

بسم الله الرحمن الرحيم
ماهنامه خبری آموزشی

مدرسه حقوق

سال چهاردهم ، شماره ۱۲۸ ، مهر ۱۳۹۸
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سردبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: آمنه شیران

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نادر فهامی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، فرزاد جوادی نژاد، وجیهه

جاوید مقدم، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، داریوش سپنتا، مینا سالمی، محمد فلاح‌پور، نغمه

فقیهیان، دکتر محسن قجاوند، محسن متین، مریم‌السادات مدرسی، نفیسه مستقل

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوق نیست.

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

است.

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



شیوه‌نامه «مدرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- 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 درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
- ذکر فهرست منابع استفاده‌شده 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 world 2013 با فونت B Zar 14 تنظیم و به نشانی الکترونیکی مدرسه حقوق.
- 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 منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.

مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
چهاردهم

شماره
۱۲۸



فهرست مطالب

گزیده سخنرانی‌ها

بررسی امکان خلع ید از مال مشاع ۸۶
دکتر سید محمود کاشانی

بایسته‌های حرفه وکالت

امید است شایسته این کسوت باشیم و شایسته
بمانیم: (دل نگرانی‌های وکیل و وکالت) ۹۲
سحر روحانی

نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای
دادگستری استان اصفهان ۹۶

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه
قضائیه ۹۷

زندگی نامه استاد دکتر محسن محبی ۱۰۷
پند استاد؛ درسی از استاد دکتر محمدجعفر جعفری

لنگرودی ۱۱۲

نگار جلیلی

گزیده مقالات کاربردی ۱۱۸

هاجر قاسمی

معرفی کتاب ۱۲۶

نسیم پرستگاری

هشدار انتظامی ۱۲۸

روح‌اله محمدی

زنگ تفریح

تاریخ اندیشه‌های حقوقی به بیان طنز ۱۳۲

محمد رضا محمدی جرقویه ای

سرمقاله؛ انتخابات هم زمان هیأت مدیره های
کانون های وکلای کشور ۴

مقالات

نقش فرا دفاعی وکلا و دگرگونی ماهیت نهاد وکالت
دادگستری ۸

دکتر محسن قجاوند

از رنجی که می‌بریم: «اندر حکایت قصه پر غصه
سند رسمی» ۲۶

دکتر سیامک بهارلویی

بررسی انواع دعوی اعتراض ثالث اجرایی در رویه
قضایی ایران ۳۶

محمدحسن میرشکاری

معیار بازشناسی تحصیل دلیل از تأمین دلیل در رویه
قضایی ۴۷

محسن اصغری

آیا در عمل، قضات و وکلا، مجرمین دارای اختلال
روانی را از سایرین تشخیص می‌دهند؟ ۵۹

محمد حسین نجفی

نقد و بررسی عدم تعیین کارشناس رسمی
دادگستری در رویه قضایی پرونده‌های قاچاق کالا
در تعزیرات و دادگاه انقلاب ۶۷

وحید فرهنگ منش

آنچه کارآموزان و وکلای سرپرست باید بدانند ۷۸
مهن‌از دره شیری



سرمقاله

انتخابات هم زمان هیأت مدیره های

کانون های وکلای کشور

اخیراً شورای اجرایی اسکودا - که متشکل از نمایندگان کانون های وکلای کشور است و در هر سال چند نوبت به منظور تنظیم و تنسيق امور وکلا و نشست های شش ماهه کانون ها تشکیل جلسه می دهد- ضمن پیشنهادهای خود به کانون ها جهت آمادگی برای اخذ تصمیم در نشست عمومی اسکودا، پیشنهاد «برگزاری یکنواخت و هم زمان انتخابات هیأت مدیره کانون های وکلای کشور» را مطرح کرده است.

بررسی این موضوع که شاید در نشست آبان ماه سال جاری اسکودا در شیراز و یا در نشست های بعدی مطرح شود، از اهمیت خاصی برخوردار و از چند جهت درخور تأمل و اظهارنظر است. این طرح در «مدرسه حقوق» از باب جلب نظر وکلای دادگستری در سطح کشور و بارش افکار همکاران در این خصوص به منظور بهره مندی جامعه وکالت از دیدگاه های ارزنده آنان در جهت رأی مثبت یا منفی اسکودا به این پیشنهاد است.

۱- این اقدام پیش نیازی جدی دارد و آن انسجام و قوام بخشیدن به انتخابات در حوزه های انتخاباتی کانون هاست. مادام که انتخابات در هر حوزه از کانون های کشور به بلوغ و بالندگی مورد نیاز و در خور شأن وکالت و وکیل دادگستری نائل نگردد، یکنواخت سازی آن هم چندان گره ای از کار بسته کانون ها نخواهد گشود.

کانون های وکلا که قاعدتاً گروهی از خواص، فرهیختگان، فرهنگ مداران و متجددین ملتند، باید در انتخابات، خود مظهر بروز چنین صفات و ویژگی هایی باشند. انتخابات وکلا در هر حوزه به دور از هیاهو و جنجال انتخاباتی مرسوم در دیگر انتخابات که علی الاصول عموم و عوام در آن شرکت می کنند، باید مظهر فرهیختگی، اصالت، دور



اندیشی و برنامه ریزی باشد. همچنین کانون ها در درون خود از حیث عده شرکت کننده در انتخابات، تعداد نامزدهای انتخاباتی، دغدغه افراد و گروه های داخلی در هر کانون، نحوه تبلیغات و مسائلی از این دست، نیازمند تقویت، مشارکت، حضور، برنامه ریزی و پیگیری است و چه بسا برگزاری هم زمان انتخابات بدون آن، ایرادات، اشکالات و مشکلات ناپیدای ما را در مقابل دوست و بیگانه آشکار و غیر قابل دفاع می سازد. پس بر ماست که قبل یا هم زمان با یکنواخت و هم زمان شدن انتخابات کانون های کشور، ضعف ها و خلأ های خویش را جبران و تقویت کنیم تا انتخاباتی درخور و شایسته داشته باشیم.

۲- کانون های وکلای دادگستری که از یک سو از جهات متعدد در معرض تهاجمات و نامهربانی های دولتی، قضائی و گروهی قرار گرفته اند و از سوی دیگر در درون خود از چنان انسجام و یکنواختی که لازمه برخورد با تقابلات و تهاجمات بیرونی است، برخوردار نیستند، باید هم در ظاهر و آرایش بیرونی و هم در باطن و نفس الامر، انسجام خویش را به منصفه ظهور برسانند. ایجاد اسکودا و جلسات و هم اندیشی های مشترک کانون های وکلا که در هر سال حداقل در دو نوبت و در نشست های شش ماهه برگزار می شود، نمادی از چنین هم نشینی و هم اندیشی است و در هر استان که برگزار می شود، مسئولین استانی و ناظران بیرونی را به وجود چنین همدلی و همداستانی آگاه می سازد، اما این برای انگیزه و هدفی که کانون ها برای پیشبرد و کارایی بیشتر امور خویش به آن نیازمندند، کافی نیست. جلوه ها، آثار و نماد های دیگر و بیشتری نیاز است تا این یکدلی کانون ها و قدرت بالفعل و بالقوه ای که برای آنان وجود دارد، بروز و ظهور یابد. البته یکی از این جلوه ها می تواند برگزاری یکسان و یک زمان انتخابات هیأت مدیره کانون های وکلای کشور باشد.

۳- برخی مزایای اجرای طرح هم زمان انتخابات وکلا در کشور می تواند از قرار زیر باشد:

- به منصفه ظهور رسیدن عده و عده وکلای دادگستری در کشور.
- احساس یکدلی و یک رنگی، هماهنگی و هم داستانی وکلا با یکدیگر.
- شناخته شدن بیش از پیش منتخبین در حوزه انتخابیه خود و نقش آفرینی و توفیق بیشتر آنان در رفع مشکلات منطقه ای و کشوری.



- امکان هماهنگی نامزدهای مراکز مختلف، انتخاب هماهنگ آنان و ایجاد زمینه فعالیت یکنواخت در سطح اسکودا در هر دوره.
- موقعیت شناسی و درک بهتر شرایط زمان و مکان با بهره گیری از خرد جمعی وکلای کشور و تمرکز بر مهمترین مسائل در هر دوره توسط منتخبین.
- شرکت حداکثری وکلا در انتخابات با ایجاد شور انتخاباتی در سطح کشور و اعلام درصد شرکت کنندگان هر کانون و مقایسه آن با دیگر کانون ها.
- امکان مقابله بهتر با تقابلات و تعارضات نسبت به وکلا از سوی اشخاص حقیقی یا حقوقی، عمومی یا خصوصی.

۴- موضوع برگزاری هم زمان انتخابات در کانون ها در عین دارا بودن مزایای گفته شده و برخی مزایای دیگر، همچنان در اثر عدم دقت می تواند آسیب هایی را نیز به همراه داشته باشد که مسلماً دست اندر کاران این امر و وکلا با دقتی در خور توجه از بروز آن پیشگیری خواهند نمود. از جمله این آسیب های احتمالی، برخورد حزبی و گروهی در داخل کانون ها و تبلیغات احیاناً مشترک در سطح کشور است که به خودی خود می تواند مانع تصمیم صحیح و مستقل وکلا و کانون ها در هر استان باشد.

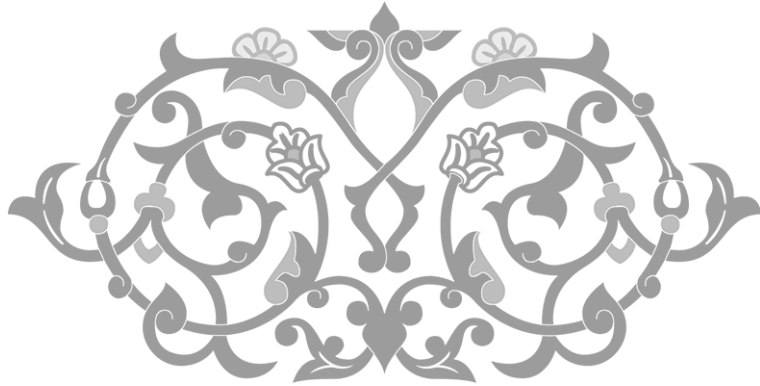
- همچنین آسیب های دیگری که شاید طرح کنونی آن قبل از تصویب، چندان جالب و موجه نباشد و وکلا و کانون ها در مقام اجرا از گرفتار آمدن به دام آن با اقدام سنجیده نجات خواهند یافت.

۵- برگزاری هم زمان انتخابات، موانع و مشکلات اجرایی نیز دارد که شاید مهمترین آن، دیر هنگام یا زود هنگام بودن تاریخ اعلام شده انتخابات هم زمان در بسیاری از کانون های کشور است. این امر می تواند با تدبیر و هم آوازی کانون ها در تأخیر قانونی انتخابات و یا استعفای هیأت مدیره نسبت به دوره باقی مانده، مرتفع گردد. در انتظار نظرات، انتقادات و پیشنهادهای همکاران گرامی هستیم.

مدیر مسئول



مقالات





نقش فرا دفاعی وکلا و دگرگونی ماهیت نهاد وکالت دادگستری

دکتر محسن قجاوند^۱

چکیده

بررسی تاریخ تحولات مربوط به نهاد وکالت دادگستری در آیینه قوانین و مقررات عمومی و صنفی ناظر بر نهاد وکالت نشان از دگرگونی ماهیت این نهاد و تغییر کاربردی قوانین و مقررات مربوطه دارد، به گونه‌ای که ماهیت آن از قراردادی مدنی در رویکرد سنتی به قراردادی صنفی و تخصصی در رویکرد معاصر تغییر یافته است. با وجود این، سیر تحولات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی در دو دهه گذشته موجب شکل‌گیری قوانین و مقررات نوینی گردیده که محتوای آنها در بر دارنده رویکردی نوین در رابطه با ماهیت نهاد وکالت دادگستری است و می‌توان از آن به رویکرد اجتماعی و فرا دفاعی وکالت دادگستری تعبیر نمود. همگام با اسناد و مقررات بین‌المللی مرتبط با کارکردهای وکالت دادگستری در ابعاد عمومی و صنفی آن، قوانین و مقررات تصویب شده در دهه اخیر در ایران نیز حکایت از ظهور و بروز رویکرد اجتماعی و فرا دفاعی نهاد وکالت دادگستری دارند. قوانین و مقررات مورد اشاره در سطوح عمومی و صنفی پا به عرصه وجود نهاده و از این رو می‌توان تغییر رویکرد اشاره شده را بر آمده از اراده هر چند محدود قانونگذار به پیروی از تحولات گریز ناپذیر اجتماعی دانست و نباید رویکرد نوین و در حال توسعه اجتماعی و فرا دفاعی وکالت دادگستری را به سطح یک دیدگاه نظری صرف محدود کرد. کلید واژگان: نقش فرا دفاعی، رویکرد اجتماعی، قوانین عمومی و صنفی، اسناد بین‌المللی، حقوق ایران.

مقدمه

امروزه نیابت پذیری بیشتر اعمال حقوقی به عنوان قاعده‌ای عقلی و قانونی در جوامع انسانی مورد پذیرش قرار گرفته و به عنوان ضرورتی غیر قابل انکار در تنظیم امور حقوقی اشخاص محسوب می‌شود. بدون تردید باید قرارداد وکالت را به عنوان شاخص‌ترین مصداق اعطای نیابت جهت انجام امور حقوقی اشخاص دانست که صرف نظر از برخی اعمال و امور خاص، بیشتر اعمال و مناسبات حقوقی را در قلمرو موضوعی خود جای می‌دهد. در ضرورت و کاربرد اجتماعی و اقتصادی قرارداد وکالت، جای هیچ گونه تردیدی وجود ندارد. با وجود این، بررسی تحولات تاریخی پیرامون قرارداد وکالت، نشان از آن دارد که در طول زمان، ماهیت حقوقی و نوع نگاه به آن دچار دگرگونی‌های قابل توجهی بوده است به گونه‌ای که امروزه به سختی می‌توان با دیدگاه حاکم بر قرارداد وکالت در قرون پیشین به تحلیل و ارزیابی قواعد و مقررات مربوط به آن پرداخت.


آنچه از قوانین و مقررات مرتبط با قرارداد وکالت بر می‌آید، عبارت از آن است که تحولات مورد اشاره و ظهور دیدگاه‌های جدید هیچ گاه موجب نفی دیدگاه‌های پیشین نشده، بلکه در راستای تکمیل و غنای بیشتر ماهیت وکالت پا به عرصه وجود نهاده‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد جدال و مباحثات مطرح شده پیرامون تحولات ماهیتی نهاد وکالت که در صدد نفی دیدگاه‌های پیشین برآمده‌اند را باید کنار گذاشت و گرد تعصب و یک جانبه‌گرایی را از آنها زدود. تحلیل قوانین عمومی و صنفی مرتبط با نهاد وکالت حاکی از تحول و تکامل این نهاد بوده و قانونگذار کشورمان را در مسیر انباشت تجربیات و دیدگاه‌های بشری پیرامون وکالت نشان می‌دهد. منطق حقوقی نیز چنین رویکردی را تأیید می‌کند، چرا که دستاوردهای علمی و عملی حقوقی هنگامی از ارزش و تأثیرگذاری شایسته برخوردار خواهند بود که به جای نفی دستاوردهای پیشین در مسیر تکامل و توسعه مفاهیم باشند. در نوشتار حاضر نیز سعی بر آن شده است که با دیدگاه تکامل محور ضمن بررسی اجمالی تحولات ماهیتی نهاد وکالت دادگستری، مسیر پیش رو تبیین و راهکارهای بایسته در راستای تحول ماهوی این نهاد قانونی عرضه گردد. بدیهی است که این قدم و قلم لرزان قرین کاستی و خامی است و باید تنها به عنوان گامی اولیه و ناچیز در این مسیر قلمداد شده و از سوی صاحب نظران و اربابان فضل و تجربه تکامل یافته و غنا یابد.



تحولات ماهیتی نهاد وکالت دادگستری از دیدگاه مفهومی ساده و عام، تحت عنوان قرارداد مدنی آغاز شده (مبحث نخست) و به قراردادی صنفی و تخصصی منجر می‌گردد (مبحث دوم). در تداوم تحولات نوین پیرامون این نهاد به قراردادی اجتماعی و فرا دفاعی منتج می‌گردد که موضوع اصلی نوشتار حاضر را به خود اختصاص می‌دهد. (مبحث سوم)

مبحث نخست: وکالت دادگستری، قراردادی مدنی

تاریخ تحولات مربوط به قرارداد وکالت نشان از آن دارد که مسیر پیموده شده پیرامون آن در نقطه آغازین تفاوت چندانی با سایر عقود و قراردادهای متداول و شناخته شده حقوق مدنی در ایران ندارد، به گونه‌ای که می‌توان به روشنی، مبنای تقریباً یکسانی را برای تمامی قراردادهای مدنی شناسایی و ملاحظه نمود. بر اربابان فضل و نظر پیداست که این مبنای مشترک همانا عبارت از فقه امامیه بوده که در تار و پود حقوق مدنی ایران به ویژه در باب قراردادهای مدنی تصریح شده و در آن نفوذ و تجلی یافته است. قرارداد وکالت نیز از این قاعده برکنار نیست و بررسی سوابق اندیشه‌های دایر بر مدار آن به رهیافت و نتیجه‌ای یکسان با سایر قراردادهای مدنی می‌انجامد. محدوده بررسی‌های انجام شده عبارت از مبانی فکری موجودی است که در نهایت منجر به تدوین قانون مدنی و تأثیر این مبانی بر محتویات این قانون شده است. این امر به معنای نادیده انگاشتن اندیشه‌های حقوقی موجود پیرامون قرارداد وکالت، پیش از تکوین و توسعه اندیشه‌های فقهی، همچون آثار حقوقی و قانونی ایران پیش از اسلام و به ویژه دوران پرفراز و نشیب ساسانیان نمی‌باشد. با وجود این همان گونه که بیان شد، مبنا سازی اندیشه‌های فقهی در بررسی تحولات ماهوی قرارداد وکالت به دلیل پذیرش گاه بی قید و شرط آنها در متون قانونی موجود در ایران است و هرگز بنایی بر نادیده انگاشتن اندیشه‌های موجود در این باره پیش از ظهور و بروز دیدگاه‌های فقهی نیست. بنابر آنچه که از متون قانونی و تاریخی قابل دسترس بر می‌آید در ایران عهد ساسانیان شاهد وجود مقرراتی تقریباً مفصل در خصوص قرارداد وکالت و به ویژه وکلای قضایی هستیم که به تعبیر متون آن دوران به «داتک گویان» یا گویندگان قانون مشهور شده اند. جالب آنکه در متون قانونی مورد اشاره، مقررات روشنی درباره موضوعاتی همچون: تعیین صلاحیت اشخاص متقاضی وکالت، آداب سخنوری در دادگاه، بیشینه و کمینه حق الوکاله و محدوده صلاحیت وکلا موجود است که با توجه به تحولات چندین سده متمادی بعد از آن، شگفت آور می‌نماید (بهرامان، ۱۳۹۱، ۷۸).



گذشته از سوابق اشاره شده که قرن ها در کشور ایران به دست فراموشی سپرده شدند، می‌توان با توجه به منبع اصلی اصول قراردادهای مدنی در قوانین مصوب عصر جدید و تشکیل قانون در شکل و قامت نوین آن به این دیدگاه واصل شد که قرارداد وکالت در نخستین مرحله از تحولات خود، برخوردار از مقرراتی همسان با سایر قراردادهای مدنی در زمینه قواعد عمومی قراردادی بوده و در حوزه قواعد و احکام اختصاصی خود فاقد مقرراتی ویژه بر اساس تفکیک تخصصی و موضوعی است. در چهارچوب این دیدگاه، وکالت مدنی همچون سایر اعمال، موضوع قراردادهای مدنی بوده و وجود شرایط عامه تکلیف، جهت صحت انجام آن توسط هر شخص کفایت می‌نماید. به دیگر سخن، وکالت تخصص ویژه‌ای نبوده و محدودیت و شرایط اختصاصی جهت انجام آن لازم نیست؛ از این رو هر شخص دارای شرایط عام تکلیف، همچون عقل و رشد، قابلیت قانونی و شرعی انجام آن را دارد.

بنابر گواهی مستندات موجود، پیش از تصویب قانون مدنی به عنوان قانون مادر و جامع حاکم بر روابط حقوقی در ایران، فقه امامیه نقش قانون را در تنظیم روابط حقوقی بر عهده داشته؛ لذا پر واضح است که رد پای این دیدگاه را باید در منابع گسترده فقهی موجود، جستجو کرد. جالب آنکه دیدگاه های فقهی مورد اشاره در بیشتر قریب به اتفاق موارد، به قانون مدنی راه یافته و محتوای آنها در لباس و قالبی جدید با عنوان قانون به جامعه عرضه شده است. بنابراین معتبرترین متون و مستندات موجود، جهت ارزیابی این دیدگاه را باید متون فقهی متعلق به فقهای امامیه دانست. از سوی دیگر با توجه به اینکه دیدگاه های فقهی مورد اشاره در بیشتر موارد و با اندک تغییراتی در قالب قانون مدنی به نظام حقوقی ایران راه یافته اند، از این دیدگاه با عنوان رویکرد مبتنی بر قرارداد مدنی، یاد کرده و از به کارگیری عنوان قرارداد یا عقد فقهی پرهیز شده است.

آنچه از بررسی منابع فقهی پیرامون قرارداد وکالت بر می‌آید، عبارت از آن است که تفصیل و تحلیل مقررات و احکام این قرارداد، نه از باب یک تخصص، بلکه به عنوان عمل حقوقی عامی، صورت گرفته است که موضوع آن می‌تواند هر عمل حقوقی نیابت پذیر اعم از امور مربوط به دفاع و سایر نیازهای اجتماعی اشخاص را در بر گیرد (وکیل در محاکمات و معاملات). از این رو بیان احکام قرارداد وکالت، نه در باب قضا و آداب ناظر بر آن، بلکه در ذیل باب وکالت صورت پذیرفته است. به بیان دیگر وکالت در منابع فقهی، نه به عنوان عقدی تخصصی، بلکه به مثابه عقدی عمومی است که همانند سایر عقود، ترکیبی از قواعد عمومی قراردادها و نیز قواعد اختصاصی ناظر به هر یک می‌باشد. به نظر



می‌رسد وکالت در مفهوم فقهی آن به عنوان یک تخصص مورد توجه نیست و احراز شرایطی تخصصی فراتر از شرایط عامه تکلیف، برای صحت آن لازم دانسته نشده است (سنگلجی، ۱۳۸۰، ۶۰). در توجیه چنین رویکردی برخی از فقیهان بیان کرده اند که وکالت عقدی است که شرع برای ارتفاق و رفع نیازهای مردم تجویز نموده و از این رو عقدی مبتنی بر مسامحه است (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۲۱۲).

با تدقیق در منابع فقهی موجود، می‌توان با احکام و مختصات قابل توجهی پیرامون قرارداد وکالت، مواجه شد که به روشنی اثبات کننده دیدگاه عام محور و غیر تخصصی بودن موضوع وکالت می‌باشند. عمده احکام و مختصات مورد اشاره بدین شرح می‌باشند: نخست آنکه وجود شرایط عامه تکلیف، یعنی بلوغ و کمال عقل در وکیل، جهت صحت وکالت لازم است. با وجود این، فسق و کفر و ارتداد نیز تأثیری در صحت وکالت نداشته و قرارداد وکالت با وجود چنین اوصافی نیز معتبر است (علامه حلی، ۱۳۶۸، ۳۲۷). بنابراین وکیل که حکم امین را نیز داراست، از لزوم متصف بودن به صفاتی همچون دین داری و عدل معاف بوده و انجام وکالت در هر امر قابل توکیلی از سوی چنین شخصی معتبر و مجاز قلمداد می‌شود.

دوم اینکه اعطای وکالت به دیگری می‌تواند بدون تعیین دقیق مورد وکالت انجام پذیرد، به گونه‌ای که اعطای وکالت کلی در انجام امور موکل برای صحت وکالت کفایت می‌نماید؛ لذا معلوم بودن مورد وکالت از هر جهت، مادام که موجب غرر بزرگی نشده باشد، لازم به نظر نمی‌رسد (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲۷).

بنابراین ملاحظه می‌شود که در رویکرد فقهی به وکالت همچون قراردادی مدنی نگرین شده و وجود قیود و شرایط تخصصی همچون تحصیل و آزمون، تأیید صلاحیت و سوگند، جهت احراز صحت آن لازم به شمار نمی‌آید (محسنی، ۱۳۹۳، ۲۶). جالب‌تر آنکه برخی حقوقدانان بزرگ که همواره با رویکرد فقه محور به تحلیل قوانین و مقررات پرداخته اند، انجام وکالت از سوی سفیه و حتی صغیر ممیز را جایز دانسته و حکم به صحت اعمال وکیل داده اند. از آنجا که مبنای حجر سفیه و صغیر غیر ممیز، حمایت از آنان و لزوم حفظ اموال و دارایی آنهاست، لذا در موردی که نامبردگان در اموال و دارایی خود تصرف نمی‌کنند، ضرری متوجه آنان نبوده و انجام وکالت توسط آنها در خصوص اموال و دارایی دیگری (موکل) با اشکالی مواجه نیست و صحیح تلقی می‌شود (امامی، ۱۳۹۰، ۲۱۷). به نظر می‌رسد رویکرد قانونگذار مدنی ایران بر خلاف دیدگاه مورد اشاره بوده و این حد از سهل گیری را نپذیرفته است. از این رو ماده ۶۶۲ قانون مدنی بر خلاف



نظر مشهور فقیهان، مقرر می‌دارد: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد». بر اساس نظر برخی اساتید حقوق، از آنجا که سفیه و صغیر ممیز در تصرفات ممنوعه اهلیت ندارند، نمی‌توانند وکالت در انجام امور ممنوعه را نیز بر عهده گیرند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۶۷). مختصر کلام آنکه رویکرد کلی موجود در منابع فقهی، عبارت از آن است که قرارداد وکالت، خواه در موضوع محاکمات باشد یا معاملات، واجد ضرورت اصلی تخصصی نبوده و به عنوان قرارداد مدنی و شرعی صرف، شناخته می‌شود که تطبیق احکام آن با مقررات قانون مدنی به خوبی وجود چنین رویکردی را اثبات می‌نماید. با وجود این، چنانکه خواهیم دید این رویکرد، در تحولات حقوقی و اجتماعی به ویژه در حوزه وکالت در محاکمات (دادگستری)، دچار تحولات به حقی گردیده و رویکرد تخصص‌گرایی پیرامون آن موجب شناسایی وکالت دادگستری به عنوان شغلی تخصصی و قرارداد وکالت با ماهیتی جدا از سایر اقسام وکالت در امور معاملات گردید و قوانین مخصوصی با محوریت وکالت دادگستری پا به عرصه وجود نهادند که موجب گذار از رویکرد مدنی صرف به رویکرد قرارداد وکالت دادگستری، به عنوان رویکردی تخصصی شدند.

مبحث دوم: وکالت دادگستری، قراردادی صنفی و تخصصی

توسعه مبادلات علمی و سیاسی در قرن نوزدهم میلادی موجب ظهور تحولاتی در کشور ایران شد که امر قضا و به موازات آن، نهاد وکالت را نیز مورد تأثرات شایانی قرار داد. واقعیت‌های تاریخی نشان می‌دهد که بسیاری از دانش‌آموختگان عموماً متأثر از دنیای غرب، به ویژه اروپا ایده‌هایی بیان کردند که در نهایت موجب تشکیل نهاد دادگستری در مفهوم و قالب جدید در ایران شد. در راستای تشکیل نهاد دادگستری، تغییرات شگرفی در مقررات ناظر بر وکالت پدید آمد که نمایانگر تغییر ماهیت وکالت دادگستری و برداشت گام‌های مؤثری به سوی تخصص‌گرایی و صنفی‌سازی نهاد وکالت دادگستری بود. بدیهی است که تحولات روی داده نیز همچون فرایند اصلی تشکیل نهاد دادگستری، بدون مخالفت و معضل‌های سیاسی و حقوقی نبود. قوانین مصوب در این دوره و اسناد تاریخی موجود، نشان از دو مرحله اصلی در فرایند تغییر و تکامل ماهیت نهاد وکالت دادگستری دارد که می‌توان به اختصار از آنها به عنوان مرحله تخصص‌گرایی و صنفی‌گرایی (استقلال طلبی) یاد کرد که تا به امروز نیز شالوده اصلی نهاد وکالت دادگستری بر همین مبنا استوار مانده است.



مرحله نخست عبارت از تخصص‌گرایی در نهاد و قرارداد وکالت دادگستری است. در رویکرد پیشین چنانکه که گذشت، وکالت قراردادی صرفاً مدنی است و بدون هرگونه تفکیک موضوعی از باب وکالت در محاکمات و معاملات تحلیل شده و شرایط و الزامات ویژه‌ای برای وکیل در نظر گرفته نشده است. همین امر در ابتدا مانعی جدی در مسیر تحولات نهاد وکالت و نیل به تخصص‌گرایی محسوب می‌شد که مسیر پیش رو را همواره با فراز و فرودهایی مواجه نمود. علی‌رغم فشارها و مخالفت‌های جدی در این مسیر، نخستین قانون مدونی که اقدام به تعیین شرایط تخصصی برای وکالت دادگستری نمود، عبارت از قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و محاکم صالحیه مصوب ۲۷ شهریور ۱۲۹۰ هجری شمسی می‌باشد. این قانون با اختصاص مواد ۲۲۶ تا ۲۶۳ به وکلای عدلیه، نخستین گام محکم و قابل توجه تخصص‌گرایی در وکالت دادگستری را برداشت. نوآوری‌های این قانون عبارت از تقسیم وکلا به رسمی و غیر رسمی و نیز تعیین شرایط ورود به شغل وکالت دادگستری است. علاوه بر این، شرایط استمراری متعددی نیز جهت تداوم شغل وکالت مقرر شد که از آن جمله می‌توان به لزوم آزمون ورودی و ایتیان سوگند، محاکمه و اخراج وکیل از حرفه وکالت و به ویژه تعیین تکالیف وکلا در قبول و پذیرش وکالت و شرکت در جلسات دادرسی و محاکم، اشاره کرد. در ادامه نیز نظام نامه‌ای ناظر به برخی مواد قانون در باب صلاحیت اخلاقی وکلا و نحوه اخذ اجازه و تصدیق نامه در زمان وزارت مرحوم محمدعلی فروغی، تدوین شد که موجب تثبیت قانونی شرایط و الزامات مورد اشاره گردید (کاتبی، ۱۳۳۷، ۵۰۸). قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی نیز در تاریخ ۱۹ ذی‌قعدة ۱۳۲۹ قمری، تصویب شد که بار دیگر بر لزوم رعایت شرایط و الزامات مقرر در قانون تشکیلات عدلیه، تأکید نمود (ماده ۱۷۴ قانون).

این مقررات، سنگ بنای تحول در ماهیت نهاد وکالت دادگستری را در ایران بنیان نهاد که در دوره‌های پسین، از سوی قانونگذاران مؤخر تکامل و توسعه یافت. با وجود این، اعتراضات و مناقشه‌های متعددی در این باره از سر گذشت. مخالفان تخصص‌گرایی در مواضع متعدد و با استدلال‌های گوناگون در مقام مخالفت بر آمده و تصویب قوانین مذکور را بر خلاف شریعت و حتی اصول کلی حقوقی می‌دانستند. عمده استدلال مخالفان عبارت از پیش کشیدن منابع فقهی بود که وجود شرایط و قیودی را جهت تصدیق به وکالت، مورد لحاظ قرار نداده‌اند. بنابراین تعیین شرایط ابتدایی و استمراری در احراز این سمت را بر خلاف شریعت دانسته و بر لزوم لغو آن مقررات، پافشاری می‌نمودند. از سوی دیگر از دید مخالفان، تعیین الزامات و شرایط، مخالفت آشکاری با لزوم آزادی وکالت و



عدم وابستگی به دولت و سایر ارکان حکومت داشته و وجود آنها را بر خلاف ذات وکالت می‌دانستند. ایرادات و مخالفت‌هایی که در خصوص تحول نهاد وکالت به سوی تخصص‌گرایی، محکوم به رد گردیده و با تصویب قوانین بعدی از جمله قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۳۰۷ و قانون وکالت در سال ۱۳۱۵ و آیین‌نامه آن، تاب مقاومت در برابر جریان تخصص‌گرایی و تحول خواه را نیافت؛ هر چند که تلاش استقلال طلبی و لزوم حراست از آزادی وکالت در مرحله دوم تحولات به بار نشست و موجب کسب استقلال هر چند نسبی برای وکلای دادگستری و تشکیل کانون‌های وکلا گردید.

مرحله دوم در تحولات ماهیتی این دوره را باید صنفی‌گرایی (استقلال طلبی) دانست. هر چند نهضت استقلال طلبی، موضوع اصلی تحولات ماهوی نهاد وکالت دادگستری محسوب نمی‌شود، ولی تأثیر آن را در تحول قوانین وکالت و ماهیت این نهاد، نمی‌توان نادیده گرفت. تحصیل استقلال برای وکلا و شناسایی صلاحیت تعیین شرایط اختصاصی متعدد، جهت احراز تصدی به وکالت و نحوه نظارت بر وکلا موجب غنای بیشتر نهاد وکالت از جهت مقررات تخصصی شد، به گونه‌ای که نهادهای صنفی وکلا اساس خود را در راستای انجام وظیفه ذاتی خود بر مبنای حراست از حریم وکالت و مراقبت از حفظ شأن آن نهادند. حرکت به سوی استقلال وکلای دادگستری، موجب تعمیق خصیصه تخصص‌گرایی در این حرفه گردید و لزوم وضع استانداردهای حرفه‌ای از سوی کانون‌های وکلا به عنوان خانه دوم آنان، صنفی‌سازی هر چه بیشتر این نهاد را به ارمغان آورد. با وجود این، واکاوی پیشینه تحولات قانونی در این مسیر نشان می‌دهد که این دستاوردها گام به گام و به صورت تدریجی حاصل شده است. تا پیش از تصویب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، قوانین دیگری نیز بر استقلال کانون‌های وکلا صحنه گذارده اند که در ماهیت امر بر خلاف ظاهر قانون، چندان در این مسیر جدی و تأثیرگذار به نظر نمی‌رسیدند. شاید بتوان تصویب قانون وکالت در تاریخ ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ را نمونه‌ای از این ظاهرسازی‌ها دانست که علی‌رغم به رسمیت شناختن ضرورت تشکیل کانون‌های وکلا، قانون مذکور با در نظر گرفتن شخصیت حقوقی و استقلال ظاهری برای کانون‌های وکلا موجب تنزل دستاوردهای این قانون شد، به گونه‌ای که برای نمونه مواد ۱۷ تا ۲۱ قانون، استقلال میان‌تهی کانون‌های وکلا را نمایان می‌سازد. شاید بتوان مهمترین نقص این قانون را اعطای صلاحیت به وزیر عدلیه، جهت تشکیل کانون در هر حوزه مقتضی و تعیین اعضای هیأت مدیره کانون توسط این مقام، خلاصه کرد که به سادگی ظاهری بودن استقلال اعطایی را مبرهن می‌سازد (محسنی، ۱۳۹۳، ۳۱). تاریخ حکایت از



آن دارد که در مواردی شخص وزیر عدلیه خود را به عنوان رئیس کانون وکلا انتخاب و معرفی کرده است و این امر بر جنبه ظاهر گرایي و چه بسا طنز آلود موضوع، صحت می‌گذارد. برای نمونه می‌توان به وزیر وقت عدلیه، مرحوم علی اکبر خان داور اشاره کرد که در تاریخ ۲۰ آبان ۱۳۰۹ پس از تشکیل کانون وکلا خود را به عنوان رئیس کانون انتخاب و معرفی نمود.

قوانینی از این دست گرچه نتوانست استقلال طلبی صنفی وکلا را به سر منزل مقصود برساند ولی با عیان سازی ضعف های خود، موجب افزایش مطالبات وکلا در این زمینه شد که در نهایت با تصویب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، در تاریخ ۱۳۳۳/۱۲/۰۵ استقلال وکلا را وارد عرصه جدیدی کرد. بررسی مفاد لایحه مذکور، اعطای استقلال قابل قبول و هر چند نسبی به کانون های وکلا را نشان می‌دهد که با تشکیل کانون های مستقل و تصویب مقررات تخصصی و صنفی از سوی آنها موجبات تحول ماهیتی در نهاد وکالت دادگستری را فراهم کرد. پیش بینی آزمون های تخصصی و فرایندهای مختلف احراز صلاحیت نظری و کاربردی جهت ورود به این عرصه، تعیین مدیران کانون ها از سوی هیأت عمومی وکلا، نظارت بی قید و شرط و همه جانبه بر رفتار و عملکرد وکلا از مهمترین تحولات قابل ذکر در این مسیر به شمار می‌رود. شایان ذکر است که این تحولات مثبت، همواره به دو دلیل عمده تا امروز تحت الشعاع عوامل دیگری قرار گرفته و موجب شده است که وکلای دادگستری در وهله اول و کلیت جامعه در وهله دوم، نتوانند از ثمرات پر شمار آن بهره مند گردند. نخستین دلیل را می‌توان مداخله گاه و بی گاه قانونگذار در امور وکلا و ایجاد ساختاری چند پاره دانست که همواره با صلاحیت عام قانونگذاری مقرر در قانون اساسی توجیه شده است که شوربختانه موجب ایجاد ابهام در مقررات و ساختار وکالت، واپس گرایي از قافله تحولات و مقررات جهانی راجع به وکلای دادگستری و دور شدن از استانداردهای جهانی موجود گردیده است. دلیل دوم را می‌توان ناشی از انفعال کانون های وکلا در بسیاری از تحولات و رویدادهای سیاسی و اجتماعی دانست که موجب شده، نتوانند نیروهای اجتماعی لازم را به عنوان حامی خود در مسیر استیفای حقوق قانونی و عقلانی وکلا فراهم آورند؛ امری که پرداختن به آن در این مختصر نمی‌گنجد.

استقلال طلبی و صنفی گرایي وکلای دادگستری به حدی از اهمیت رسیده است که امروزه اسناد و مقررات بین المللی و داخلی همواره بر لزوم حضور وکیل دادگستری در فرایند رسیدگی به امور قضایی، به ویژه در امور کیفری، تأکید نموده و عدم حضور وکیل را



از موجبات بی اعتباری احکام صادره می‌دانند. برای نمونه اصل سی و پنجم قانون اساسی در این خصوص مقرر می‌دارد: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». ناگفته پیداست که وجود چنین الزامی در قانون اساسی، گواهی بر اهمیت نقش تخصصی وکیل در فرایند قضایی است و نمی‌توان به سادگی از کنار آن گذشت. با وجود اطلاق و صراحت قانون اساسی در کمال تعجب و تأسف، قانونگذاران و مجریان قانون از طریق وضع مقررات و گاه تصمیمات اجرایی، خودسرانه اصل مذکور را تخصیص و در برخی موارد به تعطیلی کشانده‌اند. علاوه بر این مقررات متعددی بر لزوم رعایت شأن وکالت به عنوان تخصصی ضروری و غیر قابل انکار، تأکید و عدم رعایت آن را موجب تحقق تخلف، قانون‌گریزی و نقض احکام صادره از سوی مراجع عالی قضایی اعلام کرده‌اند. برای نمونه مجمع تشخیص مصلحت نظام در مصوبه‌ای با عنوان «انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی»، مقرر می‌دارد: «اصحاب دعوا حق انتخاب وکیل دارند و کلیه دادگاه‌هایی که به موجب قانون تشکیل می‌شوند مکلف به پذیرش وکیل می‌باشند». در تبصره ۲ این مقررہ چنین بیان شده است: «هرگاه به تشخیص دیوان عالی کشور، محکمه‌ای حق وکیل گرفتن را از متهم سلب نماید، حکم صادره فاقد اعتبار قانونی بوده و برای بار اول موجب مجازات انتظامی درجه سه و برای مرتبه دوم موجب انفصال از شغل قضایی می‌باشد». در ادامه مقررہ مذکور، گام اساسی برداشته شده و شأن و منزلت همسنگ با مقامات قضایی برای وکلا در نظر گرفته شده است که از لوازم تخصص‌گرایی و استقلال به شمار می‌رود. از این رو در تبصره ۳ این مقررہ می‌خوانیم: «وکیل در موضع دفاع، از احترام و تأمینات شاغلین شغل قضا برخوردار می‌باشد». اصل تخصص‌گرایی در وکالت تا به آنجا پیش رفته است که علاوه بر قانون، رویه قضایی نیز از پذیرش اشخاص فاقد پروانه وکالت دادگستری در امر دفاع خودداری نموده و امروزه می‌توان به روشنی پایان عوام‌گرایی در وکالت دادگستری را اعلام نمود. برای نمونه نظریات مشورتی اداره امور حقوقی قوه قضائیه که نقش تعیین‌کننده‌ای در ایجاد رویه قضایی و تنظیم آن بر عهده دارد، در مواضع متعددی بر این امر صحه گذارده و هرگونه تردیدی را از اذهان زدوده است. برای نمونه در یکی از این نظریات به شماره ۳۲۴۴/۷ مورخ ۱۳۸۵/۰۵/۰۳ چنین بیان شده است: «چه در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و چه در امور کیفری، هرجا صحبت از وکیل شده، منظور وکلای دادگستری است و نه وکلای رسمی غیر دادگستری، لذا نمی‌توان در مرحله اجرا، وکیل



رسمی غیر دادگستری را به عنوان وکیل یکی از طرفین پذیرفت.»
بنابراین می‌توان از بررسی تحولات قانونی و اجتماعی به این نتیجه رسید که نهاد وکالت دادگستری به عنوان قراردادی تخصصی و در چهارچوب مقررات صنفی مستقل (استقلال نسبی) با گذر از نظریات مبتنی بر مدنیت صرف و عوام‌گرایی، وارد عرصه‌ای تخصصی گردید که ورود به آن مستلزم احراز شرایط متعددی بر حسب مقررات مربوطه می‌باشد. با وجود این، واقعیات اجتماعی و سیاسی در بسیاری از کشورهای جهان به ویژه پیشروان عرصه وکالت موجب تکمیل این مرحله و ورود به عرصه جدید شد که نفوذ آن در اسناد و مقررات بین‌المللی و داخلی کشورها معرف ماهیتی جدید پیرامون وکالت دادگستری گردیده است، به گونه‌ای که ماهیت وکالت دادگستری را از محدوده صرف تخصص حقوقی و دفاعی به عنوان موضوعی اساسی از موازین حقوق بشری خارج نموده و برای آن نقش‌هایی فرا دفاعی و اجتماعی نیز متصور شده است. پر واضح است که ورود به مرحله جدید به معنای نفی نقش تخصصی حقوق بشری وکالت دادگستری نبوده، بلکه ضمن ارج نهادن و حفظ ارزش‌ها و نقش‌های قانونی و اخلاقی آن، در مقام تکامل ماهیت نهاد وکالت بوده و سعی در اعتبار بخشی هرچه بیشتر به این نهاد اجتماعی دارد.

مبحث سوم: وکالت دادگستری، قراردادی اجتماعی و فرا دفاعی

تحولات اجتماعی و سیاسی در دهه‌های اخیر موجب شده که رویکرد قانونگذاران به وکالت دادگستری بیش از پیش با تحول ماهوی رو به رو گردد. در این رویکرد همچون گذشته به وکالت دادگستری به مثابه یک شغل تخصصی صرف نگریسته نشده، بلکه انتظارات جامعه و در رأس آن قانونگذاران و مقامات قضایی و اجرایی کشورها را از سطح رعایت مقررات و الزامات شغلی وکالت به انجام تکالیف اجتماعی و فرا دفاعی رسانیده است. بدیهی است که رعایت و برآورده سازی این انتظارات و تکالیف اجتماعی به معنای دوری جستن از الزامات حرفه‌ای نیست، بلکه در کنار آن قرار می‌گیرد. وجود چنین تکالیف اجتماعی، ضرورت تنظیم و هدفمند سازی مقررات وکالت را نمایان می‌سازد، به گونه‌ای که با پیش بینی ضوابط و چهارچوب‌های قانونی، زمینه برای اجرای هر دو دسته از تکالیف صنفی و اجتماعی (دفاعی و فرا دفاعی) فراهم گردد. رهگیری تحولات و رویدادهای جاری در جامعه بین‌الملل و تأثیر آنها بر مقررات و رویکردهای داخلی و ملی، پیرامون وکالت دادگستری مؤید این واقعیت است که امروزه به دشواری می‌توان نقش فرا دفاعی و اجتماعی وکلا را در زمینه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و سیاسی نادیده



گرفت. بنابراین جای آن دارد که نگرش های سنتی در این باره را تعدیل نموده و نقش وکالت دادگستری را در مفهوم عام آن که عبارت از تلاش بیشتر جهت تحقق آرمان های اجتماعی کشورهاست، در عرصه وسیع تری بگسترانیم. برای نمونه، دیگر نباید از وکیل دادگستری که آگاه به قوانین شهروندی و حدود و ثغور آنهاست، انتظار سکوت و انفعال در برابر رویدادهای اجتماعی و سیاسی، همچون جرایم ارتكابی علیه تمامیت معنوی جامعه و تضییع حقوق عامه مردم داشت. رویکرد بایسته وکلا در این موارد امروزه انفعال و گوشه گیری نبوده و بر حسب قوانین و مقررات لازم الاجرای کنونی، تکالیف متعددی بر دوش آنان نهاده شده است که انجام بهتر و بیشتر آنها می تواند به ارتقای اجتماعی هرچه بیشتر نهاد وکالت و تحصیل مقبولیت و وجهه بیشتر منجر گردد.

در دهه اخیر، قانونگذار ایران نیز به پیروی از قوانین و مقررات بین المللی موجود و با رعایت چهارچوب های اجتماعی و سیاسی کشور، گام های قابل توجهی در ورود به مرحله جدید تکاملی وکالت، مبنی بر افزایش نقش اجتماعی و فرا دفاعی وکالت، برداشته است که با وجود فاصله از استانداردهای مطلوب می توان آن را در آغاز مسیر، اقدامی ستودنی به شمار آورد. ناگفته پیداست که در این میان نقش کانون های وکلا به عنوان متولی امور وکلا و نمایندگان آنان را نباید از نظر دور داشت. بر آوردن انتظارات قانونی جدید از وکلا، رسالت مهمی است که جز با تعامل فرد فرد وکلا، کانون های وکلا، دستگاه قضایی، نهاد قانونگذار، دولت و سایر نیروهای اجتماعی و سیاسی به جا آورده نمی شود. در ادامه برآنیم که مهمترین تکالیف و الزامات، پیرامون نقش اجتماعی وکلا را در راستای تحولات قانونی موجود در حقوق ایران به اختصار بررسی کرده و در پایان نیز رهیافت بایسته را در مسیر در حال تکامل پیش رو ارزیابی و تحلیل کنیم.

گفتار نخست: پیگیری و تلاش جهت استیفای حقوق عمومی

در رویکرد جدید، وکیل تنها مکلف به حفظ و استیفای حقوق موکل خود نیست و محق و مکلف به انجام اقدامات مشروع در زمینه احقاق حقوق عمومی افراد جامعه است. بدیهی است که در انجام این نقش اجتماعی، بنا بر این نیست که وکلا لباس و منش خود را عوض نموده و در صلاحیت مراجع قانونی موظف در این زمینه وارد شوند. آنچه در این باره در حیطه صلاحیت وکلا قرار دارد، ظرفیت های قانونی موجود جهت اطلاع رسانی، مشاوره و طرح دعاوی مربوط به احقاق حقوق عمومی شهروندان جامعه می باشد که پس از شناخت مستندات قانونی این نقش و تکلیف، بیشتر به آنها می پردازیم.

ماده ۴۴ آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، اصلاحی



۱۳۸۸/۰۳/۲۷ رئیس قوه قضائیه، پیرامون وظایف و اختیارات وکیل، مقرر می‌دارد: «وکلا باید نسبت به احقاق حق و جلوگیری از ستم، اهتمام نمایند، لذا در مواردی که شایبه تضييع حقوق مردم وجود دارد، موکلین را به رفع ستم ارشاد نموده و از مساعدت در جور امتناع نمایند». در ادامه ماده مذکور، مقرر گردیده است: «اهم موارد آن عبارتند از: ۱- اهتمام به صلح، پیش از طرح دعوی در محکمه... ۳- داوری و میانجی‌گری در خارج از دادگستری...». در ادامه در ماده ۴۸ مقرر می‌دارد: «وکیل در برابر اشخاص ثالث، مقامات قضایی و همکاران خود دارای مسئولیت مدنی می‌باشد و در صورت تقصیر باید از عهده خسارت وارده بر آید و نسبت به رعایت این اصول، دقت کافی بنماید: ۱- حمایت از مظلوم و مساعدت در احقاق حقوق عامه و معاضدت به افراد بی بضاعت». در جایی دیگر (ماده ۵۰) نیز در بیان موجبات تشویق وکلا مقرر می‌دارد: ۵- همکاری مؤثر و مفید و مجانی با تشکل‌های صنفی مرتبط و مؤسسات خیریه، موجب معرفی از طریق مجله و پایگاه اینترنتی کانون می‌شود».

از مستندات قانونی مورد اشاره به طور کلی دو مفهوم استنباط می‌گردد: نخست اینکه اقدامات وکلا در احقاق حقوق عامه به عنوان رسالتی اجتماعی باید از طریق اقدامات قضایی و شبه قضایی، همچون داوری و میانجی‌گری و تلاش برای برقراری سازش باشد که در زمره والاترین ارزش‌های اجتماعی قرار دارند. دوم آنکه انجام اقدامات مورد اشاره، محدود به امور موکلین نیست و می‌تواند سایر اشخاص را نیز در بر گیرد. از سوی دیگر می‌توان به فریضه اخلاقی و اجتماعی «امر به معروف و نهی از منکر» اشاره نمود که وکلای دادگستری با توجه به جایگاه اجتماعی و قانونی خود به نحو مؤثرتری می‌توانند در مقام اجرای آن برآیند. مسلم است که مخاطب این امر و نهی، می‌تواند علاوه بر اشخاص خصوصی، دولت و به طور کلی ساختارهای حاکمیتی باشند، بنابراین هرگاه وکلا لازم بدانند، می‌توانند در راستای انجام تکالیف خود از مجاری قانونی، اقدام به پیشنهاد، انتقاد و حتی طرح دعوی علیه آنان با انگیزه اصلاح امور و احقاق حقوق عمومی بنمایند. از نمونه‌های محدود این اقدام می‌توان به طرح شکایت تعدادی از وکلای محترم دادگستری از بازپرس دادرسی فرهنگ و رسانه تهران که با صدور دستور خود موجب انسداد نرم افزار تلگرام شده بود، اشاره نمود. اقدامی که در نهایت با توجه به صدور قرار منع تعقیب، علیه مشککی عنه بدون نتیجه ماند.



گفتار دوم: مشارکت در ایجاد وحدت رویه قضایی

وکلا دادگستری همواره به دلیل نقش برجسته خود در تفسیر قوانین و نیز آشنایی با نحوه اجرای آنها و رویه های موجود، به عنوان رکنی تأثیرگذار در نظام های حقوقی محسوب می گردند. اهمیت این نقش از موقعیت حرفه ای و ماهیت شغلی آنان ناشی می شود، زیرا قوانین و مقررات همواره به عنوان ابزار حرفه ای وکلا تلقی شده و از این رو یکی از منابع غنی و ارزشمند در خصوص تفسیر آنها محسوب می گردند. نکته جالب تر آن است که وکلای دادگستری می توانند قوانین و مقررات را از زوایای مختلف، مورد تفسیر و تحلیل قرار دهند و این امتیازی است که سایر فعالان در نظام قضایی، به میزان کمتری از آن برخوردار می باشند، زیرا وکلای دادگستری به طور مرتب در پرونده های مطروحه خود در موضوعات مختلف، از منظر طرف های مختلف دعوی به موضوع ورود نموده و به تحلیل و تفسیر قوانین پرداخته اند؛ این در حالی است که سایر فعالان قضایی، همچون مقامات قضایی با پیروی از اصل تساوی، کمتر به این روش و معیار تفسیری می پردازند. نقش تفسیر قوانین و مداخله در ساز و کار نظارت بر حسن اجرای آنها در رابطه با وکلای دادگستری در بسیاری از نظام های حقوقی مدرن جهان امروز به رسمیت شناخته شده و به عنوان منبعی ارزشمند به آن نگریسته می شود. برای نمونه می توان به نظام حقوقی آلمان اشاره کرد که در آن وکلای دادگستری می توانند نظریات تفسیری خود را به مقامات قضایی، جهت حسن اجرای قانون و نیز قانونگذار با هدف بازنگری در قوانین عرضه نمایند (کشاورز، ۱۳۸۵، ۱۰۸). رویه مشابهی نیز در کشور فرانسه قابل مشاهده است که به دلیل تعلق هر دو نظام حقوقی به نظام حقوقی نوشته (رومی - ژرمنی)، تفاوت ها نه در اصل موضوع، بلکه در امور جزئی می باشد (شیروی، ۱۳۸۷، ۲۵۰).

در نظام حقوقی ایران نظارت بر حسن اجرای قوانین، به عنوان یکی از وظایف ذاتی دیوان عالی کشور در جایگاه بالاترین مرجع قضایی، در نظر گرفته شده است. اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این باره مقرر می دارد: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت هایی که طبق قانون به آن محول می شود و بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می کند، تشکیل می گردد». بررسی قوانین ایران نشان می دهد که تا پیش از تصویب قانون جدید آیین داری کیفری در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۴، قانونگذار هیچ گونه نقش مستقلی برای وکلای دادگستری در این فرایند در نظر نداشته و از این منبع ارزشمند غافل بوده است. علت این امر را شاید بتوان عدم اعتقاد قانونگذار به نقش فرا دفاعی



وکیل و محدود نمودن ایشان به امور مربوط به مدافعات و پیگیری منافع موکلین دانست. همان گونه که پیش از این اشاره شد در بیشتر نظام های حقوقی مدرن در جهان، نه تنها چنین رویکردی به فراموشی سپرده شده، بلکه قانونگذاران در صدد بهره گیری هر چه بیشتر از تجربیات و تخصص وکلای دادگستری بر آمده اند. قانونگذار ایران نیز در اقدامی قابل تقدیر، طرز تلقی خود از نقش وکلای دادگستری را تغییر داده و نقش آنان در ایجاد وحدت رویه قضایی و نظارت بر حسن اجرای قوانین را به طور مستقل به رسمیت شناخته است. در همین راستا ماده ۴۷۱ قانون آیین داری کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه ها نسبت به موارد مشابه، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط متفاوت از قوانین، آرای مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور به هر طریق که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. هر یک از قضات دیوان عالی کشور یا دادگاه ها یا دادستان ها یا وکلای دادگستری نیز می‌توانند با ذکر دلیل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را درباره موضوع درخواست کنند.....». بنابراین ملاحظه می‌شود که برای نخستین بار در قوانین ایران، چنین رویکردی در خصوص وکلای دادگستری پیش بینی شده و این امر می‌تواند نشانگر تغییر نگرش قانونگذار نسبت به نقش وکلای دادگستری و شناسایی نقش فرا دفاعی آنان باشد. از این رو انتظار می‌رود وکلای دادگستری و کانون های وکلا با استفاده از ظرفیت موجود در مقام اعتلای بیشتر نظام حقوقی از طریق نظارت بر حسن اجرای قوانین و انتقال تجربیات و تخصص خود در این زمینه برآمده و تحرک بیشتری به جامعه وکالت بخشیده و موجب تغییر نگرش های منسوخ در خصوص نقش وکلای دادگستری گردند.

گفتار سوم: مشارکت در کشف مفاسد اقتصادی و جرایم مالی

نفوذ پول های آلوده و ثروت های نامشروع در اقتصاد کشورها در چند دهه اخیر روز به روز گسترده تر شده و می‌توان به سادگی، قدرت مخرب آن را در اقتصاد کشورها ملاحظه نمود. جرم پول شویی که روزگاری محدود به درآمدهای ناشی از جرایم مربوط به مواد مخدر بوده و سپس به جرایم مهم نیز تسری یافته، امروزه از قلمرویی بسیار گسترده تر از قبل برخوردار شده و عواید حاصله از ارتکاب تمامی جرایم را در بر می‌گیرد (بوریکان، ۱۳۹۵، ۳۳۰). در تعاریف بیان شده پیرامون آن، قلمرو موضوعی نامحدودی از



جرايم در نظر گرفته می‌شود که این امر خود نمایانگر عمق بحران در عرصه جهانی است. از این رو امروزه می‌توان جرم پول شویی را بدین گونه تعریف نمود: فرایندی که طی آن منبع اصلی درآمدهای حاصل از اعمال مجرمانه، مخفی نگه داشته شده و به این درآمدها جلوه‌ای پاک و حاصل از اعمال قانونی بخشیده می‌شود (موسوی مقدم، ۱۳۹۶، ۲۰) هم زمان با گسترش شتاب آلود ارتکاب جرم پول شویی و ارتباط آن با پدیده شوم تروریسم، قانونگذاران ملی و بین المللی در صدد جرم انگاری آن برآمده و بر حسب اصول جرم شناختی، با توجه به تقدم پیشگیری بر مجازات، اقدامات دقیق و پیچیده‌ای را در راستای پیشگیری از این جرم و کشف آن در سریع‌ترین زمان ممکن پس از ارتکاب، مقرر داشته اند. روشن است که مقابله با جرمی پیچیده و فراگیر همچون پول شویی، مستلزم مداخله نهادهای و اشخاص متعددی با تخصص های گوناگون است که در جای خود شایسته بررسی و تحلیل می‌باشد. با وجود این، آنچه موضوع جرم پول شویی را به نوشتار حاضر مرتبط می‌سازد، نقش بنیادین و کارساز وکلای دادگستری در پیشگیری از وقوع این جرم و کشف آن پس از ارتکاب، می‌باشد. از آنجا که هدف اصلی حرفه وکالت دادگستری، تحقق عدالت اجتماعی و تضمین قانون گرایی در جامعه است و از سوی دیگر وکلای دادگستری به اقتضای تخصص و حرفه خود بیش از سایر اشخاص در ارتباط با مرتکبان این جرم قرار گرفته و به دلیل دستیابی به اطلاعات و مستندات تأثیر گذار در این باره، می‌توانند به طور قطع، منبع مهمی در مسیر پیشگیری و کشف جرم پول شویی باشند، از این رو قانونگذاران ملی و بین المللی همواره بر آن بوده اند که نقش وکلای دادگستری را در این مسیر، برجسته ساخته و از توانایی ها و اطلاعات ایشان برخوردار شوند. قانونگذار ایران نیز در این باره با اصلاح قوانین موجود در خصوص جرم پول شویی به این مهم توجه نموده و رویکردی فرا دفاعی نسبت به نقش وکلای دادگستری داشته است. قانونگذار، ضمن اصلاح قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۱۳۸۶ در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۰۳ به موجب ماده ۶ قانون اصلاحی در این باره مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاص موضوع ماده ۵ این قانون از جمله گمرک جمهوری اسلامی ایران، سازمان امور مالیاتی کشور، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، دفاتر اسناد رسمی، وکلای دادگستری، حساب‌رسان، حسابداران، کارشناسان رسمی دادگستری و بازرسان قانونی، مکلفند اطلاعات مورد نیاز در اجرای این قانون را طبق مصوبات هیأت وزیران، حسب درخواست شورا یا مرکز اطلاعات مالی به آنها ارائه نمایند». چنان که ملاحظه می‌شود، قانونگذار در رابطه با وکلای دادگستری نقشی اجتماعی و فرا دفاعی قائل است و انجام هر چه صحیح‌تر این تکلیف قانونی،



می‌تواند موجبات افزایش اعتبار اجتماعی آنان را فراهم آورد. در پایان لازم به ذکر است که وکلای دادگستری در انجام هر چه بهتر تکلیف مقرر قانونی فوق، باید دو فرضیه را به همراه نتایج و عواقب آن همواره مد نظر قرار دهند: نخست آنکه در صورت صحت اظهارات و اطلاعات تقدیمی جرم، افشای سیر از جانب آنان متنی می‌باشد، زیرا افشای اسرار در این مورد به حکم قانون است و فاقد عواقب قانونی برای آنان خواهد بود. دوم آنکه وکلای دادگستری باید در اجرای تکلیف قانونی خود جانب دقت را نگاه داشته و از تقدیم اطلاعات و مدارک به نحو شتاب زده خودداری نمایند، زیرا در صورت کذب بودن اطلاعات یا اشتباه وکیل در این باره، مجازات مفتری می‌تواند در انتظار وی باشد، بنابراین در اجرای تکلیف فوق رعایت دقت و احتیاط، لازم و ضروری به نظر می‌رسد.

نتیجه گیری

آنچه در نوشتار حاضر در مقام تحلیل آن برآمدیم، بررسی تحولات ماهیتی وکالت دادگستری در ادوار مختلف تاریخ حقوق است. نهاد وکالت دادگستری هم مانند بسیاری از نهادهای حقوقی دیگر در بردارنده تحولات ماهوی بوده که جملگی در مقام تکمیل و توسعه این نهاد برآمده اند. با وجود این، خصلت اجتماعی پر رنگ در نهاد وکالت موجب شده است تا بیش از هر نهاد حقوقی دیگری در معرض تحولات ماهیت و حتی شکلی قرار گیرد و قوانین و مقررات روز آمدتری را جهت انطباق خود با واقعیت های اجتماعی طلب نماید. نهاد وکالت در ابتدای امر به عنوان نیازی ضروری در مراودات اجتماعی بشر، واجد خصلت و ماهیت مدنی صرف بوده و از این رو هر شخص واجد اهلیت استیفایی، توان انجام آن را داراست. توسعه فعالیت های اجتماعی بشر و ضرورت تخصصی نمودن وکالت در برخی عرصه ها از جمله وکالت در امور مربوط به مرافعات (دادگستری)، موجب شد که وکالت دادگستری واجد مقررات ویژه خود گردد و به عنوان تخصصی پر نغز و مغز درآید. مقررات و شرایط ورود به این حرفه و تداوم فعالیت در آن پس از گذران فراز و نشیب فراوان، تدوین و به عرصه عمل در آمد. انتظارات اجتماعی و سیاسی جوامع مدرن از این نهاد، به حوزه مدافعات، محدود نگشته و قوانین بین المللی و داخلی روز به روز بر نقش اجتماعی و فرا دفاعی آن تأکید فزاینده ای نموده و این مسیر در راستای کمک به تحقق اهداف اجتماعی و اقتصادی، همچنان در حال توسعه و تکامل است. قوانین و مقررات لازم الاجرای امروز ایران که در یک دهه اخیر پا به عرصه وجود نهاده اند نیز همگام با اسناد و رویه های بین المللی، عرصه اجتماعی وکالت را بیش از پیش به رسمیت



شناخته و همواره در حال افزودن بر تکالیف و انتظارات اجتماعی از نهاد وکالت می‌باشند. مشارکت در استیفای حقوق عمومی افراد جامعه از طریق اقدامات مرتبط حرفه ای، مشارکت با نهاد ذی ربط در زمینه تفسیر قوانین، نظارت بر حسن اجرای قوانین از طریق رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور و مشارکت در کشف و پیشگیری از جرایم مالی و اقتصادی پیچیده و زیانبار همچون پول شویی و تأمین مالی تروریسم از جمله مهم‌ترین مسئولیت‌های اجتماعی وکلای دادگستری بر حسب قوانین و مقررات جاری کشور می‌باشد که بدون تردید انجام صحیح هر یک از آنها می‌تواند در مسیر پیش رو، قدرت و اعتبار اجتماعی بیش از پیش نهاد وکالت را در آینده موجب گردد.

منابع

- امامی، سید حسن (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی**، چاپ بیست و دوم، جلد چهارم، تهران، انتشارات اسلامی.
- بوریکان، ژاک (۱۳۷۸)، **بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه**، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۲-۲۱.
- بیات، فرهاد، بیات، شیرین (۱۳۹۴)، **تشریح جامع قانون مدنی**، چاپ هفتم، تهران، انتشارات ارشد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۷)، **حقوق تطبیقی**، چاپ ششم، تهران، انتشارات سمت.
- سنگلجی، محمد (۱۳۸۰)، **آیین دادرسی در اسلام**، چاپ سوم، تهران، انتشارات طه.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۳۷)، **سابقه تاریخی قانون وکلای دادگستری**، مجله وکالت، ش ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ بیست و پنجم، تهران، نشر میزان.
- کشاورز، بهمن، یزدی، رضا (۱۳۸۵)، **مقررات مربوط به شغل وکلای دادگستری و وظایف و اهداف قانون وکلای دادگستری آلمان**، مجله کانون وکلا، ش ۱۹۵-۱۹۴.
- محسنی، حسن (۱۳۹۳)، **وکالت و قانون وکلای دادگستری در نظام های حقوقی**، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- معتمدی، رضا (۱۳۷۹)، **کانون بین المللی وکلا و معیارهای استقلال**، مجله کانون وکلا، ش ۱۷۱.



از رنجی که می‌بریم

«اندر حکایت قصه پر غصه سند رسمی»

دکتر سیامک بهارلویی^۱

چکیده

بدون تردید ابر چالش سیستم قضایی کشور، حجم عظیم و غیر طبیعی ورود پرونده های مختلف، اعم از حقوقی و جزایی به دادگستری است. بر اساس تحلیل های به عمل آمده از طرف اندیشمندان حوزه حقوق، مهمترین یا لاقلاً یکی از مهمترین راه های برون رفت از این ابر چالش، توجه به سند رسمی و احیاء جایگاه قانونی آن در سیستم حقوقی کشور است؛ زیرا بر حسب آمارهای ارائه شده حداقل نیمی از پرونده های مطروحه در محاکم کشور، ناشی از عدم التزام افراد به تنظیم سند رسمی است. ماده ۲۲ و مواد ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت از حدود نود سال پیش، این مهم را در سیستم حقوقی کشور پیش بینی کرده است، اما مانع مهمی که در برابر این راه حل وجود دارد، اشکالات فقهی است که به لزوم تنظیم سند رسمی وارد شده و در طول این چهل سال نیز این موانع، دائماً قوت یافته است. در این مقاله، این چالش، موانع موجود و راههای برون رفت از آن واکاوی شده است.

کلید واژگان: سند رسمی، سند عادی، ابر چالش قوه قضائیه، قانون ثبت، قانون دفاتر اسناد رسمی، فقه پویا.

مقدمه

شاید باور این نکته برای خیلی ها - خصوصاً کسانی که آشنایی علمی با حقوق ندارند



- مشکل باشد که بخش عمده معضلات، ناکارآمدی ها و گرفتاری های منحصر به فردی که در سیستم حقوقی و قضایی کشور ما وجود دارد، تنها و تنها ناشی از یک تفسیر خاص از مقوله ثبت اسناد است! تفسیری که با رویکرد فقهی و شرعی، ثبت سند رسمی را الزامی نمی‌داند و برای آن هیچ جایگاهی در فقه سنتی قائل نیست و تا آنجا که می‌تواند در تضعیف موقعیت ثبت، به عنوان یک پدیده مدرن که مخالف آموزه های شرعی تلقی شده است، می‌کوشد و در نتیجه خود آگاه یا ناخود آگاه، با باز کردن راه برای انواع و اقسام اسناد عادی در سیستم حقوقی و قضایی کشور، سر منشأ میلیون ها پرونده اعم از موضوعات حقوقی مانند: الزام به انتقال سند، خلع ید، تخلیه و مطالبه ثمن و موضوعات کیفری مانند: فروش مال غیر، کلاهبرداری و جعل سند می‌گردد. خیلی سخت است باور کنیم همین ایده به ظاهر ساده، باعث و بانی میلیون ها پرونده قضایی شده و گذشته از اتلاف وقت و انرژی دستگاه حاکمیت، چندین میلیون نفر از هم وطنانمان با همین رویه حاکم، عمر و مال و دار و ندار خود را در پیچ و خم دادگاه ها باخته اند!

نگارنده برای واکاوی مشکل فوق، نخست به جایگاه ثبت سند در فقه و اینکه چرا مسأله کتابت و نوشتن سند هرگز دغدغه فقیه نبوده، پرداخته، سپس به پیشینه قانون گذاری در این مورد، توجه کرده و در نهایت به راه حل برون رفت از این معضل اشاره شده است. مبنای این نوشته، رعایت اختصار حداکثری است و گرنه حق، آن است که در این مقوله که از آن، ابر چالش قوه قضائیه یاد می‌کنند، بیش از این سخن گفته شود.

گفتگو آیین درویشی نبود / ورنه با تو ماجراها داشتیم ...!

پیشینه ثبت معاملات در فقه

محققان، تاریخ پر فراز و نشیب فقهات شیعه را به چند دوران تقسیم می‌کنند. پس از دوران پیامبراسلام (ص) و ائمه معصومین(ع)، نخستین دوران فقه، صرفاً به نقل احادیث و روایات می‌گذشت و هنوز پای استنباط و استنتاج به اقلیم فقهات گشوده نشده بود. لذا فقهای این دوران مانند، شیخ کلینی، شیخ صدوق و دیگران در واقع محدثین بزرگ بودند که در ابواب مختلف فقه، تنها روایات موجود را گرد آوری می‌کردند و از هرگونه اظهار نظر شخصی در این خصوص، به شدت پرهیز می‌کردند (گرجی، ۱۳۸۶، ۵۶). نخستین فقیهی که فقهات شیعه را از نقل حدیث به حوزه استنباط و استدلال فقهی، انتقال داد و ابواب فقه را خصوصاً با نگارش کتاب (المبسوط فی فقه الامامیه)، گسترش داد و در واقع فقه امامیه را به معنای امروزی آن بنیان نهاد، مرحوم شیخ طوسی (ره) بود که بنیانگذار اولین



مدرسه فقهی شیعه یعنی حوزه علمیه نجف نیز می‌باشد. از آن زمان به بعد در تدوین گسترده فقه، نسبت به مواردی که در نصوص شرعی، موردی وجود نداشت، عملاً منابعی مانند دلیل عقلی، اجماع فقها، سیره متشرعه، بناء عقلاء و عرف، جای خود را در کنار قرآن و سنت باز کردند. بر همین اساس بود که کتب فقهی، بسیار حجیم شدند و در هر یک از ابواب مختلف فقه بدون آنکه عملاً نصوصی از قرآن و سنت وجود داشته باشد، مباحث دقیق و مفصلی با بررسی تمامی جزئیات مطرح شد. (گرچی، ۱۳۸۶، ۸۳).

از آن دوران تا روزگار معاصر، فقهای شیعه در مجموعه آثار فقهی در باب عقود و معاملات، به جهت اهمیت اجتماعی آن، بیش از هر باب دیگری در فقه، بحث نموده‌اند. به اجماع ایشان هیچ یک از عقود، برای انعقاد و تحقق نیازی به ثبت کتبی ندارند و تعاقب اظهار اراده موجب و قابل به انضمام سایر شرایط، صحت عقد را سبب می‌شود. تنها در برخی عقود که از نظر اجتماعی اهمیت داشته‌اند مانند بیع و نکاح، مشهور فقها تشریفات لفظی و تصریح به ایجاب و قبول، توسط متعاقدين را لازم دانسته‌اند که این نیز - صرف نظر از وجود نظرات خلاف - عمدتاً متکی بر نص شرعی نبوده است، بلکه غالباً مستند ایشان وجود سیره عقلا در این باب می‌باشد؛ چنان که عرف برای پرهیز از نزاع و اختلافات بعدی، اظهار اراده صریح و بی ابهام متعاقدين را خصوصاً در عقود حساس و مهم، ضروری می‌دانست، اما با توجه به آنکه در عرف آن روزگار کتابت و ثبت رایج نبود، فقه نیز به تبع آن به ثبت توجهی نکرد و آن را به حاشیه راند.

بعد از فراز و نشیب های بسیار که فقاهت شیعه به خود دید، خصوصاً ظهور اخباریون و تعطیلی کامل مدرسه اجتهاد برای مدت نسبتاً طولانی و احیای مجدد و البته دیر هنگام آن، به وسیله مرحوم آقا وحید بهبهانی و حوادث و وقایع فراوان در تاریخ فقه، در دوران شروع مجدد اجتهاد، برخی مسائل در احکام فقهی که متعلق به دوران گذشته و محل اجماع فقهای قدیم بود، از مسلمات غیر قابل تردید انگاشته شد. لذا موضوعی مانند لزوم یا عدم لزوم ثبت - ولو اینکه مستند آن عرف روزگاران پیش بود و این عرف اکنون در پی تغییر جوامع بشری، تغییر بسیار کرده بود - در اندیشه فقهای متأخر به مثابه پایه های مستحکم و غیر قابل تغییر و تبدیل درآمد که اساساً لزومی برای واکاوی مجدد آن احساس نمی‌شد، چنان که مثلاً فقیه بزرگی مانند شیخ انصاری (ره)، بخش اعظم کتاب اصولی خود (فرائد الاصول) را تنها به اصول عملیه که محل اشکال جدی اخباریون بود، اختصاص می‌دهد.

به این ترتیب عملاً ورود به مبحثی مانند کتابت و ثبت معاملات دیگر، هرگز دغدغه



فقیه تلقی نمی‌شد و متأسفانه فقهی که در روزگاران پیش، بخش غالب مباحث خود را از عرف جامعه - در موارد سکوت کتاب و سنت - ستانده و بر حجم آثار فقهی افزوده بود، اکنون با عرف جامعه فرسنگ‌ها فاصله یافته بود و به عوض رویه اخباری‌گری که همه چیز را در احادیث و روایات خلاصه می‌کردند را دنبال می‌کرد.

قرآن و موضوع کتابت و ثبت معاملات

علی‌رغم آنچه گفته شد، نکته بسیار جالب درباره موضوع ثبت و کتابت عقود و قراردادهای این است که قرآن به صورت شگفت‌انگیز و غیر قابل باوری در دورانی که نوشتن رایج و متداول نبوده است - و چنان که دیدیم همین سنت بر فقه اثر گذار بوده است - طولانی‌ترین آیه خود را به موضوع کتابت معاملات، اختصاص داده و دستور به ثبت تعهدات مالی داده است. آیه ۲۸۲ سوره بقره که بلندترین آیه قرآن است و به «آیه مدینه» مشهور شده است، می‌فرماید: (یا ایها الذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبوه...) ای اهل ایمان هنگامی که داد و ستدها و تعهدات مالی برای مدت مشخصی دارید، آن را بنویسید (...). ادامه این آیه نیز بیان شرایط کاتب، کتابت، جزئیات و تفصیلات آن است که در نوع خود بسیار جالب توجه است، لیکن واکاوی آن فرصت دیگری می‌طلبد.

ممکن است به نظر آید که موضوع آیه تداین است و ظهور در عقد قرض دارد و شامل سایر عقود و تعهدات مالی نمی‌شود. مرحوم فاضل مقداد - صاحب مهمترین کتاب در آیات الاحکام؛ یعنی کنزالعرفان - در این باره معتقد است: حرف جر (ب) در عبارت (بدین)، موضوع آیه را از تداین یا همان عقد قرض خارج کرده؛ زیرا اگر آیه می‌فرمود (اذا تداینتم دینا...) برای افاده معنای تداین، کفایت می‌کرد، اما با آوردن عبارت جار و مجرور (بدین)، این معنا را افاده فرموده که هر گونه عقدی که سبب هر نوع دین و تعهدی گردد، باید ثبت شود (فاضل مقداد، ۱۴۲۹ ه. ق، ۵۹). این توضیح کاملاً درست است، زیرا در غیر این صورت باید حرف جر را در این آیه لغو و بی اثر بدانیم که با اصل مسلم حکیمانه بودن قرآن منافات دارد. (و ما ینطق عن الهوی)

عجیب است که با وجود این آیه در قرآن مجید، تاریخ فقه به این دستور صریح، دقیق و با توضیح و تفصیل قرآن واکنشی نشان نداده و فقها به استناد آنکه آیه ارشادی است و چیزی جز راهنمایی و ارشاد به سنت رایج و معمول در عرف و عادت بیان نکرده است، به راحتی از کنار آن گذشته‌اند و آن را با وجود



آن همه تأکید و تفصیل، به هیچ روی الزام آور ندانسته اند! اما به فرض آن که عرف و عادت جامعه چهارده قرن پیش و معاصر نزول قرآن - که به گفته فقیهان، آیه تنها به آن عرف ارشاد کرده است - برای کتابت، اهمیت چندانی قائل نبود و آن را الزام آور تلقی نمی کرد، اما عرف و عادت امروز، ثبت و کتابت را فوق العاده مهم، اساسی و حیاتی می داند. اگر قرآن کتابی برای همه روزگاران و به تعبیر سوره سباء، برای تمام آدمیان و در همه اعصار نازل شده است (و ما ارسلناک الا کافه للناس) و محدود به اعراب جاهلی و دوران نزول نیست، چرا باید ارشاد و راهنمایی آیه را فقط به عرف چهارده قرن پیش محدود نمود و عرف کنونی را در آن دخیل نکرد؟!

ورود قانونگذار به موضوع ثبت معاملات و تبعات آن

بعد از نهضت مشروطه و آغاز وضع قانون در ایران، قانونگذار در اولین تجربیات تقنینی خود در سال ۱۳۱۰ هجری شمسی، ضمن وضع قانون ثبت اسناد و املاک - که هدف اصلی آن ایجاد نظم و انضباط حقوقی در جامعه بود - در ماده ۲۲ در خصوص ثبت املاک و مواد ۴۶ الی ۴۸ در خصوص ثبت اسناد، ثبت رسمی کلیه معاملات مربوط به املاک را الزامی دانست و محاکم را از پذیرش اسناد غیر رسمی (مانند قولنامه یا مبیعه نامه های تنظیمی بین افراد یا در دفاتر مشاور املاک)، منع کرد. انحصار الزامی بودن ثبت معاملات به اموال غیر منقول، از این جهت بود که در فرهنگ مردم ما زمین و اموال غیر منقول معمولاً ارزش اقتصادی بیشتری نسبت به سایر اموال دارد، در نتیجه اختلافات و منازعات مردم هم در این مورد بیشتر است. از این جهت قانونگذار، جامعه را ملزم کرد، کلیه معاملات خود درباره اموال غیر منقول را در دفاتر اسناد رسمی ثبت کنند تا اولاً این معاملات تحت نظر یک حقوقدان مطلع - سردفتر اسناد رسمی به انضمام دفتریار - انجام شود؛ ثانیاً دفترخانه با انجام استعلامات مختلف از نهادهایی مثل ادارات ثبت، شهرداری و دارایی، حقوق و تکالیف متعاملین را دقیقاً تبیین و تعیین کند تا معامله، مصون از هر لغزش باشد؛ ثالثاً در صورت بروز هرگونه اختلاف، هیچ نیازی به مراجعه به محاکم نباشد؛ زیرا اسناد رسمی، لازم الاجرا هستند و مفاد آنها تماماً توسط اداره ثبت و بدون نیاز به دستور مقام قضایی اجرا خواهد شد. این قوانین هر چند از سیستم حقوقی کشورهای دیگر اقتباس شده بود، اما چنانکه گفته شد با توجه به سابقه قرآنی، با مبانی دینی ما هم بیگانه نبود، اما مانع بزرگ دیگری همچنان وجود داشت و آن اینکه فقها بالاجماع ثبت را الزامی نمی دانستند و معتقد بودند وقتی کسی مالش را فروخت و دیگری آن را خرید، شرعاً

تملیک انجام شده، هر چند معامله ثبت نشده باشد. تعارض مواد فوق الذکر قانون ثبت و فقه از همین جا آغاز شد.

بعد از انقلاب، رویه قضایی خصوصاً تحت تأثیر نظریات شورای محترم نگهبان، بر این قرار گرفت که وقتی بیع، شرعاً منعقد شده، علی الخصوص آن گاه که فروشنده اقرار به فروش نماید - ولو معامله به طور رسمی ثبت نشده باشد - معامله شرعاً انجام شده است، لذا محاکم نمی‌توانند از رسیدگی به موضوع به جهت ثبت نشدن آن امتناع نمایند. بدین ترتیب - علی رغم تأکید بر عدم نسخ مواد مذکور قانون ثبت - عملاً این مواد به حاشیه رفت و راه برای پذیرش اسناد عادی در سیستم حقوقی ما باز شد؛ زیرا از این پس افراد، خود را ملزم به ثبت معاملات نمی‌دیدند و می‌دانستند هرگاه خرید و فروش خود را بر روی یک برگه معمولی و عادی بنویسند، اگر بعداً مشکل و اختلافی پیش آید، دادگستری ملزم به پذیرش و ترتیب اثر دادن به این سند عادی خواهد بود. پیامد این فرایند، علاوه بر به وجود آمدن میلیون ها پرونده در دادگستری و اتلاف وقت دستگاه قضا و ده ها نهاد حکومتی دیگر باعث تضییع فراوان حقوق مردم شد و بدین ترتیب راه برای انواع و اقسام کلاهبرداری ها گشوده شد؛ زیرا با اعتبار بخشی به اسناد عادی تنظیمی بین افراد یا بنگاه ها، یک ملک با ده ها خریدار بی خبر معامله می‌شود؛ ملکی که در توقیف، بازداشت، رهن و وثیقه است به خریدار بی اطلاع فروخته می‌شود؛ فروش مال غیر تسهیل می‌گردد؛ ملکی که اصلاً وجود خارجی ندارد، در معرض فروش قرار می‌گیرد؛ با اسناد جعلی ده ها معامله می‌شود؛ ملکی که در طرح های توسعه شهرداری قرار دارد به خریدار نا آگاه تملیک می‌شود و ...

از همه این ها بدتر آن بود که تحت فشار روز افزون نهادهای سنتی، قانونگذار سرانجام با وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور که مقرر داشته: «اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند» کاملاً بر خلاف مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت، راه را برای پذیرش اسناد عادی به طور قانونی باز کرد. به عبارت دیگر استثنای موجود در ماده، گذشته از آنکه دستاویز زمین خواران بزرگ و مجرمان حرفه‌ای گردید، به جای رفع اختلاف، هرج و مرج موجود در این خصوص را کامل قانونی نمود. قانونی که وظیفه آن باید ایجاد نظم باشد، مبنای ایجاد بی نظمی را استوار ساخت

از قضا سرکنگبین صفرا فزود روغن بادام خشکی می‌نمود



راه حل برون رفت از ابر چالش حقوقی کشور

بر اساس گزارش های رسمی مسئولان قضایی کشور، بیش از نیمی از پرونده هایی که در محاکم دادگستری وجود دارد، اعم از الزام به انتقال رسمی، خلع ید، تخلیه، مطالبه ثمن، درخواست اعلام فسخ یا انفساخ معامله، فروش مال غیر، جعل امضاء، کلاهبرداری و مانند آنها مستقیم یا غیرمستقیم ناشی از اعتبار دادن به اسناد عادی و غیر رسمی است. تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد، چنین وضعیتی در هیچ کجای دنیا معمول نیست، لذا اصلاً جای تعجبی وجود ندارد که پرونده های موجود ما در محاکم دادگستری از میانگین آمار پرونده ها در کشورهای دیگر و حتی کشورهای دارای جمعیت میلیاردي مانند هند بسیار بیشتر باشد.

چنین چالش هایی که عمده‌تاً ریشه در تصادم فقه سنتی ما با عوارض زندگی در دنیای مدرن دارد، در سال های اخیر کم نبوده، مانند بحث غیر شرعی بودن برخی مواد قانون کار در تعیین حداقل دستمزد برای کارگر و منافات آن با اصل توافق و تراضی، تأیید قانون یا مخالفت شورای نگهبان با قانون زمین شهری (که در خصوص اراضی موات، مقرراتی وضع نموده و اجازه تملک آن را به دلیل مصالح عمومی سلب کرده بود) به دلیل تعارض آن با قاعده فقهی احیای اراضی موات و دستور تاریخی حضرت امام (ره) در لزوم پذیرش قانون، تا مصوبه مجمع تشخیص مصلحت در مسأله تغییر سن نکاح دختر از ۹ به ۱۳ سالگی و حضانت مادر یا اصلاح ماده ۹۴۶ قانون مدنی درباره ارث زوجه از زمین، بر حسب فتوای مقام رهبری و علی رغم نظر مشهور فقها یا تبدیل مجازات رجم در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ یا برابری دیه اقلیت ها و ده ها مورد مشابه دیگر. ما از بسیاری از این تعارض ها و تصادم ها به سادگی عبور کرده ایم. اگر بنا باشد همه جا از الزامات زندگی مدرن به نفع فقه سنتی بگذریم، فی المثل قوانین راهنمایی و رانندگی نیز باید خلاف شرع اعلام شوند؛ زیرا وقتی کسی مالک خودرویی است، بنا بر قاعده مسلم فقهی «الناس مسلطون علی اموالهم» باید بتواند هر استفاده‌ای از مالش بکند و الزام او به اخذ گواهینامه یا بیمه نامه برای استفاده از خودرو خلاف شرع خواهد بود! از این مثال ها که بگذریم، چرا با همه این ها فقه پویای ما با مسأله حیاتی، استراتژیک و مهم ثبت اسناد کنار نمی‌آید؟

وجود قواعد بسیار مدرنی مانند قاعده لاضرر یا نفی عسر و حرج در فقه پویای شیعه، همواره در مقاطع مختلف تاریخی این گره ها را گشوده است. خصوصاً آنکه ما برای برون



رفت از این مشکل، نه نیاز به قانون جدیدی داریم و نه حتی نیاز به اصلاح قانون. آنچه اکنون لازم داریم از حدود یک قرن قبل، قانونگذار ما حکیمانه پیش بینی کرده و مواد قانونی مورد اشاره در قانون ثبت به تصریح نهادهای مختلف حقوقی اعم از شورای نگهبان، دفتر حقوقی قوه قضائیه و دیوان عالی کشور، نسخ نگردیده است. چنانکه در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ دیوان عالی کشور، تصریح به عدم نسخ مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت شده است. تنها لازم است این چند ماده قانونی از تاریک خانه تفسیر و تأویل های غلط بیرون آیند و جامه عمل بپوشند تا معجزه کاهش چشمگیر پرونده ها عیان شود!

در ادامه و در پایان مقاله، استفتایی که نویسنده از محضر مراجع تقلید شیعه، با توجه به مقاله فوق، نموده اند آورده می شود، استفتایی که درصدد آن است که زمینه ای باشد در راستای لزوم وجود سند رسمی در معاملات غیرمنقول.

«استفتای ثبتی»

محضر مبارک مرجع تقلید عالم تشیع

با عرض سلام و آرزوی سلامتی و توفیق روز افزون برای علمای عظام شیعه اینجانب دکتر سیامک بهارلویی، مدرس دانشگاه و سردفتر اسناد رسمی در استان اصفهان هستم. این استفتاء حقیقتاً در میان گذاردن حاصل دوازده سال تلاش و داد و ستد علمی بنده با دانشجویان مقاطع مختلف، اعم از کارشناسی، ارشد و دکتری در بیش از ده دانشگاه و تجربه عملی بنده در دستگاه قضا و حوزه ثبت اسناد است. مرتفع ساختن مشکلات و معضلات جامعه همواره یکی از دغدغه های اصلی مراجع عظام شیعه و علمای راستین و البته هر مسلمان آگاه و مسئولی بوده است.

در طول ده قرن گذشته از دوره شیخ طوسی (رحمه الله) تاکنون فقهای شیعه در باب بیع به سبب اهمیت اجتماعی آن، بیش از هر باب دیگری در فقه بحث کرده اند. به اجماع ایشان، عقد بیع برای انعقاد، نیازی به ثبت کتبی ندارد و تعاقب اظهار اراده موجب و قابل به انضمام سایر شرایط، صحت بیع را سبب می شود. هر چند مشهور، تشریفات الفاظ را لازم می داند و معاطات را بیع به شمار نمی آورد، شاید بتوان اهمیت ابراز الفاظ در زمان و زمانه ای که کتابت و ثبت، رایج و متداول نبوده، با این زمان که ثبت، تبدیل به عرف جهانی شده را دارای وحدت ملاک و اتحاد طریق دانست، اما از ترس عبور از خط قرمز قیاس ممنوعه، از این موضوع در می گذریم.

در سال ۱۳۱۰ هجری شمسی، قانونگذار ضمن وضع قانون ثبت اسناد و املاک که



هدف اصلی آن ایجاد نظم و انضباط حقوقی در جامعه بود، در ماده ۲۲ در خصوص ثبت املاک و مواد ۴۶ الی ۴۸ در خصوص ثبت اسناد، ثبت رسمی کلیه معاملات مربوط به املاک را الزامی دانست و محاکم را از پذیرش اسناد غیر رسمی منع کرد. انحصار الزامی بودن ثبت معاملات به اموال غیرمنقول، از این جهت بود که در فرهنگ مردم ما زمین و اموال غیرمنقول معمولاً ارزش اقتصادی بیشتری نسبت به سایر اموال دارد و در نتیجه اختلافات و منازعات مردم هم در این مورد بیشتر است. از این جهت قانونگذار، جامعه را الزام کرد، کلیه معاملات خود درباره اموال غیرمنقول را در دفاتر اسناد رسمی ثبت کنند. این قوانین هر چند از سیستم حقوقی کشورهای دیگر اقتباس شده بود، اما با رویه سنتی و مبانی دینی ما بیگانه نبود. چنان که موضوع آیه ۲۸۲ سوره بقره نیز ثبت تعهدات مالی برای جلوگیری از منازعات و اختلافات بعدی است، اما اشکال از اینجا آغاز شد که برخی از فقها برای تملیک معاملات، ثبت معامله را لازم نمی‌دانستند و آیه شریفه را هم حمل بر ارشاد می‌کردند، نه الزام.

بعد از انقلاب رویه حقوقی بر این قرار گرفت که وقتی بیع شرعاً منعقد شود، معامله شرعاً منعقد گردیده است، بنابراین محاکم نمی‌توانند از رسیدگی به موضوع به جهت ثبت نشدن آن امتناع کنند. بدین ترتیب علی‌رغم تأکید بر عدم نسخ مواد مذکور، قانون ثبت و این مواد به حاشیه رفت و راه برای پذیرش اسناد عادی در سیستم حقوقی ما باز شد؛ زیرا از این پس افراد خود را ملزم به ثبت معاملات نمی‌دیدند. پیامد این فرآیند، علاوه بر به وجود آمدن میلیون‌ها پرونده در دادگستری و اتلاف وقت دستگاه قضا و ده‌ها نهاد حکومتی دیگر، موجب تضییع فراوان حقوق مردم می‌شود.

بیش از نیمی از پرونده‌هایی که در محاکم دادگستری وجود دارد، مستقیم یا غیرمستقیم ناشی از اعتبار دادن به اسناد عادی و غیررسمی است. با توجه به اینکه اساس این مشکل در نتیجه عدم اعتبار لزوم کتابت و ثبت معاملات در فقه پیش آمده است، مشخصاً پرسش بنده این است که فقه چگونه می‌تواند این معضل و مشکل بسیار بزرگ و اساسی و به قول مسئولان قضایی، آبر چالش دستگاه قضا را رفع کند؟ آیا عمل به مواد ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت، توسط قضات دادگستری و نپذیرفتن اسناد عادی در خصوص معاملات مربوط به املاک ثبت شده، به هر نحوی از انحاء و الزامی دانستن اجرای مواد فوق و انحصار اعتبار قانونی معاملات املاک به ثبت سند رسمی، جایز است یا خیر؟



منابع

- . انصاری، مرتضی (۱۳۸۰)، *فرائد الاصول (رسائل)*، چاپ اول، جلد سوم، مجمع الفکر الاسلامی.
- . طوسی، ابوجعفر (۱۳۸۷.ق)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ اول، المكتبه المرتضویه.
- . کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۶)، *عقود معین*، چاپ اول، جلد اول، تهران، انتشارات میزان.
- . گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۶)، *تاریخ فقه و فقهها*، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.



بررسی انواع دعوی اعتراض ثالث اجرایی در رویه قضایی ایران

محمدحسن میرشکاری^۱

چکیده

در قانون اجرای احکام مدنی، اعتراض ثالث اجرایی در خصوص احکام دادگاه ها مطرح و تعیین تکلیف گردیده است. تصمیمات دادگاه ها در قالب حکم، قرار، دستور (قضایی و اداری) و گزارش اصلاحی ارائه می شود. چه بسا دستورات دادگاه به مانند احکام با حقوق مالی اشخاص ثالث در تعارض بوده و شخص ثالث قصد اعتراض به آنها در مرحله اجرا داشته باشد، به خصوص در مواردی که دستور دادگاه در مورد عین معین باشد. معمولاً قانونگذار در این گونه موارد سکوت نموده و حقوقدانان نیز چندان در این خصوص ورود نکرده اند و آنچه داریم صرفاً چند ماده قانونی غیر منسجم و رویه های بعضاً متعارض موجود می باشد. سکوت و ابهام قانونگذار قطعاً مانع احقاق حق شخص ثالث در این گونه موارد نمی باشد، به خصوص اینکه در عمل و رویه دادگاه ها در این موارد نیز حقوق اشخاص ثالث مطرح می شود و از موضوعات مبتلابه می باشد. بنابراین در غیر از احکام دادگاهها، در دستور فروش مال مشاع، دستور تخلیه، گزارش اصلاحی و اجرائیه ثبت نیز می توان حقوق شخص ثالث و اعتراض ثالث اجرایی را تصور و بحث نمود.

کلیدواژگان: ثالث، اعتراض ثالث، رویه قضائی، توقیف اموال

مقدمه

تصمیمات دادگاه ها گاهی در قالب دستور قضایی می باشد. دستور قضایی، دستوری متضمن قضاوت بوده که مستوجب سلب یا ایجاد حق به طور مستقیم می باشد که مصداق

۳۶

۱. وکیل پایه یک دادگستری



بارز آن دستور فروش مال مشاع و دستور تخلیه است. در مقابل، دستورات اداری دادگاه ها می باشد که مستقیماً حقی را به وجود نیاورده و حقی را نیز سلب نمی کند و بیشتر جنبه ی تمهید و اعداد می باشد. دستورات قضایی دادگاه ها ممکن است به مانند احکام دادگاه ها با حقوق شخص ثالثی در تعارض باشد که قاعدتاً ثالث باید بتواند احقاق حق نماید و اگر نتواند مستلزم ظلم و بی عدالتی می باشد. از طرفی قانون به هر دلیلی سکوت نموده و به مانند اعتراض ثالث اجرایی نسبت به احکام، در این گونه موارد تعیین تکلیف ننموده و در تطبیق مواد قانون اجرای احکام مدنی با اعتراض ثالث نسبت به دستور فروش مال مشاع و دستور تخلیه نیز با محدودیت مواجه هستیم. در مواردی طرفین دعوا، اختلافات خود را به سازش ختم نموده و از دادگاه تقاضای صدور گزارش اصلاحی می نمایند. در گزارش اصلاحی دادگاه رأی به معنای اخص، انشاء نمی نماید و صرفاً توافقات قانونی طرفین را اعلام می کند. چه بسا طرفین تبانی کرده باشند و یا در غیر این صورت آنچه توافق کرده اند متعلق به آن ها نبوده و به طور کلی حقوق مالی شخص ثالث در میان باشد. هدف حقوق احقاق حق می باشد، پس قطعاً اعتراض ثالث را می پذیریم که اگر نپذیریم تالی فاسد داشته و می توان حقوق اشخاص ثالث را با تبانی مورد خدشه قرار داد. در متون قانونی در این زمینه نیز فقیر هستیم و لازم است از رویه و روح مواد قانونی به دنبال راه حل باشیم. طبق قوانین و آیین نامه های موجود، واحد اجرای ثبت می تواند در خصوص اسناد لازم الاجرا اقدام به صدور اجرائیه نماید. گاهی ممکن است در مرحله اجرا جهت وصول مبلغ اجرائیه اموالی توقیف شود که شخص ثالث مدعی مالکیت بر آن باشد و مستند او ممکن است رسمی یا غیر رسمی باشد که نیاز به بررسی دارد. ولی با توجه به اینکه گاهی نیاز به رسیدگی قضایی می باشد، موضوع در صلاحیت دادگاه بوده و در مواردی نیز بر عهده رئیس اداره ثبت و هیأت نظارت اداره ثبت می باشد.

اعتراض ثالث اجرایی نسبت به دستور فروش مال مشاع

طبق قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین نامه آن، اموال غیرمنقول غیرقابل تقسیم مشاع میان دو یا چند نفر که جریان ثبتی آن خاتمه نیافته باشد، با درخواست یکی از طرفین، توسط دادگاه دستور فروش آن صادر می گردد. حال اگر بعد از صدور دستور فروش، شخص ثالثی معترض شده و مدعی مالکیت شود تکلیف چیست؟ به طور مثال اگر سه برادر هر کدام مالک رسمی دو دانگ مشاعی از یک آپارتمان باشند و با درخواست یکی از آنها دستور فروش صادر شود و عروس خانواده به استناد قبالة عادی تنظیمی



مدعی مالکیت شده و به دستور فروش معترض گردد تکلیف چیست؟ اصل اعتراض ثالث به دستور های قضایی را باید پذیرفت. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور مصوب ۱۶/۱/۹۶ بیان می‌دارد: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده، مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». طبق این قانون مدعی حق با مستند عادی باید از طریق رسیدگی قضایی دادگاه اعتبار شرعی سند عادی مستند حق خود را احراز نماید.

اعتراض ذکر شده توسط شخص ثالث لزوماً حین عملیات اجرا نیست، بلکه ممکن است اعتراض ثالث بعد از مزایده و انتقال اجرایی باشد، بنابراین فروض مختلفی قابل طرح می‌باشد:

الف: اعتراض ثالث اجرایی قبل از تأیید مزایده به وسیله قاضی اجرا

در مرحله اجرا، اموال توقیف شده باید ارزیابی شده و سپس در قالب مزایده به فروش برسند. قانونی بودن روند ارزیابی و برگزاری جلسه مزایده توسط دادورز، باید نهایتاً توسط قاضی اجرای احکام بررسی و مورد تأیید قرار گیرد. در حالت مورد بحث که مرحله ارزیابی و برگزاری جلسه مزایده سپری شده، ولی هنوز به تأیید قاضی اجرای احکام نرسیده است، به صرف درخواست و اعتراض ثالث، ارجاع و رسیدگی به اعتراض صورت می‌گیرد و نیازی به تنظیم دادخواست نمی‌باشد. مستنبط از ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی لازم است جلسه رسیدگی تعیین و برگزار و اعتبار شرعی قولنامه مورد بررسی قرار گیرد. اگر اعتبار شرعی قولنامه احراز شد، دادگاه در دادنامه صادره از دستور فروش عدول می‌نماید. در این صورت رأی دادگاه دارای دو قسمت می‌باشد که در قسمت اول تأیید اعتبار شرعی قولنامه می‌باشد و قسمت دوم عدول از دستور فروشی که قبلاً نسبت بدان حکم صادر شده است که با توجه به ماهیت حکم بودن رأی صادره، قابل تجدیدنظرخواهی می‌باشد. ولی اگر برای دادگاه اعتبار شرعی قولنامه احراز نگردید حکم به رد اعتراض صادر می‌شود و با توجه به حکم بودن آن قابل تجدیدنظرخواهی می‌باشد.



ب: اعتراض ثالث اجرایی بعد از تأیید مزایده بوسیله قاضی اجرا

در حالت مورد بحث مرحله ارزیابی و برگزاری جلسه مزایده سپری شده و به تأیید قاضی اجرای احکام نیز رسیده است. در این حالت دو فرض قابل تصور است :

۱- اعتراض ثالث اجرایی قبل از انتقال سند اجرایی

در این فرض دستور فروش صادر شده و مراحل مزایده نیز انجام گردیده، ولی هنوز سند به نام برنده مزایده منتقل نگردیده است. در صورت وصول اعتراض ثالث چگونه باید عمل کرد؟ دو دیدگاه قابل طرح است. اول اینکه به مانند حالت اول عمل شود. یعنی به صرف درخواست شخص ثالث، ارجاع و رسیدگی به اعتراض صورت می‌گیرد و نیازی به تنظیم دادخواست نمی‌باشد. مستنبط از ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی لازم است جلسه رسیدگی تعیین و برگزار و اعتبار شرعی قولنامه مورد بررسی قرار گیرد. طبق دیدگاه دوم با توجه به اینکه چون مراحل قانونی مزایده انجام گرفته و بیع تشریفاتی صورت گرفته است و عدول از دستور امکان پذیر نمی‌باشد، لذا باید دادخواست ابطال مزایده و اعاده عملیات اجرایی به دادگاه تقدیم شود. دادگاه با دعوت از طرفین و تشکیل جلسه رسیدگی به موضوع رسیدگی می‌نماید.

۲- اعتراض ثالث اجرایی بعد از انتقال و تنظیم سند اجرایی

در این فرض دستور فروش صادر شده و مراحل مزایده نیز انجام گردیده، سند به نام برنده مزایده نیز منتقل گردیده است. در این حالت باید معترض ثالث، در قالب دادخواست، خواسته های ابطال مزایده، ابطال سند اجرایی و اعاده عملیات اجرایی به دادگاه ارائه دهد.

اعتراض ثالث اجرایی نسبت به دستور تخلیه

طبق ماده ۲ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ : «قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو نفر از افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شاهد گواهی گردد». طبق ماده ۳ همین قانون : «پس از انقضای مدت اجاره، بنا به تقاضای موجر یا قائم مقام قانونی وی تخلیه عین مستأجره در اجاره با سند رسمی توسط دوایر اجرای ثبت ظرف یک هفته و در اجاره با سند عادی ظرف یک هفته پس از تقدیم تقاضای تخلیه به دستور مقام قضایی در مرجع قضایی توسط ضابطین قوه قضاییه انجام خواهد گرفت». دستور تخلیه زمانی صادر می‌شود که شرایط مهیا باشد. شروع رابطه استیجاری باید مربوط به بعد از سال ۷۶ بوده و



قرارداد مکتوب و به امضای دو شاهد رسیده و مدت قرارداد نیز تمام شده باشد. مرجع صلاحیتدار قاعدتا شورای حل اختلاف می‌باشد، مگر اینکه بحث سرقفلی مطرح گردد. در رسیدگی به تخلیه آنچه صادر می‌شود دستور می‌باشد، بنابراین نیاز به ترافع ندارد و بدون برگزاری جلسه و بدون دعوت از طرف مقابل (مستأجر) و بدون رعایت تشریفات دادرسی دستور صادر و باید ظرف یک هفته تخلیه صورت گیرد.

حال نسبت به دستور صادره ممکن است مستأجر معترض باشد و یا شخص ثالث که قابل بحث است.

الف: اعتراض مستأجر نسبت به دستور تخلیه

در خصوص اعتراض از طرف مستأجر نسبت به دستور تخلیه، فقط یک ماده قانونی داریم. ماده ۱۷ آیین نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۸/۲/۱۹ بیان می‌دارد: «در صورتی که دستور تخلیه مورد اجاره صادر شود و مستأجر نسبت به اصالت قرارداد مستند دستور، شکایتی داشته باشد و یا مدعی تمدید قرارداد اجاره باشد، شکایت خود را به دادگاه عمومی محل وقوع ملک تقدیم می‌نماید. اعلام شکایت مانع اجرای دستور تخلیه نمی‌باشد، مگر اینکه دادگاه رسیدگی کننده، شکایت مستأجر را مدلل بداند، در این صورت پس از اخذ تأمین مناسب با ضرر و زیان احتمالی موجر، قرار توقیف عملیات اجرایی تخلیه را صادر خواهد نمود»، بنابراین در مورد اعتراض مستأجر نسبت به دستور تخلیه دو فرض قابل تصور می‌باشد:

۱- اعتراض مستأجر با ادعای تمدید قرارداد اجاره یا ایراد به اصالت

قرارداد اجاره

آنچه در ماده ۱۷ آیین نامه ذکر شده، این فرض می‌باشد و مرجع صلاحیتدار جهت رسیدگی به اعتراض دادگاه عمومی حقوقی دانسته شده است. ولی به نظر می‌رسد می‌توان گفت چون اعتراض به دستورات قضایی، روش عدولی شکایت از تصمیم می‌باشد، یعنی نزد کسی مطرح می‌شود که دستور را صادر کرده است، بنابراین با اخذ ملاک از ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، مرجع صالح را باید شورای حل اختلاف دانست. از طرفی در زمان تصویب آیین نامه در سال ۷۶ شورای حل اختلاف ایجاد نشده بود، به همین دلیل لفظ دادگاه در متن ماده قانونی ذکر شده است.

رسیدگی به چنین اعتراضی ترافی می‌باشد، چراکه در ماهیت موضوع بوده و نیاز به رسیدگی دارد. تصمیم شورا حکم به رد درخواست تخلیه موجر و یا حکم به رد اعتراض مستأجر می‌باشد. تصمیم شورا حکم بوده و قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی می‌باشد.



اعتراض مستأجر نسبت به دستور تخلیه صادره قاعدتا مانع اجرای دستور تخلیه نیست، مگر اینکه مستأجر در اعتراض خود توقف عملیات اجرایی را تقاضا کرده باشد که در این صورت با اخذ تأمین مناسب قرار توقف عملیات اجرایی صادر می‌گردد. در خصوص معیار و میزان تأمین مناسب، ماده قانونی تعیین تکلیف ننموده و به نظر می‌رسد میزان اجاره بهای محل بر اساس رسیدگی متعارف به پرونده باید ملاک و معیار قرار گیرد. لازم به ذکر است دستور توقف در این خصوص به مانند دستور موقت موضوع آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد، پس نیاز به تأیید رییس حوزه قضایی ندارد.

۲- اعتراض مستأجر به علل و جهات دیگر

اگر ایراد و اعتراض مستأجر به علل دیگری غیر از موارد ذکر شده در ماده ۱۷ آیین نامه باشد تکلیف چیست؟ به طور مثال مستأجر مدعی حق سرقفلی نسبت به عین مستأجره برای خود گردد.

قانون در این خصوص ساکت بوده و پیش بینی لازم را نکرده است، ولی سکوت قانون و قانونگذار نباید مانع از احقاق حق باشد. در این گونه موارد حق اعتراض برای مستأجر معترض محفوظ است و دعوا استماع می‌شود. شیوه رسیدگی مانند مورد قبل است با این تفاوت که مرجع صلاحیتدار را باید دادگاه حقوقی دانست.

ب: اعتراض شخص ثالث نسبت به دستور تخلیه

علی رغم اهمیت این موضوع و مبتلابه بودن آن، قانونگذار در این خصوص تعیین تکلیفی نکرده است. با این حال سکوت قانون را نمی‌توان دلیل بر عدم امکان اعتراض توسط شخص ثالث دانست. اصل اعتراض را باید قابل پذیرش دانست چه بسا واقعا ثالثی در عین مستأجره به طور قانونی و یا شرعی حقی داشته باشد که با صدور دستور تخلیه، حق او در معرض تضییع قرار گرفته است، بنابراین اصل اعتراض ثالث به صدور دستور تخلیه را با اخذ ملاک از عموماًت قانون اجرای احکام مدنی و قیاس اولویت باید پذیرفت. با پذیرش اعتراض ثالث مباحث متعددی مطرح می‌شود از جمله اینکه مرجع صلاحیتدار در این خصوص چه مرجعی می‌باشد و نحوه رسیدگی به چه صورتی است و تأثیر چنین اعتراضی در روند اجرای دستور تخلیه چیست؟

مرجع صلاحیتدار جهت رسیدگی به اعتراض ثالث به دستور تخلیه، بستگی به مبنای



معتراض ثالث دارد. گاهی معترض ثالث، مدعی مالکیت عین مستأجره و اینکه خود موجر است می‌باشد و یا اینکه مدعی است که او مستأجر می‌باشد، در این گونه موارد شورای حل اختلاف به موضوع رسیدگی می‌کند، ولی اگر ثالث مدعی باشد که او مستأجر واقعی ملک بوده و دارای حق کسب و پیشه و یا سرقفلی است، در این گونه موارد رسیدگی به اعتراض ثالث مستلزم اظهارنظر در خصوص حق کسب و پیشه و سرقفلی می‌باشد که در صلاحیت دادگاه حقوقی است. نحوه رسیدگی در هر دو حالت و مرجع رسیدگی، ترافعی و مستلزم تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین می‌باشد.

در خصوص تأثیر اعتراض ثالث نسبت به روند اجرای دستور تخلیه، وقتی قانون در خصوص اعتراض مستأجر مانعیتی متصور نشده به طریق اولی با اعتراض ثالث هم در روند اجرا توقف ایجاد نمی‌شود، مگر آنکه به مانند اعتراض مستأجر، شخص ثالث تقاضای قرار توقف عملیات اجرایی کند و تأمین لازم نیز سپرده شود.

اعتراض ثالث اجرایی نسبت به گزارش اصلاحی

طرفین هر اختلافی، علی القاعده، می‌توانند اختلاف خود را با سازش پایان دهند، سازش می‌تواند با دخالت دادگاه و یا بدون آن باشد. هرگاه سازش در دادگاه واقع شود، موضوع سازش و شرایط آن در صورت مجلس منعکس می‌شود و دادگاه مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می‌نماید. در گزارش اصلاحی اموری که طرفین نسبت به آن توافق نموده اند و باید به آن عمل نمایند نوشته شده و ختم موضوع به سازش اعلام می‌شود؛ این سند است که مانند احکام دادگاه ها به موقع به اجرا گذاشته می‌شود. این سازش نامه (صلح نامه) قابل تجدیدنظر، فرجام، اعاده دادرسی و اعتراض ثالث نمی‌باشد، زیرا رأی شمرده نمی‌شود؛ اما می‌تواند موضوع دعوی بطلان قرار گیرد. اجرای مفاد گزارش اصلاحی به مانند احکام دادگاه ها می‌باشد و در صورتی که یکی از طرفین سازش به مفاد سازش و گزارش اصلاحی عمل ننماید، طرف مقابل که به موجب متن گزارش اصلاحی حقی برای او در نظر گرفته شده می‌تواند درخواست صدور اجرائیه نماید و اجرا عملیاتی می‌گردد.

حال شخص ثالث ممکن است در دو حالت نسبت به گزارش اصلاحی صادره معترض باشد. گاهی ثالث مدعی حقی برای خود نسبت به مالی می‌باشد که در گزارش اصلاحی مورد تراضی دو طرف قرار گرفته است و یا اینکه ثالث به عملیات اجرایی ناشی از گزارش اصلاحی معترض باشد.

الف: اعتراض ثالث نسبت به آنچه در گزارش اصلاحی مورد توافق قرار

گرفته است

ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌کند: «اگر در خصوص دعوایی، رأیی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و آن شخص یا نماینده او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشد، می‌تواند نسبت به آن رأی اعتراض نماید.» و ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌کند: «اعتراض ثالث موجب تأخیر حکم قطعی نمی‌باشد. در مواردی که جبران ضرر و زیان ناشی از اجرای حکم ممکن نباشد، دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض ثالث به درخواست معترض ثالث پس از أخذ تأمین مناسب، قرار تأخیر اجرای حکم را برای مدت معین صادر می‌کند.»

اعتراض ثالث اصلی ذکر شده در ماده ناظر به آراء می‌باشد، در حالی که گزارش اصلاحی رأی نیست، هر چند مثل آراء اجرا می‌شود، چراکه فقط یک توافق می‌باشد. دادگاه انشاء حکم نکرده، بنابراین قرار تأخیر حکم و اعتراض ثالث اصلی نسبت بدان پذیرفته نمی‌شود.

شخص ثالث مدعی است آنچه طرفین در خصوص یک مال مشخص توافق کرده اند و بابت آن گزارش اصلاحی صادر شده، متعلق به او بوده و توافق در خصوص حقوق مالی او می‌باشد. در این حالت به نظر می‌رسد، یک معامله فضولی در قالب گزارش اصلاحی شکل گرفته و چه بسا طرفین گزارش تبانی نیز کرده باشند. در این حالت شخص ثالث باید درخواست مبنی بر اعلام بطلان گزارش اصلاحی به طرفیت طرفین گزارش اصلاحی صادره، تنظیم و تقدیم نماید. در این حالت دادگاه با تشکیل جلسه رسیدگی و دعوت از ثالث (خواهان) و طرفین گزارش اصلاحی (خواندگان) به ادعای ثالث رسیدگی می‌نماید. مفاد رأی دادگاه رد ادعای ثالث و یا قبول ادعای ثالث و اعلام بطلان گزارش اصلاحی می‌باشد که در هر دو صورت دادنامه صادره قابلیت اعتراض و تجدیدنظرخواهی را دارا می‌باشد.

ب: اعتراض ثالث به عملیات اجرایی ناشی از اجرای مفاد گزارش اصلاحی

در این حالت شخص ثالث به اصل توافق طرفین گزارش اصلاحی و مفاد گزارش اصلاحی اعتراضی ندارد، بلکه به روند اجرای گزارش اصلاحی معترض می‌باشد. به طور مثال معترض است که مال توقیف شده در راستای اجرای گزارش اصلاحی متعلق به بنده می‌باشد. در این حالت طبیعتاً مفاد گزارش اصلاحی ناظر به عین معین مال نیست که اگر



باشد مشمول بند قبل می‌گردد. اعتراض ثالث صرفاً به اجرا می‌باشد و به اصل صدور گزارش اصلاحی ایرادی ندارد.

در اینجا نحوه رسیدگی به اعتراض ثالث، تابع هر آن چیزی است که در قانون اجرای احکام مدنی در فرض اعتراض ثالث در حالتی که اعتراض ثالث اجرایی به احکامی است که مال توقیف شده عین محکوم به نیست، می‌باشد. در این خصوص چند فرض طبق مواد قانون اجرای احکام مدنی قابل تصور می‌باشد. در فرض اول اگر مال مورد ادعای ثالث عین محکوم به نباشد و در تصرف ثالث باشد، مستنبط از مواد ۶۱ و ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی، مال توقیف نمی‌شود و اگر خلاف ادعای ثالث اثبات گردد، مسئول جبران خسارات خواهد بود. در فرض دوم اگر مال مورد ادعای ثالث عین محکوم به نباشد و در تصرف محکوم علیه باشد، اگر ادعای ثالث مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه با تاریخ مقدم بر توقیف باشد، طبق ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مأمور اجرا حق توقیف ندارد و دادورز مکلف به رفع توقیف بدون تشکیل جلسه می‌باشد. البته بدیهی است که سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه باید دلالت مستقیم به حق عینی شخص ثالث داشته باشد. در همین فرض اگر ادعای ثالث مستند به سند رسمی یا حکم دادگاه نباشد، بلکه به استناد قولنامه و فاکتور عادی ادعای مالکیت داشته باشد، طبق ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی باید در قالب دادخواست، اعتراض ثالث اجرایی به دادگاه حقوقی برای اثبات ادعای خود و توقف عملیات اجرایی ارائه دهد. در فرض سوم، اگر مال مورد ادعای ثالث عین محکوم به نباشد و بلا تصرف (مال نه در تصرف شخص ثالث است و نه در تصرف محکوم علیه) نیز باشد، در این حالت فقط اگر قرائن و شواهد کافی جهت اثبات تصرف محکوم علیه در گذشته بر مال موجود باشد، توقیف می‌گردد.

اعتراض ثالث اجرایی نسبت به اجرائیه اجرای ثبت

طبق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱: «عملیات اجرائی بعد از صدور دستور اجرا شروع و هرکس (اعم از متعهد سند و هر شخص ذی نفع) که از عملیات اجرائی شکایت داشته باشد می‌تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارائه مدارک به رئیس ثبت محل تسلیم کند و رئیس ثبت مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل رأی صادر کند. نظر رئیس ثبت به هر حال برابر مقررات به اشخاص ذینفع ابلاغ می‌شود و اشخاص ذینفع اگر شکایتی از تصمیم رئیس ثبت داشته باشند، می‌توانند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، شکایت

خود را به ثبت محل و یا هیأت نظارت صلاحیت دار تسلیم نمایند تا قضیه برابر بند ۸ و ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیأت نظارت طرح و رسیدگی شود».

در این خصوص دو فرض و حالت قابل تصور می‌باشد. گاهی اعتراض ثالث نسبت به اصل صدور اجرائیه به جهت داشتن حق عینی اصلی یا تبعی نسبت به مال موضوع اجرائیه ثبت می‌باشد. گاهی اعتراض ثالث نسبت به عملیات اجرایی و روند آن می‌باشد و به اصل صدور اجرائیه اعتراضی نیست.

الف: اعتراض شخص ثالث نسبت به اصل صدور اجرائیه

در این فرض شخص ثالث مدعی حق عینی (اصلی یا تبعی) نسبت به مال موضوع اجرائیه ثبت می‌باشد. این فرض مرتبط با ماده ۱۶۹ آیین نامه نمی‌باشد و در واقع به دستور رئیس اداره ثبت اعتراض صورت گرفته و باید در قالب دادخواست با موضوع اعتراض به دستور اجرای سند لازم الاجراء، به دادگاه محل صدور اجرائیه تقدیم گردد. در این خصوص ممکن است این ابهام مطرح شود که آیا لزومی به طرح دادخواست می‌باشد یا خیر؟ باید پاسخ داد با توجه به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌کند: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوی رسیدگی کند، مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند»، لزوم ارائه اعتراض در قالب دادخواست استنباط می‌گردد.

ب: اعتراض شخص ثالث به عملیات اجرایی اجرای ثبت

در این حالت شخص ثالث به اصل صدور اجرائیه ایراد و اعتراضی ندارد، بلکه نسبت به عملیات اجرایی و مال یا اموال توقیف شده بابت وصول سند اجرایی اعتراض دارد. در ابتدا و ظاهر امر به نظر می‌رسد که کلیه اعتراضات مشمول ماده ۱۶۹ آیین نامه بوده و رئیس اداره ثبت و هیأت نظارت صلاحیت دارند و تفکیکی نباید قائل شد. ولی در دو فرض مختلف باید موضوع را مطرح و بررسی نمود:

فرض اول: مستند اعتراض شخص ثالث سند غیر رسمی می‌باشد

رئیس اداره ثبت علی‌رغم اینکه در قانون اختیارات متعددی جهت تصمیم‌گیری و صدور رأی و اعلام نظر دارد، ولی با این حال مقام قضایی نبوده و نمی‌تواند در خصوص تمیز حق از باطل اعلام نظر نماید. به عبارتی در صورتی که شخص ثالث به استناد قولنامه عادی یا فاکتور یا سند رسمی مخدوش و غیرقابل استناد، مدعی مالکیت و یا حق مالی نسبت به مال توقیف شده در اجرای ثبت، جهت وصول اجرائیه باشد، با توجه به اینکه رسیدگی به اعتراض ثالث در چنین حالتی مستلزم رسیدگی قضایی می‌باشد، بنابراین



موضوع باید در دادگاه حقوقی مطرح و نسبت بدان تصمیم گیری شود. این موضوع، رویه مصوب در دادگاه های اصفهان می باشد.

فرض دوم: مستند اعتراض ثالث سند رسمی می باشد

در صورتی که مستند اعتراض ثالث، سند رسمی و یا حکم قطعی دادگاه باشد (ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی)، در این حالت با توجه به اینکه موضوع، مستلزم رسیدگی قضایی نمی باشد، محل اعمال ماده ۱۶۹ آیین نامه بوده و رئیس اداره ثبت صلاحیت رسیدگی و صدور رأی دارد.

منابع

- شمس، عبدالله (۱۳۷۶)، **ثالث در صحنه توقیف**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲.
- قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱
- آیین نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶
- آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱
- قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱
- قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور مصوب ۹۶/۱/۱۶
- قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲
- آیین نامه قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۸/۲/۲۰
- قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶



معیار بازشناسی تحصیل دلیل

از تأمین دلیل در رویه قضایی

محسن اصغری^۱

چکیده

امروزه و در عرصه دادرسی، تأمین دلیل پیش بینی شده در قانون، از جمله ابزارهای مهمی محسوب می‌گردد که خواهان در جهت حفظ دلایل و مستندات دعوی مطروحه، یا مبنا قرار دادن برای طرح دعوی در آینده نزدیک، بدان متمسک می‌شود. با اندک تأملی در می‌یابیم که این ابزار موجود در دست خواهان، تأثیرات مهم و تعیین کننده‌ای در امکان اثبات یا عدم اثبات دعوی خواهد داشت. با عنایت به اینکه سیستم حقوقی ما قائل به اندیشه‌های انفعال‌گرایی در خصوص دادرسی و دادگاه می‌باشد، بعضاً دیده می‌شود که قضات، دادخواست تأمین دلیل را به این دلیل که از مصادیق تحصیل دلیل می‌باشد، رد می‌نمایند.

حال با عنایت به اهمیت فوق‌العاده مهم و استراتژیک مبحث تأمین دلیل در محاکم، در تحقیق پیش رو نظر بر آن است که به این سه پرسش پاسخ داده شود که اولاً: آیا از مجموع قوانین ما به روشنی مرز بین تأمین دلیل و تحصیل دلیل معلوم می‌باشد یا خیر؟ ثانیاً: روش و میزان افتراق دادن تأمین دلیل از تحصیل دلیل در محاکم ما و توسط قضات چیست؟ ثالثاً: حقوقدانان چه تعریفی از تحصیل دلیل و تأمین دلیل و وجه افتراق آن دارند؟ در راستای سؤالات مطرح شده به این نتیجه خواهیم رسید که قوانین ما و همچنین رویه قضات مذکور در مقاله، به روشنی مشخص کننده مرز بین تأمین دلیل و تحصیل دلیل نبوده و



بیشتر بر مبنای سلیقه شخصی عمل می‌کنند. در انتها چند پیشنهاد هر چند کوتاه، جهت رفع مشکل در تمیز دادن تأمین دلیل از تحصیل دلیل ارائه خواهیم نمود.

کلید واژگان: تأمین دلیل، تحصیل دلیل، منع تحصیل دلیل

مقدمه

تأمین در لغت به معنای حفظ، نگهداری، ایمن و امن کردن است. در نظام های مختلف حقوقی به معنای حفظ و صورت برداری کردن دلایل موجود، جهت بهره برداری به منظور بنای طرح دعوی قرار دادن یا تقویت دعوی ارائه شده می‌باشد. وفق ماده ۱۴۹ آئین دادرسی مدنی کنونی، تأمین دلیل عبارت است از ملاحظه و صورت برداری از دلایل و مدارک موجود. در مقابل «تحصیل» بر وزن تفعیل در لغت به معنای ستاندن، جمع کردن، گردآوری کردن است.

حقوقدانان ما تعریف خاصی از این که تحصیل دلیل چیست، ارائه ننموده، اما جملگی به این امر که تحصیل دلیل کردن برای طرفین دعوی از سوی دادگاه قبیح، زشت و مذموم است، اتفاق نظر دارند. در دادرسی، رعایت اصل بی طرفی دادرسی و دادگاه از اصول مسلمه است و در این موضوع که دادرسی بی طرفانه از اصول یک دادرسی مطلوب است، نه تنها هیچ گونه تردیدی وجود ندارد، بلکه این امر از اموری است که مورد وفاق و استقبال عموم نیز می‌باشد.

قاعده منع تحصیل دلیل برای اولین بار، در قانون اصول محاکمات مصوب ۱۳۹۰ مورد توجه و شناسایی قانون گذار قرار گرفت. پس از آن در ذیل ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری و در ماده ۲۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مورد اشاره قرار گرفت. به طور کلی ما شاهد یک سیر تدریجی در فراز و فرود این قاعده هستیم: در مرحله اول ما به یک قاعده محکم و سخت برخورد می‌نماییم که دادگاه ها را از هرگونه تحصیل دلیل منع و آنها را فقط محدود به دلایل اصحاب دعوی می‌نماید. در مرحله دوم، شاهد تعدیل قاعده منع تحصیل دلیل هستیم. در سومین و آخرین مرحله، این قاعده دچار زوال و نابودی می‌گردد. سخن آخر اینکه از نسخ قاعده منع تحصیل دلیل نباید نگران شد، زیرا نسخ قاعده منع تحصیل دلیل، افول فردگرایان افراطی است، نه اصل بی طرفی دادگاه، چرا که وجود چنین اصل بدیهی، مستحکم و زوال ناپذیر است و ریشه در سرشت و فطرت بشری دارد (پور استاد، ۱۳۹۱، ۱۰۹).^۲



بر اساس بند (چ) از ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف، رسیدگی به دادخواست تأمین دلیل در صلاحیت شوراهای حل اختلاف می‌باشد. امروزه دادخواست تأمین دلیل، حجم بسیار وسیعی از دادخواست‌های ارائه شده به شوراهای حل اختلاف را به خود اختصاص داده است تا جایی که طی آمارهای حاصله از شعب مختلف شوراهای حل اختلاف، دادخواست‌های تأمین دلیل سهم ۳۰ الی ۴۰ درصدی از رسیدگی‌های شعب مختلف را به خود اختصاص داده است. این امر حاکی از اهمیت بسیار ویژه مبحث تأمین دلیل در سیستم قضایی ما می‌باشد، لیکن با عنایت به وجود دو اصل انفعال‌گرایی دادگاه و اصل بی‌طرفی دادگاه، بدان معنی که دادگاه صرفاً بر اساس مدارک ارائه شده توسط طرفین رسیدگی نموده و خود به دنبال تحصیل دلیل برای طرفین نخواهد بود، بعضاً دادخواست‌های تأمین دلیل ارائه شده توسط برخی شعب از مصادیق تحصیل دلیل تشخیص داده شده و شعبه، نظر به رد دادخواست ارائه شده می‌دهد، اما همین دادخواست ممکن است در شعبه‌ای دیگر از مصادیق تحصیل دلیل شناخته نشده و مورد پذیرش قرارگیرد که این امر ناشی از تعارض و تضادی است که بعضاً در تفاسیر شعب مختلف از تحصیل دلیل یافت می‌گردد.

تأمین دلیل همان گونه که می‌تواند یاری‌کننده خواهان آن در طرح دعوی یا تقویت دعوی باشد، به همان میزان می‌تواند عصای دست دادگاه در احقاق حقوق حقه افراد و در نتیجه عدالت‌گستری باشد. با عنایت به موارد فوق‌الذکر چنین به ذهن متبادر می‌شود که معیار تشخیص تأمین دلیل از تحصیل دلیل چیست؟! آیا از مجموعه قوانین و نظرات موجود در دکتترین می‌توان معیار دقیق و خاصی جهت بازشناسی این دو مقوله از یکدیگر به دست آورد یا خیر؟!

ما در این مقاله و در سه گفتار:

(۱) بررسی قانون، فقه و دکتترین حقوقی در خصوص وجه تمیز تحصیل دلیل از تأمین دلیل.

(۲) نظرات قضات شوراهای حل اختلاف در خصوص معیار تشخیص تأمین دلیل از تحصیل دلیل به انضمام بررسی آرای صادره در این خصوص.

(۳) ارائه نتیجه‌گیری و پیشنهادها سخن خواهیم گفت تا دریابیم که این عرصه به شدت تأثیرگذار، مورد غفلت حقوقدانان و قانونگذار حکیم قرار گرفته است.



و در جستجوی این گزاره خواهیم بود که آیا هیچ راهکار و معیاری جهت سنجش تحصیل دلیل از تأمین دلیل در قوانین ما پیش بینی گردیده یا خیر؟!

عده‌ای بدون توجه به سابقه قاعده منع تحصیل دلیل در قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰، پیشینه آن را ماده ۳۵۸ قانون مصوب ۱۳۱۸ می‌دانند. (دولت آبادی، ۱۳۶۴، ۵۶) منع تحصیل دلیل توسط دادرسی، اولین بار در ماده ۵۷ قانون اصول محاکمات در سال ۱۲۹۰ مورد شناسایی قانون گذار ایران قرار گرفت. ماده مذکور اعلام می‌داشت: « محکمه صلح خودش در صدد تحصیل دلیل بر نمی‌آید و مدرک حکم او فقط دلایلی است که طرفین اقامه می‌کنند». این قانون به شدت دست دادرسان در رسیدگی را بسته و آن‌ها را محدود به رسیدگی به دلایل ابرازی طرفین می‌نمود. در سال ۱۳۱۸ و با تصویب ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی، ماده ۵۷ قانون اصول محاکمات اندکی تعدیل یافت. بعد از آن و پس از سالها، در سال ۱۳۵۶ قانون گذار به شرح ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری، در این خصوص انعطاف بیشتری از خود نشان داد، کما اینکه صراحتاً در قسمتی از ماده اعلام می‌نماید: « دادگاه می‌تواند هرگونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد.» در سال ۱۳۵۷ و در ماده ۲۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی، قانون گذار اختیارات بیشتری برای دادرس قائل می‌شود، چنانچه در ماده فوق‌الذکر اعلام می‌نماید: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه اعم از دادگاه حقوقی یا دادگاه صلح، علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوی، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد را انجام خواهد داد.» به خوبی پیداست که قانون گذار با لحاظ نمودن کلمات «هرگونه تحقیق یا اقدامی که لازم بداند...»، قائل به اختیارات وسیع‌تر از گذشته برای دادرسان شده است. سرانجام قانونگذار در سال ۷۹ و با تصویب مواد ۱۴۹ و ۱۹۹ که نوعی تأکید بر ماده ۲۸ لایحه تشکیل دادگاه‌های عمومی می‌باشد، نقشی پویا و فعال‌تر از قبل به دادرسان اعطاء می‌نماید. در ماده ۱۹۹ چنین اشعار می‌گردد که: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.» از این روی، مواد فوق را چنین می‌توان تفسیر نمود که قاضی در حیطه و دایره دلایل ارائه شده توسط طرفین موظف به هرگونه تحقیق خواهد بود تا بتواند صحت و اصالت دلایل طرفین را مورد سنجش قرار دهد.

اصل منع تحصیل دلیل توسط دادرس در اکثر نظام‌های حقوقی، اصلی شناخته شده و مهم به حساب می‌آید. این اصل برای همگان چنان واضح و مبرهن است که در قوانین



کشورهای مختلف اصولاً مواد قانونی زیادی به بررسی و تبیین این مسأله اختصاص داده نمی‌شود. در قانون ما سابقه قانون گذاری در این خصوص همان گونه که قبلاً از نظر گذشت به سال ۱۲۹۰ برمی‌گردد. در این میان نکته حائز اهمیت این است که در طول این ۸۹ سال یعنی فاصله زمانی تصویب اولین قانون در خصوص منع تحصیل دلیل در سال ۱۲۹۰ تا تصویب آخرین قانون در این مورد در سال ۱۳۷۹، تمامی قیل و قالها حول محور میزان اختیارات دادرس در تحصیل دلیل یا منع آن بوده است؛ بدین نحو که گاهی قانونی محکم و سخت وضع گردیده و دادرس از هرگونه تحصیل دلیل، حتی در دلایل ارائه شده توسط طرفین دعوا منع شده و گاه، قانونی وضع گردیده که این امر را تعدیل نموده و اختیارات بیشتری به قضات داده است، لیکن در هیچ کدام از قوانین فوق الاشعار هیچ مبنا و راهکاری جهت بازشناسی تحصیل دلیل از تأمین دلیل ارائه نشده است. نکته‌ای که با توجه به اهمیت موضوع می‌توان از آن به عنوان غفلت بزرگ قانونگذار یاد کرد.

درست است که اصل منع تحصیل دلیل از اصول مهم و شناخته شده توسط همگان است، اما تشخیص مصادیق آن از اهمیت بیشتری برخوردار است. این دقیقاً همان خلأ قانونی است که جای خالی آن در مجموعه قوانین ما به شدت احساس می‌شود. این امر چندان جالب و درخور شأن یک نظام حقوقی نیست، بنابراین ضرورت اهتمام بیشتر قانونگذار به حل این خلأ قانونی بسیار ملموس و قابل درک است.

بررسی نظرات فقها در خصوص وجه افتراق تأمین دلیل از تحصیل دلیل

قانونگذار ما همواره در تدوین قوانین به نظرات فقهای امامیه توجه ویژه‌ای مبذول داشته است. نظراتی که برگرفته از احکام شریعت دین مبین اسلام می‌باشد؛ چنانچه با تدقیق در اصولی همچون بند ۱۴ از اصل دوم قانون اساسی یا اصل چهارم قانون اساسی می‌توان به روشنی و وضوح دریافت که مبنا و اساس تدوین و تصویب قوانین در نظام حقوقی ما، همانا توجه به احکام صادره از سوی شارع مقدس است.

قاعده منع تحصیل دلیل که مبنای اصل رعایت تساوی بین طرفین دعوی می‌باشد از قواعد مسلم و پذیرفته شده در میان فقها است. در مذهب امامیه نیز که حقوق فطری به عنوان مستقلات عقلی مورد گفتگو قرار می‌گیرد، باید خاطر نشان نمود که لزوم بی طرفی حاکم و رعایت مساوات و برابری، نه تنها امری است بدیهی که عقل بشر به طور مستقل و قطع نظر از احکام شرعی بر آن حکم می‌کند، بلکه در حقوق اسلامی به ویژه فقه



امامیه، کمتر کتاب و منبعی را می‌توان یافت که بحث و بخشی را به قضاء اختصاص نداده باشد و از لزوم رعایت تساوی و برابری حاکم در برابر طرفین دعوا، سخن نگفته باشد و جملگی کتب فقهی از (التسویه بین الخصمین) به عنوان سرآغاز وظایف قاضی نام برده اند. محقق حلی در کتاب خود بخشی را به عنوان (فی کیفیه الحکم) آورده و در ابتدا به وظایف قاضی پرداخته است و چنین بیان می‌نماید که: «الاول فی وظایف حاکم و هی سبع: الاول التسویه بین الخصمین» (پور استاد، ۱۳۹۱، ۶۴) از این مطالب، به راحتی قابل درک است که قاعده منع تحصیل دلیل که مبنای اصل رعایت تساوی بین طرفین دعوی است از قواعد مسلم و پذیرفته شده در میان فقهاست.

با توجه به قواعدی همچون (البینه علی المدعی و البین علی من انکر) به این نتیجه خواهیم رسید که دادرسان در مقام دادرسی از تحصیل دلیل و در نتیجه عدم رعایت تساوی به شدت منع شده اند، البته فقیهانی همچون صاحب جواهر و شیخ محمدحسن نجفی قائل به این امر هستند که فصل خصومت از حقوق قاضی است و در نتیجه برای طرفین دعوی هیچ گونه حقوقی از این باب قائل نمی‌باشند. این تفسیر، طرفداران چندانی را با خود همراه نکرده است و اکثر فقها قائل به این امر هستند که قاضی در رسیدگی باید رعایت تساوی بین خصمین نماید و به دنبال تحصیل دلیل نباشد یعنی قاضی شخصی است که صرفاً به دلایل ابرازی از سوی متخاصمین رسیدگی می‌نماید و لاغیر. با بررسی و مذاقه در نظرات فقهای متقدم و متأخر به وضوح و روشنی در می‌یابیم که قیل و قال تنها بر سر منع یا عدم منع دادرسی از تحصیل دلیل است و هیچ گونه معیار و ملاکی جهت تشخیص تأمین دلیل از تحصیل دلیل به دست نمی‌آید، بنابراین با عنایت به بررسی های صورت گرفته در می‌یابیم که از مجموع سخنان و اظهارات فقهای شیعه هم نمی‌توان معیار و ملاک خاصی جهت بازشناسی تحصیل دلیل از تأمین دلیل به دست آورد.

بررسی نظرات موجود در دکترین حقوقی پیرامون وجه افتراق تأمین دلیل از تحصیل دلیل

در هر مسأله و موضوع حقوقی بررسی دکترین مربوطه بسیار مفید و بعضاً کاشف حقایق حقوق مدونه و آشکارکننده زوایای پنهان قصد قانون گذاری می‌باشد. چنانچه در مباحث قبل بر ما آشکار شد، نه در قانون و نه در نظرات فقهای متقدم و متأخر، هیچ گونه معیار یا ملاکی جهت تشخیص و افتراق دادن تحصیل دلیل از تأمین دلیل حاصل

نمی‌شود و از این روی، به عنوان آخرین تلاش جهت یافتن معیار و ملاک جهت افتراق دادن این دو عنوان از یکدیگر به بررسی دکترین حقوقی می‌پردازیم.

دکتر شمس در کتاب ارزنده آئین دادرسی مدنی خویش، بر این عقیده هستند که چون دادرسی از تلقین دلیل ممنوع گردیده است، به طریق اولی از تحصیل دلیل نیز ممنوع می‌باشد. با کمی تدقیق در این بیانات به وضوح پی خواهیم برد مطلبی که استاد شمس بدان توجه نموده اند تنها بحث منع دادرسی از تحصیل دلیل است و ایشان هیچ گونه تعریف یا معیاری جهت بازشناسی تأمین دلیل از تحصیل دلیل ارائه نمی‌دهند.

دکتر ناصر کاتوزیان هم در این خصوص چنین ابراز می‌نمایند که استفاده از حق باید همراه با دلیل باشد در غیر این صورت حق مورد ادعا به اثبات نمی‌رسد و در حالت طبیعی باقی می‌ماند و دیگر نمی‌توان از نیروی دولت در این راه کمک خواست. بر اساس دیدگاه ایشان چیزی که می‌توان بدان اشاره کرد، این است که این استاد بزرگ هم تنها به منع دادرسی از تحصیل دلیل اشاره کرده و هیچ گونه تعریفی از تحصیل دلیل ارائه ننموده اند. در جایی دیگر دکتر کاتوزیان بحثی را مطرح می‌نمایند که مهر تأییدی بر این موضوع است که ایشان قائل به قاعده منع تحصیل توسط دادرسی هستند، بدون اینکه تعریفی در خصوص تحصیل دلیل ارائه نمایند: «نقش قاضی فقط اداره دلایل ابرازی از ناحیه اصحاب دعواست تا روابط آنها را در دادرسی تنظیم نماید».

چنانچه مشخص است در این میان، جناب آقای دکتر کاتوزیان نظر خاص و ویژه‌ای به اصل انفعال‌گرایی دادرسی و دادگاه داشته اند؛ یعنی چنین اعتقاد دارند که قاضی نباید در پی تحصیل دلیل برای طرفین دعوی باشد، بلکه تنها باید به دلایل ابرازی توسط آنها رسیدگی نموده و بر این اساس تا حصول نتیجه به رسیدگی ادامه دهد.

با بررسی تمامی نظرات حقوقدانان برجسته به این نتیجه خواهیم رسید که تمامی حقوقدانان به اتفاق بر این نکته تفاهم دارند که قاضی در رسیدگی، ممنوع از تحصیل دلیل می‌باشد، و لیکن تقریباً هیچ یک از حقوقدانان برجسته هیچ گونه تعریف خاصی از تحصیل دلیل ارائه نکرده اند که با استاد به آن بتوان بین تحصیل دلیل و تأمین دلیل، تمایز قائل گردید. در بین حقوقدانان، تنها دکتر لنگرودی تعریفی در خصوص تحصیل دلیل ارائه داده اند. ایشان در این خصوص بیان می‌دارند، هر دلیل که ارائه آن از وظایف مدعی باشد، اگر او آن را به دادگاه اظهار نکند و قاضی به نفع مدعی، دلیلی را که از وظایف مدعی است، مستند رسیدگی به نفع مدعی قرار دهد، عمل قاضی را در این وضع تحصیل دلیل گویند.



بررسی نظر قضات شوراهاى حل اختلاف در خصوص معيار تمیز تأمین دلیل از تحصیل دلیل

همان گونه که می‌دانید، قانونگذار ایران ضمن تصویب قانون شوراهاى حل اختلاف در سال ۱۳۹۴ ذیل بند (چ) از ماده ۹ قانون فوق الذکر رسماً اعلام نمود، رسیدگی به دادخواست تأمین دلیل در حیطة صلاحیت شوراهاى حل اختلاف می‌باشد، لذا بدیهی است که در خصوص یافتن وجه افتراق بین تحصیل دلیل و تأمین دلیل بهترین راه، اخذ نظرات قضات محترم شوراهاى حل اختلاف می‌باشد، چرا که این عزیزان به صورت عملی و رخ به رخ با این موضوع در ارتباط می‌باشند. به تحقیق بر همگان ثابت شده که ایرادات یک قانون تنها و تنها در حیطة عمل به آن قانون است که رخ می‌نماید و قضات شوراها که سکان دار اجرای این قانون می‌باشند، بهتر از هر کس دیگری می‌توانند در این خصوص اظهار نظر نمایند.

بر همین اساس نزد آقای دکتر شیروانی، معاونت محترم دادگاه انقلاب اصفهان و قاضی سرپرست مجتمع شماره یک شورای حل اختلاف اصفهان رفتیم و در این خصوص که ماهیت تأمین دلیل و تحصیل دلیل و وجه تمیز تأمین دلیل از تحصیل دلیل چیست، سؤال پرسیدیم. ایشان به سؤالات ما این گونه پاسخ دادند: « چنانچه با مذاقه در دادخواست و خواسته متقاضی تأمین دلیل، این گونه استنباط گردد که هدف خواهان صرفاً کسب دلایل است که بیم از بین رفتن و فوت آن وجود ندارد و مقصود متقاضی تأمین دلیل از ارائه دادخواست صرفاً کسب آن دلایل جهت ارائه به مراجع قضاوتی باشد، مورد درخواست تحصیل دلیل است که اجابت خواسته متقاضی بنا بر مقررات جاری در مبحث تأمین دلیل موجود در قانون آئین دادرسی مدنی موجبی نخواهد داشت و محکوم به رد خواهد بود، زیرا که تحصیل دلیل برای طرفین از وظایف مرجع رسیدگی کننده به دادخواست ارائه شده نیست، اما در صورتی که محتوای خواسته متقاضی تأمین، حکایت از این داشته باشد که در صورت عدم جمع آوری در آینده از بین خواهد رفت مانند اینکه متقاضی تقاضای اخذ شهادت افرادی که مسن و بیمار هستند را داشته باشد که در آینده ممکن است با فوت آنها مبحث شهادت شهود به عنوان یک ادله منتفی گردد، در اینجا مورد از موارد تأمین دلیل می‌باشد». چنانچه از فحوای کلام ایشان بر می‌آید، وی اعتقاد به انفعال گرایی دادگاه در جریان رسیدگی و قاعده ممنوعیت دادرسی از تحصیل دلیل دارد و معتقد هستند که مفهوم تأمین دلیل و تحصیل دلیل خود بیان کننده وجه افتراق این دو از هم می‌باشد. با بررسی روند و رویه و اظهارات دیگر قضات بدین نتیجه می‌رسیم که



اکثر قضات به این موضوع معتقدند که دادرس به هر شکل، ممنوع از تحصیل دلیل برای طرفین می‌باشد. شاید بتوان از کلام جمله قضات چنین استفاده کرد که، چنانچه مفاد دادخواست تقدیمی توسط خواهان مبنی بر حفظ دلایل موجود باشد، مورد از مصادیق تأمین دلیل و قابل پذیرش است و لیکن چنانچه هدف خواهان، دلیل ساختن و به وجود آوردن دلیل و در یک کلام دلیل تراشی توسط دادگاه باشد، مورد از موارد تحصیل دلیل است. از آن جا که تحصیل دلیل توسط دادگاه، اصل تساوی طرفین دعوی و اصل بی طرفی دادگاه را بر هم می‌زند و موجبات مخدوش گردیدن عدالت قضایی را در پی خواهد داشت، محکوم به رد خواهد بود. در کل با بررسی نظرات متعدد قضات هم به درستی نمی‌توان معیار و مقیاسی برای اینکه چه اموری دقیقاً از مصادیق تحصیل دلیل و چه اموری دقیقاً از مصادیق تأمین دلیل است یافت.

تحصیل دلیل و تأمین دلیل در آرای قضایی

در ادامه با ارائه چند نمونه دادخواست تأمین دلیل ارائه شده به شعب شوراهای حل اختلاف که پس از بررسی توسط شعب، به دلیل آنچه که ممنوعیت دادرس از تحصیل دلیل نامیده می‌شود، رد می‌گردند، سعی بر آن داریم که دریابیم آیا از مذاقه در آرای صادره می‌توان معیاری جهت سنجش و جداسازی تأمین دلیل از تحصیل دلیل به دست آورد یا خیر؟

دادخواست:

به موجب سند مذکور، موکل مالک رسمی ۲۴ سهم مشاع از ۷۲ سهم عرصه و اعیان پلاک ثبتی..... می‌باشد. با توجه به اینکه جهت تعیین تکلیف سهم موکل از پلاک ثبتی مورد نظر نیاز به اسامی سایر مالکین رسمی و آدرس آنان می‌باشد و تأمین دلیل اینجانب در این موضوع برای استفاده در تقدیم دادخواست ضروری است فلذا صدور قرار تأمین خواسته مورد استدعاست.

رأی شورای حل اختلاف :

در تاریخ ۹۸/۱/۲۴ و در وقت فوق العاده شعبه ... و در خصوص پرونده کلاسه ... و با حضور و تصدی امضاء کنندگان ذیل جلسه تشکیل است، پرونده مفتوح و تحت نظر قرار دارد ملاحظه می‌گردد خواهان درخواستی مبنی بر تأمین دلیل به این شعبه ارائه نموده اند، با عنایت به نگرش صورت گرفته در متن دادخواست تقدیمی، واضح و مبرهن است که مورد از موارد تحصیل دلیل است، نه تأمین دلیل مصرح در ماده ۱۴۹، لذا شورا



ضمن رد درخواست مقرر می‌نماید وفق مقررات جاریه پرونده از آمار کسر و بایگانی گردد.
نمونه رأی دیگر:

به تاریخ ۹۸/۲/۲۱ و در وقت فوق العاده جلسه رسیدگی شعبه ... شورای حل اختلاف اصفهان به تصدی و حضور امضاء کنندگان ذیل تشکیل است و پرونده کلاسه ... از دفتر و اصل و تحت نظر قرار دارد و ملاحظه می‌گردد خواهان دادخواستی به خواسته تأمین دلیل به این شعبه ارائه نموده اند، لذا با نگرش در محتویات پرونده و دادخواست تأمین ارائه شده کاملاً واضح و مبرهن است که موضوع دادخواست تحصیل دلیل می‌باشد و نه تأمین دلیل موضوع ماده ۱۴۹ آئین دادرسی مدنی، لذا مقرر است پرونده از آمار کسر و بایگانی گردد». در تحلیل رأی صادره همانند رأی صادره قبلی که از نظر گذشت تنها چیزی که خودنمایی می‌کند، توجه به قاعده منع تحصیل دلیل توسط دادرس می‌باشد و لیکن هیچ گونه معیار و ملاکی جهت تشخیص تأمین دلیل از تحصیل دلیل یافت نمی‌شود و حتی ظاهر امر حاکی از آن است که در این موارد از فرم های چاپی و آماده قبلی در همه موارد مشابه استفاده می‌گردد. از واکاوی در آرای صادره توسط شعب مختلف شوراهای حل اختلاف در این خصوص همانند آرای بررسی شده در این مقاله به نکات حائز اهمیتی دست می‌یابیم که عبارتند از :

۱. عدم وجود تعریف خاص و روشن از تحصیل دلیل.
۲. تأکید خاص تمام شعب به اصول انفعال گرایی دادگاه و قاعده منع تحصیل دلیل و نیز قاعده بی طرفی دادرس.
۳. عدم بیان معیار و مبنای تشخیص تأمین دلیل از تحصیل دلیل.

نتیجه گیری و پیشنهادها

از مذاقه و دقت در مباحث گذشته و بررسی نظرات فقها، نحوه قانون گذاری، بررسی رویه قضایی و آراء صادره از سوی شوراهای حل اختلاف در خصوص مبحث تأمین دلیل و تحصیل دلیل به نکاتی مهم به شرح زیر دست می‌یابیم:

۱) از بررسی آرای صادره از سوی شعب شوراهای حل اختلاف، مواد قانونی، نظرات فقها و رویه های قضایی موجود در می‌یابیم که از تحصیل دلیل هیچ گونه تعریفی ارائه نشده است، مگر تنها تعریفی که جناب دکتر لنگرودی ارائه نموده اند؛ بنابراین وقتی در نظام حقوقی ما هیچ گونه تعریفی از تحصیل دلیل ارائه نشده، چگونه می‌توان انتظار داشت که حقوقدانان، به وجه تمایز تحصیل دلیل با تأمین دلیل بپردازند، زیرا در سیر

عادی امور زمانی نوبت به بررسی جزئیات یک مسأله خواهد رسید که ابتدا تعریفی روشن و واضح از آن موضوع داشته باشیم.

۲) از بررسی آثار و نظرات حقوقدانان و رویه های قضایی موجود، نکته‌ای به وضوح و روشنی خودنمایی می‌کند و آن هم پایبندی بی قید و شرط مدونین قوانین، قضات و دکترین حقوقی به قواعد و اصولی همچون قاعده انفعال گرای دادرسی، اصل تساوی طرفین دعوی، اصل بی طرفی دادرسی، اصل حاکمیت طرفین در ابراز دلایل و در یک کلام قاعده منع تحصیل دلیل توسط دادرسی می‌باشد.

۳) اینکه هیچ گونه تعریفی خاص و دقیق از تحصیل دلیل در سیستم قضایی ما و دکترین حقوقی موجود نمی‌باشد، معایب و مضراتی را در پی خواهد داشت، از جمله آنکه این امر محل بروز مناقشه و نتیجتاً اعمال سلیقه خواهد شد، به نحوی که از یک دادخواست ارائه شده در یک شعبه برداشتی و در شعبه دیگر برداشت دیگر حاصل خواهد شد. این موضوع باعث تشتت آرا و در نتیجه سردرگمی قضات و اربابان رجوع خواهد گردید؛ موضوعی که مطلوب هیچ نظام حقوقی نخواهد بود.

جهت بهبود اوضاع و جبران خلأ به وجود آمده در نظام حقوقی ما در خصوص مبحث تأمین دلیل و تحصیل دلیل، می‌توان راه کارهایی به شرح زیر ارائه نمود:

۱) تعریف اولیه از هر شاخه از دانش، کلید ورود به آن دانش است، پس برای ورود به عرصه بحث تحصیل دلیل لازم و ضروری است که قانون و دکترین ما در بدو امر تعریفی جامع و مانع از این اصطلاح به جامعه حقوقی ارائه دهند تا بر مبنای تعریف ارائه شده بتوان حدود بحث را شناخته و در آن حیطة گام برداشت.

۲) چنانچه قانون گذار به بیان مصادیق و عناوین تحصیل دلیل بپردازد، طبعاً تا حدود زیادی باب اعمال سلاقی مسدود خواهد شد و این امر کمک شایانی به گسترش عدالت می‌نماید.

۳) بهتر است شعبه یا شعب خاصی به بررسی دادخواست های تأمین دلیل به صورت اختصاصی، اختصاص یابند، این امر موجب وحدت رویه در خصوص این موضوع شده و از تشتت آراء خواهد کاست.

۴) نشست های قضایی با محوریت این موضوع تشکیل گردد که این امر موجب تقریب نظر قضات صادرکننده آراء و در نتیجه کاسته شدن از تشتت آراء خواهد شد.

۵) جهت یکسان سازی نظرات، اقدام به صدور رأی وحدت رویه در این خصوص گردد.

۶) قضات صادرکننده رأی موظف شوند در صورتی که دادخواست تأمین دلیل را از



مصادیق تحصیل دلیل می‌دانند و نظر به رد آن دارند، به متن رأی صادره به دلیل استنباط خویش و اموری که ایشان را به این سمت و سو سوق داده است، اشاره کنند.

منابع

- پوراستاد، مجید (۱۳۹۱)، *نقش دادرسی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت*، چاپ دوم، تهران، انتشارات شهردانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *گامی به سوی عدالت*، (مجموعه مقالات)، چاپ اول، جلد دوم، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.



آیا در عمل، قضات و وکلا، مجرمین دارای اختلال روانی را از سایرین تشخیص می‌دهند؟

محمد حسین نجفی^۱

چکیده

شلوغی جوامع امروزی، تعداد زیاد فعالیت های روزانه، سختی معیشت افراد، استرس و فشارهای روحی در قرن بیست و یکم سبب شده انسان ها بیش از گذشته در معرض ابتلا به افسردگی و انواع اختلالات روانی قرار گیرند. با توجه به اینکه در بحث مسئولیت کیفری مواردی همچون اختیار، اراده، عقل و ... بسیار حائز اهمیت است و از طرف دیگر اختلالات روانی بنا به انواع و درجه خود می‌توانند به شدت ارکان مسئولیت کیفری را زایل ساخته، لیکن شناسایی علایم و تشخیص بسیاری از این اختلالات و تعیین اینکه هر کدام از اختلالات روانی تا چه اندازه موجب سلب اراده یا قوه تمیز می‌شوند، به سادگی میسر نبوده و صرفاً توسط متخصص روانپزشکی امکان پذیر می‌باشد. دور از ذهن نیست که بیماری‌رانی مطابق آراء صادره از محاکم، محکوم کیفری شناخته شده و هم اکنون نیز در حال تحمل مجازات باشند؛ از این رو ضرورت وجود روانپزشک قانونی در رسیدگی های کیفری به دلیل عدم آشنایی قضات و وکلا با انواع اختلالات روانی و عدم تخصص آن ها در این بحث، بسیار حایز اهمیت است. از سوی دیگر نگرش و توجه ویژه قانونگذار به بحث اختلالات روانی و برگزاری کارگاه های ویژه از سوی معاونت آموزش قوه قضائیه برای قضات کیفری در جهت آشنایی آن ها با انواع اختلالات روانی ضروری است، چرا که اگر هدف از



مجازات اشخاص، جنبه ارعابی، تنبیهی و بازدارنده بودن آن است، اعمال این موارد برای یک فرد بیمار امری بیهوده بوده و باید پس از شناسایی و تشخیص مجرم دچار اختلال روانی، حسب مورد نسبت به او تصمیم قضایی مبنی بر رفع مسئولیت کیفری، تعدیل مسئولیت و یا تخفیف مجازات را اتخاذ نمود.

کلید واژگان: اختلالات روانی، مسئولیت کیفری، روانپزشک قانونی، پرونده شخصیت.

مقدمه

در تعریف مسئولیت کیفری بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای عقیده دارند مرتکب عمل مجرمانه علاوه بر علم و اطلاع باید دارای اراده یا سوء نیت یا قصد مجرمانه باشد و رابطه علیت بین عمل ارتكابی و نتیجه حاصله از جرم وجود داشته باشد تا بتوان عمل انجام شده را به مرتکب، منتسب نمود (شامبیاتی، ۱۳۸۸: ۲۸): برخی دیگر مسئولیت کیفری را قابلیت یا اهلیت شخص برای تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه خود دانسته اند (غلامی، ۱۳۹۲: ۵۸)، که می‌توان آن را مسئولیت انتزاعی نیز دانست. نظریات متعدد دیگری هم در تعریف مفهوم مسئولیت کیفری وجود دارد که از میان آن‌ها مجموعاً می‌توان ارکان این مسئولیت را شامل: درک، عقل، اختیار، اراده، قوه تمیز و قصد در ارتکاب رفتار مجرمانه دانست. با توجه به تعاریفی که از مسئولیت کیفری و خصوصاً ارکان آن شده، می‌توان از اختلالات روانی به عنوان عواملی ضد ارکان مسئولیت و در تضاد با آن‌ها نام برد، چراکه این اختلالات بسته به نوع و درجه بر روی فرآیندهای ذهنی اشخاص تأثیر مستقیم می‌گذارند و پس از تأثیرگذاری، ارکان نام برده شده از جمله، اراده، اختیار و قوه تمیز یا کاملاً مخدوش می‌گردند و یا کم رنگ می‌شوند.

مفهوم اختلال روانی

هر یک از اختلالات روانی به صورت یک سندرم، الگوی رفتاری یا روان شناختی مهم بالینی تصور شده است که در یک فرد روی می‌دهد و با افزایش قابل ملاحظه خطر مرگ، درد، ناراحتی و ناتوانی همراه است.



شایع ترین اختلالات روانی و علایم آن

الف: اختلال روانی شخصیت اسکیزوفرنی

الف) اسکیزوفرنی ممکن است به راحتی قابل تشخیص نباشد، به دلیل آنکه علائم این بیماری در افراد مختلف متفاوت است.

ب) برخلاف تصور عامه مردم، افراد مبتلا به اسکیزوفرنی، دارای چند شخصیت نمی‌باشند.

ج) اسکیزوفرنی در واقع مجموعه‌ای از علائم مختلف می‌باشد.

د) فرد مبتلا به اسکیزوفرنی ممکن است دچار توهم‌هایی شود (که بیشتر به صورت شنیدن صداها گزارش شده است) در عین حال که دارای خیالات و آشفتگی فکری و کلامی هستند. گوشه‌گیری اجتماعی، نامرتبی لباس و بهداشت، و از دست دادن انگیزه و قضاوت، تماماً موارد عادی موجود در اسکیزوفرنی می‌باشند.

ث) برای این افراد اغلب الگوی قابل مشاهده‌ای از مشکل عاطفی وجود دارد. معمولاً مشکلات در کار، حافظه بلند مدت، توجه، عملکرد اجرایی و سرعت پردازش رخ می‌دهد. در یک زیرگروه غیرمعمول، فرد ممکن است تا حد زیادی ساکت باشد و در وضعیت‌های حرکتی عجیب و غریب، یا در جلوه‌های بی‌موردی از اضطراب قرار بگیرد، که همه اینها نشانه‌هایی از جنون می‌باشند. از سوی دیگر بی‌نظمی در خوابیدن و خلق و خوی آشفته از دیگر علایم اسکیزوفرنی می‌باشند.

ب: اختلال روانی دو قطبی

اختلال دو قطبی نوعی بیماری روانی است که در آن حالت شما میان شیدایی و افسردگی در نوسان هستید و در فاصله میان این دوره‌ها، دوره‌های سالم را دارید. این حالت‌ها، فاز شادی و شعف، فاز شیفتگی و شیدایی و فاز افسردگی خوانده می‌شوند. آمیزه‌های گوناگونی از این حالت‌ها وجود دارند که به گروه‌های مختلف بیماری اختلال دو قطبی تقسیم می‌شوند. اختلال دو قطبی می‌تواند ناشی از حوادث بیرونی مانند استرس و فشارهای روحی عمومی باشد و در دوران نوجوانی شروع به ظاهر شدن می‌کند. این بیماری تا آخر عمر باقی می‌ماند. خطر اینکه یک فرد در طول زندگی خود گرفتار بیماری اختلال دو قطبی شود، چیزی بین یک تا دو درصد بوده و در سراسر جهان به یک اندازه شایع است. سن شروع آن معمولاً از دوران نوجوانی می‌باشد و این اختلال روی کارکرد مغز بسیار تأثیرگذار است.



ج: اختلال روانی کمبود توجه و بیش فعالی

الگویی از مشکلات است که معمولا در کودکی ایجاد می‌شوند. والدین و معلم‌ها متوجه می‌شوند که کودک، بیش از حد معمول فعالیت و تحرک دارد؛ دائم حواس او پرت می‌شود؛ نمی‌تواند حتی برای مدت کوتاهی مشغول یک کار ثابت باشد و بدون فکر و ناگهانی دست به کاری می‌زند؛ تمرکز کردن برای او بسیار سخت و دشوار است. بسیاری از ما حداقل برخی از علائم بالا را در خود داریم، ولی دچار اختلال نقص توجه و بیش فعالی نیستیم، زیرا زمانی می‌توان گفت فردی به این اختلال مبتلاست که ارتباطش با سایر افراد یا وضعیت شغلی و تحصیلی اش، دچار مشکل شود.

مبنای قانونی موضوع بحث

برای بررسی تأثیر اختلالات روانی در حقوق کیفری ایران، ناگزیر از رجوع به مواد قانونی اندکی هستیم که به صورت عام در این خصوص تدوین شده است و با مبنا قرار دادن آن سعی در تعیین آثار این اختلالات در مسئولیت کیفری می‌کنیم. به نظر می‌رسد در مجموع با سه وضعیت روبه رو خواهیم بود:

- الف- اختلالات روانی به عنوان عامل رفع مسئولیت کیفری
- ب- اختلالات روانی به عنوان عامل تعدیل کننده مسئولیت کیفری
- ج- اختلالات روانی به عنوان عامل تخفیف دهنده مسئولیت کیفری

الف: اختلال روانی عامل رفع مسئولیت کیفری

ماده ۱۴۹ قانون مجازات ۹۲: « هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده، به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز شود، مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد.»

از این رو بر طبق حقوق کیفری ایران، چنانچه اختلالات روانی منجر به زوال اراده یا قوه تمیز شود، شخص فاقد مسئولیت کیفری است. در خصوص قوه تمیز که از آن به ادراک نیز تعبیر می‌شود، باید این گونه گفت که منظور قدرت و توانایی درک و تمیز ماهیت، آثار و تبعات اخلاقی، اجتماعی افعال است که از یک سو به عامل عقل و از سوی دیگر به عامل رشد ارتباط پیدا می‌کند (شمس ناتری، ۱۳۹۰؛ ۳۵). برای اینکه اراده را در شخص محقق بدانیم، باید رفتار ارتكابی او از لحظه ادراک و تصور تا لحظه اجرای آن تفکر، بدون تأثیرات بیرونی و تنها بر طبق خواست مرتکب اتفاق افتاده باشد (شیروی،



کیانی، ۱۳۹۰: ۱۵۳)، بنابراین برای تحقق رکن مادی جرم، رفتار مرتکب باید ناشی از اراده و خواست او باشد. در خصوص اختلالات روانی، به عنوان عاملی برای رفع مسئولیت کیفری شاید بتوان به قاعده (درا) در ماده ۱۲۰ قانون مجازات ۹۲ استناد کرد که عنوان داشته: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». با توجه به اینکه این قاعده عام است و شامل تمام جرایم اعم از مستوجب حد، قصاص و تعزیر می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۹۱: ۱۴۳)، این ابهام وجود دارد که در خصوص اختلالات روانی نیز با توجه به تردید نسبی که در شرایط مسئولیت کیفری وجود دارد، می‌توان شخص را به طور کلی از مسئولیت مبرا دانست؛ البته اگر از جنبه اثباتی به قضیه بنگریم، اختلالات روانی در جرایم مستوجب حد می‌تواند به مثابه عاملی برای عدم اثبات بار مجرمیت بر عهده شخص (و نه عاملی برای رفع مسئولیت از او) تلقی شود. توضیح اینکه ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص جرایم حدی بدین گونه بیان شده که چنانچه شخصی ادعای فقدان علم، قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم بنماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار او داده شود، این ادعا بدون نیاز به شاهد و سوگند پذیرفته می‌شود. درست است که نمی‌توان به طور کلی گفت اختلالات روانی موجب فقدان اراده و به تبع آن سلب مسئولیت کیفری می‌شود، ولی با این وجود بنابر پیچیدگی‌های خاص این اختلالات، احتمال اینکه در مواردی نیز اراده شخص سلب شود، وجود دارد؛ مضافاً اینکه قانونگذار با ذکر واژه «احتمال صدق گفتار» عملاً در پی توسیع این ماده و حد زدایی بوده است.

ب: مسئولیت کیفری کاهش یافته

در حقوق ایران در خصوص جرایم مستوجب قصاص که جرایم عمدی محسوب می‌شوند، توجه به بندهای ب و پ ماده ۲۹۰ حائز اهمیت است که در آن مقنن برای عمدی محسوب کردن جنایت واقع شده، «آگاهی و توجه» را لازم دانسته است؛ بدین توضیح که در خصوص رفتار نوعاً کشنده بند (ب)، در صورت اثبات عدم آگاهی و توجه شخص، جنایت عمدی محسوب نمی‌شود (مقنن اصل را بر آگاهی شخص گذاشته است) و در خصوص بند (پ) که ناظر بر وقوع جنایت بر اشخاص با وضعیت‌های خاص و بدون قصد جنایت یا نظایر آن است، باید آگاهی و توجه شخص اثبات شود و در صورت عدم اثبات آگاهی و توجه، جنایت عمدی محسوب نمی‌شود (مقنن اصل را بر عدم آگاهی



شخص از وضعیت خاص مجنی علیه یا شرایط زمانی و مکانی گذاشته است). یکی از ویژگی ها و علایم اشخاص مبتلا به اختلالات روانی، حواس پرتی و عدم توجه است؛ بدین معنا که اشخاص هر چند به موضوعی علم دارند، ولی در مقام عمل، دچار غفلت و کوتاهی می‌شوند. هر چند سکوت قانونگذار در خصوص منشأ عدم توجه اعم از هیجان یا مصرف مواد سکرآور، بیماری و غیر این‌ها موجب ابهام است (آقایی نیا، ۱۱۴: ۱۳۴۵)؛ با این حال برخی حقوقدانان معتقدند هرگاه مرتکب جنایت عمدی، علی‌رغم آگاهی در لحظه ارتکاب جرم، به دلیلی مثل بیماری یا نظایر آن توجهی به ماهیت نوعاً کشنده یا مجروح کننده بودن عمل ارتكابی نداشته باشد، محکوم کردن وی به جنایت عمدی مشکل خواهد بود (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ۱۲۳). از این رو و به رغم ابهام موجود در این خصوص، به نظر می‌رسد در مورد جنایات ارتكابی توسط اشخاص مبتلا به اختلالات روانی و عدم توجه و التفات این اشخاص که ناشی از این اختلالات می‌باشد، در مواردی بتوان جنایت ارتكابی توسط آنها را از شمول عمد خارج دانست و آن را حسب مورد مشمول ماده ۲۹۱ (شبه عمد) یا ماده ۲۹۲ (خطای محض) محسوب کنیم؛ لذا در مواردی اختلالات روانی به مثابه تغییر عنوان مجرمانه از عمد به غیرعمد عمل می‌کند و این گونه در تعدیل مسئولیت کیفری نقش دارد.

ج: اختلال روانی، به عنوان عاملی جهت تخفیف مجازات

در بحث مجازات‌های تعزیری، جدای از بحث رفع مسئولیت کیفری و تعدیل، به نظر می‌رسد می‌توان اختلال روانی را به عنوان عاملی برای تخفیف مجازات در نظر گرفت که خود شامل تقلیل و تبدیل است. شرایط تخفیف مجازات آن است که این اختلال‌ها از طرفی در حد جنون نباشد و ثانیاً دادگاه اختلال را در حدی بداند که در مجازات مجرم دارای اختلال، تخفیف دهد. در قانون ایران بر طبق ماده ۳۷ قانون مجازات ۹۲، جهات تخفیف در ۸ بند، احصاء شده‌اند. از این ۸ بند، بند (ث) از وضع خاص متهم همچون بیماری، به عنوان یکی از مصادیق تخفیف مجازات نام برده است. در خصوص مبتلایان به اختلال روانی حتی اگر نپذیریم که این اختلال در عملکرد و کارکرد ذهنی آنها - ولو به صورت نسبی - تأثیر داشته، یقیناً این نکته مورد پذیرش قرار می‌گیرد که این افراد از نظر پزشکی نیازمند درمان هستند. معالجات بالینی که در خصوص این افراد تجویز می‌شود نیز مؤید بیمار بودن آن‌هاست. از این رو، می‌توان از تخفیف مجازات برای کاستن از بار مسئولیت کیفری آنها سود جست. به نظر می‌رسد یکی از مساعدترین برخورد‌های قضایی



با مجرمین مبتلا به اختلال روانی، مجازات‌های جایگزین حبس هستند که بر طبق ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی عبارتند از: دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی. برای برخورداری از مجازات‌های جایگزین حبس در این ماده هم به صورت کلی به «شرایط تخفیف»، که منظور همان ماده ۳۷ است و هم به واژه «وضعیت متهم» اشاره شده که در هر دو حالت می‌توان اختلال روانی را مشمول آن‌ها دانست.

یکی از مواد قانونی بسیار تأثیرگذار دیگر در خصوص بحث اختلال روانی در جرائم تعزیری، ماده ۱۸ قانون مجازات ۹۲ است که قانونگذار در بند (الف) و (ت) به مواردی اشاره کرده که اختلال روانی مجرم ارتباط بسیار تنگاتنگ با آن‌ها دارد. قانونگذار در بند (الف)، مقام قضایی را موظف به توجه به وضعیت ذهنی و روانی مرتکب در حین ارتکاب جرم نموده و همچنین در بند (ت) همین ماده توجه به وضعیت فردی و تأثیر تعزیر بر وی را حائز اهمیت دانسته است.

در خصوص جرایم مستوجب دیه، صرف نظر از مجازات بودن یا نبودن دیه، چون ثبوت دیه به ثبوت شرایط مسئولیت کیفری وابسته نیست (شمس ناتری، ۱۳۹۵، ۳۵۱) در صورت ارتکاب جرم توسط این اشخاص، خود آنها مسئولیت پرداخت دیه را بر عهده دارند مگر اینکه جنایت ارتکاب یافته خطای محض باشد که در این صورت عاقله را می‌توان مسئول پرداخت دیه دانست.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

اهمیت، جایگاه و ضرورت وجود روانپزشک قانونی در طی فرآیند دادرسی، همگی بر ضرورت برخورد متفاوت با مجرمین مبتلا به اختلال روانی در تمایز با افراد سالم تأکید دارد. حال باید این نکته مهم و حائز اهمیت را مد نظر داشت که بسیاری از اختلالات روانی در ظاهر امر، برای اشخاص غیر متخصص قابل شناسایی نیست یا بهتر است بگوییم در دقایق کوتاهی که متهم نزد بازپرس، دادیار و قضات دادسرا و دادگاه حاضر می‌شود، احتمال بسیار پائینی دارد که علائمی از اختلال خود را به شکلی بروز دهد که بازپرس یا دادیار رسیدگی کننده به وضعیت خاص وی مشکوک شده و به جای بازجویی و اخذ اظهارات، ابتدا از کمیسیون روانپزشکی پزشکی قانونی در خصوص وی استعلام نماید. بنا به مراتب فوق موارد زیر پیشنهاد می‌گردد،



- الف- توجه ویژه قانونگذار به بحث اختلالات روانی و تأثیر آن ها در مسئولیت کیفری و وضع قوانین خاص در این زمینه.
- ب- برگزاری دوره های آموزشی برای قضات کیفری در زمینه آشنایی با اختلالات روانی و علائم آن ها .
- پ- استفاده از روانپزشکان در فرآیند دادرسی های کیفری و الزام آن ها به تشکیل پرونده شخصیت برای کلیه متهمان و مجرمان.

منابع

- . میرسعیدی، سید منصور (۱۳۸۲)، *مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان*، چاپ اول، جلد ۱، تهران، نشر میزان.
- . غلامی، علی (۱۳۹۲)، *مانع یا رافع بودن جنون و عوامل مشابه آن نسبت به مسئولیت کیفری*، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۷.
- . میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، *جرایم علیه اشخاص*، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان.
- . آقای نی، حسین (۱۳۹۵)، *جرایم علیه اشخاص*، چاپ پانزدهم، تهران، نشر میزان.



نقد و بررسی عدم تعیین کارشناس رسمی دادگستری در رویه قضایی پرونده‌های قاچاق کالا در تعزیرات و دادگاه انقلاب

وحید فرهنگ منش^۱

چکیده

با توجه به تحریم‌ها و افزایش نرخ ارز در سال‌های اخیر در کشور، قاچاق کالا نیز بسیار گسترش یافته و باعث شده پرونده‌های مرتبط با قاچاق کالا در مراجع قضایی و شبه قضایی، دادگاه‌های انقلاب و تعزیرات حکومتی افزایش قابل توجهی داشته باشد. در جریان رسیدگی، تعیین ارزش کالاهای قاچاق نقشی اساسی در تعیین مجازات مرتکبین و همچنین قطعی یا غیر قطعی بودن رأی آن‌ها ایفاء می‌نماید که به استناد «ماده یک» بند «ح» و «خ» قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ توسط گمرک انجام می‌شود. این در حالی است که نقش کارشناس رسمی در این پرونده‌ها نادیده گرفته شده و این امر موجب تضییع حقوق مرتکبین قاچاق می‌شود، لذا در این مقاله به بررسی و نقد عدم تعیین کارشناس رسمی دادگستری در پرونده‌های قاچاق کالا در تعزیرات و دادگاه انقلاب می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: کارشناس رسمی دادگستری، دادگاه انقلاب، تعزیرات حکومتی، قاچاق

کالا

مقدمه

اگر زمانی کلمه قاچاقچی به میان می‌آمد و نگاه‌ها به سمت کانتینرهای حمل مواد مخدر یا تانکرهای حمل سوخت می‌رفت، امروزه دیگر نمی‌شود هیچ عرصه اقتصادی را پیدا کرد که قاچاقچیان در آن وارد نشده و فعالیت خود را در آن گسترش نداده باشند؛ از



کالاهای خرد گرفته تا ماشین آلات بزرگ صنعتی و حتی ارز. همین مسأله باعث شده که در سال‌های اخیر پرونده‌های قاچاق در دادگاه‌ها حجم بسیاری پیدا کنند، تا آنجایی که در ماده ۱۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲، قوه قضاییه و سازمان تعزیرات حکومتی به منظور تسریع در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز موظف به اختصاص شعب ویژه‌ای در این مراجع شده‌اند.

صلاحیت رسیدگی این مراجع طبق ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز این‌گونه بیان شده که «رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است و سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است»، لذا دو مرجع قضایی دادگاه انقلاب و شبه قضایی تعزیرات حکومتی با توجه به نوع جرم و مجازات به جرائم و تخلفات حاصل از قاچاق کالا رسیدگی می‌کنند. این مراجع در جریان رسیدگی، ارزش کالاهای قاچاق را از گمرک استعلام می‌گیرند و از نظر کارشناس رسمی دادگستری استفاده نمی‌کنند. این در حالی است که در مواردی که قاضی تخصص لازم را ندارد، مطابق ماده ۱۸ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ و ماده ۱۲۸ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، از نظر کارشناسی استفاده می‌شود. از سوی دیگر با توجه به اهمیت میزان ارزش کالاهای قاچاق در تعیین مجازات و قطعی بودن یا نبودن رأی آن، بستر شکننده‌ای جهت تضییع حقوق مرتکبین فراهم می‌کند، لذا در این پژوهش پس از بررسی مفهوم قاچاق و جایگاه کارشناس رسمی دادگستری در پرونده‌های کیفری، بررسی می‌شود که ارجاع پرونده‌های قاچاق کالا برای تعیین ارزش کالاهای مزبور به گمرک، از سوی قاضی و جاهت قانونی داشته یا اینکه باید توسط کارشناس رسمی دادگستری انجام شود؛ چرا که در ماده یک بند «ح» و «خ» قانون قاچاق کالا و ارز، چگونگی و شیوه ارزش گذاری را بیان کرده، اما مشخص نکرده توسط چه شخص یا نهادی و این ابهامی است که در این پژوهش به دنبال پاسخ گویی به آن هستیم.

مفهوم قاچاق

واژه قاچاق در اصل ریشه ترکی دارد و در لغت نامه‌ها و فرهنگ نامه‌های زبان فارسی معانی نسبتاً مشابهی برای آن ذکر شده است. در لغت نامه دهخدا این واژه به معنی «برده، ربوده و آنچه ورود آن به کشور یا معامله آن از طرف دولت ممنوع است»، تعریف شده و



در فرهنگ نامه فارسی معین، قاچاق به معنی کاری بر خلاف قانون که پنهانی انجام شود، آمده است. (الهام، ۱۳۹۳، ۴۹) در قانون جدید مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز در تعریف قاچاق کالا از دو شیوه استفاده شده است. از یک طرف قانونگذار سعی نموده تعریفی از این جرم ارائه دهد و بیان داشته است «قاچاق کالا یا ارز، هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد» و از سوی دیگر با توجه به اینکه قانونگذار احتمال می‌داده این تعریف تمام انواع قاچاق کالا را در بر نگیرد، در ادامه همین ماده اقدام به ذکر مصادیق قاچاق کالا نیز نموده است (ساداتی، ۱۳۹۵، ۸۸). علاوه بر این برای تعریف قاچاق به منابعی به غیر از قوانین و مقررات مربوطه نیز می‌توان رجوع کرد و حقوقدانان تعاریفی ارائه داده‌اند که یکی از جامع‌ترین آنها عبارت است از «هرگونه فرار از نظارت گمرکی یا انجام فعالیت ناقص قانون خاص محدود کننده» (پژویان، ۱۳۸۵، ۴۶) لذا ما نیز در این پژوهش همین تعریف را مبنا قرار می‌دهیم.

از سوی دیگر قاچاق کالا و ارز از معدود جرائمی است که قابلیت قرار گرفتن در طبقه‌بندی‌ها و دسته‌بندی‌های مختلف را دارد اما می‌توان به جهت جنبه‌های اقتصادی مهم و تأثیرات منفی غیرقابل انکاری که بر اقتصاد مملکت، خصوصاً در کشورهای در حال توسعه دارد، قرارگرفتن در زمره «جرائم اقتصادی» را مهم‌ترین ویژگی آن به شمار آورد (ثالث مؤید، ۱۳۹۷، ۸۲). جرم‌هایی را که برای دستیابی به یک امتیاز مالی ارتکاب می‌یابند، جرم‌های اقتصادی می‌نامند که می‌تواند در بسترهای گوناگون یا در بطن فعالیت‌های مشروع بخش‌های مالی، بازار دولتی، بودجه دولتی (مالیات و سایر منابع مالی)، مبادلات تجاری، تولیدات صنعتی، خدمات اداری و قضایی و نیز در بیشتر روابط قراردادی ارتکاب یابد.

طبق ماده ۵۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز جرم قاچاق از مصادیق جرائم اقتصادی است که با جمع بند ب ماده ۱۰۹ و تبصره ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مشمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات نمی‌شود و همچنین طبق تبصره ۳۶ قانون مجازات اسلامی در صورتی که میزان مال موضوع جرم قاچاق کالا و ارز یک میلیارد ریال یا بیش از آن باشد، انتشار حکم محکومیت قطعی الزامی است و در رسانه ملی یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر می‌شود. مجازات جرم قاچاق نیز با توجه به نوع کالا و ارزش آن متفاوت است، بدین ترتیب که مجازات قاچاق کالاهای مجاز، کالای مجاز مشروط، کالای یارانه‌ای و ارز علاوه بر ضبط کالا و ارز به جریمه



نقدی از یک تا چهار برابر ارزش کالا متغیر است و وسایل نقلیه مورد استفاده در قاچاق این گونه کالاها، با توجه به نوع وسیله نقلیه و ارزش کالای قاچاق ضبط می‌شود. مجازات مرتکب قاچاق کالاهای ممنوع علاوه بر ضبط کالا، جریمه نقدی از دو تا ده برابر ارزش کالای ممنوع قاچاق متغیر است و مرتکب در مواردی با توجه به ارزش کالای قاچاق، حسب مورد به دو تا پنج سال حبس محکوم می‌شود و وسیله مورد استفاده نیز طبق شرایطی ضبط می‌گردد. حال اگر قاچاق کالاهای ممنوع به نحو سازمان یافته صورت گیرد، مجازات مرتکب علاوه بر جریمه نقدی، معادل دو تا ده برابر ارزش کالای ممنوع، حسب مورد حبس از نود و یک روز تا پنج سال با توجه به ارزش کالا متغیر است و اگر کالای قاچاق سازمان یافته از کالاهای مجاز، مجاز مشروط، یارانه‌ای و یا ارز باشد، مرتکب علاوه بر ضبط کالا به جزای نقدی از یک تا چهار برابر ارزش کالا و از نود و یک روز تا پنج سال حبس محکوم می‌شود. همچنین اگر کسانی به‌عنوان قاچاقچی حرفه‌ای محسوب شوند، علاوه بر ضبط کالا و ارز قاچاق، به حداکثر جزای نقدی و تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری و مجازات‌های حبس از نود و یک روز برای کالا و ارز با ارزش تا یک میلیارد ریال و تا دو سال برای کالا و ارز با ارزش بیش از یک میلیارد ریال محکوم می‌شوند؛ لذا مشخصاً قاچاق از دسته جرایمی است که دارای طیف وسیعی از مجازات بوده و بسته به نوع و میزان آن می‌تواند مجازات بسیار سنگین یا تا حدودی مجازاتی سبک را به همراه داشته باشد و در این خصوص نوع کالا و ارزش کالای قاچاق، تعیین کننده است.

نحوه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق

طبق ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رسیدگی به جرم قاچاق سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی، در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است و سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب می‌شود و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی می‌باشد. نظر به اینکه مراجع قضایی مختلف برداشت متفاوتی از ماده ۴۴ در مورد صلاحیت دادگاه انقلاب و تعزیرات حکومتی داشته‌اند، در نهایت هیأت عمومی دیوان عالی کشور طبق رأی وحدت رویه به شماره ۷۳۶ تاریخ ۹۳/۹/۴ اعلام نمود «نظر به اینکه در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، عبارت «مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی» به قرینه جمله بعد از آن با این عبارت «سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است»، معطوف به قاچاق کالا و



ارز و منصرف از قاچاق کالاهاى ممنوع است؛ بنابراین رسیدگی به بزه قاچاق کالاهاى ممنوع همانند رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای و بزه قاچاق کالا و ارز، مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی، مطلقاً در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب است».

از سوی دیگر اگر رأی صادره از شعب بدوی تعزیرات در مورد قاچاق کالا و ارز، ارزش آن‌ها کمتر از بیست میلیون ریال باشد، قطعی خواهد بود و در سایر موارد، آراء شعب ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ با درخواست محکوم علیه قابل تجدیدنظر خواهی است، لذا مشخصاً میزان ارزش کالاها در تعیین مجازات مربوطه تأثیر مستقیمی دارد و نقش مؤثری در رأی قاضی و حقوق متهم ایفا می‌کند؛ چرا که ممکن است به موجب این رأی خسارت مادی یا معنوی سنگینی به وی وارد شود و این در صورتی است که قانونگذار در ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، تمام اصطلاحات راجع به این قانون و مصادیق آن را بیان نموده، اما هیچ‌گاه اشاره‌ای به این موضوع نکرده است که کدام شخص یا نهاد، ارزش‌گذاری بر روی کالاهاى قاچاق را انجام داده و ارزش کالای مزبور را تعیین می‌کند. همین موضوع باعث ابهامات و اختلافاتی بین حقوقدانان شده است. با این حال رویه دادگاه‌ها به این شکل است که برای ارزش‌گذاری کالاهاى قاچاق در پرونده‌های مطروحه صرفاً استعمال از گمرک محل کشف کالای قاچاق را ملاک قرار می‌دهند و هیچ‌گاه موضوع به کارشناس خبره رسمی دادگستری ارجاع داده نمی‌شود.

کارشناس، وظیفه و حدود صلاحیت آن

اصطلاح «کارشناس» مترادف «اهل‌الخبره» و «اهل‌المعرفه» شناخته شده و اهل خبره کسانی معرفی شده اند که «در موضوع مادی یا معنوی معین، دارای بصیرت و اطلاعات خاص باشند که از ممارست متمادی آنها حاصل شده است». همچنین گفته شده کارشناس عبارت از شخصی است که به مناسبت علم یا شغل یا کسب، دارای معلومات و تشخیص لازم باشد. در تعریف «کارشناسی» نیز گفته‌اند: «تحقیقی است که دادگاه به منظور تمیز حق یا تمهید مقدمات آن، به عهده شخص صلاحیت داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و حرفه‌ای را که در دسترس دادگاه نیست، در اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قراین فنی و علمی بیان کند». (حسن زاده، ۱۳۸۸، ۱)

به هر حال امروزه به موازات گسترش و پیشرفت روز افزون جنبه‌های مختلف وقوع



جرايم، گونه‌ها و شيوه‌هاي وقوع آنها نيز متفاوت و پيچيده شده‌اند. در همين راستا، متأسفانه از جمله مهمترين مشكلات مراجع قضايي اين است كه گرچه شعب يا مجتمع قضايي به شعب يا مجتمع‌هاي تخصصي مشخصي نام گذاري شده‌اند، اما عموماً قضاات آنها فاقد اطلاعات تخصصي لازم از شكايات و دعاوي تخصصي مربوط بوده و با قضاات ديگر تفاوتی ندارند. بر همين مبنا بستر لزوم استمداد از نظر متخصصيني با عنوان كارشناسان فراهم مي‌گردد تا با همكاري با دادرسان، پي‌جويي حقيقت و تحقق عدالت سهل‌تر گردد (ذوالفقارخاني، ۱۳۹۴، ۸)، به علاوه كارشناس نسبت به تمامي مسائلي كه دادرس نظر او را در مورد آنها جوييا شده، اظهار نظر مي‌كند. به بيان ديگر، نظر كارشناس معمولاً جامع است، از اين رو اگر كارشناس در مورد يكي از مسائلي كه دادگاه نظر او را درخواست نموده، سكوت كند، اين سكوت موجب ابهام و اجمال نظريه مي‌شود و ممكن است اعتبار آن را زير سوال ببرد (حيدري ۱۳۹۳، ۱۷۸). در قوانين و مقررات مربوط به كارشناسي نيز براي موضوع كارشناسي، چگونگي ارجاع به كارشناس، كارشناسي كه موضوع براي رسيدگي به او ارجاع مي‌شود و نظري كه كارشناس اعلام مي‌كند، شرايطي ذكر شده كه اعتبار نظر كارشناس منوط به رعايت آن شرايط است. از جمله آن شرايط، مورد وثوق بودن كارشناس، داشتن صلاحيت علمي و فني لازم در خصوص موضوع ارجاع داده شده، صريح و موجه بودن نظر كارشناسي و عدم مخالفت نظر كارشناس با اوضاع و احوال معلوم و محقق مورد كارشناسي است (سادات حسيني، ۱۳۹۱، ۳۳). اکنون سؤالي كه مطرح مي‌شود اين است كه اگر تمام شرايط لازم براي نظر كارشناس رعايت شده باشد، اين نظر تا چه ميزان براي دادگاه اعتبار خواهد داشت؟

ميزان اعتبار نظر كارشناس

در خصوص حجت بودن نظريه كارشناسي براي قاضي، ديدگاه‌ها متفاوت بوده و در قوانين کشور ما هم اين موضوع تقريباً مسكوت مانده است. ديدگاه اكثريت و مشهور اين است كه قاضي با استناد به ماده ۵۶۲ ق.آ.د.م در قبول يا رد نظريه كارشناسي مخير خواهد بود، ولي ديدگاه اقليت قاضي را مخير نمي‌داند چون معتقدند مخير بودن قاضي در قبول يا رد نظريه كارشناس متخصص چيزي جز طواري دادرسي در دادگاه‌ها نخواهد داشت. با اين حال، با توجه به پيشرفت‌هاي دانش فني و پيچيده شدن امور مختلف، به نظر مي‌رسد گرايش قضاات به ارجاع موضوعات تخصصي به كارشناس است. به علاوه برخي از مواد مقررات كيفري نيز از جمله ماده ۴۴۹ قانون مجازات اسلامي، ميبين اين است كه قانونگذار



رجوع به کارشناسی را اجباری تلقی کرده و قاضی لزوماً باید از کارشناس دعوت به عمل آورد (حسینی خواه، ۱۳۹۲، ۱۹۴). به هر حال مراجع قضایی برای نظرات کارشناسی کارشناسان ارزش و اعتبار فراوانی قائل هستند تا آنجا که اگر دادگاهی بدون صلاحیت علمی و فنی، نظریه کارشناس را رد کند و رأساً اقدام به صدور رأی نماید، چنین رأیی ارزش قضایی نداشته و قابل ابطال است. در رویه قضایی نیز اماره قضایی بر اماره قانونی ترجیح داده می‌شود، بنابراین مشخصاً در جرم قاچاق نیز که ارزیابی ارزش کالا امری فنی و تخصصی است و قضات در رابطه با آن متخصص محسوب نمی‌شوند، برای جلوگیری از تضييع حقوق مرتکبین باید امر را به کارشناس ارجاع دهند، اما اینکه این حقوق کدام است باید بررسی شود.

چالش رعایت حقوق مرتکبین قاچاق در تعارض با حقوق دولت

مطابق اصول راهبردی دادرسی، دادگاه می‌بایست در رسیدگی به تمام پرونده‌ها و از جمله پرونده قاچاق، حقوق متهم در دادرسی را رعایت و تدابیری اتخاذ کند که این اصول تضمین گردند. متهم در پرونده‌های قاچاق در مقابل دولت قرار گرفته و به نوعی تقابل ملت و دولت شکل می‌گیرد که در این‌گونه روابط عموماً حقوق ملت به عنوان گروهی از افراد که قدرتی همسان قدرت دولت در اختیار ندارند و از اطلاعات، تسهیلات و تجهیزات بسیار کمتری در مقابل دولت برخوردارند، باید در اولویت قرار گیرد. حال آنکه ارجاع امر به گمرک (دولت) در ارزیابی ارزش کالاهای قاچاق با توجه به مواردی که در زیر گفته می‌شود به نوعی به مثابه تضييع حقوق ملت است.

اصول راهبردی دادرسی، مجموعه‌ای از قواعد کلی هستند که موضوع اصلی آن‌ها تعیین نقش متقابل اصحاب دعوا و دادرسی و تضمین حقوق اساسی طرفین است. اصول بنیادین مانند اصل ترافعی بودن دادرسی، اصل علنی بودن دادرسی، اصل استقلال و بی‌طرفی، اصل هم‌ترازی، قاعده انصاف، قاعده لاضرر و ... همه ناظر بر تضمین حقوق متهم در دادرسی هستند و در تمامی دادرسی‌ها مورد عمل قرار می‌گیرند (شایان، ۱۳۹۰، ۳) که به اختصار به مرتبط‌ترین آن‌ها به موضوع حاضر می‌پردازیم؛ چراکه برخی همچون «اصل علنی بودن دادرسی» به این معنی که علاوه بر طرفین اختلاف، عموم مردم نیز حق حضور در جلسه رسیدگی را داشته باشند و بتوانند از چگونگی اجرای عدالت در مراجع حل اختلاف آگاهی یابند (قنوتی، ۱۳۹۷، ۱۶۹) یا «اصل ترافعی بودن یا تقابل» که به معنای دو طرفه بودن دفاع و امکان اعتراض به دفاع هر یک از طرفین توسط دیگری



است و از عناصر لازم یک دادرسی عادلانه است (بهادری، ۱۳۹۷، ۱۳)، ارتباط چندانی با حقوقی که با ارجاع امر به گمرک تزییع می‌شوند، ندارد. این در حالی است که ارجاع موضوع به گمرک، «اصل استقلال و بی طرفی» و «اصل انصاف» را زایل می‌نماید. منظور از استقلال قضایی این است که دادرسان در صدور رأی تنها قانون و وجدان را حاکم اعمال خود قرار دهند و توجهی به دستورها، نظرها و خواسته‌های دیگران نداشته باشند، از هیچ مانعی نهراسند و بیم انفصال، تنزیل رتبه و مقام، تغییر محل خدمت و موقعیت شغلی به خود راه ندهند. همچنین بی طرفی به این معناست که دادرس در دادرسی باید گرایشی به اطراف دعوا نداشته باشد (حاجی محمدی، ۱۳۹۷، ۳۵). چنانکه بیان شد دادگاه در ارزیابی ارزش کالای قاچاق با رعایت نظر گمرک در واقع به سمت دولت گرایش پیدا کرده و به نوعی استقلال خود را به طور غیر مستقیم دچار خدشه می‌نماید، بدون اینکه متوجه آن باشد. قاعده انصاف نیز به معنای به کارگیری وجدان پاک و عدالت جوی انسانی در تشخیص حق و اجرای آن است و کاربرد آن در حل و فصل دعاوی زمانی است که با توجه به قوانین، عدالت اجرا نشده و حق به حق‌دار نمی‌رسد. در اینجاست که قاعده انصاف پا به عرصه گذاشته و حق و عدالت را به اجرا در می‌آورد (مظاهری، ۱۳۹۱، ۱۵۷). عدالت نیز اقتضا می‌کند که برای تعیین ارزش کالای قاچاق به شخصی بی طرف مراجعه شود.

وظیفه دادگاه در ارجاع به کارشناسی

کارشناسی در امور کیفری نیز بالطبع باید از خصیصه‌هایی چون دقت و سرعت برخوردار باشد و از هر گونه تشریفات زاید و غیر ضروری که مانع سرعت کارشناسی است، پرهیز شود. به علاوه در امور کیفری هرگاه اختلافی بین کارشناسان به وجود آید، نمی‌توان به قرعه تمسک جست یا امر به سازش نمود، بلکه برای احراز واقعیت باید به کارشناسان دیگری رجوع شود (نیازخانی، ۱۳۹۰، ۶۹). مطابق مواد ۱۵۵ و ۱۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری، در مواردی که بازپرس انجام کارشناسی را ضروری می‌داند و قرار ارجاع امر به کارشناسی صادر می‌کند، کارشناس مکلف به انجام موضوع کارشناسی است، مگر آنکه به تشخیص بازپرس عذر موجه داشته باشد یا موضوع از موارد رد کارشناس محسوب شود که در این صورت کارشناس باید پیش از اقدام به کارشناسی مراتب را به طور کتبی به بازپرس اعلام دارد. همچنین طبق ماده ۱۶۰ بازپرس پرسش‌های لازم را از کارشناس به صورت کتبی یا شفاهی به عمل می‌آورد و نتیجه را در صورت مجلس قید می‌کند. در



صورتی که بعضی موارد از نظر بازپرس در کشف حقیقت اهمیت داشته باشد، کارشناس مکلف است به درخواست بازپرس در مورد آنها اظهار نظر کند و طبق ماده ۱۶۶ در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، بازپرس نظر کارشناس را به نحو مستدل رد می‌کند و موضوع را به کارشناس دیگر ارجاع می‌دهد. بنابراین طبق مواد یاد شده قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس باید در مواردی که تخصص ندارد و لازم می‌داند موضوع را به کارشناس ارجاع دهد و به نظر می‌رسد با توجه به جمع مواد ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۸، ۱۶۰ و به خصوص مواد ۱۶۳، ۱۶۵ و ۱۶۶ آیین دادرسی کیفری نظر کارشناسی برای قاضی بسیار مهم است و باید به نظر او احترام بگذارد و نظر او را در رأی خود لحاظ نماید.

ارزیابی صلاحیت گمرک برای کارشناسی کالاهای قاچاق

ارزیابی و تعیین قیمت کالاهای قاچاق از سوی دادگاه به گمرک محول می‌شود. گمرک طبق ماده ۲ قانون امور گمرکی ۱۳۹۰ سازمانی دولتی و تابع وزارت امور اقتصادی و دارایی است که به‌عنوان مرزبان اقتصادی کشور نقش محوری و هماهنگ کننده را در مبادی ورودی و خروجی کشور دارد و مسئول اعمال حاکمیت دولت در اجرای قانون امور گمرکی و سایر قوانین و مقررات مربوط به صادرات و واردات، عبور کالا، وصول حقوق ورودی و عوارض گمرکی و مالیات‌های مربوطه و الزامات فنی و تسهیل تجارت است. از سوی دیگر مأمور دولتی، شخصی است که از طریقی قانونی، به دولت منسوب و ملحق است. مفهوم دولتی در حقوق کیفری، دولت در معنای عام کلمه و شامل تمام نهادها و امور کشوری و لشکری اعم از تولیدی، توزیعی و خدماتی است. بنابراین هم شرکت‌های دولتی و هم دادگاه‌های دادگستری، از اجزای دولت تلقی می‌شوند. پس هر کس که بنا به قانون، در این نهادها، وظیفه‌ای را عهده دار شود و اجرا کند، مأمور دولتی به‌شمار می‌آید (زراعت، ۱۳۹۱، ۱۶)؛ لذا با توجه به تعاریف فوق به نظر می‌رسد کارشناس گمرک یا مأمور گمرک، مأمور دولتی به حساب می‌آید، چراکه حقوق خود را از دولت می‌گیرد و به دستور او و برای او کار می‌کند. در نتیجه منافع دولت را مرجح از منافع تاجر حقیقی یا حقوقی که اقدام به واردات کالا کرده، تشخیص می‌دهد. این موضوع خلاف مواد قانونی، رعایت حقوق ملت و دادرسی منصفانه است، چراکه کارشناس باید فردی بی‌طرف بوده و حتی منافع مردم را به دولت ترجیح دهد. طبق ماده «۱» و «۳۳» قانون کارشناسان رسمی دادگستری، کارشناس رسمی باید دارای شخصیت مستقل غیر دولتی باشد. بنابراین



کارشناسانی که مستخدم دولت باشند، نمی‌توانند در دعاوی و سایر امور مستلزم امر کارشناسی رسمی که مربوط به دستگاه مطبوع آنهاست به عنوان کارشناس رسمی مداخله و اظهار نظر کنند، مگر با تراضی طرفین. در نتیجه علاوه بر آنچه تا کنون در خصوص رعایت حقوق مرتکبین، صلاحیت کارشناس رسمی و وظیفه دادگاه در ارجاع به کارشناس بیان شد، بر اساس مواد قانونی مسئولیت مدنی، قواعد و اصول حقوقی لاضرر، بی طرفی دادرس و قاعده رفتار مساوی با طرفین، کارشناس گمرک نمی‌تواند به عنوان کارشناس رسمی جهت ارزیابی قیمت کالا اقدام نماید.

نتیجه گیری و پیشنهادها

آنگونه که بیان شد تحریم‌ها و افزایش نرخ ارز در کشور بر افزایش قاچاق انواع کالاها اثر مثبت داشته و همین امر باعث شده تا حجم پرونده های قاچاق در مراجع قضایی و شبه قضایی به طور چشم‌گیری افزایش یابد، به طوری که ماده ۱۱ قانون قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ مراجع قضایی و شبه قضایی را موظف به ایجاد شعب ویژه برای رسیدگی هر چه سریع‌تر به این پرونده‌ها کرده است. حال با توجه به این که ارزش کالاهای قاچاق امری تخصصی به حساب می‌آید و در نوع مجازات و رأی متهم بسیار مهم و مؤثر می‌باشد، قضات برای تشخیص ارزش کالاهای قاچاق طبق تفسیری که از ماده ۱ بند «ح» و «خ» قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز دارند، آن را به گمرک ارجاع می‌دهند. در صورتی که طبق ماده ۲ قانون امور گمرکی ۱۳۹۰، گمرک سازمان دولتی است و مأمورین یا کارشناسان گمرک نیز از مأمورین دولتی محسوب می‌شوند، لذا چون حقوق خود را از دولت دریافت می‌کنند و جایگاه خود را متزلزل می‌بینند، در مواردی که امر کارشناسی به آن‌ها واگذار می‌شود، حقوق و منافع دولت را مرجح از حقوق متهم می‌دانند و نظر آن‌ها بیشتر به سود دولت متمایل خواهد بود. همین امر باعث می‌شود که حقوق متهم در دادرسی عادلانه تضییع شده و اصول بنیادین دادرسی از جمله اصل بی‌طرفی دادرس، در پرونده‌های قاچاق رعایت نشود و موجب ورود ضرر مادی و معنوی و گاه هنگفتی به متهم شود. این در حالی است که گذشته از رویه قضایی که مطابق آن کارشناسی به عنوان اماره قضایی بر اماره قانونی ترجیح دارد، طبق ماده ۱۸ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری ۱۳۸۱ و مواد ۱۲۸، ۱۵۵ و ۱۵۶ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز دادگاه‌ها برای تعیین ارزش کالاهای قاچاق که امری تخصصی است، باید از نظر کارشناس استفاده کنند؛ زیرا کارشناس فردی محسوب می‌شود که هیچ ارتباطی به اصحاب دعوا



نداشته و به صورت عادلانه، منصفانه و کاملاً بی طرفانه و بدون هیچ ترس و دغدغه‌ای نظر خود را ارائه می‌کند. به خصوص اینکه طبق ماده ۱ قانون کانون کارشناسان رسمی، کارشناس جایگاه مستقلی دارد و حقوق خود را از دولت دریافت نمی‌کند و حتی اگر نظر وی اشتباه باشد و به صورت عمدی به طرفین ضرری وارد کند یا برخلاف واقع و یا بر اساس تبانی با طرفین اقدام نماید، طبق بند «۹» ماده ۲۶ قانون فوق مشمول مجازات کیفری شده و هر یک از طرفین نیز می‌توانند طبق ماده ۱۶۷ قانون آئین دادرسی کیفری از وی شکایت کنند. با توجه به اینکه چنین شکایتی موجب می‌شود تا جایگاه او به خطر افتد، بنابراین سعی می‌کند در مواردی که امر کارشناسی به او ارجاع می‌شود کلیه اصول کارشناسی را رعایت کند، به طوری که حقوق طرفین تضییع نگردد.

منابع

- . الهام، غلامحسین، میرخلیلی، سید محمود، پرهام فر، امیر محمد (۱۳۹۳)، *چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۶۸.
- . بهادری جهرمی، علی، حسینی، سیده لطیفه (۱۳۹۳) *اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوق داخلی*، دو فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، ش ۷.
- . پژویان، جمشید، مداح، مجید (۱۳۸۵)، *بررسی اقتصادی قاچاق در ایران*، پژوهش‌نامه اقتصادی، ش ۲۰.
- . ثالث مؤید، احمد علی، آزادفر، محمدصادق، جوادیان، سید محمد حسن (۱۳۹۷)، *مبانی مسئولیت کیفری در جرم قاچاق سازمان یافته مبتنی بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز*، فصلنامه کارآگاه، ش ۴۳.
- . حاجی محمدی، اصغر، افتخار جهرمی، گودرز، جنیدی، لعیان، شهلا، مهدی (۱۳۹۷)، *اصل بی طرفی دادرسی و قواعد ناشی از آن*، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش ۳۵.
- . ذوالفقارخانی، مجید (۱۳۹۴)، *نقش کارشناسی در دادرسی های کیفری*، پایان نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد، کوشا، جعفر، دانشگاه شهید بهشتی.
- . زراعت، عباس، صفری، مجید (۱۳۹۱)، *مطالعه تطبیقی مفهوم دولت و مأموران دولتی در حقوق کیفری*، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۳.
- . سادات حسینی، سید عباس (۱۳۹۱)، *حجیت نظریه کارشناسی پزشکی در اثبات حجر*، فصلنامه حقوق پزشکی، ش ۲۳.
- . شایان، مهدی (۱۳۹۰)، *اصل بی طرفی دادگاه در امور کیفری*، پایان نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد، استاد راهنما امیدی، جلیل، دانشگاه تربیت مدرس.



آنچه کارآموزان و وکلای سرپرست باید بدانند

مهناز دره شیری^۱

چکیده

کارآموزان وکالت، علاوه بر پشت سر گذاشتن خان اول، یعنی قبولی در آزمون ورودی کانون وکلا، در حالی که هنوز از خوشحالی روی ابرها سیر می‌کنند، باید شخصی را انتخاب نمایند که نزد وی کارآموزی کنند. وکیل سرپرست، خان دوم است! در این میان کارآموزانی که هیچ‌گونه آشنایی قبلی با این حرفه ندارند و صرفاً فارغ التحصیل رشته حقوق هستند، دچار سردرگمی شده و به چه کنم، چه کنم می‌افتند. این استرس تا اندازه‌ای طبیعی است، اما عده‌ای حساسیت زیادی نشان می‌دهند و به جای دو نفری که باید معرفی کنند، به دیدار چندین وکیل پایه یک رفته، صحبت می‌کنند، امضا می‌گیرند، از بین آنها گزینش می‌کنند و دو نفر را به کانون معرفی می‌نمایند. به راستی آنها چه چیزی را می‌سنجند؟ سنگ محک کارآموزان چیست که با آن گزینش می‌کنند؟ مگر چه فرقی دارد یا باید داشته باشد؟ برای جواب این سؤالات، ابتدا باید دید، وکیل سرپرست کیست؟ کارآموز کیست؟ و هر کدام چه وظایفی دارند؟

کلید واژگان: کارآموز، وکیل سرپرست، دوره کارآموزی، کانون وکلا.

وکیل سرپرست کیست؟

چند قانون مربوط به وکالت را زیر و رو کردم، اما تعریفی از واژه وکیل سرپرست ارائه نشده بود. تنها قانونگذار به طور مختصر، حق و تکلیف آنها را بیان کرده و در مواردی گفته شده: «کارآموز باید شخصی را معرفی کند که نزد وی می‌خواهد کارآموزی کند، یا اینکه کارآموز موظف است نزد یکی از وکلای با سابقه دادگستری کار کند». در عرف وکالت، وکیل سرپرست به کسی گفته می‌شود که سابقه‌ای در امر وکالت دارد و بتواند



تجربیات عملی خود را به کارآموزی که به او مراجعه می‌کند، انتقال دهد و همچنین، حسن شهرت و صحت عمل او هم مورد قبول کانون و کلا باشد. در واقع همانند یک استاد، وظیفه تعلیم و تربیت یک شاگرد تازه وارد به آن صنف را به عهده می‌گیرد و قبول می‌کند که فوت و فن‌ها و نحوه کار عملی را به شاگرد خود انتقال داده و او را آماده پذیرش مسئولیت سنگینی نماید که عهده دار دفاع از حقوق کسانی باشد که مهارت لازم در دفاع از خود را ندارند.

یک وکیل سرپرست، می‌تواند مهم‌ترین و بهترین سنگ بنای موفقیت یک کارآموز وکالت باشد، مخصوصاً برای آن دسته از کارآموزانی که تا قبل از قبولی در آزمون وکالت، تجربه انجام کارهای حقوقی را نداشته اند، بنابراین انتخاب وکیل سرپرست ایده آل می‌تواند تأثیر به‌سزایی در پیشرفت علمی، اجتماعی، اقتصادی و حتی شخصیتی کارآموز داشته باشد!

خصایص و وظایف وکیل سرپرست

الف: درک بالا: توجه به کارآموزانی که بدون هیچ اقدام حقوقی قبلی، وارد این فضای جدید شده اند و حتی از یک فرد عادی هم که برای پیگیری پرونده اش پا به دادگستری می‌گذارد، مشوش ترند، بسیار اهمیت دارد، زیرا کارآموز به تصور خود، فکر می‌کند که الان تمام افراد اعم از وکیل و قاضی و عامه مردم او را همه چیز تمام دانسته و خود را با یک وکیل پایه یک، با چند سال سابقه کار مقایسه می‌کند و در این صورت احساس ناتوانی و سردرگمی پیدا می‌کند، بنابراین وکیل سرپرست با درک شرایط وی و کمی صبوری می‌تواند کارآموز را به واقع بینی و آرامش دعوت کرده و این حس ناتوانی را از او گرفته و قدرتمندی و توانمندی هایش را برای او بازگو کند. اما افسوس گاهی، برخی وکلای سرپرست، در این مواقع با یک اشتباه کوچک کارآموز، از کوره در رفته و علاوه بر داد و بیداد، کارآموز را دچار ترس بسیاری می‌کنند.

ب: احترام: مثلاً اینکه در مقابل دیگران، وی را همکار خطاب کنند و در نظافت دفتر و پذیرایی از مراجعین انتظاری از وی نداشته باشد!، چرا که اگر کارآموز از سرپرست خود بی‌احترامی ببیند، اعتماد به نفس خود را از دست می‌دهد. برخی از کارآموزان گله دارند که وکیل سرپرست کارهای شخصی خود را به آنها محول می‌کند.

پ: گفتگو با مراجعین و موکلان: وکیل سرپرست در صورت رضایت موکل، از کارآموز دعوت کند تا در دفتر وکالت، در جلسه با موکل شرکت کند و مواضع وی، آداب و نحوه



مذاکره و برخورد با موکل را بیاموزد.

ت: حمایت از کارآموز: کارآموزان در این عرصه همانند کودکانی نو پا بوده که با کوچک‌ترین اشتباه، ممکن است زندگی آنها نابود شود، در نتیجه به مصداق شعر زیر، حمایت و کیل سرپرست از کارآموز را می‌طلبید:

دستم بگرفت و پا به پا برد تا شیوه راه رفتن آموخت

جنبه های مختلف حمایت از کارآموز


. درست است که کارآموز در حد امکان نباید انتظار درآمد بالا داشته باشد، زیرا همان گونه که از اسم آن پیداست، کارآموز در این دوره باید تا می‌تواند تجربه کسب کند، اما وکیل سرپرست می‌تواند در پرونده های ارجاعی، وی را پشتیبانی و یاری کند که افراد به گمان اینکه وی یک کارآموز است، حق او را پایمال نکنند. پر واضح است وکیل سرپرست نیز در قبال ارجاع پرونده به کارآموز، انتظار مال نداشته باشد.!

. دیگر حمایت وکیل سرپرست اینکه، اگر کسی به کارآموزش توهین یا بی احترامی کرد، بداند که در واقع این حرکت توهین و بی احترامی به تمام جامعه و کالت می‌باشد. . به کارآموز اجازه دهد که در اداره دفتر مشارکت کرده و از امکانات دفتر استفاده نماید تا تجربه کسب کند.

. پرسش های کارآموز را با صبر، حوصله، مهربانی و روی خوش پاسخ دهد تا او احساس نکند مزاحم وکیل سرپرست است. وکیل سرپرستان مانند اولیائی برای کارآموزان هستند که باید آنچه در چنته دارند، در اختیار آنها قرار داده و کارآموز را تربیت کنند، جلسات آموزشی منظم برای آنها ترتیب دهند و آنها را ملزم کنند که در هفته یک یا چند روز در دفتر حاضر شوند. با کارآموز ارتباط مستمر برقرار کنند و در دسترس باشند. . از آنها گزارش اقدامات و تکالیف قانونی خود را بخواهند و به آنها روحیه بدهند، چون آنها عادت به ناملایمات این حرفه ندارند.

کارآموز کیست؟

در قانون، کارآموز به کسی اطلاق می‌شود که حداقل دارای لیسانس حقوق بوده، در آزمون ورودی، نمره لازم را کسب کرده و قبول شده است و پس انجام کارهای اداری و استعلامات، وی به عنوان عضو جدید کانون و کلا پذیرفته شده است. کارآموز هر چند فارغ



التحصيل رشته حقوق است، اما وقتی وارد عرصه کار عملی می‌شود، برایش یک دنیای ناشناخته است که گویی هیچ از آن نمی‌داند.

وظایف و خصایص کارآموز

از دیدگاه چند وکیل با سابقه دادگستری، کارآموز باید با حفظ صبر، آرامش و کنترل احساسات خود، ادب و احترام را در مقابل سرپرست، همکاران، موکلان و مقامات اداری و قضایی رعایت کند. تکالیفی را که از طرف کانون به او محول شده، به نحو احسن انجام داده و گزارش های تهیه شده را به روز انجام دهد و همه را برای انتهای زمان کارآموزی، انباشته نکند، زیرا در آن موقع به جای اینکه خود را آماده آزمون اختبار کند، باید مشغول تهیه و تنظیم گزارش ها شود و این موجب خستگی و نرسیدن به نتیجه مطلوب کارآموز و سرپرست می‌شود.

کارآموز باید به طور مرتب در دفتر وکیل سرپرست حضور داشته باشد، اما نه به گونه‌ای که مزاحمتی برای وی ایجاد کند. درست است که طبق قانون «انجام تکالیف کارآموزی افتخاری و مجانی است، ولی کارهایی که کارآموز خود قبول می‌نماید و تحت نظر وکیل سرپرست انجام می‌دهد، می‌تواند حق الزحمه کار را دریافت نماید» اما کارآموز نباید توقع درآمد به اندازه وکیل سرپرست خود را داشته باشد.

پوشش کارآموز یک مسأله بسیار مهم است که او و حتی وکیل سرپرست او باید رعایت نمایند، به نحوی که در شأن جامعه وکالت باشد. پوشش یک وکیل نشانه شخصیت اوست. پوشش علاوه بر اینکه می‌تواند به خود شخص اعتماد به نفس بدهد، باید این حس اعتماد را در موکل و همکاران نیز به وجود آورد. در یک جلسه دادگاه باید وکیل از موکل قابل تشخیص باشد.

کارآموز باید قبل از قبول تمام پرونده هایی که می‌خواهد اقدام کند، از سرپرست خود مشورت بگیرد، ضمن اینکه وکیل سرپرست نیز موظف است در صورتی که پرونده راه به جایی ندارد یا مناسب شخصیت کارآموزش نیست و برایش دردسر ساز است، آن را به او ارجاع ندهد و عاقبت آن را به کارآموز خود گوشزد کند.

همیشه حق و تکلیف دو کفه مقابل هم بوده اند. احترام، رعایت اخلاق حمایت و غیره، هم حقوق و هم تکلیف هر دو طرف می‌باشند و دینی است که هر دو به دوش می‌کشند.



دغدغه و تشویش کارآموزان

کارآموزی دوره‌ای بسیار مهم، هم برای کارآموز و هم برای وکیل سرپرست است. کارآموز به نحوی، روی لبه تیغ راه می‌رود و باید بسیار مراقب رفتار و عملکرد خود باشد. یک اشتباه کوچک کافی است تا علاوه بر اینکه از طرف کانون و کلا مجازات انتظامی داشته باشد، یک امتیاز منفی نیز در پرونده کاری او ایجاد شود. کافی است چند ضعف علمی و عدم حمایت وکیل سرپرستش در دوره کارآموزی یا چند سوء رفتار با قضات و کارمندان شعبات و همکاران و نیز یکی دو شکست در این دوره داشته باشد تا به همین دلایل به وکیل بدنامی تبدیل شود:

خشت اول چون نهد معمار کج تا ثریا می‌رود دیوار، کج

اشتباهات کارآموز علاوه بر پیامدهای مضر آن برای خودش، برای وکیل سرپرستش نیز پیامدهای خوبی به همراه ندارد؛ ضمن اینکه شاید کمتر کسی دیگر برای کارآموزی نزد وی برود، خودش هم بر سر زبان‌ها می‌افتد، چراکه همه فکر می‌کنند راه اشتباه کارآموز را سرپرستش به او آموخته است. همین طور بر عکس، در صورت موفقیت کارآموز، این امر باعث افتخار و حسن شهرت وکیل سرپرست نیز می‌شود.

دوره کارآموزی دقیقاً مصداق این حکایت است:

می‌گویند روزی ذوالقرنین با سپاهیان‌ش از سرزمینی عبور می‌کردند، به سپاهیان‌ش گفت: می‌خواهیم از یک بیابان تاریک عبور کنیم. روی زمین این بیابان پر از شن و سنگریزه است. اگر از آن شن‌ها بردارید پشیمان می‌شوید و اگر بر ندارید باز هم پشیمان خواهید شد. عده‌ای گفتند: در هر صورت که پشیمانی است، پس به خودمان زحمت ندهیم که چیزی برداریم و بارمان سنگین شود. عده‌ای دیگر هم گفتند: کمی برمی‌داریم تا حداقل دست خالی نباشیم. در روشنایی روز بعد متوجه شدند، تمام آن شن‌ها و سنگریزه‌ها، الماس و یاقوت و زمرد بوده‌اند. هر کس که چیزی جمع نکرده بود، حسرت می‌خورد که چرا از آن جواهرات بر نداشته و آنهایی هم که مشتی از آن جواهرات را برداشته بودند، حسرت می‌خوردند که چرا همه خورجین و توبره هایشان را پر نکردند.

دقیقاً حکایت کارآموزی همین است. تجربه‌های بزرگان حقوق همان شن و سنگریزه‌هاست که بعد متوجه می‌شوند چه جواهراتی را از دست داده‌اند. کارآموز در این دوره باید تا می‌تواند از تجربه‌های وکیل سرپرست و دیگر وکلا استفاده کند و در قید و بند نتیجه مالی آن نباشد، او باید سعی کند، فوت کوزه‌گری را بیابد.



با این اوصاف، تشویش کارآموزان دلایل زیادی دارد. کارآموزی که چند سال پیاپی فقط مشغول درس خواندن بوده و هزینه های گزاف به مؤسسه های آموزشی مختلف پرداخت کرده و هیچ درآمدی نداشته، توقع ها از وی زیاد است. مثلاً سن آنها بالا رفته، اما آهی در بساط ندارند تا حتی ابتدایی ترین شرایط اجرای سنت پیامبر یعنی ازدواج را مهیا کنند. اولین دغدغه بیشتر کارآموزان، مسائل مالی است و به دنبال درآمد هستند، پس می خواهند وکیلی انتخاب کنند تا به آنها پرونده ارجاع دهد یا اینکه اگر ارجاع نمی دهد، در پرونده هایی که خود کارآموز قبول می کند، امضای خود را دریغ نکند و به قول یک کارآموز سنگ جلوی پای آنها نیندازد.

دومین دغدغه اینکه بعضی از کارآموزان یک تصور غلط در ذهن دارند. آنها فکر می کنند اگر سرپرست آنها دستی بر آتش داشته باشد، باعث شهرت و خوشنامی و افزایش نعمات آنهاست یا اینکه در آزمون اختبار برای آنها امتیازی است. این باور غلط باعث می شود که کارآموز دائماً به دنبال انتخاب این افراد باشد و در نتیجه وکیل سرپرست نتواند وظیفه خود را به درستی نسبت به همه آنها اجرا کند. مثلاً در این صورت وقتی وکیل سرپرست ۱۵ کارآموز دارد، در این آشفته بازاری که درست می شود، قطعاً وکیل و کارآموزان نیز خسته می شوند. شاید از دید یک فرد عادی و غیر حقوقی، اینکه وکیل سرپرست، یک شخص برجسته جامعه و کالت باشد، یک امتیاز است، اما در دید قضات و بازپرس هیچ فرقی ندارد که وکیل سرپرست یک کارآموز چه کسی است. در گفتگو با یکی از بازپرسان محترم، ایشان فرمودند: « اصلاً نگاه نمی کنم و توجه نمی کنم که وکیل سرپرست وی کیست. ما با استدلال و حرف حساب کار داریم، چه وکیل، چه کارآموز». همچنین اشاره کردند که بهتر است فرد مجربی باشد تا بیشتر بتواند در صلح و سازش کمک کند».

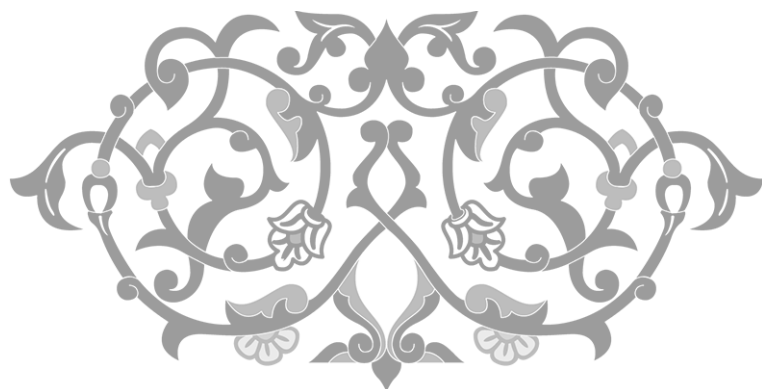
سومین دلیل آشفته گی کارآموزان این است که بعضی از این عالمان حقوق چنان ایرادات بنی اسرائیلی از کارآموزان می گیرند که آنها گیج و گیج تر می شوند و احساس ناتوانی و نابلدی می کنند، اعتماد به نفس خود را از دست می دهند. کارآموزان به دنبال کسی هستند که با صبر و حوصله به سوالات آنها پاسخ دهد و اشتباهات آنها را با متانت گوشزد کند.

چهارمین دغدغه کارآموزان خانم، سلامت اخلاق، تدین و احساس امنیت با وکیل سرپرست خود می باشد.



نتیجه گیری

پس از تحقیق و گفتگو با دوستان کارآموز، وکلای با تجربه، قاضی و بازپرس به این نتیجه رسیدم که اگر هر یک از وکلای سرپرست و کارآموز سر جای خود باشند و پا را فراتر از ادب، احترام، اخلاق، انسانیت و قانون نگذارند، نه کارآموز ترسی دارد از اینکه وکیل سرپرستش چه کسی است و نه وکیل واهمه‌ای از تعلیم و تربیت کارآموز دارد. در صورتی که وکلای سرپرست از کارآموز حمایت کنند، هم استرس کارآموزان کم می‌شود و هم سرپرستی، به نسبت منصفانه بین وکلا تقسیم می‌شود و کارآموزان می‌توانند بهتر از تجربیات و وجود سرپرست بهره مند گردند. کارآموزان به دنبال یک وکیل واقعی، یعنی یک وکیل قانون مدار، جسور، شجاع و با اخلاق انسانی هستند و برای یافتن کرامت و شرافت، لحظه شماری می‌کنند.



گزیده

سخنرانی‌ها





بررسی امکان خلع ید از مال مشاع^۱

دکتر سید محمود کاشانی^۲

در قانون مدنی به پیروی از کتب فقهی، بحث راجع به اشاعه در قرارداد شرکت آورده شده، چراکه در فقه، راجع به اینکه شرکت یکی از عقود است، تردید وجود دارد. عده‌ای از فقها شرکت را یک عقد محسوب نمی‌کنند، بلکه نوعی اشاعه در نظر می‌گیرند. این تناقض در قانون مدنی ما نیز رسوخ پیدا کرده؛ از طرفی شرکت را در زمره عقود معین آورده و از طرفی مقررات اشاعه را در باب شرکت آمده است. قانون مدنی فرانسه که در سال ۱۸۰۴ به تصویب رسیده، در این باره مقررات اشاعه را در بخش اسباب تملک و اموال و مالکیت آورده که منطقی‌تر است.

اشاعه حالتی استثنایی در مالکیت است. بیشترین عامل اشاعه نیز ارث می‌باشد که پیامد فوت شخص است. پس اشاعه در پی ارث، پدیده‌ای است که مالکیت مفروز را که اصل است به مالکیت مشاع تبدیل می‌کند. در تعریف اشاعه گفته اند حالتی است که هر ذره‌ای از ذرات مال، در مالکیت همه مالکین قرار می‌گیرد. پس اشاعه وضعیت استثنایی در مالکیت است.

پیامد اشاعه آن است که هیچ یک از مالکین به تنهایی حق تصرف در مال مشاع را ندارند، در حالی که تصرف، مهم‌ترین امتیاز مالکیت است (ماده ۳۵ قانون مدنی)، اما در مال مشاع این قاعده برعکس است و هیچ یک از مالکین حق تصرف ندارد، مگر با اذن شرکای دیگر، چراکه هر تصرفی در هر بخشی از ملک مشاع، تصرف در مال غیر است.

در موازین فقهی، دو ایراد بر مال مشاع وارد شده است: اول اینکه گفته اند، اشاعه "عیب" مال است (یعنی در مالی که مالک حق تصرف در آن نداشته باشد عیبی نهفته است) و دوم اینکه گفته اند اشاعه "ضرر" محسوب می‌شود. (بدین معنی که قیمت مال مفروز از زمانی که همان مال مشاع باشد به مراتب بیشتر است).

اگر مالی مشاع بود و ثالثی همه یا بخشی از آن را تصرف کرد، هر یک از مالکین حق طرح دعوای خلع ید را دارد و نیازی به اجتماع مالکین برای امکان طرح دعوا نیست،

۱. مقاله موجود تلخیص شده، سخنرانی استاد گرانقدر، دکتر محمود کاشانی می‌باشد که چندی پیش به دعوت کمیسیون محترم کارآموزی، در کانون وکلای استان اصفهان ایراد فرموده اند. به جهت بهره مندی بیشتر، این سخنرانی به صورت نکات مجزا در اختیار علاقه مندان قرار می‌گیرد.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، استاد دانشگاه شهید بهشتی

چراکه ثالث در هر بخشی از مال مشاع تصرف کند، تصرف در مال هر یک از شرکاء محسوب می‌شود.

حال اگر یکی از مالکین مال مشاع، کل ملک را تصرف کند و امکان بهره برداری را از شریک یا شرکای دیگر سلب کند، در این مورد شخص از جهت مالک و از جهتی غاصب است. قانون مدنی در باب غصب در مواد ۳۰۸ و ۳۱۱ در عموماً مربوط به غصب که سخن از خلع ید به میان آورده، درباره خلع ید از ملک مشاع سکوت کرده است. از طرفی ماده ۵۸۲ قانون مدنی تنها سخن از ضمان و مسئولیت به میان آورده است، اما بحثی از خلع ید نمی‌کند. به نظر می‌رسد این سکوت عمدی بوده است، چراکه اگر شریک متضرر، دعوای خلع ید طرح کند، اگر دادگاه بخواهد به عموماً غصب عمل کند، تالی فاسدی در پی دارد و آن این است که شریکی که متصرف مال است، در هر صورت مالک است و از مالک نمی‌توان خلع ید کرد، چراکه احترام به مالکیت حق مطلق است و این قاعده‌ای بنیادین است که تحت هیچ شرایطی نباید از مالک سلب تصرف کرد. حال در این وضعیت دوگانه که شخص هم مالک است و هم غاصب، اگر خلع ید صورت گیرد، حق مالکیت که قاعده‌ای بنیادین است، مورد تجاوز قرار گرفته، پس به همین دلیل بوده که قانون مدنی در زمان تدوین، هیچ راه حلی برای خلع ید پیش بینی نکرده و ماده ۵۸۲ قانون مدنی تنها سخن از ضمان و مسئولیت به میان آورده است.

در قانون اجرای احکام مدنی در سال ۱۳۵۶ ماده ۴۳ تصویب شده که پاره‌ای دادگاه‌ها به استناد آن حکم خلع ید از مال مشاع صادر می‌کنند. این ماده می‌گوید در مواردی که حکم خلع ید علیه متصرف ملک مشاع به نفع قسمتی از ملک صادر شود، از تمام ملک خلع ید می‌گردد، ولی تصرف محکوم له در ملک خلع ید شده، مشمول املاک مشاعی است، بدین معنی که در مرحله اجرا از کل ملک خلع ید می‌شود، ولی ملک به هیچ یک از مالکین تسلیم نمی‌گردد و تصرف باید با رضایت تمام مالکین صورت گیرد. سوال این است که آیا این ماده می‌تواند مستند دادگاه‌ها در صدور حکم خلع ید از مال مشاع قرار گیرد؟ جواب این سوال چنین است:

الف: این ماده الزام قانونی برای دادگاه‌ها به وجود نیاورده است، چراکه این ماده در قانون مدنی نیامده، بلکه در قانون اجرای احکام مدنی است.



ب: این ماده به مراجع قضایی، تنها اختیار داده، اما دادگاه ها را ملزم نکرده است و به نظر من هیچ یک از مراجع قضایی مجاز نیستند، نسبت به ملک مشاع، حکم خلع ید صادر کنند، چراکه از مالک نمی‌توان خلع ید کرد.

ج: پیش از آنکه این ماده در اجرای احکام مدنی بیاید، رویه قضایی چنین بود که دادگاه ها این گونه دعاوی را به روشی رد می‌کردند و طرفین را ارشاد می‌نمودند که دعوی افراز طرح کنند و اگر ملک قابل افراز است تقسیم گردد و سپس در آن بخشی که مفروز شده، دعوی خلع ید طرح گردد و اگر قابل افراز نیست، فروخته شده و ثمن را به نسبت بین مالکین مال تقسیم کنند، بنابراین چون راه حل سابق وجود دارد، مطالبه اجرت المثل و غرامت هم وجود دارد.

. اما پیامدهای صدور احکام خلع ید از ملک مشاع چیست؟ اول اینکه ملک بلااستفاده باقی می‌ماند، مثلاً آپارتمان یا مغازه‌ای وقتی خلع ید گردد، باید تعطیل شود (چون معمولاً شرکاء تراضی نمی‌کنند) یا زمین کشاورزی یا باغی بلا تکلیف می‌ماند و حتی آبیاری آن با مشکل مواجه می‌گردد. پس هم به ضرر شرکاء و هم به ضرر جامعه است. دوم اینکه از لحاظی خلاف ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد، چراکه در هر دعوا، خواهان در طرح دعوا باید ذی نفع باشد، یعنی نفع معقولی در دعوا داشته باشد، اما خواهان خلع ید نفع معقولی در این امر نخواهد داشت، چرا که ملک بلا تکلیف می‌ماند.

. اما نکته قابل توجه اشاره به اصلاحات ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه است که درباره اشاعه در تقسیم، در ۳۱ دسامبر ۱۹۷۶ تا ۲۰۰۵ صورت گرفته و ۱۵ بند به این ماده الحاق شده است. بر اساس این قانون، امکان خلع ید توسط هیچ دادگاهی وجود ندارد و تنها حقی که به شریکی که سبق تصرف داشته است می‌دهد این است که می‌تواند از شریک خود مطالبه غرامت کند. پس این عامل بازدارنده‌ای می‌شود که شریک، تسلیم شده و فرصت تصرف را به شرکای دیگر بدهد و این همان مطلبی است که در ماده ۵۹۸ قانون مدنی ایران هم آمده است، یعنی خلع ید از مال مشاع تجویز نگردیده است.

. بحث دیگر راجع به تصرف عدوانی در مال مشاع است. تصرف عدوانی مبحثی جدای از مالکیت بوده و ممکن است کسی مال مالکی را به صورت عدوانی متصرف گردد و این اختصاص به مالکیت ندارد، به عنوان مثال ممکن است چند نفر مستأجر ملکی باشند و فردی متصرف عدوانی شود. اینجا قانون تصرف عدوانی از قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ را داشته ایم که اصلاحیه اش در سال ۱۳۵۲ به تصویب رسید و وارد قانون آیین دادرسی موجود گردید. در تصرف عدوانی حکم به اعاده تصرف می‌دهند، یعنی متصرف



ذی حق، وارد ملک می‌گردد، حال اگر یکی از شرکاء، مثلاً مستأجر مغازه‌ای استیجاری، دیگری را اخراج کند، ماده ۶ قانون تصرف عدوانی این را در حکم تصرف عدوانی دانسته است، به عبارتی دادگاه باید حکم به اعاده تصرف بدهد، چراکه اینجا بحث مالکیت مطرح نمی‌باشد.

نگاهی بیندازیم به نوآوری‌هایی که در قانون مدنی فرانسه انجام شده تا مشکلی که در ابتدای بحث مطرح گردید (عیب و ضرر اشاعه) را با کمک آن مرتفع نماییم. گفتیم مهمترین سبب اشاعه ارث است که موجب انتقال قهری می‌باشد. قانونگذار فرانسه تحول بنیادین در قوانین ارث پیش بینی نموده، چرا که اشاعه در این زمینه عامل گرفتاری زیادی بوده است. اولین راه حل در سال ۱۹۳۸ در قانون مدنی فرانسه درباره اراضی کشاورزی روستاها پیش بینی گردید. مصوب شد که با فوت مالک، ماترک او به جهت جلوگیری از خرد و تجزیه شدن اراضی و جلوگیری از آسیب به تولید ملی به وراثت منتقل نمی‌گردد و تنها به یکی از ورثه که در امر کشاورزی تخصص داشته و با مورث همکاری می‌کرده منتقل می‌گردد و این وارث مکلف است طبق ترتیبات تفصیلی مقرر شده، قیمت و بهای سهم الارث دیگران را پرداخت کند. سپس طی سال‌های ۱۹۶۱ و ۱۹۷۰ شمول این قانون وسعت یافت و علاوه بر زمین‌های کشاورزی در مناطق دیگر غیر از روستا، واحدهای بازرگانی، دفاتر تجاری، پاساژها، واحدهای مسکونی، واحدهای حرفه‌ای و حتی اموال منقولی که در کشاورزی و صنعت مورد بهره برداری قرار می‌گیرد را نیز شامل گردید.

اعتقاد دارم قسمت اعظم پرونده‌های جاری به خاطر کهنه بودن قوانین ایران است و این قوانین کهنه، خود ایجاد کننده دعوا و خصومت هستند. وظیفه دادگستری تنها رفع خصومت نیست، بلکه گاهی می‌باید از پیدایش دعوا جلوگیری کرد و راه آن تصویب قوانین مترقی به خصوص در رابطه با مالکیت مشاع و خلع ید مشاعی است. در انتها ببینیم در کشورهای پیشرفته اداره مال مشاع به چه ترتیب است. تعدادی بندهای اصلاحی ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه را مرور می‌کنیم:

بند ۱: امضای قرارداد از سوی مالکان مشاع برای مدت معین در چگونگی بهره برداری از سهم مشاع الزام آور می‌باشد (قرارداد عدم تقسیم) بدین معنی که شخصی فوت می‌کند، دو آپارتمان و دو فرزند دارد. این دو اگر قراردادی بنویسند که ۱۰ سال هرکدام از یک آپارتمان استفاده کنند، این قرارداد الزام آور و نافذ می‌باشد، در حالی که طبق قانون ایران



و در نظر بعضی از قضات، چنین قراردادی لازم الاجرا نیست و هر زمان می‌شود آن را بر هم زد.

بند ۲: هر مالک مشاعی می‌تواند اقدامات لازم را برای حفظ و نگهداری مال مشاع انجام دهد. (حال آن که طبق مقررات موجود ایران، هر تصرفی ولو برای نگهداری، بدون هماهنگی با سایر مالکین، ممنوع است.)

بند ۳: مالکینی که حداقل دو سوم مال مشاع را در مالکیت خود دارند، مجازند قرارداد اجاره‌ای درباره کل ملک منعقد نمایند و تنها باید به شرکای دیگر اطلاع دهند و سهم آنان را از اجاره بها بپردازند. (در حالی که طبق قوانین ما، اگر کسی مالک حتی پنج ششم ملک هم باشد، چنین حقی برای انعقاد اجاره نامه ندارد.)

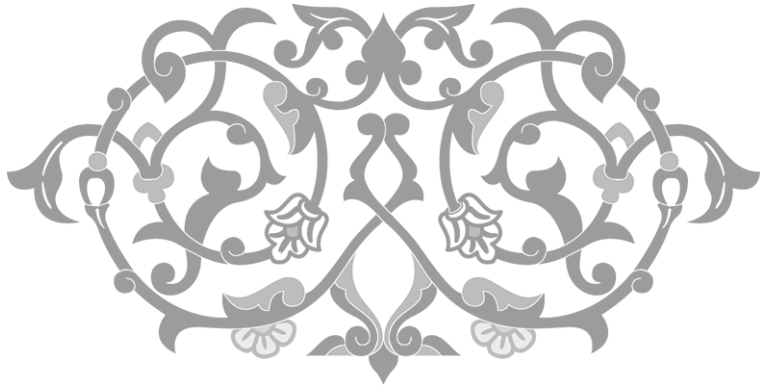
بند ۴: اگر یکی از مالکان ملک مشاع در وضعیتی باشد که نتواند اراده خود را ابراز کند (مثلاً مسافرت خارج از کشور باشد یا در دسترس نباشد و یا دچار آلزایمر باشد) مالک دیگر می‌تواند با اذن دادگاه بطور کلی یا برای پاره‌ای امور ویژه، نمایندگی آن شریک را به عهده گیرد.

بند ۵: شریک ممکن است از سوی دادگاه مجاز شناخته شود که یک عمل حقوقی را درباره مال مشاع انجام دهد که در اصل، نیازمند رضایت شریک دیگر است، البته در صورتی که خودداری این شریک در دادن رضایت، منافع عمومی مالکان مشاع را به خطر اندازد.

بند ۶: رئیس دادگاه شهرستان می‌تواند همه گونه اقدامات فوری را در جهت منافع عمومی مالکان مشاع تجویز کند و نیز می‌تواند به یکی از مالکان مشاع اجازه دریافت طلب مال مشاع را از بدهکار برای صرف در مصارف فوری بدهد و نیز می‌تواند یکی از شرکاء را به عنوان مدیر برگزیند و در صورت لزوم از او ضامن بگیرد.

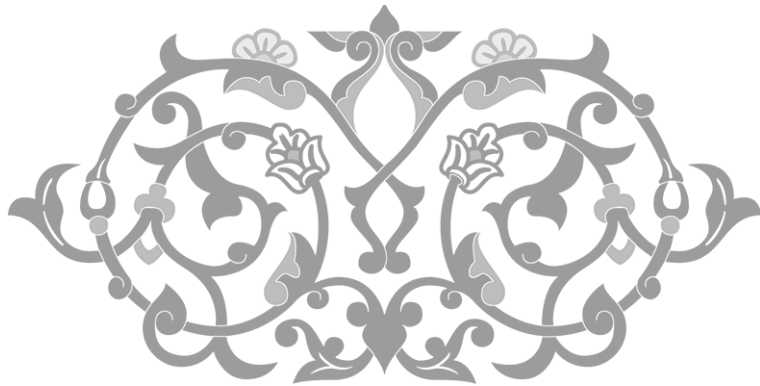
بند ۸: هر کس در آمدی از مال مشاع کسب می‌کند، یا هزینه‌ای پرداخت می‌نماید، باید حساب آن را در اختیار مالکان دیگر قرار دهد.

بند ۹: هر یک از مالکان مشاع می‌تواند مال را جهت هدف و مقصود مال مشاع و در چارچوبی که سازگار با حقوق دیگر مالکان باشد و اسنادی که درباره اشاعه میان آنان امضاء شده است، به کار برد.



بایسته های

حرفه و کالت





امید است شایسته این کسوت باشیم و شایسته بمانیم^۱

(دل نگرانی های وکیل و وکالت)

سحر روحانی^۲

هو الوکیل و نعم الوکیل

امروز روز بزرگی است برای کارآموزی که راه طولانی تحصیل، آزمون و کارآموزی را آمده است تا این ردا را بر دوش بیفکند و وکیل خوانده شود. وکیل و وکالت، فارغ از تصویری که از بیرون به نمایش می‌گذارد و فارغ از نمای کلی اش، از نگاه یک وکیل نوپا قصه قضاوت است؛ قصه پا گذاشتن به سرزمین قضاوت‌ها؛ قضاوت از پیش انجام شده جامعه؛ قضاوت مقیمان نهاد دادگستری و برای کارآموزی که به سودای حق و امرار معاش آمده است، چیزی شبیه ورود به سرزمین عجایب؛ سرزمین در هم شکستن کلیشه های ذهنی است و به چشم دیدن آن که وکیل می‌دود، برای حق، برای دفاع، برای معاش و بیش از همه برای «اقتناع» دیگران. شاید آنچه بسیاری از ما در ابتدای روزهای کارآموزی شنیده باشیم، این بوده باشد که آشنا و دوست، از سر خیرخواهی گفته باشند، آن چه انتخاب کرده‌ای حرفه خوبی نیست و مبادا که مرام و دینت از دست برود، مبادا که روحت را معامله کنی. تو هم که در ذهن محتاطت، از پیش، بر لبه مویی راه می‌روی، می‌لرزی و هراسان گام بر می‌داری، اما کم کم به پاسخی روشن می‌رسی. به این پاسخ که انسان‌ها سیاه یا سپید نیستند و حق، بسیاری اوقات در دو سوی یک دعوا بسیار وجود دارد، مثلاً تو از متهمی دفاع می‌کنی، نه به این دلیل که مبرا بوده باشد؛ که برای دیده شدن سهم

۱. متن زیبایی زیر سخنرانی سرکار خانم سحر روحانی، در مراسم تحلیف اخیر می‌باشد که توسط ایشان بازنویسی و در اختیار مجله مدرسه حقوق قرار گرفته است.

۲. وکیل پایه یک دادگستری



دیگران در آنچه رخ داده و برای ترسیم تصویری نزدیک به واقع، از عوامل تنیده در همی که علت یک واقعه اند؛ زیرا که آدمی و اجتماع لایه های بسیار دارند و شاید بتوان گفت هرگز صرفاً از یک علت، معلولی پدید نمی آید و از اتفاق، لازمه اجرای عدالت همین توجهات و تأملات است، به این دلیل که انسان ها شایستگی مراعات شدن حقوقشان را دارند؛ زیرا که کیفر دزدی، کتک خوردن از مأمور و کیفر اعتیاد، فحش شنیدن از فلان کارمند و کیفر شرب خمر، تحقیر و کیفر حمل مواد مخدر، مرگ با ذلت نیست؛ یعنی منصفانه نیست و اصلاً گذشته از همه این ها، تو ترجیح داده ای یک جا نشینی و نظاره گر نباشی و سنگ ترازو به دست، اعمال دیگران را قضاوت نکنی. به جایش آمده ای به میانه کارزار و تن به عمل داده ای و اگرچه اشتباه هم می کنی و می فهمی که عواقب اشتباهات تو به همان عظمت شأن حرفه توست، اما شاید این بهتر از کاری نکردن باشد و بالأخره باید یک نفر باشد که مسئولیت برخی امور مهم را بر عهده گیرد و ناسزاهایش را هم بشنود.

در اوان کارآموزی در گوش تو خوانده می شود که وکیل وظیفه نظارت بر حسن اجرای قانون را بر عهده دارد، اما تو در روزهای گزارش نویسی در دادگاه به چشم می بینی که وکیلی برای دفاع از موکل تسخیری و در اعتراض به لحن تند و بی ادبانه همکار محترم دادگستری، «بیشین سری جات»! را تحویل می گیرد. روشن است که در بسیاری از اوقات، انتظار تو برای دریافت حداقل درجات احترام، بی پاسخ می ماند و چه می دانی که به خاطر ندانستن امری از امور بی شمار و به عدد انفس خلائی کاغذ بازی های اداری، چه تعداد «حالا یعنی وکیل هستی» متحمل می شوی و بماند قصه «حالا یعنی وکیل ام بود» ها که در مورد همکارانت و در غیاب آن ها، در انتظار تأییدت با تو در میان گذاشته می شوند.

شاید عجیب ترین تناقضی که در ابتدای کار به چشم آمده است، این باشد که اگرچه هرکس در محل کار و اشتغال خود به عنوان جزیی از اجزا و عضوی از اعضا پذیرفته می شود و این امر بدیهی است، اما برای وکیل این طور نیست. او جزیی از دادگستری نیست یا حداقل با این دیدگاه به او نگاه نمی شود، اما در آنجا کار می کند و تلاش می کند جای خود را باز کند، کارمندان را «اقناع» کند و با آنان مهربان باشد.

بگذار بگویم بزرگ ترین چالش تو شاید یادگیری مناسب ترین شکل رفتار در فضای دادگستری بوده باشد که اگر هنوز تو را به ورطه تواضعی چاپلوسانه نکشاند، قطعاً کار تو را با القای خشمی در وجودت یکسره می سازد که دیگر ارباب رجوع این نهاد نیز هر روز با




خود به خانه ها می‌برند. خشم، اسید خورنده روح اجتماع است و در چرخه‌ای بی پایان و بدون توقف، به حیات خود در کالبد اعضای جامعه از تنی به تن دیگر و از روانی به روان دیگر ادامه می‌یابد. این جاست که پاسخ بسیاری از وکلا به پرسش «چه تغییری نسبت به قبل در خود احساس می‌کنید؟» اشاره‌های در لفافه یا صریح آنان به سعه صدر و پوست انداختن، البته در تعبیر خودمانی‌تر آن است.

کمی که از شروع کارآموزی ات گذشته است به حکم شغلی که برگزیده‌ای به چشم یک سرمایه دار نگریسته می‌شوی که لابد به همین زودی پولی روی هم گذاشته‌ای و ثروتی به هم زده‌ای و محکومی به تمکن داشتن و عذر تو مردود است. حال آن که کیست که نداند، اقتصاد درگیر بحران در یک جامعه، تمامی اجزای فعال در آن را گرفتار می‌کند و در نتیجه مراجعان وکیل نیز مانند تمامی اصناف، کم تعدادتر و کم توان‌تر می‌گردند. تعداد مشاوره‌ها و وکالت‌های کم‌اجر و بی‌اجرت زیاد می‌شوند و تو که محرم اسرار مردم می‌شوی، به اقتضای انسان بودن، گاهی نمی‌توانی مسأله‌ای را وامانده واگذاری. پس براءت می‌جویی از پول و این چه چیز عجیب غیر قابل هضمی است به چشم اداره مالیات؟! می‌بینی که باز هم مشغول تلاشی برای «اقتناع»!

خلاصه که به سودای حق می‌آیی، اما آنچه از سوی موکل از تو انتظار می‌رود، در حقیقت جادوست و تقاضای احقاق حق به هر شکلی و به هر وسیله‌ای و تو سعی می‌کنی که موکل را «اقتناع» نمایی زیرا که این، شغل توست.

استقلال تو باید گرفته شود، زیرا که لابد منشأ مفسده است و باید متقاضیان وکالت را نیز از لبه تیغ تیز گزینش‌ها گذراند تا دوباره آن چه فدا شود، شایسته سالاری و کارآمدی باشد و آن که سر بریده شود، مردمان شایسته باشند و آن چه خسران ببیند ایران زمین و تک ساکنانش باشد که از همجواری نخبگانش محروم می‌شود و تاوان آن را نسل در نسل می‌پردازد. وکالت قصه هزار و یک شب است و تلاش قصه گو برای «اقتناع» شاهزاده تا به خواب رود و این کتاب داستان‌های بلند هزار و یک شب برای آنان که این مراسم، متعلق به آنان است، هنوز در فصل‌های ابتدایی آن قرار دارد. بدین مناسبت به خود اجازه می‌دهم تا نکته مهمی را با دوستان همکارم در میان بگذارم. فارغ از هجمه‌های ناحق و انتقادات به حقی که هر روز بر نهاد وکالت وارد می‌شود، چیزی در این میانه خودنمایی می‌کند و آن کم شدن سرمایه اجتماعی نهاد وکالت است که به هر دلیلی که باشد و تقصیر آن به گردن هر گروه و هر کس که باشد، جبران آن به تلاش ما، خلوص ما و حسن اخلاق فرد فرد ما وابسته است. در انتها وقت آن است بر زبان آوریم که



سپاسگزاریم از هر آن که ما را در طی نمودن مسیر تحصیل، آزمون، کارآموزی و اختیار یاری نموده است. از وکلای سرپرست که درهای دفترشان را به روی ما گشودند و تلاش کردند تصویر روشنی از حرفه وکالت به دستمان بدهند و اشتباهاتمان را تصحیح کنند؛ از قضات کمیایی که علی رغم انبوه پرونده ها و شلوغی ذهن هایشان، با ما هم کلام شدند و به حضورمان اهمیت دادند و حقیقتاً ما را دلبستهٔ مرام خود نمودند؛ از کانون وکلا که خانهٔ ما بود و برای حرف هایمان به ما مجال داد و سعی کرد سانسور نشویم؛ از کمیسیون کارآموزی که اگرچه به خاطر سخت گیری هایش گلایه ها و غرولندهای ما را زیاد شنید، اما آن چه متحمل شد حقیقتاً زحمت بود و آن چه هدف داشت حقیقتاً خیرخواهی؛ از پدران و مادران همیشه دلسوز و همیشه پشتیبان که الفبای اخلاق و شرافت در دامان پاکیزه و دست های زحمتکش آنان به ما تعلیم شد و در پاسخ کج اخلاقی هایمان، صبوری کردند و دست از پدر و مادر ما بودن برداشتند؛ از خواهران و برادران نازنینمان که مسئولیت درد دل شنیدن و روحیه دادن را همیشه بر عهده داشته اند و از همسران صبور و هم دلمان که اقتضائات شغل ما را پذیرفته، یاری مان کرده و نگذاشته اند دشواری ها دشوار بمانند. از همگی آنها قلباً و حقیقتاً سپاسگزاریم. امید است که شایسته این کسوت باشیم و شایسته بمانیم.



نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

سوال: با توجه به تعریف اصطلاح شاکی و مدعی خصوصی در ماده ۱۰ ق.آ.د.ک و سرایت ندادن سقوط دعوی عمومی به دعوی خصوصی در ماده ۲۰ ق.آ.د.ک. حال اگر شاکی با توجه به ماده ۷۹ ق.آ.د.ک درخواست ترک تعقیب متهم را داده باشد و از تاریخ صدور قرار یکسال گذشته باشد، آیا می‌تواند به عنوان مدعی خصوصی، دعوی خصوصی خود را در هر زمانی در موارد ذیل در دادگاه حقوقی مطرح نماید و یا ترک تعقیب (ماده ۷۹ ق.آ.د.ک) شامل هر دو جنبه عمومی (مسئولیت کیفری) و خصوصی (مسئولیت مدنی) جرم می‌باشد: ۱- درخواست مطالبه دیه (در مواردی غیر از ماده ۶۱۴ ق.م.ا بخش تعزیرات) ۲- خسارات ایجاد شده توسط جرایم تعزیری ماده ۱۰۴ ق.م.ا.

نظر کمیسیون: در مورد سوال هر چند در ماده ۲۰ ق.آ.د.ک به قرار ترک تعقیب اشاره نگردیده لیکن نظر به اینکه وفق ماده فوق هرگاه تعقیب امر کیفری منجر به موقوفی تعقیب یا منع تعقیب و یا حکم برائت شود دادگاه کیفری مکلف به رسیدگی به دعوی خصوصی است در مواردی نیز که شاکی در جرائم قابل گذشت، ترک تعقیب داده باشد به طریق اولی مرور زمان یک ساله موضوع ماده ۷۹ مانع از مطالبه جنبه حقوقی دیه یا خسارات ایجاد شده از طریق دعوی و از باب مسئولیت مدنی نخواهد بود.



آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی

قوه قضائیه

نظریه مشورتی در خصوص قانون جدید چک

نظریه مشورتی شماره ۷۶۷/۹۸/۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه
قانون اصلاح قانون صدور چک مصوب ۱۳۹۷، نسبت به قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ مؤخر می‌باشد و قانونگذار با علم و اطلاع از حدود صلاحیت آن شوراها، در ماده ۲۳ قانون اخیرالتصویب صدور اجراییه را به طور مطلق در صلاحیت دادگاه قرار داده است، همچنین ساز و کار مقرر در ماده مذکور، متفاوت از بحث رسیدگی به دعاوی است که با نصاب خاصی در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار گرفته است؛ با توجه به مراتب مذکور و عنایت به تصریح مقنن در این ماده مبنی بر اجرای اجراییه از طریق « اجرای احکام دادگستری » و این که شورای حل اختلاف در حال حاضر دارای واحد اجرای احکام مستقل از دادگستری است و با لحاظ این که صلاحیت شورای حل اختلاف استثنایی است و در موارد تردید باید به نحو مضیق تفسیر شود، اجرای حکم مقرر در ماده فوق‌الاشاره صرفاً از طرق دادگاه میسر است و از صلاحیت شورای حل اختلاف خارج است.

نظریه مشورتی در خصوص جرایم مالی و پولی

سرپرست محترم دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۳۶ تهران (پولی و بانکی)

موضوع: دستور مقتضی در جهت طرح سوالات در اداره کل حقوقی قوه قضائیه
سلام علیکم و با آرزوی سلامتی. احتراماً پیرو نامه حضوری و با توجه به اینکه به سوالات زیر تاکنون پاسخ داده نشده است و ملاحظه شده که در این خصوص توسط شعبات مختلف قرارهای متفاوت صادر که بعضاً توسط آن مقام محترم، محل تأمل واقع شده است، با توجه به ابهاماتی که در قوانین مربوط به قاچاق ارز و عملیات صرافی و اخلال در نظام اقتصادی وجود دارد و با توجه به اینکه در عمل و رویه قضایی این دادسرا در خصوص موضوعات زیر همکاران محترم با ابهاماتی مواجه هستند که این امر در



نظرات آن‌ها منعکس شده است، مقتضی است که نسبت به ارسال سؤالات زیر به اداره حقوقی قوه قضائیه اقدام لازم را مبذول فرمایید.

۱. با توجه به بند «خ» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی ۱۳۹۴، آیا خرید و فروش ارز خارج از چهارچوب تشریفات تعیین شده از سوی بانک مرکزی (از جمله: بدون ثبت در سامانه و دریافت شناسه یکتا، بدون احراز هویت، بدون اخذ رونوشت اسناد، عدم رعایت چهارچوب‌های معاملات عمده و عدم شناسایی کامل ارباب رجوع)، به تفکیک، توسط شخص صرافی دارای مجوز بانک مرکزی و توسط فردی که دارای مجوز صرافی نیست، «قاچاق ارز» محسوب می‌شود؟

۲. آیا عدم رعایت تشریفات و چهارچوب‌های معامله ارز به شرح فوق، بیش از سه مرتبه توسط صرافی یا «شخص مشمول» یا افراد دیگر، قاچاق حرفه‌ای ارز محسوب می‌شود؟

۳. با توجه به پاسخ دو سؤال فوق و با توجه به اینکه انجام رفتار فوق به میزان کمتر از سه مرتبه تخلف است که اصولاً سوءنیت در تحقق آن شرط نیست، با در نظر گرفتن ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آیا قاچاق حرفه‌ای ارز، «جرم مادی صرف» است یا برای تحقق آن عنصر سوء نیت لازم است؟

۴. با توجه به اینکه خرید/فروش (معامله) ارز نیازمند مجوز بانک مرکزی (بند ب ماده ۱۴ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵) و نیز مستلزم رعایت تشریفات خاصی است (بند خ ماده ۲ و ماده ۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۴)، در صورتی که فردی بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی، اقدام به معامله ارز بیش از سه بار و یا تصدی به آن داشته باشد، رفتار وی تحت چه عنوانی قابل بررسی است؟ (تصدی به عملیات صرافی به نحو غیرمجاز، قاچاق حرفه‌ای ارز، هر دو یا عناوین دیگر) و آیا موضوع تعدد (مادی یا معنوی یا تبصره دو ماه ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی) مطرح می‌شود؟ همچنین، آیا رفتار مجرمانه‌ی «تصدی به عملیات صرافی به نحو غیرمجاز»، مستلزم «قاچاق ارز» (موضوع بند خ ماده ۲) و نیز آیا «قاچاق ارز» و یا «تصدی به عملیات صرافی به نحو غیر مجاز»، مقدمه جرم «قاچاق حرفه‌ای ارز» است؟

۵. با توجه به ماده ۲۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری، در مواردی که موضوع تعدد معنوی مطرح می‌شود که هر یک از جرائم در صلاحیت مراجع مختلف است (قاچاق حرفه‌ای ارز و تصدی به عملیات صرافی و اخلال در نظام اقتصادی از طریق قاچاق ارز) کیفرخواست را خطاب به کدام مرجع ارسال نماییم (دادگاه انقلاب با توجه به ماده ۴۴



قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به جهت قاچاق حرفه‌ای یا دادگاه کیفری دو به جهت تصدی به عملیات صرافی و اخلال در نظام اقتصادی بدون قصد مقابله با نظام) ۶. با در نظر گرفتن ماده ۱۸ و ۲۲ از یک طرف و بند خ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، آیا «نگه داری» ارز (مثلاً در موردی که خارج از تشریفات معامله شده است) جرم است؟

۷. آیا رفتار مجرمانه عملیات صرافی به نحو غیرمجاز (موضوع بند ب ماده ۱۴ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵)، مستلزم تصدی‌گری و «اشتغال» (از جمله معامله چند مرتبه ارز) است یا خیر؟

۸. در فرضی که مثلاً بانک مرکزی (شاکی) نسبت به صرافی شکایت قاچاق حرفه‌ای ارز کرده باشد، اگر دادسرا رفتار مرتکب را در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی بداند، آیا باید نسبت به «قاچاق حرفه‌ای ارز» قرار منع تعقیب صادر شود یا اینکه بدون اظهارنظر در خصوص قاچاق حرفه‌ای ارز، امکان صدور قرار عدم صلاحیت وجود دارد یا اینکه نسبت به قاچاق حرفه‌ای، قرار منع تعقیب و نسبت به قاچاق عادی ارز قرار عدم صلاحیت صادر شود؟ در فرضی که شاکی به صورت مطلق شکایت قاچاق ارز کرده باشد (بدون ذکر حرفه‌ای یا سازمان‌یافته بودن آن) تکلیف چیست؟ (با لحاظ حق اعتراض شاکی به قرار منع تعقیب و متهم دار بودن پرونده)

۹. در صورتی که شاکی خصوصی نسبت به صرافی شکایت پول شویی نماید و دادسرا با تحقیقات به این نتیجه برسد که رفتار صرافی قاچاق ارز عادی است، در خصوص موضوع اخیر (قاچاق ارز عادی): آیا با توجه به مواد کلی (از جمله ماده ۶۴ و ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری و بند ۹ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ و ماده ۱۳ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۸۷) باید صرفاً امر را به سازمان تعزیرات اعلام نمود یا اینکه در قسمت مربوط به قاچاق ارز، قرار عدم صلاحیت (ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) صادر کرد یا با تکلیفی مواجه نیستیم؟

۱۰. آیا دادسرا موظف است به ماده ۵ قانون مبارزه با قاچاق ارز در کیفرخواست خود استناد نماید یا این امر مربوط به سازمان تعزیرات حکومتی است؟ تشریح اینکه: تعارض تبصره ۲ ماده ۵ قانون با ماده ۴۴ همان قانون پیش می‌آید: چرا که در ماده ۴۴ مربوط به مواردی که در صلاحیت دادسرا است (انفصال از خدمات دولتی). سؤال این است که آیا صرافی خدمت دولتی است که مشمول انفصال از خدمات دولتی محسوب شود یا خیر و



سؤال دوم این است که اگر رفتار تبصره دو ماده ۵ را جرم بدانیم در صلاحیت دادسرا است یا دادگاه کیفری (و کدام دادگاه کیفری: انقلاب یا کیفری دو)

۱۱. در حالتی که صرافی مجاز بدون هرگونه ثبت و ضبطی، دلارهای خود (چه از بانک مرکزی خریده باشد چه دیگران به وی فروخته باشند) را به هر نحو به دیگری (دلالت) تسلیم نماید تا وی در بازار آزاد بفروشد و هر یک از آنها از عواید آن استفاده نمایند، رفتار صرافی و دلال مشمول کدام یک از جرائم زیر است؟ (فرار مالیاتی مستند به ماده ۲۷۴ قانون مالیات مستقیم اصلاحی مصوب ۱۳۹۴/تصدی به عملیات صرافی به نحو غیرمجاز / قاچاق ارز اعم از عادی یا حرفه‌ای).

۱۲. معیار «عمده و کلان» (تبصره یک ماده ۲ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور) و «اخلال گسترده» (ماده ۳۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) و نیز رابطه میان این دو چیست؟

۱۳. آیا جرم «تصدی به عملیات صرافی به نحو غیر مجاز» صرفاً از طریق خرید یا فروش فیزیکی ارز/ حواله صورت می‌گیرد یا امکان تحقق جرم به صورت شفاهی و بدون جا به جایی فیزیکی ارز (و از طریق وصل کردن خریدار و فروشنده به صورت تلفنی به یکدیگر) ممکن است؟

مهدی جعفری

دادیار شعبه ۲ دادیاری دادسرای ناحیه ۳۶ رسیدگی به جرائم پولی و بانکی

نظریه مشورتی شماره ۱۴۵۵/۹۷/۷

جناب آقای جهانی

معاون محترم قضایی و آموزش دادستان عمومی و انقلاب تهران

با سلام و احترام؛

بازگشت به نامه شماره ۹۰۰۱/۱۲۴۲/۲۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۰۸ به شماره ثبت وارده ۱۴۵۵ مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۱۳ درباره استعلام قضات محترم ناحیه ۳۶ دادسرای عمومی و انقلاب تهران (پولی، بانکی) نظریه مشورتی کمیسیون قوانین مواد مخدر و قاچاق و کمیسیون سؤالات خاص کیفری سؤالات ۸ و ۹) این اداره کل به شرح زیر اعلام می‌گردد:

۱. با عنایت به بند خ ماده ۲ و تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ۷ و بند ت و تبصره یک ماده

۱۰۰

ماده
حقوق



۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، خرید و فروش ارز بر خلاف مقررات و تشریفات تعیین شده از سوی بانک مرکزی قاچاق محسوب و اعم از این که شخص متخلف صراف یا شخص دیگری باشد. مطابق مقررات قانون یادشده، قابل تعقیب و مجازات است.

۲. قاچاقچی حرفه‌ای در بند ش ماده یک قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی تعریف شده است و این تعریف شامل هر شخصی اعم از صراف یا سایر اشخاصی که بیش از سه مرتبه مرتکب قاچاق ارز با شرایط مذکور در بند ش ماده یک قانون مذکور شوند، نیز می‌گردد.

۳. مستفاد از مواد ۲ و ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ "قاچاق" اعم از تخلفات یا جرائم قاچاق، عمدی محسوب می‌شود و علاوه بر علم مرتکب به موضوع تخلف یا جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد و لکن در جرائم و تخلفات مربوط به قاچاق، علی‌الاصول نیاز به وجود سوء نیت خاص مجرمانه نمی‌باشد.

۴. الف: با توجه به بند ش ماده یک قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ چنان چه فردی بیش از سه بار مرتکب خرید و فروش ارز بدون مجوز بانک مرکزی شود با رعایت شرایط مقرر در این ماده به عنوان قاچاقچی حرفه‌ای قابل مجازات است. بدیهی است که چنانچه مرتکب عمل مذکور تحت عنوان صرافی و بدون اخذ مجوز بانک مرکزی مبادرت به اعمال مذکور نماید علاوه بر مجازات قاچاقچی حرفه‌ای، مطابق بند ب ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۹۵ قابل مجازات خواهد بود.

ب: با توجه به آن چه در بند الف گفته شد، موضوع می‌تواند از مصادیق تعدد مادی جرم باشد.

ج: تصدی به عملیات صرافی به نحو غیرمجاز ملازمه با قاچاق ارز ندارد و از حیث مادی، رفتارهای متعدد محسوب می‌گردد.

۵. با توجه به پاسخ سؤال ۴ و این که موضوع از مصادیق تعدد مادی است، با عنایت به مواد ۲۸۴ و ۳۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و صلاحیت‌های ذاتی دادگاه انقلاب در رسیدگی به بزه قاچاق حرفه‌ای و دادگاه کیفری دو در رسیدگی به عملیات صرافی غیرمجاز، در خصوص مورد، کیفرخواست جداگانه خطاب به هر یک از دادگاه‌های صالح صادر می‌شود. ضمناً بزه اخلال در نظام اقتصادی (پولی و ارزی) اعم از

۱۰۱



این که با قصد مقابله با نظام باشد یا نباشد، با توجه به تصریح تبصره ۶ ماده ۲ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ در صلاحیت دادگاه انقلاب است.

۶. مستفاد از بند خ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و تبصره های ۱ و ۲ ماده ۷ این قانون و نیز ماده ۱۸ قانون مذکور، نگهداری ارز چنانچه منشأ آن قاچاق باشد، برابر ماده ۱۸ قانون فوق‌الذکر تخلف محسوب و قابل مجازات است و الا صرف نگهداری ارزی که منشأ آن قاچاق نباشد، فاقد جنبه مجرمانه است و در هر صورت موضوع از شمول مجازات های مقرر در ماده ۲۲ قانون مارالذکر، خارج است.

۷. مستفاد از بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و دستورالعمل اجرایی تأسیس و فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳ شورای پول و اعتبار، انجام عملیات صرافی مستلزم وجود شرایط خاصی است که لازمه آن استمرار فعالیت‌های تجاری مربوطه در مکان معین و ضوابط تعیین شده از سوی بانک مرکزی است و لذا صرف معامله غیرمجاز ارز ولو به کرات، بدون این که عرفاً مستلزم استمرار و شرایط مشابه صرافی باشد، تصدی‌گری به صرافی محسوب نمی‌گردد.

۸ و ۹. نظر به این که طبق بند ب ماده ۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تکلیف شاکی صرفاً بیان موضوع و رفتار مورد شکایت است، نه ذکر عنوان مجرمانه، و با عنایت به ماده ۲۸۰ قانون یادشده، تشخیص و تطبیق رفتار مجرمانه مورد شکایت و انتسابی با مواد قانون، با توجه به محتویات پرونده با قاضی رسیدگی کننده است، بنابراین در فرض استعلام چون مرجع قضایی در اجرای ذیل تبصره اصلاحی ۱۳۹۲/۷/۲۱ ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رفتار انتسابی را تخلف تشخیص و رسیدگی به آن را در صلاحیت تعزیرات حکومتی می‌داند با توصیف رفتار و استدلال لازم، قرار عدم صلاحیت صادر می‌کند و لزومی به صدور قرار منع تعقیب در خصوص عنوان اعلامی از سوی شاکی نیست.

۱۰. قسمت اول سؤال: اعمال ضمانت اجرای مقرر در تبصره ۲ ماده ۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ (شش ماه تا دو سال انقصال موقت از خدمات دولتی و عمومی) با توجه به نوع و ماهیت مجازات مربوط، ناظر به اشخاصی است که به «خدمات دولتی و عمومی اشتغال دارند»، لذا صرافی‌ها که از اشخاص حقوقی حقوق (بخش) خصوصی موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت هستند و عملیات صرافی را حسب مورد در قالب شرکت های سهامی خاص و تضامنی انجام می‌دهند (بند ۳ ماده یک و ماده ۳



دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳)، از قلمرو شمول ضمانت اجرای مذکور اساساً خروج موضوعی دارند.

۱۰. قسمت دوم سؤال: مستفاد از ماده ۳۰۱ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، رسیدگی به تمامی جرائم در صلاحیت دادگاه کیفری دو قرار دارد، مگر آن چه به موجب قانون در صلاحیت مرجع دیگری باشد، بنابراین رسیدگی به جرم مذکور در تبصره ۲ ماده ۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ نیز به لحاظ خروج از جرائم مذکور در ماده ۴۴ این قانون در صلاحیت دادگاه کیفری دو است.

۱۱. با توجه به بند خ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲، چنانچه صرافی بدون رعایت ضوابط تعیین شده از سوی دولت (بانک مرکزی) مبادرت به خرید و فروش ارز به هر نحو نماید، عمل وی قاچاق ارز محسوب و مطابق مقررات مربوطه قابل مجازات است.

۱۲. تشخیص "عمده یا کلان بودن یا نبودن" موارد مذکور در تبصره یک ماده ۲ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ و "گسترده بردن" اخلال مذکور در ماده ۲۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، امری عرفی است که تشخیص آن، با توجه به تبصره ذیل ماده ۱ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور و تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با توجه به میزان خسارات وارده و مبالغ مورد سوء استفاده و آثار فساد مترتب بر آن، مجموع ادله و شواهد و در صورت لزوم، تحصیل نظر مراجع ذی‌ربط، با قاضی رسیدگی کننده است و نمی‌توان حد و حدودی از قبل برای آن تعیین نمود.

۱۳. با توجه به پاسخ سؤال ۷، انجام معاملات ارزی اعم از خرید و فروش ارز یا حواله آن به صورت شفاهی و بدون جابه جایی فیزیکی ارز و از طرفی مانند ایجاد ارتباط بین خریدار و فروشنده به صورت تلفنی، تصدی‌گری به صرافی محسوب نمی‌گردد و لکن با تحقق شرایط قانونی می‌تواند از مصادیق قاچاق ارز یا جرائم مرتبط با آن باشد.

محمدعلی شاه حیدری پور

مدیرکل حقوقی قوه قضائیه

رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور
قابل تعلیق بودن جرایم مذکور در ماده ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی

مقدمه

۱۰۳

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۲۰/۹۸ رأس



ساعت ۸:۳۰ روز سه‌شنبه مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ به ریاست حجت‌الاسلام و المسلمین جناب آقای سید احمد مرتضوی مقدم رئیس محترم دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای محمدجواد حشمتی مهذب نماینده محترم دادستان کل کشور و شرکت آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل شد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظریات مختلف اعضای شرکت‌کننده در خصوص مورد و استماع نظر نماینده دادستان محترم کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می‌گردد، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۷۸ - ۱۳۹۸/۳/۲۸ منتهی گردید.

الف: گزارش پرونده

احتراماً معروض می‌دارد: بر اساس اعلام دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان بن از توابع استان چهارمحال و بختیاری، از شعب دوم و سوم دادگاه های تجدیدنظر این استان با استنباط متفاوت از قوانین، آراء مختلف صادر شده است که خلاصه جریان امر به شرح ذیل منعکس می‌گردد:

الف) طبق محتویات پرونده شماره ۹۶۰۸۵۲ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان مرقوم، آقای حسین. س به موجب دادنامه ۳۱۸ - ۹۶/۵/۲۳ دادگاه کیفری دو شهرستان بن علاوه بر محکومیت به پرداخت دیه و ارش به علت ارتکاب ایراد صدمه عمدی نسبت به آقای حسین. ع، از حیث نگهداری نیم لیتر مشروب الکلی دست ساز از نوع عرق نیز به تحمل شش ماه حبس و ده ضربه شلاق تعزیری و پرداخت یک میلیون و یکصد و بیست و پنج هزار ریال جزای نقدی، معادل پنج برابر ارزش تجاری آن محکوم شده است، النهایه با توجه به فقد سابقه محکومیت مؤثر کیفری و موجود بودن جهات پیش‌بینی اصلاح مرتکب و اظهار ندامت وی، دادگاه اجرای مجازات حبس را به حال وی مناسب ندانسته و به استناد ماده ۴۶ ناظر به بند «الف» ماده ۴۰ با لحاظ بند «ث» ماده ۳۸ و بندهای ب و ت ماده ۴۰ و مواد ۴۶، ۴۸، ۵۰، ۵۱ و مواد ۵۳ تا ۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قرار تعلیق آن را با شرایطی که مقرر کرده برای مدت یک سال صادر کرده است.

آقای دادستان عمومی و انقلاب شهرستان مزبور به استناد مواد ۴۳۳ و ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری به علت عدم توجه دادگاه نسبت به تبصره سوم الحاقی سال ۱۳۸۷ به ماده ۷۰۳ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ که صراحتاً دادگاه را از تعلیق اجرای مجازات موضوع مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ این قانون منع کرده است، به حکم صادر شده از دادگاه کیفری ۲ شهرستان اعتراض کرده که شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر طی



دادنامه ۱۳۵۱ - ۹۶/۱۰/۲۰ به شرح زیر اتخاذ تصمیم کرده است:

« در خصوص تجدیدنظرخواهی دادستان عمومی و انقلاب شهرستان بن نسبت به دادنامه شماره ۹۶۰۳۱۸ صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری ۲ شهرستان بن که حسب آن آقای حسین.س به اتهام نگهداری نیم لیتر مشروب الکلی دست‌ساز به حبس تعلیقی و شلاق و جزای نقدی تعزیری محکوم گردیده است، نظر به اینکه تبصره ۳ ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ به موجب ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نسخ ضمنی گردیده است و تجدیدنظرخوانده با تعهد به عدم تکرار جرم تقاضای تعلیق مجازات را نموده است، فلذا دادگاه مستند به بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادستان عمومی و انقلاب شهرستان بن دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید و استوار می‌دارد، لکن با توجه به جوان بودن نامبرده مجازات شلاق را مناسب وی ندانسته مستند به ماده ۴۵۹ قانون مارالذکر و بند ت ماده ۳۷ و بند ث ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی، مجازات شلاق نامبرده با دو درجه تخفیف به دو میلیون ریال جزای نقدی تبدیل می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

(ب) به دلالت پرونده شماره ۹۶۰۹۴۱ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری آقای آرش به موجب دادنامه ۴۵۳ - ۹۶/۶/۲۵ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری ۲ شهرستان بن به علت ارتکاب حمل بیست و دو لیتر مشروب الکلی دست‌ساز از نوع عرق با یک دستگاه خودرو با استناد به ماده ۷۰۲ اصلاحی ۱۳۸۷ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، به تحمل شش ماه حبس و سی ضربه شلاق و پرداخت چهل و نه میلیون و پانصد هزار ریال جزای نقدی معادل پنج برابر ارزش تجاری مشروب الکلی مرقوم، همچنین به پرداخت معادل قیمت خودرو حامل ماده کشف شده به مبلغ ۱۵۵/۵۰۰/۰۰۰ ریال محکوم شده و دادگاه مذکور قرار تعلیق اجرای مجازات های مقرر را همانند آنچه در دادنامه این شعبه به شرح مذکور در بند الف این گزارش ذکر شده است، برای مدت یک سال صادر کرده است که آقای دادستان عمومی و انقلاب حوزه قضایی با استدلال سابق به این حکم هم اعتراض کرده است، اما شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان قرار تعلیق اجرای مجازات را به شرح ذیل نقض کرده است:

«در خصوص تجدیدنظرخواهی دادستان محترم شهرستان بن نسبت به دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۳۸۳۴۵۰۰۴۵۳ دادگاه کیفری ۲ شهرستان بن که به موجب آن تجدیدنظرخواه نسبت به اتهام آقای آرش که مجازات حبس را دادگاه محترم تعلیق نموده است، نظر به اوراق و مندرجات پرونده و ملاحظه بند ۳ ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی



که مجازات اتهام مطروحه قابل تعلیق نیست، مع هذا اعتراض دادستان محترم نسبت به دادنامه وارد است و در اجرای ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی تعلیق دادنامه مذکور نقض می‌گردد و با عنایت به مواد قانونی فوق‌الاشعار مجازات های معینه در دادنامه مذکور تعزیری و قابل اجرا می‌باشد. رأی صادره قطعی است.»

با توجه به مراتب مذکور در فوق چون حسب استنباط شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری، تبصره سوم الحاقی به ماده ۷۰۳ تعزیرات به حکم ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به طور ضمنی نسخ شده است، ولی مطابق نظر شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان مرقوم کماکان به اعتبار خود باقی است و با این ترتیب از شعب دوم و سوم دادگاه های تجدیدنظر استان مذکور با استنباط متفاوت از مواد فوق‌الاشعار آراء مختلف صادر شده است، لذا به استناد ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری تقاضا دارد موضوع در جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم شود.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور

«موافق نظر شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری می‌باشم.»

ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۷۸-۱۳۹۸/۳/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

نظر به این که حسب مستفاد از بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، جرایم مذکور در ماده ۷۰۲ اصلاحی قانون مجازات اسلامی داخل در عنوان قاچاق نیست، بنابراین از شمول بند ت ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی (قابل تعلیق نبودن قاچاق عمده مشروبات الکلی) خارج است. از این رو اجرای مجازات این جرائم با رعایت شرایط ماده ۴۶ قانون اخیر قابل تعلیق است. بر این اساس، رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری در حدی که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.



زندگی نامه استاد دکتر محسن محبی

در شماره پیشین چنانکه شایسته نیز همین بود، در ابتدای پند استاد، شرح حالی هر چند مختصر از استاد معرفی شده، آورده می شد؛ در شماره ۱۲۶ به دلیل خویشتن داری بسیار از سوی استاد معظم جناب آقای دکتر محبی، انجام این وظیفه مقدور نبود و همواره با این شعر از ذکر شرح حال خودداری می فرمودند: "من که باشم که بر آن خاطر عاطر گذرم".

بالاخره پس از چاپ شماره ۱۲۶ و مطالبه بسیار از سوی دوستان مبنی بر آشنایی با شرح حال استاد، متن زیر توسط دوست گرامی، آقای محمد حسین لطیفیان که توفیق حضور در محضر استاد را دارند، تهیه و به دفتر مجله ارسال شد. ضمن تشکر از هر دو بزرگوار، متن ارسالی تقدیم می شود.

سر دبیر

دکتر محسن محبی در سال ۱۳۳۰ و در خانواده ای روحانی متولد گردید. دوران متوسطه را در دبیرستان علوی و سپس در دبیرستان دارالفنون (رشته ادبی) سپری نمود. مدتی را در رشته اقتصاد در دانشگاه شیراز به مطالعه مشغول گردید و سپس به توصیه پدر و دوستانش مسیر خود را به رشته حقوق دانشگاه تهران که در آن رشته هم قبول شده بود، تغییر داد. پس به سال ۱۳۵۲ فارغ التحصیل رشته حقوق قضائی شد و در خرداد ۱۳۵۴ در بانک ملی ایران استخدام گردید.

وی تحصیلات عالی خود را در رشته حقوق خصوصی در دانشگاه شهید بهشتی (دانشگاه ملی آن روزگار) ادامه داد. رساله فوق لیسانس محسن محبی جوان در ابتدا با راهنمایی شادروان دکتر سید حسن امامی بود (حق شرط) اما بعد از پیروزی انقلاب ناگزیر شد با استاد دیگری به عنوان استاد راهنما کار کند. پس نعم البدل حاصل شد و شادروان دکتر



مهدی شهیدی استاد راهنمای وی شد و این به سال ۱۳۶۳ بود. دکتر شهیدی می دانست که شاگردش مختصر سابقه ای در دروس حوزوی دارد و به وی خیلی لطف و توجه داشت. دکتر شهیدی دقت نظر خاصی داشت و راهنمایی هر موضوعی را به عنوان رساله فوق لیسانس - کارشناسی ارشد - نمی پذیرفت. اما از آنجایی که محسن محبی دانشجوی امام جمعه بود و ضمناً بعد از تعویض استاد راهنما، موضوع رساله را به «جنبه های حقوقی اعتبارات اسنادی بانکی» تغییر داد که به قول دکتر شهیدی، در آن سال ها بسی تازه و بدیع بود، راهنمایی رساله وی را بر عهده گرفت.

در سال ۱۳۶۱، دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا بر اساس بیانیه های الجزایر ۱۳۵۹ تشکیل شد تا به دعاوی اتباع و دولتین ایران و امریکا رسیدگی کند. از طرفی حجم انبوه دعاوی در دادگاه های خارجی و مراجع داوری بین المللی و له و علیه دولت نو پای انقلاب مطرح شده بود که مدیریت و دفاع در برابر آنها محتاج استفاده از خدمات وکلا و حقوقدانان مبرز و مطلع در امور بین المللی بود. برای همین منظور، دفتر خدمات حقوقی بین المللی (وابسته به نخست وزیری و بعداً ریاست جمهوری) تاسیس شد که کار اصلی آن نظارت، هماهنگی و برنامه ریزی در دعاوی بین المللی له و علیه دولت بود. در همین راستا، در سال ۱۳۶۲ از دکتر محبی برای همکاری با دفتر خدمات دعوت شد و وی از بانک ملی ایران مأمور خدمت در دفتر خدمات حقوقی بین المللی شد که قریب بیست و دو سال، یعنی تا زمان بازنشستگی اش، ادامه یافت. ابتدا بعنوان مشاور حقوقی و پس از اندکی، در دوران سرپرستی دکتر افتخار جهرمی در دفتر خدمات، معاون حقوقی و عملاً قائم مقام دفتر شد.

سال ۱۳۶۹ بعنوان سرپرست شعبه لاهه دفتر خدمات به هلند (لاسه) اعزام شد و از نزدیک با دیوان داوری در لاهه کار می کرد. در همان دوران و بعد از پنج سال تلاش علمی و عملی موفق گردید در



سال ۱۳۷۴ در مقطع دکتری رشته حقوق بین الملل دانشگاه لوآن بلژیک (Louain-la-Neuve) فارغ التحصیل گردد. این دانشگاه جزو پنج دانشگاه درجه اول اروپا در ردیف اکسفورد و کمبریج و ماکس پلانگ است. استاد راهنمای ایشان در دوره دکتری، پروفسور فرانسوا ریگو بود و موضوع رساله اش «ماهیت حقوق بین الملل دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا» بوده است که با درجه ممتاز و با تحسین ژوری پذیرفته شد. پروفسور «فالون» و پروفسور «جو ورهون» مشاورت رساله ایشان را بر عهده داشتند و شادروان پروفسور «یان برانلی» نیز رساله او را خوانده و بر کار ایشان در دوره دکتری نظارت داشته است.

در همین دوران، وی در چندین دوره تابستانی آکادمی حقوق بین الملل لاهه نیز شرکت کرده و بر تجربیات علمی و عملی خودافزود.

دکتر محسن محبی در سال ۱۳۶۴ زمانی که معاون دفتر خدمات حقوقی بود، توانست اولین مجله حقوق بین الملل ایران را به اسم «مجله حقوقی» راه اندازی نماید که برای مدت های مدید سردبیری آن را نیز بر عهده داشت و اعتبار علمی فراوانی در جامعه حقوقی کشور کسب نمود. از نوآوری های این مجله بخش اسناد بین المللی آن است که اغلب آنها ترجمه خود اوست.

از سال ۱۳۷۶ پس از بازگشت از مأموریت هلند از امور اجرائی یکسره کناره گرفت و به فعالیت های علمی و آکادمیک پرداخت و در همین دوران بیش از 50 عنوان مقاله فارسی و انگلیسی در حوزه حقوق بین الملل، داوری بین المللی، و حقوق بانکی و فلسفه حقوق بین الملل تألیف و یا ترجمه کرده است. ذوق ادبی دکتر محسن محبی موجب شد تا از فعالیت در مجلات ادبی نیز غافل نماند بطوریکه ده ها مقاله در حوزه ادبیات و شعر و نقد ادبی نیز از وی منتشر شده است.

کتاب ارزشمندی از ایشان به چاپ رسیده است که برخی به زبان انگلیسی بوده اند. انتشارات حقوقی معتبر کلوئر (Kluwer Law Publication)، کتاب دیوان داوری ایران - آمریکا ایشان را در



سال ۲۰۰۰ منتشر نمود که بعداً توسط دکتر محمد حبیبی به فارسی ترجمه و با نام «دیوان داوری ایران و آمریکا: ماهیت، صلاحیت، ساختار» در سال ۱۳۸۲ منتشر گردید و در سال ۱۳۹۲ تمدید چاپ شد. مجموعه چند مقاله درباره بیانیه های الجزایر، داوری و موسسات دولتی، نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC)، مباحثی از حقوق نفت و گاز و فلسفه حقوق بین الملل از دیگر آثار این چهره حقوقی کشور است.

دکتر محسن محبی در سال ۱۳۸۷ مدت ها معاون پژوهشی مرکز گفت و گوی تمدن ها بود. ایشان در حال حاضر عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد (مرکز علوم و تحقیقات) هستند و در مقاطع فوق لیسانس و دکتری حقوق بین الملل در دانشگاه های مختلف تدریس می کنند. ضمناً وی از پیشگامان ترویج و گسترش داوری بویژه داوری بین المللی در حقوق ایران است و سال ها است در این زمینه فعالیت دارد. وی از سال ۱۳۸۴ به دبیرکلی مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران منصوب شد و مشغول فعالیت است. دکتر محسن محبی سال ها داور ایرانی عضو دیوان بین المللی داوری (ICC) در پاریس نیز می باشد. وی از سال ۱۳۹۴ جزو گروه داوران ایرانی در دیوان دائمی داوری (PCA) در لاهه است.

ایشان جزو مولفین و مترجمین دائره المعارف «دانش گستر» بوده و مختصری از شرح حال وی در این دائره المعارف چاپ شده است.

درخشان ترین کارنامه حقوقی محسن محبی را باید در نمایندگی و وکالت دعوی ایران علیه آمریکا نزد دیوان بین المللی دادگستری جستجو کرد. محسن محبی در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۹۵ به وکالت از دولت ایران دعوایی را با موضوع مصادره اموال ایران (اموال بانک مرکزی) علیه آمریکا اقامه کرد. دیوان بین المللی دادگستری در ۲۴ بهمن ۱۳۹۷ اعلام کرد که در قبال دعوای ایران صلاحیت دارد. وی همچنین به نمایندگی و وکالت از دولت ایران دعوایی را با موضوع وضع تحریمهای مجدد و نقض عهدنامه مودت علیه آمریکا طرح کرد. دیوان بین المللی دادگستری در ۱۱ مهر ۱۳۹۷ با صدور دستور موقتی اعلام کرد که آمریکا مکلف به لغو



تحریمهای بشردوستانه، اقلام دارویی، اقلام کشاورزی و قطعات هواپیماهای غیرنظامی علیه ایران است. دست آوردهای دعاوی ایران علیه آمریکا نزد دیوان بین المللی دادگستری معلول تلاشهای این حقوقدان فرزانه در راه استیغای حقوق ملت ایران است.



پند استاد

درسی از استاد

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی

نگار جلیلی^۱

الف: زندگی نامه

صبر بسیار نباید پدر پیر فلک را
تا دگر مادر گیتی، چو تو فرزند بزاید

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، از مفاخر و مشاهیر علم حقوق ایران در سال ۱۳۰۲ شمسی در لنگرود به دنیا آمد. پدر و مادرش تحصیلات مذهبی و اشتغالات علمی و روحانی داشتند. در آغاز کودکی به فراگیری خوشنویسی، ادبیات فارسی و ادبیات عربی در محضر پدر بزرگوار خود مشغول شد. دوره تحصیلات ابتدایی و متوسطه را در لنگرود به پایان رساند و وارد دانشسرای مقدماتی رشت شد. پس از درگذشت پدر، به ادامه تحصیل در مدارس و حوزه های علمیه مذهبی پرداخت و به مشهد مقدس رفت. در این شهر به فراگیری صرف و نحو، فرهنگ و ادبیات عرب و فصاحت و بلاغت در مدرسه علمیه چهار گنبد مشهد مشغول شد. پس از مدتی کتاب المیزان در منطق را ترجمه کرد. او از اولین طلابی بود که پس از احیای مجدد حوزه علمیه مشهد به آنجا رفت و به طور هم زمان به تحصیل علوم و تدریس دانش خود مشغول بود. در این زمان با چهره هایی مشهور مانند پروفیسور عبد الجواد فلاطوری دوستی داشت. پس از تکمیل مقدمات، دروس سطح و خارج خود را نزد آیت الله حاج میرزا هاشم قزوینی آموخت و مورد اعتماد ایشان قرار

۱۱۲

۱. دانشجوی کارشناسی رشته حقوق دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی



گرفت، به طوری که اغلب، پاسخ به سؤالات طلبه های دیگر را به او ارجاع می کرد. دکتر لنگرودی از محضر آیت الله حاج میرزا مهدی اصفهانی، آیت الله کدکنی، حاج مهدی آشتیانی و ادیب نیشابوری بهره های فراوان برد. در سال ۱۳۲۶ به مدرسه حاجی اسد رفت و دروس خارج خود را در محضر آقا شیخ هاشم و آیت الله دامغانی فراگرفت؛ آن گاه به قم رفت و از محضر علما و مراجع بزرگ آن زمان مانند آیت الله العظمی بروجردی، آیت الله خوانساری و آیت الله صدر کسب فیض کرد.

به موازات تحصیل در حوزه قم، در دانشکده حقوق دانشگاه تهران نیز ثبت نام کرده و با پیشینه دانش و آگاهی های قبلی خود به سرعت در علم حقوق پیشرفت کرد. در همان سال اول کتاب اصول فلسفه حقوق را تألیف کرد و نبوغ خویش را در علم حقوق نمایان ساخت. دوره لیسانس را با رتبه اول به پایان رساند و سرانجام با ارائه پایان نامه «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، موفق به دریافت دکترای حقوق خصوصی و قضایی خود با درجه عالی و تقدیر هیأت رسیدگی به این پایان نامه شد.

در اواسط دهه ۱۳۳۰ به استخدام وزارت دادگستری درآمد و در کادر قضایی به خدمات مختلفی پرداخت اما غالباً خدمات قضایی در اداره ثبت را بر عهده داشت. به موازات شغل قضایی، از اواخر دهه ۱۳۳۰ به تدریس در دانشکده ملی ایران (شهید بهشتی کنونی)، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، کلاسهای قضایی دادگستری و مراکز آموزش عالی دیگر پرداخت. او به عضویت هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران درآمد و مدتی نیز در سال ۱۳۶۳ ریاست دانشکده حقوق این دانشگاه را بر عهده داشت.

دکتر لنگرودی در طول بیش از شصت سال خدمت فرهنگی و علمی به تحقیق در شاخه ها و رشته های مختلف حقوقی پرداخته است که نمونه ای از آنها عبارتند از: حقوق اسلامی، حقوق تطبیقی، فقه و اصول فلسفه و ادبیات فارسی. او سال های گران بهای عمر خویش را در راه پژوهش در علم حقوق و تلفیق حقوق اسلامی و حقوق نوین صرف کرد. آثار ایشان سرشار از ایده ها و ابتکارت تألیفی به منظور تفهیم حقوق به زبان ساده و کاربردی است. نمونه ارزشمند این گونه آثار مجموعه دوره الفارق، دانشنامه حقوقی و ترمینولوژی حقوق است.



ب: پندهای استاد به جامعه حقوقی

اگر پند خردمندان به شیرینی نیاموزی
فلک آن پند را روزی، به تلخی ات بیاموزد^۱

قانون و قضا دو روی دارند. از یک سو آموختن آن دشوار و اجرای آن دشوارتر است و کمتر گامی است که رعایت حق و عدالت آن را تلخ نکند؛ از سوی دیگر وقتی که حکمی به حق صادر شد و ستم‌دیده‌ای از زیر بار گران ستم برخاست، حاکم خود را فرشته‌ای می‌بیند که در پیکر آدمی است؛ جانش به طرف آسمان‌ها میل می‌کند، زیرا ستم‌دیده‌ای را رها نده است. او مانند نیلوفر است که ریشه هستی او مانند هر انسانی در جهان خاکی و در لجن زار طبیعت است ولی برگ‌ها و گل‌برگ‌های جان و صفای او به طرف نور خورشید و آسمان‌ها است.

. چاشنی ادبی، خشونت مباحث حقوقی را تعدیل می‌کند. در عین حال که معانی دشوار را به ذهن نزدیک می‌سازد زیرا انسان به علم و هنر می‌کوشد که خشونت‌های طبیعت را از بین برده و هموار کند. ناهمواری‌ها و خشونت‌های اخلاقی نیز به لطف هنر هموار و لطیف می‌شود. علم حقوق و فن قضا طبیعتی دشوار دارند، اگر به لطف ادب آراسته شوند، هموار و دلنشین خواهند شد.

. در استعمال اصطلاحات حقوقی، نه افراط خوب است نه تفریط؛ یعنی نباید اصطلاح را از روی تکلف و خودنمایی به کار برد، ولی اگر جایی با استعمال اصطلاحی مقصود، بهتر و مطمئن‌تر و رساتر بیان می‌شود، نباید از استعمال آن دوری کرد.

. هم باید ساده نوشت و هم باید به اصطلاحات فن حقوق آشنا بود. ساده نویسی ما را از دانستن و به کار بردن اصطلاحات بی‌نیاز نمی‌کند و دانستن و استعمال اصطلاحات، مانع ساده نویسی نمی‌شود. عبارات کوتاه و دلنشین که یک قاعده حقوقی را بیان می‌کند و در قرون گذشته در مجاورت اهل فن، ظاهر و متداول شده، در هر سیستم حقوقی وجود دارد که دانستن و به کار بردن درست آن‌ها از نیازمندی‌های حقوقی است.

. علم حقوق، علم عدالت است. حقوق باید در خدمت عدالت باشد، اگرچه در میدان‌های آزاد حقوقی به ترجمه بسیاری از متون قوانین، نیاز هست اما تنها این ترجمه‌ها نمی‌تواند ما را در راه اجرای عدالت یاری دهد. بنای کاخ‌ها، مجسمه‌ها و مواردی از این دست، هرگز هویت دادگستری جدید را خلق نمی‌کند. تلاش‌های علمی گسترده و

طولانی صاحبان همت در علوم و عاشقان عدالت می تواند شناسنامه دادگستری جدید را ایجاد کند.

. در تلاطم اوراق پرونده و در کشاکش اصحاب دعوی و وکیل، مشاهده می گردد که جای کتاب های علمی درباره حقوق، در میدان زندگی مردم سرزمین ما تهی است. مردان علم باختر، طی این طریق به چابکی و دلاوری و چیرگی کرده اند و حال آنکه ما اندر خم یک کوچه مانده ایم. بیشتر مردم ما به تکذیب دانش شرق و تعریف سطحی علوم غرب، سرگرم شده و از عمق هر دو بی خبرند.

. در علم حقوق باید به اعماق فرهنگ خود سر زده باشیم و اسیر تقلیدهای سبکسرانه نشویم، البته به هر حال مطالعات تطبیقی ضرورت دارد تا کار را از سطح فرهنگ بومی بگذارند و به پایگاه چشم انداز جهانی برسانند. تحقیق در علم حقوق هرگز به آخر خط نمی رسد. به آخر خط رسیدن یعنی مجال برای نوآوری باقی نماندن. زمان پیوسته چشم انتظار مردانی شجاع و صاحب اندیشه مستقل است که از بگو مگوی خلق هراسی به خود راه نمی دهند و نگرانی از اشتباه مانع ابتکار عمل آن ها نمی شود زیرا اگر از اشتباه بترسند، هرگز به ابتکارات دسترسی پیدا نخواهند کرد.

. علم حقوق وقفه بر نمی دارد و پایان ندارد. این نیاز است که در امور حقوقی یک همت بلند باید اندازه آن را بسنجد و فراخور آن کاری بکند. در مدار بسته کار کردن و عمر عزیز را صرف نمودن، یک بُعدی کار کردن است؛ لغزشی است نابخشودنی.

. در حقوق نهایت مطلوب، آشنایی با زبان های مختلف است که در عصر ما جنبه کلیدی دارد. پیشرفت های متقابل دو سیستم حقوق روم و حقوق اسلام را نادیده گرفتن، گونه ای سبک مغزی است. همین که در کنار نظام های دیرین، نظامی جدید هم ارائه شود، کاری مهم صورت گرفته است که معارضه با آن شرط عقل نیست.

. جهان پیشرفته، همه سو کوشش و سخت کوشی است. درست به عکس جهان سوم که از کم کاری و کم حوصلگی، هر لحظه صدمه ها می بیند. اگر یک نفر پیدا شود که کارهای نو ارائه دهد، سایرین به جای این که روش او را دنبال کنند یا حاشیه نویسی می کنند یا التقاط و سخن ربایی. بسیار کم هستند کسانی که اظهار نظر از حیث ارزشیابی آثار علمی و هنری می کنند، مخصوصاً در علم حقوق. در واقع هنوز کار ارزشیابی آثار، آغاز نشده است. ارزشیابی ها معمولاً شفاهی است و از تعارفات و احوال پرسی ها شروع می شود و همان جا پایان می پذیرد.

. چقدر خوب بود که آدمی از ضمیر متکلم کمتر استفاده می کرد. نقد منصفانه کارهای



انجام شده می‌تواند راه را به سوی کمال بگشاید، چراکه هنر عدالت، برترین هنرها می‌باشد.

. اگر بتوانیم از هر نویسنده حقوقی بخواهیم که صورت ابتکارات خود را در آغاز کتاب خویش بنگارد و عرضه کند، سود بسیار خواهیم گرفت و زبانی نخواهیم برد. بگذاریم تا آفرینندگان آثار از ویژه کاری‌ها و ابتکارات خویش هر چه قدر هم که ناچیز و کوچک باشد، با ما از روی صفا سخن بگویند و راز درون خود را آشکار کنند. این کار به شجاعت اخلاق جامعه خواهد افزود و از ترسوی زیرک نما، انسانی بزرگ خواهد ساخت.

. دادرسان، دانشمندان حقوق و پژوهندگان این دانش را بسیار ضرورت می‌افتد که از پیشینه یک ماده قانون کشور خود آگاه باشند زیرا در مقام اجرای قانون، بدون دیدن سابقه نمی‌توان به آسانی راه حل درست قضایا را به دست آورد. در این راه رنج آور و صعب، اگر لغزشی افتد به پوزشی جبران توان کرد. امید است که نیروهای جوان و آگاه که از این پس در این راه گام می‌نهند، در همین راه پیش روند.

. مردان علم در گوشه و کنار کشور به نظاره نشسته اند و حرمت آنان داشتن، شرط ادب است.

. در روزگار ما نکته‌ای که برای نسل‌های کنونی این سرزمین آموزنده است، حوصله شگفت‌آوری است که محققان باختری در آثار علمی و هنری خود نشان می‌دهند. امروز آن حوصله در میان ما بسیار کم شده است. تحقیق بدون شکیبایی و بردباری، مفهوم خود را از دست می‌دهد.

. فایده شیوه و کتب شرح ماده به ماده، سرعت وصول به هدف است، بدون اینکه مطالب اضافی خوانده شود. و کیلی را در نظر بگیرید که با وقت محدود، همت به نوشتن لایحه سنگین می‌گمارد؛ دادرسی را تصور کنید که در دادگاه نیاز فوری به خواندن مطالبی و ضبط نکته‌ای نسبت به ماده‌ای دارد؛ این اشخاص و مانند آنان در لحظات حساس، با کمترین وقت می‌خواهند که به نتیجه مطلوب برسند. در این صورت شرح ماده به ماده بهتر می‌تواند گره از کار فرو بسته آنان بگشاید و رفیق راه و یار شاطر باشد. به هر حال شیوه شرح ماده به ماده این مزیت را هم دارد که علاوه بر بیان اندیشه‌ها و مبانی حقوقی، به تناسب مقام و به میزان استعداد مؤلف، مجال می‌دهد که عبارات قانونگذار هم مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

. عدل و انصاف، بیشتر از آب رودخانه‌ها، نهرها و چشمه سارها می‌تواند به سرسبزی و خرمی یک کشور کمک نماید و نقش خنده بر لب‌ها و گونه‌های خلق بنشانند.



ضرورت دارد کسانی این رسالت را بپذیرند که با تعقل (نه تعصب) در امور علمی و تحقیقی خویش، نگاهی هم به فرهنگ اسلامی داشته باشند، نه به این منظور که هر چه در سر راه خود دیدند از تازی به فارسی بگردانند بدون اینکه ضرورت‌های زندگی زمان را مد نظر قرار دهند. معیار تحقیق را باید بر نیازها قرار دهند، زیرا علم هم خدمتگزاری از خدمتگزاران انسانها است. در عین حال که در گفتار سلف، صحیح و سقیم بسیار است، نقاد ماهر باید وارسته باشد، نه دل‌بسته.

هر درخت از محیط نزدیک و فراگیر خود تغذیه می‌کند و ریشه‌های خود را به اطراف خویش پراکنده می‌سازد تا غذا و آبی را که لازم دارد به دست آورد. فرهنگ یک ملت، مانند درختی است که به همین سنت طبیعی تن در می‌دهد. یعنی در آغاز رشد خود از آشنایی‌ها، دانستنی‌ها و علمی‌ها که آن را فراگرفته است تغذیه می‌کند، سپس که تناور شد، ریشه‌های بلندتری به اطراف روانه کرده و از دانش‌ها، فرصت‌ها و فرهنگ‌های دورتر روزگار خود بهره می‌گیرد و تنومندتر از قرون پیشین می‌گردد. فرهنگ کنونی سرزمین ما با فرهنگ اسلامی بسیار نزدیک و بلکه با آن آمیخته است. پس به سنت طبیعی از دانستنی‌ها و راه‌حل‌های بخردانه موجود در آن تغذیه بنمایید.

شرمندگی از ادای دینی که به جامعه دارم، مرا وادار به تلاش در اعتلای فرهنگ مردم این سرزمین می‌کند. گروهی آن را بیهوده می‌دانند و گروه دیگر قدر می‌نهند. این رهاورد ناچیز بدرقه راه عزیزان علم عدالت باد؛ آنان که از تارهای وجودشان آهنگ عدالت بر می‌خیزد و زمزمه جاودانه سر می‌دهند. تیرگی‌های زندگی می‌شویند و سرود ابدیت می‌سرایند.^۱

۱. متن حاضر برگرفته از برخی سایت‌های اینترنتی و مقدمه کتب زیر از دکتر جعفری لنگرودی می‌باشد: ترمینولوژی حقوق، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، فلسفه‌های عالی در علم حقوق، حقوق اموال، عقد حواله، عقد کفالت، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، علم حقوق در گذر تاریخ.



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

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 هستند، 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.

امکان سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود

نویسنده: خدایار، حسین، نوبهار، دکتر رحیم

مجله: پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۲. در تلقی رایج، تغییرناپذیر قلمداد کردن مجازات‌های حدی سبب شده است تا نهادهای جزایی نوپیدا در حدود راه پیدا نکند. این در حالی است که این نهادها اغلب از آن روی که عقلایی‌اند در تعزیرات جریان می‌یابند. این پژوهش با رویکرد تحلیلی، انتقادی نشان می‌دهد که ثبات کیفرهای حدی مانع ورود نهادهای جزایی نوپیدا به آنها نیست. تمسک به اطلاق ادله تعیین‌کننده



کیفرهای حدی، دلیل مناسبی برای نفی جریان نهادهای جزایی نوپیدا در حدود نیست. حتی بر فرض پذیرش ثبات و تغییرنابرداری کیفرهای حدی، شارع مقدس اسلام در پی نفی جریان نهادهای جزایی نوپیدا در حدود نبوده است. مقاله همچنین نشان می‌دهد که احکامی مانند عدم جواز تعطیل حد یا تأخیر در اجرای آن، مانع کاربست نهادهایی مانند تعویق و تعلیق مجازات و ممنوعیت مجازات مضاعف در حدود نیست.

امور فوری در دادرسی کیفری

نویسنده: رحمدل، منصور

مجله: پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۱۱.

در ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی قانون‌گذار به طور صریح از عبارت «دستور موقت» استفاده کرده و مقرر داشته «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی نفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می‌نماید». همچنین که ملاحظه می‌شود مبنای صدور دستور مزبور فوریت امر تلقی شده است. شرط صدور دستور موقت در آیین دادرسی مدنی، علاوه بر احراز فوریت امر توسط دادگاه، اساساً ابداع خسارت احتمالی معینه از طرف دادگاه، توسط خواهان است. در قانون آیین دادرسی کیفری قانون‌گذار مشخصاً از عبارت دستور موقت استفاده نکرده است، ولی در تبصره ۱ ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به نوعی به دستور فوری اشاره و مقرر داشته: «مقام قضایی با تنظیم صورت مجلس، دستور متوقف ماندن عملیات متجاوز را تا صدور حکم قطعی خواهد داد» و با این کیفیت سوال آن است که در دادرسی‌های کیفری، مربوط به دعوی عمومی، نیز می‌توان دستور موقت صادر نمود و آیا حکم موضوع تبصره مزبور را می‌توان از مصادیق دستور موقت تلقی کرد؟ آیا اساساً دستور موقت در دادرسی کیفری مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؟ اگر امکان صدور دستور موقت وجود دارد، شرایط صدور آن چیست و چه مراجعی صالح به صدور چنین دستوری هستند؟ چه وجوه تشابه و افتراقی بین دستور موقت در دادرسی مدنی و دادرسی کیفری وجود دارد؟ مقاله حاضر با لحاظ این فرضیه که موارد فوری در امور کیفری مورد توجه مقنن قرار گرفته و



بین امور فوری در دادرسی مدنی و کیفری وجوه افتراق و اشتراکی وجود دارد و شرایط صدور دستور در امور فوری کیفری متفاوت از امور مدنی است، در مقام تبیین جنبه های مختلف امور فوری در دادرسی کیفری و پاسخ گویی به سوالات مزبور است.

ارکان و شرایط صحت شرط خسارت قراردادی وجه التزام در قرارداد های بانکی

نویسنده: قاسمی حامد، عباس، حسین آبادی، امیر، حسینی پویا، سید محسن
مجله: تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۸۶.

با توجه به غیر شرعی اعلام شدن نهاد خسارت تأخیر تأدیه، در تحولات حقوقی بعد از انقلاب ۱۳۵۷ در ایران، مطالبه این خسارت صرفاً مشروط به پیش بینی آن در شرط ضمن عقد شده است. اهمیت کمی و کیفی این گونه شروط در قراردادهای بانکی و وجود آراء قضائی متفاوت در برخورد با آنها، نگارنده را بر آن داشت تا در مقاله پیش رو به بررسی «ارکان و شرایط صحت شرط خسارت قراردادی وجه التزام در قراردادهای بانکی» بپردازد. در این مقاله افزون بر بررسی ارکان و شرایط صحت «شروط خسارت قراردادی تأخیر تأدیه» (وجه التزام)، بر این نکته نیز تأکید شده است که «خسارت قانونی تأخیر تأدیه» از «خسارت قراردادی تأخیر تأدیه» متمایز است و لذا مبانی، ماهیت، آثار و همچنین ارکان و شرایط این دو خسارت باید به صورتی جداگانه مورد توجه قرار گیرد، در غیر این صورت بر ابهامات و سردرگمی‌ها و خلط مصادیق افزوده می‌گردد؛ چنانکه رویه قضایی از این اختلاطها و سردرگمی‌ها در امان نمانده است. در این نوشتار، با توجه به قواعد عمومی قراردادهای و صحت شروط و مباحث وجه التزام و همچنین قوانین و مقررات بانکی، اصلی‌ترین ارکان و شرایط ناظر به خسارت قراردادی استخراج و مورد بررسی قرار گرفته و نتیجه گرفته شده است که انحراف از این ارکان و شرایط اساسی، ممکن است با ضمانت اجرای بطلان قرارداد اصلی یا بطلان شرط خسارت مواجه شود. ضمن اینکه توجه به همین ارکان و شرایط، مایه‌ی تمایز خسارت قراردادی از شبهه‌ی ربا نیز می‌باشد.

بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی

نویسنده: شیروی، عبدالحسین، کاظمی، محمد جواد
مجله: حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۰۴.

در قراردادهای تجاری طرفین معمولاً توافق می‌کنند قبل از اینکه اختلاف خود را نزد سیستم داور و یا قضایی مطرح نمایند، ابتدا آن را از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل نمایند و بدین طریق ضمن حفظ روابط تجاری و تحمیل کمترین هزینه، زمان و خسارات، به حل و فصل اختلاف خود نائل شوند. به رغم اینکه توافقات مزبور در تجارت بسیار معمول است، وضعیت حقوقی آنها در رابطه با درجه التزام و پای‌بندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره و تبعات حقوقی نقض آن مورد بحث قرار نگرفته است. این مقاله با تبیین ماهیت حقوقی این توافقات به عنوان شرط فعل و با توجه به رویه قضایی بین‌المللی، بر این دیدگاه تأکید خواهد نمود که چنین توافق‌هایی، نه تنها طرفین را از رجوع اولیه به سیستم داور و یا قضایی منع خواهد کرد، بلکه نسبت به آنها این الزام را ایجاد خواهد کرد که در راستای حل و فصل اختلاف خود، ابتدا فرآیند منظم و اصولی مذاکره را در پیش گیرند و با حسن‌نیت آن را جهت حصول نتیجه ادامه دهند. نقض این تعهد حتی می‌تواند به ایجاد مسئولیت قراردادی منجر گردد.

اعتبار تعهد پرداخت حق الوکاله از محکوم‌به

نویسنده: دینانی، عبدالرسول
مجله، تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۱۰۳.

یکی از بحث‌هایی که در سال‌های اخیر به صورت جدی موضوع بسیاری از پرونده‌های تخلفات دادرسی و دادگاه انتظامی کانون وکلای رسمی دادگستری قرار گرفته، موضوع منع هرگونه مشارکت وکیل در محکوم‌به به عنوان حق الوکاله خود می‌باشد. در این مقاله مختصر ضمن بیان قواعد عمومی مربوط به حق‌الزحمه وکیل و بیان عدم مخالفت قانون و شرع با این‌گونه از مشارکت و گذار از یک اشاره اجمالی به حقوق دو کشور آمریکا و فرانسه به عنوان دو نظام



معتبر جهانی در خصوص این مسأله. به علل فلسفی و اجتماعی و اخلاقی منع این امر پرداخته و با توجه به کارا نبودن این توجیه‌ها و بر عکس، به دلیل مشکلات اخلاقی که منع فوق‌الذکر در کلیت جامعه موجب می‌شود و نیز به دلیل مشکلات حقوقی و موانع حرفه‌ای که برای وکلا به وجود می‌آورد، نهایتاً بر این باور است که منع مشارکت وکیل در محکوم‌یه هیچ‌گونه توجیه اخلاقی. حقوقی، شرعی و حرفه‌ای ندارد. لذا شایسته است موانع قانونی در این خصوص برداشته شود و قانون متناسب در زمینه مشروعیت آن تصویب گردد.

واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح

نویسنده: منصور، محمد، الشریف، محمد مهدی، طباطبایی، سید محمد صادق
مجله: مطالعات حقوقی، زمستان ۱۳۹۷، دوره دهم، شماره ۴.

در بین عقود معین، عقد صلح از این ویژگی منحصر به فرد برخوردار است که می‌تواند نتیجه معاملات دیگر را افاده کند، بدون اینکه احکام اختصاصی آن عقود بر آن حکومت کند. ابهام در معنای صلح از یک سو و امکان جانشینی صلح در مقام سایر عقود، تمییز صلح از عقد معینی که صلح در مقام آن واقع شده را به مسئله‌ای چالش برانگیز مبدل کرده است. به همین جهت، هدف این مقاله پاسخگویی به این دو سوال است: نخست، حقیقت صلح چیست؟ دوم، معیارهای توصیف عقد به صلح زمانی که در مقام عقود معین واقع می‌شود کدام است؟ پس از بررسی و تحلیل آراء فقهاء و حقوقدانان در این زمینه می‌توان دریافت حقیقت صلح به لحاظ ثبوتی چیزی جز تسالم و تراضی نیست. در مقام اثبات هر جا طرفین از عنوان صلح استفاده کنند، به دلیل شمول قلمرو صلح، قرارداد را باید صلح قلمداد کرد. در مواردی نیز که طرفین از عنوان صلح استفاده نکرده‌اند و در توصیف عقد بین قالب صلح و یکی دیگر از عقود معین تردید باشد، چنانچه عقد مبتنی بر مسامحه بوده یا در مقام حل یک نزاع واقع شده باشد انتخاب جانب صلح ترجیح دارد.

ضرورت موافقت زوج برای خروج زوجه از کشور

نویسنده: ثمنی، لیلیا، نعیمی، طاهره سادات
مجله: مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۸، سال چهل و نهم، شماره ۲.



بر اساس مبانی فقه امامیه، خروج زوجه از منزل منوط به اذن زوج است. در نظام حقوقی ایران، خروج از کشور برای زنان متأهل، منوط به موافقت کتبی شوهر و در موارد اضطراری، اجازه دادستان است. این قانون با چالش‌های متعددی مانند استقرار ناقص و وجود نقاط ضعف در شناخت دقیق ماهیت و مصادیق اضطرار و التزام دخالت دادستان در قرارداد خصوصی نکاح روبه رو است. پژوهش حاضر با روش توصیفی، تحلیلی پیرامون ماده ۱۹ و بند ۳ ماده ۱۸ قانون گذرنامه و اصلاحیه آن در مسائلی مانند اطلاق یا تقیید حق منع شوهر و طریقت یا موضوعیت داشتن موافقت شوهر، تأمل کرده و به راهکارهایی جهت برون رفت از مشکلات حقوقی ناشی از آن دست یافته است که اسقاط حق منع شوهر و عدم لزوم صدور اجازه دادستان در برخی موارد، حکومت قاعده لاضرر بر ادله حق منع شوهر و عدول از عنوان اضطرار به عنوان عسر و حرج، از جمله آنهاست.

نقش «اصول حقوقی» در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران (در پرتو ماده ۳ آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹)

نویسنده: فیاض بخش، مرجانه، عسگرخانی، ابومحمد

مجله: مطالعات فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۹.

در هر نظام حقوقی، مفاهیم عالی (اصول حقوقی) وجود دارد که قانونگذار با الهام و نشأت از آنها اقدام به وضع قواعد می‌نماید. هیچ نظام حقوقی قادر نیست کلیه موضوعات را پیش بینی کرده و برای همه آنها راه حل ارائه دهد؛ لذا قانونگذار در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به عنوان تأکید از مقام قضایی می‌خواهد که در صورت سکوت یا اجمال قانون، به اصول حقوقی مراجعه نماید. در این مقاله به این موضوع پرداخته شده که منظور قانونگذار از اصول حقوقی، صرفاً اصول کلی حقوق نبوده، بلکه موارد اصول جزئی حقوقی، اصول عملیه، اصول لفظیه، قواعد حقوقی، ضوابط حقوقی، اشباه و نظایر و امارات را نیز در بر گرفته و می‌توانند حتی به تنهایی مستند حکم قرار گرفته و در ایجاد رویه قضایی، نقش فزاینده‌ای داشته باشند.



مطالعه تعزیرات منصوص شرعی در فقه و حقوق کیفری ایران

نویسنده: زجاجی، حمید رضا، مالمیر، محمود

مجله: پژوهش حقوق کیفری، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۲۷.

در پی ایراد شرعی شورای نگهبان، عنوان فقهی «تعزیر منصوص شرعی» وارد نظام حقوق کیفری ایران شد و اعمال بسیاری از نهادهای تأسیسی که جنبه ارفاق‌آمیز دارد مانند تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات و مرور زمان متوقف بر این شده است که از مصادیق تعزیرات منصوص نباشد. این در حالی است که قانونگذار هیچ تعریفی از تعزیر منصوص شرعی به عمل نیاورده است و در واقع تشخیص مصادیق قانونی آن را به دادرس سپرده است و همین موضوع باعث ایجاد رویه‌های متعدد در دادگاه‌ها شده است، بنابراین شناخت مبانی و بررسی یکایک مصادیق شرعی و قانونی، ضرورت این پژوهش را ایجاب می‌کند و نتیجه این شد که منظور از تعزیر منصوص شرعی عبارت از آن محرماتی است که از نظر شارع تحریم شده و نوع مجازاتش منصوص و معین است، لکن اندازه و میزان دقیق آن بیان نشده است و بر عهده قاضی نهاده شده است. البته طبق اصل قانونی بودن جرم و مجازات نمی‌توان تعزیرات منصوص شرعی که در روایات بیان شده را تا زمانی که قانون نشده است بر دادگاه‌ها تحمیل کرد تا اینکه مجازاتی تعیین کنند. مصادیق تعزیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با استناد به روایات بیان شده است و آن محدودیت‌ها صرفاً ناظر به این مصادیق قانونی است.

جنایت نظیر و اشتباه در جنایت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

نویسنده: فضل‌ی، مهدی؛ ساریخانی، عادل

مجله: پژوهش حقوق کیفری، بهار ۱۳۹۸، شماره ۲۶.

واژه "نظیر" در خصوص جنایات، عبارتی است که برای اولین بار در ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به کار برده شده و سابقه‌ای در فقه و قوانین پیشین ندارد. این واژه به لحاظ فقدان پشتوانه فقهی-حقوقی، در عمل ابهامات فراوانی را سبب شده و آن گونه که در بادی امر به نظر می‌رسد نسبت به قبل بر قلمرو جنایات عمد افزوده و گستره‌ی موارد اشتباه در جنایت را نیز با



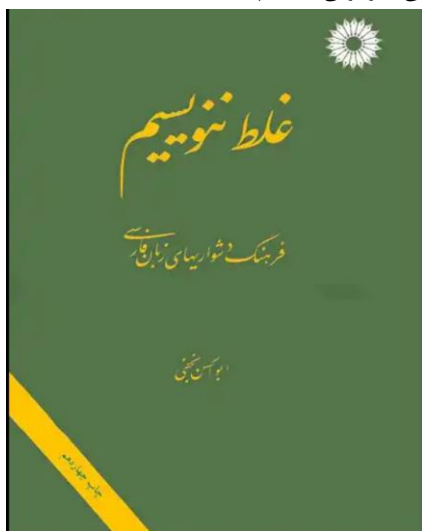
تردیدهایی مواجه ساخته است. طی مقاله حاضر با استفاده از روش تحلیلی، توصیفی ضمن یک بررسی فقهی، حقوقی این نتیجه حاصل شده که جنایت نظیر، صرفاً جنایات وارده بر اعضاء غیرمقصود مجنی علیه، مقصود با نتایج مشابه یا أخف از مقصود مرتکب را شامل می‌شود و جنایات غیرمقصود که بر مجنی علیه غیرمقصود واقع می‌شوند را در بر نمی‌گیرد. این جنایات گاه واقعا و گاه حکما عمد هستند. این جنایات گاه واقعا و گاه حکما عمد هستند، اما ضروری است که قانونگذار به جای کلمه مبهم جنایت نظیر، ماده‌ای مخصوص وضع و به صورت مشروح بیان دارد که اشتباه در عضو در جنایت عمدی که منجر به نتایج مشابه یا خفیف‌تر از مقصود مرتکب گردد عمد خواهد بود.



معرفی کتاب

نسیم پرستگاری^۱

علاقمندان به کتاب و کتاب خوانی می‌توانند با پیگیری این صفحه در هر شماره از ماهنامه مدرسه حقوق با یک کتاب مفید حقوقی و نویسنده آن آشنا شوند. در این بخش که می‌توان آن را یکی از تحولات ماهنامه در راستای بهبود کیفیت و جلب نظر مخاطبان دانست، پیشنهاد های ویژه‌ای برای شما خواهیم داشت. بر آنیم کتاب های مفید و در عین حال کاربردی را بررسی، معرفی و مطالعه مطالب سودمند آنها را یادآوری کنیم. امید است که در این راه دین خود را به نویسندگان برجسته حقوق کشورمان ادا نموده و با معرفی آثارشان قدردان تلاش های بی دریغ این عزیزان باشیم.



ابوالحسن نجفی

ناشر: مرکز نشر دانشگاهی

چاپ بیست و سوم و سوم ۱۳۹۷

درباره نویسنده

ابوالحسن نجفی زبان شناس و مترجم ایرانی بود که در سال ۱۳۹۴ در سن ۸۶ سالگی درگذشت. ایشان عضو پیوسته فرهنگستان زبان و ادب فارسی بود و دبیری مجله ادبیات

۱۲۶

۱. وکیل پایه یک دادگستری



تطبیقی را بر عهده داشت. عمده فعالیت های ادبی و علمی او در حوزه ترجمه متون ادبی، ویرایش، زبان شناسی و وزن شعر فارسی است. نجفی یکی از دقیق ترین دایره ها را برای طبقه بندی وزن شعر فارسی تدوین کرد. از آثار او می توان به: مبانی زبان شناسی و کاربرد آن در زبان فارسی، فرهنگ فارسی عامیانه و کتاب حاضر با عنوان غلط نویسیم، اشاره کرد.

درباره کتاب

غلط نویسیم با عنوان فرعی «فرهنگ دشواری های زبان فارسی»، کتابی است در قالب فرهنگ لغت، از ابوالحسن نجفی؛ زبان شناس، نویسنده، مترجم و پژوهشگر برجسته معاصر که درباره غلط های رایج در زبان فارسی نوشته شده است. در این کتاب غیر از غلط های املائی به غلط های انشایی و استعمال نادرست واژه ها، از جمله واژه های مأخوذ از زبان های خارجی و اشتباهات صرفی و نحوی و به خصوص آنچه به نام گرته برداری معروف است؛ یعنی ترجمه لفظ به لفظ اصطلاحات و ترکیبات خارجی نیز پرداخته است.

تردید ما همیشه از بابت املا یا معنای کلمات نیست، وانگهی برای رفع این مشکل کافی است که به یک لغت نامه معتبر مراجعه کنیم و جواب خود را در آن بیابیم. هنگام نوشتن، سوال های بسیار دیگری نیز برای ما مطرح می شود که جواب به آنها را در لغت نامه های موجود به دشواری می توان یافت یا اصلا نمی توان یافت. مثلا آیا من «استعفا داده ام» یا «استعفا کرده ام»؟ و سؤال های بسیار دیگر. کتاب حاضر که برای جواب به این قبیل سوال ها نوشته شده، فهرستی است به ترتیب الفبایی از غلط های رایج در نوشته های امروز، اعم از غلط های املائی و انشایی.

همان طور که از محتوای این کتاب مشخص است، فرهنگ لغتی نوشتاری کامل و آموزنده ایست که برای هر حقوقدان و به خصوص وکلای دادگستری که در صدد تدوین بهترین و صحیح ترین لوایح هستند، بسیار کاربردی و مفید است.



هشدار انتظامی

تکلیف وکیل در موقع عدم پرداخت هزینه های قانونی توسط موکل

روح اله محمدی^۱

یکی از موارد مبتلابه همکاران گرامی که گاهی به دلیل ناآگاهی، قصور در انجام وظایف وکالتی و متعاقباً مسئولیت مدنی را نیز برای ایشان به همراه دارد، موردی است که وکیل حق اقدام در مرحله بالاتر را داشته و دادنامه نیز به وکیل ابلاغ گردیده، اما در زمان تقدیم اعتراض، به دلیل عدم دسترسی به موکل و بعضاً بالا بودن میزان تمبر اعتراض، وکیل با دو بن بست مواجه می‌گردد یا اینکه هزینه ی اعتراض را شخصاً بپردازد و متعاقباً آن را از موکل مطالبه نماید و یا اینکه با ارسال اظهارنامه به موکل، ضمن اخطار به وی در خصوص مدت باقیمانده جهت اعتراض، از وی بخواهد هزینه اعتراض را پرداخت نماید در غیر این صورت دادنامه قطعی می‌گردد.

نکته اینجاست که هیچ یک از حالت های فوق الذکر نمی‌تواند خوش آیند همکاران عزیز باشد، چراکه در حالت اول امکان وصول هزینه دادرسی پرداخت شده توسط وکیل از موکل، امری بعید به نظر می‌رسد و در حالت دوم نیز بلافاصله پس از قطعیت دادنامه به دلیل عدم اعتراض، موکل به دلیل تضييع حق خویش، روانه دادرسی انتظامی شده و به علاوه از مجاری قانونی و از باب تسبیب، خسارات وارده به خویش را مطالبه خواهد نمود. این مشکل وقتی دو چندان می‌گردد که دعوای مطروحه مالی و هزینه اعتراض نیز بسیار سرسام آور است و بعضاً حتی اگر وکیل بخواهد پرداخت نماید، ممکن است توان مالی پرداخت را در آن زمان نداشته باشد.

در سال های قبل و زمانی که دفاتر خدمات الکترونیک قضایی راه اندازی نگردیده



بود، راهکار برون رفت از این مسأله این بود که وکیل، اعتراضی را تنظیم و آن را به تبر ناقص غیرمالی هزینه دادرسی ممه‌ور و صرفاً هزینه ی اعتراض غیرمالی را پرداخت می‌نمود و اعتراض به همین سبک در دفتر شعبه ثبت می‌گردید و پس از آن وکیل از مدیر دفتر دادگاه درخواست می‌نمود که اخطار رفع نقص جهت پرداخت تتمه هزینه دادرسی را به شخص موکل ابلاغ نماید که در اکثر موارد این امر محقق می‌گردید و چنان چه موکل پس از دریافت اخطاریه، از حضور و پرداخت هزینه متعلقه امتناع می‌نمود، بار مسئولیت عدم اقدام، از دوش وکیل ساقط و بر عهده موکل استوار می‌گردید.

اما در حال حاضر که دفاتر خدمات الکترونیک قضایی در زمان اخذ اعتراض، میزان تبر هزینه دادرسی را محاسبه و ثبت درخواست را منوط به پرداخت آن هزینه می‌نمایند، این راهکار تأثیر چندانی ندارد و در این گونه موارد وکیل، حق استعفاء نیز نخواهد داشت، چراکه ابتدای موعد اعتراض از روزی است که به وکیل ابلاغ گردیده و در صورت استعفای وکیل و عدم وجود مهلت کافی برای موکل، وی می‌تواند علاوه بر شکایت انتظامی، خسارات وارده را نیز مطالبه نماید.

لذا نکات ذیل می‌تواند راهگشای این مسأله باشد :

اول : مطابق ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی ، "وکیل می‌تواند پس از صدور رأی یا در موقع ابلاغ، استعفاء و از رویت ابلاغ امتناع نماید" اما باید این مسأله را فراموش ننماید که مهلت اعتراض از زمان ابلاغ به وکیل محسوب می‌گردد، بنابراین حتی در صورتی که قصد استعفاء دارد، در همان روزهای اولیه ابلاغ، امر استعفاء را انجام و مراتب را از طریق قانونی که اثبات کننده اطلاع موکل از استعفاء و وجود زمان کافی جهت اعتراض وی دارد، به موکل ابلاغ نماید تا راه بر هرگونه شکایت انتظامی علیه وکیل مسدود گردد.

دوم : در مواردی که هزینه اعتراض قابل توجه است، شایسته است همکاران محترم در همان ابتدای صدور رأی، با دعوت موکل، ضمن تشریح رأی برای موکل، طی صورتجلسه ممضی به امضاء موکل، وی را با قید تاریخ انجام، متعهد نمایند که در صورت اعلام اعتراض، مراتب را پس از کارسازی مبلغ هزینه دادرسی، به وکیل اعلام نمایند و عدم اقدام موکل و عدم کارسازی وجه به منزله انصراف ایشان از اعتراض بوده و موکل حق هرگونه ایراد یا اعتراضی را در این خصوص از خود سلب و ساقط نماید.

سوم : یکی از مواردی که مشکلات فوق الذکر را دو چندان می‌نماید این است که همکاران محترم، اعلام اعتراض به دادنامه را به روزهای آخر فرجه منوط می‌نمایند، به



طوری که ممکن است یافتن موکل در آن روز نهایی با صعوبت مواجه گردد. به عبارت بهتر در این گونه موارد، موکل در دسترس بوده و قادر و حاضر به پرداخت هزینه دادرسی نیز بوده است، اما در آن روز به خصوص، به دلیل مشکلات غیر مترقبه، در دسترس وکیل نبوده و ممکن است با عدم اعتراض وکیل به دادنامه به دلیل مبلغ بالای هزینه اعتراض، نهایتاً با تضییع حق مواجه گردد، لذا بهتر است همکاران فرهیخته موارد اقدامی خویش را به روزهای آخر موکل ننمایند.

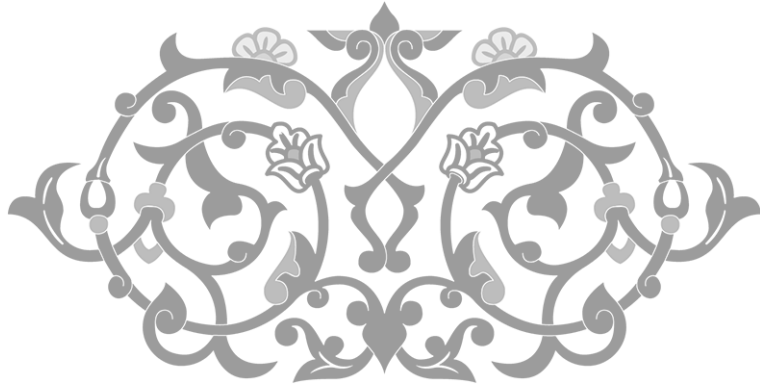
چهارم : اما راهکار نهایی که هم اینک با وصف وجود دفاتر الکترونیک قضایی به ذهن متبادر می‌گردد این است که در حالتی که دسترسی به موکل با صعوبت مواجه شود، چنان چه هزینه قابل پرداخت ناچیز و یا مثلاً مربوط به پرداخت هزینه های کیفری، غیرمالی و غیره باشد، وکیل آن هزینه اندک را شخصاً بپردازد و خود را از مظان تخلف دور نماید، اما چنانچه اعتراض مالی و هزینه آن نیز گزاف باشد می‌تواند با تقدیم دادخواست اعتراض به همراه ادعای اعسار از پرداخت هزینه دادرسی به نام موکل، دادخواست را ثبت نموده و بلافاصله پس از ثبت اعتراض در شعبه، مراتب استعفاء خویش را اعلام نماید تا شعبه، ضمن اعلام استعفاء وکیل به موکل، از وی بخواهد شخصاً در جلسه اعسار حاضر گردد و یا هزینه دادرسی را پرداخت نماید و این گونه وکیل می‌تواند خویش را از تخلف احتمالی تبرئه نماید.

پنجم : در کلیه موارد فوق الذکر، ارسال اظهارنامه برای موکل و اخطار به وی در خصوص میزان هزینه دادرسی و زمان باقیمانده جهت پرداخت و یا اعلام اعسار، ضروری است.

ششم : همکاران محترم توجه داشته باشند که عدم اعتراض به آراء و یا عدم انجام وظایف وکالتی می‌تواند از مصادیق تخلف از سوگند نیز تلقی گردد.



زنگ تفریح





تاریخ اندیشه های حقوقی به بیان طنز

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه‌ای^۱

ژان ژاک روسو که به دلیل دو بار استفاده از حرف «ژ» در نام و نام خانوادگی اش نمی‌تواند محبوب عرب زبانان باشد، در ۲۸ ژوئن سال ۱۷۱۲ و ۹ روز قبل از مرگ مادرش در ژنو به دنیا آمد. اتفاقی که اگر ده روز دیرتر می‌افتاد، بنده شاید مصدع اوقات شما خواننده عزیز نمی‌شدم. پدر ژان به نام ایزاک روسو به لحاظ سوئیسی بودنش مثل تصور همه ما از سوئیسی‌ها ساعت ساز بود و به لحاظ حوصله‌ای که از لوازم کار ساعت سازی است و او هم داشت، تا ۹ سالگی ژان را پیش خود نگه داشت و بعد از آن مجبور به فرار شد و ژان را به برادرش که کشیش بود، سپرد. او هم به دلایلی ژان را نزد کشیش دیگری برد. خلاصه سرتان را درد نیاورم که ژان، لای دست و پای کشیش‌ها بزرگ شد. او که کتاب مفصلی به نام امیلی در مورد تربیت فرزند داشت و به همه یاد می‌داد چگونه فرزندان‌شان را تربیت کنند، خود هر ۵ فرزندش را به پرورشگاه سپرد، چون مثل نویسنده این‌سطور حوصله نگهداری بچه‌ها را نداشت و از طرفی لازم بود عکس آن چه می‌گوید عمل کند. البته این نگاه زیبایی او به فرزند به نظر می‌رسد ریشه در نگاه منفی او به تمدن داشته باشد و همچنان که سایر حیوانات فرزندان خود را لوس و نرّ بار نمی‌آورند و سریع از سر خود باز می‌کنند، وی نیز چنین هدفی را در سر داشته است. در واقع او خودش با مطالعاتی عمیق به بی‌خاصیتی فرزندان، دهان همیشه باز ایشان و مسئولیت ناپذیری آنها پی برده و می‌خواست درس خوبی به ما بدهد که متأسفانه در عصر حاضر مورد پذیرش که قرار نگرفته

۱۳۲

۱. دیپلم علوم تجربی!

مجله
حقوق

شماره ۱۲۸ / مهر ۹۸



هیچ، بلکه عملاً وارد دوران مدرن برده داری به نام فرزند سالاری شده ایم. پرهیز روسو از تمدن باعث شد که کتابی در این مورد بنویسد و برای ولتر، فیلسوف فرانسوی بفرستد و منتظر تشویق‌های وی بماند. جناب ولتر هم بعد از خواندن کتاب در جملاتی محبت آمیز به وی نوشت: « آدم اثر شما را که می‌خواند، می‌خواهد بر چهار پای برود، از جایی که این عادت را شصت سال و اندی پیش ترک گفته ام، ناممکن می‌دانم از تو یاد بگیرم. این حرکت « طبیعی » را به آنانی وا می‌گذارم که بیشتر از من سزاوار چهارپای بودن هستند». روسو بیچاره بعد از این تشویق در صدد برآمد تا ریشه‌ی تشکیل اجتماع را بررسی کرده و بفهمد چه خطایی باعث شد که انسان‌ها تشکیل اجتماع داده و عطای طبیعت را به لقای تمدن ببخشند؟ او چون دانش کافی برای پاسخ به این سؤال را نداشت، سعی کرد با استفاده از روش استقراء، یعنی از جزء به کل به پاسخ سؤال خود برسد. به همین خاطر ابتدا سراغ خانواده رفت و با خود پرسید چه چیزی باعث می‌شود افراد، آزادی خود را فروخته و تشکیل خانواده دهند. او به این نتیجه رسید که اساس این بردگی در خانه از قرارداد نکاح شکل می‌گیرد، پس لابد در اجتماع هم ریشه تشکیل اجتماع به قرارداد بر می‌گردد و اسم این قرارداد را « قرارداد اجتماعی » گذاشت و آن را این‌گونه توجیه کرد که افراد جامعه در حالت اولیه آزاد و رها هستند و چون اجتماع بعضی نیازهای فرد را تأمین می‌کند، فرد از آزادی خود چشم می‌پوشد و در عوض از مزایای اجتماع بهره‌مند می‌شود. او در ابتدای کتاب «قرارداد اجتماعی» خود چنین نوشت: «انسان آزاد زاده شد و همه جا در بند است». این نظر وی که انسان آزاد زاده شده است، به نظر نویسنده این مقاله به شدت پارادوکسیکال است، چرا که مگر انسان دولتی و یا کوپنی هم می‌تواند زاده شود که در مقابل، با رد این نوع زاده شدن، بگوییم انسان آزاد زاده شده است. از طرفی چه دلیلی جز لخت بودن انسان هنگام تولد وجود دارد که بر اساس آن بتوان حکم به آزاد بودن وی داد؟ به راستی چون انسان لخت و برهنه به دنیا آمده است، آزاد است؟ آیا ملاک آزاد بودن یا نبودن انسان‌ها برهنگی است؟ اگر این چنین باشد که این شرط در مورد همه موجودات مصداق دارد، مرغ‌ها و حیوانات تحت سلطه انسان باید با لباس و پوشش و سایر حیوانات که آزاد هستند، برهنه به دنیا بیایند. به همین دلیل فیلسوف گمنام جرقویه‌ای در کتابی که هنوز ننوشته، جمله معروفی دارد که مضمون آن این است: «انسان برای



زندگی کردن برای دیگران به دنیا می‌آید». در هر حال روسو هم به آزادی انسان شک کرده و در گفتار دیگری می‌گوید: اگر «آزادی» با «برابری»، همراه نباشد، عمر درازی نخواهد داشت و بعدتر هم اقرار می‌کند که آزادی را تنها در مجسمه آن دیده است. او با این فرض که انسان آزاد به دنیا می‌آید و ناگهان در تار و پود و زنجیر سنگین اجتماع قرار می‌گیرد، احتمال می‌دهد که حتماً انسان‌ها نشسته‌اند و یک قرارداد اجتماعی با هم منعقد کرده‌اند، در نتیجه همه روابط انسان‌ها باید بر این اساس تفسیر شود. به عبارت دیگر در این معامله یک طرف حاکمان و طرف دیگر شهروندان قرار دارند. شهروندان، آزادی خود را می‌دهند و در قبال آن رفاه و امنیت را می‌ستانند و چون آزادی ثمن است، حتماً باید مثنی آن رعایت حقوق ایشان و انجام خدمات اجتماعی باشد؛ غافل از اینکه در عالم حقوق هم بارها پیش می‌آید که ثمن پرداخت می‌شود، ولی معوضی در کار نیست و به هیچ وجه هم امکان اجبار متعهد به تسلیم مبیع وجود ندارد.

اگر این مبنا و فرضیه را بپذیریم و قرارداد را اساس تشکیل اجتماع بدانیم، ایرادات اساسی به این قرارداد وارد خواهد آمد که اگر جناب روسو حقوق مدنی ۳ را در دانشگاه گذرانده بود، می‌دانست که برای انعقاد قرارداد، شرایطی به شرح زیر لازم است: اهلیت طرفین، قصد و رضا، مشروعیت جهت معامله، معین بودن مورد معامله، که در قرارداد اجتماعی قصد و رضا مفقود است و آدم مثل استخرهای مجهز ناگهان از یک لوله داخل اجتماع شیرجه می‌زند و قبل از عقل و بلوغ، همه شرایط به وی تحمیل می‌شود. در نتیجه چه بسا هر دو طرف اهلیت نداشته باشند و پس از آن هم قصد و رضا مفقود و جهت هم بعضاً از ناحیه احد از طرفین نامشروع است. با این وصف اسم «قرارداد» نهادن بر این رابطه بین شهروندان و حکومت، کمی ظلم در حق قرارداد خواهد بود. با این حال، این نظریه روسو برای نویسنده این سطور این خاصیت را دارد که هرگاه قانون شکنی می‌کند و وجدانش عذابش می‌دهد، با خود می‌گوید وقتی قرارداد باطل است، انجام مفاد قرارداد و پایبندی به آن لازم نیست و در نتیجه با خیالی راحت، وجدان را خواب نموده و به قانون شکنی خود ادامه می‌دهد و داشتن وجدان آسوده خود را مدیون مرحوم روسو می‌داند و در همین جا از خوانندگان عزیز می‌خواهد که فاتحه‌ای نثار آن بزرگوار نمایند. هر چند پنبهٔ قرارداد اجتماعی توسط نویسنده این سطور به روش علمی زده شد، ولی اجمالاً به آقای روسو



یادآوری می‌کند که اینجانب با مطالعات بسیار عمیق در تاریخ، به ویژه قرون وسطی، به لحاظ عمق زیاد خفه شدم و به این نتیجه رسیده‌ام که آقای روسو سخت در اشتباه هستند! روسو که مدعی بود آزاد به دنیا آمده است، بعد از شصت و شش سال دست و پنجه نرم کردن با اسارت خود در زندگی اش، به دلیل سگته مغزی در منزل خویش درگذشت. البته عده‌ای هم مدعی هستند که او خودکشی کرده است. کتاب‌های زیادی از او به جای مانده است که خواندن آن به هیچ یک از دوستان توصیه نمی‌شود!

