



سال هجدهم، آذر و دی ۱۳۹۳

* اندیشه‌ها

- شروع به جرم، شرکت در جرم و معاونت در جرم... (حجت الاسلام والمسلمین دکتر محمد مصدق)..... ۳
- از حق تا عدالت کیفری در تجلی حقوق شهروندی (دکتر شهرام محمدی - کامبیز محمدی)..... ۱۴
- بررسی تطبیقی عدول از ایجاب در حقوق ایران،... (دکتر محمد رضا فلاح، فرزانه صالحی)..... ۱۸
- تعارض قوانین در قراردادها (عباس احمدی)..... ۲۳
- شروع به جرم در قانون جدید مجازات اسلامی (امین سبحانی نجف آبادی)..... ۳۰
- تعهدات اجبر و مستأجر (مهدی الله یاری)..... ۴۰
- مشروعیت شرط پیش تعیین سود در عقود مشارکتی (محمد رستم خاتلو)..... ۴۵
- مبانی حق حبس در فقه امامیه و حقوق ایران (امید توکلی کیا)..... ۵۰
- تاثیر صلاحیت مرجع صادر کننده حکم بر اعتبار امر قضاوت شده با تأکید... (آزاد فلاحی)..... ۵۶
- تدوین قوانین مناسب؛ راهکاری برای مقابله با جرایم سایبری (مهدی رجب پور کاشف، نیلوفر سالمی)..... ۶۰
- گفتمان جرم شناسی پیش گیری (قاسم ولی پور)..... ۶۷

* رویه قضایی

- آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری..... ۶۹
- نظرات مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه..... ۷۱
- نظرات مشورتی اداره‌ی حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح..... ۷۳

* حقوق برای همه

- اگر شما قاضی این پرونده بودید، چگونه رأی می دادید؟..... ۷۵
- آشنایی با حقوق شهروندی..... ۷۶
- راهکارهای کنترل جرم از نگاه امیرالمؤمنین (ع)..... ۷۸
- بادا و طلبان آزمون‌های حقوقی - قضایی..... ۸۰
- جدول (اصغر فراهانی)..... ۸۳

* فرهنگی

- جماليات قصار..... ۸۴
- داستان: «عاقبت فرار از خانه» (قهرمان مرادی)..... ۸۶

صاحب امتیاز:

سازمان قضایی نیروهای مسلح

مدیر مسؤول و سردبیر: دکتر محمد مصدق

مدیر اجرایی: مهدی کوکی

ویراستار علمی و ادبی: دکتر لیلا سادات اسدی

امور مشترکین و توزیع: فاطمه فرهی

امور رایانه: الهام امیرنیا

گرافیک: سید حشمت الله پناهی

حروف چینی: زهرا نصیری

توزیع، لیتوگرافی و چاپ: مؤسسه اطلاعات

آراء نویسندگان الزاماً دیدگاه مجله نیست.

دادرسی مجاز به تلخیص مقالات است.

نقل و برداشت مطالب با ذکر منبع بلامانع است.

مقالات رسیده مسترد نمی شود.

مقالات ارسالی تایپ شده باشد.

آدرس: تهران، خیابان شریعتی، نرسیده به چهارراه

شهید قدوسی (قصر)، سازمان قضایی نیروهای مسلح

صندوق پستی ۱۳۱۵ - ۱۶۷۶۵

تلفن دفتر مرکزی: ۸۲۹۰۲۵۷۷ - ۸۸۴۷۲۳۸۰

دورنگار: ۸۲۹۰۲۵۷۸

WWW.IMJ.ir

E-mail: dadrasi2010@Yahoo.com

* آیت الله محمد یزدی * حجت الاسلام والمسلمین علی شوشتری * دکتر سام سوادکوهی فر

* حجت الاسلام والمسلمین محمد کاظم بهرامی * حجت الاسلام والمسلمین شکر الله بهرامی * سید لطف الله اتابکی

* حجت الاسلام والمسلمین محمد نیازی * دکتر حسین میر محمد صادقی * دکتر حمید دلیر

* حجت الاسلام والمسلمین دکتر محمد مصدق * دکتر سید محمد حسینی * دکتر جعفر صادق منش

* حجت الاسلام والمسلمین احمد شفیعی * دکتر محمد جواد صفار * محمد رضا یندانیان

اعضای هیأت تحریر

اصلاح پیش از اجرا!

به رغم مطالب پیش گفته، چند صباحی است که قانون گذار رویه‌ای جدید را در پیش گرفته است؛ تصویب قانون و اصلاح آن پیش از اجرا. این رویه را در مسیر لازم‌الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری نیز شاهد هستیم، قانونی که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۴ تصویب شد و مطابق ماده‌ی ۵۶۹ آن، قرار بود شش ماه پس از انتشار، لازم‌الاجرا شود، اما پیش از رسیدن به عرصه‌ی اجرا بر اساس ماده‌ی ۶۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری الحاقی ۱۳۹۳ اجرای آن به تاریخ ۱۳۹۴/۴/۱ موکول گردید و کمیسیون قضایی مجلس در حال بررسی و تصویب طرحی است که بر اساس آن موادی از آن قانون مجدداً اصلاح خواهد شد. آیا اصلاح قانون پیش از اجرا، حاکی از عدم توجه قانون گذار به مغایرت‌های ظاهری و اساسی در مواد قانونی نیست؟ آیا موید عدم عنایت قانون گذار به مشکلات اجرایی قوانین پیشین نمی‌باشد؟ آیا ... به هر حال، اصلاح پیش از اجرا نشان از آن دارد که قانون گذار در تصویب قانون از هم‌فکری متخصصان فن قانون نویسی و قضاتی که نقایص قانون سابق را در مقام اجرا در یافته‌اند، محروم بود و یا از ضرورت هم‌فکری با چنین افرادی، غافل.

نهفته بودن عیب و هنر انسانی که ساکت است امری بدیهی است؛ که با مکتوم نگاه داشتن افکار خود، زمینه‌ی ارزیابی آن را توسط دیگران فراهم نمی‌سازد، همان گونه که در املای نانوشت، واژه‌ی غلطی یافت نمی‌شود. این بدیهیات که در عرف عموم و اندیشه‌ی عقلا جایگاه متقنی یافته، در تمامی عرصه‌های زندگی و علوم، مصداق می‌یابد؛ حتی در وادی حقوق و قانون گذاری. لذا بی‌راه نخواهد بود اگر بگوییم که، مرد را در مقام عمل محک می‌زنند و قانون را در هنگامه‌ی اجرا. صدق این جمله در عرصه‌ی قانون گذاری، از آن جهت است که قانون گذار هر قدر دقیق و نکته‌سنج باشد، باز هم نمی‌تواند تمامی مصادیق مشمول قانون را پیش بینی کند. حقوق، علم تنظیم روابط انسانی است و انسان موجود پیچیده‌ای است که زوایای وجودش لایه لایه است و شناسایی این زوایا و پیش بینی آثار برخاسته از هر یک یا مجموعه‌ای از آن‌ها، تقریباً غیرممکن است. لذا از قانون گذار انتظار نمی‌رود حین تصویب قانون، بر کلیه‌ی زوایای آن در عرصه‌ی عمل آگاه باشد و به همین جهت اصلاح قوانین یکی از رویکردهای قانون گذار در رفع نواقص، اجمال‌ها و ابهام‌های موجود در قانون است که در منصفه‌ی اجرا کشف گردیده است. این گونه است که به عنوان مثال، بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ یا قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ بارها اصلاحیه وارد شده است.

شروع به جرم

شرکت در جرم

معاونت در جرم

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

با رویکرد کاربردی

قسمت یازدهم

حجت الاسلام والمسلمین دکتر محمد مصدق، مدرس دانشگاه و معاون حقوقی و قضایی سازمان قضایی نیروهای مسلح



بخش سوم - جرایم

فصل نخست: شروع به جرم

اگر جرم را همانند مسیری تصور کنیم که بزه کار در آن گام می گذارد، در این مسیر چهار مرحله طی خواهد شد:

۱- قصد مجرمانه؛

۲- تهیهی مقدمات ارتکاب جرم؛

۳- شروع به اجرا؛

۴- اجرای جرم (رفتار ارتكابی).

مرحله ی اول یعنی مجرد قصد ارتکاب جرم که نهانی و نفسانی است و تجلی بیرونی پیدا نکرده است، در نظام قضایی ایران جرم نیست و مجازات ندارد.

مرحله ی دوم یعنی تهیهی مقدمات ارتکاب

جرم که نهانی و نفسانی است و تجلی بیرونی پیدا نکرده است، با شرایط خاصی جرم است و مرتکب تحت عنوان معاونت در جرم تعقیب می شود که در فصل سوم این بخش مورد بحث قرار خواهد گرفت.

مرحله ی سوم مرحله ی شروع به جرم است؛ یعنی عبور از قصد مجرمانه و عملیات



مقدماتی و ورود به مرحله‌ی اجرایی جرم به نحوی که اعمال انجام شده متصل به جرم باشد، مشروط بر آن که بزه به طور کامل واقع نشود و زیر عنوان جرم تام قرار نگیرد.

مرحله‌ی چهارم جرم تام است که مرتکب حسب مورد به مجازات پیش‌بینی شده در قانون محکوم خواهد شد.

حقوق دانان برای تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجراء دو نظریه‌ی عینی و ذهنی را ارائه داده‌اند.

به موجب نظریه‌ی عینی، شروع به اجراء زمانی محقق می‌شود که فاعل یکی از رفتارهایی را که عنوان مجرمانه دارد مرتکب شود. برای مثال در جرم سرقت که عنصر مادی تشکیل‌دهنده‌ی آن ربایش پنهانی مال دیگری است، به محض آن که مرتکب بر اموال دیگری دست گذاشت، شروع به اجراء مصداق پیدا می‌کند.

در مقابل طرفداران نظریه‌ی ذهنی معتقدند که شروع به اجراء توسل به رفتارهایی است که مبین اراده‌ی قطعی و تصمیم جازم فاعل بر ارتکاب جرم باشد. یعنی هر فعلی که مرتکب اراده کرده باشد و فوراً به مقصود برسد، شروع به اجراء تلقی می‌شود.

قانون‌گذار ایران به تبعیت از نظریه‌ی عینی، موضوع شروع به جرم را به شرح زیر مورد بحث قرار داده است.

ماده‌ی ۱۲۲: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود:

الف- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه‌ی یک تا سه است به حبس تعزیری درجه‌ی چهار
ب- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها قطع عضو یا حبس تعزیری

منظور از شروع به اجرای جرم، شروع به اجرای عنصر مادی جرم یا آغاز عملیات اجرایی جرم می‌باشد. به عبارت دیگر شروع به جرم، رفتاری است که مرتکب پس از عبور از مراحل ذهنی (قصد مجرمانه) و تهیه‌ی مقدمات، به منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام می‌دهد، لیکن به واسطه‌ی مانع غیر ارادی قصدش معلق می‌ماند و جرم منظور محقق نمی‌شود.

درجه‌ی چهار است به حبس تعزیری درجه‌ی پنج

پ- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه‌ی پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه‌ی شش

تبصره- هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.»

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده متناظر ماده‌ی ۴۱ قانون سابق است که مقرر می‌داشت: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید لکن جرم منظور واقع نشود چنانچه اقدامات انجام شده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود.

تبصره ۱- مجرد قصد ارتكاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به

جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست. تبصره ۲- کسی که شروع به جرمی کرده است، به میل خود آن را ترک کند و اقدام انجام شده جرم باشد، از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.»

نکات مربوط به این ماده:

۱- برخلاف قانون سابق که شروع به جرم را فاقد وصف مجرمانه می‌دانست مگر به نص قانون، در این قانون شروع به جرم، جرم محسوب شده و با توجه به مجازات جرم اصلی، برای آن مجازات پیش‌بینی شده است. ۲- منظور از شروع به اجرای جرم، شروع به اجرای عنصر مادی جرم یا آغاز عملیات اجرایی جرم می‌باشد. به عبارت دیگر شروع به جرم، رفتاری است که مرتکب پس از عبور از مراحل ذهنی (قصد مجرمانه) و تهیه‌ی مقدمات، به منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام می‌دهد، لیکن به واسطه‌ی مانع غیر ارادی قصدش معلق می‌ماند و جرم منظور محقق نمی‌شود.

۳- شروع به جرایم موجب حبس تعزیری درجات شش تا هشت جرم نیست مگر این که به صورت موردی در قانون به آن تصریح شده باشد.

۴- شروع به جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها، جزای نقدی و یا شلاق تعزیری به تنهایی باشد، جرم نیست و قابل مجازات نمی‌باشد.

۵- عبارت «به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند» در ماده‌ی ۴۱ قانون سابق وجود نداشت، لیکن این عبارت به متن ماده‌ی ۱۲۲ اضافه شده است که این اقدام در جهت تکمیل تعریف شروع به جرم مفید و مطلوب می‌باشد. با توجه به این که ممکن است عامل ایجادکننده‌ی مانع، خارجی نباشد؛ مانند ایست قلبی که عاملی داخلی است، در این صورت نیز شروع به جرم محقق شده است.

۶- صدر ماده به نحوی نگارش یافته است

که شامل جرم عقیم هم می‌شود؛ چون در جرم عقیم هم قصد مرتکب معلق می‌ماند. بنابراین مجازات جرم عقیم، مجازات شروع به جرم است.

منظور از جرم عقیم حالتی است که مرتکب به واسطه‌ی عدم مهارت یا یک عامل خارجی که اراده‌ی وی در آن دخالت نداشته، موفق به اخذ نتیجه‌ی مورد نظر نمی‌شود. برای مثال کسی به قصد کشتن دیگری کمین کرده و تیراندازی می‌کند، لیکن شخص مورد نظر با مهارت خاصی خود را از تیر رس خارج می‌کند و کشته نمی‌شود.

تبصره‌ی این ماده به جرم محال مادی اشاره کرده است، مانند موردی که شخصی به قصد ربایش مال دیگری دست در جیب خالی او می‌کند. قانون‌گذار این اقدام را در حکم شروع به جرم دانسته است. این تبصره به جرم محال قانونی اشاره ندارد، مانند آن که شخصی به قصد سرقت مال دیگری، مال متعلق به خود را می‌رباید.

۷- منظور از جرم محال جرمی است که موضوع آن متنفی است. برای مثال شخصی به قصد سقط جنین زنی، او را مورد ضرب و جرح قرار می‌دهد، در حالی که آن زن حامله نیست. ۸- شروع به جرم منحصر به جرایم عمدی است و در جرایم غیر عمدی محقق نمی‌شود؛ چون برابر این ماده برای تحقق شروع به جرم، قصد ارتکاب، ضروری است و در جرایم غیر عمدی قصدی وجود ندارد.

۹- برابر مقررات ماده‌ی ۱۲۲ در همه‌ی جرایم اعم از جرایم مستوجب حد، قصاص و تعزیر به استثنای جرایم تعزیری درجات شش الی هشت، شروع به جرم قابل مجازات می‌باشد. این قاعده‌ی کلی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ پذیرفته نشده بود.

۱۰- سؤال: آیا شروع به جرم در مورد ترک فعل نیز مصداق دارد؟ مانند نگهداری زندان که به قصد کشتن زندانی از دادن غذا به وی

خودداری نماید، اما پس از شروع به این اقدام و پیش از حصول نتیجه، رئیس زندان متوجه موضوع شود و قصد نگهداری معلق بماند.

پاسخ: هر چند رفتار مادی اعم از «فعل و ترک فعل» است، اما با توجه به تعریف و شرایط تحقق شروع به جرم، محور و اساس شروع به جرم فعل مثبت مادی می‌باشد. در مورد ترک فعل نیز در بسیاری از مصادیق آن مانند خودداری از کمک به مصدومان یا ترک انفاق و یا لغو دستور، تفکیک شروع به جرم از جرم تام بسیار مشکل است و یا در عمل امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ زیرا به مجرد این که شخص تکلیفی را که حسب قانون یا قرارداد بر عهده‌ی او می‌باشد ترک کند، جرم به صورت تام محقق شده و نیازی به شروع ندارد.

در مواردی مانند فرض سؤال، موضوع جای تأمل دارد. با این حال با توجه به این که عبور از قصد مجرمانه و اقدامات مقدماتی و آغاز عملیات اجرایی جرم به نحوی که اعمال انجام شده متصل به جرم باشد، از شرایط شروع به جرم می‌باشد و از طرفی افزون بر قصد مجرمانه، «وجود رابطه‌ی سببیت بین ترک فعل و سلب حیات دیگری» شرط مهم ترک فعل به عنوان رفتار مادی بزه قتل عمدی می‌باشد؛ پذیرش «شروع به جرم قتل» در حد رفتار طرح شده در فرض سؤال مشکل است گرچه نظر مخالفی نیز وجود دارد.

۱۱- سؤال: آیا با تصویب این قانون، موارد خاصی که قبلاً شروع به جرم در آن‌ها جرم‌انگاری شده بود و مجازات داشت، نسخ شده و آن موارد نیز تابع این قانون خواهد بود؛ یا آن که مجازات خاص شروع به جرم در آن موارد هم چنان به قوت خود باقی است؟

پاسخ: به نظر می‌رسد قانون‌گذار با تصویب این قانون، مجازات شروع به جرم را نظام‌مند کرده و به طور ضمنی مجازات‌های قبلی شروع به جرم‌های خاص را نسخ نموده است.

در این خصوص از اداره حقوقی استعلام شده و آن اداره به شرح زیر پاسخ داده است:

سؤال: الف) آیا مقررات شروع به جرم این قانون ناسخ مواد شروع به جرم در قانون تعزیرات و یا قوانین متفرقه می‌باشد یا این که مقررات قانون تعزیرات و قوانین متفرقه همچنان به قوت خود باقی هستند؟

ب) با توجه به این که در قانون تعزیرات یا قوانین متفرقه شروع به ارتکاب بعضی از جرایم جرم تلقی شده و مجازات‌های آن‌ها با مجازات‌های مندرج در ماده‌ی ۱۲۲ این قانون که برای شروع به ارتکاب بسیاری از جرایم مقرر شده است، متفاوت است آیا پس از لازم‌الاجراء شدن قانون جدید بایستی بر اساس ماده‌ی ۱۲۲ عمل نمود؟

پاسخ: مقنن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام ایجاد نظم خاصی برای مجازات شروع به جرم است. لذا در تمام مواردی که مشمول ماده‌ی ۱۲۲ قانون مذکور است، مجازات‌هایی به شرح بندهای ذیل این ماده تعیین نموده است. همچنین با توجه به لزوم یکسان‌سازی نحوه‌ی رسیدگی در امور قضایی که در بند ۷ سیاست‌های کلان مقام معظم رهبری مورد تأکید قرار گرفته است و با توجه به ماده‌ی ۲۲۸ قانون مزبور در خصوص لغو کلیه‌ی مقررات و قوانین مغایر با این قانون، به نظر این اطلاق شامل کلیه‌ی قوانین و مقررات خاص و عام در خصوص موضوع سؤال است؛ زیرا چنان‌چه قائل به عدم نسخ موارد خاص مندرج در قوانین جزایی در خصوص تعیین مجازات شروع به جرم باشیم، شاهد تفاوت و شدت و ضعف میزان مجازات و عدم تناسب آن خواهیم بود. در نتیجه کلیه‌ی مقرراتی که به طور خاص برای شروع به جرم مجازات تعیین کرده است، با تصویب و لازم‌الاجراء شدن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ملغی و مجازات شروع به جرم در تمام جرایم مطابق



بندهای ذیل ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با رعایت ماده‌ی ۱۰ همان قانون تعیین می‌شود.^(۱)

۱۲- سؤال: آیا با تصویب این قانون، شروع به جرم موضوع ماده‌ی ۱۲۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح در خصوص نیروهای مسلح نسخ شده یا همچنان به قوت خود باقی است؟ پاسخ: برخی از همکاران قضایی معتقدند که چون این قانون، خاص و مقدم است و قانون عام لاحق نمی‌تواند ناسخ قانون خاص مقدم باشد، اما به نظر می‌رسد با توجه به این که قانون‌گذار با یک قاعده‌ی کلی، همه‌ی شروع به جرم‌ها را نظام‌مند کرده، شروع به جرم‌های قوانین خاص نیز نسخ شده است،

ماده‌ی ۱۲۳: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد.»

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده عیناً تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۴۱ قانون سابق را تکرار نموده که مقرر می‌داشت: «مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست.»

ماده‌ی ۱۲۴: «هرگاه کسی شروع به جرمی نماید و به اراده خود آن را ترک کند به اتهام شروع به آن جرم، تعقیب نمی‌شود، لکن اگر همان مقدار رفتاری که مرتکب شده است جرم باشد به مجازات آن محکوم می‌شود.»

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده جایگزین تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۴۱ قانون سابق است که مقرر می‌داشت: «کسی که شروع به جرمی کرده است، به میل خود

معاونت در شروع به جرم، جرم است و مجازات دارد. به عنوان مثال اگر شخص «الف» با وحدت قصد با آقای «ب» جهت سرقت کلید بسازد و در اختیار وی قرار دهد و «ب» هنگام سرقت دستگیر شود، نامبرده به عنوان شروع به سرقت و شخص «الف» به عنوان معاونت در شروع به سرقت قابل تعقیب و مجازات می‌باشند.

آن را ترک کند و اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.»

نکات مربوط به این ماده:

۱- قانون‌گذار در این ماده تخفیف مجازات را حذف کرده است، لیکن در صورتی که ندامت مرتکب احراز شود، قطعاً از این حیث مجازات او قابل تخفیف است.

۲- ترک به میل، ترکی است که با اراده‌ی مرتکب صورت می‌گیرد. این اراده ممکن است بر انگیزه‌های مختلفی استوار شده باشد. دادگاه باید برای تشخیص این که ترک عمل ارادی است یا خیر، دقت کافی به عمل آورد. مثلاً شخصی که با دیدن مأمور انتظامی اسلحه‌ی خود را زمین نهاده و فرار می‌کند، گرچه با میل خود فرار کرده، اما این میل و اراده خالص نیست. اگر همین شخص گمان کند که پلیس یا شخص دیگری به دنبال اوست و بر اثر این توهم فرار کند و تصمیم به جرم را عملی نسازد، انصراف او ارادی محسوب می‌شود.^(۲)

۳- انصراف و ترک عمل زمانی صادق است که هنوز جرم شروع نشده باشد و انصراف پس از شروع به جرم را اصطلاحاً ندامت گویند که سالب مسؤولیت کیفری نیست، بلکه موجب

تخفیف مجازات می‌باشد. بنابراین حکم این ماده از این جهت مبهم است؛ زیرا جرمی که شروع شد، ترک آن مفهومی ندارد و منظور قانون‌گذار همان ندامت است و به همین دلیل عده‌ای از حقوق دانان انصراف از عمل در جرایم مطلق را ممکن نمی‌دانند؛ زیرا در جرم مطلق با شروع جرم، عملیات مجرمانه محقق شده است.^(۳)

فصل دوم: شرکت در جرم

همواره این چنین نیست که یک نفر به تنهایی جرمی را مرتکب شود، بلکه گاه پیش می‌آید که عده‌ای با همکاری یکدیگر سبب وقوع جرمی می‌شوند. حقوق دانان این نوع همکاری‌ها را تحت دو عنوان معاونت و مشارکت مورد بحث قرار داده‌اند. شریک جرم به کسی اطلاق می‌شود که شخصاً اعمال مادی تشکیل دهنده‌ی جرم را انجام دهد، ولی از آنجا که به همراه شخص یا اشخاص دیگر و با علم و اطلاع عملیات تشکیل دهنده‌ی جرم را به مورد اجرا می‌گذارد شریک جرم نامیده می‌شود.^(۴)

تفاوت معاونت و مشارکت در انجام رفتارهای مادی جرم است؛ بدین معنا که در تحقق مشارکت، ورود همه‌ی افراد در انجام رکن مادی جرم شرط است، اما در معاونت چنین نیست و طبق اصول کلی فردی که در عملیات اجرایی جرم وارد نشده، به عنوان شریک جرم شناخته نمی‌شود. به عبارت دیگر شریک در جرم لزوماً باید از مباشران جرم باشد و منظور از مباشرت آن است که فرد رکن مادی جرم را شخصاً و بدون واسطه انجام دهد. قانون‌گذار موضوع مشارکت در جرم را در ماده‌ی ۱۲۵ مورد بحث قرار داده است.

ماده‌ی ۱۲۵: «هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آن‌ها باشد خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم

کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیر عمدی نیز چنانچه جرم، مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشد، مقصران، شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هر یک از آنان، مجازات فاعل مستقل آن جرم است.

تبصره- اعمال مجازات حدود، قصاص و دیات در مورد شرکت در جنایت با رعایت مواد کتاب‌های دوم، سوم و چهارم این قانون انجام می‌گیرد.

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده متناظر ماده‌ی ۴۲ قانون سابق است. مطابق این ماده: «هر کس عالماً و عامداً با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرایم قابل تعزیر یا مجازات‌های بازدارنده مشارکت نماید و جرم مستند به عمل همه آنها باشد خواه عمل هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنها مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم خواهد بود. در مورد جرایم غیر عمدی (خطای) که ناشی از خطای دو نفر یا بیشتر باشد مجازات هر یک از آنان نیز مجازات فاعل مستقل خواهد بود.

تبصره- اگر تأثیر مداخله و مباشرت شریکی در حصول جرم ضعیف باشد، دادگاه مجازات او را به تناسب تأثیر عمل او تخفیف می‌دهد.»

نکات مربوط به این ماده:

- ۱- بر اساس این ماده برای تحقق شرکت در جرم عمومی شرایط زیر لازم است:
 - همکاری حداقل دو نفر؛
 - علم و اطلاع از جرم؛
 - انجام عملیات اجرایی.

۲- در این قانون نیز مانند قانون سابق برای هر یک از شرکا در جرایم تعزیری مجازات فاعل مستقل در نظر گرفته شده و مجازات شرکت در جرایم موجب حد و قصاص و دیه به باب‌های مربوط به این جرایم ارجاع داده شده است.

۳- در تحقق عنوان مجرمانه‌ی مشارکت در جرم، کافی بودن یا نبودن رفتار هر یک از شرکای جرم و یا مساوی بودن یا نبودن اثر کار آنان تأثیری در موضوع و اعمال مجازات «شریک در جرم» ندارد.

۴- شرکای جرم فقط در باب مجازات حکم فاعل مستقل را دارند و در مورد ضرر و زیان و خسارت ناشی از جرم، هر یک از آنان به میزان ضرر و زبانی که وارد کرده است، مسؤولیت مدنی دارد. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۸۰۹۰ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۷ اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه مؤید این نظر است.

۵- به رغم مخالفت‌هایی که اندیشمندان حقوق در ارتباط با تحقق شرکت در جرایم شبه عمدی داشته‌اند، این ماده آن را به حق پذیرفته است.

۶- در مورد تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۵ می‌توان به عنوان مثال به ماده‌ی ۳۶۸ همین قانون اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «اگر عده‌ای آسیب‌هایی را بر مجنی‌علیه وارد کنند و تنها برخی از آسیب‌ها موجب قتل او شود، فقط واردکنندگان این آسیب‌ها شریک در قتل هستند و دیگران حسب مورد به قصاص عضو یا پرداخت دیه محکوم می‌شوند.» یعنی مجازات شرکت در قتل عمدی با مجازات شرکت در جرم‌های تعزیری متفاوت است.

۷- مجازاتی که علیه شریک اعمال می‌شود، کاملاً مستقل از کیفری است که علیه شرکای وی قابل اعمال است. بدین معنی که کیفیت مخففه یا مشدده‌ی مجازات برای هر بزه‌کاری با توجه به موقعیت حقوقی و خصوصیات جسمی و روانی و خانوادگی

جداگانه در نظر گرفته می‌شود و بر روی کیفر شرکای دیگر تأثیری ندارد. به همین ترتیب در صورتی که یکی از شرکای جرم در ارتکاب قتل عمدی دیوانه یا نابالغ باشد، قصاص در مورد او منتفی است و این معافیت تأثیری در مسؤولیت کیفری شرکایی که عاقل و بالغ و مختار هستند ندارد.^(۵)

۸- در این ماده تعریف شرکت در جرم به نحو عام ذکر شده؛ به گونه‌ای که شامل حدود، قصاص و دیات هم می‌شود، لیکن با توجه به احکام خاص حدود و قصاص و دیات، مجازات آنها به فصل مربوط در کتاب‌های دوم تا چهارم این قانون ارجاع داده شده است.

۹- در این ماده کلمه‌ی علم و عمد در تحقق شرکت در جرم حذف شده است؛ زیرا: اولاً، قانون‌گذار در مقام بیان تحقق شرکت در جرم اعم از عمدی و غیر عمدی بوده و بدیهی است که در تحقق شرکت در جرم غیر عمدی، عمد معتبر نیست و لذا نباید ذکر شود؛

ثانیاً، در ماده‌ی ۱۴۴^(۶) این قانون به صورت کلی مقرر شده است که در تحقق کلیه‌ی جرایم عمدی، علم و عمد شرط است و لذا در اینجا کلمه‌ی علم و عمد حذف شده است.

۱۰- بر خلاف معاونت در جرم که جهت تحقق آن وجود «وحدت قصد بین معاون و مباشر جرم» ضروری است، در مشارکت در جرم چنین شرطی لازم نیست و معیار و ملاک انتساب جرم به فرد، شرکت در عملیات اجرایی عنصر مادی جرم و در نهایت استناد رفتار مجرمانه به اوست.

۱۱- با توجه به ذکر کلمه‌ی «رفتار» در ماده‌ی ۱۲۵، ترک فعل نیز می‌تواند از مصادیق مشارکت در جرم باشد؛ مانند خودداری دو نفر نگهدارنده زندان از غذا دادن به زندانی به قصد سلب حیات وی که موجب فوت وی شود، در صورتی که مشترکاً این وظیفه را عهده‌دار باشند.

۱۲- سؤال: آیا ممکن است نسبت به یک



عمل مجرمانه، رفتار یک نفر از شرکا عمدی و رفتار دیگری غیر عمدی محسوب شود؟ پاسخ: در مورد جنایات با توجه به ماده‌ی ۳۶۹ همین قانون، رفتار مجرمانه ممکن است نسبت به هر یک از شرکا حسب مورد، عمدی، شبه عمدی یا خطای محض محسوب شود؛ مانند این که دو نفر بالغ و نابالغ عمداً دیگری را به قتل برسانند که جنایت مزبور نسبت به فرد بالغ عمدی و نسبت به نابالغ خطای محض محسوب می‌شود، اما در خصوص سایر جرایم چنین حالتی امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ زیرا هر یک از شرکاء باید در عملیات اجرایی رفتار مجرمانه‌ی شریک دیگر دخالت و شرکت کند، در صورتی که این اقدام در مورد جمع دو رفتار مجرمانه عمدی و غیر عمدی قابل تصور نیست. به عبارت دیگر رفتار هر یک از شرکاء نسبت به موضوع واحد نمی‌تواند هم‌زمان عمدی و غیر عمدی باشد و اگر رفتار یک نفر از آنان عمدی و رفتار فرد دیگر غیر عمدی باشد، عنوان «شرکت در جرم» منتفی است و مرتکبان حسب مورد تحت عنوان مباشرت در جرایم عمدی یا غیر عمدی تحت تعقیب قرار می‌گیرند. به عنوان مثال اگر از دو نفر نگهبان بازداشتگاه که مسئولیت مراقبت از زندانی را بر عهده دارند، یک نفر در انجام وظیفه‌ی مراقبت از زندانی سهل‌انگاری کند و نگهبان دیگر عمداً بازداشتی را فراری دهد، هر دو نگهبان مسئولیت کیفری دارند، اما اتهام یک نفر، «سهل‌انگاری منجر به فرار زندانی» و اتهام دیگری «فراری دادن زندانی» است و عنوان هر یک مستقل و مباشرت در ارتکاب جرم می‌باشد و لذا موضوع «مشارکت در جرم» منتفی است. مهم‌تر این که مجازات «شریک در جرم» مجازات «فاعل مستقل» است، در صورتی که در فرض سؤال نمی‌توان مجازات فاعل جرم عمدی را در مورد فاعل جرم غیر عمدی اعمال نمود و به عکس.

در جرایمی که مجازات آن‌ها مرکب است مانند اختلاس و کلاهبرداری، مجازات معاون چیست؟ آیا مجازات معاون برابر بند «ت» این ماده دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی در همه‌ی مجازات‌ها حتی جزای نقدی است یا مجازات حبس دارد که میزان آن دو درجه پایین‌تر از مجازات حبس مباشر جرم است؟

فصل سوم: معاونت در جرم

منظور از معاونت در جرم آن است که شخصی بدون آن که در عملیات اجرایی ارتکاب جرم به طور مستقیم شرکت کند، به یکی از صورت‌های پیش‌بینی شده در قانون با مباشر جرم همکاری نماید و در حقیقت معاونت، جرم مستقلی به شمار نمی‌رود. جرم بودن معاونت، تابع وصف مجرمانه فعل اصلی است. بنابراین هرگاه قانون‌گذار وصف مجرمانه را از عمل اصلی سلب کند، این وصف از معاونت نیز سلب خواهد شد.^(۷)

ویژگی‌ها و شرایط معاونت در جرم عبارت است از:

الف- عمل مباشر جرم باشد: برای این که معاونت در عملی جرم تلقی شود، فعل اصلی نیز باید از نظر قانون جرم باشد. به طور مثال در نظام حقوقی ایران خودکشی جرم نبوده، لذا معاونت در خودکشی به عنوان یک جرم شناخته نمی‌شود.

ب- باید بین معاون و مباشر وحدت قصد وجود داشته باشد.

پ- فعل معاونت باید پیش از جرم اصلی و یا هم‌زمان با آن ارتکاب یابد.

ت- اصولاً معاونت در جرم، مقید به حصول نتیجه است. چنانچه کسی به هر طریقی

دیگری را به ارتکاب جرم هم‌یاری و هم‌دستی نماید، لیکن از مباشر یا شریک، جرمی سر نزند، معاونت محقق نشده و جرم تلقی نمی‌شود.^(۸)

ث- عمل معاون باید در وقوع جرم موثر باشد، یعنی این که بین عمل معاون و وقوع جرم رابطه‌ی علیت برقرار شود. بنابراین چنانچه احدی برای کشتن آقای «الف» چاقویی تهیه کند و چاقو را به دست آقای «ب» بدهد که «ب» آقای «الف» را بکشد و این نتیجه هم حاصل شود، اما نه از طریق جرح با چاقو، بلکه به وسیله‌ی شلیک گلوله به قلب مقتول، در این حالت عمل فرد معاونت در قتل نخواهد بود.

ماده‌ی ۱۲۶: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند:

الف- هر کس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوءاستفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب- هر کس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ- هر کس وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره- برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود.»

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده‌ی متناظر ماده‌ی ۴۳ قانون سابق است که مقرر می‌داشت: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب و با توجه به شرایط و امکانات خاکی و دفعات و مراتب جرم و

تادیب از وعظ و تهدید و درجات تعزیر، تعزیر می‌شوند:

۱- هر کس دیگری را تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیله دسیسه و فریب و نیرنگ موجب وقوع جرم شود.

۲- هر کس با علم و عمد وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد.

۳- هر کس عالماً، عامداً وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره ۱- برای تحقق معاونت در جرم وجود وحدت قصد و تقدم و یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم شرط است.

تبصره ۲- در صورتی که فاعل جرم به جهتی از جهات قانونی قابل تعقیب و مجازات نباشد و یا تعقیب و یا اجرای حکم مجازات او به جهتی از جهات قانونی موقوف گردد، تاثیری در حق معاون جرم نخواهد داشت.

نکات مربوط به این ماده:

۱- قسمت دوم تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۶ مبنی بر این که: «چنان‌چه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آن‌چه مقصود معاون بوده، مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود»، در ماده‌ی ۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ وجود نداشت و در این مورد خلاء قانونی مشهود بود که ماده‌ی ۱۲۶ این نقص را مرتفع نموده است.

۲- تهدید در صورتی از مصادیق معاونت در جرم محسوب می‌شود که تهدیدکننده در تهدید شونده اثر گذار باشد. به عبارت دیگر، تهدیدکننده قدرت عملی نمودن موضوع تهدید را داشته باشد، اما به طوری که قصد فعل از تهدید شونده ساقط نشود و گر نه از مصادیق اجبار معنوی محسوب می‌شود.

اجبار به معنای واداشتن کسی به ارتکاب رفتار مجرمانه اعم از فعل و یا ترک فعل است؛ به

گونه‌ای که قصد فعل از وی سلب شود. در این حالت به طریق اولی قصد نتیجه هم از مرتکب زایل می‌گردد. اجبار ممکن است به صورت مادی و یا معنوی باشد. اجبار مادی در اثر وسایل مادی و فیزیکی و طبیعی صورت می‌گیرد، اما منشاء اجبار معنوی کیفیات روحی و نفسانی است.

۳- تحریک نیز باید آن‌چنان میل و رغبت و انگیزشی در تحریک شونده به وجود آورد که وی را مصمم به ارتکاب جرم نماید. ترغیب و تطمیع نیز باید مستقیم، فردی و موثر در وقوع جرم باشد.

۴- سؤال: آیا در تحقق معاونت، وقوع فعل مثبت ضروری است یا با ترک فعل هم محقق می‌شود؟

در پاسخ این سؤال، اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه برابر نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۳۸۳۴ مورخ ۱۳۸۴/۶/۱۲ بیان کرده است: «بردن مال متعلق به شرکت توسط شخص مورد

در تحقق عنوان مجرمانه‌ی مشارکت در جرم، کافی بودن یا نبودن رفتار هر یک از شرکای جرم و یا مساوی بودن یا نبودن اثر کار آنان تأثیری در موضوع و اعمال مجازات «شریک در جرم» ندارد.

تهدید در صورتی از مصادیق معاونت در جرم محسوب می‌شود که تهدیدکننده در تهدید شونده اثر گذار باشد.

نظر از مصادیق بارز سرقت و عدم اقدام نگهبان در جلوگیری از بردن مال مزبور از مصادیق معاونت در سرقت می‌باشد.

۵- سؤال: آیا در جرایمی که تحقق آن‌ها با ترک فعل است، معاونت قابل تصور است؟ پاسخ: پاسخ مثبت است. مانند این که

شخصی نجات غریق را تشویق کند که غریق را نجات ندهد. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۴۳۹۷ مورخ ۱۳۷۷/۶/۱۷ اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه نیز موید این پاسخ است طبق این نظر: «در جرایمی که با ترک فعل محقق می‌شود، معاونت قابل تحقق و تصور است.»

۶- تحریک باید مستقیم و فردی باشد. منظور از تحریک مستقیم یعنی استفاده از عبارات صریح و روشن به گونه‌ای که دو پهلو نباشد. در تحریک فردی، هدف تحریک باید شخصی از اشخاص معین باشد. مثلاً هرگاه کسی با انتشار مقالات در روزنامه، دیگران را به فساد اخلاق و دزدی تشویق کند و تشویق وی در شخصی اثر نماید و مرتکب جرم شود، عمل ناشر معاونت در جرم محسوب نمی‌شود.^(۹)

۷- ترغیب نوعی تحریک، اما به شکلی خفیف‌تر است.^(۱۰)

۸- تهدید نوعی تحریک با جنبه‌ی ارعاب‌کننده است که به واسطه‌ی آن فاعل را به ارتکاب جرم وامی‌دارد.^(۱۱) تهدید نباید به طور کلی منجر به از بین رفتن رضایت تهدید شونده شود. در واقع تهدید به این شکل، همان اکراه است که رافع مسؤولیت کیفری می‌باشد و معاون در اینجا سبب اقوی از مباشر است که از بحث معاونت خارج می‌شود.

۹- تطمیع به نوعی اخص از ترغیب است؛ چرا که تطمیع رغبت مالی به ارتکاب جرم ایجاد می‌کند، و ترغیب ایجاد رغبت اعم از مادی و معنوی است.

۱۰- حقوق دانان مقصود قانون گذار از دسیسه و فریب را مجموعه اقدامات خدعه آمیزی می‌دانند که مقدمه‌ی ارتکاب جرم به شمار می‌رود و ممکن است در بزه دیده و یا مباشر مؤثر واقع شود.^(۱۲)

۱۱- برابر این ماده، هر کس با سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم شود، تحت عنوان معاون در جرم قابل تعقیب است. این مصداق از معاونت در جرم، در ماده‌ی ۴۳



قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ وجود نداشت و به این قانون اضافه شده است. سوء استفاده‌ی موضوع این قانون نباید در حد اکراه باشد و نیز نباید مشمول قواعد آمر و مأمور قرار گیرد.

۱۲- سؤال: آیا سوء استفاده از قدرت صرفاً شامل مقامات رسمی دولتی می‌شود و یا این که در مورد اشخاص حقوقی غیر دولتی مانند شرکت‌ها، بانک‌ها و مؤسسات خصوصی نیز قابل تصور است؟ پاسخ: در پاسخ به این سؤال دو نظر مطرح است:

نخست: عبارت «هر کس» اطلاق دارد و شامل مقامات دولتی و غیر دولتی می‌شود، بنابراین هر کس در باب اعمال مدیریت و ریاست و با استفاده از قدرت و نفوذ خود نسبت به افراد تحت امر تأثیرگذار باشد و با سوء استفاده از قدرت بتواند موجبات وقوع جرم را فراهم کند، مشمول مقررات ماده‌ی ۱۲۶ می‌شود. در این مورد تفاوتی بین اشخاص حقوقی دولتی و عمومی با اشخاص خصوصی وجود ندارد و سوء استفاده از قدرت در مورد مقامات دولتی و غیر دولتی قابل تصور و عملاً امکان‌پذیر است.

در علم مدیریت منابع انسانی منظور از قدرت مدیر، اعمال نفوذ بر رفتار کارکنان تحت امر است؛ به گونه‌ای که مؤثر در انجام عملی باشد و به نحوی که اگر چنین قدرتی اعمال نمی‌شد، مادون آن عمل را به نحو دیگری انجام می‌داد. منشاء قدرت نیز می‌تواند زور و اجبار، اعطای پاداش یا قانون و یا مهارت و تخصص باشد. پس آن چه ملاک است، تأثیرپذیری در اثر قدرت مقام مافوق و یا صاحب قدرت اعم از رسمی و یا غیر رسمی، دولتی و یا غیر دولتی است. از طرفی دلیلی مبنی بر محدود و محصور نمودن عبارت مطلق «هر کس» به مقامات رسمی و دولتی وجود ندارد و این تخصیص خلاف اطلاق

منظور از جرم عقیم حالتی است که مرتکب به واسطه‌ی عدم مهارت یا یک عامل خارجی که اراده‌ی وی در آن دخالت نداشته، موفق به اخذ نتیجه‌ی مورد نظر نمی‌شود.

منظور از جرم محال جرمی است که موضوع آن منتفی است. برای مثال شخصی به قصد سقط جنین زنی، او را مورد ضرب و جرح قرار می‌دهد، در حالی که آن زن حامله نیست.

مقررات بند یک این ماده است.

نظر دوم: عبارت «هر کس» در این ماده اطلاق دارد، لیکن سوء استفاده از قدرت، با حاکمیت، دولت و اقتدار عمومی مرتبط است و کسانی می‌توانند اعمال حاکمیت و قدرت کنند که با نهادهای رسمی دولتی و حکومت ارتباط خدمتی داشته باشند، در غیر این صورت موضوع سوء استفاده از قدرت منتفی بوده و لذا شامل مقامات اشخاص حقوقی غیر دولتی مانند شرکت‌ها، مؤسسات و بانک‌های خصوصی نمی‌شود. در مورد اشخاص حقوقی غیردولتی، معاونت در ارتکاب جرم می‌تواند تحت عناوین تهدید، تحریک یا سایر مصادیق مندرج در ماده‌ی ۱۲۶ تحقق پیدا کند، ضمن این که سوء استفاده از قدرت جهت ارتکاب جرم در مورد مقامات غیر رسمی، همان تهدید به ارتکاب جرم است با توجه به اطلاق ماده به نظر می‌رسد نظریه نخست از پشتوانه منطقی تری برخوردار است.

۱۳- معاونت در جرم استعاره‌ای است؛ بدین معنا که وصف مجرمانه‌ی خود را از فعل مجرم اصلی کسب می‌کند. بنابراین هر گونه تغییر در وصف مجرمانه‌ی عمل فاعل اصلی به فعل معاون نیز سرایت می‌کند، لیکن گاهی اوقات مرتکب به دلایل شخصی قابل تعقیب کیفری نمی‌باشد. در این صورت تأثیری در

حق معاون جرم نخواهد داشت.^(۱۳)

۱۴- با توجه به ماده‌ی ۱۴۴ این قانون، چون جرم معاونت جرمی عمدی است، قید عالماً عامداً که در بندهای ۲ و ۳ ماده‌ی ۴۳ سابق بود، حذف شده است و نیاز به این قیدها در این ماده نیست؛ زیرا در ماده‌ی ۱۴۴ این قانون^(۱۴) به صورت مطلق گفته است که در تحقق جرایم عمدی، علم و عمد شرط است. ۱۵- ذیل تبصره‌ی این ماده جدید است و زمانی اعمال می‌شود که عمل مرتکب در راستای مقصود معاون و شدیدتر از آن باشد. مانند آن که شخصی برای ارتکاب کلاهبرداری ساده معاونت می‌کند، ولی مباشر مرتکب کلاهبرداری مشدد می‌شود. همچنین است مثال سرقت ساده و مشدد و مثال جرح و قتل. اما اگر شخصی دیگری را تحریک به سرقت کند و او مرتکب قتل عمدی شود، به دلیل فقدان شرط وحدت قصد، تحریک کننده معاون شناخته نمی‌شود.

۱۶- شروع به معاونت در جرم قابل تحقق نبوده و مجازات ندارد.^(۱۵)، اما معاونت در شروع به جرم قابل تحقق است. به عنوان مثال شخصی شروع به جرم قتل عمدی می‌کند و قبلاً شخص دیگری به عنوان معاون، وسایل ارتکاب قتل را در اختیار وی قرار داده است، اما مباشر موفق به قتل نمی‌شود. در این مثال مباشر جرم با عنوان شروع به قتل عمدی و معاون وی نیز تحت عنوان معاونت در این جرم قابل تعقیب است، اما اگر شخص «الف» قصد ارتکاب قتل «ج» را دارد و برای این کار از «ب» می‌خواهد برای وی وسایل تهیه کند، «ب» قبول نموده و راهی خرید اسلحه می‌شود، ولی پس از خرید اسلحه پشیمان می‌شود و اسلحه را به «الف» تحویل نمی‌دهد، در این مثال «ب» تحت عنوان شروع به معاونت در قتل عمدی قابل تعقیب نیست.^(۱۶)

ماده‌ی ۱۲۷: «در صورتی که در شرع یا قانون مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است:

الف- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه

ب- در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش

پ- در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی است، سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش

ت- در جرایم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی

تبصره ۱- در مورد بنده این ماده مجازات معاون از نوع مجازات قانونی جرم ارتكابی است مگر در مورد مصادره اموال، انفصال دائم و انتشار حکم محکومیت که مجازات معاون به ترتیب جزای نقدی درجه چهار، شش و هفت است.

تبصره ۲- در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجرا نشود، مجازات معاون بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، مطابق بند ت این ماده اعمال می‌شود.

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده متناظر ماده‌ی ۷۲۶ قانون سابق است که مقرر می‌داشت: «هر کس در جرایم تعزیری معاونت نماید حسب مورد به حداقل مجازات مقرر در قانون برای همان جرم محکوم می‌شود.»

نکات مربوط به این ماده:

۱- مقصود از عبارت «بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم» در تبصره‌ی ۲ این ماده، مجازات قانونی رفتار وی است، نه مجازاتی

که در دادنامه ذکر می‌شود. این مورد به مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ مربوط می‌شود.

۲- مجازات معاونت در جرح عمدی که موجب قصاص باشد، در این ماده نیامده است و سکوت قانون‌گذار شاید ناشی از عدم مصداق خارجی باشد؛ چون در جروح معمولاً مماثله ممکن نیست در نتیجه مجازات معاونت در جرح عمدی مطابق تبصره ۲ ماده‌ی ۱۲۷ تعیین خواهد شد.

۳- در مورد معاونت در معاونت، احراز وحدت قصد بین معاون با واسطه با مباشر جرم مشکل است، اما چنان‌چه بتوان وحدت قصد و تقدم و یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم و همچنین رابطه‌ی سببیت بین عمل معاون با واسطه با مباشر جرم را احراز نمود، می‌توان شخص معاون جرم را نیز تحت تعقیب قرار داد. به عبارت دیگر معاونت غیر مستقیم و با واسطه در ارتكاب جرم قابل تصور است؛ مانند این که فرد «الف» قصد دارد با ساختن کلید وسیله‌ی وقوع جرم سرقت را تهیه کند و برای سرقت در اختیار فرد «ب» قرار دهد این کار را به شخص «ج» واگذار نماید و در عین حال او را در جریان کامل سرقت قرار دهد و شخص «ج» نیز عالماً و عامداً و با قصد تسهیل وقوع جرم سرقت، کلید را بسازد و در اختیار فرد «الف» قرار دهد.

۴- معاونت در شروع به جرم، جرم است و مجازات دارد. به عنوان مثال اگر شخص «الف» با وحدت قصد با آقای «ب» جهت سرقت کلید بسازد و در اختیار وی قرار دهد و «ب» هنگام سرقت دستگیر شود، نامبرده به عنوان شروع به سرقت و شخص «الف» به عنوان معاونت در شروع به سرقت قابل تعقیب و مجازات می‌باشد.

۵- با توجه به این که شرط تحقق معاونت در جرم، وجود وحدت قصد بین معاون و مباشر جرم است، بنابراین در جرایم غیر عمدی که

وحدت قصد بین عمل معاون و مباشر جرم وجود ندارد، معاونت در جرم منتفی است.

۶- اصل بر این است که معاونت در جرم با انجام فعل مثبت مادی قابل تحقق است، اما معاونت در جرم با رفتار از نوع ترک فعل نیز قابل تصور است. به عنوان مثال نگهداری بانک با هماهنگی و توافق با سارقین در زمان سرقت، محل نگهداری را ترک کند و یا مستخدم بانک با وحدت قصد با سارقین از بستن درب بانک خودداری نماید که در اثر رفتار نگهداری و یا مستخدم بانک که به صورت ترک فعل محقق شده است، وقوع جرم سرقت تسهیل شود. در این مورد نگهداری مستخدم بانک تحت عنوان معاون در جرم سرقت قابل مجازات می‌باشند.

۷- سؤال: آیا موضوع ماده‌ی ۲۰۷ (۱۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و تبصره‌ی ۴^(۱۸) ماده‌ی ۲ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی، با تصویب این قانون نسخ شده است؟

پاسخ: ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ منسوخ است و مشابه آن در قانون جدید پیش‌بینی نشده است. در خصوص تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۲ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی با توجه به این که در این ماده مقرر شده است: «در صورتی که در شرع یا قانون مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است...»، به نظر می‌رسد این ماده ناسخ معاونت‌های پیش‌بینی شده در قوانین خاص نخواهد بود؛ زیرا در آن موارد مجازات خاصی پیش‌بینی شده است.

۸- سؤال: در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۷ این قانون مقرر شده است: «در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجرا نشود، مجازات معاون بر اساس میزان فاعل اصلی جرم مطابق بند (ت) این ماده اعمال می‌شود» و از سوی دیگر در تبصره ماده‌ی ۶۱۲ قانون



مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر شده است: «... معاونت در قتل عمد موجب حبس از یک تا پنج سال خواهد بود»
اینک سؤال این است آیا با تصویب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۷ که دقیقاً در رابطه با همان موضوع بحث می‌کند که تبصره ماده‌ی ۶۱۲ در مقام بیان همان موضوع است، تبصره‌ی ماده‌ی ۶۱۲ منسوخ است یا همچنان به قوت خود باقی است؟

پاسخ: به نظر می‌رسد با تصویب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۷، تبصره‌ی ماده‌ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵^(۱۹) نسخ ضمنی شده است؛ زیرا در غیر این صورت تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۷ لغو بوده و مصداقی نخواهد یافت. نتیجه این که مجازات معاونت در قتل عمدی موضوع ماده‌ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ با تصویب این قانون، یک تا پنج سال نخواهد بود، بلکه بر اساس تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۷ محاسبه شده و مجازات آن، با توجه به مجازات قانونی فاعل اصلی که سه تا ده سال است، تا دو درجه پایین‌تر یعنی درجه‌ی ۶ (بیش از شش ماه تا دو سال حبس) خواهد بود. اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه به موجب یک نظر مشورتی بر خلاف این برداشت اظهار نظر کرده است.^(۲۰)

۹- سؤال: آیا با تصویب این قانون، موضوع ماده‌ی ۶۲۳^(۲۱) قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ که نوعی معاونت محسوب می‌شود، نسخ شده است و برای مجازات مرتکب موضوع آن ماده باید به مقررات این ماده مراجعه کرد یا مجازات آن ماده همچنان به قوت خود باقی است؟
پاسخ: قانون‌گذار برای فعل ارتكابی موضوع آن ماده، مجازات خاصی پیش‌بینی کرده و مجازات مرتکب آن ماده از باب معاونت نیست. هم‌چنین به فرض این که فعل ارتكابی آن ماده معاونت باشد، در این ماده

اصولاً معاونت در جرم، مقید به حصول نتیجه است. چنان‌چه کسی به هر طریقی دیگری را به ارتکاب جرم هم‌یاری و هم‌دستی نماید، لیکن از مباشر یا شریک، جرمی سر نزند، معاونت محقق نشده و جرم تلقی نمی‌شود.

چنین مقرر شده است: «در صورتی که در شرع یا قانون مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است...»، در حالی که در آن ماده برای آن فعل مجازات خاصی پیش‌بینی شده است. بنابراین ماده‌ی ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ناسخ ماده‌ی ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ نخواهد بود.

۱۰- سؤال: معاونت در جرم سرقت حدی که مباشر آن برای چهارمین بار مرتکب این جرم می‌شود و مجازات آن برابر ماده‌ی ۲۷۸ این قانون اعدام است، با کدام یک از بندهای «الف» یا «ب» این ماده تطبیق می‌کند؟
پاسخ: به نظر می‌رسد مجازات معاونت در جرم بر اساس نفس فعل ارتكابی مباشر تعیین می‌شود، صرف نظر از موضوع تعدد و تکرار که حسب مورد ممکن است مباشر مشمول آن موارد باشد. بنابراین در فرض سؤال، مجازات مرتکب با بند «ب» این ماده تطبیق می‌کند. اگرچه نظر مخالفی نیز وجود دارد که معتقد است چنان‌چه معاون از سابقه‌ی تکرار جرم مباشر مطلع باشد، در فرض سؤال مشمول بند «الف» این ماده خواهد بود.

۱۱- سؤال: آیا معاونت در ارتکاب جرم درجه‌ی هشت، جرم است؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ سؤال، مجازات آن با کدام یک از بندهای این ماده تطبیق می‌کند؟

پاسخ: با توجه به این که بند «ت» این ماده در خصوص مجازات معاون جرایم تعزیری مقرر می‌دارد: «یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی» و از سوی دیگر پایین‌تر از مجازات درجه‌ی هشت، مجازاتی پیش‌بینی نشده است، پس معاونت در این جرم، به لحاظ پای‌بندی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و عدم پیش‌بینی مجازات، جرم محسوب نمی‌شود.

۱۲- ممکن است گفته شود که مجازات معاونت در جرم تعزیری درجه‌ی هشت بر اساس ماده‌ی ۶۹ این قانون تعیین می‌شود؛ زیرا در آن ماده مقرر شده است: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند» و چون میزان مجازات معاون در جرم تعزیری درجه‌ی هشت تعیین نشده است، پس مجازات این جرم، یکی از مجازات‌های جایگزین حبس می‌باشد، به نظر می‌رسد این برداشت به نظر صحیح نمی‌باشد؛ زیرا ماده‌ی ۶۹ این قانون در مقام بیان این موضوع است که چنان‌چه جرم بودن رفتاری محرز باشد، اما میزان مجازات آن معین نباشد، مرتکب به مجازات مندرج در ماده‌ی ۶۹ محکوم خواهد شد، در حالی که بر اساس ماده‌ی ۱۲۷ این قانون، جرم بودن معاونت در جرم تعزیری درجه‌ی هشت محل تأمل است؛ زیرا در این ماده رفتارهایی جرم شناخته شده است که برای آن‌ها مجازات پیش‌بینی گردیده و چون برای معاونت در جرم تعزیری درجه‌ی هشت مجازات پیش‌بینی نشده، پس جرم نمی‌باشد.
۱۳- سؤال: در جرایمی که مجازات آن‌ها مرکب است مانند اختلاس و کلاهبرداری، مجازات معاون چیست؟ آیا مجازات معاون برابر بند «ت» این ماده یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی در همه‌ی مجازات‌ها حتی جزای نقدی است یا مجازات

از این جهات موقوف گردد تأثیری در تعقیب و مجازات معاون جرم ندارد.

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده متناظر ماده‌ی ۴۴ قانون سابق است که مقرر می‌داشت: «در صورتی که فاعل جرم به جهتی از جهات قانونی قابل تعقیب و مجازات نباشد و یا تعقیب و یا اجرای حکم مجازات او به جهتی از جهات قانونی موقوف گردد، تأثیری در حق معاون جرم نخواهد داشت.»

نکته‌ی مربوط به این ماده:

این ماده ناظر به مواردی است که مرتکب اصلی دارای مسؤولیت کیفری باشد، ولی به دلایلی مانند جنون، صغر سن، فوت، توبه یا گذشت شاکی قابل مجازات نباشد. چنانچه مرتکب اصلی دارای مسؤولیت کیفری نباشد مانند آن که مضطر یا مکره باشد، معاون وی نیز قابل مجازات نیست.

حبس دارد که میزان آن یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات حبس مباشر جرم است؟ پاسخ: در مجازات معاون، فقط یکی از مجازات‌ها با دو درجه تخفیف اعمال می‌شود نه همه‌ی مجازات‌ها؛ زیرا مجازات معاون در جرایم تعزیری برابر بند «ت» ماده‌ی ۱۲۷ دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی است و در درجات هم تعیین همه‌ی مجازات‌ها الزامی نیست.

ماده‌ی ۱۲۸: «هر کس از فرد نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. هم‌چنین هر کس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

پیشینه‌ی تقنینی:

این ماده جدید است و در قانون سابق وجود

نداشت.
نکته: نابالغی که وسیله‌ی ارتکاب جرم می‌شود، حسب مورد ممکن است صغیر غیر ممیز یا صغیر ممیزی باشد که نسبت به رفتار مجرمانه آگاهی ندارد. عبارت پیش از کلمه‌ی «هم‌چنین» حکم صغیر غیر ممیز یا ممیزی که علم به موضوع ندارد را بیان می‌کند و در حقیقت، مرتکب مباشر معنوی محسوب می‌شود و ذیل ماده راجع به موردی است که نابالغ ممیز مرتکب جرم می‌شود. به عبارت دیگر، نابالغ ممیز ممکن است مرتکب رفتاری شود که در قانون جرم شناخته شده است در این مورد معاون به حداکثر مجازات معاونت آن جرم محکوم می‌شود.

ماده‌ی ۱۲۹: «هرگاه در ارتکاب رفتار مجرمانه مرتکب به جهتی از جهات شخصی مانند صغر و جنون قابل تعقیب نباشد یا تعقیب یا اجرای مجازات او به جهتی

نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود.»

۱۵. گلدوزیان، ایرج، پیشین، صفحه‌ی ۴۸.
۱۶. برای دیدن نظر مخالف، بنگرید به: نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: کانون وکلای مرکز، چاپ نخست، ۱۳۶۷، صفحه‌ی ۲۱۴.
۱۷. ماده‌ی ۲۰۷: «هرگاه مسلمان‌ی کشته شود قاتل قصاص می‌شود و معاون در قتل عمد به سه سال تا پانزده سال حبس محکوم می‌شود.»
۱۸. تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۲ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی: «مرتکبین جرایم موضوع این ماده و تبصره‌های ۱ تا ۳ آن و کلیه شرکا و معاونین هر یک از جرایم مزبور علاوه بر مجازات‌های مقرر حسب مورد به محرومیت از هر گونه خدمات دولتی یا انفصال ابد از آن‌ها محکوم خواهند شد.»
۱۹. «در مورد معاونت در قتل عمد موجب حبس از یک تا پنج سال خواهد بود.
۲۰. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۹۴۹ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۶ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه: «با توجه به صراحت ماده‌ی ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنانچه مجازات دیگری در شرع یا قانون برای معاون تعیین نشده باشد، به شرح مقرر در بندهای ذیل این ماده مجازات معاون تعیین می‌گردد. بنابراین با توجه به تعیین مجازات معاون در جرم قتل عمد در قانون، یعنی تبصره‌ی ماده‌ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ باید بر اساس همین تبصره مجازات معاون تعیین شود و بین این دو ماده هیچ‌گونه تعارضی وجود ندارد.»
۲۱. ماده‌ی ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵: «هر کس به واسطه دادن ادویه یا وسایل دیگر موجب سقط جنین زن گردد به شش ماه تا یک سال حبس محکوم می‌شود و اگر عالماً و عمدتاً زن حامله‌ای را دالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری نماید که جنین وی سقط گردد، به حبس از سه تا شش ماه محکوم خواهد شد مگر این که ثابت شود این اقدام برای حفظ حیات مادر می‌باشد و در هر مورد حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوط داده خواهد شد.»

پی‌نوشت‌ها:

۱. نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۹۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۶ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه.
۲. زراعت، عباس، پیشین، صفحه‌ی ۳۱۱.
۳. همان‌جا.
۴. شامیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، تهران: ژوبین، ۱۳۷۸، صفحه‌ی ۲۱۷.
۵. گلدوزیان، ایرج، پیشین، صفحه‌ی ۲۰.
۶. ماده‌ی ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود.»
۷. اردبیلی، محمد، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۶، صفحه‌ی ۴۰.
۸. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۰، صفحه‌ی ۵۷.
۹. آقایی جنت‌مکان، حسین، پیشین، جلد دوم، صفحه‌ی ۴۶.
۱۰. باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران: مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۰، صفحه‌ی ۲۴۴.
۱۱. همان‌جا.
۱۲. اردبیلی، محمدعلی، پیشین، جلد دوم، صفحه‌ی ۴۵.
۱۳. آقایی جنت‌مکان، حسین، پیشین، صفحه‌ی ۶۹.
۱۴. ماده‌ی ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق

از حق تا عدالت کیفری در تجلی حقوق شهروندی

(رعایت حقوق شهروندی در دادسراها و دادگاه‌های نظامی)

دکتر شهرام محمدی، عضو هیأت علمی دانشگاه
کامبیز محمدی، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

قسمت پایانی



۴. مقتضیات تحقق عدالت کیفری

قضات دادسرا وظیفه‌ی تعقیب مجرمان و اجرای مجازات را بر عهده دارند. در سیستم‌هایی که دادسرا از آغاز تشکیلات آن حضوری پر رنگ داشته، از جمله در محاکم نظامی، چرخ‌های عدالت کیفری معمولاً تحت نفوذ دو اصل به حرکت در می‌آید: نخست، اصل قانونی بودن تعقیب؛ و دوم، اصل مفید بودن تعقیب. منظور از قانونی بودن تعقیب یا همان اجباری بودن تعقیب، آن است که به محض اطلاع از وقوع جرم، دادستان اقدام به تعقیب کند، تلاش خود را معطوف جمع‌آوری ادله نماید و در این راه از هرگونه مصلحت‌سنجی دوری گزیند، اما اصل

مفید بودن تعقیب که نوعی مصلحت‌سنجی است، به دادستان اجازه می‌دهد از تعقیب جرایم کم‌اهمیت خودداری کند. لذا رعایت این دو اصل توأمان و در کنار هم، به مثابه دو بال، یاری‌گر فرشته‌ی عدالت است و مسیر را برای جولان آن هموار می‌کنند (حسین نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۳۲۵).

با رعایت این دو اصل مهم، بسیاری از معضلات پیش آمده که به دلیل نبود یکی از آن‌ها یا عدم درک صحیح از فلسفه‌ی وجودی آن‌ها ایجاد می‌شود، به سادگی قابل کنترل است. اجرای صحیح این دو اصل، کاری تخصصی و قضایی است و بر عهده‌ی دادستان و جانشین وی

می‌باشد، اما جزو اصول راهبردی و پراهمیت در بدو اقدامات قضایی و شروع مسیر عدالت قضایی است. لذا لازم است در مسیر اجرای این دو اصل، اقداماتی که انجام شده یا انجام آن‌ها در مسیر تحقق عدالت کیفری ضروری است، بیان گردد. این اقدامات در سه دسته‌ی اقدامات کلان، اقدامات قضایی و اقدامات اداری قابل بررسی است.

۱-۴. اقدامات کلان

اقدامات کلان مربوط به سیاست‌های کلی سازمان است که در راستای توسعه‌ی مدیریت و منابع سازمان، استفاده‌ی بهینه از نیروی انسانی کارهای عمرانی و تجهیز اداری، ایجاد

انگیزه برای فعالیت بیشتر، تلاش و پی گیری در جذب و تخصیص بودجه‌ی مناسب، برگزاری دوره‌های آموزشی برای اعتلای دانش پرسنل و به روز نگاه داشتن آن‌ها در خدمت رسانی و در یک کلام ایجاد بستری مناسب برای خدمتی متناسب است.

نمود عملی این اقدامات به شرح زیر است:

۱- فراهم نمودن شرایطی مناسب برای دسترسی سریع افراد مراجعه کننده در پی گیری تظلمات احتمالی؛ جذب و به کارگیری نخبگان دانشگاهی (اولویت بخشی به تخصص)؛ برگزاری سالانه‌ی مجامع پیش گیری از وقوع جرم به فراخور وضعیت موجود در هر استان؛ اجرای نظام ارزیابی عملکرد و واحدهای سازمانی به شکل استاندارد؛ رفع موانع خدمتی، افزایش حقوق و مزایای شغلی و تلاش در رعایت حقوق افراد شاغل در سازمان؛ ساماندهی نیروی انسانی و ارتقای شغلی بر اساس استانداردهای تعریف شده‌ی نظام هماهنگ و یکپارچه‌ی استخدام؛ اهمیت به برگزاری دوره‌های آموزش ضمن خدمت و تأثیر آن در ارتقای بهره‌وری نیروی انسانی.

۴-۲. اقدامات قضایی

به بررسی‌ها و تحقیقاتی اطلاق می‌شود که قانون صلاحیت انجام آن‌ها را به طور مستقیم به قاضی پرونده داده است و این اقدامات نیز در دو گروه قابل دسته‌بندی است:

۴-۲-۱. رعایت اصول رفتار قضایی با لحاظ شرافت و وجدان کاری

وجود یک دستگاه قضایی برخوردار از سلامتی خدشه ناپذیر، اصل بنیادینی است که برای تضمین سازگاری با مردم سالاری و حاکمیت قانون ضروری است. سلامت قضایی، حتی هنگامی که همه‌ی ضمانت‌های دیگر ناکارآمد باشند، پناهگاهی برای عموم مردم در برابر هر

گونه تجاوز به حقوق و آزادی‌های مشروع فراهم می‌سازد (حیدری پور و همتی، ۱۳۸۹: ۱۷). برای نمونه به مواردی در این راستا اشاره می‌شود:

رعایت اصل قانونمندی، توجه دقیق به اجرای قانون و بی‌توجهی به ملاحظات دیگر؛

رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی؛

رعایت قواعد شکلی و حقوق افراد به هنگام ورود افراد به فرایند کیفری؛

رعایت حقوق و آزادی‌های مشروع در راستای حفظ کرامت انسانی؛

تأکید بر حقوق دفاعی متهم و احترام به امور دفاعی؛

حمایت از بزه‌دیدگان و آسیب‌دیدگان اجتماعی؛ بازدید بدون اطلاع پیشی از کلانتری‌ها، پاسگاه‌ها، مرزبانی‌ها و بازرسی مداوم ضمن نظارت کامل از طریق واحدهای قضایی، حفاظت و بازرسی یگان‌های تابعه؛

برگزاری کلاس‌های آموزشی منظم برای پرسنل کادر و وظیفه در محل خدمت آن‌ها.

۴-۲-۲. تسریع عملی همراه با دقت در اتخاذ تصمیم نهایی

اطالهی دادرسی یکی از مباحث بسیار مهم و از معضلات اساسی نظام قضایی ماست. طولانی شدن فرایند دادرسی که موجب افزایش فشار کاری قضات و نظام قضایی می‌شود، کاهش کیفیت آراء، افزایش اشتباهات قضایی و ناراضیتی مردم و مراجعان به نظام قضایی را در پی دارد. لذا به نظر نگارنده می‌توان با انجام اقداماتی، امنیت روانی یاریگران و بازیگران روند دادرسی را فراهم کرد، از جمله‌ی این اقدامات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

اهمیت دادن به بحث تسریع در رسیدگی با استفاده از کیفر خواست شفاهی در مورد پرونده‌های آماده‌ی رأی؛

ضرورت اعطای مرخصی به زندانیان واجد شرایط؛

تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع در مورد تمامی اتهام‌های مهم و غیرمهم و اجازه‌ی دفاع به متهم؛

پرهیز از رویارویی یا روبه رو ساختن بزه‌دیده با بزه‌کار به عنوان یکی از حقوق عینی بزه‌دیدگان که یکی از مؤلفه‌های تأمین امنیت آنان نیز می‌باشد؛

اطلاع دادن یا فراهم نمودن شرایطی جهت با خبر نمودن خانواده‌ی متهم؛

حضور مستمر و هفتگی قاضی ناظر زندان و نظارت بر رفتار افراد مسؤول در سازمان زندان‌ها و بازداشتگاه‌های موقت یگان‌های خدمتی؛

استفاده از موارد تخفیف و تبدیل قانونی هم در مرحله‌ی دادسرا (تعلیق تعقیب) و دادگاه (تبدیل مجازات و تعلیق اجرا).

۴-۳. اقدامات اداری

به کلیه‌ی عملیات و اقداماتی اطلاق می‌شود که توسط کادر اداری (مدیر دفتر، متصدی امور دفتری، ثبات و بایگان) در پرونده و در راستای دستورات قضایی انجام می‌شود. این دستورات معمولاً و در تمامی محاکم از سوی قاضی شعبه صادر می‌شود، اما در محاکم عمومی و انقلاب، دستور اعلامی به طور عمده خطاب به ضابطان (کلانتری، پلیس آگاهی، حفاظت اطلاعات یگان‌ها و اداره‌ی اطلاعات) است، ولی در دادسرا و دادگاه‌های نظامی، خطاب دستور به دفتر شعبه و کادر مشغول به کار در آن صادر می‌شود که در رأس آن‌ها مدیر دفتر قرار گرفته است. هم‌چنین در این دسته اقداماتی که برای بهبود کار و ارتقای راندمان نیروی انسانی (اداری و قضایی) و معمولاً توسط قسمت اداری، پشتیبانی انجام می‌شود نیز جای می‌گیرد.

طبق شرح وظایف پست‌های سازمانی، مجموعه اقداماتی به عنوان کارهای اداری در راستای نیل به اهداف قضایی در شعب دادسرا و دادگاه‌های نظامی انجام می‌شوند. (۱۴)

مدیران دفاتر نقشی تأثیرگذار در روند دادرسی داشته و با انجام اقدامات همراه با دقت و سرعت خود می‌توانند در کنار قضات، مسیر رسیدن به عدالت قضایی را هموارتر کنند. وجود مدیر

دفتری کارآمد و باتجربه، به مثابه یکی از بال‌های پرواز قاضی در آسمان عدالت است؛ چرا که قضات برای تسلط بر مسائل پیش آمده در مراجعات و رسیدگی به تظلمات باید دارای دو بال تخصص متعهدانه و نیروی انسانی یاریگر باشند تا هم اقدامات خود را منسجم و عملیاتی کنند و هم با خیالی آسوده دغدغه‌ی به سرانجام رساندن دستورات و استعلامات را نداشته باشند.

یکی از راهکارهای عملی در مسیر تحقق عدالت کیفری و حفظ حقوق شهروندی، عملیاتی کردن اصول و آرمان‌های سازمان قضایی نیروهای مسلح است که در منشور اخلاقی آن به زیبایی بیان شده است. در این منشور، اصولی مدنظر قرار گرفته و به عنوان سرلوحه‌ی رفتار افراد شاغل در این سازمان واقع شده که ترجمان عدالت کیفری و مصداق عینی رعایت حقوق شهروندی است.^(۱۵)

۵. آسیب‌شناسی و راهکار

چنانچه گفته شد، سازمان قضایی نیروهای مسلح در بیشتر مسائل مبتلا به اجتماعی و در تعامل با مردم، گوی سبقت را از دیگر محاکم نظام قضایی ایران ربوده است. از جمله‌ی این اقدامات عبارت است از: ضرورت تسریع در تکمیل و رسیدگی به پرونده‌های زندانی‌دار به منظور کاهش آمار زندانیان و استفاده از فن‌آوری‌های نوین و تسریع در روند رسیدگی از طریق سیستم جامع و تکریم برخورد با مراجعین یا همان حفظ و رعایت حقوق شهروندی که در مباحث پیشی، اشاره‌ای گذرا به آن شد، ولی در برخی موارد، کاستی‌هایی به چشم می‌آید که به آن‌ها اشاره می‌شود و در ادامه پیشنهادهایی هم جهت ترمیم آن‌ها ارائه می‌گردد.

در هر حال برای رسیدن به مصادیق توسعه و عدالت قضایی، پرداختن به مشکلات یاریگران دستگاه قضا، برآورده کردن منطقی نیازهای آن‌ها، ایجاد انگیزه در خدمت‌رسانی بهتر، تهیه و تدارک وسایل اولیه‌ی رفاهی و مرتفع نمودن

درد معاش کارکنان دفتری اگر بیشتر از رفع مشکلات قضات اهمیت نداشته باشد به طور قطع، اهمیت کمتری نخواهد داشت.

افراد شاغل در قسمت‌های اداری و دفتری سازمان قضایی نیروهای مسلح ترکیبی از نیروهای سازمان به عنوان زیرمجموعه‌ی قوه‌ی قضاییه و نیروهای نظامی و انتظامی یگان‌های مختلف (ستاد مشترک، سپاه، ارتش، انتظامی و...) تحت عنوان مأمور هستند. دسته‌ی اول معمولاً یک سوم تا یک چهارم کل نیروهای شاغل را شامل می‌شود و دسته‌ی دوم، عمده‌ی نیروها را تشکیل می‌دهد و شاید این نوع تکرر نیرو در یک سازمان را در دیگر ارگان‌های دولتی نتوان مشاهده کرد.

۱- اهمیت پرداختن به این تنوع بدان سبب است که در بحث‌های مدیریتی و روان‌شناختی معمولاً چنانچه افراد از وضعیت موجود، هر چه احساس رضایت بیشتری کنند نه به همان اندازه بلکه تا چندین برابر هم از بهداشت روانی متعادل‌تری برخوردارند و این سلامت روانی، تمام امور و از جمله ارتباط با مراجعین را نیز تحت شعاع خود قرار می‌دهد. لذا یکنواخت کردن نیروی انسانی به راحتی می‌تواند سد ذرایع بسیاری از پیامدهای بعدی باشد.

۲- تفاوت فاحش در پرداخت‌ها نیز از جمله‌ی دیگر کاستی‌هاست که اگر بتوان با استفاده از ظرفیت‌های قانونی، میزان دستمزد کارکنان اداری را به نسبت قضات متعادل کرد، احساس خرسندی از شغل و میزان بهره‌وری را به نحو چشمگیری افزایش می‌دهد. برای تعالی یک سازمان، تمام اجزای آن به یک اندازه از اهمیت برخوردار هستند و نمی‌توان یک جزء را به عنوان اصل قرار داد و دیگر اجزا را فراموش کرد.

۳- عدم آشنایی مردم با جایگاه سازمان قضایی در نظام عدالت قضایی و نحوه‌ی مراجعه و دسترسی و تظلم خواهی از این طریق است. این موضوع می‌بایست از مبادی مثل رسانه‌های جمعی اعم از نوشتاری و دیداری،

ارتباط با سایر ارگان‌ها در راستای شناساندن جایگاه سازمان قضایی، شرکت دادستان، رئیس سازمان و یا نماینده‌ای از سوی آن‌ها در خطبه‌های پیش از نماز جمعه و اطلاع‌رسانی از خدمات انجام شده و اقدامات پیش‌بینی شده در آتی، آموزش‌های مستمر یگان‌ها، به ویژه نیروی انتظامی که بیشترین ارتباط را با مردم دارند؛ در فصل خصومت میان مردم و استفاده از ابزارهای میانجی‌گری غیر قضایی به خصومت‌ها یا همان مصداق‌های جرم‌زدایی و قضا‌زدایی و...

۴- بال‌لحاظ این مهم که ارتباطات و نحوه‌ی دسترسی افراد جامعه به فن‌آوری‌های نوین، روز به روز در حال تغییر و پیشرفت است و با توجه به این که سازمان قضایی در تمام شهرهای کشور وجود ندارد و دسترسی آسان آحاد جامعه به دستگاه قضایی و دادخواهی آزادانه از تظلمات احتمالی جزو فلسفه وجودی تأسیس این سازمان است، لذا به کمک این فن‌آوری نوین می‌توان گامی مؤثر در تحقق حقوق شهروندی برداشت. سازمان قضایی می‌تواند با اعلام درگاهی اینترنتی برای هر کدام از استان‌ها و معرفی آن به شهروندان، بستری را به وجود آورد تا امکان دادخواهی مهیا شود و بُعد مسافت یا عدم حضور فیزیکی، مانع از اجرای عدالت قضایی نشود.

۵- سازمان هر سال با اختصاص بودجه و در راستای پیش‌گیری از وقوع و تکرار جرم، در مراکز استان‌های مختلف همایش‌هایی تحت عنوان «مجمع پیش‌گیری از وقوع جرم» برگزار می‌کند. ولی باز خورد این همایش‌ها در عمل برآورد نشده است که آیا هزینه‌های صورت گرفته اهداف پیش‌بینی شده را عملی نموده است.

برآمد

عدالت کیفری تحت تأثیر قواعد تحول و تکامل جوامع بشری است. پیدایش، تکوین و دگرگونی این پدیده، تابع قواعد حاکم، اندیشه‌های رایج و دگرگونی‌های عام‌تر جامعه بوده است. عدالت

کیفری یا به پای توسعه‌ی مدنیت و تکامل عقلانیت انسان، توسعه و تکامل یافته است. آنچه امروز به عنوان اصول و قواعد حقوق کیفری یا عدالت کیفری مطرح است، مولود یک اندیشه‌ی خاص یا مخلوق مقطعی به خصوص از مقاطع تاریخ نیست. نظام حقوق کیفری با تمام اصول و قواعد شناخته شده‌ی آن، حاصل دگرگونی‌های تاریخی، تحول تمدن و تعامل اندیشه‌های دینی، فلسفی، سیاسی و اجتماعی انسان بوده است. تا قرن هجدهم میلادی، تحلیل عناصر سازنده‌ی حقوق کیفری، یعنی جرم، مجرم و مجازات، بیشتر بر اساس نظریه پرداز‌های فلسفی محض یا برداشت‌های ماوراء الطبیعی صورت می‌گرفت. این تحلیل‌ها که مبتنی بر

اندیشه‌ی انتقام‌جویی و سزادهی و معطوف به هدف برقراری نظم و آرامش بود، به دلیل فقدان زمینه‌های اجتماعی، نمی‌توانست به ترسیم یک نظام کیفری روشن با قواعد و مبانی و اهداف معلوم منتهی شود. در قرن هجدهم این اندیشه‌ها با افکار آزادی‌خواهی و تحقیقات جرم‌شناسی همراه شد. ظهور مفاهیم و معیارهای حقوق بشر در سال‌های پایانی نیمه‌ی اول قرن بیستم با عناصر و مبانی مهم کیفری، ظهور یک نظام کیفری مبتنی بر برداشت‌ها و بنیادهای اساسی و تحقیقات علمی کامل شد. لذا دستگاه عدالت کیفری دنیای جدید را باید بر سه پایه‌ی آموزه‌های کیفری، تحقیقات جرم‌شناسی و معیارهای حقوق بشر استوار دانست (امیدی، ۱۳۸۳: ۳۳۳-۴۰۲).

عدالت و عملی شدن قانون برای تنظیم اجتماع است. قواعد حقوقی بر مبنای اعتقاد و برای افراد جامعه نوشته می‌شود و این قوانین با بروز تغییرات و تحولات که جزء جدا نشدنی اجتماعات بشری است، قابل تغییر می‌باشند، ولی این تغییر و تبدیل، نباید حق را ضایع یا خدشه‌دار کند. هرگاه عدالت قربانی شود، فاصله‌ی میان مردم و دولت بیشتر خواهد شد. در مجازات مجرمان و نیز در روند رسیدگی و اجرای عدالت قضایی، این اصل تا حدی مغفول مانده است و هر بار که سراغ آن می‌رویم تا علتش را بیابیم، معمولاً با یک پاسخ مواجه می‌شویم: «تعداد مراجعان و پرونده‌ها به حدی زیاد است که این کاستی‌ها طبیعی است».

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- نظارت بر تنظیم پرونده‌های کیفری و ارجاعی در سیستم یکپارچه و رساندن آن‌ها به نظر قاضی؛
- ۲- تعیین وقت احتیاطی، رسیدگی و نظارت برای پرونده‌های جاری در سیستم جامع (CMS)؛
- ۳- بررسی و پی‌گیری وضعیت پرونده‌هایی که از پیش برای آن‌ها تعیین وقت شده است؛
- ۴- پی‌گیری مکاتبات شعبه از مبادی ذی‌ربط؛
- ۵- جواب‌گویی به مراجعین؛
- ۶- ابلاغ قرارهای صادره به طرفین پرونده و مبادی ذی‌ربط، وفق مقررات آیین دادرسی؛
- ۷- ارسال پرونده‌های مختومه به مراجع و مبادی مربوطه؛
- ۸- انجام تحقیق در پرونده‌ها به دستور قاضی دادگاه و تحت نظارت وی؛
- ۹- تنظیم و ارسال احضاریه و جلب (جلب می‌بایست فقط با امضای قاضی باشد)؛
- ۱۰- تنظیم اوراق معرفی زندانیان به بازداشتگاه و ندامتگاه و احضار یا آزادی آن‌ها با امضای قاضی مربوطه. برای مطالعه‌ی بیشتر، بنگرید به: شرح وظایف پست‌های سازمانی سازمان امور اداری و استخدامی وقت، شرح وظایف مدیران دفاتر دادیاری، بازپرسی و دادگاه نظامی، فرم‌های ۲۳
- ۱۱- رعایت نظم و انضباط، حضور به موقع در محل کار، تنظیم امور، عمل به وعده و رعایت وقت مردم. ۲- بهترین رفتار را شایسته‌ی مردم و نیروهای مسلح می‌دانیم و در این راه تلاش می‌کنیم. ۳- مشکلات شغلی و فراوانی مراجعات ما را به ستوه نمی‌آورد و اگر به اشتباه افتادیم، بازگشت به حق برایمان دشوار نیست. ۴- اجرای عدالت را همواره موجب خشنودی خداوند و استحکام سازمان و خدمت به مردم می‌دانیم. ۵- حفظ اسرار مردم و نیروهای مسلح را از وظایف مهم خود دانسته و به آن پای بندیم. ۶- شجاعت، قاطعیت و عدم تأثیرپذیری از افراد و گروه‌ها را لازمه‌ی استقلال رأی و تحقق مأموریت‌های سازمان می‌دانیم. ۷- ارتقاء دانش و مهارت را برای اجرای مؤثر و کارآمد قوانین و مقررات ضروری می‌شماریم برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: <http://imj.ir>

فهرست منابع:

- ۱- امیدی، جلیل، **مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق**، تهران: احسان، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- ۲- امیدی، جلیل، «سنت نبوی و عدالت کیفری»، فصل‌نامه‌ی حقوق، تهران: دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۳۹، زمستان ۱۳۸۸.
- ۳- ایمانی، عباس، **اصطلاحات حقوق کیفری**، تهران: آریان، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- ۴- بولک، برنار، **کیفرشناسی**، برگردان: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجد، ۱۳۹۰.
- ۵- توکلی، علی، «حفاظت و اطلاعات و بازرسی در زندان»، ۱۳۸۹/۶/۲۱، قابل دسترسی در: <http://pishgamane-irani.blogfa.com>
- ۶- حبیب‌زاده، محمدجعفر، «آسیب‌شناسی نظام عدالت کیفری ایران»، مجله‌ی علوم اجتماعی، شیراز: دانشگاه شیراز، دوره‌ی ۲۱، شماره‌ی دوم، تابستان ۱۳۸۳.
- ۷- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، «جامعه مدنی جهانی و حقوق بین‌الملل»، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، شماره‌ی هفتم، سال چهارم، ۱۳۸۱.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهل و دوم، ۱۳۸۳.
- ۱۰- اداره مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، **شرح اصول رفتار قضایی (بنگلور)**، برگردان: محمدعلی شاه‌حیدری پور و مجتبی همتی، تهران: خرسندی، چاپ نخست، ۱۳۸۹.
- ۱۱- آزمایش، علی، **تقریرات درس حقوق جزای عمومی**، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.
- ۱۲- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **تقریرات جرم‌شناسی**، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- 13- Elizabeth A. Martin: **A Dictionary of Law**. Oxford University Press 2001
- 14 - Bryan A. Garner: **Black's Law Dictionary**
- 15- http://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_Justice
- 16 - http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_and_political_rights
- 17- http://imj.ir/index.php?option=com_content&view

بررسی تطبیقی عدول از ایجاب در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی

قسمت اول

دکتر محمد رضا فلاح، دکتری حقوق خصوصی، عضو هیات علمی دانشگاه شاهد.
فرزانه صالحی، کارشناس ارشد حقوق خصوصی



چکیده

امروزه تجارت بین المللی بیش از هر زمان دیگر نیازمند اطمینان خاطر متعاقدين از انجام تعهداتی است که قصد انعقاد آن را دارند. در این صورت، مبادلات بازرگانی از سرعت و امنیت برخوردار شده و رغبت به انعقاد قراردادهای بین المللی افزایش می یابد. یکی از موارد اطمینان این است که شخص موجب، وقتی قصد انجام یک عمل حقوقی را کرده و آن را اعلان می کند، به تعهد خود پای بند باشد. از این حیث ایجاب را بر دو قسم تقسیم می شود: حالت نخست آن است که شخص خود را صریحاً یا ضمنی تعهد به انجام تعهد خود کند؛ و دوم این که الزامی را برای خود به وجود نمی آورد. در صورت اخیر این پرسش مطرح می شود که آیا شخص موجب می تواند از تعهد خود عدول نماید. عدول از ایجاب به معنای آن است که موجب بتواند به صرف اراده ی خویش، وجود اعتباری آن را از بین ببرد، بدون آن که پدیده ای قانونی یا قراردادی مانع از آن شود. عدول از ایجاب های ساده در اکثریت نظام های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است، اما امکان عدول از ایجاب های الزام آور به شدت مورد اختلاف است. مقاله ی حاضر با هدف رفع ابهامات موجود، ماهیت حقوقی عدول از ایجاب را در حقوق ایران، کنوانسیون وین و اصول قراردادهای تجاری بین المللی بررسی کرده است.

واژگان کلیدی: ایجاب، ایجاب ساده، ایجاب الزام آور، عدول از ایجاب، کنوانسیون بیع بین المللی، قرارداد تجاری بین المللی.

درآمد

با وجود اهمیت و تاثیر ایجاب در تشکیل قراردادها، در فقه و قانون مدنی ایران، از آن تعریفی ارائه نشده است، ولی در مورد تعریف ایجاب این توافق حاصل شده است که ایجاب اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد، او به مفاد آن پای بند شود؛ اعم از آن که پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد (رفیعی، ۱۳۸۷: ۳۳-۳۴). زمان تاثیر و پیدایش اعتبار برای ایجاب، از موضوعات مهم در این زمینه است که به دو دلیل واجد اهمیت است: نخست، با تعیین این لحظه می‌توان گفت که از این پس مخاطب ایجاب می‌تواند ایجاب را بپذیرد و ایجاب دهنده در صورت انعقاد قرارداد، به مفاد آن ملتزم می‌گردد؛ دوم، تازمانی که ایجاب از اعتبار و نفوذ حقوقی برخوردار نشده است، گوینده‌ی ایجاب آزاد است که شرایط پیشنهادی خود را عوض کند، ایجاب جدیدی را جایگزین سازد و یا از انعقاد قرارداد منصرف شود. طرح این پرسش که آیا می‌توان شرایط ایجاب را تغییر داد یا از آن رجوع کرد، تنها زمانی ممکن است که ایجاب مطابق قانون از اعتبار کافی برخوردار باشد (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۱۴۶). بدیهی است که اگر پس از ایجاب، قبول به آن ملحق شود، عقد کامل شده و اجرای عقد ضروری است. بحثی که در این نوشتار مورد نظر است، وضعیت ایجاب در فاصله‌ی بین ایجاب و قبول است و این که آیا ایجاب قابل رجوع است. بحث مورد نظر، در حقوق ایران تحت عناوینی از قبیل عدول، رجوع، استرداد و لغو ایجاب و در متون حقوق خارجی با عنوان Witdrswal یا Revocation مورد توجه قرار گرفته است. عدول از ایجاب بدین معناست که موجب بتواند به صرف اراده‌ی خویش، وجود اعتباری آن را از بین ببرد، بدون آن که پدیده‌ای قانونی یا قراردادی مانع او شود. اگر چه امکان عدول از

ایجاب‌های ساده در اکثریت نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، اما عدول از ایجاب همراه با التزام، مورد اختلاف است. بررسی مساله در حقوق ایران، نشان دهنده‌ی وجود دو دیدگاه متقابل است که اولی قائل به وجود ایجاب الزام‌آور و غیر قابل عدول است و دومی ایجاب را در هر حال قابل عدول می‌داند؛ اگر چه قائل بر وجود ضمانت اجرایی برای آن در صورت عدول است. خارج از حقوق داخلی و در قلمرو حقوق بین‌الملل، به ویژه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مواد ۱۵ و ۱۶ به بحث عدول از ایجاب اختصاص یافته است که در مجموع مفاد این دو ماده را می‌توان به دو قسمت تقسیم کرد. قسمت نخست شامل کلیات و قواعد حاکم بر کنوانسیون در زمینه‌ی عدول از ایجاب بوده و ایجاب را عموماً قابل عدول می‌داند؛ قسمت دوم نیز مربوط به استثنای وارده بر اصل مذکور است که در قالب‌های بند الف و ب از قسمت دوم ماده‌ی ۱۶ کنوانسیون آمده است. این در حالی است که در ماده‌ی ۴-۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تصریح شده است که پیش از ارسال قبولی از سوی مخاطب ایجاب، رجوع مزبور باید به او واصل شود. با توجه به مطالبی که گذشت، به نظر می‌رسد لازم است در ابتدا تعریفی از ایجاب در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بیان شود و سپس عدول از ایجاب، بررسی شود.

۱. مفهوم ایجاب

۱-۱. در دکتین حقوقی

از نظر بعضی حقوق دانان: «ایجاب اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد، او به مفاد آن پای بند شود، خواه پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۱). دسته‌ای دیگر از حقوق دانان معتقدند: «ایجاب انشای بالفعل عقد با اراده‌ی ابراز شده است و تا زمانی که

ایجاب مسلم نباشد نمی‌توان حکم به تشکیل عقد داد» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۴۵). چنان که گفته شده است قانون مدنی تعریفی از ایجاب ارائه ننموده و فقها نیز به آن نیز پرداخته‌اند، لیکن فقها در عقود مختلف مثلاً در تعریف بیع، قصد انشاء بایع را ایجاب می‌دانند و عقیده دارند که ایجاب باید مقدم بر قبول باشد و در نتیجه در هر عقدی، نخستین قصدی که ابراز می‌شود، ایجاب است (جعفروی لنگرودی، ۱۳۸۷: ۹۸). حتی بعضی در این مورد بیان داشته‌اند که: «در روابط قراردادی، قصد انشای اعلام شده طرف مبتکر را خواه متضمن مفهوم پیشنهادی انشاء خواه متضمن مفهوم قبول آن باشد، ایجاب گویند» (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۶۰). برای تشکیل هر قرارداد نیازمند پیش قدم شدن یکی از متعاقبین و ارائه‌ی پیشنهاد هستیم. چنان چه این پیشنهاد به اندازه‌ی کافی قاطعانه و جدی باشد، شرایط لازم قرارداد آتی را مشخص کرده و مخاطب آن معین باشد، از لحاظ حقوقی پیشنهاد سازنده‌ی عقد محسوب می‌شود که به آن «ایجاب» گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸۲). در حقوق ایران، ضوابط مشخص و دقیقی در باب تعریف ایجاب، شرایط آن و چگونگی تمایز آن از دعوت به قرارداد وجود ندارد. در این رابطه می‌توان به دو دلیل عمده اشاره نمود: نخست این که، منابع قانون مدنی ایران یعنی فقه امامیه و حقوق فرانسه، هیچ کدام تعریف و ضوابط مشخصی در باب ایجاب بیان نکرده‌اند؛ دوم این که، ضوابط پراکنده‌ای که در فقه امامیه در مورد ایجاب یافت می‌شود، بیشتر بر اولویت لفظ و صیغه در عقود تکیه دارد که حقوق مدنی ایران سعی در تعدیل و حتی کنار گذاشتن آن و گسترش اصل رضایی بودن عقود و طریقت و سایل اعلام اراده داشته است. در برخی از متون فقهی که نویسنده معترض بحث ایجاب و قبول شده و احکامی را برای هر یک ذکر می‌نماید، ایجاب را با الفاظی که ممکن است با آن واقع شود تفسیر کرده و ملاک تشخیص آن از قبول را الفاظ صادره از سوی متعاقبین می‌داند؛ چنان



که ایجاب در عقد بیع را الفاظی می‌دانند که دلالت بر نقل ملکیت نماید، مانند «بعتک» یا «ملکتک». گروهی نیز با تعیین شیوه‌هایی برای جداسازی بایع از مشتری، ایجاب را همان چیزی می‌دانند که از بایع صادر می‌شود (خویی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۲۰). به هر حال با توجه به این که تعریف ایجاب متشکل از خصوصیات آن بوده و این خصوصیات نیز کم یا بیش و هر چند به صورت پراکنده، در متون فقهی دیده می‌شوند، نمی‌توان فقه امامیه را به طور کلی فاقد تعریفی از ایجاب دانست. با توجه به آن چه آمد، برای دریافت تعریفی مشخص و منقح از ایجاب باید به دکتترین حقوقی ایران مراجعه کنیم. دکتترین حقوقی ایران نیز بیانگر دو دیدگاه است: دیدگاه نخست با رویکردی سنتی نسبت به مقوله‌ی ایجاب و قبول و متأثر از نظریات مشهور مبتنی بر اولویت لفظ، ایجاب در عقود تملیکی از جمله بیع را اعلام انتقال مالکیت می‌داند (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۱۹۹). دیدگاه دوم که به عکس دیدگاه پیشین، متضمن رویکردی توصیفی و هماهنگ با مفهوم فرانسوی است، ایجاب را این گونه تعریف می‌کند: «اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد، او به مفاد آن پای‌بند شود، اعم از این که پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد». بر اساس این تعریف، هر پیشنهاد ساده که طرف مقابل را به انعقاد عقد فرا می‌خواند، ایجاب محسوب نمی‌شود، بلکه ایجاب نیازمند شرایط و ویژگی‌های خاصی است که از میان آن‌ها، قاطعیت یعنی دلالت بر قصد جدی داشتن و مشخص بودن، یعنی تبیین نوع موضوع و شرایط اساسی قرارداد از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. به عبارت دیگر، ایجاب یک موجود ناقص اعتباری است که از سوی گوینده‌ی آن به وجود می‌آید. در نتیجه وجودی اقتضایی دارد که در صورت عدم پیدایش موانع، قبول مخاطب آن را کامل کرده و دارای اثر حقوقی

مهم‌ترین اثر ایجاب این است که برای طرف خطاب خود توانایی ویژه‌ای به وجود می‌آورد تا مضمون آن را بپذیرد و عقد را با همه‌ی آثار خود تحقق بخشد. پیش از اجرای این اختیار و قبول پیشنهاد، بی‌گمان گوینده‌ی ایجاب به مضمون عقد پای‌بند نمی‌شود و تعهد نهایی را پیدا نمی‌کند.

می‌کند. این وجود اقتضایی در عین حال انشای بالفعل عقد است که با استفاده از وسایل اعلام اراده ابراز می‌شود و همین امر آن را از وعده‌ی قرارداد و مذاکرات پیش از انعقاد عقد که چیزی جز یک قول عرفی یا زمینه‌سازی برای انعقاد نیست، جدا می‌سازد. در معنای اصطلاحی ایجاب، تعریف‌های مختلفی از سوی فقیهان ابراز شده است؛ بعضی ایجاب را این چنین تعریف کرده‌اند: ایجاب کلام اولی است که یکی از دو طرف عقد برای انشای عمل حقوقی صادر می‌کند و قبول، کلام دومی است که برای انشای عمل حقوقی ابراز می‌شود و عقد با آن تمام می‌شود؛ یا این که ایجاب، کلام اول متعاقبین یا قائم مقام آن‌هاست، چه از طرف مملک واقع شود و چه از طرف متملک، اولی را ایجاب گویند، چون التزام را ایجاد می‌کند و دومی را قبول گویند، چون رضایت به التزام و الزام اول است (قنوتی، بی‌تا: ۱۸۰). در تعریف دیگری، ایجاب آن است که یکی از طرفین قرارداد اراده‌ی خود را بر ایجاد رابطه‌ی حقوقی معین اعلام دارد و قبول عبارت از اعلام پذیرش رابطه‌ی حقوقی مزبور توسط طرف دیگر است. در حقیقت، ایجاب پیشنهاد انجام معامله با شرایط معین است و قبول، اعلام پذیرفتن این پیشنهاد می‌باشد.

۱-۲. مفهوم ایجاب در کنوانسیون وین ۱۹۸۰

ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی در خصوص ایجاب مقرر می‌دارد: «۱- پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند فرد معین، چنان چه به اندازه‌ی کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب می‌شود. پیشنهاد در صورتی به اندازه‌ی کافی مشخص است که به طور صریح یا ضمنی، خصوصیات کالا، مقدار آن و ثمن را معین کند یا جهت تعیین آن دو ضوابطی مقرر نماید؛ ۲- پیشنهاد، جز در موردی که به شخص یا اشخاص معینی ارائه می‌گردد، صرفاً دعوت به ایجاب محسوب می‌شود، مگر در صورتی که پیشنهاد کننده به وضوح خلاف آن را اعلام نماید».

ایجاب را باید از پیشنهاد ساده انعقاد قرارداد تفکیک کرد: پیشنهاد وقتی ایجاب محسوب می‌شود که پیشنهاد دهنده قصد التزام نسبت به محتوای آن را در فرض قبول طرف مقابل (مخاطب)؛ و اصطلاحاً قصد انشای قرارداد را داشته باشد (مستفاد از بند ۱ ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی). به عبارت دیگر، ایجاب عبارت از پیشنهادی است که به مخاطب اختیار انعقاد قرارداد یا قبول آن را اعطا می‌کند (audit, ۱۹۹۰: ۵۷). در قرارداد بیع بین‌المللی، غالباً این خریدار است که در موقعیت ایجاب کننده قرار می‌گیرد و با سفارش یا ارسال کالا، قرارداد بیع را منعقد می‌نماید. به همین دلیل، تعیین و احراز قصد طرفین برای انعقاد قرارداد، به ویژه در مواردی که بین طرفین مذاکرات طولانی صورت می‌گیرد و پیشنهادهای متعددی داده می‌شود، امر مشکلی است. لذا تشخیص اینکه پیشنهاد مورد نظر، ایجاب به معنی واقعی خود محسوب می‌شود، یک امر ماهوی است که باید توسط دادگاه احراز گردد (Honold, ۱۹۹۱: ۹۵). برای تشخیص قصد طرفین در قراردادهای بیع بین‌المللی، می‌توان از مقررات ماده‌ی ۸ کنوانسیون بهره برد. مطابق این ماده،

هر گاه یکی از طرفین به مؤدای قصد طرف دیگر علم داشته و یا جهل او مسموع نباشد، الفاظ و اعمال آن طرف دیگر باید مطابق قصد وی تفسیر شود (بند ۱ ماده ۸). به دیگر سخن، قرارداد با توجه به اراده‌ی باطنی طرف قرارداد تفسیر می‌شود، به شرط این که طرف دیگر به مقصود آن آگاه باشد و یا می‌بایست آگاه باشد. در صورت عدم شمول و قابلیت اجرای قاعده‌ی فوق، الفاظ و سایر اعمال هر یک از طرفین، محمول بر استنباط افراد متعارف از همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است (بند ۲ ماده ۸). در مقام تشخیص قصد هر یک از طرفین یا تعیین استنباطی که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت، باید به اوضاع و احوال ذی ربط از جمله مذاکرات طرفین، رویه‌ی معمول، عرف و عادت و اعمال بعدی آنان توجه کرد (بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون). به طور کلی می‌توان گفت هر چه تعداد مخاطبان یک پیشنهاد محدودتر و پیشنهاد مشخص‌تر باشد، این نظر تایید می‌شود که پیشنهاد کننده قصد التزام بر فرض قبول مخاطب را داشته است (Audit, 1990: 61). از این رو کنوانسیون پیشنهاد به عموم را ایجاب به شمار نیاورده، مگر این که ثابت شود که قصد انشاء وجود داشته است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷: ۵۷). به نظر یکی از حقوق دانان، ماده‌ی ۱۴ نشان می‌دهد که یکی از عناصر عمده‌ی انعقاد قرارداد، ایجاب قطعی است که قصد موجب به الزام تعهد است و در مرحله‌ی بعد بهتر است به عنوان معیار اولیه‌ی قرارداد لحاظ شود. ایجاب کننده‌ی قرارداد، حداقل در مواردی که پیشنهاد گیرنده نمی‌دانسته یا نمی‌توانسته از قصد موجب آگاهی داشته باشد، به عنوان صاحب ایجاب تلقی می‌شود. بنابراین، در نبود مدارکی روشن از این ناآگاهی، فرض بر مطلع شدن یک فرد متعارف در موقعیت پیشنهاد گیرنده است که می‌توانسته از آن آگاه شود»^(۱). در قراردادهای بیع بین المللی به ندرت اتفاق می‌افتد که طرفین در زمانی واحد در مورد برخی از نکات مشخص توافق نمایند و معمولاً

در باره‌ی توافق بر نکات دیگر به مذاکرات خود ادامه می‌دهند. در این موارد، قرارداد متوالیاً منعقد می‌شود و هر جزئی از قبول متعاقب یک پیشنهاد می‌آید مشروط، بر این که در نهایت، قرارداد منعقد شود. در چنین وضعیتی، این موارد حائز اهمیت است که بدانیم اعلام کدام قصد را باید به عنوان پیشنهاد (ایجاب) محسوب کرد. کسی که مطلبی به وی پیشنهاد می‌شود، باید دلایل متقنی برای اتکاء به یک پیشنهاد داشته باشد تا آن را ایجاب محسوب نماید. بنابراین لازم است در قانون معیارهایی برای تشخیص پیشنهاد گنجانده شود تا وجه تمیزی باشد برای اعلام‌هایی که صرفاً دعوت به انعقاد قرارداد محسوب می‌شوند. در مورد اخیر (دعوت به انعقاد قرارداد) یک جواب مثبت، مشروط بر این که بر دارنده‌ی شروط ضروری مربوطه باشد، یک پیشنهاد محسوب خواهد شد. در تشخیص این که قصد شخص ایجاب است یا خیر، می‌توان از ضابطه‌های ذیل که دلالت‌های عرفی است استفاده نمود:

- ۱- آگاهی به ندرت ایجاب محسوب می‌شود حتی آگاهی‌هایی که از خواننده می‌خواهد که مبلغ کالای تبلیغ شده را برای آگاهی دهنده ارسال کند؛
- ۲- ارائه‌ی کالا در ویتترین مغازه توسط صاحب مغازه معمولاً ایجاب جهت فروش کالا به قیمت بازار یا اصلاً فروش آن کالا محسوب نمی‌شود؛
- ۳- ذکر و اشاره به قیمتی که یک فروشنده ممکن است تمایل و قصد ایجاب فروش کالا بر آن نرخ را داشته باشد یا دادن قیمت تخمینی برای یک کالا معمولاً ایجاب محسوب نمی‌شود؛
- ۴- دعوت برای مزایده ایجاب محسوب نمی‌شود، بلکه ایجاب پیشنهادی است که مخاطب در پاسخ دعوت به مزایده، تسلیم دعوت کننده می‌کند.

چنان که قبلاً گفته شد، ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، ایجاب را پیشنهادی می‌داند که نشان‌گر اراده‌ی قطعی ایجاب کننده است که در صورت قبول طرف دیگر، وی به ایجاب

خود ملتزم می‌شود. طرف مخاطب ممکن است یک یا چند فرد معین باشد. طبق بند ۲ این ماده، چنانچه پیشنهاد خطاب به افراد معینی نباشد، دعوت محسوب می‌شود، مگر این که پیشنهاد دهنده به وضوح خلاف آن را اعلام کند. همچنین ایجاب باید صریح و مشخص باشد و مقدار کالا و ثمن نیز صریحاً به طور تلویحی در قرارداد بیع بین المللی کالا مشخص شده باشد. ایجاب می‌تواند به صورت کتبی یا به هر شکل دیگری که دلالت بر ایجاب کند باشد (سماواتی، ۱۳۸۹: ۴۹).

۳-۱. مفهوم ایجاب در اصول قراردادهای تجاری بین المللی

به موجب ماده‌ی ۱-۲ اصول قراردادهای تجاری بین المللی، «پیشنهاد برای انعقاد قرارداد، در صورتی ایجاب تلقی می‌شود که به حد کافی، قطعی و بیان‌گر قصد ایجاب دهنده برای التزام، در صورت قبول ایجاب باشد». برای متمایز ساختن ایجاب از سایر ارتباط‌هایی که یک طرف در جریان مذاکراتی بر قرار می‌سازد که با در نظر داشتن انعقاد یک قرارداد آغاز شده است، در این ماده مقتضیات دو گانه‌ی زیر مقرر شده است:

- ۱) پیشنهاد (ایجاب) باید به قدر کافی قطعی و معین باشد تا اجازه‌ی انعقاد قرارداد را با قبول صرف بدهد؛
 - ۲) قصد ایجاب دهنده برای التزام در صورت قبولی را خاطر نشان سازد که در ذیل به توضیح آن می‌پردازیم.
- ۱- قطعیت و تعیین ایجاب: از آنجا که قرارداد با صرف قبول ایجاب منعقد می‌شود، شروط توافق آتی باید به اندازه‌ی کافی به طور صریح و مشخص در ایجاب بیان شوند. تعیین این که آیا ایجاب مورد نظر، این تکلیف را بر آورده می‌سازد یا نه، با شروط کلی انجام شدنی نیست. حتی شروط اساسی، مانند توصیف دقیق کالاها یا خدماتی که قرار است تحویل یا انجام شوند، مبلغی که قرار است برای آن‌ها پرداخت گردد، زمان و محل اجرای تعهد و غیره، ممکن است



به شکل تعیین نشده در ایجاب باقی بمانند، بدون آن که لزوماً به کفایت قطعیت و تعیین آن صدمه‌ای وارد آورند، همه چیز به این بستگی دارد که آیا گوینده‌ی ایجاب با اعلام اراده‌ی خود و هم‌چنین مخاطب ایجاب با قبول آن، قصد انعقاد یک توافق الزام آور را دارند یا خیر؛ و این که آیا می‌توان با تفسیر متن توافق، مطابق ماده‌ی ۱-۴ و مواد پس از آن، شروط مورد نیاز را تعیین کرد و یا طبق ماده‌های ۸-۴ یا ۲-۱-۵، شروط مورد نظر را فراهم آورد. افزون بر این، می‌توان با ارجاع به رویه‌های مستقر شده بین طرفین یا با عرف‌های تجاری، بر عدم قطعیت غلبه کرد.

۲- قصد ملتزم بودن: معیار دوم برای تعیین این که آیا یک طرف، ایجابی برای انعقاد قرارداد ارائه کرده است یا صرفاً مذاکراتی را آغاز می‌کند، قصد آن طرف به ملتزم بودن در صورت قبولی است. از آنجا که چنین قصدی به ندرت به طور صریح اعلام می‌شود، اغلب باید آن را از اوضاع و احوال هر قضیه برداشت کرد. نحوه‌ی ارائه‌ی پیشنهاد از سوی طرف مقابل، دلالتی اولیه هر چند غیر قطعی بر قصد محتمل را فراهم می‌آورد. آن چه از اهمیت بیشتری برخوردار است، مفاد پیشنهاد و طرف خطاب‌های آن است. به بیان کلی، هر چند پیشنهاد مفصل تر و قطعی تر باشد،

احتمال تلقی آن به عنوان ایجاب بیشتر است. پیشنهادی که به یک یا چند نفر مشخص خطاب شده، در مقایسه با پیشنهادی که خطاب به عموم است، با احتمال بیشتری به عنوان ایجاب در نظر گرفته می‌شود. یک پیشنهاد ممکن است همه‌ی شروط اساسی قرارداد داشته باشد و با این وجود، در صورت قبولی، پیشنهاد دهنده را ملتزم نسازد، مشروط بر آن که انعقاد قرارداد منوط به رسیدن به توافق در مورد برخی نکات جزئی باشد که تکلیف آن‌ها در پیشنهاد معین نشده است (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۴۳).

۲. عدول از ایجاب

مهم‌ترین اثر ایجاب این است که برای طرف خطاب خود توانایی ویژه‌ای به وجود می‌آورد تا مضمون آن را بپذیرد و عقد را با همه‌ی آثار خود تحقق بخشد. پیش از اجرای این اختیار و قبول پیشنهاد، بی‌گمان گوینده‌ی ایجاب به مضمون عقد پای بند نمی‌شود و تعهد نهایی را پیدا نمی‌کند. پس از قبول نیز، اگر به هنگام انجام پذیرد و شرایط لازم را داشته باشد، در ایجاد تعهد برای دو طرف عقد تردید نیست، ولی آن چه مورد گفت و گو قرار می‌گیرد، پاسخ به این سوال مهم است که آیا گوینده‌ی ایجاب پیش از قبول، التزامی به نگه‌داری آن داشته و پای بند

به پیشنهاد خویش است، یا در عدول از آن آزاد است و می‌تواند نهاده‌ی را که پی ریخته، از بین ببرد و طرح عقد را بر هم زند. حال بر فرض این که عدول مانع تراضی شود آیا می‌توان او را مسؤول خسارتی شناخت که در نتیجه‌ی این اقدام ناروا به بار آمده است؟ به منظور پاسخ دادن به سوال‌های فوق، ایجاب را به دو دسته‌ی ساده و الزام آور تقسیم نموده و عدول از آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۲. عدول از ایجاب ساده

زمانی با ایجاب ساده مواجه هستیم که پیشنهاد دهنده با هیچ گونه الزامی مبنی بر پای بند بودن به آن همراه نباشد. در ایجاب ساده، موجب نمی‌تواند تا پیش از اعلام قبولی مخاطب، از پیشنهاد خود عدول نماید. در پاره‌ای از قوانین جدید آمده است که ایجاب، تا مدتی که اختیار قبول به طرف مقابل می‌دهد، برای اعلام کننده‌ی آن الزام آور است؛ عدول از ایجاب اثر ندارد و قبول می‌تواند عقد را واقع سازد، ولی در فقدان نص صریح قانونی در این موارد، باید با توجه اصول حقوقی و مبانی اجتماعی و تاریخی قانون مدنی، قاعده‌ی کار را استخراج کرد.

ادامه دارد

پی‌نوشت:

1 - www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html

فهرست منابع:

۱. اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران: شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
 ۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد نخست، تهران: اسلامیه، چاپ سی‌ام، ۱۳۷۷.
 ۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
 ۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۳.
 ۵. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بیروت: دارالهادی، ۱۳۸۲.
 ۶. داراب‌پور، مهرباب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
 ۷. رفیعی مقدم، علی، «بررسی تطبیقی عدول از ایجاب در حقوق ایران، فرانسه و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌های ۳۳ و ۳۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
 ۸. سماواتی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌المللی، تهران: ققنوس، چاپ چهارم، ۱۳۸۹.
 ۹. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
 ۱۰. صفایی، سید حسین، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، تهران:
- دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم: سازمان چاپ مهر، ۱۳۸۷.
۱۱. قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی، تهران: دادگستر، چاپ هفتم، ۱۳۸۶.
۱۲. قنات‌ی، جلیل، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم: بوستان کتاب، چاپ نخست، بی‌تا.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- مجاهد، سید محمد، مناهل، جلد نخست، قم: موسسه آل بیت، بی‌تا.
۱۵. نائینی، منیه الطالب، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری.
16. Audit, Bernard, La Vente Internationale de marchandises, L.G. D. J., Paris, 1990.
17. Honnold, John, uniform law for international sales under the 1980 Unions Convention, 3rd ed., boston, 1991.
18. Atiyah P.S., An Introduction to the Law of Contrac, 4th ed., Clayendon Law Srries.
19. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>

تعارض قوانین در قراردادها

عباس احمدی - دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو هیأت علمی دانشگاه



چکیده

امروزه حجم قابل توجهی از روابط بین‌المللی را قراردادها، مدنی و تجاری منعقد بین اشخاص تشکیل می‌دهد. گسترش روزافزون این قراردادها، به مسأله‌ی تعارض قوانین دامن می‌زند و سوال‌های مختلفی را در این زمینه مطرح می‌سازد. این مقاله به طور اجمالی به ابعاد مختلف این تعارضات می‌پردازد و با طرح مباحث نظری راجع به قانون حاکم بر قرارداد، محدودیت‌های وارد بر اصل اراده، نحوه‌ی تعیین قانون حاکم بر قرارداد، وضعیت قراردادهای متوالی و به هم پیوسته و طرح موضوع در حقوق ایران را مورد بررسی قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، قانون حاکم، قرارداد، قانون منتخب، محل وقوع عقد، محل اجرای عقد، اراده‌ی طرفین.

درآمد

آن در خارج از کشور موجود باشد و لذا این سوال مطرح می‌شود که کدام قانون بر قرارداد حاکم است. بررسی‌های تاریخی نشان می‌دهد که در خصوص قانون حاکم بر قرارداد سه نظریه‌ی غالب مطرح بوده است که عبارتند از قانون محل انعقاد، قانون محل اجرای عقد و قانون متبوع طرفین. هر کشور با توجه به منافع سیاسی خود یکی از این نظریات را پذیرفته است. از اواسط قرن نوزدهم تحت تأثیر نظریه‌ی استقلال و حاکمیت اراده، ارج نهادن به اراده در تعیین قانون حاکم در سیستم‌های

مسأله‌ی تعارض قوانین^(۱) در قراردادها زمانی مطرح می‌شود که یک عنصر خارجی مانند تابعیت خارجی یکی از طرفین قرارداد یا هر دوی آن‌ها، اقامت یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها در خارج از کشور محل انعقاد عقد یا اجرای

حقوقی آغاز گردید و در اواسط قرن بیستم به اوج خود رسید. بررسی قوانین جدید کشورها، عهدنامه‌ها و اسناد بین‌المللی آشکار می‌سازد که نظریه‌ی حاکمیت اراده در بسیاری از سیستم‌های حقوقی یک قاعده‌ی غالب است، هر چند محدودیت‌های مختلفی بر آن وارد شده است. در واقع امروزه نظریه‌ی حاکمیت اراده در خصوص تعیین قانون حاکم بر قرارداد، مبنای اصلی قواعد تعارض قوانین در تعهدات قراردادی است (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۸ و ۱۵).

۱. نظریات راجع به قانون حاکم بر قرارداد

۱-۱. قانون محل وقوع عقد

این قاعده از قدیم الایام مورد توجه بوده و بر اساس آن قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کرده‌اند و قدیمی‌ترین قاعده در این زمینه است. این تفکر ملهم از مکتب ایتالیایی است. شاید دلیل توجه به قاعده‌ی مذکور این بوده است که به دلیل حکومت محل تنظیم سند بر اسناد، حکومت قانون محل وقوع عقد بر قرارداد، قاضی را از وظیفه‌ی شاق تفکیک مسائل شکلی و ماهوی رهایی می‌دهد و حکومت قانون واحدی را بر قرارداد امکان‌پذیر می‌سازد (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۰۷). همین‌طور حکومت آن بر قرارداد سبب اعتبار قرارداد و حمل مقررات آن بر قرارداد می‌شود. برخی نیز اجرای این قانون را ناشی از اراده‌ی ضمنی طرف قرارداد دانسته‌اند (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۵). عده‌ای نیز حکومت محل وقوع عقد نسبت به آن را نتیجه‌ی اصل منطقی حاکمیت حکومت‌ها نسبت به اعمال و وقایع حادث در سرزمین خود می‌دانند؛ اصلی که به نظر آن‌ها مورد قبول وجدان حقوقی در جامعه‌ی بین‌المللی قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۷۶: ۳۲).

در غالب سیستم‌های حقوقی تا قرن نوزدهم میلادی، قراردادهای تابع قانون کشوری بوده که در آنجا تشکیل یا اجرا می‌شده‌اند (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۵). سیستم حقوقی ما نیز در صورت سکوت طرفین قرارداد، حکومت قانون محل وقوع عقد را پذیرفته است.

به موجب عهدنامه‌ی ۱۹۹۴ مکزیکو راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی، طرفین در انتخاب هر قانونی آزادند، اما چنان‌چه قرارداد ارتباط عینی با کشوری که قانون کشورش انتخاب شده است نداشته باشد، عهدنامه نسبت به آن قرارداد اعمال نخواهد شد.

در کشورهای دیگری است. در اینجا اگر نظر قانون ایران را بپذیریم، محل وقوع عقد، محل اعلان قبول (کشور انگلیس) است. اگر دیدگاه قانون انگلیس را بپذیریم، محل ارسال قبول (کشور بلژیک)، محل وقوع عقد است. اگر نظر کشور بلژیک را بپذیریم، محل وقوع عقد محل اطلاع از قبول خواهد بود. اگر نظر کشور محل اطلاع از قبول را بپذیریم، آن نیز ممکن است محل وصول قبول را محل وقوع عقد بداند و در نتیجه هر یک دیدگاه خاص راجع به محل وقوع عقد دارد و در نهایت واگذاری صلاحیت قانون خارجی در تعیین محل وقوع عقد منجر به دور می‌گردد.

۱-۲. قانون محل اجرای قرارداد

این نظریه نیز قدیمی است و از زمان مکتب آلمانی توسط ساوینی مطرح شده است. وی نخستین حقوق‌دانی است که محل اجرای عقد را پایگاه و مرکز ثقل قرارداد دانسته و آن را بر محل انعقاد عقد ترجیح داده است؛ زیرا به نظر او ارتباط قرارداد با محل انعقاد عقد یک ارتباط تصادفی است و حال آن که ارتباط قرارداد با قانون محل اجرا جنبه‌ی طبیعی دارد؛ زیرا طرفین در طرح‌ریزی رابطه‌ی حقوقی خود بیش از هر چیز به امکانات اجرای قرارداد توجه دارند (همان: ۲۰۸).

انتخاب قانون محل اجرای قرارداد با انتقادهایی مواجه شده است و اعتقاد کنونی این است که الزامی بودن قانون کشور متبوع طرفین یا محل اجرای قرارداد با شرایط بازرگانی این زمان سازگاری ندارد (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۶) از جمله تعیین محل اجرای واحد بر این قراردادها اساساً میسر نیست؛ زیرا محل اجرای تعهد معمولاً در دو کشور مختلف است مانند بیع، به علاوه، محل اجرای بعضی قراردادها مثل بیمه را نمی‌توان از پیش معلوم کرد؛ زیرا محل اجرای آن وقتی معلوم می‌شود که خسارت وارد شود. به هر حال نمی‌توان از اهمیت قانون محل اجرای قرارداد غافل بود (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۰۸)؛ زیرا اجرای هر قرارداد در هر کشور بسته به انطباق آن با قانون آن کشور است. ممکن است قراردادی که در

این نظریه از چند جهت مورد انتقاد واقع شده است:

نخست، از لحاظ تصادفی بودن آن (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۰۷) مانند موردی که در محل مسافرت، قبولی را ابراز یا نامه‌ی قبولی را ارسال کرده باشد. در بسیاری از قراردادها هم محل انعقاد اهمیتی ندارد.

دوم، از جهت تعیین محل انعقاد عقد در مورد غایب (همانجا)؛ زیرا کشورهای مختلف در خصوص زمان انعقاد عقد در قراردادهای مکاتبه‌ای با یکدیگر تفاوت دارند (سلجوقی، ۱۳۸۵: ۳۷۲-۳۷۴). در این زمینه چهار نظریه‌ی اعلام، ارسال، وصول و اطلاع پذیرفته شده است. در کامن‌لا نظریه‌ی ارسال قبول شده و برخی کشورها نظریه‌ی وصول را پذیرفته‌اند. در ایران نیز موضوع اختلافی است، ولی با توجه به نصوص صریح قانونی (مواد ۱۸۳ و ۳۳۹ قانون مدنی) نظریه‌ی اعلان قبول، ارجح به نظر می‌رسد. توصیف محل وقوع عقد تابع قانون مقرّ دادگاه است؛ زیرا:

اولاً، توصیف اصلی است؛ چون در تعیین قانون صلاحیت‌دار تأثیر دارد (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۰۸)؛ ثانیاً، پذیرش صلاحیت قانون خارجی در توصیف بعضاً باعث دور می‌شود. فرض کنید محل وقوع ایجاب در ایران است، محل اعلان قبول در انگلیس، محل ارسال در بلژیک و محل وصول قبول و محل اطلاع از قبول نیز

محل انعقاد معتبر بوده، در محل اجرا قانونی و قابل اجرا نباشد. امروزه معمولاً محل اجرا از سوی طرفین تعیین می‌گردد (سلجوقی، ۱۳۸۵: ۳۷۴).

۳-۱. قانون ملی یا متبوع طرفین

یکی دیگر از نظریات قدیمی، حکومت قانون ملی طرفین بر قرارداد است که امروزه جایگاهی ندارد و از بحث راجع به آن خودداری می‌کنیم.

۴-۱. قانون مورد نظر طرفین

بحث حاکمیت اراده^(۲) در تعارض قوانین برای نخستین بار در قرن شانزدهم توسط شارل دومولن مطرح گردید. به نظر وی چون قرارداد مخلوق اراده‌ی طرفین است، لذا منطق حقوقی ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را بر آن حاکم سازند. این نظریه از لحاظ علمی و نظری مورد انتقاد قرار گرفته است. در انتقاد عملی موارد زیر آمده است:

۱- تسهیل تقلب نسبت به قانون: ممکن است طرفین برای فرار از مقرراتی که حتماً باید بر آن قرارداد حکومت کند، بر صلاحیت قانون دیگری توافق کنند؛

۲- عدم اطمینان: هر گاه طرفین قانون صلاحیت‌دار را انتخاب نکنند، جست‌وجوی قصد آن‌ها جنبه‌ی قطعی ندارد و ممکن است منجر به نتایج خودسرانه شود.

از بعد نظری نیز این ایرادها وارد شده است:

پذیرش اصل حاکمیت اراده منجر به دور منطقی می‌شود؛ زیرا اراده که مخلوق قانون است، تعیین کننده‌ی قانون می‌شود و دور به وجود می‌آید. موافقان اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم پاسخ می‌دهند که طرفین قانون قابل اجرا را تعیین نمی‌کنند، بلکه مرکز ثقل یا پایگاه قرارداد خود را تعیین می‌کنند و سپس دادگاه قانون صلاحیت‌دار را حسب راهنمایی طرفین تعیین می‌کند (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۰۵-۲۰۶).

از اواسط قرن نوزدهم در نتیجه افکار لیبرالیستی اراده‌ی طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم در سیستم‌های حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرد تا جایی که امروزه اصل حاکمیت اراده‌ی طرفین قرارداد در قوانین کشورها و عهدنامه‌های

بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته و به صورت یک قاعده‌ی کلی پیش‌بینی گردیده است (خمامی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۵۲) و بسیاری از کشورها سیستم‌های دو گانه‌ای را تدوین و وارد نظام حقوقی خود کرده‌اند که در آن، اصل حاکمیت و استقلال اراده‌ی طرفین قرارداد محترم شمرده می‌شود و همچنین نظریه‌ها و روش‌های مطرح در گذشته حفظ گردیده است.

اصولاً اختیار تعیین قانون حاکم بر قرارداد به خود طرفین قرارداد داده شده و چنانچه انتخابی صورت نگیرد، سایر راه‌حل‌ها مورد نظر قرار می‌گیرند. در سیستم‌های قانونی که اصل استقلال یا حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم را پذیرفته‌اند، این اصل جنبه‌ی قانونی پیدا کرده و یک قاعده‌ی قانونی است. بنابراین انتخاب طرفین به خودی خود اعتباری ندارد، بلکه ناشی از آن قاعده‌ی حل تعارض است (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۵ و ۴۸).

۲. محدودیت‌های وارد بر اصل حاکمیت اراده

پذیرش اصل حاکمیت اراده در سیستم‌های حقوقی، به این معنا نیست که طرفین حق انتخاب هر قانونی را دارند، بلکه محدودیت‌هایی در مورد آن وجود دارد. وسعت محدودیت‌های وارد بر حاکمیت اراده در کشورهای مختلف، بستگی به ملاحظات سیاسی و منافع و مصالح عمومی آن کشور دارد و این آزادی در کشورهای با اقتصاد دولتی و کشورهای خودکامه کمتر است. همچنین محدوده‌ی این آزادی مشابه با آزادی قراردادها در حقوق داخلی نیست و آزادی اشخاص در حقوق داخلی بیشتر است (نیکبخت، همان، ۴۵-۴۷) تعدادی از این محدودیت‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲. لزوم ارتباط بین قانون منتخب و قرارداد

بین قرارداد و قانون مورد نظر طرفین باید ارتباط وجود داشته باشد (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۱۰؛ نیکبخت، ۱۳۸۴: ۴۸). طبق این نظر قانون مورد انتخاب طرفین نباید از محدوده‌ی قانون کشور محل انعقاد قرارداد، قانون محل اجرای قرارداد،

قانون کشور متبوع طرفین یا یکی از آن‌ها و قانون محل اقامت طرفین یا یکی از آن‌ها خارج باشد در غیر این صورت قاضی می‌تواند به قاعده‌ی جلوگیری از تقلب نسبت به قانون استناد نماید (ارفع نیا، ۱۳۸۹: ۷۱). عهدنامه‌ی ۱۹۸۰ رم راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی^(۳) محدودیتی وارد نکرده است، مگر در جایی که همه‌ی عناصر مرتبط با یک کشور باشند که در این صورت قواعد آمره‌ی آن کشور بر قرارداد اعمال می‌شود^(۴). در عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا نیز محدودیتی از این لحاظ وجود ندارد، اما بر خلاف عهدنامه‌ی رم، صرف انتخاب قانون خارجی در حالی که عنصر خارجی دیگر در قرارداد نباشد، باعث به اجرا در آمدن این عهدنامه‌ها در خصوص آن قرارداد نخواهد شد^(۵). به موجب عهدنامه‌ی ۱۹۹۴ مکزیکو راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی^(۶)، طرفین در انتخاب هر قانونی آزادند، اما چنانچه قرارداد ارتباط عینی با کشوری که قانون کشورش انتخاب شده است نداشته باشد، عهدنامه نسبت به آن قرارداد اعمال نخواهد شد. منتها طبق این عهدنامه ممکن است قواعد آمره‌ی کشوری که ارتباط نزدیک با قرارداد دارد، بر قرارداد اعمال شود^(۷). لذا تمایل کلی بر آن است که فقدان ارتباط به تنهایی نمی‌تواند توجیه کننده‌ی عدم پذیرش انتخاب طرفین باشد، به ویژه در جایی که مبنای منطقی وجود داشته باشد. اصل نیز بر حسن نیت و انتخاب منطقی است. لذا معمولاً انتخاب منطقی وجود دارد، مگر این که ثابت شود انتخاب قانون نامربوط، به منظور تقلب نسبت به قانون یا گریز از قانونی است که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد یا مغایر نظم عمومی مقرر دادگاه است (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۸۰-۱۷۶ و ۱۹۹).

۲-۲. موضوعات شکلی قرارداد

طبق قاعده‌ی بین‌المللی و قدیمی، محل بر سند حکومت می‌کند. موضوعات شکلی قرارداد تابع قانون محل تنظیم سند است (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۹۷).

لذا بین قانون حاکم بر ماهیت قرارداد و سند تنظیمی راجع به آن ملازمه وجود ندارد و هر یک تابع قانون خاصی است. ماهیت عقد تابع قانون منتخب طرفین یا قانون پیش‌بینی شده در قاعده‌ی حل تعارض و شکل سند تحت حاکمیت محل تنظیم سند خواهد بود. از این رو ممکن است دو شخص در ایران قرارداد ببيع منعقد کنند و در کشور دیگری مثل فرانسه سند رسمی راجع به آن را تنظیم کنند یا در ایران ازدواج کنند و در ایتالیا سند نکاح تنظیم کنند. در این مثال‌ها قانون ایران به عنوان محل وقوع عقد یا قانون کشور دیگر در صورت انتخاب طرفین بر ماهیت قرارداد حاکم خواهد بود و قانون فرانسه و ایتالیا نیز به ترتیب حاکم بر سند تنظیمی راجع به آن (مبايعه‌نامه و قبالة‌ی نکاح) خواهد بود.

۲-۳. مسائل مربوط به نظم عمومی، قواعد امری و اخلاق حسنه‌ی مقر دادگاه

مسائلی که مشمول قواعد آمره‌ی قانون مقر دادگاه می‌شود یا برای نفع عمومی است، مانند موضوعات مربوط به حقوق عمومی، مقررات ارزی، کار و غیره و یا خلاف اخلاق حسنه است، از شمول قانون منتخب طرفین یا اصل حاکمیت اراده خارج است و تابع قانون مقر دادگاه می‌باشد. به عبارت دیگر وقتی قانون مورد نظر طرفین که برای حکومت بر قرارداد تعیین شده، خلاف قواعد امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه‌ی قانون مقر دادگاه باشد، از اجرای آن جلوگیری به عمل می‌آید. در مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی ایران، مشابه این حکم پیش‌بینی شده است. ماده‌ی ۱۰ قراردادهای خلاف قواعد امری را معتبر ندانسته و ماده‌ی ۹۷۵ نیز دادگاه را مکلف می‌سازد از اجرای قوانین خارجی و قراردادهایی که خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است خودداری نماید. ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز ذخیره، پردازش و توزیع ارسال داده پیام‌های شخصی و مبین ریشه‌های قومی، مذهبی، اخلاقی و غیره را در قراردادهای الکترونیکی ممنوع نموده است. به موجب عهدنامه‌ی رم^(۸) نیز قانون منتخب

طرفین نباید منجر به نادیده گرفتن قواعد حمایت از مصرف کننده در محل اقامت وی شود (السان، ۱۳۸۵: ۱۵۹-۱۶۲).

۴-۲. دیگر محدودیت‌ها

دیگر محدودیت‌های حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد عبارتند از:

۱- اهلیت و وضعیت طرفین قرارداد که تابع قانون ملی یا اقامتگاه است؛

۲- قراردادهای داخلی: به قراردادهایی که فاقد عنصر خارجی هستند و صرفاً با یک کشور ارتباط دارند، قراردادهای داخلی گفته می‌شود. این قراردادهای تابع قانون محل وقوع عقد هستند؛

۳- تقلب نسبت به قانون: هر گاه صلاحیت قانون منتخب در نتیجه‌ی تقلب باشد، قانون منتخب بر قرارداد حاکم نخواهد بود؛

۴- اموال منقول و غیر منقول و حقوق راجع به آن‌ها: قانون حاکم بر این اموال اصولاً قانون محل وقوع مال می‌باشد؛

۵- مسائل مربوط به آیین دادرسی یا قانون حاکم بر موضوعات شکلی رسیدگی به دعوا: این موضوعات تحت حاکمیت قانون مقر دادگاه است و از محدوده‌ی استقلال اراده‌ی طرفین خارج می‌باشد (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۴۷).

۳. نحوه‌ی تعیین قانون حاکم بر قرارداد

وقتی اراده‌ی طرفین صریح نیست، اراده‌ی ضمنی آن‌ها چگونه احراز می‌شود و در صورت عدم بیان اراده، چه قانونی بر قرارداد حاکم است و طریق یافتن آن چیست؟

برای تشخیص قانون حاکم سه روش وجود دارد:

۱- تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین (انتخاب صریح یا ضمنی توسط طرفین)؛

۲- تعیین قانون حاکم در صورت فقدان انتخاب طرفین (انتخاب فرضی، استنباطی یا تلویحی)؛

۳- انتخاب قانون حاکم از طریق انتخاب مرجع دادرسی (نیکبخت، ۱۳۷۷-۱۳۷۶: ۱۸۳-۱۸۵).

۱-۳. تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین

روش انتخاب مرجع، تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین است که به دو صورت صریح و

ضمنی انجام می‌گیرد. در انتخاب صریح ممکن است به صورت شرط باشد که اصطلاحاً به آن بند انتخاب قانون هم گفته می‌شود. مثلاً شرط شود این قرارداد تحت حاکمیت کشور الف خواهد بود (دیسی و موریس، ۱۹۸۰: ۷۵۸ به نقل از: نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۸۷) یا ممکن است به صورت اشاره یا قید توضیحی باشد. اظهاری صریح است که بی ابهام باشد و همه‌ی جنبه‌های قرارداد، دعوا و موضوع را مشخص کند. درج مقرراتی از قانون، انتخاب صریح قانون حاکم نیست، بلکه ممکن است انتخاب ضمنی محسوب شود. مانند آن که مسوولیت فروشنده طبق قانون ایران ضمن عقد شرط شود (نیکبخت، همان: ۱۸۵-۱۸۹).

امروزه در بسیاری از سیستم‌های تعارض قوانین، انتخاب ضمنی قانون حاکم بر مبنای انتخاب صریح به رسمیت شناخته شده است. در این شکل، انتخاب روشن نیست، بلکه اوضاع و احوال و شرایط و مفاد قرارداد دلالت بر قصد طرفین می‌کند، مانند استناد به قواعد قانونی یک کشور، توافق بر صلاحیت دادگاه‌های یک کشور، قرار دادن محل داوری در یک کشور، استفاده از فرم استاندارد قرارداد یک کشور.

۲-۳. تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین

این روش در صورتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که قصد صریح و ضمنی طرفین را نتوان احراز نمود. روش تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین به دو روش فرعی تقسیم می‌شود:

روش انعطاف‌پذیر یا انتخاب دادگاه که رایج‌ترین روش در سیستم‌های حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی است و دادگاه با توجه به اوضاع و احوال مربوط به قضیه و اثبات قصد فرضی طرفین قانون حاکم را از سوی آن‌ها انتخاب و اعمال می‌کند. دادگاه نظر خود را به عنوان قصد طرفین تلقی می‌کند و فرض می‌کند که اگر طرفین افراد معمولی و متعارف بودند، کدام قانون را انتخاب می‌کردند و آن قصد را به آن‌ها اسناد می‌دهد بدون این که در صدد احراز قصد واقعی آن‌ها باشد. در هر

کشوری قضات معیار خاصی را برای تشخیص قصد فرضی طرفین به کار می‌برند (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۲۰۵-۲۰۶) به عنوان مثال در کشور انگلیس (مورس، ۱۹۸۱: ۱۴۱-۱۸۹ به نقل از: نیکبخت، ۱۳۸۳: ۲۰۱) و فرانسه (باتیفول و لاگارد، ۱۹۷۶-۱۹۷۴: ۳۶ و ۵۷۲ به نقل از: نیکبخت، ۱۳۸۳: ۲۰۲) معیار نزدیک‌ترین ارتباط را به کار می‌برند.

۳-۳. تعیین قانون حاکم با انتخاب مرجع دادرسی

انتخاب مرجع دادرسی نیز در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تأثیر گذار است؛ زیرا دادگاه‌های هر کشور قواعد حل تعارض مربوط به قراردادهای کشور خود را به کار می‌بندند تا اعتبار یا حدود اعمال قانون منتخب طرفین را بیابند. ممکن است آن کشور (مقر دادگاه) برای طرفین قرارداد آزادی قائل نباشد یا محدودیت‌های زیادی بر آن وارد نماید. حتی دادگاه کشوری که آزادی وسیع را پذیرفته، ممکن است به عنوانی مانند دادگاه نامناسب دعوی را نپذیرد (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۲۱۳). لذا انتخاب دادگاه اهمیت زیادی در تعیین قانون حاکم یا اجرای قانون انتخاب شده دارد. مثلاً طرف قراردادی که قانون حاکم بر آن توسط طرفین تعیین نشده است، برای آن که بخواهد قانون محل وقوع عقد بر قرارداد حاکم باشد، باید در دادگاه کشوری اقامه‌ی دعوی نماید که حکومت قانون محل وقوع عقد را بر قرارداد پذیرفته است یا در موردی که طرفین بر حکومت قانون محلی بر عقد توافق نموده‌اند که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد، اگر بخواهند آن قانون بر قرارداد حاکم باشد، باید در کشوری اقامه‌ی دعوی نمایند که شرط لزوم ارتباط بین قانون حاکم و قرارداد را نپذیرفته باشد (همان: ۲۱۳-۲۱۸).

۴. قانون حاکم بر قرارداد در نظام حقوقی ایران

حکم مندرج در ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی، قاعده‌ی حل تعارض حاکم بر قراردادها در حقوق ایران است. این ماده مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده

و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند». این ماده از حقوق بین الملل خصوصی فرانسه اقتباس شده است (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۸۳) و با اضافه نمودن عبارت «اتباع خارجه» به این صورت درآمده است. این ماده که قرارداد را تابع قانون محل وقوع عقد دانسته مگر این که طرفین آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند، به نوعی قاعده‌ی حل تعارض دو جانبه است و افزون بر قراردادهای منعقد در ایران، قراردادهای منعقد در خارج از کشور را هم در بر می‌گیرد؛ زیرا: اولاً، بر اساس وحدت ملاک و توجه به رواج قانون و رعایت اصل تساوی دولت‌ها می‌توان حاکمیت قانون کشور بیگانه محل وقوع عقد نسبت به عقد در حقوق بین الملل خصوصی ایران را نیز استنباط کرد؛ ثانیاً، از تعهدات به طور مطلق نام برده شده است (شهیدی، ۱۳۸۶-۱۳۸۷: ۳۷-۳۸).

چنان که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی ایران قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقود را معین

انتخاب مرجع دادرسی نیز در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تأثیر گذار است؛ زیرا دادگاه‌های هر کشور قواعد حل تعارض مربوط به قراردادهای کشور خود را به کار می‌بندند تا اعتبار یا حدود اعمال قانون منتخب طرفین را بیابند.

کرده، لیکن در مورد قانون حاکم بر ایجاد قرارداد و تکوین شرایط اساسی قرارداد مطلبی ذکر نکرده است که در این مورد باید با توجه به ماده‌ی ۵ همین قانون و پذیرفتن اصل سرزمینی بودن قوانین، قانون محل انعقاد قرارداد را حاکم دانست (مدنی، ۱۳۸۸: ۲۸۱). اطلاق ماده‌ی ۹۶۸ نیز این نظر را تقویت می‌کند (شهیدی، ۱۳۷۶-۱۳۷۷: ۳۳). هم‌چنین سکوت قانون گذار را می‌توان چنین تعبیر کرد که وی شمول قاعده را نسبت به عقد بدیهی و زائد می‌دانسته؛ زیرا

هنگامی که تعهد ناشی از عقد تابع قانون محل وقوع عقد باشد، به قیاس اولویت، عقد را هم باید تابع قانون آن محل دانست (سلجوقی، ۱۳۸۵: ۳۷۱) که در این صورت باید موارد استثناء را که در مواد دیگر آمده است، رعایت نماییم؛ از جمله اهلیت طرفین قرارداد است که تابع قانون ملی آن‌ها می‌باشد. البته با رعایت ماده‌ی ۹۶۲ قانون مدنی که به موجب آن اگر تبعه‌ی خارجی در ایران معامله‌ای نماید که موضوع آن غیر اعمال حقوقی راجع به حقوق خانوادگی یا حقوق ارثی یا نقل و انتقال اموال غیر منقول خارج از کشور باشد و طبق قانون ملی خویش واجد اهلیت نباشد، در صورتی که طبق قانون ایران واجد اهلیت محسوب شود، معامله‌ی او صحیح خواهد بود (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۱۲؛ مدنی، ۱۳۸۸: ۲۸۱-۲۸۲). استثنای دیگر، مشروعیت جهت معامله است که در مورد آن باید هم قانون ایران و هم قانون کشور خارجی محل اجرای قرارداد رعایت گردد (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۱۲-۲۱۳)؛ چون ممکن است چنین معامله‌ای در آنجا اعتبار نداشته باشد و باطل تلقی گردد.

سوال دیگری که ممکن است در اینجا مطرح شود این است که آیا قاعده‌ی مندرج در ماده‌ی ۹۶۸ جنبه‌ی امری دارد و آیا اتباع ایران نیز مانند اتباع خارجی حق انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را دارند. این ماده ظاهراً چنین حقی را به اتباع ایرانی نداده است. در این رابطه بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان اتباع ایرانی را از چنین حقی محروم می‌دانند (مدنی، ۱۳۸۸: ۲۸۲؛ شهیدی، ۱۳۷۶-۱۳۷۷: ۳۴). این دسته چنین استدلال کرده‌اند: اولاً، حکم ماده‌ی ۹۶۸ در خصوص آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، خلاف اصل است و باید تفسیر مضیق شود؛ زیرا قواعد حل تعارض، اصولاً امری هستند. سیاق ماده نیز دلالت بر غیر اختیاری بودن دارد (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۳۳-۱۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ج ۸: ۳۷۶)؛ زیرا قانون گذار موردی را که قانون حاکم به اراده‌ی طرفین تعیین می‌شود، به عنوان یک استثناء بر قاعده‌ی کلی، منحصر به

قراردادی کرده است که طرفین آن بیگانه باشند «مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند» و اگر به نظر قانون گذار، طرفین به صورت عام یا مطلق تعیین کننده‌ی نهایی قانون حاکم بر قرارداد می‌بودند، حق انتخاب قانون به صورت جمله‌ی استثنایی منحصر به مورد بیگانه بودن طرفین نمی‌گردید و در جمله‌ی استثناء، عنوان اتباع خارجه را ذکر نمی‌کرد و به طور مطلق مقرر می‌داشت: «مگر این که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند» (شهیدی، ۱۳۷۶-۱۳۷۷: ۳۴-۳۵)؛

ثانیاً، مذاکرات مقدماتی مجلس و تغییر شکل از قانون خارجی (اضافه کردن عبارت اتباع خارجه) دلالت بر امری بودن ماده می‌کند (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۲۹-۱۳۱؛ سلجوقی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۳۷۵). با استناد به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیز اتباع ایرانی نمی‌توانند قانون حاکم را انتخاب کنند؛ چون بر اساس ماده‌ی ۹۶۸ که قاعده‌ای امری است، از چنین حق محروم اند (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۳۲).

در مقابل دسته‌ای از علمای حقوق اعتقاد دارند که اتباع ایرانی هم از چنین حق برخوردار می‌باشند و در صورتی که هر دو طرف ایرانی باشند و در خارج از کشور معامله کنند، همانند اتباع خارجه می‌توانند معامله را تابع قانون دیگری غیر از قانون محل وقوع عقد قرار دهند. این دسته از علماء به رغم اذعان به ظهور امری این ماده، به منظور حمایت از منافع اتباع ایرانی و احتراز از ایجاد مشکلات در مراودات بین‌المللی و هم‌چنین با استناد به اصل تبعیت قاعده‌ی حل تعارض از قانون ماهوی و پذیرش اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا و استثنایی بودن حکم این ماده (منوعیت تعیین قانون خارجی در قلمرو سرزمینی ایران توسط ایرانیان با توسل به تفسیر مضیق)، می‌پذیرند که مواردی که اتباع ایرانی در خارج از کشور معامله کنند، مانعی برای چنین اختیاری برای آن‌ها وجود ندارد (الماسی، ۱۳۸۳: ۲۱۳-۲۱۴؛ نصیری، ۱۳۵۲: ۵۸-۵۹؛ اخلاقی، ۱۳۶۹: ۱۱۱؛ سلجوقی، ۱۳۸۵: ۳۷۵-۳۷۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۸۹: ۷۸-۷۹).

**در قانون داوری تجاری ایران
بر خلاف ظاهر ماده‌ی ۹۶۸
قانون مدنی به اتباع ایرانی
اجازه داده شده است قانون
حاکم بر قرارداد را تعیین کنند.
هم‌چنین می‌توانند قواعد
حقوقی، عرف و رسم تجاری و
اصول کلی را هم انتخاب نمایند
و در صورت سکوت، داور قانون
مناسب را تعیین می‌کند، اما
بر خلاف طرفین که اختیار تعیین
قواعد حقوقی را هم دارند، داور
چنین اختیاری ندارد.**

است؛ زیرا از یک سو مرجع رسیدگی کننده‌ی این دو قانون ضرورتاً یکی نیست؛ یکی دادگاه و دیگری داوری است. از سوی دیگر قانون داوری قانونی خاص است و موضوع آن صرفاً قراردادهای تجاری است که به داوری ارجاع شده یا حاوی شرط داوری است، اما حکم موضوع ماده‌ی ۹۶۸ قاعده‌ای عام است و بر کلیه‌ی قراردادهای اعم از مدنی و تجاری حاکم است. بنابراین رابطه‌ی این دو قانون رابطه‌ی عام و خاص است و در رابطه‌ی عام و خاص، خاص عام را تخصیص می‌زند. لذا باید قائل به این نظر بود که قانون داوری تجاری ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده، بلکه دایره‌ی شمول آن را محدود نموده است (نیکبخت، ۱۳۸۳: ۱۴۴-۱۴۶ و ۱۳۷ و ۱۴۱).

برآمد

۱- برای تشخیص قانون حاکم سه روش وجود دارد: انتخاب طرفین انتخاب فرضی یا تلویحی و انتخاب مرجع دادرسی. روش مرجع، تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین است که به دو صورت صریح و ضمنی انجام می‌گیرد. در صورتی که نتوان قصد صریح و ضمنی طرفین را احراز نمود، روش دوم (انتخاب فرضی) مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲- ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی ایران، در صورت سکوت طرفین، قانون محل وقوع عقد را بر قرارداد حاکم دانسته و به قاضی اجازه‌ی یافتن قانون داده نشده است.

۳- اصل آزادی قرارداد و دکترین حاکمیت اراده تا حد وسیعی هر گونه انتخاب از جانب طرفین را می‌پذیرد، اما قوانین داخلی یا ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی، انتخاب‌های خارج از قوانین ملی را نپذیرفته‌اند و منظور از قوانین این سیستم‌ها، قوانین جاری یک کشور است نه اصول کلی یا عرف و رسم تجاری. در سیستم داوری بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری در کنار قوانین ملی مورد پذیرش قرار گرفته است. وضعیت مذکور از این جهت قابل توجیه است که دادگاه مکلف به رعایت قواعد حل تعارض دولت متبوع خود است، اما در داوری، توافق و اراده‌ی طرفین اهمیت زیادی

برخی نیز با توجه به ظاهر ماده اعتقاد دارند افزون بر آزادی طرفین خارجی در تعیین قانون حاکم، وقتی یکی از طرفین خارجی و طرف دیگر ایرانی باشد، می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند، ولی این اختیار محدود است و وقتی هر دو طرف ایرانی باشند نمی‌توانند از این اختیار استفاده کنند. هم‌چنین وقتی یکی ایرانی و دیگری خارجی است، اجازه ندارند غیر از قانون ملی یکی از طرفین قرارداد، قانون دیگری را بر قرارداد حاکم سازند (ایرانیپور، ۱۳۸۱: ۸۶-۸۸).

در هر حال تفسیر موسع از ماده‌ی ۹۶۸ و قائل شدن حق انتخاب قانون حاکم برای ایرانیان، خلاف ظاهر الفاظ ماده بوده و به سختی قابل دفاع است. در قانون داوری تجاری ایران^(۹) بر خلاف ظاهر ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی به اتباع ایرانی اجازه داده شده است قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند. هم‌چنین می‌توانند قواعد حقوقی، عرف و رسم تجاری و اصول کلی را هم انتخاب نمایند و در صورت سکوت، داور قانون مناسب^(۱۰) را تعیین می‌کند، اما برخلاف طرفین که اختیار تعیین قواعد حقوقی را هم دارند، داور چنین اختیاری ندارد. منظور از قانون مناسب، ضرورتاً قانون ایران نیست، بلکه قانون دارای نزدیک‌ترین ارتباط است. قانون داوری تجاری ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی را نسخ نکرده

دارد و داوران می‌توانند بر اساس قواعد قانونی مورد انتخاب طرفین و قواعدی که خود مناسب می‌دانند، تصمیم‌گیری نمایند.

۴- در مورد قانون حاکم بر قاعده‌ی حل تعارض باید گفت در حالتی که طرفین قانون حاکم را تعیین کرده‌اند، طبق رویه‌ی عمومی، این انتخاب ناظر بر قواعد مادی کشور انتخاب شده است، نه مجموع قواعد مادی و قواعد حل تعارض آن کشور و غالباً اعمال احاله در زمینه‌ی قراردادها و محدوده‌ی اجرای اصل حاکمیت اراده بر خلاف قصد واقعی طرفین قرارداد تلقی می‌شود و اعتقاد

بر این است که باید قاعده‌ی مادی قانون منتخب طرفین بر قرارداد اعمال شود.

۵- در قانون مدنی ایران، به‌رغم این که ماده‌ی ۹۷۳ احاله‌ی درجه‌ی اول را پذیرفته و رجوع به کل قانون خارجی را تجویز نموده، ماده‌ی ۹۶۸ راجع به این مسأله سکوت نموده، در حالی که در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ انتخاب قانون به‌عنوان ارجاع به قانون ماهوی آن کشور تلقی شده است، نه قاعده‌ی حل تعارض آن کشور، مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق نمایند. به نظر می‌رسد با توجه به رویه‌ی عمومی

و مفاد عهدنامه‌های بین‌المللی، حکم مندرج در قانون داوری تجاری را در مورد ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی نیز می‌توان قابل پذیرش دانست.

۶- منظور ماده‌ی ۹۶۸ از تعهدات ناشی از عقود، آثار ناشی از عقود عهدی یا همان حقوق و تعهدات ناشی از عقود عهدی می‌باشد؛ زیرا قراردادهای تملیکی که موضوع آن اموال منقول و غیر منقول (اموال معین) و حقوق عینی راجع به آن‌ها است، مشمول مواد ۹۶۶ و ۹۶۷ قانون مدنی است و از حیطه‌ی شمول ماده‌ی ۹۶۸ خارج می‌باشد.

پی‌نوشت‌ها:

۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۲.
۲. لاگارد، پل، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»، برگردان: محمد اشتری، مجله‌ی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۵.
۳. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران: نشر دانشگاهی، چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.
۴. مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: پایدار، چاپ پنجم، ۱۳۸۸.
۵. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تهران: آگاه، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۴.
۶. نصیری، محمد، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: پیکان، ۱۳۵۲.
۷. نیکبخت، حمیدرضا، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، مجله‌ی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، تهران: دفتر خدمات امور بین‌الملل ریاست جمهوری، شماره‌ی ۳۲، ۱۳۸۴.
۸. نیکبخت، حمیدرضا، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۲۱-۲۲، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷.
۹. نیکبخت، حمیدرضا، «ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی و ماده‌ی ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۳۱-۳۲، پاییز و زمستان ۱۳۷۹.
۱۰. نیکبخت، حمیدرضا، مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۳۹، بهار و تابستان ۱۳۸۳.
11. Conflict of laws
12. Autonomy of will or Party autonomy
13. EC Convention On the Law Applicable to Contractual Obligations, 19 June, 1980 Rome
14. ماده‌ی ۳ عهدنامه‌ی رم
15. ماده‌ی ۱ عهدنامه‌ی ۱۹۸۶ لاهه
16. Inter-American Convention On the Law Applicable to International Contracts, 1994
17. مواد ۱ و ۷ و ۱۱ عهدنامه
18. بند ۲ ماده‌ی ۵ عهدنامه‌ی رم
19. بند ۲ ماده‌ی ۲۷
10. Proper law

فهرست منابع:

۱. اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله‌ی حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۶۹.
۲. ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تهران: بهتاب، ۱۳۸۹.
۳. ایرانی‌پور، فرهاد، «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، تهران: دانشگاه تهران، شماره‌ی ۵۸، زمستان ۱۳۸۱.
۴. ایرانی‌پور، فرهاد، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره‌ی ۵۵، بهار ۱۳۸۱.
۵. خمایی‌زاده، فرهاد، «احاله و اصل آزادی اراده در قراردادها»، مجله‌ی اندیشه‌های حقوقی، سال سوم، شماره‌ی ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
۶. اللسان، مصطفی، «بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی»، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، شماره‌ی ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
۷. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
۸. شهیدی، مهدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خصوصی»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۲۱-۲۲، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷.
۹. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، تهران: شرکت
21. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 15 June, (1955)
22. The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sales of Goods, 30 October, (1985)
23. EC Convention On the Law Applicable to Contractual Obligations, 19 June, (1980) Rome
24. Inter-American Convention On the Law Applicable to International Contracts, (1994)
25. UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce with Guide to Enactment (1996)
26. UNCITRAL Arbitration Rules (1976)

شروع به جرم در قانون جدید مجازات اسلامی

امین سبحانی نجف آبادی، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی



چکیده

از تقسیم بندی‌های جرایم در حقوق کیفری ایران، تقسیم جرایم به جرایم تام و ناقص است. در جرم تام، تمام عملیات اجرایی جرم تا به انتها انجام و جرم به طور کامل محقق می‌شود، اما در جرم ناقص، مرتکب که قصد ارتکاب جرم تام را دارد، پیش از انجام عملیات اجرایی آن، به دلیل نقص در خود (جرم عقیم)، نقص در هدف (محال مطلق) یا نقص در وسیله (محال نسبی) و یا پس از شروع به اجرای عملیات اجرایی، به دلیل وجود موانعی خارج از اراده‌ی مرتکب (شروع به جرم) به مقصود خود نایل نمی‌گردد.

در این جستار تا ضمن بررسی مرحله‌ی شروع به جرم، به نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مفهوم شروع به جرم گسترش دامنه‌ی آن می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: شروع به جرم، قصد مجرمانه، عملیات اجرایی جرم، جرایم ناقص، جرم عقیم، جرم محال.

درآمد

برای ارتکاب یک جرم، چهار مرحله قابل تصور است:

نخست، قصد مجرمانه؛ دوم تهیه‌ی مقدمات سوم، شروع به جرم، چهارم جرم تام.

مجرم برای طی کردن مسیر مجرمانه و تحقق بخشیدن به قصد خود، ناگزیر باید این چهار مرحله را طی کند. بزه‌کاری کار خود را با قصد مجرمانه و تصمیم بر ارتکاب جرم شروع می‌کند. اگر در این مرحله متوقف یا دستگیر شود، این مقدار مسیری که طی کرده است، یعنی تصمیم بر ارتکاب جرم، جرم نبوده و قابل مجازات نیست. طبق تبصره‌ی یک ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: «مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد، شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست». ماده‌ی ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز با عباراتی مشابه به این مهم پرداخته است. شاید دلیل عدم جرم انگاری این مرحله، باشد که از آنجا که بین مرحله‌ی تصمیم بر ارتکاب جرم و مرحله‌ی وقوع جرم، فاصله‌ی زمانی زیادی وجود دارد و در این فاصله ممکن است شخص از به اجرا در آوردن تصمیم خود منصرف شود، لذا بهترین کار، عدم جرم انگاری قصد ارتکاب بوده است. اما اگر شخص این مرحله را با موفقیت طی نموده و هم‌چنان بر طی مسیر مجرمانه مصمم باشد، یک پله فراتر رفته و در پی تهیه‌ی مقدمات و وسایل مورد نیاز خود بر می‌آید. در این مرحله نیز با توجه به همان مستندات قانونی اشاره شده، اصل بر مجرمانه نبودن اقدامات است. البته مقنن در مواردی که به علت خطرات عملیات مقدماتی، صرف این اقدامات را جرم انگاری نموده است. مانند حمل سلاح غیر مجاز یا جرم موضوع ماده‌ی ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی در مورد تهیه‌ی کلید یا وسایل ارتکاب جرم.

پس از آن که شخص وسایل و مقدمات مورد

نیاز برای ارتکاب جرم را فراهم نمود، مرحله‌ی شروع به اجرای جرم فرا می‌رسد که شخص اقدام به عملیات اجرایی جرم می‌کند. به این معنا که اقداماتی را که داخل در تعریف جرم است انجام می‌دهد. به عنوان مثال، سرقت، اثبات ید بر مال غیر و خارج کردن آن از حیطه‌ی تصرفات مالک است و لذا در این جرم، حداقل اقدام که برای شروع به جرم و لذا اثبات ید بر مال غیر می‌باشد. در مرحله‌ی شروع به جرم، عمل از حیث خود شروع به جرم بودن قابل مجازات است. علت جرم انگاری این مرحله آن است، که در مرحله‌ی شروع به جرم، رفتار شخص، تصمیم قاطع او برای ارتکاب جرم را نشان می‌دهد؛ زیرا او عملیات اجرایی جرم را شروع کرده و این مقدار عمل به نوبه‌ی خود خطرناک و برهم زننده‌ی نظم عمومی است.

اندیشه‌های مجازات شروع به جرم برای اولین بار توسط حقوق دانان ایتالیایی عرضه شده است. آلبرت دو گاندینو در قرن سیزدهم میلادی، پیشنهاد نمود که: شروع به جرم قابل مجازات باشد و چنانچه مجرم بدون دخالت عامل خارجی و به صورت ارادی از انجام عمل خودداری کند، از مجازات معاف شود. منوکیوس نیز در قرن شانزدهم میلادی گفت: شدت و ضعف مجازات شروع به جرم باید به تناسب نزدیک یا دور بودن اعمال انجام یافته با جرم باشد. یعنی هر قدر اعمال ارتكابی به تحقق جرم نزدیک‌تر باشد، مجازات مجرم شدیدتر خواهد بود. (معتمد، ۱۳۵۱: ص ۲۵۰)

مراحل قبلی را با موفقیت انجام دهد و مانعی بر سر راه او قرار نگیرد، به مرحله‌ی جرم تام می‌رسد که ممکن است برای تحقق آن، حصول نتیجه نیاز باشد (جرم مقید) و یا این که صرف نظر از نتیجه، عمل جرم باشد (جرم مطلق).

در این مقاله از میان این چهار مرحله، به بررسی مرحله‌ای می‌پردازیم که مجرم به دلالی نمی‌تواند به جرم تام برسد و در میان راه از طی مسیر مجرمانه باز می‌ماند. ابتدا به سیر تقنینی شروع به جرم پرداخته و پس از

آن به تشریح عناصر سه گانه‌ی شروع به جرم خواهیم پرداخت.

در ادامه در پی تفکیک شروع به جرم از عناوین مشابه شامل جرم عقیم و جرم محال خواهیم بود. در راستای بحث نیز نگاهی به قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) تحولات آن در مباحث شروع به جرم و جرایم عقیم و محال خواهیم داشت.

۱. سیر تقنینی شروع به جرم

اولین قانونی که به جرم انگاری شروع به جرم پرداخته، قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ است که در ماده‌ی ۲۰ به تعریف و تشریح آن می‌پردازد مطابق این ماده: «هرگاه کسی قصد جنایتی کرده و شروع به اجرای آن بنماید، ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن‌ها مدخلیت نداشته قصدش معلق یا بی اثر بماند و جنایت منظوره واقع نشود، مرتکب به حداقل مجازاتی که به نفس جنایت مقرر است محکوم می‌شود...»

در ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ نیز تعریفی مشابه قانون قبلی ارائه شده است. در هر دو قانون مذکور، شروع به جرم تنها در جنایات مقرر شده است و شروع به جرم در مورد جرایم جنبه‌ای نیاز به تصریح دارد و در مورد جرایم خلاف نیز جرم انگاری نشده است. پس از آن، قانون گذار سال ۱۳۶۱ در قانون راجع به مجازات اسلامی نسبت به دو قانون قبلی تحولی ایجاد کرد. در ماده‌ی ۱۵ این قانون آمده است: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته، قصدش معلق بماند و جرم منظور واقع نشود؛ چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود والا تأدیب خواهد شد.»

در ماده ۱۷ نیز بر این امر تأکید شده است که واقع نشدن جرم باید خارج از اراده‌ی فاعل باشد و اگر شخص به میل خود انجام جرم را ترک کند، از جهت جرم منظور مجازات نخواهد شد.

در ماده‌ی ۱۸ همین آمده بود شروع به ارتکاب جرم در صورتی قابل مجازات است که در قانون به آن تصریح شده باشد.

همان طور که ملاحظه می شود، قانون سال ۱۳۶۱ برخلاف دو قانون پیشین دو فرض را ارائه می کند:

نخست، این فرض که عملیات و اقداماتی که شخص شروع به اجرای آن کرده است، جرم مستقلی باشد؛ که در این صورت شخص به مجازات همان جرم محکوم می شود. مثلاً شخصی برای ربودن دیگری اقدام به تهیهی اسلحه می کند و از آن جا که حمل سلاح غیر مجاز، جرم است، شخص تحت همین عنوان مجازات می شود.

فرض دوم، آن وقتی است که عملیات و اقدامات شروع شده، جرم مستقلی نباشد، که قسمت آخر ماده‌ی ۱۵ با ذکر عبارت «والا تأدیب خواهد شد»، در این خصوص تعیین تکلیف کرده است. مثلاً برای قتل دیگری طناب تهیه کند، که صرف این عمل جرم مستقلی محسوب نمی شود.

منظور از تأدیب در ماده‌ی ۱۵، مجازات تعزیری است که دادگاه برای مجرم متناسب بداند.

ماده‌ی ۱۸ برخلاف ماده‌ی ۱۵، شروع به جرم را در صورت تصریح در قانون، قابل مجازات می داند. به عبارت دیگر طبق ماده‌ی ۱۵ شروع به جرم تمامی جرایم، جرم و قابل تعزیر است؛ در حالی که طبق ماده‌ی ۱۸ شروع به جرم تنها در صورتی جرم است که در قانون به آن تصریح شده باشد. اگرچه این دو ماده در ابتدا متعارض بنظر می رسند؛ اما با اندکی تأمل می توان این تعارض را این گونه حل نمود که اگرچه ماده‌ی ۱۵ تأدیب مرتکب را به صورت مطلق ذکر کرده است، اما این اطلاق در ماده‌ی ۱۸ مقید می شود؛ به عبارتی ماده‌ی ۱۸ مکمل ماده‌ی ۱۵ است و تأدیب مرتکب را در صورتی مجاز می داند که در قانون به آن تصریح شده باشد. بنابراین نمی توان گفت که قانون گذار سال ۱۳۶۱ مفهوم امروزی شروع به جرم را در نظر

منظور از تأدیب در ماده‌ی ۱۵، مجازات تعزیری است که دادگاه برای مجرم متناسب بداند.
ماده‌ی ۱۸ برخلاف ماده‌ی ۱۵، شروع به جرم را در صورت تصریح در قانون، قابل مجازات می داند. به عبارت دیگر طبق ماده‌ی ۱۵ شروع به جرم تمامی جرایم، جرم و قابل تعزیر است؛ در حالی که طبق ماده‌ی ۱۸ شروع به جرم تنها در صورتی جرم است که در قانون به آن تصریح شده باشد.

نداشته است. (نجفی توانا، ۱۳۸۰: ص ۱۰).

مقنن در ماده‌ی ۱۵ از لفظ شروع به جرم استفاده نکرده است، ولی فرض دوم ماده‌ی ۱۵ بیان گر مسئله شروع به جرم است و این که اگر اقدامات اجرا شده، خود دارای عنوان مستقلی نباشد، در صورتی شروع به جرم است که در قانون، شروع به جرم آن عمل جرم انگاری شده باشد. برای جلوگیری از این اشکال بهتر بود ماده‌ی ۱۸ به صورت ماده‌ی مستقلی ذکر نشود و مفاد آن در ماده‌ی ۱۵ این گونه بیان شود: «والا در صورتی که در قانون تصریح شده باشد، تأدیب خواهد شد» (دلیر، ۱۳۷۱).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، در ماده‌ی ۴۱، تعریف جدید و متفاوتی از شروع به جرم ارائه نمود و با حذف شرایط اساسی شروع به جرم، بر ابهامات موجود در موضوع شروع به جرم افزود. در این قانون، شروع به جرم این گونه تعریف گردید: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید، لکن جرم منظور واقع نشود، چنان چه اقدامات انجام گرفته جرم باشد، محکوم به مجازات همان جرم می شود».

این ماده با ماده‌ی ۱۵ قانون سابق تفاوت های مهمی دارد؛ این که، در ماده‌ی ۴۱، عبارت «ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته باشد» که یکی از شرایط

اساسی شروع به جرم است، حذف شده و صرفاً به ذکر عبارت مطلق «لکن جرم منظور واقع نشود» اکتفا شده است؛

دومین تفاوت آن است که این که جمله‌ی اخیر ماده‌ی ۱۵ یعنی «والا تأدیب خواهد شد» و به تبع آن ماده‌ی ۱۸ حذف شده است.

این دو تفاوت ممکن است این تصور را در ذهن ایجاد کند که قانون مجازات اسلامی، شروع به جرم را غیر قابل مجازات دانسته است، ولی باید توجه داشت که حذف عبارت «والا تأدیب خواهد شد»، به معنای منع مجازات شروع به جرم نیست؛ زیرا وجود عبارت مذکور، مجوزی برای مجازات کردن شروع به جرم نبوده که با حذف آن نتوان این میزان اقدام را مجازات کرد، بلکه در همان زمان با استناد به قوانین خاص، شروع به ارتکاب برخی جرایم قابل مجازات بود و اکنون نیز با توجه به همان قوانین، می توانیم مجازات کنیم؛ خواه مقنن در هنگام نام بردن از آن ها، از عنوان شروع به جرم استفاده کرده باشد یا این که بدون اشاره به این عنوان، از جرمی سخن رانده باشد که از نظر ماهیت شروع به جرم است. مانند جرم انگاری انجام شده در ماده‌ی ۳۵ قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۱ که طبق آن: «هر ایرانی که بدون گذرنامه یا اسناد در حکم گذرنامه بخواهد از مرز غیر مجاز خارج شود و به هنگام عبور دستگیر شود، به یک ماه تا یک سال حبس محکوم خواهد شد.»

در فلسفه‌ی حذف این عبارت می توان گفت قانون گذار احتمال داده است که شاید قضات با توجه به اطلاق این عبارت، شروع به همه‌ی جرایم را قابل تعزیر و تأدیب بدانند و برای جلوگیری از این امر، عبارت مطلق مذکور را حذف و قضات را ناگزیر ساخته است به قوانین متفرقه‌ای که شروع به جرایم خاصی را قابل مجازات اعلام داشته، رجوع کنند.

حذف ماده‌ی ۱۸ و عدم وجود عبارتی مشابه در قانون مجازات اسلامی، اگرچه اختلاف نظرهایی ایجاد کرده است، ولی دلیلی بر نسخ کلیه‌ی مواد مصرح راجع به شروع به جرم

محسوب نمی‌شود، بلکه قانون‌گذار با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها، تنها شروع به جرایمی را که در قوانین بر آن تصریح شده‌اند، جرم و قابل مجازات دانسته است (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۶: ۹۱-۹۲).

عنوان صدر ماده‌ی ۴۱ و تبصره‌ی یک آن، قرائن و نشانه‌هایی است که نشان می‌دهد مقنن در سال ۱۳۷۰ از جرم‌انگاری شروع به جرم فروگذار نکرده است.

با این توضیحات نمی‌توان قائل به آن بود که با توجه به تغییرات ماده‌ی ۴۱، قانون‌گذار مفهومی با عنوان شروع به جرم را به رسمیت نشناخته است، بلکه باید بر آن بود که تعریف او نارسا و ناقص است. بنابراین باید گفت بر اساس قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰)، اصل بر این است که شروع به جرم، جرم محسوب نمی‌شود، مگر این که به جرم بودن آن در قانون مجازات اسلامی یا قوانین متفرقه تصریح شده باشد و چنین تصریحی نیز، جز در موارد محدودی وجود ندارد. (پورباقرانی، ۱۳۸۸: ص ۲۳۷)

ماده‌ی ۴۱ با ذکر عبارت «چنان‌چه اقدامات انجام گرفته جرم باشد، محکوم به مجازات همان جرم می‌شود»، به تعریف اصل قانونی بودن جرم و مجازات پرداخته است؛ اما می‌توان عبارت مذکور را به گونه‌ای تفسیر نمود که شرایط شروع به جرم از آن به دست بیاید. بنابراین می‌توان گفت عبارت «چنان‌چه اقدامات انجام گرفته جرم باشد» در ماده‌ی ۴۱، گویای دو حالت است:

نخست، اقدامات انجام گرفته، جرم مستقلی؛ که در این صورت شخص به مجازات همان جرم محکوم می‌شود.

دوم، مقنن تصریح به جرم بودن شروع به آن جرم خاص کرده باشد؛ که در این صورت شخص به مجازات مقرر برای شروع به آن جرم محکوم می‌شود.

۲. عناصر شروع به جرم

هر عملی برای این که جرم و در نتیجه قابل

مجازات باشد، لازم است دارای عناصر سه گانه‌ی ذیل باشد:

نخست، عنصر قانونی جرم؛ دوم، عنصر مادی جرم سوم، عنصر معنوی یا روانی جرم.

حال به بررسی این عناصر سه گانه در مبحث شروع به جرم خواهیم پرداخت:

۲-۱. عنصر قانونی شروع به جرم

در حال حاضر، عنصر قانونی شروع به جرم ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید مجازات اسلامی است که اشعار می‌دارد: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، ...»

این تعریف با تعریف ارائه شده در قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) تفاوت‌هایی دارد؛ از جمله این که مقنن مجدداً با امعان نظر به قانون جازات عمومی (۱۳۰۴) و قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱)، عبارت «لکن به واسطه عامل خارج از اراده قصدش معلق بماند» را به تعریف افزوده است و بر تمامی بحث‌ها و اختلاف نظرها در این رابطه پایان داده است و از طرف دیگر در جهت توسیع دامنه شروع به جرم، قید «چنان‌چه اقدامات انجام گرفته جرم باشد، محکوم به مجازات همان جرم می‌شود» را حذف نموده است و ملاک دیگری بر اساس میزان مجازات جرم مورد نظر برای شروع به جرم دانستن آن عمل ارائه داده است.

۲-۲. عنصر مادی شروع به جرم

در بخش عنصر مادی جرم، بحث بر سر این است که از لحاظ رکن مادی، متهم چه مقدار اعمالی را بایستی انجام داده باشد تا بتوان گفت شروع به جرم محقق شده است.

برای تحقق شروع به جرم، دو شرط اساسی لازم است که در ماده‌ی ۴۱ قانون قدیم و ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید نیز به آن تصریح شده است: نخست، شروع به اجرای جرم؛ دوم، شرط عدم وقوع جرم.

در ادامه به بررسی این دو شرط خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. شروع به اجرای جرم

شروع به اجرای جرم، مستلزم ارتکاب فعل مادی یا به عبارتی فعل مثبت است و شروع به جرم به صورت ترک فعل قابل تحقق نیست. (اردبیلی، ۱۳۸۲: ص ۲۱۹) از این رو نخستین شرط شروع به جرم، آن است که عملیات اجرایی جرم شروع شده باشد.

مجرم باید مرحله تهیه مقدمات را سپری کرده و عملیات اجرایی جرم و آن‌چه در تعریف جرم مورد نظر آمده است را شروع کرده باشد. مثلاً در سرقت باید عملاً بر مال غیر اثبات ید شود تا بتوان گفت که عملیات اجرایی جرم شروع شده است. بنابراین، این مثال برای شروع به سرقت که اگر دزدی وارد خانه‌ای شود و با شنیدن صدای کسی یا بوق ماشین پلیس، از قصد ارتکاب سرقت منصرف گردد و فرار کند، صحیح به نظر نمی‌رسد (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۱). و یا در جرم قتل عمدی، باید عملاً سلب حیات بر روی شخص شروع شده باشد. بنابراین شخصی که برای کشتن دیگری، کارد را بلند کرده تا ضربه وارد آورد و پیش از ضربه زدن، توسط پلیس بازداشت می‌شود رانمی‌توان شروع به جرم قتل عمدی دانست (علی آبادی، ۱۳۷۳: ص ۱۱۷)؛ زیرا در این‌جا شروع به اجرای سلب حیات صورت نگرفته است و مقدار عمل انجام شده، یعنی بالا بردن دست حامل چاقو به قصد ایراد ضربه، داخل در تعریف قتل نیست.

بنابراین مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیاتی که فقط مقدمه‌ی بعید جرم است، چنان‌چه تبصره‌ی یک ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) و ماده‌ی ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۱) نیز به آن اشاره می‌کنند، برای تحقق شروع به جرم کافی نیست.

البته تشخیص مراحل جرم همواره آسان نیست و در مواردی شناسایی مراحل مقدماتی و از مرحله‌ی شروع به جرم دشوار است.

برای تشخیص و تفکیک این دو مرحله از یکدیگر، دو ضابطه ارائه شده است:

نخست، ضابطه‌ی ذهنی: این ضابطه

شروع به جرم را توسل به افعالی می‌داند که مبین اراده‌ی قطعی و تصمیم جازم فاعل بر ارتکاب جرم باشد. گارو معتقد است: «اجرای عملیات جرم هنگامی شروع به جرم محسوب می‌شود که به نظر مرتکب آن، نتیجه‌ی مستقیم و فوری آن اعمال، وقوع جرم باشد». آقای دون دیو دووابر نیز معتقد است که: «شروع به اجرا وقتی تحقق می‌یابد که اعمال ارتکابی مرتکب تا حین دستگیر شدنش، تصمیم خلل ناپذیر او را در ارتکاب جرم به منصفه‌ی ثبوت گذارد و به عبارت دیگر، وقتی فاصله اخلاقی موجود بین عمل بدی که مرتکب شده و هدفی که در نظر گرفته است، به قدری کم باشد که اگر او را آزاد بگذارند، به طور اطمینان آن فاصله را بپیماید» (علی آبادی، همان: ص ۱۱۸).

دیوان عالی کشور نیز در برخی آرای به این ضابطه‌ی ذهنی توجه داشته است. مثلاً در رأی شماره‌ی ۱۴۳۸د۶ مورخ ۱۳۲۱/۵/۲۲ آورده است: «صرف شکستن قفل و ورود به خانه غیر برای دزدی از مقدمات قریبه و شروع به سرقت محسوب می‌شود...» در رأی شماره‌ی ۴۱۳د۵ مورخ ۱۳۱۷/۲/۲۲ نیز آمده است: «کندن پاشنه‌ی درب خانه و ورود در آن به منظور سرقت، شروع به سرقت محسوب است». اشکال این ضابطه آن است که از چه مرحله‌ای می‌توان اطمینان داشت که مرتکب به مطلوب خود خواهد رسید. بنابراین، این ضابطه فاقد قاطعیت لازم است و دایره‌ی شروع به جرم را گسترش داده و تهدیدی علیه آزادی افراد است.

دوم، ضابطه‌ی عینی: این ضابطه این گونه

تفکیک قائل می‌شود که اگر مقدار اعمال انجام شده، داخل در تعریف قانونی جرم باشد، شروع به جرم است و اگر خارج از تعریف جرم باشد، مرحله‌ی تهیه مقدمات محسوب می‌شود. این ضابطه برخلاف ضابطه‌ی ذهنی که بر عالم مجردات و قصد مجرم تاکید داشت، بر مقدار اعمال انجام شده توجه دارد و ضابطه‌ی

دقیق تری ارائه می‌دهد (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ص ۶۴).

ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب (۱۳۷۰) و ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) جدید نیز بابه کار بردن عبارت «شروع به اجرای آن نماید» و دیوان عالی کشور نیز در آراء متعدد خود، تمایل خود به این ضابطه را نشان داده‌اند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری مربوط به شروع به عمل لواط، پای‌بندی خود را به نظریه‌ی عینی به طور وضوح نشان داده است. در این پرونده دادگاه جنایی، عمل ربودن طفل و مخفی نمودن وی زیر لحاف به قصد عمل لواط را از مصادیق شروع به جرم دانسته است، ولی هیأت عمومی با نقض دادنامه‌ی دیوان جنایی، چنین اظهار نظر کرده است: «دادگاه جنایی مجرد ربودن طفل و مخفی نمودن وی در زیر لحاف را از مصادیق مواد ۲۰۷ و ۲۰ قانون مجازات عمومی دانسته است؛ در صورتی که بر اعمال انتسابی به متهم به کیفیتی که دادگاه احراز کرده، عنوان شروع به بزه لواط صادق نیست».

به نظر دیوان، چون عمل ربودن و مخفی کردن طفل، جزء عملیات اجرایی جرم لواط نیست، شروع به جرم محسوب نمی‌شود؛ حال آن که این مقدار عمل به قصد جرم لواط در نظریه‌ی ذهنی، از مصادیق بارز شروع به جرم است (افراسیابی، ۱۳۷۷: ۲۸۷). یا مثلاً در رأی شماره‌ی ۱۷۰ مورخ ۱۳۲۸/۱۲/۴ صادره از شعبه‌ی بیست و چهارم دیوان عالی کشور بیان شده است: «کسی که به قصد سرقت برای باز کردن در خانه زور می‌دهد و همان موقع دستگیر می‌شود، شروع در سرقت نکرده است؛ چه این عمل ایجاد مقدماتی است برای سرقت...» هم چنین در رأی شماره‌ی ۱۷۱۱/۱۸-۱۳۲۹/۷/۱۹ آمده است: «... بنابراین اگر کسی در حالی که می‌خواهد از پنجره بالا برود دستگیر شود، با احراز قصد سرقت، تعقیب وی به عنوان شروع در سرقت

صحیح نیست» (اردبیلی، ۱۳۸۲: ۲۲۱).

همان طور که ملاحظه می‌شود، در آراء مذکور، به رغم آن که قصد مجرمانه‌ی سرقت محرز است، دیوان به این دلیل که اعمال انجام شده داخل در تعریف سرقت نیستند؛ یعنی اثبات ید بر مال غیر نشده است، شروع به سرقت را محرز ندانسته است.

۲-۲-۲. عدم وقوع جرم

شرط دوم برای تحقق شروع به جرم این است که این مقدار اعمال، در میان راه متوقف شود و به ارتکاب جرم تام منتهی نگردد.

بارزترین وجه افتراق قانون سال ۱۳۶۱ و قانون سال ۱۳۷۰ این بود که در ماده‌ی ۴۱، مقنن قید مدخلیت غیر ارادی را در عدم وقوع جرم مورد نظر حذف کرده و تنها به ذکر عبارت «لکن جرم منظور واقع نشود» اکتفا نموده بود و همین امر موجب بروز اختلافاتی شده بود؛ به صورتی که برخی حقوق دانان با توجه به اطلاق این عبارت، جرایم عقیم و محال را نیز بر اساس مقررات ماده ۴۱ قابل مجازات می‌دانستند. و این تغییر شیوه‌ی تعریف از شروع به جرم، این سوال اساسی را مطرح کرده بود که آیا دامنه‌ی شروع به جرم به موارد انصراف ارادی نیز تسری می‌یابد یا خیر.

چنانچه عده‌ای با توجه به این عبارت، قائل به این بحث شده بودند که عبارت مطلق «لکن جرم مورد نظر واقع نشود» موارد انصراف ارادی را نیز شامل می‌شود (ولیدی، ۱۳۷۴: ۲۵۴). اما در همان زمان حکومت قانون ۱۳۷۰ نیز با توجه به قرائن و استدلال‌هایی و هم چنین تدقیق در عبارت «لکن جرم منظور واقع نشود»، لزوم انصراف غیر ارادی مرتکب را استنباط می‌نمودیم؛ به این صورت که، این عبارت حامل دو معنا است:

نخست، انصراف ارادی: در مواردی

مرتکب تنها به میل و اراده‌ی خود و بدون دخالت موانع خارجی، از ادامه‌ی مسیر مجرمانه خودداری می‌کند. این انصراف ارادی ممکن است ناشی از ترحم، پشیمانی یا ترس باشد. با

توجه به تعریف شروع به جرم در قوانین قبلی، به نظر می‌رسید که این مورد مشمول شروع به جرم نخواهد بود. با این توضیح که قوانین مصوب پیش قبل از سال ۱۳۷۰، بر این امر تأکید دارند که علت واقع نشدن جرم باید غیر ارادی باشد.

طبق تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) و هم‌چنین ماده ۱۲۴ قانون جدید نیز اگر شخص با اراده و تصمیم خود از ادامه جرم منصرف شود، در صورتی قابل مجازات است که اقدامات انجام شده فی نفسه جرم باشد و الاً به عنوان شروع به جرم مورد نظر، قابل مجازات نیست. بنابراین باید عبارت «لکن جرم منظور واقع نشود» را در کنار سابقه‌ی شروع به جرم و تبصره ۲ آن قانون مورد ملاحظه قرار داد. به علاوه برای تکمیل استدلال خود به ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات (۱۳۷۵) نیز می‌توان اشاره کرد که اظهار داشته است: «هرگاه کسی شروع به قتل عمد نماید ولی نتیجه منظور بدون اراده وی محقق نگردد...».

دوم انصراف غیر ارادی: در مواردی جرم مورد نظر به علت عوامل و موانع خارج از اراده‌ی مرتکب واقع نمی‌شود؛ که این عدم وقوع جرم، صور مختلفی می‌تواند داشته باشد: صورت نخست، این که جرم مورد نظر اساساً قابلیت وقوع دارد، ولی به علت موانع خارجی، شخص با اجبار از ادامه‌ی عمل باز داشته می‌شود. مثلاً سارق در هنگام جمع‌آوری اموال دستگیر می‌شود یا مجبور به فرار می‌شود که این مورد مصداق قطعی و بارز شروع به جرم است.

صورت دوم، این که جرم مورد نظر ابتدائاً قابلیت وقوع دارد، لیکن به علت عوامل شخصی مانند اشتباه، عدم مهارت واقع نمی‌شود. مثلاً با هدف قتل تیراندازی می‌کند، ولی به دلیل عدم مهارت، تیر شلیک شده به زمین اصابت می‌کند. این مورد همان جرم عقیم است که شخص همه اقدامات لازم را

انجام می‌دهد، ولی به دلیل نقص در خود، جرم محقق نمی‌شود.

صورت سوم، این که جرم مورد نظر از همان ابتدا قابلیت وقوع ندارد. این مورد همان جرم محال است که شخص همه‌ی اقدامات لازم را انجام می‌دهد، ولی یا به دلیل نقص در هدف (مانند تیراندازی به شخص مرده) یا این که به دلیل نقص در وسیله (مانند خالی بودن تفنگ از فشنگ) انجام جرم ممکن نیست (فراهانی، ۱۳۸۰: ۷۴).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به تمامی بحث‌ها و اختلاف نظرها پاسخ داده و با افزودن عبارت «لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند»، به لزوم انصراف غیر ارادی مرتکب تأکید کرده است.

۲-۲-۳. جرایم عقیم و محال

آیا جرم عقیم و محال را می‌توان مشمول عنوان شروع به جرم دانست و با توجه به قواعد آن مجازات کرد؟

جواب این سوال به آن بر می‌گردد که ما در تفکیک مرحله‌ی تهیه‌ی مقدمات از مرحله‌ی

نخستین شرط در حکم شروع به جرم مطابق تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ آن است که رفتار ارتكابی با ارتكاب جرم ارتباط مستقیم داشته باشد و رفتارهایی را که ارتباط غیرمستقیم و تفسیر بردار را نباید مشمول آن دانست.

شروع به جرم، کدام ضابطه را پذیرا باشیم؛ در این تفکیک، ضابطه‌ی ذهنی را بپذیریم، می‌توانیم جرم عقیم را داخل در عنوان شروع به جرم بدانیم؛ زیرا همین مقدار عمل انجام شده

مانند تیراندازی و اصابت تیر به زمین یا صرف ورود به منزل دیگری برای سرقت، نشان دهنده‌ی تصمیم قاطع مرتکب برای قتل یا سرقت است، ولی بر اساس ضابطه‌ی عینی که ما آن را برگزیدیم، جرم عقیم نمی‌تواند داخل در عنوان شروع به جرم باشد؛ زیرا بر اساس این ضابطه، اقدامات انجام شده باید داخل در تعریف قانونی جرم باشد، در حالی که در جرم عقیم، اجرای عملیات اجرایی جرم، شروع نشده است و مقدار عملی که انجام گرفته داخل در تعریف جرم نیست و تنها می‌توان گفت که اگر مقدار عمل انجام شد، جرم مستقل باشد، شخص به مجازات آن جرم محکوم می‌شود. مثلاً در قتل باید شروع به اجرای سلب حیات شود؛ ولیکن وقتی تیر پرتاب شده به شخص اصابت نمی‌کند، این مقدار عمل داخل در تعریف قتل نبوده و حداکثر ممکن است شخص به مجازات حمل سلاح غیر مجاز محکوم شود.

بنابراین نظر آن دسته از حقوق‌دانانی که معتقدند در جرم عقیم، عملیات اجرایی جرم به‌طور کامل انجام می‌شود، ولی به عللی جرم منظور واقع نمی‌شود، صحیح به نظر نمی‌رسد (ولیدی، ۱۳۷۴: ۲۴۷).

در مورد جرم محال نیز اگرچه ممکن است با توجه به عبارت «لکن جرم منظور واقع شود» به نظر برسد که جرم محال نیز از موارد عدم امکان تحقق جرم و مصداق این عبارت است؛ ولی با توجه به استدلال ذکر شده در مورد جرم عقیم، این توهّم بر طرف می‌شود؛ با این توضیح که در جرم محال، جرم به علت نقص در هدف (محال مطلق) یا نقص در وسیله (محال نسبی)، قابلیت اجرا و تحقق را ندارد (پور بافرانی، ۱۳۸۸: ۲۵). بنابراین نظر آن دسته از حقوق‌دانانی که معتقدند، جرم محال برخلاف شروع به جرم، جرمی است که به اجرا درآمده و به مرحله‌ی وقوع رسیده، ولی همانند شروع به جرم، نتیجه‌ای از آن عاید نشده است، مردود به نظر می‌رسد (اردبیلی، ۱۳۸۲: ص ۲۲۶).

بنابراین تا پیش از لازم الاجرا شدن قانون

مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، رویه قضایی و دکترین حقوقی، جرایم عقیم و محال را ذیل عنوان شروع به جرم، قابل مجازات نمی دانست و در صورتی قابل مجازات بود که اعمال انجام یافته، خود جرم مستقلی باشد، که تحت همان عناوین خاص رسیدگی می گردید، اما مقنن در متن ابتدایی لایحه‌ی مجازات اسلامی (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱-۱۳۱ لایحه مجازات اسلامی) با بازگشت به تبصره‌ی ماده‌ی ۲۵ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ و تدوین مقررده ای نسبتاً مشابه، جرایم عقیم و محال را در حکم شروع به جرم - دانست: «هرگاه اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد، ولی به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی اطلاع بوده، وقوع جرم غیرممکن باشد، جرم محال یا عقیم بوده و در حکم شروع به جرم است».

در اصلاح لایحه نیز ایراد جدی در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۱، این برطرف نشد و صرفاً کلمات جرم عقیم و محال حذف گردید: «هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لكن به جهات مادی که مرتكب از آن‌ها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است».

در متن نهایی نیز شورای نگهبان به عنوان تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، همین متن اصلاحی لایحه را پذیرفت و مورد تصویب قرار گرفت.

با این تغییرات صورت گرفته، اعمالی که تا به حال ذیل عنوان جرایم عقیم و محال قرار می گرفت و در اکثر موارد به دلیل جرم نبودن آن‌ها، منجر به صدور قرار منع تعقیب می شد، تحت عنوان شروع به جرم و واجد وصف مجرمانه قرار گرفت؛ درحالی که سیاست تقنینی ماطی سال‌های اخیر، دایر بر جرم زدایی بوده است؛ هم چنین از خصوصیات بارز قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را تلاش برای حفظ حقوق متهم، حبس زدایی و محدود کردن حوزه‌ی کیفری با جرم زدایی و جلوگیری از

تورم کیفری دانسته‌اند؛ در حالی که این تبصره باعث تورم جزایی می شود.

بنابراین اگر مثلاً سارق به قصد سرقت وارد منزل دیگری و مالی برای ربودن نباشد (جرم محال)، عمل شخص در حکم شروع به جرم و قابل مجازات است (پوربافرانی، ۱۳۸۸: ۲۶).

حال به رغم تصویب این مقررده، باید شرایط آن را به دقت مورد بررسی قرار داد و مانع از تفسیر موسع آن گردید:

نخستین شرط در حکم شروع به جرم مطابق تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ آن است که رفتار ارتكابی با ارتكاب جرم ارتباط مستقیم داشته باشد و رفتارهایی را که ارتباط غیرمستقیم و تفسیر بردار را نباید مشمول آن دانست.

دومین شرط آن است که جرم مورد نظر بایستی غیرممکن باشد و این مرز میان «شروع به جرم» مصطلح و در «حکم شروع به جرم» می باشد و در نهایت آن که مرتکب نیز باید از غیر ممکن بودن عمل ارتكابی خود بی اطلاع باشد؛ زیرا شخصی که با علم به غیرممکن بودن تحصیل نتیجه، به ارتكاب آن اقدام می نماید، حالت خطرناکی از خود نشان نداده، بلکه عملش بیشتر به سرگرمی می ماند تا اقدام مجرمانه (ره‌دارپور و چنگایی، ۱۳۹۰: ۶۸).

به نظر می رسد نمی توان از متن تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ که غیرممکن بودن وقوع جرم را شرط دانسته است، این بهره را برد که منظور مقنن از در حکم شروع به جرم، تنها جرایم محال می باشد و شامل جرایم عقیم نمی گردد؛ چرا که آن چه از این شرط به ذهن تبادر می شود آن است که جرم به هر دلیل به سرانجام و نتیجه نرسیده باشد، نه این که در صدد تعریف جرم محال باشد و با این تعبیر، شرط مذکور، جرم عقیم را نیز پوشش می دهد؛ چرا که در جرم عقیم نیز به مانند جرم محال، مرتکب به نتیجه‌ی مورد نظر نمی رسد. برای تقویت این استدلال می توان به تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱-۱۳۱ لایحه ابتدایی مجازات اسلامی استناد نمود که در آن به رغم به کار بردن شرط

غیرممکن بودن وقوع جرم، بلافاصله به جرم محال و جرم ناقص اشاره می نماید: «هرگاه اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته باشد؛ ولی به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی اطلاع بوده، وقوع جرم غیرممکن باشد، جرم محال یا عقیم بوده و در حکم شروع به جرم است». بنابراین باید عبارت در حکم شروع به جرم و تعریف ارائه شده در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید را هم شامل جرایم محال و هم شامل جرایم عقیم دانست.

باتوجه به موارد فوق الذکر و این که مقنن در قانون جدید در صدد جرم انگاری تمامی جرایم ناقص (شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم) بوده است، بهتر آن بود که قانون گذار در فصل بندی قانون و در فصل اول از بخش سوم قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، از عنوان «جرایم ناقص»، به جای شروع به جرم بهره می برد. با این حال با توجه به متن نهایی تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید که در آن عناوین جرم محال و عقیم حذف گردیدند و این موارد تحت عنوان کلی در حکم شروع به جرم قرار گرفتند، این انتقاد تا اندازه ای رنگ می بازد.

۴-۲-۲. شروع به جرم در جرایم مطلق

یکی از تقسیم بندی های جرایم، تقسیم بندی جرایم به جرم مطلق و مقید است.

جرم مطلق، جرمی است که مقید به حصول نتیجه ای نیست و صرف نظر از این که نتیجه ای از جرم حاصل شده باشد یا نه، قابل تعقیب است.

با توجه به تعریفی که ارائه شد، تجزیه ی فرایند شروع و پایان جرم در جرایم مطلق، کمی دشوار است. از این رو شاید نتوان برای این قبیل جرایم، شروعی تصور کرد و دقیقاً تعیین نمود که مرتکب از چه زمانی ممکن است از اقدام خود بازداشته شود. ولی با کمی تأمل می توان مثال هایی برای شروع به جرم در این قبیل جرایم یافت. مثلاً در جرم ارتشاء

که یک جرم مطلق است، کارمند در حالی که می خواهد پولی را برای انجام امری از وظایف خود از دیگری بگیرد، دستگیر شود یا پولی که برای کارمندی پست شده است، در بین راه به دست پلیس توقیف شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۶: ۱۳۸۷). هم چنین می توان جرم قاچاق مواد مخدر را مثال زد؛ به این صورت که اگر مرتکب در حین تحویل یا خرید مواد مخدر، توسط مأموران نیروی انتظامی دستگیر شود، به نظر می رسد که این شخص در مرحله ی شروع به جرم دستگیر شده است؛ زیرا مقدار عملیات اجرائی لازم را انجام داده است و هم چنین قبل از تحقق کامل جرم به صورت غیر ارادی از ادامه ی عمل باز داشته شده است. بنابراین اگر شرایط شروع به جرم محقق شد، تفاوتی در این که جرم از نوع مقید باشد یا از نوع مطلق، نمی کند.

۲-۲-۵- مجازات شروع به جرم

در تعیین میزان مجازات شروع به جرم، دو نظریه ی ذهنی و عینی وجود دارد: طرفداران نظریه ی ذهنی که بیشتر دانشمندان مکتب تحقیقی هستند، بر این باورند که آن چه موجب مخاطره برای جامعه است، همان قصد و حالت خطرناک مجرم است، نه اعمال ارتكابی. کسی که قصد قتل دارد و این قصد را هم به مرحله ی اجرا در می آورد، ولی به دلایلی موفق به این امر نشده، خطر خود برای جامعه را نشان داده است. از آنجا که خطر او برای جامعه کمتر از قاتلی که به نتیجه هم می رسد، نیست، مجازات او نیز باید مانند مجازات قاتل باشد. به عبارت دیگر غیر ممکن بودن جرم، هرگز از خطرناک بودن مجرم نمی کاهد.

طرفداران این نظریه هم چنین معتقدند که شروع به جرم باید شامل همه جرایم باشد نه تنها برای تعدادی از آن ها. برعکس طرفداران نظریه ی عینی که بیشتر دانشمندان مکتب نئوکلاسیک هستند، معتقدند با توجه به این که جرم منظور به صورت کامل واقع نشده است، در شروع به جرم نظم

جامعه کمتر از مختل شده است و در نتیجه، میزان مجازات شروع به جرم هم باید کمتر از جرم تام باشد.

آن ها هم چنین معتقدند که شروع به جرم باید منحصر به تعدادی از جرایم باشد نه همه ی جرایم (محسنی، ۱۳۷۵: ۱۶۲).

با نگاهی به سیر تقنینی شروع به جرم، معلوم می شود که قانون گذار ایران در تعیین مجازات برای شروع به جرم، از نظریه ی عینی پیروی کرده است افزون بر جرم انگاری شروع به جرم برخی از جرایم، میزان مجازات های تعیین شده برای شروع به جرم در قوانین مختلف را کمتر از مجازات همان جرایم قرار داده است. چنان چه در ماده ی ۲۰ قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴) مجازات شروع به جرم در جنایات در هر صورت و در جرایم جنحه ای در صورت تصریح، حداقل مجازات جرم انجام شده تعیین گردیده و اگر مجازات جرم ارتكابی اعدام باشد؛ مجازات شروع به جرم آن عمل، حبس غیردایم همراه با مشقت مقرر شده است.

پس از آن در ماده ی ۲۰ قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲) مجازات شروع به جرم به این شکل تعیین شد:

- ۱- اگر مجازات اصل جرم اعدام باشد، به حبس جنایی درجه ی یک از ده سال کمتر نباشد؛
- ۲- اگر مجازات اصل جرم حبس دائم باشد، به حبس جنایی درجه ی یک که از پنج سال کمتر نباشد؛
- ۳- اگر مجازات اصل جرم حبس جنایی درجه ی یک باشد، به حبس جنایی درجه ی دو که از سه سال کمتر نباشد؛
- ۴- اگر مجازات اصل جرم حبس جنایی درجه ی دو باشد، به حبس جنحه ای که از دو سال کمتر نباشد و در صورت وجود موجبات تخفیف دادگاه نمی تواند مجازات را به کمتر از شش ماه تخفیف دهد؛

۵- در صورتی که مجازات جرم توأم با جزای نقدی ثابت باشد، دادگاه مرتکب شروع به جرم را به ثلث یا ربع جزای نقدی محکوم خواهد

کرد، ولی حکم به پرداخت جزای نقدی نسبی در صورتی داده می شود که در قانون تصریح شده باشد.

همان طور که مشاهده می شود، در هر دو مقرره ی مذکور، اصل بر جرم بودن شروع به جرم است.

قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱) و قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰)، مجازات شروع به جرم را به موارد مصرحه در آن قوانین ارجاع داده است؛ که در آن موارد هم مجازات شروع به جرم، خفیف تر از مجازات اصلی تعیین گشته است. بنابراین در این دو مقرره اخیر بر خلاف قوانین سابق، موارد شروع به جرم به مصادیق مصرح در قانون محدود گردید. چندان که رأی وحدت رویه ی شماره ی ۶۳۵ در تاریخ ۱۳۷۸/۴/۸ در تأیید این نظر بدین شرح صادر گردید: «به صراحت ماده ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی، شروع به جرم در صورتی جرم و قابل مجازات است که در قانون پیش بینی و به آن اشاره شده باشد...».

قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، برخلاف رویه ی قوانین سال های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، مجازات شروع به جرم را بر اساس ملاک قانون ۱۳۵۲، یعنی میزان مجازات جرم اصلی، به این ترتیب تعیین کرده است:

الف) در جرایمی که مجازات قانونی آن ها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه ی یک تا سه است، به حبس تعزیری درجه ی چهار؛

ب) در جرایمی که مجازات قانونی آن ها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه ی چهار است، به حبس تعزیری درجه ی پنج؛

پ) در جرایمی که مجازات قانونی آن ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه ی پنج است، به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه ی شش.

با این ملاک وسعت شروع به جرم به نحو گسترده ای افزوده شده و بطور کلی همه ی شروع به جرم ها را جرم دانسته است و با این

کار بر تورم زایی این قانون افزوده است؛ زیرا اگر در قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) با توجه به ماده‌ی ۴۱، برای شروع به جرم باید به موارد تصریح شده رجوع می‌کردیم؛ که این تصریح نیز حداکثر تا بیست مورد وجود داشت، با این قانون جدید، شروع به جرم همه‌ی جرایم خواه تعزیری یا حدی جرم‌انگاری شده است و بر خلاف قانون سابق، باید اصل را بر جرم بودن شروع به جرم دانست؛ مگر مصداقی که مجازات جرم اصلی آن در بندهای سه گانه‌ی ماده‌ی ۱۲۲ نگنجد. با این حال شایان ذکر است که به رغم تعیین ملاک برای مجازات شروع به جرم در ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید، همچنان شاهد جرم‌انگاری‌های جداگانه برای بعضی شروع به جرم‌ها در متن قانون هستیم. در واقع به دلیل تکرار عین مواد بخش تعزیرات قانون ۱۳۷۵ در قانون جدید، موارد مصرح شروع به جرم در آن قانون، در قانون جدید نیز ابقا شده است. این موارد عبارتند از:

- ۱- شروع به جعل و تزویر (ماده‌ی ۵۴۲ قانون تعزیرات)؛
- ۲- شروع به قتل عمدی (ماده‌ی ۶۱۳ قانون تعزیرات)؛
- ۳- شروع به آدم ربایی (تبصره‌ی ماده‌ی ۶۲۱ قانون تعزیرات)؛
- ۴- شروع به سرقت تعزیری؛ که ماده‌ی ۶۵۵ قانون تعزیرات و در توضیح آن، رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۶۳۵ مورخ ۱۳۷۸/۴/۸ اظهار می‌دارد که تنها شروع به سرقت‌های مواد ۶۵۱ تا ۶۵۴ قابل مجازات است.
- ۵- شروع به حرق عمارت و اشجار و باغ‌ها و انبار (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶۷۵ قانون تعزیرات)؛
- ۶- شروع به تخریب و خرابکاری در وسایل مورد استفاده‌ی عمومی (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶۸۷ قانون تعزیرات)؛

افزون بر موارد مصرح در بخش تعزیرات قانون جدید، به قوانین متفرقه‌ای برمی‌خوریم که در آن، شروع به جرم افعالی جرم‌انگاری شده و هم‌چنان از اعتبار قانونی برخوردار است:

- ۱- شروع به کلاهبرداری (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۷۶)؛
- ۲- شروع به ارتشا (تبصره‌ی ۳ ماده‌ی قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری)؛
- ۳- شروع به اختلاس (ماده‌ی ۶ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری)؛
- ۴- شروع به شکار حیوانات قابل شکار و صید (قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶)؛
- ۵- شروع به پاشیدن اسید (قانون مربوط به مجازات پاشیدن اسید مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۶)؛
- ۶- شروع به اخلال در نظام اقتصادی کشور (تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۲ قانون مجازات اخلال گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹)؛
- ۷- شروع به قاچاق (ماده‌ی ۲ قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲)؛
- ۸- شروع به قاچاق انسان (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳)؛

حال باید دید چه ملاکی برای مجازات شروع به جرم می‌توان در نظر گرفت؛ در ماده‌ی ۱۲۲ قانون جدید، به طور کلی بر اساس ملاک «میزان مجازات جرم کامل»، مجازات شروع به جرم تمامی جرایم تعیین شده است. در بخش تعزیرات قانون جدید و هم‌چنین در قوانین متفرقه، برای شروع به جرم برخی جرایم مجازات‌هایی مقرر گردیده است. در صورت برخورد با مصداقی از شروع به جرم، با دو حالت روبرو می‌شویم:

نخست، این که عمل انجام شده، دارای عنوان مجرمانه‌ی مستقل در قانون مجازات یا قوانین دیگر باشد، که در این صورت عمل مشمول همان عنوان مجرمانه مجازات خواهد بود؛

دوم این که، عمل انجام شده دارای عنوان مستقل مجرمانه نباشد، که در این صورت اگر شروع به جرم واقع شده از موارد مصرح در قانون جدید (بخش تعزیرات) و یا قوانین متفرقه باشد،

باید بر اساس مجازات‌های تعیین شده در همان مواد، عمل را مورد مجازات قرار داد و چنان چه در قانون جدید و قوانین متفرقه، در مورد بررسی آن عمل مجازاتی تعیین نگردیده باشد، باید به ملاک‌های مقرر در ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) مراجعه کرد و بر همان ملاک، یعنی «میزان مجازات جرم اصلی»، مجازات شروع به جرم ارتكابی را تعیین نمود.

۲-۳. عنصر روانی شروع به جرم

برخلاف عنصر مادی شروع به جرم که ناقص است، عنصر روانی آن کامل و تماماً شبیه جرم تام است. به عبارت دیگر در شروع به جرم، شخص باید قصد انجام جرم تام را داشته باشد. مثلاً در جرم قتل عمدی، مرتکب باید قصد انجام جرم تام قتل و سلب حیات مجنی‌علیه را داشته باشد، ولی به علت وجود موانع خارجی، منجر به این نتیجه نشود.

در تعاریفی که از شروع به جرم در قوانین ارائه شده است، عبارت «هر کس قصد ارتکاب جرمی کند» آورده شده است. با توجه به این عبارت، شروع به جرم تنها در جرایم عمدی قابل تصور است و در جرایم غیر عمدی به علت فقدان این شرط محقق نمی‌شود. (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۱۶۸)؛ زیرا در جرایم غیر عمدی قصدی وجود ندارد که این قصد به واسطه‌ی عواملی خارج از اراده‌ی مرتکب معلق و بی اثر بماند.

طبق ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، قتل عمدی به سه صورت امکان‌پذیر است: نخست، قاتل قصد ابتدایی کشتن را داشته باشد. دوم، قاتل قصد ابتدایی کشتن را نداشته باشد، ولی عمل ارتكابی نوعاً کشنده باشد؛ سوم، قاتل قصد ابتدایی کشتن را نداشته و عمل ارتكابی نیز نوعاً کشنده نباشد؛ ولی نسبت به مجنی‌علیه نوعاً کشنده باشد.

حال این سؤال مطرح است که آیا در شقوق دوم و سوم نیز امکان وقوع شروع به جرم وجود دارد؟

برای مثال شخصی بدون قصد قتل ضربه‌ی نوعاً

کشنده‌ای با چوب به سر مجنی علیه می‌زند، ولی به دلیل اقدامات امدادی، این شخص به قتل نمی‌رسد. آیا این شخص را می‌توان بر اساس ماده‌ی ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) قابل مجازات دانست؟

در پاسخ باید گفت این شخص عملیات اجرایی جرم قتل را انجام داده است، لیکن عمل او فاقد شرط دیگر شروع به جرم است که در ابتدای ماده‌ی ۱۲۲ بیان شده است و آن قصد ارتکاب جرم است. به عبارت دیگر اگرچه شخص دارای سوء نیت عام در وارد آوردن ضربه است، لیکن سوء نیت خاص یا همان قصد نتیجه که در مثال ما، سلب حیات است را ندارد.

هم‌چنین در ماده‌ی ۶۱۳ بیان شده است که باید نتیجه‌ی مورد نظر بدون اراده‌ی وی محقق نشود، در حالی که در بند «ب» و «ج» ماده‌ی ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰)، مرتکب اصلاً قصد قتل و سلب حیات مجنی علیه را نداشته است تا این نتیجه بدون اراده‌ی او محقق نشود. بنابراین باید گفت که شروع به قتل عمدی مذکور در ماده ۶۱۳، صرفاً ناظر به بند «الف» ماده‌ی ۲۹۰ و با فرض قصد ابتدایی قتل است و ناظر به بندهای «ب» و «ج» نمی‌تواند باشد. (حجتی، ۱۳۸۸).

برآمد

شروع به جرم در سیر تاریخی و تقنینی خود، دستخوش تحولات بسیاری شده است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، شروع به جرم در غیر از چند مصداق مصرح، قابل مجازات شناخته نشده بود. در واقع ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی، نه تنها نقص و ایرادهای مواد ۱۵ الی ۱۸ قانون راجع به مجازات اسلامی را مرتفع نکرده بود؛ بلکه با حذف موضوع عدم مدخلیت اراده‌ی فاعل در واقع نشدن جرم منظور و حذف عبارت «والا تادیب خواهد شد» و به تبع آن حذف ماده‌ی ۱۸ و تأکید صرف به امکان مجازات مرتکب شروع به جرم در صورت جرم بودن اقدامات انجام گرفته، ماهیت شروع به جرم و ارکان تشکیل دهنده‌ی آن را دچار اشکال کرده بود. قانون جدید مجازات اسلامی نیز اگر چه در مفهوم کلی شروع به جرم، به قوانین سابق نظر داشته و از این جهت که قید انصراف غیر ارادی را در تعریف شروع به جرم احیا کرده است، قابل تحسین است لیکن از آنجا که برای مجازات شروع به جرم، تصریح شدن آن را لازم ندانسته و به عبارت دیگر ماده‌ی ۱۸ را احیاء نکرده است و با قابل مجازات دانستن شروع به جرم همه‌ی جرایم، حتی جرایم حدی، رکن قانونی شروع به جرم را گسترش داده است، قابل انتقاد می‌باشد.

البته لایحه ابتدا در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۱۳۱ شرط تصریح شدن را در مورد جرایم تعزیری احیاء کرده بود، ولی در متن نهایی قانون جدید این تنها نقطه‌ی امید نیز کور شد.

تبصره ماده ۱۲۲ قانون جدید نیز به تبعیت از لایحه، به رغم انتقادات فراوان، با بازگشت به قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲)، با در حکم شروع به جرم دانستن جرم عقیم و محال، این دامنه را وسعت داده است که نتایج غیر عادلانه‌ای در پی خواهد داشت.

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در ارتباط با شروع به جرم دورویکرد داشته است: یک بار در قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) دچار تفریط شده و تنها در صورت جرم بودن اقدامات انجام گرفته، شخص را مستحق مجازات می‌دانست و بار دیگر در قانون جدید مجازات اسلامی، دچار افراط شده و شروع به جرم همه‌ی جرایم و از آن بالاتر جرایم عقیم و محال را جرم‌انگاری کرده است. اگر قانون‌گذار در تصویب قانون جدید، سیاست جرم‌زدایی را در دستور کار خود داشته، ماده‌ی ۱۲۲ آن قانون در تعارض جدی با این سیاست قرار دارد.

بنابراین شاید بهتر آن بود که همان شرط نیاز به تصریح شدن را البته در همه‌ی جرایم احیاء می‌نمود. یعنی راهی میان قانون سال ۱۳۷۰ و قانون جدید را بر می‌گزید.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، صدنخست، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.
۲. افراسیابی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، تهران: فردوسی، ۱۳۷۷.
۳. پوربافرانی، حسن، «جرم‌انگاری‌های جدید در لایحه مجازات اسلامی»، خبرنامه‌ی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، شماره‌ی ۳۷، ۱۳۸۸.
۴. پوربافرانی، حسن، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۸۸.
۵. حجتی، سیدمهدی، «بررسی شروع به قتل عمدی از طریق ارتکاب فعل نوعاً کشنده»، ۱۳۸۸.
۶. دلیر، حمید، «شروع به جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون مجازات اسلامی».
۷. رهدارپور، حامد و چنگایی، فرشاد، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون‌گذاری»، پژوهش‌نامه حقوقی، سال دوم، شماره‌ی، ۱۳۹۰.
۸. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد نخست، تهران: انتشارات فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
۹. فراهانی، حسن، «بررسی تحقق جرم از اندیشه تا عمل»، مرکز کامپیوتری علوم اسلامی.
۱۰. فرهودی‌نیا، حسن، جرایم ناقص، تهران: فروزش، چاپ نخست، ۱۳۸۶.
۱۱. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران: میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۶.
۱۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۷۵.
۱۳. معتمد، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.
۱۴. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اموال و مالکیت)، تهران: نشر میزان، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶.
۱۵. نجفی‌توانا، علی، «تعارض و خلأ در مقوله شروع به جرم»، مجله‌ی کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره‌ی جدید، شماره‌ی ۶، ۱۳۸۰.
۱۶. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای عمومی، نشر داد، چاپ سوم، ۱۳۷۴.

تعهدات اجیر و مستأجر

مهدی الله یاری، کارشناس ارشد فقه و حقوق



چکیده

در قرارداد اجاره‌ی اشخاص، اجیر و مستأجر نسبت به یکدیگر وظایفی دارند که برای رسیدن به خواسته‌های خویش ممکن است شروطی را در قرارداد قید کنند. هر یک از اجیر و مستأجر موظفند به تعهداتی که نموده‌اند عمل کنند؛ اجیر باید موضوع تعهد را انجام دهد و به موقع کار را آماده نماید. مستأجر هم باید محل کار و وسایل مورد نیاز را تهیه کند، کار تمام شده را تحویل بگیرد و مزد تعیین شده را پس از کار طبق قرارداد به اجیر پرداخت نماید.

این مقاله با تبیین مفهوم، تعهد اجیر و مستأجر به رابطه‌ی بین این دو در قرارداد اجاره‌ی اشخاص می‌پردازد.

واژگان کلیدی: تعهد، اجیر، مستأجر، اجرت، انجام کار، اجاره‌ی شخص

درآمد

روابط اجتماعی امری ضروری است و پذیرش تعهدات یک امر لاینفک زندگی اجتماعی بشر است. اسلام بر اهمیت وفای به تعهدات تأکید کرده است. از جمله در آیه‌ی ۸ سوره‌ی مبارکه‌ی مومنون آمده است: مؤمنون کسانی هستند که امانت‌ها و عهد‌ها را رعایت می‌کنند و در آیه‌ی سوره‌ی مبارکه‌ی اسراء توصیه شده است که به عهد خود عمل کنید و بدان پای‌بند باشید که هر کس در برابر عهدش مسؤول است.

روابط کارگر و کارفرما نیز از جمله تعهدات قراردادی است. میزان مهارت کارگران و نیاز بازار کار به کارگران متخصص منجر به انعقاد

قراردادهایی می‌شود که امتیازات آن بیش از حداقل و حداکثرهای تعیین شده در قوانین و مقررات کار است (هاشمی، ۱۳۷۰: ۲۱). این مقاله به قرارداد اجاره‌ی اشخاص و تعهدات طرفین به موجب این قرارداد می‌پردازد.

۱. مفهوم تعهد

با توجه به ماده‌ی ۱۸۳ قانون مدنی، منظور از تعهد رابطه‌ی حقوقی بین دو یا چند نفر است که به موجب آن یکی از آن دو (بدهکار) در مقابل دیگری (طلبکار) ملزم به انجام امری (دادن و یا انجام عمل و یا ترک فعل) می‌شود. رابطه‌ی حقوقی، ضمانت اجرای همان قدرت قانونی متعهدله بر شخص متعهد و یا بر دارایی او در

فرض تخلف از انجام تعهد است (شکیبا، ۱۳۸۹: ۸۸). تعهد از مشتقات عهد است و کلمه‌ی عهد در معانی وفاء، امان، ضمان، موظف کردن، مودت، سوگند، تازه کردن پیمان و میثاق و خود را ملزم و متعهد به چیزی کردن به کار رفته است (قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۴۹؛ مهیار، ۱۳۷۰: ۲۴۱). تعهد در اصطلاح، مسؤولیت حاصل از یک قرارداد را گویند و لذا تعهد اثر عقد است نه خود عقد و منظور ما از تعهدات، التزام به انجام عملی یا ترک فعلی در ضمن عقد است. لذا هر جا این واژه استعمال گردید مقصود التزام پذیرفته شده از سوی متعهد در ضمن عقد صحیح است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱: ۱۸۱).

۲. اجیر و مستأجر

قانون مدنی در بیان طرفین و موضوع قرارداد اجاره‌ی اشخاص مقرر می‌دارد: «در اجاره اشخاص کسی که اجاره می‌کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود». کارگر کسی است که برای کارفرما یا قرارداد خصوصی یا عمومی، شفاهی یا کتبی کاری را به دستور کارفرما و زیر نظر او انجام بدهد. بنا بر این تعریف، هر کسی که کاری انجام بدهد کارگر شناخته نمی‌شود، بلکه کارگر کسی است که تحت شرایط بالا که قانون کار را برای وی تعیین کرده است، کار کند و هر گاه فاقد یکی از آن شرایط باشد، از نظر قانون کار، کارگر شناخته نمی‌شود (اباذری، ۱۳۷۸: ۷۴). ماده‌ی ۳ قانون کار در تعریف کارفرما مقرر می‌دارد: «کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می‌کند. مستأجر در عقد اجاره انسان ممکن است شخص حقیقی یا حقوقی باشد».

طبق ماده‌ی ۲ قانون کار، کارگر کسی است که به هر عنوان در مقابل حق السعی اعم از مزد، حقوق سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما می‌کند. از نظر فقهی، اجیر یا کارگر بر دو نوع خاص و مطلق است.

اجیر خاص به کسی گویند که اجیر می‌شود بر وجهی که تمام منافعی برای مستأجر باشد در مدت معین یا بر وجه منفعت خاصه مثل خیاطت. یا اجیر می‌شود برای عملی مباشرتاً برای مدت معین؛ یا این که اعتبار مباشرت در آن مدت معین یا هر دو بر وجه شرطیت است نه قیدیت (بروجردی، ۱۴۲۲، ج ۳: ۲۹۸).

حال این سوال مطرح می‌شود که آیا اجیر خاص می‌تواند در وقت تعیین شده برای غیر مستأجر کاری را انجام دهد که منافاتی با حق مستأجر ندارد. در پاسخ به این سوال دو قول است: یکی این که اجیر حق ندارد در این مدت بدون اجازه مستأجر برای فرد دیگری کاری انجام دهد (بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۲۱؛ ۴۹۲: نجفی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۲۱۵؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵: ۱۸۹). چنین اجیری نباید برای غیر مستأجر کاری انجام دهد مگر با اذن مستأجر. چون منفعت این اجیر منحصر از آن

۳. تعهدات اجیر

۱-۳. اجرای کار مورد تعهد

اجیر باید کاری را که به موجب قرارداد اجاره به عهده گرفته، انجام دهد. برای تشخیص این که تعهد چگونه باید انجام شود، توجه طبیعت آن لازم است. در مواردی که این تعهد ناظر به نتیجه‌ی حاصل از کار است، کافی نیست که اجیر ثابت کند تلاش لازم را برای به دست آوردن نتیجه کرده است، بلکه باید آن نتیجه را به دست آورد تا مستحق گرفتن اجرت باشد. برای مثال، اگر ساختن بنایی به مقاطعه داده شود، تعهد مقاطعه کار زمانی انجام شده است که بنا ساخته شود و معمار آن را آماده‌ی تسلیم به صاحب کار کند. به عکس در جایی که مفاد تعهد در انجام پاره‌ای مواظبت‌ها و کوشش‌ها خلاصه می‌شود، به دست آوردن نتیجه‌ی نهایی کار ضرورت ندارد؛ چنانچه اگر پزشکی برای درمان بیماری اجیر شود، بهبود بیمار شرط اجرای تعهد نیست و باید ثابت شود که پزشک تمام کارهایی را که در عرف پزشکی لازمی در درمان بوده، انجام داده و کوتاهی نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۴: ۵۷۸).

موضوع تعهد باید طبق شرایط قرارداد و رسوم و قواعد شغلی و اوصاف کارهایی که آن گروه از مقاطعه کاران به طور معمول انجام می‌دهند اجرا شود. پس اگر کاری که انجام یافته، وصفی پست‌تر از معمول داشته باشد و مقاطعه کار چنانچه باید به وظایف خود عمل نکند، تعهد اجرا نشده است، یعنی کار ناقص و معیّب در حکم انجام ندادن است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۷۶۷). مورد تعهد باید مشخص باشد. یعنی مستأجر باید کار اجیر را معین کند که چه کاری متوجه اوست؛ به خاطر رفع غرر و جهالتی که ناشی می‌شود (یزدی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۳۰۶).

۲-۳. انجام کار توسط خود اجیر

موضوع تعهد را باید خود اجیر انجام دهد. البته این در صورتی است که شرط کرده باشند و لذا اجیر نمی‌تواند کاری غیر از آن انجام دهد بدون این که مستأجر به او امر کرده باشد. مثل این که برای خیاطی اجیر شود، ولی برای مستأجر کتابت کند. نتیجه این که تعهد انجام نشده و اجیر مستحق چیزی هم نمی‌شود چه عمدی باشد و چه غیر عمد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۰۵).

مستأجر است. چون این کار تصرف در حق غیر است (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۴۱). اجیر نمی‌تواند عملی که منافعی عقد اجاره است برای خود یا دیگری انجام دهد. اجیر خاص در این مدت حق ندارد برای خود یا غیر خود اجیر شود؛ به صورت اجاره یا جعاله و یا از باب تبرع مگر این که با اذن مستأجر باشد (قدیری، ۱۴۱۹: ۴۷۶) و دیگر این که جایز است؛ چون قرائن و ظواهر شهادت می‌دهند که مستأجر مخالفتی با انجام این قبیل کارها ندارد (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۴۱).

انجام عملی که با منافع یا منفعت خاص مورد اجاره منافات نداشته باشد، مانعی ندارد. به عنوان مثال کسی که برای پرستاری کودک اجیر شده است، می‌تواند نزد دیگری برای بافتن پیراهن پشمی با میل دستی اجیر شود که در مواقع خواب یا بازی کودک و بافندگی اشتغال ورزد؛ زیرا این عمل منافاتی با پرستاری ندارد. چنانچه اجیر رعایت حق مستأجر را ننماید و عملی منافعی آن انجام دهد، آن عمل به یکی از صورت‌های زیر می‌باشد: نخست، هر گاه اجیر در مدت اجاره برای خود کار کند، چنان که کسی نزد دیگری اجیر خاص شده، ولی به خیاطی یا صنعت دیگر برای خود تمام مدت را بگذراند. به نظر می‌رسد که مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ نماید و هر گاه اجرت المسمی را پرداخته، مسترد کند (امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۶۲) و دیگری این که هر گاه اجیر خاص در مدت اجاره برای غیر از باب تبرع کار کند، به نظر می‌رسد که مستأجر می‌تواند مانند حال اول، اجاره را فسخ کند یا آن که آن را فسخ نماید و اجرت‌المثل منافع تفویض شده را از اجیر بخواهد (امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۶۲).

دوم، اجیر مطلق است. اجیر مطلق کسی است که برای کاری اجیر می‌شود بدون تعیین مباشرت در انجام کار و یا با تعیین مدت یا بدون تعیین مدت. عنوان اجیر مطلق از آن رواست که منفعت او منحصر در شخص خاصی نیست و لذا می‌تواند برای خود و دیگری کار کند. اجیر عام می‌تواند عمل مورد تعهد را خود انجام دهد یا به شخص ثالث واگذار کند که از طرف او انجام دهد؛ زیرا منظور مستأجر از عقد اجاره، انجام عمل معین است (امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۶۲؛ بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۴۹۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۶۵۰).



اجیر تعهد می کند منفعت مخصوص یا تمامی منافع خود را در اختیار مستأجر قرار دهد یا انجام کار معینی را عهده گیرد. در صورتی که اجیر خاص باشد یا مباشرت اجیر عام در انجام کار شرط باشد، باید کار به وسیله خود او انجام شود و در صورت خودداری از آن، دادگاه می تواند از راه تعیین مبلغی جریمه برای هر روز او را اجبار به انجام تعهد کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۴: ۵۷۸).

اگر عملی را بدون آن که شرط کند که خود انجام دهد و انصراف هم به آن نداشته باشد قبول کند، جایز است دیگری را برای آن کار با همان اجرت و بیشتر از آن اجیر کند، ولی اگر مستأجر او را اجیر کند و شرط کند که کار را خود او انجام دهد، باید اجیر خود انجام دهد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۵۰۲).

زمانی که اجیر شود تا لباسی بدوزد و در حال دوخت آن را از بین ببرد، ضامن است و هم چنین است کسی که حجامت و ختنه می کند. هر کسی که برای عملی در مال اجیر شود و آن را از بین ببرد، ضامن است به شرطی که از حدی که در آن اختیار داشته تجاوز نکند؛ به دلیل عموم «مَنْ أَلْفَ» و حدیث امام صادق علیه السلام که فرمودند: «كُلُّ عَامِلٍ أَعْطِيَتْهُ أَجْرًا عَلَى أَنْ يُصْلَحَ فَأَصْدَ فَهُوَ ضَامِنٌ». لذا افساد مصداق بارز اتلاف است. ولی قول مشهور این است که اجیر ضامن است اگر چه از حد آن تجاوز نکرده باشد (بروجردی، ۱۴۲۲، ج ۳۰: ۲۴۲، نجفی، ۱۳۶۹، ج ۲۷: ۲۱۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۹: ۱۵۰).

مکروه است اجیر را ضامن قرار دهد. یعنی عوض آن چه در دست اجیر تلف شده را به عنوان غرامت و خسارت از او بستانند. این حکم مبنی بر آن است که اجیر را نسبت به آن چه در دستش تلف می شود ضامن بدانیم. هر گاه مستأجر کسی را اجیر کند تا کاری را برای او انجام دهد و در حین کار اجیر تلف شود، مستأجر ضامن او نیست؛ چون مستأجر او را برای استیفای منفعتی که از آن او است تحویل گرفته است و لذا اجیر در دست او امانت است و امانت هم جز در صورت تعدی و تفریط در ضمان در نمی آید (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۶۶).

۳-۳. تسلیم موضوع کار

اجیر باید کالایی را که به سفارش مستأجر ساخته یا تعمیر و اصلاح کرده است، در مهلت مقرر به

اجیر شدن در مدت معین برای حفاظت کالا، نگهداری خانه، باغ و غیره از دزدی جایز است و شرط کردن ضمان بر اجیر در صورت گم شدن یا دزدی و لو این که کوتاهی هم از جانب او نباشد صحیح است به این که در ضمن عقد اجاره متعهد شود که اگر کالا گم شود یا چیزی از باغ یا خانه دزدیده شود، خسارت آن را بپردازد

و تحویل دهد. مثلاً اگر کارخانه‌ی چند اتومبیل سفارشی را طبق دستور مشتری بسازد، پس از ساخته شدن همه‌ی آن‌ها متعلق به مشتری است (همان: ۵۷۹؛ بروجردی، ۱۴۲۲، ج ۳: ۲۹۸) اگر مستأجر به اجیر بگوید که چنانچه موضوع کار را روز دوشنبه تسلیم کند، اجرتش صد تومان است و اگر در روز چهارشنبه تسلیم کند، پنجاه تومان اجرت خواهد داشت، باعث بطلان اجاره می شود به خاطر جهالت. ولی اگر شرط کند که در صورت عدم ایصال و تسلیم از اجرت کم می شود، ظاهراً این شرط صحیح است به خاطر عموم ادله (نجفی، بی تا، ج ۲۷: ۲۳۶). بعضی گفته اند صحیح است، اما از باب جعالة و نه اجاره (مغنیه، بی تا، ج ۴: ۲۸۵).

ذمه‌ی اجیر از عمل بری نمی شود تا این که عین را تسلیم مستأجر کند و تسلیم عمل زمانی صورت می گیرد که عین به مستأجر تسلیم شود (محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷: ۲۷۴).

اجیر باید کار را به مستأجر ارائه دهد؛ زیرا مستأجر متعهدله است و لازم نیست متعهدله انجام کار و ارائه‌ی آن را مطالبه کند. از واژه‌ی «متعهد» نیز استنباط می شود که مسؤولیت فوق بر عهده‌ی اجیر است (خواجه پیری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۱۲۱).

۳-۴. حفظ کالا تا زمان تحویل به مستأجر

اجیر نیز مانند هر امین دیگر وظیفه دارد که از کالای متعلق به مستأجر نگهداری کند و در این راه مرتکب تعدی و تفریط نشود. اجیر ملزم است در این راه چنانچه عرف و قرارداد ایجاب می کند

رفتار کند و از کالای مورد امانت مواظبت نماید و در صورت تعدی و تفریط، اگر کالای متعلق به مستأجر تلف شود، طبق قانون ضامن است (همان: ۳۲۸؛ امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۰). اگر برای حفظ کالا اجیر شود و کالا دزدیده شود ضامن نیست مگر این که با کوتاهی باشد یا ضمان را شرط کرده باشند (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۵۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۱۵۵).

در صورتی که کار انجام شده در نتیجه‌ی تعدی و تفریط اجیر تلف شده باشد، اجیر مسؤول و ضامن خسارت است و در صورت بروز حریق در مغازه‌های مجاور و سرایت آن به مغازه‌ی خیاط و سوختن لباس، اجیر بنا بر قاعده‌ی عمومی معاملات که مرتکب تعدی و تفریط نشده و با امعان نظر به قوه‌ی قاهره، مسؤول نمی باشد. مفهوم مخالف قاعده‌ی فوق آن است که اجیر تا وقتی کار را انجام نداده و آماده‌ی تحویل نباشد، ضامن قلمداد می شود؛ زیرا هر کس مال غیر را در اختیار دارد، ضامن است تا آن را تحویل دهد و در نظام حقوقی ما، اصل بر ضمان ید است مگر این که قانون ید را امانی تلقی نماید. مانند ماده‌ی ۶۳۱ قانون مدنی (خواجه پیری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۱۲۱).

بر مبنای قرارداد که حاکم بر روابط دو طرف است، اجیر دو تعهد متمایز در برابر مستأجر دارد: نخست، تعهد بر انجام دادن کاری که عهده گرفته است. در این صورت اگر اجیر نتواند نتیجه‌ی مورد نظر را به دست آورد و کالایی را که به او سپرده شده از بین ببرد، مقصر است و باید زیان‌های ناشی از تقصیر خود را جبران کند مگر این که ثابت کند علت خارجی مانع شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۴: ۵۸۰).

دوم، تعهد به نگهداری مالی که به منظور تعمیر یا اصلاح به او سپرده شده است. در این صورت اجیر امین است و جز در صورت اثبات تعدی و تفریط نمی توان او را مسؤول دانست (همان، ۵۸۲؛ یزدی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۲۱).

اجیر شدن در مدت معین برای حفاظت کالا، نگهداری خانه، باغ و غیره از دزدی جایز است و شرط کردن ضمان بر اجیر در صورت گم شدن یا دزدی و لو این که کوتاهی هم از جانب او نباشد صحیح است به این که در ضمن عقد اجاره متعهد شود که اگر کالا گم شود یا چیزی از باغ یا خانه

دزدیده شود، خسارت آن را بپردازد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۵۰۷).

۴. تعهدات مستأجر

۱-۴. قبض کالا و پذیرش کار

اجاره عقدی است لازم، همان گونه که اجیر ملزم است تا کار موضوع عقد را انجام دهد و کالایی را که به سفارش صاحب کار ساخته به او تسلیم کند، مستأجر نیز باید کالایی را که سفارش داده بپذیرد و کار انجام شده را قبول نماید. پس قبول کار و قبض موضوع آن منشأ آثار مهمی است و امتناع از آن به منزله‌ی تجاوز به مفاد قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۴: ۵۸۴).

در صورتی که اجیر کار را آماده کرده باشد و به مستأجر اطلاع دهد، ولی مستأجر از گرفتن کار به علت بیماری یا اشتغالات عذیده امتناع نماید و مال تلف شود، اجیر مسؤول نیست، ولی اگر آن را در صورت تعدی و تفریط تلف کند، ضامن است (همان: ۵۸۰؛ امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۰).

۲-۴. تعیین مزد

از آیات و روایات استفاده می‌شود که مستأجر پیش از این که کارگر را به کار بگمارد، باید مزد او را تعیین کند. لذا از تعهدات مستأجر نسبت به اجیر، تعیین مزد او است. امام صادق علیه السلام فرمودند: کسی که به روز قیامت ایمان دارد، نباید کارگر را پیش از تعیین مقدار مزد به کار گیرد (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۹: ۳۴۱؛ کلینی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۵۰).

مستحب است که مقدار اجرت از آغاز کار برای اجیر معین شود و به کار گرفتن اجیر پیش از تعیین اجرت کراهت دارد (محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷: ۱۲۱). اجرت باید معلوم و مشخص باشد به خاطر عموم ادله و اجیر مالک اجرت می‌شود به نفس عقد، ولی تسلیم آن واجب نیست مگر پس از انجام عمل (بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۶۵۲؛ جبعی عاملی، بی تا، ج ۵: ۱۸۳).

امام رضا علیه السلام فرمودند: اگر کسی بدون تعیین مزد برای تو کار کند و تو سه برابر مزد به او بپردازی، باز هم گمان می‌کند که تو از مزد او کاسته‌ای، اما اگر مزد او را تعیین کنی و سپس آن را به او بپردازی، تو را به خاطر وفای به عهد خواهد ستود و اگر به اندازه‌ی جرعه‌ای بر مزدش بیفزایی، آن را احسانی از سوی تو می‌داند و می‌فهمد که تو بر مزد او افزوده‌ای (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۵۶).

۳-۴. پرداختن اجرت

عمده‌ترین وظیفه‌ی مستأجر در قبال اجیر، پرداخت دستمزد می‌باشد. اجرت یا عوض منافع، مالی است که مستأجر در ازای انتفاع از منفعت یا منافع اجیر به او می‌پردازد. دستمزد کار عبارت از اجرتی است که کارفرما در برابر کاری که اجیر برای او انجام داده، می‌پردازد. اجرت گاه پول است و در این صورت لازم است مبلغ و نوع آن معین باشد. مانند این که بگوید: «شما را برای یک روز در برابر صد هزار ریال اجیر می‌کنم» و گاه غیر نقدی است که در این صورت نیز لازم است اندازه و نوع آن مشخص باشد. دستمزد باید از مال شخصی خود کارفرما پرداخت شود (قرشی، ۱۳۵۲، ج ۲: ۱۹۱؛ احمدی، ۱۳۸۸: ۴۹).

در آیات و روایات، پرداخت اجرت از ناحیه‌ی کارفرما امری ضروری دانسته شده؛ به تأخیر انداختن آن موجب ورود ضرر به کارگر می‌شود و باعث سلب اعتماد خواهد شد. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: اعطوا الاجیر أجره قبل ان یحفر عرقه مزد کارگر را پیش از این که عرق پیشانی او خشک شود، پرداخت کنید (طوسی، ۱۴۱۱، ج ۳: ۵۰۱).

حال سؤال این است که آیا تسلیم اجرت زمانی است که اجیر هم عمل را به مستأجر تسلیم کند

اقوی این است که نفقه‌ی اجیر بر عهده‌ی خودش است نه مستأجر، مگر این که شرط کرده باشد یا انصراف داشته باشد به این که نفقه به عهده‌ی مستأجر است، ولی صاحب شرایع گفته است که نفقه به عهده‌ی مستأجر است

یا نیازی به تسلیم نیست و مستأجر چه عمل را تحویل بگیرد و چه نگیرد، موظف است اجرت را بپردازد. در این زمینه قولی مطرح شده است. طبق یک نظر مستأجر موظف است پس از تمام شدن کار توسط اجیر، اجرت تعیین شده را به او بپردازد. در اجاره‌ی اشخاص پیش از پایان کار به هیچ تعبیری نمی‌توان ادعا کرد که منفعت موضوع عقد

به مستأجر تسلیم شده است. بنابراین اجیر پیش از پایان کار حق ندارد از مستأجر مطالبه‌ی اجرت کند مگر این که در این مورد قراری گذارده باشند. بر مستأجر واجب است اجرت را به اجیر تسلیم نماید به خاطر وفای به عقد. ولی ظاهراً اجماع داریم بر این که اجیر حق ندارد پیش از اتمام کار مطالبه‌ی اجرت کند مادامی که شرط نکرده باشند (نجفی، بی تا، ج ۲۷: ۲۳۷).

واجب نیست تسلیم اجرت، مگر به تسلیم تمام عمل. امام صادق علیه السلام در مورد اجرت اجیر فرمودند: لا یجف عرقه حتی تعطیه أجرته. شخصی به نام شعیب می‌گوید: عده‌ای را اجیر کردم تا در بوستان امام جعفر صادق علیه السلام کار کنند و مدت کار هم تا عصر بود و پس از فراغت، امام فرمودند: اعطهم أجورهم قبل ان یجف عرقهم اجرتشان را پیش از این که عرقشان خشک شود، پرداخت نمایید. ظاهراً ذکر «جفاف العرق» کنایه از سرعت در اعطای اجرت است. در نتیجه به مجرد عقد، اجرت در ذمه‌ی مستأجر است ولی تسلیم آن واجب نیست تا این که اجیر از عمل فارغ شود (بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۴۹۶). اجرت باید پس از انجام عمل پرداخت شود، مگر این که در آن شرط تأجیل کرده باشند (مفید، ۱۴۱۰: ۶۴۰).

اگر کالا به عنوان اجرت داده می‌شود، باید خالی از عیب باشد و در صورت معیوب بودن، اجیر می‌تواند عقد اجاره را فسخ کند یا مطالبه‌ی ارزش نماید (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۲۳). اگر در اجرت شرط موعده کند، صحیح است به شرط آن که مدت معلوم باشد و اگر شرط کند اجرت را در چند موعد پرداخت نماید، این شرط هم صحیح است. این شرط که در صورت نرساندن اجرت ساقط شود جایز نیست (بروجردی، ۱۴۲۲، ج ۳۰: ۱۰۴). اگر مستأجر کسی را اجیر کند تا او را در پی نیازمندی‌های خود بفرستد، بنا بر قول مشهور هزینه‌ی آن بر عهده‌ی مستأجر است و مستند این حکم روایت سلیمان بن سالم از امام رضا علیه السلام است. ایشان می‌گوید به امام گفتم: اگر کسی مردی را اجیر کند تا به کارهای او رسیدگی نماید، خرجی او عهده‌ی کیست؟ امام فرمودند: علی المٌستأجر، اما اقوی آن است که هزینه‌ی اجیر در صورتی بر مستأجر واجب است

که در عقد اجاره شرط شده باشد و روایت هم بر مورد شرط حمل می شود (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۶۴؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۶۶۷).

اقوی این است که نفقه‌ی اجیر بر عهده‌ی خودش است نه مستأجر، مگر این که شرط کرده باشد یا انصراف داشته باشد به این که نفقه به عهده‌ی مستأجر است، ولی صاحب شرایع گفته است که نفقه به عهده‌ی مستأجر است (قدیری، ۱۴۱۹: ۵۶۱). توجیه شهید ثانی در این جا هم مطرح می شود که سخن صاحب شرایع را هم حمل بر شرط کنیم به این صورت که بگوییم شاید منظور صاحب شرایع از این که گفته نفقه‌ی اجیر عهده‌ی مستأجر است، جایی است که شرط شده باشد و در غیر این صورت عهده‌ی اجیر است.

این قول اقوی به نظر می رسد؛ چون اصل بر عدم تعهد و شرط است مگر این که مستأجر تعهدی را به عهده گیرد. قول صحیح آن است که اجیر باید عمل را تسلیم مستأجر کند تا استحقاق اجرت پیدا نماید (طوسی، ۱۴۱۰، ج ۷: ۱۲۲). احتمال دیگر این که تسلیم عمل لازم نیست؛ چون ممکن است عمل انجام شده در ملک مستأجر باشد و همین کار برای تسلیم کافی باشد (محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷: ۱۲۲).

۴-۴. فراهم کردن لوازم و محیط سالم برای کار

کارگر به دستور کارفرما انجام وظیفه می کند، لذا فراهم آوردن لوازم و محیط سالم برای کار به عهده‌ی کارفرما است و از بین رفتن کالایی که باید کار بر روی آن انجام شود کارفرما را از دادن

مزد معاف نمی کند. چنان چه تبصره‌ی ماده‌ی ۵۰ قانون کار در مورد تعطیلی کارگاه به علت احتمال خطر مقرر می دارد: کارفرما مکلف است مزد کارگران خود را که مستقیماً یا به طور غیر مستقیم بی کار می شوند، در ایام تعطیل بپردازد.

در اجاره، خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تأخیر جاری نمی شود؛ چون این ها مخصوص عقد خاصی است، ولی ممکن است با شرط محقق شوند. خیار شرط، خیار عیب، خیار غبن و خیار رؤیت در اجاره جاری است. چون این ها از توابع معاوضات هستند، در اجاره خیار مجلس نیست؛ چون این خیار مختص بیع است، ولی اگر آن را شرط کنند جایز است به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» (جبعی عاملی، بی تا، ج ۵: ۱۷۷؛ طوسی، ۱۳۴۶، ج ۳: ۲۲۶).

کارگر حق دارد تحت شرايطی به شرح ذیل قرارداد را فسخ کند:

- ۱- کارگر ضمن قرارداد شرط فسخ کرده باشد که فقها آن را خیار شرط گویند.
- ۲- قرارداد باعث غبن و زیان کارگر شود.
- ۳- کارگر ضمن قرارداد شرط کند که کارفرما کاری را که مورد نیاز است برای او انجام دهد (قرشی، ۱۳۵۲، ج ۲: ۲۶۵).

۵. اختلافات اجیر و مستأجر

اگر اختلاف در اصل اجاره و در وقوع آن باشد، سخن منکر با قسم پذیرفته می شود (جبعی عاملی، بی تا، ج ۵: ۲۳۲؛ نجفی، ۱۳۶۹، ج ۲۷، ۳۴۱). یعنی هر کس منکر اجاره است قسم می خورد به خاطر این که اصل عدم اجاره است. اگر اختلاف در صحت اجاره و فساد آن باشد،

سخن کسی که ادعای صحت را دارد پذیرفته می شود؛ چون در افعال عقلا اصل بر صحت است تا این که خلاف آن ثابت شود و اگر اختلاف در شرط زاید باشد، در این صورت، سخن منکر صحیح است (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۷۲).

اگر اختلاف در مقدار اجرت باشد، سخن مستأجر با قسم پذیرفته می شود؛ چون اصل عدم زیادی است. پس مستأجر بر نفی زیادی قسم می خورد (بروجردی، ۱۴۲۲، ج ۳۰: ۴۴۰). بنا بر قولی هر دو قسم می خورند (شیروانی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۷۵)، اما صاحب جواهر و صاحب مسالك قائلند که هر دو باید اتیان سوگند نمایند و این قول ضعیفی است (نجفی، ۱۳۶۹، ج ۲۷: ۳۴۲؛ جبعی عاملی، بی تا، ج ۵: ۳۳۳). صاحب حدائق قائل است که بینشان قرعه انداخته می شود و بر هر یک افتاد، قسم می خورد و به نفع او حکم می شود (بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۵۶۰).

برآمد

از مطالب فوق این نتیجه به دست می آید که:

- ۱- حقوق کارگر از نظر شرعی و قانونی بسیار حائز اهمیت است و باید حقوق او را به تمام و کمال طبق قرار داد پرداخت نمود.
- ۲- تعهدات اجیر شامل اجرای کار مورد تعهد توسط اجیر و تسلیم موضوع کار و حفظ کالا تا زمان تحویل به مستأجر است
- ۳- تعهدات مستأجر نیز پذیرش کار، پرداخت فرد و فراهم کردن لوازم کار است.
- ۴- در باب هر یک از موضوعات فوق و نیز نفقه‌ی اجیر، میان فقها اختلافات جزئی است که در این مقاله به آن پرداخته شد.

فهرست منابع:

- ۱- اباذری، منصور، حقوق کار و نحوه رسیدگی به شکایت، تهران: بهنامی، ۱۳۸۷.
- ۲- احمدی، احمد، حقوق کار، تهران: دانش نگار، ۱۳۸۸.
- ۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۴.
- ۴- بحرانی، یوسف، حدائق الناظره، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۱۳ هجری قمری.
- ۵- بروجردی، مرتضی، المستند فی شرح العروه الوثقی، انتشارات موسسه‌ی آثار امام خویی، ۱۴۲۲ هجری قمری.
- ۶- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالك الافهام، بی جا، بی تا.
- ۷- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، دار احیاء التراث، ۱۴۰۳ هجری قمری.
- ۸- خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷.
- ۹- سبزواری، محمدباقر، کفایه الاحکام، اسلامی، ۱۴۲۳ هجری قمری.
- ۱۰- شیروانی، علی، ترجمه شرح اللمعه، قم: دارالعلم، ۱۳۷۸.
- ۱۱- طباطبائی، محمدحسین، تفسیر المیزان، قم: دارالعلم، ۱۳۴۸.
- ۱۲- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، اسلامی، ۱۴۱۱ هجری قمری.
- ۱۳- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مرتضویه، ۱۳۴۶.
- ۱۴- قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران: میزان، ۱۳۷۸.
- ۱۵- قدیری، محمدحسن، الاجاره، مکتب اسلامی، ۱۴۱۹ هجری قمری.
- ۱۶- قرشی، شریف، کار و حقوق کارگر، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۲.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- ۱۹- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، بیروت: دارالاضواء، ۱۴۱۳ هجری قمری.
- ۲۰- محقق ثانی، علی بن الحسین کرکی، جامع المقاصد، آل البیت، ۱۴۱۰ هجری قمری.
- ۲۱- مرتضی علم الهدی، ابوالقاسم علی بن الحسین، الانتصار، حیدریه، ۱۳۱۱ هجری قمری.
- ۲۲- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم: جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، بی تا.
- ۲۳- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۹.
- ۲۴- یزدی، محمدکاظم، عروه الوثقی، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۷ هجری قمری.

مشروعیت شرط پیش تعیین سود در عقود مشارکتی

محمد رستم خانلو، کارشناس ارشد حقوق خصوصی



چکیده

یکی از شروطی که نقش مهمی در جذب سرمایه‌گذاران ایفاء می‌کند، شرط پیش تعیین سود است که با دادن اطمینان خاطر به حصول سود مقطوع، سرمایه‌گذارانی را که قدرت ریسک‌پذیری کمتری دارند، به سرمایه‌گذاری در پروژه‌ی مورد نظر ترغیب می‌کند. در سیستم سرمایه‌گذاری اسلامی صحت این شرط با ایرادهای عدیده‌ای مواجه است و به‌رغم تلاش عده‌ای از حقوق‌دانان برای زدودن این ایرادها از پیکره‌ی شرط پیش تعیین سود، این شرط هم‌چنان با اشکال مواجه است. در این مقاله ابتدا دلایل بطلان شرط پیش تعیین سود مطرح می‌شود و سپس ایرادهای پیرامون دلایل مذکور طرح و نقد می‌گردد تا در نهایت معلوم شود که آیا شرط فوق‌الذکر مجوز نظری برای درج در عقود مشارکتی را دارد و آیا منطبق با ماهیت و فلسفه‌ی وجودی و مقتضای عقود مشارکتی می‌باشد.

واژگان کلیدی: شرط پیش تعیین سود، مقتضای عقد، ربوی، بطلان، عقود مشارکتی

درآمد

در جوامع امروزی پویایی و شادابی بازار سرمایه نقشی اساسی در توسعه‌ی اقتصادی ایفا می‌کند. حفظ ثبات در بازار سرمایه‌گذاری و در عین حال فربه کردن حجم سرمایه‌گذاری، با ابزار و وسایل گوناگونی صورت می‌پذیرد و هدف تمامی سیاست‌ها و رویکردها در بازار، جذب حداکثری سرمایه است. در جوامع سنتی جذب سرمایه‌گذار به پروژه‌ی مورد نظر با مشکلات کنونی مواجه نبود و روابط سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر رابطه‌ای شخصی، مستقیم و مبتنی بر اعتماد شخصی و متقابل بود و سرمایه‌گذار با شناخت شخصی اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کرد. در چنین حالتی سرمایه‌پذیر نیاز چندانی به استفاده از ابزارهای مختلف برای ایجاد انگیزش در سرمایه‌گذار در جهت سوق دادن او به سرمایه‌گذاری در پروژه‌ی مورد نظر نداشت، اما در جوامع صنعتی کنونی، بازار سرمایه از چنان پیچیدگی و گستردگی برخوردار است که شناخت شخصی و مستقیم در آن میسر نیست و سرمایه‌پذیر برای جذب سرمایه‌گذار از ابزارهای مختلف انگیزشی استفاده می‌کند تا



بتواند حد اکثر سرمایه را برای پروژه‌ی تولیدی یا سرمایه‌گذاری خود جذب کند. افزون بر میزان سود و تضمینات مختلفی که نسبت به سود و سرمایه در نظر گرفته می‌شود، یکی از مواردی که سرمایه‌گذار را به سمت پروژه‌ی خاصی سوق می‌دهد، تعیین میزان سود پرداختی از قبل است. در واقع در میان پروژه‌های سرمایه‌گذاری، پروژه‌های از جذابیت بیشتری برخوردار است که سود آن از قبل به طور مقطوع تعیین شده باشد و سرمایه‌گذار خواهان آن است که سودی مقطوع دریافت کند و این سود را بر سودی که احتمالاً از سود مقطوع بیشتر خواهد بود، ترجیح می‌دهد.

مطالب فوق، اهمیت شرط پیش تعیین سود را در بازار سرمایه روشن سازد، اما به لحاظ حقوقی پیرامون این شرط ابهامات و اشکالاتی وجود دارد که برای کسب مجوز نظری برای استفاده از این شرط در قراردادهای سرمایه‌گذاری، باید رفع شود. مطابق قول مشهور فقها، شرط پیش تعیین سود باطل است و اکثر حقوق دانان نیز با توجه به ماده‌ی ۵۴۸ قانون مدنی^(۱) نظر به بطلان چنین شرطی دارند. با وجود این، برخی حقوق دانان با رد دلایل بطلان شرط پیش تعیین سود، قائل به صحت و جواز چنین شرطی هستند، ولی به نظر می‌رسد احتجاجات این دسته، دلیل کافی بر نجات شرط پیش تعیین سود از سقوط در ورطه‌ی بطلان ندارد.

در تحقیق حاضر، ضمن طرح دلایل پیرامون بطلان شرط پیش تعیین سود، ایرادهای وارد به این شرط مطرح و نقد گردیده است.

۱. مشروعیت شرط پیش تعیین سود از منظر فقها

مرحوم علامه در این زمینه می‌گوید: بایستی سود در عقد مضاربه جزئی از مشاع باشد، مانند نصف، ثلث، ربع و از این قبیل و اگر کسی با دیگری عقد مضاربه منعقد نماید و بگوید که یکصد درهم از سود حاصله متعلق به تو و بقیه بین ما به طور مساوی تقسیم شود، عقد مضاربه باطل است؛ زیرا میزان سود زمانی مشخص می‌شود که حاصل شده باشد و در موقع انعقاد عقد هنوز سودی حاصل نشده است و هم چنین است اگر گفته شود نصف ربح به اضافه دره‌می مال تو یا نصف ربح منهای دره‌می مال تو (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۸۵).

عده‌ای از فقها و حقوق دانان دلیل بطلان شرط پیش تعیین سود را مخالفت آن با مقتضای عقد (مضاربه) دانسته و چنین استدلال کرده‌اند: با توجه به این که مقتضای عقد مضاربه در مشارکت است و اعتقاد به صحت پیش تعیین سود، عنصر مشارکت بین مضارب و عامل را مخدوش نموده و در نتیجه منجر به بطلان شرط و به تبع آن خود قرارداد می‌شود

محقق ثانی ذیل کلام علامه در قواعد آورده است: اگر کسی به دیگری بگوید که یکصد درهم از ربح مال تو و بقیه مال من و یا به عکس، عقد باطل است؛ زیرا سود تعلق نمی‌گیرد، مگر این که میزان آن مشخص شود و تعیین می‌زانی از سود برای یکی از عامل یا مضارب، خلاف مقتضای عقد است (محقق کرکی، ۱۴۰۸: ۸۴).

شهید ثانی در توضیح قول محقق ثانی چنین بیان می‌دارد سود حتماً باید به صورت مشاع تعیین شود. مراد از مشاع بودن آن است که تمام سود بین آن‌ها مشترک باشد. با این قید اموری از این تعریف خارج می‌شود، نخست آن که اگر برای یکی از طرفین مقدار معینی از سود تعیین و گفته شود بقیه مال دیگری است، این باطل است (جبعی عاملی، ۱۴۰۳: ۸۶).

محقق اردبیلی در ارشاد الاذهان می‌گوید: مشاع بودن سود بین عامل و مالک شرط است. اگر غیر این باشد، بدین گونه که مثلاً میزان معینی از سود به یکی از طرفین اختصاص داده شود، عقد باطل است. از نصوص بر می‌آید که سود باید به صورت اشتراکی مشاعی تعیین شود و صرف اشتراک کافی نیست. اشتراک بر دو نوع اشاعه و غیر اشاعه است. ظهور نصوص بر این است که در عقد مضاربه سود باید به نحو اشاعه تعیین شود و اگر برای یکی از طرفین مقدار معینی تعیین گردد و مقرر شود که بقیه مال دیگری است، سود در اینجا مشترک مشاعی نیست، بلکه به صورت مشترک

غیر اشاعی است و این با آن چه از نصوص استنباط می‌شود مخالف است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۰: ۹۸). با توجه به مراتب مذکور، مشهور فقها عقیده بر بطلان شرط پیش تعیین سود دارند و این نظر مستند به دلایلی به شرح آتی است.

۱-۲. اجماع

صاحب جواهر در مورد بطلان شرط مذکور ادعای اجماع کرده است و با توجه به حجیت اجماع، اگر اجماع با شرایط لازم اثبات شود، با توجه به اصول شرعی باید قائل به بطلان چنین شرطی شد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۵).

۲-۲. برخورد با مقتضای عقد

عده‌ای از فقها و حقوق دانان دلیل بطلان شرط پیش تعیین سود را مخالفت آن با مقتضای عقد (مضاربه) دانسته و چنین استدلال کرده‌اند: با توجه به این که مقتضای عقد مضاربه در مشارکت است و اعتقاد به صحت پیش تعیین سود، عنصر مشارکت بین مضارب و عامل را مخدوش نموده و در نتیجه منجر به بطلان شرط و به تبع آن خود قرارداد می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۰۸: ۸۴).

۳-۲. ظهور روایات در بطلان پیش تعیین سود

روایاتی که در این زمینه وجود دارد، ظهور در اشتراک به صورت اشاعه دارد؛ زیرا در این گونه روایات گفته شده است «الربح بینهما» و این جمله بیان گر آن است که سود باید به صورت اشتراکی مشاعی باشد (محقق اردبیلی، ۱۴۱۰: ۹۸).

۴-۲. ضرری بودن شرط پیش تعیین سود

دلیل دیگری که با استناد به آن می‌توان بطلان شرط پیش تعیین سود را استنباط کرد، ضرری بودن این شرط است؛ زیرا اگر مثلاً پنجاه واحد سود برای مضارب پیش‌بینی گردیده باشد و سود حاصله کمتر و یا به همان میزان باشد، در این صورت قرارداد به ضرر عامل خواهد بود و اگر سود حاصله به میزان بسیار زیادی بالاتر از مقدار سود تعیین شده برای یکی از طرفین باشد، قرارداد به ضرر طرفی که سود برای او از پیش تعیین شده است خواهد بود (فیروزآبادی، ۱۴۲۶: ۵۳۸).

۵-۲. ربوی بودن شرط پیش تعیین سود

دلیل دیگر بطلان شرط پیش تعیین سود، ربوی بودن آن است. بدین توضیح که با درج چنین شرطی ضمن عقد مضاربه، ارزش افزوده‌ی

حاصل از این قرارداد، عنوان سود به خود نمی‌گیرد، بلکه در قالب عناوینی مانند ربا و بهره می‌گنجد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۹۹).

۲-۶. عدم مشروعیت شرط پیش تعیین سود

از دلایلی که پیرامون بطلان شرط پیش تعیین سود بیان گردیده، عدم مشروعیت آن می‌باشد؛ زیرا اسلام جایز نمی‌داند کسی سرمایه‌ی خود را به جایی بسپارد و سود معین دریافت کند، بلکه باید شریک در سود و زیان باشد. در صورتی که با پیش تعیین سود مشارکت حاصله، مشارکتی ناقص خواهد داشت (قرضای، ۱۳۸۲: ۴۷).

۲-۷. عدم اطمینان به حصول سود معین

دلیل دیگر بر بطلان شرط مورد بحث، عدم اطمینان به حصول زیادت مال از میزان غیر مشاع می‌باشد. با درج چنین شرطی، عنصر شرکت از عقد مضارب حذف می‌شود؛ چرا که اگر شرط شود که مثلاً یکصد تومان از سود حاصله به سرمایه‌گذار تعلق گیرد، مسلم نیست که چنین مقداری از سود حاصل شود؛ زیرا امکان دارد سودی حاصل نگردد و پروژه‌ی سرمایه‌گذاری منجر به زیان‌دهی شده و یا میزان پیش‌بینی شده حاصل نشود. در نتیجه باید حکم به بطلان چنین شرطی به دلیل تردد در حصول آن داد (حلی، ۱۴۰۹: ۳۸۵).

۳. نقد ایرادهای وارد بر دلایل بطلان شرط پیش تعیین سود

در مورد استناد به اجماع برای اثبات بطلان شرط پیش تعیین سود گفته شده است که اجماع مذکور، مدرکی است و به لحاظ شرعی حجیت ندارد. لذا می‌توان با رد دلایل ابطال، حکم به صحت چنین شرطی داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۸۷). استدلال فوق صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا تنها عبارتی که در احادیث آمده، عبارت «الربح بینهما» می‌باشد (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۱۸۰) و این عبارت چیزی بیشتر از حکم به تشارک را نمی‌رساند. پس این که گفته شود اجماع فوق مدرکی و مستند به دلایل مذکور در بخش نخست است، استدلالی صحیح جلوه می‌نماید. در نهایت باید گفت که با استناد به این دلیل نمی‌توان حکم به بطلان شرط پیش تعیین سود داد.

در مورد دلیل دوم مبنی بر این که شرط پیش تعیین سود با مقتضای عقد مضارب به خورد دارد،

چنین استدلال شده است: «ظاهر این دلیل با واقعیت عرفی و سرمایه‌گذاری منطبق نیست؛ زیرا سرمایه‌پذیر با قبول سرمایه‌ی مالک و سرمایه‌گذاری آن، نوعی تولید و تجارت انجام می‌دهد. در عملیات تجاری، انگیزه‌ی اصلی فعالیت سود است. بنابراین باید طوری تعیین شود که سهم عامل از سهم مالک کمتر نشود. از طرف دیگر، مراد از شرط این نیست که تمام سود به مالک تعلق گیرد تا ایراد عدم مشارکت در سود برای عامل سرمایه‌پذیر مطرح شود، بلکه مراد آن است که قسمتی از سود، به نحو مقطوع و معین به مالک سرمایه اختصاص یابد و باقی به سرمایه‌پذیر تعلق گیرد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۰۱).

در این مورد بیان داشته‌اند فلسفه‌ی تأسیس عقد مضارب، تشویق و ترغیب مضارب در کوشش برای ازدیاد سود است و این امر یا تقسیم سود به نسبت معین به عمل می‌آید و تعیین مبلغ معین برخلاف مقتضای عقد مضارب است (امامی، ۱۳۶۸: ۱۰۱).

با درج شرط پیش تعیین سود ضمن قرارداد، هر چند قرارداد ربوی نمی‌شود، ولی در شرایطی قرار می‌گیرد که با افزودن چند شرط دیگر، کارکردی ربوی پیدا می‌کند. در واقع با ممنوع کردن استفاده از این شرط، می‌توان احتمال ابتلا به ربا را مسدود کرد.

در تقویت این استدلال می‌توان گفت برخورد شرط با مقتضای عقد همواره به صورت نفی مفاد اصلی عقد نیست، بلکه این برخورد گاه به صورت تعارض با هدف نهایی است که عقد به خاطر آن به وجود آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۵).

در موضوع مورد مطالعه نیز، شرط پیش تعیین سود با هدف نهایی عقود مشارکتی یعنی تلاش مشترک سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر برای کسب سود تعارض دارد. ذکر این نکته که طرفین سود

را طوری تعیین می‌کنند که برای طرف دیگر نیز سودی باقی بماند، کمکی به اثبات این امر که شرط پیش تعیین سود برخوردی با مقتضای عقد ندارد، نمی‌کند؛ چرا که میزان سود حاصله بیشتر از آن که به پیش‌بینی‌های طرفین بستگی داشته باشد، به شرایط غیر قابل پیش‌بینی بازار وابسته است.

در مورد دلیل سوم (استناد به ظاهر روایات) که پیرامون بطلان شرط پیش تعیین سود مطرح گردیده، چنین اظهار نظر شده است: از عبارت «الربح بینهما» فقط این نکته استفاده می‌شود که باید سود میان عامل و مالک مشترک باشد، اما این که آیا حتماً این شراکت باید به صورت اشاعه باشد یا با تعیین از قبل هم صحیح است، روایات اعم از آن می‌باشد. بدیهی است که در صورت تعیین به صورت غیر اشاعه هم اشتراک صدق می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۸۷).

همان‌طور که فوق‌البيان شد، از عبارت «الربح بینهما» حکم به اشتراک استنباط می‌شود نه اشاعه. پس به استناد این دلیل نمی‌توان بطلان شرط پیش تعیین سود را آشکار ساخت.

از ضروری بودن شرط نیز نمی‌توان بطلان شرط پیش تعیین سود را استنباط کرد؛ زیرا احتمال ضرر و تحمل ریسک یکی از عناصر اساسی و جدایی‌ناپذیر عقود مشارکتی است. در حقیقت، فردی که خواهان مشارکت در ارزش افزوده‌ی نهایی است، ریسک می‌کند و سرمایه‌ی خود را به خطر می‌اندازد. در ضمن، طرفین از همان ابتدا می‌توانند نسبت میزان سود را هر میزان که بخواهند تعیین کنند مانند این که ده درصد سود متعلق به مضارب باشد و نود درصد آن به عامل تعلق گیرد. بنابراین نمی‌توان به استناد این که احتمال دارد با درج شرط پیش تعیین سود، قرارداد به ضرر یکی از طرفین شود، حکم به غیر مشروع بودن این شرط داد.

در مورد ربوی بودن ارزش افزوده‌ی حاصل از سرمایه‌گذاری، با یک بررسی سطحی نیز کاملاً مشخص می‌شود که شرط پیش تعیین سود موجب تغییر ماهیت سود به ربا نمی‌گردد. ربا عبارت است از این که «کسی به دیگری قرض دهد و چیزی افزون بر آنچه قرض داده شده، مسترد گردد» (موسوی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۴)

ارزش افزوده‌ی حاصل از قرارداد سرمایه‌گذاری که سودش از پیش تعیین شده است را نمی‌توان ربا نامید؛ چرا که بین سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر رابطه‌ی قرضی برقرار نیست و در ضمن شرطی مبنی بر این که حتماً به سرمایه‌گذار سود پرداخته شود، وجود ندارد. در واقع حصول سود برای هر یک از طرفین بستگی به سوددهی احتمالی پروژه‌ی سرمایه‌گذاری دارد و هم‌چنین طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری شریک یکدیگر هستند و اگر سرمایه‌گذاری منجر به زیان دهی شود، هر دو ضرر می‌کنند و اگر سود ده باشد، هر دو کسب سود خواهند کرد.

با این اوصاف کاملاً روشن است قراردادی که در آن میزان سود از پیش تعیین شده، ارزش افزوده‌اش ربوی نیست، در مورد علت حرمت ربای معاوضی برخی گفته‌اند: چون از ربای معاوضی به عنوان پلی برای ربای قرضی استفاده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۴: ۷۲). به واقع از حیل‌های فرار از ربا، ربای در قالب بیع و معامله است؛ به این صورت که مثلاً فردی یک تن گندم را به یک و نیم تن نسیه و مدت‌دار می‌فروشد. این معاوضه در ظاهر بیع است، ولی در واقع همان ربای قرضی است.

در شرط پیش تعیین سود نیز هر چند قراردادی که سود در آن از پیش تعیین شده، ربوی نیست، ولی اگر به همین قرارداد شروط چندی افزوده شود، قرارداد کارکردی کاملاً ربوی پیدامی‌کند؛ به طوری که اگر در قراردادی که سود از پیش تعیین گردیده، شرطی مبنی بر تضمین سود و سرمایه‌گنجانده شود، با توجه به حذف عنصر خطر از قرارداد سرمایه‌گذاری، سرمایه‌پذیر سودی حتمی و تضمین شده به دست خواهد آورد که با توجه به تعریف سود به پاداش خطر (خاوری، ۱۳۷۵: ۲۲۴)، ارزش افزوده‌ی حاصل از این قرارداد را نمی‌توان سود نامید، بلکه در قالب ربا و بهره می‌گنجد. احتمال دارد استناد به ربا برای متصف کردن شرط پیش تعیین سود به صفت ربا همین نکته باشد که قرارداد را به سمت ربوی بودن سوق می‌دهد؛ به نحوی که با افزودن قیود دیگر به قرارداد سرمایه‌گذاری (تضمین سود و سرمایه)، سود مشروع و مباح حاصل از سرمایه‌گذاری، به ربای نامشروع تبدیل می‌شود (حسین‌زاده

بحرینی، ۱۳۷۵: ۲۱۶).

با درج شرط پیش تعیین سود ضمن قرارداد، هر چند قرارداد ربوی نمی‌شود، ولی در شرایطی قرار می‌گیرد که با افزودن چند شرط دیگر، کارکردی ربوی پیدا می‌کند. در واقع با ممنوع کردن استفاده از این شرط، می‌توان احتمال ابتلا به ربا را مسدود کرد. در مورد دلیلی که عدم جواز شرط پیش تعیین سود را در عدم اباحه و مشروعیت این دلیل می‌داند، استدلال شده است که به استناد این دلیل نمی‌توان حکم به عدم مشروعیت شرط پیش تعیین سود داد؛ زیرا اصل اولیه در حقوق اسلام، جواز تصرفات و آزادی اراده است و کسانی که مدعی ممنوعیت و عدم جواز هستند، ملزم به ارائه‌ی دلیل می‌باشند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۱: ۲۷۰).

در حقوق اسلام، اصل اولیه اباحه است و کسی که مدعی عدم مشروعیت است، ملزم به مدلل کردن نظر خود می‌باشد. در خصوص علت بطلان و عدم مشروعیت شرط پیش تعیین سود می‌توان گفت در حقوق اسلام برای پرداخت دستمزد خدمات عامل دوروش شناخته شده است نخست، پرداخت اجرت عمل؛ دوم، شرکت در سود. روش نخست با تشریع احکام اجاره و روش دوم با تشریع احکام مضاربه، مساقت و مزارعه تأمین شده است (صدر، ۱۳۶۸: ۱۹۱). اگر کسی بخواهد مال خود را به عنوان نهاده به پروژه‌ای تولیدی وارد کند و یکی از طرفین عقود مشارکتی باشد، باید از دریافت اجرت معین و از پیش تعیین شده چشم‌پوشد و بدین ترتیب در سود شریک شود. پس عقود مانند اجاره و مضاربه قابل جمع نیستند و این دو نوع عقد قسیمی یکدیگر می‌باشند، به طوری که در عقد اجاره، مشخص بودن میزان اجرت، شرط صحت اجاره است، در حالی که در عقد مضاربه، سود باید به صورت مشاع تعیین شود (حسین‌زاده بحرینی، ۱۳۷۵: ۲۱۸).

بنابر این در عقود مشارکتی، سود از قبل قابل تعیین نیست؛ زیرا موجب اختلاط این عقود با عقد اجاره می‌شود و این امر با هدف تشریع عقود مشارکتی و غیر مشارکتی مخالفت دارد و در این صورت باید گفته شود که شرط پیش تعیین سود، شرطی نامشروع است.

در مقابل این ایراد که سود حاصل از سرمایه‌گذاری می‌زانش احتمالی است، این چنین استدلال شده

است: «این دلیل در زمان گذشته قابل توجه بود؛ زیرا در گذشته عملیات اقتصادی و سودآور مانند جامعه‌ی معاصر منظم و قابل محاسبه نبود، ولی امروزه هر کس در تجارتی فعالیت می‌نماید، عرفاً و شخصاً میزان درآمد و سود او با اندک اختلاف قابل پیش‌بینی است و می‌توان آن را برآورد کرد. تمام فعالیت‌های سرمایه‌گذاری اعم از مستقیم و غیر مستقیم، بر مبنای این ارزیابی انجام می‌شود که اغلب هم مطابق با واقع، بلکه بیشتر از آن است» (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۰۱ - ۱۰۲).

همین استدلال با بیانی دیگر نیز ارائه شده است: «این دلیل اخص از مدعی است؛ زیرا می‌توان آن را به موردی که وثوق و اطمینان به حصول زیادی در مالی داشت نقض نمود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۸۶).

اگر بتوان اثبات کرد که اطمینانی به حصول سود تعیین شده وجود ندارد، دلیل مورد بحث از خدشه‌ای که به وسیله‌ی این ایراد بر آن وارد گردیده، رهایی می‌یابد. برای تبیین پاسخ به ایراد فوق، ابتدا در نظر بگیریم سرمایه‌گذاری که می‌خواهد در امر تولید گندم سرمایه‌گذاری کند، تصمیمات او چقدر می‌تواند بر متغیرهای زیر تأثیر گذار باشد:

- میزان کل زمین‌هایی که در سال جاری به زیر کشت خواهد رفت؛
 - میزان واردات گندم در سال جاری و آینده؛
 - اجازه‌ی صادرات گندم در سال جاری؛
 - احتمال حمله‌ی ملخ به مزارع گندم؛
 - احتمال سیل زدگی محصولات؛
 - احتمال خرابی تجهیزاتی که آبیاری مزارع به وسیله‌ی آن صورت می‌گیرد؛
 - خشک‌سالی؛
 - دستمزد کارگران در فصل برداشت؛
 - کرایه‌ی تجهیزات برداشت گندم؛
 - خرید تضمینی گندم توسط دولت.
- طبیعی است که تولیدکننده به هیچ یک از موارد فوق کنترل ندارد و باید آن‌ها را به عنوان متغیرهای غیر قابل پیش‌بینی در نظر بگیرد و بیشترین کاری که تولیدکننده می‌تواند انجام دهد، این است که با توجه به آمارهای موجود از سال‌های گذشته، پیش‌بینی‌های هواشناسی، اوضاع سیاسی و اقتصادی و بالاخره قضاوت‌های

شخصی، دست به پیش بینی در مورد هر یک از متغیرهای فوق بزنند. جدای از مثال فوق، در هر پروژه‌ی سرمایه‌گذاری تعداد متغیرهای قابل پیش بینی بسیار کمتر از متغیرهای غیر قابل پیش بینی است.

در سال‌های اخیر در سراسر جهان بسیاری از بانک‌ها و موسسات مالی به علت بحران‌های مالی دچار ورشکستگی شده‌اند و بعضی از دولت‌های اروپایی با بحران‌های شدید مالی روبه‌رو هستند. همه ساله از رسانه‌های گروهی خبر زبان‌دهی بنگاه‌های اقتصادی کلان را می‌شنویم و کسری بودجه نیز از مشکلات اساسی اغلب دولت‌هاست. با توجه به این که سیاست‌های مالی و اقتصادی بانک‌ها و دولت‌ها که دقیق‌ترین محاسبات را برای سود آور بودن برنامه‌هایشان انجام می‌دهد، همواره در خطر ورشکستگی یا کسری بودجه هستند، چگونه می‌توان با محاسبه، میزان دقیق سود را تعیین کرد.

در ضمن استدلال شده است که برخلاف زمان‌های گذشته، امروز دقت در پیش بینی سود بسیار زیاد است. در صورتی که عکس این گفته صادق است؛ چرا که در دوران گذشته به دلیل سادگی ساختار بازار و نبودن وسایل ارتباطی پیشرفته، حوزه‌های مختلف اقتصادی کمتر در یکدیگر تأثیر می‌گذاشتند. در دنیای معاصر، بازار

ساختاری پیچیده دارد و عناصر اقتصادی به هم وابسته‌اند. هر اتفاقی در هر گوشه‌ی جهان، بر قیمت کالا در سمت دیگر جهان تأثیر می‌گذارد و این ارتباط و پیچیدگی به قدری زیاد است که پیش بینی دقیق را غیر ممکن می‌سازد. پس با استناد به این که پیش بینی میزان سود در زمان حاضر از زمان گذشته دقیق‌تر است، نمی‌توان اظهار داشت که سود حاصل از سرمایه‌گذاری احتمال نیست. لذا سودی که از یک پروژه‌ی سرمایه‌گذاری حاصل خواهد شد، امری کاملاً احتمالی است تا جایی که میزان آن بیشتر از آن که در اختیار سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر باشد، مرتبط با شرایط بازار است. در نتیجه، به دلیل عدم امکان کسب اطمینان از حصول سود در میزان تعیین شده، پیش تعیین سود نمی‌تواند صحیح باشد.

برآمد

۱- پیرامون عدم جواز شرط پیش تعیین سود دلایل متعددی مطرح گردیده است که برخی از این دلایل از ساختار منطقی و حقوقی قابل قبولی برخوردار است و برخی دیگر پشتوانه‌ی منطقی اقصاع کننده‌ای ندارند. برخی از حقوق دانان با استدلال‌های نظری سعی در رفع این ایرادها کرده‌اند، ولی به رغم تلاش این دسته از حقوق دانان، دلایلی بر بطلان شرط پیش تعیین سود باقی است.

۲- با توجه به برخورد شرط پیش تعیین سود با مقتضای عقود مشارکتی و با در نظر گرفتن این نکته که سود حاصل از سرمایه‌گذاری احتمالی است و این امر با تعیین قبل از حصول سازگار نیست و همچنین این که این شرط راه ورود به عالم ربا را هموار می‌سازد و با هدف تشریع عقود مشارکتی (که عبارت است از دریافت سود به جای اجرت معین) تعارض دارد، هم‌چنان باید بر این نظر قائل بود که شرط پیش تعیین سود، باطل است و از مشروعیت فقهی و حقوقی برخوردار نمی‌باشد و استدلال‌هایی که برای رد ادله‌ی بطلان فوق به آن‌ها احتجاج شده است، از استحکام کافی برخوردار نمی‌باشد.

۳- متخصصان اقتصاد اسلامی به جای توجیه عناصر سیستم سرمایه‌گذاری ربوی برای داخل کردن آن‌ها در سیستم سرمایه‌گذاری اسلامی، باید به عناصر اساسی و پایه‌ی اقتصاد اسلامی اصالت بخشیده و از آلوده شدن این سیستم به عناصر غیر مشروع سیستم ربوی خودداری کنند. در حقیقت، وظیفه‌ی متخصص اقتصاد اسلامی به جای استفاده از توجیهات مختلف جهت پیاده کردن سیستم ربوی، ارائه‌ی نظریه‌هایی برای کارکرد هر چه بهتر سیستم‌های مشارکتی اسلامی است.

پی نوشت:

۱. «حصه هر یک از مالک و مضارب باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد».

فهرست منابع:

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران: اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۸.
- ۲- باریکلو، علیرضا، «وضعیت شرط تضمین سود»، فصل‌نامه‌ی حقوق، شماره‌ی چهارم، ۱۳۸۷.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره نهایی حقوق مدنی (عقد ضمان)، جلد سوم، تهران: شرکت‌های سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ نخست، ۱۳۵۲.
- ۴- حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین، «بررسی فقهی اقتصادی سود تضمین شده در بانکداری بدون ربا»، فصل‌نامه‌ی اندیشه‌ی حوزه، شماره‌ی پنجم، ۱۳۷۵.
- ۵- خاوری، محمد، حقوق بانکی، تهران: موسسه بانکداری ایران، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
- ۶- صدر، محمدباقر، اقتصاد ما، برگردان: عبدالله اسپهبدی، جلد دوم، قم: موسسه‌ی نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۸.
- ۷- قرضایی، یوسف، دیدگاه‌های فقهی معاصر، برگردان: احمد نعمتی، تهران: احسان، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

۹- مکارم شیرازی، ناصر، ربا و بانکداری اسلامی، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، چاپ ششم، ۱۳۸۴.

۱۰- محقق اردبیلی، احمد بن محمود، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ نخست، ۱۴۱۰ هجری قمری.

۱۱- حر عاملی، محمدحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۲ هجری قمری.

۱۲- حلی، جعفر بن حسن، تذکره الفقهاء، قم: استقلال، ۱۴۰۹ هجری قمری.

۱۳- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، عروه الوثقی، قم: موسسه‌ی اسماعیلیان، چاپ نخست، ۱۳۳۷.

۱۴- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی، روضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه، قم: اسلامیه، چاپ نخست، ۱۴۰۳ هجری قمری.

۱۵- فیروزآبادی، ابی اسحاق، المذهب فی فقه الامام شافعی، بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۶ هجری قمری.

۱۶- کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، قم: آل‌البیت، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هجری قمری.

۱۷- موسوی اصفهانی، ابوالحسن، وسیله النجاه، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۸ هجری قمری.

۱۸- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، قم: مکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۴ هجری قمری.

مبانی حق حبس در فقه امامیه و حقوق ایران

امید توکلی کیا، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی



چکیده

در هر رابطه‌ی حقوقی بین اشخاص، تعهدی به چشم می‌خورد و در برابر هر حق، التزامی وجود دارد. اگر اجرای تعهد قراردادی را به معنای عمل به التزامی بدانیم که متعهد بر عهده دارد، آن چه از ماهیت تعهد به عنوان قاعده‌ی اولی می‌توان برداشت نمود، این است که یک تعهد منجز و حال باید فوری و در فاصله‌ی زمانی متعارف اجرا شود. به عنوان مثال اگر در عقد بیع موعدی برای تسلیم مبیع و تادیه‌ی ثمن تعیین نشده باشد، به مجرد وقوع عقد، فروشنده باید مبیع را به خریدار تحویل دهد و خریدار نیز ثمن را به فروشنده تسلیم نماید، ولی هرگاه فروشنده در برابر درخواست خریدار از تسلیم امتناع ورزد، خریدار نیز می‌تواند از پرداخت ثمن خوداری نماید تا فروشنده حاضر به تسلیم مبیع شود. این اختیار متقابل از رابطه‌ی بین دو تعهد استنباط می‌شود و «حق حبس» نام دارد؛ فروشنده به خاطر دست یافتن به ثمن، الزام به تسلیم مبیع را پذیرفته و خریدار برای تصرف در مبیع، به پرداخت ثمن تعهد کرده است. قانون مدنی به صراحت به حق حبس نپرداخته است، ولی در ماده‌ی ۳۷۷ حق حبس خریدار و فروشنده را مورد نظر قرار داده است. این نوشتار به بررسی مبانی حق حبس در فقه امامیه و حقوق ایران می‌پردازد.

واژگان کلیدی: حق حبس، عقد بیع، فقه امامیه، حقوق ایران



درآمد

عقد بیع با بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تادیه‌ی ثمن ملزم می‌سازد.

عدم تسلیم عمدی مبیع توسط بایع از دو حال خارج نیست: یا او در مقام اعمال حق خویش از تسلیم مبیع استکفاف می‌ورزد و برای این کار دلیل قانونی دارد و یا با وجودی که قدرت بر تسلیم دارد، عمداً مبیع را تسلیم نمی‌کند. حق حبس ناظر بر حالت نخست است و بر این اساس خریدار می‌تواند از پرداختن ثمن خودداری کند تا فروشنده حاضر به تسلیم مبیع شود. همین اختیار را فروشنده در مورد تسلیم مبیع دارد، یعنی می‌تواند ایفای به عهد را منوط به پرداختن ثمن کند. این اختیار متقابل از رابطه‌ی بین دو تعهد استنباط می‌شود و «حق حبس» نام دارد؛ فروشنده به خاطر دست یافتن به ثمن، الزام به تسلیم مبیع را پذیرفته و خریدار برای تصرف در مبیع به پرداختن ثمن تعهد کرده است. توافق طرفین این دو تعهد را با هم آفریده، پس منطقی و منصفانه است که هر یک از آنان اجرای تعهد خود را هم‌چنان که در مفاد توافق آمده است، موکول به اجرای تعهد دیگری گردانند.

ماده‌ی ۳۷۷ قانون مدنی درباره‌ی حق حبس خریدار و فروشنده چنین مقرر می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این که مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود».

ماده‌ی ۳۷۱ قانون تجارت نیز از حق حبس حق‌العمل کار نام برده و مقرر می‌دارد: «حق‌العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده حق حبس خواهد داشت». هم‌چنین در ماده‌ی ۳۹۰ همان قانون آمده است: «اگر مرسل‌الیه میزان مخارج و سایر وجوهی را که متصدی حمل و نقل بابت مال التجاره مطالبه می‌نماید

قبول نکند، حق تقاضای تسلیم مال التجاره را نخواهد داشت مگر این که مبلغ متنازع‌فیه را تا ختم اختلاف در صندوق عدلیه امانت گذارد».

در ماده‌ی اول قانون راجع به بدهی واردین به مهمان‌خانه‌ها و پانسیون‌ها مصوب ۱۳۱۲ نیز حق بازداشت اموال بدهکار به منظور وصول طلب و اجبار بدهکار پیش‌بینی شده است.^(۱) با توجه به این که در رابطه با حق حبس به طور مفصل بحث گردیده است، لذا ضمن خودداری از تکرار مطالب، به بررسی مبانی موجود در رابطه با حق حبس که کمتر مورد توجه قرار گرفته است، می‌پردازیم.

۱. مبانی حق حبس

قانون مدنی به مبانی این حق که از آن به «حق امتناع»، «حق گروکشی» و «حق حبس» تعبیر می‌شود، اشاره‌ای ندارد و تنها به اصل حق پرداخته است. شاید طرح مبانی مختلف باشد و لذا قانون‌گذار به اصل حق که مورد اتفاق بوده، اکتفاء نموده است. در خصوص مبانی حق حبس که بیشتر در فقه امامیه مورد توجه قرار گرفته، چندین نظریه وجود دارد که در این قسمت به شرح هر یک می‌پردازیم.

۱-۱. نظریه‌ی وجوب رد مال غیر

محقق اردبیلی مبانی حق حبس را «وجوب رد مال غیر» می‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۵۰۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵: ۵۶۱). علامه‌ی بحرانی نیز این نظر را پسندیده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۱۵۳) که یکی از آثار عقد، وجوب تسلیم ثمن و مثنی بر طرفین عقد می‌باشد، هر چند طرف مقابل امتناع نماید. اینان معتقدند به مجرد وقوع عقد بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود و لذا هر یک مالک مالی می‌شود که در دست دیگری است و چون رد مال غیر به صاحبش واجب است و امساک و در اختیار نگه داشتن مال دیگری از مصادیق ظلم است و ظلم یکی از طرفین عقد، مستلزم جواز ظلم طرف مقابل وی نمی‌باشد، در نتیجه تسلیم هر یک از عوضین واجب

است و امساک هر یک از بایع و مشتری از دادن مال دیگری و تصرف در آن بدون اذن مالک حرام است (خویی، ۱۳۷۸، ج ۷: ۵۹۲).

برخی از نویسندگان حقوق (کیایی، ۱۳۷۶: ۲۱۷) نقل کرده‌اند که عده‌ای از فقهاء ظاهراً منکر وجود حق حبس شده و این مطلب را از قول علامه بحرانی به محقق اردبیلی نسبت داده‌اند، حال این که علامه بحرانی در تبیین کلام محقق اردبیلی در کتاب شرح ارشاداللاذهان می‌فرماید: «کلام محقق اردبیلی که بیان می‌دارد در صورت امتناع هر یک از طرفین عقد از تسلیم مبیع و ثمن، بایع و مشتری با هم بر ایفای تعهد خویش اجبار می‌شوند، در مقام رد نظر شیخ طوسی است که ایشان معتقد است در این فرض ابتدا باید بایع مجبور به تسلیم مبیع گردد و سپس مشتری به تادیه‌ی ثمن ملزم شود (طوسی، بی‌تا، ج ۳: ۱۵۱) نه این که محقق در صدد انکار حق حبس باشد؛ چرا که ایشان نیز معتقد است در صورت امتناع یکی از طرفین، طرف مقابل نیز می‌تواند امتناع نماید». علامه بحرانی معتقد است: «از عبارت مذکور در شرح ارشاد چیزی مبنی بر انکار حق حبس برداشت نمی‌شود مگر این که در جای دیگری ایشان به این مطلب تصریح کرده باشد» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۱۵۳) و دیگر این که برخی از فقهاء در رابطه با حق حبس ادعای اجماع نموده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴: ۶۸۹).

در نقد این مبنا گفته شده است که بر اساس بنای عقلاء تسلیم عوض توسط هر یک از بایع و مشتری به طرف مقابل مشروط به تسلیم طرف دیگر می‌باشد. بنابراین اگر هر یک از طرفین از تسلیم آن چه بر عهده‌ی اوست خودداری و امتناع نماید، طرف دیگر نیز می‌تواند از تسلیم خودداری کند و لذا نظریه‌ی وجوب رد مال خالی از وجه است.^(۲)

۲-۱. نظریه‌ی مقتضای اطلاق عقد معاوضی

برخی دیگر از فقهاء معتقدند که مبانی حق

حبس «مقتضای اطلاق عقد معاوضی» است (نجفی، بی تا، ج ۲۳: ۱۴۶) یعنی در عقد شرطی بر خلاف آن مثلاً شرط تاجیل در تسلیم نشده باشد. شیخ انصاری در توجیه مبنای حق حبس که برخی ادعای عدم خلاف در جواز آن نموده اند می فرماید: «شاید وجه آن، این باشد که عقد بیع مبتنی بر تقابض (داد و ستد هم زمان) است و این که معامله دست به دست (یداً بید) صورت گیرد، بنابراین هر یک متعهد شده که هم زمان با تحویل دادن طرف مقابل، او نیز کالا را تحویل دهد و نیز بادیگری شرط نموده که در صورت امتناع وی، کالا را نخواهد داد. در نتیجه به مقتضای اطلاق عقد، هر یک حق امتناع از تحویل در صورت خودداری طرف مقابل را خواهد داشت»^(۳) برخی از حقوق دانان در این رابطه معتقدند: «اطلاق عقد بیع، مقتضی تسلیم هم زمان است و اگر هم زمان اقدام به تسلیم نکنند، ضمانت اجرای فطری و طبیعی آن، حق حبس است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۷).

در نقد این نظریه گفته شده که مقتضای اطلاق عقد معاوضی را نمی توان مبنای حق حبس دانست؛ زیرا اگر در ضمن قرارداد، برای اجرای تعهد هیچ یک از طرفین اجلی تعیین نشده باشد، اطلاق قرارداد مقتضی این است که هر یک از طرفین باید فوراً چیزی را که دیگری استحقاق دریافت آن را دارد، هر چند آن را مطالبه ننموده باشد، به وی تسلیم نماید و تاخیر در تسلیم بدون رضایت طرف قرارداد جایز نیست؛ زیرا به مجرد وقوع عقد، ملکیت هر یک از طرفین نسبت به عوض تکمیل می شود^(۴) و نتیجه ی چنین امری، انکار حق حبس است.

۳-۱. نظریه ی حکم عقلایی مترتب بر معاوضه

مبنای حق حبس را «حکم عقلایی مترتب بر معاوضه» دانسته اند. بنا بر این نظر، تسلیم و تسلّم از احکام عقلایی مترتب بر بیع است تا این که به اعتبار آن صحیح باشد. بیع عبارت

است از گرفتن و دادن و طریقی برای دستیابی و وصول به عوضین یعنی مبیع و ثمن؛ همان طور که بیع انشایی وسیله ای برای وصول به ملکیت عقلایی می باشد. بنابراین تسلیم و تسلّم یا اخذ ثمن و اعطای مبیع، تقیید و التزام در خود عقد معاوضی نیست، بلکه از جمله احکام واضح عقلایی^(۵) است، مگر این که دلیل شرعی بر ردع و نپذیرفتن آن وجود داشته باشد. طبق این نظر، مبنای حق حبس بر گرفته از حکم عقلاء است و خیار مربوط به آن «خیار عقلایی» است. طبق آن چه بیان شد، مبنای حق حبس سیره ی عقلاء است و در حجت این سیره همانند مرحوم آخوند در «کفایه الاصول» (خراسانی، ۱۴۲۹، ۳۰۳) و محقق اصفهانی در «نهایه الدرایه» (اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۲۳۳) عدم ثبوت ردع را کافی دانسته است؛ به این بیان که اگر عقلای عالم به ملاک عقلشان مطلبی را ادراک کردند، شارع هم باید با این عقلاء متحدالمسلک باشد؛ زیرا شارع مقدس نه تنها یکی از عقلاست، بلکه رئیس العقلاست. بنابراین اگر شارع نسبت به روش عقلاء ردعی نکرد، قاعده و قانون اولی، اتحاد مسلک شارع با عقلاست.

عده ای دیگر هم چون محقق حائری در «دررالفوائد» (حائری، بی تا، ج ۲: ۳۳-۳۶) معتقدند سیره ی عقلاء در صورتی برای ما حجت دارد که شارع آن را امضاء کرده باشد. باید این قطع که شارع این سیره ی عقلانی را امضا کرده است، حاصل شود. بنابراین سکوت شارع در مقابل سیره و مجرد این که شارع از آن ردعی نکرده باشد، کفایت نمی کند. این نظریه که ارتکاز عقلاء را مبنای حق حبس می داند، در مقابل مبنای منتخب کامل به نظر نمی رسد و به توافق و اراده ی طرفین قرارداد توجه ندارد.

۴-۱. عدالت معاوضی و انصاف

برخی مبنای حق حبس را «عدالت معاوضی» دانسته و می گویند: «در صورتی که دو طرف

معامله در باره ی زمان مبادله ی دو عوض قرار خاصی نگذارند، ظاهر این است که انتظار دارند دو عوض مقارن یکدیگر مبادله شود. برای مثال در عقد بیع بنای خریدار و فروشنده بر این است که مبیع و ثمن در یک زمان معاوضه شود. این توافق ضمنی ناشی از معنای معاوضه در دیدگاه عرف است. همان گونه که ملکیت در یک زمان برای هر دو به وجود می آید، تسلیم دو عوض نیز باید هم زمان انجام شود. عدالت معاوضی ایجاب می کند که دو تعهد متقابل در یک زمان اجرا شود و تبعیضی در میان نباشد. دو طرف چنان به این برابری وابسته اند که اگر ناچار شوند بدون دریافت آن چه در عقد انتظار داشته اند، آن چه را به عهده دارند تسلیم دارند، احساس ظلم و تجاوز می کنند؛ زیرا این خطر وجود دارد که طرف مقابل به دلیل اعسار یا تلف قهری موضوع تعهد یا تفریط خود یا تقصیر دیگران، نتواند وفای به عهد کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴: ۸۲).

هم چنین حق حبس را مبتنی بر «عدل و انصاف» دانسته اند که به موجب آن نباید به یکی از طرفین حق داده شود که اجرای تعهد طرف مقابل را درخواست نماید، بدون این که خود برای اجرای تعهدی که در همان عقد برای او حاصل شده است، حاضر شود.

دکتر سنهوری مبنای حق حبس در حقوق مصر را «بدهت منطق و اقتضای عدالت» دانسته است.^(۶)

این نظریه نیز مورد نقد قرار گرفته و برخی حقوق دانان معتقدند که حق حبس، ریشه در قصد متعاقدين دارد و ارتباطی به عدالت معاوضی که اصطلاح نارسای مستحدث است، ندارد.^(۷)

۵-۱. قاعده ی معامله به مثل (تقاص)

میر عبدالفتاح مراغه ای می فرماید: «ممکن است با استناد به آیه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» حق حبس را بر مبنای تقاص یا جواز معامله به مثل توجیه کرد که به مقتضای آن، اگر یک

طرف از تسلیم یا ادای حق دیگری امتناع نماید، طرف دیگر حق دارد از تسلیم مال یا ادای حق او خودداری نماید» (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۶۰). برخی از نویسندگان حقوقی (پارساپور و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸: ۱۰) این مبنا را به عنوان قول برخی از فقهاء نقل نموده‌اند، در حالی که تنها به عنوان یک فرض مطرح گردیده و موید این مطلب، کلام این فقیه بزرگوار است که در ابتدا با عبارت «یمكن الاستدلال» شروع می‌کند و در پایان این طور می‌فرماید: «در میان کلمات اصحاب کسی که به این مطلب به صورت قضیه کلی اشاره نموده باشد نیافتیم».^(۸)

در نقد این مبنا گفته شده است استناد به قاعده‌ی معامله به مثل (تقاص) در صورتی می‌تواند به عنوان مبنایی برای حق حبس مورد توجه قرار گیرد که خودداری یک طرف از اجرای تعهد، مصداق اعتدا و تجاوز به حقوق دیگری محسوب شود و آن در فرضی قابل تصور است که طرف دیگر در اصل، منکر وجود حق یا مال دیگری نزد خود باشد یا به طور کلی از اجرای تعهد خویش خودداری نماید. بنابراین در فرضی که یک طرف با وجود اعلام آمادگی، اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد از سوی طرف مقابل می‌کند، چنین امتناعی تجاوز محسوب نمی‌گردد تا طرف دیگر بتواند به عنوان معامله به مثل یا تقاص از اجرای تعهد خویش خودداری نماید (همان: ۱۳).

۲. مبنای برگزیده (نظریه شرط ارتکازی)

شرط ضمنی در متن عقد ذکر نمی‌شود، اما داخل در مفاد عقد است؛ به دلیل توافق و بنای طرفین بر شرطی که قبلاً کرده‌اند، یا عرف یا ارتکاز و یا حکم قانون و بر این اساس به اقسام ذیل منقسم می‌گردد: شرط ضمنی بنایی؛ شرط ضمنی عرفی؛ شرط ضمنی ارتکازی و شرط ضمنی قانونی.

اصطلاح «شرط ارتکازی» برای آن دسته از شروطی به کار می‌رود که در اذهان عرف

«مبنای جواز حق حبس به دلیل وجود شرط ضمنی ارتکازی از سوی طرفین قرارداد است؛ زیرا تسلیم و تسلیم در عقد بیع از امور ارتکازی عقد بیع در نزد عرف و عادت می‌باشد که فروشنده میباید آن را نگه می‌دارد تا ثمن را بگیرد و خریدار نیز ثمن را نگه می‌دارد تا مبیع را دریافت کند»

عقلاء رسوخ و نفوذ پیدا کرده است، به طوری که حتی اگر دلیلی بر خلاف آن حاصل شود، دست برداشتن از آن دشوار باشد؛ به این دلیل که ارتکاز عبارت از شعوری عمیق نسبت به نوع حکمی است که انجام یا ترک آن از سوی عقلاء و منتشره صادر می‌گردد، بدون این که دقیقاً منشأ آن شناخته شود. بدین جهت هر گاه فعلی در پرتو سیره (سیره‌ی منتشره و سیره‌ی عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن سخت جایگزین و استقرار و ثبوت یابد، آن را «ارتکازی» گویند. برخی از فقهاء (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۲۹؛ همو، ۱۴۱۸، ج ۲: ۸۷) شرط ارتکازی را از شروط ضمن عقد می‌دانند؛ چرا که در عالم ثبوت و واقع، قصد مشترک طرفین به آن تعلق گرفته است.

بنابراین شرط ارتکازی یکی از اقسام شرط ضمنی است و مبنای اعتبار آن «بنای عقلاء» است. به همین دلیل برخی از فقهاء اصطلاح شرط ارتکازی را برای امور عقلی و عقلایی هم به کار می‌برند. به عنوان مثال محقق خویی در کتاب طهارت می‌فرماید: یکی از شرایط تکلیف، قدرت بر انجام عمل می‌باشد و این شرط قدرت و توانایی مکلف در انجام تکالیف یک «حکم عقلی» است^(۹) و در جای دیگری می‌فرماید: قدرت بر انجام تکلیف از ابتدا یک «شرط ارتکازی» برای انسان بوده است.^(۱۰) از کنار هم قرار دادن این دو مطلب می‌توان استنباط نمود که احکام

عقلی و عقلایی از مقوله‌ی شروط ارتکازی است. بنابراین شروطی که به حکم عقل باید در هر عقد و قراردادی وجود داشته باشد و لازمه‌ی آن می‌باشد را می‌توان از شروط ارتکازی قلمداد نمود. نسبت منطقی بین شرط ارتکازی و شرط ضمنی در معنای عام، «عموم و خصوص مطلق» است، به این معنا که هر شرط ارتکازی، شرط ضمنی است، ولی هر شرط ضمنی، ارتکازی نمی‌باشد و ممکن است شرط ضمنی بنایی یا شرط ضمنی عرفی و یا شرط ضمنی قانونی باشد.

پس از بیان این مقدمه‌ی کوتاه، به اصل بحث که بررسی مبنای حق حبس است می‌پردازیم. برخی از فقهای امامیه مبنای حق حبس را «شرط ضمنی ارتکازی» می‌دانند و معتقدند در عقود مبتنی بر معاوضه، تملیک در مقابل تملیک است و همچنین تسلیم هر یک از طرفین عقد یعنی فروشنده و خریدار در مقابل تسلیم طرف دیگر می‌باشد، نه این که در این گونه عقود خود عقد مقتضی تملیک یا تسلیم شخص بر مال باشد به تصور این که مقصود از عقد، حصول تسلیم به معنای جامع آن است که هم شامل سلطنت اعتباری می‌شود و هم سلطنت فعلی خارجی، در حالی که سلطنت اعتباری که حقیقت ملکیت را در بین طرفین عقد تشکیل می‌دهد قابل انشاء است، برخلاف سلطنت فعلی خارجی که با انشای عقد حاصل نمی‌شود، بلکه در باب معاوضات، بنای عقلاء بر این است که تملیک در مقابل تملیک و تسلیم در مقابل تسلیم صورت گیرد. بنابراین التزام طرفین عقد به تسلیم در مقابل تسلیم، شرط ارتکازی است که از مصادیق شروط ضمنی است که طرفین عقد هر چند در ضمن عقد بدان تصریح نکرده‌اند، ولی نسبت به آن ملتزم شده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۷۲؛ نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۵۳).

محقق اصفهانی در حاشیه‌ی بر مکاسب، در بحث حق حبس می‌فرماید: «اگر یکی از طرفین قرارداد با وجود در اختیار قرار دادن

طرف دیگر از تسلیم موضوع قرارداد امتناع نماید، اجبار به تسلیم می گردد و بر طرف دیگر تسلیم واجب نیست؛ زیرا تسلیم در عقود معاوضی تسلیم مطلق نمی باشد، بلکه باید در برابر تسلیم قرار گیرد» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۷۳). از کلام ایشان استظهار می گردد که در عقود معاوضی، تسلیم باید در مقابل تسلیم قرار گیرد و این تسلیم در برابر تسلیم، شرط ضمنی ارتكازی عقد بیع است و تخلف از آن موجب حق خیار می گردد.

«مبنای جواز حق حبس به دلیل وجود شرط ضمنی ارتكازی از سوی طرفین قرارداد است؛ زیرا تسلیم و تسلّم در عقد بیع از امور ارتكازی عقد بیع در نزد عرف و عادت می باشد که فروشنده مبیع را نگه می دارد تا ثمن را بگیرد و خریدار نیز ثمن را نگه می دارد تا مبیع را دریافت کند»^(۱۱)؛ دلیلی که بر جواز حق حبس در عقود معاوضی پیش از فسخ دلالت دارد، شرط ضمنی ارتكازی است؛ بدین معنی که بنای عرفی و عقلایی طرفین قرارداد بر تسلیم و تحویل مبیع توسط فروشنده به تصرف خریدار و تسلّم (استیلا) خریدار بر مبیع) آن به وسیله خریدار می باشد، نیز موید این مطلب است که مبنای حق حبس، شرط ارتكازی عقد است.

محقق عراقی در کتاب «شرح تبصره المتعلمین» ظاهر مبنای حق حبس را شرط ارتكازی می شمارد و می فرماید: «چه بسا سلطنت هر یک از طرفین عقد از امتناع دو عوض در مواجهه با امتناع دیگری به دلیل وجود ارتكاز عرفی باشد»^(۱۲).

آیت الله میرزا جواد تبریزی در کتاب «ارشاد الطالب» که حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری است نیز بیان می دارد که مبنای حق حبس، شرط ارتكازی است (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴: ۵۷۸-۵۸۶). قانون مدنی هم که در بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ می گوید: «عقد بیع با مبیع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تادیه ثمن ملزم می کند»، با نظریه شرط ضمنی ارتكازی

منطبق تر است؛ چرا که تسلیم مبیع باید در برابر تسلیم ثمن قرار گیرد، به این دلیل که ارتكاز عرفی که مبنای آن بنای عقلاء است، در عقد بیع بر این است که تسلیم مبیع در مقابل اخذ ثمن محقق گردد و فرمایش محقق نایینی نیز موید این مطلب است. از طرف دیگر تسلیم در عقود معاوضی تسلیم مطلق نمی باشد، بلکه تسلیمی مقید است که تسلیم باید در برابر تسلیم باشد.

به همین جهت، در رابطه با حق حبس گفته شده است «از نظر تحلیل حقوقی، عقد بیع عبارت از تملیک مورد و تعهد به تسلیم آن است، بنابراین التزام به تسلیم مبیع و تادیه ثمن ناشی از امانت مالکانه و یا امانت قانونی مبیع و ثمن نمی باشد تا هر یک از متبایعین پس از انتقال چون متصرف مال غیر می باشد و نزد او امانت است، باید آن را به تصرف مالکش بدهد.

این است که بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی می گوید: «عقد بیع با مبیع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تادیه ثمن ملزم می نماید» (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۴۵۰). هم چنین در بیان مبنای حق حبس گفته اند: «اساس حق حبس به معنی عام کلمه بر موازنه ی بر تعویض نهاده شده است، چه در سمت ایجاب باشد چه در طرف سلب، اما در طرف ایجاب که حق حبس در معنی اخص کلمه در این معنی به کار می رود، تسلیم مورد عقد از طرف یک طرف قرارداد، در برابر تسلیم طرف دیگر مورد توجه است که اگر هر دو طرف از تسلیم امتناع ورزند (تمناع) قانون به تبع حقوق فطری، آنان را ذی حق در امتناع می شناسد، اما در طرف سلب ... عقد ممکن است به سبب خیار فسخ یا اقاله یا شفعه گسیخته شود و آن وضع ایجابی تباه و ویران گردد، اما روح موازنه در تعویض که ناشی از تراضی طرفین بوده است، سایه ی خود را از سر این امور (خیار، اقاله، شفعه) کوتاه نمی کند و دامنه ی آن موازنه در تعویض که سابقاً به سوی ایجاب کشیده شده بود، اینک به طرف سلب هم کشانده می شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱).

این بیان نیز موید شرط ارتكازی است؛ چرا که می گوید اگر طرفین قرارداد از تسلیم امتناع ورزند، قانون به تبع «حقوق فطری»، آنان را ذی حق در امتناع می شناسد. بنابراین مبنای تمناع از تسلیم (حق حبس) را حقوق فطری می داند و همین حقوق دان در جای دیگری آورده است: «حقوق طبیعی یا فطری را در فقه، ارتكازیات گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۱۲) و دیگر این که التزام به تسلیم، در برابر تسلیم شرط ضمنی قرارداد است. لذا با قرار دادن این هادر کنار یکدیگر می توان گفت مبنای حق حبس در نظر ایشان نیز شرط ضمنی ارتكازی است و این شرط برگرفته از حقوق فطری و طبیعی است و موید این مطلب، اقتباس این نظر از فرمایشات محقق اصفهانی و محقق نایینی می باشد که به آن اشاره شد.

بنابراین بر اساس نظریه ی شرط ارتكازی، شروط عقلایی که بر اساس سیره ی عقلایی غیر مردوعه شکل گرفته و شروطی که برگرفته از حقوق فطری و طبیعی انسان ها است، در مفهوم شرط ضمنی ارتكازی داخل است و قرارداد در بر دارنده ی آن است و از طرف دیگر، قصد طرفین قرارداد نیز بدان تعلق گرفته است هر چند در ضمن عقد نسبت به آن تصریحی صورت نگیرد.

برآمد

مبنای حق حبس را می توان بر اساس نظریه ی شرط ارتكازی توجیه و تبیین نمود و گفت تمامی شروط عقلایی که ناشی از سیره ی عقلایی است و توسط شارع یا مقنن ردع و منعی نسبت به آن صورت نگرفته باشد و هم چنین شروط نشأت گرفته از حقوق فطری، داخل در مفاد طرفین قرارداد است و بر این اساس، نظریه ی شرط ارتكازی با اصل حاکمیت اراده نیز هم جهت است. بنابراین در تمامی تعهدات دو طرفه، این شرط ارتكازی وجود دارد که انجام تعهد هر یک از طرفین در برابر انجام تعهد طرف دیگر قرار می گیرد.

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- «صاحبان مهمان‌خانه و پانسیون و جاهای مانند آن حق دارند مادام که وارد یا مسافر بدهی خود را از بابت کرایه منزل و قیمت غذا و سایر چیزهایی که مصرف کرده‌اند نپردازد، از خروج اشیاء و اثاثیه متعلق به او معادل بدهی او جلوگیری کرده و در شهرها از مأمورین نظمیه و در خارج از شهرها از مأمورین امنیه توقیف اشیای مذکور را تقاضا کنند. هر گاه معلوم شود که اشخاص فوق بدون حق مانع خروج اسباب یا اثاثیه شده و یا توقیف آن را تقاضا کرده‌اند، علاوه بر جبران خسارات مالی مسافر یا وارد، به جزای نقدی از پنجاه تا هزار ریال محکوم خواهند شد. تبصره- حق استفاده از این ماده مخصوص کسانی است که قبلاً کرایه منزل و قیمت غذا و غیره را اعلان و در محلی که هر وارد بتواند آن را به بینه الصاق کرده باشند».
 - ۲- «اما ما ذهب إليه الأردبیلی فیه ما ذکره المصنف من أن تسلیم کل من البائع والمشتري العوض للآخر مشروط بتسلیم الآخر العوض إلیه بحسب بناء العقلاء وإذا امتنع أحدهما من التسليم فللآخر أيضا أن یمتنع من ذلك و علیه فلا وجه للقول بالوجوب علی وجه الإطلاق كما هو واضح» (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۶: ۲۶۲).
 - ۳- «... أن عقد البيع مبنی علی التقابض و كون المعامله یداً بيد، فقد التزم كلٌ منهما بتسلیم العين مقارناً لتسلیم صاحبه، لا بدونه، فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه» (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۶: ۲۶۳).
 - ۴- «لا خلاف فی أن إطلاق العقد و تجریده عن اشتراط التأخیر یقضی وجوب تسلیم المبيع و الثمن عرفاً فیتبعه الوجوب شرعاً، لعدم قوله تعالی «أو فُسوا» و غیره بل الظاهر ذلك، و إن لم یطالب كل منهما الآخر بذلك، فلا یجوز لأحدهم التأخیر إلا برضاء الآخر، ضرورة أنه بتمام العقد، یتم ملك كل منهما للعوض، فإبقاؤه فی اليد محتاج إلى الاذن» (نجفی، بی تا، ج ۲۳: ۱۴۴).
 - ۵- احکام عقلایی، احکامی است که برای حفظ نظام خردمندان شکل گرفته است، مثل قضایای «عدل حسن است و ظلم قبیح است» و از آن به «قضایای مشهوره» تعبیر می‌شود.
 - ۶- «ان الحق فی الحبس یقوم فی اساسه علی مبدا عام ... و هذا المبدا یقوم علی اعتبارات تمیلها بداهه المنطق و مقتضیات العداله» (السنهوری، بی تا، ج ۲: ۱۳۲).
 - ۷- جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۷. برای نقد دیگری بر این نظریه، بنگرید به: پارساپور و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸: ۱۱-۱۲.
 - ۸- «و یمکن الاستدلال علیه بمثل قوله تعالی فَمَنْ اعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بمثل مَا اعْتَدَى عَلَیْكُمْ و مقتضاه جواز منعه من ماله حتی یدفع مالک عنده، لکن کم أقف فی کلمه الاصحاب علی شیء یفید هذه القضية الکلیه».
 - ۹- «اشتراط التکالیف بالقدره و عدم التکلیف مع عدم القدره حکم عقلی» (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۷: ۴۵۲).
 - ۱۰- «أن اشتراط التکالیف بالقدره شرط ارتکازی للبشر من الابتداء» (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۷: ۴۵۲).
 - ۱۱- «لکنک خیبر بأن المورد الذی دلّ الدلیل علی جواز الحبس فیه هو مورد المعاوضات قبل الفسخ ... فللشروط الضمینی من المتعاضین فإن بناءهما بحسب العادة هو التسليم و التسلم بحیث صار ذلك من الأمور الارتکازیة عند العرف فللبائع حبس المبيع لیأخذ الثمن و للمشتري حبس الثمن لیسلم المبيع» (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۵۳).
 - ۱۲- «نعم ربما یرتکز فی الأذهان العرفیه سلطه كل منهما علی الامتناع من الأداء عند امتناع الغير عنه» (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۴۳۷).
- ## فهرست منابع:
- ۱- اردبیلی، احمد، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ۱۴۰۳ هجری قمری.
 - ۲- اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸ هجری قمری.
 - ۳- اصفهانی، محمدحسین، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، بیروت: موسسه آل‌البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ هجری قمری.
 - ۴- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.
 - ۵- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، قم: مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۲۸ هجری قمری.
 - ۶- بحرانی، شیخ یوسف، **حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ۱۴۰۵ هجری قمری.
 - ۷- پارساپور، محمدباقر و عیسایی تفرشی، محمد، «نظریه عمومی حق حبس در تعهدات متقابل»، نامه‌ی مفید، شماره‌ی ۷۶، اسفند ۱۳۸۸.
 - ۸- تبریزی، میرزا جواد، **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، قم: موسسه‌ی اسماعیلیان، ۱۴۱۶ هجری قمری.
 - ۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق خانواده**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶.
 - ۱۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
 - ۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **وسیط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
 - ۱۲- حائری، شیخ عبدالکریم، **درر الفوائد**، قم: مهر، بی تا.
 - ۱۳- حسینی عاملی، سید جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ۱۴۱۹ هجری قمری.
 - ۱۴- خراسانی، محمدکاظم، **کفایه الاصول**، بیروت: موسسه‌ی آل‌البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ هجری قمری.
 - ۱۵- سنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
 - ۱۶- طوسی، ابوجعفر، **خلاف**، جلد سوم، قم: جامعهی مدرسین، بی تا.
 - ۱۷- عراقی، آغاه ضیاء‌الدین، **شرح تبصره المتعلمین**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ۱۴۱۴ هجری قمری.
 - ۱۸- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
 - ۱۹- کیایی، عبدالله، **التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله**، تهران: ققنوس، ۱۳۷۶.
 - ۲۰- مراغه‌ای، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقهیة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزهی علمیهی قم، ۱۴۱۷ هجری قمری.
 - ۲۱- موسوی خمینی، سید روح‌الله، **کتاب البیع**، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴.
 - ۲۲- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **التفصیح فی شرح العروه الوثقی**، قم: موسسه آل‌البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ هجری قمری.
 - ۲۳- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **فقه الشیعه**، قم: موسسه‌ی آفاق، ۱۴۱۸ هجری قمری.
 - ۲۴- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **موسوعه الامام الخویی**، قم: موسسه‌ی احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۱۸ هجری قمری.
 - ۲۵- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد هفتم، موسسه‌ی النشر اسلامی، ۱۳۷۸.
 - ۲۶- نائینی، محمدحسین، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، قم: موسسه‌ی نشر الاسلامی، ۱۴۲۴ هجری قمری.
 - ۲۷- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد بیست و سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.





تأثیر صلاحیت مرجع صادرکننده حکم بر اعتبار امر قضاوت شده با تأکید بر مراجع اختصاصی

آزاد فلاحی - کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

آیین دادرسی به عنوان حقوق تضمین کننده، متمم حقوق تعیین کننده می باشد. ضرورت تخصصی شدن امور به حیطه ی آیین دادرسی نیز وارد شده و آن دسته از امور که نیازمند تخصص و تجربه ی خاص یا تسریع در رسیدگی است، در صلاحیت مراجع اختصاصی یا استثنایی قرار گرفته است.

هدف نهایی هر محاکمه، همگامی نتیجه ی دادرسی با حقیقت است و لازمه ی منطقی حفظ حق، آن است که همواره راه تجدید نظر از احکام نادرست باز باشد، ولی عقل سلیم حکم می کند در مقام تراحم مصلحت ها، منافع عموم بر حقوق خصوصی حکومت کند و نفع عموم در این است که رسیدگی به هر دعوا پایانی داشته باشد و پس از قطعی شدن حکم، طرح دوباره ی آن ممنوع شود. به منظور رسیدن به این مطلوب، به تصمیم قطعی دادگاه اعتبار ویژه ای داده شده است که به موجب آن هیچ مرجعی نمی تواند حکم را معلق کند یا با صدور تصمیم مخالف آثار آن را از بین ببرد.

از مبانی اعتبار امر قضاوت شده، اصلی کلی استنباط می شود که احکام قطعی تمام مراجع قضائیتی از این اعتبار برخوردار بوده، مگر این که قانون گذار صریحاً عدم اعتبار امر قضاوت شده مرجعی را ذکر نماید. مرجع صادر کننده ی رأی اگر عمومی باشد و در صورت فقد صلاحیت حکمی صادر کند، در صورت قطعیت از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است، ولی حکم مراجع اختصاصی یا استثنایی در صورتی اعتبار امر قضاوت شده را دارد که در حیطه ی صلاحیت خود اقدام به صدور حکم نموده باشد. در غیر این صورت استناد به ایراد مذکور صحیح نیست.

واژگان کلیدی: اعتبار امر قضاوت شده، ایراد، مراجع قضایی، صلاحیت.

درآمد

حقوق اسلامی حقوق مذهبی است و قواعد آن منشاء آسمانی و اخلاقی دارد. دادرسی نیز در مقام قضا کوشش دارد تا حقیقت را بیابد و به طور کامل حق گذاری کند. بدین جهت اگر حکمی خلاف قوانین الهی یا حقایق خارجی صادر شود، قابل نقض است. پس در نخستین نگاه به نظر می رسد که اگر حکم با واقع منطبق نباشد، اعتبار ندارد و امر مختومه مانع از شنیدن دعوا و اجرای عدالت نمی شود، ولی حکم قاضی به منزله ی حکم قانون

است و آن را جز در مواردی استثنایی نمی توان نقض کرد؛ زیرا در دین اسلام قضاوت در اختیار پیامبر صلی الله علیه و آله، امام علیه السلام و کسانی است که از طرف امام بر این امر منصوب می شوند (شهید ثانی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۴۴؛ شهید اول، ۱۳۸۶: ج ۱: ۹).

اعتبار امر قضاوت شده خصوصیت های کنونی را در حقوق اسلام نداشته است. در مذاهب گوناگون نیز، گستره ی این قاعده یکسان نیست، ولی قطع نظر از این اختلاف ها باید پذیرفت که ریشه و

مبنای فکر در میان فقهای اسلام وجود داشته و تنها در حدود اجرای آن اختلاف ایجاد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۱۷).

در عصر صفوی، کلیه ی امور شرعی و گاه عرفی به وسیله ی حاکم شرع که به او «صدر الصدور» می گفتند، فیصله می یافت و رسیدگی به امور عرفی و کشوری در اختیار شاه بود که با تعیین «دیوان بیگی» و به وسیله ی او رتق و فتق می شد، اما در عهد قاجار، عدلیه ی ایران دو قسمت می شد: از ابتدای سلطنت قاجار تا اواسط سلطنت

ناصرالدین شاه دعای به شیوهی گذشته فیصله می‌یافت و در مرحلهی دوم، تمام امور کشور با تشکیلات جدید اداره شد (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۲۴). در ایران از ابتدای تصویب قانون اصول محاکمات حقوقی در سال ۱۳۲۹ موارد ایرادات از قانون فرانسه اقتباس شده و مقررات آن طی اصلاحات قانون مذکور تغییراتی یافت. آنچه در حال حاضر در حقوق کشور ما ایراد شناخته می‌شود، در فرانسه تحت دو عنوان مجزا در قانون قدیم آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۶ میلادی و قانون جدید آن که از سال ۱۹۷۵ میلادی لازم‌الاجرا گردیده، ملاحظه می‌شود. این دو عنوان شامل «ایراد دادرسی»^(۱) و دیگری «ایراد عدم استماع دعوا»^(۲) است. ایراد دادرسی در ماده‌ی ۷۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه چنین تعریف شده است: «هر وسیله‌ای که موجب شود دادرسی غیر قانونی یا زوال یافته اعلام شود، یا جریان دادرسی معلق گردد، ایراد دادرسی محسوب است» که مهم‌ترین آن‌ها ایراد عدم صلاحیت، ایراد امر مطروحه و ایراد امر مرتبط می‌باشد. قانون مذکور ایراد عدم استماع دعوا را چنین توصیف نموده است: «هر وسیله‌ای که در جهت غیر قابل اعلام شدن دعوی خواهان، به علت فقدان حق اقدام، بدون رسیدگی به اصل و ماهیت حق او به کار گرفته شود، مانند فقدان سمت، فقدان عدم نفع، مرور زمان، انقضای مهلت اقامه‌ی دعوا و امر قضاوت شده، ایراد عدم استماع دعوا محسوب می‌شود» (شمس، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۵۷).

قانون اصول محاکمات حقوقی نیز مقررات آیین دادرسی مدنی فرانسه در خصوص ایرادات دادرسی و ایراد عدم استماع دعوا را معتبر دانست، اما از تفاوت اساسی و آثار هر یک از دو طریق دفاعی مزبور چشم‌پوشی نمود.

قانون اصول محاکمات حقوقی با توجه به اصلاحات بعدی آن، مواد ۳۶۴ تا ۳۷۰ را به اهم ایرادات و آثار و احکام آن اختصاص داد. در ماده‌ی ۳۶۴ ایرادات عدم صلاحیت، امر مطروحه، عدم توجه دعوا، بی‌نفعی خواهان و عدم احراز سمت، البته با تعابیر دیگری غیر از تعابیر امروز پیش‌بینی گردید و خواننده می‌توانست به موجب صدر این ماده، «بدون این که جواب مدعی را بدهد ... ایراد

نماید». بر اساس ماده‌ی ۳۶۷ دادگاه نیز در صورت فقدان صلاحیت خود، فقدان نفع یا سمت مدعی، قطع نظر از ایراد خوانده می‌بایست از رسیدگی «امتناع» نماید.

قانون آیین دادرسی مدنی نیز، تبعیت کامل از ایرادات دادرسی و ایراد عدم استماع و احکام و آثار مترتبه بر آن‌ها را جایز ندانسته و نظام خاصی را که شباهت‌هایی با مقررات وقت فرانسه داشت، تدوین نموده است. در ماده‌ی ۱۹۷ چهار ایراد پیش‌بینی شده بود^(۳) که خواننده می‌توانست ضمن پاسخ به ماهیت دعوا مطرح نماید. در ماده‌ی ۱۹۸ نیز چهار ایراد^(۴) دیگر پیش‌بینی شده بود که خواننده می‌توانست بدون آن که به ماهیت دعوا پاسخ دهد، مطرح نماید. در اصلاحات سال ۱۳۳۱ ماده‌ی ۱۹۸ حذف و ایرادهای مذکور در آن عیناً در ماده‌ی ۱۹۷، به عنوان بندهای ۵ تا ۸ درج گردید. صدر ماده نیز بدین ترتیب اصلاح شد: «در موارد زیر مدعی می‌تواند فقط ضمن اولین پاسخ نسبت به ماهیت دعوی هر ایرادی وارد بکند». در دی ماه ۱۳۴۹ اصلاحات دیگری در قانون مذکور به عمل آمد؛ به این شکل که ماده‌ی ۱۹۸ ابقاء و از بند ۵ الی ۸ ماده‌ی ۱۹۷ نسخ گردید (همان: ۴۶۰).

در آخرین گام در سال ۱۳۷۹ دو ماده‌ی ۱۹۷ و ۱۹۸ در یکدیگر ادغام و ماده‌ی ۸۴ در قانون جدید تدوین شد که در صدر آن می‌خوانیم: «خواننده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند». در این ماده به امکان ارائه‌ی ایرادهای جدیدی که در قانون قبل پیش‌بینی نشده بود، تصریح شده است که از جمله می‌توان به ایراد عدم مشروعیت دعوا، ایراد جزمی نبودن دعوا، ایراد بی‌نفعی خواهان، ایراد عدم ترتب آثار قانونی به دعوا و ایراد به زمان دعوا اشاره کرد. ایراد بی‌نفعی خواهان در ماده‌ی ۲ قانون قدیم پیش‌بینی شده بود. بنابراین نباید جزو موارد اضافه شده در نظر گرفته شود.

امر قضاوت شده یا امر مختومه یا قضیه‌ی محکوم‌بهها، حکم دادگاه است. یعنی حکمی که صادر شده است در همان دادگاه قابل تجدید نظر نیست، هر چند قاضی جدید به جای قاضی صادر کننده‌ی آن حکم بنشیند. اعتبار امر مختومه، غیر از قطعی بودن حکم است (همان: ۴۶۶).

۱. مبانی قاعده‌ی اعتبار امر مختومه

در قوانین برخی کشورها مبنای اعتبار رای اماره‌ی قانونی است و مسائل آن در شمار مباحث ویژه‌ی حقوق مدنی قرار می‌گیرد. ریشه‌ی این نظر را باید در حقوق رم و کتاب تعهدات پوتیه^(۵) حقوق دان فرانسوی جست‌وجو کرد که به گفته‌ی وی اعتبار امر قضاوت شده بر این اماره‌ی قانونی استوار است که «رای دادگاه موافق با حقیقت است». قانون فرض می‌کند که نظر دادرس همیشه بازتابی از حقیقت است؛ فرضی که خلاف آن را از هیچ راهی نمی‌توان ثابت کرد. همان طور که بعضی از حقوق دانان اذعان داشته‌اند، معرفی اعتبار امر قضاوت شده بر مبنای مذکور با قوانین فرانسه هماهنگی دارد؛ زیرا در این کشور اعتباری که قانون به امر قضاوت شده می‌بخشد، از امارات قانونی است که در مواد ۱۳۵۰ و ۱۳۵۱ قانون مدنی فرانسه آمده و به همین علت اعتبار امر قضاوت شده در تالیفات حقوق مدنی بررسی می‌شود (شمس، ۱۳۸۷: ۴۳۴). این نظر مورد انتقاد مولفان جدید واقع شده است (بنگريه: به کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۶). مینا و اساس قاعده‌ی امر قضاوت شده را از نظر ضرورت‌های اجتماعی می‌توان در دو جهت خلاصه کرد:

نخست، جلوگیری از تجدید دعای: هر دعوا روزی باید پایان یابد و از اصول مهم دادرسی، فصل سریع خصومت است.

دوم، اجتناب از صدور احکام متعارض: بزرگ‌ترین اثر صدور احکام متعارض، از بین رفتن اعتبار دستگاه قضایی در منظر عموم است. اگر پس از صدور حکم مرجع دیگری بتواند مفاد دستور دادگاه را لغو کند یا تصمیمی برخلاف آن اتخاذ نماید، اعتباری برای مرجع صادر کننده باقی نخواهد ماند. به همین مناسبت قانون‌گذار در ماده‌ی ۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد یا از اجرای آن جلوگیری کند مگر دادگاهی که حکم را صادر نموده و یا مرجع بالاتر، آن هم در مواردی که قانون معین نموده باشد». همین حکم در ماده‌ی ۹ قانون قدیم آمده بود.



اجرای قاعده‌ی اعتبار امر مختومه با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد. فصل خصومت بین اشخاص، از نظر اجتماعی و اقتصادی یک امر خصوصی محسوب نمی‌شود و منافع جامعه اقتضا می‌کند که حق طرح دعوا تنها یک بار قابل اعمال باشد و هدف‌های ویژه‌ی دو طرف نتواند در این نفع عمومی اخلال ایجاد کند.

پس از بررسی مبانی قاعده باید به این سوال پاسخ داد که آیا حکم قانون‌گذار در بند ۶ ماده‌ی ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صرفاً احکام مراجع قضایی وابسته به دادگستری را در بر می‌گیرد یا آن که شامل مراجع اختصاصی وابسته به قوه‌ی قضاییه و هم‌چنین مراجع غیر وابسته به قوه‌ی قضاییه نیز می‌گردد. به عبارت دیگر، آیا می‌توان این قاعده را مشمول مراجع قضاوتی به معنی اعم دانست؟ برای تبیین قاعده ناگزیر به بررسی مراجع رسیدگی کننده به نحو خاص هستیم. بر همین مبنا به بررسی مراجع قضاوتی در نظام حقوقی کنونی می‌پردازیم.

۲. مراجع قضاوتی

مراجع به مفهوم اعم، جمع مرجع است که در لغت از جمله به مفهوم «آن که در امور به او رجوع کنند» آمده است. مراجع به معنی اخص تنها شامل مراجع قضایی (حقوقی و کیفری) است و برای این که مراجع اداری را نیز بتوانیم زیر مجموعه‌ی یک اصطلاح کلی بیاوریم، برخی از اساتید (شمس، ۱۳۸۸: ۳۱) اصطلاح «مراجع قضاوتی» را پیشنهاد داده و گفته‌اند: «واژه‌ی مراجع قضایی نمی‌تواند در بر گیرنده‌ی مراجع قضاوتی اداری از جمله دیوان عدالت اداری باشد. اگر چه این مرجع به قضاوت بین طرفین می‌پردازد، اما از شمول مراجع قضایی خارج است».

۱-۲. مراجع قضایی

مراجع عمومی حق رسیدگی به کلیه‌ی امور را دارند مگر اموری که به موجب قانون در صلاحیت مرجعی دیگر قرار گرفته باشد. مراجع اختصاصی به عکس مراجع عمومی است. در ماده‌ی ۴ قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه مصوب ۱۳۳۹ چنین آمده بود: «محاكم اختصاصی آن است که به هیچ امری حق رسیدگی ندارد غیر آن چه

قانون صراحتاً اجازه داده است مثل محاکم تجارت و نظامی و غیرها که تشکیلات و ترتیبات آن‌ها به موجب قانون علی‌حده معین می‌شود».

تقسیم‌بندی مذکور بر مبنای این شالوده‌ی فکری بود که رسیدگی به برخی از امور تخصص خاص را می‌طلبد و برخی امور به دلالی از جمله موقعیت شخصی یا شغلی طرف باید سریع‌تر یا محرمانه‌تر مورد رسیدگی قرار گیرد.

وجود مراجع اختصاصی موافقان و مخالفانی دارد؛ به طوری که در کشور ژاپن مرجع اختصاصی وجود ندارد؛ زیرا معتقدند این مراجع تحت نفوذ حکومت قرار می‌گیرد و لذا این احتمال می‌رود که حقوق متهم چنان که باید تامین نشود (بنگرید به: شمس، ۱۳۸۸: ۷۹).

حقوق دانان اتفاق نظر دارند که اعتبار امر قضاوت شده شامل تمام مراجع قضایی اعم از عمومی و اختصاصی است و در صورت سکوت قانون‌گذار نیز باید به اصل رجوع کنیم و آن داشتن اعتبار امر قضاوت شده آراء صادره از مراجع قضایی است.

۲-۲. مراجع غیر دادگستری

در مراجع غیر دادگستری، عزل و نصب قضات به طور کلی یا جزئی به عهده‌ی قوه‌ی مجریه بوده و از صلاحیت قوه‌ی قضاییه خارج است. مانند مرجع پیش‌بینی شده در قانون کار و مراجع ثبتی. همان‌طور که در مبانی قاعده‌ی اعتبار امر مختومه بیان شد، اعتبار این قاعده در مرحله‌ی نخست، اعتبار بخشیدن به آراء محاکم است و این اعتبار بخشیدن را باید ویژه‌ی تمام احکام مراجع رسیدگی کننده، اعم از مراجع عمومی یا اختصاصی، مراجع وابسته به قوه‌ی قضاییه و غیر آن دانست؛ چرا که هدف از صدور آراء، رفع خصومت یا تعیین تکلیف در امر مطرح شده است و در این خصوص بین مراجع عمومی و اختصاصی و وابسته و غیر وابسته تفاوتی مشاهده نمی‌شود.

دلیل دیگر برای این که قاعده‌ی اعتبار امر مختومه شامل تمام مراجع قضاوتی است، جلوگیری از تجدید دعاوی است که به عنوان یک اصل عام بوده و در تمامی مراحل قضاوتی کاربرد دارد؛ عقل سلیم، منطق حقوقی و رعایت نفع عمومی الزام می‌نماید که هر امری فقط یک بار مورد رسیدگی قرار گیرد و یک حکم درباره‌ی

آن صادر شود و از اقامه‌ی مجدد همان دعوا جز در موارد مصرح قانونی جلوگیری به عمل آید. جلوگیری از صدور احکام متعارض برای حفظ اعتبار مراجع قضاوتی، یک اصل کلی است که تفکیک و تقسیم مراجع تأثیری در آن ندارد.

۳. تأثیر صلاحیت مرجع رسیدگی کننده در اعتبار قاعده

اگر مرجع رسیدگی کننده، صلاحیت (اعم از ذاتی و محلی) نداشته باشد، آیا تصمیم دارای اعتبار امر قضاوت شده است.

با توجه به پرسش، سه فرض قابل تصور است: ۱- مرجع صادر کننده‌ی رأی صلاحیت ذاتی و محلی دارد؛ این حالت مطابق اصول و قواعد بوده و شرایط کامل رعایت شده و اصل قاعده در این فرض تصور می‌شود.

۲- مرجع صادر کننده دارای صلاحیت ذاتی است، اما صلاحیت محلی ندارد؛ طبق قاعده، مرجع صادر کننده در حیطه‌ی صلاحیت خود اقدام به صدور رأی می‌نماید، ولی ممکن است خارج از صلاحیت نیز اقدام نماید. در مورد صلاحیت محلی، حقوق دانان معتقدند که حکم از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است؛ زیرا در این مورد حداکثر باید گفت به حقوق خصوصی اشخاص تجاوز شده است؛ هر چند نفع محکوم در آن است که دوباره بتواند اقامه‌ی دعوا نماید و باز پرونده را در مراجع قضاوتی مطرح نماید، ولی احترام به رأی، با منافع اجتماع و نظم عمومی ارتباط کامل دارد. پس در مقام تعارض این دو منفعت، صلاح جامعه مقدم است. هم‌چنین تقسیم‌بندی صلاحیت نسبی به منظور جلوگیری از تراکم کار مراجع و حفظ نظم و سهولت امور دادرسی، هم برای مرجع رسیدگی کننده و هم اصحاب دعوا است و تأثیری در حیطه‌ی اختیارات مرجع رسیدگی کننده ندارد. به طور مثال دادگاه عمومی یک شهر دور افتاده همان اختیاراتی را دارد که دادگاه عمومی شهرستان تهران دارا می‌باشد و این چنین نیست که همانند مراجع اختصاصی، دلیل تخصصی بودن سبب تقسیم‌بندی باشد.

۳- فرضی که دادگاه فاقد صلاحیت ذاتی است؛ برخی استدلال کرده‌اند که وقتی قانون‌گذار صلاحیت خاصی را به مرجعی اعطا کرده، در واقع

فقط نسبت به آن موضوع معین می‌توان آن را دادگاه قضایی به شمار آورد و چنین دادگاهی در سایر موارد فاقد سمت است لذا تصمیم قاضی اعتبار امر قضاوت شده را ندارد (سنه‌وری، ۱۹۴۶: ۷۰۷؛ به نقل از کاتوزیان: ۱۰۷).

در رد این استدلال بیان داشته‌اند: «هدف و غایت قاعده در مرحله‌ی نخست جلوگیری از صدور احکام متناقض و حفظ حیثیت محاکم در درجه‌ی اول است و در درجه‌ی دوم فصل سریع خصومت و منع تجدید آن‌ها و رسیدن به صلح اجتماعی می‌باشد. راست است که در بعضی موارد اجرای آرای محاکم ناصالح نیز به نوبه‌ی خود خلاف غرض قانون‌گذار و ذوق سلیم قضایی است، ولی این گونه موارد از مرحله‌ی تجرد و خیال تجاوز نمی‌کند و بسیار بعید است به فرض، دادگاه صلح حکم اعدام دهد و محکوم علیه از آن تجدید نظر خواهی نکند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۰۷ به بعد).

برخی دیگر نیز در توضیح این فرض بیان می‌دارند: «باید قایل به تفکیک شد. با توجه به مرجعیت و صلاحیت عام دادگستری، چنان‌چه دعوا یا امری که در صلاحیت مراجع عمومی دادگستری است، در مرجع غیر دادگستری مورد رسیدگی و صدور رای قرار گیرد، رسیدگی دوباره به دعوا یا امر قبلی در دادگاه صالح دادگستری نباید با ایراد امر قضاوت شده منتفی اعلام شود. چگونه می‌توان تصور کرد کمیسیون مالیاتی حکم طلاق صادر کند و مانند آن. در مقابل با توجه به همان مرجعیت و صلاحیت عام و به ویژه صراحت بند ۶ ماده‌ی ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی باید پذیرفت که چنان‌چه نسبت به دعوایی در دادگاه دادگستری (دادگاه عمومی) حکمی قطعی صادر شده باشد، رسیدگی دوباره به امر در دادگاه دادگستری و سایر مراجع باید با استناد به

اعتبار حکم دادگاه مردود اعلام شود». در تحکیم این نظر به رای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۷۴۶ مورخ ۱۳۳۸/۸/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور استناد نموده‌اند (شمس، ۱۳۸۷: ۸۱۶).

نظر دوم با سیاق و روح قانون هم‌خوانی بیش‌تری دارد؛ چرا که قانون‌گذار و به طبع آن حقوق‌دان باید تمام جنبه‌ها و مصادیق را حتی اگر مصادق خارجی پیدا نکنند، پیش‌بینی نماید. به ویژه در زمینه‌ی آیین دادرسی که بیش‌تر قواعد آن شکلی است، هم‌چنین تقسیم‌بندی که ارائه شده، کاملاً منطقی و مورد تأیید است، هر چند تصور چنین مصداقی در عمل ممکن نباشد. پس این چنین نتیجه‌گیری می‌شود که اگر مرجع عمومی به امری که در صلاحیت مرجع اختصاصی است رسیدگی نموده و حکم صادر نماید، با توجه به مبانی قاعده (حفظ نفع عمومی، حفظ ارزش و استحکام آرای مراجع و جلوگیری از رسیدگی مجدد)، این حکم از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است و رسیدگی مجدد به همان دعوا مجاز نیست، ولی در حالت عکس، اگر مرجع اختصاصی به امری رسیدگی نماید که در صلاحیت آن مرجع نیست، با توجه به اختصاصی بودن مرجع و انحصار صلاحیت آن نسبت به اموری که در قانون تصریح شده است، حکم صادر شده از این مرجع، اعتبار امر قضاوت شده را ندارد. به عبارت دیگر، مراجع اختصاصی در حدودی که قانون برای آن‌ها معین نموده، مرجع قضاوتی به شمار می‌آیند و خارج از آن موضوع، صلاحیت قضایی ندارند و در واقع نمی‌توان آن‌ها را در خارج از موضوع صلاحیت خویش، مرجع قضایی به شمار آورد و این که حکم صادر شده از این مرجع اصلاً حکم به شمار نمی‌آید تا این که ما قائل به اعتبار امر قضاوت شده برای آن باشیم.

در مقابل می‌توان گفت مرجع عمومی نیز صلاحیت رسیدگی به اموری را که در صلاحیت مرجع اختصاصی است ندارد و قانون‌گذار بنا بر تخصصی بودن امور یا تسریع در رسیدگی به برخی از امور، اقدام به تأسیس این مراجع نموده است. پس اگر مرجع عمومی در رسیدگی به موضوعی حکمی صادر کند که در صلاحیت مرجع اختصاصی بوده، این رای از طریق فوق‌العاده و یا عادی اعتراض قابل نقض است و با توجه به مصادق‌های مختلف، امکان نقض کامل حکم و ارجاع آن به مرجع صالح وجود دارد.

در پاسخ می‌توان گفت فرض بر این است که حکم صادره از مرجع عمومی در ارتباط با موضوع داخل در صلاحیت مرجع اختصاصی قطعی شده و در فرصت‌های قانونی از آن تجدید نظر به عمل نیامده است.

برآمد

با بررسی مبانی قاعده‌ی اعتبار امر مختومه و صور گوناگونی که در نوشتار حاضر به آن‌ها پرداخته شد، می‌توان نتیجه گرفت که اعتبار امر قضاوت شده یک اصل کلی است که مشمول تمام مراجع قضاوتی اعم از قضایی و عمومی یا اختصاصی و اداری می‌شود. مگر این که قانون‌گذار تصریح نماید که فلان مرجع از شمول قاعده‌ی امر قضاوت شده خارج است. در فرض سکوت قانون‌گذار و شک، باید به اصل که حاکمیت اعتبار امر قضاوت شده بر آراء تمام مراجع است رجوع نمود. اگر مرجع عمومی به امری رسیدگی نماید که در صلاحیت مرجع اختصاصی است و حکم قطعی شود، امر قضاوت شده بر آن حاکم است، ولی در حالت عکس، تصمیم مرجع قضاوتی از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار نیست و عنوان «حکم» نیز بر آن بار نمی‌شود.

پی‌نوشت‌ها:

- تهران: دراک، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۸.
- ۲- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی - دوره پیشرفته»، جلد دوم، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۸۷.
- ۳- طباطبایی، سیدحمیدرضا، ایراد به عنوان دفاع خوانده در دادرسی مدنی، تهران: جاودانه جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۰.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۶.
- ۵- مکی عاملی، محمدبن جمال‌الدین (شهید اول)، لمعه دمشقیه، برگردان: شیروانی، جلد نخست، قم: دارالفکر، ۱۳۸۸.

1. Lexeplionde Procedure
2. Fined nonreceirre
۳. ایرادهای ماده‌ی ۱۹۷ قانون قدیم از این قرار بود: ایراد عدم صلاحیت ذاتی، ایراد عدم صلاحیت نسبی، ایراد امر مطروحه، ایراد مرور زمان.
۴. ایرادات ماده‌ی ۱۹۸ قانون قدیم از این قرار بود: ایراد عدم اهلیت خواهان، ایراد عدم توجه دعوا، ایراد عدم احراز سمت و ایراد به این که دعوا قبلاً مورد رسیدگی قرار گرفته و منتهی به حکم قطعی شده است.
- 5- Pothier

فهرست منابع:

- ۱- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی - دوره پیشرفته»، جلد نخست،

تدوین قوانین مناسب؛ راهکاری برای مقابله با جرایم سایبری (مطالعه‌ی موردی: قوانین ایران و آمریکا)

مهدی رجب پور کاشف، دانشجوی کارشناسی ارشد فن آوری اطلاعات
نیلوفر سالمی، دانشجوی کارشناسی ارشد فن آوری اطلاعات



چکیده

فن آوری اطلاعات در پیشرفت هر کشوری نقش کلیدی ایفا می‌کند. لذا شناخت فن آوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطی و تجهیز به آن گامی مثبت در جهت تحقق توسعه‌ی پایدار جامعه است. یکی از چالش‌های قرن بیست و یکم جرایم سایبری است. به منظور بهره‌مندی از مزایای فضای سایبر، این فضا می‌بایست به گونه‌ای امن شود که ارتکاب هر گونه جرم سایبری در آن غیر ممکن شود. این امنیت نیازمند اقدامات و راهکارهای متعددی است که باید در برنامه‌های توسعه‌ی هر کشور گنجانده شود. تعریف و تبیین جنبه‌های حقوقی امنیت فن آوری اطلاعات و تصویب قوانین مناسب، از راهکارهای مقابله با جرایم سایبری است که در مبارزه با این دسته از جرایم نقش حیاتی ایفا می‌نماید.

واژگان کلیدی: جرایم سایبری، امنیت فن آوری اطلاعات، قوانین و مقررات، راهکارهای مقابله با جرایم سایبری.

امروزه فن آوری اطلاعات از شاخصه‌های مهم توسعه‌ی بشری به شمار می‌رود؛ به گونه‌ای که توانسته است در همه‌ی شؤون زندگی انسان تأثیر بگذارد. توسعه‌ی سریع فن آوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی، تغییرات قابل توجهی در فعالیت‌های اطلاعاتی انسان ایجاد نموده و در نتیجه‌ی این امر، جامعه‌ی ایران در حالت گذار به جامعه‌ی مجازی است که در آن فعالیت‌های روزانه‌ی افراد از قبیل خرید، دریافت خدمات و به اشتراک گذاری اطلاعات، می‌تواند بدون ارتباط چهره به چهره با دیگران انجام شود. امروزه رایانه‌ها و شبکه‌های کامپیوتری همه جا وجود دارند و در جامعه‌ی مدرن به هر شکل مورد استفاده قرار می‌گیرند.

فن آوری اطلاعات، کسب و کار جهانی را فعال و شکوفا نموده، اما از سوی دیگر توانمندی عمده‌ی دیگری را برای افراد سودجو در جهت ارتکاب جرم و فرار از دغدغه‌های امنیتی سازمان‌ها ایجاد کرده است. در واقع جرایم سایبری، در قرن بیست و یکم، چالش‌های عمده‌ای را برای سازمان‌های دولتی و خصوصی فراهم آورده است (Lee, 2008, p. 16-18).

جرایم سایبری پدیده‌ی پیچیده‌ی اجتماعی است که اثرات سوء قابل توجهی در عدم توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی جامعه دارند. دولت و نیروهای پلیس به طور جدی خود را برای رسیدگی به این مشکل و پیدا کردن اقدامات موثر برای نظارت و کنترل بر فعالیت‌های جنایی سایبری مهیا می‌نمایند. با این حال با توجه به ابهام‌ها و پیچیدگی‌های جرایم سایبری، مطالعه و تحقیق در خصوص آن را دشوار دانسته‌اند (Duan, 2009, p. 395). وجود خلاءهای قانونی می‌تواند دولت و نیروهای پلیس را در مقابله با جرایم

سایبری، سردرگم کند و توانایی واکنش به موقع و مناسب را از آنان بگیرد.

در جهت مقابله با جرایم سایبری، در کشورها از جمله ایران گام‌های بسیار خوبی در تصویب قوانین و ارائه‌ی راهکارهای تقابل با این جرایم برداشته شده است. این مقاله اقدامات و راهکارهای مقابله با جرایم سایبری با رویکرد امنیت فن آوری اطلاعات را مورد بررسی قرار می‌دهد، اجرای قوانین سایبری را بحث می‌گذارد و قوانین مرتبط با جرایم سایبری در جمهوری اسلامی ایران و آمریکا را مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱. تعریف جرایم سایبری

جرایم سایبری، توصیف فعالیت‌های تبه‌کارانه‌ای هستند که در آن‌ها کامپیوترها و شبکه‌های ارتباطی، بخش لازمی از جرم و جنایت است. در این دسته از جرایم، حضور ابزار فن آوری اطلاعات به عنوان عامل اصلی برای ارتکاب جرم کاملاً ملموس می‌باشد. در تعریف دیگر، به هر گونه فعالیت غیر قانونی شامل به کار بردن یک یا چند جز فن آوری اطلاعات، به منظور نقض حقوق مالکیت معنوی، جاسوسی اقتصادی (سرقت اسرار تجاری)، اخاذی آن لاین، پول شویی بین‌المللی، سرقت هویت و تسهیل سایر جرایم، جرم سایبری گفته شده است (Govil, 2007, p. 610). به عبارت دیگر، جرم سایبری به هر نوع رفتار عامدانه‌ی ممنوع از طریق استفاده از فن آوری اطلاعات یا در برابر فن آوری‌های دیجیتال گفته می‌شود. تعریف مذکور سه حوزه را معرفی می‌نماید که عبارتند از:

۱- جرایمی که در انجام آن‌ها از کامپیوتر استفاده می‌شود مانند کلاهبرداری‌های آن لاین و جرایم مالی؛

۲- جرایم خاصی که در برابر فن آوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی اتفاق می‌افتد همانند

سرقت از خدمات مخابراتی؛

۳- جنایات عادی با استفاده از ابزار نوین اطلاعاتی مانند پنهان کردن اطلاعات مربوط به جنایات دیگر (Cowdery, 2008).

مطابق تعریف وزارت دادگستری آمریکا، جرم سایبری عبارت است از هر اقدام غیر قانونی که برای ارتکاب، پی‌جویی یا پیگرد قضایی آن، بهره‌برداری از دانش فن آوری اطلاعات ضروری است (پرویزی، ۱۳۸۳).

۲. طبقه‌بندی جرایم سایبری

با توجه به نقش سیستم‌های فن آوری اطلاعات، طبقه‌بندی زیر برای این جرایم قابل ارائه است:

۱- جرایم سایبری که در آن‌ها سیستم‌های فن آوری اطلاعات هدف اصلی جرم هستند؛

۲- جرایم سایبری که در آن‌ها سیستم‌های فن آوری اطلاعات ابزار اصلی مورد استفاده برای انجام جرم هستند؛

۳- جرایم سایبری که در آن‌ها سیستم‌های فن آوری اطلاعات می‌تواند یک پایگاه داده عظیم غیر فعال و مرتب از اطلاعات جرایم کامپیوتری باشد (power & Forte, 2006, pp. 16-20). در دهمین کنگره‌ی سازمان ملل متحد پنج دسته از جرایم سایبری معرفی شدند که عبارتند از:

۱- دسترسی غیر مجاز؛

۲- آسیب رساندن به برنامه‌ها یا اطلاعات کامپیوتری؛

۳- خراب کاری به منظور جلوگیری از عملکرد صحیح سیستم‌های کامپیوتری یا شبکه‌ها؛

۴- استراق سمع و ره‌گیری غیر مجاز داده‌ها از یک سیستم یا از شبکه‌های ارتباطی؛

۵- جاسوسی رایانه‌ای

(Sukhai, 2004, pp. 128-132).

برخی از جرایم سایبری شایع عبارتند از:

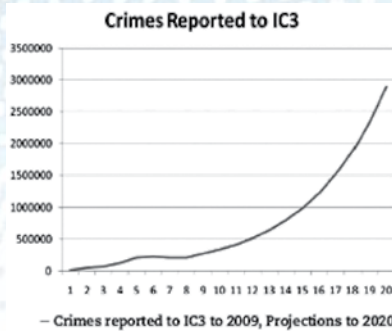
جرائم مالی، هرزه‌نگاری، استراتژی بازاریابی برای مقالات غیر قانونی، جرائم مالکیت معنوی، کلاهبرداری پست الکترونیکی، جنایت سیاسی، سرقت از خدمات مخابراتی، دزدی اطلاعات و جعل اسناد، فرار از کشف پول شویی، تروریسم الکترونیکی، تقلب در انتقال وجوه الکترونیکی، هک کردن، ارسال بمب‌های منطقی، شایعه‌سازی در خصوص اطلاعات عمومی بر روی سایت‌ها، دست‌کاری غیر مجاز سایت‌ها و گسترش ویروس‌های کامپیوتری (Govil, 2007, pp.610-615).

۳. تاکید بر اهمیت موضوع

بررسی‌های سازمان دیده‌بان سازمان ملل در سال ۲۰۰۴ در خصوص تأثیر جرائم سایبری در زمینه‌های کسب و کار نشان می‌دهد که عمده زیان‌های ناشی از این جرائم عبارتند از: ۵۶ درصد زیان عملیاتی، ۲۵ درصد زیان مالی و ۱۲ درصد انواع دیگر زیان‌ها. در این میان نیمی از افراد اظهار داشتند که میزان ضرر و زیان به وجود آمده را نمی‌دانند. جواب ۴۱ درصد از پاسخ‌دهندگان نشان می‌دهد که آن‌ها برای گزارش دهی و اقدام در خصوص مقابله با جرائم سایبری طرح رسمی ندارند. میزان آشنایی پاسخ‌دهندگان با قوانین جرائم سایبری محلی، ملی و بین‌المللی به ترتیب ۳۹ درصد، ۳۳ درصد و ۸ درصد می‌باشد که بسیار اندک است (Sakhai, 2004, pp. 128-132). به منظور نشان دادن اهمیت موضوع، جدول‌ها و نمودارهایی که در سال ۲۰۰۹ و ۲۰۱۰ از سوی موسسه‌ی IC3 تدوین گردیده است در ذیل نشان داده می‌شود (Gogolin, 2010).

این موسسه در نمودار شماره‌ی یک روند رو به رشد این جرائم را تا سال ۲۰۲۰ پیش‌بینی نموده است.

همان‌طور که در جدول شماره‌ی یک نیز



نمودار شماره (۱) پیش‌بینی روند رو به رشد جرائم سایبری.

مشاهده می‌گردد، هر سال شاهد افزایش تعداد موارد گزارش شده و میزان هزینه‌ای که می‌بایست در جهت مقابله با جرائم سایبری صرف گردد، هستیم.

جدول شماره (۱) مقایسه میزان گزارش‌ها و هزینه‌های جرائم سایبری.

[29]

IC3 Complaints Received and Dollar Amount Lost

YEAR	COMPLAINTS RECEIVED	DOLLAR AMOUNT
2009	336,665	\$559.7 million
2008	275,284	\$265 million
2007	206,884	\$239.09 million
2006	207,492	\$198.44 million
2005	231,493	\$183.12 million
2004	207,449	\$68.1
2003	124,515	\$125.6
2002	75,064	\$54.0
2001	50,412	\$17.8
2000	16,838	Not reported

۴. راهکارهای مقابله با جرائم سایبری

در حال حاضر، بهترین دفاع در مقابل جرائم سایبری در مرحله‌ی تشخیص صورت می‌گیرد، اما مشکلی که نیروهای پلیس در این مرحله با آن روبه‌رو هستند، ناشی از بی‌میلی بخشی از قربانیان در اعلام این جرائم است. بر خلاف قربانیان جرائم سنتی، قربانیان هک و دیگر جرائم سایبری به ندرت به مقامات ذی‌ربط شکایت می‌کنند: بسیاری از قربانیان به خاطر ترس از تبلیغات نامناسب در جامعه، مسؤولیت‌های قانونی، تمسخر توسط هم‌سالان، عدم اعتماد به قابلیت‌های نظام قضایی و پلیسی و تحمل کم قربانیان در طی مراحل، از گزارش شکایت به مقامات

امنیتی و نیروهای پلیس خودداری می‌نمایند (Bequai, 1999, pp.16-18).

حوادث و حملات سایبری به‌طور ناگهانی و بدون هیچ‌گونه هشدار رخ می‌دهند. طبق نظر استراسمن (۱۹۹۷) بهترین راهکار برای مقابله با این گونه جرائم، آماده بودن است (توربان و دیگران، ۱۳۸۶: ج ۳). اقدامات پیش‌گیرانه و کنترلی در مقابله با جرائم سایبری بسیار پیچیده و دشوار است؛ چرا که جرائم سایبری دارای ویژگی‌هایی چون جهش تصادفی در وقوع و توسعه می‌باشد. از نقطه نظر مدیران دولتی، هدف از کنترل جرائم سایبری، امنیت شبکه‌ها و پیش‌گیری از وقوع جرم در آینده است. البته اغلب زمانی به فکر امنیت می‌افتند که با خسارت‌ها و مشکلات عمده‌ای دست به‌گریبان باشند. این فرایند پیش‌گیرانه و کنترلی با سه عامل زیر تعیین می‌گردد:

۱- تعیین کل فضای ممکن برای جرائم سایبری؛
۲- انتخاب برخی از حالت‌های فضای ممکن به عنوان هدف؛

۳- ایجاد اقدامات تشخیصی و کنترلی لازم برای هدف از پیش تعیین شده (Duan, 2009, pp. 395-398). از نظر کلارک (1992) شیوه‌های متعدد کاهش فرصت ارتکاب جرم می‌بایست اهداف ذیل را محقق سازد:

۱- افزایش دشواری تصور ارتکاب جرم؛
۲- افزایش ریسک ارتکاب جرم؛
۳- کاهش عایدی مورد انتظار از جرم (me & etc, 2005).

پارکر در مقاله‌ی خود در سال ۱۹۹۷ از عنوان جرائم خودکار برای جرائم سایبری استفاده می‌کند و آن را چالش آینده‌ی جامعه می‌داند. وی معتقد است برای مقابله با این دسته از جرائم، نیاز به امنیت فن‌آوری اطلاعات در

سطح بالایی می‌باشد. تنها پاسخ کامل به جرایم سایبری، امنیت اطلاعات خودکار است که با سرعت بالا در مقیاس زمانی، پیش‌گیری از این جرایم را در بر می‌گیرد (parker, 1997, p.108). هم‌چنین راهکارهای مقابله با جرایم سایبری را به دو دسته تقسیم‌بندی نموده‌اند (مدیری و دیگران، ۱۳۹۰)

اقدامات و راهکارهایی که توسط سازمان‌ها و بخش‌های دولتی صورت می‌گیرد شامل:

- ۱- تدوین سند راهبردی امنیت فضای سایبری؛

- ۲- انتخاب استانداردهای امنیت شبکه‌های کامپیوتری؛

- ۳- تحلیل و ارزیابی مستمر امنیت؛

- ۴- ایجاد و بهره‌برداری از مراکز تایید هویت الکترونیکی و تیم‌های واکنش سریع؛

- ۵- فرهنگ‌سازی عمومی و آموزش نیروهای متخصص؛

- ۶- تدوین و اجرای قوانین جرایم سایبری؛

- ۷- ایجاد پلیس سایبری برای شناسایی و تعقیب مجرمان سایبری؛

- ۸- همکاری با نهادهای و شرکت‌های خصوصی؛

- ۹- توجه به پژوهش‌های نظری و علمی و توسعه آزمایشگاه‌های تخصصی.

اقدامات و راهکارهایی که توسط بخش‌های خصوصی در زیرساخت‌های فن‌آوری اطلاعات صورت می‌گیرد شامل موارد زیر می‌باشد:

- ۱- امن‌سازی و توسعه امنیت در زیرساخت‌های اطلاعاتی و ارتباطی؛

- ۲- استفاده از نرم‌افزار و سخت‌افزارهای امن؛

- ۳- استفاده از توصیه‌های امنیتی مشاوران امنیتی (همان‌جا).

از میان راهکارهای مطرح شده در جهت مقابله با جرایم سایبری، در بخش‌های بعدی

بر خلاف قربانیان جرایم سنتی، قربانیان هک و دیگر جرایم سایبری به ندرت به مقامات ذی‌ربط شکایت می‌کنند: بسیاری از قربانیان به خاطر ترس از تبلیغات نامناسب در جامعه، مسئولیت‌های قانونی، تمسخر توسط هم‌سالان، عدم اعتماد به قابلیت‌های نظام قضایی و پلیسی و تحمل کم قربانیان در طی مراحل، از گزارش شکایت به مقامات امنیتی و نیروهای پلیس خودداری می‌نمایند

به ضرورت تعریف و تبیین جنبه‌های حقوقی امنیت اطلاعات و تصویب قوانین مناسب در جهت مقابله با جرایم سایبری می‌پردازیم.

۵. مرتبط با جرم‌انگاری رفتارها در فضای سایبر

در حال حاضر اینترنت به مکانی برای مخفی شدن مجرمان، فعالیت‌های مجرمانه‌ی آن‌ها و مهاجرت از فضای فیزیکی خیابان‌ها به فضای سایبری تبدیل شده است.

دولت‌ها بسته به ماهیت و وسعت جرایم، استراتژی‌های متفاوتی را در جهت مقابله با این جرایم اتخاذ می‌نمایند. جرم و جنایت رابطه‌ی مستقیم با توسعه‌نیافتگی دارد و نتایج منفی در بعد اجتماعی و اقتصادی به دنبال دارد (Longe & chiemeke, 2008, pp.132-139).

با گسترش ارتباطات کامپیوتری در سطح جهانی، مبحث امنیت فن‌آوری اطلاعات و مقابله با جرایم سایبری حائز اهمیت شده و از فلسفه‌ی شرکت‌های بزرگ خصوصی به جلسات قانون‌گذاری ملی وارد گردیده است. از آنجا که نیاز به

امنیت فن‌آوری اطلاعات در سطح ملی احساس می‌شود، لذا لازم است به منظور محافظت از شهروندان، شرکت‌ها و دولت، قوانین کارآمد و به‌روزی را تصویب نمایند (Moore, 2004, pp.119-128).

جرم به معنای نقض قانون است. مجرمان کامپیوتری، افزون بر زیر پا گذاشتن قوانین متعارف، ممکن است برخی از قوانین رایانه‌ای را نیز پا بگذارند (توربان و دیگران، ۱۳۸۶، ج ۳). با جرایم سایبری می‌توان به عنوان یک سیستم ساده یا پیچیده برخورد نمود. کنترل جرایم سایبری هنگامی موثر خواهد بود که جهت برخورد با آن‌ها قوانینی مصوب شده باشد. قوانین جرایم سایبری، در وجود و توسعه‌ی جنایات سایبری نقش موثری ایفا می‌نمایند. میان این قوانین و وقوع جرایم سایبری رابطه وجود دارد. در جوامع اطلاعاتی مبتنی بر اینترنت، قوانین متعددی جهت مقابله با جرایم سایبری می‌توان یافت که بر اساس تجربه‌ی حاصل از موارد تصادفی و تجربی تدوین شده‌اند (Duan, 2009, pp.395-398).

بسیاری از قوانین مورد استفاده در دنیای واقعی، در فضای مجازی نیز جهت برخورد با جرایم سایبری قابل اجرا است. در جرایم سایبری، مجرمان همان افرادی هستند که جرم را با استفاده از ابزار فن‌آوری مرتکب شده‌اند. لذا با توجه به تنوع نوع جرم و ابزارهای ارتكابی، قوانین سایبری می‌بایست طیف گسترده و متفاوتی را پوشش دهد (Sukhai, 2004, pp.128-132).

تدوین قوانین مرتبط با جرایم سایبری و اجرای مناسب آن‌ها از مهم‌ترین راهکارهای مبارزه با جرایم سایبری است، این قوانین به مردم کمک می‌کنند تا نسبت به حقوق خود در اجرا و انجام پروژه‌های فن‌آوری اطلاعات، آگاهی کسب کنند

(see: <http://www.gerdab.ir>).

کشورها از لحاظ قوانین مرتبط با جرایم سایبری به نحو ذیل قابل طبقه‌بندی می‌باشند:

۱- کشورهای با قوانین به طور کامل به روز شده؛

۲- کشورهای با قوانین تا حدی به روز شده؛

۳- کشورهای بدون قوانین به روز شده.

بالغ بر سی و سه کشور هیچ قانون سایبری به روز شده‌ای ندارند. از این تعداد سیزده کشور در حال تصویب و اتخاذ قوانین مناسب جهت برخورد با جرایم سایبری هستند. کشورهای نسبتاً پیشرفته در فن‌آوری اطلاعات مانند ایالات متحده آمریکا و انگلستان دارای قوانین کاملاً به روز شده‌ای هستند، اما به طور طبیعی با مشکلات کمی و کیفی بیشتری نسبت به تهدیدهای جرایم سایبری روبه‌رو هستند. در کشورهای در حال توسعه، با افزایش استفاده از فن‌آوری‌های اطلاعات، نگرانی‌های امنیتی در زمینه‌های مختلف در حال افزایش است. کشورهای تحت تأثیر جنایات سایبری نیاز بیشتری به اشتراک گذاشتن دانش فنی، مهارت‌ها و اطلاعات مربوط به جرایم سایبری دارند. لذا جوامع بین‌المللی با تشخیص این نیاز به دنبال هماهنگی بیشتر میان ملت‌ها در سراسر جهان برای مقابله با مسائل حقوقی و فنی مربوط به جرایم سایبری هستند. پس نیاز به ایجاد یک سیستم موثر و پایگاه داده‌ای از جرایم سایبری، راهکارها و قوانین جهت به اشتراک گذاشتن آن به منظور تسهیل و تسریع دسترسی در سطح جهان، کاملاً مشخص می‌باشد (Putki, 2003, pp.46-53).

۶. جرم‌انگاری رفتارهای مرتبط با فضای سایبر در ایالات متحده آمریکا

مطابق تعریف وزارت دادگستری آمریکا، جرم

رایانه‌ای عبارت از هر اقدام غیر قانونی است که برای ارتکاب، پی‌جویی، یا پیگرد قضایی آن، بهره‌برداری از دانش فن‌آوری اطلاعات رایانه‌ای ضروری است (پرویزی، ۱۳۸۳). در ایالات متحده آمریکا برای مقابله با تعارضات در عرصه‌ی فن‌آوری اطلاعات و تکنولوژی ارتباطات از سال‌ها پیش اقدامات مهمی در تدوین قوانین و اعمال مجازات بر متجاوزان صورت گرفته است. البته به همین نسبت نیز اصلاحات مهمی در بخش ماهوی و شیوه‌ی اجرای آن‌ها انجام شده است. تصویب نخستین قانون در این زمینه به سال ۱۹۸۴ بر می‌گردد که کنگره‌ی آمریکا اقدام به تصویب قانونی آزمایشی جهت مقابله با جرایم ارتکابی در دنیای الکترونیک نمود. این قانون در سال‌های ۱۹۹۴ و ۱۹۹۶ مورد بازنگری قرار گرفت و هم‌اکنون نیز قانون سال ۱۹۹۶ لازم اجرا می‌باشد. این قانون در ماده‌ی ۱۸ قانون ایالات متحده بخش ۱۰۳۰ آن گنجانیده شده است (see: (U.S.C. ۱۰۳۰) ۱۸ (http://www.aftabir.com).

کنگره‌ی آمریکا و موسسه‌ی قانون‌گذاران ایالتی برای مقابله با تهدیدهای جرایم سایبری اقداماتی به عمل آورده‌اند. این تلاش‌ها در آینده دست‌خوش تغییرات فراوانی خواهد شد. عمده تمرکز عمومی ایالات متحده هم‌چنان بر جنایات خیابانی است. ایالات متحده دارای بیش از چهار هزار سازمان پلیس فدرال، محلی و ایالتی است و این امر موجب گردید برخی از جرم‌شناسان، نظام عدالت کیفری آمریکا را شبیه پازل چینی بدانند (Bequai, 1999, pp.16-18).

با توجه به طبقه‌بندی ویتمن و متوردر در کتاب «مدیریت امنیت اطلاعات»، قوانین حمایت از امنیت اطلاعات و اخلاق آمریکا عبارتند از: ۱- قانون حمایت از زیرساخت ملی اطلاعات (۱۹۹۶)؛

۲- قانون مبارزه با تروریسم پاتریوت (۲۰۰۱)؛

۳- قانون مقابله با تهدیدات کامپیوتری (۱۹۸۷)؛

۴- قانون حفاظت از حریم خصوصی فدرال (۱۹۷۴)؛

۵- قانون محافظت از حق فن‌آوری در کپی رایت هزاره دیجیتال؛

۶- قانون محافظت از سیستم حفاظت اطلاعات جورجیا (Sukhai, 2004, pp.128-132).

به‌رغم آن که در آمریکا کمبود قوانین تقریباً وجود ندارد، اما با توجه به جهش جرایم سایبری، اشکال جدیدی از جرم و جنایت سایبری به وجود آمده است که بسیاری از این قوانین برای رسیدگی مناسب و برخورد با آن‌ها نیاز به اصلاح دارند. هم‌چنین برخی از این قوانین منسوخ شده‌اند. تغییر در نظام عدالت کیفری و تعقیب مجرمان سایبری در آمریکا می‌تواند پرهزینه و وقت‌گیر باشد. افزون بر این، در ایالات متحده دادستان‌ها کم‌تر تمایل به تخصیص منابع برای مبارزه با جرایم سایبری دارند و بیشتر تمرکز نظام عمومی و سیاسی بر مواد مخدر و خشونت‌های خیابانی است. شرکت‌های آمریکایی برای مقابله‌ی با این جرایم مراقبت کمی به عمل می‌آورند و از این که اقامه‌ی دعوی تأثیر نامطلوبی بر تصویر آن سازمان در جامعه بگذارد نگران هستند. از سوی دیگر، هزینه‌های بالای دادخواهی مدنی در ایالات متحده و تبلیغات منفی ناشی از اقامه‌ی دعوی مانع از اقدامات مناسب شرکت‌ها علیه مجرمان سایبری می‌گردد (Bequai, 1999, pp.16-18).

۷. تاریخچه‌ی قوانین مرتبط با جرایم سایبری در ایران

بهره‌برداری از سیستم‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای در ایران، از اواخر دهه‌ی شصت آغاز شد و از سال ۱۳۷۵ سرعت بیشتری پیدا کرد.

در طول این سال ها، سوء استفاده هایی نیز از سیستم ها و شبکه های رایانه ای صورت می گرفت که به نظام قضایی و پلیس گزارش می شد، اما در این خصوص آمار جمع بندی و طبقه بندی شده ای وجود ندارد. نبود آمار واقعی و قابل استناد مختص به ایران نیست و در بیشتر کشورهای جهان نیز ممکن است وضعیت به همین گونه باشد و در علت یابی گفته اند که بزه دیدگان متوجه نمی شوند که قربانی جرایم سایبری هستند (معاونت حقوقی قوه قضاییه و شورای عالی اطلاع رسانی کشور، ۱۳۸۳).

با توجه به این که کاربرد رایانه در ایران از ابتدای ورود آن تا دهه ی ۱۳۷۰ بسیار محدود بوده، لذا جرم رایانه ای پیشینه ی چندانی در ایران ندارد. در ایران وقوع جرم سایبری به تدریج از دهه ی هفتاد شروع شد. سوء استفاده از رایانه برای ارتکاب جرم های سنتی، به کارگیری ویروس از رهگذر توزیع حامل های داده ای آلوده به ویروس، سوء استفاده های مالی و تکثیر غیر مجاز نرم افزارهای رایانه ای، از جمله جرم های رایانه ای هستند که در مقیاس اندک در دهه ی هفتاد واقع شده و با قوانین کیفری مرسوم مورد رسیدگی قرار گرفته اند. دادنامه ی مورخ ۱۳۷۲/۴/۳ صادره از شعبه ی ۶۵ دادگاه کیفری دو تهران، یکی از آرای است که بیان گر به کارگیری قوانین کیفری سنتی در خصوص جرم های رایانه ای است و مربوط به شکایت یک شرکت نرم افزاری از شرکت دیگر می باشد (<http://Roostnamehrasmi.ir>).

از نیمه ی دوم دهه ی هفتاد و به ویژه ابتدای دهه ی هشتاد که استفاده از رایانه های شخصی سازمان های دولتی و مؤسسات خصوصی و افراد حقیقی گسترش یافت و دسترسی به خدمات متعدد اینترنت امکان پذیر شده، ارتکاب جرایم سایبری نیز رشد نسبتاً سریعی

داشته است. اشاعه ی فحشا و منکرات از طریق انتشار عکس ها و تصاویر و مطالب خلاف عفت عمومی، ایجاد اختلاف میان اقشار جامعه از رهگذر طرح مسائل قومی و نژادی، انتشار مطالب نژادپرستانه، انتشار اسناد و مسائل محرمانه، اهانت به مقدسات مذهبی و دینی، اهانت و افترا نسبت به مقام های دولتی و اشخاص حقیقی و حقوقی، سرقت ادبی و مانند آن، از جمله جرم هایی است که پس از فراهم شدن امکان استفاده از خدمات اینترنت از رهگذر تارنماها، پست الکترونیکی، گروه های خبری، چت و سایر خدمات اینترنتی ارتکاب یافته است. قانون گذار در سال ۱۳۷۹ در برابر برخی از جرایم سایبری واکنش نشان داد و با الحاق تبصره ی ۳ به ماده ی ۱ قانون مطبوعات مقرر داشت که: «کلیه نشریات الکترونیکی مشمول مواد این قانون است». بنابراین نخستین واکنش قانونی ایران در برابر جرایم سایبری، قانون

در جرایم سایبری، مجرمان همان افرادی هستند که جرم را با استفاده از ابزار فن آوری مرتکب شده اند. لذا با توجه به تنوع نوع جرم و ابزارهای ارتكابی، قوانین سایبری می بایست طیف گسترده و متفاوتی را پوشش دهد

اصلاح قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹/۱/۳۰ مجلس شورای اسلامی است که در تاریخ ۱۳۷۹/۲/۷ مورد تایید شورای نگهبان قرار گرفت.

قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه ای نیز به تاریخ ۱۳۷۹/۱۰/۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۷۱/۱۰/۱۰ در شورای نگهبان

تایید شد. سومین واکنش قانون گذار ایران در برابر رفتارهای زیان آور در فضای سایبر، با تصویب قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۹ مجلس شورای اسلامی به عمل آمد و پس از آن قانون تجارت الکترونیکی در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

هر چهار قانون پیش گفته در بستر خاص خود قابلیت اعمال داشتند، اما می بایست یک قانون جامع و کلی در خصوص جرایم سایبری مورد استناد قرار گیرد. لذا قوه ی قضاییه پیش نویس قانون جرایم سایبری و آیین دادرسی آن را در سال ۱۳۸۲ تهیه و طی جلسه های متعددی از دی ماه ۱۳۸۲ تا اوایل خرداد ماه ۱۳۸۳ با حضور حقوق دانان و متخصصان امور رایانه ای، از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم نمود (معاونت حقوقی قوه ی قضاییه و شورای عالی اطلاع رسانی کشور، ۱۳۸۳).

«قانون جرایم رایانه ای» مصوب ۱۳۸۸ آخرین و جامع ترین قانون در این عرصه می باشد که هم اکنون مورد استناد مقامات قضایی و متخصصان است. بحث نخست این قانون به جرایم در فضای سایبر و مجازات های آن اختصاص دارد و در دو فصل موارد زیر را جرم انگاری نموده است. جرایم علیه محرمانگی داده ها و سیستم های رایانه ای و مخابراتی شامل دسترسی غیر مجاز، شنود غیر مجاز، جاسوسی رایانه ای.

جرایم علیه صحت و تمامیت داده ها و سیستم های رایانه ای و مخابراتی شامل جعل رایانه ای، تخریب و اختلال در داده ها یا سیستم های رایانه ای و مخابراتی، سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی، هتک حیثیت و نشر اکاذیب. بخش دوم قانون جرایم رایانه ای نیز به آیین دادرسی این جرایم می پردازد و در سه فصل

صلاحیت، جمع‌آوری ادله‌ی الکترونیکی و استنادپذیری ادله‌ی الکترونیکی را مورد توجه قرار داده است.

برآمد

در جامعه‌ای که اطلاعات از با ارزش‌ترین دارایی‌های کسب و کار و دولت است، به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از اطلاعات، داشتن یک رویکرد کلی‌نگر به مدیریت امنیت سیستم‌های اطلاعاتی الزامی است. با وجود روش‌ها و تکنیک‌های متعدد برای جلوگیری، شناسایی و بررسی جنایات سایبری، بهترین شیوه در جهت مقابله با این جرایم، مبتنی بر تجربه‌ی متخصصان و دست‌اندرکاران فن‌آوری اطلاعات و حمایت‌های دانشگاهیان است. سازمان‌ها می‌بایست به مسأله‌ی امنیت فن‌آوری اطلاعات اهمیت کافی بدهند،

مدیران آن را یک اولویت کاری بدانند و در جهت مقابله با این جرایم، برنامه و هدف داشته باشند. از سوی دیگر وجود قوانین کارآمد و به‌روز با صراحت و شفافیت و اجرای شایسته و بایسته از سوی متولیان امر، نقش بسیار مهمی در نظارت و کنترل جرایم سایبری دارد.

از آنجا که تغییرات در حوزه‌ی فن‌آوری اطلاعات بسیار پرشتاب است، نباید انتظار داشته باشیم که قوانین مرتبط با جرایم سایبری برای مدت طولانی جوابگوی نیازهای فن‌آوری اطلاعات جامعه باشد. از سوی دیگر نباید تصویب و اجرای این دسته از قوانین را تنها راهکار مقابله بدانیم. مهم‌ترین گام برای اجرایی کردن این قوانین، آموزش و فرهنگ‌سازی عمومی در میان مردم است. گام دیگر، ایجاد

دادگاه‌های خاص جرایم سایبری و اینترنتی و آموزش قضات و کارکنان است که فرایند رسیدگی به این جرایم را تسهیل و تسریع می‌نماید. فراموش نکنیم که اجرای طرح‌های امنیت سایبری تنها مربوط به دولت نیست و اجرای آن با همکاری کلیه‌ی بخش‌های خصوصی و شرکت‌های بزرگ تجاری ممکن است. از سوی دیگر آسیب‌پذیری در زمینه‌ی تأمین امنیت سایبری، امنیت ملی کشورمان را هدف قرار می‌دهد و این مسأله تهدیدی برای مردم نهادها است. شرایط خاص ایران سبب شده تا تجربه‌ی مقابله با بسیاری از جرایم سایبری مدرن را نداشته باشد و این واقعیت می‌طلبد تا از تجارب ارزشمند کشورهای توسعه یافته استفاده شود.

فهرست منابع:

- ۱- پرویزی، رضا، «جرایم کامپیوتری»، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فن‌آوری اطلاعات، تهران: ۱۳۸۳.
- ۲- توربان، افرایم و دیگران، فن‌آوری اطلاعات در مدیریت دگرگونی سازمان‌ها در اقتصاد دیجیتال، برگردان: ریاحی، حمیدرضا و دیگران، جلد سوم، تهران: گروه خدمات حرفه‌ای آشنا، ۱۳۸۶.
- ۳- مدیری، ناصر و دیگران، «مهندسی پدافند غیرعامل شبکه‌های کامپیوتری»، تهران: سپهر نوین، ۱۳۹۰.
- ۴- معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه و شورای عالی اطلاع‌رسانی کشور، «مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فن‌آوری اطلاعات»، قم: ۱۳۸۳.
- 5- D. B. Parker, "Automated crime and security," in Security and Detection, 1997. ECOS 97., European Conference on, 1997, pp. 108.
- 6- H. C Lee, "Cyber crime and challenges for crime investigation in the information era," in Intelligence and Security Informatics, 2008. ISI 2008. IEEE International Conference on, 2008, xxv-xxvi.
- 7- A. Bequai, "Cyber-crime the US experience," Computers & Security 18, no. 1 (1999) :pp. 16-18.
- 8- P. He, Z. Qu, and L. Duan, "The internet-crime measurement and prevention policy," in Test and Measurement, 2009. ICTM'09. International Conference on, vol. 1, n.d., 395-398.
- 9- me & etc, "Situational Crime Prevention and Cyber-crime investigation: the Online Podo-pornography case study ", IEEE ISI Journal, 2005.
- 10- C. Moore, "The growing trend of government involvement in IT security," in Proceedings of the 1st annual conference on Information security curriculum development, 2004, 119-123.
- 11- N. B Sukhai, "Hacking and cybercrime," in Proceedings of the 1st annual conference on Information security curriculum development, 2004, 128-132.
- 12- P. Kleve, R. De Mulder, and K. van Noortwijk, "The definition of ICT Crime," Computer Law & Security Review 27, no. 2 (2011) : 162-167.
- 13- G. Gogolin, "The Digital Crime Tsunami," Digital Investigation (2010).
- 14- J. Govil, "Ramifications of cyber crime and suggestive preventive measures," in Electro/Information Technology, 2007 IEEE International Conference on, n.d., 610-615.
- 15- Cowdery AM QC, " EMERGING TRENDS IN CYBER CRIME ", 2008.
- 16- A. B. Patki et al., "Cyber crime information system for cybernetics awareness," in Cyberworlds, 2003. Proceedings. 2003 International Conference on, 2003, 46-53.
- 17- O. B. Longe and S. C. Chiemeke, "Cyber Crime and Criminality in Nigeria-What Roles are Internet Access Points in Playing?," European Journal of Social Sciences 6, no. 4 (2008) : 132-139.
- 18- <http://www.aftabir.com>
- 19- <http://www.rooznamehrasmi.ir>
- 20- <http://www.gerdab.ir>

گفتمان جرم‌شناسی پیش‌گیری

قسمت نهم

قاسم ولی پور، قاضی دادگاه نظامی و معاون مدیر کل پیش‌گیری از وقوع جرم و عفو و بخشودگی سازمان قضایی نیروهای مسلح

پیش‌گیری‌های کیفری، حقوقی و قضایی

به رغم تردیدهایی که در مبانی نظری پیش‌گیری‌های کیفری روا داشته می‌شود و بنیان پیش‌گیری را تنها به پیش از وقوع جرم تحویل کرده و ارجاع می‌دهد، واقعیت امر که مؤید به سنجه‌های کمی و آماری است نشان می‌دهد:

(الف) توسل به تعقیب و مجازات در بازدارندگی عام و خاص مؤثر است هر چند این تأثیر کمینه‌ای یا حداقلی است و به حسب زمان، مکان و اوضاع و احوال متفاوت نیز خواهد بود. **(ب)** فرآیند دادرسی‌ها به ویژه دادرسی کیفری به اعتبار ارتقاء کیفیت رسیدگی‌ها و سرعت در حل و فصل دعوی و کاستن از چالش‌ها و تنش‌های مناسبات حقوقی شهروندان، بالمآل به کاهش وقوع جرم می‌انجامد.

(ج) افزایش انضباط و انتظام حقوقی در جامعه مانند توسعه و ترویج مشاوره، معاضدت‌های حقوقی و قضایی و تقویت نقش و اعتبار قانون از سطح تضاد و تقابل منافع شهروندان می‌کاهد و یا دست کم آن‌ها را به کانال‌های حقوقی و قضایی هدایت و دلالت می‌کند و در نتیجه امکان بروز جرم کاهش می‌یابد.

بنابر آنچه که در شماره‌های پیشین درباره‌ی نیروهای تغییر دهنده‌ی اجتماعی گفته شده است (نیروهایی که باورها را تغییر می‌دهند، نیروهایی که انگیزش ایجاد می‌کنند و نیروهایی که الزام‌گرد/ باورآورنده، انگیزاننده و وادارنده) همچنین مطابق آنچه که راجع

به فرآیند ذهنی - روانی شکل‌گیری عمل مجرمانه (گفتار و کردار) که از سه ساحت باورها، احساسات و خواسته‌ها، ناشی می‌شود، گفته شده است، پیش‌گیری‌های حقوقی، قضایی و کیفری هر چند نسبت وثیق‌تری با نیروهای وادارنده و الزام‌گردارند اما می‌توان مصادیقی را برشمرد که این دسته از پیش‌گیری‌ها نیز به نحو محسوسی به تغییر باورها و ایجاد انگیزش‌ها مدد می‌رسانند.

از باب مثال: توجیه اینکه نتیجه‌ی مشاوره و معاضدت حقوقی و قضایی چه بسا به ایجاد باورهای جدید یا اصلاح باورهای موجود در یک شهروند منتهی خواهد شد و یا دست کم تشخیص سود و زیان ارتکاب یک عمل را برای او آسان‌تر خواهد کرد دشوار نخواهد بود. یا در مثال دیگر اگر ادعا شود که فردی و شخصی کردن مجازات از تشدید احساسات و عواطف جرم‌آفرین می‌کاهد یا آن که تقویت اثر بخشی احکام که معادله‌ی سود و زیان ارتکاب جرم یا انصراف از آن را مطابق نظریه‌ی انتخاب عقلانی متأثر خواهد ساخت، ادعای دور از واقعی نیست. باری: گذشته از پیش‌گیری‌های حقوقی و قضایی که می‌تواند در پاره‌ای از مصادیق خود به قلمرو پیش‌گیری‌های فرهنگی و وضعی نزدیک شود، چنانچه بخواهیم بر اساس دسته‌بندی رایج و ترتیب مقرر در آن (کیفری، حقوقی و قضایی) به گفتمان رایج در این شیوه از پیش‌گیری‌ها بپردازیم، بحث از مفاهیم پیش‌گیری کیفری که فرجام مطلوب در فرآیند دادرسی کیفری محسوب می‌گردد، تقدم خواهد داشت.

پیش‌گیری کیفری مبانی توجیهی و معرفتی خود را اصولاً از نظریه‌ی بازدارندگی می‌ستاند. کما اینکه در تعاریف مقرر برای پیش‌گیری کیفری رکن رکن آن بازداشتن مرتکب جرم از تکرار آن (بازدارندگی خاص) و بازداشتن عموم شهروندان از ارتکاب جرم به روش اخطار و ارباب است. (بازدارندگی عام) نظریه‌ی بازدارندگی در ادبیات حقوق کیفری بر سه اصل مهم استوار است:

- شدت کیفر
- قاطعیت کیفر
- سرعت اجرای کیفر
- شدت کیفر

«یکی از متغیرهایی که می‌تواند در ایجاد ارباب و بازدارندگی مؤثر باشد، شدت مجازات است. شدت معمولاً عاملی است که در مرتبه اول به ذهن متبادر می‌گردد، به همین دلیل است که در طول تاریخ مدیران نظام کیفری بر شدت مجازات تأکید بیشتری داشتند و همچنین بنیان‌گذاران نظریه بازدارندگی (بکاریا و بنتام) نیز مجازات‌های شدید را امری ضروری در تحقق بازدارندگی می‌دانستند.

اندیشه حامی شدت مجازات بر آن است که بین شدت مجازات و نرخ جرم رابطه منفی برقرار است، یعنی هر چه بر شدت کیفر بیافزاییم نرخ جرم را کاهش داده‌ایم و هر چه از شدت آن بکاهیم نرخ جرایم را افزایش می‌دهیم. چنین اندیشه‌ای حتی باعث به کارگیری مجازات‌های جسمانی شده است.»



قطعیّت یا حتمیّت کیفر:

«از لحاظ تاریخی اولین اندیشه‌های مخالف با مجازات‌های شدید و لزوم قطعیت یافتن کیفرها را باید در آثار منتسکیو جستجو کرد. منتسکیو معتقد بود که نظام مجازات‌های شدید و متداول در اروپا از جمله اعدام و اشکال مختلف اجرای آن بعضاً مجازات‌های وحشت‌انگیزی است و باید برپیده شود و در عوض قضات در امر قضاوت و کشف جرم دقت بیشتری به خرج دهند و سعی نمایند با قطعیت بخشیدن بیشتر به مجازات‌ها و حذف مجازات‌های خشن و استفاده از مجازات‌های ملایم از ارتکاب جرایم توسط مجرمین بالقوه جلوگیری به عمل آورند.

پس از از منتسکیو و در سال ۱۷۶۴، سزار بکاریا با انتشار رساله جرایم و مجازات‌ها، اندیشه راجع به قطعیت مجازات‌ها را با شرح و تاکید بیشتری مطرح کرد. به نظر او یکی از مهم‌ترین موانع ارتکاب جرم گریز ناپذیری کیفرهاست، حتمی بودن کیفرهای معتدل همیشه تأثیری بیشتر از ترس از مجازات‌های شدید که امید رهایی در آن راه دارد به جا می‌گذارد.

مطابق این دیدگاه مجرم‌ان در محاسبه‌ی نفع و زیان خود علاوه بر شدت مجازات‌ها، درجه‌ی احتمال اجرای مجازات‌ها را مدنظر قرار می‌دهند به طوری که اگر مجازاتی، هر چند شدید، از قطعیت کمتری برخوردار باشد ممکن است مجرم در محاسبات خود آن مجازات را مدنظر قرار ندهد و جرم را مرتکب شود. منظور از قطعیت، میزان احتمالی است که مجازات به دنبال ارتکاب جرم بر مجرم اعمال خواهد شد.»

سرعت اجرای کیفر:

«عامل دیگری که بازدارندگی را تحت تأثیر قرار می‌دهد سرعت اجرای مجازات است. منظور از سرعت نزدیک‌ترین زمان ممکن در اعمال مجازات، به دنبال ارتکاب جرم است بکاریا سرعت اجرای مجازات را نیز یکی از علل افزایش بازدارندگی می‌داند و معتقد است هر چه فاصله‌ی میان ارتکاب جرم و مجازات کوتاه‌تر باشد رابطه‌ی بین آن دو در اذهان قوی‌تر و پایدارتر خواهد بود.

در واقع برای توضیح عامل سرعت باید فرمول سود و زیان و ارتکاب جرم را مدنظر قرار داد. مطابق نظریه‌ی بازدارندگی، چون مجرم فردی عاقل است لذا غالباً نفع خویش را دلیل اصلی اعمال خود قرار می‌دهد و همیشه در پی راندن زیان از خود و یا کاهش آن است. بنابراین اگر عمل زیان‌بار باشد آن را انجام نمی‌دهد. در

مورد جرم نیز وضعیت بدین گونه است. اما اگر بین عمل مجرمانه و زیان حاصل از آن فاصله‌ای ایجاد شود چنین حالتی موجد دواثر است: اول اینکه، هر قدر بین عمل و زیان حاصل از آن فاصله زمانی بیشتری باشد فرد امید بیشتری به رهایی از آن دارد و این مساله با اثرگذاری بر احتمال تحمل مجازات، قطعیت و حتمیت آن را کاهش می‌دهد.

دوم اینکه اگر فاصله زیان و عمل زیاد باشد ممکن است او و دیگران نتوانند از نظر ذهنی بین زیان و عمل مجرمانه ارتباط برقرار کنند. یعنی درک این مساله که این زیان به علت ارتکاب آن عمل است برای افراد مشکل می‌شود و لذا ذهنشان از توجه به اینکه چنین عملی آن زیان را به بار آورده است منصرف گردیده و برای احتراز از آن زیان، از انجام آن عمل خودداری نخواهند کرد.»

نمودار تعریف و محورهای پیش‌گیری کیفری، حقوقی و قضایی

پیشگیری کیفری، حقوقی و قضایی	
توسل به تعقیب و مجازات برای بازداشتن مجرم از تکرار جرم و بازداشتن شهروندان از ارتکاب و نیز افزایش اثربخشی فرایند دادرسی، قضایی و حقوقی بر محور یا کاهش جرم	
محور	تدابیر
چگونه بر نظم و انتظام حقوقی بیفزائیم؟	توسعه و ترویج مشاوره و معاضدت حقوقی و قضایی تنظیم و تحکیم روابط حقوقی در جرم
چگونه اثر مجازات یا اقدامات پیشگیرانه حقوقی یا کیفری را افزایش دهیم؟	فردی و شخصی کردن مجازات در جرم تسریع در رسیدگی، صدور و اجرای حکم در جرم تقویت اثربخشی احکام در پیشگیری از وقوع جرم
چگونه تأثیر قوانین و مقررات را افزایش دهیم؟	شناسایی و رفع نقاط ضعف و خلاء قوانین و مقررات در جرم ارتقای نظارت بر عملکرد مجریان قوانین و مقررات در جرم تأمین لوازم و رفع موانع اجرای قوانین و مقررات در جرم
چگونه جمعیت کیفری را کاهش دهیم؟	تعیین و اعمال مجازات‌های جایگزین زندان برای جرم اصلاح و مدیریت فرایند تحقیقات مقدماتی و قرارهای تأمین و نیز افزایش سرعت رسیدگی.

منابع:

- ۱- مجموعه گزارش‌های کارگاه‌های علمی کاربردی مدیریت پیشگیری از وقوع جرم و آسیب‌های اجتماعی، معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه
- ۲- سند ملی و راهبردی پیشگیری از وقوع جرم و آسیب‌های اجتماعی،
- ۳- تکرار جرم، دکتر حسین غلامی
- ۴- نقش و تأثیر آراء محاکم نظامی در بازدارندگی از جرایم نیروهای مسلح، دکتر حسین غلامی

قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع

آرای وحدت رویه

دیوان عدالت اداری

رای شماره ۴۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع صورت مجلس تفکیکی توسط سازمان ثبت اسناد و املاک کشور صادر می شود و درخواست ابطال صورت مجلس بدون طرف دعوی قرار دادن سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موجه نیست^(۱)

۴۱۴ - ۱۳۹۲/۶/۲۵ رای هیأت عمومی
اولاً: تعارض در آراء شعب ۸ و ۱۴ دیوان عدالت اداری محرز است.

ثانیاً: با توجه به این که صورت مجلس تفکیکی املاک توسط سازمان ثبت اسناد و املاک کشور صادر می شود، درخواست ابطال صورت مجلس مذکور بدون طرف دعوا قرار دادن سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موجه نیست، بنابراین رأی شعبه هشتم که به دلیل طرف دعوا قرار ندادن سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به شماره دادنامه ۱۷۵۶ - ۱۳۸۶/۶/۳ مبنی بر رد شکایت صادر شده است صحیح و موافق مقررات تشخیص می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری
معاون قضایی دیوان عدالت اداری - علی مبشری

رای شماره ۴۵۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، موضوع اعطای گروه تشویقی به کارکنان ایثارگر شاغل^(۲)

۴۵۱ - ۱۳۹۲/۷/۱۵ رای هیأت عمومی
اولاً: تعارض در آراء محرز است.

ثانیاً: به موجب تبصره ۷ الحاقی به ماده ۳ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب سال ۱۳۸۱، مقرر شده است «دولت می تواند به

ایثارگرانی که مشمول بندهای (د) و (ه) تبصره ۴ این ماده می شوند، علاوه بر گروه های تشویقی تبصره یاد شده یک الی دو گروه تشویقی دیگر اعطاء نماید.» و بندهای (د) و (ه) تبصره ۴ ماده ۳ قانون یاد شده ناظر بر مدیران و مستخدمانی است که خدمات برجسته انجام داده باشند. نظر به این که در پرونده های موضوع تعارض دلیلی بر مدیر بودن شکات و یا این که مصدر خدمات برجسته بوده اند، وجود ندارد و با عنایت به این که بخشنامه شماره ۱۱/۷۴۵۵۰ - ۱۳۷۹/۱/۲۰ سازمان مدیریت و برنامه ریزی (وقت) کشور مبنی بر اختیار اعطای یک گروه تشویقی به کارمندی که خدمات برجسته انجام داده اند تا پایان سال ۱۳۸۰ اعتبار داشته است و پس از آن قابل استناد نیست، بنابراین رأی شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری به شماره ۱۷۴۸ - ۱۳۸۹/۶/۲۷ در حدی که متضمن این معنی است و با عدم احراز شرایط مصرح در قانون به منظور برخورداری از گروه تشویقی به رد صادر شده است، صحیح و موافق مقررات است.

این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

رییس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رای شماره ۴۶۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، موضوع مرجع صالح برای تعیین مناطق جنگی (جبهه)^(۳)

۴۶۶ - ۱۳۹۲/۷/۲۲ رای هیأت عمومی
اولاً: دادنامه های شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۵۴۱ - ۱۳۹۰/۳/۳۰ - ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۵۳۴ - ۱۳۹۰/۳/۳۰

شعبه هفتم دیوان عدالت اداری به

لحاظ تفاوت موضوع شکایت و خواسته از تعارض خارج است و در سایر دادنامه های مندرج در گردش کار تعارض محرز است.

ثانیاً: با توجه به این که تعیین مناطق عملیاتی و جنگی موضوع ماده ۳ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دور افتاده و مناطق جنگی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۷، مربوط به اجرای قانون مذکور از تاریخ تصویب به بعد است و تعیین مناطق جنگی قبل از تصویب این قانون به وسیله سپاه پاسداران و ستاد کل نیروهای مسلح منع قانونی نداشته است و بر اساس بخش نامه شماره ۱۳۷۹/۴/۹ - الف/۱۷۰۲/۸/۸۷/۱۳۷۹/۴/۹ ستاد کل نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران از تاریخ ۱۳۵۸/۱/۱ تا پایان سال ۱۳۶۷ و نامه شماره ۱۳۷۹/۴/۴۹۷ - س/۱۳۷۵/۱۲/۴ - سپاه پاسداران انقلاب اسلامی در خصوص مناطق عملیاتی و جنگی تعیین تکلیف شده است، بنابراین آراء شعبه ۷ دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه های ۱۱۲۳۰ - ۱۳۸۹/۵/۳۱ - ۴۶۱ - ۱۳۸۸/۴/۳۰ صحیح و موافق مقررات تشخیص می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، برای شعب دیوان سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است. رییس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رای شماره های ۴۶۸ - ۴۶۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص فوق العاده ویژه ارتقای شغلی جزو فوق العاده های مستمر محسوب نمی شود و با عدم تأیید بالاترین مقام دستگاه

موجبی برای پرداخت آن وجود ندارد^(۴)

۴۶۸ - ۱۳۹۲/۷/۲۲ رای هیأت عمومی
اولاً: تعارض محرز است.

ثانیاً: با توجه به این که مطابق بند ۲ تصویب



نامه شماره ۳/۳۱۹۶/۲۵۷۰۳ هـ - ۱۳۸۱/۵/۲۳ هیأت وزیران، فوق العاده ویژه ارتقای شغلی جزو فوق العاده های مستمر محسوب نمی شود و پرداخت آن به تأیید بالاترین مقام دستگاه مشمول مصوبه موکول شده است، بنابراین با عدم تأیید بالاترین مقام دستگاه موجبی برای پرداخت فوق العاده مذکور وجود ندارد، از این حیث آراء شعب ۲۵ و ۲۷ دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه های ۴۰۳۸ - ۱۳۸۸/۱۱/۱۲ و ۱۳۸۸/۱۱/۱۲ و ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۲۷۰۰۵۱۴ و ۱۳۹۰/۳/۲۳ - مبنی بر رد شکایت، در حدی که متضمن این معنی است صحیح و موافق مقررات تشخیص می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

رییس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۴۸۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، موضوع صلاحیت مرجع رسیدگی به درخواست اصلاح حکم کارگزینی در مورد احتساب سابقه خدمت^(۵)

۴۸۴ - ۱۳۹۲/۷/۲۹ رأی هیأت عمومی نظر به این که در پرونده های موضوع تعارض شکات مدتی با انعقاد قرارداد کار اشتغال داشته اند و با استخدام رسمی در سازمان متبوع، اصلاح حکم کارگزینی و احتساب ایام اشتغال تحت عنوان قرارداد کار را جزء سنوآت رسمی خواستار شده اند و شعب ۷ و ۲۱ دیوان عدالت اداری به شرح آراء مندرج در گردش کار، دیوان عدالت اداری را پیش از رسیدگی به موضوع در هیأت های تشخیص و حل اختلاف موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار، صالح به رسیدگی ندانسته اند ولیکن شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به شرح رأی مندرج در گردش کار، دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به شکایت صالح دانسته است، تعارض محرز است و با توجه به این که شکات اصلاح حکم کارگزینی را درخواست کرده اند که توسط سازمان متبوع آنها صادر شده است و موضوع اصلاح این حکم منصرف از حدود

پی نوشت ها:

۱. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۷/۱۶ - ۱۹۹۸۲ (۶۲۲)
۲. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۸/۱۱ - ۲۰۰۰۱ (۶۲۸)
۳. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۹/۲ - ۲۰۰۱۷ (۶۳۴)

وظایف و اختیارات هیأت های تشخیص و حل اختلاف مصرح در ماده ۱۵۷ قانون کار است، بنابراین آراء شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه های ۱۰۵۹ - ۱۳۸۹/۵/۱۰ و ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۵۸۸ - ۱۳۸۹/۹/۲۱ در حدی که صلاحیت دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به شکایت مذکور پذیرفته است صحیح و موافق مقررات تشخیص می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

رییس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۵۵۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال نامه شماره ۶۴۵/۳۷۹ - ۱۳۷۶/۱/۱۶ مدیر عامل سازمان ملی زمین و مسکن^(۶)

۵۵۲ - ۱۳۹۲/۸/۲۰ رأی هیأت عمومی ماهیت حقوقی مالکیت اشخاص به نحو اشاعه نسبت به اموال (اعم از منقول یا غیر منقول) مفید مالکیت تمامی صاحبان حصه در جزء جزء اموال است که ثمره آن برخورداری تمامی مالکان مشاعی از آثار حقوقی ناشی از هرگونه اقدام قضایی و حقوقی در آن است و منع بهره مندی بعضی از مالکان مورد اشاره راجع به حقوق قانونی متعلقه، از مصادیق تبعیض ناروای موضوع بند ۹ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود. رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون اراضی شهری دایر به موات شناختن ملک متنازع فیه در حقیقت به کل پلاک ثبتی متعلق حق تمامی مالکان مشاعی دلالت داشته است و ناظر بر محدوده خاصی از آن ملک نیست، لذا رأی دادگاه مبنی بر ابطال رأی کمیسیون مذکور نیز بر کل پلاک ثبتی اشاره دارد و به عبارتی این رأی به اعتبار میزان حصه مالکان مشاعی صادر نشده است بلکه مبنای صدور آن احراز مغایرت رأی کمیسیون ماده ۱۲ با موازین قانونی بوده است. بنابراین دستور العمل معترض به که احکام دادگاه ها مبنی بر ابطال رأی کمیسیون

ماده ۱۲ قانون اراضی شهری در خصوص ملک مشاعی را صراحتاً ناظر بر معترضان به رأی کمیسیون مرقوم در دادگاه دانسته است و سپس اقدام به لغو بند ۱۳ بخشنامه شماره ۳۰۲۲/ل - ۱۳۷۰/۸/۱۵ کرده است، به علت تبعیض ناروا مغایر با موازین قانونی یاد شده تشخیص می شود و به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می شود.

رییس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۵۶۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال تصویب نامه شماره ۱۱۲۹۰۷/ت - ۲۸۳۳۹ هـ مورخ ۱۳۸۶/۷/۱۶ هیأت وزیران که بیان داشته اموال فرهنگی، تاریخی منقول زیر خاکی جزء اموال عمومی و مالکیت آن ها متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران است^(۷)

۵۶۸ - ۱۳۹۲/۸/۲۷ رأی هیأت عمومی نظر به این که در خصوص مصوبه شماره ۱۱۲۹۰۷/ت - ۲۸۳۳۹ هـ - ۱۳۸۶/۷/۱۶ هیأت وزیران، دایر به این که «اموال فرهنگی، تاریخی منقول زیر خاکی جزء اموال عمومی و مالکیت آن ها متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران است» قائم مقام دبیر شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۹۱/۳۱/۴۸۴۶۵ - ۱۳۹۱/۸/۷، نظر فقهای شورای نگهبان، را به این شرح که «اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مواردی که اموال فرهنگی، تاریخی منقول ملک شخصی اشخاص یا جزء موقوفات است، خلاف موازین شرع شناخته شد.» ابلاغ کرده است، بنابراین در اجرای حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۸۸ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری حکم به ابطال مصوبه با تاریخ تصویب صادر و اعلام می شود.

۴. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۹/۲ - ۲۰۰۱۷ (۶۳۴)
۵. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۹/۲ - ۲۰۰۱۷ (۶۳۴)
۶. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۹/۲۰ - ۲۰۰۳۳ (۶۴۰)
۷. ویژه قوانین و مقررات روزنامه رسمی: ۱۳۹۲/۹/۲۰ - ۲۰۰۳۳ (۶۴۰)

نظرات مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضائیه

اصل بر عدم امکان تجدید جلسه دادرسی است پرداخت دیه از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی نیاز به صدور حکم دادگاه ندارد

سؤال: نظر آن مرجع محترم را در خصوص نحوه اقدام دادرس در مورد پرونده‌های مربوط به حوادث رانندگی که مقصر حادثه متواری بوده و یا شناسایی نگردیده است، اعلام فرمایید. توضیح اینکه در این خصوص دو نظر بین همکاران وجود دارد تعدادی از قضات محترم معتقدند در این گونه موارد مصدوم یا اولیاء دم با اخذ گواهی از دادرسا مبنی بر عدم امکان شناسایی و یا دستگیری متهم می‌بایست جهت مطالبه دیه مبادرت به تقدیم دادخواست به طرفیت صندوق تأمین خسارت‌های بدنی موضوع ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری دارندگان وسایل نقلیه در مقابل شخص ثالث در دادگاه حقوقی نمایند و پرونده مطروحه در دادرسا نیز تا شناسایی و یا دستگیری مقصر حادثه مفتوح باشد. نظر دوم آن است که در این خصوص دادرسا مکلف است با تهیه گزارش از روند تحقیقات و اقدامات انجام شده و تأکید بر عدم شناسایی و دسترسی به مقصر حادثه به لحاظ اینکه امکان صدور هیچگونه قرار نهایی خصوصاً در مواردیکه مقصر حادثه شناسایی نگردیده است

وجود ندارد، با ارسال پرونده به دادگاه جزایی صدور حکم بر محکومیت صندوق مارالذکر را درخواست نماید و دادگاه جزایی نیز با دعوت از نماینده صندوق بدون نیاز به تقدیم دادخواست از ناحیه مصدوم یا اولیاء دم به موضوع مطالبه دیه رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید.

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۳-۷/۹۲/۱۷۰۴

چنانچه در حادثه رانندگی منجر به صدمه بدنی غیر عمدی راننده مقصر ناشناس متواری گردد مطابق ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری سال ۱۳۸۷ پرداخت خسارت بدنی اشخاص ثالث به عهده صندوق تأمین خسارت‌های بدنی است که اشخاص ثالث زیان دیده مستنداً به ماده ۱۴ همان قانون حق دارند با ارائه مدارک لازم از جمله گزارش افسر کاردان تصادفات راهنمایی و رانندگی یا پلیس راه برای دریافت خسارت مستقیماً به صندوق مذکور مراجعه نمایند و نیازی به صدور حکم دادگاه ندارد. دادرسا یا دادگاه می‌توانند زیان دیده یا اولیاء دم را جهت دریافت دیه به صندوق یاد شده دلالت نمایند و در این خصوص دادرسا به غیر از این، تکلیف دیگری ندارد؛ اما در رابطه با جنبه عمومی جرم تا معرفی و دستگیری متهم، پرونده در دادرسا مفتوح می‌ماند و صدور قرار منع تعقیب به علت ناشناس بودن راننده مقصر وجه قانونی ندارد.

خسارت تأخیر تأدیه نسبت به دیون از نوع وجه رایج برابر با مقررات ماده (۵۲۲) قانون آیین دادرسی مدنی قابل مطالبه است و شرط زیاده بر آن ربای قرضی است سؤال: اگر به موجب قرارداد توافق شده باشد که هر گاه تعهدات مالی در زمان های مقرر ایفا نشود، به ازاء هر ده میلیون ریال، در هر ماه سیصد هزار ریال به مبالغ مزبور افزوده شود، آیا خسارت در طول مدت عدم پرداخت به اصل مبلغ تعلق می‌گیرد یا به اصل مبلغ به اضافه سود ماهیانه؟

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۹-۷/۹۲/۱۷۴۷

توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تأخیر تأدیه دین فقط در چارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک‌ها پیش‌بینی شده است، ولی در تمام دعای که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به امکان مصالحه طرفین به نحوه دیگر ناظر به مصالحه



به کمتر از شاخص تورم است؛ زیرا مقررات یاد شده تا سقف شاخص تورم امری بوده و توافق بر بیشتر از آن بی اعتبار است.

تشخیص مستثنیات دین به عهده قاضی رسیدگی کننده است و چنانچه اشتباهی توقیف شود باید از آن رفع توقیف شود

سؤال ۱: آیا بررسی اینکه مال از جمله مستثنیات دین می باشد یا خیر، تکلیف مرجع قضایی است و یا اینکه تا قبل از ایراد از سوی محکوم علیه اجرای احکام تکلیفی به بررسی ندارد؟

۲- چنانچه پس از اجرای حکم و انتقال سند به برنده مزایده، محکوم علیه غایب و غیر مطلع مراجعه کند، حق اعتراض به فرایند اجرای احکام را دارد یا خیر؟ چنانچه احراز شود که مال از جمله مستثنیات است، اجرای احکام و یا قاضی چه تصمیمی باید بگیرد؟

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۱۰ - ۷/۹۲/۱۷۵۵
مستثنیات دین به شرح بندهای الف تا و او ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی احصاء گردیده است. با توجه به اطلاق ماده ۵۲۳ همان قانون، اجرای رأی از مستثنیات دین اموال محکوم علیه ممنوع است، چه آنکه محکوم علیه مراتب مستثنیات دین بودن مال مذکور را اعلام کرده باشد، چه نکرده باشد. تشخیص مستثنیات دین و اعمال مقررات مربوطه به عهده قاضی رسیدگی کننده است و منوط به تقاضای محکوم علیه نیست. شایان ذکر است چنانچه متعاقباً نیز قاضی متوجه توقیف اشتباهی مستثنیات دین شده باشد، باید از آن رفع توقیف کند.

چنانچه قرار تأمین خواسته محل حقوق اشخاص ثالث باشد حق شکایت به قرار مزبور را دارند

سؤال: پس از صدور قرار تأمین خواسته و انجام اقدام اجرایی مربوط و توقیف پلاک ثبتی متعلق به خوانده، خواهان طرح دعوای ماهیتی نمی نماید و خوانده نیز با توجه به تبانی قبلی

با خواهان جهت رفع اثر از قرار تأمین اقدامی نمی کند. محکوم له دیگر در پرونده اجرایی دیگری، با توجه به بازداشت قبلی آن پلاک، جهت وصول به حق قانونی خود نمی تواند هیچ اقدامی به عمل آورد. در چنین فرضی، آیا محکوم له موصوف می تواند تقاضای رفع اثر از تأمین اولیه را که بر مبنای تبانی احتمالی میان طرفین این پرونده صادر شده، بنماید؟

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۱۲ - ۷/۹۲/۱۷۷۵
در فرضی که خواهان قبل از اقامه دعوی به تجویز ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی درخواست تأمین خواسته نموده و با صدور قرار تأمین خواسته و علی رغم انقضای مهلت ده روزه اقدام به تقدیم دادخواست نموده و خوانده نیز درخواست لغو قرار تأمین خواسته را نمی نماید، اشخاص ثالثی که قرار مذکور محل حقوق آن ها شده نظیر طلبکاران خوانده حق شکایت و اعتراض به قرار مذکور را با توجه به اطلاق ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی دارند و دادگاه صادر کننده قرار در این قبیل موارد بدون رعایت تشریفات دادرسی نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم می کند.

شرکت بیمه مکلف است دیه زن متوفی را به اندازه دیه کامل مرد مسلمان در ماه حرام پرداخت کند

سؤال: در حادثه رانندگی یک نفر خانم کشته می شود مقصر حادثه (بیمه گذار) به پرداخت نصف دیه مرد مسلمان محکوم و شرکت بیمه گر نسبت به پرداخت دیه ی مقرر (نصف دیه مذکور) تا سقف تعهد قراردادی که به میزان نصف دیه مرد مسلمان بوده است، پرداخت می کند. اولیاء دم متوفیه نسبت به نصف دیگر دیه به علت تخطی بیمه گذار و بیمه گر از انجام تکلیف قانونی به خواسته الزام به پرداخت آن اقامه دعوا می کند آیا دعوای مذکور متوجه خواندگان می باشد و قابلیت استماع دارد؟

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۱۲ - ۷/۹۲/۱۷۷۸
دیه زن متوفی باید مطابق تبصره ۲ ماده ۴

قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۸۷ و تصویب نامه پرداخت خسارات بدنی بدون لحاظ جنسیت طبق تعرفه حق بیمه وسایل نقلیه موتوری زمینی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۹ هیأت وزیران، پرداخت شود. بنابراین شرکت بیمه مکلف است دیه زن متوفی را به اندازه دیه کامل مرد مسلمان در ماه حرام پرداخت نماید، در غیر این صورت دعوای مطالبه الباقی از بیمه گر قابل استماع است؛ ضمن آنکه تخلف بیمه گر وفق ماده ۲۸ قانون فوق الذکر دارای ضمانت اجرای جرمه و یا حتی لغو پروانه توسط بیمه مرکزی ایران می باشد.

چنانچه در اثر اصابت یک گلوله ساچمه زنی نافذه های متعدد در چند محل جداگانه از یک عضو ایجاد شود هر آسیب دیه جداگانه دارد

سؤال: مردی در اثر اصابت فشنگ ساچمه ای به ناحیه ران در ۲۰ نقطه مجروح شده است. با توجه به اینکه گلوله واحد از تفنگ خارج و سپس ساچمه ها را شده اند وفق ماده ۷۱۳ قانون مجازات اسلامی دیه فرد چه میزان است؟

نظریه: ۱۳۹۲/۹/۱۳ - ۷/۹۲/۱۷۸۵
در فرض سؤال که در اثر اصابت فشنگ ساچمه ای به ناحیه ران در ۲۰ نقطه جراحت ایجاد شده است اگر هر یک از ساچمه ها فرورفته باشد و طبق تعریف مذکور در ماده ۷۱۳ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ جراحت نافذه را به وجود آورده باشد، چنانچه برابر بند ب ماده ۵۴۳ قانون مزبور این جراحت ها متصل به هم یا به گونه ای نزدیک به هم باشد که عرفاً یک آسیب محسوب شود، دیه آن تداخل می کند و تنها یک دیه ثابت می شود. در غیر این صورت مشمول ذیل ماده ۵۴۱ قانون یاد شده بوده و هر جراحت نافذه دیه جداگانه خواهد داشت که تشخیص مصداق حسب مورد بر عهده مرجع رسیدگی کننده است.

نظرات مشورتی اداره ی حقوقی سازمان قضایی نیروهای مسلح

مجازات‌های تکمیلی ماده (۲۳) قانون مجازات اسلامی نسبت به جرایم ق.م.ج.ن.م. در خصوص نظامیان قابل اعمال نمی‌باشد

سؤال: آیا مجازات‌های تکمیلی موضوع ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی در رابطه با جرایم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نسبت به نظامیان در مراجع قضایی نظامی لازم‌الاجراست؟

نظر به مشورتی:

۱۳۹۲/۱۰/۲۳ مورخ ۷/۲/۱۱۳۷۶۲

با عنایت به اینکه قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح قانون خاص است که در خصوص مجازات‌های تکمیلی و تنزیمی برابر ماده ۱۵ آن قانون مقررات خاصی را تعیین نموده است و قانون عام لاحق ناسخ قانون خاص سابق نمی‌باشد همچنین برابر ماده ۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، در مواردی که مجازات جرمی در این قانون ذکر شده است، دادگاه مکلف است به استناد این قانون حکم صادر نماید. به طوری که منظور از «مجازات» در این ماده اعم از مجازات اصلی و تکمیلی است و انواع مجازات‌های تکمیلی مندرج در نیز در ماده ۱۵ قانون مزبور بیان شده است، بنابراین مجازات‌های تکمیلی مندرج در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی نسبت به جرایم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح در خصوص نظامیان قابل اعمال نمی‌باشد.

تأسیس حقوقی «توبه» موضوع ماده (۱۱۴) قانون مجازات اسلامی، نسبت به جرایم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح در خصوص نظامیان قابلیت اعمال دارد

سؤال: آیا توبه موضوع ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، نسبت به جرایم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح قابلیت اعمال دارد یا خیر؟

صورت خاص برای شروع به جرم مجازات تعیین نموده ملغی شده است

سؤال: برابر ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی، شروع به جرم، جرایم مستوجب حبس تعزیری تا درجه پنج، جرم محسوب می‌شود و برای آن‌ها مجازات تعیین شده است و جرایم مستوجب مجازات درجات (۶ و ۷ و ۸) فاقد شروع به جرم و برای شروع به جرم آن‌ها مجازات تعیین نشده است؛ لکن، برابر ماده (۱۲۸) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح بعضی از جرایم مستوجب مجازات درجات (۶ و ۷) شروع به جرم آن‌ها جرم و قابل تعقیب کیفری و مجازات است. حال، آیا ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی ناسخ ماده (۱۲۸) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح می‌باشد یا خیر؟

نظر به مشورتی:

۱۳۹۲/۱۰/۲۳ مورخ ۷/۲/۱۱۳۷۳۸

نظر به اینکه مقنن در راستای یکسان‌سازی نحوه رسیدگی به امور قضایی که در بند «۷» سیاست‌های کلان مقام معظم رهبری مورد تأکید قرار گرفته است و در مقام ایجاد نظم خاصی برای «شروع به جرم» در قانون مجازات اسلامی در تمامی موارد مشمول ماده (۱۲۲) قانون مزبور مجازات‌هایی را به شرح بندهای آن ماده تعیین نموده است و با توجه به اینکه مقررات ماده (۲۲۸) قانون مزبور در خصوص لغو کلیه مقررات و قوانین مغایر با قانون مزبور مطلق است، که این اطلاق شامل کلیه موارد عام و خاص می‌باشد و چنانچه قائل به عدم نسخ موارد شروع به جرم در قوانین خاص از جمله در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح باشیم، شاهد تفاوت و شدت و ضعف مجازات خواهیم بود. در نتیجه کلیه مقرراتی که در قانون به صورت خاصی برای شروع به جرم مجازات تعیین نموده است با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ملغی شده است و مجازات شروع به جرم در تمام جرایم طبق بندهای ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی تعیین می‌شود.

صرف نظر از اینکه مجازات مباشر جرم، کدامیک از حدود سرقت باشد، معاونت در سرقت مستوجب حد، مشمول بند ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی است

سؤال: چنانچه مجازات سارق مستوجب حد به لحاظ سابقه سرقت برابر بند «ت» ماده (۲۷۸) قانون مجازات اسلامی اعدام باشد، مجازات معاونت در سرقت مزبور که صرفاً در آخرین مرحله معاونت در سرقت کرده مشمول کدام یک از بندهای ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی است؟

نظر به مشورتی:

۱۳۹۲/۱۰/۲۳ مورخ ۷/۲/۱۱۳۷۳۶

مجازات معاونت در جرم برابر ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی بر مبنای جرم ارتكابی مباشر آن جرم تعیین می‌شود. وجود شرایط خاص در مرتکب آن جرم، از جمله سابقه تعدد یا تکرار جرم که از موجبات تشدید مجازات مرتکب است، نسبت به شخصی که صرفاً در یک مرحله مرتکب معاونت در آن جرم شده است مؤثر نیست و از موجبات تشدید مجازات وی نمی‌باشد. ضمناً، بند «الف» ماده (۱۲۷) مجازات معاونت در جرایمی را که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات است به صورت عام بیان کرده و بند «ب» ماده مزبور مجازات معاونت در سرقت مستوجب حد را به صورت خاص بیان نموده است، که با عنایت به اینکه اعدام سارق در مرتبه چهارم برابر بند «ت» ماده (۲۷۸) قانون مجازات اسلامی در کنار سایر مجازات‌هایی که از مصادیق حد سرقت می‌باشد که به صورت خاصی حکم معاونت در سرقت مستوجب حد صرف نظر از نوع حد سرقت بیان شده است. بنابراین، صرف نظر از اینکه مجازات مباشر جرم کدام یک از حدود سرقت باشد، معاونت در سرقت مستوجب حد مشمول بند «ب» ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی است.

با تصویب ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی کلیه قوانین و مقررات که به

نظریه مشورتی:

۱۳۹۲/۱۰/۲۳ مورخ ۷/۲/۱۳۷۶۸

با عنایت به اینکه «توبه» موضوع ماده (۱۱۴) قانون مجازات اسلامی تأسیس حقوقی جدیدی است که بار عایت شرایط مقررات ماده قانونی مزبور می تواند از موجبات سقوط یا تخفیف مجازات باشد و در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نیز سابقه تقنینی ندارد، بنابراین نسبت به جرایم قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نیز در خصوص نظامیان قابلیت اعمال دارد.

اخذ رشوه از افراد مختلف برای موضوعات متعدد مشمول مقررات تعدد جرم می باشد

سؤال: با عنایت به اینکه برابر مقررات تبصره ۱ ماده (۳) و تبصره ۴ ماده (۵) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و ماده (۱۲۱) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، در موارد تعدد جرایم اختلاس و ارتشاء جمع مبالغ مبنای تعیین مجازات می باشد. حال، آیا مقررات تعدد جرم موضوع ماده (۱۳۴) قانون مجازات اسلامی نسبت به جرایم ارتشاء و اختلاس قابلیت اعمال دارد یا خیر؟ به عنوان مثال، چنانچه یکی از کارکنان نیروهای مسلح اقدام به اخذ رشوه در دوازده مرحله از دوازده نفر و از هر یک نود هزار تومان نماید، آیا برای وی یک مجازات بر مبنای جمع مبالغ بر اساس بند «ج» ماده (۱۱۸) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح تعیین خواهد شد یا با رعایت مقررات تعدد جرم ماده (۱۳۴) قانون مجازات اسلامی، برای وی دوازده مجازات بر اساس بند «الف» ماده (۱۱۸) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح تعیین خواهد شد؟

نظریه مشورتی:

۱۳۹۲/۱۱/۵ مورخ ۷/۹۲/۲۰۹۸

آنچه در تبصره ۱ ماده (۳) و تبصره ۴ ماده (۵) قانون تشدید مجازات ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و ماده (۱۲۱) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح آمده است شامل یک جرم اختلاس یا ارتشاء است، یعنی موضوعی که از بابت آن رشوه دریافت می شود «واحد» است و پرداخت وجه یا مال ... به دفعات صورت گرفته یا مختلس از صندوق مشخصی و جوی رابه دفعات برداشت می کند که در این صورت مجموع مبالغ، ملاک تعیین مجازات و صلاحیت است

وقاعده تعدد جرم جاری نیست. اما اگر کارمند دولت یا فرد نظامی (از افراد مختلف) برای موضوع های متعدد و جوی اخذ کند، مشمول مقررات فوق الذکر نبوده و مقررات تعدد جرم (ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) درباره او قابل اعمال است.

شهادت شرعی در صورتی معتبر است که بر خلاف علم قاضی نباشد

سؤال: آیا بین مواد (۱۷۵) و (۲۱۲) قانون مجازات اسلامی در رابطه با شهادت شرعی با علم قاضی تعارض وجود دارد؟

نظریه مشورتی:

۱۳۹۲/۱۱/۵ مورخ ۷/۹۲/۲۰۹۸

برابر ماده ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شهادت شرعی چون شارع آن را معتبر دانسته است دارای حجت می باشد، گرچه مفید علم نباشد و برابر ماده ۲۱۲ این قانون «اگر علم قاضی با ادله دیگر در تعارض باشد و علم، بین باقی بماند آن ادله برای قاضی معتبر نیست» بنابراین لازم نیست شهادت شرعی موجب علم قاضی شود، بلکه موضوعیت دارد. اما اگر قاضی برخلاف آن، علم حاصل کند، دیگر برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد مفاد شهادت شهود، رأی صادر می نماید؛ از این رو بین دو ماده یاد شده هیچ گونه تعارضی وجود ندارد.

لغو قرار تعلیق اجرای مجازات به عهده دادگاهی است که حکم محکومیت قطعی نسبت به جرم جدید را صادر می کند

سؤال: با عنایت به ماده (۵۴) قانون مجازات اسلامی، چنانچه شخصی که توسط دادگاه عمومی جزایی محکوم به حبس تعلیقی شده است، در ایام تعلیق مرتکب جرم دیگری که رسیدگی به آن در صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب یا نظامی باشد، گردد، آیا مرجع رسیدگی کننده به جرم اخیر که فاقد صلاحیت ذاتی رسیدگی به جرم اولیه منتهی به حبس تعلیقی است مجاز به الغای قرار تعلیقی اجرای مجازات و دستور اجرای حکم معلق نیز می باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا رعایت صلاحیت ذاتی در الغای قرار تعلیق و دستور اجرای حکم معلق الزامی است یا خیر؟ در صورت الزامی نبودن اجرای حکم معلق که دستور اجرای آن صادر شده، به عهده کدام دادسرا می باشد؟

نظریه مشورتی:

۱۳۹۲/۱۱/۲۱ مورخ ۷/۹۲/۲۲۳۷

پاسخ: با توجه به صراحت ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «لغو قرار تعلیق اجرای تمام یا قسمتی از مجازات» صرفاً به عهده دادگاهی است که حکم محکومیت قطعی مربوط به جرمی که متهم در مدت تعلیق مرتکب شده (و از جمله جرایم عمدی موجب حد، قصاص، دیه و تعزیر تا درجه ۷ است) را صادر نموده است، اعم از اینکه این دادگاه عمومی باشد یا انقلاب یا نظامی، یا در همان حوزه قضایی دادگاه صادر کننده قرار تعلیق مجازات باشد یا در حوزه قضایی دیگر، زیرا دادگاه اخیر با رعایت صلاحیت ذاتی و محلی به جرم ارتكابی در مدت تعلیق رسیدگی می کند و به ماهیت جرمی که مجازات آن تعلیق شده وارد نمی شود تا منافاتی با صلاحیت ذاتی و محلی داشته باشد.

مجازات قاچاق عمده مشروبات الکلی قابل تعلیق نمی باشد

سؤال: با عنایت به ماده (۴۷) قانون مجازات اسلامی، آیا سایر قوانین و مقررات که به صورت خاص صدور قرار تعلیق اجرای مجازات را منع نموده است نسخ شده اند یا خیر؟ مثل تبصره «۳» ماده (۷۰۳) قانون مجازات اسلامی ۷۵ در خصوص ساختن و خرید یا فروش مشروبات الکلی (ماده ۷۰۲) و تبصره «۱» ماده (۱) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری.

نظریه مشورتی:

۱۳۹۲/۱۱/۲۱ مورخ ۷/۹۲/۲۲۳۷

با توجه به صراحت بند ۴ ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ممنوعیت تعلیق اجرای مجازات صرفاً شامل «قاچاق عمده مشروبات الکلی» یعنی وارد کردن مشروبات الکلی به کشور ایران یا خارج کردن آن از کشور است و به جرایم حمل و نگهداری مشروبات الکلی در داخل کشور تسری ندارد. در تبصره ۳ ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۷/۸/۲۲، ممنوعیت تعلیق اجرای مجازات شامل کلیه جرایم موضوع مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ است لذا به لحاظ مغایرت مقررات مذکور با عنایت به ماده ۲۲۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بند ۴ ماده ۴۷ این قانون ناسخ قسمت های مغایر قانون مقدم است و در موارد مغایر باید طبق قانون مؤخر التصویب که آخرین اراده مقنن است عمل نمود.

اگر شما قاضی این پرونده بودید، چگونه رأی می‌دادید؟

پرسش ۱۰۷

قتل بر اثر تیراندازی به سوی متهم در حال فرار (قتل خطایی)

سؤال: یکی از درجه داران نیروی انتظامی به نام (الف) به همراه پلیس وظیفه به نام (ب) که مأموریت بدرقه و محافظت زندانی متهم به قتل عمدی به نام (ج) را از زندان به دادگاه عمومی تهران داشته‌اند، پس از اینکه خودروی حامل آن‌ها در میدان پانزده خرداد متوقف می‌شود و مأموران، زندانی را برای بردن به سالن دادگاه پیاده می‌کنند. در این حین زندانی با توسل به زور، دستبند خود را که به دست پلیس وظیفه (ب) بسته شده بود، شکسته و موفق به فرار می‌گردد. در این حال، مأمور ملازم او به نام (الف) با صدای بلند چند بار به زندانی (ایست) می‌دهد، ولی چون زندانی به تذکرات او توجهی نمی‌کند، بنابراین مأمور مذکور برای متوقف کردن مشارالیه با استفاده از سلاح سازمانی خود تیری را به طرف پایین تنه زندانی شلیک می‌کند، اما گلوله از وسط پاهای زندانی عبور کرده و به کودکی به نام (د) که در آن طرف خیابان در حرکت بوده اصابت می‌کند، و او را از ناحیه سر مجروح کرده که به بیمارستان منتقل می‌شود، ولی به علت شدت جراحات

وارد و خونریزی زیاد فوت می‌کند. پزشک قانونی علت مرگ را شکستگی جمجمه به جهت برخورد شیء سخت و خشن تشخیص داده و جواز دفن صادر کرده است. موضوع بر اثر شکایت ولی کودک تحت پیگرد واقع می‌گردد و شخص (الف) با تودیع وثیقه آزاد می‌شود، بعد از انجام تحقیقات پرونده آماده صدور رأی می‌باشد. اکنون با توجه به موارد مذکور، اگر شما رییس دادگاه رسیدگی کننده به این پرونده باشید:

اولاً: نوع اتهام انتسابی به (الف) را از مصادیق چه جرمی می‌دانید و با کدام یک از مواد قانون مجازات اسلامی قابل انطباق می‌باشد؟
ثانیاً: عمل فرار (ج) چه تاثیری در نحوه محکومیت او به جا خواهد گذاشت؟

پاسخ ۱۰۶

نظر به اینکه اساس دادخواهی شاکی مبتنی بر خطای شخصی اوست و نه تصمیم و اقدام سازمان تأمین اجتماعی، بنابراین موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیست و طبق ماده (۱۱) قانون دیوان عدالت اداری باید قرار عدم صلاحیت به شایستگی محاکم عمومی صادر گردد، تا به ادعای شاکی رسیدگی گردد.



آشنایی با حقوق شهروندی



سن ازدواج مقدمه

برزن و مردمسلمان واجب است که در پرتو کانون گرم خانواده به تکامل دست یابند و یکدیگر را با برخورداری از صبر و شکر که از مصادیق ایمان است یاری کنند. شرع مقدس اسلام در تشکیل خانواده تنها به ارضای غریزه‌ی جنسی نظر ندارد. اگر چه این نکته‌ی مهم جزئی از فلسفه‌ی ازدواج است و اسلام برای حفظ عفت عمومی در مواجه بشری به دختران و پسران بالغی که نیاز به ازدواج دارند، امر به تشکیل خانواده کرده است، اما نکته‌ی مهم‌تری که اسلام از پی ازدواج و تشکیل خانواده دنبال می‌کند تهذیب نفس است زیرا محیط خانه و کانون گرم خانواده را بهترین مکتب برای خودسازی و کسب کمالات می‌داند.

از بالاترین و بهترین نعمت‌ها برای زن و مرد، نعمت خانواده است. انسان نباید وقتی ازدواج کرد و تشکیل خانواده داد از یاد خداوند غافل شود. کانون خانواده مکتبی است که باید اعضای خانواده در آن ترقی و رشد معنوی پیدا کنند.

برای انجام ازدواج صرف اراده‌ی طرفین کافی نیست، باید شرایط لازم برای تحقق اراده‌ی ازدواج را داشته باشند. از نظر حقوقی، برای ازدواج، شخص باید اهلیت داشته باشد. یعنی شایستگی لازم برای انجام امر ازدواج؛ زیرا ازدواج دارای اهمیت ویژه‌ای است. تشکیل خانواده، نقش فرد در شکل‌گیری ازدواج، آثار فردی و اجتماعی ازدواج و... از مهم‌ترین مسائل ازدواج است.

شایستگی برای ازدواج

اهلیت برای ازدواج در قانون ایران با رسیدن به سن بلوغ در دختر و پسر محقق می‌شود. به علاوه در ازدواج دختر باکره، موافقت و اجازه پدر یا جد پدری او شرط است. اهلیت در قانون ایران با بلوغ و رشد تعریف شده است.

بلوغ در لغت به معنای رسیدن به چیزی یا امری است. در اصطلاح فقه و حقوق، بلوغ یعنی رسیدن به مرحله‌ای از زندگی که غریزه‌ی جنسی به حد کافی رشد کرده و آمادگی تولید مثل در شخص ایجاد می‌شود.

سن بلوغ در اشخاص مختلف متفاوت است؛ زیرا بلوغ به عواملی مانند آب و هوا، تغذیه، وراثت بستگی داشته و با یکدیگر فرق دارد. بلوغ در مناطق گرمسیر زودتر و در مناطق سردسیر دیرتر اتفاق می‌افتد. هم‌چنین بلوغ دختران با پسران متفاوت است. دختران زودتر از پسران بالغ می‌شوند.

از نظر فقهی و حقوقی، سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است (تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی) اما از آن‌جا که ازدواج امری مهم است، علاوه بر جنبه‌ی خصوصی و اراده‌ی طرفین، جنبه عمومی نیز دارد؛ زیرا خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی (اصل ۱۰ قانون اساسی) است که تشکیل آن باید بر اساس مصالح عمومی باشد. به همین دلیل قانون‌گذار برای ازدواج حداقل سنی را غیر از سن بلوغ تعیین نموده است.

در قانون مدنی، حداقل سن ازدواج برای دختر سیزده سال تمام شمسی و برای پسر پانزده سال تمام شمسی تعیین شده است.

پرسش: آیا قبل از این سن هم امکان ازدواج وجود دارد؟

پاسخ: بله، البته شرایطی دارد: اولاً، باید با رعایت مصلحت و با اجازه‌ی ولی و تشخیص دادگاه باشد؛ ثانیاً، فقط عقد نکاح جاری می‌شود، ولی حق ایجاد رابطه جنسی موکول به بعد از سن بلوغ است.

پرسش: آیا برای کسی که اقدام به ازدواج با شخص نابالغ می‌کند، مجازاتی پیش‌بینی شده است؟

پاسخ: قانون ازدواج نابالغ را ممنوع اعلام کرده است و اگر مردی با دختر نابالغ ازدواج کند به حبس محکوم می‌شود (قانون حمایت خانواده)

اکراه در عقد نکاح

برای تشکیل یک رابطه‌ی حقوقی موثر، به وجود اراده‌ی طرفین نیاز است، ولی اثربخشی و نفوذ اراده‌ی طرفین منوط به این است که اراده‌ها از رضایت و میل باطنی نشأت گرفته باشد. این قاعده در هر عقدی از جمله عقد نکاح جاری است و علت طرح این مساله، پرداختن به این مهم است که اکراه و فقدان رضای طرفین نکاح چه ضمانت اجرایی دارد و آیا می‌تواند از موجبات برهم خوردن عقد نکاح باشد یا خیر؟ * در صورتی که در عقد نکاح با فقدان رضایت یکی از طرفین مواجه باشیم، بنا بر مفهوم ماده‌ی ۱۰۷۰ قانون مدنی و اصول کلی جاری در عقود اکراهی، «نکاح» غیر نافذ است و باید منتظر بمانیم که آیا شخص اکراه شده پس از زوال اکراهت، برای نفوذ و اثر بخشیدن به اراده‌ی خود رضایت می‌دهد. یعنی به اصطلاح



آن را تنفیذ می کند یا این که راضی نشده و حاضر به برقراری رابطه‌ی نکاح نیست لذا آن را رد می کند. ثمره‌ای که از این بحث حاصل می شود، این است که روابط حقوقی افراد دستخوش تهدیدات و فشارهای خارجی وارده بر آن ها نگشته و قانون گذار در صدد حمایت از اشخاصی است که بر اثر اکراه و تحمیل، تن به انعقاد عقدی داده اند که میل باطنی برای آنان نداشته اند.

امروزه به دلیل پیشرفت های فکری و فرهنگی، کم تر و شاید نامحسوس تر با این موضوع روبرو می شویم که زن یا مردی در اثر تهدید و اکراه به عقد یکدیگر در آیند، اما در فرض وقوع چنین نکاحی، شاید به دلیل ناآگاهی افراد از حقوق مدنی خود، در بدو امر چنین به نظرشان برسد که نکاح واقع شده صحیح است و آثار حقوقی دارد، ولی واقعیت این است که در هیچ سیستم حقوقی، از اعمال خشونت و اکراه حمایت نشده و قانون گذار این امکان را فراهم کرده که شخص تهدید شده بتواند برای سر نوشت عملی که از روی تهدید انجام داده، تصمیم بگیرد؛ یعنی آن را قبول کرده یا رد کند.

* در مورد عقد نکاح باید با ظرافت و امعان نظر بیشتری بر خورد کرد؛ از آن جهت که نکاح، مهم ترین روابط حقوقی یک جامعه یعنی خانواده است و متزلزل کردن آن به صرف امور حدسی و ذهنی به دور از درایت حقوقی است. لذا در احراز اکراه و فقدان رضایت باید از فنی ترین ابزار حقوقی جهت کشف واقعیت بهره برد. در نظر قاضی و حقوق دان، نکاح اکراهی غیر نافذ است، اما اثبات اکراه ممکن است بنابر اوضاع و احوال، شهادت شهود و سایر ادله ای اثبات دعوی صورت گیرد و گاه به دلیل نبود ادله ای کافی، اثبات این امر بسیار دشوار است. به هر حال با نکاح غیر نافذ رابطه ی زوجیت تحقق نمی یابد، اما این وضعیت مطلق نیست و شخص تهدید شده می تواند حصول اثر نکاح را تنفیذ کرده یا رد کند. سکوت شخص تهدید شده علامت رضایت وی و تنفیذ عقد نیست، مگر این که مقرون به اوضاع و احوال و شرایطی باشد که دلالت بر رضایت وی کند. مثلاً نزدیکی شخص تهدید شده از روی رضایت، یکی از امارات و نشانه هایی است که با آن می توان

رضای شخص را احراز نمود.

* در صورتی که شخص تهدید شده «نکاح اکراهی» را رد کند، عقد از ابتدا باطل است، و روابط زن و مرد خارج از یک نکاح صحیح خواهد بود. مثلاً در صورت نزدیکی، البته در صورتی که زن رضایتی به این امر نداشته باشد، به شبهه تلقی شده و زن مستحق مهر المثل است.

* نهایت می توان این گونه نتیجه گرفت که با وجود حساسیت های قانونی نسبت به حفظ و بقای عقد نکاح، قانون گذار در نکاح نیز از قواعد عمومی قراردادها عدول نکرده و همانند سایر عقود و چه بسا با تاکید بیشتر، رضایت طرفین را شرط نفوذ این قرارداد محسوب کرده است. با تدقیق در مبانی نظری فقهی و حقوقی می توان علت این نوع برخورد قانون گذار را تأمین مهم ترین فلسفه ی حقوق یعنی برقراری نظم و عدالت در روابط فردی و اجتماعی اشخاص تلقی نمود.

نشوز زوجة

از دواج و تاسیس کانون زندگی مشترک خانوادگی یکی از بهترین و مهم ترین رسوم اجتماعی است که از فطرت و آفرینش ویژه ی انسان مایه می گیرد. این نیاز به صورت فطری در انسان به ودیعه نهاد شده است که به واسطه ی عقد نکاح محقق می شود. به موجب عقد نکاح، زن و مرد دارای حقوق و تکالیفی می شوند؛ نظیر حسن معاشرت با یکدیگر، سکونت مشترک، وفاداری و رفتاری مناسب برای تربیت فرزندان و مواردی از این قبیل.

تمکین (اطاعت کردن) بر دو نوع است: نخست، تمکین عام که کلیه ی وظایف همسری معمول نسبت به شوهر و فرزندان و مدیریت در امور خانه را شامل می شود و دوم تمکین خاص که صرفاً به وظایف زناشویی و تمتع جنسی محدود می گردد. نفقه به عهده ی مرد است که باید در قبال تمکین زن به او پرداخته شود و در صورت عدم تمکین زن، به استثنای مواردی که از نظر شرعی عذر موجه تلقی می شود، به سبب نشوز یا نافرمانی، زن مستحق نفقه نیست.

رعایت حدود و ملاک تمکین، به اوضاع و احوال عرفی خاص آن جامعه بستگی دارد و عواملی چون تحصیلات، سن، بافت فرهنگی

و قومیتی که متعارف با رفتار انسانی باشد، را نیز مورد ملاحظه قرار داد. هم چنین در نوع تمکین خاص نباید به نگاه یک سویه و افراطی دآوری کرد و می بایست حالات و شرایط و احساسات جسمی و روحی زن را در روابط عاطفی و جنسی در نظر گرفت. قانون گذار نیز موارد نشوز را خارج از این ملاحظات نمی داند. دادگاه می تواند بنا بر تقاضای مرد و تحقیق و بررسی موارد امتناع زن، در صورت ثبوت نشوز، حکم الزام به تمکین را از ناحیه زن صادر کند، ولی شاید موارد اجرایی این حکم ممکن نباشد؛ چرا که به واقع، اجبار به ادامه ی زندگی و اطاعت و همبستری بی چون و چرا، قدرت اجرایی ندارد. بنابراین تنها اثر حقوقی دعوی تمکین، محروم ساختن زن از دریافت نفقه است.

پرسشی که به ذهن متبادر می شود، امکان الزام به تمکین مرد از جانب زن است و این که آیا زنی در شرایط مشابه می تواند از دادگاه تقاضای الزام به تمکین شوهر خود را که مدتی است او و فرزندان را با تکلیف رها کرده است، بنماید؟ ادعای نشوز از جانب مرد باید در دادگاه اثبات شود و شوهر باید برای امتناع از پرداخت نفقه خود به دلیل عدم تمکین همسر خود، دلالی موجه ارائه دهد. صرف ادعای ترک خانه و یا ترک همبستری بدون در نظر داشتن علت و سرمنشاء داخلی آن، نباید به آسانی موجبات ناشزه بودن زن را فراهم آورد. چه بسا ضرورت ترک خانه به دلالی چون ترس از وقوع خشونت جسمی یا روحی به زن یا فرزندان باشد و از عواقب بعدی بسیار وخیم تر جلوگیری نماید. حفظ حرمت زوجین، پرهیز از هر گونه خشونت فیزیکی و کلامی یا عاطفی (که می تواند منجر به لطمات و حوادثی ناگوار و غیر قابل جبران شود)، وجود بیماری جنسی و روانی، از جمله مواردی برای جواز خروج اجباری از خانه به شمار می آید که باید مورد ملاحظه و دقت نظر قرار گیرد.

بنا به مراتب مذکور، نشوز مقابل تمکین و اطاعت از شوهر است. زنی که بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع می کند، ناشزه نامیده می شود. در صورت اختلاف زن و شوهر در تمکین و نشوز، اصل تمکین است و مرد باید ناسازگاری زن را اثبات کند.

راهکارهای کنترل جرم از نگاه امیر المؤمنین (ع)

قسمت نهم

آخرت محوری و نقش آن در کاهش جرم

از جمله کارکردهای مهم دینداری که نقش بسیار مهمی در کاهش جرایم و پیشگیری از مفاسد دارد، یقین به قیامت و روز حسابرسی است. انسانی که به آخرت معتقد است و آن را منزلگاه ابدی خویش می‌داند و اعتقاد دارد که ریز و درشت اعمالش را باید در آن روز پاسخگو باشد و او را از پاداش یا عذاب الهی گریزی نیست، تاثیر آخرت باوری در رفتارهای آدمی و نقش آن در زندگی انسانی، به گونه‌ای است که امام به صراحت از رابطه‌ی مستقیم میان این باور و پیشگیری از گناهان و رفتارهای مجرمانه یاد می‌کند و می‌فرماید: «کسی که بسیار یاد آخرت کند، گناهش کاهش یابد».^(۱)

«آگاه باشید به خدا سوگند، یاد مرگ مرا از شوخی و کارهای بیهوده باز می‌دارد، ولی او (عمر و عاص) را فراموشی آخرت از سخن حق باز داشته است».^(۲) به سبب نقش عظیم این باور در جلوگیری از انحراف و فساد، اما علی علیه‌السلام، کارگزاران و مردم را به تمرین مرگ باوری

سفارش می‌کرد و آن را از جمله روش‌های پیامبر (ص) در جهت پیشگیری از فساد می‌دانست. امام (ع) در نامه‌ای خطاب به مردم مصر نوشت:

«پس هرگاه شهوت‌ها به شما روی آوردند، بسیار مرگ را به یاد آورید که این برای پندآموزی کافی است. رسول خدا (ص) یاران خود را پیوسته با یادآوری مرگ سفارش می‌کرد و می‌فرمود: مرگ را بسیار یاد کنید؛ زیرا بر هم زننده لذت‌ها و مانعی بین شما و شهوت‌هاست».^(۳)

در جرم‌شناسی، از جمله ویژگی‌های برخی بزهکاران، داشتن آرزوها و هوس‌های بسیار و لجام گسیختگی، تعلقات مادی و دنیایی فراوان و عطش روبه فزونی مقام‌طلبی و ثروت‌خواهی است و یاد مرگ دارویی مؤثر در بر طرف شدن این زمینه است.

امام علی علیه‌السلام می‌فرماید:

«هان! آنگاه که به کارهای زشت شتاب می‌آورید، بر هم زننده لذت‌ها و تیره کننده شهوت‌ها و برنده‌ی آرزوها را به یاد آورید».^(۴) در سیره‌ی عملی امام علی علیه‌السلام نیز توجه دادن به مرگ باوری برای پیشگیری از انحراف دیده می‌شود. نمونه‌ی بارز این مطلب ماجرای است که خود امام درباره‌ی برادرش عقیل نقل می‌کند که چگونه از امام تقاضای دست‌درازی به بیت‌المال و تجاوز به حقوق عمومی را داشت و امام با نزدیک کردن آهنی گداخته به دستش، او را متوجه عذاب خداوند کرد.^(۵)

التزام به رفتارها و احکام دینی و پیش‌گیری از جرم

در دین اسلام، احکام بی‌ملاک و مبنا وضع نشده و همگی در جهت سعادت دنیایی و آخرتی انسانند. به طور مثال، خداوند متعال در بیان تأثیر نماز می‌فرماید: «ان الصلوه تنهی عن الفحشاء و المنکر».^(۶) از جمله فلسفه‌هایی که پیش‌وایان دینی ما در تبیین علل وضع این احکام بیان کرده‌اند، پیش‌گیری از انحراف و فساد انسان و سوق دادن او به کمالات است. امام علی علیه‌السلام نیز پابندی به احکام الهی را عامل مهمی در پیش‌گیری از جرم و ترک طاعات الهی را به سبب افزایش جرایم می‌داند:

«هنگامی که اطاعت از فرمان‌های خداوندی کم شود، گناهان افزایش می‌یابد»^(۷) یکی از مهم‌ترین عوامل بازدارنده از جرم، دینداری است. داشتن رابطه‌ای مستحکم با خداوند، ترس از قیامت، اعتقاد به حسابرسی روز جزا و پابندی به احکام دینی نقش بسیار موثری در کاهش جرم دارد. کاهش میزان جرم (آمارهای جنایی) در ماه‌های محرم یا رمضان خود شاهد این مدعا است. جامعه‌شناسان به این نتیجه رسیده‌اند که دست کم برخی از ابعاد دین را می‌توان دارای نقشی بازدارنده در خصوص لااقل، برخی از انواع رفتارهای غیرقانونی به حساب آورد! آنان هم‌چنین برآنند که دین نیز این نقش بازدارندگی را دست کم در برخی اوضاع و احوال ایفا خواهد کرد.^(۸)

اگر فعالیت‌های دینی، به صورت گروهی و شبکه‌های اجتماعی انجام گیرد، به گونه‌ای که بتوان از فرهنگ دینی سخن گفت، این وضعیت را بیشتر نمودار می‌سازد. تأثیر فعالیت‌های دینی به ویژه در شبکه‌های اجتماعی از نظر برخی محققان، به مراتب بیش از جنبه‌های دیگر دینداری است.^(۹) بدین ترتیب، وظیفه‌ی دولت این است که بکوشد شبکه‌های قوی اجتماعی دینداران را تقویت کند و از راه تشویق افراد به فعالیت‌های دینی، به ویژه فعالیت‌های گروهی به تثبیت باورهای مذهبی در افراد بکوشد.

گفتار هفتم: اصلاح ارتباطات اجتماعی

از دیگر اولویت‌ها و برنامه‌ها در سخنان و سیره‌ی امام علی علیه‌السلام برای پیش‌گیری از جرم، تصحیح ارتباطات اجتماعی و کوشش در جهت بهینه‌سازی فرایند اجتماعی شدن و جامعه‌پذیری است. در مباحث مهم مطرح در نظریه‌های جامعه‌شناختی و نیز روان‌شناختی اجتماعی، بر نقش شبکه‌های روابط اجتماعی، خانواده، گروه‌ها، معاشران و همسالان و نیز سران و الگوهای اجتماعی در رشد پدیده‌ی شوم بزهکاری تأکید شده است، تا جایی که برخی چون لاکسانی این گونه وضعیت‌های محیطی را به مثابه محیط کشت می‌دانند که بزهکاری (به مثابه میکرب) در آن رشد می‌کند. در گفتار امام علی علیه‌السلام آموزه‌های ارزشمندی را می‌توان یافت که

از اهتمام حضرت به خشکاندن زمینه‌های اجتماعی رشد و پرورش بزه‌حکایت و اشاره به برخی از این آموزه‌های سودمند و لازم است.

۱. سفارش به عدم پیروی از الگوهای منحرف

روان‌شناسان اجتماعی بر این نکته اتفاق دارند که بخش عمده‌ای از رفتارهای انسان در جریان تقلید و همانندسازی، از الگوها و اشخاص شکل می‌گیرد که به عللی (درونی یا بیرونی یا هر دو) دارای نوعی قدرت یا اقتدار در افرادند و بسته به این که این الگوها چه شخصیتی داشته باشند و چه نوع رفتاری از خود بروز دهند، رفتار فرد نیز شکل می‌گیرد.

متون مقدس دینی به روشنی تمام این نکته را خاطر نشان می‌سازد که یکی از مهم‌ترین علل انحراف‌های انسان‌ها و از ریشه‌های اصلی رفتارهای منحرفانه و مجرمانه، متنفذان و صاحب منصبانی هستند که به نوعی تسلط معنوی و روحی بر افراد یافته‌اند یا به سبب جایگاه اجتماعی و قرار گرفتن در طبقات بالای اجتماعی و در دست داشتن منابع و امکانات مورد نیاز آدمیان، از قدرت و اقتدار برخوردارند. امام علی علیه‌السلام در این زمینه می‌فرماید:

«لغزش و انحراف عالم، مانند شکسته شدن کشتی است که خود در دریا غرق می‌شود و با آن گروهی نیز غرق می‌گردند»^(۱۰)

پی‌نوشت‌ها:

- ۱- «من اکثر من ذکر الاخره قلق معصیه» آمدی، همان، ج ۵، ص ۳۶۵ ح ۳۶۵/۵.
- ۲- نهج‌البلاغه، خطبه ۸۴.
- ۳- شیخ طوسی، الامالی، ص ۲۸.
- ۴- نهج‌البلاغه، خطبه ۹۹.
- ۵- همان، خطبه ۲۲۴.
- ۶- عنکبوت، آیه ۴۵.
- ۷- «اذا قلت الطاعات كثرت السيئات» آمدی، همان، ج ۳، ص ۱۲۷، ح ۴۰۲۹.
- ۸- ایوانز، تی. دیوید و دیگران، بررسی رابطه مجدد دین و جرم، ترجمه علی سلیمی، ص ۱۴۳.
- ۹- همان، ص ۱۶۳.
- ۱۰- «زله العالم کانکسار السفینه تغرق و تغرق معها غیرها» ابن ابی الحدید، همان، ج ۲۰، باب ۹۴۶، ص ۳۴۳.

بادا و طلبان

آزمون های حقوقی - قضایی



ب) تابع قانون سابق است، حتی اگر قانون لاحق شدیدتر باشد.

ج) تابع قانون لاحق است، به شرطی که قانون سابق خفیف تر باشد.

د) تابع قانون سابق است، به شرطی که قانون لاحق خفیف تر باشد.

۵- طبق قانون مجازات اسلامی، هر کس شخصی را که قانوناً دستگیر شده و فرار کرده مخفی کند مجازات خواهند شد. این جرم ...

الف) مطلق است

ب) مرکب است

ج) سیاسی است

۳- اگر کسی را به آتش بیاندازد، آن شخص به اختیار خود در آتش بماند و بسوزد، عده ای از فقهای شیعه عقیده دارند که فاعل را نمی توان قاتل محسوب کرد. در این عقیده از کدام نظریه ی سببیت پیروی شده است.

الف) شرط لازم نتیجه

ب) شرط بی واسطه ی نتیجه

ج) شرط پویای نتیجه

د) شرط مناسب نتیجه

۴- جرم مستمر به لحاظ مجازات:

الف) تابع قانون لاحق است، حتی اگر قانون سابق

شدیدتر باشد.

۱- کدام یک از جرایم زیر مستمر نیست؟

الف) خیانت در امانت

ب) اخفای مال مسروقه

ج) ترک انفاق

د) استفاده از لباس های ماموران انتظامی

۲- جرم مرکب جرمی است که:

الف) از افعال مادی متعدد و مشابه ترکیب یافته است.

ب) از افعال مادی متعدد به قصد تحقق نتایج

مادی مختلف ترکیب یافته است.

ج) از افعال متنوع و به قصد تحقق نتیجه ی واحد

ترکیب یافته است.

د) از افعال متنوع و متعدد ترکیب یافته است.

(د) مقید است

۶- کلاهبرداری چه نوع جرمی است؟

(الف) مکرر یا متوالی

(ب) مرکب

(ج) مستمر

(د) به عادت یا اعتیادی

۷- امتناع مادر از شیر دادن طفل به قصد

سلب حیات از وی در صورتی که تغذیه‌ی

طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد:

(الف) ارتکاب جرم از طریق فعل است.

(ب) ارتکاب جرم به صورت ترک فعل است.

(ج) ارتکاب جرم به صورت داشتن و نگه‌داری

است.

(د) ارتکاب جرم به صورت فعل ناشی از ترک

فعل است.

۸- ترک انفاق همسر و اولاد واجب‌النفقه

در صورت استطاعت از مصادیق کدام

نوع جرم است؟

(الف) آنی

(ب) به عادت

(ج) مستمر

(د) مرکب

۹- جرم مطلق جرمی است که برای

تحقق آن:

(الف) باید نتیجه‌ی مورد نظر در خارج تحقق پیدا کند.

(ب) باید سوءنیت خاص وجود داشته باشد.

(ج) باید مرتکب چندین عمل مشابه انجام دهد.

(د) صرف انجام فعل یا ترک فعل کافی است.

۱۰- هر فعل یا ترک فعلی، جرم شمرده

می‌شود که ...

(الف) در قانون برای آن مجازات و اقدامات تأمینی

تعیین شده است.

(ب) فقه جزایی آن را جرم بداند.

(ج) در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد.

(د) مغایر با موازین شرع باشد جرم محسوب می‌شود.

۱۱- ارتکاب سرقت و مخفی کردن

اموال مسروقه توسط سارق، از کدام

نوع جرایم است؟

(الف) اعتیادی یا عادت

(ب) ساده و آنی

(ج) مستمر یا متمادی

(د) مرکب

۱۲- جرم جعل اسناد از نظر رکن مادی

در ردیف جرایم:

(الف) به عادت است

(ب) مرکب است

(ج) مطلق است

(د) مقید است

۱۳- ارتشاء به لحاظ رکن مادی چه نوع

جرمی است؟

(الف) مقید

(ب) مرکب

(ج) مطلق

(د) مستمر

۱۴- کدام مورد مبین تفاوت اساسی

بین جرایم مقید و مطلق است؟

(الف) برای تحقق جرایم مطلق بر خلاف جرایم

مقید، وجود سوءنیت ضرورت دارد.

(ب) حصول نتیجه در جرایم مقید بر خلاف جرایم

مطلق، شرط تحقق جرم است.

(ج) در تحقق جرایم مقید بر خلاف جرایم مطلق

وجود رابطه‌ی علیت ضرورت دارد.

(د) در تحقق عنصر مادی جرایم مطلق همیشه به

«فعل» و در جرایم مقید به ترک فعل نیاز است.

۱۵- در تحقق جرایم به عادت، عادت

چگونه شکل می‌گیرد؟

(الف) با تکرار فعل مادی جرم

(ب) با ارتکاب حداقل دو بار جرم مورد نظر و اجرای

حکم قطعی

(ج) به تصمیم دادگاه

(د) به حکم قانون

۱۶- اصطلاح «تجری» از دیدگاه فقهایی

امامیه با کدام یک از جرایم زیر در حقوق

جزای عرفی قابل انطباق است؟

(الف) جرم عقیم

(ب) جرم تام

(ج) جرم محال

(د) جرم مقید

۱۷- شخصی دیگری را با اسلحه

تهدید به قتل می‌کند و بدین وسیله

چکی از وی وصول می‌نماید، ولی وجه

چک را دریافت نمی‌کند. اقدام او:

(الف) شروع به جرم است

(ب) جرم تام است

(ج) جرم عقیم است

(د) جرم محال است

۱۸- شخصی دیگری را به ارتکاب

جرمی تشویق می‌کند، ولی فرد اخیر

جرم مذکور را انجام نمی‌دهد ...

(الف) تشویق کننده به طور مستقل قابل مجازات است.

(ب) تشویق کننده به طور مستقل قابل مجازات نیست.

(ج) تشویق کننده به عنوان شروع به جرم قابل

مجازات است.

(د) تشویق کننده به عنوان شریک جرم قابل

مجازات است.

۱۹- اگر کسی علناً نسبت به رئیس یک

مملکت خارجی در ایران توهین نماید،

بعد مدعی شود که به سمت او آشنا

نبوده، جرم انجام شده نسبت به رئیس

مملکت خارجی ...

(الف) شروع به جرم است.

(ب) جرم محال است.

(ج) جرم عقیم است.

(د) جرم تام است.

۲۰- کسی به قصد خروج ارز از کشور،

مقداری دلار تهیه و آن‌ها را خارج

می‌نماید، اما بعداً به او اطلاع می‌دهند

که دلارها تقلبی بوده است، عمل این

شخص از مصادیق:

(الف) جرم محال است.

(ب) شروع به جرم است.

(ج) جرم تام است.

(د) جرم عقیم است.

۲۱- اگر کسی به قصد قتل، دیگری را

مجروح کند و از قصد قتل منصرف گردد:

(الف) به پرداخت دیه‌ی جرح و مجازات حبس با

تخفیف محکوم می‌شود.

(ب) به پرداخت دیه‌ی جرح محکوم می‌شود.

(ج) از تخفیف در میزان دیه‌ی جرح برخوردار می‌شود.

(د) به پرداخت دیه‌ی جرح و مجازات حبس

محکوم می‌شود.

۲۲- خانمی مقداری سم تهیه و در اختیار پسر هجده ساله‌اش می‌گذارد تا به شوهر سابقش بخوراند. ولی پسرش از انجام این کار خودداری می‌کند و منصرف می‌شود:

(الف) خانم به عنوان شرکت در قتل عمدی قابل تعقیب است.

(ب) خانم به جهت انصراف پسرش قابل تعقیب است.

(ج) خانم به عنوان معاونت و پسرش به اتهام شروع به قتل قابل تعقیب هستند.

(د) خانم معاون در قتل است و موقعیت پسرش تاثیری در تحقق معاونت ندارد.

۲۳- تبانی برای ارتکاب جرم، هر گاه از مرحله تصمیم‌گیری فراتر نرود:

(الف) نسبت به کلیه‌ی جرایم جرم است.

(ب) هر گاه برای ارتکاب جرایم علیه امنیت باشد، جرم است.

(ج) هر گاه برای ارتکاب جرایم غیر امنیتی باشد، جرم است.

(د) هیچ گاه جرم نیست، چون هنوز از مرحله‌ی تصمیم فراتر نرفته است.

۲۴- اگر شخص «الف» به سوی «ب» تیراندازی نموده ولی پس از اصابت تیر در مغز او که کشنده بوده است، معلوم شود که پیش از تیراندازی بایست قلبی فوت کرده است، اقدام «الف» مصداق:

(الف) جرم مطلق است.

(ب) جرم محال است.

(د) جرم عقیم است.

(د) شروع به جرم است.

۲۵- در حقوق جزا، مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات مقدماتی آن:

(الف) مطابق با نظریه‌ی مکتب تحقیق، جرم محال محسوب و قابل تعقیب کیفری است.

(ب) مطابق با نظریه‌ی مکتب نئو کلاسیک، جرم عقیم محسوب و قابل تعقیب کیفری است.

(ج) مطابق نظریه‌ی عینی، عناصر لازم برای تحقق شروع به جرم به رغم تصریح کیفر در قانون است.

(د) مطابق با نظریه‌ی کلیه مکاتب کیفری به عنوان شروع جرم قابل تعقیب است.

۲۶- اصطلاح «تجری» از دیدگاه فقهایی امامیه با کدام یک از جرایم زیر در حقوق جزای عرفی قابل انطباق است؟

(الف) جرم عقیم

(ب) جرم تام

(ج) جرم محال

(د) جرم مقید

۲۷- شروع به جرم مخفی کردن شخص ربوده شده در جرم آدم ربایی چه حکمی دارد؟

(الف) قابل تحقق است.

(ب) منتفی است.

(ج) امکان‌پذیر است.

(د) به حکم قانون بستگی دارد.

۲۸- در جرم کلاهبرداری چنانچه

نتیجه‌ی مجرمانه که تحصیل مال و نفع بزه کار است حاصل نگردد:

(الف) عمل ارتكابی، شروع به جرم کلاهبرداری است.

(ب) اعمال ارتكابی جرم مقید ارزیابی شده و قابل مجازات نیست.

(ج) اعمال ارتكابی جرم محال محسوب شده و قابل مجازات نیست.

(د) اعمال ارتكابی در حکم اعمال مقدماتی است و قابل مجازات نیست.

۲۹- «الف» به قصد کمک به سقط جنین زنی، وسایل ارتكاب سقط را تهیه کرده و در اختیار وی قرار می‌دهد. خانم مذکور از این وسایل استفاده می‌کند، ولی سقط جنین محقق نمی‌گردد. فعل ارتكابی توسط «الف»:

(الف) جرم است و مجازات دارد.

(ب) به سبب معاونت در جرم عقیم، قابل مجازات نیست.

(ج) به سبب معاونت در جرم محال، قابل مجازات نیست.

(د) به سبب معاونت در شروع به جرم عقیم، قابل مجازات نیست.

۳۰- نگهبان ساختمان، درب ساختمان را برای ورود سارق با تبانی قبلی باز گذاشته است، رفتار وی:

(الف) تسبیب در سرقت است.

(ب) مباشرت در شروع به جرم موضوعی است.

(ج) معاونت با تسهیل کردن وقوع جرم است.

(د) ترک فعل از مصادیق معاونت در جرم است.

پاسخ‌نامه

- ۱- گزینه‌ی «الف» صحیح است. ۹- گزینه‌ی «د» صحیح است. ۱۷- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۲۵- گزینه‌ی «ج» صحیح است.
- ۲- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۱۰- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۱۸- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۲۶- گزینه‌ی «ج» صحیح است.
- ۳- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۱۱- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۱۹- گزینه‌ی «د» صحیح است. ۲۷- گزینه‌ی «ب» صحیح است.
- ۴- گزینه‌ی «الف» صحیح است. ۱۲- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۲۰- گزینه‌ی «الف» صحیح است. ۲۸- گزینه‌ی «الف» صحیح است.
- ۵- گزینه‌ی «الف» صحیح است. ۱۳- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۲۱- گزینه‌ی «د» صحیح است. ۲۹- گزینه‌ی «الف» صحیح است.
- ۶- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۱۴- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۲۲- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۳۰- گزینه‌ی «ج» صحیح است.
- ۷- گزینه‌ی «ب» صحیح است. ۱۵- گزینه‌ی «الف» صحیح است. ۲۳- گزینه‌ی «ب» صحیح است.
- ۸- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۱۶- گزینه‌ی «ج» صحیح است. ۲۴- گزینه‌ی «ب» صحیح است.

1.7

افقی

«عمودی»

- ۱- طبق ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری از اشخاصی است که حق درخواست اعاده دادرسی را دارد
- ۲- یکی از منابع حقوق ما- زمین دارای مالک ولی بدون کشت
- ۳- جام جهان نما- موضوع فصل اول از باب نهم قانون مجازات اسلامی- جنگل- من و تو
- ۴- موضوع اثباتی تبصره ۲ از ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی- از عقود لازم- ضد خوبی
- ۵- کج- خون بها- دانشمند معتقد به «کیفر طبیعی»
- ۱- موضوع مادهی ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲
- ۲- هر کافری به غیر از اهل کتاب- اندوه
- ۳- قاعدهی مشهور فقهی- ماه زمستانی- یار قوری- پوستین
- ۴- شماره مادهی تعقیب متهم از ۲ جنبه در قانون آیین دادرسی کیفری- این عالم حقوق کیفری مبنای حق مجازات را فقط نفع اجتماعی می داند- از دعوای خانواده
- ۵- شجاعت- رنگ رویش- از مقدمات قتل
- ۶- سودای ناله- از طبقات ارث-

۶- شماره ماده تعریف تاجر در برخی وکلا این حق را برای خود قانون تجارت - دور دهان - تعداد قائل می‌شوند

۷- هیأت‌های دیوان عالی کشور - از انواع طلاق - نوعی سهم
۸- حرف انتخاب - یک، از شرایط شاهد در ادای

۷- یکی از دو شکل درخواست اعاده‌ی دادرسی - یکی از عوامل فسخ نكاح

شهادت عدم انجام آن است - خط کش مهندسی - یکی دیگر از طبقات ارث

۸- سهمی با مزایایی برای
دارنده اش - درخشش و برتو

۹- برای اجراییه چک وجود آن
ضروری است - بک، از منابع

۹- آب نیمه گرم- امتحان- تالی
اسلامی- قانون مجازات قدیم بر
این اساس جرایم را معرفی می کند.
بهم ریخته

۱۰. مکان - مأیوس - از عقود لازم ۱۰. چه کسی است - یکی از

۱۱۔ مخترع تلفن- پاک-مقر
کنونی، «فائو»- دختر کارتونی،
جہات تخفیف مجازات طبق
بند ۳۷ قانون مجازات

۱۲- اوهایوبی سروتہ- بعد از صدور دادنامه نوبت از مرشد
۱۱- آفت- بیماری- حانشین-

۱۳- نویسنده «شرح جامع اجرای احکام مدنی» که در شماره ۱۲- از دی ماه، ۱۳۸۵، تائید گذار داشته، برجستگی ته لاستیک

۱۰۶ از مطالب او استفاده شده است.

۱۰۷ حقوق - این نرم افزار فیلتر شده است.

۱۰۸ ۱۳ - یکی از موارد مندرج در حقه.

شهروندی در خصوص تحقیقات
و بازجویی ها

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

یاسخ جدول شماره ی ۵۷

جملات قصار

عقل

وفای به عهد - راستی و درستی

وعده مومن بدهی اوست. وای بر آنکه وعده کند و خلاف نماید، وای بر کسی که وعده کند و خلاف نماید. باز هم وای بر آن که وعده کند و خلاف نماید.

راستی راهنمای نیکی و خیر است و راهنمای بهشت. مرد راستگو سرانجام در نزد خداوند نامش به عنوان صدیق ثبت می شود.

در روز رستاخیز برای پیمان شکن پر چمی برافرازد و گویند این پیمان شکن فلان پسر فلان است.

رعایت عهد و پیمان از لوازم ایمان است. بهترین بندگان خدا آنانند که به عهد خود وفا کنند و بوی خوش به کار برند. سه چیز است که به سوی کننده اش باز می گردد.

ستم، مکر، پیمان شکنی عهد و پیمان و قول مومن بدهی اوست. وقتی مومنی قول داد مثل آن بدانید که انجام شده است.

طلایه دار دین وظیفه شناسی عهدشناسی و سپاسگزاری است.

هر کس عهد و پیمان درست ندارد، دین ندارد. پنج چیز کمر مرد را در جامعه می شکند، از جمله پیمان بستن و پیمان شکستن هر کس حرمت پیمان خود را نگاه ندارد دین ندارد.

دین مرد عقل اوست. هر که عقل ندارد، دین ندارد.

بنیاد عقل مدارا کردن است. بنیاد عقل پس از ایمان به خدا نیکی کردن با همه نیک و بد است.

قلم تکلیف و گناه از سه کس برداشته شده - مجنونی که اختیار عقل خود را ندارد تا شفا یابد.

- خفته تا بیدار شود.

- طفل تا بالغ شود.

عاقل آن است که با سبک سربهای جاهل بردباری کند، از ستم بر خود عفو کند، با زیردستان متواضع باشد، از زیردستان به نیکی سبقت گیرد، چون سخن گوید اندیشیده گوید تا نفع برد، اگر بد باشد دم فرو بندد تا سالم بماند.

مردم کار نیک می کنند اما در روز رستاخیز پاداششان به قدر عقل هایشان است.

هیچ کس چیزی چون فضیلت نتواند کسب کرد که صاحب خویش را به سوی خدایت می برد و یا از خطری نجات می دهد. و دین شخص مستقیم و پایدار نمی شود مگر آنکه عقلش پایدار شود.

هیچ بینوایی سخت تر از نادانی نیست. هیچ مالی سودمندتر از عقل نیست...

کرامت مرد بدین اوست مروت وی به عقل اوست و شرف وی به اخلاق اوست.

اعتبار مرد به عقل اوست آنکه عقل ندارد

دین ندارد.

هر که را عقل داده اند رستگاری یافته است.

عقل پیوند می گیرد و پیوند می پذیرد.

مرد سبک عقل مردی است که مهمان خود را به کار کردن وادارد اساس عقل پس از ایمان به خدا دوستی با مردم است.

ادب - تربیت

عالی قدر مردم کسی است که در آنچه به او مربوط نیست دخالت نکند.

خدا را پروا کنید و میان فرزندان خود به عدالت رفتار نمایید چنانکه می خواهید با توبه نیکی رفتار کنند.

شما که آرزو دارید فرزندان شما به عدالت رفتار کنند. به همان ترتیب، تربیت ایشان را بنیاد گذارید. با ایشان به نیکی و لطف رفتار کنید.

عاقل ترین مردم کسی است که با مردم بیشتر مدارا کند.

فرزندان خود را در خوب شدن کمک کنید زیرا اگر کسی بخواهد می تواند سرپیچی و نافرمانی را از اخلاق فرزندانش بیرون کند.

سلام را آشکارا بگویید تا رشته محبت شما محکم تر شود.

دیگران را اطعام کنید به هنگام شب که همه در خوابند نماز بخوانید تا وارد بهشت شوید.

گناه کسی در رستاخیز سنگین تر از همه است که بیش از همه در کارهایی که به او مربوط

نیست سخن گوید

فرزندان خود را گرامی بدارید و نیکو تربیت شان کنید.

از جمله حقوق فرزند بر پدر آن است که نام نیکو برای او انتخاب کند.

انسان نباید به طفل خود وعده بدهد و وفا نکند. دروغ چه جدی و چه شوخی بد است.

هر کس سه کس را تحقیر کند منافق است: آن که مویش در اسلام سفید شده

دانشمند را تحقیر نماید

پیشوای دادگستر را کوچک شمارد

هر گاه دو نفر با یکدیگر آهسته سخن می گویند به آن ها نزدیک مشو.

خداوند بنده را نخواهد که پست بدارد، مگر آن که علم و ادب را از او دور نگهدارد.

هیچ پدری مالی بهتر از ادب به فرزند خود نداده است.

مشورت با خداوند

هر کسی از شما قصد کاری کند (البته اگر در انجام آن مردد باشد) هفت بار با خداوند به

قرآن مشورت کند استخاره نماید پس از هفت بار از مجموع آیاتی که در جواب تفال آمده

در خود بنگرد که با خواندن آن آیات دلش به کدام طرف مایل است همان را انجام دهد که

خیر در آن قرار دارد.

تا زمانی که مرد با مستشاران خود روراست و

نصیحت گذار و با محبت است درستی حکم

او هیچ گاه خلل نمی پذیرد ولی همین که با مستشارانش نادرستی کرد خداوند درستی

رای او را خواهد شکست.

وقتی کسی از تو مشورت خواست رای خود را بگو. بگذارید مردم از یکدیگر سود ببرند.

هیچ کس از مشورت بی نیاز نیست. نیکوکاران این جهان نیکان سرای دیگرند و بدکاران دنیا

بدان جهان دیگر.

شیطان قصد یک نفر و دو نفر می کند ولی

چون سه نفر شوند از ایشان دور می شود.

مستشار امانت دار است. اگر خواهد سخن گوید و گرنه خاموش ماند اما اگر سخن گفت

باید همان کند که اگر خودش بود می کرد.

مشورت با دیگران شخص را از پشیمانی و ملامت شدن حفظ می کند.

هر که اراده کند تا در کاری با مرد مسلمانی مشورت کند خدایش او را به راهی هدایت

شده توفیق داده است.

تعاونی بالاتر از مشورت نیست.

عبادت - زهد

زهد آن است که از آنچه داری خوشنود باشی و بهترین چیزی که از خدا خواهد عافیت در

دین و دنیاست.

در سختی و راحتی از خدا بترس و کارنیک را حقیر مشمار اگر چه به آن باشد که دوست و

برادرت را با روی خوش ملاقات کنی.

بهترین کارها نزد خدا سه چیز است:

- نماز به وقت

- نیکی به پدر و مادر

- جهاد در راه خدا

یکی از بهترین کارها پیش خداوند انجام واجبات و خوشحال کردن مسلمان است.

یکی از بهترین کارها پیش خدا برای مؤمن نگهداری زبان است.

عبادتی که نهانی انجام شود اجرش از هر کاری بیشتر است.

بقدر توانایی خود عبادت کنید (زیاد بر خود سخت نگیرید)

چه بسیار کسانی که شب هنگام برای نماز برمی خیزند ولی از کار خود جز بیداری ثمری

نمی برند و بسیار کسان که روزه می گیرند و از روزه خویش جز گرسنگی و تشنگی سودی نمی برند.

نماز گذار در ب خانه خداوند را می کوبد و هر که پیوسته دری را بکوبد عاقبت آن در بر روی او

گشوده می شود.

تا متواضع نباشی زاهد نتوانی بود.

فردا (رستاخیز) همنشینان خدا متقیان و زاهدانند.

خداوند متعال می فرماید: بهترین عبادت برای من از سوی بندهام نشان دادن اخلاص

نسبت به من است.

از کتاب: نهج الفصاحه

نگارش جواد فاضل

«عاقبت فرار از خانه»

به قلم: قهرمان مرادی - بازپرس ویژه قتل دادسرای نظامی تهران



قطعی مرگ به پزشکی قانونی منتقل و دستور بررسی دقیق موضوع و تحقیق از مطلعین و گواهان صادر می گردد.

پزشکی قانونی نتیجه نهایی را موکول به انجام یک سری آزمایشات نموده و اعلام می نماید پاسخ را متعاقباً ارسال خواهد داشت. بیست و چهار ساعت بعد جواز دفن به نام متوفات صادر و جنازه منبره به خانواده اش تحویل که تشییع و دفن می گردد. پس از انجام مراسم های اولیه اسکندر و بچه هایش مشکی پوش و با قیافه های ژولیده در بازپرسی حاضر شده و مدعی می گردند: ابتدا از آقا اسکندر به عنوان شاکی تحقیق به عمل می آید که اظهار می دارد: من از نیره خانم شکایت دارم و او را در مرگ همسر م مقصر و مسؤول می شناسم. البته اگر در تحقیقات جنایی ثابت شود به جز نیره کسانی دیگر هم در مرگ همسر منبره دست داشته اند از آن ها هم شاکی می باشم. نیره دخترش

کشتن است. باید دید قاتل کیست؟ مقتول چه کسی است؟ انگیزه قتل چه بوده؟ چرا کشته اند؟ چه طور کشته اند؟ و... جسد منبره همسر اسکندر دقیقاً در وسط کوچه و درست در مقابل خانه یکی از همسایه ها افتاده بود، زنان همسایه بر دور او حلقه زده و هر کدام نظری می دادند. یکی از همسایه ها موضوع مرگ منبره را تلفنی به کلانتری محل اطلاع داده و مامورین پس از حضور در محل و تایید قضیه، مراتب را به بازپرس ویژه قتل گزارش و دقیقی بعد ماموران کشف جرائم در معیت بازپرس جنایی در محل حاضر شده و جسد و صحنه را معاینه می نمایند. جسد متعلق به زنی است حدوداً ۴۲ ساله به نام منبره با البسه معمولی خانگی که به صورت طاق باز روی کف زمین افتاده است. آثاری از ضرب و جرح ظاهری، شکستگی، تورم و کبودی در جسد دیده نمی شود. جنازه جهت معاینه دقیق تر و تعیین علت

بازپرس ویژه قتل دادسرای نظامی استان تهران در شبی که ماه در زیر ابرهای سیاه پنهان شده بود، در لحظاتی که چراغ خانه ها یکی پس از دیگری خاموش می شد ناگهان صدای فریاد و ضجه های دلخراش، سکوت کوچه شقایق که کوچه ای خلوت و طولانی بود را شکست، در اثر همین شیون و ناله ها چراغ های خانه یکی پس از دیگری روشن شده و همه همسایه ها اعم از پیر و جوان و خرد و کلان از خانه ها بیرون ریختند. هیچ یک از لامپ های تیرهای چراغ برق کوچه شقایق روشن نبود. در آن تاریکی شب صداهای عجیب و غریبی به گوش می رسید.

کشتند؟! کشتند! کمک کنید مادر مونو کشتند! همسر مو کشتند! بیچاره شدیم! بدبخت شدیم! بی مادر شدیم! بی یاور شدیم! بی همدم شدم و... این صداها و ناله و فریادها صدای کسی جز اسکندر و خانواده اش نبود، اما صحبت از قتل و

را فرستاده و همسر مرا به منزل دعوت کرده است. به گفته شاهدان عینی، حال وی در مراجعت به منزل نیره بسیار خوب بوده، اما زمانی که از منزل نیره خارج شده دستش روی سرش بوده که دو، سه قدم بر نداشته به زمین خورده و لحظاتی بعد فوت نموده. همسر سابقه بیماری و ناراحتی نداشت. برای من ثابت است که همسر در خانه نیره به قتل رسیده و حاضر قسم بخورم و... افسانه دختر بزرگ منیره اظهار می‌دارد: شکایت اصلی من از نیره مادر شوهر خواهرم ناهید می‌باشد به همان دلیلی که مادر مرا صدا زده، به منزلشان برده و او را با ضربه‌ای از پای در آورده است. آقای بازپرس نیره و خانواده‌اش از هفت ماه پیش با مادر لج بودند و کینه او را در دل داشتند و چشم دیدن ایشان را نداشتند چون تنها کسی که مخالف ازدواج خواهرم ناهید با نادر پسر نیره بود مادر خدا بیامرز بود. متأسفانه خواهرم ناهید با نادر که بیشتر از پنجاه تا کبوتر داشت و درس و مشق را رها و خدمت سربازی نرفته بود و صبح تا شب کارش کبوتر پرانی، کبوتر بازی و جوجه کشی بود آشنا شده و مثل فیلم‌های عشقی ادای عشق و عاشقی و دلدادگی در آورده و ما را بدبخت کرد. مادرم راضی به وصلت ناهید و نادر نبود. او می‌گفت نادر و خانواده‌اش در شأن خانواده ما نیستند یکی از برادرانش در زندان است. پدرش فردی دائم الخمر و عربده کش و بیکار می‌باشد. چندین سابقه دعا و مرافع با همسایه‌ها دارند و در مجموع از شهرت خوبی در محل برخوردار نیستند، اما نادر عقل ناهید را ندیده بود و با وعده‌های پوشالی او را فریب داده بود. مادرم تمام سعی و تلاشش را به کار گرفت تا ناهید عروس چنین خانواده‌ای نشود اما حریف ناهید، نادر و خانواده او نشد و آن‌ها به اتفاق هم فرار کردند و ما را در عمل انجام شده قرار دادند و با این کار کمر پدر و مادرم را شکستند و... سایر فرزندان منیره ادعایی مشابه ادعای پدر و خواهر بزرگشان مطرح می‌نمایند.

پزشکی قانونی علت قطعی مرگ منیره را خونریزی مغزی و عوارض ناشی از آن تعیین و اعلام می‌دارد و توضیح می‌دهد عدم وجود خونریزی (خونمردگی) در زیر پوست سر ایراد ضربه مستقیم

را رد می‌کند در صورتی که ضربه‌ای مستقیم وجود نداشته باشد باز هم نمی‌توان آن را ناشی از ضربه ندانست چه برخی از تکان‌های شدید جمجمه، منجر به حرکت مغز از محل خود شده و می‌تواند خونریزی‌های زیر پرده مننژ و داخل مغز را به وجود آورد از هم گسیختگی نسج مغزی که در میکروسکوپی دیده شده دلیلی است برای توجیه خونریزی مغزی! و... پس از وصول نظریه پزشکی قانونی و با محرز و مسلم شدن این موضوع که منیره به اجل طبیعی از دنیا نرفته، پرونده با دقت و جدیت بیشتری دنبال و تحقیقات محسوس و غیر محسوس وسیع و دامنه‌داری برای کشف و احراز واقعیت آغاز می‌شود.

نیره دعوت منیره به منزلش را قبول داشته، اما مدعی است فقط او را به خاطر گلایه از دخترش که عروسی‌شان می‌باشد دعوت کرده و قصد و نیت دیگری نداشته است و می‌گوید به منیره گفته که دختر خوبی تربیت نکرده خیلی خودسر بوده و برای پدر شوهر یا مادر شوهرش هیچ ارزشی قائل نیست و مرتباً در نزد پسرشان از آن‌ها بدگویی می‌کند و اظهار می‌دارد به منیره گفتم دخترش ناهید و خانواده‌اش همچین لقمه چرب و نرم و یا آتش دهن‌سوزی نبوده‌اند و از یک دختر فراری انتظاری بیش از این نیست. نیره می‌گوید منیره با شنیدن حرف‌های من به جای این که دخترش را مورد مواخذه قرار دهد بدون هیچ علتی عصبانی شد و جر و بحثان شد، اما درگیر نشدیم. سپس او بدون خدا حافظی در را محکم به هم کوبید و رفت که لحظاتی بعد سر و صدا بلند شد که فوت کرده است و... نیره شدیداً منکر هر گونه برخورد فیزیکی با منیره شد و مدعی است هیچ نقش و تقصیری در مرگ وی ندارد.

ناهید هر چند که عروس خانواده نیره می‌باشد، اما موضوع مرگ مادرش در میان است. او می‌گوید آقای بازپرس تنها نقطه ضعف من فرارم با نادر بود که مادر شوهر و پدر شوهرم همین را مرتب به سرم می‌زدند و به خانواده‌ام بد و بیره می‌گفتند و مادر شوهرم آن روز پای مادرم را به میان کشید و بی‌جهت او را به خانه صدا کرد و هر چه از

دهنش در آمد به ایشان گفتم. من هر کاری کردم نتوانستم مانع او بشوم. وی ادامه می‌دهد تمام اهانت‌ها و بی‌حرمتی‌های نیره نسبت به مادرش را به چشم ندیده، اما صدایی شبیه صدای زدن ضربه‌ای با قابلمه به سر را شنیده است و... ناهید در مواجهه‌ی حضوری با مادر شوهرش تمامی حرف‌ها و ادعاهای خود را صریحاً تکرار و او نیز از نیره شکایت می‌نماید. تحقیقات محلی نشان می‌دهد که نیره و خانواده‌اش چشم دیدن منیره و بستگانش را نداشته و مرتباً برای آن‌ها مزاحمت ایجاد می‌کرده‌اند و... حرف‌های ناهید مقرون به واقع به نظر می‌رسد از این رو و با توجه به اهمیت موضوع و اوضاع و احوال قضیه و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده نیره در مرگ منیره مقصر تشخیص داده شده و بازداشت می‌گردد و تحقیقات برای بیشتر روشن شدن موضوع ادامه می‌یابد.

هر چند نیره منکر همه چیز است، اما چون دعوت او از منیره به منزلش محرز شده و به آن اعتراف دارد و علاوه بر آن جنازه منیره درست در یک قدمی خانه نیره کشف شده و از طرفی اولیاء دم (ورثه مرحوم منیره) مدعی قتل منیره توسط نیره می‌باشند به نظر می‌رسد مورد بحث از موارد لوث بوده باشد که می‌گوید: هر گاه کسی را در محلی کشته ببابند و اولیاء دم مقتول مدعی شوند که شخص معینی از ساکنان آن محل وی را به قتل رسانده است مورد از موارد لوث می‌باشد. در این صورت چنانچه حضور مدعی علیه هنگام قتل در محل واقعه ثابت شود دعوی اولیاء دم با قسامه پذیرفته می‌شود. ناهید گریه‌کنان خود را به بازپرس پرونده نزدیک کرده و با گریه و حسرت می‌گوید: آقای قاضی ممکن است از نظر قانونی نیره مسؤول مرگ مادرم شناخته شده و مجازات گردد، اما بیشتر از نیره این من هستم که از نظر اخلاقی و وجدانی مقصرم چرا که با فرار خودم با فرزند چنین خانواده‌ای، آبرو و حیثیت خانواده خود را بردم و مادرم نیز فدای ندانم کاری من شد. ای کاش مادرم زنده بود و من به جای او می‌مردم. هر گونه تشابه اسمی با افراد حقیقی و حقوقی صرفاً تصادفی و اتفاقی است.

راهنمای اشتراک ماهنامه دادرسی

- ۱- لطفاً در صورت تمایل نسبت به اشتراک ماهنامه ی دادرسی، نکات ذیل را در نظر داشته باشید:
- ۱- فرم اشتراک را کامل و خوانا پر کرده و کد پستی را حتماً قید نمایید.
- ۲- وجه اشتراک را به حساب سیبا به شماره ی ۲۱۷۱۲۶۹۰۰۳۰۰۳ نزد بانک ملی، شعبه ی سازمان قضایی، کد ۵۱۸ به نام مجله ی 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 ماهنامه ی دادرسی ارسال دارید.
- صندوق پستی: ۱۳۱۵-۱۶۷۶۵
- تلفن: ۸۸۴۷۲۳۸۰-۸۲۹۰۲۵۷۷ تلفکس: ۸۲۹۰۲۵۷۸
- ۳- تصویر رسید بانکی را تا زمان دریافت نخستین شماره، نزد خود نگه دارید.
- ۴- از فرستادن وجه نقد بابت اشتراک مجله خودداری فرمایید.
- ۵- حق اشتراک برای شش شماره ی مجله ی دادرسی، جهت تهران، با پست عادی ۱۲۰۰۰۰ ریال، با پست سفارشی ۲۳۰۰۰۰ ریال و برای شهرستان ها با پست عادی ۱۳۰۰۰۰ ریال و با پست سفارشی ۲۵۰۰۰۰ ریال می باشد.
- ۶- حق اشتراک با احتساب تخفیف پانزده درصد شش شماره ی مجله ی دادرسی برای تهران، با پست عادی ۱۱۰۰۰۰ ریال، با پست سفارشی ۲۱۵۰۰۰ ریال و برای شهرستان ها، با پست عادی ۱۲۰۰۰۰ ریال و با پست سفارشی ۲۳۵۰۰۰ ریال می باشد.
- ۷- متقاضیان در صورت تمایل با واریز مبلغ ۱۳۰۰۰۰ ریال به حساب نشریه می توانند آرشیو الکترونیکی ماهنامه ی دادرسی شماره های ۱ الی ۸۲ را که قابلیت هایی هم چون جست و جوی موضوعی و تهیه ی پرینت مطالب و امکانات ویژه ی دیگر دارد، از دفتر این ماهنامه تهیه نمایند. لازم به ذکر است نرم افزار مذکور صرفاً قابل نصب بر روی ویندوز xp می باشد.
- ۸- مجلات صحافی شده ی دادرسی با جلد گالینگور موجود می باشد.
- ۹- لطفاً در صورت تغییر نشانی، مراتب را به امور مشترکین مجله اعلام نمایید.
- لازم به ذکر است بند ۶ مربوط به دانشجویان رشته ی حقوق، کارکنان نیروهای مسلح، کادر قوه ی قضاییه و وکلا می باشد که می توانند با ارسال تصویر کارت شناسایی خود، از پانزده درصد تخفیف ویژه بهره مند شوند.

سپاس گزایم.

فرم اشتراک

ماهنامه ی دادرسی (حقوقی، فرهنگی و اجتماعی)

نام و نام خانوادگی: _____

تاریخ تولد: _____

میزان تحصیلات: _____

شغل: _____

نوع درخواست: ☐ اشتراک مجله ☐ آرشیو الکترونیکی

نشانی کامل جهت ارسال نشریه: _____

کد پستی: _____

پست الکترونیکی: _____

شش نسخه از شماره: _____

تلفن: _____

صندوق پستی: _____