجازات دیه و تعزیر مواجه می‌سازد و به عبارتی، قرار دادن مجازات دیه و تعزیر را موجب تبدیل وصف قتل از عمد به شبه‌عمد نمی‌داند. همچنین است حکم مندرج در ماده‌ی ۳۰۶ که جنایت عمدی بر جنین را موجب تعزیر و دیه دانسته است. با توجه به مطالب فوق‌الذکر روشن است که کیفرخواست با عنوان «قتل عمد» در مقام دفاع مشروعی که

فاقد شرایط بوده است صادر می‌شود. ۱۱. پرسش: آیا دادسرا صلاحیت استماع ادعای دفاع و بررسی شرایط آن را دارد و یا این امر صرفاً توسط دادگاه میسر است؟ پاسخ: در ارائه‌ی پاسخ برای این سؤال، دو رویکرد را به شرح زیر در حقوق ایران احصاء کرده‌اند:^(۴۱)

نخست آنکه، رسیدگی به ادعای دفاع فاقد جميع شرایط مشروع در صلاحیت انحصاری دادگاه قرار دارد؛ چنانکه ماده‌ی ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «هرگاه مرتکب مدعی باشد که مجنی‌علیه، حسب مورد در نفس یا عضو شمول ماده‌ی ۳۰۲ این قانون است... این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است به ادعای مذکور رسیدگی کند...»؛ بنابراین استفاده از واژه‌ی «دادگاه» دلالت بر آن دارد که دادسرا تکلیفی در رسیدگی این ادعا ندارد و این ادعا در دادگاه قابل استماع است.

دوم؛ از آنجایی که به‌طور معمول تحقیقات مقدماتی در دادسرا به عهده‌ی بازپرس قرار دارد و رسیدگی به ادعای دفاع فاقد جميع شرایط مشروع جزئی از تحقیقات به‌شمار می‌رود، می‌توان دادسرا را صالح برای رسیدگی به آن دانست. از سوی دیگر توجه به جایگاه قانون مجازات اسلامی و مدلول ماده‌ی ۳۰۳ آن، نافی صلاحیت انحصاری دادگاه است؛ وانگهی به‌نظر می‌رسد هرگاه اعتقاد به صلاحیت انحصاری دادگاه در رسیدگی به ادعای دفاع فاقد جميع شرایط مشروعیت مستفاد از ماده‌ی ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ داشته باشیم، با بند «ث» ماده‌ی ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که مقرر می‌کند: «مستند قانونی اتهام باید در کیفرخواست ذکر شود و لازمه ذکر آن تشخیص وصف

جرم ارتكابی با لحاظ تأثیر پذیرش یا رد ادعای دفاع فاقد جميع شرایط مشروع است»، در تعارض قرار دارند. بدین ترتیب لازمه‌ی جمع عرفی میان مفاد مواد یاد شده آن است که ماده‌ی ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی در مقام بیان صلاحیت انحصاری دادگاه در رسیدگی به ادعای مذکور نیست به‌ویژه آنکه اراده‌ی اخیر قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری منعکس شده است.^(۴۲)

به نظر می‌رسد نظر دوم ارجح است و در تأیید این نظر گفته شده است: «بازپرس در مقام رسیدگی به شکایت اولیای دم دایر بر قتل عمد، باید ادعای دفاع مشروع یا دفاع فاقد جميع شرایط مشروعیت را استماع کند و در قرار جلب به دادرسی مورد توجه قرار دهد؛ اگرچه دادگاه الزامی به پذیرش این نظر ندارد و می‌تواند رأی را بر اساس عنوان قانونی که خود صحیح می‌داند، انشاء کند.^(۴۳) تکلیف بازپرس به تفهیم عنوان مجرمانه‌ی مورد نظر دادگاه برخلاف آنچه در کیفرخواست برای رفتار ارتكابی آمده است؛ همچنین امکان اعاده‌ی پرونده از سوی دادگاه به دادسرا برای تکمیل تحقیقات،^(۴۴) نشان از این اصل دارد که دادگاه بر اساس تحقیقات دادسرا و تشخیص این مرجع، اقدام به محاکمه می‌کند؛ استثنای وارد بر این اصل، حالتی است که دادگاه تحقیقات را کامل نمی‌داند. چنانچه نظر دادگاه در خصوص وصف مجرمانه‌ی رفتار ارتكابی مندرج در کیفرخواست با بازپرس متفاوت باشد و در نتیجه‌ی تحقیقات دادسرا مجموعه اعمال ارتكابی متهم وضوح یابد، بدون اعاده‌ی پرونده به دادسرا جهت تفهیم عنوان اتهامی مورد نظر، خود اقدام می‌نماید. این امر، نشان از استقلال قضایی بازپرس دارد و همچنین مؤید آن است که مبنای محاکمه، تحقیقات به

عمل آمده در مرحله دادسرا است».^(۳۵) اداره حقوقی قوه قضاییه بازپرس را مکلف به استماع ادعای دفاع مشروع از سوی متهم و بررسی آن دانسته است و به موجب یک نظر مشورتی:^(۳۶) «قاضی دادسرا ضمن جمع آوری ادله علیه متهم، لازم است در خصوص مهدورالدم بودن مقتول و در خصوص نیت و اعتقاد متهم در موقع ارتکاب قتل مبنی بر مهدورالدم بودن مقتول، تحقیقات جامعی به عمل آورده و در صورتی که موضوع دفاع مشروع در پرونده مطرح باشد، در خصوص اجتماع و تحقق شرایط کامل دفاع مشروع با عنایت به ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و متناسب بودن آن با خطر و تجاوز، پرونده ای امر را دقیقاً مورد بررسی قرار داده و در اظهار نظر نهایی مد نظر قرار دهد».

۱۲. پرسش: دادسرا در برخورد با موارد دفاع مشروع و نفس دفاع چه تکلیفی دارد؟

پاسخ: «قانون گذار در دفاع مشروع با این جمله که: «مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی شود»، به نفی مجازات اشاره کرده است و مشابه این مفهوم (قصاص منتفی است) در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ در مورد نفس دفاع ذکر شده است؛ بنابراین دفاع فاقد شرایط مشروعیت موجب صدور قرار جلب به دادرسی است و با توجه به پیش گفته و سه نکته ای که وفق ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)^(۳۷) درج آن در کیفرخواست ضروری بوده و مرتبط با بحث ما می باشد، نوع اتهام مندرج در کیفرخواست، قتل عمد با وصف دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت (بند پ ماده ۲۷۹) است و مستند قانونی آن، تبصره ۲ ماده ۳۰۲ (بند «ت» ماده ۲۷۹) می باشد. همچنین در احصای ادله ای

انتساب اتهام (بند «ت» ماده ۲۷۹) باید دلایل مثبت ادعای متهم دایر بر دارا بودن نفس حالت دفاع و یا حالت دفاعی که اگرچه واجد برخی شرایط دفاع مشروع است، اما جمیع شرایط را فاقد می باشد، درج شود».^(۳۸)

۱۳. چنانچه متهم منکر رفتار ارتكابی باشد، اما بازپرس با احراز ارتكاب رفتار مجرمانه به همراه قصد قتل از طریق ادله ای دیگر غیر از اقرار، شرایط دفاع فاقد شرایط مشروعیت را موجود ببیند، قرار جلب به دادرسی باید بر اساس تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی صادر شود، به عبارت دیگر، توجه به حالت نفس دفاع در رسیدگی به اتهام قتل عمد، منوط به ادعای متهم بر این امر نمی باشد؛ زیرا بازپرس مکلف به جمع آوری دلایل بوده و در این راستا، درخواست شاکی و دلالت بازپرس از طریق شاکی به تحصیل دلیل ضرورتی ندارد؛ بر اساس مواد ۹۳، ۹۵، ۱۲۳، ۱۵۵، ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) بازپرس رأساً اقدامات تحقیقی را به عمل می آورد.^(۳۹)

۱۴. **پرسش:** کیفرخواست دادسرا متضمن تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در کدام مرجع قضایی رسیدگی می شود، دادگاه کیفری یک یا دادگاه کیفری دو؟

پاسخ: با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می رسد که موضوع این پرونده مستنداً به ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)^(۴۰) در صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری یک می باشد.

در این خصوص چند ابهام به شرح زیر مطرح و پاسخ داده شده است:

نخست، ممکن است گفته شود هر چند براساس بند «الف» ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، رسیدگی به جرایم موجب مجازات سلب حیات

در صلاحیت دادگاه کیفری یک است؛ اما در موضوع بحث بازپرس درخواست تعزیر و دیه نموده است که با توجه به میزان تعزیر، کیفرخواست باید وفق ماده ۳۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)^(۴۱) خطاب به دادگاه کیفری دو صادر شود، ولی به نظر می رسد ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری به نوع جرایم اشاره نموده است و نه حالت آن. عنوان «جرایم موجب مجازات سلب حیات» در بند «الف» این ماده، منطبق با اتهام قتل عمد است که در کیفرخواست ذکر شده و مجازات آن در وهله اول قصاص نفس است. وصف حالت دفاع فاقد شرایط مشروعیت برای قتل عمد، که در کیفرخواست پیش بینی می شود، استثنایی است که بر مجازات (قصاص نفس) بار می شود، نه بر جرم (قتل عمد). مدلول و فحوای رأی وحدت رویه ای شماره ۷۰۹ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱^(۴۲) بر این مطلب دلالت دارد؛ این نکته نیز جای توجه دارد که رویه ای قضایی در موارد مشابه چون قتل فرزند توسط پدر یا فرد مهدورالدم، بر رسیدگی به این ادعا در دادسرا و قید آن در کیفرخواست استقرار دارد و در پرونده های اتهامی زنای به عنف، زنای محصن و محصنه یا لواط نیز با توجه به میزان مجازات آن،^(۴۳) رسیدگی به جرم حسب بند «الف» ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) در صلاحیت دادگاه کیفری یک است؛ اما چنانچه دادگاه حین رسیدگی، عنف یا حالت احسان را احراز ننمود و یا اتهام لواط را در حد تفخیز تشخیص داد، به رسیدگی ادامه داده و حکم به مجازات زنای ساده یا تفخیز صادر می نماید که میزان مجازات آن^(۴۴) خارج از صلاحیت دادگاه کیفری یک است».^(۴۵) از جمله می توان به دادنامه ای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۵۲۰۰۱۴۱

مورخ ۱۳۹۳/۵/۹ صادره از شعبه‌ی ۷۲ دادگاه کیفری استان سابق در پرونده‌ی به شماره کلاسه‌ی ۷۶/۷۲/۹۳ اشاره کرد که آورده است: «درخصوص شکایت خانم ... علیه متهمان ... انجام عمل منافی عفت به عنف ... بعضی از رفتارهای شاکیه مقدماتی را برای تعرض متهمین فراهم نموده، لذا وصف تهدید و عنف منتفی است و ... براءت متهمین از ارتکاب زنا به عنف را صادر و ... به دلیل ارتکاب عمل زنا از ناحیه دبر به تحمل یکصد ضربه شلاق محکوم می‌کند ...».

دوم، ابهام دیگری که در این زمینه مطرح شده این است که «اولیای دم خواهان قصاص هستند و بازپرس باید در قرار صادره نسبت به این خواسته‌ی آنها اتخاذ تصمیم نماید. در پاسخ باید گفت بازپرس در تعیین تأثیر حالت دفاع فاقد شرایط مشروعیت در نوع قتل، مکلف به صدور دو قرار شامل قرار منع تعقیب قتل عمد و قرار جلب به دادرسی نسبت قتل شبه‌عمد نمی‌باشد؛ چرا که حالت دفاع فاقد شرایط مشروعیت تأثیری در نوع قتل نداشته و موجب تبدیل آن به قتل شبه‌عمد نمی‌شود. حتی اگر قانون‌گذار حالت دفاع مذکور را موجب تبدیل نوع قتل به شبه‌عمد می‌دانست، باز هم صدور دو قرار میسر نبود؛ زیرا معیار صدور قرار، رفتار مجرمانه است، نه وصف آن؛ به عبارت دیگر، آنچه ارتکاب یافته است، رفتار (در جرم ساده) یا مجموعه‌ای از رفتارها (در جرم مرکب) است که موجب یک نتیجه (در اینجا سلب حیات) شده است و تعدد قرارهای نهایی قابل توجیه نیست. این مطلب به‌طور یکسان در برخی جرایم علیه اموال قابل مشاهده است. هرگاه بازپرس با وصف مجرمانه‌ی اعلامی از سوی شاکی مثلاً کلاهبرداری مخالف باشد و بر رفتار موضوع شکایت، وصف مجرمانه‌ی دیگری

مانند تحصیل مال از طریق نامشروع را بار ببند، نمی‌تواند دو قرار نهایی (منع تعقیب از بابت کلاهبرداری و جلب به دادرسی از بابت تحصیل مال از طریق نامشروع) صادر نماید؛ زیرا ماده‌ی ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)^(۴۶) که در مقام بیان تکلیف بازپرس برای صدور قرار نهایی است، وی را در تشخیص نوع اتهام صاحب‌نظر دانسته است، به‌گونه‌ای که مکلف به انقیاد از نظر شاکی نمی‌باشد».^(۴۷)



هرگاه بازپرس با وصف مجرمانه‌ی اعلامی از سوی شاکی مثلاً کلاهبرداری مخالف باشد و بر رفتار موضوع شکایت، وصف مجرمانه‌ی دیگری مانند تحصیل مال از طریق نامشروع را بار ببند، نمی‌تواند دو قرار نهایی (منع تعقیب از بابت کلاهبرداری و جلب به دادرسی از بابت تحصیل مال از طریق نامشروع) صادر نماید؛ زیرا ماده‌ی ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) که در مقام بیان تکلیف بازپرس برای صدور قرار نهایی است، وی را در تشخیص نوع اتهام صاحب‌نظر دانسته است، به‌گونه‌ای که مکلف به انقیاد از نظر شاکی نمی‌باشد.

و به هنگام مرگ، مطابق قانون و شرع مستحق مجازات سلب حیات بوده است. ۱۶. پرسش: چنانچه فردی غیر از اولیای دم، قاتل محکوم به قصاص نفس را بدون اذن اولیای دم و دادگاه به قتل برساند و سپس اولیای دم اظهار رضایت کنند و بگویند آنچه که ما می‌خواستیم توسط این شخص انجام شده است؛ آیا قصاص از قاتل ساقط می‌شود؟

پاسخ: هیئت عمومی دیوان عالی کشور در زمان حاکمیت قانون سابق براساس رأی اصراری شماره‌ی ۴ مورخ ۱۳۸۳/۲/۲۹ اظهار داشته است: «با توجه به محتویات پرونده بالاخص اظهارات ناظرین صحنه‌ی وقوع جرم مبنی بر مباشرت «الف» به قتل عمدی «ب» با شلیک گلوله از نزدیک و بلافاصله مبادرت برادر «ب» به نام «ج» که عیناً شاهد ماجرا بوده، به ایراد جرح عمدی نسبت «الف» و کشتن وی با سلاح شکاری سوزنی؛ ... وی کشتن قاتل برادرش را به فرمان الهی حق خود می‌دانسته و با این تصور و تحت تأثیر هیجانات حاصله به کشتن قاتل برادرش اقدام کرده و علی‌رغم اختصاص حق قصاص به اولیای دم، شخصاً آن را در وضعیت خاص اعمال نموده است؛ اگرچه از این جهت مرتکب خلاف گردیده؛ لیکن نظر به اینکه به‌موجب ماده‌ی ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق قصاص نباشد، بنابر جهات مذکور، قصاص از متهم ج ساقط می‌باشد»؛ به‌نظر می‌رسد که رأی اصراری دیوان عالی کشور در زمان حاکمیت قانون سابق صحیح بوده است؛ زیرا ماده‌ی ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به صورت مطلق مقرر کرده بود: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق قصاص نباشد»

۱۵. پرسش: چنانچه «الف» که مرتکب زنا می‌شود محصنه شده است توسط «ب» به قتل برسد سپس معلوم شود که حکم رجم در حق «الف» به مصلحت نبوده و مطابق ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) باید به یکصد ضربه شلاق تبدیل می‌شده، مجازات شخص «ب» چیست؟ پاسخ: به‌نظر می‌رسد که بر اساس بند «الف» این ماده، قصاص منتفی است و مطابق تبصره‌ی یک مجازات تعزیری تعیین خواهد شد؛ زیرا در فرض سؤال، فرد «الف» تا قبل از تبدیل رجم به شلاق

و مفهوم مخالف آن این است که اگر مقتول شرعاً مستحق قصاص باشد، قاتل قصاص نمی‌شود هر چند که جزو اولیای دم نباشد و لیکن بند «پ» ماده‌ی ۳۰۲ قانون جدید مجازات اسلامی محدودیت ایجاد کرده و مقرر نموده است: «... فقط نسبت به صاحب حق قصاص»؛ بنابراین بر اساس مفهوم مخالف بند «پ» ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در فرض سؤال قصاص برای قاتل ثابت است و رضایت اولیای دم مقتول اول، تاثیری در موضوع ندارد.^(۴۸)

۱۷. اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه تشخیص م‌ده‌دور‌الدم بودن مقتول را از اختیارات دادگاه دانسته و دادسرا را مجاز به اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در این باره ندانسته است: «اصولاً تشخیص م‌ده‌دور‌الدم بودن مقتول و استحقاق قتل وی که طبق ماده‌ی ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) ممکن است موجب سقوط حق قصاص شود، به عهده‌ی دادگاه صالح رسیدگی کننده است و باز پرس در صورت احراز قتل عمدی مقتول توسط متهم، وظیفه و تکلیف صدور کیفرخواست قتل عمد علیه متهم پس از اخذ آخرین دفاعیات وی را دارد و بررسی این موضوع از اختیارات و تکالیف دادگاه است و باز پرس نفیاً و اثباتاً حق اظهار نظر در این خصوص (مثلاً صدور کیفرخواست به عنوان قتل خطایی عمد به لحاظ م‌ده‌دور‌الدم تشخیص دادن مقتول) را ندارد».^(۴۹) این نظر ممکن است قابل نقد باشد؛ چرا که نتیجه‌ی حاصل از این نظر آن است که باز پرس با وجود دلایل کافی بر م‌ده‌دور‌الدم بودن مقتول یا تصور قاتل بر این امر، کیفرخواست بر اساس قتل عمد صادر نماید و دادستان نیز پس از تأیید قرار جلب به دادرسی، از بابت قصاص نفس،

در دادگاه حاضر شده و از کیفرخواستی دفاع کند که خود به آن معتقد نیست. ۱۸. با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید، یکی از مسائل مطرح در رویه قضایی، چگونگی طرح ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت در مرحله اعاده دادرسی است. برخی از شعب دیوان عالی کشور به این لحاظ که ادعای دفاع، امر ماهوی محسوب می‌شود، اعاده دادرسی را موجه ندانسته‌اند؛ از جمله می‌توان به دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۴۰۹۹۷۰۹۱۰۷۰۰۶۷۷ مورخ ۱۳۹۴/۶/۳ صادره از شعبه‌ی سی و چهارم دیوان عالی کشور اشاره کرد که چنین مرقوم داشته است: «درخواست مستدعی اعاده دادرسی موجه و منطبق با هیچ یک از موارد اعاده دادرسی مقرر در ماده‌ی ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری نبوده و در خور پذیرش نیست؛ زیرا ادعای او دایر به دفاع از خود در برابر مقتول، قطع نظر از اینکه در رسیدگی ماهوی به صراحت چنین موضوعی را مطرح نکرده، با توجه به اینکه دفاع از نفس مسئولیت کیفری محسوب می‌شود، از امور ماهوی است که در این مرحله موقعیت قانونی ندارد و قابل ترتیب اثر نیست. بنا به مراتب، مستنداً به ذیل ماده‌ی ۴۷۶ همان قانون^(۵۰) قرار رد درخواست را صادر و اعلام می‌نماید».

به نظر می‌رسد استدلال شعبه‌ی ۳۶ دیوان قابل قبول نیست زیرا آنچه در خواست اعاده‌ی دادرسی بر مبنای ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را توجیه می‌کند، جهت مندرج در بند «ج» ماده‌ی ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) است که چنانچه «مجازات مورد حکم بیش از مجازات مقرر قانونی باشد» را از جهات اعاده‌ی دادرسی دانسته است.

اعاده‌ی دادرسی محکوم به قصاص نفس نسبت به دادنامه‌های صادره پیش از تاریخ لازم‌الاجراشدن قانون مجازات اسلامی جدید و بر اساس ماده‌ی ۳۰۲ این قانون دارد. مفاد دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۵۱۰۱۰۹۲۵۱۰۹۴۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۴/۶/۱۴ که در پرونده‌ی به شماره کلاسه‌ی ۲۰۰۲۵۱۰۰۹۲۵۱۰۹۴۰۹۹۸ از سوی شعبه‌ی سی و ششم دیوان عالی کشور صادر گردیده، از این قبیل آراء است که به موجب آن: «درخواست اعاده‌ی دادرسی آقای ... محکوم علیه دادنامه فوق‌الذکر ... مستند به تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان قانون لاحق می‌باشد که طبق آن مهاجم باید دفاع مشروع نامتناسب را ثابت کند. با توجه به اینکه بررسی صحت و سقم ادعای وی علی‌رغم صدور آرای متعدد قبلی و نظرات اقلیت هیئت شعب محاکم کیفری استان مستلزم رسیدگی ماهوی با لحاظ ماده‌ی مذکور و تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۵۶ است و از این حیث با در نظر گرفتن بندهای «ب» و «پ» ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات اسلامی و مستنداً به بند «ج» ماده‌ی ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ و اصلاحیه‌ی مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴، ضمن تجویز اعاده‌ی دادرسی، رسیدگی مجدد به شعبه‌ی جانشین دادگاه کیفری استان با هیئتی غیر از قضات دخیل در آراء صادره ماهوی محول می‌شود». در این رأی، دیوان با پذیرش ماهوی بودن ادعای دفاع فاقد مشروعیت و بدون ورود به ماهیت امر که منطبق با شأن دیوان می‌باشد، قصاص نفس را نقض و پرونده را جهت رسیدگی به شعبه‌ی هم‌عرض ارجاع می‌دهد؛ همچنین است دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۷۸۰۰۷۴۰۰۹۹۷۰۹۴۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۴/۳/۳ صادره از شعبه‌ی چهاردهم دیوان عالی کشور.^(۵۱)

پی‌نوشت‌ها:

ماده‌ی (۶۱۲) آن قانون و در سایر جنایات عمدی مطابق ماده‌ی (۶۱۴) و تبصره‌ی آن عمل می‌شود.

۱۶. ماده‌ی ۳۳ قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱): «هرکس در مقام دفاع از نفس یا عرض و یا ناموس و یا مال خود یا دیگری و آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد، در صورت اجتماع شرایط زیر قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود: ۱- دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد؛ ۲- توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله قوای مذکور در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود...»؛ ماده‌ی ۶۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰): «هرکس در مقام دفاع از نفس یا عرض و یا ناموس و یا مال خود یا دیگری و یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد، در صورت اجتماع شرایط زیر قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود: ۱- دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد؛ ۲- عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد؛ ۳- توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله قوای مذکور در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود...».

۱۷. «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود: الف- رفتار ارتكابی برای رفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد؛ ب) دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد؛ پ) خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد؛ ت) توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در رفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود...».

۱۸. ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود... (ت) متجاوز یا کسی که تجاوز او قریب‌الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده‌ی (۱۵۶) این قانون جنایتی بر او وارد شود...».

۱۹. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادسرا در رسیدگی به آن»، فصل‌نامه‌ی تعالی حقوق، تهران: دادرسی عمومی و انقلاب تهران، سال هفتم، دوره‌ی جدید، شماره‌ی ۱۲، پاییز ۱۳۹۴، صفحه‌ی ۱۰.

۲۰. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادسرا در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحات ۱۱-۱۰.

۲۱. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

۲۲. همان، صفحه‌ی ۱۴.

۲۳. رأی اصراری شماره‌ی ۱۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۲۲ صادره از شعب کیفری دیوان عالی کشور؛ در معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۹۲: ۱۷۳: «در رأی دیگری نیز مشابه این استدلال به کار گرفته شده است: «نظر بر اینکه مقدمین به حمله سه نفر و مسلح به چوب و میله آهن بوده‌اند و متهم در مقابل آنها تنها بوده و حین نزاع فرصت مراجعه به مأموران انتظامی را نداشته است، لذا مسئولیت وی در حد کیفر به قصاص نفس به‌نظر موجه نمی‌باشد و از طرف دیگر، چون متهم به احتمال وقوع درگیری آلت قتاله (چاقو) را از مدتی قبل تهیه و در اختیار داشته است، با این وصف به لحاظ عدم تناسب دفاع مشروع، نامبرده را نمی‌توان کاملاً مبرا از مسئولیت کیفری دانست» (همان‌جا).

۲۴. رأی اصراری شماره‌ی ۷ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۸ شعب کیفری دیوان عالی کشور.

۲۵. رأی اصراری شماره‌ی ۴ مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۸ شعب کیفری دیوان عالی کشور.

۲۶. بنگرید به: لطفی، اسدالله و عزیزبانی، مجید، «قتل عمد و بررسی آن با دفاع مشروع با مداخله در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، جستارهای فقه و حقوق، سال نخست، شماره‌ی دوم، پاییز ۱۳۹۳، صفحه‌ی ۸۴.

۱. منظور از مهدورالدم مطلق، جنایت‌کاری است که خونش هدر است و توسط هرکسی به قتل برسد قصاص و دیه ندارد.

۲. منظور از مهدورالدم نسبی، جنایت‌کاری است که خونش نسبت به برخی از اشخاص مانند صاحبان دم هدر است و چنانچه توسط همان اشخاص به قتل برسد قصاص و دیه ندارد.

۳. نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، پیشین، جلد چهارم و دوم، صفحات ۱۹۱-۱۹۰.

۴. ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «حد زنا در موارد زیر اعدام است: الف) زنا با محارم نسبی؛ ب) زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است؛ پ) زنا با مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است؛ ت) زنا به عنف یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است».

۵. ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم، با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد».

۶. ماده‌ی ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «حد لواط برای فاعل در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احسان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احسان) اعدام است».

۷. ماده‌ی ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محصن و غیر محصن و عنف و غیر عنف نیست. تبصره- در صورتی که فاعل غیرمسلمان و مفعول مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است».

۸. ماده‌ی ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «هرکس پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و سلم و یا هر یک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سائب‌النبی است و به اعدام محکوم می‌شود. تبصره- قذف هر یک از ائمه معصومین علیهم السلام و یا حضرت فاطمه زهرا سلام‌الله علیها یا دشنام به ایشان در حکم سبّابی است».

۹. ماده‌ی ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «حد محاربه یکی از چهار مجازات زیر است: الف) اعدام؛ ب) صلب؛ پ) قطع دست راست و پای چپ؛ ت) نفی بلد».

۱۰. ماده‌ی ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «هرکس به‌طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، اوراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به‌گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد، مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد».

۱۱. ماده‌ی ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کند باغی محسوب می‌شود و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می‌گردند».

۱۲. ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود و هربار حد آن جرم بر او جاری گردد، حد وی در مرتبه چهارم اعدام است».

۱۳. ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

۱۴. موسوی خمینی (ره)، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، پیشین، جلد نخست، صفحه‌ی ۴۸۲.

۱۵. ماده‌ی ۴۴۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «در کلیه مواردی که در این بخش به کتاب پنجم «تعزیرات» ارجاع داده شده است، در خصوص قتل عمدی مطابق

موجب حبس ابد؛ پ) جرایم موجب مجازات قطع عضو و جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان ثلث دیه کامل یا بیش از آن؛ ت) جرایم موجب مجازات تعزیری درجه چهار و بالاتر؛ ث) جرایم سیاسی و مطبوعاتی».

۴۱. مادهی ۳۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «دادگاه کیفری دو صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم را دارد، مگر آنچه به موجب قانون در صلاحیت مرجع دیگری باشد».

۴۲. «مستفاد از اصول کلی حقوقی و مواد ۵۴ و ۱۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸)، هرگاه متهم به ارتکاب چند جرم از درجات مختلف باشد، دادگاهی باید به اتهامات او رسیدگی نماید که صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین جرم را دارد ... همچنین چنانچه بزه‌ی به اعتبار ترتب یکی از مجازات‌های مندرج در تبصره‌ی الحاقی به مادهی ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ [مادهی ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)] در دادگاه کیفری استان مطرح گردد و دادگاه پس از رسیدگی تشخیص دهد عمل ارتكابی عنوان مجرمانه‌ی دیگری دارد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی است، این امر موجب نفی صلاحیت دادگاه نخواهد بود و باید به این بزه رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید ...».

۴۳. مواد ۲۲۴، ۲۲۵ و ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲).

۴۴. مواد ۲۲۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲).

۴۵. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحات ۳۳-۳۲.

۴۶. مادهی ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «بازپرس در صورت جرم بودن عمل ارتكابی و وجود ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار جلب به دادرسی و در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی و یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار منع تعقیب صادر و پرونده را فوری نزد دادستان ارسال می‌کند. دادستان باید ظرف سه روز از تاریخ وصول، پرونده تحقیقات را ملاحظه و نظر خود را به‌طور کتبی اعلام کند و پرونده را نزد بازپرس برگرداند. چنانچه مورد از موارد موقوفی تعقیب باشد، قرار موقوفی تعقیب صادر و وفق مقررات فوق اقدام می‌شود».

۴۷. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحات ۳۴-۳۳.

۴۸. آیت‌الله بهجت این نظر را پذیرفته‌اند (دفتر تدوین متون فقهی قوه‌ی قضاییه، گنجینه‌ی استفتائات قضایی).

۴۹. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۶۹۵۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۰.

۵۰. مادهی ۴۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «درخواست اعاده دادرسی به دیوان عالی کشور تسلیم می‌شود. این مرجع پس از احراز انطباق موضوع درخواست با یکی از موارد موضوع مادهی (۴۷۴) این قانون، با تجویز اعاده دادرسی، رسیدگی مجدد را به دادگاه هم‌عرض دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارجاع می‌دهد و در غیر این صورت قرار رد اعاده دادرسی صادر می‌نماید».

۵۱. «درخواست محکوم علیه ... مبنی بر تجویز اعاده دادرسی نسبت به دادنامه قطعی شماره‌ی ۹۲۰۰۳۴ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۶ صادره از شعبه‌ی ۷۴ دادگاه کیفری استان تهران که ضمن تأیید اصالت آن توسط آقای دادستان تهران به همراه پرونده‌ی محاکماتی به دیوان عالی کشور ارسال شده است، با توجه به اوراق پرونده‌ی محاکماتی و جهات مذکور در نظریه‌ی کمیته‌ی بررسی پرونده‌های اجرای احکام قصاص و بیان اخیر مقنن در تبصره‌ی ۲ مادهی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ناظر بر بند ت همان ماده و ضرورت انطباق آن با موضوع پرونده‌ی حاضر و شخص متهم در خور پذیرش است؛ مضافاً بر اینکه مرحله‌ی تجدید نظرخواهی محکوم علیه در دیوان عالی کشور فوت شده است؛ بنابراین با انطباق مورد تقاضا با ملاک بند ۷ مادهی ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و رعایت مواد ۲۷۴ و ۲۷۵ همان قانون، ضمن تجویز اعاده دادرسی رسیدگی مجدد به یکی دیگر از شعب دادگاههای کیفری استان تهران ارجاع می‌گردد».

۲۷. اسدی، لیلاسادات، ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن.

۲۸. همان، صفحه‌ی ۱۷.

۲۹. مادهی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود: الف- هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود. ب) هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد، هرچند قصد ارتكاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد؛ ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود. پ) هرگاه مرتکب قصد ارتكاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی‌شود لکن در خصوص مجنی علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد. ت) هرگاه مرتکب قصد ایراد جنایت واقع شده یا نظیر آن را داشته باشد، بدون آنکه فرد یا جمع معینی مقصود وی باشد، و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، مانند اینکه در اماکن عمومی بمب گذاری کند. تبصره‌ی ۱- در بند (ب) عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی است مگر جنایت واقع شده فقط به علت حساسیت زیاد موضع آسیب، واقع شده باشد و حساسیت زیاد موضع آسیب نیز غالباً شناخته شده نباشد که در این صورت آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات شود و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود. تبصره‌ی ۲- در بند (پ) باید آگاهی و توجه مرتکب به اینکه کار نوعاً نسبت به مجنی علیه، موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌شود ثابت گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود».

۳۰. مادهی ۳۰۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «مرتکب جنایت عمدی نسبت به مجنون علاوه بر پرداخت دیه به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» نیز محکوم می‌شود».

۳۱. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحه‌ی ۲۰.

۳۲. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحات ۲۱-۲۰.

۳۳. مادهی ۱۸۰ همان قانون: «عنوان اتهامی که در کیفرخواست ذکر می‌شود، مانع از تعیین عنوان صحیح قانونی توسط دادگاه نیست. در صورتی که مجموع اعمال ارتكابی متهم در نتیجه تحقیقات دادرس روشن باشد و دادگاه فقط عنوان اتهام را نادرست تشخیص دهد، مکلف است اتهام جدید را به متهم تفهیم نماید، از اتهام انتسابی مطابق مقررات دفاع کند و سپس مبادرت به صدور رأی نماید».

۳۴. مادهی ۲۷۴ همان قانون: «... در مواردی که به نظر دادگاه تحقیقات دادرس کامل نباشد، بدون نقض قرار می‌تواند تکمیل تحقیقات را از دادرس بخواهد یا خود اقدام به تکمیل تحقیقات کند ...».

۳۵. همان، صفحه‌ی ۲۴.

۳۶. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۱۱۴۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۸.

۳۷. مادهی ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «در کیفرخواست موارد زیر قید می‌شود: ... پ) نوع اتهام، تاریخ و محل وقوع جرم اعم از بخش، دهستان، روستا، شهر، ناحیه، منطقه، خیابان و کوچه (ت) ادله انتساب اتهام (ث) مستند قانونی اتهام ...».

۳۸. همان جا.

۳۹. اسدی، لیلاسادات، «ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادرس در رسیدگی به آن»، پیشین، صفحات ۳۱-۳۰.

۴۰. مادهی ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «به جرایم زیر در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود: الف) جرایم موجب مجازات سلب حیات؛ ب) جرایم

تعویق صدور حکم



محمد علی کنعانی، دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو هیئت علمی دانشگاه

چکیده

تعویق صدور حکم برای نخستین بار در تاریخ قانون‌گذاری ایران، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده و از نوآوری‌های این قانون به شمار می‌آید. فلسفه این تأسیس حقوقی که بر مبنای نظریه برچسب‌زنی^(۱) شکل گرفته این است که دادگاه در پاره‌ای از جرایم خرد (تعزیر درجه شش تا هشت) در صورت وجود شرایط قانونی، بتواند با معافیت مرتکب جرم از کیفر، از انگ و برچسب^(۲) مجرمیت به وی، جلوگیری نماید. این فلسفه، نقطه مقابل تعلیق مجازات می‌باشد که در آن مرتکب در دادنامه محکوم به مجازات گردیده و سپس با فراهم بودن شرایط، مجازات مقرر درباره وی اجرا نمی‌شود.

در تعویق صدور حکم، دادگاه در صورت فراهم بودن شرایط قانونی اجازه دارد که اگر صدور حکم محکومیت برای مرتکب مصلحت و موقعیت نداشته باشد، ابتدا صدور حکم محکومیت را به عقب انداخته و سپس مرتکب جرم را از مجازات مقرر قانونی معاف نماید. تعویق صدور حکم بر مبنای اصل فردی کردن قضایی مجازات‌ها بنا گردیده و به‌وسیله آن دادگاه این فرصت را به بزه‌کار می‌دهد تا در مدت تعویق، خود را با قواعد اجتماعی سازگار کرده و از ارتکاب مجدد افعال مجرمانه خودداری نماید.

واژگان کلیدی: تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، برچسب‌زنی، فسخ قرار تعویق صدور حکم

درآمد

تعویق صدور حکم برای نخستین بار در تاریخ قانون گذاری ایران، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده و از نوآوری‌های این قانون به شمار می‌آید. این نهاد از حقوق کشورهای غربی و به طور مشخص از نظام حقوقی فرانسه اقتباس شده است (مواد ۶۰-۱۳۲ به بعد قانون جزای فرانسه)، (مصدق، ۱۳۹۲: ۱۳۵). تعویق صدور حکم براساس صدر ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی، محدود به مجازات‌های تعزیری درجه شش تا هشت می‌باشد؛ بنابراین تعزیر درجه‌ی یک تا پنج، حدود، قصاص و دیات از شمول آن خارج است. همچنین، مجازات‌های تعزیری درجه شش تا هشت که مشمول مقررات تعویق صدور حکم بوده، شامل تعزیرات منصوص شرعی نشده و منصرف از آن می‌باشد. بر اساس تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، تعزیرات منصوص شرعی مشمول مقررات تعویق صدور حکم قرار نمی‌گیرد. در عین حال، قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۷ قانون مجازات اسلامی بعضی از جرایم را هرچند مشمول تعزیر درجه شش تا هشت باشند، از شمول مقررات تعویق استثناء نموده است، این جرایم که در شش بند احصاء شده‌اند، غالباً جرایمی می‌باشند که نظم عمومی جامعه را به نحو شدید مختل کرده و از نظر قانون‌گذار مرتکب آن نباید مشمول جهات ارفاقی نظیر تعویق و تعلیق قرار گیرد.

۱- مرجع صالح جهت تعویق صدور حکم

بر اساس ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی مرجع صالح جهت تعویق صدور حکم، دادگاه می‌باشد که پس از احراز مجرمیت متهم باملاحظه‌ی وضعیت، سوابق و اوضاع و احوال پرونده، صدور حکم را به تعویق می‌اندازد؛ بنابراین دادسرا به عنوان نهاد تعقیب بزه‌کاران، در خصوص صدور حکم تعویق فاقد صلاحیت لازم می‌باشد.

۲- شروط اعطای تعویق صدور حکم

۱-۲- شروط ماهیتی

اولین شرط در خصوص تعویق صدور حکم «احراز مجرمیت متهم» است. بر اساس قسمت صدر ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی، زمانی دادگاه می‌تواند صدور حکم را به تعویق بیندازد که مجرمیت مرتکب جرم محقق باشد. مجرمیت مرتکب به این معناست که وی رفتاری انجام داده باشد که بر طبق قوانین موضوعه جرم بوده و قابلیت انتساب به وی را داشته باشد. پس اگر به جهت فقدان یکی از ارکان سه‌گانه جرم (رکن قانونی، رکن مادی، رکن معنوی) جرم مورد نظر شکل نگرفته باشد، یا عمل جرم بوده، اما دلیلی بر انجام آن توسط مرتکب وجود نداشته باشد، یا عمل جرم بوده، اما مرتکب به جهت یکی از علل رافع مسئولیت کیفری مانند صغر یا جنون قابل مجازات نباشد و یا اینکه عمل مورد نظر مشمول یکی از عوامل موجهه‌ی جرم (اسباب عینی عدم مسئولیت) باشد، در تمامی این موارد به جهت فقدان مجرمیت متهم و صدور حکم براءت توسط دادگاه، دیگر نوبت به تعویق صدور حکم نخواهد رسید.

دومین شرط، برخورداری از تعویق صدور حکم، استحقاق مجرم است. طبق ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی «دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم باملاحظه‌ی وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است»، صدور حکم را به تعویق بیندازد. بر این اساس، دادگاه تکلیف دارد پیش از تعویق صدور حکم درباره وضعیت و سوابق زندگی مرتکب جرم تحقیق کند. علیرغم عدم تصریح قانون‌گذار، این امر مستلزم تشکیل پرونده شخصیت برای مرتکب می‌باشد.

سومین شرط، وفق بند «الف» ماده‌ی ۴۰

قانون مجازات اسلامی تعویق صدور حکم، وجود جهات تخفیف می‌باشد؛ یعنی باید حداقل یکی از کیفیات مخففه مجازات، مصرح در ماده‌ی ۳۸ قانون مجازات اسلامی، در خصوص مرتکب جرم مصداق داشته باشد (زراعت، ۱۳۹۲: ۱۲۰).

چهارمین شرط از شرایط تعویق صدور حکم مجازات براساس بند «ب» ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی، «پیش‌بینی اصلاح مرتکب» می‌باشد. قاضی دادگاه از مجموعه شخصیت، وضعیت، سوابق مرتکب و نیز کم‌و کیف جرم ارتكابی، باید به این نتیجه برسد که عدم صدور حکم مجازات برای چنین مرتکبی، در آینده سبب اصلاح حال وی شده و او را از ارتکاب جرایم دیگر باز خواهد داشت؛ بنابراین می‌توان پذیرفت در مواردی که مرتکب دارای سوابق کیفری عدیده بوده و ارتکاب جرم برای وی به یک عادت تبدیل شده، اصلاح وی با تعویق صدور حکم مجازات، به‌سختی قابل پیش‌بینی باشد.

پنجمین شرط، «جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران» می‌باشد که در بند «پ» ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است. به عبارت دیگر، پرداخت خسارت مدعی خصوصی یا جلب رضایت وی از جمله شروط اعطاء تعویق صدور حکم است. این برخلاف تعلیق صدور حکم است که بر اساس ماده‌ی ۵۱ قانون مجازات اسلامی پرداخت خسارت مدعی خصوصی شرط اجرای تعلیق مجازات و نه شرط صدور آن می‌باشد.

ششمین شرط، استفاده از تعویق صدور حکم بر اساس بند «ت» ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی فقدان سابقه کیفری مؤثر است. محکومیت مؤثر بر اساس تبصره‌ی ماده‌ی مذکور ناظر به ماده‌ی ۲۵ قانون مجازات اسلامی است



تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۴۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «چنانچه متهم در بازداشت باشد، دادگاه پس از صدور قرار تعویق صدور حکم، بلافاصله دستور آزادی وی را صادر می‌نماید. دادگاه می‌تواند در این مورد تأمین مناسب اخذ نماید. در هر صورت اخذ تأمین نباید به بازداشت مرتکب منتهی گردد.»

می‌تواند در صورت واخواهی و اعتراض مرتکب، مبادرت به صدور قرار تعویق نماید؟ پاسخ به این سؤال مثبت به نظر می‌رسد، زیرا تعویق صدور حکم را که یکی از جهات ارفاقی برای مرتکبین جرایم می‌باشد، نباید به خاطر عدم حضور مرتکب در دادگاه و صدور رأی غیابی غیرقابل اجرا دانست. چه‌بسا عدم حضور متهم در دادگاه به جهاتی خارج از اراده وی باشد. رعایت اصول حاکم بر دادرسی منصفانه ایجاب می‌نماید تا در صورت اعتراض محکوم‌علیه به رأی غیابی و تشکیل جلسه دادرسی، صدور قرار تعویق فاقد منع قانونی باشد.

۳- آثار تعویق صدور حکم

قانون‌گذار مدت زمان مقرر برای تعویق صدور حکم را شش ماه تا دو سال تعیین نموده است. دادگاه می‌تواند صرفاً در همین محدوده قرار تعویق صدور حکم را صادر نماید. این مدت (شش ماه تا دو سال) دقیقاً منطبق بر مدت حبس مقرر برای تعزیر درجه‌ی شش، مقرر در ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. هر چند دادگاه در اعمال این حداقل و حداکثر قانونی مختار می‌باشد؛ اما اگر در جایی که مجازات مرتکب حبس بوده، حداکثر مدت تعویق صدور حکم را منطبق با حداکثر حبس قانونی مرتکب یا کمتر از آن (نه بیشتر) تعیین نماید از منطق قضایی درستی پیروی کرده است. به‌عنوان مثال، در جرم مخفی یا دفن کردن جسد مقتول در ماده‌ی ۶۳۶ قانون تعزیرات که حداکثر مجازات مرتکب جرم یک سال حبس است، در صورتی که دادگاه نظر به تعویق صدور حکم داشته باشد تعیین مدت تعویق صدور حکم تا یک سال یا کمتر از آن مطلوب‌تر بوده، النهایه مناسب به حال مرتکب و مطابق با عدالت کیفری خواهد بود.

با صدور قرار تعویق صدور حکم، دادگاه از انشاء رأی محکومیت برای مرتکب

صدور حکم می‌نماید؛ بنابراین صدور این قرار پیش از احراز مجرمیت مرتکب فاقد وجهت قانونی بوده و در صورت صدور، محکومیت انتظامی دادگاه را در پی خواهد داشت.

دومین شرط این است که دادگاه نمی‌تواند قرار تعویق صدور حکم را به‌صورت غیابی صادر کند (تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی). قرار تعویق صدور حکم زمانی می‌تواند به‌درستی صادر شود که دادگاه باملاحظه‌ی وضعیت فردی، خانوادگی، اجتماعی، سوابق مرتکب و اوضاع و احوال جرم ارتكابی مجموعاً استحقاق مجرم را به دریافت آن احراز نماید. این مهم جز با حضور متهم در دادگاه قابل تحقق نمی‌باشد. شروطی از قبیل پیش‌بینی اصلاح مرتکب، جبران ضرر و زیان مدعی خصوصی و تعهد کتبی مرتکب به عدم ارتکاب جرم که در مواد ۴۰ و ۴۱ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است، مجموعاً حضور وی را در جلسه دادرسی جهت صدور قرار تعویق صدور حکم ضروری و لازم می‌دارد. سؤالی که می‌تواند در این قسمت مطرح شود این است که اگر دادگاه مبادرت به انشاء رأی غیابی مبنی بر محکومیت مرتکب نمود آیا

که براساس آن، زمانی مرتکب مستحق تعویق صدور حکم می‌باشد که محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، به شرح سه بند ماده موصوف نداشته باشد. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که صرف محکومیت قطعی مرتکب به یکی از مجازات‌های ماده‌ی ۲۵ وی را در تمام طول حیات خود از تعویق صدور حکم محروم نخواهد کرد. بلکه در صورت انقضای مواعد پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۲۵ (هفت سال، سه سال و دو سال) و اعاده حیثیت مرتکب، استفاده وی از تعویق صدور حکم بلامانع می‌باشد. در صورتی که محکومیت مؤثر سابق مرتکب به جهتی از جهات قانونی نظیر عفو، نسخ قانون و گذشت شاکی در جرایم قابل گذشت زایل گردد و محکومیت کیفری به دلیلی زوال پیدا کند دیگر سابقه برای بزهکار محسوب نمی‌شود، لذا احکام تعویق صدور حکم در این موارد باید قابل اجرا باشد. (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۲۰). در خاتمه این قسمت باید خاطر نشان کرد که تعویق صدور حکم را نباید حقی برای بزهکار به شمار آورد. به عبارت دیگر، زمانی که تمامی شروط اعطای تعویق هم فراهم باشد، اختیار آن با دادگاه است که با توجه به وضعیت و شخصیت مرتکب تصمیم گرفته و حسب مورد صدور حکم مجازات را به عقب انداخته یا اینکه مبادرت به انشاء رأی محکومیت نماید.

۲-۲- شروط شکلی

اولین شرط این است که قرار تعویق صدور حکم باید پس از احراز مجرمیت متهم صادر گردد نه پیش از آن. رأی دادگاه در تعویق صدور حکم در قالب قرار بوده و صدور آن نیز زمانی است که دادگاه با بررسی عمل مرتکب وی را مستحق مجازات و تنبیه بداند. در این صورت دادگاه باملاحظه‌ی شرایط قانونی مبادرت به صدور قرار تعویق

جرم فارغ شده و در صورت بازداشت متهم باید سریعاً دستور آزادی وی را صادر نماید. تبصره ۲ ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «چنانچه متهم در بازداشت باشد، دادگاه پس از صدور قرار تعویق صدور حکم، بلافاصله دستور آزادی وی را صادر می‌نماید. دادگاه می‌تواند در این مورد تأمین مناسب اخذ نماید. در هر صورت اخذ تأمین نباید به بازداشت مرتکب منتهی گردد.» بازداشت متهم پیش از محاکمه به علت صدور یکی از قرارهای تأمین کیفری می‌باشد. مطلب مهم این است که بازداشت چه به دلیل صدور قرار بازداشت موقت، چه به دلیل صدور قرارهای تأمین کیفری دیگری چون وثیقه و کفالت و عجز متهم از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه اتفاق افتاده باشد، در هر صورت با صدور قرار تعویق صدور حکم باید بازداشت متهم مرتفع شده و وی، بلافاصله با دستور دادگاه آزاد گردد. در خصوص تعویق صدور حکم در مجازات‌هایی که جنبه اقدامات تأمینی و تربیتی داشته و هدف از آن پیشگیری از وقوع جرم از طریق خنثی کردن حالت خطرناک می‌باشد، از قبیل ضبط آلات و اسباب جرم یا معدوم نمودن آن (ماده ۷۰۹ قانون تعزیرات) یا مصادره و استرداد اموال تحصیل شده از جرم (ماده ۷۱۲ و ۷۱۳ قانون تعزیرات) به نظر می‌رسد تعویق صدور حکم مغایر با فلسفه وضع یک چنین مجازات‌هایی بوده و نباید این مجازات‌ها مشمول قواعد تعویق صدور حکم قرار گیرند. اشاره شد که مدت تعویق شش ماه تا دو سال می‌باشد. در این دوره آزمایشی، مرتکبی که صدور حکم مجازات وی به عقب افتاده است، در صورتی که جرم موجب حد، قصاص، جنایت عمدی موجب دیه یا تعزیر تا درجه هفت مرتکب

نشود و نیز عدم اجرای دستورات دادگاه در زمان تعویق مراقبتی باعث صدور حکم محکومیت وی نگردد (ماده ۴۴ قانون مجازات اسلامی) می‌تواند شرایط اعطای معافیت از کیفر را پیدا کند. ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «پس از گذشت مدت تعویق با توجه به میزان پایبندی مرتکب به اجرای دستورهای دادگاه، گزارش مددکار اجتماعی و نیز ملاحظه‌ی وضعیت مرتکب، دادگاه حسب مورد به تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر اقدام می‌کند».



جایی که قرار تعویق در خاتمه مدت تعویق، به جای معافیت از کیفر به صدور حکم محکومیت می‌انجامد و عدم رعایت دستورات و تدابیر توسط مرتکب منتهی به شکست این نهاد می‌شود، اطاله دادرسی در جرایم نسبتاً سبک به وجود آمده و ما شاهد اضافه شدن یک شبکه به مراحل دادرسی کیفری به نام «تعویق» خواهیم بود.

اسلامی را رعایت نموده باشد. دوم: مرتکب در مدت تعویق، دستورهای و تدابیر قانونی را رعایت ننموده باشد. در فرض اول و پایبندی کامل مرتکب به دستورهای و تدابیر، صدور حکم معافیت از کیفر برای وی علی‌القاعده اجتناب‌ناپذیر بوده و دادگاه مبادرت به معافیت مرتکب از کیفر خواهد نمود. در فرض دوم نیز اگر مرتکب بعضی از دستورهای و تدابیر قانونی را رعایت نموده، اما به نظر دادگاه عدم رعایت آنها با توجه به وضعیت مرتکب و اوضاع و احوال پرونده از اهمیت زیادی برخوردار نباشد، در این صورت نیز ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی این انعطاف را دارد تا دادگاه با توسل به آن بتواند مرتکب را از کیفر معاف نماید؛ اما اگر مرتکب تمام یا بعضی از دستورهای و تدابیر قانونی را رعایت نکرده، اما به نظر دادگاه عدم رعایت آنها از اهمیت زیادی برخوردار باشد، به نحوی که تحقق اهداف تعویق صدور حکم از جمله پیش‌بینی اصلاح مرتکب و سازگاری وی با قواعد اجتماعی را مورد تردید قرار دهد در این حالت دادگاه با تعیین کیفر برای مرتکب خواهد توانست منطق حقوقی و قضایی صحیحی را اعمال نماید. در فرض اخیر یعنی جایی که قرار تعویق در خاتمه مدت تعویق، به جای معافیت از کیفر به صدور حکم محکومیت می‌انجامد و عدم رعایت دستورات و تدابیر توسط مرتکب منتهی به شکست این نهاد می‌شود، اطاله دادرسی در جرایم نسبتاً سبک به وجود آمده و ما شاهد اضافه شدن یک شبکه به مراحل دادرسی کیفری به نام «تعویق» خواهیم بود. هرچند این مسئله به عنوان یکی از معدود ایرادات این تأسیس حقوقی قابل طرح می‌باشد؛ اما این ایراد در مقابل مزایا و قوت‌های آن، از چنان قدرتی که باعث ناکارآمدی این تأسیس شود، برخوردار نیست.

از ظاهر ماده‌ی موصوف برمی‌آید که پس از اتمام دوره آزمایشی، دادگاه در تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر، علی‌الاطلاق اختیار کامل دارد؛ اما با دقت در ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی و قسمت اخیر آن، «...دادگاه حسب مورد به تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر اقدام می‌کند». این گونه استنباط می‌شود که پس از اتمام مدت تعویق (دوره آزمایشی) دو فرض قابل تصور است، اول: مرتکب در مدت تعویق دستورهای و تدابیر قانونی مندرج در مواد ۴۲ و ۴۳ قانون مجازات

در عوامل موجهه‌ی جرم مانند دفاع مشروع و حکم قانون اصولاً جرمی صورت نمی‌گیرد. در عوامل رافع مسئولیت کیفری مانند جنون و صغر، جرم اتفاق افتاده، اما قابل انتساب به مرتکب نبوده و مسئولیت جزایی تحقق نمی‌یابد. در همه‌ی این موارد، رأی دادگاه بر براءة مرتکب خواهد بود؛ اما در تعویق صدور حکم، جرم اتفاق افتاده و قابلیت انتساب به مرتکب را نیز دارد؛ اما قانون‌گذار با لحاظ شرایطی و با تحقق آن شرایط، مرتکب جرم را معاف از مجازات و نه مبری از آن می‌داند. معافیت مرتکب جرم صرفاً از مجازات بوده و مسئولیت مدنی مرتکب و پرداخت مخارج محاکمه بر عهده‌ی وی باقی می‌باشد. همچنین جرم در سجل کیفری فرد ثبت شده و در سوابق آتی وی مؤثر است. درعین حال، صدور قرار تعویق صدور حکم و معافیت از کیفر صرفاً نسبت به کسی است که این قرار و معافیت از کیفر برای وی صادر شده بوده و نسبت به معاونین و شرکای جرم بی‌تأثیر می‌باشد.

۴- فسخ قرار تعویق صدور حکم

در صورت فراهم بودن شرایط، دادگاه قرار تعویق صدور حکم را صادر می‌نماید. تعویق می‌تواند به شکل ساده یا مراقبتی باشد. در این خصوص ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «تعویق به شکل ساده یا مراقبتی است. الف) در تعویق ساده مرتکب به‌طور کتبی متعهد می‌گردد در مدت تعیین شده به‌وسیله‌ی دادگاه، مرتکب جرمی نشود و از نحوه‌ی رفتار وی پیش‌بینی شود که در آینده نیز مرتکب جرم نمی‌شود. ب) در تعویق مراقبتی علاوه بر شرایط تعویق ساده، مرتکب متعهد می‌گردد دستورهای و تدابیر مقرر شده به‌وسیله دادگاه را در مدت تعویق رعایت کند یا به‌موقع اجرا گذارد». دوره‌ی تعویق صدور حکم که مدت آن شش ماه تا دو سال می‌باشد، دوره‌ای نیست

که مرتکب از آزادی کامل برخوردار باشد، در این مدت، علاوه بر اینکه مرتکب به‌طور کتبی تعهد بر عدم ارتکاب جرم می‌دهد، در صورتی که تعویق وی مراقبتی باشد، باید تدابیر مقرر شده قانونی در ماده‌ی ۴۲ قانون مجازات اسلامی و دستورات دادگاه مندرج در ماده‌ی ۴۳ قانون مجازات اسلامی را، در مدت تعویق، رعایت نماید. ماده‌ی ۴۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:

«تعویق مراقبتی همراه با تدابیر زیر است: الف - حضور به‌موقع در زمان و مکان تعیین شده توسط مقام قضایی یا مددکار اجتماعی ناظر؛

ب - ارائه اطلاعات و اسناد و مدارک تسهیل‌کننده نظارت بر اجرای تعهدات محکوم برای مددکار اجتماعی؛

پ - اعلام هرگونه تغییر شغل، اقامتگاه یا جابه‌جایی در مدت کمتر از ۱۵ روز و ارائه گزارشی از آن به مددکار اجتماعی؛

ت - کسب اجازه از مقام قضایی به‌منظور مسافرت به خارج از کشور. تبصره: تدابیر یاد شده می‌تواند از سوی دادگاه همراه با برخی تدابیر معاضدتی از قبیل معرفی مرتکب به نهادهای حمایتی باشد».

تدابیر پیش‌بینی شده در این ماده با در نظر گرفتن تبصره آن، جنبه تمثیلی داشته و دادگاه می‌تواند مرتکب را به تدابیری بیش از موارد مقرر در این ماده تکلیف نماید.

ماده‌ی ۴۳ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «در تعویق مراقبتی، دادگاه صادرکننده قرار می‌تواند با توجه به جرم ارتكابی و خصوصیات مرتکب و شرایط زندگی او به‌نحوی که در زندگی وی و خانواده‌اش اختلال اساسی و عمده ایجاد نکند مرتکب را به اجرای یک یا چند مورد از دستورهای زیر در مدت تعویق، ملزم نماید:

الف - حرفه‌آموزی یا اشتغال به حرفه‌ای خاص؛

ب - اقامت یا عدم اقامت در مکان معین؛

پ - درمان بیماری یا ترک اعتیاد؛

ت - پرداخت نفقه افراد واجب‌النفقة؛

ث - خودداری از تصدی کلیه یا برخی از وسایل نقلیه موتوری؛

ج - خودداری از فعالیت حرفه‌ای مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسایل مؤثر در آن؛

چ - خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص از قبیل بزه‌دیده به تشخیص دادگاه؛

ح - گذراندن دوره یا دوره‌های خاص آموزش و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی یا شرکت در دوره‌های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی».

این دستورات برخلاف تدابیر قانونی در ماده‌ی ۴۲ قانون مجازات اسلامی، جنبه‌ی حصری دارد. ضمانت اجرای عدم پیروی از دستورات دادگاه بر اساس قسمت اخیر ماده‌ی ۴۴ قانون مجازات اسلامی عبارت است از: «... قاضی می‌تواند برای یکبار تا نصف مدت مقرر در قرار به مدت تعویق اضافه یا حکم محکومیت صادر کند».

قانون‌گذار در ماده‌ی ۴۴ قانون مجازات اسلامی برای عدم اجرای دستورهای دادگاه در مدت تعویق ضمانت اجرای لازم را پیش‌بینی نموده است؛ اما در خصوص عدم اجرای تدابیر مقرر در ماده‌ی ۴۲ قانون مجازات اسلامی ضمانت اجرای خاصی پیش‌بینی ننموده است. پذیرش این نظر که قسمت اخیر ماده‌ی ۴۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص «عدم اجرای دستورهای دادگاه» اعم از دستورهای مقرر شده به‌وسیله دادگاه و تدابیر قانونی بوده و عدم ذکر تدابیر ناشی از سهو قانون‌گذار می‌باشد به دو دلیل موجه به نظر نمی‌رسد. اولاً: قانون‌گذار با انشاء تدابیر و دستورهای قانونی در دو ماده مستقل «۴۲ و ۴۳ قانون مجازات اسلامی»، به‌روشنی قائل

به تفاوت بین آنها شده است. در بند «ب» مادهی ۴۱ قانون مجازات اسلامی نیز تدابیر و دستورات مستقلاً ذکر شده است، ثانیاً: اصول حقوقی ای چون تفسیر مضیق قوانین کیفری، تفسیر به نفع متهم و رعایت حقوق متهم در تضاد با این نظر بوده، اجازه پذیرش آن را مورد تردید قرار می دهد؛ بنابراین سؤالی که طرح می شود این است که عدم اجرای تدابیر قانونی مقرر در مادهی ۴۲ قانون مجازات اسلامی در مدت تعویق چه ضمانت اجرایی برای مرتکب در پی خواهد داشت؟ پاسخ این است که عدم اجرای تدابیر قانونی در مدت تعویق یا دوره آزمایشی «شش ماه تا دو سال» فاقد ضمانت اجرا می باشد، اما در خاتمه مدت تعویق دادگاه بر اساس مادهی ۴۵ قانون مجازات اسلامی می تواند در خصوص مرتکبی که تدابیر قانونی را رعایت ننموده، به جای صدور حکم معافیت از کیفر مجازات مقرر قانونی را اعمال نماید. در مادهی ۴۵ قانون مجازات اسلامی در کنار دستورهای دادگاه، به گزارش مددکار اجتماعی و نیز ملاحظه وضعیت مرتکب، اشاره شده که با مقایسه

برآمد:

با مادهی ۴۲ قانون مجازات اسلامی، می توان به ارتباط و دلالت این قسمت از مادهی ۴۵ قانون به تدابیر قانونی پیش بینی شده در مادهی ۴۲ و بندهای آن پی برد. ارتکاب جرم نیز در مدت تعویق از موجبات لغو قرار تعویق صدور حکم می باشد. به موجب مادهی ۴۴ قانون مجازات اسلامی: «در مدت تعویق، در صورت ارتکاب جرم موجب حد، قصاص، جنایات عمدی موجب دیه یا تعزیر تا درجه هفت، دادگاه به لغو قرار تعویق اقدام و حکم محکومیت صادر می کند». همچنین، در صورت الغای قرار تعویق و صدور حکم محکومیت، صدور قرار تعلیق اجرای مجازات ممنوع است (تبصره ی مادهی ۴۴ قانون مجازات اسلامی). باید اشاره کرد هرچند قانون گذار دادگاه را ملزم به تفهیم تدابیر و دستورات مقرر در مواد ۴۲ و ۴۳ قانون مجازات اسلامی به متهم نکرده است؛ اما انجام این امر با توجه به رعایت حقوق متهم، اجتناب ناپذیر است. سؤالی که در پایان می تواند مطرح شود این است که آیا صرف ارتکاب جرایم

قانون گذار مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، با لحاظ مبانی فقهی و نگاه بر قوانین کشورهای دیگر و استفاده از تجربیات آنان مبادرت به تأسیس نهاد تعویق صدور حکم نموده است. نظر به اینکه مبانی اصلی این تأسیس بر باز اجتماعی کردن بزهکار، اعطای فرصت به وی در سازگار کردن خود با قواعد اجتماعی و جلوگیری از تکرار جرم استوار است، کارایی آن در تعویق مراقبتی به انجام کامل و صحیح تدابیر و دستورات مقرر در قانون توسط مرتکب و نظارت دقیق بر حسن انجام این تدابیر و دستورات بستگی دارد. به عبارتی دادگاه باید با رصد افعال مرتکب جرم در مدت تعویق در خاتمه، اطمینان حاصل کند که وی متنبه شده و در آینده مرتکب جرم جدید نخواهد شد و با این اطمینان مبادرت به انشای حکم معافیت از کیفر نماید. نظارت صحیح در دوره مراقبت مستلزم این است که مؤسسات و نهادهایی جهت مدیریت و اداره نهادهای مبتنی بر دوره مراقبت وجود داشته باشد تا بتواند با استخدام مددکاران اجتماعی، مأموران مراقبتی و کارشناسان دیگر، به صورت کاملاً تخصصی در امر مربوط به باز پروری و نظارت بر محکومان دوره مراقبت، مداخله و نظارت داشته باشد، لذا پیشنهاد می گردد که در نظام حقوقی ایران به مانند دیگر کشورها، مؤسساتی جهت به سامان کردن نهادهای مبتنی بر مراقبت تشکیل و تمهیداتی فراهم شود که این مؤسسات بتوانند علاوه بر امکانات قوه قضاییه از منابع مالی و تسهیلات نهادهای دولتی نیز برای حسن انجام امور بهره مند شوند.

پی نوشت ها:

1. labeling theory
2. stigma

فهرست منابع:

- نشر میزان، ۱۳۹۳.
- ۳- مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۲.
- ۴- زراعت، عباس، حقوق جزای عمومی ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۲.

- ۱- افراسیابی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر فردوسی، ۱۳۷۶.
- ۲- اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ اول، تهران،

تحول کارکردی پهبادها از منظر موازین بین‌المللی؛ از اطلاعاتی تا جنگندگی

قسمت پایانی



محمد ستایش پور، پژوهشگر دکتری حقوق بین‌الملل

اشاره:

پهبادها از مظاهر پیشرفت دانش هستند که کاربردهای متعدد، مثبت و منفی دارند. با پیدایی هر پدیده‌ای، پرداختن به ابعاد حقوقی آن مقتضی است. کارکرد اطلاعاتی و جنگندگی این هواپیماها در موازین بین‌المللی شایسته بررسی است. در صورتی که کاربرد اطلاعاتی آنها منجر به نقض حریم خصوصی شهروندان شود، در حقوق بین‌الملل براساس مواد ۳ و ۱۲ اعلامیه جهانی حقوقی بشر متخلفانه دانسته شده است. اگر این کارکرد، به منظور تحصیل اطلاعات مجرمانه کشور دیگر به کار رود، می‌تواند منجر به نقض تمامیت سرزمینی و مداخله در امور داخلی کشور دیگر گردد. به موجب ماده‌ی ۲ (۴) منشور ملل متحد و حقوق بین‌الملل عرفی، ممنوعیت توسل به زور مقرر شده است و در صورت توسل به زور با استفاده این ابزار، صرف نظر از مشروعیت یا عدم مشروعیت آن، رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه از جمله اصول تفکیک، تناسب، احتیاط، ضرورت و انسانیت ضروری است. در قسمت پیشین این مقاله در خصوص تعریف پهباد و کاربردهای پهبادها که شامل دسترسی به اطلاعات مجرمانه کشور دیگر، جاسوسی بین‌المللی، مسئولیت ناشی از جاسوسی هواپیماهای بدون سرنشین، عدم مداخله در امور داخلی کشور دیگر، اصل احترام به تمامیت سرزمینی و مسئولیت در ارتباط با عمل دیگری است توضیحاتی داده شد، در این قسمت به ادامه این مبحث می‌پردازیم.

۲-۳- کارکرد جنگندگی هواپیماهای

بدون سرنشین

بخش پیش‌رو به آن دسته از هواپیماهای بدون سرنشینی می‌پردازد که برای ورود به میدان نبرد، طراحی و تولید شده‌اند. در این باره باید میان دو مسئله اساسی قائل به تفکیک شد و به بیان دیگر به دو سؤال پاسخ گفت؛ نخست اینکه آیا از نظر حقوق بین‌الملل امکان به کارگیری هواپیماهای بدون سرنشین برای توسل به زور در مخاصمات مسلحانه وجود دارد یا خیر؟ سؤال دیگری که پیش می‌آید این است که آیا مقرره‌های حقوق بین‌الملل بشردوستانه بر هواپیماهای بدون سرنشین هم قابلیت اعمال دارد یا خیر؟ بنابراین بخش حاضر به دو قسمت «توسل به زور» و «حقوق بین‌الملل بشردوستانه» تقسیم می‌شود.

۲-۳-۱- مشروعیت توسل به پهبادها در جنگ

منشور ملل متحد به عدم توسل به زور تصریح دارد و منع توسل به زور را از اصول اساسی خود می‌خواند. شکی در آن نیست که اصل منع توسل به زور، از اصول اساسی حقوق بین‌الملل معاصر دانسته می‌شود؛ اما شوربختانه، هنوز هم کمتر روزی پیدا می‌شود که جامعه بین‌المللی درگیر کشمکش‌ها، نزاع‌ها و جنگ‌ها نباشد. به رغم آنکه قاعده «منع توسل به زور» سنگ بنای اصلی ساختمان حقوق بین‌الملل معاصر است، استثنائاتی نیز دارد که دفاع مشروع مهم‌ترین آنها است. در اینجا ست که سخن از حقوق بین‌الملل توسل به زور یا «حق بر جنگ»^(۱) برده می‌شود.

۲-۳-۱-۱- استفاده به عنوان سلاح جنگی

اگرچه در ابتدا هواپیماهای بدون سرنشین تنها استفاده اطلاعاتی داشتند، رفته رفته ایالات متحده از آنها در عملیات بمباران

و کشتار استفاده کرد و تا جایی پیش رفته است که قسمت اعظم فعالیت‌های هواپیماهای بدون سرنشین معطوف به بمباران و کشتار می‌شود تا جاسوسی و نظارت. نمونه بارز استفاده این کشور از پهبادهای جنگنده را به وضوح می‌توان در یمن و پاکستان ملاحظه کرد (Hender-son and Cavanagh, 2013: 1). با وقوع حادثه ۱۱ سپتامبر، سران آمریکا بر نبرد با تروریسم تأکید خاصی داشتند و این را نه تنها در گفته‌های خود نشان دادند، بلکه در عمل هم، به نام نبرد علیه تروریسم، دست به اقدامات بسیاری زده‌اند که خود، چالش‌های فراوانی را به دنبال داشته است (مختاری، ۱۳۸۷: ۱۸۱). همسو با این سخن، بخشی از هواپیماهای بدون سرنشین این کشور به گونه‌ای طراحی و تولید شده‌اند که بتوانند در نقش جنگنده‌ای قدرتمند به میدان نبرد ورود کنند (O'Connell, 2011: 935).

با تغییر دولت در آمریکا، روند استفاده آمریکا از این پرنده‌ها نه تنها کمتر نشد، بلکه رشد بسیار بالایی داشت. در پایان سال ۲۰۰۹، استفاده ارتش این کشور از هواپیماهای بدون سرنشین در مقایسه با دهه پیشین، رشدی ۴۰۰ درصدی به خود دید (Blank, 2012: 675). آمار استفاده آمریکا از هواپیماهای بدون سرنشین خبر از آن می‌دهد که تا پایان سال ۲۰۰۹ میلادی ۸۰ درصد استفاده‌های این کشور از پهبادها در پاکستان صورت گرفته است (علاقه‌بند و یزدان‌نجات، ۱۳۹۲: ۲۱۵). با افزایش تولید و استفاده از این پرنده‌ها در آمریکا پیش‌بینی می‌شود که در سال‌های نه‌چندان دور، شمار هواپیماهای بدون سرنشین در ارتش هوایی این کشور از جنگنده‌های سنتی (جنگنده‌هایی که نیاز به خلبان دارند) فزونی خواهد گرفت (O'Connell, 2010: 586).

با انتقادات زیادی که به استفاده ارتش آمریکا از هواپیماهای بدون سرنشین در نقاط مختلف دنیا وارد آمده است، آمار دقیقی از شمار کشته‌ها در دست نیست؛ در این میان، برخی اشخاص یا مؤسسات حدس و گمان خود را مطرح کرده‌اند. از ژوئن ۲۰۰۴ تا سپتامبر ۲۰۱۲ نزدیک ۲۵۶۲ تا ۳۳۲۵ نفر در پی فعالیت‌های مخاصماتی هواپیماهای بدون سرنشین جان داده‌اند.^(۲) به نقل از سرویس بین‌الملل خبرگزاری تسنیم، «بنا بر گزارشی که در نیمه‌های سال ۲۰۱۱ منتشر شد، از سال ۲۰۰۶، تعداد کسانی که در پاکستان به دست هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی کشته شده‌اند، ۲۰۱۸ نظامی و ۱۳۸ غیرنظامی بوده‌اند.^(۳) چنانچه پیش‌تر گفته شد، اقدامات هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی در نقاط مختلف دنیا صورت گرفته است؛ بیش از ۸۰ درصد فعالیت‌های هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی در پاکستان صورت گرفته است. پرنده‌های جنگنده ساخت این کشور در میدان نبرد در افغانستان، عراق، پاکستان، یمن و سومالی ورود کردند (Henderson and Cavanagh, 2013: 1). در یمن نیز، «حمله به یک عروسی در سال ۲۰۱۳ باعث کشته شدن ۱۲ نفر و زخمی شدن ۱۵ تن دیگر شد. در این بین، عروس نیز کشته شده بود که اعتراضات زیادی را با خود به همراه داشت. دولت وقت یمن و همچنین آمریکا قبول نکردند که این افراد غیرنظامی بودند و اعلام کردند که آنها عضو گروه تروریستی بوده‌اند؛ اما شاهدان عینی و سازمان‌های حقوق بشری اعلام کردند که این افراد غیرنظامی بوده‌اند و عضو هیچ گروه تروریستی نیز نبوده‌اند. بعد از این مسئله بود که دولت یمن اعلام کرد این مسئله یک اشتباه بوده است. بعد از چند روز از این حادثه برخی از نمایندگان یمنی

خواهان پایان یافتن استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی در یمن شدند، اما این مسئله همچنان ادامه یافت».^(۴)

۲-۱-۳-۲- استفاده از پهبادها برای کشتن هدفمند

«کشتار هدفمند»، «کشتار هوشمند»، «قتل هدفمند»، «کشتار هدفمند» و «ترور هدفمند»، همه حکایت از مفهومی یکسان و البته نو در عرصه بین‌المللی دارد و برگردان عبارت «Targeted Killing» است؛ به این معنا که به‌منظور یا بهتر بگوییم به بهانه رعایت اصل تفکیک و آسیب نرسیدن به غیرنظامیان و دستاویز به دست‌کم رسانیدن صدمه و آسیب، از مفهوم نوین کشتار هدفمند بهره برده می‌شود و اسرائیل بود که برای نخستین بار آن را به کار برد. کشتار هدفمند مفهومی است که هنوز در حقوق بین‌الملل تعریفی ندارد. شاید در تعریفی ساده بشود گفت، «به توسل عمدی، از روی قصد و از پیش برنامه‌ریزی شده به نیروی مهلک توسط دولت‌ها یا ارگان‌های آنها تحت لوای قانون یا به‌وسیله گروه‌های مسلح سازمان‌یافته در مخاصمات مسلحانه علیه اشخاص معینی که به‌طور فیزیکی تحت توفیق مرتکبین قرار ندارند، کشتن هدفمند گفته می‌شود».^(۵)

اسرائیل و ایالات‌متحده آمریکا هر دو پیش‌تاز در عرصه استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین در کشتار هدفمند هستند. رژیم صهیونیستی بارها علیه اشخاص هدف در فلسطین دست به کشتار هدفمند زده است. بیشتر ترورهای هدفمند اسرائیل در آن قسمت از کرانه باختری که تحت کنترل نیروهای مقاومت فلسطینی قرار دارد، صورت گرفته است. تاکتیک گفته‌شده علیه گروه‌های مختلفی نظیر فتح، حماس و جهاد اسلامی صورت می‌گیرد که اسرائیل ادعا دارد این گروه‌ها

درصد طرح و انجام عملیات علیه غیرنظامیان اسرائیلی هستند. بر اساس مطالعه‌ای که گروه حقوق بشر کرده، گزارش شده است که اقدام به این تاکتیک، بین سال‌های ۲۰۰۲ تا می ۲۰۰۸، حداقل به کشته شدن ۳۸۷ فلسطینی انجامیده است.^(۶) آمریکا نیز پس از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ از این اقدام در افغانستان، عراق و پاکستان استفاده کرده است. شواهد، نشان از آن دارد که ایالات‌متحده پیش از ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ به‌طور آزمایشی در نوادا از هواپیماهای بدون سرنشین خود برای کشتار هدفمند استفاده کرده است. اولین گزارش از کشتن هدفمند سازمان سیا به ۳ نوامبر ۲۰۰۲ بازمی‌گردد که یک هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی در یمن، شش نفر که سینان الهارثی، رهبر القاعده هم در میان آنان بود را هدف شلیک موشک قرار داد.



اگرچه در ابتدا هواپیماهای بدون سرنشین تنها استفاده اطلاعاتی داشتند، رفته‌رفته ایالات‌متحده از آنها در عملیات بمباران و کشتار استفاده کرد و تا جایی پیش رفته است که قسمت اعظم فعالیت‌های هواپیماهای بدون سرنشین معطوف به بمباران و کشتار می‌شود تا جاسوسی و نظارت.

پس از سال ۲۰۰۱، آمریکا از پرنده‌های جنگنده خود در ۳ نوامبر ۲۰۰۲ با همکاری یمن علیه علی سنیان الحریثی، عضو ارشد القاعده در این کشور استفاده کرد. همکاری آمریکا و یمن در این عملیات به موفقیت برای آنها انجامید و با

به‌کارگیری هواپیماهای بدون سرنشین موفق به کشتن الحریثی شدند. این عملیات از آن جهت حائز اهمیت می‌نماید که پیش‌ازین، هر دو طرف آمریکایی و یمنی تلاش‌های زیادی برای دستگیری الحریثی کرده بودند که همه آنها به بن‌بست رسیده بود (علاقه‌بند و یزدان‌نجات، ۱۳۹۲: ۲۱۰). آمریکا، هواپیماهای بدون سرنشین خود را در نقاط متعددی از جهان مانند افغانستان، پاکستان، یمن، لیبی و سومالی به کار گرفته است. به‌طور مثال گفتنی است که این کشور در بازه چهارساله (۲۰۰۸-۲۰۰۴) با استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین، اقدام به ۴۲ عملیات در نقاط مختلف جهان نمود (Pugliese, 2011: 932).

۳- چالش‌های استفاده نظامی از هواپیماهای بدون سرنشین

چالش‌های چندی بر استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین از منظر حقوق بین‌الملل توسل به زور مطرح شده است. مهم‌ترین این چالش‌ها عبارت‌اند از اینکه امکان استناد به دفاع مشروع در مقابل بازیگران غیردولتی وجود ندارد و از این‌رو استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین آمریکایی علیه گروه تروریستی القاعده مغایر با حقوق بین‌الملل توسل به زور، دانسته می‌شود. دیگر اینکه استفاده از این هوانوردها، نقض حریم هوایی و تمامیت ارضی دولت‌های ثالث را به دنبال دارد و از این‌رو استفاده آمریکا از هواپیماهای بدون سرنشین خود علیه القاعده، نقض حریم هوایی و تمامیت ارضی کشورهای نظیر پاکستان و یمن قلمداد می‌شود.

به‌رغم آنکه هر دو استدلال فوق نتیجه صحیحی دارند که آن غیرقانونی بودن اقدامات پیش‌گفته و مغایرت با حقوق بین‌الملل کنونی است؛ اما در نحوه استدلال دچار مشکلی اساسی است.

هر دو ایراد گفته شده ارتباطی با گسترش کاربست هواپیماهای بدون سرنشین ندارد. کما اینکه اگر هر وسیله دیگری هم این اقدامات را انجام می‌داد؛ نقض مقررات حقوق بین‌الملل به شمار می‌آمد. چالش‌های پیش‌گفته، ریشه در تروریسم فراملی و فزونی کشمکش میان دولت‌ها و بازیگران غیردولتی دارد. استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین مسلح یا هر وسیله دیگری در ایرادات مطروح موضوعیت ندارد. به بیان دیگر، دو چالش فوق، مستلزم واکاوی ماده‌ی ۵۱ منشور است؛ یعنی دفاع مشروع به مثابه استثنایی بر قاعده بنیادین منع توسل به زور، درواقع باید به سراغ دایره شمول دفاع مشروع رفت و در این راه استفاده از سامانه تسلیحاتی، خواه هواپیمای بدون سرنشین باشد، خواه هر سامانه دیگری، محلی از بحث ندارد. باید دید که آیا منشور، دفاع مشروع را شامل دفاع مشروع در مقابل بازیگران غیردولتی هم می‌داند یا خیر؟ آیا عرفی در این باره وجود دارد یا خیر؟ صرف‌نظر از نوع سلاح و سامانه تسلیحاتی باید درصدد پاسخ به این چالش‌ها برآمد. با توجه به این دفاع مشروع، حقی ذاتی است و به‌طور عام پذیرفته شده است، لذا قائل شدن به دفاع مشروع در مقابل بازیگران غیردولتی دور از ذهن نمی‌نماید. البته در این راه نباید قائل به تفسیر مضیق شد و دفاع مشروع پیش‌دستانه و پیشگیرانه را داخل در آن دانست.

۴- ضرورت رعایت اصول حقوق بشر دوستانه در استفاده از پهبادها

صرف‌نظر از قانونی یا مشروع بودن مخاصمه مسلحانه صورت گرفته، چه مخاصمه مسلحانه بین‌المللی باشد چه غیر بین‌المللی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابلیت اعمال دارد (کرماجانی، ۱۳۹۲: ۱۰۴). به‌طور کلی، این زمینه از حقوق

بین‌الملل^(۷) بر آن است تا از مصائبی که جنگ می‌تواند به دنبال داشته باشد فرو کاهد (فلک، ۱۳۸۷: ۱۳). حقوق بین‌الملل بشردوستانه ریشه در مفاهیم مذهبی و نظریات فلسفی و حتی ردپای آن را می‌توان در حقوق بین‌الملل عرفی هم یافت. جامعه بین‌المللی به‌منظور نسق و نظم بخشیدن و توسعه آنها درصدد تهیه و تدوین قواعد حقوقی ناظر بر جنگ‌ها برآمد (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۱: ۴۸۳) که ماحصل آن کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو است^(۸) که با عضویت تمامی دولت‌ها از پذیرش جهانی برخوردار شده است (فلک، ۱۳۸۷: ۴۹). دو پروتکل^(۹) به کنوانسیون‌های چهارگانه پیش‌گفته الحاق شد تا قواعد مطرح شده در آنها را شفاف‌تر نماید و به توسعه آنها کمک کند.



**اسرائیل و ایالات متحده آمریکا
هر دو پیش‌تاز در عرصه استفاده
از هواپیماهای بدون سرنشین
در کشتار هدفمند هستند.
رژیم صهیونیستی بارها علیه
اشخاص هدف در فلسطین
دست به کشتار هدفمند
زده است. بیشتر ترورهای
هدفمند اسرائیل در آن قسمت
از کرانه باختری که تحت کنترل
نیروهای مقاومت فلسطینی
قرار دارد، صورت گرفته است.**

۴-۱- اصل تفکیک^(۱۰)

حمایت از غیرنظامیان^(۱۱) و کاستن از ورود هرگونه آسیب به آنان از اهداف حقوق بین‌الملل بشردوستانه است (ممتاز، ۱۳۷۸: ۵۵). اصل تفکیک، دقیقاً رعایت مرز نظامیان و غیرنظامیان و اهداف نظامی

و غیرنظامی است. اصل تفکیک بر آن است تا از حمله به افراد و اموال غیرنظامی احتراز شود (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۸۰) و جلوی شیوه‌هایی را که کورکورانه عمل می‌کنند و در ایراد آسیب و صدمه، میان اهداف نظامی و غیرنظامی ترسیم تمایز نمی‌کنند؛ بگیرد.^(۱۲) به بیان دیگر، اصل پیش‌گفته، متضمن تفکیک میان افراد نظامی از افراد غیرنظامی و نیز اهداف نظامی از اهداف غیرنظامی است.

درست است که تابه‌حال، در حملات هواپیماهای بدون سرنشین، جمعیت غیرنظامی و حتی اهداف غیرنظامی از مصونیت کامل برخوردار نبوده‌اند؛ اما باید میان عدم استفاده صحیح از این پرنده‌ها در رعایت اصل تفکیک و قابلیت نداشتن آنها در رعایت این اصل بنیادین قائل به تمایز شد. با پیشرفت دانش بشری در طراحی و تولید هواپیماهای بدون سرنشین، این پرنده‌ها قابلیت‌های زیادی در رعایت اصل تفکیک دارند. به‌طور نمونه، می‌توان به‌نوعی از این هواپیماها که پریدیتور^(۱۳) نام دارد اشاره کرد؛ پریدیتور به حسگرهای بسیار قدرتمندی مجهز است که حتی در شب و در شرایط جوی بسیار نامناسب هم از دید خوبی برای نشانه رفتن هدف برخوردار است. از این‌رو، نباید از این نکته چشم‌پوشید که هواپیماهای بدون سرنشین با کمک دانش بشری مجهز به فناوری‌های پیشرفته‌ای هستند که بسیار هوشمند عمل می‌کنند و قابلیت بالایی در رعایت اصل تفکیک دارند. درست است که اشخاص غیرنظامی در پی حملات این هواپیماها آسیب جدی دیده یا کشته شده‌اند؛ اما همه تقصیر را نباید متوجه این وسایل کرد؛ بلکه این راهبرهای آنها بوده‌اند که می‌بایست از امکانات تعبیه شده در این هواپیماها بهتر بهره می‌بردند. پهبادهای جنگجو قابلیت تجهیز به سلاح‌های مدرن



به موجب اصل تناسب، باید پیش از هر گونه حمله مسلحانه، خسارت‌ها و صدمه‌های اتفاقی برخاسته از حمله به اهداف نظامی و نیز مزیت‌ها و فایده‌های مستقیم و قطعی که از آن حمله به دست می‌آید، سنجیده شود که اگر نسبت خسارات اتفاقی به نسبت مزایای قطعی بیشتر باشد، آن حمله نباید صورت گیرد.

از جمله تسلیحات لیزری را دارند که می‌تواند مستقیماً هدف مشروع نظامی را مورد حمله قرار دهد (کرماجانی، ۱۳۹۲: ۱۱۳). آثاری که بر ضعف این هواناوها در تفکیک اشخاص نظامی از غیرنظامی اصرار دارند، تنها به آمار اسفبار غیرنظامیان کشته شده یا آسیب‌دیده اشاره دارند (کرماجانی، ۱۳۹۲: ۱۱۳)؛ ولی به هر حال، آنها هر اندازه هم که هوشمند باشند، نیاز به راهبری دارند که به درستی از امکانات تعبیه شده در آنها استفاده کند.

۴-۲- تناسب^(۱۴)

به موجب اصل تناسب باید پیش از هر گونه حمله مسلحانه، خسارت‌ها و صدمه‌های اتفاقی برخاسته از حمله به اهداف نظامی و نیز مزیت‌ها و فایده‌های مستقیم و قطعی که از آن حمله به دست می‌آید، سنجیده شود که اگر نسبت خسارات اتفاقی به نسبت مزایای قطعی بیشتر باشد، آن حمله نباید صورت گیرد. منظور از اصل تناسب، لزوم وجود تناسب میان هدف مدنظر و اقدامات مسلحانه‌ای است که در قبال آن هدف قرار است صورت پذیرد. از این رو، در جنگ، هر طرف تنها تا اندازه‌ای می‌تواند متوسل به زور شود که برای شکست دشمن ضروری است نه بیشتر از آن (ماده‌ی ۵۱ (۵) (۲) و ماده‌ی ۵۷ پروتکل الحاقی اول) اصل تناسب به طور خلاصه، در صدد است تا از ورود خسارات غیر ضروری جلوگیری کند. با توجه به تجهیز هواپیماهای بدون سرنشین به فناوری‌های پیشرفته هوشمند، این هواپیماها از قابلیت بالایی در رعایت اصل تناسب برخوردارند؛ اما اینکه در عالم واقع، پیشینه کاربری این هواپیماها نشان از رعایت نشدن این اصل است، به راهبران این پرنده‌ها باز می‌گردد نه عدم قابلیت خود این هواپیماها در رعایت اصلی که در پیش گفته شد.

و اموال غیرنظامی تحت اختیار و کنترل خود از محدوده و نزدیکی نظامیان و آثاری که به دنبال دارند تا آنجا که ممکن است تدابیر احتیاطی قابل پیش‌بینی را به طور کامل رعایت کنند (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۸۱-۸۲)؛ یعنی حتی نباید طرفی که قصد مبادرت به حمله مسلحانه دارد، احتمال بدهد که آن حمله، غیرنظامیان را در بر بگیرد. لذا در این ارتباط، تفاوتی در اساس، میان هواپیماهای جنگی که به طور کلاسیک مستلزم حضور فیزیکی خلبان هستند و هواپیماهای بدون سرنشین وجود ندارد.

۴-۴- اصل ضرورت^(۱۵)

بنابر اصل ضرورت، حمله مسلحانه باید جهت دستیابی به یک هدف نظامی معقول باشد (کرماجانی، ۱۳۹۲: ۱۱۲). وفق ماده‌ی ۵۲ پروتکل اول، حملات مسلحانه باید تنها متوجه اهداف نظامی باشد و مزیت نظامی از پیش معین و مشخصی داشته باشد.

۴-۵- اصل منع رنج و آلام بی‌هوده

این اصل که از آن به اصل «انسانیت»^(۱۶) هم یاد می‌شود از اصول مسلم حقوق بین‌الملل بشردوستانه دانسته می‌شود، به این معنا که اگر اعمالی باشند که با اصول دیگر نظیر تفکیک، تناسب و ضرورت مطابقت داشته باشند؛ ولی متضمن صدمات بسیار زیاد و رنج غیر ضروری باشند، بنا بر این اصل باید از مبادرت به آن اعمال یا ادامه آنها احتراز ورزید (کرماجانی، ۱۳۹۲: ۱۱۶). ماده‌ی ۳۵ پروتکل اول منعکس کننده آن چیزی است که پیش‌تر در مواد ۲۲ و ۲۳ کنوانسیون چهارم لاهه آمده بود. مقررهای پیش‌گفته طرف‌های خاصه را در روش‌هایی که از طریق آن به طرف دیگر درگیری مسلحانه آسیب وارد می‌کنند، نامحدود نمی‌داند و استفاده از ابزارهای جنگی که رنج بی‌هوده به دنبال دارد را ممنوع می‌کند.

۴-۳- احتیاط در حمله

بر اساس اصل تعهد به اتخاذ اقدامات احتیاطی در حمله، باید تمام اقدامات احتیاطی صورت بگیرد تا از ایراد آسیب و صدمه به اهداف غیرنظامی جلوگیری شود. بنا بر این اصل، اگر در نظامی بودن هدف تردید شود، بنا بر حکم عقل، باید از حمله بدان بپرهیزد؛ طبق اصل احتیاط در حمله، اگر تردید و شک شود که هدف نظامی است یا غیرنظامی، باید اصل را بر غیرنظامی بودن گذاشت و احتیاط کرد. در چنین حالتی چون در نظامی یا غیرنظامی بودن هدف مدنظر تردید و شک وجود دارد، اصلاً امکان اعمال اصل تفکیک نیست و باید احتیاط کرد. در همین راستا ماده‌ی ۵۷ (۲) (ج) پروتکل اول ۱۹۷۷ الحاقی اخطار مؤثر قبلی را لازم می‌داند، مگر اینکه شرایط ایجاب نکنند. لذا این اصل برخلاف اصول دیگر، از آن قطعیت برخوردار نبوده و نسبی است. این در حالی است که به طور مثال، اصل تفکیک اصلی مطلق است و برای نمونه دقیقاً مقرر می‌دارد که شهرها را نباید هدف حمله مسلحانه قرار داد. طرف‌های متخاصم باید به منظور دور نگهداشتن جمعیت، افراد

برآمد:

درست است که پیشینه به کارگیری هواپیماهای بدون سرنشین خبر از نقصان رعایت اصول پیش گفته می‌دهد؛ اما این عدم رعایت برخاسته از فقد قابلیت این هواپیماها نیست، بلکه ناشی از هدایت کنندگان آنهاست. به طور کلی از این حیث، تفاوتی میان هواپیماهای کلاسیک و هواپیماهای بدون سرنشین وجود ندارد و حتی با توجه به مجهز بودن این دانش فناوریانه به جدیدترین امکانات و مدرن بودن آنها، شاید حتی می‌توان گفت که این پرنده‌های جنگجو قابلیت بالایی در رعایت اصول پیش گفته دارند. با این همه باید به طور موردی در خصوص هر یک از این اقسام جنگنده‌های نوظهور بررسی کرد که آیا امکانات تعبیه شده در آن قابلیت آن را دارند یا نه؛ اما در نگاه کلی، بیشتر این پرنده‌ها از چنین توانایی برخوردارند. در این رابطه، صرف بدون سرنشین بودن این هواپیماها تفاوتی میان آنها و هواپیماهای کلاسیک با خلبان ایجاد نمی‌کند.

کار بست هواپیماهای بدون سرنشین از مظاهر پیشرفت دانش فناوریانه است که کارکردهای مختلفی، خواه مثبت خواه منفی، می‌تواند داشته باشد. دو کارکرد اطلاعاتی و جنگندگی این پهبادها از منظر حقوق بین‌الملل قابل بررسی است. با مطالعه عملکرد بین‌المللی دولت‌ها، می‌توان مواردی را یافت که پهبادهای با کارکرد اطلاعاتی منجر به نقض حریم خصوصی شهروندان شده‌اند یا جاسوسی بین‌المللی به منظور تحصیل اطلاعات محرمانه کشور دیگر را به دنبال داشته‌اند. در خصوص تعهد اولیه راجع به نقض حریم خصوصی علاوه بر مقرره‌های بین‌المللی باید به سراغ قوانین داخلی نیز رفت؛ اما آنچه مورد توجه این جستار بوده بررسی حقوقی بین‌المللی آن است که به خوبی در اعلامیه جهانی حقوق بشر انعکاس یافته است، در متخلفانه بودن آن در حقوق بین‌الملل تردیدی وجود ندارد. حال آنکه، هیچ مقرره‌ای در مورد جاسوسی در موازین بین‌المللی وجود ندارد که این خود بازتاب ماهیت مخاصمه است که این چنین اقتضا دارد. به رغم آنکه مقرره صریحی هم در خصوص ممنوعیت مطلق جاسوسی در زمان صلح وجود ندارد؛ اما با تکیه بر دیگر موازین پذیرفته شده نظیر نقض تمامیت ارضی و استقلال سیاسی می‌توان پی به ممنوعیت آن در زمان صلح برد و متعاقب آن به بارگذاری مسئولیت پرداخت.

هواپیماهای بدون سرنشین جنگنده را می‌توان از دو بعد حقوقی توسل به زور و حقوق بین‌الملل بشردوستانه بررسی کرد که بدون سرنشین بودن این فناوری مانع از اعمال مقرره‌های پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل و به طور ویژه منشور ملل متحد در مورد ممنوعیت توسل به زور (ماده ۲ (۴)) و استثنائات مربوط به آن (مواد ۴۲ و ۵۱) نیست. تمامی اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه، از جمله تفکیک، تناسب، احتیاط، ضرورت و اصل منع رنج و آلام بیهوده، نیز در قبال این سیستم‌ها قابلیت اعمال دارند؛ اما باید میان نخواستن هدایت کنندگان از راه دور این پرنده‌ها و نتوانستن این ابزارها در رعایت آنها تفاوت قائل شد. اگر هدایت کنندگان از راه دور این پرنده‌ها بخواهند، این سیستم‌ها قابلیت بالایی در رعایت اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه دارند.

پی‌نوشت‌ها:

۷. گفتنی است در بادی امر، عبارت «حقوق جنگ» برای اشاره به این شاخه از حقوق بین‌الملل عمومی به کار گرفته می‌شد اما رفته رفته از عبارت «حقوق بین‌الملل بشردوستانه» استفاده شده است. به طور مثال بنگرید به محمدرضا ضیائی بیگدلی؛ حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۸. کنوانسیون اول ژنو به منظور بهبود وضعیت مجروحان و بیماران در نیروهای مسلح در صحنه نبرد و کنوانسیون دوم ژنو به منظور بهبود وضعیت مجروحان و اعضای کشتی شکسته نیروهای مسلح دریایی و کنوانسیون سوم ژنو در خصوص نحوه رفتار با اسرای جنگی و کنوانسیون چهارم ژنو در خصوص حمایت از افراد غیرنظامی در زمان جنگ.
۹. پروتکل اول ۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ در مورد حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و پروتکل دوم ۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ در مورد حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی.

1. Jus ad Bellum
2. <http://Internationallaw.persian.blog.ir/post12>
3. www.tasnimnews.com
4. www.tasnimnews.com
5. Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Execution Study on Targeted Killings, Philip Alston, UN Doc, 28 May 2010, A/HRC/14/24/Add. 6, para. 7.
6. Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Execution Study on Targeted Killings, Philip Alston, UN Doc, 28 May 2010, A/HRC/14/24/Add. 6, para. 14.

انگلیسی

Book

- 1-Henderson, I. (2013) Cavanagh, B. Unmanned Aerial Vehicles (UAVs): Do They Pose Legal Challenges? Asia Pacific Centre for Military Law and Royal Australian Air Force, (The related chapter [11] is available) at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283528
- 2-United States Department of Defence (2009) Dictionary of Military and Associated Terms.

Article

- 1-Blank, Laurie R. (2012), After Top-Gun: How Drone Strikes Impact the Law of War, University of Pennsylvania Journal of International Law, vol. 33, at <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=jil>
- 2-Callam, Andrew (2010), Drone Wars: Armed Unmanned Aerial Vehicles, International Affairs Review, vol. 19, available at: <http://www.iar-gwu.org/node/144>
- 3-Cavoukian, Ann (2012), Privacy and Drones: Unmanned Aerial Vehicles, Information and Privacy Commissioner, available at <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/pbd-drones.pdf>
- 4-O'Connell, Marry (2010), Drones Under International Law, International Debate Series in Washington University Law.
- 5-O'Connell, Marry (2011), Remarks: the Resort to Drones Under International Law, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 39.
- 6-Drake, Aaron M. (2011), Current U.S. Air Force Drone Operation and Their Conduct in Compliance with International Humanitarian Law – An Overview, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 39.
- 7-Rodman, David (2010), Unmanned Aerial Vehicles in the Service of the Israel Air Force: They Will Soar on Wings Like Eagles, Middle East Review International Affairs, vol. 14.
- 8-Pugliese, Joseph (2011), Prosthetics of Law and the Anomic Violence of Drones, Griffith Law Review, vol. 20, at <file:///C:/Users/VAIO/Downloads/Anomic%20Violence%20of%20Drones.pdf>
- Document
- 9-Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Execution Study on Targeted Killings, Philip Alston, UN Doc, 28 May 2010, A/HRC/14/24/Add. 6.
- Internet Resource
- 10-<http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13900913001157>
- 11-<http://www.humanrights-iran.ir/news-36624.aspx>
- 12-<http://Internationalallaw.persian.blog.ir/post/12>
- 13-<http://www.faa.gov/about/initiatives/uas/>
- 14-<http://www.tasnimnews.com>

10. Distinction

۱۱. پروتکل اول معاهدات ژنو تعریف روشنی از «غیرنظامی» ارائه نمی‌دهد؛ طبق پروتکل پیش‌گفته، غیرنظامی کسی است که نظامی نباشد.

12. ICRC, Customary International Humanitarian Law, chapter 3, citing Protocol I, Art. 51 (4).

13. Predator

14. Proportionality

15. Necessity

16. Humanity

فهرست منابع:

فارسی

کتاب

- ۱- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۲.
- ۲- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- ۳- فلک، دیتر (۲۰۰۷)، حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه، با اهتمام و ویرایش سید قاسم زمانی و نادر ساعد، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.
- ۴- ممتاز، جمشید، حقوق بین‌الملل سلاح‌های کشتار جمعی، ترجمه و تحقیق امیرحسین رنجبریان، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.

مقاله

- ۱- انصاری، باقر، حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام، تطبیقی و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
 - ۲- تقی‌زاده، زکیه و هداوندی، فاطمه، کاوشی در مشروعیت استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین در حقوق بین‌الملل، فصلنامه مطالعات بین‌المللی، شماره ۴، ۱۳۹۱.
 - ۳- جهان‌پناه، محمدحسین، گزارشی از سقوط هواپیمای رادارگریز آمریکا در خاک ایران، دوماهیانه هواپیما، شماره ۱۱، ۱۳۹۰.
 - ۴- ضیائی، سید یاسر و محمدی مطلق، علیرضا، ورود پهبادهای جاسوسی به قلمرو هوایی ایران از منظر حقوق بین‌الملل، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۱، ۱۳۹۴.
 - ۵- علاقه‌بند، یونس و یزدان‌نجات، رزا، گسترش استفاده از هواپیماهای بدون سرنشین در آیین حقوق توسل به زور و مخاصمات مسلحانه، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۸، ۱۳۹۲.
 - ۶- محمودی، سیدهادی، تأثیر فناوری‌های علمی بر توسعه و تحول حقوق بین‌الملل فضایی، فصلنامه پژوهش حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۲، ۱۳۹۰.
 - ۷- مختاری، علی، جایگاه نبرد با تروریسم در سیاست خارجی ایالات متحده (۲۰۰۷-۲۰۰۰)، فصلنامه راهبرد، شماره ۴۸، ۱۳۸۷.
- پایان‌نامه
- ۱- ستایش‌پور، محمد، مسئولیت اشتقاقی در نظام مسئولیت بین‌المللی، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، پردیس فارابی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
 - ۲- کرمانجانی، داود، کاربرد هواپیماهای بدون سرنشین از منظر حقوق بین‌الملل، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۲.
 - ۳- منفرد، مهوش، قواعد حقوق بشردوستانه در جنگ‌های هوایی، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۲.

تخریب در داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی



ایمان حطمی، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی
هومن حطمی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل

چکیده

فناوری اطلاعات، تمام ابعاد زندگی اجتماعی، فرهنگی و از جمله حقوق کیفری را عمیقاً متأثر ساخته است. این تحول، حقوقدانان و سیاست‌گذاران حوزه‌های مربوطه را به تأمل وادار نموده است. تفاوت‌های جرایم سایبری با جرایم سنتی به‌گونه‌ای است که رویکرد کیفری متعارف و اصول و مبانی شناخته شده آن برای مقابله با این جرایم پاسخگو نیستند. فرا مرزی بودن، سهولت ارتکاب جرم و ناشناختگی مجرمین از جمله خصایص این گونه جرایم‌اند. ویژگی‌های مذکور از یک‌سو و وابستگی‌های زندگی مدرن به تکنولوژی سایبر از سوی دیگر، تبیین یک رویکرد کیفری متفاوت را ضروری ساخته است. اثربخشی و کارایی قوانینی که برای مقابله با جرایم دیجیتال تصویب می‌شوند، مستلزم نگاهی متفاوت به مقولاتی مانند تعریف جرم، ارکان جرم، مسئولیت کیفری و امثال آن است.

از زمان ورود جرایم رایانه‌ای به کشور ما اظهارنظرهای بسیاری در خصوص این جرایم و شیوه برخورد با آنها شده است. مسلم است که جرم رایانه‌ای پدیده‌ای نوین و متفاوت است که سال‌ها زمان لازم است تا دنیا به شناخت لازم از این پدیده برسد؛ بنابراین نظریه ارائه شده از سوی عده قلیلی که جرایم رایانه‌ای به‌ویژه تخریب داده‌های رایانه‌ای را در قالب جرایم سنتی قرار می‌دهند، از واقعیت به دور است؛ چراکه به‌هیچ‌وجه نمی‌توان با تمسک به رویکرد سنتی به مقابله با این پدیده پرداخت. رکن مادی جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای همانند سایر جرایم رایانه‌ای در بسیاری از قسمت‌های خود دارای ویژگی‌های منحصر به فرد و بدیعی است که از آن جرمی نوین و چالش‌برانگیز ساخته است.

واژگان کلیدی: فضای سایبری، جرم رایانه‌ای، تخریب داده‌های رایانه‌ای، اخلاق داده‌ها

درآمد

توسعه‌ی پدیده جهانی فناوری اطلاعات و ارتباطات، تحولی شگرف در ابعاد مختلف حیات اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، امنیتی و سیاسی ایجاد نموده است. انقلاب الکترونیک تبدیل به مهم‌ترین پدیده معاصر شده است. روزانه ده‌ها هزار رایانه ورود خود را به دنیای جدید اعلام می‌کنند. این گستره بیکران از یک سو فرصت‌های بی‌نظیری را فراهم ساخته و از سوی دیگر، تهدیدهای جدی را متوجه بخش اعظم ساختارهای اجتماعی ساخته است.

این ویژگی دوگانه را در بسیاری از نوآوری‌ها و ابداعات بشری از جمله انقلاب صنعتی می‌توان مشاهده کرد؛ اما به نظر می‌رسد ابر ساختار فناوری اطلاعات، دنیای جدیدی را خلق کرده است؛ دنیایی مملو از نوآوری‌ها و پیچیدگی‌هایی که قاعده و فرم پذیرفته شده‌ای ندارد. این جهان متفاوت از جهان واقعی است و مالک خصوصی و دولتی ندارد. اینترنت تابع آیین‌نامه‌ای جهانی نمی‌باشد. هیچ قانون‌گذار عمومی وجود ندارد، اگرچه تلاش‌هایی به منظور توسعه قانون‌گذاری در شماری از مراجع چندجانبه صورت می‌پذیرد. باوجوداین، امروز اینترنت اغلب به عنوان محیطی بی‌قانون، نامحدود، نامنظم، کنترل نشده و قابل دسترسی، دست‌کم به لحاظ تئوری برای همه توصیف شده است. عدم وجود ضوابط دقیق در دنیای مجازی باعث شده است که از آن به عنوان غرب وحشی جدید تعبیر شود. فناوری اطلاعات و ارتباطات نه تنها صنعت، اقتصاد، تجارت و دیگر عرصه‌ها را تحت تأثیر قرار داده است، بلکه حقوق هم از این تحولات بی‌بهره نبوده است. به فراخور این تغییرات بنیادین، طبعاً حقوق‌دانان نیز همانند متخصصین دیگر رشته‌ها باید برای هماهنگی با این فناوری و عقب‌نماندن از آن، به ارائه ضوابط،

اصول و قواعد حقوقی جهت پیشگیری یا حل و فصل اختلافات ناشی از این تغییرات اقدام نمایند.

این فضای جدید به گونه‌ای حقوق جزای سنتی را دستخوش تحولات بنیادین کرده است که تعریف از جرایم در محیط‌های مجازی انطباق چندانی با تعاریف کلاسیک نداشته و در بسیاری از موارد متفاوت است. فضای سایبر یک دنیای الکترونیکی ایجاد شده به وسیله شبکه‌های به هم پیوسته از فناوری اطلاعات و اطلاعات موجود در این شبکه‌ها است. این فضا اشتراک جهانی است که بیش از ۱/۷ میلیارد فرد را به هم پیوند می‌دهد تا عقاید، خدمات و دوستی‌ها را با هم مبادله کنند (امیرلی، بی تا: ۱).

به تعبیر دیگر، فضای سایبر فضایی غیرمادی و ناملموس و بیکران است که از طریق اتصال شبکه‌های رایانه‌ای و از تجمیع فناوری‌های رایانه‌ای و فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT) شکل گرفته است، با توجه به امکانات و ویژگی‌های فضای سایبر باید پذیرفت که جهان جدیدی در برابر جهانی که تاکنون می‌شناختیم، ظهور کرده است (پاکزاد، ۱۳۹۰: ۲۲۶).

کشور ما نیز فارغ از تحولات مذکور نبوده است. جمعیت جوان و تحصیل کرده کشور، تعداد کاربران اینترنتی را به مرز ۳۰ میلیون نفر رسانده است. تعداد جرایم سایبری افزایش سالانه ۳۰٪ داشته و کشف جرایم با افزایش ۱۵۰٪ در سال ۱۳۸۸ مواجه بوده است (جوان جعفری، ۱۳۸۹: ۱۷۲).

جرایم رایانه‌ای برای بسیاری از افراد جامعه و حتی خود قانون‌گذار امری ناآشنا و مبهم است. این موضوع تنها مختص کشور ایران نیست، حتی کشورهای توسعه یافته نیز با آن مواجه هستند، برای نمونه: «مسئولان شرکت مایکروسافت می‌گویند تحقیقات نشان می‌دهد بسیاری از سازمان‌های

امنیتی فاقد دانش کافی برای ردیابی و تحقق در مورد جرایم الکترونیکی و رایانه‌ای هستند خیلی‌ها حتی نمی‌دانند چگونه می‌توان یک آدرس IP یا یک حوزه اینترنتی را ردیابی و شناسایی کرد» (ماهنامه آموزش و اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳: ۳۴).

جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای یکی از انواع مهم جرایم رایانه‌ای است که به علت تفاوت قابل توجه آن با تخریب سنتی توانسته است به عنوان معضلی نوین توجه صاحب‌نظران عرصه حقوق را به خود جلب نماید. نتایج منفی این جرم می‌تواند بار سنگینی را بر جامعه تحمیل کند، چراکه مقدمه‌ای برای ارتکاب جرایم سنگین‌تر همچون اخلاف در داده و سامانه تروریسم سایبری است.

در این مقاله پس از بیان تاریخچه مختصری از جرایم رایانه‌ای، به تعریف جرم تخریب و اخلاف داده‌های رایانه‌ای و تشریح ارکان این جرم می‌پردازیم.

۱- تاریخچه شکل‌گیری جرایم رایانه‌ای

نخستین کامپیوتر در سال ۱۹۳۷ در آمریکا اختراع شد. با پیشرفت فن‌آوری به تدریج در ساخت رایانه تغییراتی به وجود آمد، به اندازه‌ای که اصطلاح نسل‌های مختلف رایانه برای نامیدن این تغییرات مورد استفاده قرار گرفت. امروزه ارتباط با کامپیوتر از طریق صوت و تصویر نیز امکان‌پذیر خواهد بود. اطلاعات از همان زمان پیدایش به صورت مناسب برای کامپیوتر ذخیره شده و در هنگام لزوم، از طریق سیستم‌های کامپیوتری مورد استفاده قرار خواهد گرفت. استفاده از حافظه‌های نوری، حافظه‌هایی با حجم کم و گنجایش غیرقابل تصور ویژگی مهم این نسل است. استفاده از هوش مصنوعی و قدرت تفکر و استنتاج کامپیوتری، از دیگر

ویژگی‌های کامپیوترهای این نسل است. تغییرات گسترده در ساخت رایانه‌ها مطمئناً به تغییرات تکنولوژیکی ختم نخواهد شد و تغییرات فرهنگی را نیز به دنبال خواهد داشت؛ اما در یک اظهار نظر کلی می‌توان گفت که جرایم رایانه‌ای هم‌زاد خود رایانه تلقی می‌شوند و با شروع استفاده از رایانه، این جرایم نیز پا به عرصه وجود گذاشتند، این تعریف با تعاریفی که از دیدگاه بین‌المللی در کنوانسیون جرایم رایانه‌ای که به‌وسیله شورای اروپا در ۸ نوامبر ۲۰۰۱ صورت گرفت، نخستین قدم در راه مبارزه بین‌المللی قانونی با پدیده جرایم رایانه‌ای بود؛ البته سابقه قانون‌گذاری در عرصه داخلی در خصوص جرایم رایانه‌ای به مدت زمانی قبل‌تر از سال ۲۰۰۱ باز می‌گردد. در آمریکا که یکی از پیشگامان در این عرصه محسوب می‌شود، میان سال‌های ۱۹۷۸ تا ۱۹۸۶ تعداد ۴۵ ایالات از ایالات این کشور قانون جرایم رایانه‌ای را مورد پذیرش قرار دادند، متن این قانون با متن پیشنهادی قانون‌گذار فدرال مطابقت داشت.

در خصوص سابقه قانون‌گذاری ایران در رابطه با جرایم رایانه‌ای باید گفت سابقه تدوین قانون جرایم رایانه‌ای در کشورمان به سال‌های اخیر یعنی سال ۱۳۸۸ بازمی‌گردد. کلیات لایحه قانون جرایم رایانه‌ای در ۲۷ آبان ۱۳۷۸ با ۱۷۶ رأی موافق، ۳ رأی مخالف و ۲ رأی ممتنع به تصویب رسید. پس از رفع ایراداتی که شورای نگهبان به این قانون وارد کرده بود، در ۷ تیر ۱۳۸۸ قانون جرایم رایانه‌ای به تأیید شورای نگهبان رسید.

۲- تعریف جرم تخریب یا اخلال داده

تخریب به معنای از میان بردن پاره یا همه یک چیز (تخریب جزئی و کلی) و اخلال در معنای پدید آوردن آشفتگی و ناتوانی در کارکرد یک چیز است. این دو عنوان در حقوق کیفری سنتی نیز شناخته شده‌اند.

بر پایه ماده‌ی ۶۷۷ قانون تعزیرات، هر کس عمداً اشیاء منقول و غیرمنقول متعلق به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد. بر اساس این ماده، روی هم‌رفته چهار عنوان پیش‌بینی شده است که مفهوم‌های نزدیک به هم دارند. تخریب که بیشتر به چیزهای بی‌جان می‌پردازد، مانند از میان بردن دیوار یا خودرو یا رایانه شخصی. اتلاف که هم‌معنی با تخریب است؛ ولی می‌توان این واژه را برای دارایی‌های جاندار شخص به کار برد، مانند جانداران خانگی و بر دو گونه است: جزئی مانند لنگ یا کور کردن حیوان و کلی مانند کشتن جاندار دیگری. تفاوت دیگر میان تخریب و اتلاف در بروز نشانه بر روی مال است. تخریب، نشانه بیرونی رفتار شخص بر مال دیگری است که بر اثر رفتار بازوانی رخ می‌دهد، ولی اتلاف مفهومی گسترده‌تر دارد و به از میان بردن حکمی و قیمی نیز گواهی می‌دهد. با این حال تفاوت فاحشی میان تخریب و اتلاف نیست و این دو به‌جای هم به کار می‌روند.

در ماده‌ی ۶۷۷ قانون تعزیرات، همچنین از تعبیر «از کار اندازد» بهره گرفته شده که همان اخلال است. اخلال یا از کار انداختن، دربرگیرنده پدید آوردن ناتوانی و نارسایی در انجام بهینه و متعارف یک مال است. پس نسبت به خودروی دیگری، اگر کسی آن را آتش بزند که بسوزد، اتلاف کلی و اگر آینه‌اش را بشکند، اتلاف جزئی و چنانچه نیروی نوردهی یا ترمزگیری آن را دست‌کاری کند، اخلال یا از کار انداختن را مرتکب شده است.

همسان با ماده‌ی ۶۷۷، ماده‌ی ۸ قانون جرایم رایانه‌ای (ماده‌ی ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی) پیش‌بینی شده که در اینجا به‌جای اشیاء منقول و غیرمنقول، داده

موضوع بزه قرار گرفته است. بر پایه این ماده، «هر کس به‌طور غیرمجاز داده‌های دیگری را از سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیرقابل پردازش کند به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد» (عالی پور، ۱۳۹۵: ۲۱۶).

۳- بررسی ارکان جرم

در ادامه ارکان جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای را تحت هفت عنوان: مرتکب جرم، موضوع جرم، رفتار مجرمانه، وسیله و روش ارتکاب، نتیجه مجرمانه رکن روانی و مجازات بررسی خواهیم کرد.

۳-۱- مرتکب جرم:

در یک تقسیم‌بندی کلی از مرتکبان جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای براساس اهداف و انگیزه‌هایی که دنبال می‌کنند، می‌توان آنها را در ۳ طبقه مختلف قرار داد:

اولین دسته از مرتکبان این جرم کارمندان خشمگین از کاربر کنارشده و یا نارضی هستند که به روش‌های نوین کار معترض هستند یا شاید می‌خواهند زودتر بازنشسته شوند و یا در پی انتقام‌جویی از کارفرمای سابق خود هستند. بیشتر اعمال خرابکارانه در کشورهای غربی توسط این دسته انجام می‌شود.

گروه دوم شامل مرتکبانی است که خطرناک‌تر هستند، یعنی تروریست‌های دارای انگیزه ایدئولوژیک که اغلب به رایانه به چشم نماد اعمال کنترل و سرکوب دولت و حتی به‌عنوان جزء لاینفک صنعت مهمات سازی نگاه می‌کنند. شروع این نوع حملات با انگیزه‌هایی سیاسی علیه مراکز رایانه‌ای همراه بوده است؛ البته عمل این دسته از افراد معمولاً سابوتاژ رایانه‌ای و یا تروریسم رایانه‌ای است. گروه آخر مرتکبان، از جامعه تجاری هستند. هدف آنها از خرابکاری رایانه‌ای

۲-۳- موضوع جرم

در این مبحث به تحلیل ماهیت موضوع جرم تخریب داده‌ها و سپس به بررسی ویژگی تعلق داشتن آن به غیر خواهیم پرداخت.



فضای سایبر یک دنیای الکترونیکی ایجاد شده به وسیله شبکه‌های به هم پیوسته از فناوری اطلاعات و اطلاعات موجود در این شبکه‌ها است. این فضا اشتراک جهانی است که بیش از ۱/۷ میلیارد فرد را به هم پیوند می‌دهد تا عقاید، خدمات و دوستی‌ها را با هم مبادله کنند.

۱-۲-۳- ماهیت و ویژگی موضوع جرم:

جهت تحقق یافتن جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای باید اعمال مجرمانه علیه تمامیت یا صحت داده‌های رایانه‌ای صورت گیرد. کنوانسیون جرایم سایبری در ماده‌ی ۱ خود داده‌های رایانه‌ای را چنین تعریف نموده است:

داده‌های رایانه‌ای «به معنی هر نمادی از واقعیت‌ها، اطلاعات یا مفاهیم است به شکلی که برای پردازش در یک سیستم رایانه‌ای مناسب باشد. همچنین شامل برنامه‌ای است که بتواند سیستم رایانه‌ای را وادار به انجام وظیفه‌ای نماید.» این داده‌ها ممکن است داخل یک سیستم رایانه‌ای نگهداری شوند یا در حال پردازش و یا انتقال باشند یا بر روی حامل‌های داده در خارج از سیستم رایانه‌ای ذخیره شده باشند. داده‌های رایانه‌ای اموالی هستند که در پاره‌ای موارد دارای ارزش مالی هستند و دلیل اصلی حمایت از آنها ارزش معنوی آنهاست که امروزه ارزش این حقوق برای

ممکن است تحصیل منافع در رقابت با رقبای خود یا تسهیل حذف کامل شرکت رقیب از گردونه رقابت باشد.

هکرها^(۱) و کراکرها^(۲) را نیز باید از جمله مرتکبان این جرم دانست؛ البته این افراد بالقوه قابلیت ارتکاب غالب جرایم رایانه‌ای را دارند. به همین دلیل اصولاً در بیشتر کشورها صرف هکینگ و کراکینگ را تحت عنوان دسترسی غیرمجاز جرم انگاری کرده‌اند (در ایران هم ماده‌ی ۱ قانون جرایم رایانه‌ای به این موضوع پرداخته است).

از دیدگاه قانونی نیازی به تمایز قائل شدن بین هکرها و کراکرها رایانه وجود ندارد؛ چراکه هر دو عبارت برای توصیف افرادی به کار می‌روند که غیرقانونی وارد رایانه شده‌اند. مهم‌ترین تفاوت این دو در انگیزه آنهاست؛ عبارت هکر برای توصیف فردی که از گشتن در سیستم‌ها لذت می‌برد بدون (انگیزه) نقض قانون استفاده می‌شود، اما عبارت کراکر برای توصیف فردی که در وارد شدن به رایانه‌ها قانون را نقض می‌کنند؛ بنابراین انگیزه کراکرها خرابکاری است نه کنجکاوی.

قانون جرایم رایانه‌ای مرتکب را مطابق معمول با واژه «هرکس» معرفی کرده است؛ بنابراین مرتکب جرم تخریب داده‌ها مطابق ماده‌ی ۸ این قانون می‌تواند هر شخص حقیقی باشد. بدیهی است با توجه به استعمال واژه هرکس، قانون‌گذار خواسته است اشخاص حقوقی را از شمول مرتکبان این جرم خارج سازد.

همان‌طور که فناوری رایانه، جوان به حساب می‌آید، مرتکبان جرایم رایانه‌ای را نیز اغلب افراد جوان تشکیل می‌دهند. در آماري که از سوی ناجا اعلام شده است ۹۵ درصد متهمان جرایم رایانه‌ای آقایان و بیشتر متهمان نیز در گروه سنی ۱۸ تا ۳۵ سال هستند (دنیای کامپیوتر و ارتباطات، ۱۳۸۸: ۷۲).

صاحبان آنها شاید بسیار بیشتر از یک خودرو باشد که دارای ارزشی مالی است. برخی حقوقدانان حتی در جرم تخریب سنتی نیز قائل به حمایت از ارزش‌های معنوی شده‌اند: «با تصویب ماده‌ی ۶۷۷ ق.م.ا قانون‌گذار کلیه اشیاء اعم از منقول و غیرمنقول را تحت حمایت کیفری جرم تخریب قرار داده است، گرچه آن اشیاء ارزش مالی نداشته ولی از نظر صاحب آن واجد ارزش معنوی باشند» (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴۶). درواقع تفاوت‌های میان طبیعت اموال ملموس و ارزش معنوی بوده است که قانون‌گذار را به وضع قانون و ضوابط لازم در راستای حمایت از داده‌ها وادار نموده است.

قانون‌گذار در ماده‌ی ۸ قانون جرایم رایانه‌ای علاوه بر داده‌های موجود در سامانه‌های رایانه‌ای، آنهایی را که در سامانه‌های مخابراتی نیز مورد تخریب قرار می‌گیرند مورد حمایت قرار داده است. داده‌های مخابراتی در ماهیت، تفاوتی با داده‌های رایانه‌ای ندارند و بین این دو رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. به عبارت دیگر، هر داده موجود در سامانه مخابراتی، نوعی داده رایانه‌ای محسوب می‌شود؛ بنابراین لزومی بر درج «سامانه مخابراتی» در این ماده نبوده است.

در اینجا ذکر این نکته لازم به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به تبعیت از کنوانسیون جرایم سایبر، جرم تخریب داده‌ها را در زمره جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها آورده است.

گزارش توجیهی کنوانسیون جرایم سایبر در مورد فلسفه جرم انگاری اخلاص در داده‌ها اشعار داشته: «هدف از جرم‌انگاری اخلاص در داده‌ها (موضوع ماده‌ی ۴ کنوانسیون) حمایت از داده‌ها و برنامه‌های رایانه‌ای همانند حمایت از اشیای محسوس در برابر خسارت و آسیب وارده می‌باشد،

منابع قانونی مورد حمایت همانا تمامیت و عملکرد صحیح و مناسب داده‌ها و برنامه‌های رایانه‌ای است» (نادرخانی، ۱۳۸۹: ۷۲).

۳-۲-۲- تعلق به غیر داشتن موضوع جرم:

قانون‌گذار در ماده‌ی ۸ قانون جرایم رایانه‌ای یکی از شروطی که برای تحقق جرم تخریب لازم دانسته است، «تعلق داده به غیر» است، زیرا در صدر ماده آورده است: «هر کس به‌طور غیرمجاز داده‌های دیگری...» همان‌طور که قبلاً نیز بیان شد، داده‌ها و اطلاعات رایانه‌ای کالایی عمومی هستند و بنا بر قاعده «دسترسی آزاد به اطلاعات» باید به‌صورت آزاد در جامعه جریان داشته باشند و نمی‌توانند مانند اموال مادی مشمول حمایت انحصاری واقع شده و کاملاً توسط یک شخص تصرف شوند؛ پس بهتر بود که قانون‌گذار همانند ماده‌ی ۴ کنوانسیون جرایم سایبر از اصطلاح «بدون حق» استفاده می‌کرد. به‌هر حال، با توجه به وجود قید «تعلق به دیگری» در این ماده، اگر فردی داده‌های متعلق به خود را از بین ببرد، نمی‌توان او را مشمول عنوان تخریب داده‌های رایانه‌ای دانست، هر چند داده‌های تخریب شده مورد استفاده عمومی بوده و منافع جمعی در خصوص آن متصور باشد؛ پس به‌طور خلاصه موضوع بزه تخریب یا اخلال، «داده» است. این داده باید از آن دیگری باشد. خواه مالیت داشته باشد، خواه نداشته باشد و خواه استناد پذیر نباشد، خواه خواه شخصی باشد، خواه دولتی؛ اما اگر موضوع بزه، داده‌های دولتی باشد، مطابق بند ج ماده‌ی ۲۶ ق جرایم رایانه‌ای مرتکب با افزایش مجازات مواجه خواهد بود.

۳-۳- رفتار مجرمانه:

نحوه ارتکاب جرایم رایانه‌ای تقریباً مشابه یکدیگر است و معمولاً عبارت است از ورود، تغییر، محو، موقوف سازی، دست‌کاری و مشابه آن در اطلاعات،

داده‌ها، برنامه‌ها یا سیستم‌های رایانه‌ای و شبکه‌های ارتباطی راه دور.



همان‌طور که فناوری رایانه، جوان به حساب می‌آید، مرتکبان جرایم رایانه‌ای را نیز اغلب افراد جوان تشکیل می‌دهند. در آماري که از سوی ناجا اعلام شده است ۹۵ درصد متهمان جرایم رایانه‌ای آقایان و بیشتر متهمان نیز در گروه سنی ۱۸ تا ۳۵ سال هستند.

همین ویژگی‌ها در اجزای رکن مادی جرایم رایانه‌ای است که آنها را از انواع مرسوم جرایم متمایز می‌کند. در جرایم سنتی اصولاً مراحل معمول باید طی شود، به عبارتی به‌تبع قصد مرتکب، مراحل تهیه مقدمات، شروع به جرم و اجرای عملیات اجرایی باید طی شود تا این جرایم محقق شوند؛ اما در جرایم رایانه‌ای پس از قصد مرتکب و تهیه مقدمات و شروع عملیات اجرایی، جرم در کسری از ثانیه به وقوع می‌پیوندد، لذا تفکیک تمام مراحل تکوین آن به لحاظ پیوستگی زمانی امری مشکل و در پاره‌ای موارد دست‌نیافتنی است.

رکن مادی جرم تخریب به عقیده یکی از حقوقدانان عبارت است از: از بین بردن (عمدی) اشیا اعم از منقول یا غیرمنقول به دیگری به نحوی از انحاء (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴۳). در حالی که با توجه به قانون جرایم رایانه‌ای فعل مرتکب حذف، تخریب، مختل یا غیرقابل پردازش کردن داده‌هاست؛ بنابراین با اندکی مداقه متوجه خواهیم شد قانون‌گذار قانون جرایم رایانه‌ای نیز به‌نوعی در تخریب رایانه‌ای از بین بردن عمدی اموال را مدنظر داشته است؛ چراکه می‌توان کلیه اعمال مجرمانه احصا شده در ماده‌ی ۸ قانون نامبرده را اقسام «از بین بردن»

دانست؛ اما با توجه به اینکه این اعمال علیه داده‌ها صورت می‌گیرند، در عالم خارج از ماهیتی کاملاً متفاوت از اعمال مجرمانه در تخریب سنتی برخوردارند.

در پاره‌ای موارد نیز این دو نوع از تخریب با یکدیگر همپوشانی پیدا می‌کنند، برای مثال جایی که به سخت‌افزار رایانه خسارت وارد شود در صورتی که منجر به تخریب داده‌ها، سیستم رایانه‌ای و یا سایر جرایم رایانه‌ای نشود، تحت عنوان تخریب سنتی می‌توان مجرم را تحت تعقیب قرار داد. در این خصوص یکی از نویسندگان چنین بیان می‌دارد: «صرف پاک کردن داده‌ها، بدون خسارت به محیط فیزیکی، مشمول مقررات مرسوم مربوط به خسارت زدن به اموال (تخریب سنتی) نمی‌شود زیرا داده‌های الکترونیکی جزء اموال مادی محسوب نمی‌شوند و ایجاد اختلاف در استفاده از محیط فیزیکی نیز ناپذیر است» (پاکزاد، ۱۳۷۵: ۹۸)؛ البته تشابهاتی نیز بین تخریب سنتی و رایانه‌ای وجود دارد که به‌طور اجمالی به یکی از آنها اشاره می‌کنیم:

فعل مجرمانه در جرم تخریب داده‌ها همانند نوع مرسوم آن تنها به‌صورت فعل مثبت تحقق می‌یابد.^(۳) لذا ترک فعل نمی‌تواند منجر به جرم تخریب داده‌ها گردد (ر.ک. گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴۳)؛ بنابراین اگر قائل به تحقق تخریب داده‌ها توسط ترک فعل شویم به‌نوعی تخریب کیفری را غیرعمدی تلقی نموده‌ایم چراکه تشخیص عمدی یا غیرعمدی بودن افعال مرتکب در این حالت کاری بس دشوار است. حال به تحلیل اعمال مجرمانه احصا شده در ماده‌ی ۸ قانون گفته شده می‌پردازیم.

۳-۳-۱- حذف

از بین بردن داده‌ها را به نحوی از انحاء گویند که ممکن است به طریق فیزیکی مانند شکستن بردهای رایانه و قطعات

آن باشد و یا به طریق غیرمادی مانند استفاده از ویروس جهت تخریب اطلاعات. در بیان تفاوت جرم جعل رایانه‌ای و تخریب داده‌ها ذکر این نکته لازم است که اگر اعمال مجرمانه مصرح در ماده‌ی ۶ (جعل داده‌ها) منجر به ایجاد داده‌های غیر صحیح شوند، جرم جعل است، اما اگر این اتفاق نیفتد، بلکه مثلاً حذف داده‌ها منجر به پاک شدن کل داده‌ها گردد، تخریب داده‌ها تحقق می‌یابد نه جعل رایانه‌ای.

۳-۲-۳- تخریب:

به نظر می‌رسد قانون‌گذار حذف کردن را ناظر بر از بین بردن کلی داده‌ها و تخریب را ناظر بر از بین بردن جزئی داده‌ها دانسته است. این طریق احصای اعمال مجرمانه خالی از اشکال نیست؛ چراکه نخست عنوان اصلی خود جرم (تخریب) را برای یکی از اقسام رفتارهای مجرمانه استفاده کرده است و دوم اینکه تخریب در معنای عام خود شامل از بین بردن کلی و جزئی داده‌هاست؛ بنابراین استفاده از آن صحیح نبوده است و می‌توانست از عبارت «آسیب رساندن» استفاده نماید.

۳-۳-۳- مختل کردن:

مختل کردن، رفتاری است که کارکرد داده یا سامانه را به هر نحو برهم ریزد. به عبارت دیگر، با «تغییر دادن» و «متوقف کردن» داده‌ها باعث ایجاد آشفتگی و ناتوانی در کارکرد شود. دو رفتار حذف و تخریب نسبت به خود داده و دو رفتار مختل کردن و غیرقابل پردازش نمودن نسبت به کارکرد و توانایی داده رخ می‌دهد.

۳-۳-۴- غیرقابل پردازش کردن:

یعنی داده‌ها را طوری تغییر دهیم که دیگر توسط سیستم رایانه قابل پردازش نباشد. ذکر این عبارت نیز در زمره اعمال مجرمانه زائد است و همان‌طور که در مطالب

پیش گفته نیز بیان شد، استفاده از عبارت توقف و تغییر داده‌ها صحیح‌تر بوده است.

۳-۴- وسیله و روش ارتکاب:

برخی بر این باورند که در جرم مورد بحث همانند تخریب سنتی وسیله خاصی شرط تحقق جرم نیست^(۴) و این جرم به هر وسیله‌ای اعم از فیزیکی و غیر فیزیکی قابلیت ارتکاب دارد.^(۵) روش ارتکاب تخریب داده‌های رایانه‌ای می‌تواند به دو صورت تخریب فیزیکی و تخریب منطقی یا غیرمادی یا غیر فیزیکی یا فنی صورت گیرد که در ادامه به تبیین هر دوی آنها می‌پردازیم. مع‌هذا به نظر می‌رسد رفتار مجرمانه بایستی در فضای سایبر رخ بدهد، تعبیر «از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده» که در ماده‌ی ۷۳۶ ق.م.ا.مده، نشان می‌دهد که گونه‌ی رفتارهای بزهکارانه باید رایانه‌ای و سایبری باشند (عالی پور، ۱۳۹۵: ۲۱۹).

۳-۴-۱- تخریب فیزیکی:

از مهم‌ترین مصادیق تخریب فیزیکی، بمب‌گذاری در ساختمان است. سایر مصادیق نیز عبارت است از:

چسباندن کاغذ سنباده بر روی بخش‌های الکترونیکی کابل، خواندن کارت‌ها برای تخریب و نابودی آنها، جابجایی قطعات آهن، کلیپس‌های کاغذ یا تکه‌های کوچک فویل آلومینیومی در واسطه‌های رایانه‌ای جهت ایجاد اختلال الکتریکی، ریختن محلول نمک، قهوه و دیگر پاک‌کننده‌ها در کنسول اپراتور و دیگر تجهیزات، استفاده از اسید به منظور در معرض مخاطره قرار گرفتن تجهیزات رایانه‌ای، بالا بردن درجه حرارت به گونه‌ای که موجب تخریب تهویه هوای رایانه شود یا داغ کردن اجزای رایانه با حرارت سیگار، مداخله در ایستگاه قدرت الکتریکی و سوییچ کردن به اداره یا خطوط ارتباطی، بریدن کابل‌ها و گذاشتن موش در زیر کف برآمده ساختمان به نحوی که

بتواند عایق سیستم‌های الکترونیکی و حتی خود سیم‌ها را بجود (زیبر، ۱۳۸۳: ۴۰). چنانچه گفته شد، روش‌های گفته شده همان جرم تخریب سنتی خواهند بود و حسب مورد در زیر دو ماده‌ی ۶۷۶ و ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی جای می‌گیرند. زیرا هیچ‌یک از رفتارها در فضای سایبر رخ نداده است، تخریب یا اختلال رایانه‌ای در صورتی است که رفتارهای بزهکارانه رایانه‌ای و سایبری باشد.

۳-۴-۲- تخریب منطقی یا غیر

فیزیکی:

عمده‌ترین روش ایجاد خسارت منطقی، استفاده از برنامه‌های ساقط کننده^(۶) جهت حذف حجم بسیاری از داده‌ها در یک دوره کوتاه مدت است. این برنامه‌ها می‌توانند به صورت یوتیلیتی،^(۷) خودساخته^(۸) یا اسب تروا^(۹) باشند که به برنامه‌های اجرایی^(۱۰) یا سیستم عامل نفوذ می‌کنند (همان: ۴۱ و ۴۰). برای مثال، می‌توان به پرونده مربوط به یک مهندس از جنوب آلمان اشاره کرد که قبل از ترک شرکت، محتویات یک برنامه رایانه‌ای با ارزش را که در دیسکت ذخیره شده بود به نحوی محو کرد که امکان اصلاح آن به وسیله دیگر برنامه‌ریزها به سادگی ممکن نبود و شرکت قراردادی به ارزش یک میلیون مارک آلمان را از دست داد (همان: ۴۱).

۴- مهم‌ترین روش‌های تخریب فنی

۴-۱- ویروس:

خطرناک‌ترین روش‌های فنی، برنامه‌های ویروسی هستند. آنها معمولاً فضا و حفاظت رایانه را با به کارگیری برنامه‌های مجاز اشغال می‌کنند، در نتیجه باعث بروز رفتارهای نامتعارف از سیستم و اختلال در آن می‌شوند.

برنامه ویروسی می‌تواند به سیستم پردازش داده‌ها یا حتی به کل شبکه نفوذ کند. این امر کاملاً خطرناک است، زیرا ویروس‌های

برنامه‌ای در قالب «دستور مخرب» نه تنها می‌توانند زیر برنامه‌های نابود کننده (مثل دستورهای درهم ریختن یا پاک کردن) را حمل کنند، بلکه می‌توانند با «بمب‌های ساعتی» ترکیب شوند و در زمان تنظیم شده یا در زمانی که سیستم یا شبکه (از جمله نسخه‌های ایمنی برنامه) مورد اصابت ویروس قرار گرفته‌اند، فعال شوند (زیر، ۱۳۸۳: ۴۲ و ۴۱).

۴-۲- کرم‌های رایانه‌ای:

کرم‌ها برخلاف ویروس‌ها توانایی تکثیر خود را بدون شناسایی کد مستقر روی رایانه میزبان ندارند. کرم‌ها می‌توانند به یک سیستم دسترسی پیدا کنند؛ اما نمی‌توانند در خارج از شبکه برای مثال از طریق یک دیسکت گسترش پیدا کنند. کرم‌ها در یک رایانه مقیم می‌شوند و فضای رایانه را اشغال می‌کنند تا آنکه رایانه کند شود و یا از کار بیفتد (جینادی، ۱۳۸۳: ۳۶).

۴-۳- بمب منطقی:

بمب منطقی را «در اصطلاح خطای منفی در منطق برنامه که ممکن است اطلاعات را متلاشی کند» می‌دانند. بمب منطقی که بمب ساعتی نیز گفته می‌شود، روش دیگری است که به وسیله آن می‌توان دست به تخریب داده‌ها زد. اهداف این بمب‌ها متفاوت است. بعضی از آنها فایل‌ها را تغییر داده یا پاک می‌کنند یا هنگام منفجر شدن، یک کرم یا ویروس آزاد می‌کنند. بمب‌های منطقی در میان کارکنان اخراج شده طرفداران زیادی دارد، زیرا آنها می‌توانند بمب را کار بگذارند و زمان انفجار را برای زمانی بعد رفتن خودشان تنظیم کنند.

البته بمب‌های منطقی را باید ابزاری جهت انتشار ویروس‌ها و کرم‌های رایانه‌ای دانست که با نشان دادن آنها بر روی سیستم‌های رایانه‌ای می‌توان در زمان مشخص یک بدافزار رایانه‌ای را اجرا نموده و بدین‌سان داده‌های موجود بر روی رایانه مخاطب را تخریب نمود.

۴-۴- اسب تروا^(۱۱)

«اسب تروا، نوعی نرم‌افزار مخرب مشابه ویروس است». اسب تروا روشی است که در آن دستورالعمل‌های رایانه‌ای به‌طور مخفیانه در نرم‌افزارهای رایانه‌ای مستقر می‌شوند و بدین منوال اقدامات غیرمجازی را مقارن با اقدامات معمول و مجاز آن برنامه‌ها به انجام می‌رسانند. اسب تروا قابلیت آن را دارد که خود را از بین ببرد. اسب تروا را نیز همانند بمب‌های ساعتی باید روشی برای انتشار ویروس‌ها و بدافزارها دانست. «ویروس می‌تواند با استفاده از یک قطعه مجاز از نرم‌افزار آلوده به آن ویروس و با توسل به روش اسب تروا به سیستم داخل شود».

البته هر دو روش ذکر شده معمولاً توسط تروریست‌های سایبری و یا خرابکاران عرصه سایبر صورت می‌گیرد، اما به هر حال راهکاری جهت تخریب داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای است.

این بخش را با ذکر یک نکته به پایان می‌رسانیم و آن اینکه:

تمام بدافزارها (از جمله ویروس، کرم‌های رایانه‌ای و بمب‌های منطقی و سایر بدافزارها) تا زمانی که منجر به آسیب رساندن و تخریب داده‌های رایانه‌ای نشوند، نمی‌توان براساس ماده‌ی ۸ قانون جرایم رایانه‌ای نسبت به تعقیب مرتکبان آنها اقدام کرد. البته از آنجا که مطابق ماده‌ی یک^(۱۲) قانون مذکور، دسترسی غیرمجاز نیز جرم شناخته شده است، شاید بتوان مرتکبان را با حصول شرایط دیگر طبق همین ماده تحت تعقیب قرار داد (نادرخانی، ۱۳۸۹: ۷۹).

۵- نتیجه جرم:

جرم تخریب سنتی، جرمی مقید به نتیجه است و در آن «ورود ضرر شرط تحقق جرم است. ضرر و زیان می‌تواند مادی، معنوی و یا منافع ممکن الحصول باشد» (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۵۴۴). جرم تخریب داده‌های رایانه‌ای نیز از این حیث مشابه نوع مرسوم خود است؛ بنابراین

آن را باید جرمی مقید دانست که در آن ورود ضرر شرط تحقق جرم است، اما تقید به نتیجه در جرم تخریب داده‌ها تفاوت زیادی با تخریب سنتی دارد چرا که فاصله بین ارتکاب فعل مجرمانه و وقوع نتیجه در آن بسیار اندک است. به عبارت دیگر، از آنجا که ارتکاب جرم تخریب داده‌ها در کسری از ثانیه و با فشردن تنها یک کلید امکان‌پذیر است؛ لذا تفکیک بین مرحله‌ای که رفتار مجرمانه بروز نموده است و زمانی که نتیجه مجرمانه (ورود ضرر به غیر) محقق گشته است بسیار مشکل و گاهی نیز دست‌نیافتنی است.

لازم نیست داده‌ای که موضوع جرم واقع می‌شود کلاً از بین برود، بلکه اگر به قسمتی از آن هم صدمه وارد شود این جرم محقق شده است. همچنین، لازم نیست از بین رفتن داده‌ها منجر به اختلال بر روی سیستم رایانه شود؛ چرا که اختلال در عملکرد سیستم جرمی جداگانه است و در ماده‌ی ۹ قانون جرایم رایانه‌ای بدان پرداخته شده است؛ بنابراین صرف آسیب رساندن حتی به یک داده موجود بر روی رایانه یا حامل داده دیگری می‌تواند مشمول جرم تخریب کیفری شود.

۶- رکن روانی جرم

علم و عمد در انجام رفتارهای مرتکب که در قسمت قبل عنوان شد، رکن روانی بزه را تشکیل می‌دهد همچنین بزه تخریب و اخلال داده رایانه‌ای باید به‌طور غیرمجاز انجام گیرند و مرتکب آگاه به غیرمجاز بودن باشد. بدیهی است که اگر رفتارهای موضوع ماده‌ی ۸ ق. جرایم رایانه‌ای با اجازه دارنده آن باشد، بزه‌ی در کار نخواهد بود و میان شخص حقوقی و حقیقی و فرد و دولت تفاوتی نمی‌باشد.

۷- مجازات

براساس ماده‌ی ۸ ق جرایم رایانه‌ای برای مرتکب بزه مزبور حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات در نظر گرفته شده است.

برآمد:

از آنجا که حقوق جزای سنتی فاقد تضمین‌های لازم برای حمایت از اجرای صحیح اصل جریان آزاد اطلاعات است، لذا باید مقرراتی در حقوق به تصویب رساند که این اصل را تضمین و حمایت کند.

جرایم رایانه‌ای به دلیل دارا بودن ابعاد بین‌المللی و همچنین ویژگی بدیع بودن مورد توجه بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی قرار گرفته‌اند. این سازمان‌ها با برگزاری همایش‌ها و جلسات متعدد نسبت به تجزیه و تحلیل این جرایم گام بزرگی برداشته‌اند. نتیجه این اقدامات نیز می‌تواند به عنوان ارائه طریقی برای کشورهای عضو جهت تصویب قوانین رایانه‌ای داخلی تلقی شود، همان‌طور که امروزه می‌توان ردپای کنوانسیون جرایم سایبر، توصیه‌نامه شورای اروپا و بیانیه‌های سازمان ملل متحد را در قوانین بسیاری از کشورها مشاهده کرد.

کنوانسیون جرایم سایبری هدف از جرم‌انگاری اخلاقی در داده‌ها را حمایت از آنها، همانند حمایت از اموال محسوس در برابر خسارت و آسیب وارده دانسته است. در همین راستا، قانون جرایم رایانه‌ای در ماده‌ی ۸ خود هر چند به‌طور ناقص، سعی در حمایت از داده‌ها نموده است.

بنابر این موضوع این جرم را باید داده‌ها و اطلاعات موجود در سیستم‌های رایانه‌ای یا حامل‌های داده دانست. با بررسی ماهیت داده‌ها دریافتیم که هر چند نمی‌توان آنها را جزء اموال مادی و محسوس به حساب آورد، اما داده‌های رایانه‌ای اموالی هستند که دارای ارزش معنوی هستند و این ارزش معنوی حتی می‌تواند با اهمیت تر از ارزش مالی باشد. البته همین داده‌های غیر ملموس گاهی اوقات دارای ارزش مالی نیز می‌شوند که ارزش مالی برخی از آنها قابل مقایسه با بسیاری از اموال ملموس نخواهد بود.

پی‌نوشت‌ها:

فهرست منابع:

- ۱- امیرلی، حسین، مترجم، راهبرد امنیت سایبر کانادا، سایت پلیس فتا، بی‌تا.
- ۲- پاکزاد، بتول، جرایم کامپیوتری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۵.
- ۳- پاکزاد، بتول، ماهیت تروریسم سایبری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ویژه‌نامه شماره ۴، ۱۳۹۰.
- ۴- جوان جعفری، عبدالرضا، جرایم سایبر و رویکرد افتراقی حقوق کیفری، مجله‌ی دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۴، ۱۳۸۹.
- ۵- جینادی، آنجلیز، جرایم سایبر، ترجمه خرم آبادی و حافظی، انتشارات شورای عالی اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳.
- ۶- حسن بیگی، ابراهیم، حقوق و امنیت در فضای سایبر، موسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر، ۱۳۸۴.
- ۷- دزیانی، محمدحسن، مترجم، گزارش دستاوردهای شورای اروپا در ارتباط با توصیه‌نامه R (۸۹)۹، جزوه جرایم رایانه‌ای، جلد اول، دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک، ۱۳۷۶.
- ۸- دنیای کامپیوتر و ارتباطات، سال دهم، شماره ۸۸، ۱۳۸۸.
- ۹- رضوی فرد، بهزاد، موسوی، سید نعمت اله، مسئولیت کیفری در فضای سایبری در حقوق ایران، پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.
- ۱۰- زیراولریش، جرایم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری و... انتشارات گنج‌دانش، ۱۳۸۳.
- ۱۱- عالی پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۵.
- ۱۲- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴.
- ۱۳- ماهنامه آموزشی، پژوهشی و اطلاع‌رسانی، سال ششم، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
- ۱۴- نادرخانی، نیما، تحلیل تخریب داده‌های رایانه‌ای در قانون جرایم رایانه‌ای و اسناد بین‌المللی، مجله‌ی کارآگاه، دوره دوم، سال سوم، شماره ۱۲، ۱۳۸۹.
1. Hacker
2. Crackers
3. برای دیدن نظر مخالف نگاه کنید به حسین میر محمد صادقی، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی)، صفحه ۱۸۱.
4. برای نمونه نگاه کنید به ایرج گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، صفحه ۵۴۵.
5. نگاه کنید به ابراهیم حسن بیگی، حقوق و امنیت در فضای سایبر، صفحه ۲۰۶.
6. Grash
7. Utility
8. self.written
9. Trogan horse
10. Operationg system
11. Trojan horse
۱۲. ماده‌ی ۱ قانون جرایم رایانه‌ای دسترسی غیرمجاز را چنین جرم انگاری نموده است: هر کس به‌طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به‌وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

مراجع «دادرسی و داوری» در قراردادهای اداری ایران



مصطفی مبارکی، دانشجوی دکتری تخصصی حقوق عمومی
محمدکاظم عماد زاده، دکتری حقوق عمومی، دانشیار دانشگاه اصفهان
غلامحسین مسعود، دکتری حقوق عمومی، استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

چکیده

از جمله دعاوی حقوقی مطروحه در محاکم و دادگاهها، دعاوی ناشی از قراردادهای می باشد. تحریر قرارداد به این دلیل است که در مواقع اختلاف بتوان به مفاد تعهدات طرفین رجوع و استناد نمود. گاهی یک قرارداد آن چنان تنظیم می شود که در هر شرایطی پاسخگوی اختلافهای طرفین است و حتی اگر به دادگاه هم رجوع شود، دادگاه ناگزیر است براساس مفاد قرارداد رأی صادر کند؛ اما بیشتر مواقع شرایط به گونه ای است که قرارداد با نقص و سکوت مواجه می باشد. برای حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای اداری، ابتدا باید از طریق مذاکره و گفتگو تلاش شود. در مرحله بعد مراجعه به داور تعیین شده در قرارداد می باشد و مرحله آخر رجوع به دادگاه حقوقی و یا کیفری است.

واژگان کلیدی: داوری، دادرسی، قرارداد اداری، حل حقوقی اختلاف، قرارداد نفتی

درآمد

قراردادهای اداری فی‌مابین دولت از یک طرف و اشخاص حقیقی و یا حقوقی از سوی دیگر، اساساً در حین اجرا و انجام عملیات، با توجه به خطا در طرح اولیه، اشتباه در تهیه و تنظیم اسناد مناقصه، شرایط پیش‌بینی نشده و نیاز به تطبیق با شرایط اجرایی جدید، به اصلاح یا صدور متمم احتیاج پیدا می‌کنند. اگر دربارهی محدوده کارهای جدید و هزینه‌های آن و سایر شرایط بین طرفین توافق حاصل شود و الحاقیه لازم، امضا و مبادله شود، مشکل به‌خصوصی بروز نخواهد کرد. ولی اگر بین طرفین دربارۀ هر یک از عوامل مؤثر در تغییرات قراردادی توافق به وجود نیاید و اختلاف وجود داشته باشد، آنگاه این اختلاف مبنای طرح ادعا و خواسته از جانب مناقصه‌گران، پیمانکاران، خریداران اوراق مشارکت، عاملیت، خواهد شد. در خصوص مراجع پیش‌بینی شده جهت حل حقوقی اختلاف در قراردادهای مختلف اداری می‌توان مراجع زیر را به سه شکل عمده که در این مقاله به جایگاه و آراء آنها اشاره به‌عمل آمده است. تقسیم‌بندی نمود:

۱. مراجع دادرسی مرتبط با قوهی قضاییه: این مراجع شامل دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی است. دیوان عدالت اداری به‌دعای قراردادهای استخدامی رسیدگی می‌کند. همچنین دادگاه‌های عمومی که در بسیاری از دعای قراردادهای مقاطعه‌کاری، امتیاز، اوراق مشارکت به‌عنوان مرجع صلاحیت‌دار پیش‌بینی شده است.

۲. مراجع ذی‌صلاح داوری و دادرسی مرتبط با قوهی مقننه که شامل مجلس شورای اسلامی در مقام داوری قراردادهای اداری می‌باشد.

۳. مراجع شبه‌قضایی حل حقوقی

اختلاف داخل در قوهی مجریه این مراجع عبارت‌اند از: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، هیئت وزیران که مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی صلح دعای راجع به اموال عمومی و دولتی یا راجع آن به داوری در هر مورد موقوف به تصویب آن است. همچنین شورای عالی فنی در خصوص قرارداد مقاطعه‌کاری‌های دولت و هیئت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات می‌باشد. در شیوه‌نامه حل و فصل اختلافات وزارت نفت هم دو هیئت وجود دارند که به همین منظور و تحت عنوان «هیئت حل اختلاف قراردادی» و «هیئت عالی حل اختلاف قراردادی وزارت نفت» که در طول همدیگر قرار دارند.

در این مقاله به جایگاه حقوقی و قضایی این نهادها می‌پردازیم و آنها را از حیث صلاحیت و کارآمدی مورد تحلیل قرار می‌دهیم. به نظر می‌رسد که وجود نهاد داوری و قضایی مستقل برای حل اختلافات قراردادی و قراردادهای صنعت نفت، به تسهیل فرایند حل اختلاف، افزایش سرعت و دقت این فرایند و کاهش هزینه‌های ناشی از حل اختلافات کمک می‌کند.

با عنایت به اینکه مقاله حاضر در حوزهی علوم انسانی صورت می‌پذیرد از روش توصیفی و تحلیلی استفاده می‌شود و با عنایت به موضوع مقاله به بررسی و تحلیل مراجع ذی‌صلاح دادرسی و داوری جهت حل اختلاف در قراردادهای اداری به شرح ذیل پرداخته می‌شود:

۱- مراجع دادرسی مرتبط با قوهی

قضاییه در قراردادهای اداری

۱-۱- دیوان عدالت اداری

تنها مرجع صلاحیت‌دار جهت حل حقوقی اختلاف در خصوص دعای مربوط به قراردادهای استخدامی، دیوان

عدالت اداری است. صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری در رابطه با نوع دعای در صلاحیت شعب دیوان شامل سه بخش می‌شود.

- ۱- رسیدگی و ابطال تصمیمات و اقدامات اداری خلاف قوانین و مقررات؛
- ۲- رسیدگی به شکایات کارکنان دولت از حیث تضییع حقوق استخدامی؛
- ۳- رسیدگی به تجدیدنظرخواهی نسبت به آرای قطعی صادره از سوی مراجع اختصاصی.

در خصوص شق اول که مشتمل بر تصمیمات و اقدامات اداری است، باید گفت تصمیمات اداری وقتی در دیوان قابل طرح و شکایت است که از مقامات اداری داخلی صادر شده باشد. اعمال قضایی مانند قرارها و احکام قضایی و اعمال قانون‌گذاری مانند کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی، طرح‌های نمایندگان مجلس و لوایح دولت و قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، اعمال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، اعمال مقامات خارجی و بین‌المللی خارج از کنترل دیوان عدالت اداری است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۸: ۴۸۴). مفاهیم و مصادیق انواع تصمیمات اداری به قرار ذیل است.

اول- تصمیم در معنی و مفهوم لغوی آن: یعنی قصد و اراده واحد دولتی مشعر بر انجام وظایف قانونی و اعمال اقتدارات و اختیارات متفرع بر آن در قلمرو و قواعد حقوق عمومی. تصمیم در این معنی مادام که علنی نشود، اشخاص بر آن آگاهی نخواهند یافت و اصلاً در مرحله اعلام تصمیم نیز موجد تضییع حقی نخواهد بود و تا زمانی که از قوه به فعل در نیامده و عنوان اقدام به خود نگرفته است، منشأ تضییع حقی نخواهد شد؛ مانند تصمیم شهرداری بر تملک املاک

اشخاص به منظور احداث خیابان. دوم- تصمیم اداری محض: که از طرف مراجع و مقامات مافوق به صورت دستور کتبی در خصوص مورد در امور اداری و سازمانی و وظیفه خاص و معینی صادر می شود و واحدهای تابعه و مأمورین مادام ملزم به اطاعت از آن می باشند.

سوم- تصمیم اجرائی: که از طرف مراجع و مقامات دولتی به صورت کتبی در اجرای مقررات قانونی و در جهت رفع نیازمندی های جامعه و افراد اتخاذ می شود و ممکن است متضمن نفی یا اثبات حق یا امر معین یا انجام تکلیف خاص یا شرایط و ضوابط مخصوص به تحقق امر معین و در خصوص مورد باشد (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۱۸۷).

در ارتباط با اقدامات قابل شکایت در دیوان عدالت اداری باید دانست که اقدامات اداری به مجموعه عملیاتی گفته می شود که برای تهیه مقدمات تصمیمات اداری و یا اجرای آنها انجام می شود و بر دو قسم است «اعمال مادی و اعمال اجرایی». دسته اول را از آن جهت اعمال مادی می گویند که منشأ آثار حقوقی نیستند و تصمیمات مستقل و لازم الاجرائی را تشکیل نمی دهند، بلکه مقدمات اتخاذ تصمیمات حقوقی و برنامه ها، آراء و نظرات مشورتی؛ ولی اعمال اجرایی به آن دسته از اعمال اداری گفته می شود که به منظور اجرا و تحقق بخشیدن به تصمیمات حقوقی اداره انجام می شود؛ مانند اجرای حکم توقیف روزنامه، بستن محل کسب غیرمجاز، قطع آب و برق مشترکین خاطی». در هر حال، اعمال مادی و اجرایی خارج از حقوق نیستند و از لحاظ حفظ افراد نمی توان نسبت به آنها بی اعتنا بود. اشخاص ذی نفع می توانند در صورت

غیرقانونی بودن آنها به دیوان عدالت اداری شکایت کنند (مدنی، ۱۳۸۷: ۱۰۰). در نظام حقوقی ایران بیشتر به معیارهای قضایی در جهت تعیین قاضی صالح توجه شده است؛ معیارهایی مانند شخصیت خواهان و شخصیت خوانده از این نمونه اند؛ بنابراین در جهت هرگونه تصمیم گیری و تلقین در خصوص معیارهای صلاحیت و سایر مسائل حقوق اداری باید به مبانی فکری و تاریخی و نیز محتویات نظام حقوق خود توجه داشت، لیکن، نمی توان بی توجه به تجربیات سایر کشورها بر دسته ای از عناصر اتکای اغراق آمیز نمود. هرچند مبنای تأسیس دادرسی اداری در ایران بیشتر مبنای حقوق بشری بوده است؛ اما این مهم نباید مانع از توجه به بعد تکنیکی و اقتضائات خاص اداری شود. از همین روی توجه افراطی دیوان عدالت اداری به معیار شخصیت خواهان یا خوانده در مواردی نقد عموم حقوقدانان را نسبت به رویه مرجع مذکور برانگیخته است (واعظی، ۱۳۹۱: ۴۵).

۱-۲- دادرسی از طریق دادگاه های عمومی در قراردادهای اداری

در مقام عمل چنانچه شرط داوری در قراردادی گنجانده شده باشد و طرفین بدون مراجعه به داوری به طور مستقیم به محاکم رجوع کنند، در قراردادهای اداری شکی نیست که با این ایراد دادگاه روبرو شوند که بایستی نخست طبق مفاد قرارداد به داوری و یا مفاد قرارداد در مورد داوری عمل گردد و سپس در صورت عدم حصول نتیجه و یا اعتراض به داوری به دادگاه مراجعه شود؛ اما اگر دعوی قراردادی در نهادهای حقوقی داوری مطرح شده و بنا به دلایلی یا نتیجه بخش نبوده و یا مورد توافق یکی از طرفین قرارداد واقع نشده باشند، دومین مرجع حل و فصل اختلافات حقوقی، قراردادی،

«دادگاه های عمومی» می باشد. به موجب ماده ی ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد. حال اگر رأی داور غیرموجه یا بدون دلیل یا مخالف قوانین موجد حق بود، ذی نفع حق دارد ابطال رأی را از دادگاه درخواست نماید. مرجع صلاحیت دار برای رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داوری، دادگاهی است که دعوا را به داوری ارجاع کرده یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد. در مواردی که درخواست ابلاغ و اجرای رأی داوری به دادگاه تقدیم شده باشد، اعتراض باید به همان دادگاه تسلیم شود. مطابق ماده ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داوری در دعوای قراردادی، در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد:

- رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد.

- داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رأی صادر کرده باشد. مثل اینکه داوری مربوط به تفسیر و اجرای قرارداد باشد، ولی داور نسبت به الزامات غیرقراردادی از قبیل اتلاف و تسبیب هم رأی صادر کند.

- داور خارج از حدود اختیار خود رأی صادر نموده باشد. در این صورت فقط آن قسمت از رأی که خارج از اختیارات داور است ابطال می گردد؛ مثلاً داوری فقط راجع به تفسیر قرارداد باشد، ولی داور در مورد الزام به اجرای تعهدات آن قرارداد هم رأی بدهد.

- رأی داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد. مطابق ماده ی ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، در هر مورد که داور تعیین می شود باید موضوع و مدت داوری تعیین شده باشد. در موردی که دادگاه داور یا داوران را

انتخاب می‌کند، باید در قرار خود مدت داور را تعیین و به داور یا داوران ابلاغ نماید (ماده ۴۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر در قراردادی که حل و فصل اختلافات به داور رجوع شده، مدت داور معین نشده باشد، مدت آن سه ماه و ابتدای آن از روزی است که موضوع برای انجام داور به داور یا تمام داوران ابلاغ می‌شود (تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی) (کریمی، ۱۳۹۳: ۱۱۹). در آخر ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح شده است: «تا رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان، رأی داور متوقف می‌ماند»؛ اما در ماده ۴۹۳ آمده است: «اعتراض به رأی داور مانع اجرای آن نیست، مگر آنکه دلایل اعتراض قوی باشد. در این صورت دادگاه قرار توقف منع اجرای آن را تا پایان رسیدگی به اعتراض و صدور حکم قطعی صادر می‌نماید و در صورت اقتضا تأمین مناسب نیز از معترض اخذ خواهد شد». از تعارض ظاهری که از متن این دو ماده دیده می‌شود، ممکن است این تصور پیش آید که اعتراض به رأی داور امری علی‌حده از درخواست ابطال رأی داور است؛ زیرا اگر درخواست ابطال باشد، دادگاه اجرای رأی داور را متوقف می‌کند؛ اما اگر در غالب اعتراض به رأی باشد، این اعتراض مانع اجرا نیست، مگر اینکه دادگاه دلایل اعتراض را قوی ببیند. ولی این تصور صحیح نیست؛ زیرا نه تنها منظور از اعتراض به رأی داور در مقررات این فصل، همان درخواست ابطال است؛ بلکه دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض، به عنوان مرجع تجدیدنظر نسبت به رأی داور شناخته نمی‌شود. رسیدگی دادگاه همیشه به صورت رد اعتراض یا ابطال رأی داور (جزئی یا کلی) است. به این معنی که چنانچه دادگاه رأی را

از موارد مذکور در ماده ۴۸۹ تشخیص دهد، حکم به بطلان آن می‌دهد و در غیر این صورت اعتراض را مردود اعلام می‌کند. به این ترتیب، ماده ۴۹۳ قاعده تکمیلی عبارت انتهایی ماده ۴۹۰ به شمار می‌رود. یعنی اگر دادگاه دلایل اعتراض خواهان را قوی ببیند اجرای رأی داور را متوقف می‌کند و به صرف درخواست ابطال موجب توقف اجرا نمی‌شود (کریمی، ۱۳۹۳: ۱۳۱). دادگاه‌های عمومی مرجع ذی صلاح برای حل و فصل اختلاف‌های ناشی از قراردادهای عاملیت و اوراق مشارکت نیز شناخته شده‌اند.



قرار داد داور اگر به طور جداگانه بین طرفین منعقد شود، براساس ماده ۱۰ قانون مدنی از جمله قراردادهای لازم است که هیچ‌یک از آن دو نمی‌تواند به طور یک جانبه و بدون موافقت طرف مقابل از آن عدول کند؛ اما اگر قرارداد داور ضمن قرارداد اصلی لازم و به صورت شرط ضمن عقد تشکیل شود، لزوم خود را از عقد اصلی کسب می‌کند و تا زمانی که عقد اصلی پابرجا است، قرارداد داور و یا بهتر است بگوییم شرط داور نیز برای طرفین الزام‌آور است.

۲- مراجع داور مرتبط با قوه قانون گذاری در قراردادهای اداری
حکمت و داور راجع به پیمان که مربوط به اموال اعم از مشترکات عمومی یا اموال دولتی است، علی‌الاصول از قاعده مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی پیروی می‌کند.

اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ارجاع دعاوی به داور را در مواردی که طرف دعوی خارجی است، موکول به تصویب مجلس شورای اسلامی دانسته است. از این حکم عملاً چنین نتیجه گرفته شده است که مجلس شورای اسلامی اختیار تصویب شرط داور در قراردادهای بین‌المللی را ندارد؛ زیرا تصویب این شرط امکان اجرای اصل ۱۳۹ را از میان می‌برد (کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۲۹)؛ اما با نگاه اولیه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی دو مطلب زیر استنباط می‌شود:

۱- ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی به داور، در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس است.
۲- چنانچه طرف دعوی خارجی باشد و همچنین در موارد مهم داخلی، علاوه بر تصویب هیئت وزیران، تصویب مجلس هم ضروری است.
لیکن چون اصل مذکور و ماده مرقوم در قوانین عادی قانونمند نشده و شورای نگهبان نتوانسته آن را به نحو جامع و مانع تفسیر نماید، لذا ضروری است طرح یا لایحه‌ای قانونی از سوی نمایندگان یا هیئت دولت تهیه شود تا در خصوص تعیین موارد داور در مورد اموال عمومی و دولتی جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی ارائه شود. به این ترتیب موارد مهم که نیاز به تصویب مجلس دارد به صراحت معین و مشخص می‌گردد (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۱۴۵).

۳- مراجع داور مرتبط با قوه مجریه در قراردادهای اداری
۳-۱- هیئت وزیران

یکی از محدودیت‌های قانونی داور راجع به اموال عمومی و دولتی تصویب هیئت وزیران است که اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی

مدنی متعرض این موضوع گردیده است. این قید قانونی نشان می‌دهد که اموال عمومی و دولتی چون متعلق به عموم مردم است به راحتی نمی‌توانند مورد مصالحه و داوری قرار گیرند؛ زیرا داوری درواقع پذیرفتن حل مناقشه از سوی مراجع غیررسمی و غیر قضایی است. مرجع ذیصلاح رسمی علی‌الاصول دادگاه است که رأی آن به لحاظ رسمیت مقام رئیس دادگاه دارای اعتبار قانونی است؛ اما داوری اگرچه از ناحیه‌ی قانون‌گذار مجاز شمرده شده است، لیکن مرجع حل اختلاف (داور) دارای مقام رسمی حکومتی نیست، بلکه داور از سوی طرفین دعوی و با تراضی آنها انتخاب می‌شود. رسیدگی داور تابع تشریفات قانونی نیست؛ ولی باید رأی او مخالف قوانین موجد حق نباشد. لذا قانون‌گذار در مورد ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، تصویب هیئت وزیران را لازم دانسته است. در خصوص پیمان، هرچند موضوع حل اختلاف از طریق داوری در ماده‌ی ۵۳ شرایط عمومی پیمان نیز پذیرفته شده است؛ اما این به معنای ارجاع حل مناقشه از طریق داوری در مورد هریک از پیمان‌هایی که به امضاء رسیده، نمی‌باشد؛ چراکه هر پیمان طبیعت ویژه خود را دارد و تصویب تیپ سند به معنای جواز ارجاع اختلاف به داوری و شمول آن به کلیه پیمان‌ها را مدلل نمی‌دارد؛ زیرا هنگامی که طرفین نسبت به تنظیم قرارداد و درج شرط داوری در آن مبادرت می‌کنند، هنوز دعوی تحقق نیافته و نیازی هم به تصویب هیئت وزیران یا مجلس نیست. علی‌هذا چنانچه در هر یک از پیمان‌ها اختلافی بین کارفرما و پیمانکار بروز کند. اولاً، باید هیئت وزیران آن را تصویب کند. ثانیاً، به اطلاع مجلس هم برسد. ثالثاً، در

موارد مهم نیاز به تصویب مجلس دارد. همه این قیود بدین منظور است که اختلاف مربوط به اموال عمومی و دولتی به سهولت مورد تعرض قرار نگیرد و نمایندگان مردم در جریان چنین امری بوده و نظارت دقیق داشته باشند. در اصل ۱۳۹ قانون اساسی آمده که: «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». تاکنون قانون خاصی در خصوص نحوه ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی و تعیین موارد مهم آن و نه در خصوص قرارداد و بزه‌ای که مهم تلقی شده باشد، در سایر قوانین از سوی مجلس شورای اسلامی به تصویب نرسیده است. در نتیجه در خصوص داوری و حکمیت نسبت به اموال عمومی و دولتی هنوز وحدت تقیینی وجود ندارد.



به موجب ماده‌ی ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد. حال اگر رأی داور غیرموجه یا بدون دلیل یا مخالف قوانین موجد حق بود، ذی‌نفع حق دارد ابطال رأی را از دادگاه درخواست نماید.

۲-۳- سازمان برنامه و بودجه کشور

دادگستری تنها مرجع حل اختلاف اشخاص نیست، بلکه در صورت تراضی، اشخاص می‌توانند اختلافات خود را جهت حل و فصل، به داوری نیز ارجاع دهند. پس اشخاص زمانی می‌توانند از حل اختلاف دادگستری صرف‌نظر کنند که قبلاً برای ارجاع اختلاف خود به داوری باهم توافق داشته باشند. این

توافق می‌تواند قبل از بروز اختلاف یا بعد از آن و شفاهی یا کتبی و نیز طی قرارداد عادی یا رسمی و به‌طور جداگانه یا ضمن قرارداد اصلی به عمل آید. لذا حل اختلاف از طریق داوری نیازمند قرارداد و توافق طرفین معامله است (ریعی، ۱۳۸۱: ۱۷۹).

ماده‌ی ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی در این ارتباط می‌گوید: «کلیه اشخاص که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند» آیا در پیمان برای حل اختلاف ناشی از آن، بین کارفرما و پیمانکار قراردادی وجود دارد یا نه؟ پاسخ مثبت است؛ زیرا آنان ضمن تراضی در اصل سند موافقت‌نامه، شرایط عمومی پیمان چنین توافقی را در ماده‌ی ۵۳ دارند. بند «ج» ماده‌ی مرقوم می‌گوید: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هریک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه کنونی [آرايه نماید].»

لازم به یادآوری است قرارداد داوری اگر به‌طور جداگانه بین طرفین منعقد شود، بر اساس ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی از جمله قراردادهای لازم است که هیچ‌یک از آن دو نمی‌تواند به‌طور یک‌جانبه و بدون موافقت طرف مقابل از آن عدول کند؛ اما اگر قرارداد داوری ضمن قرارداد اصلی لازم و به‌صورت شرط ضمن عقد تشکیل شود، لزوم خود را از عقد اصلی کسب می‌کند و تا زمانی که عقد اصلی پابرجا است، قرارداد داوری و یا بهتر است

بگوییم شرط داوری نیز برای طرفین الزام‌آور است. در پیمان چون شرط داوری ضمن موافقت‌نامه (که عقد اصلی است) در شرایط عمومی پیمان (ماده‌ی ۵۳) قید گردیده است، لذا علی‌الظاهر برای کارفرما و پیمانکار حل اختلاف از طریق داوری لازم است (اسماعیلی، هریسی، ۱۳۹۴: ۴۱۹).

۳-۳- هیئت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات و مزایدات

با عنایت به قانون برگزاری مناقصات (مصوب سال ۱۳۸۳) و حیطه شمول آن، قانون‌گذار به منظور اعمال نظارت و ضمانت اجرای لازم برای اجرای صحیح قانون، هیئتی را در ماده‌ی ۷ پیش‌بینی نموده که با توجه به آنکه اساسنامه آن مصوب مجلس شورای اسلامی است، با تصویب آن و آیین اجرایی مربوطه، بستر مناسب برای نظارت بر اجرای صحیح قانون فراهم می‌گردد. در قانون مناقصات این هیئت تنها شخصیت صالح برای رسیدگی به شکایات مناقصات و نظارت بر فرآیند مناقصات دیده شده است. لذا به دلیل اختیارات خاص قانونی و حمایت قانون‌گذار نقش مؤثری را می‌تواند بر اجرای صحیح مقررات یاد شده و برگزاری مناقصه داشته باشد. اساسنامه هیئت با تأخیر قابل توجهی در پایان سال ۱۳۸۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و آیین‌نامه اجرایی مربوطه نیز با گذشت یک سال در اسفند ماه سال ۱۳۸۹ به تصویب هیئت وزیران رسید. به دلیل اهمیت موضوع و توجه به این موضوع که این هیئت یکی از بازوهای قوی در راستای اجرای صحیح ضوابط و مقررات مرتبط با مناقصات است، ابتدا باید به حیطه‌ی فعالیت هیئت‌های رسیدگی به شکایات قانون برگزاری

مناقصات پرداخته و دایره شمول آن را مشخص نماییم. به استناد ماده‌ی یک قانون اساسنامه، هیئت رسیدگی به شکایات به منظور رسیدگی به دعاوی بین مناقصه‌گر و مناقصه‌گزار در خصوص اجرا نشدن هر یک از مواد قانون برگزاری مناقصات، تشکیل می‌گردد؛ بنابراین حیطه فعالیت هیئت‌ها و صلاحیت آن در دو بعد طرفین دعوی و موضوع، به مناقصه‌گر و مناقصه‌گزار و قانون برگزاری مناقصات محدود گردیده است (قره داغی، ۱۳۸۷: ۴۵).



در تعریف قرارداد داوری گفته‌اند: عقدی است که بر طبق آن افرادی متعهد می‌شوند که اختلاف و دعوای تحقق یافته و یا احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شخص یا اشخاصی غیر از مراجع رسمی قضایی واگذار نمایند.

در بند (ب) ماده‌ی ۱۴ قانون برگزاری مناقصات اسناد مناقصه را در ۱۱ جزء تشریح نموده است. حالاً این سؤال مطرح می‌شود که آیا مناقصه‌گر باید اسناد مناقصه را به صورت کامل (تمام ۱۱ جزء مندرج در ماده‌ی ۱۴) دریافت و به صورت کامل تسلیم نماید؟ آنچه مسلم است با توجه به تعریف مناقصه‌گر و عدم تصریح به تکمیل کلیه مدارک و اسناد و در نظر گرفتن آنکه مناقصه‌گر در هر مرحله اسناد تحویلی را در چارچوب ضوابط و عرف حاکم تکمیل نموده و تسلیم می‌نماید، در موارد ابهام و نیاز به تفسیر قانونی، باید به گونه‌ای عمل گردد که موجب تضییع حقوق اشخاص نگردد. لذا گرفتن اسناد مناقصه و تسلیم آن در صورت نقص در

تکمیل یکی از اسناد تحویلی (به طور مثال عدم امضا صفحه‌ای از شرایط عمومی یا سایر موارد) شخص از شمول تعریف مناقصه‌گر خارج نمی‌نماید. در خصوص معاملات مزایده‌ای شهرداری‌ها هم حسب ماده‌ی ۱۴ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها^(۱) مصوب ۱۳۴۶ تمام قواعد مربوط به انتشار آگهی و سایر تشریفات مناقصه در مورد مزایده هم باید رعایت گردد.

۳-۴- شورای عالی فنی

در بند «ج» ماده‌ی ۵۳ شرایط عمومی پیمان بدین شرح آمده است: «هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی ارائه نماید» و چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود. سابق بر این گفتیم که ارجاع حل اختلاف از طریق داوری نیازمند قرارداد داوری بین طرفین عقد است. همچنین گفتیم این قرارداد به دو نحو می‌تواند تنظیم کرد: یا به صورت مستقل یا ضمن عقد اصلی. حال باید دید تعریف قرارداد داوری و نحوه‌ی انعقاد آن چگونه است. در تعریف قرارداد داوری گفته‌اند: عقدی است که بر طبق آن افرادی متعهد می‌شوند که اختلاف و دعوای تحقق یافته و یا احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شخص یا اشخاصی غیر از مراجع رسمی قضایی واگذار نمایند (ربیعی، ۱۳۸۱: ۱۷۹). داوری عبارت از عقدی است که طرفین با تراضی (یا با حکم قانون در داوری اجباری،^(۲) اختلاف تحقق یافته یا اختلاف احتمالی خود را نزد اشخاص خصوصی، اعم از حقیقی و

غیر از مراجع قضایی مطرح می‌کنند تا آنها بدون تشریفات دادرسی و در مدت معینی به دعوی مطروحه رسیدگی کرده و رأی مقتضی را صادر نمایند (مرادی، ۱۳۹۳: ۱۲). این تعریف با آنچه بین کارفرما و پیمانکار در ماده‌ی ۵۳ شرایط عمومی پیمان به صورت شرط ضمن عقد آمده مطابقت می‌کند. چراکه آنان اختلافات احتمالی خود را به رسیدگی و اظهار نظر شورای عالی فنی که از مراجع غیر قضایی است، واگذار نموده‌اند.

قرارداد داوری چون دیگر قراردادهای اعم از اینکه به طور مستقل منعقد شود، یا به صورت شرط ضمن عقد، باید شرایط لازم برای صحت معاملات را دارا باشد. آنچه در بند «ج» ماده‌ی ۵۳ عمومی پیمان در خصوص ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری مقرر گردیده اگرچه از شروط ضمن عقد برای ارجاع اختلاف به داوری است؛ اما به نظر می‌رسد با مبانی حقوقی جهت تشکیل عقد مبیعت دارد؛ زیرا بر فرض که یکی از طرفین پیمان اختلاف را به داوری ارجاع دهد؛ اما این قرارداد داوری طبق ماده مورد بحث بین او و طرف مقابلش منعقد نمی‌گردد، بلکه هر یک از آنان که خواهان حل اختلاف از طریق داوری است، با شخص ثالثی (رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) توافق می‌نماید که از اطراف پیمان نیست و اساساً نقشی در پیمان ندارد. این توافق از حیث حقوقی غیر نافذ است. چراکه یکی از دو طرف پیمان، در تشکیل قرارداد داوری دخالت ندارد و معلوم نیست چگونه شخص ثالث سرنوشت اختلاف یا اختلافات آنان را رقم می‌زند؟ در اصطلاح حقوقی به چنین قرارداد یا عقدی، معامله فضولی می‌گویند.

۳-۵- هیئت حل اختلاف و هیئت عالی حل اختلاف قراردادی وزارت نفت

در قراردادهای داخلی نفت از مدلی به نام شیوه‌نامه جهت رفع اختلاف‌های حقوقی استفاده می‌شود. آخرین شیوه‌نامه‌ی حل اختلاف‌های قراردادی صنعت نفت در قالب ۱۴ ماده و ۶ تبصره از سوی وزیر نفت و در سال ۱۳۹۳ ابلاغ شد. شیوه‌نامه‌ی حل اختلاف‌های قراردادی به استناد جزء ۶ بند «ب» ماده‌ی ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۹ مجلس شورای اسلامی، به منظور نظارت بر حسن اجرای قراردادهای و به عنوان سازوکاری برای حل اختلافات، با اهدافی نظیر پرهیز از طولانی شدن اختلافات یا لاینحل ماندن آنها، جلوگیری از توقف پروژه‌ها و جلوگیری از ایجاد زمینه‌های بروز فساد برای اجرا ابلاغ شده است که به شرح و تحلیل آن خواهیم پرداخت.

ترکیب این هیئت شامل کارشناس حقوقی، کارشناس مالی و یک نفر از مدیران یا کارشناسان ارشد فنی است. شیوه‌ی انتخاب آنها معرفی توسط مدیرعامل شرکت اصلی و تأیید صلاحیت حرفه‌ای توسط هیئت عالی حل اختلاف و تصویب اشخاص مزبور توسط هیئت مدیره شرکت اصلی با ابلاغ احکام توسط مدیرعامل به مدت دو سال است. ضمناً، هر یک از اعضاء دارای یک عضو علی‌البدل متناظر می‌باشند. شیوه‌ی رسیدگی در هیئت اولاً، پیش شرط شروع به رسیدگی؛ شرط اصلی ورود به رسیدگی، اعلام پذیرش رسمی متقاضی دایر بر این خواهد بود که ایشان رأی هیئت حل اختلاف را چه له یا علیه وی باشد به طور کامل خواهد پذیرفت. ثانیاً، برای ورود به

رسیدگی به موافقت کارفرما نیازی نیست. ثالثاً، امکان صدور دستور موقت دایر بر الزام یا منع انجام کاری بنا بر درخواست رئیس هیئت و با تأیید مدیرعامل (در صورت لزوم تأیید هیئت مدیره شرکت اصلی). رابعاً، تصمیم‌گیری با اکثریت آراء اعضای هیئت و ابلاغ توسط رئیس هیئت می‌باشد (صمدی، ۱۳۹۴: ۱۴).

اما در خصوص هیئت عالی حل اختلاف قراردادی وزارت نفت می‌توان این گونه عنوان کرد که ترکیب این هیئت شامل معاون امور حقوقی و مجلس وزارت نفت، نماینده معاون امور مهندسی وزیر و سه نفر مدیر و کارشناس برجسته در امور مالی، قراردادهای و مدیریت پروژه به انتخاب وزیر نفت است. صلاحیت‌های هیئت شامل این موارد است: اولاً، بررسی و تأیید صلاحیت حرفه‌ای افراد پیشنهادی برای عضویت در هیئت‌های حل اختلاف شرکت‌های اصلی. ثانیاً، تأیید تشکیل بیش از یک هیئت حل اختلاف در هر یک از شرکت‌های اصلی. ثالثاً، سلب صلاحیت اعضای اصلی و علی‌البدل هیئت‌های حل اختلاف در صورت اثبات تخلف آنها. رابعاً، تهیه و ابلاغ روش‌های لازم برای نحوه رسیدگی به اختلاف‌ها و شکایات و نظارت بر اجرای دقیق مقررات شیوه‌نامه و عملکرد هیئت‌هاست. خامساً، رسیدگی به شکایت‌های ذی‌نفعان در موارد تخلف شکلی هیئت‌های اصلی از مقررات نحوه رسیدگی به اختلاف‌ها و درخواست‌ها. سادساً، رسیدگی به شکایت ذی‌نفعان در مواردی که هیئت مدیره یک شرکت اصلی تصمیم هیئت حل اختلاف آن شرکت را تأیید نمی‌کند. در صورت عدم تأیید تصمیم هیئت مدیره شرکت اصلی، مراتب با استدلال کارشناسی جهت اتخاذ تصمیم به وزیر

نفت منعکس می‌شود. سابقاً، آرائه‌ی نظریه‌ی تفسیری و یا تکمیلی در صورت ابهام یا سکوت شیوه‌نامه است. با توجه به اینکه اعضاء تشکیل دهنده هیئت حل اختلاف، اشخاص معتمد هیئت‌های مدیره شرکت‌های اصلی تابعه وزارت نفت می‌باشند، آرائه‌ی سندی دال بر پذیرش هر تصمیمی که از آن هیئت صادر شود، در بدو امر، مورد بی‌اعتمادی و عدم تمایل طرف‌های قرارداد بر رسیدگی به اختلافات فی‌مابین در آن هیئت خواهد بود. لذا، طرف‌های قرارداد تمایل خواهند داشت در بسیاری موارد که موضوعات اختلافی با رعایت صرفه و صلاح شرکت، از طریق هیئت حل اختلاف قابل حل بوده است، به محاکم قضایی مراجعه نموده که این امر تبعات زمانی و مالی غیر قابل انکاری به همراه دارد.

برآمد:

مطابق اصل ۱۵۷ قانون اساسی و مواد ۱ تا ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگستری مرجع رسمی تظلمات عمومی است؛ با این حال، مرجع غیررسمی دیگری نیز توسط قانون به رسمیت شناخته شده که می‌تواند به دست اشخاص غیررسمی به فصل خصومت اشخاص منتهی شود و آن نهاد «حکمت» یا «داوری» است که رأی صادر شده از سوی آن نهاد مورد پشتیبانی قانون و قابل اجرا توسط قوه قضاییه است. گرچه در کشور ما نهاد مذکور در غالب موارد در انزوا به سر برده، اما در کشورهای پیشرفته به یک حرفه و صنعت مطمئن تبدیل شده که دادگاه‌ها را از حل اختلافات فارغ و گاهی به بیکاری کشانده است. اکنون مؤسسات گوناگون داوری با داوران زبده و حرفه‌ای در آن کشورها تأسیس و علاوه بر اتاق‌های داوری، گروه‌های داوری به فصل خصومت اشخاص حقیقی و حقوقی می‌پردازند. درواقع می‌توان اذعان داشت به‌نوعی حل اختلاف نیز به بخش خصوصی واگذار شده است. عجز دادگاه‌ها در رسیدگی سریع و دقیق به دعاوی اشخاص از حیث رعایت قواعد و اصول آیین دادرسی مدنی و سوءاستفاده اشخاص از مقرهای قانونی باعث شده که مردم رغبت چندانی به ارجاع اختلافات خود به دادگاه‌ها نداشته باشند و داوری را بر آن نهاد رسمی ترجیح دهند؛ زیرا سرعت، دقت، تخصص و کم‌هزینه بودن رسیدگی از طریق داوری مزایایی است که این نهاد غیررسمی را از نهاد رسمی دادگاه کاملاً متمایز می‌سازد.

پی‌نوشت‌ها:

۱. ماده‌ی ۱۴- مقرراتی که در این آیین‌نامه برای انتشار آگهی و سایر تشریفات مناقصه پیش‌بینی شده است در مورد مزایده نیز باید رعایت گردد.
۲. برخی از قوانین که به‌موجب آن می‌توان شخص حقوقی را به‌عنوان داور انتخاب کرد عبارت‌اند از: الف) ماده‌ی ۲۶ لایحه قانونی تأسیس اتاق‌های بازرگانی مصوب ۱۳۳۳/۱۰/۰۷. ب) ماده‌ی ۵ قانون بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۹/۱۲/۱۵. ج) مواد ۴۳ و ۵۷ قانون بخش تعاون اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰/۰۶/۱۳.

فهرست منابع:

الف) کتب و مقالات

- ۱- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان، نشر جاودانه، جنگل، تهران، ۱۳۹۴.
- ۲- ربیعی، فرانک، حقوق قراردادهای (قراردادهای نفتی، قیرپاشی، کشتیرانی، کامپیوتر، اجاره)، نشر بهنامی، تهران، ۱۳۸۱.
- ۳- صدرالحفاظی، نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، نشر شهریار، تهران، ۱۳۷۲.
- ۴- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، نشر سمت، تهران، ۱۳۹۰.
- ۵- قره داغی، علی، سلسله مباحث قانون برگزاری مناقصات، انتشارات مربع آبی، تهران، ۱۳۸۷.
- ۶- محمد زاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۹.

- ۷- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق اداری، جلد ۳، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۹.

- ۸- مرادی، غلامرضا، داوری در قراردادهای، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۹۳.
- ۹- کاویانی، کورش، اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، مجله پژوهش حقوق عمومی شماره ۵، ۱۳۸۰.
- ۱۰- کریمی، عباس، حقوق مدنی، جلد ۳، انتشارات پیام نور، تهران، ۱۳۹۳.
- ۱۱- واعظی، سید مجتبی، مطالعه تطبیقی معیارهای صلاحیت دادرسی اداری در ایران و فرانسه، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۶، ۱۳۹۱.
- ۱۲- صمدی، عبدالرضا، چالش‌های قراردادهای حل‌وفصل اختلافات، دومین همایش ملی حقوق انرژی، مرکز مطالعات حقوق انرژی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.

ب) قوانین

- ۱- آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۷/۵/۱۸
- ۲- آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۰۴/۱۲
- ۳- اساسنامه‌ی هیئت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۸/۱۲/۱۶
- ۴- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸
- ۵- قانون شرایط عمومی و اختصاصی پیمان مصوب ۱۳۷۸/۰۳/۰۳
- ۶- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸
- ۷- قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۳۰
- ۸- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱
- ۹- شیوه‌نامه حل اختلاف‌های قراردادی در وزارت نفت به شماره ۲۶۰۱۱۲-۱/۲۸ تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۵

تحلیل فقهی حقوقی در فضای محاذی زمین

قسمت پایانی



مرتضی مرادی گلستانی، دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی

اشاره

حق مالکیت و به تبع آن، اعمال حق مالکیت فضای محاذی از حقوق طبیعی مربوط به شخصیت انسان است. یکی از نیازهای حیاتی جوامع کنونی بهره‌برداری از زمین و توابع آن است. فضای محاذی به‌عنوان مهم‌ترین متعلقات زمین، همواره موضوع چالش‌های فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی بوده است. در قانون مدنی ایران که بر پایه قانون مدنی فرانسه نگارش یافته، به‌وضوح مالکیت زمین و فضای محاذی آن مقارن هم هستند و فضای محاذی زمین به لحاظ استقرار، تملک، تسلط، تفکیک، نقل و انتقال و همچنین امکان تسلیم عرفی واجد عینیت است و بدین جهت به‌طور مجرد قابل فروش و وقف خواهد بود؛ حتی اگر مستحذات مربوطه در آن موجود نباشد. مالکیت بر فضای محاذی در حد متعارف از متعلقات حقوق مالکانه اشخاص است و به‌عنوان یکی از بدیهی‌ترین مصادیق حقوق شهروندی، الزاماً باید مورد حمایت قانون‌گذار قرار گیرد. در قسمت پیشین این مقاله در خصوص مبانی مالکیت عینی فضای محاذی، قاعده تسلیط، قاعده ید (تصرف)، قاعده لاضرر (نفی ضرر)، قاعده تبعیت (قاعده الفرع یتبع الاصل)، قاعده احترام به اموال دیگران و محدودیت در فضای محاذی توضیحاتی داده شد، در این قسمت به ادامه این مبحث می‌پردازیم.

۲-۱-۱- نقد و نظر نفی وجود یا نفی عین و حق و منفعت

فقیهان حنفی برای فضای محاذی زمین هیچ گونه وجودی (عین، حق، منفعت) قائل نیستند و آن را امری عدمی می دانند (طوسی، ۱۴۱۷: ۸۶/۲) و بی شک ادعای نفی هر گونه وجود از فضای محاذی باطل است، شاهد بطلان آن علاوه بر وجدان؛ مخالفت دیگر فقیهان شیعه و سنی با این دیدگاه می باشد، چه اینکه آنها فضای محاذی را عین می دانند و دیگر اینکه بر حق بودن یا منفعت بودن و نفی عدمی دانستن فضای محاذی، اجماع مرکب دارند؛ در فروعات فراوانی در فقه اسلامی فضای محاذی زمین، موضوع حکمی از احکام شرعی قرار گرفته است و حال اینکه امر عدمی موضوع حکم شرعی قرار نمی گیرد؛ مانند احرام بستن در فضای محاذی میقات و یا تصرف غاصبانه فضای ملک دیگری از طریق گشودن بالکن و غیره که هر کدام دلیل و شاهی بر پذیرش وجود مستقل برای فضای محاذی منهای زمین است (غزالی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۲).

۲-۲- حق بودن فضای محاذی

فقیهان در کتاب بیع یکی از شرایط عوض را عین بودن مبیع ذکر کرده اند؛ به این معنی که مبیع نمی تواند حق یا منفعت باشد، هر چند که حق یا منفعت می تواند ثمن قرار بگیرد (شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۸۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۹۵). در سایر عقود معوض، مانند عقد اجاره یا عقد صلح؛ منافع و حقوق می تواند در برابر ثمن مبادله شوند؛ مقصود از عین هم این است که مال در خارج وجود داشته باشد (خویی، بی تا: ۱۷/۲). در کتاب صلح، واگذاری فضای فوقانی زمین را به دیگری از طریق بیع ممنوع دانسته اند، ولی مصالحه آن را مجاز شمرده اند؛ دلیل آن هم این گونه بیان کرده اند: «لان الهواء لا یفرد بالبیع»؛

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه چنین آمده است: «از انواع بیع باطل، بیع معدوم است؛ مانند بیع طبقه بالا پس از خرابی مثل اینکه بنایی دو طبقه باشد که هر کدام متعلق به یکی باشد و هر دو خراب شوند یا بالایی خراب شود در این صورت فروش طبقه بالا پس از خرابی جایز نیست، چون بیع حق تعلی است و مال نیست، چون مال عین خارجی است که امکان احراز و نگهداری داشته باشد و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به فضا است که فضا هم مال نیست. حال آنکه مبیع یا باید مال باشد و یا متعلق به مال و حق تعلی چون به فضا تعلق گرفته و فضا هم مال نیست، پس مصداق امر معدوم است» (جزیری، ۱۴۰۶: ۶۱۴/۳)؛ بنابراین حنفیه عین بودن و قابلیت احراز و نگهداری را از ویژگی های اصلی مال می دانند و از منظر ایشان اگر چیزی وجود خارجی قابل نگهداری نداشت، مال نیست. ابوحنیفه بیع مال معدوم را جزو انواع بیع باطل می شمارند و یکی از مصادیق آن را فروش حق التعلی می داند؛ به این دلیل که متعلق حق التعلی فضا و هواست و فضا هم از آن جهت که مال نیست، وجود خارجی ندارد و امری معدوم است و بیع معدوم نیز باطل است. لذا فقهای حنفی به دلیل اینکه فضای محاذی را امری وجودی (مال) نمی دانند، لذا وقف طبقه بالا را هم جایز نمی دانند؛ مشابه همین عبارت از ابن عابدین فقیه دیگر حنفی نقل شده است که می گوید: «حق بلند مرتبه سازی مال نیست، چون مال باید عین معین باشد تا امکان احراز و نگهداری داشته باشد و حق بلند مرتبه سازی چنین خاصیتی ندارد، چون امری اعتباری است و متعلق به مال هم نیست. بلکه متعلق به هوا و فضا است و فضا هم مال نیست که بشود آن را فروخت و حال آنکه مبیع باید مال یا متعلق به مال باشد» (ابن الهام، بی تا: ۲۰۴/۵).

۲- مالیت شناسی فضای محاذی

متعلقات انسان ها که در تعاملات اجتماعی مورد دادوستد قرار می گیرد، یا عین یا منفعت و یا حق است. بخش زیادی از منابع فقه اسلامی و حقوق، به تبیین احکام و قوانین مربوط به این عناوین سه گانه می پردازد. حال باید دید فضای محاذی زمین جزو کدام یک از این عناوین است؟ سؤال در وجود فضای منهای زمین و مستقل از آن است که آیا وجود چنین فضایی؛ عینی و خارجی (عین) است یا تبعی است (منفعت) یا اعتباری (حق) است و یا اینکه از اساس وجود ندارد؟ تردیدی نیست که فضا به تبع زمین هم موجود است و هم مالیت دارد، نگارنده ضمن بررسی احتمالات پنج گانه مالیت، مال بودن عینی فضا را در برابر مالیت حقی و منفعتی برگزیده است؛ بنابراین احتمالات پنج گانه ذیل برای فضای مستقل محاذی زمین، قابل تصور است:

یک: نفی هر گونه وجود از فضای بدون زمین؛ دو: حق بودن؛ سه: منفعت بودن فضا؛ چهار: عین غیر قابل تملک؛ پنج: عین قابل تملک.

۲-۱-۲- نفی وجود یا نفی عین و حق و منفعت

نفی وجود از فضای محاذی که نفی مال و حق و منفعت را هم در پی دارد را به ابوحنیفه و برخی از پیروان او نسبت داده اند؛ اینان با اینکه فروش فضای محاذی به تبع زمین را به عنوان حق بنا، جایز می دانند، ولی آن را مستقل از زمین، به دلیل آنکه چیزی نیست تا مبیع واقع شود، جایز نمی دانند، از این رو (حق التعلی) را نه در قالب بیع و نه حتی مصالحه جایز ندانسته اند و از آن جهت که متعلق آن فضا است و فضا را امری معدوم می دانند، بیع آن را بیع معدوم می دانند (ابن الهام، بی تا: ۲۰۲/۵).

«فضا به تنهایی فروخته نمی‌شود» (عاملی، ۱۴۱۶: ۱۶۷/۱۷)؛ اما سؤال این است که چرا فضای محاذی زمین به‌طور مستقل مبیع قرار نمی‌گیرد؟ فقها دلیل آن را عین نبودن فضا دانسته‌اند.

صاحب مفتاح الکرامه در نقد کلام شیخ طوسی که مصالحه فضای محاذی را جایز نمی‌داند؛ می‌گوید: (و لیس فی محله لانه حق مالی متعین المالك فجاز الصلح علیه و اخذ العوض عنه... بخلاف البیع لانه لا يتناول الا الاعیان) (همان، ۷۸/۱۷).

تصریح آنان به جواز صلح به جای بیع، نشان می‌دهد که فضای فوقانی زمین را منفعت هم نمی‌دانند و گرنه باید غیر از بیع دو راه پیشنهاد می‌داند: اجاره و صلح. از اینکه فقط گفته‌اند: «لا یفرد بالبیع بل یجوز الصلح» نشان از منحصر بودن گزینه حق درباره فضای محاذی است.

از این رو، مرحوم شهید در دروس پس از آنکه می‌فرماید: «يجوز افراد الهواء بالصلح و ان كان لا یفرد بالبیع»؛ «هوا به تنهایی مصالحه می‌شود اگرچه به تنهایی فروخته نمی‌شود»، در عبارت دیگر، ضمن تأکید بر حق بودن فضا و هوا و جواز مصالحه آن، بر نفی اجاره و بیع تصریح می‌کند که نشانی از انحصار فضای محاذی، در حق بودن است در مقابل عین و منفعت و عبارت «کذا یصح الصلح علی حق الهواء لا البیع و لا الاجاره»؛ «بر حق هوا، مصالحه صحیح است، نه بیع و نه اجاره» (شهید اول، بی تا: ۳۰۱/۳). تصریح به حق بودن فضای فوقانی زمین، در کلمات دیگر فقها نیز وجود دارد؛ مثلاً علامه حلی می‌فرماید:

«فلا یجوز بیع حق الهواء...» (علامه حلی، ۵۱۶/۴: ۱۴۰۲). در آثار فقهی معاصر نیز فضا را در برابر عین قرار داده‌اند «یصح الصلح علی مجرد الانتفاع بعین او فضا کان یصالح علی ان یسکن داره...» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸). نتیجه اینکه براساس نظر این دسته از فقیهان، فضای محاذی از

زمین حق است در برابر عین و منفعت. در کلمات فقها شواهدی بر این امر وجود دارد که مقصود آنان از حق الهواء، همان فضای محاذی زمین است و متعلق این حق هم عرصه زمین است؛ صاحب مفتاح الکرامه ذیل عنوان حقوق متعلق به اعیان که قابل مصالحه هستند حق الهواء را در ردیف (حق مسیل) و (حق الاستطراق) قرار داده است که این دو از حقوق متعلق به عین، یعنی زمین هستند: «الثالث لایجوز بیع حق الهواء و لا المسیل و لا الستطراق»؛ «آنگاه بر این سخن ادعای اجماع می‌کند» (جزیری، ۱۴۰۶: ۷۱۴/۳). هم‌عرضی هوا با راه آب و راه عبور و مرور که از حقوق متعلق به زمین هستند، نشان می‌دهد که مقصودشان از هوا نیز حق متعلق به زمین است. استدلال دیگر فقها بر اینکه چرا هوا مبیع واقع نمی‌شود «الهواء لا یفرد بالبیع» را شرط عین بودن مبیع دانسته‌اند، در حالی که هوا به تنهایی عین نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۹۳؛ عاملی: ۱۴۱۹: ۷۸/۱۷). تصریح برخی از فقها بر اینکه هوا به تنهایی نه قابل مصالحه است و نه قابل بیع یا اجاره به معنی منحصر بودن هوا در حق است (نراقی، ۱۳۹۶: ۱۶۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۳۰۱/۳).

۲-۲-۱- نقد و نظر نظریه حق بودن فضا

در نقد سخن برخی از فقیهانی که گفته‌اند فضای فوقانی منهای زمین، حق است باید گفت: اولاً؛ فضا از دایره تعریف حق بیرون است؛ زیرا با همه پراکندگی آن در تعریف اصطلاحی حق، اعتباری بودن آن مورد اتفاق است، چه حق را سلطنت ضعیفه یا ملکیت ناقصه و یا حکم بدانیم، در همه این فرض‌ها حق ماهیتی اعتباری دارد. ثانیاً؛ این مفهوم اعتباری از مفاهیم ذات اضافه است، بدین معنی که تحقق آن همواره بر سه عنصر متکی است؛ صاحب حق و متعلق حق و من علیه الحق. با نبود

این عناصر سه‌گانه حق وجود خارجی و حتی ذهنی ندارد، این در حالی است که فضای محاذی زمین دارای هویت مستقل و واقعیت موجود خارجی است؛ فضایی که در بسیاری از احکام فقهی موضوع حکم قرار گرفته است؛ مثلاً فضای محاذی میقات در باب احرام حج نیازی به ذی‌الحق و یا من‌عده‌الحق ندارد. نتیجه اینکه وجود حق اعتباری است و وجود فضا عینی است و بین این دو تفاوت وجود دارد.

۲-۳-۲- منفعت بودن فضا

منفعت بودن فضا ثبوتاً و اثباتاً مردود است؛ هرچند از ظاهر عبارت علامه حلی که می‌گوید: «الهواء لا یفرد بالعقد بل یتبع الدار کالحمل مع الام...» استنباط می‌شود که فضا مانند طفل که از منافع مادر به حساب می‌آید، جزو منافع زمین است. مؤید این امر سخن دیگر ایشان در مسئله واگذاری فضای محاذی زمین جهت استفاده شاخه درخت غیر از طریق مصالحه است که شرط کرده باید مدت زمان استفاده مشخص شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۴۹/۲۶)؛ حال اینکه چنین شرطی از مشخصات منافع در باب اجاره است؛ بنابراین این سخن علامه مورد اشکال صاحب جواهر قرار گرفته هرچند ممکن است گفته شود مقصود علامه از این تشبیه فقط بیان تناظر عدم استقلال در انتقال است.

۲-۳-۱- نقد و نظر منفعت بودن فضا

منفعت پنداشتن فضا مخدوش است زیرا؛ اولاً با تعریف منفعت سازگاری ندارد؛ چون افزون بر تبعیت در وجود، تدریجی بودن نیز از مقومات مفهوم منفعت است و فضای محاذی زمین هیچ کدام از این مشخصات را نسبت به عرضه زمین ندارد. ثانیاً؛ مخالف اجماع ضمنی فقهاست، چون همه فقیهان از جمله علامه حلی به هنگام مخالفت با بیع مستقل فضا، تنها صلح را پیشنهاد می‌کند که لازمه بیان این طریق انحصاری اجماع بر نفی منفعت بودن فضا است؛ بنابراین

منفعت بودن فضای محاذی ثبوتاً و اثباتاً مردود می‌باشد و مدعی هم ندارد.

۲-۴- عین غیر قابل تملک

از سخنان برخی فقیهان چنین برمی‌آید که فضا مال (عین) است و تعریف مال شامل آن می‌شود، ولی از آن دسته اموالی است که قابلیت تملیک ندارد؛ مانند پرنده در آسمان که به دلیل عدم وجود تسلط بر آن ملک نیست باینکه مالیت دارد؛ چون مورد رغبت عقلا است.

یکی از کسانی که براین باور است، ابن حزم اندلسی است که در مقام استدلال بر اینکه فضای فوقانی زمین مبیع قرار نمی‌گیرد؛ چنین می‌گوید: «فروش فضا جایز نیست چون فضا استقرار ندارد تا ضبط شود و به ملکیت درآید؛ بلکه متموج است و اجزای آن دائم در حال رفت‌وآمد است (یک جزء می‌رود و جزء دیگری می‌آید). در این صورت، فروش فضا مصداق اکل مال به باطل است؛ چون چیزی را که فروخته قدرت بر ثبت و ضبط و تسلیم آن را ندارد؛ بنابراین مصداق بیع غرری و بیع چیزی غیر مملوک و بیع مجهول است» (ابن حزم، بی‌تا: ۱۹/۹). از اینکه ایشان برخلاف دیگر فقها دلیل عدم جواز را عدم قابلیت تملک به دلیل ماهیت متموج هوا دانسته معلوم می‌شود که عین بودن فضا را پذیرفته است و شاهد آن هم دلایلی است که بر بطلان این بیع بیان می‌کند؛ مانند اکل مال به باطل و یا مجهول بودن مبیع یا غرری بودن معامله. به نظر می‌رسد منشأ این باور در تفسیر نادرستی است که از فضای محاذی زمین کرده‌اند. ایشان فضای محاذی را به معنی زیست‌محیطی آن گرفته است، یعنی گازهای موجود در فضا که موجودی غیرمستقر و متحول می‌باشد، برخلاف فضا به معنی جغرافیایی آنکه محاذی بر سطح زمین است و آن امری ثابت و مستقر می‌باشد. از ظاهر کلام محقق اردبیلی نیز چنین برمی‌آید که او

نیز فضای محاذی را قابل تملک نمی‌داند؛ زیرا دلیل بر عدم جواز بیع فضا را عدم امکان تسلیم دانسته است. این استدلال در صورتی درست است که هوا را به معنی اکسیژن بگیریم «لا یصح بیع الهواء وحده لعدم امکان التسليم» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۷/۹)؛ وگرنه هوا به معنای فضای فوقانی زمین قابل تسلیم است، البته تسلیم عرفی و عرف هم تسلیم هر چیزی را متناسب خودش می‌داند.



از سخنان برخی فقیهان چنین برمی‌آید که فضا مال (عین) است و تعریف مال شامل آن می‌شود، ولی از آن دسته اموالی است که قابلیت تملیک ندارد؛ مانند پرنده در آسمان که به دلیل عدم وجود تسلط بر آن ملک نیست، باینکه مالیت دارد، چون مورد رغبت عقلا است.

۲-۴-۱- نقد و نظریه عین غیر قابل تملک

در این نظریه گفته شد؛ که فضای محاذی زمین به دلیل وجود غیر ثابت و غیر مستقر قابل تملک نیست. این نظریه اصل وجود و ماهیت مستقل برای فضا را پذیرفته است؛ اما به دلیل تموج و عدم استقرار و یا عدم امکان تسلط بر آن تملک آن را غیرممکن می‌داند (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۹/۸). اگر مقصود از هوایی که وجود غیر مسقر و مواج دارد، هوا به معنی محیط زیستی آن است. این معنی، خلط بین دو معنی فضا است؛ چنانکه مرحوم صاحب جواهر در نقد سخن جزایری به آن اشاره کرده است، البته فضا به مفهوم محیط زیستی آن موضوع بحث ما نیست، هرچند امروزه همین معنی از هوا نیز قابل ثبت و ضبط است و طبعاً قابل تملک و تسلط نیز هست. از همین رو، در قوانین محیط‌زیست مقررات فراوانی برای

حفظ و پیرایش آن از آلودگی قرار گرفته است. آنچه موضوع بحث است، بخش خالی محاذی زمین و فضای جغرافیایی آن است و فضا به این معنی هم ثبات و استقرار دارد و هم قابل تفکیک است، زیرا فضای محاذی زمین الف غیر از فضای محاذی زمین ب است و قابل تملیک و تسلط است، مثلاً بسیاری از فقها گشودن بالکن به معابر عمومی را مجاز دانسته و صاحب آن را مالک فضای تصرف شده دانسته‌اند. باینکه اصل زمین چون معبر عمومی است، ملک او نیست و این نشانه تسلط و تملک فضای فوقانی زمین است و نگاه به فضای محاذی زمین نگاه تبعی بوده است و نه استقلالی (همان، ۲۵۵/۲۶).

۲-۵- عین قابل تملک (نظر مختار)

نظریه دیگر این است که فضای محاذی نه‌تنها عین است بلکه قابل تملک هم می‌باشد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۶۱/۵۶) و در نتیجه مستقل از زمین قابلیت هرگونه نقل‌وانتقال را دارد. شهید ثانی عین بودن فضا را پذیرفته و ایشان از سویی عین بودن مبیع را لازم می‌داند و ظاهراً تا آن زمان کسی از فقها غیر از شهید ثانی، به عین بودن فضا اشاره‌ای نکرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳۶/۳).

محقق حلی در تعریف عقد بیع در شرایع الاسلام می‌فرماید: «العقد هو اللفظ الدال علی ملک من مالک الی آخر بعوض معلوم». شهید ثانی می‌گوید: لفظ ملک شامل اعیان و منافع می‌شود پس مانعیت تعریف به عقد اجاره نقض می‌شود، چون عقد اجاره هم لفظی است که بر نقل عین دلالت می‌کند و آن نقل منفعت است در مقابل عوض مشخص (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۵/۳). شیخ طوسی در کتاب صلح مصالحه فضای محاذی مستقل از زمین را مجاز نمی‌شمرد (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۳۶/۶)؛ مرحوم شهید ثانی در مقام نقد کلام شیخ طوسی می‌فرماید: این سخن مبتنی بر

دو مقدمه است که هر دو مقدمه مخدوش است؛ یکی ممنوعیت مبیع واقع شدن مستقل فضا و دیگری تبعیت صلح از بیع؛ سخن شیخ مبتنی بر آن چیزی است که از او نقل شده است و آن ممنوعیت فروش مستقل فضا و دیگری فرعیت صلح بر بیع و هر دو مقدمه نادرست است (همان؛ ۲۸۱/۴). بعد از شهید ثانی مرحوم محقق کرکی قائل به عین قابل تملک بودن فضا است؛ ایشان در کتاب صلح جامع المقاصد می‌فرماید: «اگر شاخه درخت کسی داخل فضای خانه یا زمین همسایه شود باید از آنجا عطف کند و اگر نکرد همسایه می‌تواند آن را عطف کند و اگر نشد از حد خانه خود قطع کند و همچنین است حکم ریشه‌های درخت که داخل ملک همسایه می‌شود» (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۶۴/۶). البته از عبارات محقق کرکی نیز می‌توان استنباط کرد که ایشان فضای محاذی را مستقل از زمین هم مال می‌داند و هم عین و ایشان نیز تمایل به نظریه شهید ثانی دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳۸/۳).

مرحوم صاحب جواهر نیز بعد از نقل شیخ طوسی می‌فرماید: «اگر از صاحبان ذی حق کوچه بنیست بر ساختن بالکن را به دیگری صلح کند شیخ (طوسی) گفته است جایز نیست چون هوا به تنهایی مبیع واقع نمی‌شود و صلح هم در اینجا تابع بیع است (مرحوم محقق نجفی می‌فرماید) این سخن شیخ طوسی قابل تردید، بلکه قابل منع است به دلیل ممنوعیت هر دو مقدمه (مبیع واقع نشدن مستقل هوا و مستقل نبودن عقد صلح) به دلیل وجود عمومات به‌ویژه عمومات صلح که مقتضی جواز آن است هر چند استقلال در بیع را نپذیریم» و در چند سطر بعد در پاسخ کسانی که می‌خواهند حکم فضا را از سایر اموال جدا کنند؛ می‌فرماید: «فضا هم ملکی است مانند سایر املاک و همه احکام دیگر املاک بر آن جاری می‌شود». که این

سخن دقیقاً مشابه کلام شهید ثانی در نقد فرمایش شیخ طوسی است (همان؛ ۲۵۰). از این رو مرحوم صاحب مفتاح‌الکرامه پس از آرای مختلف درباره جواز و عدم جواز مصلحه فضای محاذی می‌گوید: همه صاحبان آرای مختلف در مخالفت با این نظر شهید که گفته است: «بیع هوا و فضا به گونه منفرد و مستقل جایز است»، متفق و هم‌رأیند و این سخن نیز مشعر به استقلال فضای محاذی در همه دادوستدهاست از جمله بیع و امثال آن (حسینی عاملی، ۱۳۹۶/۱۴: ۲۱). بنابراین می‌توان گفت که ایشان فضای محاذی را مستقل از زمین هم مال می‌داند و هم عین و این سخن برخلاف آن چیزی است که از کلمات دیگر فقها استفاده می‌شود؛ زیرا آنان فضا را فقط حق می‌دانستند در برابر عین و منفعت.

نهی از مشرف بودن بر خانه مردم از مسلمات حقوق همسایگی در فقه اسلامی است و فقیهان در ممنوعیت مشرف بودن به قطعه زمین‌های مجاور و خانه همسایگان سخن گفته‌اند.

در علم حقوق همانند فقها تمایل به دیدگاه عین قابل تملک بودن فضای محاذی نیز وجود دارد و معتقدند: کسی که مالک زمین است، مالکیت او محدود به سطح آن زمین نمی‌باشد، بلکه مستلزم مالکیت هوا و فضای مجاور آن است که هر چه بالا رود و همچنین قسمت‌های زیرین زمین هر چه پایین برود می‌باشد؛ بنابراین مالک می‌تواند در زمین تحت تصرف خود هر چند طبقه که می‌خواهد بنا نماید و همچنین می‌تواند در زمین خود چاه‌های عمیق حفر کند و معادن و آنچه را در زمین می‌باشد، طبق مقررات که برای معادن است، استخراج

کند (طاهری، حقوق مدنی، ۱/۲۰۴). از میان حقوقدانان که قائل به عین قابل تملک بودن فضا می‌باشد؛ مرحوم کاتوزیان است. ایشان در تحلیل ماده‌ی ۳۸ قانون مدنی «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد»؛ می‌گوید: مالک زمین نه تنها می‌تواند در عین فضا و قرار ملک خود تصرف کند، بلکه حق دارد مانع از تصرف دیگران نیز بشود. حق مالک زمین در عین فضا و عین قرار، انحصاری شخص مالک است و هیچ‌کس نمی‌تواند به فضای محاذی زمین فردی وارد شود و یا اینکه تجاوز کند و آن را غصب کند؛ بنابراین مالک حق دارد از عبور سیم تلفن و برق و لوله آب در هوای زمین خود جلوگیری کند یا اگر دیوار همسایه به فضای ملک او متمایل شود، می‌تواند قلع آن را از دادگاه

۲-۵-۱- نقد و نظر نظریه عین بودن فضا

در مقام اثبات این نظر می‌توان چنین گفت: نفی وجود از فضای محاذی زمین، انکار بدیهیات است و کسی نمی‌تواند منکر امکان تسلط و بهره‌گیری از فضا شود، اما مسئله در این است که عین بودن فضای محاذی اعتباری است، مانند اینکه فضای محاذی حقی از حقوق زمین و مصداقی از حق الارتفاق باشد یا منفعتی از نوع منافع غیر محسوس و اعتباری، مانند سکونت در خانه و یا عین خارجی است؟ زیرا عین خارجی وابسته مانند منافع متصله همچون میوه درختان و یا عین مستقل می‌باشد؟ به نظر می‌رسد که فضای فوقانی زمین نه امری اعتباری است (حق) و نه عین وابسته (منفعت)؛ فضای محاذی زمین وجود عین مستقل است و همچنین شواهدی بر عین بودن فضا هم در عرف هم در شرع وجود

دارد و از گذشته‌های دور عقلا برای فضای زمین ارزش قائل بودند و برای بهره‌وری از آن حق و حقوقی مشخص کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۸۵).

۲-۵-۲- شواهد کاربردی بر عین بودن فضای محاذی

وجود شواهد شرعی متعددی در منابع فقهی نشان از پذیرش عین بودن فضای مستقل از زمین دارد، مانند موضوع وقف طبقه دوم برای مسجد که همه فقیهان غیر از فقه‌های حنفی به جواز داده‌اند. صاحب مفتاح الکرامه در این موضوع می‌گوید: وقف طبقه بالا برای مسجد و غیر مسجد بدون طبقه پایین جایز است و تنها مخالف را ابوحنیفه ذکر می‌کند: «و ان وقف العلو اختص الوقف و يتبعه الهواء و قال ابوحنیفه لا تصح لان المسجد يتبعه هواء و هو ممنوع». یعنی: «اگر طبقه بالا را فقط وقف کند، صحیح است و فضای آن هم به تبعیت وقف می‌شود، لکن ابوحنیفه این را صحیح نمی‌داند چون فضا به تبع متعلق وقف قرار می‌گیرد و این جایز نیست» (جزیری، ۱۴۰۶: ۷۱۳/۳). از طرفی دیگر عین بودن مال موقوفه از شرایط مسلم مال وقفی است. در اینجا آنچه وقف شده مسلماً زمین نیست، بلکه بخشی از فضای مستقل از عرصه زمین به عنوان طبقه بالاست که با دیوارها و سقفی محصور شده است؛ بنابراین با خراب شدن مورد وقف، اصل وقف از بین نمی‌رود، چون وقف فک مالکیت صاحب آن است و بنا بایستی تجدید شود، چون افزون بر عرصه که وقف می‌باشد طبقه فوقانی فضای محاذی آن نیز به تبع عرصه خود موضوع وقف می‌باشد و اگر فضا موضوع وقف باشد، دلیل بر عین بودن آن است؛ زیرا از شرایط مورد اجماعی در وقف این است که مال موقوفه بایستی عین باشد (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۳۷/۲۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۶: ۱۸۵). مورد دیگر در مورد تصرف در فضای معابر عمومی در

کتاب صلح است، همانند گشودن بالکن و یا طاق و یا تابلوی اعلانات. به اجماع همه فقها گفته‌اند: در صورتی که چنین تصرفی مضر به عبور و مرور مردم نباشد، مجاز است و تصرف کننده را مالک آن فضا و یا ذی حق در حیات دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳: ۷۸/۶). در هر صورت، فقها فضا را مستقل از زمین قابل تصرف و تملک دانسته‌اند آنگاه این فرض را مطرح کرده‌اند که اگر آن چیزی که موجب تصرف این فضا شده از بین برود، مثلاً بالکن خراب شود آیا دیگری می‌تواند آن فضا را تصرف کند؟ برخی قائل به جواز و برخی دیگر گفته‌اند اگر اولی اعراض نکرده باشد دومی حق تصرف ندارد بلکه صرف خراب شدن دلیل بر زوال ملکیت یا حقیقت نیست (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۵۵/۲۶). اما امروزه امکان بهره‌گیری از فضا بسیار گسترده شده و فضای مقابل زمین خود عنصری مجزا و در عرض زمین و دریا به عنوان یک عنصر تأثیرگذار در زندگی اجتماعی به حساب می‌آید؛ مثلاً پیش‌فروش طبقات مسکونی و تجاری در برج‌های مرتفع و سر به فلک کشیده امروز در بین عقلا امری متداول شده است و آنچه در این برج‌ها مورد معامله قرار می‌گیرد، فضاهای مستقل از زمین است. اینها همه از عین بودن فضا در عرف عقلا و نگاه استقلالی داشتن به فضا حکایت دارد. تراکم فروشی در شهرهای بزرگ که شهرداری‌ها متولی فروش آن هستند و بخش زیادی از نیازهای شهری را از این راه تأمین می‌کنند، از نمونه‌های دیگر عین بودن فضا است. تراکم فروشی یعنی اجازه بهره‌گیری از فضاهای فراتر از متعارف به صاحب زمین که شهرداری‌ها خود را مالک آن می‌دانند و نوعاً این فضا به صاحب عرصه زمین فروخته می‌شود (کریمی، ۱۳۷۸: ۵۲؛ افروغ، ۱۳۸۶: ۸۳)؛ بنابراین تردیدی نیست که فضا عینی از اعیان است، اما تا به تصرف در نیامده عین نامحسوس است، نظیر

۳- بررسی سه نوع حق در فضای محاذی زمین

نگرش غالب فقه اسلامی در مورد فضای مافوق زمین آن است که فضا از انفال می‌باشد، حال که مالکیت عینی فضای محاذی اثبات گردید، در اینجا باید به بررسی سه نوع حق انتفاع، از سه موهبت طبیعی نور، دید و هوا (باد) در شکل طبیعی خود در فضای فوقانی زمین مورد تحلیل قرار داد.

۳-۱- دید و منظر

اصل اولی از حق بهره‌برداری دید و منظر از فضای محاذی قطعه زمین‌ها این است که از مواهب طبیعی برای مالکین قطعه زمین‌ها بوده و مالکین قطعه زمین‌های مجاور نمی‌تواند مالکین قطعه زمین‌های مجاور خود را از این کار منع کنند؛ اما این حق بهره‌برداری دید و منظر از فضای

محاذی زمین تا جایی است که برای قطعات مجاور و همسایگان ضرری و حرجی در بین نباشد.

بر این اساس، نهی از مشرف بودن بر خانه مردم از مسلمات حقوق همسایگی در فقه اسلامی است و فقیهان در ممنوعیت مشرف بودن به قطعه زمین‌های مجاور و خانه همسایگان سخن گفته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۵۷/۴؛ عاملی: ۱۴۱۰، ۱۸۱/۳) و پیامبر خدا (ص) در حدیثی فرمودند: آیا می‌دانید حق همسایه چیست؟ شما از حق همسایه جز اندکی نمی‌دانید، همانا کسی که همسایه‌اش از آزارش در امان نباشد به خدا و روز رستاخیز ایمان نیاورده ... و نباید ساختمان خانه خود را از خانه همسایه بلندتر بسازد که مانع از وزش نسیم گردد، مگر به اجازه او (مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۶۹/۴۲). در این حدیث، علاوه بر اینکه ممانعت از وزش نسیم به ملک مجاور تجاوز به حق همسایگان دانسته شده است؛ حتی بالا بردن دیوار و اشرافیت بر ملک مجاور هم منع گردیده است و هرگاه فردی، بر سطحی بالاتر از سقف ساختمانی موجود قرار گیرد، وارد فضای بصری قطعات مجاور شده که حق آن را نداشته است. روایاتی که در مورد عدم دیده برای کسی که با پرتاب تیر به دلیل نگاه کردن به خانه مردم به دلیل ضرر و حرج انداختن مردم کور شده است، نشان از محدودیت وسعت دید و منظر در محدوده مزبور را دارد. در همین راستا استفتائی از امام خمینی (ره) آمده است که از ایشان سؤال می‌شود: همسایه ما روی منزل خود دوطبقه‌ی دیگر ساخته است، اما به بهانه‌ی اینکه یک متر حیاط خلوت به طرف حیاط ما دارد، در هر دوطبقه پنجره گرفتند و شیشه‌های پنجره را ساده انداختند که کاملاً بر حیاط ما برآمد:

اشراف دارند و آرامش را از ما سلب کرده‌اند، آیا این همسایه ما چنین حقی را دارد یا نه؟ ساختمان در ملک خودش اشکال ندارد، ولی چنانچه ساده بودن شیشه‌ها موجب مزاحمت همسایه است باید طوری عمل کند که مزاحمت مرتفع شود (موسوی خمینی، ۵۸۲/۱۴۰۳، ۲). ذکر این نکته شایسته است که مشکل مورد اشراف قرار گرفتن زمین با رفتن آن به طبقات و نیز بسته‌تر شدن فضا کاهش می‌یابد؛ بنابراین موضوع اشرافیت وابسته به تراز سطوحی روی زمین است که انسان روی آن حرکت می‌کند (توسلی، ۱۳۸۷: ۹۲).

۲-۳- نور

حق انتفاع از نور که از مواهب طبیعی است، یک حق مسلم برای ساکنان قطعات مجاور می‌باشد؛ مالکین قطعه زمین‌های مجاور نمی‌تواند مالکین قطعه زمین مجاور خود را از این کار منع کند و مالکین می‌تواند دیوارهای قطعه زمین خویش را تا جایی که مانع از نور رسانی به قطعه زمین مجاور نباشد، بالا ببرد؛ بنابراین مالکین قطعه زمین‌ها در مورد انتفاع و بهره‌برداری نور فضای موجود که از مواهب طبیعی است، دارای حق می‌باشند، نه مالکیت (حلی، ۱۴۱۳، ۵/۵۰۴). برای صاحبان ملک مجاور یک زمین، هیچ محدودیتی برای بهره‌برداری و برای مالک زمین هیچ حقی برای محدودسازی نورگیری از فضای محاذی یک ملک فرض نشده است. به نظر می‌رسد که ممانعت از نور مستقیم خورشید و عدم بهره‌برداری از این موهبت طبیعی و نیز حرکت دائمی خورشید در شبانه‌روز و تغییر موقعیت آن در طول سال و منع رؤیت خورشید برای ملک مجاور، ضرری ایجاد شده برای قطعات مجاور می‌باشد و مستوجب حرج

است و باید دقت کرد که حقی برای ملک مجاور در بهره‌گیری از نور خورشید در فضای تهی و محاذی یک قطعه زمین در نظر گرفت (نجفی، ۱۹۸۱، ۸/۴۳۰-۴۳۴).

۳-۳- هوا (باد)

ریح یا هوا همان هوای متحرک جریان افقی هوا در فضای فوقانی یک قطعه زمین از حقوقی است که ساکنین یک ملک بر فضاهای مجاور دارند و انتفاعی است که یک بنای موجود از فضای خالی مجاور می‌برد و نمی‌توان آن را نقض کرد.

این حق انتفاع و بهره‌برداری از هوا همچون نور خورشید به واسطه دیوار کشیدن صاحبان قطعه زمین‌های مجاور آن محدود می‌شود و زمانی که روی قطعه زمینی بنا و ساختمانی ساخته می‌شود، در مورد طبقات فوقانی به واسطه‌ی عمل مالک حصارى به ارتفاع چندین طبقه، فضای فوقانی زمین محصور شده است. این خود مانع استفاده از حق باد برای ملک مجاور خواهد شد. بنابراین مالکیت فضا توسط مالکان قطعه زمین‌ها و اشغال فضا به وسیله ساختمان‌ها و بناهای ساخته شده در زمین حق عدم اشرافیت، حق انتفاع در نورگیری و حق انتفاع از باد را می‌توان قدر متیقن مالکیت افراد بر فضای محاذی زمین دانست که مالکیت تام بر فضای محاذی زمین تنها با محصور شدن و مسقف شدن تحقق می‌یابد و این فضایی است که تمام احکام مالکیت همچون بیع، صلح، معاوضه، رهن یا اجاره را می‌توان برای آن در نظر گرفت (حلی، ۱۴۲۰: ۱۴۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۹۱/۲۸)؛ بنابراین مالکیت فضای محاذی در صورتی تحقق می‌یابد که هر طبقه دارای سقفی شود که با تحقق این مالکیت هر طبقه و وضعیت حقوق فضایی دگرگون می‌شود.

در نظام حقوق اسلامی، فضا از انفال و در مالکیت عمومی است. قانون مدنی به تبع از فقه اسلامی و الگوی اروپایی پیرو مالکیت زمین، مالکیت فضای محاذی را نیز پذیرفته است و فضای محاذی زمین ماهیت و مالیت مستقل دارد؛ عین است نه حق و یا

منفعت. فضای محاذی ماهیتاً غیر از زمین است و مالکیت بر فضای محاذی در زمره مالکیت عینی تبعی محسوب می‌شود. این مقوله در دوران اخیر به دلیل کاربردی بودن فضا مورد توجه قرار گرفته است و سایر نظام‌های حقوقی در صدد تبیین مبانی و قواعد مالکیت بر فضای محاذی برآمده‌اند که شارحان قانون مدنی برای جلوگیری از سلب آسایش مسکن همسایگان و دفع ضرر از آنها به صورت تبصره‌هایی انتفاع مالک از ملک خود را محدود کرده‌اند. مالک هر زمین در ساخت بنا در آن و اشغال فضای محاذی آن دارای حق انحصاری است و در آن با کسی شریک نیست. مالک در مورد نور و جریان طبیعی هوا از فضای محاذی زمین خود با زمین هم‌جوار شریک است و نه تنها بر آنها اولییتی ندارد، بلکه اگر از همسایه زمین مجاور خود استفاده کند از این حقوق انتفاع کرده و کسی نمی‌تواند متعرض وی بشود.

فهرست منابع:

- ۱- ابن الهمام الامام کمال الدین، شرح فتح القدیر علی الهدایه، للمرغانی، المطبعة التجاریه بمصر، بی تا.
- ۲- ابن حزم اندلسی، ابی محمد علی بن احمد بن سعید، المحلی بالآثار، دار الجیل و دار الافاق الجدیده، بیروت، بی تا.
- ۳- اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳.
- ۴- افروغ، عماد، «فضا و نابرابری اجتماعی ارائه الگویی برای جدایی‌گزینی فضایی و پیامدهای آن»، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۸۶.
- ۵- امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۷.
- ۶- انصاری، مرتضی، المکاسب، انتشارات کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، قم، ۱۴۱۵.
- ۷- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات جنگل جاودانه، تهران، ۱۳۸۸.
- ۸- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹.
- بجنوردی، سید محمد، قواعد فقه، موسسه عروج، تهران، ۱۴۰۱.
- ۹- بحرانی، یوسف بن احمد، حدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵.
- ۱۰- بلتاجی، محمد، المملکیه الفرديه فی نظام الاقتصادی الاسلامی، انتشارات دارالسلام، قاهره، ۲۰۰۷ م.
- ۱۱- بیات، فرهاد، شرح جامع قانون مدنی، انتشارات ارشد، تهران، ۱۳۹۷.
- ۱۲- توسلی، محمود، اصول و روش‌های طراحی شهری و فضاهای مسکونی در ایران، جلد اول، مرکز مطالعات و تحقیقات معماری و شهرسازی ایران، تهران، ۱۳۸۷.
- ۱۳- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، دارالاحیاء التراث، بیروت، ۱۴۰۶.
- ۱۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۲.
- ۱۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۶- حسینی شیرازی، محمد، الفقه، دوره ۱۱۰ جلدی، دارالعلوم، قم، ۱۴۰۹.
- ۱۷- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد للعلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹.
- ۱۸- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.
- ۱۹- حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، موسسه امام صادق، قم، ۱۴۲۰.
- ۲۰- حلی، حسن بن یوسف، انوار البهیة فی القواعد الفقهیه، انتشارات محلاتی، قم، ۱۴۲۳.
- ۲۱- حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.
- ۲۲- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، بی تا.
- ۲۳- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸.
- ۲۴- سیوطی، جلال الدین، الاشباه والنظائر، دار الکتب العربی، بیروت، ۱۴۰۷.
- ۲۵- شاهرزاده، فرهاد، مروری بر قوانین و مصوبات مربوط به زمین در کشور ایران، وزارت مسکن و شهرسازی، معاونت پشتیبانی و امور مجلس، تهران، ۱۳۷۳.
- ۲۶- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، ۵ جلدی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸.
- ۲۷- طباطبایی قمی، سید تقی، در استناتنم فقه الجعفری، قم: مطبعه الخیام، قم، ۱۴۰۰.
- ۲۸- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷.
- ۲۹- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، تحقیق جواد شهرستانی، انتشارات موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷.
- ۳۰- عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد للعلامه، موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، ۱۴۲۹.
- ۳۱- عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰.
- ۳۲- عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، المسالك الافهام الی تنقیح الشرایع الاسلام، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳.
- ۳۳- غزالی، ابوحامد بن محمد، الوجیز فی الفقه الام شافعی، نشر دار الارقم، بیروت، ۱۴۱۸.
- ۳۴- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ۳۵- قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی.
- ۳۶- قانون مدنی.
- ۳۷- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۱.
- ۳۸- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۷.
- ۳۹- کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهر سازی، انتشارات مجد، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۸.
- ۴۰- کریمی، محسن، زمین شهری و سیستم حقوقی کاداستر، مجموعه مقالات همایش زمین و توسعه شهری، مرکز مطالعات و تحقیقات شهرسازی و معماری ایران، تهران، ۱۳۷۸.
- ۴۱- لطفی، اسدالله، قواعد فقه، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۸.
- ۴۲- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، موسسه الوفاء، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
- ۴۳- محقق حلی، نجم‌الدین، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸.
- ۴۴- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۲.
- ۴۵- محقق کرکی، علی بن الحسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، ۱۴۱۴.
- ۴۶- معتمدی، م، «زمین و جایگاه آن در توسعه شهری»، سازمان شهرداری‌های کشور، ماهنامه شهرداری‌ها، شماره ۳، تهران، ۱۳۸۱.
- ۴۷- ملک یونان، ژرژ، ورود غیرمجاز به املاک دیگران در کامن‌لا، مجله حقوق مردم، ش ۲۶، تهران، ۱۳۵۰.
- ۴۸- موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، مکتبه الاعتماد، تهران، ۱۴۰۳.
- ۴۹- موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۰۶.
- ۵۰- میانجی، علی احمدی، مالکیت خصوصی در اسلام، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۴.
- ۵۱- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۷.
- ۵۲- نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، مکتبه المرتضویه، تهران، ۱۳۹۶.
- ۵۳- وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه- الکویت، الموسوعه الفقهیه الکویتیه، الطبعة الثانیة، دار السلاسل الکویت، ۱۴۲۷.

مسئولیت نظارتی نظامیان در عدم اعلام جرایم کارکنان تحت امر



سید علیرضا رضوی ارانی، خداداد جعفری

چکیده

بی تردید نیروی نظامی و انتظامی سالم رابطه‌ی مستقیم با عملکرد فرماندهان و اعلام و اجرای کامل مسئولیت‌های قانونی ایشان در سلسله مراتب نظامی دارد. نیروی انسانی یا همان فرمانبران، عنصر مهم و اساسی در نیروهای مسلح محسوب می‌شود. حاکمیت در جهت کارآمدی خویش و در نهایت جلب رضایت مردم سعی می‌کند زمینه‌ی نظارت بر رفتار و کردار کارکنان مادون را فراهم سازد که این خواسته به واسطه‌ی مسئولیت‌پذیری مسئولین و فرماندهان در همه‌ی زمینه‌ها خاصه در اوامر نظارتی تأمین می‌شود.

قانون‌گذار در نظام عدالت کیفری ایران، ضمانت اجرای کیفری و انضباطی در خصوص عدم نظارت صحیح فرماندهان بر عملکرد کارکنان تحت امر تعریف کرده است. در یک نگاه منطقی می‌توان این گونه برداشت کرد که مسئولین مربوطه، با توجه به اشرافیت و تفوقی که بر عملکرد کارکنان خود دارند، می‌توانند قبل، حین و پس از ارتکاب جرایم و تخلفات کارکنان نقش تأثیرگذاری در زمینه‌ی پیش‌گیری، اصلاح و درمان ایفاء نمایند.

از سوی دیگر، برخی فرماندهان در سطوح میانی و عالی ترجیح می‌دهند تخلفات انضباطی و حتی جرایم کیفری کارکنان تحت امر آنها به مراجع صلاحیت‌دار نظامی و قضایی اعلام نشود؛ چراکه افشای چنین موضوعاتی را نشان‌دهنده‌ی نقطه‌ی ضعف مدیریت خود تلقی می‌کنند. حال آنکه به نظر می‌رسد بی‌توجهی به مسئولیت نظارتی و ضمانت اجرای کیفری برای این دسته فرماندهان مسئولیت‌گریز، خود نوعی چالش برای نظام عدالت کیفری محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: فرمانده، نیروی انسانی، جرم، تخلف، مسئولیت نظارتی

درآمد

با عنایت به جایگاه والای نیروهای نظامی و انتظامی قانونمدار در اقتدار یک جامعه، نیاز به فرماندهی کارآمد و به دور از هرگونه فساد، در نیروهای مسلح بیش از هر زمان دیگر احساس می‌شود؛ مسئولیت نظارتی بر عملکرد فرمانبران یکی از مهم‌ترین وظایف فرماندهان نظامی می‌باشد. از این جهت می‌توان با معرفی ضوابط و معیارهای قانونی، هرگونه تخطی از حدود و ثغور قوانین کیفری و مقررات انضباطی را در قالب جرم کیفری یا تخلف انضباطی معنا کرد. نکته‌ی ظریف و قابل ملاحظه‌ای که به صورت مشترک در حوزه‌ی حقوق کیفری و حقوق نظامی مطرح است رفتارهایی است که فی‌نفسه واجد عنوان کیفری است، لیکن فعل یا ترک فعل نظامی محسوب می‌شود.

بررسی و پژوهش در خصوص جوانب مختلف قانونی مربوط به مسئولیت نظارتی سلسله‌مراتب نظامی در اعلام جرایم یا تخلفات کارکنان تحت امر می‌تواند به ارتقای سلامت و یا تطهیر ارگان‌های نظامی از جرم و مجرم منجر شود. یکی از مهم‌ترین مصادیق روشن در این زمینه، وظیفه‌ی قانونی فرماندهان در انعکاس کلیه‌ی جرایم کارکنان تحت امر، (موضوع ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح) به مقامات ذیصلاح می‌باشد. براساس این وظیفه‌ی قانونی، چنانچه سلسله مراتب نظامی مرتکب یکی از جرایم عدم گزارش جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر، جلوگیری از ارسال گزارشات نظارتی و عدم اعلام به موقع گزارش جرایم ارتكابی کارکنان، هم‌چنین هرگونه بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری در

این سه مورد شوند، با محکومیت‌های کیفری روبه‌رو خواهند شد.

نگارنده بر این عقیده است که تدوین قانون و جرم‌انگاری مصادیق غیرقانونی در رابطه با امور نظارتی لازم است؛ اما برای تحقق شرایط مطلوب کافی نیست، چه اینکه وقتی جوانب قانونی و یا مقصود اصلی قانون‌گذار روشن نباشد، متخلفین یا مجرمین در هر رده و پستی که هستند ابهام یا خلأ قانونی را بهانه کرده و اعمال خلاف قانون خود را توجیه می‌کنند. به بیان دیگر، یکی از مهم‌ترین راهکارهای برون‌رفت از این چالش، ساده‌سازی و بیان جوانب مقصود و منظور قانون‌گذار است.

در این مقاله مبانی قانونی مسئولیت فرماندهان نظامی و انتظامی در امور نظارتی، بازرسی و در ارتباط با کارکنان تحت امر، مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است که به نظر می‌رسد، تحلیل و تبیین مقصود قانون‌گذار در قوانین موضوعه پیرامون ضمانت اجرای کیفری در مورد مذکور برای حل مسائل جاری بسیار راه‌گشا باشد. چه اینکه در صورت رفع ابهامات و ایهامات در خصوص مسئولیت نظارتی نظامیان خودبه‌خود بستر لازم برای وضع قوانین و مقررات کارآمد (به خصوص مقررات اجرایی) فراهم می‌شود و این مهم نتیجه‌ای جز ارتقای سلامت ارگان‌های نظامی و انتظامی نخواهد داشت.

۱- مفهوم شناسی مسئولیت نظارتی

۱-۱- تعریف مسئولیت

مسئولیت از ریشه‌ی سئل به معنی «طلب کردن، خواست» می‌باشد و مسئول اسم مفعول «سئل» به معنای «از او سؤال کرده شده» یا «طلب شده»

یا آن کسی است که مسئولیت چیزی بر عهده‌ی او است (بندر ریگی، ۱۳۸۲: ۶۹۸) مسئولیت یعنی قابلیت بازخواست و در کلام عربی در این مورد عنوان می‌شود «المسئولیه، ما یکون به الانسان مسئل و مطالب من امور او افعال اتاها»، «مسئولیت چیزی است که به خاطر آن انسان بازخواست می‌شود از امور و افعالی که انجام می‌شود» و یا در تعریفی دیگر مسئولیت عبارت است از «آنچه که انسان عهده‌دار و مسئول باشد از وظایف و اعمال و افعال».

به‌طور کلی می‌توانیم این چنین بیان نماییم که مسئولیت عبارت است از هر فعل یا ترک فعل ظاهری و باطنی که انسان به سبب تکلیف از سوی شارع مقدس، قانون و یا پذیرش شخصی به انجام یا ترک آن مکلف است و در صورت تخطی مورد بازخواست قرار می‌گیرد. در تعریف دیگر، مسئولیت رابطه‌ای حقوقی می‌باشد که ناشی از فعل یا ترک زیان‌آور است؛ این رابطه از طریق ایفای تعهد مسئول و یا اجرای کیفر درباره‌ی او زایل می‌گردد. نکته‌ای که ذکر آن لازم می‌نماید آنکه «عدوان» عنصر مشترک مسئولیت مدنی و کیفری است. در تعریف دیگر، مسئولیت به این معنا است که هر نوع رفتار و اعمالی که مورد وظیفه و تکلف انسان قرار می‌گیرد یا قانون‌گذار برای اینکه فرد یا افرادی را مکلف به انجام تکلیف خاصی نماید رعایت شرایط خاصی را مقرر داشته است، درواقع با وجود آنها مسئولیت تحقق خواهد یافت و مسئولیت، تکلیف و الزام قانونی شخص به پاسخ‌گویی نتایج و آثار مدنی و کیفری اعمالش است.

با توجه به تعاریف و نظریه‌های ابرازی در تعریف مسئولیت می‌توان چنین بیان

نمود که مسئولیت عبارت است از تعهد شخص در قبال هر فعل یا ترک فعلی که به سبب قانون و شرع و یا پذیرش داوطلبانه، شخص مکلف به انجام آن می‌باشد و نتایج و آثار مدنی و کیفری اعمالی که نسبت به آن متعهد بوده و در اثر افراط و تفریط و یا سوءنیت و یا تأخیر نسبت به ایفای آن موجب ضرر مادی و معنوی برای اشخاص حقیقی یا حقوقی و یا اجتماع گردیده است.

۱-۲- انواع مسئولیت و تعریف مسئولیت کیفری

در اصطلاح، به لحاظ تعدد مسئولیت، معنا و مفهوم آن نیز متعدد و گاه متفاوت خواهد بود؛ مسئولیت دینی، قانونی، اخلاق فردی و اجتماعی از جمله‌ی این مفاهیم است که پرداختن به آن از حیث شناخت بهتر جایگاه مسئولیت کیفری نظامیان، به‌عنوان تضمین‌کننده‌ی امر نظارت بر عملکرد کارکنان تحت امر خالی از لطف نیست.

مقصود از مسئولیت دینی آن دسته از وظایفی است که دین در قالب واجب، حرام، مستحب و مکروه از انسان خواسته است و او را موظف به فعل و یا ترک آن نموده است. مسئولیت اخلاقی هم هر نوع مسئولیتی است که نه در قالب بحث فقهی می‌گنجد و نه از سوی قانون پشتیبانی می‌گردد، بلکه این مسئولیت، نوعی وظیفه است که از فطرت پاک و وجدان آدمی نشئت می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ج ۵: ۳۳۲۶).

منظور از مسئولیت قانونی هر نوع مسئولیتی است که قانون آن را برای انتظام جامعه پیش‌بینی کرده باشد، اعم از آنکه از نوع مسئولیت جزایی و یا مسئولیت مدنی باشد. در حقوق جزا، لازمه‌ی اعمال مجازات، وجود مسئولیت

کیفری است. بدیهی است اگر فردی فاقد مسئولیت کیفری باشد به‌هیچ‌وجه نمی‌توان نسبت به او مجازاتی را اعمال نمود. مسئولیت کیفری ناشی از جرم، یکی از بنیادهای حقوقی است که بدون اثبات آن احقاق حق، مفهوم غیر خود را از دست داده، صرفاً جنبه‌ی ذهنی خواهد داشت؛ زیرا در جریان رسیدگی به هر پدیده‌ی جزایی، یگانه‌عاملی که حق را از قوه به فعل درآورده و به آن عینیت می‌بخشد و به‌طور ملموس در اختیار صاحب حق قرار می‌دهد، اثبات مسئولیت کیفری است.

مسئولیت قانونی در چهارشاخه‌ی مسئولیت مدنی، مسئولیت اداری، مسئولیت بین‌المللی و بالاخره، مسئولیت جزایی یا کیفری قرار می‌گیرد.



مسئولیت عبارت است از تعهد شخص در قبال هر فعل یا ترک فعلی که به سبب قانون و شرع و یا پذیرش داوطلبانه، شخص مکلف به انجام آن می‌باشد و نتایج و آثار مدنی و کیفری اعمالی که نسبت به آن متعهد بوده و در اثر افراط و تفریط و یا سوءنیت و یا تأخیر نسبت به ایفای آن موجب ضرر مادی و معنوی برای اشخاص حقیقی یا حقوقی و یا اجتماع گردیده است.

۱-۲-۱- تعریف مسئولیت کیفری از منظر حقوق دانان

می‌توان به‌جرئت گفت در هیچ‌یک از قوانین کیفری و کتاب‌های حقوقی، تعریف مسئولیت کیفری به‌طور مشخص و مجزا بیان نشده است و نویسندگان حقوقی هر یک تعریفی از آن ارائه

داده‌اند. در ساده‌ترین تعریف، مسئولیت جزایی «مسئولیت مجرمان است که قانون جزا مصرح باشد و نشان آن کیفر دیدن است. این واژه در برابر مسئولیت مدنی استعمال می‌شود» (همان).

در تعریفی دیگر می‌توان مسئولیت کیفری را چنین توضیح داد: «توانایی شخصی به پاسخ‌گویی نسبت به عمل مجرمانه خود، پس مقدمه مسئولیت، جرم بودن عمل است. دو مبنا برای مسئولیت کیفری وجود دارد؛ مبنای اول سن و مبنای دوم عقل؛ یعنی بدون وجود این دو پایه بنیاد بحث مسئولیت کیفری منتفی است» (آزمایش، سیدعلی، ۸۱-۸۲: ۷).

برخی از حقوق دانان بدون آنکه اشاره‌ای به بحث مبنای مسئولیت کیفری کنند، عنوان می‌دارند: «برای آنکه بتوان مرتکب را جزائاً مسئول دانست، باید ساختمان بدنی و فکری او به حد کمال رسیده باشد و قوای روحی او سالم بوده و به‌واسطه‌ی بروز حادثه‌ی مربوط به وظایف الاعضاء، قوای مزبور مختل نشده باشد؛ به عبارت آخری مرتکب باید از نظر جزایی کبیر بوده و مجنون نباشد» (سمعی، ۱۳۳۳: ۷۴).

برخی نویسندگان حقوقی امروزی، مسئولیت کیفری در شریعت اسلامی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «معنای مسئولیت کیفری در شرع اسلام آن است که انسان نتایج آن دسته از اعمال ممنوعه‌ای را که باراده آگاهی از محتوا و نتایج‌شان مرتکب گردیده، تحمل نماید» (میر سعیدی، ۱۳۸۳: ۲۶).

به هر شکل، در تعریف مسئولیت کیفری، چندان اتفاق نظری وجود ندارد، لیکن تعریف «مسئولیت کیفری عبارت است از «قابلیت» یا «اهلیت» شخص برای

تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه‌ی خود» (صانعی، ۱۳۴۸: ۷۵) و «التزام» یا «مجبور بودن» شخص نسبت به تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه‌ی خود» مسئولیت کیفری نامیده می‌شود (موسوی مجاب، ۱۳۸۸: ۱۴۸).

با عنایت به تعریف ذکر شده، اگرچه به نظر می‌رسد برای ارائه‌ی تعریف جامع و مانع از مسئولیت کیفری نیاز به تدبیر و تعمق هر چه بیشتر راجع به نظرات سایر حقوق دانان وجود دارد، لیکن، تعریف مسئولیت کیفری، مبنی بر «محکومیت شخص به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی مصرحه در قوانین متعاقب ارتکاب جرایم قانونی و احراز اهلیت جنایی» جامع‌تر به نظر می‌رسد.

۱-۳- تعریف نظارت یا کنترل

نظارت در لغت به معنای «نظر کردن، نگریستن به چیزی، دیده‌بانی، پائیدن، مراقب بودن و ناظر بودن، اعمال مراقبت بر اجرای امری» (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۲۵۶۱) است و ناظر کسی است که مراقب اجرای امری باشد. بحث نظارت در فقه عمدتاً در باب وقف آمده است. در حقوق نیز جایگاه اصلی آن، حقوق خصوصی یا مدنی است و از آنجا به حقوق اساسی راه یافته است.

نظارت برای اشخاص مختلف مفاهیم متنوعی دارد. لیکن، منظور اصلی از کلیه‌ی نظارت یا کنترل، حصول اطمینان نسبت به اجرای صحیح قوانین و مقررات موضوعه است. به عبارت دیگر، منظور از کنترل و مراقبت آن است که انجام هر عمل مطابق با قانون باشد که برای اجرای آن وضع شده است تا در صورت تخلف یا ارتکاب جرم، اقدامات لازم به منظور انعکاس موضوع به مراجع صلاحیت‌دار ارسال شود.

در واقع مدیران در فرایند {نظارت} و کنترل، وضع موجود (عملکرد) را با وضع مطلوب (برنامه) مقایسه می‌کند و براساس این مقایسه، به برنامه‌ریزی مجدد (تصحیح) مبادرت می‌کند؛ یعنی با تشخیص «فاصله وضع موجود با وضع مطلوب» یا تطبیق «عملکردها با اهداف» به تصحیح انحراف‌ها می‌پردازد» (رضائیان، ۱۳۸۸: ۴۹۶-۴۹۵).



نظارت برای اشخاص مختلف

مفاهیم متنوعی دارد. لیکن، منظور اصلی از کلیه‌ی نظارت یا کنترل، حصول اطمینان نسبت به اجرای صحیح قوانین و مقررات موضوعه است. به عبارت دیگر، منظور از کنترل و مراقبت آن است که انجام هر عمل مطابق با قانونی باشد که برای اجرای آن وضع شده است تا در صورت تخلف یا ارتکاب جرم، اقدامات لازم به منظور انعکاس موضوع به مراجع صلاحیت‌دار ارسال شود.

همین‌طور که از تعریف فوق ملاحظه می‌شود، نظارت یا کنترل ارتباط نزدیکی با سایر عناصر مدیریت مانند برنامه‌ریزی، سازماندهی و رهبری دارد؛ زیرا نظارت مطلوب منوط است به اینکه رأس هرم مدیریتی اولاً با وسعت نظر، کمبودها، کاستی‌ها و جرایم تخلفات ارتكابی در مجموعه‌ی خود را رصد کند و ثانیاً؛ تقسیم‌کار را طبق اصول قانونی و ضوابط اجرایی واحدهای مختلف سازمان یا مراجع صلاحیت‌دار قضایی در جریان امور قرار دهد. با این وصف مطالعه‌ی دقیق ضمانت اجرای کیفری در امر

نظارت به عنوان تضمین‌کننده‌ی سلامت مجموعه‌ی مدیریتی، خاصه در محیط‌های نظامی که مستقیماً با امنیت جامعه ارتباط دارد، بیش از پیش ضرورت دارد.

۲- رکن قانونی جرم

با توجه به عنوان مقاله‌ی حاضر که به مسئولیت نظارتی نظامیان اختصاص پیدا کرده، بی‌شک می‌بایست ارکان قانونی، مادی، معنوی و همچنین مجازات‌های مقرر را پیرامون الزامات قانونی در قبال نظارت مطلوب بر عملکرد نظامیان تحت امر در قانون مجازات جرایم نیروی مسلح مورد بررسی قرار داد. همان‌گونه که از نام قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مشخص است، این قانون مربوط می‌شود به جرایمی که نظامیان اعم از فرمانده و فرمانبر در اجرای وظایف خاص نظامی و انتظامی مرتکب می‌شوند. در فصل پنجم این قانون که اختصاص به گزارش خلاف واقع پیدا کرده است، ذیل ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح بیان شده است: «هر نظامی به مناسبت انجام وظیفه عمداً گزارشی برخلاف واقع به فرماندهان یا دیگر مقامات مسئول تقدیم نماید و یا حقایق را کتمان کند و یا با سوءنیت گزارشی با تغییر ماهیت یا به طور ناقص ارائه دهد و یا عمداً جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر خود را به مقامات ذی‌صلاح گزارش ندهد و یا از گزارش آن جلوگیری نماید یا گزارش‌ها و جرایم را به موقع اعلام نکند به ترتیب زیر محکوم می‌شود:

الف- چنانچه اعمال فوق موجب شکست جبهه‌ی اسلام با تلفات جانی گردد به مجازات محارب؛

ب- در صورتی که موضوع به امور جنگی یا مسائل امنیت داخلی یا خارجی مرتبط باشد، به حبس از دو تا پنج سال؛

ج- در سایر موارد به استثنای مواردی که صرفاً تخلف انضباطی محسوب می‌شود به حبس از سه ماه تا یک سال. همان گونه که مشاهده می‌شود قانون‌گذار مجازات فرماندهان مجرم را به جهت حساسیت و اهمیت امور نظامی در حفظ امنیت کشور بسیار سخت‌گیرانه ذکر کرده است.

۳- رکن مادی جرم

در ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح برای هر نظامی که در انجام وظیفه‌ی تهیه‌ی گزارش، مرتکب کتمان یا سخن برخلاف واقع شده باشد و یا با سوءنیت ضمن تغییر ماهیت موضوع، گزارش را به صورت ناقص ارائه دهد و یا عمداً جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر خود را به مقامات ذی صلاح گزارش ندهد و یا از گزارش آن جلوگیری نماید و یا ارسال گزارش‌های نظارتی در خصوص جرایم کارکنان را به موقع اقدام نکند، برحسب اثرات این اقدام غیرقانونی به مجازات‌های در نظر گرفته شده محکوم می‌شود.

۴- شخصیت مرتکب

قانون‌گذار محترم انطباق عنوان مجرم و مجازات مرتکب را در صورتی مجاز دانسته که مرتکب در ابتدا از زمره‌ی نظامیان به حساب بیاید. در ماده‌ی ۱ قانون مجازات نیروهای مسلح تصریح شده که افراد زیر نظامی خوانده می‌شوند و به جرایم ایشان که مربوط به وظایف خاص نظامی- انتظامی است، در دادگاه‌های نظامی رسیدگی می‌شود. الف- کارکنان ستاد کل نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران و سازمان‌های وابسته؛

ب- کارکنان ارتش جمهوری اسلامی ایران و سازمان‌های وابسته؛

ج- کارکنان سپاه پاسداران انقلاب اسلامی ایران و سازمان‌های وابسته و اعضای بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی؛ د- کارکنان وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و سازمان‌های وابسته؛ ه- کارکنان مشمول قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران. هم‌چنین در تبصره‌ی ۱ این ماده ذکر شده که جرایم نظامی و انتظامی کارکنان مذکور که در سازمان‌های دیگر خدمت می‌کنند، در دادگاه‌های نظامی رسیدگی می‌شود.



هدف از اعلام گزارش به موقع، امکان برخورد با مجرم به منظور مبارزه با فساد و جلوگیری از وقوع یا تکرار انحرافات است. حال، چنانچه در اعلام گزارش تأخیر شود، ممکن است امکان دسترسی به مرتکب از بین رفته و در نتیجه به سلامت ارگان‌های نظامی خلل وارد شود.

۱-۴- سمت مرتکب

نظامیان همچون کارمندان تشکیلات اداری قابل تقسیم به دو دسته‌ی رؤسا و کارکنان هستند. لیکن، در حقوق کیفری نیروهای مسلح این دو دسته با عنوان فرمانده و فرمانبر شناخته می‌شوند و به همان ترتیبی که در حقوق اداری از سلسله مراتب اداری (مافوق و مادون) یاد می‌شود، در حقوق نظامی هم سلسله مراتب نظامی وجود دارد.

وظیفه‌ی گزارش جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر به مقامات ذی صلاح بر عهده فرماندهان در سلسله مراتب نظامی است. چراکه عبارت «کارکنان تحت امر» تنها در

مصادق آمران- فرماندهان- صدق می‌کند. به بیان دیگر، با عنایت به استعمال عبارت «کارکنان تحت امر خود» توسط قانون‌گذار در ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، مرتکب این جرایم باید از فرماندهان و مقامات مسئول عضو نیروهای مسلح باشد (رضوی، ۱۳۸۶: ۳۶۹).

۵- مصادیق مجرمانه در مسئولیت نظارتی فرماندهان نظامی

مصادیق مجرمانه‌ی قسمت اخیر ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح تبصره‌ی ۲ همین ماده عبارت است از: عدم گزارش جرایم ارتكابی تحت امر، جلوگیری از ارسال گزارشات نظارتی، عدم اعلام به موقع گزارش جرایم ارتكابی کارکنان، هم‌چنین هرگونه بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری در این سه مورد؛ در مصادیق مذکور که با محکومیت‌های کیفری تضمین شده است، تنها مصادق جلوگیری از ارسال گزارشات نظارتی جزء افعال مجرمانه است و مابقی ترک فعل مجرمانه محسوب می‌شوند.

۵-۱- عدم گزارش تحت امر

براساس وظیفه‌ی قانونی فوق، فرماندهان می‌بایست کلیه‌ی جرایم ارتكابی کارکنان را به مقامات ذی صلاح گزارش دهند، در غیر این صورت به مجازات مقرر ماده‌ی ۷۸ قانون مذکور محکوم می‌شوند. حال ذکر این سخن ضروری است که در تعریف قانونی منظور از جرایم، هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد است (ماده‌ی ۲ قانون مجازات اسلامی)؛ بنابراین فرماندهان می‌بایست در وهله‌ی اول با قوانین کیفری آشنا باشند و در وهله‌ی دوم در اسرع وقت نسبت به ارسال گزارش آن به مقامات ذی صلاح اقدام کنند.

لذا قانون‌گذار محترم عدم اعلام به موقع گزارشات جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر را جرم‌انگاری و آن را مستوجب مجازات‌های دانسته است.

۶- خصوصیات گزارشات نظارتی

گزارش باید حاوی مطالبی باشد که باعث دستیابی به اهداف ذکر شده یعنی تطهیر و پاک‌سازی محیط نظامی از وجود نظامیان متخلف و مجرم گردد؛ در همین راستا ممکن است تصور شود که گزارش‌های مفصل و طولانی بیش از گزارش‌های مختصر و کوتاه جزئیات را بیان می‌کند. درحالی که گاه گزارش طولانی علاوه بر اینکه باعث سنگینی بار تهیه‌کننده‌ی گزارش می‌شود، اتلاف وقت مقامات مربوط را به همراه دارد.

بدین ترتیب، گزارش باید حاوی اطلاعاتی در توضیح عمل مجرمانه یا وظایف فرد نظامی و هم‌چنین پیشنهادهای مربوط به اقدامات اصلاحی باشد. مستفاد از ماده‌ی ۵۲ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور گزارش‌ها به تناسب موضوع و مخاطب آن به مراجع قانونی منعکس می‌شود و در خصوص اعلام وقوع جرم یا تخلف، گزارش اختصاصی به تفکیک تهیه و ارسال می‌گردد. در بعضی مواقع که گزارش راجع به جرایم و تخلفات متعدد بوده یا در یک جرم یا تخلف چند نفر دخیل هستند، بهتر است که رئیس مطالب را در ابتدای گزارش خلاصه نمود تا فقط در صورت لزوم مراجع ذی‌صلاح برای مطالعه شرح جزئیات به متن گزارش مراجعه کنند. در گزارش‌های داخلی موضوع باید نخست به رؤسای واحدهای مربوط تسلیم گردد و سپس اطلاعاتی که برای نظارت مقامات صلاحیت‌دار قضایی و نظامی لازم



نظامیان همچون کارمندان تشکیلات اداری قابل تقسیم به دو دسته‌ی رؤسا و کارکنان هستند. لیکن در حقوق کیفری نیروهای مسلح این دو دسته با عنوان فرمانده و فرمانبر شناخته می‌شوند و به همان ترتیبی که در حقوق اداری از سلسله مراتب اداری (مافوق و مادون) یاد می‌شود، در حقوق نظامی هم سلسله مراتب نظامی وجود دارد.

دسترسی به مرتکب از بین رفته و در نتیجه به سلامت ارگان‌های نظامی خلل وارد شود. پرواضح است که در این صورت، جلوگیری از وقوع یا تکرار انحرافات نیز میسر نخواهد بود؛ مثلاً اگر گزارشی که حاوی اطلاعات مربوط به جرم مالی نظامی متخلفی است بعد از یک سال به دست مراجع ذی‌صلاح انضباطی یا قضایی برسد و در این فاصله مجرم نظامی بازنشسته شده باشد، بدیهی است که دریافت گزارش تأثیر قابل توجهی حداقل در تنبیه انضباطی مجرم، جلوگیری از فساد دستگاه نظامی و اساساً در امر نظارت اثربخش نخواهد داشت. به علاوه، هر قدر فاصله‌ی زمانی بین ارتکاب و تهیه‌ی گزارش زیادتر باشد، کشف دلایل و علل ثبوت جرم یا تخلف و عواملی که موجب انحراف موردنظر گردیده است، دشوارتر خواهد بود. از سوی دیگر، گذشت زمان، خود عامل مؤثری در اهمال و کوتاهی فرماندهان جهت انجام وظیفه‌ی قانونی- یعنی ارسال گزارش- است.

به نظر می‌رسد این الزام قانونی به جهت حساسیت بالای مشاغل نظامی است به گونه‌ای که قانون‌گذار محترم، در نظر داشته تا افراد نالایق و مجرم بدین وسیله شناسایی شده تا پیرامون ادامه‌ی خدمت ایشان در محیط نظامی اظهارنظر شود.

شایان ذکر است عدم گزارش جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر که عنوان مجرمانه‌ای مستقل برای فرماندهان است، از زمره‌ی جرایمی است که با ترک فعل از سوی سلسله مراتب نظامی محقق می‌شود.

۵-۲- جلوگیری از ارسال گزارشات نظارتی

در این فرض، گزارشات نظارتی تهیه و تنظیم شده است، لیکن فرمانده از ارسال آن جلوگیری می‌نماید. به بیان دیگر، الزاماً فعل فرمانده در حالت، موجب جلوگیری ارسال گزارش شده است. با این توضیح می‌توان گفت در جرم حاضر، سه شخصیت ایفای نقش می‌کنند. فرد نظامی که مرتکب جرایم کیفری شده است؛ فردی که نسبت به تهیه و تنظیم گزارشات نظارتی اقدام کرده است که می‌تواند هم‌رده‌ی نظامی جرم و یا سلسله مراتب وی باشد و فرماندهی که از ارسال گزارشات نظارتی جلوگیری به عمل می‌آورد.

۵-۳- عدم اعلام به موقع گزارشات نظارتی

گزارش نظارتی باید به موقع تنظیم شود؛ هدف از اعلام گزارش به موقع، امکان برخورد با مجرم به منظور مبارزه با فساد و جلوگیری از وقوع یا تکرار انحرافات است. حال، چنانچه در اعلام گزارش تأخیر شود، ممکن است امکان

است، از طریق مجاری رسمی تشکیلات نظامی به اطلاع آنان برسد.

مستفاد از ماده‌ی ۴۷ آیین‌نامه‌ی مذکور، در گزارش‌های نظارتی می‌بایست ارتباط منطقی بین مطالب، در متن گزارش به‌صورت مستند و مستدل حفظ شده و در تدوین آن نکات زیر رعایت شود:

* تنظیم مطالب و نتیجه‌ی تحقیقات و اطلاعات به‌دست‌آمده و طبقه‌بندی آنها بر مبنای درجه اهمیت دلایل و مستندات و تعیین جایگاه آنها در گزارش.

* اعلام نظر بر حسن جریان امور و یا تعیین موارد اختلاف بین آنچه انجام گرفته و آنچه باید انجام می‌گرفت و بیان اشکالات، معایب، نقایص، وقوع تخلف و جرم. * استنتاج از مجموعه بررسی‌ها و اعلام نظر نهایی، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال مؤثر و ارائه‌ی پیشنهادها، مناسب و اصلاحی و قابل اجرا.

* تعیین روش پیگیری و نظارت بر تحقق نظریات و پیشنهادها، ارائه شده. مستفاد از ماده‌ی ۴۸ آیین‌نامه‌ی مورد اشاره تنظیم گزارش بازرسی از حیث شکلی، حتی‌الامکان به ترتیب زیر است: * صفحه‌ی عنوان، عنوان گزارش، تاریخ تنظیم گزارش، نام نظامی ناظر یا ناظران یا تهیه‌کنندگان گزارش.

* فهرست مطالب.

* خلاصه‌ی گزارش: موضوع نظارت یا بازرسی، نتیجه‌گیری‌ها و پیشنهادها.

* مقدمه: که خواننده گزارش را برای مطالعه و پذیرش مطالب گزارش آماده می‌کند.

* متن یا قسمت اصلی گزارش: که متضمن معرفی یا بیان محتوا و موضوعی است که نظارت برای آن انجام شده و نتایج حاصله از بررسی‌ها را نشان می‌دهد، شامل: تعریف موضوع و تشریح

اهمیت و اهداف موضوع نظارت؛ قلمرو مکانی و زمانی بازرسی؛ روش و چگونگی جمع‌آوری اطلاعات، تجزیه و تحلیل اطلاعات جمع‌آوری شده؛ استنتاج و ارائه‌ی نظرها؛ پیشنهادها.

* مستندات و مدارکی که برای مراجعه لازم است.

هم‌چنین براساس ماده‌ی ۴۹ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، در تحریر گزارش باید از عبارات صریح، کوتاه، ساده و بدون اغلاط املائی و اشکالات دستوری استفاده شود و از به‌کارگیری عبارات یا کلمات غیرمتعارف، مبالغه‌آمیز، احساسی و عاطفی، موهن، وصفی، تکراری و غیر مأنوس خودداری گردد.

۷- شرکت یا معاونت در جرم

با نظر داشتن ویژگی‌های مرتکب، این نکته مطرح می‌شود که مفهوم شراکت یا معاونت در جرم حاضر چگونه مصداق می‌یابد؟ در پاسخ باید گفت که چنانچه مسئولیت نظامی بر عهده‌ی بیش از یک فرمانده مانند شورای فرماندهی بوده و ایشان عالماً و عامداً از اعلام جرم به مقامات ذی‌صلاح استنکاف کنند، موضوع از موارد شرکت در جرم خواهد بود و به استناد ماده‌ی ۴۲ قانون مجازات اسلامی هر یک از اعضای شورا، به مجازات فاعل مستقل محکوم خواهند شد.

هرچند که در صدر ماده عبارت «هر نظامی عمداً جرایم ارتكابی کارکنان خود را به مقامات ذی‌صلاح گزارش نکنند»، ذکر شده و از این لفظ تنها تخلف یک فرمانده و نه چند فرمانده یا مسئول به ذهن متبادر می‌شود؛ لیکن، مصداق جلوگیری از ارسال گزارش الزاماً باید توسط شخص دیگری غیر از

فرمانده مستقیم صورت بپذیرد؛ بنابراین مفهوم شرکت یا معاونت در قالب این مثال که فرماندهی گزارش نظارتی خود را آماده کرده ولی نظامی دیگری ضمن ترغیب و تحریک، وی را از ارسال آن منصرف می‌کند، قابل تحقق است.

۸- نتیجه و رابطه‌ی سببیت

تحقق قسمت اخیر ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح منوط به اطلاع فرماندهان از جرایم ارتكابی کارکنان توسط فرماندهان و عدم گزارش عمدی یا جلوگیری عمدی از گزارش و یا بی‌مبالائی و سهل‌انگاری در این زمینه، جهت اعلام به مقامات ذی‌صلاح است. یکی از تفاوت‌های مفاد این ماده با ماده‌ی ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی آن است که قانون‌گذار در این قانون، سلسله‌مراتب نظامی را موظف نموده تا هر جرمی که توسط فرمانبران ارتکاب یافته به مقامات صلاحیت‌دار گزارش شود و البته برای این مسئولیت نظارتی یک ضمانت اجرای کیفری تعریف کرده است؛ لیکن، در قانون مجازات اسلامی رؤسا یا مدیران تنها وظیفه دارند جرایم شش‌گانه را به مراجع صلاحیت‌دار قضایی یا اداری اعلام نمایند.

تفاوت دیگر آن است که سلسله‌مراتب نظامی وظیفه دارند موضوع جرایم کارکنان را به مقامات ذی‌صلاح گزارش دهند؛ مقامات ذی‌صلاح می‌توانند مقامات بازرسی یگان‌ها و سازمان قضایی نیروهای مسلح یا یکی از این مراجع یا هر دو باشد، خلاصه‌ی مطلب آنکه دقیقاً مشخص نشده که در چه صورتی از نظامی مسئول، رفع تکلیف قانونی خواهد شد؛ اما نیک روشن است در قانون مجازات اسلامی وظیفه‌ی رؤسا و مدیران به نحو روشن‌تری مشخص شده است.

صرفاً تخلف انضباطی محسوب می‌شود^(۳) به حبس از سه ماه تا یک سال. همان‌گونه که مشاهده می‌شود قانون‌گذار مجازات فرماندهان مجرم را، به جهت حساسیت و اهمیت امور نظامی در حفظ امنیت کشور بسیار سخت‌گیرانه ذکر کرده است. بدین ترتیب که در خصوص بندهای الف و ب قانون‌گذار به جهت رعایت اصل تناسب جرم و مجازات، یا قاطعیت نسبت به مرتکبان بزه مذکور برخورد خواهد شد. لیکن، در بند ج مجازات اندکی خفیف‌تر است.

به‌علاوه، در صورت احراز جهات مخففه، امکان تخفیف و یا تبدیل مجازات به نوع دیگری که مناسب‌تر به حال متهم باشد متصور است.^(۴) خاصه آنکه، نظر به سوابق کاری فرماندهان نظامی یا انتظامی، استناد به بند ۵ ماده‌ی ۲۲ ق.م.ا. در خصوص افراد مشمول این ماده، متداول به نظر می‌رسد.^(۵)

شایان ذکر است به جهت محکومیت تعزیری در قبال جرم مذکور، دادگاه می‌تواند اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را با ملاحظه‌ی وضع اجتماعی و سوابق زندگی محکوم‌علیه و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است از دو تا پنج سال معلق نماید.^(۶)

نظامی در اعلام جرایم کارکنان تحت امر (اعم از اینکه به‌منظور اجرای قانون بوده و یا اینکه اغراض شخصی در بین باشد)، صرف اطلاع از ارتکاب جرایم کیفری در حوزه‌ی مدیریتی یا نظارتی و عدم اعلام آن به مقامات ذی‌صلاح مستوجب مسئولیت کیفری خواهد بود. البته تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح به جرم انگاری اعمال هفت‌گانه در اثر بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری پرداخته که در این خصوص باید گفت در چنین حالتی جرایم باید به‌طور عمدی و در اثر بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری واقع شده باشند.

۱۰- مجازات

مجازات جرایم موضوع ماده‌ی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح متعاقب عواقب و اثراتی که ایجاد می‌کند برای سلسله مراتب نظامی متغیر بوده و مستوجب محکومیت‌های ذیل است.

الف- چنانچه اعمال فوق موجب شکست جبهه‌ی اسلام یا تلفات جانی گردد به مجازات محارب؛

ب- در صورتی که موضوع به امور جنگی یا مسائل امنیت داخلی یا خارجی مرتبط باشد به حبس از دو تا پنج سال؛ ج- در سایر موارد به استثنای مواردی که

نتیجه آنکه هرگاه احدی از کارکنان نیروهای مسلح با علم و آگاهی به موضوع فعل مجرمانه (گزارش) و با سوءنیت از ارسال گزارش جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر خود به فرماندهان یا دیگر مقامات مسئول بالاتر یا مراجع ذی‌ربط (مثل بازرسی یگان‌ها و یا سازمان قضایی نیروهای مسلح) خودداری نماید و یا با اقدامات خود از ارسال چنین گزارشی جلوگیری نماید و یا به هر نحوی گزارش‌های مربوط به جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر خود را به‌موقع اعلام ننماید، برای تحقق این جرم کافی است (رضوی، پیشین: ۳۷۰).

۹- رکن معنوی

رکن معنوی یا روانی جرم حاضر، تنها سوءنیت عام^(۱) فرماندهان نظامی می‌باشد؛ بدین معنا که در تحقق عدم گزارش جرایم کارکنان تحت امر یا جلوگیری از ارسال آن و یا عدم ارسال گزارشات نظارتی عمد در فعل یا ترک فعل (عدم اعلام به‌موقع گزارشات) کفایت می‌کند. در خصوص جرایم کارکنان از لحاظ رکن معنوی، عمدی بوده و برای ارتکاب آن سوءنیت عام کفایت می‌کند؛ بنابراین قطع نظر از قصد و یا همان سوءنیت خاص^(۲) فرمانده

برآمد:

پیرامون چرایی تضمین کیفری نظارت فرماندهان نظامی و انتظامی بر عملکرد کارکنان تحت امر باید گفت که سلسله مراتب نظامی به این دلیل که از موضع بالا بر ادارات نظارت دارند و عوامل مختلف با آنان ارتباط دارند بیشتر اوقات، از تخلف و جرایم فرماندهان خود اطلاع می‌یابد. به همین دلیل است که قانون‌گذار، عدم گزارش این موارد را در محیط نظامی جرم انگاری نموده و مستوجب مجازات می‌داند.

مشخصاً سخن از مجازات در حقوق کیفری یا تنبیهات انضباطی در حقوق نظامی، آخرین مبحثی است که در توضیح و تحلیل مواد قانونی و مسئولیت‌های مقرره پیش می‌آید؛ البته بررسی جوانب این ضمانت‌های اجرایی هم ظرافت‌های خاص خود را، همچون تعیین مجازات متناسب یا تنبیه معقولانه به دنبال دارد.

روشنی و صراحت قوانین و مقررات از صفات الزامی مقررات است. قوانین و مقررات باید آن قدر روشن و واضح باشد که تابعان و مجریان منظور از آن را به خوبی دریابند و در جهت هدف مورد نظر، آن را به کار گیرند. مبهم و دویپهلو بودن مقررات، فهم مقررات و به دنبال آن اجرای آنها را با مشکل مواجه می کند و تبعیض در اجرا و بی عدالتی را به دنبال دارد. در همین راستا از عبارت «مقامات ذی صلاح» در مادهی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح که ارسال گزارشات نظارتی به ایشان موجب اسقاط مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی است، برداشت های مختلفی وجود دارد. در این رابطه باید گفت لفظ «مقامات» در این عبارت دارای ابهام است و به نظر می رسد سازمان قضایی نیروهای مسلح یا بازرسی یگان ها را در بر می گیرد.

در این زمینه شایسته بود- مانند مادهی ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی که مدیران و رؤسا ادارات دولتی را (به صراحت موظف) به ارسال گزارش نظارتی به مراجع صلاحیت دار اداری یا قضایی می نماید- وظیفه ی قانونی فرماندهان نظامی به روشنی مقرر می شد. به بیان دیگر، از این حیث مادهی ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی که از لفظ «مراجع صلاحیت دار اداری یا قضایی» استفاده کرده است، بسیار رساتر و روشن تر مسئولیت نظارتی رؤسا یا مدیران را تعیین کرده است.

نکته ی بعدی آنکه در یک ماده ی قانونی یا سایر مقررات باید موضوعات و احکام مطروحه، در مجموع با هم هماهنگی داشته و مغایرتی با همدیگر نداشته باشد. به گونه ای که مجموعه موضوعات و اجزای ماده قانونی، یک منظور واحد و منسجم را تشکیل دهد. با این مقدمه و با توجه به مباحثی که شرح آن گذشت می توان این نتیجه را گرفت که مقنن این اصل مهم را در مادهی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح به طور کامل رعایت نکرده است، چه اینکه در این ماده، ارسال عمدی گزارش برخلاف واقع به فرماندهان یا دیگر مقامات مسئول یا کتمان حقایق در گزارشات تقدیمی، یا تغییر ماهیت گزارش و یا ارائه ی آن به طور ناقص؛ در کنار عدم گزارش جرایم ارتكابی کارکنان تحت امر؛ جلوگیری از ارسال گزارشات نظارتی و عدم اعلام به موقع گزارش جرایم ارتكابی کارکنان در نظر گرفته شده و مجازات یکسان برای آنها تعیین شده است. به این ترتیب به نظر می رسد با توجه به تنوع موضوعات مطروحه در این ماده، تعیین مجازات واحد برای جرایم متفاوت تا حدود زیادی خلاف اصل تناسب جرم و مجازات است. برای مثال، تصور اینکه عدم اعلام به موقع جرم یک نظامی به مقامات ذی صلاح، موجب شکست جبهه اسلام شده و بنابراین مستوجب اعمال مجازات محارب باشد، غیرواقعی به نظر می رسد.

پی نوشت ها:

فهرست منابع:

1. General intention; basic intent
2. Specific intent
۳. مادهی ۶ دستورالعمل اجرایی موضوع مادهی ۱۳۰ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۳/۱۱/۲۷ مقام معظم رهبری بیان می دارد: «موضوعات مذکور در مادهی ۷۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ... صرفاً تخلف انضباطی محسوب می شود».
۴. مادهی ۲۲ قانون مجازات اسلامی: «دادگاه می تواند در صورت احراز جهات مخفیه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسب تر به حال متهم باشد، جهات مخفیه عبارت هستند ...».
۵. بند ۵ مادهی ۲۲ قانون مجازات اسلامی: «وضع خاص متهم و یا سابقه ی او».
۶. مستفاد از مادهی ۲۵ قانون مجازات اسلامی.
- قوانین و مقررات
- قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح
- قانون مجازات اسلامی
- قانون مدیریت خدمات کشوری
- آیین نامه ی اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور
- کتاب ها
۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، ج ۵ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۲. رضائیان، علی؛ مبانی سازمان و مدیریت، ج ۱۳، ۱۳۸۸.
۳. رضوی، محمد؛ حقوق کیفری نیروهای مسلح، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه علوم انتظامی ناجا.
۴. میر سعیدی، سید منصور، مسئولیت کیفری: قلمرو و ارکان، ج ۱، ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.

دیون ممتاز در حقوق ایران



امین گل محمدی، کارشناس حقوق قضایی، کارآموز قضاوت

چکیده

به طور کلی هیچ طلبکاری بر دارایی بدهکار حق رجحان ندارد و همه آنان در این امتیاز شریک‌اند، هر چند که در یک زمان بدین جمع نپیوسته باشند؛ اما ماهیت حقوقی دیون ممتاز چیزی جز تقدم در وصول طلب از سوی بستانکار نیست. انواع دارنده این حقوق شامل اشخاص حقیقی و حقوقی می‌شود و اقسامی دارد؛ همچون دیون ممتاز درمانی یا مالیاتی. مقنن در مواردی به طلبکار اجازه می‌دهد تا از اموال بدهکار که در اختیار خود دارد، طلب خود را بدون توافق قبلی استیفا نماید که از آن به نام «دیون دارای وثیقه حکمی» یاد شده است. هرگاه زوج فوت کند یا ورشکسته شود، در صورت وجود طلبکاران مبلغ ناچیزی از مهریه واجد حق تقدم بر سایرین می‌شود یا حقوق و دیونی را که به ترکه میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن ادا شود، آثار برخی متغیرات همچون فوت و ورشکستگی بر این مسئله واقعاً حائز اهمیت است. در این مقاله مفاهیم حقوق عینی و دینی و اینکه مفهوم این دیون در کدام دسته جای خواهد گرفت و همچنین کیفیت دیون ممتاز را در اعمال ولایت، بحث درمان، شرکت‌ها و اتحادیه‌های تعاونی، حقوق مالی، بانکی، دریایی و کار بررسی می‌کنیم. واژگان کلیدی: دیون، دیون ممتاز، تقدم، حقوق

درآمد

دین ممتاز که گرچه در عین متداول بودن این نام، از اصطلاحات دیگر هم استفاده شده، دین مرجع نسبت به سایر دیون است تا در ابتدا تأدیه و باعث ایجاد یک نظم حقوقی گردد. فلسفه حقوق، ایجاد نظم و عدالت است پس اگر بخواهیم سامانی حقوقی به کارهایمان ببخشیم که همه چیز سر جای خود قرار گیرد و هدف از خلقت انسان و سعادت او رعایت گردد، باید به یک سری مسائلی پایبند باشیم؛ از جمله باور به همین مسئله دین ممتاز؛ یعنی یک دین دارای حق تقدم قانونی که به عناوین مختلفی رخ می‌نماید. علت این تحقیق نیز کشف نقاط ظهور آن بوده است. در این مقاله سعی شده تا یک آشنایی کافی با این مطلب از نظر خواننده رود و این نکته مستلزم آن است که ابتدا مفهوم حقوقی «دین ممتاز» را بشناسیم و سپس به برخی از جزئیات آن بپردازیم.

۱- تعریف «دین ممتاز»

در اصطلاح حقوقی، دین ممتاز، عبارت از دینی است که نسبت به سایر دیون، در پرداخت و اختصاص سهمی از دارایی مثبت مدیون به خود دارای حق تقدم است (دهقانی، ۱۳۸۹: ۳). بررسی متون فقهی حکایت از آن دارد که عنوان دیون ممتاز نزد فقها ناشناخته و غریب است، لیکن، قانون‌گذار علی‌رغم فقدان سابقه‌ی فقهی چنین تأسیسی، با الهام از قانون مدنی فرانسه، در ابتدا در ماده‌ی ۸۶۹ قانون مدنی بدون ذکر اصطلاح دین ممتاز، نوعی طبقه‌بندی برای صاحبان حق نسبت به ترکه ایجاد کرد و سپس با جرئت بیشتر در مواد بعدی صریحاً عنوان طلب ممتاز را در خصوص مطالبات زوجه به کار برد و در نهایت در ماده‌ی ۵۸ قانون اداره‌ی تصفیه‌ی امور ورشکستگی مصوب تیرماه ۱۳۱۸، طلبکاران شخص ورشکسته را طبقه‌بندی نمود که طلب برخی از آنان را بر دیگران مقدم داشت که شاید بتوان گفت،

با تصویب قانون موصوف در عمل نهاد حقوقی دیون ممتاز با اسلوب خاص خود وارد نظام حقوقی ما گردید و ضمن وضع قوانین مشابه در قانون‌گذاری‌های پس از آن، در جهت اعتلای آن کوشش گردید. ماهیت حقوقی دیون ممتاز چیزی جز تقدم در وصول طلب از سوی بستانکار نیست؛ اما حق مذکور به دارنده‌ی آن حق تعقیب نمی‌دهد و فقط متضمن حکم قانون مبنی بر تقدم در وصول طلب است و عطیه‌ای می‌باشد قانونی که بدون تصریح قانون‌گذار ایجاد نمی‌شود (همان: ۲۲).

حقوق مالی را به دو گروه عینی و دینی تقسیم می‌کنند که حق دینی را به‌اجمال می‌توان چنین تعریف کرد: «حقی است که شخص بر دیگری پیدا می‌کند و به‌موجب آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد». تعهد نیز در زمره‌ی همین حقوق است. حق دینی یا تعهد، رابطه‌ی حقوقی بین اشخاص است. صاحب حق را به اعتبار اینکه می‌تواند امری را از دیگری مطالبه کند، طلبکار یا دائن می‌نامند و شخصی را که در برابر دیگری ملتزم به انجام دادن امری است، متعهد یا مدیون (به‌ویژه درجایی که موضوع تعهد دادن پول است) می‌گویند. طلبکار تنها به شخص مدیون که در برابر او ملتزم شده است، حق رجوع دارد و نمی‌تواند موضوع تعهد را از دیگری بخواهد، یعنی حق او تنها بر دارایی مدیون، هنگام توقیف اموال اوست و آنچه پیش از اقدام او به دارایی دیگران انتقال یافته، از این تعرض مصون است. به همین اعتبار است که می‌گویند طلبکار حق تعقیب ندارد و حق دینی برخلاف حق عینی که همه را ناگزیر به احترام و رعایت آن می‌کند، نسبی است.

همه صاحبان حقوق دینی، جز در مواردی که قانون برای آنها امتیاز ایجاد کرده است، در استفاده از اموال مدیون، برای توقیف، فروش و سرانجام وصول طلب خویش برابرند، ولی حق عینی بر همه‌ی آنها هم

مقدم است؛ قلمرو این حق در نتیجه‌ی توسعه تعهد، محدود نمی‌شود و حق تقدم نیز مانند حق تعقیب ویژه‌ی حق عینی می‌باشد.

دلیل تکیه بر حقوقی بودن رابطه‌ی دینی این است که به‌طور مرسوم، دین همراه با ضمانت اجرایی است که به طلبکار حق رجوع به دادگاه یا سایر مقامات عمومی را برای اجبار مدیون می‌دهد و همین ضمانت اجرا وجه تمایز دیون حقوقی از تعهدات اخلاقی است. در حقوق روم قدیم، تعهد چنان به شخصیت طلبکار و بدهکار ارتباط داشت که نه‌تنها تصور انتقال آن به دیگری نمی‌رفت، بلکه طلبکار را بر جسم و جان بدهکار مسلط می‌کرد و طلبکار می‌توانست برای رسیدن به حق خویش مدیون را بفروشد، به بندگی بگیرد یا به قتل برساند. در این دوره، حقوق عینی و دینی از هم جدا نبود و در تعهدات نیز شخص مدیون موضوع حق قرار می‌گرفت و بسان اشیاء در اختیار طلبکار بود.

در حقوق ایران، تعهد به طلبکار حق می‌دهد که از دارایی بدهکار، برای استیفای طلب خود سود برد. هرچه بدهکار بر دارایی خود بیفزاید، درواقع بر اعتبار وثیقه‌ی عمومی طلبکار عادی افزوده است و هرچه از آن بکاهد، به این اعتبار صدمه زده است، سایه‌ای که حق طلبکار عادی بر دارایی بدهکار دارد، حق عینی نیست و تنها از برخی امتیازهای حمایتی برخوردار است. طلبکار تنها در فرضی که پای ثقل و اسباب‌چینی به میان آید و بدهکار بخواهد با صورت دادن معامله‌ی صوری اموال خود را دور از دسترس طلبکاران پنهان سازد، یا به قصد فرار از دین دست به تفریط زند، حق اعتراض دارد.

هیچ طلبکاری بر دارایی بدهکار برای استیفای طلب، حق رجحان ندارد و همه‌ی آنان در این امتیاز شریک‌اند، هرچند که دریک زمان بدین جمع نیپوسته باشند. طلبکار قدیمی‌تر در استیفای طلب خود،

ممکن است بروز کند. این امر خود ناشی از پراکندگی دیون موصوف در قوانین مختلف و گاهی اطلاق عبارت قانون گذار، در بیان طبقه‌ای امتیاز دین است. ترتیب اجرای تعهد، در فرضی که چند طلبکار ممتاز، به استناد قوانین مختلف، خود را مقدم بر سایر طلبکاران می‌بینند، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. به‌ویژه اینکه عبارت مقنن، در مقدم داشتن طلبکار، متضمن طبقه‌بندی خاصی نباشد که در این حالت جمع بین حقوق ممکن نیست، مگر به کمک اصول و قواعد حقوقی که در این عرصه بیان شده (همان: ۵-۱).

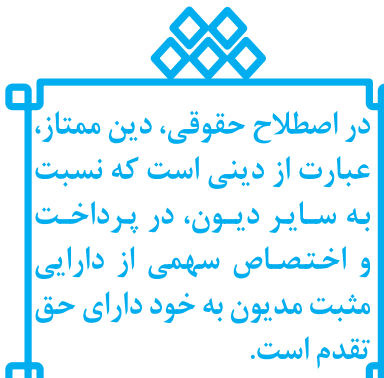
دیون ممتازه دیونی است که بستانکار آنها نسبت به سایر بستانکاران کسی در مقام استیفای طلب، حق تقدم دارد (لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۶۸). حقوق ممتازه اصطلاح جدید است؛ هر نوع حق تقدم مالی (موقع استیفا از من علیه الحق) که مقدم بر حق وثیقه نیز می‌باشد مانند طلب خدمه، در فقه، حق الجنایه از حقوق ممتازه است (همان: ۳۱۴).

به‌موجب حق وثیقه، دارنده‌ی آن می‌تواند تمسک به وثیقه کند، پس مرتهن، مضمون له و مکفول له صاحبان حق وثیقه‌اند. عقد رهن، عقد ضمان و عقد کفالت را عقود وثیقه نامیده‌اند (همان: ۳۰۲). به نقل از فرهنگ عناصر شناسی: (۲۸۰).

۲- بررسی متغیراتی از دیون ممتاز
۲-۱- اثر ورشکستگی بر دیون ممتاز
به‌موجب ماده‌ی ۴۲۱ قانون تجارت: «همین که حکم ورشکستگی صادر شد قروض مؤجل، با رعایت تخفیفات مقتضیه، نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می‌شود». قاعده‌ی مندرج در این ماده خاص تاجر است؛ ولی استثنائاً در برخی موارد، دیون اشخاص ثالث نیز با صدور حکم ورشکستگی حال می‌شود.

۲-۱-۱- حال شدن دیون تاجر:
با صدور حکم ورشکستگی چون وضعیت متوقف به گونه‌ای است که احتمال پرداخت

مذکور، از قبل نیز توافقی در این خصوص صورت گرفته باشد؛ بنابراین از این قبیل دیون، با عنوان «دیون دارای وثیقه‌ی حکمی» یاد شده است. بررسی ماهیت حقوقی امتیاز طلبکار ما را بدین نتیجه می‌رساند که حق طلبکار در مراجعه به مدیون و استیفای طلب خود از اموال وی، به‌طور کامل شبیه حق عینی تبعی و از سنخ این قسم از حقوق است و مسلم که تشخیص ماهیت‌های حقوقی بسته به عنوانی که برای آنها انتخاب گردیده، نیست. از طرفی با ارائه‌ی تعریف حقوقی دیون ممتاز، نمی‌توان افراد خارج از تعریف را به لحاظ شباهت سطحی و بدون تحلیل ماهیت محتوایی آن، در تعریف گنجانده.


در اصطلاح حقوقی، دین ممتاز، عبارت از دینی است که نسبت به سایر دیون، در پرداخت و اختصاص سهمی از دارایی مثبت مدیون به خود دارای حق تقدم است.

بعضی دیون به اعتبار طلبکارشان اختصاص به دیون ممتازی دارد که طلبکار، از اشخاص حقوقی حقوق عمومی است که دیون ممتاز مربوط به مالیات و بیمه‌ی تأمین اجتماعی از این قبیل‌اند.

دیون ممتازی هم هستند که طلبکار از اشخاص حقیقی است همانند دیون ممتاز نفقه و مهریه، ناشی از اعمال ولایت، رابطه‌ی کاری و درمانی.

البته دیون ممتازی وجود دارند که تحت هیچ‌یک از تقسیمات مذکور قرار نمی‌گیرند مثل دیون ممتاز دریایی، شرکت یا اتحادیه‌ی تعاونی و دین ممتاز بانکی.

آنچه در برخورد با دیون ممتاز از اهمیت خاصی برخوردار است، حل تعارضی می‌باشد که میان حقوق داینین ممتاز مختلف،

هیچ رجحانی ندارد و به همین جهت بدهکار می‌تواند با عهده‌دار شدن التزام‌های تازه از اعتباری که پشتوانه‌ی اجرای تعهدهای اوست، بکاهد. به‌علاوه طلبکاران نمی‌توانند بر مال معینی از اموال مدیون، ادعای حق عینی کنند و از «حق تعقیب» که یکی از امتیازهای مهم، این سنخ از حقوق است، بهره‌مند شوند. پس جز در موارد خاصی که به علت فوت یا ورشکستگی بدهکار، دست مدیون از اداره و تصرف در دارایی خود کوتاه است، حق طلبکار عادی زمینه‌ی ناقصی از حق عینی است و نیاز به وسایل دیگری برای تضمین حقوق طلبکاران دارد. از جمله امتیازاتی که طلبکار را در زمان اجرای تعهد یاری می‌دهد و تا اندازه‌ای از رقابت با سایر طلبکاران بی‌نیاز می‌کند، این است که قانون گذار طلب طلبکار را جزو دیون ممتاز متعهد شناخته باشد که در این فرض قانون گذار به خاطر رعایت برخی مصالح اجتماعی و یا ملاحظات چند، استیفای طلب برخی طلبکاران بر برخی دیگر از ایشان را مقدم دانسته و همین مبنا نیز زمینه‌ساز تقسیم‌بندی دیون به عادی و ممتاز گردیده است.

مقنن در تعریف و توجیه این تأسیس حقوقی از روش واحدی تبعیت نکرده و عناوین طلب ممتاز (م ۱۲۰۶ ق.م)، دیون ممتاز (م ۳۳ قانون پولی و بانکی کشور) و گاهی نیز از عنوان حقوق ممتاز (م ۲۹ قانون دریایی) استفاده کرده است. پراکندگی روش قانون گذار، در نوشته‌های حقوقی نیز نفوذ کرده و منجر به استفاده از عناوینی چون حق تقدم، حق رجحان، حقوق ممتاز، طلب ممتاز و تعهدات ممتاز گردیده است.

در بررسی دیون ممتاز به برخی دیون برمی‌خوریم که قانون به طلبکار اجازه می‌دهد از اموالی که از شخص مدیون بنا بر وضعیت خاص شغلی یا رابطه‌ی حقوقی خود با او در اختیار دارد، طلب خود را استیفا نماید، بدون اینکه در برقراری حق

دیون مؤجل بسیار کم است، منطقی نیست که دارایی تاجر فقط میان طلبکارانی تقسیم شود که طلب حال دارند. اصل تساوی میان طلبکاران در حقوق ورشکستگی ایجاب می‌کند که به همه‌ی طلبکاران تاجر، چه کسانی که طلب مؤجل دارند و چه کسانی که طلب حال دارند، به یک چشم نگریسته شود.

حال شدن دیون تاجر جنبه‌ی عام دارد و کلیه‌ی دیون اعم از عادی، ممتاز و دارای وثیقه را شامل می‌شود. بدیهی است که دین باید منجز باشد، نه مشروط و در مورد دین مشروط تا شرط تحقق نیابد، دین ثابت نمی‌شود.

۲-۱-۲- حال شدن دیون اشخاص ثالث:

قانون‌گذار ایران در یک مورد خاص به پیروی از قانون‌گذار فرانسه حال شدن دیون اشخاص ثالث را پیش‌بینی کرده است که در ماده‌ی ۴۲۲ ق.ت: «هرگاه تاجر ورشکسته فته طلبی داده یا براتی صادر کرده که قبول نشده یا براتی را قبولی نوشته، سایر اشخاصی که مسئول تأدیه وجه فته طلب یا برات می‌باشند باید با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، وجه آن را نقداً بپردازند یا تأدیه آن را در سر وعده تأمین نمایند».

باید توجه کرد که چون قاعده‌ی حال شدن دیون اشخاص ثالث به شرح مندرج در ماده‌ی اخیر کاملاً استثنایی است، قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است که اگر هریک از مسئولان سند تجاری پرداخت آن را به هر وسیله‌ای اعم از دادن ضامن یا وثیقه و... تضمین کند، پرداخت آن به زمان سررسید موکول خواهد شد. به علاوه، حال شدن دین فقط در مورد سفته و برات پیش‌بینی شده است و شامل چک نمی‌شود. در واقع چک خلاف برات و سفته، مهلت پرداخت ندارد و به دلیل این پرداخت فوری، حال شدن دین مندرج در آن منتفی است (اسکینی، ۱۳۹۰: ۷۵-۷۲). قانون‌گذار برای تقسیم حاصل فروش اموال

تاجر ورشکسته، طلبکاران را بر حسب تقدم به سه دسته تقسیم کرده است: طلبکاران با حق رهن، طلبکاران با حقوق ممتاز و طلبکاران عادی (همان: ۲۰۵).

در حقوق ایران، تعهد به طلبکار حق می‌دهد که از دارایی بدهکار، برای استیفای طلب خود سود برد. هرچه بدهکار بر دارایی خود بیفزاید، در واقع بر اعتبار وثیقه‌ی عمومی طلبکار عادی افزوده است و هرچه از آن بکاهد، به این اعتبار صدمه زده است، سایه‌ای که حق طلبکار عادی بر دارایی بدهکار دارد، حق عینی نیست و تنها از برخی امتیازهای حمایتی برخوردار است.

طلبکاران با حق رجحان را باید در دو بخش طلبکاران موضوع ماده‌ی ۵۸ ق.ا.ت و طلبکاران دارای حق ممتاز خارج از این ماده دید؛ بخش اول به چهار طبقه تقسیم شده‌اند که هر طبقه بر طبقه‌ی بعدی حق تقدم دارد. **طبقه‌ی اول:** که شامل سه گروه است: الف) خدمه‌ی خانه‌ی تاجر برای مدت یک سال حقوق قبل از توقف؛ ب) خدمتگزاران بنگاه ورشکسته برای شش ماه حقوق قبل از توقف؛ ج) کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می‌گیرند، برای مدت سه ماه حقوق قبل از توقف. این گروه برای دریافت بقیه‌ی حقوق خود وارد غرما می‌شوند. **طبقه‌ی دوم:** کلیه‌ی اشخاصی که مال آنها به عنوان ولایت یا قیمومت تحت اداره‌ی ورشکسته بوده، نسبت به میزانی که ورشکسته از جهت ولایت یا قیمومت مدیون شده است داخل در این طبقه‌اند. این نوع طلب‌ها در صورتی دارای حق تقدم خواهد بود که توقف در دوره‌ی قیمومت یا ولایت یا در ظرف یک سال پس از انقضای آن اعلام شده باشد. **طبقه‌ی سوم:** پزشک

و داروفروش و اشخاصی که مطالبات آنها به مصرف مداوای مدیون و خانواده‌اش در ظرف یک سال قبل از توقف رسیده است، جزء این طبقه هستند. **طبقه‌ی چهارم:** که به دو گروه تقسیم می‌شود: الف) زن؛ پس نفقه زن، اگر مربوط به زمان قبل از صدور حکم ورشکستگی باشد، جزء طلب‌های ممتاز ورشکسته است، ولی اگر مربوط به بعد از آن باشد، زن جزء غرما محسوب می‌شود، مگر آنکه اداره‌ی تصفیه نفقه‌ی وی را جزء هزینه‌های عایله‌ی مدیون پرداخت کرده باشد.

در بخش دوم لازم به ذکر است که قانون‌گذار در قوانین مختلف، برای بعضی طلبکاران، نسبت به دیگران، حق تقدم قائل شده است، بدون آنکه قید کند حق تقدم آنها در مورد بدهکاری ورشکسته باشد نیز صادق است یا خیر. پس باید برای پاسخ به آن حقوق ممتاز مندرج در قوانین را ذکر کنیم:

۱- تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۳ قانون کار فعلی مصوب ۱۳۶۸/۷/۲^(۱)

۲- بند «د» ماده‌ی ۴۱ قانون پولی بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ و اصلاحات بعدی آن^(۲)

۳- ماده‌ی ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵^(۳)

۴- ماده‌ی ۱۵۳ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵^(۴)

۵- ماده‌ی ۲۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳^(۵)

مؤلفان حقوق تجارت اغلب متعرض سؤال یاد شده نشده‌اند. فقط دکتر ستوده‌ی تهرانی به بیان این نکته بسنده کرده است که: «به‌رحال چون تاریخ تصویب قوانین مزبور [خاص] بعد از تصویب قانون اداره‌ی تصفیه‌ی امور ورشکستگی است، ناچار باید در نظر گرفته شوند» (اسکینی به نقل از ستوده‌ی تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج ۴: ۲۷۳) و مشخص نکرده است که این حقوق را باید جزء حقوق رجحان قرار داد یا عادی. مرحوم دکتر

۲-۲- تحلیل تقدم ديون زوجه

هرگاه شوهر فوت کند یا ورشکسته شود و طلبکارانی داشته باشد، آیا طلب زن که ناشی از مهر می باشد، حق تقدم و رجحانی دارد؟

در صورت فوت شوهر، باید به قانون امور حسبی مراجعه کرد که در مبحث اول از فصل پنجم که نحوه استیفای دیون متوفی از ترکه را تعیین می کند. در مادهی ۲۲۶ مقرر می دارد: «...در موقع تقسیم، دیونی که به موجب قوانین دارای حق تقدم و رجحان هستند، رعایت خواهد شد. بستانکاران زیر هریک به ترتیب حق تقدم بر دیگران دارند...طبقه چهارم: الف) نفقه زن مطابق مادهی ۱۲۰۶ قانون مدنی ب) مهریه زن تا میزان ده هزار ریال...»

در صورت ورشکستگی شوهر، پاسخ سؤال یادشده را باید در قانون اداره تصفیة امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸/۴/۲۴ یافت. مادهی ۵۸ آن زیر عنوان «مقررات مخصوص» می گوید: «بستانکارانی که دارای وثیقه اند نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه در برگ تقسیم حاصل فروش، مقدم بر سایر بستانکاران قرار داده می شوند. طلبهایی که دارای وثیقه نیست و همچنین باقی ماندهی طلبهایی که دارای وثیقه بوده و تمام آن از وثیقه پرداخت نشده به ترتیب طبقات زیر بر یکدیگر مقدم اند و در تقسیم نامه حاصل فروش اموال متوقف، این تقدم قید و رعایت می شود...طبقه چهارم، الف) نفقهی زن مطابق مادهی ۱۲۰۶ قانون مدنی؛ ب) مهریهی زن تا میزان ده هزار ریال به شرط آنکه ازدواج اقلاً پنج سال قبل از توقف واقع شده باشد و نسبت به مازاد، جزء سایر دیون محسوب می شود.»

دو نکته در این قانون اینکه اول، تمام طلب زن جزء دیون ممتاز محسوب نگردیده، بلکه تا میزان ده هزار ریال محدود است. دوم، در قانون اداره تصفیة امور ورشکستگی شرط دیگری نیز اضافه

علی آبادی، در دفاع از نظریة دادسرای دیوان عالی کشور در پروندهای که به رأی وحدت رویه شماره ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ منتهی گردید (روزنامه رسمی، شماره ۷۷۹۱، ۱۳۵۰/۸/۶؛ مجموعه قوانین سال ۱۳۵۰، بخش رویه قضایی، ص ۱ به بعد)، در مورد حقوق وزارت دارایی در قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۴۵ به رجحان آن بر حقوق دیگر طلبکاران نظر داده و گفته است که این حقوق را باید در درجهی دوم و پس از حقوق کارگران قرار داد.

دیوان عالی کشور این اولویت را مردود اعلام کرده است: قانون تصفیة امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و مادهی ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن از اموال و دارایی عموم مؤدیان ناظر بر اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می باشد [نیست].»

در مورد دستهی سوم از طلبکاران یعنی، طلبکاران عادی، به جز کسانی که به عنوان طلبکاران با حق وثیقه و حق رجحان برشمردیم، طلبکاران دیگر، عادی تلقی شده و در مادهی ۵۸ قانون اداره تصفیة در طبقه پنجم قرار گرفته اند. طلبکارانی که دارای وثیقه اند، ولی حاصل فروش مال برای ادای طلب آنان کافی نیست نیز به نسبت آنچه از طلب آنها باقی است، جزء طلبکاران عادی قرار می گیرند. خلاف آنچه در بعضی کشورها (نظیر بلژیک) می گذرد، در حقوق ایران به لحاظ پذیرفتن اصل انتقال مالکیت محل در اسناد براتی (برات، سفته و چک) دارندهی این گونه اسناد هیچ گونه حق تقدمی نسبت به دیگر طلبکاران ندارد و به اصطلاح طلبشان عادی است (اسکینی، ۱۳۹۰؛ ۲۱۳-۲۰۸).

شده است و آن اینکه ازدواج، حداقل ۵ سال قبل از توقف واقع شده باشد. بدیهی است که نسبت به مازاد همان گونه که این قانون تصریح نموده، جزء سایر دیون یعنی دیون عادی محسوب می گردد و فاقد حق تقدم است.

توجه به هردو قانون یادشده نیز به خوبی نشان می دهد که در اول، مبلغ ناچیزی از مهریه واجد حق تقدم است. دیگر که قرار دادن مهریهی زن در طبقه چهارم و بعد از مطالبات خدمه خانه، طلب پزشک و داروفروش چندان منصفانه نیست. به همین جهت عدالت و انصاف اقتضا دارد که تمام مبلغ مهریه یا حداقل نصف آن مشمول حق تقدم گردد و سومین نکته، طلب زن به علت مهریه در طبقه اول قرار می گیرد نه در طبقه چهارم، بدین ترتیب اصلاح مقررات یادشده ضروری به نظر می رسد و امکان وصول مهریه به عنوان دین ممتاز باید در مقررات موضوعه کشوری تضمین و تأمین گردد؛ بنابراین اصلاح مواد ۲۲۶ ق. امور حسبی و ۵۸ ق. اداره تصفیة امور ورشکستگی به شرح ذیل مورد پیشنهاد است:

«اصلاح مادهی ۲۲۶ طبقه اول:

ب) مهریهی زن

«اصلاح مادهی ۵۸ طبقه اول:

ب) مهریهی زن

مادهی ۱۲۰۶ ق.م نفقهی زن را طلب ممتاز شناخته است و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن بر غرما مقدم می باشد و مادهی ۵۸ قانون تصفیة ۱۳۱۸ که طلبهای بدون وثیقه از تاجر ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم کرده و نفقهی زن را در طبقه چهارم قرار داده است. همچنین، مادهی ۲۲۶ ق.ا.ج ۱۳۱۹ در مورد بستانکاران متوفی به همین نحو عمل کرده است؛ اما این سؤال باقی است که آیا با پیش بینی مقررات یادشده، حمایت خانواده و زن در وصول نفقه اش به طور کامل صورت گرفته است یا خیر؟

در پاسخ، اولاً؛ می‌توان با وضع قانون و به‌منظور حمایت زن تصریح به این امر نمود که نفقه‌ی زن بر دین با وثیقه‌ی شوهر نیز مقدم است.

ثانیاً؛ طلب وی از بابت نفقه در صدر دیون ممتازه قرار دارد.

ثالثاً؛ این استنباط برخی حقوقدانان که معتقدند حمایت از دولت و تأمین منافع عمومی اقتضا دارد طلب دولت و مطالبات سازمان‌های اجتماعی را به خاطر حفظ نظم و ترجیح منافع عمومی بر خصوصی، مقدم بر دیون و حتی نفقه‌ی زن بدانیم، قابل مناقشه است؛ زیرا نفقه‌ی زن به‌منظور حفظ نفس محترمه و شریفه‌ای است که از نظر عقلی و شرعی واجب می‌باشد و نمی‌توان مطالبات دولت را بر آن مقدم دانست، چون این نوع مطالبات به دلیل اینکه مورد ابتلای همگانی نیست، درصد بسیار ناچیزی از درآمد دولت را تشکیل می‌دهد و حتی اگر دولت موفق به وصول آن نشود، لطمه‌ی جدی به او وارد نمی‌آید، درحالی‌که اگر نفقه‌ی زن پرداخت نشود یا در تأدیه‌ی آن تأخیر صورت گیرد، حیات او آسیب می‌بیند. از سوی دیگر، قوانین ناظر به وصول مالیات عام‌اند و قوانین مربوط به پرداخت نفقه خاص. پس عام ناسخ خاص نمی‌باشد.

ماده‌ی ۵۸ ق.ا.ت.او. مصوب ۱۳۱۸ در طبقه‌ی چهارم به دین ممتاز نفقه و مهریه اشاره می‌کند: «الف - نفقه‌ی زن مطابق ماده‌ی ۱۲۰۶ قانون مدنی، ب- مهریه‌ی زن تا میزان ده هزار ریال به شرط آنکه ازدواج اقل از پنج سال قبل از توقف واقع شده باشد و نسبت به مازاد جزو سایر دیون محسوب می‌شود» (صفار، ۱۳۹۰: ۸۰-۷۵). مطابق ماده‌ی ۱۲۰۶ قانون مدنی نفقه‌ی زوجه جزو مطالبات ممتاز است و در صورت افلاس و ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود. قانون مدنی فقط بیان می‌کند که زن در وصول نفقه بر طلبکاران عادی مقدم است؛ اما طبقه

امتیاز طلب زن را در میان اقسام دیون ممتاز مشخص نمی‌نماید، باوجوداین، به نظر می‌رسد ارجاع قانون تصفیه‌ی امور ورشکستگی به قانون مدنی در خصوص طلب ممتاز زن با عبارت «مطابق ماده‌ی ۱۲۰۶ قانون مدنی» فقط از باب تأکید موقعیت امتیاز زن در میان اقسام دیون ورشکسته بوده است.

زن در صورتی نسبت به وصول نفقه بر دیگر طلبکاران عادی مقدم و در طبقه‌ی چهارم طلبکاران ممتاز جای خواهد گرفت که تعلق نفقه به وی با مانع قانونی مواجه نباشد؛ یعنی اگر در عقد نکاح دائم است، ناشزه نباشد (ماده‌ی ۱۱۰۸ ق.م). همچنین، در عقد منقطع در صورتی این حق برای زن متصور است که نفقه شرط شده یا عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد (ماده‌ی ۱۱۱۳ ق.م) و دیگر اینکه عقد نکاح صورت گرفته بین زوجین، از حیث شرایط صحت مختل نباشد، در غیر این صورت، نمی‌تواند منشأ آثار حقوقی قرار گیرد. برخلاف نفقه که مقنن، میزانی برای آنان در نظر نگرفته، مهریه را تا سقف ده هزار ریال ممتاز دانسته، به شرط آنکه حداقل پنج سال قبل از توقف، ازدواج واقع شده باشد و نسبت به مازاد ده هزار ریال را جزو دیون عادی (طبقه‌ی پنجم) دانسته است. حکم این بند از ماده‌ی ۵۸ از جهت اینکه منطبق با نرخ رشد تورم در جامعه‌ی فعلی نیست قابل انتقاد به نظر می‌رسد (دهقانی، ۱۳۸۹: ۸۹-۸۸).

با این توضیح می‌توان با وضع قانون از این جهت نیز ابهام‌زدایی کرد و به‌طور دقیق مشخص نمود که نفقه‌ی زن به‌عنوان طلب ممتاز در صدر مطالبات ممتاز قرار دارد و حتی بر مطالبات دولت و سازمان‌های اجتماعی نیز مقدم است. از طرفی چون نفقه‌ی زن نوعاً و غالباً تنها وسیله‌ی معاش وی محسوب می‌شود، اهمیت آن اقتضا دارد تا نفقه‌ی زن بر دیون با وثیقه‌ی زوج نیز مقدم باشد (صفار، ۱۳۹۰: ۷۸).

نفقه‌ی زن در مقام مقایسه با نفقه‌ی اقارب (خویشاوندان نسبی) دارای ویژگی‌ها و مزایایی به شرح زیر است:

۱- نفقه‌ی زن مقدم بر نفقه‌ی اقارب است (ماده‌ی ۱۲۰۳): اگر کسی توانایی مالی نداشته باشد که هم به زن و هم به خویشاوندان نسبی خود نفقه دهد، زن بر دیگران مقدم خواهد بود.

۲- زن می‌تواند نفقه‌ی زمان گذشته‌ی خود را مطالبه کند و برای وصول آن در دادگاه اقامه‌ی دعوی نماید درحالی‌که «اقارب فقط نسبت به آتیه می‌توانند مطالبه‌ی نفقه نمایند» (ماده‌ی ۱۲۰۶).

۳- نفقه‌ی زن مشروط به فقر او یا تمکن مرد نیست؛ اگرچه زن ثروتمند باشد می‌تواند از شوهر نفقه بخواهد. در صورت خودداری شوهر از دادن نفقه و عدم امکان الزام او به انفاق، قانون به زن حق می‌دهد که از دادگاه تقاضای طلاق نماید (ماده‌ی ۱۱۲۹ ق.م و بند ۲ ماده‌ی ۸ قانون حمایت خانواده) اما در نفقه اقارب فقر یک‌طرف و تمکن طرف دیگر شرط است (مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ ق.م). به علاوه، در مقدار نفقه زن وضع اقتصادی شوهر در نظر گرفته نمی‌شود، درحالی‌که نفقه‌ی اقارب با توجه به وضع اقتصادی منفق تعیین می‌گردد و تکلیف به انفاق تا حدی است که نفقه دهنده در وضع معیشت خود دچار مضیقه نشود (ماده‌ی ۱۱۹۸).

۴- نفقه‌ی زوجه تکلیف یک‌جانبه است و در حقوق ایران زن هیچ‌گاه مکلف به دادن نفقه به شوهر خود نیست، درحالی‌که نفقه‌ی اقارب یک تکلیف متقابل است.

۵- طلب زن بابت نفقه طلب ممتاز است و در صورت ورشکستگی، فوت شوهر و عدم کفایت اموال او برای پرداخت دیون، بر سایر بدهی‌ها مقدم خواهد شد، ولی نفقه‌ی اقارب دارای این خصوصیت نیست. به‌استثنای نفقه‌ی اولاد که طبق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲ قانون حمایت خانواده بر سایر دیون مقدم شده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۱: ۱۳۸).

۲-۳- واجبات میت

مقنن به موجب ماده‌ی ۸۶۹ ق.م.حقوق و دیونی را که به ترکه‌ی میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن ادا شود آورده است. به موجب ماده‌ی ۸۶۷ ق.م. «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند» به دستور ماده‌ی ۸۶۸ همین قانون مالکیت ورثه نسبت به ماترک متوفی متزلزل است و با پرداخت دیون و ادای حقوقی که به ترکه‌ی میت تعلق گرفته است، مستقر می‌گردد و تعهداتی که قائم به وجود شخص متوفی می‌باشد، ساقط می‌گردد و تعهداتی که قائم به وجود شخص متوفی نمی‌باشد از همین تاریخ به ورثه منتقل می‌گردد و حتی قبول ترکه شرط انتقال نخواهد بود. با فوت طبیعی شخص و یا صدور حکم موت فرضی او، تمامی دیون مدت‌دار وی حال می‌گردند (ماده‌ی ۲۳۱ ق.ا.ح. مصوب ۱۳۱۹) (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۶۱).

هرگاه مدیون ورشکسته (که حکم به افلاس او صادر شده و در نتیجه) از تصرف در اموال خود ممنوع شده است، دارای دیون مدت‌داری باشد، به واسطه‌ی محجور شدن او، آن دیون حال (نقد) نمی‌شوند و این خلاف قول ابن‌جنید است (که وی با قیاس مفلّس به میت معتقد به این است که دین‌های مدت‌دار به دین حال مبدل می‌شوند)؛ اما اگر مدیون فوت کند دین‌های مدت‌دار او حال (نقد) می‌شوند ولی با مرگ مالک (مدیون)، دیون مدت‌دار نقد (حال) نمی‌شوند.

در صورتی که ترکه‌ی میت برای طلب همه‌ی طلبکاران کافی نباشد، همگی طلبکاران نسبت به ترکه مساوی خواهند بود (بنابر این، ترکه‌ی میت به نسبت دیون تقسیم شده و در این حکم صاحب عین و غیر او، با هم برابرند)؛ اما در صورتی که ترکه‌ی میت (مدیون) برای دیون او کافی باشد، طبق نظر مشهور فقها طلبکاری که صاحب عین کالا باشد، می‌تواند عین

مال خود را بردارد (خواه ترکه به اندازه‌ی دین باشد یا بیشتر) اما ابن‌جنید گفته است: در صورتی که ترکه‌ی مدیون (میت) به اندازه‌ی دیون او نباشد، صاحب عین می‌تواند مال خود را بردارد (حسینی نیک و احمدزاده، ۱۳۸۸: ۶۷).



به موجب ماده‌ی ۴۲۱ قانون تجارت: «همین که حکم ورشکستگی صادر شد قروض مؤجل، با رعایت تخفیفات مقتضیه، نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می‌شود». قاعده‌ی مندرج در این ماده خاص تاجر است؛ ولی استثنائاً در برخی موارد، دیون اشخاص ثالث نیز با صدور حکم ورشکستگی حال می‌شود.

۳- کیفیت دیون ممتاز بر نهادهای حقوقی

۳-۱- ولایت یا قیمومت

قانون‌گذار جهت حمایت کامل از محجور در متن اجتماع، علاوه بر پیش‌بینی نهادهای حمایتی ولایت یا قیمومت، طلب محجورین از اشخاص مزبور را نیز ممتاز قلمداد و بدین وسیله حمایت کامل خود را از اشخاص محجور اعلام نموده است (دهقانی، ۱۳۸۹: ۷۲).

۳-۲- امور درمان

از آنجاکه ارائه‌ی هر نوع خدمات پزشکی یا دارویی در نظام حقوقی ما ضابطه‌مند است، برای تشخیص هریک از مفاهیم مربوط، باید قواعد حاکم بر آن موضوع را لحاظ کرد تا بتوان به نتیجه‌ی قابل قبولی دست یافت. پس به دلیل اینکه اقدام پزشکان و حتی داروفروشان به‌طور مستقیم در کیفیت سلامت اجتماع اثرگذار است، قانون‌گذار ضمن حمایت از اقشار مرتبط با عملیات درمانی در متن

جامعه، مقرر داشته، در صورتی که این افراد بابت عملیات درمانی که انجام می‌دهند، طلبکار واقع شوند، طلب آنها ممتاز و مقدم بر طلبکاران عادی باشد و البته شخص بیمار کسی است که مطابق معیارهای معین پزشکی، عملکرد جسمی او، متعادل و استاندارد نباشد (همان: ۸۰-۷۹).

۳-۳- شرکت و اتحادیه‌ی تعاونی

«شرکت تعاونی شرکتی است که بین اشخاص حقیقی برای فعالیت در امور مربوط به تولید و توزیع در جهت اهداف مصرح در قانون بخش تعاونی و به منظور بهبود وضع اقتصادی و اجتماعی اعضا از طریق همکاری و تشریک مساعی آنها با رعایت مقررات قانون مزبور تشکیل می‌شود» (همان، ۹۴؛ به نقل از طالب، اصول و اندیشه‌های تعاونی، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۳، ۱۳۸۲: ۱۹).

اقسام دیون ممتاز تعاونی را می‌توان به دیون ممتاز تعاونی منحل از راه ورشکستگی و غیر آن بخش نمود که برای فهم عمیق آن باید به موادی چون ۱۲۵ ق.ش.ت. ۱۳۵۰ و ۵۸ ق.ت.ا.و ۱۳۱۸ مراجعه نمود و بنا به اهمیت ذکر مختصر، در نوع غیر ورشکستگی حق تقدم به ترتیب پرداخت بدهی‌های شرکت یا اتحادیه، پرداخت سهام اعضا و ذخیره‌ی قانونی غیرقابل تقسیم، است (همان: ۹۹-۹۶).

۳-۴- حقوق دریایی

ماده‌ی ۲۹ قانون دریایی حقوق ذیل را نسبت به کشتی، کرایه‌ی حمل در سفری که این حقوق طی آن ایجاد شده، ملحقات کشتی و ملحقات کرایه‌ی حمل که از شروع سفر ایجاد گردیده است، ممتاز تلقی می‌کند: «هزینه‌های دادرسی و مخارجی که برای حفظ منافع مشترک طلبکاران به منظور حفاظت کشتی یا فروش آن و تقسیم حاصل فروش به عمل آمده و همچنین حقوق و عوارض بندری که طبق فهرست سازمان بنادر و کشتیرانی کشور باید پرداخت گردد و سایر حقوق و عوارض

۶-۳- حقوق بانکی

به موجب بند «د» ماده‌ی ۴۱ قانون پولی بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ و اصلاحات بعدی آن در صورتی که توقف یا ورشکستگی بانکی اعلام شود «استرداد سپرده‌های پس‌انداز یا سپرده‌های مشابه تا میزان ۵۰ هزار ریال در درجه اول و سپرده‌های حساب جاری و سپرده‌های ثابت تا همان مبلغ در درجه دوم بر کلیه تعهدات دیگر بانک‌های منحل شده یا ورشکسته و سایر حقوق ممتاز مقدم است».

۳-۷- حقوق کار

ماده‌ی ۲۴ قانون کار سابق و قبل از انقلاب که مزد کارگران را جزء دیون ممتاز کارفرما مقرر کرده بود که باید قبل از سایر قروض - حتی دین مالیاتی - تأمین و پرداخت شود. همین معنا از تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۳ قانون کار فعلی مصوب ۱۳۶۸/۷/۲ استخراج می‌شود. به موجب این تبصره: «مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار، من جمله ضمانت حسن انجام کار پرداخت نمایند» (اسکینی، ۱۳۹۰: ۲۱۲-۲۱۱).

اما بنا به نیاز شناخت تخصصی شاید تعریف زیر که پل دوران- استاد فقید حقوق کار فرانسه- فارغ از ملاحظات اقتصادی و دیدگاه‌های اجتماعی و تنها با تکیه بر جنبه‌ی حقوقی موضوع بیان کرده است، از تعریف‌های دیگر مناسب‌تر باشد و در حقوق ما نیز بتوان آن را به کار برد. طبق این تعریف، «حقوق کار بر همه‌ی روابط حقوقی ناشی از انجام کار برای دیگری حاکم است، مشروط بر اینکه اجرای کار با تبعیت یک طرف نسبت به طرف دیگر همراه باشد». مفهوم اجتماعی حقوق کار، جنبه‌ی امری و به خصوص حمایتی آن موجب وضع مقررات پیشگیرانه از هرگونه سوءاستفاده از کارگر از جمله در ایجاد دین ممتاز برای او در نظر گرفته شده است (عراقی، ۱۳۹۲: ۱۸، ۱۹، ۲۰).

عمومی مشابه و همچنین هزینه‌ی حفاظت کشتی پس از ورود به آخرین بندر؛
- مطالبات ناشی از قرارداد استخدام فرمانده، ملوانان و سایر کارکنان کشتی؛
- اجرت و هرگونه پرداخت مربوط به تجارت نجات و کمک در دریا و آن قسمت از خسارات مشترک دریایی که به عهده‌ی کشتی است؛

- خسارات ناشی از تصادم و سایر سوانح کشتیرانی و همچنین خسارات وارده به تأسیسات بندری و کارگاه‌های تعمیر کشتی و راه‌های آبی قابل کشتیرانی و خسارات ناشی از صدمات بدنی وارد شده به مسافری و کارکنان و خسارات نقصان یا آسیب دیدن کالای کشتی و اثاث مسافرین؛

- مطالبات ناشی از قراردادهای عملیاتی که فرمانده در خارج از بندر پایگاه بر طبق اختیارات قانونی خود برای تأمین سفر انجام می‌دهد، خواه فرمانده مالک کشتی باشد یا نباشد و خواه طلبکار فرمانده و تدارک کننده مایحتاج کشتی یا تعمیر کننده کشتی یا وام‌دهنده و یا پیمانکار دیگری باشد».

بنا به ماده‌ی ۳۰ قانون دریایی، این حقوق بر حقوق ناشی از رهن کشتی و همچنین بر حقوق ممتاز مندرج در قوانین دیگر رجحان دارد.

۳-۵- حقوق مالیاتی

به موجب ماده‌ی ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ در موقع وصول مالیات و جرایم آن از درآمد اموال مؤدیان یا ضامن آنها، وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم خواهد داشت.

ماده‌ی ۱۵۳ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۴۵ وزارت دارایی را برای وصول مالیات و جرایم و زیان دیرکرد متعلق، از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات، نسبت به سایر طلبکاران، به‌استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت، دارای حق رجوع می‌داند.

در شرع مقدس اسلام بعضاً در خصوص تعدادی طلبکاران تأکید شده، از جمله حدیث مشهور نبوی «اعطوا الاجیر اجره قبل ان یجف عرقه» که دلالت بر پرداخت فوری مزد کارگر دارد و روایات مستند فقها در احکام اختصاص که به نظر می‌رسد تقدم در وصول طلب برای برخی از طلبکاران چندان هم فاقد وجهت شرعی نیست (دهقانی، ۱۳۸۹: ۲۵). در تبصره ی ۱ م. ۱۳ قانون کار راجع به دیون ممتاز (که در مجمع تشخیص مصلحت نظام به شکل کنونی درآمده است)، با غفلت از متن ماده و تبصره ی ۲، واژه‌های مقاطعه دهنده و مقاطعه کار به کارفرما و پیمانکار تبدیل شده است. همان‌گونه که می‌دانیم، در عرف کارهای عمرانی، برابر اصطلاح مرسوم در سازمان‌های دولتی (با تأثیرپذیری از سازمان برنامه‌بودجه)، صاحب کار را کارفرما می‌نامند. با توجه به اینکه واژه‌ی کارفرما در قانون کار مفهوم خاصی دارد، تغییر اصطلاح نشانه‌ی بی‌دقتی در تنظیم مواد قانونی است. با این توضیح، معنای درست ماده چنین می‌شود که اگر برای نمونه وزارت راه ساختن جاده‌ای را به شرکت راه‌سازی «الف» واگذارد، وزارت مزبور مقاطعه دهنده یا صاحب کار است و شرکت «الف»، مقاطعه کار یا پیمانکار و از لحاظ قانون کار، کارفرمای کارگرانی است که برای راه‌سازی به خدمت می‌گیرد.

در نتیجه اگر شرکت یادشده از بابت مزد با دیگر حقوق قانونی، به کارگران بدهکار شود و بر اثر عدم پرداخت مطالبات کارگران، آنان به مراجع حل اختلاف شکایت کنند، از آنجاکه این مطالبات جزو دیون ممتاز شرکت و به تعبیر دقیق تر طلب ممتاز کارگران محسوب می شود و وزارت راه که صاحب کار شرکت (به تعبیر نادرست استفاده شده در تبصره ی یک، کارفرما) محسوب می شود، برابر تبصره ی مزبور باید از محل مطالبات شرکت، بدهی های آن را به کارگران بپردازد (عراقی، ۱۳۹۲: ۱۴۱-۱۴۰).

۳-۸- دیون دارای وثیقه‌ی حکمی

برخی دیون‌اند که امتیاز قانون‌گذار نسبت به آنها فراتر از حق تقدم صرف در استیفای دین است و به‌نوعی علاوه بر اعطای حق تقدم، به طلبکاران این اجازه را می‌دهد که نسبت به اموالی که از مدیون در اختیار دارند، طلب خود

برآمد:

دیون ممتاز - که از جهت فارسی مآبی شایسته است، آن را ممتاز خوانیم - حق دینی است؛ زیرا از جهت مبنا و ضمانت اجرا با حق عینی فرق دارد. «دیون ممتاز» فلسفه‌ی احترام به حق و قدرشناسی را نمایان می‌کند. دلیل توقف بر چراغ‌قرمز چیست؟ یا جزو اولین آموخته‌های ما «همه‌جا به‌نوبت» بوده است. به دیون ممتاز نیز بابت همین نکته توجه می‌کنیم. وقتی دین زوجه را بر گردن زوج مهم‌ترین دین ممتاز قابل تأدیه در قبال سایرین بدانیم که در حقیقت در مدینه‌ای فاضله این‌گونه است، به پاس حرمت جایگاه زن در پایگاه اجتماعی خانواده می‌باشد، چراکه مردان در دامن زنان رشد و تکامل می‌یابند و کلمه‌ی «انسان» شامل هر دو جنس خود می‌شود و مطالب زیادی مؤید این موضوع است، ولی همواره مقدار کم از جحیت دین وی، برای هر خواننده‌ای محل سؤال و شایسته اصلاح می‌شود.

پی‌نوشت‌ها:

۱. مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار، من جمله ضمانت حسن انجام کار، پرداخت نمایند.
 ۲. استرداد سپرده‌های پس‌انداز یا سپرده‌های مشابه تا میزان پنجاه هزار ریال در درجه اول و سپرده‌های حساب جاری و سپرده‌های ثابت تا همان مبلغ در درجه دوم بر کلیه تعهدات دیگر بانک‌های منحل شده یا ورشکسته و سایر حقوق ممتاز مقدم است.
 ۳. در موقع وصول مالیات و جرایم آن از درآمد و اموال مؤدیان یا ضامن آنها، وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم خواهد داشت.
 ۴. وزارت دارایی برای وصول مالیات و جرایم و زیان دیرکرد متعلق از مؤدیان و مسئولین پرداخت مالیات نسبت به سایر طلبکاران به‌استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت حق تقدم خواهد داشت.
 ۵. حقوق مشروحه ذیل نسبت به کشتی و نسبت به کرایه حمل در سفری که این حقوق طی آن ایجاد شده و نسبت به ملحقات کشتی و ملحقات کرایه حمل (موضوع ماده‌ی ۳۵) که از شروع سفر ایجاد شده است ممتاز تلقی می‌شود:
- ۱- هزینه‌های دادرسی و مخارجی که برای حفظ منابع مشترک طلبکاران به‌منظور حفاظت کشتی یا فروش آن و تقسیم حاصل فروش به‌عمل آمده و همچنین حقوق و عوارض بندری که بر طبق فهرست سازمان بنادر و کشتیرانی قانوناً باید پرداخت گردد و سایر حقوق و عوارض عمومی مشابه و همچنین هزینه حفاظت کشتی پس از ورود به آخرین بندر.
 - ۲- مطالبات ناشی از قرارداد استخدام فرمانده-ملوانان و سایر کارکنان کشتی.
 - ۳- اجرت و هرگونه پرداخت مربوط به نجات و کمک در دریا و آن قسمت از خسارات مشترک دریایی که به عهده کشتی است.
 - ۴- خسارات ناشی از تصادم و سایر سوانح کشتیرانی همچنین خسارات وارده به تأسیسات بندری و کارگاه‌های تعمیر کشتی و راه‌های آبی قابل کشتیرانی و خسارات ناشی از صدمات بدنی وارد شده به مسافری و کارکنان کشتی و خسارات فقدان یا آسیب دیدن کالای کشتی و اثاث مسافری.
 ۵. مطالبات ناشی از قراردادها و عملیاتی که فرمانده در خارج از بندر پایگاه بر طبق اختیارات قانونی خود برای تأمین احتیاجات واقعی از نظر حفظ کشتی یا امکان ادامه سفر انجام می‌دهند خواه فرمانده مالک کشتی باشد یا نباشد و خواه طلبکار

فرمانده و یا تدارک کننده مایحتاج کشتی یا تعمیر کننده کشتی یا وام دهنده و یا پیمانکار دیگری باشد.

اشخاصی که احتیاجات مذکور در این بند را فراهم می‌نمایند هرگاه اطلاع داشته باشند و یا بتوانند با توجه و دقت معمولی اطلاع حاصل کنند که فرمانده مجاز در اقدامات مزبور نبوده، مطالبات آنها از حقوق ممتاز محسوب نخواهد شد.

۶. ماده‌ی ۱۳ ق.ا.گ. مصوب ۱۳۵۰: «در صورتی که صاحب کالا ظرف سی روز از تاریخ قطعی شدن تشخیص گمرک یا از تاریخ ابلاغ رأی قطعی کمیسیون رسیدگی به اختلافات گمرکی، کالا را با پرداخت وجوهی که به ورود قطعی آن تعلق می‌گیرد، ترخیص نکنند، در این صورت پس از انقضای حداقل ۴ ماه از تاریخ ورود کالا، گمرک می‌تواند بدون رعایت اخطار و آگهی، آن را طبق ضوابط ماده‌ی ۲۵ به فروش رسانده و وجوهی را که به ورود آن کالا تعلق می‌گیرد، بر اساس ارزش قطعی شده محسوب و برداشت کند».

۷. ماده‌ی ۲۳ قانون اساسنامه بانک ملی ایران مصوب ۱۳۴۶: «چنانچه مشتریان بانک بدهی خود را به‌موقع به بانک نپردازند یا ترتیب رضایت بخشی برای واریز آن ندهند، بانک می‌تواند کلیه مطالبات خود را از هرگونه موجودی و حساب آنها برداشت نماید».

فهرست منابع:

- ۱- دهقانی، محمود، دیون ممتاز در نظام حقوقی ایران، انتشارات جاودانه: جنگل، چ ۱، ۱۳۸۹.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چ ۳، ۱۳۸۹.
- ۳- عراقی، سیدعزت...، حقوق کار، ج ۱ (ویراست ۴)، سمت، چ ۱۴، ۱۳۹۲.
- ۴- صفایی، سیدحسین و امامی، اسد...، مختصر حقوق خانواده، میزان، چ ۳۰، ۱۳۹۱.
- ۵- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)، سمت، چ ۱۴، ۱۳۹۰.
- ۶- حسینی نیک، سید عباس و احمدزاده، ابوالفضل، مباحث حقوقی لمعه‌ی دمشقیه، انتشارات مجد، چ ۸، ۱۳۸۸.
- ۷- صفایی، سید حسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، سمت، چ ۱۶، ۱۳۸۹.
- ۸- صفار، محمدجواد، درس‌هایی از حقوق خانواده با تکیه بر موقعیت حقوقی زن در نکاح و طلاق، انتشارات جنگل: جاودانه، چ ۳، ۱۳۹۰.

آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور



**رأی وحدت رویه شماره ۷۷۲ -
۱۳۹۷/۹/۲۰ هیئت عمومی دیوان
عالی کشور
شماره ۱۳۹۷/۱۰/۲۴-۱۱۰/۱۵۲/۱۰۶۳۵
مقدمه**

جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای رسیدگی به پرونده وحدت رویه ردیف ۵۶/۹۷ رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه‌شنبه مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰ به ریاست حجت‌الاسلام والمسلمین جناب آقای حسین کریمی رئیس دیوان عالی کشور و با حضور حجت‌الاسلام والمسلمین جناب آقای محمد مصدق نماینده دادستان محترم کل کشور و شرکت حضرات آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن حضرت آیت‌الله محمدی گیلانی (ره) منعقد و پس از تلاوت آیاتی از کلام‌الله مجید و قرائت گزارش پرونده و اظهار نظر تعدادی از اعضای حاضر و اعلام نظر نماینده دادستان محترم کل کشور که ذیلاً منعکس شده است، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۷۲ - ۱۳۹۷/۹/۲۰ منتهی گردید.

الف: گزارش پرونده

احتراماً معروض می‌دارد: براساس گزارش واصله از ناحیه تعدادی از اعضای محترم

شعب رسیدگی کننده به جرایم مواد مخدر در دیوان عالی کشور، از شعب مختلف دادگاه‌های انقلاب اسلامی، با اختلاف استنباط از مقررات تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آراء متفاوت صادر شده است که خلاصه جریان امر به شرح ذیل منعکس می‌شود:

الف-طبق محتویات پرونده شماره‌ی ۹۶۱۶۸۰ شعبه چهارم دادگاه انقلاب اسلامی اصفهان دو نفر به اسامی ۱-احمد رضا... ۲-هوشنگ... به اتهام شرکت در حمل یکصد و هشتاد و هشت کیلو و چهارصد و پانزده گرم تریاک و حشیش محاکمه و طی دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۴ مورخه ۱۳۹۷/۱/۲۹ مستنداً به مواد یک و بند ۶ ماده‌ی ۵ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و ماده‌ی ۴۵ الحاقی قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مشارالیهما از کلیه نهادهای ارفاقی بهره‌مند نخواهد شد و بدین وسیله تقاضای نامبردگان مردود اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی می‌باشد.

ب- برابر محتویات حکایت پرونده شماره‌ی ۹۶۰۰۱۴ شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان سه نفر به اسامی ۱- خانم عفت... ۲-مصطفی... ۳-امیر حسین... به ترتیب، به اتهام نگهداری، حمل و معاونت در حمل مقدار دویست کیلوگرم حشیش و بیست و هفت کیلو و ششصد گرم تریاک محاکمه و

شعب رسیدگی کننده به جرایم مواد مخدر در دیوان عالی کشور، از شعب مختلف دادگاه‌های انقلاب اسلامی، با اختلاف استنباط از مقررات تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ و ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آراء متفاوت صادر شده است که خلاصه جریان امر به شرح ذیل منعکس می‌شود:

مقررات ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی

طی دادنامه ۱۳۰۵-۱۳۹۶/۱۲/۲۸ نفر اول به تحمل هفده سال حبس و پرداخت جزای نقدی معادل هفتصد میلیون و یکصد هزار ریال و هر یک از متهمان بعدی از بابت نگهداری و حمل مواد مخدر به تحمل بیست و پنج سال حبس و پرداخت یک میلیارد ریال جزای نقدی و از بابت معاونت در حمل مواد مخدر به تحمل پانزده سال حبس و پرداخت پانصد و پنجاه میلیون ریال جزای نقدی محکوم شده‌اند و نسبت به سایر جرایم ارتكابی از قبیل نگهداری و افور و غیره نیز مجازات‌های جداگانه مقرر گردیده است. آقایان مصطفی... و امیرحسین... در فرجه قانونی، با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی تقاضا کرده‌اند در حدود مقررات ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری محکومیت‌های آنان را تخفیف دهند که شعبه دوم دادگاه انقلاب کرمان طی دادنامه‌های ۲۰۰۳۴-۱۳۹۷/۱/۲۱ و ۲۰۰۲۱۰-۱۳۹۷/۲/۲۰ که به شرح زیر منعکس شده‌اند در خصوص مورد اتخاذ تصمیم کرده است:

۱- در خصوص تقاضای تخفیف مجازات محکوم آقای امیرحسین... موضوع دادنامه شماره‌ی ۸۲۰۱۳۰۵ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۸ دادگاه نظر به اینکه حکم محکومیت متقاضی در مورخه ۱۳۹۷/۱/۵ ابلاغ و با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی در مهلت قانونی درخواست تخفیف مجازات نموده که به لحاظ فراهم بودن شرایط و ارکان ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری در این مرحله دادگاه مجازات نامبرده را از بابت نگهداری و حمل مواد به تحمل نوزده سال حبس و پرداخت هفتصد و پنجاه میلیون ریال جزای نقدی و از بابت معاونت در حمل مواد مذکور به تحمل دوازده سال و شش ماه حبس و پرداخت

چهارصد و بیست میلیون ریال جزای نقدی که مجازات اشد قابل اجراست و بابت نگهداری ۱۲۲ گرم تریاک به پرداخت دوازده میلیون ریال و پنجاه و شش ضربه شلاق که مجازات اشد قابل اجراست و بابت نگهداری و افور به پرداخت هشتاد هزار ریال جزای نقدی تقلیل و تخفیف می‌نماید رأی صادره قطعی است.

۲- در خصوص تقاضای تخفیف مجازات محکوم آقای مصطفی... موضوع دادنامه شماره‌ی ۸۲۰۲۰۴۹ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۸ دادگاه نظر به اینکه حکم محکومیت متقاضی در مورخه ۱۳۹۷/۱/۵ ابلاغ و با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی در مهلت قانونی درخواست تخفیف مجازات نموده که به لحاظ فراهم بودن شرایط و ارکان ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری در این مرحله دادگاه مجازات نامبرده را از بابت نگهداری و حمل مواد به تحمل نوزده سال حبس و پرداخت هفتصد و پنجاه میلیون ریال جزای نقدی و از بابت معاونت در حمل مواد مذکور به تحمل دوازده سال و شش ماه حبس و پرداخت چهارصد و بیست میلیون ریال جزای نقدی که مجازات اشد قابل اجراست تقلیل و تخفیف می‌نماید رأی صادره قطعی است. با توجه به مراتب مذکور، چون شعبه چهارم دادگاه انقلاب اسلامی اصفهان طی دادنامه فوق‌الاشعار مقررات موضوع ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری را درباره دو نفر از محکومان که جرم ارتكابی آنان از دسته جرایم تعزیری درجه سه به بالا تر می‌باشد قابل اعمال ندانسته ولی شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان در نظیر مورد درخواست محکومان را قانونی تشخیص داده و محکومیت‌های آنان را با استناد به ماده‌ی اخیرالذکر تخفیف داده

است و در نتیجه چون در موارد مشابه با اختلاف استنباط از مقررات قانون آراء متفاوت صادر شده است، لذا در اجرای ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری طرح موضوع را برای صدور رأی وحدت رویه قضایی درخواست می‌نماید.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور
موضوع درخواست رأی وحدت رویه از هیئت عمومی دیوان عالی کشور از این قرار است که: الف - شعبه چهارم دادگاه انقلاب اسلامی اصفهان فردی را به اتهام حمل حدود ۱۸۸ کیلوگرم مواد مخدر از نوع تریاک به استناد ماده‌ی ۱ و بند ۶ ماده‌ی ۵ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و با رعایت ماده‌ی ۴۵ قانون الحاقی به تحمل ۲۰ سال حبس تعزیری درجه ۲ و ... محکوم کرده است نامبرده در اجرای ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی خود در حدود مقررات آن ماده، تقاضای تخفیف مجازات نموده است ولیکن شعبه چهارم دادگاه انقلاب اسلامی اصفهان مستنداً به تبصره ذیل ماده‌ی ۴۵ قانون الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر، درخواست وی را مردود اعلام کرده است.

ب - در پرونده مشابهی، شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان فردی را به اتهام حمل مواد مخدر از نوع تریاک به تحمل ۲۵ سال حبس تعزیری درجه ۲ و ... محکوم کرده و محکوم‌علیه در اجرای ماده‌ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی خود تقاضای تخفیف مجازات نموده است که این شعبه در اجرای آن ماده حبس وی را به ۱۹ سال تقلیل داده است.

همان گونه که ملاحظه می شود شعبه چهارم دادگاه انقلاب اسلامی با استنباط از تبصره ذیل ماده ی ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر موضوع پرونده را مشمول آن تبصره دانسته و محکوم علیه را از مزایای ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری محروم ساخته است ولیکن شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان با استنباطی متفاوت، موضوع پرونده را خارج از شمول آن تبصره دانسته و محکوم علیه را از مزایای موضوع ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری بهره مند ساخته است. به نظر می رسد برداشت شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان به چهار دلیل صائب و منطبق با قانون است:

نخست: با ملاحظه تبصره ماده ی ۴۵ الحاقی مشخص می شود که قانون گذار در جرایم مربوط به مواد مخدر که مجازات قانونی آنها بیش از ۵ سال حبس می باشد سه حالت را تصور کرده است:

حالت اول: دادگاه مجازات مرتکب را به کمتر از حداقل مجازات قانونی تعیین می نماید. حالت دوم: دادگاه مجازات مرتکب را به میزان حداقل مجازات قانونی جرم ارتكابی تعیین می نماید.

حالت سوم: دادگاه مجازات مرتکب را بیش از مجازات حداقل قانونی جرم ارتكابی تعیین می نماید.

قانون گذار مرتکب را فقط در حالت دوم از نهادهای ارفاقی از جمله آزادی مشروط و... محروم ساخته است در حالی که موضوع این پرونده ها از نوع حالت سوم است که قانون گذار هیچ گونه محدودیتی به جز در خصوص تعلیق مجازات در خصوص اعمال سایر نهادهای ارفاقی از جمله موضوع ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر نکرده است.

دلیل دوم: نهادهای مقرر در قوانین، دو گونه اند اعمال بعضی از آنها در اختیار دادگاه است که قانون گذار در آن موارد از کلمه «می تواند» استفاده کرده است مانند آزادی مشروط و تعلیق مجازات و برخی دیگر الزامی هستند که قانون گذار در آن موارد عبارت «...دادگاه تخفیف می دهد» استفاده کرده که موضوع بهره مندی از ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری از نوع دوم و الزامی است به تعبیر دیگر براساس این ماده، قانون گذار در برابر اسقاط حق تجدیدنظرخواهی مرتکب توسط وی با او قرارداد بسته است که چنانچه وی حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط کند دادگاه او را از تخفیف مجازات مقرر در این ماده بهره مند خواهد ساخت. تبصره ی ماده ی ۴۵ الحاقی که در اعمال نهادهای ارفاقی محدودیت ایجاد کرده است، ناظر به موارد الزامی نیست؛ بنابراین موضوع این گونه پرونده ها تخصصاً از موضوع ماده ی ۴۵ خارج است.

دلیل سوم: روح قانون: قانون گذار طبق این تبصره اجازه داده است که دادگاه مجازات مرتکب را تا میانگین حداقل یعنی ۷/۵ سال تخفیف دهد؛ بنابراین چطور امکان پذیر است که همین قانون گذار اجازه ندهد که مجازات مرتکب در همین فرض در اجرای ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی از ۲۵ سال به ۱۹ سال حبس تعزیری تقلیل پیدا کند.

دلیل چهارم: تفسیر به نفع متهم: چنانچه در استنباط از قانون تردید حاصل شود همه حقوق دانان معتقدند که قانون باید به نفع متهم تفسیر شود؛ بنابراین در فرض این پرونده تفسیر به نفع متهم اقتضاء دارد که قانون را طوری تفسیر کنیم که مرتکب از برخورداری

از این نهاد ارفاقی محروم نشود. با توجه به مراتب فوق، استنباط شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان از قانون مورد تأیید می باشد.

ج: رأی وحدت رویه شماره ی ۷۷۲ - ۱۳۹۷/۹/۲۰

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

ماده ی ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر داشته در تمام محکومیت های تعزیری در صورتی که دادستان از حکم صادره درخواست تجدیدنظر نکرده باشد چنانچه محکوم علیه حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط یا درخواست را مسترد نماید دادگاه به موضوع رسیدگی و مجازات تعیین شده را در حد مقرر در آن ماده تخفیف می دهد با توجه به سیاق عبارات آن، برای دادگاه افاده تکلیف می نماید. از این رو از شمول مقررات تبصره ماده ی ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶/۷/۱۲ خارج است و رأی شعبه دوم دادگاه انقلاب اسلامی کرمان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می شود. این رأی طبق ماده ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه ۷۷۳ - ۱۳۹۷/۹/۲۰

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

شماره ۱۰۶۳۵/۱۵۲/۱۱۰ - ۱۳۹۷/۱۰/۲۴

مقدمه

جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور برای رسیدگی به پرونده وحدت رویه ردیف ۵۷/۹۷ رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه شنبه مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰ به ریاست

حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای حسین کریمی رئیس دیوان عالی کشور و با حضور حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای محمد مصدق نماینده دادستان محترم کل کشور و شرکت حضرات آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن حضرت آیت الله محمدی گیلانی (ره) منعقد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و اظهار نظر تعدادی از اعضای حاضر و اعلام نظر نماینده دادستان محترم کل کشور که ذیلاً منعکس شده است، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۷۳ - ۱۳۹۷/۹/۲۰ منتهی گردید.

الف: گزارش پرونده

احتراماً معروض می‌دارد: به دلالت محتویات پرونده‌های شماره ۹۷۳۴۸۸ و ۹۷۲۰۰۷ شعب نوزدهم و سی و ششم دیوان عالی کشور با اختلاف استنباط از ماده ۲۷ قانون شورای حل اختلاف آراء متفاوت صادر شده است که خلاصه آنها به شرح زیر گزارش می‌شود:

الف - مطابق محتویات پرونده مربوط به شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور به شماره مرقوم، آقای محمدرضا... در شعبه پانزدهم شورای حل اختلاف نیشابور طی دادنامه ۵۷/۱۰۰ - ۱۳۹۷/۲/۳۰ به استرداد جهیزیه همسرش محکوم و به این دادنامه اعتراض کرده است پرونده به شعبه اول دادگاه خانواده ارجاع شده؛ ولی طی دادنامه ۹۰۰۹۷۱ - ۱۳۹۷/۷/۹ که عیناً نقل می‌شود به شایستگی دادگاه حقوقی نیشابور قرار عدم صلاحیت صادر کرده‌اند: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای محمدرضا... به طرفیت خانم فاطمه... نسبت به دادنامه شماره ۵۷/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۲/۳۰ صادره از شعبه شورای حل

اختلاف نیشابور که به موجب آن حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه صادر و اعلام شده است و با عنایت به محتویات پرونده، نظر به اینکه به صراحت ماده ۲۷ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۶ (که مؤخرالتصویب از قانون حمایت خانواده می‌باشد) مقرر داشته: ... مرجع تجدیدنظر از آرای قاضی شورا حسب مورد دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری ۲ همان حوزه قضایی می‌باشد؛ بنابراین مرجع تجدیدنظر از آرای شورای حل اختلاف دادگاه عمومی و حقوقی است و نه خانواده چرا که قانون‌گذار در مقام بیان (پس از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۷/۱۲/۱ و با علم به تشکیل محاکم خانواده) رسیدگی در مقام تجدیدنظر از آرای شورا را منصرف از دادگاه خانواده دانسته و ماده ۲۷ قانون شورا ناظر به موارد مندرج در بند ج ماده ۹ آن قانون را (با توجه به نصاب آن) در صلاحیت شورای حل اختلاف دانسته و دادگاه خانواده صلاحیت رسیدگی ندارد. بدیهی است موارد خارج از بند ج ماده ۹ آن قانون برابر ماده ۴ قانون حمایت در صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده و مرجع تجدیدنظر آن مرکز استان است؛ به عبارت دیگر قانون‌گذار امور مربوط به خانواده را به دو بخش تقسیم نموده بخشی از آن را در صلاحیت شورا دانسته و مرجع تجدیدنظر آن را در ماده ۲۷ قانون شورا تعیین کرده و بخشی از آن را در صلاحیت دادگاه خانواده دانسته و تجدیدنظر آن را به دادگاه تجدیدنظر استان و اگذار نموده است و از طرفی مطابق رأی وحدت رویه ۷۶۹ دیوان عالی کشور مورخه ۱۳۹۷/۴/۲۶ مقرر داشته که صلاحیت دادگاه خانواده ذاتی می‌باشد علی‌هذا دادگاه با وصف

مراتب فوق ضمن نفی صلاحیت خویش مستنداً به ماده ۲۷ قانون شورای حل اختلاف عدم صلاحیت این دادگاه را به صلاحیت و شایستگی دادگاه حقوقی شهرستان نیشابور صادر و اعلام می‌دارد». سپس پرونده در شعبه سوم عمومی حقوقی مطرح شده و این شعبه نیز با نفی صلاحیت ذاتی خویش در خصوص مورد به موجب دادنامه شماره ۹۰۰۵۸۲ - ۱۳۹۷/۷/۲۹ به شرح زیر اقدام کرده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای محمدرضا... نسبت به دادنامه شماره ۵۷/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۲/۳۰ صادره از ناحیه قاضی شعبه ۱۵ شورای حل اختلاف نیشابور که طی دادنامه شماره فوق تجدیدنظرخواه به استرداد کلیه اقامت جهیزیه وفق سند عادی پیوست و پرداخت هزینه دادرسی به نفع تجدیدنظر خوانده محکوم شده و پرونده بدو جهت رسیدگی به شعبه اول دادگاه خانواده ارجاع گردیده و ریاست محترم شعبه اول دادگاه خانواده به شرح دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۵۱۹۸۹۰۰۹۷۱ مورخ ۱۳۹۷/۷/۹ و با استدلال مذکور در دادنامه شماره فوق قرار عدم صلاحیت دادگاه خانواده را به شایستگی دادگاه حقوقی نیشابور صادر و پرونده جهت رسیدگی به این دادگاه ارجاع گردیده است. با عنایت به محتویات پرونده و نظر به اینکه خواسته خواهان بدوی (تجدیدنظر خوانده) مطالبه جهیزیه می‌باشد و نظر به اینکه برابر ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ رسیدگی به تعدادی از دعاوی از جمله دعاوی مطالبه جهیزیه در صلاحیت اختصاصی دادگاه خانواده قرار گرفته و قانون‌گذار بنا به مصالحی از جمله تخصصی بودن این گونه دعاوی و به جهت حمایت از ارکان خانواده رسیدگی به این

دعاوی را در صلاحیت ذاتی و اختصاصی دادگاه خانواده که با حضور و اظهار نظر قاضی مشاور تشکیل می گردد دانسته است و دادگاه های حقوقی اصولاً صلاحیت ذاتی رسیدگی به دعاوی مربوط به جهیزیه را نداشته و مفاد ماده ی ۲۷ قانون شورای حل اختلاف نافی صلاحیت دادگاه خانواده و مجوزی برای رسیدگی دادگاه های حقوقی در رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دعاوی که در صلاحیت ذاتی دادگاه های حقوقی نیست نمی باشد و مضافاً برابر تبصره ی ۲ ماده ی ۲۷ قانون شورای حل اختلاف چنانچه رأی مرجع تجدیدنظر در مقام رد صلاحیت شورا باشد بایستی به عنوان دادگاه بدوی رسیدگی ماهوی انجام دهد در حالی که دادگاه حقوقی به جهت عدم صلاحیت ذاتی خود در صورت رد صلاحیت شورا صالح به رسیدگی به دعوی مطالبه جهیزیه آن هم بدون حضور و اظهار نظر قاضی مشاور نمی باشد و به جهت مذکور این دادگاه نیز خود را صالح به رسیدگی ندانسته و مستنداً به ماده ی ۴ قانون حمایت خانواده قرار عدم صلاحیت خود را به شایستگی و اعتبار دادگاه خانواده نیشابور (شعبه اول دادگاه خانواده) که پرونده بدو جهت رسیدگی به آن دادگاه ارجاع گردیده را صادر و اعلام می نماید و با توجه به اختلاف در صلاحیت مقرر است دفتر پرونده از آمار کسر و جهت حل اختلاف به دیوان عالی محترم کشور ارسال شود. پس از وصول پرونده به دیوان عالی کشور و ارجاع امر به شعبه نوزدهم طی دادنامه ۳۶۳۲ - ۱۳۹۷/۸/۱۵ چنین رأی صادر شده است:

«در خصوص اختلاف در صلاحیت شعبه اول خانواده نیشابور و سوم حقوقی نیشابور در رسیدگی به اعتراض به دادنامه صادره

از شورای حل اختلاف آن مرجع نظر به رأی وحدت رویه شماره ی ۷۶۹ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت محترم عمومی دیوان عالی کشور و نیز توجهاً به ماده ی ۲۷ قانون شورای حل اختلاف و سبق ارجاع به شعبه اول دادگاه خانواده شهرستان نیشابور که صفات حقوقی و خانواده در آن جمع می باشد با تأیید استدلال شعبه محترم سوم حقوقی به صلاحیت شعبه اول دادگاه خانواده نیشابور حل اختلاف می نماید. ب - به دلالت محتویات پرونده ۹۷۲۰۰۷ شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی یزد در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای حمید... از دادنامه شماره ۷۸۰۰۴۹۴ شعبه ۱۸ شورای حل اختلاف یزد که محکوم به پرداخت نفقه فرزندان مشترک با خانم رقیه... شده است به استناد ماده ی ۴ قانون حمایت خانواده موضوع را در صلاحیت ذاتی محاکم اختصاصی خانواده دانسته و علیرغم مؤخر بودن بند ث ماده ی ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۹۴ بر قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱ و مستثنا کردن جهیزیه و نفقه و مهریه در حد نصاب ماده ی ۹ مذکور از عموم ماده ی ۴ قانون حمایت خانواده با صدور قرار عدم صلاحیت شماره ی ۱۰۰۰۸۱۹ - ۱۳۹۷/۶/۱۸ به شایستگی دادگاه خانواده یزد پرونده را به مرجع مذکور فرستاده است و شعبه دوم دادگاه خانواده یزد با استدلال به شرح دادنامه شماره ی ۹۲۰۰۸۱۰ - ۱۳۹۷/۷/۳ مبنی بر صلاحیت محاکم عمومی در تجدیدنظر از آرای شوراهای حل اختلاف تا نصاب ۲۰ میلیون تومان در امور جهیزیه و نفقه و مهریه که نیاز به تشکیل دادگاه خانواده با حضور مشاور نبوده است و با استناد به ماده ی ۲۷ قانون

شوراهای یاد شده که محاکم عمومی را مرجع تجدیدنظر از آرای شوراهای حل اختلاف تعیین کرده است با قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگاه های عمومی یزد پرونده را برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور فرستاده است.

که پس از وصول به دیوان عالی کشور و ارجاع آن به شعبه سی و ششم، طی دادنامه ۲۱۵۷ - ۱۳۹۷/۸/۱ به شرح زیر اتخاذ تصمیم کرده اند:

«با توجه به محتویات پرونده و مفاد قرارهای عدم صلاحیت صادره از دادگاه حقوقی و دادگاه خانواده یزد و استدلال هر یک از آنها و توجهاً به رأی وحدت رویه شماره ۷۶۹ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور رسیدگی به تجدیدنظر از آرای شوراهای حل اختلاف در امور جهیزیه و نفقه و مهریه تا نصاب مقرر در ماده ی ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مطابق ماده ی ۲۷ قانون مذکور در صلاحیت دادگاه های عمومی است و دادگاه خانواده به بیش از نصاب مذکور در مرحله بدوی به کلیه امور خانواده موضوع ماده ی ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱ رسیدگی می کند. با تأیید صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی یزد بین دو مرجع قضایی مذکور مستنداً به ماده ی ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی حل اختلاف می گردد. نتیجتاً، نظر به اینکه هیئت محترم شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور به شرح دادنامه مذکور در فوق با استناد به ماده ی ۲۷ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ و التفات به رأی وحدت رویه قضایی ۷۶۹ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ دیوان عالی کشور دادگاه خانواده را مرجع تجدیدنظر احکام شورای حل اختلاف در رسیدگی به دعاوی مربوط به خانواده دانسته است؛ ولی اعضای محترم

هیئت شعبه سی و ششم در نظیر مورد، با همان مستندات دادگاه عمومی حقوقی را مرجع تجدیدنظر اعلام کرده‌اند و با این ترتیب از دو شعبه مختلف دیوان عالی کشور، در موارد مشابه، با اختلاف استنباط از قانون آراء متهاافت صادر شده است؛ لذا به استناد ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری نظر اعضای محترم هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی درخواست می‌نماید.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور
«موضوع درخواست رأی وحدت رویه از هیئت عمومی دیوان عالی کشور از این قرار است که: الف - شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور معتقد است که مرجع رسیدگی به اعتراض محکوم علیه در خصوص دادنامه‌ای که در شورای حل اختلاف به موضوع بند (ج) ماده‌ی ۹ آن قانون رسیدگی شده براساس ماده‌ی ۲۷ همان قانون در صلاحیت دادگاه خانواده است و بر همین اساس در مقام حل اختلاف بین دادگاه حقوقی و دادگاه خانواده با تأیید صلاحیت دادگاه خانواده، حل اختلاف کرده است.

ب - شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور در موضوع مشابه با استنباط متفاوت از ماده‌ی ۲۷ قانون شوراهای حل اختلاف، معتقد است که مرجع رسیدگی به اعتراض در فرض مرقوم، دادگاه حقوقی است و بر همین اساس در مقام حل اختلاف بین شعبه دادگاه حقوقی و دادگاه خانواده با تأیید صلاحیت دادگاه حقوقی، حل اختلاف نموده است.

به نظر می‌رسد با توجه به دلایل زیر نظر شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور صائب و منطبق با موازین قانونی است:

۱- مطابق اصل ۲۱ قانون اساسی و ماده‌ی ۴ قانون حمایت خانواده، رسیدگی به دعاوی خانواده از جمله استرداد جهیزیه به شرح احصائی در آن قانون در صلاحیت انحصاری محاکم خانواده قرار گرفته و این محاکم در ساختار تشکیلات قضایی کشور ایجاد شده است.

۲- اصل تخصصی بودن محاکم ایجاب می‌نماید که رسیدگی به دعاوی تجدیدنظر از آراء قاضی شورای حل اختلاف در محکمه اختصاصی خانواده صورت گیرد. ۳- مقنن در ماده‌ی ۲۷ شوراهای حل اختلاف در مقام تمایز محکمه حقوقی از محکمه خانواده نیست بلکه در مقام تمییز دادگاه حقوقی از دادگاه کیفری دو می‌باشد. از طرف دیگر منظور مقنن از دادگاه عمومی حقوقی، توجه به مفهوم عام دادگاه حقوقی بوده است که از منظر عام، شامل دادگاه خانواده نیز می‌باشد. لذا منظور قانون‌گذار از دادگاه عمومی حقوقی اعم از دادگاه حقوقی و خانواده بوده است. ۴- در مقام تفسیر ماده‌ی ۲۷ قانون شوراهای حل اختلاف تفسیر منطقی نسبت به تفسیر تحت‌اللفظی مقدم است. منطق قضایی ایجاب می‌کند که با شکل‌گیری مراجع اختصاصی خانواده، موضوع در آن مراجع مورد رسیدگی قرار گیرد.

۵- رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۶۹ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور صلاحیت محاکم خانواده نسبت به محاکم حقوقی را، صلاحیت ذاتی دانسته است. مطابق این رأی، رسیدگی ماهوی دادگاه حقوقی به تجدیدنظرخواهی از آراء قاضی شورای حل اختلاف در دعاوی خانواده در صورتی که دادنامه بدوی را نقض نماید، به لحاظ نداشتن صلاحیت قانونی وجاهت ندارد.

با توجه به مراتب فوق رأی شعبه نوزدهم دیوان عالی کشور که رسیدگی به موضوع تجدیدنظرخواهی از آراء قاضی شورای حل اختلاف در دعاوی مربوط به خانواده را در صلاحیت دادگاه خانواده تشخیص داده است صائب است.

ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۷۳ - ۱۳۹۷/۹/۲۰

هیئت عمومی دیوان عالی کشور
هرچند صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه عمومی حقوقی ذاتی است و در رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۶۹ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر این امر تأکید شده است، لکن چون طبق بند ج ماده‌ی ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب سال ۱۳۹۴ که از حیث تاریخ تصویب مؤخر بر قانون حمایت خانواده است، پاره‌ای از دعاوی خانوادگی تا نصاب مقرر در بند الف آن ماده در صورتی که مشمول ماده‌ی ۲۹ قانون حمایت خانواده نباشد در صلاحیت آن شورا قرار گرفته و ماده‌ی ۲۷ همان قانون نیز علی‌الاطلاق مرجع تجدیدنظر از کلیه آراء قاضی شورا را حسب مورد دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری همان حوزه قضایی قرار داده و آراء راجع به دعاوی خانوادگی از شمول این حکم مستثنا نگردیده است؛ بنابراین آراء قضای شورا در دعاوی خانوادگی نیز قابل تجدیدنظر در دادگاه عمومی حقوقی است و رأی شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی طبق ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور

نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه

اینکه زنا در حالت خواب یا بیهوشی در تبصره‌ی ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حکم زنا به عنف محسوب شده است، این حکم را مختص زنا نمی‌سازد؛ بلکه تنها مؤید تأکید قانون‌گذار برای رفع شبهه در آن مورد خاص است.

تعیین محل اقامت اجباری محکوم‌علیه با دادگاه صادرکننده حکم محکومیت است.

سؤال: همچنان که مستحضری یکی از اقسام مجازات‌های تکمیلی در ماده‌ی ۲۳ قانون مجازات اسلامی، اقامت اجباری در محل معین است، حال در این موضوع اختلاف نظر است که آیا دادگاه در انتخاب محل اقامت اجباری مقید به شهرهای مندرج در آیین‌نامه تبصره ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی سابق است یا اینکه با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید، آیین‌نامه سابق نسخ شده و با توجه به سکوت آیین‌نامه اجرایی مجازات‌های تکمیلی جدید، دست دادگاه در صدور حکم به اقامت اجباری در هر شهری باز است؟

نظریه: ۷/۹۷/۲۱۳۰ - ۹۷/۰۸/۱۲

پاسخ: با توجه به منسوخ شدن قانون

جنبه‌های مزبور قابل تجدیدنظر یا فرجام باشد جنبه دیگر رأی نیز به تبع آن حسب مورد قابل تجدیدنظر یا فرجام است؛ بنابراین در فرض استعلام نیز که میزان دیه کمتر از یک دهم دیه کامل با توجه به اینکه جنبه دیگر رأی قابل تجدیدنظر است، رأی به محکومیت به پرداخت دیه نیز قابل تجدیدنظر است.

تشخیص مصادیق «عنف» در جرایم منافی عفت، با قاضی رسیدگی‌کننده است.

سؤال: آیا مصادیق ذکر شده در تبصره‌ی «۲» ماده‌ی ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که ارتکاب زنا در حال «خواب» و «بی‌هوشی» را در حکم زنا به عنف تلقی کرده است به سایر جرایم منافی عفت از جمله لواط و یا سایر جرایم که عنف از شرایط تحقق آن است قابل تسری است یا خیر؟

نظریه: ۷/۹۷/۲۱۴۵ - ۹۷/۰۹/۰۶

پاسخ: قانون‌گذار «عنف» را در قانون تعریف نکرده است؛ بنابراین تشخیص مصادیق آن در هر مورد از جمله لواط یا سایر جرایم منافی عفت به عهده قاضی رسیدگی‌کننده است و صرف

در مواردی که رأی دادگاه کیفری توأم با پرداخت دیه یا ضرر و زیان باشد هرگاه یکی از جنبه‌های آن قابل تجدیدنظر یا فرجام باشد جنبه دیگر نیز قابل تجدیدنظر یا فرجام است.

سؤال: چنانچه در خصوص شخصی به اتهام ایراد ضرب عمدی (شکستگی استخوان یک بند انگشت) که موجب دیه کمتر از یک‌دهم است مستند به ماده‌ی ۵۶۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و از حیث جنبه عمومی مستند ماده‌ی ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ کیفرخواست صادر شود و دادگاه متهم را از جنبه خصوصی (دیه) محکوم کند، لکن از حیث جنبه عمومی تبرئه نماید، آیا رأی صادرشده در رابطه با محکومیت به پرداخت دیه با توجه به ماده‌ی ۴۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از جانب محکوم‌علیه قابل اعتراض است؟

نظریه: ۷/۹۷/۲۳۴۷ - ۹۷/۰۸/۰۳

پاسخ: با توجه به تصریح ماده‌ی ۴۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی، در مواردی که رأی دادگاه توأم با محکومیت به پرداخت دیه باشد، هرگاه یکی از

اصلاح تبصره ماده‌ی ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (اصلاحی ۱۳۷۸) و لحاظ اینکه در ماده‌ی ۲۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و آیین‌نامه اجرایی این ماده، تعیین محل اقامت اجباری محکوم‌علیه با دادگاه صادرکننده حکم محکومیت می‌باشد و محدودیتی از این حیث وجود ندارد.

چنانچه مأموران با علم به ارتکاب قاچاق از تعقیب مرتکبان خودداری کنند در حکم مختلس محسوب می‌شوند و کلیه آثار و تبعات جرم اختلاس در مورد آنان قابل اعمال است.

سؤال: آیا مجازات اتهام موضوع تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۳۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (خودداری از تعقیب مرتکبین قاچاق)، مشمول ممنوعیت تعلیق اجرای مجازات موضوع بند خ ماده‌ی ۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ می‌شود یا خیر؟

نظریه: ۷/۹۷/۲۱۳۰ - ۹۷/۰۸/۱۲

پاسخ: در مواردی که در متون قانونی، مجازات یک جرم به مجازات مقرر برای جرم دیگری احاله شده است، قانون‌گذار ممکن است از دو نوع عبارت استفاده نماید که هر کدام دارای معنا و آثار متفاوتی است؛ گاهی مقرر می‌دارد که مرتکب این جرم به مجازات مقرر قانونی برای جرم دیگر (مثلاً اختلاس) محکوم می‌شود و گاهی مثلاً مقرر می‌دارد که مرتکب این جرم مختلس یا عمل ارتكابی در حکم اختلاس است. در حالت اول، منظور قانون‌گذار صرفاً این است که فقط مجازات مقرر قانونی نسبت به مرتکب عمل ارتكابی قابلیت اجرا دارد؛ بدون اینکه آثار و

نتایج آن قابلیت تسری داشته باشد. در حالت دوم، منظور مقنن این است که علاوه بر اعمال مجازات مقرر قانونی آثار جرم اصلی بر جرم مقرر در حکم آن، مترتب است. در فرض سؤال، نظر به اینکه در تبصره‌ی یک ماده‌ی ۳۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار عمل مأمور را در حکم اختلاس اعلام نموده است، لذا آثار و تبعات جرم اختلاس، از جمله ممنوعیت تعلیق اجرای مجازات موضوع بند «ج» ماده‌ی ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قابل اعمال است.

دستور بازداشت محکوم‌علیه ممنوع از رد مال حکم نمی‌باشند و قابل تجدیدنظرخواهی نیست.

سؤال: ۱- آیا دادنامه صادره در خصوص بازداشت محکوم‌علیه (به علت عدم پرداخت جزای نقدی، رد مال، ...) و همچنین لغو حکم تقسیط جزای نقدی (موضوع ماده‌ی ۵۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری) قطعی است یا قابل تجدیدنظرخواهی؟

۲- در مواردی که بعد از صدور دادنامه قطعی موضوع صلاحیت دادگاه نظامی یک (که الزاماً متهم وکیل داشته)، محکوم‌علیه شخصاً درخواست اعسار از پرداخت جزای نقدی و یا دادخواست اعسار از پرداخت محکوم‌علیه به تقدیم دادگاه نموده، آیا برابر ماده‌ی ۳۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری برای رسیدگی به دعوای اعسار نیز تعیین و معرفی وکیل الزامی است یا خیر؟

نظریه: ۷/۹۷/۱۸۱۱ - ۹۷/۰۷/۰۱

پاسخ: ۱- الف: مقررات ماده‌ی ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی،

ناظر به مجازات قانونی جرم است و لذا شامل مواردی که مجازات جزای نقدی قطعیت یافته به لحاظ امتناع محکوم‌علیه با رعایت مقررات قانونی، تبدیل به حبس می‌گردد، نمی‌شود؛ بنابراین در فرض سؤال، دستور دادگاه در تبدیل جزای نقدی به حبس قابل اعتراض نمی‌باشد.

ب: دستور بازداشت محکوم‌علیه ممتنع از رد مال که تحت شرایط مذکور در ماده‌ی ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در اجرای ماده‌ی ۲۲ قانون موصوف صورت می‌پذیرد، حکم نیست و چون حکم نیست قابل تجدیدنظرخواهی نیز نمی‌باشد.

ج: لغو حکم تقسیط جزای نقدی، به لحاظ عدم پرداخت به موقع اقساط از سوی محکوم‌علیه به وسیله دادگاه صادرکننده حکم قطعی، موضوع ماده‌ی ۵۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با الحاقات و اصلاحات بعدی، رأی به مفهوم اصطلاحی آن، تلقی نمی‌شود و صرفاً یک تصمیم قضایی در حوزه اجرای آرا است و موضوع تجدیدنظرخواهی نسبت به آن نیز منتفی است.

۲- مقررات موضوع ماده‌ی ۳۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مبنی بر «ضرورت معرفی وکیل تعیینی یا تعیین وکیل تسخیری توسط دادگاه» صرفاً ناظر به مواردی است که دادگاه به جرایم موضوع بندهای الف، ب، پ، ت ماده‌ی ۳۰۲ قانون موصوف رسیدگی می‌نماید و منصرف از مواردی است که دادگاه کیفری ذی‌ربط متعاقب صدور حکم قطعی، به تقاضای محکوم‌علیه مبنی بر اعسار از پرداخت جزای نقدی یا محکوم به رسیدگی می‌نماید.

نظرات مشورتی

اداره حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح

تعلیق از شغل موضوع مادهی ۷ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در مورد کلیه جرایم قانون مذکور که برای آن حبس تعیین شده است قابل اجراست.

سؤال: آیا تکلیف مقرر در مادهی ۷ از قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، راجع به تعلیق شغل متهمانی که مرتکب بزه‌هایی شده‌اند که مجازات آن حبس است، شامل جرم موضوع مادهی ۲ از آن قانون که تعیین حبس یا جزای نقدی برای آن به اختیار دادگاه است، نیز می‌شود یا خیر؟ (در ضمن قضات محترم این سازمان هرچند اطلاق مادهی ۷ در قانون مذکور ناظر به هر بزه‌ای است که مجازات آن حبس است، لکن باتوجه به اینکه در مادهی دو جزای نقدی نیز مجازات اصلی است و ممکن است دادگاه اساساً مجازات حبس تعیین نکند و حکم به جزای نقدی صادر کند، لذا جانب احتیاط و اصل تفسیر به نفع متهم اقتضا دارد تکلیف مادهی ۷ را منصرف از مادهی ۲ از قانون مزبور بدانیم).

نظریه: ۱۳۹۷/۰۷/۰۷ - ۹/۳۴/۱۰۶۵۱۶
پاسخ: مقررات مادهی ۷ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب (۱۳۶۷) که اجرای آن بر عهده دادستان قرار داده شده است ناظر بر مجازات قانونی است نه مجازات تعیینی توسط دادگاه؛ بنابراین در فرض سؤال که مجازات جرم موضوع مادهی ۲ قانون مذکور به صورت حبس یا جزای نقدی تعیین شده است مشمول مقررات قانونی یاد شده است؛ زیرا اساساً امکان اجرای مقررات قانونی یاد شده پس از تعیین مجازات میسر نیست، مقررات مذکور ناظر بر فاصله زمانی بین صدور کیفرخواست و صدور حکم قطعی است.

در مواردی که پرداخت دیه بر عهده شخصیت حقوقی و سازمان‌ها یا بیت‌المال قرار می‌گیرد، تعیین نوع قتل و مهلت پرداخت دیه ضروری است.

سؤال: در مواردی که پرداخت دیه اعم از نفس یا اعضا بر عهده شخصیت حقوقی و سازمان‌ها یا بیت‌المال قرار می‌گیرد، آیا ضرورت دارد که نوع قتل (شبه عمد یا خطای محض) هم مشخص شود یا خیر؟ (مانند مواد ۴۷۳ - ۴۸۴ - ۴۸۵ - ۴۸۶ قانون مجازات اسلامی یا تبصره‌ی یک مادهی ۴۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح یا مادهی ۱۳ قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری).

نظریه: ۱۳۹۷/۰۷/۰۷ - ۱۶/۳۴/۱۰۸۰۳۷
پاسخ: مستفاد از تبصره‌ی «۳» مادهی ۱۵۶ و مواد ۴۳۵، ۴۷۱، ۴۷۳ و ۴۷۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مصادیق مسئولیت بیت‌المال در پرداخت دیه شامل موارد سه گانه قتل عمد، شبه‌عمد و خطای محض است؛ بنابراین در فرض سؤال، تعیین نوع قتل و مهلت پرداخت دیه ضروری است.

دادگاه در مقام حل اختلاف در خصوص قرار تأمین باید نظر دادستان یا بازپرس را تأیید کند.

سؤال: در پرونده‌ای دادستان نظامی در اجرای مادهی ۲۴۴ ق.آ.د.ک. مصوب ۹۲ با الحاقات بعدی مصوب ۹۴ قرارهای کفالت یا وثیقه صادر شده از جانب بازپرس را غیرمتناسب دانسته و تقاضای تشدید قرارهای تأمین فوق به قرار بازداشت موقت را کرده است که بر اثر اصرار آقای بازپرس بر قرارهای تأمین صادر شده و حدوث اختلاف و ارسال پرونده به دادگاه نظامی صالح (نظامی دو) به موجب دادنامه صادر شده

ضمن موافقت با اصل تشدید، تعیین نوع قرار تأمین مشدده را بر عهده بازپرس محول کرده است. علیرغم اینکه تشدید قرار تأمین صادر شده با تعیین نوع آن (بازداشت موقت) از جانب دادستان درخواست شده است. حال خواهشمند است موضوع در جلسه نشست قضایی مطرح و نظریات ابرازی همکاران اعلام گردد.

نظریه: ۱۳۹۷/۰۷/۰۷ - ۲۳/۳۴/۱۰۹۳۳۹
پاسخ: برابر مادهی ۲۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب (۱۳۹۲)، هرگاه بین دادستان و بازپرس در خصوص تشدید یا تخفیف تأمین موافقت حاصل نشود پرونده برای رفع اختلاف به دادگاه ارسال می‌شود و بازپرس طبق نظر دادگاه اقدام می‌کند. در فرض سؤال، دادگاه در مقام حل اختلاف باید نظر دادستان را مبنی بر تشدید قرار تأمین به بازداشت موقت تأیید یا رد کند؛ زیرا برابر مواد ۲۴۳ و ۲۴۴ قانون یاد شده تخفیف یا تشدید تأمین در مرحله تحقیقات مقدماتی بر عهده مقامات دادرسی است و از مقررات قانونی مذکور تعیین نوع قرار تأمین توسط دادگاه استنباط نمی‌شود. بدیهی است در صورت رد نظر دادستان و تقاضای مجدد تشدید تأمین به قرار دیگری غیر از بازداشت موقت و مخالفت بازپرس با آن، موضوع مجدداً قابلیت طرح در دادگاه را خواهد داشت. ضمناً؛ نظریه مشورتی شماره‌ی ۷/۹۳۲۲۱۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۷ اداره حقوقی قوه قضاییه مؤید مراتب مذکور است.

اعمال هر نوع تنبیه از جمله اضافه خدمت، خارج از محدوده اختیارات فرماندهی و آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح، جرم محسوب می‌شود و مرتکب برابر مقررات قابل تعقیب است.

سؤال: برابر رویه جاری در نیروهای مسلح، خصوصاً ارتش، اصلی‌ترین تنبیه انضباطی که برای سربازان متخلف در نظر گرفته می‌شود، اضافه خدمت است. این اضافه خدمت ممکن است از ناحیه هر فردی در سلسله مراتب فرماندهی سربازان برای ایشان در نظر گرفته شود. حال با توجه به اینکه برابر جدول شماره ۷ [بند ۷ از شماره ۵ پیوست جداول تنبیهات] آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح، پرسنل وظیفه به جای انتظار خدمت و بدون‌کاری به اضافه خدمت تنبیه می‌شوند و درخصوص غیبت غیرموجه نیز مادامی که به فرار منجر نشده است، به ازای هر روز غیبت در زمان صلح به دو روز و در زمان جنگ، حداکثر به ۹ روز اضافه خدمت تنبیه می‌شوند و همچنین سرباز- سر جوخه وظیفه نیز از تنبیه کسر حقوق، انتظار خدمت و بدون‌کاری مستثنا شده‌اند و تنبیه انضباطی اضافه خدمت صرفاً برای تخلفات افسران و درجه‌داران وظیفه اعمال می‌شود که تنبیه انتظار خدمت و یا بدون‌کاری در مورد کارکنان کادر هم‌تراز ایشان پیش‌بینی شده و آن هم توسط مقاماتی صورت می‌گیرد که دارای جایگاه سرتیپی و بالاتر باشند.

حال با در نظر گرفتن مراتب فوق، اعمال تنبیه خدمت برای سربازان یا باید به موجب آرای قطعی دادگاه‌ها باشد و یا در صورتی که مرتکب غیبت به شرح آتی شده باشند؛ (اول) غیبت به عنوان مشمول، که برابر بند «۱» ماده ۵۸ قانون خدمت وظیفه عمومی در زمان صلح در صورتی که کمتر از سه ماه باشد سه ماه اضافه خدمت و اگر بیشتر از سه ماه باشد به شش ماه اضافه خدمت. (دوم) غیبت در حین خدمت در زمان صلح، به ازای هر روز غیبت دو روز اضافه خدمت، (البته شایان ذکر است که نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران همین موضوع را طی بخشنامه شماره ۲۱/۹/۲/۲۰۳/۰۲/۱۶۳ مورخ ۹۶/۲/۲۱ با در نظر گرفتن ابلاغیه شماره ۱۰۱/۰۵/۲۰۱/۴/م مورخ ۹۴/۶/۳۰

صادر شده از ستاد کل نیروهای مسلح به یگان‌های تابعه اعلام کرده است، که روگرفت آن به پیوست می‌باشد). دراین باره سؤالاتی به شرح ذیل مطرح است:

۱- آیا اعمال این تنبیه در سایر موارد از جمله ارتکاب تخلفات انضباطی، ارتکاب جرم و... دارای وجهت قانونی است؟
۲- چنانچه این‌گونه تنبیه انضباطی فاقد وجهت قانونی است، آیا می‌توان با استناد به ماده ۴۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح فرد تنبیه کننده را تحت تعقیب قرار داد؟

نظریه: ۱۳۹۷/۰۸/۰۷-۷/۳۴/۱۱۲۲۴۶

پاسخ: ۱- تنبیه اضافه خدمت برابر مقررات ماده ۶۰ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح و دستورالعمل اجرایی آن و فراز دوم بند «۷» پیوست جداول تنبیهات آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح برای کلیه کارکنان وظیفه نیروهای مسلح در رابطه با فرار و غیبت قابل اعمال است.

۲- برابر فراز اول بند «۷» پیوست جداول تنبیهات آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح، کارکنان وظیفه به جای تنبیه انتظار خدمت و بدون کاری به اضافه خدمت تنبیه می‌شوند که با عنایت به ردیف «۹» تا «۱۳» جدول (۵) آیین‌نامه مذکور، تنبیه اضافه خدمت از سوی مقامات سرتیپی و بالاتر صرفاً برای افسران و درجه‌داران وظیفه (گروهان وظیفه و بالاتر) برابر مقررات قابل اعمال است.

۳- برابر ماده ۴۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، اعمال هر نوع تنبیه از جمله اضافه خدمت، خارج از محدوده اختیارات فرماندهی و آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح جرم و مرتکب برابر مقررات قانونی مذکور قابل تعقیب کیفری و مجازات است.

در مواردی که گزارش فرار از خدمت سربازان برای دستگیری به ضابطان ارجاع می‌شود، در صورت مراجعت متهم و رسیدگی به موضوع به‌وسیله

دادگاه، دادسرا باید دستور جلب را ملغی و سوابق را به دادگاه ارسال کند.

سؤال: در اجرای طرح ارجاع به ضابط گزارش‌های واصله از سوی یگان‌های نظامی و انتظامی که متضمن اتهام فرار از خدمت بوده، ولی منجر به مراجعت و یا دستگیری نگردیده است در دفاتر دادسراهای نظامی تحت عنوان ارجاع به ضابط ثبت شکواییه می‌شود؛ لیکن گاهی متهمان به یگان مراجعت می‌کنند و به لحاظ اینکه جرم فرار از خدمت مراجعتی و درجه هفت محسوب می‌شود، گزارش جرم مستقیماً به دادگاه‌های نظامی ارسال و دادسرا از رسیدگی به موضوع مطلع نبوده و دستگیری متهم کماکان در دستور کار قضایی است و در پیگیری‌ها گاهی یگان‌ها و گاهی متهم یا خانواده وی به دادسرا اطلاع می‌دهند که به اتهام فرار از خدمت این فرد در دادگاه رسیدگی شده است. علی‌هذا پرونده مفتوح در دادسرا که تحت عنوان ارجاع به ضابط، ثبت شکواییه گردیده از چه طریقی اقدام می‌گردد؟ آیا دادسرا باید مبادرت به صدور قرار موقوفی تعقیب به جهت اعتبار امر مختوم نماید؟ یا اینکه دادگاه به جهت آنکه به هر حال جرم درجه هفت بوده باید در این خصوص تصمیم قضایی مقتضی را اتخاذ نماید؟

نظریه: ۱۳۹۷/۰۸/۰۷-۷/۳۴/۱۱۲۲۵۷

پاسخ: فرار از خدمت موضوع بند «الف» ماده ۵۶ و بند «ب» ماده ۶۰ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح با عنایت به ماده ۱۸ قانون مجازات جرایم اسلامی، جرم درجه هفت محسوب و جرایم درجه هفت و هشت برابر ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری به‌طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود؛ در فرض پرسش مراجعت متهم از فرار و رسیدگی مستقیم دادگاه به آن دلالت بر درجه هفت بودن جرم ارتكابی دارد و دادسرا باید ضمن کان لم یکن نمودن دستور دستگیری متهم، سوابق مربوط به همان موضوع را به دادگاه ارسال نماید.

با داوطلبان آزمون‌های حقوقی - قضایی

طراح سوال: محمد نرگسیان، دادیار دادرسی عمومی و انقلاب تهران

۱- شخصی که راننده‌ی یک اداره دولتی است در ساعات غیر اداری با خودروی دولتی به مسافركشی پرداخته و وجوه حاصل از این کار را به نفع خودش تصاحب می‌کند. این عمل چه عنوان مجرمانه‌ای دارد؟

(۱) اختلاس

(۲) خیانت در امانت

(۳) تحصیل مال نامشروع

(۴) تصرف غیرقانونی

۲- در جرم سوءاستفاده از سفید مهر یا سفید امضاء هرگاه ورقه سفید مهر به مرتکب سپرده نشده باشد و خودش آن را به دست آورده باشد.

(۱) در حکم جاعل است.

(۲) مجازات سوءاستفاده از سفید مهر تشدید می‌شود.

(۳) علاوه بر مجازات سوءاستفاده از سفید مهر به مجازات جعل هم محکوم می‌شود.

(۴) فرقی با حالتی که ورقه به شخص سپرده شده وجود ندارد و مجازات در هر دو مورد یکسان است.

۳- کدام گزینه نادرست است؟

(۱) صرف اتخاذ اسم و عنوان مجعول، مستقل از هر مانور متقلبانه‌ی دیگری برای تحقق کلاهبرداری کفایت می‌کند.

(۲) آگاهی مالباخته به تقلبی بودن وسیله مورد استفاده‌ی کلاهبردار مانع

تحقق شرط توسل به وسایل متقلبانه است.

(۳) تقلبی بودن وسیله در کلاهبرداری از حیث وصف حصری ولی از حیث نوع تمثیلی است.

(۴) برای تحقق کلاهبرداری لازم نیست که تمامی وسایل مورد استفاده کلاهبرداری تقلبی باشد.

۴- کدام گزینه نادرست است؟

(۱) سرقت از مال موقوفه هرگاه موقوفه خاص باشد، مستوجب حد است.

(۲) استفاده بدون اخذ انشعاب از آب و برق عمومی سرقت نیست بلکه جرمی است مستقل.

(۳) جهت اجرای حد سرقت در ق.م.ا صرف شکایت اولیه شاکی کافی است و تقاضای قطع دست ضروری نیست.

(۴) چنانچه کسی با استفاده از کلید ساختگی وارد محلی شود این عمل او هتک حرز است.

۵- شخصی هوادار گروه متشکلی است که در آن گروه علیه حکومت جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کرده است. وی را در چه صورت می‌توان محارب دانست؟

(۱) هرگاه شخص مزبور در شاخه نظامی شرکت داشته باشد.

(۲) هرگاه شخص مذکور در قیام مسلحانه گروه نقش فعالی را بر عهده گرفته باشد.

(۳) هرگاه مرکزیت آن گروه هنوز باقی

باشد و شخص مذکور در پیشبرد اهداف آن تلاش مؤثر کرده باشد.

(۴) هرگاه مرکزیت آن گروه هنوز باقی باشد و شخص مذکور در فعالیت‌های نظامی آن شرکت مؤثر داشته باشد.

۶- تأثیر مکان در تحقق جرم محاربه چگونه است؟

(۱) امکان خاصی در تحقق جرم محاربه شرط نیست.

(۲) محاربه فقط در خشکی صورت می‌گیرد.

(۳) محاربه فقط در شهر و آبادی صورت می‌گیرد.

(۴) محاربه فقط در خارج از شهر و بیابان صورت می‌گیرد.

۷- معرفی یک نفر به یک کشور بیگانه جهت جاسوسی در چه صورت جرم است؟

(۱) در هر صورت

(۲) هرگاه از آن شخص استفاده شود.

(۳) هرگاه به قصد برهم زدن امنیت ملی باشد.

(۴) هرگاه مسبوق به شناسایی و جذب باشد.

۸- تهیه طرح براندازی حکومت اسلامی در چه صورت محاربه است؟

(۱) هرگاه همراه با تهیه اسلحه و مواد منفجره باشد.

(۲) در هر صورت

(۳) هرگاه شروع به اجرا شود.

(۴) هرگاه به قصد کمک به دولت متخاصم انجام شود.

۹- قرار دادن نقشه‌ها و اسرار و اسناد راجع به سیاست داخلی یا خارجی کشور در اختیار افراد فاقد صلاحیت در چه صورتی جرم است؟

- (۱) در هر صورت
- (۲) هرگاه متضمن نوعی جاسوسی باشد.
- (۳) هرگاه باعث صدمه به امنیت ملی گردد.
- (۴) هرگاه به قصد صدمه به امنیت ملی بوده و متضمن نوعی جاسوسی هم باشد.

۱۰- اگر کسی آگاهانه کمک مالی مؤثر به گروهی بنماید که طرح براندازی حکومت اسلامی را دارند:

- (۱) در حکم محارب است.
- (۲) معاون در محاربه است.
- (۳) مرتکب جرم تعزیری مستقلی شده است.
- (۴) معاون در یک جرم تعزیری مستقل علیه امنیت است.

۱۱- منظور از دولت متخاصم در جرم همکاری با دولت‌های خارجی متخاصم (موضوع ماده ۵۰۸ ق.م.ا) چه دولتی است؟

- (۱) هر دولتی که با ایران در حال جنگ باشد.
 - (۲) هر دولتی که رابطه او با ایران دوستانه نباشد.
 - (۳) هر دولتی که رابطه او با ایران بی‌طرفانه یا دوستانه نباشد هر چند در حال جنگ نباشد.
 - (۴) هر دولتی که قصد صدمه به امنیت ملی ایران را داشته باشد.
- ## ۱۲- تحریک در چه صورت ممکن است مشمول مجازات محاربه شود؟

- (۱) در هیچ صورت
- (۲) هرگاه به قصد مقابله با حکومت باشد.
- (۳) هرگاه به قصد مقابله با حکومت یا شکست نیروهای خودی باشد.
- (۴) هرگاه علیه نیروهای رزمنده بوده و به قصد براندازی حکومت یا شکست نیروهای خودی باشد.

۱۳- جمع‌آوری اطلاعات طبقه‌بندی شده در چه صورت جرم است؟

- (۱) به قصد برهم زدن امنیت ملی باشد.
- (۲) به قصد انتقال به دولت‌های بیگانه باشد.

- (۳) جمع‌آوری کننده موفق به دادن آنها به دولت‌های بیگانه بشود.
 - (۴) به قصد برهم زدن امنیت ملی بوده و جمع‌آوری کننده موفق به دادن آنها به دولت‌های بیگانه بشود.
- ## ۱۴- (الف) و (ب) توافق می‌کنند که محل نماز جمعه را بمب‌گذاری کنند و برای این امر مواد منفجره هم تهیه می‌کنند؛ اما بعداً از این امر پشیمان می‌شوند این مقدار از عمل:

- (۱) جرم نیست.
 - (۲) شروع به تبانی است.
 - (۳) جرم مستقل تبانی است.
 - (۴) جرم عقیم است و قابل مجازات نیست.
- ## ۱۵- جاسوسی به نفع یک دولت بیگانه و به ضرر دولت بیگانه‌ی دیگر در چه صورتی جرم است؟
- (۱) در قلمرو ایران بوده و باعث صدمه به امنیت ملی شود.
 - (۲) باعث صدمه به امنیت ملی شود.
 - (۳) به قصد صدمه به امنیت ملی باشد.
 - (۴) در قلمرو ایران بوده و به قصد صدمه به امنیت ملی باشد.



- | | | | | |
|------------------------|------------------------|------------------------|-------------------------|-------------------------|
| ۱- گزینه‌ی ۴ صحیح است. | ۴- گزینه‌ی ۱ صحیح است. | ۷- گزینه‌ی ۴ صحیح است. | ۱۰- گزینه‌ی ۱ صحیح است. | ۱۳- گزینه‌ی ۴ صحیح است. |
| ۲- گزینه‌ی ۴ صحیح است. | ۵- گزینه‌ی ۳ صحیح است. | ۸- گزینه‌ی ۱ صحیح است. | ۱۱- گزینه‌ی ۳ صحیح است. | ۱۴- گزینه‌ی ۳ صحیح است. |
| ۳- گزینه‌ی ۲ صحیح است. | ۶- گزینه‌ی ۱ صحیح است. | ۹- گزینه‌ی ۲ صحیح است. | ۱۲- گزینه‌ی ۴ صحیح است. | ۱۵- گزینه‌ی ۴ صحیح است. |



آشنایی با حقوق شهروندی

بررسی شرایط ضمن عقد نکاح

در عقدنامه‌های رسمی، قسمتی به عنوان «شروط ضمن عقد» وجود دارد که در آن مسائل متعددی به عنوان شرط ضمن عقد یا (شرط خارج لازم) ذکر شده است. زوجه می‌تواند همه یا برخی از آنها را به عنوان شرط ضمن عقد خود ذکر نماید. در صورت پذیرش اجمالی آنها از طرف مرد، سردفتر موظف است قبل از تعهد و امضای این شروط توسط مرد، تک تک آنها را برای وی قرائت و تفهیم نماید.

شروط ضمن تنظیم سند ازدواج

از آنجایی که آشنایی با شروط و الزامات حقوقی حین عقد ازدواج می‌تواند نقش بسزایی در انتخاب آگاهانه طرفین داشته باشد و از ایجاد تعهد و انتظارات بی‌جا در زندگی زناشویی جلوگیری نماید، از این رو شرایطی که در عقدنامه‌ها در دفترخانه ازدواج (یا به تعبیری محضر) درج می‌شود ذیلأ مورد بحث و گفتگو قرار می‌گیرد:

در ابتدا لازم به اشاره است که در بند (الف) شرط انتقال تا نصف دارایی در نظر گرفته شده که با هدف حمایت از زن مطلقه درج گردیده که البته این بند یک نهاد قراردادی است که براساس توافق طرفین ایجاد می‌شود و چنانچه شوهر از قبول آن امتناع کند، حتی برای زن به وجود نمی‌آید. لیکن اگر مرد ذیل آن را امضاء کند، می‌پذیرد که در صورتی که زن خواهان طلاق نباشد و تقاضای طلاق نیز ناشی از تخلف زن از وظایف زناشویی

نباشد تا نصف دارایی موجود خود را که در دوره ازدواج به دست آورده، بلاعوض به زن انتقال بدهد؛ اما در بند (ب) شرایط قانونی دوازده گانه ذیل گنجانده شده که این امکان را به زن می‌دهد در مواردی به وکالت از جانب مرد خود را مطلقه کند. این شروط عبارت‌اند از: بند (ب) ضمن (عقد نکاح / خارج لازم) زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکل داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید.

توضیح: این بند بیانگر این مطلب است که زن در صورت حق هر یک از شرایط زیر، از ناحیه مرد وکیل است خودش شخصاً یا با انتخاب فرد دیگری به عنوان وکیل به دادگاه مراجعه نماید و پس از اثبات ادعا درخواست طلاق نماید. این موارد شامل:

۱- استنکاف شوهر از دادن نفقه زن (عدم پرداخت هزینه رانندگی و خرجی همسر) به مدت شش ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه و همچنین در موردی که اجبار شوهر هم ممکن نباشد.

۲- سوء رفتار یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیرقابل تحمل نماید.

توضیح: بد رفتاری غیرقابل تحمل مرد با زن و فرزندان

۳- ابتلا زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد.

توضیح: بیماری خطرناک غیرقابل درمان مرد در حدی که سلامت زن را به خطر بیندازد.

۴- جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.

توضیح: دیوانه بودن مرد در زمانی که امکان فسخ نباشد.

۵- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح منافی مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.

توضیح: اشتغال مرد به کاری که به حیثیت و آبروی زن و مصالح خانوادگی او لطمه می‌زند.

۶- محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی در اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال بازداشت یا بیشتر شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

توضیح: محکومیت به حبس از پنج سال به بالا (در زندان به سر بردن مرد به عنوان محکومیت در حال اجرا از پنج سال به بالا).

۷- ابتلا زوج به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خللی وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

توضیح: اعتیادی که به اساس زندگی خانوادگی ضرر بزند؛ مانند اعتیادی که منجر به بیکاری مرد، فروش اثاثیه منزل و وارد نمودن ضرر به سلامت جسمی و روحی زن و فرزند گردد.

۸- زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی (تشخیص عذر موجه با دادگاه است) یا اینکه زوج شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.

توضیح: ترک بدون علت خانواده یا غیبت یکسره ۶ ماهه بدون دلیل موجه. ۹- محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب به جرم و اجرای هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب به جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زن باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زن و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

توضیح: اجرای هر نوع مجازاتی که آبرو و موقعیت زن را به خطر اندازد. ازجمله مواردی که زن می تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب به جرم و اجرای هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب به جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زن باشد.

۱۰- در صورتی که پس از گذشت پنج سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن (بچه دار نشدن مرد) و یا عوارض جسمی دیگر صاحب فرزند نشود.

۱۱- در صورتی که زوج مفقودالاثر (غیبت طولانی شوهر) شود و ظرف ۶ ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

۱۲- زوج همسر دائمی دیگری بدون رضایت زوجه (ازدواج مجدد مرد بدون

اجازه همسر) اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

تدلیس و فریب در ازدواج

در صورتی که هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالیه، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، مجرد، فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود، به آن تدلیس گویند. در این خصوص معیار واهی بودن موارد اعلامی طرفین نیز عرف به عنوان امر واهی بوده و طرف واجد آن نباشد مشمول قانون می گردد. به طور مثال چنانچه شخصی قبلاً ازدواج کرده، ولی با شناسنامه المثنی خود را مجرد یا دوشیزه جلوه دهد، یعنی با سکوت خود موجبات عدم اطلاع طرف دیگر را از این امر باعث گردد، نیز مصداق تدلیس در نکاح می باشد.

نکته پایانی اینکه؛ قانون مجازات اسلامی نیز فریب در ازدواج را جرم محسوب و برای فریب دهنده مجازات حبس از شش ماه تا دو سال در نظر گرفته است.

استحقاق زن بابت دریافت مهریه و نفقه در صورت فسخ

هرگاه در عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن (عیب ناباروری از جانب مرد) باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح، زن مستحق نصف مهر است. البته در موردی که فسخ بعد از نزدیکی انجام شود، استحقاق زن در مطالبه مهر منتفی نمی باشد. در مورد نفقه (هزینه های زندگی) نیز تا زمانی که نکاح فسخ نشده، مرد همچنان مکلف به پرداخت نفقه می باشد.

در خصوص طریق اعلام فسخ و مراحل قانونی آن باید گفت، متقاضی بدواً می تواند از طریق اظهارنامه رسمی اعلام فسخ نماید. سپس جهت انحلال نکاح باید دادخواستی به دادگاه تقدیم کند و دلایل خود را مبنی بر داشتن حق فسخ و اعمال آن ابراز کند. دادگاه پس از رسیدگی به پرونده، اگر دلایل خواهان را موجه تشخیص دهد، حکم به تأیید فسخ نکاح خواهد داد. بعد از طی این مرحله متقاضی به دفاتر رسمی جهت ثبت آن در شناسنامه خود، مراجعه خواهد کرد و نیاز به اجرای صیغه طلاق ندارد.

استرداد هدایای زوجین

در برخی شهرها رسم بر این است که از جانب شوهر (درواقع خانواده داماد) مبلغی به عنوان شیربها به زوجه (خانواده همسر) داده می شود که البته این امر ریشه قانونی نیز دارد. هم چنین به طور معمول طلا و جواهراتی در دوران عقد برای زوجه خریداری می شود. حال سؤال این است که چنانچه زوج بابت مهریه و نفقه به زوجه بدهکار باشد، چگونه می توان شیربها و طلاها را بابت این بدهی برداشت نمود.

در بررسی پاسخ به این مسئله باید بیان داشت که اولاً؛ این امر بستگی به شرایط و نحوه بخشش آنها دارد. ثانیاً؛ در صورتی که شیربها و طلا و جواهرات قابل استرداد از طرف زوج باشند، زوجه می تواند با درخواست قرار تأمین خواسته نسبت به مهریه و یا نفقه گذشته از طریق دادگاه آنها را توقیف کند و پس از قطعی شدن حکم بابت طلب زوجه حساب شود.

برگرفته از کتاب «حقوق جامع شهروندی»
تألیف دکتر محمود براتی نیا



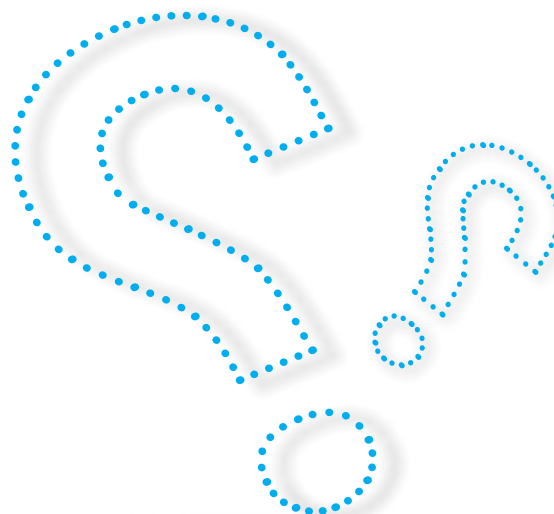
پاسخ مربوط به پرسش شماره ۱۳۱:

نظر کمیسیون نشست قضایی مدنی

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در باب عسر و حرج زوجه از قاعده فقهی معتبری سرچشمه گرفته و عمومیت دارد. در صورت احراز عسر و حرج زوجه در زندگی مشترک به طوری که ادامه زندگی برای زوجه غیرقابل تحمل باشد به حکم دادگاه زوج مجبور به طلاق می شود. اگر گفته شود این قاعده مشمول ازدواج موقت نیست غیرعقلانی و ترجیح بلا مرجح است. خصوصاً اینکه گاهی ازدواج موقت برای زمانی طولانی منعقد می شود و حتی قانون گذار ثبت واقعه ازدواج را الزامی کرده و لذا در این ازدواج هم قاعده عسر و حرج جاری بوده، در صورتی که زندگی مشترک برای زوجه طاقت فرسا باشد با اثبات عسر و حرج باید حکم به بذل مدت بدهد.

پرسش ۱۳۲:

در پرونده مطالبه مهر چنانچه برای دادگاه یکی از عیوب زن که مانع استحقاق مهر هست، اثبات شود آیا می توان حکم به بی حقی زوجه صادر کرد یا باید زوج را به پرداخت مهر محکوم کرد و وی حق فسخ خود را به موجب دادخواست جداگانه اثبات و اعمال کند؟



جدول شماره ۱۳۲

تنظیم کننده: اصغر فراهانی، وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

عمودی

- ۱- نخستین بخش رمز جدول
- ۲- یکی از مبانی مسئولیت مبتوع - بازار موسمی در اروپای قدیم
- ۳- از قواعد فقهی - یقه آهار زده - آقا و سالار - حرص و طمع
- ۴- محل تصویب کنوانسیون آنسیتال - مرحله بعد از قطعیت دادنامه - امیدواری
- ۵- شاهد حقوقی - واکنش خواننده مقابل سند عادی - محصول زلزله
- ۶- کنفرانس معروفی در جریان جنگ دوم جهانی - از جنگ‌های امام علی (ع) - اضطراب
- ۷- سه کیلو - حیل و مکر - یکی از شرایط اساسی معامله - ضمیری عربی
- ۸- از وقایع حقوقی و سیاسی دوران مشروطه
- ۹- دریای عرب - حیل و مکر - از وسایل اتومبیل - بالا آمدن آب
- ۱۰- رهبر و هادی - از قوانین معروف کشور - محصول کار نقاش
- ۱۱- از اوراق تجارت تفاوت دریافت و پرداخت در مالیه - گاهی قانون در مقام آن است
- ۱۲- گروه - تقاضا در امور ترافیعی - اهریمن
- ۱۳- وتر کمان - همراه گلش - میوه آبدار - انتها
- ۱۴- از محجورین - ناقض اراده در حقوق
- ۱۵- بخش سوم رمز جدول

افقی

- ۱- بخش آخر رمز جدول
- ۲- دادگاه‌های عالی - موضوع فصل هفتم از کتاب هفتم قانون مدنی
- ۳- هرگز عرب - نی میان تهی - موضوع مهم در شرکت‌های تجارت - ضمیر اول شخص
- ۴- بشتابید - از جرایم علیه شخص - از ادات پرسش
- ۵- پولدار - خبرگزاری رسمی کشورمان - یک ششم از مال غیر منقول
- ۶- مرکز نیجریه - قدرت بینایی - مدیون و بدهکار
- ۷- دختر لری - عذاب - منزل باشکوه - تکرار یک حرف
- ۸- از شرایط اساسی در حفظ یک کشور
- ۹- زهر کشنده - موی گردن اسب - لباس بلند - ضمیر غائب
- ۱۰- از آن طرف بخوانید به معنای کار خطرناک است - کوه خجسته به هم ریخته
- ۱۱- همراه همیشگی - جرمی علیه اشخاص - از ابداعات قانون آیین دادرسی کیفری جدید
- ۱۲- گندم سوده - از کارهای کارشناسان خط و امضاء - تحمل
- ۱۳- زیر پا مانده - ریشه انگلیسی - درخت عاشق - علامت مفعولی
- ۱۴- از عقود لازم - مخالف اسرار
- ۱۵- بخش دوم رمز جدول

رمز جدول: پیام نروزی مجله دادرسی به خوانندگان محترم

۱	ت	د	ش	ا	ب	ن	ر	گ	ی	د	و	ض	ع
۲	س	ش	ک	ر	ا	ر	و	ا	ن	ا	ا	ا	ا
۳	ا	ر	و	ر	ا	د	ر	س	د	د	د	د	د
۴	و	ه	ب	م	ا	ه	ی	ت	ک	ل	ل	ل	ل
۵	ی	ا	س	ا	ن	م	د	ا	ش	ا	ا	ا	ا
۶	د	ن	ص	ف	ی	ف	ا	ا	ف	ر	ر	ر	ر
۷	ر	و	ل	ا	ی	ت	ق	ه	ر	ی	ج	ج	ج
۸	ا	ق	ر	ا	ر	ج	م	ا	ج	ف	ف	ف	ف
۹	ص	ب	ا	ح	ش	ر	ق	ز	و	ا	ل	ل	ل
۱۰	ل	ا	ق	د	ر	م	ا	ن	س	ن	ت	ت	ت
۱۱	ی	د	ک	ف	ر	ج	ا	ک	ی	ب	ب	ب	ب
۱۲	ب	ن	س	ا	ل	ا	ق	ی	د	ج	ج	ج	ج
۱۳	و	د	ن	ا	ع	ض	ا	ق	ص	ا	ص	م	و

پاسخ رمز جدول شماره ۱۳۱:

- ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی، بندهای ۲ و ۴:
 ۲- تساوی در اصل بودن اعضا
 ۴- قصاص موجب تلف جانی یا عضو دیگر نباشد.

۱	۱۵	۱۴	۱۳	۱۲	۱۱	۱۰	۹	۸	۷	۶	۵	۴	۳	۲	۱
۱															
۲															
۳															
۴															
۵															
۶															
۷															
۸															
۹															
۱۰															
۱۱															
۱۲															
۱۳															
۱۴															
۱۵															

قضاوت علی حضرت

حکایت دانیال پیامبر (ع)

روزی عمر به علی بن ابی طالب (ع) عرض کرد که قصه دانیال چه است ممکن است آن را برای ما بیان فرمایید. حضرت (ع) فرمود: دانیال پیامبر بچه یتیمی بود که نه پدر داشت و نه مادر، پیر زنی از بنی اسرائیل تربیت او را بر عهده گرفته بود. پادشاه آن زمان دو قاضی داشت که این دو قاضی دوستی صالح و نیکوکار داشتند که زنی زیبا داشت و آن مرد نزد پادشاه می آمد و با او به گفت و گو می نشست. روزی پادشاه مجبور شد که شخصی را به خاطر بعضی از امور مملکتی به جایی بفرستد از این رو به آن دو قاضی گفت: شخصی را برایم پیدا کنید که می خواهم او را به جایی بفرستم. آنها نیز همان مرد را معرفی کردند و پادشاه نیز قبول کرد. مرد هنگامی که خواست به مأموریت برود

سفارش زنش را به آن دو قاضی کرد که از احوال او بی خبر باشید. آنها نیز قول دادند. وقتی مرد رفت آن دو قاضی به در خانه دوستشان آمده تا احوالی از حال زن او بپرسند، با دیدن زن، عاشق او شدند و از او درخواست زنا کردند؛ ولی زن خودداری ورزید. گفتند: اگر ما را کامروا نکنی، نزد پادشاه شهادت می دهیم که تو زنا داده ای و او تو را سنگسار می کند. زن گفت: هر کاری که می توانید انجام دهید.

آن دو قاضی نزد پادشاه آمده و گفتند که فلان زن زنا داده است. چون آن زن به نیکی و کارهای نیکو معروف بود با شنیدن این خبر، غم شدیدی شاه را فرا گرفت و محزون شد و از اینکه این عمل از آن زن سرزده، متعجب شد. رو به آن دو قاضی کرد و گفت: شهادت شما دو نفر مورد

قبول است. به آن زن سه روز مهلت دهید و بعد از سه روز او را سنگسار کنید. در شهر پخش شد که فلان زن عابده زنا کرده است و در سنگسار او حاضر شوید که دو قاضی بر آن شهادت داده اند.

گفت و گوی زیادی درباره این عمل در بین مردم شد. روزی پادشاه به وزیرش گفت: چه چاره ای در این امر داری تا باعث نجات زن شود. وزیر گفت: به خدا سوگند! هیچ نقشه ای ندارم.

چون روز سوم شد، وزیر در راه عده ای بچه را دید که در حال بازی هستند و دانیال نیز در بین آنهاست. دانیال رو به بچه های دیگر کرد و گفت: بیایید جمع شوید بچه ها؛ من پادشاه می شوم و تو ای فلانی! به نقش زن عابده باش و فلانی به جای دو قاضی که شهادت بر علیه آن زن داده اند، باشد.

سپس خاکی را جمع کرد و شمشیری را از نی برای خود درست کرد - درحالی که وزیر ایستاده بود و داشت به بازی بچه ها نگاه می کرد - و به بچه های دیگر گفت: دست یکی از شاهدان را بگیرید و به فلان جا ببرید و این یکی را نیز بردارید و به فلان جا ببرید و سپس یکی از آن دو نفر را خواست و به او گفت: حق را بگو که اگر حق را نگوینی تو را می کشم.

گفت: بله حق را می گویم (وزیر نیز می شنید).

پرسید: به چه چیز علیه این زن شهادت می دهی؟

گفت: شهادت می دهم که این زن زنا داده است.

پرسید: در چه روزی؟

گفت: در فلان روز

پرسید: در چه وقتی؟

گفت: در فلان وقت.

پرسید: در چه مکانی؟

گفت: در فلان مکان.

پرسید: با چه کسی؟

گفت: با فلان کس.

بعد از سؤال و جواب گفت او را به سر جای اولش ببرند و آن یکی را بیاورند و همان سؤال و جواب را از او نیز کرد و چون در میان جواب هایشان اختلاف بود. دانیال با صدای بلند گفت: «الله اکبر» به ناحق علیه آن زن شهادت داده اند. سپس به بچه گفت: این دو قاضی علیه آن زن عابده به ناحق شهادت داده اند. آن دو را برای کشتن حاضر کنید.

وزیر وقتی این جریان را دید، فوراً به سوی پادشاه رفت و جریان را برای او تعریف کرد. پادشاه آن دو قاضی را طلبید و آن نمایشی را که دانیال با بچه ها اجرا کرده بود، درباره آنها انجام داد. پادشاه بعد از آشکار شدن حق، دستور قتل آن دو قاضی را صادر کرد.^(۱)

قاتل بعد از قصاص اگر زنده شد، دیگر قصاصی ندارد.

از حضرت رضا (ع) روایت شده که فرمودند: مردی اقرار کرد که پسر فلان کس را به قتل رسانیده است. قاتل را نزد عمر آوردند. عمر دستور داد که او را قصاص کنند. پدر مقتول دو ضربه بر آن مرد زد و یقین به مرگ او کرد؛ ولی او نمرد و هنوز رمقی در بدن داشت. خویشاوندانش او را به خانه اش برده و به معالجه اش پرداختند تا اینکه بعد از شش ماه بهبودی کامل خود را به دست آورد و از خانه بیرون رفت. روزی مرد پسر کشته او را در بازار دید، گریانش را گرفته نزد عمر آورد. عمر برای بار دوم دستور داد که تا سر از بدنش جدا کنند.

قاتل استغاثه به حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) کرد. حضرت به عمر فرمود: این چه حکمی است که برای این مرد کردی؟

عمر گفت: یا ابالحسن! نفس در مقابل نفس. او کسی را کشته و حالا باید خودش کشته شود.

حضرت فرمود: مگر یک مرتبه او را نکشتی؟

عمر گفت: او را کشتم ولی دوباره زنده شده است.

حضرت (ع) فرمود: قاتل را دوباره خواهی کشت؟

عمر حیرت زده شد و چیزی نگفت. آنگاه حضرت به پدر مقتول فرمود: آیا قاتل فرزندت را یکبار نکشتی؟

عرض کرد: کشتم ولی اکنون می گویی که خون پسر من هدر برود؟

حضرت (ع) فرمود: باطل نشده است؛ اما حکم این است که آن دو ضربه شمشیری را که بر قاتل زده ای از تو قصاص بگیرد، آنگاه، تو او را به قتل برسانی.

عرض کرد: یا ابالحسن! این قصاص از مرگ شدیدتر است. من او را عفو کردم.

پس دو طرف صلح نامه ای را نوشته و یکدیگر را بخشیدند. در این هنگام عمر دست برداشت و گفت: «الحمد لله انتم اهل بیت الرحمن یا ابالحسن؛ حمد و سپاس بر خداوند که ای ابوالحسن! شما اهل بیت رحمت هستید». سپس گفت: «لو لا علی لهلك عمر».^(۲)

برگرفته از کتاب قضاوت ها و معجزات حضرت علی (ع) با گردآوری و تنظیم جابر رضوانی، ص ۲۹۳



نامادری

بازخوانی یک پرونده جنایی

به قلم: قهرمان مرادی، بازپرس ویژه
قتل دادسرای نظامی استان تهران

و خوش نداشتم و مدام در حال گدایی و کمک گرفتن از این و آن و مؤسسات خیریه بودم تا بتوانم شکمم را سیر کنم. می دانستم این وضع زیاد نمی تواند دوام بیاورد. وقتی هیچ راهی برای فرار از مشکلات نباشد و زمانی برسد که احساس کنی از همه چیز و همه کس خسته ای و بریده ای، هر کاری از تو سر می زند، برای من دیگر چیز زیادی برای از دست دادن نمانده بود. از فشارهایی که در زندگی روی دوشم سنگینی می کرد، خسته شده بودم و روز به روز به جای بهتر شدن، حال و روزم بدتر می شد و دچار مشکلات بیشتر و بزرگتری می شدم که خروج از آنها اصلاً آسان نبود. بدهی ها و کسری پول برای گذران زندگی امانم را بریده بود و هیچ کسی هم نبود تا کمکم کند. با هر بدبختی که بود در یک شرکت خصوصی کار پیدا کردم و مشغول شدم. بعد از شکست در ازدواج اولم به هیچ وجه قصد ازدواج مجدد را نداشتم تا اینکه با منصور آشنا شدم، منصور هم دو سه ماه زودتر از من وارد شرکت شده بود. حضور منصور در زندگی ام همه چیز را تغییر داد، او مهربان بود و رفتار پر از احترامش

بی وقفه مأمورین، تنها چند ساعت بعد از قتل درحالی که قصد داشت از طریق یکی از پایانه ها به جنوب کشور فرار نماید دستگیر و تحت الحفظ به ستاد عملیاتی ویژه کشف جرایم منتقل می گردد. نسرين دليلی برای حضورش در پایانه و فرار ندارد، از طرفی دست راست او هم بریده شده است و راه انکاری ندارد. او گریه کنان لب به سخن گشود و گفت: تاکنون دو بار ازدواج کرده ام، ازدواج اولم اجباری و فاجعه بود، پدرم که قربانی اعتیاد بود به خاطر به دست آوردن مواد مرا معامله کرد و به زور به عقد و ازدواج مردی درآمد که ۲۵ سال از من بزرگتر و هم سن پدرم بود. شوهرم اخلاق عجیب و غریبی داشت و تحملش برایم خیلی سخت بود. او هیچ وقت درکم نکرد و آن قدر مرا مورد اذیت و آزار قرار داد و وادار به تهیه مواد کرد که او را ترک کرده و از خانه فرار کردم. فکر می کردم که زندگی بدون شوهر معتاد، عصبی و دیوانه می تواند شیرین تر باشد و سختی هایش را به جان می خریدم؛ اما به این راحتی ها هم نبود و بدون هیچ درآمدی باید روزگار می گذراندم. بالاخره طلاقم را گرفتم و بعد از طلاق هم یک روز خوب

در غروب یک روز شلوغ کاری، کلانتری خیابان نسترن شمالی، با تماس تلفنی مردی در جریان جنایتی فجیع و هولناک قرار گرفت. مأمورین کلانتری بلافاصله در محل وقوع جنایت (صحنه جرم) حاضر شده و با جسد بی جان پسر بچه ۷ ساله ای به نام پیمان روبرو می شوند که در اتاق خوابش به صورت طاق باز روی زمین افتاده بود. با تأیید وقوع جنایت، موضوع به بازپرس ویژه قتل گزارش و دقایقی بعد بازپرس جنایی در محل وقوع جرم حاضر شده، جسد و محل را معاینه می نماید. پیمان در اثر اصابت ضربات مهلک و نوعاً کشنده ای کارد آشپزخانه به سر، صورت، گردن، شکم و پهلوی به قتل رسیده بود. هراز چندگاه، ناله ها و فریادهای دلخراشی، سکوت محل وقوع جرم را می شکست و صاحب صدا پدر پیمان، منصور، بود که مرتب می گفت: «خدا لعنت کنه زن، چرا بچه ی بی گناه منو کشتی!» و فقط اسم همسرش نسرين را می آورد و می گفت این کار فقط از عهده نسرين برمی آید. بازپرس ویژه قتل دستور دستگیری نسرين را صادر می کند و نسرين با تلاش

باعث شده بود که به زندگی امیدوار شوم. منصور هم تجربه ازدواج قبلی داشت و می گفت یک پسر دارد که با همسرش زندگی می کند.

رابطه ما روز به روز گرم تر و صمیمی تر شد و حتی هفته ای یکی دو بار باهم بیرون می رفتیم، در یکی از ملاقات ها منصور به من پیشنهاد ازدواج داد و من که سختی های زیادی را در زندگی کشیده بودم با خودم گفتم که خوشبختی درب خانه ای من را زده است و زندگی آرام و خوبی را تجربه خواهیم کرد، این بود که پیشنهادش را پذیرفتم و به خانه اش رفتم، چون شیفته ی رفتارش شده بودم؛ اما خیلی زود پشیمان شدم و نمی دانستم که این بار از چاله درآمده و به چاه می افتم و قرار است روزهای سخت تری را تجربه کنم، روزهایی که حتی توصیفش بدنم را می لرزاند. ازدواج دومم اشتباه محض بود. شاید اگر با همان مردی که ۲۵ سال از من بزرگتر بود زندگی می کردم برای من بهتر بود. درواقع همه ی پیش بینی هایم غلط از آب درآمده بود و من ناخواسته وارد شرایطی شده بودم که به آن تعلق نداشتم. شرایطی که آن قدر برایم ناخوشایند بود که سرانجام سبب شد رفتار وحشیانه ای را از خودم بروز دهم که از آن پشیمانم و نمی توانم هرگز خودم را ببخشم. شاید درست این بود که همان اوایل زندگی مشترک و زمانی که متوجه شدم قرار است فرزندی که منصور از ازدواج اولش داشت با ما زندگی کند با آن مخالفت می کردم و احساس واقعی ام را در این رابطه بروز می دادم، اما سکوت طناب دار شد و مرا به قعر سیاهی های زندگی انداخت. بعد از ازدواج خیلی زود زندگی یکنواخت و کسل کننده ای که داشتم خسته ام کرد و آنچه در زندگی برای منصور اهمیت داشت تنها فرزندش بود که ۲ ماه پس

از ازدواجمان به خانه آمده بود و ظاهراً مادرش در حال ازدواج بود و شوهرش حاضر به نگهداری از پیمان نشده بود. اوایل نمی خواستم رفتار نامادری بدجنس را داشته باشم که حاضر نیست چند ماهی از پسر کوچک بی آزار مراقبت کند، به همین خاطر با وجود آنکه علاقه ای به این کار نداشتم قبول کردم که پیمان به خانه مان بیاید و کنارمان زندگی کند؛ اما این اجازه اصلاً مهم نبود و بعد از آن پیمان در خانه حکمرانی می کرد، او تعیین می کرد که چه زمانی بخوابیم، کجا برویم و چه برنامه ای از تلویزیون ببینیم. منصور روزی که پیشنهاد ازدواج به من داد گفته بود که هیچ مشکلی با ازدواج سابق من ندارد و تنها فرزندش که پسر بود با مادرش که طلاق گرفته زندگی می کند. رفتارهای پیمان غیرقابل تحمل بود و از آن بدتر رفتار شوهرم بود که توجه بیش از حدی که به فرزندش داشت غیرعادی بود و من را نادیده می گرفت و آزارم می داد. پیمان اصلاً من را دوست نداشت و حاضر به همکاری با من نبود و مدام می گفت قصد اذیت و آزارش را دارم، کم کم از وضعی که داشتم کلافه و درمانده شدم و انگار در جهنمی گیر افتاده بودم که راه خروجی وجود نداشت، از طرفی منصور می گفت باید یاد بگیرم که در زندگی مسئولیت پذیر باشم و نگهداری از پسرش برای چند سالی از وظایف من خواهد بود. گویی در حصار گیر کرده بودم و حق اعتراضی هم نداشتم. کم کم به مصرف قرص های ضد افسردگی رو آوردم و با مصرف آنها فکر می کردم حال روز بهتری پیدا می کنم؛ اما این گونه نبود و عملاً اوضاع روحی و روانی ام روز به روز بدتر می شد و پیمان هرچه بزرگتر می شد نسبت به من بیشتر گستاخی می کرد و شکایات من به پدرش منصور کاملاً بی فایده بود. به دنبال

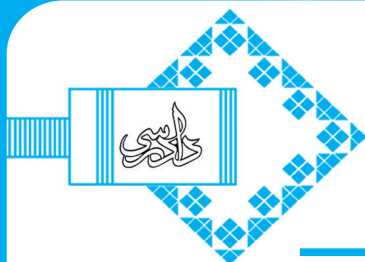
راهی بودم که از این شرایط خلاص شوم. روز قتل من و پیمان در خانه تنها بودیم، مثل همیشه به من گستاخی و اذیت می کرد تا اینکه طاقتم تمام شد. کنترلم را از دست دادم و سرش فریاد کشیدم. او حرف های زشتی نثارم کرد و من دیوانه وار تا اتاق خوابش دنبالش کردم و به سمتش حمله ور شدم؛ چون در حال آشپزی بودم و چاقو در دستم بود با همان چاقو تمام نفرتم را خالی کردم. پیمان بی حرکت روی زمین افتاد و من کمی بعد به خودم آمدم و قبل از آنکه منصور شوهرم از راه برسد ساک و چمدانم را بستم تا برای همیشه بروم؛ اما دستگیری زود هنگام من چشمم را به روی واقعیت باز کرد.

نسرين درحالی که اشک چشمانش را پاک می کرد گفت جای بخشش ندارم و باید توان رفتار وحشیانه و هولناکی که مرتکب شده ام را بدهم. پس از اعتراف به قتل پیمان، نسرين تحت الحفظ و با صدور قرار بازداشت موقت به زندان معرفی می گردد تا در آینده ای نه چندان دور محاکمه و مجازات شود.

و اما شما مخاطبان عزیز:

- در این تراژدی نسرين را چقدر مقصر می دانید؟
- آیا پدر و مادر نسرين هم تقصير دارند يا خير؟
- آیا ازدواج اجباری نسرين با مردی ۲۵ سال بزرگتر از خود سرنوشت نسرين را تغيير و از او یک قاتل ساخت يا می توانست به گونه ای دیگر هم زندگی اش رقم بخورد؟
- آیا منصور را هم در قتل پیمان و در بروز این تراژدی مقصر می دانید يا خير؟
- بیايد به بچه هایمان اجازه دهيم شريك زندگیشان را خودشان انتخاب کنند و ما فقط راهنمای آنان باشیم.

هرگونه تشابه اسمی با افراد حقیقی و حقوقی صرفاً تصادفی و اتفاقی است.



راهنمای اشتراک ماهنامه دادرسی

- لطفاً در صورت تمایل نسبت به اشتراک ماهنامه‌ی دادرسی، نکات ذیل را در نظر داشته باشید:
- ۱- فرم اشتراک را کامل و خوانا پر کرده و کدپستی را حتماً قید نمایید.
 - ۲- وجه اشتراک را به حساب سیبا به شماره‌ی ۲۱۷۱۲۶۹۰۰۳۰۰۳ نزد بانک ملی، شعبه‌ی سازمان قضایی، کد ۵۱۸ به نام مجله‌ی دادرسی واریز نموده و اصل رسید بانکی را همراه با فرم تکمیل شده، به نشانی: تهران، خیابان دکتر شریعتی، نرسیده به چهارراه شهید قدوسی (قصر)، سازمان قضایی نیروهای مسلح، دفتر ماهنامه‌ی دادرسی و یا به شماره تلفن: ۸۲۹۰۲۵۷۸ ارسال دارید.
 - ۳- صندوق پستی: ۱۳۱۵-۱۶۷۶۵
تلفن: ۸۸۴۷۲۳۸۰ - ۸۲۹۰۲۵۷۷
 - ۴- تصویر رسید بانکی را تا زمان دریافت نخستین شماره، نزد خود نگه دارید.
 - ۵- حق اشتراک برای شش شماره‌ی مجله‌ی دادرسی، جهت تهران با پست عادی ۲۲۰/۰۰۰ ریال و با پست سفارشی ۴۹۰/۰۰۰ ریال و برای شهرستان‌ها با پست عادی ۲۴۰/۰۰۰ ریال و با پست سفارشی ۵۰۰/۰۰۰ ریال می‌باشد.
 - ۶- حق اشتراک با احتساب تخفیف بیست درصد شش شماره‌ی مجله‌ی دادرسی برای تهران، با پست عادی ۱۸۰/۰۰۰ ریال، با پست سفارشی ۴۵۰/۰۰۰ ریال و برای شهرستان‌ها، با پست عادی ۱۹۰/۰۰۰ ریال و با پست سفارشی ۴۶۰/۰۰۰ ریال می‌باشد.
 - ۷- مجلات صحافی شده‌ی دادرسی با جلد گالینگور موجود می‌باشد.
 - ۸- لطفاً در صورت تغییر نشانی، مراتب را به امور مشترکین مجله اعلام نمایید.
 - ۹- لازم به ذکر است بند ۶ مربوط به دانشجویان رشته‌ی حقوق، کارکنان نیروهای مسلح، کادر قوه‌ی قضاییه و وکلای می‌باشد که می‌توانند با ارسال تصویر کارت شناسایی خود، از بیست درصد تخفیف ویژه بهره‌مند شوند.

ماهنامه دادرسی (حقوقی، فرهنگی و اجتماعی)

نام و نام خانوادگی:	تاریخ تولد:	شماره اشتراک:
میزان تحصیلات:	شغل:	مبلغ واریزی:
نوع درخواست: ☐ اشتراک مجله، ☐ آرشیو الکترونیکی	شش نسخه از شماره	
نشانی کامل جهت ارسال نشریه:	تلفن:	
کد پستی:	صندوق پستی:	
پست الکترونیکی:		

فرم اشتراک