



محله حقوک دادگستری

به موجب مجوز شماره ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ مورخ ۱۱۱۹۷ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

فصلنامه علمی - پژوهشی قوه قضائیه

سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۱ / بهار ۱۳۹۲

-
- صاحب امتیاز / قوه قضائیه
 - مدیر مسئول / علیرضا امینی
 - سردبیر / حسین میرمحمدصادقی
 - مدیر اجرایی / آرامش شهبازی
 - نسخه ۴۵۰۰ / شمارگان
 - قیمت / ۲۰۰۰ ریال
 - حروف چینی، صفحه بندی و چاپ / مطبوعات و انتشارات
 - پژوهشگاه قوه قضائیه
 - نشانی / تهران - صندوق پستی ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵
 - تلفکس / ۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹
 - پایگاه الکترونیکی www.jij.ir
 - پست الکترونیکی majaleh_hoghoghi@jpri.ir

اعضای هیأت تحریر

پر ترتیب حروف الفباء

محمد آشوری / استاد دانشگاه تهران

ربیعا اسکینی / استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای

محمدعلی اردبیلی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

نجادعلی الماسی / استاد دانشگاه تهران

محمدجواد جاوید / دانشیار دانشگاه تهران

سام سوادکوهی‌فر / استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

جعفر کوشای / دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

علی حسین‌نجفی‌ابن‌آبادی / استاد دانشگاه شهید بهشتی

راهنمای تدوین مقالات

راهنمای تدوین :

- مقاله نباید بیش از سی صفحه یا کمتر از ده صفحه باشد.

- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.

❖ کلید واژگان

❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کد پستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک

- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمای خارجی در پانویس هر صفحه

- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نوبت چاپ، نام ناشر، سال چاپ، شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع بلا فاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ - در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار بلا فاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *Op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.

- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.

- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است ، مقاله، بازگردانده نمی شود.

یادداشت سردبیر

به نام آن که جان را فکرت آموخت

امروز که با توجه به افزایش چشمگیر دانشآموختگان حقوق در همه مقاطع و تمامی رشته‌های مرتبط، جامعه حقوقی به رشد قابل توجهی رسیده است و روز به روز بالندگی آن افزوده گشته و به تدریج دارای هویت واحدی می‌شود که تمامی اعضای جامعه حقوقی را به یکدیگر پیوند می‌دهد، لزوم وجود نشریه‌های تخصصی که بتواند پاسخ‌گوی نیازهای علمی این خیل عظیم باشد بیش از پیش احساس می‌شود. اگر در سال‌های قبل از انقلاب اسلامی، دو و حداقل سه دانشکده حقوق با تعداد محدودی دانشجو در کشور به فعالیت مشغول بودند، امروز اساتیدی در جای جای این سرزمین در دانشکده‌های حقوق یا علوم قضایی و یا رشته‌های مرتبط با آنها به تعلیم دانشجویان مشغول هستند. بررسی درستی یا نادرستی این رشد کمی فرصت دیگری را می‌طلبد، لیکن علاقه زایدالوصف این دانشجویان و دانشآموختگان به آموختن - که بر نگارنده طی سفرهای متعددی که طی این سال‌ها برای ایراد سخنرانی به مراکز دانشگاهی مختلف در سراسر داشته کاملاً آشکار شده است - در نوع خود کم نظیر می‌باشد، که باید قدر آن به درستی دانسته شود. به این گروه عظیم دانشجویان و دانشآموختگان باید قضات، وکلا و مشاوران حقوقی، سرفیتران و دفتریاران و بالاخره اساتید محترم دانشگاه‌ها را افزود، که هر یک برای انتشار مقالات خود و نیز جهت افزایش دانش حقوقی نیازمند انتشار چنین نشریاتی می‌باشند. اینک که مسئولیت سردبیری این نشریه وزین و قدیمی بر عهده این بنده کمترین قرار گرفته است، ضمن تقدیر و تشکر خاضعانه از عزیزان بزرگواری که قبل از من به انجام این مهم همت گماشته و این مسئولیت را بر عهده داشته و آن را به خوبی به سرانجام رسانده‌اند، همه اندیشمندان صاحب قلم را به یاری طلبیده دست آنان را به گرمی می‌شارم و از آنها می‌خواهم که ما را از آثار قلمی خود محروم نفرمایند و برای انتشار به هنگام این نشریه و برخوردارشدن آن از مقاله‌های وزین و پریار در همه رشته‌های حقوقی ما را یاری رسانند. من و همکارانم نیز، در مقابل، تعهد می‌سپاریم که از هیچ تلاشی و کوششی در جهت اعتلای روز افزون این نشریه در راستای خدمتگزاری بیش از پیش به اعضای جامعه بزرگ حقوقی کشور دریغ ننماییم.

و توفیق از خداست

دکتر حسین میرمحمدصادقی

فهرست

- اهانت به مقدسات دینی در حقوق ایران و انگلیس
محسن رهامی / سیروس پرویزی
۹
- آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع در حقوق ایران،
مصر و انگلیس
سید حسین صفائی / محسن پور عبدالله
۳۷
- خیار مجلس در قراردادهای الکترونیکی
علی اکبر ایزدی فرد / حسن کاویار / علی حسنچانی
۶۷
- شرط مجہول
علی اکبر فرج زادی / آرش ابراهیمی
۹۵
- تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جو م
پولشویی
باقر شاملو / مجید مرادی
۱۱۳
- خسارت تنبیه‌ی در حقوق ایران
عباس قاسمی حامد / علی خسروی فارسانی / فهیمه آقابابایی
۱۶۳
- استنکاف مقامات اداری از اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری
محمد جواد رضایی زاده / حسین عبدالله
۱۹۱
- ماهیت حقوقی قراردادهای واگذاری مسکن مهر
محمد رضا فلاح / ناصر نصیری فیروز
۲۲۵

اهانت به مقدسات دینی در حقوق ایران و انگلیس

* محسن رهامي

** سيروس پرويزى

چکیده

در برخی کشورها از جمله ایران احکام دینی، از منابع اصلی قانونگذاری است و با اعمال مقرراتی، از مقدسات دینی حمایت قانونی صورت گرفته است. در برخی از کشورهای دیگر از جمله کشور انگلیس که در طی دورانی، نظام کلیسا بر این کشور حکومت می‌کرد نیز از مقدسات دینی حمایت قانونی پراکنده‌ای صورت گرفته است اما بسیاری از کشورها چنین حمایتی را نسبت به مقدسات پیش‌بینی نکرده و جرم‌انگاری چنین اعمالی را در تعارض با آزادی بیان و عقیده و قواعد حقوق بشر می‌پنداشند. اما در حقوق کیفری ایران، علاوه بر ممانعت کیفری از اهانت به حریم پیامبر اسلام(ص)، ائمه معصومین(ع) و سایر مقدسات دینی اسلام، از حرمت سایر انبیای عظام الهی نیز حمایت شده است ولی در نظام حقوقی انگلیس، تنها در مورد دین اکثریت مردم همان کشور، بعضی حمایت‌های پراکنده صورت گرفته است. اما منظور از مقدسات دینی چه چیزهایی است و آیا هر نوع توهینی به مقدسات، مشمول حکم توهین به مقدسات دینی می‌شود یا نه؛ همچنین حکم توهین به هر یک از مقدسات اختصاصی مذاهب اسلامی چیست و نیز بررسی مقررات و رویه قضایی انگلیس در خصوص اهانت به مقدسات دینی و اسلامی، مسایلی است که در این نوشتار با استفاده از روایات و آرای فقهی و سایر منابع، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: مقدسات دینی، سب‌النبي، ارتداد، کفرگویی و کفرنویسی

* نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران mrahami@ut.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران Parvizi@alumni.ut.ac.ir

درآمد

گاهی اظهارنظرها و نقادی‌های افراد و گروه‌های سیاسی در حوزه‌های اجتماعی و به خصوص در امور دینی، از حد اعتدال خارج شده و «اهانت به مقدسات دینی» تلقی می‌شود. اما در این میان، گروهی بدون غرض‌ورزی و صرفاً با هدف خیرخواهی و نقد و بررسی، تفسیرهای مختلفی از دین ارائه می‌دهند ولی مشمول عنوان توهین به مقدسات دینی واقع می‌شوند. گروهی نیز با اغراض سیاسی یا به قصد مبارزه با ارزش‌های دینی، به مقدسات دینی اهانت می‌کنند. متأسفانه قوانین مدون، آنچنان‌که شایسته است در این زمینه، صريح و روشن و بدون ابهام نیست و احکامی را به صورت محمل بیان کرده است و همین امر چه بسا سبب شده که واژه « المقدسات دین» و عنوان توهین به مقدسات دینی دچار تفسیرهای گوناگون و احتمالاً سوءاستفاده‌های ناروا قرار گیرد و قضاط و مجریان قانون نتوانند با تحلیل درستی از قصد و نیت شخص متهم، به قضاؤت عادلانه دست یابند. لذا نیاز جدی به تحقیق درباره جوانب مختلف آن ضروری است.

بنابراین در این مقاله سعی شده است با تکیه بر روایات و آرای فقهی، قوانین جاری و رویه‌قضایی، جوانب مختلف جرم اهانت به مقدسات در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس، مورد بررسی قرار گیرد.

در مقاله حاضر ابتدا مفهوم مقدسات دینی و توهین به مقدسات مذکور مورد بحث قرار گرفته‌است. نظر به اینکه جرم‌انکاری توهین به مقدسات دینی بر مبنای احکام دینی و جهت بررسی دقیق‌تر، دیدگاه فقهای شیعه و اهل سنت در ارتباط با توهین به مقدسات مذهبی مورد توجه قرار گرفته‌است. علاوه بر آن مقدسات دینی در نظام حقوقی کامن‌لا نیز از حیث توهین به مقدسات در دین مسیح و سایر ادیان نیز مورد بررسی قرار گرفته است. بدین ترتیب ارکان سه‌گانه جرم مذکور در سه قسمت مقاله حاضر با مقایسه نظام کیفری ایران و انگلیس، مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱- عنصر مادی اهانت به مقدسات مذهبی و تعامل آن با توهین ساده

اهانت از ریشه «وهن» به معنای سستکردن و خفیفکردن آمده است^۱ و اصطلاحاً به تحقیر وجود معنوی و حیثیت مجنی عليه گفته می‌شود و در اینجا اهانت به معنای آن است که یکی از شخصیت‌ها یا اشیا یا اعتقادات مورد احترام دین اسلام تحقیر شود. در لغت، منظور از مقدسات مذهبی عبارت است از «اموری که نزد خداوند دارای احترام بوده و احترام آن‌ها به عموم، واجب و هتك‌حرمت آن‌ها حرام باشد اعم از اشخاص مانند انبیا، اولیا یا اماکن مانند کعبه و مسجدالحرام و سایر مساجد یا اشیاء مانند کتب آسمانی».^۲

برای تشخیص اینکه گفتار یا کرداری موجب اهانت شده است یا خیر باید به ملاک‌های عرفی مراجعه کرد. در استفساریه‌ای که از مجلس در مورد منظور از عبارت اهانت، توهین یا هتك‌حرمت، در تاریخ ۷۹/۰۵/۲۵ به عمل آمد^۳، نظر مجلس این است که «از نظر مقررات کیفری، اهانت و توهین و... عبارت است از به کاربردن الفاظی که صریح یا ظاهر باشد و یا ارتکاب اعمال و انجام حرکاتی که با لحاظ عرفیات جامعه و با درنظرگرفتن شرایط زمانی و مکانی و موقعیت اشخاص، موجب تضعیف و تحقیر آنان شود و با عدم ظهر الفاظ، توهین تلقی نمی‌گردد». بنابراین اهانت ممکن است به صورت گفتار، فعل، ترک فعل یا کتابت انجام شود و ضابطه تشخیص آن با توجه به عرف جامعه در هر زمانی و مکانی متغیر است و نهایتاً دادگاه، رفتار مرتكب جرم را مشخص می‌کند.^۴

اما به رغم این مشترکات، توهین به مقدسات اسلامی، در برخی مقررات نیز تابع ویژگی‌های خاصی است؛ مثلاً برخلاف توهین ساده که همیشه بزه دیده خاصی

۱. حسن عمید، فرهنگ عمید، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۱، چاپ هفدهم، ص ۱۰۷۶

۲. سید مصطفی حسینی دشتی، *معارف و معاریف*، جلد ۵۰۰، ۱۳۵۰.

۳. قانون استفساریه نسبت به کلمه اهانت، توهین یا هتك‌حرمت مندرج در مقررات جزایی مواد ۵۱۳، ۵۱۴، ۶۰۸ و ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی و بندهای ۷ و ۸ ماده ۶ و ماده ۲۶ و ۲۷ قانون مطبوعات

۴. ایرج گلدوزیان، *حقوق جزای اختصاصی*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۸۱، ص ۴۹۸

دارد، اهانت به مقدسات، جزء جرایم بدون بزهديه محسوب می‌شود. در واقع توهین به مقدسات از جمله جرایمی است که شخص حقیقی یا حقوقی معینی مستقیماً از وقوع آنها متضرر نمی‌شود. به عبارت دیگر، منظور جرایمی است که بزهديه «مستقیم» ندارند و در اینجا مخاطب توهین‌کننده ممکن است ذات اقدس الهی، اشیاء و اماکن مقدس و اعتقادات مقدس باشد. لذا توهین به مقدسات بر خلاف توهین ساده (که دارای بزهديه مستقیم است) از جرایم بدون بزهديه بوده که تعقیب آن نیازی به شکایت شاکی خصوصی ندارد.^۱

در واقع برخی از مصاديق اهانت، به دلیل اهمیتی که دارد به صورت جداگانه یا با عنوان مجرمانه خاصی در قانون پیش‌بینی شده است مانند جرم قذف که جزو جرایم حدی است (ماده ۱۳۹ ق.م.) یا اینکه مجازات‌های شدیدی برای آن پیش‌بینی شده است که یکی از مصاديق استثنایش از عنوان کلی اهانت مذکور در ماده ۶۰۸ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اهانت به مقدسات اسلام است.

۱- عنصر مادی توهین به مقدسات از دیدگاه مذهب شیعه و حقوق ایران
از دیدگاه فقهای شیعه، جرم توهین به مقدسات، آن‌گاه محقق می‌شود که پیامبر گرامی اسلام و ائمه معصومین(ع) مورد اهانت و استهزا قرار گیرند. بسیاری از فقهای شیعه در توهین به مقدسات، حضرت زهرا(س) را نیز ملحق به سایر معصومین دانسته‌اند.^۲

در یک ضابطه کلی می‌توان گفت هر آنچه از دیدگاه اسلام در شمار مسائل ضروری و قطعی قرار گیرد توهین به آن جرم است مانند توهین به کعبه و سایر پیامبران الهی و مقدسات ضروری اسلام اگرچه از نظر میزان مجازات با هم تفاوت دارند. بر اساس قاعده حرمت اهانت به مقدسات، توهین به مطلق مقدسات دینی

۱ . محسن رهامی، جرایم بدون بزهديه، میزان، ۱۳۸۷، ص ۴۶ .
۲ . سید مرتضی الموسوی البغدادی(علم الهی)، الانتصار، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵هـ . ق، ص ۴۸۰ .

حرام است.^۱ ولی جرم بودن آن دسته از مقدسات دینی که در حد ضروری دین نباشند، نیاز به دلیل مستقلی دارد. بر اساس این ضابطه، هر آنچه مربوط به مقدسات سایر ادیان الهی باشد ولی از جمله مقدسات دین اسلام نیز به شمار آید داخل در قلمرو جرم توهین به مقدسات خواهد بود مانند احترام به تورات یا سایر پیامبران الهی. علاوه بر این، برخی از فقهای نامآور شیعه بدین موضوع تصريح نموده‌اند که اهانت و ناسزاگویی به دیگر پیامبران الهی نیز همان مجازاتی را دارد که برای توهین به پیامبر گرامی اسلام و معصومین مقرر گردیده است. شهید ثانی از جمله فقهایی است که اهانت به سایر انبیاء الهی را نیز مانند توهین به پیامبر گرامی اسلام، مستحق مجازات دانسته است. به اعتقاد ایشان، اهانت به دیگر پیامبران الهی بدین جهت منوع است که لزوم احترام به انبیای الهی و گرامیداشت آنان از ضروریات اسلام است و بر همین اساس، دشنام به آنان موجب ارتداد خواهد بود.^۲

۱۳

به نظر می‌رسد لازمه این تحلیل منطقی در کلام شهید ثانی آن است که توهین به مقدسات سایر ادیان الهی که از مقدسات اسلام قلمداد می‌شود نیز منوع باشد. به عنوان نمونه بر اساس دلالت صریح قرآن کریم، حضرت مریم از بانوان پاکدامن عصر خویش بوده که قرآن مجید، اتهامات ناروا را از طرف عده‌ای از یهود، رد کرده و بر پاکدامنی ایشان تأکید ورزیده است. حال اگر کسی نسبت به این بانوی گرامی اتهام بی‌عفتی روا دارد مرتکب توهین به مقدسات اسلام گردیده است. همچنین است اهانت به انجیل و تورات واقعی که از دیدگاه قرآن، این دو کتاب آن گاه که دستخوش تحریف نشده بودند مانند قرآن کریم جزو کتب آسمانی محسوب و از قداست برخوردار می‌باشند.^۳ شیخ ابوالصلاح حلیی یکی دیگر از فقهای شیعه نیز

۱ . احمد اردبیلی (المقدس)، مجمع القاعده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۳ هـ، ص ۱۷۴

۲ . زین الدین بن علی العاملی (شهید ثانی)، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد اول؛ چاپ دوم، بی‌ثا، قم، ۱۳۸۰، ص ۱۵۴

۳ . حسین میر محمدصادقی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، میزان، ۱۳۸۰، ص ۱۶۶

صراحتاً توهین به سایر انبیای الهی را مانند توهین به پیامبر گرامی اسلام قابل مجازات دانسته است.^۱

بنابراین شمول جرم توهین به مقدسات، نسبت به اهانت به سایر پیامبران الهی از نظر قواعد فقه شیعه منعی نداشته، گرچه فقط برخی از فقهاء شیعه بدان تصريح نموده‌اند ولی از آنجاکه دیگر فقهاء شیعه مخالفتی صریح با این موضوع ابراز نداشته‌اند، انتساب این نظریه به آنها نیز منعی نخواهد داشت. و شاید به همین دلیل ابن‌زهره در این مسئله ادعای اجماع نموده است.^۲

مرحوم صاحب جواهر نیز پس از نقل نظر شهید ثانی و ادعای اجماع/بن‌زهره، نسبت به این نظریه گرایش نشان داده است. به اعتقاد ایشان، روایتی که از پیامبر اسلام نقل گردیده است به این موضوع صراحت دارد که هر کس به پیامبری دشنام دهد مجازات او قتل است.^۳.

در میان فقهاء معاصر نیز آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به این استفتا که «اهانت به انبیا چه حکمی دارد؟» پاسخ داده است «اهانت به آنان العیاذ بالله چنان که کفرآمیز باشد و اقتضای کفر داشته باشد حکم ارتداد دارد، در غیر اینصورت حکم آن تعزیر است^۴. همچنین آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ استفتایی، منظور خود را از مقدسات دینی چنین اعلام نموده است: «پیشوایان بزرگ اسلام و مراکز مهم اسلامی مانند مکه و مدینه، قبور ائمه و ضروریات اسلام و مانند آن است و توهین، امری عرفی است که با مراجعته به عرف روشن می‌شود». اما ایشان توهین

۱ . استادی، ۱۳۸۰، ص ۴۱۶

۲ . ابن زهره ابوالمکارم ، *غنية النزوع الى علمي الاصول و الفروع*، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم،

۶۲۳، ۱۴۱۷

۳ . محمد حسن نجفی، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، جلد چهل و یکم، دار الحیاء التراث، بیروت، ۱۹۸۱، ص ۴۳۷

۴ . علاء الدین الكاشانی، *بدائع الصنائع*، جلد هفتم، چاپ دوم، دارالکتب العربي، بیروت، ۱۹۸۲، ص ۵۰۶

مسلمانان به مقدسات غیرمسلمانان را هرچند کار غیرشایسته‌ای دانسته است، داخل در مفهوم این موضوع (توهین به مقدسات دینی) نداسته است.^۱ در حقوق کیفری ایران نیز ماده ۵۱۳ ق.م.ا توهین به هریک از انبیای الهی را ممنوع و جرم‌انگاری کرده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «هر کس به مقدسات اسلام و یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه معصومین(ع) یا حضرت صدیقه طاهره(س) اهانت نماید اگر مشمول حکم سبالنبوی باشد اعدام می‌شود و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد». یکی از حقوق‌دانان معتقد است که شخصیت‌های مورد احترام سایر مذاهب که از نظر قرآن و اسلام هم واجب‌التعظیم هستند جزو مقدسات اسلام محسوب می‌شوند و معتقدند که کلیه انبیای الهی مشمول این ماده می‌باشند.^۲ در واقع از نظر وی، منظور از مقدسات اسلام در درجه اول، ذات باری‌تعالی و پس از آن، همه مکان‌ها و چیزها و اشخاصی هستند که از لحاظ موازین دین اسلام، مقدس و قابل احترام محسوب می‌شوند مثل قرآن کریم یا کعبه یا مزار پیامبر(ص) و امامان(ع) یا شخصیت‌های مورد احترام سایر مذاهب که از نظر اسلام هم واجب‌التعظیم هستند مثل حضرت مریم. وی حمایت قانونگذار را از پیروان ادیان دیگر، به دو مورد محدود کرده است. اول: حمایت از پیامبر آنان البته به شرط آنکه آن پیامبر از دیدگاه اسلامی نیز جزو پیامبران الهی محسوب شود. دوم: آن دسته از مقدسات که جزء مقدسات اسلام محسوب می‌شود و کلیه انبیای الهی را مشمول ماده ۵۱۳ ق.م.ا دانسته است. در مقابل، نظر مخالفی وجود دارد که انبیای عظام را منحصراً پیامبرانی می‌داند که نام آنان در قرآن کریم ذکر شده است که قریب یکصد تن خواهند بود.^۳ حقوق‌دان دیگری نیز تشخیص مقدسات اسلام را با نظر فقهاء و عرف دانسته است.^۴

۱ . ناصرمکارم شیرازی، استفتائات حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی، معارف اسلامی و آثار حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی، جلد اول، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۴۵

۲ . میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۱۶۴

۳ . ضیاء الدین پیمانی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ هفتم، میزان، ۱۳۷۷، ص ۷۹

۴ . گلدوزیان، پیشین، ص ۱۶۴

در تجزیه و تحلیل این نظرات حقوقدانان باید گفت که در فرهنگ معین، منظور از مقدسات، پاکی و آن چیزی که مورد تقdis قرار گیرد آمده است اما درباره اینکه آیا توهین به مقدسات شامل هر چیزی می‌شود که مورد احترام است یا فقط به چیزهایی گفته می‌شود که از ارزش و احترام زیادی برخوردار است اختلاف وجود دارد. به نظر می‌رسد باید معنی اخیر را در مورد توهین به مقدسات در نظر گرفت چون در لسان عام، واژه مقدس برای موضوعات مختلفی به کار رفته است، مثل لباس مقدس روحانیت؛ اما اهانت به آن‌ها را نمی‌توان اهانت به مقدسات اسلام محسوب کرد. از نظر موازین دین اسلام هم بسیاری از چیزها قبل احترام است اما اهانت به آن مشمول عنوان «اهانت به مقدسات اسلام» نیست مثلاً احترام به پدر و مادر از واجبات دینی است ولی اهانت به ایشان را نمی‌توان اهانت به مقدسات اسلام تلقی کرد. در واقع مقدس‌بودن یک چیز باید در درجه‌ای از اهمیت باشد که اهانت به آن، اهانت به اساس اسلام و ارزش‌های مهم اسلامی تلقی شود.

علاوه بر این با توجه به اطلاق مقدسات اسلام، به نظر می‌رسد منظور از مقدسات اسلام، اموری باشد که تمامی مذاهب اسلامی در مقدس‌بودن آن اتفاق نظر داشته باشند مانند ذات اقدس الهی، وحدانیت خدا، قرآن مجید و... بدین ترتیب اموری که مقدس‌بودن آنها مورد اختلاف مذاهب متعدد است مشمول ماده ۵۱۳ ق.م.ا. نخواهد شد. قرینه‌ای که برای این مطلب وجود دارد آن است که ماده ۵۱۳ ق.م.ا. پس از به کاربردن این واژه (المقدسات اسلام) دو مورد از مقدسات اختصاصی شیعه را به صورت خاص بیان کرده است و آن اهانت به ائمه طاهرین و حضرت صدیقه طاهره است و اگر عنوان توهین به مقدسات اسلام شامل موارد اخیر هم می‌شد دیگر ضرورتی به ذکر آن در ماده مورد بحث وجود نداشت. این احتمال با قواعد حقوقی از جمله قاعده تفسیر مضيق قانون به نفع متهم و قاعده درآ نیز سازگار است. در نتیجه مقدسات اختصاصی شیعه (جز در موارد خاص) و اهل سنت را نمی‌توان مقدسات اسلامی محسوب کرد. چنانچه به مقدسات غیراسلامی با مقدسات اسلامی رابطه لازم و ملزم (یعنی اینکه آن‌ها نیز جزء مقدسات اسلامی هم محسوب شود) داشته باشد می‌شود آن را در حکم مقدسات اسلامی دانست.

علاوه بر این، اهانت به مقدسات اسلامی برخلاف توهین ساده، فقط جرمی علیه افراد نیست بلکه اعتقادات و اماکن متبرکه نیز ممکن است موضوع این جرم قرار گیرند. اما باید میان این امور و اساس اسلام، رابطه لازم و ملزموم وجود داشته باشد به‌گونه‌ای که اهانت به آنها، اهانت به اصل اسلام تلقی گردد. نکته دیگر «در مورد عمل ارتکابی توهین این است که وسیله در توهین، شرط نیست مگر در مورد جرایم مطبوعات که از طریق وسیله خاص یعنی مطبوعات صورت می‌گیرد».^۱

۲- قلمرو توهین به مقدسات از دیدگاه مذاهب عامه

دیگر مذاهب اسلامی در خصوص گستره مفهوم توهین به مقدسات و سایر شرایط مربوط به آن با مذهب شیعه اختلاف زیادی ندارند. مالکیه بر این عقیده‌اند که توهین و دشنا� به خداوند یا پیامبر اسلام یا دیگر پیامبران الهی مستوجب قتل است.^۲ بنابراین فقهای مالکی صراحتاً توهین به سایر پیامبران الهی را نیز داخل در مفهوم توهین به مقدسات اسلام دانسته‌اند.

۱۷

فقهای مذهب حنبلی بر این عقیده‌اند که اهانت به خداوند یا پیامبر اسلام یا دیگر پیامبران الهی یا کتب آسمانی مستوجب کیفر است.^۳ برخی از فقهای مذهب شافعیه نیز هر گونه اهانت به قرآن، خداوند، پیامبر گرامی اسلام یا دیگر انبیای الهی را که توسط کافر ذمی صورت گرفته باشد موجب نقض قرارداد ذمہ دانسته‌اند. اما حنفیه بر این باورند که اهانت به پیامبر اسلام توسط کافر ذمی موجب مجازات نیست بلکه فقط از این عمل نهی خواهد شد زیرا توهین کافر ذمی به پیامبر اسلام صرفاً زیادت بر کفر است و بدین جهت مستحق مجازات نیست.^۴

بنابراین فقهای سایر مذاهب اسلامی هم غالباً توهین به مقدسات را شامل توهین به سایر پیامبران الهی نیز دانسته‌اند و در منابع روایی آنها هم در این خصوص روایاتی بدین منظور نقل شده است که هر گاه کسی به انبیای الهی توهین

۱ . حسين آقایی نیا، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۱

۲ . ابو عمر یوسف القرطی، *الكافی*، جلد اول ، دارالکتب العلمیه، بیروت ، ۱۴۰۷، ص ۵۸۵

۳ . عبدالرحمن ابن قدامه المقدسی، *المغنى*، دارالفکر، بیروت ، ۱۴۰۵ هـ، ص ۳۳

۴ . علاء الدین الکاشانی، *بدائع الصنائع*، جلد هفتم، چاپ دوم، دارالکتب العربي، بیروت ، ۱۹۸۲، ص ۱۱۳

نماید مستحق قتل است؛^۱ که نشان دهنده نظر اکثر فقهای اسلامی در مورد حرمت توهین به همه پیامبران الهی است.

۳- عنصر مادی توهین به مقدسات در حقوق انگلیس

در عصر حاضر، اخلاق و مذهب در بسیاری از کشورهای غربی نقش فرعی و ثانوی دارد و به طور کلی قلمرو آنها از قلمرو حقوق جداست. مثلاً در حقوق آمریکا بر اساس متمم اول قانون اساسی این کشور، کنگره حق ندارد قانونی وضع کند که بهموجب آن، مذهب خاصی مورد تأیید قرار گیرد یا ممنوعیت آزادی مذهب خاصی را در پی داشته باشد. با وجود این در نظام حقوقی کامن لا ریشه‌هایی از تأثیر مذهب بر حقوق مشاهده می‌شود.

در نظام حقوقی کامن لا از دیرباز، توهین به مقدسات (بلسفمی)، جرم شناخته شده است که مواردی را در بر می‌گیرد که مرتكب با انتشار مطالبی علیه حقانیت مسیحیت یا حضرت مسیح یا انجیل، احساسات مسیحیان را شدیداً جریحه‌دار می‌کند. بلسفمی که از آن به عنوان کفرگویی و کفرنویسی یاد می‌شود در خلال سده‌های گذشته در لغتنامه‌ها، تعریف‌های مختلفی داشته اما به یک تعریف واحد نرسیده‌اند.

در لغتنامه‌ای که در سال ۱۸۷۲ منتشر شد، تعریف واژه بلسفمی تا اندازه زیادی به توهین به مقدسات نزدیک شده است. شیپلی در تعریف خود از این جرم می‌نویسد: «انکار وجود یا مشیت الهی، انتقاد و قیحانه از عیسی مسیح، توهین به کتب مقدس یا توهین و تمسخر هر بخشی از آن».^۲

۱. علی ابن ابی بکر المیثمی، *مجمع الزوائد و منبع الفوائد*، جلد ششم، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۲۱۸۱۴۰۸ هـ، ص ۲۱۸

2. Blasphemy

3. Shipley, *A Glossary of Ecclesiastical terms*, 2nd ed, London, Oxford, 1872, p.541

د.جی فلدمان مشاور حقوقی در کمیته مشترک (از کمیته‌های «مجلس اعیان^۱» در زمینه امور دینی) در خصوص حقوق بشر، در ارائه تعریف نوین از این جرم، با توجه به احکام صادره در دعاوی مختلف بیان می‌دارد که به نظر می‌رسد توهین به مقدسات با این نوع اهانت‌ها صورت می‌گیرد: «با الفاظ، تصاویر و رفتاری که هر شخصی می‌تواند در معرض دید عموم از خود بروز دهد و با آن‌ها، اعتقادات، نهادها یا موضوعات و شعائر مقدس کلیسای انگلستان را که قانوناً به رسمیت شناخته شده، مورد انکار قرار داده و یا به آن‌ها شدیداً اهانت و بی‌حرمتی نماید یا اینکه فعلی زشت، زننده و اهانتبار یا سوءرفتاری نسبت به موضوعات مقدس، احتمالاً جهت ایجاد شک و بی‌حرمتی نسبت به احساسات کل معتقدان به کلیسای انگلستان در جامعه صورت گیرد». ^۲ نکته حائز اهمیت آنکه در این تعاریف اشاره نشده که توهین به مقامات کلیسا و دستگاه سلطنت به عنوان عالی‌ترین مقام روحانیت در انگلستان در تعریف توهین به مقدسات قرار می‌گیرد یا خیر.

اگرچه بلسفمی در آغاز، شعبه‌ای از جرم ارتداد^۳ تلقی می‌شد و در دادگاه‌های کلیسا در کنار دیگر جرائم دینی همچون کفر و شرک مورد رسیدگی قرار می‌گرفت، ^۴ پس از مدتی به عنوان اتهامی عمدۀ علیه آشکالی از اعتقاد به مسیحیت که تضعیف‌کننده دین و جامعه به شمار می‌رفتند، جایگزین ارتداد شد.

امروزه از آنجاکه عنصر مادی جرم توهین به مقدسات در حقوق انگلیس به گونه‌ای بسیار متفاوت بیان شده، به دشواری می‌توان دریافت که در حقوق انگلیس، اهانت به چه چیزهایی از مصادیق جرم توهین به مقدسات محسوب می‌شود و چه رفتارهایی عنصر مادی جرم مزبور نیست و رعایت حق آزادی بیان، این رفتارها را

۱. مجلس اعیان یا لردها در رأس هرم سیستم قضایی انگلیسی است و نهایی‌ترین مرجع تجدیدنظر آرای کیفری و حقوقی است. کمیته حقوقی مجلس اعیان به عنوان دادگاه پژوهشی، از رئیس قوه قضائیه و لردهای حقوق دان که معمولاً ۱۲ نفر هستند تشکیل می‌شود

2. A.V.Dicey, **Law of the Constitution**, Macmillan.9th ed, Penguin Books, London 1950, p.123

3. Apostasy

4. Feldman, David, **Civil liberties and human right in England and Welles**, 1st ed, Saga Publication, London,1993, p.908

مجاز می‌شمارد.^۱ در سال ۱۹۷۹ در تجدیدنظرخواهی که از دعوای لمون^۲ صورت گرفت مجلس اعیان ظاهراً به جای ضابطه احتمال برهم‌خوردن صلح و آرامش جامعه (که چندی بود در دادگاه‌های پایین‌تر به عنوان ضابطه تشخیص کفرگویی شده بود) به این ضابطه که الفاظ و عبارات مورد ادعا باید احساسات و اعتقادات ریشه‌دار دینی مردم را شدیداً جریحه‌دار نماید روی آورد. همین موضوع باعث شده که در انگلستان این مسئله که صرفاً انکار حقانیت دین مسیح یا اعتبار کتب مقدس از طریق نوشته، چاپ، آموزش یا بیانات همراه با توصیه، بر اساس قانون، جرم شناخته شده و برای آن مجازات‌های متعددی پیش‌بینی گردیده، موجب تحریر بسیاری شود.^۳ اما به‌طورکلی دادگاه‌ها که به حفظ ساختار اجتماعی موجود علاقمندند در دعواهی بعد از دعوای لمون هم موضوع برهم‌خوردن صلح و آرامش را در صدور حکم، مدنظر داشته‌اند. از جمله در دعواهی گات^۴ در سال ۱۹۲۲ به این موضوع اشاره شده است.^۵

نکته دیگر اینکه بنا به دلایل اعتقادی، سیاسی، اجتماعی، توهین به مقدسات بر اساس حقوق انگلیس تنها به حمایت از اعتقادات کلیسای انگلستان (یعنی مذهب «آنگلیکان» که در انگلیس به موجب «قانون تفوق»، مذهب رسمی این کشور شده است) که از سوی دولت مورد شناسایی قرار گرفته محدود می‌شود و در خصوص دیگر فرقه‌های مسیحیت، این حمایت تا اندازه‌ای است که آن اعتقادات با اعتقادات کلیسای انگلستان، همپوشانی داشته باشد.

به‌عنوان نمونه در دعواهی دولت علیه رئیس دادگاه سیار صلح متروپولیتن، خواهان در مرحله بدوف موفق نشد تا احکامی جهت محکوم‌نمودن «سلمان رشدی» به جرم توهین به مقدسات دینی مسلمانان ارایه نماید و این پرونده جهت تجدیدنظرخواهی به دادگاه منطقه‌ای فرستاده شد و دادگاه تجدیدنظر با این

1. Feldman, *op. cit*, p.909. *ibid*?

۲. لمون به خاطر انتشار توهین آمیز نسبت به حضرت مسیح، محکوم به زندان شد.

3. Dicey, *op.cit*, p.295.

4. R.V. Gott

۵. میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۱۶۵

استدلال که در قانون مربوط به بلفرمی فقط توهین به مقدسات مسیحیت جرم شمرده شده،^۱ امتناع قضات دادگاه صلح انگلستان را از صدور حکم، مورد تأیید قرار داد.^۲

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که چرا در کشور انگلستان بر اساس قاعده یادشده، فقط مقدسات دین مسیحیت مورد حمایت قرار گرفته و سایر ادیان الهی از چنین پشتیبانی برخوردار نیستند؟ برخی از حقوق‌دانان منصف غربی برخلاف نظر دادگاه انگلستان، اعتراض مسلمانان را نسبت به حقوق انگلستان پذیرفته و این انحصارگرایی در مذهب را نوعی تبعیض دینی قلمداد نموده و در نتیجه قانون مذبور را مخالف مواد ۹ و ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانسته‌اند که بر پایه این مواد، هر گونه تبعیض بر مبنای دین، ممنوع اعلام شده است.^۳ با توجه به لزوم حفظ حرمت ادیان آسمانی و احترام به آنها و احترام به اعتقادات افراد، به نظر می‌رسد نظر این نویسندگان، درست و مطابق با موازین حقوق بشری است.

بدین ترتیب، عنصر مادی جرم توهین به مقدسات در حقوق انگلستان عبارت است از انتشار هر اثری که هر گونه مطالب تحقیرآمیز، نفرت‌انگیز، اهانتبار و تمسخرآمیز نسبت به مقدسات فرقه‌ای از دین مسیحیت را که در انگلستان به رسمیت شناخته شده، در برداشته باشد؛ به‌گونه‌ای که احساسات و اعتقادات دینی پیروان این فرقه را شدیداً جریحه‌دار نماید و به اعتباری به نقص صلح و آرامش منجر شود.

در تازه‌ترین تعریف از مقدسات دینی، خدا، حضرت عیسی مسیح (ع)، کتاب مقدس یا کتاب ادعیه مخصوص و قواعد و مقررات صادره از سوی کلیسا‌ی رسمی انگلیس به عنوان مصادیق چنین مقدساتی شمرده شده است.^۴

1. Dicey , *op.cit*

۲. سید عطاءالله مهاجرانی، *نقد توطئه آیات شیطانی*، اطلاعات، ۱۳۷۵، ص ۵۱

3. Working, Ronald, **Freedom's Law**, 1st ed , Oxford, London, 1996
,p.364

4. Campbell, Henry, **Blasphemy, Black Law Dictionary**, 1th ed.Sweet,
London, 1987, p.171

با توجه به نادریودن پروندهایی که ظرف بیش از یکصد سال گذشته در مورد این موضوع در دادگاههای انگلیس مطرح شده‌اند، عدم امکان تسری این مقررات به همه مذاهب کوچک و بزرگه دنیا، و برای جلوگیری از تبعیض نسبت به مذاهب مختلف، پیشنهاد شده است که مقررات راجع به کفرنویسی در حقوق انگلستان لغو شود و به همان جرائم مذکور در قانون نظم عمومی بسنده شود. این پیشنهاد از جمله در سال ۱۹۸۵ مورد حمایت اکثریت اعضای کمیسیون حقوقی که راجع به جرایم علیه مذهب تحقیق می‌کردند، قرار گرفته است^۱ لیکن تا کنون تلاش‌ها برای الغای این مقررات، نتیجه‌بخش نبوده است.^۲

اخیراً به گزارش خبرگزاری اهل‌بیت(ع) (ابنا) که در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۱ نوشته شده است، پلیس انگلیس، یک زن و شوهر انگلیسی را به دلیل اهانت به زن محجبه و تمسخر اسلام و اهانت به پیامبر اسلام بازداشت کرد. در این گزارش آمده که «به گزارش تایمز چاپ لندن، روز گذشته دادگاهی در شهر مرسیساید انگلیس، حکم به بازداشت زن و شوهر انگلیسی داد که به زن مسلمانی که در حال افطار بود، اهانت کرده بودند. در این گزارش آمده که این زوج بریتانیایی که به اتهام «تحدید آزادی‌های دینی» قرار است محاکمه شوند با دادن نسبت ناروا به حضرت رسول(ص)، حجاب او را نیز که به گفته زن مسلمان، یکی از نشانه‌های بندگی مسلمانان است از سرش برداشته بودند. این زن نیز بلافصله به پلیس شهر مراجعته و از آن‌ها شکایت نمود و قرار است هشتم دسامبر در دادگاهی در لیورپول به شکایت این زن مسلمان رسیدگی شود. صاحب هتل پاونتی هاوس که در آنجا به زن مسلمان توهین شده است روز گذشته به خبرنگاران گفته که از زمان شکایت این زن تابه‌حال درآمد هتل خیلی کاوش یافته به طوری که تصمیم گرفته هتل را به فروش برساند.

1 . Law Commission, (LC. 145), **Offences against Religions and Public Worship**, London, 1985, p.145

2. Pollard, R, S, W, **Abolish the Blasphemy Law**, 1st, Wilmington, London, 1995, p.70

مایک جرج سخنگوی کلیسای بریتانیا با محاکوم نمودن این عمل زن و شوهر انگلیسی، محاکمه آن دو را خواستار شده است. وی گفته که در هیچ یک از ادیان آسمانی، اهانت به پیروان و مقدسات ادیان دیگر جایز شمرده نشده است.^۱

در تحلیل این قضیه باید گفت اگرچه اقدام دولت انگلیس درباره محاکمه این زوج بهخصوص مواضع منطقی سخنگوی کلیسای بریتانیا قابل ستایش است، آنچه قابل تأمل است این است که این محاکمه صرفاً با عنوان «تحدید آزادی‌های دینی» بوده و به دلیل اذیت و آزار زن مسلمان انجام خواهد شد و نه به عنوان توهین به مقدسات دینی یک شهروند؛ که این جای تأسف دارد که هنوز هم نمی‌توان به دلیل اهانت به مقدسات در انگلستان، کسی را مورد تعقیب قرار داد؛ یعنی مبنای تعقیب اهانت‌کنندگان، مبانی دینی و حمایت از ارزش‌ها و مقدسات دینی نیست بلکه اهانت‌کنندگان را بیشتر به خاطر مبانی غیردینی و بیشتر حقوق‌بشری تعقیب می‌کنند.

۲۳

۲- عنصر روانی جرم توهین به مقدسات در حقوق ایران و حقوق انگلیس

۱- حقوق ایران

در تشریح عنصر روانی جرم توهین به مقدسات در حقوق ایران و تعیین سوءنیت عام و خاص جرم مذکور باید گفت، سوءنیت عام جرم مذکور، عمد در توهین است و آگاهی توهین‌کننده نسبت به موهن‌بودن رفتار، شرط است و قصد تحریر و کوچک‌کردن، سوءنیت خاص توهین به مقدسات است. بنابراین بی‌توجهی و اظهار مبتنی بر اشتباه، مشمول جرم توهین به مقدسات مذهبی نیست. لیکن داشتن نیات خاص مثل قصد جریحه‌دار کردن احساسات عمومی یا بدین‌کردن مردم نسبت به مبانی مذهبی یا برهم‌زدن نظم عمومی یا مقابله با نظام و نظایر آنها ضرورت ندارد. در واقع جرم اهانت به مقدسات از جرایم مطلق بوده که حصول نتیجه مجرمانه در آن شرط نیست بلکه موهن‌بودن و تحقق اهانت خارجی برای تحقق جرم کافی است. راست و دروغ بودن نسبتها نیز شرط نیست و موهون‌شدن واقعی

طرف نیز ضرورت ندارد.» مهم این است که گفتار یا رفتار، بالقوه و از نظر عرف، سبک و وهن آور باشد.^۱

علاوه بر لزوم آگاهی توهین‌کننده نسبت به موهن‌بودن رفتار به همراه قصد تحقیر، شناخت قداست و شخصیت اشخاص موضوع ماده ۵۱۳ ق.م.ا لازمه اعمال مجازات‌های مذکور در ماده ۵۱۳ است. بنابراین «اگر کسی بگوید، مثلًاً امام علی (ع) نفهمیده، و منظورش بدگویی و تحقیر آن حضرت باشد اهانت است ولی اگر برای آن حضرت احترام قابل است لیکن در اثر عدم شناخت و ضعف عقیده خیال می‌کند آن بزرگوار نیز مانند مجتهدین، خطا و اشتباه داشته‌اند یا چون زمان و مقتضیات آن تغییر کرده نمی‌توانیم روش آن حضرت را برای این زمان الگو قرار دهیم، در این حالت اهانت محسوب نمی‌شود».^۲

در جرم اهانت به مقدسات مذهبی، موضوع ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی، علم مرتكب به موضوع نیز ضروری است زیرا با توجه به گستردگی مقدسات مذهبی، علم و آگاهی مرتكب عمل به اینکه موهون جزء مقدسات مذهبی می‌باشد، لازم و ضروری است. از طرفی ماده ۵۱۳ با عبارت «هرکس» شروع می‌شود که شامل همه افراد اعم از مرد و زن، ایرانی و خارجی، مسلمان و غیرمسلمان می‌شود. اطلاع خارجیان و غیرمسلمانان از مقدسات مذهبی شیعیان، موضوعی است که باید علم به آن ثابت شود یعنی شخص باید با علم به موضوع، مرتكب عمل وهن آور بشود. البته علم به حکم یعنی علم به جرم‌بودن عمل ارتکابی لازم نیست زیرا اصل بر این است که پس از انتشار قانون، همگان از آن اطلاع دارند (مگر اینکه ثابت شود شخص خارجی با توجه به اوضاع و احوال کشور متبع خود، گمان بر آزادبودن و جرم‌بودن اظهارات خویش داشته است و با توجه به خارجی‌بودن او امکان اطلاع از قوانین ایران را در این خصوص نداشته است). همچنین علم و اطلاع شخص نسبت

۱. ابراهیم پاد، *حقوق کیفری اختصاصی*، دانشور، ۱۳۸۶، ص ۲۱۲

۲. حسین‌علی منتظری، پاسخ به پرسش‌های مرکز پژوهش‌های مجلس، انتشارات مجلس، ۱۳۸۰، ص ۷۸

به معنای لفظ و هنآور لازم است. به عبارت دیگر مرتکب در هنگام ادای این گونه الفاظ باید به معنای آن نیز علم داشته باشد.

اما در صورتی که شخص اهانت‌کننده، غیرمسلمان (کافر ذمی) باشد بر اساس دیدگاه بسیاری از فقهای مذاهب اسلامی مجازات او قتل نیست. بعضی دیگر از فقهای شیعه بر این عقیده‌اند که در مورد مجازات توهین به مقدسات، فرقی میان کافر ذمی و مسلمان نیست و هر دو مستحق مجازات هستند با این تفاوت که هر گاه کافر ذمی پس از ارتکاب این جرم مسلمان شود مجازات او ساقط می‌شود زیرا چنین شخصی مشمول قاعده «جب» است.^۱

در ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هم قانونگذار با توجه به قاعده «تدرء الحدود بالشبهات»، انکار متهم اهانت به مقدسات را از موارد حصول شبهه در حدود دانسته و متهم را از عنوان اتهامی «سب النبی» خارج دانسته است. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه متهم به سب، ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سیقلسان یا بدون توجه به معانی کلمات یا نقل قول از دیگری بوده است سب النبی محسوب نمی‌شود.».

۲-۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان در مورد عنصر روانی جرم توهین به مقدسات با توجه به محکومیت‌های متهمان پرونده‌های قبلی از جمله در دعواه وایت هایس علیه گی نیوز در سال ۱۹۷۹ توسط مجلس اعیان که در آن، اکثریت اعضای مجلس اعیان، قصد انتشار مطالب توهین‌آمیز را به عنوان عنصر روانی، کافی دانسته و قصد حمله به مسیحیت یا جریحه‌دار کردن احساسات عمومی یا حتی علم مرتکب را به اینکه ممکن است کلمات مورد استفاده وی، چنین اثری داشته باشد ضروری نداسته بود، می‌توان گفت که در حقوق کامن لا جرم توهین به مقدسات، یک جرم مادی صرف بوده که در آن، تنها قصد متهم مبنی بر انتشار مطلبی که هیئت‌منصفه آن را حاوی توهین به مقدسات دینی تشخیص دهد، کافی است؛ هر چند که ممکن است

برخی هم احراز قصد متهم به نتایج و آثار انتشار مطالب موردنظر را لازم شمرده و مفروض دانستن احراز قصد متهم به نتایج و آثار انتشار مطالب موردنظر را نپذیرند. در سال ۱۸۴۳ با وضع قانون مربوط به مسئولیت نویسنده‌گان مطبوعاتی که همچنان لازم‌الاجرا است به ناشران و دیگر افرادی که در زمینه توهین به مقدسات می‌توانند مسئول قلمداد شوند مثل سردبیران روزنامه‌ها و مجلات، این امکان داده شده تا در صورتی که اثبات نمایند از ماهیت مطلب چاپ شده توسط کارمندان خود بی‌خبر بودند، از مسئولیت کیفری و عواقب آن مبرا باشند.^۱ تا قبل از زمان تصویب این قانون، این‌گونه افراد نیز مطلقاً در صورت چاپ مطالب توهین‌آمیز، مسئول قلمداد می‌شدند.

۳- عنصر قانونی توهین به مقدسات در حقوق ایران و انگلیس

۱-۳- عنصر قانونی توهین به مقدسات در حقوق ایران

عنصر قانون جرم توهین به مقدسات در حقوق ایران، ماده ۲۶۲ قانون جدید مجازات اسلامی و ماده ۵۱۳ ق.م.ا و ماده ۲۶ قانون اصلاحی مطبوعات است. طبق ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی «هرکس به مقدسات اسلام یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه طاهرین(ع) یا حضرت صدیقه طاهره(س) اهانت نماید، اگر مشمول حکم سب‌النبی باشد اعدام می‌شود و در غیر این صورت، به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد».

نکته‌ای که در مورد سب‌النبی باید گفته شود این است که «موضوع سب بازدیه ذوق‌العقل باشد و لذا مقدسات اسلام، در غیر مصدق ذوق‌العقل، موضوع سب قرار نمی‌گیرند و اهانت به آنها به هر درجه که باشد از موجبات تعزیر خواهد بود».^۲ پس اگر کسی مثلاً کعبه را سب کند طبق نظر آیت‌الله منتظری تعزیر خواهد شد که این نظر با توجه به اصل تفسیر مضيق مقررات کیفری، صحیح و مطابق اصول حقوق جزا به نظر می‌رسد. ایشان همچنین در ادامه فرموده‌اند: «مجازات اعدام،

1 .Campbell's Libel Act

۲ . منتظری، پیشین، ص ۴۲۷

منحصر در سبّ پیامبر(ص) نیست بلکه سبّ امامان معصوم و سبّ فاطمه زهرا(س) نیز بلکه سبّ همه انبیای الهی مشمول این حکم می‌باشد.».

علاوه بر قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۶ قانون مطبوعات اسلامی نیز توهین به مقدسات اسلامی اعم از شیعه و سنی (مذاهب ۴ گانه) را جرم شناخته است اما اهانت به مقدسات سایر ادیان رسمی کشور را جرم نشناخته است. ماده ۲۶ می‌گوید: «هرکس بهوسیله مطبوعات به دین مبین اسلام و مقدسات آن اهانت کند در صورتی که به ارتداد منجر شود حکم ارتداد در حق وی صادر و اجرا خواهد شد و اگر به ارتداد نیاجامد طبق نظر حاکم شرع بر اساس قانون تعزیرات با وی رفتار خواهد شد.».

۳-۲- بررسی رویه قضایی

با توجه به ماهیت این جرم که در آن مرتكب در واقع به مقدس‌ترین ارزش‌ها توهین می‌کند در ایران تاکنون چند مورد محدود حکم محکومیت در مورد توهین به مقدسات و سابّ‌النبي(ص) صادر شده است. از جمله رأی موضوع پرونده کلاسه ۸۱/۷/۲ شعبه ۴ دادگاه عمومی شهرستان همدان در مورد سابّ‌النبي و توهین به مقدسات درباره آقای ه.آ بود که به اتهام مخالفت با دین اسلام و زیر سؤال بردن اصل نکاح و عقد شرعی ازدواج و با غیرعقلانی خواندن ضرورت تقلید و ... با به کاربردن جملاتی مثل تشبیه مقلدان مراجع تقلید به میمون و ... توسط دادگاه همدان، متهم به ارتداد و محکوم به اعدام شد اما در مرحله بعد، شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور با لحاظ دفاعیات متهم مبنی بر اینکه منظور وی، تقلید فکری و کورکرانه بوده و با توجه به اینکه اصل تقلید، جزو احکام ضروری اسلام نبوده بلکه جزو فروعیات است ... نهایتاً وی را از اتهام سبّ‌النبي و ارتداد مبرا کرد.

با توجه به دفاعیات متهم که در مقام اظهار عقیده خود نسبت به اشخاصی بوده که بدون اینکه برای خود، مبنای فکری قائل باشند فقط مشغول به تقلید صرف و بدون اندیشه هستند و در صدد این نبوده که بخواهد نسبت‌هایی را که به این اشخاص (یعنی مقلدان صرف مراجع تقلید) داده، منتسب به دین اسلام نماید و نیز

به دلیل عروض شبهه در تحقیق ساب آنبوی یا ارتداد و مدنظر قراردادن قاعده فقهی مسلم و معتبر درءالحدود، به نظر می‌رسد که حکم به رد ارتداد، صحیح است.

۳-۳. عنصر قانونی توهین به مقدسات در حقوق انگلیس

امروزه در حقوق انگلستان مقرراتی در رابطه با جرم‌انگاری توهین به مقدسات وجود ندارد؛ اگرچه تاکنون حقوق کیفری بارها در این رابطه قانون وضع شده است از جمله مجموعه‌ای از قوانین در عصر هنری هشتم که در سال ۱۵۲۹ وضع گردید. در این دوران دادگاه کمیسیون عالی، انواع مختلفی از بیانات از جمله توهین تحریک‌آمیز و توهین به مقدسات را جرم‌انگاری نمود و از سال ۱۵۳۹ با وضع قانون ۶ ماده‌ای^۱ مسئولیت کیفری مطلق را در خصوص افرادی که دکترین ارتدکس را انکار می‌نمودند اعمال کرد. در دوران انقلاب در سال ۱۶۵۰ پارلمان، قانون توهین به مقدسات را وضع نمود که در آن، توهین به مقدسات با مجازات اعدام همراه بود اما با بازگشت نظام سلطنتی و نشستن چارلز دوم بر تخت در سال ۱۶۶۰ این قانون دیگر از قابلیت اجرایی خارج (منتفی) شد و دادگاه کمیسیون عالی که به این جرایم رسیدگی می‌کرد منحل شد. در سال ۱۶۷۹ قانون توهین به مقدسات (با بازگشت نظام کلیساپی) به تصویب رسید که مواردی از انکار خدا، مسیح و حقانیت دین مسیحیت را مورد مجازات قرار می‌داد. در سال ۱۸۱۹ قوانین شش‌گانه که از جمله شامل قانون توهین به مقدسات و توهین تحریک‌آمیز می‌شد، وضع شد اما در نهایت همه این قوانین به موجب قانون مجازات سال ۱۹۶۷ منسوخ شد.

در سال ۱۹۸۵ کمیسیون حقوقی انگلستان، گزارش نهایی خود را همراه با پیشنهادهایی تقدیم پارلمان نمود. در این گزارش، آن‌ها با توجه به این دلیل که مقررات مربوط به جرم توهین به مقدسات دیگر بخشی غیرضروری در کد جزایی مدرن است، خواهان نسخ این جرم بدون هیچ‌گونه جایگزینی برای این جرم شدند. در دعواهی هم در سال ۱۹۹۱ برای اولین بار تلاش شد که مقررات راجع به کفرنویسی به سایر مذاهب نیز تسری پیدا کند. در این دعوا که علیه سلمان رشدی

1. the Act of the six Articles, see <http://cat.xula.edu/tpr/works/6articles/>

نویسنده کتاب آیات شیطانی^۱ و نیز ناشر این کتاب طرح شده بود، دادگاه تصریح کرد که مقررات موجود فقط راجع به مسیحیت است و دادگاه حق تسری آن‌ها را به سایر ادیان ندارد و بر فرض هم که چنین حقی را می‌داشت از این حق استفاده نمی‌کرد زیرا ایجاد تغییر از طریق رویه قضایی در رابطه با قانون را در مسائلی از این دست که کاملاً با ملاحظات راجع به نظم عمومی در ارتباط می‌باشند راه مناسبی نمی‌داند.^۲

جرائم توهین به مقدسات، جرمی کامن‌لایی است که اگرچه ریشه در حقوق شرعی دارد و سابقاً در دادگاه‌های کلیسا‌ای مورد رسیدگی قرار می‌گرفت، امروزه در دادگاه‌های کامن‌لا به آن رسیدگی می‌شود و مبانی جرم و مجازات بر اساس احکام صادره در دعاوی قبلی تعیین می‌شود. آخرین دعوایی که در آن مجازات حبس از سوی دادگاه‌های کامن‌لا مقرر گردیده دعوای گات بود که در سال ۱۹۲۲ در جریان بود. در این دعوا جان ولیام گات به جرم توهین به مقدسات به ۹ ماه حبس محکوم شد.^۳.

جرائم کامن‌لایی توهین به مقدسات از جرایمی است که پس از وضع قانون مربوط به اعمال تزویر آمیز^۴ در سال ۱۷۹۲ در دادگاه‌ها با حضور هیئت‌منصفه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. قانون مذبور مقرر می‌دارد که این سؤال که آیا انتشار مطلبی واقعاً توهین‌آمیز بوده یا نه، یک شبهه موضوعی و در حیطه تصمیم‌گیری هیئت‌منصفه است و نه آنکه به عنوان شبهه حکمیه بر عهده قاضی باشد.

با توجه به عدم وجود قانون مشخصی در حقوق انگلستان در مورد توهین به مقدسات، دادگاه‌ها چندان می‌لی در مورد محکوم‌نمودن متهم به جرم توهین ندارند. حتی در صورت محکومیت حکم به مجازات حبس نمی‌دهند. دعواهای لمون آخرین

1 .The Satanic Verses

2 .Smith & Hogan, **Criminal Law**.7th, London, Butterworths, 1992, p.724

3 .Crabtree, Vixens, **United Kingdom's Blasphemy Law**, Sec.1, London, Mansell, 1972, p.134.

4 .Fox Libel Act (1792) available at
<http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/32/60>

دعوای مربوط به جرم توهین به مقدسات بود که با موفقیت، به صدور حکم از سوی مجلس اعیان انجامید و دادگاه کامن‌لا متهمان را تنها به جریمه نقدی محکوم کرد. در سال ۱۹۹۸، دولت انگلیس با وضع قانون حقوق بشر، مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را وارد حقوق داخلی این کشور نمود و از زمان تصویب این قانون تا کنون هیچ دعواهی در رابطه با توهین به مقدسات در انگلستان با موفقیت مورد تعقیب قرار نگرفته است اما این فرض وجود دارد که در نتیجه این قانون، آزادی پیروان ادیان جهت اقامه دادرسی‌های قانونی در رابطه با توهین به مقدسات از میان برداشته خواهد شد و چنانچه محکومیتی نیز در مرحله بدوى مورد تأیید قرار گیرد در مرحله تجدیدنظرخواهی در مجلس اعیان یا در دادگاه‌های اروپایی حقوق بشر خواه بر مبنای تبعیض و خواه انکار آزادی بیان و آزادی دین، نقض خواهد شد.

نتیجه

با توجه به اینکه یکی از منابع حقوق کیفری ایران، فقه است، بهموجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد ابهام یا اجمال نصوص قانون، به منابع فقهی مراجعه می‌شود. در حقوق اسلام نیز توهین به مقدسات همچون پیامبر (ص) و از دیدگاه بسیاری از فقهای شیعه و سنی، توهین به سایر پیامبران الهی نیز جرم محسوب می‌شود و در یک ضابطه کلی می‌توان گفت که توهین به هر آنچه از دیدگاه اسلام در شمار مسائل ضروری و قطعی قرار گیرد، جرم است و الا در صورتی که مقدس‌بودن آن چیز (مثل حفظ آبروی مؤمن) به درجه‌ای از اهمیت نباشد که اهانت به آن، اهانت به اساس اسلام تلقی شود نمی‌توان اهانت به مقدسات اسلامی را محقق دانست. فقهای سایر مذاهب اسلامی نیز غالباً توهین به مقدسات را شامل توهین به سایر پیامبران الهی نیز دانسته‌اند و در منابع روایی آنان نیز در این خصوص روایاتی بدین مضمون نقل شده است که هرگاه کسی به انبیای الهی توهین نماید مستحق قتل است^۱. بنابراین در حقوق ایران، اهانت به مقدسات، یکی از جرایم مهم پیش‌بینی‌شده در قوانین جزایی است که اگرچه در بسیاری از احکام و مقررات (مانند عنصر معنوی) تابع اهانت ساده است، قواعد خاصی نیز بر آن حاکم است که این قواعد را باید در منابع شرعی جستجو کرد زیرا ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین، اصطلاح « المقدسات اسلامی» را به صورت کلی بیان کرده و تعبیر روشنی از آن ارائه نکرده است. بنابراین قصاصات به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی تکلیف دارند در جهت رفع اجمال قانون، به منابع شرعی مراجعه کنند.

در نظام حقوقی انگلیس فقط توهین به مقدسات مسیحیت مورد حمایت قرار گرفته و سایر ادیان الهی به بهانه حق آزادی بیان از چنین حمایتی برخوردار نیستند. برخی از حقوق‌دانان غربی هم برخلاف نظر دادگاه‌های انگلیس، اعتراض مسلمانان را نسبت به حقوق انگلیس پذیرفته‌اند و این انحصار‌گرایی در مذهب را نوعی تبعیض بر اساس دین قلمداد کرده‌اند و در نتیجه قانون مزبور را مخالف مواد

۱ . حسین میرمحمدصادقی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۰،

۱۴ و ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانسته‌اند که بر پایه آن هر گونه تبعیض بر مبنای دین ممنوع اعلام شده است.

همچنین در مورد توهین به مقدسات، بحث حقوق بشری این پدیده، هرچند مهم، ولی کمتر از وجهه کیفری آن است. همان‌طور که در سال ۲۰۰۷ مجمع عمومی شورای اروپا، پیشنهادی را به شماره ۱۸۰۵ تصویب کرد که در آن به کشورهای عضو پیشنهاد شد که توهین به مقدسات، جرم کیفری محسوب نشود.

فهرست منابع

الف: فارسی

- استادی، رضا، بحر رساله، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، جلد اول، ۱۳۸۰.
- آقای نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی) میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتایات حضرت آیت الله مکارم شیرازی، معارف اسلامی و آثار حضرت آیت الله مکارم شیرازی، جلد اول، تهران، ۱۳۸۷.
- پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، داشبور، ۱۳۸۶.
- پیمانی، ضیاءالدین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، میزان، چاپ هفتم، ۱۳۷۷.
- حسینی، دشتی، سیدمصطفی، معارف و معارف، جلد ۵۰، ۱۳۵۰.
- رهامی، محسن، جرایم بدون بزه دیده، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- فاضل لنگرانی، محمد، آیت الله، جامع المسائل، استفتایات، نشر امیرالعلم، چاپ دهم، ۱۳۸۰.
- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام، وزارت ارشاد، ۱۳۶۴.
- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی، ققنوس، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، انتشارات دانشگاه، چاپ هفتم، ۱۳۸۱.
- منتظری، حسین علی، پاسخ به پرسش‌های مرکز پژوهش‌های مجلس، انتشارات مجلس، ۱۳۸۰.
- مهاجرانی، سیدعلاءالله، نقد توطئه آیات شیطانی، اطلاعات، ۱۳۷۵.
- میر محمدصادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، میزان، ۱۳۸۰.
- هاشمی، سیدحسین، ارتداد و آزادی، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.

ب: عربی

- قرآن کریم
- ابن قدامه المقدسی، عبدالرحمان، الشرح الكبير، جلد ۱۰، دارالكتاب العربي، بیروت، ۱۴۰۵ هـ.
- ابن قدامه المقدسی، عبدالرحمان، المغنی، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۵ هـ.

- ابن زهره، ابوالکارم، **غنية النزوع الى علمي الاصول و الفروع**، مؤسسه الامام الصادق(ع)، قم، ۱۴۱۷ هـ.
- اردبیلی (مقدس)، احمد، **مجمع القاعده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، مؤسسه-النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۳ هـ.
- القرطبی، ابو عمر يوسف، **الكافی**، جلد اول، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۷ هـ.
- الكاشانی، علاء الدین، **بدائع الصنائع**، جلد هفتم، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ دوم، ۱۹۸۲.
- امام خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، جلد دوم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، قم، ۱۳۷۰.
- الموسوی البغدادی (علم الهدی)، سید مرتضی، **الانتصار**، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ هـ.
- المیثمی، علی بن ابی بکر، **مجمع الزوائد و منبع الفوائد**، جلد ششم، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۸ هـ.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، جلد هیجدهم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۱ هـ.
- الحلبي، تقی الدین ابوالصلاح، **الكافی فی الفقه**، تحقیق رضا استادی، مروارید، ۱۳۷۵.
- العاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه**، جلد اول، بی تا، قم، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- خویی، ابوالقاسم، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد اول، انتشارات احیاء آثار الامام خویی، قم، ۱۴۲۸ هـ.
- کرکی، (محقق ثانی) علی بن الحسین، **رسائل کرکی**، مکتبه آیت الله مرعشی، قم، ۱۴۰۹ هـ.
- فاضل هندی، **کشف اللثام**، جلد دوم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۵ هـ.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام**، دار احیاء التراث، جلد چهل و یکم، بیروت، ۱۹۸۱.
- ج: لاتین
- Dicey A.V., **Law of the constitution**, Macmillan.9th ed, London, Penguin Books, 1950.

- Campbell, Henry, **Blasphemy, Black Law Dictionary**, London, Sweet, 1987.
- Crabtree, Vixens, **United Kingdom's Blasphemy Law**; Sec1, London, Mansell, 1972.
- Working, **Ronald, Freedom's Law**, London, Oxford, 1996.
- Feldman, David, **Civil Liberties and Human Right in England and Welles**, London, Saga Publication, 1993.
- Law Commission no 145, Offences Against Religions and Public Worship, 1985.
- Philips, John, **The new World of Word**, London, Cavendish, 1671.
- Pollard, R, S, W, **Abolish the Blasphemy Law**, London, Wilmington, 1995.
- Rider, HG, **A New Universal English Dictionary**, London, Oxford, 1782.
- Select Committee on Religious Offence in England and Welles, First Report Appendix, 2003.
- Shiply, **A Glossary of Ecclesiastical Terms**, London ,Oxford, 1872.
- Smith & Hogan, **Criminal Law**, 7th ed, London, Butterworths, 1992.

آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع

در حقوق ایران، مصر و انگلیس

* سیدحسین صفائی

** محسن پورعبدالله

چکیده:

اثر عقد بیع به عنوان مهمترین عقد تملیکی، انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار است و ادعای مالکیت مبیع از سوی شخص ثالث، آثار مزبور را متزلزل می‌کند. مقررات حاکم در حقوق ایران در بحث معاملات فضولی و ضمان درک، دلالت بر این دارد که نتیجه چنین ادعایی، بطلان کامل عقد بیع و بازگشت وضعیت به حال سابق (قبل از انعقاد عقد) است و بر همین اساس لازم است کلیه حقوق مدعی ثالث (مالک) تأمین شود و اصل مال (مبیع) در اختیار هریک از طرفین باشد به وی مسترد شده و کلیه خسارات وارد و منافع جبران شود. اما از سوی دیگر خریدار (اصیل) فقط می‌تواند همان ثمن پرداختی قبلی، هرچند با قدرت خرید بسیار کمتر، و در صورت جهل به تعلق مبیع به دیگری، خسارات دادرسی و مانند آن را مطالبه کند. در واقع مقررات فعلی مبتنی بر رویکرد حمایتی

* نویسنده مسئول، استاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران
hsafaii <hsafaii@ut.ac.ir>

** دکتری حقوق خصوصی، استاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران
mpb1348@gmail.com

نسبت به «مالک» است بهنحوی که حقوق اصیل نیز تابعی از کیفیت استیفادی حقوق مالک تلقی می‌شود چرا که منتفی شدن رابطه عقدی متبایعین، مانع از مطالبات قراردادی خریدار از فروشنده شده و خریدار صرفاً باید در پی استرداد ثمن قبلی و بازیافت وضعیت سابق باشد؛ لذا اتخاذ موضعی مانند «بطلان نسبی» قرارداد در این موارد، که در حقوق مصر به تبعیت از حقوق فرانسه پذیرفته شده و بر مبنای آن، رابطه قراردادی میان فروشنده و خریدار از رابطه آنان با مالک تفکیک شده و اعتبار آن علی‌رغم بطلان نسبت به مالک، استمرار می‌یابد، می‌تواند رویکرد حمایتی نسبت به خریدار (اصیل) با حسن نیت را تقویت نموده و با اصول عدالت و انصاف سازگارتر باشد.

واژگان کلیدی : ادعای ثالث، بطلان نسبی، الزامات قراردادی، جبران خسارت

درآمد

فرض ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، در مواردی است که شخص بدون اینکه مالک کالا یا قائم مقام قانونی وی باشد یا اذن و اجازه‌ای از سوی آنان داشته باشد، اقدام به فروش آن کالا به دیگری نماید و سپس با طرح ادعا از سوی مالک یا نماینده وی (به عنوان شخص ثالث)، استحقاق شخص ثالث نسبت به مبیع معلوم شود. عناصر اصلی که در این موضوع وجود دارد عبارت است از: ادعا، مالکیت، شخص ثالث و مبیع. منظور از ادعا^۱ در این بحث، هرگونه اعلام و اخبار کاشف از استحقاق مورد معامله برای شخص ثالث است که از طریق آن، خریدار کالا متوجه شود فروشنده مالک اصلی آن نبوده و اذن و اجازه‌ای از مالک اصلی در فروش آن نداشته است. این مفهوم عام، شامل طرح دعوا به معنی خاص نزد مراجع قضایی و نیز ادعایی که شخص ثالث به‌طور مستقیم به‌صورت کتبی یا شفاهی در برابر خریدار مطرح می‌کند و مواردی مانند آن است ولی آنچه اهمیت دارد کشف استحقاق شخص ثالث است، لذا ادعاهای واهی و بی‌اساس که فاقد دلائل اثباتی بوده و استحقاق ثالث را ثابت نکند داخل در این بحث نیست. مفهوم ادعای ثالث نسبت به مبیع در حقوق مصر تحت عنوان «تعرض و استحقاق» در قانون مدنی مصوب ۱۹۴۹ این کشور مطرح شده و مواد ۴۳۹ تا ۴۴۶ قانون مذکور در مبحث تعهدات فروشنده، یکی از التزامات بایع را «ضمان تعرض و استحقاق مبیع» اعلام نموده و احکام آن را مطرح کرده است. در حقوق انگلیس نیز این موضوع در قانون بیع کالا^۲ مصوب ۱۹۷۹ با عنوان حق فروش کالا^۳ طرح شده و بهموجب آن، یکی از تعهدات اساسی فروشنده این است که حق فروش کالا را داشته باشد.

حال برای بررسی آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، لازم است اثرگذاری ادعای مذکور از دو جهت مورد مطالعه قرار گیرد: یکی تأثیر آن بر وضعیت خود عقد بیع از حیث صحّت یا بطلان و نفوذ یا عدم نفوذ، و دیگری تأثیر آن بر حقوق و تکالیف طرفین عقد بیع و شخص ثالث (مالك).

1 .claim

2 .Sale of Goods Act

3 .Right to Sell the Goods

۱. انواع ضمانت اجراهای ناشی از عدم رعایت شرایط اعتبار عقد

در حقوق ایران، ضمانت اجراهای مختلفی برای تخلف از شرایط اعتبار قرارداد وجود دارد که به یک اعتبار می‌توان آن‌ها را به پنج نوع تقسیم کرد:

۱-۱. بطلان^۱ (فساد)

حالتی است که در آن، عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند؛ خواه در نتیجه عدم وقوع تراضی یا بدون آن و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع. ماده ۳۶۵ ق.م که می‌گوید: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» مفید همین معنی است.

۱-۲- عدم نفوذ^۲

در این حالت نیز، عقد اثر حقوقی نداشته و بی‌اعتبار است منتهی چون ارکان اساسی عقد وجود دارد و نقضی عارض شده قابل جبران است، آن قرارداد غیرنافذ است نه باطل، مانند عقد مکره موضوع ماده ۱۹۹ ق.م و معامله فضولی موضوع ماده

۲۴۷ ق.م.

۱-۳- قابلیت ابطال (بطلان نسبی)^۳

یعنی قرارداد میان طرفین آن نافذ و معتبر بوده اما نسبت به شخص ثالث بی‌اعتبار است و فقط از جانب همان شخص قابل ابطال است. این تأسیس که از حقوق خارجی (فرانسه) وارد حقوق ایران شده، مصدق شناخته شده‌ای در قانون مدنی ایران ندارد، بلکه نمونه‌هایی در قانون تجارت دارد از جمله ماده ۴۰ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۸ در مورد شرکت‌های سهامی. قابلیت ابطال با «عدم نفوذ» شباخت دارد زیرا در هر دو مورد، شخصی که مورد حمایت قرار گرفته می‌تواند عقد را تنفیذ کند و هریک از رد و ابطال، معامله را کأن لم یکن می‌کند ولی این شباخت نباید باعث اختلال این دو مفهوم شود چون عقد قابل ابطال، پیش از تنفیذ نیز نفوذ حقوقی دارد و حکم دادگاه یا اعلام ذی‌نفع، آن را باطل می‌کند و درخواست ابطال هم تنها از شخصی پذیرفته می‌شود که حمایت از او، مبنای حکم قابلیت ابطال قرار گرفته است، در حالی که عقد غیرنافذ، پیش از تنفیذ، هیچ اثر

1 .Nullity

2 .Inoperative

3 .Relative Nullity - Voidable

حقوقی ندارد و هر ذی نفع می‌تواند به این عدم نفوذ استناد کند. منتهی هر گاه این استناد در برابر شخصی باشد که حق تنفیذ عقد را دارد او می‌تواند با اجازه عقد ناقص، این ادعا را خنثی سازد.^۱

۱-۴- عدم قابلیت استناد^۲

در مواردی است که قرارداد میان طرفین نفوذ داشته و معتبر است اما نسبت به شخص ثالث قابل استناد نیست مانند «معامله به قصد فرار از دین» موضوع ماده ۴ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، که هرچند معامله مذکور میان طرفین اعتبار دارد، در برابر دائن و طلبکار، قابل استناد نیست. عدم قابلیت استناد که عدم نفوذ نسبی هم نامیده شده با عدم نفوذ سنتی متفاوت است زیرا در عدم قابلیت استناد، معامله طرفین، ابطال نمی‌شود بلکه بستانکار فقط تا حدی که برای استیفاده طلب او لازم است معامله را رد می‌کند و طلب خود را از عین مال مورد انتقال، درصورتی که مال در ملکیت انتقال گیرنده باقی باشد استیفا می‌نماید و اگر عین مال در ملکیت انتقال گیرنده نباشد، چنانچه تلف شده یا به شخص دیگری انتقال یافته باشد بستانکار می‌تواند از سایر اموال انتقال گیرنده، طلب خود را وصول کند. اما در عدم نفوذ سنتی، معامله در صورت رد، کأن لم یکن تلقی می‌شود و مورد معامله کلاً به ملکیت انتقال‌دهنده برمی‌گردد و طلبکار می‌تواند طلب خود را از آن استیفا کند و حتی در صورت تلف مال مورد معامله هم رد معامله ممکن است و در این صورت به جای عین، مثل یا قیمت به انتقال‌دهنده داده خواهد شد و اگر انتقال گیرنده اول، مال را به دیگری انتقال داده باشد رد معامله غیرنافذ اول، موجب بطلان معامله دوم نیز خواهد شد و مال باید به مالک اصلی برگردد. بنابراین عدم قابلیت استناد، ضمانت اجرای خفیفتری از عدم نفوذ سنتی است و خطر کمتری

۱. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، بهمن، چاپ سوم، ۱۳۷۳، ص

۳۰۸

2. Unenforceability

برای انتقال‌گیرنده دارد و با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی سازگارتر است.^۱

۵- انحلال^۲ (انفساخ)

در مواردی است که یک عامل عارضی، بدون دخالت اراده طرفین، عقد موجود را از همان زمان عروض به بعد، برهم می‌زند و حکم دادگاه هم ناظر به حدوث همین عامل است (حکم تأسیسی)؛ برخلاف بطلان قرارداد که عقد از آغاز نیز نفوذ و اعتباری نداشته و حکم دادگاه این حقیقت را آشکار می‌کند (حکم اعلامی). مواردی مانند تلف مبیع قبل از قبض، موضوع ماده ۳۸۷ ق.م، تلف عین مستأجره، موضوع ماده ۴۸۳ ق.م، فوت مستأجری که مباشرت او شرط شده، موضوع ماده ۹۵۴ ق.م از موارد ۴۹۷ ق.م و موت یا حجر یکی از طرفین عقد جایز، موضوع ماده ۹۵۴ ق.م از موارد انحلال (انفساخ) قرارداد است.

۴۲

۲- وضعیت عقد بیع قبل از ادعای مالکیت شخص ثالث

الف. حقوق ایران

با توجه به اینکه عقد بیع در فرض بحث، «بیع فضولی» است، باید به استناد ماده ۲۴۷ قانون مدنی، معامله مذکور را غیرنافذ دانست یعنی معامله مذکور تا زمانی که مالک مبیع (شخص ثالث) آن را تنفیذ نماید، اثر حقوقی ندارد. حال اگر مالک با اعلام اجازه خود، آن را تنفیذ کرد، معامله صحیح و نافذ شده و از تاریخ عقد قرارداد، آثار حقوقی خواهد داشت و اگر مالک با آن مخالفت کرده و آن را رد نماید، چه به صورت رد لفظی (ادعا) یا رد فعلی، معامله از همان ابتدا باطل و بدون اثر خواهد بود.

۱۳۹۳ / پیماره ۱۷ / پیماره حقوقی دادگستری

۱. سیدحسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، میزان، ۱۳۸۲، ص

۱۵۳

2 . Dissolution (Automatic termination of contract)

ب. بررسی تطبیقی

در حقوق مصر برخلاف حقوق ایران، طبق ماده ۴۶۶ قانون مدنی، فروش مال غیر، قبل از ادعای شخص ثالث، عقد «قابل ابطال» است. ماده مذبور می‌گوید: «هرگاه شخصی، مال معین و مشخصی را که مالک نیست بفروشد، خریدار می‌تواند ابطال بیع را بخواهد». بنابراین «معامله به مال غیر»، قابل ابطال توسط خریدار است و طبق ماده یادشده، خریدار می‌تواند پس از آگاهی مالک و مأذون نبودن فروشنده، عقد بیع را تنفیذ یا آن را ابطال کند ولی در هر صورت حتی اگر مشتری عقد را تنفیذ هم نکند، چنان بیعی نسبت به مالک (شخص ثالث) باطل و بی‌اثر است و این همان مفهوم بطلان نسبی قرارداد است.^۱

اما در حقوق انگلیس، مطابق بند یک ماده ۱۲ و بند ۳ ماده ۱۱ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، فروش مال غیر، قبل از ادعای مالکیت شخص ثالث، معامله‌ای «قابل فسخ» است زیرا مطابق مقررات یادشده، در مواردی که فروشنده بدون اینکه حق فروش کالا را داشته باشد اقدام به فروش آن نماید، مرتکب نقض یک شرط اساسی^۲ شده و در چنین مواردی مشروطله (مشتری) می‌تواند اقدام به فسخ معامله نماید. البته بهموجب بند ۲ ماده ۱۱ و همچنین بند ۱ ماده ۵۳ قانون مذکور، خریدار می‌تواند موارد نقض شرط اساسی را به عنوان نقض شرط غیراساسی^۳ تلقی کند و به جای فسخ معامله، مطالبه خسارت کند.^۴ حقوقدانان انگلیسی، شرط موضوع بند ۱ ماده ۱۲ قانون بیع کالا را از جمله شروط ضمنی بهموجب قانون^۵ دانسته‌اند که اعتبار آن، ارتباطی به قصد طرفین نداشته و دادگاه‌ها نیز نقشی در اعتبار آن ندارند.^۶

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۲، ص ۱۳۴

2.Condition

3.Warranty

4.P.S. Atiyah, QC.DCL.FBA. , **The Sale of Goods**, 10th ed, London:
Pearson Education, 2001, p.78

5.Implied term by statute

6.Poole- Jill , **TextBook on Contract Law**, 6th ed, London: Blackstone
Press, 2001, p.175

۳. وضعیت عقد بیع، بعد از ادعای مالکیت شخص ثالث

الف. حقوق ایران

در قانون مدنی ایران، حکم صریحی در این خصوص بیان نشده است اما از مجموع مقررات و مواد قانونی مربوطه می‌توان استفاده کرد که نظر قانونگذار بر این بوده که عقد بیع پس از ادعای مالکیت شخص ثالث و رد معامله، «باطل» (بطلان مطلق) خواهد بود. ماده ۲۴۷ ق.م می‌گوید: «... اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود». مفهوم این ماده آن است که: اگر مالک یا قائم مقام او معامله را رد کرد، معامله باطل و بی‌اثر می‌شود.

ب. بررسی تطبیقی

در حقوق مصر، مطابق مواد ۴۶۶ تا ۴۶۸ قانون مدنی، عقد بیع (در موارد فروش مال غیر) بعد از ادعای مالکیت شخص ثالث باطل است اما برخلاف حقوق ایران، این بطلان، بطلان نسبی است نه بطلان مطلق، یعنی عقد بیع فقط نسبت به مالک به خاطر ادعای وی و نسبت به مشتری بنا به درخواست وی باطل خواهد بود و فروشنده نمی‌تواند به این بطلان استناد کند. اما در حقوق انگلیس، با توجه به مفاد ماده ۲۱ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ و نیز بند ۱ ماده ۱۲ قانون مذکور در چنین مواردی از یک طرف هیچ‌گونه مالکیتی برای خریدار ایجاد نمی‌شود و از طرفی فروشنده، یک شرط اساسی را نقض نموده و برای طرف مقابل (خریدار) ایجاد حق فسخ کرده است. لذا می‌توان گفت در حقوق انگلیس، عقد بیع بعد از ادعای مالکیت شخص ثالث، نسبت به خود مالک (شخص ثالث) باطل و فاقد اثر است و باید مبیع به او برگرد اما از جهت مشتری قابل فسخ است و می‌تواند معامله را فسخ و ثمن را مسترد کند یا اینکه طبق بند ۲ ماده ۱۱ یا بند ۱ ماده ۵۳ نقض تعهد توسط فروشنده را در حد نقض شرط غیراساسی تلقی کند و بدون فسخ معامله، مطالبه خسارت نماید.^۱

1. Michael G Bridge (ed.), **Benjamin's Sale of Goods**, 5th ed, London: Sweet & Maxwell, 1997, p.52

۴- حقوق و تکالیف فروشنده

۱- حق فروشنده جهت تمکن مبیع و اجرای قرارداد

الف - حقوق ایران

فروشنده مال غیر می‌تواند برای جبران اقدام خود و پیشگیری از ورود ضرر و زیان و خسارات احتمالی آینده، علی‌رغم فروش قبلی مال غیر، جهت تمکن مبیع و تصحیح معامله انجام شده اقدام نماید. مطابق ماده ۲۵۴ قانون مدنی ایران اولاً بایع فضولی، حق تمکن بعدی مورد معامله را دارد؛ ثانیاً صرف تمکن بعدی مبیع توسط بایع موجب نمی‌شود که معامله غیرنافذ قبلی، نافذ شود بلکه لازم است فروشنده پس از تمکن مبیع، معامله انجام شده را تنفیذ و اجازه نماید. این نظر مورد پذیرش مشهور فقهاء بوده و تحت عنوان (من باع شيئاً ثم ملکه فأجاز) مطرح شده است.^۱

ب - بررسی تطبیقی

۴۵

چاچه حقوقی / اندیشه‌نگاری / شماره ۵ / بهار ۱۳۹۲ / ۱۷

در حقوق مصر، بند ۲ ماده ۴۶۷ قانون مدنی مقرر داشته «چنانچه مالکیت مبیع، پس از وقوع عقد به فروشنده منتقل شود بیع نسبت به خریدار نیز صحیح است». از این ماده قانونی استفاده می‌شود که در حقوق مصر نیز مانند حقوق ایران، فروشنده فضولی حق دارد پس از انجام معامله فضولی، مالکیت مبیع را تحصیل کند. حقوق‌دانان مصری نیز این بحث را با عنوان (زوال البطلان بأيلولة ملكية المبيع الى البائع) مطرح کرده‌اند.^۲

در حقوق انگلیس، اگرچه موضوع حق تمکن بعدی مبیع توسط فروشنده، در قانون خاصی از جمله قانون بیع کالا ۱۹۷۹ تصویب نشده، حقوق‌دانان بر اساس رویه- قضایی به آن پرداخته و تحت عنوان «احیاء مالکیت»^۳ در مورد آن بحث کرده‌اند. بر همین اساس، قبل از اینکه خریدار در موارد فروش مال غیر، اقدام به فسخ معامله

۱. مرتضی انصاری، *كتاب البيع*، چاپ سنگی، مطبوعه اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ هـ، ص ۱۴۲؛ حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاہه*، مطبوعه العلمیه، نجف، ۱۳۷۱ هـ، ص ۲۵۵.

۲. ابوالسعود رمضان محمد، *شرح احكام القانون المدني العقود المسمى (البيع، المقاييس، الایجار، التامين)*، منشورات الحلبي الحقوقی، لبنان، ۲۰۱۰، ص ۱۴۲.

3. Feeding Title

آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به

نماید، فروشنده می‌تواند با تملک مبیع از طریق خرید آن از مالک واقعی یا طریق قانونی دیگر، معامله قبلی خود را تنفیذ نماید تا مالکیت خریدار تصحیح شود، و در این صورت دیگر خریدار نمی‌تواند معامله را فسخ کند. به عنوان نمونه می‌توان به پرونده دعوای باترورث علیه شرکت کینگزوی موتورس در باب فروش اقساطی خودرو اشاره کرد که قاضی پیرسون در آن بر همین مبنای رأی داده است.^۱

۲- تکلیف فروشنده به ورود در دعواه اقامه شده علیه خریدار

الف - حقوق ایران

قانون مدنی ایران در مواد مربوط به معامله فضولی و ضمان درک، چنین تکلیفی برای فروشنده مقرر ننموده است و شاید علت این موضوع آن باشد که قانونگذار اساساً مقررات مربوط به این بحث را تنها در چهارچوب اصل استحقاق شخص ثالث و آثار وضعی آن بر صحت و بطلان معامله، مطرح نموده و به ابعاد شکلی و آیین دادرسی آن در قالب طرح دعوا توجهی ننموده است و لذا در مجموعه مقررات مربوط به این بحث، صحبتی از ادعای شخص ثالث مطرح نشده و به همین دلیل نیز به تکلیف فروشنده به ورود در دعواه مطروحه علیه مشتری اشاره‌ای نشده است، هر چند برخی حقوق‌دانان به آن پرداخته‌اند.^۲ البته تردیدی نیست که مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی در چنین مواردی، امکان دخالت فروشنده در دعوا از طریق «جلب ثالث» (ماده ۱۳۵ ق.آ.د.م) یا حتی «ورود ثالث» (ماده ۱۳۰ ق.آ.د.م) وجود دارد اما این مداخله به عنوان تکلیف فروشنده شناخته نشده است.

ب - بررسی تطبیقی

در حقوق مصر، مواد ۴۳۹ تا ۴۴۶ ق.م در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، «ضمان تعرض و استحقاق» را برای فروشنده مطرح کرده که به موجب آن، فروشنده در قبال هر گونه تعرض شخص ثالث و کشف استحقاق مبیع برای شخص ثالث، مسئولیت داشته و باید پاسخگو باشد و این پاسخگویی در مواد مختلف تبیین

1- Benjamin's Sale of Goods , 5th ed, London: Sweet & Maxwell, 1997, p.173

۲- سید جلال الدین مدنی، حقوق مدنی، ج چهارم عقود معین، پایدار، ۱۳۸۵، ص ۸۴؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۲، ص ۴۷۴

شده است^۱. در همین رابطه ماده ۴۴۰ ق.م به صراحت تکلیف فروشنده در مورد دخالت و ورود در دعوای اقامه شده علیه مشتری را روشن کرده است. حقوق دانان مصری در تبیین این موضوع، مسئله لزوم دخالت فروشنده در دعوای مطروحه علیه مشتری را تحت عنوان «تنفیذ عینی» مطرح کرده و گفته‌اند: التزامات فروشنده دو دسته است: یکی «تنفیذ عینی» که از طریق دخالت فروشنده در دعوای مطروحه علیه مشتری به منظور جلوگیری از تعرض خواهان (شخص ثالث) و ترک ادعایش انجام می‌شود و دیگر «تنفیذ تعویضی» که از طریق جبران خسارات است یعنی اینکه دخالت وی در دعوای مطروحه فایده‌ای نداشته یا قادر به ورود در دعوا نبوده و در نتیجه حکم علیه مشتری صادر شده و موجب ورود زیان به وی شده است و لازم است فروشنده جبران ضرر و زیان نماید. آنچه از مواد ۴۴۰ و ۴۴۱ ق.م استفاده می‌شود این است که وقتی از سوی شخص ثالث، تعرضی نسبت به مشتری می‌شود اصل بر «تنفیذ عینی» است که فروشنده وظیفه دارد مانع از تعرض شود و حالا که ادعایی مطرح شده، در مقابل آن دفاع کند^۲.

اما در حقوق انگلیس، اگرچه فصل ششم قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ از ماده ۴۹ تا ۵۴ در مورد دعاوی ناشی از نقض قرارداد بوده و به طور مشخص ماده ۵۳ به نحوه جبران خسارت در موارد نقض تعهد توسط فروشنده اختصاص یافته، مقررات مشخصی راجع به لزوم دخالت فروشنده در دعوای اقامه شده علیه مشتری وجود ندارد. به نظر می‌رسد علت اختلاف مقررات در حقوق مصر و انگلیس راجع به لزوم دخالت فروشنده در دعوای ثالث، به جایگاه «طرح دعوا» در موارد بطلان قرارداد برگردد زیرا در حقوق فرانسه و به تبع آن، حقوق مصر، تحقق بطلان معامله نیاز به حکم دادگاه دارد و صرف اعلام ذی‌نفع، کافی نیست.^۳ و این موضوع از مواد ۱۱۱۷ قانون مدنی فرانسه و ۱۴۱ قانون مدنی مصر نیز قابل استفاده است و بر همین

۱. نبیل إبراهيم سعد، العقود المسممة، عقد البيع، الطبعه الثانية، دارالجامعه الجديد للنشر، مصر، ۲۰۰۴، ص ۲۶۰؛ أنور سلطان، العقود المسممة، شرح عقدى البيع والمقاييسه، دارالجامعه الجديد للنشر، مصر، ۲۰۰۵، ص ۲۹۷.

۲. ابوالسعود، پیشین، ص ۳۲۱

۳. كاتوزيان، پیشین، ص ۳۰۴

اساس در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع که مدعی ثالث در صدد ابطال عقد بیع انعقادیافته توسط بایع فضولی و استرداد مبیع است باید از جانب وی طرح دعوا شود و لذا کیفیت مداخله فروشنده در آن دعوا، تأثیر زیادی بر روابط طرفین دارد ولی در حقوق انگلیس چنین الزامی وجود ندارد که ابطال یا فسخ بیع، از طریق دادگاه و طرح دعوا در محاکم قضائی باشد و بالتبغ، مسائل مربوط به دخالت فروشنده در دعوا نیز موضوعیتی ندارد.

۵- حقوق و تکالیف خریدار (اصیل)

۱-۵- حق ابطال یا فسخ معامله

الف - حقوق ایران

در حقوق ایران، معامله فضولی در صورت رد توسط مالک (ادعای مالکیت شخص ثالث) خودبه خود باطل شده و دیگر مجالی برای اعمال فسخ یا ابطال آن از سوی خریدار باقی نمیماند و حتی مطابق ماده ۲۵۰ قانون مذکور اگر مالک، معامله فضولی را رد کرده باشد، اجازه بعدی خود او نیز تأثیری در اعتبار آن نخواهد داشت باوجود این، خریدار میتواند در مقام اثبات موضوع برای تحصیل حکم اعلامی دادگاه مبنی بر ابطال معامله، دادخواست ابطال معامله بدهد. در مورد فسخ معامله نیز مطابق ماده ۲۵۲ ق.م: «لازم نیست اجازه یا رد، فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه میتواند معامله را به هم بزند» بنابراین منظور از حق فسخ خریدار در این موارد، حق ناشی از رد معامله توسط مالک نیست بلکه حق ناشی از تأخیر زیانآور مالک در اعلام اجازه یا رد معامله فضولی است.

ب - بررسی تطبیقی

در حقوق مصر، از یکسو با توجه به حاکمیت نظریه بطلان نسبی، خریدار حق دارد در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع (فروش مال غیر) درخواست ابطال معامله را کند که در این صورت، عقد بیع منعقدشده، علاوه بر بیاثربودن نسبت به مالک، اعتبارش نسبت به خریدار را هم از دست میدهد و فقط نسبت به فروشنده معتبر میماند. بند ۱ ماده ۴۶۶ ق.م مصر، مفید همین معنی است. از

سوی دیگر، قانونگذار در ماده ۴۴۳ همان قانون، پس از اینکه خساراتی را که مشتری می‌تواند بر اساس ضمان تعرض و استحقاق از بایع بگیرد برشمرده، در پایان آورده است: «کلّ هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبه بفسخ البيع او ابطاله»، یعنی خریدار در صورتی می‌تواند خسارات مذکور در این ماده را از فروشنده طلب کند که اقدام به فسخ یا ابطال معامله (موضوع فروش مال غیر) نکرده باشد. این مقرره قانونی می‌رساند که مشتری در موارد فروش مال غیر و ادعای مالکیت شخص ثالث، علاوه بر حق ابطال معامله، حق فسخ آن را نیز دارد و به عبارت دیگر، مشتری در چنین مواردی می‌تواند سه نوع دعوا علیه بایع مطرح کند: یکی دعوای ضمان استحقاق، دیگری دعوای ابطال و سوم دعوای فسخ معامله.^۱

در حقوق انگلیس، بر اساس بند ۱ ماده ۱۲ و بند ۳ ماده ۱۱ قانون بيع کالا مصوب ۱۹۷۹، فروش مال غیر توسط شخصی که اختیاری از جانب مالک برای فروش ندارد، نقض شرط اساسی^۲ است و برای طرف مقابل (خریدار) حق فسخ ایجادمی‌کند تا از طریق آن، مبیع را برگرداند و ثمن پرداختی را مسترد دارد. هرچند مطابق بند ۲ ماده ۱۱ و بند ۱ ماده ۵۳ همان قانون، مشتری می‌تواند در صورتی که منافع وی ایجاد کند، نقض شرط اساسی را به عنوان نقض شرط غیر اساسی^۳ تلقی نموده و بدون فسخ عقد بیع، در خواست خسارت از فروشنده نماید.

۲-۵- حق استرداد ثمن

الف - حقوق ایران

مطابق مواد ۲۶۲ و ۲۶۳ ق.م، در صورتی که معامله فضولی توسط مالک رد شود و بالتابع عقد بیع باطل گردد و مبیع به مالک تحويل شود، مشتری می‌تواند برای استرداد ثمن پرداخت شده به فروشنده، به وی مراجعت کند و اگر عین ثمن باقی بود، عین آن، و در غیر این صورت، مثل یا قیمت آن را تحويل بگیرد و در این

۱. عبدالرزاق بن احمد السنهوری، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ۴، دار احياء التراث العربي، لبنان، ۱۴۲۵ هـ ق، ص ۵۹۰ و ۵۹۱

2. Condition
3. Warranty

خصوص فرقی نمی‌کند که مشتری، علم به فضولی‌بودن فروشنده داشته یا نداشته باشد. در هر صورت، این حق برای خریدار وجود دارد که ثمن را از فروشنده پس بگیرد. همین مفهوم در ماده ۳۹۱ ق.م. راجع به ضمان درک نیز مطرح شده است. همچنین از آنجاکه فروش مال غیر در واقع فروش مال غصبی است و مطابق مقررات باب غصب، خریدار چنین مالی نیز غاصب یا در حکم غاصب محسوب می‌شود و از طرفی بر فرض باطل‌بودن معامله، ثمن باید به مشتری برگردد و بقای آن نزد بایع در حکم غصب است، لذا طبق مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ ق.م علم و جهل مشتری تأثیری در این خصوص ندارد. البته در فقه امامیه، نظر دیگری نیز ابراز شده که بهموجب آن، خریداری که عالم به فضولی‌بودن معامله بوده، حق رجوع به اصل «ثمن» هم ندارد، بهویژه اگر ثمن تلف شده باشد زیرا وی آگاهانه فروشنده را بر آن مسلط کرده و کار او به منزله اباخه در تصرف و هبه ثمن است.^۱ ولی عقیده مشهور خلاف این است.^۲ همچنین رأی شماره ۲۴۴ مورخ ۲۰/۴/۲۲ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور^۳ می‌گوید: ضمان فروشنده نسبت به ثمن مأخوذه در صورت احراز بطلان معامله انجام‌شده در هر حال ثابت بوده و علم و جهل خریدار به بطلان اسناد یا مجھول‌بودن آن‌ها، تفاوتی در ضمان فروشنده به وجود نمی‌آورد و مواد ۳۲۵ و ۳۲۶ نیز بر همین مراتب اشعار دارد.^۴

ب - بررسی تطبیقی

در حقوق مصر، از آنجاکه مشتری در موارد بیع فضولی و ادعای مالکیت شخص ثالث، حق تنفیذ، فسخ یا ابطال معامله را نسبت به خود دارد، لذا مقررات قانون مدنی مصر در این خصوص متفاوت است. از یک‌طرف بر اساس ماده ۴۶۸ در

۱- محمدحسن فیض کاشانی، *مفایع الشرایع*، ج ۳، مجمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۴۰۱ هـ ق، ص ۴۷

۲- زین‌الدین بن علی العاملی (شهید ثانی)، *مسالک الافهام*، ج ۱، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ هـ ق، ج ۱، ص ۲۴۹؛ انصاری، پیشین، ص ۱۴۵

۳- یادله بازگیر، قانون مدنی در آیینه آراء دیوان عالی کشور، بیع و احکام راجع به آن، فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص ۳۳۲

۴- سیدحسین صفائی و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزمات خارج از قرارداد)*، سمت، ۱۳۸۹، ص ۴۶

مواردی که مشتری درخواست ابطال معامله را کرده و حکم ابطال به نفع وی صادر شود، او می‌تواند درصورتی که حسن‌نیت داشته و نسبت به فضولی‌بودن معامله جاهل باشد، خسارات وارده را از فروشنده مطالبه کند اما اگر در زمان معامله اطلاع از این موضوع داشته، دیگر ورود ضرر از ناحیه ابطال بیع متصرور نیست و مشتری فقط می‌تواند اصل ثمن را از فروشنده مطالبه کند چرا که در مورد ثمن، علم و جهل او تأثیری در موضوع ندارد.^۱ از طرف دیگر در ماده ۴۴۳ در باب ضمان استحقاق آمده است که اگر مبیع کلاً حق دیگری باشد و به او داده شود و مشتری اقدام به فسخ یا ابطال معامله نکند، می‌تواند قیمت مبیع در زمان استحقاق و نیز سایر خسارات را از فروشنده بگیرد. بنابراین در حقوق مصر دو فرض برای درخواست استرداد ثمن توسط مشتری وجود دارد: یکی فرض ابطال معامله توسط مشتری، که در این صورت مشتری حق درخواست «استرداد ثمن» را خواهد داشت چه جاهل بوده چه عالم، و دیگری فرض تنفیذ معامله توسط او، که در این حالت حق مطالبه «قیمت مبیع» (نه استرداد ثمن) و جبران خسارت را دارد، چه جاهل بوده چه عالم؛ برخلاف حقوق ایران که اولاً فرض تنفیذ معامله توسط مشتری وجود ندارد. ثانیاً علم و جهل مشتری در امکان مطالبه خسارت (علاوه بر استرداد ثمن) تأثیر دارد.

در حقوق انگلیس بر اساس مواد ۱۱ (بند ۳) و ۱۲ (بند ۱) و ۵۳ (بند ۱) قانون بیع کالا، فروش مال غیر، بدون اجازه مالک، نقض شرط اساسی است و مشتری برای جبران خسارت می‌تواند قرارداد را فسخ (رد و انکار)^۲ کند یا بدون فسخ آن، مطالبه خسارت نماید؛ کما اینکه در حقوق اسکاتلند، مشتری در چنین مواردی می‌تواند قرارداد را فسخ^۳ نموده یا درخواست خسارت کند. علاوه بر این، در انگلستان و ولز، حقوق کامن لا پارهای راههای جبرانی با ویژگی‌های اعاده وضع به حال سابق را پیش‌بینی کرده که به عنوان حقوق شبه قراردادی شناخته می‌شوند؛ از جمله اینکه

۱. ابوالسعود، پیشین، ص ۱۳۹

2.Repudiation
3.Termination

آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به^۱

مشتری می‌تواند در صورتی که اصل «عوض»^۱ لطمہ اساسی دیده باشد، ثمن پرداختی را از فروشنده پس بگیرد. در همین زمینه ذیل ماده ۵۴ قانون بيع کالا صراحت داشته و رویه قضایی نیز وجود دارد.^۲

۳- حق مطالبه خسارت

الف - حقوق ایران

۱- انواع خسارات قابل مطالبه

خریدار در معامله فضولی پس از رد معامله توسط مالک و تصاحب مبيع از جانب وی، می‌تواند علاوه بر استرداد ثمن از فروشنده، سایر خسارات وارد را نیز از وی مطالبه کند به شرط اینکه در زمان وقوع معامله، اطلاعی از فضولی بودن آن نداشته باشد. همان‌طور که در قسمت قبل گفته شد این موضوع، از مواد ۲۶۲ و ۲۶۳ و ۳۲۴ و ۳۲۵ و ۳۹۱ قانون مدنی ایران قابل استفاده است. اما قانون در مورد اینکه خسارات قابل مطالبه از فروشنده چیست و مصادیق آن‌ها کدام است؟ صراحتی ندارد. در مواد ۲۶۳ و ۳۹۱ تعبیر به «غرامات» شده و ماده ۳۲۵ هم تعبیر به «خسارات» کرده است. در این مواد قانونی، واژه‌های غرامت و خسارت به یک معنی بوده و منظور، جبران ضرر و زیان‌هایی است که خریدار به جهت غرور و فریب از ناحیه فروشنده و اقدام به معامله و سپس از دستدادن مبيع، متهم شده است که شامل این هزینه‌هاست: انجام معامله، هزینه نگهداری مبيع، خسارات دادرسی، عوض منافع مدت تصرف خود که به مالک پرداخت کرده و تفاوت مبلغ ثمن و آنچه مشتری به عنوان مثل یا قیمت به مالک داده است.

۲- خسارات ناشی از کاهش ارزش پول

اما آیا عنوان «خسارات» قابل مطالبه توسط خریدار از فروشنده، شامل خسارت ناشی از کاهش ارزش پول (تورم) نیز می‌شود تا در صورتی که از تاریخ انجام معامله و پرداخت ثمن (پول) توسط خریدار تا زمان ادعای مالکیت شخص ثالث و کشف استحقاق مبيع برای دیگری، مدتی سپری شده و ثمن پرداختی به لحاظ افزایش

1. Consideration

2.Bridge, Michael , **The Sale of Goods**, 1st ed, London: Oxford University Press, 1999, p.391. Atiyah, op.cit.105

نرخ تورم، دچار کاهش ارزش خرید شده باشد، بتوان مابه التفاوت آن را به عنوان خسارت از فروشنده مطالبه کرد؟ به عبارت دیگر آیا مشتری می‌تواند افزایش قیمت مبیع را تحت عنوان «خسارت» از فروشنده مطالبه کند؟ در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد هر چند مقتضای مقررات شرعی از جمله حرمت ربا و نامشروع بودن خسارت عدم النفع (که مورد قبول بسیاری از فقهاء واقع شده) این است که مطالبه افزایش قیمت ملک تحت عنوان کلی «خسارت»، ممکن نباشد کما اینکه در رویه قضایی موجود در محاکم ایران، این نوع خسارت مورد حکم قرار نمی‌گیرد و نظریات مشورتی متعددی نیز از اداره حقوقی قوه قضائیه در این خصوص صادر شده که جدیدترین آن، نظریه شماره ۷/۲۷۴۲ ۸۸/۵/۶ مورخ است.^۱ با وجود این، از آنجاکه در معاملات امروزی، زیان‌باربودن این امر عرف‌قابل تردید نیست و شخصی که پس از سال‌های متمادی از انجام معامله، به دلیل ادعای مالکیت شخص ثالث، فقط مستحق ثمنی می‌شود که هرگز قدرت خرید مشابه زمان انجام معامله را ندارد، عملاً فرصت مسلم کسب را به واسطه اقدام متقلبانه فروشنده از دست داده و قطعاً متضرر تلقی می‌شود، لذا صرف نظر از اینکه عمومات فقهی لاضر، مانع از جرمان نشدن چنین ضرری است باید برای توجیه جرمان و تدارک آن، چاره‌ای اندیشیده شود. در این خصوص به نظر می‌رسد بر اساس منابع فقهی و حقوقی در حقوق ایران، دو راه حل مشخص قابل ارائه است:

(۱) با توجه به اینکه ماده ۲۶۲ ق.م در مبحث معاملات فضولی اعلام داشته (مشتری حق دارد برای استرداد ثمن، عیناً یا مثلاً یا قیمتاً به بایع فضولی مراجعه کند) و از طرفی در اکثر قریب به اتفاق معاملات، «ثمن» معامله به صورت پول (اسکناس) است و مشهور فقهاء پول را «مال اعتباری» دانسته^۲ و اکثراً آن را مال مثلی شمرده‌اند و اگرچه در چیزهایی که پایه مثلی بودن پول است اختلاف نظر دارند، این نظر از قوت

۱. ضمیمه نشریه پیام آموزش (ویژه‌نامه قوانین و مقررات)، معاونت آموزش قوه قضائیه، ش. ۵، ۱۳۸۸

۲. سیدروح الله خمینی (امام)، تحریرالوسیله، ج. ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص. ۲۸۳

آثار حقوقی ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به

بیشتری برخوردار است که «توان خرید» در مثلی بودن پول، تأثیرگذار است^۱ و برخی فقها نیز قدرت خرید پول را از صفات مقوم مثليت می‌دانند^۲. بنابراین در موضوع بحث، وقتی مشتری برای استرداد ثمن به بایع فضولی مراجعه می‌کند، با فرض اینکه غالباً عین اسکناس‌های قبلی پرداخت شده توسط مشتری تلف شده (به دیگران منتقل شده است) فروشنده باید مثل آن‌ها را به خریدار بدهد و انجام این تکلیف در صورتی تحقق می‌یابد که فروشنده، به میزانی که کاهش قدرت خرید آن‌ها را جبران کند به خریدار بدهد نه فقط به میزانی که قبلاً مشتری به او پرداخته است؛ علاوه بر اینکه بعضی از فقها اساساً «پول» را یک «مال قیمتی»^۳ دانسته‌اند^۴ که در این صورت مسئله کاملاً روش خواهد بود یعنی فروشنده فضولی باید برای استرداد ثمن به خریدار، در فرض در دسترس نبودن عین پول، قیمت آن را بر مبنای یوم‌الاًدا به او بپردازد. برخی دیگر که «پول» را مال دانسته و معتقدند که این مال نه مثلی است و نه قیمتی^۵، در توجیه دیگری برای این مسئله گفته‌اند: بهموجب قاعده علی‌الید ما أخذت حتى تؤديه، شخص غاصب، ضامن پرداخت اموالی است که بدون اذن و اجازه مالک، مورد تصرف قرار داده است: در صورت وجود عین مغصوبه، ملزم به پس‌دادن همان عین خواهد بود اما در رابطه با غصب اسکناس، چون هویت این مال فانی در محکّی‌اش، یعنی قدرت خریدش است، هرچند عین اسکناس‌های غصبی نزد غاصب موجود باشد، شخص غاصب، ضامن مالیت غصب شده یعنی میزان قدرت خرید در اسکناس‌های غصب‌شده موجود است.^۶ بنابراین راه حل اول، جهت رفع ضرر از مشتری در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث، پذیرش نظریه جبران کاهش ارزش پول است.

۱. سید محمد باقر صدر، *الاسلام يقود الحياة*، ج ۶، وزارت ارشاد اسلامی، بي تا، ص ۱۰۸

۲. سید محمود هاشمی شاهرودی، ضمان کاهش ارزش پول، *مجله فقه اهل بیت*، ش ۱۳۷۴، ۲، ص ۴۸

۳. محمد هادی معرفت، *میزگرد فقهی ماهیت پول*، *مجله فقه اهل بیت*، ش ۷، ۱۳۷۵

۴. سید محمد کاظم موسوی بجنوردی، *میزگرد فقهی ماهیت پول*، *مجله فقه اهل بیت*، ش ۷، ۱۳۷۵، ص ۴۶

۵. موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۵۸

۲) دومین راه حل، ممکن‌دانستن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در چنین مواردی است، با این توضیح که با فرض اینکه در موارد فروش مال غیر (معاملات فضولی) و رد معامله توسط مالک، عقد بیع از همان تاریخ انعقاد، باطل و بدون اثر خواهد شد و بر همین اساس باید مبیع به مالک و ثمن به مشتری مسترد گردد. لذا از زمان بطلان بیع، ذمہ فروشنده به استرداد ثمن به مشتری مشغول می‌شود و در واقع فروشنده از همان زمان، مدیون به دینی از نوع وجه رایج در برابر خریدار شده که از پرداخت آن به دائن (مشتری) امتناع نموده است. لذا به استناد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه بر اساس اعلام بانک مرکزی، خسارت تأخیر تأدیه «ثمن» از تاریخ سرسید (تاریخ معامله فضولی) تا زمان پرداخت به مشتری محاسبه و مورد حکم قرار خواهد گرفت. نکته قابل توجه اینکه اولاً قلمرو ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م محدود به دیونی که منشأ آن‌ها قراردادی است نبوده و شامل دیون غیرقراردادی هم می‌باشد.^۱ ثانیاً اگرچه قانونگذار در ماده ۵۲۲ قانون موصوف، برای مطالبه داین و امتناع مدیون، موضوعیت قائل شده، اما همان‌طور که از متن ماده مرقوم قابل استفاده است، مبنای محاسبه خسارت، تاریخ مطالبه و ادعای داین نیست تا تمسک به این روش، وافی به مقصود نباشد، بلکه مبنای محاسبه، زمان «سرسید» یا همان «تحقیق دین» است که در مانحنیه، این زمان بر همان تاریخ وقوع معامله فضولی که به‌واسطه آن، «ثمن» بر اساس سببی غیرمشروع در تصرف فروشنده قرار گرفته است، منطبق می‌باشد.^۲

حال با توجه به راه‌حل‌های ارائه شده در مورد جبران خسارت واردہ به مشتری، به نظر می‌رسد، نظریه مشورتی شماره ۷/۱۷۹ مورخه ۸۱/۲/۵ اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی بر اینکه «خسارات موضوع مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ شامل

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۶

۲. صفایی، پیشین، ص ۲۲۹

غرامات موردنظر ماده ۳۹۱ ق.م نیست»^۱، قابل پذیرش نباشد زیرا صرف اینکه قانونگذار، حکمی از احکام ماهوی راجع به معاملات را در قانون آیین دادرسی مدنی آورده (نه در قانون مدنی) موجب نمی‌شود که مقررات مذکور در مورد عقد بیع، قابل اجرا نباشد. علاوه بر اینکه رویه قضایی نیز به انحصار مختلف برای جبران چنین خساراتی تمایل نشان داده است که به عنوان نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۸/۹۰ مورخ ۱۳۷۳/۳/۲ شعبه هشتم دیوان عالی کشور استناد کرد.^۲

ب - بررسی تطبیقی

قانونگذار مصر برای مطالبه خسارت از فروشنده توسط خریدار، دو ترتیب متفاوت را مطرح نموده است: الف) اگر مشتری بر مبنای حق ابطالی که دارد (بطلان نسبی) درخواست ابطال معامله را نموده و دادگاه هم به نفع وی، حکم به بطلان صادر نماید، طبق ماده ۴۶۸، خریدار، علاوه بر دریافت ثمن، حق مطالبه خسارت هم دارد که در این فرض، تعیین خسارت و نوع و میزان آن بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی در اختیار دادگاه است و مقنن، دلالتی در تعیین مصادیق خسارت ندارد. البته همان طوری که در متن ماده ۴۶۸ تصريح شده، حق مشتری برای مطالبه خسارات، در صورتی است که وی در زمان معامله، حسن نیت داشته و از فضولی بودن معامله، آگاهی نداشته باشد. در غیر این صورت، مشتری فقط حق دریافت اصل ثمن را داشته و حتی نمی‌تواند مطالبه هزینه‌هایی را که خود نموده، مطالبه کند مگر اینکه توافق خاصی در این جهت با فروشنده انجام داده باشد که مشتری علی‌رغم آگاهی به موضوع فضولی (سوءنیت‌دادشتن) در صورت مستحق للغیرشدن مبیع، علاوه بر ثمن، مبلغ خاصی دریافت کند. این توافق در واقع نوعی تشدید ضمان محسوب شده و برای طرفین، لازم‌الاتّباع است. با وجود این، امکان مطالبه خسارت توسط مشتری، توقیفی بر علم و جهل فروشنده ندارد کما اینکه ماده

۱. سعید نیسی، (گرداورنده) مجموعه نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی دادگستری در زمینه مسائل مدنی، بهنامی، ۱۳۸۵، ص ۴۵۵
۲. یدالله بازگیر، قانون مدنی در آیینه آراء دیوان عالی کشور، بیع و احکام راجع به آن، فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص ۳۵۳

۴۶۸ به این موضوع تصریح کرده است. لیکن حقوق دانان مصری در مورد اینکه با وجود عدم تأثیر علم و جهل فروشنده در حق خسارت، مبنای حق مشتری برای مطالبه خسارت در این فرض چیست، نظریات مختلفی ارائه کرده‌اند. برخی معتقدند مبنای آن در موارد سوءنیت فروشنده، «خطای تقصیری» و در موارد حسن نیت وی، «خطای محض» است.^۱ عده‌ای دیگر اعتقاد دارند که مبنای حق مشتری در موارد حسن نیت فروشنده، «قصیر» اوست و در موارد سوءنیت وی، «اختلاس مال غیر» است^۲ و بعضی دیگر هم گفته‌اند که مبنای حق مشتری در هر صورت خطای فروشنده در فروش مال غیر است و مسئولیت وی در این خصوص، نه مسئولیت قراردادی است و نه مسئولیت مبتنی بر تقصیر.^۳ ب) اما اگر مشتری، عقد بیع را تنفیذ نموده و درخواست ابطال آن را ننماید می‌تواند به استناد ماده ۴۴۳ قانون مدنی و بر مبنای ضمان استحقاق، علاوه بر مطالبه ارزش مبیع در زمان استحقاق، خسارات دیگری را که قانون تعیین نموده است نیز مطالبه کند. لذا در این فرض، دادگاه، اختیاری در تعیین نوع خسارت نداشته و لزوماً باید در چهارچوب موارد تعیین شده در بندهای مختلف ماده ۴۴۳ حکم صادر نماید.

در حقوق انگلیس، مستفاد از قانون بیع کالا این است که مطالبه خسارت از فروشنده توسط خریدار در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث، زمانی ممکن است که خریدار، اقدام به فسخ قرارداد نکرده باشد زیرا بر اساس مواد ۱۱، ۱۲ و ۵۳ قانون بیع کالا، فروش مال غیر بدون اجازه مالک، نقض شرط اساسی است و موجب حق فسخ برای مشتری می‌شود اما مشتری می‌تواند اگر به مصلحت خود می‌بیند، نقض شرط مذکور را به عنوان نقض شرط غیر اساسی تلقی کند و به جای فسخ معامله، مطالبه خسارت نماید. به همین دلیل برخی از نویسنده‌گان به طور مطلق اظهار داشته‌اند که در صورتی که خریدار پس از نقض قرارداد توسط فروشنده، آن را فسخ

۱. مصطفی منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماه البيع والمقاييس والإيجار، دار المعارف، مصر، ۱۹۵۷، ص ۲۵۲

۲. اسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، ۱۹۶۳، ص ۱۸

۳. ابوالسعود، پیشین، ص ۱۴۰

کند، حق درخواست خسارت ندارد^۱ در مقابل، عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند که اگرچه در نظام قدیم کامن‌لا شخص نمی‌توانست ضمن فسخ قرارداد، تقاضای جبران خسارت نماید، در نظام جدید کامن‌لا این وضع تغییر کرده و راه حل قدیم به کنار نهاده شده است یعنی در نظام جدید، جبران خسارت با سایر طرق جبران از جمله فسخ قرارداد قابل جمع است.^۲

۴-۵- تکالیف خریدار (اصیل)

عمده تکالیف خریدار در بحث ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، دو دسته است: یکی تکالیفی که خریدار در برابر مالک (مدعی ثالث) دارد که عبارت‌اند از استرداد مبیع و منافعش به مالک و ممنوعیت از تصرف در مبیع به جهت غصبی بودن آن، و دیگری تکلیفی که خریدار در برابر فروشنده دارد که مطابق مقررات حقوقی بعضی کشورها مانند مصر، خریدار مکلف است در صورت طرح ادعای مالکیت از جانب شخص ثالث، مراتب را در زمان مناسب و متعارف، به فروشنده اطلاع دهد تا برای ورود و دخالت در آن دعوا اقدام کند. مباحث مربوط به تکالیف خریدار در برابر مالک (مدعی ثالث) باید در مبحث حقوق مدعی ثالث مطرح شود که در این مقاله به دلیل محدودیت حجم مطالب، مجال طرح آن نیست، و از طرفی مطالب راجع به تکلیف اطلاع‌رسانی خریدار به فروشنده قبلًا در مبحث مربوط به شرایط مسئولیت فروشنده و استثنایات آن و نیز مبحث لزوم دخالت فروشنده در دعوای اقامه‌شده عليه مشتری، مطرح شده است. لذا صرفاً متذکر می‌شود که موضوع تکلیف خریدار به اطلاع‌رسانی به‌موقع به فروشنده، سابقه طرح در مقررات ایران و انگلیس نداشته و از اختصاصات نظام حقوقی مصر بوده که مبتنی بر حقوق فرانسه است و بر اساس آن در مسئله ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، طرح دعوا در مرجع قضائی و رسیدگی به آن و بالتبغ، مداخله فروشنده در این دعوا و نیز اطلاع‌رسانی به‌موقع مشتری به فروشنده، ضرورت دارد.

۱. هجده نفر از دانشمندان دانشگاه‌های معتبر حقوق جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی،

ج ۲، ترجمه مهراب داراب‌پور، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶

2 .Treite ,Sir Guenter, **The Law of Contract** , 11th ed , London: Tomson Sweet & Maxwell, 2003, p.976

نتیجه

مقررات مربوط به «بیع فضولی» و «ضمان درک» در قانون مدنی کفايت لازم را برای استیفای کامل حقوق مشتری در این موارد ندارد زیرا همان طور که گفته شد، مفاد مقررات مذبور، تغییر وضعیت عقد بیع به نفع حقوق مالک (مدعی ثالث) است. بر مبنای مقررات یادشده، ادعای مالکیت ثابت شده شخص ثالث نسبت به مبیع (بر فرض اینکه ادعای وی به معنی رد معامله انجام شده باشد)، موجب بطلان عقد بیع شده و مشتری موظف است اصل مال (مبیع) و منافع آن را به مالک برگرداند و خساراتی را که در زمان تصرف وی به وجود آمده بپردازد اما در مورد خود مشتری با توجه به بطلان عقد بیع و کأن لم یکن شدن آثار آن از تاریخ انعقاد قرارداد، خریدار فقط می‌تواند اصل ثمن پرداختی به فروشنده در زمان گذشته را از وی مسترد نموده و فقط خسارات واردہ از این ناحیه را مطالبه نماید و دیگر حق مطالبه سایر منافع و مابه التفاوت کاهش ارزش پول و مانند آن را ندارد. همچنین با وجود بطلان عقد بیع، مسئولیت‌های قراردادی فروشنده نیز منتفی شده و خریدار نمی‌تواند در مقام الزام وی به انجام عین قرارداد، از او بخواهد برای دفاع در برابر ادعای ثالث در محکمه حاضر شود یا اقدامات لازم را برای مرفوع شدن حقوق و دعاوی مطروحه از جانب شخص ثالث انجام دهد. در صورت مطالبه از جانب مشتری (از طریق دعوای جلب ثالث و مانند آن) نیز ضمانت اجرای قانونی برای عدم تمکین فروشنده نسبت به این درخواست‌ها وجود ندارد، یعنی این گونه نیست که به صرف عدم ورود و مداخله فروشنده در دعوای مطروحه علیه خریدار بنا به دعوت یا جلب او، حق جدیدی برای خریدار ایجاد شود. این درحالی است که مطابق بررسی‌های تطبیقی انجام گرفته، مقررات مذکور در قانون مصر و انگلیس، به صراحت در این موارد، احکامی را وضع نموده که در جای خود به آن‌ها اشاره شد.

پیشنهادهای مقاله از این قرار است :

- ۱) حاکمیت رویکرد حمایت از مشتری در کنار حفظ حقوق مالک، مستلزم این است که به جای نظریه «بطلان مطلق» عقد بیع در موارد رد معامله فضولی و ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، نظریه «بطلان نسبی» در این موارد ملاک

باشد یعنی گفته شود که در فرض مذکور، باوجود رد معامله توسط مالک (مدعی ثالث)، عقد بیع به طور کلی باطل نیست بلکه مشتری حق دارد آن را ابطال و ثمن را مسترد نماید یا ضمن تنفيذ آن، الزامات قراردادی را از فروشنده بخواهد. بر اساس نظریه‌ای که اخیراً بعضی از فقهاء و مراجع تقليد مطرح کرده‌اند، «بطلان مطلق» عقد بیع در این موارد، اجتماعی نبوده و صحت یا بطلان آن، متوقف بر اعلام موضع از سوی مشتری است که طرف اصیل معامله است.^۱ این‌گونه نظریات می‌تواند مبنای تحول عمدہ‌ای در باب معاملات فضولی باشد.

۲) تمرکز بر مفهوم مالکیت مبیع و کشف استحقاق آن برای شخص ثالث، نمی‌تواند برای استیفاده حقوق مشتری در موارد ادعای شخص ثالث نسبت به مبیع کافی باشد زیرا برخی دعاوی اشخاص ثالث، فارغ از استحقاق مدعی آن، موجبات سلب آرامش مشتری در استفاده از مبیع را فراهم می‌آورد. اما قانون مدنی در این خصوص ساكت است زیرا مواردی مانند ادعای حق انتفاع شخص ثالث، موضوع ماده ۵۳ ق.م. نیز نوعی کشف استحقاق (حق عینی غیر از مالکیت) است و «ادعای غیر، مبتنی بر حق» محسوب نمی‌شود، به نظر می‌رسد افزودن تأسیس حقوقی «استفاده آرام و مسالمت‌آمیز از مبیع»^۲ به مقررات مربوطه، می‌تواند این نقایص را مرتفع کند؛ ضمن اینکه تعریف قانونگذار از «تسليیم مبیع» در ماده ۳۶۷ ق.م. و تعییر به (...تمکن از احیاء تصرفات و انتفاعات) نشان می‌دهد که پیش‌بینی تأسیس حقوقی مذبور به عنوان یکی از لوازم تسليیم مبیع، قابل توجیه است.

۳) از جمله روش‌هایی که می‌تواند در جبران خسارت وارد به مشتری در موارد ادعای شخص ثالث نسبت به مبیع مؤثر باشد روش درخواست مشتری جهت «اجرای عین قرارداد» توسط فروشنده است که در حقوق مصر تحت عنوان «التنفيذ العيني» و در حقوق انگلیس و مقررات کنوانسیون وین به عنوان (specific performance) مطرح شده است. اما در حقوق ایران به دلیل بطلان قرارداد بیع در این موارد، اثری از این ضمانت اجرا نیست لذا لازم است در صورت پذیرش

۱. ناصرمکارم شیرازی، *أنوار الفقاهة، كتاب البيع، الجزء الأول*، مدرسه الإمام على بن أبي طالب، قم، ۱۳۸۱ هـ، ص ۳۴۷

2. Quiet possession

نظریه بطلان نسبی قرارداد، این ضمانت اجرا نیز احیا گردد؛ علاوه بر اینکه ضمانت اجرای مذکور، خود مصادیق مختلفی دارد و یکی از مهمترین آن‌ها، لزوم دخالت فروشنده در دادرسی و دعواه مطروحه علیه خریدار است که می‌تواند تأثیر فراوانی بر سرنوشت قرارداد داشته باشد.

۴) با عنایت به اینکه یکی از آثار مهم «بطلان مطلق» عقد بیع در موارد ادعای مالکیت شخص ثالث، عدم امکان مطالبه خسارات ناشی از کاهش ارزش پول (یا همان تورم) توسط مشتری است، به نظر می‌رسد تا زمان حل اساسی مشکل و پذیرش نظریه بطلان نسبی قرارداد از سوی قانونگذار، می‌توان از دو راه حلی که در این خصوص ارائه شد (نظریه مال مثلی‌بودن «پول» و پذیرش «توان خرید») به عنوان پایه مثلی‌بودن آن و نظریه جبران از طریق خسارت تأخیر تأديه) بهره جست.

فهرست منابع:

(الف) فارسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی ج ۱، اسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۲.
- بازگیر، یادالله، قانون مدنی در آیینه آراء دیوانعالی کشور، ضمان قهری، فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- بازگیر، یادالله، قانون مدنی در آیینه آراء دیوانعالی کشور، بيع و احکام راجع به آن، فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
- صفائی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، میزان، ۱۳۸۲.
- صفائی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی (الزمات خارج از قرارداد)، سمت، ۱۳۸۹.
- صفائی، سیدحسین و دیگران، حقوق بيع بین المللي با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- ضمیمه نشریه پیام آموزش (ویژه‌نامه قوانین و مقررات)، معاونت آموزش قوه قضائیه، ش ۱۳۸۸، ۵.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، بهمن، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ناشر شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- مجله حقوقی و قضائی دادگستری، ش ۷، ۱۳۷۲، مقاله نقش اسکناس در نظام حقوقی اسلام.
- شاهروdi، سید محمود، ضمان کاهش ارزش پول، مجله فقه اهل‌بیت (مؤسسه دائرة- المعارف فقه اهل‌بیت)، ش ۲، ۱۳۷۴.
- معرفت، محمدهادی، میزگرد فقهی «ماهیت پول»، مجله فقه اهل‌بیت (مؤسسه دائرة- المعارف فقه اهل‌بیت)، ش ۷، ۱۳۷۵.
- مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، ج ۴، عقود معین، پایدار، ۱۳۸۵.
- نیسی، سعید، (گردآورنده) مجموعه نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی دادگستری در زمینه مسائل مدنی، بهنامی، ۱۳۸۵.

- هجده نفر از دانشمندان دانشگاه‌های معتبر حقوق جهان، **تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی**، ج ۲، ترجمه مهراب داراب‌پور، گنج دانش، ۱۳۷۴.
- هاشمی شاهروdi، سیدمحمود، **ضمان کاہش ارزش پول**، مجله فقه اهل بیت، ش ۲، ۱۳۷۴.

ب) عربی

- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، کتاب البيع، چاپ سنگی، مطبوعه اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ هـ ق.
- العاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالک الافهام** ج ۱، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ هـ ق.
- حکیم، سیدمحسن، **نهج الفقاھه**، مطبوعه العلمیه، نجف، ۱۳۷۱ هـ ق.
- خمینی (امام)، سیدروح الله، **تحریر الوسیله**، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
- خوبی، سیدابوالقاسم، **توضیح المسائل**، مدینة‌العلم، قم، ۱۳۷۰.

۶۳

- صدر، سیدمحمدباقر، **الاسلام يقود الحياة**، ج ۶، وزارت ارشاد اسلامی، بی‌تا.
- طباطبائی، سیدعلی، **ریاض المسائل**، ج ۱، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۴ هـ ق.
- عاملی، سیدمحمدجواد، **مفتاح الكرامة**، مؤسسه آل‌البیت، قم، بی‌تا.
- فیض کاشانی، مولی محمدمحسن، **مفاییح الشرایع**، ج ۳، مجتمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۴۰۱ هـ ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفرین الحسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، ج ۲، استقلال، ۱۴۱۲ هـ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **انوارالفقاھه**، کتاب البيع، الجزء‌الاول، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب، قم، ۱۳۸۱ هـ ش.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد‌کاظم، **میزگرد فقهی ماهیت پول**، مجله فقه اهل بیت، ش ۷، ۱۳۷۵.
- نائینی، میرزا‌محمدحسین، **منیه الطالب**، ج ۱، مطبوعه الحیدریه، نجف، بی‌تا.
- نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۲، اسلامیه، ۱۳۶۷.

- ابوالسعود، رمضان محمد، **شرح احكام القانون المدني العقود المسماة (البيع، المقايسة، الايجار، التأمين)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
- سعد، نبيل إبراهيم، **العقود المسماة عقد البيع**، الطبعه الثانية، دارالجامعه الجديده للنشر، مصر، ٢٠٠٤.
- سلطان، أنور، **العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقاييسه**، دارالجامعه الجديده للنشر، مصر، ٢٠٠٥.
- سنهوري، عبدالرزاق بن احمد، **الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد**، ج ٤، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٤٢٥ هـ ق.
- غانم، اسماعيل، **الوجيز فى عقد البيع**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٣.
- مصطفى منصور، منصور ، **مذكرات فى القانون المدني العقود المسماة البيع و المقايسة والايجار**، دارالمعارف، مصر، ١٩٥٧.

ج) لاتين

- Bridge, Michael , **The Sale of Goods**,^{1st} ed, London: Oxford University Press, 1999.
- Furmston , Michael , **Sale and Supply of Goods** , ^{3rd} ed, London: Cavendish Publishing, 2000.
- P.S. Atiyah, QC.DCL.FBA. , **The Sale of Goods**, ^{10th} ed, London: Pearson Education, 2001.
- Poole- Jill , **TextBook on Contract Law**, ^{6th} ed, London: Blackstone Press, 2001.
- Treitel , Sir Guenter, **The Law of Contract** , ^{11th} ed , London: Tomson Sweet & Maxwell, 2003.

خیار مجلس در قراردادهای الکترونیکی

*علی‌اکبر ایزدی‌فرد

**حسین کاویار

***علی‌حسن‌جانی

چکیده

یکی از شرایط اختصاصی انعقاد قراردادهای الکترونیکی که در «قانون تجارت الکترونیکی» در زمرة حقوق مصرف‌کننده در نظر گرفته شده حق فسخی ۷ روزه برای مصرف‌کننده است. از طرف دیگر در قواعد حقوق داخلی برای انعقاد معاملات، اصل بر لزوم عقد است و ماده ۳۹۶ ق.م به نحو خاص خیاراتی را برای حفظ حقوق طرفین معامله پذیرفته است. در این مقاله ضمن بررسی مفهوم و جایگاه خیار مجلس در قراردادهای الکترونیکی در مقایسه با عقود سنتی، به این نتیجه می‌رسیم که در باب خیار مجلس و ثبوت آن برای متعاملین، ارتباط معنوی و فکری متعاملین شرط است و نه حضور طرفین یا یکی از ایشان.

واژگان کلیدی: خیار مجلس، قراردادهای الکترونیکی، تفرق، ارتباط فکری و معنوی

* نویسنده مسئول، دکتری فقه و حقوق اسلامی، استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و

علوم سیاسی دانشگاه مازندران

ali85akbar@yahoo.com

* داشتچوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

mirhosseinkaviar@gmail.com

* * کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی از دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل

درآمد

خیار مجلس از جمله خیارات سه‌گانه مختص عقد بیع است^۱ که به طرفین یا یکی از آنها حق فسخ عقد می‌دهد. به موجب این خیار، هر یک از متعاملین فی‌المجلس و مدامی که متفرق نشده‌اند، حق فسخ معامله را دارند (ماده ۳۹۷ قانون مدنی). این مقاله به بررسی خیار مجلس در عقد بیع الکترونیکی موضوعیت دارد یا خیر؟ قبل از پاسخ مبسوط و تحلیلی به این سؤال، ابتداً لازم است تا مفهوم خیار مجلس بررسی شود. موضوع دیگری که باید قبل از ورود به بحث اصلی بدان پرداخت پاسخ بدین سؤال است که ماهیت قرارداد الکترونیکی چیست؟ آیا جزء عقود حضوری است یا جزء عقود بین غائبین؟

۶۶

مجله حقوقی دادگستری / شماره ۸۱ / بهار ۱۴۰۲

۱ - مفهوم خیار مجلس

خیار مجلس تنها در بیع قابلیت ظهور دارد. احادیثی که در استناد به خیار مجلس مورد استفاده قرار می‌گیرد، همگی مؤید این معناست. پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «البیعان بالخیار حتی یفترقا»^۲ امام صادق (ع) نیز در روایتی می‌فرماید: «أیما رجل

۱ . در فقه، فقهاء اتفاق دارند که خیار مجلس، اختصاص به بیع دارد: شیخ طوسی، *الخلاف*، ج ۳، ص ۱۴؛ شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲، ص ۸۲؛ ابن فهد حلی، *المهدب البارع*، ج ۲، ص ۳۸۴؛ ابن ادریس حلی، *السوائر الحاوی لتحریرالفتاوى* ، ج ۲، ص ۲۴۵-۲۴۶؛ طباطبائی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، ج ۱، ص ۵۲۷؛ انصاری، *المکاسب*، ج ۵، ص ۴۶ ماده ۴۵۶ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص عقد بیع است». با این اوصاف، در این مقاله، منظور از عقد، عقد بیع است.

۲. محمدبن حسن حرامی، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، (دوره ۳۰ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه . ق.ج ۱۸، صص ۵-۶؛ کلینی- رازی، ابی جعفر محمدبن یعقوب بن اسحاق، *الکافی*، دار الكتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷ ه . ش، ج ۵، ص ۱۷۰؛ حسین نوری طبرسی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، (دوره ۱۸ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۱۳، ص ۲۹۸؛ محمد بن اسماعیل بخاری، *صحیح البخاری*، (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱ ه . ق، ج ۳، ص ۱۰

اشتری من رجل بیعا فهمای بالخیار حتی یفترقا فاذا افترقا وجب البيع^۱

خیار مجلس آن است که بایع و خریدار هر گاه صیغه خرید و فروش جاری نمایند، تا زمانی که از محل خواندن صیغه از همدیگر جدا نشده‌اند، حق خیار دارند و می‌توانند به استناد خیار مذکور، عقد بیع را منحل سازند. به مجرد جدایی از یکدیگر، دیگر خیاری ندارند، اگرچه جدایی به اندازه یک گام باشد.^۲

باید متذکر شد که خیار مجلس، در اصل، خیار متبایعین است و اضافه کردن آن به مجلس از باب تسماح است؛ چون مجلس عقد که خیاری ندارد بلکه متبایعینی که در آن مجلس معامله کردند دارای خیار هستند اما به مناسبت مجلس عقد، این خیار را خیار مجلس نمایند و شاید به خاطر کثرت استعمال خیار در مجلس عقد، در عرف به خیار مجلس معروف شده است.^۳

شیخ انصاری در همین زمینه گوید: «مراد از مجلس، مطلق مکان متبایعین در زمان عقد بیع است، چه در آن مکان ایستاده یا نشسته باشند، اما علت اینکه از این خیار به خیار مجلس تعبیر شده از باب تعبیر به فرد غالب است یعنی غالباً در حال جلوس، بیع انجام می‌شود^۴»

به این طریق، در واقع، نام این خیار باید «خیار عدم تفرق» باشد زیرا متعاملین، مادامی که پس از تشکیل عقد، از هم جدا نشده‌اند می‌توانند معامله را به هم بزنند، اعم از اینکه عقد، هنگام نشسته تشکیل شود یا هنگام ایستاده. به این دلیل، خیار مجلس در فقه با این جمله بیان شده است: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا». بنابراین عبارت «فی المجلس» در قانون زائد است.

برای تشخیص تفرق و مصاديق آن در منابع فقهی، جداسدن به اندازه حداقل یک گام (خطوه) به عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس بیان شده است.^۵ ولی در قانون

۱. حرّعامی، پیشین، ص ۶، کلینی، پیشین، ص ۱۷۰-۱۷۱

۲. ابی جعفر محمدبن حسن بن علی شیخ طوسی، **الخلاف**، (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق، ج ۳، ص ۷

۳. حسن قاروبی، **النضید**، چاپ دلوری، قم، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۲۳، ص ۴

۴. مرتضی انصاری، **المکاسب**، مؤسسه الهادی، قم، ۱۴۲۰ ه. ق، ج ۵، ص ۲۷

۵. ابن حمزه ابی جعفر محمدبن علی طوسی، **الوسائل الى نيل الفضيله**، کتابخانه آیت الله مرعشی

مدنی هیچ معیار مشخصی ارائه نشده است. به نظر می‌رسد که قانونگذار، نظر عرف را در این زمینه پذیرفته است.

۲ - ماهیت قراردادهای الکترونیکی

با توجه به تحولات چشمگیری که فناوری اطلاعات در امر تجارت ایجاد کرده و دو ویژگی سرعت و سهولت را به آن داده است، دیگر لزومی ندارد که اشخاص به منظور مذاکره و تبادل اطلاعات در خصوص فعالیت‌های تجاری و انعقاد قرارداد موردنظر، در یک مجلس حاضر شوند بلکه می‌توانند از طریق فناوری‌های نوین الکترونیک، نظرات و پیشنهادهای خود را برای مخاطب ارسال کنند. طرف مقابل نیز می‌تواند از همین طریق پاسخ داده یا پیشنهاد جدیدی مطرح سازد. حال چنانچه از این طریق بین طرفین، عقدی تشکیل شود از آن به عنوان «تشکیل عقد بین غائبین» نام برده‌اند.^۱

عقد غائبین، در مقابل عقد حاضرین استعمال می‌شود. منظور از عقد حاضرین، این نیست که طرفین حتماً در مجلس واحد حاضر باشند بلکه منظور، عقدی است که طرفین آن را به طور مشافهه منعقد می‌کنند اعم از اینکه در یک مجلس باشند یا در دو مکان مختلف^۲ مثل عقد با تلفن که هر چند طرفین در دو مکان حضور دارند چنین عقدی از جهت زمان تشکیل، منطبق با عقد غائبین نیست ولی همین عقد از لحاظ مکان تشکیل، جزء عقود غائبین خواهد بود.^۳ بنابراین، عقد غائبین عبارت است از عقدی که ایجاب و قبول آن بدون مکالمه و مذاکره، از راه دور به وسیله نامه، تلگراف، قاصد یا تلکس انجام می‌شود. این عقود که طرفین، عقد را به طور مشافهه

نجفی، قم، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۲۳۸ و ۲۷۶، علامه حلى، جمال الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تذکرة الفقهاء، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۱۷؛ فخرالمحققین، ابن علامه، ایصال الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، طبع به امر آیت‌الله محمود شاهروdi، قم، ۱۳۷۸ ه. ق، ج ۱، ص ۴۸۰.

۱. عبدالحمید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، میزان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۳۸.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۱۵۵.

۳. امیری قائم مقامی، پیشین، ص ۲۴۱.

واقع نمی‌سازند عقود مکاتبه نیز نام گرفته‌اند.^۱

عقودی که از طریق اینترنت منعقد می‌شود نیز از جمله عقود بین غایبین محسوب می‌شود زیرا اولاً عقد به‌طور مشافهه انجام نمی‌شود و از طریق واسطه‌های الکترونیک صورت می‌پذیرد و ثانیاً در عقود مذکور ممکن است بین ایجاب و قبول، فاصله زمانی و بین متعاقدين، فاصله مکانی وجود داشته باشد.

اگرچه قانون مدنی ایران در مورد عقد غایبین ساكت است، نمی‌توان در صحت آن تردید کرد زیرا عرف تجاری آن را پذیرفته و دلیلی بر بطلان آن در قوانین موضوعه یافت نمی‌شود. مضافاً اینکه در حقوق ایران، اصل بر صحت معاملات و قراردادهای منعقده بین افراد است مگر اینکه دلیلی بر فساد آن وجود داشته باشد و از آنچه دلیلی بر بطلان عقد غایبین وجود ندارد، عقود بین غایبین را باید حمل بر صحت کرد. لذا قراردادهای الکترونیک و بالتبع بيع الکترونیک نیز که در زمرة عقود غایبین قرار می‌گیرد، صحیح و معتبر است. اگرچه قراردادهای مذکور موجب تسريع روابط تجاری بین افراد می‌شود و گسترش تجارت داخلی و بین‌المللی را نیز به دنبال دارد، به دلیل عدم حضور طرفین و ناشناخته‌بودن آن‌ها برای یکدیگر، ممکن است مسائل پیچیده و مشکلاتی را نیز در روابط طرفین ایجاد کند.

۳ - ثبوت خیار مجلس در تمام اقسام بيع سنتی

پیش از این متذکر شدیم که خیار مجلس، مختص عقد بيع است و جریان آن در عقود دیگر ثابت نشده است زیرا اصل در عقود، لزوم، و جریان خیار، استثنا است و برای پیدایش خیار مجلس در عقود دیگر، دلیلی وجود ندارد و علاوه بر این در کتاب غنیه النزوع، صریحاً بر اختصاص آن به عقد بيع، ادعای اجماع گردیده است.^۲ شیخ طوسی در خلاف معتقد است که خیار مجلس فقط در بيع وجود دارد و در سایر عقود غیر از بيع، خیار مجلس، جاری نمی‌شود و دلیلش را بر این نظریه، اجماع می‌داند و اضافه می‌کند: اختلافی در این زمینه میان فقهای امامیه وجود

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در تومینولوژی، گنج دانش، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۸۵

۲. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه النزوع، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ هـ، ق، ص ۲۱۷

ندارد که در این عقود، خیار مجلس راه ندارد.^۱

صاحب سرائر با ذکر تعدادی از عقود لازم از قبیل عقد اجاره، حواله، صلح و مساقات معتقد است که خیار مجلس، مختص عقد بیع است و این‌ها – که ذکر گردید – عقد بیع نیست.^۲

قانون مدنی ایران در ماده ۴۵۶ از اجماع فقهای امامیه متابعت نموده و چنین مقرر داشته که خیار مجلس، مخصوص عقد بیع است.

شایان ذکر است که خیار مجلس در جمیع اقسام بیع مثل نقد و نسیه و سلف، جاری است و تفاوتی در ثبوت خیار مجلس میان آن‌ها وجود ندارد.^۳ صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید: «بالجمله در تمامی مواردی که مندرج در تحت لفظ بیع هستند از قبیل سلف و نسیه، بیع به مشاهده، بیع به توصیف، بیع تولیه و بیع مرابحه، خیار مجلس جریان دارد».^۴ شیخ طوسی نیز گوید: «در بیع اعیان به مشاهده، بیع صرف و بیع سلام، خیار مجلس ثابت است».^۵

اما در رابطه با جریان خیار مجلس در بیع معاطاتی، فقهای معاصر، نظریات متفاوتی دارند: آیت‌الله خویی پس از اشاره به وجود این اختلاف می‌گوید: «تحقيق آن است که خیارات مطلقاً در معاطات جریان دارد، البته این مطلب مبتنی بر آن است که معاطات، افاده مالکیت جایز نماید. پس جواز در معاطات چه جواز حقی باشد یا حکمی، و متعلق آن، چه عقد باشد و چه عین مأخوذه، در اینکه خیارات در معاطات جریان یابد، محدودی وجود ندارد»^۶ و «در صورتی که معاطات، اباحه در تصرف باشد،

۱. شیخ طوسی، *الخلاف*، ج ۳، ص ۱۳

۲. ابن ادریس حلبی، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى*، (دوره ۳ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۴۶

۳. محمدحسینی شیرازی، *ایصال الطالب الى المکاسب*، (دوره ۲۴ جلدی)، مؤسسه الاعلمی، تهران، ۱۳۷۰ هـ. ش، ج ۱۱، ص ۶۰

۴. محمدجواد عاملی، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ هـ، ج ۴، ص ۵۳۹

۵. ابی جعفر محمد بن حسن بن علی شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تحقیق محمد باقر بهبودی، مکتبه مرتضویه، قم، ۱۳۸۷ هـ. ش، ج ۲، ص ۷۸-۷۹

۶. ابوالقاسم خویی، *مصباح الفقاہه*، تحریر توسط محمدعلی توحیدی، مطبوعه حیدریه، نجف، ۱۳۶۶

هیچ‌کدام از خیارات در آن جریان پیدا نمی‌کند^۱. بنابراین، با توجه به مطالبی که بیان شد، نتیجه گرفته می‌شود که مطابق نظر آیت‌الله خوبی هر چند معاطات، افاده «ملکیت جایز» نماید، خیارات در آن جریان پیدا می‌کند و به عبارت دیگر، آنچه در این رابطه از اهمیت برخوردار است اینکه «ملکیتی» در کار باشد هر چند به صورت جایز برقرار گردد.

آنچه بیان شد ثبوت خیار مجلس در تمامی اقسام بیع سنتی بود، آنجا که بایع و مشتری حضور فیزیکی دارند. اما این مقاله در پی پاسخ به این سؤال است که آیا می‌توان احکام خیار مجلس را در بیع الکترونیکی (همچون معاملات تلفنی، تلکسی، اینترنتی و غیره) جاری دانست یا خیر؟

۴ - اقوال مطروح در بحث

در پاسخ به این سؤال که آیا خیار مجلس در بیع الکترونیکی وجود دارد یا خیر، دو قول وجود دارد:

قول نخست

برخی با توجه به تعریف رایج در فقه از خیار مجلس معتقدند که خیار مجلس در معاملاتی وجود دارد که طرفین معامله با بدن و جسم خود در یک محل جمع شوند. بنابراین، مادامی که طرفین در آن محل نشسته‌اند و از هم جدا نشده‌اند و حتی در موردی که طرفین، دریاره غیر از مورد معامله با هم گفتگو می‌کنند و با هم مجلس را ترک می‌کنند، خیار مجلس باقی است، در حالی که چنین شرایطی در معاملات الکترونیکی قابل فرض نیست. پس در معاملات الکترونیکی، خیار مجلس وجود ندارد. به نظر یکی از نویسندهای در این‌باره: «از احکام مربوط به خیار مجلس به خوبی بر می‌آید که حضور واقعی در مجلس عقد نیز مانند ارتباط فکری، سهمی در این راه دارد و تنها ارتباط معنوی باعث ایجاد خیار نیست، چنانچه اگر دو طرف به گفته‌های خود در مجلس عقد پایان دهند و به کار دیگر بپردازند، تا زمانی که از

است^۱.».

شیخ مفید^۲ و ابوالصلاح حلبی^۳ و بعد از آن‌ها شیخ طوسی، ثبوت خیار مجلس را در آنجایی می‌دانند که متبایعین به صورت فیزیکی (بالابدان) در نزد یکدیگر حاضر باشند. شیخ طوسی می‌گوید: «تا زمانی که افتراق جسمانی میان متبایعین حاصل نشده باشد، امکان فسخ عقد وجود دارد^۴.» ابن‌ادریس بعد از شیخ طوسی، مجلس را در اجتماع فیزیکی متبایعین می‌داند.^۵

قول دوم

نظر دیگر این است که آنچه در عقد بیع مهم است، ارتباط فکری و معنوی طرفین معامله است، نه حضور فیزیکی آن‌ها. چه‌بسا این دو جسم، بارها در کنار یکدیگر قرار گرفتند ولی منجر به عقد بیع نشده است چون ارتباط فکری و معنوی درباره بیع موردنظر بین آن‌ها ایجاد نشده است. پس آنچه منجر به بیع می‌شود، همان ارتباط فکری و معنوی بین متبایعین است که در مانحنیه از طریق تلفن یا اینترنت به یکدیگر منتقل و اراده و قصد خود را بر بیع به یکدیگر اعلان می‌کنند. بنابراین، این ارتباط فکری و معنوی دو طرف هنگام مکالمه، در حکم حضور در یک مجلس است. پس تا هنگامی که گفتگوی نهایی را قطع نکرده‌اند می‌توانند از خیار مجلس استفاده کنند.

لازمه خیار مجلس این نیست که متبایعین حتماً در مکانی واحد جمع باشند یا به هم‌دیگر نزدیک باشند. از نظر یکی از حقوق‌دانان: «اگر خرید و فروش به‌وسیله تلفن

۷۲

مجله حقوقی دادگستری / شماره ۸۱ / بهار ۱۳۹۲

۱. ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، معاملات معوض – عقود تمليکی، (دوره ۴ جلدی)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بربنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۴۸.
۲. شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن نعمان العکبری البغدادی، المقنعه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰، ص ۵۹۱.
۳. نقی‌الدین ابوالصلاح، الحلبی، الکافی فی الفقه، مکتبه امیر المؤمنین (ع)، اصفهان، ۱۴۰۳ هـ.
۴. شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۹ و المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۷۸.
۵. ابو‌جعفر محمد بن منصور بن احمد ابن ادریس حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى، (دوره ۳ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۷۴.

۳۵۲

به عمل آید، مادامی که طرفین، وضعیت حال معامله را نگاه داشته، خیار مجلس باقی خواهد بود و به محض اینکه یکی از آن‌ها از آن مکان خارج شد و آن وضعیت به هم خورد، چون تفرقی که متناسب با آن وضع بوده حاصل گردیده، خیار ساقط خواهد شد^۱. اگر چه ایشان این مسئله را تأیید کرده و خیار مجلس را برای آن، قابل فرض دانسته، چند سطر بعد، این مسئله را قابل تأمل دانسته است. بنابراین، حقوق دانان بر عدم وجود خیار مجلس، تمایل بیشتری دارند.^۲ یکی از فقهای معاصر معتقد است: «منظور از اتحاد مجلس، حصول ایجاب و قبول در مکان واحد نمی‌باشد - هر چند که این مسئله، غلبه دارد - بلکه مراد از مجلس، اعم از این است و آن باقی‌ماندن هر یک از موجب و قابل در همان مکانی است که عقد در آن جریان یافته و لو اینکه متبایعین از طریق تلفن یا غیر آن، معامله‌ای صورت دهند. اما اگر آنجا را ترک نمایند، تفرق حاصل می‌شود و خیار باقی نمی‌ماند»^۳.

۷۳

مجله حقوقی دادگستری / شماره ۵ / پیاپی ۱۳۹۲

در رد نظریه اخیر، امام خمینی معتقد است: «آنچه از نصوص و فتاوی استفاده می‌شود این است که این خیار برای متبایعینی که در مجلس بیع حاضر و جمع هستند ثابت است و تمام این قیود - متبایعان حاضر در مجلس بیع - شرط پیدایش اعتبار خیار مجلس است. لذا اگر هر کدام از این قیود از بین بود خیار مجلس هم پدید نمی‌آید. بنابراین حضور در مجلس بیع، جزء موضوع است».^۴ به نظر ما باید ابتدا نوع معامله را از هم تفکیک کرد. تفکیک این موارد به شرح ذیل است:

۱- طرفین در یک مکان، رویه روی هم معامله کنند؛

۱. محمد بروجردی عبد، *کلیات حقوق اسلامی*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، ص ۹۸.
۲. کاتوزیان، پیشین، مهدی شهیدی، *حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱*، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۵۰.
۳. محمدصادق روحانی، *فقه الصادق (ع)*، (دوره ۲۶ جلدی)، مؤسسه دارالکتاب، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق، ج ۱۷، ص ۲۵-۲۶؛ *منهاج الفقاہہ*، (دوره ۶ جلدی)، مطبوعه سپهر، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ه. ق، ج ۵، ص ۲۱۹.
۴. روح الله الموسوی الخمینی، *كتاب البيع*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ ه. ق، ج ۴، ص ۴۱-۴۲.

۲- طرفین به وسیله نامه و مکاتبه (اعم از نامه کاغذی یا نامه الکترونیکی) معامله کنند؛

۳- طرفین از طریق تلفن معامله کنند؛

۴- طرفین از طریق اینترنت معامله کنند.

حال به توضیح هر یک از فروض فوق می‌پردازیم:

۱- معامله در یک مکان، رو به روی هم

این فرض همان بیع سنتی است که بدون اختلاف، تمامی فقهاء و حقوقدانان، ثبوت خیار مجلس را در آن قبول دارند.^۱

۲- معامله به وسیله نامه (اعم از نامه کاغذی یا الکترونیکی)

در این مورد، اصولاً خیار مجلس وجود ندارد؛ چون زمان شروع و پایان خیار مجلس غیرقابل فرض است مگر اینکه طرف معامله هم‌زمان که موجب، ایجادش را فرستاد، با وی وارد مذاکره شود. مثلاً خریدار با بایع تماس بگیرد و به او اطلاع دهد که در حال ارسال ایمیل برای او است و در همان لحظه پس از قرائت ایمیل، جواب را از او بخواهد یا از طریق چت^۲ با هم وارد مذاکره شوند. در چنین صورتی، درخواست مشتری و شرایط او و نیز ویژگی کالا در حالی که ارتباط فکری بینشان برقرار است، به یکدیگر منتقل می‌شود. بنابراین در ارتباط الکترونیکی از طریق ایمیل درصورتی که مانند مثال فوق، ارتباط فکری و معنوی بین متعابین برقرار باشد، خیار مجلس ثابت است.

۳- معامله از طریق تلفن

در این مورد به نظر می‌رسد که خیار مجلس وجود دارد چون با استناد به حدیث نبوی «البیاع بالخیار حتی يتفرق»، در تعریف خیار مجلس گفته شد که تا طرفین از یکدیگر جدا نشوند، خیار باقی است. حال باید گفت که اجتماع و افتراق در هر

۱. مجفی، پیشین، ج ۲۳، ص ۴؛ انصاری، پیشین، ج ۵، ص ۲۷

2. Chat

جا به فراخور موقعیت طرفین است.

در معاملات سنتی، فراخور معامله این است که طرفین روبروی یکدیگر بنشینند، ولی در معاملات الکترونیکی، فراخور معامله این است که طرفین با یکدیگر ارتباط از راه دور داشته باشند و از طریق واسطه‌های الکترونیکی از جمله تلفن، آن علقه و ارتباط فکری و معنوی را به یکدیگر ابراز دارند.

شاید در ابتدا شباهای ایجاد شود که تفاوتی بین معامله از طریق تلفن ثابت با معامله از طریق تلفن همراه وجود دارد. در بیان مفهوم خیار مجلس اشاره شد که جداسدن به اندازه حداقل یک گام (خطوه) به عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس بیان شده است. از این قسمت، این شباهه ایجاد می‌شود که در معامله از طریق تلفن ثابت، هر فرد در آن مکانی که هنگام معامله نشسته است، اگر خارج شود، خیار مجلس ساقط می‌شود. ولی در معامله با تلفن همراه، ممکن است که طرف معامله در حال حرکت با ماشین یا هواپیما باشد و معامله را انجام دهد. این شباهه چگونه قابل حل است؟

در پاسخ باید گفت که در معاملات تلفنی، تا زمانی خیار مجلس برقرار است که ارتباط وجود دارد یعنی طرفین از طریق ارتباط و خطوط تلفنی و اینترنتی، آن ارتباط فکری و معنوی را به یکدیگر انتقال دهند و طی مدتی که ارتباط برقرار است، خیار مجلس هم باقی است و زمانی که ارتباط را به اختیار و اراده طرفین قطع کردند، زمان پایان یافتن خیار مجلس است. پس، خروج از مجلس - که در مفهوم خیار مجلس ذکر شد - در معاملات الکترونیکی، «قطع ارتباط» است.

۴- معامله از طریق اینترنت

تشکیل قرارداد در فضای مجازی، لزوماً به معنی انعقاد آن در محیط سایبر^۱ نیست. امروزه باید پذیرفت که با گسترش وسایل ارتباط از راه دور، جهان به دهکده‌های بدل شده که در آن، تشکیل قرارداد به عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی‌تواند همواره از طریق ارتباط مستقیم و فیزیکی انجام گیرد. از این‌رو «طرفین یک توافق، ممکن

است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه تلفنی هم با یکدیگر نداشته باشند^۱. برخی از نویسندگان، تعریفی کلی و بسیار موسع از قرارداد الکترونیکی^۲ ارائه داده‌اند و آن را قراردادی دانسته اند که «اعقاد یا اجرای آن نیازمند به کارگیری ابزار دیجیتالی تبادل اطلاعات یا وسیله‌ای ارتباطی از این نوع است».^۳

بدیهی است که این تعریف، قراردادی را که به صورت سنتی، مثلاً بر روی کاغذ منعقد شده اما اجرای آن از طریق شبکه‌ای مانند اینترنت محقق می‌شود، در بر می‌گیرد. مثلاً یک دانشجوی حقوق در آخرین روز برگزاری نمایشگاه بین‌المللی کتاب، کتابی دیجیتال یا نرمافزار ویژه‌ای را خریداری می‌کند. به دلیل استقبال بیش از حد بازدیدکنندگان، موجودی فروشنده در لحظه انعقاد قرارداد تمام شده و بنابراین خریدار، نشانی پست الکترونیکی خود را به وی می‌دهد که در اولین فرصت، فایل حاوی کتاب یا نرمافزار موردنظر را برای او ارسال کند. اما آیا می‌توان این نوع قرارداد را الکترونیکی محسوب نمود؟

به نظر می‌رسد که چنین قراردادی نمی‌تواند از مصادیق قراردادهای الکترونیکی باشد؛ چرا که انعقاد آن به شکل سنتی انجام شده و فقط اجرای آن در فضای سایبر رخ داده است.

در واقع، زمانی که از نوع قرارداد، سخن به میان می‌آید، هدف آن است که به ویژگی‌های قرارداد از حیث انعقاد آن توجه شود زیرا مشکلات اساسی هنگام بحث از ایجاب و قبول اعلام شده از طریق شبکه و همچنین قانون حاکم بر قرارداد و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات مربوط به آن مطرح می‌شود و همین مسائل است که حقوق قراردادها را با چالش مواجه می‌کند. تنها مشکلی که ممکن است در مورد قراردادهایی از این دست، پیش بیاید، موضوع اجرای تعهدات ناشی از آن‌هاست که باز هم باعث نمی‌شود الکترونیکی تلقی شوند.

طبق تعریف دیگر، قرارداد الکترونیکی وضعیتی است که طی آن، تعهدی بین دو یا

1.Chissick, Michael. Kelman, Alistair, **Electronic Commerce: Law and Practice**, London, Sweet & Maxwell, 3rd ed, 2002,p.171

2. Electronic Contract

3.Standing, Craig, **Internet Commerce Development**, Boston, Artech House Computing Inc, 2000,p.35

چند نفر به وجود می‌آید که هر یک از رایانه‌ای متصل به یک شبکه ارتباطی به عنوان وسیله تبادل ایجاب و قبول یعنی عناصر تشکیل‌دهنده قرارداد مذکور استفاده می‌کنند.^۱

به عقیده یکی دیگر از حقوق‌دانان، قرارداد الکترونیکی آن است که به‌شکل الکترونیکی به صورت فوری یا با تأخیر امضا شده، بدون اینکه مذاکرات یا اجرای این قرارداد در نظر گرفته شود.^۲

نقشه قوت تعریف اخیر، توجه به نفس انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی است و برای نمونه قرارداد سنتی را که مذاکرات راجع به آن از طریق شبکه انجام شده ولی ایجاب و قبول آن به‌طور سنتی مثلاً با مکاتبه یا به صورت حضوری توسط طرفین محقق شده، به‌طور صریح از قلمرو شمول قراردادهای الکترونیکی خارج کرده است. برخی دیگر از نویسندگان که شبکه‌های رایانه‌ای را به همراه خدمات ارائه شده از طریق آن‌ها موحد فضایی مستقل از جهان سنتی دانسته و با تسمیه آن به فضای سایبر بر این استقلال تأکید می‌کنند، برای قراردادهای مورد بحث، اصطلاح «قرارداد سایبری»^۳ را برگزیده و اعلام داشته‌اند که با به کارگیری چنین واژه‌ای این واقعیت که روابط طرفین در فضای مجازی به وجود می‌آید، مورد تأکید بیشتری قرار می‌گیرد و نه نوع تکنیک به کاررفته در جریان انعقاد قرارداد.^۴

در مورد حدوث خیار مجلس در قرارداد الکترونیکی منعقده از طریق اینترنت، باید بین دو فرض تمایز قائل شد:

الف) قراردادهای اینترنتی فوری و آنی

دسته‌ای از عقود الکترونیکی، به صورت لحظه‌ای و بی‌درنگ منعقد می‌شود؛ همچنان‌که طرفین در یک عقد تلفنی، مبادرت به انعقاد عقد می‌کنند. در عقود

1.Dickie, John., **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**,London, Hart Publishing, Oxford, 1999, p.27

2.Todd, Paul., **E-Commerce Law**,London, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005,p.169

3. Cyber Contract

4. Rowland, Diane, Macdonald, Elizabeth, **Information Technology Law**, London, 3rd ed, Published in Great Britain by Cavendish, 2005,p.101

تلفنی، فاصله‌ای میان اعلام، وصول و اطلاع از قبول متصور نیست. قرارداد به هنگام استماع قبول مخاطب تشکیل می‌شود و انصراف بعدی مخاطب از قبول، پیش از قطع ارتباط را باید اعمال خیار مجلس دانست. حال اگر در اینترنت از سیستم تلفن دوسویه^۱ (مانند چت و ویدئوکنفرانس) برای تشکیل قرارداد، استفاده شود، یعنی هریک از دو طرف بتواند بدون قطع مکالمه طرف دیگر حرف بزند و مکالمه بدون تأخیر باشد، از حیث احکام، هیچ تفاوتی با تلفن به مفهوم سنتی آن نخواهد داشت. لذا در این قسم عقود اینترنتی، حدوث خیار مجلس، بلاشکال است.

ب) قراردادهای اینترنتی غیرفوری و همراه با تأخیر

قسم دوم قراردادهای اینترنتی با وسایل غیرفوری همچون ایمیل، مبادله الکترونیکی داده‌ها یا وبسایت منعقد می‌شود. در این قراردادها، مذاکره به صورت آنی و زنده صورت نمی‌گیرد و خریدار از طریق پذیرش ایجاب فروشنده و با کلیک بر روی گزینه قبول، رضایت خود را اعلام و بدون حضور آنلاین فروشنده، شروط ایجاب را می‌پذیرد. در این فرض، نه ارتباط فیزیکی بین طرفین وجود دارد و نه ارتباط معنوی. لذا حدوث خیار مجلس در این نوع قرارداد منتفی است.

۵ - مبدأ خیار مجلس در بيع الکترونیکی

بحث این است که چه زمانی خیار مجلس شروع می‌شود؟ ثمره این بحث در بیعی که علاوه بر ایجاب و قبول، به قبض نیازمند است، ظاهر می‌شود. در فقه، بیع صرف و بیع سلم از این دسته‌اند.^۲ در این دو قسم از بیع، قبض، علت تامه عقد است و بدون قبض، عقدی وجود ندارد. یعنی اگر بگوییم که مبدأ خیار، زمان عقد است، از حین عقد، خیار وجود دارد، با اینکه ملکیت قبل از قبض، حاصل نشده و اگر بگوییم از حین ملکیت است، در بیع صرف و سلم، خیار از حین قبض خواهد بود.

1 . Duplex

۲. در بیع صرف نک: ابن حمزة طوسی، پیشین، ص ۲۴۳؛ محقق حلی، پیشین، ص ۳۰۳؛ نجفی، پیشین، ج ۲۴، ص ۵ و در بیع سلم نک: محقق حلی، پیشین، ص ۳۲۱-۳۲۷؛ نجفی، پیشین، ص ۲۷۴

مبدأ خیار مجلس از حین وقوع عقد بیع است (نه از زمان ملکیت) و در اینکه ایجاب بر قبول مقدم باشد یا اینکه عقد، لفظی یا معاطاتی باشد، تفاوتی وجود ندارد زیرا ظاهر وارد در باب خیار مجلس - از قول پیامبر (ص) - یعنی «البیاعان بالخیار» این است که بیع، علت تامه ثبوت خیار مجلس است، به جهت اینکه بعد از انشای عقد بیع است که عنوان «البیاعان» بر طرفین معامله، صدق کرده و حدیث مذکور قابلیت اجرا پیدا می‌کند و تخلف معلول از علت تامه خود، مدامی که علت، موجود است محل و انفکاک معلول از علت، حتی برای یک لحظه، غیرممکن است. پس با وقوع عقد، خیار مجلس برای متبایعین تحقق می‌یابد.^۱ بنابراین مبدأ این خیار برای مالکی که در مجلس عقد فضولی حضور دارد، از حین اجازه، ثابت خواهد بود.

زمان انعقاد عقد در معاملات الکترونیکی، به دو شکل قابل تصور است:

(۱) هنگامی که بین طرفین عقد، ارتباط الکترونیکی برقرار است و درحالی که

آنلاین^۲ هستند، عقد، بیانشان منعقد شده و با هم درباره چگونگی واریز پول از طریق وسائل الکترونیکی و نیز چگونگی ارسال کالا توافق می‌کنند. در این نوع معامله، در همان هنگام انعقاد معامله بهصورت آنلاین، خیار مجلس شروع شده و پس از قطع ارتباط الکترونیکی، سقوط می‌کند.

(۲) در فرض دوم، خریدار و فروشنده نسبت به هم بیگانه‌اند و هیچ شناختی

ندارند. آن‌ها به وسیله سامانه الکترونیکی و از طریق اعتبارات استنادی،^۳ فقط با هم ارتباط پیدا کرده و از چگونگی ارسال پول و نیز ارسال کالا با هم صحبت می‌کنند و فروشنده، بانکی را برای انجام امور بانکی به خریدار معرفی می‌نماید. خریدار در کشور خود به بانک مراجعه می‌کند و برای ارسال پول، نام بانک و شماره حساب فروشنده را در کشوری که فروشنده معرفی کرده به بانک خود می‌دهد. پس از ارتباط دو بانک خریدار و فروشنده، بانک خریدار، ارسال پول را ضمانت کرده و بانک فروشنده،

۱. انصاری، پیشین، ص ۴۹

2 . Online

3 . Letter of credit (LC)

ضمن تأیید شرکت فروشنده و اعتبار آن، ارسال کالا را ضمانت می‌کند. بنابراین، تا اینجا هیچ معامله‌ای منعقد نشده است تا خیار مجلس داشته باشد و هر کدام از خریدار و فروشنده می‌توانند از معامله منصرف گردند. بنابراین، معامله زمانی منعقد می‌شود که بانک خریدار، درصدی از پول کالا را به حساب فروشنده در بانک معرفی شده واریز کند. پس ارسال اولین درصد پول به معنی انعقاد عقد بیع است و پس از واریز وجه و قطع ارتباط دو بانک، دیگر خیار مجلسی برای طرفین وجود ندارد.

۶- مسقطات خیار مجلس در بیع الکترونیکی

مؤلف تذکره *الفقهاء*، مسقطات خیار مجلس را اشتراط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد، افتراق، اسقاط خیار پس از عقد و تصرف هر یک از متعاملین در مالی که از طریق بیع به او تمليک شده می‌داند.^۱ در ذیل، شرح هر یک از این مسقطات می‌آید

۱) اشتراط سقوط خیار مجلس

اگر بایع و مشتری در ضمن عقد، اعم از عقد الکترونیکی یا حضوری، شرط کنند که هیچ کدام از طرفین، خیار مجلس نداشته باشد و هر دو با عنایت به مفاد این شرط، معامله را امضا کنند، نمی‌توانند با استناد به خیار مجلس، فسخ معامله را بخواهند، اگر چه از یکدیگر جدا نشده باشند.

اشتراط سقوط خیار مجلس، به چهار صورت قابل تصوّر است:

۱- آنکه قبل از عقد، شرط سقوط خیار شود؛ مثل اینکه متبایعین بگویند که بعد از عقد، خیار مجلس برای آن‌ها ثابت نیست. در خصوص این حالت میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. شیخ طوسی معتقد است: چنانیں شرطی (قبل از تحقق عقد) صحیح است و عقد بهممض ایجاب و قبول، لازم می‌شود زیرا عموم اخبار وارده در جواز شرط، این مورد را هم در بر می‌گیرد.^۲ اما مؤلف *جوهر الكلام* معتقد است: چنانچه قبل از عقد، شرط سقوط خیار شود، این شرط، اعتباری ندارد و بیع را لازم

۱. علامه حلی، پیشین

۲. شیخ طوسی، پیشین، صص ۲۱-۲۲

نمی‌کند همان‌گونه که این مسئله در شروط دیگری غیر از این نیز وجود دارد.^۱ شیخ انصاری نیز معتقد است: هنگامی شرط سقوط خیار مجلس، مؤثر است که در متن عقد ذکر شود. بنابراین اگر متبایعان آن را قبل از انشای عقد ذکر نمایند، مفید نخواهد بود زیرا چنین اشتراطی الزام‌آور نیست و ادله جواز اشتراط اسقاط خیار، شامل شرطی می‌شود که در متن عقد، ذکر شود. شرطی که قبل از عقد ذکر شود از شروط ابتدایی است. ماهیت این شروط، یا وعده به التزام است نوعی التزام تبرعی است و هیچ‌کدام از این دو - وعده به التزام و التزام تبرعی - واجب‌الوفا نمی‌باشند و اگر عقد لاحق در نظر گرفته شود ، شرط سابق، موجب لزوم آن نمی‌شود، اگر چه عقد مجبور مبنیاً بر شرط سابق، واقع شده باشد زیرا شرط سابق، الزام مستقل و جدایی بوده و ربطی به التزام به عقد لاحق ندارد.^۲

۱-۲. آنکه مشروط در متن عقد، عدم ثبوت خیار مجلس باشد؛ مثل اینکه بایع در متن عقد بگوید: «بعتُ بشرط أن لا يثبت خيار المجلس»^۳ یا اینکه بگوید: «بعتك بشرط أن لا يثبت ببنتنا خيار المجلس، فإذا قال المشتري: قبلت، ثبت العقد ولا خيار لهما بحال».^۴

در این مسئله که اگر در متن عقد، شرط عدم ثبوت خیار مجلس شود، خیار مجبور ساقط می‌شود، اختلافی بین فقهاء نیست.^۵

شیخ انصاری گوید: مراد مشهور فقهاء از اشتراط سقوط خیار مجلس همین صورت است نه اینکه منظور، ارتفاع آن پس از پیدایش خیار باشد. به عبارت دیگر، منظور، پیشگیری از ثبوت خیار مجلس برای طرفین عقد است نه اینکه مراد، رفع و برداشتن چیزی باشد که با انشای عقد ثابت شده است.^۶

۱. نجفی، پیشین، ص ۱۲

۲. انصاری، پیشین، صص ۶۰-۵۹

۳. همان، ص ۵۶

۴. شیخ طوسی، پیشین، ص ۸۳

۵. ابن زهره، پیشین، عبدالعزیز ابن براج طرابلسی، *المهدّب*، (دوره ۲ جلدی)، مؤسسہ النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ هـ ق، ج ۱، ص ۳۵۷؛ شیخ طوسی، *الخلاف*، ج ۳، ص ۹؛ انصاری، پیشین

۶. همان

۳- آنکه مشروط، در متن عقد، عدم فسخ باشد؛ مثلاً بایع بگوید: «بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس» یا اینکه بایع به مشتری بگوید: «بعت بشرط أن لا تفسخ أنت أو بشرط أن لا يفسخ أحد منّا». در واقع بازگشت چنین اشتراطی به ترک حق ثابت است یعنی حقی که با وقوع عقد برای طرفین ثابت شد.^۱

۴- آنکه مشروط در متن عقد، اسقاط خیار باشد؛ مثلاً بایع به مشتری بگوید، این مال را به تو می‌فروشم، بهاین شرط که بعد از عقد، حق خیار مجلس خود را اسقاط کنم. یعنی به صورت شرط فعل باشد (برخلاف صورت دوم که به صورت شرط نتیجه بود و به صرف اشتراط، خیار مجلس، ساقط می‌شد و نیازی به اقدام دیگری بعد از عقد نبود). شیخ انصاری معتقد است: مقتضای ظاهر چنین اشتراطی آن است که مشروط‌علیه (بایع) باید بعد از وقوع عقد، حق‌الخیار خود را اسقاط کند. پس اگر بایع به این شرط عمل نکند و عقد را فسخ نماید، نسبت به تأثیر فسخ مزبور دو

وجه وجود دارد:

وجه نخست - احتمال نفوذ فسخ: زیرا از عموم ادله خیار، چنین استفاده می‌شود.
وجه دوم - احتمال عدم نفوذ فسخ: زیرا لازمه و جوب وفا به شرط این است که بایع مجبور شود که بر فسخ معامله، سلطنتی نداشته باشد.

نظر شیخ انصاری، عدم تأثیر فسخ است، لذا اگر بایع در جهت مخالفت با شرطی که کرده برآید و معامله را فسخ کند، فسخ او نافذ نیست و عقد به قوت خود، باقی است.^۲

(۲) افتراء

یکی دیگر از مسقطات خیار مجلس، تفرق متبایعین است. هر گاه هر کدام از متبایعین با اختیار خود و بدون هیچ اکراهی جدا شود، اگرچه به اندازه یک قدم باشد، خیار مجلس هر دوی آن‌ها ساقط می‌شود. بنابراین اگر متبایعین از جلسه معامله خارج شوند ولی از یکدیگر جدا نشوند، همچنان خیار مجلس بینشان باقی

۱. همان؛ خوبی، پیشین، ج ۶، ص ۱۲۵

۲. انصاری، پیشین، ص ۵۷

است چون تفرق و جدایی بین متبایعین حاصل نشده است.

محقق اردبیلی گوید: «سقوط خیار مجلس بهوسیله جدایی و تفرق، اجتماعی است و معنای تفرق و جدایی، شرعاً روش نشده است یعنی شرع، تفرق را مسقط می‌داند ولی معیار تفرق مشخص نشده است بلکه بر اساس عرف، تشخیص داده می‌شود مثل قبض، حرز و احیاء. از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: «إِنِّي أَبْتَعْتُ أَرْضاً، فَلَمَا أَسْتَوْجَبْتُهَا قَمَتْ فَمْشِيتُ خَطْلًا ثُمَّ رَجَعْتُ فَارْدَتْ أَنْ يَجْبَ الْبَيْعُ». از مفهوم این حدیث برداشت می‌شود که تفرق و جدایی زمانی اتفاق می‌افتد که چیزی سیر و حرکت کند مانند قدمزدن». باید توجه داشت که هر تفرقی، موجب سقوط خیار مجلس نیست بلکه آن تفرقی مدنظر است که دو ویژگی حرکت و اختیار را داشته باشد.

بنابراین، تفرق با توجه به مطالب فوق، هم شامل تجارت حضوری شده و هم تجارت الکترونیک. اما باید یک تفاوت اساسی را در چگونگی تفرق در تجارت حضوری با الکترونیکی در نظر گرفت و آن اینکه در تجارت حضوری، متبایعین یا یکی از آن‌ها از محل وقوع عقد معامله یا از نزد طرف مقابل خود، حرکت کرده و از او فاصله می‌گیرد اگرچه به اندازه یک گام باشد ولی در تجارت الکترونیکی، حرکت فیزیکی معنا ندارد. چه بسا متبایعین، سوار بر دو هوایپیما باشند و از طریق اینترنت با هم گفتگوهای پیش از عقد را انجام دهند، اما به نظر ما، فضای مجازی اینترنت که طرفین در آن قرار دارند، جلسه عقد است چرا که طرفین در این فضا ارتباط فکری و معنوی مؤثری با هم دارند.

در تجارت، اعم از حضوری یا الکترونیکی، علاوه بر حرکت منجر به تفرق، اختیار هم شرط تفرق است، چرا که اگر طرفین با اکراه از یکدیگر جدا شوند یا بدون اراده (مثلًاً قطع شبکه اینترنت توسط مخابرات)، خیار مجلس طرفین ساقط نشده و بعد از اتصال، اختیار فسخ برای آنان محفوظ است.

(۳) اسقاط خیار بعد از عقد

اگر پس از عقد، چه حضوری یا الکترونیکی، متبایعین یا یکی از آن‌ها به دیگری

پیشنهاد کند که خیار را ساقط کنند و دیگری هم آن را قبول کند، خیار ساقط می‌شود. «هنگامی که طرفین، عقد را تثبیت کنند و تصمیم بگیرند که معامله را ایجاب و خیار را باطل کنند، برای آن دو نفر جایز است که هر دو بگویند یا یکی بگوید و دیگری قبول کند به اینکه ما عقد را ایجاب و خیار مجلس را باطل کردیم. در این صورت، عقد ثابت می‌شود و خیار مجلس، باطل».۱

اگر عمل متعاملین بعد از وقوع عقد، دلالت بر اسقاط خیار داشته باشد، مثل اینکه قبله معامله یا دفتر را امضا کرده باشند، این عمل قطعاً کاشف از اسقاط خیار بوده و دیگر، حق برهمنزد آن را نخواهند داشت (اسقاط فعلی). امضای سند و قبله، مخصوص معاملات حضوری نیست، بلکه در تجارت الکترونیک نیز خریدار و فروشنده می‌توانند فرم‌هایی را در سایت خود قرار دهند و طرف معامله از طریق امضای الکترونیکی، عقد را تثبیت کند.

۸۴

۴) تصرف

تصرف، یکی دیگر از مسقطات خیار مجلس است. اگر خریدار در مبیع تصرف کند، چنان تصرفی که مالک در مالش انجام می‌دهد، مثلاً در مجلس عقد آن را رهن طلبش قرار دهد، تصرفی است که مسقط خیار مجلس است.

البته باید در نظر داشت که متصرف چه کسی است؟ اگر بایع در مبیع تصرف کند، این تصرف به معنی فسخ معامله است. ولی اگر همین بایع در ثمن تصرف کند، این به منزله تأیید و امضای معامله است. ولی برعکس، اگر مشتری در مبیع تصرف کند، این به منزله تأیید و امضای معامله است و اگر در ثمن تصرف کند به معنی فسخ معامله است. اگر بایع و مشتری با هم در مبیع تصرف کنند، تصرف بایع، مقدم است یعنی معامله فسخ می‌شود. اگر هر دو در ثمن تصرف کنند، تصرف مشتری مقدم و معامله فسخ می‌شود. بنابراین هرگاه یکی از متبایعین، تأیید معامله را برگزیند و دیگری فسخ آن را بخواهد، حق فسخ، مقدم بر حق تأیید است.

البته تصرف در تجارت حضوری قابل اعمال است. بنابراین اگر تصرف در خارج از

۱. شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۷۸

مکان عقد صورت بگیرد، به لحاظ تفرقی که حادث شده است، خیار مجلس ساقط شده است. در بیع الکترونیکی، که چه بسا طرفین بُعد مکانی زیادی از یکدیگر داشته باشند، مشتری چگونه می‌تواند در مبیع که شاید چند ماه طول بکشد تا به دست او برسد، تصرف کند؟ مثلاً اگر تاجر ایرانی از شرکت فرانسوی چندین دستگاه خودرو بخرد و پول را به شکل الکترونیکی در همان لحظه به حساب آن شرکت واریز کند، تصرف مشتری در خودروها بعد از انعقاد عقد بیع و جلسه عقد صورت می‌گیرد. لذا اسقاط خیار مجلس با تصرف در این فرض مشکل است.

اما اگر مبیع، اطلاعات نرمافزاری باشد که مشتری ایرانی از سایت آمازون^۱ خریده باشد، بایع می‌تواند در همان لحظه با دریافت پول از طریق الکترونیکی، اطلاعات نرمافزار را به خریدار ایمیل کند. در چنین موردی تصرف مبیع و ثمن در جلسه عقد ممکن بوده که موجب سقوط خیار مجلس می‌شود.

۷ - حق اعمال خیار فسخ (حق انصراف) در عقود الکترونیکی از راه دور

یکی از شرایط اختصاصی قراردادهای الکترونیکی که در قانون تجارت الکترونیکی در زمرة حقوق مصرف‌کننده وضع شده، حق فسخی با مهلت هفت‌روزه برای مصرف‌کننده است. در ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران آمده: «در هر معامله از راه دور، مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری وقت برای انصراف (حق انصراف)^۲ از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده، هزینه باز پس‌فرستادن کالا خواهد بود». ماده مذکور، مقتبس از ماده ۶ «دستورالعمل اتحادیه اروپا درباره حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای از راه دور مصوب ۱۹۹۷»^۳ است. در ماده ۶ «دستورالعمل اتحادیه اروپا

1 . www.amazon.com

2 . right of withdrawal

3 . Directive 97/7/EC of the European parliament and of the Council of 20 may 1997 on the Protection of consumers in respect of Distance Contracts. OJ 1997, L 144/19 <<http://eur-lex.europa.eu>>

راجع به بازاریابی از راه دور خدمات مالی مصرف‌کننده مصوب ۲۰۰۲^۱ چنین آمده است: «کشورهای عضو، باید اطمینان حاصل نمایند که مصرف‌کننده حداقل ۱۴ روز کاری برای انصراف از قرارداد، بدون پرداخت جریمه یا ارائه دلیل، داشته باشد. در قراردادهای بیمه عمر که مشمول دستورالعمل شماره ۹۰/۶۱۹/EEC بودند، این زمان به ۳۰ روز کاری افزایش می‌یابد». حق انصراف در «دستورالعمل پیشنهادی اتحادیه اروپا درباره حقوق مصرف‌کننده» (بروکسل - ۲۰۰۸^۲) مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفته است (ن.ک. مواد ۱۹ - ۱۲ دستورالعمل). در این دستورالعمل پیشنهادی، مدت زمانی که برای انصراف از قرارداد به مصرف‌کننده داده شده است، ۱۲ روز کاری است (پاراگراف ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل).

با توجه به عمومیت حکم ماده ۳۷ ق.ت.ا. در هر معامله در فضای الکترونیکی، اعم از آنکه در زمرة عقود معین باشد یا غیرمعین، خریدار کالا یا خدمات می‌تواند آن را طرف مدت ۷ روز کاری فسخ نماید؛ حتی اگر قرارداد مذبور در زمرة عقود معین بوده و حق فسخ طرفین در عقد مذبور دارای احکام اختصاصی باشد

در قواعد حقوق داخلی، در معاملات و عقود، اصل بر لزوم عقود است و ماده ۳۹۶ ق.م. به نحو خاص، خیاراتی را برای حفظ حقوق طرفین معامله پذیرفته است. البته طبق ماده ۴۴۸ ق.م. سقوط همه یا برخی از خیارات، حين عقد پذیرفته شده است. این امر حتی در فرضی که به نحو خاص حسب شرایط و اوضاع و احوال قرارداد، طرفین معامله، اختیار فسخ دارند، مصدق دارد ولی در این فرض هم می‌توان از

1 . Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the Distance Marketing of Consumer Financial Services and Amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

<[2 . Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, Brussels, 8.10.2008 COM\(2008\) 614 final, 2008/0196 \(COD\)
<\[http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf\]\(http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf\)>](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0065:EN:NOT> دستورالعمل مذکور، دستورالعمل‌های شورای اروپا به شماره ۹۷/۷/EC ، ۹۰/۶۱۹/EEC و ۹۸/۲۷/EC را اصلاح و تجدیدنظر می‌کند.</p>
</div>
<div data-bbox=)

اصل لزوم، حمایت، و کلیه خیارات را ساقط کرد.

حال آنکه ماده ۳۷ ق.ت.ا. نوعی حق فسخ کلی را بی‌هیچ دلیل و مبنایی و فقط به لحاظ آنکه نوع معامله از سنسخ معامله از راه دور است، برای حداقل ۷ روز کاری به رسمیت شناخته است. اعمال این حق، در واقع پذیرش یک خیار کلی برای فسخ معاملات از راه دور است که بهنوعی مغایر قواعد عمومی بهویژه اصل لزوم است. حقوق دانان معمولاً در استناد به خیارات، قاعده لاضرر را مورد توجه قرار می‌دهند، حال آنکه ماده ۳۷ در عمل به معنای جایزبودن کلیه معاملات از راه دور برای حداقل ۷ روز کاری است. از همه مهمتر اینکه، ظاهراً ماده ۴۶ ق.ت.ا. بیانگر این است که حکم مندرج در ماده ۳۷، حکمی امری و جزء تکالیف قانونی است و اسقاط این حق، جایز نیست و حکم کلی خیار فسخ در معاملات از راه دور بهنحو الزامی تا پایان زمان آن، یعنی ۷ روز کاری وجود دارد و توافق طرفین برخلاف آن، پذیرفته نیست. حال آنکه، این امر با قواعد عمومی خیارات مندرج در قانون مدنی و احکام معاملات در فقه امامیه انطباق ندارد. از این حیث، حق فسخ مذکور در موقعیتی برتر از خیارات معهود در فقه و قانون مدنی قرار گرفته است.

قانونگذار، این حق را تنها برای مصرف‌کننده، نه برای طرفین معامله، به رسمیت شناخته است. بنابراین، از جهت ذی حق، محدودتر از خیار مجلس است زیرا خیار مجلس برای طرفین بیع پیش‌بینی شده است اما از جهت موضوع، اعم از خیار مجلس است زیرا آن را ویژه بیع نکرده، بلکه در هر معامله از راه دوری قابل اجراست.

بنابراین، در حقوق ایران، تفاوت خیار مجلس در بیع الکترونیک با حق انصراف این است که:

- حق انصراف در کلیه معاملات از راه دور وجود دارد، در حالی که خیار مجلس، مختص عقد بیع است؛

- حق انصراف، مختص مصرف‌کننده (خریدار) است، در حالی که خیار مجلس برای طرفین وجود دارد؛

- حق انصراف، جزء قواعد آمره است، لذا طرفین نمی‌توانند آن را اسقاط کنند

(ماده ۴۶ ق.ت.)، درحالی‌که به استناد ماده ۴۴۸ ق.م. سقوط خیار مجلس را می‌توان ضمن عقد شرط کرد.

- شروع اعمال حق انصراف در صورت فروش کالا از تاریخ تسلیم کالا به مصرف کننده و در صورت فروش خدمات، از روز انعقاد عقد است (پاراگراف «الف» ماده ۳۸ ق.ت.) ولی شروع خیار مجلس از روز انعقاد عقد، فی‌المجلس است.

- آغاز اعمال حق انصراف مصرف‌کننده پس از ارائه اطلاعاتی است که در بستر مبادلات الکترونیکی ضرورت دارد و در مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ا. شماره شده‌اند (پاراگراف «ب» ماده ۳۸ ق.ت.) لیکن اعمال خیار مجلس، موكول به ذکر ریز جزئیات معامله نیست.

نتیجه

از این پژوهش می‌توان چنین نتیجه گرفت که آنچه در باب خیار مجلس و ثبوت آن برای متعاملین ضروری است، ارتباط معنوی و فکری متعاملین است نه در کنار هم نشستن و حضور فیزیکی. چه بسا افراد بارها در کنار یکدیگر نشسته ولی چون ارتباط معنوی و فکری در باب معامله بینشان وجود ندارد، معامله‌ای صورت نگرفته است. ولی در معامله از طریق ارتباط الکترونیکی، طرفین معامله با یکدیگر ارتباط معنوی و فکری برقرار می‌کنند و خیار مجلس به فراخور معامله بینشان برقرار می‌باشد.

خیار مجلس، اختیاری است که شارع برای طرفین عقد بیع قرار داده تا بتوانند مدامی که با هم در مجلس عقد هستند، عقد را فسخ کنند. پس نباید با استناد به ظاهر نصوص که نام این خیار را خیار مجلس نامیده است، آن را منصرف به عقود حضوری کرد. با داشتن ارتباط معنوی خریدار و فروشنده الکترونیکی، بی‌تردید یک مجلس عقد مجازی بین آن‌ها شکل می‌گیرد که زمینه‌ای برای حضور خیار مجلس در این فضای مجازی را فراهم می‌کند.

فهرست منابع:

الف) فارسی

- امیری قائم‌مقامی، عبدالحمید، حقوق تعهدات، ج ۲، میزان، ۱۳۷۸.
- بروجردی عبدی، محمد، کلیات حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، ج ۴، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، مجد، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، امیرناصر، دوره عقود معین: معاملات موضع - عقود تملیکی، ج ۱ (دوره ۴ جلدی)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.

ب) عربی

- ابن ادریس حلبی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى، ج ۲ (دوره ۳ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ابن براج طرابلیسی، عبدالعزیز، المهدیّ، ج ۱ (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ابن حمزه، ابی جعفر محمدبن علی طوسی، الوسیله الی نیل الفضیلہ، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ابن زهره، حمزهبن علی، غنیۃ النزوع، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ابن فهد حلی، جمال الدین ابی العباس احمدبن محمد، المهدیّ البارع، ج ۲ (دوره ۵ جلدی)، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ابوالصلاح الحلبي، الكافی فی الفقه، مکتبه امیرالمؤمنین (ع)، اصفهان، ۱۴۰۳ ه.ق.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵ (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه الهادی، قم، ۱۴۲۰ ه.ق.
- بخاری، محمدبن اسماعیل، صحيح البخاری، ج ۳ (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱ ه.ق.
- حرّعاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشّریعه، ج ۱۸ (دوره ۳۰ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ

دوم، ۱۴۱۴ ه. ق.

- حسینی‌شیرازی، محمد، *ایصال الطالب الی المکاسب*، ج ۱۱ (دوره ۲۴ جلدی)،
موسسه الاعلمی، ۱۳۷۰

- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۲ و ۶ (دوره ۷ جلدی)، تقریر توسط محمد
علی توحیدی، مطبوعه حیدریه، نجف، ۱۳۶۶

- روحانی، محمدصادق، *فقه الصادق (ع)*، ج ۱۷ (دوره ۲۶ جلدی)، مؤسسه
دارالكتاب، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق.

- روحانی، محمدصادق، *منهاج الفقاهه*، ج ۵ (دوره ۶ جلدی)، مطبوعه سپهر، چاپ
چهارم، ۱۴۱۸ ه. ق.

- العاملی (شهید ثانی)، زین الدین، *مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، ج ۳
(دوره ۱۵ جلدی)، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ه. ق.

- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، *الخلاف*، ج ۳ (دوره ۶ جلدی)،
مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.

- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲
(دوره ۸ جلدی)، تحقیق محمد باقر بهبودی، مکتبه مرتضویه، قم، ۱۳۸۷

- شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان العکبری البغدادی، *المقنعه*،
مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه. ق.

- طباطبایی، سید علی، *رباض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، ج ۱ (دوره ۲
جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۴ ه. ق.

- عاملی، محمدجواد، *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۴، مؤسسه النشر
الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ ه. ق.

- علامه حلی، جمال الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، ج ۱
(دوره ۲ جلدی)، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا.

- فتح‌الله، احمد، *معجم الفاظ الفقه الجعفری*، بی‌نا، بی‌جا، ۱۴۱۵ ه. ق.

- فخرالحقیقین، ابن علامه، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، ج ۱ (دوره ۴
جلدی)، طبع به امر آیت‌الله محمود شاهرودی، قم، ۱۳۷۸ ه. ق.

- قاروبی، حسن، *النضید*، ج ۱۲، چاپ دلوی، قم، ۱۴۱۶ ه. ق.

- کلینی‌رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، *الکافی*، ج ۵ (دوره ۸ جلدی)،

- دار الكتب الاسلامية، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- محقق اردبیلی، احمد، **مجمع الفائد و البرهان في شرح ارشاد الاذهان**، ج ۸ (دوره ۱۴ جلدی)، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۰۴ هـ.ق.
- محقق حلى، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲ (دوره ۴ جلدی)، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
- الموسوی الخمینی، روح الله، **كتاب البيع**، ج ۴ (دوره ۵ جلدی)، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام في شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۳ و ۲۴ (دوره ۴۳ جلدی)، دارالكتب الاسلامية، چاپ سوم، ۱۳۶۵.
- نوری طبرسی، حسین، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۳ (دوره ۱۸ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.

ج) لاتین

۹۲

مجله حقوقی دادگستری / شماره ۸۱ / بهار ۱۳۹۲

- _Chissick, Michael, Kelman, Alistair, **Electronic Commerce: Law and Practice**, 3rd ed, London, Sweet & Maxwell, 2002.
- _Dickie, John, **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**, London, Hart Publishing, Oxford, 1999.
- _Rowland, Diane, Macdonald, Elizabeth, **Information Technology Law**, London, 3rded, Published in Great Britain by Cavendish, 2005.
- _Standing, Craig, **Internet Commerce Development**, Boston, Artech House Computing Inc, 2000.
- _Todd, Paul, **E-Commerce Law**, London, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005.

شرط مجهول

علی اکبر فرحزادی

**آرش ابراهیمی*

چکیده

قانون مدنی در بیان حکم شرط مجهول، تنها به اعلام بطلان شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین باشد اکتفا کرده و در مورد شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نباشد حکم صریحی ندارد. منظور از شرط مجهول، شرطی است که نسبت به موضوع آن، علم اجمالی وجود دارد. به علاوه محل بحث، شرط مجهولی است که خود یکی از عقود معین نباشد. چرا که اگر عقدی معین به عنوان شرط، ضمن عقد دیگری درج شود، رعایت شرایط صحت آن عقد خاص، ضروری است و اندراج آن، ضمن عقد، موجب تغییر شرایط اساسی صحت آن عقد نخواهد شد. در تحلیل حقوقی شرط مجهول، مقاله حاضر، حکم شرط مجهول مندرج در عقود مسامحی و عقود معابنی را به تفکیک از منظر قانون و فقه امامیه مورد بررسی قرار داده است. با توجه به آنکه در عقود مسامحی، علم آنکه تفصیلی به عوضین، شرط صحت عقد نیست، از نظر فقهای امامیه، درج شرط مجهول در ضمن عقود مسامحی صحیح است و به صحت عقد، خالی وارد نمی‌سازد. قانون مدنی نیز از این

* نویسنده مسئول، استادیار و معاون آموزشی دانشگاه علوم قضایی Rasool225@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید Ebrahim2007.arash@yahoo.com

نظر تبعیت کرده است. در مورد شرط مجهول مندرج در عقود مغابنی بین فقهاء اختلاف رأی دیده می‌شود زیرا در عقود مغابنی، علم تفصیلی به عوضین، شرط صحت عقد است و هر شرطی که مانع حصول این علم گردد باطل و مبطل عقد خواهد بود. در این مورد قانونگذار ایران از نظر فقهایی تبعیت کرده که شرط مجهول مندرج در عقود مغابنی را همواره موجب جهل به عوضین، باطل و مبطل عقد می‌دانند.

واژگان کلیدی: شرط مجهول، شرط باطل، شرط مبطل، جهل به عوضین، عقد مسامحی، عقد مغابنی

درآمد

قانون مدنی در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ شروط باطل و مبطل عقد را معروفی و آثار درج این‌گونه شروط را در ضمن عقد تعیین نموده است. اگر امر مشروط در ضمن عقد، از امور بی‌فایده، نامشروع و غیرمقدور باشد به حکم ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط باطل است، بدون آنکه به صحت اصل عقد، خللی وارد کند. اما اگر امر مشروط در ضمن عقد، با مقتضای ذات عقد مخالف باشد یا مجھول باشد به نحوی که موجب جهل به عوضین شود، علاوه بر بطلان شرط، موجب بطلان عقد نیز خواهد بود.

قانون مدنی در مورد شرط مجھول، تنها به بیان حکم شرط مجھول در صورتی که موجب جهل به عوضین شود، اکتفا کرده است. این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرط مجھول همواره موجب جهل به عوضین می‌شود؟ و اگر این‌گونه نیست، حکم شرط مجھولی که موجب جهل به عوضین نباشد چه خواهد بود؟ پژوهش حاضر در صدد پاسخ‌گویی به این دو سؤال است.

قبل از ورود به بحث، ذکر دو نکته ضروری به‌نظر می‌رسد:

۱- منظور از جهل در عبارت شرط مجھول، علم اجمالی به موضوع شرط است نه جهل مطلق، چرا که اگر موضوع شرط به‌کلی مجھول باشد، به‌دلیل عدم امکان اجرا، شرط باطل است.^۱

۲- شرط مندرج در ضمن عقد ممکن است خود، عقد معینی باشد که با اراده طرفین، تابع عقد دیگر درآمده است. در این صورت شرط مذبور باید شرایط صحت آن عقد را داشته باشد. به عنوان مثال اگر عقد بیع را به صورت شرط ضمن عقد دیگری درج کنند، رعایت شرایط صحت عقد بیع در آن الزامی است و موضوع

۱. محمدحسن نجفی، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، دار إحياء التراث العربي، بيروت، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ . ق، ج ۲، ص ۲۰۲؛ سیدمحمد کاظم طباطبائی، *حاشیة المکاسب* ، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۱ هـ . ق، ج ۲، ص ۱۱۶، مهدی شهیدی، *شروط ضمن عقد*، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۱۲۱؛ حسن رهپیک، *حقوق قراردادها*، خرسندی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۰

شرط(عقد) باید معلوم و معین باشد اما اگر عقد هبه ضمن عقد دیگر شرط شود، علم اجمالی به موضوع عقد برای صحت آن کافی است. با توجه به مطالب فوق معلوم می‌شود محل بحث در موردی است که اول، شرط به کلی مجهول نباشد و دوم شرط یکی از عقود معین نیست. پس از تعیین مفهوم شرط مجهول، وضعیت این شرط و عقد اصلی در عقود مسامحی و مغابنی، جداگانه بررسی خواهد شد. بنابراین نوشتار حاضر در دو بخش به بیان حکم شرط و عقد در فرض اندراج شرط مجهول ضمن هریک از عقود مسامحی و مغابنی پرداخته و آرای فقهاء و حقوقدانان در این موارد را مورد بررسی قرار می‌دهد. در نهایت با استقرارا در قانون مدنی، در بخش سوم به تحلیل احکام خاص در این زمینه پرداخته شده است.

۱- شرط مجهول در عقود مسامحی

عقود مسامحی بر مبنای تساهل و تسماح پایه‌گذاری شده است و تصور انگیزه‌های سودجویانه در این‌گونه عقود منتفی است. به همین جهت است که در عقود مسامحی، وجود علم اجمالی به موضوع عقد، برای انعقاد عقد کافی دانسته شده است، مانند مواد ۵۴۴ و ۵۶۳ در جعاله و ماده ۶۹۴ در ضمان.

در مورد صحت شروط مجهول مندرج در ضمن عقد مسامحی بهنظر می‌رسد با توجه به اینکه عوض اصلی عقد که از تعهدات اصلی است، ممکن است مجهول باشد پس به طریق اولی شرط نیز که تعهدی فرعی است و ضمن عقد می‌تواند مجهول باشد و شرط مجهول مندرج در عقد مسامحی صحیح است.^۱

اما در مورد اصل عقد، چه شرط مجهول مندرج در ضمن آن موجب جهل به موضوع عقد باشد و چه موجب جهل به موضوع نباشد، باید عقد را صحیح دانست، چرا که در عقود مسامحی وجود علم تفصیلی، شرط صحت عقد نیست و صرف

۱. سیدمصطفی محقق داماد، *قواعد فقه*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه. ق، ج ۲، ص ۷۲؛ سیدمحمد بجنوردی، *قواعد فقهیه، مؤسسه عروج*، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ه. ق، ج ۲، ص ۴۷۰

وجود علم اجمالی برای صحت عقد کفایت می‌کند. حال چه تفاوتی می‌کند که موضوع عقد راً مجھول باشد یا به وسیله شرط ضمن آن مجھول شود (منظور از جھل، علم اجمالی است). به عنوان مثال اگر کسی یک کیسه برنج را به دیگری ببه کند بدون آنکه وزن آن معلوم باشد، عقد صحیح است چرا که علم اجمالی به موضوع عقد وجود دارد و در هبہ، وجود علم اجمالی برای صحت عقد کافی است (۲۱۶ق.م.). حال اگر وزن کیسه از ابتدا معلوم باشد اما واهب شرط کند که متھب مقداری از آن را به ثالث بدهد، شرط مجھول است و موجب جھل به موضوع عقد نیز خواهد بود اما همان‌گونه که گفته شد، صرف علم اجمالی برای صحت عقد هبہ کافی است و در نتیجه شرط صحیح است و به صحت عقد صدمه نمی‌زند چرا که در این موارد اگرچه فرض غرر منتفی نیست، این غرر موجب بطلان معامله نمی‌شود.

پس شرط مجھول ضمن عقد مسامحی، چه موجب جھل به موضوع عقد باشد و چه ایجاد جھل به موضوع نکند، صحیح است و ایرادی به صحت عقد وارد نمی‌کند^۱، البته اگر شرط مجھول، موضوع عقد مسامحی را به کلی مجھول کند، به طوری که امکان اجرای آن از بین برود، شرط و عقد هر دو باطل خواهند بود. به عنوان مثال در عقد جعاله شرط کند که جعل به کسی تعلق خواهد گرفت که علاوه بر پیدا کردن موضوع عقد آن را به دست شخصی (به صورت نامشخص) نیز برساند. در این مورد، شرط مجھول است به نحوی که امکان تعیین آن و اجرای قرارداد وجود ندارد، لذا باید شرط و عقد را باطل دانست.

۱. نجفی، پیشین، ص ۲۰۲، غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ هـ . ق، ج ۲، ص ۲؛ سیدحسن بنجوردی، القواعد الفقهیه، نشرالهادی، قم، ۱۴۱۹ هـ . ق، ج ۳، ص ۲۷۹؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ج ۳، ص ۱۸۹؛ شهیدی، پیشین، ص ۱۲۱

۲- شرط مجهول در عقود مغابنی

عقود مغابنی، عقودی است که هر طرف به انگیزه سودجویی در آن وارد می‌شود و در مقابل منافعی که برای او حاصل می‌شود، تعهداتی را به عهده می‌گیرد. در این نوع عقود، هر طرف می‌کوشد منافع بیشتری در مقابل عوضی که می‌بردازد، تحصیل نماید که گاه این سودجویی منجر به غبن طرف قرارداد گشته و بنیان عقد را متزلزل می‌سازد.^۱

در مورد شرط مجهولی که در عقود مغابنی گنجانده می‌شود، از نظر صحت و نیز اثری که بر عقد می‌گذارد، بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف ممکن است در نحوه برداشت از قانون مدنی تأثیرگذار باشد. در اینجا ابتدا اندیشه‌های فقهی و سپس موضع قانون مدنی مطرح خواهد شد.

۱- نظریات فقهی در مورد تأثیر شرط مجهول بر عقود مغابنی

دیدگاه‌های مطرح شده در خصوص تأثیر شرط مجهول بر عقود مغابنی را می‌توان چنین خلاصه کرد:

الف- برخی از فقهاء معتقدند که شرط مجهول صحیح است و جهل آن هیچ‌گاه به عوضین سرایت نمی‌کند و به صحت عقد اصلی صدمه نمی‌زند.^۲ این دسته از فقهاء این‌گونه استدلال می‌کنند که:

اولاً: روایت نبوی ((نهی النبي عن بيع الغرر)) یا ((نهی النبي عن الغرر))^۳ از لحاظ سند ضعیف است.^۴

۱. ناصر کاتوزیان، *اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)*، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۶، ص ۳۹۷؛ ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)*، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص ۵۸.

۲. طباطبائی یزدی، پیشین، ص ۱۱۶؛ محمد کاظم خراسانی، *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق، ج ۱، ص ۴۲۴.

۳. محمد حرّاعملی، *وسائل الشیعه*، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ هـ. ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸.

۴. سید روح الله الموسوی الخمینی، *کتاب البيع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۳۹.

ثانیاً: حتی در صورت پذیرش روایت، حکم نهی مختص به بیع است و از آنجا که در بیع، خصوصیتی نیست، در مورد تمام عقود معانی مستقل جریان می‌یابد و دلیلی برای تعمیم آن به تعهدات فرعی و شروط ضمن عقد وجود ندارد. لذا شرط مجہول از دایره شمول روایت خارج است و مورد نهی قرار نگرفته است.^۱

ثالثاً: شرط امری فرعی و تبعی است، در صورتی که عوضین موضوعات اصلی عقد هستند و جهالت از یک امر فرعی و تبعی هیچ‌گاه به موضوعات اصلی سرایت نمی‌کند چرا که شروط و عوضین در یک ردیف قرار ندارند. در نتیجه شرط مجہول هرگز موجب جهل به عوضین نمی‌شود و در عقد، ایجاد غرر نمی‌کند.^۲

ب- گروه دیگر از فقهاء معتقدند که شرط مجہول باطل است و اگر در عقد ایجاد جهل کند، مبطل عقد نیز خواهد بود و آلا عقد صحیح است.^۳ دلایل این گروه عبارت است از اینکه :

اولاً: هر چند روایت ((نهی النبی عن بیع الغرر)) یا ((نهی النبی عن الغرر)) ممکن است از لحظه سند ضعیف باشد، عمل اصحاب و فقهاء امامیه ممکن است این ضعف سند را جبران کند.^۴

ثانیاً: حکم نهی از غرر در روایت ((نهی النبی عن الغرر)) عام است و آنچه مورد نهی شارع قرار گرفته مطلق غرر است. در نتیجه حتی اگر شروط ضمن عقد، غرری باشند، مشمول نهی روایت قرار گرفته و باطل خواهند بود.^۵

ثالثاً: نسبت به این ادعا که ((شرط مجہول، امری فرعی و تبعی است و جهل از موضوعات فرعی به موضوعات اصلی عقد سرایت نمی‌کند چرا که دارای ارزش برابر در عقد نیستند)), هیچ دلیل عقلی و نقلی وجود ندارد و ممکن است جهل به برخی

۱. طباطبائی بزدی، پیشین، ص ۱۱۶

۲. محمد کاظم خراسانی، حاشیه المکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ هـ، جلد یک،

ص ۲۴۲

۳. سید ابوالقاسم موسوی ظویی، مصباح الفقاهه، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۴۹؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۲۷۹

۴. همان؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ص ۴۶۷

۵. ظویی، پیشین

از توابع و شروط، منجر به جهل به عوضین و موضوعات اصلی عقد شود.^۱ به عنوان مثال اگر ضمن عقد، شرط اجل برای پرداخت ثمن مقرر شود اما مدت آن معین نشود، مجهول بودن شرط، به عوضین تسری یافته و موجب بطلان عقد خواهد بود چرا که به طور معمول، مدت، جزئی از ثمن و مؤثر در ارزش آن است. (للاجل قسط من الثمن).^۲

ج- نظر سومی که مورد پذیرش گروه دیگری از فقهای امامیه قرار گرفته، حکم به بطلان شرط و عقد است. بهنظر این دسته از فقهاء، شرط همواره جزئی از عوض است، «للشرط قسط من الثمن» و مجموع شرط و ثمن یا مجموع شرط و مبیع، تشکیل‌دهنده عوض اصلی عقد بیع است. بنابراین هرگاه شرط، مجهول باشد میزان واقعی عوض در عقد مجهول می‌ماند. پس شرط مجهول در عقود مغایبی، همواره موجب جهل به عوضین است و مقداری غرر در عقد ایجاد می‌کند که در نتیجه این غرر، عقد باطل می‌گردد. شرط نیز که فرع و تابع عقد اصلی است با بطلان عقد، از بین می‌رود.^۳

۲-۲. تأثیر شرط مجهول بر عقود مغایبی از منظر قانون مدنی

قانون مدنی در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ شروط باطل و نیز شروط باطل و مبطل عقد را احصا نموده است اما در مورد شرط مجهول، تنها به بیان باطل و مبطل بودن شرطی که جهل آن موجب جهل به عوضین شود اکتفا کرده و در مورد شرطی که موجب جهل به عوضین نباشد، ساكت بهنظر می‌رسد، در حالی که ماده ۱۹۰ ق.م معلوم بودن موضوع عقد را شرط صحت عقد می‌داند. حال باید دید که آیا رعایت شرایط ماده ۱۹۰ برای صحت شروط ضمن عقد نیز الزامی است و شرط مجهول به دلیل عدم رعایت شرایط اساسی، باطل است یا دلیلی بر رعایت شرایط ماده ۱۹۰ ق.م در شروط وجود ندارد و شرط مجهول صحیح است؟ و نیز اثر شرط مجهول بر عقد چه خواهد بود؟

۱. نایینی، پیشین، ص ۱۲۰

۲. بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۴۶۴

۳. مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، ج

۴، ص ۳۴۸؛ نایینی، پیشین، ص ۱۲۰؛ خوبی، پیشین، ص ۵۱

ممکن است سکوت قانون در اعلام بطلان شرط مجھول، دلیلی بر عدم لزوم رعایت شرایط اساسی صحت معاملات در شروط ضمن عقد تلقی شود چرا که موارد شرایط اساسی صحت مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، همان‌گونه که در صدر ماده تصريح شده، اختصاص به عقود دارند و نمی‌توان آنها را نسبت به شروط ضمن عقد تعییم داد. در نتیجه، معلوم بودن در مورد شروط ضمن عقد ضروری نیست و تا جایی که موجب جهل به عوضین نباشد شرط مجھول صحیح است و به صحت عقد صدمه نمی‌زند. به علاوه اگر در شرطیت علم برای صحت شروط ضمن عقد شک کنیم، مقتضای اصل عملی (اصل عدم) عدم شرطیت علم برای صحت شرط^۱ است.^۲

اما در مقابل باید دانست که در فرض مورد بحث، شرط، عقدی است که با اراده طرفین، تابع عقد دیگر قرار گرفته در حالی که طرفین می‌توانستند از ابتدا آن را به صورت مستقل و قراردادی مطابق ماده ۱۰ ق. م انشا کنند. تابع بودن شرط، تغییری در ماهیت قراردادی آن ایجاد نمی‌کند و شرط همچنان ماهیت قراردادی خود را حفظ می‌کند، پس همان‌گونه که اگر قصد مشترک به صورت مستقل و مطابق ماده ۱۰ ق. م انشا شود، رعایت شرایط ماده ۱۹۰ ق. م در آن ضروری است، درحالی هم که قصد طرفین به صورت فرعی و شرط ضمن عقد مورد توافق قرار گیرد رعایت شرایط ماده ۱۹۰ ق. م ضروری است و شرطی که یکی از اركان ماده ۱۹۰ ق. م از جمله معلوم بودن را نداشته باشد، باطل است.^۳

اما قانون مدنی در مقام بیان شروط باطل در ماده ۲۳۲ سه شرط نامشروع، بی‌فایده و غیرمقدور را باطل اعلام کرده و نامی از شرط مجھولی که موجب جهل به عوضین نباشد به میان نیاورده است. حال سؤال این است که مبنای بطلان شرط

۱. شک در شرطیت، مصدق دوران بین اقل و اکثر ارتباطی است که به عقیده مشهور دانشمندان اصول، مجرای اصل براثت است. (انصاری، بی چاپ، ج ۲، ص ۴۵۹)

۲. انصاری، پیشین؛ نایینی، پیشین، ص ۱۲۰؛ خوبی، پیشین، ص ۳۴۸

۳. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، ص ۱۶۷؛ محمد مجعفر جعفری لنگرودی، *فلسفه حقوق مدنی*، گنج دانش، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۶۸؛ سیدحسین صفایی، *قواعد عمومی قراردادها*، میزان، چهارم، ۱۳۸۵، ص ۱۹۱

مجهول چیست و بر اساس چه مستندی می‌توان حکم بطلان شرط مجهول در عقود مغابنی را صادر نمود؟

بهنظر می‌رسد در عقود مغابنی تصور اینکه شرطی وجود داشته باشد که در مقابل آن، هیچ قسمتی از عوض قرار نگرفته باشد، دشوار است. در این‌گونه عقود، هر طرف به دنبال جلب منفعت است و هیچ تعهدی در این نوع عقود بدون عوض نیست. بایع بهدلیل شرطی که مشتری به عهده می‌گیرد، مقداری در ثمن تخفیف می‌دهد یا موجر در مقابل شرطی که مستأجر می‌پذیرد مقداری از اجاره‌بها می‌کاهد و به همین ترتیب در سایر عقود معاوضی. در عقود مغابنی مجموع تعهدات اصلی و فرعی هر طرف، تعیین‌کننده عوض یا معوض اصلی عقد است و جهل نسبت به تعهدات فرعی همواره موجب جهل به عوضین گردیده و مطابق ماده ۲۳۳ ق.م شرط باطل و مبطل عقد خواهد بود.^۱ بهعلاوه ظاهر عبارات مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. این نظر را تقویت می‌نماید؛ به این بیان که ماده ۲۳۲ ق.م، در زمرة شروط باطل، نامی از شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نباشد بهمیان نیاوره است. در ماده ۲۳۳ ق.م تنها شرط مجهولی که منجر به جهل به عوضین باشد باطل دانسته شده است. با توجه به فلسفه عقود مسامحی و مغابنی در جمع دو ماده باید چنین نظر داد که چنانچه عقد اصلی از جمله عقود مسامحی باشد که علم تفصیلی به عوضین، شرط صحت آن نیست، اندراج شرط مجهول ضمن آن مطابق ماده ۲۳۲ ق.م صحیح است. اما در مورد عقود مغابنی، هر شرط مجهول منجر به جهل به عوضین گردیده و مطابق ماده ۲۳۳ ق.م شرط باطل و مبطل عقد خواهد بود.^۲

دقت در فلسفه عقود مغابنی و مسامحی این نظر را تأیید می‌کند و گرایش دسته‌ای از فقهاء به این نظر می‌تواند مؤید آن باشد. آلتیه اگر بتوان شرط مجهولی را تصور کرد که در عقود مغابنی در مقابل هیچ عوضی قرار نگرفته باشد، می‌توان گفت این

۱۰۲

۱. محقق داماد، پیشین، ص ۶۸؛ سیدمرتضی قاسم زاده، اصول قراردادها و تعهدات، دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص ۱۳۷

۲. محقق داماد، پیشین، ص ۷۱

۳. انصاری، پیشین، نایینی، پیشین، ص ۳۴۸

شرط به دلیل عدم رعایت شرایط اساسی صحت، باطل است ولی موجب بطلان عقد نخواهد شد.

۳- تحلیل موارد خاص

چنانکه گفته شد شرط مجھول مندرج در ضمن عقود مسامحی موجب بطلان این عقود نخواهد شد اما نتیجه درج شرط مجھول در عقود مغایبی بطلان عقد است، با این حال ممکن است از برخی مواد قانون مدنی چنین برداشت شود که قانونگذار، شرط مجھول را به طور مطلق، صحیح دانسته است و معلوم بودن را برای صحت شرط، لازم نمی‌داند.

اکنون برخی از این موارد بررسی می‌شود:

یک- ماده ۵۲۰ ق.م: «در مزارعه، جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه‌ای از حاصل، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد». اگرچه با توجه به ظاهر ماده که شرط دادن مالی از سوی یک طرف به طرف مقابل را بدون قید و شرط مطرح کرده، ممکن است چنین متبادل شود که در این مورد، بیان قانون مطلق است و شرط را حتی در صورت مجھول بودن، صحیح و معتبر و عقد را هم نافذ می‌داند، اما به نظر می‌رسد باید از این ظاهر دست کشید و ابراز داشت که قانونگذار در مواد ۵۲۰ ق.م در مقام بیان شرایط صحت شرط نبوده و خواسته این توهمند را که در عقد مزارعه، طرفین فقط مستحق سهم مشاعی از سود هستند و شرط بخشش اضافه از سوی یک طرف به طرف دیگر، شرطی خلاف مقتضای عقد است بزداید. این ماده در مورد شرایط صحت شرط، ساكت است و در مقام استثنای شرط از رعایت شرایط اساسی صحت عقود نبوده است. بنابراین برای احراز صحت شرط باید به قواعد عمومی رجوع کرد. در نتیجه با توجه به اینکه عقد مزارعه عقدی است معوض، شرط مجھول در این عقد موجب جهل به عوضین گردیده و مطابق ماده ۲۳۳ ق.م باطل و مبطل است.

دو- ماده ۵۵۸ ق.م: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه به

طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تمليک کند». این ماده از دو جهت قابل بررسی است:

الف) شرط مجهول است، چرا که در زمان انعقاد عقد مضاربه و قبل از شروع مضارب به تجارت، اصل ضرر معلوم نیست چه رسد به میزان ضرر، پس شرط مجهول صحیح است.

ب) منظور از اینکه «به طور لزوم شرط شده باشد» این است که به صورت شرط ضمن عقد لازمی درج شود. عقد مجبور ممکن است مغابنی باشد (بيع) یا غیر مغابنی (صلح محاباتی). در نتیجه درج شرط مجهول موجب جهل به عوضین نیست و اندراج آن ضمن عقد مغابنی مبطل عقد نیست.

در مورد اول باید دانسته شود که مقصود از شرطی که مطابق آن «مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تمليک کند»، هبه یا صلح بلاعوض مال به مالک است و همان‌گونه که در ابتدای بحث گذشت، باید شرایط صحت آن عقد وجود داشته باشد و برای صحت عقد هبه، وجود علم اجمالی کافی است که در فرض فوق، علم اجمالی وجود دارد و شرط صحیح است.

در مورد دوم نیز به نظر می‌رسد هدف از درج این شرط ضمن عقد لازم، کسب لزوم شرط از عقد اصلی باشد نه اینکه شرط، جزیی از ثمن باشد و تعهدات طرفین را مشخص کند، به طوری که مجموع شرط و عوض، تعیین‌کننده عوضین اصلی عقد باشد. منتهی اگر معلوم شود قصد طرفین، صرف کسب لزوم از عقد لازم نبوده و شرط را به عنوان جزیی از ثمن نیز مدنظر داشته‌اند، باید شرط را به دلیل موجب شدن جهل به عوضین، باطل و مبطل عقد (مغابنی) دانست. لذا ماده ۵۵۸ ق.م. بر مبنای غلبه تنظیم شده، چرا که در غالب موارد، هدف از درج چنین شرطی، کسب لزوم، از عقد اصلی است و در موردی که از این‌گونه شروط، چنین هدفی دنبال نمی‌شود حکم قضیه تابع اصول کلی است.

در نهایت از آنچه گفته شد نتیجه می‌شود که قانونگذار، رعایت شرایط اساسی صحت معاملات را در مورد شروط ضمن عقد نیز لازم می‌داند و ضمانت اجرای عدم رعایت این شرایط را در مواد ۲۳۳ و ۲۳۲ ق.م. تعیین نموده است.

مطلوب مقررات کلی برای صحت هر عقد، شرایطی لازم است:

۱- قصد و رضا (بند ۱ ماده ۱۹۰) : که برای انجام هر عمل حقوقی، چه اصلی و چه فرعی لازم است . فقدان قصد موجب بطلان و فقدان رضا موجب عدم نفوذ عمل حقوقی است.

۲- اهلیت (بند ۲ ماده ۱۹۰) : که به دلیل داشتن قصد یا دخالت در اموال لازم است و فقدان آن موجب بطلان (به معنای عام) عمل حقوقی است.

۳- مشروعيت جهت (بند ۴ ماده ۱۹۰) : که در شروط ضمن عقد نیز لازم دانسته شده و در بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م فقدان این مورد موجب بطلان شرط دانسته شده است.

۴- نفع عقلایی: که در ماده ۲۱۵ ق.م از شرایط اساسی صحت معاملات معرفی شده و رعایت این مورد در شروط نیز ضروری است و بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م شرط بی فایده را باطل اعلام کرده است.

۵- معلوم و معین بودن (بند ۳ ماده ۱۹۰): علم تفصیلی به موضوع عقد از شرایط اساسی صحت معاملات است مگر در موارد خاصی که قانون، علم اجمالی را برای انعقاد عقد کافی دانسته باشد (ماده ۲۱۶ ق.م). در مورد شروط نیز معلوم بودن را باید از شرایط صحت شرط دانست. البته در این مورد باید تفصیل داد: اگر عقد از عقودی باشد که علم اجمالی در آن کافی است، درج شرط مجھول در ضمن آن صحیح است و به صحت عقد صدمه نمی زند اما اگر عقد از عقود مغابنی باشد که علم تفصیلی شرط صحت آن است، شرط مجھول موجب جھل به عوضین است و مطابق بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م شرط، باطل و مبطل عقد است.

نتیجه

قانونگذار برای انعقاد عقود مستقل، شرایطی را تحت عنوان شرایط اساسی صحت معاملات در نظر گرفته است و ضمانت اجرای عدم رعایت این شرایط را بیان داشته است. اما در مورد شروط ضمن عقد، تنها به اعلام حکم بطلان برخی شروط و اثر آن بر عقد اکتفا کرده است. در بررسی و تحلیل شرط، مشخص شد شرط نیز نوعی عقد بوده و تنها با اراده طرفین به صورت شرط ضمن عقد دیگر درآمده است و رعایت شرایط اساسی صحت معاملات در آن ضروری است. در مورد شرط معلوم بودن که یکی از شرایط اساسی صحت عقود است (بند ۱ ماده ۱۹۰)، باید شروط ضمن عقود مغابنی و مسامحی را به صورت جداگانه بررسی کرد.

اگر شرط مجہول در عقد مسامحی درج شود، شرط صحیح است و به صحت عقد نیز صدمه نمی‌زند، اگرچه موجب جهل به موضوع عقد گردد، چرا که در عقود مسامحی علم تفصیلی نسبت به موضوع، شرط صحت عقد نیست. پس اولاً شرط صحیح است چون وقتی تعهدات اصلی ممکن است مجہول باشد (علم اجمالی)، تعهدات فرعی به طرق اولی می‌تواند مجہول باشد. ثانیاً عقد صحیح است زیرا جهل به موضوع به صحت عقد صدمه نمی‌زند، خواه موضوع عقد از ابتدا مجہول باشد یا بهوسیله شرط، مجہول گردد.

اما در مورد عقود مغابنی بهنظر می‌رسد که در این گونه عقود، شرط همواره جزوی از مورد معامله است و مجموع تعهدات فرعی و اصلی طرفین، عوض عقد را مشخص می‌کند و هرگاه تعهدات فرعی (شرط ضمن عقد) مجہول باشد، موجب جهل به عوض عقد گردیده و در عقد ایجاد غرر می‌کند و بنابر بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م. شرط، باطل و موجب بطلان عقد نیز خواهد بود.

بهنظر می‌رسد با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت قانون مدنی در مورد حکم شرط مجہول، ساكت نیست و آنچه با توجه به مقررات کلی و اصول شناخته شده تفسیری می‌توان به آن نسبت داد این است که شرط مجہول در عقود مغابنی همواره موجب جهل به عوضین و باطل و مبطل عقد است و شرط مجہول در عقود

مسامحی با توجه به اینکه علم اجمالی برای صحت این عقود کافی است، صحیح می‌باشد.

فهرست منابع:

(الف) فارسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- خراسانی، محمدکاظم، حاشیه المکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ه. ق.
- ره پیک، حسن، حقوق قراردادها، خرسندی، ۱۳۸۵.
- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، مجد، ششم، ۱۳۸۵.
- صفائی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- قاسمزاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، شرکت سهامی انتشار، دوازدهم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم . ۱۳۸۳
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۲، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه. ق.
- (ب) عربی
- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم، بی‌تا.
- کتاب المکاسب، ج ۴، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه. ق.
- بجنوردی، سیدحسن ، القواعد الفقهیه ، ج ۳، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
- بجنوردی، سیدمحمد ، قواعد فقهیه ، ج ۲، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ه. ق.
- حرّعامی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۷، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ ه. ق.
- طباطبائی، سیدمحمد کاظم، حاشیه المکاسب ، ج ۲ ، مؤسسه اسماعیلیان، قم ، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ه. ق.
- غروی نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، المکتبه المحمدیه ، ۱۳۷۳ ه. ق.

- الموسوی الخمینی، سیدروح الله ، کتاب البيع ، ج ۳، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ هـ . ق.
- خوبی، سیدابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه ، ج ۷، بیتا.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳، دار إحياء التراث العربي، بيروت، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ . ق.

تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم

پول‌شویی

* باقر شاملو

* مجید مرادی

:چکیده

تولد پارادایم^۱ و الگوی امنیت‌گرایی در قلمرو حقوق کیفری لیبرال^۲، بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا، افراط‌گرایی و عوام‌فریبی‌های به عمل آمده در

* نویسنده مسئول، دکتری فقه و حقوق اسلامی، استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

ali85akbar@yahoo.com

* نویسنده مسئول، دکتری فقه و حقوق اسلامی، استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

ali85akbar@yahoo.com

1 . Paradigm

۲. «حقوق کیفری لیبرال»، حقوق مبتنی بر مبانی و ارزش‌های دموکراتی غربی است که محور اساسی آن، توجه به آزادی‌های فردی است. کشورهای تابع این حقوق، داعیه‌دار آزادی‌های مدنی و حقوق بشر هستند و در پی حادثه تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا و مواجهه با خطرات امنیتی، در برخی از این کشورها نظیر آمریکا، میزان پایین‌دی به حقوق مدنی و سیاسی افزای، در قبال پاره‌ای جرائم نظیر تروریسم، خدشه‌دار شده است. در واقع، تا پیش از وقوع این حادثه، «حقوق کیفری لیبرال»، معادل «حقوق کیفری تمامی تبعه و شهروندان» بود. لیکن بعد از حادثه یاد شده، امنیت‌گرایی در نگاه دست‌اندرکاران سیاست جنایی این کشورها، موجب بوجود آمدن دو انشعاب در «حقوق کیفری لیبرال» شد؛ یکی «حقوق کیفری شهروندان» و دیگری، «حقوق کیفری

خصوص لزوم امنیت‌گرایی^۱، بسترهاي تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در قبال برخی از موارد بزهکاري و بزهکاران را فراهم آورد. اين امنیت‌گرایی «دولتهای غیراقدارگر» در خصوص جرم، با رسوخ در اذهان و دیدگان سیاست‌گذاران جنایی بسیاری از کشورهای مدعی دموکراسی، نگاه حاکم بر آنان را - که قبل از آن، به سمت و سوی شهروندداری در حرکت بود - تغییر داده است. البته این تغییر نگرش، اگرچه لزوماً به معنای سلب حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان نیست؛ در توجیه حفظ نظم و امنیت ملی و فراملی جامعه و به عبارتی، با استناد به نوعی مصلحت‌گرایی قیم‌آبانه و گاه، به بهانه آن است که در برخی موارد، به تحدید پاره‌ای از صور تضمینات دادرسی عادلانه منتهی شده است. در سایه رشد روزافرون و سازمان‌یافتنی جرائم در سطوح ملی و فراملی و نیز تولد گونه‌های نوین بزهکاري در جوامع، بُعد امنیت - در سطوح داخلی و فراملی - از اهمیت چشمگیری برخوردار

۱۱۲

دشمنان (تهدیدکنندگان امنیت)». جهت کسب اطلاعات بیشتر ن.ک: گونتر یاکوبس، حقوق کیفری دشمنان و حقوق کیفری شهروندان، ترجمه محمد صدر توحیدخانه، در تازه‌های علوم جنایی، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، ۱۳۸۸، صص ۵۱۷ - ۴۹۷ محمد صدر توحیدخانه، حقوق در چنبره دشمن، تازه‌های علوم جنایی، پیشین صص ۴۶۵ - ۴۹۵ میری دلماس‌ملرتی، پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی؟، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، پیشین

۱. در خصوص کسب اطلاعات بیشتر راجع به افراط‌گرایی و عوام‌فریبی در سیاست کیفری ن.ک: علی حسین نجفی ابرندآبادی، درآمدی بر سیاست کیفری عوام‌گرا، دیباچه استاد بر ویراست سوم کتاب درآمدی بر سیاست جنایی، نوشه کریستین لازر، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰: صص ۵۱ - ۴۲. به عنوان مثال، تأکید بیش از اندازه رسانه‌ها بر خطر ارتکاب جرم (تروریسم) و مبالغه‌آمیزبودن عملکرد آنان در این مسیر، به موازات طرح این مسئله که اقدام‌های انجام‌شده جهت مقابله با جرم و کاهش آن، با اقدام‌هایی که باید برای کاهش خطر واقعی جرم انجام شود تناسبی ندارد، همگی بسترساز افزایش حمایت‌های سیاسی از روش‌های اقتدارگرایانه برای حل بحران افزایش بزهکاري و توسل به ایدئولوژی امنیت‌گرای شده است. به عبارت دیگر، افراط‌گرایی و عوام‌فریبی در بیان نرخ رو به افزایش خطر بزهکاري و ترس‌افکنی در میان شهروندان نسبت به آن، جهت حصول به اهداف و نیات سیاسی و غیرسیاسی دولتمردان، امنیت‌گرایی در سیاست‌جنایی و تحدید یا تعلیق حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان و نیز تحدید تضمینات یک دادرسی عادلانه را با خود به همراه داشته است. ن.ک: محمد فرجیه، بازتاب رسانه‌ای جرم، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه/جتماعی، ش. ۲۲، ۱۳۸۵، ص ۵۹

گردیده است که در پرتو آن، نگاه تدوین کنندگان اسناد بین‌المللی نظیر کنوانسیون وین، مربیدا و پالرمو نیز تغییر یافته است. بررسی مسئله امنیت‌گرایی و رسوخ آن، در یکی از اشکال نوین بزهکاری یعنی پول‌شویی، خصوصاً در شکل سازمان یافته آن و نیز مطالعه موارد «محدودسازی تضمینات دادرسی عادلانه - نظیر جابه‌جایی بار اثبات دلیل - در پرتو اتخاذ سیاست‌جنایی امنیت‌مدار»، موضوع این نوشتار است.

واژگان کلیدی: اصل برائت، امنیت‌گرایی، پول‌شویی، معکوس شدن بار اثبات دلیل، تسهیل تحصیل دلیل، عدول از اصل رازداری بانکی

درآمد

بررسی روند جرم‌انگاری و مبارزه گُشی و واکنشی کارآمد با پدیده پولشویی، شناسایی نقاط ضعف و قدرت قانونگذاری و همچنین، بررسی آینین دادرسی افتراقی اتخاذی، در ارتباط با رسیدگی کیفری به بزه پولشویی و چگونگی تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در این جرم و حدود و غور آن، مسائلی است که در این نوشتار به آن‌ها پرداخته می‌شود. ضرورت جرم‌انگاری و کیفرانگاری بزه پولشویی در نظام دادرسی بین‌المللی و ایران، در میزان برهم خوردگی نظم عمومی داخلی و امنیت اجتماعی و نیز ثبات بین‌المللی از پی ارتکاب این بزه، خصوصاً در بعد فراملی و سازمان یافته آن و نیز در «پیشگیری از تأمین منابع مالی جرایم تروریستی» و «سامان‌سازی اقتصاد کشورها» و «مانع از ایجاد اقتصاد موازی و نامشروع با دولتها» و همچنین، پیشگیری از سودآوری جرایم اقتصادی و از بین بردن یا کاهش انگیزه مالی مرتکبین این جرایم، قابل مطالعه است.^۱

به عبارت دیگر، دفاع از اقتصاد ملی و قانونی، در برابر هجمه بزهکاری بزهکاران سازمان یافته ملی و فراملی و آثار مخرب اقتصادی - اجتماعی منتج از پولشویی که بسترها پیدایش اقتصادی موازی با اقتصاد قانونی و برهم خوردگی نظم اجتماعی - اقتصادی و سلامت مالی کشور را فراهم می‌آورد و نیز پیشگیری از اخلال در سیستم اقتصادی مبتنی بر بازار آزاد و متزلزل سازی ثبات و استحکام نظام مالی کشورهای مختلف پیرامون پدیده پولشویی، همگی ایجاب کننده جرم‌انگاری و کیفرانگاری مستقل بزه پولشویی از جرایم منشأ آن خواهد بود.^۲

۱۱۴

جلد ۵ / پیشگیری از جرم‌انگاری

۱. ن.ک: مینا حسینی، مفهوم جرم پولشویی و اثر آن بر نظام اقتصادی از دیدگاه حقوق اقتصادی، مجله دادگستر، ش ۱۳۸۷، ۲۹، صص ۶ - ۷

۲. ن.ک: فضل الله میرزاوند، پولشویی به عنوان یک جرم مستقل، نشریه مجلس و پژوهش، ش ۳۷، ۱۳۸۰، ۲۳۵ - ۲۳۲. جرم‌انگاری مستقل عملیات منجر به تطهیر ظاهری عواید ناشی از جرم در نظام حقوق کیفری، با دو مشکل اساسی رو به روست: مشکل نخست، در قابلیت یا عدم قابلیت تعقیب مرتکبین عملیات مادی و حقوقی منتهی به تطهیر عواید ناشی از جرم، قبل از کشف جرم منشأ، قابل ملاحظه است. مشکل دیگر، در ارتباط با شیوه دادرسی حاکم بر تعقیب و محکمه متهمان بزه پولشویی و ضرورت یا عدم ضرورت افتراقی‌سازی آن است.

«فرایند مشروع جلوه‌گرسازی درآمدهای حاصل از راههای نامشروع در اذهان دیگران، به منظور مصنون‌ماندن از تعقیب کیفری» تعریفی است که می‌توان برای بزه پول‌شویی ارائه نمود. این بزه، به مثابه جرم غیرمشهود بدون مرز(ملی و فراملی)، عاملی مخرب برای رقابت عادلانه و بازار آزاد بوده و به عنوان یک جرم اقتصادی شناخته می‌شود که نظم و امنیت اقتصادی - اجتماعی ملی و فراملی جامعه را تهدید می‌کند. جرم‌انگاری پول‌شویی برخلاف روند متعارف در سیر تکاملی جرایم و تکوین آن‌ها، تحت فشارهای بین‌المللی و الزامات ناشی از حقوق بین‌المللی، از حقوق کیفری بین‌المللی به حقوق داخلی راه یافته است و نتیجه تحقق مطالبات مردمی و فشار افکار عمومی داخلی نبوده است. دولت‌های توسعه‌یافته و در رأس آن‌ها، دولت‌های اروپایی، در این زمینه پیشگام بوده‌اند.^۱ با وجود این، پول‌شویی لزوماً جرمی سازمان یافته و فراملی نیست، هرچند معمولاً به صورت سازمان یافته فراملی به وقوع می‌پیوندد و به واسطه پیش‌بینی در اسناد و کنوانسیون‌های متعدد، در زمرة جرایم بین‌المللی نیز قرار دارد.^۲

- عباس حردانی، بررسی تطبیقی مسائل حقوقی پول‌شویی در حقوق ایران و مقایسه آن با اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۸۴، ص ۹۶
- در مقام بیان تفاوت میان «جرائم بین‌المللی» با «جرائم فراملی» می‌توان بیان داشت که در مورد جرایم بین‌المللی نظری نسل‌کشی یا جنایات جنگی و پول‌شویی، در جامعه بین‌المللی، نظر بر جرم-بودن آن‌ها قرار گرفته است. لیکن جرم فراملی ضرورتاً بین‌المللی نیست. بعنوان مثال، ممکن است قتل به وسیله فردی که تبعه یک کشور است، در کشور دیگر اتفاق بیفتد و آن شخص به کشور خود مراجعت نماید و در آنجا به مناسبت جرمی که خارج از خاک کشور خود مرتكب شده است، تحت تعقیب قرار گیرد. این جرم فراملی یا فرامرزی است. اما در جرایم بین‌المللی، دو «کشور متیوع» و «کشور محل وقوع جرم» در رابطه با آن درگیرند. جرایم فراملی، موضوع حقوق کیفری بین‌المللی است که جزئی از حقوق کیفری داخلی است. اما جرایم بین‌المللی و بهخصوص، جنایات بین‌المللی، جزئی از حقوق بین‌المللی است و موضوع حقوق بین‌المللی کیفری قرار می‌گیرد. سیدعلی آزمایش، تقریرات درس حقوق کیفری، دوره کلاس‌های آزاد، سال تحصیلی ۱۳۹۱، ص ۵

بزه پولشویی به مثابه جرمی غیرقابل گذشت و مستقل از جرایم منشأ^۱، با هدف پنهان نمودن منشأ نامشروع درآمدهای حاصل از راههای نامشروع و غیرقانونی و تطهیر ظاهری آنها - نه کسب درآمد و سود - بوده، که همواره مؤخر بر جرایم منشأ که منحصر به جرایم خاصی نیست، به وقوع می‌پیوندد^۲ و در زمرة «جرائم فاقد بزه‌دیده مستقیم» به شمار می‌آید یعنی صرفاً دارای «بزه‌دیده غیرمستقیم» است که همان «نظم عمومی و امنیت اجتماعی» است.

۱- تحدید تضمینات دادرسی عادلانه

تحقیق «دادرسی عادلانه و منصفانه» به مثابه بازتابی از اندیشه «احترام به کرامت بشری» در قلمرو حقوق کیفری و غیرکیفری بوده و عمدتاً در راستای احترام به کرامت انسانی متهمان به نقض هنجارهای قانونی و ضرورت رعایت حقوق و آزادی‌های اساسی آنان، نظیر حق دفاع و آزادی در فرایند کیفری شکل یافته و

۱۱۶

فصل چهارم / پنجم / هجدهم

۱. در حقوق کیفری ایران تا قبل از تصویب قانون مبارزه با پولشویی، با جرم پولشویی به عنوان یک جرم مستقل برخورد نمی‌شد و در قوانین متعددی به مصادره و ضبط مال نامشروع به عنوان یک مجازات برای جرم اصلی توجه شده بود. در سایه تفکیک این جرم از جرایم منشأ، چنانچه تبرئه متهم به پولشویی، به جهت عدم وقوع جرم منشأ باشد، به دلیل عدم حصول اموال موضوع اتهام پولشویی از طریق نامشروع و غیرقانونی بوده است که متهم تبرئه شده است ولی اگر علت تبرئه متهم به پولشویی، عدم قابلیت انتساب جرم منشأ به متهم یا عدم کفایت دلیل باشد، تأثیری در اتهام متهم به پولشویی نخواهد داشت.
۲. مستند به تبصره ۳ ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲، چنانچه مرتكب بزه منشأ و پولشویی، فرد واحدی باشد، مورد از مصادیق تعدد مادی جرایم از نوع متفاوت بوده و به موجب صدر ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی سابق مصوب ۱۳۷۰، به جمع مجازات‌ها محکوم می‌شد. در حال حاضر، بهموجب ماده ۱۳۴ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «در جرایم موجب تعزیر، هرگاه جرایم ارتکابی بیش از سه جرم نباشد، دادگاه برای هریک از آن جرایم، حداکثر مجازات مقرر را حکم می‌کند و هرگاه جرایم ارتکابی بیش از سه جرم باشد، مجازات‌ها برای هر یک را بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی مشروط به اینکه از حداکثر به اضافه نصف آن تجاوز نکند، تعیین می‌نماید. در هریک از موارد فوق، فقط مجازات اشد قابل اجرا است و اگر مجازات اشد به یکی از علل قانونی تقلیل یابد یا تبدیل یا غیرقابل اجرا شود، مجازات اشد بعدی اجرا می‌گردد. در هر مورد که مجازات، فاقد حداقل و حداکثر باشد، اگر جرایم ارتکابی بیش از سه جرم نباشد تا یک چهارم و اگر جرایم ارتکابی بیش از سه جرم باشد، تا نصف مجازات مقرر قانونی به اصل آن اضافه می‌گردد...».

متضمن رعایت «اصل تساوی سلاح‌ها»^۱ است. آیین دادرسی کیفری نیز، بهسان جلوه‌گاهی از تقابل و چالش میان دو مقوله «حفظ نظم عمومی و امنیت اجتماعی» و «حقوق و آزادی‌های فردی مشروع شهروندان»، تضمین‌گر اجرای فرایند دادرسی عادلانه در محاکم است.

پذیرش لزوم تأمین فرایند دادرسی عادلانه و منصفانه نسبت به تمامی اطراف دعوا در دادسرها و محاکم کیفری و غیرکیفری، بهویژه از مسیر پیش‌بینی و تصویب مجموعه آیین دادرسی کیفری عادلانه و مبتنی بر تضمین حقوق بشر، به متابه خط بطلانی بر اندیشه‌گاه «توجیه توسل به هر نوع وسیله‌ای، در راستای حصول به هدف منظور» تلقی شده و افتراقی‌سازی آیین دادرسی کیفری و امنیت‌گرایی افراطی در قلمرو حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان را رد می‌نماید. در واقع، فرایند دادرسی عادلانه، رسیدگی به دعوا کیفری و غیرکیفری است که مبتنی بر قواعد تضمین‌گر اصولی نظری اصل «تساوی سلاح‌ها» و «کرامت‌مداری و انسان‌مداری در رسیدگی‌ها» است و جامعه را به سمت و سوی حصول به «حقوق کیفری انسانی» سوق می‌دهد و این بدین معناست که جامعه به این حد از عقلانیت رسیده است که باید پاسدار حقوق طرفین دعوا باشد.

۱. «اصل برابری یا تساوی سلاح‌ها» یکی از اجزای مهم دادرسی عادلانه بوده و بر مبنای آن، هر یک از اطراف دعوا باید بتواند ادعای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل خود، به گونه‌ای اساسی در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد. اصل یادشده در قانون آیین دادرسی کیفری ایران به‌طور صریح پیش‌بینی نشده است ولی از مجموع برخی مقررات این قانون، به طور ضمنی می‌توان جلوه‌هایی از عنایت تقнینی به این اصل را مشاهده نمود؛ هرچند در پاره‌ای جهات دیگر، این اصل به صورت عملی تضمین نشده است. با وجود این، از آنجا که مفهوم اصل یادشده، از بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که به تصویب قوه مقننه ایران نیز رسیده است قابل استنباط است و قدرت اجرایی این بند، معادل سایر قوانین و مقررات موضوعه داخلی است، لذا می‌توان بر این اعتقاد بود که اصل تساوی سلاح‌ها مورد پیش‌بینی ضمنی قانونگذار ایران نیز قرار گرفته است لیکن قوانین عادی در مقام تعیین مصاديق و موارد عملی‌سازی این اصل، هنوز با چالش‌هایی روبرو هستند. ن.ک: محمد مهدی ساقیان، *اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)*، مجله حقوقی دادگستری، ش ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۱۱۰ - .۷۹

هرگونه نادیده‌انگاشتن حقوق اصحاب دعوا، با عنایت به الزامات و اصول حقوق بشری مصرح در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌تواند بستر ساز عدول یا نقصان در دادرسی عادلانه باشد. حکومت - در جوامع دموکراتیک - به هیچ‌وجه حق ندارد با بهانه‌هایی نظیر امنیتی بودن برخی جرایم، مشارکت‌دادن مردم در رسیدگی‌های کیفری، سازمان‌یافتنگی و فراملی بودن پاره‌ای جرایم و نظایر آن، از اصول و مقررات دادرسی عادلانه عدول نماید زیرا امروزه اصول و قواعد حاکم بر دادرسی عادلانه از جمله قواعد آمرانه محسوب می‌شود که عدول از آن به هیچ‌وجه جایز نیست. الزامات اخیر حقوق بشر، متضمن ضرورت توجه به این اصول و قواعد، در قوانین کیفری و اسناد بین‌المللی است.^۱

از سوی دیگر، قربانی‌سازی مردم به بهانه حفظ نظم عمومی، نقض فلسفه وجودی دولت‌ها، نهادهای متولی حفظ نظم عمومی نظیر دستگاه عدالت کیفری و پلیس (نیروی انتظامی) است. باید متذکر شد که رعایت حقوق فردی در مقررات داخلی نیز، ضروری و الزام‌آور است و نقض آن‌ها حتی به اعتبار دستور حکومتی و مقامات مافوق قضایی - انتظامی، از فرد فرد متولیان ناقض این مقررات، رفع مسئولیت نخواهد نمود. تا به این لحظه هر جا سخن از ترازمندی و ایجاد تعادل میان واژه‌های «تأمین نظم» و «امنیت» و امثال آن، با «حقوق فردی» مطرح شده است، کفه ترازو به ضرر حقوق فردی متمایل بوده است.^۲ این در حالی است که فلسفه و مبنای حقوق کیفری مستلزم آن است که «ضرورت تأمین نظم عمومی و امنیت اجتماعی»، صرفاً در خدمت «حقوق فردی و شهروندی» بوده و در راستای آن تحلیل شود. به عبارتی، هرچا تردید در «خدمت‌گزاری نظم و امنیت» حاصل شد، تقدم با «حقوق شهروندی و آزادی‌های فردی» است و این نقطه آغاز بحث «حقوق فردی» است، نه اینکه «نظم عمومی» یا «امنیت اجتماعی» سرآغاز سخن‌وری در

۱. جلال بیگزاده، موارد عدول از دادرسی عادلانه در حقوق کیفری ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی،

۱۳۸۴، ص ۸۵

۲. سیدعلی آزمایش، پیشین، ص ۶

خصوص «حقوق فردی» باشد. با وجود این، در هزاره‌های متمادی، «حقوق فردی»،^۱ فدای واژه‌های مُبهم «نظم و امنیت» شده است.

در امتداد این قربانی‌سازی حقوق فردی، امروزه در پاره‌ای از جرایم مهم و سازمان‌بافته فرامی‌نظر قاچاق مواد مخدر، تروریسم و پولشویی، از این اصل کلی «به‌ظاهر» عدول شده و قانونگذاران کشورها، با اتخاذ سیاست جنایی امنیت‌مدار،^۲ سعی در چشم پوشی از برخی حقوق دفاعی متهمان - نه همه آن‌ها - نظری «جایه‌جایی بار اثبات دلیل» نموده‌اند. به عبارت دیگر، مطالعات جرم‌شناسی بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، به سمت و سوی تغییر نگرش حاکم بر دیدگان سیاست‌گذاران جنایی کشورها در حرکت بوده، به گونه‌ای که اسناد بین‌المللی نظری کنوانسیون مریداً و پالرمو، به کشورهای عضو پیشنهاد نموده‌اند که در پاره‌ای جرایم خاص نظری پولشویی، قاچاق مواد مخدر-خصوص در شکل سازمان‌یافته آن - که وجود قرائن و شواهد، ظن ارتکاب جرم توسط متهم را تقویت می‌نماید و نیز در مواردی که حفظ مصالح عالیه ایجاب می‌نماید، اقدام به محدودسازی قلمرو إعمال اصل برائت یا به‌زعم برخی، جایگزینی یا تقدم اماره مجرمیت بر این اصل نمایند.^۳ بررسی درستی یا نادرستی مسئله «عدول از اصل برائت یا تقدم اماره مجرمیت بر آن» و به‌عبارتی صحیح‌تر، «معکوس‌شدن بار اثبات دلیل» به عنوان حتی یک استثناء، با تأکید بر جرم پولشویی، موضوعی است که در این قسمت از پژوهش، به دنبال پاسخ‌دهی به آن هستیم.

«معکوس‌سازی بار اثبات دلیل به عنوان یک استثناء بر یکی از آثار اصل برائت» در چهارچوب یکی از ساز و کارهای ایجاد «تعادل» میان دو مقوله «حقوق شهروندی» و «امنیت عمومی و اجتماعی» در قبال جرایم سازمان‌یافته فرامی‌نمود یافته است؛

۱. همان، ص ۵

2. security - oriented criminal policy

۳. محمد ابراهیم شمس‌ناتری، اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ش ۱۴، ۱۳۸۴، ص ۶۵. همچنین در خصوص اصل برائت ن.ک: باقر شاملو، اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی، مجموعه مقالات علوم جنایی اهدایی به دکتر محمد آشوری، سمت، ۱۳۸۸

هرچند ممکن است این مسئله را، به مثابه یکی از محورهای ترجیح گزینه «نظم و امنیت عمومی» بر گزینه «حقوق شهروندی» معرفی نمایند. اما اگر لازمه اجرای عدالت کیفری و تحقق دادرسی عادلانه در قبال شهروندان متهم به نقض قانون، نهادن اصل بر «برائتمداری» است، از دیگر سو، لازمه اجرای عدالت کیفری در قبال پارهای اشکال بزهکاری، نهادن بار اثبات دلیل بر دوش متهم به عنوان یک استثناء و فرع است. استثنامداری یادشده به موازات رعایت دیگر اصول دادرسی عادلانه نظیر ممنوعیت اعمال شکنجه، ممنوعیت هتك حرمت و توهین است.

محدودسازی قلمرو موسع حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان، پیش‌بینی شده در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی و نیز حقوق داخلی کشورها، باید در چهارچوب اصول و قواعدی مبتنی بر حقوق بشر صورت پذیرد که بر وجود سه اصل مهم و اساسی «مقرر در قانون»، «تعقیب‌کننده هدفی مشروع» و «ضروری برای یک جامعه دموکراتیک» استوار شده‌اند. به عبارت دیگر، محدودسازی قواعد حقوق بشری و اصول حاکم بر این حقوق، در اسناد بین‌المللی و در سطحی وسیع‌تر، در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در راستای تدوین نظام بین‌المللی حقوق بشر، خود باید مقید به قیود یاد شده باشد.

شایان ذکر است که چگونگی «اعمال حقوق و آزادی‌های فردی شهروندان» به موازات «تأمین و تضمین نظم عمومی و امنیت اجتماعی» در جوامع مختلف، به مثابه یک چالش همیشگی و مستمر در مباحث حقوق بشری و اندیشه‌گرایی پیرامون آن به شمار آمده و تعارض‌زدایی از اعمال توأمان این دو مقوله، به هنگام مواجهه عملی آن‌ها و نیز محدوده مداخله دولتها در آن حقوق(مداخله حداقلی یا حداقلی)، از موضوعات محوری و اساسی پژوهش‌های حقوقی، فلسفی و سیاسی است. از نگاه برخی اندیشمندان نظیر «میل»^۱، تحدید مشروع و مجاز حقوق و آزادی‌های انسان‌ها در پرتو عنایت به اصل «صیانت ذات انسانی» میسر بوده و تنها

زمانی که این اصل، در معرض تهدید و خطر جدی قرار گرفته باشد، محدودسازی در حد ضرورت رواست.^۱

ضابطه‌مندسازی و نظارت بین‌المللی و فراحاکمیتی بر چگونگی اعمال حقوق بشر و شهروندی و احترام به ذات و کرامت بشری، بهموزات چارچوب‌بندی قدرت حکومت‌ها در قوانین اساسی و کنترل داخلی چگونگی اعمال اختیارات مقامات حکومتی، خصوصاً از مسیر محاکم می‌تواند به مثابه مکملی الزام‌آور و پایدارتر نسبت به الزام دولت‌ها در احترام به کرامت و ذات بشری تلقی شود. «امنیت ملی» به مثابه مفهومی محدودیت‌ساز برای حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان، خصوصاً آزادی بیان و مطبوعات به شمار آمده و مفهومی دو وجهی از حیث عینی و ذهنی بودن (احساس امنیت) است و انتقال امنیت عینی (فیزیکی) به امنیت ذهنی (احساس امنیت) به هنگام مواجهه با عوامل مخل امنیت، دولت‌ها را با چالش‌های جدی مواجه ساخته و آن‌ها را به سمت و سوی اتخاذ خط مشی مبتنی بر «مدخله حداکثری دولت‌ها» سوق می‌دهد.^۲

۱۲۱

مجله حقوقی دادگستری / شماره ۸۱ / بهار ۱۳۹۳

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بهسان دیگر اسناد حقوق بشری بین‌المللی، نظریه اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاقین حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، بهموزات تفکیک دو گونه حقوق «مقید و نسبی» و «نامقید و مطلق»، برای اعمال محدودیت‌هایی بر حقوق و آزادی‌های نسبی مشروع شهروندان، اصول و مقرراتی را تبیین و تدوین نموده است و در ذیل ماده ۱۰ خویش، سه قید مهم را، جهت مشروعیت محدودسازی‌های به عمل آمده در حیطه حقوق و آزادی‌های یادشده، پیش‌بینی نموده است که تضمین‌کننده و پیشگیری‌کننده سوءاستفاده‌های احتمالی دولت‌ها از مسیر تمسمک به مفاهیم و مقولات تحدید‌کننده حقوق و آزادی‌ها نظریه امنیت‌گرایی و اخلاق‌گرایی و ... است. رعایت اصل قانون‌مندی نسبت

۱. احمد مرکز مالمیری، محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، ش ۲۶، ۱۳۸۳: ص ۷۴۸
۲. ن. ک: همان، ص ۷۵۶

به موارد محدودسازی^۱، توأم با اهدافی مشروع و در حد ضرورت بودن این محدودسازی در یک جامعه دموکراتیک، سه قيد یاد شده است.^۲ مهم ترین هدف حاکمیت قانون نیز، چیزی جز مهار اعمال قدرت خودسرانه و چارچوب بندی اختیارات مقامات حکومتی نیست. اصول حاکم بر موارد تحدید «اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی های مشروع شهروندان از ناحیه دولتها» مبتنی بر اهدافی مشروع نظیر امنیت ملی، سلامت عمومی، رفاه اقتصادی کشور، پیشگیری از وقوع بی نظمی یا جرم و اخلال در نظم عمومی، حمایت از اخلاق عمومی و حقوق و آزادی های دیگر شهروندان است که گاه تعبیر مبهم «مصلحت عمومی» از آن یاد می شود. از سوی دیگر، امروزه، به موازات پیشرفت علوم و فناوری در عرصه های مختلف حیات بشری، محیط حقیقی و مجازی (سایبری) و نیز ارتقای سطح زندگی انسان ها و ظهور نظام های مدرن سیاسی - اجتماعی، شاهد اثربداری مفاهیم امنیت و اخلاق و تنوع پذیری مقوله های مرتبط با آن ها نظیر اخلاق سایبری بوده و این مسئله گاه دستاویزی جهت عوام فریبی و از پی آن، تحدید حقوق و آزادی های فردی و نقض حریم خصوصی شهروندان قرار گرفته است.^۳

۳. دادگاه اروپایی حقوق بشر، به موازات پذیرش تفسیری شکلی از «اصل قانون مندی موارد محدودسازی»، به گونه ای که موارد تحدید تضمینات دادرسی عادلانه باید از طریق قانونی صریح و شفاف به شهروندان اعلام شده باشد، تفسیری ماهوی از این اصل را که متناسب و بیشگی هایی ماهوی نظیر عادلانه بودن محتوای قوانین محدودساز است پذیرا بوده و بر این اعتقاد است که باید تضمینات کافی و مؤثر در جهت دفاع از این حقوق و آزادی ها در حقوق داخلی کشورها پیش بینی و بر محور آن عمل شود.

۲. ن.ک: عیاس کوچ نژاد، محدودیت های حقوق بشر در اسناد بین المللی، نشریه حقوق اساسی، ش ۳، ۱۳۸۳، صص ۱۷۱ - ۱۶۹

۳. توصل به حالت ضرورت و شرایط اضطراری و اقدام به تدبیر دفاعی مشروع به اصطلاح پیشگیرانه در پی بزرگنمایی خطرات احتمالی حملات تروریستی (عوام فریبی) جهت خروج از قید و بندھای مصروف در قانون اساسی و اسناد حقوق بشری و به کارگیری واژه «جنگ» برای سیاست مقابله با تروریسم جهت عبور از محدودیت های حقوق کیفری و بهره بردن از امتیازات حقوق جنگ و در سطحی فراتر، اصطلاح سازی «سر بازان و جنگجویان قانونی دشمن» و «سر بازان و جنگجویان غیر قانونی دشمن» جهت اقدام به عملیاتی که حتی ممکن است شرایط حاکم بر حقوق جنگ را نیز زیر پا گذارد، همگی گوش هایی از عوام فریبی و افراط گرایی در عرصه امنیت گرانی در کشورهای پیش رو این تفکرات است. همچنین، تعبیر «جنگ علیه ترور» به مثابه شعار سیاسی و تبلیغ

۲- امنیت‌گرایی و شهروندداری

حقوق کیفری حقوق بشری و شهرونددار یا همان کلاسیک مبتنی بر ایده انسانی‌سازی حقوق کیفری و پاسخ‌دهی دولتی اصلاح‌مدارانه و بازپرورانه، الگوی غالب و حاکم بر اذهان سیاست‌گذاران جنایی پس از نیمه دوم سده بیستم، به مرور زمان و به موازات آشکارشدن ناکارآمدی سیاست‌جنایی مبتنی بر این مدل حقوق کیفری در قبال بزهکاران به عادت و تکرار کنندگان جرایم و نیز مرتکبین بزههای سازمان‌بافته و تروریست، رو به افول نهاد. از پی تولد و افول سیاست‌جنایی مبتنی بر اصلاح و بازپروری بزهکاران در دل «حقوق کیفری شهرونددار»، بسترهای بازآندیشی در سیاست‌های اتخاذی در قبال این دسته از ناقضین هنجارهای اجتماعی داخلی و فرامی فراهم‌آمده و در قالب طرح اندیشه‌هایی مبنی بر «هیچ چیز فایده ندارد» از سوی برخی اندیشمندان غربی^۱ حقوق کیفری به سمت و سوی جنبش بازگشت به کیفر متتمیل شد. به‌واسطه نالمیدی حقوق کیفری از فرآگیری هنجارهای اجتماعی توسط بزهکاران به عادت و تکرار کنندگان جرایم و در عین حال، خطرناکی آنان برای اجتماع، تمایل به سوی اتخاذ اشکال مختلف سیاست‌جنایی مبتنی بر سخت‌گیری، نظیر به کارگیری قانون «سه ضربه و سپس اخراج»^۲ و راهبرد

ایدئولوژیکی است که به نوعی «عوام‌گرایی کیفری» وابسته است. جهت کسب اطلاعات بیشتر در این خصوص ن.ک: حسین آقابابایی، *قلمرو امنیت در حقوق کیفری، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی*، ۱۳۸۹، صص ۵۱۷ - ۴۹۷؛ میری دلماس‌مارتی، *پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی؟*، پیشین

۱. ن.ک: فرانسیس تی کولن؛ پل جندرو، از *ایدئولوژی هیچ چیز مؤثر نیست تا جنبش احیای بازپروری*، ترجمه حسن قاسمی مقدم، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، ش. ۸، ۱۳۸۷.
۲. در رویکرد سه ضربه و سپس اخراج، به مثالیه یکی از راهبردهای سیاست‌کیفری ساخت‌گیرانه و بهسان سیاست‌کیفری غالب در مبارزه با بزهکاران مکرر و حرفة‌ای، با تأکید بر ضرورت خنثی‌سازی و سلب توان بزهکاری مجرمان یادشده، از مسیر حذف آن‌ها و نگهداری‌شان در پشت میله‌های زندان، فرض بر این است که می‌توان نسبت به کاهش سهم آنان در بزهکاری و فراتر از آن، نرخ کلی بزهکاری امیدوار بود. فرض بر این است که اعمال کیفر حبس ابد، اجباری نسبت به بزهکاران مکرر و حرفة‌ای، بدون امکان اعطای آزادی مشروط و آگاهانیدن آن به بزهکاران مبتنی بر اینکه مجازات بعدی، آن است و در صورت ارتکاب جرم بعدی، احتمال دستگیری و محکومیت آن‌ها (ریسک ارتکاب جرم برای آن‌ها) بالا است، آنان را از ارتکاب جرایم مشمول این سیاست، باز خواهد داشت.

تسامح صفر^۱ در ایالات متحده آمریکا و بعد از آن، در برخی کشورهای دیگر آغاز شد. از سوی دیگر، در قبال مرتكبین بزههای سازمان یافته و اعمال تروریستی نیز به دلیل پایین بودن احتمال دستگیری آنها و در صورت پیگرد و محکومیت، عدم تأثیر اعمال کیفر بر آنها - به جهت اینکه این دسته از بزهکاران، خود پرورش یافته و سالم‌اند و راهکارهای درمانی یا تساهل و تسامح در قبال آنها بی‌معنی است - سیاست جنایی امنیت‌مدار اتخاذ شد.^۲

رویارویی حقوق کیفری کلاسیک یا شهروند‌مدار، با نسل جدیدی از صور بزهکاری و بزهکاران نظیر بزهکاری سایبری و پول‌شویی، خصوصاً در شکل سازمان یافته و فرامی‌آن، بسترساز شکل‌گیری حقوق کیفری نوین و به تعبیری، حقوق کیفری دشمن‌مدار یا امنیت‌مدار و از پی آن، پیدایش سیاست جنایی امنیت‌مدار شد. ناکارآمدی تدابیر اصلاحی - درمانی متأثر از اندیشه‌های حاکم بر مکتب دفاع

۱۲۴

پیدایش این سیاست به دنبال آشکارشدن عدم کارآیی سیاست‌های بازدارندگی، بخصوص سیاست اصلاح و درمان (بازپروری) در قبال بزهکاران مکرر و به عادت و نیز بزهکاران حرفه‌ای بوده است. ن.ک: حسین غلامی، سیاست کیفری سلب توان بزهکاری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۰، ۵۳۰ - ۴۹۷، صص ۱۳۸۸

۱. استراتئی یا سیاست کیفری تسامح صفر (zero tolerance policy) در قبال مبارزه با بزهکاری به مثابه یک راهبرد پلیسی است که نخست در ایالات متحده امریکا به جهت مقابله با نرخ رو به رشد خشونت در دهه ۱۹۹۰ و به مثابه پاسخی نسبت به نگرانی شهروندان در مورد امنیت مدارس، مبارزه با حمل سلاح و مواد مخدر، آشوب و رفتارهای ضداجتماعی مورد توجه قرار گرفته است. تأکید این سیاست، بیشتر بر کشف تمامی جرایم، از طریق بازرسی هرچه بیشتر شهروندان و محدودسازی حریم خصوصی آنان بوده و مبتنی بر اقدامات واکنش‌محورانه و منصرف از اقدامات کُنشی و پیشگیرانه است؛ امری که تا حدودی در تضاد با حقوق شناخته شده شهروندی در جوامع غربی بوده و بهشدت مورد انتقاد قرار گرفته است. ن.ک: جفری رسن، نگاهی به (سیاست) تسامح

صفر، ترجمه جلال الدین قیاسی، مجله فقه و حقوق، ش ۴، سال ۱۳۸۴ - ۱۸۲، صص ۱۷۳ - مطابق این نظریه، دولت باید در مقابل هر آنچه امنیت جامعه و به تبع آن، حکومت را به خطر می‌اندازد، تحملی در حد صفر نشان دهد؛ یعنی هیچ‌گونه اغماضی در برابر انحرافات اجتماعی نشان ندهد و خاطی را بدون فوت وقت، به مجازات مقرر محکوم نماید. بهروز جوانمرد، تسامح صفر در حقوق کیفری امریکا، روزنامه شرق، ش ۹۰۶، تیر ۱۳۸۶، ص ۱۹؛ بهروز جوانمرد، تسامح صفر: سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرائم خُرد، میزان، ۱۳۸۸

۲. حسن عالی‌پور، توازن میان امنیت ملی و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص ۷۴

اجتماعی نسبت به اشکال نوین بزهکاری و بزهکاران، عاملی اصلی در این جایه‌جایی تلقی می‌شود. این تدابیر، به بزهکار، بهسان شخصی که موقتاً از راه راست خارج شده و قابل اصلاح، بازپروری و بازگشت به جامعه است می‌نگریست، نه بهسان دشمن جامعه.

در سیاست‌جنایی حاکم بر حقوق کیفری کلاسیک شهروندمدار، با غلبه اندیشه‌های مکتب دفاع اجتماعی که دفاع از جامعه را در اصلاح و نجات بزهکاران محقق می‌بیند، نه در طرد و کنارگذاری آنان، به مجرم بهسان یک فرد خودی و «شهروند» نگاه شده و اعمال تضمینات دادرسی عادلانه در کلیه مراحل رسیدگی‌های کیفری، در راستای بازاجتماعی‌سازی و پیشگیری از تبدیل بزهکار ساده به دشمن جامعه، امری ضروری و مورد توصیه تلقی شد. لیکن در سیاست‌جنایی حاکم بر حقوق کیفری تهدیدکنندگان امنیت (مُدرن و نوین) که در سال‌های اخیر، خصوصاً پس از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، در برخی جوامع نظیر آمریکا شکل گرفته است، برخلاف سیاست‌جنایی حاکم بر حقوق کیفری کلاسیک، فرد مجرم، «دشمن و تهدیدکننده امنیت» انگاشته می‌شود که برای تأمین امنیت جامعه، باید با وی برخورد شدید نمود و در این سیاست‌جنایی، از گفتمان پذیرفته شده حقوق بشری مبنی بر اینکه، «هدف، وسیله را توجیه نمی‌نماید» عدول شده و به نظر می‌رسد که تأمین امنیت، به نوعی دستاویزی قرار گرفته تا وسایل دستیابی به آن توجیه شود و حقوق کیفری شهروندمدار و حقوق بشری، دست کم در قبال پارهای جرایم مهم و بیشتر سازمان یافته عقب‌نشینی نماید.^۱

۱. قانون مشهور به «امنیت و آزادی مصوب فوریه ۱۹۸۱» و مواد ۲۲۱-۳ و ۲۲۱-۴ قانون جزای فرانسه مصوب اول فوریه ۱۹۹۴ دارای رویکردی امنیت‌مدار است. البته لازم به ذکر است که قانون امنیت و آزادی مصوب ۱۹۸۱ در تاریخ ۱۰ زوئن ۱۹۸۳ در پی تغییر رویکرد و گرایش سیاسی دولت، با اصلاحات قابل توجهی مواجه شده است که متعاقباً در بخش دیگری از، قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۴ و اصلاحات بعدی آن، تغییراتی صورت بخشید که رویکرد امنیتی آن تخفیف و تقلیل پیدا نمود. همچنین، قانون میهن‌پرستی (پاتریوت) آمریکا مصوب ۲۵ اکتبر ۲۰۰۱ یکی از قوانینی است که به بهانه وجود شرایط اضطراری در جامعه و نیز، وجود خطر برای حیات ملت به تصویب رسیده است. تدوین مقررات شدید امنیتی و تبعیض آمیز نسبت به شهروندان غیرآمریکانی و تعرض به حریم حقوق مدنی و آزادی‌های فردی و نقض حریم خصوصی آنان و همچنین ایجاد

در واقع، برخلاف حقوق کیفری کلاسیک که در آن مسئولیت کیفری مبتنی بر «اخلاق» حاکم است و نسبت به بزهکاران، احساس همدردی^۱ وجود دارد و چه بسا آنان قربانی جامعه و سیاست‌های غلط دولت تلقی شوند، در حقوق کیفری تهدیدکنندگان امنیت اجتماع، مسئولیت کیفری مبتنی بر ملاحظات اجتماعی حاکم است که موجب عدم تناسب میان جرم و کیفر می‌شود و در آن، نوعی احساس خصومت و انزجار و تنفر^۲ نسبت به بزهکاران وجود دارد^۳ زیرا رفتار مجرمانه اشخاص بزهکار در این رویکرد، به منزله نوعی خصومت با نظم حاکم بر اجتماع به شمار می‌رود و گفتمان مقتنن و دولت در حقوق کیفری جدید - امنیت‌مدار - با توجه به نگاه دشمن‌انگارانه و غیرخودی به بزهکار، یک نوع گفتمان «دشمن‌مدارانه» و «تهاجمی - رزمی» خطاب به بزهکاران است. همچنین، با عنایت به اینکه بزهکاران نسل جدید در واقع منکر نظم موجود هستند و بنیان و اساس نظم سیاسی یک کشور یا حتی نظم عمومی بین‌المللی را تهدید می‌نمایند، گفتمان غالب مقتنن در این موارد نیز، گفتمان «طرد^۴ - دفع^۵»، به جای «جذب و ادغام^۶» است؛ یعنی جامعه در پی اصلاح و درمان آن‌ها نیست و حتی جهت رعایت اصول دادرسی عادلانه در مورد آن‌ها، سرمایه‌گذاری متعارف هم نمی‌نماید.^۷

علاوه بر موارد فوق‌الذکر، در حقوق کیفری امنیت‌مدار، به جای مفهوم «قصیر یا مجرمیت»،^۸ مفهوم «خطرناکی»^۹ مطرح می‌شود. لذا اصل تناسب میان جرم و

کمیسیون‌های نظامی بهمنظور محکمه بازداشت‌شدگان موضوع دستور ۱۳ نوامبر ۲۰۰۱ بهموجب قانون کمیسیون‌های نظامی مصوب اکتبر ۲۰۰۶ و تعلیق یا تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پی آن، از زمرة صورت‌های این امنیت‌گرایی است. ن.ک: آقابابایی، پیشین، ص ۲۷۱ - ۲۶۷

1. sense of empathy
2. sense of entipathy

۳. ن.ک: حسن کافی اسماعیلزاده، جنبش‌های بازگشت به کیفر در سیاست‌جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۶ و ۱۵، ۱۳۸۴، ص ۳۳۱ - ۳۳۲

۴. علی حسین نجفی ابرندآبادی، درآمدی بر سیاست‌کیفری عوام‌گرا، پیشین، ص ۲۱۰۲

5. Exclusion
6. Inclusion

۷. همان، ص ۲۱۰۳

8. Culpability

مجازات در این نوع حقوق کیفری منتفی است. این «حالت خطرناک» با آن حالت خطرناک مورد نظر مكتب تحقیقی تفاوت دارد. «حالت خطرناک» مورد نظر مكتب تحقیقی، بهویژه رافائل گارو فالو، آن چیزی بود که حکایت از نوعی بیماری و تفاوت فرد با دیگران داشت^۲، مثل مجرم مجنون یا بزهکار به عادت. لیکن حالت خطرناک مورد نظر «حقوق کیفری تهدیدکنندگان امنیت»، حکایت از نوعی خطرناکی آگاهانه بزهکاران دارد یعنی مجرم تروریست یا سازمان یافته، آگاهانه برای جامعه، خطر می‌آفیند. او، هم ظرفیت مجرمانه بالایی دارد و هم ظرفیت و قابلیت جامعه‌پذیری و انطباق اجتماعی بالا و این خصوصیت آن‌ها شبیه مجرمین یقه‌سفید است.^۳

در مجموع، در ارتباط با پاره‌ای جرایم - جرایم تروریستی و سازمان یافته - سیاست‌جنایی کلاسیک و شهروندمدار که حاصل حدود نیم قرن تلاش و مبارزه است، به سمت سیاست‌جنایی امنیت‌مدار در حال تحول است و دستاوردهای حقوق بشری تحت تأثیر فشار برخی مجرمین - خصوصاً تروریست‌ها - دستخوش تغییر شده است.^۴ از این‌رو، چالش امروزین پیش‌روی حقوق کیفری، پاسخ‌دهی به این مسئله است که با توجه به رشد روزافروزن اشکال نوین بزهکاری، خصوصاً بزهکاری سازمان یافته و فرامی، آیا سیاست‌گذاران جنایی کشورها می‌توانند همچنان با تکیه بر اصول دادرسی منصفانه و حفظ آن‌ها، در مبارزه کارآمد با آن‌ها فائق آیند؟ یا در این زمینه باید از این اصول شناخته‌شده حقوق بشری تا حدودی عدول شود؟

1. Dangerousness

۲. گارو فالو مقصود خود را از به کاربردن این واژه از یک سو، «مشخص کردن اصرار مداوم بزهکار» و از سوی دیگر، «رزیابی فساد ثابت و مؤثر وی و میزان شرّی» اعلام کرد که می‌شود از بزهکار انتظار داشت.

۳. نمودهایی از حقوق کیفری امنیت‌مدار را می‌توان در پاره‌ای اسناد بین‌المللی نظری اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری بین‌المللی رواندا (ICTR) و یوگسلاوی سابق (ICTY)، دیوان کیفری بین‌المللی رم (ICC)، کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی (مریدا - ۲۰۰۳) و نیز کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فرامی (پالمو - ۲۰۰۰) ملاحظه نمود. در این اسناد، چگونگی تضمین امنیت، بر دغدغه‌های عدالت، پیشی گرفته و در راستای تحقیق و تأمین امنیت، پاره‌ای اصول مسلم حقوق کیفری کلاسیک تعديل شده و حتی در شرایطی کنار گذاشته شده است. همان، ص ۲۱۰^۴

۴. همان

تدوین آیین دادرسی افتراقی در خصوص رسیدگی به پاره‌ای جرایم خاص و مهم و در این نوشتار، بزه پولشویی، گونه‌ای از اشکال متعدد حرکت به سمت و سوی امنیت‌گرایی یادشده در نظام‌های غیراقتدارگراست که در صدد بررسی و تحلیل چگونگی آن در استناد بین‌المللی و نیز نظام حقوقی ایران هستیم. هرچند در مسیر پیدایش روزافرون اشکال جدید بزهکاری، بهویژه شکل‌گیری انواع تروریسم نظیر تروریسم اقتصادی و نیز سازمان یافته شدن و فرامی‌شدن بزهکاری، ممکن است امنیت‌گرایی به نوعی موجب ثبیت حاکمیت امنیت در جامعه شود، از این مسئله نیز نباید غافل ماند که اتخاذ سیاست امنیت‌گرایی در جامعه، موجبات چشم‌پوشی و تضییع بخشی از مفاهیم حقوق بشری شناخته شده و پذیرفته شده مذکور در حقوق کیفری کلاسیک را به دنبال خواهد داشت. جایه‌جایی بار اثبات دلیل، اقدامات پلیسی گسترده، دخالت در حریم خصوصی و خلوت اشخاص و مخدوش نمودن این حق قانونی از طریق توسل به «اقدامات پیشگیرانه وضعی - فنی» از جرم و نیز تشکیل نظام جامع نظارتی و کنترلی داخلی برای بانک‌ها و سازمان‌های غیربانکی به منظور جلوگیری و کشف تمامی اشکال پولشویی و اتخاذ تدبیر و رویه‌هایی جهت اجرای آن از جمله تدوین مقرراتی که در پی آن، راهکارهای مناسب جهت رفع موانع احتمالی ناشی از اجرای قوانین رازداری بانکی اندیشیده شود و غیره، همگی از زمرة مصاديق رویکرد امنیت‌گرا بوده و می‌تواند به مثابه نقض بارز کلیه قوانین داخلی کشورها و استناد بین‌المللی، خصوصاً اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCP) به شمار رود.^۱

۱. بهروز جوانمرد، *تسامح صفر در حقوق کیفری امریکا*، پیشین، ص ۵

۳- چرایی امنیت‌گرایی و افتراقی شدن آیین رسیدگی در بزه پولشویی^۱

اصطلاح افتراقی شدن تحصیل دلیل به این امر اشعار دارد که در برخی جرایم نظیر پولشویی ، روند تحصیل دلیل مبنی بر «اثبات مجرمیت متهم از سوی دادستان»، به‌کلی تغییر یافته و نوک پیکان متوجه متهم می‌شود و اوست که باید بی‌گناهی خود را به اثبات رساند. از این‌رو، در این‌گونه جرایم بسیار محدود، استثنایی و در عین حال، رو به رشد، نحوه تحصیل دلیل با اصول و قواعد حاکم بر آن متفاوت است و کسی که باید برای اثبات بی‌گناهی دلیل بیاورد، متهم است، نه اینکه دادستان جهت اثبات مجرمیت متهم، به تحصیل و ارائه دلیل بپردازد. در واقع، به‌واسطه وجود پاره‌ای تفاوت‌ها در این قبیل جرایم و مرتکبین آن‌ها - یعنی «یقه‌سفیدها» - مسئله افتراقی شدن رسیدگی به این جرایم مطرح شده است.

در مقام تحلیل چرایی جرم‌شناختی افتراقی شدن تحصیل دلیل در بزه پولشویی به شکل سازمان یافته می‌توان بیان نمود که از دهه ۱۹۷۰ میلادی، انتقادهای شدیدی به نظریه‌های بازپروری و طرفداران آن، از سوی برخی پژوهشگران و جرم‌شناسان، به‌ویژه آمریکایی‌ها مطرح شد. اینان اقدام‌های مبتنی بر اصلاح و درمان مجرمان را بر اساس یافته‌های اصول پزشکی، روان‌شناختی، روان‌پزشکی و اجتماعی، به عدم کارآیی در برابر تکرار جرم، هزینه‌بربری و حتی تحت انقیاد درآوردن روح در خدمت قوای حاکم و بهره‌کشی از مجرم با عنوان اقدام‌های انسانی و درمانی بدون

۱. افتراقی‌سازی آیین رسیدگی به بزه پولشویی ، به‌ویژه با وصف سازمان یافته و با بعد فراملی، ناظر به چگونگی تحصیل دلیل و نهادن بار اثبات دلیل بر دوش دادستان یا متهم است. در واقع، تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم پولشویی ، معطوف به معکوس‌سازی یادشده و حرکت بر مدار امارة مجرمیت است. در تمامی مراحل دادرسی کیفری، اعم از مرحله تحقیقات مقدماتی مشتمل بر کشف، تعقیب و تحقیق جرایم و نیز رسیدگی و صدور حکم و سرانجام اجرای حکم، دیگر موازین و تضمینات دادرسی عادلانه نظیر لزوم احترام به کرامت بشری، رفتار انسانی با متهم و تهییه شرایط دفاع مناسب برای او باید نسبت به او محترم شمرده شود. «تعديل قواعد رازداری بانکی» نیز در این مسیر صورت می‌پذیرد.

۲. رشید قدیری بهرام‌آبادی، تحولات تحصیل دلیل در جرم پولشویی با رویکرد به استناد بین‌المللی، قوانین و مقررات ایران و انگلیس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص ۵۰

راعیت حقوق دفاعی و انسانی او متهم نمودند.^۱ معتقد بودند که سیاست اصلاح و درمان، ابیهت کیفر را در هم شکسته و آن را تا حد اقداماتی درمان‌گونه تنزل داده است. از دهه ۱۹۸۰، دقیقاً همان‌زمان با جرم‌انگاری پول‌شویی، نگرش‌های جدیدی در حیطه علوم جنایی شکل می‌گیرد که ماهیت آن‌ها کاملاً مدیریتی است. دیدگاه‌های جدید به جای آنکه به بحث و تجزیه و تحلیل جرم و علل شکل‌گیری آن بپردازند، با رویکردی مدیریتی، ریسک ارتکاب جرم را همانند سایر ریسک‌هایی که در حوزه‌های اقتصادی، بیمه و غیره وجود دارند، مورد ارزیابی و سنجش قرار داده و آن‌گاه آن را مدیریت می‌کنند.^۲ حاکم‌شدن نگرش امنیت‌مدار بر هر جرم سازمان‌یافته، با عنایت به اینکه هر جرمی می‌تواند به شکل سازمان‌یافته ارتکاب یابد، نابودی دستاوردهای حقوق بشری در یک چشم‌برهم‌زدن را در بر خواهد داشت. هدف اصلی این رویکرد، استفاده بهینه از منابع مادی و انسانی است. تحقیقات نشان می‌دهد که قسمت عمده‌ای از جرایم، توسط درصد ناچیزی از افراد ارتکاب می‌یابد به‌گونه‌ای که ۵ تا ۶ درصد از بزهکاران، ۵۵ تا ۶۰ درصد از جرایم را مرتكب می‌شوند و ۹۴ تا ۹۵ درصد، مرتكب سایر جرایم هستند. بنابراین، یک هسته فعال از بزهکاران وجود دارد که آن‌ها را «هسته‌های مقام بزهکاران» یا «بزهکاران پایدار» می‌نامند.^۳

منطق رویکرد جدید آن است که به‌جای آنکه امکانات و بودجه محدود سیستم، به‌ویژه فضا و بودجه محدود زندان‌ها به صورت پراکنده در مورد همه دسته‌های بزهکاران - که شامل بزهکاران اتفاقی نیز می‌شود - هزینه شود، گروه‌های پُر ریسک مجرمین که احتمال تکرار جرم آن‌ها زیادتر است شناسایی و سیستم بر آنان

۱. کاشفی اسماعیل زاده، پیشین، ص ۲۷۵

۲. امیر پاکنهاد، سیاست‌جنایی ریسک‌مدار، میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۶

۳. علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تقریرات درس جرم‌شناسی؛ جرم‌شناسی سیاست‌جنایی و تکنیک‌های حقوق کیفری، مباحثی در علوم جنایی، تهیه و تنظیم: لیلا اسدی و بتول پاکزاد، دوره دکتری دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۳-۸۴ - ۲۱۷۱ . همچنین، علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهرید بهشتی، تهیه و تنظیم: مهدی صبوری‌پور، ۱۳۸۴

تمترکز شود. مبنای این رهیافت‌ها، منطق بیمه‌ای است. در بیمه اموال و اشخاص، هر قدر میزان ریسک بیشتر باشد، هزینه بیمه‌گذار و حق بیمه بیشتر می‌شود. بر همین اساس، در مورد جرم نیز، هر قدر ریسک تکرار جرم بیشتر باشد، ضروری است سرمایه‌گذاری کیفری و کنترل شدیدتری اعمال شود.^۱ این امر تنها ریسک تکرار جرم را در بر نمی‌گیرد بلکه در اصل، ریسک شدت جرم را شامل می‌شود یعنی هر چه ریسک و خطر ارتکاب یک جرم نظیر پول‌شویی بیشتر باشد، به همان میزان، باید اقدامات و تمهداتی جهت کنترل آن اعمال شود. پس شاید بتوان گفت یکی از دلایل افتراقی شدن تحصیل دلیل در پول‌شویی، همین مسئله باشد؛ یعنی اعمال کنترل و تمهدات بیشتر برای مقابله با این جرم و نگاه ریسک‌دارانه نسبت به این جرم، به مراتب شدیدتر و مهم‌تر است. در رویکردهای جدید، بزهکاران به دو دسته «پُرریسک، استثنایی، خطرناک، مزن» و «کم‌ریسک، معمولی، دانه‌ریز» طبقه‌بندی می‌شوند. گروه نخست از طریق حبس‌های طولانی‌مدت، ناتوان شده و گروه دوم، با برخوردي نرم و ملایم مواجه می‌شوند.^۲ در رویکرد نوین، اولویت با اداره مؤثر و کارآمد سیستم عدالت کیفری و تمترکز سیستم - نه بر بازاجتماعی کردن^۳ مرتکبین، بلکه بر افزایش ضریب امنیت اجتماعی - از طریق ناتوان‌سازی شماری از پُرریسک‌ترین طیف‌های مجرمین است. این رویکرد، مفهوم تاریخی حالت خطرناک را که اولین‌بار توسط مكتب تحقیقی مطرح شد، به‌گونه‌ای خاص احیا کرده است، بدین ترتیب که با بازخوانی مفهوم حالت خطرناک در ابعاد گروهی و جمعی، دگرگونی عمیقی در ارتباط با این مفهوم ایجاد کرده و با کمرنگ‌ساختن صبغه‌های فردی آن، بسترهای جدیدی در این حوزه به وجود آورده است.^۴

۱. پاکنهاد، پیشین، ص ۱۷

۲. علی صفاری، کیفرشناسی، تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی، جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۱۰۶ - ۱۰۷

3. Resocialization

۴. پاکنهاد، پیشین، ص ۱۸

در رویکرد کیفری ریسکمدار، در کارکرد کیفر سالب آزادی نیز تغییر مهمی پدید می‌آید. زندان که در اندیشه اصلاح و بازپروری، درمانگاه مجرمین^۱ و محل اجرای برنامه‌های بازپروری بود، در راستای شکل‌گیری و توسعه اهداف مدیریتی جرم، تبدیل به «زباله‌دان اجتماعی»^۲ یا محلی برای انباشت توهه‌های مجرمین پُرریسکی شده است که ضایعات جوامع انسانی و تفاله‌های برجامانده از تحولات اجتماعی محسوب می‌شوند.^۳ پس از منظر جرم‌شناسی نیز نسبت به قشر خاصی از متهمان که متهمان بزه پول‌شویی نیز می‌توانند در آن دسته قرار گیرند، یک رویکرد افتراقی در نظر گرفته شده است. در واقع، دیگر به همه متهمان یکسان نگاه نمی‌شود. آن‌ها دسته‌بندی شده‌اند و برای هر یک از این دسته‌بندی‌ها، تدابیر خاصی پیش‌بینی شده است.^۴

مجرم محاسبه‌گر و یقه‌سفیدی که قصد ارتکاب پول‌شویی دارد باید بداند که از یکسو امکان محکومیت وی به جرایم منشأ و اولیه وجود دارد و از سوی دیگر، نحوه تحصیل دلیل در پول‌شویی، واجد ابعاد جدیدی شده که با سایر جرایم سنتی متفاوت است و ممکن است ارتکاب این جرم به ضرر وی تمام شود، یعنی با وجود سود سرشار حاصل از این جرم و جرایم منشأ، امکان محکومیت وی نیز افزایش خواهد یافت. پس وی باید با محاسبه‌گری و سنجش سود و زیان، ارتکاب یا عدم ارتکاب این جرم را برگزیند.^۵ عدم پیش‌بینی تمهیدات لازم جهت پیشگیری و مقابله با این قبیل جرایم سازمان‌یافته، باعث رشد روزافروز چنین جرایمی شده است. اما اکنون، به عنوان یک راه میان‌بر، برای اثبات و مقابله با این جرایم، از افتراقی نمودن تحصیل دلیل استفاده می‌نمایند.

از سویی دیگر، علت افتراقی شدن تحصیل دلیل (چرایی شکلی)، علاوه بر رویکرد افتراقی - ریسکمدار نسبت به بزه پول‌شویی و سازمان‌یافته‌بودن این جرم، در

1 . Offenders Clinic
2 . Society trashcan

۳. همان، ص ۲۲

۴. قدیری بهرام‌آبادی، پیشین، ص ۵۴

۵. همان، صص ۵۷ - ۵۶

آسیب‌های اقتصادی و غیرقابل جبران پول‌شویی و نیز حرفه‌ای بودن و یقه‌سفیدی بودن مرتکبین این جرم و صعوبت تعقیب، دستگیری، اثبات و کیفر آن‌ها نهفته است.

پیشرفت فناوری، ضمن آنکه رفاه مادی را برای انسان به ارمغان آورده است، مشکلاتی را نیز برای پلیس و تشکیلات کیفری از نظر کشف جرم ایجاد کرده است. به موازات ترقی و پیشرفت پلیس در بهبود شیوه‌های کشف جرم، متخلفان نیز برای پیچیده ساختن کشف آن تلاش می‌کنند و حتی می‌توان گفت که بزهکاران، بسیار پیش‌رو تر از پلیس عمل می‌نمایند. از این‌رو، قانونگذار برای حمایت از مقامات پلیسی و تعقیب‌کننده جرم و در مقام رفع نقطه ضعف پلیس، به کمک آنان می‌آید و بنا به تعبیری، با معکوس‌نمودن بار اثبات دلیل و به نظر برخی، با اعمال اماره مجرمیت، متهمان را در موضع ضعف قرار می‌دهد. همچنین گفته شده است این مسئله لازمه ذاتی اصل احتیاط در برابر پیشرفت‌های فناورانه و شیمیابی عصر حاضر است.^۱

۱۳۳

۱-۳. ارتکاب به نحو سازمان یافته و فرامالی

سازمان یافته‌گی، ویژگی رفتار بزهکار و شیوه ارتکاب رفتارهای بزهکارانه عمدی به صورت برنامه‌ریزی شده از ناحیه او بوده و این وصف، بهمثابه کیفیت تشدید‌کننده کیفر مرتکب نگاشته می‌شود، نه بهمثابه بزه جدایکانه‌ای که در مجاورت دیگر بزه‌ها عرض اندام می‌کند. از حیث عنصر مادی^۲، هر بزه عمدی را می‌توان به طور

۲. مستنبط از قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶، بزه پول‌شویی، ولو با ویژگی سازمان یافته‌گی و با بعد فرامالی، از حیث عنصر مادی، در زمرة بزهکاری‌های «садه» - نه «مرکب» - تلقی می‌شود؛ هرچند در پاره‌ای از مصادیق می‌تواند متشکل از فرایندی مرکب باشد و هریک از شرکا، بخشی از عنصر مادی این بزه را به انجام رسانند. همچنین، این بزه در جرگه بزهکاری‌های «مستمر» قرار می‌گیرد که آثار آن در طول زمان جریان داشته و استمرار آن، ناشی از اراده مرتکب است. ممکن است مباشر بزه پول‌شویی در ارتکاب جرم یا جرائم منشأ، میثالت مادی و معنوی، مشارکت، معاونت یا آمریت داشته باشد و ممکن است فاقد نقشی فعال باشد.

سازمان یافته نیز انجام داد.^۱ این نوع بزهکاری، از حیث موضوع، وابسته به بزه اصلی بوده و دارای همان موضوعی است که در حالت سازمان یافتگی دارد. لیکن از آنجاکه وصف سازمان یافتگی به بزه مزبور، چهره گسترده و کلان بخشیده و پیامدهای آن را در سطح جامعه نمایان تر ساخته است، باید اذعان نمود که سازمان یافتگی بزه، موجب پیدایش بزه دیده نوینی تحت عنوان «امنیت اجتماعی» شده است.^۲

۲ - ۳. صعوبت تعقیب و اثبات پولشویی

امروزه مشتری مداری و خدمات محوری بانک‌ها و مؤسسات مالی، در راستای جذب سرمایه‌های شهروندان، به موازات احترام به اصل رازداری بانکی، طریقی برای تطهیر عواید حاصل از جرایم مختلف شده است. یکی از مصادیق تعارض میان «حقوق شهروندی» و «امنیت اجتماعی» را می‌توان در مصلحت مبارزه با پولشویی و لزوم تعديل قواعد رازداری بانکی، با اصل رازداری بانکی به مثابه یک حق شهروندی و نیز اصل برائت و لزوم تعديل آن (جایه‌جایی بار اثبات دلیل)، به منظور تسهیل فرایند تعقیب و اثبات پولشویی ملاحظه نمود. در سال‌های اخیر، لزوم همکاری بین‌المللی کشورهای مختلف در مبارزه با پولشویی سازمان یافته و دیگر جرایم سازمان یافته با بعد فرامی، یک اصل ثابت شده و مسلم شده است.^۳ در واقع، به موازات جرایم مرتبط به مواد مخدر و قاچاق اسلحه و انسان، ارتکاب جرایم اقتصادی نیز به مثابه عمدۀ جرایم منشأ بزه پولشویی، شیوه جمع‌آوری دلایل، کشف و تعقیب مجرمین

۱۳۴

۳۵۶ / پیکره ۵ / آگوست ۱۴۰۰

۱. حسن عالی‌پور، بزه‌های سازمان یافته، امنیت و پلیس، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، ش ۴۴، ۱۳۸۹، ص ۷۳.

۲. ن. ک : حسن عالی‌پور، *توازن میان امنیت ملی ... پیشین*، ص ۸۳. دو نوع بزه سازمان یافته چه «درون مرزی» و چه «فرامی» - وجود دارد. یکی بزه‌های سازمان یافته تروریستی با انگیزه‌های سیاسی، و دیگری، بزه‌های سازمان یافته با انگیزه‌های اصولاً مالی و اقتصادی نظیر پولشویی و قاچاق. به موازات رشد علم و فناوری در عرصه جهانی، «سازمان یافتگی»، وصفی قابل سرایت به تمامی گونه‌های بزهکاری شده و این مسئله، در کنار ساختار پیچیده گروه‌های مجرمانه مرتبک این نوع جرایم و نیز مسئله جهانی شدن جرایم و همچنین سهولت ارتباطات در سطح منطقه‌ای و جهانی و نیز امکان گذر از مرزها موجب شده که امروزه «جرایم سازمان یافته فرامی» مطرح شود.

۳. فرهاد خمامی‌زاده، *مبازه با پولشویی در بانک‌ها و مؤسسات مالی؛ نگاهی به قانون ضد تروریسم ایالات متحده آمریکا*، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۲۴

را، به لحاظ پیچیدگی فرایند ارتکاب جرم، با مشکلات عدیدهای مواجه ساخته که چه بسا، از علل عمدۀ جرم‌انگاری استقلالی عملیات تطهیر و پول‌شویی تلقی شوند. یکی از آیین‌ها و راهکارهایی که به منظور غلبه بر صعوبت و دشواری شیوه جمع‌آوری دلایل، کشف و تعقیب مجرمین موصوف، در پرتو اتخاذ رویکرد امنیت‌گرا، در قوانین بیشتر کشورها پیش‌بینی شده، تسهیل فرایند دستیابی مقام تعقیب به ادلۀ علیه متهم، به موازات له او است که عبارت‌اند از:

الف – لزوم احراز هویت مشتریان و افراد از ناحیه بانک‌ها

لزوم احراز هویت مشتریان بانکی و به روزرسانی اطلاعات پیراهویتی آن‌ها به هنگام انجام هرگونه معامله، عملیات و ارائه خدمات بیش از سقف مقرر - یعنی یکصد و پنجاه میلیون ریال (۱۵۰.۰۰۰.۰۰۰) وجه نقد یا معادل آن به سایر ارزها و کالاهای گران‌بها - یا به هنگام وجود ظن به انجام پول‌شویی و همچنین، ضرورت متوقف‌سازی ارائه خدمات یادشده تا به هنگام شفافسازی و اثبات اصالت مدارک شناسایی ارائه‌شده توسط ارباب رجوع یا رفع ظن نسبت به انجام فعالیت‌های پول‌شویی یا سایر جرایم مرتبط و همچنین، پی‌گیری صحت و سقم اطلاعات ارائه‌شده به بانک‌ها از مسیر مراجع ذی‌ربط و ذی‌صلاح و اعلام موارد مغایرت قطعی و غیرقابل رفع به واحد اطلاعات مالی، مسائلی است که چهره‌ای از امنیت‌محوری تقنینی - اجرایی را به ذهن متبار می‌سازد و در آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۸/۹/۱۱ (ماده ۳ و ۵) پیش‌بینی شده است. به عبارت دیگر، مطلق‌گرایی در پذیرش «جایه‌جایی بار اثبات دلیل»، به جهت مخالفت با «اصل برائت»، مورد انتقاد بوده و برای اینکه میان اصل یادشده با تسهیل اثبات جرم از ناحیه دادستان و ایجاب حفظ نظم عمومی تعادل ایجاد شود، موارد تعديل آثار اصل برائت به عنوان استثناء، باید در قانون تصریح شود یا اینکه برای آن موارد استثنایی، سقفی^۱ به عنوان یک «فرض قانونی» تعیین شود.^۱

۱. برای مثال، پیش از اصلاحات قانونی اخیر در فرانسه و بهویژه پیش از تصویب آیین‌نامه قانون پولی و مالی فرانسه اصلاحی ژانویه ۲۰۰۹، تشخیص هویت مشتریان عادی بانک، صرفاً هنگامی که عملیاتی نسبت به مبالغ بیش از ۵۰۰۰۰ فرانک انجام می‌گرفت، برای بانک الزامی بود. (ن.ک:

ب - تعديل اصل «رازداری بانکی»

یکی دیگر از مصاديق رسوخ اندیشه‌وری امنیت‌گرایی و ارجحیت‌بخشی آن بر حقوق شهروندی، در مسئله تعديل قواعد رازداری بانکی در جهت مبارزه کارآمد با بزه پول‌شویی قابل ملاحظه است. ضرورت التزام بانک‌ها به حفظ اسرار مشتریان خویش، بهمثابه ابزاری ترغیب‌زا در جذب مشتری از یکسو، همچنین، ضرورت همکاری بانک‌ها و مؤسسات مالی با دولت‌ها، در راستای پیشگیری از برهم خوردن نظم اقتصادی جامعه از مسیر فرایند پول‌شویی از سوی دیگر، حصول به راهبردهای ترازندهای میان این دو مقوله را با یکدیگر، امری ضروري ساخته است. یکی از مواردی که سبب می‌شود بانک‌ها بستر مناسبی برای ارتکاب جرم پول‌شویی و مخفی‌نمودن منشاء اصلی پول‌های غیرقانونی شوند، قاعده‌ای به نام «رازداری بانکی» است^۲ که بر اساس آن، هویت صاحبان حساب فاش نمی‌شود و این خود عامل مهمی تلقی می‌شود که مجرمان برای تطهیر پول‌های غیرقانونی، به استفاده از سیستم بانکی ترغیب شوند و در واقع این قاعده، مانع از کشف جرم می‌شود. بنابراین، لازم است که این قاعده تا حدی تعديل شده و در مسیر اهداف کنوانسیون‌های بین‌المللی و همچنین، مصالح عمومی قرار گیرد، به طوری که نه این

۱۴۶

فصل چهارم / پنجم / هجدهم

منصور رحمدل، **مال و عوائد حاصله از جرم و معکوس شدن بار اثبات**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۲، سال ۱۳۸۵: ص ۱۷۱ (لیکن، هم‌اکنون بر اساس ماده‌ی ۱-۵۶۱ آیین‌نامه قانون پولی و مالی فرانسه اصلاحی ژانویه ۲۰۰۹)، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی موضوع این قانون موظفند کلیه فعالیت‌های مالی و هرگونه انتقال و جابه‌جایی سرمایه را به دادستان عمومی اعلام نمایند تا از طرز حسن نیت نسبت به فعالیت‌های مالی و معافیت از تعقیب موضوع ماده ۲۲-۵۶۱ همین قانون برخوردار شوند. (ن.ک: ماد ۱-۳۲۴ الی ۹ - ۳۲۴ قانون مجازات فرانسه و همچنین، ماد ۳۰-۵۶۱ و ۴-۵۷۴ تا ۱-۱ L.۵۷۴ آیین‌نامه قانون پولی و مالی فرانسه اصلاحی ۲۰۰۹)

۱. ن.ک: محمد آشوری، **اصل برائت و آثار آن در امور کیفری (مطالعه تطبیقی)**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱۳۸۲، ۲۹، ص ۲۵۰

۲. عده عملیات تطهیر عواید ناشی از جرم، از مسیر شبکه بانکی صورت می‌بزیرد. لیکن بسترهاي انجام عملیات پول‌شویی، منحصر بدان نیست. اشخاص مشمول بازار پول و در رأس آن‌ها شبکه بانکی، از مهم‌ترین اشخاص مشمول مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با پول‌شویی و بند (ط) ماده یک آیین‌نامه اجرائی آن هستند. این مسئله در اسناد بین‌المللی از جمله در توصیه یازدهم و دوازدهم توصیه‌های چهل‌گانه نیروی واکنش سریع مالی (FATF) در خصوص پول‌شویی اشاره شده است.

قاعده متزلزل شده و سبب بی اعتمادی افراد به سیستم بانکی شود و نه مجرمان بتوانند با توصل به آن، دست به پولشویی بزنند. در ماده ۲ توصیه‌نامه «گروه مالی واکنش سریع» این‌گونه قید شده که: «قوانين و اصول رازداری مؤسسات مالی نباید مانع از اجرای دستورالعمل مبارزه با پولشویی شود». همچنین در ماده ۵ کنوانسیون وین به تعديل این اصل اشاره شده است.

نکته دیگری که باید به آن توجه کرد این است که در کنار لزوم احراز هویت مشتریان و ثبت معاملات، نهادهای مالی و علی‌الخصوص بانک‌ها موظفاند که در صورت مشاهده معاملات و مبادلات مالی مشکوک با ارقام بسیار زیاد، مسئله را به مراجع ذی‌صلاح اطلاع دهند. این مسئله در ماده ۸ قانون پولشویی بلژیک نیز ذکر شده است که این اطلاعات باید به «گروه مالی واکنش سریع» ارسال شود.^۱ ممکن است این مسئله با اصل «رازداری بانکی»، متعارض دانسته و استدلال شود که گرچه افراد و حقوق آن‌ها مصون از تعرض اند ولی در صورت ارتکاب جرم یا وجود امارات یا دلایل قوی بر وقوع جرم، با رعایت موازین قانونی، حقوق مزبور قابل خدشه است چون یک مصلحت مهم‌تر از حفظ حقوق شخصی افراد، یعنی حفظ نظم اجتماعی و تضمین امنیت جامعه وجود دارد. در واقع، این به معنی حرکت به سمت و سوی امنیت‌گرایی است.

در حقوق ایران، اصل ۳۳ قانون اساسی، حقوق افراد را مصون از تعرض دانسته است مگر در مواردی که به موجب قانون، نقض این حقوق تجویز شده باشد. در

1. <http://www.droit-fiscalite-belge.com>

۲. البته باید توجه کافی داشت که «هرآنچه قانون می‌گوید، عین عدالت نیست بلکه هرآنچه عدالت می‌گوید، قانون است». رضا نوری‌ها، سخنرانی در مراسم بزرگداشت و تجلیل از اساتید فرهیخته دکتر محمد هاشمی و دکتر رضا نوری‌ها، دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، ۱۳۸۹.

جرائم‌نگاری در حریم آزادی‌های شهروندان، اصول و قواعدی دارد. خارج از چارچوب این اصول نمی‌توان اقدام به ایجاد منوعیت - ولو قانونی - برای شهروندان نمود. لیکن در خصوص «عدول از قواعد رازداری بانکی» می‌توان در چارچوب اصل ۳۳ قانون اساسی حرکت نمود و در جهت مبارزه با پولشویی و بزهکاران مزبور و در راستای تأمین و حفظ نظم عمومی و امنیت اقتصادی جامعه، از قواعد رازداری بانکی عدول نمود. این مسئله در قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه اجرایی آن، مورد توجه مقنن ایرانی قرار گرفته است.

آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۸/۹/۱۱ نیز به لزوم احراز هویت اشخاص و عدول از قواعد رازداری بانکی (ماده ۲) اشاره شده است و یکی از وظایف واحد مسئول مبارزه با پول‌شویی، «تأمین اطلاعات تکمیلی مورد نیاز واحد اطلاعات مالی و سایر مراجع که در امر مبارزه با ترویسم ذی‌صلاح می‌باشند»^۱ معرفی شده است.^۱

نکته قابل ذکر این است که طبق مفاد تبصره ۱ ماده ۲۶ آیین‌نامه فوق‌الذکر، ارائه‌دهندگان وجه نقد بیش از سقف مقرر - یعنی مشتریان - موظف‌اند توضیحات مورد نیاز مذکور در فرم ابلاغ شده را به مقامات ذی‌صلاح ارائه نمایند. ماده ۲۷ نیز مقرر نموده است که گزارش معاملات مشکوک، بیان‌گر هیچ‌گونه اتهامی به افراد نیست.^۲ مشکلی که در اینجا پیش می‌آید این است که به‌واسطه تبصره ۱ ماده ۲۶ یکی از آثار اصل برایت تحت عنوان «تکلیف مقام تعقیب یا شاکی خصوصی به ارائه دلیل» مورد چشم‌پوشی قرار گرفته و این مشتری است که باید توضیحات مورد نیاز در خصوص منشأ مشروع کسب مبالغ مزبور را بیان نماید. حال چنانچه مشتری نتواند یا اینکه نخواهد توضیحات مزبور را ارائه نماید، آیا نتیجه‌ای جز «نقض حق سکوت متهم» در بر خواهد داشت؟ ضمانت اجرای عدم تمکین مشتری در اعمال و اجرای تبصره ۱ ماده ۲۶ چیست؟ درست است که ماده ۲۷ آیین‌نامه، گزارش معاملات مشکوک به مقامات ذی‌صلاح را بیان‌گر هیچ‌گونه اتهامی به افراد ندانسته است، لیکن آیا نتیجه عملی بارشده بر این رویه پیش‌بینی شده در آیین‌نامه، چیزی جز نقض «حق سکوت متهمان» خواهد بود؟ اینجاست که تقابل میان «تضمين حقوق شهروندی» (ماده ۲۷ آیین‌نامه) و «تأمین امنیت عمومی جامعه» (تبصره ۱ ماده ۲۶) به چشم می‌خورد؟ قانونگذار ایران هرچند در ماده ۱ قانون مبارزه با

۱. جهت کسب اطلاعات تفصیلی در ارتباط با چگونگی مسئله عدول از قواعد رازداری بانکی در نظام حقوقی ایران ن.ک : آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۸/۹/۱۱
۲. طبق ماده ۲۷ آیین‌نامه یاد شده: «گزارش معاملات مشکوک و نیز سایر گزارش‌هایی که اشخاص مشمول، موظف به ارسال آن هستند، بیان‌گر هیچ‌گونه اتهامی به افراد نبوده و اعلام آن به واحد اطلاعات مالی، افشاء اسرار شخصی محسوب نمی‌گردد و در نتیجه هیچ اتهامی از این بابت متوجه گزارش‌دهندگان مجری این آیین‌نامه نخواهد بود»

پولشویی مصوب ۱۳۸۶ به درستی امنیت‌گرایی را دستاویزی برای عدول از اصل برائت قرار نداده است، می‌بایستی لاقل به جهت تأمین و حفظ نظم و امنیت عمومی جامعه، به طور استثنایی و در پرتو رعایت اصل قانونی بودن، از پاره‌ای آثار اصل برائت عدول می‌نمود و جابه‌جایی بار اثبات دلیل و عدول نسبی از حق سکوت متهمان را می‌پذیرفت و اثبات خلاف آن را بر عهده افراد می‌نهاد. با وجود این، از ملاحظه آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی استنباط می‌شود که رگه‌هایی از امنیت‌گرایی در جرم پولشویی از طریق «لزوم احراز هویت اشخاص» و «عدول از قواعد رازداری بانکی» و «نقض حق سکوت افراد مظنون» و «جابه‌جایی بار اثبات دلیل» در این آیین‌نامه عملأً پذیرفته شده است.

در این راستا، ماده ۸ قانون مبارزه با پولشویی، در کنار تبصره ۱ ماده ۲۶ و ماده ۲۷ آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی، به ایجاد تعادل میان دو مقوله «تضمين حقوق شهروندی» و «تأمین امنیت عمومی جامعه» پرداخته است؛^۱ بدین توضیح که ماده ۸ قانون مبارزه با پولشویی بیان داشته است که: «اطلاعات و اسناد گردآوری شده در اجرای این قانون، صرفاً در جهت اهداف تعیین شده در قانون مبارزه با پولشویی و جرایم منشأ آن مورد استفاده قرار خواهد گرفت. افشای اطلاعات یا استفاده از آن به نفع خود یا دیگری، به طور مستقیم یا غیرمستقیم، توسط مأموران دولتی یا سایر اشخاص مقرر در این قانون، ممنوع بوده و متخلف به مجازات مندرج در قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محترمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۲۹ محکوم خواهد شد» و این یعنی «تضمين حقوق شهروندی در کنار تأمین امنیت عمومی جامعه».^۲

در مجموع، روند جهانی‌سازی اقتصاد باعث رشد چشمگیر جرایم سازمان یافته فرامی‌شده است. انقلاب الکترونیک و به تبع آن، رشد فزاینده تجارت الکترونیکی،

۱. در خصوص چرایی بایستگی ایجاد تعادل میان حقوق شهروندی و امنیت اجتماعی ن.ک: مجید مرادی، نقش پلیس در ایجاد «تعادل» میان حقوق شهروندی و تأمین امنیت اجتماعی، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، بهمن ۱۳۹۰

۲. پاره‌ای دیگر از صور امنیت‌گرایی در قبال مبارزه با پولشویی را می‌توان در بند ۴ و ۱۱ ماده ۳۸ و ماده ۴۷، ۴۸ آیین‌نامه اجرایی یاد شده ملاحظه نمود.

پیچیده‌ترشدن بازارهای مالی و ... همگی از علتهای رشد این دسته از جرایم شده‌اند. ممکن است یکی از این جرایم، پولشویی باشد. در راستای عملی‌سازی مبارزه کارآمد با بزه پولشویی - خصوصاً در بعد سازمان‌یافته فرامی - همکاری مؤسسه‌های مالی و بانک‌ها در قالب «احراز هویت و ثبت معاملات مشتریان» و «اعلام موارد مشکوک به مراجع ذی‌صلاح» امری ضروری است. مبارزه با پولشویی خود می‌تواند بهمثابه مؤثرترین ابزار در راستای مبارزه با سایر جرایم سازمان‌یافته تلقی شود. در قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه اجرایی آن، اصل بر این نهاده شده است که قبل از هر کاری هویت مشتری احراز شود؛ لیکن در شرایطی که ریسک کمتری برای ارتکاب پولشویی وجود دارد، یعنی معاملات، کمتر از سقف مقرر باشد، تکلیفی به شناسایی و احراز هویت مشتریان و افراد وجود ندارد. در آیین‌نامه مستندسازی جریان وجوده در کشور که در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۲ توسط هیئت وزیران به تصویب رسیده است، ذیل تبصره ۲ ماده ۳ آن، عدول از «قواعد رازداری بانکی و اعلام موارد مشکوک به مراجع ذی‌صلاح» پیش‌بینی شده است. همچنین در مقررات پیشگیری از پولشویی در مؤسسات مالی، تنظیم‌شده از ناحیه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرراتی در این خصوص آمده است.

۴- افتراقی‌شدن تحصیل دلیل در بزه پولشویی

امنیت‌گرایی دولتهای غیراقتدارگرا^۱، در قالب افتراقی‌نمودن آیین دادرسی مرتبط با بزه پولشویی ، در راستای ضرورت حفظ ثبات اقتصادی کشور و پیشگیری از

۱. سخن از «امنیت‌گرایی دولتهای غیراقتدارگرا» معطوف به دولتهای لیبرال - دموکراتی است که پیرو برهم‌خوردگی تعادل و توازن میان «نظم عمومی و امنیت اجتماعی» با «حقوق شهروندی»، در پی بروز بزهکاری‌های سازمان‌یافته و فرامی، بهبود جرایم تروریستی، مقوله «امنیت» را بر مقوله حقوق شهروندی ارجحیت بخشیده و به سوی «حقوق کیفری دشمن‌دار» بهموزات «حقوق کیفری شهروندار» در حرکت‌اند. در خصوص «نسبیت در ساختار نظام سیاسی» و «پلورالیسم سیاست جنایی» به مثابه علل اقتدارگرایی و امنیت‌گرایی نظام‌های یادشده که عمدتاً با چهره دموکراتیک شناخته می‌شوند ن.ک: مرادی، نقش پلیس در ایجاد «تعادل» میان حقوق شهروندی و تأمین امنیت اجتماعی، پیشین، صص ۱۲۶ - ۱۱۷؛ فتاح عبدالله‌پورملکی، بررسی مدل‌های

ورود ضربه‌های جبران‌نایذیر بر اقتصاد ملی، به موازات غیرمقدور یا مشکل‌بودن کشف این بزه از طریق ادله اثبات جرم و شیوه‌های متعارف آین دادرسی کیفری، مورد توجه قرار گرفته و در قالب «جایه‌جایی بار اثبات دلیل و نهادن بار اثبات منشأ مشروع اموال مشکوک بر عهده افراد مظنون و متهم»، «تکلیف نهادهای مرتبط با پدیده پول‌شویی به اعلام موارد مشکوک به مراجع ذی‌صلاح و عدول از قواعد رازداری بانکی»، «لزوم احراز هویت مشتریان» و «لزوم کنترل‌های نامحسوس دوره‌ای و ...» نمود یافته است. در کنوانسیون پارلمو علیه جرایم سازمان‌یافته و مرید/ علیه فساد، تدبیر خاصی در این زمینه برای کشف و احراز جرم پول‌شویی که رابطه مستقیمی با ارتکاب جرم مقدم و منشأ دارد اتخاذ شده است.

هرچند تحقق رؤیای رسیدگی عادلانه کیفری، به گونه‌ای که تأمین‌کننده حقوق طرفین دعوا باشد، در قالب آرزوی هر دوستدار عدالت، متنضم کلیه جرایم بوده و «بزه پول‌شویی» را نیز در برگرفته و باید پیکار با آن، همراه با احترام به «حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین شهروندان» باشد، به نظر می‌رسد در خصوص پذیرش یا عدم‌پذیرش «جایه‌جایی بار اثبات دلیل» در موارد استثنایی نظری «بزه پول‌شویی»، باید میان موارد ارتکاب این بزه به شکل سازمان‌یافته و فراملی، از سایر موارد، قائل به تفکیک شد. «معکوس‌سازی بار اثبات دلیل» باید به عنوان یک استثنای محدود به جرایم مهم و با ویژگی «سازمان‌یافتگی» و «فراملی» شود و در سایر موارد ارتکاب بزه پول‌شویی، همچنان باید دادستان را موظف به اثبات بزه‌کاری متهم در دادرسی کیفری دانست. به عبارت دیگر، قدر متیقن امنیت‌گرایی در بزه پول‌شویی را باید محدود به موارد سازمان‌یافتگی این بزه و فراملی‌بودن آثار و قلمرو آن دانست.^۱

اقتدارگرای سیاست‌جنایی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، بهار ۱۳۸۸، صص ۵۶ - ۵۱

۱. در مقام توجیهی «امکان پذیرش جایه‌جایی بار اثبات دلیل در بزه پول‌شویی سازمان‌یافته و فراملی» می‌توان به موارد ۳۲ و ۳۵ قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ استناد نمود که وجود «قرائن و امارات موجود دال بر توجه اتهام به متهم» را در موارد مذکور در این دو ماده، برای مجوز صدور قرار بازداشت موقت کافی دانسته است. موضوع در ابتدای امر، با اصل برائت متهم تعارض دارد. البته در اینجا دیگر آثار اصل برائت از جمله حق اعتراض به این قرار، حق برخورداری از رفتار کرامتمدار با او و ... همچنان پابرجاست.

در سطح بین‌المللی، «جابه‌جایی بار اثبات دلیل» بهمثابه یکی از آثار اصل برائت، در ارتباط با جرائم سازمان یافته، حتی در حکومت‌های دموکراتیک هم که در آن‌ها حقوق و آزادی‌های اولیه مردم پذیرفته شده، مورد پیشنهاد برخی استناد بین‌المللی نظیر بند ۸ ماده ۳۱ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مرید/۲۰۰۳) قرار گرفته است.^۱ این رویکرد، هرچند آثار بازدارندگی دارد و احتمال فرار بزهکاران از مجازات را کاهش داده و کار را بر دستگاه قضایی آسان می‌نماید، نباید از آثار سوء این جابه‌جایی غافل ماند بلکه باید مصاديق و موارد پذیرش «جابه‌جایی بار اثبات دلیل» در جرایم خاص، صریحاً احصا شود تا مقام تعقیب یا مقام قضایی نتواند این جابه‌جایی را به مصاديق دیگر سرایت دهد. این مسئله، در جوامعی که سازوکار واضح و روشنی برای جبران خسارت و اعاده حیثیت متهمان وجود ندارد و فرایند عملی خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در قانون پیش‌بینی نشده است، به مراتب آثار وخیم‌تری است، زیرا حتی اگر فرد بتواند مشروعيت اموال خود را نیز اثبات نماید، باز هم اجرای فرایند جبران خسارت از او امری یقینی نخواهد بود.^۲

در سایه پذیرش این جابه‌جایی به عنوان یکی از مقوله‌های امنیت‌گرایی در جرم پول‌شویی، احتمال محکومیت بلاجهت و به استیاه «شهر وندان ناکرده‌بزه» – به جهت احتمال عدم امکان عملی اثبات منشأ قانونی اموال مورد اختلاف و مشکوک بیشتر

۱. بر طبق این بند: «کشورهای عضو می‌توانند امکان ملزم‌بودن اینکه مجرم، منشأ قانونی چنین عواید مورد ادعای ناشی از جرم یا سایر اموال مشمول مصادره را نشان دهد تا حدی که چنین الزامی، مطابق با اصول قانون داخلی آن و ماهیت دادرسی‌های قضائی یا سایر دادرسی‌ها باشد، مورد بررسی قرار دهند». چشم‌پوشی کنوانسیون مرید/ از پاره‌ای اصول مسلم حقوق کیفری یا آثار آن‌ها، در قبال متهمان به ارتکاب فساد اداری، در راستای تأمین امنیت و سالم‌سازی اداری و ارجحیت‌بخشی دغدغه «امنیت» بر دغدغه «عدالت» بوده است.

۲. علی جعفری، پیشگیری از تطهیر سرمایه‌های نامشروع در حقوق داخلی و استناد بین‌المللی، پایان‌نامه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۳. همچنین در خصوص جایگاه و چگونگی جبران خسارت از قربانیان اشتباہات قضایی ن.ک: مجید مرادی، خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در حقوق ایران و استناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹

می‌شود. خصوصاً در جوامع توتالیتر (اقتدارگرای فرآگیر) و اتوریتر (اقتدارگرای)^۱ و کشورهایی که قواعد حقوق بشری در قوانین آن‌ها چندان مورد توجه قرار نگرفته است، این جایه‌جایی می‌تواند بسترساز آسیب‌های جدی به حقوق شهروندی مردم باشد. اعمال این روش در این‌گونه جوامع، نوعی احساس اضطراب و نگرانی ایجاد می‌نماید، به گونه‌ای که امکان فعالیت‌های اقتصادی مشروع را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. در مجموع، امکان پذیرش «جایه‌جایی بار اثبات دلیل» در پرتو «امنیت‌گرایی در بزه پول‌شویی» با وجود شرایطی میسر خواهد بود:

- ۱- در جوامع دارای حکومت‌های دموکراتیک و شهروندمدار باشد، نه توتالیتر و اقتدارگرای.
- ۲- «جایه‌جایی بار اثبات دلیل»، امری استثنایی و محدود به موارد ضروری و امنیتی مهم نظیر پول‌شویی از نوع سازمان‌یافته و خصوصاً فراملی باشد.

۱. در جوامعی که حکومت آن‌ها، «قدرت تام دولت» را بهمایه اصل مسلم جهت اداره امور جامعه در نظر انگاشته و مردم (جامعه مدنی) هیچ‌گونه جایگاه حقوقی و مداخله عملی در سیاست‌گذاری و مدیریت امور اجتماعی ندارند، با نظام اقتدارگرای فرآگیر (توتالیتر - تمامیت‌خواه) که مدل کاملاً دولتی است وجود دارد. حاکمیت به هرگونه رفتار فاصله‌گیر از هنجارهای سیاسی - اجتماعی حاکم (هنجارگریزی) و لو انحراف که مفهوم جامعه‌شناختی است، به عنوان جرم، پاسخ می‌دهد و اصل قانون‌مندی در این جوامع همواره در معرض تهدید است و نمی‌تواند وسیله‌ای جهت جلوگیری از سرکوب‌های بی حد و مرز دولت در تأمین امنیت باشد. رویکرد «اقتدارگرایی» به استفاده از ابزارهای سرکوب به عنوان وسیله تأمین نظم و امنیت در جامعه تأکید می‌کند. نظام‌های «توتالیتر» به عنوان نمونه افراطی نظام‌های «اتوریتر» یا «اقتدارگرای» بوده و در آن‌ها، میان مفاهیم «بزه» و «انحراف»، تفکیکی صورت نپذیرفته و آن‌ها در صدد ایجاد یک جامعه «متحدالشکل» و «متحدالفکر» با الگوی دولتی بوده و سیاست جنایی حاکم در آن‌ها، در مفهوم مضيق سیاست جنایی - یعنی «سیاست کیفری» - قابل ملاحظه است. جهت کسب اطلاعات بیشتر در این خصوص ن.ک: میری دلماس - مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست‌جنایی، برگردان علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، جلد نخست، میزان ۱۳۸۱، صص ۲۱۲ - ۲۰۸؛ عبدالله پورملکی، پیشین، صص ۲۵ - ۲۴؛ مرادی، نقش پلیس ... پیشین، صص ۱۲۶ - ۱۰۵)

- ۳- شفافسازی فرایند عملی خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه؛ زیرا چنانچه متهم بتواند مشروعیت اموال خود را اثبات نماید، باید به طریق مقتضی^۱ از او جبران خسارت به عمل آید.
- ۴- فراهم‌سازی امکانات لازم اجرایی، بهمنظور حمایت عملی از «حق دفاع متهمان»، نظیر الزام دادگاه به انجام استعلاماتی به نفع و تقاضای متهم، احضار شهودی به نفع متهم و ...^۲.
- دادگاه اروپایی حقوق بشر، بهمنظور «معکوس‌نمودن بار اثبات دلیل» در ارتباط با برخی جرایم مهم، قبود و شروطی را بیان داشته است. از جمله:
- الف - قانونمند نمودن «جابه‌جایی بار اثبات دلیل» و عدم رهانیدن آن به عرف قضایی یا پلیسی.
- ب - استثنایی و محدودبودن به موارد خاص منصوص، در پرتو شفافسازی و ابهام‌زدایی از قانون و نیز، تحدید جابه‌جایی یادشده با قبود و شروط منطقی.
- ج - تلقی «معکوس‌سازی بار اثبات دلیل» و جانشینی «اماره مجرمیت^۳» به جای آن، بسان اماره‌ای نسبی که قابلیت اثبات خلاف آن وجود دارد.
- د - عادلانه و منصفانه بودن نتایج حاصل از سازوکار معکوس‌سازی.^۱ در واقع، با منقلب‌سازی یکی از آثار «اصل برائت» و استقرار «اماره یا فرض مجرمیت» به جای

۱. راهکار صحیح و منطبق با استناد حقوق بشری و موازن حقوق شهروندی در این خصوص، تأسیس نهادی حمایت‌محور تحت عنوان «کلینیک‌های خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه» یا به عبارتی، «مراکز ترمیم و بازتوانی روحی، روانی - اجتماعی متهمان و محکومان بی‌گناه» است که بهمنظور اجرا و تسريع در فرایند خسارت‌زدایی از این افراد و همچنین، تسهیل امکان احراق حقوق آنان تأسیس می‌شوند و محور اساسی عملکرد خویش را بر اجرای «اصل فردی‌سازی خسارت‌زدایی» و جبران و ترمیم کلیه خسارات، بهویژه خسارات معنوی و روانی - عاطفی وارد بر این دسته از افراد قرار نهاده و نقش‌آفرینی خود را منحصر به این دسته از افراد نمی‌نمایند بلکه در زمینه تسکین درد‌های خانواده متهمان و محکومان بی‌گناه نیز می‌توانند نقش مؤثری داشته باشند. (جهت کسب اطلاعات بیشتر ن.ک: مجید مرادی، خسارت‌زدایی از متهمان ...، صص ۲۱۳ - ۱۸۷)

۲. همان، صص ۱۳۴ - ۱۳۲

آن، به جهت نهادن بار اثبات دلیل بر دوش متهم، باید امکان دفاع و اثبات خلاف مجرمیت وجود داشته باشد و همان‌گونه که در جرایم عادی، بار اثبات بر دوش دادستان (صرف‌نظر از شاکی و مدعی خصوصی) است و او باید در مقام اثبات بزهکاری متهم، دلایل له و عليه او را جمع‌آوری نماید، در این موارد استثنایی نیز هرچند «فرض مجرمیت» مستقر می‌شود و بار اثبات خلاف آن، بر دوش متهم است، دادستان یا مقام قضایی نیز باید در جهت کسب دلایل له و عليه او، اقدامات مناسب را به عمل آورد.

در صورت فقدان این شرط، ولو سه شرط پیش‌گفته موجود باشد، معکوس‌سازی میسر نیست. عنایت دادگاه اروپایی حقوق بشر نسبت به این شرط، حاکی از دغدغه دادگاه مذکور در پایمال‌شدن حقوق متهم، تحت پوشش فرایند معکوس‌سازی بار اثبات دلیل است.^۱ به عبارتی، به موازات معکوس‌سازی بار اثبات دلیل و نهادن آن بر دوش متهم (گُنش‌محوری متهم در مقام اثبات مشروعیت منشأ اموال مشکوك خویش)، باز هم تکلیف گُنشی دادستان، مبنی بر تلاش در جهت کشف حقیقت، از او ساقط نمی‌شود.

انجمن بین‌المللی حقوق جزا، در کنگره بین‌المللی حقوق جزا راجع به «نظام کیفری در برابر چالش جرم سازمان‌یافته»، در سایه عنایت به توسعه ارتباطات و وسائل تجاری بهمتابه عاملی مهم در سوق‌دهی جرایم به سمت فرامی‌شدن، به موازات ضرورت تأمین امنیت اقتصادی در جامعه، معکوس‌سازی بار اثبات دلیل را، در مواردی که دادگاه در حین رسیدگی خویش، دخیل‌بودن مؤسسه‌ای را در ارتکاب جرمی سازمان‌یافته محرز ببیند، پذیرفته و بیان داشته است که دادگاه می‌تواند اموال مربوط به فعالیت‌های آن مؤسسه را مصادره نماید مگر آنکه صاحب

۱. علی قربانی، بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه، رساله دوره دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، صص

۱۸۳ - ۱۸۴

۲. همان، ص ۲۶۴

آن اثبات نماید که آن‌ها را از راههای قانونی به دست آورده است.^۱ تقریباً در اکثر نظامهای حقوقی، در خصوص مسئله «معکوس‌سازی بار اقامه دلیل» در بزه پولشویی، رویه عملی به سمت و سوی پذیرش آن در حرکت بوده و بار اثبات عدم تحصیل اموال و عوائد مزبور از راههای نامشروع، بر دوش متهم نهاده شده است.^۲ این مسئله هرچند در نگاه اول با «اصل برائت»، مباین به نظر می‌رسد، لیکن عامل آن، در دشواری اثبات عدم مشروعیت منشأ اموال برای دادستان، قابل ملاحظه است. لذا با توجه به اینکه معکوس‌سازی بار اثبات در این موارد، موافق اوضاع و احوال است، به نظر می‌رسد مباینتی با اصل برائت وجود نداشته باشد،^۳ تا جایی که برخی در جهت رهایی از مشکل شناسایی عوائد حاصل از جرم و کشف پولشویی ناشی از آن بیان داشته‌اند: «قانونگذاری در راستای جرم‌انگاری پولشویی و مصادره

۱۴۶

۱۴۵ / پیکره ۵ - آنکه چه

۱. اصغر عباسی، بررسی مساعی بین‌المللی در زمینه جرم پولشویی و روکرد نظام حقوقی ایران در قبال آن، رساله دکتری حقوق جزا و جرمنشاسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، صص ۱۴۰ - ۱۳۷

۲. در نظام قضایی فرانسه نیز، اثبات «قصد مجرمانه فاعل و مباشر بزه پولشویی» در قالب اثبات شناخت و آگاهی او از منشأ اموال بازیابی شده، یک چالش محسوب می‌شود. البته دلیل سوءیت «تطهیرکننده» نه فقط از آگاهی که نسبت به عمل خود دارد، بلکه از اطلاع او در مورد منشأ متنقلبانه سرمایه‌(وجوه) نیز استنباط می‌شود. بند ۱ ماده ۳۹ - ۲۲۲ قانون ۱۳ مه ۱۹۹۶ فرانسه مقرر می‌دارد: «اگر شخصی نتواند منشأ متابع مالی منطبق با طرز و سطح زندگی خود را، در عین داشتن روابط معمولی با یک یا چند نفر که مواد مخدر مصرف می‌نمایند یا در خرید و فروش مواد مخدر دست دارند یا سرمایه‌های نامشروع را تطهیر می‌نمایند، توجیه کند به پنج سال حبس و پانصد هزار فرانک جریمه محکوم خواهد شد»

بدین ترتیب، این مقررات، شکلی از اماره مجرمیت را ایجاد می‌نمایند که هدف آن، تعقیب و کیفر کسانی است که به طور نامرئی و بدون انجام کار خاصی، از پول و درآمد حاصل از فعالیت قاچاقچیان مواد مخدر و تطهیرکنندگان سرمایه‌ها و به طور کلی، کسانی که در بازار غیرقانونی مواد مخدر فعال هستند، سود می‌برند. تطهیر پول، نقطه ضعف سازمان‌های مجرمانه است و بهترین وسیله برای تعقیب و کیفر این قبیل سازمان‌ها، مبارزه بر ضد این شکل از بزهکاری است. تسهیل تحصیل دلیل اثبات آن، بدون آنکه به آزادی‌های فردی شهروندان شرافتمند در این زمینه لطمه‌ای وارد شود، ضروری است. ن.ک: ژاک بوریکان، بزهکاری سازمان بافته در حقوق کیفری فرانسه، پیشین،

صفحه ۳۲۹ - ۳۲۷

۳. رحمدل، پیشین، ص ۱۹۷

اموال و عوائد حاصله از جرم، موفقیت‌آمیز نخواهد بود مگر آنکه دولت از بار اثبات آن معاف شود».^۱

در قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲، اصول اولیه حاکم بر تحصیل دلیل، استمرار یافته و بار اقامه دلیل و تعديل آثار اجرایی اصل برائت پذیرفته نشده است و پولشویی فقط به مواردی محصور شده است که نامشروع بودن سرمایه‌ها و اموال، قطعی باشد. در خصوص اموال مشکوک، حتی به فرض وجود اماره قضایی دال بر نامشروع بودن منشأ این اموال، این مقام تعقیب است که باید ثابت نماید اموال متهم از ارتکاب جرم اصلی تحصیل شده است تا امکان محاکومیت وی و مصادره اموالش وجود داشته باشد. حال آنکه در اکثر کشورهایی که قانون مبارزه با پولشویی را تصویب و اجرا نموده‌اند نظیر فرانسه^۲، در صورت مشکوک بودن معامله‌یا بالغ شدن آن بر حد نصاب قانونی، دادگاه می‌تواند حکم به عدم مشروعیت منشأ این اموال صادر نماید مگر آنکه متهم بتواند مشروعیت منشأ این اموال را اثبات نماید که در این صورت اموال مذکور از مصادره در امان خواهد بود.^۳ ایران با اینکه تمامی کنوانسیون‌های جدید‌التصویب را که در آن‌ها سخن از معکوس‌سازی بار اثبات دلیل به میان آمد، امضا و برخی از آن‌ها را تصویب نموده است، با اخذ حق شرط نسبت به این قبیل کنوانسیون‌ها و عدم تسری تمامی مندرجات آن‌ها به قوانین داخلی خود، تدبیری تحت عنوان «معکوس‌شدن بار اثبات دلیل» را در

۱. عباسی، پیشین، ص ۲۶۵

۲. جابه‌حالی بار اثبات دلیل در جرم پولشویی، در حقوق فرانسه پیش‌بینی شده است. در فرانسه به موجب قانون ۱۲ ژوئیه سال ۱۹۹۰ برای نخستین بار همکاری مؤسسات مالی فقط برای شناسایی و کشف عملیات تطهیر پول‌های ناشی از جرائم مواد مخدر احباری شده است. به موجب این قانون، بانک‌ها مکلف شدند در صورت وجود سوءظن نسبت به یکی از مشتریان بانک، با اعلام کتبی، مقامات صلاحیت‌دار را مطلع نمایند. متعاقباً با تصویب قانون ضد فساد در ژانویه ۱۹۹۳ میلادی، قلمرو اعمال این تکلیف برای مؤسسات مالی به جرائم سازمان‌بافته نیز گسترش یافت، اما اثبات عدم علم تطهیر‌کننده پول از نامشروع بودن منشأ پولی که در بانک سرمایه‌گذاری یا تبدیل می‌کند، شرط عدم تحقق جرم است. ن.ک: محمد صالح ولیدی، حقوق کیفری اقتصادی، میزان، ۱۳۸۶، صص ۲۸۵ - ۲۸۶

۳. همان، ص ۲۶۶

قوانين داخلی خود به رسمیت نشناخته است.^۱ به نظر می‌رسد علت آنکه در نظام بین‌المللی نسبت به جرایم پول‌شویی، تروریسم و جرایم سازمان‌یافته، صریحاً و به‌سهولت، امکان جابه‌جایی بار اثبات دلیل و نهادن آن بر دوش متهم (فرض مجرمیت) پذیرفته شده است، در مسئله تفاوت مفهومی و ارزشی که میان «اصل برائت» و «فرض برائت» در نظام حقوقی اسلام و به تبع آن ایران وجود دارد قابل درک باشد. در این نظام‌ها، از برائت، اصل می‌سازند، در حالی‌که در نظام‌های حقوقی غربی، از آن «فرض» می‌سازند زیرا در نظام بین‌المللی، فرض را به‌راحتی به کناری نهاده‌اند ولی در نظام حقوقی اسلام، به‌راحتی نمی‌شود از اصل چشم‌پوشی کرد و نیاز به دلیل دارد. قانون ایران نیز در همین جهت بوده است و جابه‌جایی بار اثبات دلیل را نپذیرفته است. با وجود این، با عنایت به اینکه ایران نیز اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی را امضا نموده، تعهد بین‌المللی برای او ایجاد شده است و باید همگام با این اسناد و کنوانسیون‌ها، قوانین داخلی را اصلاح کند. منتهی باید مواظب بود که «فرض مجرمیت» با آن گستردگی مفهومی، وارد نظام حقوقی ایران نشود و صرفاً به‌متایه استثناء، در قانون پیش‌بینی شود.^۲

در هر صورت، در حقوق ایران، در ارتباط با پیشگیری و مبارزه با پدیده پول‌شویی باید قائل به لزوم اثبات ادعا از طرف مدعی (حسب مورد، دادستان یا شاکی خصوصی) شد زیرا اصل برائت به نحو مذکور در اصل ۳۷ قانون اساسی که ناظر به امور کیفری است و نیز ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی که ناظر به امور مدنی است، متهم یا خوانده را بی‌نیاز از اثبات کرده است.^۳ در پرتو عنایت تقنینی به اصل صحت معاملات تجاری، اثبات خلاف این اصل و آلوده‌بودن معامله به پدیده

۱. قدیری بهرام‌آبادی، پیشین، ص ۱۱۸

۲. آزمایش، پیشین، ص ۵

۳. رحمدل، پیشین، صص ۱۷۴ - ۱۷۳. طبق ماده ۱ قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶: «اصل بر صحت و اصالت معاملات تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت است مگر بر اساس مفاد این قانون، خلاف آن به اثبات برسد. استیلای اشخاص بر اموال و دارایی، اگر توأم با ادعای مالکیت شود، دال بر ملکیت است». این ماده، در واقع از قاعده عام حقوق مدنی و صحیح‌دانستن معاملات تجاری افراد مذکور در ماده ۲۲۲ قانون مدنی تبعیت نموده است. همچنین ن.ک: ماده ۲ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی

پولشویی با دادستان است.^۱ به عبارت دیگر، سخن از «معکوس‌سازی بار اثبات دلیل» در نظام حقوقی ایران آسان نیست، به جهت اینکه در اصل ۳۷ قانون اساسی به جای اصطلاح «فرض برائت»، از عبارت «اصل برائت» استفاده شده است و اعتبار «فرض برائت» ضعیفتر از «اصل برائت» است و با قرینه مخالف کنار می‌رود، در حالی که «اصل برائت» فقط با دلیل مخالف کنار می‌رود.^۲ با وجود این، تعدیل آثار ناشی از رعایت اصل برائت و معکوس‌سازی بار اقامه دلیل، در برخی از جرایم و به عبارتی، صرفاً در خصوص جرایم سنّتی، آن‌هم به طور استثنایی پذیرفته شده است، هرچند رویکرد قانونگذار ایرانی در خصوص جرایم سازمان‌یافته به طور اعم و تطهیر و پولشویی به طور اخص، متفاوت از شیوه‌های اتخاذی در بُعد بین‌المللی و ملی کشورهای دیگر است. البته سرگردانی مقتن ایرانی در اتخاذ رویه‌ای واحد و اصولی در سیاست‌جنایی در قبال جرایم مختلف، به‌وضوح به چشم می‌خورد، به‌گونه‌ای که در پاره‌ای از جرایم کم اهمیت نظیر استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره یا در جرایم امنیتی داخلی (سیاسی)، امنیت‌گرایی را طریق خویش قرار داده

۱. عبدالعلی نظافتیان، *شرحی بر قانون مبارزه با پولشویی، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی* (فصلنامه معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، ش ۱۳۸۷، ۱۳، ص ۱۰۱
۲. علی آزمایش، *تفسیرات درس حقوق کیفری عمومی*، به نقل از: رحمدل، پیشین، ۱۹۷. البته در مورد اصطلاح «اصل برائت»، یکی از استادان حقوق کیفری معتقد است که «اصل برائت همان فرض برائت است که از حقوق غربی اقتباس شده و با توجه به اینکه در فقه اسلامی هم از اصل برائت به عنوان یکی از اصول عملیه صحبت شده و این اصل فقهی برای جامعه حقوقی ما آشنا بوده، در حقوق ایران از همان آغاز به‌جای اصطلاح «فرض برائت»، از اصطلاح «اصل برائت» استفاده شده و الا «اصل برائت عرفی» با «فرض برائت» تفاوتی ندارد و نمی‌توان گفت که اصل برائت، تنها با دلیل از بین می‌رود زیرا اگر قاضی را مکلف بدانیم که فقط با دلیل، اصل برائت را کنار بگذارد، با توجه به اینکه دلایل جنبه احصائی دارند، با مشکل مواجه می‌شویم. (محمدآشوری، *تفسیرات درس آینین دادرسی کیفری*، به نقل از: رحمدل، پیشین، ۱۹۸) برخی نیز معتقدند از آنجا که اماره امری است که از لحاظ اثباتی، پایین‌تر و خفیفتر از فرض و اصل است، این امر، استثنایی و خاص‌بودن آن را نشان می‌دهد و در نتیجه چنین بیان داشته‌اند: «پذیرش اماره مجرمیت در جرایم سازمان‌یافته و جرم پولشویی، صرفاً استثنایی بر «اصل» یا فرض برائت بوده که در این جرایم، این اصل را تخصیص زده و تقدم این اماره بر فرض (اصل) را نمی‌توان از آن استنباط نمود. ن.ک: احمد، باقرزاده، مطالعه تطبیقی پولشویی در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی، میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۵۵

است. لیکن در مورد پولشویی و امثال‌هم، اصل برائت را بالاتر می‌بیند. هرچند در آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی، رگه‌هایی از امنیت‌گرایی به چشم می‌خورد و به نظر می‌رسد در این قانون، دچار یک گام به جلو و دو گام به عقب شده است و مشخص نکرده که سرانجام می‌خواهد امنیت‌گرایی کند یا کرامت‌محوری.

کمرنگ‌سازی برخی از آثار اصل برائت بهمثابه بنیادی‌ترین اصل حاکم بر فرایند تحصیل دلیل، از مسیر «معکوس‌سازی بار اثبات دلیل»، باید به‌گونه‌ای باشد که در عین بقای اصل برائت، تنها از برخی از آثار و نتایج ناشی از این اصل، نظیر حق سکوت متهم، تکلیف مقام تعقیب به اثبات جرم و ... عدول شود. چنانچه این جابه‌جایی به شیوه‌ای صحیح اجرا شده و بهمثابه تدبیر یکی از آثار اصل برائت تلقیشود، در چارچوب عنوانی بیش از تسهیل تحصیل دلیل برای مقام تعقیب نخواهد گنجید و بهمثابه تدبیری جهت متزلزل ساختن نسبی موقعیت دفاعی متهمان، به جهت درماندگی واضعین اسناد بین‌المللی در مبارزه با جرم پولشویی و امثال آن، انگاشته خواهد شد. این شیوه ناشی از فشار صاحب‌نظران در افتراقی‌سازی تحصیل دلیل در جرم پولشویی بوده و واضعین اسناد بین‌المللی در واکنش و پاسخ به این فشارها بوده است که رویکردهای مذبور را پیشنهاد داده‌اند. البته رویکردهای مذبور صرفاً جنبه ارشادی داشته، شکننده بوده و ضمانت اجرایی ندارد و در نهایت، صلاحیت پذیرش یا عدم پذیرش آن نیز، به خود دولتها و اگذار شده است. در این خصوص بیان شده است: «چنانچه وضع کنندگان اسناد بین‌المللی بر آن بوده‌اند که با این تصمیم‌سازی، ذره‌ای بر اصل برائت تأثیر سوء گذاشته و برخی از آثار آن را تحت الشعاع قرار دهند، باید در همینجا به این رویکرد، پایان دهند.^۱

به عبارت دیگر، در دو سه‌دهه اخیر، روند رو به رشدی از معکوس‌سازی بار اثبات دلیل و تحت الشعاع قرار گرفتن برخی حقوق اساسی متهم و افزایش بیش از پیش

۱. قدیری بهرام‌آبادی، پیشین، صص ۱۳۶-۱۳۵

اختیارات مقامات و دستاندرکاران قضایی به چشم می‌خورد. آنقدر در این خصوص زیاده‌روی شده که به‌زعم برخی، در این قبیل جرایم، «اماره مجرمیت»، جایگزین «اصل برائت» شده است. ممکن است این امر، زنگ خطری برای مخدوش‌سازی و نهایتاً نادیده‌انگاشتن این اصل باشد. از این‌رو باید به مخالفت با چنین راهکاری برخاست و به فتح باب تضییع حقوق متهمان، ولو به بهانه حفظ امنیت جامعه، مُهر خاتمه کویید. قانونگذاران داخلی و واضعین اسناد بین‌المللی به جای آنکه از طریق استفاده از «راه میان‌بر» و «بازی با کلمات»، خود را به خواب غفلت زده، سر و صدایها را بنشانند و با کوتنه‌نگری از کنار موضوع بگذرند، باید واقع‌بینانه به قضیه نگریسته و تدبیر و راهکارهایی محکم، معقول و متعارف جهت مبارزه با این قبیل جرایم برگزینند. اگر تعبیر صحیح و منطبق با اصول از معکوس شدن بار اثبات دلیل، صورت گیرد، به‌گونه‌ای که صرفاً نوعی «تسهیل تحصیل دلیل» تلقی شود و با توجه به قواعد حاکم بر تحصیل دلیل، اعمال شود، ادامه رسیدگی صحیح، امکان‌پذیر خواهد بود و افراط و تفریط در این زمینه رخ نخواهد داد. هرچند در این نگرش باید به مخدوش شدن برخی آثار اصل برائت، نظیر دخل و تصرف در حق سکوت متهم و نیز الزام وی به اثبات بی‌گناهی خود صحه گذاشت، اگر منظور قانونگذار از این ترفند، «دورزدن متهمان» و بریدن سر آن‌ها با پنبه باشد، باید بیان داشت که فاجعه‌ای عظیم در حال رخداد است که محل تولد آن، بطن جرایم سازمان یافته و تاریخ آن، یکی دو دهه اخیر و به سرعت رو به رشد است.^۱

نتیجه

قانون مبارزه با پولشویی در ایران با کاستی‌هایی روبروست. مطلق‌گرایی مقتنی ایرانی در نگاه تقیینی خویش نسبت به اعمال اصل برائت در قانون مبارزه با پولشویی، بهموزات عدم تفکیک میان پولشویی ساده و مشدد (دارای وصف سازمان‌یافتگی و فراملی)، امری قابل تأمیل است.^۱ هرچند پایبندی به اصل برائت و آثار آن، تضمین‌گر حقوق و آزادی‌های فردی و حاکمیت موازین دادرسی عادلانه، حتی در برابر اشکال نوین بزهکاری نظیر جرم پولشویی، خصوصاً در شکل سازمان‌یافته و فراملی آن است و امری ستودنی است^۲، نباید فراموش کرد که عموم رفتارهای بزهکارانه سازمان‌یافته، بهویژه یکی از مهم‌ترین اشکال و مظاهر آن، یعنی «پولشویی مشدد»، ماهیتاً و به اقتضای ذات و سرشت خاص خود، به‌گونه‌ای ارتکاب می‌یابد که برای شناسایی و مبارزه با آن، بهره‌برداری از شیوه‌های سنتی کشف و اثبات بزه، افاده مقصود نمی‌نماید. این جرایم که مبتنی بر پنهان‌کاری و عدم اقرار و عدم همکاری مرتكبین است و در عین حال، وجود آن در هر جامعه‌ای برای اقتصاد آن جامعه از هر حیث مضر است و معمولاً در پی ارتکاب گونه‌های مختلف فساد اداری از ناحیه بزهکاران یقه‌سفید، به‌وقوع می‌پیوندد، به حق باید به عنوان یکی از مجاری استثنایی «جایه‌جایی بار اثبات دلیل» مدنظر قرار گیرد. اما

۱۵۲

فصل هشتم / پنجم / هفدهم

۱. بهموجب ماد ۱ - ۳۲۴ تا ۳۲۴ قانون جدید جزای فرانسه، در نظام حقوقی فرانسه، پولشویی به دو دسته پولشویی ساده و مشدد تقسیم‌بندی و مورد کیفرانگاری قرار گرفته است.
۲. اصل بی‌گناهی به معنای اعطای مصنوبیت عمومی به افراد جامعه است که از تعرضات و ادعاهای بی‌دلیل اشخاص و هر نوع تعریض غیرقانونی در امان و محفوظ باشند تا در جامعه‌ای که به آن تعلق دارند، احساس امنیت و آزادی داشته باشند. هرچند در نظام‌های نوین دادرسی، در مقایسه با نظام‌های سنتی حقوق جزا، در سایه عنایت به این اصل اساسی که «احساس امنیت و آرامش شهرورندان، بزرگترین مصنوبیت برای قوای حاکم محسوب می‌شود»، سعی در تعادل‌بخشی به کارکردهای اجتماعی نهادهای عمومی دست‌اندرکار برقراری نظم عمومی و امنیت اجتماعی از جمله قوای مجریه، مقتنه و قضائیه و بهویژه نیروهای انتظامی شده و اصولی همچون اصل تساوی سلاح‌ها پیش‌بینی شده است لیکن باید توجه کافی داشت که آنچه مهم است ایجاد تعادل و توازن پایدار میان دو مقوله نظم عمومی و امنیت اجتماعی با حقوق شهرورندی است و چنانچه ترازمندی یادشده در بُرهه‌ای از زمان، خدشه‌دار شد، تلاش در مسیر اعاده این ترازمندی و تعادل، امری بایسته و لازم است. ن.ک: شاملو، پیشین، ص ۲۸۱

موارد اعمال این سازوکار باید به قیود و شرایط قانونی و نیز احتیاطهای فراوان برگرفته از نظام حقوق بشر، محدود شود تا محاکم فقط در چارچوب تعیین شده، امکان معکوس نمودن «بار اثبات دلیل» را داشته باشند. در غیر این صورت، چه بسا اعمال نادرست و بی‌قید و شرط چنین سازوکاری که خود محصول رجحان گزینه «نظم عمومی» بر گزینه «حقوق و آزادی‌های فردی» است، موجبات سوء بهره‌برداری حاکمیت را فراهم آورد تا به بهانه تأمین منافع جامعه و برقراری نظم عمومی، حقوق طبیعی و اولیه افراد را مورد تعدی و تجاوز قرار دهد؛ به این ترتیب که با محدود نمودن اعمال چنین سازوکاری - فقط به مواردی که تأمین مصالح عالیه جامعه اقتضا می‌کند - امکان تعدی به حقوق فردی شهروندان به حداقل ممکن تنزل یابد. از این جهت، بهتر بود قانونگذار ایران نیز در قانون مبارزه با پولشویی، به این مسئله توجه کافی مبذول می‌داشت. در راستای حصول به مبارزه‌ای منسجم و کارآمد با پدیده پولشویی، اصلاح نواقص و کاستی‌هایی در قانون مبارزه با پولشویی ضروری به نظر می‌رسد. تفکیک تقنیتی میان «پولشویی ساده و مشدد» و تشديد کیفر «پولشویی سازمان‌یافته و مشدد» که توسط باندهای تبهکاری ارتکاب می‌یابد، همچنین، «جایه‌جایی بار اثبات دلیل» در موارد پولشویی مشدد، در سایه رعایت اصل قانونی بودن و تضمین دیگر اصول دادرسی عادلانه امری است که می‌تواند در ایجاد تعادل میان دو مقوله ضرورت «تأمین امنیت عمومی» و «حقوق شهروندی» مؤثر افتد.

در اسناد و مقررات بین‌المللی و نیز حقوق داخلی برخی کشورها، در پی نرخ رو به رشد بزهکاری سازمان‌یافته و خطرناکی بزهکاران، اصل برائت به عنوان یک اصل اولیه فاقد استثناء، با چالش‌ها و تعدیل‌هایی مواجه شده است. لازم است قانونگذار با نگاهی مجدد به وصف سازمان‌یافته‌گی جرایم، بهویژه بزه پولشویی با بعد فرامی، وصف یادشده را عاملی جهت تشديد کیفر این نوع جرایم شمرده و علی‌رغم حاکمیت اصل برائت در موارد مشکوک، در پرونده‌هایی که متهم، درآمدها و سرمایه‌های مظنونی را به دست آورده، به ظاهر حال نیز توجه کرده و در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر را به سبب غیرعادی بودن روش تحصیل مال و حکایت آن از

تحصیل اموال از طریق نامشروع، مقدم داشته و با جابه‌جایی اماره برائت و اماره مجرمیت، از وی تقاضای ارائه دلیل پاکبودن سرمایه‌های مذکور نماید.^۱ همچنین توجه اساسی به مقوله پیشگیری از جرایم منشأ و پیشگیری از پولشویی امری است که باید به نحو دقیق‌تری مورد توجه دست‌اندرکاران سیاست‌جنایی کشور ایران قرار گیرد. قانونگذار فرانسه، همگام با اسناد بین‌المللی، جابه‌جایی بار اثبات دلیل را پذیرفته است. «جابه‌جایی بار اثبات دلیل»، صرفاً به عنوان نادیده‌انگاشتن یکی از آثار اصل برائت و نه لزوماً نفی یا عدول از اصل برائت و نیز عدول از قواعد رازداری بانکی و ... چنانچه به عنوان یک استثنای مصرح در قانون و محدود به موارد ارتکاب به نحو سازمان‌یافته و فرامی باشد و حدود و شعور آن، تعیین شده باشد، تعارضی با موازین دادرسی عادلانه در جوامع دموکراتیک و مردم‌دار ندارد، به گونه‌ای که حالت استثنایی به عنوان یک «فرض قانونی»، به صورت تلویحی در پاره‌ای قوانین کیفری از جمله ماده ۳۵ ق.آ.د.د.ع.ا. در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ پذیرفته شده است.

۱۵۴

۱. علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، محمد جعفر حبیب‌زاده، محمد ابراهیم شمس‌ناتری، جرم سازمان‌یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا، نشریه مدرس، ش ۴، ۱۳۷۹، ص ۷۱ - ۷۰ همچنین، قانون مبارزه با پولشویی، در خصوص وضعیت تقنینی عناوین «شرکت» و «معاونت» و نیز «شروع به جرم پولشویی» و چگونگی اقدام به هنگام وجود کیفیات مخفقه یا معاف‌کننده در مرتکبین پولشویی مسکوت است. شفافسازی در این مسیر می‌تواند راه را بر تفاسیر احتمالی حقوق‌دانان بیندد. با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ نیز با عنایت به مفاد ماده ۱۲۲ این قانون، همچون قانون مبارزه با پولشویی، شروع به جرم پولشویی، جرم‌انگاری نشده است. اما به موجب ماده ۶ - ۳۲۴ قانون جدید جزای فرانسه، در نظام حقوقی این کشور، شروع به جرم پولشویی، مورد جرم‌انگاری و کیفرانگاری قرار گرفته است.

فهرست منابع:

الف) فارسی

- آزمایش، سیدعلی، تقریرات درس حقوق کیفری، دوره کلاس‌های آزاد، سال تحصیلی ۱۳۹۱.
- آشوری، محمد، اصل برائت و آثار آن در امور کیفری(مطالعه تطبیقی)، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲۹، ۱۳۸۲.
- آقابابایی، حسین، قلمرو امنیت در حقوق کیفری، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.
- باقرزاده، احمد، مطالعه تطبیقی پولشویی در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی، میزان، ۱۳۸۶.
- بوریکان، ژاک، بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۲ - ۲۱ - ۷۷ - ۱۳۷۶.
- بیگزاده، جلال، موارد عدول از دادرسی عادلانه در حقوق کیفری ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، ۱۳۸۴.
- پاکنهاد، امیر، سیاست‌جنایی ریسک‌مدار، میزان، ۱۳۸۸.
- تی‌کولن، فرانسیس، جنرو، پل، از ایدئولوژی هیچ چیز مؤثر نیست تا جنبش احیای بازپروری، ترجمه حسن قاسمی مقدم، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۸، ۱۳۸۷.
- جعفری، علی، پیشگیری از تطهیر سرمایه‌های نامشروع در حقوق داخلی و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- جوانمرد، بهروز، تسامح صفر در حقوق کیفری آمریکا، روزنامه شرق، ش ۹۰۶، تیر ۱۳۸۶.
- جوانمرد، بهروز، تسامح صفر: سیاست‌کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرائم خرد، میزان، ۱۳۸۸.

- حردانی، عباس، بررسی تطبیقی مسائل حقوقی پولشویی در حقوق ایران و مقایسه آن با اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۸۴.
- حسینی، مینا، مفهوم جرم پولشویی و اثر آن بر نظام اقتصادی از دیدگاه حقوق اقتصادی، مجله دادگستری، ش ۲۹، ۱۳۸۷.
- خمامی‌زاده، فرهاد، مبارزه با پولشویی در بانک‌ها و مؤسسات مالی؛ نگاهی به قانون ضد تزوریسم ایالات متحده آمریکا، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۹، ۱۳۸۲.
- دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست‌جنایی، برگردان علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، جلد نخست، میزان، ۱۳۸۱.
- دلماس‌مارتی، مری، پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی؟، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، تازه‌های علوم جنایی، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، ۱۳۸۸.
- رحمدل، منصور، مال و عوائد حاصله از جرم و معکوس شدن بار اثبات، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۲، سال ۱۳۸۵.
- رسن، جفری، نگاهی به (سیاست) تسامح صفر، ترجمه جلال‌الدین قیاسی، مجله فقه و حقوق، شماره ۴، سال ۱۳۸۴.
- ساقیان، محمد مهدی، اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)، مجله حقوقی دادگستری، ش ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵.
- شاملو، باقر، اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی، مجموعه مقالات علوم جنایی اهدایی به دکتر محمد آشوری، سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- شمس‌ناتری، محمدبราهمی، اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ش ۱۴، ۱۳۸۴.
- صالح ولیدی، محمد، حقوق کیفری اقتصادی، میزان، ۱۳۸۶.
- صدر توحیدخانه، محمد، حقوق در چنبره دشمن، تازه‌های علوم جنایی، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، ۱۳۸۸.

- صفاری، علی، کیفرشناسی، تحولات، مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی، جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- عالیپور، حسن، بزههای سازمان یافته، امنیت و پلیس، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۴۴، ۱۳۸۹.
- عالیپور، حسن، توازن میان امنیت ملی و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- عبادالله پورملکی، فتاح، بررسی مدل‌های اقتدارگرای سیاست جنایی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸.
- عباسی، اصغر، بررسی مساعی بین‌المللی در زمینه جرم پول‌شویی و رویکرد نظام حقوقی ایران در قبال آن، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- غلامی، حسین، سیاست کیفری سلب توان بزهکاری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۰، ۱۳۸۸.
- فرجیهای، محمد، بازتاب رسانه‌ای جرم، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، ش ۲۲، ۱۳۸۵.
- قدیری بهرام‌آبدی، رشید، تحولات تحصیل دلیل در جرم پول‌شویی با رویکرد به اسناد بین‌المللی، قوانین و مقررات ایران و انگلیس، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- قربانی، علی، بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه، رساله دوره دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- کاشفی اسماعیل‌زاده، حسن، جنبش‌های بازگشت به کیفر در سیاست جنایی کشورهای غربی: علل و جلوه‌ها، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۶ و ۱۵، ۱۳۸۴.
- کوچنژاد، عباس، محدودیت‌های حقوق بشر در اسناد بین‌المللی، نشریه حقوق اساسی، ش ۳، ۱۳۸۳.

- مرادی، مجید، خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹.
- مرادی، مجید، نقش پلیس در ایجاد «تعادل» میان حقوق شهروندی و تأمین امنیت اجتماعی، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، بهمن ۱۳۹۰.
- مرکز مالمیری، احمد، محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۲۶، ۱۳۸۳.
- میرزاوند، فضل‌الله، پول‌شویی به عنوان یک جرم مستقل، نشریه مجلس و پژوهش، ش ۳۷، ۱۳۸۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، درآمدی بر سیاست‌کیفری عوام‌گرا، دیباچه استاد بر ویراست سوم کتاب: درآمدی بر سیاست جنایی، کریستین لازر، برگردان علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، میزان، تابستان ۱۳۹۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی؛ جرم‌شناسی سیاست‌جنایی و تکنیک‌های حقوق کیفری، مباحثی در علوم جنایی، تهیه و تنظیم: لیلا اسدی و بتول پاکزاد، دوره دکتری دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۳-۸۴.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، حبیب‌زاده، محمد جعفر، شمس‌ناتری، محمد ابراهیم، جرم سازمان‌یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا، نشریه مدرس، ش ۴، ۱۳۷۹.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهیه و تنظیم: مهدی صبوری‌پور، ۱۳۸۴.
- نظافتیان، عبدالعلی، شرحی بر قانون مبارزه با پول‌شویی، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی (فصلنامه معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، ش ۱۳، ۱۳۸۷.
- نوربها، رضا، سخنرانی در مراسم بزرگداشت و تجلیل از استاد فرهیخته دکتر محمد هاشمی و دکتر رضا نوربها، دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، ۱۳۸۹.

- یاکوبس، گونتر، حقوق کیفری دشمنان و حقوق کیفری شهروندان، ترجمه محمد
صدر توحیدخانه، تازه‌های علوم جنایی، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، میزان،
.۱۳۸۸.

خسارت تنبیهی در حقوق ایران

عباس قاسمی حامد*

علی خسروی فارسانی**

فهیمه آقابابایی***

چکیده

در حقوق ایران، اصل بر ترمیمی بودن خسارت و اعاده‌ی وضع زیاندیده به حالت سابق است در حقوق داخلی، حکم به پرداخت خسارت تنبیهی، نوعاً مورد پذیرش مراجع قضائی قرار نمی‌گیرد. لیکن، استفاده از راه حل‌های دیگر حقوقی، مانند خسارت‌تاخیرتادیه، وجه‌التزام، جریمه‌اجبار و دیه به عنوان راه حل جایگزین خسارت تنبیهی پذیرفته شده است. اما، هیچ یک از شیوه‌های یادشده، جایگزین واقعی خسارت‌تبیهی نیست. در بعد بین‌المللی و در واکنش به برخی اقدامات کشورهایی که دولت ایران را به پرداخت خسارت تنبیهی محکوم نموده اند، قانونگذار ابتدائی در قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۹ خسارت

* نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دانشجوی دکتری، قاضی دادگستری

*** کارشناس ارشد حقوق اقتصادی

تبیهی را به رسمیت شناخت و نهایتاً در قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۰ آن را تائید قرار کرد.

واژگان کلیدی: خسارت‌تبیهی، رفتار متقابل، مصنونیت قضائی، دعاوی مدنی، دولتهای خارجی.

درآمد

خسارت تنبیهی^۱ مبلغی است که وقتی خوانده از روی بیاحتیاطی و سوءنیت ضررو زیانی به خواهان وارد نماید، با عنوان خسارت تنبیهی به نفع خواهان مورد حکم قرار می‌گیرد.^۲ این مبلغ : «...علاوه بر خسارت ترمیمی به دلیل وقوع عمد یا سوء رفتار خوانده به نفع خواهان رای داده می‌شود.»^۳ به عبارت دیگر، «جایی که رفتار خوانده، عمدی، خود سر، جسورانه و یا از روی بدخواهی باشد دادگاه مقرر می‌کند که او مبلغی را علاوه بر خسارات ترمیمی بپردازد».«^۴

در کامن‌لا، نویسنده‌گان از اصطلاحات و عبارات مختلفی در بیان ماهیت خسارت تنبیهی استفاده کرده‌اند. گروهی خسارت تنبیهی را نوعی ضمانت اجرای مدنی^۵ دانسته‌اند.^۶ بعضی دیگر به کار بردن اصطلاح «خسارت» را برای این مفهوم، درست نمی‌دانند. این گروه معتقدند، پیش بینی عنوان خسارت در این مساله برای فرضی است که جبران خسارت جنبه ترمیمی و نه تنبیهی داشته باشد. بنابراین، گروه یاد شده اصطلاح «جریمه»^۷ را ترجیح داده‌اند.^۸ عده‌ای دیگر خسارت تنبیهی را نوعی تنبیه در دعوای مدنی دانسته‌اند. برخی نویسنده‌گان نیز ماهیتی میان حقوق کیفری و حقوق مدنی برای خسارت تنبیهی قائل شده‌اند.^۹

قانونگذار ایران از عنوان «خسارت تنبیهی» تنها در ماده واحده موضوع «قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی

1. Punitive damages or exemplary damages

2. Black, H. Campbell, **Black's Law Dictionary**, West Publication, 4th ed, London 1968, p.164

۳. رضا مقصودی پاشاکی، "مطالعه تطبیقی وجه‌التراهم"، رساله‌ی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی ، سال تحصیلی ۱۳۸۷-۸۸، ص. ۱۶۲

4. Legal remedies

5. Civil Sanction

6. Curcio , Andrea A., **Painful publicity- an alternative punitive damage sanction**, 1995-1996, p.342. See at : Heinonline.org (10/5/2012)

7. Fine

8. Olson, Theodore, **Some Thoughts on Punitive Damages**, Civil Justice Memo, No. 15, June 1989

9 -Heriot, Gail, **Civilizing Punitive Damages**, Loyala of Los Angles Law review, 1/1/2003, p.1. "A rather sharp distinction is drawn between criminal law, which emphasizes punishment, and civil law"

مدنی علیه دولتهای خارجی» مصوب ۱۳۷۹ و قانون جایگزین آن، مصوب ۱۳۹۰ استفاده نموده است. صدور حکم به پرداخت خسارت تنبیهی در این قوانین، مربوط به دعاوی بین‌المللی و به صورت رفتار متقابل است.

حال، با توجه به عدم تصریح قانونگذار به امکان مطالبه خسارت تنبیهی در حقوق داخلی، آیا بر مبنای قواعد موجود امکان صدور حکم به پرداخت این خسارت در حقوق داخلی ایران وجود دارد؟

در پاسخ به این پرسش گفته شده: «در ماده ۲۲۱ قانون مدنی، خسارات به طور مطلق مورد اشاره واقع شده‌اند و هر چند منظور ماده خسارت قراردادی و ناشی از نقض تعهد است اما به نظر می‌رسد که می‌توان با توجه به این ماده و ماده ۲۲۰ قانون مدنی، قابل شد که عرف و عادت وجود خسارت تنبیهی را برای متعهدی که مرتکب نقض قرارداد همراه با سوءنیت شده لازم می‌داند.»^۱

به نظر می‌رسد، خسارت تنبیهی در حقوق داخلی ما فاقد مبنای صریح قانونی است. بنابراین، آیا پیش بینی این خسارت در نظام حقوقی ما لازم است؟ در مواردی اشخاص به منظور کسب منفعت خود به دیگران، عمداً و با محاسبه قبلی، خسارتی وارد می‌آورند که پس از جبران آن از طرق قانونی، نه تنها خسارت واقعی جبران نمی‌شود بلکه وارد کننده خسارت، حتی پس از جبران قانونی آن، سود زیادی از این طریق کسب می‌کند.

در حال حاضر، با توجه به نبود مستندات قانونی صریح در برخورد با رفتارهای موضوع خسارت تنبیهی چه باید کرد؟ صرفنظر از اعمال ضمانت‌های اجرائی کیفری در موارد ممکن، آیا امکان بهره گیری از نهادهای مشابه خسارت تنبیهی مثل وجه التزام، خسارت معنوی، جریمه اجبار، خسارت تأخیرتأدیه و... در رسیدن به اهداف مورد نظر نهاد خسارت تنبیهی وجود دارد؟ در فرض وجود این امکان، آیا می‌توان با بهره گیری از این نهاد‌ها جای خالی خسارت تنبیهی را پر کرد؟ برای پاسخ به این پرسش در قسمت نخست به نهادهای مشابه با خسارت تنبیهی در

۱. محمدمجتبی روایجانی، «ضمانت‌های اجرای مفاد قرارداد»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۵، ص. ۲۱۸.

حقوق ایران اشاره خواهد شد. در قسمت دوم، خسارت تنبیه‌ی در قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۷۹ و قانون جایگزین آن مصوب ۱۳۹۰ بررسی خواهد شد.

۱- خسارت تنبیه‌ی و نهادهای مشابه

در حقوق داخلی ایران نهادی با عنوان خسارت تنبیه‌ی پیش بینی نشده است.^۱ با وجود این، نهادهای حقوقی مشابهی وجود دارند که در مواردی می‌توانند جایگزین خسارت تنبیه‌ی شده و جای خالی این نهاد حقوقی را تا هنگام اقدامات تقنینی در نظام حقوقی ایران پر کنند. اما هیچ یک از این نهادها نمی‌توانند جایگزین واقعی نهاد خسارت تنبیه‌ی گردند. به منظور آشنائی بیشتر با نهادهای مشابه، نهاد خسارت تنبیه‌ی با نهادهای مذبور مورد مقایسه قرار خواهد گرفت.^۲

۱ . البته در پاره‌ای از قوانین ضمانت‌اجراهایی را در برابر برخی رفتارها مقرر کرده اند که از آن جمله می‌توان به ماده ۱۰۹ قانون آین دادرسی مدنی اشاره کرد. این ماده اشعار می‌دارد: «چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا، تاخیر در انجام تعهد یا ایناء طرف یا غرض ورزی بوده است، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تادیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید». همچنین در ماده ۲۷ قانون اعسار، قانونگذار مدعی اعسار را در صورتی که ادعای اعسار وی راجع به محکوم به رد شود، به پرداخت وجوهی محکوم می‌نماید. علاوه بر آن، در تبصره ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمان‌ها آمده است: «در صورتی که عدم ارائه خدمات مشترک، ممکن یا موثر نباشد، مدیر یا مدیران مجموعه می‌توانند به مراجع قضایی شکایت کنند، دادگاهها موظفند این‌گونه شکایات را خارج از نوبت رسیدگی و واحد بدھکار را از دریافت خدمات دولتی که به مجموعه ارائه می‌شود، محروم کنند و تا دو برابر مبلغ بدھی به نفع مجموعه جریمه نمایند». تبصره ۴ همین ماده قانون نیز بیان می‌دارد: «در صورتی که مالک یا استفاده کننده مجدداً و مکرراً در دادگاه، محکوم به پرداخت هزینه‌های مشترک گردد، علاوه بر سایر پرداختی‌ها مکلف به پرداخت مبلغ معادل مبلغ محکوم بها به عنوان جریمه می‌باشد». همچنین در ماده ۷ قانون نظارت بر مسافرت‌های خارجی کارکنان دولت، مسئولین مختلف با حکم محاکم قضایی ملزم به پرداخت ۲ برابر کلیه هزینه‌های ناشی از مسافرت‌ها به خزانه دولت می‌باشند و... . موارد یاد شده علیرغم مشابهت‌هایی که با نهاد خسارت تنبیه‌ی دارند، خسارت تنبیه‌ی محسوب نمی‌گردد.

۲ . این نهادها در مبحث بعد مفصلأً بررسی خواهند شد.

۱- خسارت تنبیهی و وجه التزام

وجه التزام^۱ «عبارت از مبلغ معینی است که در قرارداد برای تخلف متعهد از اجرای تعهدات، شرط می‌شود.»^۲ گاهی از وجه التزام با عنوان شرط کیفری نیز یاد شده است،^۳ ماده ۲۳۰ قانون مدنی، میزان وجه التزام را مقطوع می‌داند و به دادرس اجازه تعديل آن را نداده است.^۴ از نظر می‌رسد قانونگذار هیچ محدودیتی برای وجه التزام قائل نشده است. برای صدور حکم محاکومیت به پرداخت وجه التزام، اثبات تناسب بین خسارت واردہ به متضرر و میزان وجه التزام لازم نیست.^۵ در صورتی که وجه التزام به عنوان خسارت تأخیر در انجام تعهد در نظر گرفته شده باشد، علاوه بر درخواست الزام به پرداخت وجه التزام، الزام به انجام اصل تعهد را نیز می‌توان از دادگاه درخواست نمود.^۶

خسارت تنبیهی با وجه التزام دارای وجود اشتراک (الف) و وجود افتراق (ب) است.

الف - وجود اشتراک خسارت تنبیهی و وجه التزام

وجود اشتراک خسارت تنبیهی و وجه التزام را می‌توان در موارد ذیل برشمرد:

- ۱- خسارت تنبیهی و وجه التزام هر دو مبالغی هستند که به زیان دیده پرداخت می‌شوند. دولت در آنها سهمی ندارد و خواهان دعوا از آنها منتفع می‌شود.
- ۲- دیدگاه قانونگذار در پیش بینی نهاد وجه التزام، دیدگاهی ترمیمی است. اما، وجه التزام گاهی مانند خسارت تنبیهی، تمامی خسارت واردہ را جبران نمی‌نماید و نقش ترمیمی خود را ایفا نمی‌نماید و آن، زمانی است که ضرر واردہ به خواهان از میزان وجه التزام مشخص شده در قرارداد بیشتر باشد.

۱۶۶

هنری یادگاری / نویسنده: حسنه احمدی

1. Liquidated damages

۲. حسن ره پیک، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، انتشارات خرسندي، ۱۳۸۵، ص ۱۳۵
۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، وقایع حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص ۱۹۰
۴. ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلوف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»
۵. سید مرتضی قاسم زاده، تقریرات درس حقوق مدنی تطبیقی، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم قضایی، نیمسال اول تحصیلی ۱۳۸۸-۸۹
۶. سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۳، ص ۲۱۶

۳- گاه وجه التزام همانند خسارت‌تنبیه‌ی، جنبه بازدارندگی هم دارد.

۴- خسارت‌تنبیه‌ی و وجه التزام هر دو از جمله ضمانت‌های اجرائی مدنی هستند و از مصاديق مجازات‌های کیفری نمی‌باشند.

ب- وجود افتراق خسارت‌تنبیه‌ی و وجه التزام

وجود افتراق خسارت‌تنبیه‌ی و وجه التزام را می‌توان در موارد زیر بر شمرد:

۱- جایگاه نهاد ووجه التزام، قرارداد است، در حالی که خسارت‌تنبیه‌ی نوعاً در مباحث غیر قراردادی که دارای ضمانت‌های اجرائی کیفری ندارد مطرح می‌شود. اگرچه طرح مساله خسارت‌تنبیه‌ی در مباحث قراردادی نیز ممکن است.

۲- میزان ووجه التزام بر مبنای تراضی طرفین تعیین می‌شود ولی میزان خسارت‌تنبیه‌ی را دادگاه مشخص می‌کند.

۳- میزان خسارت‌تنبیه‌ی، غیر قابل پیش‌بینی است و با توجه به اوضاع و احوال مسئله توسط دادگاه مشخص می‌شود، در حالی که میزان ووجه التزام را طرفین از قبل به صورت مقطوع مشخص کرده‌اند.

۴- برای صدور حکم به پرداخت ووجه التزام، نیازی به احراز سوءنیت متخلف نیست. اما در خسارت‌تنبیه‌ی، زمانی دادگاه می‌تواند حکم به پرداخت آن دهد که به‌نوعی سوءنیت یا عمد و تجربی خوانده را احراز نماید.

۵- خسارت‌تنبیه‌ی جایگزین خسارت ترمیمی نمی‌شود، در حالی که ووجه التزام، جایگزین خسارت ترمیمی قرار می‌گیرد. با وجود این، در مواردی حکم به پرداخت ووجه التزام، جنبه‌ی تنبیه‌ی هم پیدا خواهد کرد.

۲- خسارت‌تنبیه‌ی و خسارت معنوی

خسارت‌معنوی «خسارتی است وارد به عرض و آبرو و ارزش‌های معنوی کسی، مانند افشاء راز کسی و ضد خسارت مادی است».^۱ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق، خسارت معنوی را در زمرة خسارات قابل مطالبه، بر شمرده بود. در

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۱۶

سال ۱۳۷۸ با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری جدید، این ماده نسخ شد. با وجود این، هنوز مطالبه خسارت‌معنوی در حقوق ایران امکان‌پذیر است. حسب اصل ۱۷۱ قانون اساسی، مطالبه این نوع خسارات پذیرفته شده است.^۱ علاوه بر آن، ماده ۱ قانون مسئولیت‌مدنی بیان می‌دارد: «هرگز بدون مجوز قانونی عمدًاً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». از سوی دیگر، ماده ۱۰ قانون مسئولیت‌مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد کرده است، جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد...». ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز، مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در مورد ضرر مادی در صورت تقصیر، مقصر مطابق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در موارد ضرر معنوی چنانچه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتك حیثیت از کسی گردد باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام شود». با توجه به متن قانونی فوق، مطالبه خسارت‌معنوی در حقوق ایران ممکن است.

حال این پرسش قابل طرح است که در حقوق ایران آیا خسارت معنوی با پول قابل جبران است؟ در این خصوص اختلاف‌نظر وجود دارد. شورای نگهبان قانون اساسی در نظریه‌ای امکان جبران خسارت معنوی با پول را مردود اعلام کرده است.^۲

این امر مورد انتقاد حقوق‌دانان قرار گرفته است.^۱

۱. اصل ۱۷۱ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر مطابق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در- هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد».

۲. حسین مهرپور، مجموعه نظرات شورای نگهبان، ج ۲، ص ۳۴، به نقل از: قاسم زاده، سید مرتضی، *الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۸۷.

خسارت تنبیه‌ی با خسارت معنوی دارای وجود اشتراک (الف) و وجود افتراق (ب) است.

الف - وجود اشتراک خسارت تنبیه‌ی و خسارت معنوی

۱- هر دو به نوعی دارای جنبه‌ی بازدارندگی هستند.

۲- هر دو به نفع زیان دیده مورد حکم واقع می‌شوند و هیچ‌کدام به صندوق دولت واریز نمی‌شوند.

۳- میزان را دادگاه معین می‌کند و غیرقابل پیش‌بینی هستند.

۴- خسارت معنوی و خسارت تنبیه‌ی، هیچ یک در قبال زیان مادی مورد حکم قرار نمی‌گیرند.

ب- وجود افتراق خسارت تنبیه‌ی و خسارت معنوی

۱- خسارت معنوی دارای جنبه‌ی ترمیمی است و هدف آن ترمیم زیان‌های معنوی می‌باشد. لیکن خسارت تنبیه‌ی، ماهیتی کاملاً غیرترمیمی دارد و در برابر زیان پرداخت نمی‌شود.

۲- مبنای دادگاه در تعیین میزان خسارت تنبیه‌ی با مبنای او در تعیین میزان خسارت معنوی متفاوت است. در خسارت تنبیه‌ی به وضعیت خطاکار و عمل او توجه می‌شود، ولی در خسارت معنوی، کانون توجه، زیان‌دیده و به نحوی جبران ضررها وارد به او است.

۳- در خسارت تنبیه‌ی، تجربی و سوءنیت خوانده باید احراز شود، ولی احراز این امر در مورد خسارت معنوی نیاز نیست و مسئولیت زیان‌زننده در خسارت معنوی بر اساس اصول کلی مسئولیت مدنی و تقصیر است.

۱. عبدالله شمس، آین دادرسی مدنی، جلد ۱، انتشارات دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص. ۴۰۹ - سید مرتضی قاسم زاده، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۸۷ . در حقوق فرانسه نیز در مورد امکان مطالبه خسارت معنوی تردیدی وجود ندارد. برای توضیح بیشتر ن.ک. سیمون وايت تیکر، اصول قراردادها در حقوق فرانسه، ترجمه حسن ره پیک، انتشارات خرسندي، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۸.

۳- خسارت تنبیه‌ی و جریمه اجبار

جریمه اجبار یا جریمه مالی عبارتست از «جریمه‌ی نقدی که غالباً براساس نرخی به ازاء هر روز تأخیر، تعیین می‌شود و می‌تواند براساس حکم اصلی یا بعداً با یک حکم الحقی صادره در دادگاه علیه فرد ممتنع تعیین شود، در حالی که فرد متعهد بر اساس شرایط حکم اصلی تعهدات خود را کامل ننموده و بدین ترتیب وی تحت فشاری قرار می‌گیرد که بدین واسطه دین وی به طور مستمر افزایش می‌یابد.»^۱ در ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) به دادگاه اجازه صدور چنین حکمی داده شده بود و در تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ که در حال حاضر لازم الاجراست، نیز به ماده ۷۲۹ قانون مذکور ارجاع داده شده است، اکنون در این مسئله که ماده ۷۲۹ مذکور نسخ شده است یا این که براساس ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی هنوز قابلیت اجرایی دارد، بین حقوقدانان اختلافنظر وجود دارد، عده‌ای اعتقاد به نسخ این ماده قانونی دارند و بنابراین، نهاد جریمه‌اجبار در حقوق ایران را منسخ می‌دانند.^۲ در مقابل بعضی معتقدند ارجاع ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی به ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در حکم تصریح به آن در قانون اجرای احکام مدنی است و دادگاه می‌تواند به استناد ماده ۴۷ یادشده حکم به جریمه‌اجبار صادر کند.^۳ بنابراین به نظر می‌رسد قانونگذار در این خصوص باید دستبه‌کار شده و این نهاد سودمند را در حقوق ایران احیا نماید و به اختلاف نظرها پایان دهد.

خسارت تنبیه‌ی با جریمه اجبار، دارای وجود اشتراک (الف) و وجود افتراق (ب) است.

۱. بهزاد پور سید، «اجبار به انجام عین تعهد در حقوق تجارت بین الملل»، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۷، ص. ۳۷.

۲. به عنوان نمونه ن.ک: قاسم زاده، پیشین، ص ۲۲۵، شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۳، انتشارات مجده، چاپ دوم، ۱۳۸۳، ص ۱۸۳ به بعد یا ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۲۴.

۳. به عنوان نمونه ن.ک: عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۴۰۸، علی مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۲، انتشارات فکر سازان، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص ۱۸۶.

الف- وجود اشتراک خسارت تنبیه‌ی و جریمه اجبار

- ۱- هدف قانونگذار در وضع نهاد جریمه اجبار، اعاده وضع سابق زیان دیده نیست و در مقابل ورود زیان پیش بینی نشده است. جریمه اجبار مانند خسارت تنبیه‌ی، جنبه تنبیه‌ی دارد.
- ۲- هر دو به نفع خواهان مورد حکم واقع می‌شوند و دولت از آنها سهمی نمی‌برد.
- ۳- هر دو توسط دادگاه مشخص می‌شوند و قانونگذار و طرفین دعوا در تعیین میزان آن نقشی ندارند.
- ۴- به زیانهای گذشته توجه نداشته و ناظر به آینده هستند.
- ۵- هردو دارای جنبه‌ی بازدارندگی هستند.

ب- وجود افتراق خسارت تنبیه‌ی و جریمه اجبار

- ۱- خسارت تنبیه‌ی در مباحث مربوط به مسئولیت‌مدنی و در هنگامی که اقدامات صورت گرفته توأم با سوءنیت باشد قابل پیگیری است، در حالی که، جریمه‌اجبار در مبحث حقوق تعهدات مطرح می‌گردد و آن زمانی است که اجرای تعهد، قائم به شخص متعهد است و او از انجام آن امتناع می‌ورزد.
- ۲- خسارت‌تبیه‌ی خود موضوع حکم است و محکوبه محسوب می‌شود ولی جریمه اجبار از توابع اجرای حکم است و اجرای آن منوط به قطعی شدن حکم است.
- ۳- حکم صادره دربردارنده خسارت تنبیه‌ی دارای اعتبار امر مختومه است و بعداً توسط همان دادگاه قابل تغییر و تجدیدنظر نمی‌باشد ولی میزان جریمه اجبار بعداً قابلیت کم و زیاد شدن دارد. ماده ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق به این امر اشاره نموده است.
- ۴- میزان خسارت‌تبیه‌ی به صورت مقطعی توسط دادگاه مشخص می‌شود ولی میزان جریمه‌اجبار برای هر روز یا هر هفته و... است و میزان آن بستگی به گذر زمان دارد.

۴- خسارت تنبیه‌ی و خسارت تأخیر تأدیه

خسارت تأخیر تأدیه در مبحث حقوق قراردادها مطرح می‌شود. این خسارت مربوط به مواردی است که متعهد، در سررسید ایفای تعهد، به تعهد خود عمل نکند و از این رهگذر خسارتی به متعهدله وارد شود. پرداخت خسارت یکی از ضمانت‌های اجرای تأخیر در انجام تعهد است که در ماده ۲۲۶ قانون مدنی پذیرفته شده است.^۱ تأخیر تأدیه‌ی تعهد پولی در نظام حقوقی ایران، وضعیت متفاوتی دارد. قانونگذار در مواردی خصوصاً در زمینه کاهش ارزش پول گام‌هایی را برداشته است.^۲ با این حال، در نظام حقوقی ایران پس از انقلاب شکوهمند اسلامی، جبران خسارت ناشی از تأخیر تأدیه وجه نقد در حقوق داخلی تاکنون تجویز نشده است.^۳

الف- وجوده اشتراک خسارت تنبیه‌ی و خسارت تأخیر تأدیه

- ۱- هر دو به عنوان خسارت‌های تکمیلی در کنار خسارت‌های اصلی قرار می‌گیرند و از فروعات اصل اول، یعنی اعاده وضع زیان‌دیده یا جبران کامل خسارات هستند.^۴
- ۲- هر دو به نفع خواهان حکم داده می‌شود و دولت در آن ذی نفع نخواهد بود.
- ۳- هر دو جنبه‌ی بازدارندگی دارند.

۴- هر دو توسط دادگاه مشخص می‌شوند مگر اینکه طرفین قبلًاً در خصوص میزان خسارت تأخیر تأدیه توافق کرده باشند.

ب - وجوده افتراق خسارت تنبیه‌ی و خسارت تأخیر تأدیه

۱. ماده ۲۲۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: در مرور عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگراینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفای تعهد، مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است

۲. به عنوان مثال ن.ک: تبصره الحقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی در سال ۱۳۷۶ یا ماده واحده الحقی به عنوان تبصره به ماده ۲ قانون اصلاح مفادی از قانون صدور چک مصوب سال ۷۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام یا مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آینین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹

۳. سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۳، ص

۲۳۵

۴. حسن ره پیک، حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها، تهران، انتشارات خرسندي، چاپ اول، ۹۳، ۱۳۸۷

- ۱- خسارت تأخیر تأدیه اصولاً مربوط به مبحث حقوق قراردادها و تعهدات قراردادی است، در حالی که خسارت تنبیه‌ی در حقوق مسئولیت مدنی مطرح می‌شود.
- ۲- خسارت تنبیه‌ی، همانگونه که از اسم آن پیدا است جنبه تنبیه‌ی دارد و فاقد جنبه ترمیمی است. خسارت تأخیر تأدیه، به منظور تنبیه و مجازات مختلف پیش بینی نشده است و دارای جنبه ترمیمی است. به همین جهت، برای صدور حکم به آن، باید ضرری وارد شده باشد یا حداقل ورود ضرر مفروض باشد.
- ۳- مبنای دادگاه در تعیین میزان خسارت تنبیه‌ی و خسارت تأخیر تأدیه متفاوت است. در خسارت تنبیه‌ی، جبران خسارت مد نظر نیست و سوءرفتار فرد زیان‌زننده ملاک عمل است، در حالی که در خسارت تأخیر تأدیه، ملاک، وضع زیان‌دیده است. با وجود این، حکم به خسارت تأخیر تأدیه دارای جنبه بازدارندگی نیز خواهد بود.
- ۴- در خسارت تأخیر تأدیه، عدم ایفای تعهد در موعد، تقصیر محسوب شده و مبنای تصمیم دادگاه قرار می‌گیرد، در حالی‌که، در خسارت تنبیه‌ی عمد و سوءرفتار خوانده به عنوان نوعی تقصیر خاص مدنظر دادگاه است.

۵- خسارت تنبیه‌ی و دیه

ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص دیه مقرر داشته است: «دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی‌علیه یا به ولی یا اولیای دم او داده می‌شود.». ماهیت دیه در این ماده روشن نیست. این امر موجب بروز اختلاف نظر بین حقوقدانان شده است. این ماده، دیه را مالی دانسته که به سبب ورود جنایت به فرد پرداخت می‌شود. در این صورت، دیه غرامت به نظر می‌رسد، در حالی که در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی، دیه یکی از مجازات‌های پنج‌گانه شمرده شده است.

حقوق دانان در جمع مواد قانونی مربوطه، دیه را دارای ماهیت کیفری و ماهیت مدنی شناخته اند.^۱ در تأیید ماهیت دوگانه دیه، اداره حقوقی قوه قضائیه در سال ۱۳۶۵ در نظریه شماره ۷/۲۹۹۱ بیان داشته است: «هر چند دیه مانند جزای نقدی، مجازات مالی است ولی در عین حال یک دین و حق مالی برای اولیای دم و بر ذمه جانی است؛ لذا با فوت محکوم علیه دیه از اموال متوفی باید استیفا شود.»^۲ در خصوص امکان مطالبه خسارات مزاد بر دیه نیز اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. هر چند بعضی حقوق دانان این امر را به استناد قانون مسئولیت مدنی، قواعد لاضر، تسبیب، نفی عسر و حرج و بنای عقلاً ممکن دانسته اند،^۳ ولی اینگونه به نظر می رسد که رویه قضایی در این مورد دو سویه عمل کرده است.

الف- وجود اشتراک خسارت تنبیهی و دیه

- ۱- هر دو دارای جنبه مدنی و کیفری اند و هیچ یک جزای نقدی نیستند.
- ۲- هر دو به طرف دعوا پرداخت می شوند و دولت از آن سهمی نمی برد.
- ۳- در مواردی که خسارت ناشی از جنایت وارد از میزان دیه بیشتر باشد، دیه مانند خسارت تنبیهی، جنبه غیر ترمیمی پیدا خواهد کرد.
- ۴- دیه و خسارت تنبیهی هر دو دارای جنبه بازدارندگی هستند.

ب- وجود افتراق خسارت تنبیهی و دیه

- ۱- میزان دیه را شارع مقدس و به تبع آن، قانون معین نموده است، در حالی که میزان خسارت تنبیهی را قاضی و یا هیأت منصفه تعیین می کنند و در قانون میزان آن مشخص نشده است.

۱. برای دیدن نظر موفق ن.ک: کاتوزیان، پیشین، ص ۴۸ و نیز حسین میرمحمد صادقی، *جرائم علیه اشخاص*، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۶. ایشان معتقد است دیه تأسیس مستقلی است که هم جنبه کیفری دارد و هم مدنی و به عبارتی «دیه، دیه است.»

۲. رضا شکری، سیروس قادر، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کشوری*، چاپ دوم، نشر مهاجر، ۱۳۸۵، ص ۵۵۶.

۳. برای نمونه ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، واقعی حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص. ۵۰. و نیز ر.ک: اصغری آقمشهدی، فخر الدین و جعفری، حمید رضا، «مطالبه خسارت مزاد بر دیه»، *پژوهشنامه‌ی علوم انسانی و سیاسی*، بابلسر، شماره نهم و دهم، ۱۳۸۲، ص ۱۷

- ۲- بنظر می‌رسد بنای شارع یا قانونگذار در تعیین میزان دیه جبران خسارت و ترمیم و از این طریق اعاده وضع به حالت مشابه سابق است، در حالی که خسارت تنبیه‌ی، کاملاً غیرترمیمی بوده و هدف اصلی آن تنبیه است.
- ۳- دیه زمانی به فرد تعلق می‌گیرد که به او ضرر و زیان جسمی وارد شده باشد، در حالی که در خسارت تنبیه‌ی الزاماً چنین نیست.
- ۴- دیه در مبحث حقوق کیفری مطرح شده است؛ در حالی که خسارت‌تبیه‌ی در حقوق مسئولیت‌مدنی و شبه‌جرم مورد بحث قرار می‌گیرد.
- ۵- رفتار موضوع حکم پرداخت دیه، ارتکاب عمل مجرمانه عمدی و غیر عمدی است، در حالی که رفتار موضوع حکم خسارت تنبیه‌ی، تقصیر مدنی توأم با تجربی و سوءنیت است.
- ۶- حکم به پرداخت خسارت‌تبیه‌ی در صلاحیت دادگاه حقوقی است، در حالی که، حکم به پرداخت دیه را دادگاه کیفری صادر می‌نماید.

۱۷۵

۲- خسارت تنبیه‌ی در قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۹ و قانون جایگزین آن مصوب ۱۳۹۰

در سال ۱۹۹۶ ایالات متحده آمریکا «قانون مبارزه با تروریسم و مجازات موثر مرگ»^۱ را به تصویب رساند. این قانون، اصلاحیه‌ای بر قانون مصونیت‌های حاکمیت خارجی ایالات متحده آمریکا محسوب می‌گردد. قانون مبارزه با تروریسم و مجازات موثر مرگ، صلاحیت پذیرش دعاوی علیه دولتهای خارجی را در خصوص خسارات مالی حاصل از فوت یا صدمات بدنی بوسیله شکنجه، قتل، تخریب هواپیما، گروگان‌گیری یا ارائه حمایت‌های مادی و پولی به چنین اعمالی که منتسب به سایر دولتهاست به دادگاههای ایالات متحده آمریکا اعطای کرد. صلاحیت یادشده، مشروط بر این است که خواهان یا قربانی در زمان بروز این اعمال، تبعه ایالات متحده بوده و وزارت امور خارجه آمریکا نیز دولت خارجی را به عنوان دولت حامی

1. The Anti Terrorism And Effective Death Penalty Act

تروریسم معرفی کند.^۱ در این قانون، حکم به خسارت تنبیهی علاوه بر خسارت ترمیمی، اعم از مادی و معنوی، مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است. از سوی دیگر، وزارت امور خارجه آمریکا، دولت ایران را جزء دولت‌های حامی تروریسم معرفی کرده بود. بنابراین، آرای زیادی در جهت محکومیت دولت ایران از محاکم آمریکایی صادر شد.^۲ در این آرای، دولت ایران، محکوم به پرداخت خسارت‌های سنگین اعم از مادی و معنوی و خسارت‌های تنبیهی شد.^۳

بعد از صدور احکام فراوان از محاکم آمریکایی مبنی بر محکومیت دولت جمهوری اسلامی ایران به پرداخت خسارت تنبیهی، دولت آمریکا در صدد اجرای آرای فوق برآمد و اقدام به توقيف اموال دولت جمهوری اسلامی ایران در کشورهایی مثل ایتالیا و بلژیک نمود.^۴ با پیش‌آمدن این وضعیت، موضوع به عنوان یک معضل حقوقی در ایران مطرح شد. از یک سو، آرای فوق از محاکم آمریکا بر خلاف اصل

۱. علیرضا ظاهری، *تحولات قاعده مصونیت دولتها*، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، ۱۳۸۳، ص ۱۴۳.

۲. از جمله آرای یادشده، حکم صادره در مورد خانم مارلانبت و دیگری در مورد خانم آلبیسا مایکل فلاٹو می‌باشد. برای دیدن توضیحات بیشتر می‌توانید ن.ک: پور، محمدرضا، دادگاه آمریکایی و محکومیت ایران به پرداخت خسارت ۱۳ میلیون دلاری www.internationallaw.blogfa.com/post-357.aspx

۳. در پرونده بنت علیه ایران پدر، مادر و خواهر مارلا بنت شکایتی را بر اساس قانون مسئولیت مدنی ایالت کالیفرنیا علیه ایران و وزارت اطلاعات و امنیت کشور طرح نمودند. استدلال شکات در طرح مسئولیت مدنی دولت ایران، مبنی بر ادعای حمایت و مساعدت عمدۀ ایران از حزب الله لبنان بوده و به جهت آنچه که مرگ ناروا و تحمیل عمدی اضطراب روانی خوانده شده، خواستار دریافت خسارت شده بودند. دادگاه مزبور در حکم صادره علیه ایران به جهت مرگ ناروا بنت (۴۰.۵۴۸.۰۰ هزار دلار آمریکا و به جهت تحمیل عمدی اضطراب روانی ۱۲.۵ میلیون دلار آمریکا (پدر و مادر هر کدام ۵ میلیون دلار و خواهر بنت ۲.۵ میلیون دلار) خسارت تعیین نموده و دولت ایران را محکوم به پرداخت آن نموده است. به روشنی مشهود است که اقدامات یادشده خلاف عرف بین‌المللی و کاملاً در راستای اهداف سیاسی دولت آمریکاست. برای توضیح بیشتر ن.ک.

www.internationallaw.blogfa.com/post-357.aspx (۱۳۸۶/۱۴)، مورخ

۴. برای دیدن توضیح بیشتر در این خصوص ن.ک: حسین محمد نبی حسین، سخنرانی ماهانه در کمیسیون امور بین‌المللی کانون وکلا، اجرای احکام دادگاه‌های آمریکا در ایتالیا علیه ایران مورخ ۸۵/۹/۲۶، (www.iranbar.org)

مصنونیت دولت‌ها صادر می‌شد و به مرحله اجرا درمی‌آمد.^۱ از سوی دیگر، هیچ مجوز قانونی در ایران برای صدور احکام مشابه وجود نداشت. قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۸ برای پاسخ به اقدامات صورت گرفته در ایالات متحده آمریکا، اقدام به وضع «قانون صلاحیت محاکم دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی عليه دولتهای خارجی» نمود تا این طریق بتواند با صدور آراء مشابه، بهصورت اقدامی تلافی‌جویانه تا حدودی حقوق از دست رفته خود را احیا کند.

با وجود این، در نظام حقوقی ایران، صدور احکام قضائی در جهت تعیین خسارت سنگین معنوی و مادی شبیه آنچه در آراء آمریکایی مشاهده می‌شد و همچنان تعیین خسارت تنبیه‌ی ممکن نبود. در نتیجه، قانونگذار در سال ۱۳۷۹ پس از گذشت حدود یک سال، ماده واحده‌ای با عنوان «قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی عليه دولتهای خارجی» تصویب نمود تا این طریق علاوه بر اصلاح قانون سابق، خلاء قانونی موجود را بر طرف نماید. در حال حاضر، قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی دولتهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ به طور کاملتری به این موضوع می‌پردازد. نهاد خسارت‌تبیه‌ی، برای اولین بار در نظام حقوقی ایران، از طریق این متن قانونی پیش‌بینی شده است. بر اساس این قانون، اولاً ملاک تقویم خسارت‌های مادی و معنوی وارد به اتباع ایرانی، آراء صادره از محاکم خارجی شناخته شد. ثانیاً، این قانون، اجازه صدور حکم به پرداخت خسارت‌تبیه‌ی علیه دولتهای خارجی را صادر نمود.

۲-۱ قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ و اصلاح آن مصوب ۱۳۷۹ و جایگزین آن مصوب ۱۳۹۰ به منظور اعطای صلاحیت به محاکم دادگستری ایران جهت

۱ . توقيف اموال ایران در سایر کشورها اقدام خصم‌مانه دولت آمریکا در بی صدور آراء موهوم دادگاه‌های این کشور بود. این گونه اقدامات آشکارا قواعد حقوق بین‌المللی را نقض می‌نماید.

رسیدگی به دعاوی مدنی علیه آن دسته از دولتهای خارجی که مصونیت قضائی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض نموده باشد به منظور اعمال قوانین یاد شده، این پرسش مطرح است که قانون حاکم در امور شکلی و ماهوی برای رسیدگی به دعاوی موضوع قوانین مصوب ۱۳۷۸ و ۱۳۷۹ و در حال حاضر، قانون ۱۳۹۰ در محاکم دادگستری ایران کدام قانون است؟ در خصوص قوانین و مقررات شکلی، حاکمیت قانون ایران مورد اختلاف نیست. بر مبنای اصول کلی حاکم بر حقوق بین‌الملل خصوصی در مبحث حل تعارض قوانین، آیین دادرسی مقر دادگاه حاکم است. علاوه بر آن، آیین نامه اجرایی قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸/۸/۱۸^۱ که به استناد تبصره (۳) قانون یادشده به تصویب هیات وزیران رسیده است، در ماده ۵ خود مقرر می‌دارد: "تشrifات طرح دعوی، رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن، مطابق قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران است."

در خصوص قانون حاکم بر امور ماهوی برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی موضوع قوانین مصوب ۱۳۷۸ و ۱۳۷۹ و جایگزین آن در سال ۱۳۹۰ اتفاق نظر وجود ندارد. به موجب بند ۱ ماده واحدی موضوع قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸، اتباع ایرانی می‌توانند (نسبت به دولتهای خارجی که مصونیت قضائی ناشی از مصونیت سیاسی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض نموده باشند) در موردی که خسارات ناشی از هر گونه اقدام و فعالیت دولتهای خارجی که اقدامات آنها مغایر با حقوق بین‌المللی باشد از جمله دخالت در امور داخلی کشور که منجر به فوت، خدمات بدنی و روانی و یا ضرر و

۱ . به موجب ماده ۱۰ قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ «...وزارت‌خانه‌های دادگستری، امور خارجه، اطلاعات...» موظف به تهیه آیین نامه اجرایی این قانون شده‌اند، اما از آنجا که تا کنون این آیین نامه تهیه نشده، ملاک عمل، آیین نامه اجرایی قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸/۸/۱۸ قرار می‌گیرد.

زیان مالی اشخاص گردد در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند، این حق در قانون ۱۳۹۰ نیز پیش بینی شده است.

عده‌ای معتقدند، موارد قابل طرح جهت رسیدگی در دادگستری تهران، مربوط به خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی نیست بلکه، امور مربوط به بحث ضمان قهری و الزامات خارج از قرارداد است.^۱ در خصوص قانون حاکم در دعاوی مربوط به ضمان قهری، قانون مدنی ایران ساكت است. در نتیجه، حقوقدانان ایرانی با استفاده از اصول کلی حقوقی، قانون محل وقوع حادثه را حاکم دانسته‌اند.^۲ عده‌ای معتقدند منظور قانونگذار در صدر ماده واحده موضع قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ که مقرر می‌دارد: «...دادگاه مرجع‌الیه مكلف است به عنوان عمل مقابل به دعواه مذکور رسیدگی و طبق قانون حکم مقتضی صادر نماید»^۳ همان قانون محل وقوع حادثه است.^۴ ایشان معتقدند ماده ۵ آیین نامه مربوطه که در بالا به آن اشاره شد، ظاهراً قانون شکلی و قانون ماهوی حاکم را قانون ایران می‌داند. در حالی که تصمیم‌گیری در خصوص قواعد ماهوی خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب و نهایتاً غیر قانونی است. بنابراین، ماده ۵ یاد شده باید به گونه‌ای تفسیر گردد که فقط ناظر به مسائل شکلی شود. برای تعیین قانون حاکم در مبحث ماهوی نیز باید به اصول کلی مراجعه نمود. این عقیده مورد پذیرش رویه قضایی واقع نشده است، به نحوی که در رویه قضایی به استناد ماده ۵ آیین نامه و با این استدلال که منظور قانونگذار در صدر ماده واحده یادشده مصوب ۱۳۷۸، قانون به طور کلی و اعم از قانون ماهوی و شکلی ایران است، در صدور آراء، فقط قانون ایران را ملاک عمل قرار داده‌اند.

۱. ر.ک: علیرضا ظاهری، «تحولات قاعده‌ی مصنونیت دولت‌ها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، ۱۴۴، ص ۱۴۴ تهران، ۱۳۸۳.

۲. به عنوان نمونه ن.ک: محمود سلجوقی، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۷، ص ۳۹۸.

۳. عیناً در قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۰ آمده است.

۴. علیرضا ظاهری، «تحولات قاعده‌ی مصنونیت دولت‌ها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، ۱۴۴، ص ۱۴۴ تهران، ۱۳۸۳.

۲-۲ نکات مبهم در قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ و اصلاح آن مصوب ۱۳۷۹ و جایگزین این دو قانون مصوب ۱۳۹۰ در متن مصوب قوانین یادشده عناوین مشاهده می‌گردد، که شناسایی آنها برای به‌کارگیری مقررات مربوطه، ضروری بهنظر می‌رسد.

الف-عمل متقابل

در قسمتی از ماده واحده موضوع قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ قانونگذار مقرر نموده است: «... در این صورت دادگاه مرجع ایله مکلفاست به عنوان عمل متقابل به دعوای مذکور رسیدگی و طبق قانون، حکم مقتضی صادر نماید. فهرست دولتهای مشمول عمل متقابل توسط وزارت امور خارجه تهیه و به قوه قضائیه اعلام می‌شود». در ماده واحده موضوع اصلاحیه این قانون مصوب ۱۳۷۹ نیز مقرر شده است: «با توجه به اصل عمل متقابل، میزان در تقویم خسارات مادی و معنوی زیان‌دیدگان و در صورت لزوم، خسارت تنبیهی، احکام مشابه صادره از دادگاه‌های خارجی خواهد بود». موارد فوق عیناً در ماده ۱ و ماده ۴ قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ نیز تکرار شده است. اصطلاح «عمل متقابل» مندرج در قوانین یادشده، یکی از عنوان‌های مهم برای اعمال مقررات آنها و صدور حکم به پرداخت خسارت تنبیهی است. بنابراین، شناسایی این عنوان برای اعمال مقررات موضوع بحث حاضر ضروری است.

در عرصه روابط بین‌المللی، دولتی ممکن است علیه دولت دیگر اقداماتی نماید که دولت دیگر در صدد انجام عمل مشابه و یا نوعی تلافی برآید.^۱ این اقدامات، امروزه در قالب «عمل یا رفتار متقابل»^۲ و «اقدام متقابل یا اقدام تلافی جویانه» صورت

۱. علیرضا ظاهری، «تحولات قاعده‌ی مصونیت دولتها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۴۵

2. Reciprocity

می‌گیرند. بر مبنای عمل یا رفتار متقابل، برخورداری بیگانه از حقوق معین در قلمرو یک دولت منوط به آن است که در قلمرو دولت متبع وی نیز برای اتباع آن دولت همان حقوق شناخته شده باشند.^۱ بنابراین، عمل متقابل، مشروط کردن حق به پذیرش آن در کشور دیگر است، در حالی که، اقدام متقابل و اقدام تلافی جویانه واکنش غیر مساملت آمیز دولت به اقدام دولتی دیگر عليه او است.

همانگونه که گفته شد، به منظور احیای نسبی حقوق از دست رفته و پاسخگوئی تلافی جویانه به اقدامات صورت گرفته در کشورهای بیگانه، قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی و اصلاحیه آن و نهایتاً قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۰ به تصویب رسید. بر مبنای این قوانین، اجرای آن نیز مشروط به عمل متقابل شده است. بنابراین به نظر می‌رسد منظور قانونگذار از «عمل متقابل» در متون قانونی موربدبخت، همان اقدام متقابل یا اقدام تلافی جویانه است.

حال این پرسش مطرح است که آیا فهرست تهیه شده توسط وزارت امور خارجه (که در ماده ۲ آئین نامه اجرائی مربوطه آمده است^۲) در مورد کشورهای مشمول عمل متقابل (اقدام تلافی جویانه) برای قاضی رسیدگی کننده از ارزشی همانند نظریه‌ی کارشناس رسمی برخوردار است؟ آیا این فهرست فقط به عنوان یک گواهی رسمی مبنی بر اتخاذ چنین اعمالی از سوی دولتهای خارجی است؟ یا این که فهرست وزارت امور خارجه موجب پیدایش صلاحیت برای دادگاه است؟ به عبارت دیگر، اگر کشوری اقدامی علیه ایران نماید ولی وزارت امور خارجه نام آن را در فهرست موضوع ماده ۲ آئین نامه اجرائی مربوطه ذکر نکرده باشد، آیا دادگاه می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند؟

۱. سیدنصرالله ابراهیمی، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات نسل نیکان، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۱۸۵ و برای مطالعه بیشتر ن.ک: کاظمی، سیدعلی، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات نسل نیکان، چاپ دوم ، ۱۳۸۴، ص ۶۷

۲. ماده ۲ - وزارت امور خارجه ظرف سه ماه از تاریخ تصویب این آئین نامه، فهرست کشورهایی که مصونیت دولت جمهوری اسلامی ایران یا مقامات رسمی آن را نقض نموده یا در اجرای احکام ناقض این مصونیتها مساعدت کرده اند را به قوه قضاییه اعلام می‌دارد.

در پاسخ به این پرسش گفته شده: در احراز صلاحیت «اعلام وزارت امور خارجه مؤثر بوده و به عنوان یک اماره تلقی می‌شود ولی نه به عنوان یک اماره قطعی و غیرقابل بطلان، پذیرش نظر مخالف اعتبار قانونی عملکرد قوه قضاییه را زائل خواهد کرد، اگر مثلاً وزارت امور خارجه، خلاف واقع نام دولتی را در این فهرست درج کند و این فهرست را قطعی تلقی کنیم، این امر سبب خواهد شد که دادگاه‌های ما اعمال صلاحیت کنند ولی نه از باب عمل متقابل و این امر خلاف نظر قانونگذار است.»^۱

ب- مصونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی در قانون مصوب ۱۳۷۸ و

^۲ ۱۳۷۹

صدر ماده واحده موضوع قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ مقرر می‌دارد: «به موجب این قانون اتباع ایرانی می‌توانند در موارد ذیل از اقدامات دولتهای خارجی که مصونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آنرا نقض نموده باشند در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند...». مصونیت سیاسی همان مصونیت دیپلماتیک است.^۳ مصونیت دیپلماتیک به این معناست «که در حقوق بین‌الملل دیپلماتها و مأموران دولت و محل سکونت و محل کارشان از تعقیب و تعرض مأموران دولتی کشور پذیرنده مصون هستند و بر دو نوع است: ۱- مصونیت در مقابل تعرض^۴ ۲- مصونیت قضایی^۵ که هر یک در

۱. علیرضا ظاهری، «تحولات قاعده‌ی مصونیت دولت‌ها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۴۷

۲ . لفظ مصونیت سیاسی مربوط به قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸ و اصلاحی آن مصوب ۱۳۷۹ می‌باشد. لیکن، در قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ این عنوان حذف شده است.

3. Diplomatic Immunity
4. Inviolability
5. Judicial Immunity

جای خود اعمال می‌شوند.^۱ این نوع مصونیت در کنوانسیون ۱۹۶۱ روابط دیپلماتیک مفصل‌اً مورد بحث قرار گرفته است. همچنین «مصطفونیت دولت نیز خود نظام حقوقی مستقل دیگری است که از مصونیت دیپلماتیک متمایز است. مصونیت دیپلماتیک فقط منحصر به نمایندگان دیپلماتیک است ولی مصونیت قضایی دولت شامل کل دولت در معنای وسیع آن، اعم از وزارت‌خانه‌ها، اداره‌های مرکزی و همچنین دستگاه‌های وابسته به آن می‌شود.»^۲

به نظر می‌رسد، منظور از مصونیت قضایی مندرج در صدر ماده واحده یادشده، مصونیت از تعقیب قضایی است. اما، با توجه به دلایل تصویب قانون مورد بحث بنظر می‌رسد، منظور قانونگذار از مصونیت سیاسی، مصونیت دیپلماتیک نیست بلکه، مقصود او مصونیت دولت است. کاربرد عبارت «مصطفونیت سیاسی دولت» در کنار «مقامات رسمی آن» تمایز این دو اصطلاح را تأیید می‌کند. در این خصوص گفته شده: عبارت «مصطفونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی» قابل حمل بر معانی متفاوتی است. در برداشت اول، گفته شده: مفاهیم «مصطفونیت قضایی دولت» و «مصطفونیت دیپلماتیک» با هم خلط شده‌اند و از سوی قانونگذار به اشتباه، مترادف انگاشته شده‌اند. بر مبنای برداشت دوم، این مفاهیم از سوی قانونگذار خلط نشده‌اند بلکه قانونگذار در میان عبارت «مصطفونیت قضایی ناشی از مصونیت سیاسی دولت» به ریشه و بنای تاریخی این قاعده توجه داشته است. بنابراین، می‌توان گفت منظور از این عبارت، تأکید بر پذیرش مصونیت دیپلماتیک به عنوان مبنای قاعده مصونیت دولت‌هاست.^۳

۱. غلامرضا علی‌بابایی، فرهنگ اصطلاحات روابط بین‌الملل، نشر سفید، ۱۳۶۹، ص ۲۰۹.

۲. ظاهری، پیشین، ص ۱۴۸

۳. همان

نتیجه

در سال ۱۳۷۹ با تصویب «قانون اصلاح قانون صلاحیت محاکم دادگستری ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی» نهاد خسارت تنبیهی برای اولین بار در حقوق ایران مطرح شد. در زمینه دعاوی داخلی، خسارت تنبیهی نوعاً مورد استقبال محاکم قرار نگرفته است، اما در بعد بین‌المللی و در اجرای ماده واحده موضوع قانون یادشده آراء قابل توجهی در خصوص خسارت تنبیهی علیه دولت آمریکا از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر شده است.^۱ لیکن صدور حکم مبنی بر محکومیت به پرداخت خسارات تنبیهی بر مبنای قانون فوق و قانون جایگرین آن مصوب ۱۳۹۰ تنها در دعاوی بین‌المللی و آن هم به صورت یک اقدام تلافی‌جویانه امکان‌پذیر است. شایان ذکر اینکه، دعاوی مطروحه علیه شهروندان ایرانی در دادگاه‌های دول متخصصی چون ایالات متحده امریکا که منجر به صدور احکام مالی بسیار سنگینی شده است، کاملاً واهمی و بی اساس بوده و با اغراض سیاسی طرح شده است. این اقدامات، که به پاره‌ای از آنها اشاره شد^۲ کاملاً برخلاف عرف بین‌المللی است.

اگرچه خسارت تنبیهی در حقوق داخلی ایران، فاقد مبنای قانونی است ضرورت صدور احکام قضائی مبنی بر محکومیت به پرداخت این خسارت در حقوق داخلی ایران احساس می‌شود. بنابراین شایسته است نهاد خسارت تنبیهی که توسط دکترین شناسایی شده، توسط قضات محترم دادگستری به رسمیت شناخته شود و در آرای ایشان که یکی از منابع مهم نظام حقوقی ایران است متجلی گردد. به نظر می‌رسد با گذر از مراحل یاد شده، فرآیند تقویت این نهاد حقوقی سودمند توسط قانونگذار سریع‌تر صورت پذیرد.

۱۸۴

هنری حکیمی / پژوهشی ادبیات / ۱۳۹۲

۱. برای دیدن برخی از این آرای ک. اکبرنرتی کلوانق، «مطالعه تطبیقی خسارت تنبیهی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، واحد پردیس قم، خرداد ۱۳۸۶، ص ۱۷۷ به بعد

۲. ن. ک. آراء صادره در مورد خانم مارلانبت و دیگری در مورد خانم آلیسا مایکل فلاتنو ۱۳۸۶/۶/۱۴، www.internationallaw.blogfa.com/post-357.aspx

فهرست منابع

الف) فارسی

- ابراهیمی، سید نصرالله، **حقوق بین الملل خصوصی**، انتشارات نسل نیکان، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- مسئولیت بین المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل، ترجمه علی رضا ابراهیم گل، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و جعفری، حمیدرضا، «**مطلوبه خسارت مازاد بر دیه**»، پژوهشنامه علوم انسانی و سیاسی، بالسر، شماره نهم و دهم، ۱۳۸۸.
- پور سید، بهزاد، اجبار به انجام عین تعهد در حقوق تجارت بین الملل، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در **ترمینولوژی حقوق**، جلد ۳، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- خدابخشی، عبدالله، بیمه و حقوق مسئولیت مدنی، تهران ، نشر معاونت حقوقی و توسعهی قضایی قوهی قضاییه، ۱۳۸۸.
- ره پیک، حسن، **حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها**، انتشارات خرسندي، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ره پیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، انتشارات خرسندي، چاپ اول ۱۳۸۵.
- رودیجانی، محمدمجتبی، **ضمانت‌های اجرای مفاد قرار داد**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۵.
- ژوردن، پاتریس، **اصول مسئولیت مدنی**، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، میزان، ۱۳۸۲.
- سلجوqi، محمود، **بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی**، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۷.
- سماواتی، حشمت الله، **خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی**، انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- شکری، رضا و سیروس، قادر، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، نشر مهاجر، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، انتشارات دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۴.

- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۳، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- ظاهری، علیرضا، «تحولات قاعده مصونیت دولت‌ها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۳۸۳، ۳۰.
- علی‌بابایی، غلامرضا، فرهنگ اصطلاحات روابط بین‌الملل، نشر سفید، ۱۳۶۹.
- قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- قاسم زاده، سید مرتضی، تقریرات درس حقوق مدنی تطبیقی، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم قضایی، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۸۸-۸۹.
- قاسم زاده، سید مرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- قبله‌ای خویی، خلیل، علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، واقعیح حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- کاظمی، سید علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات نسل نیکان، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- مقصودی پاشاکی، رضا، مطالعه تطبیقی وجه التزام، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۷-۸۸.
- مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد ۲، انتشارات فکر سازان، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- میرمحمد صادقی، حسین، جرائم علیه اشخاص، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ندرتی کلوانق، اکبر، مطالعه تطبیقی خسارت تنبیه‌ی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، واحد پردیس قم، خرداد ۱۳۸۶.
- وايت تیکر، سیمون، اصول قراردادها در حقوق فرانسه، ترجمه حسن ره پیک، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۵.
- باقری، صادق، جبران نقص تعهدات بین‌المللی حقوق (www.moj.gov.af.com)

- کریمی‌نیا، محمد مهدی، **مسئولیت دولت‌ها در قبال خسارت معنوی**

(www.dadgostary.Tehran.ir)

- علی‌پور، محمدرضا، **دادگاه آمریکایی و محکومیت ایران به پرداخت خسارت ۱۳**

www.internationallaw.blogfa.com **میلیون دلاری**

- محمد نبی، حسین، سخنرانی ماهانه کمیسیون امور بین‌المللی کانون وکلا، اجرای

احکام دادگاه‌های آمریکا در ایتالیا علیه ایران مورخ ۸۵/۹/۲۶

(www.iranbar.org)

ب) لاتین

- Curcio, Andrea A., **Painful Publicity- an Alternative Punitive Damage Sanction**, 1995-1996, See at: Heinonline.org (10/5/2012).

Loyala of Los Angles - Heriot, Gail, Civilizing Punitive Damages, Law review, 1/1/2003.

- Lunney, Mark & Oliphant, Ken, **Tort law**, waterloo publication, London 2002.

- Olson, Theodore, **Some Thoughts on Punitive Damages**, Civil Justice Memo, No. 15, June 1989.

- Owen, David G., **Philosophical Foundations of Tort Law**, Clarendon press, 1st ed, New York 1995

استنکاف مقامات اداری از اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری*

محمدجواد رضاییزاده**

حسین عبداللهی***

چکیده

اجرای آرای دیوان عدالت اداری به مثابه نهادی که ضامن تحقق حکومت قانون^۳ است از اهمیت فراوانی برخوردار بوده و از این رو تدقیق پیرامون استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای این نهاد نیز، موضوعی ضروری به نظر می‌رسد. بر این اساس «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان» را نمی‌توان نوعی «جرائم»

* خواننده گرامی: قانون جدید دیوان عدالت اداری با عنوان قانون تشکیلات و قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۹۲/۰۳/۲۵) توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد و قانون دیوان عدالت اداری (۸۵/۳/۹) صریحاً نسخ گردید. مقاله حاضر پیش از تغییر قانون پذیرفته شده است. (مجله حقوقی دادگستری)

** استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
mj.rezaei@yahoo.com

*** نویسنده مسئول، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)
h.a.8314@yahoo.com
3. The Rule of Law

اداری» در برابر اجرای رأی دیوان؛ به عنوان «بالاترین مرجع اختصاصی اداری» مرتکب شده و رسیدگی بدان صرفاً در صلاحیت «ذاتی و اختصاصی دیوان عدالت اداری» است.

جهت ارائه تعریف از این نوع استنکاف باید گفت: «هرگونه خودداری یا جلوگیری عامدانه در قالب فعل یا ترک فعل، نسبت به اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری؛ اعم از حکم و قرار دستور موقت است که پس از انجام «اقدامات اجرایی» و در صورت عدم وجود مانع قانونی و عملی در برابر محکوم‌علیه، محقق می‌گردد. این تخلف معمولاً توسط بالاترین مقام دستگاه ارتکاب یافته و مقید به نتیجه است». نتیجتاً ضمانت اجرای این تخلف نیز «تبیه اداری» قلمداد شده که اصل «سلسله مراتب قانونی»، گستره آن را تعیین می‌کند.

واژگان کلیدی: استنکاف مقامات دولتی، اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری، انفعال از خدمات دولتی، تخلف اداری، تبیه اداری

درآمد

بدون تردید، حکومت قانون از مهم‌ترین بنیان‌های حقوق اداری و حقوق عمومی است و قانون اساسی در اصل ۱۷۳ خود، نهادی جهت ضمانت اجرای این بنیان در نظام اداری و دولتی، با نام «دیوان عدالت اداری» تأسیس نموده است. ظهور و بروز تمامی تلاش‌های این نهاد، جهت تحقق «حکومت قانون» را باید در آرای صادره از آن دانست و در واقع اجرایی شدن این آرا است که موجب تحقق «قانون‌مداری» در نظام اداری و دولتی خواهد شد. حال چنانچه مقامات دولتی که مسئول اجرای آرای دیوان عدالت اداری هستند از اجرای سریع، دقیق و کامل آن استنکاف ورزند، فلسفه وجودی و اهداف دیوان، زیر سؤال رفته و تصمیم‌های آن، ماهیت تشریفاتی به خود خواهد گرفت. از طرف دیگر، این امر، شایستگی و صلاحیت مسئولین مستنکف را در تصدی امور عمومی جامعه مورد تردید قرار داده و اعتماد مردم را به آنان سلب می‌نماید. همچنین محاکومله، تلاش‌ها و زحماتی را که جهت اخذ رأی از دیوان، متحمل شده، هنگام عدم اجرای آن توسط محاکوم‌علیه، بیهوده تلقی کرده و دیگر امیدی به احقاق حق خود نخواهد داشت.

در برخی از نظام‌های اداری مانند نظام اداری فرانسه، به علت اینکه دادگاه‌های اداری در آن نظام، وابسته به قوه مجریه بوده و مقامات اداری، «قضاؤت اداری» را به منزله ادامه «اداره کردن» و نوعی از آن می‌دانند؛ نسبت به اجرای آرای آنان، چندان مقاومت نمی‌کنند و جهت اجرای حکم همراهی بهتری، از خود نشان می‌دهند^۱، در حالی که در سایر نظام‌ها^۲ مانند ایران که مرجعی وابسته به قوه قضاییه، اقدام به صدور رأی نسبت به شکایات مردم از نهادهای دولتی می‌نماید،

۱. جهت مطالعه بیشتر ن.ک.: محمد جواد رضایی زاده، *محاکم اداری فرانسه و صلاحیت آن‌ها در رسیدگی به دعاوی اداری*، مدیریت، ۱۳۸۴، ص ۳۹

۲. از جمله سایر نظام‌هایی که دارای این ویژگی است نظام حقوقی امریکاست؛ چراکه به موجب بخش دوم اصل سوم قانون اساسی این کشور، رسیدگی به برخی دعاوی به لحاظ طرف‌های دعوا به دادگاه‌ها یفدرال ارجاع می‌گردد؛ که از آن جمله: دعاوی مربوط به سفر، کنسول‌ها و مقامات بلند پایه دولت است. جهت مطالعه بیشتر ن.ک.، تذک، آندره، *حقوق ایالات متحده امریکا*، ترجمه سیدحسین صفائی، انتشارات مؤسسه حقوق تطبیقی، چاپ دوم، ۱۳۵۸

متأسفانه در برخی موارد، ادارات با سختی بیشتری آن را اجرا کرده و با مقاومت‌هایی از طرف آنان مواجه می‌شوند. در این کشورها با این استدلال، مأمورین دولت در هر مقام و مرتبه‌ای که قرار دارند حق ندارند که بر مسند قضا بنشینند و در دعاوی ناشی از اعمال خود به داوری بپردازنند. حکومت در دعاوی، مخصوص قوه قضائیه است و مداخله در آن، تجاوز آشکار اصل تفکیک قوا و سایر اصول قانون اساسی و مقررات مصوب قوه مقننه به شمار می‌رود.^۱

با توجه به آنکه سهم عمدہ‌ای از آرای دیوان، آرای صادره از شعب آن است، ابعاد موضوع «استنکاف مقامات اداری از اجرای آرای شعب دیوان» اهمیتی مضاعف پیدا نموده؛ خصوصاً آنکه اجبار برخی از مقامات اداری به اجرای احکام دیوان، با توجه به اینکه این مقامات، مسئولیتشان بیشتر سیاسی است تا اداری؛ مواجه با مشکلاتی است. در این راستا، سوالات محوری که این مقاله به دنبال پاسخ به آن‌هاست، از این قرار است: در نظام حقوقی ایران، ماهیت استنکاف چیست؟ آیا این عمل، «جرائم» تلقی شده یا آنکه صرفاً یک «تخلف اداری» محسوب می‌شود؟ تحقق عملی استنکاف، در چه زمانی است؟ و بر این اساس آیا می‌توان تعریفی جامع و مانع از این نوع استنکاف، ارائه نمود؟ و نهایتاً ضمانت‌های اجرایی این عمل، دارای چه ابعادی است؟

این نوشتار به‌دنبال اثبات این فرضیه است که اصولاً استنکاف مقامات اداری (موضوع ماده ۳۷ دیوان)، «جرائم» نبوده؛ بلکه نوعی «تخلف اداری» به حساب می‌آید. همچنین استنکاف به معنای هرگونه خودداری یا جلوگیری عامدانه از اجرای حکم یا قرار دستور مؤقت است که پس از انجام اقدامات اجرایی توسط بالاترین مقام اداری محقق می‌شود و گستره تنبیه انفال از خدمات دولتی، به عنوان اساسی‌ترین ضمانت اجرای آن، در عمل با مشکلاتی مواجه است. از این رو در این نوشتار، پس از بررسی اقسام آرای صادره از دیوان، ماهیت استنکاف و عناصر

۱. سیدنصرالله صدرالحافظی، *نظرارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، تهران، شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲

سازنده آن، بررسی شده تا زمینه ارائه تعریف استنکاف، فراهم آید. همچنین در ادامه، انواع ضمانت‌های اجرایی این تخلف، در شعب دیوان و مراجع شبه‌قضایی مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت. ماده محوری در این نوشتار، ماده ۳۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ^۱۸۵/۳/۹ بوده و در زمانی که این سطور نگاشته می‌شود بخشی از مواد اصراری لایحه «تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ^۲۹۰/۵/۲ مجلس شورای اسلامی در «جمع تشخیص مصلحت نظام» در حال بررسی است. از این رو این مقاله با نگاهی به مواد مرتبط از لایحه مذکور، که به تأیید نهایی شورای نگهبان رسیده است؛ در صدد مقایسه این دو منبع، در موضوع مورد بحث نیز خواهد بود.

۱- آرای دیوان عدالت اداری

۱۹۳

جهت ارائه تحلیلی درباره استنکاف از اجرای آرای دیوان عدالت اداری، در ابتدا لازم است به تعریف «رأی قضایی» و به تبع، انواع «آرای دیوان عدالت اداری» به عنوان نمونه‌ای از آرای قضاییه صورت مختصر پرداخته شود.

۱۳۹۲ / پیمان / ۸۱ / شماره ۵ / دادگستری

در تعریف رأی قضایی آمده است: «نظری است که در زمینه حل مجهول قضائی، ابراز می‌شود». ^۲ از نظر مقتن نیز بهموجب ماده ۲۹۹ قانون «آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب»، مصوب ۷۹/۱/۲۱، «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور کلی یا جزئی باشد، حکم و در غیر این صورت، قرار نامیده می‌شود». بر این اساس، رأی قضایی، دارای مفهومی اعم از حکم و قرار است

۱. ماده ۳۷: «در صورتی که محکوم‌علیه از اجرای رأی استنکاف نماید با رأی شعبه صادرکننده حکم، به انفال موقت از خدمات دولتی تا پنج سال و جبران خسارت وارد محکوم می‌شود. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در شعبه تشخیص دیوان می‌باشد»

همچنین در ماده ۱۱۱ لایحه جدید که به تصویب شورای نگهبان رسیده آمده است: «در صورتی که محکوم‌علیه از اجرای رأی استنکاف نماید با رأی شعبه صادرکننده رأی، حکم به انفال موقت از خدمات دولتی تا پنج سال و جبران خسارت وارد محکوم می‌شود رأی صادره ظرف ۲۰ روز قابل تجدیدنظر در شعبه تجدیدنظر دیوان می‌باشد و در صورتی که رأی مذکور در شعبه تجدیدنظر صادر شده باشد به شعبه هم عرض ارجاع می‌شود»

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، «دانشنامه حقوقی»، چاپ پنجم، امیرکبیر، ۱۳۷۶

و به تبع آن، آرای دیوان عدالت اداری نیز شامل کلیه «حکم و قرارهای صادره» در نظر گرفته می‌شوند اما در موضوع مورد بررسی، با توجه به اینکه مقتن از میان انواع قرار، صرفاً استنکاف از اجرای قرار «دستور موقت» را به صورت مستقل در ماده ۲۶ قانون دیوان^۱، دارای ضمانت اجرا دانسته است شاید بتوان گفت از نظر قانونی، عملاً و تنها استنکاف از اجرای این نوع از قرارها برای مقامات اداری، دارای ضمانت اجراست و استنکاف از اجرای سایر قرارها، دارای چنین تبعات قانونی نخواهد بود. در تقسیم‌بندی دیگر، آرای دیوان عدالت اداری، شامل «آرای صادره از شعب بدوى»، «آرای صادره از شعب تشخیص»^۲ و نهایتاً «آرائی است که هیئت عمومی دیوان» صادر می‌نماید. همچنان در نوعی دیگر از تقسیم‌بندی، می‌توان آرای صادره را شامل: «آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان» و «آرای در نتیجه رسیدگی به شکایات، صادره از شعب و هیئت عمومی دیوان» دانست.

موضوعی که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود صرفاً «استنکاف از آرای صادره از شعب» (بدوى یا تشخیص) دیوان بوده و باید توجه داشت «در حقوق ایران همواره برخی از اعمال دادگاه‌ها به تصمیمات اداری یا اوامر اداری معروف بوده است مانند دستور آگهی ابلاغ دادخواست در روزنامه و ...». باید توجه داشت که این نوع از اعمال دادگاه‌ها نیز در شمار آرای صادره به شمار نرفته و جلوگیری از اجرای این اوامر در دایره شمول ماده ۵۷۶ «قانون مجازات اسلامی»^۳ قرار می‌گیرد.

۱. ماده ۲۶: «سازمان‌ها، ادارات، هیأتها و مأموران طرف شکایت پس از صدور و ابلاغ دستور موقت، مکلفند بر طبق آن اقدام نمایند و در صورت استنکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، متخلّف را به انفال موقت از شغل به مدت شش‌ماه تا یک سال و جبران خسارت وارد محاکوم می‌نماید».

۲. بهموجب ماده ۱۱۹ لایحه «تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ۹۰/۵/۲، شعب تشخیص دیوان پس از رسیدگی به پرونده‌های موجود، منحل شده و بر اساس ماده ۳ این لایحه، شعب تجدیدنظر از یک رئیس و دو مستشار تشکیل می‌شود.

۳. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ۲ جلد، ج دوم، تهران، دراک، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۰، ص

۴. «چنانچه هر یک از صاحبمنصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی و شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشند از مقام خود سوءاستفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی و یا اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هر گونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد جلوگیری نماید به انفال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد»

۲- اقسام استنکاف مقامات دولتی

در یک نگاه کلی، اقسام استنکاف مقامات دولتی در «قانون دیوان عدالت داری» مصوب ۸۵/۳/۹ از قرار ذیل است :

الف) استنکاف از ادا توضیح، طبق تبصره (۲) ماده ۳۱: «در صورتی که طرف شکایت، شخص حقیقی یا نماینده شخص حقوقی باشد و پس از احضار بدون عذر موجه، از حضور جهت ادای توضیح خودداری کند، شعبه او را جلب نموده یا به انفال موقت از خدمات دولتی به مدت یکماه تا یکسال محکوم می‌نماید».^۱

ب) استنکاف از اسناد و پرونده‌های مورد مطالبه. طبق ماده ۳۲: «در صورت درخواست رئیس دیوان یا هریک از شعب دیوان، کلیه واحدهای دولتی، شهرداری‌ها و سایر مؤسسات عمومی و مأموران آن‌ها، مکلفاند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ نسبت به ارسال اسناد و پرونده‌های مورد مطالبه اقدام نمایند... متخلص به حکم شعبه به انفال موقت از خدمات دولتی از یک ماه تا یک سال یا کسر یک‌سوم حقوق و مزايا به مدت سه‌ماه تا یک‌سال محکوم می‌شود».^۲

ج) استنکاف از اجرایی دستور موقت، طبق ماده ۲۶: «سازمان‌ها، ادارات، هیأت‌ها و مأموران طرف شکایت پس از صدور و ابلاغ دستور موقت، مکلفاند بر طبق آن اقدام نمایند و در صورت استنکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، متخلص را به انفال

۱. در «لایحه تشکیلات و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ۹۰/۵/۲ ماده مریوطه از قرار ذیل است: تبصره (۲) ماده ۴۴: «در صورتی که طرف شکایت، شخص حقیقی یا نماینده شخص حقوقی باشد و پس از احضار بدون عذر موجه از حضور جهت ادای توضیح خودداری کند شعبه او را جلب می‌نماید یا به انفال موقت از خدمات دولتی از یک ماه تا یک سال محکوم می‌نماید».

۲. ماده ۴۵ لایحه جدید: «در صورت درخواست رئیس دیوان یا هریک از شعب دیوان، کلیه واحدهای دولتی، شهرداری‌ها و سایر مؤسسات عمومی و مأموران آن‌ها مکلفاند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ نسبت به ارسال اسناد و پرونده‌های مورد مطالبه اقدام نمایند ... مستنکف به حکم شعبه به انفال موقت از خدمات دولتی از یک ماه تا یک سال یا کسر یک سوم از حقوق و مزايا به مدت سه‌ماه تا یک سال محکوم می‌شود»

موقت از شغل به مدت شش‌ماه تا یک سال و جبران خسارت واردہ محکوم می‌نماید.^۱

۵) استنکاف از اجرای آرای هیئت عمومی بهموجب ماده ۴۵: «هرگاه پس از انتشار رأی هیئت عمومی دیوان در روزنامه رسمی کشور، مسئولان ذی‌ربط از اجرای آن استنکاف نمایند به تقاضای ذی‌نفع یا رئیس دیوان و با حکم یکی از شعب دیوان، مستنکف به انفال موقت از خدمات دولتی از سه‌ماه تا یک‌سال و یا پرداخت جزای نقدی از یک میلیون (۱۰۰۰۰۰۰) ریال تا پنجاه میلیون (۵۰۰۰۰۰۰) ریال و جبران خسارت واردہ محکوم می‌شود».^۲

۶) استنکاف از اجرای آرای شعب. بهموجب ماده ۳۷: «در صورتی که محکوم‌علیه از اجرای رأی استنکاف نماید با رأی شعبه صادرکننده حکم، به انفال موقت از خدمات دولتی تا پنج سال و جبران خسارت واردہ محکوم می‌شود. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در شعبه تشخیص دیوان می‌باشد».^۳

۱. ماده ۴۰ لایحه جدید: «سازمان‌ها، ادارات، هیئت‌ها و مأموران طرف شکایت پس از صدور و ابلاغ دستور موقت، مکلف‌اند طبق آن اقدام نمایند. در صورت استنکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، مختلف را به انفال از خدمت به مدت شش ماه تا یک سال و جبران خسارت واردہ محکوم می‌نماید»

۲. ماده ۹۵ لایحه جدید: احکام صادرشده از هیئت عمومی دیوان که مستلزم عملیات اجرایی باشد از طریق دفتر هیئت عمومی به واحد اجرای احکام دیوان ابلاغ می‌شود. واحد اجرای احکام دیوان موظف است مراتب را به مبادی ذی‌ربط اعلام نماید. مراجع مذکور مکلف به اجرای حکم و اعلام نتیجه به دیوان می‌باشند و در صورت استنکاف طبق ماده ۱۰۹ این قانون اقدام می‌شود. همچنین ماده ۹۵ برای استنکاف از انجام عملیات اجرایی احکام هیئت عمومی نیز ضمان اجرا وضع نموده است: «احکام صادرشده از هیئت عمومی دیوان که مستلزم عملیات اجرایی باشد از طریق دفتر هیئت عمومی به واحد اجرای احکام دیوان ابلاغ می‌شود. واحد اجرای احکام دیوان موظف است مراتب را به مبادی ذی‌ربط اعلام نماید. مراجع مذکور مکلف به اجرای حکم و اعلام نتیجه به دیوان می‌باشند و در صورت استنکاف طبق ماده ۱۰۹ این قانون اقدام می‌شود»

۳- ماده ۱۱۱ لایحه جدید: «در صورتی که محکوم‌علیه از اجرای رأی استنکاف نماید با رأی شعبه صادرکننده رأی، حکم به انفال موقت از خدمات دولتی تا پنج سال و جبران خسارت واردہ محکوم می‌شود رأی صادره ظرف ۲۰ روز قابل تجدیدنظر در شعبه تجدیدنظر دیوان می‌باشد و در صورتی که رأی مذکور در شعبه تجدیدنظر صادرشده باشد به شعبه هم عرض ارجاع می‌شود».

چنانکه از بررسی انواع استنکاف در دو قانون به دست می‌آید. اولاً حداقل یکی از مجازات‌های تمامی اقسام استنکاف، «انفال موقت از خدمات دولتی» بوده و ثانیاً شدیدترین نوع آن مربوط به قسم اخیر، یعنی «استنکاف از اجرای آرای شعب» (موضوع ماده ۳۷ قانون و ۱۱۱ لایحه جدید) است، که این نوشتار به تحلیل این قسم خواهد پرداخت.

۳- پیشینه تقنینی استنکاف

بررسی پیشینه تقنینی یک موضوع حقوقی، کمک شایانی به درک صحیح از آن در زمان حاضر خواهد نمود. از این رو نگاهی مختصر بر مراجعی که از ابتدا عهده‌دار رسیدگی به «شکایات مردم از نهادهای دولتی» بوده‌اند و بررسی عکس‌العمل آن مراجع در برابر «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرا»، می‌تواند به تحلیل دقیق‌تری از موضوع، رهنمون شود.

«شورای دولتی» از آغازین مراجعی بود که صلاحیت «رسیدگی به شکایت از تصمیمات و اقدامات کلیه مراجع و مؤسسات دولتی و شهرداری و...»^۱ را برعهده داشت. «تصویب قانون این نهاد، مولود نابسامانی های بزرگ در سیستم اداری مملکت، نارضایتی عمومی از تصمیمات و اقدامات خودسرانه اعمال دولت و تلاش و کوشش جمعی از حقوق‌دانان کشور بود.» (صدرالحافظی، همان، ۳۷)

۱. ماده ۲ «قانون راجع به شورای دولتی» مصوب هفتم اردیبهشت ۱۳۳۹ کمیسیون مشترک دادگستری مجلسیین: «وظایف شورای دولتی عبارت است از:
 - الف - رسیدگی به شکایت از تصمیمات و اقدامات کلیه مراجع و مؤسسات دولتی و شهرداری و تشکیلات وابسته به آن و ...
 - ب - رسیدگی به شکایت از احکام دیوان محاسبات به ترتیبی که در قانون دیوان محاسبات مذکور است
 - ج - رسیدگی به ادعای خسارت از ادارات دولتی و یا شهرداری‌ها یا تشکیلات وابسته به آن‌ها در صورتی که به علت تقصیر در انجام وظایف قانونی، اداره مسئول جبران خسارت باشد ولی تعیین میزان خسارت با دادگاه‌های عمومی است
 - د - رسیدگی به شکایت کارمندان از مؤسسات دولتی یا شهرداری یا تشکیلات وابسته به آن‌ها در مورد نقض مقررات به حقوق استخدامی.»

على رغم اميدهایي که بزرگان حقوقی کشور در آن زمان به اين نهاد بسته بودند و آن را عامل مؤثری جهت جلوگیری از ظلم و تعدی فراوان دولتمردان قلمداد می‌کردند^۱ نظام حاکم، اقدام به اجرای آن قانون نکرده و «به جای تأسیس شورای دولتی، به تشکیل محاکم اداری اختصاصی، متناسب با اهداف خود پرداخت». ^۲

با بررسی «قانون راجع به شورای دولتی» مصوب ۳۹/۷/۲۰۱۳ کمیسیون مشترک دادگستری مجلسین، على رغم تعیین صلاحیت‌های وسیع برای شورا و پیش‌بینی تشکیلاتی منسجم برای آن، ضمانت اجرای مشخص و دقیقی برای ترتیب اثرباره به آرا و تصمیمات قطعی آن شورا در نظر گرفته نشده و ماده ۲۹ این قانون به بیان اینکه «دولت مکلف است احکام و تصمیمات قطعی شورای دولتی را اجرا نماید» اکتفا نموده است. مطمئناً عدم تعیین ضمانت اجرای دقیق برای تصمیمات و احکام شورای دولتی را می‌توان از نقاط ضعف جدی قانون مذکور دانست.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و با پیش‌بینی «دیوان عدالت اداری» به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی؛ مجلس شورا، اقدام به وضع قوانین عادی راجع به آن نمود. به موجب ماده ۲۱ قانون «دیوان عدالت اداری» مصوب ۴/۱۱/۶۰ «واحدهای دولتی اعم از وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و مؤسسات وابسته به آن‌ها و نهادهای انقلابی مکلفند احکام دیوان را در آن قسمت که مربوط به واحدهای مذکور است اجرا نمایند. در صورت استنکاف، مرتكب به حکم دیوان به انفال از خدمت دولتی و قانونی محکوم می‌شود.»

این ماده مدت انفال را تعیین ننموده بود تا آنکه به موجب ماده ۲۱ اصلاحی ۱/۲۷۸، «مدت یک تا پنج سال» برای آن معین شد. به علاوه ضمانت اجرای

۱. «...اگر شورای دولتی از ابتدای تشکیل عدله در ایران به وجود آمده بود و دهن به مأمورین متجاوز می‌زد و مأمورین کچ سلیقه یا بی‌ساد را ارشاد و راهنمایی می‌کرد، شاید دامنه ظلم و تعدی مأمورین این اندازه توسعه نمی‌یافت و از این تبعیض‌ها و خاصه ولخرجی‌هایی که اساس و منشأ عدم رضایت‌های مردم ایران است جلوگیری می‌شد...»

ر.ک: سخنرانی دکتر متین دفتری، (تابستان ۱۳۸۷)، از شورای دولتی تا دیوان عدالت اداری، مجله حقوق اساسی، شماره ۹، ۱۳۸۷، ص ۲۰۲

۲. همان، ۴۵

استنکاف، همچنان دارای این نقص بود که نسبت به مسئولیت مدنی ناشی از آن، ساکت بود. همچنین این مواد هیچ‌گونه تصریحی مبنی بر چگونگی اعمال محکومیت انفال و چگونگی تشریفات رسیدگی نداشت و معلوم نبود آیا باید اعمال محکومیت پس از تقاضای محکوم‌له صورت می‌گرفت یا آنکه شعبه و رئیس کل دیوان رأساً می‌توانستند نسبت به آن، اقدام لازم را انجام دهند.^۱ نهایتاً این نقایص، به‌موجب ماده ۳۷ قانون فعلی، برطرف شده لازم به ذکر است تنها تغییری که به‌موجب لایحه «تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ۹۰/۵/۲ مجلس شورای اسلامی در مفاد این موضوع داده شده، اضافه‌شدن عبارت «... در صورتی که رأی مذکور در شعبه تجدیدنظر صادرشده باشد به شعبه هم عرض ارجاع می‌شود» در انتهای ماده ۱۱۱ آن است. در ادامه مقاله، دیگر تغییرات مربوطه نیز مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱۹۹

۴- ماهیت استنکاف

روشن شدن ماهیت استنکاف اثرات مهمی به همراه خواهد داشت چرا که مثلاً اگر ماهیت آن، «جرائم» دانسته شود طبق ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری، کشف و تحقیق پیرامون آن و حتی تعقیب مجرم و نحوه رسیدگی به جرم و ... تابع اصول و مقررات آئین دادرسی کیفری است و بدون رعایت ترتیبات و قواعد وضع شده برای کشف و تحقیق راجع به جرم و تعیین میزان مسئولیت مجرم بر حسب مقررات قانونی نمی‌توان نسبت به صدور حکم و تعیین مجازات برای مجرم اقدام نمود. حال آیا می‌توان این موضوع را از مصادیق «عمل مجرمانه» تلقی نمود یا آنکه صرفاً «تخلف اداری» است؟

۱- استنکاف به عنوان عملی مجرمانه

«جرائم»^۲ به معنی عام کلمه، عبارت است از «هر فعلی که به موجب قوانین کیفری، انجام‌دادن یا ترک آن با مجازات مقرر توأم باشد مانند قتل و کلاهبرداری و

۱. محمد جواد رضایی‌زاده ، حقوق اداری^۱، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۲۶۵

2.Delit penal

سرقت»^۱، حال آیا برای عمل «استنکاف از اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری» به موجب «قوانين کیفری» مجازاتی مقرر گردیده است؟ به موجب ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی، «چنانچه هر یک از صاحبمنصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی و شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشند از مقام خود سوءاستفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی و یا اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد جلوگیری نماید به انفال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد». چنانچه مشخص است، عنصر مادی تصریح شده در این ماده، «سوءاستفاده مأمورین دولتی و شهرداری‌ها از مقام خود و جلوگیری از اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی» است. حال آیا «استنکاف از اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری» را می‌توان از مصاديق «جلوگیری از اجرای احکام مقامات قضایی» به حساب آورد و نتیجتاً مدعی شد این نوع استنکاف، از مصاديق عمل مجرمانه است؟ در پاسخ باید گفت به موجب ماده ۳۷ قانون دیوان، مرجع صالح جهت «تشخیص استنکاف» و «صدر حکم» مربوط به آن، صرفاً «شعبه‌ای از دیوان که صادرکننده رأی است» شناخته شده و هیچ مرجع قضایی دیگری، اعم از عمومی یا اختصاصی؛ صلاحیت تشخیص آن را نخواهد داشت و با توجه به آنکه «بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵»، قانونی سابق و عام بوده و «قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵» به عنوان قانونی لاحق و خاص شناخته می‌شود، باید گفت ماده ۳۷ قانون دیوان، مخصوص ماده ۵۷۶ «قانون مجازات اسلامی» است. از این رو چنانچه ادعا می‌شود^۲ که عبارت «احکام مقامات قضایی» شامل احکام و آرای صادره از «دیوان عدالت اداری» نیز هست، این به معنای نادیده‌گرفتن تصریح مقنن بر صلاحیت اختصاصی «شعبه صادرکننده رأی دیوان» مبنی بر «تشخیص مستنکف» در قانونی لاحق و خاص است. همچنین نظریه شماره ۷/۳۱۳۸/۵/۱۳۷۳ اداره

۱. محمد علی اردبیلی، *حقوق جزای عمومی*، ۲ جلد، ج اول، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص

۱۲۱

۲. رن: عیسی کشوری، *صلاحیت‌ها و استثنایات وارد بر صلاحیت دیوان عدالت اداری*، نشریه

پیام آموزش، شماره ۱، ۱۳۸۲، ص ۳۱

حقوقی قوه قضائیه مبنی بر اینکه «جلوگیری از اجرای رأی دیوان عدالت اداری، مشمول این ماده نیست». ^۱ نیز موید این نوع برداشت است.

بنابر توضیحات فوق، نمی‌توان براساس ماده ۵۷۶ «قانون مجازات اسلامی»، «جرائم بودن ماهیت استنکاف» را اثبات نمود.

۲- ماده دیگری که ممکن است مستند جرم بودن ماهیت استنکاف، قرار گیرد، ماده ۱۹ «قانون مجازات اسلامی»^۲ است که براساس آن گفته شود که «انفال از خدمات دولتی» - به عنوان مجازات استنکاف - یکی از مصادیق «محرومیت از حقوق اجتماعی» بوده و چون در قانون مجازات بدان اشاره شده، «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان»، به عنوان «جرائم» تلقی می‌شود.

جهت رد این نظر، به غیر از نکات بند (۱) این قسمت، مبنی بر تعیین مرجع اختصاصی صدور حکم استنکاف، باید گفت که به نظر می‌رسد منظور از حقوق اجتماعی، حقوقی است که مقتن برای اتباع کشور در رابطه با مؤسسات عمومی مقرر داشته است مانند حقوق سیاسی، حق استخدام، حق انتخاب‌کردن و انتخاب شدن و... بر این اساس، حق استخدام اگرچه از حقوق اجتماعی است، پس از تحقق استخدام، خدمت دولت، وظیفه شاغل به حساب آمده و از عنوان «حقوق اجتماعی» خارج می‌شود.^۳

ضمناً به نظر می‌رسد با توجه به آنکه جرائم معمولاً با «حبس و جزای نقدی» مجازات می‌شوند و «محرومیت از حقوق اجتماعی» نیز به عنوان «تمییم این نوع مجازات ها» مورد استفاده قرار می‌گیرد، این نوع از ضمانت‌های کیفری، با

۱. غلامرضا شهری و سروش ستوده جهرمی، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در مسائل کیفری، ۲ جلد، ج دوم، تهران، روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۵۱۰.

۲. ماده ۱۹: «دادگاه می‌تواند کسی را که به علت ارتکاب جرم عمدی به تعزیر یا مجازات بازدارنده محکوم کرده است به عنوان تمییم حکم تعزیری یا بازدارنده مدتی از حقوق اجتماعی محروم و نیز از اقامت در نقطه یا نقاط معین ممنوع یا به اقامت در محل معین مجرم نماید».

۳. علیرضا مصالحی، قانون مجازات اسلامی در آرای دیوان عالی کشور، تهران، آریان، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۳۱ و ۳۲.

«انفال» که مخصوص «مستخدمین و در رابطه با شغل افراد» است، تطابق نداشته و نتیجتاً نمی‌توان استنکاف را نیز جرم تلقی نمود.

۳- دلیل دیگر آنکه چنانچه استنکاف، جرم دانسته شود - همان طور که گفته شد - طبق ماده ۱ «قانون آئین دادرسی کیفری»^۱، لازم است کشف و تحقیق پیرامون آن و حتی تعقیب مجرم و نحوه رسیدگی به جرم و... تابع اصول و مقررات «آئین دادرسی کیفری» باشد و بدون رعایت ترتیبات و قواعد وضع شده برای کشف و تحقیق راجع به جرم و تعیین میزان مسئولیت مجرم بر حسب مقررات قانونی، نمی‌توان نسبت به صدور حکم و تعیین مجازات برای مجرم، اقدام نمود، در حالی که چنین ترتیباتی برای کشف و تحقیق پیرامون استنکاف، انجام نمی‌گیرد.

در جمع‌بندی باید گفت که بر مبنای استدلالات فوق، و اصل تفسیر مضيق قوانین جزایی، نمی‌توان بر اساس مادتين ۵۷۶ و ۱۹ «قانون مجازات اسلامی»، «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان» موضوع ماده ۳۷ قانون دیوان را از مصاديق جرم، تلقی نمود و آثار این ماهیت را بر آن مترتب دانست.

۴-۲- استنکاف به عنوان تخلف اداری

آیا می‌توان استنکاف مقامات دولتی را تخلفی اداری دانست؟ جهت بررسی این موضوع، لازم است «نوع صلاحیت دیوان عدالت اداری» لحاظ شود: اصل ۱۷۳ قانون اساسی، موارد صلاحیت دیوان عدالت اداری را احصا نموده و بدین لحاظ، دیوان مذبور، مرجع قضایی اختصاصی به شمار می‌رود و صلاحیت آن از نوع صلاحیت خاص است^۲، این نکته در مورد مقایسه دیوان با «دادگاه‌های دادگستری» است اما در مقایسه صلاحیت دیوان با صلاحیت «سایر مراجع اختصاصی اداری» باید گفت چون آرای این مراجع، قابل شکایت شکلی و قانونی در دیوان عدالت اداری است، مرجع مذبور در عین حال «عالی‌ترین مرجع اداری ایران» نیز هست.^۳

۱. ماده ۱: «آئین دادرسی کیفری مجموعه اصول و مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرائم و تعقیب مجرمان و نحوه رسیدگی و صدور رای و تجدیدنظر و اجرای احکام و تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی وضع شده است»

۲. صدرالحافظی، همان، ۱۰۰

۳. شمس، همان، ۵۳

نتیجتاً دیوان، دارای «صلاحیت اختصاصی- اداری» بوده و در عین حال «بالاترین مرجع اداری ایران» نیز قلمداد می‌شود و می‌توان گفت که خودداری از اجرای آرا این مرجع اختصاصی اداری - تحت عنوان «استنکاف»- را باید نوعی «تخلف اداری» در نظر گرفت که «مقام اداری» مرتکب شده و رسیدگی به آن در «صلاحیت ذاتی و اختصاصی دیوان عدالت اداری» است.

۵- روند تحقیق استنکاف

پس از صدور رأی و عدم اجرای آن توسط محاکوم‌علیه، لازم است مراحلی طی گردد تا تخلف استنکاف، قانوناً محقق شود. بهموجب قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵/۳/۹، ابتدا شعبه صادرکننده رأی با صدور اجرائیه^۱، عملیات اجرائی را در خصوص رأی صادره تعقیب نماید. در صورت عدم حصول نتیجه از اجرای رأی به رغم پیگیری‌های به عمل آمده و استنکاف شخص یا مرجع محاکوم‌علیه از اجرای رأی، این شعبه به درخواست محاکوم‌له، موضوع را به رئیس دیوان منعکس می‌کند. رئیس دیوان یا معاون او مراتب را جهت اجرا به یکی از دادرسان واحد اجرای احکام ارجاع می‌دهد.^۲ پس از ارجاع به دادرس مجرب حکم، بهموجب ماده ۳۶ قانون^۳ اقدامات چهارگانه موضوع این ماده که شامل: «حضور و اخذ تعهد از مسئول مربوطه»، «دستور توقیف حساب بانکی»، «دستور توقیف و ضبط اموال» و «دستور

۱. لازم به ذکر است که صدور اجرائیه، مبتنی بر رویه دیوان عدالت اداری است و از الزامی قانونی نشأت نمی‌گیرد.
۲. ماده ۳۵: «در صورت استنکاف شخص یا مرجع محاکوم‌علیه از اجراء رأی، شعبه صادرکننده رأی، به درخواست محاکوم‌له، موضوع را به رئیس دیوان منعکس می‌کند. رئیس دیوان یا معاون او مراتب را جهت اجرا به یکی از دادرسان واحد اجرای احکام ارجاع می‌نماید.»
۳. ماده ۳۶: «دادرس اجرای احکام از طرق زیر مبادرت به اجرای حکم می‌کند:
 - (۱) حضور مسئول مربوطه و اخذ تعهد بر اجرای حکم یا جلب رضایت محاکوم‌له در مدت معین.
 - (۲) دستور توقیف حساب بانکی محاکوم‌علیه و برداشت از آن به میزان مبلغ محاکوم‌به در صورتی که حکم یکسال پس از ابلاغ اجرا نشده باشد.
 - (۳) دستور توقیف و ضبط اموال شخص متخلف به درخواست ذی‌نفع بر طبق مقررات قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)
 - (۴) دستور ابطال اسناد یا تصمیمات اتخاذ شده مغایر با رأی دیوان»

ابطال اسناد یا تصمیمات» است، انجام می‌گیرد. چنانچه علی‌رغم انجام اقدامات مذبور، محکوم‌علیه همچنان از اجرای حکم، امتناع ورزد، با ارائه گزارش دادرس مجری حکم، شعبه صادرکننده حکم، با احراز تحقق استنکاف، مطابق ماده ۳۷ قانون دیوان، حکم صادر می‌نماید. از این رو باید گفت: تحقق کامل «تخلف استنکاف» پس از انجام «اقدامات اجرایی» موضوع ماده ۳۶ قانون مذکور و عدم حصول نتیجه و بعد از احراز تحقق آن توسط شعبه صادرکننده رأی است. البته این موضوع در لایحه جدید دیوان، دچار تغییراتی شده است، چرا که طبق ماده ۱۰۷ لایحه جدید دیوان، پس از ابلاغ رأی شعب دیوان به محکوم‌علیه، وی مکلف است ظرف مدت یک ماه نسبت به اجرای کامل و یا جلب رضایت محکوم‌له اقدام و نتیجه را به طور کتبی به واحد اجرای احکام دیوان گزارش نماید. در صورت استنکاف، بر اساس ماده ۱۰۹ لایحه مذکور، بعد از گزارش واحد اجرای احکام به رئیس دیوان، این مقام بالاصله پرونده را به شعبه صادرکننده رأی ارجاع و این شعبه موظف است خارج از نوبت به موضوع استنکاف رسیدگی و رأی مقتضی را صادر و پرونده را جهت اقدامات بعدی به واحد اجرای احکام دیوان ارسال نماید. از این رو طبق این لایحه، بالاصله پس از گذشت یک ماه از ابلاغ رأی و عدم اجرای آن توسط محکوم‌علیه یا جلب رضایت محکوم‌له، و قبل از انجام اقدامات اجرایی توسط واحد اجرای احکام؛ تخلف استنکاف، قانوناً محقق می‌شود. به نظر می‌رسد روند قانون جدید، امری مطلوب بوده و باعث افزایش بازدارندگی آن و تسريع در اجرای تنبیه مستنکف می‌شود.^۱

۱. «اطاله دادرسی» از جمله مشکلاتی است که در گذشته نیز مورد توجه مسئولین وقت دیوان، قرار گرفته بود: «...در گذشته به دلیل وضعیت خاصی که موجود بود، از نظر تنوع مباحث و موضوعات و پیچیدگی بعضی از مسائل، عملاً پرونده‌ها در موارد زیادی بیش از ۲ سال معطل می‌شدند» ن.ک.: «تشريع ویژگی‌های قانون جدید دیوان عدالت اداری در گفت و گوی حجت الاسلام رازینی»، مجله کانون، دوره دوم، ۱۳۸۵، ص ۱۸۳

۶. تعریف استنکاف و عناصر آن

بر اساس آنچه پیرامون ماهیت استنکاف و روند تحقق آن بیان شد و با توجه به نکات ذیل، تعیین ابعاد و ارائه تعریفی جامع و مانع از آن، راحت‌تر می‌شود:

به نظر می‌رسد هدف مقتن از وضع ضمانت اجرا جهت «استنکاف مقامات دولتی»، جلوگیری از هرگونه ممانعت این مقامات در برابر اجرای آرای دیوان است؛ از این رو هم «خودداری» مقامات از اجرای آرای، موجب تحقق عنصر مادی این تخلف است و هم چنانچه مقام مافوق اداری براساس «اصل سلسله‌مراتب اداری» و مستند به ماده ۹۶ «قانون مدیریت خدمات کشوری» مصوب ۸۶/۷/۸^۱ دستور «جلوگیری» از اجراء رأی را صادر نماید، «عنصر مادی استنکاف» محقق می‌شود.

از جنبه دیگر، عنصر مادی این تخلف، هم به صورت « فعل» و هم به صورت «ترک فعل» محقق می‌شود؛ و چنانچه اشخاص مذکور بر خلاف رأی صادره اقدام کرده (فعل) یا اینکه اقدام مؤثری در خصوص رأی قطعی به عمل نیاورند (ترک فعل) در هر دو صورت، عنصر مادی، قابل اثبات است.

می‌توان گفت نوعی از استنکاف، مدنظر مقتن است که عملاً منتج به اجرانشدن رأی دیوان شود، بنابراین اگر استنکاف اثری نداشته باشد مشمول این ماده نخواهد بود، چراکه موضوع محوری برای دیوان، همان اجراشدن عملی آرای این مرجع است. بر این اساس، مثلاً چنانچه شعبه دیوان، حکم به تبدیل وضعیت محکوم‌له از حق التدریسی به پیمانی صادر و دستور تخصیص ردیف و مجوز استخدام را به مدیرکل تشکیلات اداری آموزش و پرورش بدهد و حکم و دستور اجرا شود، اما قبل از اجرای حکم، معاونت برنامه‌ریزی و توسعه مدیریت وزارت آموزش و پرورش به مدیرکل امور اداری و تشکیلات آموزش و پرورش، دستور عدم تخصیص ردیف و

۱. ماده ۹۶: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رئیسی مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند. اگر کارمندان، حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلفند کتبآ مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتبآ اجراء دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخگویی با مقام دستوردهنده می‌باشد»

استنکاف مقامات اداری از اجرای آرای شعب.....

مجوز استخدام را صادر کرده باشد اما مدیرکل مذکور به رغم تعارض دو دستور بر اساس مفاد حکم دیوان، دستور مقام قضایی را اجرا و حکم را اجرا نماید، استنکافی رخ نداده است.^۱

از دیگر عناصر تحقق استنکاف، «عدم وجود مانع قانونی و عملی جهت اجرای رأی شعبه» است. این نکته که از اصول حقوقی نیز قابل برداشت است، به صراحت در «قانون دیوان عدالت اداری» مصوب ۸۵/۳/۹ و «آیین دادرسی دیوان» مصوب ۷۹/۲/۱۹ قوه قضاییه مورد اشاره قرار نگرفته بود، اما در ماده ۱۱۴ لایحه جدید دیوان، صراحتاً به آن اشاره شده و از موارد اعاده دادرسی به شمار می رود.^۲

چنانچه در قسمت آغازین مقاله نیز بیان شد، مستفاد از ماده ۲۹۹ «قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب»^۳، ابتدائی آرای دیوان عدالت اداری اعم از حکم و کلیه قرارهای صادره تلقی می شوند اما مفتن، صرفاً برای استنکاف از اجرای قرار دستور موقت توسط مقامات اداری، ضمانت اجرا در نظر گرفته است. از این رو استنکاف مورد بررسی، اعم از «استنکاف از اجرای حکم و قرار دستور موقت» خواهد بود.

به نظر می رسد عنصر معنوی این تخلف، سوءنیت عام است یعنی اینکه مقام دولتی قصد فعل را داشته باشد هرچند نتیجه آن را نخواهد. به عبارت دیگر، صرف آگاهی از تخلف بودن و تعمد در استنکاف، برای تحقق تخلف کفایت می کند.

در تعریف استنکاف، تعیین دقیق مستنکف، نقش اساسی دارد. در این مورد باید گفت قاعdettaً مستنکف، «بالاترین مقام دستگاه طرف شکایت است. زیرا اوست که بر عملکرد زیرمجموعه نظارت اداری دارد و دستور او طبق ماده ۹۶ «قانون مدیریت خدمات کشوری»، لازم الرعایه است مگر اینکه مخاطب و مسئول اجرای حکم دیوان

۱. همان، ۲۱۸.

۲. بهموجب این ماده: «در مواردی که محکوم عليه در مقام اجرای احکام قطعی دیوان، به مانع قانونی استناد نماید و یا به جهتی امکان عملی اجرای حکم نباشد و این جهات به تشخیص دادرس اجرای احکام دیوان، موجه شناخته شود، از موارد اعاده دادرسی تلقی می گردد ...»

۳. «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور کلی یا جزئی باشد، حکم و در غیر این صورت قرار نامیده می شود»

ثبت نماید عدم اجرای رأی، منتبه به وی نبوده و به فرد دیگری مرتبط است».^۱ البته لازم به ذکر است که دیوان می‌تواند به وسائل مقتضی از جمله توسط بالاترین مقام اجرایی وزراتخانه یا سازمان یا شرکت دولتی و ... اطلاعات لازم در زمینه شناسایی مسئول اصلی مانع اجرای اوامر و احکام دیوان را به دست آورد.^۲ با توجه به نکات فوق «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری» (موضوع ماده ۳۷ قانون دیوان) را می‌توان اینگونه تعریف نمود: «هرگونه خودداری یا جلوگیری عامدانه در قالب فعل یا ترک فعل، نسبت به اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری؛ اعم از حکم و قرار دستور موقت^۳ است که پس از انجام «اقدامات اجرایی» (موضوع ماده ۳۶ قانون دیوان) و در صورت عدم وجود مانع قانونی و عملی در برابر محاکوم علیه، محقق می‌شود. این تخلف معمولاً توسط بالاترین مقام دستگاه ارتکاب یافته و منتج به نتیجه است».

۲۰۷

۷- انواع استنکاف

در مباحث فوق، بر یک اساس، استنکاف، به فعل و ترک فعل تقسیم شد. حال که تعریف استنکاف مشخص و ابعاد آن معین شد، از جهتی دیگر نیز می‌توان استنکاف را تقسیم‌بندی نمود و آثاری بر آن مترتب کرد:

۷-۱- استنکاف ضمنی :

این نوع از استنکاف به چند شکل، متصور است: الف) هنگامی که مسئول و مخاطب اجرای حکم دیوان با توجیه دلائل عدم اجرای رأی و تمسک به مسئولیت‌های ناشی از اجرای حکم و با درنگ و تردید بدون رعایت موازین قانونی و خلاف جهت رأی از اجرای رأی دیوان خودداری می‌نماید. ب) مخاطب و مسئول اجرای حکم، تظاهر به اجرای رأی می‌نماید و اگر اجرای حکم از او پیگیری گردد

۱. همان، ۲۲۰

۲. صدرالحافظی، همان، ۶۲۱

۳. البته چون استنکاف از اجرای دستور موقت، به صورت مستقل در «ماده ۳۶ قانون دیوان» دارای ضمانت اجراست، از شمول انواع استنکاف «موضوع ماده ۳۷ قانون مزبور» خارج است اما با توجه قرارگرفتن تحت عنوان کلی استنکاف، مسامحتاً در این تعریف، گنجانده شده است.

استنکاف مقامات اداری از اجرای آرای شعب

در پاسخ او ظاهراً هیچ امتناعی مشهود نبوده و لکن در عمل، رأی را اجرا ننموده است.^۱

ج) دیوان، اقدام به ابطال اقدامی نموده و پس از آن توسط مقام دولتی، اقدامی جدید بر مبنای اقدام ابطال شده صورت می‌گیرد.

۲-۲- استنکاف عملی:

در حقیقت در این نوع از استنکاف، تمامی عناصر تحقق استنکاف، وجود داشته و به راحتی می‌توان به این تخلف، حکم نمود.

در مورد آثار حقوقی مترتب بر هریک از اقسام فوق، باید گفت که در مورد نوع

(الف) از استنکاف ضمنی، یعنی «ارائه دلایل توجیهی جهت عدم اجرای حکم»،

پس از احراز سایر شرایط استنکاف، می‌توان به ارتکاب تخلف، حکم نمود؛ هرچند

این حق برای مستنکف باقی است که به وجود مانع قانونی یا عملی، استناد نماید.^۲

استنکاف محکوم‌علیه در نوع (ب) نیز پس از احراز سایر شرایط، مسلم بوده و حتی

چنانچه محکوم‌علیه جهت تظاهر به اجرای رأی، جرمی مرتکب شود مانند آنکه

استناد و مدارک مجعلو ارائه دهد، مقامات و اشخاص رسمی موظفاند بهموجب

ماده ۲۹ «آیین دادرسی کیفری»^۳ عمل نمایند. اما در مورد نوع (ج) از استنکاف

ضمنی باید گفت که هرچند می‌توان از ملاک نظر شورای نگهبان به شماره

۱۳۸۰/۲/۱۸ مورخ ۱۲۷۹/۲/۲۱ که بیان می‌دارد: «اجراه مصوبه ابطال شده در

مواردی که به مرحله اجرا در نیامده و نیز تصویب مصوبه‌ای به همان مضمون و یا

مبتنی بر همان ملاکی که موجب ابطال مصوبه شده است مانند عدم وجود مجوز

قانونی، بدون اخذ مجوز جدید... [ممنوع است]»،^۴ استفاده نمود و ممنوعیت آن را

۱. دلاوری، همان، ۲۱۹

۲. این امکان در ماده ۱۱۴ لایحه «تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ۹۰/۵/۲،

به صراحت منعکس شده است: «در مواردی که محکوم‌علیه در مقام اجرای احکام قطعی دیوان، به موانع قانونی استناد نماید و یا به جهتی امکان عملی اجرای حکم نباشد و این جهات به تشخیص دادرس اجرای احکام دیوان، موجه شناخته شود، از موارد اعاده دادرسی تلقی می‌گردد...»

۳. ماده ۲۹: «مقامات و اشخاص رسمی موظفاند به هنگام برخورد با امر جزایی در حوزه کاری

خود، مراتب را به رئیس حوزه قضایی یا معاون وی اطلاع دهند»

۴. ن.ک.سایت رسمی شورای نگهبان به نشانی: <http://www.shora-gc.ir>

به «انجام اقدامات ابطال شده توسط شعب دیوان» نیز سراست داد. اما تصریح به این نوع از استنکاف در قانون دیوان، موجب شفافیت بیشتر شده و آرای شعب دیوان را از استحکام بیشتری برخوردار می‌کند.

۸- ضمانت‌های اجرایی استنکاف از اجرای آرا

۱-۸-۱- ضمانت‌های اجرایی در شعب دیوان

طبق نص ماده ۳۷ دیوان، این ضمانت‌ها شامل «انفصل از خدمات دولتی» و «مسئولیت مدنی ناشی از استنکاف» است.

(۱) انفصل از خدمات دولتی

در قانون «دیوان عدالت اداری» مصوب ۸۵/۳/۹ در موارد متعددی از تنبیه انفصل برای مقامات مسئول واحدهای دولتی و مؤسسات عمومی، به عنوان ضمانت اجرای عدم وظایف قانونی استفاده شده است. این موارد از این قرار است:

الف) استنکاف از ادای توضیح^۱ ب) استنکاف از ارسال اسناد و پروندهای مورد مطالبه^۲ ج) استنکاف از اجرای دستور موقت^۳ د) استنکاف از اجرای آرای هیئت عمومی؛^۴ و نهایتاً^۵ ه) استنکاف از اجرای آرای شعب.^۵ چنانچه مشاهده می‌شود مقتن برای انواع «استنکاف مقامات دولتی» از انجام وظایف قانونی محوله، از تنبیه «انفصل» استفاده کرده است. حال ابعاد مفهوم «انفصل موقت از خدمات دولتی»، موضوع این نوشتار، بررسی می‌شود:

الف) تعریف «خدمات دولتی»

اصلًا خدمات دولتی چیست و چه محدوده‌ای را به خود اختصاص می‌دهد؟ به موجب ماده ۱ قانون «استخدام کشوری» مصوب ۴۵/۳/۳۱، «خدمت دولت عبارت

۱. تبصره (۲) ماده ۳۱ قانون دیوان

۲. ماده ۳۲ قانون دیوان

۳. ماده ۲۶ قانون دیوان

۴. ماده ۴۵ قانون دیوان

۵. ماده ۳۷ قانون دیوان

از اشتغال به کاری است که مستخدم به موجب حکم رسمی مکلف به انجام آن می‌گردد». و به موجب همین ماده، «حکم رسمی عبارت از دستور کتبی مقامات صلاحیت‌دار وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی در حدود قوانین و مقررات مربوط است.».

همچنین ماده ۳ قانون «تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری» مصوب ۶۷/۹/۱۵، مستخدمین و مأمورین دولتی را «اعم از قضایی و اداری یا شوراهای شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی وابسته به دولت و یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی» می‌داند.

از این رو بر مبنای تعاریفی که مقتن از «خدمات دولتی» را ارائه نموده، باید گفت منظور از خدمات دولتی، اشتغال رسمی در هریک از دستگاه‌های حکومتی یا به عبارت دیگر، اشتغال رسمی در هریک از نهادهای عمومی است.^۱ با این توضیح، استدلال برخی مبنی بر اینکه «اعمال مجازات انفال از خدمات دولتی در غیر کارمندان دولتی، لغو به نظر می‌رسد و اگر مسئول واحدی غیردولتی که مشمول صلاحیت دیوان است از اجرای حکم دیوان استنکاف نماید اجرای انفال از خدمات دولتی هیچ تأثیری بر وی نخواهد گذاشت»^۲ نادرست به نظر می‌رسد چرا که نتیجه آن، خارج نمودن نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی از شمول دستگاه‌های ارائه کننده «خدمات دولتی» است، در حالی که به‌موجب ماده واحده قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان مصوب ۷۴/۷/۱۶، «رسیدگی به شکایات علیه نهادهای عمومی احصا شده در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد» و در نتیجه آن‌ها نیز مشمول حکم ماده ۳۷ قانون

۱. شعبه ۷ دیوان عالی کشور در سال ۱۳۲۴ نیز خدمت دولت را این‌گونه تعریف نموده است: «خدمت دولت عبارت‌اند از انجام کارهایی بر حسب حکم رسمی دولت اعم از اینکه محل خدمت در مؤسسات دولتی باشد یا بنگاه‌های ملی و...»

۲. رسول مقصودپور، نقد و بررسی لایحه دیوان عدالت اداری، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۳۱ و ۳۷، ۱۳۸۴، ص ۳۶

مذبور هستند و بر همان مبنای، رأی وحدت رویه‌ی «هیئت عمومی دیوان عدالت اداری» به شماره ۱۶۵ در تاریخ ۷۴/۹/۱۱ صادر شده است.^۱

ب) ماهیت رأی انفصل مقامات دولتی

با توجه به آنچه در تشخیص ماهیت استنکاف گفته شد، نمی‌توان براساس مادتین ۵۷۶ و ۱۹ قانون مجازات اسلامی، «استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان» موضوع ماده ۳۷ قانون دیوان را عملی مجرمانه تلقی نمود و آثارش را بر آن مترتب دانست. بر این مبنای توان گفت که ماهیت رأی انفصل مقامات دولتی به عنوان ضمانت اجرای این تخلف، «تبیه اداری» است چرا که ضمانت اجرای استنکاف از اجرای آرای دیوان عدالت اداری - به عنوان مرجع اختصاصی اداری - توسط یک مقام اداری را باید نوعی «تبیه اداری» در نظر گرفت.^۲

ج) گستره حکم به انفصل

به موجب ماده ۱۳ قانون دیوان، از جمله صلاحیت‌ها و حدود اختیارات دیوان، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و ... است و با توجه به تعریف « مؤسسه دولتی » در قانون « مدیریت خدمات

۱. «رأی هیئت عمومی»: با توجه به ماده واحده قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۴/۷/۱۱ مجلس شورای اسلامی که به موجب آن نهادها و مؤسسات عمومی مذکور در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی از جمله بنیاد مستضعفان در اجرای قانون دیوان عدالت اداری در زمرة واحدهای دولتی مذکور در بند الف ماده ۱۱ قانون اخیر الذکر شناخته شده است، بنابراین رأی شماره ۲۳/۸/۷۳ ۸۰۷-شعبه هفتم در حدی که متضمن این معنی است موافق قانون شناخته می‌شود. این رأی برابر ذیل ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوطه لازم‌الاباع است. رئیس هیأت دیوان عدالت اداری اسماعیل فردوسی‌پور^۳

ن.ک.: <http://www.divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id>

همچنین: نصیریائی، سعید، **مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری** ۶۱-۷۷، سکه، ۱۳۷۷

۲. جهت بررسی بیشتر موضوع، ن.ک.: نجابت خواه، مرتضی، **قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، جنگل، ۱۳۹۰.

کشوری» مصوب ۱۳۸۶^۱ که کلیه سازمان‌هایی را که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی می‌داند، می‌توان گفت صلاحیت دیوان حتی «تصمیمات غیرقضایی دستگاهها و مقامات قوه قضاییه و تصمیمات اداری مقامات قوه مقننه»^۲ را نیز در بر می‌گیرد.^۳

با این توصیفات باید دید آیا عملًا نیز تیغ انفصل از خدمات دولتی، تمامی ماموران دستگاه‌های اجرایی من جمله قوای مقننه و قضاییه و نهادهای مسلح، اعضا شورای نگهبان، هیئت ریسیه مجلس شورای اسلامی و ... را در بر خواهد گرفت؟ اصل «سلسله‌مراتب قواعد حقوقی» که هدف آن بر حسب اصل قانونی بودن امور، پیروی شبکه قواعد و احکام موجود از خط مشی‌ای معین است^۴، حکم می‌کند که اجرای قوانین عادی در چهارچوب و بر اساس قوانین برتر من جمله اصول قانون اساسی صورت پذیرد. از این رو لازم است حکم انفصل در تمامی دستگاه‌های موضوع ماده نیز بر این مبنای اجرا گردد یعنی چنانچه سازوکار خاصی برای نصب و عزل هریک از مقامات دستگاه‌های اجرایی در قانون اساسی پیش‌بینی شده باشد، به‌موجب اصل مذکور، رعایت آن الزامی است. حال، این وضعیت را در هریک از قوای سه گانه مختصرا بررسی می‌کنیم.

۱. ماده ۲: «مؤسسه دولتی: واحد سازمانی متنخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد انجام می‌دهد. کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود».

۲. محمد امامی و کورش استوار سنگری، **حقوق اداری**، تهران، میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹، ص ۱۷۵.

۳. طبق ماده ۱۰ لایحه جدید، از جمله صلاحیت‌ها و حدود اختیارات دیوان، ناظر بر تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های اجرایی و مأموران آن‌ها، موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸۶/۷/۸ است. از این رو با توجه به تعریف این دستگاه‌ها در قانون مربوطه، در لایحه جدید نیز تمامی دستگاه‌های حکومتی من جمله کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکتهای دولتی و... مشمول صلاحیت دیوان قرار می‌گیرند.

۴. ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران، میزان، چاپ چهلم، ۱۳۹۰، ص ۴۶.

۱- انصاف در قوه مجریه

نصب و عزل بالاترین مقامات قوه مجریه (شامل رئیس جمهوری، وزیران و فرماندهان ارشد نیروهای مسلح) تابع سازوکارهای مشخصی در قانون اساسی بوده و با الزامهای مقرر در یک قانون عادی نظیر قانون دیوان عدالت اداری، نمی‌توان برخلاف آن عمل کرد. در قانون اساسی دو راهکار «سیاسی و قضایی»^۱ برای عزل ریس جمهور مقرر شده است. همچنین وزیر مستنکف از اجرای آرای دیوان، به‌طور مستقیم و با استناد به حکم انصاف صادره از دیوان، از خدمت منفصل نمی‌شود چرا که قانون اساسی، شیوه پایان خدمت یک وزیر را عزل وی از سوی ریس جمهور^۲ یا رأی عدم اعتماد مجلس به‌واسطه استیضاح^۳ می‌داند. نیروهای مسلح نیز از نظر ساختاری و سازمانی، متعلق به قوه مجریه‌اند و مدیریت آن‌ها با مقام رهبری است.^۴ عزل و نصب و قبول استعفای رئیس ستاد مشترک، فرمانده کل سپاه و فرماندهان عالی این نیروها با این مقام است.^۵

۲۱۳

۱۳۹۲ / بهار / شماره ۵ / کادسترنی

- ۱ . بند (۱۰) اصل ۱۱۰ قانون اساسی: «وظایف و اختیارات رهبر: ... عزل رئیس جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی، یا رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی بر اساس اصل هشتاد و نهم»
۲. اصل ۱۳۶: «رئیس جمهور می‌تواند وزرا را عزل کند و در این صورت باید برای وزیر یا وزیران جدید از مجلس رأی اعتماد بگیرد و در صورتی که پس از ابراز اعتماد مجلس به دولت، نیمی از هیأت وزیران تغییر نماید باید مجدداً از مجلس شورای اسلامی برای هیأت وزیران تقاضای رای اعتماد کند»
۳. اصل ۸۹: «۱- نمایندگان مجلس شورای اسلامی می‌توانند در مواردی که لازم می‌دانند هیأت وزیران یا هر یک از وزرا را استیضاح کنند... اگر مجلس رأی اعتماد نداد هیأت وزیران یا وزیر مورد استیضاح عزل می‌شود»
۴. بند (۴) اصل ۱۱۰: «وظایف و اختیارات رهبر: ... ۴- فرماندهی کل نیروهای مسلح»
۵. بند (۶) اصل ۱۱۰: «وظایف و اختیارات رهبر: ... ۶- نصب و عزل و قبول استعفای: ... ۵- رئیس ستاد مشترک. ۶- فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی. و - فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی»

البته می توان گفت «در تمامی موارد فوق، صدور حکم به انفصل می تواند مستندی برای عزل رئیس جمهور، وزیر و فرمانده خاطی توسط مقام یا دستگاه ذی صلاح قرار گیرد».^۱

۲- انفصل در قوه مقنه

چنانچه اشاره شد رسیدگی به تصمیمات اداری مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، به عنوان یکی از « مؤسسات دولتی » (موضوع ماده ۱۳ دیوان) نیز مشمول صلاحیت دیوان قرار می گیرد . در این مورد باید گفت اثر حکم انفصل در پایان بخشیدن به رابطه استخدامی مقامات یا مدیران شاغل در ساختار داخلی مجلس به دو شکل متصور است : شکل اول هنگامی است که یکی از نمایندگان دوره جاری مجلس ، عهدهدار این مقامات باشد که در این شرایط باید گفت مستند به شرایط خاصی که در آیین نامه داخلی مجلس در این مورد به تصویب رسیده است ،^۲ برکناری یا استعفای این مقامات باید به ترتیب مقرر در این مواد باشد . در شکل دوم که مقامات یا مدیران شاغل در ساختار داخلی مجلس ، افرادی غیر از نمایندگان دوره جاری مجلس باشند به نظر نمی رسد مانعی در برابر اجرای حکم انفصل وجود داشته باشد . در مورد شورای نگهبان نیز باید گفت با توجه به شیوه خاص نصب و عزل اعضای حقوق دان و فقیه آن ، مقرر در قانون اساسی ،^۳ اجرای حکم انفصل ، امکان قانونی ندارد .

۲۱۴

۱۳۹۲ / پیمانه / شماره ۸۱ / ادعاگستری / مجله حقوقی

۱. جواد محمودی ، « ضمانت اجرای آرای صادره از دیوان عدالت اداری و چالش های آن » ، مجله حقوق اساسی ، ۱۳۸۵ ، شماره ۶ و ۷ ، ص ۴۴۷
۲. مواد ۸۸ و ۹۲ آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی
۳. بند ششم اصل ۱۱۰ و بند دوم اصل ۹۱

۳- انفال در قوه قضائيه

با توجه به اصل ۱۵۷ قانون اساسی^۱ که عزل و نصب رئیس قوه قضائيه را در صلاحیت مقام رهبری می‌داند، منفصل کردن این مقام از سوی شعب دیوان، غیرممکن است مگر اينكه اين حكم، يكى از مستندات مقام رهبری جهت عزل اين مقام قرار گيرد. همچنان عزل قضاط نيز باید با توجه به شرایط مقرر در اصل ۱۶۴ قانون اساسی^۲ و مستند به رأى دادگاه عالى انتظامى قضاط صورت پذيرد، هرچند صدور حكم انفال مى‌تواند به عنوان دليلي بر تعقيب قاضى مستنكف از اجرائى رأى دیوان در دادگاه انتظامى قضاط، مطرح شود. به استثنای دو مورد فوق، ساير مأموران بخش‌های ادارى و مالى قوه قضائيه، موضوع حكم به انفال قرار مى‌گيرند.

۲) مسئوليت مدنى ناشی از استنکاف

۲۱۵

با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی^۳، و ماده ۱ قانون آيین دادرسي مدنى^۴، دادگاه‌های دادگستری، مرجع عام رسيدگى به تمامى دعاوى مدنى هستند؛ هرچند خواهان يا خوانده يا هردوى آنان، نهادى دولتى باشد. همچنان به موجب

۱. اصل ۱۵۷: به منظور انجام مسئوليت‌های قوه قضائيه در كلیه امور قضائي و اداري و اجرائي، مقام رهبری، يك نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضائي و مدير و مدير را برای مدت پنج سال به عنوان رئيس قوه قضائيه تعين مى‌نماید که عالي‌ترین مقام قوه قضائيه است.

۲. اصل ۱۶۴: قاضى را نمي‌توان از مقامي که شاغل آن است بدون محاكمه و ثبوت جرم يا تخلفي که موجب انفال است به طور مؤقت يا دائم منفصل کرد يا بدون رضاي او محل خدمت يا سمتش را تعغير داد مگر به اقتضائي مصلحت جامعه با تصميم رئيس قوه قضائيه پس از مشورت با رئيس دیوان عالي کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره‌ای قضاط بر طبق ضوابط کلى که قانون تعين مى‌کند صورت مى‌گيرد.

۳. اصل ۱۵۹: مرجع رسمي تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکيل دادگاهها و تعين صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است.

۴. ماده ۱: آيین دادرسي مدنى، مجموعه اصول و مقرراتی است که در مقام رسيدگى به امور حسبي و كلية دعاوى مدنى و بازرگانى در دادگاه‌های عمومي، انقلاب، تجدیدنظر، دیوان عالي کشور و ساير مراجعى که به موجب قانون موظف به رعایت آن مى‌باشند به کار مى‌رود.

۲-۸. ضمانت‌های اجرایی در مراجع شبه قضایی

در بخش‌های گذشته به این نکته اشاره شد که اصولاً رسیدگی، احراز و صدور حکم در مورد استنکاف مقامات دولتی از اجرای آرای شعب دیوان، از صلاحیت «مراجعة قضایی کیفری» خارج است. حال این سؤال باقی است که آیا «هیئت‌های رسیدگی به تحلفات اداری» به عنوان مراجعی شبه‌قضایی، صلاحیت رسیدگی و صدور حکم در این مورد را دارا هستند؟

چنانچه گفته شد ماده ۳۷ قانون دیوان، مرجع صالح جهت «تشخیص استنکاف» و «صدر حکم» مربوط بدان را صرفاً «شعبه صادرکننده رأی دیوان» شناخته و این صلاحیت ذاتی را برای او قائل شده و هیچ مرجع قضایی دیگری، اعم از قضایی یا شبه‌قضایی (من جمله هیئت‌های مذکور)، صلاحیت تشخیص آن را نخواهد داشت. اما آیا این هیئت‌ها می‌توانند مستند به قانون «رسیدگی به تحلفات اداری» مصوب ۱۳۷۲ اقدام به صدور حکم نمایند؟

جهت پاسخ، باید قائل به تفصیل شد. چنانچه محاکومله، قبل از مراجعته به شعبه صادرکننده رأی در دیوان و صدور حکم تحالف استنکاف توسط آن شعبه، به

۱. تبصره (۱) ماده ۱۳: «تعیین میزان خسارات واردہ از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده پس از تصدیق دیوان به عهده دادگاه عمومی است».

«هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری» مراجعه نماید، به نظر می‌رسد این هیئت‌ها می‌توانند مستند به بند «۲» ماده ۸ «قانون رسیدگی به تخلفات اداری» که از جمله موارد تخلفات اداری را «نقض قوانین و مقررات مربوطه» دانسته، اقدام به صدور یکی از تنبیهات مصرح در ماده ۹ این قانون نمایند چرا که از جمله قوانین مربوط به مقامات اداری، ماده ۳۴ قانون دیوان است که تصريح دارد «کلیه اشخاص و مراجع مذکور در ماده ۱۳ این قانون^۱ مکلفاند آرای دیوان را پس از ابلاغ، فوراً اجرا نمایند». از این رو استنکاف از اجرای آرای دیوان و نتيجه‌تاً نقض ماده قانونی مزبور، به عنوان یکی از قوانین مربوطه، از موارد تحقق «تخلف اداری» است و رسیدگی بدان در صلاحیت هیئت مذکور قرار می‌گیرد.

با این وجود، با توجه به آنکه اعضای هیئت‌های رسیدگی، توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه‌های مستقل اداری انتخاب می‌شوند^۲ و ممکن است مستنکف از اجرای رأی، خود این مقامات باشند شاید بهتر باشد که محکومله جهت پیگیری اجرای حکم و اعمال ضمانت اجرا، به همان شعبه صادرکننده رأی مراجعه نماید. ضمناً

۱. ماده ۱۳: «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است:

(۱) رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف- تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها
ب- تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند (الف) در امور راجع به وظایف آنها.

(۲) رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیأت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و منابع طبیعی و اصلاحات بعدی آن منحصرآز حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها

(۳) رسیدگی به شکایات قضات و مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در بند(۱) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آن محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از حیث تضییع حقوق استخدامی»

۲. ماده ۲: «قانون رسیدگی به تخلفات اداری» مصوب ۱۳۶۵: «هر یک از هیأت‌های بدوى و تجدیدنظر دارای ۳ عضو اصلی و یک و یا دو عضو علی‌البدل می‌باشد که مستقیماً با حکم وزیر یا بالاترین مقام سازمان مستقل دولتی مربوط برای مدت دو سال منصوب می‌شوند و انتصاب مجدد آنان بلامانع است. اعضای علی‌البدل در غیاب اعضای اصلی به جای آنان انجام وظیفه خواهند نمود»

مزیت دیگر پیگیری و تعقیب مستنکف از طریق شعب دیوان آن است که ماده ۳۷ دیوان، به طور مستقیم، محاکومیت شخص مستنکف به جبران خسارت را نیز در نظر گرفته است، در حالی که مراجعه به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، چنانی جبران خسارتی را مستقیماً در نظر نگرفته است.

در دومین حالت مورد بررسی نیز باید گفت چنانچه شعبه صادرکننده رأی در دیوان، اقدام به صدور حکم نموده باشد نمی‌توان قائل به صلاحیت «هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری» جهت رسیدگی و صدور حکم در این مورد شد، چرا که در این صورت، برای فعلی واحد با دو مجازات روبرو خواهیم بود که این امر از نظر قواعد حقوقی و عدل و انصاف قضایی، پذیرفته شده نیست.

نتیجه

از جمله موارد استنکاف مقامات دولتی؛ مصرح در «قانون دیوان عدالت اداری»، استنکاف این مقامات از «اجرای آرای شعب دیوان» (موضوع ماده ۳۷ قانون دیوان) است. با توجه به مفهوم «جرم» و تحلیل مواد ۱۹ و ۵۷۶ «قانون مجازات اسلامی»، نمی‌توان ماهیت این نوع از استنکاف را «جرم» تلقی نمود بلکه باید آن را نوعی «تخلف اداری» محسوب کرد که یک «مقام اداری» در برابر اجرای رأی صادره از دیوان؛ به عنوان «بالاترین مرجع اختصاصی اداری» مرتکب می‌شود. جهت ارائه تعریف از این نوع استنکاف باید گفت: «هرگونه خودداری یا جلوگیری عمدانه در قالب فعل یا ترک فعل، نسبت به اجرای آرای شعب دیوان عدالت اداری؛ اعم از حکم و قرار، دستور موقت^۱ است که پس از انجام «اقدامات اجرایی» و در صورت عدم وجود مانع قانونی و عملی در برابر محکوم‌علیه، محقق می‌شود. این تخلف معمولاً توسط بالاترین مقام دستگاه ارتکاب یافته و منتج به نتیجه است». به موجب ماده ۳۷ دیوان، به غیر از «مسئولیت مدنی» ناشی از استنکاف، دیگر ضمانت اجرای این تخلف، «انفال از خدمات دولتی تا پنج سال» است که منظور از «خدمات دولتی»، اشتغال رسمی در هریک از نهادهای عمومی است. در عین حال باید توجه داشت سازوکاری که تعدادی از اصول قانون اساسی، جهت عزل برخی مقامات سیاسی، مشخص نموده‌اند، اعمال این ضمانت اجرا را با محدودیت مواجه می‌سازد. باید اضافه نمود که پیش از صدور حکم استنکاف در شعب دیوان، «هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری» نیز جهت رسیدگی به این تخلف، صالح هستند، هرچند پیگیری و تعقیب مستنکف از طریق شعب دیوان، دارای مزیت‌های متعددی است. به عنوان مثال شعب دیوان، امکان رسیدگی مستقیم جهت جبران خسارت را دارد، در حالی که مراجعته به هیئت‌های مذکور، چنین جبران خسارتی را مستقیماً به همراه نخواهد داشت.

۱. لازم به یادآوری است چون استنکاف از اجرای دستور موقت، به صورت مستقل در «ماده ۲۶ قانون دیوان» دارای ضمانت اجراست، از شمول انواع استنکاف «موضوع ماده ۳۷ قانون مزبور» خارج است. اما با توجه به قارگرفتن تحت عنوان کلی استنکاف، مسامحتاً در این تعریف، گنجانده شده است.

فهرست منابع

- اردبیلی، محمد علی، **حقوق جزای عمومی**، ۲ جلد، ج اول، میزان، ۱۳۷۹.
- امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، **حقوق اداری**، میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹.
- تنگ، آندره، **حقوق ایالات متحده امریکا**، ترجمه سیدحسین صفائی، مؤسسه حقوق تطبیقی، چاپ دوم، ۱۳۵۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **دانشنامه حقوقی**، امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۶.
- دفتری، متین، «از شورای دولتی تا دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اساسی، شماره ۹، ۱۳۸۷.
- درگفت و گوی حجت الاسلام رازینی، «تشریح ویژگی های قانون جدید دیوان عدالت اداری»، مجله کانون، دوره دوم، ۱۳۸۵.
- دلاوری، محمد رضا، **شرح و تحلیل قانون دیوان عدالت اداری**، جنگل، ۱۳۹۰.
- رضایی زاده، محمد جواد، **حقوق اداری ۱**، میزان، ۱۳۸۵.
- رضایی زاده، محمد جواد، **ماکم اداری فرانسه و صلاحیت آنها در رسیدگی به دعاوی اداری**، مدیریت، ۱۳۸۴.
- زراعت، عباس، **شرح قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات**، فیض، ۱۳۷۷.
- شمس، عبدالله، **آینین دادرسی مدنی**، ۲ جلد، ج دوم، دراک، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۰.
- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش، **نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در مسائل کیفری**، ۲ جلد، ج دوم، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۵.
- صدرالحافظی، سیدنصرالله، **نظرارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، شهریار، ۱۳۷۲.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، **بایسته های حقوق اساسی**، میزان، چاپ چهلم، ۱۳۹۰.
- کشوری، عیسی، **صلاحیت ها و استثنایات وارد بر صلاحیت دیوان عدالت اداری**، نشریه پیام آموزش، ۱۳۸۲، شماره ۱.
- محمودی، جواد، «ضمانت اجرای آرای صادره از دیوان عدالت اداری و چالش های آن»، مجله حقوق اساسی، ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷.
- مصالحی، علیرضا، **قانون مجازات اسلامی در آرای دیوان عالی کشور**، آریان، ۱۳۷۹.

- مقصودپور، رسول، نقد و بررسی لایحه دیوان عدالت اداری، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی*، شماره ۳۶ و ۳۷، ۱۳۸۴.
- نجابت‌خواه، مرتضی، *قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی*، جنگل، ۱۳۹۰.
- نصیریائی، سعید، *مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری*، سکه، ۱۳۷۷.

ماهیت حقوقی قراردادهای واگذاری مسکن مهر

محمد رضا فلاح*

ناصر نصیری فیروز**

چکیده

مسکن مهر یکی از نهادهای نوینیانی است که با تصویب بند دال قانون بودجه سال ۱۳۸۶ قدم به عالم اعتباری حقوق گذاشته است. اعتبار و ادامه حیات حقوقی این تأسیس با وجود اصل سالیانه بودن قانون بودجه مورد تردید است. علاوه بر این، ماهیت حقوقی مسکن مهر نیز مشخص نیست و برخی مسکن مهر را با اجاره بلندمدت متراffد می دانند و حتی در آینه نامه اجرایی بند «د» قانون مذکور در کنار عنوان مسکن مهر از اجاره ساله استفاده شده است، علی‌رغم شباهت مسکن مهر با عقودی همچون اجاره، حق انتفاع و غیره؛ تفاوت‌های اساسی نیز با آنها دارد که به نظر می‌رسد بدان ماهیت حقوقی خاص می‌بخشد.

کلمات کلیدی: مسکن مهر، اجاره بلند مدت ، حق انتفاع ، زمین دولتی

* نویسنده مسئول، استادیار دانشگاه شاهد و وکیل پایه یک دادگستری
fallah @shahed.ac.ir Nasiri.lawyer@gmail.com

** مدرس دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری

درآمد

قراردادهای واگذاری مسکن مهر، برنامه جدید دولت نهم و دهم جمهوری اسلامی ایران است که بر اساس بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ و در راستای تحقق مواردی از طرح جامع مسکن، پا به عرصه وجود گذاشت. در این راستا، دولت، زمین‌های خود را بدون انتقال مالکیت در چرخه تولید مسکن وارد می‌نماید و با واگذاری حق بهره‌برداری طویل‌المدت (۹۹ ساله) به افراد متخاصم واجدشایط، سعی در جدایکردن قیمت زمین از هزینه تمام‌شده مسکن و همچنین افزایش عرضه مسکن و تلاش در جهت متعادل کردن بازار آشفته مسکن دارد.^۱ در همین راستا دولت با تخصیص تسهیلات و انعقاد قرارداد با سازنده‌های مورد اعتماد، اقدام به ساخت اعیان و واحدهای مسکونی می‌نماید.^۲ متقاضیان واجد شرایط، مبلغی از هزینه‌های ساخت را در حین ثبت‌نام و ساخت، تأمین می‌نمایند و بقیه مبالغ را که از طریق اخذ تسهیلات تأمین شده است به صورت اقساط، بعد از تحويل واحد مسکونی به بانک اعطایکننده تسهیلات پرداخت می‌نمایند. بدین وسیله متقاضی واجدشایط، مالک اعیان (واحد مسکونی) می‌شود درحالی که عرصه آن در مالکیت دولت (وزارت مسکن و شهرسازی) قرار دارد و به مدت ۹۹ سال در اجاره متقاضی واجد شرایط قرار می‌گیرد. به عبارتی دیگر بعد از تکمیل اعیانی، سند مالکیت اعیانی به نام متقاضی واجدشایط صادر می‌شود.

کلی‌ترین مسئله‌ای که در این بررسی حقوقی می‌توان طرح نمود، این است که ماهیت حقوقی مسکن مهر (اجاره ۹۹ ساله) چیست؟ این سؤال کلی با مشخص‌نمودن شباهت یا تفاوت‌های عقد اجاره، انتفاع و ماده ۱۰ قانون مدنی و سایر نهادهای مشابه با مسکن مهر، ممکن است پاسخ داده شود. لذا تبیین ماهیت

۲۲۴

بازار مسکنی / پیمانه ۱۷ / ۱۳۹۲

۱. مجتبی رشیدنیا و دیگران، *تعاونی‌های مسکن مهر (آنچه متقاضیان و اعضا باید بدانند)*، پایگان، ۱۳۸۷.

۲. البته در رویکردهای جدید راجع به مسکن مهر، چند نفر از متقاضیان می‌توانند با ثبت‌نام در وزارت مسکن و احراز شرایط، عرصه را از وزارت مسکن به مدت ۹۹ سال اجاره و با اخذ تسهیلات ساخت اقدام به ساخت واحدهای مسکونی نمایند.

حقوقی مسکن مهر در بدو امر می‌تواند به عنوان زمینه‌ای در جهت ارائه پژوهش‌های گسترده‌تر، مورد توجه واقع شود.

۱- سابقه نهادهای مشابه قراردادهای واگذاری مسکن مهر در کشورهای دیگر

کشورهای مختلفی تجربه واگذاری حق بپردازی از زمین‌های دولتی را تجربه کرده‌اند. شاید بتوان کشور انگلیس را از نخستین نمونه‌های این کشورها دانست که تجربه واگذاری زمین با اجاره بلندمدت یا حق بپردازی، در آن کشور طولانی است.

در دهه هفتاد، مردم این کشور با مشکل شدید مسکن و گرانی زمین روبرو بودند بهطوری‌که دولت را مجبور به دخالت در عرصه مسکن نمود. در دوره حاکمیت حزب کارگر، قوانین مختلفی در راستای کاهش قیمت مسکن به تصویب رسید که مهم‌ترین آن‌ها، قانون زمین^۱ مصوب ۱۹۷۵ بود که به موجب آن سعی شد قیمت زمین از هزینه تمام‌شده مسکن حذف شود یا کاهش یابد. در آن زمان می‌باشد تمام زمین‌های موجود با قیمت‌های جاری در اختیار مسئولان محلی قرار می‌گرفت تا امکان اجاره ۹۹ ساله برای سازندگان مسکن فراهم آید یا اینکه این زمین‌ها، به‌طور مسترک توسط مقامات محلی و بخش خصوصی، جهت ساختمان‌سازی به کار رود. اما قانون زمین ۱۹۷۵ با بهقدرت رسیدن محافظه‌کاران در سیستم حکومتی انگلیس لغو گردید.^۲

با وجود ، اجاره ۹۹ ساله مسکن هم‌اکنون نیز در انگلیس دیده می‌شود بهطوری‌که مردم آن، منزل مسکونی را به صورت اجاره درازمدت ۹۹ سال واگذار می‌نمایند.^۳

1. [Http://www.maskan.itan.ir/?ID=1807](http://www.maskan.itan.ir/?ID=1807)

رضوی ، روح الله(۱۳۸۸/۱۱/۱۵) رد پای مسکن مهر در تجربیات جهانی در: وب سایت تحلیل گران تکنولوژی

۲. زهرا اهری، تجارب کشورهای مختلف در تأمین مسکن ، وزارت مسکن و شهرسازی، ۱۳۷۵
3. [Http://www.Homes.trovit.co.uk/index.php/cod.frame/wl](http://www.Homes.trovit.co.uk/index.php/cod.frame/wl)

لازم به ذکر است که مدت معین^۱، یکی از شرایط اساسی اجاره است و اجاره ۹۹ ساله از نظر حقوق‌دانان این کشور، قابل قبول است.^۲

در آمریکا نهادی که شباهت بسیاری با مسکن مهر دارد، به نام انجمن تراست زمین^۳ معروف است. این انجمن غیرانتفاعی تلاش می‌کند با حذف قیمت زمین، برای افراد واجدشرايط و کمدرآمد، مسکن تهیه نماید. در مسکنی که بر اساس انجمن تراست زمین به وجود می‌آید از زمین به صورت اجاره بلندمدت (معمولًا ۹۹ سال)، جهت ساخت‌وساز مسکن و سکنی بهره‌برداری می‌شود.^۴ لازم به ذکر است که در کشورهایی مثل سریلانکا، فرانسه، ژاپن و مالزی نیز نهادهایی شبیه مسکن مهر وجود دارد.

۲- جایگاه قراردادهای واگذاری مسکن مهر در تقسیم‌بندی حقوق داخلی

حقوق داخلی در یک تقسیم‌بندی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می‌شود. بنابراین در این بحث لازم است مشخص شود که سیستم حقوقی مسکن مهر از مصادیق حقوق عمومی است یا حقوق خصوصی؟ تمیز حقوق عمومی و خصوصی در زمانی که مکتب اصالت فرد و آزادی اراده، مبنای حقوق و قراردادها بود و حدود دخالت دولت در اقتصاد به دقت معین می‌شد، آسان‌تر از این دوره است چون مفهوم اجتماعی حقوق، گسترش پیدا کرده است و دخالت دولت در اداره امور اقتصادی زیاد شده است. برخی از حقوق‌دانان، تمیز این دو گروه حقوق را دشوار دانسته‌اند و ضمن انتقاد به برخی از معیارها برای تمایز حقوق عمومی و

۲۲۶

۱۳۹۲ / بهار ۱۳۹۵ / پیشگیری از مخدوشی

پایگاه اینترنتی اجاره املاک بریتانیا

1. Other essential ingredient in a lease is that the exclusive possession granted to the tenant must be for a defined and certain period of time: for example: 99,999 and ECT month or year.

2. Dixon, Martine. **Modern Land Law**, London, Carendiss Press, 2005, p.203, n22

3. (CLT) Community Land Trust

4. [Http://www.cues.fau.edu/toolbox/subchapter? ID, 6z8chapterID=9](http://www.cues.fau.edu/toolbox/subchapter?ID=6z8chapterID=9)

سایت اینترنتی دانشگاه فلوریدا

خصوصی، نهایتاً بیان نموده‌اند که حقوق عمومی «قواعد حاکم بر تشکیلات دولت و روابط سازمان‌های وابسته آن با مردم است تا جایی که این سازمان‌ها در مقام اعمال حق حاکمیت و اجرای اقتدار عمومی هستند».^۱ با توجه به این تعریف اگر سازمان‌ها و ادارات دولتی در مقام اعمال حق تصدی باشند، حقوق حاکم بر آن در راستای حقوق عمومی قابل تفسیر نیست.

۱-۲. مفهوم اعمال تصدی:

ماده واحده قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت مصوب ۱۳۰۷ مقرر می‌دارد: «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از نقطه‌نظر حقوق، مشابه افراد انجام می‌دهد مانند خرید و فروش املاک و مستغلات و اجاره و امثال آن». یکی از استادان در تعریف اعمال تصدی گفته است اعمال تصدی اعمالی است که در آن، نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود بلکه دولت با همان شرایطی که برای افراد مقرر شده است عمل می‌کند و به همین جهت، اعمال مجبور از نظر حقوقی نظیر افراد عادی است؛ برای مثال خرید، فروش، اجاره، رهن، قرض و ... از جمله اعمال تصدی است که دولت به عنوان اینکه دارای شخصیت حقوقی و مأمور اداره و حفظ دارایی و منافع اموال عمومی است انجام می‌دهد.^۲ درحالی‌که در اعمال حاکمیتی، دولت در انجام آن، حاکم و قدرت مطلق است و به وسیله آن به مردم فرمان می‌دهد و تحکم می‌کند به همین جهت این اعمال از نظر حقوقی شبیه اعمال متدال بین افراد نیست و قابل تصور هم نیست که شخصی بتواند نظایر آن اعمال را انجام دهد؛ مثلاً وضع قانون، آیین‌نامه‌ها، برقراری مالیات و عوارض، سلب مالکیت از افراد و ... از جمله اعمال حاکمیتی است که دولت به عنوان قوه حاکمه جامعه در حدود اختیارات خویش انجام می‌دهد و بدین وسیله در جامعه نظم و آرامش برقرار می‌کند.^۳

۱ . ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، ص ۸۳

۲ . همان

۳ . منوچهر طباطبائی موتمنی، حقوق اداری، سمت، ۱۳۸۵، ص ۳۹۱

۲-۲. مسکن مهر؛ اعمال حاکمیتی یا تصدی؟

مطابق بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور،^۱ طرحی به نام مسکن مهر پا به عرصه وجود نهاد. با اندکی دقت در متن بند مذکور مشاهده می‌شود که یکی از اهداف دولت در ایجاد مسکن مهر، «تقویت نقش حاکمیتی دولت در تأمین مسکن» است. مسکن مهر که از همین بند نشأت گرفته است با توجه به ظاهر بند مذکور می‌تواند از مصادیق اعمال حاکمیتی قرار گیرد. اما به نظر می‌رسد که مرجع تصویب و تدوین قانون بودجه سال ۸۶ در به کارگیری عبارت «تقویت نقش حاکمیتی دولت» دچار اشتباہ شده است زیرا در سیستم مسکن مهر، دولت زمین‌های خود را به صورت اجاره نودونه ساله برای ساخت مسکن، در اختیار افراد و شرکت‌های تعاونی قرار می‌دهد؛ این نوع عمل حقوقی توسط افراد و فی‌مابین آنها قابل تصور است؛ به طوری که اشخاص عادی می‌توانند زمین خود را در اختیار اشخاص عادی دیگر برای ساخت اعیان و منزل مسکونی قرار دهند و به این دلیل که آنچه در رابطه خصوصی بین افراد قابل تصور است نمی‌تواند در قلمرو اعمال حاکمیتی قرار بگیرد، می‌توان گفت اجاره زمین توسط دولت به مردم در قالب اجاره ۹۹ ساله از مصادیق اعمال حاکمیتی نیست.^۲

۱. «در اجرای اصول ۳۱ و ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مفاد بندۀای ۱۵ و ۴۱ سیاست‌های کلی برنامه چهارم توسعه و بند ج ماده ۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر لزوم تأمین مسکن مناسب برای آحاد ملت به خصوص قشر کمدرآمد و تقویت نقش حاکمیتی دولت در تأمین مسکن و در راستای حصول به عدالت اجتماعی و توامندسازی گروه‌های کمدرآمد با تکیه بر تقویت تعاونی‌های تولید مسکن و خیرین مسکن‌ساز، حصول یکپارچه و منسجم زمین و کاهش سهم زمین در قیمت تمام‌شده واحد مسکونی و»

۲. در تأیید و تقویت این استدلال می‌توان به قسمت اخیر ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران اشاره کرد که مقرر می‌دارد «...تصدی‌های اقتصادی آن دسته از وظایفی است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند...»

۳. قراردادهای الحقی و رابطه آن با قراردادهای مسکن مهر

به دلیل تحولات اقتصادی و صنعتی، انواع جدیدی از قراردادها به وجود آمده است که در آن، یک طرف قرارداد، مفاد و شرایط قرارداد را تعیین می‌کند و طرف دیگر، ناگزیر است که تمام شروطی را که طرف قدرتمند معامله، در قرارداد عرضه می‌کند بپذیرد. این‌گونه قراردادها در جامعه کنونی رایج شده است. «مثلاً در زمان حاضر، برخی از ضروریات اولیه زندگی در اختیار و انحصار یک شخص حقوقی یا شرکت است و همه ناچارند برای استفاده از آن و رفع نیازهای خود با او وارد معامله شوند. بدیهی است که این طرف ممکن است دولت یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی باشند که در وضعیت اقتصادی بسیار بالاتر قرار دارند. این قراردادها را در حقوق فرانسه «Contrat d'adhésion» و در حقوق مصر، «عقودالاذعن» و در حقوق لبنان، «عقودالموافقه» می‌نامند.^۱ دکتر شهیدی آن را «عقد تحمیلی»، دکتر لنگرودی آن را «عقد تصویبی» و دکتر کاتوزیان آن را «عقد الحقی» نامیده است.^۲ گستن^۳ در تعریف قرارداد الحقی می‌نویسد: پیوستن به قراردادی نمونه است که بهوسیله یکی از دو طرف تنظیم شده است و طرف دیگر به آن رضایت داده است، بدون اینکه امکان واقعی تغییر آن را داشته باشد.^۴

ماده ۱۷۲ قانون مدنی لبنان در تعریف عقد موافقه (الحقی) و تراضی مقرر می‌دارد: «عقد تراضی عقدی است که در تعیین شرایط آن، جای بحث و مناقشه وجود دارد و طرفین، آزاد و با همدیگر مساوی‌اند مانند بیع عادی و اجاره. اما اگر یکی از طرفین فقط به قبول فرم آماده‌شده که به او عرضه می‌شود اکتفا کند و از لحاظ قانونی یا عملی امکان بحث و مناقشه در محتوای قرارداد را نداشته باشد عقد موافقه نامیده می‌شود مانند قرارداد حمل و نقل با راهآهن یا عقد ضمان». اما باید

۱ . حسين قاضى، ماهیت و ميزان اعتبار قرارداد الحقى ، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۲،

۱۳۹۱

۲ . همان

3 . Ghestin

۴ . ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنامه

۱۳۸۲

گفت که تعاریف فوق راجع به عقد الحاقی، جامع افراد و مانع اغیار نیست زیرا قرارداد الحاقی باید شرایط و خصوصیات ذیل را داشته باشد:

موضوع قرارداد ضروری باشد؛ پیشنهادکننده برای تهییه موضوع قرارداد، قدرت انحصاری داشته باشد و اکثر مفاد قرارداد به نفع پیشنهادکننده باشد.

۱-۳. ضروری بودن موضوع قرارداد الحاقی و مقایسه آن با مسکن مهر

از خصوصیات مهم قرارداد الحاقی آن است که موضوع آن برای زندگی انسان و حیات روزمره او ضروری باشد و بدون وجود آن موضوع، حیات انسان در جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند، طاقت‌فرسا شود. مثلاً در جامعه کنونی خصوصاً در شهرهای بزرگ، نیروی برق و روشنایی، یکی از نیازهای ضروری انسان است. لذا ممکن است برق، تحت شرایطی موضوع قرارداد الحاقی قرار بگیرد زیرا اگر نیروی برق نباشد، زندگی طاقت‌فرسا می‌شود؛ حال آنکه در مسکن مهر تلاش می‌شود متقاضی، مالک اعیانی احداث شده در زمین (عرصه) اجاره‌ای شود؛ درحالی که صرف خانه‌دارشدن و به تعبیر حقوقی به دست آوردن مالکیت اعیان از نیازهای اساسی و ضروری انسان نیست بلکه داشتن مسکن در مفهوم عام خود که شامل مسکن اجاره‌ای یا هبه‌ای یا ... می‌شود، از نیازهای ضروری انسان است. لذا موضوع مسکن مهر که اجاره زمین و مالکیت اعیانی (مسکن) است از نیازهای ضروری انسان نیست. بنابراین نمی‌تواند موضوع قرارداد الحاقی قرار گیرد.

۲-۳. عرضه انحصاری مورد معامله توسط یکی از طرفین در قرارداد الحاقی و مقایسه آن با مسکن مهر

در قراردادهای الحاقی، طرفی که مورد معامله را پیشنهاد می‌کند قدرت اقتصادی بیشتری نسبت به قبول کننده دارد و انحصار تولید و عرضه مورد معامله را دارد. برخی از حقوق‌دانان، این مورد را اصلی‌ترین خصلت و ویژگی قرارداد الحاقی می‌دانند، بهطوری‌که اگر در قراردادی این ویژگی (حق انحصاری یا شبیه به

انحصاری عرضه کالای موضوع قرارداد) در طرفی که شرایط و قالب قرارداد را تعیین می‌کند وجود نداشته باشد، عنوان «قرارداد الحقی» بر آن صدق نمی‌کند.^۱ در سیستم مسکن مهر گرچه دولت زمین‌های خود را به صورت ۹۹ ساله در اختیار افراد واجد شرایط جهت ساخت قرار می‌دهد اما انحصار اجاره زمین برای ساخت اعیانی و منزل مسکونی در اختیار دولت نیست و حتی در مورد اجاره زمین و مسکن، هر شخص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی چنین موقعیتی دارد و دولت به جهت تعديل این انحصار، وارد عرصه مسکن شده است. بنابراین هر چند دولت، قالب و شرایط مسکن مهر را تعیین نموده است، انحصار مورد معامله در اختیار او نیست.

۳-۳. محتوای ظالمانه و تحمیلی قرارداد الحقی و مقایسه آن با مسکن

مهر

۲۳۱

جعفری، احمد / پیشنهادهای اساسی خود مجبور به پذیرش آن است. این شروط تحمیلی ممکن است مسئولیت پیشنهاددهنده را تخفیف دهد یا اینکه حتی ممکن است مسئولیت او را به حد خیلی ناچیز برساند. به همین جهت است که بسیاری از حقوق‌دانان، خصوصاً صاحب‌نظران حقوق عمومی، این را عقد نمی‌دانند اما به نظر می‌رسد در حقوق ایران، بتوان نام عقد و قرارداد را بر آن نهاد زیرا ماده ۲۰۶ ق.م، معامله ناشی از اضطرار را معتبر دانسته است.^۲ در مسکن مهر، طرف پیشنهادکننده (دولت) شرایطی را به نفع خود به متقاضیان تحمیل نمی‌نماید بلکه به نظر می‌رسد که دولت شرایطی از قبیل اجاره ناچیز و پرداخت وام را که به نفع متقاضی است بر خود تحمیل می‌نماید تا بدین‌وسیله، خانه‌دارشدن افراد واجد شرایط، آسان شود. در نتیجه هیچ‌یک از سه شرط بیان شده که قرارداد الحقی را از سایر عقود عرفی

۱. عبدالمنعم فرج الصده، *نظريه العقد*، دارالنهضه العربية، بيروت، ۱۹۴۶، ص ۶۵

۲. ماده ۲۰۶ ق.م : «اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند مگر محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود»

۳. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷

متمازیز می‌کند در مسکن مهر وجود ندارد و به همین دلیل نمی‌توان مسکن مهر را از عقود الحاقی دانست. بر فرض اگر برخی از حقوق دانان با این نتیجه مخالف باشند و مسکن مهر را قرارداد الحاقی بدانند باز هم استدلال آنها مانع از قرارگرفتن مسکن مهر در قلمرو حقوق خصوصی نمی‌شود چون اکثر حقوق دانان قرارداد الحاقی را در قلمرو معاملات و عقود می‌دانند و قراردادن آن را در مباحث حقوق خصوصی، به بحث و چالش می‌کشانند.

۴. اصل سالانه‌بودن بودجه و رابطه آن با مسکن مهر

بودجه، پیش‌بینی و تخمین درآمدها و هزینه‌های دولت در محدوده زمانی مشخص است که در اکثر کشورها معمولاً یک‌سال و در ایران نیز بودجه برای یک‌سال تصویب و اجرا می‌شود. این اصل در بعضی از مواقع از قبیل جنگ، بحران‌های سیاسی، و اقتصادی رعایت نمی‌شود به طوری که در سال ۱۳۵۹ بودجه نیز تصویب شد^۱ از مهم‌ترین نتایج اصل سالانه‌بودن بودجه این است که ارزش و اعتبار حقوقی احکام مقرر در قانون بودجه موقتی و یک‌ساله است. بنابراین در قانون بودجه باید از پیش‌بینی احکامی که ماهیت بودجه‌ای ندارند خودداری نمود.^۱

بنابراین مسکن مهر بر اساس بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور به وجود آمده است. پرسش اساسی این است که اگر ارزش و اعتبار حقوقی احکام مندرج در قانون بودجه، یک‌ساله است آیا مسکن مهر و قواعد حاکم بر آن فقط در سال ۱۳۸۶ اعتبار دارد یا خیر؟ ظاهراً می‌توان گفت که قواعد حاکم بر مسکن مهر، اعتبار یک‌ساله دارد؛ اما اگر پاسخ پرسش فوق، این باشد، مسکن مهر، پایه حقوقی خود را از دست می‌دهد. لذا برای گریز از این مشکل مهم حقوقی می‌توان استدلال و پیشنهاد ذیل را ارائه نمود:

استدلال: بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور، پدیده و ساختاری را به عرصه حقوقی کشور معرفی نمود که ماهیتاً ممکن نیست یک‌ساله باشد به طوری که پس از وقوع و تشکیل مسکن مهر تا ۹۹ سال ممکن است ادامه یابد.

۱. ابوالفضل رنجبری و علی بادامچی، حقوق مالی و مالیه عمومی، مجد، ۱۳۸۷

هرچند پیش‌بینی قواعد و مقرراتی که غالباً بیش از یک سال قابلیت بقا دارند در قانون بودجه کار شایسته‌ای نیست، متأسفانه «این نکته سالیان متوالی در نظام حقوقی و مالی ایران نادیده گرفته شده و احکامی با ماهیت غیربودجه‌ای و به صورت تبصره دائمی که ارزش حقوقی دائمی داشت، در قوانین بودجه پیش‌بینی می‌گردید».^۱

پیشنهاد: بر فرض اگر استدلال فوق، مورد ایراد حقوق‌دانان واقع شود باید به این پیشنهاد بسنده کرد که در هر سال که قانون بودجه تصویب می‌شود بند «د» تبصره ۶ قانون برنامه و بودجه را تمدید نمایند که متأسفانه در قانون بودجه سال ۱۳۸۷، ۱۳۸۸ و ۱۳۸۹ تمدید بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ پیش‌بینی نشده است.

یکی از مصاحبه‌شوندگان که سمت رئیس دفتر حقوقی در یکی از نهادهای دولتی مرتبط با مسکن مهر دارد، بیان داشت که پس از تصویب قانون بودجه سال ۱۳۸۶ به مقامات کشوری اعلام نموده‌ایم که اصل سالیانه‌بودن بودجه برای ادامه حیات حقوقی مسکن مهر، مشکل ایجاد می‌نماید اما آنها با وجود این اصرارهای مکرر، فقط قانون کلی «سازماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن» را در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۲۴ به تصویب رساندند که تا حدودی می‌تواند به نظریه استمرار زندگی حقوقی مسکن مهر کمک نماید.^۲

۵. قراردادهای واگذاری مسکن مهر در پرتو قانون بودجه سال ۱۳۸۶

بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ مقرر نموده است که: «در اجرای اصول ۳۱ و ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مفاد بندۀای ۱۵ و ۴۱^۳

۱. همان، ص ۱۳۲.

۲. این شخص بهشدت اصرار داشت که نام او و اداره‌ای که در آنجا خدمت می‌کند فاش نشود.
۳. سیاست‌های کلی برنامه چهارم توسعه در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۱۱ به جناب آقای خاتمی رئیس جمهور وقت ابلاغ شد. در بند ۱۵ سیاست‌های کلی مذکور آمده است: «... فراهم کردن محیط رشد فکری و علمی و تلاش در جهت رفع دغدغه‌های شغلی، ازدواج، مسکن آنان (جوانان) ...». در بند ۴۱ سیاست‌های کلی مذکور آمده است: «حمایت از تأمین مسکن گروههای کمدرآمد و نیازمند»

سیاست‌های کلی برنامه چهارم توسعه و بند «ج» ماده ۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر لزوم تأمین مسکن مناسب برای آحاد ملت به خصوص اقشار کم‌درآمد، تقویت نقش حاکمیتی دولت در امر تأمین مسکن و در راستای برقراری عدالت اجتماعی و توانمندسازی گروه‌های کم‌درآمد با تکیه بر تقویت تعاوی‌های تولید مسکن و خیرین مسکن‌ساز، حصول مدیریت یکپارچه و منسجم زمین، کاهش سهم زمین در قیمت تمام‌شده واحدهای مسکونی، هدایت و حمایت انبووه‌سازی، صنعتی‌سازی، مقاوم‌سازی و ارتقای فناوری ساخت‌وساز به دولت اجازه داده می‌شود با جلب و جذب منابع مالی بخش خصوصی، منابع ذخیره ارزی (سهمیه بخش غیردولتی)، تسهیلات مالی خارجی، درآمد عمومی دولت، موضوع ردیف‌های ۶۰۱۱۰۵ و ۶۰۱۱۰۴ قسمت چهارم این قانون، فروش اوراق مشارکت، سرمایه‌گذاری در شرکت‌های دولتی، کمک‌های مالی خیرین و سازمان‌های غیردولتی و تسهیلات بانکی نسبت به زمینه‌سازی برای تأمین گروه‌های هدف، به شرح ذیل اقدام نماید».

در جزء دوم از بند «د» تبصره ۶ قانون اخیرالذکر آمده است که «وزارت مسکن^۱ و شهرسازی به منظور کاهش قیمت واحدهای مسکونی موظف است زمین مناسب را به صورت اجاره بلندمدت ۹۹ ساله در چهارچوب حق بهره‌برداری از زمین به اعضای واجد‌شرایط تعاوی‌ها و افراد واجد‌شرایط واگذار نماید...».

۶. طرفین اصلی قرارداد واگذاری مسکن مهر

عقد و قرارداد نیازمند وجود حداقل دو شخص به عنوان طرفین قرارداد است و قرارداد واگذاری مسکن مهر از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. در این پدیده حقوقی می‌توان طرفین قرارداد را به دو دسته «طرفین اصلی» قرارداد و «اشخاص ثالث» تقسیم‌بندی نمود که به شرح ذیل قابل بیان است:

۱. در حال حاضر این وزارتخانه به وزارت مسکن و راه سازی تغییر نام پیدا کرده است.

۱-۶. طرفین قرارداد و اگذاری مسکن مهر

در این قرارداد، وزارت مسکن به عنوان اجاره‌دهنده زمین (موجر) و فرد یا شخص حقیقی واجدشایط، به عنوان مستأجر از مصادیق طرفین اصلی قرارداد و اگذاری مسکن مهر تلقی می‌شوند.

الف. وزارت مسکن

به موجب ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی تبصره ۶ قانون بودجه مصوب ۱۳۸۶ «وزارت مسکن و شهرسازی موظف است در قالب برنامه و اگذاری حق بهره‌برداری زمین، به منظور تأمین مسکن با اولویت گروه‌های کم‌درآمد نسبت به تأمین زمین‌های مورد نیاز از طریق اراضی در اختیار یا اراضی موضوع ردیفهای (۶-۲) و (۷-۲) بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه (مصطفی ۱۳۸۶) اقدام نماید». در ماده مزبور از لفظ اجاره در کنار عنوان حق بهره‌برداری زمین استفاده نشده است. شاید بتوان گفت که مرجع تصویب آیین‌نامه فوق‌الذکر بین اجاره و حق بهره‌برداری از زمین، تفاوت قائل شده و متوجه اشتباه مرجع تصویب و تدوین قانون بودجه، که اجاره را با حق بهره‌برداری مترادف دانسته، شده است و به همین جهت لفظ اجاره را در کنار حق بهره‌برداری نیاورده است. اما با کمی دقیق معلوم می‌شود که مرجع تصویب آیین‌نامه مزبور، در عنوان فصل سوم، حق بهره‌برداری از زمین را با اجاره طویل‌المدت مترادف دانسته است. علاوه بر آن، دولت در یک دستورالعمل^۱ مقرر نموده است که «زمین‌های موضوع این بند (بند د تبصره ۶) در اجاره بلندمدت تا ۹۹ سال به متقاضیان و اگذار می‌گردد تا نسبت به احداث واحدهای مسکونی اقدام نمایند...». به نظر می‌رسد که عنوان «اجاره ۹۹ ساله» که برخی آن را به جای «مسکن مهر» استعمال می‌نمایند، از لحاظ حقوقی ایراد دارد. با وجود این، مسکن مهر با هریک از عنوانین مذکور قابل شناسایی است.

ب. متقاضی واجدشایط

همان‌طور که بیان شد، هدف و فلسفه وجودی مسکن مهر، حمایت از قشر آسیب‌پذیر جامعه و تهییه مسکن با قیمتی مناسب برای اقشار کم‌درآمد یا با درآمد

۱. ماده ۱۹ دستورالعمل آیین‌نامه اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه ۱۳۸۶

متوسط است. در همین راستا آیین نامه اجرایی فوق الذکر شرایط متقاضیان مسکن مهر را به شرح ذیل دانسته است :

«الف) فاقد مسکن و یا زمین ملکی بوده و قبلًا از هیچ یک از امکانات دولتی مربوط به تأمین مسکن شامل زمین یا واحد مسکونی یا تسهیلات یارانه‌ای خرید و یا ساخت واحد مسکونی استفاده نکرده باشد.

ب) متأهل یا سرپرست خانوار باشند.

ج) حداقل ۵ سال سابقه سکونت در شهرهای محل تقاضا داشته باشد (برای مهاجرین از شهرهای بزرگ، این مدت به یک سال کاهش یافته و برای کارکنان دولت که به استناد حکم دستگاه مربوط منتقل می‌شوند سابقه محل سکونت، ملاک عمل خواهد بود).

تبصره ۱: اولویت با کسانی خواهد بود که درآمد ماهیانه آنان کمتر از دو برابر حقوق موضوع قانون کار یا استخدام کشوری (کمتر از ۴۰۰ هزار تومان) باشد ...».^۱

۲-۶. اشخاص ثالث در قرارداد واگذاری مسکن مهر

برای اینکه قرارداد واگذاری مسکن مهر به هدف خود یعنی اتمام ساخت واحد مسکونی و سکونت‌گزیدن افراد متقاضی در آنجا منتهی شود، علاوه بر تراضی بین وزارت مسکن و متقاضی واجد شرایط به عنوان طرفین اصلی قرارداد، اشخاصی از قبیل بانک‌های ارائه‌دهنده تسهیلات ساخت اعیانی، انبووه‌سازان و به عبارتی دیگر، سازندگان اعیانی و همچنین در بعضی از موارد که در سال‌های اول اجرای طرح مسکن مهر رایج بود، شرکت‌های تعاونی مسکن مهر دخالت دارند. توضیح اینکه در ابتدا دولت زمین‌های خود را برای تأمین ساخت اعیان (واحدهای مسکونی) در اختیار بانک‌های ارائه‌دهنده تسهیلات قرار می‌دهد و بعد از تکمیل، اعیانی نیز در رهن بانک قرار می‌گیرد و پرداخت اقساط وام نیز بر عهده متقاضی (مالک اعیانی) قرار می‌گیرد.

۱. ماده ۲۱ دستورالعمل آیین نامه اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه ۱۳۸۶

شرکت‌های سازنده ساختمان که مورد تأیید وزارت مسکن باشند عهدهدار ساخت اعیانی می‌شوند و حق‌الزحمه و مخارج آنها قسمتی از طریق تسهیلات بانکی و قسمتی دیگر متقاضی واحدشرايط تأمین می‌گردد.

در ابتدای اجرای طرح مسکن مهر، متقاضیان مجبور بوده‌اند که به عضویت یکی از تعاوونی‌های مسکن مهر درآیند و این تعاوونی‌ها با انعقاد قرارداد با وزارت مسکن و انبوه‌سازان برای اعضای تعاوونی (متقاضیان واحدشرايط) اقدام می‌نمودند که اکنون به علت کم‌کاری مدیران بسیاری از تعاوونی‌ها^۱ الزام عضویت در تعاوونی‌ها از بین رفته و اشخاص مستقیماً می‌توانند با وزارت مسکن طرف قرارداد واقع شوند.

۷. مقایسه قراردادهای واگذاری مسکن مهر با نهادهای مشابه

مسکن مهر با برخی از عقود و نهادهای حقوقی پذیرفته شده در ایران مانند اجاره، عقد استحکار که خود به نوعی از مصادیق عقد اجاره است و حق‌انتفاع، شباهت‌های فراوانی دارد. در این قسمت با بررسی و مقایسه این عقود با مسکن مهر به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا مسکن مهر با یکی از عقود پذیرفته شده قابل تطبیق است یا اینکه خود نهاد حقوقی جدیدی با شرایط و آثار متفاوت است.

۷-۱. عقد اجاره و رابطه آن با مسکن مهر

یکی از عقودی که برخی مسکن مهر را با آن نام می‌شناسند، عقد اجاره است و حتی در برخی از متون قانونی در خصوص مسکن مهر، از عبارت «جاره ۹۹ ساله» استفاده شده است. بنابراین برای تبیین ماهیت حقوقی مسکن مهر لازم است ضمن بیان خصوصیات اجاره، آن ویژگی‌ها را با مسکن مهر، مقایسه و تفاوت‌های عقد اجاره و مسکن مهر را بیان کرد.

۱. به دلیل اینکه با اتمام ساخت اعیانی شرکت تعاوونی مسکن مهر مربوطه نیز می‌شد و مدیران از بابت مدیریت شرکت تعاوونی مسکن مهر، حقوق و مزایا می‌گرفتند و ساخت و تکمیل اعیانی موجب عدم تعلق به آنها می‌شد بسیاری از مدیران تعاوونی‌های مسکن مهر، تلاش برای اتمام پروژه مسکن مهر تلاش کافی را انجام نمی‌دادند.

الف – آیا مسکن مهر مانند عقد اجاره ، تملیکی است؟

تملیک در عقد اجاره را می‌توان «تملیک موقت» نامید. در سیستم مسکن مهر که زمین دولتی به مدت ۹۹ سال در اختیار متقاضی برای ساخت مسکن و بهره‌برداری قرار می‌گیرد، متقاضی، ابتدا باید به عضویت تعاونی‌های مسکن مهر درآید یا اینکه طبق مصوبات جدید، چند متقاضی واجد شرایط، خود را به وزارت مسکن و شهرسازی معرفی نمایند و با شرکت همدیگر از مزایای مسکن مهر استفاده نمایند. بنابراین برای سیستم مسکن مهر در این بحث، دو حالت قابل تصور است:

حالت اول: شخص متقاضی برای تملک منفعت زمین ابتدا باید به عضویت یکی از اعضاي تعاونی مسکن مهر درآید و در مرحله بعد، این شخصیت حقوقی شرکت تعاونی مسکن مهر است که مدیران آن به نمایندگی از آن شرکت، زمین متعلق به دولت را برای ساخت منازل مسکونی اجاره می‌نمایند. بنابراین در مرحله وقوع عقد اجاره، یک نوع نمایندگی اجاری، برای تملیک منفعت وجود دارد. مورد دیگری که عنصر تملیک را کم‌رنگ می‌کند این است که ساخت و ساز تمامی واحدهای مسکونی متعلق به اعضا باید همانهنج و یک‌شکل باشد و شخص متقاضی در انتخاب نحوه ساخت و استفاده، آزاد نیست و حتی در بسیاری از موارد اتفاق می‌افتد که متقاضی مسکن مهر از محل وقوع زمین نیز آگاهی ندارد. نظر به اینکه شخصیت حقوقی متقاضیان مسکن مهر (اعضاي تعاونی مسکن مهر) با شخصیت حقوقی شرکت تفاوت دارد ، می‌توان گفت که در مرحله انعقاد قرارداد اجاره و ساخت و ساز (ابتداي تملیک منافع) متقاضی تملک منفعت نمی‌کند بلکه این شرکت تعاونی است که به تملک منفعت می‌پردازد. در پاسخ به این نظر ممکن است برخی ایراد نمایند که در نهایت، استفاده از منفعت، پس از ساخت و ساز به متقاضی برمی‌گردد اما در پاسخ باید گفت که ذی‌نفع در مرحله ساخت و ساز و تملیک ابتدایی منافع، شرکت تعاونی مسکن مهر است زیرا ممکن است به دلایلی اعضا از شرکت خارج شوند و انصراف خود را از مسکن مهر اعلام نمایند یا اینکه به علت کشف عدم وجود شرایط لازم برای عضویت در تعاونی، از شرکت مجبور اخراج شوند.

اما در مرحله‌ای که مسکن و اعیانی ساخته شده در زمین اجاره‌ای به اعضا تحویل داده می‌شود، آنها می‌توانند آزادتر از گذشته منافع زمین را در مدت اجاره تملک نمایند و مطابق مقررات^۱ مسکن مهر، باید به دولت اجاره پرداخت نمایند. با توجه به موارد فوق‌الذکر به نظر می‌رسد که تملیک منافع در سیستم مسکن مهر، کم رنگ‌تر از تملیک منافع در اجاره‌های معمولی است.

حالت دوم: قانونگذار در قسمت ۱-۲ از بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ مقرر نموده است که: «وزارت مسکن و شهرسازی موظف است زمین متناسب را ... به اعضای واحدالشرایط تعاونی‌ها و افراد واحدالشرایط واگذار نماید ...». بنابراین مشخص می‌شود که قانونگذار نه تنها معنی برای دریافت زمین، بدون عضویت در تعاونی‌های مسکن مهر قائل نشده است بلکه صراحتاً اجازه واگذاری زمین را به افراد واحدالشرایط که عضو تعاونی مسکن مهر نیستند داده است. با وجود این در ابتدا افراد مجبور بودند که برای ورود به سیستم مسکن مهر، به عضویت تعاونی‌های مسکن مهر درآیند. پس از اینکه برخی تعاونی‌ها در احداث واحدهای مسکونی و تحویل آن به اعضا تأخیر نمودند و این امر باعث شد که برخی از اعضا انصراف خود را از ادامه زندگی حقوقی در سیستم مسکن مهر اعلام نمایند، دولت تصمیم گرفت که ورود اشخاصی را که عضویت در تعاونی‌های مسکن مهر ندارند به سیستم حقوقی مسکن مهر بپذیرد. [۲] اساس تصمیم نمایندگان ویژه رئیس جمهور در کارگروه مسکن از تاریخ ابلاغ^۲ این تصمیم زمین‌های مشخص شده در قالب طرح مسکن مهر (حق‌بهره‌برداری ۹۹ ساله) جهت ساخت واحدهای مسکونی این طرح به صورت گروهی انجام می‌شود. وزارت مسکن و شهرسازی موظف است متقاضیان این طرح را که واحد شرایط چهارگانه بوده و اسمی آنها به تأیید رسیده است، در قالب گروههایی ۳ تا ۵ نفره سازماندهی کرده و زمین‌هایی با کاربری مسکونی و بلاعارض را در حین مراحل آماده‌سازی به‌طور مشخص به این گروه‌ها تحویل دهد.

۱. ماده ۱۹ دستورالعمل اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور

۲. این مصوبه در تاریخ ۱۳۸۸/۶/۲۴ از سوی آقای محمد رضا رحیمی معاون اول رئیس جمهور به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شد.

شورای مسکن استان می‌تواند تعداد افراد هر گروه را در صورت کمبود زمین مناسب با وضعیت زمین در استان و شهرستان با ویژگی‌های افراد متقاضی تا حدود ۱۰ نفر افزایش دهد».

در این حالت شاید بتوان گفت که منافع زمین‌های دولتی تا ۹۹ سال به تملیک متقاضیان واجد شرایط در می‌آید و از این جهت با عقد اجاره که تملیک منفعت است شباهت دارد.^۱

ب - آیا قراردادهای واگذاری مسکن مهر مانند اجاره، معوض است؟

برای اینکه بتوان معوض یا غیرمعوض بودن سیستم مسکن مهر، باید ضابطه تمیز عقد معوض یا غیرمعوض را دانست. برخی از حقوق‌دانان^۲ اعتقاد دارند که عقد در صورتی معوض است که دارای دو شرط باشد:

شرط اول: طرفین عقد، مالی را به دیگری بدهند یا در برابر او عهده‌دار امری شوند، خواه عوض و معوض با هم معادل یا ارزش یکی بیشتر از دیگری باشد. اما هرگاه یکی از دو عوض در برابر دیگری به اندازه‌ای ناچیز باشد که عرف آن را در حکم هیچ بداند مانند صلح تمام دارایی شخص در برابر یک سیر نبات، باید از ظاهر گذشت و عقد را مجانی دانست. البته لازم به یادآوری است که «تمام دارایی» قابلیت انتقال در زمان حیات ندارد چون دارایی، توانایی و ظرفیت داراشدن حقوق و تکالیف مالی است و اموال و دیون از اجزای تشکیل‌دهنده آن است که همواره در حال تغییر، افزایش یا کاهش است و حتی ممکن است شخص، چیزی جز بدهی نداشته باشد ولی چنین شخصی نیز دارایی دارد. بنابراین در طول حیات، دارایی قابل نقل و انتقال نیست.^۳ لذا به نظر می‌رسد که آن نویسنده در کاربرد عبارت «انتقال تمام دارایی» دچار اشتباه شده است و شاید هم منظور ایشان از به

۲۴۰

جنبه‌های اقتصادی / پژوهشی

1.Http://www.bushehrnews.com/fa/pages/?cid=12077

وپ سایت بوشهر نیوز در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۰

۲ . کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۵

۳ . سیدمرتضی قاسمزاده، سیدحسین صفائی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، ش. ۸، سمت،

۱۳۸۱

کاربردن عبارت «تمام دارایی» همان «تمام اموال» بوده است. اما بهتر بود که به جای لفظ دارایی از لفظ اموال یا املاک استفاده می‌شد.

شرط دوم: قصد مشترک طرفین، مبادله دو مورد عقد باشد یعنی هریک از آنان مالی بدهد تا در برابر آن، مال یا تعهدی به دست آورد. پس اگر در قراردادی تعهد یا تملیک دو طرف در برابر هم و پیوسته با هم به وجود نیاید نمی‌توان عقد را موضع دانست. برای مثال در موردی که بر متهم شرط می‌شود تا او نیز مالی را به واهب تملیک کند، عقد هبه ماهیت اصلی خود را از دست نمی‌دهد و آنچه واقع شده است مخلوطی از دو بخش است که توافق اراده‌ها پیوند و ترکیبی بین آنها به وجود نیاورده است و به همین جهت نباید عقد را موضع شمرد.^۱

اکنون باید بررسی کرد که آیا این دو شرط فوق در سیستم مسکن مهر وجود دارد یا خیر؟ در مسکن مهر، دولت زمین خود را در ابتدا بدون دریافت اجاره در اختیار تعاونی‌ها یا گروه‌های متقاضی قرار می‌دهد ، در حالی که تعاونی‌ها و گروه‌های متقاضی از همان ابتدا تصرفات حقوقی خود را شروع می‌کنند و بهنوعی از منفعت زمین استفاده می‌نمایند. بنابراین در این حالت دولت فقط مالی در اختیار تعاونی‌ها و گروه‌های متقاضی قرار می‌دهد اما هیچ مبلغی را به عنوان مال‌الاجاره در آن زمان دریافت نمی‌کند. شاید گروهی در ایراد به این نظر، استدلال نمایند که برای موضع قلمدادن‌مودن عقد، لزومی ندارد که عوض (مال‌الاجاره) در حین قرارداد پرداخت شود و مطابق ماده ۱۹ دستورالعمل اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه ۱۳۸۶ مبلغ مال‌الاجاره نیز معلوم شده است. اما در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که هدف اصلی دولت، تأمین مسکن اقشار کم‌درآمد و فاقد مسکن می‌باشد نه کسب سود و عوض در برابر موضع. به همین دلیل است که در ماده ۱۹ دستورالعمل فوق الذکر، مبلغ مال‌الاجاره ناچیز است. دلیل دیگری که این نظر را تأیید می‌کند اسن است که دولت در ابتدا بدون دریافت اجاره، زمین را در اختیار شرکت‌های تعاونی و گروه‌های متقاضی قرار می‌دهد و برای ساخت مسکن در همان زمین،

تسهیلات ساخت نیز اعطا می‌نماید.^۱ بنابراین می‌توان گفت که مسکن مهر، عقد معوض نیست و اجاره‌ای که پس از ساخت واحدهای مسکونی و صدور مالکیت اعیانی برای متقاضی مسکن مهر به عنوان اجاره‌بهای زمین باید به دولت پرداخت شود «شرط عوض» است و آنقدر ناچیز است که تأثیری در غیرمعوض بودن مسکن مهر ندارد.

ج. آیا قراردادهای واگذاری مسکن مهر مانند اجاره، عقدی موقت است؟

در سیستم مسکن مهر مطابق ماده ۱۹ دستورالعمل آئین‌نامه اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۸۶ مقرر شده است که «زمین‌های موضوع این بند در اجاره بلندمدت ۹۹ ساله به متقاضیان واگذار می‌شود تا نسبت به احداث واحد مسکونی اقدام نمایند...». بنابراین در ابتدای این بحث لازم است که در خصوص حداکثر مدت عقد اجاره در حقوق ایران، فقه و سایر کشورها بررسی و تحلیل شود و مشخص شود که آیا در فقه و حقوق ایران، اجاره ۹۹ ساله مبنای شرعی و قانونی دارد یا خیر؟

حداکثر مدت اجاره در فقه اهل سنت بر اساس نظر فقهای حنفی در مورد میزان مدت، حدّی وجود ندارد و مالک می‌تواند زمین خود را برای مدت طولانی اجاره دهد. در برخی از موارد، استثنای وجود دارد. از جمله اینکه در مورد وقف و اجاره اراضی، مدت اجاره، تا ۳۰ سال و در مورد مسکن و حیوانات، حداکثر یک‌سال جایز است مگر اینکه قاضی بنا به مصلحتی اجاره مزاد را جایز بداند.^۲

فقهای مالکی اجاره زمین را افزون بر ۳۰ سال جایز نمی‌دانند اما اعتقاد دارند که اگر وقف بر غیرمعین باشد، مثل فقرا و مساکین، اجاره آن تا ۴۰ سال صحیح است.^۳

۱. ماده ۳ دستورالعمل آئین‌نامه اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه ۱۳۸۶ مقرر می‌دارد: «سف فردی تسهیلات برای ساخت و سازهای شهری موضوع این دستورالعمل ۱۴۰ میلیون ریال، برای نوسازی و بهسازی مسکن روستایی ۶۵ میلیون ریال و برای آماده‌سازی اراضی ۱۵ میلیون ریال می‌باشد. این تسهیلات به صورت ۱۵ ساله و به روش پلکانی قابل تقسیط خواهد بود»

۲. الجزيري، عبدالرحمن، *الفقه على المذاهب الاربعه*، ج ۳، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۹۶۹

۳. همان، ص ۱۳۹

فقهای مذهب شافعی معتقدند که مدت اجاره اعیان باید به صورتی باشد که اغلب آن عین در آن مدت باقی بماند. به عبارتی دیگر حداکثر مدت تا زمانی است که اغلب عین، قابلیت استفاده و بهره‌برداری را داشته باشد.^۱ برای مثال، عنوان می‌دارند که اجاره‌خانه تا ۳۰ سال، اجاره حیوان تا ۱۰ سال و اجاره لباس تا یک سال معتبر و صحیح است. همین نظر را نیز فقهای حنبی ب با مختصر تفاوتی بیان می‌دارند.^۲ با توجه به آنچه گذشت به نظر می‌رسد که فقهای عامه اختلاف زیادی راجع به اجاره بلندمدت ندارند خصوصاً اینکه مذاهب حنبی و شافعی به‌طورکلی زمان طولانی اجاره را به شرط بقای عین مستأجره در طول مدت تملیک منفعت می‌پذیرند و مذاهب مالکی و حنبی نیز دلیل قابل قبولی برای تحديد مدت اجاره ندارند. بنابراین به نظر می‌رسد که اجاره بلندمدت در فقه عامه پذیرفته شده است.

۲- حداکثر مدت اجاره در فقه امامیه:

شیخ طوسی اعتقاد دارد که مدت اجاره بستگی به اراده طرفین دارد و برای اثبات نظر خود بیان نموده است که: الف) بین فقها در این مورد اجماع حاکم است (ب) اصل عملی بر جواز است و ممنوعیت اجاره طولانی نیازمند دلیل است؛ که در این مورد دلیلی بر منع نیامده است.^۳ به نظر می‌رسد که فقهای امامیه کمتر از فقهای عامه متعرض موضوع اجاره بلندمدت شده‌اند. علامه حلی در این زمینه بیان می‌دارند «جایز است اجاره کردن عینی در مدت زمانی که عین در طول آن باقی می‌ماند اگرچه این زمان طولانی باشد به این شرط که حدود زمان مشخص باشد و این نظر همه دانشمندان است».^۴

- نظر مراجع تقلید راجع به حداکثر مدت اجاره (استفتای نگارنده از مراجع تقلید):

۱. انما یصح اجاره العین مده تبقى فيما غالباً

۲. همان، صص ۱۴۳ و ۱۴۲

۳. محمدحسن شیخ طوسی، *الخلاف*، مستله ۱۰، چاپ محمد علی العلمی، ۱۳۷۰، ص ۲۷۳

۴. علامه حلی، *تذکره الفقهاء*، کتاب الاجاره، چاپ سنگی، ۱۳۱۱، ف ۴۳

آیت الله سبحانی در پاسخ به این سؤال که آیا به اعتقاد شما، نفس اجاره ۹۹ ساله صحیح می‌باشد؟ فرموده‌اند که: «اجاره ۹۹ ساله اشکالی ندارد».^۱

آیت الله صانعی در پاسخ به سؤال فوق‌الذکر فرموده‌اند: «اجاره به مدت طولانی با فرض معلوم‌بودن مدت، شرعاً مانعی ندارد».^۲

آیت الله سیستانی در پاسخ فرموده‌اند: «اجاره ۹۹ ساله مانعی ندارد».^۳

آیت الله علوی گرگانی در پاسخ فرموده‌اند: «این گونه اجاره از نظر ما صحیح می‌باشد و شباهی به ذهن نمی‌رسد؛ مگر در جهت جهل به مال».^۴

آیت الله موسوی اردبیلی فرموده‌اند: «اجاره ۹۹ ساله صحیح است».^۵

دفتر آیت الله فاضل لنکرانی (ره) فرموده‌اند: «اجاره ملک به مدت ۹۹ سال شرعاً مانعی ندارد و صحیح است».^۶

آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ فرموده‌اند: «اجاره ۹۹ ساله مانعی ندارد».^۷

تا جایی که اطلاع کسب نموده‌ایم اکثر مراجع تقلید، اجاره ۹۹ ساله را صحیح می‌دانستند و از نظر آنها اجاره ۹۹ ساله شرعاً مانعی ندارد. اما فقط یک ابهام در مورد فتوای آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به این سؤال وجود دارد که: «زمینی وقفی است که مورد وقف آن مربوط به سال‌های قدیم بوده و چندین سال پیش به اجاره ۹۹ ساله خانه بهداشت درآمده، اخیراً با اجازه مسئولین بهداشت، قسمتی از

۱. استفتای شماره ۳۳۷۸
۸۹/۲/۲۵
۵۴۲۲۶
۲. استفتای شماره ۳۴۲۲۶
۸۹/۲/۳۰
۵۱۱
۳. استفتای شماره ۳۴۲۲۷
۸۹/۲/۳۱
۷۴۱۰
۴. استفتای شماره ۳۴۲۲۸
۸۹/۲/۳۲
۳۴
۵. استفتای شماره ۳۴۲۲۹
۸۹/۲/۳۳
۵۴۵۲۷
۶. استفتای شماره ۳۴۲۳۰
۸۹/۲/۳۴
۵۷۱۲۴
۷. استفتای شماره ۳۴۲۳۱
۸۹/۲/۳۵

آن جزء ساختمان گلزار شهدا و قسمتی جزء محوطه بیرون کوچه درآمده است، لطفاً احکام آن را بیان فرمایید؟

در پایگاه رسمی اینترنتی به شرح ذیل پاسخ داده‌اند: «زمین وقفی را نمی‌توان از صورت خودش خارج کرد. به علاوه اجاره ۹۹ ساله نیز باطل است مگر اینکه مقید باشد که هر سه سال مال‌الاجاره را طبق قیمت جدید بپردازد» و در مورد این سؤال که: «با زنی صیغه ۹۹ ساله بسته‌ایم نزدیک سه سال است که هیچ روابطی نداریم آیا صیغه باطل است یا باید آن را باطل نمود؟ زن می‌تواند بدون باطل‌کردن صیغه، ازدواج کند؟ در پایگاه اینترنتی آیت‌الله مکارم شیرازی این‌گونه پاسخ بیان داده شده است که «صیغه ۹۹ ساله در حکم عقد دائم است و تا مراسم طلاق انجام نشود همچنان زن و شوهر هستید». ^۱

با توجه به اینکه در پاسخ به سؤال اولی، این مرجع بزرگوار، اجاره ۹۹ ساله را باطل دانسته است و در پاسخ سؤال دوم صیغه ۹۹ ساله را در حکم نکاح دائم دانسته‌اند، به نظر می‌رسد ایشان اعتقاد دارند در هر مورد، عقدی که مقید به زمان است، آن زمان نباید طولانی باشد. بالاین حال آیت‌الله مکارم در پاسخ به سؤال ما اجاره ۹۹ ساله را صحیح دانسته است! که ممکن است این یک نوع تغییر در عقیده و نظریه باشد یا اینکه برداشت و تفسیر ما از پاسخ دو سؤال فوق اشتباه بوده است یا اینکه افرادی در سایت رسمی ایشان فعالیت می‌نمایند که اطلاعی از فتاوی این مرجع بزرگوار ندارند.

در حقوق ایران، نص قانونی در خصوص حداقل مدت اجاره وجود ندارد. به عبارت دیگر، قانونگذار، سقف مدت اجاره را بیان ننموده است. ماده ۴۶۸ ق. م مقرر می‌دارد «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است». در موارد دیگر نیز فقط ضروری بودن تعیین مدت در عقد اجاره مقرر شده است. به نظر می‌رسد که در حقوق ایران محدودیتی راجع به طولانی بودن مدت اجاره وجود ندارد. با این اوصاف در حقوق ایران باید بر این اعتقاد بود که مدت اجاره به موجب

1 . [Http://www.makaremshirazi.org/persian/estefta/?mit=996](http://www.makaremshirazi.org/persian/estefta/?mit=996)

پایگاه اینترنتی و اطلاع رسانی حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی

اصل حاکمیت اراده، در اختیار متعاقدين است. اما این آزادی اراده با محدودیت‌هایی روبروست که یکی از این محدودیتها ناشی از شرایط خاص عین مستأجره است به طوری که بعضی از آنها تا پنج سال نیز عمر مفید ندارند. بنابراین مدت اجاره این انواع عین مستأجره باید بیش از ۵ سال باشد.

لازم به ذکر است که اجاره ۹۹ ساله املاک موقوفه عام در حقوق ایران پذیرفته شده بود به طوری که ماده ۲ مواد الحاقی به قانون اصلاحات اراضی ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ مقرر نموده است که: «املاک موقوفه عام با درنظرگرفتن منافع وقف به اجاره ۹۹ ساله اجاره داده می‌شود».

بنابراین می‌توان گفت که اجاره بلندمدت و ۹۹ ساله از لحاظ شرعی و حقوقی مانعی ندارد و اگر عرفاً در مدت اجاره، عین مستأجره قابل بقا باشد و منع نظم عمومی و مغایرت آن با اخلاق حسنی موجود نباشد، در صحت وقوع آن نباید تردید نمود.

د. آیا قراردادهای واگذاری مسکن مهر مانند اجاره، عقد لازم است؟

مطابق ماده ۱۸۵ قانون مدنی «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله، حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه».

با توجه به این ماده، در حقوق ایران، اصل لزوم قراردادها پذیرفته شده است. با بررسی در قانون مدنی با انکا به اصل بیان شده می‌توان گفت که «عقد لازم فقط در دو مورد قابل انحلال است: ۱) در موردی که قانون، بهموجب یکی از خیارات (ماده ۳۹۶ به بعد ق. م)، حق فسخ آن را به طرفین عقد یا یکی از آن دو یا ثالث داده باشد. ۲) در هر مورد که دو طرف بهمنظور انحلال عقد با هم تراضی (قاله) کنند».^۱ متقاضی مسکن مهر می‌تواند در مرحله آماده‌سازی و ساخت‌وساز مسکن و واحد مسکونی و حتی پس از تحويل واحد مسکونی از مسکن مهر و عضویت تعاقنی انصراف دهد و چنانچه انصراف پس از وقوع قرارداد واگذاری واحد مسکونی باشد قرارداد از جانب تعاقنی فسخ خواهد شد و پس از انصراف، هزینه سازماندهی کسر و مابقی دریافتی (پس از جایگزین شدن عضو دیگر) و بدون هیچ‌گونه ارزش افزوده‌ای

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۳۹

به عضو منصرف پرداخت خواهد شد.^۱ بنابراین متقاضی مسکن مهر در هر زمان می‌تواند عقد را فسخ نماید در حالی که چنین اختیاری برای دولت وجود ندارد . به نظر می‌رسد که مسکن مهر، عقدی است که از جانب متقاضیان جایز و از جانب دولت لازم است و دولت حق فسخ آن را در هر زمان که اراده کند ندارد. بنابراین مسکن مهر، از جهت لزوم و جواز، یکی از مصادیق ماده ۱۸۷ ق. م است که مقرر می‌دارد «عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز». دو نمونه بارز از این نوع عقود در حقوق مدنی، عقد رهن و کفالت است به طوری که عقد رهن نسبت به مرت亨 جایز و نسبت به راهن لازم است و عقد کفالت نیز نسبت به کفیل لازم و نسبت به مکفول جایز است.^۲ بنابراین می‌توان ادعا کرد که مسکن مهر نیز به این نوع عقود اضافه شده است.

۷-۲. عقد استحکار و رابطه آن با قراردادهای واگذاری مسکن مهر

«استحکار عبارت است از اجاره زمین برای اینکه مستأجر در آن خانه بسازد یا درخت بکارد. در عصر حاضر این واژه را نمی‌شناسند و عبارت درازتری به کار می‌برند که عبارت است از «اجاره برای احداث اعیان». فایده دانستن این اصطلاحات اصیل، رهایی از به کاربردن عبارات دراز و سهوالت نقل اندیشه هاست».^۳ در حقوق مصر ، عقد مستقلی وجود دارد که از آن به عقد «حکر» یاد می‌کنند. در این عقد، صاحب زمین، زمین‌هایی را که از حالت بهره‌برداری خارج شده است و احتیاج به عمران و آبادانی دارد به شخصی اجاره می‌دهد تا بعد از اصلاح و آبادانی از او منتفع گردد. مدت اجاره برای بهره‌برداری از این نوع زمین‌ها نسبتاً طولانی است به طوری که ماده ۹۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد «در عقد تحکیر جایز نیست که مدت آن از ۶۰ سال تجاوز نماید. بنابراین گرچه مدت در عقد حکر بیش

۱. ر. ک ماده ۱۸ اساسنامه شرکتهای تعاونی مسکن مهر

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، گنج دانش، ۱۳۸۷

۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۱۳، ش ۷

از ۶۰ سال تعیین شود یا اینکه طرفین عقد از ذکر مدت غافل بمانند مدت عقد ۶۰ سال خواهد بود».^۱

با توجه به موارد فوق مشخص می‌شود که استحکار در فقه اسلامی و همچنین حقوق کشورهای اسلامی از جمله مصر وجود دارد. در حقوق ایران ماده ۵۰۴ ق.م مقرر می‌دارد: «هرگاه مستأجر به موجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضای مدت اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند موجر حق مطالبه اجرتالمثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف موجر باشد، مستأجر حق مطالبه اجرتالمثل بنا یا درخت را خواهد داشت». می‌توان گفت که این ماده، با مسکن مهر یا به عبارتی صحیح‌تر با «حق بهره‌برداری از زمین دولتی برای ساخت مسکن» شباخت فراوانی دارد. برخی از فقهاء اعتقاد دارند که پس از اتمام مدت در عقد استحکار، مستأجر حق ادامه تصرفات خود را در اعیان احدهای و درختان ایجادشده ندارد و موجر می‌تواند الزام مستأجر را به از بین بردن اعیان و درختان مطالبه نماید و حتی موجر می‌تواند مستقیماً و بدون مراجعته به حاکم، اقدام به ازاله نماید و حتی هزینه از بین بردن اعیان احدهای و درختان را باید مستأجر پرداخت نماید.^۲

در حقوق مصر نیز مطابق ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی، پس از پایان مدت استحکار، محکر (موجر) می‌تواند ازاله بنا یا درختان را بخواهد یا اینکه در مقابل کمترین قیمت، بقای اعیان احدهای یا درختان را طلب نماید.^۳

برخی از فقهاء امامیه و حتی حقوق‌دانان مصر عقیده دارند که پس از پایان مدت استحکار یا فسخ آن مستأجر مکلف به ازاله بنا یا قلع درختان است اما این نظرات در حقوق ایران قابل اعمال نیست چون ماده ۵۰۴ ق.م، موجر را از خراب کردن بنا یا کندن درختان منع نموده است. هر چند که در این ماده، نامی از استحکار، حکر

۱. ماده ۹۹۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «لا يجوز التحكيم لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أفلت تعين المدة تعتبر الحكمة معقودة»

۲. بهبهانی، محمد علی، *مقام الفضل*، مؤسسه علامه مجده وحدت بهبهانی، قم، ۱۳۷۹

۳. ماده ۱۰۱۰ ق.م مصر «عند فسخ العقد او انتهاءه يكون للمحکم أن يطلب اما ازاله البناء و الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الازاله أو البقاء ...»

و تحکیم برده نشده است، می‌توان گفت که این ماده ماهیتاً دلالت بر عقد استحکار دارد بهطوری که دکتر جعفری لنگرودی نیز در تعریف عقد استحکار به ماده ۵۰۴ ق.م اشاره نموده است.^۱

۷-۳. حق انتفاع و رابطه آن با مسکن مهر

ماده ۴۰ ق.م در تعریف حق انتفاع مقرر می‌دارد «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند». در همین قانون حق انتفاع به سه قسم ذیل تقسیم شده است.

- رقبی: «حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌شود»
(ماده ۴۲ ق.م)

- عمری: «حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص به مدت عمر خود یا عمر منتفع یا شخص ثالثی برقرار شده باشد» (ماده ۴۱ ق.م).

- سکنی: «اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد سکنی یا حق سکنی نامیده می‌شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود» (ماده ۴۳ ق.م). مسکن مهر با حق انتفاع رقبی شباهت فراوانی دارد زیرا در سیستم مسکن مهر، دولت زمین خود را برای بهره‌برداری ساخت مسکن به مدت ۹۹ سال در اختیار متقاضی قرار می‌دهد. بنابراین ممکن است برخی ادعای نمایند که سیستم مسکن مهر در تعریف حق انتفاع می‌گنجد. اما برای رسیدن به این نتیجه که آیا مسکن مهر، همان حق انتفاع رقبی است برسی و تحلیل بیشتر حق انتفاع لازم است.

الف - برقراری حق انتفاع و مقایسه با قراردادهای واگذاری مسکن مهر

- موضوع حق انتفاع باید مالی باشد که بهره‌برداری از آن با بقای عین ممکن باشد: در حق انتفاع مانند اجاره، موضوع آن باید از اموالی باشد که در صورت استفاده از آن، عین از بین نزود بهطوری که از بین رفتن مال، لازمه استفاده و بهره‌برداری نباشد. بنابراین خوارکی‌ها و آشامیدنی‌ها را نمی‌توان برای مصرف، موضوع حق انتفاع قرار

۸- ماده ۱۰ ق.م و رابطه آن با قراردادهای واگذاری مسکن مهر

ماده ۱۰ ق.م مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». این ماده بیان‌کننده اصل آزادی و حاکمیت اراده است.

«برخی از فقهاء خصوصاً قدمای معتقد بودند که الگوی معاملاتی و روابط حقوقی دوطرفه، محدود و منحصر به عقود معین است و جز این عقود، هیچ‌گونه قراردادی در فقه، دارای اعتبار نمی‌باشد».^۱ در حالی که تصویب‌کنندگان ماده ۱۰ ق. م با عقیده این گروه از فقهاء موافق نبوده‌اند و به خوبی نیازهای جامعه را در نظر گرفته‌اند و اصل حاکمیت اراده را جان تازه‌ای بخشیده‌اند. مطالب آتی در صدد آن است که مسکن مهر را در راستای ماده ۱۰ ق. م تفسیر نماید و به این پرسش پاسخ دهد که آیا مسکن مهر از مصادیق قراردادهای ماده مذکور هست یا خیر؟ دلیل آن این است که قراردادهای موضوع ماده ۱۰ را عقود بی‌نام یا غیرمعین می‌دانند. لذا برای پاسخ به سؤال فوق لازم است که مفهوم و خصوصیت عقود معین و غیر معین، بیان شود.

۱. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۷۴، مجلد، ۱۳۸۰، ص ۱۱۰.

۱-۸- مفهوم و خصوصیات عقد معین

دکتر سیدحسن امامی در تعریف عقد معین بیان داشته‌اند: «عقودی هستند که از قدیم زمانی بین افراد متناول بوده و دارای مورد و آثار و احکام مخصوصی هستند و هریک از آنها به نامی نامیده می‌شود مانند بیع، اجاره، رهن، ودیعه، عاریه و امثال آن».^۱

دکتر حبیب‌الله طاهری در تعریف عقد معین بیان نموده‌اند: «عقودی هستند که از قدیم‌الایام در بین مردم متناول بوده و در قانون نیز برای خود نام خاص به خود را داشته و در عرف مردم برای خود دارای مورد و آثار و احکام مخصوصی بوده و قانون نیز متعارض آن احکام شده باشد مانند: بیع، اجاره، صلح، هبه، نکاح، قرض، ضمان، ودیعه و ...».^۲

دکتر کاتوزیان در تعریف عقد معین بیان می‌دارند: «عقود معین، گروهی از قراردادها است که در قانون، نام خاص دارد و قانونگذار شرایط ویژه و آثار آنها را معین کرده است مانند صلح و بیع و اجاره و ... در این‌گونه قراردادها که به دلیل اهمیت اجتماعی و اقتصادی خود از دیرباز مورد توجه قانونگذاران بوده است، قالب بیان اراده از پیش فراهم آمده و همه امور به حاکمیت اراده دو طرف واگذار نشده است. آنان نیازی به پیش‌بینی تمام حقوق و تکالیف ناشی از پیمان ندارند زیرا قانون این مهم را به گردن گرفته است».^۳

دکتر سیدمرتضی قاسم‌زاده در تعریف عقود معین بیان می‌دارند: «عقد معین یا بانام، عقدی است که در قانون عنوان معینی دارد و احکام و شرایط و آثار ویژه‌ای را قانونگذار برای آن تعیین کرده است مانند بیع، اجاره، صلح. از این‌رو بهتر است این نوع عقد را عقد نمونه قانونی یا عقد الگووار نامید».^۴

۱ . سیدحسن امامی ، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، ۱۳۸۲، ص ۱۶۸

۲ . حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی ۷ و ۶ ، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۷۵، ص ۹

۳ . ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بربنا،

۱۳۷۱، ص ۱

۴ . سیدمرتضی قاسم‌زاده، اصول قراردادها و تعهدات، نظری و کاربردی ، دادگستر، ۱۳۷۱،

ص ۴۲ و ۴۱

دکتر مهدی شهیدی از جهت الگوی ماهیتی یا از حیث تاریخی، عقود را به معین و غیرمعین تقسیم نموده است. ایشان بیان داشته‌اند که: «افراد انسان برای رفع نیازهای مادی و معنوی خود در دوران گذشته، عقودی را با لحاظ آثار اجتماعی و اعتباری آن به تناسب نوع روابطی که در نظر داشته‌اند به کار می‌برند. این عقود را عقود با نام می‌نامند مانند بیع و اجاره. این عقود از آن جهت عقد معین نامیده شده‌اند که در قانون مدنی ایران و سایر سیستم‌های حقوقی دارای نام مشخص بوده و قانون برای هر یک از آنها شرایط، احکام و آثار خاصی مقرر کرده است. امروزه برخی از عقود که مورد نیاز عصر حاضر بوده است، با وضع مقررات خاصی نام و احکام و شرایط و آثار مخصوص به خود پیدا کرده و در ردیف عقود معین قرار گرفته است مانند عقد بیمه».^۱

دکتر جعفری لنگرودی عقد معین را این گونه تعریف می‌نمایند: «عقدی است که در قانون دارای عنوان معین باشد و نصوص قانون متعرض خصوصیات و مقررات اختصاصی آن شده باشد مانند بیع، بیمه، صلح و نکاح».^۲

دکتر سیدحسن امامی یکی از خصوصیات عقود معین را وجود آن عقد در زمان‌های قبل دانسته است به طوری که در تعریف آن گفته‌اند: «عقودی هستند که از قدیم زمانی بین افراد متدالوی بوده است». همین خصوصیت را دکتر حبیب‌الله طاهری در عقود معین لازم دانسته‌اند. حال آنکه بقیه استادان که نظر و تعریف آنها در مورد عقد معین ذکر شد از بیان قید مذبور (وجود عقد در زمان‌های گذشته) خودداری نموده‌اند، هر چند دکتر شهیدی عقد معین و غیرمعین را بر مبنای تاریخی تقسیم نموده است با توجه به اینکه عقد بیمه را که سابقه طولانی ندارد در زمرة عقود معین قرار داده‌اند به نظر می‌رسد که ایشان نیز وصف قدیمی‌بودن را از شرایط تعریف عقد معین نمی‌دانند. بنابراین به نظر می‌رسد که در تعریف عقد معین می‌توان گفت:

«عقودی هستند که در قانون دارای نام مشخصی هستند و شرایط و آثار مهم آنها

۱. شهیدی، پیشین، ص ۱۱۰.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ش ۳۶۷۱، ۱۳۷۶، گیج دانش، ص ۴۶۰.

در قانون معین شده است و ضرورتی ندارد که تمام آثار و شرایط آن در قانون معین گردد».

۸-۲- مفهوم و خصوصیات عقود غیر معین

پیشرفت‌های اقتصادی و فناوری موجب شده است که انسان‌ها برای رفع نیازمندی‌های خود، قراردادهای متنوعی را منعقد نمایند که بسیاری از این قراردادها با عقود معینی که به آن اشاره شد تفاوت فاحشی دارند به طوری که دو نفر با استفاده از اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ ق.م قراردادی را منعقد می‌نمایند و به تبع آن، از حقوقی برخوردار می‌شوند یا تکالیفی را بر عهده می‌گیرند که در قالب هیچ‌یک از عقود پذیرفته شده در قانون مدنی و سایر قوانین قابل تطبیق نیست و نمی‌توان نام یکی از عقود معین را بر آن نهاد. این نوع قراردادها را عقود غیرمعین یا بی‌نام می‌نامند.

۲۵۳

جع جعیه: ۱۴۹۲ / شماره ۵ / پیمان

دکتر کاتوزیان در بیان خصوصیات عقد نامعین عنوان می‌دارند: «عقود نامعین در قانون، عنوان و صورت ویژه ندارد؛ شمار آنها نامحدود است و شرایط و آثار هر پیمان بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده معین می‌شود مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب، اقامت مهمانخانه». ^۱

۸-۳- تحلیل مسکن مهر در راستای عقود معین و غیرمعین

اگر مسکن مهر شرایط و خصوصیات عقد معین را در خود داشته باشد می‌توان گفت عقد معین، نهاد حقوقی جدید احیاشده‌ای است که رسماً در سال ۸۶ پا به قلمرو حقوق کشور گذاشت و اگر خصوصیات عقود معین را نداشته باشد بهناچار باید آن را از مصادیق ماده ۱۰ ق.م دانست.

در شماره ۱-۲ از بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور مقرر شده است که: «وزارت مسکن و شهرسازی بهمنظور کاهش قیمت واحدهای مسکونی موظف است زمین مناسب را به صورت اجاره بلندمدت تا ۹۹ سال در چهارچوب حق بهره‌برداری از زمین به اعضای واحدالشرايط تعاوانيها و افراد واحدالشرايط و اگذار نماید...». به نظر می‌رسد که در مقرر فوق که از مصادیق قانون به معنای اخص

۱. کاتوزیان، پیشین

می باشد دو نکته مهم دیده می شود. نکته اول: قانونگذار، قالب و چهارچوبی به نام «حق بهرهبرداری از زمین» را تعیین نموده است. بنابراین به نظر می رسد که قانونگذار آن چیزی را که به مسکن مهر یا اجاره ۹۹ ساله مشهور است «حق بهرهبرداری از زمین (دولتی)» نام گذاری کرده است.

نکته دوم: شرایط کلی و اساسی «حق بهرهبرداری از زمین» را بیان نموده است به طوری که یکی از شرایط، اجاره ۹۹ سال زمین است. دوم اینکه افرادی که قصد ورود به این قالب حقوقی را دارند باید واجد شرایط باشند یعنی شرایط خاصی داشته باشند. لذا در قانون بودجه سال ۱۳۸۶ نام و شرایط کلی مسکن مهر معین شده است و در آیین نامه اجرایی تبصره ۶ همان قانون که در مورخ ۸۶/۳/۱ به تصویب رسیده است و همچنان در دستورالعمل اجرایی برنامه های تأمین مسکن در سال ۱۳۸۶ که موضوع آیین نامه اجرایی بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ است جزئیات بیشتر راجع به حق بهرهبرداری از زمین (دولتی) تصویب و ابلاغ گردید. بنابراین می توان گفت که مسکن مهر، نهاد حقوقی و عقد معین جدیدی است که باید با عنوان قانونی حق بهرهبرداری از زمین (دولتی) جهت ساخت مسکن در محافل حقوقی شناخته و تحلیل شود.

نتیجه

۱. علی‌رغم ارتباط مسکن مهر با مسائل حقوق عمومی، از جمله قانون بودجه و دلالت دولت، بسیاری از مسائل آن را می‌توان در قلمرو حقوق خصوصی بررسی نمود و حتی می‌توان ادعا کرد که مسکن مهر در قلمرو حقوق خصوصی قرار دارد.
۲. هرچند که مسکن مهر، براساس بند «د» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ پا به عرصه وجود حقوقی نهاد، با توجه به طبیعت و ذات این نهاد که برای مدت طولانی به وجود آمده و همچنین قانون سازماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن (مصطفوی ۸۷/۲۴) اصل سالیانه بودن بودجه نمی‌تواند در استمرار آن خللی وارد نماید.
۳. مسکن مهر با عقد استحکار (اجاره برای احداث اعیان) شباهت زیادی دارد اما به دلیل وجود برخی از تفاوت‌ها نمی‌توان آن را عقد استحکار دانست. با وجود این به نظر می‌رسد که مبنای اصلی مسکن مهر، عقد استحکار است که یک نام فقهی فراموش شده است.
۴. اجاره ۹۹ ساله و بلندمدت در اکثر کشورها و در نظر قریب به اتفاق فقهای شیعه و سنی و همچنین از نظر مراجع تقليید کنوی شیعه مانع ندارد و صحیح است. در حقوق ایران نیز منعی در مورد اجاره ۹۹ ساله و بلندمدت وجود ندارد.
۵. با توجه به اینکه قانونگذار، نام و شرایط خاصی برای مسکن مهر مقرر نموده است، می‌توان ادعا نمود که عقد معین جدیدی است و از این پس شایسته نیست که از عنوان «مسکن مهر» یا «اجاره ۹۹ ساله» استفاده شود بلکه بهترین عنوانی که می‌توان برای آن انتخاب کرد «حق بهره‌برداری از زمین (دولتی برای مسکن)» است. هر چند این نام طولانی است، عنوانی است که قانونگذار برای آن انتخاب نموده است. بنابراین مسکن مهر، عقد معین نوپایی است که نام حقوقی آن، «حق بهره‌برداری از زمین (دولتی برای مسکن)» است و علی‌رغم شباهت‌های زیادی که با عقد اجاره و استحکار دارد، تفاوت‌هایی نیز با آنها دارد و همین تفاوت‌ها، ماهیت خاصی به آن بخشیده است.

فهرست منابع

الف : فارسی

- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۳، معاملات، مصر، المكتبه التجاریه الكبرى، ۱۹۶۹.
- الصده، عبدالمنعم فرج، نظریه العقد، بيروت، دارالنهضه العربيه، ۱۹۴۶.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، ۱۳۸۲.
- اهری، زهرا، تجارب کشورهای مختلف در تأمین مسکن، وزارت مسکن و شهرسازی، ۱۳۷۵.
- بهبهانی، محمدعلی، مقامع الفضل ، مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، قم، ۱۳۷۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- رشید نهال، مجتبی و دیگران، تعاوونی های مسکن مهر (آنچه متخاصیان و اعضاء باید بدانند)، پایگان، ۱۳۸۷.
- رنجبری، ابوالفضل و بادامچی، علی، حقوق مالی و مالیه عمومی ، مجد، ۱۳۸۷.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، ۱۳۸۰.
- السنہوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح قانون مدنی الجديد، انتشارات حلی، بيروت، ۱۹۹۸.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی ۷ و ۶، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۷۵.
- طباطبائی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، سمت، ۱۳۸۵.
- شیخ طوسی، محمدحسن، الخلاف، چاپ محمد علی العلمی، ۱۳۷۰.
- علامه حلی، تذکره الفقهاء، کتاب الاجاره، چاپ سنگی، ۱۳۱۱.
- قاسمزاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، نظری و کاربردی ، دادگستر، ۱۳۷۱.
- صفائی، سیدحسین و قاسمزاده، سیدمرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجوزین، سمت، ۱۳۸۱.
- قاضی، حسین، ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی، نصیانامه فقه و حقوق، شماره ۲، ۱۳۹۱.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
 - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی فرادرادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲.
 - کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- ب : لاتین

- Dixon, Martine, Modern Land Law, London, Carendiss Press, 2005.
- [Http://www.bushehrnews.com/fa/pages/?cid=12077](http://www.bushehrnews.com/fa/pages/?cid=12077)
- [Http://www.cues.fau.edu/toolbox/subchapter?ID,6z8chapterID=9](http://www.cues.fau.edu/toolbox/subchapter?ID,6z8chapterID=9)
- [Http://www.Homes.trovit.co.uk/index.php/cod.frame/wl](http://www.Homes.trovit.co.uk/index.php/cod.frame/wl)
- [Http://www.makaremshirazi.org/persian/estefta/?mit=996](http://www.makaremshirazi.org/persian/estefta/?mit=996)
- [Http://www.maskan.itan.ir/?ID=1807](http://www.maskan.itan.ir/?ID=1807)

Legal Effects of Assignment of "Mehr Housing contract"

Naser Nasirifirooz
Mohammad Reza Fallah

Abstract:

"Mehr Housing contract" is one of the newly founded institutions that entered into force by approving "D" clause of 1386(H.A) budget law. Regarding the principle that budget law is an annual subject, there are some doubts about the credibility and survival of this foundation. In addition, the legal nature of the "Mehr Housing contract" is unclear and some believe that equal to long term rentals. Even the term of "99-year lease" has been used alongside the title of "Mehr Housing" in the executive regulations of "D clause" of the said law. However despite similarities of this housing with contracts such as leases, profit right ,etc. there are also some fundamental differences so these kinds of contract are particular in nature.

Keywords: Mehr Housing contract, long-term lease, profit right, governmental lan

***Administrative Authorities Abstention from Enforcement of
Judgments of Administrative Tribunal (Divan
Edallate Edari) Branches***

Mohammad JavadRezaiezadeh
HosseinAbdollahy

Abstract :

Enforcement of judgments of administrative tribunal, as one institution for guarantee of the rule of law, is very important. So we can't consider "administrative authorities abstention from enforcement of judgments of administrative tribunal (Divan Edallate Edari) branches" as a crime, but we should treat it as administrative offence that an administrative authorities commits against Divan -as the highest reliable administrative testimony unit- and the inquisition is only in its original jurisdiction.

The definition of this kind of abstention is "Any kind of abstention, as action or inaction, against enforcement of judgments of Divan branches, including judgment or resolution, that deliberately happens after taking administrative measures, when there is no legal or practical barriers against judgment debtor, this offence usually committed by the highest authority and is restricted by the result", As result we consider the sanction of this offence, as one "Administrative alert" that "legal hierarchical order " principle will determine its extention.

Key words: Administrative authority's abstention,
Enforcement of judgments of administrative tribunal (Divan
Edallate Edari) branches, Dismissal from civil service,
Administrative offence, Administrative alert.

Punitive Damages in Iranian Legal System

**Abbas Ghasemy Hamed
Ali Khosravi Farsani
Fahimeh Aghababaee**

Abstract:

This article, first, provides that, in Iran's legal system, the principle is that all damages are compensated and any loss is restored to its previous situation. The article, then, argues that the courts in Iran do not consider punitive damages in their judgments but alternative remedies such as blood money and liquidated damages are provided in civil and criminal codes. However, none of these solutions can replace the punitive damages.

Legislature first recognizes punitive damages in the amendment of the Act of the Jurisdiction of the Iranian Courts in Civil Cases against Foreign States (1379), and ultimately confirms it in the Act of the Jurisdiction of the Iranian Courts in Civil Cases against Foreign States (1390). In response to judgments in countries where punitive damages were decided against Iran.

Key Words: Punitive damages, reciprocity, judicial immunity, civil actions, and foreign states.

***Restrictions against fair trial guarantees in the light of
Security- oriented approach to money laundering***

Bagher Shamlu
Majid Mordi

Abstract:

Birth of paradigm and model of Security-oriented policy in the realm of liberal criminal law after September 11, 2001, radicalism and populism about the necessity of security-oriented policies have resulted in rise of restrictions against fair- trial guarantees in some cases of delinquency and criminals. This Security- oriented approach of “non-totalitarian states” to the crime the penetration of the minds and eyes of many criminal policy makers claiming democracy has changed their dominant approaches. This shift, certainly, does not intend the disenfranchisement of legitimate rights and freedoms of citizens. It happens sometimes referring to the justification of maintaining the public order and territorial and Transterritorial security of community, and in the other words, by resorting to sort of paternal pragmatism; and sometimes, beneath the mask of such arguments In the light of the increasing rise in crime rates and booming organization of crimes both at the national and international levels as well as the birth of new forms of criminality all over the world the significance if security at both domestic and international levels has increased which has caused changes in mind of the drafters of international instruments such as the Vienna , Merida , Palermo Convention . The present article examines Considerations on the problem of Security- oriented approach and its spread over one of the new forms of criminal action i.e. money laundering- particularly in the organized form - studying its consequent restrictions over the fair trial guarantees such as reverse burden of proof in the light of security – oriented Criminal policy.

Abstracts

e

Key Words: presumption of innocence, Security- oriented policy, money laundering, reverse burden of proof (reverse onus), facilitating gain of evidence, breach of the principle of bank secrecy (privacy).

Unknown condition

Ali Akbar Farahzadi
Arash Ebrahimi

Abstract:

The Iranian civil code has limited the effects of unknown condition to nullification of such condition provided that it results in ignorance with respect to consideration. The code conveys no explicit provision concerning the effect of such condition not resulting in the ignorance. Unknown condition refers to a condition on which there is not complete and comprehensive knowledge.

This article legally analyses this condition, as contained in lossfull and dilatory contracts in Imamich jurisprudence and legal norms separately. According to imamich jurisprudence, intertieon of an unknown condition, as defined above, is permissible for dilatory contract, not derogating the permissibility of such contract. This approach has been followed by the Iranian Civil code. But for lossfull contract, different views have been offered by fogfaha. It seems that the Iranian legislator has followed those believing that an unknown condition stipulated in lossfull contracts, always result in ignorance to the considerations and nullify the contract. It should be noted that the consideration itself is void.

Key words: unknown condition, dilatory contract, lossfull contract.

Meeting Option in Electronic Contracts

Ali Akbar Izadifard

Ali Hasanjani

Hossein Kaviar

Abstract:

Survey of meeting option in electronic contracts is one of The topics that rarely have been considered. In this paper, after examining the meeting option concept and its elements, we plan to survey this question whether the meeting option - in meaning of traditional sale - applies in electronic contracts? If the answer to this question is positive, undoubtedly there is meeting option for the transacting parties. This hypothesis is parallel with the discussion of the rights of consumers.

Key words:Meeting Option, Electronic Contracts, Electronic Sale, Separation, Intellectual Relationship.

***The Legal Rights of the Third Party Claim Regarding
Ownership of the Object of Sale In the Iranian, Egyptian
and British laws***

Hossein Safaei
Mohsen Pourabdollah

Abstract:

Contract of sale is the most important possessory contract which refers to the property transfer of an object of sale from seller to buyer. Third party claim regarding the ownership of an object of sale will undermine the effectiveness of the aforementioned rights. Regulations governing the Iranian law concerning meddle deals and defects warrant implies that such claim will result in total cancellation of the contract of sale and the status will return to what was previously (i.e prior to conclusion of the agreement). Accordingly, it is essential to secure entire rights of the claim asserted by third party (owner), refund the original property (object of sale) to the party that possess it, and compensate for all the losses. The original buyer, however, can only request the price previously paid, expenses of judicial proceedings and the like, albeit with much less buying power and in case of ignorance that object of sale belonged to someone else. In fact, the current regulations are based on a supportive approach to the benefit of "owner", so that rights of the original buyer are considered submissive to quality of the rights demanded by the owner; because nullification of the agreement between the dealers will hamper contractual claims of the seller against the buyer. In other words, the buyer can merely pursue the price previously paid and regain the former status. Therefore, the condition of "nullité"

partielle” of contract in such cases is similarly recognized in the Egyptian law that actually originates from the French version of law, based on which the contractual relationship between buyer and seller is distinguished from their relationship with the owner and its validity remains despite the nullity regarding the owner. Partial nullity (nullité partielle) can promote the supportive approach in benefit of the original bona fide buyer and become more compatible with the principles of justice and fairness.

Keywords: third party, ownership, Iranian law, British law,
Egyptian law

The Blasphemy in Iranian and English laws

**Mohsen Rahami
Sirus Parvizi**

Abstract:

In countries like Iran, religion and religious jurisprudence constitute a main source for legislation as well as there are laws and regulations meant to provide legal protection for religious beliefs and sanctities. The same situation can be traced during the era of Church authority in some other countries including the UK. However many countries such support do not provide such criminalization arguing such legislation being inconsistent with freedom of expression and human rights by contrast, according to the Iranian Islamic Penal Code , the criminalization of blasphemy including any insulation to the Prophet (and also Holy Imams) and other religious sanctities of Islam is also expanded to other holy Prophets while the English legal system there are some sporadic criminal protect merely for the Christian sanctities. But it is ambiguous what is meant by the term “religious sanctities” and whether any kind of profanity is subject to such criminal sanctions, and also what is the sentence for such crimes. These questions are the points which are getting analyzed in the present paper – focusing on the both Iranian and English regulations and judicial procedures through survey in religious sources and Islamic opinions.

Keywords: Religious sanctities, insulting to Prophet,
apostasy, blasphemy

Contents

- The Blasphemy in Iranian and English laws j
Mohsen Rahami / Sirus Parvizi
- The Legal Rights of the Third Party Claim Regarding Ownership of the Object of Sale In the Iranian, Egyptian and British laws h
Hossein Safaei / Mohsen Pourabdollah
- Meeting Option in Electronic Contracts g
Ali Akbar Izadifard / Ali Hasanjani / Hossein Kaviar
- Unknown condition f
Ali Akbar Farahzadi / Arash Ebrahimi
- Restrictions against fair trial guarantees in the light of Security- oriented approach to money laundering d
Bagher Shamlu / Majid Mordi
- Punitive Damages in Iranian Legal System c
Abbas Ghasemy Hamed / Ali Khosravi Farsani / Fahimeh Aghababaee
- Administrative Authorities Abstention from Enforcement of Judgments of Administrative Tribunal (Divan EdallateEdari) Branches b
Mohammad JavadRezaiezadeh / HosseinAbdollahy
- Legal Effects of Assignment of “Mehr Housing contract” a
Naser Nasirifirooz / Mohammad Reza Fallah



The Editorial Board

Nejad Ali Almasi

Mohammad Ali Ardabili

Mohammad Ashouri

Rabiaa Eskini

Mohammad Javad Javid

Jafar Kousha

Ali Hossein Nadjafi Abrand Abadi

Siamak Rahpeik

Sam Savadkouhi Far

The Judiciary's
*Law
Journal*

Scientific – research quarterly
The 77th year of publication/ no.81/ 2013 spring

<input type="checkbox"/> Concessionary/	The Judiciary
<input type="checkbox"/> Director-in - charge/	Alireza Amini
<input type="checkbox"/> Editor -in- Chief /	Hossein Mir Mohammad Sadeghi
<input type="checkbox"/> Executive Director/	Aramesh Shahbazi
<input type="checkbox"/> Circulation/	4500
<input type="checkbox"/> Design/	
<input type="checkbox"/> Addres/	Tehran – Post Box 11155-3515
<input type="checkbox"/> tel Fax/	021-22091869
<input type="checkbox"/> Web Site/	www.jlj.ir
<input type="checkbox"/> E-mail/	majaleh_hoghooghi@jpri.ir
<input type="checkbox"/> price/	2000R

The Judiciary's

*Law
Journal*



Scientific – Research Quarterly

The 77th Year of publication
/ No. 81 / 2013 spring
