

بسم الله الرحمن الرحيم

# ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقوق

سال هفدهم، شماره ۱۶۱، تیر ۱۴۰۱

ویژه نامه حقوق خانواده

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

دبیر این شماره: دکتر آرمان زینلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمدحسن عقیلی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، آرمان زینلی، مینا سالمی، ساراسادات شجاعی، سید حسین

طهماسبی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، فاطمه محسنی، امیر مقدم.

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقوق نیست.

نشریه مادرسه حقوق در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

[www.isfahanbar.org](http://www.isfahanbar.org)

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

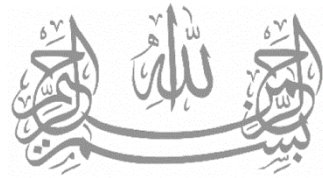
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyehoghough@isfahanbar.org)



## شیوه‌نامه «مادرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه‌ی دیگری منتشر نشده باشد.
- مسؤولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
  - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
  - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
  - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
  - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
    ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
    - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
    ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
    - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
  - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
  - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyehoghough@isfahanbar.org)
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
  - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
  - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصرأً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.



## فهرست مطالب

رویه قضائی..... ۱۱۸  
سعید آقاباباگلی

### بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی..... ۱۲۴  
آراء منتخب قضائی..... ۱۲۶

سارا سادات شجاعی  
هشدارها و آموزه‌های انتظامی..... ۱۲۹

فاطمه محسنی  
نغمه فقیهیان

ادب وکالت؛ اخلاق حرفه‌ای وکیل..... ۱۳۶  
مهران الشریف

صفحه ادبی «رُقعہ»..... ۱۴۰  
فاطمه محسنی

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۴۴  
امیرمقدم

معرفی کتاب..... ۱۴۹  
مینا سالمی

زندگینامه استاد برجسته گروه حقوق جزا و  
جرم‌شناسی دانشگاه قم (استاد دکتر  
جلال‌الدین قیاسی)..... ۱۵۱

فاطمه محسنی

### زنگ تفریح

طنز..... ۱۵۸  
دکتر امین تویسرکانی

سرمقاله: «یاری اندر کس نمی‌بینیم»..... ۴

### مقالات

بی اعتباری مصوبه تسهیل کسب و کار  
درباره وکالت دادگستری..... ۱۰

دکتر سید محمود کاشانی  
حق مرد در طلاق و حدود آن در حقوق  
کنونی با تاملی بر اصل چهلم قانون  
اساسی..... ۲۱

امیر محمد کریمی  
رویه قضایی پیرامون چالش‌های  
دستورهای قرار تعلیق تعقیب..... ۳۷

وحید دادگستر  
صدور پروانه ساختمانی نوعیت و کاربری  
(محدوده و حریم شهر)..... ۴۴

امید محمدی  
آشنایی با اصول و قوانین حاکم بر  
وکالت‌های معاضدت قضایی در حقوق  
ایران و مؤسسه معاضدت قضایی کانون  
وکلاء دادگستری در ارجاع پرونده‌های  
تسخیری و معاضدت..... ۶۷

محمد جانقربان  
بررسی تاثیرات حقوقی بروز ویروس کرونا  
بر عقد اجاره..... ۹۴

مطهره ایمان زاده

### گزیده سخنرانی‌ها

تعیین مال غیرمقول به عنوان مهریه و



## سرمقاله

# یاری اندر کس نمی بینیم...

قریب چهار سال است «مدرسه حقوق» با رویکردی جدید و با تلاش تقریباً سخت و نفس گیر از سوی منی چند از همکاران نسبتاً جدید خود به جامعه حقوقی عرضه می شود. در این دوره سعی بر آن بوده تا مطالب در درجه اول قابل استناد برای جامعه وکالت - در قالب وکیل یا کارآموز - بوده، پس نیاز جامعه حقوقی را نیز مدنظر داشته باشد. از سوی دیگر دغدغه ها، نیازها و ضروریات نهاد وکالت و وکلای دادگستری را منعکس کند و به علاوه بتواند در عین یاری خط مستقیم وکالت، استقامت وکیل و نهاد وکالت را در جهت آنچه فلسفه وجودی وکالت دادگستری است، از طریق حفظ استقلال وکیل و همزمان حفظ ارتباط مثبت و مستحکم با قوه قضائیه، پاسداری و نگهبانی نماید.

در سرمقاله ما نیز که تقریباً بدون استثناء حول محور وکالت و مسائل صنفی رقم زده شده، مناسبت های روز و اتفاقات مهم اجتماعی، فرهنگی و صنفی که عموم جامعه یا جامعه وکالت و حقوق را تحت تاثیر



خود قرار می‌داده‌اند، مورد توجه قرار گرفته است. در بسیاری از این سرمقاله‌ها ضمن طرح موضوعی مربوط به صنف وکالت، از همکاران گرامند استدعا شده تا در خصوص موضوع مطروحه به بحث بنشینند و آراء موافق یا مخالف خود و یا دیدگاهی جدید که بتواند فضا و کنجایی جدید را موجب شود، مطرح فرمایند و ضمن منتظر ساختن «مدرسه حقوق» از برکات رشحات قلم خود، جامعه‌ی وکالتی، حقوقی و یا عموم شهروندان را مستفیض و مستفیض‌نماید.

این تقاضا در بسیاری از سرمقاله‌های این دوره‌ی چهار ساله، همراه با تقاضای بسیار کتبی، حضوری، تلفنی و از طریق پیام و پیام برای همکاران وکیل و دیگر صاحبان قلم و بیان از بین قضات معظم، حقوقدانان و اساتید گرامی و همچنین دانشجویان ارجمند حقوق تکرار شده است. زیرا دست اندرکاران «مدرسه حقوق» را به جد، باور آن است که از یگو جز با یاری همگانی، بار به مقصد و مقصود نمی‌رسد و از سوی دیگر حتی به کارگیری اندک توان، از توان بسیار این گروه عظیم کافی است که مجله‌ای نه ماهیانه که حتی بهفتگی سرشار از انواع مطالب علمی، کاربردی، صنفی و اجتماعی تقدیم علاقمندان حوزه‌ی حقوق که شایسته‌ترین مشورات اند، شود.

اهل ادب می‌دانند که قریب نهند سال پیش، آن هنگام که خاقانی شروانی، شعر خویش را برای



جمال‌الدین عبدالرزاق اصفهانی فرستاد، جمال‌الدین در پاسخ، قصیده‌ای غزاکه از امثال سایر ادبیات فارسی شده است، با این مطلع برای او باز فرستاد که:

کیست که پیغام من به شهر شروان برد  
یک سخن از من بدان مرد سخندان برد

و در معروف‌ترین بیت آن در تعریف اصفهان که جزئی از عراق عجم بود، گفت:

هنوز کویندگان هستند اندر عراق  
که قوه منطقه مدد از ایشان برد...

این باور قلبی ماست که بیش از سه هزار وکیل پایه یک در کانون وکلای دادگستری اصفهان به اتفاق جمعی کثیر از قضات این استان و خیل عظیمی از اساتید و دانشجویان رشته‌ی حقوق در انواع دانشگاه‌های دولتی و غیردولتی اصفهان، که به طور مرسوم برای انجام وظایف خویش به صورت روزانه دست به قلم اند و انواع مطالب حقوقی را به نگارش درآورده و آثار علمی-اجرایی از آن ایجاد می‌کنند، با اندک توجهی به فضای «مدرسه حقوق» و نیاز آن، می‌توانند صدانوشته‌ی حقوقی و غیرحقوقی مرتبط با فضای این نشریه را در اختیار همکاران و دیگر علاقمندان به حوزه مباحث حقوقی قرار دهند، به نحوی که «مدرسه حقوق» بتواند از بین مطالب ارسالی، بهترین را انتخاب نماید.

چنانچه به این حجم از توان استان به صورت کمی و کیفی، توان کشور از وکیل و قاضی و استاد و دانشجو



افزوده شود، عظمت توان حقوقی در ارائه هرچه بهتر و پر بارتر این مجله آشکارتر خواهد شد. اما افسوس که اکنون همکاران «مدرسه حقوق»، با انواع تقاضای نزدیک به التماس خدمت همکاران وکیل و غیر وکیل خود، با چنگ و دندان به مقالاتی چند دست می‌بایند و با تحمل مشکلات چاپ و صحافی و توزیع - که معضل کرونایزاتور آن را به حد اعلیٰ گرم و داغ‌تر کرده است - مجله را با تاخیری که شاید موجب قلمداد گردد، به دست دوستان و علاقمندان می‌رسانند، تا این صدای نهاد وکالت که می‌توان آن را تنها صدای مستمر این نهاد ستم دیده در کشور دانست، از نفس باز نیستد.

ذکر این جملات، علاوه بر اعتذار از تاخیرها و کمبودهای موجود «مدرسه حقوق»، دست میرزاد و لشکر از صمیم قلب نسبت به کلیه همکاران و یاوران این مجله از نویسندگان محترم انواع مطالب و نیز همکاران بی ادعای درون آن است که گاه هر هفته و حتی روزانه، ساعت‌ها برای «مدرسه حقوق» بدون هرگونه چشم داشتی سپری می‌کنند.

بچنین کشودن دست نیاز به سوی انواع دوستان در همکاری با «مدرسه حقوق» به منظور بهره‌مندی از افادات و افاضات ایشان است. کافی است برخی دوستان به آنچه در مقام لایحه و یا رأی، مقاله و یا حتی تحقیق درسی پایان ترم خود که با فضای «مدرسه حقوق» مناسب است، نگاهی مجدد کنند و آن را



برای این نشریه ارسال نمایند تا توسط دوستان آماده‌سازی و منتشر گردد؛ که این انتظار، ظاهراً انتظاری

خارج از توان نیست. جمال‌الدین عبدالرزاق در آخرین بیت از قصیده یاد شده گفته است:

فصل تو پاینده باد، صیت تو پوینده باد  
که از وجود تو فصل، رونق و سامان برد

تنها علاقه‌ای و رای اشتغالات روزمره و درونی عاشق به دانش و آموختن به دیگران لازم است تا

بتوان در راه احقاق حق و اجرای عدالت گامی استوارتر برداشت که این علاقه و عشق راه را آسان

خواهد ساخت.

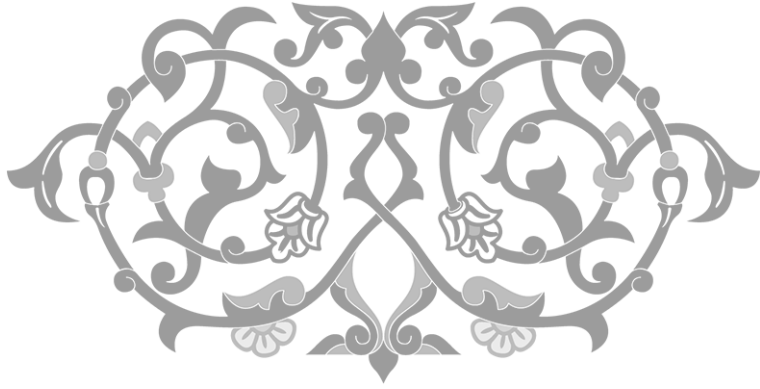
سوار عشق شووزره میندیش که اسب عشق بس رهوار باشد

به یک حمله تو را منترل رساند اگر چه راه ناهموار باشد

«مولانا»

مدیرمسئول





# مقالات





# بی اعتباری مصوبه تسهیل کسب و کار در باره و کالت دادگستری

دکتر سید محمود کاشانی<sup>۱</sup>

در میان چالش‌هایی که کانون‌های وکلای دادگستری با آن‌ها درگیر هستند افزون بر آیین‌نامه خلاف قانون اساسی که رییس پیشین قوه قضاییه در آبان ۱۴۰۰ امضا کرد، دخالت‌های مجلس برای آسیب رساندن به استقلال کانون وکلا و آشفته ساختن نظم قانونی حرفه وکالت نگرانی وکلای دادگستری را برانگیخته است. برپایه ماده یک قانون استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب پنجم اسفند ۱۳۳۳ کمیسیون مشترک مجلس شورای ملی و سنا:

«کانون وکلای دادگستری مؤسسه‌ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی که در مقرّر دادگاه استان تشکیل می‌شود».

ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب سال ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز که در سال ۱۳۵۴ خورشیدی به تصویب مجلس شورای ملی و سنا رسیده و دولت ایران هم التزام خود را به اجرای آن اعلام کرده است، حق برخورداری از دادرسی عادلانه و داشتن وکیل در دادگاه‌ها را از حقوق شهروندان دانسته است. اصل ۳۵ قانون اساسی نیز در همین راستا حق برخورداری از وکیل در دادگاه‌ها را برای شهروندان الزامی ساخته که چنین وکیلی بر پایه استانداردهای جهانی باید مستقل باشد. اجرای این اصل نیازمند احترام کامل به استقلال کانون وکلا از سوی قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضاییه است.

وکیل دادگستری از ارکان برگزاری دادرسی عادلانه است که دولت‌ها تکلیف برگزاری

---

۱. هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی و وکیل پایه یک دادگستری.



آن را در چارچوب قانون اساسی و اسناد جهانی حقوق بشر دارند. هرگونه دخالت مجلس در انجام وظایف کانون‌های وکلای دادگستری در کشور ما ناسازگار با استقلال کانون وکلا، اصل ۳۵ قانون اساسی و تجاوز به امنیت شغلی وکلای دادگستری است که اصل ۲۲ قانون اساسی آن را مصون از تعرض دانسته است. با این حال تلاش‌هایی از درون مجلس‌ها در سال‌های ۱۳۹۹ و ۱۴۰۰ انجام شده است که با دخالت در وظایف کانون‌ها، به نظم حرفه وکالت دادگستری آسیب برسانند.

## ۱- تصویب طرح‌های تکراری

الف- طرح اصلاح مواد ۷۱ و ۷۰ قانون سیاست‌های اصل ۴۴

این طرح روز ۲۲ اردیبهشت ۱۳۹۹ از سوی ۲۱ تن از نمایندگان به مجلس تقدیم شد و با تخلف از آیین‌نامه داخلی مجلس و قانون اساسی و با انگیزه آشفته ساختن نهادهای غیردولتی سرانجام روز ۱۵ بهمن ۱۳۹۹ به تصویب رسید و روز ۱۸ اسفند از سوی حسن روحانی رییس‌جمهور پیشین ابلاغ گردید.

ب- طرح تسهیل صدور مجوز کسب‌وکار

از شگفتی‌های قانونگزاری این است که طرح دیگری از سوی گروهی از نمایندگان در همان موضوع زیر عنوان مبهم «تسهیل صدور برخی مجوزهای کسب‌وکار» روز ۲۵ مرداد ۱۳۹۹ تقدیم شد که در ۱۷ شهریور ۱۴۰۰ در کمیسیون موسوم به «جهش تولید!» با تخلف از آیین‌نامه داخلی و قانون اساسی به تصویب رسید. بر پایه مواد ۱۲۷ و ۱۳۱ آیین‌نامه داخلی مجلس، لوایح و طرح‌های قانونی باید، ۱- دارای موضوع و عنوان مشخص باشند، ۲- دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد آن در مقدمه به وضوح درج شود و ۳- دارای موادی متناسب با اصل موضوع و عنوان لایحه یا طرح باشند. ولی این طرح دارای موضوع و عنوان مشخص نیست و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار نمی‌تواند عنوان یک طرح برای قانونگزاری باشد. دلایل لزوم تدوین و پیشنهاد آن نیز در مقدمه آن نیامده است. مواد این طرح نیز در برگیرنده موضوع‌های پراکنده و بی‌ارتباطی است که درباره هر یک قانون مستقل و دائمی با تقدیم لوایح قانونی به تصویب رسیده‌اند. مانند قوانین محیط‌زیست، بهداشت عمومی، قانون استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳، قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب سال ۱۳۵۴ و قانون کارشناسان رسمی دادگستری که در



سال ۱۳۸۱ به تصویب رسید. لوایح این قوانین دائمی از سوی هیأت وزیران به مجلس‌ها تقدیم شده‌اند و در ادوار گوناگون در مجلس‌ها با بررسی‌ها به تصویب رسیده‌اند. قطعاً تقدیم یک طرح زیر عنوان مجعول تسهیل صدور مجوز کسب و کار و دستکاری در این قوانین مستقل و دائمی، تخلف آشکار از مواد ۱۲۷ و ۱۳۱ آیین‌نامه داخلی مجلس می‌باشد. مجلس به هیچ عنوان نمی‌تواند با تقدیم و تصویب یک طرح، این قوانین دائمی و ارزشمند کشور را به آشفستگی بکشانند.

## ۲- بی‌ارتباط بودن این طرح‌ها به قانون سیاست‌های اصل ۴۴

لایحه قانون سیاست‌های اصل ۴۴ که در سال ۱۳۸۵ از سوی دولت احمدی‌نژاد به دستاویز خصوصی‌سازی اقتصاد دولتی ایران به مجلس تقدیم شده بود، هیچ ارتباطی به اصل ۴۴ قانون اساسی نداشت. روش‌های پیش‌بینی‌شده در این لایحه نیز برای واگذاری شرکت‌های دولتی و مصادره‌شده فسادبرانگیز بودند. از همین‌رو پیش از تصویب این لایحه، در مقاله‌ای زیر عنوان: «خصوصی‌سازی و حکومت قانون» که در شماره زمستان ۱۳۸۶ مجله کانون وکلای دادگستری مرکز به چاپ رسید درباره تصویب این لایحه و پیامدهای اجرای آن هشدار دادم. پس از تصویب این قانون نیز اجرای آن به دلیل فسادهایی که در پی داشت بارها متوقف گردید. با این حال مجلس در تصویب طرح اصلاح ماده ۷ و ۱ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ به دنبال بهره‌برداری از ماده ۷ این قانون برای دستیابی به هدف‌های خود بوده است. برای روشن شدن این واقعیت یادآور می‌شوم که ماده ۷ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ که در ۷ مرداد ۱۳۸۷ به دولت ابلاغ شد چنین پیش‌بینی کرده است:

«به منظور تسهیل و تسریع در امر سرمایه‌گذاری و صدور مجوز فعالیت‌های اقتصادی برای بخش‌های غیردولتی در قلمروهای مجاز، دستگاه‌های دولتی موضوع ماده ۸۶ این قانون، شوراهای اسلامی شهر، شهرداری‌ها و مجامع و اتحادیه‌های صنفی موظفند ترتیبی اتخاذ نمایند تا کلیه مقررات ناظر به صدور پروانه‌ها و مجوزهای سرمایه‌گذاری و کسب و کار با رویکرد حذف مجوزهای غیرضروری، تسهیل شرایط دریافت مجوزها و شفاف‌سازی فعالیت‌های اقتصادی حداکثر ظرف ۶ ماه پس از تصویب این قانون به گونه‌ای اصلاح، تهیه و تدوین شود که پاسخ متقاضی حداکثر ظرف ۱۰ روز از تاریخ ثبت درخواست توسط مرجع ذی‌ربط کتباً داده شود...».

ماده ۷ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ که به دنبال «تسهیل در امر سرمایه‌گذاری و



صدور مجوزهای اقتصادی...» بوده و در دستیابی به هدف‌های خود ناکام مانده چه ارتباطی به وظایف کانون‌های وکلای دادگستری در برگزاری آزمون‌های سالانه و گزینش داوطلبان دارای شروط علمی لازم و صدور پروانه برای آنان داشته است؟ قانون سیاست-های اصل ۴۴ با ادعای خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی به تصویب رسید ولی تناقض آشکار این است که مجلس می‌خواهد با استناد به آن در وظایف نهاد مستقل و غیردولتی کانون وکلای دادگستری دخالت کند.

### ۳- اعتراض‌ها به دخالت مجلس در وظایف کانون وکلا

از هنگامی که طرح موهوم و هرج‌ومرج‌طلبانه موسوم به تسهیل مجوز کسب‌وکار در دستور مجلس گزارده شد اعتراض‌ها به دخالت مجلس در اموری که در صلاحیت کانون‌های وکلاست آغاز شد. در همین راستا ۲۶۷ تن از اعضای هیأت علمی دانشکده‌های حقوق درباره پیامدهای این طرح هشدار دادند که در بخشی از آن آمده است:

«با توجه به تعداد بسیار زیاد دانش‌آموختگان حقوق که ناشی از ضعف برنامه‌ریزی وزارت علوم است، سالیانه هزاران نفر بدون داشتن حداقل شرایط لازم علمی و آموزشی وارد عرصه وکالت و دفاع از حقوق مردم می‌شوند... متأسفانه به علت توسعه بی‌حد و حصر دانشکده‌های حقوق در سراسر کشور، سالیانه حدود ۸۰ هزار نفر وارد این رشته می‌شوند. برای مثال دانش‌آموختگان یکی از مراکز دانشگاهی، سه برابر تمام دانشگاه‌های کشور فرانسه است...». (وکلا پرس، ۲۳ شهریور ۱۴۰۰).

خبرنامه داخلی کانون وکلای دادگستری مرکز نیز در شماره تابستان ۱۴۰۰ خود اعتراض‌های اعضای هیأت مدیره این کانون را به کسب‌وکار شمردن حرفه وکالت دادگستری بازتاب داده و مقالاتی نیز از سوی گروهی از وکلای دادگستری در اعتراض به این طرح در برگ‌های ۹۷ تا ۱۴۳ آن به چاپ رسیده‌اند. من نیز در مقاله‌ای زیر عنوان «آشفته‌ساختن نظام صنفی، کانون وکلا و سردفتران»، به قانون «اصلاح مواد ۱ و ۷ سیاست‌های اصل ۴۴» انتقاد کردم که در تاریخ ۵ مهر ۱۴۰۰ در روزنامه «اعتماد» به چاپ رسید. در مقاله دیگری نیز زیر عنوان «تجاوز به استقلال کانون وکلای دادگستری» در اعتراض به طرح تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار به ناسازگاری این طرح با قانون اساسی و پیامدهای آن هشدار دادم که در روزنامه دنیای اقتصاد در ۲۶ مهر ۱۴۰۰ انتشار یافت. روز ۲۶ آبان ۱۴۰۰ نیز در همایش پیشین اتحادیه کانون‌های وکلا در بوشهر در سخنان خود به نقد مندرجات فریبکارانه طرح تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار



پرداختم که متن آن در مجله کانون مرکز در شماره ۲۵۱، پاییز ۱۴۰۰ به چاپ رسید. وکلای دادگستری و کانون‌های وکلا نیز اعتراض‌های خود را به این مصوبه خلاف قانون اساسی اعلام کردند.

اگر حُسن‌نیتی در دست‌اندرکاران تقدیم این طرح وجود داشت، به این اعتراض‌های گسترده و بی‌سابقه بها می‌دادند و از ادامه روند قانونگزاری درباره آن خودداری می‌کردند. ولی از آن‌جا که به دنبال آسیب رساندن به استقلال کانون وکلا و مستقل بودن وکیل در امر دفاع هستند به تلاش‌های خود ادامه دادند و این طرح روز ۲۴ اسفند ۱۴۰۰ به تصویب مجلس رسید و روز ۱۰ اردیبهشت ۱۴۰۱ از سوی رییس‌جمهور با نادیده‌گرفتن تکلیف خود در اصل ۱۱۳ در اجرای قانون اساسی به ناروا ابلاغ گردید.

#### ۴- دادنامه ۱۴ اسفند ۱۴۰۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

از آن‌جا که هیأت موسوم به «مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار»، حرفه وکالت دادگستری را به ناروا در شمار کسب‌وکارها دانسته و خواستار بازگزاری! پروانه‌های وکالت دادگستری که از سوی کانون‌های وکلا صادر می‌شوند در درگاه مجوزهای کسب‌وکار شده بود، کانون وکلای دادگستری مرکز با نمایندگی تنی چند از وکلای دادگستری شکایتی به دیوان عدالت اداری برای ابطال تصمیم هیأت موسوم به مقررات‌زدایی به دیوان عدالت اداری تقدیم کرد. در بخشی از دلایل این دادخواست در اعتراض به کسب‌وکار شمردن حرفه وکالت دادگستری چنین توضیح دادند:

«موضوع وکالت با موضوع قضا پیوند خورده و هر دو با پاسداری از حقوق ملت ارتباط مستقیم دارند. براین اساس موضوع وکالت در اصل ۳۵ قانون اساسی در کنار دادرسی عادلانه در اصل ۳۴ و بیان هر دو در فصل حقوق ملت، بیانگر نگاه عمیق تدوین‌کنندگان قانون اساسی به اهمیت نقش وکیل دادگستری به عنوان تضمین‌کننده حقوق مردم می‌باشد. در واقع وکالت دادگستری یک خدمت عمومی است و از نظر قانون اساسی به هیچ‌وجه کسب‌وکار محسوب نمی‌شود...».

نکته بسیار مهم این است که وزارت امور اقتصاد و دارایی و هیأت مقررات‌زدایی که خوانده این شکایت بودند برای کسب‌وکار شمردن حرفه وکالت، در بخشی از لوایحی که در ۳۱ شهریور و ۱۹ آبان ۱۴۰۰ در دیوان به ثبت رساندند از تصمیم خود چنین دفاع کردند:

«آراء شماره ۲۷۵۰ تا ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۹ و شماره‌های ۱۷۶۸ و ۱۷۶۹ مورخ



۱۳۹۹/۱۱/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال بند ۳ مصوبه ۱۳۹۷/۲/۱۵ و بندهای ۱ و ۲ مصوبه مورخ ۹۸/۱۰/۲ هیأت مقررات‌زدایی مبنی بر الزام کانون‌های وکلای دادگستری مرکز به بارگزاری... مربوط به قبل از تصویب و ابلاغ قانون اصلاح مواد ۷ و ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۹/۱۱/۱۵ و ابلاغی ۱۳۹۹/۱۲/۱۸ بوده است و با تصویب این قانون، بخش پایانی بند ۲۴ ماده ۱ و تبصره ۱۲ ماده ۷ قانون مذکور، کلیه مراجعی که بنا به تشخیص هیأت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار مرجع صادرکننده مجوز قلمداد می‌گردند...».

تبصره ۱۲ ماده ۷ قانون اصلاح مواد ۷ و ۱ سیاست‌های اصل ۴۴ که وزارت اقتصاد و دارایی و هیأت مقررات‌زدایی به آن استناد کردند چنین مقرر کرده است: «حکم مقرر در ماده ۷ این قانون علاوه بر مراجع صادرکننده مجوز شامل... مراکز، نهادهای و کانون‌های حرفه‌ای و تخصصی دولتی و غیردولتی... است.»

و چنین برداشت کردند که کانون‌های وکلای دادگستری مشمول این قانون هستند و حرفه وکالت نیز کسب‌وکار شمرده می‌شود و بنابراین دیوان عدالت اداری دارای صلاحیت برای ابطال مصوبه هیأت مقررات‌زدایی که حرفه وکالت را کسب‌وکار دانسته است نمی‌باشد. ولی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری استناد به قانون اصلاح مواد ۷ و ۱ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ از سوی وزارت اقتصاد و دارایی و هیأت مقررات‌زدایی را رد کرد و در بخشی از دلایل این رأی، حرفه وکالت دادگستری و کارشناسان رسمی را بیرون از چارچوب و موضوع ماده ۷ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ دانست و افزود:

«با عنایت به این که در رابطه با وکالت دادگستری، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده و نحوه صدور پروانه فعالیت در این حوزه‌ها در قانون وکالت، لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری... تعیین تکلیف شده است لذا مشاغل مزبور از شمول احکام مقرر در ماده ۷ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی خارج هستند...».

بر پایه همین قوانین ویژه وکالت دادگستری، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصمیم هیأت مقررات‌زدایی را از حدود صلاحیت آن خارج دانست و آن را ابطال کرد. از آن جا که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، کانون وکلای دادگستری را با داشتن قوانین ویژه خود از شمول ماده ۷ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ بیرون دانست، بنابراین دخالت مجلس در وظایف کانون‌های وکلای دادگستری به دستاویز کسب‌وکار شمردن حرفه



وکالت در مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب و کار نیز ارزش و اعتبار قانونی ندارد. وزارت اقتصاد و دارایی و هیج مقام دولتی دیگری نیز نمی‌تواند در برابر رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ایستادگی و در انجام وظایف قانونی کانون‌های وکلای دادگستری دخالتی بکند.

## ۵- فروپاشی سنگر حق دفاع

ماده ۲۹ آئین‌نامه اجرایی قانون استقلال کانون وکلا مصوب آذر سال ۱۳۳۴، گزینش شمار داوطلبان را از وظایف کمیسیونی متشکل از رؤسای کل دادگاه‌های استان مرکز و دادگاه‌های شهرستان تهران و دادگاه‌های بخش تهران و سه نماینده از سوی کانون به دعوت رییس کانون وکلا دانسته است. این ماده به درستی حق رأی کانون وکلا و رؤسای دادگاه‌ها را در تعیین ظرفیت پذیرش داوطلبان برابر دانسته است. ولی تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب سال ۱۳۷۶ پیش‌بینی کرده است:

«تعیین تعداد کارآموزان وکالت برای هر کانون برعهده کمیسیونی متشکل از رییس کل دادگستری استان، رییس شعبه اول دادگاه انقلاب و رییس کانون وکلای مربوط می‌باشد که به دعوت رییس کانون وکلای هر کانون حداقل یک بار در سال تشکیل و اتخاذ تصمیم می‌نماید».

هرچند در این کمیسیون کانون وکلا در اقلیت قرار گرفته است ولی به هر حال تعیین ظرفیت سالانه پذیرش داوطلبان برپایه نیازهای حرفه وکالت در هر کانون و ظرفیت کارآموزی در دادگاه‌هاست. مجلس با تصویب تبصره ماده یک قانون مزبور، مرجع تعیین ظرفیت پذیرش سالانه کارآموزان وکالت را پیش‌بینی کرده و دخالتی در انجام وظایف رییس دادگاه استان و یا کانون وکلا در تعیین تعداد داوطلبانی را که باید پذیرفته شوند نکرده است. ولی دست‌اندرکاران طرح تسهیل صدور مجوز کسب و کار با تظاهر به اصلاح تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری و با کسب و کار شمردن حرفه وکالت به دنبال آن هستند گروهی از داوطلبان فراتر از نیاز هر کانون و ظرفیت دادگاه‌ها را برای کارآموزی به کانون‌های وکلا و دادگاه‌ها تحمیل کنند. در تبصره ۱ ماده ۵ این مصوبه چنین آمده است:

«داوطلبانی که حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات یک درصد حائزان بالاترین امتیاز را کسب کرده‌اند قبول شده، اعلام شده و جهت طی مراحل مقتضی به مرجع صدور مجوز[!] مربوط معرفی می‌گردند...».





این تبصره دخالت آشکار مجلس در وظایف و اختیارات کانون‌های وکلا و ریسان دادگستری در هر استان است. با این فرمول پُر ابهام در این ماده که مبنای حقوقی ندارد، روشن نیست از میان ۸۰ هزار تن داوطلبانی که در آزمون سالانه وکالت شرکت می‌کنند چه تعدادی پذیرش و به کانون‌های وکلا معرفی می‌شوند؟ کانون‌های وکلای دادگستری استقلال دارند و داوطلبان در آزمون باید در اندازه ظرفیت هر کانون پذیرش شوند. پس از صدور پروانه کارآموزی برای آنان نیز نیاز به آموزش حرفه‌ای، برخورداری از راهنمایی وکلای سرپرست، نظارت بر رفتار و رسیدگی به تخلفات آنان و سرانجام باید در آزمون نهایی موفق شوند تا پروانه وکالت برای آنان صادر شود. مجلس حق ندارد به استقلال کانون وکلا که دستاورد وکلای دادگستری ایران و جهان است تجاوز کند و به برگزاری دادرسی عادلانه که حق پذیرفته‌شده در قانون اساسی است آسیب برساند. کانون‌های وکلای دادگستری وظیفه ایجاد اشتغال در کشور را ندارند. در چهار دهه گذشته با مصادره شرکت‌های نیرومند بخش خصوصی، اقتصاد دولتی بر کشور سایه افکنده که رکود اقتصادی را در پی داشته و اشتغال سازنده را از دسترس جوانان دور ساخته است. تا آنجا که به گفته معاون فناوری و نوآوری وزارت علوم: «یک میلیون و ۳۹۰ هزار دانش‌آموخته دانشگاه‌ها بیکار هستند» (روزنامه اطلاعات، ۲۵ خرداد ۱۴۰۱). ولی مجلس‌ها در برابر بیکاری جوانان که ریشه در اقتصاد دولتی در کشور و تجاوز به حق مالکیت دارد بی تفاوت مانده‌اند.

از سوی دیگر تعیین ظرفیت سالانه برای پذیرش داوطلبان که در تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت پیش‌بینی شده نیازمند موافقت رؤسای دادگستری استان-هاست. زیرا پذیرفته‌شدگان باید در دادگاه‌ها حضور یابند و کارآموزی کنند. ماده ۵ مصوبه صدور مجوز کسب و کار با حذف صلاحیت رؤسای دادگستری استان‌ها در تعیین ظرفیت کارآموزی در دادگاه‌ها، از اصل تفکیک قوا که در اصل ۵۷ قانون اساسی پیش‌بینی شده تخلف کرده است. هیچ روشن نیست چرا دست‌اندرکاران قوه قضاییه در برابر دخالت ناروای مجلس در اموری که به نظم دادگاه‌ها آسیب می‌رسانند سکوت کرده‌اند.

## ۶- دخالت در وظایف کانون وکلا با ابزار تهدید

از هنگام تصویب تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری در سال ۱۳۷۶، کمیسیون پیش‌بینی‌شده در آن در زمینه پذیرش تعداد داوطلبان سالانه حرفه وکالت تصمیم‌گیری و از نظم کانون‌ها و دادگاه‌ها پشتیبانی کرده‌اند. اکنون با تأسیس



۲۷ کانون مستقل در استان‌های کشور که هم‌سنگ کانون‌های وکلا در کشورهای پیشرفته و افتخاری برای نظام سیاسی کشور ما هستند، ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب و کار به دنبال آن است هیأت‌های مدیره کانون‌ها و رؤسای دادگستری‌ها در استان‌های کشور را از تصمیم‌گیری در این زمینه کنار بگذارد و مجلس بیرون از وظایف خود در قانون اساسی، در وظایف کانون‌های وکلا و رؤسای دادگستری استان‌ها دخالت کند. پیش از این در تصویب این ماده افزوده بودند اگر کانون وکلا از برگزاری آزمون سالانه در چارچوب این ماده اقدام نکند وزیر دادگستری آزمون سالانه را برگزار خواهد کرد. ولی با این ایراد که وزیر دادگستری رابط میان قوه قضاییه و مجریه است آن را کنار گذاردند و برای پیشبرد دخالت خود در وظایف کانون‌ها افزوده‌اند:

«نظارت بر اجرای این تبصره برعهده قوه قضاییه است و قوه مزبور مکلف است در صورت استتکاف کانون وکلای دادگستری از برگزاری آزمون، رأساً به برگزاری آن اقدام کند».

این تصمیم نیز ناسازگاری آشکار با صلاحیت‌های حصری قوه قضاییه در اصل ۱۵۶ و مسئولیت‌های رییس این قوه در اصل ۱۵۸ قانون اساسی دارد. این اصل‌ها کمترین صلاحیتی را به قوه قضاییه و یا ریاست آن در دخالت در وظایف کانون‌های وکلا که از استقلال برخوردار هستند نداده‌اند. تعیین تکلیف از سوی مجلس برای قوه قضاییه یا رییس آن، تخلف از اصل تفکیک قوا نیز می‌باشد. مجلس در این تبصره برای پیشبرد دخالت خلاف قانون اساسی خود در وظایف قانونی کانون‌های وکلا و رؤسای دادگستری‌های استان‌ها تا آن‌جا پیش رفته که افزوده است:

«استتکاف از اجرای این حکم، جرم محسوب و مرتکب به مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی درجه ۶ موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی محکوم خواهد شد».

در همه دوران قانونگزاری پس از مشروطیت سابقه ندارد که مجلس برای مجریان قانون متوسل به تهدید شده باشد. زیرا قانونی که با رعایت آیین‌نامه داخلی و در چارچوب قانون اساسی تصویب شود لازم‌الاجراست. ولی از آن‌جا که دست‌اندرکاران این مصوبه با زدن برچسب کسب و کار به حرفه وکالت به دنبال دخالت در وظایف کانون‌های وکلا و رؤسای دادگستری‌های استان‌ها هستند برای دستیابی به هدف خود، جرم‌انگاری کرده‌اند که ظاهر آن در برگیرنده خودداری قوه قضاییه از اجرای این حکم نیز می‌باشد.

کانون‌های وکلا پس از تصویب تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت



در سال ۱۳۷۶، همه‌ساله با همکاری رؤسای دادگستری استان‌ها در راستای نیازهای خود و ظرفیت دادگاه‌ها، آزمون پذیرش سالانه داوطلبان را برگزار کرده و همچنان آمادگی برگزاری آن را دارند. ولی دست‌اندرکاران ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب‌وکار، برگزار نکردن آزمون سالانه با معیار خودسرانه پیش‌بینی شده در آن را از سوی قانون و کلا جرم شناخته‌اند که در تاریخ حقوق بی‌سابقه است و با شگفتی در مقام تعیین کیفر برای آن نیز برآمده و افزوده‌اند:

«مرتکب، به مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی درجه ۶ موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی محکوم خواهد شد».

محرومیت از حقوق اجتماعی برطبق ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی یک «مجازات تبعی» و نیازمند ارتکاب جرمی است که برای آن کیفر اصلی از سوی قانون پیش‌بینی شده باشد. ولی روشن نیست درباره کانون و کلا که قانون به آن شخصیت حقوقی داده است و یا قوه قضاییه که یکی از قوای سه‌گانه حاکمیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی است کدام کیفر اصلی تعیین شده که این مصوبه کیفر تبعی محرومیت از حقوق اجتماعی را برای آنان پیش‌بینی کرده است؟ از سوی دیگر ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی در بندهای گوناگون آن، کیفر تبعی محرومیت از حقوق اجتماعی را درباره اشخاص حقیقی پیش‌بینی کرده ولی دست‌اندرکاران ماده ۵ این مصوبه، این کیفر تبعی را درباره کانون و کلا دادگستری و قوه قضاییه مقرر کرده‌اند!

با اعتراض‌های حقوقدانان و کانون‌های و کلا دادگستری به کسب‌وکار شمردن و کالت دادگستری که از ارکان برگزاری دادرسی عادلانه است و رأی قاطع هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و رد استناد وزارت اقتصاد و دارایی به قانون اصلاح مواد ۷۱ و سیاست‌های اصل ۴۴ برای کسب‌وکار شمردن و کالت دادگستری و تأکید این دیوان بر این که کانون‌های و کلا دادگستری تابع قوانین ویژه خود هستند، مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب‌وکار درباره حرفه و کالت دادگستری بی‌اعتبار است و و کالت دادگستری همچنان از اصل ۳۵ قانون اساسی و موازین قانون استقلال کانون و کلا پیروی می‌کند. با صدور رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در ۱۴ اسفند ۱۴۰۰ و رد کسب‌وکار شمردن حرفه و کالت دادگستری، کمیسیون پیش‌بینی شده در تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری مصوب سال ۱۳۷۶ همچنان دارای اعتبار قانونی است و تنها مرجع تعیین ظرفیت پذیرش سالانه داوطلبان می‌باشد.



لایحه دادگاه‌های عام و حذف دادسراها در سال ۱۳۶۸ به مجلس تقدیم شد و با اعتراض‌های فراوان از سوی حقوقدانان، سرانجام پس از ۵ سال ایستادگی در برابر آن در مجلس، در سال ۱۳۷۳ با راه انداختن توفان تبلیغات در صداوسیما به تصویب رسید و با اجرای آن، سازمان دادگستری ایران که دستاورد مشروطیت بود ویران گردید.

امیدوارم کانون‌های وکلای دادگستری در برابر اجرای ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب و کار که با تبلیغات گسترده و یکسویه در صداوسیما همراه شده و آسیب‌رساندن به استقلال کانون وکلا و فروپاشی سنگر حق دفاع شهروندان را هدف گرفته است ایستادگی کنند. ماده ۲ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه که در ۲۶ اوت ۱۷۸۹ و ۲۳۲ سال پیش به تصویب نمایندگان مجلس ملی این کشور رسید و نماد تمدن بشری است، در کنار حق آزادی، مالکیت و امنیت شخصی، ایستادگی در برابر زورگویی و ستمگری را از حقوق ذاتی شهروندان شمرده است. بی‌گمان وکلای دادگستری کشور ما در برابر این زورگویی آشکار، حق ایستادگی دارند و با دفاع از استقلال کانون‌های وکلای دادگستری، الگویی برای ملت ایران در دفاع از حقوق به رسمیت شناخته شده خود در قانون اساسی خواهند بود.



# حق مرد در طلاق و حدود آن در حقوق کنونی با تاملی بر اصل چهارم قانون اساسی

امیر محمد کریمی<sup>۱</sup>

## چکیده

اکثریت قریب به اجماع علمای حقوق خانواده مستنبط از ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی طلاق را از حقوق بی چون وچرای مرد دانسته‌اند و شارحان آن قانون نیز براین عقیده اصرار دارند که اگر بنا به هرجهت وحتی بدون نیاز به ارائه دلیل، اراده مرد بر طلاق و فروپاشی کانون خانواده قرار گیرد هرچند در برخی موارد عملش اخلاقاً مذموم و شرعاً حرام است ولی هیچ قاعده‌ای نمی‌تواند مانع از این تصمیم شود اما نظر به این که استخراج چنین حکمی از متون فقهی و قانونی و انتساب آن به شارع حکیم در تعارض با سایر احکام فقهی و قانونی از جمله منع مطلق سوء استفاده از حق مندرج در اصل چهارم قانون اساسی و قاعده معروف لاضرر که گستره‌ی اطلاقیش تاکنون با قیدی جدی تحدید نگردیده است و شامل کلیه حقوق مالی و غیر مالی می‌شود، لازم است همسو با تحولات اجتماعی نوین از جمله گسترش طلاق‌های بی رویه و بلاوجه و صرفاً از روی هوی و هوس، این نظریه تا حدودی در سایه سایر اعلام‌های فقهی - حقوقی تعدیل گردد، فلذا در این مقاله سعی بر آن شده است که در پرتو اصل چهارم قانونی اساسی که خود منبعث از قواعد فقه امامیه است، اثبات گردد که اختیار مرد مطلق نیست و در صورتی که بخواهد از این حق در غیر موارد ضرورت آن بلاجهت و به نحو ایذائی اقدامی بر ضرر زوجه و خانواده داشته باشد دادگاه نباید خواسته‌ی وی مبنی بر گواهی عدم امکان سازش را اجابت نماید.

---

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و کارآموز قضایی مرکز آموزش قضات تهران.



## مقدمه

از لحاظ قواعد حقوقی طلاق ماهیتاً ایقاعی است که با اراده مرد واقع و مهم‌ترین اثر حقوقی آن انحلال نکاح دائم است در اصطلاح فقهی در تعریف آن نیز آمده است "ازالۀ قید النکاح بصیغۀ مخصوصه" طلاق زائل نمودن قید و پیوند نکاح باصیغه مخصوص است (جوهر کلام جلد ۳۲ به نقل از محقق داماد ص ۳۷۸). و بنابراین قبول و رضایت زن نه شرط وقوع آن است و نه شرط نفوذ آن.

در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی اصلاحی به سال ۱۳۸۱ نیز چنین آمده "مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید" که از ظاهر این ماده نیز به روشنی این مطلب قابل برداشت است در تحلیل و تفسیر این ماده حقوقدانان در تالیفات خود ضمن تذکره ایقاعی بودن طلاق (محقق داماد، ۳۷۷) این امر را مفروض انگاشته‌اند که طلاق حقی است برای مرد و اعمال آن نیز در انحصار وی بوده است و به جزء پاره‌ای از تشریفات از جمله رجوع به دادگاه و ارجاع به داوری وسیعی در منصرف نمودن وی، هیچ مانع محکم قانونی نمی‌تواند وی را از چنین تصمیمی باز دارد.

نتیجه منطقی دیگر از این تحلیل نیز آن است که دادگاه نیز نقشی بالاتر از ارشاد و خیراندیشی نمی‌تواند داشته باشد و در نهایت مرد به صرف این جمله "که، تمایل دارم زن خود را طلاق دهم و منصرف هم نمی‌شوم! بدون نیاز به کشف دلیل این تصمیم و بدون کاوش در انگیزه درونی مکلف به صدور گواهی عدم امکان سازش است، نتیجه‌ای که نه تنها در تعارض با شعار استحکام قانون خانواده در اسلام است بلکه بعید نیست که موجب خدشه دار شدن وجهه‌ی احکام دینی در مجامع بین‌المللی نیز شود چرا که اگر طرفداران دروغین حقوق بشر ولو به بهانه‌ی اسلام ستیزی از ما بپرسند که چرا خانواده‌ای که این همه بر تحکیم و استواری آن تاکید شده و آیات و روایات متعددی بر مغبوض بودن طلاق و انحلال آن آمده است را قانون‌گذار اجازه می‌دهد که مردان هوس باز بدون ضرورت آن را به راحتی منحل وزن و فرزندانی بی‌گناه را سرگردان نمایند؟! به نظر می‌رسد با این تفسیر از قانون نمی‌توان به آنان پاسخ قانع‌کننده و دندان شکنی داد هرچند که شاید در اصل، حکم واقعی آن غیر از این برداشت ظاهری باشد و خواهیم دید که قطعاً نیز چنین است. زیرا احکام و قوانین مجموعه‌ای به هم پیوسته‌اند که نمی‌توان بدون توجه به برخی، و صرفاً از روی ظاهر نص حکم درستی را استخراج نمود بلکه قرین به صواب آن است که هر ماده‌ای در کنار سایر مواد قانونی و با تامل در مبانی و اصول مسلم حقوقی تفسیر و معنا شود. فلذا نظر نویسندگان نیز بر آن است که این برداشت سطحی و ظاهری مراد و



منطق فقه و به تبع آن قانون مدنی نیست بلکه قانون گذار در سایه عالی‌ترین متن قانونی کشور مقررہ انگاری نموده است و می‌دانیم اصل چهلیم قانون اساسی ممنوعیت سوء استفاده از حق صرف نظر از نوع آن را بیان و اعلام داشته است و طلاق نیز حقی است برای مرد که اجرای آن بلامانع و سوء استفاده از آن طبق این اصل ممنوع است ولی در خصوص اثر این ممنوعیت نیز ممکن است تردید ایجاد شود که چگونه می‌توان از اصل چهل قانون اساسی به نفع عدم جواز طلاق‌های ناروا استفاده نمود؟ آیا نهی دلالت بر فساد و بطلان عمل ممنوعه دارد؟ یا آن که طلاق ولو با سوء استفاده و بدون دلیل صحیح است و این نهی فقط مجوز مطالبه خسارت است؟ یا اساساً نه مجوز جبران خسارت و نه اخلال در اصل طلاق دارد بلکه فقط کراهت شرعی بر عمل مرد بار می‌شود؟... فلذا نظر به این که حقوقدانان به این جنبه‌ی موضوع کم‌تر نظر داشته‌اند و رویه قضایی نیز با متابعت از نظریه مشهور و ظاهر قانون مدنی در عمل قیدی به این اطلاق وارد ننموده‌اند در این مختصر سعی شده است تا ضمن نگاهی به منابع فقهی به بررسی اصل چهل قانون اساسی، تجلی آن در قوانین عادی، اثر آن را در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از دیدگاه موازین علم اصول مورد بررسی قرار دهیم.

## ۱- موضع فقه امامیه در خصوص حدود اختیار مرد در طلاق

مطابق با نظر مشهور فقهای امامیه برای استخراج حکم شرعی فقیه باید فتوی خود را به یکی از علل اربعه نسبت دهد که در واقع همان منابع فقه شیعیه نام دارند و در این راه وی با استفاده از قواعد علم اصول از جمله عام و خاص و مطلق و مقید که در واقع ابزار کار فقیه هستند حکم خاص هر مسأله‌ی فقهی را استنباط می‌نماید.

با حفظ مقدمه فوق، تحقیقات و تتبعات فقهی حاکی از آن است که در خصوص مسأله اختیار طلاق جمهور فقها با استناد به اطلاق و عموم آیات قرآن و روایات وارده طلاق را از اختیارات بلاقید مرد دانسته‌اند و تنها محدودیت موجود بر سر راه تصمیم مرد را ممنوعیت وی از طلاق ابتدایی و بدون رجوع به حاکم دانسته‌اند که به نظر می‌رسد با فرض قبول این شهرت فتوایی، این تشریفات هرچند هم طویل و طولانی باشند تنها مدت زمانی کوتاه اعمال این حق را بنا به مصلحتی چون سعی در سازش از طریق محاکم قضایی به تاخیر می‌اندازد و النهایه مرد اگر بر تصمیم خود مصر باشد زن خود را طلاق می‌دهد.

۲۳

باید گفت که هرچند اکثریت فقهای عامه و امامیه طلاق را حق مرد می‌دانند و ما نیز به پیروی از این بزرگواران در اصل محق بودن مرد در طلاق زن تردیدی نداریم. ولی



در خصوص موضوع پرمناقشه دیگر یعنی استفاده بلاجهت این حق باید گفت تنها شهیدین (شهید اول و شهید ثانی) حکم آن را کراهت اعلام نموده‌اند. فقهای صاحب نامی چون حضرت امام (ره) و مرحوم صاحب جواهر مسئله حدود اختیار مرد را به سکوت برگزار نموده‌اند. بنابراین در عالم تحلیل و تامل، این سکوت می‌تواند موجب دو برداشت شود: یکی آن حمل بر تأیید نظرات فقهای چون شهیدین گردد و نتیجه گرفته شود که طلاق بلاجهت از لحاظ حکم تکلیفی مکروه ولی به لحاظ حکم وضعی صحیح است و تمام آثار از جمله انحلال نکاح دائم را در بر دارد. برداشت دیگری که، به نظرما اقوی و موافق مصلحت خانواده (که یکی از اصول بنیادین حاکم بر حقوق خانواده در حقوق کنونی نیز است) و وضعیت روزگار فعلی طلاق و انزجار است، این است که بگوییم نظر به این که اولاً: سیره‌ی فقهای امامیه آن است که اگر در خصوص موضوعی بخواهد نظر فقیه دیگری را تأیید فرمایند، آن را به صراحت در رساله خود عنوان می‌کنند چنانکه مرحوم صاحب جواهر نیز از مصادیق بارز این گروه است (نجفی، ص ۸) ثانیاً: فقهای معظم در برخی موارد با بدیهی دانستن موضوع حکم اجتهادی بیان نموده‌اند و ثالثاً: آن که بعید است فقهای گراندقدر قاعده معروف لاضرر که اطلاقش شامل ضرر مادی و معنوی هم می‌گردد (کریمی، شعبانی کندسری، ۱۳۹۳). و با سایه افکندن بر تمام قواعد و مصادیق احکام اسلام، مورد اجماع و تأیید فریقین شیعه و سنی قرار گرفته است (مهم‌ترین منبع فقهی اصل چهل قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز می‌باشد) را حاکم بر مباحث طلاق ندانند و شاید، بلکه ظن قوی بر این است که به این دلیل سکوت اختیار نموده‌اند که ممنوعیت سوء استفاده از طلاق در سایه حکومت این قاعده معروف و بدیهی است و نیازی به تحلیل و فتوای خاص در مورد آن ندیده‌اند و دقیقاً باید توجه گردد که، اجماع فقهای گراندقدر بر محق بودن مرد در طلاق نباید ما را به این اشتباه اندازد که این حق بدون مرز و تا سرحد تعرض به تمامی آرمان‌های جوامع الهی چون حفظ و ثبات خانواده و تحکم مبانی آن است و دقیقاً همین برداشت و عدم تفکیک میان "حق طلاق و حدود" آن موجب شده تا امروزه مرد را در طلاق دادن به انحای مختلف مبسوط الید دانسته‌اند. اما انصاف حقوقی و منطقی تفسیر حکم می‌نماید که این مسئله از هم تمایز و مورد توجه قرار گیرد، زیرا چگونه ممکن است و نیز چگونه می‌توان قانع شد، که اسلام مقدس و عزیز برای حمایت از خانواده<sup>۲</sup> در حرکتی قابل تأیید به کلی مالکیت مضر را نادیده

۲. آن چه مسلم است این که شان حدیث لاضرر نیز برای حمایت از خانواده‌ای بود که مرد





انگاشته و حکم به قطع درخت می‌دهد (داستان سمره بن جندب) اما به مردی که خود تعهد به وفاداری داده و نیز شرعا و قانونا مکلف در تشدید مبانی خانواده بکوشد اجازه داده شود که بنیانی بدین اهمیت و عزت را به هوسی شیطلانی فرو ریزد؟ اساسا مگر غیر از این است که حدیث شریف لاضرر فقط و فقط برای حمایت از حریم خانواده از لسان نبی معظم اسلام حضرت محمد مصطفی (ص) صادر شده است اکنون چرا نباید این حدیث شریف از کانون و آغوش جایگاه مادری خود یعنی خانواده، حمایت و در جلوگیری از مطلق خودسری‌های متجاوزان به آن، مورد عنایت واقع شود؟ اگر در اسلام هیچ بنایی ارزشمندتر از خانواده نیست، چگونه می‌توان قانع شد که خداوند متعال یکدفعه لرزش و لرزاندن آن توسط مرد، آن هم در فرضی که بدون دلیل و از روی هوی و هوس باشد را تجویز فرموده است؟ اگر بر فرض هم از ظاهر آیه یا روایتی چنین برداشت شود، بنظر می‌رسد که اقتضای اصول اساسی و کلی راهنمای تفسیر حقوق خانواده با عنایت به خطوط اصلی موازین فقهی باید مورد توجه قرار گیرد؟ اگر فقهای معظم عقیده دارند که عقل و بنای خردمندان یکی از منابع فقه امامیه است، و نیز بدیهی است که عقلای عالم خصوصا جامعه مسلمان معتقدند که طلاق بی وچون و چرا مقبول عقل نیست، اکنون چرا نباید به این منبع اصیل فقه مراجعه و طلاق بی چون وچرا را محدود نمود مگر شارع مقدس رئیس عقلا شمرده نشده است پس چرا این تحدید حدود طلاق بلاجهت را نمی‌توانیم از روی عقل به خالق عقلا نسبت دهیم؟ بنابراین مجموع دلائل فوق این نتیجه‌ی منطقی را به دنبال دارند که باید قائل به تحدید حدود اختیارات مرد در طلاق باشیم خاصه آن که نکاح عقدی است لازم الوفا و لزوم وفای به آن، اقتضای چنین تفسیری داشته که موارد انحلال آن تضييقا بررسی شود چنان که پاره‌ای از اختیارات عمومی که در مطلق عقود ممکن الاعمال اند، نیز در این پیوند مقدس وبه همین دلیل راه ندارند.

علاوه بر تحلیل منطقی فوق که قویا برداشت اختیار بی چون و چرای مرد را در طلاق را نفی می‌کند، و برای حمایت از بنای مورد احترام اسلام باید بدان سو متمایل شد، حتی می‌توان گفت این برداشت با ظاهر آیات قرآن کریم و روایات معصومین علیه السلام که دو منبع غنی و ارزشمند استخراج احکام فقهی است نیز مطابقت کامل دارد. چنانکه خداوند متعال در آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره می‌فرماید "الطلاق مرتان فامساک بالمعروف او تسریح باحسان." طلاق دو بار است به طور شایسته نگه دارید یا به نیکی رها



کنید" در این آیه شریفه خداوند متعال رها نمودن یا به همان تعبیر قرآنی تسریح مطلق را تجویز ننموده است بلکه آن را مقید به احسان نموده است چرا نباید طلاق بلاجهت و از روی هوی و هوس که در روزگاران ما با ترویج فرهنگ شهوت پرستی از سوی غرب و غرب گرایان ملعون، را نوعی طلاق بلا احسان و ممنوع شمرد؟ اگر مخاطب حالی قرآن کریم در آن زمان جامعه کوچک عصر نبوی(ص) بود چرا نباید با استناد به اقتضای پویایی فقه امامیه و اجتهاد مستمر فقها (مستنبط از اصول مقدماتی قانون اساسی) و جامعیت قرآن و به طریق اولی در جامعه امروز طلاق که مضر به حال زن و فرزند و جامعه و جهان بشریت است را ممنوع و بلا احسان اعلام نمود؟! کدام عقل سلیم و چه منصفی در جهان اسلام طلاق بلا ضرورت را تسریح بلا احسان می دانند؟! این تنها آیه قرآن کریم در باب طلاق به نیکی نیست و باز هم تاکید مکرر الهی در آیات ۲۳۱ و ۲۴۱ همان سوره دایر مدار این موضوع است.

علاوه بر آیات قرآن کریم روایات متعددی بر نکوهش طلاق بی جهت از سوی ائمه علیهم السلام نیز وارد شده است، در روایتی آمده است "زنان را طلاق ندهید جزء از روی شک که خداوند زنان و مردان خوشگذران را دوست ندارد" (کلینی، ۱۳۶۷) در کتاب فروع کافی از امام باقر (ع) نقل شده که فرمود: پیامبر خدا بر مردی گذشت و از او پرسید با زنت چه کردی؟ گفت طلاق دادم، فرمود بدون داشتن رفتار بد او را طلاق دادی گفت آری، چندی بعد آن مرد با زنی دیگر ازدواج کرد و باز او را طلاق داد دفعه بعد که پیامبر (ص) او را دید همان سؤال قبلی را تکرار کرد و باز مرد پاسخ داد این بار هم زن را بدون جهت طلاق داده است. پیامبر (ص) فرمود: خداوند دشمن می دارد یا لعن می کند مردان و زنان تنوع طلب را که بی جهت به طلاق روی می آورند و همچنین روایتی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که فرمود: هر زنی که بدون جهت از شوهرش طلاق بخواهد بوی بهشت به مشامش نمی رسد. (مهراپور، ۱۳۷۹) که همه ی آن دلالت بر تحدید حدود اختیار مرد در طلاق ایذائی دارند و هم اکنون وقت آن است که مقنن بدانها توجه نماید.

پاسخ به یک اشکال: ممکن است ادعا شود که پیامبر اعظم (ص) در حدیث معروف خود به صورت محکمی می فرمایند "الطلاق بید من اخذ بالساق" اکنون چگونه همان پیامبر طلاق دادن از سوی مرد را مورد نکوهش قرار داده است؟! در پاسخ باید عنوان کرد که سوال کنندگان دو موضوع را خلط نموده اند و تفکیکی بین حکم اباحه جواز طلاق (حکم اولیه) و ممنوعیت طلاق بلاجهت (حکم ثانویه) در کلام رسول خدا نشده اند زیرا پیامبر با اصل طلاق در صورت لزوم و بدون اعمال غرض مخالف نیست و منظور از

حدیث الطلاق بید من اخذ بالساق نیز همین است ولی این بیان حضرت منافاتی با نهی از طلاق بلاجهت و از روی هوی و هوس ندارد و این دو موضوع متفاوت و قابل جمع بوده و تعارضی با هم ندارند زیرا با نگاه به نظرات فقها، آیات قرآن و کلام معصومین (به عنوان سه منبع مهم احکام فقهی) و نیز تائید عقل (به عنوان منبع چهارم) باید گفت که در اصل جواز طلاق "بید مرد" در صورتی که طلاق به مصلحت مرد و بدون غرض و ایذاء زن باشد همگی متفق القول اند اما در خصوص طلاق ایذایی و بدون جهت فقط پاره‌ای از فقها چون شهیدین نظر به کراهت عمل مرد و صحت طلاق داشته و بقیه چون صاحب جواهر و مرحوم امام (ره) با مفروغ عنہ دانستن موضوع و حکومت قاعده لاضرر به نظر می‌رسد موضوع را تابع قواعد کلی دانسته‌اند که اقتضای قواعد کلی چون لاضرر و ظاهر آیات قرآن و برخی روایات وارده می‌تواند حاکی از ممنوعیت طلاق در موارد غیر ضروری و بلاجهت باشد و این تحلیل همسو با تحولات اجتماعی عصر حاضر بوده و نظر به قواعدی چون حمایت از تحکم خانواده و تفسیر فقه منطبق با نیازهای روز می‌توان قائل به ممنوعیت طلاق‌های خودسرانه و بی جهت بود.

اکنون که به لحاظ فقهی مسئله روشن شد، باید گفت چون مستندا به اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی اعتبار آراء محاکم منوط به استناد به مفاد قانون است برای تطبیق این تحلیل با حقوق موضوعه مسئله را از قانون اساسی شروع می‌نمائیم تا اگر دادرسی بخواهد به دادخواست طلاق بی جهت پاسخ منفی دهد از توسل گاه قانونی نیز بهره مند شود.

## ۲- حکم عام اصل چهلم قانون اساسی و حکومت آن بر طلاق بلاضرورت

در فصل حقوق ملت قانون اساسی (فصل سوم) قانون‌گذار با بیانی صریح و آمره در اصل چهلم اشعار می‌دارد "هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد" منبع فقهی این اصل که در حقوق کنونی به قاعده منع سوء استفاده از حق تعبیر می‌شود را باید در قاعده لاضرر جستجو نمود و همان‌طوری که به خوبی از مفاد آن پیداست اجرای حق را به قید عدم سوء استفاده از آن مجاز ساخته است و هر جا که اجرای حقوق شخصی با منافع عمومی و حقوق دیگران در تعارض باشد اقتضای این اصل برداشتن اباحه انجام آن عمل است. در اهمیت این اصل شایان ذکر است که این قاعده خاص حقوق اسلام نیست بلکه اصلی فراملی و جهان‌شمول بوده و در حقوق کشورهای خارجی نیز به عنوان یک اصل مسلم شناخته می‌شود؛ چنانکه ماده



۲۲۶ قانون مدنی آلمان اشعار می‌دارد "اجرای حق در مواردی که هدفی جزء اضرار به غیر وجود ندارد، مجاز نیست" و همچنین ماده ۲ قانون مدنی سوئیس اشعار می‌دارد "سوء استفاده آشکار از حق به وسیله قانون حمایت نمی‌شود" و همچنین است مفاد ماده ۱۳۵ قانون مدنی لهستان و... (کاتوزیان، ۱۳۵۸).

فلذا از لحاظ موازین اصولی این اصل راهنما و بنیادین، بر کلیه قوانین و مقررات حکومت داشته و هیچ قاعده‌ای نباید وضع شود مگر به قید رعایت آن، نتیجه اینکه از آن جایی که اوامر و نواهی قانون آن هم عالی‌ترین مدونه آن (یعنی قانون اساسی) هیچ گاه در صدد آموزش موازین اخلاقی و ارشادی نیست بلکه به قید ضمانت اجرا دستور می‌دهد تخطی از آنها باعث بطلان عمل و حسب مورد موجب مسوولیت مدنی و کیفری است. همان طوری که اکثر مواد قانونی بدین خصیصه آراسته شده‌اند و بنابراین دادگاه در مقام رسیدگی به تظلمات هرکجا که اجرای حقی را خلاف مفاد این اصل دید نه تنها می‌تواند بلکه ملزم است که صاحب حق را از اجرای مضر بازدارد و حسب مورد وی را به عدم اجرای آن محکوم سازد. از طرف دیگر باید گفت کلیه حقوق قانونی شخص از جمله حقوق مدنی و خانوادگی در پرتو این اصل قابلیت اجرا دارد و به اعتقاد برخی از حقوقدانان اجرای مضر به حال غیر و در تعارض منافع عمومی حتی نیازی به عمد و سوءنیت هم ندارد و مقصر در اجرای حق نیز از ادامه اجرا بازداشته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۵۸). فلذا باید گفت که لازم نیست قانون‌گذار تک تک حقوق اشخاص را برشمرده و سپس در پایان آن اجرای مضر آنها را ممنوع شمرد زیرا این کار نه شدنی است و نه در شان قانون‌گذار بلکه این دادرس است که در مقام رسیدگی با استناد به اطلاق و عموم این قاعده از سوء استفاده‌های احتمالی اشخاص در اجرای حق جلوگیری نماید. قانون‌گذار در تدوین مقررات عادی به برخی از مهم‌ترین مصادیق شایع سوء استفاده از حق اشاره و حسب مورد برای هر کدام ضمانت اجرای خاصی در نظر گرفته است که اهم آنها عبارت‌اند از:

۱. ماده ۱۳۲ قانون مدنی که اشعار می‌دارد: کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد که به گفته اساتید حقوق تجاوز از حکم ماده نه تنها موجب مسوولیت مدنی است بلکه به دادگاه اختیار می‌دهد که مالک را از تصرف بازدارد و منبع ضرر را از بین ببرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۹۵).

۲. ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی (هرچند که این ماده در حال حاضر جزء



مواد منسوخه است) که اشعار می‌داشت اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهه برهم بزنند... باید از عهده خسارت وارده برآید

۳. تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ که اشعار می‌دارد: چنانچه بر دادگاه معلوم شود که منظور از اقامع دعوی ایذء طرف یا غرض ورزی بوده دادگاه مکلف است که... خواهان را به تادیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید و...

بنابراین با استقراء در قوانین موضوعه باید گفت که در طلاق نیز هرچند قانون‌گذار ماده خاصی به ممنوعیت سوء استفاده از حق اختصاص نداده است ولی با تکیه بر اصل چهل قانون اساسی و وحدت ملاک و نیز توجه به لحن بیان قانون‌گذار و منطق حاکم بر حقوق خانواده که طلاق حقی است برای مرد ولی اجرای آن تابع اصل چهل قانون اساسی است بدین ترتیب که اعمال و اجرای آن بدون ضرر به غیر و منافع عمومی مجاز و عکس آن ممنوع است پس اگر مردی دادخواست طلاق به دادگاه تسلیم دارد ولی بنا به دلایل ارائه شده از سوی زوجه اعمال این حق از سوی مرد بدون منفعت شرعی و عقلایی و صرفاً از روی هوی و هوس بوده و یا آن که اساساً دادگاه خود راساً به این نتیجه برسد باید حسب اجرای اصل چهل قانون اساسی از صدور گواهی عدم امکان سازش خودداری کند والا متخلف محسوب و حسب مورد ممکن است مسوولیت مدنی و انتظامی در انتظار وی باشد. چنانکه رویه قضایی نیز اندک اندک به اهمیت این موضوع پی برده است، در این خصوص جالب است به استدلال دادگاه شهرستان شهرضا در پی دادخواست صدور گواهی عدم امکان سازش اشاره کنیم توضیح آن که مردی از آن دادگاه حسب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش می‌کند ولی برخلاف رویه جاری و معمول دادگاه‌های آن زمان، در مقابل هوی و هوس مرد مقاومت می‌کند و بدین استدلال که "بنابر اصل ۴۰ قانون اساسی هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد، بنابراین اجرای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نمی‌تواند بدون توجه به موازین فوق الذکر و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی و بدون قید و شرط و صرفاً براساس میل زوج صورت گیرد" طلاق از روی میل را مصداق سوء استفاده از حق دانسته و از صدور گواهی عدم امکان سازش امتناع می‌ورزد (دیلمی، خداداپور، ۱۳۹۳).



### ۳- تحولات قانون مدنی و پذیرش ضمنی محدودیت اصل چهلم قانون اساسی در طلاق

نکته قابل ذکر دیگر در این مقوله آن است که علاوه بر اصل چهل قانون اساسی و وحدت ملاک موادی چون ماده ۱۳۲ و... حتی خود قانون گذار نیز در پی نقد و انتقادهایی که از سوی طرفداران حقوق بشر و جامعه در خصوص اختیار مطلق و بی و چون چرایی که در طلاق برای مرد قائل شده بود، نیز در آخرین اصلاحات قانونی ماده مربوط به طلاق را طوری اصلاح نموده است که به نظرمی رسد جای تفسیر به نفع اصل چهل قانون اساسی و قواعد مسلم فقهی چون لاضرر را باز گذاشته است.

توضیح آن که تا سال ۱۳۸۱ ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در خصوص اختیار طلاق بدین نحو بود که "مرد می تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد". صراحت و اطلاق نص این ماده موجب می شد که مردان هر لحظه بخواهند بدون داشتن علت و فقط از روی میل زن خود را مطلقه ساخته و زن و فرزندان خود را بی پناه و بدون سرپرست در جامعه ای با این همه مشکلات رها کند و این خود مورد نقد و انتقادات زیادی از سوی زنان، حقوقدانان و جامعه شناسان گردید تا این که در سال ۱۳۸۱ قانون گذار بعد از ۷۰ سال این بار با ظرافتی قابل تأیید و منطبق با وضعیت جامعه ماده موصوف را بدین شرح اصلاح نموده است که "مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون و با رجوع به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید" و این ماده اصلاحی که هم اکنون نیز حکومت می نماید، در مقایسه با ماده قبل نکات در خور تاملی به نفع تئوری تحدید اختیار مرد در طلاق بلاجهت دارد که عبارت اند از:

۱. قانون گذار رعایت شرایط مقرر در این قانون را برای درخواست طلاق الزامی شمرده است و به عبارتی تشریفات را برای طلاق در نظر گرفته است که در مقابل با ماده قبل که اطلاق در بیان داشت اندکی مساعدتر و به نفع محدودیت مرد گام برداشته است.
۲. قانون گذار رجوع به دادگاه را به متن ماده اضافه نموده است تا آن که مردان نتوانند بدون نظارت قضایی و خودسرانه تصمیم به طلاق گیرند در حالی که بیان مقنن در ماده قبل طوری بود که اگر مردی بدون رجوع به دادگاه زن خود را طلاق می داد نیز از پشتوانه قانونی برخوردار بود.
۳. مهم ترین و ظریف ترین نکته قابل ذکر در این ماده آن است که قانون گذار برخلاف ماده قبل که بیان می داشت مرد می تواند زن خود را طلاق دهد در

این ماده تغییر اصطلاح داده و اشعار داشته که مرد می‌تواند "تقاضای طلاق همسرش را بدهد" حال اگر قائل براین باشیم که قانون‌گذار حکیم است و هیچ لفظی را بدون توجه به معنای آن در متن ماده قانونی نمی‌آورد، باید نتیجه گرفت که تقاضای طلاق ظهور در این دارد که مرد حتی با رجوع به دادگاه راساً حق طلاق بلاجهت را ندارد بلکه فقط تقاضایش را به دادگاه تقدیم می‌دارد و این دادگاه است که تقاضای وی را مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورتی که خواسته وی از روی غرض و ایذاء، بلاجهت و مخالف قوانین آمره از جمله اصل چهل قانون اساسی در بحث ما نباشد به آن ترتیب اثر داده و سپس گواهی عدم امکان سازش صادر کند و الا به درخواست وی به استناد ممنوعیت سوء استفاده یا علل دیگری به آن ترتیب اثری نمی‌دهد ولی اگر غیر از این معنا تفسیر گردد وانگهی، سوال می‌شود که چه لزومی داشت که قانون‌گذار یکسره از اصطلاح پیشین دست کشد و این عبارت ظریف و دقیق را استعمال کند؟ در تائید این برداشت باید خاطر نشان کرد که اساساً اگر مراد و منظور قانون‌گذار این باشد که مرد هر لحظه و به هر علت بتواند زن خود را طلاق دهد این سوال منطقی مطرح می‌گردد که اساساً پس چرا قانون‌گذار ماده ۱۱۳۳ را اصلاح نموده است؟! زیرا از ماده قبل نیز این امر به خوبی قابل برداشت بود.

پس اگر اندکی با تامل و درایتی منطقی به موضوع بنگریم منصفانه تفسیر فوق را تصدیق خواهیم نمود زیرا در غیر این صورت موجب خدشه دار شدن جایگاه و منزلت مقنن حکیم خواهد شد و اتهام زدن به مقنن دائر بر تکرار نیز ناوراست.

۴ - حذف قید "هر وقت بخواهد" از ماده قبل نیز به صحت این تفسیر دلالت دارد فلذا توضیح قابل ذکر دیگر آن که قانون‌گذار با اقدامی قابل تائید عبارت "هر وقت بخواهد" را حذف نموده است و معنای این اقدام چیزی غیر از آن نیست که بگوئیم قانون‌گذار از موضع قبلی خود عدول نموده و منطقی را بدین نحو اصلاح نموده که، مرد هر وقت که بخواهد نمی‌تواند زن خود را طلاق دهد بلکه اگر اراده وی با موانعی چون احکام اولیه و قواعد عالیه قواعد فقهی و اصولی چون لاضرر و... برخورد کند دادگاه به عنوان حافظ نظم عمومی مانع تصمیم نابجای وی خواهند شد کما این که سیاق ماده ۹۷۵ قانون مدنی که محکمه را مکلف به عدم توجه به درخواست‌های مخل نظم عمومی (در این مصداق نظم خانواده و مصلحت آن) توجه ننماید قاعده بودن آن را در حقوق



کنونی تأیید و نتیجتاً بر مسئله طلاق نیز حکمفرما می‌شود و همچنین مراعات اصل مصلحت‌گرایی در حقوق خانواده که همانند چتری حمایتی بر حقوق خانواده سایه افکننده نیز موید این تفسیر است.

۵- یکی دیگر از مواردی که دلالت بر تحدید حدود اختیار مرد در طلاق دارد، نگاه به "سابقه‌ی تاریخی موضوع و شان زمانی تصویب" این ماده قانونی است، توضیح آن که می‌دانیم در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی به نحو کلی و نیز در اصل دهم آن قانون به نحو خاص و منصوص، این سند ملی-مذهبی، حمایت از زن و حقوق خانواده را مسئله‌ای اساسی دانسته بود لیکن در تدوین ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که زمان تصویب آن (جلد دوم قانون مدنی در ششم بهمن ماه ۱۳۱۳ هجری شمسی تصویب شد) به قبل از قانون اساسی برمی‌گردد، این مسئله به درستی گنجانده نشده بود تا این که در پی اعتراض زنان و حامیان کانون خانواده و نیز فشارهای حقوق بشری جوامع بین‌المللی مبنی بر تبعیض میان زوجین در حق طلاق (یعنی آن اختیار مرد مطلق وزن محدود به مواردی شده است) این ماده به نحو فعلی اصلاح گردید. منطق اصلاح حکمی شدید و تند و نیز توجه به فلسفه اصلاحی این ماده و نیز شان تصویب آن اقتضاء دارد که در تفسیر آن نظری برداشت شود که حداقل در مقایسه با ماده قبلی اندکی مساعدتر به حال خانواده و استواری آن باشد زیرا در غیر این صورت در زمان عدم اصلاح این ماده نیز مرد تشریفات طلاق را رعایت می‌نمود و اگر گفته شود که این ماده در مقام بیان تشریفات بودن طلاق است بنابراین حکمت و فلسفه و منطق قانون‌گذار بیهوده انگاشته می‌شود که خطایی بزرگ در تفسیر قانون است بنابراین مجموع این دلایل اقتضای تحولی در نظام حقوق خانواده خصوصاً در بعد طلاق دارد که تبیین آن گذشت.

تا این جا چند سوال را پاسخ داده ایم اولاً آن که بیان کردیم که فقهای امامیه هر چند طلاق را حق مرد می‌دانند ولی در لوا و سایه اصل لاضرر، اقدام بلاجهت وی را نیز خوشایند ندانسته و هر کدام به گونه‌ای اعلام انزجار نموده‌اند که تفسیر آنان گذشت ثانیاً بیان کردیم که روایت عدیده‌ای از معصوم (ع) بر نکوهش طلاق بی‌جهت وارد شده است و ثالثاً بیان کردیم که ظاهر آیات قرآن کریم طلاق دادن را به قید احسان و نیکی برای مردن جایز دانسته است (تسریح بالاحسان) و حکم عقل نیز چنین است رابعاً گفتیم که نظریه اصل چهل قانون اساسی و وحدت ملاک از برخی از مواد قوانین عادی و همچنین با تحلیل ماده ۱۱۳۳ اصلاح شده و مقایسه آن به ماده سابق الوضع، در نظام قانونی ما نیز سوء استفاده از طلاق ممنوع اعلام شده است و حدود اختیار مرد بلاقید نمی‌باشد بلکه





اجرای هر حقی برای رفع نیازی از انسان به وی اعطا می‌شود و اگر برای غرضی غیر از آن و به ضرر دیگران مورد استفاده قرار گیرد باید با تمام قوا به مقاومت با آن برخاست تا نظم منطقی احکام الهی رعایت گردد والا در غیر این صورت جامعه اسلامی به هدف والای خود نخواهد رسید.

اکنون ممکن است این سوال به ذهن متبادر شود که این ممنوعیت و نهی چه دلالتی دارند؟ آیا به تعبیر اصولیون نهی دلالت بفساد دارد؟ و یا آن که فقط موجب مسوولیت مدنی و جبران خسارت به زوجه است و فرزندان بی گناه از این اقدام مرد است؟ برای پاسخ به این سوال مناسب است مبحثی به آن اختصاص داده شود و موضوع را از دیدگاه موازین علم اصول فقه پیگیری کنیم.

#### ۴- اثر ممنوعیت اصل چهلم قانون اساسی در اجرای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی

بنابر آنچه گذشت اثبات نمودیم که هرچند طلاق از روی مصلحت و دارای منفعت مشروع عقلایی بلامانع است ولی سوء استفاده از آن به ضرر زن و فرزند و منافع عمومی ممنوع است اما در خصوص اثر این ممنوعیت باید گفت که شارع مقدس در وضع قواعد و به تبع آن قانون‌گذار در بیان تکلیف مکلفان معمولاً از صیغه‌های امر و نهی استفاده نموده‌اند مثلاً اینکه شراب نخورید ولی نماز بخوانید و یا اینکه در ملک خود تصرف نکنید ولی به دیگران ضرر نزنید و اگر اندکی مذاقه کنیم این مطلب به خوبی از اکثر احکام فقهی و قانونی قابل برداشت است اما همیشه این سوال بوده وهست که تخطی از نهی شارع و مقنن چه آثاری دارد؟ آیا به قید مجازات ممنوع است؟ آیا ممنوعه‌ای انجام‌شده، باطل است؟ و قس علی هذا...

قبل از پرداختن به پاسخ سوال مقدمتاً باید بیان نمود که در یک تقسیم‌بندی کلی، احکام به دو دسته احکام تکلیفی و احکام وضعی دسته‌بندی شده‌اند که حکم تکلیفی عبارت است از وضعیت شرعی فعل مکلف که پنج قسم هستند وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه و در مقابل حکم تکلیفی حکم وضعی قرار گرفته و آن عبارت است از وضعیت اعتباری در شی معین که به آن اعتبار به نحوی از انحاء درشی دیگر تاثیر می‌گذارد مانند سببیت، شرطیت، فساد، و... (نویخت، ۱۳۸۹، ص ۸۷) فلذا وقتی گفته می‌شود اثر وضعی طلاق ممنوعه چیست، مراد همان حکم وضعی است اما در خصوص سوال اصلی باید گفت که این موضوع یکی از مهم‌ترین مباحث پرمناقشه علم اصول بین اصولیون بوده و معمولاً در کتب اصولی با عنوان دلالت نهی بر فساد مورد بررسی قرار



می‌گیرد که آیا نهی شارع دلالت بر فساد دارد یا خیر؟ سخن در این خصوص بسیار است و برخی میان نهی در عبادات و نهی در معاملات فرق گذاشته و برخی راه دیگری پیموده‌اند اما حاصل تتبعات محقق آن که، عقیده مشهور و در عین حال موافق منطبق اصولیون بر آن است که نهی علی‌الخصوص در معاملات دلالت بر فساد دارد. یعنی نه تنها انجام عمل ممنوعه از حیث حکم تکلیفی حرام است بلکه از حیث حکم وضعی نیز فاسد بوده و اثری ندارد حال در خصوص موضوع ما یعنی نهی از طلاق بلاجهت باید گفت که در نهی آن از سوی قانون‌گذار مستنبط از اصل چهل قانون اساسی و دیگر مواد قانونی که ذکر آن گذشت تردیدی وجود ندارد اما در خصوص اثروضعی این نهی باید قائل شد، نظر به این که روشن شد نهی در کلام اصولیون اصولاً دلالت بر فساد دارد، انجام طلاق ممنوعه نیز فاسد و فاقد اثر است و نباید هیچ‌گونه اثر شرعی و قانونی بر آن مترتب بود و حتی شاید بتوان گفت در صورت انجام طلاق بلاجهت که ما اثبات نمودیم در زمره‌ی طلاق‌های ممنوعه است، باز هم شک داشته باشیم که آیا نکاح منحل شده یا نه، مقتضای اصل استصحاب بقای نکاح و عدم انحلال آن است زیرا طلاق به دلالت اقتضاء فرع بر نکاح است و با تردید در انحلال آن در فرض طلاق ایذائی باید عدم انحلال آن را فتوا و حکم نمود.

### نتیجه

با تتبع در آثار فقهای عامه و امامیه به خوبی قابل برداشت است که طلاق حق مرد بوده و در صورتی که از روی مصلحتی بدان اقدام ورزد هیچ‌گونه مانعی بر سر راه وی وجود ندارد اما در خصوص طلاق بلاجهت و از روی ایذاء و غرض ورزی موضوع قابل تامل است برخی فقها آن را صحیح دانسته و تنها بر عمل مرد حکم به کراهت نموده‌اند اما برخی دیگر چون مرحوم امام (ره) و صاحب جواهر سکوت نموده که به نظر می‌رسد عقیده این فقهای معظم در لوای قاعده مسلم لاضرر همان حرمت طلاق بلاجهت است که آیات قرآن کریم از جمله آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره و روایت وارده از معصومین علیه السلام نیز این برداشت عقلی و منطقی را تایید و تقویت می‌کند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ملهم از قاعده معروف لاضرر و نیز مبتنی بر آن است که در قاعده‌ای کلی و عام الشمول سوء استفاده از حق را ممنوع اعلام داشته و در قوانین عادی همچون ماده ۱۳۲ قانون مدنی و تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی به تطبیق قاعده بر برخی مصادیق جزئی اهتمام ورزیده است. در خصوص ممنوعیت طلاق علی‌رغم ممنوعیت از تصرف مضر به



حال همسایه در بحث مجاورت املاک، حکم خاصی در قوانین عادی نیامده است ولی نظر به اطلاق و عموم اصل چهل قانون اساسی و حکومت آن بر قوانین عادی، روایات وارده از ائمه (ع) و وحدت ملاک از مواد ۱۳۲ قانون مدنی و ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، و خصوصا توجه به آخرین تغییرات صورت گرفته در متن ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، می‌توان حکم ممنوعیت طلاق ایذایی یا همان طلاق بلاجهت را استخراج نمود و اما در خصوص اثر این ممنوعیت باید گفت از آن جایی که مشهور اصولیون بر این عقیده‌اند که نهی آن هم در مسائل بنیادین چون طلاق و خانواده، علاوه بر حرمت تکلیفی فساد وضعی را نیز بدنبال دارد و تبعا باید گفت که ضمانت اجرای طلاق ممنوعه عدم ترتب اثر به آن و استصحاب بقای زوجیت است و دادگاه‌های خانواده نیز به عنوان مجری و حافظ قانون اساسی باید از صدور گواهی عدم امکان سازش در این موارد امتناع ورزند و عدم توجه به آن بنظر نگارنده عین تخلف از قانون اساسی است.

## منابع

- قرآن کریم.
- اکبرینه، پروین، «منع سوء استفاده از حقوق خانواده»، فصلنامه زن و مطالعات خانواده، سال چهارم، شماره سیزدهم، پاییز ۱۳۹۰.
- جبعی العاملی، زین الدین احمد، الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه، دارالعلم، قم، ۱۳۹۳.
- دیلمی، احمد و خداداد پور، منیژه، «سوء استفاده از حق ریاست شوهر در منع اشتغال همسر»، مجله مطالعات زنان، سال ششم، شماره دوم، پاییز ۱۳۸۷، صص ۱۱۱-۱۲۶.
- دیلمی، احمد و خداداد پور، منیژه، «سوء استفاده از حق طلاق و راهکارهای قانونی مقابله با آن»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، سال پنجم، شماره ۱۷، بهار ۱۳۸۸، صص ۷۴-۹۲.
- شیروانی، علی، تحریر اصول فقه، قم، ۱۳۷۹.
- شیروانی، علی، ترجمه و تبیین شرح لمعه، دارالعلم، جلد دهم، چاپ چهاردهم، قم، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، چاپ هفتم، میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، «سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۱، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۵۸، صص ۱۵-۱۰۳.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، میزان، چاپ بیست و نهم، ۱۳۹۰.
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوء استفاده از حق»، فصلنامه پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره یکم،



- شماره دوم، زمستان ۱۳۹۳، صص ۱۳۵-۱۶۶.
- کلینی، فروغ کافی، دارالمکتب اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
  - گرجی، ابوالقاسم، ادوار اصول فقه، میزان، تهران، ۱۳۸۵.
  - محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی - حقوقی خانواده و انحلال آن، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هشتم، تهران ۱۳۸۰.
  - محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط اصول اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۰.
  - مظفر، محمدرضا، اصول فقه، جلد اول، قم، ۱۳۶۸.
  - مکی العاملی، محمد بن جمال الدین، اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱هـ.ق.
  - موسوی خمینی، السید روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ چهارم، دارالعلم، ۱۳۹۱.
  - موسوی خمینی، سید روح الله، استفتائات، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، جلد سوم، تهران ۱۳۷۸.
  - مهرپور، حسین، «بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق»، نامه مفید، دوره بیست و یکم، شماره بیست و یکم، ۱۳۷۹.
  - نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام (چاپ سنگی)، بی تا بی جا، جلدسی و دوم، ۱۲۷۴هـ.ق.
  - نوبخت، حسین، اصول استنباط، چاپ دوم، میزان، تهران، ۱۳۸۹.
  - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
  - قانون مدنی ایران.



# رویه قضایی پیرامون چالش‌های دستورهای قرار تعلیق تعقیب

وحید دادگستر<sup>۱</sup>

## مقدمه

با وقوع بزه، حق تعقیب و اقامه دعوی نسبت به مرتکب جرم، به جهت نقض ارزش‌های اجتماعی برای جامعه محفوظ است. جامعه اعمال این امر را، به حاکمیت و در معنای اخص به دستگاه قضایی تفویض کرده است. مقامات قضایی موظف به تعقیب کیفری متهمان بدون وقفه و هرگونه مسامحه و اغماض هستند. با این حال، به موازات الزامی بودن تعقیب کیفری، باید موقعیت داشتن تعقیب را نیز لحاظ کرد. یکی از مصادیق بارز مقتضی بودن تعقیب، بی تردید تعلیق تعقیب است. در این نوشتار، تلاش شده است تا به طور تخصصی با تاکید بر رویه قضایی به بررسی چالش‌های پیش روی دستورات قضایی در قرار تعلیق تعقیب موضوع ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری بپردازیم. بنابراین، به اختصار چهار مسأله اساسی در این رابطه تشریح شده و علاوه بر طرح دیدگاه‌های مختلف با اشاره به رویه قضایی، در حد امکان به نقد و ارائه نظر پرداخته ایم.

## ۱- مرجع ناظر بر اجرای دستورات

نخستین چالشی که پیرامون دستورات قرار تعلیق تعقیب، قابل طرح است این مطلب می‌باشد که نظارت بر حسن اجرای دستورات بر عهده کدام مرجع است؟ در واقع، سوال این است که باید چه مرجعی و به چه طریقی بر اجرای آن قرار نظارت نماید؟ مشخص

---

۱. قاضی دادگستری اصفهان



نیست این تکلیف بر عهده کدام یک از مراجع است: شعبه صادر کننده تصمیم (مثلاً دایاری)، دادستان شهرستان، اجرای احکام کیفری آن دادسرا یا ضابطین دادگستری؟ قانون آیین دادرسی کیفری در این باره، تکلیف را مشخص ننموده ولی به نظر می‌رسد با توجه به این که درصد زیادی از پرونده‌ها مشمول قرار تعلیق تعقیب، بایگانی کردن پرونده و میانجیگری کیفری قرار می‌گیرند، می‌توانند «معاونت نظارت بر قراردادهای دادسرا» یا «دادیار ویژه نظارت» پیش بینی تا عهده دار این امر باشد. (ساقیان و نورپور، ۱۳۹۹: ۹۴)

خلق اصطلاحات معاونت نظارت بر قراردادهای دادسرا و دادیار ویژه نظارت، نه در قوانین و نه در دستورالعمل‌های سازمانی و آیین نامه‌های اجرایی و نه حتی در رویه قضایی دادسراها جایگاهی ندارد. معاونت نظارت دادسرا، آن هم در مراکز استان‌ها وجود دارد که از حیث گستره وظایف و اقدامات نظارتی اساساً فرصتی برای نظارت بر اجرای دستورات قراردادهای تعلیق تعقیب به طور اختصاصی ندارد. همچنین، نظر به اینکه مقام نظارتی، علی‌الاصول می‌بایست از حیث سلسله مراتب اداری و قانونی بر مراجع تحت نظارت، بالاتر و عالی‌تر باشد؛ لذا پیش بینی دادیار ویژه نظارت، اساساً محلی از اعراب ندارد. اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶/۳۱۲۰ مورخه ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ در پاسخ به این سوال که آیا اجرای تعلیق تعقیب موضوع ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری از وظایف اجرای احکام کیفری است یا شعبه صادرکننده قرار؟ ابراز داشته: «مستفاد از مواد ۸۱ و ۸۸ و ۵۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و به ویژه تبصره ۶ ماده ۸۱ این قانون اجرای مقررات مربوط به قرار تعلیق تعقیب به عهده معاونت اجرای احکام کیفری دادسرای مربوط است که تحت نظارت دادستان مربوط اقدام می‌نماید.»

با توجه به تبصره (۶) ماده (۸۱) قانون آیین دادرسی کیفری، قرار تعلیق تعقیب در دفتر مخصوص در واحد سجل کیفری ثبت می‌شود و در صورتی که متهم در مدت مقرر، ترتیبات مندرج در قرار را رعایت ننماید تعلیق لغو می‌گردد. بنابراین قرار تعلیق پس از صدور و قطعیت آن، به معاونت اجرای احکام کیفری ارسال می‌شود. ضرورت ارسال پرونده به اجرای احکام از این جهت است که تعلیق مشتمل بر دستوراتی است که باید توسط مأموران مراقبتی و مددکاران اجتماعی پایش و نتیجه عملکرد متهم به دادگاه گزارش شود. (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۱۶۳) البته بنظر می‌رسد گزارش عملکرد متهم می‌بایست به مرجع قضایی صادر کننده قرار تعلیق تعقیب گزارش گردد. لازم به ذکر است که در رویه قضایی، غالباً به لحاظ کثرت پرونده‌ها، ازدحام بیش از حد مراجعین، گستره



وسیع وظایف و تکالیف مقامات قضایی و اداری، کمبود مسوولان مراقبتی و مددکاران اجتماعی و مباحث آماری حاکم بر پرونده‌ها موجب شده، پرونده در شعبات رسیدگی کننده به موضوع قرار تعلیق تعقیب بایگانی گشته و به واحد اجرای احکام کیفری ارسال نشود. حتی، در صورت ارسال پرونده به اجرای احکام کیفری، در عمل، نظارت دقیق و مستمری بر وضعیت دستورات و تدابیر مقرر در قرار تعلیق تعقیب - به لحاظ فقدان ضمانت اجرای موثر و ابزارهای لازم پیشگیری از تخطی - صورت نمی‌پذیرد.

## ۲- حصری یا تمثیلی بودن دستورات

در نشست قضایی شهر شیراز با کد ۵۷۴۸-۱۳۹۸ مورخه ۱۳۹۶/۲۳/۱۲ در رابطه با این پرسش که دستورات ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، حصری یا تمثیلی می‌باشد اختلاف نظر وجود دارد؛ اکثریت معتقد است: «این دستورات حصری می‌باشند؛ چه آنکه قانونگذار عباراتی که دلالت بر تمثیلی بودن نماید، به کار نبرده است؛ لیکن می‌توان دستوراتی موسع که در چهارچوب این ماده باشد و خارج از آن نباشد در قرار اصداری قید نموده و چنانچه نوع بزه و شخصیت بزهکار به گونه‌ای باشد که نتوان با این دستورات تطابق داد، نباید قرار تعلیق تعقیب صادر نمود.» با این حال، اقلیت بر این باور است که: «این دستورات تمثیلی می‌باشد و قاضی می‌تواند با توجه به نوع و خصوصیات بزه و بزهکار دستورات دیگری غیر از موارد ذکر شده در این ماده تعیین نماید.» اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۲۲۸ مورخ ۱۳۹۴/۵/۱۷ بیان داشته است: «با توجه به احصاء دستورات یازده گانه در ذیل ماده ۸۱ این قانون که موارد را مشروحاً آورده است بنابراین، موارد مزبور حصری است.»

قرار تعلیق تعقیب، از جمله جلوه‌های توافقی شدن آیین دادرسی کیفری است. صدور این قرار، متکی به اراده مقام قضایی و موافقت متهم است. با این حال، آیا متهم باید به صدور قرار تعلیق تعقیب اعلام موافقت کند یا این که باید در مورد نوع و ماهیت دستور دادستان نیز موافق باشد. عبارت قانون میهم است. یکبار دیگر این عبارت را مرور می‌کنیم: "پس از اخذ موافقت متهم... تا دو سال معلق کند. در این صورت دادستان متهم را حسب مورد مکلف به اجرای برخی از دستورهای زیر می‌کند." اخذ موافقت متهم برای صدور قرار تعلیق تعقیب است یا برای صدور دستورهای دادستان؟ ظاهر عبارت مستفاد این نظر است که ابتدا باید متهم با اصل صدور قرار تعلیق تعقیب موافقت کند و سپس



دادستان می‌تواند وی را به اجرای برخی از دستورات مقرر در ذیل آن ماده مکلف نماید. اصل بر آگاهی متهم از عواقب صدور این قرار است، لذا رضایت وی به صدور اخذ قرار تلویحاً به معنی رضایت به دستور دادستان به شرح ذیل ماده نیز می‌باشد. البته روش صحیح این است که در صدور دستورات نیز موافقت متهم اخذ شود. (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۱۶۰) بنظر می‌رسد در حصری بودن دستورات یازده گانه ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، با لحاظ مبانی حاکم بر توافقی شدن آیین دادرسی کیفری نباید تردید نمود و متهم را در بیم و هراس گذاشت که سلیقه مقام قضایی بر چه تدبیری رقم می‌خورد و چه بسا، اجرای دستور اتخاذی از تحمل کیفر قانونی سخت‌تر گردد. در رویه قضایی، صرف موافقت متهم با اصل صدور قرار تعلیق تعقیب ملاک عمل واقع شده است. آگاه سازی و افغان سازی متهم در انتخاب نوع دستور مدنظر واقع نمی‌گردد.

### ۳- ضمانت اجرای دستورات

پیش شرط هر توافق - حتی اگر تصریح نشود - بر این است که از سویی، ساز و کار لازم برای اجتناب از تخطی و نقض تعهد تنظیم و تدبیر شده باشد و از سوی دیگر، چنانچه بخشی از تعهدات صورت گرفت و به هر دلیل موجه یا غیر موجه امکان اجرای باقی نباشد نباید به‌طور کلی، طرف متخلف را از امتیازات پایبندی به آن قسمت اجرا شده محروم نمود. در این قسمت، به وضعیت تضمین اجرای دستورات می‌پردازیم.

از سویی، ممکن است به موجب قرار تعلیق تعقیب، متهم ملزم به انجام تدابیر غیرکیفری شود و مقداری از این تدابیر انجام شود ولی به‌خاطر نقض تعهدات مذکور، تعقیب از سرگرفته شود. حال سوال این است که تکلیف مقدار تدابیر غیرکیفری انجام شده، چه می‌شود؟ آیا در مرحله صدور حکم لحاظ می‌شود؟ مثلاً بموجب رویه قضایی، فردی بابت اتهام تبلیغ علیه نظام جمهوری اسلامی و توهین به امام و رهبری در شعبه سوم دادیاری دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان بابل در پرونده کلاسه شماره ۹۶۲\_۹۶۰ در تاریخ ۱۳۹۶/۱۱/۹، تعقیب وی به مدت شش ماه معلق شده ولی مکلف به دستورات ذیل شده است: قرائت وصیت‌نامه سیاسی - الهی امام خمینی و شرکت در اردوی فرهنگی راهیان نور در ایام تعطیلات نوروز سال ۱۳۹۷. همچنین به موجب رأی صادره از طرف معاونت دادستانی شهرستان یزد در پرونده شماره ۵۱۸\_۹۶۰ تعقیب متهم در خصوص جرم توهین به مأمور دولت حین انجام وظیفه، معلق ولی متهم مکلف به مطالعه یک جلد





کتاب در مورد اخلاق خوش، تهیه یک مقاله در مورد همکاری شهروندان در برقراری امنیت و کاشت سی اصله نهال شده است. حال سوال این است، اگر هر کدام از این موارد انجام شده باشد، بعد از نقض قرار تعلیق تعقیب تکلیف چیست؟ در قوانین جاری پاسخی برای این شبهه وجود ندارد. (ساقیان و نورپور، ۱۳۹۹: ۹۵)

از سوی دیگر، با عنایت به ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری، با صدور قرار تعلیق تعقیب از قرار تأمین کیفری و نظارت قضایی نسبت به متهم رفع اثر می‌گردد. با این وصف، مرجع ناظر بر حسن اجرای دستورات، نه از اهرم قرار تأمین کیفری و نظارت قضایی صادره می‌تواند برای پیشگیری از تخطی بهره‌گیر و نه حتی مجوز صدور قرار تأمین کیفری دارد، مگر اینکه در ضمن صدور قرار تعلیق تعقیب، مقام قضایی صادرکننده قرار، اقدام به اخذ تأمین متناسب نموده باشد. در این خصوص، از اداره حقوقی قوه قضائیه این چنین استعلام صورت گرفته است؛ با عنایت به اینکه برابر ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با صدور قرار تعلیق تعقیب، تأمین مأخوذه منتفی می‌شود، بنابراین فلسفه و کاربرد «تأمین» مندرج در ذیل ماده ۸۱ همان قانون چیست؟ آیا منظور از تأمین در مقرر اخیرالاشاره، همان قرارهای تأمین کیفری است؟ اداره کل حقوقی قوه قضائیه طی نظریه مشورتی ۷/۹۷/۲۵۲ مورخه ۱۳۹۷/۰۲/۱۹ بیان نموده: «چنانچه به منظور بررسی اجرای دستورهای دادستان در تعلیق تعقیب (مراقبتی) متهم و یا اجرای دستورهای دادگاه در تعلیق اجرای مجازات (مراقبتی) حضور متهم یا محکوم علیه نزد مقام قضایی ذیربط ضرورت داشته باشد، با توجه به ماده ۵۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (و اتخاذ ملاک از این ماده در خصوص متهمان) متهم یا محکوم علیه احضار و در صورت عدم حضور جلب خواهد شد و با الغای قرار تأمین کیفری در موارد فوق الذکر طبق ماده ۲۵۱ قانون فوق الذکر، موجب قانونی جهت استفاده از قرارهای تأمین یاد شده به منظور تضمین حضور متهم یا محکوم علیه وجود ندارد و لکن چنانچه به تشخیص دادستان مطابق ماده ۸۱ قانون مارالذکر (در زمان صدور قرار تعلیق تعقیب) قرار تأمین صادر شده باشد، ضمانت اجرای حضور متهم از این حیث (قرار تأمین کیفری) به قوت خود باقی است.»

یکی از حقوقدانان، در نقد ماده ۸۱ بیان داشته است که قانون آیین دادرسی جدید، بدون ضرورت خاص، روش تعلیق تعقیب را پذیرفته و مقررات غیراستانداردی در این رهگذر آورده است که شاید هیچ‌یک از آنها پایه و اساس دقیق علمی نداشته باشد.



بازنگری در مقررات تعلیق تعقیب، می‌بایست به راهی می‌رفت تا بتواند به‌مرور، سیستم تعلیق تعقیب را منسوخ کند و به‌جای آن از روش تعلیق اجرای مجازات بیشتر بهره گیرد، تا متهم با علم به میزان مجازات و آثار آن، از ارتکاب جرم مجدد خودداری کند. نویسندگان قانون جدید، این نوع اندیشه‌ها را به خود راه نداده‌اند. (آخوندی، ۱۳۹۴: ۲۵۵) به اعتقاد نگارنده، دیدگاه مطرح شده تا حدود زیادی غیرمنصفانه است. مبانی مستحکم و قابل دفاع در پذیرش رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در رابطه با قرار تعلیق تعقیب - به ویژه از منظر آموزه‌های جرم‌شناسی - وجود دارد. البته نباید از نظر دور داشت که انتقاد از فقدان ضمانت اجرای موثر، در خصوص تخطی از دستورات و تدابیر قضایی مندرج در قرار تعلیق تعقیب، در بطن دیدگاه این نویسنده، جای تامل و مذاقه دارد.

#### ۴- الزامی یا اختیاری بودن دستورات

سباق ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، طوری نگارش یافته که غالب دکتین حقوقی و مقامات قضایی معتقد به الزامی بودن دستورات یازده گانه ضمن صدور قرار تعلیق تعقیب هستند. نظریه مشورتی ۷/۹۴/۹۵۷ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۶ در تایید این دیدگاه بیان داشته است: «مستفاد از ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و به ویژه عبارات «پس از اخذ موافقت متهم» و «در صورت ضرورت اخذ تأمین متناسب» این است که دادستان در صورت وجود شرایط قانونی مذکور در این ماده و طی انجام توافق با متهم که مبتنی بر رعایت ترتیبات مقرر در این ماده (اجرای بندهای الف تا ذ) می‌باشد، ضمن صدور قرار تعلیق تعقیب مقرر می‌دارد متهم برخی از دستورهای ناظر بر بندهای یاد شده را در مدت تعلیق به مورد اجرا گذارد. بنابراین و با توجه به تبصره ۶ ماده یاد شده، اجرای برخی از دستورهای مذکور از سوی متهم، جزء لاینفک قرار تعلیق تعقیب می‌باشد و دادستان مکلف به ذکر دستورهای مزبور که متهم می‌باید به مورد اجرا قرار دهد، ضمن قرار تعلیق تعقیب صادره، می‌باشد.»

با این حال، برخی معتقدند که صدور دستورات قرار تعلیق تعقیب، اختیاری است. (عابدی، ۴۳۹: ۱۳۹۸) در رویه قضایی، نامه شماره ۸۷/۲۷۴۰ مورخه ۱۴۰۰/۰۲/۱۵ معاون دادستان عمومی و انقلاب اصفهان و سرپرست دادرسی شهید بهشتی خطاب به همکاران قضایی این مجتمع قابل ذکر است که بیان داشته است: «اختلاف نظرات پیرامون الزامی یا اختیاری بودن دستور در قرار تعلیق تعقیب موضوع ماده ۸۱ قانون



آیین دادرسی کیفری عمده دلیل طرد یا کاهش استفاده موثر از این قرار است علیهذا با توجه به اصل موقعیت داشتن تعقیب و بهره گیری از ظرفیت ارفاقی قرار تعلیق تعقیب و سیاست‌های کلان دستگاه قضایی در بکارگیری این موضوع بنظر می‌رسد تفسیر اختیاری بودن دستور قرار تعلیق تعقیب مرجح است با این استدلال که ماده فوق‌الذکر در مقام بیان این است که اولاً صدور دستور در قرار تعلیق تعقیب ممنوع نیست و ثانیاً چنانچه دادستان قصد صدور دستور داشته باشد مکلف است در محدوده دستورات مقرر در ماده ۸۱ اقدام نماید همانگونه که در تعلیق اجرای حکم نیز صدور دستور الزامی نیست و تعلیق به دو صورت تعلیق ساده یا مراقبتی تقسیم شده است لذا در پرونده‌های تحت رسیدگی و پس از احراز سایر قیود و شروط قانونی از این ظرفیت حداکثر استفاده مطابق مقررات بعمل آید.» به طور مثال، دادیار شعبه ۸ دادسرای عمومی و انقلاب اصفهان در پرونده کلاسه ۰۱۰۱۰۳۸ در مورخه ۱۴۰۱/۰۳/۱۷ براساس ارشاد قضایی صورت گرفته و با همین استدلال و منطق حقوقی، در خصوص اتهام حمل و نگهداری ۳۵ سانت هروئین و ۲۰ سانت شیشه مبادرت به صدور قرار تعلیق تعقیب بدون صدور دستور نموده است.

### منابع:

- آخوندی، محمود. (۱۳۹۴). شناسای آیین دادرسی کیفری ( کلیات و دعاوی ناشی از جرم ). تهران: دور اندیشان.
- ساقیان و نورپور، محمدمهدی و محسن. (۱۳۹۹). ارزیابی و نقد نهاد تعلیق تعقیب در حقوق کیفری ایران ( با نگاهی به حقوق فرانسه ). دوفصلنامه حقوق تطبیقی. دوره هفتم. شماره یک، صص. ۷۵-۱۰۰.
- طهماسی، جواد. (۱۳۹۶). آیین دادرسی کیفری. جلد اول، تهران: میزان.
- عابدی، احمدرضا. (۱۳۹۹). آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات قوه قضاییه.
- سامانه نشست‌های قضایی به نشانی <https://www.neshast.org>



## صدور پروانه ساختمانی

# نوعیت و کاربری (محدوده و حریم شهر)

امید محمدی<sup>۱</sup>

### چکیده

ساخت و ساز در اراضی و املاک دارای محدودیت‌هایی است که یکی از این محدودیت‌ها نوعیت و کاربری ملک است که هر یک قواعد مختص خود را دارد. نوعیت سه قسم است: بایر، دایر و موات که به تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری در حریم و محدوده شهر (با مرجع اعتراض دادگاه عمومی) و تشخیص شورای شهر در محدوده و حریم شهر (با مرجع اعتراض دیوان عدالت اداری) و جهاد کشاورزی در حریم شهر (با مرجع اعتراض دادگاه کیفری دو یا دیوان عدالت اداری) صورت می‌گیرد. اما تشخیص و تعیین کاربری در ۲۰ نوع در صلاحیت کمیسیون ماده ۵ شورای عالی معماری و شهرسازی است. ضوابط و معیارهای تشخیص نوعیت اراضی زراعی و باغ‌ها در محدوده شهر عبارتند از زمین بالای ۵۰۰ متر و دارا بودن درختان به تعداد مشخص، دارا بودن سند مالکیت و یا سند مادر قبل از تفکیک به عنوان باغ، باغچه، زمین مشجر و باغ عمارت، دارا بودن سابقه برای دایر باغ، دایر باغچه، دایر مشجر. اعتراض به کاربری تعیینی ملک و تغییر کاربری ایجاد از کمیسیون ماده ۵ در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری است. به علاوه ضوابط تشخیص اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده شهرها، شهرک‌ها و طرح هادی روستاها دارای موارد گسترده‌تری در مقررات مربوطه است که

۱. وکیل پایه یک دادگستری.



عبارتند از سند مالکیت، بنچاق و نسق زراعی که مؤید زراعی بودن زمین یا باغ باشد، سوابق کشت و کار و تولیدات کشاورزی فارغ از زمان احداث و به عبارتی اراضی زراعی و باغ‌های دارای سابقه بهره‌برداری، اراضی زراعی و باغ‌های واقع در محدوده قطب‌های کشاورزی و یا شرکت‌های سهامی زراعی یا شرکت‌های تعاونی تولید و سایر اراضی زراعی و باغ‌ها واقع در زیر دست سدها و شبکه‌های آبیاری و به عبارتی کاربری سایر اراضی همجوار، در نظر گرفتن وضعیت و موقعیت اراضی مورد نظر با استعلام محلی، توجه به کیفیت آب و خاک حسب نیاز، تهیه گزارش مصور (عکس، فیلم و...)، استفاده از عکس‌های هوایی یا تصاویر ماهواره‌ای عرصه مورد نظر حسب نیاز، منابع تأمین آب برای اراضی آبی. این تفاوت نوعیت و کاربری در اراضی و املاک دارای ثمرات عملی و کاربردی است. در بحث تفکیک شایان ذکر است که حد نصاب تفکیک باغات در محدوده شهرها ۲۰۰۰ متر مربع، حد نصاب تفکیک باغات در حریم شهرها براساس حد نصاب مشخص شده در قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی. همچنین در کاربری باغات امکان الزام به صدور پروانه ساخت وجود ندارد ولی در نوعیت باغات چنین احکامی صادر می‌گردد. شهرداری در صدور پروانه و اجازه احداث مسکونی در نوعیت باغات ملزم به رعایت دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری است که محدودیت‌های بسیاری از جمله در سطح اشغال و تراکم و طبقات برای ساخت و ساز ایجاد نموده است که مهم‌ترین آن‌ها تملک رایگان ۷۰ درصد ملک برای استفاده از ۳۰ درصد باقی مانده است که البته در اعتبار این بخش از مصوبه تردیدهای جدی‌ای وجود دارد. در هر حال در تعارض نوعیت و کاربری آنچه ملاک و ضابطه ساخت و ساز می‌باشد کاربری است مگر مواردی را که صراحتاً در طرح جامع برتری را با نوعیت قرار داده باشد مانند طرح جامع شهر تهران. این تفاوت‌ها باعث ایجاد فساد در شهرداری‌ها شده است.

## مقدمه

قاعده تسلیط در ساخت و ساز خصوصاً در حوزه شهرها بسیار مقید شده است. یکی از این قیود در هنگام صدور پروانه ساخت، تعیین کاربری برای املاک و اراضی است که از سوی کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری (در ۲۰ نوع کاربری) صورت می‌پذیرد. گاهی اوقات نوعیت نیز در ضوابط ساخت و ساز اثرگذار است خصوصاً نوعیت اراضی زراعی و باغ. تشخیص نوعیت زمین



مولفه‌ها، معیارها و مراجع تشخیصی مختلفی دارد که در قوانین و مقررات این ضوابط درهم ریختگی دارد ولی به صورت کلی مراجع تشخیص این اراضی عبارتند از کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، جهادکشاورزی، شورای شهر. شناخت مراجع اعتراض به تشخیص نوعیت خود امری است که اطلاع دادرسی و تزییع حقوق کمتری را در پی خواهد داشت. ثمرات تفاوت مفاهیم نوعیت از کاربری در تفکیک اراضی و الزام به صدور پروانه و اجرای آرای صادره دیوان عدالت اداری در خصوص «الزام شهرداری به صدور پروانه وفق ضوابط و مقررات» نمایان می‌گردد. گاهی نوعیت و کاربری در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند که به نظر برتری با کاربری در ضوابط ساخت و ساز است مگر آنکه دلیلی مغایر آن موجود باشد مانند طرح جامع.

### بخش اول) نوعیت: (۳ نوع = بایر - دایر - موات)

#### تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری<sup>۲</sup> در حریم و محدوده شهر<sup>۳</sup>

نکته (استثناء): مرجع تعیین نوعیت باغات علاوه بر کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری {رأی دایر باغ، دایر باغچه، دایر مشجر و ...} موارد ذیل نیز می‌باشد:

۲. کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری:

ماده ۱۲ - تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است این تشخیص قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد.

تبصره ۱ - دادگاه نسبت به اعتراض خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی رسیدگی کرده و حکم لازم خواهد داد، اعتراض به تشخیص وزارت مسکن و شهرسازی در دادگاه مانع از اجرای مواد این قانون نمی‌گردد.

تبصره ۲ - ملاک تشخیص مرجع مقرر در ماده ۱۲ در موقع معاینه محل در مورد نوع زمین - هایی که از تاریخ ۱۳۵۷.۱۱.۲۲ وسیله دولت یا ارگانها و نهادها و کمیته‌ها و دفاتر خانه‌سازی احداث اعیانی یا واگذار شده بدون در نظر گرفتن اعیانی‌های مذکور خواهد بود.

۳. قانون زمین شهری - مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۷۰/۱۱/۰۳

ماده ۲ - اراضی شهری زمین‌هائی است که در محدوده قانونی و حریم استحفاظی شهرها و شهرک‌ها قرار گرفته است .

۴ - تشخیص شورای شهر در محدوده و حریم شهر

۵ - تشخیص جهاد کشاورزی در حریم شهر

۴. قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها - مصوب ۱۳۵۹/۰۳/۰۳ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۸۷/۰۴/۲۰

ماده ۱- به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان، قطع هر نوع درخت و یا نابود کردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، بوستان‌ها، باغات و نیز محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر، باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوطه ممنوع است.

۵. قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴/۰۳/۳۱ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۸۵/۰۸/۰۱

ماده ۱ - بمنظور حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم و بهره‌وری آن‌ها از تاریخ تصویب این قانون تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری ممنوع می‌باشد.  
قسمت (۴) بند د ماده ۱ آیین نامه قانون اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها ۱۳۸۹

باغ از نظر این آیین نامه به محلی اطلاق می‌شود که حداقل یکی از مشخصات ذیل داشته باشد:

۱ - داشتن حداقل ۵۰۰ متر مربع مساحت. در صورت وجود بنا و مستحقات در زمین به طور متوسط در هر شانزده (۱۶) متر مربع محوطه باز خارج از ساختمان یک اصله درخت و در صورت عدم سابقه احداث بنا به طور متوسط بیست و پنج (۲۵) متر مربع یک اصله درخت مثمر و یا غیرمثمر و یا ترکیبی از آنها غرس شده باشد. قطع و امحای درختان موجب عدم احتساب تعداد درختان کسر شده در آمار (لحاظ شده در این بند) نخواهد بود.

۲ - دارا بودن سند مالکیت و یا سند مادر قبل از تفکیک به عنوان باغ، باغچه، زمین مشجر و باغ عمارت.

۳ - دارا بودن سابقه رای دایر باغ، دایر باغچه، دایر مشجر از کمیسیون ماده دوازده (۱۲) قانون زمین شهری



## - تشخیص اداره ثبت!

نکته: تشخیص ملی بودن، ارتباطی به بحث نوعیت ندارد.

### بخش دوم) کاربری: (۲۰ نوع = در مصوبه تعاریف و مفاهیم کاربری‌های شهری و تعیین سرانه آنها (مصوب مورخ ۱۰/۳/۸۹) کمیسیون ماده ۵ شورای عالی معماری و شهرسازی<sup>۶</sup>

- ۴- محلهایی که در حریم شهر توسط وزارت جهاد کشاورزی باغ شناخته شده اند.
- ۵- محلهایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر باغ شناخته می‌شوند.
۶. ماده ۵- بررسی و تصویب طرح های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار (و در غیاب وی معاون عمرانی استانداری) و با عضویت شهردار و نمایندگان وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت جهاد کشاورزی و سازمان میراث فرهنگی و گردشگری و صنایع دستی و همچنین رئیس شورای اسلامی شهر ذی ربط و نماینده سازمان نظام مهندسی استان (با تخصص معماری یا شهرسازی) بدون حق رأی انجام می‌شود.
- تغییرات نقشه های تفصیلی اگر بر اساس طرح جامع شهری مؤثر باشد باید به تأیید مرجع تصویب کننده طرح جامع (شورای عالی شهر سازی و معماری ایران یا مرجع تعیین شده از طرف شورای عالی) برسد. اصلاحی مصوب ۱۳۸۹/۴/۷
- تبصره ۱- بررسی های فنی این کمیسیون برعهده کارگروه (کمیته) فنی کمیسیون متشکل از نمایندگان کمیسیون و مشاور طرح تفصیلی شهر می‌باشد.
- تبصره ۲- دبیرخانه کمیسیون در سازمان مسکن و شهرسازی استان می‌باشد.
- تبصره ۳- در مورد شهرتهران معاونین ذی ربط وزراء مسکن و شهرسازی، کشور، نیرو، جهاد کشاورزی و معاونین رؤسای سازمان های حفاظت محیط زیست و میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی و شهردار تهران (رئیس کمیسیون) و همچنین رئیس شورای اسلامی شهر تهران بدون حق رأی، اعضاء کمیسیون می‌باشند. محل دبیرخانه این کمیسیون در شهرداری تهران خواهد بود. جلسات کمیسیون با حضور اکثریت اعضاء رسمیت یافته و تصمیمات کمیسیون حداقل با چهار رأی موافق معتبر است.
- تبصره ۴- در صورت فقدان شورای اسلامی شهر در تهران، نماینده وزیر کشور و در سایر شهرها نماینده معرفی شده از سوی استاندار به جای رئیس شورای اسلامی شهر در کمیسیون





## بخش سوم) مراجع اعتراض به تشخیص نوعیت زمین

الف) اعتراض به تشخیص کمیسیون ماده ۱۲: دادگاه عمومی حقوقی نه دیوان عدالت اداری وزارت راه و شهرسازی مکلف است نظریه خود را در تشخیص نوع زمین، اعم از آنچه تا کنون صادر نموده و به آن اعتراض نشده یا آنچه بعداً صادر می‌نماید به مالکین اعلام نماید. مهلت حق اعتراض از تاریخ اعلام سه ماه تعیین می‌گردد. در صورت عدم دسترسی یا استنکاف مالک از دریافت نظریه، بایستی طی دو نوبت بفاصله ده روز نظریه مذکور در روزنامه کثیرالانتشار آگهی، تا سه ماه از تاریخ آخرین آگهی، مدعیان می‌توانند اعتراض خود را به دادگاه تسلیم نمایند، در صورت عدم وصول اعتراض در مهلت مذکور تشخیص، قطعی و لازم الاجراء است.<sup>۷</sup>

ب) اعتراض به سند در خصوص باغ بودن = هیأت نظارت / دادگاه عمومی حقوقی (أقوی) / دیوان عدالت اداری

مسئلاً اداره ثبت مرجع تشخیص باغات و نوعیت اراضی نمی‌باشد ولی درج عنوان باغ در سند رسمی یکی از معیارهای تشخیص نوعیت باغ لحاظ شده است. (قسمت دوم بند (د) ماده ۱ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها) حال سوال این است که در این موارد اگر دارنده سند رسمی نسبت به درج عنوان باغ در سند خود معترض باشد در حالی که نه عکس‌های هوایی و نه رأی کمیسیون ماده ۱۲ و نه وضعیت فعلی زمین هیچ یک دلالت بر باغ بودن ملک ندارد باید به کدام مرجع اعتراض خود را ارائه نماید؟

گرچه برخی نظر بر اقدام از طریق هیأت نظارت دارند ولی این موضوع مشمول هیچ یک از بندهای ماده ۲۵ قانون ثبت نمی‌باشد تا در صلاحیت هیأت نظارت باشد و دادگاه عمومی حقوقی صالح به رسیدگی نسبت موضوع است.

ج) اعتراض به تشخیص شورای شهر = دیوان عدالت اداری، نه دادگاه عمومی با توجه به رأی وحدت رویه ۹۷۲ - ۱۳۹۹/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ممکن است که گفته شود که اعتراض به تشخیص باغ بودن اراضی زراعی و باغ‌ها از

ذی ربط شرکت خواهد نمود.

۷. ماده واحده مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص «تعیین مهلت اعتراض به نظریه وزارت راه و شهرسازی موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲» (مصوب ۱۳۷۰/۱۱/۳)



سوی شورای شهر قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری نبوده بلکه در دادگاه‌های عمومی حقوقی قابل طرح است ولی باید توجه داشت که وقتی شورای شهر در قالب یک کمیسیون در خصوص موضوعی تصمیم می‌گیرد مانند کمیسیون مشاغل مزاحم (بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری) یا تشخیص باغات موضوع قابل طرح و بررسی در شعب دیوان عدالت اداری است. رویه عملی دیوان نیز موید این نظر است:

رای وحدت رویه ۹۷۲: با توجه به اینکه شورای اسلامی شهر جزء هیچ یک از مصادیق واحدهای مصرح در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود، بنابراین رسیدگی به تقاضای ابطال مصوبات شوراهای اسلامی شهر در شعب دیوان عدالت اداری قابل طرح و رسیدگی نیست. بنابراین آراء شعب دیوان عدالت اداری به شرح مندرج در گردش کار در حدی که متضمن این معناست و شعب دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی تلقی نکرده‌اند صحیح و موافق مقررات است. این رای به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

(د) اعتراض به نظر و تشخیص و تصمیم جهاد کشاورزی در خصوص باغ یا زراعی بودن ملک = دادگاه کیفری دو یا دیوان عدالت اداری

به استناد تبصره ۲ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، مرجع تشخیص اراضی زراعی و باغها، وزارت جهاد کشاورزی است و مراجع قضایی و اداری، نظر سازمان جهاد کشاورزی ذی‌ربط را در این زمینه استعلام می‌نمایند. مراجع اداری موظف به رعایت نظر سازمان مورد اشاره خواهند بود. وفق ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون فوق (اصلاحی ۱۳۹۷/۱۲/۵) اراضی زراعی و باغ‌های دارای سابقه بهره‌برداری و اراضی تحت فعالیت‌های موضوع تبصره (۴) الحاقی به ماده (۱) قانون که در حکم اراضی زراعی و باغ‌ها محسوب می‌شوند، توسط کارگروهی متشکل از مدیر، معاون فنی اجرایی و رئیس اداره امور اراضی جهاد کشاورزی شهرستان با رعایت ضوابط موضوع این آیین‌نامه بررسی می‌شوند. کارگروه یادشده موظف است با در نظر گرفتن وضعیت و موقعیت اراضی مورد نظر و کاربری سایر اراضی همجوار و با لحاظ یک یا چند مورد از موارد نه‌گانه مندرج در ماده ۶ نظریه خود را ظرف بیست روز اعلام نموده و نسبت به تشخیص زراعی یا باغی بودن



عرصه و یا غیر زراعی و باغی بودن محل مورد نظر اقدام نماید و مراتب توسط مدیر جهاد کشاورزی شهرستان به مراجع ذی‌ربط ارسال شود.

نظر سازمان جهاد کشاورزی استان برای مراجع قضایی به منزله نظر کارشناس رسمی دادگستری تلقی می‌شود.

همچنین به استناد بند ۴ قسمت (د) ماده ۱ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها {به محل‌هایی که در حریم شهر توسط وزارت جهاد کشاورزی باغ شناخته شده‌اند، باغ گویند.}

**الف) اعتراض در دادگاه کیفری دو:** اگر در دادگاه کیفری دو که جرم تغییر کاربری در آن مطرح گردیده نسبت به تصمیم جهاد اعتراض بشود چون نظر جهاد به عنوان نظر کارشناسی است عنداللزوم مرجع قضایی موضوع را به کارشناسی ارجاع می‌کند.

**ب) دیوان عدالت اداری:** همچنین می‌توان نسبت به این نظر (تصمیم) در دیوان عدالت اداری معترض بود.

بند ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان = رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها

ب - تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند «الف» در امور راجع به وظایف آنها

البته که شعب دیوان روی خوشی نسبت به این نقض تشخیص نشان نمی‌دهند. در پایان این بخش لازم به ذکر است که اعتراض به کاربری تعیینی و یا کاربری تغییر داده شده از سوی کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری به دلایلی از جمله عدم لحاظ حق مکتسبه موضوع بند ۳ ماده ۴۹ آیین نامه نحوه بررسی و تصویب طرح‌های توسعه و عمران محلی، ناحیه‌ای منطقه‌ای و ملی و مقررات شهرسازی و معماری کشور مصوب ۱۳۷۸ هیأت وزیران، یا خواسته‌هایی مانند تثبیت کاربری، تغییر کاربری، ابطال طرح تفصیلی در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری است.



## بخش چهارم) ضوابط و معیارهای تشخیص نوعیت

### الف) ضوابط تشخیص اراضی زراعی و باغ‌ها در محدوده شهر:

۱- داشتن حداقل ۵۰۰ متر مربع مساحت در صورت وجود بنا و مستحقات در زمین به طور متوسط در هر شانزده (۱۶) متر مربع محوطه باز خارج از ساختمان یک اصله درخت و در صورت عدم سابقه احداث بنا به طور متوسط هر بیست و پنج (۲۵) متر مربع یک اصله درخت مثمر و یا غیر مثمر و یا ترکیبی از آنها غرس شده باشد. قطع و امحای درختان موجب عدم احتساب تعداد درختان کسر شده در آمار (لحاظ شده در این بند) نخواهد بود.

۱- زمین بالای ۵۰۰ متر و دارا بودن درختان

۲- دارا بودن سند مالکیت و یا سند مادر قبل از تفکیک به عنوان باغ، باغچه، زمین مشجر و باغ عمارت.

۳- دارا بودن سابقه برای دایر باغ، دایر باغچه، دایر مشجر

### ب) ضوابط تشخیص اراضی زراعی و باغ‌ها در خارج از محدوده شهرها، شهرک‌ها و طرح هادی روستاها به شرح زیر است :

۱- سند مالکیت، بنچاق و نسق زراعی که مؤید زراعی بودن زمین یا باغ باشد.

۲- سوابق کشت و کار و تولیدات کشاورزی موضوع تبصره (۴) الحاقی به ماده (۱)

قانون فارغ از زمان احداث. (اراضی زراعی و باغ‌های دارای سابقه بهره‌برداری)

۳- اراضی زراعی و باغ‌های واقع در محدوده قطب‌های کشاورزی و یا شرکت‌های سهامی زراعی یا شرکت‌های تعاونی تولید و مانند آن‌ها. (کاربری سایر اراضی همجوار)

۴- استعلام محلی. (در نظر گرفتن وضعیت و موقعیت اراضی مورد نظر) (وزارت جهاد کشاورزی موظف است در مناطقی که طرح حدنگاری (کاداستر) اراضی کشاورزی اجرا شده است، اطلاعات مکانی و توصیفی طرح را در تشخیص نوع اراضی زراعی و باغی ملاک عمل قرار دهد).

۵ - سایر اراضی زراعی و باغها واقع در زیر دست سدها و شبکه‌های آبیاری که در اجرای برنامه‌های توسعه به قلمرو اراضی کشاورزی افزوده می‌شود. (کاربری سایر اراضی همجوار)

۶ - نظریه مرکز تحقیقات کشاورزی و منابع طبیعی در رابطه با کیفیت آب و خاک حسب نیاز.



۷- تهیه گزارش مصور (عکس، فیلم و...)

۸- استفاده از عکس‌های هوایی یا تصاویر ماهواره‌ای عرصه مورد نظر حسب نیاز.

۹- منابع تأمین آب برای اراضی آبی.

در برخی از آرای شعب کیفری در رسیدگی نسبت به جرم تغییر کاربری و در مقام تشخیص باغ بودن اراضی برای تحقق جرم تغییر کاربری و بار نمودن مجازات آن ملاحظه می‌گردد حد نصاب تفکیک باغات که در محدوده شهرها ۲۰۰۰ متر مربع و در حریم شهرها براساس حد نصاب مشخص شده در قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و آئین نامه مصوب هیات وزیران را به عنوان ملاک و معیار مد نظر قرار می‌دهند چرا که کشاورزی را در این مساحت‌ها اقتصادی و دارای بهره‌وری می‌دانند. البته این ملاک و معیار مورد استقبال تمام مراجع قضایی نیست.

### بخش پنجم) تفاوت نوعیت و کاربری در یک پلاک و ثمرات تمیز آن‌ها (الف) در تفکیک

۱) حد نصاب تفکیک باغات در محدوده شهرها ۲۰۰۰ متر مربع می‌باشد.

۲) حد نصاب تفکیک باغات در حریم شهرها براساس حد نصاب مشخص شده در قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی (صرفاً در مورد باغات) و آئین نامه مصوب هیات وزیران آن می‌باشد. {ماده ۲ آیین نامه حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۸۹}

۳) همچنین بر اساس ردیف یک از جزء ۲ بند (الف) دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۴ حداقل تفکیک، افزاز و تقسیم باغ مسکونی را ۲۰۰۰ مترمربع تعیین نموده که تقاضای ابطال آن به دلیل تضييع حقوق مالکانه، مردود اعلام شد. (رای مورخ ۳۰/۴/۱۳۸۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری)

### ب) در الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت در کاربری باغات از سوی دیوان عدالت اداری

شماره دادنامه: ۲۹۴-۲۹۵

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۷/۰۱/۲۸

کلاس پرونده: ۳۴۹/۹۷، ۳۵۰/۹۷

رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری



با عنایت به اینکه نوعیت ملک به صورت باغ می‌باشد و به موجب مصوبه مورخ ۱۳۷۹/۹/۷ شورای عالی شهرسازی و معماری هرگونه ساخت و ساز در این گونه املاک ممنوع اعلام شده است و صدور پروانه ساختمانی منوط به تغییر کاربری ملک از سوی کمیسیون ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری است، صدور قرار رد شکایت صادر شده از سوی شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۵۹۶-۱۳۹۱/۸/۳۰- صحیح و موافق مقررات است. این رای به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

اولاً: ملک شاکای در حوزه استحقاقی باغات شیراز قرار داشته و به موجب مصوبه ۱۳۷۹/۹/۷ شورای عالی شهرسازی و معماری هرگونه ساخت و ساز در آن به منظور حفظ و حراست این گونه باغات ممنوع می‌باشد. ثانیاً: صدور پروانه ساختمانی برخلاف دعوای کاربری مصوب ملک تا قبل از تغییر کاربری از طریق کمیسیون ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ از سوی شهرداری در تغایر آشکار با ماده ۷ قانون مذکور می‌باشد. ثالثاً: مصوبه ۱۳۷۹/۹/۷ شورای عالی شهرسازی و معماری راجع به ایجاد ممنوعیت ساخت و ساز در اراضی واقع شده در حوزه استحقاقی باغات شیراز قبل از اینکه سند مالکیت از طریق هیأت موضوع ماده ۱۴۷ قانون ثبت بنام شاکای به عنوان مالک صادر شده وضع گردیده و با حاکمیت مصوبه اداره ثبت موظف بوده با استعلام از شهرداری نسبت به تفکیک سهم مشاعی از پلاک اصلی یک قطعه باغ مشجر قدیمی بوده مبادرت به صدور سند مالکیت نماید و استتکاف از این امر محمل قانونی نداشته است. رابعاً: با تغییر کاربری ملک از ناحیه کمیسیون ماده ۵ قانون مذکور مانع قانونی صدور پروانه مرتفع و شهرداری ملزم است برابر بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری پروانه احداث بنا صادر نماید و قبل از رفع این مانع دیوان مجاز نیست شهرداری را به امر خلاف قانون الزام نماید.

بر اساس رأی وحدت رویه ذیل الزام کمیسیون ماده ۵ به تغییر کاربری نیز راه به جایی نمی‌برد.

رای وحدت رویه شماره ۷۹ مورخ ۱۳۷۳/۷/۱۶

اعمال اختیار مندرج در ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران



موضوع تغییر طرح تفصیلی با توجه به تعریف آن به شرح بند ۳ ماده یک قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی مستلزم مراعات اصول مربوط به مراحل تهیه و تنظیم طرح اصلاحی و پیشنهاد آن توسط مراجع قانونی ذیربط و توجه به ضوابط و معیارهای فنی و تخصصی از لحاظ احراز ضرورت تغییر طرح و تناسب زمین مورد نظر از حیث مساحت و محل وقوع برای رفع نیازمندیهای عمومی و همچنین منوط به رعایت حقوق مکتسب اشخاص در اراضی مذکور و نهایتاً هماهنگی آن با طرح جامع شهر است. بنا بر این تغییر کاربری اراضی شهری به صرف تقاضای اشخاص ذی نفع فارغ از مقررات قانونی و اصول فنی مربوط به تأسیسات عمومی شهری به ویژه در مورد زمین‌هایی که حق استفاده مجاز از آنها تثبیت شده و با صدور جواز ساختمانی به مرحله اجراء درآمده است، جواز قانونی ندارد و دادنامه شماره ۴۷۱ مورخ ۱۳۷۲/۵/۱۲ هیأت تجدید نظر دیوان مبنی بر تأیید دادنامه شماره ۱۰۲۳ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۲۳ شعبه نهم دیوان در پرونده کلاسه ۷۰/۸۱۷ که مفید این معنی است موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رای به استناد قسمت آخر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع ذیربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

در جایی که نوعیت زمین باغ بوده ولی کاربری آن مسکونی تعیین شده است چه نیاز به طرح موضوع تغییر کاربری در کمیسیون ماده ۵ است؟!

### ج) در الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت در طرح‌های عمومی و عمرانی از سوی دیوان عدالت اداری

در فرضی دیگر وقتی ذی نفع تقاضای الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت به دلیل اعمال ماده واحده قانون تعیین وضعیت اراضی و املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی می‌کند دیوان عدالت اداری مبادرت به صدور آرای می‌کند که عملاً اجرای آن امکان پذیر نیست:

- الزام به صدور پروانه ساخت وفق ضوابط و مقررات (در مانحن فیه ضوابط و مقررات باغات حاکم است).
- الزام به صدور پروانه با کاربری قبل از طرح (نه کاربری مجاور یا کاربری پایه) به عنوان حق مکتسب

در برخی اراضی کاربری ملک قبل از طرح کشاورزی است و باز هم ضوابط و



مقررات صدور پروانه وفق باغات و دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری حاکم است لذا عملاً مالک از کمترین حقوق مالکانه‌ی خود برخوردار می‌گردد. امری که باعث می‌گردد مالک عطای آن را به لقایش ببخشد.

### د) در صدور پروانه ساختمانی از سوی شهرداری

شهرداری در صدور پروانه و تغییر باغ به مسکونی ملزم به رعایت دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری است.

### ۱) ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶

این ماده مقرر داشته: تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش (اراضی موضوع ماده ۲ این قانون یعنی محدوده و حریم شهر) با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد این قانون بلاشکال است.

### ۲) تبصره ۱ ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰

مطابق این تبصره رعایت حدنصاب‌های تفکیک و ضوابط و مقررات آخرین طرح جامع و تفصیلی مصوب در محدوده شهرها و همچنین رعایت حدنصاب‌ها، ضوابط، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مرتبط با قوانین از جمله قوانین ذیل، در تهیه و تأیید کلیه نقشه‌های تفکیکی موضوع این قانون توسط شهرداری‌ها الزامی است:

- مواد (۱۴) و (۱۵) قانون زمین شهری مصوب سال ۱۳۶۶

- قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به

شرکتهای تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی مصوب سال ۱۳۸۱

- قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب سال ۱۳۷۴ و اصلاحات بعدی آن

- قانون جلوگیری از خردشدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی -

اقتصادی مصوب سال ۱۳۸۵ و اصلاحات بعدی آن

- ماده (۵) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و اصلاحات بعدی

آن

وفق این مصوبه دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری معتبر شناخته شده و جنبه قانونی به خود گرفته است.

ملاحظه - آنچه از عنوان قانون و متن تبصره ۱ ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری برداشت

می‌گردد این است که مقرر و دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری فقط در بحث مربوط به

تفکیک لازم‌الاتباع است نه ضوابط ساخت و ساز!





### ۳) دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری

ضوابط و مقررات مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی یا آیش موضوع ماده ۱۴ قانون زمین شهری، بر حسب اینکه داخل محدوده قانونی یا استحفاظی قرار داشته باشند بشرح زیر تعیین و جایگزین ضوابط و مقررات قبلی می‌گردد در اجرای این دستورالعمل، در صورت نیاز به تغییر یا تعیین کاربری موضوع حسب مورد در کمیسیون ماده ۵ یا مرجع تصویب طرح هادی مطرح و همراه با نحوه تأمین خدمات لازم مورد تصمیم‌گیری قرار خواهد گرفت.

در اجرای این ضوابط لازم است قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹ رعایت گردد.

الف: باغات داخل محدوده شهر:

۱- فضای سبز عمومی: باغاتی که شهرداری علاوه بر مصوبات طرح‌ها می‌تواند تملک نموده و با حفظ و وضعیت درخت و سیستم آبیاری به صورت فضای سبز عمومی نگهداری کند (اعم از اینکه در طرح مصوب دارای کاربری فضای سبز باشند یا نباشند) با تصویب مراجع مربوطه به فضای سبز عمومی تبدیل شود.

۲- باغ مسکونی: باغاتی که فاقد کاربری مصوبات خدمات و فضای سبز عمومی (به شرح بند یک) باشند، به دو صورت کلی به شرح ذیل قابل تبدیل به باغ - مسکونی با ضوابط تفکیک و ساختمان سازی ویژه به شرح ذیل هستند.

۱-۲- باغاتی که به صورت انبوه و در کنار هم قرار گرفته و پهنه‌ها یا بافت‌های ارزشمند سبز را تشکیل می‌دهند. به شرح زیر:

۲-۲- حداقل تفکیک، افراز و تقسیم ۲۰۰۰ متر مربع، با تراکم ساختمانی ۲۰ درصد و حداکثر سطح اشغال ۱۰ درصد و حداکثر در دو طبقه روی پیلوت یا زیر زمین، در صورتی که مالک مایل به استفاده از تراکم بیشتر باشد در مقابل افزایش مساحت قطعات تفکیکی اجازه احداث ساختمان با تراکم و طبقات بیشتر به شرح زیر داده می‌شود:

۲-۳- در قطعات بیشتر از ۲۰۰۰ تا ۵۰۰۰ متر مربع اجازه استفاده از تراکم ساختمانی ۳۰ درصد با حداکثر سطح اشغال ۱۵ درصد سطح زمین، در قطعات بیش از ۵۰۰۰ متر مربع، اجازه استفاده از تراکم ساختمانی ۳۰ درصد با حداکثر سطح اشغال ۷ درصد و حداکثر در چهار طبقه روی پیلوت یا زیر زمین سطح اشغال ۵ درصد.

تبصره ۱- باغات تفکیک شده قبلی که کمتر از ۲۰۰۰ متر مربع مساحت داشته



باشند نیز مشمول ضوابط بند ۲-۱ هستند. در قطعاتی که سطح اشغال ساختمان کمتر از ۱۵۰ متر باشد حداکثر تا ۱۵۰ متر مربع سطح اشغال در دو طبقه و یک طبقه زیر زمین مجاز است.

تبصره ۲- در صورت احداث ساختمان مسکونی در یک طبقه، محل استقرار آن باید از هر ضلع زمین حداکثر ۴ متر فاصله داشته باشد، این فاصله در مورد ساختمان های دو طبقه ۸ متر، سه طبقه ۱۲ متر و چهار طبقه ۱۶ متر می باشد. احداث ساختمان با بیش از چهار طبقه در مناطق باغ مسکونی مجاز نیست و نقشه استقرار بنا در زمین باید با رعایت کمترین میزان قطع درخت باشد.

تبصره ۳- در آن دسته از کاربری های خدماتی مانند هتل، واحدهای تفریحی و ورزشی و فرهنگی که انتفاعی باشد رعایت کلیه ضوابط این بند الزامی است، لیکن در کاربری های خدمات عمومی که با اعتبار دولت احداث می شود، استفاده از ۱۵ درصد سطح اشغال و ۴۵ درصد تراکم در تمام حالات بلامانع است.

تبصره ۴- با استفاده از مزایای تفکیک مربوط به قطعات بزرگتر موضوع بندهای ۲-۲ و ۳-۲ هر گونه تفکیک بعدی ممنوع است و مراتب بایستی در سند مالکیت و صورت مجلس تفکیکی قید شود.

۳- مسکونی: مالکین منطقه باغ مسکونی که داوطلبانه مایل به واگذاری ۷۰ درصد از سطح باغات خود به عنوان فضای سبز عمومی یا باغ شهری بصورت رایگان به شهرداری باشند می توانند با تصویب مراجع مربوط به جای منطقه باغ مسکونی از انواع منطقه بندی- های مسکونی استفاده کنند مشروط به اینکه:

- سطح مجموعه باغبانی که مشترکاً به صورت یکپارچه از این ضوابط استفاده می کنند از ۲۰ هزار متر مربع کمتر نباشد.

- سهم خدمات و فضای سبز شهر عمومی حتی امکان به صورت یکپارچه باشد.

- ضمن رعایت کامل مفاد مصوبه ۱۳۷۱/۲/۱۴ شورای عالی شهرسازی و معماری

تحت عنوان منطقه بندی مسکونی شهرها، ضوابط زیر را رعایت نمایند:

۳-۱- منطقه تک خانواری- با رعایت ضوابط مربوطه

۳-۲- منطقه چند خانواری حداقل تفکیک، افراز و تقسیم ۱۰۰۰ متر مربع با تراکم

۱۰۰ درصد و با افزایش سطح قطعات به بیش از ۲۰۰۰ متر مربع حداکثر ۱۲۰ درصد

تبصره ۱- در حالی که سطح کل باغات به هم پیوسته در یک نقطه شهر کمتر از



۲۰ هزار متر مربع باشد استفاده از ضوابط این بند فقط در صورت رعایت ضوابط منطقه بندی مسکونی همجوار مجاز است.

تبصره ۲- اراضی واگذار شده بر اساس این بند غیر قابل تبدیل به کاربری‌های مسکونی و انتفاعی بوده و شهرداری موظف است ظرف مدت ۱۵ ماه آنها را برای استفاده عمومی تبدیل به پارک نموده چگونگی را به سازمان مسکن و شهرسازی استان اطلاع دهد. در صورت عدم تبدیل آن‌ها به پارک در این مدت بلافاصله با تصویب مراجع مربوطه به سایر خدمات عمومی مورد نیاز شهر اختصاص خواهد یافت.

ب- اراضی کشاورزی یا آیش داخل محدوده قانونی شهر

۱. تبدیل اراضی کشاورزی که فاقد کاربری مصوب خدمات و فضای سبز عمومی باشند، به باغ با استفاده از مقررات منطقه باغ - مسکونی موضوع بند (۲) قسمت (الف) این دستور العمل بلامانع است. در این صورت لازم است که نقشه درختکاری باغ نیز همراه با نقشه‌های تفکیکی و ساختمانی به تصویب شهرداری برسد.

۲. تبدیل و تغییر کاربری اراضی کشاورزی یا آیش داخل محدوده شهر، در صورت توافق با شهرداری و رعایت ضوابط پهنه مربوط مشروط به اینکه سهم شهرداری حداقل ۷۰ درصد بوده و به فضای سبز عمومی تبدیل شود بلامانع است.

۳. تا زمانی که مالکین قصد تفکیک و ساختمان سازی ندارند از ضوابط تفکیک به شرح زیر استفاده نمایند:

- حداقل تفکیک اراضی شالیزار ۵ هکتار
- حداقل تفکیک اراضی زراعتی آبی ۱۰ هکتار
- حداقل اراضی زراعتی دیم ۲۰ هکتار

۴) آرای دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال دستورالعمل ماده ۱۴ قانون

زمین شهری

۱) رأی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری نقل از شماره ۱۵۸۷۶-۱۳۷۸.۶.۷ روزنامه رسمی / تاریخ:

۱۳۷۸.۲.۲۵ شماره دادنامه: ۴۸ کلاسه پرونده: ۱۵۵.۷۶



نظر به اینکه ماده ۱۴ قانون زمین شهری در خصوص تفکیک و افراز اراضی و باغات براساس ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی مفید اعطاء اختیار وضع مقرراتی در باب ضرورت واگذاری بخشی از باغات به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربری مسکونی نیست، بنا به جهات فوق الذکر و عدم انطباق مفاد قسمت سوم بند الف دستورالعمل فوق الذکر، مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

اولاً: آنچه در ماده (۱۴) قانون زمین شهری بلاشکال اعلام شده است: تبدیل و تغییر کاربری افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد آن قانون است. ثانیاً: آنچه در بند (۳) مورد حکم قرار گرفته ضوابط نبوده، بلکه مقررهای است که موجب سلب مالکیت افراد می‌شود و وضع این حکم تنها در صلاحیت مقنن است. ثالثاً: همان طور که در آراء پیش گفته آمده، ماده (۱۴) قانون زمین شهری مفید اعطاء اختیار وضع مقرراتی در باب واگذاری بخشی از باغات به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن در کاربری متناسب نمی‌باشد.

(۲) دادنامه شماره ۷۹/۷۷ - ۷۸ مورخ ۱۳۷۹/۳/۱ هیأت عمومی دیوان عدالت

اداری

به موجب رأی شماره ۴۸ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵ هیأت عمومی دیوان قسمت سوم بند (الف) دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری موضوع الزام مالکین باغات به واگذاری قسمتی از باغ خود به طور رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربری مسکونی به لحاظ خارج بودن آن از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات مربوط به کیفیت اجرای ماده ۱۴ قانون مذکور ابطال شده است. بنابراین موردی برای رسیدگی و اظهار نظر مجدد نسبت به آن وجود ندارد و اعتراض شاکیان در این زمینه تابع رأی فوق الذکر است.

(۳) رأی مورخ ۳۰ تیر ۱۳۸۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

الف - طبق نظریه شماره ۸۷/۳۰/۲۷۴۵۷ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۰ فقهای محترم شورای نگهبان ردیف یک از شق ۲ بند (الف) دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۷۴ که حداقل تفکیک، افراز و تقسیم باغ مسکونی را ۲۰۰۰



مترمربع با تراکم ساختمانی ۲۰ درصد و حداکثر سطح اشغال ۱۰ درصد تعیین نموده خلاف موازین شرع شناخته نشده است. ب- به موجب ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش (اراضی موضوع ماده ۲ قانون مزبور) با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و سایر مقررات قانون فوق‌الذکر بلامانع اعلام شده که متضمن تفویض مسئولیت وضع ضوابط و مقررات مربوط به کیفیت تفکیک و افراز و تغییر کاربری باغات و اراضی کشاورزی و آیش به وزارت مسکن و شهرسازی است. نظر به اینکه ضوابط دستورالعمل اجرائی ماده ۱۴ قانون که مورد اعتراض قرار گرفته با استفاده از اذن مقنن و در حدود قانون تهیه و تنظیم شده است، بنابراین مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود صلاحیت و اختیارات وزارت مسکن و شهرسازی نمی‌باشد. بنابراین موردی برای ابطال مصوبه مورد اعتراض در اجرای مادتين ۴۱ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ وجود ندارد.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۴) عدم ابطال قسمت دوم بند ب دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری در رأی شماره ۴۴۲ - دوشنبه ۸ / ۷ / ۱۳۹۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

نظر به این که در تبصره ۱ ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۲۸/۱/۱۳۹۰ مقنن رعایت حد نصابها، ضوابط، آیین نامه‌ها و دستورالعملهای مرتبط با قوانین مختلف از جمله مواد ۱۴ و ۱۵ قانون زمین شهری مصوب سال ۱۳۶۶ را الزامی کرده است، بنابراین با حکم مذکور، مقنن دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب وزیر مسکن و شهرسازی در سال ۱۳۷۴ را عیناً مورد پذیرش قرار داده است و رعایت آن را الزامی کرده است لذا با وجود این حکم موجبی برای ابطال بند ۲ از جزء (ب) دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری وجود ندارد زیرا در فرض ابطال، حکم مقنن مبنی بر الزام رعایت دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری از بین می‌رود.

نقد - اگر چه قانونگذار در ماده ۱۴ قانون زمین شهری، اختیار وضع ضوابط و مقررات در خصوص نحوه تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و آیش را به وزارت مسکن و شهرسازی محول کرده است، لیکن وزارتخانه



فوق با اختیاراتی فراتر از آنچه مد نظر قانونگذار قانون زمین شهری بوده است، به وضع قوانینی جدید و سهم بندی و در صدگذاری اموال مومنین و سهم شهرداری نموده که نه تنها این امر برخلاف آشکار اصول فقهی و شرعی از جمله اصل تسلیط می باشد، بلکه وزارت مسکن و شهرسازی با صدور دستورالعمل فوق، در مقام قانونگذاری و صدور قواعد آمره برآمده است که از ظرفیت و توان قوه مجریه و دستورالعمل خارج است. ناگفته پیداست هیچ دستگاه و وزارتخانه ای، نمی تواند در مقام تعیین نحوه اجرای قانون و شفاف سازی آن، اقدام به وضع قوانین نماید که می بایست در قالب قانون و توسط قوه مجریه تنفیذ و پس از تایید شورای نگهبان تصویب و تایید و ابلاغ گردد.

اما رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۹۲۱ و ۹۲۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸ تملک رایگان اراضی اشخاص در راستای ماده ۱۴ قانون زمین شهری را ممنوع اعلام کرد!

نظر به این که مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰، اخذ هر گونه وجه، کالا و خدمات توسط دستگاههای اجرایی به تجویز قانونگذار منوط شده است و حکم مقرر در ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب سال ۱۳۶۶، ناظر به تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی بر اساس ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی است و در مقام تجویز و دریافت قسمتی از اراضی توسط شهرداری یا دستگاه اجرایی برنیامده است، لذا شقوق ب و ج بند یک صورت جلسه مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۷ کمیسیون ماده ۵ شیروان مبنی بر واگذاری - به ترتیب - شصت و پنج درصد و شصت درصد از زمین به شهرداری در قبال انجام امور مذکور در ماده ۱۴ قانون زمین شهری که مطابق طرح تفصیلی مربوط دارای کاربری مسکونی یا خدماتی است، به لحاظ مخالفت با قوانین یاد شده و نیز با وحدت ملاک از آراء شماره ۴۵ - ۱۳۷۸/۲/۲۵ و ۳۱۷ - ۱۳۷۹/۸/۱۵ دیوان عدالت اداری، به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری ابطال می شوند.

رأی شماره ۳۹۳ به تاریخ ۱۳۸۹/۹/۲۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع واگذاری ۵۰٪ اراضی که مطابق طرح تفصیلی مربوطه دارای کاربری مسکونی است به شهرداری در قبال انجام امور مذکور در ماده ۱۴ قانون زمین شهری خلاف قانون است در راستای رأی فوق بوده که بیان می دارد:



رأی هیأت عمومی: نظر به اینکه مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ اخذ هرگونه وجه، کالا و خدمات توسط دستگاه‌های اجرایی منوط به تجویز قانونگذار گردیده و حکم مقرر در ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ ناظر بر تبدیل و تغییر کاربری، افزاز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی بر اساس ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی می‌باشد و در مقام تجویز و دریافت قسمتی از اراضی توسط شهرداری و یا دستگاه اجرایی مربوط نیست، لذا شق (الف) بند یک صورتجلسه مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۷ کمیسیون ماده ۵ شیروان مبنی بر واگذاری ۵۰ درصد اراضی که مطابق طرح تفصیلی مربوطه دارای کاربری مسکونی است به شهرداری در قبال انجام و امور مذکور در ماده ۱۴ قانون زمین شهری به جهت مخالفت با قوانین صدرالذکر و با وحدت ملاک از آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۴۵ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵ و ۳۱۷ مورخ ۱۳۷۹/۸/۱۵ و به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.

حکم مقرر در ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ ناظر بر تبدیل و تغییر کاربری<sup>۸</sup>، افزاز و تقسیم و تفکیک باغ‌ها و اراضی کشاورزی براساس ضوابط وزارت مسکن و شهرسازی می‌باشد و در مقام تجویز و دریافت قسمتی از اراضی توسط شهرداری و یا دستگاه اجرایی مربوطه نیست.<sup>۹</sup>

(۵) رأی شماره ۱۲۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۴ موضوع: ابطال بند ۳ پیوست شماره ۳ دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری تهران مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مبنی بر واگذاری بخشی از باغات به عنوان فضای سبز به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربری‌های متناسب با ضوابط و کاربری پهنه مربوطه طبق ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶، فقط تبدیل و تغییر کاربری،

۸. در دادنامه ۱۴۴۵ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آمده: با توجه به اینکه شورای اسلامی شهر صلاحیتی برای تغییر کاربری اراضی ندارد، به طریق اولی، نمی‌تواند در این خصوص مبادرت به وضع قاعده و اخذ عوارض کند.

۹. دادنامه شماره ۳۹۳ مورخ ۸۹/۹/۲۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع «واگذاری ۵۰ درصد اراضی با کاربری مسکونی به شهرداری مغایر قانون است.»



افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش اراضی موضوع ماده ۲ قانون مذکور با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد آن قانون بلا اشکال است. نظر به اینکه مقررات قانونی مذکور مفید اعطاء اختیار وضع مقرراتی در باب ضرورت واگذاری بخشی از باغات به عنوان فضای سبز به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربریهای متناسب با ضوابط و کاربری پهنه مربوطه نیست، بنابراین بند ۳ پیوست ۳ طرح جامع شهر تهران مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب و مغایر قانون تشخیص می‌شود و با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمد کاظم بهرامی

در تعارض نوعیت و کاربری آنچه ملاک و ضابطه ساخت و ساز می‌باشد کاربری است مگر مواردی را که صراحتاً در طرح جامع برتری را با نوعیت قرار داده باشد مانند طرح جامع شهر تهران.<sup>۱۰</sup>

### نتیجه گیری

تفاوت نوعیت و کاربری که موثر در حقوق مالکانه اشخاص مانند تفکیک اراضی و صدور پروانه ساخت، می‌باشد و در برخی موارد از موجبات تملک رایگان اراضی نیز هست، در دیدگاه عملی چه در نگاه عرف عام و چه به لحاظ حقوقی فاقد مبنا بوده و چیزی جز نابرابری میان شهروندان را در پی ندارد. وقتی ملکی دارای کاربری مسکونی است ولی نوعیت آن باغ می‌باشد موجب صدور پروانه با ضوابط باغات است نه با ضوابط مربوط به مسکونی و از سوی دیگر تفکیک این اراضی زیر ۲۰۰۰ متر مربع امکان پذیر نمی‌باشد.

---

۱۰. مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران پیرامون اصلاح پیوست ۳ طرح جامع تهران - دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهر تهران مصوب ۱۳۹۸/۴/۳ از مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری ایران.





همین عامل باعث ایجاد نارضایتی شهروندان گردیده است. در برخی موارد نیز که شهروندان برای الزام شهرداری به پروانه ساخت به دیوان عدالت اداری مراجعه می‌نمایند که دیوان با توجه به رأی شماره ۲۹۵-۲۹۴ به تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۸ به عنوان رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری چنین مبادرت به صدور رأی می‌کند که با عنایت به اینکه نوعیت ملک به صورت باغ می‌باشد و به موجب مصوبه مورخ ۱۳۷۹/۹/۷ شورای عالی شهرسازی و معماری هرگونه ساخت و ساز در این گونه املاک ممنوع اعلام شده است و صدور پروانه ساختمانی منوط به تغییر کاربری ملک از سوی کمیسیون ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری است، به عبارت دیگر با تغییر کاربری ملک از ناحیه کمیسیون ماده ۵ قانون مذکور مانع قانونی صدور پروانه مرتفع و شهرداری ملزم است برابر بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری پروانه احداث بناء صادر نماید و قبل از رفع این مانع دیوان مجاز نیست شهرداری را به امر خلاف قانون الزام نماید؛ این در حالی است که وفق صدر دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری «در صورت نیاز به تغییر یا تعیین کاربری موضوع حسب مورد در کمیسیون ماده ۵ مطرح می‌گردد.» از سوی دیگر وقتی کاربری ملک متفاوت از نوعیت آن است مثلاً نوعیت آن باغ ولی کاربری ملک مسکونی تعیین شده چه نیاز به ارجاع موضوع به کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری است؟ این مرجع دارای صلاحیت تغییر و تعیین کاربری است و نه تغییر نوعیت باغات. در هر حال آنچه که جالب است اگر ذی نفع علیه کمیسیون ماده ۵ طرح دعوی الزام به تغییر کاربری را نیز مطرح کند دعوی وی نیز رد می‌شود چرا که بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۷۹ مورخ ۱۳۷۳/۷/۱۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تغییر کاربری اراضی شهری به صرف تقاضای اشخاص ذی نفع فارغ از مقررات قانونی و اصول فنی مربوط به تأسیسات عمومی شهری به ویژه در مورد زمین‌هایی که حق استفاده مجاز از آنها تثبیت شده و با صدور جواز ساختمانی به مرحله اجراء درآمده است، جواز قانونی ندارد و جزء اختیارات کمیسیون ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران می‌باشد.

اما اینکه شهرداری می‌تواند برای این تغییر کاربری می‌تواند مقداری از اراضی اشخاص را به نحو رایگان تملک نماید یا از این اراضی ارزش افزوده ناشی از طرح‌های توسعه شهر یا تغییر کاربری دریافت نماید یا خیر با توجه به آرای متعدد دیوان عدالت اداری با ابهام مواجه است زیرا مثلاً رأی شماره ۱۲۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت



اداری مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۴ مبنی بر واگذاری بخشی از باغات به عنوان فضای سبز به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربری‌های متناسب با ضوابط و کاربری پهنه مربوطه و همچنین رأی شماره ۴۸ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵ با این عنوان که ماده ۱۴ قانون زمین شهری در خصوص تفکیک و افراز اراضی و باغات براساس ضوابط وزارت مشکن و شهرسازی مفید اعطاء اختیار وضع مقرراتی در باب ضرورت واگذاری بخشی از باغات به صورت رایگان در قبال استفاده از بقیه آن با کاربری مسکونی نیست معارض با رأی شماره ۴۴۲ - دوشنبه ۸ / ۷ / ۱۳۹۲ است که بر اساس آن دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری به لحاظ قانونی معتبر شناخته شده است. در حالی که مستند اعتبار آن مخدوش است و دلالتی بر تملک رایگان اراضی اشخاص ندارد.



# آشنایی با اصول و قوانین حاکم بر وکالت های معاضدت قضایی در حقوق ایران و مؤسسه معاضدت قضایی کانون وکلای دادگستری در ارجاع پرونده‌های تسخیری و معاضدتی

محمد جانقربان<sup>۱</sup>

ز ما و ز یزدان بر آن کس درود      که جان و خرد باشدش تار و پود

## پیش‌گفتار

مؤسسه معاضدت قضایی که طبق قانون تشکیل گردیده و جزو یکی از ارکان اصلی کانون وکلای دادگستری محسوب می‌گردد و جایگاهی برای ارائه خدمات بشر دوستانه که در اصل ۳۵ قانون اساسی و اسناد جهانی، در لایحه بین الملل حقوق بشر، قرارداد ژنو، کمیته حقوق بشر سازمان ملل و دادگاه اروپایی حقوق بشر و اسناد منطقه‌ای و همچنین ضرورت رعایت حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین المللی بر حق دسترسی به وکیل برای داشتن یک رسیدگی عادلانه تأکید شده که سبقت گرفتن در فضایل اخلاقی است و در شریعت نیز بسیار بدان تأکید شده و طبق قانون یک وظیفه اجتماعی است با معرفی وکیل تسخیری در پرونده‌های کیفری و معاضدتی در پرونده‌های حقوقی



به متقاضی معاضدت که از اقشار بی بضاعت جامعه هستند نه تنها وظیفه اولای خود را انجام داده بلکه تأثیر شگرفی در نگاه مردم نسبت به نهاد وکالت خواهد داشت و نیز ارائه مشاوره رایگان به مردم توسط وکلای دادگستری در مؤسسه معاضدت که تمامی هزینه‌های آن توسط وکلاء تأمین گردیده انگیزه‌های نوع دوستانه وکلا را آشکار می‌سازد و مردم هم به خوبی بدان واقف هستند که در شرایط عادی باید هزینه پرداخت نمایند در حالی که بصورت رایگان و با رویی گشاده و همراه با دلسوزی به آنها خدمات حقوقی ارائه می‌گردد که این اقدامات عملاً تبلیغ بزرگی برای جامعه وکالت در ایران و نشانگر قانون‌گرایی و حق‌طلبی وکلا است که خود پاسخی قاطع به تحرکات نا آگاهانه افرادی است که در پی تزییع جایگاه مقدس وکالت هستند. آنچه مسلم است انجام دقیق وظایف مؤسسه معاضدت که با همکاری وکلای معظم محقق می‌گردد خود موجب بهبود نگرش جامعه و به تبع آن مسوولان حکومتی به کانون‌های وکلا است تا پاسخی باشد به شبهات، شایعات و تبلیغات سوءای که علیه وکلا جریان می‌یابد. امید است با استعانت از خداوند متعال و مساعدت و وحدت جامعه وکالت در انجام وظایف قانونی مؤسسه معاضدت قضایی‌النهاییه در ارتقای کانون‌های وکلا به جایگاه اصلی خود در نزد اجتماع بیش از پیش موفق باشیم. لذا مطالبی که ارائه می‌شود در جهت تعمیق عدالت و اعتلای مقام وکالت تدوین و تقدیم گردیده است.

## چالش‌ها

۱. وفق ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم عنوان شده: چنانچه حتی وکیل حق الوکاله‌ای کمتر از تعرفه دریافت نماید، باید مطابق تعرفه تمبر وکالتی ابطال بنماید که وکالت معاضدتی باید از این امر مستثناء گردد چرا که در بدو امر اساساً حق الوکاله‌ای دریافت نمی‌شود.

۲. تمامی پرونده‌های معاضدتی در سیستم قضایی ثبت که چون قابل تفکیک از پرونده‌های تعیینی در این سیستم نیستند امکان دارد در مجموع برای وکیل جزو پرونده‌های تعیینی جهت پرداخت مالیات سالیانه مد نظر قرار گیرند که در صورت بروز چنین مشکلی با مراجعه به مؤسسه معاضدت قضایی پرونده‌های معاضدتی مشخص و با اخذ گواهی از مؤسسه این مشکل نیز مرتفع می‌گردد.

۳. با توجه به اینکه ثبت دادخواست از طریق دفاتر خدمات الکترونیک قضایی



انجام می‌شود این هزینه نیز بر هزینه دادرسی اضافه شده و چنانچه متقاضی پرداخت ننماید وکیل منتخب با مشکل روبرو است که این مشکل نیز با توجه به امضاء متقاضی در ذیل فرم های معاضدتی مبنی بر تعهد ایشان بر پرداخت هزینه‌های جاری چنانچه اثبات شود مشارکاً از پرداخت استنکاف نموده با اعلام کتبی وکیل منتخب به مؤسسه این امر پیگیری و اتخاذ تصمیم می‌گردد.

۴. در پرونده‌های تسخیری چون در پاره‌ای موارد موکل حضور ندارد هزینه‌های خدمات قضایی و همچنین دادرسی نسبت به اعتراض به آراء مورد نیاز ناچاراً پرداخت آن بر عهده وکیل تسخیری است ولیکن نیاز است با تمشیت کانون وکلا و تعامل صورت گرفته با قوه قضائیه این مشکل رتق و فتق گردد.

۵. بعضی از دادگاه‌ها به استناد تبصره ماده ۴۸ قانون آئین دادرسی کیفری بر خلاف اصل آزادی اراده در انتخاب وکیل و اصل ۲۰ و اصول ۳۵ - ۳۴ قانون اساسی کشور که مکمل هم هستند چنین عنوان می‌نمایند که در جرائم سیاسی و امنیتی باید از وکلای معرفی شده توسط قوه قضائیه استفاده شود که از موارد نقض رسیدگی عادلانه است در حالی که طبق قانون تمامی وکلای دادگستری مورد قبول حاکمیت هستند و با تمدید پروانه وکالت خود صلاحیت دفاع از موکلین خود در محاکم را دارند.

۶. با توجه به اینکه در پرونده‌های معاضدتی پس از دفاع وکیل معاضدتی و محکوم له واقع شدن موکل در پاره‌ای از موارد از پرداخت حق الوکاله وکیل و به تبع آن پرداخت خمس آن به کانون وکلا استنکاف می‌نمودند پیشنهاد شد به هیئت مدیره محترم کانون و مقرر گردید در قراردادهای خصوصی وکالت های معاضدتی شرط داوری کانون لحاظ گردد تا باین اقدام این خلاء نیز مرتفع شود که باتصویب هیئت مدیره محترم محقق گردید.

۷. در خصوص پرونده‌های تسخیری با توجه به اینکه دادگاه‌ها مکلف بودند بر اساس مواد ۱۹۰ - ۴۱۵ - ۳۴۸ - ۳۸۴ قانون آئین دادرسی کیفری در مجازات‌های سلب حیات، حبس ابد و... درخواست اخذ وکیل تسخیری نمایند و لا غیر که در پاره‌ای از موارد خارج از مواد یاد شده اقدام می‌نمودند که مراتب در جلساتی در حضور ریاست محترم کانون و رئیس محترم کل دادگستری اعلام و پیگیری که نتیجتاً طی بخشنامه‌ای از طرف ریاست کل دادگستری به مراجع ذی ربط ابلاغ گردید.

۸. در اجرای ماده ۸ آئین نامه ریاست محترم وقت قوه بدلیل متواری بودن متهم و یا در حبس بودن و استنکاف متهم اولاً امکان اخذ وکالت الکترونیکی وجود ندارد؛ ثانیاً



در مواردی مقام قضایی از امضاء امتناع می‌نماید که در این شرایط مشکلات متعددی برای وکلای تسخیری ایجاد می‌گردد که می‌طلبد اتحادیه سراسری کانونهای وکلا با تعامل با قوه قضائیه این قسمت از آئین نامه را بر اساس روال قبل اصلاح نمایند.

۹. متأسفانه در برخی از موارد وکلای محترم تسخیری اعلام نموده‌اند در پاره‌ای از پرونده‌های تسخیری اولاً بجای متهم به وکیل تسخیری تفهیم اتهام می‌شود؛ ثانیاً اگرچه وکیل تسخیری در جلسه رسیدگی حاضر است ولیکن رأی غیابی صادر می‌گردد؛ ثالثاً رأی غیابی هم به وکیل تسخیری ابلاغ می‌شود که مراتب به ریاست محترم کانون تقدیم تا اقدام مقتضی به عمل آید.

۱۰. براساس مقررات جاری وکلاء مکلف هستند در صورت ایجاد سؤال و یا مشکل به مؤسسه معاضدت مراجعه نموده و کسب تکلیف نمایند که در پاره‌ای از موارد به دلیل عدم مراجعه با مشکلاتی مواجه گردیده‌اند.

## بخش اول

### ۱. اهداف و فلسفه

بر اساس اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران "در همه دادگاه‌ها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را ندارند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد" و نیز طبق مواد ۳۸۴ - ۳۴۸ قانون آئین دادرسی کیفری (ماده ۳۸۴ بدون حضور وکیل متهم جلسه رسیدگی تشکیل نمی‌شود و ماده ۳۴۸ رئیس دادگاه برای متهم درخواست تعیین وکیل تسخیری می‌نماید) چرا که متهم در شرایط نابرابری قرار گرفته که افکار عمومی و دستگاه قضایی فقط مجازات فوری متهم را خواستار هستند آن هم در حالی که در جریان دادرسی از یک طرف دادستان با امکانات قضایی اکمل و در طرف دیگر متهمی که هیچگونه اطلاعی از حقوق نداشته و در استرس و فشار است لذا بر اساس «عدل اساس احکام» می‌طلبد که وکیل دادگستری با رعایت اصول جزایی از جمله تفسیر مضیق به نفع متهم از حقوق قانونی آن دفاع نماید چرا که قانونی که در آن عدالتی نباشد شرافتی ندارد.

نکته: اگر چه طبق اصل ۳۵ قانون اساسی حاکمیت مکلف است ولیکن این کانونهای وکلای دادگستری ایران هستند که با هزینه‌های اخذ شده از وکلای متبوع خود



هزینه‌های سنگین مؤسسه معاضدت را که شامل خرید مکان، حقوق پرسنل و سایر هزینه‌های مربوطه است را پرداخت می‌نمایند.

## ۲. ارکان مؤسسه معاضدت قضایی

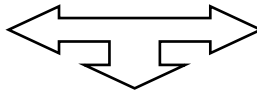
هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری اصفهان



ریاست مؤسسه معاضدت قضایی



نائب رئیس مؤسسه معاضدت قضایی



شعبه قضایی

دبیر خانه

شعبه عرائض



رسیدگی به درخواست تعیین وکیل معاضدتی و مشاوره درون سازمانی

دایره مراکز مشاوره



انجام و اداره مشاوره مراکز از خارج از محل شعبه معاضدت (اداره کل زندان ها، مجتمع شوراهای حل اختلاف، انجمن حمایت از زندانیان، کمیته امداد، بهزیستی و ...)

دایره نظارت و پیگیری



رسیدگی و نظارت بر حسن اجرای وکالت معاضدتی و تسخیری، انجام درست ابلاغ های صادره، نظارت بر نحوه تعامل وکیل و موکل معاضدتی و...

دایره شهرستان ها



نظارت و مدیریت انجام امور معاضدتی در شهرستان ها و توابع توسط نمایندگان

منتخب مؤسسه معاضدت



### ۳. وظایف

مطابق ماده ۲۴ قانون وکالت مصوب ۲۵ بهمن ۱۳۱۵ کسانی که قدرت تأدیه حق الوکاله را ندارند می‌توانند از کانون وکلا تقاضای معاضدت حقوق نمایند مشروط بر اینکه دعوی آنها با اساس و راجع به شخص متقاضی باشد لذا در ذیل این ماده آمده است که وزارت عدلیه مأمور تهیه نظام نامه در این خصوص شد.

در سال ۱۳۱۶ نظام نامه مذکور تحت عنوان «آئین نامه قانون وکالت» به تصویب رسید که در آن طی مواد ۳۴ تا ۴۹ در خصوص تشکیلات معاضدت قضایی تعیین تکلیف شد، بر اساس ماده ۳۴ این آئین نامه، مؤسسه معاضدت قضایی در مرکز تشکیل می‌گردد که دارای شعبه‌های دبیر خانه، عرایض و قضایی است و همچنین طی مواد بعدی وظایف و تکالیف مؤسسه معاضدت قضایی مشخص گردیده است، از مواد فوق‌الذکر می‌توان به این امر رسید که محدوده صلاحیت مؤسسه معاضدت قضایی تمامی کشور است و سایر کانون‌های وکلا باید تقاضای وکیل معاضدت را به مؤسسه مذکور ارسال نمایند و خود حق اقدام ندارند و لیکن تا کنون این محدودیت صلاحیت عملی نشده و کانون‌های وکلاء مستقلاً، اساساً و مطلقاً امور معاضدت قضایی استان خود را انجام می‌دهند.

یکی از وظایف مهم مؤسسه معاضدت قضایی پس از مراجعه متقاضی تشخیص و احراز اعسار متقاضی می‌باشد که با توجه به ضوابط و اصول حاکم «از جمله: استعمال از کلانتری محل، استشهادیه، تحت پوشش بودن متقاضی در کمیته امداد و انجمن‌های حمایتی و خیریه است.»

### ۴. عملکرد و برنامه‌ها

**الف) وکالت معاضدت:** طبق ماده ۴۴ آئین نامه در مواردی که احدی از وکلاء بعنوان وکیل معاضدت تعیین می‌گردند اعتبار و حیثیت کانون نیز تحت تأثیر روش انجام وظیفه و عملکرد وکیل انتخابی است لذا کانون وکلاء در امر پیشبرد پرونده بسیار حساس بوده و وکیل منتخب مکلف است مؤسسه معاضدت قضایی را از جریان کار مطلع سازد و می‌تواند طبق ماده ۴۵ آئین نامه قانون وکالت راجع به طرز اقداماتی که در دفاع از موکل معاضدت لازم است با مؤسسه معاضدت مشورت نماید و مؤسسه باید به این تقاضا پاسخ



مقتضی دهد.

۱. به موجب ماده ۲ آئین نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون تشکیل صندوق حمایت و کلاء و کارگشایان و نیز تبصره ماده ۳۱ قانون وکیل معاضدتی در امور حقوقی از طرف مؤسسه تعیین می‌گردد که طبق ماده ۴۰ آئین نامه قانون وکالت در اسرع وقت انجام گردد چرا که وفق بند «د» ماده ۶ لایحه استقلال وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۵ یکی از وظایف مهم کانون وکلاء، معاضدت قضایی است که بوسیله وکلای کانون متبوع انجام می‌شود و به موجب آن شخصی که توانایی موقت تأدیه حق الوکاله را ندارد، می‌تواند جهت احقاق حقش درخواست وکیل معاضدتی نماید.

۲. نکته حائز اهمیت اینکه مشاوره حقوقی شامل همه افراد جامعه اعم از اینکه افراد تمکن مالی داشته یا نداشته باشند می‌شود که دامنه شمول آن همه مسائل حقوقی است اعم از امور مدنی، جزایی، خانواده، ثبتی و امور حسبی و... ولیکن اخذ وکیل معاضدتی فقط شامل افراد بی بضاعت و پس از تأیید و اثبات اعسار آنهاست که مستشاران مستقر در شعبه عرایض طبق مواد ۴۱ - ۴۲ آئین نامه قانون وکالت باید عقیده خود را در مورد پیشرفت دعوی اظهار کنند و نیز طبق مواد ۳۷ - ۳۸ همین قانون معاضدت قضایی مجاز است پیرامون دلایل دعوا تحقیق کند و هر گاه تشخیص دهد که مقصود متقاضی سوء استفاده و یا شرخری است از تعیین وکیل استنکاف نماید. «تبصره ماده ۱۹۰ قانون آئین دادرسی کیفری: سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بی اعتباری تحقیقات می‌شود. ماده ۳۴۸: جلسه رسیدگی بدون حضور وکیل متهم تشکیل نمی‌شود.»

نکته: وکالت معاضدتی شامل دفاع در دیوان عدالت اداری و اداره کار و امور اجتماعی نمی‌گردد. (وکیل معاضدتی فقط جهت دفاع در دادگاه است)

۳. مطابق مصوبه هیئت مدیره کانون وکلاء در ادوار مختلف وکلای ذیل از ارجاع پرونده‌های تسخیری و معاضدتی معاف هستند:

الف) همکاران بالای ۶۵ سال سن.

ب) وکلایی که بر اساس نظریه پزشکی قانونی دارای بیماری صعب‌العلاج هستند که مانع از انجام وکالت باشد.

ج) وکلایی که در کمیسیون‌ها و ارکان کانون وکلاء دادگستری عضویت دارند.

د) وکلایی که از معافیت موقت برخوردار هستند که این امر شامل: مسافرت



ضروری به خارج از کشور، سایر بیماری‌ها که با اخذ دستور از ریاست مؤسسه معاف می‌گردند و مرخصی‌های مربوط به دوران بارداری.

**ب) وکالت تسخیری :** بموجب تبصره ماده ۱۹۰ قانون آئین دادرسی کیفری در راستای اعمال مواد ۳۴۸ - ۳۸۷ - ۳۸۸ این قانون وکالت تسخیری از طرف مراجع قضایی (دادسرا و دادگاه) درخواست می‌شود ضمن اینکه طبق ماده ۴۱۵ قانون فوق‌الذکر برای اطفال و نوجوانان در جرائمی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دادگاه کیفری یک بوده یا مستلزم پرداخت دیه یا ارش بیش از خمس دیه کامل و یا تعزیری درجه شش و بالاتر را شامل می‌گردد و نیز برای جرائم سنگین مواد مخدر در دادگاه‌های انقلاب و کیفری یک استان و دادگاه‌های نظامی و کیفری ۲ در راستای اعمال مواد ۳۴۸ - ۳۸۷ - ۳۸۸ طبق قانون وکیل تسخیری معرفی می‌گردد. (تبصره م ماده ۱۹۰: سلب حق همراه داشتن وکیل موجب بی اعتباری تحقیقات می‌شود.)

نکته: در وکالت تسخیری طبق قانون محدودیتی جهت تعداد ارجاعات پرونده‌های کیفری از طرف مؤسسه معاضدت به وکلای دادگستری وجود ندارد در حالی که در وکالت معاضدتی فقط سه پرونده حقوقی در سال طبق ماده ۲۳ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ به وکلاء ارجاع می‌گردد.

**ج) با توجه به قوانین فوق‌الذکر تفاوت وکالت معاضدتی با وکالت تسخیری بدین شرح است :**

۱. تفاوت در اخذ حق الوکاله: در وکالت معاضدتی حق الوکاله وکیل بر اساس توافقی است که طبق قرارداد با موکل منعقد و یا در حدود تعرفه بسته می‌شود و دریافت آن نیز منوط بر اصدار رأی بر له موکل و وصول محکوم به است ولیکن طبق ماده ۳۴۷ قانون آئین دادرسی کیفری در وکالت تسخیری پس از درخواست حق الوکاله دادگاه حق الزحمه را متناسب با اقدامات انجام شده تعیین می‌نماید همچنین بموجب همین ماده در هر حال میزان حق الوکاله نباید از تعرفه قانونی تجاوز کند در حالیکه چنین قانونی در وکالت معاضدتی حاکم نیست.

۲. از نظر مستندات قانونی و مراجع درخواست کننده: مطابق ماده ۳۸۴ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مرجع درخواست وکیل تسخیری دادگاه رسیدگی کننده



به اتهام است در حالیکه در وکالت معاضدتی طبق آئین نامه فقط با مراجعه شخص متقاضی یا ذی سمت از طرف او مستقیم انجام می‌گردد لذا تشریفات و قواعد حاکم بر این دو وکالت از باب شکلی و ماهوی متفاوت است.

**۳. تفاوت در شرایط احراز اعسار:** تشخیص و احراز عدم استطاعت و توانایی مالی متقاضی جهت اخذ وکیل معاضدتی با مؤسسه معاضدت است و لیکن در وکالت تسخیری این شرط لحاظ نمی‌گردد چرا که در موارد احصاء شده در قانون داشتن وکیل تسخیری یک الزام و تکلیف برای کانون و کلاست که صرف نظر از وضعیت مالی متهم وکیل تسخیری تعیین می‌گردد.

**۴. تفاوت در موضوع و ماهیت دعوی مرجوع الیه:** وکالت معاضدتی اصولاً در دعاوی حقوقی است در حالیکه طبق مواد ۳۸۴ - ۳۴۸ قانون آئین دادرسی کیفری وکالت تسخیری صرفاً مربوط به امور کیفری خواهد بود.

**۵. اهمیت تفاوت وکالت تسخیری با معاضدتی در ماهیت عقد وکالت و ارتباط بین وکیل و موکل:** در وکالت معاضدتی با اراده وکیل و موکل و تنظیم وکالتنامه و قرارداد خصوصی محقق می‌گردد در حالیکه در وکالت تسخیری به حکم قانون و ناشی از الزام به رعایت مقررات شکلی در پرونده‌های خاص است و قصد و اراده و رضای در عقد وکالت تسخیری وجود ندارد لذا در ابلاغ‌های تسخیری نیازی به مراجعه وکیل تسخیری نزد متهم در زندان برای گرفتن وکالت و تعیین حدود اختیارات وجود ندارد و وکیل منتخب با همان ابلاغ عنداللزوم تا دیوانعالی کشور وکیل متهم خواهد بود هرچند حضور وکیل در زندان و مصاحبه با موکل ضروری به نظر می‌رسد؛ به عنوان مثال در تبصره ۲ از ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ برای مجنون وکیل تسخیری پیش بینی شده در صورتی که بدون اراده ولی یا قیم نمی‌توان برای مجنون وکیل اخذ نمود.

**۶. تفاوت نقش وکیل در وکالت تسخیری و معاضدتی:** وفق مواد ۳۴۸ - ۳۵۰ قانون آئین دادرسی کیفری وکیل تسخیری به جهت حمایت از حق دفاع متهم بوده و شرط صحت دادرسی و یک قاعده امری است بطوری که در صورت عدم حضور وکیل بدون عذر موجه جلسه دادرسی تجدید و عدم رعایت این امر از موجبات نقض حکم در مراجع عالی استیناف است؛ در حالیکه در وکالت‌های معاضدتی این شرایط و قواعد وجود ندارد.



## بخش دوم

### شرایط و وظایف کنونی مؤسسه معاضدت قضایی

#### الف) تعیین وکیل تسخیری

۱. با تصویب و اجرایی شدن قانون آئین دادرسی کیفری جدید به تاریخ ۹۲/۱۲/۴ حق داشتن وکیل و به تبع آن حق استفاده از وکیل تسخیری با تحول همراه بوده است چرا که مطابق ماده ۳۰۲ قانون موصوف رسیدگی به جرائم مشمول تعیین وکیل تسخیری در صلاحیت دادگاه کیفری یک می‌باشد بدین ترتیب قانون حاضر دادگاه‌های کیفری یک و دو را از لحاظ ذاتی دارای صلاحیت متفاوت ندانسته است.

۲. مطابق مواد ۳۴۷ - ۳۸۴ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در بندهای الف، ب، ت، پ ماده ۳۰۲ متهم را مستحق اخذ وکیل تسخیری می‌داند در صورتی که تا قبل از تصویب و اجرای قانون مذکور مداخله وکیل تسخیری فقط در دادگاه می‌بود در حالیکه در حال حاضر طبق ماده ۱۹۰ قانون فوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی هم می‌تواند وکیل اخذ نماید بطوری که عدم حضور وکیل طبق تبصره‌های ۱ و ۲ این ماده از موجبات بی اعتباری تحقیقات بوده و بازپرسی می‌تواند برای متهم وکیل تسخیری انتخاب نماید. (سلب حیات یا حبس ابد)

۳. وفق مواد ۳۸۷ - ۳۴۸ - ۳۸۸ قانون مذکور پس از تعیین وکیل تسخیری مشارالیه مکلف است ظرف ده روز اقدام و تمامی ایرادات احتمالی در پرونده را دقیقاً بررسی نماید از جمله: نقص تحقیقات، عدم صلاحیت، قابل تعقیب نبودن عمل انتسابی، کافی نبودن ادله و لزوم بررسی ادله دیگر یا جدید الحصول، جرم شامل مرور زمان باشد و غیره لذا حضور وکیل تسخیری امری حیاتی و از ملزومات پرونده در دفاع از متهم است نه امری تشریفاتی فلذا وفق ماده ۳۴۸ نیز جلسه رسیدگی بدون حضور وکیل متهم تشکیل نمی‌شود و حتی در تبصره ماده ۳۴۷ قانون جدید برای بزه دیده هم که فاقد تمکن مالی باشد وکیل تعیین می‌گردد.

نکته: در صورتی که پس از حضور وکیل تسخیری در پرونده بدلیل عدم صلاحیت دادگاه پرونده به شهرستان و یا حوزه قضایی دیگری ارسال شود تکلیف وکیل تسخیری منتخب پرونده چیست؟ وکیل مربوطه مکلف است وظایف قانونی خود را در دادگاه صالح



تا پایان ادامه دهد و لیکن می‌تواند طی درخواست و ارسال گزارش و مستندات پرونده با هماهنگی مؤسسه معاضدت قضایی جهت سهولت و سرعت در امر دفاع تقاضا نماید پرونده به احدی از وکلای آن حوزه ارجاع گردد با این حال چنانچه مؤسسه موافقت ننماید موظف به دفاع از متهم تا آخرین مرحله است.

نکته: وظیفه و مسئولیت وکیل تسخیری در پرونده به لحاظ ضرورت دفاع از متهمی که توانایی مالی جهت اخذ وکیل را ندارد و به حکم قانون وکیل تسخیری انتخاب و دارای سمت شده و در حقیقت وکیل مسخر برای متهم است که از او دفاع کند و بطور مطلق کلمه وکیل استعمال شده و در قانون برای او تقیدی قائل نشده‌اند لذا مقتضای تسخیر در وکالت آن است که وکیل تا آخرین مرحله رسیدگی و تا وقتی که پرونده مختومه نشده از موکل خود دفاع نماید چرا که اگر بخواهیم وکیل تسخیری را در یک مرحله محدود نماییم خود نقص غرض است و قانونگذار فقط در موارد خاصی به دادگاه مجوز داده تا مستقلاً با جلب نظر متهم برای او وکیل تعیین نماید و حتی بدون حضور وکیل متهم جلسه رسیدگی فاقد اعتبار بوده و تشکیل نمی‌گردد چرا که متهم در موارد خاص قدرت دفاع از خود را ندارد پس در نتیجه بطور اولی نیز در مراحل فرجام خواهی که رأی قطعی می‌یابد حضور وکیل تسخیری الزامی است که در این راستا در پی اختلاف بین شعبه چهارم و یازدهم دیوان عالی کشور در خصوص اختیارات وکیل تسخیری بموجب رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۴۵۹۸ وکیل تسخیری حق تجدیدنظر خواهی را دارد.

## ب) تعیین وکیل معاضدتی

۱. در بدو امر این نکته حائز اهمیت است که تمامی کسانی که به شعبه مراجعه می‌نمایند مستحق اخذ وکیل معاضدتی نیستند و لیکن مؤسسه موظف به ارشاد و مشاوره آنها است یعنی تمامی کسانی که مراجعه می‌نمایند اعم از دارا و ندار مستشاران مؤسسه مکلف به ارشاد و راهنمایی حقوقی آنها هستند که از یک طرف مستشاران مؤسسه باید جهت ارشاد و مشاوره به قوانین مسلط و عنداللزوم از وکلای با سابقه باشند و این امر باعث مطالعه بیشتر و بروز بودن معلومات وکیل و تقویت توان حقوقی وکیل می‌گردد از طرفی این خدمت توشه راه و ذخیره آخرت و زکات علم آنهاست و از بعد اجتماعی و اهمیت آن باید گفت اتصال و خدمت کانون و کلاء با طبقات متوسط و پایین اجتماع است. ضمن اینکه مسئولیت مدنی و انتظامی مستشاران حقوقی در ساختار مؤسسه معاضدت بسیار مهم است چرا که مطرح شدن دعاوی اعم از حقوقی و کیفری در محاکم قضایی



نیازمند علم و آگاهی است لذا چون محقق شدن این شرط برای عوام مقدور نیست. مشاوره و ارشاد وکیل دادگستری در این خصوص بسیار حائز اهمیت است بطوری که حتی شامل وظایف و تکالیفی می‌شود که در عقد ذکر نشده ولی وکیل مشمول انجام آن است که به نوعی می‌توان از آن به عنوان مسوولیت غیر قراردادی یا قهری یا به بیان عام‌تر مسوولیت مدنی نام برد لذا ضرورت دارد مستشاران مؤسسه معاضدت با تدقیق بیشتری آئین نامه کانون و کلاء مصوب ۱۳۱۷ که یازده ماده را شامل می‌گردد مطالعه و بررسی فرمایند؛ بعنوان مثال: ماده ۸ همین قانون عنوان داشته راهنمایی فقط جنبه مشاوره دارد و مسوولیت حقوقی برای راهنما و کانون ایجاد نمی‌کند ولی ارتکاب خبط در راهنمایی موجب تخلف انتظامی خواهد بود که می‌تواند امکان مطالبه خسارت به بار آورد ضمن اینکه مراجعه متقاضی به وکیل و درخواست راهنمایی از او به نوعی توافق و قرارداد شفاهی بوده که راهنمایی صحیح و قانونی را شرط ضمن عقد تلقی و عدم مشاوره صحیح یا ناقص وکیل نوعی تخلف از شرط ضمن عقد است لذا به همین خاطر بوده است که در ایام گذشته تا سه سال پس از اخذ وکالت درجه یک دادگستری حق عنوان مشاور را نداشته‌اند که در این راستا مدعی باید مستندات ارائه نمایند و ماده ۷ آئین نامه مذکور مستند را چنین توضیح داده است: راهنمایی ممکن است کتبی یا شفاهی باشد در هر حال خلاصه آن باید در دفتر قید و خطای علمی مشاور برای او تخلف محسوب می‌شود ضمن اینکه مطابق فرم های مؤسسه معاضدت مستشاران برگ مربوط را امضاء می‌نمایند، این در حالی است که بسیاری از خسارت‌ها قابل جبران نبوده و تمامی اقدامات در معاضدت تبرعی است.

به عنوان مثال یک نکته مهم در ارجاع پرونده معاضدتی: از بدو تأسیس مؤسسه معاضدت با مراجعه زوجه با اخذ وکالت رسمی زوج جهت طلاق غیابی موافقت می‌شد در حالی که پس از بررسی‌های میدانی با توجه به مشکلات ایجاد شده برای وکلای معزز در تاریخ ۹۵/۸/۱۲ شرط قبول این نوع وکالت‌ها را منوط بر این موارد دانسته: اولاً: زوجه با اقرارنامه رسمی تکلیف همه حق و حقوق خود را که ناشی از عقد نکاح است با زوج توافق و مشخص نموده باشد تا در آتی احتمال هر گونه ادعایی از طرف زوج علیه وکیل معاضدتی سلب گردیده تا عنوان نشود وکیل معاضدتی رعایت مصلحت و غبطه موکل را ننموده است. ثانیاً: متقاضی قبل از مراجعه به مؤسسه معاضدت گواهی مربوط به مشاور را که باید به همراه زوج به مرکز مشاوره مراجعه نموده باشد اخذ و ارائه نماید. ثالثاً:



گواهی عدم امکان سازش اعتبار سه ماهه دارد و وکیل معاضدتی هم حق دخالت در اجرای حکم را ندارد فلذا زوجه شخصاً باید از دادگاه مرجوع‌الیه تقاضای اجرای حکم نموده و اسناد دفترخانه را امضاء نماید. رابعاً: حق الوکاله‌ای که باید خمس آن به کانون پرداخت شود از زوجه گرفته می‌شود درحالی که وکیل معاضدتی وکیل مع الواسطه زوج بوده نه زوجه. خامساً: وصول حق الوکاله منوط بر محکوم له واقع شدن موکل و وصول محکوم به است که این امر در دعاوی غیر مالی اساساً محقق نمی‌شود. این موارد یاد شده از مشکلات چنین پرونده‌هایی هستند که بار مسئولیتی سنگینی برای وکیل معاضدتی دارد لذا بنظر بنده بهتر است به همکاران وکیل حتی المقدور ارجاع نشود.

نکات بسیار مهم: ۱- در بسیاری از موارد وکیل منتخب فراموش می‌نماید وظایفش در مقابل موکل شخص اصیل است نه شخص مع الواسطه. ۲- اگرچه اصول مدارک از وکیل مع الواسطه اخذ شده ولیکن آن مدارک باید با اخذ رسید تحویل اصیل شود و یا اذن تحویل به واسطه در وکالتنامه رسمی قید شده باشد در غیر اینصورت محلی برای شکایت انتظامی است. ۳- تکلیف وکیل دادگستری برای تحویل یک نسخه از قرارداد مالی و وکالتنامه به موکل (اصیل) ساقط نمی‌شود در حالیکه وکیل معاضدتی مع الواسطه است و اساساً اصیل را نخواهد دید. ۴- در صورت عدم پرداخت هزینه‌های دادرسی توسط شخص مع الواسطه تکلیف وکیل در اطلاع به اصیل ساقط نمی‌شود. ۵- رعایت مصلحت و غبطه موکل از الزامات وکیل است و اگر اصیل حتی با تأیید توافق صورت گرفته توسط وکیل مع الواسطه ثابت کند غبطه وی رعایت نشده صرف نظر از تخلف انتظامی وکیل معاضدتی مکلف به جبران خسارت می‌شود. ۶- طبق مقررات انتظامی وکیل تکلیف دارد موکل را از کلیه اقدامات وکالتی خود آگاه نماید و آگاهی موکل مع الواسطه نافی حقوق موکل اصیلش نیست. ۷- در بحث اسقاط حق تجدیدنظر خواهی و فرجام خواهی درج شده در وکالتنامه رسمی در زمان اسقاط این حقوق در دادگاه وکیل زوج که مع الواسطه از طرف زوجه تعیین شده نباید اقدام نماید و زوجه در این مورد هم از طرف خود و هم با اختیار حاصله امضاء نماید فلذا چنین وکالت‌هایی با توجه به اینکه توالی فساد بسیار دارد سزاوار نیست به وکیل معاضدتی ارجاع شود.

### ج ( وظایف مؤسسه معاضدت قضایی

۷۹

۱. پس از تعیین وکیل نظارت بر عملکرد وکلاء معاضدتی و اخذ سهم کانون از حق الوکاله دریافتی (۱/۵) و ارائه مشورت حقوقی به وکلای منتخب بر عهده



مؤسسه معاضدت می‌باشد.

۲. پس از استماع دقیق اظهارات هر یک از متقاضیان و کیل معاضدتی توسط مستشاران مؤسسه و رؤیت مستندات آنها که از دو جهت مورد بررسی قرار خواهد گرفت شکلی و ماهیتی که در این راستا مستشاران مؤسسه باید تسلط به موضوعات و مفاهیم و قوانین و آراء وحدت رویه و آگاهی از آخرین تغییرات قانونی را داشته و از قدرت و توانایی اجتهاد به وسیله شناخت اصول استنباط احکام را برای تطبیق و استخراج قوانین و بروز رسانی آنها داشته باشند تا بتوانند مبنا و سبب دعوی را بطور صحیح و به موقع تشخیص و با قدرت استدلال، مناسب‌ترین راه حل را در کوتاه‌ترین زمان از میان اظهارات پراکنده و بعضاً درد و دل متقاضیان ارائه نمایند و از هوش و درایت برخوردار باشند چرا که به عنوان مثال: در یک مورد خانمی با اخذ نامه از کمیته امداد مراجعه نموده و مطالبه ۳۰۰ میلیون تومان چک را که توسط اشخاص دیگری برگشت شده و تمامی منافع چک پس از برگشت توسط آن اشخاص به ایشان منتقل گردیده است مطالبه می‌نماید؛ اولاً: منشأ طلب این خانم بابت مطالبه چک چیست؟ ثانیاً: ایشان چگونه با داشتن مطالبات ۳۰۰ میلیونی تحت پوشش کمیته امداد است؟ ثالثاً: چگونه چک پس از صدور گواهی عدم پرداخت توسط اشخاصی دیگر به ایشان منتقل شده؟ فلذا تمامی این موارد بیانگر یک واقعیت است که آن اشخاص به جهت نپرداختن هزینه داری در پی سوء استفاده از مؤسسه معاضدت بوده و در این راستا از کسی که تحت پوشش کمیته امداد بوده استفاده نموده اند این در حالی است که هم مستندات متقن بوده و هم با توجه به گواهی کمیته امداد اعسار ایشان هم باید پذیرفته شود در حالی که درخواست ایشان از مصادیق رد است.

نکته ۱:

یکی از مشکلات در ارجاعات معاضدتی که با آن روبرو هستیم این است که وکیل منتخب با بررسی دقیق مستندات و دلایل ابرازی موکل معاضدتی یا چه بسا پس از سپری شدن قسمتی از مراحل دادرسی متوجه می‌گردد موکلش اساساً محق نبوده یا در موضوع معاضدت ارجاعی قبلاً حکم صادر و از موارد امر مختومه است و یا اظهارات موکل معاضدتی با مستندات ابرازی مشارالیه منطبق نیست که در این موارد مؤسسه معاضدت با چالش‌های بسیار مهمی روبرو خواهد شد چرا که از طرفی صرف نظر از اطاله دادرسی امکان ورود خسارت جبران ناپذیر به موکل معاضدتی وجود دارد و از سوی دیگر اعتبار





کانون و کلاء بواسطه نقض رسیدگی در مؤسسه معاضدت را زیر سؤال خواهد برد آن هم کانونی که تمامی مخارج سنگین خرید مکان مؤسسه، حقوق ماهیانه کارمندان و سایر هزینه‌های جاری را پرداخت و متقبل گردیده و کماکان این هزینه‌ها را پرداخت می‌نماید لذا می‌طلبد در بدو امر کانون‌ها از مجرب‌ترین و معتبرترین وکلای خود در مؤسسه معاضدت قضایی استفاده نمایند تا فی نفسه پیشگیری بعمل آید.

۳. آنچه مسلم است طبق قوانین جاری هر متقاضی وکیل معاضدتی محتاج مشاوره و ارشاد است و لیکن مستحق داشتن وکیل معاضدتی نیست که در اینجا رابطه عموم و خصوص مطلق حکم است. پس از بررسی ادله متقاضی جهت اخذ وکیل معاضدتی اثبات اعسار وی بسیار حائز اهمیت است لذا بموجب آئین نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶ احراز اعسار متقاضی بر عهده مؤسسه معاضدت قضایی می‌باشد که طریق تشخیص آن اولاً: ارائه حکم قطعی متقاضی مبنی بر معافیت از پرداخت هزینه دادرسی یا محکوم به یکی از ادله اثبات عدم تمکن مالی اوست. ثانیاً: استشهادیه محلی که با تکمیل آن و تأیید از شورا یا مسجد محل محقق می‌گردد که در این مورد احراز هویت و صحت اظهارات شهود همواره برای مؤسسه مورد تردید بوده. ثالثاً: استعلام از کلانتری محل که مؤسسه معاضدت فرم مخصوصی را در اختیار متقاضی قرار می‌دهد تا با مراجعه به کلانتری مربوطه و پس از تحقیقات محلی کلانتری گزارش آن را مستنداً به مؤسسه ارائه نمایند. رابعاً: داشتن معرفی نامه از سازمان‌های حمایتی از جمله بهزیستی، کمیته امداد امام خمینی، مؤسسات خیریه شامل ایتم، زنان بی سرپرست و غیره که اعلام نمایند متقاضی تحت پوشش و حمایت مالی آنهاست. خامساً: روش‌های خاص دیگر هم وجود دارد از جمله: متقاضی به موجب بدهی در زندان باشد، اقساط بانکی، گواهی از دادگاهی که پرونده در آن تشکیل است، احراز اعسار متقاضی با گواهی و تأیید همکاران وکیل، استفاده از کارآموزان برای تحقیقات پیرامون وضعیت مالی متقاضی معاضدت، بررسی وضعیت مالی متقاضی در مؤسسه با رؤیت اسناد آنها از جمله پرینت حساب بانکی متقاضی و یا اینکه خواسته مورد دعوی مالی بوده و میزان از طلب مستند به اسناد قطعی باشد که خود بیانگر و اماره‌ای برای تمکن مالی متقاضی است.

نکته ۲:

۱. آیا اشخاص حقوقی و یا شخص تاجر می‌تواند درخواست وکیل معاضدتی نماید؟ با عنایت به اینکه شرط لازم برای اخذ وکیل معاضدتی در بدو امر اثبات اعسار از پرداخت



حق الوکاله است لذا در مورد اشخاص فوق الذکر نیازمند اثبات و صدور حکم ورشکستگی در مراجع قضایی است چرا که در محاکم اعسار تاجر پذیرفته نیست و باید دادخواست ورشکستگی ایشان منجر به صدور حکم قطعی گردد در نتیجه با توجه باینکه معاضدت امر استثنایی و فقط برای موارد خاص تعیین شده نمی‌توان تاجر و شخصیت حقوقی را که به فعالیت اقتصادی و تجارت اشتغال دارند مستحق استفاده از خدمات حقوقی وکیل معاضدتی دانست ولیکن در مراجعه به مؤسسه و استفاده از ارشاد و مشاوره حقوقی مانعی وجود ندارد فلذا اگر به دلیل صدور احکام و اجرائیه علیه آنان و با ارائه مستندات متقن خواستار تقدیم دادخواست ورشکستگی و اعمال توقف فعالیت اقتصادی و تجاری باشند به نظر میرسد می‌توانند اخذ وکیل معاضدتی نمایند چرا که طبق آئین نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶ در شرح وظایف مؤسسه معاضدت قضایی عنوان شده «تقاضا کننده» که هم اشخاص حقیقی و هم حقوقی را شامل می‌گردد.

۲. در صورت پی بردن به توان مالی موکل معاضدتی در حین وکالت توسط وکیل منتخب تکلیف چیست؟ وکیل مربوطه گزارش آن را همراه مستندات به مؤسسه معاضدت ارائه می‌نماید و مؤسسه نیز همچون رسیدگی‌های قضایی در صورتی که خلاف اظهارات و یا کذب شهادت شهود اعسار معلوم شود و یا متقاضی در آتی دارای تمکن مالی گردد و مالی از آن یافت شود و چون میزان حال فعلی افراد است معسر سابق متمکن محسوب و مؤسسه معاضدت می‌تواند ابلاغ متقاضی را کان لم یکن تلقی و مشارألیه را از ادامه بهره مندی از خدمات معاضدتی حقوقی محروم نماید چرا که در بدو امر مؤسسه معاضدت با دیده اغماض به افرادی که از روی نیاز و بهر امید مراجعه نموده‌اند می‌نگرد مگر اینکه در آتی خلاف اظهاراتشان اثبات شود.

## بخش سوم

### وظایف و تکالیف قانونی وکیل معاضدتی

الف) وفق ماده ۴۳ آئین نامه قانون وکالت، وکیل منتخب مکلف است قرارداد حق الوکاله با موکل معاضدتی تنظیم و نسخه دوم آن را با رسید وکالت به دبیرخانه مؤسسه معاضدت قضائی ارسال و پس از ختم دعوی در صورتی که موکلش محکوم له واقع شود خمس حق الوکاله را که در قرارداد تنظیمی طبق مقررات و پس از وصول به صندوق



کانون پرداخت نماید مگر اینکه ثابت نماید دریافت حق الوکاله قانوناً مقدر نبوده است لذا وکیل معاضدتى همانند وکیل تعیینی در وکالتنامه رسمی اقدام و قرارداد حق الوکاله معاضدت را هم که ضمیمه ابلاغیه در سه نسخه است، یک نسخه آن را همراه با وکالتنامه به مؤسسه معاضدت تحویل می‌نماید و طبق روال مرسوم در این خصوص در دادگاه اقدام و با توجه به اینکه وصول حق الوکاله منوط به محکوم له واقع شدن موکل است وکیل منتخب باید مدارک و مستندات ابرازی را با خواسته تعیین شده از طرف مؤسسه معاضدت مطابقت نماید و تشخیص موضوع خواسته از طرف مؤسسه معاضدت موجب نمی‌شود که وکیل منتخب اسناد مورد ادعای موکلش را همچون وکیل تعیینی بررسی ننماید چرا که امکان بررسی دقیق و جامع تری برای او وجود دارد و چنانچه وکیل مربوطه در رسیدگی وکالتی خود به علم برتری دست یافت و یا متقاضی مدارکی را ارائه نمود که قبلاً از ارائه آن استتکاف داشته در نتیجه امکان دارد وکیل معاضدتى خواسته تعیین شده از سوی مؤسسه معاضدت را منطبق با دلایل موجود ندانسته و یا طریق بهتری برای احقاق حقوق موکلش احراز نماید در این صورت وکیل مربوطه دلایل و مستندات خود را کتباً با اطلاع مؤسسه معاضدت رسانده و با جلب نظر آن مرجع موضوع خواسته توسط مؤسسه معاضدت در صورت بررسی و پذیرش نظر وکیل منتخب تغییر خواهد یافت لذا وکیل معاضدتى شخصاً و رأساً حق چنین تغییری را نخواهد داشت.

مطالب یاد شده بیانگر آن است که اقدامات وکیل معاضدتى فقط باید طبق ابلاغیه صادره از سوی مؤسسه معاضدت انجام شود و حق هیچگونه تغییر و یا اقدامی مغایر و یا اضافه بر ابلاغیه صادره را ندارد که ماده ۴۴ آئین نامه قانون وکالت مؤید همین امر است که وکیل منتخب باید از جریان کار مؤسسه معاضدت را مطلع نماید تا در صورت خطای وکیل بدو از آن ممانعت بعمل آید و هر گونه تغییر مانند: موضوع خواسته، گرفتن وکالت معاضدتى اضافی، تغییر وکالت از معاضدتى به تعیینی، دخالت در مراحل بالاتر دادرسی و طرق فوق العاده شکایت از آراء صادره فقط باید با هماهنگی و جلب نظر و ابلاغیه رسمی مؤسسه انجام پذیرد در غیر اینصورت مسئولیت و عواقب آن متوجه وکیل منتخب خواهد بود.

نکته حائز اهمیت: وکیل منتخب می‌تواند با موکل معاضدتى قرارداد خصوصی از باب میزان حق الوکاله و نحوه پرداخت آن تنظیم نماید ولیکن نباید قرارداد موصوف با قواعد امره مغایرت و منافاتی داشته باشد بدین شرح که:



۱. مطابق ماده ۲۳ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ وکلای عدلیه مکلف هستند همه ساله در سه دعوی حقوقی به عنوان وکیل معاضدتی قبول وکالت نمایند و در صورتی که موکل محکوم‌ه واقع شود حق الوکاله قانونی از آنچه وصول شود به وکیل پرداخت می‌گردد در نتیجه از قانون مذکور چنین استفاده می‌گردد؛ اولاً: موکل باید محکوم له واقع شود، ثانیاً: محکوم به وصول گردد. فلذا در صورت عدم تحقق موارد فوق وکیل حق مطالبه و دریافت حق الوکاله را نخواهد داشت که ماده ۴۳ قانون وکالت نیز مؤید همین مطلب است در نتیجه دریافت هر گونه وجه یا سندی قبل از تحقق شرایط قانونی فوق‌الذکر فاقد وجهت قانونی است و تخلف محسوب می‌گردد ولیکن پرداخت هزینه‌های دادرسی بر عهده موکل است لذا در صورت بالا بودن هزینه‌های موصوف بدو نیز باید دادخواست اعسار از پرداخت هزینه دادرسی با تعیین آن توسط مؤسسه معاضدت در ابلاغیه تقدیم گردد و در شرایط فعلی با توجه به هزینه‌هایی که دفاتر خدمات قضایی دریافت می‌نمایند لذا متقاضی معاضدت باید شخصاً در دفاتر حضور یافته و هزینه‌های جاری را پرداخت نمایند که متأسفانه در پرونده‌های تسخیری بدلیل عدم حضور موکل این هزینه‌های دادرسی را تا کنون وکلاء پرداخت نموده‌اند که شایسته است قانون وکلای متبوع در این خصوص تمشیت و تدبیری اتخاذ فرمایند.

۲. مطابق ماده ۳۴ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ دریافت هر گونه وجه یا مالی از موکل یا گرفتن سند رسمی یا غیر رسمی از او علاوه بر میزان مقرر به عنوان حق الوکاله و علاوه بر مخارج لازمه به هر اسم و هر عنوان که باشد ولو بعنوان وجه التزام و نذر ممنوع است و مرتکب به مجازات انتظامی از درجه پنج به بالا محکوم می‌شود و چنین سندی در محاکم منشأ ترتیب اثر نخواهد بود لذا با توجه به اینکه در وکالت‌های تعیینی این امر ممنوع شده بطریق اولی و با استفاده از قیاس اولویت که وکالت معاضدتی عملاً مبنی بر احسان و ارفاق و حتی نوعی تکلیف قانونی بر اساس ماده ۲۳ قانون وکالت است ممنوع می‌باشد.

ب) حدود اختیارات وکیل معاضدتی در امر دادرسی تا چه حد است؟

۱. مطابق ماده ۳۵ قانون آئین دادرسی مدنی وکالت در دادگاه‌ها شامل تمامی اختیارات راجع به امر دادرسی است ولیکن در خصوص وکیل معاضدتی باید بین موضوعاتی که ورود در آنها نیازمند تنظیم دادخواست و اقامه دعوی جداگانه است قائل به تفکیک و تفاوت شد؛ اگر چه با ذکر اختیار طرح آن دعوی در وکالت نامه دیگر نیازی به اخذ



وکالت جداگانه نیست ولیکن از نظر مؤسسه معاضدت و امر دادرسی دعاوی مانند تقابل، ورود ثالث، جلب ثالث، اعسار و امثالهم دعاوی جدیدی محسوب که نیازمند صدور ابلاغیه جدید و با قید موضوع تازه از طرف مؤسسه معاضدت است و لیکن با درخواست وکیل منتخب ابلاغیه در موضوع خواسته جدید به نام همان وکیل در دعوی اصلی صادر و ارجاع می‌گردد که این امر با اصل نظارت بر عملکرد وکیل منتخب نیز طبق قانون منطبق بوده تا هم جلو سوء استفاده و هم خطای احتمالی گرفته شود در نتیجه هر موضوع، دادخواست یک دعوی حقوقی محسوب و نیاز به بررسی و ابلاغ جدید و جداگانه‌ای از سوی مؤسسه معاضدت دارد و از طرفی دیگر هر ابلاغ برای وکیل معاضدتی یک پرونده محسوب که از سه پرونده حقوقی سالیانه آن کسر می‌گردد لذا باید حدود اختیارات در وکالتنامه هم بر اساس موضوع ارجاعی از طرف مؤسسه معاضدت توسط وکیل منتخب تنظیم گردد.

۲. حدود اختیارات وکیل معاضدتی برای دخالت در مراحل بالاتر رسیدگی با توجه به اینکه وکالت معاضدتی امری استثنائی و برای موارد خاص است و مراحل کامل یک پرونده حقوقی را از بدو تنظیم و تقدیم دادخواست تا صدور حکم قطعی در بر می‌گیرد و با توجه به اینکه تکلیف و تحقق پرداخت حق الوکاله معاضدتی به شرط صدور حکم قطعی و محکوم له واقع شدن موکل معاضدتی است که پس از آن نیز باید (۱/۵) سهم کانون به مؤسسه معاضدت پرداخت شود فلذا شمول ابلاغیه وکیل معاضدتی از آغاز دادرسی تا پایان مرحله تجدید نظر و در موارد خاص فرجام خواهی خواهد بود و شامل اجرای حکم و طرز فوق العاده شکایت از آراء صادره و یا تعقیب عملیات اجرایی نمی‌باشد.

نکته: در صورتی می‌توان بعد از صدور رأی بدوی در مرحله تجدید نظر وکیل معاضدتی اخذ نمود که:

اولاً: مدارک و دلایل متقاضی متقن بوده و دادنامه بدوی از اصول و مستندات قوی و قانونی پیروی ننموده باشد. ثانیاً: با توجه به دلیل اصل تبادل لوایح در این مرحله که غیر حضوری است عملاً دفاعی در مرحله تجدید نظر برای وکیل معاضدتی متصور نیست مگر اینکه در مرحله تجدید نظر وقت رسیدگی تعیین و متقاضی به شرط تحقق شرایط فوق ابلاغیه آن را به مؤسسه ارائه نماید در این صورت دلیلی بر امکان دفاع حضوری وجود خواهد داشت در نتیجه متقاضی می‌تواند در مرحله تجدیدنظر هم درخواست وکیل معاضدتی نماید.

۳. وکیل معاضدتی حق استفاده وکالت در توکیل و یا تنظیم وکالت با همکار دیگری



مجموعاً یا منفرداً را ندارد چرا که: وکالت معاضدتی نوعی تکلیف قانونی برای شخص وکیل منتخب است که هر ساله باید در سه دعوی حقوقی قبول وکالت نماید و این امر قائم بر شخص وکیل معاضدتی است که از طرف مؤسسه بر اساس رعایت نوبت ارجاع، موضوع خواسته، وضع دعوی، جنسیت و وضع موکل معاضدتی تعیین می‌شود.

۴. وکیل معاضدتی حق استعفاء ندارد چرا که: تکلیف قانونی وکیل معاضدتی استعفاء پذیر نیست که این امر استثناء دیگری بر قواعد وکالت است لذا دلیل سلب حق استعفاء از وکیل معاضدتی در تکلیفی بودن و اجبار در پذیرش آن است بر خلاف حق طبیعی استعفاء که در وکالت تعیینی وجود دارد چرا که در غیر اینصورت منافع موکلی که با گذراندن مراحل قانونی در مؤسسه معاضدت و داشتن ابلاغیه در موضوعی خاص این حمایت معاضدتی را تا پایان امر دادرسی و صدور حکم قطعی دارد از بین نرود به همین خاطر است که در وکالت معاضدتی وکالت در توکیل، اخذ وجه یا تضمین جایگاه قانونی ندارد و لیکن موکل حق عزل وکیل معاضدتی خود را دارد چرا که می‌تواند با اراده و اختیار خویش خود را از این حمایت قانونی محروم نماید؛ نتیجتاً با توجه به اینکه وکالت معاضدتی اساس و مبنایش بر احسان و حمایت از قشر بی بضاعت جامعه است لذا آنچه به ثواب نزدیکتر می‌باشد آن است که حق الوکاله توافقی هم حداکثر در چهارچوب تعرفه قانونی باشد چون وکالت معاضدتی دارای قواعد امری و استثناء همچون نداشتن حق توکیل و استعفاء، سلب اخذ تضمین و سلب حق مطالبه و دریافت هرگونه وجهی بابت حق الوکاله در ابتدای امر است و نیز شامل محدودیت در دامنه دخالت وکیل معاضدتی در امر دادرسی طبق قانون حاضر می‌گردد.

۵. وکیل معاضدتی طبق ماده ۴۳ آئین نامه قانون وکالت مکلف است بدو گزارش قبول و تنظیم قرارداد وکالت را همراه با نسخه ثالث آن و نیز پس از خاتمه دعوی گزارش پایانی خود را در خصوص اقدامات و نتیجه حاصله و تعیین تکلیف حق الوکاله به مؤسسه معاضدت ارائه نماید که با ارائه آن وظایف قانونی وکیل معاضدتی پایان می‌یابد.

۶. وکیل معاضدتی از ابطال تمبر وکالت معاضدتی معاف است چرا که طبق ماده ۱۰۳ قانون مالیاتهای مستقیم باید رقم حق الوکاله قید و معادل ۵٪ آن بابت علی الحساب مالیاتی ابطال گردد لذا با توجه به اینکه وکیل معاضدتی در ابتدا هیچ وجهی از موکل دریافت نمی‌نماید و شرط مطالبه حق الوکاله معاضدتی محکوم له واقع شدن موکل است و اساساً اخذ مالیات بر درآمد است و چون فلسفه وکالت معاضدتی نیز بر اساس



احسان و کمک به فردی است که فاقد تمکن مالی می‌باشد استوار شده لذا درآمدی برای وکیل وجود ندارد تا ملزم به پرداخت مالیات آن در بدو امر گردد در نتیجه ملزم به ابطال تمبر مالیاتی در زمان تنظیم وکالت نامه و تقدیم آن به مرجع قضایی مربوطه نبوده و نیازی هم به رفع نقص در این خصوص ندارد.

## بخش چهارم

**شرح وظایف ارکان مؤسسه معاضدت ، ضرورت تغییر و تکمیل آن،  
موادی از آئین نامه قانون وکالت و سخن پایانی  
الف ) شرح وظایف ارکان مؤسسه معاضدت و سایر دوائر آن :**

۱. شعبه عرائض: اجرای مواد ۳۴ - ۳۷ - ۳۸ - ۴۱ آئین نامه قانون وکالت بر عهده این شعبه می‌باشد که باید در رسیدگی به تقاضاهای معاضدتی به وظیفه ذاتی خود که احراز شرایط ماده ۲۴ قانون وکالت و ماده ۴۲ آئین نامه مذکور است در جهت اعلام نظر راجع به پیشرفت دعوی، تعیین نواقص تقاضاها و دستور رفع آن به دبیر خانه اقدام نماید.

۲. شعبه قضایی: شعبه عرائض پس از بررسی مستندات متقاضی که حائز کلیه شرایط شکلی و ماهوی باشد پرونده را جهت بررسی نهایی و تعیین وکیل معاضدتی به شعبه قضایی ارسال می‌نماید و چنانچه درخواست متقاضی وکیل معاضدتی رد گردد می‌تواند طبق ماده ۳۹ آئین نامه قانون وکالت در ظرف ۱۰ روز از ابلاغ رد تقاضا به هیئت مدیره کانون شکایت کند و رأی هیئت مدیره قطعی است. لذا وظیفه این شعبه در راستای اجرای مواد ۳۴ - ۴۱ آئین نامه مذکور است.

۳. دبیرخانه معاضدت: شامل ثبت و ضبط تقاضاها و مدارک و اسناد ارسالی و ابلاغیه‌ها و نامه‌های مربوطه می‌باشد و همچنین مشخص نمودن آمار وکلای معاضدتی و تسخیری، تنظیم فرم قرارداد وکالت و ارسال آن، دریافت قرارداد حق الوکاله امضاء شده از وکیل معاضدتی، دریافت رسید وکالت نامه از وکیل منتخب و ارسال اخطاریه‌ها و اعلامیه‌ها و صدور ابلاغیه وکلاء و بروز رسانی اطلاعات آنها است که در راستای اجرای مقررات مذکور در مواد ۳۴ - ۳۶ - ۳۷ - ۳۹ - ۴۲ - ۴۳ - ۴۹ آئین نامه قانون وکالت تشکیل گردیده است.



۴. دایره نظارت و پیگیری: نظارت بر حسن عملکرد امور معاضدتی و تسخیری پس از ارجاع، نظارت بر رفتار فی مابین موکل و وکیل معاضدتی، حل و فصل اختلافات و چالش‌ها و در صورت عدم حل اختلاف موضوع به ریاست مؤسسه و النهایه به دادسرای انتظامی قانون و کلاء ارجاع می‌گردد که در راستای اعمال ماده ۴۴ آئین نامه قانون وکالت تشکیل گردیده است.

۵. دایره مشاوره خارج از شعبه معاضدت: شامل زندان مرکزی، بند نسوان، شوراهای حل اختلاف و قانون اصلاح و تربیت می‌باشد.

۶. دایره امور شهرستان‌ها: جهت مساعدت به افرادی که نیازمند مشاوره و وکیل معاضدتی هستند و بعد مسافت تا مرکز استان دارند از طرف مؤسسه معاضدت نمایندگانی تعیین می‌گردد تا مساعدت لازم را به عمل آورند که موظف هستند هر ماه گزارش عملکرد خود را کتباً به مسئول دایره امور شهرستان‌های مؤسسه معاضدت ارائه نمایند.

### **ب) ضرورت تغییر و تکمیل در بعضی از امور مؤسسه معاضدت:**

۱. تعیین وکیل به ترتیب حروف الفبا می‌باشد که بصورت مساوی و بدون تبعیض و اعمال سلیقه شخصی وکیل برای متقاضی معاضدت تعیین می‌گردد؛ این شیوه انتخاب گرچه دارای مزیت فوق است ولیکن امکان رعایت شرط تخصص و تجربه وجود ندارد. یک وکیل در شرایط عادی در پذیرش وکالت مختار است ولیکن این اختیار در وکالت معاضدتی وجود ندارد که در دنیای پیچیده امروز انتظار تجربه و مهارت در تمامی حوزه‌ها از وکیل منتخب انتظار بجایی نیست و ارجاع پرونده به وکیلی که هیچگونه تجربه، تخصص و علاقه‌ای به موضوع دعوی ندارد امکان تضییع حقوق موکل را در پی خواهد داشت.

۲. هنگام مراجعه متقاضی دعوی آنان را از جهت آسانی و سختی و میزان پیچیدگی طبقه بندی نموده لذا مسلماً باید قبلاً از تجربه، تخصص و علاقه همکاران وکیل و توانمندی‌های آنها مؤسسه معاضدت مطلع باشد تا در ارجاعات مربوطه مدنظر قرار گیرد؛ البته هر تغییر طبیعتاً در عمل با مشکلاتی روبروست که نقاط قوت و ضعف آن هم در اجرای آن مشخص می‌گردد.

۳. برخی از همکاران از وظایف کامل خود در قبال پرونده‌های معاضدتی مطلع نیستند





که مراجعات و کلاء و موکلین به مؤسسه معاضدت گواه این امر است و از آن مهمتر اینکه عدم توجه موکلان معاضدتی نسبت به وظایف قانونی و کیل معاضدتی توقعات و انتظارات بیجا و غیر معمول و گاه غیر قانونی مشکلاتی را برای وکیل منتخب ایجاد می‌نماید لذا می‌طلبد شرح وظایف و کلاهی معاضدتی تنظیم و در ظهر نسخه وکیل چاپ شده تا وکلاء وظایف خود را کاملتر بدانند و هم با اخذ امضاء از موکل معاضدتی موارد قانونی به آنها تفهیم گردد.

۴. تقویت دایره نظارت و پیگیری که در حال حاضر محدود به اعاده نسخه امضاء شده قرارداد و کالت و در مواردی مکاتبه با بعضی از وکلاء برای ارسال گزارش کار است، وصول حق الوکاله سهم کانون که به دلایل زیادی این وظیفه به سختی محقق می‌گردد چرا که بسیاری از پرونده‌ها مربوط به دعاوی خانوادگی است و در بعضی موارد دعاوی منجر به سازش می‌شوند لذا عملاً موضوع وصول حق الوکاله به دلیل حصول سازش مورد توجه قرار نمی‌گیرد با عنایت به اینکه وکلاء معاضدتی هم حق دخالت در مرحله اجراء حکم را ندارند.

۵. ضرورت ارتقاء سطح کیفی و علمی مشاوران حقوقی مؤسسه؛ آمادگی مستشاران مؤسسه معاضدت در پاسخگویی به سؤالات مراجعان نقش مهمی در ارشاد آنان به راه درست و نتیجتاً احقاق حقیقت دارد چرا که این یک واقعیت است که هر سؤالی ممکن است از طرف مراجعان مطرح گردد پس مؤسسه معاضدت باید آمادگی خود را برای پاسخگویی دقیق و کاملتر افزایش دهد.

۶. جایگاه مؤسسه معاضدت در سایت کانون و ارتباط آن با وکلاء؛ مؤسسه معاضدت به دلیل مأموریت ذاتی خود نیازمند ارتباط مستقیم با وکلاء است و همچنین نیاز مردم به ارتباط وسیع با مؤسسه معاضدت، با این وجود روش ارتباطی کنونی هیچگونه تناسبی با حجم ارتباطات امروزی ندارد و هنوز بصورت سنتی است در حالی که مؤسسه معاضدت قضایی ویتترین و پیشانی کانون و کلاهی دادگستری در ارتباط با مردم است و از طرفی وکلاهی معظم باید در ارتباط مداوم با این مؤسسه باشند ضمن اینکه ارائه آمار و عملکرد مؤسسه معاضدت بعنوان سند افتخاری است برای کانون وکلاء که در سال های ۱۳۹۵ و ۱۳۹۶ جمعاً قریب ۳۹۲۰ مورد پرونده‌های تسخیری و ۳۳۵ مورد وکالت معاضدتی ارجاع



گردیده که همه ساله روندی رو به رشد را نشان می‌دهد.

۷. تقویت بایگانی مؤسسه معاضدت جهت مختومه نمودن پرونده‌ها:

الف: اخذ گزارش از وکیل معاضدتی حاوی: دادخواست، رأی بدوی و تجدید نظر و در صورتی که موکل محکوم له باشد ارائه کپی اجرائیه تا خمس حق الوکاله سهم کانون اخذ شود و در صورت غیر مقدور بودن وصول حق الوکاله که احراز این امر از سوی مؤسسه معاضدت خواهد بود.

ب: در مورد پرونده‌هایی که موکل معاضدتی محکوم علیه واقع می‌شود ارائه گزارش از طرف وکیل منتخب حاوی آراء بدوی و تجدید نظر الزامی است.

به شرح فوق الذکر مختومه نمودن پرونده‌ها بسیار کار سخت و عظیمی است که باید با هدف رفع نقص از این پرونده‌ها از طریق ارسال پیامک و انعکاس در سایت کانون تمامی همکاران وکیل به ارائه گزارش پرونده‌های معاضدتی و تسخیری ارجاعی خود به مؤسسه دعوت شوند.

## موادی از آئین نامه قانون وکالت مربوط به مؤسسه معاضدت قضایی

ماده ۳۴ - مؤسسه معاضدت قضایی در مرکز است و دارای شعب ذیل می‌باشد:

۱. دبیرخانه
۲. شعبه عرائض
۳. شعبه قضایی

ماده ۳۵ - کارکنان مؤسسه معاضدت قضایی باید حتی المقدور از بین وکلاء عدلیه انتخاب شوند و ممکن است برای آنها حق الزحمه در بودجه کانون منظور شود.

ماده ۳۶ - تقاضای معاضدت به دبیرخانه مؤسسه مزبور داده می‌شود. کسانی که دور از مرکز معاضدت قضایی هستند می‌توانند مستقیماً یا توسط کانون محل در صورتی که تشکیل شده باشد و یا به وسیله دفتر عدلیه اقامت خود، تقاضا نمایند. در این صورت کانون یا دفتر عدلیه محل، موظف است تقاضا نامه را به انضمام مستندات و مدارکی که بموجب ماده ۳۷ این نظام مقرر است در اسرع اوقات به دبیر خانه معاضدت قضایی ارسال دارند.



ماده ۳۷ - در صورتی که معاضدت قضایی لازم بداند که توضیحاتی از تقاضا کننده بخواهد، مشارالیه بوسیله نامه یا اخطار احضار می‌شود ولی هر گاه اقامتگاه متقاضی خارج از مرکز معاضدت قضایی باشد تحقیقات بوسیله یکی از وکلاء یا دفتر عدلیه محل اقامت تقاضا کننده به عمل می‌آید:

۱. تصدیق از معتمدین یا کلانتری محل اقامت تقاضا کننده مبنی بر عدم قدرت او برای تأدیه حق الوکاله
۲. رونوشت مدارک دعوی

ماده ۳۸ - معاضدت قضایی می‌تواند تحقیقاتی در دلایل دعوی بنماید و هر گاه تشخیص دهد که مقصود تقاضا کننده سوء استفاده و شر خری است، از تعیین وکیل خودداری و تقاضا را رد نمایند.

ماده ۳۹ - در صورت رد، تقاضا کننده می‌تواند در ظرف (ده روز) به هیئت مدیره کانون شکایت کند. رأی هیئت مدیره قطعی است.

ماده ۴۰ - کلیه ارجاعاتی که از طرف معاضدت قضائی در حدود صلاحیت مؤسسه به وکلاء یا دفاتر عدلیه می‌شود باید به اسرع وقت، انجام گردد.

ماده ۴۱ - شعبه عرائض پس از وصول عرض حال به طریق ذیل اقدام خواهد نمود: هر گاه عرض حال ناقص باشد، نواقص آن را به دفتر دستور خواهد داد و اگر عرض حال کامل باشد عقیده را در پیشرفت دعوی خواهد نوشت و در صورتی که پیشرفت داشته باشد آن را به شعبه قضایی تسلیم خواهد نمود. شعبه قضایی وکیلی را برای تقاضا کننده معین می‌نماید.

ماده ۴۲ - ابلاغیه در سه نسخه صادر می‌شود:

نسخه اول به تقاضا کننده داده خواهد شد و نسخه ثانی در پرونده مربوطه بایگانی و نسخه ثالث برای ابلاغ به وکیل انتخابی به دفتر کانون ارسال می‌شود.

ماده ۴۳ - وکیل منتخب مکلف است قرارداد حق الوکاله تنظیم نموده، نسخه دوم آن را با رسید و کالتنامه به دبیر خانه معاضدت قضایی بفرستد و پس از ختم دعوی در صورتی که موکل محکوم له واقع شود خمس حق الوکاله را که در قرارداد تنظیمی مقرر است وصول و به صندوق کانون ایصال دارد مگر اینکه ثابت نماید که دریافت حق الوکاله قانوناً غیر مقدور است.



ماده ۴۴ - وکیل انتخابی باید از جریان کار مرجوع شعبه قضایی را مطلع دارد .  
ماده ۴۵ - وکیل انتخابی می‌تواند از شعبه مؤسسه راجع به طرز اقداماتی که لازم است مشورت کند.

ماده ۴۶ - در مواردی که انجام مقدمات و تشریفات مربوط به معاضدت قضایی موجب انقضاء موعدی از تقاضا کننده بشود، رئیس کانون می‌تواند مستقیماً وکیل انتخاب نماید مشروط به اینکه تقاضا نامه از حیث ضمائم کامل باشد.

ماده ۴۷ - قرارداد حق الوکاله معاضدتی به اسم معاضدت قضایی تنظیم می‌شود و مأمور وصول حق کانون، محاسبات مؤسسه مزبور است .

ماده ۴۸ - نمونه اوراق تقاضا نامه و سایر اوراق مربوط به امور معاضدت را هیئت مدیره کانون تعیین خواهد نمود.

ماده ۴۹ - دفتر معاضدت مکلف است اطلاعاتی که از طرف وکیل انتخابی واصل می‌شود به موکل ابلاغ نماید.

## سخن پایانی

موسسه معاضدت قضایی که بشرح فوق الذکر طبق قانون تشکیل گردیده و جزو یکی از ارکان اصلی کانون وکلاء دادگستری محسوب می‌گردد و جایگاهی برای ارائه خدمات بشر دوستانه و سبقت گرفتن در فضایل اخلاقی است که در شریعت نیز بسیار بدان تأکید شده و طبق قانون یک وظیفه اجتماعی است، با معرفی وکیل تسخیری و معاضدتی به متقاضی معاضدت که از اقشار بی بضاعت جامعه هستند نه تنها وظیفه والای خود را انجام داده بلکه تأثیر شگرفی در نگاه مردم نسبت به نهاد وکالت خواهد داشت و نیز ارائه مشاوره به مردم توسط وکلای دادگستری در موسسه معاضدت که تمامی هزینه‌های آن توسط وکلاء تأمین گردیده انگیزه‌های نوع دوستانه وکلا را آشکار می‌سازد و مردم هم به خوبی بدان واقف هستند که در شرایط عادی باید هزینه پرداخت نمایند در حالی که به صورت رایگان و با رویی گشاده و همراه با دلسوزی به آنها خدمات حقوقی ارائه می‌گردد که این اقدامات عملاً تبلیغ بزرگی برای جامعه وکالت در ایران و نشانگر قانونگرایی و حق طلبی وکلا است که خود پاسخی قاطع به تحریکات نا آگاهانه افرادی است که در پی تضعیف



جایگاه مقدس وکالت هستند. آنچه مسلم است انجام دقیق وظایف موسسه معاضدت که با همکاری وکلای معظم محقق می‌گردد خود موجب بهبود نگرش جامعه و به تبع آن مسوولان حکومتی به کانون‌های وکلاء است تا پاسخی باشد به شبهات و تبلیغات سوءای که علیه وکلا جریان می‌یابد. امید است با استعانت از خداوند متعال و مساعدت و وحدت جامعه وکالت در انجام وظایف قانونی مؤسسه معاضدت قضایی النهایه در ارتقاء کانون‌های وکلاء به جایگاه اصلی خود در نزد اجتماع بیش از پیش موفق باشیم. لذا در جهت تعمیق عدالت و اعتلای مقام وکالت مطالب تدوین و تقدیم گردید.



# بررسی تاثیرات حقوقی بروز ویروس کرونا بر عقد اجاره

مطهره ایمان زاده<sup>۱</sup>

## چکیده:

یکی از معضلات مهم حقوقی ناشی از فراگیر شدن پاندمی کرونا، تاثیر این ویروس بر عقد اجاره است. از آنجایی که عقد اجاره در جامعه ایران هم در ابعاد مسکونی و هم در ابعاد تجاری بسیار مبتلابه است، بررسی آثار این ویروس بر عقد اجاره اهمیت و ضرورت یافته است، لذا در این پژوهش که به روش توصیفی و تحلیلی تهیه و تنظیم شده است، از نظر حقوقی به این موضوع پرداخته شده است که اساساً ویروس کرونا چه تاثیری بر تعهدات موجر و مستاجر و عقد اجاره به طور کلی گذاشته است. نتایج و یافته‌های پژوهش در این خصوص موید این مطلب است که به واسطه فراگیر بودن عقد اجاره در جامعه، ستاد ملی مبارزه با کرونا، اقدام به تصویب مصوبه‌ای نموده است که معضلات حقوقی میان موجر و مستاجر را به صورت موقت حل و فصل نماید، اما بررسی وضع موجود بیانگر این است که نه تنها معضلات موجود حل و فصل نگردیده، ایرادات جدی حقوقی از جمله یک جانبه بودن، معلق کردن قوانین موجر و مستاجر، غیرحقوقی بودن متن، تناقض با قواعد فقهی تسلیط و مالکیت و غیره نیز بر این مصوبه وارد شده است. بنابراین ضمن نقد مصوبه مطروحه، راهکارهایی ارائه شده است، از جمله این موارد، طبق نتایج حاصله، استفاده حقوقی از فرصت فورس ماژور و تطبیق وضعیت ویروس کرونا با شرایط حاکم بر احراز وضعیت فورس ماژور با ملاحظات حقوقی عقد اجاره است. بدین ترتیب نیازی به

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



وضع قانون جدید یا نقض قوانین کشوری صرف تصویب یک مصوبه نخواهد بود. کلید واژگان: عقد اجاره، ویروس کرونا، تعهدات قراردادی، فورس ماژور، قوه قاهره، مصوبه ستاد ملی مبارزه با کرونا.

## ۱- مفهوم اجاره

در خصوص مفهوم اجاره می‌توان به تعریف قانونی اشاره داشت، ماده ۴۶۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجره می‌شود».

اجاره دو نوع دارد، اجاره تملیکی و اجاره عهده‌ای، اجاره زمانی تملیکی است که عین مستاجره، عین خارجی و معین باشد، مانند اجاره یک باب خانه مشخص. در این مثال، اثر عقد اجاره انتقال ملکیت منافع خانه از موجر به مستاجر است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۹۱) اجاره هنگامی عهده‌ای است که عین مستاجره کلی باشد، مانند اینکه شخصی یک دستگاه اتوبوس در بست راه، برای انجام مسافرت، در زمان معین، از یک بنگاه حمل و نقل، اجاره کند که در این مثال، اتوبوس مزبور، به خصوص معین نمی‌شود و موجر هر اتوبوس سالمی، مطابق شرایط عقد اجاره، جهت استفاده به مستاجر تسلیم کند، عقد اجاره را انجام داده است. عقد اجاره، در این مثال عهده‌ای است، زیرا عینی که منافع آن مورد معامله بوده، مشخص نیست تا بتوان بین مستاجر و منافع عین، رابطه مالکیت تصور نمود.

## ۲- مصوبه ستاد ملی مبارزه با کرونا در خصوص عقد اجاره

در این قسمت به بررسی پیشینه، چرایی و طرح‌های آرایه شده توسط ستاد ملی مبارزه با کرونا اشاره خواهیم نمود.

### ۱-۲: تمدید مهلت و عدم تخلیه

ستاد ملی مبارزه با کرونا در اسفند ماه ۱۳۹۸ مصوبه‌ای با مضمون تمدید اجباری قراردادهای اجاره تا پایان اردیبهشت ماه ۱۳۹۹ را تصویب و ابلاغ کرد که این مصوبه در خرداد ماه ۱۳۹۹ با تصمیم مجدد همان ستاد و با هدف پیشگیری از شیوع کرونا مجدداً تمدید و نهایتاً در تیرماه ۱۳۹۹ با تغییرات جدید برای اجرا به دستگاه‌های مربوطه ابلاغ شد.

در تیرماه ۱۳۹۹ وزیر راه و شهرسازی وقت در نامه‌ای با موضوع مصوبات بیست و ششمین جلسه ستاد ملی مدیریت کرونا به سرپرست وزارت صنعت، معدن و تجارت،



دادستان کل استان ها، روسای دادگستری کل استان‌ها و رییس مشاوران املاک کشور، بر اجرای مصوبات ستاد ملی کرونا، بر اجرایی کردن مواد ۹ مصوبه<sup>۲</sup> در خصوص تمدید قراردادهای اماکن استیجاری تاکید کرد و خواستار اتخاذ تصمیم در این باره شد.

این مصوبه از آن زمان تاکنون در حال اجرا بود و موجب تمدید حدودا ۵۰ درصد قراردادهای اجاره شد تا اینکه در آذر ماه ۱۳۹۹ استثنائاتی بر آن وارد شد. بر اساس این ابلاغیه، موارد مستثنی از مصوبه جلسه بیست و ششم ستاد ملی مقابله با کرونا در مورد قراردادهای اجاره اماکن مسکونی شامل سه مورد است که این سه مورد عبارتند از:

۱: چنانچه مالک به منظور تخریب واحد مسکونی و احداث ساختمان جدید، پروانه ساختمانی اخذ کرده باشد. ۲: چنانچه مستأجر تا یک ماه پس از تمدید قرارداد اجاره جدید، مابه‌التفاوت مال الاجاره را به موجر پرداخت نکرده باشد. ۳: چنانچه به تشخیص مرجع صالح رسیدگی کننده، نیاز مالک (موجر) به دلیل ازدواج اولاد ذکور وی به ملک مسکونی مورد اجاره احراز شود. ۴: بدین ترتیب به غیر از این سه مورد، در باقی موارد به موجب ماده ۹ مصوبات بیست و ششمین جلسه ستاد ملی مدیریت و ویروس کرونا قراردادهای اجاره مربوط به املاک مسکونی استیجاری که تا تاریخ ۹۹/۴/۸ تمدید نشده است، در صورت عدم توافق بین طرفین و تمایل مستاجر تا سه ماه پس از اعلام رسمی وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی نسبت به پایان شیوع کرونا و اتمام شرایط اضطراری تمدید می‌گردد.

## ۲-۲: تاسیس صندوق رهن و اجاره برای مستاجران

راه دومی که دولت برای مقابله با این شرایط پیشنهاد داده؛ تاسیس صندوق وام برای مستاجران است. طرح اولیه این طرح مربوط به تیر ماه است. ولی پیگیری‌ها به صورت جدی در این رابطه انجام نشد. در شرایط اضطراری پیش آمده این طرح دوباره بازگو شد.

---

۲. ماده ۹ مصوبات بیست و ششمین جلسه ستاد ملی مدیریت و ویروس کرونا: "با عنایت به شرایط اقتصادی تحمیلی بر کشور ناشی از شیوع ویروس کرونا و همچنین تحریم های ظالمانه و با لحاظ ضرورت حمایت از اقشار آسیب پذیر، کلبه قراردادهای اجاره مربوط به املاک مسکونی استیجاری که تا تاریخ ۹۹/۴/۸ هنوز تمدید نشده است در صورت عدم توافق بین طرفین و تمایل مستاجر تا سه ماه پس از اعلام رسمی وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی نسبت به پایان شیوع کرونا و اتمام شرایط اضطراری تمدید می‌گردد ...".





راه‌اندازی این صندوق یک پیشنهاد برای تسهیل کار مستاجران است. در حال حاضر که قیمت‌های مسکن و هزینه‌های اجاره افزایش یافته و به تبع آن شرایط برای مستاجرین سخت شده. تأسیس صندوق رهن و اجاره می‌تواند تسهیل‌کننده امور باشد. هدف این است کسانی که توانمندی پرداخت اجاره را ندارند، وام بگیرند و آن وام را به عنوان ودیعه مسکن استفاده کنند. به این وام سود تعلق می‌گیرد. اما محاسبات نشان می‌دهد که این هزینه سود، کمتر از هزینه اجاره‌ای است که افراد باید پرداخت کنند. (مصوبات کرونایی ستاد ملی مبارزه با کرونا، خبرگزاری ایسنا)

### ۲-۳: ابقای مصوبه ابلاغی در سال ۱۴۰۰

مصوبه مذکور در سال ۱۴۰۰ نیز همچنان پابرجا ماند به طوری که به موجب اعلام وزارت راه و شهرسازی قراردادهای اجاره‌ای که در سال ۱۴۰۰ منعقد می‌شوند، تا سه ماه پس از اعلام رسمی پایان کرونا همچنان به طور اجباری تمدید خواهد شد و مالکان نمی‌توانند قرارداد اجاره را فسخ کنند. در این گزارش آمده است که مصوبه ستاد مبارزه با کرونا درباره تمدید قراردادهای اجاره تا سه ماه پس از اتمام کرونا اعلام شده است.

### ۲-۴: شرایط تخلیه ملک توسط موجر در زمان کرونا

با توجه به آنکه شخص موجر مالک عین مورد اجاره (منزل اجاره شده) می‌باشد و مصوبات مذکور به صورت آمرانه (دستوری) از جانب ستاد ملی مقابله با کرونا به مالک اشاره مستقیم نموده و او را مخاطب خود در این امر قرار داده است باید گفت که مالک یا همان موجر تا پایان یافتن وضعیت به وجود آمده، مجبور به تمدید اجاره می‌باشد (هرچند با مستاجر به توافق نرسد) و اگر خواهان بالا بردن رهن و اجاره بها می‌باشد، باید مطابق ماده ۹ مصوبه بیست و ششم عمل شود که این مصوبه مقرر می‌دارد: "... حداکثر افزایش میزان اجاره بها یا مبلغ رهن برای شهر تهران تا ۲۵ درصد، کلان شهرهای دیگر (مشهد، تبریز، اصفهان، شیراز، کرج، اهواز، قم، کرمانشاه) تا ۲۰ درصد و سایر شهرهای کشور تا ۱۵ درصد خواهد بود." ولی باید تاکید نمود، این روال دارای استثنائاتی می‌باشد همانند تخلف مستاجر از تعهدات خود که زمینه ساز ایجاد حق و حقوق برای موجر می‌شود تا بتواند برای درخواست تخلیه و دیگر موارد اقدام کند. البته ناگفته نماند در مواقعی که خود مستاجر راضی به تمدید اجاره نباشد این مصوبه قابل اجرا نخواهد بود.

یکی از استثنائاتی که برای ماده ۹ مصوبه بیست و ششمین جلسه ستاد در نظر گرفته و به آن اشاره شد، آن است که "چنانچه به تشخیص مرجع صالح رسیدگی کننده، نیاز



مالک (موجر) به دلیل ازدواج اولاد ذکور وی به ملک مسکونی مورد اجاره احراز شود<sup>۳</sup> دادگاه می‌تواند دستور تخلیه ملک و تحویل آن به موجر را صادر کند. در رویه عملی نیز به موجب قانون شورای حل اختلاف، موجر می‌تواند با ارائه سند ازدواج فرزند ذکور خود و اثبات این ادعا که وی خانه ندارد، از شورا تقاضای صدور دستور تخلیه را بگیرد.

در همین خصوص رییس شورای حل اختلاف تهران می‌گوید: "در اصطلاح حقوقی گفته می‌شود که (صرف ادعا مثبت دعوا نمی‌تواند باشد) بنابراین کسی که ادعا می‌کند فرزند ازدواج کرده و نیاز شخصی دارم طبق دستورالعمل باید دلیل آن را ارائه کند و اعضای شورای حل اختلاف هم باید با دقت بررسی کرده و اگر ثابت شد که نیاز شخصی است و فرزند ذکور او ازدواج کرده و مدارکی مانند ازدواج نامه و مدارک و مستندات آن را ارائه کرد، طبیعتاً قاضی مربوطه دستور تخلیه را صادر می‌کند که جزء این تبصره و استثنائات است."<sup>۳</sup>

### ۳- ایرادات حقوقی مصوبه ستاد ملی مبارزه با کرونا

وجود هشت اشکال حقوقی، فنی و اقتصادی در مصوبه تمدید اجباری اجاره‌نامه املاک مسکونی تا زمان نامشخص که به تصویب ستاد مقابله با کرونا رسیده و در تیرماه ۱۳۹۹ ابلاغ شده است، موجب افزایش اختلافات میان مالک و مستاجر شده است. موضوع الزام موجران به توافق با مستجرانی که قصد جابه‌جایی ندارند و تعیین سقف مشخص برای افزایش اجاره‌بها که توسط ستاد ملی مقابله با کرونا در ابتدای تابستان ۱۳۹۹ به تصویب رسید، علل مختلف به اختلافات میان موجران و مستجران دامن زده و معادله باخت-باخت در بازار اجاره را رقم زده است.

مصوبه‌ای که با هدف حمایت از مستجران وضع شده با توجه به مشکلاتی که برای برخی از موجران به دنبال داشته، نه تنها پای موجر و مستاجر را به محاکم قضایی باز کرده و به اتلاف وقت و انرژی آنها و تحمیل هزینه به دستگاه قضایی منجر شده است، بلکه در میان مدت نیز هر دو گروه از این تصمیم متضرر خواهند شد؛ چراکه از یکسو موجر تمایل به تمدید قرارداد با مستاجر قبلی را از دست داده و در اولین فرصت ممکن که شرایط

۳. غلامرضا مهدوی، مصاحبه رییس شورای حل اختلاف تهران با خبرگزاری دانشجویان ایران، ایسنا، آذر ۱۳۹۹.



شیوع کرونا برطرف شود، درصدد درخواست از مستاجر برای ترک ملک برمی‌آید و از طرفی ممکن است حتی به دلیل مصائب ناشی از اجاره‌داری در سالی که گذشت، به کلی از عرضه ملک خود در بازار اجاره منصرف شود که این موضوع می‌تواند زمینه‌ساز کاهش عرضه و تاثیر سوء بر وضعیت قیمت‌ها در بازار اجاره‌بها باشد. به این ترتیب مستاجر نیز در مواجهه با کمبود عرضه و رشد قیمت در بازار اجاره متضرر خواهد شد و یک معادله باخت-باخت رقم می‌خورد. (رضایی مجد، ۱۳۹۹:۱)

همان طوری که گفته شد در بند نهم مصوبه ستاد ملی مقابله با کرونا اینطور آمده است: «با عنایت به شرایط اقتصادی تحمیلی بر کشور ناشی از شیوع ویروس کرونا و همچنین تحریم‌های ظالمانه و با لحاظ ضرورت حمایت از اقشار آسیب‌پذیر، کلیه قراردادهای اجاره مربوط به املاک مسکونی استیجاری که تا تاریخ ۸ تیر ۹۹ هنوز تمدید نشده است، در صورت عدم توافق بین طرفین و تمایل مستاجر تا سه ماه پس از اعلام رسمی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نسبت به پایان شیوع کرونا و اتمام شرایط اضطراری تمدید می‌شود. حداکثر افزایش اجاره‌بها یا مبلغ رهن برای شهر تهران تا ۲۵ درصد، کلان‌شهرهای دیگر (مشهد، تبریز، اصفهان، شیراز، کرج، اهواز، قم و کرمانشاه) تا ۲۰ درصد و سایر شهرهای کشور تا ۱۵ درصد خواهد بود.»

همچنین براساس تبصره‌های این مصوبه، موجر تنها در صورتی که ملک خود را بفروشد، می‌تواند با در نظر گرفتن مهلت دو ماهه به قرارداد اجاره با مستاجر پایان دهد. افزون بر این اگر مستاجر نیز به تکالیف خود در ماه‌های پیش عمل نکرده باشد و موجب تضعیف حقوق موجر شده باشد، این امکان وجود دارد که موجر قرارداد مذکور را تمدید نکند و مشمول الزام به تمدید نشود.

این مصوبه از دیدگاه بسیاری از کارشناسان حقوقی با سه قانون مصوب کشور از جمله اصولی از قانون اساسی، موادی از قانون مدنی و موادی از قانون موجر و مستاجر مغایر است و این مغایرت به شکلی است که برخی کارشناسان حقوقی از آن به «رد صلاحیت و پایان اعتبار قانون روابط بین مالک و مستاجر» یاد می‌کنند. لذا در ادامه به بررسی این ایرادات پرداخته می‌شود.

### ۱-۳: مغایرت با قانون اساسی

اولین اشکالی که برخی از کارشناسان حقوقی بر این مصوبه دارند، ناظر بر مغایرت آن با اصل ۷۱ قانون اساسی است. براساس این اصل وظیفه قانون‌گذاری صرفاً بر عهده



مجلس شورای اسلامی بوده و قابل تفویض نیست. بنابراین هرگونه تغییر در مفاد قانون روابط بین مالک و مستاجر نیز باید از کانال مجلس انجام شود.

توضیح اینکه برابر اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت قانون گذاری در کشور متعلق به مجلس شورای اسلامی است و ستاد ملی مقابله با کرونا فاقد چنین صلاحیتی است. بنابراین حتی اگر قرار بر این بود که محدودیتی برای نحوه بهره برداری از املاک اجاری مسکونی وضع شود، باید از مجرای پیش‌بینی شده در قانون انجام می‌شد. تعیین تکلیف در امر اجاره‌داری املاک خصوصی نوعی از ورود به حوزه حقوق عمومی است که دولت حق آن را ندارد و بدون اذن قانونی چنین مداخله‌ای ممکن نیست.

البته ذکر این توضیح ضروری است که بنا بر تصریح رئیس‌جمهور وقت، تشکیل ستاد ملی کرونا در شورای عالی امنیت ملی به تصویب رسیده و مقام معظم رهبری نیز این تصمیم را تایید کرده و مصوبات آن هم تراز مصوبات شورای عالی امنیت ملی تلقی شده و لازم‌الاجرا خواهد بود. سخنگوی دولت وقت نیز درباره جایگاه قانونی تصمیمات ستاد ملی مقابله با کرونا پیش‌تر توضیح داده بود که تصمیمات این قبیل ستادها که در مواقع بحران تشکیل می‌شود، از جنس تصمیمات آنی و فوری برای عبور از بحران است و ماهیت موقتی دارد. اما اگر این تصمیمات نیاز به تداوم داشته باشد، ارجاع به مراجع قانون گذاری صورت خواهد گرفت.

از طرفی برخی حقوق دانان معتقدند مصوبات شورای عالی امنیت ملی در حکم «مقررات اجرایی» هستند و در واقع، جایگاهی پایین‌تر از قوانین مصوب مجلس دارند و عده‌ای نیز معتقدند مصوبات مجلس شورای اسلامی و شورای عالی امنیت ملی را باید هم‌رتبه و در یک رده دید. اما در مجموع با استناد به مجموع این تفاسیر، نفس اتخاذ تصمیمات حداقل یک ساله و به تعبیر دقیق‌تر، با مدت‌زمان اجرای نامعلوم برای بازار اجاره در قالب تصمیم موقتی و کوتاه‌مدت نمی‌گنجد و با همین تعریف، موضوع مذکور باید برای پیدا کردن وجه قانونی در نهاد متولی قانون گذاری یعنی مجلس به رای گذاشته شود و از فیلتر تایید شورای نگهبان نیز عبور کند.

بر اساس قانون اساسی کشورمان مجلس شورای اسلامی صلاحیت دارد تا در همه زمینه‌ها قانون تصویب کند. در مواردی هم که اجازه تصویب مقرره‌ای را به نهادی واگذار می‌کند تصویب مقرره به صورت جزئی و اصولاً در چارچوب قانونی که مجلس تصویب کرده صورت می‌گیرد. در زمینه قرارداد اجاره نیز ما قانون مدنی و قانون روابط موجر و



مستاجر مصوب ۱۳۷۶ را پیش روی خود داریم که در هیچ یک از آنها قانون‌گذار چنین اجبار سنگینی را بر مالک مبنی بر تمدید قرارداد تا مدت نامشخص وضع نکرده است و در واقع گویا این مصوبه قانون مجلس شورای اسلامی را نسخ و از اعتبار ساقط کرده است. «ستاد ملی مبارزه با کرونا» از طریق مصوبه «شورای عالی امنیت ملی» تشکیل شده است. این شورا توسط قانون اساسی تشکیل شده و اختیارات مختلف آن در اصل ۱۷۶ بیان شده است. این شورا «به منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی و تمامیت ارضی و حاکمیت ملی تشکیل شده است». علاوه بر آن یکی از وظایف این شورا «تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور در محدوده سیاست‌های کلی تعیین شده از طرف مقام رهبری» است.

با فرض اینکه ستاد مبارزه با کرونا با هدف اعطای اختیارات شورای عالی انقلاب فرهنگی در خصوص کرونا به ستاد مذکور تشکیل شده باشد، مسئله کرونا یک مشکل دفاعی یا امنیتی نیست که شورای عالی و به تبع آن ستاد مبارزه با کرونا صلاحیت سیاست‌گذاری در این زمینه را داشته باشد. علاوه بر آن باید توجه داشت که صلاحیت شوراهای فرعی که توسط شورای عالی امنیت ملی تشکیل شده بر اساس اصل ۱۷۶ باید توسط قانون تعیین شود در نتیجه این شوراها و ستادها بدون اجازه قانون، صلاحیت سیاست‌گذاری را نخواهند داشت.

به بیان دیگر باید گفت اولین و مهم‌ترین پرسش در این خصوص، فقدان صلاحیت ستاد ملی مقابله با کرونا در امر قانون‌گذاری، نسخ یا بی‌اعتباری مصوبات مجلس و مقررات موضوعه و از آن مهم‌تر قانون اساسی است. ستاد مزبور در این اقدام تقنینی دستاورد دو مرجع صالح و بالاتر مجلس خبرگان قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی را هدف قرار داده است. به حکم اصل ۷۱ قانون اساسی قانون‌گذاری در عموم مسائل در حدود قانون در صلاحیت انحصاری مجلس شورای اسلامی قرار دارد. این شأن قائم به این قوه بوده و قابل تفویض به دیگری نیست. به صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیاتی واگذار کند ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند...» حتی آنجا که قانون‌گذار اختیار وضع آیین‌نامه، بخشنامه و تصویب‌نامه (مقررات فروتقنینی) را به دولت و اجزای آن تفویض کرده تاکید دارد این مقررات به هدف اجرای قوانین یا تنظیم



و تنسيق امور در سازمان‌های اداری انشا شده و نباید با متن و روح قوانین مخالفتی داشته باشد (اصل ۱۳۸ قانون اساسی). بنابراین حتی در وضع مقررات فروتقیننی هم هیات وزیران یا وزارتخانه مربوط باید سازگاری مصوبه با مقررات موضوعه مملکت را در نظر داشته باشد. در حالی که مصوبه مورد بحث با فرض تفویض اختیار مرجع صالح اولاً نه در قالب مقررہ پایین دست، بلکه در هیات و هییت قانون جلوه‌گری می‌کند.

### ۲-۳: مغایرت با قانون روابط موجر و مستاجر

اشکال دوم مصوبه مذکور، در تعارض بودن متن مصوبه با دو ماده قانونی ۳ و ۵ قانون روابط مالک و مستاجر مصوب سال ۱۳۷۶ است. اولاً ماده ۳ قانون مزبور حق درخواست موجر برای تخلیه ملک را به رسمیت شناخته و حتی عنوان شده اگر سررسید قرارداد گذشته باشد و مستاجر حقی برای خود قائل باشد، باید ضمن تخلیه، شکایت خود را در دادگاه مطرح کند و به‌طور جداگانه به این پرونده نیز رسیدگی و جبران خسارت خواهد شد. این در حالی است که در مصوبه ستاد کرونا، بحث تمدید اجباری قرارداد اجاره تا زمان نامشخص، امکان استفاده از این مواد قانونی را از موجر سلب کرده است.

از طرفی براساس ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی اگر مخالف صریح قانون نباشد، نافذ شمرده می‌شود که قراردادهای اجاره نیز در زمره آنها قابل دسته‌بندی است. بنابراین مصوبه ستاد مقابله با کرونا نوعی دخالت در توافق خصوصی میان مالک و مستاجر و قراردادی است که به نوعی وجه قانونی پیدا کرده است.

علاوه بر این، بروز شبهه بزرگ در کار قضاوت بین موجر و مستاجر، قابل طرح است. وجود اشکالات متعدد در این مصوبه سبب شده بیش از ۱۰ هزار پرونده در شوراهای حل اختلاف درباره اختلافات بین موجر و مستاجر طی ماه‌های اخیر تشکیل شود. این عدد وقتی معنادار می‌شود که آن را با گزارش‌های رسمی از تعداد قراردادهای اجاره مقایسه کنیم، از سال ۱۳۹۹ تا کنون به‌طور میانگین در هر فصل حدود ۶۰ هزار قرارداد اجاره منعقد و در سامانه رسمی مربوطه ثبت شده است. این در حالی است که ظرف شش ماه اخیر حداقل ۱۰ هزار پرونده برای حل اختلاف موجر و مستاجر تشکیل شده که رقم قابل توجهی در مقایسه با کل قراردادهای اجاره به شمار می‌آید.

مصوبه ستاد ملی مقابله با کرونا که مبنای اقدام این شورا درباره اختلافات موجر و مستاجر است، در این زمینه پیش‌بینی لازم را نکرده و با وجود پیگیری‌های صورت گرفته، هنوز مصوبه مذکور اصلاح نشده است. گفته می‌شود برخی از رسیدگی‌کنندگان به



پرونده اختلافات موجر و مستاجر دچار این شبهه شده‌اند که اگر مطابق با مصوبه ستاد کرونا عمل کنند، آیا خلاف اصل ۱۶۶ قانون اساسی شمرده نمی‌شود؟ این اصل از قانون اساسی تصریح می‌کند احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به «مواد قانون» باشد. در واقع سوال این است که اکنون قضات باید میان این دو، کدام را مرجع رسیدگی به پرونده‌های مذکور قرار دهند. (رضایی مجد، ۱۳۹۹:۱)

## نمونه رأی دستور تخلیه

درخصوص درخواست خواهان ا.غ با وکالت این به طرفیت خوانده ر.ر مبنی بر صدور دستور تخلیه یک دستگاه آپارتمان تحت پلاک ثبتی ..... فرعی مفروز از پلاک ..... فرعی بخش ۱۱ تهران به آدرس شهرک غرب، نظر به اینکه رابطه استیجاری مابین طرفین به حکایت مندرجات سند اجاره عادی ابرازی از طرف خواهان که در حین تنظیم توسط دو شاهد گواهی شده ثابت بوده و عقد اجاره نیز در مورخ ۱۴۰۰/۳/۸ منقضی شده و موجر با تقدیم درخواست عدم رضایت خود را بر ادامه رابطه استیجاری اعلام داشته، لذا استمرار تصرف مستأجر در عین مستأجره فاقد وجهت شرعی و قانونی بوده و در اجرای بند ب ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۹۴/۸/۱۰ و مواد ۳ و ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶، دستور تخلیه ید مستأجر از عین مستأجره فوق صادر و اعلام می‌دارد. اجرای احکام مدنی ظرف مدت ۲۴ ساعت نسخه دوم این دستور را به مستأجر ابلاغ و ظرف مدت یک هفته پس از ابلاغ، نسبت به اجرای تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر اقدام نماید.

اجرای دستور منوط به پرداخت مبلغ ۶/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به حساب سپرده دادگستری بابت ودیعه از سوی موجر می‌باشد.

قاضی شعبه ۵۷ شورای حل اختلاف مجتمع شماره ۲ تهران با توجه به نمونه رأی صادره که مورد اشاره قرار گرفت، خواهان در ایام بروز پدیده کرونا و پس از مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا، از دادگاه خواسته تخلیه اجاره ملک واقع در شهرک غرب تهران را تقاضا کرده است و در این خصوص به بند ب ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ استناد کرده است و دادگاه محترم نیز با توجه به احراز رابطه موجر و مستأجری از یک سو و انقضای مدت و توجه به قانون روابط موجر و مستأجر



۱۳۷۶ از سوی دیگر، دستور به تخلیه را صادر کرده است.

این رای از دو نظر قابل توجه و تحلیل است:

اولاً در خواسته موجر و همینطور دستور تخلیه صادر شده توسط دادگاه محترم، کوچکترین اشاره‌ای به مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا و همینطور اصلاحات اخیر مصوبات این ستاد مبنی بر جلوگیری از صدور دستور تخلیه و همینطور تمدید خودکار قراردادهای اجاره و غیره نشده است، البته همانطور که در متن پژوهش نیز اشاره شد، این که ستاد ملی مبارزه با کرونا بتواند در خصوص مقررات قانونی دخالت کند رویه پسندیده‌ای نیست و قابل نقد است، اما زمانی که همین رویه قابل نقد از سوی شوراها حل اختلاف مورد توجه قرار گرفته و اجرایی شده است، معلوم نیست که چرا در برخی از محاکم مورد توجه قرار گرفته و از صدور دستور تخلیه اجتناب شده است و از طرف دیگر، از سوی محاکم دیگری مورد توجه قرار نگرفته و اصولاً بی توجه به این مصوبات و دستورات اجرایی از سوی قوه مجریه در این خصوص به واسطه شرایط فورس ماژور اقتصادی و مالی، دستور تخلیه صادر شده است.

ثانیاً رای مذکور نشان دهنده عدم وجود یک وضعیت با ثبات در رویه قضایی است، چرا که رای مذکور نشان از این دارد که حتی در ایام کرونا و حتی علی‌رغم مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا می‌توان قائل به حق تخلیه موجر و الزام به تخلیه مستاجر بود. اما آرای قضایی دیگری نیز وجود دارد که در آنها به کرونا و مصوبات ستاد استناد شده و با توجه به وضعیت فورس ماژور از صدور دستور تخلیه اجتناب شده است، لذا این موضوع بیانگر این است که الف) رویه قضایی واحدی در این خصوص وجود ندارد ب) مصوبه ستاد ملی مبارزه با کرونا نتوانسته است مشکلات ناشی از بروز کرونا در قراردادهای اجاره را به طور کامل حل و فصل نماید ج) با توجه به ادامه دار شدن ویروس کرونا و عدم فرضیه موقت بودن آن، ضرورت دارد که برای رفع این چالش‌های حقوقی و قضایی که در رویه قضایی نیز به طور جدی بازتاب یافته است و رایج جامعه است، ماده واحد یا رای دیوان عالی کشور وضع یا صادر گردد.

### ۳-۳: نقض حق مالکیت خصوصی اشخاص

از اشکالات دیگر وارده بر مصوبه تیرماه ستاد ملی مقابله با کرونا درباره تمدید اجباری اجاره‌نامه‌ها به مدت نامعلوم، اشکالی است که ناظر بر زیان مالی است که ممکن است با این تصمیم متوجه گروهی از موجران شود.





احترام به مالکیت اشخاص در حقوق ایران که ریشه گرفته در فقه اسلامی است بسیار اهمیت دارد. تا جایی که بر اساس آن مالکان می‌توانند سرنوشت اموال تحت تصرف خود را تعیین کنند. با این حال هم در فقه اسلامی و هم در حقوق ایران این اختیار گسترده نیست و تا جایی ادامه دارد که منجر به ضرر به دیگری نشود. این استثنا در اصل ۴۰ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است.

براساس اصل ۴۰ قانون اساسی هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله «اضرار به غیر» یا «تجاوز به منافع عمومی» قرار دهد. بنابراین هم قانون‌گذاران مجلس و هم قضات دادگاه‌ها باید در تصویب مقررات و یا در صدور حکم به این استثنا توجه کنند و راه ضرررساندن مالکان را به دیگران از طریق تصرف در اموال خود از میان ببرند.

در خصوص تمدید یا عدم تمدید اجاره‌نامه نیز مالکان خانه‌های مسکونی بنا به توافق و حاکمیت اراده طرفین و هم بر اساس تصرف در اموال خود می‌توانند تصمیم بگیرند که قرارداد را ادامه دهند یا خیر؟ اما در شرایط خاص کرونا ممکن است تخلیه مسکن و جابجایی مستاجران از خانه مالک سخت و دشوار باشد. این در حالی است که کشور با یک بحران اقتصادی روبرو شده، میزان خرید و فروش از مغازه‌ها کاهش یافته و افراد به سختی قادر به یافتن مکان جدید برای زندگی یا کسب روزی هستند. در کنار آن‌ها افزایش سرسام‌آور اجاره‌بها یافتن خانه جدید را با دشواری مضاعف روبرو کرده‌است. ستاد ملی مبارزه با کرونا نیز بر اساس همین مبنا و کاهش دشواری‌های اقتصادی موجود دست به اتخاذ چنین تصمیمی زده است.

در کنار این حقایق باید توجه داشت که ضرر رساندن به دیگری نباید بهانه‌ای برای ضرر رساندن به خود مالک شود. همانطور که مشخص است ستاد ملی مبارزه با کرونا حق تصمیم‌گیری مالک بر ملک خود را به مدت نامحدودی (تا سه ماه بعد از پایان کرونا) سلب کرده و مشخص است که دیگر مالک قادر به بهره‌برداری مطلوب از ملک خود در این مدت نخواهد بود. بنابراین درست است که «سوءاستفاده» از حق، غیرقانونی است اما هیچ‌گاه نمی‌توان مالک را از «استفاده عادی و متعارف» از اموالش منع کرد. هنوز تجربه تلخ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶ در خصوص عدم امکان تخلیه ملک حتی بعد از انقضای مهلت اجاره از تاریخ حقوق ایران پاک نشده است که قانونگذار چنین تصمیمی را اتخاذ کرده است.

در واقع اعمال تکالیف دولت در قبال تنظیم بازارها به‌عنوان وظیفه ذاتی این نهاد



شمرده می‌شود، اما این ادای تکلیف نباید به قیمت وارد کردن ضرر به دیگران از جمله یک گروه از موجران صورت گیرد. دولت امکان مداخله مستقیم در بازارهای دیگری را که اختیار آن را دارد به شکل مطلوب مورد استفاده قرار نداده و در ماه‌های اخیر همه بازارها شرایط ناپایداری را تجربه کرده‌اند که البته با توجه به شرایط شیوع کرونا شاید دور از انتظار نبوده است. اما اینکه تمرکز دولت صرفاً بر اعمال محدودده‌گذاری برای قیمت در بازار اجاره‌بها باشد، بدون اینکه اهتمام جدی برای اعمال کنترل در بازارهای دیگر وجود داشته باشد، می‌تواند زمینه‌ساز نارضایتی میان برخی اقشار مردم شود. (رضایی مجد، ۱۳۹۹: ۱)

از سویی دیگر، یکی دیگر از اشکالات این مصوبه مغایرت آن با ماده ۳۰ قانون مدنی است. برابر ماده ۳۰ قانون مدنی، هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که «قانون» استثناء کرده باشد که مصوبه ستاد مقابله با کرونا با توجه به اینکه از جنس قانون نیست و سیر طبیعی برای تبدیل شدن به قانون یعنی طرح در صحن مجلس، کسب رای و گذر از فیلتر شورای نگهبان را طی نکرده است، نمی‌تواند علتی برای استثناء کردن موضوع مذکور باشد.

به طور کلی اتخاذ تصمیم تا این حد محدودیت‌زا که موجر را وادار به تمدید قرارداد با مستاجر قبلی در هر شرایطی می‌کند، نوعی نقض حقوق مالکیت خصوصی به‌شمار می‌آید و مغایر با قوانین مصوب روابط مالک و مستاجر و نیز ماده ۳۰ قانون مدنی است. تعیین و تحدید قیمت سقف و کف ملک و اجاره‌بهایی املاک مختلف مطابق قوانین جاری در ایران، به این شکل نظارت‌بردار نیست. در قالب این قوانین موجود، دولت در معنای اعم کلمه نمی‌تواند در معاملات مختلف مرتبط با مسکن اعم از خرید و فروش یا رهن و اجاره دخالت کرده و به صاحبان املاک تکلیف کند که اموال خود را چگونه و چقدر و برای چه مدت و در قالب چه مبلغ و کجا بفروشند یا اجاره دهند. در عین حال دولت می‌تواند از ابزارهایی که در حوزه سیاست‌گذاری در اختیار دارد، برای تنظیم بخش عرضه در بازار اجاره مسکن استفاده کند و میزان عرضه به حدی باشد که اصلاً امکان افزایش خارج از محدوده معقول و اقتصادی اجاره‌بها برای موجران وجود نداشته باشد.

### ۳-۴: اخذ تصمیم اقتصادی از سوی مرجع غیر اقتصادی

ایراد دیگر وارد بر مصوبه ستاد مقابله با کرونا از جنس اشکال فنی و اقتصادی است. کارشناسان معتقدند از آنجا که بازار اجاره یک بازار اقتصادی است، اگر دولت قرار است



تصمیمی برای این بازار اتخاذ کند، اولاً باید همه بازارها را توأم با یکدیگر ببیند ثانیاً سیاست‌گذاری از سوی دولت توسط تیم اقتصادی صورت بگیرد، نه ستادی که ترکیب آن متشکل از اعضای اقتصادی و غیراقتصادی مسوول در دولت است. واقعیت این است که بازارها تصمیمات خارج از چارچوب اقتصادی را نمی‌پذیرند و چنین مصوباتی به اشکال مختلف می‌تواند آثار سوئی به دنبال داشته باشد. رواج انعقاد قراردادهای جعلی و صوری یکی از این آثار سوء و اصطلاحاً تالی فاسدها است که نشأت گرفته از اتخاذ تصمیمات غیراقتصادی برای تنظیم یک بازار است.

#### ۴- راهکارهای حقوقی پیشگیری از تبعات منفی کرونا بر قراردادهای اجاره

نحوه صحیح انعقاد قراردادهای اجاره در شرایط کرونا خصوصاً در مورد املاک تجاری دارای اهمیت فوق العاده‌ای است و اگر مسائل حقوقی مختلف در این نوع از قراردادها رعایت شود، باعث می‌شود تا حد زیادی از تبعات منفی‌ای که ممکن است درآینده گریبان گیر طرفین قرارداد شود پیشگیری نماید.

اما آیا همه افراد توانایی و اطلاعات حقوقی کامل برای انعقاد صحیح قرارداد اجاره را دارند؟ طبیعتاً پاسخ چنین سوالی منفی است و چاره کار در این است که هم موجر و هم مستاجر قبل از مذاکره، توافق و امضاء قرارداد اجاره حتماً و لزوماً از مشاوره حقوقی یا وکیل دادگستری بهره‌مند شوند.

راهکار اول: یکی از مواد و بندهایی که می‌توان در قراردادهای اجاره علی‌الخصوص قرارداد اجاره اماکن تجاری، ورزشی و اداری لحاظ کرد این است که اگر بنا به تصمیم نهادهای مسئول و ذی ربط از جمله ستاد ملی مبارزه با کرونا و یا وزارت بهداشت و امثال آن به منظور مبارزه با شیوع ویروس کرونا ملک مورد اجاره برای مدتی تعطیل شود و عملاً امکان استیفای منافع آن برای مستاجر منتفی گردد، برای همین مدت مستاجر از پرداخت اجاره بها و یا بخش معینی از اجاره بهای این مدت معاف می‌شود.

راهکار دوم: یکی دیگر از مواردی که امکان درج آن در قراردادهای اجاره وجود دارد این است که اگر تحت تاثیر کووید ۱۹ و بنا به تصمیم نهادهای مذکور در بند قبلی، ملک مورد اجاره برای مدتی بیش از مثلاً ۱۵ روز یا یکماه بصورت مستمر تعطیل شود، قرارداد منفسخ می‌شود و مستاجر موظف به تخلیه ملک و در اختیار قراردادن آن به موجر ظرف مدت معین و موجر نیز موظف به مسترد نمودن مبلغ ودیعه (در صورت وجود) به مستاجر



ظرف مدت معین است.

در چنین وضعیتی اگر شرایط موردنظر در قرارداد بوجود بیاید، در واقع شرایط انفساخ قرارداد مهیا شده و انفساخ قرارداد نیز به لحاظ حقوقی هیچ نیازی به اراده و اقدام مجدد از سوی طرفین ندارد و قرارداد خود به خود منحل می‌شود.

راهکار سوم: راهکار دیگری که می‌توان پیشنهاد کرد این است که طرفین اجاره در قرارداد ذکر کنند که اگر بنا به دلایل موجود در بندهای قبلی، امکان استیفای منافع عین مستاجره برای مدتی فراهم نباشد، مستاجر موظف به پرداخت تمام و یا بخش مشخصی از اجاره بهای این مدت خواهد بود ولی مدت قرارداد اجاره بدون افزایش قیمت اجاره بها در پایان قرارداد به همین مدت تمدید می‌شود. (تاثیر کرونا بر قراردادهای اجاره به نقل از باشگاه خبرنگاران جوان، ۱۳۹۹)

یعنی آنکه مثلاً فرض کنید مستاجر ملک ورزشی در مدت یکسال قرارداد اجاره به دستور ستاد ملی مبارزه با کرونا، چندین نوبت مجبور به تعطیل کردن ملک مورد اجاره شده است و جمع این تعطیلی‌ها در پایان مدت قرارداد اجاره فرضاً ۴ ماه می‌شود که با توجه به توضیح بالا، موجر موظف است عین مستاجره را حداقل برای مدت ۴ ماه دیگر در اختیار مستاجر قرار بدهد بدون آنکه بتواند تورم قیمت‌های اجاره و افزایش قیمت اجاره بهای سال جدید را در این مدت ۴ ماهه اضافه لحاظ کند و مجبور است بر اساس همان مبلغ پارسال برای ۴ ماه دیگر رابطه استیجاری را ادامه داده و ملک را در اختیار همان مستاجر باقی بگذارد.

#### ۱-۴: لزوم رضایت طرفین

ناگفته پیداست که شرط انعقاد هر قراردادی از جمله قراردادهای اجاره، رضایت و اراده طرفین است و هیچیک از طرفین تا قبل از امضاء قرارداد الزامی به پذیرش تعهدات فوق‌الذکر ندارند.

همچنین زمانی میتوان به انعقاد قرارداد و عمل به تکالیف و تعهدات طرفین آن امیدوار بود که منافع هر دو طرف در آن لحاظ شده و قرارداد برای هر دو طرف آن کم و بیش منفعت داشته باشد. چراکه اکثر قراردادهای یک طرفه و یکسویه از ابتدا محکوم به شکست هستند.

#### ۲-۴: لزوم در نظر گرفتن نکات حقوقی عقد اجاره

اول: پس از شیوع بیماری کرونا و وضع محدودیت‌های اجتماعی، صنف مشاوران



املاک از رکود حاکم بر خرید و فروش مسکن ضربه دیده است. از اینرو در مصوبه اخیر تاکید شده که تمامی معاملات باید در سامانه ثبت اسناد املاک و مستغلات کشور ثبت شود و نیاز است متقاضیان کد رهگیری دریافت کنند. این توصیه می‌تواند به نوعی حمایت‌کننده کسب و کار مشاوران املاک نیز باشد. اما بنا به اینکه عرفا بخش زیادی از تمدید قراردادها به صورت پشت قراردادنامه‌ای و بدون تشریفات رسمی و مراجعه مجدد به دفاتر مشاورین املاک انجام می‌شود، این احتمال وجود دارد که وضع مصوبه جدید تاثیری بر رونق کسب و کار صنف مشاوران املاک نداشته باشد.

دوم: در خصوص ملاحظات اجرای مصوبه اخیر ستاد ملی مقابله با کرونا، دو مطلب حائز توجه است. اولین ملاحظه این است که تا پیش از این چنانچه بین صاحبخانه و مستاجر، اختلاف سلیقه به وجود می‌آمد و موجر و مستاجر به هر دلیلی، به تکالیف قانونی و عرفی خود پایبند نبودند، طرفین به راحتی با عدم تمدید قرارداد برای دوره جدید، به دنبال گزینه دیگر برای جایگزینی طرف قراردادی خود می‌گشتند. این امکان و اختیاری است که در فرهنگ اجاره‌داری و اجاره‌نشینی جامعه نهادینه شده است. اما در شرایط فعلی، این فرصت برای موجران به نحو اجباری و برای مستاجران به لحاظ اقتصادی تا حدودی سلب شده است. چراکه در طرف موجر به علت منع قانونی مصوبه مذکور و در طرف مستاجر، به علت نابسامانی نرخ‌های اجاره‌بها و بالا بودن هزینه جستجوی مسکن استیجاری جدید، امکان فوق‌الذکر محدود شده است.

از آنجا که تغییر رویه و فرهنگ اجاره‌داری و اجاره‌نشینی زمان‌بر و نیازمند آموزش‌ها و آگاهی‌بخشی‌های اجتماعی است، بعید نیست اثرات و پیامدهای این تغییر به محاکم قضایی و تشکیل پرونده‌های حقوقی سرریز شود. کما آنکه مصوبه اخیر به صراحت بیان می‌دارد «چنانچه مستاجران تکالیف خودشان را درست اجرا نکنند دادگاه‌ها حکم را صادر و باید مستاجر ظرف دو ماه تخلیه کند». سوال آنست که آیا دستگاه قضایی آمادگی پذیرایی از حجم جدیدی از دعاوی حقوقی دارد؟ آیا موجران و مستاجران دانش کافی نسبت به ظرافت‌ها و فرآیندهای رجوع به دادگاه‌ها (به نحو مستقل یا از طریق وکلا) دارند؟ آیا هزینه‌های اقتصادی، اجتماعی و روانی این ارجاعات برای دستگاه قضا و طرفین دعوا دیده شده است؟

دومین ملاحظه در باب اجرای مصوبه اخیر ستاد ملی مقابله با کرونا آن است که گفته شده است موجر پس از فروش واحد خود، باید به نحو رسمی به مستاجر اعلام کند و مستاجر دو ماه فرصت برای تخلیه واحد دارد. طریقه اعلام رسمی به مستاجر که از چه



طریق باید باشد، دارای ابهام بوده و نیاز به اطلاع‌رسانی بهتر دارد. به عنوان مثال، آیا این اعلام رسمی نیازمند کسب امضا و اثر انگشت از مستاجر است یا بیان شفاهی در حضور شاهد کفایت می‌کند؟ روشنگری در این خصوص می‌تواند از میزان اختلافات احتمالی در آینده بکاهد. (قلیچ، ۱۳۹۹: ۱)

## ۵- تبیین شرایط حاکم بر فورس ماژور و انطباق آن با کرونا

در این قسمت به بررسی شرایطی که در فورس ماژور و قوه قاهره حاکم است اشاره کرده و سپس به امکانسنجی تطبیق شرایط ویروس کرونا با شرایط فورس ماژور خواهیم پرداخت.

### ۱-۵: بررسی اثر فورس ماژور بر معاملات و قراردادهای حقوقی

قاعده فورس ماژور نه فقط در حقوق داخلی کشورهایی مانند فرانسه و سایر کشورهای صاحب حقوق نوشته و نیز در کامن‌لا (مانند آمریکا) پذیرفته شده و حتی به عنوان یک اصل کلی حقوق مشترک بین ملل متمدن معرفی گردیده و در حقوق بین‌الملل عمومی در روابط دولت‌ها و به ویژه در باب مسئولیت بین‌المللی دولت نیز مطرح است. بعضی از علمای حقوق بین‌الملل درباره امکان استناد به قوه قاهره برای سلب مسئولیت بین‌المللی دولت تردید کرده‌اند، لیکن نظریه غالب این است که این مفهوم در حقوق بین‌الملل عمومی هم پذیرفته شده است.

«روسو» استاد بنام حقوق بین‌الملل عمومی در جلد اول کتاب حقوق بین‌الملل خود در این باب چنین می‌گوید: فورس ماژور عبارت از یک مانع غیر قابل اجتناب ناشی از رویدادهای خارجی است که یا از اجرای تعهد و یا از رعایت یک قاعده حقوق بین‌الملل جلوگیری می‌کند. همه نظام‌های حقوقی داخلی، رفع مسئولیت شخصی را که بر اثر قوه قاهره، اجرای تعهدات قراردادی برای او مطلقاً غیرممکن شده است، می‌پذیرند. در حقوق بین‌الملل، اثر فورس ماژور، معافیت دولت از مسئولیتی است که معمولاً به سبب عدم اجرای عهدنامه دامنگیر آن است و در حقوق داخلی نیز منجر به تغییر شرایط در قراردادها، عقود و معاملات و تعهدات می‌شود.

روسو در جلد ششم کتاب مذکور در باب علل معافیت از مسئولیت بین‌المللی نیز مسئله را مطرح کرده و پس از تعریف فورس ماژور و اعلام اینکه فورس ماژور در حقوق بین‌الملل عمومی نیز مانند حقوق خصوصی علت معافیت از مسئولیت است، به سه رأی بین‌المللی بشرح زیر استناد می‌کند:

۱. رأی دیوان دائمی داوری مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ در دعوی پرداخت غرامت جنگی



به وسیله ترکیه به روسیه.

۲. رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورخ ۱۲ ژوئیه ۱۹۲۹ در دعوای وام‌های صربستان.

۳. رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۲۹ در دعوای شرکت بازرگانی بلژیک.

در گزارش مشروحي که به وسیله دبیرخانه سازمان ملل متحد راجع به فورس ماژور تهیه شده و در اسناد سازمان ملل طی شماره A/ CN ۳۵/۴ به ثبت رسیده است نیز فورس ماژور به عنوان یک نهاد حقوقی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل معرفی گردیده است.

در این گزارش می‌خوانیم که دفاع یا ایراد فورس ماژور یک علت موجه (رافع مسئولیت)، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل است. دیوان دائمی داوری در رأی مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ راجع به پرونده غرامت روسیه پذیرفته است که «ایراد فورس ماژور ممکن است در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح شود و به دفاع یا ایراد فورس ماژور کراراً به عنوان یک «اصل کلی حقوقی» ارجاع شده است. بدین سان گفته شده است که: «این یک اصل کلی حقوقی است که در صورت عدم امکان اجرای تعهد به علت فورس ماژور، متعهد از هر مسئولیتی معاف است» و نیز گفته شده است که «به موجب اصل کلی حقوقی شناخته شده در کلیه کشورها هرگاه خسارت، خارج از اراده دولت عامل و در نتیجه فورس ماژور روی داده باشد، مسئولیت منتفی خواهد بود».

در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات (۱۹۶۹)، هرچند که لفظ فورس ماژور به کار نرفته، اما به مفهوم آن اشاره شده است، ماده ۶۱ کنوانسیون زیر عنوان «پیش آمد عدم امکان اجرا» چنین مقرر می‌دارد:

۱. یک طرف می‌تواند به عدم امکان اجرای عهدنامه برای فسخ یا کناره‌گیری از آن استناد کند در صورتی که عدم امکان، ناشی از فقدان یا نابودی موضوعی باشد که برای اجرای عهدنامه ضروری بوده است. اگر عدم امکان موقت باشد، فقط به عنوان زمینه‌ای برای تعلیق عمل به عهدنامه قابل استناد است.

۲. هرگاه عدم امکان، نتیجه نقض یک تعهد ناشی از عهدنامه یا تعهد بین‌المللی دیگری در برابر هریک از طرف‌های دیگر عهدنامه باشد، عدم امکان اجرا به عنوان مبنای فسخ یا کناره‌گیری یا تعلیق عمل به عهدنامه، قابل استناد نخواهد بود.

چنانکه ملاحظه می‌شود مفهوم فورس ماژور در این ماده منعکس است، ولی به نظر



می‌رسد که این ماده فقط یکی از موارد فورس ماژور را که ناشی از فقدان یا نابودی موضوع قرارداد می‌باشد، ذکر کرده است، در حالیکه فورس ماژور قلمروی گسترده‌تری دارد. بدین جهت ماده مزبور مورد انتقاد بعضی از علمای حقوق بین‌الملل واقع شده است. (صفای، ۱۳۶۴:۱۳۳)

فورس ماژور، حادثه‌ای پیش‌بینی نشده است که اجرای تعهدات را محال نمی‌کند (قوه قاهره) ولی آن را به غایت دشوار می‌سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را بر هم می‌زند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰:۵۳۴)

با توجه به تعریفی که از فورس ماژور وجود دارد، نظریه تغییر اوضاع و احوال نیز به مانند آن، شرایطی را در بر می‌گیرد که ادامه جریان عقد غیر ممکن نبوده ولی عقد را از غایت دور می‌سازد و این به دلیل است که تغییر در اوضاع و احوالی که در حین اجرای یک عقد حاکم بوده، اعم از اقتصادی، اجتماعی، قانونگذاری، پولی و بانکی تا اندازه‌ای بوده که ادامه روند اجرایی قرارداد با دشواری و مشقت غیر متعارف یکی از طرفین عقد روبرو بوده، به گونه‌ای که تعهدی سنگین و گزاف را خارج از عرف تجاری معقول، بدون آنکه اجرای اصل تعهد غیر ممکن باشد، بر او تحمیل می‌کند.

اصولاً به اعتقاد برخی از نویسندگان، بر اساس ایده فورس ماژور هرگاه در جریان اجرای عقد، حادثه‌ای رخ دهد که ادامه آن را غیر ممکن یا غیر قانونی سازد یا آنچنان تغییرات بنیادین در اوضاع و احوال ایجاد کند که در نتیجه آن، قرارداد تبدیل به چیزی کاملاً متفاوت از آنچه در ابتدا بوده است شود، بی آنکه طرفین قرارداد دخالتی در به وجود آمدن حادثه داشته باشند، قرارداد خود به خود پایان خواهد یافت.

## ۲-۵: قوه قاهره و اثر آن بر قراردادها

هنگامی که قراردادی منعقد می‌شود، طرفین قرارداد نیز بدان متعهد شده و در پی اجرا و ایفای تعهداتشان برمی‌آیند. چنانکه طبق دکترین اجرای مطلق قراردادها و هم چنین طبق اصل لاتین لزوم وفای به عهد در هر شرایطی باید به اجرای تعهد، پای بند بود حتی اگر دشوار شده باشد. اما در مواردی بعد از انعقاد قرارداد، یکی از طرفین در ایفای تعهد منعقد ممکن است با مانعی مواجه شود که سد راه اجرای قرارداد و غیر ممکن شدن آن به طور موقت یا دائم شود. در چنین شرایطی اگرچه اصل لزوم وفای به عهد همچنان برقرار است لیکن عادلانه به نظر نمی‌رسد که طرف مذکور در قبال خسارت‌های عدم اجرای تعهدش، مسئول شناخته شود.

در اینجا صحبت از معاذیری به میان می‌آید که از استثنائات اصل لزوم وفای به عهد





به شمار می‌روند و طرفین قرارداد در شرایط فوق به عنوان عذر عدم اجرا و به تعبیر بهتر معافیت از اجرا، بدان استناد می‌ورزند. فورس ماژور یا قوه‌ی قاهره از جمله‌ی قدیمی‌ترین و رایج‌ترین این گونه معاذیر است که در سیستم‌های حقوقی مختلف (نوشته و نانوشته) به شیوه‌ها و تعابیر گوناگون، وارد شده است. لازم به ذکر است که فورس ماژور تنها در تعهدات قراردادی مورد استناد واقع نمی‌شود بلکه در زمینه‌ی مسئولیت‌های خارج از قرارداد نیز به منظور معافیت از مسئولیت، مطرح می‌گردد.

### ۳-۵: انطباق شرایط ویروس کرونا با فورس ماژور

قاعده اصلی در حقوق قراردادهای، لزوم پایبندی به آنها است. حال اینکه تاثیر این تعطیلات ناشی از کرونا بر آن چه خواهد بود و چه راهکاری سبب کاهش معضل خواهد شد را بیان خواهیم کرد:

#### ۱-۳-۵: قراردادهای کوتاه مدت

مثلا شخصی که برای روز هفتم فروردین سال ۹۹ تالاری را برای برگزاری جشن ازدواج خود اجاره کرده است فارغ از اینکه تعطیلات را چه تلقی کنیم؛ مهم عدم اجرای قرارداد است زیرا، شخص اجرای قرارداد را تنها در آن زمان اراده کرده است (هرگاه قید برود مقید هم از بین می‌رود) در این موارد قرارداد اجاره باطل یا منفسخ اعلام می‌شود (هر دو نظر طرفدارانی دارد)؛ در چنین فرضی با توجه به اینکه فورس ماژور تاثیر خود را بر مسئولیت قراردادی می‌گذارد صاحب تالار از پرداخت خسارت عدم انجام تعهد به استناد فورس ماژور مبرا می‌شود. در این فرض، اصولا فورس ماژور به نفع موجر وارد عمل می‌شود و مستاجر از آن نفعی نمی‌برد. نزدیکترین نهاد در حقوق انگلستان به تحلیل ما تئوری، عقیم شدن قرارداد (فراستریشن) به علت انتفای هدف قرارداد امکان پذیر است؛ به تعبیر روشن، بر خلاف فورس ماژور اجرای قرارداد ناممکن نمیشود، بلکه هدف اصلی که قرارداد به دلیل آن واقع شده است، ناممکن میشود. مثال مشهور آن، قضیه تاجگذاری پادشاه ادوارد هفتم در انگلستان است. دادگاه با این استدلال که، هدف از انعقاد قرارداد منتفی شده است عقیم شدن قرارداد را موجب انحلال قرارداد و سقوط تعهدات دانست. (قاسمی، ۱۳۹۹: ۸)

#### ۲-۳-۵: قرارداد اجاره بلند مدت

باید چند فرض را در نظر گرفت:

۱. اجاره مسکونی:

اگر فرض ما اجاره‌های مسکونی باشد به نحوی که مستاجر به علت قلت یا عدم درآمد



توان پرداخت اجاره بها را نداشته باشد؛ طبق تحلیل حقوقی تعطیلات در قرارداد بی‌تاثیر است و نهایتاً، در فرضهای خاص ممکن است موجب دشواری اجرای تعهد شود.

۲. قراردادهای اجاره واحدهای اداری و تجاری:

با این فرض که واحد تجاری به علت شیوع کرونا تعطیل شود؛ صرفاً و تنها راجع به مدت تعطیلات، تعطیلات فورس ماژور محسوب شود؛ اثری که از فورس ماژور در ذهن ماست این است که متعهدی که به علت فورس ماژور نمی‌تواند تعهد خود را انجام دهد، فاقد مسئولیت قراردادی است؛ به تعبیر روشن، طبق این نظر مستاجران باید اجاره خود را همچنان پرداخت کنند اما، بابت تاخیر یا عدم انجام تعهد، خسارتی پرداخت نمی‌کند. بدیهی است که تجویز این نظر داروی درد مستاجران نیست. پرسش این است که رویه قضایی با توجه به جمیع جهات چگونه می‌تواند به یاری مستاجران شتافته و آنها را برای مدتی که از عین مستاجر امکان استفاده نیست معافیت از پرداخت اجاره بها نمایند؟ لازم است ابتدا توضیح داده شود فورس ماژور دارای اثر دیگری است به نام تعلیق اجرای قرارداد که کمتر در نوشته‌های حقوقی بدان پرداخته می‌شود. با این مقدمه باید گفت، اگر بخواهیم از منظر مستاجر به فورس ماژور بودن تعطیلات ناشی از کرونا به قضیه بنگریم به نتیجه مطلوب نخواهیم رسید اما اگر موضوع مطالعه را موجد قراردسیم به راه‌حل‌های مناسبی نایل می‌شویم؛ وفق اجاره، موجد باید عین مستاجر را در حالی تسلیم نماید که مستاجر بتواند استفاده‌ی مطلوبه را بکند. (ماده ۴۷۷ قانون مدنی) چنانچه، این تعهد را تعهدی مستمر بدانیم می‌توان با این استدلال که در دوران فورس ماژور اجرای قرارداد معلق می‌شود و موجد به عنوان متعهد نتوانسته است تعهد خود را وفا کند و او را از بابت خسارت عدم انجام تعهد معاف نماییم و در برابر نیز در کمک به مستاجر به استناد تعلیق در قرارداد، او را از پرداخت اجاره معاف کنیم.

آنچه باعث شده از اظهار نظر کنندگان گرامی نتوانند راه حلی برای معافیت مستاجر از پرداخت اجاره بها بیابند این است که از منظر مستاجر به قضیه نگاه کردند و توجهی به اثر تعلیقی فورس ماژور نداشته‌اند.

۳. راجع به سایر متعهدان یا تعهد مستاجر برای دوران رکود؛ با توجه به طرح‌های دولت که مانع از تعطیلی کامل کسب و کارها شد به نظر ما، برخلاف برخی که آن را فورس ماژور تلقی کرده‌اند؛ فورس ماژوری در کار نیست زیرا، فورس ماژور امر غیر قابل اجتناب است و در مدت فورس ماژور امکان اجرای تعهدات قرارداد وجود ندارد؛ بلکه، به نظر می‌رسد ما با قاعده دشواری روبرو هستیم یعنی با وقوع این تعطیلات مستاجر یا سایر



متعهدان به علت قلت یا عدم کسب درآمد توان پرداخت اجاره را ندارد یا به دشواری می‌تواند آنرا پرداخت نماید. لذا، از آنجایی که دشواری در اجرای قراردادهای تأثیری در حیات تعهدات و قراردادهای این چنینی ندارد، متأسفانه باید گفت مستاجران نه تنها باید اجاره بهای معوق را بدهند بلکه خسارت دیرکرد نیز بر عهده آنها است. در ناعادلانه بودن وضعیت تردیدی نیست؛ اما، هرگز نباید قواعد بنیادین را برای وضعیت‌های ناعادلانه ذبح و تباه کنیم. (قاسمی، ۱۳۹۹: ۸)

## نتیجه‌گیری

شرایط ناشی از ویروس کوید ۱۹ بر بسیاری از مناسبات حقوقی ساری و جاری در کشور تأثیر بسزایی گذاشته است، از جمله این موارد که به واسطه مبتلابه بودن بخش عظیمی از جامعه با آن، نمود و بروز بیشتری یافته است، مساله عقد اجاره و تأثیرپذیری این عقد از پاندمی کرونا است که در این پژوهش از منظر حقوقی مورد بررسی قرار گرفت. نتایج تحقیق موید این مطلب است که اصولاً هر عقد و تعهد و قراردادی از منظر فقهی و حقوقی، باید مورد احترام طرفین قرار گرفته و در صورت تعدی و عدول از آن نیز ضمانت‌های اجرایی در فقه و حقوق تبیین شده است، لذا محتوای اصل لزوم و وفای به عقد مستلزم پایبندی طرفین به محتوای عقد اجاره است. اما بروز و ظهور ویروس کرونا این نظم حقوقی را به هم ریخته است و البته هم منابع فقهی و هم منابع حقوقی برای چنین وضعیت‌هایی در قالب فورس ماژور و قوه قاهره تدابیری اندیشیده است.

نتایج تحقیق بیانگر این است که قوای حاکمه در قالب بروز شرایط فورس ماژور، تلاش نموده است تا عقد اجاره که عقدی بسیار کاربردی در جامعه بوده و ویروس کرونا چالش‌های حقوقی زیادی را بر آن تحمیل کرده است، حل و فصل نماید و نمود این اقدام از سوی قوای حاکمه تصویب مصوبه ستاد ملی مبارزه با کرونا در خصوص عقد اجاره است که طبق آن شرایطی را برای موجر و مستاجر وضع کرده است تا بحران کرونا آسیب کمتری به شهروندان وارد نماید. اما فارغ از دغدغه مثبت حاکمیت برای رفع چالش‌های عقد اجاره ناشی از ویروس کرونا، باید گفت این اقدام آن هم به نحوی که تصویب و اجرا شده است، منتج به نتایجی شده است که از منظر حقوقی با مشکلات عدیده‌ای روبرو است.

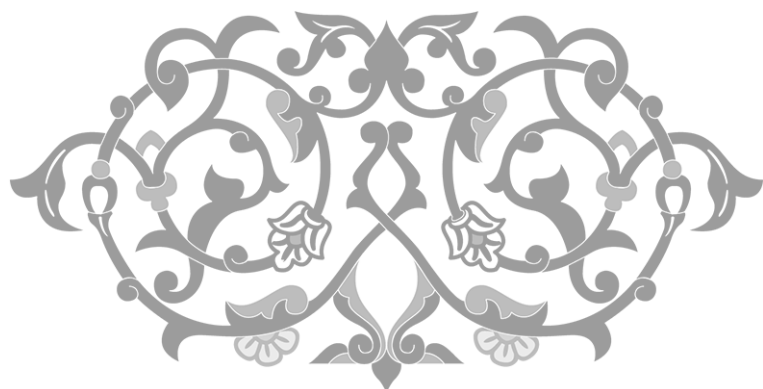
در همین خصوص نتایج تحقیق موید این است که اصولاً ستاد ملی مبارزه با کرونا صلاحیتی برای تصویب مصوبه لازم الاجرا ندارد و اصولاً این اقدام باید با قید فوریت در



مجلس شورای اسلامی به تصویب می‌رسد، به جز این مورد این مصوبه اساساً با حق مالکیت افراد و همینطور اصل تسلیط فقهی نیز تناقض دارد، اساساً چطور می‌توان پذیرفت که در حوزه اختیار موجر به عنوان مالک ملک دخالت کرده با تعیین تکلیف اموال موجر را از اختیار و تسلط وی خارج کرد و عقد اجاره را تمدید نموده یا تخلیه مستاجر را غیرممکن نمود، این موضوع حتی با متن قانون موجر و مستاجر ۱۳۷۶ نیز در تناقض است و با ادله‌هایی نظیر مصلحت عمومی یا نظریه قدرت عمومی نیز قابل توجیه نخواهد بود کما اینکه با نگاهی به آمار مربوط به شورای حل اختلاف در خواهیم یافت که به غیر از اندکی از موارد، این مصوبه بیشتر منجر به بروز دعاوی میان موجر و مستاجر شده است. نهایتاً باید گفت که عقد اجاره از شرایط بحرانی مربوط به ویروس کرونا تأثیر پذیرفته است و بخشی از آن قابل توجیه و تطبیق با شرایط فورس ماژور و قوه قاهره است، اما تدابیری که اندیشیده شده است، به واسطه عجلانته بودن آنها و طی نشدن آن از طریق مجامعی که به اصول فقهی و حقوقی تسلط دارند منجر به بروز بحران‌های جدیدتر شده و در حل و فصل بحران توفیق چندانی نداشته است و نتوانسته است از عقد اجاره در بحران کرونا به درستی صیانت نماید.

## منابع

- تأثیر کرونا بر قراردادهای اجاره به نقل از باشگاه خبرنگاران جوان، ۱۳۹۹.
- صفایی، سید حسین، قوه قاهره یا فورس ماژور، نشریه حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳، ۱۳۶۴.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- گنجی، علی و مسیبی، قاسم، مروری بر کرونا ویروس نوپدید ۲۰۱۹: ایمونوپاتوژنز، بیولوژی مولکولی و جنبه‌های بالینی، نشریه علوم پزشکی اراک، شماره ۲۳، ۱۳۹۹.
- لطفی، اسدالله، ترجمه شرح لمعه دمشقیه، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، جلد دوم، تهران، نشر اسلامی، ۱۳۹۴.
- مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، نشر پایدار، ۱۳۸۳.
- مصوبات کرونایی ستاد ملی مبارزه با کرونا، خبرگزاری ایسنا، ۱۳۹۹.



گزیده سخنرانی‌ها





# تعیین مال غیرمنقول به عنوان مهریه و

## رویه قضائی<sup>۱</sup>

سعید آقاباگلی<sup>۲</sup>

طبق قانون هر چیزی که مالیت داشته باشد را می‌توان به‌عنوان مهریه قرار داد؛ پس مهریه باید مال باشد و مال آن چیزی است که قابلیت تملک داشته باشد و اموال غیرمنقول نیز مشمول این عنوان می‌باشد لکن در خصوص درج اموال غیرمنقول به‌عنوان مهریه می‌بایست یک سری شرایط رعایت گردد و متأسفانه اشخاصی که در امر ازدواج دخالت دارند خیلی اطلاع دقیقی از امور حقوقی نداشته و بعضاً مهریه‌های غیرمنقول به‌نحوی نوشته می‌شوند که بعداً با اشکال مواجه می‌گردند یا اصلاً قابلیت درج در قباله‌های رسمی نکاحی را ندارد در نتیجه یکی از مباحث ما تفاوت بین پیش قباله با سند نکاحیه رسمی است که چگونه ممکن است یک مالی که در پیش قباله نوشته شده‌است قابل درج در سند رسمی نکاحی نباشد؟!

قباله رسمی (سند نکاحیه رسمی) یک سند رسمی است بنابراین طبق تعاریف قانون مدنی حتماً باید با شرایط خاص خود تنظیم گردد تا قابلیت اجرایی داشته باشد. در حال حاضر که سند نکاحی توسط دفاتر طلاق و ازدواج صادر می‌شود معمولاً این شرایط رعایت می‌گردد اما بعضی مواقع اقلامی در این سند نکاحیه قید می‌گردد که بعداً با مشکل مواجه می‌شود از جمله همین مسئله اموال غیرمنقول که می‌آیند و تبدیلی می‌کنند به پول که در این حالت نوع نوشتن آن بسیار مهم است و اگر درست نوشته نشود امکان این که بعداً آن مال غیرمنقول وی وصول شود وجود نداشته و قابلیت اجرا ندارد. مال غیرمنقولی که قرار است به‌عنوان مهریه تعیین گردد باید شرایطی داشته تا قابلیت اجرایی داشته باشد از جمله:

۱- مال غیرمنقول حتماً باید سابقه ثبتی داشته باشد: سابقه ثبتی به این معنی است که

۱. پیاده‌سازی: علی اکبر محمدی، وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. وکیل پایه یک دادگستری.



آن مال غیرمنقول حتماً باید در اداره ثبت اسناد و املاک پرونده داشته و ثبت شده باشد و شماره پلاک ثبتی داشته و یکی از اقسام اسناد اعم از بنچاق گرفته تا سند تک برگ را حتماً دارا باشد که اگر به غیر از این باشد، قابلیت درج در سند نکاحیه رسمی را نخواهد داشت و دفاتر ثبت ازدواج از نوشتن چنین املاکی در سند نکاحیه خودداری می‌کنند. حال بعضی مواقع در پیش قباله ازدواج یک تعهد یا انتقالی قید می‌گردد ولی این موضوع در زمانی که می‌خواهند سند رسمی نکاحی را تنظیم نمایند قابل درج در این سند رسمی نمی‌باشد یا مثلاً به صورت یک سری شرط قید می‌گردد که درج آن شروط در سند رسمی نکاحیه وجود ندارد چنانچه می‌آیند و در پیش قباله چنین درج می‌کنند که زوج متعهد گردید هر وقت خانه‌ای خرید ۳ دانگ آن را به زوج انتقال دهد که این امر به هیچ عنوان قابلیت درج در سند نکاحیه را حتی به عنوان شرط ضمن عقد ندارد مگر این که مدت داشته باشد

۲- شرط دوم این است که کسی که می‌خواهد این مال غیرمنقول را در صدق قرار دهد باید مالک آن باشد یا کسی باشد که آمادگی قرار دادن این مال را به عنوان اصداق داشته باشد ( صدق آن چیزی است که خود زوج در مهریه زوج قرار می‌دهد ولی اگر شخص ثالثی این مال را به عنوان مهر قرار دهد به آن اصداق گویند که آثار حقوقی و نتایج این دو مورد با هم تفاوت دارد و در نتیجه نحوه طرح دعوی در خصوص آن‌ها نیز متفاوت می‌باشد).

بحث دیگری که وجود دارد این است که آیا می‌شود مال مشاع را در مهر قرار داد؟ که در پاسخ باید گفت بله می‌شود، مال مشاع همان گونه که قابلیت نقل و انتقال دارد قابلیت این که در سند نکاحیه قابلیت درج داشته باشد را نیز دارد.

نکته بسیار مهمی که وجود دارد این است که پیش قباله بعد از این که در سند رسمی نکاحیه ثبت گردید دیگر هیچ اثر حقوقی ندارد مگر در موارد خیلی استثنایی و دلیل آن هم این است که اقلامی که در پیش قباله نوشته شده است، اگر قابلیت انتقال را داشته عیناً در سند نکاحیه قید شده و منتقل گردیده و اگر برخی اقلام آن قابلیت درج در سند رسمی نکاحیه را نداشته باشد در آن قسمتی که سند نکاحی تنظیم شده است دیگر آن اقلام کارایی خود را از دست خواهند داد.

ممکن است در پیش قباله ازدواج تعهد کنند که مال غیرمنقول را به زوج انتقال دهند که این موضوع ممکن است به شیوه‌های مختلفی نوشته شود که بعضی از آن‌ها با مشکل مواجه می‌گردد؛ اگر فقط به صورت تعهد باشد این قابلیت درج در سند نکاحیه را ندارد ولی اگر که به صورت دقیق و با ذکر مشخصات دقیق ملک و قید پلاک ثبتی و با وجود سند مالکیت ذکر شود فقط این مورد قابلیت درج در سند رسمی نکاحیه را دارد و در غیر این



صورت دفاتر ثبت ازدواج از نوشتن چنین چیزی در سند رسمی نکاحیه امتناع می‌نمایند و این صرفاً یک تعهد است و هیچ انتقال مالکیتی نیز رخ نخواهد داد؛ همان‌طوری که در عقد بیع ما یک قولنامه داریم و یک بیع‌نامه و قولنامه صرفاً یک تعهد به بیع است و انتقال مالکیت نمی‌دهد حال اگر در این چنین قباله‌ای یک مال غیرمنقول قید گردد ولی هنگام تنظیم سند رسمی نکاحیه آن را تغییرش دهند به چیز دیگری، مثلاً در پیش قباله یک خانه‌ای ذکر شود ولی در سند نکاحیه قید گردد پول خانه و این صرفاً پول است و نه خود خانه.

نحوه صحیح ذکر مال غیرمنقول در قباله‌ها بدین ترتیب است که ابتدا باید مقدمات آن مهیا شود و اول استعلامات مربوط به مال غیرمنقول انجام‌شده و سپس استعلامات را به دفتر ازدواج و طلاق برد و مسئول و سردفتر باید پس از تحویل استعلامات و مدارک و ثبت آن در سند رسمی نکاحیه، شخصاً باید مدارک را برای دفاتر اسناد رسمی ارسال تا آنجا نیز ثبت شود و پس از عودت آن در ستون مخصوص قید گردد. لازم به ذکر است که وقتی سردفتر ازدواج و طلاق مدارک را به دفتر اسناد رسمی می‌برد نیاز به حضور زوج یا زوجه و حتی احتیاج به حضور مالک نیز نمی‌باشد و طبق ماده ۱۴ آیین‌نامه متحد الشکل شدن ثبت ازدواج و طلاق مصوب ۱۳۱۱ این کار شخصاً توسط خود ایشان انجام می‌گیرد. حال اگر این مال غیرمنقول در سند نکاحیه قید گردید ولی انتقال آن در دفتر اسناد رسمی انجام نگردیده باشد با وجود این که در مرحله‌ای قرار گرفته است لکن انتقال انجام نپذیرفته است و این موضوع دارای آثار و تبعات خاص خود می‌باشد، اگر در این حالت حتی آن ازدواج به طلاق بینجامد با اینحال زوجه هنوز نیز می‌تواند با مراجعه به دفتر ازدواج و طلاق از مسئول آن بخواهد که این کار را الان انجام دهد و طبق نظریه مصوب ۱۳۴۶/۰۳/۳۰ شورای عالی ثبت این امر حتی پس از وقوع طلاق قانوناً امکان‌پذیر می‌باشد البته با رعایت این شرایط که هم بذل نسبت به مهریه انجام نشده باشد و هم این که آن مال هنوز در مالکیت مالک باقی باشد. حال اگر این مال غیرمنقول در مهریه نوشته شده لکن انتقال انجام نشده باشد، ممکن است مثلاً آن مالک این مال را به دیگری منتقل کرده باشد یا آن مال را در رهن قرار داده باشد که در این حالت زوج مجبور به طرح دعاوی به خواسته‌هایی از قبیل الزام به فک رهن، ابطال سند رسمی، الزام به تنظیم سند رسمی و تحویل آن و... علیه مالکین یا بانک و... می‌باشد.

مسئله‌ی دیگری که پیش می‌آید برخورد این مورد است با قانون ثبت چراکه طبق مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، قانون کسی را مالک می‌شناسد که سند به نام اوست و وقتی که آن تشریفات انتقال سند رسمی به‌نحو کامل انجام نشده باشد کسی که مالک بوده می‌تواند نسبت به انتقال ملک خود اقدام نماید گرچه در اصل زوجه مالک آن است.



موضوع دیگری که باید در خصوص آن صحبت کرد این است که اگر در قباله‌ها مال غیرمنقول را به‌عنوان تعهد قرار داده باشند ولی به آن تعهد عمل نشود چه اتفاقی می‌افتد؟ سردفتران که از درج چنین چیزی در سند رسمی نکاحیه خودداری می‌نمایند و این‌جا صرفاً بحث از یک تعهد است ولی این تعهد نیز راهکاری برای وصول آن وجود دارد ولی این راهکار خارج از بحث مهریه است و در این خصوص به‌هیچ‌عنوان در اجرای ثبت هیچ کاری نمی‌توان کرد (لازم به ذکر است که در خصوص اموال غیرمنقول که به‌درستی در سند رسمی نکاحیه قید گردیده است و تشریفات آن کاملاً انجام شده است، دیگر اصلاً نیازی به مراجعه به اجرای ثبت نمی‌شود چرا که این مال غیرمنقول در همان ابتدا توسط سردفتر ازدواج و طلاق در دفتر اسناد رسمی ثبت شده است و به محض ثبت در دفتر اسناد رسمی دیگر زوج رسماً مالک آن ملک می‌باشد و مراجعه به اجرای ثبت دیگر موضوعیتی ندارد.) حال ممکن است ایراد شود که وقتی ما سند عادی ازدواج (قباله) را تبدیلش کردیم به سند رسمی دیگر این سند عادی از درجه اعتبار ساقط است؛ در پاسخ باید گفت که بله درست است ولی این سند عادی صرفاً در مقام مهریه بودنش قابلیت استناد ندارد ولی در مقام تعهد بودنش این امر از درجه اعتبار ساقط نیست و هنوز معتبر است و این یک تعهدی است که زوج یا شخص ثالثی به نفع زوجه انجام داده است و این تعهد قابلیت اقدام قانونی دارد و به دلیل این که اصولاً این املاک سابقه ثبتی ندارند راهکار قانونی آن این است که دو دعوی در طول هم مطرح شود؛ اول دعوی الزام به ایفای تعهد علیه آن شخص و قاعدتاً هم از ایفای آن تعهد نیز عاجز است و باوجود صدور اجرائیه قابلیت اجرا ندارد که در این حالت دعوی دوم تحت عنوان مطالبه وجه آن مال به نرخ روز همراه با مطالبه‌ی خسارت اقامه می‌گردد و هیچ‌گونه راه دیگری برای حل این مسئله وجود ندارد. لازم به ذکر است که این نکته که اسناد عادی در مقام اسناد رسمی تاب برابری و رویارویی ندارند در این‌جا مصداقی نداشته چرا که سند عادی که به‌عنوان مهریه نوشته شده است با تبدیل آن به سند رسمی صرفاً در مقام مهریه تاب رویارویی با سند رسمی را ندارد لکن در مقام تعهد هنوز آن سند عادی معتبر می‌باشد (البته این موضوع صرفاً در خصوص اموال غیرمنقول صدق می‌کند و در خصوص سایر اقلام مهریه سند عادی قباله تاب برابری با سند رسمی نکاحی را نداشته و قابلیت اجرایی ندارد) البته که در تعارض سند عادی قباله با سند رسمی نکاحیه این استدلال در صورت اثبات آن نیز قابلیت پذیرش دارد که بگوییم به نوعی تبدیل تعهد رخ داده است و طرفین از آنچه که در سند عادی نوشته شده است منصرف شده‌اند.

اگر ملکی دارای سند و سابقه ثبتی باشد لکن در رهن بانک باشد باز هم قابلیت این که در سند ازدواج قید گردد را دارد البته به‌صورت یک تعهد و شرط که آن شخص تعهد

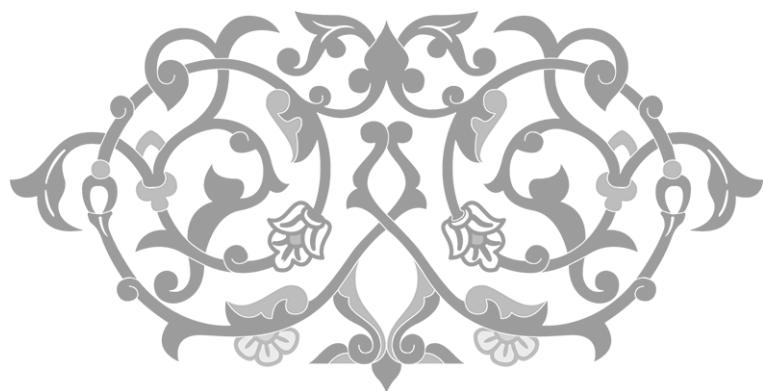


کند که در یک مدتی خاص و معلوم این رهن را فک کرده و به زوج انتقال دهد، که در این صورت اگر این تعهد محقق نشود در این حالت باید طرح دعوی نمود ( البته نه در اداره ثبت بلکه در دادگاه ) تحت عنوان الزام به فک رهن و الزام به انتقال.

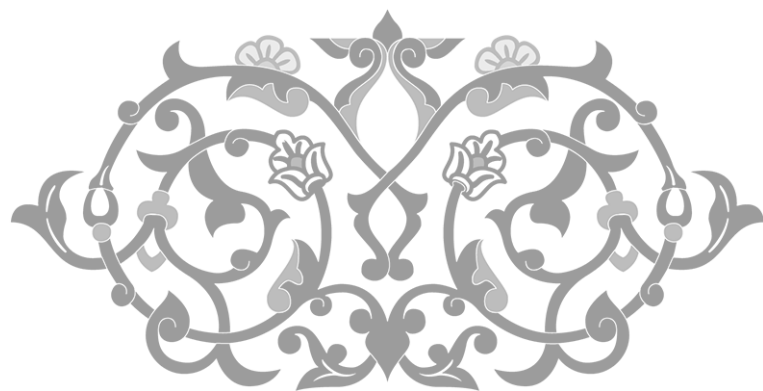
موضوع دیگر این است که اگر در مهریه توافقات بعدی صورت بگیرد بعد از این که سند رسمی نکاحیه تنظیم شده آیا این توافقات قابلیت اجرایی دارد یا خیر؟ مثلاً طرفین ابتدا یک مهریه‌ای تعیین نموده و پس از ثبت آن در سند رسمی نکاحیه نسبت به کاهش یا افزایش آن اقدام نمایند؛ که در این خصوص سازمان ثبت طبق بخشنامه‌ای این اجازه را برای انجام این توافقات داده بود که سپس توسط دیوان عدالت اداری آن بخشنامه ابطال گردید و نهایتاً بیان شد که مهریه به هیچ عنوان قابلیت افزایش یا کاهش را ندارد و اگر طرفین چنین قصدی دارند می‌توانند در قالب عقود دیگر مثل صلح و هبه و ... این کار را انجام دهند ولی سند رسمی نکاحیه به هیچ وجه قابلیت تغییر را ندارد چه مال منقول باشد و چه غیرمنقول.

نکته دیگر در خصوص رویه اجرای احکام و اداره ثبت است که باید بیان داشت که اگر مال غیرمنقولی در سند نکاحیه باشد اداره ثبت هیچ اقدامی روی آن انجام نمی‌دهد و اقدامات اداره ثبت صرفاً در خصوص اموال منقول بوده و در خصوص اموال غیرمنقول اگر انتقال به نحو قانونی انجام شده باشد که دیگر سالبه به انتفای موضوع است و اگر انتقال به نحو صحیح صورت پذیرفته باشد باید نسبت به طرح دعوی لازم اعم از حقوقی یا کیفری در محاکم اقدام نمود.

بحث بسیار مهم و مبتلابه‌ی که به آن باید اشاره کرد این است که اگر بخشی از ملکی به عنوان صداق یا اصداق در مهریه زوج قید گردد و انتقال نیز صورت پذیرد و سند نیز به نام زوجه زده شود که در این حالت این خانم مالک مشاعی بخشی از این ملک می‌باشد و زوجین نیز در آن ملک ساکن می‌شوند و همان طوری که مستحضرید به محض وقوع عقد نکاح زوج ملزم به پرداخت نفقه به زوجه بود و تأمین مسکن مناسب نیز یکی از وظایف زوج می‌باشد که در این حالت خانم می‌تواند علیه شوهرش دادخواست دهد و مطالبه‌ی اجرت‌المثل به میزان سهم مشاعی خود از آن مال غیرمنقول را بکند. دعوی دیگری که زوج در این حالت می‌تواند طرح کند دعوی خلع ید می‌باشد و یا حتی اینکه دعوی افراز و تقاضای فروش کند و در نتیجه ملک را به مزایده گذاشته و سهم خود از فروش را بگیرد که این چنین مسائلی از موارد تالی فاسد قرار دادن اموال غیرمنقول به عنوان مهریه است و باید در زمان تعیین چنین اموالی به عنوان مهریه با آثار و تبعات حقوقی آن نیز دقت شود تا از دچار شدن به چنین مواردی جلوگیری گردد.



# بایسته‌های حرفه وکالت





## آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

رأی وحدت رویه شماره ۸۱۹ - ۱۶/۱/۰۱/۱۴۰۱ هیأت عمومی دیوان

### عالی کشور

در مواردی که یکی از طرفین در مهلت تجدیدنظر با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی خود، فرجام‌خواهی کرده است، با توجه به اینکه حق تجدیدنظرخواهی مانند دیگر حقوق، علی‌الاصول قابل اسقاط است و به ویژه با عنایت به اینکه اسقاط این حق، با انتخاب حق فرجام‌خواهی و به منظور تسریع، انجام شده است و منافاتی نیز با حقوق طرف دیگر دعوا ندارد، بنابراین موضوع مشمول اطلاق صدر ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و به فرجام‌خواهی مذکور در دیوان عالی کشور رسیدگی می‌شود و چون مورد از شمول ماده ۳۳۳ این قانون خروج موضوعی دارد، مفاد این ماده نمی‌تواند نافی آن باشد. بنا به مراتب، رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.

### نظریه مشورتی کانون وکلا

**پرسش:** معامله‌ای پس از چندین سال به دلیل اثبات جنون بایع ابطال گردیده و مشتری در ملک احداث بنا کرده است. آیا مشتری می‌تواند مانند مورد معامله فضولی از بایع مطالبه ثمن به قیمت روز و غرامات مربوط به مستحقات را بنماید؟

**نظر اکثریت:** در مورد اصل ثمن، چنانچه ثمن عین معین بوده و باقی باشد مسلماً باید به مشتری مسترد شود و اگر نسبت به آن معامله صورت گرفته باشد نیز به تبع بطلان معامله پایه و عدم مالکیت مجنون، معاملات بعدی نیز محکوم به بطلان بوده و عین باید به مشتری بازپس داده شود. اما اگر ثمن عین معین بوده و تلف شده یا عین کلی و وجه بوده و مصرف گردیده، باید بین فرضی که مشتری علم یا ظن به جنون متعامل



داشته با فرض جهل تفاوت نهاد. در صورت اول مورد مشمول ماده ۱۲۱۵ ق.م است و از باب قاعده اقدام، مشتری حق مطالبه چیزی را نه بابت ثمن و نه بابت غرامات ندارد و در فرض جهل، هر چند ماده ۱۲۱۵ اطلاق داشته و شامل صورت جهل به جنون نیز می‌گردد اما بر اساس دیدگاه برخی از اساتید و نیز با توجه به اینکه ضمان حکم وضعی است و بلوغ و عقل در احکام وضعی شرط نیست و نیز با عنایت به ماده ۱۲۱۶ که به نحو مطلق مجبورین را ضامن خساراتی که از ناحیه آنان وارد شده دانسته، ممکن است بتوان در این فرض، مجنون را ضامن مالی که دریافت کرده قلمداد نمود. البته اگر ولی مجنون از وضعیت وی مطلع بوده و در جلوگیری از وقوع معامله کوناهی کرده باشد، ممکن است وی را از باب سبب اقوا از مباشر و بر مبنای ماده ۷ ق. مسئولیت مدنی، شخصا مسئول جبران ثمن دریافتی از سوی مجنون دانست. در مورد مستحذات، به دلیل بطلان معامله و تحقق غصب حکمی و ضمان ید نسبت به مشتری، قواعد باب غصب در باب مستحذات غاصب اجرا می‌شود از جمله اینکه ولی مجنون حق تقاضای قلع و قمع دارد و ثانیاً مشتری می‌تواند اعیان متعلق به خود را خارج کند. در باب خسارات ناشی از کاهش ارزش پول از آنجا که مبنای مسئولیت در باب غرامات قاعده تسبیب و استناد خسارت به شخص است، صدور فعل زیانبار از شخص برای تحقق ارکان مسئولیت مدنی ضروری است. حال در این مورد منشاء خسارت، بطلان معامله و منشاء بطلان نیز جنون متعامل بوده نه اعمال وی فلذا صدور فعل زیانبار که از ارکان مسئولیت مدنی است در این فرض منتفی است. آری مجنون اقدام به انشاء معامله کرده اما منشاء زیان فعل انشاء نیست بلکه منشاء زیان نفس جنون او است که امری غیر اختیاری و از مقوله اوصاف شخص است نه افعال وی. البته در اینجا نیز اگر بتوان در تحقق معامله تقصیر شخصی مانند ولی مجنون را اثبات نمود که مثلاً در اعلام جنون مجنون به مقامات صاحب‌تدار یا در اعلام به طرف معامله و امثال آن کوتاهی کرده، امکان طرح مسئولیت مقصر از باب ماده ۷ ق. مسئولیت مدنی در باب خسارات امکان پذیر است.

**نظر اقلیت:** بلحاظ تفاوت مبانی عقد فضولی (که حاوی گونه‌ای تقصیر از نوع مداخله من غیر حق در ارتباط اعتباری میان مالک و شیء مملوک است) با عقدی که در آن، بائع فاقد اهلیت بوده، امکان مطالبه‌ی غرامات وجود ندارد. ثمن را نیز اگر به مجبور داده می‌تواند بطرفیت قیم از اموال مجبور مطالبه کند.



## آراء منتخب قضائی

سارا سادات شجاعی<sup>۱</sup>


جهات موجهه مبنای دعوای خواهان مبتنی بر این امر است که، علی‌رغم وجود سند رسمی تفکیکی بنام طرفین، مالکین در مرحله تصرف و تطبیق سند با محل و به جهت اعتماد به فروشنده ملک که، بنیاد است:

۱- هر یک در ملک دیگری تصرف نموده‌اند و چون مالک ملک مجاور علیه وی دعوای خلع ید مطرح نموده، وی هم علیه مالک ملک مجاور که در ملک وی تصرف نموده است دعوای خلع ید را مطرح نموده است و به عبارتی به جهت اشتباه در جانمایی ملک هر یک در قسمتی از ملک دیگری تصرف نموده‌اند و طبق نظریه کارشناسی علت این مغایرت و اشتباه تهیه نقشه ثبت است.

۲- از لحاظ حقوقی هر چند طبق نظریه کارشناسی تصرفات مالکین بر مبنای تقسیم نام فروشنده صحیح و بر مبنای صورت مجلس تفکیکی اداره ثبت، مبتنی بر اشتباه در جا نمایی است و حق اولیه خواهان هم پذیرش دعوای خلع ید می‌باشد، لیکن با توجه به سابقه تصرفات طرفین و علت اشتباه در تصرفات و این که هر یک به اشتباه در ملک مجاور تصرف و اقدام ب ساخت‌وساز نموده‌اند و مدت مدیدی است که از تصرفات طرفین سپری شده است و به عبارتی نظم جدیدی ایجاد شده است که پذیرش دعوای خلع ید، برخلاف نظم عمومی اجتماعی و موجب اختلاف بیشتر و هزینه‌های اقتصادی نامتعارف به طرفین و جامعه است. دعوای خواهان در محدوده دعوای حاضر قابل پذیرش نمی‌باشد.

۳- از لحاظ تحلیل حقوقی در تراحم بین قاعده تسلیط که برفع خواهان است و قاعده لاضرر که به نفع خواندگان است تا جایی که امکان جمع بین دو قاعده است، ترجیحی بر یکدیگر ندارند و جمع بین دو قاعده در این است که ضمن رعایت حقوق خصوصی افراد از ورود ضرر ناروا به اشخاص با حسن نیت جلوگیری شود (الجمع مهمما امکن اولی من الطرح) و چون علت تصرفات خوانده در ملک خواهان اشتباه در جانمایی ملک از جانب

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.



فروشنده و سازمان‌های مربوطه می‌باشد و با عنایت به این که متصرفین در تصرف ملک خواهان سوء نیتی ندارند و خریدار ملک هستند، جمع بین دو قاعده اولی‌تر است و جمع بین این قاعده در این است که دعوی عینی خلع ید قابل پذیرش نباشد و خواهان مستحق قیمت روز ملک تصرفی توسط خواندگان باشد.

۴- از لحاظ قواعد فقهی هر چند طبق قواعد غصب حق اولیه خواهان استرداد و اعاده وضع به حال سابق است، لیکن این قاعده هم محدود به مرزهایی است و مطلق نمی‌باشد و با عنایت به این که با ساخت اعیانی در ملک خواهان وضع ملک او به نحوی تغییر یافته است که همان ملک سابق نمی‌باشد، لذا بر اساس قواعد تلف حکمی امکان خلع ید و قلع و قمع بنا وجود ندارد، و قواعد مربوط به حفظ نظم عمومی راجع به املاک و ساخت و ساز شهری و تالی فاسد ناشی از پذیرش دعوی خواهان که در قوانین موضوعه هم مثل (لایحه قانونی رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۲۷/۹/۸۵) مورد شناسایی قرار گرفته است، مانع پذیرش دعوی خواهان می‌باشد و به عبارتی از لحاظ تحلیل اقتصادی باید راه‌حلی را پذیرفت که کمترین هزینه را چه بر طرفین و چه بر اجتماع داشت باشد و در دعوی مذکور حفظ وضع موجود عدم پذیرش دعوی خلع ید و قلع بنا و مطالبه قیمت ملک تصرف شده و اصلاح اسناد طبق تصرفات کمترین هزینه را دارد.

۵- از لحاظ قواعد انصاف و عدالت نیز، منصفانه، عدم پذیرش دعوی عینی و ارشاد خواهان به طرح دعوی دینی و مطالبه بدل مثل یا قیمت ملک متصرفی بر اساس قواعد مسئولیت مدنی است، چه این که در ایجاد وضعیت مذکور تنها خوانده مقصر نیست، بلکه در سطح پایین تری خواهان و حتی اشخاص ثالث دیگری چون فروشنده، سازنده، سازمان‌های مربوطه مانند شهرداری، هم دخالت داشته‌اند، با این توضیح که اجرای قواعد سخت‌گیرانه غصب فقط مربوط به متصرفی است که سوءنیت داشته است و عالمأً و عامداً در ملک دیگری تصرف و احداث بنا نموده است. لیکن این قواعد به نسبت تقصیر خواندگان و بر اساس قواعد انصاف قابل تعدیل است و دادرس می‌بایست در جهت اخلاقی کردن قواعد حقوقی این درجات و مراتب را در نظر داشته باشد و در تبیین مفهوم انصاف و عدالت و نسبت آن‌ها با یکدیگر، باید گفت: انصاف با اینکه بهتر از نوعی عدالت است، مطابق عدالت است و منصفانه، برتر و والاتر است. چرا که کارکرد انصاف در کنار عدالت در این است که انصاف مطابق با عدالت باشد. ولی نه مطابق عدالت مبتنی بر قانون بلکه



تصحیح عدالت قانونی استبا این توضیح که حکم قانون همیشه عام و کلی است و در مواردی که نمی‌توان حکمی کرد که درست باشد مانند (پرونده حاضر) و اگر حکمی پیش آید که حکم قانون جوابگوی آن نباشد کار درست این است که خطایی که به سبب ساده نگاری قانون از او سر زده است را تصحیح کنیم. بدان سان که اگر خود قانون‌گذار بود تصحیح می‌کرد و اگر به آن توجه داشت آن را در قانون جای می‌داد. پس ماهیت انصاف این است: تصحیح حکم قانون آن‌جا که به سبب کلیت حکم قانون، نقص در آن راه یافته است، و در دعوی مطروح اعمال حکم کلی غضب بدون رعایت قواعد اخلاقی (درجه تقصیر) عادلانه و بهتر بگوییم منصفانه نیست. همان‌طور که در جهت اخلاقی کردن قواعد حقوقی و اهمیت انصاف و تعدیل قاعده کلی حقوقی هم (ریپر نویسنده فرانسوی) به درستی بیان می‌دارد: (مقنن دوست ندارد که خود را به صورت معلم اخلاق درآورد). به علاوه انجام این کار برای او مشکل است زیرا جنبه مجرد، کلی و دائمی قانون جز به سختی امکان نمی‌دهد که تکالیف متنوع اخلاقی مورد توجه او قرار گیرد، برعکس قاضی که در میان منافع متضاد و تمایلات و گرایش‌های رقابت‌آمیز قرار گرفته و به صورت داور جلوه می‌کند، باید ارزش‌های اخلاقی متداعیین را به حساب آورد و مورد توجه قرار دهد. لذا در دعوی مطروح در رلستای اخلاقی کردن قاعده حقوقی و رعایت انصاف و تعدیل قاعده حقوقی هر چند براساس قاعده کلی غضب، حکم اولیه آن، پذیرش دعوی عینی و به تبع، خلع ید و قلح بنا و اعاده وضع به حال سابق می‌باشد، ولی منصفانه و اخلاقی، عدم پذیرش دعوی عینی و خلع ید و ارشاد خواهان به طرح دعوی دینی است. در نتیجه با توجه به مراتب مذکور شرایط دعوی عینی فراهم نمی‌باشد و فقط امکان طرح دعوی دینی وجود دارد، که خواهان می‌تواند براساس قواعد مسئولیت مدنی و استفاده بلا جهت و این که تصرف مال به کیفیت مذکور در حکم تلف است و نوبت به بدل و قیمت می‌رسد، خواهان فقط مستحق قیمت روز ملک و خسارات وارده در قبال انتقال ملک متصرفی به خواننده است منطوق رأی مستند به اصول ۴۰ و ۱۶۷ قانون اساسی و قاعده لاضرر و قانون مدنی و مواد ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوی خواهان در محدوده دعوی حاضر صادر و اعلام می‌نماید.

رئیس شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی مشهد - ابوالقاسم رضانژاد

شماره دادنامه ۱۴۰۱۲۵۳۹۰۰۰۰۲۹۲۳۹۰ - تاریخ تنظیم ۱۸ / ۰۱ / ۱۴۰۱





## هشدارها و آموزه‌های انتظامی

فاطمه محسنی<sup>۱</sup>

نغمه فقیهیان<sup>۲</sup>

**هیأت دادرسان:** آقایان سید عبدالرضا طباطبایی (رئیس دادگاه)، محمد دیوسالار و

کاظم صادقی (مستشاران دادگاه)

تاریخ رسیدگی: تابستان ۱۴۰۱

### خلاصه جریان پرونده:

دادیار یکی از شعب دادرسی دادرسی عمومی و انقلاب اصفهان طی نامه‌ای خطاب به کانون وکلای دادگستری اصفهان اعلام نموده در خصوص یک پرونده که موضوع آن شکایت توهین علیه احدی از وکلای کانون وکلای دادگستری اصفهان است، در راستای اعمال ماده ۸۷<sup>۳</sup> آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری به پیوست یک

---

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.

۲. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.

۳. در صورتی که نسبت به وکیلی به اتهام ارتکاب جنحه یا جنایت کیفرخواست صادر شود دادستان باید رونوشت آن را به کانون بفرستد و از طرف کانون به دادگاه انتظامی وکلاء رجوع می‌شود و در صورتی که دادگاه دلائل را قوی و ادامه وکالت وکیل را منافی با شوون وکالت تشخیص دهد حکم تعلیق موقت او را صادر می‌نماید و حکم مزبور موقتا قابل اجراء است و مفاد آن به دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود و در مورد محکومیت قطعی وکیل به ارتکاب جنایت مطلقا در مورد جنحه‌هایی که به تشخیص دادگاه انتظامی وکلاء ادامه وکالت منافی شوون وکالت است محرومیت وکیل از شغل وکالت در روزنامه رسمی و مجله کانون، آگهی و به دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود.



نسخه از کیفرخواست صادره، جهت اقدام مقتضی به آن مرجع ارسال می‌شود. بعد از ارجاع نامه یاد شده، معاونت دادرسی انتظامی کانون اصفهان خطاب به دادیار انتظامی اعلام داشته از آنجا که دو پرونده با موضوع واحد و یکسان اما دارای دو ثبت هستند، تجمیع و به دفتر اعلام نمایند. دادیار انتظامی طی شرحی خطاب به دادستان انتظامی کانون اعلام نموده در رابطه با دو پرونده یاد شده (موضوع صدور کیفرخواست که از جانب دادیار ارسال شده و موضوع اعمال ماده ۸۷ آئین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون و کلا که از طرف شاکی پرونده توهین اعلام گردیده)، ضمن لف دو پرونده به استحضار می‌رساند که وفق ماده ۸۷ آئین‌نامه، دادرسی صالح به تصمیم درمورد تعیین تکلیف ادامه فعالیت و کیل و اعمال ماده ۸۷ نیست و تقاضا می‌نماید پرونده بدو جهت ارجاع به یکی از شعب دادگاه، به نظر ریاست کانون برسد. دادستان انتظامی دو پرونده را عیناً جهت صدور دستور نزد ریاست کانون اصفهان ارسال می‌نماید. ریاست کانون و کلای دادگستری اصفهان پرونده را جهت بررسی، وفق ماده ۸۷ آئین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون و کلای دادگستری به یکی از شعب دادگاه انتظامی کانون ارجاع می‌دهند. سپس دادستان انتظامی طی شرحی خطاب به یکی از شعب دایاری دادرسی عمومی اصفهان اعلام داشته یک کارآموز وکالت جهت مطالعه پرونده و تهیه گزارش معرفی می‌شود، خواهشمند است دستور همکاری و مساعدت صادر فرمایید. گزارش کارآموز وکالت چنین است:

«بر اساس شکوائیه علیه مشتکی عنه ردیف اول (غیر وکیل) دایر بر ورود به مسکن یا منزل دیگری به عنف و تهدید و توهین به اشخاص عادی و ضرب و جرح، مشتکی عنه با افراد ناشناس بدون اجازه صاحب باغ (شاکی) وارد باغ وی شده و متعاقب ورود، شروع به فیلمبرداری و گرفتن عکس نموده که پس از تذکر صاحب باغ، اقدام به فحاشی، توهین، هتک حرمت و ایراد ضرب و جرح عمدی فاقد اثر نموده و از باغ متواری شده است. سپس مشتکی عنه ردیف اول از مشتکی عنه ردیف دوم (وکیل کانون و کلای دادگستری اصفهان) درخواست کمک می‌کند که ایشان هم بدون اذن و اجازه صاحب باغ، وارد باغ شده و شروع به فحاشی، توهین و تهدید می‌نماید و در آخر می‌گوید: «من خودم وکیل هستم، نیازی به حکم ورود ندارم». شکات جهت اثبات شکایت خود به شهادت شهود



استناد کرده‌اند. شهود از درگیری فیزیکی اظهار بی‌اطلاعی نموده‌اند، لیکن درگیری لفظی بین طرفین را گواهی داده‌اند. عمده دفاع وکیل مزبور در پاسخ به ادعای شکات، جرح شهود شکات است. دادیار دادرسی عمومی و انقلاب اصفهان در مورد عناوین اتهامی وکیل یاد شده، تنها در خصوص توهین، با توجه به شکایت شاکی و شهادت شهود و دفاعیات بلاوجه، مستنداً به ماده ۲۶۵<sup>۴</sup> قانون آئین دادرسی کیفری مبادرت به صدور قرار جلب به دادرسی نموده و متعاقباً کیفرخواست صادر گردیده است. در خصوص سایر عناوین اتهامی وکیل مذکور با عنایت به فقدان ادله کافی، قرار منع تعقیب صادر شده است. سپس پرونده به یکی از شعب دادگاه کیفری ۲ اصفهان ارجاع شده که جهت رفع نقص به دادرسی اعاده گردیده است. در نهایت دادنامه آن شعبه دادگاه کیفری ۲ اصفهان ضمیمه شده که به موجب آن، وکیل یاد شده در خصوص اتهام توهین به اشخاص عادی با احراز بزه وی مستنداً به ماده ۶۰۸<sup>۵</sup> قانون مجازات اسلامی به بیست میلیون ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت محکوم شده است».

سپس شعبه‌ای از دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان تشکیل جلسه داده و با توجه به محتویات پرونده، مبادرت به صدور رأی نموده که به طور خلاصه چنین است:

«برابر کیفرخواست صادره از یکی از شعب دادیاری دادرسی عمومی و انقلاب اصفهان، وکیل یاد شده متهم به توهین به اشخاص عادی است. موضوع در اجرای

---

۴. بازپرس در صورت جرم بودن عمل ارتكابی و وجود ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار جلب به دادرسی و در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی و یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار منع تعقیب صادر و پرونده را فوری نزد دادستان ارسال می‌کند. دادستان باید ظرف سه روز از تاریخ وصول، پرونده تحقیقات را ملاحظه و نظر خود را به طور کتبی اعلام کند و پرونده را نزد بازپرس برگرداند. چنانچه مورد از موارد موقوفی تعقیب باشد، قرار موقوفی تعقیب صادر و وفق مقررات فوق اقدام می‌شود.

۵. [اصلاحی ۲۳/۰۲/۱۳۹۹] - توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک چنانچه موجب حد قذف نباشد [مستوجب] جزای نقدی درجه شش خواهد بود.



مقررات ماده ۸۷ آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری به این شعبه ارجاع، اینک دادگاه با توجه به محتویات پرونده از جمله گزارش کارآموز وکالت و دادنامه صادره از دادگاه کیفری ۲ اصفهان که دلالت بر محکومیت وکیل مشتکی عنه به سبب توهین به اشخاص عادی و محکومیت به پرداخت جزای نقدی به مبلغ بیست میلیون ریال دارد، لذا اجماعاً رفتار خلاف شأن وکالت وی محرز است، لیکن به سبب فقد سابقه محکومیت انتظامی با یک درجه تخفیف مستنداً به ماده ۴۲<sup>۶</sup> قانون وکالت ناظر بر بند ۳ ماده ۵۱<sup>۷</sup> قانون وکالت، نامبرده را به توبیخ کتبی با درج در پرونده و روزنامه رسمی محکوم می‌نماید».

ضمن اعتراض به دادنامه صادره از دادگاه کیفری ۲ اصفهان، یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان دادنامه‌ای مبنی بر نقض دادنامه معترض عنه و صدور حکم برائت تجدیدنظرخواه صادر و ضمیمه پرونده دادگاه انتظامی شده است. وکیل یاد شده به موجب لایحه‌ای در کانون وکلای دادگستری اصفهان نسبت به رأی صادره از دادگاه

---

۶. وکلاء باید در مذاکرات شفاهی در محکمه و لوائح کتبی احترام و نزاکت را نسبت به محاکم و تمام مقامات اداری و نسبت به وکلاء و اصحاب دعوی مرعی دارند در صورت تخلف به مجازات انتظامی از درجه ۴ به بالا محکوم خواهند شد مگر اینکه عمل مشمول یکی از عناوین جزائی باشد که در این صورت به حداکثر مجازات مقرر در قانون محکوم خواهند شد.  
۷. مجازات‌های انتظامی به قرار ذیل است:

۱- توبیخ شفاهی

۲- توبیخ کتبی با درج در پرونده

۳- توبیخ با درج در مجله رسمی

۴- ممنوعیت موقت از سه ماه الی دو سال

۵- تنزل درجه

۶- محرومیت دائم از شغل وکالت.

وزیر عدلیه می‌تواند در صورت احراز سوء اعمال و رفتار یا تخلفات وکیلی یکی از مجازات‌های انتظامی تا درجه (۴) را درباره او مستقلاً اعلام نماید و رای وزیر در این موضوع قابل شکایت نیست. در صورتی که حکم مجازات از طرف محکمه صادر شود تا درجه ۳ نسبت به محکوم علیه قطعی است.



انتظامی آن کانون اعتراض نموده و همچنین دادستان انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان به موجب لایحه‌ای خطاب به ریاست شعبه صادر کننده دادنامه انتظامی اعتراض خویش را چنین اعلام داشته:

۱. اساساً در هر دو پرونده موضوع گزارش دادیاری دادرسی عمومی و انقلاب اصفهان و شکایت شاکی مبنی بر درخواست اعمال ماده ۸۷ آئین‌نامه سابق اجرایی لایحه استقلال بوده که دادگاه انتظامی در این خصوص نفیاً یا اثباتاً هیچگونه اظهار نظری نکرده است.

۲. تعیین مجازات، آنهم بدون صدور کیفرخواست و اظهار نظر دادرسی فاقد وجهت قانونی است و پرونده صرفاً جهت اعلام نظر در مورد اعمال یا عدم اعمال ماده ۸۷ آئین‌نامه سابق در اختیار آن دادگاه بوده است.

۳. حسب دادنامه صادره از دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، مشتکی عنه مستنداً به اصل ۳۷ قانون اساسی و اصل اصله البرائه از اتهام موضوع محکومیت با نقض دادنامه بدوی، براءت حاصل نموده است. لذا با عنایت به دادنامه ابلاغی، ضمن اعتراض به آن، تقاضای اتخاذ تصمیم شایسته دارم.

شعبه صادرکننده دادنامه انتظامی در ذیل لایحه دادستان انتظامی کانون مذکور، قید نموده است با توجه به اینکه رأی صادره از این دادگاه مورد اعتراض وکیل مشتکی عنه قرار گرفته و پرونده به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال گردیده، اقدامی میسر نیست. با ارجاع پرونده به این شعبه، هیأت شعبه تشکیل شده و پس از قرائت گزارش و اوراق پرونده و بررسی لوایح اعتراضیه واصل شده و مشاوره کافی با اعلام ختم رسیدگی به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌گردد.

### «رأی دادگاه عالی انتظامی قضات»

آنچه از محتویات پرونده حاصل می‌گردد این مطلب است که دادیار دادرسی عمومی و انقلاب اصفهان در خصوص شکایتی که از وکیل پایه یک دادگستری دائر بر توهین به اشخاص عادی شده است، مبادرت به صدور قرار جلب به دادرسی و نهایتاً پس از موافقت مقام اظهار نظر، مبادرت به صدور کیفرخواست نموده و سپس پرونده جهت رسیدگی به یکی از شعب دادگاه کیفری ۲ اصفهان ارجاع گردیده است. دادیار محترم جهت اجرای



قانون، خواستار اعمال ماده ۸۷ آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری شده است و طی شرحی موضوع را به دادستان انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان اعلام و دادستان نیز مطلب را جهت ارجاع به دادگاه، به نظر ریاست کانون اصفهان رسانیده‌اند. ریاست کانون نیز پرونده را به یکی از شعب دادگاه انتظامی ارجاع داده‌اند. شعبه یاد شده بدون ورود در موضوع مورد ارجاع، اقدام وکیل مشتکی عنه را رفتار خلاف شأن تشخیص و با یک درجه تخفیف، وکیل یاد شده را محکوم به توبیخ با درج در پرونده و روزنامه رسمی نموده است که این اقدام و صدور رأی مورد اعتراض وکیل مشتکی عنه به لحاظ اینکه موفق به اخذ حکم برائت از دادگاه تجدیدنظر گردیده و نیز مورد اعتراض دادستان محترم انتظامی کانون بدین لحاظ که اساساً موضوع رسیدگی دادگاه خارج از عنوان ارجاع شده یعنی اعمال ماده ۱۴۰<sup>۸</sup> آئین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلا مصوب ۱۴۰۰/۰۴/۰۲ (ماده ۸۷ آئین نامه سابق لایحه قانونی استقلال کانون وکلا) و نیز اینکه اساساً دادگاه به موضوعی رسیدگی نموده که محتاج اظهار نظر دادسرا و صدور کیفرخواست بوده که بدون توجه به این موارد رأی صادر نموده، قرار گرفته است. دادگاه اعتراض دادستان انتظامی را قانونی می‌داند، زیرا دادیار دادسرای عمومی و انقلاب اصفهان پس از صدور کیفرخواست، موضوع را جهت اعمال ماده ۱۴۰ آئین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلا مصوب ۱۴۰۰/۰۴/۰۲ به دادسرای کانون ارسال نموده است و از طرف دیگر با بررسی پرونده، کیفرخواستی در خصوص تخلف موضوع مورد حکم دادگاه

۸. در صورتی که نسبت به وکیلی به اتهام ارتکاب جرائم درجه یک الی شش موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، کیفرخواست یا حکم محکومیت غیرقطعی صادر شود، دادستان عمومی و انقلاب یا رییس حوزه قضایی یا دادگاه رسیدگی کننده، باید رونوشت آن را به کانون بفرستد و از طرف رییس کانون به دادگاه انتظامی ارجاع شود. دادگاه انتظامی در صورتی که دلایل را قوی بداند و ادامه وکالت وکیل را منافی با شئون وکالت تشخیص دهد، حکم تعلیق موقت او را تا صدور حکم قطعی در پرونده کیفری یا انتظامی صادر می‌کند. در کلیه مواردی که تفکیک جنبه انتظامی از جنبه کیفری ممکن باشد، پرونده برای رسیدگی به تخلف انتظامی وکیل، نزد دادستان انتظامی ارسال می‌شود و طبق مقررات به تخلف انتظامی رسیدگی می‌شود.



از ناحیه دادرسی انتظامی کانون که لزوماً می‌بایست با صدور کیفرخواست اعلام و درخواست مجازات شود، ملاحظه نمی‌گردد. لذا با توجه به صحیح بودن و وارد بودن اعتراض، رأی صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان مستنداً به بند ۲ ماده ۱۱۲<sup>۹</sup> و ماده ۱۱۳<sup>۱۰</sup> آئین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری نقض و پرونده جهت اتخاذ تصمیم صحیح و منطبق بر قانون به شعبه صادرکننده رأی اعاده می‌گردد. بدیهی است با توجه به اینکه اساس رأی صادره نقض گردیده موجب و محمل قانونی جهت بررسی و اظهار نظر درمورد اعتراض محکوم علیه معترض وجود ندارد. این رأی قطعی است.

دادگاه عالی انتظامی قضات

---

۹. آراء دادگاه انتظامی ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، از سوی اشخاص زیر قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه عالی است:

- ۱ - شاکی خصوصی نسبت به کلیه آراء؛
  - ۲ - رییس کانون و دادستان انتظامی نسبت به کلیه آراء برائت و قرار موقوفی تعقیب و احکام مجازات انتظامی درجه چهار و بالاتر؛
  - ۳ - مقامات مذکور در مواد ۸۸ و ۸۹ این آیین‌نامه نسبت به کلیه آرای صادره و نیز رد تقاضای تعلیق در اجرای مواد ۶۹ و ۱۸ لایحه استقلال؛
  - ۴ - محکوم علیه نسبت به احکام مجازات درجه چهار و بالاتر؛
۱۰. دادگاه عالی به درخواست تجدیدنظر رسیدگی کرده، در صورت پذیرش تجدیدنظرخواهی، حکم مقتضی صادر والا حکم تجدیدنظر خواسته را تایید می‌کند.



# ادب و کالت

## اخلاق حرفه‌ای و کیل

مهران الشریف<sup>۱</sup>

### مقدمه

امید است آنچه در این مختصر بیان خواهد شد فتح بایی باشد برای ورود وکلای بزرگوار و فرهیخته و همچنین صاحب منصبان قضایی و سایر صاحب نظران در امر اخلاق وکالت. قطعاً نشریه وزین مدرسه حقوق مشتاق میزبانی و نشر مقالات ارسالی خواهد بود. با توجه به پیشرفت جوامع بشری و گسترده‌تر شدن روابط انسان‌ها، ضرورت وجود وکیل مدافع بیشتر از گذشته احساس میشود. از طرفی شأن و منزلت نهاد وکالت اقتضای میکند برای ارتقای جایگاه این نهاد مقدس در جامعه، وکلای محترم به آدابی که شایسته آنهاست آراسته شوند و با پایبندی به این آداب به بسط بیشتر اهداف وکالت که عبارتند از عدالت و احقاق حق، یاری برسانند.

در علم لغت معانی مختلفی برای واژه ادب مطرح شده است. برخی میگویند ادب به معنای «حسن خلق» است و عده‌ای هم آن را به معنای «تربیت» گرفته‌اند اما به نظر ادب مفهوم عامی است که می‌تواند جمیع این معانی را در بر بگیرد. بنابراین اگر ادب را به «روش رفتاری» معنا کنیم شامل تمام این موارد میشود.

با توجه به این معنا ادب وکالت به معنی رعایت تعدادی قواعد رفتاری در رابطه با افراد و نهادهای گوناگون است که به نحوی با حرفه وکالت ارتباط دارند.

در این نوشتار سعی شده است به مهمترین آداب وکالت در رابطه با موکل، طرف دعوا و محاکم دادگستری و سایر مراجع قانونی اشاره شود.

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.





## آداب روابط وکیل با موکل

این جنبه از آداب به نظر مهمترین وجه روابط وکیل دادگستری می‌باشد. وکیل در روابط خود با موکل باید موارد ذیل را رعایت کند:

۱. در باب وکالت کتاب شرح لمعه شهید ثانی آمده است که مستحب است وکیل در آنچه که وکیل آن شده است بصیرت کامل داشته باشد تا اینکه بتواند به طور کامل مقصود موکل را تحقق بخشد. لذا اطلاعات حقوقی و عمومی پیرامون مسائل و مشکلات موکل به حل بهتر پرونده کمک کرده و حس اعتماد به نفس به وکیل می‌دهد تا بتواند به نحو موثری پرونده را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد.

۲. وکیل دادگستری باید در رفتار و گفتار خود صادقانه عمل کند و مصلحت موکل را همواره در نظر بگیرد. صداقت می‌تواند جنبه‌های مختلفی از جمله موارد زیر داشته باشد: - وکیل نباید نزد موکل، خود را دارای اختیارات و امکانات فراقانونی نزد مراجع قضایی جلوه دهد.

- وکیل نباید نتیجه مطلوب موکل در دعوا را به طور صریح یا ضمنی تضمین کند بنابراین باید صادقانه میزان احتمال موفقیت موکل در دعوا را به او بیان کند. - بیان اینکه جوهری که موکل می‌پردازد دقیقاً بابت چیست (مثلاً هزینه دادرسی، حق‌الوکاله، هزینه کارشناسی و غیره)

۳. رابطه وکیل و موکل رابطه‌ای قانونی و رسمی و البته مبتنی بر احترام متقابل است. اما این رابطه نمی‌تواند و نباید دوستانه باشد. به این معنی که «رسمیت» این رابطه همواره باید حفظ شود

۴. وکیل باید از پذیرش دعاوی واهی به قصد ایدای طرف مقابل یا اطاله دادرسی است خودداری کند.

۵. اصل اسناد و مدارک موکل را در موعد مقرر به او تحویل داده و آن‌ها را در قبال حق‌الوکاله نزد خود نگه ندارد.

۶. یکی از گلايه‌های موکلین این است که وکلا پاسخ تماس‌های آن‌ها را نمی‌دهند البته وکلا هم دلایل معقول خود را دارند. بنابراین چنانچه در قرارداد وکالت طریق خاصی برای اطلاع‌رسانی از روند پرونده پیش‌بینی نشده باشد شایسته است روند پیشرفت دعوا یا مطالب دیگر به طریق متعارفی به اطلاع موکل رسانده شود.

۷. وکلا علاوه بر تعهد اخلاقی مبنی بر حفظ اسرار موکل از نظر حرفه‌ای و قانونی



نیز مجاز به افشای اسرار موکل نیستند لذا حفظ اسرار حق موکل و وظیفه اساسی وکیل است.

۸. وکیل باید تعهدات و اقدامات مقتضی خود را در زمان مقتضی و مواعد قانونی انجام دهد.

۹. وکیل نباید به غیر از حق الوکاله مقرر و هزینه‌های قانونی هیچ وجه یا مال دیگری از موکل بگیرد.

۱۰. وکیل نباید به بهانه وکالت حریم خصوصی موکل را نقض یا از موقعیت خود سوء استفاده بکند.

### آداب روابط وکیل با طرف دعوا و وکیل او

۱. رعایت حرمت اصحاب دعوی و کادر قضایی و اداری و انتظامی مراجع قضایی و قانونی و احترام به وکلای طرف موکل و مردم عادی و افراد یاد شده، از زمره تکالیف حرفه‌ای و صنفی وکلای دادگستری است. برابر ماده ۴۲ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵؛ وکلا ملزم به رعایت احترام نسبت به یکدیگر در مذاکرات شفاهی و لوابیح کتبی خویش در محاکم و مراجع قضائی و قانونی شده و تخلف از آن مستوجب مسئولیت انتظامی درجه چهارم به بالا می‌باشد. تکلیف مزبور در سوگند اتیانی وکلا نیز مقرر شده است: «... نسبت به اشخاص و مقامات قضایی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر اشخاص رعایت احترام را نموده ...».

۲. لازم است وکلای دادگستری پیش از طرح دعوا یا در اثنای آن، طرفین را به صلح و سازش دعوت کنند.

۳. وکیل نباید مانع دسترسی طرف دعوا به مدارک و شهود شود و یا به صورت غیر قانونی مدارکی را که ادله دعوا محسوب می‌شوند تغییر، تخریب یا مخفی کند.

۴. وکیل باید در مورد طرف دعوا انصاف را رعایت کند. اگر ضمن رسیدگی به لحاظ برخورد با دلایل محکم و قطعی به این نتیجه رسید که حق با موکلش نیست و یا حق با طرف دعواست، شایسته است در صورت عدم توفیق در حل فصل موضوع استعفا دهد هر چند ناچار به پس دادن حق الوکاله یا قسمتی از آن بشود.



## آداب روابط وکیل با مراجع قضائی و قانونی

۱. همان‌طور که در قسمت قبل اشاره کردیم وکیل موظف به رعایت احترام و نزاکت در برابر مقامات قضائی و سایر مراجع صالح است. البته ضمن رعایت حداکثر ادب و احترام، باید از خضوع و خشوع بی‌مورد و فروتنی بیش از اندازه که ممکن است به چاپلوسی تعبیر شود احتراز کرد.
۲. وکیل باید در صورت مشاهده بی‌عدالتی یا رسیدگی بر خلاف قانون مراتب را با شجاعت و استقلال تمام در جهت اجرای عدالت به مراجع نظارتی اطلاع دهد.
۳. وکیل باید به محکمه در رسیدن به تصمیم درست کمک کرده و بدون ترس و واگم جهت احقاق حق موکل بکوشد.
۴. رعایت وقار و ابهت در رفتار و گفتار و پرهیز از شوخی‌های سبک و حرکات ناشایسته در برابر مقامات دادگستری و قانونی از ضروریات امر وکالت است.
۵. وکیل باید در اظهارات خود در برابر قاضی و محکمه صداقت داشته باشد و از انجام اموری که موجب اطالۀ دادرسی می‌شود و اثری در احقاق حق ندارد پرهیزد.



## صفحه ادبی «رُقعه»

فاطمه محسنی<sup>۱</sup>

فرستی یافتیم تا از زبان شیرین استاد سخن، شیخ اجل، «سعدی» که شهید کلامش را حلاوتی دیگر است، نثری را که اطلاع از مضامین آن برای اصحاب حقوق نیز درس آموز است، برگزیده، در معرض دید مخاطبان ادب دوست نشریه مدرسه حقوق قرار دهیم. به دلیل طولانی بودن متن، آن را در سه شماره تابستان ۱۴۰۱ (۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۳) در صفحه ادبی «رُقعه» تقدیم همراهان فرهیخته مجله می‌نماییم. برای ترجمه و توضیح لغات دشوار از دو کتاب گلستان سعدی، تصحیح و توضیح دکتر غلامحسین یوسفی، چاپ اول، ۱۳۶۸، تهران و گلستان سعدی، به کوشش دکتر خلیل خطیب رهبر، چاپ نهم، ۱۳۷۳، تهران؛ استفاده شده است.

### جدال سعدی با مدعی در بیان توانگری و درویشی<sup>۲</sup>

یکی در صورت درویشان نه بر صفت ایشان در محفلی دیدم نشست و سُنعتی<sup>۳</sup> در پیوسته و دفتر شکایتی باز کرده و ذمّ توانگران آغاز کرده، سخن بدینجا رسانیده که درویش را دست قدرت بسته است و توانگر را پای ارادت شکسته.

کریمان را به دست اندر، درم<sup>۴</sup> نیست خداوندان نعمت را کرم نیست

مرا که پرورده‌ی نعمت بزرگانم، این سخن سخت آمد؛ گفتم: ای یار، توانگران دخل مسکینان اند و ذخیره‌ی گوشه نشینان و مقصد زائران و کَهِف<sup>۵</sup> مسافران و محتمل بار گران، بهر راحتِ دگران؛ دست تناول آنگه به طعام برند که متعلقان و زیردستان بخورند و

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.

۲. سعدی، «گلستان»، باب هفتم، «در تأثیر تربیت».

۳. زشت‌گویی، دشنام و سرزنش.

۴. سیم و زر.

۵. پناه، غار.



فَضْلَهُ<sup>۶</sup> مَكَارِمِ<sup>۷</sup> اِيشَانِ<sup>۸</sup> بِهٖ اَرَامِلِ<sup>۹</sup> و پيران و اقارب و چيران<sup>۹</sup> رسيده.  
 توانگران را وقف است و نذر و مهمانی زکات و فطره و اِعتاق<sup>۱۰</sup> و هَدَى<sup>۱۱</sup> و قربانی  
 تو کی به دولتِ ايشان رسی که نتوانی جز این دو رکعت و آن هم به صد پریشانی  
 اگر قدرت جود است و گر قوَتِ سجود، توانگران را به میسر شود که مال مُزَکَى<sup>۱۲</sup> دارند  
 و جامه‌ی پاک و عِرْضِ مصون و دل فارغ و قوَتِ طاعت در لقمه‌ی لطیف است و صَحَّتِ  
 عبادت در کِسوتِ نَظِيفِ<sup>۱۳</sup>. پیداست که از معده‌ی خالی چه قوَتِ آید و دست تهی چه  
 مروَتِ وز پای تشنه<sup>۱۴</sup> چه سیر آید و از دست گرسنه چه خیر.  
 شب پراگنده<sup>۱۵</sup> خسبِ آن که پدید نَبُوَدِ وَجْهٖ بامدادانش<sup>۱۶</sup>  
 مور گرد آورد به تابستان تا فَرَاغَتِ بُوَدِ زمستانش  
 فراغت به افاقه<sup>۱۷</sup> نپیوندد و جمعیت<sup>۱۸</sup> در تنگدستی صورت نبندد؛ یکی تَحْرِمِهِ<sup>۱۹</sup> عشا  
 بسته و یکی منتظر عشا<sup>۲۰</sup> نشسته، هرگز این بدان کی ماند؟

۶. مانده، بقیه.

۷. بزرگی‌ها، جوانمردی‌ها.

۸. جمع ارمله، بیوه زنان.

۹. جمع جار، همسایگان.

۱۰. بنده آزاد کردن.

۱۱. به فتح اول و سکون دوم، قربانی: که به صورت هدیه به مکه فرستند و برای خدا ذبح کنند.

۱۲. مزگا، پاکیزه کرده و حلال، زکات پرداخته.

۱۳. صفت مشبهه از نظافت، پاکیزه.

۱۴. پای مرد تشنه کام.

۱۵. پریشان.

۱۶. پول کفاف معاش فردا.

۱۷. درویشی و نیاز.

۱۸. آسودگی و فراغ دل.

۱۹. تکبیره الاحرام.

۲۰. چشم به راه شام.



خداوند مُكَنَّتْ<sup>۲۱</sup> به حق مشتعل پراگنده روزی<sup>۲۲</sup>، پراگنده دل<sup>۲۳</sup>

پس عبادت اینان به قبول اولی‌تر است که جمعند<sup>۲۴</sup> و حاضر، نه پریشان و پراگنده خاطر، اسباب معیشت ساخته و به آورد عبادت پرداخته. عرب گوید: اَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الْفَقْرِ الْمَكِيبِّ وَ جَوَارٍ مَنْ لَا أُحِبُّ<sup>۲۵</sup> و در خبر است: الْفَقْرُ سَوَادُ الْوَجْهِ فِي الدَّارَيْنِ<sup>۲۶</sup>.  
گفتا: نشنیدی که پیغمبر علیه‌السلام گفت: الْفَقْرُ فَخْرِي<sup>۲۷</sup>.

گفتم: خاموش که اشارتِ خواجه علیه‌السلام به فقرِ طایفه‌ایست که مردِ میدان رضایند و تسلیم تیر قضا، نه اینان که خرقه‌ی<sup>۲۸</sup> ابرار پوشند و لقمه‌ی اِدْرار<sup>۲۹</sup> فروشند.  
ای طبلِ بلند بانگِ در باطن هیچ بی توشه چه تدبیر کنی وقتِ بَسِیجِ<sup>۳۰</sup>  
روی طمع از خلق پییچِ آر مردی تسبیح هزار دانه بر دست مییچ  
درویش بی معرفت<sup>۳۱</sup> نیارآمد تا فقرش به کفر انجامد. كَاذَ الْفَقْرُ اَنْ يَكُوْنَ كُفْرًا<sup>۳۲</sup>، که  
نشاید جز به وجود نعمت برهنه‌ای پوشیدن یا در استخلاص گرفتاری کوشیدن و آبنای  
جنس ما را به مرتبه‌ی ایشان که<sup>۳۳</sup> رساند و ید علیا به ید سفلی چه ماند؟ نبینی که حق

۲۱. توانگر و ثروتمند.

۲۲. کسی که اسباب رزقش فراهم نباشد.

۲۳. پریشان خاطر.

۲۴. آسوده دل.

۲۵. از درویشی و نیاز که آدمی را به خاک ذلت می‌افکند و از همسایگی آنکه دوست ندارم، به خدا پناه می‌برم.

۲۶. فقر سبب سیاهرویی در هر دو جهان است.

۲۷. حدیث را به این صورت ضبط کرده‌اند: «الفقر فخری و به افتخر» فقر (نیازمندی به حق) مایه افتخار من است و به آن فخر می‌کنم.

۲۸. پشمینه درویشان.

۲۹. نان پاره، از سفره انعام دیگران نان پاره‌ای خورند. یعنی آنچه را برای آنان مقرر شده است، می‌فروشند و خود از راه خواهندگی از این و آن زندگی می‌کنند.

۳۰. آمادگی برای سفر.

۳۱. فقیر نادان.

۳۲. فقر ممکن است به کفر منجر شود.



جَلَّ و عَلَا، در مُحکَمِ تنزیل<sup>۳۴</sup> از نعیمِ اهلِ بهشتِ خبر می‌دهد که: **أَوْلَئِكَ لَهُمْ رِزْقٌ مَعْلُومٌ**<sup>۳۵</sup>، تا بدانی که مشغولِ کفافِ از دولتِ عفافِ محرومِ است و مُلْکِ فراغتِ زیرِ نَگینِ رزقِ معلوم.

تشنگان را نماید اندر خواب همه عالم به چشمِ چشمه‌ی آب<sup>۳۶</sup>  
حالی که من این سخن بگفتم، عنانِ طاقتِ درویش از دست تحملِ برفت؛ تیغِ زبانِ برکشید و اسبِ فصاحت در میدانِ وقاحتِ جهانید و بر من دوانید و گفت: چندانِ مبالغه در وصفِ ایشان بکردی و سخن‌هایِ پریشان بگفتی که وَهْمِ تصوّر کند که تریاق‌اند یا کلیدِ خزانه آرزاق؛ مُشْتی متکبر، مغرور، مُعْجِب<sup>۳۷</sup>، نَفُور<sup>۳۸</sup>، مُشْتَغَلِ مال و نعمت، مُفْتَن<sup>۳۹</sup> جاه و ثروت که سخن نگویند الا به سَفَاهت<sup>۴۰</sup> و نظر نکنند الا به کراهت؛ علما را به گدایی منسوب کنند و فقرا را به بی سر و پایی معیوب گردانند و به غَرَّت<sup>۴۱</sup> مالی که دارند و عزتِ جاهی که پندارند، برتر از همه نشینند و خود را به از همه بینند و نه آن در سر دارند که سر به کسی بردارند، بی خبر از قولِ حکما که گفته‌اند: هر که به طاعت از دیگران کم است و به نعمت بیش، به صورت توانگر است و به معنی درویش.

**ادامه این نثر در شماره آتی می‌آید.**

۳۴ آیات استوار قرآن

۳۵ ایشان را روزی معین است. صافات/ ۴۱

۳۶ مضمون بیت، مَثَلِ است که گویند: «تشنه در خواب آب می‌بیند».

۳۷ خودپسند

۳۸ رمنده، گریزنده

۳۹ در فتنه افتاده، شیفته

۴۰ بی خردی

۴۱ فریب



# گزیده مقالات کاربردی

## امیر مقدم<sup>۱</sup>

در مجلات علمی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

## ۱- تحلیل حقوق و تعهدات بانک صادرکننده ضمانت‌نامه‌های بانکی عندالمطالبه در حقوق ایران و مقررات ICC

نویسندگان: سرچمی، پرستو؛ ماندگار، مصطفی

مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه تابستان ۱۴۰۱، دوره هشتم - شماره ۲

صفحه ۲۰۱ - ۲۱۳

ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بانکی امروزه ابزاری کارآمد برای پوشش ریسک ناشی از عدم ایفای تعهدات ناشی از رابطه پایه محسوب میشوند. بانک صادرکننده (ضامن) در صورت تقاضای ذی نفع و تطابق آن با شرایط ضمانت نامه و بدون توجه به ایرادات پایه ملزم به پرداخت وجه ضمانت نامه می‌باشد، مگر زمانی که بطلان آن توسط دادگاه به

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.





تقاضای متقاضی صادر گردد.

ضامن نیز که معمولاً یک بانک است همواره ابزاری را مد نظر دارد که وی را از ورود به رابطه پایه میان طرفین معاف داشته و هر گونه عملیاتی درخصوص آن سه و ویژه پرداخت وجه ضمانت نامه - صرفاً با ارائه اسناد مشخصی امکان پذیر شود (تراشیون؛ ۱۳۹۳) مطالبه ناروا ذی نفع و تکلیف بانک مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه خوشبختانه به گونه ای تنظیم شده است که هر سه نیاز مذکور طرفین ضمانت نامه را به شکلی متعادل برآورده میسازد. همچنین بانک‌ها نیز که نقش ضامن را بر عهده دارند تحت این مقررات صرفاً انطباق مطالبه وجه ذینفع با متن ضمانت نامه را بررسی میکنند و هر گونه مطالبه نادرست احتمالی توسط ذینفع باید پس از پرداخت وجه و بدون حضور ضامن در محاکم قانونی میان متقاضی و ذینفع قابل بررسی خواهد بود (تراشیون؛ ۱۳۹۳، ۲۰۴) حال در صورتی که ضمانت خواه به هر دلیلی ذی نفع را در مطالبه محقق نداند ولی ذی نفع اقدام به مطالبه ضمانت نامه کند دو حالت متصور است:

۱- اگر بانک وجه ضمانت نامه را مطابق شرایط ضمانت نامه به ذی نفع بپردازد، در مقابل مضمون عنه مسوولیتی ندارد و مضمون عنه می‌تواند با طرح دعوا نسبت به استفاده بدون جهت ذی نفع از وجه ضمانت نامه بر علیه ذی نفع اقامه دعوا کند.

## ۲- ماهیت ید ضمانتی و ید امانی در فقه امامیه و حقوق ایران

نویسندگان: آنایید، فاطمه؛ کیانی اردبیلی، حسین

مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه تابستان ۱۴۰۱، دوره هشتم - شماره ۲

صفحه ۱۱۴۸ - ۱۱۵۶

اهمیت تصرف و آثار حقوقی مترتب بر آن، جایگاه کاربردی و نظری آن و پیچیدگی مصادیق یدضمانی و ید امانی که در بسیاری موارد تمییز و تشخیص آن دو را به سختی می‌اندازد، می‌طلبد که باتوجه در ادله قواعد ید و ضمان ید به تنقیح مناط قطعی پرداخته و به ملاکی دست یافت که در صور کثیرید، حکم آن را مشخص نماید، چرا که آثار و نتایج حقوقی، فقهی، عرفی و اخلاقی زیادی را تحت الشعاع قرار می‌دهد. در این راستا با روش توصیفی - تحلیلی به تبیین ماهیت و تنقیح مناط ید امانی و یدضمانی در فقه و حقوق پرداخته شده است. نتایج حاکی از این است که «ید» در لغت دارای معانی متفاوتی است از معانی شایع آن «دست» است و در فقه و حقوق



به معنای «تصرف» و «استیلاء» است به عبارت دیگر «سلطه شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً شیء در استیلاء وی باشد» بکار رفته است. از ملاک‌های تشخیص ید ضمانی در فقه می‌توان به استیلاء، متعلق بودن ارزش به مال یا حق تحت تصرف، متعلق به غیر بودن مال مأخوذ، استیلائی شخص بدون اجازه مالک یا بدون مجوز شرعی، عدم صحت‌عقد، اذن بدون انعقاد عقد و مجانی نبودن و معاوضی بودن عوض و معوض اشاره کرد و در حقوق هممی توان به سوء نیت، قاعده لاضرر، اتلاف، تسبیب و تقصیر اشاره کرد. از ملاک‌های تشخیص ید امانیدر فقه و حقوق هم می‌توان به وجود اذن مالک یا قائم مقام قانونی وی، وجود اذن از طرف شارع، عدم تعدی و تفریط و عدم تقصیر اشاره کرد.

### ۳- آزادی بیان در قرآن با نگره نقدی بر نوشته کتاب نقد قرآن

نویسندگان: نجیبی، سید ایوب؛ رضایی اصفهانی، محمدعلی

مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه بهار ۱۴۰۱، دوره هشتم - شماره ۹۰،

صفحه ۲۰۷ - ۲۲۸

هدف: بشری‌خوانی آموزه‌های قرآن کریم پیشینه دیرینه دارد. در این راستا، نویسنده کتاب نقد قرآن، با بهره جستن از رهیافت انسان‌پاسند، در پی انکار آزادی بیان در قرآن برآمد و بر اساس زاویه خود با خوانش نبود آزادی بیان در قرآن کریم، به دنبال اثبات ضعف و خطا در قرآن کریم بود. هدف این پژوهش، نقد دیدگاه نویسنده کتاب «نقد قرآن» در انکار آزادی بیان در قرآن کریم بود. روش: در پژوهش حاضر از روش توصیفی-تحلیلی با سوبه انتقادی بر اساس منابع کتابخانه‌ای و تفکیک‌گفتمان‌ها استفاده شد. یافته‌ها: سها با بودگی در دنیای پست‌مدرن و با استفاده از گفتمان لیبرال بر پایه بنیانهای نظری انسان‌محورانه، با مؤلفه‌های عقل‌خودبنیاد، فردگرایی و حقوق و با تکیه بر اعلامیه جهانی حقوق بشر، تلاش کرد آزادی بیان در قرآن کریم را انکار کند. نتیجه‌گیری: سها با درهم‌آمیزی گفتمان‌ها و عدم تفکیک مؤلفه‌های دو گفتمان‌پاسند و گفتمان دین اسلام، افزون بر برداشت همسان از مفهوم آزادی در گفتمانها، دچار خطای روشی شده و این امر، زمینه‌ساز نتیجه‌گیری وی در نبود آزادی بیان در قرآن کریم شده که بی‌وجه است.

#### ۴- بررسی و تحلیل حقوقی جبران خسارت ناشی از کارافتادگی و صدمات

##### جانی

نویسنده: منصوری، محمد مهدی

مجله مطالعات حقوق نورمگز بهار ۱۴۰۱، دوره جدید - شماره ۲۴ صفحه ۳۳۷ - ۳۵۸  
لزوم جبران خسارات جانی هیچگاه در فقه و حقوق ایران مورد تردید نبوده است. حتی منع از ایراد این خسارت و حرمت جان بعنوان مبنا در اصل لزوم جبران خسارت (مالی و جانی) معرفی شده است. برای جبران لطمات وارده و نیز تاسیس ضمانت اجرایی برای صیانت از تمامیت جسمانی انسان‌ها، شارع مقدس بر اساس شدت و نوع خسارت جانی وارده میزان مشخصی مال به عنوان دیه تعیین نموده است که از طرف شخص جانی به خسارت دیده (و در صورت فوت، ولی دم او) می‌بایست پرداخت شود. در این پژوهش به بررسی شیوه‌های جبران خسارت ناشی از معالجه و از کار افتادگی در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

به طور کلی نظریات موافق و مخالف گوناگونی در رد یا تأیید موضوع قابل مطالبه بودن اینگونه خسارات ارائه شده است که پرداختن به آن‌ها در این مجال اندک امکانپذیر نمی‌باشد و تنها به ذکر این نکته اکتفا می‌کنیم که هدف از جبران اینگونه خسارات زایل نمودن ضرر نمی‌باشد، بلکه همانگونه که شعبه ۳ دادگاه تجدید نظر استان در یکی از آرای خود صراحتاً بدان اشاره نموده است: پرداخت مبلغی به عنوان خسارت اگر چه نمی‌تواند همواره این نوع ضررها را تدارک نماید ولی حسب مورد وسیله‌ای برای تشریف متضرر و تخفیف آلام و جبران بخشی از خسارت است ۲- بررسی حقوقی خسارات مالی ناشی از صدمات جانی بر طبق ماده ۱ قانون اساسی: «هر کسی بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا حال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا بر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

#### ۵- بررسی حقوقی قراردادهای حقوق کار

نویسنده: نادری، محبوبه

مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه زمستان ۱۴۰۰، دوره هفتم - شماره ۴،

صفحه ۱۰۸ - ۱۱۶



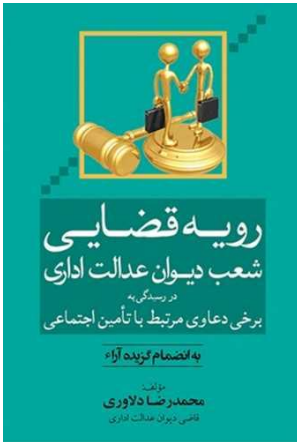
نتایج پژوهش نشان داد استفاده از قرارداد کار، به عنوان وسیله کسب امتیازات بیشتر، اگر چه در عمل به کارمندان و افراد متخصص، که به علت احتیاج مبرم به کارشان می‌توانند شرایط خود را بکار فرما بقبولانند، اختصاص دارد اما حتی در مورد سایر کارگران هم با توجه به مقررات قانونی که ذکر شده، کمتر وسیله استثمار است تا حمایت زیرا به هر حال باید حاوی شرایط مساعدتری از مقررات باشد.

بدین ترتیب باید تأثیر عقاید و افکار پوتیه و حقوقدانان دیگر قبل از انقلاب که به پیروی از حقوق رم رابطه کار را از دیدگاه قراردادی صرف مورد توجه قرار دادند و کارگر را به مالکی تشبیه می‌کردند که ملک خود (نیروی کارش) را همانند هر شیئی دیگری با اجاره واگذار می‌کند و اجرتی که دریافت می‌دارد عوض آن محسوب می‌شود در نظام حقوقی حاکم بر کار بعد از انقلاب فرانسه ناچیز باشد اما با مطالعه سیستم حقوقی اخیر و بویژه قانون مدنی فرانسه مشاهده می‌شود که به عکس میراث حقوقدانان قبل از انقلاب مستقیماً (به علت وجود محیط مناسب فکری از نظر فلسفی و حقوقی و هم به لحاظ نظام اقتصادی رائج در آن زمان) در تنظیم رابطه کار براساس قرارداد و اهمیت دادن به رابطه قراردادی مؤثر بوده است (موحدیان، ۱۳۸۱) و به تعبیر پل دوران «تساوی حقوقی بدون تساوی اقتصادی معنا و مفهومی نخواهد داشت» دولت باید به اقتضای وظیفه خود برای ایجاد تعادل بین طرفین و حمایت از طرف ضعیف مداخله نماید زیرا به قول لاکر در «بین قوی و ضعیف، بین غنی و فقیر، بین ارباب و خادم آزادی موجب محرومیت بوده و قانون است که آزادی بخش می‌باشد نقش قرارداد کار و اهمیت آن در روابط بین کارگر و کارفرما با قبول این فکر که دولت باید در تنظیم این رابطه مداخله نماید و بخصوص با عملی شدن آن از طریق مقررات کار، تقلیل می‌یابد.



## معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>



- رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به برخی دعاوی مرتبط با تأمین اجتماعی
- محمد رضا دلاوری
- نشر جاودانه جنگل
- ۱۳۹۶

### معرفی نویسنده

متأسفانه سعادت آشنایی با نویسنده، تاکنون برای این حقیر فراهم نگردیده و با وجود گسترش فضای مجازی، تنها در همین حد یافتیم که والا مقام از قضات دیوان عدالت اداری بوده‌اند و از ایشان چند کتاب رویه قضایی دیوان عدالت اداری در زمینه‌های مختلف از جمله امور اراضی، مراجع اختصاصی اداری و کتاب پیش رو در دسترس حقوق-دانان عزیز کشور قرار دارد. علاوه بر رویه قضایی، وی قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی را نیز به رشته تحریر درآورده است که باتوجه به تجربه عملی ایشان در این حوزه بسیار مفید فایده خواهد بود.



## معرفی کتاب

قطعاً در معرفی هر اثر، شخصی لایق‌تر از صاحب اثر نمی‌توان یافت و جناب آقای دلاوری اینگونه می‌فرماید:

«تأمین اجتماعی مجموعه اقدامات سازمان یافته ایست که جامعه را وادار میکند برای حمایت از اعضای خود هنگام تنگناهای اقتصادی و اجتماعی، مانند بیماری، بیکاری، حادثه ناشی از کار، پیری، از کارافتادگی و مرگ سرپرست خانواده که فرد و خانواده اش را دچار بحران میکند مساعدت نماید. در جهان امروز تأمین اجتماعی بخش غیر قابل تفکیکی از برنامه های توسعه پایدار، گسترش عدالت اجتماعی، حفظ کرامت انسانی و تقویت مبانی همبستگی ملی به شمار می‌رود. در این کتاب سعی شده اطلاع رسانی نسبت به برخی دعاوی متداول قابل طرح در دیوان عدالت اداری در ارتباط با تأمین اجتماعی و سازمان متولی آن برای بیمه شدگان و جامعه تحت پوشش و عوامل اجرایی در سازمان تأمین اجتماعی بشود تا بر این مبنا مدعی تضييع حق دعوی خود را به نحو صحیح طرح نموده و مشتکی عنه نیز بر اساس معیارهای قانونی شکایت را قبول یا رد نماید و در مواردی که شکایت را قبول دارد نسبت به موارد مشابه افراد ذی حق را بر کرسی حق نشاند و با این اقدام نسبت به شکایت بی مورد در دیوان عدالت اداری پیشگیری نماید.»

با توجه به اینکه وکلای محترم دادگستری با دعاوی تأمین اجتماعی، کمتر از دعاوی حقوقی و کیفری سر و کار دارند، به نظر می‌رسد معرفی و مطالعه این کتاب بتواند در این موارد راهگشا باشد.

طبق فهرست کتاب، سه دسته از آراء شعب بدوی، تجدیدنظر و تشخیص به چشم می‌خورد. دعاوی زیادی همچون پرداخت مابه التفاوت حق بیمه، اعتراض به نحوه محاسبه مستمری، استرداد حق بیمه بابت صدور پروانه ساختمان، مسئولیت کارفرما در حادثه ناشی از کار و ... در این کتاب مطرح شده که به نظر می‌رسد بخش قابل توجهی از دعاوی قابل طرح را پوشش می‌دهد. امید است که با معرفی این اثر بتوانیم گره کوچکی از پرونده های حقوقی باز نموده و دین خود را به نویسنده اثر ادا نماییم.



# زندگینامه استاد برجسته گروه حقوق جزا

## و جرم‌شناسی دانشگاه قم

### استاد دکتر جلال‌الدین قیاسی

فاطمه محسنی<sup>۱</sup>

استاد دکتر جلال‌الدین قیاسی در اول تیر ماه سال ۱۳۳۷ در کرمانشاه متولد شد. در رشته ریاضی تحصیل کرد و پس از گرفتن دیپلم در سال ۱۳۵۵ در رشته مهندسی آبیاری دانشگاه به تحصیل پرداخت. پس از انقلاب فرهنگی و تعطیلی دانشگاه‌ها از ادامه تحصیلات دانشگاهی منصرف و در سال ۱۳۶۰ جهت فراگیری علوم اسلامی به حوزه علمیه قم هجرت نمود. دروس مقدمات و سطح را طی ۸ سال نزد اساتیدی همچون حضرات آیات اشتهاوردی، اعتمادی، ستوده، وجدانی فخر، محفوظی، راستی کاشانی، شب زنده‌دار و کریمی چهرمی گذراند و از سال ۱۳۶۸ به مدت ۱۰ سال در درس خارج فقه و اصول اساتیدی همچون حضرات آیات عظام سبحانی، وحید خراسانی، تبریزی، صانعی و مکارم شیرازی شرکت نمود. در علوم عقلی از اساتیدی همچون علامه حسن‌زاده آملی و آقایان مصباح یزدی، فیاضی و استاد حشمت‌پور استفاده نمود. در علم رجال نزدیک به دو دوره از دروس آیت‌الله سید جواد شبیری زنجان‌ی بهره‌مند شد. این دروس تا وصول به مرحله اجتهاد ادامه یافت.

ایشان در سال ۱۳۶۸ در کنار تحصیل علوم حوزوی، مجدداً به دانشگاه بازگشت و در رشته حقوق به تحصیل مشغول شد. در سال ۱۳۷۲ از پردیس قم دانشگاه تهران موفق به

---

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.



اخذ لیسانس حقوق شد. در سال ۱۳۷۵ از دانشگاه شهید بهشتی، مدرک کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی را دریافت نمود. در سال ۱۳۸۳، در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی موفق به اخذ درجه دکتری از دانشگاه تربیت مدرس گردید.

استاد دکتر قیاسی از سال ۱۳۷۳ در دوره‌های کارشناسی و کارشناسی ارشد و دکتری در مراکز آموزشی مختلف مانند دانشگاه قم، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم و رفسنجان، مرکز جهانی علوم اسلامی، حوزه علمیه قم، مرکز تخصصی قضا، جامعه‌المصطفی و مرکز آموزش‌های تخصصی فقه (آموزش طلاب)، به تدریس دروس حقوقی، فقه و اصول اهتمام نمود. وی در تمامی این سال‌ها در کنار آموزش، به تحقیق و همکاری با مراکز پژوهشی مانند پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، مرکز مطالعات استراتژیک، پژوهشکده فقه و حقوق، مرکز تحقیقات قوه قضائیه و غیره پرداخت. استاد دکتر جلال‌الدین قیاسی از سال ۱۳۷۵ عضو هیأت علمی دانشگاه قم و اینک دانشیار و عضو گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق این دانشگاه است.

زمینه‌های علاقه‌مندی ایشان در پژوهش‌ها و تألیفات عبارت است از فقه، حقوق، سیاست جنایی و روش تفسیر قانون.

استاد دکتر قیاسی جایزه‌ی پژوهش برگزیده اولین دوره انتخاب پژوهش‌های فرهنگی سال ۱۳۷۵ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی را برای کتاب «قانون دیات و مقتضیات زمان» دریافت کرد. همچنین در نهمین دوره کتاب سال دانشجویی، به خاطر تألیف کتاب «مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی» جایزه دوم را کسب کرد. در سال ۱۳۷۵ با کتاب «روش تفسیر قوانین کیفری» جایزه سوم را از آن خود نمود. ایشان در چهارمین دوره کتاب سال حوزه، به خاطر تألیف کتاب «مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)» برگزیده شد. همچنین جایزه دوم پژوهش برتر حوزه دین، جهت تألیف کتاب «مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی» به استاد دکتر قیاسی اعطا شد و همچنین به خاطر تألیف کتاب مزبور، جایزه کتاب سال حوزه علمیه قم در سال ۱۳۸۶ را نیز دریافت نمود.

## برخی آثار استاد دکتر جلال‌الدین قیاسی

کتاب:

۱. قانون دیات و مقتضیات زمان (۱۳۷۵)، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک





۲. تسبیب در قوانین کیفری (۱۳۷۵)، قم: مدین، چاپ دوم با تجدید نظر و اضافات (۱۳۹۰)، تهران: جنگل، چاپ سوم با تجدید نظر و اضافات (۱۳۹۴)، تهران: جنگل
۳. روش تفسیر قوانین کیفری (۱۳۷۹)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ دوم با تجدید نظر و اضافات (۱۳۹۸)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی
۴. مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه) (۱۳۸۰)، ج: ۱: کلیات، قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه
۵. مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه) (۱۳۸۸)، ج: ۲: ارکان عمومی جرم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
۶. مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه) (۱۳۹۵)، ج: ۳: ارکان مسئولیت، علل مواجهه، عوامل رافعه، جلال الدین قیاسی و عادل ساریخانی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
۷. مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی (۱۳۸۵)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
۸. تأملات (۱۳۹۲)، تهران: همراه جوان
۹. حقوق جزای اختصاصی ۳ (جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص) (۱۳۹۹)، تهران: میزان

#### مقالات:

۱. ضرورت بازنگری در قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، نامه مفید، سال دوم، شماره اول
۲. پیوستن علم قاضی به بینة یا اقرار (۱۳۷۹)، نشریه فقه، شماره بیست و سوم
۳. حدود و اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری (۱۳۸۰)، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره هفدهم، شماره اول، جلال الدین قیاسی و محمد جعفر حبیب زاده
۴. اصول سهولت و مدارا در سیاست جنائی حکومت اسلامی (۱۳۸۵)، انجمن معارف اسلامی، سال دوم، شماره سوم
۵. بار اثبات دلیل در عوامل مساعد به نفع متهم از دیدگاه فقیهان (۱۳۸۶)، مجله تخصصی فقه و اصول، شماره ۳۸



۶. معاونت در جرم از دیدگاه فقه اسلامی (۱۳۹۰)، فصلنامه پژوهشی حقوقی، سال سوم، شماره سوم
۷. تسبیب در اضطرار (۱۳۹۱)، نامه مفید، ج ۸، شماره ۲
۸. نقش امارات قانونی در حقوق کیفری (۱۳۹۱)، فصل نامه علمی پژوهشی فقه و حقوق، شماره ۳۵، قیاسی، جلال‌الدین و درودی، علی
۹. تحصیل متقلبانه خدمات (۱۳۹۳)، پژوهشنامه حقوق کیفری، جلد ۱۰، شماره ۲، قیاسی، جلال‌الدین و نیک‌نسب، عباسعلی
10. Adel Sarikhani, Mehdi Chegini, jalaledin Ghiasi, Limitation of crime prevention, international journal of current life sciences, vol.4, issue 8, pp.4082-4088, august 2014
11. Adel Sarikhani, Mehdi Chegini, jalaledin Ghiasi, Cultural obligations of Social Crime Prevention, Mamnt Research Report, vol.2(7), pp:210-216, Dec- 18 -2014
12. Effect and provisions about necessity in Iraninan Fiqh and law, JalalodinGhiasi&FarnazSharifi, Colamban, journal of life sciences, vol.17 no. 1 2015
13. Mehdi Fazli, Jalaledin Ghiasi, Mohammad Khalil Salehi, IS THE CURRENT SYSTEM OF CRIMINAL PROCEDURE OF IRAN EFFICIENT? Revista de Derecho. Vol. 7 (2018), pp. 67-87. ISSN: 1390-440X — eISSN: 1390-7794 Recepción: 8-11-2016. Aceptación: 29-11-2016. Publicación electrónica: 3-2-2018
۱۴. سیاست جنائی امنیت مدار در قبال جرایم علیه امنیت (۱۳۹۴)، فصلنامه علمی تخصصی کاتب، دانشگاه کاتب افغانستان، سال دوم، شماره دوم، قیاسی، قیاسی، جلال‌الدین و صادقی، احمدرضا
۱۵. درآمدی بر ارزیابی مراجع کیفری و شبه کیفری در پذیرش دلایل باطل (در حقوق اسلام، ایران و غرب) (۱۳۹۵)، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، شماره اول، قیاسی، جلال‌الدین؛ حاجی ده‌آبادی، محمدعلی و دهقان، فرشید
۱۶. تحلیل عنصر محور رکن معنوی جنایات عمدی در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی (۱۳۹۶)، فصلنامه علمی پژوهشی حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۱، قیاسی، جلال‌الدین و محترم، ایمان
۱۷. احکام جنایت به فرد دچار حیات پایدار نباتی از منظر فقه اهل‌البیت (۱۳۹۸)، علوم انسانی و مطالعات اجتماعی، سال پنجم، شماره ۱۶، قیاسی، جلال‌الدین و محمد



ظاهر محمدی،

۱۸. تعارض ادله قانونی و راهکارهای حل آن (۱۳۹۹)، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۲۵ (۹۱)، قیاسی، جلال‌الدین و مناقب، زهرا سادات
۱۹. نحوه عملکرد رویه قضایی در رویارویی با محتوای مجرمانه با نگاهی بر اصطلاح رابطه نامشروع مجازی (۱۴۰۰)، فصلنامه مدرس حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۲، قیاسی، جلال‌الدین و ثقفی، پریسا
۲۰. بررسی ایرادات قاعده تعدد مجازات در خصوص معاون و مباشر جرم در جرائم تعزیری درجه پنج و شش از منظر سیاست قانون‌گذاری و قواعد حقوق کیفری (۱۴۰۱)، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۸، شماره ۶۷، قیاسی، جلال‌الدین و حسینی، سیدمحمدصادق

## پند استاد دکتر جلال‌الدین قیاسی<sup>۲</sup>

وکیل از نام‌های الهی است باید کوشید حرمت این نام را پاس بداریم. چه در وکالت و چه در هر امر دیگری، خود و دیگران را به قاعده طلائی «اخلاق» که از بدیهیات عقل عملی است و در روایات ما و دیگر کتب آسمانی نیز بیان شده، توصیه می‌کنم.

هر کس که خداوند واعظی از درونش برایش قرار نداده، نصیحت دیگران او را سودی نمی‌بخشد.<sup>۳</sup> بر اساس این حدیث شریف، بهترین موعظه‌گر هر کس خود اوست و اصولاً تا واعظی از درون انسان وی را موعظه نکند، وعظ دیگر واعظان سود چندانی نخواهد داشت. چه آنکه سخن و پند آنان لحظاتی در ذهن و ضمیر انسان باقی مانده، با گذشت زمان کم‌رنگ‌تر و کم‌اثرتر خواهد شد. دیو فراموشی، هم‌ذات آدمی است و دائماً سوهان‌نسیان بر روح وی می‌کشد و خوب و بد روزگار را از لوح دل او پاک می‌کند. از این روست

۲. بیشتر مطالب این بخش برگرفته از کتاب دکتر جلال‌الدین قیاسی با عنوان «تأملات» و مشخصات: چاپ اول، نشر همراهان جوان، تهران، ۱۳۹۲ است.
۳. مَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ وَعِظًا فَإِنَّ مَوَاعِظَ النَّاسِ لَنْ تُغْنِيَ عَنْهُ شَيْئًا. (شیخ مفید، الامالی، بیروت، دارالطباعه و النشر، ۱۴۱۴، ص ۲۰، ج ۱۰ از مجلس سوم).



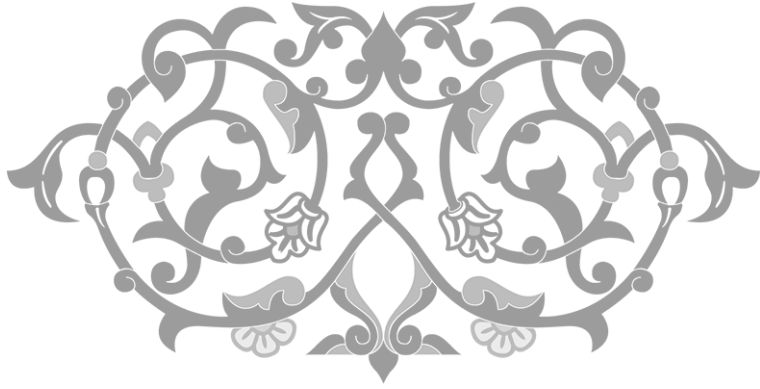
که باید انسان همواره در معرض کلام مشفقانه واعظی از درون و برون باشد. مثل آن کرم ابریشم نباش که در حال تنیدن تار بر گرد خود، سرود آزادی! می‌خواند. هنگامی که آخرین رشته تار به پایان رسید و آخرین روزن‌ها را بست و صدایش در حصار همان تارها یعنی اعمالش گم شد دیگر آوازی از او شنیده نشد. این داستان ذکر بی عمل است.

بالا رفتن سخت است و پائین افتادن آسان. مراقب باش به آسانی زمین نخوری. نشنیده‌ای خواجه چه گفت:

دامن دوست به صد خون دل افتاد بدست      به فسونی که کند خصم رها نتوان کرد  
الحذر الحذر از عالم خیال. دلت را به خیالات مشغول نکن که خیالبافی ولگردی دل  
است و اگر به آن عادت کند مخلد در این عالم خواهد شد. زنهار خدا را به خیالی نفروشی.  
از گناهان خیالی یا خیال گناه غافل نشو و آن را سبک مشمار که خیال کمتر از عمل  
نیست بلکه عین عمل است زیرا خیال، عمل دل و دل عین حقیقت آدمی است. اگر در  
فقه اصغر بر اندیشه گناه مواخذه‌ای بار نشده از سر مصلحت‌ها است.

همه چیز در این عالم مراتب دارد، تا به مرتبه بالا نرسی از مرتبه پائین خبردار نیستی،  
تا بزرگ نشوی کوچکی خود را نخواهی دید، تا آگاه نشوی از غفلت خود بی خبری، و تا  
بیدار نشوی به خواب گران یک عمر پی نبری.

تا آب شدم سراب دیدم خود را      دریا شدم و حباب دیدم خود را  
آگاه شدم غفلت خود را دیدم      بیدار شدم به خواب دیدم خود را



زنگ تفريح





## طنز

### دکتر امین تویسرکانی<sup>۱</sup>

کلکسیونرها آدم‌های جالبی هستند؛ وقتی مردم دنبال یک لقمه نان و روزمرگی خود هستند، آن‌ها با وسواس و شیفته‌وار دنبال جمع کردن چیزهای عجیب‌غریب اند؛ قوری، چوب کبریت، تمبر، اعلامیه‌ی فوت، شیشه شیر و خلاصه هر چیزی. حتی کلکسیونر زباله هم داریم! خود راقم این سطور (یکی از فانتزی‌های زندگی‌ام این بود که یک‌بار در متنی به‌جای استفاده از کلمه بی‌مسما و بی‌کلاس "من" بنویسم "راقم این سطور") در حال جمع‌آوری مطبوعات قدیمی است.

اما عجیب‌ترین کلکسیونری که دیدم، یکی از متهمان خودم بود. در یک پرونده اقتصادی، متهمی را زیر نظر داشتیم. ظن قوی وجود داشت که در سوء جریانات مالی دست دارد. خودش هم از موضوع خبردار شده و یکی دو بار داوطلبانه به شعبه آمده و با من صحبت کرده بود. بالاخره تحقیقات کامل و در عملیاتی ضربتی، دستگیر شد. در خانه و محل کارش چیز خاص و عجیبی نداشت. تا اینکه لپ‌تاپش را تفتیش کردیم و این‌گونه یکی از سری‌ترین و مخوف‌ترین کلکسیون‌های تاریخ بشریت کشف و افشاء شد! متهم کلکسیون کاملی از صدای مسئولان کشوری و لشکری ضبط و ثبت کرده بود. نه این‌که صداها را از این طرف آن طرف پیدا کرده باشد، بلکه خودش همه را مخفیانه ضبط کرده و در واقع کلکسیون عبارت بود از مکالمات آقای متهم با مسئولان!

هرجا توانسته بود یک وزیری، مدیرکلی، رئیس سازمانی، مدیرعاملی، فرمانده‌ای، کسی را پیدا کرده و شروع کرده بود به صحبت و ضبط کردن صدا؛ یکی را در محل کارش پیدا کرده بود، یکی در مجلس ختم، یکی در راه‌پیمایی، یکی جلوی اداره، یکی در دست‌شویی سازمان، یکی در ملاقات عمومی، یکی در نمازخانه، یکی در سفر استانی و...

۱. قاضی دادگستری.



صحبت‌ها هم از همه نوع بود؛ از تقدیر و تشکر گرفته تا انتقاد و طرح خواسته و افشاء فساد و پیشنهاد همکاری و خلاصه هر خزعبلاتی که فکرش را بکنید. وجه مشترک همه‌ی مکالمات هم این بود که کلکسیونر سعی می‌کرد با حرف‌های بی‌سروته و آزاردهنده، مسئول بدبخت را کفری و کلافه کند تا حرف نامربوطی بزند و هر چه بیشتر کلکسیون اش جذاب شود! صوت‌ها خیلی دقیق و تخصصی آرشیو، دسته‌بندی و تاریخ‌گذاری شده بود. مثلاً فولدری به اسم وزارت‌خانه فلان وجود داشت که در این فولدر قسمت‌های مختلف وزارت‌خانه هم طبقه‌بندی شده بود و هر مسئول با ذکر نام و سمت، فولدر خاصی داشت.

همان لحظات اولی که آرشیو به دستم رسید، با ترس میان فولدرها گشتم تا این‌که بالاخره دیدمش؛ فولدری به نام "تویسرکانی بازپرس شعبه سیزدهم دادسرا" (فقط یک اصفهانی بدشانس می‌تواند هم شماره تلفنش با سیزده شروع شود، هم ماشینش ایران سیزده باشد و هم شعبه‌اش سیزده! نحس در نحس در نحس!) فولدر را باز کردم و دیدم تمام دفعاتی که پیشم آمده بود از اول تا آخر مکالمه را ضبط کرده. حسابی عصبانی شدم، بیشتر از همه از شنیدن صدای خودم. من اعتقاد دارم هم‌نوازی صدای کشیده شدن ناخن روی تخته سیاه و صدای فرزکاری، از شنیدن صدای ضبط‌شده خود آدم دل‌نشین‌تر است! معلوم نبود با این همه بازرسی و ممنوعیت داخل کردن گوشی، چطور این حجم صدا را ضبط کرده بود؟ احتمالاً دستگاه ضبط را در یک‌جای‌نبایدی از بدنش مخفی می‌کرد؛ هرچند شفافیت صدا، صحت این احتمال را به چالش می‌کشید! درواقع وقتی صدای ضبط شده‌ی خودم را گوش می‌کردم ترجیح می‌دادم فکر کنم سرباز جلوی دادسرا اهماال کرده و کلکسیونر، صدایم را با گوشی تلفن داخل جیب کُتش ضبط کرده، نه از طریق مجاری دیگر!

چندسالی از آن ماجرا می‌گذرد و دیگر عصبانیتی برایم باقی نمانده؛ برعکس خوشحالم که کلکسیونر باعث شد حواسم باشد که ممکن است هر گفتاری از من ضبط شود و مسئولیتی در پی داشته باشد. حالا وقتی با مراجعه‌کننده بدقلقی روبرو هستم قبل از شروع به صحبت در ذهنگ می‌گویم: یک دو سه ضبط می‌کنیم، یک دو سه... .

