

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



خبرنامه داخلی کانون وکلای دادگستری مازندران

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری مازندران

مدیر مسئول: سید علی باقری تبار وکیل پایه یک دادگستری

سر دبیر: دکتر علی محمد نوری اصفهانی

هیأت تحریریه:

(به ترتیب حروف الفبا)

جواد حبیبی وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر مجید داودی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر کارن روحانی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

کمال الدین صادقی وکیل پایه یک دادگستری

دکتر محمد عالمزاده وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر علی محمد نوری اصفهانی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد قائمشهر

مدیر اجرایی: یوسف علی یزدانی وکیل پایه یک دادگستری

شیوه نامه :

- مقاله ارسالی باید در زمینه حقوق و بصورت مستند، تحلیلی و تالیفی باشد.
- در مقالات ترجمه ارسال متن اصلی و خلاصه ی سوابق نویسنده متن و منبع انتشار آن الزامی است.
- مقاله ارسالی نباید پیش از این چاپ یا پذیرش چاپ شده باشد. ارسال مقالات ارائه شده در همایشهای تخصصی منعی ندارد.
- مقاله بصورت تایپی و با فونت 14 BMITRA در نرم افزار word2007 و به زبان فارسی در حداقل ۶ و حداکثر ۲۰ صفحه به همراه یک عدد سی دی و متن اصلی ارائه شود.
- استاد دهی مقاله بصورت پانویس و فهرست منابع (کتابشناسی) در پایان مقاله ذکر گردد.
- مقاله دارای چکیده (حداکثر ۵ سطر) و کلیدواژه (حداکثر ۷ کلمه) باشد.
- مشخصات کامل نویسنده، میزان تحصیلات، اشتغال و رتبه علمی در مورد اعضای هیأت علمی دانشگاهها، به همراه نشانی الکترونیکی و شماره تماس نویسنده به همراه فرم ارائه مقاله بضمیمه مقاله ارائه گردد. (فرم ارائه مقاله در وب سایت کانون www.mazbar.org قابل دسترس می باشد).
- مقاله به نشانی پستی و یا الکترونیکی کانون ارسال گردد.
- مقاله توسط اعضای هیأت تحریریه ارزیابی و در صورت پذیرش نباید به سایر نشریات جهت چاپ ارائه شود.
- هیأت تحریریه در تلخیص، تصحیح و ویرایش مقاله آزاد است.

یادآوری:

- نشریه مجاز به انتشار مقالات بصورت الکترونیکی در وب سایت کانون خواهد بود.
- نشریه در نوع، نحوه و زمان انتشار آزاد است.
- نویسنده / مترجم مسئولیت صحت و سقم علمی مقاله را عهده دار بوده و آراء و نظرهای مندرج در مقاله بیانگر دیدگاه نشریه نیست.
- نقل مطالب با ذکر منبع آزاد است.

خبرنامه آماده دریافت مقالات، نقدها، پیشنهادات و آثار ارسالی از جانب همکاران و خوانندگان می باشد.

نشانی پستی: مازندران - ساری، خیابان مازیار، کانون وکلای دادگستری. کد پستی ۸۸۴۱-۴۸۱۴۷

شماره تماس: ۰۱۱-۳۳۳۲۲۲۲۱ - ۰۱۱-۳۳۳۲۲۴۹۶ نمابر: ۰۱۱-۳۳۳۲۱۲۸۲

نشانی اینترنتی - الکترونیکی: www.mazbar.org - mazandaranbar@yahoo.com

فهرست

● سخن مدیر مسئول / سید علی باقری تبار ۶

- مقالات علمی :

● شرط اسقاط کافه خیارات / دکتر مجید داودی ۸

● مسئولیت مدنی مدیران شرکتهای سهامی براساس یک پرونده / دکتر عباس میرشکاری

● ربایش مال مغضوب / دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی ۲۷

● نسل سوم حقوق بشر و بحران گرم شدن زمین / دکتر کارن روحانی - عماد علیجانزاده

● تحلیل ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی / حسن کردنائیج ۵۲

● مفهوم شناسی عدالت فقهی / محمود شربتیان ۶۵

● بررسی آثار قرارداد پیش فروش آپارتمان طبق قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ / دکتر علی اکبر

ایزدی فرد - دکتر محمد مهدی زارعی - جابر اسماعیل زاده

● نگاهی به قاعده لاضرر از منظری دیگر / سید محمد علی حسینی پاسندی ۱۱۳

- گزارش:

● گزارش یک سخنرانی / ۱۳۱

- خبر:

● انتخابات کانون / ۱۳۸

● آراء دادگاه انتظامی / ۱۳۹

فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ

جهان سر به سر حکمت و عبرت است چرا بهره ما همه غفلت است

سرانجام با تلاش و اهتمام دلسوزانه همکاریانی چند که در نخستین نگاه، نام و نقش آنها را در می یابیم، و توجه و نظارت و پیگیری خارق العاده ریاست محترم کانون، این شماره هم پس از توقیفی چند ساله به چاپ و نشر رسید. واکنش ها را منتظریم تا چراغ راه سازیم. به یقین گروهی از یک منظر که معمولاً از تاخیر ظاهراً غیر قابل توجیه آن مکدر هستند و به زعم آنان در نیمه دی ماه یخی آمده بازار، تاخیری این چینی را بر نمی تابند. اینان انتقاد می کنند و برای شان قابل پذیرش نیست که اینجا و آنجا صحبتش بوده و هست. گروهی دیگر از منظری دیگر و بمصدق ما تماشاگران بستانیم، از توفیق و نشر دوباره آن مسرورند.

دانیم و دانند که این تاخیر، معلول فقر علمی همکاران نیست که اینان در بحث های مدرسی و کلاسیک توانمندند و با ژرفای موضوع بیگانه نیستند که کاملاً آشنا و مسلط هستند. شاید عدم الزام و اجبار، منشاء و موجب شده که ما از علم و فضل و تجربه باران برخوردار نباشیم و نشویم. مع الوصف ما، باز و همچنان، لنگ لنگان و با کندی حتی اینچینی هم که شده ره می سپاریم و از راه باز نمی مانیم که آسودگی ناشی از عدم حرکت و چون عدم را پذیرا نیستیم.

اگر فقط برای دقیقه ای با خود بیندیشیم که آرمان نهایی و مشترک همه ما تعالی شأن و جایگاه و کیل و وکلاست و لحظه ای به تأثیر قلم زنی و نقش غیر قابل انکار آن در حفظ و استحکام استقلال کانون و کلا و نقش موثر آن را در تحقق و ارتقای عدالت قضایی و وضع قوانین و قانونگذاری در نظر آوریم که لامحاله بهبود اوضاع خیل پر شمار همکاران بویژه همکاران جوان را هم در پی خواهد داشت، ضرورت حضور و مشارکت خویش را در نضج و رواج ادبیات حقوقی که بن مایه و اساس تعالی می باشد، با تمام وجود درخواستیم یافت و به این نتیجه و یقین خواهیم رسید که از پندار و پيله فی الزاویه در آیین که خیلی دیر خواهد بود و فاجعه بار که ما بمانیم و پس بمانیم و دیگران بتازند و ما نظاره گر تاختن و رفتن آنان.

باید بگوئیم و بنویسیم و اندیشه های مان را که نمودار روش های گوناگون در یافتن و سازمان دادن طرق قانونی دگرگون کردن و هدایت و اعتلای جامعه و کالت به سمت و سوی تعالی هر چه بیشتر است به غربال گری و قضاوت بگذاریم و بدانیم که: اولاً برای رسیدن به سرمنزله مقصود، فقط شیفتگی و عشق تنها کافی نیست.

ثانیاً موضع انتقادی داشتن بمعنای نفی همه ارزش ها و دستاوردها نیست بلکه با طرح پرسشی از این قبیل که چرا ما در قله ای که باید باشیم، نیستیم و راهکار برون رفت از ورطه و دستیابی به آن چیست؟ عالم عامل باشیم.

یقیناً یکی از طرق و بلکه عمده ترین آن مشارکت در پربارنمودن نشریه و مساعدت در انتشار منظم آن است که بتوان بدین وسیله به کنه موضوع پرداخت و بسیار جدی اشکالات و چالش ها و ... را طرح و بررسی نمود.

فرزانگان، قوانین را بستر مناسب واقعیت های جامعه می دانند. بررسی اینکه چه و چگونه ابزاری نیاز هست تا در عصر علمی مدرن امروز، و در جامعه پیچیده کنونی، قوانین مقبولیت همگانی یابند و در عمل، کاری و جاری باشند و فرار از قانون و منسوخ شدن آن را چاره کرد، از وظایف ما نیز هست.

نباید همواره در پیله خود گرفتار باشیم و بی تفاوت به حرفه و وضعیت همکاران، فقط غم خویشتن بخوریم و خدای را شاکر باشیم که دکان ما را گزندی نبود.

حرفه و کالت را با همه آشوب ها و بعضاً پوچی هایش، دردها و خوشی هایش، سرخوردگی ها و اضطراب هایش، فراز و نشیب های روح بخش و جانکاهش، بشناسانیم، نه اینکه همواره منتظر بمانیم که دیگران بکارند و ما بخوریم و این دیگران، وظیفه ما را حتی در نوشتار و مقالات عهده دار شوند.

در جایگاه یک وکیل حرفه ای که مسئولیتی هم از ناحیه همکاران به وی سپرده شده، استمداد میکنم و حتی منتقدین سفت و سخت را با تکریم تمام دعوت به همکاری می نمایم تا از رهنمودشان بهره مند شویم، که دوست نداریم بی عصاکش از هر چهارراهی نایستاده، بگذریم.

دعوت میکنم تا با درک درست تمایز شفاف میان عشق و عمل، علم، اقدام، دیدگاهها و راهکارهای کارشناسانه خویش را طرح و ابراز نمایند تا بتوان با شیوه ای درست و بنیادین در درون شاکله ی حرفه و کالت غور و بررسی کرده و برای دستیابی به ساز و کاری مناسب و سامان مند که برخاسته از فهم مشترک باشد، کاستی ها را برطرف نمود.

این دعوت شامل همه همکاران، چه آنان که احساس نوستالژیک نیرومندی دارند و زندگی شان با نوستالژی آمیخته گردیده است و چه آنهایی که پندار و اندیشه نو در جهت تغییر و سازندگی دارند و همه آنانی که شوق زندگی آسوده تر و جامعه بهتری را در دل می پروراند و میل دارند که نیاز های امنیتی، نظم و ثبات که برآورده نشدن آنها سبب اضطراب می گردد، میل و نیاز به خود شکوفایی، نیاز به احترام و ادب از جانب خود و دیگران و نیاز به شهرت و اعتبار و سرانجام عشق به جستجوگری بر آورده شود.

اگر زخون دلم بوی شوق می آید عجب مدار که هم درد نافه خنتم

نکنه پایانی اینکه: طیش و عیش، نوش و نیش حرفه و کالت فراوان بوده و خواهد بود با درک این مهم و فهم راه و منافع مشترک، نهراسیم که زندگی سرشار از این دوگانگی است که مصداق بارز و اوج آن زندگی و مرگ می باشد و بکوشیم میراثی از خود به یادگار بگذاریم که موجب طعن و لعن آیندگان قرار نگیریم.

دل عالم تویی در خود مبین خرد بدین همّت توان گوی جهان برد



شرط اسقاط کافه خيارات

عبارتی در دسرساز برای عوام و خواص

دکتر مجید داودی^۱

چکیده:

عبارت، «اسقاط کافه خيارات» عبارتی است که در اکثر عقود و قراردادهای معوض لازم دیده می شود. اگر چه در این دسته از عقود و قراردادهای، حق بهم زدن عقد، فقط در مواردی استثنایی به نام خيارات امکان پذیر است اما پس از عقد، ممکن است یکی از طرفین با تمسک به یکی از این خيارات در صدد بهم زدن عقد برآید و بدین ترتیب طرف دیگر را که علاقه ای به بهم خوردن عقد ندارد، با مشکلاتی مواجه سازد. به همین علت جهت جلوگیری از طرح این دعاوی، عبارت اسقاط کافه خيارات در متن عقد شرط و درج می شود. با این حال و علی رغم پذیرش این شرط در قانون مدنی، در مواردی صحت و اعتبار این عبارت مورد تردید قرار می گیرد چرا که ممکن است وسیله ای برای سوء استفاده یکی از طرفین عقد قرار گیرد تا بدین طریق طرف دیگر حتی در مواردی که مورد ستم واقع شده، امکان جبران و رفع ضرر را نداشته باشد. در این مقاله سعی شده تا شرط مذکور نسبت به هر یک از خيارات مورد بررسی قرار گیرد.

کلیدواژگان:

اسقاط، خيارات، عقود لازم، کافه



۱- مقدمه

بی گمان همه آنانی که حقوق خوانده اند و به ویژه آن گروه از ایشان که در منصب قضا یا کسوت وکالت دادگستری به سر می برند عبارت، «اسقاط کافه خیارات» را شنیده اند و با مفهوم و آثار آن آشنا هستند. اما مسلماً این عبارت کوتاه که به صورت شرط ضمن عقد در بسیاری از اسناد عقود و قراردادهای معوض مالی لازم (مانند بیع) دیده می شود، برای عموم مردمی که اقدام به امضاء این گونه اسناد می نمایند، عبارتی نامأنوس و نامفهوم است، بدین ترتیب ابتدا مردم کوچه و بازار ناخواسته و نادانسته در دام این جمله گرفتار می شوند و سپس خواص به دنبال یافتن راه نجاتی برای این گرفتاران می گردند.

بدیهی است بررسی دقیق و همه جانبه «شرط اسقاط کافه خیارات» و ارائه یک نظریه جامع با در نظر گرفتن همه جوانب و جزئیات مرتبط با آن، می تواند راه گشای بسیاری از مشکلاتی باشد که در عمل و مشخصاً در بسیاری از مناسبات قرار دادی مردم و پرونده های محاکم دادگستری دیده می شود.

۲- مفهوم خیار

خیار اسم مصدر و به معنی اختیار است و در معنای اصطلاحی، خیار یعنی قدرت حفظ یا انحلال عقد^۱، که در این معنی شامل همه عقود اعم از لازم و جایز می شود. اما در مقررات قانونی، خیار به معنای اختیار بهم زدن عقد لازم به کار رفته است. بدین ترتیب، خیارات در این رویکرد، مخصوص عقود لازم بوده و در عقود جائز و ایقاعات راه ندارند.

۳- عقود لازم و جائز

یکی از تقسیم بندی هایی که در خصوص عقود و قراردادهای ارائه شده و مورد پذیرش قانون مدنی هم قرار گرفته تقسیم عقد به عقد لازم و عقد جائز است. به موجب ماده ۱۸۵ ق.م: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله، حق فسخ آن نداشته باشد مگر در موارد معینه» و ماده ۱۸۶ ق.م هم در تعریف عقد جائز می گوید: «عقد جائز آن است که هر یک از طرفین، هر وقتی بخواد فسخ کند» مانند عقد ودیعه یا عقد عاریه.^۲

تعریفی که قانون مدنی از عقد لازم و جائز ارائه کرده است، نشان دهنده وجود یک تفاوت ماهوی مهم بین این دو نوع از عقود است. در عقد جائز هر یک از طرفین، می تواند هر وقت که بخواهد، عقد را بهم بزند ولی در عقد لازم هیچ یک از طرفین حق بهم زدن عقد را جز در موارد معین ندارد.^۳ به همین دلیل تمییز

۱ - محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳ ص ۳

۲ - مواد ۶۱۱ و ۶۲۸ قانون مدنی

۳ - البته عقد جائز به طرق دیگری مانند فوت و جنون هر یک از طرفین نیز منحل می شود که موضوع بحث این مقاله نیست



عقد لازم و جائز از یکدیگر بسیار مهم است. به عبارت دیگر باید بدانیم که چه عقدی لازم و چه عقدی جائز است؟ قانون مدنی هم به تبع قاعده «اصاله اللزوم» اصل را بر لازم بودن تمام عقود و قراردادهای قرار داده است. اصاله اللزوم نیز از قواعد فقهی بسیار مهم است که مستند آن آیاتی مانند «وفوا بالعقود» و روایاتی مانند، «المؤمنون عند شروطهم» اعلام شده است.^۱

ماده ۲۱۹ ق.م در تأکید لزوم عقد، مقرر داشته است؛ «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقامی قانونی آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

بدین ترتیب عقد لازم عقدی است که هیچ یک از طرفین، حق بهم زدن آن را ندارند. اما این سخن بدین معنی نیست که عقد لازم هرگز قابل فسخ و بهم زدن نباشد زیرا همانگونه که در ماده ۲۱۹ ق.م هم ذکر شده، امکان بهم زدن و فسخ عقد لازم در دو مورد اقاله و علت قانونی وجود دارد.

اقاله یا تفاسخ به این معنی است که بعد از معامله، طرفین به تراضی یکدیگر آنرا بر هم زنند.^۲ اما منظور از علت قانونی همان اختیارات است که در ماده ۳۹۶ ق.م نام اکثر آنها آمده است.

بدین ترتیب و به اجمال جایگاه اختیارات مشخص گردید. در نتیجه می توان گفت: اولاً: اختیار یعنی اختیار فسخ یا حق بهم زدن عقد لازم و ثانیاً، اختیارات استثناء وارده بر اصل لزوم عقد بوده و در نتیجه با این اصل در تعارض است.

۴- انواع اختیار

قانون مدنی در ماده ۳۹۶ ده قسم اختیار برشمرده است که به غیر از سه اختیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که اختصاص به عقد بیع دارد، سایر اختیارات، مشترک بین عقد بیع و دیگر عقود لازم می باشد (ماده ۴۵۶ ق.م). اختیارات دهگانه مندرج در ماده ۳۹۶ ق.م عبارتست از: اختیار مجلس، اختیار حیوان، اختیار شرط، اختیار تأخیر ثمن، اختیار رویت و تخلف و صف، اختیار غبن، اختیار عیب، اختیار تدلیس، اختیار تبعض صفقه و اختیار تخلف شرط. اما علاوه بر اختیارات مندرج در ماده ۳۹۶ ق.م اختیار دیگری نیز در ماده ۳۸۰ ق.م پذیرفته شده که از آن تحت عنوان اختیار تفلیس نام برده می شود. اما از جمله اختیارات مهم دیگری که در فقه و حقوق مورد توجه ویژه قرار گرفته است ولی متأسفانه در قانون مدنی نیامده، اختیار تعذر تسلیم است. با این حال به جهت اهمیتی که این اختیار از دو جنبه علمی و عملی دارد، در مباحث این مقاله مورد بررسی قرار می گیرد.

۱ - سید حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۵، ص ۶۴
۲ - مواد ۲۸۳ الی ۲۸۸ قانون مدنی



۵- قانون مدنی و اسقاط خیار

قانون مدنی در مبحث پنجم از مباحث پنجگانه عقد بیع، پس از آنکه انواع خیار را نام می برد و احکام و مقررات هر یک از خیارات را بیان می کند، در ماده ۴۴۸ و در مقام بیان احکام کلی خیارات، چنین مقرر می دارد:

«سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می توان در ضمن عقد شرط کرد»

بدین ترتیب و به ظاهر، حکم مقرر در ماده ۴۴۸ ق.م.روشن است. بر اساس این ماده می توان در ضمن عقد، بعضی از خیارات و یا حتی تمام خیارات را ساقط کرد.

اما علیرغم اینکه به نظر می رسد، مقنن مقصود خود را به نحو واضح بیان نموده است، این پرسش مطرح می شود که آیا برآستی می توان در ضمن عقد شرط کرد که تمام خیارات ساقط شود؟ و اگر چنین شرطی در ضمن عقد گنجانده شود، تمام خیارات ساقط می شود؟! ممکن است در پاسخ به این پرسش گفته شود؛ با توجه به نص صریح ماده ۴۴۸ ق.م.نباید در صحت این شرط و امکان تحقق اسقاط همه خیارات از طریق شرط ضمن عقد تردید کرد.

اما باید توجه داشت که پذیرش بی چون و چرای این ماده بدون در نظر گرفتن پاره ای نکات و ملاحظات مهم از جمله احکام و مقررات مربوط به اعتبار شروط ضمن عقد مندرج در قانون مدنی، مانند مقید بودن اعتبار شرط ضمن عقد به خصوصیاتی همچون مقدور بودن، عقلایی بودن و مشروع بودن (ماده ۲۳۲ ق.م)، باوری ناشی از ساده نگری است که مسلماً از حقوقدانان انتظار نمی رود. در عوض توجه به این نکات و موضوعات سبب می شود که تردیدهایی جدی در صحت و اعتبار اسقاط بسیاری از خیارات، از طریق شرط ضمن عقد، بوجود آید.

۶- بررسی امکان اسقاط خیارات از طریق شرط ضمن عقد (تردید در پذیرش و اعتبار شرط اسقاط خیارات علیرغم وجود نص)

باید توجه داشت که خیار یک حق مالی است و از این رو اصولاً همانند هر حق دیگری توسط صاحب حق - من له الخیار- قابل اسقاط است. اسقاط خیار یک عمل ارادی و حقوقی یک جانبه بوده و همانند ابراء و اعراض از ایقاعات می باشد، در نتیجه صاحب خیار می تواند آن را به لفظ یا فعل اسقاط نماید. این نکته مورد پذیرش و اتفاق نظر عموم حقوقدانان^۱ و فقهاست.

۱- دکتر سید حسن امامی - حقوق مدنی ج اول - ص ۵۱۷ الی ۵۲۰ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها ج پنجم، ش ۹۱۳- دکتر محمد جعفر، جعفری لنگرودی، تئوری موازنه ش ۱۰/۲- دکتر مهدی شهیدی، عقود معین ۱، حقوق مدنی ۶، ش ۵۶- دکتر سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها ص ۳۰۶.



اما اینکه آیا همه خيارات از طريق شرط ضمن عقد قابل اسقاط است و مهمتر اينکه آيا شرط اسقاط کافه خيارات در ضمن عقد همه آنها را ساقط مي کند يا نه؟ مستلزم بررسي و نگاه دقيق تري است که در ادامه خواهد آمد.

همانطور که اشاره شد، ضرورت بررسي امکان اسقاط خيارات از طريق شرط ضمن عقد، عليرغم نص صريح ماده ۴۴۸ ق.م.ا.ز اين جهت است که شرط ضمن عقد، زماني صحيح است که خود، داراي شرايط و خصوصياتي باشد. به عبارت ديگر طرفين عقد، نمي توانند هر چيزي را در ضمن عقد شرط کنند، همانطور که نمي توانند هر چيزي را موضوع عقد قرار دهند.^۱ يعني اصل حاکميت اراده، همانطور که در ايجاد عقد با محدوديت هاي قانوني و شرعي مواجه است، مسلماً در ايجاد شرط ضمن عقد هم از چنين وضعيتي برخوردار مي باشد. به همين علت شرط ضمن عقد در قانون مدني مقيد و مشروط به شرايط و خصوصياتي شده است. مطابق ماده ۲۳۲ ق.م.ا.ز اگر شرط ضمن عقد، غير مقدور باشد يا شرطي باشد که در آن نفع و فايده نباشد (غير عقلايي باشد) و يا شرطي باشد که نامشروع باشد، باطل است، اگر چه مفسد عقد نيست. بنابراين شرط ضمن عقد بايد مقدور، عقلايي و مشروع باشد. همچنين مطابق ماده ۲۳۳ ق.م.ا.ز اگر شرط ضمن عقد، خلاف مقتضاي عقد باشد و يا شرط مجهولي باشد که موجب جهل به عوضين گردد، نيز باطل است، نکته حائز اهميت در خصوص دو مورد اخير آن است که در اين دو مورد، نه تنها شرط باطل است بلکه مبطل عقد هم مي باشد.

شرايط صحت شرط ضمن عقد در فقه نيز مورد توجه قرار گرفته است به گونه اي که برخي از فقها هشت شرط را از شرايط صحت شرط ضمن عقد دانسته اند.^۲

بدین ترتیب ضروری است، به جای اینکه فقط به ظاهر ماده ۴۴۸ ق.م.ا.ز نگاه کنیم و با بیان اینکه چون قانون، اسقاط تمام خيارات را از طريق شرط ضمن عقد پذيرفته است و ما هم چاره اي جز پذيرش آن نداريم، شرايط و خصوصيات هر يک از خيارات و تأثير اسقاط آن از طريق شرط ضمن عقد را مورد بررسي قرار دهيم.

۱ - از جمله محدوديت هاي مربوط به اصل حاکميت اراده در تشکيل عقد مي توان به مواد ۱۰ و ۹۵۷ ق.م.ا.ز اشاره کرد که مطابق ماده ۱۰ ق.م.ا.ز «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صريح قانون نباشد، نافذ است» و مطابق ماده ۹۷۵ ق.م.ا.ز - «محکمه نمی تواند ... قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاقی حسنه بوده و يا به واسطه جريحه دار کردن احساسات جامعه يا به علت ديگر مخالف با نظم عمومي محسوب می شود به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجراء قوانين مزبور اصولاً مجاز باشد».

۲ - شيخ مرتضی انصاری - مکاسب ج ۳ ص ۵ به بعد





۷- شرط اسقاط کافه خيارات در فقه و حقوق (رویکرد اوليه حقوقدانان و فقها نسبت به شرط اسقاط خيار)

ماده ۴۴۸ ق.م و حکم مندرج در آن خصوص شرط اسقاط کافه خيارات در ضمن عقد، مورد توجه حقوقدانان و نویسندگان حقوقی نیز قرار گرفته است. اما متأسفانه نوشته های برخی از این بزرگان در مورد شرط اسقاط خيارات در ضمن عقد، از انسجام لازم برخوردار نیست، به گونه ای که حتی در پاره ای از نوشته ها و نظرات ایشان، تعارضاتی هم دیده می شود.

یکی از نویسندگان حقوق مدنی که از وی به عنوان شارح اول قانون مدنی هم نام برده شده، می گوید؛ اسقاط خيار در صورتی ممکن است که خيار موجود شده باشد والا هر گاه خيار موجود نشده باشد نمی توان آن را اسقاط نمود زیرا چیزی که هنوز پیدا نشده نمی توان در آن تصرف نمود.^۱ اما همین نویسنده در ادامه چنین نظر می دهد؛ متبایعین می توانند در ضمن عقد بیع شرط کنند، خياراتی که در عقد مزبور به وجود می آید، مانند خيار عیب، خيار غبن و ... اسقاط شود اگر چه مشروط علیه جاهل به وجود سبب آن باشد. حتی شرط سقوط خياراتی که پس از عقد به وجود می آید، در ضمن آن عقد نیز صحیح خواهد بود.^۲ یکی دیگر از بزرگان علم حقوق بر این اعتقاد است که، در ماده ۴۴۸ ق.م سقوط تمام خيارات پیش بینی شده است و این عموم، هر حق را که بتوان نام خيار بر آن نهاد، در بر می گیرد، خواه در ماده ۳۹۶ ق.م آمده یا نیامده باشد. وانگهی امکان اسقاط خيار مانند اسقاط هر گونه حق دیگر از امور استثنایی نیست تا نیاز به حکم قانونگذار داشته باشد بلکه این امکان لازمه طبیعت آن است.^۳

بدین ترتیب ایشان حتی دایره شمول امکان اسقاط خيار را از خيارات مندرج در ماده ۳۹۶ ق.م یعنی خيارات دهگانه هم فراتر برده و به سایر خيارات از جمله خيار تفلیس (ماده ۳۸۰ ق.م) و خيار تعذر تسلیم نیز تسری داده اند. با این حال این نویسنده بزرگ وقتی در مقام بررسی شرط اسقاط هر یک از خيارات به طور جداگانه قرار می گیرند، بدرستی انتقادهایی به عموم و اطلاق ماده ۴۴۸ ق.م وارد نموده و النهایه به این نتیجه می رسند که شرط اسقاط خيار تدلیس، خيار تفلیس و خيار تعذر تسلیم باطل است و علاوه بر آن ایراداتی را در مورد اسقاط خيار غبن و خيار عیب نیز مطرح می نمایند. موضوع اسقاط خيارات، توسط یکی از دیگر از نویسندگان و اساتید علم حقوق نیز مورد توجه قرار گرفته است.

ایشان نیز با استناد به ماده ۴۴۸ ق.م بر این اعتقادند که قید عبارت «اسقاط کافه خيارات» در ضمن عقد،

۱ - دکتر سید حسن امامی - حقوق مدنی ج ۱ ص ۵۱۷ و ۵۱۸

۲ - همان منبع - ص ۵۲۰

۳ - دکتر ناصر کاتوزیان - قواعد عمومی قراردادها ج ۵ ش ۱۰۶۱



یعنی همه خيارات ساقط گردید. در این صورت هیچ یک از طرفین معامله نمی تواند با استناد به خياری که ساقط شده است، قرارداد را فسخ کند. اما همین نویسنده نیز در ادامه، به این نتیجه می رسد که، هر گاه در سند معامله، کافه خيارات اسقاط شده باشد، می توان گفت این شرط شامل خيار تدلیس و خيار تخلف وصف نیست. ایشان نیز در مورد خيار عیب و خيار غبن، نکاتی را همانند نویسنده بزرگ پیشین بیان می کنند.^۱ بدین ترتیب این گروه از نویسندگان حقوقی، اگر چه بدو حکم مذکور در ماده ۴۴۸ ق.م.ا می پذیرند و بر این اعتقادند که امکان اسقاط تمام خيارات از طریق شرط ضمن عقد وجود دارد اما در ادامه و در مقام تحلیل حقوقی هر یک از خيارات با ذکر دلایلی، استثنائاتی را در مورد برخی از خيارات قائل شده و از موضع قبلی خود عدول می نمایند.

در مقابل این گروه از حقوقدانان که شرط اسقاط کافه خيارات را جز در موارد استثنایی نافذ و معتبر می دانند، نویسنده ای قرار دارد که تمام قد در مقابل حکم مقرر در ماده ۴۴۸ ق.م.ا می ایستد. به نظر ایشان، شرط اسقاط کافه خيارات (ماده ۴۸۸ ق.م.ا) بی اساس و نادرست بوده^۲ و آن ماده را نویسنده قانون مدنی، بدون مطالعه و تحت تأثیر محررین قبالات که خواسته اند به تحکیم معاملات کمک کرده باشند، نادانسته نوشته و آنرا به صورت این ماده درآورده است.^۳ وی حتی می گوید، نویسنده قانون مدنی فریب خورده و با پذیرش اسقاط کافه خيارات در مورد چند خيار دچار تضاد شده است.^۴ همین نظر و رویکرد، سبب شده که این نویسنده در آثار متعدد خود اشکالات و ایرادات فراوانی نسبت به ماده ۴۴۸ ق.م.ا - شرط اسقاط کافه خيارات - مطرح نموده و بر این باور باشند که این شرط با بسیاری از خيارات تراحم داشته و مشکلاتی را به وجود می آورد.

در فقه نیز اسقاط خيارات مورد توجه قرار گرفته است. عموم فقها بر این اعتقادند که هر یک از خيارات را می توان بعد از به وجود آمدن آن اسقاط کرد. بدین ترتیب توجه فقها اغلب ناظر به امکان اسقاط هر یک از خيارات بعد از ایجاد آن است. با این حال این سخن بدان معنی نیست که فقها از شرط اسقاط کافه خيارات غافل مانده باشند.^۵ در فقه کسانی که موافق شرط اسقاط کافه خيارات باشند، بسیار کم هستند و اهل فقه غالباً آنرا قبول ندارند ولی ضابطه ای هم نداده اند تا معلوم شود، در چه مواردی اسقاط خيارات درست است و در چه مواردی درست نیست.^۶

۱ - دکتر سید حسین صفائی - قواعد عمومی قراردادها - ص ۳۰۶ و ۳۰۷

۲ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی ج ۱ ص ۳۰۷ و ۲۰۷ و تئوری موازنه، ش ۱۳۷/۷ ص ۲۰۸

۳ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی - مجموعه محشی قانون مدنی - ذیل ماده ۴۴۸ ص ۲۹۲ و ۲۹۳

۴ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی - الفارق، ج ۲ ش ۲۷ ص

۵ - فقیهای بزرگی مانند، شیخ مرتضی انصاری در مکاسب، علامه حلی در تذکره الفقها، شهید ثانی در مسالک الافهام و محقق ثانی در جامع المقاصد

۶ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی - الفارق، ج ۱، ش ۱۱ - ص ۲۹۷



۷- بررسی تأثیر شرط اسقاط کافه خيارات نسبت به هر یک از خيارات

اول: خيار شرط

همانطور که می دانیم، به صراحت ماده ۳۹۹ قانون مدنی؛ در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر شخص خارجی، اختیار فسخ معامله باشد. بدین ترتیب، اگر حق بهم زدن عقد در ضمن عقد شرط شود، خيار شرط ایجاد شده است. بدیهی است پس از ایجاد این خيار، صاحب خيار می تواند در مدت خيار و یا حتی قبل از فرارسیدن زمان آغاز خيار، آن را ساقط نماید.

اما این پرسش مطرح می شود که آیا شرط اسقاط کافه خيارات در ضمن عقد، شامل خيار شرط هم می باشد؟ مسلماً این فرض مربوط به وضعیتی است که در ضمن عقد، هم شرط خيار شده باشد و هم اسقاط کافه خيارات شرط شود. یعنی از یک طرف شرط می شود که مثلاً بایع به مدت ۲ ماه از تاریخ بیع حق فسخ آنرا دارد و از طرف دیگر، شرط می شود که اسقاط کافه خيارات از طرفین به عمل آمده است. در این صورت می توان گفت شرط سقوط کافه خيارات در متن عقد، نمی تواند مسقط خيار شرط باشد زیرا در این صورت تضاد بارز، بین آن شرط و عقد پدید می آید و راه چاره منحصر است به اینکه خيار شرط را از شمول اسقاط کافه خيارات خارج کنیم.^۱ زیرا خيار شرط برای اندیشه کردن در سرنوشت بیع است و اسقاط آن به معنی اندیشه نکردن است.^۲

بدین ترتیب، باید گفت که اگر در ضمن عقد، شرط خيار شود و علاوه بر آن شرط شود که اسقاط کافه خيارات به عمل آمده است، خيار شرط به قوت خود باقی است و به نظر می رسد که طرفین عقد، علیرغم شرط اسقاط کافه خيارات، با پذیرش و تعبیه خيار شرط در ضمن عقد و تصریح به ایجاد آن، اسقاط خيار شرط را اراده و قصد نکرده و آنرا از شمول اسقاط همه خيارات، مستثنی کرده اند و در نتیجه این خيار به قوت خود باقی است.

دوم: خيار غبن

ادعای غبن در معاملا معوض و استناد به خيار غبن برای بهم زدن عقد، در مقایسه با سایر خيارات از گستردگی بیشتری برخوردار است، تا آنجا که می توان گفت، تعداد قابل توجهی از پرونده های حقوقی محاکم قضایی کشور را به خود اختصاص داده و بی تردید هر روز، دادخواست هایی با خواسته تأیید فسخ معامله با ادعای غبن و ضرر فاحش و وجود خيار غبن، تقدیم دادگاهها می شود. شاید همین مسأله سبب

۱ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - تئوری موازنه ش ۳۱۷ - ص ۲۱۹

۲ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - الفارق - ج ۱ - ش ۱۲ ص ۲۹۸



شده که به منظور جلوگیری از طرح این ادعاها، طرفین عقد، در ضمن عقد و به ضمیمه شرط اسقاط کافه خیارات، به اسقاط خیار غبن تصریح و تأکید می کنند.

اما با این وجود، این پرسش مطرح می گردد که آیا در ضمن عقد می توان اسقاط خیار غبن را شرط کرد؟ و اسقاط کافه خیارات در متن عقد، شامل خیار غبن هم می شود؟

برخی از فقها اسقاط خیار غبن در متن عقد را، از مسقطات این خیار دانسته اند.^۱

برخی از حقوقدانان با پذیرش این نظر، گفته اند؛ غبن در قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه ارتباط ندارد، بلکه نمودار اراده مفروض دو طرف است. در نتیجه دو طرف عقد، می توانند در قرارداد، خیار غبن را ساقط کنند. اسقاط خیار یک عمل ارادی است که با اعلام تصمیم مغبون انجام می شود (ایقاع) و اثر و دامنه آن نیز، تابع همان اراده است. اما این عقیده مربوط به غبن متعارف است و شامل غبن غیر متعارف نمی شود در نتیجه اگر مغبون بدین گمان که تفاوت قیمت در حدود غبن متعارف است، خیار را ساقط کند و بعد معلوم شود که بهای قراردادی چندین برابر قیمت واقعی است، خیار غبن ساقط نمی شود.^۲ زیرا آنچه مورد اراده مغبون قرار گرفته، اسقاط خیار ناشی از غبن متعارف بوده است، لذا اگر غبن بسیار بیشتر از حد انتظار و متعارف باشد، به دلیل اشتباه مغبون در تخمین میزان غبن احتمالی، خیار غبن ساقط نشده و در نتیجه قابل اعمال است. بدین ترتیب اگر طرفین در ضمن عقد، اسقاط خیار غبن را شرط کنند، این شرط معتبر می باشد ولی فقط ناظر به اسقاط خیار غبن متعارف است و شامل خیار غبن از نوع فاحش یا افحش نمی شود.^۳

بنابراین به نظر می رسد که غبن در معامله، ممکن است، متعارف، فاحش و یا افحش باشد. با این حال باید توجه داشت، بر خلاف آنچه گفته شد، اساساً در غبن متعارف، خیار بوجود نمی آید بلکه ایجاد خیار مربوط به موقعیتی است که غبن از نوع فاحش و یا افحش آن باشد. قانون مدنی هم که در ماده ۴۱۶ بر ایجاد خیار غبن ناشی از غبن فاحش تأکید کرده است، بر عدم ایجاد خیار در غبن متعارف نظر دارد.

با این وجود، برخی از حقوقدانان تأکید کرده اند که اگر تصریح به اسقاط خیار غبن حتی از نوع افحش بشود، معتبر و نافذ است، زیرا بدین ترتیب، ادعای اشتباه مغبون دفع می شود.^۴ رویه قضایی نیز به سمت پذیرش تسری شرط اسقاط کافه خیارات نسبت به خیار غبن تمایل نشان داده و تمسک به خیار غبن در شرایطی

۱ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب ص ۲۳۸

۲ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵ ش ۹۸۳ ص ۲۵۳

۳ - دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع - ش ۹۸۳ - ص ۲۵۴ - دکتر سید حسین صفایی - قواعد عمومی قراردادها ص ۳۰۷

۴ - دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع ش ۹۸۳ - ص ۲۵۴



که کلیهٔ اختیارات از جمله خیار غبن از طرفین ساقط شده باشد را فاقد موقعیت قانونی اعلام می‌دارد.^۱ اما در مقابل این نظر و رویه نظر مخالف و مغایری هم وجود دارد. از جمله گفته شده که اسقاط خیار غبن در صورت جهل مغبون به غبن فاحش در زمان برقراری شرط سقوط خیار غبن یا در زمان معامله جایز نیست، چه چنین شرطی که از آن جواز فریب دیگری در معامله نتیجه می‌شود، از مصادیق سلب حریت و بر خلاف اخلاق حسنه مندرج در مادهٔ ۹۶۰ قانون مدنی است.^۲

در پاسخ به این نظر می‌توان گفت؛ اولاً، شرط سقوط خیار غبن در زمان معامله، لزوماً به معنی جواز فریب دیگری در معامله، نیست، بویژه در وضعیتی که طرف مقابل مغبون (غابن) نیز بر قیمت واقعی، آگاه نباشد. ثانیاً، این شرط نمی‌تواند مصداق سلب حریت مندرج در مادهٔ ۹۶۰ قانون مدنی به شمار آید چرا که مغبون حریت خود را سلب ننموده است بلکه فقط حق اعمال خیار در یک مورد معین را از خود اسقاط نموده است.^۳ همچنین گفته شده که شرط اسقاط خیار غبن، شرطی باطل و مبطل عقد است. زیرا شرط اسقاط خیار غبن که عرفاً قابل مسامحه نباشد، شرطی مخالف عنصر مغاینه ای بودن بیع است زیرا عقد بیع و اجاره از عقود مغاینه هستند نه مخاطره.^۴ به بیان دیگر شرط اسقاط خیار غبن با طبع عقود مغاینه در تضاد است و عنصر اختصاصی عقود مغاینه را تهدید می‌کند در نتیجه شرط اسقاط این خیار، بیع را که از عقود مخاطره نیست، غرری می‌کند^۵ و هرگونه اسقاط خیار در متن عقد که عقد را غرری کند هم فاسد است و هم مفسد عقد. بر این اساس شرط سقوط خیار غبن در متن عقد، مخالف مقتضای ذات عقد می‌باشد و علت بطلان عقد نیز همین است.^۶ اما به نظر می‌رسد، برای بررسی اعتبار یا عدم اعتبار شرط اسقاط خیار غبن در ضمن عقد، باید به این نکته نیز توجه داشت، طرفینی که در ضمن عقد، خیار غبن را ساقط می‌کنند فرض را بر این می‌گذارند که در معامله غبنی وجود ندارد چرا که هیچ شخص عاقل و متعارفی، حاضر نمی‌شود در شرایط عادی و معمولی، عقدی را واقع سازد که در آن مغبون شده باشد. لذا اگر هم طرفین در ضمن عقد

۱ - دادنامه شماره ۱۳۶۲/۱۰/۱۰-۸/۵۶۲ شعبهٔ هشتم دیوان عالی کشور- دادنامه شماره ۱۳۶۹/۱۲/۲۸-۲۲/۱۳۱۸ شعبهٔ ۲۲ دیوان عالی کشور- دادنامه شماره ۱۰/۲۰ - ۱۳۷۲/۱/۱۸ شعبهٔ دهم دیوان عالی کشور دادنامه شماره ۱۳۷۵/۲/۱۷-۵۴ شعبهٔ ۶ دادگاه عمومی تهران (نقل از بدالته بازیگر؛ قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور ص ۳۰۶ الی ۳۱۶).

۲ - دکتر عبدالحمید قائم مقامی - ص ۱۰۳ - مادهٔ ۹۶۰ ق.م. «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه نباشد، از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید».

۳ - البته می‌توان پذیرفت که شرط اسقاط خیار غبن بویژه در مواردی که غبن فاحش باشد، می‌تواند از مصادیق صرف نظر کردن از حریت مغایر با اخلاق حسنه به شمار بیاید (قسمت اخیر مادهٔ ۹۶۰ ق.م) و بدیهی است صرف نظر کردن از حریت با سلب حریت متفاوت است.

۴ - غرر به معنای ریسک و خطر است. لذا عقود مخاطره به عقود گویند که در نهاد ذات آنها ریسک و خطر وجود دارد. در مقابل، عقود مغاینه هستند که در ذات آنها ریسک و خطر احتمالی مورد توجه و قبول طرفین نیست. بدین ترتیب عقود مخاطره، غرر و ریسک احتمالی را تحمل می‌کنند ولی این خاصیت در عقود مغاینه وجود ندارد.

۵ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - مجموعه محشی قانون مدنی ص ۲۹۲ و ص ۲۹۳ - الفارق ص ۲۹۹ و ص ۳۰۰ و فلسفه حقوق مدنی ج ۱ ص ۳۰۷

۶ - دکتر محمد جعفر لنگرودی - همان منابع - این دیدگاه در حالی است که همین نویسندهٔ بزرگ در کتاب تئوری موازنه و در مقام بیان مسقطات خیار غبن، اسقاط خیار غبن در متن عقد را می‌پذیرد!



شرط اسقاط خیار غبن قرار می دهند، بنا را بر عدم وجود غبن گذارده اند. این موضوع از حکم مندرج در ماده ۴۱۸ قانون مدنی که می گوید: «اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت» نیز به خوبی استنباط می شود.

این نکته می تواند متضمن این ادعا باشد که اگر طرفین تصریح به اسقاط خیار غبن می نمایند، غبن متعارف و یا حداکثر غبن فاحش را در نظر دارند و هرگز نمی توان گفت که شخصی حاضر باشد، علیرغم غبن فاحش، معامله را بپذیرد و حق فسخ عقد را از خود سلب نماید. این عقیده بر تفسیر اراده طرفین استوار است. ممکن است پرسیده شود که اگر طرفین در ضمن عقد به اسقاط خیار غبن حتی از نوع فاحش آن تصریح نمایند، تکلیف چیست؟ در این مورد می توان گفت، اسقاط خیار غبن فاحش، شرطی غیر عقلایی است. زیرا هیچ عقل سلیم و متعارفی نمی پذیرد که در معامله ای، به مقدار غیر متعارف و بسیار فاحش ضرر نماید (مثلاً مالی به ارزش یکصد میلیون ریال را به قیمت یک میلیون ریال بفروشد) ولی حق بهم زدن آن عقد را نداشته باشد. در نتیجه در این موارد و همانطور که از ماده ۲۳۲ قانون مدنی هم بر می آید، شرط باطل است ولی مبطل عقد نیست. به همین علت مغبون می تواند با استناد به خیار غبن به علت تحقق غبن فاحش عقد را بهم بزند. بدیهی است، در این موارد می توان به قاعده لاضرر هم استناد کرد و بدین ترتیب با حفظ عقد، به ابقاء خیار غبن و امکان استفاده از آن عقیده داشت. البته باید در نظر داشت که دارنده خیار غبن، بعد از علم به غبن و خیار می تواند به میل و اراده خود از اعمال خیار صرف نظر نماید، هر چند غبن او فاحش باشد. از مجموع مطالبی که گفته شد می توان به این نتیجه رسید که:

اولاً: شرط اسقاط کافه خیار غبن به تنهایی شامل اسقاط خیار غبن نمی شود. زیرا در شرایط عادی و معمولی هیچکس در هنگام عقد، اراده اسقاط خیار غبن ندارد و طرفین عقد بر فرض رعایت اصل تساوی ارزش عوضین و عدم وجود غبن، مبادرت به تشکیل عقد می نمایند. لذا امری که خارج از شرایط معمول تشکیل معاملات است، نمی تواند متعلق قصد و اراده طرفین فرض شود.

ثانیاً: اگر در ضمن عقد شرط شود که اسقاط کافه خیار غبن حتی خیار غبن از طرفین به عمل آمد، این شرط معتبر است ولی فقط در برگیرنده غبن معمولی و حداکثر غبن فاحش است، اما شامل مواردی که مغبون ثابت نماید، غبن او بسیار فاحش (فاحش) است، نمی باشد.

ثالثاً: چنانچه در ضمن عقد، اسقاط خیار غبن حتی از نوع فاحش آن نیز شرط شود، این شرط به دلیل غیر عقلایی بودن باطل است و در نتیجه با اثبات تحقق غبن به مقدار فاحش از سوی مغبون، وی می تواند، به استناد خیار غبن، عقد را بهم بزند.

ادامه دارد ...



مسئولیت مدنی مدیران شرکت‌های سهامی بر اساس یک پرونده

عباس میرشکاری^۱

چکیده:

بر اساس ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. اعضای هیات مدیره شرکت نمی‌توانند در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به طور مستقیم یا غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهمیم شوند مگر آنکه تشریفات مقرر در این ماده و مواد بعدی را اجرا کنند. عدم رعایت این تشریفات سبب مسوولیت مدنی مدیرانی خواهد شد که با شرکت معامله کرده‌اند. با وجود اهمیت این ماده و نقشی که می‌تواند در رعایت منافع سهامداران و به طور ویژه سهامداران اقلیت داشته باشد، در رویه قضایی کمتر به آن استناد شده است، برای همین، ادبیات حقوقی ما نیز این فرصت را نداشته تا چگونگی اجرای ماده فوق را در عمل نشان دهد. برای جبران این کاستی، در نوشتار پیش‌رو، به تحلیل پرونده‌ای پرداخته خواهد شد که در آن سهامداران اقلیت به ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. استناد کرده و جبران زیان خویش را خواهان می‌شوند.

کلیدواژگان:

زیان - مدیران - شرکت سهامی - سهامداران



مقدمه:

شرکت‌های گلپهان، صالح، خاطرشاد و رهوار^۱ با هم مالک حدود ۷۵ درصد سهام شرکت فلاح و همچنین، آنها از اعضای هیات مدیره شرکت یاد شده می‌باشند که با توجه به ماده ۱۱۰ ل.ا.ق.ت.اشخاصی حقیقی را به عنوان نماینده خویش در هیات مدیره منصوب کرده‌اند. نکته قابل توجه اینکه شرکت اخمرو در هر چهار شرکت فوق سهامدار است.

از دیگر سو، شرکت فکور و آقای جهاندار به ترتیب دارنده حدود ۱۷/۵ و ۵ درصد از سهام شرکت فلاح می‌باشند. شرکت فکور نیز عضو پنجم هیات مدیره شرکت فوق است. این دو سهامدار، بر این باور بودند که شرکت‌های گلپهان، صالح، خاطرشاد و رهوار در مقام تصمیم‌گیری در معاملات شرکت با شرکت اخمرو و شرکت‌های وابسته به این شرکت، بیش از آنکه سود شرکت فلاح را در نظر داشته باشند، منافع شرکت اخمرو را رعایت می‌کنند، به نحوی که محصولات شرکت را با قیمتی کمتر از قیمت تمام شده به فروش می‌رسانند. بر همین اساس نیز، از طرف خویش و شرکت فلاح به طرفیت چهار شرکت یاد شده و نمایندگان آنها در هیات مدیره، اقدام به دادخواهی کرده و مطالبه زیان می‌کنند. پرونده به شعبه ۲۲ تهران ارجاع و این شعبه نیز، به استناد ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. حکم به محکومیت اعضای اصلی هیات مدیره و نمایندگان آنها می‌دهد. دادگاه تجدیدنظر نیز، با اندکی اصلاح، دادنامه دادگاه نخستین را استوار می‌کند. شاید این پرونده، نخستین پرونده‌ای باشد که در آن دادرسان به ماده پیش‌گفته استناد می‌کنند، برای همین، پرداختن به آن می‌تواند مفید در این حوزه باشد.

مبحث نخست - شرح رویدادهای پرونده

در دادنامه شماره ۱۰۱۸ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۶ صادره از شعبه ۲۲ دادگاه حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی مندرج در کلاسه پرونده ۷۱۳ می‌خوانیم:

«دعوی خواهان‌ها به طرفیت خواندگان به خواسته تعیین خسارت وارده به شرکت فلاح و شرکت فکور و آقای جهاندار و الزام خواندگان به پرداخت آن به قدرالسهم و به نحو تفکیکی و تضامنی ناشی از تخلف و تقصیر مدیران... خلاصه دعوی خواهان بدین شرح است که شرکت فکور، مالک ۱۷/۵ درصد کل سهام شرکت فلاح و آقای جهاندار مالک ۵/۵ درصد از کل سهام شرکت فلاح و مابقی آن متعلق به سایر سهامداران است. چون شرکت فلاح در زمره شرکت‌های دولتی و زیرمجموعه شرکت اخمرو می‌باشد، خواندگان به عنوان اعضای هیات مدیره شرکت فلاح از طرف شرکت‌های اقماری زیرمجموعه اخمرو



معرفی و منصوب شده‌اند. پیرو ورود اشخاص حقیقی و بخش خصوصی در ساختار دولتی شرکت فلاح، علی‌رغم افزایش تولید در سال‌های ۸۲ به بعد مدیران بخش دولتی با استفاده از اکثریت عددی خود در هیات مدیره و با اقدامات و عملیات و تصمیمات یک‌جانبه و برخلاف منافع عمومی شرکت و سهامداران و برخلاف اساسنامه و آیین‌نامه معاملات مصوب شرکت و با تنظیم قراردادهای یک‌جانبه فروش محصولات و قطعات تولیدی شرکت به قیمت بسیار نازل نسبت به شرایط حاکم در بازار به نفع شرکت‌های اقماری اخمروود عمل نموده و می‌نمایند و از این جهت خسارات هنگفت و جبران‌ناپذیری به منافع شرکت و سهامداران وارد کرده‌اند، به این صورت که با تنظیم قراردادهای یک‌جانبه فروش محصولات به شرکت‌های هم‌گروه اخمروود سود واقعی شرکت ناشی از فروش محصولات را به شرکت‌های اقماری اش انتقال داده‌اند. و کیل خواندگان در مقام دفاع بیان داشته: خواسته منجز نیست. مصادیق معاملات که به زعم خواهان‌ها زیان‌بار بوده، منجزاً مشخص نگردیده است... کلیه فعالیت‌های شرکت ف. با رعایت مفاد اساسنامه و آیین‌نامه معاملات شرکت و قوانین و مقررات صورت گرفته و چون تمام قراردادهای منعقد و تراز مالی شرکت تا پایان دوره مالی منتهی به سال ۱۳۸۶ به تصویب مجمع عمومی رسیده و تصویب آن به منزله مفاسح‌حساب مدیران شرکت بوده، بدون احراز وقوع تخلف و تقصیر در هر معامله، ادعا قابل استماع نمی‌باشد. دادگاه با مذاقه در نظریات کارشناسان استنباط می‌نماید که فروش محصولات شرکت فلاح به شرکت‌های هم‌گروه خود در سال‌های ۱۳۸۵ و ۱۳۸۶ به قیمتی پایین‌تر از قیمت تمام شده واقعی (هزینه‌های مواد اولیه و نیروی کار و هزینه‌های سرباری و هزینه‌های دفتری شامل هزینه‌های مالی و فروش و اداری) یعنی با زیان و با قیمتی پایین‌تر از قیمت فروش به سایر مشتریان انجام شده و این قضیه ناشی از اقدام خواندگان بوده و ورود خسارت از این نظر، به نظر دادگاه محرز می‌باشد. حسب نظر کارشناسان، میزان خسارت... ریال می‌باشد. دادگاه نیز مستنداً به مواد ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۱۰، ۱۴۲، تبصره یک ماده ۱۱۹ و ماده ۲۷۶ ق.ت. حکم به محکومیت تضامنی خواندگان صادر می‌نماید». در فراز پایانی حکم نیز، ۱۷/۵ درصد از خسارت یاد شده متعلق به شرکت فکور و پنج درصد آن متعلق به آقای جهاندار و بقیه متعلق به شرکت فلاح تلقی شده است. با تجدیدنظرخواهی صورت گرفته، پرونده به شعبه دوازده دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع و این شعبه نیز در دادنامه شماره ۶۵۷ به تاریخ ۱۳۹۲/۷/۱۷ به این شرح اقدام به صدور رای می‌نماید: «اولاً؛ تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره مالی شرکت مانع مطالبه خسارات و رسیدگی به تقصیر مدیران در آن دوره که بعداً کشف می‌شود، نخواهد بود و مفاد ماده ۱۱۷ ل.ا.ق.ت. در مورد تصویب تراز مالی دلالت بر برائت ذمه مدیران در صورت کشف تخلف من بعد ندارد. ثانیاً؛ اگرچه هر یک از شرکت‌های اقماری اخمروود



دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند لکن با توجه به سیاست‌گذاری واحد این گروه شرکت‌ها و اشتراک منافع آنان انجام معامله با دو شرکت از همان گروه می‌تواند از مصادیق معامله اعضای هیات مدیره با ذی‌نفع اصلی در خود و طرف معامله محسوب نمود و مطابق ماده ۱۲۹ از تخلفات مدیران به حساب می‌آید. ثالثاً؛ تخلف مدیران به دلالت نظر حسابرسان سازمان حسابرسی و نظریات کارشناسی با توجه به آنالیز قیمت‌ها در مورد معاملات با آن دو شرکت در سال‌ها ۱۳۸۵ و ۱۳۸۶، تقصیر و مسوولیت قهری آنان ثابت می‌باشد. بنابراین، دادگاه با توجه به مدلول مواد ۱۱۰ و ۲۷۶ ل.ا.ق.ت. دایر بر مسوولیت تضامنی نمایندگان اشخاص حقوقی هیات مدیره با شخص حقوقی معرفی‌کننده نماینده و نیز تجویز مطالبه خسارت وارده به شرکت از ناحیه یک پنجم از سهامداران به استناد ماده ۳۵۱ ق.آ.د.م. ضمن رد تجدیدنظرخواهی با اصلاح دادنامه مذکور به محکومیت مساوی تجدیدنظرخواهان به نسبت حصة مساوی از کل محکوم‌به و نیز حذف قدرالسهم شرکت فکور و آقای جهاندار از مبلغ خسارت و تعیین مبلغ کل محکوم‌به به عنوان خسارت مورد حکم در حق شرکت فلاح با توجه به تابع مقررات خاص بودن نحوه تقسیم سود و زیان شرکت‌ها در نهایت با این کیفیت تایید و استوار می‌دارد».

مبحث دوم - تحلیل رویدادهای پرونده

بند نخست - مستند قانونی اقامه دعوا: ماده ۲۷۶ ل.ا.ق.ت.

شرکت فکور و آقای جهاندار تنها از جانب خویش دادخواهی نکردند بلکه نام شرکت فلاح را نیز در ستون نام خواهان‌ها نوشتند. در واقع، ادعای آنها این بود که با شیوه تصمیم‌گیری اعضای هیات مدیره شرکت فلاح، ابتدا به خود شرکت فلاح و در نهایت، به سهامداران شرکت زیان وارد شده است. در همین راستا، نام شرکت فلاح را به عنوان اولین خواهان ذکر کردند. مستند قانونی این اقدام، ماده ۲۷۶ ل.ا.ق.ت. می‌باشد. براساس این ماده، «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد، می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضاء هیأت مدیره و یا مدیر عامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل اقامه دعوی نمایند و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را از آنها مطالبه کنند. در صورت محکومیت رئیس یا هر یک از اعضاء هیأت مدیره یا مدیر عامل به جبران خسارات شرکت و پرداخت هزینه دادرسی حکم به نفع شرکت اجراء و هزینه‌ای که از طرف اقامه‌کننده دعوی پرداخت شده از مبلغ محکوم‌به، به وی مسترد خواهد شد. در صورت محکومیت اقامه‌کنندگان دعوی پرداخت کلیه هزینه‌ها و خسارات به عهده آنان است». به این ترتیب، شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد، نماینده



قانونی شرکت شمرده شده و می‌توانند از سوی وی اقامه دعوا کنند.

بند دوم - مستند قانونی مسوولیت: ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت.

براساس ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت، «اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت و هم چنین مؤسسات و شرکت‌هایی که اعضای هیأت مدیره و یا مدیر عامل شرکت شریک یا عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل آنها باشند نمی‌توانند بدون اجازه هیأت مدیره در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به طور مستقیم یا غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهیم شوند». گستردگی قلمرو این ماده، غیر قابل انکار است: نه تنها «اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت» از معامله با شرکت باز داشته شده‌اند، بلکه «مؤسسات و شرکت‌هایی که اعضای هیأت مدیره و یا مدیر عامل شرکت، شریک یا عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل آنها باشند» نیز مشمول ممنوعیت یاد شده قرار گرفته‌اند. افزون بر این، فرقی میان اینکه معامله با شرکت یا به حساب شرکت انجام شده، نبوده و حتی فرضی که شخص به طور غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهیم شود نیز، مشمول ممنوعیت است. با این اوصاف، تردیدی نیست که معاملات شرکت فلاح با شرکت اخمرو و شرکت‌های وابسته به آن، از جنس معاملات ممنوعه بوده و در قلمرو ماده ۱۲۹ جای می‌گیرد. فراز پایانی ماده ۱۳۰ ل.ا.ق.ت، نیز، با پذیرش صحت معامله، به شرکت به عنوان زیان دیده نگریسته و مدیران را مسوول جبران زیان دانسته است. براساس این ماده، «در صورتی که بر اثر انجام معامله به شرکت خسارتی وارد آمده باشد جبران خسارت بر عهده هیأت مدیره و مدیر عامل یا مدیران ذی نفع و مدیرانی است که اجازه آن معامله را داده‌اند که همگی آنها متضامناً مسئول جبران خسارت وارده به شرکت می‌باشند».

بند سوم - مانع مسوولیت: اخذ مفاصاحساب

وکیل خوانده، شاید در مهم‌ترین دفاعش می‌نویسد: «چون تمام قراردادهای منعقد و تراز مالی شرکت تا پایان دوره مالی منتهی به سال ۱۳۸۶ به تصویب مجمع عمومی رسیده و تصویب آن به منزله مفاصاحساب مدیران شرکت بوده، بدون احراز وقوع تخلف و تقصیر در هر معامله، ادعا قابل استماع نمی‌باشد». در تایید این سخن می‌توان به ماده ۱۱۶ ل.ا.ق.ت، استناد کرد. براساس این ماده، «تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره مالی شرکت به منزله مفاصاحساب مدیران برای همان دوره مالی می‌باشد». دادگاه نخستین، به این دفاع پاسخی نمی‌دهد اما دادگاه تجدیدنظر در دادنامه خویش می‌نویسد: «تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره مالی شرکت مانع مطالبه خسارات و رسیدگی به تقصیر مدیران در آن دوره که بعداً کشف می‌شود، نخواهد بود و مفاد ماده ۱۱۷ ل.ا.ق.ت، در مورد تصویب تراز مالی دلالت بر برائت ذمه مدیران در صورت کشف تخلف من بعد ندارد». حق با همین دادگاه است؛ چه جدا از آنکه برائت از مسوولیت



نیاز به دلیل یقین آور داشته و تصویب ترازنامه چنین دلالتی ندارد، مفاد ماده ۱۱۶ نیز چنین دلالتی ندارد. در واقع، این ماده، پس از تلقی «تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره مالی» به عنوان مفاصا حساب مدیران مقرر می‌دارد: «پس از تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان دوره مالی که طی آن مدت مدیریت مدیران منقضی یا به هر نحو دیگری از آنان سلب سمت شده است، سهام مورد وثیقه این گونه مدیران خود به خود از قید وثیقه آزاد خواهد شد». به این ترتیب، با تصویب مجمع، سهام وثیقه (که برای تضمین جبران زیان شرکت در رهن وی قرار گرفته بود) آزاد خواهد شد، در نتیجه، محل جبران آسان زیان از دست زیان دیده خارج شده و شرکت باید به دنبال روش دیگری برای جبران زیانش باشد.

بند چهارم - نوع مسوولیت: تضامنی

به موجب ماده ۱۳۰ ل.ا.ق.ت. مسوولیت مدیرانی که اجازه معامله را داده‌اند به روشنی، تضامنی است؛ چنانکه در جمله پایانی این ماده می‌خوانیم: «... همگی آنها متضامناً مسئول جبران خسارت وارده به شرکت می‌باشند». دادگاه نخستین نیز در همین مسیر قدم برداشته و همه را به صورت تضامنی مسوول می‌داند. با این حال، دادگاه تجدیدنظر بی‌آنکه مستندی برای سخن خویش بیاورد، خواندگان را به صورت مساوی مکلف به جبران زیان می‌داند. روشن است که این باور برخلاف ماده پیش گفته بوده و نمی‌تواند درست باشد.

بند پنجم - دادبردگان

دادگاه نخستین، پس از احراز اندازه زیان، شرکت فکور و آقای جهاندار را به نسبت سهم آنها در شرکت فلاح مستحق بخشی از غرامت می‌داند. مابقی را نیز متعلق به شرکت فلاح تلقی می‌کند اما دادگاه تجدیدنظر چنین نمی‌اندیشد: این دادگاه تمامی غرامت را متعلق به شرکت فلاح دانسته و سهم جداگانه شرکت فکور و آقای جهاندار را حذف می‌کند. همچنین، به باور این دادگاه، غرامت پرداختی به شرکت فلاح سود این شرکت بوده و می‌باید برابر با قواعد حاکم بر تقسیم سود و زیان تقسیم شود.

برای تحلیل درستی هر یک از این باورها، باید ماهیت خسارت موضوع ماده ۱۲۹ را تحلیل کرد: در واقع، نکته در این جاست که اگر قیمت فروش محصولات شرکت فلاح به شرکت اخمروود بالاتر از هزینه‌های این شرکت بود، مقدار بالاتر از هزینه‌ها، به عنوان سود این شرکت تلقی می‌شد. این سود نیز، در درجه نخست از آن خود شرکت بود که باید به حساب شرکت واریز و سپس، برابر با قواعد سود و زیان و با تصمیم مجمع میان سهامداران تقسیم می‌شد؛ بدین ترتیب، خسارت موضوع ماده فوق، متعلق به شرکت خواهد بود. این باور با توجه به نقش سهامداران در اقامه دعوا نیز قابل تایید است: چه همان گونه که پیش از این نوشته شد، سهامداران نه از جانب خویش بلکه از سوی شرکت اقامه دعوا می‌کنند؛ در واقع، اینان نماینده قانونی



شرکت‌اند، در نتیجه، محکوم^۱ به از آن شرکت (اصیل) خواهد بود نه متعلق به سهام‌داران (نمایندگان). از لحن ماده ۲۷۶ ل.ا.ق.ت. نیز می‌توان همین‌گونه برداشت کرد: «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند... به نام و از طرف شرکت... اقامه دعوی نمایند و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را از آنها مطالبه کنند. در صورت محکومیت رئیس یا هر یک از اعضاء هیأت مدیره یا مدیر عامل به جبران خسارات شرکت و پرداخت هزینه دادرسی حکم به نفع شرکت اجراء و هزینه‌ای که از طرف اقامه‌کننده دعوی پرداخت شده از مبلغ محکوم‌به وی مسترد خواهد شد». بدین ترتیب، حکم باید به نفع شرکت اجرا شود و تنها هزینه اقامه دعوا (و نه چیز دیگری) می‌باید از مبلغ محکوم‌به کسر شود.

این باور به ویژه با توجه به ماده ۱۳۰ ل.ا.ق.ت. نیز، تقویت می‌شود؛ براساس این ماده، «در صورتی که بر اثر انجام معامله به شرکت خسارتی وارد آمده باشد جبران خسارت بر عهده هیأت مدیره و مدیر عامل یا مدیران ذی‌نفع و مدیرانی است که اجازه آن معامله را داده‌اند که همگی آنها متضامناً مسئول جبران خسارت وارده به شرکت می‌باشند». همان‌گونه که دیده می‌شود، در این ماده، تنها سخن از زیان وارده به شرکت است؛ البته درست است که در نتیجه زیان به شرکت، سهامدارانش نیز زیان می‌بینند، اما این زیان، به تبع زیان وارده به شرکت است، پس نخست، خود شرکت می‌تواند دادخواهی کند؛ غرامت حاصله نیز، به مثابه سود شرکت بوده و حسب قواعد مربوط به تقسیم سود تقسیم خواهد شد.

بند ششم - مسوولیت نمایندگان اعضای هیات مدیره

همان‌گونه که می‌دانیم، براساس ماده ۱۱۰ ل.ا.ق.ت. «اشخاص حقوقی را می‌توان به مدیریت شرکت انتخاب نمود. در این صورت شخص حقوقی همان مسوولیت‌های مدنی شخص حقیقی عضو هیأت مدیره را داشته و باید یک نفر را به نمایندگی دائمی خود جهت انجام وظایف مدیریت معرفی نماید. چنین نماینده‌ای مشمول همان شرایط و تعهدات و مسوولیت‌های مدنی و جزایی عضو هیأت مدیره بوده و از جهت مدنی با شخص حقوقی که او را به نمایندگی تعیین نموده است، مسوولیت تضامنی خواهد داشت». بدین ترتیب، نماینده شخص حقوقی متضامناً و همراه با خود شخص حقیقی مسوول است؛ درباره‌ی این نکته میان دادگاه نخستین و تجدیدنظر اتفاق نظر وجود داشت.

نتیجه

اعضای هیات مدیره نمی‌توانند با شرکت معامله کنند؛ شرکت‌هایی که اعضای هیات مدیره در آن ذی‌نفع هستند نیز، مشمول این ممنوعیت هستند. دلیل این ممنوعیت را باید در این دید که اشخاص یاد شده،



از سوی هر دو طرف معامله، ذی‌نفع بوده و نمی‌توانند در هنگام تصمیم‌گیری بی‌طرف باشند. در همین راستا، در ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت، می‌خوانیم: «اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت و هم‌چنین مؤسسات و شرکت‌هایی که اعضای هیأت مدیره و یا مدیر عامل شرکت شریک یا عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل آنها باشند نمی‌توانند بدون اجازه هیأت مدیره در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به طور مستقیم یا غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهام‌شوند. گستردگی قلمرو این ماده، غیر قابل انکار است: نه تنها «اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت» از معامله با شرکت باز داشته شده‌اند، بلکه «مؤسسات و شرکت‌هایی که اعضای هیأت مدیره و یا مدیر عامل شرکت شریک یا عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل آنها باشند» نیز مشمول ممنوعیت یاد شده قرار گرفته‌اند. افزون بر این، فرقی میان اینکه معامله با شرکت یا به حساب شرکت انجام شده، نبوده و حتی فرضی که شخص به طور غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهام‌شود نیز، مشمول ممنوعیت است.



ربایش مال مغضوب در حقوق کیفری ایران

دکتر حسن حاجی تبار فیروزجائی^۱

چکیده

یکی از اقسام جرایم علیه اموال و مالکیت، سرقت است. بر اساس ماده ۲۶۷ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲، «سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است». بزه دیده جرم سرقت ممکن است خود مالک و یا متصرف قانونی مانند مستعیر و مستأجر باشد و یا اینکه متصرف غیرقانونی (غاصب) مانند سارق و کلاهبردار باشد. همچنین، ممکن است مرتکب/سارق در زمان ربودن مال، علم و آگاهی به قانونی و یا غیرقانونی بودن تصرف بزه دیده داشته و یا نداشته باشد. از این رو، در حقوق کیفری ایران این ابهام‌ها به وجود می‌آید که ۱- با توجه به واژه «غیر» در تعریف سرقت، بزه دیده این جرم چه کسی می‌تواند باشد؟ ۲- آیا، برای تحقق سرقت، علم و آگاهی مرتکب به قانونی و یا غیرقانونی بودن تصرف بزه دیده شرط است؟ ۳- در فرض سرقت دانستن ربایش مال مغضوب، آن تابع مقررات کدام یک از سرقت حدی و یا تعزیری است؟

نتایج این تحقیق نشان داده است که در حقوق کیفری ایران اولاً، بزه دیده جرم سرقت شامل هر دو متصرف قانونی و غیرقانونی می‌شود. ثانیاً، برای تحقق سرقت، علم و آگاهی مرتکب به قانونی و یا غیرقانونی بودن تصرف بزه دیده شرط نیست. ثالثاً، ربایش مال مغضوب تابع مقررات سرقت تعزیری است.

کلیدواژگان:

ربایش، سرقت، غصب، مال، غیر، تصرف، علم و آگاهی



۱- مقدمه

جرم سرقت یکی از انواع جرایم علیه اموال و مالکیت محسوب می شود که فلسفه اصلی جرم انگاشتن جرایم علیه اموال و مالکیت مانند کلاهبرداری، خیانت در امانت، سرقت، حمایت از حقوق مالکانه و دارایی خصوصی اشخاص است که از راه مشروع کسب شده است.^۱

در قرآن کریم نیز نص صریحی وجود دارد که چنانچه شخصی از طریق سرقت باعث تعرض به حق مالکیت دیگری شود، مستوجب مجازات خواهد بود.^۲

واژه «سرقت» در فرهنگ لغت فارسی به معنی «دزدی؛ ربودن مال دیگری به طور پنهانی و بدون رضایت و اطلاع مالک آن» آمده است.^۳ این کلمه در نوشتگان انگلیسی نیز در معانی نسبتاً مشابه به کار رفته است.^۴ قانونگذار ایران در ماده ۲۶۷ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، جرم «سرقت» را چنین تعریف کرده است: «سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است».^۵

بر اساس ماده ۳۰۸ قانون مدنی ایران، «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

بنابراین، در اختیار و تصرف قرار دادن مال یا حق دیگری به طور غیر قانونی، غصب تلقی می شود. غصب برخی اوقات ممکن است واجد وصف جزایی به خود بگیرد مانند سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت، ارتشاء، اختلاس و تصرف غیرقانونی و یا ممکن است فاقد وصف جزائی باشد. در حقوق ایران، هرگاه ید امانی شخصی تبدیل به ید ضمانی شود، احکام غاصب بر شخص متصرف اعمال می شود (مستنبط از موادی مانند ۳۱۰، ۴۳۹، ۶۱۶ و ۶۳۱ قانون مدنی).^۶

موضوع این نوشتار، سرقت اموالی است که به طور غاصبانه و غیرقانونی در تصرف شخصی قرار دارد. به عبارت دیگر، ربودن اموالی که بزه دیده آن یک متصرف غیرقانونی باشد.

با این وجود، یکی از شرایط لازم جهت تحقق جرم سرقت، «تعلق مال ربوده شده به دیگری» است و سارق

۱- اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ اصلاحی ۱۳۶۸

۲- به عنوان مثال، آیه ۲۸ سوره مائده از قرآن کریم

۳- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، چاپ چهارم، انتشارات سخن، ۱۳۸۶، ص ۱۴۸

۴- به عنوان نمونه، بنگرید:

Garner, Bryan A (2004) "Black's Law Dictionary", Eighth Edition, Thomson, p.1516.

۵ جهت اطلاع بیشتر از توضیحات مفصل پیرامون جرم سرقت و ارکان و شرایط تحقق آن به عنوان نمونه به منابع ذیل رجوع شود:

۶- حبیب زاده، محمد جعفر، سرقت در حقوق کیفری ایران (و مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۸۵، صص ۹۶-۲۷.

۷- میر محمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ سی و پنجم، پاییز ۱۳۹۲، صص ۳۹۰-۲۳۹.

۸- گلوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، چاپ سیزدهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، صص ۴۵۴-۴۴۲.

۹- جهت اطلاع بیشتر از مفهوم غصب و جنبه های آن، رک: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۶، صص ۲۵-۱۷.



در زمان ارتکاب نیز باید بداند که مال ربوده شده متعلق به شخص دیگری غیر از خودش است. از این رو، چنانچه کسی مالی را به تصور اینکه متعلق به خودش است بر باید ولی بعداً معلوم شود که مال دیگری است، به دلیل فقدان عمد در فعل (عمد = اراده/ قصد + علم و آگاهی فاعل به موضوع و ماهیت رفتار^۱) و تحقق اشتباه موضوعی، رفتار وی واجد عنوان سرقت نیست. در این راستا، ممکن است در ذهن هر محقق این ابهامات به وجود آید که با توجه به واژه «غیر» در تعریف سرقت، ۱- آیا می توان ربايش مال از شخصی غیر از مالک و متصرف قانونی (غاصب) را سرقت تلقی کرد؟ به عبارت دیگر، بزه دیده جرم سرقت چه کسی می تواند باشد؟ ۲- آیا شناخته شدن مالک و یا متصرف قانونی توسط سارق در زمان ربودن مال شرط است؟ ۳- آیا، برای تحقق سرقت، علم و آگاهی مرتکب به قانونی و یا غیرقانونی بودن تصرف بزه دیده شرط است؟ به عنوان مثال، «الف» قصد ربودن مالی که در منزل «ب» نگهداری شده است را بنماید ولی در حقیقت این مال متعلق به «ج» باشد که «ب» آن را از «ج» از طریق سرقت یا کلاهبرداری تحصیل نموده است با این توضیح که «الف» فکر می کرد که این مال متعلق به «ب» است. به عبارت دیگر، «الف» از نامشروع بودن تصرف «ب» آگاه نبوده است. ۳- در فرض سرقت دانستن ربايش مال مغضوب، آن تابع مقررات کدام یک از سرقت حدی و یا تعزیری است؟

با این اوصاف، یکی از فواید اساسی پرداختن به این بحث این است که اگر شناخته شدن مالک و یا متصرف قانونی توسط سارق و یا علم و آگاهی وی به قانونی و یا غیرقانونی بودن تصرف بزه دیده شرط باشد، پس فقدان آن باعث منتفی شدن جرم سرقت خواهد شد ولی اگر تحقق چنین شرطی ضروری نباشد، در کنار سایر شرایط، رفتار شخص می تواند تحت شمول عنوان «سرقت» قرار گیرد. در این صورت، اینکه رفتار مذکور را تحت هر یک از عناوین سرقت تعزیری و یا حدی بدانیم، دارای آثار و احکام جزایی بسیار متفاوتی در حقوق کیفری ایران نیز خواهد بود.

به همین منظور، نگارنده در این نوشتار با ارائه پاسخی منطقی و منطبق با موازین قانونی به سوالات فوق الذکر، در صدد است تا ابهامات موجود پیرامون مسأله ربايش مال مغضوب در حقوق کیفری ایران خاتمه یابد.

۲- طرح بحث

بر اساس ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، بزه دیده شخصی است که از وقوع جرم متضرر شده

۱- ر.ک: ماده ۱۴۴ ق.م.ا



باشد. به عبارت دیگر، بزه دیده به شخصی اطلاق می شود که از وقوع جرم متحمل خسارت های گوناگون مادی، روانی و عاطفی شده است. مال باخته سرقت ممکن است خود مالک و یا متصرف قانونی مانند مستودع، مستعیر، مستأجر، مرتهن و وکیل باشد و یا اینکه یک متصرف غیرقانونی (غاصب) مانند سارق و کلاهبردار باشد.

این نکته که در جرم سرقت مال باید متعلق به شخص دیگری غیر از خود سارق باشد و سارق باید بداند که مال ربوده شده متعلق به دیگری (اعم از حقیقی و حقوقی) می باشد، هیچ شک و تردیدی وجود ندارد. با این اوصاف، این سؤال پیش می آید که برای تحقق سرقت، آیا صرف تعلق مال به شخص دیگری و علم و آگاهی سارق بدان امر کفایت می نماید؟ و یا اینکه متصرف مال مسروقه باید فقط مالک و متصرف قانونی بوده و سارق هم بدان امر علم داشته باشد؟

در پاسخ به سؤال ها و ابهامات مذکور در این نوشتار می توان دو برداشت ذیل را مطرح کرد (تأکید از خود):

الف- برداشت نخست

یک برداشت این است ربایش مال مغضوب، سرقت نیست. زیرا:

اولاً، مقصود از واژه «غیر» در تعریف سرقت در ماده ۲۶۷ ق.م.ا، شخص مالک و متصرف قانونی است. به عبارت دیگر، مالی می تواند مورد حمایت کیفری قانونگذار قرار گیرد که در ید مالک و یا لاقط متصرف قانونی باشد. از این رو، مال مغضوبه از دایره شمول حمایت کیفری خارج است.

ثانیاً، در پاره ای از موارد ممکن است برای سارق تعلق مال به متصرف آن مهم باشد. یعنی، اگر سارق واقعاً می دانست که مال متعلق به شخص دیگری غیر از شخص متصرف (مال باخته ظاهری) است، وی اصلاً مرتکب آن رفتار نمی شد. بنابراین، به لحاظ فقدان سوءنیت جزایی، رفتار وی سرقت نیست.

ثالثاً، در حقوق جزا، در صورت شک و تردید، باید به قاعده لزوم تفسیر به نفع متهم نصوص جزایی (قاعده درأ) استناد جست.

ب- برداشت دوم

برداشت دیگر این است که در حقوق ایران ربایش مال مغضوب می تواند مشمول عنوان «سرقت» قرار گیرد. زیرا:

اولاً، موضوع جرم سرقت باید مال باشد. مال هم به چیزی گفته می شود که قانوناً و شرعاً قابلیت نقل و





انتقال و ارزش عقلایی و اقتصادی را داشته باشد.^۱ واژه «مال» در تعریف سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا) اطلاق دارد و شامل هر مالی اعم از مغصوبه و غیر مغصوبه می شود.

ثانیاً، واژه «غیر» هم در تعریف جرم سرقت (ماده ۲۶۷ ق.م.ا) اطلاق دارد بنابراین، مهم این است که مال ربوده شده متعلق به شخص دیگری غیر از خود سارق بوده باشد اعم از اینکه تصرف مال باخته بر آن مال قانونی باشد و یا غیرقانونی.

ثالثاً، به موجب قانون، یکی از شرایط لازم برای تحقق سرقت حدی این است که مال مسروقه از اموال سرقت شده و مغصوب نباشد (بند «ژ» ماده ۲۶۸ ق.م.ا).^۲ بر اساس نص صریح ماده ۲۷۶ قانون مزبور، «در صورت فقدان هر یک از شرایط موجب حد، حسب مورد مشمول یکی از سرقت های تعزیری است». بنابراین، تردیدی وجود ندارد که مال مغصوب هم می تواند موضوع جرم سرقت واقع شود.

رابعاً، در حقوق جزا تا زمانی که امکان تمسک به قاعده تفسیر مضیق از قوانین جزایی وجود دارد، قاعده تفسیر به نفع متهم نصوص جزایی قابل استناد نیست. قاعده تفسیر مضیق به عنوان یکی از قواعد تفسیری حاکم بر حقوق جزا به حساب می آید که به موجب آن، قاضی و یا مجری و مفسر قانون جهت کشف مقصود و نیت قانونگذار بایستی به الفاظ و عبارات و منطوقی که در قانون به کار رفته است، پایبند باشد.^۳ در تفسیر مضیق از عبارت «ربودن مال دیگری» فهمیده می شود که آنچه از نظر قانونگذار در جرم انگاری جرایم علیه اموال و مالکیت مهم بوده است، دفاع از حق مالکیت و دارایی خصوصی مشروع افراد است. لذا بر اساس قاعده فوق، ملاک این است که مال ربوده شده متعلق به شخص دیگری غیر از خودش باشد اعم از اینکه این مال در زمان عمل ربایش، در تصرف قانونی و یا غیر قانونی شخص دیگری بوده باشد.

خامساً، فلسفه اصلی جرم انگاری جرایم علیه اموال و مالکیت از جمله سرقت در وهله نخست، دفاع از حق مالکیت و دارایی مشروع اشخاص و سپس حفظ نظم عمومی و جلوگیری از هرج و مرج در اجتماع است. در این باره گفته شده است: «هر چند جرایم علیه اموال و مالکیت به منظور حفظ اموال افراد از تعرض و حراست از مالکیت افراد جعل شده اند، ولی به لحاظ حفظ نظم عمومی و جلوگیری از تعرض افراد به اموال دیگران به بهانه نامشروع بودن تصرف و در نتیجه ایجاد هرج و مرج، ربودن در این فرض را باید سرقت

۱ - برای اطلاع بیشتر از تعریف مال و مباحث آن، رک:

۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، چاپ پنجم، نشر میزان، چاپ پنجم، بهار ۱۳۸۱، صص ۹-۱۱.
۲ - میر محمد صادقی، صص ۲۶۱-۲۴۷.

۳ - در توجیه عنوان سرقت حدی ندانستن ربایش مال مغصوب و یا مسروقه آمده است: «... لیکن بنا به دلایلی از جمله این که نمی توان برای در حرز قرار دادن چنین مالی از سوی سارق یا غاصب حرمت و ارزش قائل شد، چنین سرقتی را باید سرقت تعزیری دانست و نمی توان سارق چنین مالی را محکوم به حد کرد». رک: میر محمد صادقی، حسین، ص ۳۲۸.

۳ - جهت اطلاع بیشتر از اصول و قواعد تفسیری حاکم بر حقوق جزا به ویژه قاعده تفسیر مضیق و توضیحات پیرامون آن، بنگرید: اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۹، صص ۱۵۹-۱۴۸.



دانست و الا موجب دور می گردد و در نتیجه هر کسی می تواند ربودن مال مسروق از متصرف غیرقانونی را توجیه کند و موجب اختلال در نظام اجتماعی گردد».^۴

به اعتقاد نگارنده، برداشت دوم قابل قبول و با موازین قانونی در نظام حقوقی ایران همخوانی دارد. از این رو، ربودن مال مغصوبه نیز می تواند در حقوق کیفری ایران مشمول عنوان سرقت تعزیری قرار گیرد. زیرا، با توجه به بند «ژ» ماده ۲۶۸ و ماده ۲۷۶ ق.م.ا این گونه اموال نمی تواند موضوع سرقت حدی محسوب شوند. فایده حقوقی مهم ناظر بر تعزیری دانستن سرقت مال مغصوب از لحاظ نوع و میزان مجازات و نیز تبعات جزایی آن (تخفیف، تعلیق و ...) است که با سرقت حدی متفاوت است.^۵ احکام و مقررات مربوط به سرقت تعزیری در مواد چون ۶۵۱ تا ۶۶۷ ق.م.ا باب تعزیرات و بازدارنده مصوب ۱۳۷۵ بیان شده است.

۳- نتیجه گیری

با عنایت به لزوم حفظ نظم عمومی، احترام به حق مالکیت خصوصی افراد، مبارزه با حالت خطرناک افراد و بیم تجری مرتکب و دیگران، تفسیر مضیق از عبارت «ربودن مال دیگری»، اطلاق واژه «مال» و «غیر» در تعریف سرقت در ماده ۲۶۷ ق.م.ا ۱۳۹۲ و به ویژه بند «ژ» ماده ۲۶۸ و ماده ۲۷۶ ق.م.ا و غیره، به دور از انصاف و عدالت است که ربایش مال مغصوب را مشمول عنوان «سرقت تعزیری» ندانیم.

منابع

- ۱- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۹.
 - ۲- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، انتشارات سخن، چاپ چهارم، ۱۳۸۶.
 - ۳- حبیب زاده، محمد جعفر، سرقت در حقوق کیفری ایران (و مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
 - ۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۶.
 - ۵- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، چاپ پنجم، نشر میزان، چاپ پنجم، بهار ۱۳۸۱.
 - ۶- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، چاپ سیزدهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
 - ۷- قرآن کریم، ترجمه: آیت الله مکارم شیرازی، چاپ دوم، انتشارات ناصر، قم، ۱۳۷۸.
 - ۸- میر محمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ سی و پنجم، پاییز ۱۳۹۲.
- 8- Garner, Bryan A (2004) "Black's Law Dictionary", Eighth Edition, Thomson.

۱ - حبیب زاده، ص ۸۶

۵ - به عنوان نمونه، ر.ک، مواد ۲۷، ۴۶، ۵۸، ۱۰۵، ۱۰۷، ۱۳۷ و ۲۱۹ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲.



نسل سوم حقوق بشر و بحران گرم شدن زمین

دکتر کارن روحانی^۱

عمادعلیجانزاده^۲

چکیده

همان گونه که دگرگونی‌ها و تحولات عمده ساختار قدرت در نظام بین الملل و نیز گسترش نهضت‌ها و جنبش‌های انقلابی به پیدایش نسل‌های اول و دوم حقوق بشر انجامید، شرایط و اوضاع پس از آن هم با فروپاشی نظام جنگ سرد و تحولات بعد از آن خصوصاً در کشورهای در حال توسعه سبب‌ساز تولد و تکوین نسل سوم حقوق بشر گردید؛ حقوقی که امروزه، با سرعت چشمگیر رو به فراگیری و تکامل است. یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌های نسل جدید حقوق بشر که نسل سوم نامیده می‌شود، محیط زیست است. گرم شدن زمین که یکی از مسائل جدید و مهم محیط زیستی در قرن حاضر می‌باشد در چارچوب حقوق بشر محیط زیست نقش فراوانی ایفا کرده است. مسئله‌ای که به حق زندگی سالم بشر و حق حیات آنها ارتباط دارد.

واژگان کلیدی:

حقوق بشر - محیط زیست - گرم شدن زمین - نسل سوم



۱ - وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری مازندران - استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

۲ - کارشناس ارشد حقوق بین الملل



مقدمه

گرم شدن زمین^۱ موضوعی بسیار جدی و مهم است که همه کشورهای جهان را در معرض تهدید و آسیب پذیری قرار داده است. رشد جمعیت و پیشرفت فناوری و در نتیجه افزایش تقاضای جامعه برای انرژی موجب تغییرات زیادی در دمای هوا و اقلیم زمین شده است. در حال حاضر با افزایش میزان تقاضا و مصرف انرژی میزان تکیه به سوخت های فسیلی برای برطرف کردن نیاز جامعه انسانی افزایش فزاینده ای یافته است و چنانچه این روند ادامه یابد شاهد گرمایش شدید زمین خواهیم بود.

یک قرن پیش دانشمند سوئدی، «آرنیوس»^۲، نظریه گرمایش جهانی^۳ را مطرح ساخت، اما پدیده گرم شدن زمین از دو دهه قبل به صورت جدی توسط محافل محیط زیست جهانی مورد توجه قرار گرفت. بین سال ۲۰۰۷ تا ۲۰۰۹ میلادی گرمای تابستان، بسیاری از کلاهک های یخی در قطب جنوب را آب کرد که رکوردی بسیار مخرب در زمینه ذوب یخ های این قطب محسوب می شود. در سال ۲۰۰۹ که به سال جهانی قطب معروف است، محققان به این نکته دست یافتند که یخ های موجود در قطب جنوب بیش از آن چیزی که تصور می شد، آب شده اند.^۴

مدل های هواشناسی پیش بینی می کنند که تا سال ۲۱۰۰ دمای کره زمین ۱/۵ تا ۵ درجه سانتیگراد افزایش خواهد یافت. این پیش بینی بیان کننده این مطلب است که گرم شدن زمین در طول قرن حاضر و قرن بعد بیشتر از تغییرات آن در طول ده هزار سال گذشته خواهد بود. اخیرا گرم شدن زمین باعث وقوع خشکسالی بی سابقه ای در کشور سومالی گردید که تا کنون جان هزاران نفر از مردم آن کشور را بر اثر گرسنگی گرفت و تمام کشورها و مجامع بین المللی را نگران ساخت و فعالان حقوق بشر را به تامل بیشتر در رابطه با این پدیده سوق داد.

تلاش برای جلوگیری از گرم شدن زمین در سطح بین المللی اقداماتی را در بر می گیرد که منافع مشترک همه دولت‌ها و ملت‌ها در آنها نفهته است. از آنجا که موضوع حفاظت از محیط زیست ابعاد بین المللی دارد، شایسته است که به عنوان مسئله پراهمیت بین المللی در نظر گرفته شود. در این راستا لازم است که جلوگیری از گرم شدن زمین نه فقط به عنوان یک دغدغه، بلکه به عنوان بحران مشترک بشری در دستور کار فوری مجامع بین المللی قرار گیرد و افزون بر شکل دادن به نظام‌های حقوق بین المللی برای اجرای اصول و

۱- گرم شدن زمین یا گرمایش جهانی: (Global Warming) نام پدیده‌ای است که منجر به افزایش میانگین دمای سطح زمین و اقیانوس‌ها گردیده است.

2-Arnous

3-Global Warming

۴- گروه مطالعات توسعه پایدار و محیط زیست، تحلیلی بر مذاکرات و نتایج اجلاس تغییرات آب و هوایی کپنهاگ، مرکز تحقیقات استراتژیک، شماره ۲۵۳، ۱۳۸۸،



معیارهایی که اکنون حائز اهمیت است، از روزه‌های نو به توسعه اصول تازه حقوق بشر شامل سازوکارهای جدید، جامع و کارآمدتر برای تصمیم‌گیری و اجرا نگریسته شود. به این ترتیب شاید بتوان با سرعت افزون‌تر در راه همکاری و تعاون برای جلوگیری از گرم شدن زمین گام برداشت.

فصل اول (مفهوم، علل و پیامدهای گرم شدن زمین

گرم شدن زمین یا گرمایش زمین^۱ پدیده‌ای است که منجر به افزایش میانگین دمای سطح زمین و اقیانوس‌ها گردیده است.^۲ «گرم شدن زمین» اصطلاحی است که شاید تنها در چند سال اخیر رایج شده و پیش از دهه ۹۰ میلادی، اصطلاح «اثر گلخانه‌ای»^۳ و حتی بعضاً «اثر پتویی»^۴ رواج بیشتری داشته است.^۵ دمای متوسط زمین در طول یک قرن پیش حدود نیم درجه سانتیگراد بیشتر شده است. که این موضوع دانشمندان را نگران کرده است. برخی از دانشمندان معتقدند که دهه‌های پایانی قرن بیستم، گرم‌ترین سال‌های ۴۰۰ سال اخیر بوده است.^۶ گزارش‌ها حاکی از آن است که ۱۰ مورد از گرم‌ترین سال‌های جهان تنها از سال ۱۹۹۰ تا سال ۲۰۱۰ به ثبت رسیده است که این میزان در ۱۵۰ سال گذشته بی‌سابقه بوده است. سال ۲۰۱۰ به گزارش سازمان جهانی هواشناسی گرم‌ترین سال تاریخ زمین تعیین شده است.^۷

۱-۱- علل گرم شدن زمین

مهمترین علت گرم شدن زمین گازهای گلخانه‌ای ناشی از سوختن سوخت‌های فسیلی به دست انسان می‌باشند. گاز دی‌اکسید کربن به عنوان اصلی‌ترین گاز گلخانه‌ای بر گرمای زمین، در نظر گرفته می‌شود و پتانسیل گرمایش سایر گازها نسبت به این گاز سنجیده می‌شود. تابش‌های خورشیدی پس از عبور از فضا به جو زمین رسیده و قسمت اعظم آن توسط زمین جذب می‌شود. جذب این انرژی توسط زمین باعث گرم شدن کره زمین شده و این امر به نوبه خود باعث تابش امواجی از طرف زمین به فضا می‌شود. زمین پس از گرم شدن تابش‌های فروسرخ^۸ را از خود منعکس می‌کند. قسمتی از این تابش‌های فروسرخ از جو عبور کرده و قسمتی دیگر توسط گازهای گلخانه‌ای موجود در جو جذب شده و مجدداً توسط همین گازها به سطح زمین بازتابیده می‌شود مهم‌ترین گازهای گلخانه‌ای که در این پدیده شرکت دارند، بخار آب و دی‌اکسید کربن هستند که مجموعاً ۹۰ درصد سهم اثر گازهای گلخانه‌ای را به خود اختصاص می‌دهند.

1- Global Warming

۲- گرم شدن زمین. پایگاه اطلاعاتی ایرانیکا. بازدید در تاریخ ۱۲ اسفند ۱۳۸۹

3- Greenhouse effect

4- Blanket effect

۵- گرم شدن جهان. وب‌گاه انجمن فیزیکدانان جوان ایران. بازدید در تاریخ ۱۲ اسفند ۱۳۸۹

۶- دانشمندان می‌گویند: گرم شدن زمین فاجعه‌بار خواهد شد. وبگاه رادیو زمانه. بازدید در تاریخ ۱۷ اسفند ۱۳۸۹

۷- سال ۲۰۱۰ گرم‌ترین سال زمین. وبگاه پایگاه خبری آفتاب. بازدید در تاریخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۹

8- Infrared



همچنین از بین رفتن جنگل ها و درختان در اثر عوامل انسانی و آتش سوزی ها یکی دیگر از علل گرم شدن زمین می باشد زیرا درختان و به خصوص درختان جنگلی با جذب مقدار فراوانی از دی اکسید کربن موجود در هوا و ذخیره آن در سلول های خود، از غلظت آن می کاهند و همین امر باعث گرم نشدن زمین و حفظ تعادل می شود.

۱-۲- بررسی اثرات گرم شدن زمین

همان طور که بیان شد گازهای گلخانه ای به طور طبیعی در جو زمین وجود دارند اما فعالیت های انسان ها و آلودگی های ناشی از این فعالیت ها، مقدار گازهای مذکور را به طور غیرطبیعی افزایش می دهد. در نتیجه گرمای ناشی از تابش اشعه خورشید در جو زمین محبوس می شود و دمای کره زمین را بالا می برد.

به طوری که دما و میزان بارش برف و باران، هر دو بر آب و هوا تاثیر می گذارند. مقادیر دما و میزان بارش باران در هر منطقه نیز متأثر از عرض جغرافیایی، ارتفاع و جریان های اقیانوسی آن منطقه است. تغییر آب و هوا پدیده ای است که میزان تاثیر عوامل فوق را بر آب و هوای هر منطقه تغییر می دهد و تاثیرات نامطلوبی را به جای می گذارد. برخی پیامدهای شناخته شده ناشی از تغییر آب و هوا به علت عدم اجرای تعهدات کشورهای عمده تولید کننده گازهای گلخانه ای در قرن بیستم عبارتند از:

افزایش دمای کره زمین به میزان ۰/۷ درجه سانتیگراد و نوسانات شدید زمانی و مکانی بارش،

کاهش ۷ درصد پوشش برف در نیمکره شمالی،

افزایش ۱۷ سانتیمتری سطح آب اقیانوس ها،

شدید وقوع سیلاب های مخرب و خشکسالی و بیابان زایی،

کاهش تولید محصولات کشاورزی و آبریان،

تهدید سلامت انسان و کاهش امید به زندگی، مانند از بین رفتن صخره های مرجانی و گونه های جانوری و گیاهی، مهاجرت حیات وحش و تغییرات شدید در اکوسیستم ها، جابجایی فصول گل دهی و ...^۱

فصل دوم) حقوق بشر و جلوگیری از گرم شدن زمین

۲-۱- ارتباط حقوق بشر و گرم شدن زمین

بشر در حالی به سده بیست و یکم پا گذاشت که جریان صنعتی شدن، نوگرایی، پیشرفت بنیانی و پرشتاب فن آوری، ابعاد گسترده و برگشتناپذیر یافته و این روند پرشتاب در دهه های اخیر به فرازی هراس آور رسیده

۱- گروه مطالعات توسعه پایدار و محیط زیست، تحلیلی بر مذاکرات و نتایج اجلاس تغییرات آب و هوایی کپنهاگ، مرکز تحقیقات استراتژیک، شماره ۲۵۳، ۱۳۸۸، ص ۸۷





است. توفیق شگفت‌انگیز انسان در دستیابی به فناوری پیشرفته، امکان تولید انبوه کالاهای ارزان را پدید آورده، اما این تحوّل هزینه‌ای سنگین به جامعه بشری تحمیل کرده است که همانا مصرف گسترده منابع طبیعی و آسیب به محیط زیست است. کشورهای جهان تا این اواخر به اهمیت آنچه محیط طبیعی زیست انسان نامیده می‌شود، توجه چندانی نداشتند تا اینکه نشانه‌های نگران‌کننده آشکار گردید و ناگزیری و فوریت اقدام در زمینه تحوّل و پایداری تراز بوم‌شناختی و محیط زیست طبیعی، هر چه بیشتر احساس شد. آنچه گریزناپذیر می‌نمود، ایجاد موازنه سازوکار میان انسان و طبیعت بود. بشر می‌بایست، مدبرانه، به تغییر حتی فلسفه علم و فن‌آوری دست می‌زد تا بتواند میراث طبیعت را به نسل‌های آینده انتقال دهد. علم چنان پویا و توان‌آفرین است که اگر عاقلانه مهار نشود، چه بسا از دست بشر خارج شود و نتایج وحشتناک و اندوه‌بار به بار آورد. امروزه به یقین می‌توان گفت که کره خاکی ما در برابر فشارهای ناشی از افزایش شتابان جمعیت و لزوم تأمین زندگی مناسب برای نسل آینده، آمادگی و گنجایش لازم را ندارد. رشد شتابان کشورهای صنعتی که نزدیک به یک پنجم جمعیت جهان را دربر گرفته‌اند، سبب از میان رفتن منابع ترمیم‌ناپذیر انرژی و فشار فزاینده بر سرزمینها و دریاها و جوّ زمین شده است. از سوی دیگر، رشد مهار گسیخته جمعیت در پاره‌ای از نقاط جهان سوم زمینه‌ساز دگرگونی‌های نگران‌کننده در محیط زیست بوده است. افزون بر این، کشورهای در حال توسعه، با تولید فراوان گازهای گلخانه‌ای در دو سده گذشته، آسیب‌های جبران‌ناپذیری بر محیط زیست و زمین وارد آورده‌اند؛ تا آنجا که می‌توان گفت آسیب‌های گسترده محیط زیست، فرصتها و امکانات فراسوی نسل‌های آینده را به گونه جدی به مخاطره افکنده است. تخریب لایه اوزون، از میان رفتن گونه‌های گیاهی، در کنار مسایل دیگر مانند کم شدن آب شیرین، بالا آمدن سطح دریاها و اقیانوسها، احیای جنگل‌ها، بیابان‌زدایی و مقابله با خشکسالی، مدیریت زباله و دیگر پس‌مانده‌های آسیب‌رسان به هوا، کاهش آلودگی‌های شهری و نیز جلوگیری از افزایش سرسام‌آور جمعیت، از موارد بارز محسوب می‌شود که می‌بایست برای جلوگیری از گرم شدن زمین به آنها توجه کرد.^۱

تلاش برای جلوگیری از گرم شدن زمین در سطح بین‌المللی همه اقداماتی را دربرمی‌گیرد که منافع مشترک همه دولت‌ها و ملت‌ها در آنها نهفته است. از آنجا که همه مسائل حفظ محیط زیست ابعاد بشری دارد، شایسته است که به عنوان مسئله پراهمیت حقوق بشری در نظر گرفته شود. در این راستا لازم است که جلوگیری از گرم شدن زمین نه فقط به عنوان یک دغدغه، بلکه به عنوان بحران مشترک جامعه جهانی در دستور کار فوری مجامع بین‌المللی قرار گیرد و افزون بر شکل دادن به نظام‌های حقوقی بین‌المللی برای

۱- رضا سیمبر، «بحران زیست محیطی و امنیت دریای خزر»، دهمین همایش بین‌المللی آسیای مرکزی و قفقاز، تهران، زمستان ۱۳۸۱



اجرای اصول و معیارهایی که اکنون حائز اهمیت است، از روزه‌های نو به توسعه اصول تازه حقوق بشر شامل سازوکارهای جدید، جامع و کارآمدتر برای تصمیم‌گیری و اجرا نگریسته شود. به این ترتیب شاید بتوان با سرعت بیشتر در راه همکاری و تعاون برای جلوگیری از گرم شدن زمین گام برداشت.

۲-۲- حقوق محیط زیست و تعارض آن با مفهوم امنیت بین‌المللی

استمرار حیات همه کشورهای صنعتی مشروط به دسترسی به منابع تجدیدشدنی و تجدیدناشدنی است و در مورد منابع تجدیدشونده، بویژه محصولات کشاورزی نیز امنیت اقتصادی در گرو امنیت عرضه کالاهاست. در بسیاری از کشورهای در حال توسعه اکنون امنیت غذایی، با توجه به افزایش جمعیت و منابع محدود کشاورزی، اهمیت بسیار یافته است و این موضوع رابطه تنگاتنگ امور زیست محیطی و امور اقتصادی را نشان می‌دهد. تداوم منابع تجدیدناشدنی نیازمند آن است که پایه زیست محیطی آن پایدار باقی بماند. مباحث توسعه نیز در اینجا اهمیت بسیار دارد، زیرا بسیاری از گونه‌های توسعه ممکن است آثار مخربی بر پایه نخستین اصل اعلامیه استکهلم^۱، داشته باشند.

گرم شدن زمین بر جلوه‌های گوناگون زندگی تأثیر منفی داشته است. گذشته از آن، تأثیرات گرم شدن زمین به اندازه‌ای است که فرموله کردن امنیت زیست محیطی، مانند دیگر اشکال امنیت، کاری بس دشوار است. تأثیر گازهای گلخانه‌ای و در پی آن گرم شدن زمین و بالا آمدن سطح آب دریاها و از بین رفتن لایه اوزون، همه کشورها و زندگی بشر را مورد تهدید قرار داده است.

گرم شدن زمین، رمز سیاسی نمی‌شناسد. در بسیاری از موارد رویارویی با آنها نیازمند راه‌حل‌های فرامرزی است و در موارد دیگر که تهدید ریشه‌های بومی و منطقه‌ای دارد، باید با امکانات و ابتکارهای مردمی به مقابله با آن برخاست. این مشکلات موضوع مهمی را شکل داده‌اند، و آن اینکه امنیت را فقط چند کشور نمی‌توانند برقرار کنند. همکاری بین‌المللی نیاز اساسی جهانی بویژه برای حل مسائل زیست محیطی است. این موضوع بار دیگر چارچوب حاکمیت ملت-کشورها را زیر سؤال برده و مشخص شده است که حاکمیت به سادگی و لزوماً به امنیت مربوط نیست. حتی ادعا شده است که حاکمیت باید یکسره مردود دانسته شود، زیرا عده‌ای در گوشه‌های مختلف جهان اعمال قدرت می‌کنند و در عین حال به تخریب آن مناطق می‌پردازند. بنابراین باید از روزه‌های تازه به حاکمیت بر اساس اصول زیست محیطی نگریست.^۲

بی‌گمان برخی از مردمان در جهان بسیار بیشتر در معرض خطرات جدی گرم شدن زمین هستند. مردمان

۱- نسان را حقی بنیادی و اساسی است نسبت به آزادی و مساوات و شرایط مناسب زندگی در محیطی که به او اجازه زندگی باوقار و سعادت‌مندانه را می‌دهد و مسوولیت حفظ و بهبود محیط زیست حاضر و نسل‌های آینده را بر عهده دارد.

۲- حقوق بشر در چارچوب محیط زیست نویسنده دکتر رضا سیمبر دانشگاه گیلان مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، ش ۱۹، بهار ۸۵، ش ۲۰۳-۲۰۱، صص ۱۱۳-۱۰۲، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۱ مرداد ۱۳۹۰





فقیر در کشورهای در حال توسعه بیشتر در معرض خطراتی مانند خشکسالی قرار دارند. فقر آنها را وادار می‌سازد که در اماکن خطرناکی در سرزمین‌های حاشیه‌ای زندگی کنند؛ جایی که زندگی‌شان همواره در معرض خطر است. تهدیدستان به هنگام خشکسالی که باعث قحطی می‌شود، از گرسنگی رنج می‌برند. خشکسالی در شاخ آفریقا که زندگی ۱۲ میلیون نفر را تحت تاثیر قرار می‌دهد در ۶۰ سال گذشته بی سابقه بوده است و دو منطقه در سومالی بعنوان مناطق قحطی زده اعلام شدند، هر چند که دانشمندان هنوز نمی‌توانند دلیل اصلی این پدیده را مشخص کنند اما عامل گرم شدن زمین را مهمترین دلیل آن می‌دانند.^۱ بسیاری از عوامل گرم شدن زمین را خود انسان پدید آورده است؛ هر چند این تاثیرات در بیشتر موارد عمدی نبوده است، اینها پیامدهای غیر مستقیم و نیز نتیجه جامعه‌ای است که اقتصاد سیاسی جهانی به وجود آورده است. فعالیتهای صنعتی و کشاورزی غیر هدفمند و مصرف‌گرایی حاکم، به شیوه‌های گوناگون، رفاه بشری را از راه سلطه بر سطوح گوناگون طبیعت هدف قرار داده است. اما اینها خود گونه‌های دیگری از ناامنی را به وجود آورده است، هر چند قرار بوده برای جامعه بشری امنیت به ارمغان آورد.

جستجوی امنیت در دام ساختار فلسفه غرب گرفتار مانده است؛ فلسفه‌ای که مبتنی بر سلطه و کنترل است. حکومت‌های منفرد می‌کوشند امنیت را با افزایش قدرت خود بهبود بخشند و ساز و کار مشابهی نیز در امور زیست محیطی اعمال می‌کنند. تلاش برای تولید و توسعه بیشتر در محیط زیستی که بسیار حساس است، سرانجام به تخریب آن منتهی می‌شود. امروزه پدیده توسعه به گونه فزاینده در ارتباط مستقیم با گرم شدن زمین است.^۲

۲-۳- نگرش حقوق بشری بر محیط زیست

حقوق محیط زیست، در سطوح ملی و بین‌المللی، با ایجاد نهادهای حقوقی برای حفاظت از محیط زیست و نیز دوره‌های تخصصی در مدارس حقوق و غیره، بویژه از دهه ۱۹۶۰ تکامل یافته است. حقوق محیط زیستی، بعنوان شاخه‌ای از حقوق بشری نخستین بار در اعلامیه استهکلم در کنفرانس محیط زیست سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۲ مطرح شد. اصل اول این اعلامیه مقرر می‌دارد: «انسان حق اساسی آزادی، برابری و شرایط مناسب زندگی در محیطی را دارد که شأن انسانی و خوشبختی او را تأمین کند. او می‌تواند مسئولیت رسمی حمایت و اصلاح محیط زیست را برای نسل خود و نسل‌های آینده بر عهده گیرد». این حق دارای بعد فردی و بعد جمعی است. برای مثال در پدیده گرم شدن زمین حق فردی، حق هر قربانی آسیب محیط زیست است که از همه فعالیتهای بوجود آورنده گرم شدن زمین جلوگیری کند و خود نیز از

۱- به گزارش پایگاه اطلاع‌رسانی روزنامه فرانسوی «لو فیگارو»

2- Francisco, Sierra Club. 1989. Stephen H. Scheinder, Global Warming», San, ebook Website.



آن بپرهیزد، حق جمعی نیز نشانگر وظیفه دولتها به مشارکت در همکاری‌های بین‌المللی یا کمک به این همکاری‌ها برای حل مسئله گرم شدن زمین در سطح جهانی است. بعد جمعی حق محیط زیست، بیانگر این واقعیت مهم است که همه دولتها و دیگر بازیگران در عرصه بین‌المللی باید منافع نوع بشر را بر منافع ملی مقدم دارند.^۱

هرچند از سال ۱۹۷۰ اصل مشهور نخست اعلامیه استکهلم منبع الهام بسیاری از قوانین اساسی ملی گردید که در آن حقوق بشر محیط زیست به عنوان حقی بنیادین در حقوق داخلی شناخته شد ولی این حق هنوز بعنوان قاعده الزام آور حقوق بین‌الملل و با مقبولیت جهانی تبدیل نگشته است. در سال ۱۹۸۶ گروه کارشناسان حقوق محیط زیست کمیسیون جهانی محیط زیست و توسعه پایدار اعلام نمودند که حقوق بشر محیط زیست سالم هنوز کاملاً بعنوان یک حق تثبیت شده در حقوق بین‌الملل کنونی تلقی نمی‌گردد. آنها برای پر کردن این خلاء گنجانیدن مجموعه‌ای از اصول حقوقی جهانی در زمینه حمایت از محیط زیست و توسعه پایدار، که با یک نگاه یکپارچه جهانی و با ابزار الزام آور حقوقی ترسیم شده و مقرر دارد که «همه انسانها حقی بنیادین نسبت به محیط زیست مناسب همراه با سلامتی و رفاه خود را دارند.»^۲ را پیشنهاد نمودند. این پیشنهاد توسط کمیسیون جهانی محیط زیست در گزارش نهایی تصدیق گردید و براساس آن تدارک کنوانسیون جهانی در چهارچوب سازمان ملل متحد و یک اعلامیه جهانی که اصول کلی حقوق بین‌الملل محیط زیست را تدوین و شامل نظریات حقوق بشری که توسط گروه کارشناسی می‌باشد را توصیه نمودند.^۳ موضوع ارتباط میان محیط زیست و حقوق بشر مجدداً توسط سازمان ملل متحد در خلال بحثهای مقدماتی کنفرانس سازمان ملل متحد در خصوص محیط زیست و توسعه مطرح گردید. در سال ۱۹۸۹ بعد از برخی گفتگوهای مقدماتی، کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض و حمایت از اقلیتهای سازمان ملل متحد تأکید نمود که پیوند تفکیک ناپذیری میان حقوق بشر و محیط زیست وجود دارد و اشاره به گرایش جدیدی در حقوق بین‌الملل نسبت به ابعاد حقوق بشر محیط زیست کرد. این کمیسیون در اگوست ۱۹۹۰ به مطالعه این موضوع پرداخت و گزارشگر مخصوصی را نیز تعیین نمود. این تصمیم توسط کمیسیون حقوق بشر و بعداً توسط مجمع عمومی با تصویب قطعنامه مهمی در دسامبر ۱۹۹۰ که در آن بر ادامه مطالعات کمیسیون در این زمینه و گزارش آن به کمیته مقدماتی کنفرانس محیط زیست و توسعه سازمان ملل متحد تأکید شده بود تأیید گردید. همچنین در قطعنامه مشابهی به شماره ۴۵/۹۵ مجمع عمومی، با الهام از پیشنهاد کمیسیون

۱- حقوق بشر در چارچوب محیط زیست نویسنده دکتر رضا سیمیر دانشیار دانشگاه گیلان مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، ش ۱۹، بهار ۸۵، ش ۲۰۳-۲۰۱، صص ۱۱۳-

۱۰۲، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۱ مرداد ۱۳۹۰

2- M. Déjeant-Pons & M. Pallemarts, Human Rights and the Environment, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002, 326 pp



جهانی محیط زیست و توسعه این مسئله را مورد شناسایی قرار داد که «همه افراد حق دارند که در یک محیط زیست مناسب با سلامتی و رفاه خویش زندگی نمایند» این قطعنامه بدون رأی گیری تصویب و به نظر می رسد چشم اندازی را برای گنجاندن این بیان در اسناد تحت عنوان «حقوق و تعهدات کلی در زمینه محیط زیست» باز نمود. امری که دو سال بعد توسط کنفرانس محیط زیست و توسعه سازمان ملل متحد تصویب گردید.^۱

علیرغم قطعنامه مجمع عمومی و تلاشهای کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون فرعی آن که گزارشگر ویژه وی گزارش مقدماتی را در آگوست ۱۹۹۱ ارائه داد، کنفرانس محیط زیست و توسعه سازمان ملل متحد صراحتاً بر حق بشر بر محیط زیست اشاره ای ننمود. هیچیک از مواد اعلامیه ریو نیز صراحتاً به حقوق بشر نپرداختند ولی به هر حال اعلامیه در بردارنده برخی موادی است که برخی مناسبات با این موضوع را دارند. همانگونه که می دانیم اصل اول با این بیان که انسانها حق بهره مندی از سلامتی و زندگی مناسب و در انطباق با طبیعت را دارند و در مقایسه با ماده ۱ اعلامیه استکهلم به صورت مبهمی به حق بهره مندی از زندگی در انطباق با طبیعت اشاره و به جنبه های حقوق بشری حمایت از محیط زیست پرداخته است. اعلامیه ریو نیز نیاز به دسترسی عموم به اطلاعات زیست محیطی، مشارکت عمومی در تصمیم گیریهای زیست محیطی و دسترسی به عدالت را مورد شناسایی قرار داده که می تواند بعنوان یک قسم حقوق بشر رویه ای از حقوق بشر ماهوی منشعب گردد.

اصل دهم اعلامیه ریو ابتکار جهانی حرکت به سوی تدارک و تحکیم حقوق نرم^۲ را به همراه حقوق سخت و حقوق محیط زیست رویه ای را بدست داد. حال آیا ما باید آنرا حرکتی بسوی رویه ای نمودن حقوق محیط زیست بعنوان مبنایی برای شناسایی قطعی حقوق بشر رویه ای نسبت به محیط زیست سالم بنامیم؟ بعد از کنوانسیون ریو ارکان حقوق بشری سازمان ملل متحد به فعالیت خود در زمینه پیوند میان محیط زیست و حقوق بشر بدون هیچگونه نتیجه اساسی ادامه دادند. در گزارش نهایی کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض و حمایت از اقلیتها در سال ۱۹۹۴ گزارشگر ویژه سازمان ملل متحد امیدواری خود را در خصوص امکان «همیاری سازمان ملل متحد به تصویب مجموعه ای از قواعدی که حق بر محیط زیست رضایتبخش را تحکیم نماید» را اعلام نمود و بنظر می رسد ده سال از این انتظار فاصله افتاده بود. در سال ۲۰۰۲ همایش جهانی توسعه پایدار در ژوهانسبورگ نشان داد که حرکت در ورای شرایط عمومی

۱- آیین مند نمودن نمودن حقوق محیط زیست: بررسی کنوانسیون آر هاس مارک پالمرتز، مترجم علی مشهدی، منبع مقاله مجله حقوقی داور، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲ پاییز ۸۸، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۲ مرداد ۱۳۹۰، صص ۳۴۴



اقدام که اعلام میدارد «احترام به حقوق بشر و آزادیهای اساسی شامل حق بر توسعه، احترام مطلوب به تنوع فرهنگی برای دستیابی به توسعه و تضمین همه منافع حاصل از توسعه پایدار امری اساسی است». اتحادیه اروپایی نیز پیشنهاد نمود که شناسایی اهمیت ارتباط میان حقوق بشر و ارتقاء حمایت از آنها با حفاظت از محیط زیست برای توسعه پایدار» شرط شناسایی و توجه به امکان ارتباط میان محیط زیست و حقوق بشر و دربرگیرنده حق بر توسعه است» با توجه به اعلامیه های قاعده ساز اخیر مجمع عمومی سازمان ملل متحد و سایر ارکان آن به نظرمی رسد این موضوع به سختی توسعه یافته است. باینحال کمیسیون حقوق بشر در نخستین جلسه خود بعد از همایش جهانی توسعه پایدار قطعنامه جدیدی را تحت این عنوان که «حقوق بشر و محیط زیست بعنوان بخشی از توسعه پایدار است» را تصویب نمود. این قطعنامه از دبیر کل می خواهد تا گزارشی را برای جلسه بعد در این خصوص ارائه نماید و همه تلاشها را بسوی اجرای اصول کنفرانس ریو و کنوانسیون آرهاس در زمینه محیط زیست و توسعه پایدار بویژه اصل دهم آن بمنظور مشارکت دیگر بخشها در جهت دسترسی مؤثر به دادرسی اداری و قضایی دعوت می نماید.^۱

۲-۴- معاهدات بین المللی حقوق بشری در ارتباط با محیط زیست و گرم شدن زمین

کنفرانس استکهلم^۲

این کنفرانس جهانی به ابتکار سازمان ملل متحد از تاریخ ۵ تا ۱۶ ژوئن ۱۹۷۲ در استکهلم تشکیل شد و بزرگترین کنفرانس بین المللی است که در آن تاریخ تشکیل شده بود و در آن بیش از ۶۰۰۰ نفر به نمایندگی از ۱۱۳ کشور به همراه نمایندگانی از سازمان های بین المللی و ناظرانی از سازمان های بین المللی غیردولتی شرکت داشته اند در این کنفرانس اعلامیه محیط زیست بشر که تنظیم کننده اصولی است که راهنمای عملی در طول دو دهه در سراسر جهان به شمار می آید به تصویب رسید. کنفرانس استکهلم در ماده ۱ خود به حق بنیادین انسان ها برای زیستن در محیط زیستی سالم اشاره دارد. این معاهده اولین معاهده حقوق بشر محیط زیستی است که می تواند از اقدامات حقوق بشر برای جلوگیری از گرم شدن زمین نیز بشمار آید.^۳

سومین میثاق بین المللی حقوق همبستگی

این میثاق در ۱۹۸۲ در مقر سازمان ملل بسته شد در مقدمه آن آمده است:

«طرفهای میثاق حاضر، با توجه به این که صلح، توسعه، محیط زیست و میراث مشترک بشریت، از این به بعد ارزشهای جهانی هستند که مورد شناسایی کلیه انسانها، اقوام و ملّتها قرار گرفت هاند و این که

۱- آیین مند نمودن نمونه حقوق محیط زیست: بررسی کنوانسیون آرهاس مارک بالمرتز، مترجم علی مشهدی، منبع مقاله مجله حقوقی داور، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲ پاییز ۸۸، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۲ مرداد ۱۳۹۰، صص ۳۴۵

2- United Nations Conference on the Human Environment (1972)

3-Lyuba Zarsky, Human Rights and The Environment, (London, Earthscan Publications Ltd, 2002), P 10.



شایسته است، حقوق مربوط به آنها به عنوان حقوق بشر، شناسایی، حمایت و تحقق یابد. با توجه به این که منشور سازمان ملل متحد، دولتها را ملزم به همکاری بین المللی از طریق توسعه و تشویق به رعایت حقوق بشر و آزادی های بنیادین برای همه بدون تبعیض از نظر نژاد، جنسیت، زبان و مذهب می نماید. با توجه به این که همکاری بین المللی در خصوص حق بشر بر صلح، توسعه، محیط زیست و میراث مشترک بشریت، دارای اهمیت اساسی است؛ زیرا تحقق آنها جز از طریق الحاق کوشش های همبستگی (متفق) همه، دولتها، افراد و دیگر اشخاص عمومی و خصوصی میسر نیست، در خصوص موارد ذیل موافقت می نمایند.

بدین ترتیب حق بر محیط زیست، یکی از اشکال بیان حیثیت انسانی تلقی می گردد که مکمل حقوق بشر برای نسل حاضر و شرط تحقق آن برای نسل آینده می باشد. ماده ی ۱۴ پیش طرح سومین میثاق بین المللی حقوق همبستگی، در بیان حق بر محیط زیست بیان می دارد: «هر انسان و کلی هی انسانها به صورت گروهی حق دارند از محیط زیستی سالم و متعادل از نظر زیست محیطی و مساعد برای توسعه ی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و حقوقی برخوردار گردند» در ماده ی این پیش طرح نیز آمده است: «دولتهای عضو متعهد می گردند که شرایط طبیعی حیات را دچار تغییرات نامساعدی نکنند که به سلامت انسان و بهزیستی جمعی صدمه وارد کند»^۱

منشور جهانی طبیعت^۲

منشور جهانی طبیعت، مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد قطعنامه ی شماره ۳۷/۷ مصوب ۱۹۸۲، اصول ۱۴ تا ۲۴ خود را به نحوه ی به کار بستن و اجرای اصول مربوط به حق بر محیط زیست و حفاظت از آن اختصاص داده است. در این فصل از منشور جهانی طبیعت، وظایف و تکالیف دولت ها و نهادهای دولتی و همچنین افراد گروههای انسانی تعیین گردیده است.

منشور آفریقایی حقوق بشر

اولین کنوانسیون منطقه ای در ارتباط با مسائل حقوق بشر محیط زیستی است که در تاریخ ۲۶ ژوئن ۱۹۸۱ در الجزایر تصویب شد و به طور مشخص به لزوم بهره مندی ملت ها از «محیط زیستی سالم» اشاره دارد^۳ و مقرر می دارد: «همه مردم حق برخوردارگی از محیط زیست رضایتبخش و متناسب با توسعه شان را دارند.» (ماده ۲۴) نکته ای که باید به آن اشاره نمود اینکه این ماده در واقع حقوق بشر محیط زیست را بعنوان یک

۱- مهدی فیروزی، حق بر محیط زیست، ۱۳۸۴، وبگاه سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی، بازدید در تاریخ ۵ مرداد ۱۳۹۰ ص ۵۴ و ۵۵
2- World Charter for Nature (28 Oct. 1982)

۳- فرید انصاری دزفولی، محیط زیست سالم حق بنیادین انسانها، وبگاه انجمن حمایت از معلولین ایران (IDSA)، بازدید در تاریخ ۴ مرداد ۱۳۹۰



حقوق بشر فردی مورد شناسایی قرار نمی دهد بلکه آنرا بعنوان یک حق جمعی که به مردم اعطاء گردیده است می شناسد. به هر حال این موضوع کمیسیون آفریقایی حقوق بشر را بویژه در وقایع اخیر مربوط به نقض این ماده و در ارتباط با سایر مواد منشور از این امر ممنوع نمی کند تا این ماده را بگونه ای تفسیر نمایند و تعهداتی را بر دول عضو در جهت احترام به حقوق افراد همانند حق جمعی بار نمایند. در اکتبر ۲۰۰۱ کمیسیون مقرر نمود:

«حق بر محیط زیست رضایتبخش همانگونه که در ماده ۲۴ منشور آفریقایی حقوق بشر بیان گردیده و حق بر محیط زیست سالم در آن بصورت گسترده ای مورد شناسایی قرار گرفته (... تعهدات آشکاری را بر دولتها تحمیل می نماید (... حق بهره مندی از بهترین حالت سلامتی روحی و جسمی در ماده (۱) ۱۶ منشور آفریقایی اعلام گردیده است و حق بر محیط زیست رضایتبخش و در تناسب با توسعه ماده (۳) ۱۶ غالباً در برگیرنده تعهد دولتها به اجتناب از تهدید مستقیم سلامتی و محیط زیست شهروندان است.

کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر^۱

در پروتکل الحاقی به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در ۱۷ نوامبر ۱۹۸۸ در سان سالوادور نیز مشخصاً به «حق بر محیط زیست سالم» اشاره شده است. مقرراتی مشابه منشور آفریقایی حقوق بشر در پروتکل الحاقی به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به تصویب رسید. برخلاف منشور آفریقایی این متن صراحتاً حقوق فردی را مورد شناسایی قرار داده و مقرر نمود: «هر کس حق زندگی در یک محیط زیست سالم و حق دسترسی به خدمات عمومی اساسی را دارد.» (ماده ۱)

بیانیه سازمان ملل متحد پیرامون محیط زیست و توسعه^۲

این کنفرانس در ریودوژانیرو در ۱۹۹۲ که تحت عنوان بیانیه ریو نیز شناخته می شود و هدف آن یکپارچه کردن محیط زیست جهانی و نظام های توسعه بود در اصل اول خود به حقوق بشر محیط زیست اشاره می کند اصل اول بیان می دارد: «انسان، در کانون اهداف توسعه پایدار قرار دارد. انسانها مستحق برخورداری از یک زندگی سالم و خلاق در هماهنگی با طبیعت می باشند.» که در واقع همانند ماده ۱ اعلامیه استکهلم به حقوق بشر در چارچوب محیط زیست سالم اشاره دارد و در واقع می تواند به عنوان منبع حقوق بشری برای جلوگیری از گرم شدن زمین بحساب آید. اصل دهم نیز به افزایش آگاهی های عمومی نسبت به محیط زیست اشاره دارد که چندان با حقوق بشر محیط زیست ارتباط ندارد ولی در واقع نوعی اقدام محیط زیستی محسوب می شود.

1- AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS(22 November 1969)

2- Rio Declaration on Environment and Development (1992)





کنوانسیون آرهاس^۱

این کنوانسیون درخصوص دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم گیریها و دسترسی به عدالت در موضوعات زیست محیطی توسط ۳۵ کشور کمیسیون اقتصادی اروپایی در کنفرانس وزیران اروپا تحت عنوان «محیط زیست برای اروپا» در آرهاس در ۲۵ ژوئن ۱۹۹۸ امضاء گردید. این کنوانسیون در ۳۰ اکتبر ۲۰۰۱ و به دنبال امضای ۱۶ کشور لازم الاجراء گردید. هرچند این کنوانسیون در سطح اروپا مطرح گردید لیکن این سند منحصر به منطقه اروپا نبوده و برای الحاق کلیه دولتهای عضو سازمان ملل متحد به شرط تصویب در جلسه اعضاء باز می باشد. اما باین وجود هیچ یک از کشورهای اروپایی علاقه خود را به عضویت در کنوانسیون آرهاس نشان ندادند. ایالات متحده آمریکا و کانادا نیز که اعضاء اصلی کمیسیون اقتصادی برای اروپا می باشند نیز در مذاکرات شرکت ننموده و از هنگام طرح رژیم آرهاس خارج از مجموعه قرار داشتند. کنوانسیون آرهاس نخستین توافق زیست محیطی چند جانبه است که هدف اصلی آن بار نمودن تعهداتی بر طرفین در مورد شهروندان است. بدین طریق میان این کنوانسیون و حقوق بشر همبستگی نزدیکی وجود دارد. همچنین این همبستگی از مقررات کنوانسیون در مورد آیین نظارت بر رعایت مقررات که نخستین بار در حقوق بین الملل محیط زیست امکان تدارک مکانیسم ارائه گزارش نه فقط برای دولتها، بلکه برای افراد را نیز از طریق آیین دعوی فردی فراهم نمود نیز نمایان میگردد. با اعمال یکسری از تضمینات مربوط به حقوق شهروندان در ارتباط با محیط زیست و با ماهیت رویه ای، دول اروپایی امضا کننده کنوانسیون بدنبال توسعه مسئله ای بودند که در اعلامیه وزرا تحت عنوان "شهروند زیستی مسئول"، بر تعهد به آگاه سازی جدی عمومی که برای دموکراسی سالم ضروری است را مورد شناسایی قرار دادند.^۲

قطعنامه شورای حقوق بشر سازمان ملل درباره گرم شدن زمین^۳

شورای حقوق بشر سازمان ملل جمعه ۲۸ مارس ۲۰۰۸ (۹ فروردین ۱۳۸۷) قطعنامه ای را تصویب کرد که بر اساس آن گرم شدن کره زمین به طور رسمی یک موضوع حقوق بشری محسوب می شود. شورای حقوق بشر سازمان ملل مجوز انجام یک بررسی درباره تاثیر گرم شدن زمین را بر حقوق بشر را صادر کرد و گرم شدن زمین را "مسئله ای جهانی خواند که نیاز به راهحلی جهانی دارد."

این قطعنامه بوسیله کشور مالدیو پیشنهاد شده بود و بدون رای گیری و به صورت وفاق عام پذیرفته

1- CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS, Aarhus, Denmark (25 June 1998)

۲ آیین مند نمودن نمودن حقوق محیط زیست: بررسی کنوانسیون آرهاس مارک پالمرتز، مترجم علی مشهدی، منبع مقاله مجله حقوقی داور، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲ پاییز ۸۸، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۲ مرداد ۱۳۹۰، صص ۳۴۷

3- Human rights and climate change, Human Rights Council Resolution 7/23 (28 March 2008)



شد، همچنین یادآور شدند که مردمان فقیر جهان بیش از همه در برابر این مسئله زیست‌محیطی آسیب‌پذیر هستند، چرا که دارای منابع محدودی برای کنار آمدن با گرم شدن زمین هستند. مالدیو در میان آسیب‌پذیرترین کشورها به گرم شدن زمین است، چرا که بالا آمدن آب دریا به این علت ممکن است این جزیره را به زیر آب فرو برد. نمایندگان مالدیو هنگام ارائه این قطعنامه به شورای حقوق بشر سازمان ملل گفتند که مباحثه در مورد مسئله گرم شدن زمین تا به حال بیشتر بر تاثیرات فیزیکی آن متمرکز بوده است، در حالیکه "تاثیر آن بر بشر" عمدتاً نادیده گرفته شده است.

قطعنامه شورا یافته‌های گزارش شاخص "هیات بین‌دولتی تغییر آب و هوا" را تصدیق می‌کند که می‌گوید که شواهد در مورد نقش انسان در گرم شدن زمین "قطعی" هستند، و این وضعیت ممکن است برگشت‌ناپذیر شود. همچنین این بحث مطرح شد که آسیب‌پذیرترین مکان‌ها در برابر تغییرات آب و هوایی کره زمین، کشورهای شامل جزیره‌های کوچک کم ارتفاع، ساحل‌های کم ارتفاع و نواحی نیمه‌خشک و نواحی در معرض سیلاب، خشکسالی و بیابان‌زایی و کشورهای روبه توسعه با زیست‌بوم‌های کوهستانی حساس هستند.^۲

۲-۵- گرم شدن زمین و نسل جدید حقوق بشر

از نخستین بدعت‌ها و ابتکارهای عمده سازمان ملل متحد، صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر در واپسین سالهای نیمه نخست سده بیستم بود. این اعلامیه که بیشتر کشورهای موجود در آن زمان آنرا امضا کردند، حرکتی بنیادین برای شکل دادن به کنوانسیونها و قراردادهای حقوق بشری محسوب می‌شد. در این اعلامیه، نگرش اصلی و تأکید عمده بر حقوق مدنی و سیاسی بود که نسل اول حقوق بشر نامیده می‌شود. مؤلفه‌های اصلی این اعلامیه مبتنی بر فلسفه سیاسی لیبرالیسم غربی است.

در نیمه دوم سده بیستم، با گسترش جنگ سرد که پیامد گسترش کمونیسم در جهان بود، کشورهای غربی، با به راه انداختن حرکتهای اصلاح‌طلبانه و سرعت بخشیدن به تحقق دولت رفاه، کوشیدند چهره خشن نظام سرمایه‌داری را در زمینه‌های اقتصادی کم‌رنگ کنند. در همین راستا، در کنار دیگر دلایل و عوامل، نسل دوم حقوق بشر که معروف به حقوق اقتصادی و اجتماعی یا میثاقین سازمان ملل متحد بود، شکل گرفت و در آخرین سالهای سده بیستم حقوق محیط زیست به عنوان نسل سوم حقوق بشر یا حقوق جمعی بشر مطرح شد.^۳

1- IPCC: «Intergovernmental Panel on Climate Change»

۲- قطعنامه شورای حقوق بشر سازمان ملل درباره آب و هوا. خبرگزاری همشهری آنلاین، بازدید در تاریخ ۲ مرداد ۱۳۹۰

۳- رضا سیمبر، «روابط بین الملل»، دانشگاه گیلان، سال ۱۳۸۰، صص ۴۱ و ۲۲



نسل سوم حقوق بشر، شامل حق صلح، حق توسعه و نیز حق همبستگی است. این حقوق در کنفرانس صلح و حقوق بشر که در سال ۱۹۷۸ در اسلو برپا شد و مورد بحث بسیار قرار گرفت. نسل سوم حقوق بشر را حقوق همبستگی هم نامیده‌اند که به معنای توافق عناصر گوناگون جامعه در مورد اقداماتی است که برای تحقق حقوق نسل اول دوم ضروری است. چنین ضرورتی ناشی از علایق و منافع جهانی است. پیوستگی حقوق بشر و حقوق جمعی، نکته‌ای است که حتی در مقاطعی مورد توجه مجامع غربی قرار گرفته است. پاراگراف هشتم بند الف از سند اول یا سند نهایی کنفرانس امنیت و همکاری در اروپا درباره حقوق برابر و حق خودمختاری، راه را برای نزدیک شدن حقوق جدید به مرحله تدوین و شاید هم شناسایی عمومی، هموار می‌کند.

باید توجه داشت که رهیافت جدید در زمینه حقوق بشر، نشان از موضوعاتی دارد که به واقع در حال ظهورند؛ زیرا نیاز به آنها کاملاً احساس می‌شود. جامعه بین‌المللی نیز در آستانه این آمادگی است که آنها را مورد شناسایی قرار دهد. برخی بر این باورند که گذشته از محیط زیست، گسترش صلح، میراث مشترک بشریت و ارتباطات و کمک‌های بشر دوستانه نیز در حیطه نسل جدید حقوق بشر قرار می‌گیرد؛ اما در این میان محیط زیست قدیمی‌ترین موضوع است که به عنوان بعد جمعی، حقوق محیط زیست بیانگر این واقعیت مهم است که همه دولت‌ها و دیگر بازیگران در عرصه بین‌المللی باید منافع نوع بشر را بر منافع ملی مقدم بدانند.

در بسیاری از کشورها، مسئله گرم شدن زمین، با توجه به افزایش چشمگیر جمعیت از یک سو و کمبود منابع آب آشامیدنی و محدود بودن منابع کشاورزی از سوی دیگر، تأثیرات منفی آن بر انسان‌ها اهمیت بسیار یافته است و این موضوع رابطه تنگاتنگ مسئله زیست محیطی و مسئله اقتصادی را نشان می‌دهد.^۱

۲-۶- ارتباط گرم شدن زمین با حق حیات

حق حیات از حقوق ذاتی بشر است که باید بموجب تمام قانون‌ها حمایت می‌شود این حق در اسناد حقوق بشری مورد تأکید قرار گرفته است. در خصوص ارتباط این حق با محیط زیست نیز پیوندی ظریف برقرار است و می‌توان گفت که حیات هر انسانی بستگی به کیفیت محیط زیست او دارد و این موضوع هم شامل «صرف حیات» و هم شامل «کیفیت حیات» می‌شود و در هر دو بعد با محیط زیست ارتباط دارد در زمینه گرم شدن زمین و تأثیرات آن بر حق حیات نیز می‌توان اینگونه استدلال کرد که با توجه به اهمیت این پدیده در زندگی انسان‌ها رابطه مستقیمی بین حفاظت از سیاره زمین و شرایط مساعد زندگی در آن و حق

۱- حقوق بشر در چارچوب محیط زیست نویسنده دکتر رضا سیمبر دانشیار دانشگاه گیلان مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، ص ۱۹، بهار ۸۵، ش ۲۰۳-۲۰۱، صص ۱۱۳-۱۰۲، وبلاگ مجله حقوق محیط زیست، بازدید در تاریخ ۱ مرداد ۱۳۹۰



حیات وجود دارد. بنابراین برای تعیین حداقلی از کیفیت زندگی و حیات برای انسان ها، لزوم مقابله با گرم شدن زمین و جلوگیری از اثرات آن بسیار ضروری می باشد.^۱

۲-۶-۱- آلودگی هوا و حقوق بشر

همچنین حقوق بشر نگاهی اخص به عوامل بوجود آورنده گرم شدن زمین مانند آلودگی هوا و تاثیر آن بر نوع بشر و محیط زیست سالم و زندگی سالم کرده است. آلودگی هوا یکی از نخستین و مهمترین مشکلات زیست محیطی به شمار می رود که در اثر افزایش بیش از حد گازهای گلخانه ای و آلاینده هوا که به دنبال افزایش مصرف انواع سوخت های فسیلی و اختراع و تولید روز افزون اتومبیل و گسترش صنایع به ویژه در شهرهای شلوغ و مناطق صنعتی بوجود آمده است. با شکل گیری برخی حساسیت ها نسبت به این موضوع که می رفت سلامت بشری و محیط زیست را به خطر اندازد قوانین و مقررات مختلفی برای مقابله با آن توسط دولتها به تصویب رسید. این جریان از کشورهایی آغاز گشت که این آلودگی در آنجا شدت بیشتری به خود گرفته بود و عواقب آنرا به عینه لمس نموده بودند کم کم در اکثر کشورها نهاد های حقوق بشری دست بکار گردیدند و قوانین و مقررات و نظامات گوناگونی برای کنترل و مقابله با این آلودگی به تصویب رسید و در کنار آن نهادها و ارگانهای اجرایی خاص و ویژه ای نیز برای مقابله با این پدیده و تضمین اجرای قوانین تاسیس گردید و روز به روز با افزایش این قسم از آلودگی وجهانی شدن آن لزوم پاسخگویی به این پدیده بیش از پیش احساس گردید.

۲-۶-۲- حفاظت از جنگل ها و حقوق بشر

حفاظت از جنگل ها را می توان بطور آشکارا از اعلامیه های حقوق بشر محیط زیستی استنباط کرد. ولی مهمترین عامل حقوقی که می تواند متضمن حفاظت از جنگل ها گردد قوانین نسل سوم حقوق بشر می باشد. رابطه حقوق بشر با جنگل ها به نسل سوم حقوق بشر یعنی حقوق بشر و محیط زیست بر میگردد. در این الگوی جدید حقوق بشر یعنی نسل سوم منابع طبیعی و جنگل ها جزئی از ارزش ها و میراث مشترکی به شمار میروند که حفاظت و نگهداری و استفاده صحیح و عادلانه از آنها امری ضروری برای همه دولتها و مردم جهان به حساب می آید.

نتیجه

پدیده گرم شدن زمین آثارش را از هم اکنون نمایان ساخته است همانطور که اشاره شده بود زندگی بشر در نسل های آینده با مشکلات جدی روبرو است، گرسنگی و خشکسالی هم اکنون در شاخ آفریقا جان

۱- آلودگی هوا و حقوق بشر، وبگاه باشگاه اندیشه، بازدید در تاریخ ۳ مرداد ۱۳۹۰



هزاران نفر را گرفته است، تغییرات فصلی و آب و هوایی از حالت طبیعی خارج شده است و این محصولات کشاورزی و مواد غذایی بشر را به خطر خواهد انداخت، گذشته از آن بالا آمدن سطح آب دریاها و بزر آب رفتن بسیاری از جزایر کم ارتفاع محل زندگی بسیاری از مردم آنجا را نابود خواهد کرد، به بیانی دیگر باید گفت پدیده گرم شدن زمین خطری جدی برای بشر خواهد بود که نباید اهمیت آن را از خطرات جنگ یا امنیتی که جوامع بین المللی به آنها اهمیت میدهند کمتر دانست. همانطور که اشاره شد فعالان حقوق بشر فعالیت های خود را در این راستا شروع کردند ولی باید دید اتفاقی که در سومالی رخ داد این سازمان ها و کشورهای جهان را قانع می سازد تا به پدیده گرم شدن زمین به شکل یک بحران جهانی برای بشریت بنگرند. امید است در سال های آتی جنبش های حقوق بشری چه در سطح بین المللی چه داخلی در تمام کشورها برای جلوگیری از گرم تر نشدن زمین فعال تر گردند تا شاید فرصتی برای زندگی سالم را برای نسل های آینده فراهم سازیم.





منابع

کتاب ها

1. Francisco, Sierra Club. 1989. Stephen H. Scheinder, Global Warming San, ebook Website.
2. M. Déjeant-Pons & M. Pallemarts, Human Rights and the Environment, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002
3. Lyuba Zarsky, Human Rights and The Environment, (London, Earthscan Publications Ltd, 2002)

مجلات

۴. آیین مند نمودن نمودن حقوق محیط زیست: بررسی کنوانسیون آرهایس مارک پالمرتز، مترجم علی مشهدی، مجله دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۸
۵. رضا سیمبر، «بحران زیست محیطی و امنیت دریای خزر»، دهمین همایش بین المللی آسیای مرکزی و قفقاز، تهران، مجله حقوق محیط زیست، زمستان ۱۳۸۱
۶. رضا سیمبر، «روابط بین الملل»، دانشگاه گیلان، مجله حقوق محیط زیست، بهار ۱۳۸۰
۷. گروه مطالعات توسعه پایدار و محیط زیست، تحلیلی بر مذاکرات و نتایج اجلاس تغییرات آب و هوایی کپنهاگ، مرکز تحقیقات استراتژیک، شماره ۲۵۳، زمستان ۱۳۸۸
۸. رضا سیمبر دانشیار دانشگاه گیلان مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، حقوق بشر در چارچوب محیط زیست، مجله حقوق محیط زیست، بهار ۱۳۸۵

وبگاه ها

۹. خطرات گرم شدن زمین. وبگاه پایگاه خبری آفتاب. بازدید در تاریخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۹
۱۰. آلودگی هوا و حقوق بشر، وبگاه باشگاه اندیشه، بازدید در تاریخ ۳ مرداد ۱۳۹۰
۱۱. فرید انصاری دزفولی، محیط زیست سالم حق بنیادین انسانها، وبگاه انجمن حمایت از معلولین ایران (IDSA)، بازدید در تاریخ ۴ مرداد ۱۳۹۰
۱۲. قطعهنامه شورای حقوق بشر سازمان ملل درباره آب و هوا. خبرگزاری همشهری آنلاین، بازدید در تاریخ ۲ مرداد ۱۳۹۰
۱۳. گرم شدن زمین. پایگاه اطلاعاتی ایرانیکا. بازدید در تاریخ ۱۲ اسفند ۱۳۸۹
۱۴. گرم شدن جهان. وب گاه انجمن فیزیکدانان جوان ایران. بازدید در تاریخ ۱۲ اسفند ۱۳۸۹
۱۵. دانشمندان می گویند: گرم شدن زمین فاجعه بار خواهد شد. وبگاه رادیو زمانه. بازدید در تاریخ ۱۷ اسفند ۱۳۸۹



۱۶. سال ۲۰۱۰ گرمترین سال زمین. وبگاه پایگاه خبری آفتاب. بازدید در تاریخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۹
۱۷. مهدی فیروزی، حق بر محیط زیست، ۱۳۸۴، وبگاه سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی، بازدید در تاریخ ۵ مرداد ۱۳۹۰
۱۸. نقش گازه‌های گلخانه‌ای در گرم شدن کره زمین. وبلاگ نیکو صالحی به نقل از ایسکا نیوز. بازدید در تاریخ ۱۸ اسفند ۱۳۸۹

اسناد بین‌المللی

19. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS(22 November 1969)
20. CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS,Aarhus, Denmark(25 June 1998)
21. Human rights and climate change, Human Rights Council Resolution 7/23(28 March 2008)
22. Rio Declaration on Environment and Development (1992)
23. United Nations Conference on the Human Environment (1972)
24. World Charter for Nature (28 Oct. 1982)





تحلیل ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی

حسن کرد نائج^۱

چکیده:

یکی از حقوق مسلم خواهان، این است که وی حق دارد خواسته خود را افزایش داده یا آن را کاهش دهد و یا تغییرات مورد نظر خود را در مورد آن اعمال نماید. اما این افزایش یا تغییر، چندان افسار گسیخته نیست بلکه مقید و محدود به شرایط و زمان مشخصی است ولی تقلیل خواسته از محدودیت و قیود، مبری است. در توجیه این اندیشه ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر میدارد: «خواهان می تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوای طرح شده مربوط بوده و منشأ واحدی داشته باشد تا پایان اولین جلسه آنرا به دادگاه اعلام کرده باشد».

کلیدواژگان:

خواسته، درخواست، تغییر خواسته، تغییر نحوه دعوی، افزایش خواسته، کاهش خواسته



مقدمه:

برخی از حقوقدانان، مصادیق مذکور در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی را مصداقی از دعوی اضافی می‌دانند و بر این مبنا، به تحلیل مبانی آن پرداخته‌اند^۱، اما برخی دیگر از حقوقدانان، دعوی اضافی را یک دعوی تمام عیار می‌دانند که خواهان اصلی علیه خوانده یا خواهان تقابل علیه خواهان اصلی اقامه می‌کند و در ماده ۱۷ قانون آ.د.م. تحت عنوان دعوی طاری بدان اشاره شده است لذا مصادیق ماده ۹۸، تحت عنوان دعوی اضافی، مورد پذیرش قرار نگرفتند.^۲ صرفنظر از بحث‌های نظری که در خصوص عنوان مصادیق ماده ۹۸، وجود دارد، نکات برجسته حقوقی در این ماده نهفته است که تحلیل حقوقی روشنی را می‌طلبد، از این رو مطالب این تحقیق را به دو گفتار تقسیم و به تحلیل مبانی آن می‌پردازیم:

گفتار اول: اختیارات خواهان در ماده ۹۸ ق.آ.د.م گفتار دوم: آثار تغییرات خواسته یا نحوه دعوی نسبت به خواننده دعوی.

گفتار اول: اختیارات خواهان در ماده ۹۸ ق.آ.د.م

نکات حقوقی منبث از ماده ۹۸ را می‌توان به شرح زیر احصاء نمود:

۱.۱. **افزایش خواسته:** در این ماده، حق افزایش یا تغییر خواسته یا درخواست یا تغییر نحوه دعوی، به خواهان اعطاء گردیده و چنین نرمشی مقید به شرایط ویژه‌ای است و آن شرایط عبارتند از اینکه این مصادیق، با دعوی طرح شده، مربوط بوده و منشاء واحدی داشته باشند و تا پایان اولین جلسه دادرسی صورت پذیرند. بدیهی است چنانچه خواهان، خواسته خود را افزایش دهد، این افزایش خواسته ممکن است از جنس خواسته اول یا غیر جنس خواسته اول باشد. بعنوان مثال، خواهان می‌تواند خواسته خود را از «خلع یداز ۳ دانگ پلاک ثبتی ۱۱۱ فرعی از ۲ اصلی»، به «خلع یداز شش دانگ همان پلاک» افزایش دهد و یا خواسته خود را از «مطالبه مبلغ ده میلیون ریال وجه نقد» به مطالبه «سی میلیون ریال» ارتقاء بخشد. در این مثال‌ها افزایش خواسته، از جنس خواسته اول می‌باشند و نسبت به یکدیگر موازنه دارند. همچنین خواهان می‌تواند در کنار خواسته اولی، (خلع یداز سه دانگ پلاک ثبتی ۱۱۱ فرعی از ۲ اصلی) مطالبه اجرت المثل ایام تصرف غاصبانه را در جلسه اول دادرسی اضافه و مورد مطالبه قرار دهد. در این مثال، افزایش خواسته، از جنس خواسته اولیه نیست. با این وجود حقوقدانان در خصوص ماهیت افزایش خواسته، نظر واحدی ندارند به نحوی که برخی از حقوقدانان، افزایش خواسته از غیر جنس خواسته

۱- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (دوره ۲ جلدی)، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۱، ص ۳۳۰ و مولودی، محمد، «دعوی اضافی» مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ص ۲۸.

۲- ۳- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۵۸.



اول را نمی پذیرند و معتقدند که افزایش خواسته به معنای اضافه کردن خواسته ای به خواسته اولیه نبوده و اضافه کردن اجرت المثل به خلع ید پذیرفتنی نیست.^۱ با این حال نظر غالب حقوقدانان و رویه قضایی، در راستای تأیید نظر اول قرار دارد.

در خصوص زمان افزایش خواسته، برخی از حقوقدانان معتقدند که خواهان فقط تا پایان اولین جلسه دادرسی حق افزایش خواسته خود را دارد و در جلسات بعدی این امکان برای خواهان وجود ندارد.^۲ اما موضع گیری قانون آیین دادرسی مدنی، حکایتی دگر دارد. چرا که به موجب ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی افزایش برخی از مصادیق خواسته، در اثنای دادرسی، پذیرفته شده و عبارت « اثنای دادرسی » ظهور در تمامی جلسات دادرسی دارد. ماده ۵۱۵ مقرر می دارد: « خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا بطور مستقل، جبران خسارات ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام تعهد را که به علت تقصیر خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید ...»

اما از آنجایی که افزایش خواسته بعنوان یک اصل در ماده ۹۸ پیش بینی شده و برای آن محدودیت زمانی قائل شده است بایستی بیان داشت که افزایش خواسته های چهار گانه موضوع ماده ۵۱۵ (خسارات دادرسی، تأخیر انجام تعهد، عدم انجام تعهد و اجرت المثل) جنبه استثنائی داشته و در اثنای دادرسی قابلیت الحاق به خواسته اصلی را دارند اما افزودن هر گونه خواسته دیگر به خواسته اولیه محدود و مقید به شرایط ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی می باشد.

بدیهی است چنانچه خواهان، بعد از جلسه اول دادرسی بخواهد خواسته جدیدی را که از مصادیق ماده ۵۱۵ نباشند ولی با خواسته اولیه مرتبط باشد، مطرح نماید بایستی در قالب یک دادخواست حقوقی مستقل تقدیم مرجع صالح نماید و این مرجع بایستی با رعایت ماده ۶۴ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی، ناظر به ماده ۱۰۳ همان قانون، قرار رسیدگی توأمان صادر، وقت رسیدگی واحدی تعیین و رسیدگی قضایی لازم را معمول دارد. لذا خواهان یا وکیل وی به هیچوجه حق افزایش بهای خواسته را ندارد. چرا که اولاً، افزایش بهای خواسته، به هیچ وجه محمل قانونی ندارد و ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً افزایش خواسته را با رعایت شرایط خاص تجویز نموده است نه افزایش بهای خواسته را، در حالی که بین خواسته و بهای خواسته

۱- مردانی، نادر و بهشتی، محمد جواد، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰، ص ۲۸
۲- ابهری، حمید، « حقوق و تکالیف خواهان در اولین جلسه دادرسی »، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، دوره ۲۸، شماره ۱، ص ۶.



تفاوتی بنیادین وجود دارد. لذا سکوت قانونگذار در مورد افزایش بهای خواسته از سوی خواهان، سکوتی آفرینشی و زاینده است. چنین سکوتی آفریننده این معناست که افزایش بهای خواسته از سوی خواهان، ممنوع و هر گونه تغییر در بهای خواسته، در انحصار دادگاه (و کارشناس) است. ثانیاً: دعوی، پس از طرح، در مالکیت مشترک اصحاب دعوی قرار می‌گیرد^۱ و خواهان، دیگر نمی‌تواند از این مالکیت مشترک، سوء استفاده نموده و بدون هیچگونه مجوز قانونی، نسبت به افزایش بهای خواسته اقدام نماید.

متأسفانه، رویه غالب محاکم این است که اختیار افزایش بهای خواسته به خواهان داده می‌شود و همین امر سبب تعطیلی حکم ماده ۶۳ قانون جدید می‌گردد. اما برخی از محاکم، به این اصول حقوقی و نظر قانونگذار احترام ویژه‌ای قائل اند و هرگز حق افزایش بهای خواسته را به خواهان نمی‌دهند. بدیهی است اگر اختیار افزایش بهای خواسته را به خواهان بدهیم، بایستی اختیار کاهش بهای خواسته را نیز به وی بدهیم و اگر خواهان حق داشته باشد بهای خواسته خود را در تمامی مراحل دادرسی کم کند، چه نتیجه‌ای به بار خواهد آمد؟ پر واضح است که اگر جهت گیری تصمیم قضایی در راستای ادعای خواهان باشد، او از این حق خود سوء استفاده کرده و با تقلیل بهای خواسته در آخرین جلسه دادرسی، تصمیم دادگاه را غیر قابل تجدید نظر می‌سازد، چنین امری سبب می‌شود تا خواننده دعوی از امتیاز دو درجه‌ای بودن رسیدگی ماهوی محروم گردد. حال آیا چنین دهشی با اصل انصاف و عدالت، سازگاری دارد؟ مطلقاً خیر. تنها موردی که اختیار کاهش بهای خواسته برای خواهان وجود دارد، این است که خواسته وجه نقد (وجه رایج) باشد. در این صورت اگر خواهان بخواهد اصل خواسته خود را تقلیل دهد، تقلیل اصل خواسته ملازمه با تقلیل بهای آن دارد. چرا که در این فرض، خواسته پولی، دارای کنش دو سویه است و هم به اصل خواسته ربط دارد و هم به بهای آن.

متأسفانه اختلاف رویه قضایی در خصوص مفاهیم خواسته و بهای آن و امکان یا عدم امکان افزایش یا کاهش بهای خواسته، در قالب رأی قاطع جلوه گر نمی‌شود تا مجالی برای هنر نمایی دیوانعالی کشور در مقام صدور رأی وحدت رویه باشد. به ناچار باید اندیشه‌ای نو عرضه کرد و به انتظار حرکت کند و آرام رویه قضایی نماند.

۱،۲. **تغییر خواسته:** منظور از تغییر خواسته، تغییر موضوع دعوی، با حفظ منشاء (سبب) است و این تغییر نیز ضرورتاً بایستی تا پایان اولین جلسه دادرسی باشد. یکی از قواعد شناخته شده دادرسی، قاعده منع تغییر دعوی است. این قاعده که منشاء آن از حقوق روم است به طرفین دعوی فرصت لازم را میدهد تا به



موضوع دعوی پی برده و در طی جلسات دادرسی، خود را برای دفاع آماده سازند. این قاعده با اصل اولویت نقش اصحاب دعوی یعنی همان طریقه اتهامی به خوبی مطابقت دارد و در واقع یکی از نتایج قهری آنست^۱.

منع تغییر دعوی سبب می شود تا هر یک از اصحاب دعوی (بویژه خواهان) نتوانند با تغییر خواسته و معرفی خواسته جدید، از گردش طبیعی دادرسی جلوگیری کرده و به اطلاع دادرسی دامن زند. از طرفی دیگر تغییر دعوی از مجرای تغییر خواسته سبب می شود تا نظم و ترتیب دادرسی در هم ریزد و از مهار دادرسی خارج شود. در توجیه این فلسفه، قانونگذار صرفاً تغییر دعوی را از مجرای تغییر خواسته، با حفظ منشاء اولیه، آنهم تا پایان اولین جلسه دادرسی پذیرفته و از تغییر آن در جلسات بعدی به شدت بر حذر می دارد. دلیل پذیرش تغییر خواسته تا پایان جلسه اول دادرسی با حفظ منشاء، این است که دادرسی هنوز آراستگی کامل را به دست نیاورده و بعد از جلسه اول دادرسی، آهسته و پیوسته به نظم و ترتیب اصولی می رسد و در مهار کامل دادرسی قرار میگیرد.

یکی از حقوقدانان برای تغییر خواسته، مثالی زده اند که پذیرش آن در خور تأمل است. (این مثال به دلیل بار حقوقی آن عیناً نقل می شود). مثال: خریدار بعد از بیع، متوجه می شود که مبیع، معیوب است. دعوایی به خواسته مطالبه ارزش علیه فروشنده اقامه می کند. قبل از جلسه اول دادرسی به این نتیجه می رسد که فسخ معامله، بیشتر به نفع اوست. در جلسه اول خواسته خود را به فسخ بیع به دلیل خیار عیب تغییر می دهد. در اینجا منشاء دو دعوی، وجود عیب، ولی موضوع و خواسته آنها متفاوت است. موضوع یکی فسخ معامله و موضوع دیگری گرفتن ارزش است^۲.

به نظر می رسد که این مثال، واجد ایراد بوده و تغییر خواسته به این کیفیت به هیچوجه صورت نپذیرد. چرا که از حیث تحلیل حقوقی و مبانی فقهی، چنانچه مبیع، معیوب باشد، مشتری در قبول مبیع معیوب با اخذ ارزش یا فسخ معامله مختار است.

ماده ۴۲۲ ق.م. در این خصوص مقرر می دارد: «اگر بعد از معامله، ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارزش یا فسخ معامله.»

بنابراین؛ وقتی مشتری، دادخواست مطالبه ارزش تقدیم مرجع قضایی نمود، این امر به منزله قبول مبیع معیوب و اسقاط ضمنی حق فسخ و التزام به بیع است. حال در چنین حالتی که معامله از حالت خیار بودن خارج شد، دیگر حق تغییر خواسته از «مطالبه ارزش» به «اعلان فسخ معامله» را ندارد. به عبارت دیگر،

۱- صدرزاده افشار، پیشین، ص ۱۸۱

۲- مولودی، محمد، پیشین، ص ۲۸۸



در چنین فرضی، تغییر خواسته به کیفیت مطروحه امکان پذیر نیست. اما عکس آن می تواند مصداق بارز تغییر خواسته باشد. بعنوان مثال، چنانچه خواهان، بدواً به علت تحقق عیب در مبیع، دادخواست اعلان فسخ معامله تقدیم مرجع قضایی نماید سپس در جلسه اول دادرسی از حق فسخ خویش صرف نظر نماید و به اعتدالت التزام به بیع، صرفاً خواستار مطالبه ی ارزش گردد، چنین فرضی تحت عنوان تغییر خواسته، پذیرفتنی است و با هیچ منع قانونی نیز مواجه نمی شود.

۱،۳. **تغییر نحوی دعوی:** برخی از حقوقدانان، این عبارت را عبارتی مبهم می پندارند و معتقدند که آنچه به این ابهام، بیشتر دامن می زند قید کلمه غیر حقوقی «نحوه» است. به درستی مشخص نیست که نحوه دعوی چیست و چه چیزی تغییر در نحوه دعوی محسوب می شود^۱. برخی دیگر از حقوقدانان، معتقدند که منظور از تغییر نحوه دعوی، امور و مسائلی مانند سبب و منشاء دعوی می باشد^۲.

درباره تعریف سبب (منشاء) و ماهیت حقوقی آن، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند که سبب دعوی، عملی یا واقعه حقوقی است که مبنا و اساس حق مورد مطالبه را تشکیل می دهد^۳. برخی دیگر از حقوقدانان سبب دعوی را تحت عنوان «مستند قانونی حق موضوع دعوی» تعبیر کرده اند^۴.

به هر حال، صرف نظر از هر گونه استدلالی که در باب سبب ارائه می شود، آنچه حائز اهمیت است اینکه تغییر نحوه دعوی به هیچوجه تغییر خواسته محسوب نمی شود. بنابراین؛ به فرض پذیرش عنوان «نحوه دعوی» با مفهوم «سبب و منشاء دعوی»، اصل خواسته به قوت خود باقی است و صرفاً منشاء دعوی تغییر می یابد. به عنوان مثال، خواهان می تواند تقاضای تخلیه مستأجر را به علت عدم پرداخت اجاره بها بنماید و سپس در اولین جلسه دادرسی، نحوه یا منشاء دعوی خویش را از عدم پرداخت اجاره بها به نیاز شخصی اش تغییر و به تعقیب همان خواسته اولیه بپردازد. پرسشی که در این قسمت، مطرح می شود این است که اگر تغییر نحوه دعوی، همان تغییر سبب یا منشاء اولیه باشد، چگونه این تفسیر با منطوق صریح ماده ۹۸ قابل جمع است؟ به موجب ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، تغییر نحوه دعوی در صورتی ممکن است که با دعوی اولیه، مربوط بوده و منشاء واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه دادرسی باشد. به عبارت دیگر، برای تغییر نحوه دعوی، به همراه تغییر خواسته و افزایش خواسته، اجتماع ۳ شرط، لازم است:

۱- مربوط بودن با دعوی اولیه ۲- داشتن منشاء واحد با دعوی اولیه ۳- طرح آن تا پایان اولین جلسه دادرسی.

حال اگر تغییر نحوه دعوی را همانا تغییر منشاء دعوی بدانیم آیا این تفسیر در تضادی آشکار با ماده ۹۸

۱- متین دفتری، احمد، پیشین، ص ۳۲۵

۲- مولودی، پیشین، ص ۲۸۷ و ابهری، پیشین «۱۳۸۷»، ص ۸

۳- کاتوزیان، ناصر، اعتبار قضیه محکوم بها در امور مدنی، تهران انتشارات مدرسه عالی بیمه ایران، ۱۳۵۴، ص ۲۲۶

۴- احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط، جلد ۲، شماره ۳۷۴: به نقل از کاتوزیان، پیشین، پاورقی ص ۲۲۶



نیست، آیا چنین تفسیری به منزله رخنه در شرایط سه گانه ماده ۹۸ نمی باشد. قطعاً چنین است. بنابراین به نظر می رسد منظور قانونگذار، از تغییر نحوه دعوی، تغییر منشأ یا سبب دعوی نیست بلکه تغییر نحوه دعوی همانا تغییر مستند قانونی حق موضوع دعوی باشد، این اندیشه سبب می شود تا هم نگاه قانونگذار، به دیده احترام نگریسته شود و هم محملی برای مفهوم «نحوه دعوی» یافت شود.

۱,۴. تغییر در خواست: قانونگذار در ماده ۹۸، خواسته و درخواست را جداگانه مطرح کرده و این تفکیک، مسبوq به سابقه در همین قانون است. چرا که ماده ۵۱ ق.آ.د.م نیز در مبحث شرایط دادخواست، در بند ۳، از واژه «خواسته» و در بند ۵، از واژه «درخواست» استفاده کرد. برخی از حقوقدانان، در توجیه این تفکیک، معتقدند که منظور از خواسته، موضوع اصلی اختلاف و منظور از درخواست، امور فرعی یا متفرعات دعوی مثل مطالبه اجور یا خسارت دادرسی یا تأمین خواسته و از این قبیل است^۱. اما برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که از لحاظ لغوی میان خواسته و درخواست تفاوتی وجود ندارد و از لحاظ اصطلاحی نیز توجیهاتی که برای تمایز این دو صورت گرفته ناکافی و بلکه نادرست است. تفکیک خواسته و درخواست از سوی مقنن، بویژه در ماده ۵۱، ناشی از مسامحه و اشتباه می باشد^۲. از حیث تحلیل حقوقی، استنتاج حقوقدانان اخیر، توجیه منطقی تری دارد، چرا که اولاً به موجب بند ۵ ماده ۵۱، قید درخواست، یکی از شرایط شکلی تنظیم دادخواست است و عدم تصریح آن در دادخواست، ضرورتاً از موجبات نقص آن و مآلاً اخطار رفع نقص است. بر این اساس، خواهان مکلف است علاوه بر تعیین خواسته و بهای آن در دادخواست، درخواست دیگری را (به تجویز بند ۵) مطرح نماید. یعنی؛ طرح در خواست هایی از قبیل تأمین خواسته، دستور موقت و یا متفرعات دعوی، الزامی است و الا دادخواست، ناقص و مستلزم رد است. در حالی که هیچکس نمی تواند خواهان را مکلف به مطالبه متفرعات دعوی یا درخواست تأمین خواسته، دستور موقت و ... بنماید.

ثانیاً، هیچ یک از دفاتر دادگاهها یا نهادهای شبه قضایی، به علت قید نشدن درخواست های موضوع بند ۵ ماده ۵۱ برای خواهان، اخطار رفع نقص صادر نمی کنند و توجیه آنان این است که خواسته و درخواست، همنوایی کامل دارند و به هیچ وجه ماهیت مجزی و مستقلی ندارند تا مستلزم رفع نقص باشد. بنابراین؛ به نظر می رسد تفکیک عناوین «خواسته» و «درخواست»، مبتنی بر مسامحه و بی توجهی قانونگذار باشد نه نگرشی خردزا و هوشمندانه.

۱,۵. کاهش خواسته: در خصوص ماهیت حقوقی کاهش خواسته نیز برخی از حقوقدانان معتقدند که

۱- متین دفتری، پیشین، ص ۳۳۳

۲- مولودی، پیشین، ص ۲۸۹ و مردانی و بهشتی، پیشین، صص ۳۱-۳۰



کاهش خواسته از لحاظ ماهیت، اصولاً دعوی یا ادعا محسوب نشده و نوعی استرداد جزئی خواسته یا دعوی است. لذا تکلیف آن از حیث آثار و تصمیم دادگاه، تابع ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی است. بنابراین، وقتی که خواسته اولیه خواهان مطالبه یک میلیون تومان وجه نقد بوده و قبل از جلسه اول، آنرا به پانصد هزار تومان کاهش دهد، در واقع دادخواست خود را نسبت به نصف خواسته، استرداد داشته و دادگاه باید به استناد بند الف ماده ۱۰۷، قرار ابطال دادخواست، صادر نماید^۱.

به موجب ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، خواهان برای کاهش خواسته خود هیچگونه محدودیت زمانی (دراثتای دادرسی) ندارد و می تواند خواسته خویش را در تمامی مراحل دادرسی تقلیل دهد. موضع گیری برخی از حقوقدانان در خصوص «تمامی مراحل دادرسی» این است که تمام مراحل دادرسی، شامل مراحل بدوی و تجدید نظر خواهی است لذا تقلیل خواسته در مرحله ی فرجامی مجاز نمی باشد زیرا در مرحله رسیدگی فرجامی دادرسی به معنی خاص کلمه صورت نمی گیرد^۲. اما برخی دیگر از حقوقدانان، از اطلاق عبارت «تمام مراحل دادرسی» مرحله فرجامی را نیز یکی از مراحل دادرسی می دانند و حق کاهش خواسته را برای خواهان در مرحله فرجامی به رسمیت می شناسند و معتقدند که دیوان عالی کشور، پس از نقض رأی صادره، پرونده را جهت اتخاذ تصمیم شایسته، به شعبه هم عرض ارجاع خواهد داد^۳. نظر اخیر با اصول حقوقی و صراحت ماده ۹۸، انطباق بیشتری دارد. چرا که مرحله فرجامی یکی از مراحل دادرسی (ولو شکلی) می باشد و در این مرحله دادرسی نیز در مورد خاصی دعوت اصحاب دعوی (به مانند محاکم تالی) پیش بینی شده است.

همان گونه که در ابتدای این بحث، بیان شد، برخی از حقوقدانان، ماهیت حقوقی کاهش خواسته را استرداد جزئی دادخواست یا دعوی دانسته و آن را از حیث آثار و تصمیم دادگاه، تابع ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی می دانند. بدیهی است طبق این اندیشه چنانچه خواهان، تا پایان جلسه اول دادرسی، خواسته خود را تقلیل دهد دادگاه قرار ابطال دادخواست صادر می کند و چنانچه خواهان، قبل از اتمام دادرسی، خواسته خود را تقلیل دهد، دادگاه قرار رد دعوی صادر می کند. مطابق این نظر، کاهش خواسته پس از ختم مذاکرات و قبل از صدور حکم، مشروط به رضایت خوانده یا صرفنظر از آن به طور کلی است^۴. در این صورت دادگاه قرار سقوط دعوی صادر می کند.

بدیهی است در دو قسمت اول، یعنی ابطال دادخواست یا رد دعوی، خواهان با چالشی اساسی مواجه

۱- مولودی، پیشین، ص ۲۸۵

۲- شمس، پیشین، ص ۱۶۵

۳- ابهری، پیشین، ص ۵

۴- مولودی، پیشین، ص ۲۸۶



نمی شود چرا که قرارهای مزبور اعتبار امر مختومه ندارند و تجدید مطلع دعوی و طرح مجدد خواسته تقلیل یافته، امکان پذیر است اما در خصوص قرار سقوط دعوی، خواهان با مشکلی اساسی روبرو می شود و تجدید مطلع دعوی (در صورت قطعیت قرار مزبور) امکان پذیر نمی باشد.

از طرف دیگر طبق نظریه فوق، تقلیل خواسته پس از ختم مذاکرات طرفین، مشروط به رضایت خوانده یا صرفنظر کردن خواهان از آن به طور کلی است، در حالی که کاهش خواسته در تمامی مراحل دادرسی، از حقوق بی قید و شرط خواهان است و حتی بعد از ختم مذاکرات طرفین نیز حق کاهش خواسته برای خواهان محفوظ است و اساساً نیازی به رضایت خوانده یا انصراف کلی از آن توسط خواهان نیست. رویه غالب قضایی نیز این است که کاهش خواسته را استرداد تلقی نمی کنند در نتیجه هیچگونه تصمیم قاطعی نسبت به اتخاذ آن نمی کنند و اینگونه می پندارند که خواسته خواهان، از ابتدا به همین میزان تقلیل یافته بوده است. بنابراین، کاهش خواسته، ماهیتی جدا از استرداد آن دارد.

کاهش خواسته نیز به مانند افزایش خواسته، به دو صورت متجلی می شود. این تقلیل، ممکن است از جنس خواسته اول یا غیر جنس خواسته اول باشد. به عنوان مثال، چنانچه خواهان، خواسته خود را از عنوان «خلع ید از شش دانگ پلاک ثبتی ۱۱۱ فرعی از ۲ اصلی، به خلع ید از ۳ دانگ پلاک فوق» تقلیل دهد و یا خواسته خود را از مطالبه سی میلیون ریال به ده میلیون ریال کاهش دهد و یا اینکه خواسته اولیه وی خلع ید و مطالبه اجرت المثل باشد سپس مطالبه اجرت المثل را از خلع ید بکاهد، در هر سه صورت کاهش خواسته صورت پذیرفته با این تفاوت که در دو مثال اولی، کاهش خواسته از جنس خواسته اولیه می باشد و در مثال سوم، کاهش خواسته از غیر جنس خواسته اول است، چرا که خواسته «اجرت المثل» حذف و خواسته دیگر، «خلع ید» به صورت تمام عیار باقی است.

بدیهی است در مثال اخیر، خواسته های خواهان، واجد هویت مستقلی هستند. به عنوان مثال، هم دعوی خلع ید و هم مطالبه اجرت المثل هر دو مستقلاً و در لوای یک دادرسی مدنی مجزی قابلیت طرح و رسیدگی را دارند. بنابراین اگر دعوی مطالبه اجرت المثل، مستقلاً مطرح می شد و خواهان از این خواسته صرفنظر می کرد، قطعاً نام چنین انصرافی، تقلیل خواسته نبود چرا که این انصراف، مستغرق در تمام خواسته است. اما چنانچه این خواسته به انضمام خواسته دیگری مطرح گردد، تا حدودی از دامنه استقلال آن کاسته می شود. در نتیجه می توان عنوان تقلیل خواسته را به آن اطلاق نمود. بنابراین در مقوله کاهش خواسته، خواسته تقلیل یافته، ممکن است از جنس خواسته اولی باشد یا غیر متجانس با آن.

کمیسیون مشورتی حوزه معاونت آموزش قوه قضاییه، در پاسخ به این سوال که «اگر در دادخواست خلع





ید نسبت به ششدانگ یک قطعه زمین، در جلسه چندم دادرسی، خواهان تقاضای خلع ید نسبت به یک دانگ از زمین موضوع خواسته را کند، براساس ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، این امر کاهش خواسته تلقی می شود یا تغییر خواسته؟» چنین اظهار نظر نموده است «...کم کردن خواسته، در جایی است که خواسته قابلیت تقلیل را داشته باشد. فی المثل، ابتدا در دادخواست مبلغ معینی مطالبه شود بعداً به مبلغ کمتری تقلیل داده شود یا اینکه دعوی به خواسته خلع یداز مساحت معینی از زمین اقامه شود بعداً مساحت آن تقلیل داده شود. در مورد مطروحه که ابتدا دعوی به خواسته خلع ید نسبت به ششدانگ یک قطعه زمین اقامه شده، تقاضای خلع ید خواهان، نسبت به یک دانگ مشاع زمین، از مقوله تغییر خواسته است که بر اساس ماده ۹۸ قانون، صرفاً تا پایان اولین جلسه دادرسی ممکن است ...» همان گونه که از پاسخ کمیسیون فوق پیدا است، این مرجع در پاسخ به سوال، دچار نوعی تناقض گویی گشته و گرفتار الفاظ شده است. چرا که در دعوی خلع ید اولی، تقلیل مساحت معین را از مصادیق کاهش خواسته می داند و در تمامی مراحل دادرسی، اختیار خواهان برای کاهش مساحت، محفوظ است اما تقلیل ششدانگ به یکدانگ همان پلاک را تغییر خواسته دانسته و در حصار تنگ جلسه اول دادرسی محدود می کند نه تقلیل خواسته. مگر غیر از این است که ششدانگ وصفی است برای مجموع مساحت ملک و یک دانگ هم $\frac{1}{6}$ مجموع مساحت همان ملک است؟ پس چرا تقلیل مساحت، جزء تقلیل خواسته می باشد اما تقلیل ۶ دانگ (که توصیف دیگر مساحت است)، تقلیل خواسته محسوب نمی شود؟ از طرفی، اگر صورت مسأله را وارونه کنیم (یعنی؛ سوال شود که خواسته یک دانگ همان پلاک را به ششدانگ تبدیل نماید)، باز تغییر خواسته است یا افزایش خواسته؟ قطعاً پاسخی جز افزایش خواسته به پرسش اخیر و تقلیل خواسته به پرسش اول، پاسخ دیگری نمی توان داد.

نکته مهمی که در خصوص ماده ۹۸ ق.آ.د.م و تمامی مصادیق مندرج در آن وجود دارد اینکه چنانچه خواهان بخواهد در جلسه اول دادرسی، خواسته خود را افزایش دهد یا خواسته یا نحوه دعوی خود را تغییر دهد، طبق اصل مسلم حقوقی (اصل تناظر)، چنین تغییراتی بایستی به خواننده دعوی ابلاغ گردد تا او نسبت به تغییرات یاد شده و چالش های حقوقی پیرامون آن، امکان دفاع داشته باشد.^۱ اما در خصوص کاهش خواسته، موضوع محل تأمل است. کمیسیون مشورتی معاونت آموزش قوه قضاییه، در نظریه ای اعلام داشته است که تقلیل خواسته از سوی خواهان، نیازی به ابلاغ به طرف دعوی ندارد.^۲ اما به نظر

۱- معاونت آموزشی قوه قضاییه، مجموعه نشست های قضایی «مسائل آیین دادرسی مدنی»، قم، نشر قضا، ۱۳۸۶، ص ۲۹۸

۲- برای دیدن مفهوم اصل تناظر، رک: شمس، عبدالله، اصل تناظر، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی شماره ۳۶-۳۵، صص ۸۶-۵۹ و همان نویسنده، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ سوم، نشر میزان تهران، زمستان ۱۳۸۱، صفحات ۲۰۱ و ۲۷۹

۳- معاونت آموزش قوه قضاییه، پیشین، ص ۲۹۱



می رسد که تقلیل خواسته نیز مستلزم ابلاغ به طرف دعوی باشد. به عنوان مثال، چنانچه خواهان، خواسته اولیه خود را مطالبه مبلغ سه میلیون و یکصد هزار ریال عنوان نماید سپس در غیاب خوانده و به قصد محرومیت وی از تجدید نظر خواهی، آنرا به ۳ میلیون ریال تقلیل دهد، بدیهی است چنین تقلیلی به ضرر خوانده دعوی است. چرا که او در زمان طرح دعوی، حق تجدید نظر خواهی داشته ولی با تقلیل مقداری از خواسته (به میزان یکصد هزار ریال)، حق مکتسبه وی برای تجدید نظر خواهی نادیده گرفته می شود. بنابراین به نظر می رسد که تقلیل خواسته نیز بایستی به خوانده ابلاغ شود. مگر اینکه گفته شود ملاک تجدید نظر خواهی، تعیین خواسته یا بهای آن در زمان تقدیم دادخواست است که در اینصورت، برای تقلیل خواسته، نیازی به ابلاغ آن به خوانده دعوی نیست.

گفتار دوم: آثار تغییر خواسته یا نحوه دعوی نسبت به خوانده دعوی

اثر برجسته تعیین خواسته نسبت به خوانده دعوی این است که حوزه دفاعی وی را در دعاوی مدنی مشخص می کند. به عبارت دیگر تعیین دقیق خواسته سبب می شود تا خوانده دعوی جامعه دفاعی مناسبی برتن بپوشد و به موازنه هر ادعایی، دفاع متناسبی ارائه دهد. بدیهی است واکنش دفاعی خوانده معلول اراده خواهان است. اگر خواهان همان خواسته مصرح در دادخواست را تعقیب نماید، دفاع خوانده نیز در همان حوزه است و اگر خواهان در اجرای مواد ۹۸ و ۵۱۵ ق.آ.د.م مبادرت به افزایش یا کاهش خواسته یا تغییر خواسته یا درخواست یا تغییر نحوه دعوی نماید، عکس العمل دفاعی خوانده نیز به تناسب اراده خواهان، تغییر می یابد. به عنوان مثال چنانچه خواهان خواسته خود را افزایش دهد، خوانده دعوی ناگزیر است تا برای تدارک دفاع نسبت به خواسته اولیه و خواسته افزایش یافته، با آمادگی کامل رهسپار مرجع عدالت شود و به دفاع بپردازد.

بدیهی است واکنش دفاعی خوانده، در خصوص افزایش خواسته به تناسب موضوع افزایش یافته، متفاوت خواهد بود. چنانچه افزایش خواسته از جنس خواسته اول باشد، دفاع خوانده، همسو با ادله ایست که سابقاً تدارک دفاع آنها را نموده است اما اگر افزایش خواسته از غیر جنس خواسته اول باشد، ممکن است رویکرد دفاعی خوانده کاملاً رویکردی جدید و نوین باشد. به عنوان مثال، چنانچه خواهان، خواسته خود را از مطالبه مبلغ ده میلیون ریال به یکصد میلیون ریال افزایش دهد، خوانده مجبور است برای مبلغ الحاقی، اسناد و مدارکی همسو با اسناد اولی ارائه نماید اما چنانچه خواهان، در کنار خواسته اولی مثلاً (خلع ید)، خواسته دیگری تحت عنوان قلع و قمع بنا یا اجرت المثل را اضافه نماید، به لحاظ اینکه خواسته های جدید از غیر جنس خواسته اولی می باشند، رویکرد دفاعی خوانده نیز جدید خواهد بود و ممکن است انطباقی با سیستم



دفاعی قبلی نداشته باشد. در خصوص کاهش خواسته نیز وضع به همین منوال است. به نحوی که اگر خواسته تقلیل یافته از جنس خواسته یا از غیر جنس آن باشد، واکنش دفاعی خواننده متفاوت خواهد بود. اما در خصوص تغییر خواسته و تغییر نحوی دعوی، وضع به گونه ای دیگر است. چرا که - همانگونه قبلاً بیان شد - تغییر خواسته، همانا تغییر موضوع دعوی، با حفظ منشأ (سبب) است و تغییر نحوه دعوی نیز حفظ همان خواسته، با تغییر منشأ و سبب می باشد. تفاوت این دو مفهوم، در قالب مثالی هویدا می شود. به عنوان مثال؛ در مبحث تغییر خواسته، شخص خواهان، بدواً در دادخواست تقدیمی، خواسته ای تحت عنوان خلع ید غاصبانه به طرفیت خواننده مطرح می کند و سپس خواسته خود را تغییر و به مطالبه اجرت المثل ایام تصرف غاصبانه تغییر می دهد. (در هر دوخواست منشأ دعوی، عنصر غصب می باشد) اما در مبحث تغییر نحوه دعوی، شخص خواهان ضمن پای بندی به همان خواسته اولیه، سبب (منشأ) دعوی خود را تغییر می دهد به عنوان مثال، شخص خواهان، به علت تخلف مستاجر و تأخیر در پرداخت اجاره بها درخواست تخلیه وی را می نماید اما، در جلسه اول دادرسی، مبنای درخواست خود را از تخلف مستاجر به نیاز شخصی، تغییر می دهد.

در هر حال، عمل خواهان، سبب عکس العمل جدید خواننده دعوی می شود و وی را در موضعی انفعالی قرار می دهد. در برخی از موارد، واکنش دفاعی خواننده دعوی، در قالب طرح دعوی تقابل، ظهور و بروز می کند. برخی از حقوقدانان، با پذیرش دعوی تقابل به عنوان یک سیستم دفاعی، معتقدند که در این روش دفاعی، خواننده به منظور پاسخگویی به ماهیت دعوی، دعوی جداگانه ای مطرح می کند که گاه هدف آن فقط پاسخ به دعوی خواهان است و گاه چیزی علاوه بر رد دعوی اصلی از دادگاه مطالبه می کند^۱. برخی دیگر از اندیشمندان حقوقی، معتقدند که دعوی تقابل، دفاعی است که جامه ادعا به تن دارد و از تشریفات دعوی اصلی پیروی می کند. با وجود این، دعوی تقابل، دفاع ساده نیست. دفاعی آمیخته با حمله است که اگر پذیرفته شود، علاوه بر رد ادعای خود، او را در موضعی انفعالی قرار می دهد و موفقیت حقوقی جدیدی پدید می آورد^۲. به هر حال، آفرینش دعوی تقابل نیز معلول خواسته ای است که خواهان در دعوی اصلی، داعیه مطالبه آنرا دارد.

۱- واحدی، جواد، «دعوی متقابل»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ۱۳۷۰، شماره ۲، ص ۷
۲- غمامی، مجید، «دعوی متقابل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، شماره ۶۶، ص ۲۲۸



منابع و مأخذ

الف: کتب حقوقی:

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ چهارم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲
۲. صدرزاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (دوره سه جلدی)، چاپ سوم، نشر ماجد، تهران، ۱۳۷۴
۳. کاتوزیان، ناصر، اعتبار قضیه محکوم بها در امور مدنی، چاپ سوم، انتشارات مدرسه عالی بیمه ایران، تهران، ۱۳۵۴
۴. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، (دوره دو جلدی) چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۱
۵. مردانی، نادر و بهشتی، محمدجواد، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۰
۶. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشستهای قضایی، (مسائل آیین دادرسی مدنی)، جلد ۲، چاپ اول، نشر قضا، قم، ۱۳۸۶

ب: مقالات حقوقی:

۱. ابهری، حمید، «حقوق و تکالیف خواهان دعوی در اولین جلسه دادرسی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱۳۸۷)، دوره ۳۸- شماره ۱، صص ۲۷-۱.
۲. شمس، عبدالله، «اصل تناظر» مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۸۱)، شماره ۳۶-۳۵، صص ۹۷-۵۹
۳. غمامی، مجید، «دعوی متقابل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، (۱۳۸۳)، شماره ۶۶، صص ۲۴۴-۲۲۵
۴. مولودی، محمد، «دعوی اضافی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱۳۸۱)، شماره ۵۸، صص ۲۹۹-۲۸۱
۵. واحدی، جواد، «دعوی متقابل»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، (۱۳۷۰)، ش ۲، صص ۲۹-۱



مفهوم شناسی "عدالت فقهی"

محمود شربتیان^۱

چکیده مطالب:

این مقاله تحقیقی است در ترسیم مفهوم عدالت فقهی که در بسیاری از ابواب فقهی و حقوقی همچون شهادت، قضاوت، زعامت و حکومت، تقلید و امامت و جماعت به عنوان شرط مقبولیت افراد مطرح است. این مبحث آنچنان که در ترسیم و تبیین از کتاب وسنت و بسیاری از قواعد عقلی و شرعی بهره می گیرد نتیجه آن نیز تأثیری بارز در ابواب مختلف فقه و نیز حوزه های عملی دارد.

مراحل اساسی مورد بحث در این نوشته عبارتند از بررسی مفهوم عدالت و عادل در لغت، همچنین بررسی آن در کلام فقهی متقدم و متاخر، تعیین ارکان اصلی آن و سپس بازشناسی ارکان عدالت فقهی. در انتها نیز نتایجی از مباحث مطرح شده ارائه گردیده است.

کلید واژگان:

عدالت فقهی - ملکه نفسانی - ترک کبائر - عدم اصرار بر صغائر - رعایت مروت.



مقدمه

- نقش سازنده عدالت در جامعه:

عدالت در اسلام از دویعد حائز اهمیت است.

۱- استحکام امور واحکام:

مسلم است در ابوابی مانند شهادت یا نقل روایت آن سکینه ورکونی که نسبت به قول عادل وجود دارد در غیر عادل وجود ونمود ندارد همچنین در باب قضاوت وحکومت و مرجعیت، تعهد عادل بر تبعیت از حکم شریعت تضمین شده تر است لذا جامعه تا دلیلی بر هدم عدالت نبیند قول وعمل ایشان را حتی بدون سوال وتحقیق، منطبق بر حکم شریعت کرده و حتی اگر بر خلاف میل نیز باشد از آن تبعیت می کند ودر نتیجه همه امور از استحکام و ثبات بر خوردار شده وشک وتردیدو اغتشاش ووپریش جای خود را به اعتماد و رکون می دهد.

عدالت نقش موثری هم در جلوگیری از خطا وهم منع افراد از عمل بر اساس خواست شخصی و تاثیر پذیری از امیال نفسانی دارد فرد عادل به خود اجازه نمی دهد که حرفی بر اساس وهم و ظن بیان کرده یا عملی را بر مبنایی غیر از شریعت انجام دهد. البته در عدم خطا علاوه بر عدالت، احاطه علمی نیز دخیل است ولی وجود عدالت نیز باعث دقت عمل وریز بینی در قول وفعل و توقف در شبهه خواهد بود .

۲- مقبولیت ومحبوبیت:

مسلم است که علاوه بر مسئله رکون، فرد عادل از محبوبیت بالاتری نیز بر خوردار است البته کارایی این محبوبیت در باب حاکم، مرجعیت وامامت جماعت بیشتر مورد توجه است عدالت به شخص ابهت و مقام معنوی خاص بخشیده و این محبوبیت ومقبولیت ایجاب تبعیت بالاتر را می کند تا اگر مردم از راه حکم و قانون به تبعیت واداشته نشوند از راه حب و دوستی به این امر روی آورند مردم باید حاکم و مرجع تقلید وامام جماعت را در عمل و منش بالاترو پاک تر خود بدانند تا عملاتحت تبعیت ایشان در آیند وگرنه عدم عدالت ایشان نه تنها مردم را از گرد آنها پراکنده می سازد بلکه چون ایشان به نوعی نماینده دین و جلوداران معنوی مردم محسوب می شوند فسق آنها مردم را از دین نیز گریزان می سازد.

- عدالت یک موضوع مستقل فقهی نیست بلکه به مثابه قاعده ایست که بر موضوعات مختلف سایه افکنده است. عدالت، موضوعی عام است که هم در فقه عبادات وهم معاملات جاری ومورد ابتلاست. عدالت فقهی مفهومی است که از دو شرط تشکیل می شود شرط اول آن که ترک کبیره و عدم اصرار بر صغیره است شرطی مطلق وشرط دوم یعنی مروره ومقبولیت عرفی، شرطی نسبی است. همچنین جعل مفهوم ومصادیق



آن کاملاً موضوعی و به دست شارع است همان گونه که جعل مواردی چون حجیت قول بینه که امری ظنی و اماره ای است جعلی شرعی می باشد بر خلاف امور علمی و یقینی که حجیتشان ذاتی است و نیاز به جعل ندارند.

عدالت موضوعی فقهی است هر چند که در تبیین بسیاری از مسائل نیازمند به بهره گیری از قواعد و اقوال اصولی می باشیم. عدالت فقهی موضوعاً از حوزه عدالت کلامی جداست و نیز مبحثی اخص از عدالت در حوزه اخلاق است.

عدالت در کتاب و سنت تنها از جنبه اعمال و اجرا مد نظر نیست بلکه صرف وجود و ثبوت نفسانی آن نیز لوازم و تالی تلوه‌های مهمی را به همراه دارد. هر چند که لازمه وجود ملکه عدالت آن است که شخص در اجرای عدالت (مانند منصب حکومت یا قضاوت) نیز موفق تر عمل کند اما در حوزه فقه گاه اصلاً جنبه اجرایی عدالت مد نظر نیست بلکه منطبق بودن افعال روزمرگی شخص بر حکم شرع و عقل خودایجاب کننده بعضی لوازم و احکام خاص است پس عادل بودن اعم از مجری عدالت بودن است ممکن است کسی در حوزه غیر از امارت و حکومت عادل بوده اما در منصب حکومت یا قضاوت از قدرت لازم در اجرای عدالت بر خوردار نباشد و ممکن است کسی در حوزه حکومت یا قضاوت بتواند اعمال عدالت بالایی داشته باشد اما در عین حال دارای عدالت به معنای خاص فقهی نباشد پس این دو نوع عدالت همیشه لازم و ملزوم یکدیگر نیستند هر چند که شرع عملاً حتی در بعد حکومت و قضاوت نیز عدالت خاص فقهی را نیز شرط دانسته است زیرا تنها بحث از اقتدار و توانایی نیست بلکه مقبولیت نیز مد نظر شرع است.

در مقاله حاضر تلاش بر این است تا با بررسی تعاریف ارائه شده از مقوله عدالت فقهی و کنکاش در قیود مهم این تعاریف، شناخت عمیق تری از این مفهوم اساسی بدست آوریم.

عدالت در لغت:

برخی دانشمندان علم لغت، عدالت را به معنای مساوات و برابری^۱ و برخی آن را بهمعنای استقامت، یعنی راست و موزون بودن دانسته‌اند^۲.

راغب می گوید: «عدالت و معادله دارای معنای مساوات و برابری است و در مقایسه میان اشیا به کار می‌رود... پس عدل، تقسیم نمودن به طور مساوی است»^۳. ابن منظور گفته است: «عدل هر آن چیزی است

۱- (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۳۲۵ طریحی مجمع البحرین؛ ج ۵، ص ۴۲۱؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۲۴۶؛ مألوف، المنجد، ص ۴۹۱)

۲- (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱، ص ۴۱۴؛ خوری شرتونی، اقرب الموارد، ج ۳، ص ۴۹۴)

۳- (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۳۲۵)



که فطرت انسان حکم به استقامت و درستی آن نماید^۱ نیز اهل لغت گفته‌اند: عدالت در مقابل ظلم و جور قرار دارد^۲ فراهیدی گفته است: «العدل نقيض الجور»^۳ فیومی می گوید: «عدل، میانه‌روی در کارهاست و آن، خلاف جور است»^۴ چراکه ظلم و جور در واقع خروج از توازن و برابری است. پس میان این معنا و معنای پیشین مغایرتی وجود ندارد.

مفهوم عدالت در فقه با آنچه در کتاب‌های فلسفی یا نظریه‌های عمومی در باره حقوق می‌آید تفاوت دارد، مفهوم فلسفی عدالت، یک مفهوم مجرد و نوعی است و عامل اعتقاد و پیروی از نظام حقوقی و اخلاقی خاص یا مذهب معین در آن اثر ندارد، به تفاوت مکتب‌ها یا ناشی از عقل است یا عادات و رسوم یا حکم دل و ندای وجدان، در حالیکه مفهوم شرعی عدالت، به اعتقاد مذهبی و احکام آن و به ویژه پرهیز از منهیات و آنچه در اصطلاح تقوی و احتراز از فسق نامیده می‌شود بستگی کامل دارد.^۵ پس برای آشنایی با مفهوم شرعی عدالت که باید تنها دنبال دیدگاه فقهای مسلمان باشیم تا ببینیم که عدالت در مفهوم شرعی آن کدامند

برخی فقهای امامیه گفته‌اند: عدالت در فقه معنای جداگانه‌ای ندارد؛ بلکه در همان معنای لغوی به کار رفته است^۶ مرحوم خوبی گفته است: «برای عدالت نه حقیقت شرعیه ثابت شده است و نه حقیقت متشرعه؛ بلکه عدالت (در شریعت) در همان معنای لغوی خود، یعنی درستی و عدم جور و انحراف به کار رفته است» (همان).

در مقابل، برخی فقها همچون شیخ طوسی و ابن‌ادریس معتقدند عدالت در شریعت معنای جداگانه‌ای مغایر با معنای لغوی دارد و به اصطلاح دارای حقیقت شرعیه یا متشرعه است^۷ به عنوان مثال، شیخ طوسی گفته است: «و أمّا فی الشریعة، فهو کلّ من كان عدلاً فی دینه، عدلاً فی مروته، عدلاً فی أحكامه»^۸ صاحب جواهر نیز گفته است: «حتی اگر قائل به حقیقت شرعیه در مورد لفظ عدالت نباشیم، بدون شک در آن مجاز شرعی تحقق یافته است و همین مقدار (برای اثبات معنای شرعی مغایر با معنای لغوی) کفایت می‌کند»^۹

۱- (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱، ص ۴۱۴).

۲- (فیومی، المصباح المنیر، ص ۳۹۶؛ ابن‌منظور، لسان العرب ج ۱، ص ۴۱۴؛ خوری شرتونی، اقرب الموارد، ج ۳، ص ۴۹۴؛ فراهیدی، کتاب العین، ج ۲، ص ۱۱۵۴).

۳- (همان).

۴- (فیومی، المصباح المنیر، ص ۳۹۶).

۵- (کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ص ۳۶-۳۹).

۶- (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۱۲، ص ۳۱۲؛ سزوار، مهذب الاحکام، ج ۱، ص ۴۳؛ موسوی خوبی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۵۴).

۷- (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۵۸؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۳، ص ۴۶۵).

۸- (طوسی، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۸، ص ۲۱۷).

۹- (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۳، ص ۴۶۵).





گرچه میان معنای فقهی و لغوی واژه عدالت تناسب وجود دارد، ولی از دقت در کلمات فقها و اهل لغت و نیز آیات و اخباری که پس از این در اصل بحث مطرح خواهد شد، چنین به دست می‌آید که عدالت در فقه دارای مفهومی خاص مغایر با معنای لغوی است؛ زیرا:

اولاً؛ نقطه مقابل عدالت در لغت، ظلم و جور است^۱ ولی نقطه مقابل عدالت در فقه، فسق است. مثلاً اگر حاکمی در عمل، عدالت را به‌طور کامل مراعات نماید و ظلم نکند، ولی از نظر اعتقادی فاسد باشد، به او از نظر لغت عادل گفته می‌شود؛ چراکه اهل لغت در مسئله عدالت برای اعتقاد نقشی قائل نیستند؛ ولی از دیدگاه فقه بر او عادل اطلاق نمی‌شود. پس میان مفهوم عدالت در فقه و لغت تفاوت اساسی وجود دارد. ثانیاً؛ واژه عدل و مشتقات آن در آیات فراوانی از قرآن کریم و نیز در روایات زیادی به کار رفته است. بنابراین اگر این واژه در زمان پیامبر(ص) در معنای خاص شرعی حقیقت نشده باشد، در زمان ائمه اطهار حقیقت متشرعه شده و از معنای لغوی خود خارج گردیده است. به هر حال، خواه مفهوم عدالت در فقه همان معنای لغوی آن باشد یا خیر، و خواه برای آن حقیقت شرعی یا مشترعه قائل باشیم یا خیر، عدالت در فقه دارای تعریفی خاص بوده و فقها برای آن قیودی را لحاظ نموده‌اند. همچنین اهل لغت معتقدند عدالت به معنای موزون بودن و درستی است، اما اینکه در شریعت به چه انسانی موزون و درست (عادل) می‌گویند و چه قیودی در درستی انسان نقش دارد، از حوزه کار اهل لغت بیرون است. از این رو حتی اگر مفهوم فقهی عدالت را مغایر با معنای لغوی آن ندانیم، باز هم بحث درباره مفهوم فقهی آن ضروری می‌باشد. لذا سخن صاحب جواهر بسیار بجاست که می‌گوید: «لو لم نقل بالحقیقه الشرعیه فیها فالمجاز الشرعی لا شک فی ثبوتہ و هو کاف»^۲

عدالت در دیدگاه فقها

فقه‌های عظام تعاریف مختلفی از عدالت ارائه کرده‌اند که در اینجا به ذکر آنها و رایه تحلیل و نقد نسبت به آنها می‌پردازیم. ترتیب این تعاریف بر اساس سیر تاریخی آنها ست و چنانکه می‌بینیم تعاریف آغازین بسیط و ساده‌اند اما رفته رفته دارای اجزای بیشتری می‌شوند.

تعریف اول: برخی عدالت را تعریف کرده‌اند به «حسن ظاهر» (منسوب به برخی قداما^۳، در این تعریف ظاهر الصلاح بودن را عدالت دانسته‌اند. یعنی همین که فردی ظاهرش مورد اطمینان باشد متصف به صفت

۱- (فراهدی، کتاب العین، ج ۲، ص ۱۵۴؛ فیومی، المصباح المنیر ص ۳۹۶؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۱، ص ۴۱۴).

۲- (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۳، ص ۴۶۵).

۳- (ر.ک انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۵).



عدالت خواهد بود. یعنی اگر انسان به ظاهر اعمال دینی بپردازد و ظاهر او موجب شک در مورد فسق او نشود، عادل خواهد بود.

تعریف دوم: «عدالت عبارت است از مسلمان بودن و عدم ظهور فسق». این تعریف نظر بعضی از علمای امامیه است^۱ و برخی از حنفیان نیز چنین دیدگاهی دارند^۲. به نظر این گروه اصل این است که افراد در حالت سلامت روحی و اخلاقی عادلند و فسق، حالتی است عارضی و اثباتش محتاج دلیل و همین که انسان، مسلمان باشد و فسقی از او ظاهر نشود، متصف به صفت عدالت خواهد بود. این تعریف با دیدگاه قانون مدنی قبل از انقلاب اسلامی تا اصلاحیه ۷۰/۱۴ ملائمت و سازگاری دارد، گرچه در آن قانون به جای شرط عدالت (و نه در تعریف عدالت) عدم اشتهار و معروفیت به فساد اخلاق آمده بود ولی به نظر می‌رسد که این شرط عبارت دیگری از همین تعریف دوم باشد.

مزیت این تعریف آن است که با اصل عملی ذکر شده در تعریف مطابقت دارد و با آن اصل تأیید می‌شود. اثر این تعریف و همچنین تعریف اول آن است که اولاً اثبات و احراز عدالت امری بسیار ساده و راحت خواهد بود. ثانیاً اکثر افراد جامعه اسلامی متصف به صفت عدالت می‌باشند و فرد عادل، نادر الوجود نخواهد بود. علت اینکه این تعاریف آثار فوق‌الذکر را دارد بدان جهت است که این تعاریف بدون قیود و اجزاء مندرج در تعاریف دیگر است.

تعریف سوم: «عدالت عبارت است از صرف ترک گناهان (کبیره و صغیره) یا فقط ترک کبائر». دیدگاه برخی از فقیهان امامیه^۳ و دیدگاه علمای شافعی مذهب^۴ و برخی از حنفی‌ها است^۵ در این تعریف صرف ترک، ملاک عدالت دانسته شده و به اینکه ناشی از ملکه باشد یا ناشی عدم از ابتلای فرد به معاصی باشد، اشاره‌ای نشده است و از اشاره نکردن به آن، چنین استنباط می‌شود که لازم نیست ترک کبائر از سر داشتن ملکه باشد، بلکه همین که فرد آن را به هر دلیل انجام ندهد، متصف به صفت عدالت خواهد بود. تفاوت اساسی این تعریف با دو تعریف پیشین در این است که این تعریف بر جنبه اثباتی قضیه تأکید کرده است. یعنی اینکه در تعاریف قبل صرف عدم فسق و... ملاک عدالت دانسته شد ولی در این تعریف اِتصاف به صفت اجتناب از گناهان، عدالت به حساب آمده است.

اثر این تعریف آن است که احراز عدالت به سادگی صورت می‌گیرد. زیرا قید ملکه را که احراز آن به شدت

۱- (طوسی؛ الخلاف، ج ۶ ص ۲۱۷؛ و نیز منسوب به ابن الجتید است: انصاری، مکاسب ج ۳، ص ۱۶۵)

۲- (کاسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۶ ص ۴۰۷ و ۴۰۸)

۳- (از قبیل ابن ادریس، السرایر الحاوی لتحریر الفتاوی ج ۲، ص ۲۱۷؛ ابن البراج و ابو صلاح حلبی، رش. مروارید، سلسله ینایع الفقیهیه)

۴- (شرینی، معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج ج ۴، ص ۴۲۷؛ رملی، نهایه المحتاج الی شرح المنهاج، ج ۸ ص ۲۹۴؛ سیوطی، الاشباه والنظائر، ج ۲، ص ۶۸۱)

۵- (ابن عابدین، ردالمحتار علی الدر المختار (معروف به حاشیه ابن عابدین) ج ۴، ص ۲۷۷؛ کاسانی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۶ ص ۴۸۸)





سخت است، ندارد. البته تعداد افراد مشمول این تعریف که عادل خواهند بود کمتر از تعداد افراد مشمول تعریف اول و دوم خواهند بود. دلیل دیگر برای اینکه احراز عدالت سهل تر صورت خواهد گرفت، آن است که پیچیدگی تعریف چهارم، پنجم و ششم را (که قید مروت را لازم می‌دانند) ندارد.

تعریف چهارم: عدالت عبارت است از «اجتناب از کبائر، حفظ از صغائر و محافظت بر مروت». این تعریف را علمای مالکی^۱ نیز فقهای حنبلی بیان کرده‌اند^۲ بر اساس این تعریف در تحقق عدالت سه قید لازم است. یکی عدم انجام گناه کبیره و دیگری حفظ از صغائر و سوم محافظت و داشتن مروت.

تفاوت تعریف چهارم با تعریف سوم در این است که در تعریف سوم عدم اصرار بر صغائر قید عدالت دانسته شده بود ولی در این تعریف حفظ خود از صغائر که عدم اصرار حکایت از دوام و استمرار دارد ولی حفظ از صغائر مرتبه ضعیف‌تری از آن است. تفاوت دیگر آنها در این است که در تعریف سوم قید مروت وجود ندارد ولی در این تعریف قید مروت لازم دانسته شده است. بر اساس این تعریف احراز عدالت سخت‌تر از تعاریف قبل ولی ساده‌تر از تعاریف بعدی است. اما اینکه بر اساس این تعریف، سخت‌تر از تعاریف قبل می‌توان عدالت را احراز کرد به دلیل قید مروت می‌باشد و اینکه ساده‌تر از تعاریف بعد، احراز عدالت صورت می‌گیرد به سبب این است که در تعاریف بعدی (پنجم و ششم) قید مروت نیز باید احراز شود. با توجه به این تعریف انسان برای متصف شدن به عدالت نیاز به چند صفت جزئی‌تر دارد ولی در تعاریف پیشین، اتصاف فرد به عدالت، با قیود کمتری تحقق پیدا می‌کرد. به عبارت دیگر با تکیه بر این تعریف، تعداد افراد کمتری مصداق عادل خواهند بود.

تعریف پنجم: عدالت عبارت است از «استقامت (عدم انجام گناه) فعلی که از سر ملکه و حالت پایدار درونی باشد»^۳. بر اساس این تعریف، صرف ترک گناه منجر به اتصاف فرد به عنوان عادل نمی‌شود. بلکه باید عدم ارتکاب معصیت ناشی از ملکه درونی باشد.

تفاوت این تعریف با تعریف ششم در این است که در تعریف ششم فقط بعث و وادار کردن ملکه به اجتناب از گناه، عدالت دانسته می‌شود ولی در این تعریف اجتناب فعلیت یافته از سر ملکه عدالت تلقی شده است (نه اجتناب مثلاً از باب عدم ابتلاء). و تفاوتش با تعریف سوم و چهارم در این است که در تعریف سوم و چهارم صرف ترک، ملاک عدالت به حساب آمده است در حالی که در این تعریف (تعریف پنجم)، ترک و اجتناب ناشی از ملکه، عدالت می‌باشد. بر خلاف تعریف سوم و چهارم که صرف ترک گناه را عدالت می‌دانست

۱- (زحیلی، المقوبات الشرعیه، ج ۴، ص ۲۷۶ القرافی، الذخیره، ج ۱، ص ۲۰۱ و ۲۲۳)

۲- (عبدالله ابن احمد المنی والشرح الکبیر، ج ۱۲، ص ۴۲).

۳- (شیخ مفید، المقننه، ص ۷۲۵؛ شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، ص ۲۱۷؛ همو، النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، ج ۲، ص ۵۲؛ حلی (محقق)، شرایع الاسلام فی المسائل الحلال والحرام، ج ۴، ص ۹۱۱).



این تعریف صرف ترک گناه را عدالت نمی‌داند بلکه عدم صدور گناه و معصیت را از سر حالت پایدار (ملکه) عدالت می‌داند. در واقع به نظر می‌رسد شأن و وظیفه این تعریف رفع اشکال ذکر شده در تعریف سوم و چهارم می‌باشد یعنی این تعریف بدین جهت بیان شده است که اشکال (صرف ترک گناه، عدالت نیست) را برطرف کند. در این تعریف احراز عدالت پیچیده‌تر و مشکل‌تر از تعاریف پیشین است. زیرا در آن قید ملکه آمده است، ولی احراز عدالت ساده‌تر از تعریف ششم صورت می‌گیرد زیرا در تعریف ششم قید مروت وجود دارد. همچنین بر اساس این تعریف، تعداد افراد عادل بیشتر از تعداد افراد عادل بر اساس تعریف ششم خواهد بود. زیرا برای اتصاف به عدالت در تعریف بعدی، قیود بیشتری لازم است بر خلاف این تعریف که قیود کمتری لازم دارد، زیرا هر چه قیود تعریف بیشتر باشد مصادیقش کمتر است.

تعریف ششم: عدالت «ملکه‌ای درونی و نفسانی است که فرد را بر تقوی و مروت وادار می‌کند». این تعریف نظر مشهور بین علمای امامیه، بعد از علامه یعنی از شهید اول به این سو است^۱

در این تعریف دو چیز دیده می‌شود: اولاً اصل عدالت ملکه‌ای درونی دانسته شده است؛ ثانیاً حالت فوق باید منجر به نمود و بروزی شود که در این تعریف تقوی (اجتناب از کبائر و عدم اصرار بر صغایر) و مروت، تظاهر و نمود آن حالت دانسته شده است. مزیت این تعریف آن است که محور تعریف عدالت، همان حالت درونی دانسته شده و تقوی (اجتناب از گناه) و مروت نتیجه آن حالت تلقی شده است. لذا اشکال اول وارد بر تعریف پنجم، بر این تعریف وارد نیست. ناگفته نماند مراد ما از ملکه، حالت ثابت، راسخ و پایدار درونی است.

ماهیت عدالت چیست؟

در مورد اینکه ماهیت عدالت چیست، ۳ نظریه وجود دارد:

- ۱- حسن ظاهر
- ۲- عدالت به معنای ملکه که باعث حفظ شخص از انجام گناه می‌شود هرچه در عمل و به ندرت از وی گناهی سرزند
- ۳- عدالت در معنای نفس الامر؛ که ملازم ملکه است اما فرق آن با مبحث دوم این است که به ندرت نیز هیچ فعل قادحی از انسان سر نمی‌زند.

حسن ظاهر نمی‌تواند دلیل بر عدالت باشد، هرچند از راههای احراز عدالت است. همچنین درست است که قوام عدالت حقیقی به ترک مطلق فعل قادح است لکن در مقوله احراز به عدم مشاهده و اطلاع بر قادح کفایت می‌شود زیرا اگر بخواهیم عدالت نفس الامری را ملاک بدانیم در این صورت باعث اختلال و

۱- (حلی (علامه)، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۲۹ شهید اول، القواعد والفوائد، ج ۲، ص ۲۵۰).



تعطیل یا عسر و حرج می شود چون علاوه بر آن که مصداق عادل در این معنا بسیار نایاب است کسی نیز نمی تواند از حقیقت امر و ملکات درونی یا حال و فعل افراد در همه حالات مطلع گردد بنابراین احراز عدالت به معنی عدم رویت یا اطلاع از فعل قاذح است در واقع احراز عدالت منوط به این است که دلیلی بر اینکه افعال قاذح از شخص سر می زند، وجود نداشته باشد که از راه عدم رویت یا شهادت یا شهرت به دست می آید.

زیرا همان گونه که احراز عدالت مبتنی بر ظاهر است فسق نیز بر گناه آشکار و ظاهری اطلاق شده و مبتنی بر آن می باشد مسلماً شخصی که اهل گناه و فسق آشکار است به مراتب عدالتش مخدوش تر است و فسق کسی که اصرار بر کبیره دارد بیشتر از غیر مصر است در نتیجه از نظر شرع، شرط در ظهور عدالت، عدم صدور گناه به طور نفس الامر نیست بلکه عدم رویت یا اطلاع است و شخصیت وحیا و شرم اشخاص در اظهار عملی معایب و عثرات و عدم اطلاع دیگران از وجود معصیت، عدالت منظور نظر شرع را تأمین می کند. اگر پرسیده شود که بین عدم ظهور فسق با احراز عدالت فرق وجود دارد یعنی عدم ظهور فسق مساوی با احراز عدالت نیست و آنچه عدالت نامیده می شود احراز است نه صرف عدم ظهور فسق، باید گفت که اگر ملاک ما در مسئله احراز، احراز عدالت نفس الامر بود این فرق را قبول داشتیم بنابراین چیزی که در مسئله احراز ظاهری وجود دارد همان عدم وقوف بر فسق است لکن نه به صرف شناخت، بلکه احراز عدالت که همان لازمه عدم مشاهده فسق است مبتنی بر گذشت زمان در حد لازم و معقول است بنابراین عدم علم به فسق در صدق احراز کافی است بدون اینکه قائل باشیم عدم علم به فسق مساوی با نفس عدالت است.

ارکان عدالت فقهی

با تعریفی که از عدالت ارایه شد معلوم گردید، ارکان عدالت در نظر فقهای امامیه علی الخصوص متأخرین از آنها شامل چند مورد است:

۱- ملکه درونی بودن ۲- عدم انجام کبائر ۳- عدم اصرار بر صغائر ۴- رعایت مروت

که در اینجا اجمالاً به توضیح هر کدام از اینها خواهیم پرداخت:

۱- ملکه درونی:

همچنان که در تعریف عدالت مشاهده کردیم، غالب فقهای متأخر عدالت را ملکه ای درونی تعریف نمودند که البته با مخالفت بسیاری دیگر روبرو شده است در ابتدا دلایل قایلین به ملکه بودن عدالت را بررسی می نمایم و سپس اشکالات مطروحه از سوی مخالفین را مورد نقد و بررسی قرار می دهیم:



الف) دلایل قائلین به ملکه بودن عدالت:

دلیل اول: اصل^۱ بدین معنا که اصل، عدم ترتب آثار عدالت بر صرف اجتناب عملی بدون حصول ملکه است؛ زیرا در اموری که عدالت شرط است، لازم است عدالت احراز شود؛ چراکه شک در شرط، مقتضی شک در مشروط می‌باشد. از این رو با صرف اجتناب عملی بدون ملکه، وجود شرط عدالت مشکوک خواهد بود و اصل، عدم ترتب آثار می‌باشد.

دلیل دوم: استقامت در جاده شریعت از دو حال بیرون نیست؛ زیرا این استقامت گاهی به صورت کیفیت راسخه در نفس است؛ به گونه‌ای که به سهولت قابل زوال نیست و گاهی به صورت حالت سریع‌الزوال است. روشن است قسم اول که ملکه نامیده می‌شود، عدالت است، اما قسم دوم عدالت نیست؛ چراکه برای هر شخص فاسق مسلمان، گاهی حالت استقامت پدید می‌آید، با اینکه چنین شخصی عادل شمرده نمی‌شود^۲. این دلیل، متین و مطابق با مرتکبات اذهان عقلا است؛ چراکه نزد عقلا صرف حال نفسانی زودگذر ارزشی ندارد؛ بلکه آنچه نزد آنها ارزش دارد، حالت‌های پایدار نفسانی است که از آن به ملکه تعبیر می‌کنیم. از این رو فقهای چونی مرحوم خوئی که به حسب ظاهر ملکه بودن عدالت را نپذیرفته‌اند، ولی در عین حال گفته‌اند: «صرف استقامت در جاده شریعت در تحقق عدالت کافی نیست؛ بلکه شرط است که این استقامت در جاده شریعت، مستمر باشد؛ به گونه‌ای که برای مکلف تبدیل به طبیعت ثانویه شود»^۳. روشن است که چنین چیزی، همان ملکه است و مقصود طرفداران ملکه، چیزی جز این نیست؛ چنانکه ایشان نیز در پایان سخن خود گفته‌اند: «و لعل ما ذکرناه من اعتبار الإستمرار فی مثل الواجبات و ترک المحرمات هو الذی اراده القائل بالملکه»^۴.

دلیل سوم: روایاتی که درباره عدالت شاهد وارد شده و در آنها اوصاف و عناوینی ذکر گردیده که جز بر دارنده ملکه عدالت تطبیق نمی‌کند؛ اوصافی همانند عفاف، ستر، صلاح و صیانت. از طرفی اجماع قائم بر این است که اوصاف یادشده علاوه بر عدالت در شاهد شرط نیست^۵. پس مقصود از اوصاف یادشده همان عدالت بوده و معلوم می‌شود عدالت از قبیل ملکه نفسانی است. به عنوان نمونه در روایت آمده است: «ابوبصیر عن ابي عبدالله (ع) قال: لا بأس بشهادة الضيف اذا كان عفيفاً صائماً»^۶.

۱- (انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۶):

۲- (سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۱، ص ۴۳).

۳- (همان)

۴- (همان، ص ۲۵۸).

۵- (همان: انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۷).

۶- (حر عاملی، وسائل الشیعة و مستدرکها، ج ۲، ص ۳۹۲).



ب) اشکالات مطروحه راجع به اخذ قید ملکه در تعریف عدالت و نقد و بررسی آنها:
فقه‌های بزرگی چون وحید بهبهانی، صاحب مفتاح الکرامه، صاحب جواهر و آیت الله خویی، ملکه بون عدالت را نپذیرفته و اشکالات فراوانی بر آن وارد نموده‌اند^۱
مهم‌ترین اشکالات مطرح شده بدین شرح است:

اشکال اول: مرحوم وحید بهبهانی در کتاب مصابیح الظلام گفته است: پدید آمدن ملکه ترک گناه نسبت به همه گناهان، آن هم به معنای صعوبت صدور گناه، نه استحاله آن، بر فرض تحقق، در افراد نادری از مردم محقق می‌شود؛ درحالی که عدالت مورد ابتلای عموم بوده و نیاز بدان در معاملات، ایقاعات و عبادات زیاد است. از این رو اگر عدالت ملکه باشد، حرج و اختلال نظام لازم می‌آید؛ درحالی که نه تنها یقین داریم در زمان پیامبر(ص) و ائمه اطهار(ع) کار بدین دشواری نبوده است، بلکه از بررسی اخبار فراوان برای ما یقین پیدا می‌شود که در مورد شاهد و امام جماعت، مطلب بدین سختی که طرفداران عدالت می‌گویند، نمی‌باشد^۲
صاحب جواهر در این زمینه توضیحات بیشتری داده و می‌گوید: بنابر اینکه عدالت از قبیل ملکه باشد، در مورد هیچ کس جز افرادی همانند مقدس اردبیلی و سید هاشم (بحرانی) نمی‌توان حکم به عدالت کرد؛ حتی در مورد آن دو نیز نمی‌توان حکم به عدالت نمود؛ زیرا چه کسی می‌تواند با اطمینان بگوید که در آن دو نسبت به هر معصیت ظاهر و باطنی ملکه‌ای بوده که صدور معصیت از آنها صعوبت داشته است:

بررسی: اشکال یادشده تمام به نظر نمی‌رسد؛ زیرا به طور کلی ملکات نفسانی، خواه عدالت باشد، خواه دیگر صفات نفسانی، ذومراتب اند؛ درحالی که از کلام وحید بهبهانی و صاحب جواهر این نکته به ذهن تداعی می‌کند که گویا ملکه ذومراتب نیست، بلکه دارای یک مرتبه، آن هم مرتبه عالی است. از این رو این اشکال را مطرح نموده‌اند که اگر عدالت ملکه باشد، جز در مورد افراد نادر نمی‌توان حکم به عدالت کسی نمود. این در حالی است که ملکه عدالت همانند سایر ملکات ذومراتب است؛ در نتیجه در تحقق عدالت، پایین‌ترین مرتبه آن کفایت می‌کند؛ چرا که بر مرتبه پایین ملکه نیز عدالت صدق می‌کند؛ چنان که در روایت عبدالله بن ابی یعفور، حسن ظاهر که مرکب از ترک کبائر و مواظبت بر نمازهای پنج‌گانه است، طریق و دلیل بر عدالت دانسته شده است.

شیخ انصاری نیز گفته است: مراتب ملکه در قوت و ضعف گوناگون است که آخرین مرحله آن، عصمت را به دنبال دارد. آنچه که در عدالت یا در مراتب آن معتبر است، حالتی است که در انسان پدید می‌آید و موجب می‌شود که در برخورد اولیه با گناه، شخص در برابر هوای نفس مقاومت نماید، گرچه پس از آن مغلوب

۱- (همان، ص ۱۴۴؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۳، ص ۴۸۸؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۲۷۰).
۲- (همان).



هوای نفس واقع شود. از این رو از صاحب ملکه عدالت نیز فراوان گناه کبیره صادر می شود.^۱ اشکال دوم: مرحوم حسینی عاملی، صاحب مفتاح الکرامه می گوید: فقها حکم می کنند که به هنگام صدور منافی عدالت از شخص، عدالتش زایل می شود؛ ولی به مجرد آنکه توبه نماید، عدالت او به حال اول خود باز می گردد. این امر با ملکه بودن عدالت منافات دارد؛ زیرا ملکه در یک لحظه ایجاد نمی شود. پس اینکه فقها می گویند به مجرد توبه عدالت عود می کند، دلیل بر این است که عدالت از قبیل ملکه نیست^۲

بررسی: این اشکال نیز تمام به نظر نمی رسد؛ زیرا گرچه بگوییم در اثر گناه کبیره، عدالت به طور حقیقی زایل می شود، ولی پشیمانی بر معصیت، حالت سابقه را که ملکه عدالت باشد، برمی گرداند؛ زیرا چنان که شیخ انصاری گفته است، خود ملکه در ایجاد پشیمانی بر گناه نقش دارد. در نتیجه حالت پشیمانی عین همان حالت نفسانی است که بالفعل مانع صدور معصیت می باشد^۳

وانگهی می توانیم بگوییم که توبه، حکم معصیت را رفع نموده و چنان می کند که گویا معصیتی واقع نشده است. در نتیجه گناه کبیره عدالت را به طور واقعی زایل می کند؛ ولی برگشت عدالت در اثر توبه، تعبدی خواهد بود^۴

امام خمینی اساساً گناه کبیره را زایل کننده حقیقی ملکه عدالت نمی داند؛ بلکه آن را زایل کننده حکمی می داند. ایشان می فرماید: «صفت عدالت در اثر ارتکاب کبائر بهنحو حکمی زایل می شود... صفت عدالت در اثر توبه عود می کند؛ در صورتی که ملکه عدالت باقی باشد»^۵ این کلام امام خمینی بدین معناست که صدور گناه ملازم با از بین رفتن ملکه عدالت نیست؛ بلکه ممکن است با وجود صدور گناه از شخص، ملکه عدالت در او همچنان باقی بوده، منتها مغلوب هوای نفس واقع شده باشد. بنابر این قول، زوال و عود ملکه عدالت، حقیقی نیست؛ بلکه حکمی بوده و اشکال صاحب مفتاح الکرامه وارد نخواهد بود.

بنابر این اشکالاتی که در مورد ملکه بودن عدالت مطرح شده، ناتمام بوده و وارد نمی باشد.

۲- عدم انجام کبائر

الف) مفهوم شرعی کبیره:

کبائر گناہانی هستند که مجازات آنها شدیدتر از دیگر گناہان است و نسبت به آنها صریحا وعده عذاب داده شده است وحتی اگر توبه نیز صورت بپذیرد بخشش آنها به آسانی صغایر نیست. در وجود عینی این

۱- (انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۷۶)

۲- (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۳۷۱).

۳- (انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۷۸).

۴- (همان).

۵- (خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۱۲).



تقسیم در شریعت جای شکی نیست زیرا با نگاهی به گناهان مختلف می توان به شدت وضعف آنها پی برد. قادحیت کبیره نسبت به عدالت، منوط به عقل و آگاهی و اختیار است و انجام گناه از روی جهل و نسیان و یا اضطراب نمی تواند قادح به عدالت باشد همچنانکه ترک گناه نیز اگر به خاطر خوف از قانون یا عدم قدرت بر انجام، یا نبود شرایط ارتکاب باشد عدالت محسوب نمی گردد زیرا در این حالت ملکه عدالت در شخص بوجود نخواهد آمد.

انسان غیر ممیز و مجنون به خاطر عدم قابلیت اختیار و انتخاب عقلانی از این مقوله خارج بوده و حمل عدل و فسق بر ایشان صدق نمی کند اما صدق حمل عدالت بر صغیر ممیز جای بحث دارد هر چند که شرع، ظاهراً قول و شهادت صغیر را جز در باب "جراح" نافذ ندانسته است. البته بعضی فقها مسئله بلوغ و عقل را داخل در عدالت و لازمه آن دانسته اند زیرا از آنجا که مروت از ارکان عدالت است و فقد هر یک از این موارد عند العرف قادح به مروءه و مقبولیت عرفی می باشد لذا اینها را قسم جداگانه ای از عدالت ندانسته اند هر چند که شیخ انصاری در این مسئله به شیخ طوسی اشکال وارد کرده و می گوید: «واما الشیخ، فالعدالة المذكورة فی کلامه لا ینطبق علی ما ذکره المتأخرون لانه اخذ فیہ الاسلام والبلوغ والعقل وهذا لیس معتبراً عند المتأخرین وان کان العادل عندهم من افراد البالغ العاقل المسلم لکن الاسلام والکمال لیساً جزءاً للعدالة عندهم ولذا یذکرون البلوغ والعقل والاسلام علی حده»^۱.

"اما نظر شیخ (ره) عدالتی را که بیان می کند با آنچه متأخران بیان می کنند مطابقت ندارد. زیرا ایشان در عدالت قید اسلام و بلوغ و عقل را اخذ کرده اند و این نزد متأخرین معتبر نیست. هر چند عادل در نزد آنها از افراد عاقل بالغ مسلمان است اما اسلام و کمال را اجزا عدالت نمی دانند و برای همین اسلام و عقل و بلوغ را در جای خود بیان کرده اند."

(ب) مصادیق کبیره:

مفهوم کبیره در معنای کلی بیان شد و گفته شد که هر گناهی که صریحاً متوعد بر عذاب دوزخ باشد گناه کبیره محسوب می شود لکن علی رغم بیان این ملاک در معنوی بودن بعضی گناهان به "کبیره" اختلاف وجود دارد این اختلاف از دو چیز ناشی می شود اول: اختلاف روایات در بیان تعداد مصادیق کبیره؛ مثلاً در یک روایت گناهان کبیره، پنج و در روایتی دیگر بیست و هفت مورد ذکر شده و نیز بعضی گناهان در همه روایات، کبیره معرفی شده اند اما در بعضی دیگر تنهابه برخی از آنها اشاره شده است. دوم: عدم انطباق دقیق قاعده و ملاک مذکور بر موارد مصرح در روایات؛ و به قول صاحب جواهر «لکنه علی کل حال هو ضابط



غیر مضبوط « به معنای دیگر وقتی این ملاک را بر موارد مطرح به کبیره در روایات تطبیق می دهیم جامعیت افراد و مانعیت اغیار حاصل نمی شود زیرا بعضی معاصی با آنکه در روایات وعده عذاب دارند جزو کبائر ذکر نشده اند و بعضی نیز که در قرآن آمده اند و ذکر منطوقی و صریحی از عذاب بر آنها نشده در روایات جزو گناهان کبیره ذکر شده اند لکن می توان اختلاف تعداد را این گونه توجیه کرد که بگوییم بعضی روایات، ناظر به اشد کبائرند مثل کفر و شرک و قتل نفس و... و بعضی روایات دیگر ناظر به عمومند همچنین بعضی کبائر را باید اصل و ریشه دیگر گناهان کبیره محسوب کرد در واقع باید گفت بعضی روایات ناظر به کبائر مبدا و اصلی اند و بعضی دیگر علاوه بر این ناظر به کبائری هستند که زیر مجموعه کبائر دیگرند و ریشه آنها به کبائر اصلی بر می گردد.

با توجه به این اضطرارها بعضی علما ملاکهای متعددی برای تشخیص کبیره از صغیره متذکر شده اند که شامل همه موارد در روایات گردد.

امام خمینی (ره) راههای تشخیص کبیره از صغیره در پنج ملاک عنوان می کند:

«۱- نصی وارد شده باشد که جزای گناهی را "آتش یا عقاب" دانسته یا "تشدیدی عظیم" درباره آن به کار برده است. ۲- دلیل، دال بر آن باشد که گناهی از کبیره ای دیگر بزرگتر یا همانند آن است. ۳- داوری عقل این باشد که گناهی کبیره است. ۴- متشرعان گناهی را کبیره دانسته باشند. ۵- نصی وارد شده باشد که گناهی را در شمار "کبائر" دانسته باشد.»^۱

ج) نقش توبه در محو کبائر و اثبات عدالت

قاطبه و کافه فقها توبه را مثبت عدالت دانسته و در کلیت آن بحثی ندارند این اتفاق نظر عمدتاً مبتنی بر آیات و روایاتی است که در این باب صادر شده است مانند حدیث مشهور " لا صغیره مع الاصرار، کما لا کبیره مع الاستغار"^۲ و از آنجا که بعضی روایات استغفار را مساوی با بازگشت به ایمان معرفی نموده اند و احراز ایمان مساوی با احراز عدالت است و این دو لازم و ملزوم یکدیگرند پس استغفار مساوی با بازگشت مجدد به عدالت خواهد بود.

صاحب شرایع (ره) توبه را حتی در مورد فرد مشهور به فسق نیز مثبت عدالت می داند و می گوید: «المشهور بالفسق اذا تاب لتقبل شهادته، لکن الوجه انها لا تقبل حتی یستبان استمراره علی الفلاح»^۳.
"مشهور به فسق هنگامی که توبه نماید تا این که شهادتش پذیرفته شود (باید آن را پذیرفت) اما بهتر آن

۱- (ج ۱۳، ص ۳۲۱)

۲- (خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۲۲۲)

۳- (حر عاملی، وسائل الشیعه و مستدرکها، ج ۱۵، باب ۴۷ - من أبواب جهاد النفس - ح ۱۱)

۴- (محقق حلی، شرایع الاسلام فی المسائل الحلال والحرام، باب شهادات، ص ۱۳۱)



است که پذیرفته نشود تا این که در مسیر درستی بودن اومشخص شود.^۱
امام خمینی (ره) می گوید: «تزول صفة العدالة بارتکاب الكبائر أو الإصرار علی الصغائر، و تعود بالتوبة إذا كانت الملكة المذكورة باقية».^۲

"صفت عدالت با ارتکاب کبایر و یا اصرار بر صغایر زایل می شود و با توبه نمودن باز می گردد در صورتی که ملکه گفته شده باقی باشد."

احراز توبه مانند احراز عدالت، مسئله ای است که مبتنی بر ظاهر است لکن صرف استغفار لسانی کافی در احراز توبه نیست بلکه صدق توبه در ندامتی است که عزم بر معاوده را آشکار سازد. مسلماً در قضاوت نسبت به افراد، حال فعلی ملاک است نه ماسبق؛ مثلاً شخصی که کافر بوده و حال مسلمان شده قطعاً در هیچ حکمی با او معامله کافر نشده و عطف به ما سبق نمی گردد "قل للذین کفروا ان ینتهوا یُففر لهم ما قد سلف"^۳ در مورد فردی هم که از گناه و فحشا توبه کرده همین حال جاری است و البته اسلام شرط توبه را یکی ندامت و باز گشت به ایمان و دیگری عمل صالح می داند "فمن تاب من بعد ظلمه و اصلح فان الله یتوب علیه ان الله غفور رحیم"^۴ البته اینجا یک مسئله است و آن اینکه در آیه فوق و امثال این آیه شرط بخشش و توبایت الهی، ندامت و توبه عبد و عمل صالح دانسته شده اما توبه ای که ما در مقوله عدالت روی آن بحث داریم منوط به تحقق توبایت الهی و مسئله بخشش یا عدم بخشش نیست چون آن مسئله ایست که تحقق آن برای ما معلوم نیست و ما فعلاً با توبه شخص و احراز ماهیت آن سر و کار داریم.

۳- عدم اصرار بر صغائر

مسلماً اصرار قلبی و درونی، ملاک و منظور نیست زیرا حال درون برای ما قابل کشف نمی باشد بنابراین منظور این است که شخص در گناه خود رغبت و اشتیاق نشان دهد و از گناه خود نادم و پشیمان نشود و این عدم ندامت خود حاکی از کوچک شمردن معصیت است و کوچک شمردن گناه صغیره خود در زمره کبائر معرفی شده است که فرموده اند "اُشد الذنوب ما استهان به صاحبه"^۵.

امام باقر علیه السلام در معرفت صغیره می فرمایند: "الاصرار أن یذنب الذنب فلا یتستغفر الله تعالی ولا یحدث نفسه بتوبة، فذلک الاصرار"^۶

بنابراین آنچه در حدیث آمده مبنی بر اینکه شهرت به ارتکاب اعمال خلاف شرع موجب سلب عدالت است

۱- (خمینی، تحریر الوسیله، باب تقلید، مسئله ۲۹).

۲- (سوره: انفال، آیه ۲۸).

۳- (سوره: مائده، ۵، آیه ۳۹)

۴- (بحار الانوار، ج ۷۳، ص ۳۶۴).

۵- (حر عاملی، وسائل الشیعة و مستدرکها، ج ۱۵، باب ۴۸ من ابواب الجهاد النفس، ج ۴).



احتمالاً ناظر به اصرار بر گناه صغیره است زیرا شهرت در اثر همین اصرار و تکرار به وجود می آید و اگر منظور، کبیره بود دیگر لازم به بیان شهرت نبود بلکه همان گناه مورد نظر را ذکر می کرد در مجموع روایاتی که قبلاً در تعریف عادل ذکر شد حاکی از دو شرط می باشند که عبارتند از: "اجتناب از کبیره و مقبولیت عرفی" و اگر مواردی در احادیث آمده که مخل به عدالت معرفی شده اند و در عین حال جزو صغایر به شمار می آیند یا ناظر بر اصرار است که آن را در رده کبیره قرار می دهد یا ناظر به این است که این صغایر نزد عرف نیز قبیحند بنابراین صغایری که در حکم قبیح بودن نزد شرع و عرف مساوی باشند باز مخل به عدالتند. شهید ثانی می گوید:

«والاصرار علی الصغیره: وهی ما دون الکبیره من الذنب؛ والاصرار اِما فعلی کالمواظبه علی نوع، و انواع من الصغائر، او حکمی و هو العزم علی فعلها ثانياً بعد وقوعه وان لم يفعل، ولا یقدح ترک السنن الا آن یودی الی تهلون فیها وهل هو مع ذلك من الذنوب أم مخالفه المروءة؟ کلٌ محتملٌ، وان کان الثانی اوجه»^۱

"اصرار بر صغیره، که گناهان پایین تر از گناهان کبیره اند یا فعلی است مانند اینکه نوع خاصی از صغیره را تکرار کند یا چند نوع صغیره را مرتکب شود و یا حکمی که به معنای عزم بر انجام آن گناه برای بار دوم داشته باشد گرچه انجام ندهد. ترک مستحبات قاذح عدالت نیستند. مگر اینکه موجب کوچک شمردن آنها شود. اما آیا این کار خود گناه است یا خلاف مروت؟ هر دو احتمال می رود گرچه احتمال دوم صحیح تر به نظر می رسد."

امام خمینی (ره) نیز معنی اصرار بر صغیره را این گونه شرح می دهد: «اصرار بر صغیره به معنای مداومت و ملازمت بر آن گناه بدون قصد توبه است که موجب می گردد گناهان صغیره نیز در شمار کبایر قرار گیرند. البته بعید نیست که عزم بر بازگشت به گناه بعد از ارتکاب آن به معنای اصرار باشد اگر چه به گناه باز نگردد به ویژه اگر عزم او در بازگشت به گناه در همان حال ارتکاب گناه نخست باشد گر چه ظاهر آن است که به صرف توبه کردن پس از گناه بدون عزم بازگشت به آن، اصرار محقق نمی گردد.»^۲

۴- رعایت مروت

الف) معنای مروت جایگاه آن در تعیین عدالت اشخاص:

باتوجه به اینکه در فقه برای عدالت مفهوم خاصی مورد نظر است که شامل دو مرحله عدم ارتکاب صغایر و همچنین مقبولیت عرفی است برای یافتن مصادیق آن باید در ابتدا به مصادیق همان قاعده اولیه که عدم ارتکاب کبایر است رجوع نمود و عرف را در آن دخیل ندانست اما چون شارع در کنار آن قاعده مقبولیت

۱- (شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، باب شهادت، ج ۱، ص ۳۸۷)

۲- (خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۱، ص ۲۳۳)





عرفی را نیز ملاکی جهت تشخیص عدالت قرار داده است باید برای تعیین فرد عادل به عرف نیز رجوع شود. در واقع مسأله عدالت دارای دو جنبه است یکی جنبه شرعی و دیگری جنبه عرفی . توضیح بیشتر اینکه از مسائلی که فقها آن را در مسئله عدالت شرط می دانند مسئله مروءه (به ضم میم وراء) است این کلمه، به صورت " مروءة " نیز استعمال می شود که در محاوره فارسی قدری از معنای اصلی خود خارج شده است. در زبان عربی " مروه " به معنی آراستگی به صفات حسنه عرفی است که بیشتر ناظر به صفات باطنی می باشد در حالی که این کلمه در لغت عرب بر عکس به صفات جمیله خلقی یا رفتاری عرف پسند و تلبس به شاکله و آداب محسن ظاهری اطلاق می شود در قاموس معجم الوسیط آمده : «مروءة : ای: آداب نفسانیه تحمل مراعاتها الانسان علی الوقوف عند محاسن الاخلاق و جمیل العادات، او هی کمال الرجولیه» و گفته شده که " مروءت الارض: ای حُسن هوائها ". کلمه " مرء " نیز به چیزی گفته می شود که ظاهر دلپذیر و لذت بخش داشته باشد مانند قول خداوند " فكلوه هنیئاً مریئاً " کلمه " مرء " و " امرءة " نیز که اسم جنس برای مرد وزن است ریشه در همین معنا دارد و تلبس به صفات ظاهری مردانگی یا زنانگی را می رساند. پس مروءة در واقع به معنی تلبس به صفات مقبول ظاهری نزد عرف است.

"در مجموع مروت در لغت به این معناست: رفتار انسانی آنچه‌ان که در "صحاح" آمده است یا مردانگی و یا کمال در هر دوی آنها، چنانکه در "عین" و "محیط" آمده و در اصطلاح آنچه‌ان که در "کشف اللثام" آمده است؛ بلکه نفسانی است که انسان را بر رعایت محاسن اخلاقی و رفتارهای صحیح و عادات درست راهنمایی می کند. در "مسالك" راجع به حفظ مروت عبارات نزدیک به این آمده است: از جمله اینکه صاحب مروت کسی است که نفس خود خود را از پلیدی حفظ کند و نزد مردم او را خوار نکند."^۱

در بسیاری از روایات مشاهده می کنیم که معنی عدالت فقهی فراتر از مسئله ترک کبیره است و مسایلی را عدالت دانسته اند که جزو کبائر نیستند بنابراین عدالت فقهی تنها به معنای اجتناب از کبائر نبوده و "مقبولیت عرفی" هم ملاک است یعنی اگر شخص در جامعه اعمالی انجام دهد که در چشم مردم سبک و حقیر گشته و احترامش ساقط شده و نفس محترمه محسوب نگردد در این صورت نیز فاقد عدالت خواهد بود پس هم اعتدال از منظر شرعی ملاک است و هم اعتدال از منظر عرفی؛ البته منظور نوع عرف است و قضاوت یک یا چند نفر معدود حکم عرفی محسوب نمی شود و همچنین منظور از عرف، عرف عموم مسلمین است نه فقط عرف خواص؛ و این عرف شامل غیر مسلمان نیز نمی شود زیرا مسلم است که قضاوت غیر مسلمان در مورد مسلمان هیچ گاه قضاوت عادلانه نیست و بسیاری افعال و اعتقادات ما نزد ایشان مردودند بنابراین

۱- (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۱، ص ۳۱).



هیچ یک متقابلاً یکدیگر را عادل نمی دانند همچنین شخص به صرف هر فعل قبیح و مذموم نزد عرف از عدالت ساقط نمی شود بلکه باید به گونه وحدی باشد که انگشت نما و مشهور شود، البته چیزهایی مثل فقیر یا متمول بودن، سالم یا ناقص بودن، تحصیلات بالا داشتن یا نداشتن، رنگ و نژاد و ... دخل و تأثیری در ساختار مروءه یا خرق آن ندارند لکن در باب امامت جماعت گفته شده بیماریهایی چون خوره و بیسی (که فرد حالت مشمئزکننده ای نزد مردم پیدا می کند) موجب کراهت اقتدا و امامت می گردد و بعضی نیز اقتدا به چنین فردی را جایز ندانسته اند که البته چون بیماری امری غیر اختیاری است قول به کراهت بهتر است شهید ثانی در شرح لمعه مفهوم مروت را چنین بیان می دارد:

"مروت: داشتن اخلاق و روش امثال اوست در همان زمان و مکان. پس خوردن و آشامیدن در بازار برای غیربازاری هنگامی که بسیار تشنه است و راه رفتن با سر برهنه بین مردم و شوخی زیاد و تعریف کردن داستان های خنده دار، پوشیدن لباس سرباز توسط فقیه و غیره از آنچه که برای مثل او عادی نیست بگونه ای که او را مسخره کنند و امثال آن، فرد را از مروت ساقط می کند. این موضوع به نسبت افراد و حالات مختلف آنها و مکان های مختلف تغییر می کند. انجام مستحبات هر چند مردم آنها را مسخره کنند و ترک کرده باشند، قادح مروت نخواهد بود. مانند سرمه کشیدن، حنا کردن و عمامه از زیر گلو بردن در برخی از شهرها و آنچه معتبر است چیزهایی است که شرعاً مورد توجه نباشد."^۱

ب) دلیل عقلی در شرطیت مروت:

مسئله عدالت تنها یک مسئله شرعی بلکه آثار آن عمدتاً مربوط به جامعه است مثلاً در باب شهادت و قضاوت و نقل روایت و مرجعیت، اثبات عدالت آثاری را به دارد که همه متوجه جامعه است بنابراین هر چه مقبولیت شخص نزد عرف نیز بالاتر باشد به حکم قاضی یا عمل به روایت یا حاکمیت شخص یا اقتدا به امام بهتر تن در می دهند پس علت شرط دانسته شدن مقبولیت عرفی ایجاد شرایط بهتر جهت پذیرش جامعه نسبت به اعمال فرد عادل است و این مساله توسط عقل نیز مورد پذیرش است.

نتیجه:

- گرچه میان معنای فقهی و لغوی واژه عدالت تناسب وجود دارد، ولی از دقت در کلمات فقها و اهل لغت و نیز آیات و اخباری که پس از این در اصل بحث مطرح خواهد شد، چنین به دست می آید که عدالت در فقه دارای مفهومی خاص مغایر با معنای لغوی است

- تعاریفی که از سوی فقهای عظام از عدالت فقهی ارائه شده است با گذشت زمان قیود بیشتری بر آن وارد

۱- (شهید ثانی، ۱۴۱۷، باب شهادت، ج ۱ ص ۲۸۷).



شده است بطوریکه تعاریف اولیه ساده و بدون تکلف بوده اند اما هرچه زمان رفته است تعاریف پیچیده تر و در عین حال جامع تر شده است که در نهایت عدالت به، ملکه ای که فرد را به اجتناب از کبائر و اصرار بر صغائر و رعایت مروت و امی دارد، تعریف شده است.

- درباره ملکه بودن عدالت نظرات متفاوت و بعضا متعارضی ارایه شده است که با بررسی ادله موافقین و اشکالات وارده بر آنها و پاسخهایی که به آنها داده شده است مشخص گردید اشکالاتی که در این مورد مطرح شده، ناتمام بوده و وارد نمی باشد.

- در فهم مصادیق عادل ابتدائا و قاعدتا حکم و نظر عرف دخیل نیست بلکه طبق همان قاعده ای که خود شرع قرار داده عمل می شود اما شارع علاوه بر اینکه ترک کبیره را ملاک عادل بودن دانسته وجود مقبولیت و عدم وجود رفتار و اعمال خلاف شان عرفی را در تعریف خود از عادل دخیل قرار داده است پس در اینجا بحث عدالت از یک سو جنبه شرعی دارد و از سوی جنبه عرفی.

- در مفهوم کبائر و شناخت آنها هم از جهت مصادیق وهم ملاکهای تشخیص، تزلزلات و ایراداتی وجود دارد و بهترین راه تشخیص ملاک قرار دادن همان مواردی است که در روایات مصرح به کبیره شده اند.

- محل نبودن صغائر در باب شهادت و استشهاد از باب تخفیف شرعی است اگر شارع ترک صغائر را نیز دخیل در مفهوم عدالت قرار می داد در این صورت مصداق عادل دیگر عملا یا وجود نمی داشت و یا بسیار انگشت شمار می شد.

- توبه مثبت عدالت است ولی احتیاط آن است که تنها توبه قلبی و ندامت از گناه ملاک قرار نگیرد و استدامت بر توبه و عدم بازگشت به معصیت را نیز شرط بدانیم.

- اصرار بر صغیره خود فردی از کبائر است پس لازم نیست که به عنوان فردی مستقل در تعریف فسق ذکر گردد، منظور از اصرار این است که شخص در گناه خود رغبت و اشتیاق نشان دهد چه آنکه این اشتیاق به صورت کمی و تکرار باشد و چه به صورت کیفی (و در فعل واحد).

- عدالت شرعی به معنی عدالت واقعی و نفس الامری نیست (و این مربوط به تمام مواردی است که شرط عدالت در آنها ذکر شده) بلکه مانند خیلی از مصادیق شرعی دیگر احراز آن مبتنی بر ظاهر است چون در غیر این صورت با اختلال و تعطیل یا عسر و حرج مواجه می گردیم.



بررسی آثار قرارداد پیش فروش آپارتمان طبق قانون پیش فروش ساختمان، مصوب ۱۳۸۹

دکتر علی اکبر ایزدی فرد^۱

دکتر محمد مهدی زارعی^۲

جابر اسماعیل زاده^۳

چکیده:

قرارداد پیش فروش آپارتمان، همانند سایر قراردادها بایستی از شرایطی برخوردار باشد تا حقوق، آن را معتبر بداند و نیز این قرارداد پس از اینکه به نحو صحیح منعقد گردید، آثاری را بدنبال دارد و پس از انعقاد نیز در هر مرحله ای با نقض مواجه شود، آثار جدیدی که ناشی از نقض است، ایجاد خواهد شد.

کلید واژگان:

قرارداد پیش فروش، پیش فروشنده، پیش خریدار، حقوق و تکالیف و تعهدات.



۱- استاد تمام دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.
۲- عضو هیأت علمی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران.
۳- کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



توضیح: قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ به اختصار ق.پ.س در متن مقاله آمده است.

بخش اول: شرایط انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان

برای انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان، شرایط عمومی انعقاد قراردادها لازم و ضروری است. شکی نیست که قرارداد پیش فروش آپارتمان، باید شرایط عمومی انعقاد قراردادها را که در حقوق برای انعقاد قراردادها لازم است، دارا باشد. اما اینکه آیا برای انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان، در حقوق شرایط خاصی نیز لازم است یا خیر، در مبحث مربوط به شرایط اختصاصی قرارداد پیش فروش آپارتمان، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بر این مبنا، مطالب این بخش در دو مبحث ارائه می شود؛ در مبحث اول، شرایط عمومی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان و در مبحث دوم، شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

مبحث اول: شرایط عمومی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان

در این مبحث، شرایط عمومی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران هر یک در گفتاری جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار اول: شرایط عمومی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان

در حقوق ایران برای انعقاد قرارداد، بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی صحت معامله لازم است. برای انعقاد هر قراردادی در حقوق ایران، ایجاب و قبول لازم است و طرفین باید دارای اهلیت باشند که به لحاظ رعایت اختصار از بحث تفصیلی راجع به آنها خودداری می شود.

بر اساس بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. معین بودن مورد معامله، برای رفع جهل و جلوگیری از غرر لازم است. لذا مشخصات آپارتمان، اوصاف دقیق آن، مشخصات مشاعات و مشترکات و قسمتهای اختصاصی و پارکینگ و انباری باید مشخص باشد.

مراد از معین بودن مورد معامله این است که مورد معامله نباید مردد بین دو یا چند چیز باشد و مراد از معلوم بودن مورد معامله، مشخص بودن اوصاف و کمیت و کیفیت آن است. در قرارداد پیش فروش آپارتمان، بایستی آپارتمانی که موضوع قرارداد است، مشخص و معین شود و یا حداقل نحوه تعیین آن که ممکن است پس از احداث باشد، مشخص شود. به عبارت دیگر هرگاه در قرارداد پیش فروش آپارتمان، آپارتمان مورد معامله مشخص نباشد و برای طرفین نسبت به اینکه کدام آپارتمان مورد معامله قرار می گیرد، جهل وجود داشته باشد، قرارداد باطل خواهد بود. همچنین تعیین اوصاف و مساحت و مشخصات آپارتمان مورد





معامله نیز برای رفع ابهام لازم است که معمولاً در قراردادهای پیش فروش آپارتمان، اوصاف آپارتمان باتعیین طبقه و سمت و مساحت زیربنای مفید، مشخص می شود. هرچه اوصاف و مشخصات آپارتمان دقیقتر معین شده باشد، اختلافات ناشی از قرارداد کمتر خواهد بود. در برخی از قراردادهای پیش فروش آپارتمان نوع مصالح، مساحت قسمتهای داخلی، جنس سرامیک، و کاشی بکار رفته و درجه ی آنها، نوع شیشه و قطر آن، جنس درب و پنجره، جنس کابینت، نوع لوله کشی و شیرآلات و بسیاری جزئیات دیگر به دقت معین و مشخص می شود.

براساس ماده ی ۳ لایحه ی پیش فروش ساختمان، در رابطه با اوصاف آپارتمان در قرارداد پیش فروش، بایستی حداقل به موارد زیر تصریح شود: اوصاف و امکانات واحدی که پیش فروش می شود مانند مساحت اعیانی و سهم واحد مورد معامله از کل زمین، تعداد اتاقها، شماره طبقه، شماره واحد، پارکینگ، انباری، مشخصات فنی و معماری ساختمان مانند موقعیت، کاربری، مساحت کل عرصه و زیر بنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش، قسمتهای مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده و یا عرفاً در قیمت موثر باشد. براساس ماده ی ۲ق.پ.س، در قرارداد پیش فروش باید به ده بند تصریح شود.

علاوه بر شرایط اساسی صحت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ق.م. که در بالا اشاره شد، قرارداد بایستی شرایط زیر را نیز دارا باشد.

- ۱- عدم مخالفت با نص صریح قانون
- ۲- عدم مخالفت با نظم عمومی
- ۳- عدم مخالفت با اخلاق حسنه

باتوجه به شرایط مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد نباید برخلاف صریح قانون باشد. این امر در چهارچوب مسائل مربوط به نظم عمومی بررسی می شود.

در بحث اهلیت طرفین، احراز هویت شرکتهای تعاونی مسکن و شرکتهای ساختمانی سازنده و پیش فروشنده و اینکه صاحبان امضاء مجاز آنها بر اساس مقررات جاری کشور و اساسنامه چه اشخاصی می باشند، از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است.

معمولاً پیش خریداران مقداری از وجه قرارداد را حین انعقاد قرارداد می پردازند. این امر می تواند کلاهبرداران و افراد متقلب و سودجو را به تاسیس و به کار انداختن شرکتهای واهی و موهوم تشویق کند. برای اجتناب از افتادن در دام چنین افرادی، حداقل کاری که پیش خریدار می تواند انجام دهد، بررسی هویت اشخاص



حقوقی است که اقدام به پیش فروش می نمایند.

در این راستا پیش خریدار می تواند، از راهنمایی مشاورین و کلاء و حقوقدانان نیز استفاده نماید. این بررسی علاوه بر بررسی امکانات مالی و پشتیبانی شخص حقوقی است. در واقع این بررسی در جهت احراز هویت شخص حقوقی و شناسایی صاحبان امضاء مجاز آن است. از این لحاظ که اولاً "افرادی که قرارداد را امضاء می نمایند، صاحب امضاء مجاز شرکت یا شخص حقوقی باشند و ثانیاً" شخص حقوقی از اشخاص ورشکسته یا ممنوع معامله نباشد.

متقاضی، این اطلاعات را از طریق مراجعه به دفتر ثبت شرکتها و یا مطالبه آخرین روزنامه ی حاوی تغییرات شرکت یا گواهی مصدق آگهی آخرین تغییرات، می تواند به دست آورد. هدف از این بررسی آن است که روشن شود آیا کسی یا کسانی که قرارداد را امضاء خواهند کرد، صاحب یا صاحبان امضات مجاز و تعهد آور شرکت هستند یا خیر، در این راستا بررسی اساسنامه شرکت یا شخص حقوقی نیز اهمیت ویژه ای دارد.^۱ با توجه به مقررات جاری ایران و با در نظر گرفتن شرایط لازم برای انعقاد قراردادها و خصوصیات ویژه ی قرارداد پیش فروش آپارتمان، می توان گفت که قرارداد پیش فروش آپارتمان دارای اوصاف زیر است: این قرارداد، جزو عقود غیر معین بوده و از عقود لازم است. عقدی معوض و از عقود تشریفاتی است. برای انعقاد آن تشریفات خاصی لازم است. در عمل امکان اینکه قرارداد پیش فروش آپارتمان کتبی نباشد، بسیار اندک است. در حال حاضر مقنن کتبی بودن را جزو شرایط این قرارداد نیاورده است. مادر لایحه علاوه بر کتبی بودن، رسمی بودن نیز الزامی گردیده است که این پیشرفتی بزرگ محسوب می شود. زیرا در صورت فقدان نوشته، امکان حل اختلافات ناشی از مشخصات و اوصاف آپارتمان، بسیار اندک است. در این گونه قراردادها بایستی مشخصات کامل آپارتمان موضوع قرارداد، بطور دقیق قید شود و این امر تنها در صورت کتبی بودن آن امکان پذیر است.

مبحث دوم: شرایط اختصاصی قرارداد پیش فروش آپارتمان

در حقوق ایران در حال حاضر برای انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان هیچگونه شرایط خاصی لازم نیست و همین امر موجب سوء استفاده ها و کلاهبرداریهای زیادی گردیده است. اشخاص حقیقی و حقوقی به راحتی و بدون هیچگونه هزینه ی قادر به انتشار آگهی و تبلیغات و انعقاد قرارداد پیش فروش و دریافت وجوه از متقاضیان مسکن و آپارتمان می باشند. لایحه ی پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۶ هیئت دولت برای حل این معضل شرایط ویژه ای را برای پیش فروش ساختمان پیش بینی نموده بود. بر اساس قانون

۱- ۴- کشاورز، بهمن، ۱۳۷۸، آیین تنظیم قراردادها، تهران، نشر عصر حقوق، صفحه ۳۰.



پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، برای انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان، علاوه بر شرایط عمومی انعقاد قرارداد، شرایط زیر لازم است:

(۱) اخذ پروانه ساخت کل ساختمان و شناسنامه ی فنی مستقل برای هر واحد بر اساس بند ۲ ماده ی ۴ ق.پ.س.

(۲) اخذ بیمه ی مسئولیت موضوع بند ۳ ماده ی ۴ و ماده ی ۹ ق.پ.س که مقرر می دارد:

«پیش فروشنده در قبال خسارات ناشی از عیب بنا و ...، مسئولیت تضامنی دارند و مکلفند مسئولیت خود را از این جهت بیمه نمایند...، پیش فروشنده ضامن پرداخت مابه التفاوت خسارت وارده می باشد.»

(۳) تأییدیه ی مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان. (بند ۴ ماده ی ۴ و ماده ی ۳ ق.پ.س) قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده (۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد.

توضیح این نکته لازم است که بر اساس ماده ی ۳ لایحه پیش فروش ساختمان: «تنظیم سند رسمی پیش فروش در دفاتر اسناد رسمی بدون پرداخت حق الثبت و مالیات و صرفاً در قبال پرداخت حق التحریر سند غیرمالی، صورت خواهد گرفت. در نقل وانتقال بعدی قبل از اتمام بنا، ضمن ثبت در دفترخانه یک ششم مالیات ساختمان تمام شده، دریافت خواهد شد.» این امر در قانون جدید با تغییراتی منعکس گردیده است. بدین شرح که بر اساس ماده ی ۵ ق.پ.س، «تنظیم قرارداد پیش فروش و واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن نزد دفاتر اسناد رسمی با پرداخت حق الثبت و بدون ارائه گواهی مالیاتی صرفاً در قبال پرداخت حق التحریر طبق تعرفه خاص قوه قضائیه صورت می گیرد.» ملاحظه می شود که مجلس وصول حق الثبت برای انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان و انتقالات بعدی آن را حذف ننموده ولی پرداخت مالیات را هم در پیش فروش و هم در انتقالات قرارداد پیش فروش حذف نموده است که این امر موجب تسهیل در ثبت قراردادهای پیش فروش و انتقالات آنها در دفاتر اسناد رسمی می باشد.

ماده ی ۲۶ لایحه پیش فروش ساختمان، برای عدم رعایت شرایط مندرج در قانون از جمله اقدام به پیش فروش ساختمان بدون تنظیم سند رسمی مجازات پیش بینی کرده است. این ماده مقرر می دارد:

«اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی یا اخذ پروانه ساخت یا افتتاح حساب بانکی یا پیش از پیشرفت عملیات ساختمانی به میزان ده درصد (۱۰٪)، اقدام به پیش فروش ساختمان نمایند و یا بدون اخذ مجوز اقدام به درج آگهی نمایند، علاوه بر رد مال و اسناد و وجوه به صاحبش و جبران خسارت وارده، به حبس از شش





ماه تا دو سال و یا جزء نقدی به میزان سه تا پنج برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می گردند.»
قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ در رابطه با شرایط اختصاصی انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان با تغییراتی در لایحه پیش فروش ساختمان به شرح ذیل تعیین تکلیف نموده است:
شرط اول و دوم عیناً تصویب گردیده است اما در رابطه با شرط دوم، ماده ۹ ق.پ.س فقط پیش فروشنده را مسئول می داند و ناظران و مجریان پروژه را در ماده ۹ حذف نموده است.
در شرط سوم ۱۰٪ حذف گردیده و براساس بند ۴ ماده ۴ ق.پ.س، تأییدیه ی مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان را لازم دانسته است.
شروط چهارم و پنجم حذف گردیده است.

شرط ششم در ماده ۳ ق.پ.س منعکس گردیده و علاوه بر الزام پیش فروشنده به ثبت رسمی قرارداد پیش فروش آپارتمان، دفتر اسناد رسمی را نیز مکلف به درج انجام معامله در سند مالکیت و ارسال خلاصه ی معامله به اداره ی ثبت محل نموده است.

در مواد ۲۳ و ۲۴ ق.پ.س، ضمانت اجرای کیفری عدم رعایت شرط مربوط به لزوم ثبت رسمی بودن قرارداد پیش فروش آپارتمان پیش بینی شده است:

اما در لایحه ی پیش فروش ساختمان و قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، به نقشه ها توجهی نشده است در حالی که مقنن بایستی وجود نقشه را نیز در زمره شرایط اختصاصی قرارداد پیش فروش آپارتمان، بیاورد. چون مبنای عمل سازنده نقشه ای است که ارائه داده و بر مبنای آن پروانه ساختمانی دریافت نموده است، براین مبنا نقشه، اهمیت خاصی دارد. نقشه، به تنهایی بیشترین اطلاعات مربوط به ساختمان را دارا می باشد که اگر مورد تأیید مراجع ذیصلاح از جمله شهرداری یا سازمان مسکن و شهرسازی قرار گرفته و ضمیمه قرارداد شود، در روشن شدن حقوق و تعهدات طرفین به ویژه تعهدات سازنده، در رابطه با اوصاف آپارتمان مورد احداث، راهگشا خواهد بود و در تفسیر قرارداد به دادگاه مساعدت زیادی خواهد کرد.

بخش دوم: آثار قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران

اثر انعقاد قرارداد پیش فروش آپارتمان، ایجاد حقوق و تعهدات برای طرفین قرارداد است و همچنین نقض قرارداد نیز موجب ایجاد برخی تعهدات برای مرتکب نقض و ایجاد برخی حقوق برای طرف مقابل می باشد. از آنجا که هر گونه تعهدی که در قرارداد پیش فروش آپارتمان برای یکی از طرفین ایجاد می شود، موجب ایجاد حقی برای طرف مقابل می باشد لذا مطالعه ی تعهدات طرفین برای فهم حقوق



آنان کافی خواهد بود. بر این مبنا در این بخش برای شناخت آثار انعقاد و نقض قرارداد پیش فروش آپارتمان، تعهدات طرفین مورد مطالعه قرار می گیرد. در این راستا در رابطه با تعهدات پیش فروشنده (سازنده) و تعهدات پیش خریدار و نیز تعهدات طرفین قرارداد در صورت انتقال قرارداد به غیر، بحث به میان خواهد آمد و نیز در رابطه نحوه ی تحقق نقض قرارداد و آثار آن، تحت عنوان مسئولیت طرفین یعنی حقوق پیش فروشنده پس از نقض قرارداد و حقوق پیش خریدار پس از نقض قرارداد بحث خواهد شد. بنا به مراتب فوق، مطالب این بخش در سه مبحث اصلی مورد مطالعه قرار می گیرد. در مبحث اول، تعهدات طرفین ناشی از انعقاد قرارداد در مبحث دوم، تعهدات طرفین در صورت انتقال و در مبحث سوم، حقوق طرفین پس از نقض، مورد مطالعه قرار می گیرد.

مبحث اول: تعهدات طرفین ناشی از انعقاد قرارداد

تعهدات هر یک از پیش فروشنده و پیش خریدار در گفتاری جداگانه مورد مطالعه قرار می گیرد.

گفتار اول: تعهدات پیش فروشنده

تعهدات پیش فروشنده را می توان به شرح زیر خلاصه نمود:

- ۱- ساخت و تکمیل آپارتمان مطابق اوصاف مندرج در قرارداد
- ۲- تحویل آپارتمان در موعد مقرر
- ۳- تنظیم سند رسمی آپارتمان بنام پیش خرید کننده باتمیه ی مدارک و مقدمات لازم برای تنظیم سند از قبیل گواهی پایان کار شهرداری و مفاصا حساب نوسازی و صورت مجلس تفکیکی و استعلامات لازمه. ممکن است فراهم آوردن مقدمات اعطای تسهیلات و وام بانکی را نیز زمره ی تعهدات پیش فروشنده ذکر کرد اما این امر بخودی خود جزو تعهدات فروشنده نمی باشد و تنها در صورت پیش بینی آن، بصورت شرط ضمن قرارداد، برای فروشنده الزام آور است.

اگر موارد فوق را با مقررات و قوانین جاری کشور و آنچه که در لایحه پیش فروش ساختمان پیش بینی شده بود و آنچه که ق.پ.س به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، مطابقت دهیم، تعهدات پیش فروشنده را می توان به شرح زیر بیان کرد:

الف) اخذ پروانه ی ساخت و بیمه ی مسئولیت و تأیید سازمان مسکن و شهرسازی مبنی بر حداقل پیشرفت ده درصد از عملیات ساختمانی موضوع ماده ی ۲۳ لایحه که در آن برای این امر، علاوه بر ضمانت اجرای مدنی استرداد مال و اسناد به صاحب حق و جبران خسارت، ضمانت اجرای کیفری زندان یا جزای نقدی پیش بینی کرده است. در قانون این تعهدات منعکس شده است ولی به جای اخذ تأییدیه ی سازمان مسکن





وشهرسازی تأییدیه‌ی مهندس ناظر ساختمان مبنی بر پایان عملیات پی ساختمان پیش بینی شده است.
ب) انجام تعهد (تکمیل بنا) ظرف مدت مقرر:

در صورت تخلف پیش فروشنده از ساخت و تکمیل به موقع آپارتمان، پیش خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ و مطالبه‌ی خسارت کند. البته در رابطه با احداث بنا مباشرت پیش فروشنده، لازم نیست و همانطور که در فصل پیشین گفته شد، او می‌تواند تمام یا قسمتهای از عملیات ساختمانی را توسط شرکتها و پیمانکاران و اشخاص ثالث به انجام برساند. آنچه که لازم است نیل به نتیجه‌ی مورد نظر و احداث ساختمان و تکمیل آپارتمان موضوع قرارداد است. در واقع تعهد پیش فروشنده، تعهد به نتیجه محسوب می‌شود نه تعهد به وسیله. استاد دکتر لنگرودی چنین تعهدی را تعهد غایت نامیده و در تعریف آن چنین می‌نویسد: «تعهد غایت، تعهدی است که متعهد باید نتیجه‌ی تعهد را به متعهد له بدهد. مقاطعه کاری تعهد ساختن پلی را می‌کند، آن را می‌سازد، مواظبت هم می‌کند لکن قبل از تحویل به متعهد له، سیل آن را می‌برد. او به تعهد خود عمل نکرده است.»^۱

بر این مبنا اگر پیش فروشنده، آپارتمان را ساخته و تکمیل نموده اما قبل از تحویل به پیش خریدار در اثر زلزله یا خاکبرداری عمیق همسایه یا ضعف فونداسیون یا نشت آب شهری و سست نمودن محل استقرار آپارتمان و یا هر عامل دیگری از بین رفته یا تخریب شده، او به تعهد خود عمل ننموده است. این ضابطه در مورد همه‌ی تعهدات پیش فروشنده، مجری خواهد بود.

ج) اقدام به رفع نقص در دوره تحویل موقت و تحویل قطعی:

منظور از دوره موقت، دوره‌ای است که پس از تحویل آپارتمان به پیش خریدار درصدی از وجوه موضوع قرارداد، نزد پیش خریدار باقی می‌ماند تا در این مدت اگر نواقص و عیوبی در ساختمان خواه بصورت آشکار و خواه بصورت مخفی وجود داشته، معلوم شود تا پیش فروش کننده نسبت به رفع آنها اقدام نماید. وجوه باقیمانده نزد پیش خریدار وثیقه‌ی تعهدات پیش فروشنده مبنی بر رفع عیوب و نواقص احتمالی محسوب می‌شود.

اگر عیوب و ایرادات ساختمان بقدری چشم گیر باشد که منتهی به عدم مطابقت عرفی آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد گردد، پیش خریدار در قبول آپارتمان و الزام به رفع عیوب از یک طرف و عدم قبول آپارتمان و مطالبه خسارت از سوی دیگر، مختار است. پس از اتمام دوره تحویل موقت، پیش خریدار در صورت عدم وجود عیبی باید باقیمانده‌ی وجوه موضوع قرارداد را به پیش فروشنده بپردازد. پس

۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۴، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول، صفحه ۸۲.



از پایان این دوره، پیش فروشنده، فقط نسبت به عیوب مخفی ساختمان ضامن است. طرفین می توانند این مطلب را بصورت شرط ضمن قرارداد پیش بینی نمایند.

با توجه به اینکه در حال حاضر در رابطه با تحویل موقت و دوره ی نگهداری ساختمان، مقررات الزام آوری در حقوق وجود ندارد، در قراردادهای احداث ساختمان و حتی در قراردادهای پیش فروش، یکی از شروطی که برای رفع عیوب احتمالی بنا، لازم است، پیش بینی شرط نگهداری ساختمان، توسط سازنده در دوره ی معینی است که ابتدای آن از زمان تحویل شروع و معمولاً یک الی دو سال طول می کشد. اگر چنین شرطی گنجانده شود عیوب و ایراداتی که ممکن است در زمان تحویل آپارتمان مخفی بماند به لحاظ گذشت زمان حتی اگر ایرادات جزئی باشد به نحوی که حق فسخ به خریدار اعطاء نکند و یا ارزش طرح دعوی را به لحاظ وقت و هزینه نداشته باشد، بوسیله این شرط برطرف می شود. این شرط را می توان به شکل زیر نوشت: «تعمیر و نگهداری و رفع اشکالات احتمالی ساختمانهای موضوع قرارداد، به مدت یکسال پس از تحویل بر عهده ی طرف دوم (سازنده) است و از این بابت دستمزدی دریافت نخواهد کرد. در صورت حدوث اینگونه موارد، طرف اول مراتب را به طرف دوم اطلاع می دهد. طرف دوم مکلف است حداکثر ظرف ۲۴ ساعت از تاریخ اطلاع نسبت به ترمیم مورد و رفع اشکال اقدام کند و الا طرف اول می تواند مورد را رأساً انجام دهد و هزینه های انجام شده را از مطالبات طرف دوم کسر نماید.»^۱

براساس قانون پیش فروشنده در مقابل هرگونه عیوب و نواقص مسئول است. اما در قانون دوره ی تحویل موقت و تحویل قطعی پیش بینی نگردیده است.

د) استرداد یا کسر مبلغ مازاد، اگر مساحت آپارتمان ساخته شده کمتر از آپارتمان موضوع قرارداد در آمده باشد:

براساس قانون، در صورتی که مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، ما به التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد، مورد محاسبه قرار خواهد گرفت. لیکن چنانچه مساحت بنا تا (۵) درصد افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از (۵) درصد باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از (۹۵) درصد مقدار توافق شده باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و براساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند. (ماده ۷ ق.پ.س)





۵) بیمه نمودن مسئولیت تضامنی :

لایحه برای پیمانکاران و پیش فروشندگان در مقابل پیش خریدار، مسئولیت تضامنی پیش بینی کرده بود و آنان براساس لایحه مکلف بودند که این مسئولیت تضامنی را بیمه نمایند تا جبران خسارات پیش خریدار تضمین شود. قانون جدید بیمه ی مسئولیت پیش فروشنده را در قبال خسارات اجباری نموده ولی در مورد پیمانکاران و مجریان (غیر از پیش فروشنده) و ناظرین پروژه تکلیفی در رابطه با بیمه ی مسئولیت پیش بینی نموده است. (بند ۳ ماده ۴ ق.پ.س)

ز) اخذ مجوز انتشار آگهی قبل از تبلیغات :

براساس ماده ۲۱، پیش فروشنده باید قبل از هرگونه اقدام جهت تبلیغ و آگهی پیش فروش به هر طریق از جمله درج در مطبوعات و پایگاههای اطلاع رسانی و سایر رسانه های گروهی و نصب در اماکن و غیره، مجوز انتشار آگهی را از مراجع ذی صلاح که در آیین نامه اجرایی این قانون مشخص می شود اخذ و ضمیمه درخواست آگهی به مطبوعات و رسانه های یادشده ارائه نماید. شماره و تاریخ این مجوز باید در آگهی درج و به اطلاع عمومی رسانده شود.

مطبوعات و رسانه ها قبل از دریافت مجوز یادشده حق درج و انتشار آگهی پیش فروش را ندارند. در غیر این صورت به توقیف به مدت حداکثر (۲) ماه و جزای نقدی از (۱۰) میلیون ریال تا (۱۰۰) میلیون ریال و در صورت تکرار به حداکثر مجازات محکوم خواهد شد.

بعلاوه براساس ماده ی ۲۳ قانون اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش فروش ساختمان یا بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از (۹۱) روز تا یکسال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجه اموال دریافتی محکوم می شوند.

براساس تبصره ی ماده ی فوق الذکر جرایم مذکور در این ماده تعقیب نمی شود مگر با شکایت شاکی خصوصی یا وزارت مسکن و شهرسازی و با گذشت شاکی، تعقیب یا اجراء آن موقوف می شود.

ر) عدم اقدام به انتقال عین یا منفعتی معارض با حق پیش خریدار به دیگری :

بر اساس استدلالی که قرارداد پیش فروش را تعهد به بیع می داند، انتقال زمین یا ساختمان ساخته شده، قبل از انتقال رسمی به پیش خریدار به اشخاص ثالث مجاز و فروش مال خود پیش فروش کننده بوده و از نظر حقوقی صحیح و از نظر کیفری فاقد وصف کیفری است. قانون این تعهد را در ماده ۱۷ پیش بینی نموده است. براساس قانون، انتقال واحد پیش فروش شده یا عرصه ی آن توسط پیش فروشنده، منوط به رضایت تمامی پیش خریداران می باشد. ماده ۱۷ مقرر می دارد:



واگذاری تمام یا بخشی از حقوق و تعهدات پیش فروشنده نسبت به واحد پیش فروش شده و عرصه آن پس از اخذ رضایت همه پیش خریداران یا قائم مقام قانونی آنها بلامانع است.

ی) انجام کلیه اقدامات لازمه جهت انتقال قطعی به پیش خریدار :

یکی از اصلی ترین تعهدات فروشندهگان ساختمانها، که معمولاً پس از تحویل ساختمان بایستی اقدام نمایند، اقدام به انتقال رسمی ساختمان مورد معامله به نام پیش خریدار است. امروزه دادگاهها تنظیم سند را از آثار چنین قراردادهایی می دانند و حتی در صورت عدم تصریح در قرارداد در مورد تنظیم سند رسمی با اثبات وقوع بیع حکم بر تنظیم سند رسمی نیز صادر می شود.

پیش فروشنده بایستی به استناد قاعده ی اذن در شیء اذن در لوازم آن است، مقدمات و لوازم انتقال را نیز فراهم آورد و به هر دلیلی اگر نتواند یا نخواهد سند رسمی را بنام خریدار تنظیم نماید، محکوم به این کار خواهد شد. مقدماتی که برای تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی لازم است به شرح زیر است:

۱- دریافت گواهی پایان کار از شهرداری محل

۲- دریافت مقاصا حساب نوسازی از شهرداری محل

۳- دریافت مقاصا حساب مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات های مستقیم

۴- اقدام به تفکیک و اخذ صورتمجلس تفکیکی از اداره ی ثبت اسناد و املاک

در ق.پ.س این تعهد در بند ۴ ماده ۶ و ماده ۱۱ و ماده ۱۳ منعکس گردیده است.

در بند ۴ ماده ۶ چنانچه پیش فروشنده اقدام به انتقال رسمی آپارتمان موضوع قرارداد پیش فروش، به پیش خریدار نماید، بایستی علاوه بر انتقال رسمی، روزانه به میزان یک در هزار مبلغ قرارداد، به عنوان جریمه ی تأخیر به پیش خریدار بپردازد.

بعلاوه براساس ماده ۱۱ که قاعده ای آمره محسوب می شود، حداقل ۱۰٪ از بهای قرارداد همزمان با تنظیم سند قطعی قابل وصول خواهد بود و طرفین نمی توانند بر خلاف آن توافق کنند.

ماده ۱۳ مقرر می دارد:

پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می گردد و در پایان مدت قرارداد پیش فروش و اتمام ساختمان، با تأیید مهندس ناظر در صورتی که تمام اقساط را پرداخت یا عوض قراردادی را تحویل داده باشد با ارائه مدارک مبنی بر ایفاء تعهدات می تواند با مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود را درخواست نماید. چنانچه پیش فروشنده حداکثر ظرف (۱۰) روز پس از اعلام دفترخانه از انتقال رسمی مال پیش فروش شده خودداری نماید، دفترخانه با تصریح



مراتب مبادرت به تنظیم سند رسمی به نام پیش خریدار یا قائم مقام وی می نماید. اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک مکلف است به تقاضای ذی نفع نسبت به تفکیک و یا افراز ملک پیش فروش شده اقدام نماید.

ملاحظه می شود که ق.پ.س در جهت حمایت از پیش خریداران مقررات جامعی پیش بینی نموده است. در رابطه با تنظیم اسناد انتقال آپارتمانها در حال حاضر مشکل اختصاص پارکینگ و انباری به آپارتمانها و معاملات راجع به پارکینگ و انباری یکی از مشکلات اصلی آپارتمانها می باشد. اختصاص پارکینگ (اختصاص دادن پارکینگ به یک آپارتمان) یکی از مطالب اساسی است. براساس دستورالعمل تفکیک آپارتمانها که از سوی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور صادر گردیده و برای ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی لازم الاتباع می باشد، بایستی پارکینگ ها بر اساس ضوابط زیر به آپارتمانهای موجود ساختمان تخصیص یابند:

۱- در صورتی که تعداد پارکینگ ها برابر با تعداد آپارتمانها است ، هر واحد باید فقط یک پارکینگ داشته باشد.

۲- بطور کلی تخصیص بیش از یک پارکینگ به یک آپارتمان در حالتی که تعداد پارکینگ های موجود در ساختمان بیشتر از تعداد آپارتمانها نباشد ، ممنوع است.

۳- تخصیص پارکینگ به صورت مشاعی به چند آپارتمان ممنوع است. در صورت کم بودن تعداد پارکینگها نسبت به تعداد آپارتمانها بایستی به هر آپارتمان یک پارکینگ اختصاص داده شود و در سند مالکیت بقیه آپارتمانها، قید شود که این واحد فاقد پارکینگ است.

۴- فروش پارکینگ و انباری به اشخاص خارج از ساختمان ممنوع است.

حال اگر پارکینگ موجود باشد و تعداد پارکینگ ها و آپارتمانها برابر باشد، اما در قرارداد پیش فروش آپارتمان پارکینگی به پیش خریدار واگذار نشده باشد، می دانیم که مطابق دستورالعمل تفکیک آپارتمانها باید پارکینگ اختصاص یابد و دادن بیش از یک پارکینگ به واحدهای دیگر نیز مجاز نیست. در این صورت تکلیف چیست؟ در واقع در این حالت پیش فروشنده مجبور است، هنگام تنظیم سند انتقال آپارتمان پارکینگی را نیز به آپارتمان اختصاص داده و به خریدار منتقل نماید. در حالی که خریدار از بابت آن در قرارداد پیش فروش، وجهی به پیش فروشنده نپرداخته. و قرارداد پیش فروش بدون پارکینگ تنظیم شده است. در این حالت به نظر می رسد، باید پارکینگ مربوطه نیز به خریدار منتقل و وجه آن محاسبه و به پیش فروشنده پرداخت شود. سؤالی که قابل طرح است این است که آیا سازنده، می تواند آن را اختصاص نداده و نگه داشته و خود



مورد استفاده قرار دهد؟ اصولاً سازنده که بر اساس سند مالکیت مالک محسوب می شود، طبق قاعده ی تسلیط مجاز به این امر است. اما او طبق قرارداد پیش فروش متعهد به تنظیم سند رسمی آپارتمان موضوع قرارداد است و امکان تنظیم سند را بدون واگذاری پارکینگ، بر اساس مقررات جاری (صرف نظر از درست یا نادرست بودن این مقررات) ندارد. لذا او بایستی ناچاراً پارکینگ را نیز به همراه آپارتمان به خریدار انتقال رسمی دهد.

سؤال دیگری که در این زمینه قابل طرح است این است که آیا مالک آپارتمان می تواند آپارتمان اختصاصی خود را به کسی و انباری یا پارکینگ مربوط به آن را به شخص دیگری بطور جداگانه فروخته یا پیش فروش نماید؟

پاسخ براساس دستور العمل فوق الذکر به روشنی معلوم است و مالک چنین اختیاری را ندارد اما در کتاب اندیشه های قضایی، نظرات قضات دادگاههای حقوقی تهران که قبل از لازم الاجرا شدن دستور العمل فوق و در مورخه ۱۳۶۶/۱۲/۶ صادر شده است، متفاوت می باشد. قضات مزبور در این زمینه سه نظر عمده ارایه نموده اند که نظر اول، که نظر اکثریت می باشد، پاسخ منفی به سؤال فوق داده و معاملات صورت گرفته ی احتمالی را قابل ابطال می داند. نظر دوم، پاسخ مثبت داده و نظر سوم اعلام نموده که اگر انباری یا پارکینگ بموجب سند تفکیکی اولیه دارای پلاک علی حده از آپارتمان بوده و یا دادگاه ضمن صدور رأی قطعی تصرف در آن را مجاز دانسته باشد، فروش آن به هر شخصی خالی از اشکال و در غیر اینصورت باطل است.^۱

پرسش دیگری که در این رابطه مطرح است این است که: آیا انباری یا پارکینگ را می توان به اشخاص خارج از ساختمان فروخت یا اجاره داد؟

« پاسخ: پارکینگ و انباری ساختمان از جمله توابع آپارتمانهای ساختمان است و مالکان آپارتمانها شرکاء قسمتهای مشترک ساختمان اند. قسمت های مشترک ساختمان دارای شخصیت حقوقی است و واگذاری هر قسمت از توابع و لواحق واحدهای اختصاصی ساختمان به غیر از شرکای ساختمان مغایر مقررات مربوط به شرکت است، زیرا این عمل در واقع نوعی ادخال غیر شریک در قسمتهای مشترک (شرکت) محسوب می شود. گرچه در این خصوص قانون تملک آپارتمانها حکم خاصی ندارد معهذرا در اسناد انتقال رسمی آپارتمانها عدم واگذاری انباری و پارکینگ به غیر شرکاء ساختمان قید می شود. بدیهی است اجاره یا انتقال پارکینگ و انباری آپارتمانها به هریک از مالکان همان ساختمان بلامانع است.»^۲

۱- نوبخت، یوسف، ۱۳۷۰، اندیشه های قضایی، تهران، انتشارات کیهان، صفحه ۱۹۹.
۲- اسماعیلی هریس، ابراهیم، ۱۳۸۷، حقوق مالکین آپارتمانها، تهران، انتشارات دادگستر، صفحه ۳۴۱.



بعلاوه می توان برای تضمین تعهدات پیش فروشنده، در قراردادهای پیش فروش آپارتمان ضمانتنامه هایی را گرفت و حسن انجام تعهدات را تضمین نمود.

استفاده از ضمانت نامه در مورد تضمین تعهدات قرارداد پیش فروش آپارتمان در حال حاضر یکی از روشهای متداول در ایران می باشد.

ضمانت نامه بانکی عبارت است از تعهد غیر قابل برگشت یک بانک به پرداخت وجه مورد ضمانت، در صورت عدم ایفای قرارداد توسط شخص ثالث. در اینجا شخص ثالث، فروشنده یا متعهد انجام قرارداد می باشد.

تحت شرایط ضمانت نامه، بانک باید وجه ضمانت نامه را با اولین درخواست، مشروط به اینکه شرایط مندرج در ضمانت نامه محقق شده باشد، پرداخت نماید.^۱

گفتار دوم: تعهدات پیش خریدار

تعهداتی که برای پیش خریدار در لایحه ی پیش فروش ساختمان پیش بینی شده، وسیعتر از تعهدات وی در مقررات وقوانین موجود ایران می باشد. تعهد عمده ی پیش خریدار اصولاً پرداخت وجوه موضوع قرارداد می باشد که بایستی دقیقاً بر مبنای قرارداد در این خصوص اقدام نماید. لایحه علاوه بر تعهد پرداخت ثمن، تعهد به عدم انتقال قرارداد را نیز برای پیش خریدار پیش بینی نموده است. که هر یک از آنها در قسمت جداگانه ای مورد بررسی قرار می گیرد.

قسمت اول: پرداخت ثمن

بر اساس ماده ی ۱۶ ق.پ.س، چنانچه پیش خریدار اقساط مورد تعهد خود یا عوض قرارداد را در مواعد مقرر نپردازد، پیش فروشنده می تواند مراتب را به دفترخانه ی تنظیم کننده ی سند پیش فروش اعلام نماید و دفترخانه مکلف است ظرف یک هفته به پیش خریدار اخطار کتبی نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

در رابطه با تعهد پیش خریدار نسبت به پرداخت ثمن مورد معامله، این نکته نیز قابل توجه است که اگر قرارداد او بنا به دلایلی از قبیل عدم اهلیت برخی از پیش فروش کنندگان یا هر دلیل دیگر، نسبت به قسمتی از مورد معامله باطل باشد، پیش خریدار می تواند از پرداخت ثمن خودداری نموده و قرارداد را کلاً فسخ نماید. اگر بخواهد از حق فسخ استفاده ننموده و قرارداد را به همان شکل قبول نماید، بایستی آن مقدار از ثمن را که در مقابل قسمت صحیح قرارداد قرار می گیرد، بپردازد.

۱- کمالان، سید مهدی، ۱۳۸۸، نمونه قراردادهای کاربردی، تهران، انتشارات کمالان، صفحه ۱۵.



قسمت دوم: عدم انتقال قرارداد

بر اساس مفاد پیش فروش ساختمان، پیش خریدار نمی تواند بدون رضایت فروشنده، آپارتمان موضوع قرارداد را به غیر انتقال دهد و در صورت انتقال، منتقل الیه و خریدار در مقابل فروشنده، مسئولیت تضامنی دارند. این تعهد برای تضمین وصول وجوه موضوع قرارداد به نفع پیش فروشنده پیش بینی شده است. براساس لایحه این تعهد حتی در صورت عدم درج آن در قرارداد توسط قانون، موجود تلقی می شود. براساس مقررات جاری حقوق ایران اصولاً انتقال حقوق ناشی از قرارداد، برای هر دو طرف قرارداد، مجاز است مگر اینکه در خود قرارداد بر خلاف آن توافق شده باشد.

در قانون برای پیش خریدار حق انتقال به غیر، حتی بدون اخذ رضایت از پیش فروشنده، پیش بینی شده است اما چنانچه انتقال بدون رضایت پیش فروشنده صورت گرفته باشد، پیش خریدار و منتقل الیه در مقابل پیش فروشنده بطور تضامنی عهده دار پرداخت ثمن می باشند. این امر در ماده ۱۸ قانون پیش بینی شده بود که برخی از نمایندگان تقاضای حذف آن را مطرح کردند که تصویب شد و مقرر گردید این ماده یا حذف و یا در کمیسیون مربوطه اصلاح شود.

علاوه بر تعهدات فوق به نظر می رسد، پیش خریدار متعهد است در موعد مقرر نسبت به تحویل گرفتن آپارتمان موضوع قرارداد و دریافت سند رسمی آن نیز اقدام نماید. عدم اقدام به موقع در این خصوص اگر نقض قرارداد تلقی نشود، ممکن است موجب سقوط حق ادعای پیش خریدار در مورد عیوب و نواقص آپارتمان احدائی گردد و این عدم اقدام را می توان به ضرر خود او تفسیر کرد. پیش خریداری که به موقع جهت انتقال سند آپارتمان موضوع قرارداد، با وجود آماده بودن سند اقدام ننموده و بعداً هزینه های سند افزایش یافته یا مالکیت رسمی پیش فروشنده به عللی از بین رفته و یا او فوت نموده و طبق مقررات جدید مالیاتی و ثبتی، هزینه های بیشتری برای تنظیم سند پیش آمده، خود بایستی هزینه های اضافی را تقبل نماید. برای تعیین حدود حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد، به ویژه در خصوص روش و نحوه ی پرداخت وجوه موضوع قرارداد، دادگاهها ناچار به تفسیر قرارداد می باشند. دادگاه در تفسیر قرارداد بایستی به مذاکرات پیش قراردادی و معنا و مفهوم الفاظ و کلمات بکار رفته در قرارداد، توجه نماید.

مبحث دوم: تعهدات طرفین در صورت انتقال

در این مبحث، در رابطه با حالتی که پیش فروشنده، کل ساختمان یا آپارتمان موضوع قرارداد را به غیر انتقال داده و حالتی که پیش خریدار، آپارتمان پیش خرید شده را به غیر انتقال می دهد و نهایتاً حالتی که منتقل الیه آپارتمان پیش خرید شده، آن را به غیر انتقال می دهد، بحث خواهد شد. بنا به مراتب فوق



مطالب این مبحث در سه گفتار جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در گفتار اول، انتقال توسط پیش فروشنده و در گفتار دوم، انتقال توسط پیش خریدار و در گفتار سوم، انتقال توسط منتقل‌الیه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

گفتار اول: انتقال توسط پیش فروشنده

اگر پیش فروشنده بخواهد همان آپارتمانی را که به خریدار پیش فروش نموده، به غیر انتقال دهد (براساس نظری که قرارداد پیش فروش را ناقل مالکیت اجزاء آپارتمان به محض ساخته شدن به پیش خریدار می‌داند)، مرتکب تخلف شده و اصولاً بایستی معامله دوم او فصولی تلقی شود که در این صورت به وسیله پیش خریدار قابل ابطال است. اما ممکن است فروشنده قبل از اتمام قرارداد و قبل از تحویل واحد بخواهد نسبت به انتقال کل ساختمان و زمین به شخص ثالث اقدام نماید در این صورت بایستی خریدار را از وجود قراردادهای پیش فروش و مفاد آنها مطلع نماید و به هر حال خریدار بعنوان منتقل‌الیه بایستی کلیه تعهدات فروشنده به پیش خریداران را انجام دهد و در مقابل آنان مسئول انجام تمامی تعهدات فروشنده بر اساس مفاد قراردادهای آنان است. البته اگر به هر دلیلی قرارداد فروشنده با پیش خریدار فسخ شود یا باطل اعلام شود، می‌تواند اقدام به انتقال همان واحد آپارتمان به غیر به صورت پیش فروش یا بصورت تکمیل شده، بنماید.

کسانی که قرارداد پیش فروش را تعهد به بیع می‌دانند، فروشنده را در هر زمان مجاز به انتقال واحد آپارتمانی، به غیر می‌دانند. البته در برخی از قراردادها که ظاهراً تعهد به بیع می‌باشد، شرط می‌شود که، اگر خریدار اقساط را نپردازد، فروشنده حق دارد معامله را فسخ و آپارتمان را به غیر واگذار کند. این شرط نشان دهنده‌ی این است که قبل از فسخ قرارداد، آپارتمان، متعلق به خریدار است و در نتیجه فروشنده حقی برای فروش آن ندارد.

براساس قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، پیش فروشنده در صورتی که بخواهد حقوق و تعهدات خود نسبت به واحد پیش فروش شده و عرصه‌ی آن را به غیر واگذار نماید، بایستی ابتدا رضایت همه‌ی پیش خریداران را جلب نماید. ماده‌ی ۱۷ قانون مذکور در این رابطه چنین مقرر می‌دارد:

«واگذاری تمام یا بخشی از حقوق و تعهدات پیش فروشنده نسبت به واحد پیش فروش شده و عرصه‌ی آن پس از اخذ رضایت همه پیش خریداران یا قائم‌مقام قانونی آنها بلامانع است.»

علت اینکه این قانون از حقوق و تعهدات پیش فروشنده، نسبت به واحد پیش فروش شده، بحث نموده و



اشاره ای به واگذاری مالکیت واحدها توسط پیش فروشنده ننموده، این است که این قانون قرارداد پیش فروش را ناقل مالکیت واحد پیش فروش شده به پیش خریدار می داند. این نکته را می تواند از صدر ماده ی ۱۳ قانون مذکور فهمید که مقرر می دارد:

«پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می گردد...»

ماده ی ۱۵ قانون مذکور نیز دلیل دیگری بر این مدعاست که مقرر می دارد:

«عرصه و اعیان واحد پیش فروش شده و نیز اقساط و وجوه وصول و یا تعهد شده بابت آن، قبل از انتقال رسمی واحد پیش فروش شده به پیش خریدار قابل توقیف و تأمین به نفع پیش فروشنده یا طلبکار او نیست.» البته در صورتی که پیش خریدار اقساط بهاء یا عوض قراردادی را در مواعد مقرر نپردازد، پیش فروشنده می تواند با رعایت ماده ی ۱۶ ق.پ.س نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. بدیهی است که پس از فسخ قرارداد حق واگذاری آن را به غیر خواهد داشت.

گفتار دوم: انتقال توسط پیش خریدار

شرط عدم انتقال حقوق ناشی از قرارداد به غیر توسط خریدار که در برخی از قراردادهای پیش فروش درج می شود، نشان دهنده ی این است که اصولاً طرفین در نظر اول، حق انتقال به غیر را برای خود موجود می دانند که در مقام سلب چنین حقی بر می آیند. چون حق خریدار پیش فروش آپارتمان نسبت به آن نوعی حق مالی است و در حقوق مالی اصل بر قابلیت نقل و انتقال به غیر است، بر مبنای ماده ی ۳۰ قانون مدنی و قاعده ی تسلیط صاحب حق مالی حق هرگونه تصرف در آن را دارد مگر اینکه ضمن قرارداد این حق را از خود سلب نموده باشد.

ممکن است در رابطه با انتقال قرارداد پیش فروش آپارتمان، این ایراد گرفته شود که پیش فروشنده، آپارتمان را به پیش خریدار واگذار نموده و این حق را دارد که طرف قراردادش را خودش انتخاب نماید و در نتیجه تحمیل شخص دیگری به جای پیش خریدار دور از عدالت است. در پاسخ می توان گفت: اگر نظر پیش فروشنده این بوده که پیش خریدار حق واگذاری را ندارد، بایستی در قرارداد اولیه این امر را شرط می کرد. در این زمینه ماده ی ۱۸ قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹ چنین مقرر می دارد:

«در صورت انتقال حقوق و تعهدات پیش خریدار نسبت به ساختمان پیش فروش شده بدون رضایت پیش فروشنده، پیش خریدار و منتقل الیه به طور تضامنی عهده دار پرداخت ثمن خواهند بود. در هر حال سند رسمی انتقال به نام منتقل الیه تنظیم خواهد شد.»



گفتار سوم: انتقال توسط منتقل‌الیه

اینکه آیا منتقل‌الیه یک قرارداد پیش فروش آپارتمان، که در واقع آپارتمان موضوع قرارداد پیش فروش، توسط پیش خریدار به او واگذار شده، از چه حقوق و تکالیفی برخوردار است، یکی از مسائل مهم مطرح در رابطه با پیش فروش آپارتمانهاست. بسیاری از شرکتهای انبوه ساز در قرارداد های خود حق انتقال به غیر را از پیش خریدار سلب می نمایند و برخی دیگر آن را مسکوت گذاشته و در نهایت گروهی چنین حقی را برای پیش خریدار در مقابل پرداخت درصدی از مبلغ قرارداد اولیه جهت انتقال می پذیرند.

در حالتی که حق انتقال به غیر، در قرارداد پیش فروش آپارتمان سلب شده باشد، اصولاً پیش خریدار نباید حق انتقال به غیر را داشته باشد، اما با توجه به اینکه در قرارداد پیش فروش آپارتمان، شخصیت طرف علت عمده ی عقد نمی باشد و به هر حال تعهد سازنده، تعهد بر احداث و تحویل آپارتمان است و ارتباطی به شخصیت طرف قرار داد، ندارد. دادگاههای ایران در عمل در چنین مواردی قرارداد انتقال را صحیح می دانند. البته ممکن است این قرارداد را در قالب عقد صلح، صحیح دانست. چرا که پیش خریدار به هر حال حقی نسبت به این قرارداد دارد که حقی مالی است و این حق مالی را می تواند در قالب عقد صلح به شخص دیگری صلح نماید و منتقل‌الیه جانشین او نسبت به حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد گردد. در چنین انتقالاتی عموماً منتقل‌الیه از پیش خریدار وکالت بلاعزل اخذ می کند تا به وکالت از وی به فروشنده مراجعه کند و پس از تحویل گرفتن آپارتمان به استناد قرارداد اولیه، سند مالکیت را به نام پیش خریدار اولیه (موکل) دریافت و سپس با استفاده از وکالت خود آن را به خود انتقال دهد. اینگونه وکالتها معمولاً چون در مقام معامله اعطاء می شوند، علاوه بر بلاعزل بودن دارای حق توکیل غیر ولو کراراً می باشند که وکیل اولین وکالت معمولاً در واگذاری های بعدی با استفاده از حق توکیل، وکالت را به منتقل‌الیه تفویض می نماید. ممکن است چندین مرتبه تفویض وکالت صورت گیرد. نهایتاً آخرین وکیل هنگام تکمیل آپارتمان با استفاده از وکالتی که دارد به پیش فروشنده، مراجعه نموده و آپارتمان را تحویل گرفته و مراحل بعدی را انجام خواهد داد.

در حالتی که قرارداد در خصوص حق انتقال به غیر مسکوت است، در اینکه پیش خریدار حق انتقال به غیر را دارد، شکی نیست و او می تواند قرارداد را به شخص ثالثی منتقل نماید و در اثر این انتقال منتقل‌الیه جایگزین او نسبت به تمامی حقوق و تعهدات پیش خریدار می شود.

در رابطه با درستی یا نادرستی انتقال حقوق و تعهدات پیش خریدار ناشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان باید گفت، «با توجه به اصل آزادی اراده، می توان دواصل قابلیت انتقال و قابلیت اسقاط را در حقوق



و تعهدات، استنباط و استخراج نمود. چرا که هر صاحب اراده ای می تواند حقی را که دارد، به دیگری منتقل کند و لذا هر حقی قابل انتقال به غیر است. مگر اینکه قانون صریحاً حق معینی را غیر قابل انتقال بداند.^۱ در بعضی از قراردادهای پیش فروش، شرکتهای ساختمانی و انبوه سازان برای اجازه ی واگذاری قرارداد به غیر، پرداخت وجهی را شرط نموده و بر اساس آن شرط، مطالبه می کنند و در صورت عدم پرداخت این وجه از انجام تعهدات خود ناشی از قرارداد اولیه ی پیش فروش، در قبال منتقل الیه خودداری نموده و او را به عنوان طرف قرارداد خود، نمی پذیرند. به نظر می رسد این شرط درست است و به هر حال پیش فروشنده را در حالتی که اجازه واگذاری به غیر را طبق قرارداد از پیش خریدار سلب نموده یا برای انتقال پرداخت وجهی را شرط نموده است، نمی توان اجبار به انجام تعهدات در مقابل منتقل الیه نمود و او را ملزم به شناسایی منتقل الیه به عنوان پیش خریدار نمود.

در این مورد نیز عموماً پیش خریداران با اعطای وکالت بلاعزل به منتقل الیه که بر اساس این وکالت اختیارات انجام تمام امور اداری مربوط به قرارداد پیش فروش و سپس خرید و تملیک آپارتمان به موکل خود و سپس فروش و انتقال آن به هر شخص ولو به نفس خود و حتی اختیار اخذ وام و ترهین و توثیق آپارتمان نزد بانک یا مرجع اعطاء کننده ی وام و سایر اختیارات لازمه رادار می شود، اقدام می کنند.

بر اساس ماده ی ۱۸ ق.پ.س، چنانچه انتقال حقوق تعهدات پیش خریدار بدون رضایت پیش فروشنده صورت گرفته باشد، پیش خریدار و منتقل الیه در مقابل پیش فروشنده نسبت به پرداخت ثمن مسئولیت تضامنی دارند. (البته تکلیف نهایی این ماده از حیث حذف یا اصلاح در کمیسیون مربوطه مشخص خواهد شد.

با توجه به مفاد قانون پیش فروش ساختمان و به ویژه مواد ۱۸ و ۱۳ آن به نظر می رسد پیش خریدار در هر حال می تواند حقوق و تعهدات خود ناشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان را به غیر منتقل نماید. از سوی دیگر ماده ی ۱۸ را می توان شامل حال منتقل الیه نیز دانست. یعنی اگر منتقل الیه نیز حقوق و تعهدات خود ناشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان را بدون جلب رضایت پیش فروشنده به غیر منتقل نماید، به همراه منتقل الیه جدید در مقابل پیش فروشنده، نسبت به پرداخت ثمن، مسئولیت تضامنی خواهد داشت.

مبحث سوم: حقوق طرفین پس از نقض

در این مبحث، از حقوق طرفین پس از نقض قرارداد، بحث می شود. در حقوق ایران تا زمانی که موعد انجام تعهد فرا نرسیده، نقض قرارداد قابل تصور نیست. پس از فرارسیدن موعد انجام تعهد هر یک از طرفین



قرارداد از انجام تعهدات خود سر باز زند، متخلف محسوب می شود و طبق قانون با وی برخورد خواهد شد.

گفتار اول : حقوق پیش فروشنده پس از نقض قرارداد

اصلی ترین تعهد پیش خریدار ، پرداخت به موقع وجوه موضوع قرارداد است و عدم پرداخت به موقع وجوه مورد تعهد، نقض قرارداد محسوب می شود. اگر پیش خریدار، قرارداد را نقض کند ، فروشنده به هر حال، حق مطالبه وجه قرارداد را دارد و اگر خساراتی نیز ضمن قرارداد پیش بینی شده باشد، می تواند مطالبه کند. پیش بینی حق فسخ در قراردادها برای فروشنده ، در صورت عدم پرداخت وجوه توسط خریدار مطابق مفاد قرارداد ، یکی از ضمانت اجراهای مرسوم است. البته حتی اگر چنین شرطی پیش بینی نشده باشد، به هر حال عدم پرداخت وجوه توسط پیش خریدار ، نقض قرارداد محسوب می شود . حتی می توان گفت ، روش و نحوه ی پرداخت، بایستی طبق قرارداد انجام شود ، مگر اینکه عدم پرداخت ، ناشی از تغییر روش یا عواملی باشد که خود پیش فروشنده موجب پیش آمدن آنها شده است . مثلاً اگر در قرارداد ، شماره حسابی مشخص شده و تصریح شده که وجوه باید به این حساب واریز شود و پرداختهای خارج از سیستم بانکی و خارج از شماره حساب تعیین شده ، قابل قبول نخواهد بود ، در این صورت عدم پرداخت به حساب مذکور ، از مصادیق نقض قرارداد محسوب می شود ، حتی اگر پیش خریدار ثابت نماید که وجوه موضوع قرارداد را به حسابهای دیگر مربوط به پیش فروشنده واریز نموده است . پیش بینی حق فسخ در قراردادها برای فروشنده در صورت عدم پرداخت وجوه توسط خریدار ، یکی از ضمانت اجراهای مرسوم است.

قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ در صورت عدم پرداخت اقساط توسط پیش خریدار ، برای پیش فروشنده حق فسخ پیش بینی نموده است. ماده ی ۱۶ قانون مذکور مقرر می دارد:

« در صورت عدم پرداخت اقساط بها یا عوض قراردادی در مواعد مقرر، پیش فروشنده باید مراتب را کتباً به دفترخانه تنظیم کننده سند اعلام کند. دفترخانه مکلف است ظرف مهلت یک هفته به پیش خریدار اخطار کتبی نماید تا ظرف یک ماه نسبت به پرداخت اقساط معوقه اقدام نماید در غیر این صورت پیش فروشنده حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.»

متأسفانه قانون فوق نحوه ی عمل پیش فروشنده را جهت فسخ قرارداد تعیین نکرده است و معلوم نیست که آیا بایستی دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده ی قرارداد ، مراتب فسخ را انجام دهد یا اینکه پیش فروشنده بایستی به مراجع قضایی مراجعه نماید؟ به نظر می رسد دفتر اسناد رسمی در صورت انقضای یک ماه از تاریخ ابلاغ اخطاریه و عدم پرداخت اقساط معوقه ، می تواند به درخواست پیش فروشنده نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید.



گفتار دوم: حقوق پیش خریدار پس از نقض قرارداد

هرگاه پیش فروشنده به تعهدات خود عمل نکند، نقض قرارداد تحقق پیدامی کند. ممکن است اودرانجام تعهدات خود مرتکب تخلفات اساسی شده مثلاً ساختمان را احداث نموده اما برخلاف پروانه ی ساختمان عمل نموده، در چنین صورتی پیش خریدار برخی جبرانهارا در اختیار دارد. و حتی ممکن است، موانعی بروز کند که فروشنده نتواند امر ساخت و ساز را پیش ببرد. مواردی مثل گران شدن سریع مصالح ساختمانی یا زمین یا دستمزدها و عوامل غیر قابل پیش بینی، ممکن است سبب عدم انجام تعهدات سازنده شود.

پیوستگی تعهدات طرفین به هم، ایجاب می کند که اگر تعهد فروشنده مبنی بر ساخت و ساز، با قوه ی قهریه مواجه شده و غیر ممکن گردد، قرارداد منتفی شود و در این وضعیت اگر وجوهی از پیش خریدار دریافت کرده باید مسترد نماید و پیش خریدار دیگر مجبور به پرداخت باقی مانده ی وجوه مورد تعهد خود نخواهد بود. در برخی موارد ممکن است پیش فروشنده، عملیات ساختمانی را متوقف نموده و براساس قرارداد اجرا نکند، قانونگذار برای جلوگیری از چنین اعمالی در ماده ی ۱۲ ق.پ.س راهکاری پیش بینی نموده است. ماده ی ۱۲ ق.پ.س مقرر می دارد:

« در صورتی که عملیات ساختمانی متناسب با مفاد قرارداد پیشرفت نداشته باشد، پیش خریدار می تواند پرداخت اقساط را منوط به ارائه تأییدیه مهندس ناظر مبنی بر میزان پیشرفت از سوی پیش فروشنده نماید و مهندس ناظر مکلف است به تقاضای هر یک از طرفین ظرف یک ماه گزارش پیشرفت کار را ارائه نماید.»

در رابطه با حقوق پیش خریدار در قبال نقض تعهدات پیش فروشنده، مطالب این گفتار در سه قسمت ارائه می شود. در قسمت اول، بحث اختلاف مساحت آپارتمان تکمیل شده با مساحت مندرج در قرارداد و در قسمت دوم، تخلفات ساختمانی صورت گرفته در آپارتمان و در قسمت سوم جبرانهای مربوط به نقض قرارداد مورد مطالعه قرار می گیرد.

قسمت اول: اختلاف مساحت آپارتمان

یکی از مسائلی که در رابطه با آپارتمانها در خصوص نقض قرارداد مطرح می شود، تفاوت مساحت آپارتمان تکمیل شده، با مساحت مندرج در قرارداد پیش فروش می باشد. در ساختمان سازی یکی از مسائلی که بطور طبیعی پیش می آید، اختلاف مساحت ساختمان پس از احداث، در مقایسه با نقشه های اولیه می باشد. در نتیجه ممکن است، مساحت آپارتمان، کمتر یا بیشتر از مساحت مندرج در قرارداد درآید. هر یک از این موارد بطور جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد.



الف) حالتی که مساحت آپارتمان بیشتر از قرارداد باشد.

بر اساس ماده ی ۳۵۵ ق.م.ا.گ. اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه ی زیاد یا نقیصه تراضی نمایند. براساس ماده ی ۳۸۵ ق.م.ا.گ. اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه ی آن بدون ضرر ممکن نمی شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر در آید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.

در قرارداد پیش فروش آپارتمان، در رابطه با تخلف سازنده از مساحت مورد توافق، اعمال مواد فوق، راهکاری مناسب نمی باشد. چون در این صورت به بایع در قبال تخلف اش پاداش می دهیم. به نظر می رسد، ماده ی ۳۵۵ ق.م.ا.گ. باید در مورد ملکی اعمال شود که در زمان عقد موجود بوده و طرفین مساحت آن را فی مابین خود معین نموده اند در حالی که نسبت به مساحت آن دچار اشتباه بوده اند. اعطای حق فسخ مندرج در ماده ی فوق به بایع، در جهت جبران اشتباه او می باشد.

از دیدگاه حقوقی، در این مورد بهترین راه، توسل به ماده ی ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ است.

ماده ی ۷ ق.پ.س مقرر داشته است که در صورتی که مساحت بنا براساس صورت مجلس تفکیکی بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد مابه التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت. لیکن چنانچه مساحت بنا تا (۵) درصد افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از (۵) درصد باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد.

ب) حالتی که مساحت کمتر از قرارداد باشد.

اگر مساحت آپارتمان تکمیل شده، کمتر از مساحت مندرج در قرارداد در آید، به صراحت مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م.ا.گ. پیش خریدار حق فسخ دارد. علت اینکه این حق را برای پیش خریدار موجود دانستیم ولی برای پیش فروشنده، حتی در حالت اضافه مساحت، چنین حقی قائل نشدیم، این است که سبب پیدایش این وضعیت و وقوع تخلف از توافق طرفین، پیش فروشنده می باشد. او با این تخلف خود حق برخورداری از خیار فسخ را از خود سلب نموده است. اما پیش خریدار در این رابطه تخلفی را مرتکب نشده است.

اعطای حق فسخ به پیش خریدار، و عدم اعمال فسخ از جانب او مانع مراجعه ی او به پیش فروشنده، جهت مطالبه ی تفاوت قیمت کاهش مساحت نیست. او برای جبران ضرری که در اثر کاهش مساحت و در واقع



در اثر تخلف پیش فروشنده، به او وارد شده، مستحق دریافت تفاوت قیمت می باشد. این تفاوت قیمت در عرف امروزی بر مبنای مترمربع معین می شود و به هر اندازه و هرچند مترمربع یا سانتی متر مربع که آپارتمان کاهش مساحت دارد، براساس قیمت هر مترمربع از همان آپارتمان محاسبه و از پیش فروشنده، دریافت می شود.

براساس ماده ۷ قانون، چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از (۹۵) درصد مقدار توافق شده باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و براساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند.

قسمت دوم: تخلفات ساختمانی

تخلفات ساختمانی پیش فروشنده، به لحاظ اینکه موجب عدم مطابقت آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد و نقشه ی اولیه و پروانه ی ساختمان می باشد، نقض قرارداد محسوب شده و موجب مسئولیت پیش فروشنده در قبال پیش خریدار و شهرداری می باشد که حسب مورد در تخلفات جزئی، ممکن است عرف به دیده ی اغماض نگریسته و آپارتمان ساخته شده را مطابق قرارداد دانسته و موجب نقض نداند اما در بیشتر تخلفات ساختمانی، علاوه بر مسئولیت پیش فروشنده در مقابل شهرداری نقض قرارداد نیز، تحقق یافته و پیش فروشنده در مقابل پیش خریدار مسئول شناخته خواهد شد که در نتیجه پیش خریدار حق توسل به جبرانهای موجود را به دست خواهد آورد. در این رابطه شناخت تخلفات ساختمانی، ضروری می باشد. هر ساختمان و عملیات بنایی که بدون مجوز کتبی شهرداری احداث گردد، به آن تخلف ساختمانی بدون پروانه میگویند.

تخلفات ساختمانی ممکن است مازاد بر پروانه ی ساختمان باشد. تخلفات ساختمانی مازاد بر پروانه به ساختمانها و عملیات هایی اطلاق می شود که مالک یا ذینفع قبلاً برای بنایی ساختمان خویش رأساً از شهرداری با رعایت تشریفات قانونی پروانه اخذ نموده باشد و پس از تکمیل بنا و رعایت نمودن نقشه تصویبی و رعایت مفاد پروانه و ساخت کامل بنا بر اساس پروانه صادره توسط شهرداری اقدام به احداث بنای اضافی نموده و از مترائز نقشه و پروانه تعیین شده خارج شده، به آن بنای ساخته شده یا در حال ساخت اضافه نمایند که در این صورت این بنای احداثی را تخلف مازاد بر پروانه می گویند.

در رابطه با تخلفات ساختمانی، سوآلی که مطرح می شود، این است که آیا تخلفات ساختمانی پیش فروشنده، نقض قرارداد محسوب می شود یا خیر؟ در پاسخ می توان گفت اصولاً هر تخلف ساختمانی که در رابطه با قرارداد پیش فروش آپارتمان، صورت می گیرد، نمی تواند نقض قرارداد محسوب شود مشروط



بر اینکه پیش فروشنده در زمان تحویل آپارتمان یا ظرف مدت عرفی مناسبی تخلف را رفع و یا مسئولیت ناشی از تخلف را برطرف سازد.

در مورد تخلفاتی مثل اضافه بنا زائد بر پروانه، اگر پیش فروشنده، جریمه‌ی متعلقه را بپردازد، گواهی عدم خلاف یا پایان کار صادر خواهد شد و صرف این تخلف، در صورت پرداخت جریمه، ضرری را متوجه پیش خریدار نمی‌نماید و در نتیجه مسئولیتی برای پیش فروشنده، در رابطه با آن در مقابل پیش خریدار، قابل تصور نیست.

در مورد تخلفاتی مثل کسری پارکینگ یا عدم پیش بینی پارکینگ که علاوه بر نقض مقررات شهرداری و شهرسازی، نقض حقوق پیش خریدار نیز محسوب می‌شوند، صرف پرداخت جریمه به شهرداری، مانع مسئولیت پیش فروشنده در مقابل پیش خریدار نمی‌باشد.

در نتیجه به عنوان قاعده، می‌توان گفت تخلفات ساختمانی که موجب ورود زیان به پیش خریدار یا موجب عدم انطباق آپارتمان ساخته شده، با آپارتمان موضوع قرارداد به ضرر پیش خریدار گردیده، علاوه بر مسئولیت پیش فروشنده در قبال شهرداری، موجب مسئولیت وی در قبال پیش خریدار نیز خواهد بود. طرق جبرانی مربوط به این تخلفات، با توجه به نوع و کیفیت تخلف در نظر دادگاه متفاوت خواهد بود.

قسمت سوم: جبرانهای مربوط به نقض قرارداد

در صورت تحقق نقض قرارداد، متعهدله حق برخورداری از یک یا چند جبران ناشی از نقض را داراست. در حقوق بر اساس ماده ۲۲۱ و ۲۲۲ قانون مدنی، در صورت عدم ایفاء تعهد، با رعایت ماده ۲۲۱ حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است، اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه‌ی مخارج آن محکوم نماید. در مورد تعهدات ناشی از قرارداد پیش فروش آپارتمان، در حقوق دادگاه بایستی ابتدا متعهد را به انجام تعهد خود محکوم کند و مطالبه‌ی خسارت فرع بر انجام تعهد است و به عبارت دیگر، حکم بر پرداخت خسارت، متعهد را از انجام تعهد معاف نمی‌گرداند. در حقوق، در برخی موارد امکان دریافت دستور موقت از دادگاه، مبنی بر منع متعهد از انجام کاری یا منع از فروش مال، وجود دارد.

جبرانهای زیر برای پیش خریدار، در قرارداد پیش فروش آپارتمان با توجه به نوع تخلف پیش فروشنده، قابل دسترس می‌باشد و او می‌تواند یک یا چند جبران را مطالبه کند. علاوه بر جبرانهای زیر دومی دیگر نیز وجود دارد که در گفتار پیشین، مورد اشاره قرار گرفتند. جبرانهای مطالبه‌ی خسارت و اجرای عین قرارداد و قرار منع و فسخ هر کدام در بند جداگانه‌ای به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌گیرند.



بند اول: مطالبه خسارت

قانونگذار در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ در تمام مواردی که به علت تخلف پیش فروشنده به خریدار حق فسخ اعطاء نموده حق مطالبه خسارت را نیز به او اعطاء نموده است. (ماده ۸ ق.پ.س) بعلاوه پیش فروشنده براساس ماده ۹ قانون مذکور نسبت به خسارات ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی در برابر پیش خریدار و اشخاص ثالث مسئول است. همچنین علاوه بر موارد فوق در ق.پ.س جریمه ای از بابت تأخیر انجام تعهدات پیش فروشنده به نفع پیش خریدار، پیش بینی شده است که در واقع نوعی جبران خسارات وارده بر او محسوب می شود. (ماده ۶ ق.پ.س)

بند دوم: درخواست دستور اجرای عین قرارداد

در امکان اجبار متعهد به انجام عین تعهد در مواد ۲۱۹ و ۲۳۷ قانون مدنی پیش بینی شده است و در صورتی که اجبار متعهد به انجام عمل، غیر مقدور باشد ولی امکان انجام آن به وسیله ی شخص دیگری وجود داشته باشد، دادگاه می تواند بر اساس ماده ۲۳۸ ق.م. موجبات انجام تعهد را به خرج متعهد فراهم آورد و این امر در قرارداد پیش فروش آپارتمان قابل اجراست.

اگر امکان اجبار متعهد به انجام تعهد وجود نداشته باشد و تعهد توسط دیگری قابل اجرا نباشد، طرف مقابل بر اساس ماده ۲۳۹ ق.م. حق فسخ دارد. بینی نشده است. لذا در این راستا قانونگذار در ماده ۶ صراحتاً به این موضوع اشاره نموده و مقرر نموده که پیش فروشنده علاوه بر اجرای تعهدات خود، مکلف به پرداخت جریمه می باشد.

بعلاوه قانونگذار برای پیش خریدار اختیار انتقال مستقیم آپارتمان موضوع قرارداد به نام خود پیش بینی نموده که خود نوعی جبران محسوب می شود. همچنین در مواردی که پیش فروشنده به علت وجود نواقص جزئی موفق به تکمیل پروژه نگردد، قانونگذار اختیار تکمیل نواقص را برای پیش خریدار پیش بینی نموده است. مقررات این موارد به ترتیب در مواد ۱۳ و ۱۴ ق.پ.س پیش بینی شده است.

بند سوم: دستور موقت

به موجب این قراردادگاه میتواند مثلاً پیش فروشنده را از انتقال آپارتمان موضوع قرارداد پیش فروش به غیر منع کند. و یا از قرارهای توقیف اموال یا تأمین خواسته در قانون استفاده است.

بند چهارم: فسخ قرارداد

در حقوق، فسخ قرارداد زمانی امکان پذیر است که مدعی فسخ، براساس قرارداد یا قانون حق فسخ داشته



باشد. در صورت عدم وجود حق فسخ، قرارداد فسخ نشده و از بین نمی رود.

در قانون پیش فروش ساختمان، قانونگذار در صورت اختلاف مساحت واحد، برای پیش خریدار حق فسخ قرارداد را به شرح زیر پیش بینی نموده است: درحالی که مساحت بنا بیش از ۵٪ افزون بر مساحت مندرج در قرارداد باشد، صرفاً پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد و نیز درحالی که مساحت واحد تحویل شده کمتر از ۹۵٪ مساحت مورد توافق باشد پیش خریدار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. (ماده ۷ق.پ.س) به نظر می رسد درحالی که پیش فروشنده نتواند یا نخواهد ساختمان موضوع قرارداد را احداث یا تکمیل نماید و پیش خریدار نیز مایل به تکمیل بنا به هزینه ی شخصی خود نباشد و یا انجام چنین امری برای او مقدر نباشد، پیش خریدار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. هرچند که در مواد ۱۲ الی ۱۴ که در این رابطه بحث نموده است، چنین حق فسخی مورد تصریح قرار نگرفته است، براساس قواعد حقوقی موجود اصولاً خریدار باید بتواند برای وصول مبالغی که قبلاً در اجرای قرارداد به پیش فروشنده پرداخت نموده است، اقدام به فسخ قرارداد نماید.

براساس ماده ی ۸ق.پ.س، در تمامی مواردی که به دلیل تخلف پیش فروشنده، پیش خریدار حق فسخ خود را اعمال می نماید، پیش فروشنده باید خسارت وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین به پیش خریدار بپردازد. براساس تبصره ی ماده ی فوق، در صورت عدم توافق طرفین، پیش فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را براساس قیمت روز بنا، طبق نظر کارشناس منتخب مراجع قضائی همراه سایر خسارات قانونی به پیش خریدار مسترد نماید.

نتیجه گیری و پیشنهادات

نتیجه گیری

با بررسی و تحلیل نظرات و دیدگاه های مختلف پیرامون قرارداد پیش فروش آپارتمان، نهادهای مختلف حقوقی، در جهت تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان مورد مطالعه و مذاقه قرار گرفت. از دیدگاه قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، هر قراردادی که مفید پیش فروش ساختمان باشد، تحت هر عنوانی که منعقد شده باشد، قرارداد پیش فروش ساختمان محسوب می شود. این قانون صرفاً در مورد قراردادهایی که پس از لازم الاجرا شدن قانون منعقد می گردند، اعمال خواهد شد. حقوقدانان و قضات دادگاهها، قراردادهای پیش فروش آپارتمان را که تاکنون (قبل از لازم الاجرا شدن قانون جدید) منعقد گردیده اند، در قالب عقد بیع عین معین، عقد بیع کلی فی الذمه، بیع سلم یا سلف، عقد صلح، عقد



استصناع، تعهد به بیع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل و تبیین نموده اند که به نظر می رسد، تحلیل قرارداد پیش فروش آپارتمان، در قالب عقد صلح و بیع سلم یا سلف و عقد استصناع از نظر حقوق ایران به دلایل مذکور در متن به کلی نادرست و غیر موجه می باشد. بنظر می رسد که قرارداد پیش فروش آپارتمان از لحاظ ماهیتی عقد بیع با شرایط جدید است که ناشی از تحولات و پیشرفت های جامعه و نیاز اساسی افراد به تأمین مسکن خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است که رشد فزاینده ی جمعیت و شهرنشینی، فروش پیشاپیش آپارتمان و امر ساخت و ساز را توجیه می کند.

به لحاظ ماهیت و نحوه ی تنظیم قراردادها، برخی از آنها در قالب تعهد به بیع قرار می گیرد که با توجه به قصد و اراده ی طرفین، هرگاه خواست آنان، تعهد به بیع باشد، اشکالی در توجیه قرارداد تحت عنوان تعهد به بیع وجود ندارد. بدیهی است در این صورت قرارداد منعقد به هیچ وجه موجب انتقال مالکیت آپارتمان نمی باشد بلکه تعهدی است که بر مبنای آن الزام متعهد را به انجام آن از دادگاه می توان دریافت نمود. همانطور که از ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز بر می آید، در بیشتر قراردادهای پیش فروش آپارتمان، هدف طرفین تملیک و تملک آپارتمان پس از ساخته شدن آن است. ممکن است ادعا شود که قرارداد پیش فروش آپارتمان ساخته نشده، به لحاظ عدم وجود مبیع، باطل است در حالی که قرارداد مذکور در قالب بیع عین معین قابل تحلیل و توجیه می باشد و با قبول نظریه ی تملیک تدریجی، هر آنچه از مبیع ساخته شود به محض ساخته شدن، در مالکیت خریدار قرار می گیرد. بطلان بیع عین معین به لحاظ موجود نبودن مبیع، ناظر به مبیعی است که تصور طرفین بر وجود آن بوده و چون وجود نداشته، به لحاظ عدم انطباق با قصد طرفین موجب بطلان عقد بیع می گردد در حالیکه در قرارداد پیش فروش آپارتمان، چون قصد طرفین، بیع آپارتمانی است که بعداً ساخته و تحویل خواهد شد، قصدشان با واقع منطبق است و غرری متصور نیست. بر این مبنا تحلیل و تبیین قرارداد پیش فروش آپارتمان، در قالب بیع عین معین صحیح و خالی از اشکال می باشد.

خلاصه این که باتوجه به این که اشخاص غالباً یک واحد آپارتمان ساخته نشده ولی بامشخصات معین را مورد معامله قرار می دهند و قصد واقعی طرفین نیز خرید و فروش می باشد لذا می توان برآن بود که ماهیت چنین قراردادهایی چیزی جز عقد بیع نمی باشد و ایراد این که بیع بدون وجود مبیع، صحیح نیست، قابل رد است زیرا هدف طرفین در این گونه معاملات، خرید و فروش مبیع موجود، نبوده و طرفین با علم به این که مبیع در آینده ساخته می شود، وارد معامله می شوند و ماده ی ۳۶۱ ق.م. منصرف از مورد است. در این قراردادها، عقد بیع با ایجاب و قبول منعقد می گردد ولی انتقال مالکیت بنا به قصد طرفین به ساخته شدن



آن منوط می‌گردد که این که در بیع کلی نیز، عقد با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد و انتقال مالکیت، وابسته به موجودیت یافتن مبیع و تعیین مصداق می‌گردد. قانونگذار نیز با درک این واقعیت، در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹، چنین ماهیتی برای قراردادهای مذکور قائل گردیده است.

بعلاوه، قراردادهای پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب ماده ی ۱۰ قانون مدنی، قراردادی صحیح و درست دانست و حتی می‌توان گفت، ماده ی ۱۰ قانون مدنی کاملترین قالب برای کلیه ی قراردادهای پیش فروش آپارتمان می‌باشد.

آنچه گفته شد برای حمایت از حقوق مصرف کننده در برابر شرکت های بزرگ ساختمانی ضرورت دارد و به مصلحت عمومی است. اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان تنها به شکل تعهد بر ساختن و انتقال دادن باشد، فروشنده می‌تواند با پول نیازمندان کاخی بلند بسازد و به صاحبان اصلی انتقال ندهد. گاهی او می‌تواند به چند برابر بهای قراردادی سازه ی خود را بفروشد و جوابی برای عهد شکنی خود نیز ندهد. اگر این دیدگاه ناصواب پذیرفته شود، آپارتمان از آن اوست و اگر به غیر انتقال دهد، مال خود را انتقال داده است. خریدار فقط می‌تواند پولی را که چندین سال دست فروشنده ی توانا بوده است، پس بگیرد و اگر درخواست خسارت کند، رباخوار نیز می‌شود. این در حالی است که چنین تفسیری دور از عدالت نهفته در حقوق است. با لازم الاجرا شدن قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، که همان لایحه ی پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۶ هیئت دولت است که با تغییرات زیادی در مورخه ی ۱۳۸۹/۵/۲۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، دیگر در باب شناخت ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان مشکلی باقی نخواهد ماند و قانون مذکور، این مشکل را کاملاً مرتفع نموده است.

پیشنهاد:

قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، مقررات مناسبی در حمایت از پیش خریداران دارد که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت امامسلم است که بسیاری از ایرادات و اشکالات قانون در مرحله ی اجرا بروز خواهد کرد و بدین سبب قضاوت در مورد آنها کمی زوداست.

در این مقطع زمانی که این قانون هنوز قابلیت اصلاح را داراست، پیشنهاد می‌شود، موارد زیر در این قانون اعمال گردد:

۱- تصریح به این که قرارداد پیش فروش آپارتمان از ماهیت حقوقی بیع برخوردار است.

۲- تصریح به این که در قراردادهای پیش فروش، عدم وجود مبیع در زمان انعقاد قرارداد خللی بر صحت قرارداد



واردنمی سازدو موجودبودن مبیع درزمان موردتوافق طرفین کافی است .

۳- حذف ماده ی ۲۰ و واگذاری امر رسیدگی به اختلافات ناشی از پیش فروش به دادگاهها.

۴- تعیین نقش مشاوران املاک در معاملات پیش فروش آپارتمان و جلوگیری از بروز اختلاف نظر در تفسیر ماده ی ۲۴.

علیرغم وجوداشکالات فوق و برخی اشکالات دیگر، به نظرمی رسد که این قانون در ساماندهی امر پیش فروش، توفیق زیادی حاصل نماید تا شرکت‌های انبوه ساز و سازندگان مسکن و واحدها و مجتمع های مسکونی و تجاری از یک طرف، با اطمینان از حمایت قانونی برای وصول وجوه موضوع قراردادهای پیش فروش، و پیش خریداران از طرف دیگر، با اطمینان از نیل به مالکیت واحد دلخواه خود، در این فعالیت اقتصادی بزرگ که قسمت عمده ای از اقتصاد ما را تشکیل داده، فعال تر گردند.

منابع:

- ۱- ابراهیمی، جهانبخش، ۱۳۸۴، تخلفات ساختمانی ونحوه رسیدگی آن در حقوق ایران، تهران، نشر خط سوم.
- ۲- ابهری، حمید، ۱۳۸۷، نقش سند رسمی در بیع املاک، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱۴.
- ۳- اسماعیلی هریس، ابراهیم، ۱۳۸۷، حقوق مالکین آپارتمانها، تهران، انتشارات دادگستر.
- ۴- توکلی کرمانی، سعید، ۱۳۸۰، انتقال تعهد، تهران، انتشارات دانشور.
- ۵- کشاورز، بهمن، ۱۳۷۸، آئین تنظیم قراردادها، تهران، نشر عصر حقوق.
- ۶- کمالان، سید مهدی، ۱۳۸۸، نمونه قراردادهای کاربردی، تهران، انتشارات کمالان.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۴، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.
- ۸- نوبخت، یوسف، ۱۳۷۰، اندیشه های قضایی، تهران، انتشارات کیهان.

سایت:

۱- روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران <http://www.rooznamehrasmi.ir>

۲- مجلس شورای اسلامی <http://www.majlis.ir>





نگاهی به قاعده «لاضرر» از منظری دیگر

سید محمد علی حسینی پاسندی^۱

إلى جنابك انتهى المقاصدُ

يا واهب العقل لك المحامد

پیش از نگارش هر مطلبی درباره موضوع مقاله اذعان و اعتراف به آن دارم که با نوشتن متن و مقاله ای و یا انجام تحقیق و ترجمه ای حتی با ذوق و شوقی وافر و پیشینه و پیوندی همیشگی و مفروض با قواعد و اصول فقه نمی توان بسادگی در این عرصه گام نهاد و با شدت و شتاب سمند بادپای اندیشه را در این وادی به تاختن واداشت و توسن قلم را در این صحنه و ساحت به حرکت درآورد. زیرا بیکباره بضاعت علمی اندک از یک طرف و اهمیت موضوع از طرف دیگر و ذهنی تیره و تار چونان شبی تاریک و گردابی هولناک در برابر خواهد ایستاد.

شب تاریک و بیم موج و گردابی چنین هائل

بر این اساس خود را همانند بوریا بافی یافتم که در کارگاه حریر قدم گذارده است.

« بوریا باف گر چه بافنده است نبرندش به کارگاه حریر »

« سعدی »

اما از جانب دیگر به مدد حضرت دوست امیدوار بوده و هستم که گره از هر کار فرو بسته خواهد گشود و این مقاله را به پایان خواهیم برد.

أزْمَةُ الْأُمُورِ طَرَأَ بِيَدِهِ وَالْكَلُّ مُسْتَمِدَّةٌ مِنْ مَدَدِهِ

« حاج ملاهادی سبزواری »

با کریمان کارها دشوار نیست

« مولوی »

تو مگو ما را بدان شه بار نیست



هر چند تلاش و تکاپوی بزرگانی چون مرحومان نراقی - مراغه ای - شیخ انصاری - میرزای قمی - میرزای نائینی و شریعت اصفهانی و ... در این مقوله با آن فکرو فراست شگفت انگیز همانند دریایی است کرانه ناپدید که شاید بتوانیم به قدر انگشتوانه ای از آن بردارم و تقدیم مسئولین محترم مجله کانون وکلای دادگستری مازندران نمایم تا به همت سایر همکاران اهل قلم این طفل سالها پا به عرصه وجود گذاشته و از رشد لازم بازمانده در مسیر تعالی و بالندگی قرار گرفته و از تلاش و تباهی آن جلوگیری و خود روزی آینه دار و الگو و علم گردد.

همت‌م بدرقه راه کن ای طایر قدس که دراز است ره مقصد و من نوسفرم
«حافظ»

امید است خوانندگان محترم از این جهت بر من خرده نگیرند که مگر ساحت و صحنه فقه و حقوق عرصه شعر و ادبیات و بکاربردن تشبیهات و کنایات و استعارات است در پاسخ خواهیم گفت؛ اولاً: روابط و تعامل انسانها صرفاً بر مبنای مقررات و مفاهیم حقوقی و فقهی و روابط خشک و خشن قانونی تعریف و اداره نمیشود چرا که بیش از آن اخلاق و مذهب و ادبیات و هنر و امثال آن زمینه و عرصه نیکو و مناسبی برای تعامل انسانها بوده و جایگاه والائی در رشد و تکامل انسانها دارد. چنانچه نقش این عوامل مهارکننده کم‌رنگ گردیده و کارآمدی و کارسازی خود را از دست بدهد نوبت به دخالت حقوق می رسد. ثانیاً: چنانچه اندک توجهی به آثار اساتیدی چون استاد لنگرودی و مرحوم استاد کاتوزیان بعمل آید مشخص میشود این بزرگان هر از چندی بعد از توضیح مطالب به قطعه شعری تمسک نموده تا ضمن تلطیف مطالب به فهم عمیق و دقیق آن کمک کنند و بالاتر از آن وقتی بر تصمیم خویش به استفاده از شعر بیشتر جازم گردید و از تردید و تحیر و خوف در جا بدر آمدم بزرگانی چون ابن عربی، حکیم حاج ملاهادی سبزواری، محمدبن مالک اندلسی و شریعت اصفهانی و ... را دیدم. مطالب و مفاهیمی چون عرفان و فلسفه و کلام و منطق و صرف و نحو هر یک را به صورت منظومه و شعر بر جویندگان و طالبان عرضه داشته اند.

جائیکه عقاب پر بریزد از پشه لاغری چه خیزد

«سعدی»

ارتباط وثیق بین عالم شریعت و عالم طبیعت:

با یک نگاه وحدانی و توحیدی و از منظری عمیق و دقیق می توان دریافت که ارتباطی وثیق و ناگسستنی بین عالم تشریح و تکوین موجود است بر این اساس معتقدم که قاعده لاضرر به عنوان اصلی بنیادین حتی



در کل هستی و آفرینش جریان و سریان داشته و بر آن حکومت دارد، چرا که اگر هر یک از کرات و سیارات در منظومه و مدار از پیش تعیین شده خویش خارج شوند سراسر نظام هستی در معرض تباهی قرار خواهد گرفت زیرا سطوت و سیطره هر یک نسبی و در محدوده خاص بوده و هست. حال چنانچه آدمیان مختار نیز در روابط خویش و در تعامل با یکدیگر چه در سطوح فردی و چه در سطوح اجتماعی خود را مالک و فرمانروای مطلق بپندارند چه فتنه و فساد در جامعه ایجاد خواهد شد و چه نزاعها و مناقشه ها در خواهد گرفت و چه خونها که ریخته خواهد شد و ممکن است حتی اثری از موجود زنده هم باقی نماند و صدای جغدی هم به گوش نرسد.

در مزار آباد شهر بی تپش وای جغدی هم نمی آید به گوش

«اخوان ثالث»

بیشتر به ارتباط بین شریعت و طبیعت که هر دو آیات الهی تلقی میشوند پی بردم که از بزرگ صاحب ذوقی در توضیح و تشریح «اصل استصحاب» شنیدم «که نه تنها انسانها بلکه حیوانات نیز پیرو این غریزه حیاتی بوده و در رفتار خود پای بند استصحاب می باشند...» و چه نیکو گفت زیرا خود شاهد این معنی هستیم که سپیده دمان وقتی پرندگان از لانه خویش بیرون آمده بدنبال آب و دانه پرواز کنان دشت و کوه و دریا را در می نوردند در هنگام بازگشت به آشیانه خود اگر شک و تردیدی آنان را فراگیرد وقتی به آن نهاده و اعتنائی به این قبیل احتمالات ندارند که مبدا غرش رعد و تندی و جرقه آتش برقی و شتاب بادی و شرشر بارانی و یا تبر بیداد هیزم شکنی آشیانه آنان را سوزانده و یا به ویرانه ای تبدیل کرده باشد به حکم غریزه شک لاحق را رها کرده و به یقین سابق بها داده با اطمینان به لانه خویش باز می گردند و استصحاب را اعمال می کنند بر همین قیاس و اساس مورچه ای که دانه ای گندم را در راه بازگشت به دهان گرفته و به سمت لانه اش می رود هرگز دلوپسی آن را ندارد که شاید آب در خوابگاه و لانه اش جریان یافته و آن را خراب کرده باشد. شعری از زنده یاد سهراب سپهری نوپرداز معاصر در حین نوشتن این مقاله بیامد آمد بی آنکه درسی از فقه و حقوق خوانده باشد به حکم سیرت و سرشت انسانی و براساس عقل و عاطفه خویش در این شعر در پی تذکر این نکته است تنها ما نیستیم که در این کره خاکی صاحب حق هستیم دیگران حتی گیاه و حیوان نیز حق تمتع و استیفاء از امکانات طبیعت را دارا هستند پس ضمن استفاده از حقوق خویش حقوق آنان را محترم شمرده و عرصه را بر آن ها تنگ نکنیم.

«قاعده لاضرر» در این شعر با بیانی بس لطیف و روشن و روان چونان زلال جاری چشمه و باران به دور از تعبیرات و الفاظ زبر و زمخت حقوقی به خوبی بیان شده است.



آب را گل نکنیم

در فرودست انگار ، کفتری می خورد آب

یا که در بیشه دور ، سیره ای پر می شوید

یا که در آبادی ، کوزه ای پر می گردد

.....

دست درویشی شاید ، نان خشکیده فرو برده در آب

اهمیت قاعده لاضرر در روابط فردی و اجتماعی :

کوته نظری خواهد بود چنانچه قاعده عظیم و عامی چون «قاعده لاضرر» را که مبتنی بر حدیث شریف نبوی «ص» لاضرر و لاضرار فی الاسلام است و پشتوانه سترگ می تواند برای حفظ محیط زیست و حقوق فردی و اجتماعی و حراست از سرمایه های مادی و معنوی جامعه در هر زمینه ای باشد به روابط و همسایه دیوار به دیوار محدود کرد و از ورود شاخه و ریشه های درخت همسایه به زمین همسایه دیگر سخن گفت و به آن استناد نمود و ممکن است این تصور پیش آید در دنیای کنونی که سرعت سرنوشت ها بهم پیوند می خورد و هیچ حرکت و اندیشه عرضه شده از نگاه جهانیان بدور نمی ماند آیا در این دنیای پرتحرک و تکاپوی درهم تنیده روز بروز نوشونده و نزدیک بهم که نظریه هایی مانند دهکده جهانی مک لوهان که مربوط به دهه ۶۰ می باشد قادر نیست این نزدیکی و سرعت ارتباطات را دقیق معرفی کند بجای تئوری دهکده جهانی دنیا به یک آپارتمان شیشه ای تشبیه شده است قواعد و اصولی مانند «لاضرر» می تواند از جمله راه حل های حقوقی مناسب برای چنین جامعه ای باشد، در پاسخ باید گفت؛ اولاً چه کسی می تواند منکر این معنی باشد که در هر حوزه و ساحت علمی مایه ها و پایه های اصلی اندیشه های بکر و بدیع ریشه در اندیشه ها و تجربیات گذشتگان دارد و عرصه حقوق نیز از این امر مستثنی نیست می دانیم که از گذشته تا حال تعاملات حقوقی مردم این سرزمین ریشه در فقه ۱۴۰۰ ساله داشته و فقه همچون درخت تناوری است که از سرچشمه لایزال وحی یعنی کتاب و سنت سیراب گشته و از گذشته تا امروز این درخت گشن و گسترده اینگونه به برگ و بار نشسته و آن چنان با اعتقادات ما در آمیخته است که نادیده گرفتن آن یعنی بی ریشه زندگی کردن و چون برگ کاهی با اندک نسیمی در فضا معلق شدن . لزوماً هر حقوقدانی باید ابتدا برای شناخت حقوق داخلی در مسیری گام بردارد که پیشینه آن را شناخته باشد تا بتواند در فهم و حل مسائل حقوقی راهگشا باشد.



جای آن است که در همین جا از نادره مردی چون «زنده یاد» امیر خطه عدالت و ناصر نستوه حق، استاد کاتوزیان سخن گفت و به کلام وی استناد و استشهاد نمود که می فرمود آیا حجم عظیمی از کتاب های حقوق مدنی کشورهای اروپائی دارای حقوق نوشته از قبیل سوئیس و فرانسه را تجزیه و تحلیل حقوق رم تشکیل نمی دهد؟ آیا در کشورهای دارای حقوق عرفی و نانوشته آراء و اندیشه های قضائی قضات و محاکم جز با جستجو و کندوکاو در آراء قضائی سده های دور و نزدیک گذشتگان به اتکاء آن احکام صادر نمی شود؟ می دانیم که پاسخ مثبت است. به عبارت ما هم نمی توانیم برای شناختن حقوق داخلی و تطبیق و مقارنه آن با مکاتب و نظامهای حقوقی دیگر بی نیاز از شناخت آراء و اندیشه های گذشتگان باشیم و باز استاد، دردمند و دریغا گو و غریبانه می گفت: امروزه به سبب ارزش و اعتباری که دانشکده های حقوق کشورهای پیشرفته برای پیشگامان و بنیانگذاران مکاتب حقوقی در گذشته قائل هستند مجسمه های صاحب نظران و نظریه پردازان در عرصه حقوق را در ابتدای در ورودی دانشکده های حقوق یا سالن ها و سرسراهای آن می گذارند.

و باز در ادامه می فرمود:

اگر بر سر نام هر یک از بزرگان عرصه فقه چونان شیخ اعظم انصاری، سر و مستر آمده بود امروزه در دنیای غرب با توجه به عمق و وسعت اندیشه از حقوقدانهای بزرگ محسوب می شدند. لازم به ذکر است خود استاد بهتر می دانست این بزرگان از اوان ورود به عرصه علم و فقاقت، تتبع و تحصیل و تدریس و تألیف را جزء وظایف و تکالیف خویش دانسته و مشتاق آن بوده اند صرفاً برای رضای حق گام بردارند و گمنام بمانند. بهر تقدیر از طرفی نمی توان به این امر دلخوش داشت و هر روز به گذشته فرهنگی خود افتخار کرد و از درخت تناور فقه سخن گفت که شاخه های شاداب آن سر بر آسمان می سایند و نگران پژمردن آن نبوده دست از پژوهیدن بازداشت و برای پویایی آن تلاش و تکاپویی نکرد و به پندار ثروت غنی بجا مانده از پیشینیان بسنده کرد هرگز چنین مباد.

قاعده لاضرر از منظر عقل مستقل:

هر چند کتاب و سنت از جهت منابع چهارگانه مورد استناد در بیان «قاعده لاضرر» است لیکن این اصل مسلم مورد وفاق همه اصولیین و فقهاء است که «قاعده لاضرر» از مستقلات عقلیه محسوب گردیده و عقل مستقلاً بدون دخالت شرع آنرا می پذیرد. مانند خوبی و بدی، عدل و ظلم. به عبارت دیگر اگر در این مورد یعنی زشتی ضرر رسانیدن به دیگری، کتاب و سنت ساکت می بود با وجود ادله فراوانی که عقل



را حجت خدادادی معرفی می کند بنا به حکم همین عقل «قاعده لاضرر» برای حفظ نظام زندگی در روابط سالم اجتماعی است و به لزوم حکومت قاعده مزبور حکم می کند. البته منظور و مقصود اصلی از عقل مورد اشاره از نوع عقل جزئی نگر صرف نیست که مبنی و معیار مدرنیته قرار گرفته و امروزه زیر شلاق نقد و بعضاً نفی پست مدرنیته واقع شده است، مراد از عقل یاد شده در کنار نقل از سنخ و سیاق عقلی است که حکیم حاج ملاحادی سبزواری در اول منظومه با اشاره به آن خدای را مورد خطاب قرار می دهد.

یا واهب العقل لک المحامدُ الی جنابک انتهی المقاصدُ

این عقل از تیره و تبار و جوهر و جنس عقلی است که امام صادق(ع) در تفسیر و تعریف آن فرموده است « ما عبَدَ به الرحمن و اکتسب به الجنان »

پیشینه پیدایش موضوع «قاعده لاضرر»

هر چند موضوع نفی ضرر و ضرار عمری به قدمت اسلام داشته و به تعبیر دیگر از زمان نزول قرآن کریم در آیات متعددی به این امر اشاره شده که یکی از آن موارد آیه ۲۸۲ سوره بقره می باشد و یا صراحتاً بیان گردیده است لیکن با وقوع واقعه مربوط به مرد انصاری و سمره بن جندب از زمان پیامبر (ص) علاوه بر آنکه بنحو صریح و روشن بیان گردیده است بلکه در آن واقعه نیز موضوع نفی و جلوگیری از ضرر با دستور حضرت ایشان به کندن درخت متعلق به سمره عملاً نشان داده شده است و حدیث لاضرر در این باره ذکر گردیده است به دنبال آن مولودی بنام قاعده لاضرر پا به عرصه وجود گذارده است. در باب حکم حریم و حق شفعه و آبیاری درختان خرما بین اهل بادیه و آب باقیمانده و اضافی و حرمت جلوگیری از روانه شدن به سمت طبیعی خویش به نقل از امام باقر و امام صادق علیهماالسلام از پیامبر (ص) «قاعده لاضرر» عنوان گردیده است.

حدیث لاضرر در روایات به سه نحو آمده است:

«لاضرر و لاضرار» «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» «لاضرر و لاضرار علی مومن» آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک است نحوه اول است دو نحوه دیگر به حد متواتر نرسیده و در سر حد استفاضه تلقی شده است.



مفهوم ضرر و مصادیق آن :

در خصوص مراد از ضرر و ضرار مانند سایر مسائل مربوط به قاعده لاضرر بحث‌های زیادی صورت گرفته و نظریات مختلفی ابراز شده است هر چند این اختلاف آراء به درجه ای نرسیده است که از خود مفهوم «قاعده لاضرر» برداشتهای متفاوتی را ایجاد کند ولی هنوز فضای مبهم و مه آلود در ذهن از مفهوم «ضرر» و «ضرار» در قاعده وجود دارد. براساس مدارک و مستندات قرآنی و روایی در باب قاعده «لاضرر» از تعبیر «اضرار» هم ندرتاً سخن به میان آمده است.

در خصوص معنای لغوی آن هم معانی متعدد و گاه متفاوتی ذکر شده است که عمدتاً ضرر را مربوط به اعمال غیرارادی دانسته و اضرار را به اعمال ارادی. نقص در جان و مال و بعضاً تضییع حق را نیز ضرر دانسته اند و در این باره می توان گفت بیشتر فقهاء آن را از «عناوین عرفیه دانسته» و تعبیرات عرفی را پذیرا هستند می توان گفت تعبیر رساتر در مورد ضرر عبارتی است از آقای مکارم شیرازی که در قواعد فقهیه جلد اول آمده است و آن اینگونه است.

«فقد کل ما نجد و ننتفع به من مواهب الحیات من نفس او مال او عرض او غیر ذلک»

نداشتن و از دست دادن هر یک از مواهب زندگی از جان و مال و حیثیت و هر چیز دیگری که از آن بهره مند می شویم.»

شمول یا عدم شمول قاعده لاضرر بر عدم النفع :

بر مبنای قواعد ادبیات عرب لاضرر و لاضرار، نکره منقیه محسوب و افاده عموم می کند یعنی مشتمل بر تمام افراد متضمن همه اقسام خود میشود بر این اساس قاعده لاضرر انواع و اقسام ضررها را در بر می گیرد. حال پرسشی که مطرح میشود اینست که آیا «عدم النفع» را می توان ضرر به حساب آورد؟ از نظر قول مشهور بین فقهاء امامیه عدم النفع ضرر شمرده نمی شود.

مرحوم نائینی تفویض منافع را در صورتیکه موجباتش فراهم بوده به عبارت دیگر موجبات آن کامل شده باشد ضرر محسوب می دارد.

مرحوم آقا سیدعلی معروف به صاحب ریاض نیز اینگونه عقیده داشت «اگر شخص، دیگری را زندانی کند و مدتی او را از کارش باز دارد چنانچه برای شخص در این مدت اجرتی باشد که اگر زندانی نمیشد به آن می رسید ضرورت جبران خسارت در این فرض وجود دارد» کم و بیش نظریات فقهاء دیگر هم به همین صورت است.



سیری اجمالی در نظریه فقهاء متقدم و متأخر و معاصر در خصوص حدیث لاضرر ۱- حدیث لاضرر از دیدگاه مشایخ ثلاثه :

با کندوکاو در آراء و اندیشه های فقیهان متقدم این نکته آشکار میشود که به سبب شرایط ویژه حضور ائمه علیه السلام و دسترسی مستقیم یا غیرمستقیم به آنان مدت‌ها نیازی به علم اصول و قاعده فقه دیده نشد و پس از غیبت امام دوازدهم (عج) علماء شیعه به این مهم دیرتر از اهل سنت دست یازیدند. قاعده لاضرر نیز از این امر کلی مستثنی نبود بهمین جهت ابتدا روایات و احادیث مربوط به موضوعات لاضرر بدون بیان تحلیلی جامع آن ذکر می گردید. بهمین دلیل از میان فقهاء متقدم سه تن از مشاهیر آنان که صاحب چهار کتاب معتبر روایی شیعه و مشهور به محمدون ثلاثه یعنی محمد بن یعقوب کلینی، محمد بن علی بن بابویه قمی مشهور به شیخ صدوق و محمد بن حسن طوسی می باشند هر یک احادیث مربوط به سمره بن جندب و سایر قضایای مشابه با آن را با اختلاف اندکی ذکر نموده اند. شیخ صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه مقصود از روایت لاضرر را حمایت از حقوق فردی می داند که به اسلام گرویده و در حصن و حصار دین قرار میگیرد و حقوق وی از جمله حق ارث از مورث کافر خویش را محفوظ می داند.

۲- حدیث لاضرر در ذهن و زبان ملاحمد نراقی :

در میان فقهاء متأخر هر چند فقیهان بزرگی مانند تونسی و میرزای قمی پیش از نراقی توجه ویژه ای به حدیث لاضرر در میان آثار خویش نموده اند لیکن می توان گفت اولین فقیهی که رساله مستقلی در این باب نگاشته مرحوم ملاحمد نراقی است ایشان در کتاب معروف خویش بنام عوائد الایام عانده چهارم در این باب داد سخن داده و یازده بحث را پیرامون قاعده لاضرر مطرح نموده و از زوایای دیگری بعضاً نظریات منحصر به فردی بیان داشته است از جمله اینکه ایشان معتقدند که

الف : حدیث لاضرر صرفاً نافی حکم ضرری است ولی موجب حکم اثباتی نیست بدین معنی که فرضاً با لاضرر متوجه خواهیم شد که بیع غبنی لزومی ندارد لیکن از اینکه می توان برای مغبون خیار فسخ قائل شد یا خیر از این قاعده و حدیث فهمیده نمیشود و باید به دنبال مبانی دیگر بود.

ب : موضوع ضرر را اعم از ضرر دنیوی و اخروی می داند که اینگونه تحلیل از ضرر را شیخ انصاری مردود شمرده است .

ج : مانند سایر فقهاء ضرر بودن یا نبودن چیزی را از امور عرفیه می داند.

دال : در این قسمت با ذکر مسئله تعارض ضررین در فرض مسئله ضرر مالک و همسایه تعارض ضررین و ترجیح قاعده سلطنت را مطرح نموده و در حقیقت دلیل لاضرر را در عرض سایر ادامه می بیند و ...



۳- ملاک و معیار مرحوم عبدالفتاح مراغه ای در خصوص حدیث لاضرر :

همانگونه که مرحوم نراقی کتاب معروف خود را بنام عوائد نام گذاری کرده است مراغه ای نیز به تقلید و تأسی از فقیه معاصر خویش یعنی نراقی کتاب خود را بنام عناوین نامگذاری نموده و در نود و چهار عنوان بحث خود را در موضوعات مختلف و متنوع مطرح کرده است از جمله در عنوان دهم به حدیث لاضرر پرداخته است ایشان معتقد است که

منظور از ضرر در حدیث این است که ضرر غیر متدارک و به عبارت دیگر جبران نشده در اسلام تجویز نشده است که مفهوم دیگر این عقیده آنست که ضرر جبران شده نازل منزله عدم بوده و وجود نخواهد داشت بر این اساس اگر کسی ضرر وارده به دیگری را جبران نمود مراد و منظور حدیث از ضرر همین شکل از ضرر است که نباید تدارک نشده و یا جبران نگردیده باقی بماند این دیدگاه سخت مورد خدشه شیخ اعظم انصاری (ره) واقع شده است که آن را بدترین نظریه می داند زیرا :

الف : اگر ضرر فوراً جبران میشد می توان گفت مانند آن است که ضرری واقع نشده است لیکن اگر بین ضرر و زمان جبران آن فاصله زمانی اتفاق افتد بعداً جبران گردد چگونه می توان گفت ضرری ایجاد و واقع نشده است.

ب : در داستان سمره بن جندب دستور پیامبر (ص) آن بود که پس از امتناع مکرر سمره درخت خرماى او را بکنند چنانچه مراد و مفهوم حدیث لاضرر صرفاً جبران ضرر بود کافی بود تا خسارت و ضرر مرد انصاری پرداخت شود و درخت باقی بماند بنظر می رسد استدلال اخیر چندان مستحکم و مؤجه نباشد زیرا زبان وارده بر مرد انصاری از زیانهای مادی نبوده که با پرداخت خسارت رفع و جبران شود و ...

۴- حدیث لاضرر از منظر شیخ اعظم انصاری :

مرحوم شیخ انصاری علاوه بر کتاب رسائل در پایان کتاب مکاسب هم مستقلاً در رساله ای قاعده لاضرر را مورد بررسی و ارزیابی قرار داده که به اجمال و اختصار نظریه ایشان به تفکیک ذیلاً آورده میشود.

مرحوم شیخ مانند سایر فقهاء از هیئت ترکیبیه حدیث شریف نبوی (ص) برای شروع بحث سخن را آغاز می کند ایشان معتقدند حرف « لا » در حدیث « لاضرر و لاضرار » نمی تواند از لحاظ قواعد عربی لای نفی جنس حقیقی باشد زیرا اگر آن را حقیقی بدانیم ضرورت دارد گفته شود در عالم خارج اصولاً ضرری وجود نداشته و ندارد در صورتیکه بسادگی و بدهمت می بینیم که ضرر و زیان همواره در خارج وجود داشته و دارد پس اقتضای کلام حضرت رسول (ص) ایجاب می کند که واژه « حکم » را بعد از حرف لا در تقدیر گرفته بگوئیم منظور و مقصود آن حضرت « لاحکم ضرری فی الاسلام » بوده است یعنی حکم ضرری



در اسلام نیست.

حالا اگر چنانچه حکمی از ناحیه شارع صادر گردد یا از اجرای حکمی در موردی ضرر ایجاد شود براساس قاعده «لاضرر» آن حکم غیرقابل اجرا بوده و مرفوع است یا بهتر است گفته شود حکم ضرری حقیقتاً از صحنه و صحنه تشریح برداشته شده و اصولاً شارع حکمی ضرری جعل و تشریح نکرده است. فرضاً چنانچه احد از طرفین از بیع مغبون واقع شود حکم به لزوم چنین بیعی قطعاً باعث ضرر برای مغبون خواهد شد بالتلیجه برای جلوگیری از زیان وی این حکم منتفی شده و شخص مغبون خیار فسخ خواهد داشت اگر حکم ضرری وجود می داشت سبب برای ضرر بود و ضرر در اینجا مسبب محسوب میشود حال وقتیکه حکم یعنی سبب وجود ندارد نتیجتاً مسبب (ضرر) هم تحقق پیدا نخواهد کرد و به تعبیر اصولی و فقهی استاد ابوالحسن محمدی در کتاب قواعد فقه در اینجا در روایت مسبب ذکر گردیده ولی سبب اراده شده است.

۵- حدیث لاضرر در اندیشه و بیان مرحوم آخوند ملامحمد کاظم خراسانی :

مرحوم آخوند خراسانی که از شاگردان مرحوم شیخ انصاری است ملاک و معیار دیگری در خصوص حدیث نبوی (ص) دارد براساس دیدگاه ایشان مقصود در حدیث لاضرر نفی حکم به لسان نفی موضوع است به عبارت دیگر نفی ضرر «موضوع» کنایه از نفی حکم ضرری است وقتی می گوئیم وضو واجب است در اینجا وضو (موضوع) و وجوب (حکم) است «کفایه الاصول» .

۶- حدیث لاضرر و محک و ملاک مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی :

مرحوم شیخ الشریعه مشهور به کمپانی در رساله ای که به این نام تألیف کرده است با اشاره به روایاتی در مورد استعمال نفی در معنای نهی و استشهاد به آنها معتقد است که در حدیث نبوی (ص) کاربرد واژه «لا» هر چند در نفی است ولی اراده نهی از آن شده یعنی باید نفی بر نهی حمل شود. بعنوان موید نظر خویش به کتب لغت النهایه ابن اثیر و یا لسان العرب و تاج العروس و بطور کلی نظر لغت شناسان که آنها را خبرگان زبان می نامد نیز تمسک جسته و از آیات و روایات مثالهایی آورده است مانند «لا رفث و لا فسوق و لا جدال فی الحج» که از دیدگاه ایشان به معنای نهی از بدکاری و آمیزش با زنان و ستیزه جوئی در حج است و یا «لا طاعه لمخلوق فی معصیته الخالص» یعنی نباید کسی در اطاعت از مخلوق مرتکب معصیت نسبت به خالق شود که ایراداتی بر این نظریه وارد شده است از جمله اینکه «لا» بر سر فعل ظهور در نهی دارد ولی بر سر اسم ظهور در نفی و نه نهی حتی در آیه لافسوق و لاجدال فی الحج نیز لا به معنای نفی است یعنی در حج فسق و فساد و جدال نیست. لازمه این نفی نهی از این اعمال است یعنی مدلول به صورت التزامی است نه مطابقی، در حقیقت نفی کنایه از نهی است و اینگونه تعبیرات تأکید بیشتری را



می‌رساند.

۷- حدیث لاضرر و درک و دریافت مرحوم آیه اله میرزا حسن بجنوردی از آن :

از کتب مهم و مفصل قواعد فقه کتاب مرحوم میرزا حسن بجنوردی است که در هفت جلد تألیف گردیده ایشان ضمن شرح و بسط قواعد فقهیه مختلف در جلد اول به مفهوم کلی حدیث لاضرر پرداخته سرانجام نظریه مرحوم شیخ انصاری را بر می‌گزیند که مفاد لاضرر نفی حکم ضرری است از عالم تشریح نه صحنه و ساحت عالم تکوین .

۸ - حدیث لاضرر از نگاه امام خمینی (ره) :

هر چند نظریه و برداشت امام در تهذیب الاصول در خصوص حدیث لاضرر با عقیده مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی در بادی امر نزدیک و شبیه مینماید. لیکن باید گفت ایشان با نظر و نگاهی نوین به موضوع پرداخته است و داستان سمره بن جندب و سرانجام آن را تحلیل نموده است بدین توضیح که ایشان معتقدند مداخلات و اقدامات حضرت رسول (ص) در امور مردم سه وجهه داشته به عبارت دیگر باید سه جایگاه ویژه و ممتاز و متفاوت از یکدیگر برای پیامبر (ص) شناخت و اقوال و افعال ایشان را با این ملاک و معیار سنجید. الف : مقام و موقعیت نبوت و رسالت :

در این مقام صرفاً آنچه به پیامبر (ص) وحی میشود به مردم ابلاغ میشود یعنی بدون زیادتی و کاستی امر و نهی که جنبه الهی و وحیانی دارد به مردم ابلاغ میشود. « لیس علی الرسول الا البلاغ »

ب : مسند و منصب قضاوت :

پیامبر (ص) در جایگاه فوق صرفاً به حل و فصل خصومات پرداخته و به عنوان قاضی حکم صادر می‌کند به مصداق آیه ۶۵ از سوره نساء

« سوگند به پروردگارت که ایمان آنها به ثبوت نمی‌رسد مگر اینکه در اختلافات خود تو را به داوری قبول کنند و نیز در دل خود بهیچ وجه از داوری تو احساس نارضایتی نکنند و کاملاً تسلیم حکم تو باشند »

ج : منصب حکومت و تصدی امر سیاست :

در این مقام و موقعیت پیامبر (ص) خود عهده دار امور اجتماع و امت بوده و به عنوان رئیس امت اسلامی هر امر و نهی را که لازمه حکومت اسلامی باشد انجام می‌دهد و اطاعت از او بر همگان نیز واجب است چرا که خداوند این اطاعت را واجب کرده است. به مصداق آیه شریفه « اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم »

با توجه به مطالب فوق پیامبر (ص) هم نبی است هم قاضی و هم حاکم که در هر سه صورت فرمانبرداری



از وی واجب است.

نهایتاً با این ملاک و معیار هر چند مفهوم «لاضرر» را در مقام نهی دانسته اند لیکن این نهی را مستقیماً ناشی از حکم الهی نمی دانند بلکه ناشی از نهی حکومتی رسول (ص) می دانند در پایان به این نظریه می رسند که حدیث لاضرر به سبب آنکه حکم الهی تلقی نمیشود صرفاً می تواند با قاعده تسلیط معارضه داشته و سطوت و سیطره قاعده تسلیط را محدود کند و لاغیر و بر احکام اولیه دیگر هیچگونه حکومتی ندارد که انتقاداتی بر این نظریه وارد شده است از جمله اینکه

۱- در صورتیکه نهی در حدیث لاضرر حکومتی تلقی شود اطلاق حکم تکلیفی بر آن نیز مشکل ایجاد خواهد کرد زیرا این نهی موردی مربوط به زمان و واقعه خاصی بوده در اینصورت قاعده لاضرر از محدوده قواعد فقه خارج خواهد شد.

۲- مواردیکه در آنها قصد اضرار وجود ندارد از شمول «لاضرر» خارج میشود. مثلاً در موضوع شفعه قصد اضرار وجود ندارد در صورتیکه در طول قرن‌ها در ابواب فقه که اصولاً قصد اضرار مطرح نبوده به قاعده لاضرر تمسک بسته اند.

۳- داستان سمره از مصادیق مشاجره و تنازع بوده و عمل پیامبر (ص) همانگونه که قضاوت برای فصل خصومت بوده است بدین لحاظ مورد از مواردی نبوده است که سمره و مرد انصاری در خصوص حکم تکلیفی و وضعی قضیه نیز شک نداشته باشند.

۹- حدیث لاضرر از منظر آیت اله سیستانی :

حضرت ایشان بین مفهوم لاضرر و لاضرار تفاوت قائل شده معتقدند که حدیث در قسمت اول دلالت بر نفی حکم ضرری داشته و در قسمت دوم بر نهی از ضرر رساندن به دیگران که نتیجه قهری آن
الف : حرمت تکلیفی ضرر رسانیدن به مردم

ب : مشروعیت راههای جلوگیری از تحقق اضرار توسط حکومت است چرا که بدون ضمانت و اجرای حکم حرمت چندان اثری نخواهد داشت. یکی از نقاط ثقل و گرانگاه نظریه ایشان است که با نظریه امام خمینی قربات پیدا می کند ایشان معتقدند که اضرار به دیگری از مصادیق منکرات است و قاعده نهی از منکر و حفظ نظم و اجرای عدالت و حمایت از اجرای احکام قضائی ایجاب می نماید که رسیدگی به موضوع و اجرای حکم در صلاحیت حاکم باشد نه مردم .

۱۰- حدیث لاضرر از نگاه آیات مکارم شیرازی و سبحانی و محقق ابروانی :

با یک نگاه کلی به آثار آقایان مکارم و سبحانی در این مورد می توان گفت برداشتها و نظریات تقریباً مشابه



داشته زیرا آقای مکارم اعتقاد بر این امر دارند که در حدیث فقط ضرر ناشی از افراد نسبت به یکدیگر نفی شده است زیرا در روایت سمره پیامبر (ص) به او فرمود « اِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌ » که حکایت از آن دارد فاعل ضرر خود افرادند و موضوع حکم ضرری شارع هرگز مطرح نمی باشد از طرفی تفسیری که اهل لغت و زبان شناسان و حتی بعضی از اصولیین از روایت نموده اند منظور از نفی نهی است که خود گویای این امر است که فاعل ضرر افراد هستند که طرف خطاب نهی قرار گرفته اند و از طرفی ضرر یعنی ایجاد زیان عمدی قطعاً شارع عمداً به کسی ضرر خسران وارد نمی کند بلکه این افراد هستند که مرتکب این امور میشوند نتیجه این استدلال قهراً این خواهد بود با توجه به اینکه فاعل ضرر مردم محسوب میشوند دیگر قاعده لاضرر در باب عبادات مانند وضوی ضرری و امثال آن کاربرد نخواهد داشت آقای سبحانی که تقریباً مطالب خود را به شکل و شیوه دیگر در خصوص حدیث بیان می کند هر گونه ضرری از ناحیه مردم نسبت به یکدیگر را مصداق حدیث دانسته و شامل احکام نمیداند لازمه قهری این قول این خواهد بود که قاعده هرگز در مورد عبادات کاربرد نداشته باشد.

که بر نظریه فوق ایرادات زیر وارد شده است.

۱- قول اهل لغت فرضاً حجت باشد در همان حدّ معنای آن است لیکن نمی تواند بیانگر مراد و منظور گوینده سخن و اراده او از کلام باشد زیرا او به گونه ای ممکن است کلام را ادا کرده باشد نتوان با حجت معنای لغوی منظور او را دریافت .

۲- از اینکه برخی از اصولیین قائل به این امر هستند که لاء نافی به معنای نهی است باید گفت این امر هرگز اجماعی نشده و حجیتی برای آن نمی توان قائل بود.

۳- وقتیکه در حدیث تمام ضررها منفی محسوب گردیده اقتضای اصاله العموم که اصلی است لفظی و لازم الاتباع مادام که دلیلی خلاف آن موجود نباشد به اعتبار و حجیت خود باقی است. بنابراین اصاله العموم فاعل ضرر اعم از شارع و مردم هر دو را فرا می گیرد.

محقق ایروانی قابل توجه ترین اقوال و گفته ها را قول شیخ اعظم انصاری می داند که مراد از نفی در حدیث حکم ضرری است یعنی نفی هر حکمی که مستلزم تشریح ضرر بر مکلف باشد و رابطه قاعده لاضرر را با ادله اولیه احکام مانند شیخ انصاری رابطه حکومتی می داند با این تعبیر و تعریف که حکومت نظارت یکی از دو دلیل است نسبت به دلیل دیگر. ایشان تعریف ضرر را به نقص در یکی از امور سه گانه اختصاص نداده، بلکه به نقص در حق نیز گسترش داده است چرا که اگر برای فرد حق مشروع و عقلانی در موضوع معینی وجود داشته باشد بازداشتن او از آن حق خود ضرر محسوب میشود مثلاً از حقوق انسان





است که در منزل آزادانه زندگی کند بدون مانع از استمرار حقیقت. در صورتیکه در داستان سمره و مرد انصاری با ورود سرزده و بدون اطلاع سمره به منزل مرد انصاری او را از این حق باز می‌داشت «دروس تمهیدیه فی قواعد الفقهیه».

مطابقه قاعده لاضرر با مقولات و مفاهیم مشابه آن در حقوق غرب

۱- قاعده لاضرر و نظریه حسن نیت

ماده ۲ قانون مدنی سوئیس می‌گوید:

«هر کس موظف است حقوق و تکالیف خود را با حسن نیت اعمال و اجرا نماید»
معیار و ضابطه «حسن نیت» در قوانین مدنی بسیاری از کشورها پذیرفته شده رویه قضائی و علمای حقوق این کشورها از این مفهوم تفسیرهای موسعی کرده‌اند و آن را شامل «منع سوء استفاده از حق» نیز دانسته‌اند یعنی اگر اعمال حق با موازین اخلاقی و مصالح عمومی یا حتی عرف تجاری مغایر باشد مخالف «حسن نیت» تلقی می‌شود براساس این مفهوم اعمال حق نباید با شائبه تقلب و تزویر همراه باشد می‌توان در مقایسه با «قاعده لاضرر» گفت؛ مفهوم «حسن نیت» مفهومی است سیال و ذهنی و به اشکال مختلف قابل تفسیر در حقیقت حدود و ثغور اطمینان بخشی نمی‌توان برای آن ایجاد کرد، در صورتیکه مفهوم «قاعده لاضرر» بر ضابطه کاملاً عینی و ملموس یعنی «ضرر» استوار است و تنها می‌توان گفت بخشی از نظریه «حسن نیت» می‌تواند بخشی از «قاعده لاضرر» را در برگیرد و آن موردی است که فرد بدون اینکه هیچ نفعی عاید او شود و یا ضرری متوجه وی گردد باز هم اقداماتی انجام دهد که مخالف منافع دیگری باشد.

۲- قاعده لاضرر و تئوری تقلب:

در نظام حقوقی کامن لا مفاهیمی مانند حسن نیت و سوء استفاده از حق و امثال آن به صورتیکه در حقوق نوشته مطرح می‌شود وجود ندارد و عمدتاً مفاهیمی چون «عدم تقلب» ضرورت پرهیز از تقلب هنگام تنظیم و تنسيق اعمال و روابط حقوقی را عهده دار است و به عنوان کمک و ملاک کلی سنجش صحت همه ارتباطات و معاملات حقوقی است. تقلب چه صریح باشد چه از قرائن خارجی استنباط شود موجب ابطال عمل حقوقی است در صورتیکه عنوانی چون «قاعده لاضرر» در درجه اول یک عنوان عام بوده و مفهوم کلی از آن بدست می‌آید و بعد آن را با مصادیق می‌توان تطبیق داد در صورتیکه تقلب نسبت به



قانون با توجه به مصادیق عملی آن مورد توجه قرار می گیرد.

۳- قاعده لاضرر و نظریه استفاده بدون جهت:

در کتب فقهی عنوانی تحت عنوان «استفاده بدون جهت» وجود ندارد اما عنوان «اکل مال بباطل» برگرفته از آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» الا آن تکون تجاره عن تراض منکم است که از عناوین فقهیه بوده و ذیل عنوان «قاعده لاضرر» قرار می گیرد. ماده ۸۱۲ قانون مدنی آلمان که می گوید «کسی که در نتیجه اجرای تعهد یا بهر طریقی دیگر چیزی را بدون سبب حقوقی و به هزینه شخصی دیگری بدست آورد متعهد به بازگرداندن به همان شخص است».

این عنوان تا جائی با سایر عناوین و مفاهیم فقهی خصوصاً قاعده لاضرر انطباق دارد که کلیه شرایط لازمه در شرع پیش بینی شده نیز در این زمینه فراهم باشد در آن صورت می توان گفت استفاده بدون جهت می تواند مشمول بخشی از شرایط مربوط به قاعده لاضرر گردد.

۴- قاعده لاضرر و تئوری سوء استفاده از حق:

بسیاری از نویسندگان و اساتید حقوق اروپائی تا پیش از سده اخیر معتقد بودند چنانچه اعمال حق توسط فرد از دیدگاه عرف زبانی متوجه دیگران ننماید نمی توان صاحب حق را ممنوع از اعمال حق دانست. از آغاز قرن بیستم این نظریه تعدیل گردید این اندیشه کم کم جای خود را باز کرد که اصولاً هیچ حقی مطلق نبوده و صاحب آن نمی تواند اعمال حق را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد، بالنتیجه عنوان «ممنوعیت سوء استفاده از حق» در نوشته های حقوقی و خصوصاً رویه قضائی در حقوق کشورهای معروف به حقوق نوشته پایگاه لازم را پیدا نمود.

البته انتقاداتی به این نظریه وارد شده است و آن اینکه پارادوکس موجود در این عنوان قابل حل نیست و اینکه اگر چنانچه امری حق باشد دیگر سوء استفاده از حق معنی و موضوعیت نخواهد داشت و بالعکس چنانچه امری سوء استفاده تلقی شود دیگر حقی وجود ندارد. می توان گفت تشابه سوء استفاده از حق با قاعده لاضرر تا جائی است که می توان آن را از مصادیق و موارد اجرای قاعده لاضرر محسوب دانست. برای اجرای قاعده لاضرر قصد اضرار شرط نیست نظریه موصوف هم ماهیتی سیال و متغیر و غیرمنضبط داشته و با هر یک از مبانی مسئولیت مدنی حسن نیت - جهت نامشروع - تقلب نسبت به قانون بعضاً سازگار



و در بسیاری از موارد ناهمخوانی دارد برخلاف آنچه که در خصوص قاعده لاضرر در اثر تلاشهای علمی هزار و چند ساله آنچنان اصول و فروع آن تبیین گردیده است که برداشتهای متفاوت از ابتدا تا حال نه تنها مغشوش نبوده بلکه مسیر پویا و تکاملی خویش را حل می کند.

کاربرد و مصادیق «قاعده لاضرر» در قانون مدنی در خصوص ضررهای بالقوه و محتمل:

می دانیم که در زمان تصویب قانون مدنی عمده‌تاً موازین فقهی مطمح نظر مقنن بوده و در پاره ای موارد که از قوانین کشورهایی مانند فرانسه استفاده گردیده سعی شده است معیارها و ملاکهای شریعت رعایت گردد. بنابراین در همه اجزاء قانون مدنی علاوه بر نظریات مشهور فقهاء قواعد فقهی مانند قاعده لاضرر به وفور یافت شده و مواد مربوطه بر این قواعد استوار گشته است. با توجه به محدود بودن گنجایش مقاله تنها به ذکر ۲ نمونه از اعمال «قاعده لاضرر» در جلوگیری از ضرر محتمل الوقوع بسنده می شود.

اعمال قاعده لاضرر در اختلافات زن و شوهر ماده ۱۱۱۵ ق.م.

و آن اینکه براساس ماده ۱۱۱۴ ق.م «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی گزیند مگر اینکه اختیار تعیین منزل به زن داده شود» لیکن حیطة و حدود این حق برای مرد و تکلیف برای زن تا مقدار و میزانی است که متضمن ضرر برای زن نباشد چرا که براساس قاعده لاضرر حاکمیت این قاعده بر احکام دیگر وقتیکه اجرای حکم ضرری شود تکلیف از مکلف برداشته میشود. بدین جهت قانونگذار بلافاصله در ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی می گوید: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقه بر عهده شوهر خواهد بود» در اینجا ضرر فعلیت نداشته تنها مظنه و احتمال وقوع آن می رود و انواع ضرر اعم از جسمی و جانی و مالی و عرضی مورد نظر قانونگذار گرفته است.

اعمال قاعده لاضرر براساس ماده ۱۲۲ ق.م

براساس قاعده تسلیط هیچ مالکی را نمی توان مجبور به تصرف و تغییر در ملک خود نمود همانگونه که نمی توان این اختیار را از او سلب کرد اما ساحت و حدود این اختیار و اقتدار تا جایی است که نافی حقوق دیگران نبوده یعنی سبب خسران و زیان نشود که در آن صورت قلمرو آن محدود می گردد تا جائیکه دفع



ضرر شود. بطور مثال هرگاه دیوار یا تابلوی مغازه ای یا درختی مشرف به خرابی و افتادن باشد و محتمل الوقوع گردد به حکم قاعده لاضرر صاحب آن اجبار به تخریب دیوار و قطع درخت و کندن تابلو می شود. بر این اساس ماده ۱۲۲ می گوید:

« اگر دیواری متمایل به ملک غیر یا شارع و نحو آن شود که مشرف به خرابی گردد، صاحب آن اجبار میشود که آن را خراب کند. »
که این ماده بنحوی با ماده ۳۳۲ قانون مدنی مرتبط است.

پیشنهادهات:

۱- الحق و الانصاف فقه دریایی است کرانه ناپدید و شناوری در این دریای بیکرانه مستلزم دارا بودن مهارت لازمه است لیکن این امر سبب آن نخواهد شد که روی به این دریا نیاوریم و از نعمات آن استفاده لازم را نبریم.

آب دریا را اگر نتوان کشید پس به قدر تشنگی باید چشید

در آثار و نوشته ها و گفته های نویسندگان و اساتید محترم حقوق کمتر آنگونه که شایسته است از قواعد فقهی مانند قاعده لاضرر و امثال آن سخن به میان آورده میشود در صورتیکه در آثار بعضی از آنان با موارد بسیاری از قیاسات و استحسانات مواجه میشویم که در باره ای اوقات به سبب آنکه از ملاک و معیار منضبط و منظمی پیروی نمی کند گوینده یا نویسنده دچار تناقض و پریشان گوئی می شود که جا دارد اساتید بزرگوار و خصوصاً جوان با تسلط عمیق تر و بیشتر در اصول و قواعد فقه با نگاهی نو و از زوایای جدیدتر به مسائلی چون قاعده لاضرر نگریده تا با توجه به پشتوانه برخورداری از دنیای غنی حقوق بتوانند به نتایج و دستاوردهای تازه ای دست یافته و به پویائی و بالندگی بیشتر فقه و حقوق داخلی بیانجامد چرا که اینگونه چالشها مانند همه عرصه های علمی از جمله صحنه و ساحت حقوق خود انگیزه بیشتری در صاحب نظران عرصه فقه ایجاد خواهد کرد تا در مقام استدلال و احتجاج از منظر جدیدتر به مسائل بنگرند و به همین ترتیب پیشنهاد می شود شارحین قانون مدنی نیز در کنار تمسک به مقولات حقوق غرب در تفسیر قانون در هر موضع و محل که مبنای قاعده فقهی نیز در میان است به آن اشاره نموده تا انگیزه بیشتری در دانشجویان و بطور کلی دانش پژوهان ایجاد گردد.

۲- در بررسی کتب مربوط به قواعد فقهی مشاهده میشود که این قواعد هر یک بنحو جدا و مستقل از یکدیگر هر چند در بابهای مجزا مورد بحث و ارزیابی قرار گرفته لیکن در ارتباط با یکدیگر و در یک نگاه



نظام مند و منضبط مورد توجه و بررسی واقع نشده است در صورتیکه می دانیم که حقوق اسلام به عنوان یک نظام حقوقی مستقل از سالهای دور نزد حقوقدانان شناخته شده است. بنابراین جا دارد در این امر از ناحیه اهل فن پژوهش لازم صورت گیرد.

۳- سخن پایانی که شاید مربوط به علقه و علاقه ای باشد که بیش از سی سال حضور در امر قضاوت در من ایجاد نموده است اینکه جای خالی کاربرد جامع و منضبط و مستمر مربوط به مباحث اصول و قواعد فقه و عناوین فقهی در آراء صادره در کنار استناد به مواد قانونی است و این نقیصه مهم مربوط به آراء صادره از دادگاههای محترم عمومی و تجدیدنظر نبوده بلکه آراء صادره از دیوانعالی کشور نیز مبری از این نقصت نمی باشد در اثبات این ادعا اینکه عمده حقوقدانان اعم از قضات و اساتید و وکلای محترم متفق النظر و متحد الرای می باشند و همگان بر این عقیده جازمند هر چه به سالهای دور و پیشین مربوط میشود آراء صادره خصوصاً از دیوانعالی کشور غنی تر و مشحون از اصطلاحات اصولی و فقهی و حقوقی بوده و بالعکس آراء مربوط به سالهای نزدیکتر و پسین خالی از این در صورتیکه مسئولیت دستگاه قضائی به مراتب بیشتر از سایرین است.

به امید آن روز که این اندیشه قوت یابد و قضات محترم در صورتیکه کثرت و تراکم پرونده ها اجازه دهد به فکر احیاء این امر ضروری و واجب باشند.



حقوق کیفری حقوق چگونه مجازات نکردن است، نه چگونه مجازات کردن

کانون وکلای دادگستری مازندران در هفتم خرداد ماه سال جاری میزبان جناب آقای دکتر علی آزمایش استاد حکیم حقوق جزا و جرم شناسی کشورمان بود که در جمع وکلا، قضات و کارآموزان و کالت در سالن استاد فقید دکتر امیرناصر کاتوزیان طی سخنانی به بررسی تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پرداختند که خلاصه ای از آن به شرح زیر به اطلاع خوانندگان محترم می رسد.

دکتر آزمایش در ابتدا با اشاره به اینکه حقوق کیفری، حقوق عشق و نرمش و لطافت است، حقوق کیفری را حقوق چگونه مجازات نکردن خواندند و افزودند؛ حقوق کیفری حقوق چگونه مجازات نکردن است، نه چگونه مجازات کردن، چراکه چگونه مجازات کردن، صرفاً سواد خواندن و نوشتن می خواهد و هر کس که کتاب قانون در اختیار داشته باشد، می تواند آنرا خوانده و اعمال مجازات نماید در حالیکه آنچه از حقوق کیفری می آموزیم، چگونه مجازات نکردن است که این مطلب مقداری بیدار شدن می خواهد.

ایشان با تأکید بر لزوم توجه به رمز و راز خلقت، محبت و لطف و عشق را تمام رمز خلقت دانسته و افزودند؛ آنگاه که شیطان امر خداوند و آدم نهی خدا را نقض کردند، خداوند بالاترین مجازات یعنی دور کردن از دایره لطف خود را بر آنان جاری ساخت. خداوند خلقت را بر پایه لطف انجام داده است.

من نکردم خلق تا سودی کنم بلکه تا بر بندگان جودی کنم

ما نباید از این مجموعه مهر و محبت عقب تر بایستیم.

استاد با نگاه تمثیلی به دو دادگاه کیفری و غیر کیفری و مقایسه آنها افزودند؛ زمانیکه در دادگاه غیر کیفری هستیم، قاضی بدون آنکه عصبانی شود یا فریاد بزند به ادعای خواهان و دفاع خوانده گوش می دهد، ادعای خواهان را برای خوانده می خواند و از خواهان دلیل می خواهد در مقابل دفاع خوانده را هم گوش می دهد و به خواهان می گوید خوانده ادعای شما را قبول ندارد و سند شما را نمی پذیرد، خواهان می گوید طلبکارم، خوانده می گوید بدهکار نیستم، سند خواهان را قبول ندارم، خواهان بر سند خود باقی می ماند، کارشناس تعیین می شود... اما در هیچ یک از این مراحل قاضی عصبانی نمی شود، داد نمی زند که چرا





می گویی بدهکار نیستیم، چرا اقرار نمی کنی؟ کارشناس تعیین می کند، وارد رسیدگی به صحت دلیل می شود. اما کمی آنسوتر در دادگاه کیفری وضع بگونه ای دیگر است. در آنجا شاکی، قاضی و دادستان بر افروخته هستند، همه ی شمشیرها کشیده شده تا بر سر چه کسی فرود آید؟ خواننده! بلی خوانده.

شاکی، دادسرا و جامعه خواهان هستند و متهم خوانده. در اینجا نیز باید به همان شیوه عمل شود. یعنی باید به متهم گفت، دادسرا می گوید مرتکب جرم شده ای؟ اگر متهم نپذیرفت و رد کرد، اگر گفت دلایل دادستان را قبول ندارم، گزارش مأموریت دولت را نمی پذیرم، عصبانیت ندارد، مگر نه آنست که خوانده می گوید دلیل خواهان را قبول ندارم؟ در آنجا اتفاقی نمی افتد و دادگاه وارد رسیدگی به صحت دلایل می شود، در اینجا هم باید وارد رسیدگی به صحت دلیل شد، نباید بر آشفت که مگر دادستان دروغ می گوید یا گزارش مأمور دروغ است و تو به دادستان و مأمور دولت بی احترامی می کنی. دلیل این موضوع آن است که در دادگاه کیفری مجازات در دست ما است و مقام خشونت است، در مقام خشونت، انسان خشن می شود و برای همین موضوع است که در برخی از کشورها بیش از ۵ سال قاضی در دادگاه کیفری نمی ماند و به دادگاه غیر کیفری منتقل می گردد.

استاد حقوق دانشگاه تهران، با اشاره به اهمیت توجه به رحمت و محبت در تعیین مجازاتها افزودند، زمانیکه ناگزیریم که اعمال خشونت نمائیم و می خواهیم مجازات تعیین کنیم، خیلی باید دستمان بلرزد، آنجائیکه می خواهیم جان یک انسان را بگیریم یا مجازات حبس اعمال کنیم باید همه جوانب را در نظر گرفت، باید خانواده مرتکب، زن جوان، دختر دم بخت، بچه دبستانی و همه این موارد را در نظر بگیریم و بعد اعمال خشونت کنیم. نگوئیم زیان دیده از جرم چه می شود؟ باید یک راه حلی برای اصلاح آن مشکل پیدا کنیم نه آنکه یک خانواده دیگر را بدبخت کنیم.

دکتر آزمایش با تأکید بر لزوم توجه به روح احکام اسلامی و استخراج مقررات بر آن اساس اظهار داشتند؛ در وضع قواعد حقوقی و مقررات قانونی نباید به پوسته و ظاهر احکام اسلامی بسنده کرد بلکه باید قواعد را از روح احکام اسلامی استخراج نمود. قواعد اسلامی می گوید، جَزَاءُ سَيِّئَةٍ، سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا. ولی این روح احکام اسلامی نیست، این پوسته است، جَزَاءُ سَيِّئَةٍ، سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا. این قاعده به ما می گوید جَزَاءُ سَيِّئَةٍ، سَيِّئَةٌ و نمی گوید جَزَاءُ سَيِّئَةٍ، حَسَنَةٌ. می خواهد بگوید حواستان را جمع کنید، مرتکب یک عمل بد انجام داده شما هم باید یک عمل بد انجام بدهید. آیا از خودمان سوال نمی کنیم که، من بد کنم و تو بد مجازات دهی پس فرق میان من و تو چیست؟ این طرف یک نفر با یک زور بدنی و فکری کار بدی انجام داده است، آنطرف تمام جامعه با تمام ابزار و امکانات و افکار، همه زورشان را جمع کرده اند که از این نفر سلب



حیات کنند، آیا این دو زور برابر است؟ درست است که فرموده است «و فی القصاص حیاة» اما بروید پائین تر، یک مقدار به عمق آن بروید می فرماید و فی القصاص حیاة، جان یک نفر را میگیریم، قصاص که میکنیم، حیات یک انسان را میگیریم، اگر قرار بود بگوید جان را بگیر که حیات را پشت سر آن نمی آورد، بلافاصله پشت سر آن نمی فرمود ببخش تا من به تو نعمت بدهم و محبت کنم، نمی گفت که اگر بگذری من به تو محبت می کنم. پس چرا عجله میکنیم؟ صبر کنیم، حقوق کیفری باید به رحمت و لطف نزدیک بشود، اما متأسفم که باید بگوییم ما از روح قواعد اسلامی دور هستیم.

ایشان با اشاره به جایگاه تعدد جرم در حقوق کیفری عمومی فرمودند؛ تعدد و تکرار جرم کیفیات مشدده عینی جرم محسوب می گردند. حال ممکن است این سوال به ذهن متبادر شود که این چگونه تشدید است که وقتی فردی مرتکب چهار جرم می شود و ما فقط یک مجازات برای او اعمال می کنیم؟ طبیعی است که جزاء سیئه، سیئه و جزاء سیئتان، سیئتان. اگر یک نفر یک جرم مرتکب شد یک مجازات می بیند و اگر دو جرم مرتکب شد دو مجازات خواهد دید، حال چطور یک مجازات را حذف می کنیم و می گوئیم تشدید شده است؟ در واقع تعدد جرم برای آن آمده است تا یک نفر را چند مجازات نکنیم، یعنی مراعات حال او را بکنیم که همان رحمت و لطف و رعایت حال متهم است نه شدت عمل نسبت به او و به این اعتبار که مقداری از حداکثر مجازات بالاتر می رویم یا اختیار تخفیف را از قاضی می گیریم، آنرا در ذیل عنوان تشدید آورده ایم.

استاد آزمایش در توضیح اینکه تعدد معنوی یا فرضی در واقع تعدد نیست بیان داشتند که؛ تعدد معنوی یا فرض در واقع تعدد جرم نیست بلکه تعدد عنوان عمل واحد است. اگر یک نفر یک عمل انجام داده و دو عنوان دارد، نمی گوئیم مرتکب جرایم متعدد یا عناوین متعدد شده است چرا که یک عمل انجام داده است، در حقوق کیفری به این مسأله تعدد معنوی، فرضی یا قانونی اطلاق می شود. این تعدد نیست ولی چون دو عنوان دارد، قاضی مجازات کدام یک را باید اعمال کند اخف یا اشد؟ بنا به قاعده باید بگوئیم که مجازات اخف را زیرا این به نفع متهم است، اما وقتی قانون می خواهد بگوید مجازات شدیدتر اعمال گردد، نیازمند یک ماده قانونی است و اگر چنین ماده ای قانونی نباشد باید عنوان خفیف مورد حکم قرار گیرد و به همین علت آنرا به عنوان تعدد معنوی یا فرض یا قانونی نامگذاری کرده ایم. حال اگر عمل واحد دو نتیجه به بار آورد چه باید کرد؟ بعنوان مثال فردی یک آگهی در روزنامه داده - وسیله متقلبانه - و بیست نفر را با همین آگهی فریفته و آنها به او پول داده اند، در اینجا چند تا عمل انجام داده است؟ یک عمل. چند تا نتیجه حاصل شده؟ ۲۰ تا. آیا این از مصادیق تعدد است؟ مرتکب یک عمل انجام داده، در نتیجه رفتار



واحد عکس العمل و مجازات واحد دارد. یا بعنوان مثال من راننده یک اتوبوس هستم خطا کردم با یک خطا با یک رانندگی به دو نفر زدم. یکی از آنها فوت می کند و دیگری زخمی می شود. در اینجا هم دو نتیجه حاصل شده، اما رفتار یکی است. آنگونه که مستحضرید بخشی از قواعد حقوقی ما فقهی و بخشی از آن غیر فقهی و قراردادی است. بنا به مقررات فقهی باید به هریک از آنها دیه داد. دیه هم که جزایی نیست و جنبه جزائی ندارد. حق است و اگر صاحب حق بخواهد می گیرد، دیه و قصاص غیر کیفری هستند و حق خصوصی جنبه کیفری ندارد. و علت آنکه در حقوق کیفری مطرح شده اند آن است که چون رسیدگی به آنها پیچیده است گفته شده قاضی کیفری رسیدگی کند والا جنبه جزایی ندارند و جای آنها هم در قانون جزایی نیست. اما جنبه جزایی حادثه رانندگی رو در نظر بگیرید. یک نفر در اثر یک تخلف رانندگی یک قتل و یک جرح مرتکب شده از نظر فقهی باید دو فقره دیه بپردازد اما از نظر قراردادی باید شش ماه زندان برود. آیا باید دو مرتبه شش ماهه حبس گردد؟ رفتار واحد چند تا مجازات دارد؟ دوتا یا یکی؟ این موضوع را رویه قضایی قبل از انقلاب حل کرده و بیان می دارد که مجازات شدیدترین نتیجه اعمال می شود و همین مطلب در تبصره یک ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر می شود. تبصره مذکور اشعار می دارد که اگر رفتار واحد نتایج متعدد داشته باشد طبق مقررات فوق عمل می شود. تبصره متعلق به کدام ماده است؟ ماده ۱۳۴. ماده ۱۳۴ با چه عبارتی آغاز می شود؟ این ماده می گوید: اگر رفتارهای متعدد مجرمانه واقع شده باشد، برای هریک از رفتارها یک مجازات تعیین می کنیم، اگر بیش از سه جرم نباشد حداکثر تعیین می کنیم، اگر بیش از سه جرم باشد حداکثر به اضافه نصف تعیین می کنیم. تبصره ۱؛ رفتار واحد که نتایج متعدد داشته باشد طبق مقررات فوق عمل می شود. منظور چیست؟ یعنی دوجازات می دهیم؟ اینکه بر خلاف عقل است. حال با این وجود اگر رفتار واحدی دو نتیجه به بار آورد تکلیف چیست؟ در اینجا نقش قاضی معلوم میشود. قاضی اگر بگوید، نگفته است طبق ماده فوق عمل میشود، بلکه گفته است طبق مقررات فوق عمل می شود، یعنی ماده ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، پنج ماده مربوط به تعدد. در تبصره ماده ۱۳۴ آمده است «طبق مقررات فوق» یعنی از ماده ۱۳۱ به پائین، پس اگر نتایج متعدد بودند من یک مجازات را حکم می کنم یعنی شدیدترین مجازات را می گیرم. آنوقت این تفسیر رویه قضائی میشود و این نقص قانونی را مرتفع می سازد و قطعاً فضات ما به ظاهر ماده عمل نخواهند کرد. اما چرا این اشتباه در قانون اتفاق افتاده است؟ بنظر می رسد در زمان قانون نویسی به یکباره به ذهن قانونگذار آمده که اگر یک قتل و یک جرح اتفاق بیفتد باید دوتا دیه بدهد، پس این حکم باید در ذیل ماده ۱۳۴ بیاید، ضمناً فراموش شده که هم در ماده ۱۳۱ و هم در ماده ۱۳۴ بحث جرایم تعزیری



مطرح است نه جرایم مستوجب حد و قصاص و دیه. این فراموشی باعث شده که تبصره یک ماده ۱۳۴ که باید ذیل ماده ۱۳۱ می آمد در ذیل ماده ۱۳۴ ذکر شده است مضافاً ضرورتی بر وجود آن نبود چون اگر دو نتیجه هم حاصل شود و هر کدام یک عنوان داشتند در ماده ۱۳۱ آمده است که مجازات عنوانی داده خواهد شد که جزای آن اشد است.

در ادامه بحث دکتر آزمایش در خصوص تعدد مادی یا واقعی جرم افزودند؛ تعدد مادی یا واقعی یعنی شخصی مرتکب بیش از یک عمل مجرمانه شده است. قانونگذار گفته است اگر سه فقره جرم مرتکب شد اینگونه با او رفتار کنید و اگر بیش از سه جرم بود بطریق دیگری رفتار کنید. سوال این است که ملاک چیست؟ در اینجا ملاکی وجود ندارد و اگر بیان می شد دو جرم هم مشکلی نداشت و اگر گفته می شد پنج تا جرم هم مشکلی نداشت، اما معقول این بود که بگوید دو جرم به این شیوه و بیش از دو جرم به شیوه دیگر. ولی در قانون سه جرم آمده است که رعایت رحمت است. در قانون بیان شده اگر تا سه تا جرم بود، شما حداکثر مجازات هر یک از جرایم را تعیین کنید. حداکثر تعیین کرده و می خواهیم تخفیف بدهیم، چقدر تخفیف بدیم؟ گفته است حداکثر تعیین کنید. آیا این مجازاتی است فاقد حداقل و حداکثر یا مجازاتی است دارای حداقل و حداکثر که قانونگذار در این مورد خاص گفته حداکثر را تعیین کنید. باید رو این مسأله فکر کرد. پیش از این و بر مبنای قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ در این زمینه دو نظر مطرح بود. چون همان مقررات قانونی تکرار شده لذا میشود به تفسیرهای آن مراجعه کرد. یکی از نظات این بود که نفس این مجازات حداقل و حداکثر دارد، چون گفته شده حداکثر بدهید در مقام تخفیف میشود حتی از حداقل نیز پایینتر آمد. من عقیده ام این است که در جائیکه قانونگذار می گوید حداکثر را تعیین کنید در مقام تخفیف نمی توان به کمتر از حداقل قانونی حکم داد. یعنی باید بین حداقل قانونی و این حداکثری که تعیین شده حکم نمود. خب این نظر مقداری شدیدتر از آن تفسیر است و آن تفسیره بیشتر به نفع متهم است و تعیین تکلیف با قاضی است و یک این نظر حقوقی است.

در صورتی که بیش از سه جرم باشد بنا به قانون باید برای هر یک از جرایم حداکثر تا حداکثر باضافه نصف مجازات تعیین شود. یعنی قانونگذار برای بیش از چهار جرم حداقل و حداکثر تعیین کرده است. حداکثر آن عبارت است از حداکثر مجازات قانونی به اضافه نصف. حالا در مقام تخفیف چه می توان کرد؟ در ماده ۱۳۴ منع تخفیف نشده است، بنابراین از این حداکثر میتواند کمتر تعیین کند اما تا چه میزان؟ به عقیده من دوباره تا حداقل مجازات قانونی قبلی می تواند پائین تر بیاید. عقیده دیگری شدیدتر از نظر من وجود دارد و آن این است که همانگونه که گفته شده حداکثر باضافه نصف در مقام تخفیف هم به حداقل به اضافه



نصف کمتر نمی توان حکم داد.

وکیل آزمایش، با اشاره به اثر قهقراایی این ماده تصریح داشت؛ این ماده اثر قهقراایی دارد چون در قانون سابق (مصوب ۱۳۷۰) جمع مجازات‌ها مطرح بود. یعنی اگر فردی چهار جرم مرتکب شد و مجازات هر کدام شش ماه حبس بود بایستی چهار فقره شش ماهه حبس تحمل نماید، اما بر اساس قانون فعلی یک شش ماه باضافه نصف شش ماه - در مجموع نه ماه- به تحمل حبس محکوم خواهد شد، چهار تا شش ماه باید تحمل می کرد اما الان ۹ ماه حبس تحمل می کند، پس این قانون نسبت به قانون قبلی اخف است و عطف بما سبق می شود. اما اجرای آن مشکلاتی دارد. از جمله آنکه کجا باید این بررسی انجام بشود؟ در دادگاه صادر کننده آخرین حکم یا در دادگاه صادر کننده مهمترین حکم یا در دادگاهی که عمومی است نه اختصاصی؟ و در مواقعی که اختلاف در صلاحیت ذاتی هست تکلیف چه خواهد بود؟ البته اینها مشکلات اجرایی و قابل حل است و مشکل حقوقی نیست.

استاد آزمایش به جنبه تشدیددی این مقرر نیز پرداخته و عنوان داشتند که؛ اینکه بیان شد این قانون نسبت به قانون سابق اخف است باید توجه داشت که قانون فعلی از حیثی نسبت به قانون قبلی اشد است، چون طبق قانون سابق در موارد تعدد جرم اگر جرایم مشابه بودند، فقط یک مجازات تعیین می شد اما قانون فعلی این قید را حذف کرده و بعنوان مثال بر اساس قانون جدید اگر سه فقره سرقت باشد سه فقره حداکثر باضافه نصف و اگر ده فقره سرقت باشد، ده فقره حداکثر باضافه نصف باید تعیین شود، اما بر اساس قانون قبلی یک فقره مجازات تعیین می گردید لذا در این بخش قانون قبلی اخف بود. در پرونده هایی که قبلاً جرم متعدد اتفاق افتاده و مشمول بحث جرایم مشابه بوده همان قانون اعمال می شود که خفیف تر بوده است.

در ادامه ایشان در مورد تبصره ۲ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی بیان داشتند؛ قانونگذار در تبصره ۲ آورده است در صورتی که مجموع جرایم ارتكابی در قانون عنوان خاصی داشته باشد، مقررات تعدد جرم اعمال نمی شود. سوال این است که مواردی که مجموع جرایم ارتكابی عنوان خاص قانونی دارد، کجاست؟ در کتب حقوقی صرفاً یک مثال ذکر شده و آنهم نهب و غارت است که طبق آن نهب عبارت است از تخریب و غارت عبارت است از سرقت. حال آیا جعل مقدمه کلاهبرداری یا استفاده از سند مجعول مقدمه کلاهبرداری، مشمول این عنوان است؟ خیر. مقدمه لازم برای ارتكاب جرم آگه لازم و ملزومند، جزء عناصر تشکیل دهنده آن جرم و جزء آن جرم کلی محسوب می شود. بعنوان مثال ورود به منزل غیر برای سرقت. ورود به منزل غیر آگه همانجا دستگیر شد، ورود به منزل غیر، ورود غیر قانونی به منزل غیر



است. ولی اگر سرقت کرده و بعد دستگیر شده است، آیا یک ورود به منزل غیر و یک سرقت انجام داده است؟ خیر. چرا که مقدمه‌ی لازم سرقت، منزل ورود به منزل غیر است و لذا دو جرم محسوب نمی‌شود و مشمول عنوان تعدد جرم نیست.

اگر عمل مجرمانه جداگانه عنصر تشکیل دهنده جرم باشد، اینجا ورود به منزل غیر مقدمه لازم بود عنصر متشکله نبود، اما اگر عنصر متشکله جرم باشد، مانند آنکه اعمال وسیله متقلبانه در کلاهبرداری استفاده از سند مجعول باشد، جرم مستقل است ولی جزء ارکان تشکیل دهنده جرم کلاهبرداری است در اینجا هم تعدد را اعمال نمی‌کنیم.

در پایان دکتر آزمایش به بحث چگونگی اعمال تخفیف در تعدد جرم ابراز داشتند؛ بر اساس تبصره ۳ ماده ۱۳۴، در مقام تخفیف قانونگذار بین آن عقاید مختلف که عرض کردم برخلاف آنچه که عقیده شخصی بنده است می‌گوید میتوان تا میانگین حداقل و حداکثر و چنانچه مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد تا نصف مجازات را تقلیل داد.





نتایج هشتمین دوره انتخابات هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری مازندران

هشتمین دوره انتخابات اعضای هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری مازندران در بیست و دوم آبان ماه ۱۳۹۳ در محل کانون وکلای دادگستری مازندران برگزار گردید و از مجموع ۵۱۵ رأی مأخوذه به ترتیب آقایان وکیل علی اکبر اربابی، وکیل محمد هادی صفاری، وکیل بهرام ولیپور ابوخیلی، وکیل سید علی باقری تبار، وکیل کیوان جمالی به عنوان اعضای اصلی و آقایان وکیل محمود کنارودی، وکیل سید حسن حسینی و وکیل حرمت اله رسولیان به عنوان اعضای علی البدل برگزیده شده و در اولین جلسه هیئت مدیره اعضای هیئت رئیسه بشرح ذیل انتخاب گردیدند.

- | | |
|--------------------------------|-------------------|
| وکیل آقای محمد هادی صفاری | رئیس هیئت مدیره . |
| وکیل آقای سید علی باقری تبار | نایب رئیس . |
| وکیل آقای بهرام ولیپور ابوخیلی | بازرس . |
| وکیل آقای کیوان جمالی | منشی . |
| وکیل آقای علی اکبر اربابی | عضو اصلی |



آراء دادگاه انتظامی

آراء دادگاه های انتظامی کانون وکلای دادگستری مازندران که در اجرای بند ۴ ماده ۷۶ آئین نامه لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری منتهی به محکومیت به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا گردیده ، در ذیل ذکر می گردد.

ردیف	نام و نام خانوادگی	شماره و تاریخ دادنامه
۱	علی طاهری	۱۳۹۲/۰۶/۲۹-۳۲۰
۲	یحیی ادیب فر	۱۳۹۲/۰۳/۱۱-۱۲
۳	علی اصغر مرزی	۱۳۹۲/۰۴/۰۹-۱۳
۴	مجید علیپور آسیابدری	۱۳۹۲/۰۶/۰۷-۲۳
۵	شعبان اسماعیلی فومشی	۱۳۹۲/۰۷/۰۴-۲۹
۶	داراب رستگار	۱۳۹۲/۰۷/۰۴-۳۳
۷	اسماعیل غلامپور	۱۳۹۲/۰۷/۰۴-۲۹
۸	عبدالرضا محمدی	۱۳۹۲/۰۸/۰۹-۳۸
۹	سحر قبادیان قادی	۱۳۹۲/۱۱/۰۳-۵۶
۱۰	اکبر برزگر	۱۳۹۳/۰۵/۳۰-۲۶
۱۱	محمد مهدی کاظمی گرچی	۱۳۹۳/۰۷/۱۰-۲۸
۱۲	مرتضی مهدی نژاد	۱۳۹۳/۰۷/۱۰-۳۰
۱۳	افشین مؤید رشتی	۱۳۹۳/۰۸/۲۱-۴۱
۱۴	احمد خاوری کرد آسیابی	۱۳۹۳/۱۱/۱۴-۴۸
۱۵	امین علی رستگار	۱۳۹۴/۰۴/۱۵-۲۰

