



مجله کانون وکلای دادگستری استان قزوین

اندیشه وکیل
شماره ۵

فصل نامه علمی-تخصصی / سال سوم / بهار ۱۴۰۳





کانون وکلای دادگستری استان قم

اندیشه وکیل

فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

صاحب امتیاز/	کانون وکلای دادگستری استان قم
شماره پروانه انتشار/	۹۲۳۹۸ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۹
مدیر مسئول/	ابراهیم جلالیان
سر دبیر/	دکتر سید مهدی رضوی فرد
هیات تحریریه/	دکتر ابراهیم دلشاد معارف، رضا نوعی، دکتر سید مهدی رضوی فرد، ابراهیم جلالیان، تقی برهانی
ویراستار/	حسین صادقی فرد
طراح و صفحه آرا/	سید محمد جواد فقامتی (@radasabz)
نشانی/	قم، خیابان شهید لواسانی، نبش کوی ۲۱
تلفن/	۰۲۵۳۷۷۵۷۷۸۰
دورنگار/	۰۲۵۳۷۷۵۸۸۹۱
پایگاه الکترونیکی/	www.qombar.ir
رایانامه/	dadestaa@gmail.com

اندیشه وکیل؛ نشریه کانون وکلای دادگستری استان قم،

از مقالات و آثار علمی وکلا، حقوقدانان و اعضای جامعه حقوقی کشور استقبال می‌کند.

مجله، ضمن انجام داوری، در ویرایش، قبول یا رد مقالات و آثار، مختار است و مقالات نظر نویسندگان آنان است

و لزوماً نظر کانون نمی‌باشد.

۵	شیوه نامه نشریه
۷	سخن آغازین
۹	اختیار منحل کردن نکاح صغار توسط آنان پس از رسیدن به بلوغ محمد نیازی
۲۵	نقد رأی شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی شیراز در پرتو رعایت اصل استقلال اعتبار اسنادی و اصل رعایت دقیق مفاد اسناد علی اصغر مومن پویا
۳۹	نگاهی به قاعده فقهی «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» حسین نادری
۴۳	نمونه‌ی یک لایحه محمد صادق امانی
۵۱	قرارداد توزیع بین المللی مرضیه زکی زاده
۶۷	نقد ماهوی و شکلی رویه قضایی در پرونده‌های خیانت در امانت (عدم تحویل کالا به مقصد) حسن اسدی
۷۳	قدرت استماع تقی برهانی
۸۱	نقد یک رأی ابراهیم جلالیان
۸۹	تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه و مسئولیت حفاظت از قنات و چاه آب (بخش اول) مریم رجبی / سحر محمد شریفی
۱۱۱	حق حیات و تبیین شقوق آن در اسناد حقوق بشری و حقوق داخلی ایران رضا آئیدی / فاطمه نصرتی
۱۲۳	بازخوانی پرونده کیفری زناى به عنف رحمت اله نصیریپور
۱۴۵	تاریخ شفاهی وکالت / گفت وگویی با استاد عباس رحیمی، قاضی سابق و وکیل مجرب (بخش اول)
۱۶۳	معرفی کتاب سید محمد حسین موسوی
۱۶۷	رکن انتظامی قانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار
۱۶۹	اسامی وکلای محکوم به توبیخ با درج در مجله قانون و پایگاه اطلاع رسانی قانون
۱۷۱	عملکرد اداره معاضدت قانون وکلای دادگستری استان قم





شیوه نامه نشریه اندیشه وکیل فصلنامه کانون وکلای دادگستری استان قم

یکم) رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی الزامی است:

۱. ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.

۲. حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۲ صفحه یا ۶۰۰۰ کلمه
۳. ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)

۴. ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.

۵. ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده. سال چاپ، نام کتاب

*در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم، محل انتشار، ناشر.

نمونه: جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ۶۷۳۱، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده. سال چاپ، عنوان مقاله، در صورت ترجمه نام

مترجم، نام مجله، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

نمونه: هاشمی نژاد، مجید، ۶۷۳۳، نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۶۱ و ۶۳

قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۳: ص.ص ۶۶۱-۶۶۱

در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، ذکر نشانی



سایت در پایان منابع و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی و...، به شکلی مستقل و تحت عنوان پایگاه اینترنتی.
۷. ارسال مطالب در محیط world با فونت ۱۴ B loutus به نشانی الکترونیکی:
dadestaan@gmail.com

دوم) مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:

الف- مقالات دارای ساختار نشریات علمی که دارای: چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی است)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است.

ب- نکات، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی و نقد آراء که الزاماً ساختار رایج مقاله علمی را ندارند. اما طبعاً بایستی از لحاظ علمی نظر داروا نشریه را جلب نماید.
* اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارد یا موضوعات‌شان جدید است. هم‌چنین نویسنده متعهد می‌شود که مطالب ارسالی قبلاً در پایگاه اینترنتی یا نشریه‌ی دیگر منتشر نشده باشد.

* مقاله پس از ارسال داوری و پس از پذیرش توسط هیات تحریریه (در صورت لزوم) تلخیص یا ویرایش خواهد شد.





سخن آغازین

سخن در پرده میگویم چو گل از غنچه بیرون آی

که بیش از پنج روزی نیست حکم میر نوروزی
حافظ

این پنجمین شماره اندیشه وکیل است که آن را در میان شما حقوقیان منتشر می‌کنیم. سرمقاله هر نشریه غالب اوقات نویسنده را به کلیشه‌ها دچار می‌سازد و قلم قالب‌ناپذیر من هر بار تلاش می‌کند سر از قاب‌ها و پا از گلیم خویش برون بگذارد. این بار هم به رسم «تاپیشگفتار» دو شماره پیش می‌خواهم در چند خط با خود و همکارانم سخن بگویم.

نشریه کانون وکلای دادگستری قم از سال ۱۳۹۹ آغاز شد و تلاش بسیاری برای بقای منظم آن انجام پذیرفت. هر بار هم بیشتر کوشیدیم تا هر شماره بهتر از پیش باشد. چقدر به این هدف نزدیک شدیم، داوریش با شما؛ اما گلایه آن است که این قطار حقوق نیز مانند قطار فقهی که سهراب می‌گفت، گاه سنگین‌تر از آنی است که تصور می‌شد؛ و گمان می‌کنم گاه ضرباتی که به جامعه و کالت وارد می‌شود ناشی از همین خستگی و سنگینی ماست. کار ما و کلاچیست مگر خواندن و نوشتن و نقد کردن، برای رسیدن به آزادی و عدالت و حق؟ مگر فلسفه وجودی ما غیر از این است؟ گاه خود را از دورها میبینم که آنقدر دامن کشان بر صحرا می‌خرامم که به سراب رسیدن هم خواب است، آب که هیچ در خودم که واکاوی می‌کنم جز همین کاهلی و تن‌آسایی، دیگر بخل است که مانع میشود و البته و قطعاً این یک خاص شخص من است.

دوستی می‌گفت دبیر فلان همایش اگر فلانی باشد، من مقاله نمی‌دهم. من مقاله بدهم تا به نام او تمام شود. من آن روز از او بسیار سپاسگزاری کردم. چون صادقانه سخن گفت و یک‌رنگ بود، که یک رنگی تلخ به هزار نفاق شیرین می‌ارزد. باز هم تکرار می‌کنم این خاص این بنده است و قطعاً در نیک سیرتان این صنف راهی ندارد که ابلیس را سلطنتی



بر نیکان نیست؛ إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ (۶۵ اسراء)
در این میان هم گاه حساب و کتاب مانع می شود. دوستی می گفت بنویسم برای این
نشریه که هنوز رتبه علمی ندارد؟ که چه شود؟

پاسخم به خودم آن است که نوشتن خود مبارک است و نوشتن برای نوشتن، خود
امری است ارزشمند و یاد کلام امیر سخن می افتم که «الْعِلْمُ يُزَكِّي عَلَى الْإِنْفَاقِ» = «علم
با انفاق افزوده می شود.» شما اهالی فضل اگر بنویسید همان طور که این نهال تا اینجا قد
کشیده، آن میوه تر و شیرین هم به ثمر خواهد نشست.

البته بسیاراند اهل فضل و قلم که از فرط فروتنی بدین امر تن نمی دهند، اما کاش
بتوانم شاگردانه به گوش این اساتید، سخن سعدی را بخوانم که:

کنونت که امکان گفتار هست

بگو ای برادر به لطف و خوشی

در این قحط آباد خرد و اندیشه قدم و قلم شما چه ارمغان و بارانی خواهد بود. تن ننزید
و بسرایید که «...سرودن است گفتن»:

اگرچه پیش خردمند خاموشی ادب است

به وقت مصلحت آن به که در سخن کوشی

دو چیز طیره عقل است؛ دم فرو بستن

به وقت گفتن و گفتن به وقت خاموشی

از سوی تک تک اعضای هیات تحریریه، داوران و صفحه آرای زحمت کش و... اعلام
می کنم که ما کمر همت بسته ایم و این را اثبات کرده ایم، اما بی یاری شما آنچه بایسته
این نشریه است، نمی شود.

ضمن سپاسگزاری از تمامی همکاران و دوستانی که همواره قلم زده اند و ما را یاری
رسانده اند، نشریه «اندیشه وکیل» به اندیشه ورزی و قلم ورزی شما و کلا و حقوقدانان
نیازمند است و بدین طریق است که می تواند در پراکندن نور آگاهی گامی بردارد و قضات
را به خواندن و نوشتن و تعامل و گفت و گوی بیشتر دعوت کند.

سید مهدی رضوی فرد

سر دبیر نشریه اندیشه وکیل





اختیار منحل کردن نکاح صغار توسط آنان پس از رسیدن به بلوغ



محمد نیازی

مدیر کلینیک حقوقی دانشگاه مفید قم

چکیده

از دواج کودکان از جهات زیادی موضوعی دغدغه‌برانگیز در حوزه مسائل فقهی و حقوقی است و مشروعیت ازدواج کودکان با ابهام‌های زیادی مواجه است. مسئله‌ای که کمتر مورد توجه قرار گرفته، این است که به فرض که نکاح صغیر، مطابق با قواعد مقرر و به‌نحو مشروع، محقق شده باشد، آیا صغیر پس از رسیدن به بلوغ، اختیار منحل کردن چنین نکاحی را دارد یا خیر؟ چون در خصوص این مسئله، نص قانونی وجود ندارد، بحث فقهی در مورد آن اهمیتی دوچندان پیدا می‌کند.

به دلیل تنوع روایت‌های وارد در محل بحث، سه قول در این مسئله مطرح شده است: قول به عدم اختیار پس از بلوغ، قول به ثبوت اختیار پس از بلوغ و قول به تفصیل میان پسر و دختر که برای پسر، اختیار انحلال نکاح هست و برای دختر، خیر. در مقاله حاضر، پس از نقل و نقد روایات مورد استناد هر کدام از سه قول، به دلیل قوت دلالت روایات دال بر قول دوم، همین قول اختیار شده است.

کلیدواژه‌ها: صغار، فسخ نکاح، اختیار صغار، بلوغ، ولایت قهری



مقدمه

ازدواج کودکان از مسائلی است که به دلیل شرایط ویژه کودکان و احتمال بروز آسیب برای آنان، همیشه کانون گفتگو و مناقشات صاحب‌نظران در حوزه‌های مختلف بوده است. دیری است که صاحب‌نظران قانون‌گذار را بر سر تشویق ضمنی به پدیده «کودک‌همسری» و عدم تلاش برای کاهش دامنه آن سرزنش می‌کنند.

باتوجه به اینکه در تصرفات ولی قهری، صرف عدم مفسده کافی نیست و حتماً باید مصلحتی در آن محقق باشد،^۱ بیشتر مصادیق مربوط به نکاح صغار با ابهام در مشروعیت مواجه است.

مقاله حاضر صحت ازدواج کودکان را اصل موضوع قرار داده و با عبور از این مرحله، تمرکز خود را در این نقطه قرار داده است که صغاری که با اعمال ولایت قهری به تزویج دیگران درآمده‌اند، آیا پس از بلوغ، امکان به هم زدن عقد نکاح منسوب به خود را دارند یا خیر.

فقیهان به تبع روایات متنوع و متکثری که در این باب وارد شده، پاسخ‌های متعددی به این پرسش داده‌اند. عده‌ای معتقد به امکان فسخ شده‌اند، گروهی قائل به منع هستند و دسته سومی هم قائل به تفصیل میان پسر و دختر هستند، به این بیان که برای پسر پس از بلوغ، اختیار انحلال نکاح هست و برای دختر، خیر.

مقاله حاضر مستندات روایی هر کدام از سه دسته فوق را به تفصیل نقل می‌کند و به بوته نقد می‌نهد و باتوجه به کثرت و گونه‌گونی روایات وارده، وجه جمع مختار را ارائه می‌کند.

از آن جهت که نص صریح قانونی در مورد این فرع خاص وجود ندارد، لذا باید خروجی مباحث فقهی را با حکم قانونی این فرع یکسان دانست؛ چراکه به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی

۱. برای بحث تفصیلی در مورد این موضوع مهم و تاثیرگذار، نک. نیازی، ۱۳۹۵، ص ۴۴ به بعد. همین‌طور برای مطالعه موردی در ارتباط با تشکیک صغروی در تحقق مصلحت در نکاح صغار، نک. آذری و میراحمدی، ۱۳۹۸، ص ۱۰ به بعد.



به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

در موضوع پژوهش، در مقاله حاضر نیز چون با مشکل فقدان نص قانونی مواجه هستیم، تنها راه، استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر است. این مطلب اهمیت پژوهش حاضر را مضاعف می‌کند.

عمده پژوهش‌هایی که در مسئله ازدواج کودکان صورت گرفته، ناظر به مشروعیت چنین نکاحی بوده است. همین‌طور به مناسبت بحث از حدود اختیارات ولی قهری، بحث ولایت بر نکاح نیز در پژوهش‌های فقهی و حقوقی موضوع سخن قرار گرفته است. پژوهش حاضر ناظر به مرحله پسین است. آن‌گاه که از صحت چنین نکاحی فارغ شدیم، آیا فرد بالغ شده می‌تواند از نکاحی که در دوره عدم بلوغش منعقد شده، عدول کند و آن را فسخ نماید یا خیر؟ در مباحث فقهی، این‌گونه مسائل معمولاً در خود کتاب النکاح مطرح می‌شود؛ چراکه باب مستقلى راجع به ولایت قهری وجود ندارد و معمولاً مسائل مربوط به آن، در ابواب پراکنده فقهی و عموماً در کتاب النکاح قابل دسترس است.

مفهوم‌شناسی

دو مفهوم محوری در عنوان این مقاله وجود دارد که تبیین مختصری از آن‌ها لازم است؛ یکی تعبیر «انحلال نکاح» و دیگری «صغار» یعنی افرادی که موضوع احکام مورد گفتگو در این پژوهش هستند.

انحلال نکاح: کودک پس از رسیدن به بلوغ، به دو شکل می‌تواند نکاح خود را منحل کند؛ یکی اینکه همسر خود را طلاق دهد، که این گزینه منحصر در فرض نکاح صغیر است و در نکاح صغیره قابل طرح نیست (زیرا طلاق به ید زوج است). و دیگری اینکه نکاح را فسخ نماید که مشترک میان صغیر و صغیره است.

در هر حال، در این مقاله برای اختیار عنوانی جامع که شامل هر دو فرض شود و با صرف نظر از اینکه انحلال در چه قالبی امکان تحقق دارد، از عنوان جامع انحلال استفاده شده است. به این ترتیب، اگر تعبیر خیار طفل در نکاح پس از رسیدن به بلوغ



مطرح شود نیز چنین احتمالاتی در آن مطرح خواهد بود.^۲

صغر و بلوغ: بلوغ مفهومی کم‌وبیش روشن در گفتگوهای فقهی و حقوقی دارد. امارات مختلفی که برای بلوغ مطرح است،^۳ حتی در کلام قانون‌گذار نیز به‌طور مطوی پذیرفته شده است. بیشتر اختلافات در مورد سن بلوغ است. علی‌رغم اختلافاتی که در فقه نسبت به بلوغ طرح شده، اما در قانون همان نظر مشهور تأیید شده است.

تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «سن بلوغ در پسر، ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است.»^۴ ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌دارد: «سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب ۹ و ۱۵ سال تمام قمری است.» اگرچه این سن، با توجه به اینکه موضوع پاره‌ای از احکام و آثار قرار گرفته است، سن بسیار کمی است، اما این حسن را دارد که یک ملاک عینی در تعیین زمان بلوغ محسوب می‌گردد و زمینه کمتری^۵ برای بروز اختلاف ایجاد می‌کند. اینکه در عنوان این مقاله به جای عبارت «رسیدن به سن بلوغ» از عبارت «رسیدن به بلوغ» استفاده شده نیز به همین جهت می‌باشد.

در مورد نابالغ از نظر تعداد قائلان به امکان یا عدم امکان فسخ، بین دختر و پسر

۲. برخی محققان پیش از شروع در بحث، توضیحی سودمند در معنای خیار در کلمات قدما و متأخران ارائه کرده‌اند. این توضیحات اگرچه فاقد اقامه شاهد است، با این حال قابل توجه است: «مفهوم خیار در اصطلاح قدما و متأخرین: کلمه خیار بین قدما و متأخرین در دو مفهوم متفاوت به کار رفته است. در قرون متأخر، به اختیار داشتن نسبت به فسخ عقدی که صحیح بالفعل است - لیکن غیرلازم - خیار اطلاق می‌شود. اما در نزد قدما، خیار مفهوم وسیع‌تری داشته است. «خیار» در نزد قدما علاوه بر معنای متعارف نزد متأخرین، شامل حق امضا و ردّ عقدی که تنها صحت تأهلی و شأنی دارد نه فعلی - مانند حق امضا و ردّ اصیل نسبت به عقد فضولی - نیز می‌گردد. از برخی عبارات‌های شیخ طوسی رحمه الله استفاده می‌شود که ایشان هر چند «خیار» را ظاهر در یکی از دو معنای گذشته می‌دانند، ولی معنای سوّمی را نیز برای خیار مطرح می‌کنند و آن عبارت است از اطلاق خیار در مورد به هم زدن عقد صحیح بالفعل به وسیله‌ای غیر از فسخ (مانند طلاق). ولذا خیار داشتن صبی را در عقدی که پدر او خوانده است، به معنای حق طلاق و خیار داشتن صبیّه را به معنای اختیار خواست طلاق، تفسیر می‌کنند. ایشان هر چند این معنای اخیر را خلاف ظاهر لفظ خیار دانسته، ولیکن برای رفع تعارض چنین توجیهی را مطرح نموده است.» شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۱۱۲/۴۱۲۰. ظاهراً مراد ایشان از عبارات‌های شیخ طوسی، مطالبی است که شیخ طوسی در تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۸۲ ذیل روایت محمد بن مسلم آورده‌اند.

۳. نک. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۴۰۹ق: ۱/۴۲. بَابُ اسْتِیْطَاعِ التَّكْلِيفِ بِالْوَجُوبِ وَالتَّخْرِيمِ بِالِاخْتِلاَمِ أَوْ الْإِنْبَاتِ مُطْلَقًا أَوْ بُلُوغِ الذَّكَرِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً وَالْأُنْثَى تِسْعَ سِنِينَ وَاسْتِخْبَابِ تَمْرِينِ الْأَطْفَالِ عَلَى الْعِبَادَةِ قَبْلَ ذَلِكَ.

۴. این تبصره در مورخه ۱۳۶۱/۱۰/۸ به ماده ۱۲۱۰ الحاق شد.

۵. اختلاف کمتر است، اما همچنان امکان بروز دارد. همانطور که در ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی به فرض اختلاف در بلوغ اشاره شده است: «اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد...» در واقع قانون‌گذار ضمناً می‌خواسته تأکید کند که به امارات سه‌گانه بلوغ التفات دارد. برای توضیح مختصری در این زمینه، نک. الهام و برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، ۱۳۹۴: ۲۵۳/۱.



تفاوت اندکی هست و آن اینکه قول به عدم امکان فسخ از سوی دختر مشهورتر از قول به عدم امکان فسخ از سوی پسر است؛ تا جایی که بر عدم امکان فسخ از سوی دختر ادعای عدم خلاف نیز شده است.^۶

در این بحث، اگرچه برخی پیشنهاد مراجعه به اصول عملیه، مانند استصحاب صحت عقد ولیّ پس از فسخ را مطرح کرده‌اند، اما روش صحیح آن است که به مقتضای «الأصل دلیل حیث لا دلیل» ابتدا به بررسی روایات بپردازیم. در این مسئله سه قول مطرح است: قول به عدم خیار پس از بلوغ، قول به ثبوت خیار پس از بلوغ و تفصیل میان دختر و پسر.

۱. قول به عدم خیار پس از بلوغ

اولین قولی که در مسئله ذکر شده، آن است که صغیر پس از آنکه به سن بلوغ رسید، این حق را ندارد که در مورد ازدواجی که ولیّش برایش منعقد نموده، تصمیم‌گیری نماید و اختیاری در انحلال آن ندارد. ذیلاً روایاتی که بدو دلالت بر قول اول در مسئله دارند را به نقل و نقد نهاده‌ایم.

۱-۱. دلیل اول

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيْعٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ ع - عَنِ الصَّبِيَّةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوْهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَهِيَ صَغِيْرَةٌ فَتَكْتَبُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا أَوْ يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّزْوِيْجُ أَوْ الْأَمْرُ إِلَيْهَا قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيْجُ أَبِيْهَا». (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۴/۵) «پدری دختر بچه‌اش را به عقد دیگری در آورده است. سپس دختر بچه در حالی که همچنان باکره است، بالغ می‌شود. آیا این دختر می‌تواند این نکاح را فسخ کند یا نکاح سابق بر او لازم است؟ حضرت (ع) فرمود نکاح پدرش بر او نافذ است».

مفاد روایت آن است که وقتی ولیّ برای دخترش عقد نکاح را منعقد کرد، وی دیگر پس از بلوغ حقی در فسخ نکاح ندارد.

۶. برای دیدن گزارشی مفصل از آرای فقها در موضوع عدم امکان فسخ توسط دختر نک. انصاری شیرازی، موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها، ۱۴۲۹ق: ۵۸۶/۱. همین‌طور برای دیدن اقوال در مورد عدم امکان فسخ از سوی پسر نک. همان، ص ۵۹۳.



اما به نظر می‌رسد که استدلال به این روایت محل مناقشه است؛ چراکه اقصا دلالت روایت، صحت عقد واقع شده است و نه لزوم آن. مفاد روایت آن است که پدر عقد را با شرایط منعقد کرده است و لذا صحیح است و به این ترتیب دختر حق ندارد چنین عقدی را نادیده بگیرد و اقدام به ازدواج کند. اما مفاد روایت آن نیست که چنین عقدی بر نابالغ لازم هم هست حتی پس از بلوغ.

۲-۱. دلیل دوم

روایت عبدالله بن صلت: «عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرَّضَاعَ - عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا أَلَيْهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ قَالَ لَا لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ...» (کلینی، ۱۴۰۷ ق: ۳۹۴/۵) «از امام رضا (ع) در مورد دختری که پدرش او را به نکاح دیگری درآورده است، سؤال شد که آیا این دختر پس از بلوغ می‌تواند راجع به این نکاح، اعمال نظر نماید و آن را فسخ کند؟ حضرت (ع) فرمودند خیر».

این روایت هم از نظر مفاد، تفاوتی با روایت سابق ندارد و احتمال پیش گفته در روایت اول در اینجا هم مطرح است.

۳-۱. دلیل سوم

برخی محققان برای اثبات عدم خیار در عقد ولی، به فلسفه عقد نکاح، یعنی امکان مجامعت تمسک کرده‌اند: «...و یکی از اساسی‌ترین مشکلات ازدواج این است که تأمین‌کننده هدف ازدواج‌کننده نباشد، و یکی از اهداف اصلی نکاح استمتاع و وقاع است. و لذا کودکی که عقد او را بسته‌اند، از آنجاکه در کودکی وقاع جایز نیست، اگر جواز وقاع بعد البلوغ هم متوقف بر عدم ردّ باشد، در نتیجه یکی از اساسی‌ترین اهداف ازدواج در این مورد زمین مانده است؛ در حالی که روایت^۷ می‌فرماید این ازدواج مشکلی ندارد. پس روایت علاوه بر صحت فعلیه، لزوم عقد نکاح را هم می‌رساند. البته این استظهار در مورد عقد صبیّه بود.» (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق: ۴۱۲۴/۱۲).

۷. مراد این روایت است: «صَحِيحَةُ عَلِيِّ بْنِ يَقْتِينٍ: قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ...» (طوسی، ۱۳۹۰ ق: ۲۳۶/۳).



درواقع روایت مورد اشاره صرفاً دال بر صحت عقد ولّی می‌باشد و محقق مذکور برای اثبات اینکه این روایت فراتر از صحت بر لزوم هم دلالت می‌کند، قرینه فوق را اقامه کرده است.

اما به نظر می‌رسد قرینه مذکور پذیرفتنی نیست؛ اولاً اگر بنا بر آن است که هدف از ازدواج را ترسیم کنیم، لازم است ازدواج را به عنوان عقد واقع بین «دو فرد» احراز کنیم. آنچه در کلام فوق آمده است، صرفاً ناظر به هدف زوج از ازدواج است و هدف زوجه به کلی مغفول مانده است. مؤید این ادعا آنکه در سطر اول از این عبارت، تعبیر «هدف ازدواج کننده» ذکر شده است که آشکارا مراد زوج است. ثانیاً منحصر کردن هدف ازدواج به بعد جنسی نیز دور از واقع بینی است. شوریدگی‌ها و هیجانات جنسی عنصر جداپذیر و قابل توجه در ازدواج است، اما همه آن نیست.

۲. قول به ثبوت خیار پس از بلوغ

قول دوم در مسئله آن است که پس از آنکه طفل به بلوغ رسید، اختیار نکاحش به دست خود اوست و می‌تواند نکاح را منحل کند. اگر طفل پسر است که می‌تواند همسر خود را طلاق دهد و اگر دختر است، می‌تواند نکاح را فسخ کند. روایاتی هم بر این مدعا دلالت دارند که ذیلاً بررسی می‌کنیم.

۲-۱. دلیل اول

صحیحه ابی عبیده: «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ ابْنِ رَبَّابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا وَهَمَّا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ فَقَالَ النَّكَاحُ جَائِزٌ وَأَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ» (کلینی، ۴۰۷ق: ۴۰۱/۵).

«پسر بچه و دختر بچه‌ای را سرپرستان آن‌ها به ازدواج هم در آورده‌اند، در حالی که آنان هنوز به ادراک نرسیده بودند. حضرت (ع) فرمود نکاح نافذ است و هر کدام از آن‌ها که به مرحله ادراک رسید اختیار فسخ نکاح را خواهد داشت.»



روایت از نظر دلالتی صراحت دارد. مفاد روایت آن است که صغیر و صغیره هر دو پس از رسیدن به سن بلوغ، حق فسخ نکاح واقع شده را دارند.

استدلال به این روایت با این نقد صائب مواجه شده است که به قرینه ذیل روایت،^۸ مراد از «ولیان» مذکور در صدر روایت، ولی عرفی است و نه ولی شرعی؛^۹ چراکه در ذیل روایت تصریح شده است که اگر پدر فرزندش را به ازدواج دیگری درآورده باشد، این ازدواج لازم خواهد بود.

۲-۲ دلیل دوم

صحیح محمد بن مسلم: «قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج الصبية، قال: «إن كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضى بعد ذلك فإن المهر على الأب...» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۲/۷). (از امام (ع) حکم ازدواج پسر بچه و دختر بچه سوال شد.

حضرت (ع) فرمود اگر ابوین، آن‌ها را تزویج هم درآورده باشند، آری این نکاح جائز است لکن صغیرین پس از رسیدن به ادراک، اختیار فسخ نکاح را خواهند داشت. اگر راضی به چنین نکاحی بودند، مهر بر عهده پدر خواهد بود».

دلالت این روایت بر معنای مختار روشن است. روایت صریح است در آنکه طفل پس از رسیدن به سن بلوغ در فسخ نکاح اختیار دارد.

۸. متن کامل روایت به این شرح است: «عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيْعًا عَنْ ابْنِ مَحْبُوْبٍ عَنْ ابْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَوَلِيَّانِ لَهُمَا وَهَمَّا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ فَقَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ وَأَبُهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يَدْرِكَ فَذَا مِيرَاثٌ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَرَضِيََا فَلْتُ فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ فَلْتُ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتُهُ قَالَ نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ فَتُخَلَّفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَنِصْفُ الْمَهْرِ فَلْتُ فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَلَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَوْ يَرْتُهَا الرَّجُلُ الْمُدْرِكُ قَالَ لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَدْرَكَتْ فَلْتُ فَإِنْ كَانَ أَبُوها هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَيَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَالْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ».

۹. «... لِأَنَّ ذَيْلَهَا قَرِيْبَةٌ عَلَى أَنْ الْمَرَادُ بِالْوَلِيِّ فِي الصِّدْرِ الْوَلِيُّ الْعَرَفِيُّ، وَهُوَ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِمَا دُونَ الْوَلِيِّ الشَّرْعِيِّ، وَقَدْ يَطْلُقُ الْوَلِيُّ فِي النِّصُوصِ عَلَى غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، كَمَا فِي خَبَرِ جَابِرٍ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «زَوْجُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَمْرَأَةٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَكَانَ يَلِي أُمْرًا، فَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ ثُمَّ ذَكَرَ الْخُطْبَةَ». وَعَنْ عَاصِمِ بْنِ ضَمْرَةَ، عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ، أَنَّهُ قَالَ لِامْرَأَةٍ: «أَلَيْكَ وَلِيٌّ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، هُوَ لَأِ إِيحُوْتِي، فَقَالَ لَهُمْ: أَمْرِي فِيكُمْ وَفِي اخْتِكُمْ جَائِزٌ؟ قَالُوا: نَعَمْ». عَلَى هَذَا يَكُونُ الْمَقْصُودُ مِنَ الْوَلِيِّ فِي صِدْرِ صَحِيْحَةٍ أَبِي عُبَيْدَةَ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ وَغَيْرِهِمْ، كَمَا صَرَّحَ بِذَلِكَ الشَّيْخُ وَالْعَلَّامَةُ وَالشَّهِيدُ وَالْمُحَقِّقُ الثَّانِيانِ، وَصَاحِبُ الْمَدَارِكِ وَالْمُحَدِّثُ الْبَحْرَانِيُّ وَصَاحِبُ الرِّيَاضِ وَغَيْرِهِمْ». (انصاری، ۱۴۲۹ق: ۹/۱ - ۵۸۸).



شیخ طوسی در توجیه مفاد این روایت و در مقام بیان وجه جمع با سایر روایات این نکته را طرح کرده است که احتمالاً منظور آن است که زوج پس از بلوغ، نکاح را به وسیله طلاق فسخ می‌کند یا این که زوجه از او مطالبه طلاق می‌کند نه اینکه نکاح را بتوانند با خیار، فسخ کنند.

شاهد آنکه در روایت به صراحت گفته شده که عقد ابوبن «جائز» است و اگر صغیرین پس از بلوغ، اختیار فسخ نکاح را داشته باشند، دیگر چه تفاوتی میان عقد منعقد از طرف ابوبن و عقد منعقد از طرف فرد بیگانه می‌ماند؟ فرد اجنبی هم اگر صغیرین را به عقد هم در آورد، صغیرین پس از بلوغ، به اقتضای قواعد عمومی فضولی، حق فسخ عقد را خواهند داشت.^{۱۰}

در پاسخ باید گفت حمل خیار در فسخ نکاح بر فسخ به وسیله طلاق، خلاف ظاهر و غیرقابل التزام است. چنین اختیاری را که دیگران هم دارند و طفل در آن خصوصیتی ندارد.

آنچه در جواب نقضی هم ذکر کرده‌اند که «اگر این گونه نبود، فرقی میان ابوبن و عاقد بیگانه وجود نمی‌داشت»، صحیح نیست؛ چرا که مراد از واژه «جائز» در روایت آن است که عقد منعقد شده توسط ابوبن یک عقد کامل است و همه آثار آن از جمله لزوم انفاق و لزوم تمکین را دارد تا وقتی که دو طرف صغیر، اعمال خیار کنند. اما عقدی که توسط عاقد اجنبی منعقد می‌شود این گونه نیست و صرفاً یک عقد فضولی است که برای طرفین دارای تبعات حقوقی نیست؛ به‌ویژه اگر قائل به نقل در عقد فضولی شویم.

۱۰. «فَلَيْسَ فِي هَذَا الْخَبَرِ مَا يُنَافِي مَا قَدْ مَنَاهُ لِأَنَّ قَوْلَهُ (ع) لَكُنْ لِهَمَّا الْخِيَارُ إِذَا أَدْرَكَمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ لِهَمَّا ذَلِكَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ إِذَا بِالطَّلَاقِ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ وَاخْتِيَارِهِ أَوْ مُطَالَبَتِهِ الْمَرْأَةَ لَهُ بِالطَّلَاقِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ مِمَّا يَفْسُخُ الْعَقْدَ وَلَمْ يُرَدِّ بِالْخِيَارِهَا هُنَا إِمْتِزَاءَ الْعَقْدِ وَإِنَّ الْعَقْدَ مُؤَقَّوفاً عَلَى اخْتِيَارِهِمَا وَالَّذِي يَكْشِفُ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ قَوْلُهُ فِي الْخَبَرِ إِذَا كَانَ أَبَوَاهُمَا اللَّذَانِ زَوْجَاهُمَا فَتَنَعَمَ جَائِزٌ فَلَوْ كَانَ الْعَقْدُ مُؤَقَّوفاً عَلَى رِضَاهُمَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ وَغَيْرِهِمَا فِي ذَلِكَ فَرْقٌ وَكَانَ ذَلِكَ أَيْضًا جَائِزًا لِغَيْرِ الْأَبَوَيْنِ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ فَرْقٌ بَيْنَ الْمُؤَقَّعِينَ فَعَلِمْنَا أَنَّ الْمَرَادَ مَا ذَكَرْنَاهُ» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۲/۷).



۲-۳. دلیل سوم

روایت کناسی: «قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز^{۱۱} للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ قال إذا جازت تسع سنين، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۲/۷). «از امام (ع) سوال شد که پدر در چه دوره‌ای است که می‌تواند بدون مشورت با دختر بچه‌اش او را به ازدواج دیگری درآورد؟ حضرت (ع) فرمود هنگامی که سن نه‌سالگی را پشت سر بگذارد. پس اگر قبل از نه‌سالگی وی را به ازدواج درآورد، او پس از نه‌سالگی اختیار فسخ نکاح را خواهد داشت».

این روایت نیز مانند روایت سابق صریح در ثبوت حق فسخ برای طفل پس از بلوغ است.

۳. قول به تفصیل بین پسر و دختر

سومین قول در مسئله آن است که میان پسر و دختر قائل به تفصیل شویم به این بیان که پسر پس از بلوغ، می‌تواند راجع به بقا یا انحلال نکاح خود تصمیم بگیرد، اما دختر چنین حقی ندارد.

۳-۱. دلیل اول

روایت فضل بن عبدالملک: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي بَنِي عُثْمَانَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع)... إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَهُ فِذَاكَ إِلَى ابْنِهِ، وَ إِنْ زَوَّجَ الْإِبْنَةُ جَازَ» (کلینی، ۴۰۷: ۱۴۰/۵). «اگر کسی پسرش را به ازدواج درآورد، حق تصمیم درباره آن نکاح با پسر خواهد بود، اما اگر دخترش را به ازدواج درآورد، چنین ازدواجی بر دخترش لازم خواهد بود».

۳-۲. دلیل دوم

روایت محمد بن مسلم: «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلَاءِ بْنِ رَبِيعٍ

۱۱. ظاهراً در اینجا حرف «لا» سقط شده است. نامنجم بودن ترجمه‌ای که ذکر کرده‌ایم نیز به همین جهت است. اما در هیچ کتابی نه به نسخه‌بدل اشاره‌ای شده است و نه به احتمال سقط در نسخه اصلی. بنا بر وجود «لا»، معنای سوال این‌گونه خواهد بود که چه زمانی است که پدر حق اقدام مستقلانه و بدون مشورت را در مورد نکاح دخترش نخواهد داشت؟



عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا (ع) قَالَ إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ ابْنَهُ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى ابْنِهِ وَلِابْنِهِ أَيْضًا أَنْ يُزَوِّجَهَا...» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۵/۵). «اگر فردی دختر پسرش را به عقد دیگری درآورد، چنین عقدی نسبت به پسرش (پدر زوجه) لازم‌الاتباع خواهد. همان‌گونه که پسرش نیز می‌تواند دختر خود را به عقد دیگری درآورد...».

مفاد هر دو روایت آن است که اگر مولی‌علیه پسر باشد، وی پس از بلوغ در اعمال نظر راجع به عقد، اختیار دارد؛ اما اگر دختر باشد، چنین اختیاری ندارد. این قول متضمن گونه‌ای خرق اجماع مرکب است. قائلین به ثبوت خیار و قائلین به عدم خیار، به‌طور ضمنی بر این قول متفق‌اند که تفصیلی در مسئله نیست؛ یا خیار ثابت است، یا ثابت نیست، اما تفصیلی در مسئله وجود ندارد. لذا مفاد این دو روایت از این جهت پذیرفتنی نیست.

۳-۳. دلیل سوم

برخی در این بحث، با تقریب ذیل به قاعده لاضرر این‌گونه استدلال کرده‌اند: «گفته شد که عقد در حال صباوت برای پسر چیزی جز ضرر نیست؛ به‌خاطر اینکه نفقه بر گردن شوهر می‌باشد و اگر پسر صغیر ثروت داشته باشد، مهریه هم بر عهده‌اش می‌آید. اما در عوض سلطه‌ای که اشخاص بالغ بر زن خود دارند، او در زمان صباوت چنین سلطه‌ای ندارد و در مقابل ضرری که پرداخته، چیزی به دست نیاورده است (برخلاف بزرگ‌ترها که باتوجه به سلطه‌ای که به دست آورده‌اند، عقد ازدواج آن‌ها ضرری نیست). اما دختر که مهر و نفقه به دست می‌آورند، ضرر نکرده؛ به همین جهت، حق خیار فسخ عقد را ندارد. بنابراین، به مقتضای قاعده لاضرر، باید بین دختر و پسر تفصیل قائل شد. عقد پسر صغیر را توسط پدر یا جد غیر لازم و عقد دختر صغیره را لازم بدانیم.» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۳/۱۲-۴۱۶۲).

در استدلال به لاضرر، اشکال مشهوری وجود دارد مبنی بر اینکه لاضرر نافی حکم است و نه مثبت حکم.^{۱۲}

۱۲. به‌عنوان مثال: مرحوم نایینی معتقد است: «و اما قاعده لاضرر: فقد تمسک بها جماعة في المقام لإثبات حق رجوع المشتري الى البائع بما يفتقره للبائع مطلقاً من الأقسام الأربع المتقدمة، بتقريب ان عدم جواز رجوعه اليه بما اغترمه يكون ضرراً عليه فيندفع بلا ضرر، ولكنه فاسد بما تكرر مراراً من ان لسان دليل نفى الضرر الحاكم على أدلة الأحكام هو رفع الحكم الثابت عن مورد الضرر لا إثبات الحكم المنفى...» (نایینی، ۱۴۱۳ق: ۲/۲۷۴).



محقق مذکور پس از طرح تقریب فوق، اشکالاتی از خود و دیگران بر آن مطرح می‌کند.^{۱۳}

صرف نظر از وارد بودن همه این اشکالات، به نظر می‌رسد نکته مهم‌تری هم در این مسئله هست و آن اینکه فروکاستن امر مقدس نکاح به جنبه مالی آن، نه واقع‌بینانه و منطبق با قصد طرفین است و نه اساساً دیدگاهی است شایسته و ارزش‌آفرین. یعنی اولاً در تحلیل تعهدات حقوقی، یکی از مهم‌ترین مسائل بررسی قصد طرفین و قلمرو اراده آن‌هاست.

هیچ‌گاه در عقد نکاح، اراده طرفین نسبت به امور مالی به گونه‌ای نیست که مؤثر در پیامدهای حقوقی آن باشد. ثانیاً چنین نگاهی جنبه معنوی و انسانی پیمان مقدس ازدواج را به کلی نادیده می‌گیرد. قرآن کریم نیز در بیان ثمره ازدواج، آرامش و سکون زوجین را غایت این پیمان مقدس^{۱۴} می‌داند و نه آثار و تبعات مالی آن.

تصور کنید پدری برای پسر خردسالش عقد نکاحی منعقد کرده است (و فرض می‌کنیم در اصل انعقاد عقد، مصلحتی وجود داشته است که فرض تحقق آن، دشوار است). حال ما در تحلیل فقهی و حقوقی خود، برای ارائه یک پیشنهاد کارآمد فقهی و حقوقی به آن کودک پس از بلوغ، کانون و محور توجه خود را بر نفع و ضرر مادی حاصل شده برای آن کودک قرار دهیم (کودکی که هم‌اکنون بالغ شده است). آیا چنین نظرگاهی خردپذیر و مؤثر در حمایت از منافع خردسالان است؟ مرتکز عرفی به چنین سؤالی پاسخ مثبت نمی‌دهد.

جنبه مالی نکاح نیز همچون جنبه جنسی آن، از موضوعاتی است که گاه در بررسی‌های فقهی و حقوقی نسبت به اهمیت آن‌ها (که کسی منکر آن‌ها نیست) اغراق می‌شود. ذیلاً به دو مثال، یکی در کلام فقها و دیگری در کلام حقوق‌دانان به‌عنوان نمونه اشاره می‌کنیم.

۱۳. «...چه بسا عقد صبی از مواردی است که هیچ ضرری متوجه صبی نمی‌شود مثلاً پدر تعهد می‌کند که نفقه و مهریه را بپردازد...». این یکی از اشکالاتی است که محقق مذکور از کتاب مستمسک العروة الوثقی آیت الله حکیم نقل می‌کند. بر این کلام هم همان اشکالی مطرح است که در اصل استدلال به لاضرر مطرح می‌باشد.

۱۴. ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) روم (۳۰)، ۲۱.



الف) در متن فقهی ذیل، جنبه مالی بسیار حائز اهمیت تلقی گردیده است؛ تا آنجا که در تصحیح عقد به آن استناد می‌شود: «پدر و جد پدری می‌توانند برای محرم شدن، یک ساعت یا دو ساعت زنی را به عقد پسر نابالغ خود درآورند، و نیز می‌توانند دختر نابالغ خود را برای محرم شدن، به عقد کسی درآورند، ولی باید آن عقد برای دختر مصلحت داشته باشد، حتی اگر به مقدار مهریه‌ای باشد که برای دختر قرار می‌دهند.» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶ق: ۴۳۵، مسئله ۱۹۱۲).

یعنی خود مهر به تنهایی می‌تواند مصلحت مصحح اقدام ولی در تزویج صغیره باشد. به متن فوق این انتقاد مطرح است که تحقق مصلحت، یک امر عرفی است و عرف هرگز صرف تملک مالی به نام مهریه را کافی در تصحیح اقدام ولی و کافی در تحقق مصلحت نمی‌داند.

ب) برخی حقوق دانان در شرح ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی^{۱۵} گفته‌اند که این ماده مخصوص به مجنون است و نه مجنونه: «ماده اگرچه مطلق است و شامل ازدواج اناث و ذکور می‌گردد، ولی دقت در عبارت «ازدواج برای مجنون» و باتوجه به لزوم نظر پزشک در ازدواج، ناظر به مجنون ذکور است، چنان که از کلمه «طلاق زوجه مجنون» نیز این امر تأیید می‌شود. علت این امر آن است که از ازدواج مجنون ایجاب هزینه، از قبیل مهر و نفقه برای مجنون می‌نماید که در صورت عدم لزوم آن از نظر پزشکی، هزینه زائد و برخلاف صلاح و غبطه او خواهد بود. و اما ازدواج اناث احتیاج به نظر پزشک ندارد که آن را لازم بدانند؛ چون عموماً هیچ‌گونه زیان مالی برای او متصور نیست. بنابراین، هرگاه مصلحت ایجاب کند به شوهر داده می‌شود، علاوه بر آنکه منافع مادی نیز برای او همراه دارد.» (امامی، بی تا: ۳۰۲/۵).

در این متن نیز تملک مهر از جانب مجنونه، گونه‌ای مصلحت برای وی تلقی شده که صحیح نیست. صرف بهره‌گیری مالی از ازدواج هرگز از نظر افکار اجتماعی امروز، مصلحت محسوب نمی‌شود.

حاصل آنکه به نظر می‌رسد ادله قول به ثبوت خیار برای طفل پسر و دختر نسبت

۱۵. ماده ۱۱۳۷ ق.م: «در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند، قییم با اجازه دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه، قییم طلاق می‌دهد.»



به ادله دو قول دیگر قابل توجه‌تر و مورد اعتمادتر است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مسئله انحلال نکاح صغار پس از رسیدن به سن بلوغ توسط آنان، مسئله‌ای است که کمتر موضوع گفتگوهای فقهی قرار گرفته است. آن اندازه که مشروعیت نکاح صغار موضوع ابهام و بحث قرار گرفته، فسخ چنین نکاحی مباحث زیادی به خود اختصاص نداده است. شاید ندرت تحقق مصلحت در ازدواج کودکان سبب شده است که کمتر گفتگوها وارد مرحله بعد نگردند؛ چراکه بحث از انحلال نکاح صغار با فراغ از مشروعیت چنین نکاحی است.

در هر حال، در این مسئله سه قول ذکر شده است: قول به عدم خیار پس از بلوغ، قول به ثبوت خیار پس از بلوغ، و قول به تفصیل میان دختر که برای پسر، اختیار انحلال نکاح هست و برای دختر، خیر.

در این مقاله برای قول اول دو روایت به‌عنوان مستمسک احتمالی ذکر شده است. مفاد این روایات بیش از آنکه دلالت بر لزوم عقد کنند، دلالت بر صحت آن می‌کند و صحت عقد امر مسلمی است که منافاتی با اختیار صغیر پس از بلوغ ندارد. مفاد این روایات آن است که پدر عقد را با شرایط منعقد کرده است و لذا صحیح است و به این ترتیب، دختر حق ندارد چنین عقدی را نادیده بگیرد و اقدام به ازدواج کند.

اما مفاد روایت آن نیست که چنین عقدی بر دختر لازم هم هست؛ حتی پس از بلوغ. استدلال به اینکه مجامعت هدف اصلی از نکاح است و چون در کودکی مجامعت غیرممکن است، پس این نکاح بعد از بلوغ هم لازم است والا لغو آن لازم می‌آید نیز نادرست است؛ چراکه مجامعت هدف اصلی و علت مصححه نکاح نیست. در اثبات قول دوم، سه روایت نقل شد و دلالت آن‌ها به اثبات رسید.

برای قول سوم هم دو روایت نقل و نقد شد. نقدی که به قول سوم مطرح است، آن است که این قول، خرق اجماع مرکب محسوب می‌شود. قائلین به ثبوت خیار و قائلین به عدم خیار، به‌طور ضمنی بر این قول متفق‌اند که تفصیلی در مسئله نیست؛ یا خیار



ثابت است، یا ثابت نیست، اما تفصیلی در مسئله وجود ندارد. لذا مفاد روایات استنادی برای این قول از این جهت قابل قبول نیست. از طرفی برای این قول به لاضرر هم استناد شده، اما استدلال اخیر خلاف واقعیات پیمان ازدواج است و از این جهت پذیرفتنی نیست. در مقاله حاضر، پس از نقل و نقد روایات مورد استناد هر کدام از سه قول، به جهت قوت دلالت روایات دال بر قول دوم (قول به ثبوت خیار پس از بلوغ برای دختر و پسر)، همین قول اختیار شده است.

منابع

- آذری، هاجر؛ و میراحمدی، منیره؛ «رویکردهای قضایی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان»، زن و جامعه، شماره ۴ (پیاپی ۴۰)، مردودشت: دانشگاه آزاد اسلامی واحد مردودشت، سال دهم، زمستان ۱۳۹۸؛
- الهام، غلامحسین؛ و برهانی، محسن؛ درآمدی بر حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۴؛
- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، بی جا، بی تا؛
- انصاری، قدرت الله؛ و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ ۱، ۱۴۲۹ق؛
- حر عاملی، محمد بن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت، چ ۱، ۱۴۰۹ق؛
- شبییری زنجانی، سیدموسی؛ کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چ ۱، ۱۴۱۹ق؛
- طوسی، محمد بن حسن؛ الإستبصار فی ما اختلف من الاخبار، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چ ۱، ۱۳۹۰ق؛
- تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ ۴، ۱۳۶۵؛
- فاضل لنکرانی، محمد؛ رساله توضیح المسائل، قم: بی نا، چ ۱۱۴، ۱۴۲۶ق؛



کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چ ۴، ۱۴۰۷ ه.ق؛
نایینی، محمدحسین؛ المکاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه
مدرسین حوزه علمیه، چ ۱، ۱۴۱۳ ق؛
نیازی، محمد؛ مبانئ و قلمرو ولایت قهری در فقه امامیه و حقوق موضوعه، حوزه
علمیه قم، پایان‌نامه سطح ۴، قم، ۱۳۹۵.





نقد رأی شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی شیراز در پرتو رعایت اصل استقلال اعتبار اسنادی و اصل رعایت دقیق مفاد اسناد

به شماره دادنامه ۱۴۰۲۱۳۳۹۰۰۱۱۴۴۰۴۶۲ مورخ ۱۴۰۲/۱۱/۲۸



علی اصغر مومن پویا
وکیل پایه یک دادگستری



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

چکیده

تصمیمات مراجع قضاوتی غالباً در قالب رأی متبلور می‌شود. هر چند قضات مراجع قضاوتی قبل از تصدی به منصب قضا، آموزش‌های لازم حقوقی را دیده‌اند؛ ولی حتی بهترین قاضی باتجربه و آموزش‌دیده ممکن است در صدور رأی دچار خطا شود. با نقد و تحلیل علمی آراء، علاوه بر بیان نقاط ضعف و قوت رأی، برای ارائه منفعت کاربردی به جامعه حقوقی، راه‌حل‌های حقوقی مناسب ارائه می‌گردد تا در میزان اشتباهات قضایی در پرونده‌های مشابه در آینده کاسته شود و در نهایت، باعث غنای علمی آرای محاکم گردد. اخیراً نگارنده با یکی از پرونده‌های قضایی در خصوص اعتبار اسناد داخلی-ریالی (LC) به‌طور مستقیم ارتباط برقرار کرد و از کم‌وکیف صدور اعتبار اسنادی، نحوه اختلاف، شیوه رسیدگی دادگاه و دفاعیات اصحاب دعوا به‌طور عینی اطلاع حاصل نمود و بر آن شد تا به تحلیل و ارزیابی رأی دادگاه بپردازد. این پرونده مربوط به شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی شیراز است. آن مرجع قضایی پیرامون اعتبار اسنادی تصمیمی اتخاذ نموده است، که درخور

توجه و تأمل جامعه حقوقی است. رأی مذکور واجد ایرادات اساسی از حیث شکلی و ماهوی است.

نگارنده در تحلیل رأی مزبور به دنبال این نیست تا صحت و سقم رأی دادگاه را در الزام فروشنده به تحویل و تسلیم کالا به خریدار ارزیابی نماید؛ بلکه هدف این بوده تا بررسی و تبیین گردد که آیا با وجود صدور اعتبار اسنادی به استناد آخرین نسخه متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP ۶۰۰) و دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی -ریالی بانک مرکزی ایران، رأی مذکور با مقررات یادشده انطباق و هماهنگی دارد یا خیر؟

مقدمه

اعتبارات اسنادی به دلیل ویژگی‌های خاص خود، یکی از متداول‌ترین روش‌های پرداخت در معاملات بین‌المللی است.

متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP ۶۰۰) مجموعه مقرراتی است که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی و برای مؤسسات مالی صادرکننده اعتبارات اسنادی به تصویب رسیده است. این مقررات برای کمک به شرکت‌ها در ایجاد اسناد مالی مربوط به تأمین هزینه‌های تجاری اعمال می‌گردند.

مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی یا UCP ۶۰۰ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر و صادر شده است. برای حاکم شدن بر قرارداد، باید به‌طور ویژه در قراردادهای مالی و تجاری تصریح شود. به‌موجب ماده ۲ مقررات متحدالشکل UCP ۶۰۰ اعتبارات اسنادی این‌گونه تعریف شده است: «اعتبار یعنی هرگونه ترتیبیاتی به هر نام یا توضیحی که دربرگیرنده تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر بانک گشاینده نسبت به پذیرش اسناد ارائه‌شده طبق شرایط اعتبار است.»

در حقوق داخلی، به‌منظور تسهیل در معاملات داخلی واحدهای تولیدی و تجاری در طرح سامان‌دهی اقتصادی، با الهام از UCP ۶۰۰، دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی -ریالی در تاریخ ۱۳۹۴/۹/۱۷ توسط شورای پول و اعتبار بانک مرکزی ایران به تصویب رسید.



بر اساس بند ۳ ماده ۱ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی، اعتبار اسنادی ریالی یا داخلی این گونه تعریف شده است:

«اعتبار اسنادی که به ریال ایران گشایش می‌گردد و مقصد کالا و یا خدمت، اقامتگاه بانک‌های مرتبط، متقاضی و ذی‌نفع آن، در داخل مرزهای جغرافیایی جمهوری اسلامی ایران واقع است...»

خلاصه‌ای از جریان دعوا:

شرکت «الف» در تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۳ اقدام به تنظیم قرارداد گشایش اعتبار اسنادی داخلی-ریالی به شماره ۵۴۷۰۱۰۱۳۲ نزد بانک د شیراز (بانک گشایش‌کننده) به مبلغ ... ریال بابت خرید پروتئین سویا انسانی فله از شرکت «ب» می‌نماید. مطابق بند ۲ ماده ۱۴ قرارداد مذکور، مقرر بوده است که سند حمل کالا از مبدا انبار فروشنده به مقصد کیلومتر ۴ اتوبان شیراز به وسیله فروشنده به بانک گشایش‌کننده ارائه گردد و بر اساس شرط ضمن قرارداد، قانون حاکم در روابط طرفین، مقررات UCP ۶۰۰ تصریح شده است. خواهان مدعی شده است فروشنده به تکلیف قراردادی خود عمل ننموده است و از ارائه اسناد حمل و تسلیم کالا خودداری نموده است. با بررسی اسناد و مدارک، مشخص شده است که فروشنده اسناد حمل را به بانک گشایش‌دهنده ارائه نموده و بانک مذکور در مهلت قانونی، نسبت به بررسی اسناد اقدام کرده است و اسناد را با شرایط اعتبار تطبیق و پذیرش کرده است. از جمله اسناد ارائه‌شده، صورت‌مجلس تحویل و تحول کالا است که در آن نماینده رسمی خریدار اقرار به تحویل کالا از انبار فروشنده نموده است.

متعاقب آن، مطابق اسناد ارزی، پس از موافقت بانک گشایش‌کننده، بانک مستقر در قم نسبت به تنزیل سند اعتبار اقدام می‌نماید. حال خواهان (خریدار) مدعی است که کالا به او تحویل داده نشده و متقاضی دستور موقت از شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی شیراز مبنی بر منع بانک گشایش‌کننده از پرداخت وجه اعتبار سند در حق بانک قم شده است. دادگاه بدون تعیین وقت و دعوت از اصحاب دعوا، ضمن صدور دستور موقت به شماره دادنامه ۱۴۰۲/۷/۲۰ مورخ ۱۴۰۲/۱۲/۲۳ ۹۰۰۶۴۶۷۵۷۷، به بانک گشایش‌دهنده دستور



فصلنامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

می‌دهد از پرداخت وجه LC در حق بانک قم خوداری نماید. متعاقب آن، دادگاه با تعیین وقت رسیدگی راجع به اصل دعوا و تشکیل جلسه دادرسی و حضور وکلای متداعیین و اعلام ایرادات شکلی و ماهوی در غایت، طبق رای به شماره دادنامه ۱۴۰۲/۱۱/۲۸ مورخ ۱۴۰۲/۱۱/۲۸ حکم به نفع خواهان صادر و اعلام می‌نماید.

در ضمن قبل از تحلیل رأی، ذکر این نکته ضروری است که خواهان قبل از طرح دعوای منتهی به رأی، در شعبه ۴ دادگاه حقوقی شیراز با همان موضوع و به طرفیت همان خواندگان، با تقدیم دادخواست، اقامه دعوا کرده و دادگاه مرجوع‌الیه قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه حقوقی تهران صادر و اعلام نموده است.

خلاصه‌ای از محتوای رأی دادگاه:

دادگاه در اسباب توجیه‌کننده حکم اعلام داشته است که طبق قرارداد گشایش اعتبار اسناد داخلی-ریالی، مقرر شده است که سند حمل کالا حاکی از حمل کالا از مبدأ انبار فروشنده (شرکت X) شهرستان بهشهر استان مازندران به مقصد کیلومتر ۴ اتوبان شیراز فراشبند توسط کامیون طبق پیش فاکتور منعقد شده توسط فروشنده، به بانک گشایش‌کننده انجام شود و در ادامه، وکیل فروشنده دفاع کرده که تحویل کالا به خریدار به صورت Exworks درب انبار فروشنده به صورت یکجا با تنظیم صورت‌مجلس تحویل و تحویل کالا، به شماره ب/۱/۶۹/۰۱ و فاکتور شماره ۱۰۳ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۵ تحویل شرکت خواهان گردیده است.

دادگاه در رد این ادعا بیان داشته است: هر چند شیوه حمل Exworks و تحویل در محل بوده، لکن جهت ارائه اسناد از سوی خواهان به بانک، ملزم به صدور برگ خروج بوده است. طبق عرف حسابداری و امورات مالی شرکت‌ها، عرفاً و عقلاً با خروج این حجم از پروتئین سویا از انبار شرکت‌ها، حداقل برگ خروج از انبار تنظیم می‌گردد؛ در صورتی که قائل باشیم که حمل بر مبنای Exworks است و نیازی به بارنامه ندارد، لکن در مرادوات و عرف مالی شرکت‌ها، خروج از انبار صورت‌جلسه می‌گردد و شرکت خوانده



هیچ‌گونه مدرک و مکاتبات مالی که حاکی از خروج از انبار و تحویل فیزیکی به خواهان باشد را ارائه ننموده و صرفاً به صورت جلسه تنظیمی و مبنا بودن Exworks استناد نموده است که به اعتقاد دادگاه، خروج از انبار و تحویل به صورت فیزیکی و واقعی صورت نگرفته است.

همچنین در ماده ۱۴ قرارداد نیز قید شده است که روش حمل از طریق جاده توسط کامیون تریلی بوده. نیز در بند ب/۱ ماده ۱۴ قرارداد ذکر شده است که «مقرر گردیده اصل فاکتور به همراه برگ خروج کالا، امضاشده توسط شرکت «ب» مهمور به مهر و امضا و تأیید شرکت «الف» باشد.»

طبق پیش فاکتور، روش حمل از طریق جاده توسط کامیون تریلی ذکر شده است، هر چند خواننده اظهار داشته مبنای حمل بر اساس Exworks بوده است. با وجود این، چه نیازی به تأکید بر حمل و اسناد و طریقه آن بوده است؟

مطابق بند «ج» قرارداد مذکور، در خصوص شرایط پرداخت، مقرر گردیده است که وجوه مقرر بر اساس اسناد و مدارک، مطابق شرایط این اعتبار اسنادی به صورت مدت دار در مهلت ۱۸۰ روز پس از هر حمل، به حساب جاری شماره ... نزد بانک ج شعبه بازار قم واریز گردد و حال آنکه در بندهای فوق، اشاره شد که حملی صورت نگرفته و در صورتی هم که مبنای حمل در محل و Exworks باشد، برگ خروج صادر نشده است و تحویل فیزیکی صورت نگرفته است تا واریز وجوه استقرار یابد.

عدم استفاده از حق به ضرر دیگری از اصول کلی حقوقی و شرعی می‌باشد که مبنای کلیه قوانین و قراردادهای بوده که این مهم مطابق با قاعده «لا ضرر ولا ضرار» که در شرع اسلام تأکیدات زیادی بر آن شده است و در اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ذکر شده و صراحتاً قید شده هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر قرار دهد.

بدیهی است که مقررات و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده در قانون جمهوری اسلامی ایران، از جمله مقررات UCP ۶۰۰ نیز بر اساس همین مبنا و اصل هستند. بنابراین، با استفاده از مقررات متحدالشکل نمی‌توان موجب اضرار احتمالی به غیر شد. بنا بر مراتب



ذکرشده، با احراز عدم تحویل فیزیکی و عدم ارسال کالا از سوی شرکت خواننده ردیف اول به شرکت خواهان، دادگاه به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۰ و ۲۲۳ از قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مقررات متحدالشکل، اعتبارات اسنادی UCP ۶۰۰ حکم به الزام خواننده ردیف اول به انجام تعهد مبنی بر ارسال و ارائه سند حمل کالای پروتئین سویای انسانی فله مطابق با پیش فاکتور شماره پ/۱۱۱۱ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۱۰، مقدار ۵۳۳،۵۰۰ کیلوگرم پروتئین سویای انسانی فله از مبدأ انبار فروشنده شرکت X شهرستان بهشهر به مقصد کیلومتر ۴ اتوبان شیراز، توسط فروشنده به بانک گشایش کننده مطابق با قرارداد گشایش اعتبار اسنادی داخلی-ریالی و پرداخت هزینه دادرسی و پرداخت حق الوکاله و کیل دادگستری مطابق با تعرفه قانونی را در حق خواهان صادر و اعلام می نماید.

ایرادات شکلی دعوا

۱- ایراد عدم صلاحیت محلی

به موجب ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دعوا باید در دادگاهی اقامه شود که خواننده در حوزه قضایی آن اقامت دارد. طبق ماده ۵۹۰ قانون تجارت، «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست (مرکز اصلی شرکت). مرکز اصلی خوانندگان در شهرستان تهران استقرار دارد. دعاوی مربوط به شرکتها به استناد ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی باید در مرکز اصلی شرکت اقامه گردد. با وجود این، در دعاوی ناشی از تعهدات شرکت در مقابل اشخاص خارج از کشور، براساس ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مقنن به خواهان اختیار داده است از بین دو یا چند محل، دادگاه محلی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلی که کالا باید در آنجا تسلیم یا پول پرداخت شود، برای اقامه دعوا انتخاب نماید. این اختیار نافذ صلاحیت محل اقامت شرکت نیست. محل انعقاد قرارداد اعتبار اسنادی و محل تحویل کالا شیراز بوده است. بنابراین خواهان در انتخاب یکی از دادگاههای محل انعقاد قرارداد یا محل انجام تعهد یا محل تسلیم پول، یا مرکز شرکتها مخیر بوده است.



با این توضیح، چون خواهان بدوی قبلاً دعوایی به خواسته مشابه به طرفیت همان خواندگان، در شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی شیراز اقامه کرده و دادگاه مرجوع‌البیه به استناد دادنامه شماره ۱۸۰۷۷۶۱۸۰۵۰۲۱۲۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۶/۵ قرار عدم صلاحیت محلی به اعتبار صلاحیت و شایستگی دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر و اعلام کرده نموده است، به نظر می‌رسد شعبه ۱۸ دادگاه شیراز به جهت فقدان صلاحیت باتوجه به قرار عدم صلاحیت شعبه هم‌عرض خود، حق رسیدگی نداشته است.

شایان ذکر است تمامی شعبات مستقر در یک حوزه قضایی در حکم واحدند. با صدور قرار عدم صلاحیت توسط یکی از شعب حوزه قضایی، شعبه دیگر در همان حوزه قضایی حق ندارد خود را صالح بداند. صرف‌نظر از صحت و سقم قرار عدم صلاحیت شعبه ۴ دادگاه حقوقی شیراز، دادگاه شعبه ۱۸ باتوجه به ایراد عدم صلاحیت محلی و ایراد امر مطروحه توسط خواندگان، در وهله اول اقدام به صدور دستور موقت و اجرای آن، و متعاقب آن مبادرت به صدور رأی نموده است.

«نظریه مشورتی به شماره ۹۱۶۶/۷ اداره حقوقی قوه قضاییه در این باره اشعار می‌دارد: با طرح دعوا در یک شعبه، سایر شعب دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را ندارند و شعبه‌ای که از آن درخواست دستور موقت شده، باید به استناد ماده ۳۱۱ ق.آ.د.م قرار عدم صلاحیت به اعتبار دادگاهی که اصل دعوا در آنجا تحت رسیدگی بوده، صادر و پرونده را به آن دادگاه ارسال نماید.»

بنابراین، دادگاه حقوقی شعبه ۱۸ شیراز به استناد مواد ۷۶، ۸۴، ۸۹ بند «د» از ماده ۳۴۸ و ماده ۳۵۲ از قانون آیین دادرسی مدنی، فاقد صلاحیت محلی است.

البته ذکر این نکته ضروری است که قرارداد اعتبار اسنادی داخلی-ریالی در شیراز تنظیم شده است. از طرف دیگر، محل تسلیم کالا هم شیراز است. باتوجه به ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مقنن به خواهان اختیار داده است از بین دو یا چند محل، دادگاه محلی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلی که کالا باید در آنجا تسلیم یا پول پرداخت شود، برای اقامه دعوی انتخاب نماید و این اختیار نافی صلاحیت محل اقامت شرکت نیست. بنابراین، به نظر می‌رسد قرار عدم صلاحیت شعبه ۴ دادگاه حقوقی شیراز



به اعتبار و شایستگی دادگاه حقوقی تهران ناصحیح می‌باشد.

۲. ایراد امر مطروحه:

قاعده امر مطروحه مبتنی بر سبق ارجاع است و باتوجه به عنصر زمان، اولویت رسیدگی را به اولین دادگاه مرجوع‌الیه می‌دهد. هنگامی که دو دادگاه اختلاف یکسانی را بررسی کنند، دومین دادگاهی که پرونده نزد آن مطرح شده است، باید از رسیدگی خودداری کند و اجازه بدهد دادگاهی که سبق ارجاع دارد، به دعوا رسیدگی نماید.

مطابق بند ۲ از ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، این ایراد هنگامی مطرح می‌شود که خواننده دعوا ایراد کند که دعوی اقامه شده بین اصحاب آن، سابقاً در همین دادگاه یا دادگاه دیگری که از حیث درجه با این دادگاه مساوی است، مطرح شده و تحت رسیدگی است، یا اگر همان دعوا نیست، دعوایی است که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد.

باتوجه به اینکه شعبه ۴ دادگاه حقوقی شیراز نسبت به پرونده مشابه، قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه حقوقی تهران صادر نموده است و اینکه دعوی مطروحه در این شعبه بین همان اشخاص با همان موضوع در دادگاه هم‌عرض دیگری (دادگاه حقوقی تهران) تحت رسیدگی بوده، شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی شیراز به استناد بند از ماده ۸۴ ناظر به ماده ۸۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، تکلیف داشته ضمن صدور قرار امتناع از رسیدگی، پرونده را جهت رسیدگی توأمان به دادگاه حقوقی تهران ارسال نماید.

۳. ایرادات وارده مذکور توسط خوانندگان در اولین جلسه رسیدگی طبق ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی عنوان گردید. دادگاه نخستین وظیفه داشته در اجرای ماده ۸۹ قانون مذکور، قبل از ورود در ماهیت دعوا، نسبت به ایرادات تصمیم بگیرد. دادگاه بدون اتخاذ تصمیم در مردود دانستن ایرادات، وارد ماهیت و رسیدگی شده است.

فرآیند صدور اعتبار اسنادی براساس مقررات UCP ۶۰۰ و دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی بانک مرکزی:

پس از ایجاد اعتبار، متقاضی اعتبار به پرداخت از طریق اعتبار اسنادی و ذی‌نفع هم به تحویل مدارک و اسناد، از جمله اسناد حمل به بانک ملزم است که در تحلیل روابط



حقوقی طرفین، در این مرحله باید به آن توجه کرد. توجه به کارکرد اصل استقلال اسناد، از مهم‌ترین اصول حاکم بر اعتبار اسنادی است. بر مبنای این اصل، بانک‌ها مکلف‌اند مطابق اسناد ارائه‌شده از سوی ذی‌نفع اعتبار، و بدون توجه به شرایط و اختلافات مربوط به قرارداد فروش مبنایی، نسبت به پرداخت وجه اعتبار اقدام کنند. از این جهت، انواع بانک‌های دخیل در این رابطه در مورد کیفیت کالاها خدمات یا اجرای مربوط به قرارداد پایه دخالتی نمی‌کنند.

اصل رعایت دقیق مفاد اسناد نیز یکی از اصول مهم حاکم بر اعتبارات اسنادی است و بر مبنای آن، فروشنده باید اسنادی را ارائه کند که دقیقاً مطابق با شرایط مندرج در اعتبارنامه باشد. چنانچه فروشنده می‌خواهد پرداخت تحت اعتبارنامه اسنادی را تحصیل کند، بایستی اسنادی را ارائه دهد که با اعتبارنامه اسنادی مطابق باشد. این استاندارد در واقع تعهد بانک گشاینده اعتبار نسبت به ذی‌نفع اعتبار و متقاضی اعتبار را اداره می‌کند.

مطابق با ماده ۳۱ دستورالعمل اعتبار اسناد داخلی-ریالی بانک مرکزی «بانک موظف است طی مهلت مقرر، نسبت به بررسی اسناد ارائه‌شده، حسب ضوابط بررسی اسناد، مندرج در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی UCP ۶۰۰ اقدام نماید.»

به موجب این ماده، در اعتبار اسنادی داخلی، بانک گشاینده موظف است اسناد دریافتی را براساس ضوابط آمده در مقررات UCP ۶۰۰ بررسی کند. در مقررات مذکور، بانک‌ها موظف‌اند صرفاً براساس صورت ظاهر اسناد مشخص نمایند آیا اسناد ارائه‌شده مطابق با شرایط اعتبار است یا نه (بند الف ماده ۱۴ مقررات UCP ۶۰۰) بنابراین، بانک‌ها در معاملات مبتنی بر اعتبار اسنادی، اعم از داخلی و بین‌المللی، در بررسی اسناد و نهایتاً پرداخت وجه اعتبار، بنا بر اصول حاکم بر اعتبار اسنادی، نه وظیفه دارند کالای موضوع قرارداد را بررسی نمایند و نه در مورد قرارداد فروش تحقیق کنند. همچنین بانک‌ها هیچ‌گونه تعهد یا مسئولیتی نسبت به شکل، صحت، اصالت، جعلی یا غیرقانونی بودن هیچ‌یک از اسناد و شرایط مندرج در آن و مسائل مربوط به چگونگی ارزش، مقدار و حمل کالا ندارند. ماده ۳۴ مقررات UCP ۶۰۰ بیانگر این مطلب است.



بانک پس از بررسی اسناد، اگر به این نتیجه رسید که اسناد مطابق با شرایط اعتبار هستند، به طور قطعی و برگشت‌ناپذیر، موظف به پذیرش پرداخت است. و اگر اسناد را مطابق با شرایط اعتبار نیافت، از پذیرش آن‌ها خودداری می‌نماید. مطابق با ماده ۳۲ دستورالعمل اعتبار اسناد داخلی-ریالی مقرر می‌دارد: «در صورت ارائه اسناد مطابق از سوی ذی‌نفع، بانک گشایش‌کننده موظف به پذیرش پرداخت است.»

این ماده به نوعی برگرفته از ماده ۱۱ مقررات UCP ۶۰۰ است که مقرر می‌دارد: «هنگامی که بانک گشایش‌کننده، ارائه را مطابق تشخیص دهد، باید پذیرش پرداخت نماید.» به موجب مواد مذکور، شرط پذیرش پرداخت در اعتبار اسنادی اعم از داخلی یا بین‌المللی ارائه مطابق است؛ بنابراین، چنانچه اسناد ارائه شده مطابق با شرایط اعتبار باشد، در آن صورت بانک گشاینده با توجه به تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر خود، موظف است صرف‌نظر از پوشش وجه اسناد از سوی متقاضی، به تعهد خود در برابر ذی‌نفع عمل نماید و وجه اعتبار را با توجه به توافقات صورت گرفته به وی بپردازد. بدین ترتیب که پس از تشخیص ارائه مطابق، اگر اعتبار در قبال «پرداخت دیداری» قابل استفاده باشد، وجه از سوی بانک گشاینده به ذی‌نفع پرداخت می‌گردد، ولی اگر اعتبار در مقابل «پرداخت مدت‌دار» قابل استفاده باشد، در این موارد، یک سند مالی یا سند تعهد پرداخت به نام ذی‌نفع صادر می‌شود که بیانگر تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر بانک گشاینده مبنی بر پرداخت وجه اعتبار به‌هنگام سررسید است.

ایرادات ماهوی:

۱- حسب تقاضای خریدار (خواهان)، بانک «د» شعبه دانشگاه شیراز اقدام به صدور گشایش اعتبار اسنادی داخلی-ریالی به‌نفع شرکت فروشنده («ب») به شماره ۴۵۷۰۱۰۱۳۲ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۳ به مبلغ ... ریال بابت خرید پروتئین سویا انسانی فله می‌نماید. بانک گشاینده (د) طبق مقررات UCP تلکیف داشته پیش از گشایش اعتبار اسنادی، مقدمات لازم برای این عمل، یعنی اعتبارسنجی خریدار، اخذ وثیقه و... را انجام دهد تا ریسک عدم بازپرداخت تسهیلات کاهش یابد (ماده ۲ دستورالعمل). با



صدور گشایش اعتبار اسنادی به شماره ۰۷۰۱۰۰۱۴۱۲۹۵۳۳۶۶، مراتب در اجرای دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی بانک مرکزی از طریق سامانه پیام‌رسان مالی سپام بانک مرکزی به بانک «ج» شعبه بازار قم اعلام شد تا وظیفه ابلاغ گشایش اعتباری اسنادی را به ذی‌نفع برعهده بگیرد. مطابق گشایش اعتبار اسنادی مذکور، بانک «د» شعبه دانشگاه شیراز، مسئولیت بررسی اسناد را بر عهده داشته است. مطابق با ماده ۳۱ دستورالعمل، بانک موظف است طی مهلت مقرر، نسبت به بررسی اسناد ارائه‌شده، حسب ضوابط بررسی اسناد، مندرج در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی UCP اقدام نماید. به موجب این ماده، در اعتبار اسنادی داخلی، بانک گشاینده موظف است اسناد دریافتی را براساس ضوابط آمده در مقررات UCP ۶۰۰ بررسی کند. در مقررات مذکور، بانک‌ها موظف‌اند صرفاً براساس صورت ظاهر اسناد مشخص نمایند آیا اسناد ارائه‌شده مطابق با شرایط اعتبار است یا نه (بند الف ماده ۱۴ مقررات UCP ۶۰۰). بانک «د» به‌عنوان بانک گشایش‌کننده، طی نامه کتبی به تاریخ ۱۴۰۲/۲/۴ خطاب به بانک «ج» ضمن اعلام دریافت اسناد حمل و تأیید مطابقت اسناد ارائه‌شده با شرایط اعتبار، صراحتاً به سررسید پرداخت به تاریخ ۱۴۰۲/۶/۲۱ موضوع سررسید قرارداد گشایش اعتبار اسنادی تأکید می‌کند و اساساً در نامه یادشده، مغایرتی به بانک «ج» اعلام نمی‌شود. متعاقب آن، مدیریت شعب بانک «د» شیراز، در پاسخ به نامه شماره ۱۴۰۲/۹۸۱۳۹ بانک «ج» در خصوص تنزیل اعتبار اسنادی مذکور، تنزیل اعتبار اسنادی فوق‌الذکر نزد بانک «ج» را بلامانع اعلام می‌کند و ضمن صدور تعهدنامه پرداخت اعتبار اسنادی داخلی مدت‌دار، به شماره ۷۰۱۰/۵۸ مورخ ۱۴۰۲/۲/۵ تحویل آن و مطابقت آن‌ها را تأیید می‌کند و در سند تعهدنامه مذکور، بر پرداخت قطعی و فوری و بدون هیچ قید و شرطی در سررسید، تصریح می‌کند و فرم سند تعهد پرداخت مذکور را به پیوست نامه قبولی تنزیل اعتبار اسنادی برای بانک ارسال نموده است (ماده ۱۳ دستورالعمل).

با موافقت بانک «د»، طبق قرارداد، به شماره ۷۰۰۰۳۵۷۳۴۴۰۰۸ مورخ ۱۴۰۲/۲/۱۷ تنزیل اعتبار اسنادی مذکور مابین طرفین قرارداد یعنی بانک «ج» و شرکت «ب» محقق می‌گردد و در واقع با تنزیل، وجه در حق شرکت فروشنده پرداخت می‌گردد.



۲- صرف نظر از صحت و سقم ادعای خواهان در تحویل یا عدم تحویل کالا از سوی فروشنده، پس از بررسی بانک گشاینده و اعلام اینکه اسناد ارائه شده مطابق با شرایط اعتبار بوده است، دادگاه حق نداشته با درخواست خواهان در قالب دستور موقت از پرداخت وجه اعتبار، ممانعت کند (مواد ۲ و ۱۵ UCP ۶۰۰).

بنابراین، حتی در فرض نقص اسناد با توجه به پذیرش و تأیید آن، دیگر حقی در عدم قبول و استناد به مغایرت ندارد و تقاضای خواهان بدوی از دادگاه محترم بدوی در صدور دستور موقت مبنی بر منع پرداخت وجه سند اعتباری توسط بانک «د» شیراز در حق بانک «ج» قم برخلاف مقررات UCP ۶۰۰ و دستورالعمل بانک مرکزی است.

۳- شاید این سؤال به ذهن متبادر گردد که ممکن است در روند رسیدگی بانک گشایش کننده در صدور اعتبار اسنادی و بررسی اسناد حمل، کارکنان و مدیران بانک قصور یا تخلفی کرده باشند؟ به عبارت دیگر، مدیران یا کارکنان بانک گشایش دهنده در بررسی اسناد حمل، شرایط اعتبار را رعایت نکرده اند و ال سی نباید صادر می شده است؟ در پاسخ بیان می گردد با عنایت به اینکه بانک گشایش کننده اعتبار سند را طبق مقررات UCP ۶۰۰ بررسی و سند را با شرایط اعتبار احراز کرده و تعهدنامه قطعی و برگشتناپذیر صادر نموده است، بر فرض هم اگر مدیران یا کارکنان بانک گشایش کننده اعتبار از اجرای قانون و مقرراتها و دستورالعملهای بانک مرکزی و مصوبات شورای پول و اعتبار سرپیچی کرده باشند، خود بانک به عنوان شخص حقوقی در مقابل ذی نفع مسئول است. بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی مؤید و مثبت این مطلب است.

۴. دادگاه در رأی خود استدلال کرده است که حتی اگر شیوه حمل Exworks باشد، چون برگ خروج از انبار فروشنده صادر نگردیده، حمل و تحویل کالا محقق نشده است. واژه Exworks یک نوع شیوه حمل و نقل است که در مقررات Incoterms توسط اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) به تصویب رسیده است. Exworks یعنی محلی که کالا به تولید رسیده یا انبار شده است و به وسیله فروشنده به خریدار تحویل می شود (تحویل در محل انبار یا محل تولید کالا) و بعد از تحویل کالا، خریدار تمامی مسئولیتها و هزینهها از جمله بارگیری، حمل و نقل، بیمه، ریسک خرابی کالا را بر عهده می گیرد.



درواقع، تنها تا پیش از تحویل کالا است که فروشنده نسبت به کالا تعهد دارد و بعد از تحویل، ریسک به خریدار انتقال پیدا می‌کند. درست است که برگ خروج از انبار فروشنده صادر نشده است، ولی خریدار طبق صورت‌مجلس تحویل و تحول کالا به شماره ۰۱/ب/۶۹ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲۵ و همچنین نامه شماره الف-۱۲۹۲ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۴ صراحتاً اعلام نموده است که تمامی کالای خریداری شده از شرکت «ب» را دریافت نموده است و متعاقب آن، کلیه اسناد و مدارک مربوط، از جمله اسناد مذکور به بانک گشایش‌دهنده ارسال و سپس قرارداد اعتبار اسنادی صادر گردیده است. با توجه به اینکه خریدار بر فرض اینکه کالایی را از انبار فروشنده تحویل نگرفته، ولی آگاهانه به ضرر خویش اقرار و اقدام کرده است، براساس قاعده «من ملک» و قاعده «اقدام»، مسئول اعمال خودش است.

۵. تنزیل اعتبار اسنادی امری مرسوم و متداول بین بانک‌های ایرانی و خارجی است که ذی‌نفع اعتبار با مراجعه به بانک ثالث، با کسر مبلغی از وجه اعتبار، الباقی آن را دریافت کند و عملاً اعتبار گشایش یافته را به آن بانک انتقال دهد و با پرداخت وجه از ناحیه آن بانک، این حق برایش متصور است که به بانک گشایش‌کننده مراجعه کند و وجه مندرج در اعتبار اسنادی را مطالبه نماید.

از سوی دیگر، مقررات ماده ۳۹، UCP ۶۰۰، تصویب‌نامه شماره ۳۵۹۸۶/ت مورخ ۱۳۷۷/۶/۳ هیئت وزیران و دستورالعمل اجرایی مورخ ۱۳۸۰/۵/۱۴ شورای پول و اعتبار بحث تنزیل را پذیرفته است. از این رو اقدام بانک «ج» در جهت تنزیل اعتبار، موافق قانون بوده است و با پرداخت وجه اعتبار، استحقاق دریافت وجه پرداختی را با مراجعه به بانک گشایش‌دهنده دارد و دادگاه به ضرر دارنده با حسن نیت اقدام کرده است.

۶. بانک گشایش‌کننده طبق مقررات UCP ۶۰۰ فقط به ظاهر اسناد توجه می‌کند و تکلیفی در بررسی قرارداد پایه ندارد و اساساً در اختلاف طرفین معامله در عدم تحویل کالا، وزن و... حق دخالت ندارد (اصل استقلال اعتبار اسنادی). وقتی خود شرکت خریدار به اسناد حمل ارسالی صحه می‌گذارد و آن‌ها را تأیید می‌کند، دیگر مجوزی برای مخدوش نمودن آن باقی نمی‌ماند.

۷. دستور موقت دادگاه با اصول حاکم در اعتبارات اسنادی (اصل استقلال و اصل



انطباق دقیق اسناد با شروط اعتبار) مغایرت دارد و فی الواقع تصمیم دادگاه، این اصول اساسی را نقض کرده است و با این اقدامات، حقوق دارنده با حسن نیت (بانک صادرات) را ضایع نموده است.

۸. طبق اصل کلی، دادگاه حق دادخواهی بین طرفین معامله را دارد، ولیکن حق ندارد تصمیمی اتخاذ نماید تا مقررات UCP ۶۰۰ و حقوق حقه ثالث با حسن نیت مخدوش گردد. با این توضیح، علی‌رغم اقرار کتبی بر دریافت کالا، بر فرض اینکه اقرار بر دریافت کالا فاسد بوده و شرکت خریدار کالایی را تحویل نگرفته، این اختلاف و منازعه فقط بین طرفین معامله قابل طرح و رسیدگی است و اساساً دادگاه حق ورود در اعتبار اسنادی، پس از تأیید دقیق اسناد با شرایط اعتبار، به وسیله بانک گشایش کننده (بانک د) و صدور تعهدنامه پرداخت اعتبار اسناد داخلی مدت دار به نفع بانک «ج» را ندارد و تصمیم دادگاه اعتبار چنین اسنادی را مخدوش نموده است.

۹. استناد به قاعده «لاضرر» در راستای حمایت از حقوق خریدار با حقوق شخص ثالث با حسن نیت در تراحم قرار می‌گیرد. در مواردی که اعتبار اسنادی صادر و حقوق ناشی از آن به شخص ثالث با حسن نیت واگذار می‌گردد، در این مقوله بحث حمایت از حقوق خریدار (در فرض عدم تحویل کالا) و حمایت از حقوق ثالث با حسن نیت در تراحم و تقابل هم قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد با توجه به اصول حاکم بر مقررات UCP ۶۰۰ (اصل استقلال اعتبار اسنادی و اصل ارائه تطبیق) چون بانک «ج» در اجرای مقررات یادشده، به ظاهر اعتبارنامه اعتماد کرده و مبلغ مندرج در آن را تنزیل کرده است، قطعاً حمایت از دارنده با حسن نیت در قبال خریدار ارجحیت دارد.

از طرف دیگر، قاعده لاضرر برای حمایت از متضرری است که خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم نساخته است. وقتی خریدار آگاهانه طبق صورت مجلس تحویل و تحویل کالا، کتباً اقرار می‌نماید که تمامی بار را از فروشنده تحویل گرفته است و این سند به همراه اسناد و مدارک دیگر به وسیله فروشنده به بانک گشایش کننده ارسال می‌شود تا اعتبار اسنادی صادر گردد، دیگر چنین شخصی با استناد به قاعده لاضرر قابل حمایت نیست.





نگاهی به قاعده فقهی

«کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»



حسین نادری
وکیل پایه یک دادگستری
مدرس دانشگاه



مفاد قاعدهٔ اصل یعنی «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» آن است که هر عقد که صحیح آن موجب ضمان است (ضمان جعلی و قراردادی) و طرفین متعهد شده‌اند که درمقابل آنچه می‌پردازند، چیزی دریافت کنند، فاسدش نیز موجب ضمان (ضمان واقعی) خواهد بود؛ یعنی در صورت بقای شیء، خود آن شیء و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را ادا می‌کنند. مثلاً در عقد بیع که مشتری متعهد شده که درمقابل مبیع، ثمن را پرداخت کند، هرگاه بیع صحیح باشد، همان ثمن را می‌پردازد (پرداخت ثمن به موجب ضمان جعلی یا مسمی، و قراردادی است) لیکن در صورت فساد معامله، اگر عین باقی باشد، خود عین، و در صورت تلف، مثل یا قیمت را به بایع می‌پردازد (ادای مثل یا قیمت، در صورت تلف، به موجب ضمان قهری و واقعی است). اما مفاد قاعدهٔ عکس، این است که هر عقد که در صحیح آن تعهدی درمقابل دریافت عین نشده، در فاسدش هم ضمان نیست و نمی‌توان از قابض در صورت تلف عین، چیزی دریافت کرد؛ مانند هبه یا عاریهٔ فاسد که چون متهدب در صورت صحت عقد، چیزی به واهب نمی‌دهد، هرگاه هبه فاسد باشد و عین تلف شود، نیز مسئول نیست و غرامتی به واهب نمی‌دهد.

آیا در بیع فاسد، قابض ضامن منافع عین هم می‌شود؟
 شیخ انصاری در ضمن مواردی که عموم قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» را خدشه‌دار می‌کند، یکی هم بیع فاسد را نسبت به منافع غیرمستوفات بر شمرده است؛ چه این منافع در بیع صحیح مضمون نخواهد بود؛ یعنی مبلغی در مقابل آن قرار نگرفته است، ولی در بیع فاسد، قابض باید این‌گونه از منافع را هم جبران کند.

صاحب مصباح الفقاهه (علامه خویی) تقیید منافع به غیرمستوفات را که از سوی شیخ انصاری صورت گرفته، بلاوجه دانسته و گفته است: منافع مستوفات هم در عقد صحیح غیرمضمون است، در حالی که مسلماً در عقد فاسد مضمون می‌باشد و بعد گفته است: شاید منشأ تقیید این باشد که سخن در تلف مقبوض به عقد فاسد است و استیقای منافی چون شیر و پشم، اتلاف منفعت است نه تلف آن.

سید محمد کاظم طباطبایی در مقام دفع اشکال گفته است: درست است که در عقد صحیح منافع در مقابل مالی قرار نگرفته، ولی بدون شک در ارزش متاع تأثیر دارد و وجود و عدم آن در افزایش و کاهش قیمت متاع دخالت دارد و همین مقدار در صدق مضمون بودن منافع کافی است؛ چنان‌که در باب شروط هم مسئله به همین منوال است. چنانچه در فروش صحیح متاعی شرط خیاطت شود، درست است که هیچ جزئی از عوض معامله در مقابل خیاطت واقع نشده است، ولی این خیاطت در زیاد و کم شدن قیمت متاع تأثیر دارد و بدین جهت گفته‌اند: «للشرط قسط من العوض.»

پس کانه مقداری از عوض هم در مقابل شرط قرار گرفته است و این خود نوعی از مضمون بودن است. بنابراین چنانچه عقد فاسد باشد، اگر مشروط‌علیه به شرط عمل کرده باشد، مشروط‌له ضامن است و باید قیمت آن را بپردازد.

از سخن سید می‌توان چنین پاسخ گفت که: اگر بفرض، در مقابل خود منفعت چیزی از عوض قرار نگرفته، مجرد تأثیر آن در زیاده و کم شدن قیمت عین، موجب نمی‌شود که علاوه بر ضمان عین، منافع هم مضمون باشد؛ چنان‌که شروط هم بر



همین منوال است. در حالی که مسلماً مشمول قاعده «ما یضمن... وما لا یضمن» نمی‌باشد و اگر در مثال خیاطت، مشروطه ضامن است، این به جهت قاعده احترام عمل است که به استناد امر او تحقق یافته است و ربطی به مانحن فیه ندارد.

میرزای نایینی درباره اشکال شیخ انصاری پاسخ گفته است که مدار در جریان قاعده مورد عقد است، نه آن چیز که از مورد عقد خارج است و مورد عقد در باب بیع خود عین است، نه منافع آن. چنانچه بیع صحیح باشد، منافع عین به حکم شارع مقدس، تابع عین است، اما در صورتی که بیع فاسد باشد، چون عین به مشتری منتقل نشده است، لذا چنانچه آن را قبض کرده است، علاوه بر خود عین، منافع آن را نیز ضامن می‌باشد.

بر این سخن این اشکال وارد است که بر فرض صحت، لازمه اش این است که حتی در مورد عقودی که صحیح آن ضمان آور نیست، مانند هبه، حکم به ضمان منافع مقبوض به فاسد آن کنیم. بدیهی است، هبه چنانچه صحیح باشد، منافع عین موهوبه تابع خود عین می‌باشد، ولی اگر فاسد باشد، چون عین به متبهد منتقل نشده است، لذا باید در صورت قبض، ضامن منافع آن نیز باشد.

پاسخ صحیح از اشکال شیخ انصاری این است که به هیچ وجه قاعده «ما لا یضمن...» در مورد منافع مبیع اعم از منافع مستوفات یا منافی که بدون استیفا از بین رفته، نقض نشده است؛ چه نسبت بین تملک منافع و تملک عین، عموم و خصوص من وجه است؛ گاهی منافع بدون عین تملک می‌شود، مانند مورد اجاره، و گاهی عین بدون منافع تملک می‌شود، مانند خرید عین مستأجره به طور مسلوب المنفعه، و گاهی عین و منافع هر دو باهم تملک می‌شود، مانند اکثر خریدهای معمولی. بنابراین، تملک هیچ کدام ملازم با تملک دیگری نیست.

لیکن در مواردی که تملک عین و منافع هر دو باهم توأم است، همان چیز که سبب تملک عین است - یعنی بیع مثلاً بعینه - همان چیز سبب تملک منافع نیز هست. نهایت اینکه بیع سبب تملک عین است بالاصاله، و سبب تملک منافع است به تبعیت. پس در حقیقت، چنان که ثمن در مقابل عین است، در مقابل منفعت هم



نیز هست، منتها درمقابل عین است به اصالت و در مقابل منافع است به تبعیت. در این صورت، عین و منفعت، هر دو مورد عقد است؛ یکی به اصالت و دیگری به تبعیت. پس اگر عقد بیع صحیح موجب ضمان است، چنان که نسبت به عین موجب ضمان است، همان‌طور نسبت به منافع هم بالتبع موجب ضمان است؛ پس در فاسد آن نیز، هم عین مضمون است و هم منافع آن.

وانگهی اصولاً باید گفت که بنا بر آنچه گذشت، چیزی که در حین عقد مورد ضمان می‌باشد، عین و منفعت است، اما تقسیم منفعت به مستوفات و غیرمستوفات، پس از عقد و قبض مال و گذشت زمان مطرح می‌شود که مشتری اگر از منافع استفاده کند، مستوفات است و اگر از استفاده خودداری یا صرف‌نظر نماید، غیرمستوفات.

بنابراین، تقسیم منفعت به مستوفات و غیرمستوفات، باعث تعدد نوع منفعت نمی‌شود، بلکه منفعت در صورت استفاده، مستوفات نام دارد و در غیر آن غیرمستوفات؛ و چنان که گفتیم، در عقد صحیح، ثمن در برابر عین و منفعت قرار دارد، منتها در یکی به اصالت و در دیگری به تبعیت. همین‌طور است در عقد فاسد که باز شخص ضامن منافع است، خواه از آن برخوردار شود و خواه نشود، این تمتع به هیچ‌وجه باعث تعدد نوع منفعت نمی‌شود؛ مانند زید که در حال بیداری هم زید است و در حال خواب نیز زید؛ و دوگانگی در شخصیت وی به وجود نمی‌آید.

از مطالبی که گذشت، به‌خوبی معلوم شد که به‌هیچ‌وجه عموم قاعده در صورت فساد عقد، دستخوش نقض و اختلال قرار نگرفته و دگرگون نشده است.

نظر به حساسیت طرح صحیح قاعده و اهمیت فوق‌العاده خدش‌های که شیخ انصاری در قاعده «ما لا یضمن» می‌کند و پاسخ‌های بزرگان به ایشان، این قسمت از بحث با استفاده از قلم توانای استادم زنده‌یاد دکتر گرجی در جلد اول مقالات حقوقی، چاپ انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۲، مقاله ضمان مقبوض به عقد فاسد به رشته تحریر درآمد.





نمونه‌ی یک لایحه

در پرونده کیفری با اتهام تبلیغ علیه نظام، تحریک مردم به کشتار و غارت ...



محمد صادق امانی
وکیل پایه یک دادگستری

ریاست محترم دیوان عالی کشور

با سلام و عرض ادب

احتراماً اینجانب محمدصادق امانی به وکالت از خانم ... به استحضار می‌رساند: وفق دادنامه شماره ۵۳۶۰ ... مورخ ۱۴۰۲/۸/۲۰ موضوع پرونده کلاسه ... صادره از شعبه ... دادگاه تجدیدنظر استان ...، که در تأیید دادنامه صادره از شعبه اول دادگاه انقلاب شهرستان ... است، موکل بابت اتهامات: تبلیغ علیه نظام، تحریک مردم به کشتار و غارت، توهین به مقدسات و همچنین توهین به رهبری به حبس محکوم شده است. مع الوصف، وفق بند «چ» ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، درخواست اعاده دادرسی و ارجاع پرونده به شعبه هم‌عرض را دارد. همچنین به دلیل ابلاغ واحد اجرای احکام کیفری به موکل جهت اجرای مجازات حبس، بدو دستور توقف اجرای حکم نیز مورد درخواست است.

شرح مختصری از پرونده جهت تشحیذ ذهن قضات محترم دیوان عالی کشور حسب محتویات پرونده، موکل، خانم ... در سال ۱۴۰۱، هم‌زمان با اندوه و غم از دست دادن فرزند نوجوانش در وقایع پاییز آن سال، با توجه به قلیان احساسات مادرانه، بدون قصد مجرمانه و صرفاً به جهت همان تألمات شدید ناشی از غم



درگذشت فرزند، مبادرت به برخی اقدامات ناآگاهانه می‌نماید که در نهایت موجب دستگیری و بازداشت وی می‌شود.

متعاقب تحت پیگرد قرار گرفتن موکل - که فاقد هرگونه پیشینه سیاسی است، و موکداً اعلام می‌گردد، تمامی اقدامات وی در واکنش به مرگ ناگهانی فرزند ۱۶ساله‌اش بود - پرونده ایشان از شعبه محترم بازپرسی دادسرای ... با صدور قرار جلب به دادرسی و سپس صدور کیفرخواست از جانب دادسرای این شهرستان، تحت عناوین مرتبط با مواد ۵۰۰، ۵۱۲، ۵۱۳ و ۵۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ به شعبه اول دادگاه انقلاب شهرستان ... ارجاع می‌شود.

در نهایت، شعبه محترم دادگاه انقلاب، بدون توجه به دفاعیات مستدل و مستند موکل و وکلای محترم ایشان و همچنین عدم صدق و انطباق این مواد به رفتارهای موکل و مغفول نهادن فلسفه تعیین مجازات، به خصوص تعیین اشد مجازات، موکل را که هم‌اکنون دارای یک فرزند چهارساله و یک دختر ۱۸ساله است، به تحمل دو سال حبس تعزیری به دلیل بزه توهین به مقام رهبری، تحمل پنج سال حبس به دلیل بزه اهانت به مقدسات و ائمه اطهار، یک سال حبس بابت بزه تبلیغ علیه نظام جمهوری اسلامی ایران، و همچنین تحمل پنج سال حبس بابت بزه تشویق و تحریک مردم به انجام جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور محکوم می‌نماید و نهایتاً این محکومیت‌ها بدون هرگونه تغییری، در شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تأیید می‌شود.

مع الوصف با عنایت به مقدمه یادشده، به جهات مشروح ذیل، تجویز اعاده دادرسی و ارجاع پرونده به شعبه هم‌عرض دادگاه صادرکننده رأی مورد درخواست است.

۱- اتهام تبلیغ علیه نظام جمهوری اسلامی ایران

با مذاقه در مفاد دادنامه‌های اصداری، ملاحظه می‌شود که دادگاه محترم دعوت موکل از مردم، برای حضور بر سر مزار فرزند عزیزش را واجد دو عنوان مجرمانه تلقی کرده است: الف: تبلیغ علیه نظام؛ ب: تحریک به کشتار موضوع ماده ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی. حال آنکه این استدلال دادگاه واجد ایراد اساسی است؛ زیرا



یک فعل نمی‌تواند به‌نحو هم‌زمان مشمول این دو عنوان باشد. فارغ از این موضوع، اساساً افعال ارتكابی موکل نمی‌تواند واجد ماهیت مجرمانه باشد و محکومیت موکل به حبس در خصوص این عناوین، برخلاف مقررات قانونی است که دلایل آن در ذیل بیان خواهد شد:

همان‌گونه که اشاره شد، یکی از این اتهامات موکل که موجب محکومیت وی به یک سال حبس تعزیری شده، بزه تبلیغ علیه نظام است. در جهت تشحید ذهن قضات محترم شعبه دیوان عالی کشور به عرض می‌رسد:

شرط انتساب بزه موضوع ماده ۵۰۰ ق.م.ا. به فعل متهم آن است که شخص علیه کلیت نظام جمهوری اسلامی ایران و به‌قصد براندازی، یا به‌نفع گروه‌ها یا سازمان‌های مخالف به همین قصد، فعالیت‌های تبلیغی نماید. صرف اینکه برخی استوری‌های منتسب به موکل توسط برخی شبکه‌ها پخش شده باشد، نمی‌تواند موجب احراز مسئولیت موکل در خصوص محتوای این پیام‌ها باشد و باعث گردد او مباشر این امر قلمداد شود.

به‌روشنی معلوم است که این ماده فقط قابل‌انتساب به اشخاصی است که مباشرت در تبلیغ داشته باشند و صرف رفتار موکل که در غم و اندوه از دست دادن فرزند نوجوانش، فراخوان حضور در مزار فرزندش را داده، مطلقاً نمی‌تواند مصداق بزه فعالیت تبلیغی علیه نظام محسوب شود. فارغ از آنکه اساساً چنین رفتاری فعالیت تبلیغی علیه نظام محسوب نمی‌شود، در ماده ۵۰۰ قانون مجازات، راجع به جرم‌انگاری جرم موردنظر، از عبارت «فعالیت تبلیغی» به جای «تبلیغ» استفاده شده است و در ذات فعالیت تبلیغی، «استمرار» نهفته است. بنابراین، حتی بر فرض بعید که دعوت یک مادر داغ‌دیده در فقدان فرزند نوجوان خود جهت حضور بر سر مزار را «تبلیغ علیه نظام» برشماریم (!)، این اقدام واجد صفت استمرار نیست تا مشمول مفاد این ماده قرار گیرد.

بنابراین، در محتویات پرونده، هیچ رفتاری از موکل که موجب تحقق این جرم باشد مشاهده نمی‌شود. اشاره شد که موکل صرفاً از مردم برای حضور در مزار



فرزندش دعوت کرده است و حتی این مراسم نیز متعاقب این فراخوان برگزار نشد. متن این پیام نمی‌تواند فعالیت تبلیغی مستمر علیه کلیت نظام و به‌قصد براندازی نظام جمهوری اسلامی ایران باشد که همان رکن ماده‌ی بزه انتسابی به موکل است. بنابراین، در خصوص امر و به دلیل عدم وقوع بزه فعالیت تبلیغی علیه نظام، با رعایت بند «چ» ماده‌ی ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، از موجبات تجویز اعاده‌ی دادرسی است.

۲- اتهام تشویق و تحریک مردم به انجام جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی (ماده‌ی ۵۱۲ ق.م.ا.)

همان‌گونه که در بند قبلی لایحه اشاره شد، دعوت موکل به حضور در مزارش فرزند نوجوانش، هم‌زمان توسط دادسرا و دادگاه، دو بزه «تبلیغ علیه نظام» و «تحریک مردم به ارتکاب جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی» تلقی شده است. در خصوص عدم انطباق این فعل به بزه تبلیغ علیه نظام در بند اول لایحه به تفصیل گفته شد. در خصوص عدم تحقق بزه موضوع ماده‌ی ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی و جرم نبودن رفتار موکل باید گفت:

اولاً: دادگاه بدوی و تجدیدنظر، با تفسیری که منطبق بر قانون نیست و برای موجه جلوه دادن محکومیت موکل به پنج سال حبس، عنوان مجرمانه‌ی موضوع ماده‌ی ۵۱۲ ق.م.ا. - که همان تحریک مردم به غارت، کشتار و جنگ است - را تغییر داده است و موکل را مستند به ماده‌ی ۵۱۲ ق.م.ا.، بابت بزه تحریک مردم به انجام جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی به پنج سال حبس محکوم کرده‌اند.

از سوی دیگر، نسبت به اتهام تحریک به کشتار و غارت، حکم بر براءت صادر کرده‌اند، در حالی که اساساً در هیچ‌یک از مواد ۴۹۸ الی ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی، بزه‌ی تحت عنوان «تشویق و ترغیب مردم به انجام جرم علیه امنیت داخلی و خارجی» وجود ندارد. با صدور حکم بر براءت موکل از اتهام تحریک مردم به غارت و کشتار، امکان محکومیت وی به وصف دیگری با استناد به همین ماده میسر نیست. پس آنچه در ماده‌ی ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یک بزه مستقل جرم‌انگاری



اندیشه‌وکیل

شده، خلاف استدلال قضات محترم صادرکننده رأی است. بنابراین، ملاحظه می‌شود که موکل به بزهی محکوم شده که اساساً در قانون وصف جزایی ندارد.

عنصر مادی بزه یادشده بدین کیفیت محقق می‌شود: هرگونه تحریک مؤثر، به معنای تحریکی که قابلیت تأثیرپذیری بر جمع بزرگی از مردم را داشته باشد و از دیگر سو، این تحریک مؤثر باید با قصد بر هم زدن امنیت کشور و در راستای ترغیب مردم به جنگ، کشتار و غارت باشد.

در حالی که دعوت موکل از مردم برای حضور در مزار فرزند نوجوانش، نمی‌تواند به قصد بر هم زدن امنیت داخلی و خارجی باشد و از سوی دیگر، این الفاظ و عبارات، صدق تحریک بر جنگ، قتل، غارت و کشتار نداشته است! که بدین سبب به درستی حکم بر براءت موکل صادر شده است.

نباید از یاد برد که موکل از قشر عام جامعه و فاقد اندیشه و قدرت تحلیل سیاسی است، و بالتبع، فاقد جایگاه تأثیرگذار جهت تحریک مؤثر مردم بوده است. البته اساساً وی نیز هیچ‌گاه چنین قصدی نداشته است. قضات محترم دیوان عالی کشور نیک آگاه‌اند که قانون‌گذار مابشر این بزه را شخصی می‌داند که با داشتن این توانایی، یعنی همان قدرت رهبری و جمع کردن گروهی از مخالفان نظام جمهوری اسلامی، متعاقباً مردم را به جنگ، غارت و کشتار تحریک و ترغیب کند.

همان‌گونه که معروض شد، هیچ‌یک از الفاظ و عباراتی که متضمن دعوت از مردم بر سر مزار فرزند موکل است، نمی‌تواند تداعی‌کننده دعوت از مردم برای ارتکاب به رفتارهای ماده ۵۱۲ ق.م.ا. باشد.

بر این اساس، با لحاظ صدور حکم بر براءت موکل از اتهام تحریک مردم به غارت و کشتار، محکوم کردن وی به دلیل تحریک مردم به انجام جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی بلاوجه و برخلاف موازین قانونی است.

یقیناً این قسمت از صدور حکم بر محکومیت موکل به پنج سال حبس تعزیری شایسته تجویز و پذیرش اعاده دادرسی و درنهایت صدور حکم بر براءت موکل در



شعبه هم‌عرض است.

۳- اتهام توهین به مقدسات موضوع ماده ۵۱۳ ق.م.ا.

یکی دیگر از اتهامات انتسابی به موکل که موجب محکومیت وی به پنج سال حبس تعزیری شده است، اتهام توهین به مقدسات است. در خصوص تشریح دلایل نفی ارتکاب این بزه توسط موکل باید خاطر نشان کرد:

اولاً قضات محترم دیوان عالی کشور با مطالبه پرونده استنادی و مطالعه آن می‌توانند ملاحظه نمایند که هیچ‌یک از الفاظ و عبارات استعمال شده توسط موکل نمی‌تواند متضمن توهین به مقدسات باشد. موکل خود معتقد به دین اسلام و مذهب شیعه است و در دادنامه نیز این موضوع منعکس شده است. از سوی دیگر، موکل قصدی در انجام این جرم و توهین به مقدسات نداشته و انتساب چنین بزه‌ی با سیره زندگی و اعتقادات ایشان تعارض فاحش دارد.

ثانیاً فارغ از اینکه موکل مرتکب بزه توهین مقدسات اسلامی نشده است، در مواد ۵۱۳ و ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی، قانون گذار بین دشنام و توهین به پیامبران، ائمه معصومین، حضرت فاطمه تفیک قائل شده است و مجازات‌های متفاوتی پیش‌بینی نموده که به صورت مشروح، معروض می‌شود:

الف: دشنام به پیامبر اسلام(ص) و همچنین سایر پیامبران الهی، سبّ النبی محسوب می‌شود و مشمول مجازات اعدام است.

ب: قذف هر یک ائمه معصومین(علیهم‌السلام)، یا حضرت فاطمه زهرا(س) یا دشنام، در حکم سبّ النبی است و مجازات اعدام دارد.

ت: توهین به پیامبر اسلام(ص) و همچنین سایر پیامبران الهی، ائمه معصومین(علیهم‌السلام) و همچنین حضرت زهرا(س) - که وصف دشنام یعنی عبارات متضمن فحاشی نباشد، اما با توجه به مقام این بزرگان دین اسلام، یا سایر ادیان الهی، توهین محسوب شود - بر اساس ماده ۵۱۳ ق.م.ا. بخش تعزیرات، موجب محکومیت مرتکب به حبس تعزیری می‌شود.

ث: اگر توهین مشمول ماده ۲۶۲ و تبصره آن باشد، از دایره شمول حکم ماده



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

۵۱۳ ق.م.ا. خارج است.

بر اساس ماده ۲۶۳ ق.م.ا.، هرگاه متهم به سب، ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات، یا نقل قول از دیگری بوده است، سبّ‌النبی محسوب نمی‌شود. تبصره: هرگاه سب در حالت مستی یا غضب یا به نقل از دیگری باشد و صدق اهانت کند، موجب تعزیر تا ۷۴ ضربه شلاق است.

در پرونده حاضر، فارغ از اینکه هیچ‌یک از عباراتی که دادگاه به آن استناد کرده، نمی‌تواند واجد وصف توهین به مقدسات از جانب موکل باشد، حتی بر فرض بعید، اگر چنین عبارتی توهین هم تلقی می‌شد، با توجه به اینکه الفاظ به کار برده شده، متعاقب عارض شدن خشم و عصبانیت ناشی از درگذشت فرزند نوجوان موکل بوده و قصد توهین برای آن متصور نبوده، محکومیت موکل به پنج سال حبس تعزیری نمی‌تواند منطبق با قانون و عدالت باشد و مجازات تعیین شده برای موکل صحیح نبوده است. رفتار ارتكابی جرم نیست و اقتضای عدالت اسلامی آن است که هنگام ابراز تصمیم و صدور حکم، تألمات روحی شدید مادر داغ‌دیده‌ای که نوجوان خود را به خاک سپرده را مدنظر قرار داد و آن‌گاه در خصوص بعضی رفتارهای وی قضاوت کرد.

سخن پایانی

مع الوصف، با عنایت به موارد یادشده، تجویز اعاده دادرسی و ارجاع به شعبه هم‌عرض دادگاه صادرکننده رأی مورد درخواست است.

با سپاس

محمدصادق امانی

وکیل خانم ...



• اندیشہ ویس



قسمت نامہ علمی - تخصصی / سال سوم، شمارہ ۵ / بہار ۲۰۱۳



قرارداد توزیع بین المللی



مرضیه زکی زاده
دکتری حقوق خصوصی
کارآموز وکالت

مقدمه

قرارداد توزیع یک عقد عهدی است که نتیجه آن ایجاد مالکیت نیست. طی این قرارداد، توزیع کننده تاجری مستقل است که قادر به تصمیم‌گیری آزادانه درباره شکل و نحوه فعالیت خود است و به استخدام طرف دیگر قرارداد (عرضه کننده) در نمی‌آید. توزیع کننده محصولات را از عرضه کننده می‌خرد و سپس به توزیع محصول می‌پردازد. در قرارداد توزیع، منافع و ضررهای توزیع بر عهده خود توزیع کننده است و ماهیت آن با عقود نمایندگی، حق العمل کاری و شعب فرعی متفاوت است. همچنین قرارداد توزیع را نمی‌توان در قالب‌های شناخته شده سنتی درآورد. بنابراین این قرارداد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می‌شود.

در حقوق ایران، این قرارداد به طور مستقل مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً در چند آیین‌نامه به برخی از مسئولیت‌های توزیع کننده اشاره شده است. بر همین اساس و با گسترش استفاده از این قراردادها تحلیل و بررسی دقیق و کامل این قرارداد در حقوق ایران، با نگاه به اصول کلی حقوق تجارت بین الملل و حقوق کشورهای پیشرفته ضرورتی دوچندان می‌یابد. از آنجاکه به این نهاد حقوقی تاکنون چه در منابع فقهی و



چه در دکتترین نظام حقوقی داخلی پرداخته نشده است، از این جهت خلئی در نظام حقوقی داخلی احساس می‌شود. لذا ما در این نوشتار، ابتدا جهت تبیین بیشتر موضوع، مفهوم قرارداد توزیع بین‌المللی و اوصاف آن و نیز تعهدات و وظایف توزیع‌کننده را بررسی نموده‌ایم و سپس به تشریح انواع قراردادهای توزیع بین‌المللی پرداخته‌ایم.

۱. مفهوم قرارداد توزیع بین‌المللی

تاکنون در حقوق موضوعه ایران، هیچ تعریفی از قرارداد توزیع، اعم از توزیع داخلی و بین‌المللی، ارائه نشده است. رویه قضایی داخلی نیز برای بیان تعریفی از این نوع قرارداد اقدامی نکرده است. به همین دلیل، ناگزیر از بررسی حقوق کشورهای دیگر و اصول پذیرفته‌شده بین‌المللی برای تعریف و تبیین ابعاد و شرایط این قرارداد هستیم. اغلب سیستم‌های مدرن حقوقی دنیا دارای تعریفی قانونی در این زمینه نیستند، به همین دلیل برای رفع این خلأ و حل مشکلات ناشی از آن، رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است که اولین رویکرد را می‌توان در جمهوری چک، رومانی و انگلستان مشاهده کرد. در جمهوری چک، هیچ مقررۀ خاصی به تعریف و تبیین قرارداد توزیع نپرداخته است. به همین دلیل، دکتترین آن را در زمره قراردادهای خرید و فروش موضوع قانون تجارت قرار داده و قوانین کلی راجع به این قراردادهای در خصوص آن‌ها قابل اعمال می‌داند.^۱ در رومانی هم با نبود تعریف صریحی از قرارداد توزیع، به نظر می‌رسد که آن را نوعی از قرارداد فروش دانسته‌اند.^۲ در حقوق انگلستان نیز وضع به همین منوال است. در این نظام حقوقی، قراردادهای توزیع در زمره قراردادهای خرید برای فروش مجدد قلمداد می‌شوند و قواعد این قراردادهای بر آن حاکم است.^۳ اما رویکرد دیگر در این زمینه را می‌توان در حقوق آلمان مشاهده کرد. در آلمان، حقوق موضوعه مدونی در این باره وجود ندارد و صرفاً مقررات مفصلی راجع به نمایندگی در بخش‌های ۸۴ تا ۹۲ قانون تجارت



۱. Christon, R., 2003, International Agency, Distribution and Licensing Agreement, London: 4th edn, Sweet and Maxwell, p. 796

۲. Christon, 2003: 854.

۳. Hesselink, M., Rutgers, J., Scotton, M., 2006, Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Sellier, Munich, p.263

آلمان (HGB) تنظیم شده است. در عوض، با استفاده از رویه قضایی، و تدوین و تنظیم آن، که به طور جزئی و دقیق و مبتنی بر حقوق مدون مرتبط با نمایندگی بوده، سعی شده است از طریق قیاس و مشابهت، جایگاه و تعریفی از قرارداد توزیع ارائه شود.^۴ رویه قضایی در آلمان، قرارداد توزیع را فقط شامل توزیع کالاها می‌داند و توزیع خدمات را از شمول این قراردادها خارج می‌کند.^۵

به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن این تعاریف، بتوان تعریفی جامع از قرارداد توزیع ارائه نمود که بتواند تا حد زیادی ماهیت حقوقی و ارکان این قرارداد را روشن سازد. قرارداد توزیع قراردادی است که بر اساس آن، یک طرف (عرضه‌کننده) توافق می‌کند که برای طرف دیگر (توزیع‌کننده) بر اساس مبنایی مداوم، کالا یا کالاهایی را تأمین نماید و توزیع‌کننده موافقت می‌کند که آن‌ها را بخرد و به نام و حساب خویش، دوباره در قلمرو خود به فروش رساند.^۶

۲. اوصاف قرارداد توزیع

اصولاً هر قرارداد توزیعی واجد اوصاف و ویژگی‌هایی است که در ذیل به طور خلاصه بیان می‌شود.

۲-۱. به نام توزیع‌کننده

یکی از خصوصیات مهم قرارداد توزیع این است که توزیع‌کننده محصولات را به نام خودش به خرده‌فروشان یا عمده‌فروشان دیگر می‌فروشد و در واقع توزیع‌کننده با ذکر نام خود و بیان این مطلب که خود فروشنده محصولات است، آن‌ها را به خرده‌فروشان می‌فروشد.

۲-۲. به حساب توزیع‌کننده و از طرف وی

باتوجه به اینکه ریسک اقتصادی فروش بر عهده توزیع‌کننده است، لذا وی باید به

۴. Schulz, A., and Stuttgart, 1989, Protection of agents, distributors and franchisees, International Journal of Franchising Law.p.39-71

۵. Hesselink, M., Rutgers, J., Scotton, M., 2006, Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Sellier, Munich. p.263

۶. سماواتی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌الملل نظری و کاربردی (تهران: نشر ققنوس، ۱۳۷۷)، ص ۲۷۷.



حساب خود خرید و فروش کند. بنابراین توزیع‌کننده در بازاریابی، منفعت خود را در نظر می‌گیرد و ذی‌نفع است. همچنین باید ضرر و زیان ناشی از زیر قیمت فروختن کالاهایی را که می‌فروشد، خود متحمل گردد.

۲-۳. مبنایی مداوم

قرارداد توزیع یک قرارداد پایه است که بر اساس آن، قراردادهای متعاقبی را می‌توان منعقد نمود. یک قرارداد پایه معمولاً فقط عناصر اساسی قراردادهای متعاقب را تعریف می‌کند، بدون اینکه شروط خاصی را مقرر نماید. قراردادهای متعاقب، برخلاف قراردادهای پایه توزیع، اصولاً مدت کوتاهی دارند و طرفین را با تعهدات معینی ملتزم می‌سازند. قراردادهای پایه برای تثبیت و استقرار یک رابطه همکاری آتی، بین طرفین تنظیم می‌شود.

۲-۴. تحویل مالکیت محصولات از سوی توزیع‌کننده

در قراردادی که بین توزیع‌کننده و عرضه‌کننده منعقد می‌گردد، عرضه‌کننده محصولات خود را به مالکیت توزیع‌کننده درمی‌آورد؛ لذا توزیع‌کننده مالکیت محصولات خود را به دست می‌آورد. در اغلب موارد، توزیع‌کننده پس از قرارداد فروش، بر محصولات تصرف نیز پیدا می‌کند.

۲-۵. هدف توزیع‌کننده از خرید محصولات

توزیع‌کننده باید محصولات عرضه‌کننده را به قصد فروش مجدد آن‌ها و برای تحصیل سود و منفعت بیشتر خریداری نماید. در واقع، اولاً قصد توزیع‌کننده از خرید محصولات باید صرفاً و حتماً فروش مجدد آن‌ها باشد. بنابراین، اگر توزیع‌کننده کالاهایی را بخرد تا در آن‌ها تصرفاتی نماید و تغییری در ساختار یا ماهیت آن‌ها ایجاد کند یا به کالایی دیگر تبدیل نماید، نمی‌توان عملکرد وی را در چارچوب قرارداد توزیع گنجانید. ثانیاً توزیع‌کننده باید با خرید محصولات، آن‌ها را با قیمتی بیشتر از قیمت خرید به خرده‌فروشان عرضه کند و از تفاوت بین قیمت خرید و فروش کسب سود و درآمد نماید. به عبارت دیگر، سود توزیع‌کننده باید از محل تفاوت بین قیمت خرید و فروش به دست آید.^۷

Y. Campbell, Dennis and Louis Lafili. Distributorships, Agency and Franchising in an International Area, European, the United



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

۲-۶. عمودی بودن قرارداد توزیع

قرارداد توزیع را می‌توان در زمره قراردادهای عمودی دانست. در توضیح باید گفت که از یک دیدگاه می‌توان قراردادها را به قراردادهای عمودی و افقی تقسیم نمود. در قراردادهای افقی، روابط بین سلسله معامله‌کنندگان عرضی است و هیچ‌کدام بر دیگری تفوق یا سلطه‌ای نخواهد داشت.

قراردادهای عمودی معمولاً متضمن شروطی هستند که آزادی قراردادی طرفین را محدود می‌کند.^۸ در این قراردادها، یکی از طرفین می‌تواند شروطی بر نحوه فعالیت دیگری تحمیل نماید و عملیات تجاری وی را محدود نماید. همین‌طور این قدرت را دارد که بر میزان، تعداد و کیفیت قراردادهای طرف مقابل تأثیرگذار باشد. قرارداد توزیع از زمره این قراردادها است. این دسته از قراردادها از نوع قراردادهای بازرسی هستند که بین تجار یا شرکت‌های تجاری منعقد می‌شود و در سطوح مختلفی از سلسله تولید و توزیع جای می‌گیرد و در این قرارداد، عرضه‌کننده می‌تواند برای فعالیت توزیع‌کننده قلمرو خاصی را مشخص نماید یا شروطی را برای فعالیت تجاری وی مقرر نماید. همین‌طور، می‌تواند برای توزیع‌کننده ملاک‌هایی را در نظر بگیرد که اگر وی واجد آنها بود، عرضه‌کننده حاضر به انعقاد قرارداد توزیع با وی شود.

۲-۷. خصیصه بین‌المللی بودن قرارداد توزیع

قرارداد توزیع می‌تواند داخلی یا بین‌المللی باشد. قرارداد توزیع موضوع بحث ما، صرفاً قراردادهایی است که واجد خصیصه بین‌المللی باشند. این خصیصه می‌تواند به طرق مختلفی حاصل شود. توزیع‌کننده یا عرضه‌کننده ممکن است تابعیت کشور دیگری را داشته باشد، یا اینکه محل اجرای قرارداد، یا انعقاد آن در خارج از مرزهای سیاسی یک کشور باشد و در نتیجه، قرارداد واجد خصیصه بین‌المللی گردد.

۲-۸. تاجر بودن توزیع‌کننده

توزیع‌کننده تاجر تلقی می‌شود، زیرا عملیات توزیعی در زمره عملیات‌های اصلی تجاری است. در حقوق ایران عملیات توزیعی اعمالی است که به منظور رساندن کالاها

States, Japon and Ltin America. Bostan :Kluwer, 1982, p 125-139.

۸. European, the united states, japon and latin America, Dennis Campdell and Louis Lafil p126



از تولیدکننده یا فروشنده عمده به دست مصرف‌کننده انجام می‌شود.^۹ این عملیات اصولاً تجاری بوده و کامل‌ترین نوع عملیات تجاری است.^{۱۰} در هر حال، قرارداد توزیع را می‌توان زیرمجموعه‌ای از عملیات توزیعی دانست. به عبارت دیگر و باتوجه به آنچه در تعریف قرارداد توزیع بیان شد، برخی از عناصر اصلی قرارداد توزیع - از جمله خرید به قصد فروش و کسب سود از مابه‌التفاوت قیمت خرید و فروش - را می‌توان از عواملی دانست که بی‌تردید، قرارداد توزیع را در زمره قراردادهای تجاری و توزیع‌کننده را به‌عنوان تاجر معرفی می‌نماید.

۳. تعهدات و وظایف توزیع‌کننده

۳-۱. تعهد به ارتقای فروش

توزیع‌کننده باید فروش محصولات قراردادی را افزایش دهد و جهت گسترش بازار محصولات تلاش نماید. چنین شرطی نوعاً در قراردادهای توزیع‌گرینشی و انحصاری درج می‌گردد، زیرا در این قراردادهای توزیع‌کننده دارای موقعیت خاصی است و نقش تعیین‌کننده در کاهش و افزایش فروش محصولات دارد.

به‌طور کلی، طرفین قرارداد در دستیابی به بالاترین میزان ممکن فروش، ذی‌نفع هستند. فروش‌های بیشتر توزیع‌کننده سبب حصول سود بیشتری برای وی می‌شود و به همین میزان، عرضه‌کننده نیز سود خواهد کرد. به عبارت دیگر، فروش‌های ارتقایی توزیع‌کننده، فقط حق او نیست، بلکه عهد وی نیز محسوب می‌شود.^{۱۱} در این خصوص، اصول اروپایی حقوق قراردادهای مقرراتی کلی پیش‌بینی کرده که بر اساس آن، در ارزیابی معقول و متعارف بودن تلاش‌های توزیع‌کننده باید به ماهیت و هدف قرارداد، کاربرد آن، اوضاع و احوال قضیه و رویه تجارت و حرفه توجه کرد.^{۱۲}

نقض این تعهد، همانند دیگر تخلفات قراردادی، سبب مسئولیت قراردادی فرد

۹. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت (تهران: سمت، ۱۳۸۰)، ج ۱، ص ۶۳.

۱۰. حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰)، ج ۱، ص ۴۲.

۱۱. Martin W. Hesselink And Jacobin W. Rutgers. Commercial Agency Franchise And Distribution Ontracts. London: Oxford University Press, 2006, Op. Ent. P. 279

۱۲. The Principles of European Contract law (PECL). Art. 1:302, 1998



متخلف خواهد شد و حتی در صورت پیش‌بینی این مسئله در قرارداد، می‌تواند سببی برای خاتمه قرارداد تلقی شود.

در حقوق ایران، در تأیید صحت چنین تعهدی برای توزیع‌کننده، می‌توان به رفتار توأم با حسن‌نیت طرفین در اجرای قرارداد استناد نمود. هرچند در پذیرش یا عدم پذیرش اصل حسن‌نیت در حقوق ایران اختلاف‌نظر وجود دارد، اما می‌توان با توجه به مواد ۲۲۰ و ۲۵ قانون مدنی قائل به اعتبار اصل حسن‌نیت در حقوق ایران شد.

۲-۳. تعهد توزیع‌کننده بر حفظ اعتبار محصولات

توزیع‌کننده ملزم به اجتناب از هرگونه رفتاری است که به شهرت محصولات عرضه‌کننده آسیب می‌زند. حفظ شهرت به نفع هر دو طرف قرارداد است. توزیع‌کننده با خرید محصولات از عرضه‌کننده، مالکیت و ریسک اقتصادی محصولات را خود متقبل می‌شود. عرضه‌کننده نیز به دلیل آنکه محصولات یا تولیدات اوست که به فروش می‌رسد، حفظ و افزایش شهرت و اعتبار محصولات مستقیماً در پیشرفت تولید و تجارت او مؤثر خواهد بود. لذا اگر اعتبار محصولات محفوظ نگه داشته شود، میزان فروش کالاهای خودش بالا می‌رود و درخواست‌های فروش وی افزایش می‌یابد. توزیع‌کننده باید تلاش‌های متعارف جهت حفظ اعتبار محصولات عرضه‌کننده را به کار گیرد. در ارزیابی معقول بودن، باید به ماهیت قرارداد، شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه، هدف قرارداد، رویه تجارت و حرفه مربوط و کاربرد محصولات توجه کرد.

نقض این تعهد سبب مسئولیت قراردادی توزیع‌کننده می‌شود. بی‌تردید، با اثبات نقض تعهد، عرضه‌کننده حق خاتمه قرارداد را خواهد داشت. مبنای این تعهد در حقوق ایران اجرای با حسن‌نیت قرارداد از سوی طرفین است. اصل حسن‌نیت اقتضا می‌کند که توزیع‌کننده به‌نحوی رفتار نماید تا خدشه‌ای به اعتبار تجاری عرضه‌کننده و محصولات وی وارد نیاید.

۳-۳. تعهد توزیع‌کننده بر حفظ اسرار تجاری عرضه‌کننده

توزیع‌کننده باید از اطلاعات محرمانه عرضه‌کننده صرفاً در راستای اجرای مناسب قرارداد و فقط در مواقعی که ضرورت داشته باشد استفاده نماید. همچنین رضایت



مکتوب و صریح قبلی عرضه کننده، باید پیش از هرگونه اظهار، تحصیل گردد.^{۱۳} توزیع کننده صرفاً مکلف به حفظ و جلوگیری از افشای آن دسته از اطلاعاتی است که متعلق به عرضه کننده است و محرمانه. لذا اطلاعاتی از عرضه کننده که دیگران نیز در اختیار دارند، محرمانه محسوب نمی‌شود و توزیع کننده مکلف به حفظ آنها نیست. نقض این تعهد خسارت‌های جبران‌ناپذیری را به عرضه کننده وارد می‌نماید. به همین دلیل، او این حق را دارد که هرگونه خسارتی که از این راه متحمل شده است را مطالبه نماید. همچنین با توجه به اینکه اصل حسن نیت در قراردادها طرفین را ملزم می‌کند تا در حفظ اسرار تجاری یکدیگر کوشا باشند، اقتضای رفتار توأم با حسن نیت طرفین در آن است که از افشای هر آنچه که به موقعیت تجاری یا اعتبار طرف مقابل آسیب می‌زند، اجتناب کنند. همچنین در رابطه بین توزیع کننده و عرضه کننده، نوعی امانت قابل تصور است که اهتمام بر حفظ اسرار تجاری از لوازم آن است و افشای آن‌ها از سوی توزیع کننده یا کوتاهی در حفظ این اطلاعات، می‌تواند به عنوان نقض تعهد قراردادی قلمداد گردد.

۳-۴. تعهد توزیع کننده مبنی بر خرید انحصاری از عرضه کننده توزیع کننده ملزم است که تنها از عرضه کننده خرید نماید، نه از توزیع کنندگان دیگر؛ ولو با قیمتی پایین‌تر.^{۱۴} شرط خرید انحصاری از ماهیت قرارداد توزیع نشئت می‌گیرد. در واقع، منحصر شدن توزیع کننده به انجام عملیات فروش محصولات عرضه کننده، از ماهیت عقد ناشی می‌شود و این توزیع کننده است که می‌تواند با استفاده از شرط انحصار، خود را تنها توزیع کننده قرار دهد.

نقض تعهد خرید انحصاری می‌تواند به عرضه کننده خسارات بسیاری وارد کند. اگر توزیع کننده محصولات مورد نیاز خود را تنها از عرضه کننده خریداری نکند، موقعیت اقتصادی و وضعیت بازاریابی عرضه کننده آسیب می‌بیند. در حقوق ایران، این امر در قالب شروط ضمن عقد پذیرفته می‌شود. اراده طرفین قرارداد توزیع است که نوع و

۱۳. Kenyon-Slade, Stephen And Michael Thornton. Schmitthoffs Agency And Distribution Agreements.

London: Layton, 1992. Kenyon-Slade. Op. Cit. P. 66

۱۴. Christon, Richard. International Agency, Distribution and Licensing Agreements. London: Sweet and Maxwell, 2003. Op. cit. p. 187.



شرایط آن را مشخص می‌کند و اگر آن‌ها این‌گونه توافق کرده باشند که رابطه بین خود را به نحو انحصاری برقرار کنند، بی‌تردید این مسئله از جمله شروطی است که با اقتضای قرارداد توزیع تعارضی ندارد و می‌توان صحت آن را پذیرفت.

۳-۵. تعهد توزیع‌کننده مبنی بر حفظ حقوق مصرف‌کننده

از آنجاکه توزیع‌کننده نماینده محسوب نمی‌شود و در مقابل مصرف‌کننده مسئولیت مستقل دارد، لذا نمی‌تواند مسئولیتش را در برابر مصرف‌کننده به عرضه‌کننده ارجاع دهد. بنابراین، توزیع‌کننده برای هرگونه عیب و نقص محصولات در برابر مصرف‌کننده مسئولیت دارد؛ زیرا با او رابطه قراردادی مستقل دارد و لذا موجب الزاماتی برای او خواهد شد. مسئولیت عیب و نقص محصولات بر عهده توزیع‌کننده است؛ لذا شروطی که این تعهد را از عهده توزیع‌کننده، به‌طور کامل یا محدود بردارد، معتبر نیست و لازم‌الاجرا نخواهد بود، زیرا مطابق با اصول کلی پذیرفته‌شده، هرگونه توافقی که به حقوق اشخاص ثالث آسیب رساند، معتبر نیست.

در رابطه با مسئولیت مدنی ناظر بر حقوق مصرف‌کننده، مصوبه‌ای قانونی وجود ندارد، اما می‌توان با استفاده از اصول کلی ناظر بر مسئولیت مدنی و قوانین مصوب در مورد حقوق مصرف‌کننده در تأیید این تعهد بر توزیع‌کننده استفاده کرد.

۳-۶. تعهد توزیع‌کننده در مورد زمینه‌سازی برای بررسی‌های عرضه‌کننده

توزیع‌کننده ملزم است به عرضه‌کننده اجازه دهد تا به بررسی در خصوص فعالیت‌های او بپردازد. این بررسی‌ها عمدتاً شامل بازدیدهای دوره‌ای از محل‌های تجاری توزیع‌کننده است. محل تجاری توزیع‌کننده مکانی است که او در آنجا فروش‌های خود به مشتریان را سازمان‌دهی می‌کند. این بدین معنا نیست که عرضه‌کننده حق داشته باشد که از توزیع‌کننده بخواهد گزارش فروش‌ها، میزان ذخیره و انبار و آمار تجارت و معاملات آتی خود و امثالهم را در اختیار وی قرار دهد. مواردی که در قرارداد بر آن توافق شده، مواردی هستند که متعاقبین در قرارداد پایه به انجام آن‌ها متعهد شده‌اند یا مواردی که در قراردادهای منفرد فروش، که متعاقب از قرارداد پایه و بر اساس آن صورت پذیرفته، بر آن توافق شده است.



نقض این تعهد، همانند دیگر تخلفات قراردادی، سبب مسئولیت قراردادی فرد متخلف خواهد شد و در صورت پیش‌بینی این مسئله در قرارداد، می‌تواند سببی برای خاتمه قرارداد تلقی شود. اعتبار این تعهد را در حقوق ایران می‌توان در قالب «اصل لزوم» و «قاعده تسلیط» مورد تأیید قرار داد زیرا طرفین بر اساس این اصل ملزم به اجرای صحیح و کامل قرارداد به‌طور عرفی خواهند شد، لذا اگر توزیع‌کننده شرایط لازم را برای بررسی‌های موردنیاز او از سوی عرضه‌کننده فراهم نسازد، امکان ادامه فعالیت و همکاری‌های مشترک بین طرفین ضعیف می‌شود و دوام قرارداد را با خطر مواجه می‌نماید. همچنین از طریق قاعده «تسلیط» نیز می‌توان چنین تعهدی را برای توزیع‌کننده در نظر گرفت. تا زمانی که توزیع‌کننده مالکیت کالاها را به خود منتقل نکرده است، استصحاب مالکیت عرضه‌کننده صحیح است و حقوق مالکانه و توابع عرفی آن محفوظ خواهد ماند.

۴. انواع قراردادهای توزیع بین‌المللی

پرکاربردترین انواع قراردادهای توزیع در اتحادیه اروپا عبارت‌اند از: قراردادهای توزیع انحصاری، قراردادهای توزیع انتخابی، قراردادهای توزیع انفرادی، قراردادهای خرید انحصاری.^{۱۵}

۴-۱. قرارداد توزیع انحصاری

در توزیع انحصاری، تأمین‌کننده سعی دارد حقوق توزیع‌کننده را محدود کند. مخصوصاً با ممنوع کردن فروش کالای رقابتی؛ به این معنا که یک توافق انحصاری میان طرفین صورت می‌گیرد و در طی آن، عرضه‌کننده متعهد می‌شود که محصولات خود را فقط برای توزیع‌کننده طرف قرارداد خود ارائه دهد و توزیع‌کننده حق انحصاری پیدا می‌کند که تنها فروشنده مجاز برای کالاهای عرضه‌کننده باشد. بنابراین، تمرکز اصلی قراردادهای توزیع انحصاری بر توافق انحصاری میان طرفین است.

در قرارداد توزیع انحصاری، عرضه‌کننده متعهد می‌شود که محصولات خود را فقط

۱۵. Kenyon-Slade, Stephen and Michael Thornton. Schmitthoffs Agency and distribution agreements. London: Layton, 1992, 62.



برای یک توزیع‌کننده در قلمرو مشخص و برای مدت‌زمان خاص تأمین کند و در نتیجه، دیگر توزیع‌کنندگان بالقوه این محصولات عملاً از ارائه و توزیع در آن منطقه مشخص محروم می‌مانند؛ یا اینکه عرضه‌کننده تعهد می‌کند که محصولات خود را فقط برای یک توزیع‌کننده در خصوص گروه مشخصی از مشتریان تأمین کند. تعهد عرضه‌کننده در زمینه تأمین کالا برای یک توزیع‌کننده در قلمرو خاص را «انحصار سرزمینی» می‌نامند.^{۱۶}

این شرط به توزیع‌کننده حقیقی انحصاری می‌دهد که تنها فروشنده مجاز برای کالاهای عرضه‌کننده در قلمرو مشخص و در طول یک چهارچوب زمانی خاص باشد. تولیدکنندگان نیز معمولاً انحصار را به توزیع‌کننده در قلمرو خاص و برای یک مدت مشخص اعطا می‌کنند.

اگر عرضه‌کننده تعهد کند که محصولات خود را تنها به یک توزیع‌کننده ارائه دهد تا وی آن‌ها را به مشتریان خاص و مشخصی بفروشد، این‌گونه انحصار را «انحصار اختصاص مشتری» می‌نامند. اما این انحصار سبب نمی‌شود تا توزیع‌کننده از فروش محصولات خود به مشتریانی که از قلمروی دیگر نزد وی آمده‌اند، منع شود. معمولاً یک تولیدکننده یا توزیع‌کننده ممکن است پیشاپیش یک شرط انحصار را در قرارداد درج نماید، یا قرارداد را بر اساس آن تنظیم کند. در عمل نیز، به دلیل دشواری‌های اثبات و رقابت بی‌رحمانه در برابر ممنوعیت‌های صادراتی،^{۱۷} برای یک عرضه‌کننده بسیار دشوار است که با فعالیت‌های صادراتی یک توزیع‌کننده رقابت کند. به همین دلیل است که بیشتر عرضه‌کنندگان ترجیح می‌دهند عملیات توزیعی خود را به صورت انحصاری به یک توزیع‌کننده واگذار کنند و در مقابل، امتیازاتی بگیرند.

۴-۲. قرارداد توزیع انفرادی

در توزیع انفرادی نیز دلالت ضمنی بر این است که اصیل حق ندارد که توزیع‌کننده یا نماینده دیگری را برای قلمرو توزیع‌کننده طرف قرارداد خود منصوب کند. اگر توزیع انفرادی باشد، برخلاف توزیع انحصاری، اصیل می‌تواند شخصاً فروش در قلمرو

۱۶. Hesselink, M., Rutgers, J., Scotton, M., 2006, Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Sellier, Munich: p260.

۱۷. Henrik, Hans. A Survey of Commercial Agency (Boston. Kluwer, 1984), P591.



نماینده را به حساب خودش و بدون هیچ‌گونه مسئولیتی برای توزیع‌کننده بر عهده بگیرد. توزیع‌کننده انفرادی نماینده تولیدکننده یا تاجر نیست و به نمایندگی از او عمل نمی‌کند و در مورد سودهای حاصل از فروش کالا در قلمرو خود، در مقابل اصیل پاسخگو نیست. در صورتی که اگر توزیع انحصاری باشد، خود اصیل مجاز نیست که با توزیع‌کننده در قلمروی که به وی واگذار شده است، رقابت نماید.^{۱۸} موافقت‌نامه توزیع انفرادی، صرفاً توافقی برای انعقاد یک قرارداد نیست، بلکه موافقت‌نامه‌ای است که در زمان انعقاد نیز آثاری دارد. به این معنا که قیود محدودکننده آن بلافاصله قابل اجرا می‌باشند و در طول بقای موافقت‌نامه، قدرت اجرایی خود را حفظ می‌کنند.^{۱۹}

۳-۴. قرارداد توزیع انتخابی

در این نوع توزیع، عرضه‌کننده (تولیدکننده) فقط از توزیع‌کنندگان خاصی برای فروش کالاهای خود استفاده می‌کند که دارای معیارهای کیفی و کمی خاصی باشند. هدف اصلی قراردادهای توزیع انتخابی، اولویت تأمین‌کننده برای تمرکز بر کنترل کیفیت تمام فروش‌شده‌ها (توزیع‌کنندگان) یا خرده‌فروش‌ها (و بازارهای فروش) است. در این قرارداد، معمولاً قبل از اینکه فروشندگان وارد شبکه کلی توزیع شوند، با برخی شرایط خاص روبه‌رو می‌گردند.

این شرایط اغلب بر مبنای ماهیت محصول توزیع‌شده است که معمولاً تجربه یا راهکار خاصی را می‌طلبد. از این رو، این نوع قرارداد برای برندهای انحصاری و معتبر یا محصولات پیچیده تکنیکی مطلوب است که در آن، کنترل کیفیت در هر مرحله‌ای از خرده‌فروشی برای حفظ اعتبار شرکت ضروری است.^{۲۰}

برخی محصولات پرهزینه‌اند و از نظر فنی، بسیار پیچیده؛ بنابراین توصیه‌های کارشناسی به‌هنگام خرید آن‌ها ضروری است و فروش این‌گونه محصولات نیازمند تخصص، مهارت و اعتبار خاصی در بازار مربوطه است. به همین دلیل، تولیدکننده و

۱۸. اشمیتوف کلابو ام. (۱۳۹۰) حقوق تجارت بین‌الملل. ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۰۲.

۱۹. اشمیتوف کلابو ام، همان، ص ۴۰۲.

۲۰. Colino, S. M., 2010, Vertical agreements and competition law: a comparative study of the EU and US regimes, Hart Publishing. p.115



فروشنده این گونه محصولات باید تلاش کنند تا افرادی را برای توزیع و فروش انتخاب نمایند که بتوانند از عهده فروش صحیح و موفق، و خدمات‌رسانی درست و به‌موقع آن‌ها برآیند.

سیستم توزیع‌گزینشی این امکان را تا حد زیادی برای تولیدکننده فراهم می‌کند. گفتنی است تولیدکنندگان این سیستم توزیعی را برای حفظ شهرت نام تجاری خود یا ذهنیت عمومی مردم در خصوص محصولاتشان انتخاب خواهند کرد. در توزیع جواهرات و وسایل آرایشی و بهداشتی، بیشتر از این سیستم استفاده می‌شود. به‌علاوه، تولیدکننده با استفاده از این روش، بهره‌وری و کارآمدی فروش خود را تضمین می‌کند و درباره محصولات فاسدشدنی مانند ماهی، می‌تواند سرعت توزیع را بالا ببرد.^{۲۱}

۴-۴. قرارداد خرید انحصاری

معمولاً در هر قرارداد توزیعی، ممکن است یک شرط خرید انحصاری وجود داشته باشد. این شرط معمولاً توزیع‌کننده را وادار به خرید کمیت مشخصی از محصولات، یا نخریدن کالاهای دیگر تأمین‌کنندگان می‌کند. این قرارداد اغلب در صنعت بنزین دیده می‌شود.^{۲۲}

در این نوع قرارداد، توزیع‌کننده تمام کالاهای توزیع‌شده را از تأمین‌کننده خود به‌صورت انحصاری خریداری می‌کند و خود را متعهد می‌کند کالاهای خاصی را برای فروش بخرد و فقط این کالاها را از عرضه‌کننده تهیه نماید. این انحصار ممکن است کامل باشد یا جزئی یا محدود و با درصد خاصی از احتیاجات توزیع‌کننده. اغلب توزیع انحصاری که تعهد عدم فروش کالاهای رقابتی را در پی دارد، با یک خرید انحصاری همراه است. بنابراین، در مقابل امتیاز نظارت و کنترلی که توزیع‌کننده بر توزیع و عرضه انواع محصولات تولیدکننده دارد، وی توافق می‌کند که محصولات موردنیاز خود برای محصولات توزیعی را جز از عرضه‌کنندگان مشخص خریداری نکند. به عبارت دیگر، تعهد فروشنده تعهدی است مبنی بر عدم تولید یا توزیع کالاهای رقابتی.

با استفاده از این نوع قرارداد، عرضه‌کننده می‌تواند برای فروش کالاهای خود، با دقت بیشتر و کیفیت بهتری برنامه‌ریزی کند که این مسئله به طرف‌های معامله اجازه

۲۱. Colino, 2010: 15

۲۲. Hesselink, et al, 2006: 263



می‌دهد ریسک‌ها و خطرهای احتمالی، تنوع‌ها و تفاوت‌ها را در شرایط بازار کاهش دهند و هزینه‌های توزیع را پایین آورند. همچنین این نوع قراردادهای تبلیغات فروش محصولات را ساده‌تر می‌کند و به یک بازار قدرتمندتر می‌انجامد و درعین حال، باعث تحریک رقابت و افزایش آن می‌شود.^{۲۳}

نتیجه

باتوجه به مطالب ارائه‌شده در این نوشتار، بدیهی است که قرارداد توزیع قراردادی است که بر اساس آن، عرضه‌کننده توافق می‌کند که برای توزیع‌کننده بر اساس مبنایی مداوم، کالا یا کالاهایی را تأمین نماید و توزیع‌کننده موافقت می‌کند که آن‌ها را بخرد و به نام و حساب خویش، دوباره در قلمروی خود به فروش رساند. همچنین قرارداد توزیع دارای آثاری است که توزیع‌کننده و عرضه‌کننده را ملتزم می‌نماید و سبب ایجاد تعهداتی برای توزیع‌کننده و عرضه‌کننده می‌شود. این قرارداد در اتحادیه اروپا شامل قراردادهای توزیع انحصاری، قراردادهای توزیع انتخابی، قراردادهای توزیع انفرادی، قراردادهای خرید انحصاری می‌شود.

لازم‌به‌ذکر است که در حقوق ایران، متن قانونی در خصوص قرارداد توزیع وجود ندارد و آثار و احکام آن نیز بیان نگردیده است. به‌علاوه، در قانون مدنی، عقود معین مورد تصریح قرار گرفته‌اند که قرارداد توزیع در شمار عقود معین نیز قرار نگرفته است؛ لذا باید این قرارداد را در ردیف عقود نامعین دانست.

ماده ۱۰ قانون مدنی، نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به مخالفت نداشتن صریح با قانون دانسته است. مضافاً بر اینکه ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی، یا قراردادهای خصوصی را به اجرا گذارد که برخلاف اخلاق حسنه بوده، یا به‌واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به‌علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود. اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز است.

بنابراین، حقوق ایران آزادی قراردادهای را به‌طور مطلق نمی‌پذیرد، بلکه اعتبار آن را

۲۳. Vanderwal, G., 1989. General Background and European Community Aspects of agency, Distributorship and Franchising, p13.



مشروط به مخالفت نداشتن با قانون دانسته است. بدیهی است که این محدودیت‌ها در خصوص مفاد قراردادهای توزیع نیز وجود دارد و طرفین قرارداد با رعایت قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌توانند مفاد آن را مشخص نمایند.

منابع و مآخذ

الف. فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، تهران، انتشارات سمت؛
۲. اشمیتوف کلابو (۱۹۹۰)، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، جلد اول، چاپ اول، تهران، سمت؛
۳. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، تهران، نشر دادگستر، جلد اول.
۴. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۷۷)، حقوق معاملات بین‌الملل نظری و کاربردی، تهران، نشر ققنوس.

ب. انگلیسی

۱. Campbell, Dennis and Louis Lafili. Distributorships, Agency and Franchising in an International Area, European, the United States, Japon and Latin America. Bostan:Kluwer, ۱۹۸۹.
۲. Christon, Richard, International Agency, Distribution and Licensing Agreements. London: Sweet and Maxwell, ۲۰۰۳.
۳. Henrik, hanss. A survey of commercial agency. Boston. Kluwer, ۱۹۸۴.
۴. Hesselink, M., Rutgers, J., Scotton, M., ۲۰۰۶, Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Sellier, Munich.
۵. Kenyon-Slade, stephen and Michael Thornton. Schmitthoffs Agency and distribution agreements. London: Layton, ۱۹۹۲.
۶. Kenyon-Slade, stephen and Michael Thornton. Schmitthoffs Agency and distribution agreements. London: Layton, ۱۹۹۲.



۷. Martijn W. Hesselink and Jacobin W. Rutgers. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts. London: Oxford University press, ۲۰۰۶.

۸. Schulz, A, and Stuttgart, ۱۹۸۹, Protection of agents, distributors and franchisees, International Journal of Franchising Law.

۹. The Principles Of European Contract Law (Pecl), ۱۹۹۸.

۱۰. Vanderwal, G., ۱۹۸۹. General Background and European Community Aspects of agency, Distributorship and Franchising.





نقد ماهوی و شکلی رویه قضایی در پرونده‌های خیانت در امانت (عدم تحویل کالا به مقصد)



حسن اسدی
کارآموز وکالت

مقدمه

در دوره دوم شش ماهه کارآموزی در محاکم، توفیق یافتم در شعبه ۱۰۳ کیفری ۲ قم به مطالعه پرونده‌های جرم خیانت در امانت بپردازم که بیشترین حجم پرونده‌های جاری شعبه را شامل می‌شد. بررسی این پرونده‌ها گاه اقتضا می‌کرد که برای بررسی بهتر آرای صادره در این خصوص، به قوانین مرتبط و رویه قضایی موجود و در دسترس نیز مراجعه نمایم. ره‌توشه دوره مذکور، نوشته حاضر است که از دو منظر شکلی و ماهوی به نقد برخی آرای صادره در رویه قضایی در خصوص جرم خیانت در امانت می‌پردازد. پیش از ورود به بحث نقد شکلی و ماهوی، خلاصه چند رأی و پرونده قضایی را ذکر می‌کنم، سپس از منظر ماهوی و شکلی انتقادات خود را نسبت به رویه قضایی در این خصوص طرح می‌نمایم.

پرونده اول

شاکی با طرح شکواییه در دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان قم، اظهار داشته حدود ۱۷ الی ۲۲ تن کود حیوانی به مشتکی عنه در خودرو تریلی اسکانیای سفید لبه‌دار امانت داده که به دست مشتری برساند، اما طبق گفته مشتکی عنه، کود را به شهر انار برده و



تاکنون نه کود را پس داده و نه پول آن را واریز کرده است. در مرحله دادرسی، با توجه به اینکه فروش بار از سوی راننده مسجل نبوده است، مقام تحقیق، عنوان فروش مال غیر را بر رفتار ارتكابی مطابق ندانسته و صرفاً قائل به تحقق جرم خیانت در امانت شده است. دادگاه نیز مبتنی بر جرم خیانت در امانت به بزه مذکور رسیدگی کرده و رأی را مبتنی بر ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات صادر کرده است.

پرونده دوم

آقای ه.ز با تسلیم شکواییه به دادرسی عمومی و انقلاب شهرری علیه آقای ص.الف.ط. به اتهام خیانت در امانت (به مقصد نرساندن کالا) شکایت کرده و توضیح داده مقداری اجناس در شهرری به مشتکی عنه دادم تا در خرم‌آباد به شخصی به نام ن.ج تحویل دهد که متأسفانه از پاسخگویی طفره رفته و متواری است. دادرسی شهرری با توجه به اینکه مقصد بار خرم‌آباد بوده است و قرار بر تحویل بار در خرم‌آباد بوده، قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادرسی خرم‌آباد صادر کرده است و در مقابل دادرسی خرم‌آباد، با توجه به ماده ۱۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری و رأی وحدت‌رویه ۵۴۷ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور صلاحیت خود را نپذیرفته است و با توجه به اختلاف در صلاحیت، پرونده را به دیوان عالی کشور فرستاده و در نهایت شعبه دیوان عالی کشور نظر دادرسی خرم‌آباد را مقدم داشته است.

پرونده سوم

در پرونده دیگری، محموله تخمه آفتابگردان به مقصد تهران بارگیری شده است و کامیون‌دار محل بارگیری را به سمت مقصد ترک کرده، اما بار را تحویل نداده است. دادگاه بخش محل بارگیری، با توجه به اظهارات شاکی در جلسه دادگاه، مبنی بر اینکه متهم بار را به تهران برده و تصاحب کرده است، به صلاحیت دادرسی تهران رأی داده و در مقابل، دادرسی تهران، با توجه به اینکه دلیلی بر وقوع جرم در تهران وجود ندارد و این استدلال که مقصد بودن تهران دلیلی بر صلاحیت دادرسی تهران نیست، صلاحیت خود را نپذیرفته و در نهایت، با استدلال به ماده ۳۱۰ مبنی بر شروع رسیدگی از سوی دادگاه بخش، این دادگاه را صالح دانسته است. در نهایت، شعبه دیوان عالی کشور مستند رأی وحدت‌رویه ۵۴۷ دادگاه محل بارگیری را صالح به رسیدگی دانسته است.



نقدی ماهوی در خصوص توصیف رفتار مجرمانه

باتوجه به پرونده‌های مذکور و نمونه‌های مشابه که به جهت رعایت اختصار ذکر نگردید، درمی‌یابیم رویه قضایی زمانی که راننده‌ای کالایی را از مبدأ تحویل می‌گیرد و به مقصد تحویل نمی‌دهد، بیشتر قائل به تحقق جرم خیانت در امانت موضوع ماده ۶۷۴ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ است. مستند به ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، عنصر مادی جرم خیانت در امانت در قالب یکی از چهار فعل مثبت تصاحب، استعمال، اتلاف یا مفقود نمودن تحقق می‌یابد و زمانی می‌توان گفت جرم خیانت در امانت محقق شده است که یکی از این چهار عنصر، مقارن عنصر روانی این جرم تحقق پذیرد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹، ۱۸۴).

در این قبیل پرونده‌ها، برخی قضات محترم مانند پرونده اول، عدم تحویل کالا در مقصد را قرینه بر تحقق یکی از این چهار عنصر تلقی می‌کنند و در نتیجه، تحقق ارکان جرم را احراز می‌نمایند. فارغ از درستی یا نادرستی چنین اقدامی، باتوجه به قانون «مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا مصوب سال ۱۳۶۷»، تلقی کردن این رفتار مجرمانه ذیل ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، صحیح به نظر نمی‌رسد و قانون مجازات عاملین، این رفتار را به‌طور خاص جرم انگاری کرده است و در دکتترین حقوقی نیز این جرم به‌عنوان یکی از صور خاص جرم خیانت در امانت ذکر شده است. (میرمحمد صادق، ۱۳۹۹، ۲۴۸). مطابق ماده ۱ قانون مذکور، «متصدی شرکت‌ها، مؤسسات، بنگاه‌های حمل و نقل و رانندگانی که مسئول حمل کالا به مقصد هستند، چنانچه عمداً آن را به مقصد نرسانند، علاوه بر جبران خسارت وارده به صاحب کالا (در مثلی مثل و در قیمی قیمت) به حبس از ۲ تا ۵ سال یا جریمه نقدی معادل ۱۰ تا ۲۰ برابر قیمت کالا محکوم می‌شوند و در صورت تکرار جرم مذکور، به حداکثر مجازات محکوم خواهند شد.

از مقایسه مفاد این دو قانون، تفاوت‌های اساسی این دو جرم قابل استنباط است که به چند مورد از این تفاوت‌ها اشاره می‌کنیم. اولاً برای تحقق جرم خیانت در امانت، تحقق رفتار فیزیکی ضرورت دارد (حسین میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹، ۱۸۵). در حالی که عنصر مادی جرم رانندگانی که کالا را تحویل نمی‌دهند، ترک فعل می‌باشد. ثانیاً برای تحقق



جرم خیانت در امانت، سوءنیت خاص ضروری است (حسین میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹، ۲۰۶)؛ به این معنا که متهم باید عنصر مادی را برای ضرر زدن به مالک یا متصرف قانونی محقق کرده باشد. در حالی که در جرم عدم تحویل کالا، صرف احراز عمد کافی است و ماده قانونی در رابطه با ضرورت سوءنیت خاص ساکت است. ثالثاً قاضی در جرم خیانت در امانت، تکلیفی برای صدور حکم به جبران خسارت بزه‌دیده ندارد؛ در حالی که در جرم عدم تحویل کالا توسط رانندگان، این تکلیف در قانون دیده می‌شود.

در نهایت، به نظر می‌رسد که مجازات جرم عدم تحویل کالا به مراتب نسبت به مجازات خیانت در امانت شدیدتر است. بنابراین، می‌توان گفت زمانی که کالایی به راننده‌ای در مبدأ تحویل داده می‌شود تا آن را در مقصدی تحویل بدهد، با محرز شدن عدم تحویل عمدی کالا، جرم موضوع ماده ۱ قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا محقق شده است؛ حال آنکه در رویه قضایی تمایل زیادی به تطبیق رفتار مجرمانه با این جرم وجود ندارد. در صورت جلسه نشست قضایی برگزار شده در شهر اصفهان مورخ ۱۳۹۸/۷/۲۹ در چنین مواردی، نظریه اکثریت و هیئت عالی این است که مورد از مصادیق ماده ۱ قانون مجازات عاملین متخلف است، اما ممکن است یکی از دلایل عدم تمایل رویه قضایی را در نظریه اقلیت این نشست قضایی جستجو کرد. نظریه اقلیت بر این مبنا استوار است که ماده مذکور شامل همه رانندگان نمی‌شود و صرفاً رانندگانی که جزء شرکت‌ها، مؤسسات و بنگاه‌های حمل و نقل باشد را در بر می‌گیرد و انجام چنین رفتاری از سوی دیگر رانندگان، ذیل جرم خیانت در امانت مفاد ماده ۶۷۴ قانون تعزیرات قابل تعقیب است. این در حالی است که لفظ «راننده» به صورت مطلق در ماده استفاده شده است و دلیلی بر مقید شدن آن وجود ندارد. البته ناگفته نماند که هر کسی که کالایی را به واسطه وسیله نقلیه حمل می‌کند را نمی‌توان مشمول این ماده دانست و صرفاً رانندگانی را شامل می‌شود که در امر حمل و نقل اشتغال دارند.

نقدی شکلی در خصوص صلاحیت محلی

در پرونده‌های متعدد مشاهده می‌شود که دادسرای محل تحویل کالا با این استدلال که تحویل کالا جرم محسوب نمی‌شود، پرونده را به دادسرای مقصد فرستاده است. دادسرای مقصد نیز با این استدلال که تحقق جرم در حوزه قضایی مقصد نیز مسلم و



مسجل نیست، پرونده را جهت حل اختلاف به دیوان عالی کشور فرستاده است. شعب دیوان عالی کشور نیز با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۵۴۷ هیئت عمومی دیوان، امر را در صلاحیت دادسرای محل تحویل دادن کالا به راننده دانسته‌اند.

با مراجعه به رأی وحدت رویه مذکور، درمی‌یابیم که این رأی چیزی فراتر از اصول کلی آیین دادرسی را بیان نکرده است و باتوجه به گزارش این رأی وحدت رویه، همه پرونده‌هایی که در آنها اختلاف صلاحیت شده و برای ایجاد رأی وحدت رویه در گزارش جلسه هیئت عمومی دیوان آمده است، شکایت شاکی ابتدا در دادسرای محل سپردن کالا طرح شده و باتوجه به اینکه محل دقیق وقوع جرم خیانت در امانت مشخص نبوده است، هیئت عمومی دیوان بازپرسی که تحقیقات ابتدا به وی ارجاع شده را مکلف به کشف محل وقوع جرم دانسته است.

نیک می‌دانیم که مفاد ماده ۱۱۶ تا ۱۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ نیز مانند قوانین موقت محاکمات جزایی مصوب ۱۳۹۱/۵/۳۰ که مورد استناد دیوان عالی کشور بوده، مفید همین معنا است و مفاد ماده ۵۶ این قانون که در رأی وحدت رویه مورد اشاره قرار گرفته، در ماده ۱۱۸ قانون جدید تکرار شده است. به عبارت دیگر، بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری جدید نیز، هرگاه بازپرس محل وقوع جرم را نداند، تحقیقات ارجاع شده را انجام می‌دهد و زمانی که محل وقوع جرم کشف شد، مجاز به صدور قرار عدم صلاحیت است. در نتیجه، اگر حتی عنوان خیانت در امانت را بر رفتار ارتكابی (عدم تحویل کالا توسط راننده) تطبیق دهیم، زمانی که مقام تحقیق محل وقوع جرم را کشف کرده و به صلاحیت آن محل قرار عدم صلاحیت صادر کند، دیگر پرونده از دایره شمول رأی وحدت رویه ۵۴۷ خروج موضوعی پیدا می‌کند.

بالا تر اینکه اگر ما رفتار ارتكابی را تحت ماده ۱ قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل تحت تعقیب قرار دهیم، باتوجه به عنصر مادی این جرم که صرفاً ترک فعل است، فرض اختلاف در صلاحیت محلی امکان نخواهد داشت و بی‌شک در نظر گرفتن مبدأ کالا به عنوان محل وقوع جرم امکان پذیر نیست، زیرا در مبدأ تحویل کالا، عدم تحویل کالا فرضی ندارد و تنها در مقصد تحویل کالا است که ترک فعل معنا پیدا می‌کند.



نتیجه‌گیری

اولاً در مواردی که راننده‌ای کالایی را در مبدأ تحویل می‌گیرد تا در مقصد تحویل دهد و از این کار استنکاف می‌نماید، موضوع با جرم ماده ۱ قانون عاملین متخلف در امر حمل‌ونقل مصوب ۱۳۶۷ تطبیق دارد و به‌عنوان خاص سابق بر قانون تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵ باید مورد توجه قرار گیرد. البته کلمه راننده گرچه به‌صورت مطلق استفاده شده است، اما شامل هر کسی که کالایی را با وسیله نقلیه جابه‌جا می‌کند نمی‌شود و از سیاق قانون مشخص است که منظور فردی است که در امر حمل‌ونقل اشتغال دارد؛ اما اینکه راننده لزوماً باید بخشی از یک شرکت حمل‌ونقل باشد، ضروری به نظر نمی‌رسد. در نتیجه تطبیق رفتار در رویه قضایی با مفاد ماده ۶۷۴ قانون تعزیرات قابل انتقاد به نظر می‌رسد. ثانیاً در صورتی که رفتار ارتكابی را با موضوع ماده ۱ قانون عاملین متخلف توصیف نماییم، فرض اختلاف در صلاحیت محلی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا عدم تحویل کالا در محل مبدأ فرضی ندارد و تنها در مقصد این ترک فعل را می‌توان تصور کرد. در صورتی که رفتار ارتكابی را با جرم خیانت در امانت تطبیق دهیم، موضوع مشمول ماده ۱۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری است و رأی وحدت‌رویه ۵۴۷ دیوان عالی کشور در مقام تعیین صلاحیت برای محل مبدأ یا مقصد کالا نبوده است و صرفاً ارشادی به اصول کلی آیین دادرسی مندرج در ماده ۵۶ قوانین موقتی محاکمات جزایی سابق بوده است. بنابراین، در صورتی که مقام تحقیق محل وقوع جرم را در جرم خیانت در امانت کشف کند، می‌تواند قرار عدم صلاحیت صادر نماید.

نتیجه آنکه تلقی رویه قضایی از رأی وحدت‌رویه ۵۴۷ قابل انتقاد است و این رأی وحدت‌رویه رسیدگی به جرم خیانت در امانت را در صلاحیت محل تحویل کالا ندانسته است و باز پرس شروع کننده تحقیق در صورتی که محل وقوع جرم را کشف کند، باید قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادسرای محل وقوع جرم صادر نماید.

منبع فارسی

میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اموال، تهران، نشر میزان، چاپ ۵۷، ۱۳۹۹.

پایگاه اینترنتی

سامانه آراء قضایی <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24943>

سامانه نشست‌های قضایی، (کد نشست ۱۳۹۹-۷۶۶۶) <https://neshast.eadl.ir>





قدرت استماع



تقی برهانی
وکیل پایه یک دادگستری
مدرس دانشگاه

چکیده

تکنولوژی فهم و درک دیگران در انحصار انسان‌های قوی است ناپخته‌ها از این قدرت محروم‌اند. ناگفته پیداست که فقط قوی‌ها می‌توانند با ابزار درست آدمیان را بفهمند. تا نتوان تظاهرات بیرونی اعم از گفتارها و رفتارها و حالات انسان‌ها فهم کرد، نمی‌توان آنان را قضاوت کرد یا کمکشان نمود. آدم‌ها هستند و نیازهایشان. اما در این میان، انسان‌هایی هستند که برای قضاوت درباره انسان‌ها یا کمک به آن‌ها، نیاز به قدرت دارند. در این نوشتار، سخن از انسان‌های قوی است که توان فهم دیگران را دارند. این انسان‌ها را در جامعه، دستکم در دو گروه بزرگ حقوق‌دانان یعنی قضات و وکلای مدافع می‌شناسیم و از این توان به «قدرت استماع» تعبیر می‌کنیم که برای خواننده حقوقی ملموس است.

یک - منطق فهم رفتار انسان

اینکه رفتار انسان‌ها از دو مرکز خودآگاه و ناخودآگاه سرچشمه می‌گیرد، یک تلقی نوین از فهم رفتار انسان‌هاست؛ گرچه این سرچشمه هزاران سال پیش در مذهب



«هندو» با نام «ودا» مطرح شده و مورد تأیید قرار گرفته است و مذاهب و ادیان نیز به آن توجه داشته‌اند. بر اساس این نوع نگاه، تصمیمات گاهی از روی تفکر و اندیشهٔ قبلی (خودآگاه) و گاه به‌طور عادت و در نتیجهٔ فرمان درونی ناشناخته (ناخودآگاه) رخ می‌دهد.^۱

چنانچه بخواهید دربارهٔ رفتار دیگران تصمیمی بگیرید، مهم است که بدانید با کدام موج از امواج رفتاری فاعل مواجه هستید. آیا رفتار انجام‌شده از موج و مرکز خودآگاه طرف ناشی شده یا برخاسته از امواج ناخودآگاه اوست. نگاه مکاتب و مدارس فکری به انسان دارای تحولات و تطوراتی بوده که مطالعهٔ آن جالب است. مکاتب حقوق جزا هنگام بحث از مسئولیت، به این نکات توجه می‌کنند و حسب مورد، مرتکب را در درجات متنوعی دسته‌بندی می‌نمایند.

پیروان مکتب «عدالت صرف» یا «مجازات استحقاقی» که عموماً به‌عنوان مکتب کلاسیک حقوق جزا شناخته می‌شوند، در دکتترین حقوقی خود بر قصد و نیت آگاهانه، قدرت انتخاب که با کلمهٔ کلیدی لاتین (عنصر معنوی)^۲ متمایز می‌شود بر انسان بزه‌کار تأکید دارند. انسان بزه‌کار آنان دارای قصد و نیت نامشروع یا تفکر مجرمانه^۳ است. بنابراین، مسئول شناخته می‌شود و مجرم است. مجازات‌ها، با لحاظ قاعدهٔ

۱. ضمیر خودآگاه شامل تمام افکار، خاطرات، احساسات و آرزوهای است که در هر لحظه از آن‌ها آگاه هستیم. این جنبه‌ای از پردازش ذهنی ماست که می‌توانیم منطقی دربارهٔ آن فکر و صحبت کنیم ذهن خودآگاه منطقی است و به موقعیت‌های مختلف زندگی واکنش نشان می‌دهد. ما مهارت‌های زیادی را از طریق ذهن خودآگاه یاد می‌گیریم. بالاین‌حال، برای ذهن خودآگاه غیرممکن است که همهٔ این اطلاعات را به خاطر بسپارد و بسیاری از این چیزها به ذهن ناخودآگاه منتقل می‌شوند. واژهٔ ناخودآگاه گاهی اوقات به‌عنوان یک صفت استفاده می‌شود. یعنی افکار و فرآیندهایی که ذهن فرد به‌طور مستقیم از آن‌ها آگاه نیست. خواسته‌ها، انگیزه‌ها و ترس‌ها اغلب می‌توانند ناخودآگاه باشند. ضمیر ناخودآگاه پر از پدیده‌های پیچیده‌ای است که حتی گاهی در میان روان‌شناسان هم به‌خوبی درک نمی‌شود. گاهی اوقات، عبارت ناخودآگاه ممکن است برای توصیف یک عمل (اغلب یک عادت) استفاده شود. عادتی که خود فرد متوجه انجام آن نمی‌شود. ناخودآگاه همچنین می‌تواند یک اسم باشد. به عبارت دیگر، زمانی گفته می‌شود چیزی ناخودآگاه است که زیر ضمیر خودآگاه شما پنهان باشد. شما بیدار هستید و دنیای بیرون را درک می‌کنید، اما چیزی در زیر یا شاید فراتر از آگاهی شما وجود دارد که بر شما تأثیر می‌گذارد. مثلاً احساس منفی نسبت به یک نوع غذا ممکن است نتیجهٔ مسمومیت غذایی ناشی از آن در کودکی باشد که آن را فراموش کرده‌اید، اما تأثیر آن در ناخودآگاه شما باقی مانده است. چیزی که ناخودآگاه است معمولاً منفعل است و شما فعالانه به آن فکر نمی‌کنید. درحقیقت، مهم‌ترین تفاوت ضمیر ناخودآگاه و خودآگاه در فعالانه و منفعلانه بودن آن‌هاست.

۲. mens rea

۳. برای مطالعهٔ بیشتر درخصوص تأثیر مکتب کلاسیک به کتاب درآمدی بر جرم و جرم‌شناسی، نوشتهٔ راب وایت و فیونا هینس، ترجمهٔ بطحایی، نشر دادگستر، ص ۵۹ به‌بعد مراجعه فرمایید.



تناسب فعل مجرمانه با شدت جرایم، درجه‌بندی می‌شود. اصل شخصی بودن و اصل فردی بودن مجازات اعمال می‌گردد. مجازات نه آن قدر زیاد است که با سرشت و طبع جرم ناسازگار به نظر برسد و نه آن اندازه کم که نامتناسب تلقی گردد. توجه این مکتب به جرم است.

این نوع نگاه را نگاه کلاسیک می‌دانند؛ نگاهی که معمولاً به آدم‌ها تا آن زمان روا می‌شده است، تکنولوژی فهم رفتار انسان صرفاً معطوف به عمل ارتكابی، یعنی جرم واقع شده بوده و کاری به مجرم ندارد و نگاه متناسب در اعمال مجازات صرفاً به خاطر عادلانه بودن آن است، نه تنوع ذات آدمیان. چون اقتضای عدالت، برابر دیدن افراد است.

انسان بزه‌کار در مکتب کلاسیک، این گونه «استماع» می‌شود: نخست اینکه انسان از اصل لذت-درد تبعیت می‌کند؛ چون عاقل و حسابگر است، می‌داند وقتی درد ناشی از مجازات بیشتر از لذت از آن وجود داشته باشد، نمی‌ارزد که دست به جرم آلوده کند. و دوم آنکه عملاً باید عدالت به‌طور یکسان بدون در نظر گرفتن نتیجه برای همه و به‌طور یکسان و برابر اجرا گردد. ایراداتی که بر نظریه کلاسیک وارد می‌شود این است که همه انسان‌ها را دارای قابلیت یکسان در تعقل و استدلال می‌داند حال آنکه کودکان و افرادی که دچار بیماری روانی^۴ هستند از این یکسانی در تعقل برخوردار نیستند. این روان‌ترین و رایج‌ترین در نوع نگاه به پدیده مجرمانه بوده و هست.

آنچه در پیشانی برخورد با پدیده مجرمانه وجود دارد، مسئله جرم است یعنی «آنچه اتفاق افتاده» و نه مجرم یعنی «چه کسی و چرا آن را انجام داده». استماع شکایت در چهارچوب یک امر یقینی است: انسان مجرم، آزادانه و با اختیار - صرف نظر از هرگونه انگیزه داخلی و روانی - رفتار خلاف مقررات را که عادلانه وضع شده است، انجام داده و مستحق مجازات قانونی است.

اما در مکتب تحقیقی اثباتی^۵ وضع به منوال دیگری است. انسان در این نحله فکری نه تنها آزاد نیست، بلکه مجبوری است که ویژگی‌های درونی و ذاتی او را وادار به انجام

۴. Mental illness

۵. Born criminal



رفتارهای ضداجتماعی می‌کند. رفتارهایی که ناشی از قدرت‌هایی درونی و جبری است. این واقعیت را می‌توان در وضع ظاهر، اجداد، تیپ و قیافه و خواص ژنتیک «انسان جنایتکار» دید (شاخه زیست‌شناختی - لمبروزو)^۶ یا این جنایت‌ها و اقدامات مجرمانه حاصل روان آسیب‌دیده است. بیماران روانی و مختل‌المشاعر در دیدگاه و شاخه روان‌شناختی مکتب تحقیقی قرار گرفته‌اند و بزهدکاران بیماران اجتماعی هستند و محصول تجمع انسان‌ها. بنابراین، صفات و ویژگی‌های انسانی به مکتب مزبور قدرت استماعی می‌دهد که بتواند انسان در آستانه وقوع جرم را پیش‌بینی، مهار و درمان نماید. واقع‌نگری و مصالح اجتماعی باعث دگرذیسی در نوع مسئولیت انسان‌ها می‌شود و قاعده عمومی مسئولیت را بر فرض غیرواقعی مسئولیت بنا نهاده است.

دو- قدرت استماع و قاضی

بدون وجود و قدرت استماع، قاضی نمی‌تواند درباره رفتار خصوصی یا اجتماعی شهروندان تصمیمی بگیرد. در ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه آمده است: «دادخواهی برای مدعی، حق استماع در ماهیت دعوی است تا دادرس درباره درستی و نادرستی مبنای آن اظهار نظر کند. برای طرف مقابل، دادخواهی حق بحث در مورد مبنای آن ادعاست.»^۷

قانون قاضی را مکلف کرده چه در روابط خصوصی و مدنی و چه در روابط جزایی و نظام سزادهی، ابتدا ملاحظه کند که آیا قانون در موضوع به او صلاحیت استماع داده است یا نه؟^۸ در اصول ۳۲ تا ۴۰ و نیز در اصول ۱۵۹ تا ۱۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به قدرت استماع دعاوی و جری تشریفات رسیدگی برابر قوانین موضوعه و برای هرگونه مخاصمه حقوقی یا جدال کیفری عمومی و خصوصی اشاره شده است: اصل سی و دوم: «هیچ‌کس را نمی‌توان دستگیر کرد، مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل، بلافاصله

۶. Born criminal

۷. محسنی، حسن؛ آیین دادرسی مدنی فرانسه، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، ص ۸۵.
 ۸. بن قدرت در امور مدنی در ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و در امور کیفری در قالب انواع قرارهای منع تعقیب و موقوفی تعقیب موضوع مواد... قانون آیین دادرسی کیفری تبلور یافته است.



کتاباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت ۲۴ ساعت، پروندهٔ مقدماتی به مراجع صالح قضایی ارسال شود و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل، طبق قانون مجازات می‌شود.»

اصل چهلم: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

اصل یکصد و شصت و ششم: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.»

اصل یکصد و شصت و هفتم: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانهٔ سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

اصل استماع در اصل اخیرالذکر تبلور بیشتری دارد. قاضی تکلیف دارد حکم هر دعوا را در قوانین بیابد و حق استنکاف ندارد و برای این استنکاف مجازات تعیین شده است.^۹

در نظام کیفری مبتنی بر عدالت مطلق و مکتب کلاسیک، قاضی ایستاده (دادستان) چه چیز را استماع می‌کند؟ روشن است بررسی واقعیت اتفاق افتاده که توسط انسان آزاد و مختار ارتکاب یافته و مستحق مجازات قانونی است.

دادستان باید از منافع عمومی دفاع نماید و حافظ آزادی‌های عمومی و نظم و امنیت اجتماع باشد. قاضی با استفاده از قدرت استماع و بررسی رفتار زیان‌بار انسان آزاد و مختار را می‌یابد. اما تنها قدرت کافی نیست، بلکه قاضی به‌عنوان نمایندهٔ جمهور باید بتواند با استماع صدای شاکی دلایل او را بیابد و بر وضع موجود تطبیق دهد و سپس ارزیابی نماید.

۹. مادهٔ ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات): هریک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده، به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند، یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند، دفعهٔ اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار، به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت، به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.



از دیگر سو، باید بتواند دفاعیات متهم را استماع کند و با ارزیابی دلایل دو طرف، با استفاده از تکنیک‌هایی که قانون در اختیار او گذارده است، عدالت را برقرار نماید. بنابراین، اصل بر استماع است.^{۱۰}

مع‌الأسف، بنا به تحقیق انجام‌شده، ۲۵ درصد آرای قضایی بر مبنای عدم استماع صادر می‌شود.^{۱۱} همچنین است مفهوم مشابه عدم استماع در امور کیفری که که از آن به «قرار منع تعقیب» تعبیر می‌گردد و زمانی صادر می‌شود که رفتار ارتكابی جرم نباشد، یا جرم باشد ولی ادله کافی برای انتساب جرم به متهم وجود ندارد (ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری). دادسرا به‌عنوان مقام و نهاد تعقیبی نیز برابر ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲، قرار موقوفی کاربرد عدم استماع را دارد که در موارد فوت متهم یا محکوم‌علیه، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم قابل گذشت، شمول عفو، نسخ مجازات قانونی، شمول مرور زمان در موارد پیش‌بینی‌شده در قانون، توبه متهم، اعتبار امر مختوم و... صادر می‌شود. در موارد توجه اتهام و بررسی انجام‌شده، مقام قضایی قرار جلب به دادرسی را صادر می‌کند (ماده ۲۶۵ ق.آ.د.ک. ۹۲).

در این موارد، دادستان با صدور کیفرخواست که نشانه ادعائاً جامع علیه متهم است، ادعای عمومی را برای «استماع» به دادگاه صالح کیفری ارسال می‌دارد. «کیفرخواست» متن مهم و مبنایی برای چگونگی استماع ادعا توسط دادگاه دارای صلاحیت است. تکلیف دادگاه برای رسیدگی در حدود کیفرخواست و نظر دادستان، نشانه‌ای بر «قاعده و اصل استماع» است.

سوم - قدرت استماع و وکیل

نگاه حاکمیتی و جانبدارانه دادستان به‌خاطر حفظ حق عمومی است. وکیل تکلیف دارد موضوع دعوا را با احراز شرایط وکالت، از نگاه حقوق موکل خود بنگرد و بخواهد که مقام قضایی آن‌طور که او تشخیص می‌دهد، دعوا را استماع کند. به‌قول گرانسنگ، یکی از معمرین وکالت و قضاوت، قاضی تا انتهای دعوا در یک «جو»

۱۰. رک: مجله اندیشه وکیل شماره ۱، مقاله اصول حاکم بر تعیین مجازات توسط قاضی کیفری از نگارنده.

۱۱. فقیهی نژاد، ایرادات مانع استماع دعوا در رویه قضایی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چ چهارم، ۱۴۰۲، ص ۱۵.



متلون» قرار می‌گیرد، یعنی رنگ‌به‌رنگ می‌شود تا لحظه آخر که برای انشای رأی، قلم بر کاغذ می‌گذارد و عدالت را روسپید یا روسیاه می‌کند.^{۱۲} بنابراین، هنر قبولاندن شرایط دعوا، ارکان ادعا چه در امر حقوقی و چه کیفری، تبیین و تقدیم ادله، ارائه تفسیر به‌حق قانون، محاجه و احتجاج، ضرب سخن به سخن، سواری گرفتن از اقرار و اعترافات، فهماندن امارات و قراین، تذکر به بازپرس در مواقع تشخیص انحراف از قانون و سایر تکالیف حرفه‌ای با استفاده از «قدرت استماع» به اختیار وکیل است تا بتواند با آموزه‌ها و قدرت آموزش‌های حرفه‌ای، پرده از چهره زرین عروس عدالت در گرگ‌ومیش دعوا بردارد و آن را به مهر و عقیده مقام قضایی کابین بندد.

«قدرت استماع» حقی است قانونی در اختیار قاضی، اما این قدرت دو بخش جدای از هم دارد. بخش قانون و بخش استنباط و اجرا. وکیل دادگستری در هر دو قسمت در هدایت و استنباط در خدمت ماشین عدالت است تا از سنگلاخ‌ها بگذرد و دامنه را درنوردد و پرچم عدالت را بر سینه ستبر قله حقانیت بنشاند.

سخن در اینکه چگونه باید این قدرت شگرف را به دست آورد و تکلیف سربازان عدالت چیست، بسیار است و در این کوتاه‌نوشت نمی‌گنجد. امید است در پژوهش‌های عمیق و در عمل به شناخت ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری به «اصول و قواعد» توجه نمود و شعاع اصول آیین دادرسی را تبیین و تشریح نمود، چراکه جای بحث و بررسی فراوان است.

۱۲. ببینید مصاحبه اینجانب و دکتر رضوی را با استاد وکیل جناب آقای عباس رحیمی در همین شماره نشریه.







نقد یک رأی



ابراهیم جلالیان
وکیل پایه یک دادگستری
رئیس کانون وکلای دادگستری

شرح پرونده‌های محاکماتی

شرکت «گسترش»^۱ دادخواستی مبنی بر تخلیه عین مستأجره، علیه خانم «خالقی» مطرح می‌کند و در دادخواست خود مدعی می‌شود که قسمتی از یک مجتمع تجاری را به خواننده اجاره داده است و مدت اجاره منقضی شده است و چون اجاره‌نامه واجد شرایط مواد ۱ و ۲ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ نیست، از دادگاه تقاضای تخلیه مورداجاره را نموده است.

پرونده جهت رسیدگی به شعبه دهم دادگاه عمومی حقوقی قم ارجاع شد و دادگاه مذکور پس از رسیدگی‌های معمول، حکم به تخلیه مورداجاره علیه خواننده پرونده صادر می‌نماید. محکوم‌علیه در فرجه مقرر قانونی، نسبت به دادنامه اصداری، تقاضای تجدیدنظر می‌نماید و پرونده جهت رسیدگی به اعتراض وی، به شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان قم ارجاع می‌گردد. آقای اصغری در راستای مواد ۱۳۰ به بعد از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به‌عنوان ورود ثالث، دادخواستی را تقدیم شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر می‌نماید. دادگاه یادشده با تعیین وقت رسیدگی، اصحاب دعوای اصلی و طاری را به دادرسی دعوت می‌نماید.

۱. به دلیل رعایت اخلاق حرفه‌ای و حفظ اسرار موکلین، نام شرکت و اسامی اشخاص تغییر یافته است.



در جلسه دادرسی، طرفین دفاعیات مقتضی خود را می‌کنند و دادگاه پس از استماع اظهارات اصحاب دعوا و وکلای مدافع آنان، ختم رسیدگی را اعلام و چنین انشای رأی می‌نماید.

رأی دادگاه:

در خصوص دادخواست تجدیدنظرخواهی خانم خالقی، با وکالت خانم زهرایی، به طرفیت شرکت گسترش، نسبت به دادنامه شماره ... صادره از شعبه دهم دادگاه عمومی حقوقی قم، در پرونده کلاسه‌های ... که حسب دادنامه صادره و پیرو خواسته شرکت گسترش مبنی بر تخلیه و تحویل عین مستأجره، به دلیل انقضای مدت اجاره، به انضمام خسارات دادرسی، دادگاه با استدلال مندرج در رأی، حکم به محکومیت تجدیدنظر خواه به تخلیه عین مستأجره به جهت انقضای مدت عقد و پرداخت خسارات دادرسی در حق خواهان صادر نموده است و... دادگاه مستنداً به ذیل ماده ۳۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه صادره را تأیید می‌نماید.

و اما دعوای وارد ثالث آقای اصغری با وکالت آقای ... به طرفیت خانم خالقی و شرکت گسترش مبنی بر اثبات حق انتفاع و مالکیت اعیان و حق انتفاع و بهره‌برداری نسبت به موضوع اجاره مورد ادعای خواهان اولیه در پرونده کلاسه ... شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر قم، صرف نظر از ورود در ماهیت امر، نظر به اینکه در قرارداد استنادی، خواهان وارد ثالث در قسمت حل اختلاف آمده، طرفین آقایان علیزاده و صادقی را به عنوان داوران مرضی الطرفین انتخاب کردند و ملزم گردیدند تا در صورت بروز هرگونه اختلاف نسبت به حل و فصل آن از طریق مراجعه به داوری، اقدام نمایند و اصولاً تا امر به داوری ارجاع نشود، طرح دعوا در مراجع قضایی قابلیت استماع ندارد. لذا دادگاه مستنداً به ماده ۲ از قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم استماع دعوای وارد ثالث، آقای اصغری را صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره قطعی است.

پس از صدور دادنامه مذکور، آقای اصغری به استناد ماده ۴۱۷ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، نسبت به دادنامه شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان قم که در مقام تجدیدنظرخواهی خانم خالقی صادر شده،



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

دعوی اعتراض ثالث مطرح می‌نماید و خواسته خود را چنین تبیین می‌نماید:
 شرکت گسترش با کتمان حقیقت و قلب واقعیت، موفق به اخذ دادنامه از دادگاه بدوی شده است و بر اساس دادنامه موصوف، حقوق شرعی و قانونی اینجانب در معرض تضییع قرار گرفته است. از این رو، به استناد ماده ۱۳۰ به بعد از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادخواست ورود شخص ثالث به شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر تقدیم شد.

دادگاه یادشده پس از رسیدگی به موجب دادنامه شماره ... بدون ورود به ماهیت دعوی اینجانب و به دلیل اینکه طرفین در قرارداد منعقد حل و فصل اختلاف راجع به مفاد قرارداد را به داوران معین ارجاع نموده‌اند و قبل از ارجاع به داوری، طرح دعوا در مراجع قضایی قابلیت استماع ندارد، به استناد ماده ۲ قانون مرقومه، قرار عدم استماع دعوی ورود ثالث اینجانب را صادر نمود.

صرف نظر از اینکه احدی از داوران اختصاصی تعیین شده در قرارداد منعقد بین اینجانب و شرکت گسترش به موجب اظهارنامه رسمی شماره ... از داوری استعفا نمود و اینجانب به داور یا داوران دیگری تراضی ندارم، به استناد ماده ۴۶۳ از قانون مذکور، شرط داوری در قرارداد مورخ ... منتفی گردیده و رسیدگی به اختلاف اینجانب با شرکت مذکور در صلاحیت دادگاه صالحه است...

البته معترض ثالث به طور تفصیل دفاعیات ماهوی خود را بیان کرده و اعلام داشته که ملک مورد ادعای شرکت گسترش در تصرف وی است و برابر قرارداد مورخ ... سال هاست از آن بهره‌برداری و استیفای منفعت می‌کند. لیکن شرکت مذکور با استحضار از این موضوع، مبادرت به انعقاد قرارداد اجاره با شخص دیگری کرده که متصرف نیست و قدرت بر تسلیم عین مستأجره نداشته است؛ زیرا به استناد ماده ۴۷۰ قانون مدنی، قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط صحت عقد اجاره است و شرکت گسترش هیچ‌گاه مورد اجاره را به خانم خالقی تسلیم نکرده و تحویل نداده است.

شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان قم پس از وصول دادخواست اعتراض ثالث و در وقت فوق‌العاده و بدون تعیین وقت رسیدگی و استماع دفاعیات طرفین دعوا، ختم



دادرسی را اعلام و چنین رأی صادر کرده است:
 در خصوص دادخواست اعتراضی ثالث آقای اصغری به طرفیت شرکت گسترش نسبت به دادنامه شماره ... صادره از همین شعبه، در کلاسۀ پرونده ... دادگاه صرف نظر از ورود به ماهیت امر، نظر به اینکه اعتراض ثالث در راستای ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، مختص جایی است که معترض ثالث در جریان هیچ مرحله از دادرسی حضور نداشته باشد؛ در حالی که معترض ثالث در همین پرونده محل نزاع و دادنامه اصداری از شعبه، به عنوان وارد ثالث حضور داشته و از شمول ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی خارج است. لذا دادگاه مستنداً به مواد ۲ و مفهوم مخالف ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد اعتراض ثالث آقای اصغری را صادر و اعلام می‌دارد رأی صادره قطعی است.

ب- نقد رأی شعبۀ دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان قم در صدور قرار رد اعتراض ثالث

۱- اعتراض شخص ثالث یکی از طرق فوق العاده شکایت است که برای اشخاص ثالث توسط قانون گذار باز شده است. ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، پیش‌بینی نموده در مواردی که در دعوایی حکم یا قرار صادر شده باشد، که بر اثر آن به حقوق اشخاص خللی وارد آمده، مشروط بر اینکه در آن حکم با قرار به اصطلاح بیگانه باشند، می‌توانند به عنوان معترض ثالث نسبت به آن رأی اعتراض نمایند. یعنی اگر اشخاصی خودشان یا نمایندگانشان در مرحله دادرسی که منتهی به حکم با قرار شده است، به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشند، می‌توانند به عنوان معترف ثالث وارد دادرسی شوند.

این تأسیس قانونی مقتبس از حقوق فرانسه است که ابتدا در قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی سال ۱۳۲۹ قمری پیش‌بینی شده بود و پس از آن، در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ تکامل یافت و در حال حاضر، در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز مصوب شده است.



اعتراض ثالث در واقع مطابق اصول کلی، همان حق اعتراض است که برای هر غایبی باید محفوظ بماند. وقتی بین دو نفر محاکمه‌ای انجام می‌شود و مرجع قضایی بین آن دو نفر رأی صادر می‌کند، اگر این رأی با حقوق شخص ثالثی که در آن محاکمه شرکت نداشته، یعنی «غایب» بوده است، اصطکاک داشته باشد، آن ثالث باید حق داشته باشد نسبت به آن رأی اعتراض کند و اثر و اعتبار آن را نسبت به خود زایل کند. حقوق دانان منظور از کلمه «غایب» را در اینجا به معنای عام آن تلقی نموده‌اند، نه معنای خاص حقوقی؛ زیرا در اصطلاح آیین دادرسی مدنی، «غایب» به کسی اطلاق می‌شود که به محاکمه احضار شده و لیکن در محکمه حضور نیافته و اگر خوانده بوده، در هیچ‌یک از جلسات دادرسی دادگاه حاضر نشده و به‌طور کتبی نیز دفاع نموده باشد، یا اختاریه به وی ابلاغ واقعی نشده باشد (مستفاد از ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

باتوجه به تعریف «غایب» در قانون آیین دادرسی مدنی، مبرهن است که منظور قانون‌گذار از معترض ثالث، خواهان یا خوانده‌ای نیست که جزء اصحاب دعوی باشد، ولی به علل ارادی یا غیرارادی در دادرسی غایب بوده است و دادگاه حکم علیه وی صادر کرده است. این قبیل اشخاص می‌توانند حسب مورد، از حق واخواهی، تجدیدنظرخواهی، یا فرجام‌خواهی خود که قانون برای آنان در نظر گرفته، بهره‌مند شوند. باتوجه به اینکه هدف از نقد رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان قم، این است که چه شخص با اشخاصی ثالث محسوب می‌شوند تا بتوانند نسبت به آراء صادره از محاکم عمومی، انقلاب و تجدیدنظر اعتراض نمایند، لذا موضوع فقط از این حیث بررسی می‌شود.

۲- معترض ثالث کیست؟

ماده ۴۱۷ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ که مفاد آن از ماده ۵۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ اقتباس شده است، یکی از شرایط پذیرش اعتراض شخص ثالث را عدم دخالت معترض به‌عنوان اصحاب دعوا، در دادرسی منتهی به رأی مورد اعتراض دانسته است. علاوه بر



خواهان و خواننده، وارد ثالث و مجلوب ثالث نیز از اصحاب دعوا محسوب می‌شوند. اعتراض ثالث وارد و مجلوب ثالث به حکمی که در آن دعوا صادر می‌شود، مسموع نیست.

اما یک نکته حائز اهمیت است. هر چند شخصی که به‌عنوان ورود ثالث در دعوای اصلی وارد گردد، جزء اصحاب دعوا محسوب می‌شود، اما در صورتی که قرار رد دادخواست ورود ثالث صادر شده باشد، شخص می‌تواند به حکمی که در انتهای دادرسی صادر می‌شود، به‌عنوان ثالث اعتراض نماید. شعبه سوم دیوان عالی کشور به‌موجب رأی شماره ۱۱۶ مورخ ۱۳۲۸/۱/۲۲ چنین می‌گوید: «مطابق ماده ۵۸۲ و ۵۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)، شخص ثالث حق دارد به هرگونه حکم و قرار صادره از دادگاه‌های بدوی و پژوهشی (تجدیدنظر) که به حقوق او خللی وارد می‌آورد، اعتراض کند و امکان ورود شخص ثالث در دعوای اصلی مانع از قبول اعتراض او نخواهد بود».

در موضوع مطروحه، دادگاه تجدیدنظر دعوای ورود ثالث آقای اصغری را به جهت وجود ایراد شکلی و بدون رسیدگی ماهوی، رد کرده است و در همان دادنامه تقاضای تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، دادنامه مورداعتراض که در قالب حکم بوده را غیروارد تشخیص و دادنامه صادره از دادگاه بدوی را تأیید کرده است. با این اوصاف، آقای اصغری بر اساس مقررات ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و به‌دلیل اینکه دادگاه تجدیدنظر راجع به دعوای اصلی، حکم صادر نموده، نمی‌توانسته پس از رفع ایراد موردنظر دادگاه تجدیدنظر، دوباره به‌عنوان ورود ثالث اقامه دعوا نماید.

از طرفی، نامبرده از آرای صادره از سوی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر، متضرر گردیده است و بر اساس قاعده نسبی بودن آثار قضیه محکوم‌بهها، اثر احکام محصور به اصحاب دعوا است و آرای محاکم نمی‌بایست مخل حقوق دیگران باشد. اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قوه قضاییه را پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت دانسته و یکی از وظایف آن را رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات و تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومت اعلام



نموده است. بر مبنای اصل ۱۵۹ همان قانون، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات تعیین شده است.

اصل ۳۴ قانون اساسی دادخواهی را حق مسلم و اساسی آحاد ملت قلمداد کرده و اعلام داشته هر کسی می‌تواند به‌منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به‌موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد.

به استناد اصول قانون اساسی و قوانین عادی، آقای اصغری حق تظلم‌خواهی نزد دادگاه را داشته است و دادگاه موظف است به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، موافق قوانین به دعوی وی رسیدگی نماید و به‌صورت ماهوی مبادرت به صدور رأی کند و فصل خصومت نماید. اگر دعوی وی را مقرون به واقع تشخیص دهد، بر اساس ماده ۴۲۵ قانون مرقومه، رأی مقتضی صادر کند و اگر اعتراض وی را وارد نداند، حکم به بطلان دعوی وی صادر کند.

۳- افزون بر دلایل و مستندات مذکور، رأی وحدت‌رویه شماره ۸۳۱ مدرج ۱۴۰۲/۳/۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در مقام تبیین مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ از قانون آیین دادرسی مدنی برآمده و حتی برای برخی از اصحاب دعوا که در مرحله تجدیدنظر طرف دعوا قرار داده نشده‌اند، حق اعتراض قائل شده است. رأی یادشده چنین اشعار می‌دارد:

باتوجه به اصل نسبی بودن احکام دادگاه‌ها و اطلاق مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، در مواردی که یکی از طرفین دعوی نخستین، طرف دعوی تجدیدنظر نبوده و به‌عنوان «ثالث» نسبت به رأی صادرشده از سوی دادگاه تجدیدنظر اعتراض کرده است، به‌لحاظ آنکه وی در «دادرسی مرحله تجدیدنظر» که منتهی به صدور «رای معترض‌عنه» شده، به‌عنوان یکی از طرفین، دخالت نداشته و حسب ادعا، همین رأی به حقوق وی خلل وارد آورده است، دعوی اعتراض ثالث مذکور قابل‌استماع است و...

با در نظر گرفتن مفاد رأی وحدت‌رویه موصوف که برای برخی از اصحاب دعوا حق



اعتراض ثالث قائل شده است و با عنایت به رویه قضایی و نظریه علمای علم حقوق، در مواردی که شخصی به‌عنوان ورود ثالث در دادرسی اصلی شرکت داشته است و دادگاه رسیدگی‌کننده به‌جهت ایراد شکلی قرار رد دعوا، یا عدم استماع دعوای وی را صادر کرده است، اگر رأی آن دادگاه موجب ضرر به وارد ثالث شده باشد، آن شخص پس از برطرف شدن ایراد مدنظر دادگاه، می‌تواند به‌عنوان ثالث به دادنامه اعتراض نماید؛ زیرا دعوای ورود ثالث وی در دعوای اصلی منتهی به صدور حکم، له یا علیه وی نگردیده و ادعای وی مورد رسیدگی ماهوی قرار نگرفته است. صدور قرار عدم استماع، یا ردّ دعوا در دعوای، موجب تحقق امر محکوم‌بها نمی‌شود (بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر استدلال شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان قم پذیرفته شود، حق دادخواهی وارد ثالث عملاً از وی سلب خواهد شد و اصول ۲۴، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۱۶۷ قانون اساسی نقض می‌شود و به محاق خواهد رفت.

هدف اصلی دستگاه قضایی، اجرای عدالت است و این مهم محقق نخواهد شد جز با رسیدگی محاکم بر مبنای قوانین و مقررات و اصول دادرسی منصفانه که وجه اشتراک همه سیستم‌های حقوقی است.





تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه و مسئولیت حفاظت از قنات و چاه آب (بخش اول)



مریم رجبی

وکیل پایه یک دادگستری

سحر محمدشریفی

دانشجوی کارشناسی فقه و حقوق

چکیده

از زمان تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷، حفر هرگونه چاه (به جز چاه‌های خانگی و... با حداکثر بهره‌برداری ۲۵ مترمکعب در شبانه‌روز) در هر منطقه از کشور منوط به اخذ مجوز حفر و بهره‌برداری از مراجع صالحه شد، اما به هر دلیلی همواره چاه‌هایی بدون کسب مجوز حفر می‌شد. که هم سبب آسیب‌رسانی به آب‌های زیرزمینی می‌شد و هم سبب تجاوز به حقوق بهره‌برداران از چاه‌های مجاز می‌گشت. همچنین اطلاعات مراجع صالح در خصوص آب‌های زیرزمینی را با نقص مواجه می‌ساخت. لذا قانون‌گذار همواره به دنبال راهکارهای برای تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بوده است و علاوه بر مسئولیت مدنی، حسب مورد، مسئولیت کیفری را هم برای بهره‌برداران غیر مجاز از آب‌های زیرزمینی وضع نموده است. باتوجه به بهره‌برداری‌های غیرمجاز و بیش از حد مجاز از آب‌های زیرزمینی از همان دهه ۱۳۴۰ شمسی، کشور با افت آب‌های زیرزمینی روبه‌رو شد و باتوجه به اهمیت آب‌های زیرزمینی در حفظ شرایط اقلیمی و زیست‌محیطی و مسائل اقتصادی کشور، موضوع احیا و تعادل بخشی آب‌های زیرزمینی از اهمیت ویژه برخوردار است. کلمات کلیدی: چاه آب، پروانه بهره‌برداری، چاه غیرمجاز، آب زیرزمینی، پروانه حفر چاه



مبحث اول: تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه

چاه آب فاقد پروانه چاه آب فعالی است که مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد، اما حفر و بهره‌برداری از آن بدون کسب مجوزهای لازم از مراجع صلاحیت‌دار است و نظارتی بر آن وجود ندارد. در ادامه به بررسی قواعد حاکم بر این‌گونه چاه‌ها در حقوق ایران می‌پردازیم.

گفتار اول: چاه‌های آب فاقد پروانه

در تبصره ۱ ماده ۲۳ قانون ملی شدن آب ۱۳۴۷، قانون‌گذار صاحبان چاه‌های آب و سایر تأسیسات استخراج آب‌های زیرزمینی که قبل از تاریخ تصویب این قانون ایجاد شده بود را ملزم به اخذ پروانه نمود و چاه‌هایی که از سال ۱۳۴۲ در مناطق ممنوع، بدون مجوز، حفر شده بودند، بدون پرداخت هیچ‌گونه خسارت، به‌وسیله وزارت آب و برق سابق، با حضور نماینده دادستان محل مسدود می‌شد. این قانون به هر علتی (عدم اطلاع‌رسانی به عموم، نبود نیروی گشت کافی در وزارت نیرو و...) نتوانست از حفر چاه‌های غیرمجاز جلوگیری کند.

بعد از انقلاب و در سال ۱۳۶۱، با تصویب قانون توزیع عادلانه آب، بار دیگر قانون‌گذار از مواضع خود عقب‌نشینی کرد و در تبصره ماده ۳ قانون مذکور به صاحبان چاه‌های آب فاقد پروانه قبل از سال ۱۳۶۱، فرصت داد که مجوزهای لازم را از مراجع صالح دریافت کنند. «از تاریخ تصویب این قانون، صاحبان همه چاه‌هایی که در گذشته بدون اجازه وزارت نیرو حفر شده باشد، اعم از اینکه چاه مورد بهره‌برداری قرار گرفته یا نگرفته باشد، موظف‌اند طبق آگهی که منتشر می‌شود، به وزارت نیرو مراجعه و پروانه بهره‌برداری اخذ نمایند. چنانچه وزارت نیرو هریک از این چاه‌ها را لااقل طبق نظر دو کارشناس خود، مضر به مصالح عمومی تشخیص دهد، چاه بدون پرداخت هیچ‌گونه خسارتی مسدود می‌شود و بهره‌برداری از آن ممنوع است و با متخلفین طبق ماده ۴۵ این قانون رفتار خواهد شد. معترضین به رأی وزارت نیرو می‌توانند به دادگاه‌های صالحه مراجعه نمایند.»

در این ماده، اخذ پروانه بهره‌برداری را مشروط به نظر دو کارشناس وزارت نیرو قرار



داده است که بهره‌برداری از چاه آب مضر به مصالح عموم نباشد. بدون اینکه مفهوم مصالح عموم یا مصادیقی از آن را بیان کند و آن را بسته به تشخیص کارشناسان وزارت نیرو قرار داده است.^۱

در قانون الحاق یک ماده به قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین ۱۳۸۴/۴/۱۲، بار دیگر قانون‌گذار از موضع خود در مورد حفاظت از آب‌های زیرزمینی عقب‌نشینی کرد و طی ماده‌واحده‌ای مقرر نمود: «به وزارت نیرو (شرکت‌های آب منطقه‌ای، سازمان آب و برق خوزستان و سازمان آب استان زنجان) اجازه داده می‌شود در مناطق ممنوع، به‌منظور تأمین نیاز ضروری آب مصرفی و شرب و بهداشت واحدهای صنعتی، مرغداری و دامداری‌ها، خدماتی و گلخانه‌ای با مصارف آبی اندک (حداکثر ۲۵ متر مکعب در شبانه‌روز) بر اساس سقف تخصیص آب در هر دشت، نسبت به صدور مجوز اقدام نماید. وزارت نیرو مکلف است در این مناطق، نسبت به اجرای طرح‌های جایگزینی (تأمین و انتقال آب تغذیه مصنوعی و تغییر سیستم‌های آبیاری) اقدام نماید؛ به‌نحوی که میانگین حجم منابع آب زیرزمینی در دوره‌های پنج‌ساله این مناطق از وضع موجود کمتر نشود. وزارت نیرو موظف است چاه‌های بدون پروانه حفرشده در مناطق ممنوع قبل از تصویب قانون توزیع عادلانه آب موضوع تبصره ذیل ماده (۳) قانون فوق‌الذکر را تا پایان سال ۱۳۸۴ تعیین تکلیف نماید. با انقضای این مهلت، تبصره ذیل ماده (۳) قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ لغو می‌گردد...»^۲

در همان سال، با تصویب آیین‌نامه قانون مذکور بر اساس ماده ۸ «صدور پروانه بهره‌برداری چاه‌های مشمول تبصره ذیل ماده (۳) قانون توزیع عادلانه آب در دشتهای ممنوع آب منوط به پرداخت تمام حق‌النظاره‌های معوقه بر اساس مصوبات کمیسیون اقتصاد هیئت وزیران و هزینه‌های جبرانی خواهد بود».

۱. کلاس پرونده: ۲۳-۲۰/۴۹۴۰، شماره دادنامه: ۷۰۴/۲۳، تاریخ رسیدگی: ۱۳۶۹/۱۲/۲۰، تجدیدنظرخواه: شرکت کشاورزی ودامروری... تجدیدنظرخوانده: سازمان آب منطقه‌ای...، تجدیدنظرخواسته: دادنامه ش ۱۳۹۶/۳/۲۶ - ۱۲۳ شعبه ۱۹ دادگاه حقوقی یک...، مرجع رسیدگی شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور (بازگیر، یدالله، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، ج اول، انتشارات ققنوس، ص ۲۹۲-۲۹۱)

۲. ماده ۲۴ آیین‌نامه فصل دوم (ق.ت.ع.آ) که در جهت تبصره، ماده ۳ (ق.ت.ع.آ) به تصویب رسیده بود. پس از تصویب قانون مذکور بر اساس رأی شماره ۲۶۹، کلاس پرونده ۷۱۴/۱۳۸۳، مورخ ۱۳۸۶/۴/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال گشت.



همان‌طور که ملاحظه می‌شود، نه‌تنها هیچ شروط و ضوابط و مسئولیت مدنی و کیفری برای بهره‌برداران از چاه‌های غیرمجاز قرار داده نشد، بلکه برای چاه‌های غیرمجاز در دشت‌های ممنوع، تنها با پرداخت حق‌النظاره‌های معوق، پروانه بهره‌برداری صادر می‌شد. این روند برداشت‌های غیرمجاز و بیش از حد مجاز از آب‌های زیرزمینی ادامه داشت تا سال ۱۳۸۹ و تصویب «ماده‌واحدۀ قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه» (از این به بعد، به اختصار ذکر می‌شود «قانون تعیین تکلیف»). بر اساس این ماده‌واحدۀ، وزارت نیرو موظف شد بر اساس شرایطی و همچنین تعهداتی توسط بهره‌بردار برای چاه‌های فاقد پروانه در کلیه دشت‌های کشور (که قاعدتاً دشت‌های ممنوع را هم شامل می‌شود)، مجوز صادر کند:

۱- چاه‌های آب موضوع این قانون قبل از سال ۱۳۸۵ حفر شده باشند و به‌وسیله وزارت نیرو و دستگاه‌های تابعه شناسایی شده باشند. نکته‌ای که در اینجا مطرح است، اینکه اگر چاه‌های غیرمجاز شناسایی شده‌اند، چرا تا قبل از این توسط مسئولان به آن‌ها رسیدگی نشده است؟

۲- بر اساس ظرفیت آبی دشت (که قاعدتاً نیاز به اطلاعات دقیق کارشناسی دارد)

۳- رعایت حریم چاه‌های مجاز

۴- عدم اضرار به دیگران و عموم

قانون‌گذار تشخیص اضرار به دیگران را به تشخیص وزارت نیرو قرار داده است و در ماده ۷ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف ۱۳۹۰، مصادیقی از اضرار به عموم را به صورت تمثیلی بیان می‌کند:

الف- عدم رعایت حریم کمی و کیفی منابع آب مجاور مانند چاه، چشمه، قنات و رودخانه.

ب- تداوم بهره‌برداری از چاه، برای تأمین نیازهای آب شرب فعلی و آتی و صنعتی فعلی و مصوب آتی اضرار داشته باشد.

پ- تداوم بهره‌برداری از چاه در دشت‌های فاقد ظرفیت آبی موجب استمرار افت کمی و کیفی و تشدید بحران شود.

ت- تداوم بهره‌برداری از چاه موجب ایجاد پدیده‌های نشست زمین و فروچاله شود.



- ث- تداوم بهره‌برداری از چاه موجب افت کیفی آب (بیولوژیک، فیزیکی و شیمیایی) و پیش‌روی آب شور به سمت آب شیرین شود.
- ۵- مشروط به اجرای آبیاری تحت فشار توسط متقاضی پروانه بهره‌برداری
- ۶- نصب کنتورهای هوشمند برای تحویل حجمی آب در کلیه چاه‌های آب کشاورزی توسط وزارت نیرو با اولویت دشت‌های ممنوع، با هزینه مالکین چاه‌ها.
- ۷- برقی کردن همه چاه‌های آب کشاورزی.
- بر اساس ماده ۲۰ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فعال فاقد پروانه که در اجرای قانون و این آیین‌نامه واجد شرایط پروانه بهره‌برداری تشخیص داده نمی‌شوند، مشمول سایر قوانین و مقررات مربوط از جمله قانون توزیع عادلانه آب و آیین‌نامه اجرایی آن می‌باشند.

بند اول: مراجع رسیدگی و تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه

بر اساس مقررات مدیریت منابع آب «فائو» اختلافات مربوط به مجوزهای مصرف آب اساساً می‌تواند به صورت اختلاف بین صاحب مجوز و دولت (در سطح اعطاکندگان مجوز)، بین صاحب مجوز و صاحب مجوز دیگری که می‌تواند یک فرد یک شرکت یا یک نهاد دولتی، یا یک مصرف‌کننده بدون مجوز باشد. این اختلافات با توجه به قوانین و استانداردهای مربوط و نزد دادگاه‌های قضایی، یا دیوان‌های اداری قابل طرح و بررسی هستند. البته خاص بودن اختلافات مطروحه، یعنی وجود مسائل پیچیده هیدرولوژیکی و قوانین مربوط به آن، ممکن است منجر به به کارگیری قوانین و مکانیسم‌های ویژه‌ای برای حل اختلافات، یا بکارگیری یک روند شبه‌قضایی و مشورت با یک مرجع دولتی شود.^۳

از آنجا که شرایط حفر و بهره‌برداری از چاه‌های آب، شرایط فنی و تخصصی است، در نتیجه مراجع رسیدگی‌کننده و تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه نیز باید در این امر دارای تخصص‌های لازم باشند. لذا قانون‌گذار مراجع شبه‌قضایی را با ویژگی‌های خاص و تشریفات ویژه جهت رسیدگی به این امور تعیین نموده است. بر اساس تبصره

۳. بورکی، استفان؛ تهیه مقررات ملی مدیریت منابع آب، مطالعهٔ تقنینی (فائو)، ترجمه: مولایی، محمدحسن، ناشر سازمان مدیریت منابع آب ایران، چ اول، ۱۳۷۹، ص ۴۹.



۵ قانون تعیین تکلیف، وزارت نیرو مکلف است جهت رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، در هر استان کمیسیونی تحت عنوان «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی» تشکیل دهد. رأی لازم توسط قاضی عضو کمیسیون صادر می‌شود و از تاریخ تصویب این قانون، همه دعاوی اشخاص علیه دولت، مطروحه در محاکم عمومی، برای اتخاذ تصمیم به این کمیسیون‌ها احاله خواهد شد (باید توجه داشت که مقصود از همه دعاوی علیه دولت، دعاوی مربوط به آب‌های زیرزمینی با طرفیت دولت است).

اعضای «کمیسیون آب‌های زیرزمینی» بر اساس ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف، به قرار زیر است:

الف- یک نفر متخصص فنی آب، با حداقل مدرک کارشناسی با گرایش آب‌های زیرزمینی، یا زمین‌شناسی و حداقل ده سال سابقه مفید در حفاظت یا مطالعات آب‌های زیرزمینی که عضو کمیسیون نباشد، با حکم مدیرعامل شرکت آب منطقه‌ای استان مربوط (قانون‌گذار بیان می‌دارد که دو عضو کارشناس وزارت نیرو و جهاد کشاورزی در «کمیسیون آب‌های زیرزمینی» نباید عضو «کمیسیون صدور پروانه‌ها موضوع ماده ۵ آیین‌نامه فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب» باشند).

ب- یک نفر متخصص فنی آب و خاک با حداقل مدرک کارشناسی با گرایش آبیاری و زه‌کشی و حداقل ۱۰ سال سابقه مفید که عضو کمیسیون نباشد، با حکم رئیس سازمان جهاد کشاورزی استان مربوط.

پ- یک نفر قاضی با حکم رئیس قوه قضائیه.

دبیرخانه «کمیسیون آب‌های زیرزمینی» در شرکت آب منطقه‌ای هر استان، مستقر است و دبیر آن به انتخاب، یا حکم مدیرعامل شرکت از بین مدیران با سابقه مرتبط منصوب می‌شود.

وظایف دبیرخانه کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی عبارت‌اند از:

۱- ثبت شکایت پس از ارائه آن (تسلیم شکایت).

۲- دریافت شکایت



- ۳- ارجاع شکایت به اعضای «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی».
- ۴- کنترل اسناد و مستندات و تهیه گزارش لازم برای طرح در «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی».
- ۵- اعلام و ابلاغ رأی کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی به شاکی.
- ۶- تهیه لایحه دفاعیه از رأی کمیسیون در موارد تجدیدنظرخواهی شاکی از دیوان عدالت اداری.

۷- انجام مکاتبات ضروری و امور دبیرخانه‌ای

بهره‌بردار از چاه آب فاقد پروانه مکلف است شکایت کتبی خود را با رعایت ترتیبات مقرر در دستورالعمل ابلاغی از سوی وزارت نیرو در خصوص تشکیل پرونده، تسلیم مدارک به کمیسیون، چگونگی ثبت و بایگانی پرونده‌های واصله راساً و به‌طور مستقیم یا توسط نماینده قانونی خود به دبیرخانه ارائه کند و دبیرخانه آن را ثبت نماید. و آن دسته از پرونده‌هایی که از سوی مراجع ذیصلاح قضایی و غیرقضایی به کمیسیون رسیدگی به امورهای آب‌های زیرزمینی احاله می‌شود، از ترتیبات مقرر در دستورالعمل‌های ابلاغی وزارت نیرو در خصوص تشکیل پرونده در کمیسیون رسیدگی به آب‌های زیرزمینی، مستثنی هستند.

نمایندگان سازمان جهاد کشاورزی و شرکت آب منطقه‌ای استان در کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی ضمن بررسی مستندات و گزارش ارسالی از سوی دبیرخانه، نظر کارشناسی خود را ظرف ۲۰ روز برای دبیرخانه ارسال می‌کنند تا دبیرخانه ضمن ارسال گزارش و نظرات یادشده برای قاضی عضو «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی»، پرونده شکایت را در نوبت طرح در کمیسیون یادشده قرار دهد (ماده ۱۱۷ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف).

پس از تشکیل کمیسیون رسیدگی به امور آب زیرزمینی با حضور کلیه اعضا، رأی لازم با لحاظ نظرات کارشناسی دو عضو دیگر توسط قاضی کمیسیون یادشده صادر می‌شود و دبیرخانه رأی صادره را به شاکی ابلاغ می‌نماید. رأی «کمیسیون رسیدگی به امور آب زیرزمینی» ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل درخواست تجدیدنظر در



سازمان جهاد کشاورزی

دیوان عدالت اداری است. البته باید در نظر داشت که رسیدگی در دیوان عدالت اداری رسیدگی شکلی است و هرگاه موضوع شکایت صورت «ترافی» داشته باشد، بر اساس قواعد عمومی آیین دادرسی مدنی، محاکم عمومی دادگستری صالح به رسیدگی هستند.

بند دوم: تشریفات اداری و حقوقی تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه

پس از اطلاع‌رسانی شرکت‌های آب منطقه‌ای استان‌ها با استفاده از رسانه‌های مختلف، درخصوص تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه حفرشده قبل از سال ۱۳۸۵، اشخاص ذی‌نفع مدارک خود را ظرف دو سال از تاریخ ابلاغ قانون تعیین تکلیف ۱۳۸۹ به مراجع صالح معرفی شده تسلیم می‌کنند. شرکت آب منطقه‌ای هر محل موظف است پس از وصول درخواست و مدارک متقاضی صدور پروانه بهره‌برداری و بازدید کارشناسان از منطقه، با اخذ و تطبیق مدارک با مشخصات فنی و حقوقی شامل بانک اطلاعاتی، ظرفیت آبی دشت، حریم منابع مجاور و عدم اضرار به عموم، مراتب را جهت بررسی و صدور رأی به کمیسیون ارجاع نماید.

کمیسیون با بررسی مدارک ارسالی از سوی شرکت، مشروط به تحقق شروط زیر و با رعایت سایر قوانین و مقررات مربوط، اجازه صدور پروانه بهره‌برداری چاه‌های مشمول قانون را صادر می‌نماید.

الف- عدم اضرار به دیگران و عموم

ب- رعایت ظرفیت آب زیرزمینی قابل تخصیص دشت محل وجود چاه

ج- رعایت میزان آب‌دهی چاه

وزارت نیرو (شرکت آب منطقه‌ای) موظف است در صورت تأیید کمیسیون و با احراز اجرای آبیاری تحت فشار، با رعایت قوانین و مقررات مربوط، نسبت به صدور پروانه بهره‌برداری اقدام کند. مفاد لازم‌الرعیه و موارد منجر به ابطال یا عدم تمدید پروانه توسط مالک یا مالکان در پروانه بهره‌برداری درج می‌شود. شرکت مکلف است هر سه سال یکبار، پروانه بهره‌برداری چاه‌های آب کشاورزی را مشروط به نبود تخلف از مفاد پروانه چاه توسط مالک یا مالکان تمدید نماید.



در صورت وجود ظرفیت آب زیرزمینی قابل تخصیص در دشت، به تناسب قدمت چاه حفر شده و به ترتیب اولویت مصارف باغی و زراعی، نسبت به صدور پروانه بهره‌برداری برای چاه‌های آب کشاورزی فعال فاقد پروانه اقدام می‌شود. همچنین بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف، «وزارت نیرو مکلف است نحوه تعیین میزان آب‌دهی هر چاه را با توجه به ظرفیت آب زیرزمینی و مقدار حجم آب قابل تخصیص با لحاظ اجرای آبیاری تحت فشار و رعایت الگوی مصرف بهینه، موضوع تصویب‌نامه شماره ۶۸۰۶/ت ۱۵۷۰۰ مورخ ۲۶ شهریور ۱۳۷۵، چارچوب دستورالعملی مشخص و ظرف سه ماه به شرکت‌ها ابلاغ نماید».

شرکت ضمن نظارت به کلیه چاه‌های آب کشاورزی فعال در صورت وجود تخلف مراتب را به مالک یا مالکان اعلام می‌نماید تا حداکثر ظرف ۴۵ روز نسبت به رفع آن اقدام نمایند. در صورت عدم رفع تخلف توسط مالک یا مالکان در زمان مقرر یا تکرار تخلف، شرکت نسبت به ابطال پروانه بهره‌برداری چاه با رعایت قوانین و مقررات مربوط اقدام می‌نماید. در صورت وجود تخلف در زمان تمدید پروانه و عدم رفع آن در ظرف ۴۵ روز پس از اعلام شرکت، ضمن عدم تمدید پروانه بهره‌برداری، شرکت بر اساس قوانین و مقررات مربوط به چاه فاقد پروانه، اقدام لازم را به عمل می‌آورد. در صورت اعتراض مالک یا مالکان موضوع به کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی برای رسیدگی و اقدام قانونی ارجاع می‌شود. مصادیق تخلف که در پروانه بهره‌برداری درج می‌شود عبارت‌اند از:

- ۱- نصب منصوبات غیرمجاز
- ۲- اضافه برداشت از مفاد پروانه
- ۳- عدم نصب، یا حذف و دستکاری کنتور هوشمند حجمی
- ۴- کف‌شکنی، جابه‌جایی و لایروبی بدون مجوز شرکت‌های آب منطقه‌ای
- ۵- انتقال آب به اراضی غیر آبخور اولیه چاه
- ۶- تغییر نوع کاربری مصرف
- ۷- فعال نبودن آبیاری تحت فشار



گفتار دوم: مسئولیت حفاظت و نگهداری از قنات و چاه آب

جهت استفاده بهینه از تأسیسات آبی مثل قنات و چاه آب، قاعدتاً این تأسیسات نیازمند حفاظت و نگهداری هستند. چه خود تأسیسات و چه آب موجود در آن‌ها در برابر آلودگی‌های مختلف، که در قوانین و آیین‌نامه‌های مختلف به این موضوع پرداخته شده است. در ادامه به موضوع پرداخته می‌شود.

بند اول: حفاظت و نگهداری از قنات و چاه آب

در خصوص حفاظت و نگهداری از قنات و چاه آب، دو موضوع را باید از هم تفکیک کرد: اول حفاظت و نگهداری از تأسیسات و ساختمان قنات و چاه آب؛ دوم حفاظت و نگهداری از آب قنات و چاه آب در برابر هرگونه آلودگی. ابتدا در این بند حفاظت و نگهداری از تأسیسات قنات و چاه آب بررسی می‌شود و در بندهای آتی، حفاظت از آب قنات و چاه در برابر هرگونه آلودگی بررسی می‌شود.

در قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱ در بخشی با عنوان «حفاظت و نگهداری تأسیسات آبی مشترک» در ماده ۳۵ بیان می‌دارد که: «درمورد حفاظت و نگهداری چاه، قنات، نهر، جوی، استخر و هر منبع یا مجرا و تأسیسات آبی مشترک کلیه شرکا به نسبت سهم خود مسئول‌اند». پس قاعدتاً اگر این تأسیسات به صورت مشترک هم نباشند، خود شخص بهره‌بردار مسئول حفاظت و نگهداری از تأسیسات و ساختمان قنات و چاه آب خواهد بود.

همچنین در ماده ۳۶ قانون مذکور آمده است که مصرف‌کنندگان آب از مجاری و سردهنه مشترک مسئول نگهداری تأسیسات مشترک هستند و هیچ‌کس بدون اجازه وزارت نیرو حق احداث و تغییر مقطع و مجرای آب و انشعاب جدید را ندارد و هر بالادستی مسئول خساراتی است که از عمل غیرمتعارف او به پایین‌دستی وارد می‌آید. هیچ نهر و جوی و قنات و چاهی نباید در اماکن و جاده‌های عمومی و اماکن متبرک و باستانی و حریم آن‌ها به صورتی باشد که ایجاد مزاحمت برای ساکنان و عابران و وسایل نقلیه و اماکن مذکور نماید؛ در غیر این صورت، مالک یا مالکان موظف‌اند طبق مشخصات فنی وزارتخانه‌های مربوط، اقدامات لازم برای رفع خطر و یا مزاحمت را



به عمل آورند. در صورتی که مالک یا مالکان از اجرای اخطار کتبی وزارتخانه ذیربط و شهرداری (در شهرها) حداکثر به مدت یک ماه طبق مشخصات مذکور، در رفع خطر اقدام نکنند، دولت برای رفع خطر راساً اقدام می‌کند و هزینه آن را از مالک یا مالکان دریافت خواهد کرد و در صورتی که خطر قابل رفع نباشد، آن را مسدود می‌نماید. احداث نهر یا جوی و لوله‌کشی نفت و گاز و نظایر آن در حریم تأسیسات آب یا برق موکول به تحصیل اجازه از وزارت نیرو و در معابر شهرها با جلب موافقت شهرداری و وزارت نیرو خواهد بود. مشخصات فنی مندرج در اجازه‌نامه لازم‌الاجرا است (ماده ۳۷ ق.ت.ع.آ).

هرگاه استفاده‌کنندگان مشترک نهر یا جوی یا چاه یا قنات و امثال آن حاضر به تأمین هزینه حفاظت، نگهداری و تعمیر آن نشوند، هریک از شرکا می‌توانند مطابق ماده ۵۹۴ قانون مدنی عمل نمایند. لذا بر اساس ماده ۵۹۴ قانون مدنی، «هرگاه قنات مشترک یا امثال آن خرابی پیدا کند و محتاج به تنقیه و تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکا بر ضرر شریک یا شرکای دیگر، از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند، شریک یا شرکای متضرر می‌توانند به حاکم رجوع نمایند. در این صورت، اگر ملک قابل تقسیم نباشد، حاکم می‌تواند برای قلع ماده نزع و دفع ضرر، شریک ممتنع را به اقتضای موقع، به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند».

بند دوم: آلودگی آب قنات و چاه

حفاظت و کنترل منابع آب و جلوگیری از آلودگی آن، اعم از آب سطحی و زیرزمینی یکی از اهداف اقتصادی بلندمدت دولت است و همچنین اثرات بهداشتی این کنترل منابع آب مدنظر است. از نظر مبانی و دستورالعمل‌های اجرایی نیز، مواظبت از آلوده شدن منابع آب متفاوت از حفاظت کیفی آب مصرفی شرب و بهداشت مردم است. کیفیت آب شرب و مصرف بهداشتی مردم در داخل شبکه آب شهری نیز باید استاندارد لازم را دارا باشد. دقت در کیفیت آب جریان‌یافته در شبکه آب شهری ماهیتاً مستقل از نظارت و کنترلی است که قبل از ورود آب شرب از منبع به داخل شبکه می‌شود. بهداشت آب شهری مسئله‌ای انکارناپذیر است و قابل اغماض و چشم‌پوشی نیست؛



در حالی که آب خام و آبی که برای آبیاری مزارع، فضای سبز، مصارف صنعتی و غیره به کار می‌رود، استاندارد متغیر و شناوری دارد و حسب شرایط کنترل نسبی اعمال می‌شود.

علل آلودگی منابع آب شناخته‌شده است و منشأ متعددی دارد. این منابع آلوده کننده را برای سهولت به دو گروه نقطه‌ای و غیرنقطه‌ای یا نفوذی تقسیم می‌کنند. منشأ آلودگی نقطه‌ای به نحوی است که با تعقیب اثر آلودگی می‌توان به آن منشأ پی برد. مثل پساب‌های صنعتی، فاضلاب‌های خانگی، پساب‌های شهری و تصفیه‌خانه‌های فاضلاب، چاه‌های جذبی فاضلاب‌ها که همه آن‌ها به‌عنوان یک منبع آلودگی به‌راحتی قابل تشخیص می‌باشند. منابع آلوده کننده نقطه‌ای به‌طور غیرمستقیم نیز ممکن است موجب آلودگی آب‌ها شوند که به‌صورت متراکم یا پراکنده در سطح زمین، یا به‌صورت زه‌آب مشاهده می‌شود. منشأ نقطه‌ای نیز ممکن است به‌صورت نفوذی به حالت جریان سطحی، یا نفوذ عمقی موجب آلودگی آب‌ها شود که تشخیص منشأ آلودگی در این صورت به‌راحتی میسر نخواهد بود.

منشأ آلودگی غیرنقطه‌ای که معمولاً تشخیص و یافتن دقیق آن بسیار مشکل است، مثل روان‌آب‌های جاری در اراضی زراعی که دارای محلولی از کودها و سموم دفع آفات نباتی می‌باشند یا جریان‌های سطحی شهرها که به منابع آب سطحی یا زیرزمینی وارد می‌شوند. مبانی حقوقی و قانونی در مورد این منشأ آلودگی نسبتاً اندک است، اگرچه اهمیت و نقش این آلودگی بسیار زیاد است.^۴

در خصوص جلوگیری از آلودگی آب‌های زیرزمینی، به‌طور خاص، اولین بار قانون «حفظ و حراست از آب‌های زیرزمینی» ۱۳۴۵ در ماده ۱۰ بیان می‌داشت: «اشخاص و مؤسسات خصوصی و دولتی طبق آیین‌نامه اجرایی این قانون موظفاند برای جلوگیری از آلوده شدن مخازن آب زیرزمینی، احتیاط‌های بهداشتی لازم را به عمل آورند و تذکرات و راهنمایی‌های مأموران وزارت آب و برق را در این زمینه رعایت و عمل نمایند».

در سال ۱۳۴۷ و با تصویب قانون ملی شدن آب، در فصل هفتم و از مواد ۵۵ تا ۵۸

۴. بورکی، استفان؛ ترجمه: مولایی، محمدحسن، پیشین، ص ۵۶.



با عنوان «جلوگیری از آلودگی منابع آب»، موادی را به این موضوع اختصاص داده است و در نهایت هم تصویب آیین‌نامه این مواد را بر عهده وزارت آب و برق با موافقت وزارت بهداشتی و وزارت کشور و وزارت منابع طبیعی و سازمان شکاربانی و نظارت بر صید قرار داده است.

بعد از انقلاب، در مواد مختلفی از قانون توزیع عادلانه آب، به موضوع آلودگی آب‌ها اعم از سطحی و زیرزمینی پرداخته شده است. در ماده ۶ (ق.ت.ع.آ) بیان می‌دارد: «صاحبان و استفاده‌کنندگان از چاه یا قنات، مسئول جلوگیری از آلودگی آب آن‌ها هستند و موظف‌اند طبق مقررات بهداشتی عمل کنند. چنانچه جلوگیری از آلودگی آب خارج از قدرت آنان باشد، مکلف‌اند مراتب را به «سازمان حفاظت محیط زیست» یا وزارت بهداشتی اطلاع دهند». همچنین بر اساس ماده ۹ قانون مذکور، در مواردی که آب شور، یا آب آلوده با آب شیرین مخلوط شود، چنانچه وزارت نیرو لازم تشخیص دهد، می‌تواند پس از اطلاع به صاحبان و استفاده‌کنندگان، مجرای آب شور یا آلوده را مسدود کند، و در صورتی که این کار از لحاظ فنی امکان‌پذیر نباشد، چاه یا مجرا را بدون پرداخت خسارت، عندالاقضاء مسدود یا منهدم سازد. چنانچه مسلم شود صاحب چاه شرایط و مشخصات مندرج در پروانه حفر و بهره‌برداری را رعایت نموده است، خسارت وارده بر صاحب چاه را وزارت نیرو جبران خواهد کرد.

در نهایت هم در ماده ۴۶ قانون مذکور، مسئولیت پیشگیری و ممانعت و جلوگیری از آلودگی منابع آب را به «سازمان حفاظت محیط زیست» محول می‌کند.

سازمان حفاظت محیط زیست مهم‌ترین نهاد دولتی صالح در امر حفاظت از محیط زیست است و وابسته به ریاست جمهوری و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است و زیر نظر شورای عالی حفاظت محیط‌زیست انجام وظیفه می‌کند.^۵

بر اساس ماده ۱ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، مصوب ۱۳۵۳ و اصلاحیه ۱۳۷۱ «حفاظت و بهبود و بهسازی محیط زیست و پیشگیری و ممانعت از هر نوع آلودگی و هر اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط زیست می‌شود، همچنین کلیه امور مربوط به جانوران وحشی و آبیان آب‌های داخلی از

۵. تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ حقوق محیط زیست در ایران، انتشارات سمت، ج اول، زمستان ۱۳۷۴، ص ۱۲۵.



سازمان حفاظت محیط زیست

وظایف سازمان حفاظت محیط زیست است.»

در صورت به وجود آمدن مسئله‌ای در امر آلودگی محیط زیست، سازمان حفاظت محیط زیست بر اساس مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مذکور این اختیار را دارد که علیه شخص متخلف، اعم از اشخاص حقوق عمومی یا خصوصی طرح دعوا کند.

در پی ماده ۴۶ (ق.ت.ع.آ)، آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب‌ها در سال ۱۳۶۴ به تصویب هیئت وزیران رسید. این آیین‌نامه به‌وسیله آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب‌ها مصوب ۱۳۷۳ هیئت وزیران به‌طور صریح ملغی گشت. در حال حاضر، مصوبه هیئت وزیران که به پیشنهاد سازمان محیط زیست در تاریخ ۱۳۷۳/۲/۱۸ به تصویب رسید، حاکم است. در این آیین‌نامه، اقدام به هر عملی که موجبات آلودگی را فراهم نماید، ممنوع است و سازمان حفاظت محیط زیست با همکاری وزارتخانه‌های نیرو، جهاد کشاورزی، بهداشت و درمان و آموزش پزشکی و سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌های ذیربط، حسب مورد نسبت به بررسی و شناسایی کیفیت آب‌های ایران از لحاظ آلودگی اقدام خواهد نمود.

بر اساس بند ۸ ماده ۱ این آیین‌نامه، آب‌های مشمول این آیین‌نامه عبارت‌اند از: کلیه آب‌های سطحی و زیرزمینی از جمله قنات، چاه‌ها و سفره آب‌های زیرزمینی و چشمه‌ها و نیز دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و نهرها و تالاب‌ها و آبگیرها و برکه‌ها که فاضلاب و مواد زاید جامد به آن‌ها تخلیه می‌شود یا در آن‌ها نفوذ می‌کند.

در آیین‌نامه مذکور، آلودگی آب این‌گونه تعریف شده است:

«تغییر مواد محلول یا معلق یا تغییر درجه حرارت و دیگر خواص فیزیکی و شیمیایی و بیولوژیکی آب در حدی که آن را برای مصرفی که برای آن مقرر است مضر یا غیرمفید سازد.»

سازمان حفاظت محیط زیست در جهت انجام وظایف خود، نسبت به حفاظت از آب‌ها موظف است طبق برنامه پیش‌بینی‌شده، از فاضلاب و مواد زاید جامد منابع آلوده‌کننده نمونه‌برداری و نوع و میزان آلودگی هریک از این منابع را مشخص نماید. در صورتی که شدت آلودگی هریک از منابع آلوده‌کننده بیش از استانداردهای موضوع



این آیین‌نامه باشد، سازمان مراتب را کتباً به مسئول مربوط اخطار خواهد نمود که در رفع آلودگی اقدام نماید. در این اخطار، به نوع آلودگی و میزان آن و همچنین مهلت رفع آلودگی که متناسب با امکانات تعیین می‌گردد، صریحاً قید خواهد شد.

از جمله دیگر قوانین که به آلودگی آب‌ها پرداخته است، می‌توان به «آیین‌نامه نحوه وصول عوارض به تناسب شدت آلودگی از کلیه واحدهایی که فاضلاب آن‌ها موجب آلودگی آب‌های سطحی و زیرزمینی می‌شود» اشاره نمود این آیین‌نامه را وزارت نیرو به استناد بند «و» تبصره ماده ۵۲ قانون بودجه سال ۱۳۷۳ در هیئت وزیران به تصویب رسانده است. در این آیین‌نامه، وزارت نیرو مجاز است در صورت اعلام آلودگی توسط سازمان حفاظت محیط زیست و عدم رفع آن در مهلت تعیین شده در آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب ۱۳۷۳، عوارضی را مطابق این آیین‌نامه دریافت و به حساب خزانه واریز نماید. در صورت اعلام وزارت نیرو مبنی بر آلودگی هر یک از واحدهای صنعتی، سازمان حفاظت محیط زیست در استان‌ها مکلف است ظرف یک ماه کیفیت و میزان آلودگی را تعیین کند و در صورت عدم رعایت استانداردها، به وزارت نیرو برای اخذ عوارض اعلام نماید و در صورتی که سازمان حفاظت محیط زیست ظرف مدت قانونی اقدام ننماید، وزارت نیرو می‌تواند رأساً نسبت به اندازه‌گیری آلودگی اقدام کند و نتیجه را به سازمان حفاظت محیط زیست اعلام نماید.^۶

همچنین هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۴/۴/۸ بنا به پیشنهاد وزارت نیرو و سازمان حفاظت محیط زیست و به استناد ماده ۱۳۴ تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، موضوع ماده ۲۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۳) آیین‌نامه اجرایی ماده یادشده را تصویب نمود. در این آیین‌نامه، تعیین حریم کیفی آب‌ها اعم از سطحی و زیرزمینی بر عهده سازمان حفاظت محیط زیست با پیشنهاد وزارت نیرو قرار داده شده است.

همچنین مسئولیت کیفی و مدنی آلاینده‌ها در ماده ۳ قانون مذکور بیان

۶. بشیری، عباس و دیگران، مجموعه قوانین و رویه قضایی آب و منابع آبی، نشر جنگل، ص ۴۵۶، چ اول، ۱۳۹۲.



سازمان اس‌واپ

شده است: «در صورتی که واحدها به آلودگی خود ادامه دهند و از پرداخت جریمه خودداری کنند، با اعلام سازمان حفاظت محیط زیست، وزارت نیرو نسبت به قطع آب و تعلیق پروانه بهره‌برداری از منابع واحد آلاینده اقدام خواهند نمود».

در خصوص آلودگی آب‌ها، علاوه بر مسئولیت‌های مدنی مقرر در قوانین و آیین‌نامه‌ها، مسئولیت کیفری نیز در ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵) پیش‌بینی شده است.

دخالت دولت در حفاظت از آب و کنترل آلودگی آن یکی از ابزارهای دستیابی به هدف کنترل و حفاظت آب‌ها از آلودگی است. دستیابی به این هدف به روش‌های چندی میسر است:

۱- ممنوع کردن تخلیه زباله‌ها و مواد زاید به منابع آب اعم از سطحی و زیرزمینی توسط دولت؛

۲- محدود کردن این‌گونه تخلیه‌ها از طریق کسب مجوز و مانند آن؛

۳- پرداخت وجه از سوی تخلیه‌کنندگان آب‌های آلوده و فاضلاب‌ها؛

۴- ناحیه‌بندی و توجه به ابزارهای کنترلی در اراضی؛

۵- تجویز میزان و مقادیر احتیاط‌آمیز برای فعالیت‌های مرتبط با زمین.^۷

گفتار سوم: وظایف و صلاحیت حفاران قنات و چاه آب

حفاران قنات و چاه آب چه اشخاص حقیقی و چه اشخاص حقوقی که و با وسایل موتورسیکلتی اقدام به حفر قنات و چاه آب می‌کنند، به دلیل سرعت و عمق بالایی که به وسیله این دستگاه‌ها حفر می‌شود، همواره مورد توجه قانون‌گذار بوده‌اند، به طوری که از همان زمان تصویب قانون ملی شدن آب ۱۳۴۷، قانون‌گذار موادی را به وظایف و صلاحیت حفاران قنات و چاه اختصاص داده است. مثلاً در ماده ۳۴ قانون ملی شدن آب، اشخاص حقیقی و حقوقی را - که حرفه آن‌ها حفاری است و با وسایل موتورسیکلتی اقدام به حفر قنات و چاه آب می‌کنند - ملزم به اخذ پروانه صلاحیت حفاری از وزارت آب و برق می‌نماید.

۷. بورکی، استفان؛ ترجمه: مولایی، محمدحسن، پیشین، ص ۵۷.



در قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱ در ماده ۱۳ آمده است: «اشخاص حقیقی و حقوقی که حرفه آن‌ها حفاری است و با وسایل موتوری اقدام به حفر چاه یا قنات می‌کنند، باید پروانه صلاحیت حفاری از وزارت نیرو تحصیل کنند و بدون داشتن پروانه مذکور، مجاز به حفاری با وسایل موتوری نخواهد بود.

اشخاص فوق‌الذکر موظف‌اند کلیه شروط مندرج در پروانه صلاحیت حفاری و پروانه حفر چاه یا قنات را رعایت کنند و در صورت تخلف، پروانه آن‌ها لغو خواهد شد. اگر بدون پروانه اقدام به حفر چاه یا قنات کنند، درمورد اشخاص حقیقی مالکین دستگاه و درمورد اشخاص حقوقی مدیران عامل شرکت‌ها و یا سازمان‌ها و مؤسسات حفاری به مجازات مقرر در ماده ۴۵ این قانون محکوم خواهند شد، و در صورت تکرار، وزارت نیرو می‌تواند با اجازه دادستانی، دستگاه حفاری را توقیف نماید. دادگاه تکلیف دستگاه حفاری را تعیین خواهد کرد».

در آیین‌نامه فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب در فصل سوم از ماده ۲۰ تا ۲۲ را به صلاحیت و تکالیف حفران اختصاص داده است. براساس این آیین‌نامه:

اشخاص حقیقی و حقوقی که طبق ماده ۱۳ قانون توزیع عادلانه آب، حرفه آن‌ها حفاری است، مکلف‌اند از وزارت نیرو درخواست پروانه نمایند و بدون داشتن پروانه، مجاز به حفاری نیستند. تشخیص صلاحیت حفاری با وسایل موتوری به عهده کمیسیون است که اعضای آن از طرف وزیر نیرو انتخاب خواهند شد، کمیسیون مزبور به تقاضای درخواست‌کنندگان رسیدگی می‌کند و در صورت احراز شرایط زیر، پروانه صلاحیت حفاری از طرف وزارت نیرو به نام متقاضی صادر خواهد شد.

۱- درمورد اشخاص حقوقی، یک نسخه اساسنامه و یک نسخه روزنامه رسمی متضمن آگهی تأسیس و آگهی انتخاب مدیران و صاحبان امضای مجاز شرکت و خلاصه تأسیس و مفاد اساسنامه شرکت و گواهی اداره ثبت شرکت‌ها مبنی بر فعال بودن شرکت و موجودیت آن در تاریخ تسلیم تقاضا و آخرین اقامتگاه قانونی به کمیسیون تسلیم گردد و درمورد اشخاص حقیقی، یک نسخه رونوشت یا فتوکپی شناسنامه و... و نشانی محل دفتر کار با اقامتگاه قانونی همراه درخواست ارائه می‌شود.



سازمان انرژی و منابع آب

۲- مالک و متصرف بودن حداقل دو دستگاه ماشین حفاری مجهز با قدرت کافی برای حفر چاه با ارائه اسناد مثبتی که لااقل یک دستگاه آن بتواند تا عمق ۲۰۰ متری حفاری نماید با متعلقات مربوطه و وسایل آزمایش پمپاژ چاه.

۳- دارا بودن کادر فنی لازم و داشتن تکنیسین حفاری به تناسب ماشین‌آلات و سیستم بایگانی منظم.

پروانه صلاحیت حفاری برای مدت سه سال صادر می‌گردد و تجدیدنظر آن منوط به بررسی مجدد طبق ضوابط فوق خواهد بود. همچنین پروانه صلاحیت حفاری قابل انتقال به غیر نیست و در صورت انحلال یا ورشکستگی شرکت یا فوت صاحب پروانه، باطل می‌گردد.

اشخاص حقیقی و حقوقی که مایل به تجدید پروانه صلاحیت حفاری خود باشند، موظفاند شش ماه قبل از انقضای مدت اعتبار پروانه، کتباً از وزارت نیرو درخواست تجدید پروانه صلاحیت نمایند.

در هنگام نقل و انتقال دستگاه حفاری، دفاتر اسناد رسمی مکلفاند بلافاصله پس از تنظیم سند انتقال دستگاه‌های حفاری، مراتب را کتباً به وزارت نیرو اطلاع دهند (اصلاحی ۱۳۶۵).

دارندگان پروانه صلاحیت حفاری موتوری مکلف به رعایت موارد زیر می‌باشند:

۱- بدون ملاحظه پروانه یا موافقت‌نامه حفر یا لایروبی چاه و رعایت مدت اعتبار آن، اقدام به حفر یا لایروبی چاه ننمایند و درمورد چاه‌های موضوع ماده ۵ قانون توزیع عادلانه آب، بدون اطلاع وزارت نیرو یا سازمان‌ها و شرکت‌های آب منطقه‌ای اقدامی به عمل نیاورند.

۲- عملیات حفاری و تجهیز چاه را باید کاملاً مطابق مشخصات مندرج در پروانه و موافقت‌نامه مربوطه انجام دهند.

۳- به محض استقرار دستگاه حفاری در محل حفر چاه، سازمان آب منطقه‌ای مربوطه را کتباً، با اشاره به شماره پروانه حفر چاه یا موافقت‌نامه موردنظر مطلع نمایند.

۴- در حین حفاری، در مواردی که وزارت نیرو یا سازمان‌های ذیربط ضروری بدانند،



از طبقات مختلف زمین نمونه‌برداری آب و خاک کنند و نمونه‌ها را به‌طور جداگانه در ظروف مناسب جمع‌آوری و پس از خاتمه حفاری به وزارت نیرو یا مراجع مربوط تسلیم نمایند.

۶- در هر چاهی که حفر می‌نمایند، روزنه‌ای به قطر حداقل سه سانتی‌متر در لوله جدار تعبیه نمایند، به‌طوری‌که اندازه‌گیری سطح آب چاه به‌وسیله عمق‌یاب ممکن باشد.

۷- به‌محض برخورد به سفره آب آرتزین فوراً مراتب را به سازمان‌ها یا شرکت‌های آب مربوطه اطلاع دهند و عملیات حفاری را برای دریافت دستورات عمل فنی و مهار کردن چاه با نصب شیر فلکه متوقف سازند.

۸- محل حفر چاه را دقیقاً با شاخص‌های تعیین‌شده در کروکی منضم به پروانه یا موافقت‌نامه منطبق و پیاده کنند و در صورت عدم تطبیق، قبل از اقدام به حفر، مراتب را به شرکت یا سازمان آب منطقه‌ای صادرکننده پروانه منعکس و کسب تکلیف نمایند. در قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه ۱۳۸۹ و آیین‌نامه مربوط به آن نیز موادی را به صلاحیت و وظایف حفاران اختصاص داده‌اند. در تبصره ۴ قانون تعیین تکلیف نیز آمده است: کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی مالک دستگاه‌های حفاری در سراسر کشور موظف‌اند از شرکت‌های آب منطقه‌ای استان‌ها مجوز فعالیت و کارت تردد دریافت کنند و سپس به حمل‌ونقل و تردد اقدام نمایند. پس از انقضای مهلت تعیین‌شده، نیروی انتظامی موظف به جلوگیری از حمل‌ونقل، یا تردد دستگاه‌های فاقد مجوز و کارت تردد می‌باشد.

همچنین وزارت نیرو موظف است با همکاری نیروی انتظامی، نسبت به توقیف دستگاه‌های حفاری متخلف به‌مدت شش ماه و حمل آن به توقفگاه (پارکینگ) با هزینه مالک آن اقدام نماید. در قانون تعیین تکلیف، رسیدگی به اعتراض مالکان در این خصوص بر عهده «کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی» است. نحوه نظارت، سامان‌دهی و شرایط احراز و ضوابط مرتبط با اسناد مثبت مالکیت دستگاه حفاری، روند رسیدگی به درخواست مالکین و سایر شروط مرتبط با صدور مجوز



فعالیت و کارت تردد به پیشنهاد شرکت مادر^۸ و پس از تصویب وزیر نیرو به شرکت لازم‌الاجرا است.

در تبصره ۱ ماده ۱۲ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف بیان می‌دارد: «تخلفات مالکان دستگاه‌های حفاری مطابق بند «ه» ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱ مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت».

نتیجه‌گیری

آب از مهم‌ترین عوامل توسعه و پیشرفت در هر کشوری است که در طبیعت به دو صورت آب‌های سطحی و آب‌های زیرزمینی وجود دارد. از گذشته‌های دور، از جمله راه‌های مهم تأمین آب در ایران، استفاده از آب‌های زیرزمینی به وسیله حفر قنات (که از ابداعات ایرانیان است) و چاه آب بوده است. با ورود تکنولوژی حفر چاه عمیق و با برداشت بی‌رویه از آب‌های زیرزمینی، به تدریج آسیب‌های مختلفی به کشور، از جمله کاهش سطح آب‌های زیرزمینی، نشست زمین، خشکی تالاب‌ها و دریاچه‌ها، ورود ریزگردها، شوری آب‌های زیرزمینی، خشک شدن قنات‌ها و چاه‌های آب مجاز و... وارد شد. همچنین، اکثر قنات‌ها که در مجاورت چاه‌ها بودند، به دلیل برداشت آب از سطوح زیرین آب‌های زیرزمینی و عدم رعایت حریم قنات و چاه‌های با سابقه بیشتر، خشک شدند یا با کاهش شدید آب روبه‌رو گشتند، بدون اینکه حقوق مکتسبه صاحبان این قنات‌ها و چاه‌ها رعایت شود.

قبل از ملی شدن آب‌ها در سال ۱۳۴۷ در ایران، آب‌ها جزء مباحات بودند و هر شخصی که با قصد تملک، قنات یا چاه آبی حفر می‌کرد، مالک آب آن می‌شد. با ملی شدن آب‌ها، ضمن حفظ حقوق مکتسبه اشخاص نسبت به مالکیت آب‌ها (قبل از سال ۱۳۴۷)، آب‌ها از زمره مباحات خارج شد و جزء مشترکات عمومی (مالکیت عمومی) و تحت اداره و نظارت دولت قرار گرفت. بعد از ملی شدن آب‌ها در سال ۱۳۴۷، جهت هرگونه بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی به وسیله حفر قنات و چاه آب، باید مجوزهای لازم را از دولت اخذ کرد. این مجوزهای بهره‌برداری، حق انتفاع از آب‌های زیرزمینی

۸. شرکت سهامی مادر تخصصی مدیریت منابع آب ایران، زیرمجموعه وزارت نیرو.



را برای مدت معین و مقدار مشخص به بهره‌بردار می‌دهد. در بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی به وسیله حفر قنات و چاه آب، رعایت حریم کمی و حریم کیفی قنات و چاه آب (به دلیل تأثیرگذاری بر سایر تأسیسات آبی) حائز اهمیت است. به همین جهت، قوانین به تعیین حریم کمی و کیفی قنات‌ها و چاه‌های آب پرداخته و روش‌های علمی و فنی را برای تعیین آن مشخص نموده است. بر اساس قواعد حقوقی و قوانین آب در ایران، در صورت ورود خسارت به حقوق بهره‌برداران قانونی از آب‌های زیرزمینی، واردکننده خسارت ملزم به جبران آن است. همچنین قانون‌گذار به دولت این اجازه را داده است که در صورت وجود ضرورت اجتماعی و پرداخت عوض عادلانه، بتواند تأسیسات آبی از جمله قنات و چاه آب را که متعلق حق اشخاص است، جهت انجام طرح‌های عمومی، عمرانی و... تملک و تصرف نماید. یکی از علل مهم افت شدید آب‌های زیرزمینی طی سال‌های اخیر، علاوه بر کاهش نزولات جوی و عدم مدیریت مصرف در بخش‌های مختلف خانگی، صنعتی و کشاورزی، حفر چاه‌های غیرمجاز و بهره‌برداری بیش از حد مجاز از چاه‌های دارای پروانه است. قانون‌گذار راهکارهای مختلفی از جمله تصویب قانون «تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه ۱۳۸۹» و نصب کنتورهای هوشمند و حجمی بر چاه‌های آب را جهت کنترل این مشکلات در دست انجام دارد.

باتوجه به بهره‌برداری‌های غیرمجاز و بیش از حد مجاز از آب‌های زیرزمینی از همان دهه ۱۳۴۰ شمسی، کشور با افت آب‌های زیرزمینی روبه‌رو گشت و باتوجه به اهمیت آب‌های زیرزمینی در حفظ شرایط اقلیمی و زیست محیطی و مسائل اقتصادی کشور، موضوع احیا و تعادل بخشی آب‌های زیرزمینی از اهمیت ویژه برخوردار است.

منابع

- ۱- بازگیر، یدالله؛ آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، چ اول، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۷.
- ۲- بورکی، استفان؛ تهیه مقررات ملی مدیریت منابع آب، مطالعه تقنینی (فائو)،



انستیتو ملی تحقیقات آبی

- ترجمه: مولایی، محمدحسن، ناشر سازمان مدیریت منابع آب ایران، چ اول، ۱۳۷۹.
- ۳- بشیری، عباس؛ و دیگران؛ مجموعه قوانین و رویه قضایی آب و منابع آبی، نشر جنگل ص ۴۵۶، چ اول ۱۳۹۲.
- ۴- بشیری، عباس؛ و دیگران؛ نظام حاکم بر حقوق کاربری آب، انتشارات جنگل، چ اول ۱۳۹۲.
- ۵- تقی‌زاده انصاری، مصطفی؛ حقوق محیط زیست در ایران، انتشارات سمت، چ اول، زمستان ۱۳۷۴.





حق حیات و تبیین شقوق آن در اسناد حقوق بشری و حقوق داخلی ایران



رضا آتیدی

وکیل پایه یک دادگستری
مدرس دانشگاه

فاطمه نصرتی

دانشجوی کارشناسی حقوق

چکیده

حق حیات اساسی‌ترین و بنیادی‌ترین حق انسانی است، حقی برای زندگی کردن. حقی که بدون وجود آن، امکان تحقق سایر حق‌ها وجود ندارد و هر امری متوقف بر آن است. اما سؤال اساسی آن است که این حق تنها برای زنده ماندن انسان اهمیت دارد یا آنکه نسبت این اصل برای کیفیت مناسب زندگی هم قابل تعمیم است؟ اسناد حقوق بشری به تفصیل از حق حیات یا حق زندگی سخن می‌گویند و با تعریف آن، شقوقی را برای آن ذکر می‌کنند؛ لذا حق حیات به دلیل شقوق گوناگون ممکن است در حالت‌های مختلف، مورد مخاطره قرار گیرد.

این تحقیق به دنبال معرفی حق حیات و معرفی شقوق مختلف آن است و به این نتیجه مهم منتج می‌شود که به دلیل گستردگی زوایای گوناگون این حق، مقصد نهایی این حق فراتر از تنها زنده بودن صرف انسان است و می‌توان حالات و زوایای گوناگونی برای آن معرفی کرد.

واژگان کلیدی: حق حیات؛ حقوق بشر؛ امنیت؛ کرامت انسانی؛ اعدام؛ توسعه پایدار



بخش اول:

تعریف حق حیات در اسناد بین‌المللی حقوق بشر

حق حیات به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشر، در اسناد مختلف بین‌المللی به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار گرفته است. این حق مبنای سایر حقوق انسانی است و بدون آن، سایر حقوق معنا و مفهومی نخواهند داشت. از آنجاکه حقوق بشر منوط به زنده بودن بشر است، حق زندگی بر حقوق دیگر اولویت دارد؛ زیرا بدون حیات، دیگر حقوق ارزش یا کاربرد ندارد. دیگر حقوق پیش‌بینی شده در اسناد بین‌المللی حقوق بشر متوقف بر این است.

لذا اهمیت آن تا بدانجا است که حتی در شرایط اضطراری نیز نمی‌توان آن را نقض کرد. درحقیقت به‌تصریح بخش دوم ماده ۴ میثاق حقوق مدنی سیاسی، حتی در موارد اضطراری کشورها نمی‌توانند به بهانه اینکه حیات و بقا و ملت در معرض تهدید است، حق حیات افراد را نقض کند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۷۹: ۱۸). در این مقاله، به بررسی انعکاس حق حیات در اسناد بین‌المللی حقوق بشر می‌پردازیم.

۱- اعلامیه جهانی حقوق بشر

اعلامیه جهانی حقوق بشر، به‌عنوان مهم‌ترین سند بین‌المللی در زمینه حقوق بشر، در ماده ۳ صراحتاً به حق حیات اشاره می‌کند و بیان می‌دارد: «هرکس حق حیات، آزادی و امنیت شخص خود را دارد.» باتوجه‌به اینکه در اصول ابتدایی اعلامیه با حق حیات روبرو می‌شویم، چنین به نظر می‌رسد بدون تبیین و اهمیت‌گذاری این اصل، تحقق سایر اصول حقوق بشر با ایراد اساسی مواجه است؛ لذا حق حیات مهم‌ترین اصل اعلامیه است.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، که در سال ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید، در ماده ۶ به حق حیات می‌پردازد. این ماده بیان می‌دارد: «هیچ‌کس نباید خودسرانه از جان محروم شود.»

لذا باتوجه‌به اطلاق موجود در این مواد، چنین به نظر می‌رسد که هرگونه سلب و



محدودیت در اعمال این حق، برخلاف روح کلی حقوق بشر است.

۲- سایر اسناد بین‌المللی

علاوه بر این دو سند، حق حیات در اسناد بین‌المللی دیگری نیز مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله این اسناد می‌توان به کنوانسیون منع شکنجه و سایر مجازات‌های غیرانسانی، ظالمانه و تحقیرآمیز، کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل الحاقی آن در مورد تجارت کودکان، فحشا و پورنوگرافی کودکان و کنوانسیون مربوط به منع یا محدود کردن استفاده از برخی سلاح‌های متعارف که می‌توانند صدمات بیش از حد یا زجر و درد غیرضروری ایجاد کنند، اشاره کرد.

۳- تعریف حق حیات

حق حیات به معنای به رسمیت شناختن انسان برای زندگی است. هیچ کس نمی‌تواند انسان را از این حق برتر محروم نماید. اما معنای این حق صرفاً به معنای زنده ماندن نیست، بلکه شامل حق برخورداری از زندگی با کرامت انسانی نیز می‌شود. شقوق مختلف این حق عبارت‌اند از:

الف- حق بر سلامت (The right to health)

هر کس حق دارد از بالاترین سطح سلامت جسمی و روانی که با توانایی‌های او سازگار باشد، برخوردار شود (عباسی، ۱۳۹۳: ۱۸۴). این حق تمام خدمات پزشکی، بهداشت عمومی، غذای کافی، مسکن مناسب، محیط کار سالم و محیط زیست تمیز را در بر می‌گیرد (عباسی، ۱۳۹۳: ۱۸۵). ماده ۱۲ کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مؤثر در این تعرف است و بدان اشاره می‌کند.

ب- حق بر امنیت (The right to security)

هر کس حق دارد در امنیت و آزادی و بدون ترس و خشونت زندگی کند. امنیت به معنای فقدان تهدید نسبت جان، سلامت روان و «دارایی‌ها و ارزش‌ها است» (اسماعیلی، ۱۳۹۷: ۸). این اصل بدون وجود اصل «فرض بی‌گناهی» یا «اصل برائت»



فصلنامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

معنایی نخواهد داشت و نمی‌تواند متضمن اصل آزادی باشد (اسماعیل پور، ۲۰۱۴: ۸۳). میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۶ و ۷ هرگونه سلب حیات خودسرانه و شکنجه یا مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز را ممنوع اعلام می‌کند.

ج- حق بر آزادی (The right to liberty)

هرکس حق دارد آزادانه زندگی کند، حرکت کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید. گستردگی این اصل به حدی است که مصادیق گوناگونی برای آن وجود دارد و تحقق بسیاری از اصول بر آن متوقف است؛ لذا اعمال محدودیت بر آن اگر موجبات تضییق این حق را ایجاد کند، حتی به صورت قانونی نیز مشروع نخواهد بود (رضوانی، ۱۳۹۵: ۸۵). مثلاً اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۱۳ حق آزادی رفت‌وآمد را به رسمیت می‌شناسد.

د- حق بر برابری (The right to equality)

هرکس حق دارد بدون هیچ‌گونه تبعیضی، از جمله تبعیض نژادی، قومی، مذهبی، جنسی یا ملی، از حق حیات برخوردار شود. بدون وجود این حق، به رسمیت شناختن حق‌های قانون اساسی برای شهروندان کشور امکان‌پذیر نخواهد بود. با قبول این حق، قوانین داخلی به دنبال اجرایی کردن سایر حق‌ها خواهند بود (یوسفی راد، ۱۳۹۷: ۶۵). میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ میلادی، در ماده ۶ حق حیات را اینگونه تبیین می‌نماید: «هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه از زندگی محروم کرد» که این مسئله نشان از برابری تمام افراد در رابطه با حق بر حیات دارد.

با بررسی بعضی از اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشری، مصادیق دیگری از حق حیات ذکر شده است که شاید از باب بیان کلیات به مانند موارد فوق نباشد، لکن از بابت تذکر بدان‌ها اشاره می‌شود:

- حق بر ممنوعیت استفاده از کودکان در جنگ (ماده ۳۸ کنوانسیون حقوق کودک)

- ممنوعیت استفاده از سلاح‌های کشتار جمعی

- حق بر ممنوعیت قاچاق انسان (کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان مصوب

(۱۹۵۹)



۴- محدودیت‌های حق حیات

به نظر می‌رسد علی‌رغم آنکه اسناد حقوق بشری به دنبال اطلاق این حق هستند و تمایل بدان دارند، لکن در بعضی از کشورها این حق با تضيیقاتی مواجه شده و آن را انگاره‌ای غیرمطلق می‌دانند و در برخی موارد ممکن است این حق دچار محدودیت شود. از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

* مجازات اعدام: در برخی کشورها، مجازات اعدام برای جرایم بسیار سنگین، مانند قتل عمد یا مواد مخدر یا تروریسم، خیانت به مملکت، جاسوسی، نسل‌کشی و جنایات جنگی و آدم‌ربایی و راهزنی با رعایت شرایط قانونی و قضایی اعمال می‌شود (رایجان، ۱۳۸۳: ۷۷). در این مجازات، زندگی یک انسان سلب می‌شود و شاید بتوان چنین گفت که با اعمال آن، تحقق هدف نهایی اصلاح مجرم اساساً منتفی است. لذا بازگشت مجرم به اجتماع امکان‌پذیر نیست و شاهد حذف مجرمان خواهیم بود.

* دفاع از جان: هرکس حق دارد در برابر خطر قریب‌الوقوع مرگ، از جان خود یا دیگران دفاع کند. در وهله نخست، دفاع از افراد بر عهده دولت است و افراد حق دفاع مستقیم ندارند؛ لکن در صورتی که رفع تجاوز از سوی دولت امکان‌پذیر نباشد، مقنن تحت شرایطی حق دفاع را به افراد می‌دهد. چنانچه این دفاع حایز شرایط قانونی باشد، دفاع مشروع نامیده می‌شود (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۱۷۳).

* عملیات جنگی: در زمان جنگ، ممکن است در اثر درگیری‌های مسلحانه، جان انسان‌ها به خطر بیفتد. حسب کنوانسیون اول ژنو، توجه به حقوق جنگ از آن چنان اهمیتی برخوردار است که حقوق مجروحان و آسیب‌دیدگان را مورد توجه ویژه قرار می‌دهد. جنگ مجموعه عملیات و اقدامات قهرآمیز مسلحانه است که در چارچوب مناسبات کشورها روی می‌دهد و موجب اجرای قواعد خاصی در کل مناسبات آن‌ها با یکدیگر و کشورهای ثالث می‌شود (ضیایی بیگدلی، ۱۹۸۶: ۴۷).



فصلنامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

بخش دوم:

اول - مسئولیت دولت‌ها

دولت‌ها موظفاند برای حمایت از حق حیات، از هیچ عملی فروگذار نباشند. در تحقق این حق، دولت‌ها علاوه بر برقراری امنیت و صلح در جامعه، وظایفی همچون سرمایه‌گذاری در آموزش و پرورش، تأمین کالاهای عمومی و تنظیم بهینه آثار خارجی را بر عهده دارند (وحیدی، ۱۴۰۰: ۱۲) این اقدامات شامل موارد زیر می‌شود:

* وضع قوانین و مقررات لازم برای حمایت از حق حیات

* تضمین امنیت جانی افراد

* ارائه خدمات بهداشتی و درمانی مناسب

* پیشگیری از خشونت و جرم

* مبارزه با تروریسم

دوم - نقش سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی مانند شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز در زمینه حمایت از حق حیات فعالیت می‌کنند. این سازمان‌ها به رصد وضعیت حقوق بشر در کشورهای مختلف می‌پردازند و در صورت نقض حق حیات، به دولت‌ها تذکر می‌دهند و اقدامات لازم را انجام می‌دهند.

* کنوانسیون منع شکنجه و مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز: این کنوانسیون هرگونه شکنجه یا رفتار یا مجازات ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز را در هر شرایطی ممنوع اعلام می‌کند. با توجه به ممنوعیت مطلق هرگونه شکنجه، به نظر می‌رسد تمام مصادیق آن ممنوع باشد؛ لذا شکنجه حسب کنوانسیون سال ۱۹۸۴ غیراخلاقی و برخلاف کرامت انسانی است (میرعباسی، ۱۳۹۹: ۱۸۴).

* کنوانسیون حقوق کودک: این کنوانسیون حق حیات و بقا را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی کودکان به رسمیت می‌شناسد و دولت‌ها را موظف می‌کند اقدامات لازم را برای حفظ این حق انجام دهند. لذا حمایت و توجه به حقوق کودکان تا سن



هجده سالگی از وظایف کشورها است.

علاوه بر اسناد مذکور، در بسیاری از معاهدات و اعلامیه‌های بین‌المللی دیگر نیز به حق حیات اشاره شده است که این امر نشان‌دهنده اهمیت این حق در نظام بین‌المللی حقوق بشر است. لذا حق حیات مطلق نیست و در برخی موارد، مانند مجازات اعدام یا دفاع از جان، ممکن است محدود شود. دولت‌ها موظفاند از حق حیات همه افراد تحت صلاحیت خود، صرف‌نظر از نژاد، مذهب، ملیت یا هر وضعیت دیگری، حمایت کنند. نقض حق حیات یک جرم بین‌المللی محسوب می‌شود و مرتکبان آن باید پاسخگو باشند (آییدی، ۱۴۰۰: ۲۳۰).

سوم - حق حیات در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با تأکید بر اصول بنیادین مانند کرامت انسانی و آزادی توأم با مسئولیت، حق حیات را به‌عنوان یکی از حقوق اساسی بشر به رسمیت شناخته و از آن در برابر تعرض و تجاوز حمایت می‌کند. این حمایت در قالب اصول مختلف قانون اساسی، از جمله اصول ۲، ۲۲، ۳۸، ۵۹ و ۱۵۹، متجلی شده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توجه ویژه‌ای به حق حیات به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشر دارد، لکن در مقایسه با اسناد بین‌المللی، برخی از شقوق این حق به‌طور کامل مورد توجه قرار نگرفته است. برخی از موارد قابل ذکر عبارت‌اند از:

۱- حق مرگ با عزت: در قوانین ایران، مفهوم «مرگ با عزت» به‌طور کامل تعریف و تبیین نشده است و در این زمینه، خلأ قانونی وجود دارد. در حالی که در برخی اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت (مصوب ۲۰۰۶)، بر حق انتخاب نحوه مرگ با عزت و احترام به خواسته‌های فرد در این زمینه تأکید شده است، در قوانین ایران به این موضوع به‌طور خاص پرداخته نشده است و به نظر می‌رسد باتوجه به منشأ الهی حق حیات در اسلام و اعطای آن به انسان، تحقق چنین امری با ایراد مواجه باشد (آگاه، ۱۳۸۲: ۱۱۶).

از سوی دیگر، از موارد مهم دیگر می‌توان به حق بر ممنوعیت مجازات اعدام برای



افراد دارای معلولیت ذهنی در راستای موارد فوق نیز اشاره نمود (اعلامیه حقوق افراد کم‌توان ذهنی ۱۹۷۱ و حقوق افراد دارای معلولیت ۱۹۷۴ و پیمان‌نامه حقوق کودک ۱۹۸۱) (کمالی، ۱۳۸۳: ۱۲).

۲- حق بر سقط جنین: در قوانین ایران، سقط جنین به‌طور کلی جرم تلقی می‌شود و مجازات‌های سنگینی برای آن در نظر گرفته شده است. در حالی که در برخی اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان، به حق زنان در دسترسی به خدمات بهداشتی امن و قانونی سقط جنین در شرایط خاص اشاره شده است، در قوانین ایران، این حق به‌طور کامل به رسمیت شناخته نشده است (نصرتی، ۱۴۰۰: ۱۰۹).

۳- حق بر ممنوعیت اعدام افراد زیر سن قانونی: در قوانین ایران، مجازات اعدام برای برخی جرایم سنگین در سنین پایین‌تر از ۱۸ سالگی نیز قابل اجرا است. در حالی که در اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون حقوق کودک، اعدام افراد زیر سن قانونی به‌طور مطلق ممنوع شده است، در قوانین ایران این ممنوعیت به‌طور کامل اعمال نمی‌شود.

۴- حق بر ممنوعیت مجازات اعدام برای جرایم غیرسیاسی: در قوانین ایران، مجازات اعدام برای برخی جرایم غیرسیاسی مانند جرایم اقتصادی یا مواد مخدر نیز قابل اجرا است. در حالی که در برخی اسناد بین‌المللی مانند پروتکل دوم الحاقی به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مجازات اعدام به‌طور کلی برای جرایم غیرسیاسی ممنوع شده است، در قوانین ایران این ممنوعیت اعمال نمی‌شود. لذا با مذاقه در قوانین داخلی ایران، تنها موارد زیر در قوانین بالادستی ایران مورد توجه قرار گرفته است.

۱- مصونیت جان اشخاص

اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌طور صریح جان اشخاص را از تعرض مصون می‌دارد و هرگونه تجاوز به آن را ممنوع اعلام می‌کند. این اصل بیان



می‌دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند.»

۲- ممنوعیت سلب حیات خودسرانه

مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی، از جمله اصول موجود در فصل حقوق ملت و اصل مهم برائت که در اصل ۳۷ قانون اساسی منعکس است و تأکید نویسندگان قانون اساسی در قانونی بودن اصل مجازات و تأکید اصل ۳۶ قانون اساسی، سلب حیات به صورت خودسرانه در قانون اساسی ممنوع است.

۳- حق حیات در دادرسی عادلانه

مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی از جمله بند ۱ و ۱۴ اصل سوم قانون اساسی و اصل ۱۴ و اصل ۱۹ قانون اساسی و ۲۰ که حقوق افراد را اعم از زن و مرد مورد حمایت یکسان خود قرار می‌دهد، و در اصل ۲۲ این حقوق را مصون از تعرض دانسته، و با گنجانیدن اصل ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حق حیات را در دادرسی عادلانه مورد تأکید قرار می‌دهد، به نظر می‌رسد حق حیات در قانون اساسی مورد تأکید است.

۴- ممنوعیت شکنجه

اصل ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شکنجه را به هر شکلی که باشد، ممنوع اعلام می‌کند. این اصل بیان می‌دارد: «هرگونه شکنجه برای وادار کردن افراد به اقرار یا کسب اطلاع از آن‌ها یا دیگران ممنوع است.»
ایران به عنوان عضوی از جامعه بین‌الملل، موظف به رعایت تعهدات خود در قبال این اسناد و احترام به حق حیات افراد است.



نتیجه‌گیری

حق حیات به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشر، از ابتدای خلقت انسان همراه او بوده است و در زمره مهم‌ترین حقوقی است که در اسناد مختلف بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها به رسمیت شناخته شده است. این حق، اساس و پایه سایر حقوق بشر را تشکیل می‌دهد و بدون آن، دیگر حقوق معنا و مفهومی نخواهند داشت.

حق حیات به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشر، در اسناد مختلف بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار گرفته است. این حق شامل مصونیت از قتل و سلب حیات به ناحق، حق بر سلامت و بهداشت، حق بر امنیت و آزادی از ترس و خشونت، و سایر حقوقی می‌شود که برای حفظ و تداوم حیات انسان ضروری هستند.

در حالی که حق حیات در اسلام و حقوق بین‌المللی به‌عنوان یکی از حقوق بنیادی بشر شناخته می‌شود، در برخی از مبانی و تفسیرها بین این دو دیدگاه تفاوت‌هایی وجود دارد. این تفاوت‌ها ناشی از تفاوت در مبانی فکری و فلسفی اسلام و حقوق بین‌المللی است. با وجود این تفاوت‌ها، هر دو دیدگاه بر ضرورت حفظ حیات انسان و احترام به کرامت انسان تأکید دارند.

دولت‌ها وظیفه دارند از حق حیات افراد در برابر تجاوزات و تعدیات محافظت کنند. این وظیفه شامل اقداماتی مانند وضع قوانین و مقررات مناسب برای حمایت از حق حیات، تعقیب و مجازات مجرمان، و ایجاد شرایطی امن و سالم برای زندگی افراد می‌شود.

با وجود به رسمیت شناخته شدن حق حیات در اسناد مختلف بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها، این حق در بسیاری از نقاط جهان مورد تهدید قرار دارد. از جمله چالش‌های پیش‌روی حق حیات می‌توان به جنگ و درگیری، خشونت و تروریسم، فقر و گرسنگی، و بیماری‌ها اشاره کرد.

حفظ و تداوم حق حیات نیازمند تلاش‌های همه‌جانبه از سوی دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، و مردم است. همه ما باید برای ایجاد جهانی امن و عاری از خشونت تلاش



کنیم تا حق حیات همه انسان‌ها در سراسر جهان به طور کامل به رسمیت شناخته شود و مورد حمایت قرار گیرد.

منابع

- آیبیدی، رضا؛ حقوق بشر، نشر آوای حق، ۱۴۰۰؛
- عباسی، محمود؛ رضایی راحله، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، مجله علمی-پژوهشی حقوق پزشکی، دوره ۸، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۹۳؛
- اسماعیلی، محسن؛ «حق بر امنیت و همگانی بودن آن»، مجله فقه حکومتی، دوره ۳، شماره ۵، ۱۳۹۷؛
- اسماعیل پور، حامد؛ شریعت باقری محمدجواد؛ کاوش در مفهوم و جایگاه حق آزادی و امنیت شخصی، مجله حقوقی دادگستری ۲۰۱۴ دوره ۷۸، شماره ۸۶، تابستان ۱۳۹۳؛
- رضوانی، سیدحسین؛ «حق آزادی بیان و مسئولیت‌های بین‌المللی کشورها در قبال آن» فصلنامه سیاست خارجی، سال سی‌ام، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵؛
- یوسفی‌راد، فرشید؛ «مطالعه حق برابری و تبعیض در نظام حقوقی ایران»، پرتال جامع علوم انسانی، شماره ۳۳، ۱۳۹۷؛
- رایجان اصلی، مهرداد؛ جایگاه کیفر مرگ در جهان، مجله پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۳؛
- اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق جزای عمومی، جلد ۱، تهران، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۴؛
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ «نگاهی اجمالی به حقوق جنگ»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶، دوره ۶، سال ۱۹۸۶؛
- وحیدی، حامد؛ «وظایف دولت در قبال شهروندان»، دنیای اقتصاد، ش ۱۴۹۹، سال ۱۴۰۰
- میرعباسی، سیدباقر؛ «بررسی ضمانت‌های منع شکنجه در اسناد حقوق بشری و



مقایسه با قوانین ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱، سال ۱۳۹۹؛
- نصرتی، فاطمه و همکاران؛ «مروری بر مفهوم و ابعاد مختلف سقط جنین در اسناد
بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه نوید نو، دوره ۲۴، شماره ۷۷، خرداد ۱۴۰۰؛
- کمالی، محمد؛ «حقوق بشر و ناتوانی»، مجله رفاه اجتماعی، شماره ۱۳، دوره ۴،
سال ۱۳۸۳.





بازخوانی پرونده کیفری زنای به عنف



رحمت اله نصیرپور
وکیل پایه یک دادگستری
مدرس دانشگاه

مشروح پرونده

شاکیه خانم زهرا (ب) در تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۱۲ مبادرت به طرح شکایت تحت عناوین اتهامی زنای مرد محصن با غیر محصنه، ازاله بکارت و تعدی و تجاوز به ناموس مردم به طرفیت آقای مهدی (ز) نموده است بدین شرح که متهم علیرغم داشتن همسر رسمی و دائمی با وعده ازدواج، شاکي را به منزل خود واقع در روستا برده و به ایشان تجاوز نموده است و باعث ازاله‌ی بکارت ایشان شده است و ضمن شکایت از متهم و تقاضای مجازات وی، تقاضای مهرالمثل را نیز نموده است.

با طرح شکایت مذکور، پرونده به دادگاه کیفری یک استان ارجاع می‌گردد.

- شاکیه در اظهارات خود بیان می‌دارد: «حدود دو سال با متهم رفیق بوده است. قبل از ارتباط نمی‌دانسته که وی متاهل می‌باشد و با وی رفاقت نموده که منجر به ازدواج گردد. ولی بعداً متوجه شده که وی متاهل می‌باشد. متهم شاکیه را دعوت نموده که با ماشین متهم به روستا برود و شاکیه هم با وی رفته و در داخل منزل پدری متهم در سال ۱۴۰۰ با او رابطه برقرار نموده است که منجر به ازاله‌ی بکارت شده و به دلیل ترس از خانواده دیر اقدام به طرح شکایت نموده است.»



- شاکیه در ادامه اظهارات خود بیان داشته است: «از سال ۱۴۰۰ با متهم در ارتباط بودم و چند ماه بعد متوجه شدم متاهل است. می گفت جدا از همسرش زندگی می کند و دیر شکایت کردم به خاطر این بود که امید به ازدواج با وی داشتم.

ارتباط از تابستان ۱۴۰۰ شروع شده و تا برج ۷ یا ۸ سال ۱۴۰۱ ادامه داشته است.»

- شاکیه در پاسخ به سوال دادگاه در مورد تعداد دفعات روابط جنسی چنین پاسخ داده است: «به دفعات بوده است. مقدار آن یادم نمی آید. آخرین بار ۵ یا ۶ ماه پیش ارتباط داشتم. هفته ای دو بار بوده است. از جلو و عقب رابطه برقرار شده است.»

- پزشکی قانونی در پاسخ به استعلام ماخوذه اظهار داشته است: «در معاینه دبر علائمی دال بر مقاربت مشهود نمی باشد. پرده بکارت قابل اتساع حلقوی و مدخوله می باشد.»

- متهم در پاسخ به عناوین اتهامی مطروحه و در مقام دفاع ابراز داشته است: «تجاوز را قبول ندارم. در رابطه بوده ایم. شاکیه بارها درخواست وجه نقد می نمود. فایل صوتی از وی دارم. من لفظی صیغه موقت خواندم. با وی رابطه داشته ام ولی دختر نبوده است. از جلو در حد ۳ یا ۴ بار با رضایت خودش رابطه داشته ایم...»

مدت رابطه (عقد) ۲۴ ساعت بوده... تا حالا مبلغ ۲۰ میلیون تومان پول داده ام.»

- شاکیه در اظهارات خویش، این موضوع را قبول نداشته و ابراز می دارد: «هیچ عقدی

خوانده نشد. آرام بخش داده و این کار را کردند ... و در حال این کار، مست بودند.»

قابل توجه است که شاکیه در جریان رسیدگی، به پیام های رد و بدل شده فیمابین در جهت اثبات ازالهی بکارت توسط متهم متوسل شده است.

این در حالی است که متهم مدعی است برخی از پیام های واسط که حاکی از رضایت و تمایل شاکیه بر برقراری رابطه جنسی بوده و نیز پیام هایی که به موجب آن شاکیه کراراً درخواست واریز وجوه نقدی از متهم نموده و نیز شماره کارت ارسالی، از میان پیام ها حذف گردیده است.

بنا بر اظهار متهم، پیام های ناظر به عمل جراحی که شاکیه آن را به عنوان عمل جراحی جهت ترمیم پرده بکارت خویش وانمود ساخته، مربوط به عمل زیبایی بینی شاکیه بوده است.



همچنین متهم در جریان تحقیقات، کراً بر وجود رابطه شرعی و انعقاد صیغه محرمیت در قالب عقد موقت تاکید ورزیده است و با وجود آنکه بنا به نص ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی و به رغم عدم لزوم ارائه بینه یا سوگند، در این راستا و در اثبات ادعای زوجیت، به اظهارات شهود و مطلعین نیز متمسک گردیده و مبادرت به تعرفه‌ی شهود نموده است. وکیل متهم، متعاقب ابلاغ اعلام ایرادات از سوی دادگاه رسیدگی کننده، اخذ اظهارات شهود را در رسیدگی و محاکمه موثر در مقام اعلام نموده و نقص تحقیقات را از این منظر مورد تذکار واقع ساخته و احضار و استماع شهادت شهود را در خصوص شناسایی پیشینه و چگونگی روابط فیما بین متهم و شاکیه تقاضا نموده است.

متعاقباً دادگاه محترم رسیدگی کننده، جلسه رسیدگی جهت استماع گواهی گواهان تشکیل نمود و شهود و مطلعین از جمله همسر متهم و نیز دوستان خانوادگی وی به طرح مراتب گواهی خود در پرونده اقدام نمودند. (شهود بر اقرار شاکیه مبنی بر آنکه زوجه در عقد موقت زوج بوده است.)

التهایه دادگاه محترم علی رغم ادعای زوجیت از سوی متهم و با وجود انتفای عنف در رابطه فیما بین و شهادت شهود، مبادرت به ارجاع امر به کارشناس در جهت تعیین مهرالمثل نموده و کارشناس مرجوع الیه، مهرالمثل شاکیه را به جهت ازاله‌ی بکارت مبلغ یک میلیارد و چهارصد و پنجاه میلیون تومان تعیین نموده است.

وکیل متهم در فرجه قانونی ضمن اعتراض به نظر کارشناس، با ارسال لایحه‌ای خطاب به دادگاه محترم رسیدگی کننده، انتساب اتهام به متهم را مورد انکار واقع ساخته و چنین مرقوم نموده است که: هیچ دلیلی بر تحقق ازاله‌ی بکارت از سوی متهم در پرونده، منعکس و موجود نیست و متهم مدعی انعقاد عقد زوجیت موقت با شاکیه گردیده و شهود بر اقرار شاکیه نیز در این رابطه، مراتب گواهی خود را مبنی بر وجود عقد مزاجت فیما بین اشعار داشته‌اند و با این وصف، ارجاع امر به کارشناس در جهت تعیین مهرالمثل از توجیه قضایی برخوردار نیست. لیکن با عنایت به وصول نظریه کارشناس و در مقام تاکید بر انکار اتهام موکل و عدم مداخلت وی در ازاله‌ی بکارت و فقدان دلیل در این خصوص، ناچاراً و بنا به درخواست متهم، مراتب اعتراض به نظریه کارشناسی تقدیم



می‌گردد. با تاکید بر اینکه اعتراض به نظریه کارشناس در خصوص میزان مهرالمثل، حاکی از پذیرش اصل موضوع (ازالهی بکارت) نبوده و نیست. متعاقب اعتراض به نظر کارشناس اولیه و ارجاع امر به هیات کارشناسان، مهرالمثل شاکیه به مبلغ یک میلیارد و چهل میلیون تومان تقلیل یافت. در این مجال، وکیل متهم با ارسال لایحه‌ای به شرح ذیل خطاب به دادگاه محترم رسیدگی کننده، بر مراتب انعقاد عقد زوجیت موقت فیما بین طرفین، تعاملات طولانی مدت شاکیه با متهم، سایر قرائن، امارات و شواهد که حاکی از رضایت و تمکین شاکیه بوده از جمله تهیه مکان از سوی شاکیه برای خلوت، و نیز عدم انتساب ازالهی بکارت به متهم و انتفای عنف در رابطه فیما بین و النهایه عدم تعلق مهرالمثل به شاکیه در شرایط مطروحه تاکید ورزیده است و در مقام دفاع، چنین مرقوم نموده است که:

ریاست و مستشاران عالی رتبه شعبه ... دادگاه کیفری یک استان قم با سلام و احترام؛

نظر به پرونده کلاسه مطروحه موضوع اتهام آقای مهدی (ز)، از آنجا که آن دادگاه محترم در جهت تعیین مهرالمثل، امر را به کارشناس ارجاع نموده، با تاکید بر مراتب پیش گفته مبنی بر عدم تعلق مهرالمثل به شاکیه، بدینوسیله در تاکید و تکمیل مطالب پیش گفته، به طور مستند و مبسوط، مراتب ذیل مرقوم و تقدیم حضور می‌گردد:

۱- همانگونه که در دفاعیات به طور مبسوط به آن پرداخته شد، طرفین قریب به دو سال در ارتباط بوده و حسب الاظهار موکل، برخی موارد خلوت ایشان در منزل مادر بزرگ شاکیه بوده و در جریان طرح این موضوع از سوی موکل در دادگاه، شاکیه نیز انکاری نسبت به این موضوع ننمود و موکل آمادگی دارد با ذکر جزئیات، وضعیت محل را در جهت اتقان مقام محترم قضایی گزارش نماید تا عنداللزوم، ضمن معاینه و بررسی محل، با دستور مقام محترم قضایی، صحت سنجی ادعای موکل انجام و حقیقت امر، مبرهن گردد.

۲- موکل، ادعای زوجیت با شاکیه را مطرح نموده و در این راستا به شهادت شهود بر



اقرار استناد نموده و شهود نیز به طرح مراتب گواهی خود پرداختند! این در حالیست که توجهاً به ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی، "هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می‌شود؛ مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود" که در مانحن فیه نه تنها شاکیه دلیلی بر خلاف ادعای موکل ارایه نموده، بلکه این متهم بوده است که بر علاوه بر ادعای مطروحه، و به رغم عدم لزوم در ارایه بینه و یا سوگند، دلایلی را نیز بر ادعای خود در جهت تحکیم واقع، ضم نموده است! و عنداللزوم حاضر به ادای سوگند نیز می‌باشد.

۳- ادعای ازاله بکارت از سوی شاکیه توسط موکل، مستند به هیچ گونه دلیلی نبوده و نیست و صرفاً در حد یک ادعا و انتساب بلاذلیل، باقی مانده است. ضمن اینکه ازاله بکارت، در هر زمان و به هر دلیل دیگری غیر از دخول آلت تناسلی، ممکن است! با تاکید بر این نکته که موکل، شدیداً منکر رابطه دخولی و ازاله بکارت از شاکیه است و تمسک شاکیه به پیام‌های رد و بدل شده نیز، متضمن این معنا و اثبات ادعای وی نیست؛ چرا که: اولاً- پیام‌های واسط، حذف شده و کاملاً مشخص و مبرهن است که پیام‌ها به صورت گزینشی ارایه شده است! و این پیام‌ها بدون پیام‌های واسط، ناقل منظور طرفینی و کاشف از ربط موضوع نیست تا بتواند قابل استناد باشد!

ثانیاً- بنا بر اظهار موکل، پیام استنادی وکلای ایشان مبنی بر جراحی، ناظر به عمل جراحی بینی شاکیه بوده است.

۴- ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی، تعلق مهرالمثل و ارش البکاره را مختص زنا به عنف و در حکم آن دانسته و اشعار داشته است: در موارد زنا به عنف و در حکم آن، در صورتی که زن باکره باشد مرتکب علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل نیز محکوم می‌شود و در صورتی که باکره نباشد، فقط به مجازات و پرداخت مهرالمثل محکوم می‌گردد.

از دیگر سو ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی، نیز اشعار داشته: هر گاه ازاله بکارت غیر همسر با مقاربت یا هر وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد، موجب ضمان مهرالمثل است.



تبصره ۱ این ماده نیز تاکید می‌دارد: هر گاه ازاله بکارت با مقاربت و با رضایت صورت گرفته باشد، چیزی ثابت نیست.

و لذا فی الجمله، تعلق مهرالمثل، منوط به: الف- تحقق زنا ب - مستلزم عنف بودن زنا و ج- اثبات مراتب یاد شده است! که در مانحن فیه هیچ ادله شرعیه در این خصوص ارایه نشده است!

مشهور فقهای شیعه، زنی را که مجبور به زنا شده است مستحق مهرالمثل می‌دانند و از این مهریه به نام "عقر" یاد می‌کنند. و آنچه در غصب فرج زن باکره (ابن ادریس، سرائر، ص ۲۱۶) ملاک است تحقق عنف و اکراه بر وی است!

جالب توجه اینکه با توجه به شواهد و قراین، حتی صرف نظر از ادعای زوجیت و دلایل و شواهد ارایه شده که در ادنی درجه، موجب حاکمیت شبهه (قاعده درأ در شرع انور و در لسان قانونگذار درمادتین ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی) است، آنچه به ذهن متبادر می‌گردد، علم به تمکین شاکیه - مفروض بر باور به تحقق ازاله- بیشتر جلوه‌گر است! که باز هم تشرف به بحث تعلق مهرالمثل را منتفی می‌سازد!

و لذا با انتفای عنف، حکم به مهرالمثل، و تمهیداً ارجاع امر به کارشناس در جهت تعیین مهر المثل از وجاهت شرعی و قانونی برخوردار نیست! و نمونه آرای دیوان عالی کشور (پیوست) در این خصوص محل تامل و توجه است!

۵- توجهاً به مادتین ۱۴ و ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری، و نیز مفاد رای وحدت رویه شماره ۵۸۲-۱۳۷۱.۱۲.۲۳ در لزوم طرح دادخواست مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم به محکمه کیفری، ورود دادگاه به صرف درخواست مطالبه مهرالمثل، با محمل قانونی مواجه نبوده و این ایراد موثر شکلی نیز مورد امعان نظر است؛ اگرچه با عنایت به دفاعیات مبسوط ماهوی، اصل بحث، محل مناقشه بوده و از انتفای موضوعی برخوردار است! با عنایت به مراتب مذکور، ترتب شکلی و ماهوی و بالنهاییه اتخاذ تصمیم قانونی در راستای دفاعیات مطروحه مورد استدعاست.



بالنهاییه دادگاه محترم کیفری یک استان قم ضمن اعلام ختم رسیدگی، به شرح ذیل مبادرت به صدور رای برائت متهم از اتهام زنای به عنف نموده و لیکن از باب اتهام متهم در حد زنا، وی را به تحمل صد ضربه شلاق حدی و پرداخت مبلغ یک میلیارد و چهل میلیون تومان بابت مهرالمثل در حق شاکیه و از بابت تکمیل مجازات به اقامت اجباری به مدت دو سال در شهرستان خورموج محکوم نمود.

متن دادنامه صادره، با رعایت کامل امانت و بدون اعمال نکات ویرایشی، عیناً و بدون هرگونه تغییر و تصحیح، چنین است:

دادنامه بدوی

”درخصوص اتهام آقای مهدی (ز) فرزند (الف) با وکالت آقای رحمت اله نصیرپور دایر بر زنای به عنف موضوع شکایت خانم زهرا (ب) با وکالت ... بدین شرح که شاکیه و وکلای وی با طرح شکایتی اعلام نموده‌اند که متهم علی رغم داشتن همسر رسمی و دائمی با وعده ازدواج شاکیه را به منزل خود واقع در روستا برده و به ایشان تجاوز نموده است و باعث ازاله بکارت ایشان شده است لذا ضمن شکایت از متهم و تقاضای مجازات وی تقاضای مهرالمثل را نیز نموده است که پرونده در ۱۳/۱۲/۱۴۰۱ به شعبه ... دادگاه کیفری یک ارجاع می‌گردد شاکیه به همراه وکیل خود در شعبه حاضر و اظهار می‌دارد یکی دو سال با متهم رفیق بوده قبل از ارتباط نمی‌دانسته که وی متاهل می‌باشد با وی رفاقت نموده که منجر به ازدواج گردد ولی بعد متوجه شده که وی متاهل می‌باشد متهم شاکیه را دعوت نموده که با ماشین متهم به روستا برود و شاکیه هم با وی رفته و در داخل منزل پدری متهم در سال ۱۴۰۰ با وی رابطه برقرار نموده است که منجر به ازاله بکارت وی شده به دلیل ترس از خانواده دیر اقدام به طرح شکایت می‌نماید بعد از حضور متهم در شعبه دادگاه در مورخه ۰۶/۰۲/۱۴۰۲ ابتدا منکر ارتباط با شاکیه شده لیکن در طی ادامه تحقیق اعلام می‌کند که من با شاکیه رابطه جنسی داشته‌ام ولی با رضایت خودش بود و وی دختر نبوده است از جلو با وی رابطه جنسی در حد ۳ تا ۴ بار داشته‌ام دادگاه باتوجه به محتویات پرونده، اظهارات شاکیه مبنی بر این که با متهم ۲ تا



۳ سال رفیق بوده است و چندین بار هم رابطه جنسی برقرار شده است، پیام‌های ارسالی بین طرفین هم حاکی از عنف و عدم رضایت نمی‌باشد لذا دادگاه با توجه به اصل برائت مستنبط از اصل ۳۷ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری رای بر برائت متهم از بزه زنای به عنف صادر و اعلام می‌دارد لیکن با توجه به اقرار متهم در جلسه تحقیق مبنی بر این که ۳ تا ۴ بار با شاکی رابطه جنسی داشته است، نظر به این که متهم دارای همسر دائمی بوده و به وی دسترسی هم داشته است هرچند در اختلاف بوده‌اند، ادعای بلاوجه متهم مبنی بر این که شاکی به عقد وی درآمده است صرف نظر از این که شاکی این موضوع را قبول ندارد متهم اعلام نموده صیغه عقد را شاکی خواند و من چیزی نخواندم یا در جای دیگر بیان نموده که صیغه را خود شاکی خواند و من فقط تکرار کردم و مهریه خانم فقط یک شاخه نبات بوده است یا در جای دیگری بیان نموده هر وقت می‌خواستیم رابطه برقرار کنیم صیغه می‌خواندیم و مدت آن ۲۴ ساعت بوده است و بابت هر بار مبالغی به وی ندادم هر هفته درخواست پول می‌کرد من هم مبالغی به ایشان پرداخت کرده‌ام که همه حاکی از آن می‌باشد که عقد محرمیتی اگر خوانده شده بود زمان، مکان و مدت آن و میزان مهریه باید معلوم می‌شد که نشد، ملاحظه اظهارات شهود متهم که شاهد عقدی نبوده‌اند صرف نظر از اینکه بعضی از شهود نسبت سببی هم با متهم دارند، چنانچه متهم عقدی با شاکی خوانده معلوم نیست چرا در اظهارات مورخه ۱۴۰۲/۸/۲۶ در وقت رسیدگی دادگاه بیان نموده که با این خانم رابطه جنسی نداشته است و وقتی که دادگاه از متهم سوال می‌کند چه نیازی به خواندن عقد بوده متهم اعلام می‌کند در حد دست دادن و بوسیدن رابطه بوده النهایه اعلام می‌کند رابطه جنسی بوده لیکن دخول نبوده است، با توجه به نظر کارشناسان منتخب و تعیین میزان مهرالمثل برای شاکی، پیام‌های رد و بدل شده بین شاکی و متهم که حاکی از وقوع رابطه جنسی و ازاله بکارت که شاکی راضی به این امر نبوده و قرار بود که منجر به ازدواج شود به همین دلیل اعتراضی نموده است مضافاً به این که حتی یک مورد پیام دال بر این که عقد محرمیت بین طرفین بوده بدست نیامده است لذا اتهام متهم در حد زنا محرز می‌باشد لیکن با توجه به انکار متهم در جلسه رسیدگی و انکار بعد از اقرار وی مستنداً



به مواد ۲۳، ۱۷۳، ۲۲۱، ۲۲۵، ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی متهم مهدی (ز) را به تحمل صد ضربه شلاق حدی و پرداخت یک میلیارد و چهل میلیون تومان بابت مهرالمثل در حق شاکی محکوم می‌نماید و بابت تکمیل و متمیم مجازات نامبرده را به اقامت اجباری به مدت ۲ سال در شهرستان خورموج ملزم می‌نماید رای صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل فرجام خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد.

رییس شعبه... دادگاه کیفری یک / مستشار شعبه ... دادگاه کیفری یک

لایحه فرجام خواهی

پس از ابلاغ رای دادگاه، وکیل متهم در فرجه قانونی با تقدیم لایحه فرجام خواهی به شرح ذیل، مبادرت به انجام اعتراض نسبت به دادنامه صادره بدوی نموده است:

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبِّ بِمَا أَنْعَمْتَ عَلَيَّ فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيراً لِلْمُجْرِمِينَ (سوره مبارکه قصص / آیه ۱۷)

ریاست و قضات معظم دیوان عالی کشور

با سلام و احترام؛

نظر به پرونده کلاسه مطروحه موضوع شکایت خانم زهرا (ب) علیه آقای مهدی (ز) دایر بر اتهام زناى به عنف، از آنجا که دادگاه محترم بدوی به موجب دادنامه شماره ... با اعتقاد به تحقق زنا، وی را به تحمل صد ضربه شلاق حدی و پرداخت یک میلیارد و چهل میلیون تومان بابت مهرالمثل و از بابت تکمیل مجازات به اقامت اجباری به مدت دو سال در شهرستان خورموج محکوم ساخته است، بدینوسیله به موجب این لایحه به طور مبسوط و مشروح و با استدلالات مرقوم، مراتب اعتراض به رای صادره را اعلام و از محضر قضات عالی مقام دیوان عالی کشور، مذاقه در مراتب معنونه و بالنهايه صدور حکم به نقض دادنامه معترض عنه را خواستارم:

۱- رد ادعای شکایه مبنی بر زناى به عنف، قرینه‌ای بر عدم صدق ادعای ازاله بکارت: شاکی و متهم حدود دو سال با یکدیگر ارتباط تنگاتنگ داشته‌اند، به طوری که حسب الاظهار موکل، وی بارها توسط شکایه به منزل مادر بزرگ ایشان دعوت شده و حتی شب



هنگام را با یکدیگر سپری کرده اند! در جریان طرح این موضوع از سوی موکل در دادگاه، شاکیه نیز نسبت به این موضوع، انکاری ننمود!

همچنین پیام‌های رد و بدل شده‌ی طرفین و نیز حضور در رستوران و نیز دیگر حواشی موجود، حکایت از این قرابت و تنگاتنگی فیما بین داشته است.

اگرچه طرح بحث پیرامون ادعای اولیه شاکیه مبنی بر تحقق زناى به عنف، با توجه به صدور حکم به برائت موکل در خصوص این اتهام، محملی ندارد؛ معذک از آنجا که پس از انجام تحقیقات معمول، تنافی ادعای شاکیه با آنچه در واقع تحقق یافته بود، مسجل و مبرهن گردید، می‌توان به قرینه، بر عدم صدق مدعای شاکیه در خصوص ازاله بکارت بدون رضایت نیز پی برد!

بنابراین اظهار موکل، تهیه مکان از سوی شاکیه برای خلوت، و واریز وجوه به حساب شاکیه از سوی موکل و کمک‌های مالی و حتی پیگیری برای جراحی عمل زیبایی بینی شاکیه، کاملاً ادعای وی و وکلای ایشان را منتفی ساخته و شواهد و قرائن مسلم در تخالف با ادعای شاکیه، چنان عیان و اظهار من الشمس، جلوه‌گر است که توضیح و توسیع بحث را در این خصوص، نمی‌طلبند!

۲- شاکیه به حکایت دلایل موجود، در عقد موقت موکل بوده است:

موکل از همان بدو امر و در جریان تحقیقات اولیه همواره بر وجود رابطه شرعی در قالب عقد موقت، اشعار نموده و در این راستا به اظهارات شهود و مطلعین نیز متمسک گردیده است که شهود و مطلعین از جمله دوستان خانوادگی و حتی همسر موکل - علیرغم اختلاف با موکل - به طرح مراتب گواهی خود در پرونده پرداخته است.

جالب توجه اینکه هیچ تعریض و تعرضی (جرح یا...) نسبت به شهود یا مودای اظهارات ایشان در جلسه دادگاه از سوی شاکیه مطرح نگردید!

توجهاً به ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی، "هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می‌شود؛ مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود." که در مانحن فیه نه تنها شاکیه دلیلی بر خلاف ادعای موکل ارایه ننموده، بلکه این متهم بوده است که علاوه بر ادعای مطروحه، و به رغم عدم



لزوم در ارایه بینه و یا سوگند، دلایلی را نیز بر ادعای خود در جهت تحکیم واقع، ضم نموده است!

قدر مسلم با انتفای زناى به عنف، و با وجود نص صریح ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی، محملی برای صدور حکم به زنا وجود ندارد! چه اینکه اقتضای وجودی متن ماده یاد شده مستنبط از فقه، حاکمیت قاعده درأ و اصل مسامحه در حدود می باشد؛ چرا که صدق ادعای مدعی، محتمل است و تنزل از اتقان، موجب حاکمیت قاعده یاد شده است. ماده یاد شده مبتنی بر سیاست جنایی ارفاقی یا تخفیفی است و هر یک از زن و مردی که در مظان اتهام زنا قرار گرفته اند و یا هر دوی آنها مدعی شوند که عقد نکاح یا موقت میان آنها وجود دارد، حد ساقط می شود.

گفته شده قول مدعی به صرف ادعا پذیرفته می شود حتی اگر طرف مقابل آن را کذب بخواند و تکذیب طرف مقابل موثر در پذیرش ادعا نیست (اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان؛ جلد سیزدهم چاپ نخست، جامعه مدرسین...، صفحات ۹-۱۰) چه اینکه ماده ۲۲۳ نیز اطلاق دارد و اعم از آن است که طرف مقابل ادعا را تکذیب کند یا بپذیرد. هر چند نسبت به منکر زوجیت (در این پرونده شکایه) حد، ثابت است. چراکه مفروض بر پذیرش تحقق زناى مطاوعی، شکایه نیز باید محکوم به حد گردد. رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۳۱۴ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۹ شعبه ۷ دیوان عالی کشور در مقام بیان همین نظر است.

حضرت امام خمینی (ره) نیز در تحریر الوسیله، جلد چهارم صفحه ۱۷۷، بر این موضوع تاکید نموده و چنین نوشته اند: "... و اگر نسبت به یکی از آن دو شبهه امکان نداشته باشد، حد از خصوص او ساقط نمی شود ولی از دیگری ساقط می شود..."

بعضی از فقها نیز با این عبارت که: "و لو ادعی الزوجیه احدهما دون الآخر، یسقط الحد عنه، لا عن صاحبه الذی لایدعی الزوجیه" به این موضوع توجه کرده اند. (زین الدین بن علی بن احمد عاملی جُبعی؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، جلد چهاردهم، صفحه ۳۳۸)

امام خمینی (ره) در مجالی دیگر بیان داشته اند: "مرتکب گناهی که دارای حد است هر



جا که ادعا کند که من به توهم حلال بودن مرتکب شده‌ام حد ساقط می‌شود...“
 آرای متواتر قضات فهیم و علیم دیوان عالی کشور مشعر بر همین رویکرد است.
 ۳- حکم دادگاه بدوی مشعر بر تعارض در استدلال و استنتاج است:

دادگاه محترم بدوی از سویی با استدلالات به عمل آمده در صدر دادنامه، ضمن احراز رضایت شاکیه در برقراری ارتباط با متهم، زناى به عنف را منتفی و در تخالف با همان استدلال، زناى غیر عنف را محقق دانسته و بدون توجه به مفاد حکم شرعی ماده ۲۲۳، به رغم انتفای عنف و اکراه، حکم به پرداخت مهرالمثل صادر نموده است!
 این در حالیست که با انتفای زناى به عنف و اکراه، و مفروض بر ادعای زوجیت از سوی یک یا هر دو متهم، محملی برای ورود دادگاه به درگاه تحقیق در زناى مطاوعی نیست! چرا که بنا به مراتب پیش گفته، به صرف ادعای زوجیت یا وطی به شبهه، مجازات ساقط می‌شود و مقام قضایی، اختیار تحقیق و بررسی یا مطالبه بینه و سوگند از مدعی زوجیت را ندارد.

همچنین چطور می‌توان از سویی قایل به وجود رضایت در زانیه بود، و از سوی دیگر حکم به مهرالمثل صادر کرد؟

مگر می‌توان رضایت به برقراری رابطه جنسی را منصرف به رابطه غیردخولی دانست؟ به عبارت دیگر، چطور ممکن است که رضایت به ارتباط جنسی را تسجیلاً محرز، و برای انجام واقعه، رضایت را مستقر ندانست؟ در حالیکه اگر رضایت به واقعه را منتفی تلقی نماییم، لاجرم با عنوان زناى به عنف روبرو هستیم! و از این رو تناقض مسلم استدلال صورت گرفته توسط دادگاه با نتیجه‌ی حاصل و صدور حکم به پرداخت مهرالمثل، از ایرادات فاحش مترتب بر دادنامه می‌باشد.

در همین راستا ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی بر مفاد ماده ۲۲۳ چنین تاکید نموده است که:

”در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرایم منافی عفت و انکار متهم، هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار ممنوع است.“

ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی، تعلق مهرالمثل و ارش البکاره را مختص زناى به



عنف و در حکم آن دانسته و اشعار داشته است: در موارد زنا به عنف و در حکم آن، در صورتی که زن باکره باشد مرتکب علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش البکاره و مهرالمثل نیز محکوم می‌شود...

از مسلمات است که با انتفای زنا به عنف، دادگاه محترم بدوی صرفاً می‌بایست مقید به تعیین تکلیف با امعان نظر به ماده ۲۲۳ بوده باشد.

۴- صدور حکم به محکومیت موکل بلا دلیل است:

دادگاه محترم بدوی در صدور حکم به محکومیت موکل، و اسناد ازاله بکارت به وی فاقد هرگونه دلیل شرعی و قانونی بوده و همانگونه که در متن دادنامه مشهود است استدلال در خوری که در مقام توجیه و تاویل این اسناد و متعاقب آن، حکم به محکومیت باشد، منعکس نیست!

و عملاً معلوم نیست دادگاه محترم بدوی در حدود و ثغور ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی (احصای ادله اثبات دعوی کیفری) به چه دلیل یا دلایلی در اصدار این حکم نایل آمده است؟!

اگر مطمئن نظر دادگاه در صدور حکم به محکومیت و متعاقب آن حکم به پرداخت مهرالمثل، توسط به "علم" بوده، بنا بر آنچه در نص ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی منعکس است، علم می‌بایست یقین حاصل از مستندات بین باشد! حال آنکه استدلال دادگاه، فی الجمله، در اعلی درجه می‌توانسته موجب علم استنباطی گردد و امکان القای یقین به دادگاه در ازاله بکارت توسط موکل، به هیچ وجه متصور نیست و لذا وفق ذیل تبصره ماده مزبور، علم استنباطی نیز نمی‌توانسته ملاک صدور حکم قرار گیرد!

به درستی می‌توان گفت یکی از نمادهای پیشرفت نظام قضایی یک کشور، لزوم مستدل و مستند بودن آراء صادره در آن نظام قضایی است. اصل ۱۶۶ قانون اساسی، بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۲۳ قانون امور حسبی بر مستدل و موجه و مستند بودن آرای دادگاه تأکید کرده‌اند و بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات، صدور آرای غیر مستند و غیر مستدل را از تخلفات انتظامی انگاشته است.



بر اساس اصل ۱۶۱ قانون اساسی نظارت بر حسن اجرای قوانین در دادگاه‌ها از وظایف ذاتی دیوان عالی کشور برشمرده شده است. عملکرد دیوان عالی کشور در این خصوص اغلب به صورت ممیزی احکام دادگاه‌ها و نقض یا ابرام آن‌ها بر اساس انطباق یا عدم انطباق با قوانین و ایجاد وحدت رویه قضایی در قوانین عادی صورت می‌پذیرد. در قوانین فعلی اختیار دیوان عالی کشور در نظارت بر حسن اجرای قوانین در دادگاه‌ها از طرق قانونی متعدد صورت می‌گیرد. از یک جهت بر اساس ماده ۲۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب وظیفه دیوان عالی ممیزی حکم صادره از حیث رعایت یا عدم رعایت قوانین موضوعه است که حسب مورد نسبت به تأیید یا نقض رأی صادره اقدام می‌نماید. از جمله موارد نقض دادنامه معترض‌عنه این است که بدون توجه به دلایل و مدافعات اصحاب دعوی یا بدون اینکه جهات و اسباب رأی صادره را ذکر نماید، اقدام به صدور رأی کرده است.

۵- استناد دادگاه بدوی به ادعای شاکیه و پیام‌های رد و بدل شده، مثبت ازاله بکارت نیست:

فی‌الجمله دادگاه محترم بدوی پیام‌های رد و بدل شده طرفین را مبنایی بر صدور این حکم قرار داده و در ترقیمی تلویحی، اظهارات متهم را در خصوص وجود علقه شرعی به جهت تناقض بیانی ثابت ندانسته است. جالب توجه اینکه:

الف- تناقضی در اظهارات موکل مشهود نیست و اظهارات مطروحه، در تنافی و تناقض نبوده تا حمل بر عدم صحت گردد و اظهار عدم رابطه جنسی خاص (دخولی) منافاتی با اظهار به رابطه جنسی (غیردخولی) و یا تعارضی با رابطه زوجیت ندارد! چه اینکه شاکیه، خالی از موانع نکاح بوده و با توجه به عدم وجود پدر و جد پدری، محدودیتی به لحاظ تجویز در انجام ازدواج موقت نداشته است.

ب- ازاله بکارت از سوی شاکیه توسط موکل، مستند به هیچ گونه دلیلی نبوده و نیست و صرفاً در حد یک ادعا و انتساب بلا دلیل، باقی مانده است. و چه بسا اصرار موکل، خطاب به دادگاه مبنی بر اخذ پرینت پیام‌های شاکیه و رصد گوشی ایشان در برنامه‌های مجازی،



از این باب که می توانست احتمالات ذهنی را با نتیجه مواجه سازد یا کاشف از احتمالات در دستیابی به حقیقت امر باشد، خالی از لطف نبوده است! ضمن اینکه ازاله بکارت، در هر زمان و به هر دلیل دیگری غیر از دخول آلت تناسلی، ممکن است! با تاکید بر این نکته که موکل، شدیداً منکر رابطه دخولی و ازاله بکارت از شاکیه است و تمسک شاکیه به پیام‌های رد و بدل شده نیز، متضمن این معنا و اثبات ادعای وی نیست؛ چرا که:

اولاً - پیام‌های واسط، حذف شده و کاملاً مشخص و مبرهن است که پیام‌ها به صورت گزینشی و مقطّع ارایه شده است! و این پیام‌ها بدون پیام‌های واسط، ناقل منظور طرفینی و کاشف از ربط موضوع نیست تا بتواند قابل استناد باشد!

ثانیاً- بنا بر اظهار موکل، پیام استنادی و کلای ایشان مبنی بر جراحی، ناظر به عمل جراحی بینی شاکیه بوده و کاملاً به لحاظ عقیم بودن جملات، مشخص است که تسلسل کلامی و پیامی، به جهت حذف پیام‌های قبلی از سوی شاکیه، با انقطاع مواجه گردیده است! ۶- صدور حکم به مهرالمثل در این پرونده، و جاهت شرعی و قانونی ندارد:

همان‌گونه که معروض گردید صدور حکم به مهرالمثل، مفروض بر تحقق عنف در زنا (ماده ۲۳۱) توجیه پذیر است. همچنین تبصره ذیل ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی، ازاله بکارت در صورت رضایت را موجب ضمان مهرالمثل ندانسته است.

حال با جمع اوضاع، احوال و شرایطی که:

الف- واهی بودن ادعای شاکیه مبنی بر زنا به عنف، مسجل گردیده است.

ب- شاکیه در جهت مقاربت عاطفی و جسمانی تعامل مسلم داشته تا آنجا که بنا بر اظهار موکل، وی را بارها شباهنگام تا صبح به منزل مادر بزرگ خود فرا خوانده تا با یکدیگر خلوت نمایند.

ج- موکل، بر ادعای زوجیت همواره تاکید ورزیده است.

د- موکل، همواره منکر رابطه دخولی بوده است.

ذ - هیچ دلیلی مشعر بر ازاله بکارت توسط موکل موجود نبوده و ارایه نگردیده است.

ه- امر رضایت، امری درونی بوده و با جلوه های گفتاری یا رفتاری یک فرد قابل ادراک و استنباط است. با شرایطی که از وقایع اتفاقیه و تعاملات مصرانه شاکیه در ارتباط با



موکل قابل فهم است، آنچه در فرآیند این ارتباط، حاکمیت عقلایی دارد، "رضایت" شاکیه است نه عدم رضایت! چه اینکه شاکیه فردی عاقل، بالغ، مختار و با اراده بوده و مفروض بر احتمال صدق اظهار شاکیه مبنی بر ازاله بکارت توسط متهم، هر عقل سلیمی واقف است که در شرایط فراخوانی به خلوت شبانه توسط یک مونث، ارتباط جنسی کامل و رضایت ضمنی در برقراری ارتباط محتمل است و لذا آن چنان که کفهی رضایت شاکیه در این راستا سنگین است، عدم رضایت او، از وزن قابل توجهی برخوردار نیست! به عبارت دیگر، علم به تمکین شاکیه-مفروض بر باور به تحقق ازاله- بیشتر جلوه گر است! لذا در صورتی که زنا با میل و رضایت زانیه صورت گرفته باشد، با توجه به روایات وارده از جمله "لامهر لبغی: زناکار مهر ندارد" و نظر مشهور فقهای امامیه، مهرالمثل و ارش البکاره به وی تعلق نمی‌گیرد.

هر چند موکل، مصرانه منکر ازاله بکارت از شاکیه است.

و- با انتفای زنا به عنف، و حاکمیت ادعای متهم مبنی بر زوجیت (بدون لزوم ارایه دلیل)، حد ساقط و حتی مفروض بر اثبات تحقق ازاله بکارت توسط متهم، به تبع ادعای مذکور و استقرار شرعی ادعا، تشرف به بحث تعلق مهرالمثل را منتفی می‌سازد و مهر المثل نیز غیر ثابت است. چه اینکه:

ی- بین ازاله بکارت و اثبات زنا، ملازمه وجود ندارد (رای شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۳۰۰۱۰۳ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۵ - شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور) و چه بسا ازاله به انحاء دیگر حادث شده باشد.

در پایان ضمن پوزش از اطاله کلام، از محضر عالیقدر قضات اندیشمند دیوان محترم عالی کشور، مذاقه در مراتب معنونه و نقض دادنامه معترض عنه را در خصوص صدور حکم به زنا و مجازات اصلی و تکمیلی مترتبه با عنایت به اصل ۳۷ قانون اساسی، ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری و با امعان نظر به حاکمیت قاعده درأ در حدود و حلول آن در مادتين ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی و بالنهاییه در تفرع دعوا، نقض حکم در خصوص محکومیت به پرداخت مهرالمثل را استدعا دارم.

با سپاس بیکران - رحمت اله نصیرپور



نقد و نظر

بخش اول - عنوان شناسی رفتار مجرمانه

از زناى به عنف در قلم برخی نویسندگان به عنوان "هتك ناموس" نیز یاد شده است. اگرچه تجاوز جنسی به عنوان عبارتی عامر از زناى به عنف با رابطه عموم و خصوص مطلق - در گستره‌ی تعاریف کیفری روز دنیا و انطباق "رفتار" با آن، مفاهیم و مصادیق گسترده‌ای را در دایره شمول خود گنجانده است، به طوری که در دیوان کیفری بین‌المللی دادگستری، حتی فرو کردن یک تکه چوب در مهبل یک زن و یا دخول اجباری آلت تناسلی در دهان را از مصادیق "تجاوز جنسی" تلقی کرده است؛^۱ اما قانونگذار ایران، به تبعیت از فقه انور، در باز تعریف "زنا" در ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، "جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد" را ملحوظ نظر داشته است.

تعریف ارائه شده از "زنا" با تکیه بر واژه "جماع" مترادف با واژگان جفت‌گیری، نزدیکی و هم‌خوابگی و ... را به ذهن متبادر می‌سازد و البته تبصره یک ماده مزبور، تحقق "جماع" را منوط به دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن می‌داند! اگرچه "تجاوز به عنف!" عنوان مجرمانه‌ی رایج که حتی در لسان و قلم قضات و وکلای شیاع یافته است اما نباید از نظر دور داشت که استفاده از این عبارت از چند منظر محل ایراد جدی است:

اولاً- عبارت صحیح‌تر، می‌تواند تجاوز جنسی به عنف باشد، اگر چه این عبارت نیز با توضیحات آتی محل ایرادات است.

ثانیاً- "تجاوز"، در نهاد مفهوم واژگانی خود، متصف به "عنف" بودن عمل است و استفاده از دو واژه‌ی یاد شده به طور همزمان - به طوری که مفهوم هر یک از واژگان مذکور با واژه‌ی دیگر همسانی دارد- محل ایراد و مناقشه است و لذا بهره‌گیری از عبارت "تجاوز جنسی" یا "تعرض جنسی" و یا "رابطه جنسی به عنف" پیشنهاد می‌گردد.

ثالثاً- عبارت مذکور که اصولاً در موارد زناى به عنف کاربرد یافته، عبارتی عام نسبت

۱. الین کسل، داگلاس آ، برشتین، رفتار جنایی، مترجم: مرکز تحقیقات و پژوهش‌های ناجا، چاپ اول، تهران: مرکز تحقیقات و پژوهش‌های ناجا، ۱۳۸۲، ص ۲۵۸.



به عنوان "زناى به عنف" است و شامل ديگر تعرضات جنسى (مانند لواط) نيز مى‌گردد. رابعاً- زناى غير تراضى در لسان قانون‌گذار، با عنوان "زناى به عنف و اکراه" ذکر گردیده است و بهره‌گيرى از عناوين ديگر، تحريف در عنوان قانونى رفتار مجرمانه‌ى ياد شده است.

در پايان اين بخش لازم به ذکر است هرچند در دادنامه صادره از دادگاه محترم كيفرى يك، عنوان اتهامى صحيح درج گردیده است، ليكن به جهت كثرت استعمال، طرح اين موضوع و تذكار آن ضرورى مى‌نماياند.

بخش دوم- جامع نگرى ايرادات در حكم صادره

اگرچه در گزارش پرونده حاضر، ايرادات جدى مترتب بر دادنامه صادره در لايحه اعتراضيه فرجام‌خواهى قابل مرور و تامل است، ليكن از باب تكملى مباحث مطروحه و نيز تعريفى به گفته‌ها و نكته‌هاى كه در مجال و مقال لايحه در مقام دفاع نمى‌گنجيد، طرح موارد آتى در بيان نقد و نظر، خالى از لطف نيست:

۱- با انجام تحقيقات معمول و اتقان دادگاه محترم بر اينكه "عنف" و "اكراه" منتفى است، مفروض بر پذيرش تحقق "جماع"، متراضى بودن آن را بايد مسلم دانست.

۲- با انتفاى "عنف و اكراه" و با اعتقاد به "جماع مطاوعى" (توأم با تراضى) از حكم تكليفى مقرر در ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامى مصوب ۱۳۹۲، گريزى نيست! و ادعاى متهم به زنا مبنى بر زوجيت يا وصى به شبهه بدون بينه يا سوگند از سوى دادگاه بايد پذيرفته شود، مگر آنكه خلاف آن با حجت شرعى لازم ثابت شود.

قابل توجه اينكه:

اولاً- متهم پرونده‌ى حاضر، مصرّانه مدعى زوجيت با شاكيه بوده است.

ثانياً- عليرغم عدم لزوم ارائه‌ى بينه، وى به شهادت شهود بر اقرار در تحقق عقد مزاجت موقت و در تحكيم ادعاى خود توسل جسته است.

تاكيداً اگرچه حكم مقرر در ماده ۲۲۳ در "زناى به عنف و اكراه" محتملى براى طرح و توسل ندارد، ليكن همان‌گونه كه اشاره شد، با انتفاى "عنف و اكراه" امكان توسل



و تشبث به ماده‌ی مزبور، مفروض بر طرح ادعای زوجیت از سوی متهم، و تکلیف دادگاه بر پذیرش آن گریزناپذیر است.

ثالثاً- خلاف ادعای متهم با حجت شرعی لازم ثابت نگردیده و در ترقیم دادنامه نیز در اثبات آنچه در تخالف با ادعای متهم باشد و در بیان استدلال از قوام حقوقی برخوردار باشد، منعکس نیست و اصرار دادگاه محترم بر مشی "محکومیت" علیرغم وجود مرجحات در توسل به اصل "برائت" با نقد فقهی و حقوقی مبسوط مواجه است که در این مجال نمی‌گنجد.

رابعاً- مفروض بر وجود حجت شرعی در تخالف با ادعای زوجیت و تبلور غیرشرعی بودن جماع، آنهم مبتنی بر تراضی طرفین، چگونه می‌توان محکومیت به پرداخت مهرالمثل را با وجود تراضی در جماع - که قطعاً مبتنی بر رضایت شاکیه بر "دخول" و مفروض بر باکره‌گی که مستلزم ازاله‌ی بکارت است - توجیه کرد؟

۳- اعتقاد دادگاه به ازاله‌ی بکارت توسط متهم، متکی به هیچ دلیل شرعی و قانونی نیست و صرف یک پیامک رد و بدل شده فیما بین با مضمون "انجام دادن عمل جراحی" در حالی که گزینه‌های متعددی بر عمل جراحی بینی شاکیه، مدنظر متهم بوده و وجوهی که در طول مدت ارتباط از سوی متهم به حساب شاکیه واریز شده، نمی‌تواند موجب حصول علم و یقین برای دادگاه محترم در این راستا باشد تا از این عبارت استنباط به انجام جراحی (ترمیم) "پرده بکارت" گردد و این پیام، قرینه‌ای بر ازاله‌ی بکارت توسط متهم تلقی گردد. چرا که ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، علم قاضی را یقین حاصل از مستندات بین دانسته است و آنچه مطمح نظر قانونگذار در توسل به "علم" بوده است، "علم یقینی" و بلا تردید است؛ چه اینکه در قسمت ذیل تبصره ماده یاد شده تأکید گردیده: "مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد."

حال سوال اینجاست که دادگاه محترم با چه استدلالی، به سبق وجود بکارت شاکیه و ازاله‌ی بکارت وی از سوی متهم این پرونده دست یافته است؟! چه اینکه این امکان وجود دارد که پیش از این ارتباط، بکارت شاکیه به هر طریقی



از جمله بیماری‌های زنانه و ... و یا به وجه مشروع یا نامشروع دیگری از بین رفته باشد. همچنین اگر در مانحن فیه قائل به ازاله‌ی بکارت به وجهی غیر از مواجهه باشیم، - با توجه به تعریف مقرر بر زنا در ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی-، عملاً از اتهام زنا خروج موضوعی خواهد داشت.

لذا مباحث مفصل فقهی و حقوقی پیرامون "علم قاضی" و تفاوت علم عادی و متعارف، اهمیت علم قاضی، حجیت علم قاضی، دایره‌ی امکان توسل به علم در اصل حکم و متفرعات آن و نیز حوزه‌ی اختیار قضات مآذون در توسل به "علم" در نقد توسعه یافته‌ی رای صادره، قابل مطالعه و محل تامل است!

۴- با خروج از "عنف" و "اکراه" و تشرف به ارتکاب جماع مطاوعی توسط طرفین، و عدم تمایل و عدم تعقد دادگاه به تحقق زوجیت و اصرار بر تحقق زنا مطاوعی از سوی دادگاه، این نکته محل توجه است که در زنا توأم با تراضی یا زنا مطاوعی، باید قائل به یک ارتباط تعاملی و تفاعلی، کنش و واکنشی، طرفینی، همسوگرایانه و تکاملی در یک ارتباط دوسویه باشیم و با این فرض، چگونه می‌توان متصور بود که ارتباط، دو طرفه و مبتنی بر تراضی بوده است ولی صرفاً به ارتکاب رفتار مجرمانه از سوی یک طرف (مذکر) و نفی ارتکاب رفتار مجرمانه از سوی طرف دیگر (مونث) قائل گردید؟! و یا با دیده‌ی اغماض نسبت به رفتار مجرمانه‌ی طرف دوم نگریست؟!

البته نباید از نظر دور داشت که آرای متکثر صادره در رویه قضایی نسبت به اعمال مجازات در حق شاکیه‌ای که در جریان تحقیقات، تعامل و تراضی وی در برقراری ارتباط جنسی کشف گردیده، با سکوت مواجه است و دیوان عالی کشور نیز بعضاً تعیین مجازات برای شاکیه را فاقد وجهت قانونی دانسته اما تلویحاً برخی از آراء از جمله رای شماره ۱۰۳۶/۱۷۷۰۱۳۴۹۸۹۳۰ مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۸ صادره از سوی شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور، مفروض بر مشهود بودن عمل نسبت به شاکیه و یا طرح شکایت از وی در همین راستا را با امکان صدور حکم به محکومیت که ابتدائاً مدعی عنف بوده و سپس رضایت وی مکشوف گردیده است! مواجه دانسته است.

۵- قرائن، امارات و شواهد متعددی، دلالت بر تمکین و رضایت شاکیه دارد و به تصریح



ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی، محکومیت به مهرالمثل و ارش البکاره صرفاً در موارد زناى به عنف و در حکم آن متحقق است.

ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز بر ضمان مهرالمثل، صرفاً در موارد ازاله‌ی بکارت بدون رضایت اشعار داشته است و تبصره یک آن ماده نیز تأکیداً در فرض ازاله‌ی بکارت با رضایت، به انتفای ضمان مهرالمثل اشاره نموده است.

لذا در موضوع پرونده مطروحه، چگونه می‌توان از یک سو قائل به رضایت شاکیه به رابطه فیما بین بود و بر مبنای رضایت شاکیه، زناى به عنف را نفی نمود و مورد رد واقع ساخت؛ اما از دیگر سو شاکیه را مستحق مهرالمثل دانست؟!

اگر رضایت شاکیه موجب سلب عنوان اتهامی زناى به عنف از متهم گردیده، منطقاً بنا به نص مواد قانونی یاد شده، رضایت شاکیه به طریق اولی موجب انتفای ضمان مهرالمثل نیز خواهد شد.

در این خصوص نمونه دادنامه‌های صادره از محاکم در موضوع مشابه، مشعر بر همین معنا وجود دارد، از جمله:

الف) دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۶۰۰۱۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۵/۵ صادره از دیوان عالی کشور مبنی بر آنکه پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره صرفاً در موارد زناى به عنف یا در حکم عنف تجویز گردیده است و به موارد غیر از آن قابل تسری نیست.

ب) دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۲۸۷۰۰۲۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۶ صادره از شعبه ۳۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران مبنی بر آنکه چنانچه مرد به موجب حکم قطعی دادگاه کیفری از اتهام زناى به عنف تبرئه شده باشد، امکان مطالبه ارش البکاره و مهرالمثل برای مشتکی عنها وجود ندارد.

ج) دادنامه قطعی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۹۴۰۰۱۱۴ مورخ ۱۳۹۴/۷/۲ صادره از شعبه ۹ دیوان عالی کشور مبنی بر آنکه چنانچه دختر باکره با رضایت مرتکب بزه زنا شود، مستحق دریافت ارش البکاره و مهرالمثل نیست.



نکته پایانی

رای صادره در آستانه‌ی انتشار شماره ۵ مجله "اندیشه وکیل" به شرح لایحه‌ی اعتراضیه‌ای که در گزارش بازخوانی این پرونده آمده است، مورد اعتراض در دیوان عالی کشور قرار گرفته و در انتظار ارجاع به یکی از شعب دیوان محترم عالی کشور و اتخاذ تصمیم از سوی آن مرجع عالی است.





تاریخ شفاهی وکالت / گفت‌وگویی با استاد عباس رحیمی، قاضی سابق و وکیل مجرب (بخش اول) اقرار در حدود مثل شرب خمریا جرایم منافی عفت «گرفتنی» نیست!

مصاحبه کننده‌گان: تقی برهانی، سید مهدی رضوی فرد



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳



قرار شده بود سی و یکم اردیبهشت ماه، پیش از ظهر حوالی ساعت ۱۱ در دفتر ایشان، یعنی جناب رحیمی، حاضر شویم و گفت‌وگو کنیم. مجبور بودم در ساعات اداری به سه پرونده کیفری برسم. صبح بسیار زود برخاستم و راهی دادسرا و دادگاه کیفری شدم. کار دادسرا طبق معمول زمانبر و وقت گیر بود و ناگزیر بودم بمانم. خلاصه

دیر از دادسرا خارج شدم. جناب برهانی استاد حقوق و وکیل مجرب تماس گرفتند و ماقوع را بیان کردم و با کمی تأخیر خودم را به دفتر استاد رحیمی رساندم. زنگ در را که زدم در باز شد و ایشان در کمال فروتنی به استقبال آمدند و به اناقشان رفتیم که جناب برهانی منتظر نشسته بودند. دفتری صمیمی با حیاطی پر از گل و گیاه و اتاقی سرتاسر قاب‌ها و تابلوهای مرتبط با تاریخ حقوق ایران و عکس‌های استادان برجسته حقوق. پشت میزشان هم کتابخانه‌ای لبریز از کتاب‌های حقوقی از گذشته تا حال. با همان فروتنی مثال زدنی خودشان چای آوردند و پس از کمی احوال‌پرسی و بگو و بخند - که رسم زیبای فرهنگ مردمی ماست - به موضوع گفت‌وگو ورود کردیم. بیشتر سؤالات اولیه از سوی جناب برهانی بیان شد که در این بخش آمده است.

برای خودمان گفتگوی بسیار جذابی شد و باید اعتراف کنم شخصاً تصور نمی‌کردم تا این حد شنیدنی باشد. پیشنهاد می‌کنم دقایقی را به این گفت و شنید دل بدهید و بخوانیدش. قطعاً از تجربیات این قاضی سابق و وکیل مجرب لذت خواهید برد.

*** جناب استاد رحیمی اگر امکان دارد برای آغاز خلاصه‌ای از گذشته خودتان را برای ما بفرمایید.**

بسم ... الرحمن الرحیم. خوشحالم که در خدمت همکاران عزیز جنابان آقایان دکتر برهانی و دکتر رضوی هستم. از همکاران عزیز کانون وکلای قم که زحمات بسیاری را در تعالی کانون وکلای قم به ویژه در مسائل آموزشی کشیده‌اند و اخیراً هم نشریه کانون وکلای دادگستری به همت این عزیزان و در چندین شماره منتشر شده و مورد استفاده همکاران عزیز بوده، تشکر می‌کنم. افتخار به من داده‌اند که امروز دقایقی را در خدمت‌شان باشم و امثال امر ایشان باعث شد که شمه‌ای از گذشته خود و آنچه که در ارتباط با دانشکده یا دوران خدمت در دادگستری و بعد از آن علت استعفا از دادگستری و ورود به حرفه مقدس و شریف وکالت را بیان کنم و دقایقی را مصدع باشم.

من عباس رحیمی هزار و سیصد و سی و یک در روستای خاوه ارده‌ال که در آن سال‌ها از توابع قم محسوب می‌شد و امروز بر اساس تغییرات جغرافیایی، از توابع



شهرستان دلیجان است، متولد شدم. منطقه ارده‌ها منطقه معروفی در ایران است و الان تابع شهرستان دلیجان و در واقع استان مرکزی است. تحصیلات ابتدایی را در همان دبستان سنایی روستای مذکور به اتمام رساندم و بعد از آن در قم و کاشان تحصیلات دوره دبیرستان را به پایان رسانیدم. هزار و سیصد و پنجاه و یک با پذیرفته شدن در دانشکده حقوق دانشگاه تهران و در مقطع کارشناسی تحصیل کردم، تا سال هزار و سیصد و پنجاه و چهار. از پنجاه و پنج مشغول تحصیل بودم و بعد از آن تا سال پنجاه و هفت، دوران خدمت نظام را گذراندم. در اواخر همان سال پنجاه و هفت و به عبارت دقیق‌تر از هجده بهمن هزار و سیصد و پنجاه و هفت که مراسم تحلیف دوره بیست و دوم کارآموزان قضایی دادگستری انجام شد، به عنوان دادرسی علی‌البدل دادگاه بخش مستقل شهرستان نطنز منصوب شدم و روز بیست و یک بهمن ماه هزار و سیصد و پنجاه و هفت یعنی همزمان با شب پیروزی انقلاب در دادگستری نطنز شروع به کار کردم. تا سال هزار و سیصد و شصت و دو، مدتی به عنوان رئیس دادگاه صلح مستقل نطنز بودم و بعد به لحاظ مشکلاتی که از لحاظ رفت و آمد داشتم و مشکلات دیگر تقاضای انتقال به قم دادم و بعد از سال‌ها موفق شدم که به دادگستری قم منتقل شوم. در دادگستری قم قریب یک سال (از سال شصت و دو تا شصت و سه) در دادرسی قم بودم و بعد از آن تا سال هزار و سیصد و شصت و پنج در دادگاه کیفری یک قم فعال بودم. بعد از آن با ابلاغ شعبه دوم، دادگاه صلح مستقل تشکیل شد که بعد تبدیل شد به دادگاه حقوقی دو. در سال‌های آخر هم به عنوان دادرسی حقوقی دادگاه‌های حقوقی یک به عنوان دادرسی علی‌البدل دادگاه‌های حقوقی یک قم مشغول انجام خدمت بودم. شهریور ماه هزار و سیصد و هفتاد و دو از دادگستری استعفا کردم و در دوران ریاست آیت ... یزدی با جلب موافقت ایشان از دادگستری جدا شدم.

آبان ماه هزار و سیصد و هفتاد و سه در کانون وکلای دادگستری مرکز پذیرفته شدم. البته با این توضیح که یکی دو سال قبل از آن کانون وکلای اولین آزمون وکالت را در ایران برگزار کرد که گفته بودند قضات هم در این آزمون شرکت کنند. لذا با وجودی که اشتغال در دادگستری داشتیم تعدادی از قضات هم شرکت کردیم و در آن آزمون



رتبه زیر شصت یعنی رتبه چهل را کسب کردم و به همین علت می توانستم تهران را به عنوان محل وکالت انتخاب کنم. اشتغال من در تهران تا زمانی بود که کانون وکلای دادگستری قم استقلال پیدا کرد. بعد از تاسیس کانون وکلای دادگستری قم در سال هزار و سیصد و هشتاد و پنج، عضو کانون وکلای دادگستری قم شدم. اولین دوره انتخابات کانون وکلای دادگستری قم بعد از دو سال به اتمام رسید و در دومین دوره به سفارش و دستور بعضی از دوستان، من هم کاندید شدم. در دوره دوم و سوم هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری قم عضو هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری قم بودم و در چند دوره بعد از آن از طرف کانون به عنوان نماینده شورای اجرایی کانون وکلای دادگستری قم در اتحادیه کانون های وکلا حضور داشتم و بعد از آن هم در اجرای دستورات هیئت مدیره های وقت، عضویت دادگاه انتظامی کانون وکلای قم را به عهده دارم.

*** جناب استاد ممنونم از بیان اجمالی از زندگی حقوقی تان. تقاضا دارم در مورد دانشگاه، اساتید و احياناً دوستان تان در محل تحصیل بفرمایید.**

همان طوری که عرض کردم سال پنجاه و یک با قبولی در آزمون ورودی کنکور سراسری در دانشکده حقوق دانشگاه تهران مشغول به تحصیل شدم. اساتید بزرگواری که موفق به درک حضورشان شدم و از محضرشان در حد بضاعت خودم توانستم بهره ببرم کسانی بودند همچون مرحوم جناب آقای دکتر عبدالحسین علی آبادی رحمه... علیه، جناب آقای دکتر امیر ناصر کاتوزیان رحمه... علیه و اساتید دیگر از جمله جناب آقای دکتر گرجی، جناب آقای دکتر شهیدی، جناب آقای دکتر قائم مقامی، جناب آقای دکتر صقری، جناب آقای دکتر آزمایش، جناب آقای دکتر ابوالحسن محمدی، جناب آقای دکتر منصور راستی از استادان تجارت و جناب آقای دکتر دادبان از اساتید برجسته کیفری که جملگی از اساتید برجسته ای بودند که از محضرشان بهره بردم. ولی خاطرات بسیار خوبی از کلاس درس جناب آقای دکتر کاتوزیان و به ویژه جناب آقای دکتر علی آبادی دارم که هیچ گاه از خاطر من نمی رود.

*** پس در محضر بسیاری از استادان بلندآوازه و فحول حقوق ایران بودید.**



لطف می‌کنید خاطره‌ای تعریف کنید.

جناب آقای دکتر علی آبادی برای ما درس حقوق جزای عمومی ارائه می‌دادند. به قدری کلاس این استاد با ارزش بود که در بزرگ‌ترین کلاس موجود در دانشکده حقوق یعنی کلاس سیصد و پانزده که به شکل تقریباً آمفی تئاتر بود برگزار می‌شد و حتی از دانشکده‌های دیگر، علاوه بر دانشجویان حقوق، به ویژه دانشکده علوم انسانی، دانشجویانی می‌آمدند تا فرمایشات استاد را گوش کنند، به طوری که جای نشستن نبود و کنار دیوارها می‌ایستادند. ضمناً این انسان در آن زمان سمت دادستانی کل کشور ایران را هم عهده‌دار بود، ولی به قدری متواضع و افتاده بود که انسان باور نمی‌کرد ایشان شخصیتی سیاسی در آن سطح است. به راحتی در میان دانشجویان گردش می‌کرد، در راهروها قدم می‌زد و به کلاس درس با حدود سیصد دانشجو می‌آمد بدون آنکه حتی یک نفر همراه داشته باشد.

به نقل از یکی از هم کلاسی‌های خیلی خوبمان که سال گذشته به رحمت خدا رفتند (جناب آقای دکتر نعمت احمدی) عرض می‌کنم که می‌گفتند:

«یک روز تصمیم گرفتم برای کارآموزی به دادگستری بروم. اتوبوس دو طبقه‌ای را سوار شدم و دیدم یک صندلی خالی است و یک فردی با پالتو و کلاه شاپو نشسته. مرد نسبتاً مسنی بود. چون کتاب حقوقی دستم بود، از من سؤال کرد چه کاره‌ام؟ گفتم دانشجوی حقوق هستم. تشویق کرد و نهایتاً در همان ایستگاهی که پیاده شدم، یعنی پارک شهر، پیاده شد. هنوز نمی‌شناختمش تا جلوی در کاخ دادگستری رسیدیم که ناگهان دیدم ماموران به حالت احترام ایستادند. خلاصه با پرس و جو متوجه شدم که این شخصیت دکتر علی آبادی دادستان کل کشور هستند که حتی ایاب و ذهابش به دادگستری با اتوبوس واحد انجام می‌شد.»

از این شخصیت‌های بزرگ همیشه بایستی در هر مقطعی و در هر فرصتی به خیر و خوبی یاد شود تا جوان‌های ما بدانند که چه انسان‌های بزرگی داشتیم.
* اگر خاطره‌ای شخصی هم بفرمایید جذاب خواهد بود.
می‌ترسم که اطاله کلام بشود.



اتفاقاً بسیاری از کلاس‌هایمان در همین کلاس سیصد و پانزده بود و با استاد آزمایش کيفری می‌خواندیم (رضوی). به نظرم ارزش بسیاری دارد.

بله تا همین اواخر هم همایشی که با فارغ‌التحصیلان داشتیم قبل از فوت پرویز کیهانی که دو سال پیش اتفاق افتاد، در همین کلاس سیصد و پانزده بود. بعد از آنجا می‌رفتیم مثلاً یک رستوران. همه هم‌کلاسی‌های قدیمی جمع می‌شدند.

یکی از خاطراتی که از زبان خود دکتر علی‌آبادی شنیدم و بعد از انقلاب در مجموعه رویه‌های قضایی انتشارات حسینیه‌ی ارشاد هم به چاپ رسید، به طور خلاصه این است که ایشان نقل می‌کردند: در یکی از روستاهای مازندران مردی به قتل می‌رسد که علت مرگ قطع شریان گردنش با یک ضربه تبر بود. در این پرونده به همسر این شخص مظنون می‌شوند و او را بازداشت می‌کنند. چون در حین تحقیقات مامورین وقتی وارد خانه می‌شوند می‌بینند که این زن در حیاط خانه روستایی تشتی گذاشته و در حال شستن لباس خون‌آلود است و تبر خون‌آلود را هم در دستشویی داخل حیاط آن خانه پیدا می‌کنند. به هر حال این زن متهم می‌شود به قتل. به نقل از آقای دکتر علی‌آبادی اگر حکم این زن یعنی اعدام اجرا می‌شد اولین زنی بود که در ایران اعدام می‌شد.

نمی‌دانم دوستان عزیز اطلاع دارند یا نه. تا آنجایی که من اطلاع دارم اولین زنی که در ایران اعدام می‌شود یک خانمی است که اسمش هم «ایران» است که قتلی را در کاروانسرای سنگی قم ظاهراً انجام داده بوده که در جاده‌ی گازران است. آن «ایران» خانم می‌شود اولین زن اعدامی ایران. اما قبل از آن اگر این حکم اجرا می‌شد این خانم اولین زنی بود که حکم اعدام برایش اجرا می‌شد بود.

در هر حال این خانم در بازجویی ضمن انکار ارتکاب چنین عملی سه نفر را متهم می‌کند و نام می‌برد و می‌گوید این سه نفر به صورت مهاجم به این خانه وارد شدند، همسرم خواب بود او را در خواب کشتند و هر سه نفر هم مرتکب عمل منافی عفت با من شدند. در تحقیقاتی که انجام می‌شود آن سه نفر تحت پیگرد قرار می‌گیرند. اما یکی نامه‌ای را ارائه می‌کند که در تاریخی که این اتفاق افتاده در بیمارستان رضای مشهد یا شاه رضا بستری بوده و عمل آپاندیس انجام می‌داده. یکی دیگر گواهی می‌آورد



که برای ملاقات او به بیمارستان رضا رفته بوده. و دیگری هم گواهی می‌آورد که در آن تاریخ در مسافرت و در فلان مسافرخانه بوده است. خلاصه ادعای زن رد می‌شود و دادگاه جنایی مازندران حکم به اعدام می‌دهد. پرونده به دیوان عالی کشور می‌رود. رای تایید نمی‌شود. شعبه دیگر دادگاه جنایی مازندران باز حکم اعدام می‌دهد. رای اصراری می‌شود و باز پرونده در دیوان عالی کشور مطرح می‌شود و از این لحظه به بعد آقای دکتر عبدالحسین علی آبادی در جریان قرار می‌گیرد.

جناب دکتر می‌فرمودند که من وقتی این پرونده را برده بودم خانه تا مطالعه کنم ضمن مطالعه به این نکته برخورد کردم که این زن در زمان وقوع این جرم در ماه‌های آخر بارداری بوده. ناگهان به ذهنم رسید که مقتول مرد بسیار قوی جثه‌ای بوده، یک زن باردار پایه ماه نمی‌تواند چنین قدرتی داشته باشد که با یک ضربه تبر چنین کاری را انجام دهد که قطع کامل بشود. دستور بررسی دادم به دادستان مشهد درباره احراز صحت و سقم آن گواهی‌های صادر شده. معلوم شد در آن تاریخ کسی در بیمارستان امام رضا بستری نبوده. همچنین کسی در آن مهمان خانه و مسافرخانه نبوده است و با همین سرنخی که پیدا می‌شود، دستگیری مجدد صورت می‌گیرد و آن‌ها بعد از دستگیری، به جرم خودشان اعتراف می‌کنند. آن رای نقض می‌شود.

استاد می‌گفت: این زن وقتی به زندان می‌رفت باردار بود و وقتی که از زندان خارج می‌شد، بچه‌اش شش ساله بود. دکتر علی آبادی می‌فرمود که بعد از آزادی گفتم بیاورندش من ببینمش. آوردند. گفتم: چه حالی داری؟

نکته‌ای که من هدفم از این خاطره از جناب استاد مطرح بود این است.

گفتند که از او پرسیدم چه حالی داری؟

زن خیلی معمولی پاسخ داد: «جز این انتظار نداشتم، هیچ حالتی ندارم. اینی که باید می‌شد، شد. چیز خاصی اتفاق نیفتاده.»

همچنین از اساتید بزرگوار دیگر جناب آقای دکتر کاتوزیان بودند که من یاد ندارم - دستکم من ندیدم - موقع تدریس بنشینند. خدا رحمتشان کند. تمام کلاس ایستاده در پای تریبون بودند و دکمه کت خود رو می‌بستند و تدریس می‌کردند.



فصلنامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

* دکتر کاتوزیان آن موقع قاضی بودند؟

قبلش بله ولی آن موقع‌ها که ما در محضرشان بودیم دیگر از دادگستری منتزع شده بودند و عضو هیئت علمی دانشگاه بودند. خودشان تعریف می‌کردند رساله پایان‌نامه‌شان و محاکمه‌ای که توسط اساتید زمان مثل مرحوم دکتر امامی انجام شده بود درباره نظریه کاشفیت یا ناقلیت وصیت نسبت به موصی و ورثه، که استاد ابتکاری در آن تاریخ در این مورد داشتند، بسیار به ایشان سخت گذشته؛ از شدت احترام نسبت به استادان و از این جهت که برایشان تازگی داشته و گویا خیلی سخت‌شان بوده که نظر استاد کاتوزیان را بپذیرند.

خاطره جالب دیگری که دارم این است که استاد یک امتحان برگزار کردند و ظاهراً یک سوال خارج از درس داده بودند. دانشجویان این را بهانه کردند و جلسه‌ی امتحان را بهم زدند و شروع کردند صندلی‌ها را بالا و پایین کردن. مسئولین دانشکده رفتند سراغ آقای دکتر که مثلاً این سوال را عوض کنند. ایشان گفته بود به هیچ وجه امکان تغییر سوال وجود ندارد. خلاصه امتحان برگزار نشد و استاد هم حاضر نشد. دانشجویان جلسه را ترک کردند. در پله‌های دانشکده یکی از دانشجویان استاد را دید و اعتراض کرد. استاد گفت: «شما کار خودتان را بکنید.» (خنده)

یعنی اعتقادش بر این بود که مقاومت کنید. خیلی جالب بود که خود استاد این نظر را داشت که شما تسلیم نشوید، اگر فکر می‌کنید اشتباه است. اگر شما حرکت کردید به دنبال حق خودتان، دیگر شروع که کردید، کوتاهی نکنید ولو آنکه مقابل من بایستید.

این خودش یک نحو تربیت و تدریس است.

بله دقیقاً تربیت بود و در واقع بعدها اثرش را نشان داد. آن موقع البته ما نمی‌دانستیم چون آن زمان یک جو آرامی در سال‌های اوائل دهه پنجاه در جامعه وجود داشت و معمولاً فقط یکی دو روز که یک روزش همان روز معروف شانزده آذر بود، معمولاً در دانشکده تظاهراتی بود یا به مناسبت‌هایی خاص. ولی بعد از آن دیگر خبری از مسائل خاص سیاسی به آن معنا در دانشکده‌ها نبود. البته می‌دانید که متأسفانه در آن سال‌ها جو حاکم بر طیف دانشجوی و طبقه روشنفکری جو طرفداری از گروه‌های چپ بود به



شدت. اصلاً کار یک افراد خاصی را نمونه می‌کردند و کتاب‌های نویسندگان روسی را می‌خواندند و تبلیغ می‌کردند. مثلاً کتاب «مادر» کتابی بود که اصلاً گیر نمی‌آمد و می‌گفتند اگر از دست کسی بگیرند چه کارش می‌کنند.

البته طیف مذهبی هم بودند. من که به هر حال به علت اینکه ریشه‌های مذهبی داشتم به خاطر دارم و بارها می‌دیدم که حتی کسانی در نماز جماعت مسجد دانشگاه تهران شرکت می‌کردند ولی همراه خودشان چادر نداشتند. جلوی در مسجد چادرهایی بود. از آن چادرها استفاده می‌کردند، می‌آمدند نماز را برگزار می‌کردند و باز دم در چادر را می‌گذاشتند و می‌رفتند. چادرها متعلق به مسجد بود.

* چادر نداشتند یا اصلاً حجاب نداشتند؟

خیر، آنهایی که روسری و مانتو یا چادر داشتند که بحثی نبود. آن‌هایی را می‌گوییم که از این پوشش‌ها که حالا اسمش را می‌گذاریم پوشش اسلامی به اسم حجاب اسلامی اصلاً نداشتند. می‌آمدند با همان چادرها نماز می‌خواندند و می‌رفتند. کلاً خیلی کسی به افکار اشخاص کار نداشت. مثلاً من در کوی دانشگاه، مجتمع کوی دانشگاه امیرآباد بودم. البته بعضی از شهرستان‌ها ساختمان‌های اختصاصی داشتند مثل اصفهان، مثل یزد. مثل اینکه یکی از ثروتمندان یا تجار آن شهر این ساختمان را ساخته بود و در اختیار کوی دانشگاه قرار داده بود ولی برای استفاده دانشجوی شهر خودش. مثلاً دانشجوی اصفهانی در ساختمان اصفهانی‌ها بود. دانشجوی یزدی در ساختمان یزدی‌ها بود. اما بقیه دانشجویها در ساختمان‌های عمومی کوی دانشگاه بودند. بعضی وقت‌ها اتاق‌ها تا نه نفر ده نفر هم دانشجو داشت. ما گاهی برای شب نشینی به اتاق و ساختمان‌های دیگر می‌رفتیم. در همان اتاق‌ها شیعه و سنی کنار هم بودیم و هیچ‌گونه برخورد و تضادی در این مسائل عقیدتی در آن سال‌ها در بین دانشجویها دیده نمی‌شد. یک محیط خیلی ملایمی بود. از کشورهای خارجی هم بودند. به ویژه من چند دوست داشتم از سوریه، از لبنان، از افغانستان. اینها دانشجویانی بودند که در دانشگاه تهران در آن دوره پذیرش می‌شدند و در رشته‌های مختلف تحصیل می‌کردند.



* در رشته حقوق هم بودند؟

بیشتر در رشته‌هایی مثل رشته پزشکی و فنی بودند ولی من در دانشکده حقوق ندیدم. حتی به خاطر دارم که در ساختمان کوی دانشگاه یک ساختمان مجزای کوچکی بود که می‌گفتند دانشجویان چینی در این خوابگاه هستند.

* رئیس دانشگاه را یادتان هست که بود؟

دکتر هوشنگ نهبانندی رئیس دانشگاه بود. جناب آقای دکتر محمد نصیری رئیس دانشکده حقوق و علوم سیاسی بودند.

* شما هم کنکور دادید؟

بله بله، گفتم خدمت‌تان کنکور دادم. تا آنجایی که به یاد دارم هزار و سیصد و چهل و هشت کنکور سراسری در ایران شروع شد، البته ممکن است من اشتباه کنم ولی فکر می‌کنم همین سال بود.

* جناب استاد شما برای قضاوت هم دوباره کنکور دادید؟

بله عرض می‌کنم خدمت شما. بعد از پایان تحصیلات و پایان دوره خدمت نظام وظیفه، دادگستری آگهی برای استخدام کادر قضایی داد. امتحان کتبی نداشت ولی امتحان شفاهی داشت. مصاحبه بود که در کاخ دادگستری اساتید دادگستری که عمدتاً روسا و مستشاران شعب مختلف دیوان عالی کشور بودند، انجام می‌دادند. فکر کنم در آن زمان ریاست دیوان با عمادالدین میرمطهری بود ولی سرپرست ما مستشار یداله قانع بود. فلاح رستگار دادستان کل بود. یداله قانع که ما خدمتشان بودیم بعضی وقت‌ها بعد از ظهر در اتاق خودشان کلاس می‌گذاشتند و صبح‌ها هم ما در شعب مختلف کارآموزی داشتیم، به مدت شش ماه.

* از دوستانتان چه کسانی را به یاد دارید؟

دوستان بسیاری داشتیم که بسیاریشان در کسوت قضا و خیلی هم در کسوت مقدس وکالت وارد شدند. بعضی از ابتدا مثل مرحوم دکتر نعمت احمدی از ابتدا به عنوان وکالت شروع به کار کردند و خیلی افراد هم مثل من به دادگستری رفتیم.



* از خانمها هم بودند؟

فکر کنم یکی از ایشان همین خانم مینا مجدزاده هستند. بله اتفاقاً این دفعه هم که شورای اجرایی (هفته گذشته) بود، گفتند سلام آقای رحیمی را برسانید (برهانی)

آقای مصطفی انوری زاده هم بودند که سالها ریاست کانون وکلای اصفهان بودند و نایب رئیس اتحادیه سراسری کانونهای وکلا هم بودند. ایشان هم ابتدا آمدند دادگستری و از اتفاقات جالب روزگار اینکه با آقای انوری زاده با هم رفتیم دادگستری. من سالها بود بعد از دانشکده ندیده بودمشان. روزی که رفتم برای تقاضای پروانه وکالت در کانون وکلا خیابان سعدی تهران اقدام بکنم، باز ایشان را دیدم. یا یکی از هم کلاسیهای خوب ما که همه‌ی ایران می‌شناسندش محمود رضا خاوری، (خاوری کانادا) که هم کلاسی ما بودند. از خانمها هم خانم موسوی را داشتیم که وکیل شدند. یک خانم دیگر ناهید شید بودند که وکیل شدند و از وکلای سرشناس بودند.

* هنوز هم جلسه دورهمی در کلاس سیصد و پانزده را دارید؟

الان بعد از کرونا نه. یعنی بعد از فوت آقای پرویز کیهانی که متأسفانه ناگهانی هم اتفاق افتاد، خیر. کرونا تغییرات خیلی بزرگی را دامن زد.

* محتوای آن اختبار یا آزمون شفاهی که از شما می‌گرفتند برای ورود به قضاوت چه بود؟ جزئیاتش به خاطر تان هست؟

به خاطر دارم در تالار اجتماعات دادگستری میزهای کوچکی گذاشته بودند. هر میزی دو نفر یا بعضاً سه نفر از ممتحنین که از اعضای دیوان عالی کشور یا از اساتید دیگر بودند، نشسته بودند. به نوبت سوالاتی می‌کردند. سوالاتشان بسیار ساده بود. مثلاً در حقوق مدنی راجع به اماره تصرف یادم می‌آید یک سؤالی مطرح شد. ولی هیچ وقت یادم نمی‌رود که یکی از این میزها یک قلم و کاغذ به من داد گفت: بنویس! یعنی به همه می‌گفت. فقط می‌خواست خط را ببیند که فرد خط خوب و خوانایی دارد یا نه. هیچ‌گونه سوال عقیدتی - سیاسی و شخصی نبود. فقط شاید از گذشته‌ی تحصیلی می‌پرسیدند که فارغ التحصیل کجا هستی؟



فصلنامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

البته آن زمان هم دو دانشکده بیشتر در ایران فارغ التحصیل حقوق نداشتند. یکی دانشگاه تهران بود و دیگر دانشگاه ملی آن روز که امروز دانشگاه شهید بهشتی نامیده می‌شود. اینها فقط رشته‌های حقوق داشتند.

* آن موقع مجتمع علوم قضایی قم نبود؟

چرا در قم تاسیس شده بود ولی آن علوم قضایی و علوم اداری بود. بعدها واحدهای تکمیلی گذراندند تا تبدیل شد و آن زمان هم تابع دانشگاه تهران نشده بود. مرحوم دکتر ضیایی بیگدلی که موسس آنجا بودند، یعنی این مدرسه عالی علوم اداری و قضایی قم را تاسیس کرده بودند خیلی کار بزرگ و با ارزشی را انجام دادند.

لذا فقط این سوال بود که مثلاً از دانشگاه ملی هستی یا از دانشگاه تهران. اگر از دانشگاه تهران بودی شاید یک امتیازی داشت. ولی خوب باقی امتیازات فردی بود چون عموماً اساتید در هر دو دانشگاه بودند. چون اساتید دیگری اصلاً نبودند. برای رشته حقوق محدودیت در استاد بود. حالا به جز مثلاً مرحوم دکتر شهابی یا دکتر گرجی که از اساتید دانشکده معقول و منقول بودند و بعضی از دروس اسلامی را در دانشکده حقوق تدریس می‌کردند، بقیه همه فارغ التحصیلان دانشگاه‌های خارج بودند. طوری که من شنیدم استاد کاتوزیان تنها کسی بود که برای اولین بار دکتری حقوق‌شان را در ایران گرفتند.

باز یاد دکتر علی آبادی افتادم و اجازه می‌خواهم اینجا برای جوان‌ها عرض کنم که شاید بعضی وقت‌ها تحت تاثیر مسائلی قرار بگیرن به خاطر رفتار من یا امثال من از عقایدشان زده بشوند، توجه داشته باشند.

آقای دکتر علی آبادی می‌گفتند که ما چند دانشجوی بودیم که در در پاریس تحصیل می‌کردیم. یکی از این دانشجویها که از همکلاسی‌های ما بود به شدت با ما مخالف بود و منکر به اصطلاح مذهب و خدا بود. ایشان می‌گفت در آن زمان این طور بود که اگر کسی دو بار یا سه بار درسی را انتخاب می‌کرد و نمی‌توانست پاس کند اخراج می‌شد. این دانشجوی هم در آنجا دچار این مشکل شده بود. برای بار آخر که انتخاب درس کرده بود، من یک روز او را در محوطه دانشگاه دیدم. رفتم تا با او صحبت کنم و نظرم این



بود که به او دلداری بدهم. آن زمان اگر یک دانشجو اخراج می‌شد و به ایران برمی‌گشت سرشکستگی‌اش خیلی زیاد بود. وقتی داشتم دلداری می‌دادم در ضمن صحبت و در حالی که خیلی مایوس بود یک مرتبه گفتم: «تا خدا چه کند» ایشان می‌گفتند همان جا گفتم آن خدایی که منکرش هستی همین است که تو الان در نا امیدانه‌ترین وضعیتی که هستی می‌گویی. همین خودش موجب تحولی در او شد و از آن عقیده قبلی خودش برگشت و به هر حال هرچه بود موفق شد درس را هم پاس کرد. بر همین اساس دکتر علی‌آبادی به ما توصیه می‌کرد که اعتقاداتان را به ذات اقدس خداوندی سست نکنید.

* جناب استاد سوالی که من از شما دارم آن است که عموماً کسانی که گرایش پیدا می‌کنند به تحصیل در رشته حقوق یا بعضاً حسب اتفاق یا حسب اصرار خانواده است، بعضی هم بالاخره یک انگیزه‌هایی دارند، مثلاً احقاق حق و عدالت خواهی، بعضی هم برای پرستیژ؛ می‌خواستیم از شما بپرسیم کمی روان کاوی کنیم و ببینیم چه شد و چه انگیزه‌ای داشتید که شما را سوق داد به اینکه رشته حقوق را انتخاب کنید؟

اولین علت تشویق پدرم بود که به لحاظ ارتباطی که در شهر با بعضی از مقامات قضایی در شهرستان خودمان داشت و دوستان زیادی هم در دادگستری داشت، خیلی علاقه داشت که من رشته حقوق بخوانم. به همین جهت هم در سال هزار و سیصد و چهل و نه که دیپلم گرفتم و در سال اول و دوم موفق به پذیرش در رشته حقوق نشدم، وارد دانشگاه نشدم. یعنی سال اول در رشته تاریخ ادب دانشگاه اصفهان پذیرفته شدم. سال بعد آزمون دادم و زبان انگلیسی مشهد قبول شدم. دیگر تسلیم شده بودم و نمی‌خواستیم که باز آزمون بدهم. ولی باز به اصرار پدر این کار را کردم و سال سوم در این رشته قبول شدم. بعد از آن البته انگیزه‌های دیگری هم بود، اما اصرار پدر که دوست داشت و می‌گفت: «من دوست دارم تو مثلاً بتوانی در رشته حقوق قاضی بشوی»، مهمترین آن‌ها بود.

خود من هم بعد از اینکه وارد دادگستری شدم خیلی از شغل قضاوت خوشحال و



راضی بودم و سعی می‌کردم که تلاش کنم و تلاشم را می‌کردم تا کارم را درست انجام دهم. خودم خیلی علاقه داشتم که همچنان تا پایان خدمت قضایی در دادگستری ادامه بدهم اما بعد از انقلاب برای حضور در دادگستری شرایطی به وجود آمد که یک زمان دیگر احساس کردیم امکان ترقی در دادگستری برای اشخاصی مثل ما وجود ندارد و البته اتفاقاتی که از بیان بسیارش معذورم، به این علت استعفا کردم.

* کمی جزئی‌تر می‌فرمایید؟

حقیقتش این بخش مقداری شاید بهتر است که ممیزی و سانسور شود. ... ببینید در اوایل اتفاقاتی می‌افتاد که عجیب بود و مثلاً کسانی می‌آمدند که واقعاً تخصص و تجربه لازم را نداشتند. به خاطر دارم که زمانی دادیار اظهار نظر بودم. اینکه می‌گویم نه اینکه خدایی نکرده قصد خودستایی باشد، ولی واقعاً اینطور بود که من در دادسرا چندین کار را با هم انجام می‌دادم که وقتی از دادسرای به دادگاه کیفری یک رفتم، چند نفر مسئول آن کارها شدند. دادیار سرپرستی بودم، دادیار اظهار نظر بودم، دادیار شرکت کننده در محاکم (نماینده دادستان) بودم، دادیار ناظر زندان بودم، دادیار اجرای احکام بودم. بگذریم در مقام دادیار اظهار نظر معمولاً سعی می‌کردم تلفنی یا شفاهی به همکاران بگویم که فلان ایراد وارد است یا این چنین است. خدا رحمت کند همکاری داشتیم یک روز هر چه گفتم دیدم فایده ندارد. رفتم اتاقتشان. هر چه گفتم قبول نمی‌کرد. گفتم: «خوب قانون رو بیاور باز کن».

نگاهی کرد و گفت: «من قانون ندارم»

با تعجب گفتم: «شما مجموعه قوانین ندارید؟»

گفت: «نه، به ما گفتند که بیا باید دادگستری واجب کفایی است. هر موقع هم بگویند بروید می‌گوییم السلام علیک یا ابا عبدالله...!»

خدا رحمتشان کند. ولی می‌خواهم بگویم در آن اوایل مدتی فضا این چنین شده بود. خوب وقتی که شما می‌دانی چه قدر زحمت کشیدی، به نوعی که قبولی در کنکور سراسری حقوق که در کل ایران دویست نفر می‌گرفت و می‌گفتند قبولی‌اش از پزشکی سخت‌تر است، دیدن این مسایل کمی سخت بود.



باز هم اگر صلاح می‌دانید ننویسید. فلان روحانی می‌گفت حضور این‌ها در دادگستری از باب اضطرار است و اصطلاح فقهی آن را هم به کار می‌برد که به نظرم بیان نشود بهتر است. خلاصه می‌گفتند چون قاضی نداریم ناچار اینها هستند و گرنه این‌ها که قاضی نیستند

و گرنه من اصلاً از قضاوت خارج نمی‌شدم. ببینید جناب آقای برهانی، جناب آقای رضوی، زمانی که ما فارغ التحصیل شده بودیم کانون وکلا هیچ آزمونی نداشت. هر داوطلبی با ارائه پایان‌نامه تحصیلی و پایان خدمت می‌رفت کانون وکلا. همین امروز که جنابعالی تشریف می‌بردید آنجا اسم شما را ثبت می‌کردند و دو نامه به شما می‌دادند. یکی اداره‌ی تشخیص هویت و یکی پزشکی قانونی که مشخص شود اعتیاد و سابقه کیفری نداشته باشید. فردا شما کارآموز بودید و سرپرست انتخاب می‌کردید. می‌رفتید یک سال و نیم بعد از شما اختبار شفاهی می‌گرفتند، قبول می‌شدید و وکیل بودید. و گرنه دوره تجدید می‌شد. خلاصه آزمون ورودی نداشت. اما دادگستری بالاخره آزمون ورودی داشت. سختی‌های خودش را داشت. خدمت در شهرستان‌ها را داشت. علاقه‌ی قلبی من این بود که به عنوان قاضی دادگستری خدمت کنم و گرنه خیلی از دوستان ما از همان ابتدا وکیل شدند یا به مسیرهای دیگر رفتند.

*** چقدر سابقه قضایی دارید جناب استاد؟**

قبل از وکالت من تقریباً هفده سال سابقه کار قضایی داشتم.

*** چند سال است که وکیل هستید؟**

اگر به سلامتی به آبان برسیم می‌شود سی سال. یعنی جمعاً چهل و هفت سال سابقه قضایی و وکالت.

*** از تجربیات یا خاطرات دوران قضاوت‌تان هم مواردی را بفرمایید.**

هر پرونده نکات عبرت آموز دارد و نمی‌شود همه آن‌ها را گفت، اما بعضی وقت‌ها از رفتار همکاران یا پرونده‌هایی که مطرح می‌شد من چیزهایی را به خاطر دارم که فراموش ناشدنی است. یکی از موارد این بود که من مدتی به عنوان مشاور کیفری یک در دادگاه کیفری یک قم در خدمت جناب آقای علایی بودم. نمی‌دانم به رحمت خدا



سازمان قضایی

رفتند یا هنوز در قید حیات هستند. در هر حال چنانچه به رحمت خدا رفتند خداوند ایشان را رحمت کند و اگر که حیات دارند ان شا... در سلامتی زندگی کنند. جناب آقای حاج سید عیسی علایی از قضات وارسته و از روحانیان بسیار شریف، پاکدست و بسیار بی‌غرض و بی‌نظر نسبت به همه بودند و یک محبتی نسبت به همه داشتند. یکی از خاطراتی که من از ایشان به خاطر دارم این است در یک پرونده که اقرار متهم بایستی تکرار می‌شد تا به نصاب لازم برسد (چهار بار اقرار). آن وقت‌ها در اعمال منافی عفت هم پرونده با صدور کیفرخواست از دادسرا به دادگاه می‌آمد، بر خلاف شرایط فعلی که در این امور دادگاه‌ها مستقیماً تحقیقات و رسیدگی را انجام می‌دهند. بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری سابق یا در واقع اسبق روشی که من از ایشان دیدم این بود که در این قبیل جرائم که اثباتش محتاج چهار بار اقرار بود، ایشان کیفرخواست را برای متهم می‌خواند. قرائت کیفرخواست که تمام می‌شد از متهم می‌پرسید چه پاسخی داری؟ آیا قبول دارید یا نه؟ دو فرض متصور بود: اگر می‌گفت: قبول ندارم که خوب در واقع محاکمه تمام می‌شد. اما اگر می‌گفت که قبول دارم، تعجب برای من این بود که اینجا هم باز ختم دادرسی اعلام می‌کردند. اگر حالا وکیل داشت به وکیلش می‌گفت توضیحات را بده و بعد هم محاکمه تمام می‌شد.

من یک روز به صورت یک ایراد گفتم: «حاج آقا چرا جلسه را تجدید نمی‌کنید برای اقرار بعدی.» ایشان درس مهمی به من دادند و نصیحتی کردند و گفتند: «اقرار تعریفی دارد. تعریف اقرار اخبار به حقی است به ضرر خود و به نفع دیگری. اخبار یعنی خبردادن. بنابراین اقرار دادنی است نه گرفتنی» و من این نکته را هیچ‌گاه یادم نمی‌رود و در اکثر کلاس‌های درس که در خدمت جوانان دانشجوی هستم این مطلب را برای آنها یادآوری می‌کنم که یادتان باشد اقرار دادنی است. اگر اقرار گرفتنی شد گیرنده اقرار خودش را به توسل به هر وسیله‌ای مجاز می‌داند. چرا که آنجا هدف گرفتن اقرار خواهد بود و هدف وسیله را توجیه می‌کند. البته باید این را فقط در حدود اعمال کرد، مثلاً در سرقت حدی، مثلاً در شرب خمر یا در فلان جرم منافی عفت که چهار بار اقرار می‌خواهد.

* جناب استاد حالا که در بخش خاطرات قضایی هستیم آیا حضرت عالی در



طول هفده سالی که قضاوت فرمودید پیش آمده برایتان که آرزو کنید کاش قاضی نبودم؟

حقیقتش این سوال بسیار سوال سختی است ولی من اگر بخواهم صادقانه خدمت شما بگویم موردی را به خاطر ندارم که بعد از تصمیمی که گرفته باشم دچار ندامت شده باشم. انسان چون در پایان هر روز سر که بر بستر می‌گذارد کارهای روزانه از جلوی چشمش می‌گذرد و وای به وقتی که خدای ناکرده اعمال خودش را در آن روز نپسند. مسلماً در دوران خدمت هر کسی و خصوصاً یک قاضی اشتباهاتی ممکن است واقع شود و هر کسی اشتباه می‌کند. من هم به هیچ وجه مصون از اشتباه نبوده‌ام، اما من خیال می‌کنم اشتباه با عمد و غرض بسیار متفاوت است. اشتباه را چه بسا بتوان جبران کرد. مخلص آنکه باید به عرض برسانم که در دوران هفده سالی که در دادگستری بودم با اینکه در دادگاه کیفری یک (حدود یک سال و نیم نزدیک دو سال بودم) و بعد به دادگاه حقوقی رفتم (شش سال اول هم که در دادگاه های حقوقی بودم کارهای کیفری هم به عنوان جانشین باز پرس انجام می‌دادم) هیچ گاه شخصاً در مقام صدور یک حکم کیفری نبودم. آن موقعی هم که مشاور دادگاه کیفری یک بودم، در آن زمان طبق قانون اصلاح آیین دادرسی کیفری نظریه مشاور برای قاضی دادگاه لازم الاتباع نبود. به عبارت اخری مشاور مثل مستشار نبود که در رای شرکت داشته باشد. قبل از اینکه دادگاه رای بدهد مشاور یک نظر مشورتی به قاضی دادگاه می‌داد و قاضی دادگاه هم مکلف به تبعیت از نظر مشاور نبود. به این خاطر از لحاظ کیفری حکمی صادر نکردم. در مسائل حقوقی هم هر چند ممکن است رای که در دادگاه بدوی صادر کردم، در دادگاه عالی نقض شده باشد؛ اما اینکه عالماً و عمدتاً در یک امر حقوقی برخلاف استنباط قضایی و یا تحت تاثیر توصیه و یا سفارش کسی تصمیمی گرفته باشم، یک نمونه را هم سراغ ندارم و علتش هم آن است که از ابتدا سعی کردم که در پشت قانون حرکت کنم. به همین دلیل قریب ده سال یا یازده سال در دادگستری قم بدون کوچک ترین مسأله ای و بدون کمترین حاشیه کارم را انجام دادم. برخلاف بعضی از همکاران که می‌گفتند فلانی تهدید شده، در تمام طول این دوران یک برخورد یا تلفن تهدیدآمیز از ناحیه اشخاص یا حتی از



طرف مقامات نداشتیم. و تعجب می‌کنم وقتی که می‌گویند فلان قاضی تحت توصیه و سفارش تصمیم گرفت. البته تأثیری هم روی بنده نداشت.

بد نیست در اینجا خاطره‌ای که به یادم آمد را بگویم. حدود سه ماه بعد از جدایی از دادگستری روزی در یکی از خیابان‌های قم، نزدیک چهارراه بازار، پشت مسجد امام حسن عسگری (ع) تقریباً اواخر پاییز کاری داشتیم، آمده بودم طرف بازار. آن وقت‌ها می‌شد پشت مسجد ماشین را پارک کرد. از بازار آمدم و به سمت ماشینم می‌رفتم یک مرتبه یک دستی محکم از پشت بر شانه ام زد. برگشتم دیدم یک آقای است. البته بلافاصله شناختمش که از ارباب رجوع‌ها بوده. ولی ترسیدم. با یک حالت تدافعی گفتم: بله آقا؟

گفت: سلام.

گفتم: آقا این چه سلام کردنی است؟!

گفت: من باید یک چیزی به شما بگم. ما یک پرونده پیش شما داشتیم...

(با خنده) ... آقا ترس ما بیشتر شد.

ادامه داد: «پرونده‌ای داشتیم که چند سال در دادگستری بود. خلاصه آمد پیش شما

حکم دادید و احقاق حق کردید.»

باور کنید آن آقا گفت: «من بعد از آن تاریخ هر از چند گاهی یک ماه دو ماه یک بار

می‌آمدم دادگستری، خدا شاهده از بیرون در شما را می‌دیدم، می‌رفتم. یکی دو هفته‌ی

قبل رفتم به عادت مالوف، دیدم پشت میزتان نیستید. رفتم اتاق بغلی پرسیدم این آقا

کجا رفت؟ گفتند: ایشان از دادگستری رفت. امروز دیدم تان. تا آنجا بودی نمی‌توانستم

تشکر کنم. امروز می‌خواستم از تون تشکر کنم.»

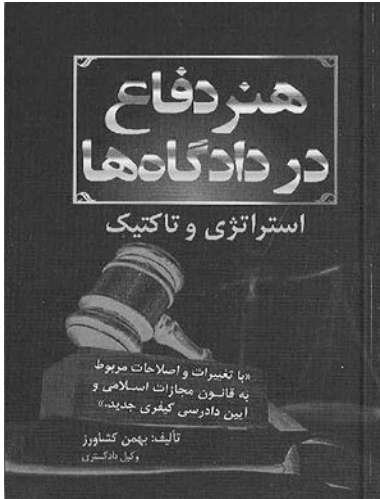
گفتم: آقا تو که پدر من را درآوردی با این تشکری که کردی. فکر کردم کسی آمده

می‌خواهد انتقام از من بگیره... (با خنده)

ادامه دارد ...



معرفی کتاب



نگاهی به «کتاب هنر دفاع در دادگاهها، استراتژی و تاکتیک» تالیف استاد بهمن کشاورز انتشارات نشر کشاورز / چاپ سیزدهم



تهیه و تنظیم: سید محمد حسین موسوی
وکیل پایه یک دادگستری

این بخش که به معرفی کتاب‌های حقوقی و یا غیر حقوقی ولی مفید جهت انجام امر وکالت اختصاص داده شده بر اساس یک باور عقلایی و در جهت هم‌افزایی و بالا بردن سطح علمی و تجربی وکلای محترم آغاز شده لذا پیشاپیش از ایشان تقاضا می‌شود زین پس چنانچه در میان مطالعه کتب مختلف به مورد مطلوبی که مفید امر وکالت باشد برخوردند با معرفی آن، در این زمینه همکاری نمایند.

برای شروع سراغ کتابی از استاد بهمن کشاورز به نام هنر دفاع در دادگاه‌ها (استراتژی و تاکتیک) می‌رویم. این کتاب در برگیرنده موضوعات مختلفی است که از زمان اولین ملاقات وکیل با موکل شروع و تا پایان جلسه دادرسی دادگاه (چه در دعاوی مدنی یا کیفری است که در این خصوص دعاوی کیفری یک یا همان دادگاه جنایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است)، و مواردی را که وکیل با آنها برخورد می‌نماید را شامل می‌شود و خواننده فر می‌گیرد در هر شرایط چگونه رفتار نماید و از پیش خود را برای آن مهیا نموده و به نحو مقتضی عمل و اصطلاحاً دفاع کند.



وکیل فرا می‌گیرد خود را به چه ابرازی برای هر جلسه با توجه به اختلاف دعاوی و سایر شرایط مسلح کند (وکیل نباید خود را در یک پله حفظ کند و باید همیشه در حال یادگیری و ارتقای ابزارهای خود باشد)، نحوه برخورد با موکل چگونه باید باشد و در جلساتی که با او برگزار می‌شود وکیل باید دنبال چه چیز باشد و چه سوالاتی نماید. وکیل در جستجوی این پاسخ‌ها هرگز نباید در پی اقرار گرفتن از موکل خود باشد.

نباید در همان جلسه اول ملاقات اقدام به تنظیم قرارداد حق الوکاله نمود؛ بلکه این کار باید پس از بررسی تمام جوانب پرونده و روشن شدن این موضوع که آیا احتمال موفقیت هست یا نه؟ با بیان میزان درصد موفقیت آن هم نه به صورت قطعی و حتمی و صد درصدی انجام شود، لذا این قرارداد معمولاً به فاصله چند جلسه پس از ملاقات تنظیم می‌گردد.

پس از انجام قرارداد و روشن شدن اینکه تا چه میزان احتمال موفقیت و پیروزی هست باید نسبت به تعیین استراتژی اقدام نمود. باید توجه نمود که استراتژی تا زمان اتمام جلسه دادرسی تغییر پیدا نمی‌کند لذا در تعیین آن باید نهایت دقت را به کار بست و موکل را نیز از آن آگاه نمود و پایبندی به آن را به او متذکر شد و تاکتیک‌های دفاعی باید با توجه به آن تنظیم شود، گرچه با توجه به شرایط مختلف گاهی ممکن است در تاکتیک خود تغییر ایجاد حاصل کرد.

در ادامه مطالب این کتاب، خواننده با علت لزوم آشنایی با هیئت رئیسه دادگاه و اعضای دفتر و میزان تاثیر این شناخت در نحوه دفاع آشنا می‌شود. توجه به این نکات که ریاست دادگاه چه خلق و خویی دارد؟ سطح علمی او در چه حد است؟ چه گرایش‌های اجتماعی یا سیاسی دارد؟ نه تنها بسیار دارای اهمیت است بلکه به وکیل یاری می‌رساند تا میزان دایره دفاع خود را مشخص سازد. اینکه چه مطالبی را می‌تواند بگوید و از گفتن چه مطالبی باید خودداری کند. توجه به این نکات زمانی که شخص در یک جنگ تمام عیار قرار دارد، برای هر چه بهتر و بیشتر تجهیز کردن خود از اهمیت بسزایی برخوردار است.

«تشبیه دعاوی مدنی یا کیفری به جنگ، اگر در وهله اول عجیب و غیر عادی باشد،



اما در تحلیل نهایی کاملاً بجاست.

در عملیات نظامی شرط پیروزی گردآوری اطلاعات، توجه به تدارکات، پیش‌بینی وضعیت آتی، هماهنگی نیروها، مداومت کار و بالاخره شجاعت و جسارت است و در جوار همه اینها توجه به جزئیات از جوراب و پوتین نفر پیاده و کوله پشتی و جیره انفرادی او تا شناسایی جنس خاک مسیرهایی که توپخانه و ادوات زرهی باید از آنها عبور کنند لازم است.

در دعوای حقوقی نیز اعم از کیفری یا مدنی قضیه دقیقاً همین گونه است. وقتی به آنچه بعداً خواهد آمد با دقت توجه کنید این شباهت‌ها بیشتر نمایان خواهد شد. شاید این حالت در همه برخوردهایی که بین انسان‌ها می‌شود و سرانجام فقط یک طرف از آن موفق بیرون می‌آید صادق و قابل تطبیق باشد.

در نظر گرفتن یک ماجرا و دعوای حقوقی به عنوان عملیاتی نظامی خاصی چند دارد:

- ۱- قضیه از ابتدا جدی تلقی می‌شود. اگر در کار و کالت جدی نباشید در کوتاه مدت احساس خواهید کرد که وکیل حرفه‌ای نیستید و در میان مدت دیگر اصلاً وکیل نخواهید بود اگر چه پروانه‌ای که مرتب تجدید و تمدید شده در جیب داشته باشید.
- ۲- وکیل خود را به انجام اموری به طور منظم و مرتب مکلف می‌بیند و این اقدامات را در مورد همه پرونده‌ها انجام می‌دهد. در نتیجه انجام این موارد برای او «ملکه» و یا در اصطلاح نظامی‌ها «روش جاری» می‌شود به طوری که جز آن نمی‌تواند بکند.
- ۳- نتیجه جدی و منظم بودن در کار این است که:

الف- مراجع قضایی خیلی زود متوجه می‌شوند که کار و کیلی از این نوع به اصطلاح «ول» نیست و جدی تلقی نکردن آن می‌تواند تبعات قانونی داشته باشد.

ب- وکیل برای هر واقعه محتمل آمادگی دارد و هیچ چیز او را غافلگیر نمی‌کند.

پ- روابط وکیل با موکلش نیز تحت نظم و ترتیب مشخصی خواهد بود به نحوی که وکیل می‌تواند در مورد قطع یا ادامه آن به فوریت تصمیم بگیرد.

۴- بالاخره در صورتی که دعوا به محکومیت منجر شود:

الف- چون وکیل همه آنچه را که باید انجام دهد، در حد توان، درست انجام داده



مشکل وجدانی و اخلاقی پیدا نخواهد کرد.

ب- تکلیف حرکت بعدی و ضد حمله و پاتک از آغاز روشن است البته اگر موکل موافق باشد.

پ- در عالم واقعیت‌ها هم شکست نتیجه کم‌کاری، بی‌اطلاعی و یا عدم جرات و جسارت وکیل نخواهد بود بلکه حاصل برتری حریف از جهات مختلف تلقی خواهد شد. همچنان که در هر جنگ شرافتمندانه‌ای این گونه است.^۱»



۱. هنر دفاع در دادگاه‌ها، صفحه ۱۳۱



رکن انتظامی کانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

« رکن انتظامی کانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار »

از مورخ (۱۴۰۲/۱۱/۲۴) لغایت (۱۴۰۳/۰۳/۱۳)

۴۸	تعداد پرونده‌های ثبت شده در دادسرا
----	------------------------------------

۳۴	تعداد قرار منع تعقیب صادره
۱۵	پرونده‌های منجر به کیفرخواست
۲	تعداد قرار موقوفی
۵۳	پرونده‌های جاری

تعداد	آراء صادره
۲۴	تعداد پرونده‌های ارجاعی به شعبات دادگاه‌های انتظامی
۱۹	تعداد آراء صادره در شعبات دادگاه انتظامی





اسامی وکلای محکوم به توبیخ با درج در مجله کانون و پایگاه اطلاع رسانی کانون



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

احکام محکومین انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون
و پایگاه اطلاع رسانی کانون براساس آراء صادره از دادگاه انتظامی
کانون وکلای دادگستری استان قم و دادگاه عالی انتظامی قضا
از مورخ از ۲۴ بهمن ماه ۱۴۰۲ لغایت ۱۳ خردادماه ۱۴۰۳

ردیف	نام و نام خانوادگی	شماره پروانه	شعبه دادگاه	شماره و تاریخ حکم
۱	آقای علیرضا پوررزاق وکیل پایه یک دادگستری	۱۷۶۱	شعبه اول دادگاه انتظامی کانون قم و شعبه پنجم دادگاه عالی انتظامی قضا	۷ ۱۳۹۹/۰۴/۱۱ ۲۴۴ ۱۴۰۰/۰۵/۳۱
۲	خانم لیلا نعمتی سرکارآباد وکیل پایه یک دادگستری	۱۶۳۱	شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون قم	۳۹ ۱۴۰۲/۰۹/۱۳
۳	آقای حسن کاظمی وکیل پایه یک دادگستری	۱۸۱۰	شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون قم	۴۷ ۱۴۰۲/۱۰/۲۰
۴	آقای محمدعلی قاسمی وکیل پایه یک دادگستری	۲۰۳۲	شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضا	۱۴۰۲۰۶۳۹۰۰۰۹۳۶۳۵۰ ۱۴۰۲/۱۱/۱۵





عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۵ / بهار ۱۴۰۳

«عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم»

۱۴۰۲/۱۱/۲۵ لغایت ۱۴۰۳/۰۳/۱۶

ریاست محترم کانون وکلای دادگستری استان قم

با اهداء سلام و تحیت

احتراما به استحضار میرساند: عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم از تاریخ ۱۴۰۲/۱۱/۲۵ لغایت ۱۴۰۳/۰۳/۱۶ به شرح ذیل می باشد.



۷۹ نفر	۱-تعداد وکلای مشاور(رایگان) در محل کانون وکلای قم
۴۲۳ نفر	۲-تعداد دریافت کنندگان مشاوره (رایگان)در محل کانون وکلای قم
۱۲ عدد	۳-تعداد وکالت‌های معاضدتی(رایگان)ارجاعی به وکلای محترم از سوی اداره معاضدت کانون وکلای قم
۱۹۶ نفر	۴-تعداد وکلای تسخیری(رایگان)معرفی شده به مراجع قضایی استان قم
۷۹ نفر	۵-تعداد وکلای مشاوره(رایگان)معرفی شده به دادرای عمومی و انقلاب شهرستان قم

اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم



« اگر برای صدمین بار به ماده ای از قانون استناد
می کنید، برای صدمین بار، باز هم آن را بخوانید،
به اطمینان می گویم که تفسیر دیگری شکل
خواهد گرفت. »

استاد سید محمد فاطمی قمی

(۱۳۲۴-۱۳۵۲ ه ش) از نویسندگان قانون مدنی و قاضی دیوان تمیز

📍 قم خیابان شهید لواسانی نبش کوی ۲۱

☎ ۰۲۵-۳۷۷۵۸۸۹۱ 📞 ۰۲۵-۳۷۷۵۷۷۸۰

🌐 www.qombar.ir