

بسم الله الرحمن الرحيم
ماهنامه خبری آموزشی

مدرسه حقوق

سال چهاردهم، شماره ۱۲۹، آبان ۱۳۹۸
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سرمدبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: آمنه شیران

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: داریوش سپینتا

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد

جوادی نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، مینا سالمی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجانوند، محسن متین، مریم‌السادات مدرسی، نفیسه مستقل

و با تشکر از: رضا زرعی، رسول فروغی، حمید سلیمانی، 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.



فهرست مطالب

سرمقاله؛ شرح صدر و کالت..... ۴

مقالات

اعتراض ثالث اجرایی در رویه قضایی (مفهوم، شیوه طرح و ماهیت تصمیم اتخاذی مرجع رسیدگی)..... ۸

دکتر حمید ابهری، مریم عبدالله پور
قانونی بودن دادرسی و دادرسی مبتنی بر قانون (جنبه‌های مختلف دادرسی مبتنی بر قانون و آثار عدم رعایت آن در قانون و رویه قضایی)..... ۱۹

دکتر منصور رحمدل
بررسی اجمالی وضعیت حقوقی معامله متکی بر اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار در قانون و رویه قضایی ۴۰

دکتر عباس قاسمی حامد
یوسف براری چناری
شهرزاد حدادی
حقوق ذی نفعان در ادغام شرکت ها ۵۵

دکتر محمدرضا پاسبان
سیدهادی فرخی
شناخت حقوق طرفین رابطه استیجاری اماکن تجاری، در صورت انتقال منافع به شخص ثالث... ۶۶
داریوش سپینتا

مرجع صاحب صلاحیت در تقاضای صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های سهامی..... ۷۲

دکتر علی رادان جبلی
مسئولیت ورزشکاران در حوادث ناشی از عملیات ورزشی از منظر قانونگذار ایران..... ۷۸

دکتر عباس سلمان پور
رجوع از گواهی و امکان تقاضای اعاده دادرسی... ۹۷

دکتر حسن محسنی
یاسر معتمدی محمدیان

گزیده سخنرانی‌ها

ارزیابی ادله اثبات دعوا..... ۱۰۴
دکتر سید محسن قائم فرد

بایسته‌های حرفه و کالت

شئون و کیل دادگستری..... ۱۱۲
محمد حسین آقاسی
جایگاه و کالت اگر صد بار به دنیا بیایم، باز هم وکیل دادگستری خواهم شد..... ۱۱۵

دکتر نعمت احمدی
چالش اصطلاحات حقوقی عربی در زبان فارسی ۱۲۰
دکتر شهریار نیازی
نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان ۱۲۴

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه ۱۲۵
پند استاد؛ یادی از مرحوم دکتر حسن صدر..... ۱۲۹

دبیر این شماره
شرب مدام خدمت در سودای عدالت..... ۱۳۱
نکوداشت دکتر احمد قیصری

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۳۳
محمد فلاح پور

معرفی کتاب..... ۱۴۰
مینا سالمی

زنگ تفریح

تاریخ اندیشه‌های حقوقی به بیان طنز (بخش سوم: سزار بکاریا)..... ۱۴۴
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

ملیرسپه حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
چهاردهم

شماره
۱۲۹



کانون وکلای دادگستری ایران



سرمقاله

شرح صدرِ وکالت

یاد دکتر «حَسَن صدر»، حُسن انتخاب و پیشنهاد دبیر محترم تحریریه این شماره و تصویب همکاران مجله، برای نشان دادن یکی از جلوه‌های متنوع شخصیت بزرگ مردی از تاریخ ایران به عنوان یکی از خیل عظیم این گونه شخصیت‌های جامع ملی، سیاسی، مذهبی و در عین حال «وکالتی» کشور است و این خود، مناسبتی ارزشمند و بهانه‌ای کافی برای تعیین موضوع سرمقاله شماره ۱۲۹ مدرسه حقوق خواهد بود. به ویژه که بیستم آبان ماه، سال روز تشکیل کانون‌های وکلاست و این هر دو مناسبتی مبارک اند تا از منظری دیگر به بود و هست و شد و کالت نظر شود؛

آشنایی با بزرگان حرفه وکالت و ذکر جمیل آنان می‌تواند حداقل سه رویکرد را فرا روی ما قرار دهد که به اختصار به هر کدام اشارتی خواهد رفت؛

اول: شناختن و شناساندن

ما به عنوان وکلای نسل حاضر باید بدانیم پیشینیان ما در این حرفه چه کسانی بوده اند و به چه علوم، فنون و هنرهایی آراسته و چه تلاش‌هایی به انجام رسانده اند. آن گاه باید این شناخت از همه راه‌هایی که در اختیار وکلا و کانون‌هاست، به دیگران منتقل و شهد آن به دیگر اقشار و گروه‌های جامعه چشمانده شود. درخشش جاودانه این سترگ مردان که چه بسا فعالیت آنان در دیگر زمینه‌های مختلف سیاسی، مذهبی، ملی، اجتماعی و ... موجب کم رنگ شدن صبغه وکالتی آنان نیز گردیده است، به خوبی می‌تواند سابقه جامعه وکالت را به آشنا و بیگانه نشان دهد و با این شناخت، نسل حاضر از وکیل و غیر وکیل بدانند که پایه‌های کرسی امروز وکالت، برچه ستون‌های کهن و استواری استوار است.



این شناخت، گام‌های وکلای امروز را استوارتر و دیگران را در هنگام مواجهه با هر برخورد پسندیده یا ناپسند با حرفه وکالت و وکیل، به تفکر و دور اندیشی فرو خواهد بُرد و فرا خواهد خواند.

این افتخار، نه مباحثاتی از سر غرور و بر مزار دیگران افتخار کردن و الهکم التکائر حتی زرتن المقابر است، بلکه شناخت و شناساندن این واقعیت است که وکالت از ابتدا دغدغه چه بزرگ مردانی بوده است که در عین داشتن امکانات و موفقیت‌های سترگ اجتماعی، همچنان ضرورت حضور در این حرفه را احساس کرده و به پیوستن به آن بر خویش بالیده اند و پرچم وکالت را دلاورانه با قلب‌هایی پاک و پر حرارت و بازوانی توانا و رنج کشیده به اهتزاز در آورده اند.

این چنین شناختی است که اگر بخشی از آن نیز حاصل آید، توهم و کج اندیشی نسبت به وکالت را از ذهن‌ها خواهد زدود و آن گاه نزد هیچ کس، وکالت به عنوان دکانی برای درآمد یا فخر فروشی و یا جبهه ای برای مخالفت با نظام یا دستگاه قضا تصور نخواهد شد.

دوم: پاسداشت میراث معنوی

شناخت و شناسایی پشتوانه ای که وکالت بر آن تکیه زده است، موجب خواهد شد تا جامعه وکالت بیش از پیش به خود باوری برسد و تکیه بر میراث معنوی گذشته خویش زند؛ از تند باد حوادث، لرزش و لغزش نبیند و باور کند سکویی که اکنون بر آن ایستاده، بر پایه‌هایی محکم که از هیچ باد و بارانی گزند نبیند، استوار است که حوادث به هرمیزان هم که تند و سوزان باشد، بنای مستحکم آن را متزلزل نخواهد ساخت.

روی دیگر شناخت و شناساندن این پشتوانه، پاسداری از آن است. جامعه امروز وکالت و فرد فرد وکلای دادگستری باید با تمام وجود از این میراث گران بها که به آسانی نیز به دست نیامده است، پاسداری، حراست و حفاظت نمایند. گرچه بخش اندکی از این پاسداری، نیازمند و مرهون کلام و بیان و ذکر سابقه ی درخشان وکالت است، اما این پاسداشت بیش از هر چیز از طریق رفتار و عملکرد وکلا و کانون‌های وکالت محقق خواهد شد و نحوه اقدام عمومی و خصوصی، فردی و اجتماعی و به ویژه وکالتی ماست که در عمل، موجب پاسداشت و یا تخریب میراث معنوی وکالت خواهد بود و کوییدن تنها بر طبل افتخار گذشته ای ارزشمند، راه به جایی نخواهد برد.

سوم: تلاش برای ارتقای میراث باقی مانده

همچنان که گذشتگان حرفه وکالت با عملکرد صحیح، جامع الاطراف بودن و آراسته



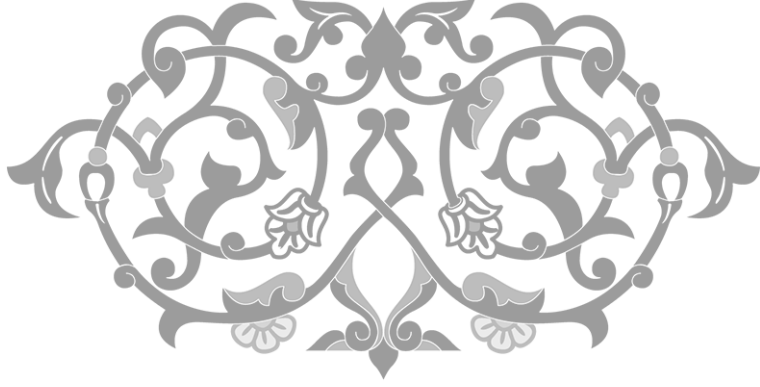
بودن به صفات حسنه اخلاقی و عملی، میراث حاضر وکالت را به شرح پیش گفته ایجاد کرده اند، امروزیان این حرفه نیز باید برای آیندگان به میراث معنوی گذشته بیفزایند و با در نظر گرفتن مجموع شرایط زمانی، مکانی و اوضاع و احوال موجود در مقام ارتقای آن برآیند تا آیندگان نیز بتوانند بر گذشتگان خویش ببالند و روش آنان را چراغ راه آینده خویش قرار دهند.

گرفتاری‌های روزمره و مشکلات جاری جامعه وکالت و وکلا نباید آنان را از نگاه به دور دست و مخاطرات آتی و ناپیدا باز دارد و آنان را دچار روزمرگی نماید. باید در عین دقت در وضع موجود، به آینده دور نظر داشت و بر آن ریشه‌ها، ستون‌ها و پایه‌هایی قوی و غیر قابل تخریب بنا نهاد تا آیندگان با تکیه و اعتماد بر آن بتوانند جایگاه خویش را حفظ و استحکام بخشند و آن را به بالندگی و رشد لازم برسانند.

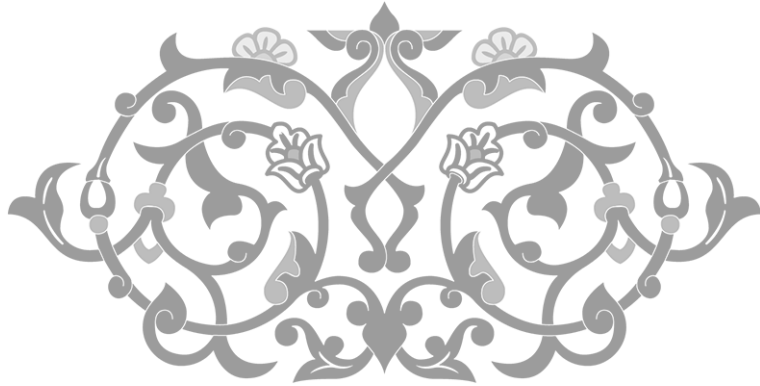
این بخشی از رویکردهایی است که می‌توان با یاد و خاطره بزرگانی همچون حسن صدر به آن اندیشید و در مقام اجرای آن برآمد.

به امید آن روز

مدیر مسوول



مقالات





اعتراض ثالث اجرایی

در دکترین و رویه قضایی

(مفهوم، شیوه طرح و ماهیت تصمیم اتخاذی مرجع رسیدگی)

دکتر حمید ابهری^۱

مریم عبدالله پور^۲

چکیده

اعتراض ثالث اجرایی، یکی از موضوعات مهم مربوط به آیین دادرسی مدنی (اجرای احکام مدنی) است. وقتی مالی از خوانده یا محکوم علیه از طریق واحد اجرای دادگاه توقیف شد، چنانچه شخص ثالث ادعایی نسبت به مال توقیف شده داشته باشد، می‌تواند برابر مقررات موجود، اعتراض نماید. چنین اعتراضی را اعتراض ثالث اجرایی می‌نامند. با توجه به وجود اقسام مختلف اعتراض ثالث در حوزه آیین دادرسی مدنی و ثبتی، بررسی مفهوم، شیوه طرح اعتراض ثالث اجرایی و ماهیت تصمیم اتخاذی توسط مرجع رسیدگی و قابلیت تجدیدنظرخواهی از رأی صادره، از موضوعات قابل توجه در مورد اعتراض ثالث اجرایی است که کمتر مورد بررسی قرار گرفته است و در این مقاله، تبیین می‌گردد.

کلید واژگان: اعتراض ثالث، اجرا، دادگاه، شورای حل اختلاف.

مقدمه

اعتراض ثالث اجرایی یکی از موضوعات مهم و کاربردی در حوزه آیین دادرسی و مبتلابه کلیه واحدهای اجرای احکام مدنی و محاکم دادگستری می‌باشد. اعتراض ثالث

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران



اجرایی با اصطلاحاتی نظیر شکایت ثالث اجرایی، اعتراض شخص ثالث نسبت به بازداشت مال و اعتراض به توقیف مال نیز بیان می‌شود (نصرالهی، ۱۳۸۹، ۱). به نظر می‌رسد که بهترین اصطلاح، همان اعتراض ثالث اجرایی می‌باشد. مقررات مربوط به اعتراض ثالث اجرایی، در قانون اجرای احکام مدنی آمده است. در قانون ثبت و آیین نامه‌های مربوطه نیز، مقرراتی در مورد اعتراض به عملیات اجرایی ثبتی وضع شده است که ماهیت و آثاری متفاوت دارد و بررسی آنها، مجال و مقال دیگری را می‌طلبد. شکایت مربوط به اجرای اسناد رسمی، گاهی مربوط به دستور اجرای سند و گاهی شکایت از عملیات اجرایی، یعنی اقدامات اجرای ثبت یا مأمورین اجرا است (شهری، ۱۳۷۰، ۳۵۷). مرجع رسیدگی به شکایت از دستور اجرا، دادگاه است و مرجع رسیدگی به اعتراض به عملیات اجرایی، اداره ثبت است (ماده ۱ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی و ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا). همچنین، اعتراض ثالث نسبت به احکام دادگاه‌ها که در قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۱۷ تا ۴۲۵) پیش بینی شده، متفاوت از بحث اعتراض ثالث اجرایی است. اعتراض شخص ثالث نسبت به احکام دادگاه، یکی از طرق فوق العاده است که برای اشخاص ثالث، باز است و در جایی که در دعوایی حکمی صادر شده که بر اثر آن به حقوق شخص ثالث، خلل وارد شود و آن شخص یا نماینده وی به عنوان اصحاب دعوا در مرحله دادرسی دخالت نداشته باشد، می‌تواند به حکم صادره، اعتراض کند. به این اعتراض، اعتراض ثالث به رأی دادگاه گفته می‌شود (متین دفتری، ج ۲، ۱۳۷۸، ۱۴۸). مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی در مورد اعتراض ثالث اجرایی در دادگاه است. در این مقاله، ضمن بیان مفهوم اعتراض ثالث اجرایی، شیوه طرح آن به ویژه با توجه به الکترونیکی شدن طرح دعاوی در محاکم و شوراهای حل اختلاف، ماهیت تصمیم اتخاذی مرجع رسیدگی به این اعتراض، مورد بررسی قرار گرفته است

مفهوم اعتراض ثالث اجرایی

اعتراض ثالث به دو دسته اعتراض ثالث اجرایی (موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی) و اعتراض ثالث ثبتی تقسیم می‌گردد. در تعریف اعتراض ثالث اجرایی گفته شده است: « هرگاه در حین اجرای یک اجرائیه، دادگاه مالی به عنوان مال متعهد یا محکوم علیه یا مدیون توقیف نماید و شخص ثالثی آن را مال خود یا متعلق حق خود دانسته و به عمل اجرا معترض باشد، این اعتراض را اعتراض ثالث اجرایی می‌نامند و



اختصاص به اموال غیرمنقول یا اجرای حکم ندارد، بلکه شامل اموال منقول و اجرای قرار هم می‌باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۶۳). در این تعریف اعتراض ثالث اجرایی عمدتاً ناظر به اجرائیه دادگاه دانسته شده است؛ در حالی که این اعتراض فقط مربوط به اجرای اجرائیه صادره از دادگاه نیست و گاهی در راستای اجرای قرار تأمین خواسته نیز مال مدیون، توقیف می‌شود و ممکن است شخص ثالثی، به این موضوع اعتراض نماید.

برخی دیگر، در تعریف اعتراض ثالث اجرایی بیان کرده اند: «اعتراض شخصی غیر از محکوم له و محکوم علیه دادنامه یا قرار تأمین خواسته نسبت به توقیف مال مورد ادعای او را اعتراض ثالث اجرایی می‌نامند». (نصرالهی، ۱۳۸۹، ۱). این تعریف، کامل‌تر از تعریف قبلی است، زیرا هم شامل اعتراض ثالث در مرحله اجرای حکم و هم شامل اعتراض ثالث در مرحله اجرای قرار تأمین خواسته، می‌گردد.

با توجه به مطالب پیشگفته، می‌توان گفت هرگاه در مقام اجرای حکم یا قرار تأمین خواسته صادره از مرجع قضایی (دادگاه، شورای حل اختلاف)، مالی به عنوان مال محکوم علیه یا خوانده، توقیف شود و شخص ثالثی نسبت به توقیف آن مال اعتراض داشته باشد، به این اعتراض، اعتراض ثالث اجرایی گفته می‌شود. این اعتراض می‌تواند نسبت به توقیف هرگونه مال اعم از منقول، غیرمنقول، منافع و سایر چیزهایی باشد که مالیت داشته و از لحظه توسط مراجع رسیدگی به دعوا، توقیف می‌شود و محدود به زمان خاصی نیست و از لحظه توقیف مال تا زمان مزایده یا فروش آن مال و حتی بعد از اتمام عملیات اجرایی، قابل طرح است.

شیوه طرح اعتراض ثالث اجرایی

ماده ۱۴۶ قانون احکام مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به مال منقول یا غیر منقول یا وجه نقد توقیف شده، شخص ثالث اظهار حقی نماید، اگر ادعای مزبور مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، توقیف رفع می‌شود. در غیر این صورت، عملیات اجرائی تعقیب می‌گردد و مدعی حق برای جلوگیری از عملیات اجرائی و اثبات ادعای خود می‌تواند به دادگاه شکایت کند.» ماده ۱۴۷ این قانون نیز بیان می‌کند: «شکایت شخص ثالث در تمام مراحل بدون رعایت تشریفات آئین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود. مفاد شکایت به طرفین ابلاغ می‌شود و دادگاه به دلایل شخص ثالث و طرفین دعوا به هر نحو و در هر محل که لازم بداند، رسیدگی می‌کند و در صورتی که دلائل شکایت را قوی یافت، قرار توقیف عملیات



اجرائی را تا تعیین تکلیف نهایی شکایت صادر می‌نماید. در این صورت، اگر مال مورد اعتراض، منقول باشد دادگاه می‌تواند با اخذ تأمین مقتضی دستور رفع توقیف و تحویل مال را به معترض بدهد. به شکایت شخص ثالث بعد از فروش اموال توقیف شده نیز به ترتیب فوق، رسیدگی خواهد شد.» بنابراین، طرح دعوا اعتراض ثالث اجرایی موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، نیازمند شرایط ذیل می‌باشد: الف) صدور رأی لازم الاجرا (اعم از حکم یا قرار تأمین خواسته). ب) توقیف مال.

با صدور حکم قطعی یا قرار تأمین خواسته، ذینفع (طلبکار) مبادرت به توقیف مالی می‌نماید که مدعی است که متعلق به محکوم علیه یا خوانده است، چنانچه شخص ثالث ادعایی نسبت به مال توقیف شده داشته باشد، برابر مقررات فوق اعتراض می‌نماید.

مطابق ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، چنانچه شخص ثالث نسبت به توقیف مال منقول یا غیر منقول یا وجه نقد اظهار حقی نماید، در صورتی که ادعای وی مستند به حکم قطعی دادگاه یا سند رسمی با تاریخ مقدم بر توقیف مال باشد، از مال مزبور رفع توقیف می‌گردد. حکم قطعی را باید حکمی دانست که از ابتدا به صورت غیر قابل اعتراض و تجدیدنظر صادر و یا در صورت قابلیت اعتراض یا تجدیدنظر، به دلیل انقضای مدت اعتراض یا تجدیدنظرخواهی و یا تأیید در مرجع بالاتر، قطعیت یافته باشد (مهاجری، ج ۲، ۱۳۸۵، ۱۸۲). به عبارت دیگر، حکم قطعی، حکمی است که قابل تجدیدنظر نبوده و در نتیجه، قابل اجرا خواهد بود (صدرزاده افشار، ۱۳۸۰، ۲۲۵). آرای قطعی محاکم، به سه دسته تقسیم می‌شوند: آرای که خواسته یا بهای آن سه میلیون ریال یا کمتر باشد، آرای با خواسته یا بهای خواسته بیش از سه میلیون ریال که در مهلت تجدیدنظرخواهی، مصون از اعتراض محکوم علیه قرار گرفته اند، آرای صادره از دادگاه تجدیدنظر (ابهری، ۱۳۹۶، ۱۴۹). ماهیت تصمیم دادگاه در صدر ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی با ماهیت تصمیم دادگاه در ذیل این ماده و نیز ماهیت آن در ماده ۱۴۷ این قانون، متفاوت است که در سطور آتی به آن می‌پردازیم.

در انتهای ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مقرر شده است: «... در غیر این صورت، عملیات اجرایی تعقیب می‌گردد و مدعی حق برای جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود می‌تواند به دادگاه شکایت کند.» با توجه به مقررات فوق، در اعتراض ثالث اجرایی، چند حالت قابل تصور است:

۱۱

الف) اعتراض شخص ثالث به توقیف مال، مستند به سند رسمی یا حکم قطعی است؛ لکن تاریخ توقیف مال مورد اعتراض، مقدم بر تاریخ تنظیم سند رسمی یا



حکم قطعی است.

ب) اعتراض شخص ثالث به توقیف مال، مستند به سند رسمی یا حکم قطعی باشد؛ اما تاریخ توقیف مال مورد اعتراض، بعد از تنظیم سند رسمی یا صدور حکم قطعی باشد.
ج) اعتراض شخص ثالث به توقیف مال، مستند به سند عادی باشد، اعم از اینکه تاریخ سند مقدم یا بعد از تاریخ توقیف مال باشد.

بدیهی است که این نوع اعتراض، شکایت کیفری نمی‌باشد و اعتراض ثالث نسبت به توقیف مال است؛ در خصوص ثبت شکایت مذکور بین محاکم، اختلاف نظر وجود ندارد و معتقدند که چون پرونده خصیصه حقوقی دارد باید ثبت حقوقی شود و لفظ شکایت، عام بود و مقصود شکایت جزایی نمی‌باشد (حسینی، ۱۳۸۳، ۴).

اعتراض ثالث، یک اعتراض ابتدایی است و معترض ثالث برای طرح اعتراض خود، مطابق مفهوم صدر و منطوق ذیل ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی در موارد ذکر شده، وفق ماده ۱۴۷ قانون مزبور اقدام می‌نماید و طرح هیچکدام از موارد مذکور، مستلزم تقدیم دادخواست نمی‌باشد (شمس، ج ۱، ۱۳۸۰، ۴۳۳). به عبارت دیگر، شخص معترض، تکلیفی به اقامه دعوا ندارد (مهاجری، ج ۱، ۱۳۸۰، ۱۹۱). در دکتربین حقوقی، در خصوص نحوه اعلان و رسیدگی به این اظهار حق نیز باید گفت که معترض ثالث طی لایحه ای به همراه فتوکپی مصدق اسناد و دلایل ذیحق بودن خود و بدون نیاز به هزینه دادرسی، اعتراض خود را به واحد اجرای احکام مدنی تقدیم می‌نماید. بنابراین قانونگذار، مدعی ثالث اجرایی را از اقامه دعوا و تقدیم دادخواست معاف نموده است (شمس، ۱۳۷۶، ۶۶).

وفق قانون اجرای احکام مدنی، اعتراض ثالث اجرایی، یک دعوای حقوقی ترافعی است که نیاز به تشریفات آیین دادرسی مدنی ندارد و از پرداخت هزینه دادرسی معاف است و خارج از نوبت به آن رسیدگی می‌شود. اداره حقوقی نیز در نظریه شماره ۷/۶۱۳۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲، شکایت شخص ثالث موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی را یک دعوا محسوب نموده است که بدون رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی، مورد رسیدگی قرار می‌گیرد (حسینی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۲).

البته، امروزه با توجه به لزوم طرح هرگونه دعوا از طریق سامانه خدمات قضایی (سختا)، اعتراض ثالث اجرایی نیز با تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی دعوای غیرمالی، صورت می‌گیرد. توضیح اینکه در اجرای مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در سال ۱۳۹۵ آیین نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه ای و مخابراتی به تصویب رسید که بر اساس آن، طرح دعوای و ابلاغ اوراق قضایی از طریق



وسایل الکترونیکی صورت می‌گیرد.

بر اساس ماده ۱۴۶ قانون اجرای مدنی، در مورد اعتراض ثالث اجرایی، دو حالت قابل تصور است: گاهی اعتراض ثالث اجرایی، مستند به رأی قطعی یا سند رسمی است که تاریخ آن، مقدم بر توقیف مال است، در این صورت، رفع توقیف از مال بدون نیاز به اخذ دستور از دادگاه، با دایره اجرای احکام مدنی می‌باشد و با دستور قاضی اجرا از مال مورد اعتراض، رفع توقیف می‌گردد؛ بنابراین اعمال قسمت اول ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، مستلزم دخالت دادگاه نمی‌باشد (مهاجری، ج ۲، ۱۳۸۵، ۱۸۹). گاهی اعتراض ثالث اجرایی، مستند به حکم قطعی یا سند رسمی با تاریخی بعد از تاریخ توقیف می‌باشد و یا ادعای شخص ثالث مستند به سند عادی است، در این صورت مطابق ذیل ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، او باید به دادگاه مراجعه و شکایت و اعتراض خود را طرح نماید و طبق ماده ۱۴۷ به این اعتراض رسیدگی می‌گردد. سابق بر لزوم ثبت دعاوی از طریق سامانه خدمات قضایی (سختا)، در بسیاری از موارد، معترض ثالث، اعتراض خود را به واحد اجرای احکام تقدیم می‌کرد و واحد اجرا، اعتراض را برای رسیدگی به دادگاه صادر کننده حکم ارسال می‌نمود و دادگاه با تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین به اعتراض ثالث رسیدگی می‌کرد. به عنوان نمونه، در پرونده ای که با کلاسه ۳۸۲/۸۵ در شعبه ششم دادگاه عمومی ... مطرح رسیدگی بوده است، اتومبیل متعلق به خواننده توسط واحد اجرای احکام مدنی دادگستری توقیف شده و شخص ثالث با استناد یک فقره سند عادی، مدعی مالکیت بر اتومبیل توقیفی گردیده است و قاضی اجرای احکام مدنی دادگستری، دستور ارسال اعتراض ثالث به دادگاه صادر کننده حکم برای رسیدگی به اعتراض را صادر نموده است و دادگاه با دعوت از طرفین و استماع اظهارات آنها به اعتراض رسیدگی کرده است. در حال حاضر، در اکثر قریب به اتفاق محاکم دادگستری و در برخی حوزه‌های قضایی، در شوراهای حل اختلاف، ثبت هرگونه دعوا، مستلزم رجوع به دفتر پیشخوان خدمات قضایی است که در این صورت، هم تنظیم دادخواست به شیوه الکترونیکی و هم پرداخت هزینه دادرسی دعاوی غیرمالی، الزامی است. به عنوان نمونه، در پرونده ای با کلاسه ۹۸۰۳۹۴ شعبه ۲ دادگاه خانواده ...، خواهان (معترض ثالث به توقیف یک واحد آپارتمان)، با مراجعه به دفتر مذکور، به شیوه مورد اشاره، اعتراض خود را ثبت و برای رسیدگی به دادگاه مذکور ارجاع و منجر به صدور حکم شده است. بدیهی است که با توجه به اینکه مقررات مندرج در ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی درباره عدم لزوم رعایت تشریفات دادرسی و پرداخت هزینه دادرسی، قانون خاص است و مقررات مربوط به لزوم طرح دعوا از طریق




سامانه سخا، قانون عام تلقی می‌شود، رویه عملی موجود به ویژه اخذ هزینه دادرسی در دعاوی اعتراض ثالث، مخالف قانون خاص مورد اشاره است. با وجود این، در برخی حوزه‌های قضایی، هنوز طرح دعوا از طریق سامانه سخا در مورد دعاوی در صلاحیت شورای حل اختلاف، الزامی نیست و در این حوزه‌ها، می‌توان طبق روال سابق، اعتراض ثالث را به دفتر اجرای احکام مدنی شورا تقدیم کرد تا بدون پرداخت هزینه دادرسی و بدن تشریفات، رسیدگی به اعتراض به شورای حل اختلاف صادرکننده رأی ارجاع شود.

در خصوص دادگاه صالح برای رسیدگی به اعتراض ثالث اجرایی بین حقوقدانان دو عقیده وجود دارد: عقیده نخست آن است که دادگاه صادر کننده حکم، برای رسیدگی به اعتراض ثالث اجرایی، صالح می‌باشد (بهرامی، ۱۳۸۸، ۶۴) و عقیده دیگر آن است که رسیدگی با دادگاه مجری حکم است، اعم از اینکه دادگاه صادر کننده حکم یا غیر آن باشد (مهجری، ج ۲، ۱۳۸۵، ۱۸۹). نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری با شماره ۷/۷۲۹۳ در تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۶، صلاحیت دادگاه صادر کننده حکم را تأیید می‌نماید. در این نظریه آمده است: «رسیدگی به اعتراض شخص ثالث به توقیف مال، در صلاحیت دادگاه صادر کننده حکم است و قاضی اجرای احکام، صلاحیت رسیدگی به این اعتراض را ندارد و تصمیم واحد اجرای احکام در خصوص مورد، از درجه اعتبار ساقط است و دادگاه صادرکننده حکم، بایستی نسبت به اعتراض، رسیدگی و نفیاً یا اثباتاً اظهارنظر نماید» (حسینی، ۱۳۸۵، ۲۱۸).

اداره حقوقی دادگستری در نظریه مشورتی دیگری به شماره ۷/۴۷۷۶ مورخ ۱۳۸۲/۶/۸ نیز بیان کرده است: «رسیدگی به اعتراض شخص ثالث نسبت به ملکی که موضوع رفع تصرف عدوانی قرار گرفته، می‌تواند به استناد مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی به دادگاه صادرکننده حکم تسلیم شود و قاضی اجرای احکام، قانوناً صلاحیت رسیدگی به این اعتراض را ندارد، بلکه تکلیف قانون اجرای احکام، اجرای حکم رفع تصرف عدوانی است که اصلح است در این مورد، اجرای احکام از دادگاه مربوطه کسب تکلیف نماید» (ایرانی ارباطی، ۱۳۸۵، ۳۳۹).

همچنین کمیسیون پاسخگویی اداره کل شوراهای حل اختلاف، در پاسخ این سوال که چنانچه شخص ثالثی نسبت به توقیف اموال در جریان اجرای احکام شوراهای حل اختلاف یا قرارهای تأمین خواسته صادره از آن شوراها اعتراض نماید، چه مرجعی صالح برای رسیدگی به این اعتراض است؟ پاسخ داده است: «در این خصوص مرجع صادر کننده رأی یا قرار تأمین خواسته، خود صالح به رسیدگی به این اعتراض است» (حسینی، ۱۳۸۵، ۴).



به نظر می‌رسد که دادگاه صادر کننده حکم برای رسیدگی به دعوا اعتراض ثالث اجرایی، صالح می‌باشد و در فرضی که خواهان، تأمین خواسته و یا محکوم له، مالی را در حوزه قضایی دادگستری دیگر توقیف می‌نماید، مرجع معطی نیابت قضایی، خود صالح جهت رسیدگی به دعوا اعتراض ثالث اجرایی می‌باشد و مرجع مجری نیابت، صرفاً برای اجرای قرار یا حکم نیابت دارد و برای رسیدگی به اعتراض ثالث، صلاحیت ندارد. در مورد آرای صادره از شورای حل اختلاف نیز، با توجه به اینکه این آرا توسط واحد اجرای احکام مدنی دادگستری (شورا) اجرا می‌شود، چنانچه شخص ثالث اعتراضی طرح نماید، قاضی اجرای احکام صالح به رسیدگی به این اعتراض نیست و باید اعتراض ثالث را برای رسیدگی به شعبه صادر کننده رأی، ارسال نماید.

ماهیت تصمیم مرجع رسیدگی

در مورد ماهیت تصمیم مرجع رسیدگی به اعتراض ثالث، دو حالت را باید در نظر گرفت: در خصوص معترض ثالثی که اعتراض او مستند به سند رسمی یا حکم قطعی با تاریخی مقدم بر تاریخ توقیف مال مورد اعتراض است (قسمت اول ماده ۱۴۶ قانون اجرایی احکام مدنی)، بدون تردید ماهیت تصمیم اتخاذی قاضی اجرای احکام مدنی، یک فرآیند و تصمیم اداری می‌باشد (نصرالهی، ۱۳۸۹، ۱). نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری با شماره ۷/۱۳۸۰ مورخ ۱۳۷۶/۲/۳۰ این نظر را تأیید می‌نماید. در این نظریه آمده است: «تصمیم دادگاه در مورد اعمال ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، جنبه اداری دارد، نه قضایی تا مشمول آثار راجع به تصمیم‌های قضایی باشد» (اباذری فومشی، ۱۳۸۷، ۲۵۹). هر چند اداره حقوقی دادگستری در نظریه فوق، تصمیم دادگاه را در ماده ۱۴۶ به طور کلی، اداری فرض نموده است، لکن باید این نظریه را در خصوص قسمت اول ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی پذیرفت، چنانکه این اداره، در نظریه دیگر خود با شماره ۷/۱۰۷۲۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۲ به این مطلب اشاره می‌نماید و تصمیم دادگاه را در صدر ماده ۱۴۶ یک تصمیم اداری دانسته که نیازمند به رسیدگی ماهیتی نیست، و اظهار داشته است: «با توجه به متن ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، چه در مورد مال منقول توقیف شده و چه در مورد اموال غیرمنقول، چنانچه شخص ثالثی نسبت به مال توقیف شده، اظهار حقی نماید و ادعای شخص مذکور مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، این درخواست، رسیدگی ماهیتی ندارد و دادگاه در صورت احراز تقدم تاریخ سند رسمی یا رأی قطعی



صادر، با دستور اداری رفع توقیف خواهد کرد...».

بنابراین، صدر ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، اعتراض به مفهوم خاص آن نمی‌باشد و باید بین ماهیت تصمیم دادگاه در خصوص صدر این ماده با ماهیت تصمیم دادگاه در ذیل ماده ۱۴۶ و ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی که اعتراض ثالث به معنای خاص است و نیاز به رسیدگی در دادگاه دارد، قائل به تفاوت شد. تصمیم اتخاذی درباره صدر ماده ۱۴۶، یک تصمیم اداری است و بدیهی است تصمیمات اداری محاکم، رأی محسوب نمی‌شود (کریمی، ۱۳۸۶، ۱۴۸).

تصمیم دادگاه در ذیل ماده ۱۴۶ و ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، نیاز به طرح شکایت و رسیدگی دادگاه دارد و یک تصمیم قضایی می‌باشد و آثار تصمیمات قضایی دادگاه از جمله اعتبار مختومه، قاعده فراغ دادرسی، قابلیت تجدیدنظرخواهی و غیره را دارا می‌باشد. اداره حقوقی دادگستری در نظرات متعدد خود که در سال‌های متفاوت ارائه نموده است، تصمیم دادگاه را در این خصوص تصمیمی قضایی دانسته است. از جمله در نظریه شماره ۷/۱۳۸۰ مورخ ۱۳۷۶/۲/۳۰ اداره حقوقی آمده است: «... اما در مورد ماده ۱۴۷ همان قانون، چون دادگاه باید اثباتاً در تعلق داشتن مال توقیف شده به ثالث معترض اظهار نظر کند، تصمیم جنبه قضایی دارد و مشمول آثار راجع به آن می‌باشد، در این باره نحوه رسیدگی به ترتیبی است که در ماده ۱۴۷ آمده و در وقت خارج از نوبت، رسیدگی خواهد شد» (اباذری فومشی، ۱۳۸۷، ۲۵۷) همچنین در نظریه مشورتی شماره ۷/۶۱۰۳۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ نیز، اداره حقوقی دادگستری چنین اظهار نظر نموده است: «شکایت شخص ثالث موضوع مواد ۱۴۸ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، دعوا محسوب، النهایه با توجه به مدلول ماده ۱۴۷ قانون مذکور، بدون رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی، بدون پرداخت هزینه دادرسی، مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، اما تصمیم دادگاه در خصوص مورد، رأی محسوب می‌شود».

به نظر می‌رسد که در مورد ماهیت تصمیم قضایی دادگاه مبنی بر قبول یا رد شکایت شخص ثالث، این نظرات را باید تأیید کرد، زیرا در اعتراض ثالث که مستند به سند عادی یا سند رسمی یا حکم قطعی مؤخر به توقیف باشد، دادگاه با ورود به ماهیت دعوا، راجع به دعوی مطروحه تصمیم گیری می‌کند و لذا تصمیم اتخاذی از سوی دادگاه یا شورای حل اختلاف (در مورد آرای صادره از شورا) را باید حکم تلقی کرد و این حکم، واجد وصف قضایی است و از این رو مانند سایر آرای دادگاه‌ها یا شوراها، قابلیت تجدیدنظر را خواهد داشت. قبل از سال ۱۳۹۱ رویه‌های متفاوتی در محاکم دادگستری وجود داشت. بسیاری



از دادگاه ها، آرای صادره در مورد اعتراض ثالث اجرایی را در قالب حکم انشا نموده و حکم صادره را قابل تجدیدنظر، اعلام می کردند. به عنوان نمونه در پرونده ای که با کلاسه ی ۸۹۰۲۱۱ در شعبه هفتم دادگاه عمومی ... مطرح رسیدگی بوده است، ملک متعلق به محکوم علیه، توقیف شده است. برادر محکوم علیه، مدعی مالکیت بر این ملک بوده و به استناد سند عادی، نسبت به توقیف ملک مذکور، اعتراض ثالث نموده است و دادگاه پس از رسیدگی، حکم به رد دعوا ثالث را صادر نموده و حکم صادره را قابل تجدیدنظر اعلام کرده است. از رأی صادره از دادگاه، تجدید نظرخواهی شده و دادگاه تجدیدنظر نیز رأی بدوی را تأیید کرده است. با وجود این، برخی محاکم در این گونه موارد نیز با صدور دستور اداری و نه تصمیم قضایی، ضمن پذیرش یا رد اعتراض ثالث خطاب به واحد اجرا، دستور ادامه عملیات اجرایی یا رفع توقیف از مال را صادر می کردند. به عنوان نمونه، در پرونده کلاسه ۳۸۲/۸۵ شعبه ششم دادگاه عمومی ...، پس از رسیدگی به اعتراض ثالث مطروحه، با پذیرش این اعتراض خطاب به واحد اجرا، دستور رفع توقیف مال توقیف شده، صادر شده است. در سال ۱۳۹۱، دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۰، احکام دادگاهها در مقام رسیدگی به شکایت مذکور در قسمت اخیر فراز اول ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی و تعیین تکلیف نهایی آن را مطابق مقررات کلی آیین دادرسی، قابل تجدیدنظر اعلام کرد، لذا از یک طرف، مراجع رسیدگی کننده ملزم به اتخاذ تصمیم قضایی و نه اداری، در زمینه اعتراض ثالث هستند و از طرف دیگر، تصمیم اتخاذی، قابل تجدیدنظر خواهد بود.

نتیجه

اعتراض ثالث اجرایی، اعتراض شخصی غیر از محکوم له و محکوم علیه دادنامه و یا خواهان یا خوانده قرار تأمین خواسته، نسبت به توقیف مال مورد ادعای اوست که ممکن است مستند به حکم قطعی یا سند رسمی یا تاریخی مؤخر بر تاریخ توقیف یا مقدم بر آن و یا مستند به سند عادی باشد. این دعوا، در صورتی که مستند به سند عادی یا سند رسمی یا حکم قطعی با تاریخ مؤخر بر توقیف مال باشد، یک دعوی ترافیعی است که اگرچه وفق ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، باید بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی، از جمله تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی صورت گیرد، لیکن عملاً از طریق سامانه خدمات قضایی (سختا)، با تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی دعوی غیرمالی صورت می گیرد. در این حالت، تصمیم اتخاذی دادگاه، یک تصمیم قضایی است و مانند



سایر تصمیمات قضایی و با توجه به غیر مالی بودن اعتراض ثالث، قابل تجدیدنظر در مرجع بالاتر خواهد بود. چنانچه اعتراض ثالث اجرایی مستند به سند رسمی یا حکم قطعی با تاریخ مقدم بر توقیف مال باشد، قاضی اجرای احکام مدنی، دستور رفع توقیف از مال را صادر می‌کند که این دستور، یک دستور اداری و نه یک تصمیم قضایی است. در تدوین مقررات مربوط به اعتراض ثالث اجرایی در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، از کلمه (شکایت) به جای اعتراض استفاده شده است. با توجه به اینکه شکایت ناظر بر امور کیفری است و دعوای اعتراض ثالث یک دعوای مدنی به حساب می‌آید، بهتر است این کلمه از قانون حذف و به جای آن کلمه اعتراض در قانون، درج شود.

منابع

- . اباذری فومشی، منصور (۱۳۸۷)، *قانون اجرای احکام مدنی در نظم کنونی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی.
- . ابهری، حمید (۱۳۹۷)، *آیین دادرسی مدنی ۲*، جریان دادرسی، آغاز تا پایان، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- . ابهری، حمید (۱۳۹۷)، *ابلاغ الکترونیکی، مزایا و معایب*، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.
- . ایرانی ارباطی، بابک (۱۳۸۵)، *مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی ۱۳۸۵ - ۱۳۴۲*، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
- . بهرامی، بهرام (۱۳۸۸)، *اجرای احکام مدنی*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات نگاه بینه.
- . جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶)، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- . شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
- . شمس، عبدالله (۱۳۷۶)، *ثالث در صحنه توقیف*، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، شماره ۲۱-۲۲.
- . شهری، غلامرضا (۱۳۷۰)، *حقوق ثبت*، چاپ دوم، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی.
- . صدرزاده افشار، سید محسن (۱۳۸۰)، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، چاپ ششم، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ ششم.
- . مهاجری، علی (۱۳۸۵)، *تشریح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات فکر.
- . کریمی، عباس (۱۳۸۶)، *آیین دادرسی مدنی*، مجد.
- . نصر الهی، مهدی (۱۳۸۹)، *اعتراض ثالث اجرایی*، نقل از سایت موسسه حقوقی مهر تابان عدالت.

قانونی بودن دادرسی و دادرسی مبتنی بر قانون

(جنبه‌های مختلف دادرسی مبتنی بر قانون و آثار عدم رعایت آن در قانون و رویه قضایی)

دکتر منصور رحمدل^۱

چکیده

دادرسی عادلانه یکی از مصادیق حقوق شهروندی تلقی می‌شود. قانون آئین دادرسی کیفری در ماده ۲ خود به جای عبارت مزبور از عبارت «دادرسی مبتنی بر قانون» استفاده کرده است. عبارت مبتنی بر قانونی بودن دادرسی در ماده ۲ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در کنار تضمین حقوق طرفین دعوا و تساوی افراد در برابر قانون بکار رفته است. طبق اصل ۳۶ قانون اساسی نیز حکم به مجازات و اجرای آن باید به موجب قانون باشد. این اصل به دادگستری عمومی اشاره دارد که اعمال دادگستری خصوصی را ممنوع اعلام می‌کند. ممنوعیت اعمال دادگستری خصوصی یکی از سنگ بناهای اصلی نظم عمومی را در جامعه تشکیل می‌دهد و بدون آن جامعه انسجام خود را از دست می‌دهد. طبیعتاً قانونگذار باید اولین عامل توجه به دادگستری عمومی باشد و از تجویز دادگستری خصوصی اجتناب نماید. سؤالی که مطرح است آن است که آیا آنچه در اصل ۳۶ قانون اساسی ذکر شده، مترادف معنایی با عبارت «دادرسی مبتنی بر قانون» در ماده ۲ قانون آئین دادرسی کیفری دارد؟ چرا قانونگذار به جای عبارت دادرسی عادلانه از عبارت «دادرسی مبتنی بر قانون» استفاده کرده است؟ چه تفاوتی بین دو عبارت مزبور وجود دارد؟ مقاله حاضر با روش تحلیلی در مقام پاسخگویی به سؤالات مزبور است.

کلید واژگان: دادرسی قانونی، دادرسی عادلانه، قانون، ایران



مقدمه

بررسی تحولات تاریخی دادگستری بیانگر آن است که دادگستری عمومی مرسوم در وضعیت فعلی حاصل تلاش‌های زیادی است که در طول تاریخ از طرف افراد مختلف صورت گرفته است و گذر از دوره جنگ‌های خصوصی و دوره دادگستری خصوصی و رسیدن به دوره دادگستری عمومی در زمان حاضر مرهون تلاش افراد زیادی است و فعالین این عرصه ایده مطلوب خود را در عمومی بودن دادگستری دیده‌اند. (باهری، ۱۳۹۴، ۵۴)

دادگستری عمومی دارای استثنائاتی نیز می‌باشد. مهمترین استثنای قابل قبول که معمولاً در نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته، دفاع مشروع است. در دفاع مشروع به لحاظ عدم حضور مأمورین انتظامی در محل یا عدم اقدام آنان یا عدم کفایت اقدامات آنان، قانونگذار به شهروندان اجازه مقابله خصوصی با خطر را داده و حتی به دیگر شهروندان نیز اجازه کمک به اشخاص در معرض خطر را می‌دهد. این تجویز قانونگذار دارای توجیهات عقلانی و حقوقی است. عقلانی از این جهت که انسان در معرض خطر عقلاً دنبال دفع خطر است و حقوقی از این نظر که افراد در مقابل گذشتن از مقداری از آزادی خود، تأمین امنیت خود را به دولت واگذار کرده‌اند و از دولت انتظار تأمین امنیت خود را دارند و در جایی که دولت حضور ندارد یا توان تأمین امنیت را ندارد افراد باید مجاز به دفع خطر باشند.

قانونگذار ایران نیز در مقام تأکید بر دادگستری عمومی در اصل ۳۶ قانون اساسی در کنار اصل قانونی بودن جرم و مجازات به عمومی بودن دادگستری نیز اشاره کرده و دولت و شهروندان را از اعمال دادگستری خصوصی منع کرده است. منع اعمال دادگستری خصوصی در درجه اول خود دولت را ملزم به تضمین دادگستری عمومی و منع تجویز آن در عمل و به خصوص در قانون می‌کند. به این اعتبار بر هم زدن نظم اجتماعات از طرف افراد خودسر یا حمله به اجتماعات ولو آن که غیرقانونی برگزار شده باشند، نقض دادگستری عمومی تلقی می‌شود. تجویز اقدام خصوصی از طرف شهروندان به نحو مقرر در مواد ۲۸۰، ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ و ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی سال ۷۵ از مصادیق نقض عمومی بودن دادگستری است. دلیل خلاف قواعد دادگستری عمومی بودن مواد مزبور آن است که قانونگذار در مواد مزبور به طور کلی تشخیص و نیز اجرا را بر عهده شهروندان گذاشته است.

جنبه عمومی جرم و نظم عمومی از لوازم دادگستری عمومی است. بدین توضیح که



جنبه عمومی جرم دادستان را به عنوان مدعی العموم و نماینده عموم جامعه، ملزم به تعقیب تمامی جرایم بدون تبعیض در مورد شهروندان می‌کند و اختیارات دادستان در تعلیق تعقیب و بایگانی پرونده که تحت عنوان اصل تناسب تعقیب یا اقتضاء تعقیب از آن یاد می‌شود و منع وی از تعقیب در مورد جرایم قابل گذشت بدون شکایت شاکی خصوصی، به اصل کلی الزامی بودن تعقیب لطمه ای وارد نمی‌کند. مبنای جنبه عمومی جرم نیز همانا نظم عمومی است و جرم بدون اخلال در نظم عمومی معنایی ندارد. «تعقیب کیفری متهم به ارتکاب جرم از طریق طرح دعوای عمومی توسط دادسرا و به نمایندگی از جامعه به جریان می‌افتد(خالقی، ۱۳۹۷، ۳۹). بدین ترتیب اعمال دادگستری عمومی مستلزم وجود جنبه عمومی برای جرم و اخلال در نظم عمومی و نماینده عمومی (دادستان) برای تعقیب و نهاد دادگستری جهت احقاق حق است که قانون اساسی ایران در اصل ۱۵۶ قانون اساسی به این امر نیز تصریح نموده است.

حال که مفهوم دادگستری عمومی روشن شد، باید به این سؤال بپردازیم که آیا منظور از اصل قانونی بودن دادرسی که در اصل ۳۶ قانون اساسی به آن اشاره شده، همان دادرسی مبتنی بر قانون موضوع ماده ۲ قانون آئین دادرسی کیفری سال ۹۲ است؟ اگر ترادف معنایی بین این دو وجود دارد، دلیل تکرار آن در قانون عادی چیست و اگر تفاوت معنایی وجود دارد وجه تفاوت چیست؟ چرا قانونگذار به جای عبارت دادرسی عادلانه از عبارت دادرسی مبتنی بر قانون استفاده کرده است؟

وجوه اشتراک و افتراق قانونی بودن دادرسی و دادرسی مبتنی بر قانون

قانونی بودن دادرسی به معنای جریان دادرسی از طریق مجاری قانونی است. ممنوعیت اعمال حق به صورت خصوصی داخل در مفهوم قانونی بودن دادرسی است. لزوم مراجعه به دادگستری عمومی جهت احقاق حق از لوازم قانونی بودن دادرسی است. علیه کسی داشته باشد باید به دادگستری مراجعه کند و با لحاظ اصل صحت باید تصمیم دادگستری را محمول بر صحت تلقی و آن را پذیرا باشد. لازمه اصل قانونی بودن دادرسی تشکیل دادرسی بر پایه قانون است و به این اعتبار هرگونه دادرسی خارج از ضوابط مقرر قانونی، خلاف اصل ۳۶ قانون اساسی خواهد بود. اصل قانونی بودن دادرسی به عنوان یکی از اصول منتج از اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری از مباحث مهم فلسفی حقوق جزا است (سرو میرزایی، ۱۳۹۱، ۱۴). در این معنا تشکیل محاکم ویژه



رسیدگی به اتهامات اخلال در نظام اقتصادی که اخیراً بر اساس دستورالعمل صادره از طرف رئیس قوه قضائیه صورت گرفته و به غیر از احکام اعدام بقیه احکام صادره از طرف دادگاه‌های مزبور قطعی تلقی شده، خلاف اصل ۳۶ قانون اساسی و اصول آئین دادرسی کیفری و خلاف قانون آئین دادرسی کیفری است. وجه اشتراک قانونی بودن دادرسی و دادرسی مبتنی بر قانون نیز در همین نکته است. اولین جزء متشکله دادرسی مبتنی بر قانون، تشکیل مراجع دادرسی بر اساس قانون و با رعایت شرایط مقرر در قانون می‌باشد. بقیه ارکان دادرسی مبتنی بر قانون را باید از وجوه افتراق این دو مفهوم تلقی کرد. قانونی بودن دادرسی اصلی کلی است که شامل تمامی اصول دیگر همانند اصل تساوی افراد در برابر قانون، اصل بی طرفی مقام قضایی و استقلال مرجع قضایی و ... نیز می‌شود و اگر دادرسی به صورت قانونی آغاز و خاتمه یابد می‌توان گفت تمامی حقوق مقرر در قانون رعایت شده است. «اصل مزبور متضمن آن است که از یک طرف باید ساختار و چارچوب دستگاه قضایی و تشکیلات و موارد صلاحیت مراجع قضایی طبق قانون، تعریف و تبیین شده باشد و از طرف دیگر نحوه رسیدگی عملی و تصمیمات و آراء قضایی در فرایند دادرسی کیفری مبتنی بر قانون باشد.» (ناجی زواره، ۱۳۹۴، ۴۷)

علی‌رغم وجود وجه اشتراک مبنایی مزبور بین دو مفهوم، به نظر می‌رسد باید بین این دو قایل به تفصیل شد. در اصل ۳۶ قانون اساسی، قانونگذار تصریح و تأکید دارد که هرگونه اعمال حق به صورت خصوصی ممنوع است، ولی در ماده ۲ قانون آئین دادرسی کیفری نظر قانونگذار بر این است که مقام قضایی باید در رسیدگی قانون را مینا قرار دهد. در این معنا، هرگونه تعقیب، احضار و تحقیق و تفهیم اتهام و صدور قرار تأمین و صدور قرارهای نهایی و رسیدگی و اجرای حکم باید بر اساس قانون باشد. با این کیفیت مؤلفه‌های دادرسی مبتنی بر قانون و آثار مترتب بر هر یک از آنها را به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

تفاوت دادرسی عادلانه و دادرسی مبتنی بر قانون

قانونگذار ایران به جای اصطلاح معمول و مرسوم در آئین دادرسی کیفری که همانا دادرسی عادلانه می‌باشد از عبارت دادرسی مبتنی بر قانون استفاده کرده است. ممکن است که گفته شود تفاوتی بین این دو وجود ندارد. ولی به نظر می‌رسد باید بین آن دو قائل به تفصیل شد. تفاوت آن است که دادرسی عادلانه به طور حتم مبتنی بر قانون است، ولی دادرسی مبتنی بر قانون ممکن است عادلانه نباشد. برای بیان تفاوت بین این



دو لازم است مبنای عادلانه بودن رسیدگی روشن شود. دادرسی مبتنی بر قانون مفهومی روشن دارد و منظور از آن ابتدای تمامی مراحل دادرسی بر قانون است و هرگونه تخطی از آن می‌تواند به دادرسی قانونی لطمه وارد کند. «دادرسی عادلانه فرایندی است مبتنی بر برخورداری متهم از کلیه حقوق دفاعی و امکانات و شرایط برابر با طرف خویش جهت تدارک دفاع، که نقض معیارهای آن موجب سلب وصف انصاف از دادرسی و رعایت معیارهای آن نویدبخش تحقق یک دادرسی منصفانه خواهد بود» (فتحی، ۱۳۹۲، ۱۲۳). دادرسی عادلانه به معنی برخورداری متهم و شاکی از حقوقی است که حقوق آن کشور، آنها را به نحو عادلانه تأمین کند. «دادرسی دادگرانه در تعریف سنتی خود عبارت است از رسیدگی یک مرجع یا دادگاه صلاحیتدار قانونی با پیش بینی تضمینهایی شکلی برای حمایت از حق های متهم بر پایه رعایت کرامت انسانی و بیگناهی او» (رایجیان، ۱۳۹۳، ۱۳۱). میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که دولت ایران نیز به آن ملحق شده، در ماده ۱۴ خود و برخی از مواد دیگر به مؤلفه‌های آن اشاره نموده است. قانون آئین دادرسی کیفری ایران علی رغم پیش بینی بسیاری از مؤلفه‌های مزبور از استعمال عبارت مزبور امتناع و به استعمال عبارت دادرسی مبتنی بر قانون مبادرت ورزیده است. حال سؤالی که قابل طرح است آن است که اگر مقنن ایرانی به عادلانه بودن رسیدگی اعتقاد دارد و رعایت مؤلفه‌های آن را نیز در دادرسی لازم می‌داند، چرا از عبارت مزبور استفاده ننموده است؟ آیا مقنن ایرانی به ترادف معنایی این دو عبارت نظر داشته است؟ یا احیاناً تلقی‌های سیاسی در عدم استفاده از عبارت مزبور مؤثر بوده است؟ پاسخ دادن به این سوال به سادگی امکان پذیر نیست، ولی شاید بتوان گفت ابعاد سیاسی قضیه در تعیین مسیر فکری قانونگذار بی تأثیر نبوده است.

جنبه‌های مختلف دادرسی مبتنی بر قانون

برای تحقق دادرسی مبتنی بر قانون، علاوه بر لزوم تشکیل مرجع دادرسی بر اساس قانون، عملکرد مرجع مزبور در چارچوب قانون، کمال ضرورت را دارد. برای این مزبور جنبه‌های مختلف دادرسی مبتنی بر قانون را به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) قانونی بودن تعقیب

نقطه شروع دادرسی کیفری را تعقیب تشکیل می‌دهد. طبق ماده ۱۱ قانون آئین دادرسی کیفری «تعقیب متهم و اقامه دعوا از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادستان و اقامه دعوا و درخواست تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی با شاکی یا مدعی خصوصی



است.» و طبق ماده ۱۲ قانون مزبور «تعقیب متهم در جرایم قابل گذشت، فقط با شکایت شاکی شروع و در صورت گذشت او موقوف می‌شود.» به این ترتیب بر اساس ماده ۱۲ قانون آئین دادرسی کیفری، حتی در جرایم قابل گذشت که تعقیب آنها منوط به شکایت بزه دیده از جرم است، صدور دستور تعقیب از ناحیه دادستان صورت می‌گیرد. بر اساس ماده ۱۱ مقام تعقیب دادستان است و بدون صدور دستور تعقیب از طرف دادستان هیچ مقامی شایستگی ورود را نخواهد داشت و حتی در جرایم مشهود هم که مقامات انتظامی با رعایت شرایط مقرر در قانون، اختیار دستگیری متهم بدون صدور مجوز قضایی را دارند، دستور تعقیب النهایه از طرف دادستان صادر می‌شود. حتی در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ که طبق ماده ۳۴۰ قانون آئین دادرسی کیفری، مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شوند و در اعمال منافی عفت که طبق ماده ۳۰۶ به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌گردند، صدور دستور تعقیب از طرف دادستان ضرورت دارد. با این کیفیت هدایت شکات به دادگاه یا ارسال پرونده به دادگاه بدون صدور دستور تعقیب از طرف دادستان تخلف است. به این ترتیب اولین مؤلفه دادرسی مبتنی بر قانون، صدور دستور تعقیب از طرف دادستان است.

ب) قانونی بودن تحقیق

نباید تصور کرد که تحقیق مقدم بر تعقیب است. برای تبیین بهتر مطلب لازم است توضیح داده شود که دو نوع تحقیق را می‌توان مورد توجه قرار داد. اول، تحقیق به منظور کشف جرم و دوم تحقیق به منظور روشن شدن زوایای اتهام. تحقیق موضوع مواد ۴۳ و ۴۴ قانون آئین دادرسی کیفری از نوع تحقیق قسم نخست است. طبق ماده ۴۳ «هرگاه قرائن و امارات مربوط به وقوع جرم مورد تردید است یا اطلاعات ضابطان دادگستری از منابع موثق نیست، آنان باید پیش از اطلاع به دادستان، بدون داشتن حق تفتیش و بازرسی یا احضار و جلب اشخاص، تحقیقات لازم را به عمل آورند و نتیجه آن را به دادستان گزارش دهند. دادستان با توجه به این گزارش، دستور تکمیل تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب را اتخاذ می‌کند.» طبق ماده ۴۴ «ضابطان دادگستری به محض اطلاع از وقوع جرم، در جرایم غیرمشهود مراتب را برای کسب تکلیف و اخذ دستورهای لازم به دادستان اعلام می‌کنند و دادستان نیز پس از بررسی لازم، دستور ادامه تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب اتخاذ می‌کند. ضابطان دادگستری درباره جرایم مشهود، تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات، آثار، علائم و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی، به عمل می‌آورند، تحقیقات لازم را انجام



می‌دهند و بلافاصله نتایج و مدارک به دست آمده را به اطلاع دادستان می‌رسانند. همچنین چنانچه شاهد یا مطلعی در صحنه وقوع جرم حضور داشته باشد؛ اسم، نشانی، شماره تلفن و سایر مشخصات ایشان را اخذ و در پرونده درج می‌کنند. ضابطان دادگستری در اجرای این ماده و ذیل ماده (۴۶) این قانون فقط در صورتی می‌توانند متهم را بازداشت نمایند که قرائن و امارات قوی بر ارتکاب جرم مشهود توسط وی وجود داشته باشد.»

در نوع دوم تحقیق که بعد از صدور دستور تعقیب از سوی دادستان از طرف مقام تحقیق صورت می‌گیرد، هدف از تحقیق روشن نمودن زوایای مختلف اتهام انتسابی به متهم است. طبق ماده ۹۲ قانون آئین دادرسی کیفری «تحقیقات مقدماتی تمام جرایم بر عهده بازپرس است. در غیر جرایم مستوجب مجازات‌های مقرر در ماده (۳۰۲) این قانون، در صورت کمبود بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است. در این حالت، چنانچه دادستان انجام تحقیقات مقدماتی را به دادیار ارجاع دهد، قرارهای نهائی دادیار و همچنین قرار تأمین منتهی به بازداشت متهم، باید در همان روز صدور به نظر دادستان برسد و دادستان نیز مکلف است حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت در این باره اظهار نظر کند.

تبصره: در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه و عدم دسترسی به بازپرس دیگر در آن دادسرا در جرایم موضوع ماده (۳۰۲) این قانون، دادرس دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رییس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را فقط تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام می‌دهد.» به این ترتیب قاعده آن است که تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم توسط بازپرس صورت بگیرد، مگر در موارد استثنائی. دایره شمول استثنا اولاً ناظر به جرایم خارج از صلاحیت دادگاه کیفری یک یا دادگاه انقلاب در فرضی که باید با تعدد قضات تشکیل جلسه دهد و ثانیاً کمبود بازپرس است. عبارت کمبود بازپرس مبهم است و معلوم نیست که آیا منظور قانونگذار آن است که تعداد بازپرس‌ها کم باشد و اگر چنین است چه تعداد بازپرس کم تلقی می‌شود و یا اینکه تعداد پرونده‌ها در یک حوزه قضایی زیاد باشد و به علت تراکم کار بازپرس، امکان ارجاع همه پرونده‌ها به وی وجود نداشته باشد که در این صورت در مورد جرایم داخل در صلاحیت دادگاه کیفری دو یا دادگاه انقلاب با قاضی واحد، امکان ارجاع به دادستان یا دادیار تحقیق هم وجود خواهد داشت که به نظر می‌رسد باید عبارت کمبود بازپرس را در معنای اخیر مورد توجه قرار داد. سوم آن که طبق تبصره ماده ۹۲ «در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه و عدم دسترسی به بازپرس دیگر در آن دادسرا در جرایم موضوع ماده



(۳۰۲) این قانون، دادرسی دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را فقط تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام می‌دهد.»
حتی در فرض ماده ۸۹ قانون آئین دادرسی کیفری نیز که قانونگذار مقرر داشته است «شروع به تحقیقات مقدماتی از سوی بازپرس منوط به ارجاع دادستان است. چنانچه بازپرس، ناظر وقوع جرم باشد تحقیقات را شروع می‌کند، مراتب را فوری به اطلاع دادستان می‌رساند و در صورت ارجاع دادستان، تحقیقات را ادامه می‌دهد.» قانونگذار ارجاع از طرف دادستان را ضروری می‌داند.

ج) قانونی بودن احضار

صرف صدور دستور تعقیب از طرف دادستان و جواز انجام تحقیقات از طرف بازپرس، مجوز احضار متهم از طرف مقام تحقیق نیست. طبق ماده ۱۶۸ قانون آئین دادرسی کیفری «بازپرس نباید بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار و یا جلب کند». بنابراین دادرسی مبتنی بر قانون ایجاب می‌کند که کسی که دلیلی علیه وی وجود ندارد، به اعتبار حمایت اصل برائت از وی، احضار نشود. دلیل ممنوعیت احضار بدون دلیل علاوه بر پشتیبانی اصل برائت از متهم آن است که احضار از نظر اجتماعی و روانی برای احضار شده دارای آثار و تبعات منفی است. از نظر اجتماعی حیثیت وی لکه دار می‌شود (هر چند اگر متهم در سامانه خدمات الکترونیک قضایی ثبت نام کرده باشد، احضار وی از طریق سامانه مزبور صورت می‌گیرد) و از نظر روانی نیز دچار تشویش خاطر می‌گردد و حضور وی در مرجع قضایی نیز باعث اتلاف وقت وی می‌شود و مستلزم پرداخت هزینه یا عدم النفع هم می‌باشد.

د) قانونی بودن تفهیم اتهام و صدور قرار تأمین

تفهیم اتهام بدون وجود دلیل جایز نیست و خلاف اصل برائت است. به این اعتبار می‌توان گفت دلیل در آئین دادرسی کیفری در مراحل زمانی مختلف قابل ارزیابی است. مرحله اول ارزیابی، به مرحله احضار بر می‌گردد که طبق ماده ۱۶۸ شرط احضار متهم وجود دلیل بر توجه اتهام به وی دانسته شده است. دومین مرحله را می‌توان به مرحله تفهیم اتهام مربوط دانست که بعد از احضار ممکن است مقام قضایی دلایل موجب احضار را در حد دلایل موجب تفهیم اتهام نداند و در این مرحله مجدداً به ارزیابی دلایل بپردازد. سومین مرحله را می‌توان ناظر به مرحله صدور قرارهای نهایی دانست. یعنی ممکن است



علی رغم احضار و تفهیم اتهام، مقام قضایی بعد از انجام تحقیقات لازم دلایل جمع آوری شده را موجب صدور قرار جلب به دادرسی نداند و به جای آن اقدام به صدور قرار منع تعقیب نماید. چهارمین مرحله به ارزیابی دلیل توسط دادگاه بدوی و پنجمین مرحله به ارزیابی آن توسط مرجع تجدیدنظر بر می‌گردد. به اعتبار همین ارزیابی دلیل در هر مرحله است که قانونگذار در ماده ۲۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری مقرر داشته «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند...»

ه) قانونی بودن تحصیل دلیل

قانونی بودن دلیل و نیز قانونی بودن روش تحصیل دلیل را باید یکی دیگر از ویژگی‌های دادرسی مبتنی بر قانون تلقی کرد. دلیل نامشروع مانند ممنوعیت تفتیش در جرایم منافی عفت است، ولو آن که دلیل حاصله فی نفسه مشروع باشد. برای مثال، وقتی که قانونگذار جز در موارد استثنائی که مصادیق آن در ماده ۱۰۲ قانون آئین دادرسی کیفری پیش بینی شده است، تفتیش در جرایم منافی عفت را ممنوع اعلام می‌کند، در صورت مداخله و کشف دلیل، چنین دلیلی را باید فاقد مشروعیت تلقی کرد. طبق ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری «احراز عنوان ضابط دادگستری، علاوه بر وثاقت و مورد اعتماد بودن منوط به فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضایی مربوط و تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری است. تحقیقات و اقدامات صورت گرفته از سوی اشخاص فاقد این کارت، ممنوع و از نظر قانونی بدون اعتبار است». همچنین قانونگذار در مواد ۵۵، ۵۶ و ۵۷ قانون آئین دادرسی کیفری، ضابطان دادگستری را مکلف کرده فقط در چارچوب مقرر در قانون و نیز در محدوده دستورات قضایی اقدام کنند و با این کیفیت دلیلی که خارج از ضوابط مزبور کشف شده باشد را باید دلیل غیرمعتبر تلقی کرد. اقرار حاصل از شکنجه را باید از مصادیق تحصیل دلیل از طریق نامشروع تلقی کرد. طبق ماده ۶۰ قانون آئین دادرسی کیفری نیز «در بازجویی‌ها اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهن، طرح سؤالات تلقینی یا اغفال‌کننده و سؤالات خارج از موضوع اتهام ممنوع است و اظهارات متهم در پاسخ به چنین سؤالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست. تاریخ، زمان و طول مدت بازجویی باید در اوراق صورت مجلس قید شود و به امضاء یا اثر انگشت متهم برسد». حکم این



ماده در ماده ۱۹۵ همین قانون تکرار شده است. «پرسش‌ها باید مفید، روشن، مرتبط با اتهام و در محدوده آن باشد. پرسش تلقینی یا همراه با اغفال، اکراه و اجبار متهم ممنوع است.»

پشتیبانی از حقوق متهم به معنی همراهی و همدلی با مجرم نیست، چون اگر متهم نهایتاً مجرم شناخته شود به سزای عمل خود خواهد رسید. بنابراین جامعه قدرت خود را نهایتاً در مورد مجرم اعمال می‌کند ولی اعمال این قدرت باید ضابطه مند باشد و به عبارت دیگر، نمی‌توان برای مبارزه با جرم، مرتکب جرم شد. جرم را نمی‌توان با جرم پاسخ داد. از این دیدگاه است که اخذ اقرار با توسل به شکنجه مردود است و دلیل حاصله از طریق اقرار بی‌اعتبار می‌باشد. کسانی که با توسل به طرق غیرقانونی به تحصیل دلیل علیه متهم می‌پردازند یا متهم را از حقوق حقه قانونی وی محروم می‌کنند، جز این نیست که نقض قانون می‌کنند و همان کاری را می‌کنند که متهم را به خاطر آن مورد محاکمه قرار می‌دهند. اگر نقض قانون عملی نکوهیده و شایسته سرزنش اخلاقی و اجتماعی و قانونی است، این امر در مورد مأمورین ناقض قانون قبح بیشتری دارد. تفاوتی که بین آنها وجود دارد آن است که نقض قانون توسط چنین افرادی مسلم است و توسط متهم مورد تردید. درست است که جامعه ممکن است به نقض قانون توسط مأمورین در مورد متهمان، به اعتبار کراهتی که از عمل مجرمانه ایجاد می‌شود، واکنش منفی نشان ندهد و حتی با دیده مثبت به آن نگاه کند، ولی باید توجه داشت که از لحاظ دیدگاه‌های اجتماعی فقط می‌تواند در میزان مجازات و عوامل مؤثر بر آن اثر بگذارد و نه بر نفس برخورد با متهم یا کیفیت برخورد با او. او هم‌چنان متهم است مگر این که خلاف آن اثبات شود و تا زمانی که اتهام او اثبات نشده است باید از حقوق متهم برخوردار شود. به طور خلاصه می‌توان گفت «توسعه عدالت کیفری در هر جامعه‌ای با دادرسی عادلانه در آن جامعه که مستلزم حق‌ها و آزادی‌های کنشگران فرایند کیفری است، ارتباط تنگاتنگی دارد» (نیکویی، ۱۳۸۵، ۲۱۹).

و) قانونی بودن رسیدگی

رسیدگی در این قسمت به معنی عام کلمه مد نظر است و اعم است از رسیدگی در دادسرا و دادگاه‌ها. در این معنا رعایت تمامی مقررات مربوط به حقوق متهم از جمله حق داشتن وکیل و حق سکوت متهم و نحوه تشکیل دادگاه ضرورت دارد. برای مثال، اینکه جلسه دادگاه کیفری یک با حضور قاضی واحد بوده یا با تعدد قضات تشکیل شده و اینکه



آیا نماینده دادستان حضور داشته یا نه مورد توجه قرار می‌گیرد. قانونی بودن رسیدگی به معنای عام کلمه شامل بقیه اوصاف دادرسی قانونی مانند مستقل و بی طرف بودن مرجع قضایی می‌شود که در زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- استقلال دادگاه

اسناد بین‌المللی و نیز اصل ۱۵۶ قانون اساسی ایران به برخی از شروط اشاره می‌کند که دادگاه باید واجد آنها باشد. برای مثال اصل ۱۵۶ قانون اساسی از استقلال قوه قضائیه صحبت می‌کند که این استقلال ضمن آنکه در نگاه اول می‌تواند به تفکیک قوا اشاره داشته باشد، در عمل و به صورت موردی به استقلال قاضی در انجام وظایف نیز اشاره دارد. به این صورت که قاضی نباید تحت تأثیر تصمیمات قوه مجریه یا مقننه (جز در چارچوبی که قانون معین می‌کند) باشد و نیز نباید تحت کنترل آنها قرار گیرد. معنی استقلال تأثیر ناپذیری از غیر حق و عدالت است. اعمال استنباط درست قضائی است، بدون توجه به القائات سیاسی یا اجتماعی یا اقتصادی و بدون توجه به نقطه نظرات دیگران. گام نهادن در مسیر درست حق است، به نحوی که مطابق اصول حقوقی بدان دست می‌یابد. همیشه افراد و جریاناتی برای تأثیرگذاری بر ذهن قاضی و منحرف کردن او از مسیر درست وجود دارند و هنر قاضی در تأثیر ناپذیری از آنهاست. این استقلال می‌تواند با توجه به حوادثی که در جلسه رسیدگی اتفاق می‌افتد و نیز وضعیت کلی جلسه رسیدگی مخدوش شود، لذا اگر اثبات شود که چنین حوادث یا وضعیتی روی تصمیم دادگاه تأثیر گذاشته است می‌توان گفت که استقلال دادگاه مخدوش شده است. به طور طبیعی قاضی نمی‌تواند به آنچه که در اطراف وی می‌گذرد بی‌تفاوت باشد، ولی تأثیر دادن این مسائل در اصل تصمیم، نقض استقلال تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، زمانی استقلال دادگاه مخدوش خواهد شد که مبنای اصلی تصمیم‌گیری دادگاه حوادث پیش آمده در جلسه رسیدگی یا اوضاع و احوال کلی آن مانند تصدی موقت دادگاه توسط قاضی، یا میزان حقوقی که از دولت دریافت می‌کند و یا مسائل حاشیه‌ای دیگری باشد. ولی اگر مسائل پیش آمده در جلسه دادگاه، دادگاه را به اتخاذ تصمیم بهتر و درست تر رهنمون سازد، نمی‌توان گفت که استقلال دادگاه مخدوش شده است. برای مثال، اگر دادگاه با توجه به روحیه خطرناکی که متهم از خود در جلسه دادگاه نشان دهد، برای فردی کردن کیفر به رفتار مزبور توجه کند و به این ترتیب بخواهد مجازات را متناسب کند، استقلال دادگاه نه تنها نقض نشده، بلکه تصمیمی مطابق اصول گرفته است.



گفته می‌شود که استقلال دادگاه دارای سه ویژگی ساختاری اساسی است. این سه ویژگی عبارتند از استقلال سیاسی، بی‌طرفی و اقتدار
استقلال سیاسی به معنی آن است که دادگاه نباید برای تحقق اهداف سیاسی مورد استفاده قرار بگیرد و نباید به خاطر جلوگیری از تحقق اهداف سیاسی مجازات شود. این استقلال از برخی تضمین‌های ساختاری و رسمی ناشی می‌شود که در آن قاضی اشتغال دائمی دارد و قوای دیگر امکان سوء استفاده از او را ندارند.
منظور از اقتدار آن است که قضات برای حل اختلافات در نقش اجرای قانون احساس اعتماد به نفس کنند و بدون ترس یا نفع یا عاطفه به اتخاذ تصمیم بپردازند.^۱

۲- بی‌طرفی دادگاه

استقلال دادگاه را نباید با بی‌طرفی دادگاه یکی دانست. به عبارت دیگر دادگاه باید هم بی‌طرف باشد و هم مستقل. مفهوم استقلال هم به خود دادگاه اشاره دارد که به معنی عدم وابستگی تشکیلات دادگاه به سازمان‌ها یا اشخاص دیگر است و هم به معنی استقلال خود قاضی دادگاه که عدم تأثیرپذیری وی از مسائل غیرمرتبط به پرونده است. ولی بی‌طرفی به طور معمول به شخص قاضی اشاره دارد که به معنی امتناع وی از اعمال غرض است. این ضرب‌المثل که هیچ‌کسی نمی‌تواند قاضی خودش باشد^۲ بسیار معروف است و دادگاه باید دارای این ویژگی باشد.^۳ به طور خلاصه می‌توان گفت نباید یکی از طرفین دعوا را بر دیگری ترجیح دهد. البته نباید از این عبارت چنین استنباط شود که خروج از بی‌طرفی فقط در فرضی امکان‌پذیر است که مسئله متنازع فیه دو طرف داشته باشد. بلکه به نظر می‌رسد هر گونه خروج قاضی یا هر مقام تصمیم‌گیر دیگر از مسیر معینه توسط قانون، می‌تواند عدول از بی‌طرفی باشد. «اگر مقام تصمیم‌گیر بر اساس و محور منافع یکی از طرفین اظهارنظر یا اقدام قضایی کند و معیار کشف یا شناسایی حقیقت یا عدالت را منافع یکی از طرفین قرار دهد، نقض بی‌طرفی صورت گرفته است» (ناجی زواره، ۱۳۸۹، ۳۳).

1. Kristy Richardson , A definition of judicial Independence, <http://www.scribd.com>

2. No man may be a judge in his own cause

3. David Harris, the Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16, No. 2 (Apr., 1967), pp. 352-378.

۳- رسیدگی در مدت متعارف

در اصطلاح حقوقی مراد از اطلاع دادرسی، طولانی شدن دادرسی است. ممکن است این سوال مطرح شود که مگر دادرسی زمان مشخصی دارد که صحبت از طولانی شدن آن می‌شود؟ در پاسخ باید گفت در قانون اساساً مدت زمان مشخصی برای دادرسی تعیین نشده است، ولی هر پرونده ای به فراخور اقتضائش و به طور متعارف، مدت زمان معقولی را برای رسیدگی می‌طلبد و وقتی که از این زمان متعارف فراتر رود، اصطلاحاً از اطلاع دادرسی صحبت می‌شود. به طور استثنای طبق ماده‌ی ۱۰۴ ق. آ. د. ک سال ۹۲، «بازپرس نمی‌تواند به عذر آنکه متهم معین نیست، مخفی شده و یا دسترسی به او مشکل است، تحقیقات خود را متوقف کند. در جرایم تعزیری درجه چهار، پنج، شش، هفت و هشت، هرگاه با انجام تحقیقات لازم، مرتکب جرم معلوم نشود و دو سال تمام از وقوع جرم بگذرد، با موافقت دادستان، قرار توقف تحقیقات صادر و پرونده به طور موقت بایگانی و مراتب در مواردی که پرونده شاکی دارد، به شاکی ابلاغ می‌شود. شاکی می‌تواند ظرف مهلت اعتراض به قرارها، به این قرار اعتراض کند. هرگاه شاکی، هویت مرتکب را به دادستان اعلام کند یا مرتکب به نحو دیگری شناخته شود، به دستور دادستان موضوع دوباره تعقیب می‌شود. در مواردی که پرونده مطابق قانون به طور مستقیم در دادگاه مطرح شود، دادگاه، مطابق مقررات این ماده اقدام می‌کند». می‌توان گفت در این ماده قانونگذار برای رسیدگی به پرونده مدت زمان دو سال را تعیین کرده است. اطلاع دادرسی به اعتبار اینکه باعث تأخیر در رسیدن صاحب حق به حق خود یا تأخیر در تعیین تکلیف طرفین دعوا است، می‌تواند با حقوق مربوط به دادرسی ارتباط داشته باشد.

برخی علل اطلاع دادرسی به قانون بر می‌گردد و برخی به اصحاب دعوا و سیستم قضایی. برای مثال، قانونگذار می‌تواند مواعد وخواهی یا تجدیدنظرخواهی را کوتاه‌تر کند یا مدت اعتراض به نظریه کارشناس را کم کند. این موارد نقش خیلی اساسی در اطلاع دادرسی ندارند. به نظر می‌رسد مهمترین عوامل را باید در سیستم قضایی جستجو کرد. کثرت پرونده‌ها و تراکم کار باعث می‌شود که تعیین اوقات رسیدگی با فواصل زمانی طولانی همراه باشد. همین امر باعث کندی کار مربوط به صدور و ابلاغ اخطاریه و احضاریه هم می‌شود. عدم ابلاغ صحیح نیز از عوامل مؤثر در اطلاع دادرسی است. متأسفانه برخی از مأمورین ابلاغ که البته تعداد آنها بسیار کم است در برخی موارد بدون آنکه به آدرس اعلامی در اخطاریه یا احضاریه مراجعه کنند به ابلاغ ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی بسنده می‌کنند، امری که البته با توجه به الزامی شدن ابلاغ الکترونیک



در حال انقراض است. عدم اعلام تغییرات آدرس از طرف اصحاب دعوا نیز از عوامل مؤثر در اطلاع دادرسی است. عدم امکان شناسایی کفیل یا وثیقه‌گذار در پرونده‌های کیفری نیز از مشکلات موجود است. عدم تشکیل جلسه دادرسی به واسطه مرخصی ناگهانی رئیس دادگاه یا تعطیلی اتفاقی نیز از دیگر عوامل اطلاع دادرسی می‌باشد

۴- رعایت حقوق شهروندی

مشکل بزرگ جامعه انسانی ترکیب بین درجه ای از آزادی است که بدون آن قانون تبدیل به استبداد می‌شود، درجه ای از قانون که بدون آن آزادی فقط در حد یک مجوز باقی می‌ماند، مجوزی که در عمل امکان استفاده از آن وجود ندارد. یکی از مشکلات همیشگی که در روابط پیچیده انسانی وجود داشته آن بوده که روی معیار مناسبی برای شناسایی حق اتفاق نظر وجود نداشته است. هر کسی، یا گروهی یا دولتی یا جامعه ای برای حق از دیدگاه خود معیاری را در نظر می‌گیرد و بر آن اساس عمل می‌کند و علی‌رغم اینکه قسمت عمده ای از تلاش‌های بشری در طول تاریخ صرف حل این مشکل شده، ولی هنوز راه حل مناسب و قابل قبولی برای آن ارائه نگردیده است.

شاید بتوان راه حل مناسب را در حاکمیت قانون در هر جامعه ای جستجو کرد. قانون منطبق با فرهنگ حاکم بر آن جامعه، قانون منطبق با واقعیات اجتماعی و قانون مبتنی بر احترام حکومت به شهروندان و دور از استبداد. قانونی که بر آمده از بطن اجتماع باشد و نه تحمیل شده از طرف حکومت. قانون منطبق بر اراده ملت و نه خواست حکومت. می‌توان گفت «که حاکمیت قانون، مفهومی پویاست که باید آهنگ حرکت خود را با تحولات مناسب با نیازهای جامعه تنظیم کند. حمایت از حقوق بشر و اجرای ساختار حقوقی برای پیشگیری از توسل به شورش مسلحانه در برابر استبداد و ظلم ضروری است»^۱. به عبارت دیگر نتیجه عدم رعایت حقوق بشر و استبداد زدگی قانون، ظلم به شهروندان می‌باشد و شهروندان ممکن است برای مقابله با این ظلم و استبداد حاکم بر جامعه به خشونت متوسل شوند. از این رو اگر حکومت بخواهد از چنین حادثه‌ای در جامعه پیشگیری کند، باید از حقوق بشر حمایت کند و ساختار حقوقی حاکم بر آن را برای این منظور مورد استفاده قرار دهد. منظور از به کارگیری ساختار حقوقی در این مورد را می‌توان به اجرای قانون در عمل تعبیر کرد. بدین توضیح که نفس وجود قانون خوب کافی نیست، بلکه قانون خوب قانونی است که اجرا هم بشود.

1. Dr. Ashutosh (2009) Rights of Accused, Universal Law Publishing Co, New Delhi, p. 405.



اولین پیش شرط عدالت حاکمیت قانون است و نقش واقعی یک حرفه حقوقی تلاش برای یکسان سازی قانون و عدالت است تا بتواند شکل ایده‌آلی از عدالت را به دست آورد و به این اعتبار از دادگاه به عنوان «معبد عدالت» تعبیر می‌شود. حاکمیت قانون از طریق کانال‌های مختلفی مورد حمایت قرار می‌گیرد که رسمی‌ترین شکل آن را می‌توان سیستم حقوقی و قضائی نامید. سیستم حقوقی و قضائی اقدامات حکومت را محدود می‌کند و برای حفظ حقوق اساسی افراد قواعد روشنی را وضع می‌کند. این امر برای محافظت از حقوق افراد در برابر سوء استفاده از قدرت لازم است و به این اعتبار است که از تفکیک قوا صحبت می‌شود.

۵- تضمین حقوق طرفین دعوا

یکی از اهداف اصلی قانون، برقراری عدالت است. در این راستا قانونگذار بر رعایت حقوق هر دو طرف دعوا تأکید کرده است. هر چند دادستان طرف اصلی دعوا عمومی است، ولی منظور قانونگذار از طرفین دعوا در ماده ۲، شاکی خصوصی و متهم است. یکی از حقوق اصلی متهم احترام گذاشتن به اصل برائت است که قانونگذار نیز به آن اشاره کرده است. حقوق دیگر متهم عبارتند از حق وی به داشتن وکیل، حق وی به اطلاع از ماهیت و اسباب اتهام و حق وی به تحصیل دلیل از طرق مشروع و ... که به نوعی در مواد دیگر مورد اشاره و توجه قرار گرفته اند. منظور قانونگذار این است که مقام قضایی باید بر لزوم رعایت این حقوق توجه ویژه داشته باشد. در ارتباط با شاکی خصوصی نیز باید حق وی به جبران خسارت مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس در مواد ۸۰، ۸۱ و ۸۲ هرگونه اقدام مساعد دادستان به نفع متهم منوط به اعلام رضایت شاکی خصوصی شده است. مجازات حق جامعه است و شاکی خصوصی حقی به مجازات ندارد. با این حال، در دوره بعد از انقلاب قانونگذار برای شاکی خصوصی نسبت به مجازات نیز حق قائل شده و بر این اساس در جرایم علیه تمامیت جسمانی به طور معمول اختیار را به بزه دیده یا اولیای قانونی وی سپرده و برای شاکی یا مدعی خصوصی نیز حق تجدیدنظرخواهی از حکم برائت یا قلت مجازات را پیش‌بینی کرده است.

۶- تساوی افراد در برابر قانون

در اصل ۲۲ قانون اساسی به تساوی افراد در برابر قانون تصریح شده است. صرف نظر از اینکه رعایت تساوی افراد در برابر قانون مستلزم رعایت استقلال و بی‌طرفی قضایی



است، با وجود این نمی‌توان تساوی را به لزوم برخورد یکسان با افراد تعبیر نمود. در حقوق کیفری ماهوی قانونگذار به مقام قضایی اختیاری داده به تشخیص خود و به شرط احراز شرایط مقرر در قانون اقدام به تخفیف مجازات، تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم، آزادی مشروط و نظام نیمه آزادی و ... نماید. همه این موارد امتیازی است که دادگاه می‌تواند به متهم اعطا کند و ممکن است دادگاه به متهمی اعطا نماید و از اعطای آن به متهمی دیگر خودداری کند، بنابراین، در عمل تساوی در برخورد رنگ می‌بازد. در حقوق کیفری شکلی نیز وضعیت چنین است و دادستان ممکن است امتیازات موضوع مواد ۸۰، ۸۱ و ۸۲ را در مورد متهمی اعمال کند و در مورد متهمی دیگر اعمال نکند، بنابراین انتظار تساوی کامل انتظاری غیرواقعی است. با این کیفیت باید تساوی افراد در برابر قانون را به لزوم شروع به تعقیب در مورد همه متهمین تعبیر نمود و بعد از شروع به تعقیب این تساوی رنگ می‌بازد.

دادرسی عادلانه که جوهره یک نظام قضایی مبتنی بر اصول معین را تشکیل می‌دهد، حاصل تلاش عدالت خواهان، طی قرن‌های متمادی و طولانی است که در این راه رنج‌ها کشیده و بسیاری از آن‌ها زندانی شده و جان خود را از دست داده اند. تأکید بر عادلانه بودن دادرسی در واقع تأکید بر ممنوعیت سوء استفاده از قدرت توسط صاحبان قدرت است. قدرت فی نفسه فساد آور است و قدرت مطلقه فساد بی حد و حصر به دنبال دارد که در این میان متهمان به نقض قانون جزایی، قربانیان سوء استفاده از چنین قدرتی هستند. دادرسی عادلانه در تلاش است متهم را در برابر چنین فضایی مورد حمایت قرار دهد. هر چند نمی‌تواند به تمام و کمال از متهم حمایت نماید، ولی می‌تواند از شدت ستمی که ممکن است در اثر سوء استفاده از قدرت متوجه متهم شود بکاهد. برای این منظور ابزارهایی را در اختیار متهم قرار می‌دهد و عادلانه بودن یا نبودن دادرسی نیز بر حسب میزان دسترسی متهم به ابزارهای مزبور مورد سنجش قرار می‌گیرد. در یک طرف دادستان با تمامی امکانات جامعه قرار دارد و در طرف دیگر متهم. این شخص، ولو آنکه دست به ارتکاب شدیدترین و وحشیانه‌ترین اعمال زده باشد، وقتی در مسند اتهام قرار می‌گیرد در مورد او اصل برائت جاری می‌شود و جامعه با نمایندگی دادستان باید ماهیت اتهام و اسباب آن را به وی تفهیم و به وی اجازه دفاع دهد. از نظر برخی ممکن است فراهم سازی حق دفاع برای کسی که متهم به نقض قانون جزایی است، امری غیرمنطقی به نظر برسد. ولی باید توجه داشت که فلسفه وجودی اصلی آیین دادرسی کیفری، تشخیص اتهامات ناصحیح از صحیح است. آنهایی که با فراهم سازی زمینه حق دفاع



مخالف هستند، کافی است که خودشان روزی در معرض اتهام قرار گیرند و در این صورت از لزوم وجود حق دفاع و تضمینات دفاعی برای متهم صحبت می‌کنند. هر فردی، اعم از آن که در واقع مرتکب عمل مجرمانه ای شده باشد یا نه، ممکن است روزی در معرض توجه اتهام قرار گیرد، بنابراین، نباید تصور نمود که متهم به طور حتم، مجرم است، چون این امر تنها پس از طی فرایند دادرسی عادلانه مشخص می‌شود و هرگونه اظهارنظری قبل از طی این مرحله مردود است.

آثار عدم رعایت قواعد دادرسی مبتنی بر قانون

وقتی که قانونگذار از دادرسی مبتنی بر قانون صحبت می‌کند، باید برای عدم رعایت قواعد مقرر برای دادرسی مبتنی بر قانون، ضمانت اجرای لازم را نیز پیش بینی کرده باشد، چون «مستند بودن دادرسی کیفری به قانون، نیازمند وجود ضمانت اجرایی مناسب، در صورت نقض آن از سوی ضابطان، قضات و سایر دست اندرکاران امر کیفری، طی فرایند رسیدگی است» (آشوری، ۱۳۹۵، ۲۷). برای مثال وقتی که طبق ماده ۳۰ قانون آئین دادرسی کیفری «احراز عنوان ضابط دادگستری، علاوه بر وثاقت و مورد اعتماد بودن، منوط به فراگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضایی مربوطه و تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری است، تحقیقات و اقدامات صورت گرفته از سوی اشخاص فاقد این کارت، ممنوع و از نظر قانونی بدون اعتبار است». باید دلایل حاصل از طرف چنین مأمورینی را بی اعتبار تلقی کرد و یا در فرضی که مأمور برخلاف ضوابط مقرر در مواد ۵۵، ۵۶ و ۵۷ اقدام می‌کند و خارج از ضوابط اقدام به بازرسی و کشف موضوع جرم یا دلیلی حاکی از وقوع جرم می‌نماید، باید آثار اقدامات خلاف را بی اعتبار تلقی کرد، نه این که گفته شود مأمور از بابت اقدامات خلاف قانون خود قابل تعقیب است و فردی که دلیلی علیه وی کشف شده یا موضوع جرم از محدوده متصرفات وی کشف شده به نوبه خود قابل تعقیب است.


اگر شروع به تحقیقات منوط به ارجاع از طرف دادستان است و حتی در جرایم مشهود که قانونگذار استثنائاً بدون اجازه دادستان اجازه شروع به تحقیق به بازپرس داده است، شرط ادامه تحقیقات را منوط به ارجاع امر از طرف دادستان می‌داند، در فرضی که بازپرس بدون ارجاع دادستان اقدام به تحقیق کرده باشد، سؤالی که مطرح می‌شود آن است که باید اقدامات بازپرس را بی اعتبار تلقی کرد یا به تعقیب انتظامی بازپرس بسنده شود؟ دلیل طرح این سؤال آن است که قانونی بودن ارجاع یکی از شروط پایه ای قانونی بودن



تحقیقات بازپرس است و چنین شرطی از شروط آمره است. طبیعتاً بازپرسی که بدون ارجاع دادستان شروع به تحقیقات می‌کند ممکن است متهم را احضار و به وی تفهیم اتهام کند و قرار تأمین صادر و قرار تأمین منتهی به بازداشت متهم شود. وی ممکن است با معاینه محل اقدام به جمع آوری ادله ارتکاب جرم مانند مو، آب دهان، آثار انگشتان، خون و منی در جرایم جنسی نماید یا شهادت شاهی را اخذ کند که بعد از معلوم شدن خلاف قانون بودن اقدامات بازپرس شاهد یا ادله موجود دیگر در دسترس نباشند. با باطل دانستن اقدامات بازپرس تمامی ادله جمع آوری شده از بین می‌روند و امکان دسترسی مجدد به آنها وجود نخواهد داشت. عقل حکم می‌کند که دلایل حفظ و در رسیدگی بعدی که با ارجاع امر از طرف دادستان صورت خواهد گرفت، مورد بهره برداری قرار گیرند. چون جامعه یا بزه دیده خاص جرم، تقصیری نداشته که دلایل مزبور را از دست بدهد. ولی منطبق حقوقی بطلان را ایجاب می‌کند. به این اعتبار که اگر قرار باشد در قبال چنین تخلفاتی فقط تعقیب انتظامی صورت بگیرد، مقررات قانونی اعتبار خود را از دست می‌دهند. البته باید دید آیا عدم رعایت این تشریفات وفق تبصره ماده ۴۵۵ قانون آئین دادرسی کیفری به درجه ای از اهمیت هستند که باعث بی اعتباری اقدامات بازپرس شوند؟ به نظر می‌رسد بتوان موضوع را از مصادیق تبصره مزبور قرار داد، چون ارجاع دادستان سنگ بنای شروع رسیدگی کیفری را تشکیل می‌دهد، ولی به نظر می‌رسد رویه قضائی ما چنین دیدگاهی را نپذیرفته و به تعقیب انتظامی بازپرس بسنده می‌کند.

نکته دیگری که باید در اینجا به آن اشاره نمود آن است اگر دادستان یا دادیار اظهارنظر متعرض ایراد عدم ارجاع نشده باشند و پرونده با صدور کیفرخواست به دادگاه ارسال شده باشد، آیا دادگاه می‌تواند از ترتیب اثر دادن به چنین کیفرخواستی امتناع کند؟ ممکن است در پاسخ گفته شود که دادگاه وفق ماده ۲۸۰ قانون آئین دادرسی کیفری ملزم به رسیدگی به عناوین اتهامی معنونه در کیفرخواست است و حق تعرض به خود کیفرخواست را ندارد، ولی به نظر می‌رسد در مورد ماده ۲۸۰ و سایر موادی که در آنها به الزام دادگاه به رسیدگی وفق کیفرخواست اشاره شده است نیز قانونی بودن دادرسی و دادرسی مبتنی بر قانون حاکم است و کیفرخواستی که شرایط قانونی صدور آن طی نشده باشد فاقد اعتبار خواهد بود. این امر نه تنها در مورد دادگاه‌های بدوی بلکه در مورد مرجع تجدیدنظر و فرجام نیز صدق می‌کند و مراجع مزبور نمی‌توانند به کیفرخواستی که تشریفات قانونی منتهی به صدور آن طی نشده باشد اعتبار بدهند.

علاوه بر آن، در صورتی که سایر ارکان دادرسی مبتنی بر قانون مانند عدم رعایت



بی‌طرفی و استقلال و تساوی افراد در برابر قانون و تضمین حقوق طرفین دعوا و رسیدگی در مدت متعارف رعایت نشده باشد می‌توان از حیث نوع ضمانت اجرا قائل به تفصیل شد. در دو فرض عدم رعایت بی‌طرفی و استقلال، باید دادرسی را باطل دانست، ولی در سایر فرض‌ها باید قائل به ضمانت اجرای انتظامی شد.

نتیجه

دادرسی عادلانه از مفاهیم بسیار مهم در آیین دادرسی به شمار می‌رود و اختصاص به آیین دادرسی کیفری ندارد، بلکه در هر نوع دادرسی اعم از کیفری، مدنی و اداری و در هر مرجعی اعم از مرجع قضایی یا غیرقضایی شایسته امان نظر است. هیچ تعریف دقیقی از دادرسی عادلانه وجود ندارد. می‌توان معیار دادرسی عادلانه که باید به عنوان شرط شکلی و ماهوی یک دادرسی کیفری وجود داشته باشد را به پاسخگویی در مقابل حاکمیت دلیل و اطاعت از عدالت تعریف نمود. مفهوم مخالف آن نفی استبداد و اجتناب از بی‌عدالتی است. برای تحقق مفهوم دادرسی عادلانه اقدام رسمی نباید از مرزهای ادله موجود علیه متهم فراتر رود و منجر به خصومت شود. از این رو دادرسی عادلانه مخالفت با هرگونه اقدامی است که به واسطه فقدان عقلانیت آسیب می‌بیند.

حق دسترسی متهم به دادرسی عادلانه در تلاش‌هایی که در سطح بین‌المللی در زمینه حقوق بشر صورت گرفته، به نحو برجسته‌ای مورد توجه قرار گرفته است. این حق جدای از حقوق بشر نیست، بلکه تجسم عینی حقوق بشر در فرایند دادرسی است. چه، حقوق متهم به عنوان فردی از افراد بشر نسبت به سایر افراد، در معرض تعدی بیشتری قرار دارد و حکومت‌ها بهانه‌های بهتری برای تضییع حقوق وی دارند. شاید بتوان مبنای این حقوق را که حاصل تلاش‌های بین‌المللی است، در اعلامیه جهانی حقوق بشر ملاحظه کرد.

حاکمیت قانون که بنیان حقوق دفاعی متهم را تشکیل می‌دهد از مبانی وجودی جوامع دموکراتیک است. منظور از جامعه دموکراتیک برخلاف برداشت سطحی برخی از افراد از آن در جامعه ایرانی بی‌بند و باری و آزادی بی‌قید افراد در انجام هر کاری نیست، بلکه بر عکس محدود کردن آزادی‌ها به موجب قانون منطبق با فرهنگ و نیازهای جامعه است. جامعه دموکراتیک جامعه هنجارمند و قانونمند است. جامعه‌ای است که در آن حدود و ثغور تکالیف را قانون معین می‌کند و نه خواسته‌ها و سلايق شخصی افراد. در یک جامعه دموکراتیک قانون بر تمامی جوانب رفتاری افراد حاکمیت دارد و افراد یا حکومت



نمی‌توانند خارج از چارچوب قانون رفتار کنند و در چارچوب قانون نیز باید حقوق همدیگر را محترم بدارند و به این اعتبار افراد از قبل در جریان حقوق و تکالیف خود قرار می‌گیرند. حکومت حق بازداشت خودسرانه و سلب سایر حقوق افراد، خارج از چارچوب قانون را ندارد و موقعی هم که وفق قانون کسی بازداشت شده باشد، رفتارها با وی در چارچوب قانون است. افراد و حکومت رفتارهای خود را در چارچوب قانون تنظیم می‌کنند و همین امر جلوی زیاده‌خواهی افراد در برابر همدیگر و دولت در برابر مردم را می‌گیرد.

یکی از معیارهای حاکمیت قانون در جامعه رعایت حقوق متهم توسط حکومت است. به عبارت دیگر، همان‌گونه که قبلاً گفته شد جامعه در برخورد با متهمان از اختیار مطلق برخوردار نیست و حکومت مکلف به رعایت اصول و قواعد تضمین‌کننده حقوق متهم است. یکی از راه‌های مؤثری که برای تضمین حقوق دفاعی متهم به آن اشاره می‌شود، برقراری تساوی سلاح‌ها بین حکومت و متهم است، یعنی متهم از همان حقوقی که حکومت برای ایراد اتهام به وی برخوردار است، در مقام دفاع از آن برخوردار باشد.

قانونگذار ایران در چارچوب «دادرسی مبتنی بر قانون» دادرسی عادلانه را مورد توجه قرار داده است. همچنان که گفته شد این دو مفهوم مترادف معنایی ندارند، ولی در همین حدی هم که قانون آئین دادرسی کیفری به ارکان دادرسی مبتنی بر قانون اشاره می‌کند، باید آن را به فال نیک گرفت و تلاش کرد در عمل نیز ارکان مزبور مورد توجه و عمل قرار گیرند.

منابع

- آشوری، محمد (۱۳۹۵)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد اول، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات سمت.
- باهری، محمد (۱۳۹۴)، *حقوق جزای عمومی* (به کوشش دکتر علی آزمایش)، چاپ اول، تهران، نشر نگاه معاصر.
- حشمتی، ابوالفضل (۱۳۹۳)، *تحصیل دلیل از طریق نامشروع*، مجله جستارهای فقه و حقوق، سال اول، شماره ۲.
- خالقی، علی (۱۳۹۷) *آیین دادرسی کیفری*، جلد اول، چاپ سی و هفتم، تهران، انتشارات شهر دانش.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۳)، *بازاندیشی دادرسی دادگراانه در پرتو اصل همترازی حق‌های بزه‌دیده و متهم*، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره هفتم.



- . سرو میرزایی، عبادالله (۱۳۹۱)، *اصل قانونی بودن دادرسی در پرتو حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- . ناجی زواره، مرتضی (۱۳۸۹)، *دادرسی بیطرفانه در امور کیفری*، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش.
- . ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹۴)، *آشنایی با آیین دادرسی کیفری*، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.
- . نیکویی، سمیه (۱۳۸۵)، *الزامات علنی بودن دادرسی کیفری در پرتو دادرسی عادلانه*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶-۵۷.
- . Ashutosh (2009) Rights of Accused, Universal Law Publishing Co, New Delhi.
- . Harris, David, the Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16, No. 2 (Apr., 1967), pp. 352-378.
- . Richardson, Kristy, A definition of judicial Independence, <http://www.scribd.com>



بررسی اجمالی وضعیت حقوقی معامله متکی بر اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار در قانون و رویه قضایی

دکتر عباس قاسمی حامد^۱

یوسف براری چناری^۲

شهرزاد حدادی^۳

چکیده

با توجه به اهمیت استمرار نظم بر بازار اوراق بهادار و تبعات ناشی از نقض قوانین و مقررات حاکم بر آن، قانونگذار برخی از اعمال غیرقانونی این بازار را جرم‌انگاری نموده و متخلفین آن را مستوجب مجازات کیفری می‌داند. از جمله بزه‌های مورد نظر «معامله متکی بر اطلاعات نهانی» است که به موجب آن شخصی که به اطلاعات مهم افشاء نشده شرکت ناشر اوراق بهادار دسترسی دارد؛ با معامله اوراق بهادار بر اساس آن اطلاعات و بر خلاف مقررات حفظ و عدم افشای اطلاعات مزبور و به شکل غیرقانونی منتفع شده یا از ضرری اجتناب می‌نماید. ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ نیز مجازات حبس تعزیری از سه ماه تا یک سال یا جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده برای مرتکب این جرم وضع نموده است. علاوه بر این موضوع مزبور دارای جنبه مدنی نیز بوده و وضعیت معامله‌ای که توسط مرتکب در پی آن منعقد می‌شود، مورد بحث و اختلاف نظر حقوقدانان می‌باشد؛ هرچند به نظر می‌رسد که صحت

۱ - استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۲ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

۳ - دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی



معامله با حفظ حق مطالبه خسارت توسط متضرر علیه متخلف وفق قواعد عام مسئولیت مدنی و ماده ۵۲ قانون مزبور و نیز اصل صحت برتری دارد.

کلید واژگان: بازار اوراق بهادار، اطلاعات مهم، افشاء، معامله متکی بر اطلاعات نهانی

مقدمه

در بازار اوراق بهادار همانند دیگر بخش‌های جامعه، ضرورت وجود ضمانت اجرای مقررات آمره انکارناپذیر است، تا صرف نظر از اجرای مجازات برای متخلفان، جنبه پیشگیرانه نیز داشته باشد. علاوه بر ضمانت اجرای انضباطی که رواج بیشتری دارد، می‌توان از ضمانت اجرای سخت تری نیز نام برد که مدنی و کیفری می‌باشد. اعمال مقررات کیفری حد نهایت سخت گیری جهت مبارزه با ناقضان قوانین می‌باشد. سرمایه‌گذاران در صورتی تمایل به فعالیت و سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه خواهند داشت که اطمینان حاصل نمایند از حقوق آنها محافظت می‌شود و ناشران و مدیران و بازیگران این بازار به تکالیف قانونی خود عمل می‌کنند و از انجام اقداماتی که مستلزم نقض قوانین و مقررات بوده و موجب آسیب به منافع سرمایه‌گذاران می‌گردد، خودداری می‌نمایند.

در اثر تخلف از هر یک از مقررات بازار سرمایه، آسیبی به نظم و امنیت این بازار وارد می‌شود و با توجه به حساسیت‌ها و ضروریات موجود در آن، مراجع متفاوتی برای رسیدگی به تخلفات و اختلافات پیش‌بینی شده است. تخلفات انضباطی و اختلافاتی که در بازار سرمایه رخ می‌دهد، معمولاً عواقب و آثار مخرب و سنگینی برای جامعه ندارند و نظم عمومی را مختل نمی‌کنند و دامنه اختلافات محدود به روابط میان کارگزاران و سرمایه‌گذاران و یا دیگر فعالان بازار است. اما صدمات ناشی از جرم که مربوط به نقض قانون جزا می‌باشد، دامنگیر کل جامعه است (نورانی مقدم و عیوضی، ۱۳۹۵، ۳۴۹)، بنابراین تخطی از برخی مقررات بازار سرمایه به جهت عواقب منفی سهمگینی که دارد، موجب گرایش به تلقی آن به عنوان بزه شده و صرف اکتفا به ضمانت اجرای انضباطی درباره آنها کافی نمی‌باشد.

حقوق کیفری بازار سرمایه که از شاخه‌های فنی علوم جنایی محسوب می‌گردد، با رویکردی تخصصی به بررسی مقررات مربوط به جرائم علیه بازار سرمایه (بازار بورس اوراق بهادار) و واکنش‌های ناظر به آنها و همچنین چگونگی رسیدگی به این‌گونه



رفتارهای مجرمانه مبادرت می‌ورزد (نیازپور، ۱۳۹۶، ۳۵۲). جرائم حوزه بازار اوراق بهادار به عنوان بخشی از جرائم اقتصادی محسوب می‌شوند و مرتکبان آن نیز در علم جرم - شناسی با عنوان «یقه سفیدها» شناخته شده‌اند. جرائم و مجازات‌های مورد نظر در قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و در فصل ششم این قانون تحت همین عنوان از مواد ۴۶ تا ۵۲ آمده است.

آنچه در این مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد، معامله متکی بر اطلاعات نهانی است که موضوع بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار مصوب ۱۳۸۴ بوده و فلسفه ممنوعیت آن به جهت فراهم نمودن فرصت‌های برابر برای همه بازیگران بازار سرمایه می‌باشد تا اشخاصی که به علت موقعیت ویژه خود به اطلاعات محرمانه ای که افشاء نشده دسترسی دارند، از این امر سوء استفاده ننموده و از اطلاعات مزبور که نیروی حیاتی این بازار است، به نفع خود منتفع نگردند. در همین راستا مقاله حاضر به چهار بخش کلی تقسیم می‌شود. در بخش اول به شناسایی اطلاعات نهانی پرداخته می‌شود. در همین راستا، ابتدا مفهوم اطلاعات نهانی بررسی می‌گردد و سپس دارندگان اطلاعات نهانی معرفی می‌شوند. آن گاه در بخش دوم معامله متکی بر اطلاعات نهانی تشریح می‌شود. در ذیل این بخش نخست ماهیت معامله متکی به اطلاعات نهانی و بعد وضعیت حقوقی معامله متکی به اطلاعات نهانی از نظر گذرانده می‌شود.

۱- شناسایی «اطلاعات نهانی»

به منظور بررسی وضعیت حقوقی معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی، لازم است در ابتدا مفهوم اطلاعات نهانی تشریح گردد و سپس دارندگان اطلاعات نهانی معرفی شوند.

۱ - ۱ مفهوم اطلاعات نهانی

«اطلاعات» معادل «Information» در انگلیسی است و «اطلاع» به معنای «آگاهی یافتن»، «واقف شدن بر کاری»، «آگاه گردیدن» و نیز «واقف گردیدن»، «دیده ور شدن»، «آگاهی و خیر» آمده است و متخصصان حوزه‌های علوم مختلف از آن تعاریف مجزایی ارائه نموده‌اند. گفته شده؛ اصل کلمه مزبور از ریشه «formation» یا «forma» به معنی شکل دادن چیزی یا ساختن الگویی گرفته شده است (جمالی و سادات آقامیری و عابدینی سعدآباد و سلیمان دهکردی، ۱۳۹۴، ۱۲).

در نظام حقوقی ایران، بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ در تعریف «اطلاعات نهانی» بیان می‌دارد: «هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به طور



مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد.» همانطور که در متن این بند به صراحت آمده است، برای تلقی اطلاعات به عنوان «نهانی»، سه شرط لازم می‌باشد که در صورت جمع بودن همه شروط، «اطلاعات نهانی» محسوب خواهد شد. این شروط عبارت است از:

شرط اول: عدم افشاء اطلاعات برای عموم

این شرط که در قوانین خارجی مشترک می‌باشد، به ویژگی محرمانگی اطلاعات مزبور اشاره دارد. واژه «افشاء» در لغت به معنای «آشکار کردن» و «فاش نمودن» بوده و صرف‌نظر از اینکه کشورهای مختلف الزامات قانونی متفاوتی برای افشاء اطلاعات دارند و در کشور ما نیز از آبان ماه ۱۳۸۵ ایجاد سامانه یکپارچه گردآوری و انتشار الکترونیکی اطلاعات موسوم به کدال^۱ با هدف اعمال نقش نظارتی سازمان بر افشای اطلاعات توسط ناشرین و به منظور افزایش شفافیت در دستور کار سازمان بورس قرار گرفت، بند ۴ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان مصوب ۱۳۸۶/۵/۳ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار آخرین اصلاح ۱۳۹۶/۹/۱۴، افشاء راه، انتشار عمومی و به موقع اطلاعات مطابق ضوابط دستورالعمل مزبور می‌داند. لفظ «عموم» نیز فعالان و سرمایه‌گذاران و ذینفعان بالفعل بازار اوراق بهادار را شامل می‌شود و در عین حال اشخاصی که به طور بالقوه ممکن است در آینده مبادرت به سرمایه‌گذاری در بورس نمایند را هم در بر می‌گیرد، بنابراین اگر اطلاعاتی برای فعالان بالفعل بازار سرمایه افشاء نشده باشد، ولی قابل دسترسی و افشاء شده برای اشخاص دیگر جامعه باشد، این اطلاعات نهانی محسوب نمی‌شود.

شرط دوم: مربوط بودن به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر

به عنوان مثال؛ اطلاعات مربوط به میزان عرضه و تقاضای اوراق بهادار و میزان معاملات انجام گرفته به روی آن و همچنین افزایش سود شرکت یا پیروزی در یک مناقصه از جمله اطلاعات مربوط به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر می‌باشد (جنیدی و نوروزی، ۱۳۸۸، ۱۴۳). برخلاف قانونگذار ایرانی که فقط از اوراق بهادار و معاملات و ناشر نام برده و محدوده اطلاعات نهانی را مشخص نموده، در برخی از منابع لاتین تعریفی وسیع تر از آن ارائه و نه تنها اطلاعات مربوط به اوراق بهادار یا ناشر، نهانی تلقی می‌شود، بلکه هرگونه اطلاعاتی که «مربوط به شرایط و اوضاع و احوال دیگر» نیز باشد، در صورت



وجود سایر شرایط، نهانی تلقی خواهد شد (2: 2017, www.dof.no). مطلب اخیر مورد پذیرش دستورالعمل 2003/6/EC قرار نگرفته و در بند ۱ ماده ۱، تعریفی مشابه قانون بازار اوراق بهادار ایران ارائه شده با این تفاوت که شرط ارتباط اطلاعات با «معاملات» در آن نیامده است.

شرط سوم: تأثیر بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران آنچه که از این شرط قابل فهم می‌باشد آن است که اطلاعات مورد نظر لازم است علاوه بر داشتن دو شرط اول، به اندازه ای اهمیت داشته باشد که بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران تأثیر داشته باشد و این اطلاعات از اطلاعات معمولی متمایز بوده و دارای اهمیت خاص می‌باشد.

۲ - ۱ دارندگان اطلاعات نهانی

پس از بررسی مفهوم اطلاعات نهانی، دارندگان اطلاعات مزبور باید شناسایی شوند. دارندگان اطلاعات نهانی اشخاصی هستند که این اطلاعات را در اختیار و تصرف خود دارند. این تصرف از نوع مادی نیست، بلکه تصرفی اعتباری بوده و فقط به معنی دانستن این اطلاعات می‌باشد. ممکن است در لحظه ای واحد، چندین نفر به واسطه دانستن اطلاعات نهانی دارنده آن محسوب شوند. پس هر کس از اطلاعات مزبور آگاه باشد، حتی خود شرکت، دارنده آن محسوب می‌شود. (جنیدی و نوروزی، ۱۳۸۹، ۵۳) تبصره ۱ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار در این خصوص اشعار می‌دارد: «اشخاص زیر به عنوان اشخاص دارای اطلاعات نهانی شرکت شناخته می‌شوند:

الف- مدیران شرکت شامل اعضای هیأت مدیره، هیأت عامل، مدیرعامل و معاونان آنان.

ب- بازرسان، مشاوران، حسابداران، حسابرسان و وکلای شرکت.

ج- سهامدارانی که به تنهایی و یا به همراه افراد تحت تکفل خود، بیش از ده درصد (۱۰٪) سهام شرکت را در اختیار دارند یا نمایندگان آنان.

د- مدیرعامل و اعضای هیأت مدیره و مدیران ذی‌ربط یا نمایندگان شرکت‌های مادر (هلدینگ) که مالک حداقل ده درصد (۱۰٪) سهام یا دارای حداقل یک عضو در هیأت مدیره شرکت سرمایه‌پذیر باشند.

ه- سایر اشخاصی که با توجه به وظایف، اختیارات و یا موقعیت خود به اطلاعات نهانی دسترسی دارند».



ایراد وارد بر تبصره فوق این است که تنها دارندگان اولیه اطلاعات نهانی را در نظر داشته و همه مصادیق آن شامل این اشخاص می‌گردد و دارندگان ثانویه اطلاعات را لحاظ ننموده است. دارندگان اولیه یا به تعبیر برخی مولفین خارجی (Su and Berkahn, 2003: 4)، دارندگان سنتی اطلاعات نهانی، اشخاصی هستند که به طور مستقیم و بی - واسطه به این اطلاعات دسترسی دارند. عده‌ای از محققین هم گفته‌اند؛ دارندگان اولیه کسانی می‌باشند که به واسطه موقعیت خود به این اطلاعات دست می‌یابند به نحوی که بین داشتن این موقعیت و منصب و به دست آوردن اطلاعات رابطه سببیت وجود دارد. البته منظور از این سببیت، یک سببیت عرفی می‌باشد، یعنی فقط کافی است در سیر متعارف امور، داشتن این موقعیت و سمت سبب دسترسی به اطلاعات شود (جنیدی و نوروزی، ۱۳۸۹، ۵۶). اما بر خلاف دارندگان اولیه، دارندگان ثانویه، اطلاعات را از طریق دارندگان اولیه دریافت نموده‌اند و ارتباطی با ناشر ندارند (Gilbert Warren, 1991: 48/1057).

فایده تقسیم بندی دارندگان به اولیه و ثانویه آن است که علاوه بر آنکه مجازات دارندگان دسته اول نسبت به نوع دیگر آن شدیدتر می‌باشد، فرض قانونی بر این است که دارندگان اولیه اطلاعات نهانی بر محرمانه بودن اطلاعات آگاهی داشته و در معاملات متکی بر این اطلاعات عمد و قصد دارند، لذا اثبات خلاف این بر عهده آنهاست. اما در مورد دارندگان ثانویه چنین فرضی وجود ندارد و مطابق قواعد عمومی، اثبات سوء نیت بر عهده شاکی است (میرزایی منفرد، ۱۳۸۹، ۲۴۱).

۲- معامله متکی بر اطلاعات نهانی

برای آنکه معامله متکی بر اطلاعات نهانی بررسی شود، مناسب است ابتدا ماهیت اینگونه از معاملات (۱-۲) و سپس وضعیت حقوقی معاملات متکی بر اطلاعات نهانی (۲-۲) مطالعه شود.

۱- ۲ ماهیت معامله متکی بر اطلاعات نهانی

«معامله متکی بر اطلاعات نهانی» معادل انگلیسی «insider trading» یا «insider dealing» بوده و به تعبیر محققان خارجی (V. Seitzinger, 2016: 1 - Mele, 2014: 4/472) بزه معامله اوراق بهادار متکی بر اطلاعات نهانی هنگامی رخ می‌دهد که شخصی که به اطلاعات مهم افشاء نشده شرکت دسترسی دارد با اقدام به معامله اوراق بهادار، منتفع شده یا از ضرری اجتناب نماید. این اطلاعات مهم معمولاً اطلاعاتی هستند



که بر آن اساس اشخاص مبادرت به اتخاذ تصمیم برای خرید یا فروش اوراق بهادار می- نمایند.

از نظر تطبیقی، نظام حقوقی آمریکا در مقابله با معامله اوراق بهادار و استفاده از اطلاعات نهانی که شایع‌ترین نوع تخلف از مقررات حاکم بر بازار اوراق بهادار این کشور است، پیشرو دیگر نظام‌های حقوقی دنیاست. سابقه منع این معاملات در حقوق این کشور به اوایل سده بیستم بر می‌گردد. قوانین سخت مرتبط با معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی در ایالات متحده آمریکا، علاوه بر بخش‌های (b) ۱۰ و (e) ۱۴ قانون بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴، قانون مجازات معامله متکی بر اطلاعات نهانی مصوب ۱۹۸۴، قانون معاملات اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی و اجرای تقلب در اوراق بهادار مصوب ۱۹۸۸، قانون اجرای حقوق اوراق بهادار و اصلاح سهام ضعیف مصوب ۱۹۹۰ و قانون ساربنز - آکسلی مصوب ۲۰۰۲ می‌باشد. در نظام حقوقی فرانسه وضع مقررات در این خصوص با آیین‌نامه سال ۱۹۶۷ آغاز شد. این آیین‌نامه در سال ۱۹۷۰ اصلاح گردید و طی آن معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی و افشاء اطلاعات به اشخاص ثالث، عملی مجرمانه تلقی شد. در سال ۱۹۸۹ در راستای هماهنگی با دستورالعمل جامعه اروپا تصویب قانون جامعی تحقق پیدا کرد، که قادر بود تمامیت بازار سرمایه را حفظ نماید. این قانون قدرت اعمال ضمانت اجرای اداری را به COB اعطا نمود. یک سال بعد در ژوئیه ۱۹۹۰، COB قانون استفاده از اطلاعات مجرمانه را تصویب نمود. بنابراین دو گروه از قوانین وجود داشت که بر معاملات مبتنی بر اطلاعات مجرمانه اعمال می‌شد؛ قانون کیفری در قالب آیین‌نامه ۱۹۶۷ و قانون اداری در قالب مقررات COB (شریفی و بهشتی، ۱۳۸۹، ۲۱۶).

در نظام حقوقی ایران، قانون بازار اوراق بهادار «معامله متکی بر اطلاعات نهانی» را برای نخستین بار، به عنوان یکی از جرائم این قانون در نظر گرفته است. پیش از تصویب قانون فوق‌الذکر، تنها نظام کنترل معاملات اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی مقرر در «آیین‌نامه اجرایی انتشار اخبار معاملات بر اساس اطلاعات درونی» مصوب ۱۳۷۸/۷/۲۵ شورای بورس بود. این آیین‌نامه که فقط در خصوص شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار قابل اعمال بود، در ماده ۳، ضمانت اجرای معامله اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته شده بورس با استفاده از اطلاعات نهانی را انتشار اخبار این معاملات از سوی دبیر کل سازمان بورس اوراق بهادار پیش‌بینی کرده بود که همان گونه که برخی از محققین گفته‌اند؛ طبعاً ضمانت اجرای ضعیف و کم‌تأثیری در جلوگیری از وقوع چنین معاملات سود آوری بود (قربانی لاجوانی، ۱۳۸۶، ۴۰۵).

بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار در تشریح بزه مزبور که عنصر قانونی آن محسوب می‌شود، بیان می‌دارد:

«ماده ۴۶: اشخاص زیر به حبس تعزیری از سه ماه تا یکسال یا به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهند شد:

۲- هر شخصی که با استفاده از اطلاعات نهانی به معاملات اوراق بهادار مبادرت نماید».

در مقام مثال این جرم می‌توان گفت؛ شخصی با اطلاع از وضعیت نا به سامان آتی شرکت و سقوط سهام آن، نسبت به فروش زود هنگام سهامی که در مالکیت اوست اقدام می‌کند یا با اطلاع از اینکه وضعیت شرکت به جهت دستیابی به ثروت سرشار رو به بهبود بوده و در آینده ای نزدیک اوراق بهادار آن رشد پیدا می‌کند، نسبت به خرید زودتر اوراق آن شرکت اقدام می‌نماید؛ در حالی که عموم مردم به این اطلاعات دسترسی ندارند و بدیهی است که اگر این اطلاعات برای آنها نیز منتشر می‌گردید، به اقدامی مشابه دست می‌زدند.

بزه مورد نظر شامل دارندگان اولیه و ثانویه اطلاعات نهانی می‌گردد. این نتیجه‌گیری از اطلاق عبارت «هر شخصی» مذکور در بند ۲ به راحتی قابل برداشت می‌باشد. بنابراین حیطه اشخاص تحت شمول، گسترده است.^۱ همچنین همان گونه که از متن بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار مستفاد می‌گردد، عنصر مادی جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی در قالب فعل مثبت انجام معامله اعم از خرید یا فروش، قابل تحقق می‌باشد و نمی‌توان انعقاد معامله از طریق ترک فعل را تصور نمود. علاوه بر این باید گفت؛ بزه معامله متکی بر اطلاعات نهانی از جرائم مطلق محسوب می‌شود و به صرف معامله متکی بر اطلاعات نهانی اعم از اینکه مالی نصیب شخص شود یا خیر، این بزه محقق می‌گردد. در خصوص عنصر روانی جرم مورد بحث باید گفت؛ این بزه نیز همانند اکثر جرائم برای تحقق، نیاز به عنصر روانی داشته و صرف انجام فعل مادی کافی نیست. چنان که در حقوق آمریکا نیز لزوم وجود سوء نیت برای تحقق بزه معامله متکی بر اطلاعات نهانی را لازم دانسته‌اند

۱. نمونه‌های عملی این نظر در دادنامه شماره ۶۹ صادره از شعبه ۱۱۹۲ مجتمع ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی و دادنامه ۶۶ - ۸۷/۲/۱ از شعبه ۱۰۱۶ دادگاه عمومی جزایی تهران تجلی یافته است. برای ملاحظه این آراء، رجوع کنید به: محمدی، علیرضا، بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، نیمسال اول ۱۳۸۹، ص ۲۹۷ و ۲۹۸.



(Doffou and F. Drucker, 2003: 1/11). نکته‌ای که یکی از مولفین به درستی اضافه نموده‌اند اینکه؛ قصد کسب منفعت یا دفع ضرر در تحقق عنصر روانی جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی شرط نیست، اگرچه ممکن است در آن مستتر باشد؛ یعنی این دو از اجزای عنصر روانی به شمار نمی‌روند هر چند ممکن است در نتیجه معامله مزبور کسب منفعت یا دفع ضرر شده باشد (میرزایی منفرد، ۱۳۹۱، ۱۰۰). به عبارتی وجود سوء نیت عام کافی است و نیازی به سوء نیت خاص نمی‌باشد.

مجازات این جرم در صدر ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار آمده است که اشعار می‌دارد: مجازات حبس تعزیری از سه ماه تا یکسال و نیز جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به دست آمده یا زیان متحمل نشده است. در خصوص مجازات مزبور چند نکته لازم به ذکر می‌باشد.

نکته اول: مجازات پیش‌بینی شده در این قانون برای جرم مورد بحث و سایر جرائم قانون بازار ناچیز بوده و مورد انتقاد برخی از صاحب‌نظران (سلطانی، ۱۳۹۵، ۳۶۶) قرار گرفته است و معتقدند این مجازات‌ها از بازدارندگی لازم برخوردار نیستند و باید اصلاحات لازم در قانون صورت پذیرد.

نکته دوم: به موجب ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات حبس مندرج در قانون بازار اوراق بهادار، درجه ۶ محسوب می‌شود؛ اما از آنجایی که جزای نقدی مزبور به صورت قطعی مشخص نبوده و از آن به عنوان «جزای نقدی نسبی» تعبیر می‌شود، وفق رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹-۱۳۹۶/۴/۲۰ که به منظور حل اختلاف در خصوص صلاحیت رسیدگی به جرم تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به صورت غیرمجاز صادر شده است، اما با توجه به ملاک مندرج در آن قابل اعمال در خصوص سایر

۱. متن رای وحدت رویه مزبور چنین است: « مجازات جزای نقدی که درجات آن در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ مشخص شده، با توجه به تعیین حداقل و حداکثر آن در قانون، ناظر به جزای نقدی ثابت است و از جزای نقدی نسبی که میزان آن بر اساس واحد با مبنای خاص قانونی احتساب می‌گردد و از این حیث در جرائم با عناوین مشابه یکسان نیست، انصراف دارد؛ بنابراین مجازات جرائمی که طبق قانون جزای نقدی نسبی است با توجه به حکم مقرر در تبصره ۳ ماده مورد اشاره، تعزیر درجه هفت محسوب می‌شود و رسیدگی به آن به موجب ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در صلاحیت دادگاه کیفری دو می‌باشد و رأی این دادگاه قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان است. بر این اساس رأی شعبه هفدهم دیوان عالی کشور در مورد درجه مجازات بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها به صورت غیرمجاز که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»



بزه‌های دارای جزای نقدی نسبی است و نیز با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، این مجازات، درجه هفت محسوب می‌شود. بنا به استدلالات مزبور، جزای نقدی مذکور در ماده ۴۶ قانون بازار درجه هفت بوده و با توجه به اینکه حبس آن از نوع درجه ۶ می‌باشد، با لحاظ تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که مجازات شدیدتر ملاک عمل است، جهت تعیین صلاحیت رسیدگی محاکم، درجه ۶ محسوب می‌گردد و شروع تحقیقات آن در صلاحیت دادسرا است و تنها بعد از صدور کیفرخواست، دادگاه کیفری دو صلاحیت رسیدگی به جرم را دارد.

نکته سوم: اگرچه از نظر تئوری امکان تحقق شروع به جرم در خصوص جرائم موضوع ماده ۴۶ قانون بازار وجود دارد، ولی از آنجایی که این جرائم به شرحی که گفته شد، درجه ۶ محسوب می‌شوند و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، برای جرائم درجه ۶ مجازات شروع به جرم تعیین نکرده است، لذا شروع به ارتکاب اعمال موضوع ماده ۴۶ قانون بازار جرم نبوده و مستوجب مجازات نمی‌باشد. اما معاونت برای بزه‌های ماده ۴۶ قانون بازار جرم محسوب می‌شود و مشمول بند «ت» ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. همچنین تعدد و تکرار جرم نیز در خصوص بزه‌های یاد شده قابل تصور می‌باشد. تعدد جرم مزبور مشمول ماده ۱۳۴ و تکرار جرم نیز موضوع ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است.

۲-۲ وضعیت حقوقی معامله متکی بر اطلاعات نهانی

علی‌رغم جرم‌انگاری معامله متکی بر اطلاعات نهانی در قانون بازار اوراق بهادار، در مورد وضعیت معامله از نظر حقوقی (بطلان یا عدم آن یا امکان فسخ یا عدم آن) قانونگذار کشور ما برخلاف ایالات متحده آمریکا، سکوت اختیار نموده است و همین امر موجب تردیدهایی در این زمینه می‌گردد. بند b بخش ۲۹ قانون بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴ ایالات متحده آمریکا، هر قراردادی را که بر خلاف قانون مزبور یا مقررات مرتبط آن از جمله معامله متکی بر اطلاعات نهانی منعقد گردد، نسبت به طرف مقابل باطل و بلااثر می‌داند و در صورت تمایل، طرف مقابل می‌تواند به این امر استناد نماید، اما دارنده اطلاعات نهانی که با تخلف نسبت به انعقاد معامله اقدام نموده، نمی‌تواند این بی‌اعتباری قرارداد را مستمسک قرار دهد.

مقررات نظام حقوقی ایران غیر از جرم‌انگاری عمل مورد بحث، به شکل دیگری نیز آن را مورد توجه قرار داده است. ماده ۱۸ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در



بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۹ بیان می‌دارد: «در صورتی که معاملات اوراق بهادار مظنون به استفاده از اطلاعات نهانی یا دستکاری قیمت باشد، بورس می‌تواند رأسا یا به موجب اعلام سازمان، نماد معاملاتی اوراق بهادار را متوقف نماید. بازگشایی نماد معاملاتی پس از بررسی‌های لازم و حداکثر تا پایان روز معاملاتی بعد حسب مورد به تشخیص بورس یا سازمان خواهد بود». توقف نماد در بند ۴ ماده ۱ همان دستورالعمل تشریح و آن عبارت است از: «جلوگیری از انجام معامله یک ورقه بهادار برای مدت محدود». علاوه بر این باید اشاره‌ای هم به ماده ۳۱ دستورالعمل فوق‌الذکر نمود که به سازمان اختیار داده در صورتی که ظن دستکاری قیمت یا استفاده از اطلاعات نهانی وجود داشته باشد، می‌تواند معاملاتی را که با نوسان غیرعادی قیمت یا حجم غیرعادی انجام شود، تأیید ننماید. اما وضعیت حقوقی معامله از نظر صحت یا عدم صحت آن، با توجه به اینکه انجام معامله متکی بر اطلاعات نهانی توسط قانونگذار نهی شده است، نیازمند بررسی می‌باشد.

در ابتدا باید گفت در مورد این موضوع که آیا در کلام شارع نهی به عنوان مثال؛ منع معاملات غرری (انصاری‌پور و ولد بیگی و حسینعلی‌زاده، ۱۳۹۴، ۳۷) دلالت بر فساد دارد یا خیر؟ بین علما اختلاف نظر زیادی وجود دارد. عده‌ای همانند شبیبانی و ابوحنیفه معتقدند که نهی مطلقاً دلالت بر فساد نمی‌کند. برخی دیگر مثل شهید اول و ابن حجب نظر به این داده که نهی هم در عبادات و هم در معاملات مطلقاً دلالت بر فساد می‌کند (فیض و مسجدسرائی، ۱۳۹۴، ۲۴۸). برخی تفصیل بین عبادات و معاملات داده‌اند، نهی در عبادات مطلقاً دلالت بر فساد می‌کند، ولی در معاملات نیز بستگی به این دارد که آن نهی ارشادی است یا مولوی (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۷، ۴۷). شماری دیگر بعد از بیان این مطلب که نهی در عبادات دلالت بر فساد دارد، در خصوص معاملات تفصیل داده‌اند، بین موردی که نهی بیانگر لزوم رعایت شرطی از شروط صحت و یا ارکان معامله، یا خلل و مانعی از وقوع آن به نحو صحیح و ایجاد اثر آن است و موردی که نهی دال بر مغبوضیت و منفوریت عمل معاملی می‌باشد و به هیچ‌وجه شرطیت و یا مانعیت چیزی را نمی‌رساند. حالت اول نهی، به طور قطع دلالت بر فساد معامله دارد، اما در خصوص حالت دوم بین محققان اختلاف نظر وجود دارد که اکثریت اعتقاد به عدم بطلان دارند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۱، ۱۰۶). برخی از صاحب نظران (محمدی، ۱۳۸۶، ۶۳) نیز این حالت دوم اخیر را به چند شق تقسیم و فساد یا عدم آن را در این شقوق بررسی نموده‌اند که تفصیل آنها در این مختصر نمی‌گنجد. در خصوص نهی قانونگذار، بعضی تا آنجا پیش رفته‌اند که نهی او را، نه تنها دلیل بطلان



معامله نمی‌دانند، نشانه درستی آن می‌انگارند. در توجیه این نظر استدلال شده که نهی از امور معقولی است که امکان انجام دادن آن باشد و معامله فاسد را، که از نظر قانونی موجود نیست، نمی‌توان منع کرد، به ویژه، در موردی که نهی ناظر به آثار معامله باشد، این دلالت قوی‌تر است، چون معامله باطل هیچ اثر حقوقی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۲۷/۳).

به نظر می‌رسد برای یافتن پاسخ موضوع مورد بحث نیز باید بررسی شود آیا نهی از معاملات متکی بر اطلاعات نهانی بیانگر لزوم رعایت شرطی از شروط صحت و یا ارکان معامله می‌باشد که منتج به فساد معامله می‌گردد یا خیر؟ در صورتی که نهی قانون مستقیماً به ارکان معامله و شروط صحت آن مربوط نباشد و هدف مقنن نهی امر خارجی باشد که با معامله همراه شده است، مجازات معامله‌کننده ملازمه‌ای با بی‌اعتباری عقد ندارد. مانند منع ازدواج دائم بدون ثبت در دفاتر رسمی مذکور در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ که موجب مجازات مرد به پرداخت جزای نقدی درجه پنجم و یا حبس تعزیری درجه هفت می‌گردد، ولی موجب بطلان نکاح نمی‌شود. در مورد موضوع مطروحه باید گفت؛ هدف اصلی مقنن از جرم‌انگاری این عمل، حمایت از حقوق سرمایه-گذاران و ایجاد شرایطی عادلانه و برابر در بازار برای همه فعالان می‌باشد. در واقع آنچه که قانونگذار با جرم‌انگاری مزبور منع کرده، استفاده از اطلاعات نهانی برای انعقاد معامله است که امری خارج از ارکان قرارداد است. همچنین با توجه به سرعت معاملات در بازار اوراق بهادار، بطلان معاملات فوق‌الذکر، ثبات و کارایی بازار را مختل می‌کند، چون اوراق بهاداری که با استفاده از اطلاعات نهانی خرید یا فروخته شده‌اند، ممکن است در مدت زمان کوتاهی چندین مرتبه مورد معاملات گوناگون قرار گیرند. در صورت باطل انگاشتن معاملات بعدی مفسده آن بسیار بوده و وقوع چنین وضعیتی در بازار سرمایه که بیش از سایر بازارها نیاز به آرامش دارد و در مقابل ادعای بطلان معاملات حساس است، با هدف مقنن از ایجاد بازار باثبات مغایر می‌باشد. در نتیجه نظر به اینکه منع معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی به ارکان معامله مربوط نیست و در واقع هدف قانون، منع دارندگان اطلاعات نهانی از معامله اوراق بهادار قبل از افشاء عمومی اطلاعات بوده است و به گفته دانشمندان علم اصول نهی از ذات سبب است، مانند نهی از بیع هنگام ندا برای نماز روز جمعه در آیه نهم سوره مبارکه جمعه^۱ که موجب بی‌اعتباری بیع واقع شده در این

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (۹) (ای کسانی که ایمان آورده‌اید چون برای نماز جمعه ندا داده شد، به سوی ذکر خدا بشتابید و داد و ستد را واگذارید، اگر بدانید این برای شما بهتر است).



هنگام نمی‌شود، معامله متکی بر اطلاعات نهانی نیز باطل نیست (نصیری و عیسانی تفرشی و قربانی لاچوانی، ۱۳۸۷، ۱۳۹). این عقیده به صورت کلی مورد قبول عموم محققین (شبانی، ۱۳۹۵، ۱۲۰) می‌باشد و از نظر تطبیقی نیز نظام حقوقی مالزی را می‌توان به عنوان نمونه ذکر کرد که در ماده ۲۷۰ قانون خدمات مالی این کشور مصوب ۲۰۱۳، تصریح به عدم تأثیر هرگونه تخلف از این قانون و ارتکاب بزه بر اعتبار معاملات نموده است. علاوه بر موارد فوق، ظن ایجاد خیارهایی مانند غبن، عیب، تدلیس را باید از ذهن زدود، چراکه مبنای شکل‌گیری این خیارها، وجود غبن فاحش (ماده ۴۱۶ قانون مدنی)، معیوب بودن مبیع (ماده ۴۲۲ قانون مدنی) و انجام عملیاتی است که موجب فریب طرف معامله شود (ماده ۴۳۸ قانون مدنی) که در موضوع بحث حاضر، هیچ‌کدام در معامله متکی بر اطلاعات نهانی وجود ندارد. البته در صورتی که از تخلف دارنده اطلاعات نهانی به شرح مزبور خسارتی به شخصی وارد شود، متضرر مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی و قسمت اخیر ماده ۵۲ قانون بازار می‌تواند ادعای جبران خسارت نماید. چنانکه این مقرر، مختص متضرر از بزه معامله متکی بر اطلاعات نهانی نبوده و مشترک میان همه جرائم بازار اوراق بهادار می‌باشد.

نتیجه

مقررات آمره بازار اوراق بهادار نیز همانند دیگر قوانین موجود دارای ضمانت اجرا می‌باشد که به سه دسته ضمانت اجراهای انضباطی، مدنی و جزایی تقسیم می‌شود. جرائم در بازار اوراق بهادار از جمله جرائم اقتصادی محسوب می‌گردند. جرم تلقی نمودن عمل خاصی توسط قانونگذار بیانگر این است که آن عمل تأثیر شدیدی روی بر هم زدن نظم بازار مزبور دارد؛ بنابراین مستوجب مجازات کیفری می‌باشد. در مقاله حاضر به معامله متکی بر اطلاعات نهانی پرداخته شده است که موضوع بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار مصوب ۱۳۸۴ می‌باشد و مجازات حبس و جزای نقدی برای آن مقرر گردیده و یکی از سه جرم مرتبط با اطلاعات نهانی است. از نظر تطبیقی نیز نظام حقوقی آمریکا در مقابله با معامله اوراق بهادار و استفاده از اطلاعات نهانی که شایع‌ترین نوع تخلف از مقررات حاکم بر بازار اوراق بهادار این کشور است، پیشروی دیگر نظام‌های حقوقی است. بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار ایران مصوب ۱۳۸۴ در تعریف «اطلاعات نهانی» بیان می‌دارد: «هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تصمیم سرمایه‌گذاران



برای معامله اوراق بهادار مربوط تأثیر می‌گذارد». این تعریف دارای سه شرط عدم افشاء اطلاعات برای عموم، مربوط بودن به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر و تأثیر بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران می‌باشد که در صورت جمع شرایط، اطلاعات مورد نظر نهانی محسوب خواهد شد. معامله متکی بر اطلاعات نهانی نیز بدین معنی است که دارنده اولیه یا ثانویه اطلاعات نهانی که موظف به حفظ و عدم افشاء اطلاعات مزبور می‌باشد، به شکل غیرقانونی و با نقض وظیفه امانت داری خود و بدون اینکه دیگران به این اطلاعات دسترسی داشته باشند، بر اساس آن مبادرت به خرید یا فروش اوراق بهادار نموده و سودی به دست آورده یا از ضرری اجتناب نماید.

یکی از موضوعات مهم مطرح شده در این مقاله، وضعیت حقوقی معامله متکی بر اطلاعات نهانی با توجه به منع مقنن می‌باشد. طبق نظر پذیرفته شده در این مقاله، معامله متکی بر اطلاعات نهانی باطل نیست و ظن ایجاد خیارهایی مانند غبن، عیب، تدلیس را نیز باید از ذهن زدود، چراکه مبنای شکل‌گیری این اختیارات در ما نحن فیه وجود ندارد. اما در صورتی که از تخلف دارنده اطلاعات نهانی به شرح مزبور و انعقاد معامله مبتنی بر آن، خسارتی به شخصی وارد شود، متضرر مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی و قسمت اخیر ماده ۵۲ قانون بازر می‌تواند ادعای جبران خسارت نماید و با اثبات شروط سه‌گانه، دعوی مسئولیت مدنی، خسارات وارده به خود را مطالبه نماید.

گزیده منابع

- بهشتی، شقایق (۱۳۸۷)، *معاملات اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه با مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا، انگلیس، فرانسه و ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، دانشکده علوم اجتماعی.
- جنیدی، لعیا، نوروزی، محمد (۱۳۸۹)، *شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکت‌های سهامی عام*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱۰۱.
- جنیدی، لعیا، نوروزی، محمد (۱۳۸۸)، *شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۲.
- زراعت، عباس (۱۳۸۴)، *دلالت نهی بر فساد منهی‌عنه و نظریه بطلان*، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۱۲.



- . سلطانی، محمد (۱۳۹۵)، **حقوق بازار سرمایه**، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و دانشگاه شهید بهشتی.
- . شریفی، سید الهام‌الدین، بهشتی، شقایق (۱۳۸۹)، **مطالعه تطبیقی ممنوعیت‌های دارندگان اطلاعات نهانی در رابطه با معاملات اوراق بهادار در حقوق اتحادیه اروپا، انگلیس، فرانسه و ایران**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷.
- . فیض، زهرا، مسجدسرائی، حمید (۱۳۹۴)، **کاربرد دلالت نهی بر فساد در تفسیر قوانین**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۲.
- . قبله‌ای خوبی، خلیل (۱۳۸۷)، **علم اصول در فقه و قوانین موضوعه**، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت.
- . محمدی، علیرضا (۱۳۸۹)، **بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷.
- . میرزایی منفرد، غلامعلی (۱۳۸۹)، **تحلیل جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷.
- . نصیری، مرتضی، عیسایی تفرشی، محمد، قربانی لاچوانی، مجید (۱۳۸۷)، **معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران**، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴.



حقوق ذی نفعان در ادغام شرکت ها^۱

دکتر محمدرضا پاسبان^۲

سیدهادی فرخی^۳

چکیده

متعاقب ادغام دو یا چند شرکت تجاری، حقوق و تعهدات شرکت یا شرکت‌های تجاری ادغام شونده به شرکت تجاری ادغام کننده منتقل می‌شود و شرکت یا شرکت‌های ادغام‌شونده بدون تصفیه، منحل می‌شوند. از این رهگذر، ادغام علاوه بر شرکت‌های دخیل در ادغام بر حقوق ذی‌نفعان مختلف شرکت‌های دخیل در ادغام و اشخاص ثالث از جمله: سهامداران اقلیت، طلبکاران و دارندگان اوراق بهادار، کارکنان و غیره نیز تأثیرگذار است که بی‌توجهی به این امر می‌تواند از موجبات تضییع حقوق آنان و بی‌اعتمادی به نهاد قانونی و اقتصادی شرکت‌ها و نیز ادغام شرکت‌ها باشد. ضرورت توجه به حقوق سهامداران اقلیت مخالف ادغام شرکت‌ها، دارندگان اوراق بهادار و طلبکاران با وثیقه و بی‌وثیقه شرکت‌های منحل از ادغام، کارکنان شرکت‌های موضوع ادغام در قلمرو سرزمینی و فرامرزی، هر یک متضمن تمهیداتی است تا ادغام شرکت‌ها با آسیب‌های اجتماعی و اقتصادی همراه نباشد. حقوق ایران در قوانین فعلی خود آنچنان که باید به این ضرورت‌ها نپرداخته، لیکن در قوانین پراکنده و نیز لایحه تجارت در حال تصویب، تدابیری اندیشیده که می‌تواند کارا، کاربردی و مؤثر باشد. همچنین حقوق شرکت‌های انگلستان نیز در جهت

۱. مقاله حاضر از استاد ارجمند جناب آقای دکتر پاسبان، مقاله ای جامع و همراه با مطالعه تطبیقی حقوق انگلستان می‌باشد. اکنون به دلیل رعایت اختصار و حفظ فضای حاکم بر عموم مخاطبان مدرسه حقوق که دست اندرکاران امور اجرایی مانند وکالت و قضاوت هستند، با عرض پوزش از نویسنده محترم، قسمت‌های تطبیقی آن حذف و به شکل موجود تقدیم می‌گردد.

۲. دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی

۳. دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی



حفظ حقوق ذی‌نفعان به هنگام ادغام شرکت‌ها راهکارهایی مقرر کرده است که تحقیق حاضر به بررسی تطبیقی این تدابیر می‌پردازد.

کلید واژگان: ادغام، حقوق ذی‌نفعان، دارندگان اوراق بهادار، سهامدار اقلیت و اکثریت، کارکنان شرکت‌ها

مقدمه

ادغام شرکت‌های تجاری یکی از راه‌های تأمین منابع مالی شرکت در طرح‌های توسعه‌ای و یا قبضه‌ی بازار است. ممکن است یک شرکت به تنهایی قادر به تأمین منابع مالی کافی جهت اجرای پروژه‌های کلان نباشد، از این رو با ادغام با شرکت‌های دیگر می‌تواند به منابع مالی مورد نیاز دست یابد. شرکت‌های تجاری به دو روش ادغام می‌شوند. در روش اول، یک شرکت کنترل شرکت‌های دیگر را در دست می‌گیرد، بدون اینکه شخصیت حقوقی سایر شرکت‌ها از بین برود. (عابدی فیروزجائی، ۱۳۹۶، ۱۰۷) در روش دیگر، شرکت‌های ادغام‌شونده منحل می‌شوند و دارایی‌ها و تعهداتشان به شرکت ادغام‌کننده منتقل می‌شود. در نظام حقوقی ایران، ادغام شرکت‌ها خارج از قانون تجارت، در مقررات پراکنده از جمله در مورد برخی از شرکت‌های دولتی و در قانون مربوط به شرکت‌های تعاونی و اتحادیه‌های تعاونی مطرح شد. در سال ۱۳۸۴ در لایحه تجارت تقدیمی به مجلس، مقرراتی در این خصوص پیش‌بینی شد. سپس در بند (د) ماده ۱۹ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مقرراتی درباره ادغام در نظر گرفته شده است و در نهایت در برنامه پنجم توسعه نیز مقرراتی در این خصوص آمده است. اگرچه در قانون برنامه ی ششم توسعه در رابطه با جواز ادغام شرکت‌های تجاری حکمی وجود ندارد، لکن به نظر می‌رسد در حال حاضر با توجه به اهلیت عام شرکت‌های تجاری، قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۱۱۱ قانون مالیات‌های مستقیم، ادغام شرکت‌های تجاری امکان‌پذیر است.

حقوق انگلستان مقررات گسترده‌ای را در مورد حقوق شرکتها مقرر کرده است (پاسبان، ۱۳۹۴، ۶۷)، بنابر تحقیق گسترده‌ای که حقوق ۴۹ کشور در این زمینه مورد بررسی قرار گرفت، در کامن لا از حقوق ذی‌نفعان شرکت‌ها بیشتر حمایت می‌شود. قانون‌گذار انگلیسی با تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶، به میزان گسترده‌ای دخالت دادگاه‌ها را در روند ادغام کاهش داده و اختیارات بیشتری برای شرکت‌ها و سهام‌داران قائل گردید. این قانون برخلاف قوانین پیش از خود، تنها ادغام شرکت‌های سهامی عام را



در نظر دارد.

نگارش پیش رو نخست به آثار نهاد ادغام و تأثیر آن بر ذی نفعان مستقیم شرکت و سپس به تأثیر ادغام بر ذی نفعان غیرمستقیم شرکت می پردازد.

۱- آثار ادغام بر ذی نفعان مستقیم شرکتهای موضوع ادغام

تغییرات بنیادین شرکت از جمله ادغام، علی الاصول به تبع قصد و خواست سهامداران اکثریت پیگیری می شود. از این رو ادغامی که شرکت به انجام می رساند و به دنبال آن شرکت و سهامداران شرکت را متأثر خواهد ساخت، بنا به قاعده اکثریت صورت می گیرد.

۱-۲. آثار ادغام بر شرکت های موضوع ادغام

یکی از دغدغه های قانونگذار ایرانی در ادغام شرکت ها، جلوگیری از انحصار در حوزه تجارت می باشد. مطابق ماده ۴۸ قانون اجرای سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی و ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه، ادغام شرکتهای تجاری، نباید موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری شود. بر طبق مقررات مذکور کلیه حقوق و تعهدات، دارائی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکتهای موضوع ادغام، به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می شود، لذا نمی توان ادغامی را متصور بود، بی آن که دیون و تعهدات آن منتقل نگردد.

در حقوق انگلیس اگرچه شرکت سهامی ادغام کننده قائم مقام و جانشین شرکت سهامی ادغام شونده می شود، با این حال انتقال حقوق و تعهدات شرکت سهامی ادغام شونده به شرکت سهامی ادغام کننده منوط به دستور دادگاه است. بندهای الف و ب ماده ۹۰۴ قانون شرکتهای انگلستان مصوب ۲۰۰۶ چنین مقرر می دارد: «موضوعاتی که دستور دادگاه می تواند متضمن آن باشد عبارتند از: الف: انتقال کل یا قسمتی از دارایی ها و اموال شرکت تجاری انتقال دهنده یا تعهدات آن به شرکت تجاری انتقال گیرنده ... ج: تداوم دعاوی حقوقی له و علیه شرکت سهامی انتقال دهنده توسط شرکت سهامی انتقال گیرنده».

در حقوق ایران، در بعضی قوانین مربوط به ادغام شرکتهای دولتی به جانشینی عام شرکت سهامی ادغام کننده اشاره شده است و قانون گذار با عبارات مختلفی از قبیل قائم مقام، جایگزین و جانشین، از شرکت ادغام کننده یاد کرده است.

در حقوق انگلیس نیز شرکت تجاری ادغام کننده قائم مقام و جانشین شرکت تجاری



ادغام‌شونده می‌شود، با این تفاوت که انتقال حقوق و تعهدات شرکت تجاری ادغام‌شونده به شرکت تجاری ادغام‌کننده منوط به دستور دادگاه است.

در حقوق ایران در مورد شرکت‌های دولتی مانند بانک‌ها و غیره که قانونگذار چنین اجازه‌ای را داده است، مشکلی در جانشینی عام و قائم مقام بودن شرکت تجاری ادغام‌کننده وجود ندارد. قانونگذار با عبارات مختلفی از قبیل قائم‌مقام، جایگزین و جانشین از شرکت ادغام‌کننده یاد کرده است. اما در مورد سایر شرکت‌های تجاری از جمله شرکت‌های سهامی خصوصی، قائم مقامی عام شرکت ادغام‌کننده محل تأمل است، زیرا اولاً مقررات مربوط به ادغام شرکت‌های دولتی و یا شرکت‌های تعاونی قابل تسری به شرکت‌های تجاری خصوصی نیست. ثانیاً نهاد قائم مقامی عام جز در موارد استثنائی مانند قائم مقامی عام ورثه پذیرفته نشده است و با انجام قرارداد نمی‌توان کلیه حقوق و تعهدات شخص دیگر را تملک نمود (بیگی حبیب آبادی، ۱۳۹۲، ۳۳)، زیرا هر چند تملک دارایی‌های شرکت تجاری ادغام‌شونده با انجام قرارداد امکان‌پذیر است، لکن مالک شدن دیون و تعهدات و قراردادهای آن با اشکال و ابهام همراه است. انتقال دیون و تعهدات شرکت تجاری ادغام‌شونده به شرکت تجاری ادغام‌کننده می‌تواند به زیان طلبکاران و اشخاص متعهدله تمام شود.

۳-۱. آثار ادغام بر سهامداران اقلیت شرکت های موضوع ادغام

یکی از آثار ادغام، انتقال حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده به شرکت بازمانده یا جدید است. شرکت‌های تجاری در برابر سهامداران خود به نسبت یا میزان مشارکت و سهام آن‌ها تعهداتی را بر عهده دارند. با محو شخصیت حقوقی در شرکت‌های تجاری ادغام‌شونده، سهامداران این شرکت‌ها به تبع ادغام، حقوق خود را در آن شرکت از دست می‌دهند، بنابراین تعیین عوض برای حفظ حقوق سهامداران مخالف ادغام ضروری است. این عوض می‌تواند به دست آوردن سهام شرکت ادغام‌کننده یا شرکت جدید و یا در قالب اخذ وجه نقد و یا هر مال دیگری معین شود، لکن در خصوص این امر تصریحی در قوانین وجود ندارد و لذا مسئله حقوق سهامداران اقلیت است که از چند جهت قابل بررسی است. هر چند در قوانین و مقررات، از سهامدار مؤثر، سهامدار اصلی، سهامدار عمده، سهامدار مدیریتی و سهامدار کنترلی تعریف شده است، لکن نشانی از تعریف سهامداران اقلیت و اکثریت یافت نمی‌شود. با این حال به نظر می‌رسد که سهامداران اقلیت را صاحبان کمتر از ۵۰ درصد سهام گویند.



در کشورهای مختلف هم در این زمینه نظرات مختلفی در نظام حقوقی آن‌ها مطرح است. در حقوق آمریکا، شرکای مخالف طرح ادغام، در ازای دریافت ارزش سهام خود می‌توانند از شرکت خارج شوند، لذا تعیین یک عوض متناسب راهکاری برای حفظ حقوق سهامداران اقلیت است. چراکه ممکن است الحاق سهامداران اقلیت به طرح ادغام با عدم رضایت همراه باشد (بیگی حبیب آبادی، ۱۳۸۳، ۲۴).

با این حال در مورد شرکت‌های تعاونی، قانون شرکت‌های تعاونی مصوب ۱۳۵۰/۳/۱۶ به سهامداران اقلیت توجه خاص نموده و اعضای مخالف ادغام با اخذ عوض نقدی سهام خود از شرکت خارج می‌شوند. راهکار قانون شرکت‌های تعاونی راهگشا است. در حال حاضر در مورد شرکت‌های سهامی شاید از جمله راهکارهای حمایت از سهامداران اقلیت استعانت از ظرفیت ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ است. دعوای موضوع این ماده را دعوای مشتق می‌نامند. دعوای مشتق، دعوایی است که خواهان دعوای اصلی دعوای نیست و حکم له و علیه شرکت صادر می‌شود. با این استدلال که خسارت وارده ناظر بر شرکت و نه سهامداران می‌باشد. با توجه به این ماده، اقلیت قادر می‌باشند ابطال ادغام را درخواست نمایند.

سهامداران اقلیت در مقام مطالبه ارزش سهام برای رهایی از طرح ادغام ممکن است با بهانه منع قانونی خرید سهام شرکت توسط همان شرکت موضوع ماده ۱۹۸ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ مواجه شوند که جواز بند ب ماده ۲۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، راهکاری برای خروج از این بن‌بست خواهد بود.

۲- آثار ادغام بر ذی نفعان غیرمستقیم شرکت‌های موضوع ادغام

ادغام می‌تواند منافع برخی از افراد ذی‌نفع غیرسهامدار را نیز با خطر مواجه کند. از این رو قرارداد ادغام، نه تنها بر موضوع حقوق و تعهدات شرکت اثر می‌گذارد، بلکه بر روی سهامداران، شرکاء، کارکنان شرکت، طلبکاران و دارندگان اوراق بهادار نیز واجد آثاری است که در این بخش به بررسی چنین آثاری پرداخته می‌شود:

۱-۲. ادغام و کارکنان شرکت‌های موضوع ادغام

از جمله انگیزه‌های طرفین شرکت‌ها در ادغام می‌تواند کاهش فضای پرهزینه کارخانه‌ای و نیز تعدیل نیرو و به تبع آن کاهش نیروی انسانی و در نتیجه کاهش سربار هزینه‌های تولید و ارزانی محصولات تولیدی برای رقابت در بازار باشد. از این رو ممکن



است شرکت‌ها متعاقب ادغام با مازاد نیروی انسانی مواجه شوند. همچنین ممکن است که به دلیل بُعد مسافت و یا نوع کار و دلایلی دیگر، نیروی انسانی حاضر به همکاری با شرکت جدید نباشد.

بند ۱۴ ماده ۵۹۹ لایحه ۱۳۹۱ متعاقب مواد ۸۲۳ و ۸۱۲ لایحه ۱۳۸۴ ایران، به «سامان‌دهی وضع کارکنان شرکت‌های طرف ادغام یا شرکت موضوع تجزیه با رعایت مقررات مربوط»، پرداخته است. بنابر قواعد قائم مقامی ناشی از عمل ادغام، کارکنان شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت ادغام کننده یا شرکت جدید انتقال می‌یابند. در صورت عدم تمایل برخی کارکنان با انتقال به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید، مزایای پایان کار مطابق مقررات قانون کار توسط شرکت مزبور به کارکنان یاد شده پرداخت می‌گردد. اگر کارکنان شرکت‌های سابق تمایلی به کار در شرکت انتقال‌گیرنده یا شرکت جدید نداشته باشند، باید با همین شرکت‌ها به‌عنوان قائم مقام کارفرمای خود تسویه حساب کنند. در واقع، کارکنان بخش اداری و کارگری بر مبنای قراردادهای دائم یا موقت به کار مشغول هستند (صقری، ۱۳۹۳، ۲۱۲).

در حقوق انگلستان، مادامی که توافقی در باب قرارداد کار موجود نباشد، شرکت‌های تجاری (کارفرما) دارای اختیارات وسیع در قرارداد کار خواهند بود. قرارداد ادغام، شرکت بازمانده یا جدید را متعهد به حفظ رابطه استخدامی، با کارگر می‌کند. دادگاه نیز امتیازاتی را برای کارگران شرکت‌های موضوع ادغام در نظر می‌گیرد (محمدمدی نیک، ۱۳۹۵، ۹۸).

ماده ۱۲ قانون کار، به تغییر حقوق «ادغام» و قائم مقامی حقوق و تعهدات می‌پردازد و مقرر می‌دارد: «هر نوع تغییر حقوقی، ادغام در مؤسسه دیگر...، در رابطه قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است مؤثر نمی‌باشد و کارفرمای جدید، قائم مقام تعهدات و حقوق کارفرمای سابق خواهد بود». این موارد به هیچ عنوان در رابطه با قرارداد کارگرانی که قرارداد آن‌ها خارج از قرارداد آزمایشی می‌باشد و به عنوان کارمند رسمی در آن کارگاه (دائم یا موقت) اشتغال دارند مؤثر نمی‌باشد. (برای مشاهده آرای مرتبط رجوع کنید: دادنامه شماره ۷۰۵ دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۰ و دادنامه شماره ۳۸۳ دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۸)

مالک و شرکای جدید مسئول پرداخت حق و حقوق کارگران شاغل در آن کارگاه بوده و با تعویض و تغییر مالک و کارفرما، هیچ‌گونه اثر منفی در رابطه با کار گذشته و حال به وجود نمی‌آید (حاجی زاده، ۱۳۹۴، ۷۱)، البته در کارگاه‌های کوچک‌تر از ده نفر نیز هرگونه تغییر در مالکیت کارگاه از قبیل ادغام در کارگاه دیگر، در رابطه قرارداد کارگر و کارفرما

۶۰



مؤثر نمی‌باشد و کارفرمای جدید قائم مقام تعهدات و حقوق کارفرمای قبلی خواهد بود.

۲-۲. آثار ادغام بر بستانکاران شرکت های موضوع ادغام

پس از انعقاد قرارداد ادغام، طلب طلبکاران شرکت ادغام‌شونده و یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت تجاری جدید یا بازمانده منتقل می‌شود. حمایت از حقوق طلبکاران دشوارتر از حمایت از حقوق سهامداران است. ممکن است انواع مختلفی از طلبکاران با منافع متفاوت وجود داشته باشد، بنابراین حمایت از حقوق برخی از طلبکاران موجب کاهش حقوق دیگران می‌شود. (ماده یک آیین‌نامه اجرایی بند ز ماده ۱۱۱ اصلاحی قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۸۳، بند الف ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم، ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم، ماده ۸۰۸ لایحه تجارت ۱۳۸۴) به عنوان مثال، در مورد پیش‌فرض، طلبکاران با وثیقه مطمئن و حتی ممکن است، نه چندان نگران و چه بسا بی‌اعتنا به آنچه در شرکت اتفاق می‌افتد، باشند، لیکن تغییرات اساسی در شرکت موجب نگرانی طلبکاران بی وثیقه خواهد بود.

رعایت حقوق طلبکاران مستلزم شناسایی حق اعتراض آن‌ها به تغییرات اساسی شرکت نظیر ادغام است؛ بنابراین، شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید، از حیث دارایی، مطالبات و بدهی‌ها، جانشین شرکت‌های ادغام‌شونده خواهد بود. طلبکاران بی‌وثیقه به تبع از میان رفتن شرکت بدهکار، شاهد کاهش تضمینات خود خواهند بود، چراکه آن‌ها طلبکار شرکتی بوده‌اند که اکنون جذب شرکتی دیگر شده و دارایی‌های آن نیز تبعاً به دارایی شرکت ادغام‌پذیر الصاق گردیده است. این در حالی است طبعاً شرکت ادغام‌پذیر، طلبکاران مخصوص به خود را دارد؛ بنابراین، وثیقه عمومی پرداخت این طلب‌ها کاهش می‌یابد و از این‌رو حمایت از این طلبکاران منطقی می‌باشد (صقری، ۱۳۹۳، ۲۰۹).

در لایحه تجارت ۱۳۸۴، به طلبکاران که فاقد وثیقه باشند، حق اعتراضی در مهلت مقرر داده شده و این به نوعی حمایت از بستانکاران است. تلاش برای حمایت از حقوق ذی‌نفعان نباید مانعی برای راهکارهای قانون تجارت در راه تسهیل و تسریع تجارت باشد. این در حالی است که لایحه تجارت ۱۳۹۱ طلبکاران را به طور عام مورد خطاب قرار می‌دهد: «در مورد ادغام یا تجزیه، هر یک از دارندگان اوراق بهادار و بستانکارانی که منشأ طلب آن‌ها قبل از تاریخ نشر آخرین آگهی مذکور در ماده ۹۰۰ این قانون باشد، می‌توانند ظرف دو ماه از تاریخ نشر آگهی، اعتراض خود را در مورد ادغام به دادگاه تقدیم کنند».

در حقوق انگلیس، طلبکاران شرکت‌های تجاری، تا قبل از صدور حکم مرجع قضایی



درباره ادغام، حق اعتراض به مرجع رسیدگی کننده، نسبت به تصمیم مجمع شرکاء در خصوص طرح ادغام را دارند. مرجع قضایی مذکور در صورتی که دلایل معترض را وارد بداند، تصمیم شرکاء در خصوص ادغام را رد می نماید؛ اما چنانچه اعتراض آنان را مردود بداند، مبادرت به صدور حکم الزام آور در خصوص ادغام می نماید.

دارندگان اسناد تجاری نیز جزئی از طلبکاران هستند، از همین رو تا زمانی که ادغام صورت نگرفته است، دارنده سند تجاری می تواند به شرکت مدیون مراجعه کند. از زمانی که ادغام صورت می گیرد، به این دلیل که کلیه دارایی های مثبت و منفی به شرکت ادغام کننده منتقل می شود، شرکت ادغام کننده یا شرکت جدید مسئول ایفای کلیه تعهدات است و دارنده سند تجاری با اوصاف مذکور می تواند به جای این که به شرکت منحل مراجعه کند، به شرکت ادغام کننده یا شرکت جدید به عنوان قائم مقام رجوع نماید (محمدی نیک، ۱۳۹۵، ۱۰۲).


۲-۳. ادغام و مدیران شرکتهای موضوع ادغام

مدیر عامل می تواند از ساحت سهامداری برای احقاق حقوق خود اقامه دعوا و پیگیری نماید. اما چنانچه سهامدار نباشد، رابطه حقوقی مدیر عامل با شرکت بواسطه ی از دست دادن موقعیت عالی خود و نیز از بین رفتن قراردادها و برنامه های کاری زمان بندی شود.

۲-۴. دارندگان اوراق بهادار در ادغام

در لایحه تجارت ۱۳۸۴، صرفاً از اوراق مشارکت نام برده شده است و حقوقی که برای طلبکاران بدون وثیقه در نظر گرفته شده، در مورد آنها نیز قابل استفاده است. لایحه تجارت ۱۳۹۱، دارندگان اوراق بهادار را مشمول حق اعتراض به ادغام می داند. در ماده مذکور به دارندگان اوراق بهادار، ظرف مهلت دو ماه فرصت داده شده است تا اعتراض خود را به دادگاه تقدیم دارند و طبق ماده ۹۰۱ همین قانون، انجام ادغام در صورت اعتراض، منوط به تودیع وثیقه کافی برای پرداخت طلب معترض است، مگر اینکه رأی بر رد اعتراض از سوی دادگاه صادر شود.

در حقوق انگلستان به حقوق صاحبان اوراق بهادار بدین ترتیب پرداخته شده است که طرح ادغام باید متضمن حفظ حقوق دارندگان اوراق بهادار شرکت ادغام کننده که حقوق ویژه ای به آنها منضم است، باشد و دارنده اوراق بهادار مستحق دریافت ارزش معادل، از



حقوق شرکت ادغام کننده است، مگر اینکه دارنده به نحو دیگری تراضی کرده باشد و یا دارنده مجاز به فروش اوراق بهادار به شرکت انتقال گیرنده با شرایطی که از نظر دادگاه منطقی است، باشد.

نتیجه

ادغام شرکت‌های تجاری یکی از راه‌های تأمین منابع مالی شرکت در طرح‌های توسعه‌ای و یا قبضه بازار است. ممکن است یک شرکت به تنهایی قادر به تأمین منابع مالی کافی جهت اجرای پروژه‌های کلان نباشد. از این رو با ادغام با شرکت‌های دیگر می‌تواند به منابع مالی مورد نیاز دست یابد.

نظر به اینکه ادغام به عنوان پدیده‌ای حقوقی در قالب یک قرارداد و مبتنی بر اعمال حقوقی است، لاجرم واجد آثاری می‌باشد که هدف طرفین قرارداد نیز انتفاع از مزایای پیش بینی شده از این آثار است. از جمله این آثار، انتقال موضوع حقوق و تعهدات شرکت‌های دخیل در ادغام و مبحث قائم مقامی آنان است که می‌تواند از این رهگذر علاوه بر شرکت‌های دخیل در ادغام، در روند انتقال حقوق و تعهدات بر منافع ذی‌نفعان مختلف اعم از سهامداران، طلبکاران، کارکنان، دارندگان اوراق بهادار و ... نیز تأثیرگذار باشد. بی‌توجهی به این امر می‌تواند از موجبات تضییع حقوق آنان و بی‌اعتمادی به نهاد مؤثر قانونی و اقتصادی شرکت‌ها و نیز ادغام شرکت‌ها باشد.

در حقوق انگلیس، دادگاه از ابتدا در انعقاد قرارداد دخالت دارد و مصوبه مجمع عمومی دایر به ادغام واقعی شرکت‌ها باید به تأیید دادگاه برسد و سهامدارانی که مخالف پیشنهاد ادغام باشند می‌توانند قبل از دستور دادگاه، اعتراض خود را به دادگاه اعلام کنند. دادگاه اعتراضات وارده را بررسی و چنانچه آن‌ها را وارد نداند، مصوبه مجمع عمومی صاحبان سهام را تأیید می‌کند و پس از تأیید دادگاه، کلیه سهامداران اعم از اقلیت و اکثریت ملزم به آن می‌باشند. در حقوق ایران جز در مواردی که قانون تجویز نموده باشد، تصرف در حقوق سهامداران امکان‌پذیر نمی‌باشد و بدون رضایت آن‌ها نمی‌توان سهامداران را از شرکت اخراج کرد و یا وجه نقدی معادل ارزش سهامشان به آن‌ها داد و یا سهام شرکت دیگری را به آن‌ها اعطا نمود. در ارتباط با ادغام شرکت‌های دولتی قانونگذار اشاره‌ای به حقوق سهامداران نکرده است و با توجه به این که مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت‌ها اختیار انجام ادغام را دارد، چنین به نظر می‌رسد که سهامداران ناراضی حق اعتراض به ادغام واقعی را ندارند و سهامداران معترض از طریق اقامه دعوا می‌توانند خسارات وارده به



شرکت و یا خود را مطالبه کنند.

چنانچه سهامدار اقلیتی که در مجمع عمومی فوق‌العاده، نسبت به ادغام شرکت اعتراض داشته و ابراز مخالفت خود را در زمان تصمیم‌گیری اعلام نماید و لکن به واسطه اقتدار رأی سهامداران اکثریت، ادغام تصویب گردد، ممکن است حقوق سهام‌داران اقلیت تضییع شود. در مقابله با این امر با لحاظ قوانین فعلی، ممکن است دو پیشنهاد مطرح گردد. اول اینکه برای جلوگیری از انحلال شرکتی که سهامدار اقلیت به واسطه آن حاضر به خریدن سهام آن شده و راضی به انحلال آن نیست، ادغام با حد نصاب اتفاق آرای سهامداران صورت پذیرد و یا رضایت سهامداران اقلیت جلب شود، همان طور که رضایت شرکای ضامن شرکت اخذ می‌شود. در این حالت با توجه به این‌که تمامی سهامداران با ادغام شرکت موافق می‌باشند، لذا تمامی مسئولیت‌ها از جمله انتقال دیون و دارایی با رضایت تمامی سهامداران از جمله سهامداران اقلیت صورت می‌پذیرد، لیکن این امر ممکن است با اصول دموکراسی شرکتها معارض باشد و اینکه عملاً روند ادغام متوقف و یا دچار هزینه و زمان بسیار گردد که با ذات سرعت در تجارت مغایر است. راه حل دوم، شرکاء و سهامدارانی که با ادغام شرکتها موافق نمی‌باشند، می‌توانند سهم الشرکه یا سهامشان را برابر ارزیابی به مبلغ روز دریافت نمایند و از شرکت خارج شوند، لذا می‌توان از ظرفیت ماده ۹۴ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ استفاده نمود که در ماده فوق مقرر گردیده، هیچ اکثریتی نمی‌تواند بر تعهدات سهامداران بیفزاید، چراکه سهامدار اقلیت مخالف را نمی‌توان بدون اذن او از دارایی اش محروم کرد و از محلی به محل دیگر منتقل نمود.

در خصوص کارکنان شرکتها، در حقوق ایران بند ۱۴ ماده ۵۹۹ مصوبه ۱۳۹۱ متعاقب مواد ۸۲۳ و ۸۱۲ لایحه تجارت ۱۳۸۴، به «سامان‌دهی وضع کارکنان شرکت‌های طرف ادغام با رعایت مقررات مربوط»، تصریح کرده است. مطابق بند الف ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه «کارکنان شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت پذیرنده یا شرکت جدید انتقال می‌یابد. در صورت عدم تمایل برخی کارکنان با انتقال به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید، مزایای پایان کار مطابق مقررات کار توسط شرکت مزبور به کارکنان شرکت یاد شده پرداخت می‌شود» و نیروی کار مازاد را مشمول قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل و نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم قرار می‌دهند.

رعایت حقوق طلبکاران مستلزم شناسایی حق اعتراض آن‌ها به تغییرات اساسی شرکت نظیر ادغام است. موافق نظر قانونگذار کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت‌های جدید منتقل



می‌شود. در لایحه تجارت ۱۳۸۴ به طلبکاران که فاقد وثیقه باشند، حق اعتراضی در مهلت مقرر داده شده است و این به نوعی حمایت از بستانکاران است. شرکت جدید مسئول ایفای کلیه تعهدات است و دارنده سند تجاری می‌تواند به شرکت جدید به عنوان قائم مقام مراجعه نماید.

گزیده منابع

- . ابراهیم عابدی فیروزجائی (۱۳۹۶)، *نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکتها*، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
- . احمد بیگی حبیب‌آبادی، محمدبیگی حبیب‌آبادی (۱۳۹۲)، *تأثیر ادغام شرکتها بر شروط عدم انتقال (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا)*، دوره ۱۷، شماره ۴.
- . پاسبان، محمدرضا، جهانیان، مجتبی (۱۳۹۲)، *دعوای مشتق و آیین آن: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس*، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم.
- . محمدی‌نیک، محمد (۱۳۹۵)، *ادغام شرکتها در حقوق ایران و انگلستان*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- . باقری، محمود، صادقان ندوشن، مهرداد (۱۳۹۵)، *تئوری ذی نفعان در حقوق شرکتها*، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۷.



شناخت حقوق طرفین رابطه استیجاری اماکن تجاری در صورت انتقال منافع به شخص ثالث

داریوش سپنتا^۱

چکیده

قانون موجر و مستأجر تحت تأثیر تحولات اقتصادی و مسائل اجتماعی و نیازهای جامعه، حول محور چهره‌ی آمرانه و اختیار مالکانه، دستخوش تغییرات زیادی شده است. به لحاظ این تغییرات و کثرت دعاوی موجر و مستأجر در محاکم دادگستری لازم به نظر می‌رسد، حقوق طرفین قرارداد اجاره و روابط آنها، در فروض مختلف انتقال منافع به طور جداگانه و در قلمرو خود بررسی شود. این شناخت، می‌تواند در میزان تحدید قلمرو آزادی‌های فردی، تمیز حق و استفاده‌ی بجا از مواد قانون مربوطه، مفید و مؤثر واقع شود.

کلید واژگان: انتقال منافع مورد اجاره، حکم تخلیه ملک تجاری، حق سرقتی

مقدمه

اجاره از جمله مسائل مبتلا به بسیاری از مردم است که در نظام حقوقی ایران جایگاه مهم و خاصی دارد. قانون موجر و مستأجر تحت تأثیر اوضاع اجتماعی، اقتصادی و نیازهای جامعه و به منظور رعایت عدالت اجتماعی، تعادل اقتصادی و احکام فقهی متحول شد. این تحولات ایجاب می‌نماید یک بررسی منسجم در تبیین حقوق مالک و مستأجر و منتقل الیه در صورت انتقال منافع به غیر انجام شود که در این مقاله، شرط تحقق انتقال منافع مورد اجاره به شخص ثالث، مقایسه انتقال منافع مورد اجاره در قانون ۵۶ با قانون ۷۶، حدود اختیار مستأجر در حق انتقال منافع مورد اجاره در قانون ۵۶ و ۷۶، حقوق مالک و مستأجر و منتقل الیه و تراضی و روابط استیجاری بین آنها در فرض جواز و نیز فرض سلب حق انتقال منافع مورد اجاره به شخص ثالث در قانون ۵۶ و ۷۶ بررسی می‌شود.



۱- انتقال منافع مورد اجاره

۱-۱. بر اساس ماده ۱۴ قانون سال ۵۶، صرف استفاده عملی فرد (ناشناس برای مالک) از مورد اجاره برای تحقق انتقال به غیر، کفایت می‌کند و وضع ید مجدد مستأجر بر مورد اجاره، رفع تخلف نموده و مانع استفاده مالک از اعمال حقش یعنی فسخ قرارداد اجاره و تخلیه مورد اجاره نمی‌باشد؛ (نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۵۲ مورخ ۱۳۶۳/۳/۹) زیرا قبل از وضع ید مجدد مستأجر بر مورد اجاره، تخلف انتقال منافع مستأجر با حاکمیت ید منتقل الیه محقق شده است.

۱-۲. در قانون سال ۵۶؛ اصل بر منع انتقال منافع مورد اجاره بوده و حتی اگر طرفین در قرارداد اجاره، عدم سلب حق انتقال منافع مورد اجاره را شرط نموده باشند، مستأجر حق انتقال منافع مورد اجاره، مجوزی برای حق انتقال منافع مورد اجاره برای مستأجر نیست و حق انتقال باید در قرارداد اجاره تصریح شده باشد تا انتقال منافع مورد اجاره، مجاز دانسته شود.

۱-۳. در قانون سال ۷۶؛ اصل بر جواز حق انتقال منافع مورد اجاره می‌باشد، مگر اینکه در قرارداد اجاره خلاف آن شرط شده باشد و در صورت سکوت قرارداد اجاره درباره حق انتقال منافع مورد اجاره به شخص ثالث، مستأجر حق انتقال منافع مورد اجاره را خواهد داشت.

۲- جواز انتقال منافع

۲-۱. در فرض حق انتقال منافع در قانون سال ۷۶، اختیار مستأجر در حق انتقال منافع مورد اجاره، مطلق نیست و مستأجر ملزم به رعایت حقوق مالک از جمله شغل مقرر در اجاره نامه می‌باشد (فلاح، ۱۳۹۷، ۳۲۲). بنا به اصل حق انتقال منافع، مستأجر می‌تواند در طول مدت قرارداد اجاره، منافع مورد اجاره را واگذار نموده و در صورت واجد شرایط بودن می‌تواند از مالک یا منتقل الیه سرقفلی دریافت نماید. با پایان یافتن مدت اجاره، حق تخلیه مورد اجاره برای مالک ایجاد می‌شود و در صورتی که مستأجر منافع مورد اجاره را با دریافت سرقفلی منتقل نموده باشد در پایان مدت اجاره، منتقل الیه فقط از مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت روز را دارد و نه از مالک که بدون دریافت سرقفلی، ملک تجاری خود را به مستأجر اجاره داده است و تعهدات منتقل الیه در مقابل مستأجر و تعهدات مستأجر در مقابل مالک تا زمانی که مورد اجاره را تحویل مالک نداده، جاری و



باقی است و صرف انتقال منافع از مستأجر سلب مسئولیت نمی‌کند (طاهر موسوی، ۱۳۸۴، ۱۸۷).

۲-۲. در فرض حق انتقال منافع در قانون سال ۵۶، آیا مستأجر در انتقال منافع مورد اجاره، اختیار تام دارد؟ خیر، اختیار مستأجر در انتقال منافع مورد اجاره، محدود به همان شغل یا شغل مشابه و انعقاد قرارداد جدید وی با منتقل‌الیه فقط برای مدتی که مالکیت منافع را دارد، نافذ است. در فرض داشتن حق انتقال منافع مورد اجاره، با حق دریافت سرقفلی در حین مدت اجاره برای مدت باقیمانده قرارداد اجاره بین مالک و مستأجر که مستأجر مالک منافع است، رابطه بین مستأجر و منتقل‌الیه فقط تا انقضای مدت قرارداد اجاره، برقرار می‌باشد و در این رابطه، مسئول پرداخت اجاره بها به مالک، مستأجر است و چنانچه مبلغ توافقی مستأجر و منتقل‌الیه کمتر از مبلغ توافقی مالک و مستأجر باشد، قبول و دریافت آن برای مالک الزام‌آور نیست (کشاورز، ۱۳۹۲، ۱۷۱). در واقع مالک تکلیفی بر قبول و دریافت آن مبلغ ندارد. زیرا به طریق قانونی از رابطه‌ی استیجاری مالک و مستأجر، رفع اثر نشده و همچنان این رابطه به قوت خود باقی است. در تراضی مستأجر و منتقل‌الیه، مستأجر با داشتن مالکیت منافع مورد اجاره در تمامی مدتی که زمان اجاره‌اش با مالک باقی است، می‌تواند انجام تعهدات قراردادی را از منتقل‌الیه بخواهد. مانند: پرداخت اجاره بها، تخلیه، اما حق فسخ قرارداد برای مالک است که مالکیت عین مستأجره را دارد. به عبارت دیگر؛ مستأجر در این مدت، حق استیفای اجاره بها و سایر مزایای ناشی از عقد اجاره از جمله تعدیل اجاره بها یا تخلیه مورد اجاره را خواهد داشت و کلیه شرایط و آثار قرارداد اجاره برای مستأجر و منتقل‌الیه جاری و ساری بوده و مشارالیهم متعهد و ملتزم به آثار و تبعات رابطه استیجاری در قبال همدیگر خواهند بود و در این رابطه استیجاری مستقر و مستمر، منتقل‌الیه قائم مقام مستأجر، متعهد و منتفع از مزایای قرارداد اجاره بین مالک و مستأجر، مادام که به طریق قانونی از آن رفع اثر نشده، می‌باشد (قیم اصغری، ۱۳۸۵، ۲۰).

پس از انقضای مدت اجاره رابطه استیجاری مستأجر با مالک، قطع و بین منتقل‌الیه و مالک برقرار می‌گردد. (نظریه مشورتی شماره ۷/۴۶۸۲ مورخ ۳/۱۳۸۸/۱) به نظر می‌رسد مبنای این رابطه، حق سرقفلی است و الا طبق اصول کلی با زوال اجاره بین مالک و مستأجر هیچ رابطه‌ای بین مالک و منتقل‌الیه ایجاد نمی‌شود (کامیار، ۱۳۷۶، ۱۴۳) و در این فرض، تعهدات منتقل‌الیه در برابر مالک برقرار می‌گردد و مستأجر، مالک منافع قسمتی که منتقل نموده، نیست تا بتواند تخلیه و تعدیل اجاره بها را از منتقل‌الیه بخواهد



و رابطه مستأجر نسبت به قسمتی که منتقل نموده با منتقل الیه قطع می‌شود و دیگر در طرح دعوا تخلیه به طرفیت منتقل الیه ذینفع نیست (نظریه مشورتی شماره ۷/۷۹۲۲ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۵) و حق دعوای تخلیه برای مالک می‌باشد.

۳- سلب حق انتقال منافع مورد اجاره

۱-۳. سلب حق انتقال منافع مورد اجاره در قانون سال ۷۶: با انتقال منافع مورد اجاره، علی‌رغم سلب حق انتقال منافع به غیر، مالک به استناد خیار تخلف از شرط، حق فسخ قرارداد اجاره و تخلیه مورد اجاره را خواهد داشت و حق سرقفلی به قیمت روز به مستأجر تعلق می‌گیرد و حق سرقفلی به صرف فسخ قرارداد اجاره از بین نمی‌رود و چنانچه منتقل الیه واجد شرایط مدعی حق سرقفلی یا جبران خسارت باشد، می‌تواند به مستأجر مراجعه نماید.

۲-۳. سلب حق انتقال منافع مورد اجاره در قانون سال ۵۶: در این فرض؛ اگر در اجاره نامه به حق انتقال منافع مورد اجاره تصریح نشده باشد و مالک به انتقال منافع مورد اجاره رضایت ندهد و نیز حاضر به پرداخت سرقفلی نباشد، با درخواست تجویز انتقال منافع، دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به شخص ثالث و تنظیم سند انتقال منافع در دفترخانه اسناد رسمی صادر می‌کند و با صدور حکم دادگاه، منتقل الیه از هر حیث نسبت به تمام شرایط قرارداد اجاره قائم مقام مستأجر خواهد بود. حکم دادگاه از زمان قطعیت شش ماه اعتبار دارد و هرگاه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود، حکم مزبور بی‌اثر خواهد شد و اگر در حین رسیدگی به دعوای تجویز انتقال منافع، مالک برای پرداخت سرقفلی اعلام آمادگی نماید و در واقع مالک و مستأجر توافق کنند، مالک سرقفلی پرداخت نماید، در این صورت دادگاه می‌تواند طی گزارش اصلاحی، حکم به تخلیه مورد اجاره پس از پرداخت سرقفلی صادر نماید. (بدون نام نویسنده، ۱۳۹۷، الف، ۱۱۳۹). در فرض سلب حق انتقال منافع، مستأجر به لحاظ عدم برقراری رابطه استیجاری اش با منتقل الیه، حق تخلیه مورد اجاره و مطالبه اجاره بها از منتقل الیه را از دست می‌دهد و مالک است که حق تخلیه و مطالبه اجاره بها از منتقل الیه را خواهد داشت. ولی مستأجر با برقراری رابطه استیجاری اش با مالک و بقای استقرار یدش بر مورد اجاره می‌تواند از منتقل الیه اجرت المثل ایام تصرف را مطالبه نماید. تخلف مستأجر با انتقال منافع به غیر، موجب حق تخلیه مورد اجاره برای مالک است و به هنگام تخلیه مورد اجاره، نصف حق سرقفلی بر حسب مورد به



مستأجر یا منتقل الیه تعلق می‌گیرد. با این توضیح که ؛ نصف حق سرقفلی به مستأجری که بدون دریافت سرقفلی، منافع را منتقل نموده است، تعلق می‌گیرد و در غیر این صورت، نصف حق سرقفلی به منتقل الیه قانونمند که سرقفلی نگرفته، تعلق خواهد گرفت.

نتیجه

در فروض مختلف، حق و عدم حق انتقال منافع، با بقای تراضی و رابطه استیجاری طرفین ملازمه دارد و اعمال حق، محدود به رعایت حقوق طرف مقابل می‌باشد و مالک و مستأجر به اعتبار مالکیت عین و مالکیت منافع، طرف حق و تعهد قرار می‌گیرند که در این مقاله، این حقوق و تعهدات بر اساس نحوه ی تراضی و رابطه استیجاری آنها بر حسب قانون آمره حاکم یا حاکمیت اراده ی آنها تبیین شده است.

فشرده منابع

- امامی، اسدالله (۱۳۹۷)، *بررسی تحلیلی، تطبیقی قرارداد اجاره و قلمرو آن*، تهران، انتشارات میزان.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۳)، *عقد اجاره کاربردی*، تهران، انتشارات نگاه بینه.
- خاوندگار، نادر (۱۳۸۹)، *تجویز انتقال منافع*، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۸، ۹، ۱۰.
- زینالی، مهدی (۱۳۹۶)، *تخلیه محل سرقفلی و حق کسب و پیشه به جهت انتقال به غیر*، تهران، انتشارات چراغ دانش.
- صادقی، محسن (۱۳۸۱)، *بررسی تحلیلی انتقال مورد اجاره توسط مستأجر در فقه و حقوق ایران*، مجله کانون، سال ۴۵، شماره ۳۳.
- طاهر موسوی، یوسف (۱۳۸۴)، *حقوق موجر و مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر قانون ۷۶*، تهران، انتشارات مجد.
- عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۴)، *رویگردی تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت و حق سرقفلی*، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۶.
- فلاح، محمدرضا (۱۳۹۷)، *ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر*، تهران، انتشارات جنگل.
- قییم اصغری، اصغر (۱۳۸۵)، *بررسی انتقال موقعیت قراردادی مستأجر در عقد اجاره*، مجله کانون، شماره ۶۳.



- . کامیار، محمدرضا (۱۳۷۶)، *گزیده آرای دادگاه حقوقی*، جلد ۲، تهران، انتشارات حقوقدان.
- . کشاورز، بهمن (۱۳۹۲)، *سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام*، انتشارات کشاورز.
- . بدون نام نویسنده (۱۳۹۷ الف)، *مطالعه موردی مسائل حقوقی روابط موجر و مستأجر*، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- . بدون نام نویسنده (۱۳۹۷ ب) ، *مجموعه نشست‌های قضایی در مسائل حقوق مدنی*، مرکز آموزش قوه قضائیه.
- . بدون نام نویسنده (۱۳۸۷)، *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی و حقوقی*، جلد ۱۰، معاونت آموزش قوه قضائیه.
- . بدون نام نویسنده (۱۳۹۱)، *مجموعه مشاوره‌های قضایی (قانون مدنی و قانون تجارت)*، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.



مرجع صاحب صلاحیت در تقاضای صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های سهامی

دکتر علی رادان جبلی^۱

چکیده

ماده ۴۱۵ قانون تجارت به تاجر اجازه داده تا دعوای ورشکستگی اقامه کند. در موردی که تاجر حقیقی است، منظور از تاجر مشخص است، اما هنگامی که یک شرکت سهامی می‌خواهد چنان دعوایی را اقامه کند، در این خصوص که کدام یک از ارکان اصلی شرکت باید با اقامه این دعوا موافقت کند، اختلاف در نظر و عمل محاکم به وجود آمده است. به باور بعضی از حقوقدانان چون ماده ۸۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، انحلال شرکت سهامی را از جمله اختیارات و وظایف مجمع عمومی فوق العاده محسوب نموده، موافقت این مرجع برای اقامه دعوا ورشکستگی از سوی شرکت سهامی ضروری است، اما دقت در این ماده و نیز مواد ۱۹۹-۲۰۰-۲۰۱ لایحه اصلاحی، معلوم می‌سازد که این نظر دارای ضعف‌هایی است که پذیرش آن را با مشکل مواجه می‌سازد. به نظر می‌رسد هیأت مدیره شرکت سهامی، مرجع صاحب صلاحیت در این مورد است و گستره ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی، تنها هیأت مدیره را برای تقاضای صدور حکم ورشکستگی از صلاحیت کافی برخوردار نموده است.

کلید واژگان: ورشکستگی، شرکت سهامی، انحلال، هیأت مدیره

مقدمه

مهمترین شرکت‌های تجاری در زمینه فعالیت‌های اقتصادی و تجاری، شرکت‌های سهامی هستند. این شرکت‌ها به موجب لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مصوب


۱. عضو عیانت علمی دانشگاه، وکیل پایه یک دادگستری.



۱۳۴۷، دارای سه رکن اصلی هستند: اول مجامع عمومی که برآمده از اجتماع صاحبان سهام می‌باشد و خود بر سه مجمع عمومی عادی، فوق العاده و مؤسس تقسیم شده است. دوم هیأت مدیره که از سوی مجامع عمومی مؤسس یا عادی انتخاب می‌گردد. نهاد بازرسی نیز که سومین رکن این شرکت می‌باشد، کار رسیدگی و نظارت بر امور جاری شرکت و مدیران آن را بر عهده دارد. شرکت‌های سهامی تاجر هستند (ماده ۲۰ قانون تجارت) و چنانچه در فعالیت‌های آنان اختلال حاصل شود که قدرت تأدیه دیون را از آنان سلب کند، می‌بایست دعوا ورشکستگی اقامه کنند (ماده ۴۱۲ قانون تجارت). اقامه این دعوا نه تنها حق شرکت، که وظیفه آن می‌باشد و چنانچه در مدت سه روز از شروع توقف به این تکلیف عمل نشود (ماده ۴۱۳ قانون تجارت) باید منتظر عواقب قانونی آن باشد (رک: مواد ۴۳۵- بند ۲ ماده ۵۴۲ قانون تجارت). می‌دانیم که ورشکستگی به عمر شرکت تجاری پایان می‌دهد و این دعوا نقش مهمی در سرنوشت شرکت دارد، پس تصمیم‌گیری راجع به اقامه این دعوا که می‌تواند به شلیک تپانچه بر شقیقه شرکت تعبیر شود، بسیار مهم است. همچنین با مطالعه ماده ۴۱۵ قانون تجارت در می‌یابیم که اشخاص اقامه کننده دعوی ورشکستگی به شمار در آمده اند. یکی از این اشخاص، خود تاجر است. حال می‌توانیم سؤال اصلی که این مقاله به دنبال پاسخ به آن است را مطرح کنیم: «کدام یک از سه رکن اصلی می‌توانند در مورد تقاضای اقامه دعوی ورشکستگی در دادگاه تصمیم بگیرند؟» باید توجه داشته باشیم که منظور از خود تاجر در ماده یاد شده، چنانچه تاجر، فرد حقیقی باشد، از وضوح کافی برخوردار است، اما مراجع متعدد در شرکت سهامی، پاسخ دادن به این سؤال را با مشکل مواجه ساخته است. بازرس و یا بازرسان را باید از حلقه تصمیم‌گیرندگان در مورد اقامه دعوی ورشکستگی خارج نمود، زیرا وظیفه نهاد بازرسی بیشتر سلبی است تا ایجابی؛ یعنی بازرس با گزارش تقصیرات مدیران، از تشدید اقدامات ضرر بار آنان کاسته و در هر حال وضعیت واقعی شرکت را برای سهامداران، ترسیم می‌کند. در پاره ای از موارد اتخاذ بعضی تصمیمات مهم چون افزایش سرمایه و یا صدور اوراق مشارکت، نیازمند ابراز نظر بازرسی است، لیکن وظیفه عمده بازرس، فقط تأمین منافع سهامداران از طریق ارائه گزارش سالیانه ای است که به مجمع عمومی عادی ارائه می‌کند. در میان مجامع عمومی نیز نمی‌توان از مجمع عمومی مؤسس که بیشتر در ایجاد شرکت سهامی عام نقش دارد، به عنوان مرجع صالح در این رابطه یاد کرد. وظایف احصا شده‌ی این مجمع عمومی در ماده ۷۴ لایحه اصلاحی، از هر گونه تفسیر ناصواب جلوگیری خواهد نمود. اصولاً مجمع عمومی مؤسس پس از تشکیل



شرکت سهامی خواه عام یا خاص، هیچ وظیفه دیگری نداشته و نقشی مانند کلید استارت خودرو را ایفا می‌کند؛ یعنی پس از روشن شدن اتومبیل، دیگر وظیفه ای عهده دار نیست. مجمع عمومی عادی نیز نمی‌تواند مرجع صلاحیت دار محسوب شود، زیرا گرچه به موجب ماده ۸۶ لایحه اصلاحی، دارای اختیارات عام در امور شرکت است، لیکن در عمل، این مجمع به سیاست‌گذاری و تعیین خط مشی آتی شرکت برای یک سال پیش رو اقدام می‌کند، بنابراین اظهار ورشکستگی شرکت را نمی‌توان در حیطه وظایف مجمع عمومی عادی دانست، زیرا این مرجع با انتخاب مدیران، جریان اداره شرکت را به مدیران منتخب سپرده و سالی یک بار تشکیل می‌شود. همچنین نمی‌توان از سهامداران انتظار داشت که برای اموری که در حیطه «اداره شرکت» تعریف شده، حاضر شوند، لذا مجمع عمومی عادی می‌تواند در این رابطه رهنمود برای مدیران تعیین نماید. مجمع عمومی فوق العاده، وضعیت دیگری دارد، زیرا از یک سو یکی از وظایف این مجمع در ماده ۸۳ لایحه اصلاحی، انحلال شرکت، تعریف شده و از دیگر سو بند ۴ ماده ۱۹۹ همان قانون، یکی از راه‌های انحلال شرکت را رأی مجمع عمومی فوق العاده دانسته است. این دو ماده این نظر را در میان بعضی از وکلای و دادرسان ایجاد و تقویت کرده که اقامه دعوا ورشکستگی، لزوماً از طریق رأی مجمع عمومی فوق العاده ممکن است. این نظر که در میان بعضی از دادرسان دادگاه‌های عمومی حقوقی اصفهان نیز طرفدارانی دارد، به دلایلی که در ادامه این مقاله می‌آید، دارای ضعف‌های اساسی است و نمی‌تواند صائب تلقی شود: ۱- انحلال و ورشکستگی دو مقوله متفاوت هستند. گرچه هر دو باعث پایان حیات حقوقی یک شرکت می‌شوند، لیکن رابطه میان آن دو از لحاظ منطقی، عموم و خصوص مطلق است. در واقع انحلال، حالت عامی است که به حیات هر شرکت تجاری پایان می‌دهد. انحلال، عامی است که مصادیق متعددی را در بطن خود دارد و ماده ۱۹۹ لایحه اصلاحی به آن اشاره داشته است. ورشکستگی این چنین نیست، زیرا در ورشکستگی نوعی اجبار و قاهریت شرایط وجود دارد که باعث توقف و سپس ورشکسته شدن تاجر شده است. انحلال شرکت را می‌توان به دو نوع ارادی و قهری تقسیم نمود. انحلال ارادی، تصمیم مجمع عمومی فوق العاده شرکت است که به خواست سهامداران به فعالیت‌های جاری شرکت پایان می‌دهد، اما انحلال قهری تحت تأثیر شرایطی حادث شده است که اراده سهامداران در آن نقشی نداشته و در این میان می‌توان به ورشکستگی (بند ۳ ماده ۱۹۹) و صدور حکم قطعی دادگاه (ماده ۵ ماده ۱۹۹) اشاره داشت. ۲- ماده ۱۹۹ لایحه اصلاحی که موارد انحلال شرکت سهامی را به شماره در آورده، ورشکستگی و رأی مجمع عمومی



فوق العاده را دو مورد مستقل بر شمرده و آنها را قسیم هم محسوب داشته است. پس، ورشکستگی در عرض رأی مجمع عمومی فوق العاده بوده و در ذیل انحلال نیامده است. از این رو، رأی مجمع عمومی فوق العاده، موردی است که ربط تعاملی با ورشکستگی ندارد.

این نکته نیز حائز اهمیت است که اگر در مورد ورشکستگی نیازمند اخذ مصوبه عمومی فوق العاده باشیم، لازم است که در تقاضای صدور حکم از دادگاه هم، وجود این مصوبه را لازم بدانیم. بعید است که بتوان چنین عقیده ای را استوار دانست، زیرا دادگاه بر مبنای ماده ۲۰۱ لایحه اصلاحی می‌تواند به درخواست هر ذینفع و در فقرات معین شده در آن ماده، حکم به انحلال صادر کند. همچنین دادگاه در مواردی که لایحه اصلاحی به آن پرداخته، قادر به صدور حکم انحلال و حتی بطلان شرکت سهامی خواهد بود. برای مثال به موجب ماده ۵ لایحه اصلاحی، در صورتی که سرمایه شرکت بعد از تأسیس به هر علت، از حداقل قانونی کمتر شود و ظرف یک سال نسبت به افزایش سرمایه آن اقدام نگردد، هر ذینفع می‌تواند انحلال چنین شرکتی را از دادگاه درخواست کند. در این رابطه صدور رأی به انحلال شرکت از سوی دادگاه، تابعی از نظر مجمع عمومی فوق العاده نمی‌باشد. ماده ۱۴۱ لایحه اصلاحی نیز همین حکم را در مورد کاهش سرمایه شرکت در اثر ضرر و زیانی که نیمی از سرمایه را نابود ساخته، جاری دانسته است. در ماده پیش گفته به روشنی میان انحلال از طریق رأی مجمع عمومی فوق العاده و رأی دادگاه، تفکیک قائل شده است.

۳- تکرار می‌کنیم که اختیارات مجمع عمومی فوق العاده در ماده ۸۳ لایحه اصلاحی به شمار در آمده است. این اختیارات عبارتند از: تغییر اساسنامه یا سرمایه و نیز انحلال قبل از موعد شرکت. بی تردید منظور از این انحلال، پایان دادن به عمر شرکت به اراده سهامداران است. به نظر می‌رسد که نمی‌توان دامنه انحلال را به قلمرو ورشکستگی کشانید و از تبعات غیر قابل پذیرش آن رهایی یافت. یکی از آن عوارض این است که اگر مجمع عمومی فوق العاده، رأی به انحلال شرکت دهد، چه نیازی به حکم دادگاه است. چنانچه نظر مجمع عمومی مزبور را مقدمه ای برای نیل به حکم ورشکستگی بدانیم، با مدلول و مفاد ماده ۸۳ لایحه اصلاحی به مخالفت برخاسته ایم، زیرا رأی مجمع عمومی فوق العاده به دلالت ماده پیش گفته شده، قاطع است؛ به طوری که نیازمند هیچ گونه حکمی از سوی دادگاه نخواهد بود. در پاسخ به سؤالی که در مطلع بحث مطرح شد، باید به مفاد ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی توجه دقیق نمود. بر مبنای این ماده، اداره شرکت با



هیأت مدیره بوده و در این فرایند دارای اختیارات عام است. منظور از عام بودن شمول گسترده اختیارات هیأت یاد شده، آن است که موارد خارج از حیطه اختیارات وی توسط قانون (لایحه اصلاحی) به شمار در آمده است. شاید گفته شود که ورشکستگی را نمی‌توان در قلمرو اداره تعریف نمود، لیکن هیأت مدیره در این مقام، تنها برای ارجاع موضوع بقای شرکت و یا راهی برای پایان دادن به حیات آن به دلیل انباشت دیون و ناتوانی از پرداخت آن، اتخاذ تصمیم نموده و این دادگاه است که در این رابطه حکم می‌کند.

برای حسن پایان این مقاله به یکی از آرای صادره از دادگاه حقوقی اصفهان و عقیده دادگاه تجدید نظر در داوری استنباط دادگاه بدوی اشاره می‌نماییم. شعبه هشتم دادگاه عمومی حقوقی اصفهان طی داد نامه شماره ۱۴۵۰-۹۶۰ مورخ ۹۶/۸/۲۹ تقاضای ورشکستگی شرکت..... را با این استدلال رد کرد که «... حسب ماده ۸۳ قانون اصلاحی، تصمیم انحلال شرکت می‌بایست به تصویب مجمع عمومی فوق العاده صاحبان سهام برسد و حسب بند ۳ ماده ۱۹۹ قانون تجارت (اصلاحی)، ورشکستگی شرکت از زمره موارد انحلال شرکت سهامی می‌باشد که مدیران شرکت نسبت به درخواست تشکیل مجمع عمومی فوق العاده کسب نظر مجمع یاد شده اقدام نکرده اند...»

با اعتراض به عمل آمده به رأی شعبه دهم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان طی دادنامه شماره ۲۱۶۰-۹۶۰ مورخ ۹۶/۱۲/۷، قرار دادگاه بدوی را نقض و وی را به رسیدگی ماهوی الزام ساخت.

ایراد اساسی به استنباط دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، تعیین تکلیف برای شرکت جهت کسب نظر از مجمع عمومی فوق العاده بوده است. به نظر می‌رسد که دادگاه خود در تردید به سر می‌برده، زیرا مجمع عمومی فوق، در مقام ابراز نظر نبوده و رأی قاطع به انحلال شرکت می‌دهد.

در هر حال تصمیم شایسته دادگاه تجدید نظر استان اصفهان، راه را بر شیوع یک رویه قضایی نا استوار، لرزان و فاقد متانت مسدود نمود.

نتیجه

شرکت سهامی دارای سه رکن مهم است. لایحه اصلاحی حدود اختیارات و تکالیف هر سه را مشخص ساخته است. با این وجود در موردی که شرکت سهامی برای اقامه



دعوا ورشکستگی پیش قدم شده و خواستار انحلال شرکت از این طریق می‌باشد، میان صاحب نظران در این مورد که کدامیک از این ارکان، صلاحیت لازم برای اقامه دعوا را دارند، اختلاف حادث شده است. بعضی معتقدند که چون ماده ۸۳ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت، مجمع عمومی فوق العاده را برای انحلال شرکت از صلاحیت برخوردار نموده، لذا اگر دعوایی به خواسته صدور حکم ورشکستگی از ناحیه شرکت اقامه شود و مجوز صحیح یاد شده وجود نداشته باشد، دعوا قابل استماع نیست. این نظر میان انحلال ارادی و قهری خلط می‌نماید و توجه ندارد که انحلال شرکت سهامی با توجه به مفاد ماده ۱۹۹ لایحه اصلاحی، از دو طریق انحلال خودخواسته و انحلال تکلیفی صورت خواهد گرفت.

در انحلال خودخواسته که مدلول ماده ۸۳ لایحه اصلاحی، متضمن بیان آن است، مجمع عمومی فوق العاده می‌تواند در هر زمان و بدون آن که نیاز به دلیلی باشد، به عمر شرکت پایان دهد. لیکن در انحلال قهری که ورشکستگی یکی از مصادیق آن است، نیازی به مصوبه مجمع عمومی فوق العاده نیست. عمده دلیل در این رابطه آن است که انحلال قهری که ناظر به نظم عمومی است، متفاوت از انحلال ارادی بوده و به همین خاطر یکسان انگاری این دو سبب استنباط ناصحیح از قانون شده است.

از سوی دیگر ماده ۱۹۹ لایحه اصلی در بند ۳، موضوع ورشکستگی و در بند ۴ به موضوع رأی مجمع عمومی فوق العاده پرداخته که دلالت بر قسیم بودن بندهای ۳ و ۴ نسبت به یکدیگر می‌باشد. از تبعات نامطلوب عقیده ای که رأی مجمع عمومی فوق العاده را در صدور حکم ورشکستگی لازم می‌شمارد، نمی‌توان به آسانی گذشت.

از آنجا که وظیفه مجمع عمومی یاد شده، انحلال شرکت است و نه پیشنهاد آن به دادگاه، پس اگر رأی مجمع برای انحلال کافی نباشد، چگونه می‌توان چنین رأیی را به ماده ۸۳ لایحه اصلاحی منطبق نمود، زیرا در این ماده، انحلال شرکت از سوی مجمع عمومی فوق العاده صورت می‌گیرد و نه آنکه نقشی برای مرجع قضایی وجود داشته باشد. به نظر می‌رسد مصوبه هیأت مدیره شرکت برای دعوی ورشکستگی شرکت سهامی لازم باشد. زیرا ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی در مقام اداره شرکت این اختیار را به هیأت مدیره داده که بتواند برای جلوگیری از ضررهای بیشتر به شرکت و بستانکاران چنین دعوایی را اقامه کند.



مسئولیت ورزشکاران در حوادث ناشی از عملیات ورزشی از منظر قانونگذار ایران

دکتر عباس سلمان پور^۱

چکیده

یکی از موضوعات مبتلا به ورزش که در واقع، بخش جداناپذیر آن است، حوادثی است که برای ورزشکاران در حین انجام عملیات و فعالیت ورزشی رخ می‌دهد و منجر به مصدومیت و در مواردی نیز منتهی به فوت ورزشکار می‌گردد. این حوادث، علل گوناگونی دارد که حسب مورد می‌تواند مربوط به ورزشکار حادثه دیده، به لحاظ اشتباه وی در انجام حرکات ورزشی و یا عدم آمادگی لازم در او، یا مربوط به مسؤلین برگزاری رقابت‌ها به لحاظ نواقص موجود در محل اجرای رقابت‌ها یا وسایلی که در اختیار ورزشکاران برای استفاده در رقابت قرار می‌دهند و یا عدم پیش‌بینی تدابیر لازم برای برگزاری رقابت‌ها، یا مربوط به کادر مربیگری به لحاظ قصور در نحوه آموزش ورزشکار حادثه‌دیده و یا مربوط به ورزشکار حریف به لحاظ انجام حرکتی در چهارچوب مقررات ورزشی و یا خارج از آن باشد. مقاله حاضر، به موضوع مسئولیت ورزشکاران در حوادث ورزشی در قانون ایران می‌پردازد و پس از بیان مبنای نظری وجود چنین مسئولیتی و بررسی قانونی جنبه‌های کیفی و مدنی آن، این نتیجه حاصل گردید که؛ ورزشکاران در مواردی مسؤل و پاسخگوی حادثه رخ داده، هم از جهت کیفی و هم مدنی خواهند بود و در مواردی نیز هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه آنان نیست.

کلید واژگان: ورزشکار، حوادث ورزشی، فعالیت ورزشی، مسئولیت کیفی، مسئولیت

مدنی

قانون اساسی هر کشور به عنوان قانون مادر و برترین قانون، منشاء مشروعیت نهادهای موجود در آن کشور است. به هنگام بررسی اهمیت یک نهاد، ابتدا به جایگاه آن در قانون اساسی توجه می‌شود. حدود وظایف هر یک از قوای سه‌گانه در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. از جمله موارد تصریح شده در قانون اساسی، حقوق ملت و وظایف دولت است. یکی از مصادیق این حقوق، برخورداری از تربیت بدنی رایگان است که وظیفه فراهم آوردن آن بر اساس بند ۳ اصل سوم بر عهده دولت است و البته دولت نیز در قالب قوانین متعدد و تدوین آیین‌نامه‌های مربوطه، در راستای عمل به این وظیفه خطیر اقدام نموده که نتیجه‌ی آن، گسترش فعالیت‌های ورزشی و انجام مسابقات گوناگون داخلی و بین‌المللی است (رستم شیرازی، ۱۲، ۱۳۷۴).

با گسترش فعالیت‌های ورزشی، افزایش حوادث ناشی از آن و طرح دعاوی مختلف مرتبط با وقوع این حوادث در مراجع قضایی، دور از انتظار نیست. در رابطه با ورزش و مسئولیت‌های دست اندرکاران امر ورزش از زوایای مختلف، پژوهش‌هایی صورت گرفته است، لیکن در این پژوهش‌ها کمتر به مسئولیت ورزشکاران در حوادث ورزشی، به طور عمیق پرداخته شده و غالباً به صورت گذرا به آن اشاره رفته است. موضوع مقاله حاضر به طور اختصاصی، بررسی مسئولیت ورزشکاران از جنبه‌ی کیفی و مدنی در حوادثی است که از انجام فعالیت‌های ورزشی ناشی می‌گردد. پرسشی که در انتهای مقاله به آن پاسخ داده می‌شود این است که؛ آیا برای ورزشکاری که در جریان یک عملیات ورزشی به ورزشکار حریف، صدمه‌ای وارد می‌سازد مسئولیتی متصور می‌باشد؟ اگر پاسخ مثبت است چه نوع مسئولیتی وجود دارد: کیفی؟ مدنی؟ یا هر دو؟

مقاله در قالب سه بند با قید شماره ۱ الی ۳ تدوین گردیده و امید است انتشار آن، ادامه راهی باشد برای توجه عمیق‌تر و ارائه نظرات بیشتر از سوی صاحب‌نظران و پرداختن به زوایای مختلف مرتبط با مسئولیت‌های ناشی از وقوع حوادث ورزشی، و حقوقی که برای قربانیان این حوادث به وجود می‌آید.

۱- مبنای نظری مسئولیت کیفی و مدنی ورزشکاران

فعالیت‌های متنوع ورزشی، همواره با حوادثی نیز همراه است که بعضاً ممکن است منجر به صدمه جدی ورزشکار حریف و حتی فوت او گردد. سوال این است که در چنین



شرایطی، آیا اساساً می‌توان ورزشکار ضارب را تحت تعقیب قرار داد؟ اگر آری، این قابلیت تعقیب، کیفری است یا مدنی یا هر دو؟ به این پرسش باید با توجه به این نکته پاسخ گفت که ورزشکار مصدوم با علم به احتمال وقوع صدمه و با رضای خاطر در رقابت ورزشی شرکت می‌نماید و بدین ترتیب، خود، اقدام به «در معرض خطر قرار دادن خویش» می‌کند. رویه و عرف ورزشی که یکی از منابع مهم حقوق ورزشی است، غالباً حکم به جرم نبودن حوادث ناشی از عملیات ورزشی می‌نماید و مردم نیز آن را می‌پذیرند. بسیاری از آسیب‌هایی که در جریان مسابقات ورزشی از سوی حریف بر ورزشکار وارد می‌آید، اگر در موقعیت‌های غیر ورزشی یا خارج از صحنه ورزش و در زندگی عادی به وقوع می‌پیوست، فرد مصدوم در صدد پی‌گیری قضایی علیه ضارب بر می‌آید، اما چون در عملیات ورزشی رخ داده، ورزشکار مصدوم آن را می‌پذیرد و در خیلی موارد در صدد اقامه دعوا علیه ورزشکار ضارب بر نمی‌آید (رستم شیرازی، ۱۳۷۴، ۱۸). حقوقدانان، این مطلب را که ورزشکار مصدوم با میل خود پا به میدان رقابت ورزشی نهاده است در مباحث مربوط به عوامل موجهه جرم و تحت عنوان «رضایت مجنی علیه» مطرح می‌نمایند. رویه قضایی فرانسه، ورزشکار ضارب را البته به شرط عمدی نبودن عمل او، قابل تعقیب و مجازات نمی‌داند، زیرا این ورزشکار صدمه‌دیده است که با رضایت خود و با پیش‌بینی حوادث و احتمال وقوع ضرب و حتی قتل، پا به میدان رقابت گذاشته است. با این وجود در رابطه با مسئولیت ورزشکار ضارب، سه نظریه ابراز شده است:

۱-۱. فقدان قصد مجرمانه در ورزشکار ضارب

طرفداران این نظریه سعی دارند حوادث ناشی از فعالیت ورزشی را به لحاظ عدم وجود قصد مجرمانه در ورزشکار ضارب، غیر قابل مجازات بدانند. در این خصوص در یکی از آراء صادره از یکی از محاکم فرانسه استدلال جالبی به چشم می‌خورد: «جرائم معمولی ضرب و جرح به لحاظ احساس کینه‌ای است که مهاجم نسبت به طرف مقابل دارد، در حالی که این احساس کینه برای یک بازیکن فوتبال یا قهرمان مشت‌زنی یا قهرمانان دیگر رشته‌های ورزشی وجود ندارد و این بازیکن فقط کار و وظیفه‌ی خود را انجام می‌دهد» (نورپها، ۱۳۸۷، ۲۸۶). همانطور که در رأی محکمه فرانسوی نیز به چشم می‌خورد؛ مبنای این نظریه، فقط قصد مجرمانه است که انگیزه آن می‌تواند کینه و عداوت شخصی باشد که ریشه در روابط گذشته ضارب و مصدوم دارد. البته در فعالیت‌های



ورزشی، انگیزه دیگری می‌تواند جای کینه را بگیرد و تولید قصد مجرمانه در ورزشکار نماید که عبارت است از «پیش رو برداشتن حریف و هموار کردن مسیر قهرمانی». همین مطلب اساس انتقاد بر این نظریه، واقع شده است. بدین توضیح که منتقدین گفته‌اند؛ با وجود فقدان کینه در ابتدای مسابقه، چه‌بسا در ادامه اگر بازیکن خود را در موضع ضعف و در معرض شکست ببیند، روش مبارزه خود را تغییر داده، عامداً به ایراد ضرب به حریف مبادرت ورزد. آیا می‌توان چنین انتقادی را وارد دانست؟ به نظر می‌رسد چنین انتقادی، لااقل از این جهت، وارد نیست؛ زیرا بحث قابلیت یا عدم قابلیت تعقیب ورزشکار ضارب، جایی مطرح است که مصدومیت حریف از ناحیه وی عمدی نباشد. در حالی که وجود کینه یا هر انگیزه دیگر از این دست، به عنوان علت اقدام ضارب در مصدوم کردن حریف، در فرض عمدی بودن اقدام وی، قابل تصور است.

۲-۱. وجود رضایت ورزشکار مصدوم یا به عبارتی، قبول خطر از سوی او

بر این اساس، ورزشکار مصدوم با حضور در صحنه رقابت، خطر را پذیرفته و به عبارتی به مجروح یا کشته شدن احتمالی خود، رضایت داده است. به این دلیل نمی‌تواند ورزشکار ضارب را که مقررات حاکم بر ورزش مربوطه را رعایت نموده تحت تعقیب قرار دهد (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۱۹۴) (سلیمی، ۱۳۹۰، ۹۸). منظور از «قبول خطر»؛ پذیرش ارادی صریح یا ضمنی خطری است که از ابتدا از سوی شخص، شناخته شده بود و مورد ارزیابی واقع گردیده است. از این روی، شخصی که خطر ناشی از رفتار غیر را پذیرفته، در صورت وقوع ضرر و زیان، حق مطالبه خسارت ندارد. در صدمات ناشی از حوادث ورزشی، بازیکن، خطرهای معمولی ناشی از آن ورزش را می‌داند و با علم به آن، تن به بازی و رقابت می‌دهد (والتر تی جامپیون جونیور، ۱۳۸۸، ۲۱۷).

۳-۱. اجازه قانون و عرف و عادت

مطابق این نظریه، آنچه می‌تواند توجیه‌گر جرم باشد، قانون و در مواردی نیز عرف و عادت حاکم بر روابط ورزشی است. البته چنین استنادی هنگامی صحیح است که صدمه وارده، بدون نقض مقررات حاکم بر ورزش مورد نظر و در غیر موارد خطای ورزشی، واقع شده باشد (شکری، ۱۳۸۷، ۵۳) (نوربها، ۱۳۸۷، ۲۸۷) (علی‌آبادی، ۱۳۶۷، ۲۵۳).
به نظر نگارنده، هیچ‌یک از سه نظریه فوق به تنهایی اقناع‌کننده نیست، بلکه تلفیقی



از هر سه می‌تواند به توجیه فعل ارتكابی ضارب کمک نماید. به‌ویژه آن که استناد به قانون، تنها انسان را از تحیر و سرگردانی در برخورد با موضوع می‌رهاند و تکلیف را مشخص می‌سازد، لیکن هیچ‌گاه به تنهایی برای زائل نمودن مسؤلیت در این خصوص کافی نیست. به عبارت دیگر؛ برای ورزشکار ضارب، مسؤلیتی قائل نیستیم، زیرا اولاً عرف ورزشی، وی را به هنگام نواختن ضربه به حریف به شرط رعایت موازین حاکم بر ورزش مورد نظر، مسؤل نمی‌شناسد. ثانیاً ورزشکار ضارب به حکم قانون، مجاز به انجام رقابت ورزشی بوده و فقط می‌بایست شروط مورد نظر قانون‌گذار را رعایت نماید، لذا از این منظر، مطابق قانون نمی‌توان مسؤلیتی برای وی قایل گردید. ثالثاً ورزشکار مضروب، به حضور در رقابت ورزشی اکراه نگردیده، بلکه با رضایت خاطر پا به عرصه رقابت گذاشته و به عبارتی، خطرات یک رقابت ورزشی را به جان خریده است. این، همان «رضایت» است که در مواردی، از عوامل موجهه جرم محسوب گشته و عمل ارتكابی را مشروعیت می‌بخشد. رابعاً ورزشکار ضارب در ایراد ضربه به حریف و یا اجرای فنون و حرکات خاص ورزشی، فاقد قصد مجرمانه بوده و مفروض این است که عمل وی خطای ورزشی و نقض موازین حاکم بر ورزش مزبور نیز نبوده و ورزش مورد نظر با شرع مغایرتی نداشته است. (فرض وجود قصد مجرمانه در ایراد ضربه از سوی ورزشکار، در ادامه مورد بررسی قرار گرفته است). تأمل بر روی این پرسش، منظور نگارنده را روشن می‌سازد که؛ اگر در رابطه با فقدان مسؤلیت ورزشکار ضارب در فرض عدم تخطی از قوانین و مقررات حاکم بر آن ورزش، نص قانونی نداشته باشیم، آیا باید حکم به مسؤلیت او نمود یا سعی کرد برای توجیه عمل ارتكابی وی به سایر نظریه‌های موجود و تفسیر عموماً قانونی، توسل جست؟

۲- بررسی مسؤلیت کیفری و مدنی ورزشکار ضارب

از بین انواع مسؤلیت‌های قانونی که خود، به چهار قسم؛ اداری، بین‌المللی، مدنی و کیفری تقسیم می‌شود (میرسعیدی، ۱۳۸۶، ۳۰)، در این نوشتار به دو نوع مسؤلیت؛ کیفری و مدنی در رابطه با ورزشکاران می‌پردازیم:

۱-۲. مسؤلیت کیفری

اصطلاح «مسؤلیت کیفری» در مقابل «مسؤلیت مدنی» قرار می‌گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۶۴۲). «مسؤلیت کیفری» را پاسخگویی شخص در قبال آثار نامطلوب



ناشی از رفتار مجرمانه تعریف کرده‌اند (صالح ولیدی، ۱۳۸۲، ۲۶). آنچه در تعریف مسئولیت کیفری با عنوان عمد یا قصد نتیجه، شرط تحقق جرم و مسئولیت دانسته شده از آن به «تقصیر» هم یاد گردیده است. تقصیر، هنگامی محقق است که مرتکب، آگاهانه اوامر و نواهی قوانین جزایی را نقض نماید و به عبارتی، بر ماهیت و کیفیت و اوصاف عمل خود، آگاه باشد، بنابر این «عصاره تقصیر، خواستن و دانستن است. (باهری، ۱۳۸۰، ۲۹۲). در مقابل، «مسئولیت مدنی» عبارت است از الزام شخص به جبران خسارت وارده به دیگری ناشی از رفتار خود، که این رفتار می‌تواند مجرمانه یا غیرمجرمانه باشد. ارکان تحقق مسئولیت کیفری شامل؛ عقل، بلوغ، اختیار (که از آنها به عنوان شرایط عامه تکلیف یاد می‌گردد) - قصد مجرمانه (در جرائم عمد) یا خطای جزایی (در جرایم غیر عمد) - رابطه علیت (یا سببیت) و ارتکاب رفتار مجرمانه می‌باشد. باید دید این ارکان در صدمات ناشی از عملیات ورزشی وجود دارد یا خیر؟ بدون شک با مفروض دانستن سایر شرایط، آنچه بیشتر مورد نظر می‌باشد، ارتکاب رفتار مجرمانه و وجود قصد مجرمانه یا خطای جزایی است که یکی، نوع جرم را عمدی و دیگری غیرعمدی می‌سازد که در بخش مربوط به بیان مصادیق حوادث ورزشی، به آن خواهیم پرداخت.

۱-۱-۲. پیش بینی مسئولیت کیفری ورزشکاران در قانون مجازات

اسلامی

تا قبل از تصویب قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، به دلیل فقدان مقرره خاص در خصوص مسئولیت کیفری ورزشکاران ناشی از حوادث ورزشی در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، محاکم در رسیدگی به دعاوی مربوط به حوادث ورزشی با استنباط از قوانین موجود، حکم صادر می‌کردند. تا اینکه به موجب بند ۳ ماده ۴۳ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، عدم نقض مقررات رشته ورزشی مربوطه، شرط فقد مسئولیت کیفری ورزشکار ضارب در حادثه ورزشی رخ داده قلمداد شد و بدین سان ابهامات مربوط به مجرمانه بودن یا نبودن رفتار منتهی به حادثه در عملیات ورزشی برطرف گردید. (شکری، ۱۳۸۷، ۶۳) در واقع قانونگذار وقت، با وضع این مقرره، حوادث ناشی از عملیات ورزشی را با لحاظ شرط یاد شده در کنار مواردی چون دفاع مشروع، در عداد عوامل موجهه جرم قرار داد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ به شرح بند ۳ ماده ۳۲؛ شرط عدم مخالفت مقررات ورزش مربوطه با موازین شرعی را نیز به شرط قبلی اضافه نمود که این شرط، بعدها از سوی قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز آورده



شد. این بدان معناست که با وجود رضایت ضمنی ورزشکاران به شرکت در مسابقات ورزشی و همچنین وجود عرف و عادت ورزشی مبنی بر عدم قابلیت تعقیب کیفری ورزشکار ضارب در حوادث ورزشی؛ مقنن سال ۶۱ و ۷۰، با احراز دو شرط یاد شده، عمل ورزشکار ضارب را مستوجب تعقیب نمی‌دانست. (زراعت، ۱۶۰، ۱۳۸۹). ناگفته نماند که مقنن سال ۷۰ نیز همانند قانون‌گذار سال ۶۱، نه تعریفی از عملیات ورزشی ارائه کرده و نه منظور صریح خود را از «موازین شرعی» مشخص نموده بود و این سبب وجود اختلاف نظر در خصوص مفهوم این عبارت و هدف قانون‌گذار از وضع این شرط در جمع صاحب نظران گردید که البته در این رابطه، در ادامه توضیح داده خواهد شد.


تا این که قانون مجازات اسلامی در سال ۹۲ به تصویب رسید و مقرر شد به مدت ۵ سال به صورت آزمایشی به اجرا درآید. بند «ث» از ماده ۱۵۸ قانون اخیرالذکر اختصاص به حوادث ناشی از عملیات ورزشی دارد (که در واقع جایگزین بند ۳ ماده ۵۹ قانون مجازات مصوب ۷۰ است). به موجب این ماده و بند «ث» آن؛ «... ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود در موارد زیر قابل مجازات نیست: ... ث - عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر این که سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد ...» بند «ث» ماده ۱۵۸ با اندک تغییر در نگارش، تکرار مفاد بند ۳ ماده ۵۹ است. متأسفانه در بند «ث» ماده ۱۵۸ نیز همان ملاک عدم مغایرت با «موازین شرعی» به عنوان دومین شرط برای جرم نشناختن عمل مرتکب در جریان عملیات ورزشی تعیین شده است، بدون آن که تعریفی از آن به عمل آید و مقنن همچنان اصرار دارد که هر گونه عملیات ورزشی، نه فقط باید منطبق با موازین قانونی باشد، بلکه فراتر از آن، لازم است مغایرتی با موازین شرع نداشته باشد. در خصوص مفهوم «موازین شرعی» به کار رفته در مواد یاد شده در ادامه، توضیح داده خواهد شد.

۲-۱-۲. مصادیق عمده حوادث ناشی از رفتار ورزشکار در عملیات

ورزشی

الف - ایراد ضربه عمدی منتهی به فوت یا صدمه

این نوع حادثه، عمدی است؛ یعنی ورزشکار ضارب، عمداً و با داشتن سوء نیت مجرمانه به قصد کشتن یا مصدوم نمودن حریف، به او ضربه‌ای مغایر با مقررات حاکم بر



رشته ورزشی مربوط می‌زند. تردیدی نیست که این نوع حوادث را باید فراتر از حادثه ناشی از عملیات ورزشی قلمداد کرد و نوعی ارتکاب عمدی جرم با همه ارکان تشکیل دهنده آن است. به ویژه با سوءنیت خاص، که در صورت فوت حریف، قتل عمد و در صورت مصدومیت، ایراد صدمه عمد، عنوان مجرمانه عمل مرتکب خواهد بود و وی واجد مسئولیت کیفری ناشی از ارتکاب جرم عمدی می‌گردد.

ب - ایراد ضربه غیر عمدی منتهی به فوت یا صدمه

این نوع حادثه، غیر عمدی و ناشی از ارتکاب خطا و نقض مقررات حاکم بر رشته ورزشی مورد نظر است. غالب حوادث ورزشی که در نتیجه انجام مسابقات، رخ می‌دهد از این دست می‌باشد و مرتکب را در معرض اتهام قتل یا ایراد صدمه غیر عمد (از نوع شبه عمد) قرار می‌دهد؛ به طوری که خطای کیفری که از آن به تقصیر جزایی نیز یاد می‌شود، جایگزین قصد مجرمانه در رکن معنوی جرم می‌گردد. خطاهای مربوط به هر رشته ورزشی، یا در مقررات مربوطه به صورت مدون، پیش‌بینی و ذکر شده و یا در زمره خطاهای پیش‌بینی نشده آن رشته ورزشی است. مثلاً قوانین بین‌المللی بسکتبال، انواع خطاهای ورزشکاران را تشریح نموده، مانند آزار و اذیت و یا ایجاد مانع در دید حریف با حرکت دادن دست در مقابل چشمان وی، پریدن از پشت سر حریف برای گرفتن توپ، هل دادن، گرفتن یا ممانعت از پیشروی حریف با باز کردن دست خود یا استفاده از تاکتیک خشن و... با وجود تلاشی که به هنگام تدوین مقررات ورزشی در پیش‌بینی مصادیق خطاهای ورزشی می‌شود و داوران مطابق آن اعلام نظر می‌کنند، ولی مواردی از حرکات و رفتارها هستند که به ظاهر، لازمه‌ی همان ورزش است، اما ممکن است سبب حادثه گردد و به عنوان خطا تلقی شود، بدون آن که در مقررات مربوطه، صریحاً به آن اشاره شده باشد. مثلاً در بسکتبال با این که زدن توپ با دست، مجاز است، ولی به این معنا نیست که می‌توان هر زمان و در هر نقطه از زمین بازی و در هر موقعیتی توپ را با دست و با شدت به بدن حریف کوبید. به عبارت دیگر، عدم پیش‌بینی برخی حرکات حادثه‌ساز و آسیب‌رسان در زمره خطاهای مدون به معنای مجاز بودن انجام آن‌ها به طور مطلق نیست؛ چه، در این صورت به ورزشکار اجازه داده‌ایم که به بهانه انجام حرکات ظاهراً ورزشی به هر اقدامی جهت پیروزی تیم خود مبادرت ورزد. آیا این که پرتاب توپ با دست در بسکتبال مجاز است، به این معناست که ورزشکار مجاز باشد توپ را با دست به سر حریف بکوبد، هر چند این عمل در مقررات مربوطه در ردیف انواع خطاها ذکر نگردیده



است؟ قطعاً پاسخ، منفی است. البته در همین خصوص در مقررات تدوین شده برای هر رشته ورزشی، پس از احصاء انواع خطاها با پیش‌بینی یک ماده خاص، هرگونه سوءاستفاده از ورزش، ممنوع اعلام گردیده و تشخیص نوع سوءاستفاده نیز با داوران است. از جمله این مواد، ماده ۸ - ۲۲ مقررات بین‌المللی رشته واترپلو است که به موجب آن؛ مرتکب بد رفتاری شدن، ممنوع است، که می‌تواند شامل استعمال الفاظ رکیک و پافشاری در بازی ناجوانمردانه شود. یا قانون دوازدهم فوتبال تحت عنوان خطاها و رفتار ناشایست که خطرناک بودن بازی حریف را به تشخیص داور بازی محول کرده که می‌تواند آن را خطا اعلام نماید. مصادیق دیگری در سایر رشته‌های ورزشی مؤید این امر است که خطاهای ورزشی، منحصر به موارد مصرحه در مقررات نیست، بلکه هر نوع حرکت که خطرناک، مخالف شئون ورزشی یا خلاف اخلاق ورزشی تشخیص داده شود نیز خطا محسوب و مرتکب در مقابل حوادث ناشی از آن، مسؤولیت کیفری و مدنی دارد (آقایی نیا، ۱۳۸۱، ۳۸).

ج - حوادث ناشی از اجرای فنون یا حرکات مجاز ورزشی منجر به فوت

یا صدمه

نوع سوم از حوادث ورزشی، حوادثی است که بر خلاف موارد قبلی، با انجام فنون و حرکات مجاز ورزشی، حادث می‌گردد. به گونه‌ای که هیچ خطا یا نقض مقررات انجام نمی‌گیرد، لیکن اتفاقاً یا به دلیل عدم آمادگی جسمانی حریف، وی آسیب دیده یا حتی فوت می‌کند. اینجاست که به استناد بند ث ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به شرط مشروعیت مقررات حاکم بر ورزش مزبور، هیچگونه مسؤولیت کیفری ناشی از حادثه ایجاد شده، متوجه ورزشکار نخواهد بود.

۳-۱-۲. منظور از عملیات ورزشی چیست؟

در کتب و منابع موجود مرتبط با مسؤولیت ورزشکاران در حوادث ورزشی، به طور دقیق و شفاف به مفهوم عملیات یا اعمال ورزشی پرداخته نشده است تا مشخص گردد چه نوع عملیاتی را می‌توان عملیات ورزشی دانست که حوادث ناشی از آن بتواند مشمول بند ث ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی شود. آیا اعمال ورزشی موضوع بند ث ماده مذکور فقط محدود به مسابقات و رقابت‌های ورزشی است یا تمرینات ورزشی را هم در بر می‌گیرد؟ و



اگر شامل رقابت‌های ورزشی است؛ آیا فقط رقابت‌های رسمی را شامل می‌شود یا رقابت‌های غیر رسمی و یا ورزش‌های بومی و محلی نیز داخل در تعریف آن است؟ بدون شک پاسخ به این سؤالات، تکلیف ورزشکاران را که سبب حادثه می‌گردند روشن می‌سازد.

در تعریف «عملیات ورزشی» مصرحه در بند ۳ ماده ۵۹ قانون سابق مجازات اسلامی مصوب ۷۰ (که در صدر بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات مصوب ۹۲ نیز آمده) و تشریح مصادیق آن گفته شده است؛ منظور، آن دسته اقداماتی است که در قالب یک ورزش انجام می‌شود و در این جا مفهوم عام ورزش، مورد نظر است، پس نه تنها شامل مجموعه فعالیت‌هایی است که بر اساس مقررات مدون بین‌المللی یا داخلی، ورزش تلقی می‌شود، بلکه در برگیرنده آن دسته از فعالیت‌های بدنی هم می‌گردد که عرفاً و در مناطق مختلف، ورزش محسوب می‌شود و از آن به عنوان ورزش بومی یاد می‌گردد. مانند کشتی گیله‌مردی، کشتی باجوخه، چوگان و امثال آن، که فاقد تشکیلات و مقررات مدون است و در صورت بروز حادثه در جریان انجام این نوع فعالیت‌ها، موضوع می‌تواند مشمول حکم قانونگذار در ماده مرقوم گردد.

در جای دیگر، برای تمایز اعمال ورزشی از غیر آن، چند ویژگی برای این نوع اعمال در نظر گرفته شده که بدین قرار است:

- ۱ - انجام آن از ناحیه ورزشکار به مفهوم عام.
 - ۲ - انجام آن در حین اجرای فعالیت‌های ورزشی.
 - ۳ - عمل، از نظر مقررات خاص ورزش مربوطه، در ردیف حرکات مجاز ورزشی باشد.
 - ۴ - مقررات خاص آن ورزش، مخالف شرع انور اسلام نباشد.
- خلاصه اینکه عمل، در صورتی ورزشی است که مقررات خاص حاکم بر آن ورزش، آن عمل را یک حرکت ورزشی بشناسد. مانند پرتاب توپ با دست در هندبال یا بسکتبال، یا زدن ضربه با پا در تکواندو. اما هر حرکتی به صرف ارتکاب از سوی ورزشکار در حین فعالیت ورزشی، لزوماً ورزشی نیست، بلکه لازم است مقررات خاص آن ورزش، آن حرکت را ورزشی بداند و آنچه باید لحاظ گردد رعایت حرکت ورزشی در محدوده ورزش است (شکری، ۱۳۸۷، ۶۵).

در خصوص این که آیا «اعمال ورزشی» مورد نظر قانونگذار، فقط محدود به رقابت‌ها و مسابقات ورزشی است؟ به نظر می‌رسد دلیلی بر مقید کردن آن به مسابقات وجود ندارد و حرکات ورزشی در تمرینات قبل از مسابقه به شرط رعایت مقررات مربوطه هم جزء



اعمال ورزشی تلقی می‌گردد؛ زیرا تمرینات ورزشی نیز به نوعی، فعالیت ورزشی محسوب است. به عبارتی، فعالیت ورزشی؛ اعم از تمرینات و مسابقات است. حتی گفته شده که فعالیت‌های ورزشی در زمان گرم کردن هم، از مصادیق عملیات ورزشی و مشمول حکم قانونگذار است (آقای‌نیا، ۱۳۸۱، ۳۲).

ناگفته نماند که در اظهارنظر دیگری، تمرینات اگر رسمی باشد داخل در محدوده عملیات ورزشی می‌گردد (رستم شیرازی، ۱۳۷۴، ۸۶). مفهوم مخالف این نظر آن است که تمرینات غیر رسمی را نمی‌توان عملیات ورزشی به مفهوم خاصی که مورد نظر مقنن است دانست. البته تمرینات رسمی، تعریف نشده، ولی شاید بتوان آن را تمریناتی دانست که از سوی کادر مربیان و تحت نظارت آنان انجام می‌شود و خارج از آن، ولو با تصمیم هر دو حریف تمرینی، تمرین غیررسمی و خارج از دایره شمول ماده قانونی مزبور باشد. به نظر نگارنده، قائل شدن چنین قیدی برای تمرینات ورزشی برای این که تحت شمول بند «ث» ماده ۱۵۸ قرار گیرد صحیح نیست، چه، به هر حال آنجا هم که ورزشکاران خارج از برنامه تعیین شده با یکدیگر به تمرین می‌پردازند، باز هم آنچه واقع می‌شود تبادل حرکاتی است به منظور کسب یا حفظ آمادگی ورزشی و چیزی به جز اعمال و حرکات ورزشی نیست. آنچه هم که در ماده ۱۵۸ قید گردیده عملیات ورزشی، صرف نظر از رسمی یا غیر رسمی بودن آن است. پس مهم، رعایت مقررات حاکم بر ورزش می‌باشد؛ چه حادثه ورزشی در حین مسابقه یا اینکه در حین تمرینات (اعم از تمرینات رسمی یا غیر رسمی) رخ دهد.

۴-۱-۲. ورزشکار به چه شخصی اطلاق می‌شود؟

قانون‌گذار در مقام پیش‌بینی شرایط عدم مسئولیت در حوادث ورزشی، به شرح بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشخص نکرده، منظور از کسی که عملیات ورزشی او منتهی به حادثه شده، چه کسی است؟ اما از آنجا که از عملیات ورزشی نام برده و اساساً موضوع راجع به حوادث ورزشی است؛ این فرد، شخص ورزشکار است، لذا این بند از ماده ۱۵۸، شروط فقدان مسئولیت کیفری ورزشکاران در حوادث رخ داده در عملیات ورزشی را اعلام داشته است. اما سؤال این است که اشخاص موضوع بند «ث» ماده مذکور آیا ورزشکاران حرفه‌ای در مفهوم خاص کلمه‌اند؛ یعنی کسانی که واجد توانایی‌های بدنی یا مهارت‌های ورزشی در سطح بالایی بوده و به طور حرفه‌ای ورزش می‌کنند یا این که مفهوم عام ورزشکار، مورد نظر است، یعنی هر کسی که به انجام



فعالیت‌های ورزشی مبادرت می‌ورزد، نه لزوماً ورزشکار حرفه‌ای و سطح بالا؟
 به نظر می‌رسد از آنجا که مقنن در ماده مذکور تأکیدی بر مرتکب یعنی شخص ورزشکار نداشته، از این رو و با لحاظ اصل تفسیر به نفع متهم، باید قائل به مفهوم عام ورزشکار بود که عبارت از هر کسی است که به انجام فعالیت‌های ورزشی می‌پردازد، صرف‌نظر از سابقه یا میزان مهارت ورزشی او. بر همین اساس، در تعریف ورزشکار گفته شده است: «شخصی است که به منظور تقویت و رشد جسمانی و به دست آوردن سلامت و تندرستی به صورت آماتور (غیر حرفه‌ای) و یا نیمه حرفه‌ای و یا حرفه‌ای به یکی از رشته‌های رسمی و مصوب ورزشی که به تأیید سازمان تربیت بدنی رسیده است اشتغال ورزیده. . .» بنا بر مفهوم مخالف این تعریف، کسی که خارج از میادین ورزشی، ولو به وسیله آموخته‌های ورزشی خود موجب صدمه به دیگری گردد مشمول مقررات خاص مربوط به ورزشکاران نمی‌شود. دامنه تعریف ورزشکار شامل دو سطح «بازیکن» و «مربی» است. بازیکن در سطح آموزش و یا دوران تعلیم تا رده برگزاری مسابقات و مربی در سطح تعلیم و تربیت و سرپرستی است (رستم شیرازی، ۱۳۷۴، ۹).

۲-۲. مسؤلیت مدنی

از پل والری Paul valery نویسنده و شاعر فرانسوی نقل است که می‌گوید: «تقصیر، نشان از نتیجه‌ای ناگوار و ناپسند دارد و نباید بی‌کیفر بماند و مسؤلیت، فرضی است که به موجب آن، هر فردی نتایج شناخته‌شده اعمال خود را خواستار است». او مفهوم مسؤلیت را با زبان شعر بیان می‌کند و از نظر حقوقی این گونه تعبیر شده است که انجام هر عمل، فرع بر قصد انجام آن و خواستن نتایج قابل پیش‌بینی ناشی از آن است و از این رو، مرتکب باید در قبال انجام عمل خود و نتایج قابل پیش‌بینی آن، مسئول باشد (حسینی‌نژاد، ۱۳۷۰، ۱). مسؤلیت مدنی؛ یعنی الزام شخص به جبران خسارت وارده به دیگری و یکی از شاخه‌های مسؤلیت حقوقی یا قانونی است و غالباً مبتنی بر تقصیر یا خطای مباشر خسارت است. در مقابل مسؤلیت مدنی، مسؤلیت کیفری قرار دارد. این دو نوع مسؤلیت، دو مفهوم مستقل از یکدیگرند. مسؤلیت کیفری هنگامی متوجه فرد می‌شود که وی مرتکب اعمال ممنوعه ذکر شده در قانون گردد؛ در حالی که مسؤلیت مدنی از اعمالی ناشی می‌شود که منحصر به موارد منصوص قانونی نیست، بلکه دامنه وسیع‌تری دارد و آن، هر عملی است که به دیگری زیانی می‌رساند. مسؤلیت کیفری و



مدنی گاهی توأمأً از یک عمل واحد نیز ناشی می‌گردد و آن، هنگامی است که مرتکب یک جرم، علاوه بر نقض قوانین جزایی و ارتکاب فعل مجرمانه، به موجب همان فعل ارتكابی، به دیگری خسارت نیز وارد می‌سازد که در این حالت، هم مجازات می‌بیند هم خسارت می‌دهد. مانند ورزشکاری که به قصد مصدوم کردن حریف به او ضربه وارد می‌کند و حریف مصدوم می‌شود که در این صورت، جرم وی ایراد صدمه عمدی است و علاوه بر مجازات، محکومیت ضارب به پرداخت دیه متعلقه به حریف را نیز در بر دارد.

جهت تنویر ذهن خواننده، اضافه می‌نماید که مسئولیت مدنی را به دو رشته قراردادی یا عهدی و خارج از قرارداد یا قهری که به آن ضمان ناشی از قانون نیز اطلاق می‌شود تقسیم کرده‌اند. اولی، در نتیجه عدم اجرای تعهد ناشی از یک قرارداد به وجود می‌آید و دومی جایی است که دو نفر هیچ عهد و پیمانی با یکدیگر ندارند و یکی به دیگری زیان می‌رساند. ریشه مسئولیت در نوع اول، مفاد قرارداد منعقد و در نوع دوم، زیر پا نهادن تکالیف قانونی است که برای همه در آن شرایط وجود دارد (رستم شیرازی، ۱۳۷۴، ۶۴).

با توجه به تقسیم‌بندی بالا، از آن جا که رعایت مقررات حاکم بر ورزش مورد نظر و عدم ایراد ضربات عمدی با سوءنیت به نقاط ممنوعه بدن حریف و یا عدم ارتکاب خطا، تکلیفی است که حسب قوانین عمومی و نیز مقررات و موازین خاص حاکم بر رشته ورزشی مزبور برای ورزشکاران، لازم‌الاتباع است پس، مسئولیت مدنی ورزشکار ضارب، از نوع قهری خواهد بود. قانون حاکم و ناظر بر مسئولیت مدنی ورزشکار ضارب، در صورت فقدان یکی از شرایط مندرج در بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی و با احراز جرم بودن صدمه وارده بر حریف، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹ می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده است لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگر شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

البته ماده ۳۲۸ قانون مدنی نیز در این رابطه می‌گوید: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد. اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد. اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند، ضامن نقص قیمت آن مال است». در خصوص مفهوم واژه «مال» در این ماده و چگونگی شمول ماده بر موضوع مانحن فیه، گفته شده که در این ماده، مال شامل هم عین و هم منفعت است. دامنه تعریف عین، کلیه اشیایی را که به موجب قانون به کسی



تعلق می‌گیرد را شامل می‌گردد و منفعت نیز شامل بهره‌ای است که از اموال یا اعضای بدن انسان به وی می‌رسد، مانند حواس پنج‌گانه و قدرت تکلم و تعقل که از منافع ذات بشری است و در فقه، خسارت به منافع را علاوه بر مفهوم رایج آن که شامل خسارت نسبت به اعیان خارجی متعلق به شخص است، شامل خسارت به قوای معنوی و جسمی انسان هم می‌داند (حسینی‌نژاد، ۱۳۷۰، ۱۴۱). در خصوص رابطه ماده ۳۲۸ قانون مدنی با ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی از جهت ناسخ و منسوخ بودن و یا قابلیت جمع، گفته شده که ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، بیانگر قاعده عام مسئولیت است، ولی حکم ماده ۳۲۸ قانون مدنی، ناظر بر مسئولیت ناشی از اتلاف است که در مقایسه با ماده ۱ قانون مارالذکر، حکم خاص می‌باشد، لذا این دو ماده بر اساس قواعد حاکم بر عام و خاص، ناسخ و منسوخ یکدیگر نیستند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۶۶).

۳. دو شرط قانونی برای تبرئه ورزشکار ضارب، از مسئولیت کیفری و به

تبع آن از مسئولیت مدنی

در حال حاضر، به موجب بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، برای تبرئه ورزشکار ضارب در حوادث ورزشی، دو شرط، مقرر شده است که اجمالاً به آن می‌پردازیم:

۱-۳. سبب حادثه، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد

رعایت قواعد و مقررات مربوط به ورزش مورد نظر، اثر تبرئه‌کننده داشته و می‌تواند توجیه‌کننده حوادث ناشی از عملیات ورزشی باشد. (سلیمی، ۱۳۹۰، ۵۴). منظور از مقررات ورزشی، علاوه بر مصوبات لازم‌الاجرای مراجع داخلی و بین‌المللی حاکم بر ورزش مربوطه که بیانگر خطاها و تخلفات ورزشی است و به صورت مدون، تهیه و به فدراسیون‌ها یا هیأت‌ها و انجمن‌های ورزشی ابلاغ می‌گردد، شامل مقررات نانوشته و غیر مدون حاکم بر ورزش‌های بومی هم می‌شود که رسماً به تأیید دستگاه‌های ذیصلاح نرسیده، ولی عرف ناظر بر آن ورزش، آن را پذیرفته است و می‌دانیم که یکی از منابع حقوق ورزشی، عرف است. (آقایانی‌نیا، ۱۳۸۱، ۳۳).



۲-۳. مقررات مربوط به ورزش مورد نظر، مغایر موازین شرع نباشد

مقنن از سال ۱۳۶۱ به بعد، این شرط را به شرط قبلی افزود، لیکن هیچ گاه منظور خویش را از «موازین شرع» به طور دقیق و شفاف روشن ننمود. برخی اعتقاد دارند که باید موازین شرع را به موازین قانونی تعبیر کرد؛ زیرا در حال حاضر مغایرتی بین قوانین کشورمان با شرع انور وجود ندارد و از سوی دیگر چگونه می‌توان توقع داشت که ورزشکار ضارب در مقام تشخیص تطابق یا عدم تطابق مقررات حاکم بر ورزش مورد نظر خود با موازین شرع برآید؟ (نوربها، ۱۳۸۷، ۲۹۳). به عنوان یک نظر دیگر و نزدیک به نظر فوق-الذکر، گفته شده؛ از آنجا که در ورزش‌های رایج، غالب برخوردها و صدمات بدنی ناشی از آن اجتناب‌ناپذیر است از این رو منظور قانون‌گذار از مطابقت مقررات ورزشی با موازین شرع، نمی‌تواند مقرراتی باشد که در اجرای آن، حرکات عادی و متعارف انجام می‌گیرد، ولو منجر به صدمه حریف گردد، بلکه منظور، مقرراتی است که اجرای آن شامل حرکات غیرمتعارف و کنترل نشده بوده و نتیجه آن، بروز صدمات جبران‌ناپذیر است و شرع انور اسلام آن را رد می‌کند. مانند ضربات مهلک در کشتی کج یا بوکس حرفه‌ای، لذا مقررات ورزش‌هایی که دارای فدراسیون رسمی هستند، نمی‌تواند مشمول موارد مغایر با موازین شرع قرار بگیرد. مضافاً این که مقررات همه فدراسیون‌ها بر طبق قانون، تنظیم گردیده و اساسنامه آنها در قالب قانون از سوی مجلس وضع و به تأیید شورای نگهبان رسیده است و چنین مقرراتی مطابق با شرع فرض می‌گردد و در چنین شرایطی ورزشکار ضارب اگر مقررات حاکم بر ورزش را رعایت کرده است قابل تعقیب قضایی نیست (عامری شهرابی، ۱۳۹۰، ۷۷). در مقابل، عده‌ای نیز «موازین شرعی» مورد نظر قانونگذار را به همان معنای موازین شرع اسلام (نه موازین قانونی) تعبیر می‌نمایند و معتقدند؛ ورزش که از نظر اسلام، وسیله‌ای برای بهتر زیستن در راه تقرب به خدا است باید جهت‌دار باشد و انسان را بدان منظور آماده نماید. در این صورت چنین ورزشی اسلامی است. ورزشی که همراه با ایذاء نفس یا ایذاء غیر است، غیر شرعی محسوب می‌شود. مستند این نظریه، آیه شریفه «لا تلقوا بأيديكم الى التهلكه» می‌باشد. (خود را با دست خود به هلاکت نیندازید) آیت‌الله مکارم شیرازی نیز ورزش‌هایی مانند بوکس را دارای اشکال شرعی دانسته‌اند (آقایی‌نیا، ۱۳۸۱، ۴۱). نگارنده، متمایل به نظر اخیر است؛ زیرا وقتی قانون‌گذار، «موازین شرعی» را قید می‌کند، قطعاً منظوری جدا از «موازین قانونی» و فراتر از آن دارد. اگر غیر از این بود، دلیلی بر استفاده از واژه «شرع» وجود نداشت، بلکه به جای این واژه از کلمه «قانون» و عبارت «مخالف موازین قانونی» استفاده می‌نمود. با این نظر، حتی استناد ورزشکار ضارب



به این که ورزش غیر شرعی، دارای فدراسیون و مقررات مدون است، رافع مسئولیت کیفری وی نخواهد بود و ایراد، دقیقاً همین جا است که انصاف نیست؛ اشتباه یا عملکرد ناصحیح سازمان ورزش کشور در مجاز دانستن ورزش‌های خلاف شرع، به حساب ورزشکاران گذاشته شود. لازم است این مشکل و در واقع، این دوگانگی به گونه‌ای برطرف شود. چه بهتر که؛ قبل از تجویز قانون، در خصوص چگونگی فعالیت رشته‌های ورزشی که به نوعی متضمن ایداء به نفس یا به غیر است از مراجع فقهی، استعلام گردد. به هر حال، در وضعیت فعلی، تحقق این دو شرط برای رفع مسئولیت کیفری و به تبع آن، مسئولیت مدنی از ورزشکار ضارب در حوادث ورزشی، ضروری است (همان، ۴۲).

در پایان این نوشتار، خالی از لطف نیست که رأی صادره یکی از محاکم جزایی تهران در خصوص شکایتی مرتبط با موضوع مقاله حاضر، مورد اشاره و تحلیل قرار گیرد. با این توضیح که رأی مزبور مربوط به سال ۱۳۷۷ و زمان حکومت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است؛ حادثه‌ای در تاریخ ۷۶/۲/۳۰ در مجتمع ورزشی خ، وابسته به شهرداری منطقه ... تهران در اثنای آموزش ورزش تکواندو روی داده و منجر به فوت هنرجوی نوجوان این ورزش گردید. مادر متوفی با طرح شکایت علیه مربی فرزندش که ضربه را به بدن متوفی وارد آورده بود خواستار تعقیب و مجازات او شد. شعبه ۱۱۰۲ دادگاه جزایی تهران مبادرت به کسب نظر پزشکی قانونی و همچنین کارشناسان فدراسیون تکواندو نمود. پزشکی قانونی، علت مرگ این نوجوان را شوک ناشی از ضربه وارده به نقطه حساس بدن اعلام کرد. کارشناسان نیز ایراد ضربات مختلف را مطابق با مقررات حاکم بر ورزش تکواندو تشخیص دادند. دادگاه پس از انجام تحقیقات جامع با صدور رأی شماره ۱۶۷۸ مورخه ۷۷/۹/۲۲، با متعارف تلقی کردن رفتار مربی و مطابق دانستن ضربه وارده با مقررات حاکم بر تکواندو، حادثه رخ داده را در چارچوب ضوابط ورزش مذکور دانسته و حکم به برائت متهم صادر کرد. با اعتراض ولی دم نسبت به دادنامه صادره و ارجاع پرونده به شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادگاه مرجوع‌الیه، تجدیدنظرخواهی را وارد دانسته و از آنجا که مربی در حین آموزش ورزش تکواندو ضربه‌ای به ناحیه شکم نوجوان مبتدی وارد ساخته که متعاقب این ضربه، وی فوت می‌نماید و پزشکی قانونی علت مرگ را اصابت ضربه وارده به نقطه حساس تشخیص و اعلام کرده است و متهم نیز اقرار به ایراد ضربه نموده، از این رو مرجع تجدیدنظر عمل اتفاقی را قتل شبه عمد تشخیص و ضمن نقض دادنامه بدوی، متهم را طبق ماده ۲۹۴ و بند «ب» ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۰، به پرداخت یک فقره دیه کامل



مرد مسلمان در حق ولی دم مقتول محکوم نمود. (یوسفی سلاکجانی، ۱۳۹۲، ۶۸). البته شاید بتوان استدلال دادگاه بدوی را از این جهت که به دلیل مطابقت ضربه وارده با مقررات و موازین حاکم بر ورزش تکواندو، ضارب را فاقد مسئولیت دانسته، مطلوب و درخور توجه دانست (آقایی‌نیا، ۱۳۹۰، ۲۵)، اما نکته‌ای از نظر دادگاه تالی مغفول مانده بود که به نظر محکمه عالی رسیده و مبنای صدور رأی قطعی قرار گرفته و آن این که؛ متهم، مربی واجد تجربه و سابقه و لیکن مقتول، نوجوانی مبتدی بوده، به طوری که برای دریافت چنان ضربه‌ای آمادگی لازم جسمی و فنی را نداشته است. به عبارت دیگر، شاید در یک رویارویی ورزشی بین دو ورزشکار تکواندو، ضربه مورد نظر کاملاً فنی و منطبق بر مقررات تلقی گردد، ولی در ما نحن فیه، ضارب، مربی مقتول بوده و به عدم آمادگی و فقدان توانمندی وی کاملاً آگاهی داشته و اساساً رابطه بین قاتل و مقتول، رابطه بین دو ورزشکار که مورد نظر مقنن در بند ۳ ماده ۵۹ قانون سابق (بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲) است نبوده، بلکه این رابطه، یک رابطه آموزشی تلقی و مربی در نحوه آموزش به هنرجوی مبتدی خویش مرتکب بی‌احتیاطی آشکار گشته، از این رو عدم التفات قضات تجدیدنظر به نظریه کارشناسان که مستند حکم بدوی واقع گردیده (و به موجب آن، ضربه وارده در چارچوب مقررات تکواندو اعلام شده است) کاملاً موجه و شایسته است.

نتیجه

از آنچه گفته شد، نتیجه گرفته می‌شود که حوادث پیش آمده در عملیات ورزشی و در حین انجام یک رقابت، که ناشی از رفتار و عملکرد ورزشکار است و منجر به فوت یا صدمه رقیب وی می‌گردد، به استناد مواد قانونی حاکم بر موضوع، اعم از قوانین کیفری و حقوقی، مسئولیت کیفری و حقوقی ورزشکار را در پی خواهد داشت؛ مگر آن که عمل ارتكابی وی مشمول شرایط مندرج در بند «ث» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باشد. این شرایط دوگانه عبارت است از این که: سبب وقوع حادثه، نقض مقررات جاری در آن ورزش نباشد و البته مقررات آن ورزش نیز با موازین شرعی، مغایرت نداشته باشد. فقدان مسئولیت برای ورزشکار ضارب، منوط به جمع هر دو شرط است و در صورت عدم اجتماع این دو شرط، ورزشکار، واجد مسئولیت کیفری و حقوقی خواهد بود و این مسئولیت، حسب مورد با توجه به رکن معنوی، می‌تواند عمد یا غیر عمد باشد. پیشنهاد



می‌شود قانون‌گذار، اقدامی جهت حذف عبارت «موازن شرعی» در این ماده و جایگزین نمودن «موازن قانونی» به جای آن نماید تا از ورزشکاران، فراتر از حد متعارف، انتظار نداشته باشیم. وقتی خالق متعال اعلام داشته که از بندگان خویش بیش از آنچه که در توان آنهاست، مسئولیت نمی‌خواهد (سوره‌ی بقره، آیه‌ی ۲۸۶) شایسته نیست که مقنن، تکلیفی فراتر از توان ورزشکاران متوجه آنان نماید.

ورزشکار باید در چارچوب قانون، حرکت کند و کلیه اعمال و رفتار خویش را با ترازوی قانون بسنجد. این، وظیفه قانون‌گذار است که قوانین را مطابق احکام و موازین شرع انور اسلام وضع نماید. نباید ورزشکار را با مباحث و موضوعات فقهی که در موارد عدیده، خالی از اختلاف نظر علماء نیست، درگیر نمود.

گزیده منابع

- قرآن مجید
- آقای‌نیا، حسین (۱۳۸۱)، **حقوق ورزشی**، چاپ نهم، تهران، نشر میزان.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۶)، **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران، نشر میزان.
- باهری، محمد (۱۳۸۰)، **نگرشی بر حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۸)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
- رستم شیرازی، فرهاد (۱۳۷۴)، **مبانی حقوق ورزشی در حقوق ایران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان اصفهان.
- زراعت، عباس (۱۳۸۹)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ چهارم، انتشارات ققنوس.
- سلیمی، مهدی (۱۳۹۰)، **حوادث ناشی از عملیات ورزشی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
- شکر، نادر (۱۳۸۷)، **حقوق ورزشی**، نقش گستران بهار، چاپ اول
- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۶۷)، **حقوق جنایی**، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات، فردوسی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ چهاردهم،



تهران، نشر میزان.

- . نوره‌ها، رضا (۱۳۸۷)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ بیست و یکم، تهران، نشر دادآفرین.
- . ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۲)، *حقوق جزا - مسئولیت کیفری*، چاپ سوم، انتشارات امیر کبیر.
- . یوسفی سلاکجانی، مهدی (۱۳۹۰)، *شرایط زوال مسئولیت کیفری ورزشکاران در حین عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن*، پایان نامه کارشناسی ارشد، واحد علوم و تحقیقات استان گیلان.



رجوع از گواهی و امکان تقاضای اعاده دادرسی^۱

دکتر حسن محسنی^۲

یاسر معتمدی محمدیان^۳

چکیده:

شخصی به جرمی، کیفر شده و دلیل محکومیت هم شهادت بوده است. پس از صدور حکم قطعی، دست به گریبان یکی از شهود منازعه گردیده و وی را به دفترخانه اسناد رسمی برده و از او اقرارنامه‌ای دایر بر رجوع از شهادت، دریافت نموده و آن را مبنای درخواست از دیوان عالی کشور برای تجویز اعاده دادرسی نموده است. دیوان عالی کشور هم با درخواست وی به این جهت که منطبق با هیچ یک از شقوق مندرج در ماده مربوط در قانون آیین دادرسی کیفری نیست، مخالفت کرده است. این مخالفت و رد، درست است، اما به جهت شیوع این رفتار در جامعه و مراجعه محکوم علیهم به شهود به شرح فوق، در این نوشته مختصر علل و مبانی درستی رأی شعبه ۴ دیوان عالی کشور بررسی شده است.

کلید واژگان: رجوع، نزد دادرسی، اثر رجوع.

خلاصه جریان پرونده

در زمان حاکمیت قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی سابق، رأی موضوع این نوشته صادر شد، ولی به هر روی، اصل سخن درباره مفهوم رجوع و اثر آن بر

۱. پیرامون رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۴۰۰۵۵۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۹ دیوان عالی کشور

۲. عضو هیأت علمی دانشگاه تهران و وکیل دادگستری، کانون وکلای دادگستری مرکز

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی (پدیس البرز دانشگاه تهران) و کارآموز وکالت، کانون وکلای دادگستری

مرکز



امکان تقاضای اعاده دادرسی همچنان باقی است.

به حکایت آنچه که از محتویات پرونده توسط پژوهشگاه قوه قضائیه منتشر شده، خانم ص. ف، شکایتی دایر بر ایراد صدمه بدنی عمدی توسط آقای ش. الف طرح می‌نماید که پس از صدور کیفرخواست، آقای ش. الف با عنایت به صورت جلسات و گزارش‌های مأمورین انتظامی، شهادت گواه، گواهی پزشکی قانونی، دفاعیات بلاوجه متهم و سایر قرائن و امارات موجود، به موجب رأی دادگاه جزایی به پرداخت دیات و ارش صدمات وارده محکوم می‌شود و همچنین پرداخت مبلغ سه میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس، بابت جنبه عمومی جرم.

محکوم علیه در مهلت قانونی از رأی مذکور، تجدید نظر می‌خواهد. دادگاه تجدید نظر استان طی دادنامه شماره ۲۳۴ چنین رأی داده است: «نظر به اینکه از ناحیه تجدیدنظر خواه، ایرادی که مؤثر در مقام باشد، عنوان نگردیده و دادنامه وفق موازین قانونی و اصول مسلم حقوقی صادر شده است، دادگاه ضمن رد اعتراض، حکم به ابرام و استواری دادنامه معترض علیه می‌نماید». پس از آن، وی با درخواست اعاده دادرسی، منضم به اقرارنامه‌ای که در خارج از دادگاه تنظیم شده و گویای اعلام انصراف گواه از شهادت خود است، تقاضای تجویز اعاده دادرسی از دیوان عالی کشور می‌نماید. شعبه ۴ دیوان عالی کشور، با توجه به اینکه اعلام انصراف گواه از شهادت به موجب اقرارنامه بوده و در محاکم قضایی ثابت نگردیده است، درخواست اعاده دادرسی را وارد ندانسته و چنین رأی داده است: «درخواست اعاده دادرسی نامبرده وارد نبوده و قابل پذیرش نمی‌باشد، زیرا درخواست مزبور با هیچ یک از شقوق هفت گانه ذیل ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ منطبق نمی‌باشد».

نقد و بررسی رأی

قانون مدنی، گواهی یا شهادت را تعریف نکرده بود، ولی این نقص با توجه به برداشت عرفی و سوابق فقهی و رویه محاکم، کمترین اشکال را داشت و همگان در می‌یافتند که فرق بین شهادت و دیگر ادله چه بوده و چیست. گواه، شخص ثالثی است که چیزی درباره وقایع دعوی می‌داند که دارای ارزش اثباتی است و از این رو، اظهاراتش را دادرسی می‌شنود.^۱ ثالث بودن یعنی این که طرف دعوا نباشد یا به تعبیر مقنن در قانون مدنی «حق رد

1. Taruffo, Mikele, *Evidence*, International Encyclopedia of Comparative Law: Vol. XVI: Civil Procedure, Chief Editor Mauro Cappelletti, Mohr/Tübingen, 2010, P. 31, N 48.



دعوا» را نداشته باشد (تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳). این شرط، شرطی اصلی بوده که در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده، گرچه نظام‌هایی هم هستند (مانند کامن لا) که خود طرفین هم می‌توانند در آن شهادت دهند. به هر روی، مقنن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ از عهده تعریف گواهی از منظر حقوق کیفری، برآمده است.

سخن در این نوشته بر سر آن است که این شخص (شاهد یا گواه) قصد دارد آنچه که در دادگاه به عنوان شهادت بیان نموده و ارزش اثباتی آن مورد پذیرش قرار گرفته را پس بگیرد؟ به بیان دیگر، وقتی به شهادت، استناد شده و دادگاه قابلیت پذیرش دلیل شهادت را سنجیده و سپس گواه در محضر دادگاه حاضر شده و گواهی خود را در کنار سایر ادله، بیان نموده و بعد دادگاه ارزش اثباتی این سخنان را در مجموع و در برخورد با دیگر دلایل و جرح و تعدیل‌ها، ارزیابی نموده، آن را قانع کننده دانسته و سپس بر بنیاد آن رأی داده، همان گواه قصد دارد اصطلاحاً از شهادت خود رجوع کند.

قانونگذار در ماده ۱۳۱۹ قانون مدنی چنین آورده است: «در صورتی که شاهد از شهادت خود رجوع کند یا معلوم شود بر خلاف واقع شهادت داده است به شهادت او ترتیب اثر داده نمی‌شود». عبارت «به شهادت او ترتیب اثر داده نمی‌شود» گویای آن است که باید قابلیت ترتیب اثر ندادن وجود داشته باشد. این قابلیت به باور نگارندگان هنگامی وجود دارد که پرونده مفتوح رسیدگی باشد و دادرسی بتواند در ارزیابی خود از گواهی بازنگری کند. به بیان دیگر، اگر قاضی با عطف توجه به شهادت در پرونده، رأیی صادر نموده باشد، مجالی برای ترتیب اثر ندادن به آن شهادت در پی رجوع فراهم نیست. پس آن چنان که رجوع چنین تعریف شده: «انصراف از گواهی در دادگاه نزد مقام رسمی که صلاحیت شنیدن گواهی را دارد»، (محسنی، ۱۳۹۶، ۲۵۶) همواره سخن بر سر این است که آیا به جهت رجوع می‌توان پرونده را برای رسیدگی دوباره باز نمود و تبعاً به سبب رجوع، به آن شهادت ترتیب اثر نداد؟

در این که رجوع در جریان رسیدگی، مؤثر در مقام است، تردیدی نیست، اما پس از رأی به باور نگارندگان، پاسخ به این پرسش وابسته است به وصف آن رأی. اگر رجوع پیش از قطعیت رأی انجام شود و دادگاه شاهدهی که ادعا شده از شهادت خود رجوع نموده را دعوت نماید و اصل وقوع رجوع را احراز کند، خواه پرونده به سبب واخواهی یا تجدید نظر خواهی مجدداً باز شود، رأی قابل نقض است.

اگر رأی قطعی شده باشد، دو پرسش قابل طرح است: نخست: آیا رجوع سبب بازنگری مجدد در رأی است؟ یعنی به علت رجوع، آیا می‌شود تقاضای اعاده دادرسی یا فرجام-



خواهی نمود؟ دوم: آیا در جریان رسیدگی به اعاده دادرسی یا فرجام‌خواهی، رجوع شاهد موثر است؟

درباره پرسش نخست اختلاف نظر هست. برخی پاسخ منفی داده‌اند (امامی، ۱۳۷۹، ج ۶، ۲۳۹) (حسن زاده، ۱۳۹۳، ۸) (محسنی، ۱۳۹۶، ۲۶۶) و برخی استادان نوشته‌اند: «در مورد اعاده دادرسی، موضوع شباهت کامل با دو بند ۶ و ۷ ماده ۴۲۶ ق آ.د.م دارد، هر چند که با منطوق آن مطابقت ندارد. بند ۶ بدین مضمون است: حکم دادگاه، مستند به اسنادی بوده که پس از صدور حکم، جعلی بودن آنها ثابت شده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ۳۰) (شمس، ۱۳۸۸، ۱۵۹). چنین به نظر می‌رسد که باید نظری را تکرار نمود که در راستای اعتبار امر قضاوت شده، فقط بر مسئولیت مدنی آن شاهد تأکید دارد (رنجبر، ۱۳۸۳، ۸۳) و صرف رجوع را سبب اعاده دادرسی نمی‌داند، مگر در جرائم بسیار مهم مانند حدود که با شهادت شرعی اثبات می‌شوند و مقنن در آن مورد به حکم ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ چنین مقرر نموده است: «رجوع از شهادت شرعی، قبل از اجرای مجازات، موجب سلب اعتبار شهادت می‌شود و اعاده شهادت پس از رجوع از آن، مسموع نیست». شهادت شرعی نیز شهادت موضوع ماده ۱۷۵ آن قانون است که در هر حال برای قاضی حجت دارد.

درباره پرسش دوم، وضع بدین منوال است، در این جا نیز به باور نگارندگان، برای رعایت قاعده اعتبار امر قضاوت شده، نمی‌تواند شهود را دوباره فرا بخواند و رجوع را بررسی کند.

بر این بنیاد اگر به رأی صادره از شعبه ۴ دیوان عالی کشور، دوباره نگریسته شود، معلوم می‌شود که عقیده قضات محترم شعبه بر این استوار است که چون رجوع از شهادت، منطبق با هیچ یک از شقوق مذکور در ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری پیشین (و بندهای ماده ۴۷۴ کنونی) نیست، پذیرش درخواست اعاده دادرسی روا نمی‌باشد. همچنین، موضوع دادرسی انجام شده و دلایل اقامه شده از مصادیق دادرسی راجع به حدود شرعی یا استماع شهادت شرعی نبوده تا بتوان بر بنیاد ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، استدلال نمود و چنین رجوعی را از جهت اجرای مجازات، مورد توجه قرار داد. وانگهی آن چنان که پیش از این در جای دیگری بررسی شده، میان رجوع از گواهی و کذب بودن یا اثبات خلاف واقع بودن آن، فرق هست. از این منظر آن بخش از استدلال عضو ممیز نیز قابل تأمل بوده که آورده است: «خلاف واقع بودن شهادت گواهان که مبنای حکم صادر شده بوده است، باید در محاکم قضایی ثابت گردد، لذا این



اقرارنامه گواه پرونده از شمول شقوق ذیل ماده ۲۲ نمی‌باشد»، زیرا گواهی خلاف واقع آن چنان که از نامش برمی‌آید، گواهی است، خلاف مشهودات حسی شاهد و گواهی دروغین یا کذب، گواهی ساختگی است که در آن مخالفت با محسوسات شاهد هم وجود ندارد (محسنی، ۱۳۹۶، ۲۴۹). پس حکم رجوع که به جهت لزوم احترام به اعتبار رأی، هم در فقه امامیه و هم نزد حقوقدانان، به معنای انصراف از شهادت یا پس گرفتن آن است و فی حد ذاته جرم نیست و ممکن است به علت تکمیل تأمل شاهد و یادآوری صحیح موضوع، انجام آن ضرورت یابد را نباید با حکم آن دو نوع شهادت مقایسه کرد. به بیان دیگر، حتی اگر کذب یا خلاف واقع بودن گواهی در مرجعی قضایی اثبات شود و در جریان اثبات نیز شاهد، روشنگری نموده و واقعیت امر را بازگو کند، باز به استناد ماده ۱۳۱۹ قانون مدنی یا ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی اساساً مقوله رجوع از شهادت پس از قطعیت رأی، قابل طرح و بررسی نخواهد بود.

نتیجه

اعتبار امر قضاوت شده، ارزشی مستقل و معتبر در تمامی نظام‌های حقوقی دارد. از این رو، هر اقدامی که شبهه نقض این اعتبار را فراهم آورد باید کنار نهاده شود. رجوع پس از رأی قطعی نیز با این اعتبار برخورد دارد. از این رو، در فقه امامیه بر مسئولیت مدنی یا بعضاً بر مسئولیت کیفری چنین شهادتی تأکید شده است، نه برهم زدن مبانی رأیی که قطعیت یافته یا این که اجرا شده است. شعبه دیوان درخواست اعاده دادرسی به سبب رجوع، نزد سردفتر با اقرارنامه رسمی را به این جهت که منطبق با جهات اعاده دادرسی به شرح فوق نیست، مردود اعلام نمود. این استدلال درست است و باید تکمیل شود:

رجوع از گواهی نیز همچون ادای گواهی باید نزد قاضی انجام شود و نه نزد سردفتر اسناد رسمی که دخالتی در قابلیت پذیرش دلیل شهادت و تبعاً استماع و در نهایت ارزیابی و سنجش درستی آن دلیل را ندارد.

رجوع در جریان دادرسی، موجب عدم ترتیب اثر به شهادت می‌شود و نه پس از صدور رأی. با صدور رأی غیر قطعی، رجوع یا ادعای رجوع یا درخواست ثبت رجوع می‌تواند نزد قضاتی که به جهت واخواهی یا تجدید نظر خواهی به موضوع، رسیدگی می‌نمایند، دارای اثر باشد.

۱۰۱ رجوع پس از قطعیت رأی اصولاً اثری بر رأی دارای اعتبار امر قضاوت شده ندارد و استثنائاً در امور کیفری موضوع ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی، بر اجرای رأی تأثیر

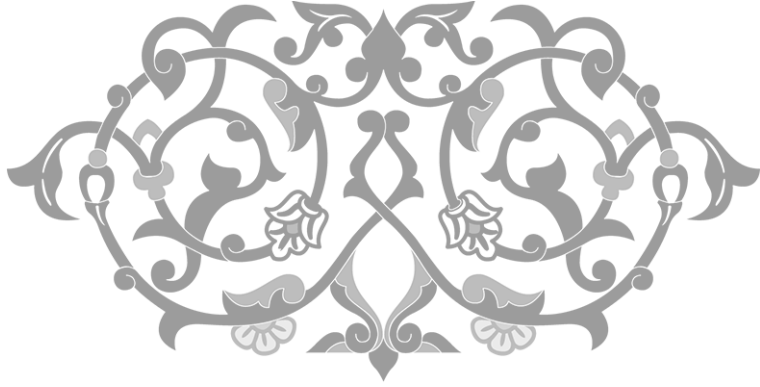


دارد.

. در هر حال، رجوع از شهادت، مسئولیت مدنی شاهد را در دعاوی مدنی و بعضاً مسئولیت کیفری وی را در برخی مسئولیت‌های کیفری پدید می‌آورد.

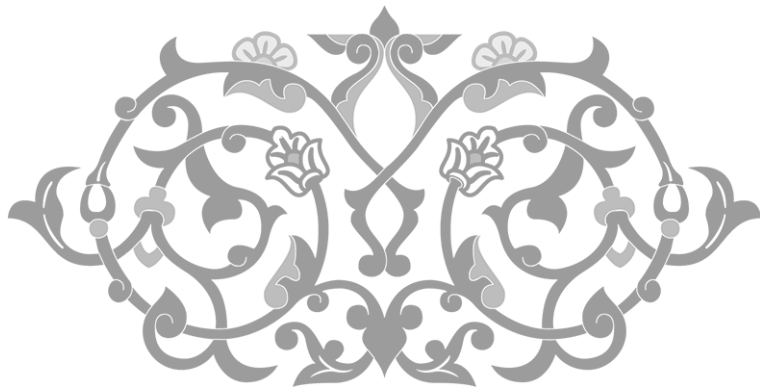
منابع

- . محسنی، حسن (۱۳۹۶)، *رجوع گواهی از گواهی و اثر آن از منظر آیین دادرسی*، فصلنامه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۹، شماره ۱.
- . امامی، سیدحسن (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی*، جلد ششم، تهران، انتشارات اسلامی.
- . حسن‌زاده، مهدی (۱۳۹۳)، *بررسی فقهی، حقوقی اثر رجوع شاهد از شهادت در دادرسی مدنی*، مجله حقوق اسلامی، سال ۱۱، شماره ۴۱.
- . کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان.
- . شمس، عبدالله (۱۳۸۸)، *ادله اثبات دعوا، حقوق ماهوی و شکلی*، تهران، انتشارات دراک.
- . رنجبر، اسدالله (۱۳۸۳)، *رجوع شاهد از شهادت*، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۰ و ۳۱.
- . Taruffo, Mikele, *Evidence*, International Encyclopedia of Comparative Law: Vol. XVI: Civil Procedure, Chief Editor Mauro Cappelletti, Mohr/Tübingen, 2010, P. 31, N 48.



گزیده

سخنرانیها





ارزیابی ادله اثبات دعوا

سید محسن قائم فرد^۱

مقاله موجود تلخیص سخنرانی دکتر سید محسن قائم فرد عضو هیات علمی دانشگاه اصفهان و عضو هیات مدیره کانون وکلای اصفهان است که چندی پیش در کانون وکلا ایراد گردیده است. به جهت بهره وری بیشتر، این سخنرانی به صورت نکات مجزا در اختیار علاقه مندان قرار می‌گیرد.

- اختلافی است بین حقوق دانان در این که آیا آیین دادرسی مدنی زیر شاخه حقوق خصوصی است یا حقوق عمومی؟ گروهی معتقداند از آنجا که حقوق جزا زیر مجموعه‌ی حقوق عمومی است، مسلماً آیین دادرسی اش نیز، زیر مجموعه حقوق عمومی است. اما حقوق مدنی که زیر مجموعه حقوق خصوصی است، پس آیین دادرسی مدنی نیز چون مربوط به حقوق مدنی است، جزء حقوق عمومی محسوب نمی‌گردد. اما برخی دیگر معتقدند آیین دادرسی مدنی، به جهت آثار و احکامی که بر حقوق عمومی بار است - در دسته ی حقوق عمومی قرار می‌گیرد. مثلاً به این دلیل که توافق بر خلافش علی‌الاصول امکان‌پذیر نیست و جزو قوانین آمره است.
- از طرف دیگر تردیدی نیست که آیین دادرسی (چه مدنی وجه کیفری) در زمره قوانین شکلی اند. حال وجه ممیزه حقوق شکلی از حقوق ماهوی چیست؟ فکر کنید مقدار زیادی آب جایی هست که برای به جریان انداختن آن، نیازمند یک کانال یا جوی هستیم تا آب جریان یابد. این آب را حقوق ماهوی بدانید و کانال

۱۰۴

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه اصفهان، عضو هیئت مدیره کانون وکلای اصفهان.



و مسیر و معبر را اسمش را بگذارید حقوق شکلی. پس اگر اطلاعات شما در علم حقوق کافی و کامل باشد، تازه مثل این است که این منبع را از آب پر کرده‌اید. اما برای استفاده از این منبع، معبری می‌خواهیم که آن آیین دادرسی است.

- اما ترمینال و محل تلاقی حقوق عمومی و خصوصی، حقوق شکلی و ماهوی، ادله اثبات دعوا است. اینجاست که شما نیازمند بهره‌مندی و بهره‌برداری از همه این حقوق هستید تا بتوانید یک پرونده را مدیریت کنید. بلکه نه تنها حقوق، بلکه قواعد فقه، اصول فقه و دیگر علوم مرتبط و حتی علوم پایه که اساساً زیر مجموعه‌ی حقوق نیستند مانند علوم فنی، پزشکی و غیره همه به کار می‌روند تا روند یک پرونده طی شود.

- در اهمیت ادله اثبات دعوا همین بس که دعوا و اختلاف، میان طرفین دعوا از طرفی، و با قاضی پرونده از طرف دیگر، بر سر ادله اثبات است.

- به عبارت دیگر نتیجه عملی و اجرای علم حقوق در دعاوی، به دست ادله اثبات دعوا است. یعنی به همان میزان که وجود یا عدم حق، مهم و قابل اعتناست، ادله اثبات دعوا هم معتبر و مهم است. زیرا بدون آن حقی ثابت نمی‌شود، هر چند در نفس الامر این حق وجود داشته باشد.

- در ادله اثبات دعوا به دنبال اثبات صغرای قضیه منطقی هستیم. با این توضیح که نتیجه قضیه در اختیار ما نیست و از مجموع صغری و کبری به دست می‌آید و تابع مقدمتین است. کبرای قضیه منطقی هم در هر دعوا متن و حکم قانون است و نمی‌توان در آن دخل و تصرفی کرد (مثلاً این که فلان جرم فلان مجازات را دارد). پس هنر ما در اثبات صغرای قضیه منطقی است. مثلاً اثبات این که متهم جاعل است و این صغرای قضیه منطقی، با ادله اثبات ثابت می‌شود. وقتی ثابت شد که پرویز جاعل است (صغری)، کبری نیز که حکم قانون است، به خودی خود تعیین می‌شود: جاعل ... مقدار حبس دارد، و نتیجه از این دو مقدمه به وجود می‌آید: پرویز ... حبس دارد.

- ادله اثبات دعوا در حقوق مدنی و حقوق کیفری با یکدیگر از جهات مختلف متفاوت است؛ در جرایم و حقوق کیفری آثار و تبعات بسیار بیشتری داریم. مثلاً بحث زندان و قصاص و اعدام مطرح است. اما در حقوق مدنی نهایتاً ممکن است مالی از شخص تصاحب شود. پس آثار و تبعات فردی و اجتماعی احکام کیفری



معمولاً بیشتر از احکام مدنی است. در عین حال در حقوق مدنی، دسترسی به ادله بیشتر است. اما در حقوق کیفری، اصلاً به معنای واقعی کلمه "ادله" نداریم. به عبارت دیگر برای انجام امر مدنی، اساساً از ابتدا طرفین در مقام کسب دلیل برمی‌آیند؛ فرضاً در فروش ملک، قولنامه تنظیم می‌کنند و در ازدواج و طلاق، شهود حضور پیدا می‌کنند. حال آن‌که آثار و تبعات بعدی‌اش کمتر است. اما در حقوق کیفری، متهم و مجرم در مقام مخفی‌کاری اند و در صدد آنند که دلیلی برای اثبات جرم وجود نداشته باشد. پس در حقوق مدنی دلیل داریم، اما آثار و تبعات حکم (چه اشتباه و چه صحیح) کمتر است. اما در حقوق کیفری دلیل به معنای مصطلح کلمه نداریم، ولی متقابلاً با امنیت و حفظ نظم سروکار جامعه سر و کار دارد و آثار آن به مراتب بیشتر است. از طرفی در حقوق کیفری اصل بر براءت است و قاعده درء، اصل براءت و تفسیر به نفع متهم همه در مقام محدودیت و عدم تاثیر ادله اند و از طرفی مخفی کردن ادله توسط متهم را داریم و در سوی دیگر می‌خواهیم حکم هم صادر کنیم. پس از همین جا باید یک تفکیک جدی در ادله حقوق مدنی و ادله حقوق کیفری قائل شویم که اکنون جای طرح آن نیست. اما یک وکیل باید به این تفکیک و اهمیت آن در دعاوی مطروحه توجه کافی و وافی داشته باشد.

• درست است که در بحث ادله اثبات دعوا در حقوق مدنی، امارات نیز نقش دارند، اما امارات را نمی‌توان مانند حقوق کیفری، به صورت پازل کنار هم چید و از آن یک دلیل به دست آورد. در حقوق مدنی، اماره یا اماره قانونی است که قانون از پیش مشخص کرده است (مثل اماره فراش) و یا اماره قضایی است که شخص قاضی تشخیص می‌دهد. اما دقت و ظرافت حقوق کیفری را ندارد. به همین دلیل است که حقوق کیفری در اثبات جرم و صدور حکم محکومیت از حقوق مدنی متمایز می‌گردد و بررسی و دقت و ارزیابی ادله در آن به قدری جدی و مهم است و از نظر حقوق قابل اعتنا و اعتبار است که موجب شده قانون‌گذار معتقد باشد رأی کیفری باید مورد تبعیت قاضی دادگاه حقوقی قرار بگیرد. چرا که دادرسی دادگاه کیفری، با گشاده دستی ادله را جمع‌آوری می‌کند و تحقیقاتی که در حقوق مدنی جایز نیست، در حقوق کیفری انجام می‌دهد، پس رأی که در دادگاه کیفری صادر می‌گردد، موجه‌تر و کامل‌تر از رأی است که در دادگاه مدنی صادر می‌گردد.



ویژگی‌های ادله اثبات دعوا در هر یک از حقوق مدنی و کیفری نیز متفاوت اند. مثلاً ادله اثبات در حقوق تجارت با ادله اثبات در حقوق مدنی متفاوت است. فرضاً در حقوق تجارت وصف تجریدی برای چک داریم یا دفتر تاجر باید فلان شکل تنظیم گردد یا اصول ورشکستگی آن چنان است و... اما مدنی خاص باید ادله خودش را داشته باشد. به همین ترتیب در ادله اثبات دعاوی کیفری نیز فرضاً در جرایم علیه اشخاص، ادله ما متفاوت است از جرایم علیه امنیت یا جرایم علیه اموال. پس چنین نیست که این ادله در قسمت‌های مختلف حقوق جزا نیز یکسان باشد. مثلاً می‌گوییم جرم نیازمند رکن قانونی، رکن مادی و رکن معنوی است. حال در جرایم علیه اشخاص (جرایمی که دپه و قصاص دارند) رکن معنوی علی‌الاصول برای نوع مجازات مؤثر است و نه برای اثبات وقوع جرم. یعنی اگر قصد فعل و نتیجه باشد، جرم عمدی است و موجب قصاص، اما اگر قصد فعل باشد ولی قصد نتیجه نباشد، جرم مشمول جرایم عمدی هم نگردد، شبه عمد است و دپه پرداخت می‌گردد و اگر نه قصد فعل موجود باشد و نه نتیجه و نه تقصیر و... می‌شود خطای محض. اما در هر حال جرم واقع شده است. پس در جرایم علیه اشخاص صرف احراز وقوع فعل، شما را از هر دلیلی بی‌نیاز می‌کند و تلاش باید برای اثبات نوع جرم باشد. اما در جرایم علیه اموال چنین نیست. فرضاً وقتی دست شما اتفاقاً به شیئی برخورد کند و آسیب ببیند، جرمی واقع نشده است و تنها خسارت پرداخت می‌گردد. اما اگر دست شما مثل قبل اتفاقاً بر چشم شخصی برخورد کند و آسیب ببیند، جرم ارتکاب یافته و باید دپه آن پرداخت شود. پس ادله اثبات دعوا در جرایم علیه اشخاص با اموال متفاوت است. از سوی دیگر در جرایم علیه امنیت، دلیل به معنایی که ذکر آن رفت، نمی‌خواهیم و جرم زودتر از دیگر جرائم اثبات می‌شود. همچنین در جرایم تروریستی، جرایم سازمان‌یافته و یا پول‌شویی، ادله اثبات دعوا متفاوت می‌شود. به طور مثال اگر فردی مبلغ زیادی پول منتقل کند، اوست که باید دلیل بیاورد که منشا این پول چرک و کثیف نیست و پول‌شویی محقق نشده است و اصول اولیه برائت و اصل صحت و... از بین می‌رود و چراکه می‌گویند کشور نمی‌تواند امنیت خود را در گروی مواد قانون قرار دهد. پس ادله اثبات دعوا در جرایم علیه امنیت بسیار متفاوت است و راحت‌تر احراز می‌گردد. اما نباید از این مطلب سوءاستفاده شود. چرا که معمولاً قوای حاکم، انتقاد علیه خود را، جزو جرایم علیه



امنیت محسوب می‌کنند و این وکیل وظیفه شناس است که این موارد را از یکدیگر تفکیک کند. به هر حال این نکته بسیار جدی و دقیقی است که نیازمند بررسی وکیل است و دوستان باید در به کار بردن ادله در هریک از شاخه‌های حقوق، دقت ویژه آن را داشته باشند.

- پس ما نمی‌توانیم به ظاهر قانون اکتفا کنیم که می‌گوید: ادله اثبات دعوا عبارت است از اقرار و شهادت و قسامه و قسم و سوگند و کارشناسی. باید مکانیزمی تعریف کنیم که در انواع پرونده‌ها، انواع ادله را در نظر بگیریم. درست است که فرضاً اسم همه ی اینها اقرار است، اما این اقرارها با یکدیگر متفاوت است. فرضاً در جرم علیه اموال یا علیه اشخاص یا علیه امنیت یا حقوق تجارت یا مدنی یا خانواده، ادله متفاوت اند. این ما ایم که باید تشخیص بدهیم در دعوی خانوادگی اقرار چگونه محقق می‌شود و این چه تفاوتی با اقرار در قتل یا حقوق تجارت دارد. دقت بفرمائید منظور این نیست که ماهیت اقرار در هریک از این شاخه‌ها متفاوت است، بلکه منظور این است که آنچه در مثلاً دعوی تجاری، اقرار محسوب می‌شود، الزاماً در دعوا کیفری اقرار محسوب نخواهد شد. منظور این است که آنچه موجب اثبات یک موضوع می‌شود، خود، الزاماً دلیل اثبات موضوع دیگر نیست. پس چنین فکر نکنید که یک ادله اثبات دعوا داریم، بلکه وقتی صحبت از ادله اثبات دعوا می‌کنیم، الزاماً هر دلیلی برای هر دعوایی اغنا کننده نیست. پس اگر موضوعی در شعبه‌ای از دادگاه، برای اثبات دعوا مؤثر واقع شد، الزاماً همان بحث در شعبه ی دیگر، که جلوه ی دیگری از آن دعوا مطرح است، دلیل کافی محسوب نمی‌گردد.

- بحث دیگری که در ادله اثبات دعوا داریم، "ارزیابی ادله" است. اگر از جهتی بازیگران یک دعوا را به خواهان(شاکی)، شاهد، کارشناس و قاضی محدود کنیم، باید اظهارات هریک را ارزیابی و در جایگاه خود قرار دهیم و الا با اندکی عدم توجه و قصور می‌بینیم که بر اظهارات هریک از این بازیگران، اثر اظهارات بازیگر دیگر را تحلیل کرده ایم و این امر اساس دادرسی را مختل خواهد کرد. به نظر می‌رسد اکنون به طور مرسوم در بسیاری از پرونده‌ها در اثر همین عدم دقت و توجه کافی به بحث ادله و ارزش اظهارات و مسئولیت‌ها، هریک از این بازیگران پرونده، در دعوی ما جا به جا شده‌اند و این تکلیف ماست که به عنوان دستگاه قضایی و یا همکاران و کالتی، نگذاریم مرزهایشان را از دست بدهند.



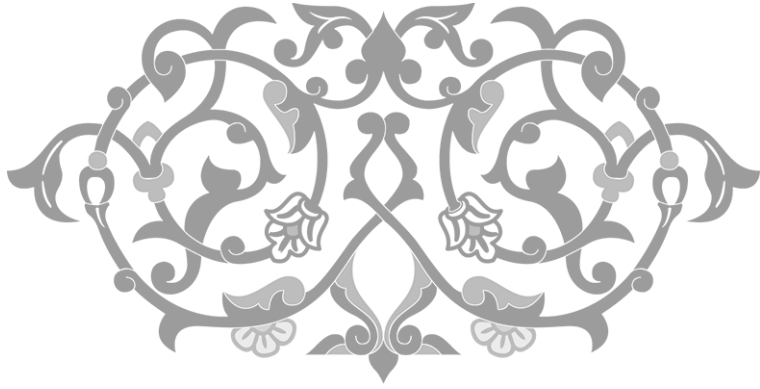
خواهان یا شاکی از نظر حقوقی، مدعی است یعنی کسی که اگر دعوا را رها کرد، دعوا رها می‌گردد. پس نقش شاکی صرفاً به جریان انداختن موضوع است و در همین حد که گفت من شاکی فلان پرونده‌ام، از حیث ادله اثبات دعوا کفایت می‌کند. حال باید به دنبال ادله بود؛ یکی از این ادله، شاهد است. یعنی کسی که آنچه از طریق حواس پنج‌گانه دریافت کرده، بدون دخالت استدلال و استنباط، بازگو می‌کند. کارشناس نیز از طریق همین حواس پنج‌گانه چیزی را دریافت می‌کند اما تفاوتش با شاهد آن است که دریافت خود از حواس را به تخصص اش ارائه می‌دهد و نتیجه را بازگو می‌کند. اما قاضی، موضوع را به قانون و قواعد ارجاع می‌دهد و استنباط قضایی می‌کند.

اما در بسیاری موارد در دستگاه قضائی چه اتفاقی می‌افتد؟! شاکی و خواهان را به جای شاهد می‌نشانیم، شاهد را به جای کارشناس و کارشناس را جای قاضی! درحالی که تاثیر خواهان/شاکی صرفاً باید در حدی باشد که پرونده مفتوح گردد و اگر او دلیلی هم آورد، چیزی غیر از اظهارات اوست. پس خواهان یا شاکی اگر ادله ای (و نه اظهاراتی) ارائه دادند، بررسی می‌گردد. یا فرضاً شاهد باید صرفاً بگوید من چنین دیدم یا شنیدم یا چشیدم. پس اگر شاهد با دخالت قوه ی استنتاج گفت بله من از فلان مطلب اطلاع دارم، این اظهارات از حوزه شهادت خارج شده و حتی شهادت را نیز بی‌اعتبار می‌کند. برای ملموس‌تر شدن مطلب مثالی می‌زنیم: در پرونده ی رباخواری، شاهد اظهار می‌دارد که "من شهادت می‌دهم متهم ماهی فلان مبلغ از شاکی ربا گرفته است". این که شهادت نیست، قضاوت است! شاهد می‌گوید "من دیدم که شاکی به متهم مبلغی پرداخت کرد و متهم گفت من ماهی فلان مبلغ به تو باز پس می‌دهم". حال این چه چیزی را ثابت می‌کند؟ هیچ امری را نمی‌تواند اثبات کند! وکیل متهم اظهار می‌دارد "که پول ردوبدل شده، به هیچ وجه جنبه ربوی نداشته" و تقاضا می‌کند که موضوع به کارشناس ارجاع گردد. کارشناس نظر می‌دهد که "من تحقیق کردم و فهمیدم فلان مبلغ بین این دو نفر واریز شده و سپس ماهیانه مبلغی ثابت از حساب شاکی به حساب متهم واریز شده است پس واریز این مبلغ ثابت، نشان‌دهنده یک معامله ربوی بوده می‌باشد". این نظر نیز نمی‌تواند نظری کارشناسی باشد. بلکه نوعی قضاوت کردن است. از طرفی ممکن است قاضی پرونده هم حکمی صادر کند بدین توضیح که "معاملات به معاملات صحیح و معاملات ربوی تقسیم می‌شوند. من معامله صحیحی بین این دو احراز نکردم، لذا ربوی بودن معامله ثابت می‌شود". این هم قضاوت نمی‌شود. مگر الزاماً معاملات یا صحیح هستند یا ربوی؟ معامله

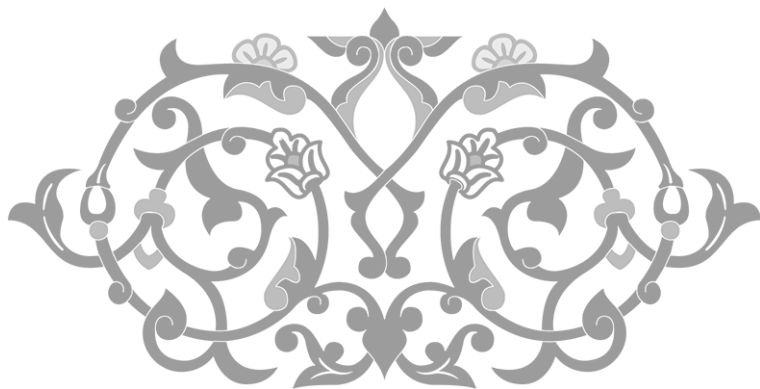


می‌تواند باطل باشد، اما ربوی نباشد.

یعنی ما به طور طبیعی هر نقشی را به جای دیگری نشانده‌ایم. چه پرونده‌هایی که امروزه در دادگستری به دلیل رعایت نکردن این موضوع، منحرف می‌شوند. زیرا کارشناس یا شاهد از حدود وظایف و اختیاراتش خارج شده یا قاضی اصلاً قضاوت و استنباطی نکرده، بلکه رو نویسی از نظریه‌ی کارشناس کرده است. پس ارزیابی ادله اثبات، وظیفه ما وکلای دادگستری است. چرا که هر دلیلی جایگاهی دارد. شاهد نوعی دلیل است، کارشناسی نیز نوعی دلیل. اما هر کدام حدود و ثغوری دارند. از طرفی شاکی / خواهان نیز می‌تواند دلیل ارائه کند، اما حدود دلیل ارائه شده، از شکایت/خواستہ جداست. مخلص کلام اینکه اگر این تفکیک صورت نگیرد، اوضاع به همین منوال پیش می‌رود و بسیاری از پرونده‌های ما کماکان از ضعف ادله اثباتی رنج خواهند برد.



بایسته‌ها
حرفه و گالت





شئون وکیل دادگستری

محمد حسین آقاسی^۱

در بسیاری از جوامع موجود و بسیاری از نقاط مختلف دنیا شغل وکالت از احترام و ویژگی خاصی برخوردار است. کسی که موفق به پیوستن به این صنف و جماعت می شود، از موقعیت اجتماعی متفاوت با بسیاری از مشاغل دیگر در جامعه برخوردار می شود. خوشبختانه علی رغم همه تبلیغات منفی که به ویژه از بلندگوهای حتی رسمی علیه جامعه وکالت صورت می گیرد، تغییر چندانی در آن جایگاه به وجود نیامده و همچنان دیدگاه عامه مردم نگاهی آمیخته با تحسین و تکریم به وکیل است. پیشینیان ما نقش به سزایی در ایجاد این پایگاه داشتند و به همین دلیل از آنان به نیکی یاد می شود. در قوانین و مقررات راجع به وکالت نیز هنگامی که به پایگاه مقامات اداره کننده کانون می رسیم، مشاهده می شود که برای آنان در حد وزیر دادگستری شأن و منزلت قائل شده اند. درحالی که وکالت، شغل غیردولتی و ارتباطش با دستگاه قضایی در جایگاه نماینده یکی از اصحاب دعوی است، اما به لحاظ موقعیت وکیل، به نمایندگی از او مدیر کانون در سطح و شأن یکی از معدود آحاد جامعه که منزلتی رفیع دارد، قرار می گیرد. این مقدمه را بیان نمودم تا توجه عزیزان به ویژه جوانان و به هرحال اعضای جدید کانون های وکلا را به نکاتی مهم جلب کنم که نتیجه آن حفظ دیدگاه فوق در جامعه و البته نزد دستگاه قضایی است.

رفتار ما در سطح جامعه می تواند احترام و موقعیت شغلی وکیل را استمرار بخشد یا کمکی باشد به کسانی که علاقه مندند وکالت را که نوعی رقابت با جایگاه خود می دانند، به عنوان شغلی زائد یا مضر معرفی کنند. امروزه سعی می شود تا نهاد وکالت و به ویژه وکالت مستقل تا سرحد امکان منزوی گردد و به همین دلیل وکلا باید مراقب باشند تا نقطه ضعفی به دست ندهند و در حفظ میراثی که از گذشتگان برای ما به

یادگار مانده کوشش کنند.

تجارب معمرین شغل و کالت برای وکلای جوان بسیار ارزنده است. متأسفانه در دوره کارآموزی گرفتاری کارآموز و مشغله وکیل سرپرست، اجازه نمی دهد که تجربیات رفتاری به نحو شایسته به کارآموز انتقال یابد. نیازهای یک وکیل موفق عبارتند از: تحصیلات دانشگاهی، مطالعات جنبی در مورد عرف و عادات جامعه ای که در آن وکالت می کند، دریافت آموزش های لازم در دوره کارآموزی، کسب مهارت حرفه ای. مهمترین عامل، رعایت اخلاق و شئون حرفه ای است. در مورد آخرین عامل کمتر می توان با مراجعه به متون نوشتاری، مطالبی مشروح و در حد کفایت به دست آورد، بنابراین چند کلامی که حاصل تجربه چند ده ساله نگارنده است، معروض می دارم؛ باشد تا با اندیشیدن به آن، خود را مصون از هرگونه وهن، به سلامت به مقصد برسانیم.

الف. هنگام ورود به دادگاه با مقام قضایی با احترام و بدون کرنش رفتار کنید.

ب. اجازه بدهید سخن متصدی رسیدگی به پرونده به طور کامل بیان شود. لحظه ای سکوت کنید، تا بتوانید مفهوم کلام را دریافت و جواب را منطبق و متناسب با سؤال، در ذهن مرتب و سپس شروع به صحبت کنید.

ج. سخن طرف دعوا یا وکیل او را اگرچه بی ارتباط با موضوع بیان می گردد، قطع نکنید و هرگونه تعرضی دارید، مؤدبانه در نوبت خود، ابراز و با همکار خود در نهایت ادب و احترام رفتار کنید.

د. در برخورد و رفتار با موکل خود زیبنده است که فاصله معینی را رعایت کنید. حتی الامکان از رفت و آمدهای بیش از نیاز روابط کاری با آنان، بپرهیزید. زیرا در بسیاری از موارد موجب سوء تفاهم یا بازشدن راه سوء استفاده اشخاص از وکیل می شود.

ه. از پذیرش هرگونه وعده ای از طرف دعوا خودداری کنید. گاهی طرف دعوا به زعم خود و به قصد سست کردن وکیل در دفاع از موکلش وعده می دهد که کارهای وکالتی سنگین دارد و مایل است به شما ارجاع کند؛ کارهایی که چندین برابر حق الوکاله پرونده حاضر نصیب شما می کند. با خوش رویی، اما با جدیت آن را رد کنید.

و. نوع پوشش وکیل اعم از خانمها و آقایان بهتر است به نحوی باشد که متنانت را دلالت کند، بنابراین پوشیدن لباس مرتب، منظم و پاکیزه در تمام مراجع و مراحل از جمله مراجع انتظامی توصیه می شود.

ز. احترام به همکار به ویژه نزد دیگران، تکریم خودتان است و موجب می گردد که همکار شما هم از رفتارتان تبعیت کند و ناظرین را نیز وادار به رعایت اصول و نزاکت



خواهد کرد. اگر وکلا یکدیگر را هتک کنند، قطعاً سائیرین نیز به خود اجازه می دهند که شأن شما را نادیده بگیرند. قطعاً موارد بسیار دیگری را می توان مطرح و یاد آور شد که ایمان دارم عزیزان می توانند با کمی دقت و توجه به همه آنها وقوف یابند تا به لحاظ رفتاری و گفتاری بهانه ای به دست کسانی که کینه و عناد خود را با نهاد وکالت، آشکارا ابراز

می کنند، ندهید. کانون های وکلا در زمینه های فوق الذکر قطعاً ترتیبی را مد نظر قرار می دهند و کمیسیون های کارآموزی در جلسات توجیهی مطالب لازم را برای کارآموزان عزیز مطرح می کنند، ولی این تکلیف نباید سرسری گرفته شود یا از کنار آن با سردی عبور کرد. به باور نگارنده یکی از مهمترین ارکان تشکیل دهنده شخصیت خاص وکیل، رفتار او در اجتماع، دفتر کارش و مراجع قضایی و انتظامی است، لکن آن را در کتاب یا نوشتاری

نمی توانیم عرضه کنیم و باید چاره ای اندیشید تا نگرانی های ناشی از کج رفتاری یا بی توجهی به موقعیت خویش، موجب هتک جامعه وکالت نشود. بسیاری از کارآموزان گلایه دارند که نمی توانند از تجربیات و اندوخته های وکیل سرپرست خود در دادگاهها و سایر مراجع بهره مند گردند، بنابراین آنچه در بحث یاری رساندن به کارآموزان وکالت ضرورت دارد که مورد توجه قرارگیرد، آموزش و آشنایی آنان با رویه و رفتار بایسته در همه موارد به ویژه در مواجهه با موکل، طرف دعوا، قضات دادگاهها و دادرها، کارکنان اداری، عوامل نیروی انتظامی، در کنار آموزش های دیگر است. در این نوشتار برخی از موارد عنوان گردید، باشد که بتواند مؤثر و مفید باشد. باید هشیار بود تا در این جایگاه خطیر، جایگاهی که به راحتی می توان مورد اتهام قرار گرفت و دام های گوناگونی نیز پیش پایمان گسترده است، با سربلندی به مقصد برسیم. با آرزوی توفیق برای همه همکاران و کوشندگان حرفه وکالت.



جایگاه وکالت

اگر صد بار به دنیا بیایم،

باز هم وکیل دادگستری خواهم شد

دکتر نعمت احمدی^۱

اگر صد بار به دنیا بیایم، باز هم وکیل دادگستری خواهم شد. این جمله منسوب به ولتر فیلسوف معروف است که به عنوان وکیل، کمتر شناخته می‌شود. وکالت حرفه‌ای است که بسیاری از قضات بعد از سال‌ها قضاوت و زمانی که بازنشسته می‌شوند، درخواست پروانه وکالت می‌کنند؛ انگار اوایل جوانی آنان است و هر روزه برخی از آنها را در راه رویای دادگستری، فعال‌تر از قبل می‌بینیم. در امر احقاق حق دو گروه نقش دارند: گروه اول، قضات که به منظور تصدی مقام قضاوت و رسیدگی به دعاوی با کسب مدارج علمی دانشگاهی و سپس با ارتقاء در پست‌های مختلف قضایی، عده‌ای از آنان به عالی‌ترین پست قضایی یعنی حضور در دیوان عالی کشور و دیگر مقاطع حساس قضایی می‌رسند. گروه دوم وکلا می‌باشند که با کسب مدارج علمی و دانشگاهی، یعنی اخذ حداقل لیسانس حقوق و سپس از سال ۱۳۷۶، شرکت در امتحان ورود به دوره کارآموزی و بعد از قبولی و گذراندن دوره کارآموزی نزد یکی از وکلای با سابقه و سپس طی امتحان اختبار به عنوان وکیل پایه یک دادگستری، اجازه وکالت در دادگاه‌ها را پیدا می‌کنند. در اکثر کشورهای توسعه یافته که وکالت دادگستری اجباری است و پرونده‌ای بدون حضور وکیل تشکیل نمی‌شود، وکالت درجه بندی و تخصصی شده است؛ بدین تعریف که متقاضیان وکالت علاوه بر دارا بودن مدرک دانشگاهی مورد قبول، در یکی از رشته‌های حقوق اجازه وکالت پیدا می‌کنند. این تقسیم‌بندی تخصصی تنها به امور حقوقی و کیفری نیست، بلکه عناوین مهم اقتصادی، اجتماعی و حتی ادبی و فرهنگی، وکیل اختصاصی

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه، وکیل پایه یک دادگستری کانون مرکز.



خود را دارد؛ مثلاً در امور گذرنامه، ویزا و اقامت، تنها وکلایی مجوز دخالت دارند که اختصاصاً در این مورد متخصص می‌باشند و موضوع وکالت آنان هم همان مورد است یا امور مالیاتی و سایر موارد. از طرفی به وکیل اجازه نمی‌دهند از آغاز دوره کارآموزی و سپس اخذ پروانه وکالت در تمامی دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور به وکالت بپردازد. در بسیاری از کشورها از جمله آمریکا حتی اجازه وکالت در فلان ایالت، مجوز وکالت در دیگر ایالات نمی‌باشد. وکلایی می‌توانند در دیوان عالی کشور وکالت کنند که شرایط ویژه‌ای را دارا باشند.

در بسیاری از کشورها، در طی دوره وکالت، وکلا مجبور به گذراندن امتحاناتی می‌باشند که کانون وکلای مربوطه، مطمئن شود از دانش آنان کاسته نشده باشد و چون وکالت درجه‌بندی می‌باشد برای ارتقاء درجه باید در طی دوران وکالت، امتحان رسیدن به آن مرحله و درجه را پشت سر بگذارند. این موضوع باعث به روز بودن اطلاعات وکلا می‌شود که بتوانند بر وسعت موضوعاتی که اجازه وکالت دارند، بیفزایند. اما در ایران وضع به گونه‌ای دیگر است، وقتی پروانه وکالت اخذ شد، به درجه اجتهاد در امر وکالت نائل می‌آییم و در همه امور از بدو الی الختم اجازه وکالت پیدا می‌کنیم!!!

سؤال اساسی آن است که وکیل حرفه‌ای کیست؟ اما نگارنده سؤال را به گونه‌ای دیگر طرح می‌کند: حرفه وکالت کدام است؟ به دیگر سخن، فردی که دارای پروانه وکالت است، زمانی که با ارباب رجوع یا موکل روبرو می‌شود چه وظایفی بر عهده دارد؟ امروزه به حکایت آمار اعلامی از طرف مسئولین قضایی، بیش از ۱۷ میلیون پرونده در محاکم دادگستری مطرح می‌باشد و هر پرونده حداقل دو نفر اصحاب دعوا دارد؛ یعنی در مجموع ۳۴ میلیون نفر در سال، درگیر دادگستری و پرونده‌های آن می‌باشند. بنا ندارم اعلام کنم، چند خانوار در کشور زندگی می‌کنند. با این آمار همه خانواده‌ها پرونده‌ای در دادگستری دارند. این آمار است که به کرات، مسئولین قوه قضائیه آن را بیان داشته‌اند. یکی از مباحث بحث برانگیز در دادگستری فعلی، لزوم ارائه آمار، توسط قضات در پایان هر ماه می‌باشد. با تأسف از یکی از قضات دیوان عالی کشور نقل می‌کنم: هرچند آمار در دیوان عالی کشور، اهمیت دیگر محاکم را ندارد، اما مسأله آمار و نقش آن در نگاه به عملکرد قضات دیوان عالی کشور قابل توجه است. به باور نگارنده درخواست آمار پرونده‌های مختومه از قضات به وسیله مسئولین قضایی است که باعث این حجم از آمار پرونده‌ها در دادگستری شده است و به طرق مختلف، موجودی شعبات به نوعی تکرار می‌شود. اگر از این منظر یعنی آمارخواهی و آمارسازی بگذریم، نقش اهمیت آرا و آمار توسط قضات در

شأن جایگاه این پست بسیار مهم نیست. باید از قضات محترم درخواست دقت و صدور آرای متقن و نه سرعت در آمارسازی را خواستار شد.

متأسفانه امروزه وکیل در نظر مراجعین به دفاتر وکلا فردی است که به هر روش که می‌تواند باید حکم مورد نظر مراجعه کننده را از دادگستری اخذ کند. این نگاه باعث تنزل جایگاه وکیل، نزد موکلین تا حد کارگزاری شده است که باید حکم مورد نظر موکل را به هر قیمت و با هر روش بگیرد. از طرفی با این دیدگاه نسبت به وکلا، جایگاه قضاوت هم در نظر موکلین با تأسف، تنزل پیدا کرده است. عرف است که به دادگاه و قداست آن سوگند خورده می‌شود. در زمان پیروزی انقلاب، دادگاه محل بست عمومی بود و شب‌های طولانی بست نشینی خانواده شهدا و زندانیان سیاسی قبل از انقلاب در محل کانون وکلای دادگستری مرکز، در طبقه سوم کاخ دادگستری تهران در شب‌های حکومت نظامی را تاریخ فراموش نخواهد کرد. متأسفانه عده‌ای از قضات که هر از گاهی از برخورد، تعلیق و بازداشت آنان از طریق رسانه‌ها آگاه می‌شویم، جایگاه قضاوت را هم، علی‌رغم حضور پر تعداد و پر نقش قضات زحمت‌کش و حق‌جو با همه محدودیت‌ها و فشار ۱۷ میلیون پرونده موجود در دادگستری، آسیب‌پذیر کرده‌اند و این ذهنیت منفی را گسترش داده‌اند که می‌شود به روشی دیگر هم در دل دوست راهی پیدا کرد و خدای ناکرده رأیی مطابق نظر موکل به هر قیمت اخذ نمود. کمتر وکیلی است که با جمله‌ای با این ادبیات روبرو نشده باشد: در مجتمع فلان یا در بهمان دادگاه کسی را می‌شناسید یا با فلان قاضی چقدر آشنا هستید؟... وقتی گفته می‌شود آقا من وکیلیم باید موضوع را بشناسم و با بررسی اعلام کنم که با تکیه بر اسناد و ادله و مدارک، شما چه حق و حقوقی دارید؛ شوربختانه مراجعه کننده با نوعی آه و افسوس شما را ترک می‌کند و می‌گوید فکر می‌کردم بعد از چندین سال وکالت و عضویت هیأت علمی دانشگاه، دوستان قابل اعتمادی در دادگاه‌ها دارید و می‌شود با کمک آنها حکم دعوایم را بگیرید. این نگاه با تأسف مسموم توسط مراجعین به دفاتر وکلا هم به اعتبار وکالت لطمه وارد می‌آورد، هم به شأن قضاوت توهین می‌کند و ارباب رجوع هم برای خود حقی قائل است که اگر او نقشه راه و اطمینان از پیروزی خود با کمک وکیل مورد نظر پیدا نکند، به چه امیدی همه حق و حقوق و سرنوشت زندگی‌اش را به دست وکیلی بدهد که بگوید: من با تکیه بر این قلم و کاغذ و با پشتوانه قوانین موجود حقوق تو را حفظ خواهیم کرد ...

شرایط خاکستری موجود باعث شده است که حرفه وکالت آن گونه که باید و شاید از جایگاه ویژه به اعتبار تخصص وکیل، برخوردار نباشد. از طرفی وکلایی که عضو کانون‌ها



می‌باشند و تعداد پر شمار افرادی که مجوز حضور در محاکم را از مرکز مشاوران اخذ نموده‌اند، به اجبار تن به شرایط موجود می‌دهند. نگارنده بر این باور است که با اتمام دوره فعالیت وکلای نسل گذشته و معمر، جایگاه وکالت با حضور پر شمار وکلا آسیب پذیرتر می‌شود. تا پیروزی انقلاب اسلامی تعداد دانشکده‌های حقوق، کمتر از شمار انگشتان یک دست بود؛ تا دهه ۵۰ تنها دانشگاه تهران و دانشگاه ملی سابق - شهید بهشتی - فارغ‌التحصیل حقوق، تحویل جامعه می‌دادند. بنده سال ۵۱ وارد دانشکده حقوق دانشگاه تهران شدم. در آن سال ۲۱۷ نفر در دانشکده حقوق دانشگاه تهران و کمتر از صد نفر در دانشکده حقوق دانشگاه ملی سابق پذیرفته شدند. یک مدرسه عالی در قم، دایر شده بود که آقای دکتر باهری، معاون وزارت دربار و استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران از مؤسسين آن بود. عمل ایشان مورد نقد اساتید دانشکده حقوق بود که با کدام پشته‌نامه علمی و اساتیدی که بتوانند دروس رشته حقوق را تدریس کنند، دانشکده تأسیس کردید؟ استاد دکتر عباس زریاب خوئی، یکی از مفاخر دانشگاهی نقل می‌کرد وقتی وزارت علوم تصمیم می‌گیرد در آذربایجان، دانشگاه تأسیس کند، اساتید دانشگاه این اقدام را برناتفتند و به آن اعتراض کردند و گفتند: مگر دانشگاه، دبیرستان است که سر هر کوی و برزن بتوان آن را برپا کرد. رشته دیگری که مورد بی‌مهری واقع شد، رشته عمران یا همان مهندسی راه و ساختمان است. تفاوت رشته حقوق با رشته عمران و راه و ساختمان در این است که افراد زیادی به خود اجازه می‌دهند واحدهای رشته حقوق را تدریس کنند. یکی از دانشجویان سال‌های دیر و دور نگارنده از وزارت علوم، مجوز تأسیس رشته حقوق را با عنوان دانشکده جامع علمی کاربردی (من معنای آن را نمی‌فهمم) در یکی از شهرهای نزدیک تهران اخذ کرد. از من درخواست کرد هر زمان که وقت خالی دارم ولو در یک ترم، چند ساعت در دانشکده اش یکی از دروس مورد علاقه‌ام را تدریس کنم و بی‌تعارف گفت به اسم شما در رزومه و سابقه دانشکده ام به شدت نیاز دارم. سنگینی کلام را روی عنوان -دانشکده‌ام- شدت می‌بخشید. انگار که از باغچه یا ماشین شخصی خود یاد می‌کرد.

وکالت قبل از آنکه در دادگاه مطرح شود، باید در خارج از دادگاه و با محوریت صلح و سازش صورت گیرد. پرونده باید قبل از آنکه در دادگاه مطرح شود، در دفتر وکیل به صورت عملی و با تکیه بر اسناد و مدارک، دادگاهی مجازی تشکیل گردد و وجدان وکیل قانع شود که موکلش حق و حقوقی دارد. بهتر است بگویم از دوستان وکیل تقاضا می‌شود وقتی ارباب رجوع با اسناد و مدارک به دفتر شما رجوع کرد، با تکیه بر مدارک موجود،



دادگاهی تشکیل دهید و درست مثل دادگاه واقعی به دفاع بپردازید و از آن طرف در قامت طرف دعوا به دفاع یا پاسخ به اسناد و مدارک ارائه شده توسط موکل، پرونده را به جریان بیندازید. اگر راهی به سوی احقاق حق دیدید، پرونده را بپذیرید. وکیلی که به موکلش همانند آگهی‌های رنگارنگ برخی وکلا، وعده اخذ حق‌الوکاله را بعد از پایان دادرسی و گرفتن حکم به نفع موکل به شرط چاقو تضمین می‌دهد، قبل از آنکه وکیل باشد، طرّاری است که با چراغ آمده تا با وعده و وعید، کسب مال کند. وکالت قبل از آنکه وسیله امرار معاش وکیل باشد، باید میدان احقاق حق باشد که گرداننده آن وکیل است.

در وکالت مثل همه امور زندگی و کار باید مشورت کرد و از مشاوره و مشورت در قضایای حقوقی از بزرگان این حرفه خودداری نکرد. وقتی در کشورمان حرفه وکالت درجه بندی و تخصصی نشده و کسانی که پروانه وکالت دارند، به خود اجازه می‌دهند پرونده هر ارباب رجوعی را بپذیرند، به باور من ناموفق می‌باشند. کوشش کنید در یک شاخه از حقوق فعال باشید. متأسفانه در ایران ارتقاء درجه وکالت، موضوعیت ندارد. کسی که دارای لیسانس حقوق و دیگر مدارک مورد قبول باشد؛ امتحان کارآموزی بدهد و بعد از قبولی و طی دوره کارآموزی دارای پروانه پایه یک دادگستری شود، خود را عالم دهر می‌داند و دون شأن و شخصیت علمی خود می‌داند که به مطالعه ادامه دهد. وکیل باید مانند دانشجوی هر روز به مطالعه حقوقی ادامه دهد. قوانین جدید، آرای وحدت رویه و دکترین حقوقی باید مورد مراجعه هر روزه وکیل باشد. به عنوان فردی که بیش از سی سال تدریس دروس حقوق را بر عهده دارم و دانشجویانی در دهه شصت دانشجوی من بودند و امروز به مرز بازنشستگی رسیده‌اند، یک توصیه دارم: وکیل باید متخلق به اخلاق حرفه‌ای، مسلح به سلاح علمی و متصف به حق‌جویی و حق‌گویی باشد.

به سوی حرفه وکالت از هر طرف تیرهای زهرآگین، شلیک می‌شود؛ با اعمال و رفتار خود به حرفه مقدسی که مورد هجمه و هجوم قرار دارد، آسیب نرسانیم. باید در تعیین سرنوشت خود عازم و جازم باشیم. در انتخاب مدیران شایسته برای کانون شرکت کنیم. همانند برخی مسئولین قضایی بر این باور نباشید که باید در کانون‌ها را باز گذاشت و تمام فارغ‌التحصیل از حدود ۸۳۰ واحد دانشگاهی پراکنده در مشرق، مغرب، شمال و جنوب را صاحب پروانه وکالت کرد. به هر حال روز و روزگار وکالت چه برای وکلای حرفه‌ای و چه برای وکلایی که امکان تمدید سالیانه پروانه خود را ندارند، خاکستری است.



چالش اصطلاحات حقوقی عربی

در زبان فارسی

دکتر شه‌ریار نیازی^۱

زبان فارسی از منظر واژگان از زبان عربی به ویژه در چهار صد سال نخست ظهور اسلام، بسیار متأثر بوده است؛ به ویژه آنکه دانشمندان ایرانی در بسیاری از امور مربوط به زبان و ادب، پایه گذار دانش‌هایی همچون آواشناسی، صرف، نحو، بلاغت و نظایر آن بوده‌اند. همچنین در حوزه دانش‌های مربوط به حکمرانی، نظیر مدیریت دیوانی نظام اجتماعی، امور مالی و حسابداری و از همه مهمتر «امر قضا»، ایرانیان به دلیل سابقه تاریخی و تمدنی خود، نقش والایی در ادارهٔ خلافت داشته و در رشد این قبیل دانش‌ها مؤثر بوده‌اند. از آنجا که زبان عربی، زبان رسمی خلافت بوده است، طبیعتاً ایرانیان، متون خود را به زبان عربی نگاشته و در ارتقای محتوای زبان عربی تأثیرگذار بوده‌اند. اگرچه منبع اصلی آنان در تولید متون فقهی و حقوقی، کتاب، سنت و عترت بوده است، اما در تفصیل ادبیات فقهی و حقوقی، نقش آفرین بوده‌اند.

در تاریخ معاصر نیز پس از آشنایی ایرانیان با غرب و شناخت حقوق فرانسه و دیگر کشورهای اروپایی، نخبگان ایرانی تلاش کردند، قوانین مدرن را با استفاده از ذخایر فقهی به ویژه در امر واژگانی و متناسب با عرف و تجربیات بشری تدوین کنند. تلاش حقوقدانان کشور برای ایجاد سازگاری میان دوگانهٔ شریعت و عرف مدرن به ترکیبی از واژگان فقهی و واژگان برگرفته از ترجمه واژگان فرانسوی و شیوه قانون نویسی مدرن انجامید که در حال حاضر از یک سو حقوق و قوانین کشور را به منبع فقه و از سوی دیگر به تجربه بشری متصل می‌کند. بدیهی است وجود واژگان بسیار، برگرفته از اصطلاحات فقهی و



اصولی و نیز ادبیات قرن چهارم هجری و واژگان فرنگی و توسعه این امر که به تکرار، بلکه تکثیر تعداد قانون های کشور منجر شده، امری می باشد که قانونگذاری در کشور را دچار بحران نموده است. برای مثال واژگان و ابزار محاسبه دیه در قانون مجازات اسلامی برگرفته از فقه با ادبیات مدرن حقوقی و تجارب عرفی بشر، دوگانه ای را ایجاد می کند که حقوقدانان ایرانی باید به این امر بپردازند. سازگاری یا عدم سازگاری ادبیات حقوقی برگرفته از شریعت و ادبیات، متأثر از تجارب انسانی و عرف اجتماعی، مقوله ای ضروری برای تبیین و نظریه پردازی است و البته واژه سازی و ایجاد وحدت در زبان شناسی حقوقی را اجتناب ناپذیر می کند.

مسأله دیگری که باید به آن توجه کرد، این است که پس از تشکیل حکومت صفوی، میان ایرانیان و جهان عرب که تحت سلطه دولت عثمانی بود، انقطاعی حاصل می شود که سیر تحول زبان عربی و زبان فارسی را از هم جدا می کند. جهان عرب متأثر از سلطه عثمانی و سپس استعمار فرانسه، انگلیس و دیگر کشورهای اروپایی با تأثیر پذیری از فرهنگ ترکی و اروپایی و با وام گیری های علمی از آن بی خبر مانده و در نتیجه، زبان عربی نیز تحت شرایط مدرن و وجود بیش از بیست کشور عربی، دارای ادبیات حقوقی متفاوت با زبان فارسی می شود.

از این پس واژگان عربی که در زبان فارسی مورد استفاده قرار می گیرد و یا در حقوق و متون حقوقی به آنها اشاره می شود، لزوماً همان معنایی را که در زبان عربی جدید وجود دارد، به ذهن متبادر نمی کند. به عبارت دیگر واژگان عربی برگرفته از فقه و سنت در زبان فارسی، معنای بومی و سازگار با زبان فارسی می یابند و دیگر نمی توان آن را با ریشه عربی و آنچه در زبان عربی وجود دارد، مقایسه کرد. زبان، واژگان و اصطلاحات حقوقی در ایران که متأثر از تاریخ پس از صفویه و نثر قاجاری است و البته سرشار از واژگان و اصطلاحات عربی است، دیگر لزوماً با تحولات واژگان و اصطلاحات حقوقی در زبان عربی، یکسان و مترادف نیست و دچار تغییرات کلی و جزئی شده است.

در این مرحله مشکل جدیدی به ادبیات حقوقی کشور افزوده می شود. این مشکل، معادل سازی واژگان و به اصطلاح فارسی سازی واژگان حقوقی است که از یک سو با مقاومت فقهی روبروست؛ زیرا اگر واژگان عربی، فارسی سازی شوند، از دستگاه فقه و سنت خارج و به دستگاه عرف، منتقل می شوند و به عقیده فقها روح شرعی خود را از دست می دهند و از سوی دیگر زبان فارسی در حال حاضر آمادگی لازم برای ایجاد تحول گسترده در واژه سازی حقوقی را ندارد؛ لذا همچنان حقوقدانان از همان واژگان عربی برای



تولید متن استفاده می کنند. این تعارض هم ممکن است برای تحصیل کردگان دانشگاهی که با شأن ظهور این واژگان در دستگاه های فکری و نظری فقه و اصول آشنایی عمیق ندارند، در دسر ساز شود. همچنانکه ذکر شد؛ علم حقوق اساساً باید با وضع، تعریف و اصطلاحات دقیق و غیرقابل تغییر در جهت احقاق حقوق اقدام کند. حل مشکل دوگانه شرع و عرف از یک سو و دوگانه فارسی و عربی بودن اصطلاحات از سوی دیگر، نیاز به اهتمام بیشتر حقوقدانان دارد. برای درک بهتر این دوگانه‌ها به برخی از این موارد اشاره می شود؛ مثلاً واژه عاقله در قانون مجازات اسلامی ناظر به یک مفهوم تاریخی متأثر از نظام قبیلگی در جهان عرب پیش از اسلام است که در آن قبایل برای پرداخت دیه مقتول به صورت جمعی عمل می کردند و با جمع آوری مال از قبیله یا فردی متمکن، از آن قبیله که به او عاقله خطاب می شده است، ردّ دیه می کردند. انتقال این واژه به نظام اجتماعی مدرن شهری در ایران و عدم وجود قبایل و حتی نظام های خویشاوندی گسترده، استفاده از این واژه را در قضا دشوار می کند. تعارض دوگانه فقه و عرف در این پدیده می تواند در امر قضا و اجرای عدالت در نظام شهروندی، اخلال ایجاد کند. به عبارت دقیق تر واژه عربی «عاقله» از یک بافت تاریخی پیشا مدرن به بافت مدرن وارد شده و تعارض فقهی و عرفی ایجاد می کند.

مسأله دیگر انقطاع تاریخی در زبان فارسی و عربی است که سیر تحول جداگانه ای را در دوران جدید برای هر دو زبان رقم زده است. لذا غالب واژگان عربی موجود در زبان فارسی برای آنکه مشخص شود همچنان معنای مشابه با آن واژه را در زبان عربی دارند، باید صحت سنجی شوند. این مسأله در اصطلاحات حقوقی و ترجمه اصطلاحات حقوقی از عربی به فارسی و بالعکس نیز اهمیت دارد. برای مثال برخی واژگان و اصطلاحات عربی در فارسی برابریابی شده و واژه و اصطلاح مناسب فارسی برای آن واژگان وضع شده است. مثلاً: محکمه: دادگاه، محکمه البدایه: دادگاه بدوی، اصول محاکمات: آیین دادرسی، المستدعی: خواهان، المستأنف: فرجام خواه، المستدعی ضده: خواننده، المستأنف ضده: فرجام خواننده، المدعی العموم: دادستان.

برخی از واژگان و اصطلاحات حقوقی در زبان فارسی برابر یابی شده اند اما همچنان وام دار واژگان عربی هستند. مانند: جنایه: جرم، کفیل: ضامن، وکیل المحامی: وکیل مدافع، التزام: تعهد، المشتکی: شاکی، المشتکی علیه: مشتکی عنه، اوراق مزوده: اسناد جعلی، تنفیذ: اجرا، الایجار: اجاره (دادن و گرفتن) القسمه و الافراز: تقسیم و افراز، الاحوال المدینه: احوال شخصیه، حصر الارث: انحصار وراثت، الطعن: اعتراض، اصدار قرار: صدور



قرار، انذار عدلی: اخطاریه قضایی، اسباب النقض: دلایل نقض

همچنان که دیده می شود واژگان و اصطلاحات عربی جدید، اگرچه در زبان فارسی برابریابی شده اند، اما همچنان اصطلاحات عربی هستند. احتمالاً این مسأله ناشی از همان سیر تحول جداگانه‌ی دو زبان، پس از دوران صفویه است که در زبان عربی تغییراتی رخ داده است. به نظر می رسد در زمانی که زبان فارسی و عربی به هم بسیار نزدیک بوده‌اند، این واژگان و اصطلاحات در هر دو زبان، مشابه استفاده می شده است. در نهایت واژگان و اصطلاحاتی است که همچنان در زبان عربی و فارسی مشابه یکدیگر به کار می روند. همانند: الموکل: موکل، قانون المدنی: قانون مدنی، دعوی: دعوا، لائحہ: لایحه، قبول الہبہ: قبول ہبہ.


در خاتمه به نظر می رسد اهتمام حقوقدانان به امر زبان شناسی، برای تبیین دوگانه‌ها و ایجاد یک نظام منسجم در تولید واژگان و اصطلاحات حقوقی، می تواند برای جامعه ایران مفید باشد.



نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

سوال - با توجه به اینکه وفق نظریه مشورتی شماره ۴۴۶۸/۷ مورخ ۸۵/۶/۱۵ مرجع تجدیدنظر احکام مربوط به فسخ نکاح و طلاق دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد و کارآموزان وکالت حق قبول وکالت در اینگونه دعاوی را دارند، آیا کارآموز وکالت می‌تواند در پرونده طلاق توافقی با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی دخالت نماید؟

نظر کمیسیون - هرچند ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ که مرجع تجدیدنظر در خصوص احکام راجع به اصل نکاح و طلاق را دیوانعالی کشور می‌دانست به موجب اصلاحیه سال ۱۳۸۱ همان قانون نسخ و بر اساس اصلاحیه مذکور و مواد ۳۳۱ و ۳۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ کلیه احکام صادره در دعاوی غیر مالی قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد لیکن از آنجاییکه منع کارآموزان در قبول دعاوی مرتبط با اصل نکاح و طلاق و دیگر دعاوی که در دیوان عالی کشور مطرح شده و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد به لحاظ اهمیت آن دعاوی است و رویه کانون‌های وکلای دادگستری و رویه قضایی نیز بر همین بنا استوار گردیده بنابراین صرف نظر از ظاهر مواد قانونی یاد شده ضرورت الزام به روح قواعد حاکم بر موضوع ایجاب می‌کند کارآموزان حق دخالت در دعاوی یاد شده حتی در فرض سوال که اسقاط حق تجدیدنظر و فرجام خواهی هم به عمل آمده نداشته باشند.



نظریات مشورتی و آرای وحدت رویه کاربردی برای وکلا

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۱۳۹۳/۳/۲۸ - ۷/۹۳/۷۱۷

چنانچه خواهان پس از صدور قرار تأمین خواسته، اموالی را از خوانده معادل مبلغ مندرج در قرار تأمین خواسته، توقیف نماید، عدم ارائه تأمین مناسب یا معرفی ضامن معتبر از سوی محکوم له برای اجرای حکم غیابی، موجب رفع اثر از قرار تأمین خواسته و اموال توقیف شده نمی‌باشد.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۱۳۹۵/۱۲/۱۵ - ۷/۳۲۶۰

اولاً نظر به اینکه مقررات تعدد، ناظر به مجازات است و در خصوص اطفال، در صورت ارتکاب جرم طبق ماده ۱۴۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود، نه مجازات. در حالی که در خصوص نوجوان، با عنایت به ماده ۸۹ قانون مذکور، مجازات تعزیری تعیین می‌شود، لذا قواعد تعدد در خصوص اطفال، قابل اعمال نیست، ولی در خصوص جرایم تعزیری ارتكابی توسط نوجوانان قابل اعمال است. ثانیاً در ماده ۱۳۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲، جرایم اطفال را از شمول مقررات تکرار جرم مستثنی کرده است، لذا مقررات تکرار جرم و از جمله تبصره ماده ۱۳۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ در مورد اطفال قابل اعمال نیست. اما مجازات تعزیری نوجوانان که بر اساس ماده ۸۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تعیین می‌شود، مشمول کلیه مقررات تکرار جرم، از جمله تبصره ماده ۱۳۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ است.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۷/۹۲/۹۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۳

در فرضی که دستور موقت بر منع نقل و انتقال ملک موضوع دعوی الزام به تنظیم سند رسمی به تقاضای خواهان صادرشده، توقیف بعدی همان ملک از ناحیه اجرای ثبت



به نفع اشخاص ثالث که طلبکاران فروشنده هستند، تأثیری در حق مکتسبه قانونی ذینفع دستور موقت ندارد. چنانچه گزارش اصلاحی بر تنظیم سند رسمی انتقال ملک مورد ترافع به نام ذینفع دستور موقت، در فرض یادشده صادر شده باشد، توقیف بعدی ثبت، مانع اجرای گزارش اصلاحی نیست و گزارش اصلاحی وقف ماده ۱۸۴ ق.آ.د.م. ۱۳۹۷ مانند احکام قطعی دادگاه‌ها به موقع اجرا گذاشته می‌شود و طرح دعوا مجدد از ناحیه خریدار علیه فروشنده و طلبکاران وی (یعنی بازداشت کنندگان ملک از طریق اجرای ثبت) به خواسته اثبات بیع ضرورتی ندارد.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۷/۹۶/۱۳۲۰ مورخ ۱۳۹۶/۶/۱۱

اولاً در جرایم موضوع ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند طبق ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجازات تعزیری را تخفیف دهد، ولی در جرایم موضوع ماده ۷۱۹ قانون یاد شده، دادگاه نمی‌تواند در مورد آنها طبق ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، کیفیات مخففه را اعمال نماید. ثانیاً جرم موضوع ماده ۷۱۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵، در صورت دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۷۱۸ همان قانون که مجازات قانونی آن بیش از دو سوم، یعنی بیش از ۲ سال حبس است، مشمول قسمت اخیر ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بوده و با رعایت شرایط و ضوابط مندرج در ماده ۶۴ همان قانون، حکم به مجازات جایگزین حبس، اختیاری است. جرایم موضوع مواد ۷۱۵، ۷۱۶ و ۷۱۷ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵ در صورت دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۷۱۸ یاد شده، مشمول صدر ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بوده که با رعایت ماده ۶۴ همان قانون و رأی وحدت رویه شماره ۷۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مرتکبان جرایم غیرعمدی مذکور، به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند؛ ولی جرایم موضوع مواد ۷۱۴، ۷۱۵ و ۷۱۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، در صورت دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۷۱۹ همان قانون، به لحاظ تشدید مجازات قانونی و ممنوعیت قانونی دادگاه در اعمال کیفیت مخففه و ارفاقی بودن نهاد جایگزین حبس و شرط وجود جهات تخفیف در ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، دادگاه نمی‌تواند مجازات جایگزین حبس را اعمال نماید.



نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۷/۹۳/۱۲ - ۱۳۹۳/۱/۱۶

اگر نیابت کلی جهت توقیف اموال محکوم علیه داده شده باشد، مرجع صالح جهت رسیدگی به اعتراض ثالث اجرایی موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، دادگاه توقیف کننده مال، یعنی دادگاه مجری نیابت است، ولی اگر موضوع نیابت، توقیف مال، یعنی جهت فروش و وصول وجه محکوم به از محل فروش آن بوده، مرجع صالح رسیدگی به شکایت شخص ثالث به توقیف مال مذکور، دادگاه معطی نیابت است.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۷/۹۵/۲۳۸ مورخ ۱۳۹۵/۲/۱۱

سوال: آیا در بحث خیار عیب و مطالبه ارش، فوریت در مطالبه ارش نیز باید لحاظ گردد یا فوریت صرفاً ناظر به فسخ قرارداد می‌باشد و در مطالبه ارش ضرورتی به رعایت فوریت نمی‌باشد؟

به نظر می‌رسد تأخیر در مطالبه ارش بر خلاف خیار عیب که مقنن در ماده ۴۳۵ قانون مدنی آن را فوری اعلام نموده است، موجب سقوط آن نمی‌گردد، زیرا اولاً مطابق ماده ۴۲۲ قانون مدنی خیار عیب جدای از ارش تلقی گردیده، مشتری می‌تواند با عدم فسخ معامله ارش را مطالبه نماید. ثانیاً در اثر تأخیر در مطالبه ارش، خسارتی متوجه بایع نمی‌گردد، ولی تأخیر در استفاده از حق فسخ، ممکن است باعث ضرر طرف معامله گردد. ثالثاً ارش دینی است که بر عهده بایع می‌باشد و اصل بر بقای دین (اشتغال ذمه) در ذمه مدیون است.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی ۷/۹۳/۲۱۹۴ - ۱۳۹۳/۹/۱۶

سوال: یک فقره قرارداد فروش در قالب صلح نامه که در آن بایع یک نفر و خریدار ۵ نفر هستند و بیع قابل تجزیه است (تعدادی سهام کارخانه) منعقد شده است. بایع قصد ابطال این قرارداد نسبت به ۳ نفر از خریداران را دارد. اگر دادخواست را به طرفیت همگی ارائه کند، آیا دادگاه مجاز به رسیدگی است یا باید آنها را تفکیک کند و در پرونده‌های مستقل به استناد عدم ارتباط خواسته‌های متعدد رسیدگی کند؟ آیا برای رسیدگی به این دادخواست، ابطال یک تمبر کافی است و یا اینکه چون سه خواسته است، به جهت انحلال عقد به عقود متعدد و تلقی قراردادهای متعدد از آن قرارداد واحد، می‌بایست سه تمبر جداگانه باطل شود؟



اولاً صرف اینکه چند عقد صلح در یک صلح نامه انعقاد یافته است، دلیل بر لزوم طرح دعوای واحد مبنی بر ابطال پاره ای از عقود مذکور، به طرفیت تمامی متصالحین نیست، زیرا آنچه در عقد مهم است تراضی طرفین به امر معین است، چه تشریفات شکلی آنها در ضمن یک برگه صلح نامه باشد یا به صورت مجزا. ثانیاً برابر ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی هرگاه به موجب یک دادخواست دعوای متعددی اقامه شود، در صورتی که ارتباط کامل نداشته باشند، دعوای یاد شده باید از یکدیگر تفکیک و به هر یک، دادگاه در صورت صلاحیت، جداگانه رسیدگی کند و در غیر این صورت نسبت به آنچه صلاحیت ندارد، با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به مراجع صالح ارسال نماید. خواهان باید برای هر یک از دعوای مطروحه تمبر قانونی مربوطه را بر اساس خواسته، ابطال نماید.

رای وحدت رویه دیوانعالی کشور شماره ۷۶۴ مورخ ۱۳۹۶/۸/۹

نظر به اینکه از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در فصل ۸ راجع به آزادی مشروط محکومان به حبس، جواز آزادی مشروط محکومان به حبس دائم، استفاده نمی‌شود، بنابراین با لحاظ حکم مقرر در ماده ۷۲۸ همان قانون نسبت به این قبیل محکومان، قانون آزادی مشروط زندانیان مصوب ۱۳۳۷، قابل اعمال و اجرا نیست.



زندگی نامه و پند استاد؛

یادی از مرحوم دکتر حسن صدر،

وکیل و سخنوری تأثیرگذار

داریوش سپنتا^۱

چگونه می‌توان مجله کانون وکلای دادگستری اصفهان را منتشر نمود، اما از مرحوم حسن صدر، وکیل و سخنور تأثیرگذار نوشت و از خدمات ارزشمند او یاد نکرد. نویسنده ای توانا و حقوقدانی آگاه و بلند مرتبه و سخنوری تأثیرگذار که در حدود سال ۱۲۸۸ شمسی به دنیا آمد. تحصیلات مقدماتی را در مدرسه آلیانس اصفهان طی کرد و بعد از ادامه تحصیل در دوره متوسطه در مدرسه دارالفنون، دوره سه ساله دانشکده حقوق را به پایان برد و به کشور فرانسه عزیمت نمود و در رشته حقوق جزا در دانشگاه پاریس تا درجه دکتری ادامه تحصیل داد و به ایران بازگشت. در سال ۱۳۱۲ به سمت بازپرس عدلیه وارد خدمت دولت شد. در سال ۱۳۱۹ از خدمت دولت کناره گرفت و به حرفه وکالت در دادگستری پرداخت و همزمان با اشتغال به وکالت، فعالیت مطبوعاتی داشت و حدود سال ۱۳۳۱ روزنامه قیام ایران را در تهران منتشر نمود. در خرداد ۱۳۳۰ دکتر مصدق از او خواست پاسخ دادخواست دولت انگلیس به دیوان بین المللی لاهه را تهیه نماید و در تقدیرنامه ای به او نوشت: «کار امروز حضرتعالی مهمترین کاریست که در مدت عمر فرموده اید و از جنابعالی یادگاری در تاریخ ایران خواهد ماند». دکتر محمد مصدق، حسن صدر را در معیت دکتر شایگان و پارسا (از وزارت امور خارجه)، مأمور بردن لایحه به لاهه کرد. در نوبت بعد، یعنی خرداد ۱۳۳۱، هیأتی به ریاست دکتر مصدق به لاهه رفتند که به اتفاق پروفیسور رولن بلژیکی، وکیل ایران، به دفاع از حقوق ایران پرداختند، در نهایت هم



دیوان به نفع ایران رأی خود را صادر نمود. دکتر حسن صدر، پس از رویداد ۲۸ مرداد ۱۳۳۲، نیز دفاع از دکتر مصدق در دیوان عالی کشور را بر عهده داشت و سرانجام در مرداد ۱۳۶۴ به رحمت ایزدی پیوست روحش شاد و یادش گرامی باد.

از آثار او می‌توان از مرد نامتناهی، علی ابن ابی طالب (ع)، حقوق زنان در اسلام و اروپا، الجزایر و مردان مجاهد، ماجرای عبرت انگیز یک دادرسی، دفاع دکتر مصدق از نفت در زندان زرهی استعمار جدید، دست چینی از مقالات حسن صدر نام برد.

ویکی جو، دانشنامه آزاد پارسی.

شرح دفاع مرحوم دکتر حسن صدر از حقوق مردم ایران در دیوان بین المللی لاهه در کتاب ایشان با نام دفاع دکتر مصدق از نفت در زندان زرهی چاپ ۱۳۵۷ آمده است.

مجله آینده، سال ۹، شماره ۲، اردیبهشت ۱۳۶۲.

مجله آینده، سال ۱۱، شماره ۱۰-۹، آذر و دی ۱۳۶۴.

مجله آینده، سال ۱۴، شماره ۶ تا ۸، شهریور تا آبان ۱۳۶۷.

ماهنامه مدرسه حقوق، شماره ۷۴، شهریور ۱۳۹۱.

نگاهی به زندگی و کیل و خطیب مشهور دکتر حسن صدر از رضا زرعی.

حسن صدر، خطیب و نویسنده دلیر به قلم فضل الله رضا، مجله بخارا، مرداد و شهریور ۱۳۸۹، شماره ۷۶.

بند استاد

نقل از صفحه ۲۴۶ کتاب دست چینی از مقالات حسن صدر چاپ ۱۳۵۴ : .

همه کس و صاحب هر شغلی برای گرداندن زندگی نیازمند پول است و حق دارد در برابر کالا یا خدمت خود پول بخواهد ولی امتیاز عظیمی است میان وکیل عدلیه ای که جز پول نخواهد و حق یا ناحق بودن دعوا و کامیابی یا ناکامی صاحب آن به شرط دریافت پول برای او یکسان است. با وکیلی که قبل از پول به دست آوردن به درست بودن دعوا و به ثمر رساندن آن علاقه مند باشد و از این که در کاری که به عهده گرفته توفیق یافته و حق را به کرسی حکومت نشانده، لذت برد



شربِ مدامِ خدمت در سودای عدالت

صفات انسانی، آن گاه که از خمیر مایه جان نشأت گرفته و تا اعماق وجودی انسان ریشه دوانده باشد، ستردنی نخواهد بود؛ حتی اگر باد حوادث برگ‌هایی از آن را پژمرده سازد، برگ‌هایی دیگر سر برخواهند آورد و موجب رویش گل‌هایی دیگر از دیگر شاخه‌های آن خواهند شد.

«وکیلی» که عشق به دفاع از حق، او را به این حوزه کشیده باشد، تا جان دارد و تا آثار وجودی او باقی است، از تمامی وجود و آثار وجودی اش ندای حق و علم و عدالت شنیده خواهد شد. «دکتر احمد قیصری» از وکلای با سابقه و خوش نام که از اوان جوانی با عشق به وطن، عدالت و آزادی، زندگی اجتماعی خویش را در قالب انواع فعالیت‌ها و مبارزات آزادی خواهانه و حق طلبانه آغاز کرده، طی بیش از نیم قرن وکالت در مقام دفاع از حقوق افراد، خوش نام و پرتوان، مستدل و مستقل، با حرارت و احساس، پیگیر و مداوم، تمام قوای علمی، ذهنی و جسمی خویش را به کار بست و اکنون با خاطراتی شاد از تمامی آنچه در مقام دفاع از حق و عدالت به دست آورده است، در آغاز دهه دهم از عمر خویش حاصل این رنج و تلاش را بار دیگر به ساحت علم و عدالت نثار می‌نماید.

جناب آقای دکتر احمد قیصری با پیگیری و تلاش مستمر خویش و نیز فعالیت همه جانبه، صادقانه و از اعماق وجود همسر وفادارش سرکار خانم فروردین سادات سجادی در آبان ماه سال جاری و در ایام سالروز تشکیل کانون‌های وکلا با بخششی ستودنی، موجبات آغاز عملیات ساختمان حقوق دانشگاه اصفهان را طی مراسمی فراهم کرد تا به همکاران و نیز دیگر کسانی که برداشت‌ها و یا تردیدهایی نسبت به شاغلین حرفه وکالت دارند، ثابت شود که مرد حق و عدالت اگر امروز فرصت و توان جسمی برای حضور در محاکم و دفاع از حقوق شهروندان را ندارد، گامی بلندتر برداشته و افقی دورتر را به نظاره نشسته است و با نثار دارایی خویش در قالب ساختمانی برای رشته حقوق در دانشگاه اصفهان، بنایی استوارتر و رفیع‌تر را آغاز نموده است تا خدمت او به ساحت علم و عدالت، جاودانه بماند و با اجرای فرمان عقل و وجدان و پیروی از مقتدای خویش علی (ع) که



همواره خود را خاکسار او می‌داند، در عمل، سرسپردگی خود را به امام حق و علم و عدالت
نشان داده باشد.

سایه اش مستدام

توفیقش افزون

و شرب مدام خدمت گوارایش

سردبیر



۱۳۲

مبارک
حقوق

شماره ۱۲۹ / آبان ۹۸



گزیده مقالات کاربردی

محمد فلاح پور^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 تنها 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.

تحلیل حقوقی بزه تغییر کاربری غیرمجاز از طریق دیوارکشی اراضی

زراعی و باغ‌ها با تأکید بر رویه قضایی

نویسنده: بهره‌مند، حمید، قنبریان، ناصر

مجله: پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۲.
تغییر غیرمجاز کاربری در سال ۱۳۷۴ جرم‌انگاری شده و در سال ۱۳۸۵ دستخوش

۱۳۳

مدرسه
حقوق

شماره ۱۲۹ / آبان ۹۸

۱. وکیل پایه یک دادگستری. مدرس دانشگاه



اصلاحات و الحاقاتی قرار گرفت. این جرم با وجود قابلیت مقایسه با عناوینی همچون تخریب، تصرف عدوانی و اصطلاح عرفی «زمین خواری»، به مثابه بزه‌ی خاص تعریف شده و ارکان و عناصری مختص به خود دارد. تغییر کاربری غیرمجاز دو نوع است: تغییر کاربری از طریق اجرای فعالیت‌های تبصره ۱ ماده ۱ که بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع این تبصره صورت می‌پذیرد و تغییر کاربری غیرمجاز از طریق اجرای فعالیت‌های تبصره ۴ الحاقی به ماده ۱ بدون اخذ موافقت سازمان جهاد کشاورزی استان‌ها و رعایت ضوابط زیست محیطی. لازمه تحقق بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، علاوه بر عدم رعایت ضوابط و مقررات مربوط به تغییر کاربری، احراز شرط «مانعیت از تداوم تولید» است. دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها با توجه به اینکه وابسته به بخش کشاورزی می‌باشد، ذیل فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ مذکور قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ قرار گرفته و در فرضی که مانع از تداوم امر تولید باشد، نیازمند اخذ موافقت از سازمان جهاد کشاورزی استان و رعایت ضوابط زیست محیطی است. این نوشتار با نگرش توصیفی تحلیلی و با در نظر گرفتن تغییر کاربری غیرمجاز در قانون حفظ کاربری مصوب سال ۱۳۷۴ و اصلاحیه سال ۱۳۸۵ و نیز تکیه بر آرای محاکم کیفری ایران، به این نتیجه نائل شد که جرم تغییر کاربری غیرمجاز در صورتی واقع می‌شود که دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها مانع از تداوم تولید در بخش کشاورزی گردد.

ایراد عدم استماع در حقوق فرانسه و ایران

نویسنده: شمس، عبدالله، کرد زنگنه، مصطفی

مجله: تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۸۲.

ایراد عدم استماع دعوا نهادی است که به منظور دفاع در برابر ادعای طرف مقابل در حقوق ایران و فرانسه پیش‌بینی شده است. این نهاد ضمانت اجرای نبود حق طرح دعوا یا نبود حق اقدام است. در کد آیین دادرسی مدنی فرانسه به تفصیل درباره‌ی حق طرح دعوا و ضمانت اجرای آن که غیرقابل استماع بودن ادعاست، صحبت شده است؛ در حالی که قانون آیین دادرسی مدنی ایران در این خصوص مقررات بسیار اندک و پراکنده ای دارد. از سوی دیگر، نهاد ایراد عدم استماع دعوا، ابزاری است که اگر دقیق شناسانده شود، می‌تواند در فیصله دادن سریع بسیاری از دعاوی کمک شایانی کند؛ چراکه توجه به اصول و محتوای این نهاد آشکار می‌کند که بسیاری از دعاوی قابل جریان یافتن نیستند و در همان ابتدا باید با صدور یک تصمیم قاطع مختومه گردند. به همین دلیل بازشناسی این

۱۳۴

مجله حقوق

نهاد در نظام حقوقی فرانسه به عنوان یک نظام حقوقی پویا و تطبیق مقررات آن با حقوق ایران، با توجه به رویه قضایی هر دو کشور، محور مطالعه در این مقاله قرار گرفته است.

تعلیق پذیری عقود وثیقه‌ای

نویسنده: سیفی زیناب، غلامعلی، پیری، جواد

مجله: تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۸۲.

تعلیق به عنوان یکی از موضوعات مترتب بر عقود، در نظام حقوقی کنونی مورد پذیرش قرار گرفته است و حتی می‌توان صحت عقود معلق را مطابق با قاعده دانست و از قاعده‌ای تحت عنوان «تعلیق‌پذیری عقود» نام برد. با این حال راجع به این که عقود وثیقه‌ای به عنوان یکی از اقسام عقود شناخته شده در نظام حقوقی کنونی، قابل تعلیق هستند یا خیر، تردیدهایی از سوی فقها و حقوق دانان مطرح شده است. برخی از صاحب نظران معتقدند که تعلیق در عقود وثیقه‌ای راه ندارد و در راستای توجیه نظر خود به دلایلی تمسک جسته‌اند. در مقابل برخی دیگر بر این نظرند که تعلیق همانند سایر عقود، در این دسته از عقود نیز جریان دارد. با توجه به این که قاعده اولیه، جواز تعلیق در عقود است و دیدگاه ناظر بر عدم امکان تعلیق عقود وثیقه‌ای خلاف اصل و قاعده است، در این نوشتار سعی نگارنده بر این خواهد بود که دلایل ارائه شده از سوی مخالفان جواز تعلیق عقود مذکور را مورد مذاقه قرار دهد و با دید تحلیلی به بررسی آن‌ها بپردازد تا صحت و سقم‌شان مشخص گردد.

مرابحه بانکی و مشروعیت آن

نویسنده: علی‌زاده، امیرحسین

مجله: حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۰۴.

عقد مرابحه یکی از عقود اسلامی و یکی از ابزارهای بانک‌های اسلامی برای اعطای تسهیلات است. عقد مرابحه به دو شیوه منعقد می‌شود: مرابحه ای که یک شخص کالایی را خریداری نموده، با مقداری سود به شخص دیگری می‌فروشد؛ مرابحه‌ای که علاوه بر خریدار و فروشنده، بانک نیز حضور دارد. بدین ترتیب که بانک بر مبنای سفارش اولیه خرید، کالا را از فروشنده می‌خرد، سپس آن را به موجب عقد مرابحه و با مبلغی سود به مشتری می‌فروشد. در این نوع قرارداد ممکن است بانک برای خرید کالا و خدمات و



فروش آن به مشتری وکالتی بدهد، همچنین ممکن است برای پرداخت قیمت کالا کارت اعتباری صادر نماید. مرابحه بانکی در حقیقت یکی از مصادیق بیع عینه است که در احادیث شیعه و فقه اسلامی بیان شده است. در این نوع قرارداد، چند قرارداد با یکدیگر تلفیق می‌شود: پیشنهاد خرید کالا و تعهد به خرید از جانب مشتری، وکالت بانک به مشتری برای خرید کالا، پرداخت قیمت بر مبنای کارت اعتباری مرابحه و فروش آن به خود. در این نوع قرارداد بانک باید کالای مورد تقاضا را به مالکیت خود در آورد، سپس کالا را بر مبنای مرابحه به مشتری بفروشد. این توافق و تراضی طرفین مبنی بر تعهد خرید از سوی مشتری مشروع است و نیروی الزام آور خود را از تراضی طرفین اخذ می‌کند. در حقوق ما نیز ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند مستندی برای مشروعیت این تراضی باشد، لکن وکالت اعطایی بانک به مشتری و پرداخت از طریق کارت اعتباری با ایراد و اشکال مواجه است.

مداخله شخص ثالث در دادرسی کیفری؛ جلوه‌ها و موانع

نویسنده: صابر، محمود، خلیق آذر، سمیه

مجله: مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۹.

در آیین دادرسی کیفری، حقوق طرفین دعوا، همواره مورد توجه حقوقدانان و قانونگذاران بوده و برای جلوگیری از تضییع حق ایشان راهکارهایی پیش‌بینی شده است؛ اما تا به حال حقوق اشخاص ثالث در دادرسی‌های کیفری جز در موارد استثنایی مورد توجه قرار نگرفته و بدان توجه نشده است. یکی از چالش‌های پیش روی اشخاص ثالث، عدم پذیرش آنان از سوی دادستان دادگاه‌های کیفری و نبود رویه‌ای واحد در این خصوص است. هدف پژوهش حاضر، معرفی جلوه‌های مداخله شخص ثالث در دادرسی‌های کیفری و موانع این مداخله است. روش پژوهش حاضر، بر مبنای توصیف و تحلیل داده‌هایی است که از طریق مطالعه پیرامون مبحث اشخاص ثالث و مشاهده رویه دادگاه‌ها در این خصوص به دست آمد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که از مهم‌ترین نواقص آیین دادرسی کیفری در زمینه مداخله اشخاص ثالث در دعاوی کیفری، عدم تصریح در قانون و همچنین، پذیرش اعتبار امر مختوم کیفری است. با وجود این، توجه به محتوای برخی مواد قانونی همچون ماده ۴۱۸ ق.آ.د.م، ماده ۲۱۵ ق.م.ا و ماده ۱۴۸ ق.آ.د.ک، نشان‌دهنده اهمیت جایگاه شخص ثالث در دادرسی کیفری و پذیرش آن



توسط قانونگذار است. بررسی شرایط اعتبار امر مختوم کیفری نیز نمایانگر عدم وجود شرایط کامل تحقق این قاعده در رابطه با آرای کیفری است که جنبه مالی دارند. از جمله راه کارهایی که می‌توان جهت کاهش تعارض آرا پیشنهاد داد، توجه به رویه‌های قضایی پذیرش شخص ثالث و الگو گرفتن از آن‌ها و همچنین توجه به محتوای مواد قانونی ذکر شده و عدم تأکید صرف به عدم تصریح در قانون می‌باشد، چراکه تفسیرهای قضایی راه حل مناسبی در این زمینه است.

صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی

نویسنده: سلطان احمدی، جلال، تقی زاده، ابراهیم، تقی زادگان، راضیه
مجله: مطالعات حقوقی، تابستان ۱۳۹۸، دوره یازدهم، شماره ۲.

توافق یا شرطی که بر اساس آن مشروط علیه نسبت به مال یا تعهدی از انجام عمل حقوقی مخالف و معارض ممنوع می‌شود، مانند شرط عدم رقابت بین کارفرما و مستخدم یا شرط عدم فروش یا عدم اجاره مال معین، شرط ترک فعل حقوقی نام دارد. مسأله این تحقیق شناسایی تأثیر این نهی و منع مشروط و حکم عمل حقوقی معارض با شرط است. صراحت به بطلان معامله معارض با شرط مندرج در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی متضمن قاعده‌ای عام در این زمینه نیست. در نظریات حقوقی راجع به شروطی که مورد آن مال است، گاه بدون تفکیک بین وجود یا عدم حق عینی مشروط علیه بر مال نظریات متعارضی بیان شده است؛ در عقود عهدی نیز راهکار مناسبی بیان نشده. این پژوهش با تفکیک عمل حقوقی معارض به عمل توأم با حسن نیت شخص ثالث و عمل توأم با سوء نیت وی، درصدد استثنا کردن بطلان و دفاع از ضمانت اجرای صحت و جبران خسارات مشروط له از طرق دیگر است. اصول صحت و لزوم و قاعده منع سوء استفاده از حق، قاعده حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و نظریه کارایی اقتصادی و نقض کارآمد قرارداد، از مهم‌ترین مبانی دفاع از نظریه صحت عمل حقوقی معارض در این تحقیق است.

بررسی شرط طهارت مولد در شاهد

نویسنده: حسن زاده، مهدی، رحیمی، محمود

مجله: مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۸، سال چهارم و نهم، شماره ۲.

در راستای انطباق برخی قوانین با فقه امامیه، ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ و



۱۳۷۰ اصلاح و شرط طهارت مولد به شرایط شاهد اضافه شده است. در خصوص این ویژگی در شاهد دیدگاه‌های متعدد و متفاوتی در حقوق اسلامی ارائه شده است. برای نمونه برخی حلال زادگی را از جمله صفات لازم برای شاهد دانسته و در مقابل برخی نویسندگان اسلامی حلال زادگی را از شرایط شاهد ندانسته‌اند. با توجه به اینکه در مورد دلایل و مستندات هر یک از دیدگاه‌های مطرح شده در این زمینه و اساساً ارتباط این شرط با مبحث شهادت سؤالات و ابهاماتی وجود دارد، هر یک از این دیدگاه‌ها و دلایل و ریشه‌های آنها قابل تأمل و بررسی است. نتایج بررسی نشان داد که با توجه به دلایل و مستندات، طهارت مولد در شاهد شرط نیست.

چالش‌های کیفی برداشت عضو افراد زنده به منظور پیوند

نویسنده: میرمحمدصادقی، حسین، صبوری پور، مهدی، خسروی، افضل
مجله: حقوق پزشکی، بهار ۱۳۹۸، شماره ۴۸.

پیوند عضو در ایران همانند بسیاری از کشورها به عنوان شیوه درمان آخرین مرحله نارسایی عضو پذیرفته شده است. منابع تأمین اعضاء، شامل اعضای بدن افراد زنده، فوت شده و مبتلا به مرگ مغزی است که از میان آن‌ها، در عمل، میزان قابل توجهی از اعضای مورد نیاز برای پیوند، از افراد زنده تأمین می‌شود. برداشت عضو افراد فوت شده یا مبتلا به مرگ مغزی برای پیوند به دیگری، به موجب «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آن‌ها مسلم است» تجویز شده، اما در مورد برداشت عضو افراد زنده، مقرر صریحی مبنی بر تجویز این رفتار به تصویب نرسیده و مقرر قانونی سابق مشعر بر تجویز ضمنی این رفتار (بند ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۳/۷) نیز صریحاً نسخ شده است، بنابراین با توجه به عدم تفاوت بین رفتار «برداشت عضو افراد زنده» با عنصر مادی جنایات و عدم تأثیر رضایت مجنی علیه و انگیزه مرتکب در ماهیت رفتار مجرمانه، حکم ابتدایی این رفتار، شمول عنوان جنایت بر آن است که مواد قانونی قابل تصور برای توجیه آن، ماده‌های ۱۵۸ و ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی خواهد بود. با تأمل در ماده ۱۵۸ مشخص می‌شود که «برداشت عضو افراد زنده برای پیوند به دیگری»، خارج از شمول مقررات این ماده می‌باشد، هر چند رفتار مذکور با تفسیر ماده ۱۵۲ بر اساس ملاحظات عینی، در شرایطی تحت شمول آن قرار گرفته و موجب رفع مجازات از مرتکب می‌گردد. با این حال، استناد به این ماده برای توجیه رفتار مذکور، از یک طرف با موانعی مواجه بوده و از طرف دیگر، دارای نتایج غیر قابل قبول و توالی فاسد

متعددی است که ورود قانونگذار به موضوع و تعیین حکم آن ضمن تعریف نظام قانونی منسجم برای پیوند عضو را اقتضا می‌نماید.

حق حبس زوجه با وجود اعسار زوج

نویسنده: مرادی، خدیجه

مجله: دانش حقوق مدنی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۹.

یکی از حقوقی که در فقه امامیه و قانون مدنی برای زوجه به رسمیت شناخته شده، حق حبس در نکاح می‌باشد؛ یعنی زوجه می‌تواند در صورت حال بودن مهر تا دریافت تمام مهر از انجام وظایفی که در مقابل زوج دارد امتناع نماید. سوالی که مقاله حاضر می‌کوشد تا به آن بپردازد، این است که آیا با وجود اعسار زوج از پرداخت مهر، زوجه هم چنان حق حبس دارد؟ از مجموع آراء فقها، سه نظریه قابل استنباط است: (نظریه سقوط حق حبس، نظریه عدم سقوط حق حبس و نظریه تفصیل بین علم و جهل زوجه به اعسار زوج. هر چند که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ دیوان عالی کشور مطابق دیدگاه دوم که نظر مشهور فقهای امامیه است، می‌باشد، اما به نظر می‌رسد می‌توان نظریه سوم را به دلیل قاعده اقدام و احراز اسقاط ضمنی حق حبس از سوی زوجه عالم به اعسار زوج؛ مطابق انصاف و عدالت دانست و معتقد بود، در صورت جهل زوجه و حکم به تقسیط مهر از سوی محاکم نیز مطابق نظر برخی از فقهای معاصر، با پرداخت اولین قسط، سقوط حق حبس زوجه با شرع و مصلحت خانواده و اجتماع سازگاری بیشتری دارد.



معرفی کتاب

مینا سالمی^۱

”ریاست محترم شعبه

در خصوص پرونده کلاسه مطروحه در آن شعبه محترم و در دفاع از حقوق موکل مطالب ذیل را به استحضار عالی می‌رساند ...
قضات محترم دادگاه تجدید نظر استان
اینجانب به عنوان وکیل محکوم علیه آقای مراتب اعتراض شدید خود را نسبت به دادنامه صادره از شعبه ۹ دادگاه کیفری دو”
این همان جملات آشنا و تکراری است که هر روز ذهن یک آقا یا خانم وکیل را به خود درگیر می‌کند.

تازه‌کار باشید یا با سابقه، پیر باشید یا جوان، حتماً روزی دلتان خواسته است که با اسطوره‌های حقوق کشور در جلسه ای از دادگاه شرکت کنید و شاهد دفاع در آن محکمه باشید یا حتی ممکن است هرگاه لایحه‌ای را به دقت و با عشق می‌نویسید دلتان بخواهد بدانید که دکتر کاتوزیان، دکتر شهیدی، دکتر امامی، دکتر نوربها و سایر اسطوره‌ها، چطور لوایح خود را تنظیم می‌کردند. چطور محضر دادگاه را مورد خطاب قرار می‌دادند؟ چگونه تشکر می‌کردند؟ طولانی می‌نوشتند یا به اختصار؟ با مقدمه یا بی مقدمه؟

شاید از نظر مردم عادی، لایحه چند خطی خوب نباشد، اما وکلا و قضات به خوبی می‌دانند که نحوه نگارش یک لایحه می‌تواند سرنوشت

۱۴۰

۱. وکیل پایه یک دادگستری

مبارک
حقوق

شماره ۱۲۹ / آبان ۹۸



یک پرونده را تغییر دهد. دکتر ایراندخت نظری، همسر مرحوم استاد دکتر مهدی شهیدی، رؤیای همیشگی ما در دسترسی به لوایح دکتر شهیدی را با گردآوری کتاب زیر تحقق بخشیده‌اند:

نظریه‌های حقوقی و لوایح دکتر مهدی شهیدی

گردآوری و تدوین: دکتر ایراندخت نظری

انتشارات: مجمع علمی و فرهنگی مجد

اولین چاپ: ۱۳۹۷

درباره نویسنده

نویسنده حقیقی این کتاب همان طور که در مقدمه ذکر شد، مرحوم استاد دکتر مهدی شهیدی است که همگی با شخصیت علمی و اجتماعی وی به خوبی آشنا هستید و به نظر می‌رسد تلاش بنده در معرفی ایشان کاری بیهوده و عبث باشد. اما دکتر ایراندخت نظری وکیل دادگستری و همسر استاد شهیدی که همواره لطف و عنایت فراوانی نسبت به مدرسه حقوق داشته‌اند، خود یکی از نویسندگان و اساتید برتر حقوق کشورمان هستند که از آثار ایشان می‌توان به الزام‌های بدون قرارداد، مقررات مربوط به خانواده در قانون مدنی ایران، مسئولیت مدنی خسارات ناشی از تصادفات، حمایت از کودکان بی سرپرست، اشتباه در شخص طرف معامله و ... اشاره کرد.

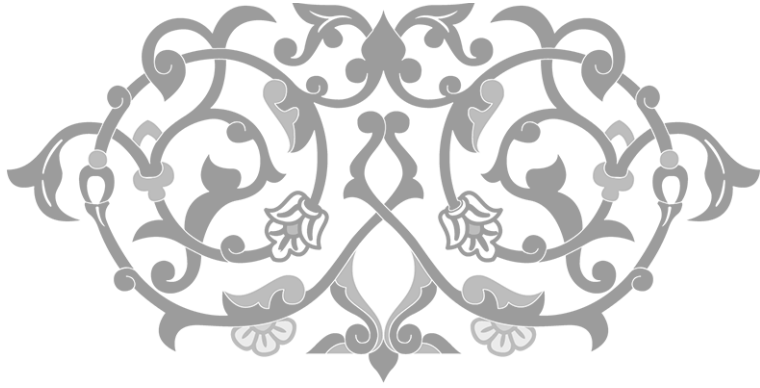
درباره کتاب

کتاب پیش رو از دو بخش اصلی تشکیل شده است. بخش اول: نظریه‌های حقوقی در دعاوی بین المللی و بخش دوم: لوایح که در دو قسمت حقوقی و کیفری تنظیم شده است. در بخش اول کتاب، شاهد روند کامل دفاع از سوی استاد در چند دعوای بین المللی خواهید بود که در آنها نه تنها به لوایح وکلای طرف مقابل نیز اشاره شده، بلکه مورد تحلیل نیز قرار گرفته است. به طوری که خواننده می‌تواند خود را در جلسه دفاع تصور کرده و شاهد بحث و گفت‌گویی طرفین دعوا باشد. در بخش دوم که خود از دو قسمت تشکیل شده، تعدادی از لوایح حقوقی و کیفری استاد در معرض دید حقوقدانان قرار گرفته است. نکته قابل توجه در این بخش این است که لوایح در مورد دعاوی شایع و پر اهمیتی

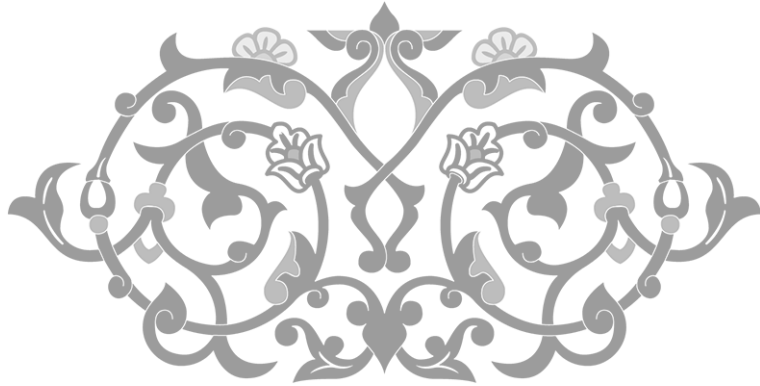


همچون خیانت در امانت، جعل، ابطال رأی داوری، تعهدات قراردادی و ... بوده و علاقه -
مندان با مطالعه این بخش با نحوه نگارش لایحه، مواد قانونی مرتبط و حتی نظریه
پردازی‌های دکتر شهیدی در دعاوی مختلف آشنا میشوند.

این کتاب صرفاً جنبه تئوریک و دانشگاهی نداشته و به عنوان یک منبع کاربردی در
اختیار وکلا و قضات قرار دارد. با وجود اینکه تاکنون کتاب‌های زیادی در مورد آموزش فن
دفاع به رشته تحریر در آمده، به نظر می‌رسد کتاب موصوف با آموزش عملی فن دفاع،
توفیق بیشتری داشته است. پس اگر از یک سو خواستار تقویت فن دفاع و لایحه نویسی
در خود هستید و از طرف دیگر شوق مشاهده لوایح و نحوه دفاع استاد دکتر مهدی
شهیدی در شما موج می‌زند، مطالعه این کتاب را به شما توصیه می‌کنیم.



زنگ تفریح





تاریخ اندیشه‌های حقوقی به بیان طنز

(بخش سوم: سزار بکاریا)

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

۲۷۲ سال قبل از اینکه نویسندهٔ این سطور به شهر میلان در ایتالیا برود، یعنی در ۱۵ مارس ۱۷۵۸ میلادی، در یک خانواده اشرافی در همان شهر که البته من در سال ۲۰۱۰ میلادی به زیارت آن نائل آمدم، طفلی به دنیا آمد به نام «چرزبون سانا بکاریا» که در تاریخ اندیشه حقوقی به نام «سزار بکاریا» معروف است. از جزئیات زندگی وی اطلاع دقیقی در دست نیست، ولی همین که این سزار عزیز در سن بیست سالگی توانسته است درجه دکتری از دانشگاه پاوی دریافت نماید، می‌توان حدس زد که خیلی اوضاع شیر و پنیری حاکم بوده است، چون هر جوری که حساب کنیم گرفتن دکتری در سن بیست سالگی با عقل و منطق و زمان و مکان جور در نمی‌آید. با این حال سزار جوان ما نیز مثل همه انسان‌ها مرتکب اشتباه شد؛ اول عاشق شد و سپس با همو که عاشقش شده بود یعنی خانم ترازدی بلاسکو در ۲۲ فوریه ۱۷۶۱ میلادی ازدواج کرد و این ازدواج همان گونه که از اسم همسرش هم قابل پیش بینی بود به تراژدی تبدیل شد و باعث خشم پدر گردید و بکاریا مجبور به ترک خانواده شد. این ترک بر خلاف ترک‌های دیگر که باعث رشد و گشایش در کار آدمی می‌شود، برای او سختی‌های زیادی را به ارمغان آورد. خوش شانسی بکاریا در این بود که دو رفیق لوتی به نام‌های پیترو و الساندر وری داشت که آن‌ها کمکش کردند تا خیلی نبود حمایت‌های مالی پدر، روی روحیه مالی سزار اثر نگذارد و سروسامانی بگیرد. به اغوا و تحریک این دو برادر شیطان و همکاری ایشان، بکاریا گروهی به نام «مشت‌ها» تشکیل داد. تصور اولیه من هم مثل شما خواننده عزیز این بود که این گروه بزن بهادر بود، ولی ظاهراً قصد این گروه، مبارزه با اندیشه‌های خرافی بود.

۱۴۴

۱. دیپلم تجربی!

ماده
حقوق



در مجالس این گروه هم مانند تاکسی‌های درون شهری خودمان از همه چیز از جمله زندان و زندانیان بحث‌های زیادی می‌شد و همین باعث شد، بکاریا به تریج قبایش بر بخورد و در سن ۲۶ سالگی یعنی در سال ۱۷۶۴ میلادی کتابی در خصوص جرایم و مجازات‌ها بنویسد. این کتاب به زودی شهرت زیادی را برای بکاریا دست و پا کرد که علت اصلی این شهرت چند چیز بود: او از افاضات عالمانه که مرسوم همه رساله هاست، خودداری کرده بود و این کتاب را بر اساس عقل سلیم و استدلال خودش و به دور از بایدها و نبایدهای ماورایی کشیشان مسیحی آن زمان یا نقل قول و استناد به نظریات دکتر نوربها یا دکتر گلدوزیان و سایر اساتید حقوق جزای شهر میلان به رشته تحریر درآورده بود. به قول مولوی سخن تازه گفته بود تا دو جهان تازه شود. لازم به ذکر است که در آن زمان برخلاف زمان مسافرت نویسنده به میلان، در میلان یونتوس و یا آ. ث حاکم نبود، بلکه روزانه شش نفر اعدام می‌شدند و از سال ۱۷۴۱ تا ۱۷۶۲ بیش از ۷۷۰۰۰ نفر به مجازات زندان یا مجازات‌های سنگین‌تر محکوم شده بودند. لازم به ذکر است هر نوع شباهتی بین میلان آن روز و ایران امروز به ویژه در بحث زندانی‌های محکومیت مالی کاملاً اتفاقی است. این مجازات‌ها باعث تقلیل جمعیت شهر می‌شد و همه یک جوری درصدد اخذ تابعیت کانادا، گرجستان و ببخشید یک لحظه حواسم پرت شد، فکر کردم پای ماهواره نشستیم ام و تیزرهای ماهواره را دارم با خودم زمزمه می‌کنم ادامه مقاله باعث تقلیل جمعیت میلان می‌شد و تا ۱۲۰۰۰۰ نفر جمعیت شهر کاهش یافت. در این شهر عزیز یک ششم جمعیت نیز گدایی می‌کردند.

بکاریا در این کتاب نظریاتی داد که متأسفانه هنوز هم که هنوز است در حقوق جزای عمومی مورد توجه است و حتی ذهن نویسنده این مقاله را که معمولاً به جز پول متوجه چیز دیگر نمی‌شود، به خود مشغول کرده است. به راستی بکاریا چه گفت؟ در گوش که گفت؟ خودش به من گفت!!! ببخشید دوباره حواسم پرت شد و علت آن عجله بیش از حد سردبیر محترم در تهیه مقاله بود که مرا در حین نوشتن به موسیقی شیش و هشت کشاندند.... لطفاً به ادامه مقاله توجه فرمایید من خودم کتاب رساله جرایم و مجازات‌های بکاریا را نخونده ام، ولی همسایه طبقه بالایی ما که آن را خوانده بود، می‌گفت در این کتاب حرف‌های قشنگی زده بود که به دل آدم چنگ می‌زد!!! مثلاً می‌گفت بکاریا، نه گذاشته و نه برداشته و گفته است که جامعه باید سه کار را انجام دهد: اول نظام کیفری کاملاً قانونی برقرار سازد. بنا بر این گفتهٔ سخیف، قانون سد بزرگی است در برابر خودکامگی قاضی. به عبارت بهتر او از اینکه سدهای ژله ای با قانون ساخته شود که یک



حقوقدان در مقابل پرسش ارباب رجوع بگوید بستگی به نظر و استنباط قاضی دارد، سخت پرهیز داشت. البته او ظاهراً از بچگی آدم ترسویی بوده و به ویژه از روح خیلی می‌ترسیده است. چون در جایی گفته بود: «هیچ چیز خطرناک‌تر از این اصل متبع و عام نیست که روح قانون به مشورت خوانده شود». ترس از روح باعث شده بود که او استفاده از روح قانون، توسط حقوقدانان را ایجاد شکاف در سد قانون تلقی کند والا روح که ترس ندارد. در همین کشور خودمان بارها روح قانون‌های مرده را مورد استفاده قرار داده ایم و کسی هم نترسیده است. باور نمی‌کنید از قانون اقدامات تأمینی و تربیتی بپرسید!

نکته دوم صحبت‌های بکاریا که آن هم قابل رد است، این بود که باید برنامه ریزی کرد تا از وقوع جرم پیشگیری شود. این نظریه امروزه شکل مدرنی به خود گرفته و افراد می‌گویند باید فرهنگ سازی کرد. نخیر جانم این کلک قدیمی شده است. آیا ما به بهانه فرهنگ سازی دست روی دست بگذاریم و اجازه بدهیم مجرمین هر غلطی می‌خواهند بکنند؟ غیرتتان کجا رفته است؟

نکته سوم سخنان بکاریا بر این محور می‌چرخد که باید مجرمین، اطمینان قطعی به اجرای مجازات داشته و جامعه نیز اطمینان داشته باشد که مجازات، اثر اربابی دارد. در نظر او حتمیت اجرای مجازات بسیار مهم است. خوشبختانه بی پایه بودن این نظر واضح‌تر از آن است که نیازی به استدلال داشته باشد. یقیناً وقتی بعضی از افراد ژن برتر داشته، چه بسا با یک توپ و تشر و یا ترساندن ظاهری هم به راه بیایند و دیگر نیازی به اجرای واقعی مجازات نداشته باشیم. بله نمی‌توان منکر شد که دسته ای از افراد در جامعه هستند که باید با شدت آن‌ها را مجازات کرد تا چشم دیگران به حساب بیاید، ولی این قاعده در مورد همه صدق نمی‌کند. بکاریا حتی پا را فراتر گذاشته و گفته شکنجه را هم باید ممنوع کرد و اقرار ناشی از شکنجه را نباید اعتبار داد، چون تا زمانی که گناه کسی ثابت نشده باشد، نباید او را مجازات کرد، بعد از آن هم طبق قانون باید مجازات شود؛ لذا جایی برای شکنجه باقی نمی‌ماند. ای کاش همان زمان، سارقی خانه بکاریا را مورد دستبرد قرار می‌داد یا او را رئیس اداره پلیس میلان می‌کردند و نظم و امنیت شهر را از او می‌خواستند تا ببینیم باز هم قائل به ممنوعیت شکنجه می‌شد؟ به راستی که خامی و جوانی بکاریا در جای جای کتاب مشهود است و هر چند شهرت این کتاب زیاد شد و اصل بیهوده قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را در قوانین حقوق بشری وارد نمود، ولی باعث شد تا در موقع مرگ بکاریا کسی به خاکسپاری او نرود و او در گمنامی و تنهایی به خاک سپرده شود تا چشمش کور اگر بار دیگر به قول قائلین به تناسخ به این دنیا بازگشت،



دیگر مشتش را حواله خرافات مظلوم و مهربان نسازد و بداند که چوب خدا صدا ندارد. خرافات عزیزی که اگر نبود، خدا می‌داند عقل چه بلاهایی سر بشریت می‌آورد؟ از آنجایی که به شیوه فیلم‌های ایرانی و هندی عادت دارم در پایان قصه‌هایم همه با هم ازدواج کنند و تبهکاران هم به چنگ پلیس افتاده و به زندان بروند، به شما این مزه را بدهم که بعد از یک سال از ترک خانه توسط بکارها، پدرش فهمید که طبقه مختلف اجتماعی در اخلاق عروس‌ها تأثیری ندارد و همه یکسان غر می‌زنند، لذا با آغوش باز به استقبال ترازوی رفت و بکارها با یک بچه که بلافاصله بعد از ازدواجش به دست آورده بود، به آغوش ولرم خانواده بازگشت و در کنار هم به خوبی و خوشی زندگی کردند. قصه ما به سر رسید، کلاغه هم متوجه شد علت به خانه نرسیدنش، نبود مسکن مهر است که خوشبختانه ثبت نام کرده و انشاءالله به زودی به خانه اش می‌رسد.

