

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مدرسه حقوق

سال چهاردهم، شماره ۱۳۰، آذر ۱۳۹۸
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سردبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: آمنه شیران

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نفیسه مستقل

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم

پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد جوادی نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، مینا

سالمی، داریوش سپنتا، رسول فروغی، محمد فلاح‌پور، دکتر محسن قجاوند

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوق نیست.

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

دسترس است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

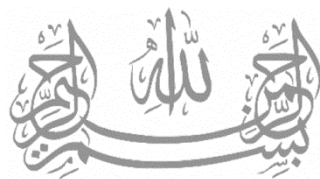
کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org

- 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 وکلا محسوب نمی‌شود.



فهرست مطالب

سرمقاله؛ اسکودا و مشق «کار گروهی» 4

مقالات

کنکاش 8

دکتر بهروز تقی خانی

ن تلاش برای قانونی کردن شوراییاری 23

دکتر سید محمود کاشانی

قانون اساسی؛ نوشته یا نانوشته 29

مسعود رجیبی سیاهبومی

تحلیل ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

(اجتماع سبب و مباشر) ۳۲

دکتر حسن پوربافرانی

ترمیم پرده بکارت و آثار حقوقی آن ۴۳

دکتر کیومرث کلانتری، قهرمان کریمی

بررسی تحلیلی سوگند وکالت، مندرج در ماده ۳۹

آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا ۶۴

محمد رضا قنبریان

جایگاه علم قاضی، به عنوان دلیل اثبات دعوی ۷۴

جمال الدین دانشگر

نحوه عملی مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت ۸۳

سالار جهانگیری، امیر امیری

جایگاه حقوقی شرکت‌های دولتی در قانون و رویه

قضایی ۱۰۴

صفورا نیکوخواه

گزیده سخنرانی‌ها

قبول و رد ترکه در قانون و رویه قضایی ۱۲۰

حسن وثیق زاده انصاری

دل نوشته‌های صنفی وکلا

نامه سرگشاده یک وکیل خطاب به ریاست محترم

قوه قضائیه، قضات و ۱۲۸

فیروزه دستادست

بایسته‌های حرفه وکالت

سی و سومین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های

وکلا دادگستری ایران " اسکودا " ۱۳۲

نادر فهامی

نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلا

دادگستری استان اصفهان ۱۳۴

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه .. ۱۳۵

پند استاد؛ درسی از استاد دکتر نجادعلی الماسی ۱۳۹

دکتر نجادعلی الماسی

گزیده مقالات کاربردی برای وکلا ۱۴۱

هاجر قاسمی

معرفی کتاب ۱۴۶

نفیسه مستقل

هشدار انتظامی ۱۴۹

روح اله محمدی

زنگ تفریح

چگونه یک وکیل خیلی خیلی خوب باشیم؟ ۱۵۴

محمد رضا محمدی جرقویه ای

میلرسپهر حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
چهاردهم

شماره
۱۳۰

فروردین ۱۳۹۰

سرمقاله

اسکودا و مشق «کار گروهی»

در نشست آبان ماه سال جاری اسکودا (اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران) طی انتخاباتی در دو مرحله، هیأت مدیره اسکودا نیز انتخاب شدند. انتخاباتی که از حیث مقدمات و چه از حیث اجرا، می‌توانست بهتر از این نیز جریان یابد. وکلا و کانونها همه در انتظار نتایج مثبت این انتخابات هستیم.

اما توفیق مجموعه کارگزاران اسکودا در انجام وظایف و رسالت‌های خویش، نیازمند ایجاد یا بهبود شرایطی چند است که به نظر می‌رسد بخش عمده ای از این نیازها، معلول عدم توفیق در «کار گروهی» است. البته «کارگروهی» و «دمکراسی» نیز با همدیگر در ارتباط و از جهاتی لازم و ملزوم و یا حتی علت و معلول یکدیگراند که اکنون موضوع و محل بحث نیست، لیکن نقش کارگروهی در درون و خارج از هر مجموعه و از جمله اسکودا به شرح زیر قابل تفکیک و توضیح است:

ناگفته نماند ساختار اسکودا چندان تفاوتی با ساختار هیأت مدیره کانون‌های وکلا ندارد و آنچه در خصوص کار گروهی در درون یا برون هر مجموعه گفته می‌شود، علاوه بر مدیریت در اسکودا شامل هیأت مدیره کانون‌ها نیز می‌شود.

کار گروهی در درون هر مجموعه

در کشور ما علی‌الاصول به دلیل سوابق سیاسی، تاریخی، اجتماعی و غیره، همه امور به طور شخصی انجام می‌شود و تصمیم گیرنده یک شخص است و در جمع‌های گوناگون نیز هرگاه

ظاهر امر بر مبنای تصمیم گروهی و کار گروهی باشد، رشته تصمیم و تدبیر امور در دست یک شخص است و دیگران قاعدتاً با اجرای اصل صحت، تنها به تصمیمات و تقریرات «فرد» صحه گذاشته و به اصطلاح معروف چیزی جز «ماشین امضاء» نیستند. این طریق سابقه ای دراز در فرهنگ و تاریخ ما دارد و گذار و گذر از آن به سادگی امکان پذیر نیست. مشروطه نیز با تمام ویژگی ها، تغییرات و تأثیرات و با سابقه ای یکصد و ده ساله همچنان نتوانسته است به دلیل شرایط مختلف در کشور ما، آن چنان که شایسته است رشته کار گروهی و تصمیم گروهی را جایگزین تصمیم و کار فردی نماید.

بدین ترتیب در درون هر هیأت رئیسه یا هر مجموعه دیگری که با نام‌های مشابه مانند کمیسیون، گروه و ... قرار است دور یکدیگر جمع آمده و به صورت گروهی امور محوله را سامان بخشند، معمولاً یک تن که می‌تواند مدیر عامل، رئیس هیأت مدیره و مانند آن باشد، زمام امور را به دست گرفته، مطلق العنان امور را به نحوی که صحیح و نافع می‌داند پیش می‌برد. دیگران نیز خود را فارغ از گرفتاری‌های گروهی، در فراغت پنداشته، نه تنها ذمه خویش را از مسئولیت‌های محوله مبرا می‌دانند، بلکه مدعی مسئولیت همان یک فرد در قبال همه وظائف گروه اند.

این تلقی از سوی فرد فعال در یک گروه، گاه از خود سری، طبع دخالت گر، استبداد رأی و گاه از توان بالا، ذات فعال و خستگی ناپذیر و دیگر صفات نیک یا ناپسند نشأت می‌گیرد. به همین ترتیب این رویکرد از سوی جمع غیر فعال در یک گروه می‌تواند منشا انزوا، عدم مسئولیت پذیری، واگذاری امر به دیگران، پذیرش مطلق العنان بودن «فرد» به منظور عدم ایجاد تنش و پیشگیری از ضربه بزرگتر به مجموعه و مانند آن باشد.

اما به هر حال چنانچه در عموم فعالیت‌های امروزه شاهدیم کمتر مجموعه ای دیده می‌شود که تمام یا اکثر افراد آن به نحو تقریباً یکسان

خود را مسئول دانسته و یا در امور مشارکت نمایند. همچنان که کمتر دیده می‌شود که یک فرد در عموم این مجموعه‌ها، به اقدامات شخصی و یک‌جانبه دست نزند.

این روش باید به هر ترتیب کم‌رنگ و اصلاح شود تا شیرینی کار گروهی به ذائقه هر مجموعه بنشیند و آثار مثبت آن ظاهر گردد. اسکودا و هیأت مدیره‌های کانون نیز باید در این کار گروهی «مشق لازم» کنند تا آثار برکات آن آشکار و سنت صحیح و حسنه‌ی «کار گروهی» به معنای واقعی تحقق یابد.

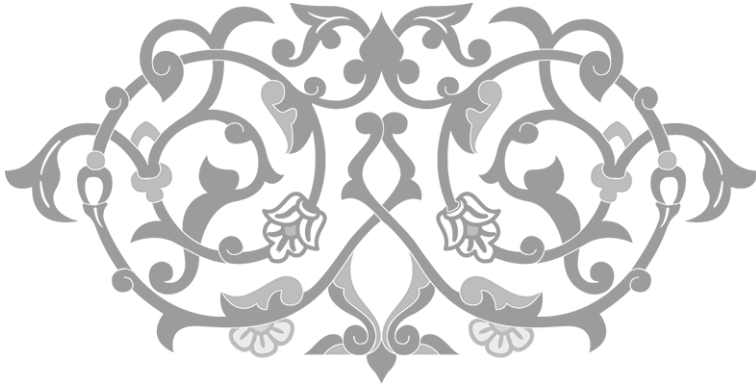
کار گروهی در بیرون از هر مجموعه

در عموم انتخاباتی که منتهی به سپردن مسئولیت به گروهی می‌شود، انتخاب کنندگان پس از انتخابِ منتخبین خود و اعلام نتایج و احتمالاً شادی و تأسفی که پس از آن برای لحظات یا ایامی چند از خویش بروز می‌دهند، تماماً کار را به منتخبین سپرده و خویش را از گردونه مسئولیت خارج می‌دانند و این منتخبین اند که باید به همه امور اشتغال ورزند و به تدبیر کار جمع پردازند، با مشکلات دست و پنجه نرم کنند، نیازهای مجموعه را شناسایی و مرتفع سازند و با کمبودها بسازند. انتخاب کنندگان نیز معمولاً در طول دوره مسئولیت مجموعه، کمترین سراغ را از آنان می‌گیرند و در انجام امور و تکالیف جمع دخالت و اظهار نظر ندارند و با اتمام دوره مسئولیت مجموعه، مجدداً تنها بنا به فراخور هر مجموعه، انتخابات جدید برگزار و همچنان دور باطل را به جریان می‌اندازند.

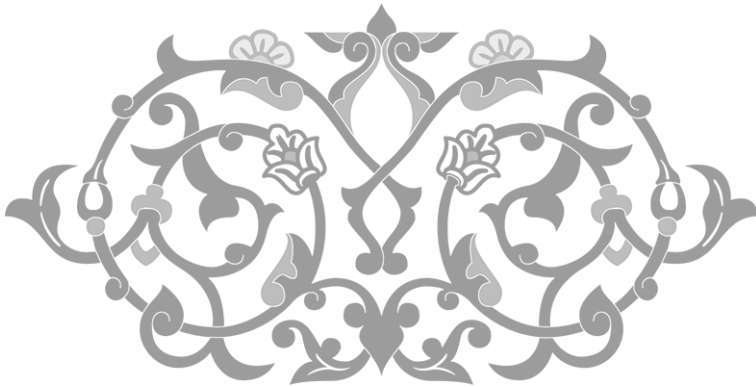
اسکودا نیز از رنج ناشی از فقدان شرایط پیش‌گفته در امان نیست. همچنان که تا حد بسیاری هیأت مدیره‌های کانون‌ها نیز چنین اند. برای برون رفت از مشکل، باید از یکسو هیأت‌های مدیره از انجام امور به صورت شخصی به شدت پرهیز نموده و از واگذاری حسابگرانه امور به جمع خودداری کنند و همچنانکه به صورت گروهی انتخاب شده‌اند، به صورت گروهی نیز فارغ از تأثیر هرگونه جو انتخاباتی و

یا گروهی به وظایف خویش همت گمارند. انتخاب کنندگان نیز در مقابل باید پس از انتخاب، منتخبین را از رهنمود ها، تذکرات، پیشنهادهای و انتقادات خویش بهره مند سازند و راه را برای ارتقای سطح فرهنگی انتخاب شدن و انتخاب کردن باز گذارند. امید که مشق کار گروهی، در اسکودا، هیأت‌های مدیره کانون‌ها به بلوغ لازم رسیده و عطر آن دیگر مجموعه‌های مسئولیتی را نیز شاداب نماید.

مدیر مسئول



مقالات



کنکاش

دکتر بهروز تقی خانی^۱

گفتم که به گوشه ای چو سنگی
بنشینم و روی خود به دیوار
دیدم که میسرم نگردد
تو سنگ در آوری به گفتار

سعدی

اشاره

از جمله محاسن «مدرسه حقوق» در شماره های دور، نقد و بررسی صاحب نظران نسبت به مطالب منتشر شده بوده است. به طوری که گاه مطلبی در چندین نوبت و در شماره های بعدی، موجب طرح مباحثات علمی دنباله داری می‌گردید. متأسفانه مدتی این مثنوی، مورد تاخیر واقع شد، تا اینکه اخیراً مقاله ای از استاد گرانقدر، جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی، در کنکاش نسبت به مطلبی، واصل گردید. آقای دکتر تقی خانی که خود سلسله جنبان «مدرسه حقوق» هستند و دوام، پیشرفت و توسعه «مدرسه حقوق» مرهون زحمات و تلاش‌های وصف ناپذیر ایشان می باشد و همواره مشوق همکاران و شاگردان خود در راه اعتلای نهاد وکالت و مدرسه حقوق بوده اند؛ این بار نیز با بزرگواری خود در ارسال این مقاله، باب نقد و پاسخگوئی را که دوره جدید مدرسه حقوق همواره متقاضی انجام آن می باشد، باز نمودند. به امید ادامه این روش پسندیده

سردبیر

درآمد

اخیرادر شماره ۱۲۷ ماهنامه «مدرسه حقوق» مطلبی دیدم با عنوان «نمونه کاربردی رأی دادگاه» مزین به نام آقای «علیرضا شمس اژیبه- قاضی دادگستری». ظاهرا سردبیر محترم مدرسه حقوق یا فرد دیگری هم در همان صفحه اول مقاله نوشته اند: «... قاضی وقت شعبه، با بررسی دقیق، رأیی شایسته صادر می‌کند که حق مطلب را ادا کرده و در فضای مجازی نیز مورد تقدیر و تشویق صاحب نظران قرار می‌گیرد. مطالعه، دقت و تفکر در رأی داوران و سپس رأی دادگاه نکات ارزشمندی را به صورت کاربردی به علاقمندان آموزش می‌دهد».

رأی را که خواندم - به دلایلی که فعلا گفتن ندارد - تصمیم گرفتم برخی از نکات پنهان و ناپیدای رأی را از خفا بیرون بکشم تا خواننده مدرسه حقوق، به مشرب صادر کننده رأی آگاه بشود. نتیجه: وجیزه ای است که می‌خوانید:

جامه دران

بین «شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه» و «کانون تبلیغاتی اصفهان آگهی» قراردادی منعقد شده که بند هشتم آن می‌گوید: «کلیه اختلافاتی که ممکن است بر اثر اجرای این قرارداد یا تعبیر و تفسیر مندرجات آن بین طرفین رخ دهد و نتوان آن‌ها را از طریق مذاکره و یا مکاتبه حل و فصل نمود، در هیأتی مرکب از نماینده بهره بردار، یا نماینده وی، شرکت و یک نفر داور مرضی الطرفین آن‌ها مطرح و حل و فصل خواهد گردید».

پس از بروز اختلاف و تعیین داوران از طرف دادگاه و ارجاع امر به داور، سرانجام داوران، شرکت اتوبوسرانی را محکوم می‌کنند که مبالغی به شرکت اصفهان آگهی بپردازد و شرکت اتوبوسرانی، دادخواستی به خواسته ابطال رأی داوران به دادگاه می‌دهد. با توجه به این که بند ۱ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی: «شهرداری‌ها و شرکت‌های تابعه آنان را مادام که بیش از پنجاه درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداری‌ها باشد» مؤسسه عمومی غیر دولتی می‌داند و با التفات به این که سرمایه «شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه» صد در صد متعلق به شهرداری اصفهان است (طبق اساسنامه شرکت) و نیز نظر به اصل ۱۳۹ قانون اساسی که می‌گوید: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داور در هر مورد موکول به تصویب

هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد» و با توجه به ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی که می‌گوید: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد...» شرکت اتوبوسرانی اصفهان و حومه می‌گوید: رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد مذکور بین «شرکت اتوبوسرانی» و «شرکت تبلیغاتی اصفهان آگهی» در صلاحیت دادگستری است و هیأت داوری صلاحیت رسیدگی به اختلافات را ندارد.

اما، دادگاه حرف و سخن دیگری دارد. می‌گوید: (و این عین عبارت اوست): «دائرة فعالیت‌های شرکت خواهان حمل و نقل عمومی و امور و موضوعات وابسته به آن است که اعمال تصدی است، بنابراین قراردادهای شرکت که در راستای فعالیت خود انجام می‌پذیرد، منصرف از اصل ۱۳۹ قانون اساسی که برای اعمال حاکمیت منظور شده می‌باشد...» (سطرهای ۱۷ تا ۲۰ صفحه ۳۲)

« اموال شرکت‌های دولتی و شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری اموال دولت و عموم نبوده و از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خروج موضوعی دارد». (سطرهای ۱۵ تا ۱۷ همان صفحه)

- « منع مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بایستی تفسیر مضیق بشود، چنانچه رویه قضائی و نظریه برخی علمای حقوق این منع را ناظر به امور حاکمیتی می‌دانند». (سطر ۸ تا ۱۰ همان صفحه ۳۲)

البته دادگاه بر اثبات مدعای خود، از اینجا و آنجا دلایلی جمع و جور کرده که بگوید «اموال شرکت‌های دولتی»، «اموال دولتی» نیست و « اموال شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری»، « اموال شهرداری » محسوب نمی‌شود، لذا ارجاع دعاوی راجع به اموال شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه به داوری، نیاز به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی ندارد. خلاصه بر همین مبنا، آقای رئیس دادگاه صادر کننده دادنامه، رأی هیأت داوران را (که مورد اعتراض شرکت واحد اتوبوسرانی قرار گرفته) با هیچ یک از بندهای ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی مغایر ندانسته «حکم به بطلان دعاوی شرکت واحد اتوبوسرانی صادر کرده است.

زیر افکن

ریاست محترم صادر کننده رأی (در سطرهای ۲۴ و ۲۳ - صفحه ۳۱) نوشته اند: «اموال عمومی و دولتی مطرح در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین

دادرسی مدنی، مطلق اموال دولت و شرکت‌های دولتی نیست...»
لازم است توضیحاً عرض کنم: هم در اصل دادنامه ای، که به شرکت اتوبوسرانی
ابلاغ شده و هم در چاپ آن در «مدرسه حقوق»، به جای کلمه «مطلق»، نوشته اند:
«مطابق»، که مسلماً اشتباه تایپی است، زیرا: اولاً: کلمه «مطابق» در عبارت مذکور
معنی ندارد. ثانیاً: ادعای آقای صادر کننده رأی به این که «اموال عمومی» و «اموال
دولتی» هیچکدام «اطلاق» ندارند و «اموال عمومی» شامل «اموال شرکت‌های وابسته
به شهرداری» نمی‌شود، در چند جای دیگر دادنامه تکرار شده است. به عنوان مثال در
سطرهای ۲۰ و ۲۱ - صفحه ۳۲: «هدف نویسندگان قانون اساسی اطلاق اموال
قراردادهای دولتی و عمومی و شرکت‌های وابسته به آن‌ها نبوده...»

همچنین در سطر سوم - از صفحه ۳۴: «پذیرش بی اعتباری شرط داوری با تفسیر
مطلق اصل ۱۳۹ خلاف نظر تدوین کنندگان...» قانون اساسی است.

در سطرهای ۸ تا ۱۱ صفحه ۲۳ نیز نوشته اند: «منع مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی
بایستی تفسیر مضیق شود، چنانچه رویه قضائی و نظریه برخی علمای حقوق، این منع را
ناظر به امور حاکمیتی می‌دانند و مانعی برای داورپذیری اموال و دعاوی که در چرخه آزاد
تجاری و تصدی‌گری قرار می‌گیرند، نمی‌بینند.»

استدلالش را هم از سطرهای ۱۳ تا ۱۷ صفحه ۳۲ نقل می‌کنم. می‌گوید: «برابر ماده
۲ آئین نامه اموال عمومی و دولتی موضوع ماده ۱۲۲ قانون محاسبات عمومی کشور،
اموال دولتی اموالی است که توسط دولت و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود و یا به هر
طریق دیگر به تملک دولت در آمده یا در می‌آید»، بنابراین، اموال شرکت‌های دولتی و
شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری، اموال دولت و عموم نبوده و از شمول اصل ۱۳۹
قانون اساسی خروج موضوعی دارد.»

آنچه رئیس محترم دادگاه صادرکننده حکم نوشته، با ظاهر و غرض قانون
اساسی، مغایر است، بارویه قضائی - و البته و صد البته - با نظر علمای حقوق هم انطباق
ندارد. دلیلیش:

عبارت سطرهای ۱۳ تا ۱۴ از صفحه ۳۲ همان رای است: «برابر ماده ۲ آئین نامه
اموال عمومی و دولتی... تا آخر».

یادآوری این نکته بی فایده نیست که اسم آئین نامه مذکور «آئین نامه اموال دولتی»
است، نه «آئین نامه اموال عمومی و دولتی». به نظر می‌رسد ریاست دادگاه عمداً و نه
سهواً - قید «عمومی و» را به عنوان آئین نامه افزوده اند، تا برای نظریه خود محملی

دست و پا کنند و بگویند: « اموال شرکت‌های دولتی و شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری، اموال دولت و عموم نبوده و از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی، خروج موضوعی دارد».

در هر حال، آئین نامه اموال دولتی، - شماره ۱۰۴۲۴/۱ ت ۲۱۲ ه مورخ ۱۳۷۲/۷/۱۱ - مصوب هیأت وزیران است و در تاریخ ۷۴/۹/۱ - اصلاح شده. ماده دوم آئین نامه اصلاح شده مذکور می‌گوید: «اموال دولتی اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی که صد در صد سهام آن‌ها متعلق به دولت است، خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک در آمده یا در می‌آیند». ماده داد می‌زند که قانونگذار در مقام تعریف «اموال دولت» است، اما آقای رئیس دادگاه، از آن چنین دریافته‌اند که گویا «اموال شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری، اموال دولت و عموم نبوده و از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خروج موضوعی دارد».

فرموده اند:

«اموال عمومی و دولتی مصرح در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، مطلق اموال دولت و شرکت‌های دولتی نیست» (سطرهای ۲۳ و ۲۴ - صفحه ۳۱)
ادعای مذکور:

مغایرت دارد با نظریه شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۹/۱۷ شورای نگهبان که می‌گوید:
«اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌داند».

مغایرت دارد با نظریه دیگر (شماره ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۲/۱۰) شورای نگهبان که می‌گوید:

« برحسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در مورد موافقت نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، هرچند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود». یعنی بر خلاف گفته آقای رئیس دادگاه، اصل ۱۳۹ قانون اساسی اطلاق دارد و منظور از اموال، هم اموال دولت است و هم اموال شرکت‌های دولتی. تکلیف قراردادهائی هم که پیش از انقلاب منعقد شده روشن است و گفتن ندارد.
مغایرت دارد با اصل پنجاه و پنجم قانون اساسی که می‌گوید:

«دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید...»
تکلیف دیوان محاسبات به رسیدگی یا حسابرسی «شرکت‌های دولتی»، دلیل است بر این که از نظر قانون اساسی ایران، اموال شرکت‌های دولتی نیز «اموال دولتی» به حساب می‌آید.

همین جا بگوییم، بحث ما راجع به اموال شهرداری است و اصل ۵۵ قانون اساسی، به مؤسسات عمومی غیر دولتی از جمله به هلال احمر، کمیته ملی المپیک، شهرداری‌ها و غیره ربطی ندارد، اما چون آقای رئیس دادگاه، خواسته است، ابتدا حساب «اموال شرکت‌های دولتی» را از حساب «اموال دولتی» جدا بکند تا بعد بگوید به همان دلیلی که «اموال شرکت‌های دولتی»، «اموال دولتی» نیست، به همان دلیل «شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری» نیز «اموال شهرداری» محسوب نمی‌شود. از این حیث به اصل ۵۵ قانون اساسی و نظریات شورای نگهبان استناد کردم، تا در واقع پاسخی باشد به رأی و نظر ایشان، مخصوصاً در آن جا که می‌گوید: «اموال شرکت‌های دولتی و شرکت‌های زیر مجموعه شهرداری اموال دولت و عموم نبوده و از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خروج موضوعی دارد». (سطرهای ۱۵ تا ۱۷ صفحه ۳۲)

نظریه آقای رئیس دادگاه، هم چنین مغایرت دارد با نظریه شماره ۷/۹۲/۲۳۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۵- اداره حقوقی قوه قضائیه که می‌گوید: «در شرط داوری در هر قراردادی (تحت هر عنوانی) و ارجاع دعوی ناشی از هر قراردادی که موجب تعهد مالی برای دولت و دستگاه‌های عمومی گردد، مشمول اطلاق عبارت ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی می‌گردد و در هر مورد نیاز به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی دارد».
مغایرت دارد با نظریه دیگر اداره حقوقی قوه قضائیه (شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۷۳/۹/۱۵) به این شرح: اموال دولتی اموالی است که «از بودجه عمومی کل کشور تهیه شده و در اختیار قوای مقننه، قضائیه، شورای نگهبان، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشد».

طبق قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی مصوب سال ۱۳۷۳، هم شهرداری‌ها و هم «شرکت‌های تابعه آنان مادام که بیش از پنجاه درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداری باشد» جزء «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»

هستند.

هم چنین، طبق بند دهم قانون مذکور «سازمان تأمین اجتماعی» نیز جزء نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی است و شق «د» بند «ب» تبصره ماده ۷ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب سال ۱۳۸۳ نیز می‌گوید: «وجوه، اموال، ذخایر و دارائی‌های صندوق‌های بیمه اجتماعی و درمانی در حکم اموال عمومی است». نگفته پیداست وجوه، اموال، ذخایر و دارائی‌های سازمان تأمین اجتماعی، از این حیث در حکم اموال عمومی است که سازمان تأمین اجتماعی، جزء نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی است و اگر سازمان تأمین اجتماعی، جزء نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی نمی‌بود، هیچ وقت، وجوه و اموال و دارائی‌های او «اموال عمومی» تلقی نمی‌شد، بنابراین و به اصطلاح رایج بین حقوقدانان از ملاک قانون اخیر به خوبی می‌توان دریافت که وجوه، اموال، ذخایر و دارائی‌های شهرداری و شرکت‌های تابعه شهرداری، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداری باشد، در حکم اموال عمومی است.

آقای رئیس دادگاه، در آن جا که نوشته است «منع مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بایستی تفسیر مضیق بشود، چنانچه رویه قضائی و نظر برخی علمای حقوق این منع را ناظر به امور حاکمیتی می‌دانند» (سطرهای ۸ تا ۱۰ صفحه ۳۲) خواسته است بگوید و در واقع گفته است، حکم محدودیت ارجاع دعوا به داور، منحصر به دعوائی است که موضوع اش «امور حاکمیتی» باشد، بنابراین تسری آن به اموری که در زمره اعمال تصدی دولت است صحیح نیست و آن طور که خود ایشان در سطر دوم از صفحه چهارم دادنامه نوشته است: «به یقین، هدف نویسندگان قانون اساسی نبوده است». (سطرهای ۵ و ۶ صفحه ۳۳)

این نظر هم مخدوش است، زیرا وقتی شورای نگهبان در نظریه شماره ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۲/۱۰، اصل ۱۳۹ قانون اساسی را مطلق می‌داند و به اطلاق آن استناد می‌کند، معنی اش همانطور که عرض کردم، این است که اصل مذکور بدون حصر و استثناء شامل همه دعاوی راجع به همه اموال عمومی و دولتی می‌شود، نه این که منحصرأ «ناظر به امور حاکمیتی باشد».

موضوع حکم در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آئین دادرسی مدنی «اموال عمومی و دولتی» است، نه «دولت و شهرداری‌ها». به همین دلیل گفتن این حرف که حکم اصل و ماده مذکور «ناظر به امور حاکمیتی» است، نه مبنای حقوقی دارد و نه مبنای قانونی. شورای نگهبان هم در نظریه شماره ۵۶۰۶-۱۳۷۲/۹/۱۷ همین را گفته: «...»

اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکتهای دولتی نیز می‌داند».

۱۰- اداره حقوقی قوه قضائیه، با این نظر که اصل ۱۳۹ قانون اساسی «ناظر به امور حاکمیتی» است، مخالف است و در نظریه مشورتی اش به شماره ۷/۷۰۰-۷۸/۴/۱۴ می‌گوید: «الف: به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی که صلح دعاوی و یا ارجاع آن به داوری در اموال عمومی را مثل اموال دولتی موکول به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس می‌داند، صلح و یا ارجاع به داوری در مورد اموال شهرداری هم موکول به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس است.

ب: چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، شرط داوری در قراردادهای منعقدہ توسط شهرداری درج شود، شرط باطل بوده و اثری بر آن، بار نیست».

شعب مختلف دادگاه تجدیدنظر استان تهران هم در آرای متعددی که صادر کرده اند، ارجاع دعاوی راجع به شرکت‌های وابسته به شهرداری را به داوری، منوط به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی دانسته اند. از این جمله است:

رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۱۲۶ مورخ ۹۱/۹/۲۵ شعبه دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «اموال شرکتهای عمران و توسعه شهرداری تهران، از اموال عمومی بوده و ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد.»

شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر تهران طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۰۰۱۱۵ صریحاً اعلام نموده: «با توجه به این که ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری منوط به تصویب هیأت وزیران است، بنابراین چنانچه خواهان، اداره ای از ادارات زیر مجموعه شهرداری باشد که اموال آن اداره از اموال عمومی محسوب می‌شود، امکان ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای آن اداره به داوری، بدون طی تشریفات قانونی وجود ندارد.»

در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۹۲/۱۲/۱۳ شعبه دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز داوری راجع به شرکت راه آهن شهری تهران و حومه، تابع محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی دانسته شده.

شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی شماره ۸۹۰۰۱۰۷۳ مورخ ۸۹/۱۲/۸ گفته است: «ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، مربوط به ادارات و نهادهای دولتی است، نه نهادهای اقماری و مؤسسات وابسته به آن» ولی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر

استان تهران، رأی مذکور را با استدلال زیر نقض کرده است:

«با عنایت به مفاد ماده ۴۵۷ از قانون آئین دادرسی مدنی، مصوبه هیأت وزیران، راجع به ارجاع دعوی موضوع اموال عمومی و دولتی به داوری ضروری می‌باشد. با توجه به این که هیچ گونه دلیلی که حکایت از تصویب هیأت وزیران در خصوص موضوع قرارداد باشد، ارائه نگردیده در صورت تردید نسبت به این امر، با توجه به صلاحیت محاکم، دادگاه بدوی مکلف به رسیدگی بوده».

شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ضمن تأیید دادنامه شماره ۹۲/۱۱/۲-۱۰۴۹-۱۳۹۳/۴/۲۵ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، مبنی بر ابطال رأی داوری به جهت آن که یکی از طرفین داوری، شرکت دولتی بوده و موافقت هیأت وزیران به منظور ارجاع اختلاف به داوری اخذ نشده، دراستدلالی جالب توجه با بیان این که مجرای اصل، محدودیت راجع به اموال دولتی است، نه طرفین قرارداد، اضافه می‌نماید که: «بحث داوری در این خصوص، به اموال موضوع داوری باز می‌گردد، نه به عنوان متعاملین. قرارداد داوری هرگز محل نزاع نبوده، بلکه ارجاع دعوی مورد نظر می‌باشد، زیرا بین انعقاد و ارجاع دعوی به داوری، فرق اساسی وجود دارد». (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۱۵۰۰۴۷۸ - ۱۳۹۳/۴/۲۵)

این نکته را هم بگویم: وقتی داوران - به هر علتی که شما بگویید - از صدور رأی امتناع می‌کنند و یکی از طرفین دعوی ناچار به اقامه دعوی در دادگاه می‌شود و طرف دیگر نیز به رسیدگی دادگاه تن می‌دهد و به صلاحیت دادگاه ایراد نمی‌گیرد، آیا دادگاه می‌تواند دعوی را مجدداً به داوران دیگر ارجاع دهد؟

آقای رئیس دادگاه صادر کننده رأی گفته است: بله و در سطر ۲۸ صفحه ۳۴ و سطرهای ۱ تا ۶ صفحه ۳۵ این طور استدلال کرده: «طرح دعوی خوانده در دادگاه پس از ناکامی وی در داوری پس از انقضای مدت و عدم تمدید مهلت داوران به منزله انصراف از داوری نیست و عدم ایراد شرط داوری توسط خواهان نیز به منزله پذیرش صلاحیت دادگاه نبوده است، زیرا که قرارداد طرفین و شرط داوری مندرج در آن از زمره عقود لازم بوده است و الغای آن ممکن نیست، مگر با توافق طرفین در حذف شرط داوری که تاکنون دلیلی بر توافق به الغای شرط با انعقاد قرارداد الحاقی ابراز نشده است».

نظریه آقای رئیس دادگاه، در این قسمت نیز مبنای قانونی و حقوقی ندارد زیرا:

الف: آثار عقد از تاریخ وقوع عقد محقق می‌شود، اما ضرورت اخذ مصوبه هیأت وزیران موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، حتی به قراردادهای پیش از انقلاب هم بر می‌گردد، شورای نگهبان در نظریه اش، به شماره ۵۹۳۹-۱۳۶۵/۲/۱۰ می‌گوید: «

برحسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در مورد موافقت نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب، هر چند به داوری پیش بینی شده باشد، اصل مذکور باید رعایت شود».

ب: عقد لازم با فوت یکی از طرفین از بین نمی‌رود، اما داوری طبق بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آئین دادرسی مدنی با فوت یکی از طرفین دعوی از بین می‌رود.

ج: اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی از جمله قواعد آمره و نظم عمومی است و همان طور که می‌دانید شرط مخالف قانون باطل است. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۷۰۰-۷۸/۴/۱۴ به صراحت اعلام کرده: «...چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، شرط داوری در قراردادهای منعقدۀ توسط شهرداری درج شود، شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست».

د: تبصره ماده ۴۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی نیز می‌گوید: «قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده اند، با رعایت اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی تابع مقررات تنظیم می‌باشند». به همین دلیل، هیچ کس تا به حال «عقد لازم» را با مقررات راجع به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی قیاس نکرده و نمی‌کند - چون همه می‌دانند، «قیاس مع الفارق» یعنی چه؟ احتمالاً به همین دلیل است که حکم تمیزی شماره ۲۴۸۵ مورخ ۱۳۲۱/۸/۱۴ شعبه یک، که من آن را از صفحه ۶۹۱ جلد اول دانشنامه حقوقی، تألیف دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، چاپ ۱۳۴۲ دانشگاه تهران نقل کرده ام، می‌گوید: «تراضی کتبی بر رجوع از داوری ممکن است به دلالت التزام و قرائن باشد مانند این که پس از قرارداد داوری یک طرف موضوع مورد داوری را در دادگاه مطرح کند و طرف دیگر ایراد ننماید که دعوی در صلاحیت داور است».

نظر آقای دکتر عبدالله شمس هم، همین است: «به موجب بند یک ماده ۴۸۱ قانون جدید، یکی از موارد از بین رفتن داوری، «تراضی کتبی طرفین» است. اما آیا «تراضی کتبی طرفین» در اینجا موضوعیت دارد و یا از طریق احراز توافق طرفین در «از بین رفتن داوری» است؟

باید پذیرفت که «تراضی کتبی طرفین» طریقت دارد و در نتیجه، هر طریق دیگری که کاشف از توافق طرفین در انصراف از داوری و مراجعه به دادگاه دولتی است، باید معتبر شمرده شده. اقامه دعوی یکی از طرفین در دادگاه و خودداری طرف مقابل (خوانده) از طرح ایراد عدم صلاحیت نیز، باید نوعی توافق در از بین بردن داوری قلمداد شود.

« بنابراین باید پذیرفت که اقامه دعوی موضوع موافقتنامه داوری در دادگاه و عدم ایراد از سوی خوانده، نشانه رضایت طرفین به «از بین رفتن داوری» بوده و دادگاه مکلف به رسیدگی می‌باشد». (مجله تحقیقات حقوقی شماره ۳۷، صفحه ۲۰) و در حاشیه ۱۳ همان صفحه، حکم شماره ۲۴۸۵ - ۲۱/۰۸/۱۴ شعبه اول دیوان عالی کشور آورده که می‌گوید: «با طرح دعوا در دادگاه و عدم ایراد به این سمت و عدم درخواست رجوع به حکمیت که کاشف از تراضی طرفین است به رسیدگی دادگاه، مورد منطبق با ماده ۶۵۶ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۴۸۱ قانون جدید) نیست تا دادگاه بتواند (به استناد این که به موجب قرارداد در صورت بروز اختلاف، حل آن باید به داوری بشود و از لحاظ این که طرفین کتباً تراضی به از بین رفتن داوری نکرده اند، طبق ماده ۶۵۶ محلی برای ارجاع به دادگاه برای رسیدگی ماهوی نیست) دادخواست خواهان را رد کند».

همچنین است دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۱۹۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۹ صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران: « نظر به این که اولاً توافق طرفین در ارتباط با رجوع به داور است و آنان می‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند. نظر به این که تجدیدنظر خوانده با اقامه دعوی به طرفیت تجدید نظر خواه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی ملک موضوع دعوی از شرط داوری عدول کرده است و افزون بر آن در لایحه ای که در پاسخ به دادخواست تجدیدنظر تقدیم دادگاه کرده است صراحتاً به این که دعوی باید در دادگاه رسیدگی شود اشاره کرده است، بنابراین تراضی طرفین برای عدول از شرط داوری تحقق پیدا کرده است و دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا دارد، بنا به مراتب مذکور تجدید نظر خواهی وارد تشخیص داده می‌شود و پرونده جهت رسیدگی ماهیتی به دادگاه محترم نخستین اعاده می‌شود. رأی قطعی است».

دلایل دیگر بر بی اعتباری رأی دادگاه

آقایان داوران (درسپهرهای ۲۴ تا ۲۸ صفحه ۲۶ مدرسه حقوق) نوشته اند: «در پرونده تحت رسیدگی تمامی موضوعات راجع به عقود و قراردادهای و تعهدات و ضمانات قهری و به طور کلی مسئولیت اعم از قهری و قراردادی است ... و به هیچ روی دعوی بر سر اموال عمومی و دولتی نیست تا شمول اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ مصداق یابد».

در پاسخ به استدلال آقایان داوران، می‌پرسم در بحث ما آیا عقود و قراردادهای و تعهدات و غیره، در نهایت، به اموال «عمومی» منتهی نمی‌شود؟ آیا رأی همین آقایان، هیچ تعهد مالی برای شهرداری به وجود نمی‌آورد؟ آیا کلمه « راجع » در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آئین دادرسی مدنی که می‌گوید «دعوی راجع به اموال عمومی ...»

اسم فاعل و به معنی « بازگرداننده »، « برگشت دهنده » و « رجوع کننده » نیست؟ اگر نیست، چرا، آقایان، شرکت اتوبوسرانی اصفهان و حومه را علی الحساب به مبلغی در حدود چهار و نیم میلیارد تومان محکوم کرده اند.

(در سطرهای ۲۲ به بعد از صفحه چهارم و سطرهای اول و دوم از صفحه پنجم رأی داور) نوشته اند: « حتی اگر اموال عمومی مربوط به اتوبوسرانی نیز موضوع دعوا بود با این استدلال و تفسیر مضیق شورای نگهبان از اصل ۱۳۹، مشمول این اصل نمی گردید، چراکه سهام شرکت اتوبوسرانی متعلق به شهرداری است و مطابق این تفسیر فقط اموال شهرداری است که اموال عمومی محسوب می شود، نه اموال شرکت های تابعه »
در مورد استناد حضرات « به تفسیر مضیق شورای نگهبان از اصل ۱۳۹ قانون اساسی » - ایضاً، نظر آقایان را به نظریه شماره ۵۶۰۶-۷۲/۹/۲۷ شورای نگهبان جلب می کنم که می گوید: « اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل شرکت های دولتی نیز می دانند ».

یا به نظریه شماره ۵۹۳۹-۶۵/۲/۱۰- شورای نگهبان: « بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در مورد موافقت نامه های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، هر چند در آن، ارجاع به داورى پیش بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود. غرض آن که « تفسیر مضیق شورای نگهبان از اصل ۱۳۹ قانون اساسی » تهمتی است که آقایان داوران به شورای نگهبان می زنند و بی سوگند، می گویم دروغ است و حقیقت ندارد. آقایان داوران (در سطر سوم از صفحه ششم رأی داور) فرموده اند: « اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ آئین دادرسی مدنی هیچ گونه دلالتی بر بطلان و بی اعتباری ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی به داورى ندارند و صرفاً مبین اخذ مجوز از هیأت وزیران یا مجلس می باشند و در اعلی درجه، افاده منع و ممنوعیت ارجاع دعاوی دولتی و عمومی به داوران بدون اخذ مجوز می نماید، در حالی که از نظر اصول فقه ممنوعیت امری لزوماً دلالت بر بطلان آن ندارد ».

در پاسخ به استدلال آقایان، فقط همین را می گویم: علمای اصول این بحث را مطرح کرده اند که آیا « نهی، بر فساد منهی عنه، دلالت می کند یا نه؟ » عده ای گفته اند: آری. عده ای گفته اند: نه. عده ای دیگری هم گفته اند: در عبادات، آری. در معاملات، نه.

در مورد دلیل اقتضای فساد هم، بین علمای اصول اختلاف هست.
عده ای گفته اند: هم در عبادات و هم در معاملات، نهی به حسب شرع، دلالت بر

فساد منهی عنه دارد، اما به حسب لغت ندارد.
عده ای گفته اند: در عبادات و معاملات - هر دو - نهی دلالت بر فساد منهی عنه دارد، هم به حسب شرع و هم به حسب لغت.

عده ای دیگر هم مطالب دیگری گفته اند که این جا، جای بحث اش نیست.
من - البته - با آقایان که لابد همه نظریات علمای اصول را زیر و رو کرده اند و به این نتیجه رسیده اند که: «از نظر اصول فقه ممنوعیت امری، لزوماً دلالت بر بطلان آن ندارد» قصد محاجه ندارم و عجلالتا قول آقایان را می پذیرم و می گویم: سلمنا، اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی دلالت بر ممنوعیت «ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی به داوری» دارد. اما می پرسیم، وقتی ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط خلاف قانون را باطل می داند، نمی دانم چرا آقایان داوران، اجتهاد در برابر نص می کنند و می گویند: «منع ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی به داوری»، «... فساد شرط و بی اعتباری آن را موجب نمی شود» (سطر ۱۴ صفحه ۶ رأی داوری)

ناگفته نماند: قانونگذار «ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی به داوری» را «ممنوع» نکرده، بلکه آن را «موکول» کرده است به «تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس». ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی در این معنی، صریح تر است، می گوید: «ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می گیرد»، بنابراین اگر در قراردادی، شرط داوری بشود و آن شرط به تصویب هیأت وزیران نرسد، آن شرط باطل است و هیچ اثری بر او بار نیست. نظریه مشورتی شماره ۷/۷۰۰-۷۸/۴/۱۴-اداره حقوقی قوه قضائیه نیز مؤید همین نظر است: «چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، شرط داوری در قراردادهای منعقد شده توسط شهرداری درج شود، شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست». همین حرفها و حرفهای دیگری که «شنونده و خواننده را ناشکیبا کند» سبب شده که دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، رای بدوی را بشکند و «حکم به ابطال رأی هیات داوری» بدهد.

مایلم رای دادگاه تجدید نظر را هم نقل کنم تا «نوکاران از آن بی بهره نمانند».

رأی دادگاه

در خصوص تجدیدنظرخواهی شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه به طرفیت
قانون آگهی و تبلیغات اصفهان آگهی، نسبت به دادنامه شماره ۱۸۴۴-۹۷/۱۰/۰۲-صادره

از شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان و صدور حکم به بطلان دعوی تجدیدنظرخواه مبنی بر ابطال رأی هیأت داوران به تاریخ ۹۷/۰۱/۲۸ (صرف نظر از اینکه وفق مفاد قرارداد فیما بین طرفین به شماره ۸۸/۱۶۲۱۲ - ۱۳۸۸/۱۲/۲۹ و متمم آن به شماره ۹۰/۴۱۲۹ - ۹۰/۰۳/۲۵ و ماده ۸ قرارداد که موضوع داوری پیش بینی شده و مفاد دادنامه تجدیدنظر خواسته و اینکه سابقاً به استناد قرارداد درخواست تعیین داور طی پرونده کلاسه ۹۲۰۵۵۳ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی اصفهان مطرح و با تعیین داور هیأت داوری در فرجه قانونی نظریه خود را تقدیم ننموده و با درخواست هیأت مذکور جهت تمدید مهلت دادگاه با درخواست هیأت داوری و تمدید مدت ارائه رأی داوری موافقت ننموده و با این وصف و انقضای مهلت داوری وفق ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی، موضوع داوری منتفی و رسیدگی به اختلافات در صلاحیت دادگاه بوده و درخواست مجدد تعیین داور و رسیدگی توسط هیأت داوری موجه نبوده) با توجه به اینکه بر اساس اساسنامه شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه کل سهام آن متعلق شهرداری می باشد و طبق بند ۱ قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی شهرداریها و شرکت های تابعه آنان مادام که بیش از پنجاه درصد سهام و سرمایه آنان متعلق به شهرداریها باشد مؤسسه عمومی غیردولتی است و طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد و باتوجه به عدم ارائه مصوبه هیأت وزیران در خصوص موضوع داوری، شرط داوری مندرج در قرارداد قابل ترتیب اثر نبوده و استدلال دادگاه بدوی و عدم شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی نسبت به شرکت واحد اتوبوسرانی اصفهان و حومه به جهت عدم اعمال حاکمیت و اینکه شرکت مذکور تصدی گری می کند، موجه نبوده، بنابراین شرط داوری موضوع ماده ۸ قرارداد فیما بین طرفین بی اعتبار بوده و رأی داوری صادره بر اساس آن باطل بوده، فلذا تجدیدنظر خواهی وارد است و مستنداً با ماده ۴۸۹-۴۵۷-۴۵۴-۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته نقض و حکم به ابطال رأی هیأت داوری مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۸ صادر و اعلام می گردد رأی صادره قطعی است .

مستشاران دادگاه: سید مجید نبوی علی نوریان

حاشیه

- ۱- در این گفتار عبارات منقول از رأی مورد بحث را - هر چه هست - از شماره ۱۲۷ مدرسه حقوق گرفته ام و به همان صفحات هم ارجاع داده ام.
- ۲- در مدرسه حقوق، قسمتی از رأی داوران چاپ شده بود، نه همه آن. ناچار هر جا عبارتی از رأی داوران نقل کرده ام، اگر آن عبارات در مجله چاپ شده باشد، به صفحات مجله ارجاع داده ام و اگر چاپ نشده باشد، ارجاعات من به «رأی» ای است که به طرف دعوا ابلاغ شده.

تلاش برای قانونی کردن شورایاری

دکتر سید محمود کاشانی^۱

اشاره

استاد ارجمند، جناب آقای دکتر سید محمود کاشانی، از معدود اساتید حقوق کشورند که در عین عنایت به رشته تخصصی خود - حقوق خصوصی - و ارائه نظریات و تألیفات ارزشمند در این حوزه، همواره با سرلوحه قرار دادن قانون اساسی و اصول آن، انواع تحلیل های حقوقی در زمینه های مختلف را با استناد و استدلال به اصول متعدد قانون اساسی، قوام و قوت بخشیده اند و معمولاً تلقی خود از عملکرد قوای سه گانه در برابر قانون اساسی را در کمال صراحت، شجاعت، صداقت و خلوص، مستقیماً و به صورت سرگشاده اعلام و گوشزد می نمایند. صرفنظر از محتوای تحلیل موضوع اعلامی که می تواند دارای تحلیل های دیگری نیز باشد و مدرسه حقوق بنا به رسالت خود از انعکاس آن استقبال می نماید، آشنایی و انس مداوم با قانون اساسی و بهره مندی از اصول آن در انواع تحلیل های حقوقی و استدلال ها و استنتاج ها، یکی از نتایج مطالعه مقالات ارزشمند استاد خواهد بود.

سردبیر

در حالی که کشور ما با چالش های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی روبروست، ولی ساختار قوانین انتخاباتی مجلس و شوراها به ۱۰۹ سال پیش باز می گردد و هرگز پاسخگوی مهمترین حق سیاسی ملت ایران در برخورداری از انتخابات آزاد و عادلانه که در قانون

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز

اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مورد تأکید قرار گرفته، نیست. نمایندگان مجلس شورای اسلامی، برای نمونه روز ۵ آذر ۱۳۹۸ تصمیم گرفتند طرح «شورایاری» در اولویت تصمیم‌گیری از سوی مجلس قرار گیرد. آن چنان که در این نوشته خواهیم دید، پدیده‌ای به نام شورایاری هیچ جایگاهی در قانون اساسی و قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراها مصوب سال ۱۳۷۵ ندارد. این عنوان که از سوی شورای شهر پیشین تهران انتخاب شده و انتخابات غیرقانونی آن چند بار برگزار گردیده، دارای هیچ مفهوم حقوقی و سیاسی نیز نیست. اگر اعضای شورای شهر تهران، برگزیده شهروندان در این شهر هستند، باید وظایف خود را بر پایه قانون اساسی و قانون شوراها انجام دهند. این که یک انتخابات دیگری برگزار شود و اشخاص دیگری اعضای شورای شهر را در انجام وظایف خود یاری کنند، تفسیری به دور از منطبق از اصول قانون اساسی است. اگر برای مشروعیت بخشیدن به انتخابات غیرقانونی «شورایاری» مجلس بتواند چنین تفسیری بکند، همین مجلس خواهد توانست انتخابات دیگری در تهران یا شهرهای دیگر برای «مجلس‌یاری» برگزار کند!

به هر حال روز یکشنبه ۱۷ آذر ۱۳۹۸ بررسی شورایاری در دستور کار جلسه علنی قرار گرفت. در این جلسه چند اخطار قانون اساسی درباره این طرح داده شد، ولی به رغم دفاع پاره‌ای از نمایندگانی که از این طرح پشتیبانی می‌کردند که روشی بی‌سابقه در قانونگذاری است، این طرح آن چنان بی‌پایه و موهوم بود که رأی نیاورد و رد شد.

اکنون پرسش این است که با رد این طرح، سرنوشت شهروندان در کلان شهرهایی مانند تهران و اصفهان که به دلیل ناکارآمد بودن قانون انتخابات شوراها با انواع گرفتاری‌ها مانند آلودگی شدید هوا، ترافیک‌های سنگین و دائمی، افزایش بی‌سابقه جمعیت و گسترش بزهکاری و پیامدهای نگران‌کننده دیگری دست به گریبانند چه خواهد بود؟ این واقعیتی است که در این مجلس فعلا اراده‌ای برای اصلاح ساختار قانون انتخابات مجلس و شوراها وجود ندارد و این حقوقدانان ایرانی هستند که باید اجرای اصول قانون اساسی و حق مشروع برخورداری از انتخابات آزاد و عادلانه را از رئیس‌جمهور و نمایندگان مجلس مطالبه کنند. این واقعیت تاریخی را نیز از زبان سخنور برجسته «صائب تبریزی» که سال‌های طولانی ملک‌الشعرا شاهان صفوی در اصفهان بوده است یادآور می‌شوم که:

ما پریشان نظران، خود گیره کار خودیم

این چه حرف است که سر رشته به دست ما نیست

* * * * *

در روز ۵ آذر ۱۳۹۸ که کشور درگیر بحران برآمده از افزایش بهای بنزین بود، به گزارش خبرگزاری «مهر»: «درخواست بررسی اولویت‌دار طرح استفساریه بند «۷» ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور» در دستور کار قرار گرفت. یکی از مدافعان این طرح گفت: «پنج دوره است که انتخابات شورایی‌ها را در تهران برگزار می‌کنیم، اما هر بار سازمان بازرسی کل کشور می‌گوید که این انتخابات غیرقانونی است و با وجود این، دولت آن را اجرا کرده است...».

در همین جلسه یکی دیگر از نمایندگان نیز در دفاع از این طرح افزود: «شورایی‌ها نقش واسطه‌گری میان مردم و شهرداری‌ها و شوراهای شهر را دارند... در حال حاضر در این باره خلأ قانونی وجود دارد و نکته قابل توجه این است که بررسی این طرح زمان زیادی از مجلس نمی‌گیرد...».

هر چند طرح اولویت دادن به این دستور با ۱۰۸ رأی موافق و ۶۵ رأی مخالف تصویب شد، ولی این‌گونه تصمیم‌گیری‌ها در مجلس نشان دهنده پای‌بند نبودن برخی نمایندگان به سوگندی است که در اصل ۶۷ در دفاع از قانون اساسی یاد کرده‌اند. اصل ۱۰۰ قانون اساسی زیر عنوان «شوراها»، برای هر روستا یا بخش، شهر، شهرستان یا استان، انتخابات شوراها را پیش‌بینی کرده است. نه در این اصل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نه در قانون اساسی کشورهای دیگر، چیزی به نام «شورایی» که دارای هیچ مفهوم و بار حقوقی نیست، پیش‌بینی نشده است. با این حال شورای سابق شهر تهران که انتخابات آن با ساختار قانون انتخابات سال ۱۲۹۰ خورشیدی مجلس شورای ملی برگزار شده و چنان که خواهیم گفت دارای نمایندگی از ساکنان کلان‌شهر تهران نبوده است، با تظاهر به کمک گرفتن از مردم در قلمرو شهرهای تهران، ری و شمیران چندین بار انتخابات غیرقانونی «شورایی» را برگزار کرد. در همین حال این شورا و شهردار انتخاب شده از سوی آن با تراکم فروشی و تجاوز به حقوق مالکانه مردم و پایمال کردن مقررات مربوط به نظم عمومی آسیب‌های جبران‌ناپذیری به شهرهای تهران، ری و شمیران وارد کردند.

هنگامی که در سال ۱۳۹۳ شورای شهر تهران به دنبال برگزاری انتخابات غیرقانونی «شورایی» بود، استاندار وقت تهران، در ۶ بهمن ۱۳۹۳ با روشنی اعلام کرد: «انتخابات شورایی مجوز قانونی ندارد». وزیر کشور نیز به گزارش «خبرآنلاین» در همین روز

اعلام کرد: «خلاً قانونی در زمینه انتخابات شورایی‌ها وجود دارد. یعنی قانونی در این زمینه به وزارت کشور، تکلیف برگزاری انتخابات را اعلام نکرده است».

وی در همین روز به رئیس وقت شورای شهر تهران نیز اعلام کرد وزارت کشور نمی‌تواند وارد روند برگزاری چنین انتخاباتی بشود. من نیز در اعتراض به برگزاری این انتخابات غیرقانونی در یک نامه پنج صفحه‌ای به آقای رئیس‌جمهور، از وی خواستم از برگزاری این انتخابات غیرقانونی جلوگیری کند و در بخشی از آن یادآور شدم:

«مخالفت وزیر کشور و استاندار تهران با انتخابات آنچه «شورایی» نامیده شده در جای خود روشن است. انتخابات عمومی، یک امر سیاسی است و باید از سوی قانون پیش‌بینی و شروط انتخاب‌کنندگان، انتخابات شوندگان و شیوه برگزاری انتخابات را نیز قانون معین کند. نه در اصل ۱۰۰ قانون اساسی که محدوده برگزاری انتخابات شوراها را در روستا، بخش و شهرها پیش‌بینی کرده و نه در قانون انتخابات شوراها مصوب سال ۱۳۷۵، انتخاباتی به نام «شورایی» پیش‌بینی نشده و برگزاری این انتخابات غیرقانونی است. انجام هرگونه هزینه‌ای نیز برای برگزاری این انتخابات، تصرف غیرقانونی در اموال دولتی و مشمول بزه مذکور در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی است که افزون بر جبران خسارت وارده...».

متن این نامه در سایت «خبرآنلاین» روز ۱۲ اسفند ۱۳۹۳ بازتاب یافت، ولی رئیس‌جمهور که بر پایه اصل ۱۱۳، مسئول اجرای اصول قانون اساسی است، به وزیر کشور و استاندار تهران اجازه داد وارد برگزاری این انتخابات غیرقانونی که به ناروا از سوی شورای وقت شهر تهران برگزار شد، بشوند.

در حالی که اصل ۱۰۰ قانون اساسی قلمرو برگزاری انتخابات شوراها را در هر روستا، بخش، شهر، شهرستان و یا استان به روشنی پیش‌بینی کرده است و هیچ اثری از تعریف «من‌درآوردی» «شورایی» در قانون اساسی و «قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراها» مصوب سال ۱۳۷۵ وجود ندارد، برخی از نمایندگان مجلس به دنبال آن هستند با یک تفسیر ناروا از بند «۷» ماده ۷۱ قانون شوراها، جای پایی برای تکرار برگزاری انتخابات «شورایی» که نه در ایران و نه در هیچ کشور دیگری نمونه و مانندی از آن وجود ندارد، دست و پا کنند. برای روشن شدن این واقعیت که تا چه اندازه تفسیر مورد نظر طرفداران این طرح سُست و نامربوط می‌باشد، متن این ماده را نقل می‌کنم. ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراها، وظایف شورای اسلامی شهر را در ۳۴ بند برشمرده و در بند «۷» آن مقرر کرده است:

«اقدام در خصوص تشکیل انجمن‌ها و نهادهای اجتماعی، امدادی، ارشادی و تأسیس تعاونی‌های تولید و توزیع و مصرف، انجام آمارگیری، تحقیقات محلی و توزیع ارزاق عمومی با توافق دستگاه‌های ذیربط».

این بند از نظر حقوقی در جای خود قابل انتقاد است، زیرا تعاونی‌های تولید و توزیع و مصرف از شرکت‌هایی هستند که اشخاص به ابتکار خود و در چهارچوب مواد ۱۹۰ تا ۱۹۴ قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۰ آن‌ها را تشکیل می‌دهند و نه شوراهای شهری. انجمن‌ها در زمینه‌های گوناگون نیز در چهارچوب ماده ۵۸۴ قانون تجارت و با ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها موجودیت می‌یابند و ارتباطی به وظایف شوراهای شهرها ندارند. از سوی دیگر در هیچ جای بند «۷» ماده ۷۱ قانون انتخابات شوراهای اجازة برگزاری یک انتخابات عمومی دیگر به نام «شورایاری» داده نشده و نمایندگان موافق این تفسیر که می‌خواهند هدف خلاف قانون اساسی خود را پیش ببرند با چنگ زدن به ریسمان پوسیده بند «۷» ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای، به دنبال آن هستند با یک تفسیر ناروا و نامربوط از این بند، نص روشن اصل ۱۰۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را که هیچ اثری از شورایاری در آن پیش‌بینی نشده است، پامال کنند، بنابراین هیچ راهی در اصل ۱۰۰ قانون اساسی و یا با تفسیر بند «۷» ماده ۷۱ قانون انتخابات شوراهای برای قانونگذاری در برگزاری انتخابات «شورایاری» وجود ندارد و مجلس به جای کمک به برگزاری این انتخابات غیرقانونی باید اکیداً از آن جلوگیری کند.

آقای روحانی رئیس‌جمهور و رؤسای جمهور گذشته تکلیف داشته‌اند در راستای تکلیف مذکور در اصل ۱۰۰ قانون اساسی، ساختار قانون انتخابات شوراهای را پس از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به روز در آورند. برای نمونه قانون انتخابات شوراهای فرانسه الگوی ساده و روشنی در دسترس آنان بوده است و می‌توانسته‌اند تهران را برای نمونه به ۳۰ بخش انتخاباتی تقسیم کنند.

شهر پاریس با داشتن جمعیتی برابر با ۲ میلیون و ۱۵۰ هزار تن، به ۲۰ بخش انتخاباتی تقسیم شده است و در هر بخش با توجه به میزان جمعیت آن یک شورای بخش انتخاب می‌شود. در سال ۲۰۱۴ میلادی، مجموع تعداد اعضای شوراهای ۲۰ بخش پاریس، ۱۶۳ عضو بوده که شهردار پاریس با رأی آنان برگزیده شده است. ولی تهران با جمعیتی که به گونه خطرآفرین افزایش یافته است و بیش از ۱۰ میلیون تن را به دلیل تراکم فروشی‌ها و ساخت‌وسازهای بی‌رویه در خود جای داده، یک حوزه انتخابیه شمرده شده است که یک انتخابات نمایشی در آن برای انتخاب ۲۱ عضو شورا برگزار می‌شود که

هرگز با معیارهای انتخابات آزاد و عادلانه همراه نیست. از سوی دیگر وزارت کشور با تخلف از اصل ۱۰۰ قانون اساسی از برگزاری انتخابات شوراها در دو شهر شمیران و ری که دارای مرزهای مشخص هستند و بر پایه قانون تقسیمات کشوری از تهران استقلال دارند، خودداری کرده است. این در حالی است که شورای نگهبان در اظهارنظر شماره ۸۱/۳/۱۸۲۰ مورخ ۱۵ آبان ۱۳۸۱ صریحاً تبصره ۲ مصوبه مجلس را که برای سه شهر تهران، ری و شمیران جمعاً یک شورا در نظر گرفته بود، مغایر اصل ۱۰۰ قانون دانست و آن را مردود اعلام کرد. ولی دولت و مجلس همچنان با نادیده گرفتن اصل ۱۰۰ قانون اساسی کاری برای برگزاری انتخابات شوراها در ری و شمیران انجام نمی‌دهند و این دو شهر، در معرض تصمیم‌گیری‌های غیرقانونی شهرداران پیشین تهران قرار گرفته و بی‌دفاع مانده‌اند.

به هر حال در اوضاع و احوالی که دولت به تکلیف قانونی خود در تقدیم لایحه‌ای به مجلس برای تصویب قانون پیشرفته‌ای برای برگزاری انتخابات شوراها عمل نمی‌کند، نمایندگان مجلس تکلیف دارند بر پایه اختیاری که اصل ۷۴ قانون اساسی به آنان داده است، هرچه زودتر در زمینه تدوین طرح اصلاح قانون انتخابات شوراها اقدام کنند. اگر چنین اراده‌ای در مجلس برای نجات دادن شهرهای کشور از اوضاع آشفته و خطرآفرین کنونی که پیامد برگزار نشدن انتخابات آزاد و عادلانه شوراهاست، وجود داشته باشد، اینجانب آمادگی دارم پیش نویس چنین قانونی را بر پایه قانون انتخابات شوراها فرانسه به نمایندگان مجلس تسلیم کنم تا هرچه زودتر فرآیند قانونگذاری درباره آن آغاز گردد. با تصویب چنین قانونی و بخش‌بندی کردن تهران و دیگر شهرهای بزرگ، به جای ۲۱ عضو شورا که اکنون در تهران به عنوان یک حوزه انتخابیه انتخاب می‌شوند، با در نظر گرفتن جمعیت هر بخش انتخاباتی در تهران، تعداد قابل توجهی از شخصیت‌های ساکن آن بخش به عضویت شوراها در تهران در خواهند آمد و دیگر هیچ نیازی به برگزاری انتخابات غیرقانونی «شورایاری» نیز وجود نخواهد داشت. در همین راستا مقاله‌ای زیر عنوان «برگزاری انتخابات آزاد و عادلانه» نوشته‌ام که در تاریخ ۷ اسفند ۱۳۹۷ روی سایت «خبرآنلاین» بازتاب یافته است و معیارهای جهانی برگزاری انتخابات آزاد و عادلانه مجلس و شوراها را در آن شرح داده‌ام.

قانون اساسی؛

نوشته یا نانوشته

مسعود رجیبی سیاهبومی^۱

۱ - هرگز در مخیله ام نمی‌گنجید که دوست عزیزم، جناب دکتر قائم فرد، حقیر را لایق بدانم که مطلبی بنویسم در خور مجلهٔ مدرسه حقوق، آن هم در مناسبت سالروز تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توسط ملت ایران. چرا که رسم و راه روزگار به من این گونه پسندیده که سر در امور کوچک داشته باشم و کارهای اساسی را به بزرگان بسپارم. برای همین اگر عنوان مقاله با محتوای آن هم خوانی نداشت و مطلبی که عرضه می‌کنم بر پاشنه نچرخید، از خوانندگان و فاضلان و کیل و حقوقدان عذرخواهم که زحمت شما داشته ام و البته عرض خود برده ام.

۲ - به مناسبت بحث هایی که در کانون وکلای اصفهان در مورد لایحه نویسی داشتیم، از همکاران جوان وکیل، خواستم که در سنجش لایحه و دادخواست هایی که با آن سر و کار دارند، از متن و سیاهه ای که در مقابلشان هست عبور کنند و مواظب سطور سفیدی باشند که ظاهراً به تحریر نیامده، ولی آن چنان تأمل بر انگیز است که باید مورد توجه و پاسخگویی قرار گیرد.

این قاعده در مورد قانون اساسی به عنوان یک قانون مادر و بلکه مهمترین قانون، اغلب مورد غفلت حقوقدانان واقع می‌شود و گویی در نظام هنجارهای ذهنی وکلا و حقوقدانان راه و نقشی ندارد. در حالی که امروزه هنجارهای قانون اساسی و حقوق اساسی بر تمامی رشته‌های حقوق اعم از حقوق خصوصی و حقوق کیفری و دادرسی نور تابانده و هدایت گر تفاسیر حقوقی در همهٔ رشته هاست و تمامی متون حقوقی در مقام تفسیر و اجرا ناگزیر به تبعیت از نظم‌های پذیرفته آن هستند.

۳ - اینکه چرا از مفهوم حقوق اساسی در کنار قانون اساسی استفاده می‌شود که

۳۰

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

ممکن است در ظاهر آزار دهنده باشد، از آن روست که الزامات و تعهدات اساسی در عرصه حقوق فقط از متن قانون اساسی سرچشمه نمی‌گیرد، بلکه در کنار آنچه قانون اساسی می‌خوانندش، عرف‌های اساسی نیز وجود دارند. یعنی متن قانون علاوه بر ذائقه مفسران رسمی، تابعی از گفتمان ملی و مردمی به عنوان مؤسسان قانون اساسی است و در این میان وکلا و حقوقدانان، وظیفه مهم رمز گشایی از این گفتمان را بر عهده دارند. تأکید بر این نکته ضروری است که جوامع انسانی همواره دستخوش التهابات و مناقشاتی هستند که قانون همیشه پاسخگوی آنان نیست، از این رو است که در میان مردمان به مثابه کنشگران واقعی سیاسی و حقوقی، روابطی شکل می‌گیرد که احترام و تبعیت از آنها ضروری است. از نگاه حقوق عمومی آن دسته از هنجارهایی که ملت به آنها احترام می‌گذارد، می‌پسندد و تابع آنهاست، در تفسیر نهایی یک رویکرد اساسی است که بر فهم حقوقی حکومت می‌کند و البته قانون اساسی مهمترین سند آرمانهای یک ملت است که باید محقق شود.

۴- چه بسا قائلان به رویکرد قانون محور خرده بگیرند که با وجود حقوق نوشته و در کشوری که قانون مصوب حرف اول را می‌زند، سخن از عرف اساسی نا به جاست و قانون گذار خود می‌داند که چگونه حقوق ملت را تضمین کند و تعیین بخشد. اما در منظومه حقوقی، عرف از جایگاه خود برخوردار است و اگر خود قانون نباشد، همان گونه که آمد حداقل در مقام تفسیر غیر قابل اغماض است و اگر این عرف اساسی تلقی شود، اگرچه مجال ورود به قانون اساسی را نداشته، ولی در مقیاس ملی حرف اول در ارزش شناسی قانون مصوب را می‌زند.

مکرر دیده ایم و شنیده ایم که حتماً در کلام مفسران رسمی قانون اساسی یا مراجع قضایی مانند دیوان عدالت اداری و یا تحلیل‌های مبتنی بر دکترین، سخن از عدل و عدالت به میان می‌آید که در جای خود بسیار نیکو و به جاست، ولی این مفهوم دل انگیز هنگامی جان می‌گیرد که به عرف اساسی شکل گرفته در میان مردم نیز توجه کنیم.

۵- اینک که پای عرف اساسی و قانون اساسی به میان کشیده شد، از دادرسی نمی‌توان گذشت، چراکه آرمان دیرین حقوقدانان و قاطبه مردم، دست یابی به موازینی در دادرسی است که از خلال آن، قانون اساسی و حقوق اساسی تضمین شود. در نگاه اثبات گرایانه، قانون عادی در هر صورت هنجاری است عادلانه، ولی همگان می‌دانند که هدف از قواعد اساسی، قاعده مند کردن عمل حاکمان در چهار چوب اعتقاد و عمل به قانون اساسی و تضمین برتری این سند است که اگر مجالی باشد، عناصر آن را در فرصتی مغتنم

عرض خواهیم کرد.

در پایان، تصدیق و کلی گوئی ام را در برابر اغماض عالمانه شما قرار می‌دهم، ولی بر این اعتقادم که تثبیت مفاهیمی چون دادرسی عادلانه، عرف اساسی، حقوق اساسی، همت بلند و کلاهی جوان و حقوقدانان را می‌طلبد و بر این رأی قاطعم که حقوق پیش نمی‌رود، مگر آنکه بازیگران اصلی و تأثیرگذار آن در روی کردهای حقوقی و لوایح خود، عناصر اساسی و حقوق اساسی را یاد آور باشند.

تحلیل ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی

۱۳۹۲ (اجتماع سبب و مباشر)

دکتر حسن پوربافرانی^۱

مقدمه

نحوه دخالت در ارتکاب جرم یکسان نیست. گاهی شخصی مستقیماً و بدون هیچ واسطه‌ای مرتکب جرم می‌شود (مباشر مادی)؛ گاهی برای ارتکاب جرم به واسطه‌ای مانند سم یا چاه یا برق متوسل می‌شود (مسبب)؛ گاهی فقط تحریک به ارتکاب آن می‌کند یا وسیله‌ای برای ارتکاب آن به مباشر می‌دهد و دخالتی در عملیات اجرایی جرم ندارد (معاون جرم) و غیره. بدین ترتیب اشکال دخالت در ارتکاب جرم متفاوت است.

در نظام‌های حقوقی دیگر در خصوص انواع دخالت در ارتکاب جرم حرفی از «تسبیب» به میان نمی‌آید و فقط به ذکر مباشرت، معاونت و شرکت در جرم، بسنده می‌شود. در حالی که در قانون مجازات اسلامی ایران در کنار این مصادیق صحبت از تسبیب هم شده است. سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود و لازم است در همین ابتدا به آن پاسخ مختصری داده شود، آن است که تسبیب در چنین نظام‌هایی آیا کاملاً مفقود است یا آنچه در قانون مجازات اسلامی به عنوان تسبیب مطرح شده، داخل در همان اشکال

مباشرت و معاونت مطرح می‌گردد؟ پاسخ مختصر آن است که تسبیب صور متعددی دارد که در نظام حقوقی این کشورها، برخی از این صور، ذیل مباشرت و برخی هم ذیل معاونت، قابل طرح است و نظام حقوقی این کشورها نیازی به طرح جداگانه آن ندیده است. موارد «تسبیب محض»، «سبب اقوای از مباشر» و «مباشرت معنوی» در حقوق این کشورها ذیل عنوان کلی مرتکبین اصلی، مطرح گردیده و بقیه صور تسبیب هم مانند اینکه شخصی، انسان عاقل بالغی را تحریک به ارتکاب جرم کند و در اثر این تحریک جرمی هم واقع شود، ذیل مصادیق معاونت در جرم قرار می‌گیرد. بدیهی است با توجه به اینکه در قانون مجازات اسلامی ایران از تسبیب هم به عنوان یکی از صور دخالت در ارتکاب جرم نام برده شده، ناچار از بحث در خصوص مفهوم، مصادیق و احکام آن در نظام حقوقی ایران خواهیم بود. بحث تسبیب، صور مختلفی مانند تسبیب محض، سبب اقوای از مباشر، اجتماع عرضی اسباب و اجتماع طوئی اسباب^۲ دارد که در این مختصر به تحلیل یکی از آنها یعنی اجتماع سبب و مباشر که موضوع ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است، می‌پردازیم.

طرح مسأله

یکی از طرق دخالت در ارتکاب جرم، حالت اجتماع سبب و مباشر است. مثلاً شخصی آتشی بی‌فروزد (سبب) و دیگری اموال قیمتی ثالثی را داخل آن انداخته (مباشر) و بسوزاند. در این صورت جرم تحریق (مصادیقی از تخریب) واقع شده است. طبق ماده ۶۷۶ ق.م.ا. ۱۳۷۵: «هر کس سایر اشیاء متعلق به دیگری را آتش بزند به حبس از شش ماه تا سه

۲- برای مطالعه مفصل در خصوص این موارد رجوع کنید به: حسن پوربافرانی، حقوق جزای عمومی (مجرم و مسئولیت کیفری، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۷).

سال محکوم خواهد شد». سؤال این است که در این حالت، کدام یک از مسبب یا مباشر به این مجازات محکوم خواهد شد و جبران تلف مال هم به عهده اوست؟ مثال‌های متعدد دیگری در اینجا اعم از ساده و پیچیده قابل بیان است. مثلاً فردی چاهی بکند و دیگری ثالثی را داخل آن بیندازد یا کارمند شهرداری گودالی حفر کند و عابر موتور سواری داخل آن افتاده و مجروح یا مقتول شود.

مشهور فقیهان معتقدند در این صورت، اصل بر ضمان مباشر است، مگر آنکه سبب اقوای از آن باشد (محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۴، ۲۵۷) (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۴۳، ۱۴۵). ماده ۳۶۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز به تبعیت از این دسته از فقیهان، در این خصوص مقرر می‌داشت: «در صورت اجتماع مباشر و سبب در جنایت، مباشر ضامن است، مگر اینکه سبب، اقوای از مباشر باشد». ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که جایگزین آن ماده شده است، می‌گوید: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است».

از لحاظ فلسفی و رابطه علت و معلولی هم در حالت اجتماع سبب و مباشر، جنایت اصولاً مستند به مباشر است و استثنائاً می‌توان جنایت را مستند به سبب یا هر دو دانست؛ زیرا اصولاً سبب از حیث تأثیر مادی در وقوع جنایت، نمی‌تواند با مباشر که علت وقوع جرم است برابری کند.

با وجود این ملاحظه می‌شود که بر خلاف ماده ۳۶۳ ق.م.ا ۱۳۷۰ ماده ۵۲۶ ق.م.ا ۱۳۹۲، «عاملی که جنایت مستند به اوست» را ضامن می‌داند. بدیهی است این نحوه بیان حاکی از آن است که جنایت می‌تواند مستند به هر کدام از «سبب» یا «مباشر» یا «هر دوی آنها» باشد که به شرح ذیل به تحلیل آنها می‌پردازیم:

مبحث اول: استناد جنایت یا جرم به مباشر

درست است که ماده ۵۲۶ ق.م.ا ۱۳۹۲ امکان استناد جنایت به هر کدام از سبب و مباشر را می‌پذیرد، ولی اصولاً در چنین حالتی جنایت، مستند به مباشر است. مانند حالتی که کسی آتشی را روشن کرده و دیگری، ثالثی یا مال وی را داخل آن بیندازد. در این

حالت عرف جنایت یا جرم را مستند به مباشر می‌داند، نه مسبب. در ماده ۳۳۲ قانون مدنی نیز آمده است: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر، مسئول است، نه مسبب مگر این که سبب، اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد». به عنوان مثال در حالتی که (الف) با (ب) توافق کنند که (الف) آتشی بی‌فروزد تا (ب)، موتورسیکلت گران قیمت (ج) را داخل آن بیندازد، در این حالت و به فرض تحقق تحریق، (ب) مباشر به شمار آمده و او مرتکب جرم تحریق شده است و (الف) از این حیث ضمانی اعم از مدنی و کیفری ندارد، اما از حیث تسهیل وقوع جرم توسط مباشر یعنی معاونت در جرم (مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲) که عنوان مستقل و جدایی نسبت به سبب است، قابل تعقیب است.

بدین ترتیب در حالات اجتماع سبب و مباشر اصل بر ضمان مباشر است. در این صورت سبب از حیث سبب بودن فاقد مسئولیت کیفری و مدنی است و تنها در صورتی می‌توان او را تحت تعقیب قرار داد که عملش در قالب معاونت (یکی از بندهای ماده ۱۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲) بگنجد و سایر شرایط آن (از جمله وحدت قصد) هم موجود باشد.

مبحث دوم: استناد جنایت یا جرم به سبب (سبب اقوای از مباشر)

در حالت اجتماع سبب و مباشر در برخی مصادیق هم جنایت یا جرم ارتكابی بدون تردید، مستند به سبب است و آن وقتی است که سبب اقوای از مباشر باشد. این مطلب، منطقی و قابل دفاع است و در ذیل ماده ۳۳۲ قانون مدنی هم که به آن اشاره شد، تصریح شده است. در ذیل ماده ۵۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ هم آمده است: «... در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشد، فقط سبب ضامن است». بدیهی است در صورت قوی‌تر بودن تأثیر مسبب از مباشر در تحقق جنایت یا جرم تمامی بار مسئولیت اعم از مدنی و کیفری بر دوش مسبب است و مباشر مسئولیتی ندارد، اما عمده‌ترین مواردی که سبب می‌تواند اقوای از مباشر باشد به شرح ذیل است:

(۱) ناآگاهی مباشر

به عنوان مثال در حالتی که الف (سبب) از ب و ج (مباشرین) درخواست می‌کند که اسباب کشی منزل او را انجام دهند یا مبادرت به تخریب ملک او نمایند و آن‌ها هم به آدرس مربوطه مراجعه و منزل را تخلیه یا تخریب می‌کنند؛ غافل از این که در حال ارتکاب سرقت یا جرم تخریب هستند. مباشرین به جهت ناآگاهی و جهل نسبت به موضوع،

مسئولیتی ندارند و مسبب به جهت اقوی بودن نسبت به آن‌ها مسئولیت کیفری و مدنی خواهد داشت. در این صورت مجازات سرقت یا تخریب فقط نسبت به الف (مسبب) قابل اعمال است یا وقتی که فردی (سبب) از دیگری (مباشر) که قصد مسافرت به شهر یا کشوری دیگر را دارد، تقاضا کند که چند بسته خاویار یا تن ماهی را برای یکی از اقوامش ببرد، غافل از آن که در آن قوطی‌ها مواد مخدر جاسازی شده است. مثال دیگر این که فردی (سبب) بدون اطلاع پرستار (مباشر)، داروی مریض را مسموم کرده و پرستار جاهل آن را به مریض بخوراند. در این دو مثال اخیر هم به جهت عدم آگاهی مسافر و پرستار، سبب، اقوای از آن دو به شمار می‌آید و مسئولیت کیفری دارد.

۲) مجنون یا صغیر غیر ممیز بودن مباشر

مثال هر دو مورد، این که شخصی، مجنون یا صغیر غیر ممیزی را از طریق تحریک، وادار به سرقت یا تخریب اموال دیگران یا حمل مواد مخدر، مشروبات الکلی یا اسلحه کند و یا با دادن دادن اسلحه‌ای به مجنون یا صغیر غیر ممیز، آن‌ها را تحریک به قتل ثالثی نماید. در این حالات هم به جهت جنون یا صغر مباشر، سبب، اقوای از آن دو به شمار آمده و بار مسئولیت جرایم سرقت، تخریب، حمل مواد مخدر، حمل مشروبات الکلی یا اسلحه به تنهایی بر عهده خود اوست. در حالت وادار کردن صغیر به ارتکاب جرم، نه تنها بار مسئولیت به عهده سبب است، بلکه مقنن، دادگاه‌ها را ملزم به تشدید مجازات هم کرده است. طبق صدر ماده ۱۲۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲: «هر کس از افراد نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید، به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌شود...». بدین ترتیب در حالتی که سبب اقواء مباشر غیر ممیز را به ارتکاب سرقت، تخریب یا حمل مواد مخدر واداشته، دادگاه اختیاری در تعیین مجازات بین حداقل و حداکثر ندارد و باید به حداکثر حکم دهد.

۳) حیوان بودن مباشر

مثلاً سگی را به نحوی تربیت کند که اموال دیگران را به دندان گرفته و برباید یا حیوانی را تحریک به حمله به دیگری کند یا فرد کبوتر بازی، کبوتر خود را به نحوی آموزش دهد که کبوتران فرد دیگری را همراه خود کرده وارد حیطة مالکیت صاحب خود کند.

۴) بی‌اختیاری مباشر

مثلاً دیگری را به نحو وحشتناکی بترساند و او بی‌اختیار خود را پرت کرده و روی دیگری یا مال او افتد و باعث صدمه به او یا مالش شود یا بی‌اختیار مال گران بهایی را که در دست دارد رها کرده و تخریب گردد. طبق ماده ۴۹۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲: «هرگاه کسی دیگری را بترساند و آن شخص در اثر ترس، بی‌اختیار فرار کند یا بدون اختیار حرکتی از او سر بزند که موجب ایراد صدمه بر خودش یا دیگری گردد، ترساننده حسب تعاریف جنایات عمدی و غیر عمدی مسئول است». هر چند این ماده راجع به جنایات یعنی صدمات عمدی یا غیر عمدی علیه نفس یا عضو دیگری است، ولی از لحاظ تحلیل حقوقی در سایر جرایم هم همین حکم جاری است. به عنوان مثال اگر فردی از روی حسادت، شخص دیگری را که در حال حمل جنس گران بهایی در کوچه خلوتی است، به طرز وحشتناکی و به قصد شکسته شدن جنس گران بها بترساند که باعث افتادن آن جنس و تخریب آن شود، در این صورت درست است که چنین شخصی مباشرتی در تخریب آن کالا نداشته است، اما تأثیر او در چنین تخریبی بسیار قوی تر از تأثیر مباشر است. در نتیجه بدون هیچ تردیدی در این حالت هم مسبب، ضامن بوده و قابل تعقیب کیفری تحت عنوان جرم تخریب (موضوع ماده ۶۷۷ ق.م.ا. ۱۳۷۵) خواهد بود و مباشر به جهت بی‌اختیاری در انداختن آن کالا، مسئولیتی اعم از مدنی و کیفری ندارد.

۵) تحت اکراه بودن مباشر

اکراه در جرایم غیر قتل عمدی و غیر مستوجب حدود هم قانوناً از مصادیق سبب اقوای از مباشر است.^۳ در این موارد همان گونه که در مبحث علل رافع مسئولیت کیفری (بحث خاص اکراه در جرم) خواهد آمد، مقنن تمامی بار مجازات را بر دوش اکراه کننده قرار داده و به سخن دقیق‌تر همان مجازات مباشر را بر او تحمیل کرده و اکراه شده را به جهت تأثیر ضعیفش در وقوع جرم، مورد بازخواست قرار نمی‌دهد.

۶) مصادیق قانونی اطاعت مأمور از امر قانونی

۳-در ماده ۱۵۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ آمده است: «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیر قابل تحمل، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد. در جرایم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم، محکوم می‌شود. در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود».

در برخی مواد قانونی، مقنن با توجه به موقعیت شغلی و اجتماعی آمر و مأمور از اصل کلی خود مبنی بر «مسئولیت آمر و مأمور» که در ماده ۱۵۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ پذیرفته،^۴ عدول کرده و به نوعی اشتباه قابل قبول و وجود تصور قانونی بودن امر آمر نزد مأمور را با فرض قانونی پذیرفته و اثبات چنین امری (قابل قبول بودن اشتباه و وجود تصور قانونی داشتن) توسط مأمور را لازم ندانسته است. مقنن در این موارد، در صورت اطاعت مأمور از دستور غیر قانونی آمر قانونی، آمر را در حکم سبب اقوای از مباشر (مأمور) دانسته و مجازات مباشر را فقط بر مأمور بار می‌کند. در این راستا می‌توان به ماده ۵۷۵ ق.م.ا. ۱۳۷۵ اشاره کرد. طبق این ماده: «هرگاه مقامات قضایی یا دیگر مأمورین ذی‌صلاح بر خلاف قانون، دستور توقیف یا بازداشت یا تعقیب جزایی یا قرار مجرمیت کسی را صادر نمایند، به انفسال دائم از سمت قضایی و محرومیت از مشاغل دولتی به مدت پنج سال محکوم خواهند شد». بدیهی است جرم موضوع این ماده، جرمی مطلق است و صرف صدور دستور از طرف مقامات ذکر شده در ماده، کافی برای تحقق جرم است و هیچ نیازی به منجر شدن این دستور به توقیف یا بازداشت نیست. در عین حال اگر این دستور توقیف یا بازداشت توسط مأموری اجرا شود، این مأمور، در واقع مباشر این توقیف یا بازداشت است و مقام قضایی یا مأمورین دیگر سبب هستند، ولی سببی که تأثیر آن در وقوع جرم بسیار بیشتر از تأثیر مباشر است.

در ماده ۵۷۸ ق.م.ا. ۱۳۷۵ هم گفته شده:^۵ «چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد، فقط دستوردهنده به مجازات حبس، محکوم خواهد شد...» این عبارت حاکی از آن است که مقنن، فرض اشتباه قابل قبول مأمور را پذیرفته و بر این اساس آمر را سبب

4-طبق ماده ۱۵۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲: «هرگاه به امر غیر قانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند، لیکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور این که قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است.»

5- طبق ماده ۵۷۸ ق.م.ا. ۱۳۷۵: «هر یک از مستخدمین و مأمورین قضایی یا غیرقضایی دولتی برای اینکه متهمی را مجبور به اقرار کند او را آزار و اذیت بدنی نماید، علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد، فقط دستوردهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به واسطه آزار و اذیت فوت کند، مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت.» علت استثنا شدن بحث قتل در ذیل ماده، مباحث خاص آمریت و اکراه به قتل است که مطابق آن اکراه در قتل (برعکس سایر جرایم) رافع مسئولیت کیفری نیست.

اقوای از مباشر دانسته و او را مجازات می‌کند.

مبحث سوم: استناد جنایت یا جرم به «سبب» یا به «سبب و مباشر»

حقیقت آن است که در حالت اجتماع سبب و مباشر، امکان استناد جنایت یا جرم، قاعدتاً به مباشر است زیرا از لحاظ فلسفی و رابطه علت و معلولی کسی که جرم را ایجاد می‌کند و به آن فعلیت می‌بخشد، مباشر است و سبب، زمینه‌سازی بیش نیست. موارد استثناء هم همان موارد سبب اقوای از مباشر است و این که در مواردی خارج از این قاعده و استثناء، جنایت را مستند به سبب به تنهایی یا سبب و مباشر (هر دو) بدانیم، خلاف موازین رابطه علت و معلولی و بر این اساس خلاف تلقی عرف است. با این حال نحوه نگارش ماده به شکلی است که اطلاق آن حکم به این موارد را هم در بر می‌گیرد. یعنی امکان محکومیت سبب به تنهایی یا سبب و مباشر (هر دو) را می‌پذیرد. در عین حال باید اشاره کرد که در فرض اجتماع سبب و مباشر، با توجه به موازین گفته شده، امکان استناد جنایت (صدمات جسمانی علیه اشخاص) یا جرایم دیگر اساساً به سبب به تنهایی یا سبب و مباشر با هم وجود ندارد. در حوزه جرایم دیگر (غیر جنایت یعنی صدمات جسمانی علیه اشخاص اعم از عمدی و غیر عمدی) این ادعا قاطعیت بیشتری دارد، اما در حوزه جنایت (قتل یا صدمه بدنی) در یک حالت می‌توان استناد جنایت به سبب و مباشر (هر دو) را پذیرفت و آن حالتی است که سبب و مباشر در عرض هم‌کدیگر تأثیر در وقوع جنایت داشته باشند. مانند وقتی که الف (مباشر)، ب را مجروح کند و ج (مسبب) هم به او غذای مسموم بدهد و مرگ هم در اثر تأثیر هر دو (جراحت و سم) حادث شود، اما وقتی که تأثیرگذاری سبب و مباشر در طول هم‌کدیگر است مانند آن که کسی چاهی حفر کند و دیگری ثالثی را درون آن بیندازد یا کسی آتشی روشن کند و دیگری ثالثی را درون آن افکند، قائل شدن تأثیر همسان و در نتیجه ضمان یکسان با مباشر برای سبب اساساً درست نیست، زیرا سبب، هم‌وزن با مباشر در ایجاد علت تلف نیست. در واقع سبب، فراهم شدن شرایط است، ولی علت تلف، اقدام مباشر است.

شاید هم بتوان نحوه نگارش این قسمت از ماده را نوعی خلط مبحث مقنن با قوانین خاص دانست. با این توضیح که مقنن این قسمت را ناظر به حالاتی می‌داند که طبق قانون خاص (مثلاً قانون کار) مسبب، مسئولیت ناشی از عدم اجرای مسائل ایمنی ناشی از کار را بر عهده دارد. مثلاً وقتی که صاحب کارگاهی (مسبب) در محل آن کارگاه، مواد

۴۰

اشتعال زا (که البته ابزار کار آن کارگاه هم می‌باشد)، قرار دهد و شخص ثالثی چوب کبریتی را که با آن سیگار خود را روشن کرده، در کنار آن بیندازد (مباشر) و در اثر آتش سوزی به چند نفر صدماتی وارد شود. در این فرض طبق قاعده، مباشر یعنی روشن کننده کبریت، ضامن است، ولی ماده ۹۵ قانون کار مصوب ۱۳۶۹^۶ در مواردی که اقدامات امنیتی باید در کارگاه رعایت می‌شده، ولی نشده است، کارفرما یعنی مسبب را مسئول معرفی می‌کند. معمولاً هم کارشناسان اداره کار در این مواقع، کارفرما (مسبب) را به نوعی درگیر در مسئولیت کرده و درصدی از تقصیر را به گردن او می‌گذارند.

از این قبیل است پرونده‌ای که در آن، خانمی (الف) برای احداث بنای چهار طبقه خود، قراردادی را با آقای (ب) تنظیم می‌کند. آقای (ب) هم برای انجام عملیات سفت کاری قراردادی را با آقای (ج) که متخصص قالب بندی بوده، تنظیم می‌کند. (ج) در حالی که برای بستن آلموتور طبقه سوم به همراه گارگانش اقدام می‌کرده، در اثر رها کردن تخته‌ای که آن را از پایین به کارگش که در بالا بوده، داده است، دچار صدمه در قسمت گردن و نخاع می‌گردد. ظاهر قضیه آن است که کارگری که تخته را رها کرده، مباشر و خود او که تخته را به کارگری که خودش استخدام کرده، داده است، سبب است. در حالی که دادگاه پرونده را به کارشناس ارجاع داده که کارشناس اول، به میزان ۷۰ درصد خود (ج) و ۳۰ درصد آقای (ب) را ضامن دانسته و اساساً به نقش کارگر توجهی نداشته است. با اعتراض آقای (ب) پرونده در هیأت سه نفره کارشناسی، مطرح شده و این هیأت آقایان (ب) و (ج) را به میزان ۵۰ درصد مقصر دانسته است. مجدداً با اعتراض (ب) پرونده در هیأت ۵ نفره مطرح شده که این هیأت هم هر کدام از (ب) و (ج) را به میزان ۵۰ درصد مقصر دانسته است. مجدداً (ب) که خود را به هیچ وجه مقصر نمی‌دانسته و نقشی را برای خود قائل نبوده، اعتراض کرده که این بار هیأت ۷ نفره، برای اولین بار پای خانم (الف) یعنی مالک را هم به وسط کشیده و هر کدام از (ب) و (ج) را به میزان ۴۵ درصد و خانم

۶- طبق ماده ۹۵ قانون کار مصوب ۱۳۶۹: «مسئولیت اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار بر عهده کارفرما یا مسئولین واحدهای موضوع ذکر شده در ماده ۸۵ این قانون خواهد بود. هرگاه بر اثر عدم رعایت مقررات مذکور از سوی کارفرما یا مسئولین واحد حادثه‌ای رخ دهد، شخص کارفرما یا مسئول مذکور از نظر کیفری و حقوقی و نیز مجازات‌های مندرج در این قانون مسئول است». البته این نمونه را هر چند برخی از حقوقدانان ذیل مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر، مطرح کرده‌اند ولی جایگاه آن با توجه به نظام حقوقی ایران بیشتر با سبب اقوای از مباشر سازگاری دارد. ر.ک. حسن پوربافرانی، پیشین، صص ۱۷۴-۱۶۸.

مالک (الف) را هم به میزان ۱۰ درصد مقصر، قلمداد کرده و دادگاه هم دیگر به اعتراض آقای (ب) و خانم مالک (الف) توجه نکرده و عیناً طبق نظر کارشناسی ۷ نفره حکم صادر کرده است. دادنامه شماره ۱۳۶۶۰۱۳۵۲۸۰۳۵۲۸۰۹۹۷۰۸۹۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۵ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی اصفهان، در پرونده کلاسه ۸۹۰۸۹۷ به این شرح است: «در خصوص اتهام آقای (ب) و خانم (الف) دائر بر عدم رعایت نظامات و مقررات ایمنی در حین کار، منتهی به ایراد صدمه بدنی غیر عمدی نسبت به آقای (ج)، متهم ردیف اول به میزان ۴۵ درصد و متهم ردیف دوم به میزان ۱۰ درصد تقصیر، دادگاه با عنایت به کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان اصفهان و شکایت شاکی خصوصی (یعنی همان ج) و گزارش بازرس اداره کار و امور اجتماعی و نظریه هیأت هفت نفره کارشناسان رسمی دادگستری و... بزه انتسابی به وی، محرز و مسلم بوده و مستنداً به مواد ۹۵ و ۱۷۶ قانون کار و ماده ۲۹۴ و تبصره ۳ ماده ۲۹۵ و مواد ۴۳۰ و ۴۷۶ و... هر یک از متهمین را بر اساس میزان تقصیر، متهم ردیف اول به میزان ۴۵ درصد و متهم ردیف دوم را به میزان ۱۰ درصد از یک فقره دیه کامل بابت شکستگی ستون فقرات در ناحیه مهره‌های پنجم و ششم گردنی که منتهی به سستی و ریزش ادرار گردیده است و دو فقره دیه کامل بابت ناتوانی جنسی و ناتوانی در کنترل ادرار و مدفوع و ۲۴ درصد دیه کامل بابت ارش محدودیت حرکتی در اندام فوقانی راست که منجر به نقص عضو گردیده است و ۹ درصد دیه کامل بابت ارش محدودیت حرکتی در اندام تحتانی راست و دو درصد دیه کامل بابت ارش آسیب نسج نخاع ناحیه گردن و دو درصد دیه کامل بابت ارش زخم بستر میان دو سرین و هر دو پاشنه در حق آقای (ج) محکوم می‌نماید...».

در واقع در این دو نمونه‌ای که اشاره شد، به خصوص نمونه رویه قضایی، صرف نظر از ایرادی که نسبت به آن وجود دارد (از جمله این که معلوم نیست بر چه اساسی پای مالک به پرونده، باز شده است)، هر چند طبق قاعده پذیرفته شده، در بحث اجتماع سبب و مباشر، مباشر باید ضامن باشد، ولی به جهت قانون خاص (ماده ۹۵ قانون کار مصوب ۱۳۶۹) و این که عدم ایمن سازی محیط کار آن چنان که باید توسط مسبب (کارفرما) انجام نشده، به نوعی او را نسبت به مباشر (که معمولاً کارگری ساده است که در موقعیت ضعیفی نسبت به کارفرما قرار دارد)، اقوی نشان می‌دهد. بدیهی است در این صورت، تنظیم ماده ۵۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به شکل کنونی و حکم به این که در صورت اجتماع سبب و مباشر، ضامن می‌تواند مستند به هر کدام از «سبب» یا «سبب و مباشر» (با هم) باشد،

درست نبود، زیرا باز هم قاعده (یعنی ضمان مباشر مگر این که سبب، اقوای از آن باشد)، باقی است و در حالات ذکر شده مسبب (یعنی کارفرما) به جهت ضعف موقعیت کارگر (مباشر) نسبت به او اقوی است یا حداقل آن که قانون خاص در این خصوص حکم به ضمان مسبب داده است و در این حالات نیازی به برهم زدن قاعده اجتماع سبب و مباشر و تغییر دادن حکم آن در قانونی کلی و ناظر به همه مصادیق (یعنی قانون مجازات اسلامی) نیست.

منابع

- . پوربافرانی، حسن (۱۳۹۷)، *حقوق جزای عمومی (مجرم و مسئولیت کیفری)*، چاپ اول، انتشارات جنگل.
- . محقق حلی، ابوالقاسم (۱۴۰۳ ق)، *تسرایع الاسلام*، چاپ اول، جلد چهارم، دارالاضواء.
- . نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷)، *جواهرالکلام*، چاپ سوم، جلد چهل و سه، دارالکتب الاسلامیه.

ترمیم پرده بکارت و آثار حقوقی آن

دکتر کیومرث کلانتری^۱

قهرمان کریمی^۲

چکیده

با وجود این که انجام درمان برای بیمار امریست که برخی فقها آن را واجب می‌دانند، اما پاره ای از اعمال جراحی وجود دارد که در مشروعیت آنها هنوز در بین فقها و حقوقدانان، هم رأیی دیده نمی‌شود که یکی از این اعمال، جراحی جهت ترمیم پرده بکارت در زنان می‌باشد. گروهی از فقها با استناد به برخی آیات و روایات و مفسده‌های اجتماعی ناشی از رواج ترمیم بکارت، به مخالفت با این عمل پرداخته‌اند و گروهی نیز با استناد به برخی آیات و روایات دیگر و سودمندی‌های اجتماعی ناشی از رواج ترمیم پرده بکارت، این گونه اعمال جراحی را مجاز می‌دانند. حقوق ایران در باب این موضوع با توجه به نو بودن این پدیده، تا به حال حکم خاصی ارائه نداده و باید از طریق توسل به کلیات، موضوعات مرتبط و منابع فقهی، موضع قانونگذار ایران را دریافت. در این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی نظریات مختلف

و احکام راجع به این موضوع و برخی موضوعات تبعی از جمله مسئولیت پزشکی جراح، ازاله بکارت ترمیم شده و امکان فسخ ازدواج با زن دارای بکارت ترمیمی در حقوق ایران و فقه پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: پرده بکارت، ازاله بکارت، مسئولیت پزشکی جراح، فسخ ازدواج، زنا

ترمیم پرده بکارت و آثار حقوقی آن

مقدمه

هر چند که از شنیدن عبارت پرده بکارت، بیشتر ذهن‌ها متوجه اسلام و کشورهای شرقی می‌گردد، اما داشتن بکارت از دیرباز و در فرهنگ‌های مختلف به عنوان یکی از راه‌های شناخت پاکدامنی زنان مورد توجه بوده و در حال حاضر نیز این نشانه به عنوان مهمترین نشانه نداشتن روابط جنسی پیش از ازدواج دختران نگریسته می‌شود؛ به عنوان نمونه در کشور آفریقای جنوبی در مدارس به منظور تست پاکدامنی، دختران را به صف کشیده و پرده بکارت آنها را مورد معاینه قرار می‌دهند. در کشور ایران به عنوان یک کشور اسلامی نیز این پدیده از اهمیت فراوانی برخوردار و گاه نیز بسیار مشکل آفرین بوده است. دخترانی که در شب اول ازدواج فاقد این پرده باشند، عامل ننگ خانواده بوده و گاه نیز مورد قتل واقع می‌شوند. جنبه‌های اجتماعی این پدیده، مورد مطالعه این مقاله نمی‌باشد و همگان مطمئناً به اهمیت داشتن بکارت در شب اول ازدواج آگاهی کامل دارند. هدف این مقاله بررسی مسائل حقوقی پیرامون ترمیم پرده بکارت می‌باشد که نظام حقوقی ما در باب آنها ساکت بوده و در نتیجه موجب سردرگمی حقوقدانان و قضات می‌گردد. مهمترین این موارد عبارتند از: ۱- آیا ترمیم پرده بکارت جرم است؟ ۲- آیا پزشک ترمیم کننده، مجرم محسوب می‌گردد؟ ۳- آیا اگر پرده ترمیم شده توسط شخصی زایل گردد، آن شخص ازاله کننده پرده بکارت محسوب می‌گردد؟ ۴- آیا باکره جلوه دادن خود برای کسی که پرده خود را ترمیم نموده، فریب در ازدواج محسوب می‌شود؟ مقاله حاضر در پی پاسخ گویی به آنها می‌باشد.

پرده بکارت چیست؟

اندام تناسلی و ادراری زن طی دوران تکاملی خود در رحم مادر، ابتدا از یک لوله

مشترک شروع به رشد کرده و سپس به تدریج به قسمت‌های داخلی و خارجی این دو عضو، از جمله مثانه، مجاری ادراری، لوله‌های فالوپ، رحم، واژن، لبان بزرگ و کوچک و... تغییر شکل می‌یابند. در واقع می‌توان گفت که آلت جنسی زن و دستگاه ادراری، نخست دارای یک مرکز ادغام بوده‌اند که پس از تکمیل و جدا شدن این دو از هم، باقی مانده آن به صورت قشری گوشتی که متشکل از بافتی الاستیکی و رشته‌هایی ارتجاعی است، دهانه واژن را می‌پوشاند.

این بافت الاستیکی همان پرده بکارت است که باعث پوشیدگی تمام یا قسمتی از دهانه واژن می‌گردد. در صورتی که در مرحله قبل از تولد، تقسیم و جدا شدن لایه به طور کامل صورت گیرد، موجب می‌شود بعضی زنان به طور مادرزاد، پرده بکارت نداشته باشند. بسیاری تصور می‌کنند که پرده بکارت، داخل واژن قرار دارد، در صورتی که این طور نیست و پرده بکارت، بخش خارجی اندام جنسی است.

زایل شدن پرده بکارت

مَلَبان و کِلَبان معمولاً تا قبل از سن بلوغ بسیار نازک و لطیف هستند؛ بنابراین طبیعی است که هرگونه کشش یا انبساطی که به این بافت‌ها وارد شود، به احتمال زیاد، موجب آن می‌شود که پرده بکارت کش یافته، نازک و نازکتر گردد یا اینکه در نقاطی، پاره شود. از همین روست که بسیاری از دختران بالغ و نابالغ در اثر برخی حرکات فیزیکی نظیر ورزش، اسب سواری، دوچرخه سواری، پرده بکارت خود را یا به شدت نازک نموده و یا اصلاً به کلی از دست می‌دهند. یک دختر ممکن است هرگز متوجه نشود که کی، کجا و تحت چه شرایطی بکارت خود را از دست داده است؛ چرا که ممکن است این حادثه کاملاً بدون خونریزی و یا درد اتفاق افتاده باشد. گاه نیز چنین است که «ازالت بکارت» یک دختر در زمانی حادث شود که مطلقاً به علت جوانی و ناآگاهی وی نسبت به کارکرد اندام جنسی خود، ولو با مختصر خون و درد هم که باشد، توجهی از جانب او بدان حاصل نشده باشد. ورود آلت جنسی مرد به آلت جنسی زن نیز از دیگر عوامل پاره شدن پرده بکارت است.

این فرض که همیشه سلامت پرده بکارت به معنای عدم وجود سابقه رابطه جنسی می‌باشد، از نظر علمی مردود است، چراکه غشاء هیمن یا پرده بکارت به طور طبیعی دارای انواع مختلف است که برخی از انواع آن حتی در صورت نزدیکی هم آسیب نمی‌بیند و در معاینات پزشکی نیز قابل تشخیص نمی‌باشد. برخی از زنان به طور طبیعی بدون این غشاء متولد می‌شوند. به این ترتیب اصولاً نمی‌توان با اتکاء به سالم بودن یا نبودن پرده

بکارت در مورد وجود سابقه رابطه جنسی قضاوت نمود.

قانون مجازات اسلامی ایران در مواد ۲۳۱، ۶۵۸ و ۶۵۹ از ازاله بکارت سخن به میان آورده است. مطابق این مواد چنانچه ازاله بکارت با رضایت دختر باشد، هیچ حقی برای وی متصور نیست، ولی چنانچه این امر با عنف و اکراه صورت گرفته باشد، زن مستحق مهرالمثل و ارش البکاره است و در صورتی که ازاله بکارت موجب آسیب مثانه گردد، به گونه ای که نتواند ادرار را ضبط کند، بر حسب مورد باید دیه یا ارش را نیز اضافه کند.

بازخوانی صحیح یک مسأله

خونریزی به وجود آمده در اولین رابطه جنسی ناشی از چیست؟ به نظر می‌رسد پاسخ- گویی به این سؤال می‌تواند راهنمای بسیار مهمی برای نتیجه گیری در باب برخی از مسائل مربوط به پرده بکارت باشد. بنا بر آمار غیر رسمی تنها ۵۰ الی ۶۰ درصد زنان که پرده بکارت آنها سالم و بدون مشکل می‌باشد، در اولین رابطه جنسی، دچار خونریزی می‌شوند.

علت این امر چه می‌تواند باشد؟ اگر به واقع این خون از پاره شدن پرده بکارت جاری می‌شود و این پرده، واژن را پوشانده، پس به چه دلیل همه زنان با ورود آلت جنسی مرد به داخل واژنشان دچار خونریزی پرده بکارت نمی‌شوند؟

از نظر علمی، این خونریزی ناشی از پارگی پرده بکارت نبوده، بلکه ناشی از پارگی پوست داخلی واژن می‌باشد. اصولاً پرده بکارت، دهانه واژن را نپوشانده، بلکه حلقه ای پوستی است که بر روی لبه واژن قرار گرفته است. پرده ممکن است پاره گردد، اما به سختی خونی از پاره شدن این پرده ایجاد می‌گردد؛ زیرا این پرده بسیار کوچک و رگ‌های خونی آن نیز بسیار ریز بوده و در نتیجه خونی که از آنها جاری می‌شود به اندازه ای کم است که تنها با ذره بین می‌توان آن را مشاهده نمود. اصولاً عروس و داماد از نظر جنسی، افراد آگاهی نمی‌باشند، بنابراین داماد بدون اینکه عروس از نظر جنسی به برانگیختگی کامل رسیده باشد، آلت جنسی خود را وارد واژن او می‌کند و معمولاً نیز عروس در اولین ارتباط دارای حالات عصبی می‌باشد و همین امر باعث منقبض شدن واژن و پاره شدن کانال واژن در چند جای مختلف می‌گردد. پوستی که در داخل واژن، گوشت آن را پوشانده بسیار نازکتر از پوست بیرونی بدن انسان است و اگر به خوبی نرم نشده باشد، به راحتی پاره شده و در نتیجه گوشت زیر آن دچار خونریزی می‌گردد، بنابراین اگر زنی حتی فاقد پرده بکارت باشد، می‌تواند با ایجاد چند خراش کوچک در کانال واژن خود دچار خونریزی

گردد، بدون آنکه ضرورتی برای ترمیم پرده وجود داشته باشد. در صورتی که زن در هنگام ارتباط جنسی، آرام و بدون تنش بوده، زمان کافی برای عشق ورزی داشته باشد، با طرف مقابل خود احساس راحتی کند و دهانه واژنش به اندازه کافی مرطوب باشد، آلت تناسلی مرد به نرمی وارد واژن او می شود و به این ترتیب در اولین ارتباط، خونریزی نخواهد داشت.

عمل پرده بکارت

همان طور که ذکر شد، مواد ۲۳۱، ۶۵۸ و ۶۵۹ قانون مجازات اسلامی فقط به مسئولیت یا عدم مسئولیت ازاله کننده بکارت در پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره سخن به میان آورده است، اما امروزه مسایل مربوط به بکارت با پیشرفت‌های خارق العاده پزشکی به مبحثی پیچیده بدل گردیده که وجود این مواد نمی‌تواند در حل مسائل پیش آمده در باب آن مؤثر واقع شود. یکی از مهم‌ترین این مسائل، جراحی پرده بکارت می‌باشد.

بر طبق نظر خانم جون راینیش، مدیر سابق مؤسسه تحقیقاتی کینزی در بولومینگتون، ترمیم پرده بکارت دارای سابقه طولانی در تاریخ است. در قدیم قابله‌ها برای مخفی کردن پرده صدمه دیده، معمولاً آن را با نخ و سوزن می‌دوختند و حتی گاهی ممکن بود برای ترمیم از پوست بز یا دیگر حیوانات استفاده کنند. اما مسأله مجاز بودن یا نبودن عمل پرده بکارت در کشورهای اسلامی برای اولین بار در سال ۱۹۸۷ و در نشست سازمان اسلامی علم پزشکی در کشور کویت مورد بحث واقع شد. در آن کنفرانس دو دیدگاه مطرح گردید که هنوز جدال مابین این دو دیدگاه ادامه دارد. یکی از این دیدگاه‌ها از سوی محمد نعیم یاسین (رئیس دانشکده شریعت در دانشگاه کویت) مطرح شد که طرفدار آزادی این عمل، البته با شرایطی خاص بود و در مقابل او عزالدین التمیمی، مفتی اردن قرار داشت که مخالف آزادی این عمل به طور کلی بود. همین دو دیدگاه است که هنوز نیز در میان علما و حقوقدانان مسلمان رایج بوده و دلایل مطرح شده برای طرفداری از هر یک از این دو دیدگاه نیز تقریباً تکرار همان استدلال‌ات مطرح شده در آن کنفرانس می‌باشد.

نمونه‌هایی از فتاوی مخالف در باب ترمیم پرده بکارت

طی استفتایی که در تاریخ نهم فروردین ۱۳۸۸ از سایت اطلاع رسانی آیت الله سیدعلی خامنه ای (مقام رهبری) انجام گرفت، ایشان انجام عمل ترمیم پرده بکارت را بدون هیچ

تفصیلی جایز ندانستند.

از میان فقهای اهل سنت می‌توان به فتوای شیخ صالح المناجد اشاره کرد که در یک فتوای مفصل بعد از ذکر دلایل موافق و مخالف، با رد دلایل موافق، انجام این عمل را تحت هیچ شرایطی جایز نمی‌داند. (برخی از استدلالات ایشان در ادامه، مورد بحث واقع خواهد شد).

نمونه‌هایی از فتاوی موافق در باب ترمیم پرده بکارت

از میان فقهای شیعه موافق می‌توان به آیت الله موسوی اردبیلی اشاره کرد. نامبرده در فتوایی اعلام نمودند که حتی اگر زن از طریق نامشروع ازاله بکارت شده باشد، ترمیم پرده بکارت به شرط اجتناب از محرمات دیگر جایز است. آیت الله روحانی نیز طی دو فتوای متفاوت، بر جایز بودن این عمل تأکید نموده‌اند. اولین فتوا در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۱ صادر شده که طی آن برای دختری که با ازدواج موقت، بکارت او زایل شده، انجام عمل جراحی را مجاز دانسته است و در فتوایی دیگر در سال ۸۸ به کد شماره ۱۱۲۹۵ انجام این عمل را به صورت مطلق و بدون هیچ گونه تفاوتی بین زنان مشهور به زنا و غیر آن، مجاز دانسته است.

اخیراً آیت الله شیخ اسحاق فیاض از مراجع تقلید افغانی تبار نجف اشرف با صدور فتوایی انجام چنین عمل جراحی برای زنان روسپی را تنها با هدف بازگرداندن شرافت و نجابت آنان حلال اعلام کرده است. صدور چنین فتوایی موجب به وجود آمدن جنجال و اختلاف نظر میان برخی مراجع و علما شد و شک‌هایی در مورد صحت صدور چنین فتوایی را به وجود آورد. در همین راستا شیخ علی ربیعی سخنگوی دفتر مرجعیت آیت الله فیاض طی گفتگویی، صحت صدور این فتوا را اعلام کرد و گفت: «این حکم در صورتی جایز است که زندگی و آینده این فرد به انجام چنین عمل جراحی بستگی داشته باشد و انجام آن موجب دوری وی از فساد و گناه شود». از نمونه فتوای علمای موافق، می‌توان به فتوای دارالافتای مصر اشاره کرد که متن آن بدین گونه است:

«اسلام اصرار فراوان بر عفاف نموده و به امر زنا اهمیت ویژه ای داده و آن را جزء گناهان کبیره شمرده و راه را بر هر آنچه که ممکن است به زنا ختم گردد بسته است؛ مانند نگاه کردن، خلوت کردن با نامحرم. خداوند در آیه ۳۲ سوره اسراء فرمود: «و هرگز نزدیک عمل زنا نشوید که کاری بسیار زشت و راهی بسیار ناپسند است» و نیز سزای آن را اگر به نزد حاکم برسد، اقامه حد قرار داده است. چنانکه آمده است: «به هر کدام از زانی

و زانیه صد ضربه شلاق بزنید». اصل در شریعت پوشاندن ناموس است. همچنین شریعت، ما را از اشاعه فحشا و آشکار نمودن گناهیانی که انجام داده ایم و خداوند آن را پوشانده است، نهی نموده و در این باره در آیه ۱۹ سوره نور می‌فرماید: «آنان که دوست می‌دارند زشتی‌ها در میان اهل ایمان شایع شود، برای آنها در دنیا و آخرت عذابی دردناک خواهد بود و خدا می‌داند و شما نمی‌دانید». حتی بر اساس روایات اسلامی، هنگام ازدواج زن، نباید درباره بکر بودن یا نبودن او سؤال شود، زیرا این را موجب اظهار فاحشگی می‌دانند، لذا بر این مبنا، برای دفع مفسده ای که بر آن مترتب است، برای دختر جایز است که پرده اش را به صورتی طبی عمل نماید و به این ترتیب برای پزشک مجاز است که آن را انجام دهد، اما اگر دختر مشهور به زنا گردد و یا در این کار شدت به خرج دهد، این عمل جایز نخواهد بود. به دلیل انتفاء علت،

در بین فقهای امامیه نمی‌توان حکم کلی در باب شقوق مختلف صادر کرد. از سه نمونه فتوایی که ذکر شد، می‌توان به این نتیجه رسید که برخی فقها تمام شقوق آن را با برخی شرایط خاص و یا بدون لزوم وجود آن شرایط و به طور مطلق مجاز دانسته‌اند و یا اینکه انجام این عمل را در هر صورت غیرمجاز دانسته‌اند.

دلایل مخالفین جواز ترمیم پرده بکارت

قائلین به عدم جواز عمل جراحی ترمیم پرده بکارت، استدلالات زیر را ارائه می‌دهند:

- ۱- عمل بکارت، ارتکاب زنا را آسان می‌کند؛
- ۲- بدون هیچ سبب ضروری موجب اطلاع بر عورت می‌شود؛
- ۳- موجب اختلاط انساب می‌شود. اگر زن از جماع ابتدایی خود حامله شده باشد، سپس پرده پاره شده را ترمیم نماید و بعد از آن ازدواج کند، حمل به زوج او ملحق می‌گردد، زیرا به دلیل سالم بودن پرده در شب اول ازدواج، کسی ظن در ذهنش ایجاد نمی‌شود که این بچه ناشی از جماع قبل از ازدواج آن زن بوده باشد؛ در نتیجه شوهر او را، به عنوان پدر آن بچه متولد شده می‌شناسند؛
- ۴- این عمل به صورت بالقوه فریب دادن شوهر آینده محسوب می‌گردد؛ زیرا هر چند که شرط باکره بودن زن به صورت صریح در قرارداد ازدواج گنجانده نمی‌شود، اما این شرط به صورت ضمنی در قرارداد ازدواج وجود دارد؛
- ۵- موجب گسترش سقط جنین می‌گردد؛
- ۶- جواز ترمیم پرده بکارت به بهانه جلوگیری از ضرر ناشی از اتهام ناروا درست

نیست، زیرا ضرر فوق با گرفتن گواهی پزشکی قابل پیشگیری است؛

۷- یکی از اصول شریعت این است که جلوی ضرر را نباید با ضرر زدن به دیگری گرفت در حالی که با دادن اجازه انجام عمل بکارت به بهانه دفع ضرر از دختر، به شوهر آینده او ضرر وارد می‌گردد که پذیرفتنی نیست؛

۸- نتایج منفی حاصل از جایز دانستن این جراحی‌ها بسیار بیشتر از نتایج مثبت آن است. در نتیجه باید طبق قاعده فقهی، از نتایج منفی جلوگیری به عمل آورده و نگران نتایج مثبت آن نبود.

بررسی این استدلالات

۱- گفته شد، اگر دختری به امکان ترمیم پرده خود اطمینان داشته باشد، در برقراری ارتباط جنسی نامشروع پیش از ازدواج هیچ مانعی بر سر راه خود نمی‌بیند و در نتیجه ارتکاب زنا آسان می‌گردد. این استدلال با توجه به آنچه که در باب واقعیت خونریزی در شب اول ازدواج گفته شد، نمی‌تواند چندان محلی از اعراب داشته باشد؛ زیرا خونریزی شب اول نه ناشی از پاره شدن پرده (که البته بخشی به خونریزی پرده بر می‌گردد) بلکه بخش اعظم آن ناشی از پارگی پوست داخل واژن می‌باشد و در نتیجه دختر بدون عمل جراحی و تنها با تنگ کردن دهانه واژن خود و یا ایجاد چند خراش کوچک در داخل واژن بدون متوجه شدن شوهر در هنگام جماع، می‌تواند باعث خونریزی آلت جنسی خود گردد. از سوی دیگر باید توجه داشت که امروزه علاوه بر عمل جراحی، برخی راه‌های دیگر برای ایجاد خونریزی در هم خوابگی اول ایجاد شده که بسیار سخت می‌توان جلوی گسترش آنها را گرفت؛ راه‌هایی مانند استعمال کپسول خونی نیم ساعت قبل از هم خوابگی. پس به نظر می‌رسد، این استدلال که با ممنوع کردن این عمل می‌توان راه را بر تشجیع دختران به انجام زنا بست، دیگر آن قوت خود را از دست داده است. از سوی دیگر تأکید بر استدلال مذکور این ذهنیت را ایجاد می‌کند که یکی از راه‌های اثبات زنا، عدم وجود پرده بکارت است در حالی که شریعت به این امر اعتقادی ندارد و راه اثبات زنا را کاملاً صریح مشخص کرده که عدم وجود پرده از جمله این راه‌ها نیست.

۲- گفته شد که نگاه کردن بالغ کبیر اگرچه پیر و عاجز از مقاربت باشد و عاقل و مختار اگر چه برای غیر شهوت باشد، به عورت زن حرام است و عورت زن، اندام او به جز صورت و کفین اوست؛ زیرا نظر کردن، ظن فتنه ایجاد می‌کند و محرک است (الزحیلی، ۱۹۹۷ م، ج ۸، ۳۸) البته این یک اصل است که دارای استثنائاتی نیز می‌باشد که از جمله

این استثنائات در هنگام نیاز و ضرورت می‌باشد (قرضاوی، ۱۳۸۲، ج ۲، ۶۰۳). اینکه آیا داشتن پرده برای زنان واقعاً ضروری می‌باشد، امریست که متناسب با فرهنگ‌های مختلف باید به آن پاسخ‌های متفاوت داد. در جوامع اسلامی معمولاً خونریزی در شب اول ازدواج به صورت یک امر مقدس درآمده که در صورت عدم وجود آن ممکن است زن به مجازات‌های سختی گرفتار آید که طلاق، حداقل آن بوده و حتی ممکن است به قتل منجر شود. مجازات‌هایی که در فرهنگ کشورهای اسلامی بر زنان تحمیل می‌گردد، با احکام شرع مطلقاً همخوانی ندارد؛ زیرا همان طور که در فتوای دارالافتای مصر ذکر شده بود، زنانی که مشهور به زنا نیستند، ولی پرده آنها زایل شده، در حکم باکره بوده و طلاق آنها به صرف باکره نبودن جایز نیست. از سوی دیگر حتی اگر عدم باکرگی را نشانه‌ای برای داشتن رابطه قبل ازدواج بدانیم، تحمیل مجازات مرگ به دختر غیر محصنه که تنها به خاطر دفاع از غرور یک خانواده یا طایفه و در جهت پاک کردن لکه ننگ از دامان آن خانواده انجام می‌شود، هیچ همخوانی با احکام شریعت ندارد.

۳- استدلال سوم مبنی بر خلط انساب، به نظر می‌رسد دیگر نتواند محلی از اعراب به خود اختصاص دهد؛ زیرا به راحتی و با انجام آزمایش DNA می‌توان از این امر جلوگیری به عمل آورد و حتی با قانونی نمودن عمل و تحت ضابطه درآوردن آنها که یکی از این ضوابط، انجام آزمایش حاملگی باشد، می‌توان از بروز این اشکال جلوگیری کرد، درحالی که با غیر شرعی و غیر قانونی اعلام کردن این گونه اعمال جراحی و به صورت زیرزمینی درآمدن این عمل‌ها، زمینه برای خلط انساب بیشتر ایجاد می‌گردد.

۴- استدلال چهارم مبنی بر فریب دادن شوهر یکی از مواردی است که در باب آن باید به تدقیق بیشتری پرداخت. در فرانسه، یکی از دادگاه‌های این کشور در شهر لیل (سال ۲۰۰۶) رأی مبنی بر ابطال قرارداد ازدواج یک مهندس مسلمان با یک پرستار مسلمان به خاطر باکره نبودن زن صادر کرد. مرد اظهار کرده بود که فریب خورده، زیرا او خواهان ازدواج با یک دختر باکره بوده است. قاضی این پرونده هم، این دلیل را به رسمیت شناخته و باکره بودن یک دختر را در هنگام ازدواج، ویژگی عمده یک زن دانسته بود. البته این رأی به شدت مورد انتقاد محافل حقوقی و فمینیستی قرار گرفت و آن را زمینه‌سازی برای رواج هر چه بیشتر عمل جراحی بکارت دانستند.

به نظر می‌رسد، در حقوق اسلام تصمیم‌گیری در این باب که آن را نوعی فریب بدانیم یا خیر، نیاز به دقت فراوان داشته باشد. همان طور که در فتوای دارالافتای مصر دیده شد، طبق حدیث نبوی نباید در هنگام ازدواج، در باب باکره بودن یا نبودن از زن

سؤالی شود و دلیل این امر را جلوگیری از اظهار فاحشگی دانسته اند؛ زیرا که خداوند به پوشاندن آن فراخوانده است. از سوی دیگر خداوند می‌فرماید:

«مرد زناکار جز با زن زناکار یا مشرک ازدواج نمی‌کند و زن زناکار را جز مرد زناکار یا مشرک نکاح نمی‌کند و این کار بر مؤمنان حرام شده است.» از این آیه تفاسیر فراوان و متفاوتی صورت گرفته (زرگوش نسب، ۱۳۸۴، ۶۸) که از میان نظرات مختلف می‌توان این نتیجه حدافلی را استنتاج نمود که ازدواج با زناکار مکروه است، در حالی که اگر زن بتواند با عمل بکارت، شوهر خود را نسبت به عدم رابطه نامشروع قبل از ازدواج، مطمئن گرداند، به واقع شوهر آینده او به خاطر این کار دچار عمل مکروه، گردیده است که به نوعی فریب دادن وی می‌باشد. از سوی دیگر می‌توان قائل به تفصیل شد و گفت در مورد زنانی که ازالّه بکارت آنها به دلیل ضربات وارده بوده است، این امر فریبکاری محسوب نمی‌شود و در مورد زنان مشهور به زنا نیز که عملاً فریب خوردن امکان پذیر نیست و تنها شقی که شک در باب آن به وجود می‌آید، ترمیم بکارت زانیه غیر مشهور است که در باب او نیز می‌توان گفت چون آیه به صورت صریح بر حرمت ازدواج با چنین زنی دلالت ندارد و از سوی دیگر اصل بر عدم حرمت است و با توجه به حدیث نبوی که دختر را از آشکار نمودن رابطه خود منع نموده، شاید بتوان این نتیجه را گرفت که انجام چنین عملی و باکره جلوه دادن خود، غش محسوب نمی‌شود؛ زیرا چنین دختری مطابق حدیث ذکر شده در فتوای فوق الذکر در حکم باکره است و با عمل جراحی صفتی را به خود اضافه نکرده و از اول، طبق حدیث نبوی در جایگاه دخترانی متصف به آن صفت محسوب گردیده است. هرچند از سوی دیگر می‌توان گفت که حدیث در باب دختری است که برای باکره جلوه دادن خود به عمل جراحی متوسل نشده، بلکه فقط سکوت نموده و افزودن این صفت در واقع نوعی تدلیس است. به هر حال می‌توان گفت که این ایراد، مهم‌ترین ایراد وارد بر جواز عمل بکارت در زنان است.

۵- این استدلال که اجازه دادن برای انجام این عمل زمینه را برای گسترش سقط جنین فراهم می‌کند، خالی از وجه است و این دو ملازمتی با هم دیگر ندارند. معمولاً زنانی که از رابطه نامشروع حامله می‌شوند، رسوایی ناشی از آن به حدی خواهد بود که آنان به فکر سقط جنین بیفتند، نه اینکه به خاطر باکره جلوه دادن خود به فکر سقط جنین باشند و به نظر نمی‌رسد ممنوع نمودن ترمیم پرده بکارت انگیزه حفظ حمل ناشی از زنا را برای زن در پی داشته باشد.

۶- این استدلال که با گرفتن گواهی پزشکی می‌توان راه را بر اتهامات ناروا بست،

انحراف از همان قواعدی است که این دسته به خاطر دفاع از آنها، انجام چنین عملی را ناروا می‌پندارند. مگر نه اینکه یکی از دلایل مخالفت با چنین عمل‌هایی جلوگیری از نگاه به عورت زن بود. آیا گرفتن گواهی از پزشک مستلزم چنین نگاهی نیست؟! پس به نظر می‌رسد که اگر ما قائل به غیرضروری بودن نگاه به عورت در عمل جراحی باشیم، در باب گواهی پزشک نیز باید قائل به این امر بود.

۷- در باب استدلال بعدی مبنی بر ورود ضرر به شوهر؛ طرفداران این نظریه هیچ دلیلی برای گفته خود ذکر نکرده‌اند. باید از آنان پرسید اگر زن (به خصوص در مورد زنی که بکارت او در اثر مواردی غیر از دخول زایل گردیده است) بکارت خود را با عمل جراحی بازیابد، چه ضرری به شوهر وارد می‌شود؟ در مورد زن غیر مشهور به زنا نیز به نظر نمی‌رسد ضرر خاصی قابل تصور باشد، به ویژه زمانی که از این کار توبه نموده باشد. به طریق اولی در مورد زن مشهور به زنا چنین ضرری مطلقاً قابل تصور نیست.

۸- در باب استدلال آخر نیز باید گفت که اولاً هیچ معیار علمی برای سنجش بیشتر بودن آثار منفی رواج ترمیم پرده در قیاس با آثار مثبت آن وجود ندارد و در جهت خلاف آن می‌توان استدلال کرد که جان انسان بالاترین ارزشی است که اسلام بر حفظ آن به شدت تأکید دارد و رواج این گونه اعمال جراحی می‌تواند آمار قتل‌های ناروای دختران را - که فقط به صرف نداشتن پرده بکارت از سوی شوهر یا بستگان خویش به مرگ محکوم می‌گردند - کاهش دهد؛ دخترانی که حتی در صورت اثبات ارتکاب زنا، به موجب احکام شرعی مربوطه باز هم مستحق مجازات مرگ نیستند.

دلایل طرفداران جواز ترمیم پرده بکارت

استدلالات طرفداران، عبارتند از:

۱- پوشاندن عیوب که در اسلام نیز مورد تأکید قرار گرفته با عمل جراحی بکارت محقق می‌گردد.

۲- از پخش شایعات بی اساس در باب فحشای زن جلوگیری می‌کند و این عمل جراحی راه را بر گسترش سوء ظن در باب دخترانی که در اثر ضربه، بکارت خود را از دست داده‌اند، می‌بندد.

۳- این اجازه می‌تواند موجب پاسداری از احکام شرع در باب شیوه‌های اثبات زنا باشد. راه‌های اثبات زنا در شریعت محدود به دو مورد اقرار و شهادت (و البته به عقیده عده ای از فقهای شیعه، علم قاضی است و اتهام زنا به زنان به صرف نداشتن پرده بکارت رسم

غلطی است که پذیرش این عمل (ترمیم پرده بکارت) می‌تواند راه را بر آن ببندد. در باب استدلالات فوق الذکر به طور کلی می‌توان گفت که در جامعه ما تصور نادرستی وجود دارد که عدم خونریزی آلت تناسلی زن در شب اول را ناشی از روابط نامشروع او قبل از ازدواج می‌دانند؛ در حالی که بر اساس داده‌های علم پزشکی بسیاری از زنان به دلیل داشتن نوعی خاص از پرده و برخی نیز به دلیل آمادگی ذهنی و روانی برای اولین هم‌خوابگی، دچار خونریزی نمی‌شوند. پس به نظر می‌رسد که استدلالات این گروه علاوه بر اثر مفید شرعی که راه را بر اعمال مجازات مرگ با استناد به دلایلی که شریعت مقدس آن دلایل را کافی برای گرفتن جان انسان نمی‌داند، می‌بندد، دارای آثار مفید اجتماعی باشد. به طور خلاصه می‌توان گفت این عمل علاوه بر اینکه می‌تواند از انحراف در باب احکام قرآنی مربوط به زنا و حق حیات انسان جلوگیری به عمل آورد، دارای آثار اجتماعی بسیار مهمی نیز می‌تواند باشد که مثالی بسیار واضح جهت درک بهتر آن، کشور مصر است که آمار قتل‌های ناموسی بعد از رواج این نوع عمل جراحی (البته به صورت غیرقانونی) ۸۰ درصد کاهش یافته است.

ترمیم پرده بکارت در نظام حقوقی ایران

در باب ترمیم پرده بکارت، چهار مورد را باید در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار داد:

الف: آیا ترمیم پرده بکارت قانونی است یا خیر؟

تصمیم‌گیری در باب اینکه آیا در نظام حقوقی ایران باید قائل به ممنوعیت انجام عمل ترمیم بکارت بود یا مجاز بودن آن، امر بسیار سختی است. در این باب به مانند فقه اسلامی می‌توان سه رویه را اتخاذ نمود:

غیرقانونی بودن مطلق

در سکوت قانونگذار و با وجود اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در چنین مواردی منابع فقهی باید مورد رجوع قاضی کیفری قرار گیرند و نیز فتاوی برخی از فقهای امامیه از جمله مقام رهبری که انجام این عمل را در هر صورت غیرمجاز می‌دانند، از یک سو و برخی قوانین از جمله بند «ج» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و نیز مواد ۳ و ۶ آیین نامه رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته که انجام عمل جراحی غیر شرعی را مجاز نمی‌دانند، از سوی دیگر، ذهن را به

سوی ممنوعیت عمل جراحی ترمیم پردهٔ بکارت بدون هیچ استثنائی سوق می‌دهد. علاوه بر آن می‌توان گفت که در جامعهٔ ایرانی با توجه به سنت‌های فکری، باکره بودن طبیعی زن به صورت ضمنی، یکی از شروطی است که مردان وجود آن را در دختران ضروری می‌دانند و در نتیجه توسل به این عمل که در واقع ایجاد باکرگی مصنوعی است، برخلاف شرایط و ذهنیت مرد می‌باشد و به نوعی فریب او محسوب می‌شود. افزون بر این گفته‌اند که رواج چنین عمل‌هایی، زمینه را برای تداوم و گسترش سنت‌های فکری غلطی فراهم می‌سازد که مبنای قضاوت در باب شخصیت زن را فقط مسائل جنسی می‌داند، نه توانایی‌های دیگری همچون توانایی‌های علمی و ... این ایراد مهمترین دلیل مخالفت با این نوع عمل جراحی است.

قانونی بودن مطلق

صرف نظر از ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) که اعمال مجازات را منوط به تصریح در قانون نموده و قطع نظر از فتاوی متعدد فقها که انجام این عمل را برخی با تفصیل و برخی به صورت مطلق مجاز می‌دانند، قانونی تلقی کردن ترمیم پرده بکارت، مبارزه با سنت و تفکر غلطی است که نبود پردهٔ بکارت را تنها ملاک جهت قضاوت دربارهٔ عفت و پاکدامنی یک زن می‌داند که به صورت کاملاً واضح، مخالف موازین اسلامی و یافته‌های پزشکی است.

توجه به این موارد، مجاز بودن انجام ترمیم پرده را تقویت می‌کند. در این راستا می‌توان به «اصل برائت» و «اصل اباحه» نیز استناد نمود که به موجب آن تا زمانی که از سوی شارع و یا حاکم، حکم صریحی بیان و اعلام نگردیده باشد، اقدام به هر فعل یا ترک فعل جایز است و بر انجام یا ترک آن، مسئولیت جزایی مترتب نیست (حبیب زاده، ۱۳۸۹، ۳۵)؛ پس در باب عمل جراحی ترمیم بکارت نیز همین حکم جاری است و تا زمانی که قانونگذار و یا شارع آن را ممنوع اعلام ننموده، باید قائل به جواز آن بود. علاوه بر آن مقتضای «اصل تفسیر به نفع متهم» نیز قبول این دیدگاه است.

قانونی بودن برخی شقوق

می‌توان در این مورد همانند فقهای اهل سنت قائل به تفصیل شد و در باب زنانی که بکارت آنها از نظر عملی هیچ سودی ندارد، مانند زنان مشهور به زنا و نیز زنانی که بکارت خود را در اثر موافقهٔ صحیح از دست داده‌اند، انجام این عمل را به دلیل حرام بودن نگاه

به عورت بدون ضرورت، غیرمجاز و در بقیه موارد مانند دخترانی که بر اثر ضربه، بکارت خود را از دست می‌دهند و نیز دخترانی که در اثر زنا یا غیر پنهان، باکرگی آنها زایل می‌گردد، قائل به ضرورت و مجاز بودن آن شد. البته در باب مجاز بودن یکی از شقوق اختلاف وجود دارد؛ به این صورت که معمولاً فقهای اهل سنت در باب زانیه غیر مشهور به زنا قائل به جواز هستند ولی برخی حقوقدانان شیعی قائل به عدم جواز این شق هستند (زرکوش نسب ۱۳۸۴، ۵۶).

در نهایت می‌توان گفت که هر چند نظر سوم یعنی قائل به قانونی بودن برخی شقوق ترمیم، بیش از سایر نظرات به اصول اسلامی نزدیک است، اما در حقوق ایران قائل شدن به این نظر نمی‌تواند چندان صحیح باشد؛ زیرا ما در جایز دانستن این عمل به صورت مطلق، به «اصل برائت»، «اصل اباحه»، «قاعده تفسیر به نفع متهم» و نظریات برخی فقها استناد نمودیم که هیچ دلیل حقوقی خاصی مبنی بر تخصیص این اصول ارائه نگردید و در نتیجه باید قائل به عمومیت و اطلاق این اصول در باب عمل جراحی ترمیم پرده بکارت بود. ممکن است در جهت اثبات «تخصیص» به نظر برخی فقها و نیز مفسده کشف عورت متوسل شد، اما به نظر می‌رسد که هر دوی این دلایل قابل رد باشند؛ زیرا در برابر کسانی که به فتاوی فقهای قائل به غیر مجاز بودن برخی شقوق استناد می‌کنند، می‌توان به فتاوی فقهای طرفدار جواز مطلق این گونه عمل‌ها استناد نمود که چون وجه مرجحی برای هیچ کدام از فتاوی وجود ندارد و از لحاظ ارزشی مساوی هستند، میان دلایل، تساقط به وجود می‌آید (دیانی، ۱۳۸۸، ۵۵) و در باب دلیل دوم نیز باید گفت که حرام بودن نگاه به عورت یک امر اخلاقی است که وارد حوزه حقوق جزای ایران نگردیده و در نتیجه نمی‌توان با استناد به آن، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» و «اصل برائت» که به صورت صریح در اصول ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی مورد پیش بینی واقع شده اند، (کلانتری، ۱۳۷۴، ۹۱) را تخصیص داد. پس باید گفت که نظام حقوقی ایران به جواز مطلق تمام شقوق جراحی ترمیم پرده بکارت تمایل بیشتری نشان می‌دهند.

اما موضوع دیگری که در باب جرم بودن ترمیم پرده بکارت ممکن است پیش بیاید، موضوع ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) است. این ماده مقرر می‌دارد: «چنانچه هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود، مرتکب به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». سؤال این است که آیا زنی که پرده زایل شده خود را ترمیم نموده و

این امر را به هنگام انعقاد عقد نکاح به شوهرش اطلاع نداده، مشمول مجازات مقرر در این ماده می‌شود یا خیر؟ پاسخ به این سؤال بستگی کاملی به زاویه دید ما دارد که آیا ما توجه خود را به نفس عمل جراحی معطوف نماییم و یا عدم آگاه نمودن شوهر در خصوص ترمیم؟ توجه به هر کدام از آنها ما را به نتایج کاملاً متفاوتی می‌رساند.

در باب اینکه آیا سکوت درباره وجود عیب (ترک فعل) نیز در شمول این ماده قرار می‌گیرد یا خیر، اختلاف وجود دارد. برخی بر آنند که تدلیس، ممکن است عمل مثبت یا منفی بوده و باید چنان باشد که بر حسب عرف و عادت، موجب فریب و رغبت نکاح گردد. (صفایی، ۱۳۸۳، ۱۸۹) این گفته در باب ایجاد حق فسخ موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی می‌تواند صحیح باشد، اما در باب تحمیل مجازات موضوع ماده ۶۴۷ فوق الذکر باید قائل به تفسیر مضیق بوده و با توجه به مثال‌های ذکر شده در آن، تنها فعل مادی را مشمول این ماده دانست؛ هر چند که اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی ۷/۴۰۷۵-۱۳۶۴/۸/۷ سکوت زن در باب ازدواج قبلی خود که منجر به واقعه نیز نشده بود را فریب در ازدواج دانست. ولی دقت در متن ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی و مقایسه آن با جرم کلاهبرداری که در آن رفتار فیزیکی حتماً باید به صورت فعل مثبت بوده و ترک فعل هرچند با سوء نیت نیز باشد، نمی‌تواند عنصر مادی این جرم محسوب گردد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۳، ۵۵)، به علاوه «اصل تفسیر به نفع متهم»، ما را به این نتیجه می‌رساند که نظریه مشورتی فوق‌الذکر نمی‌تواند محل اعتنا باشد؛ یعنی زن را نمی‌توان به خاطر پنهان کردن ترمیم پرده خود مشمول این ماده دانست. از سوی دیگر حتی اگر ترک فعل را مشمول این ماده بدانیم، چون این ترک فعل خاص، ترک فعلی است که شرع به آن امر فرموده، باید آن را از شمول ترک فعل‌های مشمول مجازات خارج بدانیم.

اگر گفته شود که انجام فعل مثبت ترمیم بکارت، باعث امیدوار شدن واهی شوهر آینده او شده و از این جهت نوعی فریب محسوب می‌گردد، باید گفت که از ابتدا باید مشخص شود که حکم انجام این عمل در نظام حقوقی ما چه می‌باشد؛ زیرا وقتی قانونگذار عملی را مشروع بداند، باید اثرات ناشی از آن را نیز مشروع دانست و در نتیجه ترمیم بکارت که شوهر آینده را در این گمان فرو می‌برد که زن او هیچ‌گاه پیش از ازدواج با کسی ارتباط نداشته را از شمول فریب مذکور در ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی خارج کرد. همان طور که در بالا ذکر شد، حکم این مسأله در نظام حقوقی ما در حاله‌ای از ابهام فرو رفته است و سه نظر مختلف در باب آن وجود دارد که نظر اول مبنی بر غیر مجاز بودن به

صورت مطلق این اعمال جراحی، مورد پسند واقع نشد و از میان دو نظر دیگر مبنی بر جواز مشروط و جواز مطلق نیز، جواز مطلق از نظر مبانی حقوقی مناسب تر با نظر قانونگذار تشخیص داده شد و در نتیجه باید گفت که چون قانونگذار، خود این اعمال جراحی را مجاز شمرده (و یا بهتر است گفته شود هیچ معنی در باب آنها ایجاد نکرده)، آثار طبیعی ناشی از این اجازه را نیز باید داخل در اباحه دانست. پس نه پنهان کردن موضوع ترمیمی بودن پرده را باید مشمول تدلیس مذکور در این ماده دانست (زیرا عنصر مادی آن نیاز به عمل مثبت دارد نه ترک فعل) و نه خود انجام عمل جراحی را، زیرا قانونگذار آن را منع ننموده است.

ب: مسئولیت قانونی پزشک جراح

اختلاف نظرهایی که در باب مجاز بودن یا نبودن انجام این گونه عمل‌های جراحی برای زن غیر باکره وجود داشت، در بحث مسئولیت پزشک نیز قابل تصور است. اگر قائل به عدم جواز مطلق باشیم، باید پزشک را مسئول و در نتیجه مشمول مجازات‌های مقرر در بندهای «ج» یا «د» یا «ه» یا «و» یا «ز» ماده ۳۰ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته دانست که بند «ز» این ماده گویای محرومیت دائم از اشتغال به حرفه‌های پزشکی و وابسته در تمام کشور می‌باشد. اگر قائل به تجویز مشروط باشیم، باید گفت پزشک تنها در صورت انجام موارد غیر مجاز ترمیم (شامل ترمیم پرده زن مشهور به زنا و زنی که باکرگی اش را در اثر وطی مجاز و صحیح از دست داده و طبق نظری دیگر، زنی که غیر مشهور به زنا باشد) مشمول مجازات فوق الذکر می‌گردد، اما اگر نظریه جواز مطلق را برگزینیم (که نویسنده این نظر را سازگارتر با نظام حقوقی ایران دانسته)، باید پزشک جراح را در هر صورت مبرا از مجازات دانست.

بحث دیگر در باب مسئولیت پزشک به ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) بر می‌گردد. اگر سکوت زن در مورد مصنوعی بودن باکرگی اش و یا نفس انجام عمل جراحی ترمیم بکارت را مشمول این ماده بدانیم، باید گفت پزشک نیز به عنوان معاون او مستحق مجازات خواهد بود که البته با عنایت به شرح فوق، بدون شک سکوت زن مشمول این ماده نبوده و در باب نفس انجام عمل جراحی نیز اختلاف نظرهای اساسی وجود داشته که جرم نبودن آن ترجیح داده شد. پس باید گفت چون اصل انجام عمل جراحی جرم نمی‌باشد، پزشک نیز نمی‌تواند معاون جرم تلقی گردد؛ زیرا مجرمیت معاون

در نظام حقوقی ما، علی‌الاصول مجرمیت عاریه ای است.

مورد دیگری که در باب مسئولیت پزشک باید بدان توجه شود، بحث افشای اسرار مربوط به بیمار می‌باشد. آیا اگر شوهر زن یا پدر و مادر وی، خواهان فهمیدن موضوع در باب ترمیم بکارت همسر یا دختر خود باشند، پزشک باید اطلاعات لازم در این مورد را به این اشخاص عرضه نماید و اگر چنین کاری را انجام دهد، آیا مشمول مجازات افشای اسرار بیماران خواهد شد؟

ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) در این مورد مقرر می‌دارد: «اطبا و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند، هرگاه در غیر موارد قانونی اسرار مردم را افشا کنند، به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند». ماده ۴ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته نیز مقرر می‌دارد: «شاغلان حرفه‌های پزشکی موظفند اسرار بیمار و نوع بیماری او را - مگر در موارد تصریح شده در قوانین - حفظ کنند». از سوی دیگر واضح است که قانونگذار، قانونی خاص در باب افشای اسرار شخصی که عمل بکارت انجام داده است، وضع ننموده و در نتیجه باید قائل به این بود که پزشک در صورت افشای ترمیمی بودن باکرگی زن، مستحق مجازات‌های مقرر در ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی و بند الف ماده ۳۰ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته نخواهد بود.

ج: قابلیت فسخ نکاح

موضوع دیگری که مرتبط با بحث ماست، بررسی امکان فسخ ازدواج از سوی شوهر در صورت فاش شدن موضوع ترمیم پرده بکارت زن است. موضوع فوق در مورد زن غیر مشهور به زنا و دخترانی که در اثر ضربه، بکارت خود را از دست داده اند، قابل طرح می‌باشد.

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد، معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد». نظر به اینکه ازدواج دختر - ولو اینکه شرط بکارت نکرده باشند - متبایناً بر بکارت زن واقع می‌شود، بنابراین چنانچه شوهر مواجه با باکره نبودن زن گردد، دارای

حق فسخ خواهد بود.

برخی از فقهای امامیه (الموسوی الخمینی، ۱۳۶۳، ۳۹۷، نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۰، ۳۷۶) بر این عقیده‌اند که عدم باکره بودن، موجب ایجاد حق فسخ خواهد شد و برخی دیگر مانند آقایان خویی (الموسوی الخویی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۷۱) برآنند که صرف عدم باکرگی موجب ایجاد حق فسخ نکاح نمی‌باشد. دلیل چنین اختلافی، موضوع شرط ضمنی بودن باکرگی در عقد نکاح است. برخی از فقها برآنند که چون باکره بودن دختر یک شرط ضمنی عرفی است، در صورت نبودش برای شوهر حق فسخ ایجاد خواهد شد و برخی اصولاً شرط عرفی را قبول ندارند و در نتیجه تنها، در صورتی که شرط ضمنی تبانی باشد، عدم وجود مشروط به که می‌تواند صفتی مانند باکرگی باشد را مجوز فسخ نکاح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ۳۰۱). پس در واقع اختلاف زمانی پیش می‌آید که در عقد نکاح درباره صفتی سکوت به عمل آید، نه اینکه زن با انجام عمل جراحی قصد دادن امید واهی به شوهر را داشته باشد، بنابراین سکوت زن در باب ترمیمی بودن بکارتش را می‌توان از دو جنبه مورد توجه قرار داد:

الف: سکوت زن در باره ترمیمی بودن بکارتش

در مورد ایجاد حق فسخ در این باب اختلاف وجود دارد که ناشی از بحث شرط ضمنی عرفی است. اگر این صفت به صورت ضمنی تبانی مورد توافق قرار گرفته باشد و زن در باب مصنوعی بودن باکرگی اش سکوت کرده باشد، از نظر منطقی باید قائل به حق فسخ بود، اما همان طور که قبلاً توضیح داده شد، مطابق برخی فتاوی که سکوت در این مواقع را برای چنین دختری مجاز شمرده است، حتی اگر این امر به صورت ضمنی نیز شرط شده باشد، نباید قائل به ایجاد حق فسخ برای شوهر شد و در تحکیم این نتیجه می‌توان به حدیث دیگر پیامبر در همان متن اشاره کرد که افراد را از استنطاق از دختر در باب باکره بودنش منع کرده است.

ب: انجام عمل جراحی جهت باکره جلوه دادن خود

در چنین صورتی زن در واقع خود را دارای صفتی نشان داده است که وجود ندارد و این عمل نوعی تدلیس است و به واسطه این تدلیس برای شوهر حق فسخ ایجاد می‌شود (ذاکر حسینی، ۱۳۸۴، ۵۵) اما سؤال این است که آیا قانون مدنی ما حق فسخ به واسطه تدلیس را برای شوهر به رسمیت شناخته است یا نه؟ ظاهر ماده قانون مدنی ۱۱۲۸ چنین

حقی را نشان نمی‌دهد، ولی بسیاری از حقوقدانان بر این باورند که این ماده علاوه بر خیار تخلف از شرط صفت، خیار تدلیس را نیز شامل می‌شود؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ۶۹۶. امامی، ۱۳۷۲، ج ۴، ۴۷۰) زیرا در فقه امامیه، حق فسخ به واسطه تدلیس به رسمیت شناخته شده، اما اگر این ماده را شامل خیار تدلیس ندانیم، می‌توان به قواعد عمومی قراردادهای رجوع کرد، زیرا بیان برخی احکام خاص در باب نکاح به معنای خروج نکاح از قواعد عمومی قراردادهای نیست، مگر در مواردی که به صورت صریح بیان شده است (محقق داماد، ۱۳۶۴، ۴۲) که بر این اساس باید گفت که این مورد مشمول قواعد خیار تدلیس واقع می‌شود.

پس در نهایت می‌توان چنین نتیجه گرفت که هر چند سکوت در باب وجود باکرگی مصنوعی همانند سکوت در باب فقدان باکرگی طبیعی، نمی‌تواند واجد حق فسخ باشد، ولی از زاویه دیگر، انجام ترمیم بکارت به این دلیل که از مصادیق بارز تدلیس است، موجب ایجاد حق فسخ خواهد شد. البته همان طور که درباره جرم بودن یا نبودن نفس عمل جراحی بکارت اختلاف وجود دارد، در باب ایجاد حق فسخ نیز برخی از فقها، مانند آقای صانعی آشکار شدن مصنوعی بودن باکرگی دختر که بکارت طبیعی اش در اثر ضربه زایل گردیده را موجب حق فسخ برای شوهر نمی‌دانند.

د : ازاله بکارت ترمیمی

مواد ۲۳۱، ۶۵۸ و ۶۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، زایل کننده بکارت را در صورت وجود عنف و اکراه موظف به پرداخت مهرالمثل و ارش البکاره و علاوه بر آن در صورت آسیب به مثانه موظف به پرداخت دیه یا ارش نیز نموده است. آیا باکرگی ترمیمی نیز مشمول این ماده خواهد شد یا خیر؟ در این باب نیز اختلاف فراوان است. آیت الله خامنه ای در فتوایی ازاله بکارت ترمیمی را مشمول حکم ازاله بکارت طبیعی ندانسته‌اند ولی آیت الله روحانی ازاله بکارت ترمیمی را مانند ازاله بکارت طبیعی دانسته‌اند. به نظر می‌رسد که پاسخ به این سؤال بستگی تامی به دیدگاه ما در باب مسأله جایز بودن یا جایز نبودن ترمیم پرده بکارت داشته باشد. اگر ما قائل به جایز بودن آن باشیم بالطبع، قائل به اعمال ضمانت اجرای مذکور در قانون مجازات اسلامی نیز خواهیم بود و اگر قائل به غیر مجاز بودن آن باشیم، ضمانت اجرای فوق را در آن جاری نمی‌دانیم، بنابراین توجه به اینکه به شرح پیش گفته، ترمیم بکارت، در وضعیت فعلی نظام حقوقی ایران، جایز شمرده شد، پس باید قائل به جاری شدن احکام مواد فوق از قانون مجازات اسلامی بود.

نتیجه گیری

تصمیم گیری در باب اینکه آیا انجام اعمال جراحی ترمیم پرده بکارت را باید جایز دانست یا خیر، امر بسیار سختی است که سکوت قانونگذار از یک سو و تشتت آرای فقها از سوی دیگر بر این دشواری افزوده است. فقها در این باب سه موضع متفاوت اتخاذ نموده اند: گروهی قائل به ممنوعیت مطلق، گروهی قائل به جواز مطلق و غیرمقید و گروهی قائل به جواز مشروط برای این گونه اعمال جراحی هستند که البته در میان گروه سوم نیز اختلافاتی دیده می شود که مهمترین آن در باب زانیه غیر مشهور به زنا می باشد. می توان گفت که در میان این نظرات، نظر سوم بیش از باقی نظرات به واقعیات شرعی و اجتماعی نزدیک تر است که البته در میان این گروه، قائلین به جواز عمل جراحی بکارت برای زانیه غیر مشهور به زنا از نظر انطباق و تناسب با احکام شرع، نظرشان اولی تر به نظر می رسد، اما در حقوق ایران باید گفت که قائل بودن به جواز مطلق و غیر مقید، بیش از سایر نظرات منطبق با اصول حقوقی از جمله «اصل برائت»، «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها» و ... و نیز فتاوی برخی از فقهای عظام می باشد. در باب مسئولیت پزشک، انتخاب هر یک از این نظریات در باب جواز یا عدم جواز ترمیم، نتایج متفاوتی را به بار می آورد که با توجه به برگزیدن نظر جواز مطلق در حقوق ایران، باید قائل به عدم مجازات برای پزشک بود.

از دیگر موضوعات تبعی، بحث ایجاد حق فسخ نکاح برای شوهری که همسرش دارای پرده ترمیمی بوده است، می باشد. در این خصوص گفته شد که نباید در ایجاد حق فسخ برای شوهر از راه خیار تدلیس شک کرد، در حالی که اگر به خیار تخلف شرط استناد شود، می توان در باب آن مناقشه انجام داد و تردیدهایی را به وجود آورد.

در باب مجازات ازاله کننده بکارت ترمیمی نیز موضع اتخاذی در باب جواز یا عدم جواز ترمیم بکارت، کاملاً مسیر نتیجه گیری را عوض خواهد کرد که البته با توجه به موضع حقوق ایران در خصوص جواز ترمیم پرده بکارت، باید قائل به ایجاد آثار ازاله بکارت طبیعی درباره بکارت مصنوعی نیز بود؛ یعنی ضمانت اجرای ازاله بکارت ترمیم شده هیچ فرقی با ضمانت اجرای ازاله بکارت طبیعی ندارد، هر چند که در فقه با فتاوی متناقضی روبرو هستیم.

گزیده منابع

- . الزحیلی، وهبه (۱۹۹۷ م)، *الفقه، الاسلامیه و ادلته، چاپ چهارم، جلد هشتم، دمشق، دارالفکر.*
- . الموسوی الخمینی (بی تا)، *تحریرالوسیله، چاپ دوم، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.*
- . الموسوی الخویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق)، *منهاج الصالحین، چاپ اول، جلد دوم، قم، انتشارات مدینه العلم.*
- . زرگوش نسب عبدالجبار (۱۳۸۴)، *بررسی احکام ترمیم بکارت و تکلیف پزشکی معالج، فصلنامه فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بابل، شماره ۱۳.*
- . قرضاوی یوسف (۱۳۸۲)، *دیدگاه‌های فقهی معاصر، چاپ اول، جلد دوم، تهران، نشر احسان.*
- . کاتوزیان ناصر (۱۳۸۴)، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.*
- . محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۴)، *تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح، فصلنامه حق، شماره ۶.*
- . نجفی، محمدحسین (۱۳۶۳)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ سوم، جلد سی ام، تهران، دارالکتب الاسلامی.*

بررسی تحلیلی سوگند و کالت، مندرج در ماده ۳۹ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون و کلا

محمد رضا قنبریان^۱

متن سوگند:

«در این موقع که می‌خواهم به شغل شریف وکالت نائل شوم به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌کنم که همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده و جز عدالت و احقاق حق منظوری نداشته و برخلاف شرافت قضاوت و وکالت، اقدام و اظهاری ننمایم و نسبت به اشخاص و مقامات قضایی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر اشخاص، رعایت احترام را نموده و از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه‌توزی و انتقام‌جویی احتراز نموده و در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهم، راستی و درستی را رویه خود قرار داده و مدافع از حق باشم و شرافت من وثیقه این قسم است که یاد کرده و ذیل قسم نامه را امضاء می‌نمایم.»

جزئیات مندرج در سوگند وکالت:

- ۱ - موقع قسم.
- ۲ - به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌کنم.
- ۳ - همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده.
- ۴ - جز عدالت و احقاق حق منظوری نداشته.
- ۵ - برخلاف شرافت قضاوت و وکالت اقدام و اظهاری نداشته.
- ۶ - نسبت به اشخاص و مقامات قضایی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر

۱. وکیل پایه یک دادگستری، دادستان انتظامی کانون وکلای اصفهان

اشخاص رعایت احترام را نموده.

- ۷ - از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه توزی و انتقام جویی احتراز نموده.
- ۸ - در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهم، راستی و درستی را رویه خود قرار داده و مدافع از حق باشم.

الف - مقدمات سوگند

۱- موقع قسم

موقع، اسم مکان است به معنی جای واقع شدن. باید ببینیم و کیل هنگام اتیان سوگند در پیشگاه چه کسی قرار می‌گیرد؟

در متن سوگند، عبارت این موقع مطرح شده که همانا منظور قرار گرفتن در پیشگاه خداوند قادر متعال است. اما آیا این موقع منحصر است؟ قطعاً خیر. قرار گرفتن در موقع قسم هنگام تشرف شخص به شغل وکالت علاوه بر حضور معنوی در پیشگاه حق تعالی، دارای مقدماتی مادی نیز هست که رعایت آن الزام قانونی دارد؛ زیرا در ابتدای ماده ۳۹ بیان شده: ... متقاضی باید در حضور ریاست کانون و لااقل دو نفر از اعضای هیأت مدیره قسم یاد کند. با این تفصیل، تلقی کلمه موقع به قید زمان و تعبیر آن به هنگام به پایان رساندن زمان کارآموزی و ورود به کسوت وکالت پایه یک، هر چند از جهت تقارن هنگام و موقعیت زمانی با موقع قسم بی ارتباط نیست، لیکن ارتباط معنایی ندارد.

کلمه موقع در سوگند نامه دلالت بر قرار گرفتن در جایگاه و موقعیتی معنوی در پیشگاه خداوند است که تحت نظارت مادی مقامات کانون تحقق می‌یابد. به عبارتی قرار گرفتن کارآموز در جایگاه سوگند، شرط ورود او به وکالت پایه یک است؛ لیکن پس از قرار گرفتن در پیشگاه خداوند و اتیان سوگند در شرایط قانونی و متعاقب آن امضای سوگند نامه است که استحالته روند قانونی کارآموزی به نایل شدن به مرتبه وکیل پایه یک پایان می‌یابد.

۲ - نایل شدن

نایل شدن در لغت به معنی رسیدن است و کلمه رسیدن، جایی اطلاق می‌شود که کسی هدف و منظوری را دنبال کند و تا دستیابی به آن هدف از تلاش باز نایستد؛ زیرا هیچ کس بدون تلاش به موفقیتی نایل نمی‌شود. پس کلمه نایل شدن در متن قسم نامه حکایت از تلاش و تحمل کارآموز در مشقات آموزش‌های دانشگاهی و حرفه ای در طول دوران قبل از وکیل شدن دارد که در ادوار مختلف و مقاطع گوناگون طی خواهد نمود تا به

سر منزل مقصود برسد. اما آیا رسیدن به این هدف پایان راه است؟ البته که نه؛ متن سوگند نامه وکالت اشاره ضمنی به این منظور دارد که حالا که به جا آورنده سوگند به این مرحله رسیده باید الزام و التزاماتی را در پیشگاه خداوند قادر متعال و عالی‌ترین مقامات اداری کانون خود بسپارد و این بدان معنی است که پروردگار جهانیان که عالی‌ترین و تواناترین است بر این سوگند و التزامات وکیل همواره شاهد و ناظر است؛ زیرا که خود فرموده: «الم يعلم بأن الله یری» پس وکیل در این موقع که می‌خواهد به شغل شریف وکالت نایل گردد در حضور مراجع ذی ربط اداری، خداوند را به گواهی می‌گیرد، بر صحت اعمال خود و سپس ملتزم به کلمه به کلمه سوگند خود می‌گردد تا پس از این مقدمه به شغل شریف وکالت نایل گردد.

۳- شغل شریف وکالت

با توجه به محتوای متن سوگند وکالت به سهولت ثابت است که وکالت یک شغل نیست، بلکه شأن و منزلت است.

«شأن» به معنی جایگاه است و کسی که در جایگاهی قرار می‌گیرد، در جامعه انتظاراتی از او می‌رود که از افراد خارج از آن جایگاه کمتر چنین انتظاری می‌رود. این انتظارات همان بایدها و نبایدهایی است که در وجدان اجتماعی جامعه و بعضاً در قوانین وجود دارد. به عبارتی انتظارات وجدان اجتماعی و جامعه از وکیل آن است که با توجه به واژه واژه متن سوگند، خود در تمام ابعاد زندگی و نه فقط مسائل حرفه ای با اتصاف به مکارم اخلاق حرفه ای، پاسدار جایگاه خود باشد و این یکی از عواملی است که سبب می‌گردد شأن و منزلت وکالت با شرافت عجین باشد.

اما جایگاه وکیل چیست که در قسم نامه به آن پرداخته شده است و در مقابل این جایگاه چه انتظاراتی از وکیل قسم خورده می‌رود؟ پس از اتیان سوگند، وکیل باید به چه صفتی متصف گردد تا وکیل به معنای واقعی بماند؟

آنچه از اخلاق حرفه ای وکالت بخواهیم بگوییم در چند سطر سوگند وکالت مسطور است، مشروط بر آنکه تأمل در واژگان سوگند نامه بنماییم و سایر مقررات که بدان پرداخته شده صرفاً تفسیری است بر آن. قطعاً شرافت وکالت که ناشی از شأن است، جایگاه وکیل را تبیین می‌نماید و یقیناً کسی که بر طریق شرع و قانون و خاستگاه اجتماعی به درستی در جایگاه خود طی طریق نماید، شریف است و شایسته حرفه شریف وکالت. بر همین مبنا است که در پایان قسم نامه، وکیل ارزشمندترین سرمایه و گوهر وجودی خود را که همان شرافت است، طی مراسمی رسمی در پیشگاه خداوند قادر متعال

و تحت نظارت مقامات کانون وکلا وثیقه پایبندی خود به این سوگند قرار می‌دهد و با امضای ذیل قسم نامه، چنین شخص شریفی مشرف به شرف و ملبس به کسوت وکالت می‌گردد تا همواره شأن، جایگاه و شرافت خود را در ناملایمات حرفه ای پاسداری نماید و مأمّن ستم دیدگان باشد و چون سربازی، حق، عدالت و امانت را در چارچوب شرع و قانون پاس بدارد و بر این صراط از نا ملایمات نهراسد.

۴ - واژه خداوند قادر متعال

در سوگند وکالت به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌گردد، در حالی که اوصاف بی‌نهایتی در وصف جمال و جلال و شوکت باری تعالی وجود دارد، اما چرا با یاد کردن از این دو صفت خداوند در محضر ایشان حاضر و قسم یاد می‌گردد. شاید علت انتخاب این دو گزینه از سوی قانونگذار موارد زیر بوده است:

- ۱ - «متعال» همان گونه که ذکر شد از اوصاف باری تعالی است که در اصل متعالی بوده و «یای» آن در وصف خداوند حذف گردیده و به معنی بسیار بلند مرتبه است.
- ۲ - «قادر» صفت فاعلی و به معنی نیرومند و تواناست.

در هنگام اتیان سوگند، در حضوری معنوی در پیشگاه خداوند، کسی که قصد تلبس به کسوت وکالت دارد، خود را ملتزم به ما ادای واژه‌های سوگند می‌نماید. می‌دانیم هنگامی که شخصی مبتلا به مسأله ای حقوقی می‌گردد، ممکن است دچار سر در گمی شود. به نحوی که به هر دستاویزی برای خلاصی از آن وضعیت چنگ خواهد زد. در این دست مسائل بدیهی‌ترین و مناسب‌ترین راه، استمداد از کارشناس فن که همان وکیل است، می‌باشد. فرد مبتلا به مسأله حقوقی، وکیل را از لحاظ آشنایی و تجربه، بالاتر از دیگران می‌داند و با این انگیزه که وکیل می‌تواند و قادر است مسأله را حل کند، به وکیل مراجعه می‌نماید. در سوگند نامه، وکیل به خود یاد آور می‌شود که اگر در این رتبه قرار گرفته، در سایه الطاف خداوندی است که عالی و متعالی و بر هر چیز قادر است، لذا شایسته است ضمن پایبندی به امور مندرج در قسم نامه، در امور وکالت، با اتکای بر دانش و تجربه خود، توکل به خدایی داشته باشد که بالاترین و والاترین نیروی قابل تصور در باور انسان است که «فمن يتوكل على الله فهو حسبه»، پس اگر وکیل بر اساس دانش و تجربه خود قادر به انجام امور حقوقی است، قلم او را خداوند هدایت می‌نماید و اگر مرتبه ای از دانش و تجربه دارد باید همواره به یاد داشته باشد که خداوند بالاترین و قدرت مندترین است (یدالله فوق ایدیهم). وکیل باید با در نظر گرفتن این مهم به وکالت بپردازد و همواره در نصرت امور ارجاعی از او استعانت نماید و چشم لطف از آدم و آدمی بشوید و با توکل به

ذات اقدس باری تعالی و اتکای بر او در مسیر حق و عدالت گام نهد که فرموده است:
«حسبنا الله و نعم الوکیل نعم المولی و نعم النصیر».

ب- وکیل در قسم نامه به چه نکاتی خود را ملتزم می‌نماید؟

۱- منظور از همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده چیست؟

مسلماً نقض قوانین خاص و احصاء شده در قانون توسط وکیل، مجازات انتظامی معین و مشخص دارد و باید طبق آن قانون با وی برخورد گردد. برای مثال عدم رعایت شأن وکالت و یا اختیار نمودن شغل منافی با امر وکالت، مطابق بند ۱ از ماده ۸۰ آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، قابل مجازات است، اما آنچه در تخلف سوگند ملاک قرار گرفته، اعمال سلیقه ای قانون نیست، بلکه تلقی برخی از امور ارتكابی خلاف شأن توسط یک وکیل ممکن است تخلف از سوگند تلقی گردد و آنچه به عنوان فصل ممیز بین خلاف شأن و تخلف از سوگند ملاک نظر قرار می‌گیرد، انتظارات وجدان اجتماعی از جایگاه وکیل متخلف است؛ لذا چنانچه تأثیر عمل ارتكابی به نحوی باشد که وجدان اجتماعی انتظار دارد وکیل قسم خورده از آن پرهیز نماید و عمل ارتكابی اسباب وهن جایگاه وکیل در پابندی به سوگند را در وجدان اجتماعی متبادر نماید، ممکن است همان عمل خلاف شأن در اعداد تخلف از قسم در آید. بنابراین، تأثیر رفتار ناشی از عدم احترام به قانون بر وجدان اجتماعی است که مشخص می‌نماید رفتار ارتكابی خلاف شأن، تخلف از قسم نیز هست یا خیر. به عبارتی رابطه بین رفتار خلاف شأن و تخلف از سوگند، عموم و خصوص است و رفتار خلاف شأن اعم از تخلف از سوگند است. مثلاً در خصوص رعایت التزام عملی وکیل به رعایت قوانین و مقررات، برخی از رفتارها ممکن است مغایرت با اخلاق حسنه و عفت عمومی داشته باشد و وجدان اجتماعی و عرف ارتكابی جامعه از یک وکیل به هیچ وجه انتظار چنین رفتاری را ندارد. از این قبیل است تجاهر به شرب خمر که خلاف عرف و شرع و قانون است و نه تنها ارتكاب آن دون شأن وکیل است، بلکه از جمله شرایط احراز صلاحیت وکیل، التزام عملی به شرع مبین و عدم تجاهر و اشتهار به فسق و فجور است. چنین تخلفی علاوه بر اینکه دون شأن وکالت است، چنان تأثیری نیز بر وجدان اجتماعی خواهد داشت که جامعه و وجدان اجتماعی، وجود چنین فردی را به دلیل عدم رعایت قوانین در جامعه وکالت بر نمی‌تابد و چنین رفتاری را قطعاً تخلف از سوگند می‌داند. پر واضح است که در قوانین، مرز مشخصی توسط قانون گذار ترسیم شده و روح قوانین حاکم بر جایگاه وکالت و شأن آن، اقتضای توسل به اعمال

قانون و تطبیق مورد را با مصادیق، مشخص می‌نماید. مرجع رسیدگی نیز همواره با توسل به مقررات و ضوابط و پرهیز از اعمال سلیق شخصی در رسیدگی با دقت، مرز بین این دست تخلفات را مشخص و سرلوحه احکام خود قرار می‌دهد.

۲ - جز عدالت و احقاق حق منظوری نداشته و بر خلاف شرافت قضاوت و وکالت اظهاری ننماید

عدالت واژه ای است که در میان فلاسفه وحدت معنایی نیافته و هر کس به نوعی ممکن است از آن تلقی و استنباطی داشته باشد. عدالت در اقتصاد، مفهومی دارد که در حقوق ندارد. شهید مطهری در باب عدالت گفته اند: عدالت آن استحقاق و آن حقی است که هر بشری به موجب خلقت خودش و به موجب کار خودش به دست آورده است. نقطه مقابل ظلم است که آنچه را که فرد استحقاق دارد، به او ندهند. عدالت واقعیت دارد چون حق واقعیت دارد.

اما آنچه وجدان اجتماعی حقوقی از عدالت انتظار دارد چیست؟ از توجه به واژه حق و عدالت این تداعی که دو واژه قرین هم هستند، اجتناب ناپذیر است. هر جا سخن از حق هست، انتظار عدالت می‌رود و حتی هر جا سخن از ظلم هست باز انتظار عدالت گستری می‌رود.

به نظر می‌رسد برخورد برابر قانونی، با افراد جامعه خلاصه‌ترین تعریف عدالت حقوقی باشد که هم شامل احقاق حق می‌گردد و هم دفع ستم. وکیل در سوگند نامه خود جز احقاق حق و عدالت منظوری نباید داشته باشد؛ یعنی آنکه قبل از ورود به وکالت حقانیت موکل، خواه استحقاق یا دفع ستم باشد را وکیل باید استنباط نماید و با تکیه بر قانون و اعتماد به آن در مراجع قضایی اقدام به دفاع از حقوق قانونی موکل نماید و از توسل به سفسطه یا گریزگاه‌های احتمالی قانون بر خلاف عدالت پرهیزد، هر چند که از حق الوکاله یک پرونده محروم گردد. به عبارت دیگر وکیل شریف کسی است که منافع جامعه را بر منافع خود و احقاق حق و عدالت را نیز بر کسب شهرت ترجیح می‌دهد؛ زیرا همواره آگاه است شهرتی که بر اساس ایجاد خدشه به عدالت و دور زدن قوانین ایجاد شود، نه افتخاری دارد و نه شأنی بر او می‌افزاید. همواره نقل شده قاضی و وکیل دو بال فرشته عدالت هستند، پس احترام به مقامات قضایی توسط وکیل همواره احترام به شأن وکالت است. وکیل در گسترش عدالت و احقاق حق و احراز حقیقت قضایی باید یاری گر قاضی باشد و همواره خود را در جبهه مقابل قاضی نداند. به عبارتی وکیل شایسته باید با اتکای بر دلایل و قانون به عنوان یاری‌گری، جهت نیل قاضی به تشخیص حق و گسترش

عدالت تلاش کند، پس در نظر می‌گیرد هر اظهار یا اقدامی که از ناحیه وکیل این رویه را مقید نماید، ممکن است بر خلاف شرافت وکالت و قضاوت باشد. مثلاً توسل به اعمال متقلبانه از طریق طرح دعاوی مختلف در یک پرونده که موجب انحراف مسیر عدالت گردد یا کتمان مدرکی که موجبات انحراف روند رسیدگی یا اطاله آن و نهایتاً تخدیش نیل به عدالت قضایی را فراهم آورد، ممکن است از مصادیق تخلفات موضوع قسم قرار گیرد.

۳- نسبت به اشخاص و مقامات قضایی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر اشخاص، رعایت احترام را نموده

این متن تنها اتکا به اعمال و رفتار حرفه ای وکیل ندارد. جایی که شخص در جامعه عنوان وکیل دادگستری را دارد، باید مبادی آداب اجتماعی باشد. به طور مثال بارها دیده ایم که در یک محفل خانوادگی، شخصی تحصیل کرده رفتاری انجام می‌دهد که یکی از حاضرین می‌گوید این که تحصیل کرده است و این گونه رفتار می‌نماید، وای به حال من بی سواد. در اینجا وجدان اجتماعی جامعه از شخص تحصیل کرده انتظاراتی دارد که از سایر افراد ممکن است نداشته باشد؛ لذا رعایت احترام به اشخاص، جایی که شخص را در جایگاه یک وکیل دادگستری قرار می‌دهد، بر اساس انتظارات وجدان اجتماعی بر وکیل فرض و واجب است، خواه در زندگی حرفه ای باشد یا اجتماعی و یا حتی خانوادگی.

۴- از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه توزی و انتقام جویی احتراز نماید

تشخیص مرز بین اعمال نظریات سیاسی و خصوصی در امر وکالت بسیار سخت به نظر می‌رسد و بسیاری از حقوقدانان معتقدند زندگی حرفه ای وکیل به گونه ای است که شاید نتوان مرز دقیقی در این خصوص تعریف نمود. مثلاً عنوان می‌دارند یک وکیل در دفاع از موکل خود که به یک اتهام سیاسی تحت تعقیب قرار گرفته، ناگزیر از ورود در سیاست است.

به نظر می‌رسد قانون گذار قبل از طرح موضوع نظریات سیاسی در سوگند وکالت این مسأله را در قسمت احراز شرایط وکالت توسط وکیل احصاء نموده است که وکیل باید التزام عملی به قوانین تابعه داشته باشد؛ لذا وقتی مسأله التزام عملی مطرح می‌گردد، واضح و مبرهن است آنچه در قانون اساسی وارد شده، فرض و از منظور نظر مقنن خارج است. مثلاً از نماز جمعه به عنوان فریضه عبادی و سیاسی یاد می‌گردد و یا راهپیمایی روز قدس از جمله اقدامات سیاسی است که هر فرد تابع شرع و قانون ممکن است خود را مقید به حضور در آن بداند.

قطعاً منظور مقنن از نظریات سیاسی چنین نظریاتی نیست، بلکه نظریاتی است که در

مقابل قوانین حاکم قرار گیرد که اعمال چنین نظریاتی و دفاع از آن نیز قطعاً بر خلاف قانون خواهد بود، اما به جهت احترام به حق دفاع انسانی یک انسان، وکیل در چارچوب قوانین و مقررات، مأمور به دفاع از چنین متهمی می‌گردد و در چارچوب قوانین حاکم از حقوق انسانی وی دفاع می‌نماید، بدون آنکه در خصوص دیدگاه‌های سیاسی معارض قانون موکل، نفیاً یا اثباتاً اظهار نظری نماید.

ممکن است نظریات سیاسی موکل برخلاف قانون نباشد، اما بر خلاف گرایش سیاسی وکیل باشد. در این خصوص نیز وکیل به لحاظ حفظ و رعایت اخلاق حرفه ای باید اختلاف دیدگاه سیاسی ایشان را که در مقابل نظریات سیاسی خویش است، نادیده بگیرد و این اختلاف نظر نباید در اصل دفاع وکیل از موکل تأثیر و خللی ایجاد نماید؛ مضافاً اینکه وکیل می‌تواند در صورتی که این تضاد نظریات را مؤثر در دفاع خود بداند، از قبول وکالت خودداری نماید، اما در صورت قبول وکالت باید از اعمال نظریات سیاسی خود که در مخالفت با نظریات سیاسی موکل است، چشم پوشی کند. گاهی نیز قبول وکالت از چنین موکلی الزام قانونی است، مثلاً وکیلی که به عنوان وکیل تسخیری الزام قانونی در دفاع از موکل دارد، نمی‌تواند به لحاظ وجود اختلاف نظریات سیاسی با موکل، از دفاع ایشان استنکاف نماید. در هر صورت وکیل چه تسخیری و چه اختیاری باشد، نباید در دفاع از حقوق موکل به این انگیزه یا بهانه کم کاری کند، بلکه باید با تمام توان، بدون در نظر گرفتن اختلافات موجود در نظریات سیاسی، از حقوق قانونی و انسانی موکل خود در چارچوب قانون دفاع نماید.

وکیل در هنگام دفاع از چنین موکلی که نظریات سیاسی وی با نظریات سیاسی وکیل مغایرت دارد، هم نباید خارج از چارچوب موازین دفاع، سعی در غالب نمودن و توجیه نظریه مذکور به هر طریق نماید و در این دست دفاعیات نیز نباید از مدار اصول حرفه ای وکالت و اعتدال خارج گردد و با تبیین نظریات سیاسی خود، سعی در محقق قراردادن نظریات سیاسی موکل خود به هر طریقی نماید، بلکه باید در چارچوب قوانین حاکم و مطابق نظامات و اصول دادرسی، دفاعیات خود را ارائه و از هرگونه زیاده گویی و حاشیه سازی اضافی بپرهیزد.

البته واضح و مسلم است که دفاع وکیل در تمامی سطوح و موضوعات، دفاع از جرم و قانون شکنی نیست، بلکه دفاع از حقوق و کرامت انسانی موکل خود است که در قانون به رسمیت شناخته شده و دفاع از جرایم سیاسی نیز تابع همین قاعده است. دیگر اینکه برخی در تفسیر این بند قسم بیان می‌دارند وکیل اصلاً مجاز به اتخاذ نظریات سیاسی نیست.

این کاملاً بر خلاف سیاق ماده است؛ زیرا به فرموده امام راحل (ره) «سیاست ما عین دیانت ماست»، فلذا تصور فردی در جامعه اسلامی که گرایش سیاسی نداشته باشد، به استناد این فرمایش امری نادر است. از طرفی عین تعبیری از فرمایش ایشان در اصل ۲۶ قانون اساسی نمود و ظهور دارد، لذا وکیل دادگستری مانند هر شخص ایرانی به استناد اصل ۲۶ قانون اساسی در زندگی شخصی می‌تواند در حدود قوانین، نظریات سیاسی داشته باشد یا از یک طیف سیاسی در چارچوب قوانین و نظامات حاکم، طرفداری و یا حتی جانبداری نماید. مثلاً در انتخابات از یک جناح سیاسی یا کاندیدای معرفی شده طرفداری و حمایت نماید، اما در مقام دفاع از حق، اعمال نظریات سیاسی را خواه له یا علیه موکل و حتی در مقام دفاع در پرونده به عنوان نظر شخصی خود از جنبه سیاسی موضوع نداند و صحنه دادگاه را در رسیدگی به یک پرونده به میتینگ سیاسی و استفاده ابزاری از آن پرونده به عنوان تریبونی در بیان نظریات سیاسی شخصی خود تبدیل ننماید.

اما در خصوص کینه توزی و انتقام جویی که اموری کاملاً شخصی است، اقتضای شرافت شغل وکالت آن است که حتی اگر شخصی که با وکیل اختلاف نظر دارد، به اعتماد حرفه وی به دفتر او مراجعه نمود و از او در رعایت عدالت و اجرای صحیح قوانین استمداد خواست، وکیل رسالت خود را تماماً و به درستی انجام دهد و مراجعه شخص به خود را بهانه ای برای جبران صدمات احتمالی گذشته ننماید که این دست رفتار خارج از انتظار وجدان عمومی جامعه است.

۵ - در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهم، راستی و درستی را رویه خود قرارداده و مدافع از حق باشم

وکیل در این فراز از سوگند، خود را به چه قیودی ملتزم می‌نماید؟ وکیل قسم یاد می‌کند، در زندگی شخصی راستی و درستی را رویه خود قرار دهد. پس انتظار وجدان اجتماعی از یک وکیل شریف آن است که بر صراط حق، طی مسیر نماید. شاید بتوان راستی و درستی را پابندی به واجبات و ترک محرّمات تعبیر کرد؛ زیرا «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل»، پس اقتضای راستی و درستی آن است که به قوانین احترام گذاشت و در احترام به اشخاص کوشید، خواه قاضی در مقام رسیدگی باشد، خواه کارمند دفتری دادگاه یا هر یک از ادارات یا عابری باشد که از عرض خیابان از جلو ماشین شما با بی احتیاطی گذر می‌کند. هنگام رانندگی وکیل باید حق تقدم عابر پیاده را رعایت کند؛ پشت چراغ قرمز بایستد؛ با والدین و همسر خود در کمال احترام برخورد کند؛ زیرا اگر برخلاف این مصادیق رفتار کند، راه را به غلط رفته است.

پس قانون گذار در فراز پایانی سوگند، نظارت و شمولیت قانون را از زندگی حرفه ای وکیل فراتر و وسیع تر دیده و تقید وکیل را به رعایت راستی و درستی در زندگی شخصی او نیز تسری داده؛ فلذا قانون گذار، وکیل را هنگام تشرف به شرف وکالت ملتزم به تطبیق رفتار خود بر اساس راستی و درستی در کلیه مسائل حرفه ای و شخصی و حتی خانوادگی از زمان ورود به مرتبه وکالت دادگستری می‌نماید که از مکارم اخلاق است و شایسته شأن و شخصیت یک وکیل شریف.

نهایتاً دفاع از حق باید رویه وکیل قرار گیرد. لذا چنانچه موکلی به وکیل مراجعه نمود که وکیل، استنباط عدم حقانیت وی را نمود، الزاماً وکیل باید از قبول وکالت وی اجتناب نماید و از باب التزام به حق و عدالت در اصلاح ذات البین بکوشد و آنجا که حق مراجعه کننده خود را در معرض تعرض یا تفویت می‌بیند تا احقاق حق ذی حق، نباید از تلاش دست بکشد، حتی اگر مصالح مالی وکیل تأمین نگردد. مظلومان جامعه به دلیل ظلم روا داشته شده به ایشان، اغلب ممکن است قادر به تأمین مصالح مالی وکیل نباشند، اما آنچه به شغل وکالت با تمامی سختی‌های آن حلاوت می‌بخشد، رضایت قلبی وکیل است هنگامی که در اثر تلاش وی حقی به حق دار می‌رسد یا مظلومی از بند اسارت می‌رهد. قطعاً این گونه تلاش‌های شایسته اگرچه در کوتاه مدت ممکن است نتیجه ندهد، اما از لحاظ مادی در بلند مدت شرافتی را در جامعه برای وکیل به ارمغان خواهد آورد که در هیچ یک از مشاغل نظیر آن نیست و به تبع آن از لحاظ مادی نیز وکیل در نهایت به دلیل اعتماد وجدان اجتماعی بر صحت رفتار او، با مراجعات بیشتر امور به او تأمین می‌گردد. به نحوی که شأن وکالت رعایت شده و با اعتماد وجدان اجتماعی بر شرافت وکیل، مراجعات زیادی به او می‌شود که خود موجب تأمین مالی وکیل خواهد بود.

جایگاه علم قاضی،

به عنوان دلیل اثبات دعوا

جمال الدین دانشگر^۱

چکیده

پیچیدگی روند اثبات جرم و همچنین فقدان ادله اثباتی نظیر اقرار و یا شهادت، باعث به رسمیت شناختن امارات اطمینان بخش، در جهت اثبات دعوی، تحت عنوان علم قاضی گشته است. در این مقاله، جایگاه علم قاضی در مقام اثبات دعوی، با استفاده از روش کتابخانه ای و بررسی نظرات موافق و مخالف، از جمله حجیت علم قاضی در حقوق الله، حقوق الناس، مطلق علم متعارف قاضی، علم حاصل از رسیدگی به دعوی در غیر حدود الهی، غیر حد زنا و عدم حجیت مطلق علم قاضی و نیز مواد قانونی مربوطه شامل مواد ماده ۱۶۰، ۱۶۲، ۱۷۱، ۱۸۷، ۲۱۱، ۴۶۳ و ۴۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و ماده ۱۰۲ و تبصره ماده ۳۱۸ و تبصره دو ماده ۳۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ و نیز مواد ۱۲۷۶ و ۱۳۳۵ قانون مدنی، با تبعیت از فقه امامیه و با نگاهی به رویه قضایی ایران بررسی شده است.

اهمیت موضوع آنجا بیشتر نمود پیدا می‌کند که علم حاصل شده توسط شنیده‌ها یا دیده‌های بلاواسطه قاضی، در تناقض با ادله دیگری نظیر اقرار یا شهادت قرار بگیرد. این نوشتار بر آن است تا با بررسی تطبیقی نظرات اندیشمندان جهان اسلام، خاصه فقهای امامیه، از یک سو و اراده قانونگذار ایران در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ از سویی دیگر، برداشتی اصولی بر مبنای فقه و رویه قضایی از مسأله ارائه دهد.

واژگان کلیدی: ادله اثبات دعوی، تعارض ادله، علم قاضی، علم متعارف.

مقدمه

قضاوت، از دیرباز از جمله مناصب مهم حکومت‌ها بوده و در انتخاب افراد برای این منصب دقت ویژه‌ای به عمل می‌آمده است، اما تکیه به علم قضات و استفاده آن‌ها از امارات اطمینان بخش به عنوان دلیل اثبات دعوی، همواره مورد بحث بوده و بر سر آن اختلاف نظرها و بحث‌های فراوانی بوده و هست؛ در حالی که اقرار و شهادت، در تمامی ادوار، به عنوان دلایل اثبات مطمئن شناخته شده‌اند. این پژوهش، حول محور بررسی این گونه امارات منتهی به علم قاضی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مبانی آن استوار شده و واقعیات میدانی به ویژه نزد مقامات قضایی جمهوری اسلامی ایران در آن مورد نظر بوده است.

با توجه به ابهامات عملی موجود در روند رسیدگی به قضایا و با گسترش راه‌های کشف امور با پیشرفت تکنولوژی و اثرات جانبی آن بر امور قضائی و به تبع آن بر شناخت قاضی در دریافت‌های اطمینان بخش، بررسی علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی برای قاضی، از منظر قانون و رویه قضایی با نگاه پژوهشی به مبانی آن، یعنی فقه، ضروری به نظر می‌رسد. از جهت دیگر، در بیان کاربردهای این مقاله در حوزه‌های مختلف باید گفت:

اولاً، در حوزه قضایی؛ قاضی برای اثبات دعوی، در جهت فصل خصومت، چاره‌ای جز شناسایی دلیل نداشته و دلیل، می‌تواند اقرار، شهادت و یا قرائن و امارات علم آور دیگر که به «علم قاضی» تعبیر می‌گردد باشد. در همین راستا، قاضی، هنگام تحقیق، تعقیب و بررسی موضوع دعوی و ادله استنادی، به جایگاه علمش در جهت اثبات یا رد دعوی، هنگام صدور حکم نهایی توجه دارد.

ثانیاً، در حوزه عملی؛ باید مقامات اجرائی به نحوی مدیریت نمایند که با طرح دعوی در مرجع قضایی و با ارائه قرائن و امارات اطمینان بخش مستند، بتوان حاکم محکمه را به اقناع وجدانی رساند؛ هر چند اقرار و یا شهادی وجود نداشته باشد.

ثالثاً، در حوزه تقنینی؛ قانونگذار، باید زمینه استفاده مقام قضایی از علم قاضی را در امور مورد نیاز جامعه و در هنگام قانونگذاری، برای احقاق حق فراهم کرده و در تقنین، برای حل قضایی دعاوی، نقش و درجه کارایی علم قاضی را قانونمندتر نماید.

پیشتر، در میان حقوقدانان مسلمان بحثی با عنوان «علم قاضی» وجود نداشته و عمده مباحث مربوطه تحت عنوان امارات قضایی و قانونی آورده شده است. پژوهش «علم قاضی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲» بسیار کمتر مورد بحث قرار گرفته و آنان هم که

خلاصه بحثی داشته اند، با ذکر موارد عمومی فصل اول بخش پنجم _ ادله اثبات در امور کیفری (۱۶۰ تا ۱۶۳) _ و فصل پنجم همین بخش _ علم قاضی (۲۱۱ تا ۲۱۳) _ به طور کلی موضوع پذیرش علم قاضی و تقدم آن بر سایر ادله را مطرح نموده اند؛ مانند دکتر محمد صالح ولیدی در کتاب «شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مقایسه و تطبیق با قانون سابق».

تعریف «علم قاضی» و اقسام مهم آن

علم قاضی واژه ای مرکب از مضاف و مضاف الیه بوده و عبارت است از یقین یا اطمینان متعارف قاضی که به استناد آن، حکم دعوی را صادر کند و مراد طرفداران حجیت علم قاضی، علم متعارف، شخصی، تفصیلی، یقینی و یا نزدیک به یقین است. در یک تقسیم بندی علم قاضی، ممکن است دو گونه باشد: علم نوعی؛ علمی که برای قاضی و برای غالب افراد عادی، قابل تحصیل است. علم شخصی؛ موردی است که فقط قاضی بدان علم دارد و سایرین با همان مقدمات، به علم نمی‌رسند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۶۵، ۲۴۸)

در یک تقسیم بندی دیگر، تقسیم علم به اعتبار متعارف و غیر متعارف می‌باشد، علم قاضی گاهی چنان عادی است که وقتی شیوه تحصیل آن در اختیار هر انسان معمولی قرار گیرد، از مجموع آن امارات و طرق کشف، او نیز اطمینان لازم و علم به واقع به دست می‌آورد. مراد مشهور فقها از حجیت علم قاضی همین علم متعارف ناشی از اسباب عادی است که اگر شخص معمولی دیگر جای قاضی بود، به همان نتیجه دست می‌یافت (علم نوعی). علم مورد نظر فقها، معرفت به دست آمده از راه‌های غیر متعارف (رمل، الهام، سحر و جادو) نیست؛ بلکه اطمینان متعارفی است که از طرقی چون مشاهده و معاینه، اقوال اهل خبره (پزشکی قانونی، پلیس قضایی و کارشناس فنی)، اسناد، عرف و به طور کلی با امارات قضایی به دست می‌آید. بر همین اساس، قاضی باید به استناد علم اجمالی، حکم دعوی را صادر نکرده و باید احتیاط نماید.

تقسیم علم قاضی به اعتبار اسباب نیز از دیگر تقسیم بندی‌های موجود می‌باشد. برخی، علم قاضی را با چگونگی پیدایش آن به پنج قسم تقسیم نموده اند: ۱- معاینه و مشاهده قاضی نسبت به مورد دعوای مادی. ۲- قرائن خارجی غیر پزشکی قانونی ۳- موضوعات عمومی بدیهی که همه مردم در آن‌ها شریک می‌باشند؛ مثل اینکه کر نمی‌شنود و کور نمی‌بیند. ۴- پزشکی قانونی و نظریات اهل خبره و کارشناسان هر فنی ۵- مقدمات شرعی

عام؛ مثل اینکه اقل حمل شش ماه است و اکثر آن نه ماه.

اقوال و ادله فقهای اسلامی در رابطه با علم قاضی

در باب اعتبار یا عدم اعتبار علم قاضی در امور کیفری و غیر کیفری، هشت نظریه فقهی وجود دارد:

نظریه حجیت «علم قاضی» صرفاً در حقوق الله

قاضی فقط در بخش کیفری موضوع، می‌تواند برای اثبات بزه بر علم خویش تکیه کند. مثلاً در سرقت که آمیخته‌ای از حق الله و حق الناس است، قاضی فقط در جنبه حق اللّهی آن می‌تواند به علم خویش استناد کند.

با بررسی منابع فقهی موجود این نظریه طرفدار مشخصی در میان فقهای متأخر ندارد و مستند آن روشن نیست.

نظریه حجیت صرف علم قاضی در حقوق الناس

این نظریه، اعتبار علم قاضی را فقط در حقوق الناس می‌داند؛ تنها ابن جنید را قائل به این نظر دانسته‌اند. به طور کلی؛ فقهای امامیه به قول اجتهادی ابن جنید اعتنا نمی‌کنند. (فاضل لنگرانی، ۱۴۰۶ ق، ۲۰۷)

نظریه عدم حجیت علم قاضی به طور مطلق

برخی به طور مطلق به عدم اعتبار علم قاضی نظر داده و آن را سبب متهم شدن قاضی به جانبداری یکی از طرفین دانسته‌اند.

نظریه حجیت مطلق علم متعارف قاضی

مشهور فقهای امامیه برآنند که قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند، خواه آگاهی وی بعد از تصدی منصب قضا باشد یا قبل از آن، خواه علم وی در محدوده ولایت قضایی به دست آمده و یا خارج از آن و خواه در حقوق الناس باشد و یا حقوق الله. این دسته از فقها، فقط متعارف بودن علم و در حقوق الناس مطالبه صاحب حق را لازم دانستند. بنابراین چنانچه قاضی از طریق غیر متعارفی چون الهام، رمل، جفر و سحر علم پیدا کند، حجیت ندارد و علم غیر متعارف به دلیل هجوم تهمت‌ها در حد تنافی با منصب شریف قضاوت، فاقد اعتبار است.

قانون کشورهای آلمان، سوئیس، انگستان و آمریکا تا اندازه زیادی از این نظریه تبعیت

کرده است. (محمودی دشتی، ۱۳۷۳، ۲۵)

نظریه حجیت علم قاضی، حاصل شده در هنگام رسیدگی به دعوی

برخی صرفاً علم قطع آور در جریان رسیدگی به دعوی را معتبر می‌دانند.

نظریه حجیت علم قاضی در امور غیر حدسی

برخی با تفصیل بین مبادی علم به حسی، قریب به حس و حدسی، در نهایت نوع سوم را فاقد اعتبار می‌دانند. «قدر متقین از ادله حجیت علم قاضی، اعتبار علمی است که ناشی از مبادی حسی یا قریب به حس است و مراد، قرائن حسی است که به مقصود دلالت کنند. دلالتی که هر کس ببیند قبول می‌کند، زیرا مبتنی بر مقدمات حسی است. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ۵۴) مواردی که در این تقسیم بندی، مبادی حدسی قلمداد می‌شود، ممکن است از دید کارشناسان فن، با جمع آوری مقدمات تخمینی و مجموعه حدسیات و امور تخمینی، زمینه تحقیقات و بازجویی‌های مقدماتی اطمینان بخشی را فراهم آورد؛ به گونه ای که چنان علمی، متعارف و غیر حدسی به حساب آید.

نظریه حجیت مطلق علم قاضی در غیر حدود الله

برخی، ضمن پذیرش اعتبار علم قاضی در موارد متعارف (نظریه مشهور فقهای امامیه)، اعتبار آن را در حدود الهی مانند زنا، لواط و شرب خمر نپذیرفته و نوشته اند: «هر چند که ما طرفدار قضاوت آزاد بوده و قاضی را مجاز می‌دانیم که در مقام قضاوت، از هر راه و به هر کیفیت متعارف تحصیل علم نموده و علم او حجت باشد، اما این مسأله یک استثنا دارد و آن در مورد حدود الهی است؛ مثلاً در باب زنا یا شرب خمر و غیره، که موجب حد می‌باشند، اجرای حدود آنها تنها تحت شرایط خاص و با ادله خاص به خود، ممکن است و قاضی در آنجا نمی‌تواند به علم خود عمل کند...» (محمودی دشتی، ۱۳۷۳، ۴۱)

نظریه حجیت علم قاضی در غیر حد زنا

برخی اعتقاد دارند بررسی آیات، روایات و ادله فقهای اسلامی نشان می‌دهد علم قاضی در همه موارد می‌تواند مستند اثباتی باشد؛ لیکن در حد زنا، استناد به علم قاضی مخدوش است و تنها راه اثبات حد زنا، ادله منصوص شرعی (چهار بار اقرار و چهار شهادت) است، آیه ۱۵ نساء: «وَ الَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِسَاءِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتُوفِيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا». (و کسانی از زنان شما که مرتکب زنا شوند، چهار نفر از مسلمانان را به عنوان شاهد بر آنها بطلبید؛ اگر گواهی دادند، آنان [زنان] را در خانه‌ها نگاه دارید تا مرگشان فرا رسد؛ یا اینکه خداوند، راهی برای آنها قرار دهد).

بنابراین نظر به وجود شبهات فراوان نقلی و عرفی نسبت به زنا، با توجه به آیات ۱۵ نساء و ۲ تا ۱۰ نور و روایات وارده چون حدیث معزز، حداقل از باب وجود شبهه حکمیه در

حق استفاده قاضی از علم خودش می‌توان گفت با عنایت به قاعده فقهی تُدرء الحدود بالشبهات، در حد زنا، قاضی نمی‌تواند از علم خودش استفاده کند؛ همان طور که شارع مقدس صدر اسلام و معصوم (ع) استفاده نکرد. این در حالی است که باید نظر داشت واقعیت میدانی و طبیعی روابط جنسی، تلقی متعارف و آشکار بودن علم قاضی برای نوع مردم مشکل است و با فرض استناد قاضی به علم خودش برای محکومیت متهم به زنا و اجرای حدّ شدید زنا، پیش از توییح یا تنبیه زناکار، خود قاضی در معرض تهمت قرار می‌گیرد. شاید بتوان گفت، چون اقرار و شهادت در زنا، لواط، تفخیز و مساحقه موضوعیت دارند، با الغاء خصوصیت، همین حکم را در سایر جرائم منافی عفت نامبرده شده، می‌توان تسری داد، تا حد آنان نیز با علم قاضی اثبات نگردد. در تأیید این برداشت، مفهوم مادّین ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قابل ذکر است.

علم قاضی در قانون موضوعه

در بررسی علم قاضی در قانون موضوعه ایران به ویژه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نکات ذیل قابل توجه است:

الف: در قانون شکلی آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ تلاش قاضی برای به دست آوردن علم و کشف حقیقت از طریق گزارش‌های مورد وثوق کارشناسی، گواه و معاینه محل و تحقیقات محلی و نیابت قضایی، لازم دانسته شده است (مواد ۱۹۹، ۲۵۵ و تبصره ۳۵۴، ۲۵۵، ۳۵۴، ۲۵۸، ۲۹۰، ۲۹۱، ۲۹۲ و ۲۹۴).

ب: در قانون ماهوی مدنی، فقط در موارد مالی محل اجرای قسم، علم قاضی در ردیف سایر ادله یعنی اقرار و شهادت قرار گرفته است و در این ماده، صرفاً رتبه علم قاضی، مثل اقرار و شهادت، قبل از قسم ذکر شده است (ماده اصلاحی ۱۳۳۵ مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ مجلس شورای اسلامی).

ج: در قانون شکلی آئین دادرسی کیفری ۱۳۷۸؛ گزارش‌های ضابطین و کارشناسان در صورت حصول اطمینان قضائی می‌توانست مستند رأی قاضی قرار گیرد و در غیر موارد منافی عفت، تفتیش یا تحقیق برای کشف جرم لازم بود. (تبصره ماده ۱۵ و ماده ۴۳ و تبصره آن).

د: در قانون ماهوی مجازات اسلامی ۱۳۷۰؛ که با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در موارد بیان شده، منسوخ است، قانونگذار به تبع نظریه مشهور فقهاء و به ویژه امام خمینی در تحریر الوسيله، به طور کلی اعم از حق الله و حق الناس، علم قاضی را

معتبر دانسته بود (ماده ۱۰۵ و ۱۲۰).

ح: در قانون مجازات اسلامی اردیبهشت ۱۳۹۲، به صراحت با تبعیت از نظریه مشهور اکثریت فقهای شیعه، علم قاضی در بخش ادله اثبات در امور کیفری در شمار ادله اثبات جرم، قسیم اقرار، شهادت، قسامه و سوگند است (ماده ۱۶۰) و به یقین حاصل از مستندات بین در امری نزد قاضی تعریف شده است (ماده ۲۱۱) که این مستندات، می‌تواند نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات نوعاً علم آور می‌باشد (تبصره ماده ۲۱۱)؛ و در مقام تعارض علم قاضی با ادله دیگر، علم قاضی بر همه مقدم است (مواد ۱۶۱، ۱۷۱، ۱۸۷ و ۲۱۲) البته علم متعارف و بین نوعی قاضی حجت است و نه صرفاً علم استنباطی شخصی وی (ذیل تبصره ماده ۲۱۱)

و: قانونگذار ایرانی در اراده نهایی خود در آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ در مواد ۱۰۲ و تبصره‌های آن، ۳۵۲ و تبصره ۲ ماده ۳۸۰، به تبع آیین دادرسی ۱۳۷۸ در ماده ۴۳ و تبصره آن، که با تأثر از شیوه معصومین سلام الله علیهم و احادیثی چون حدیث ماعز بن مالک، برای جرائم منافی عفت، شیوه رسیدگی خاصی قرار داده است (ممنوعیت تحقیق در جرائم منافی عفت جز آن که در دید و منظر عام باشد و یا در صورت شاکي داشتن فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط قاضی دادگاه در محاکمه غیر علنی و توصیه قاضی به متهم اقرارکننده بدوی به پوشاندن جرم و عدم اقرار) که به نتیجه نهایی این مقاله نزدیکتر است.

با عنایت به مبنای اساسی قانون جمهوری اسلامی ایران، یعنی فقه امامیه، فقها به طور مطلق به حجیت علم قاضی تصریح نموده‌اند و برخی در حد زنا، به جهت وجود منقولات شرعی مانند حدیث ماعز، به مسامحه و عدم تفحص در مسائل ناموسی حد زنا توجه نموده‌اند و به نظر می‌رسد بیان کلی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نوعی کم توجهی به این دقت فقهی است؛ در حالی که به این نکته در ماده ۴۳ و تبصره آن در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و مواد ۱۰۲ و تبصره‌های آن، ۳۵۲ و تبصره ۲ ماده ۳۸۰ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ توجه شده است.

علم قاضی در رویه قضایی ایران

در رویه قضایی محاکم ایران، نظریات مشورتی و دکترین حقوقی مطالبی قابل برداشت است که می‌تواند مفید فایده باشد:

الف: علم قاضی باید مستند به قرائن و طرق علم آور، قرائن و اوضاع متعارف، مستندات متعارف، دلائل و قرائن علم آور مانند گواهی پزشکی قانونی، اقرار متهم، گواهی گواهان و مطلعین و شیاع محلی به سوابق سوء متهم، وجود آلت برنده در اختیار متهم باشد.

ب: علم قاضی باید متکی به دلائل و مستندات مندرج در پرونده باشد.

ج: علم قاضی باید با موازین معتبر شرعی و قانونی انطباق داشته باشد.

د: علم باید نزد قاضی دادگاه صادر کننده رأی و نه قضات دیگر باشد و اگر قاضی محکمه با قرائن متعارف، علم بر یک مسأله، پیدا نمود برای وی حجت است. بر همین اساس اکثریت قضات دیوان عالی کشور، در موارد کمی مثل آدم ربایی، مبانی حصول علم قاضی دادگاه‌های بدوی را مخدوش و رأی بدوی را نقض کردند و یا در ارتکاب زنا به احصان که با علم قاضی ثابت شد با تکیه بر نظریه پزشکی، ناتوانی جنسی زوج مقتول را، موجب شبهه در جهت منع اجرای حد زنا دانستند و از این حیث نتیجه علم قاضی محکمه بدوی را نپذیرفتند.

د: نظریات کارشناسی و آزمایشگاه مواد مخدر، در صورتی که برای قاضی استنادکننده اطمینان آور باشد معتبر است. وی می‌تواند با استدلال، عدم حصول اطمینان خود نسبت به چنین امارات قضایی را ابراز و خلاف آنان رأی دهد.

نتیجه گیری

از بررسی نظریات هشت گانه فقهی و قوانین مختلف مورد اشاره در باب علم قاضی و رویه‌های قضایی موجود، نتایج زیر به دست آمد:

۱- عمل قاضی به علمش در راستای دلالت آیات قرآنی است که عمل به قسط، حق و عدل را واجب می‌دانند.

۲- عمل به علم (علم طریقی محض که قابل جعل، اثباتاً و نفیاً، نیست)، نزد عقلاء، از بدیهیات عقلی است.

۳- علم بر بینه اولویت دارد، پس چگونه بینه حجت و دلیل باشد، ولی علم قاضی دلیل اثبات کننده نباشد؟!

۴- با عنایت به توجه اساسی شارع مقدس در آیات ۱۵ نساء، ۲ تا ۱۰ نور و روایاتی چون حدیث ماعز بن مالک و صحیحہ أبان بن عثمان از ابی عبدالله علیه السلام، نسبت به حق استفاده قاضی از علمش در حد زنا شبهه حکمیه وجود دارد؛ ولی در سایر موارد

حتی تعزیر آن (رابطه نامشروع مادون زنا) نظریه مشهور وجیه به نظر می‌رسد.
 ۷- در مواد 160، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۷۱، ۱۸۷، ۲۱۱ و تبصره آن، 212، 213 و مفهوم
 ضمنی 261 و مادتين 463 و 464 قانون مجازات اسلامی 1392 و در آیین دادرسی
 کیفری ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ در مواد ۱۰۲ و تبصره‌های آن، ۳۵۲ و تبصره ۲ ماده ۳۸۰ علم
 قاضی جایگاه بالاتری یافت.

گزیده منابع

- محمودی دشتی، علی اکبر (۱۳۷۳)، *ادله اثبات دعوی*، نشر مجمع الفکر الاسلامی.
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۹۲)، *تشریح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی*، انتشارات جنگل، جاودانه.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۳۶۳)، *کتاب القضاء*، انتشارات هجرت.
- حسینی الحائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق.)، *القضاء فی الفقه الاسلامی*، مجمع الفکر الاسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۶ ق.)، *تفصیل الشریعة فی تشریح تحریر الوسیله*، *کتاب الحدود*، المطبعة العلمیه.
- مروارید، علی اصغر (۴۰۶ق.)، *کتاب القضاء و الشهادات، من سلسله الینابیع الفقہیة*، انتشارات حکمت.
- موسوی الاردیبلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۳ق.)، *فقه الحدود و التعزیرات*، منشورات مکتبه أمير المؤمنين.

نحوه عملی مطالبه مهریه

از طریق اجرای ثبت

سالار جهانگیری^۱

امیر امیری^۲

چکیده

در این مقاله سعی شده است طریقه مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت به صورت موجز و مختصر در اختیار وکلای عزیز و گرامی قرار گیرد تا چنانچه در پرونده‌های مطالبه مهریه به اداره اجرای اسناد رسمی مراجعه نمودند، چشم‌انداز و شمایی کلی از مراحل اجرای ثبت در ذهن خود داشته باشند. شایان ذکر است مرجع اصلی مستندات اداره اجرای اسناد رسمی، آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی می‌باشد، بنابراین مطالب عنوان شده کاملاً جنبه کاربردی دارد و سنگ بنای تلاش ما بر توضیح و واکاوی آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی و رویه عملی گذاشته شده است.

محاسن مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت

فارغ از قوانین و بخشنامه اخیری که برای مطالبه مهریه، در ابتدا مراجعه به اداره اجرای اسناد رسمی را لازم می‌داند، در حالت عادی همان گونه که می‌دانیم مطالبه مهریه از دو طریق مراجعه به دادگاه خانواده یا مراجعه به اجرای ثبت امکان‌پذیر است. با عنایت

۱. کارشناس اداره اجرای اسناد رسمی اصفهان

۲. کارشناس اداره اجرای اسناد رسمی اصفهان

به محاسنی که ذیلاً بیان خواهیم کرد، مطالبه مهریه از طریق مراجعه به اداره اجرا، مرجع است:

۱- اصولاً با مراجعه زوجه به محاکم دادگستری، به دلیل شکسته شدن حریم اقدامات و روابط عاطفی زوجین و فرو ریختن قبح مراجعه به محاکم که در بین جامعه ایرانی، رجوع زن به دادگاه را امری ناپسند تلقی می‌نماید، امکان سازش تا حد بسیار زیادی کاهش پیدا می‌کند و گاهی سازش را غیرممکن می‌سازد. اصطلاحاتی که بین قضات محاکم خانواده مرسوم است، آن است که «دعوی مطالبه مهریه دروازه طلاق است». از این جهت مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک، که به دلیل طبیعت اداری آن، کراهت کمتری از دید جامعه دارد، می‌تواند آثار زیان بار عدم ایجاد سازش را تا حدود زیادی کاهش دهد.

۲- مطالبه مهریه از طریق محاکم دادگستری که با تقدیم دادخواست و رعایت مقررات شکلی دیگر، صورت می‌گیرد، مستلزم تعیین وقت و رسیدگی (شکلی - ماهوی) می‌باشد که این امر فرایند دادرسی را طولانی‌تر می‌کند و از طرفی بر تراکم و حجم پرونده‌ها می‌افزاید. در صورتی که در مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت به صرف تقاضای ذی نفع از دفتر ازدواج مربوطه، عملیات اجرایی بدون تعیین وقت آغاز می‌شود.

۳- در اجرای ثبت، عملیات اجرایی به مجرد درخواست کتبی زوجه یا اشخاص ذی-سمت، شروع می‌شود ولی در محاکم دادگستری عملیات اجرایی پس از فرایند دادرسی و صدور حکم قطعی با درخواست اجرای حکم توسط محکوم له یا نماینده او شروع می‌شود.

۴- مراجعه به محاکم دادگستری علاوه بر پرداخت هزینه دادرسی، مستلزم پرداخت هزینه اجرایی می‌باشد، در صورتی که با مراجعه به اجرای ثبت، فقط حق‌الاجرا تعلق می‌گیرد.

۵- از طریق مراجعه به اجرای ثبت با استناد به ماده ۱۷ قانون گذرنامه، امکان ممنوع-الخروج کردن زوج با سرعت بیشتری وجود دارد، در صورتی که این امکان در مراجعه به محاکم دادگستری با توجه به اختلاف نظرانی که بین قضات وجود دارد، در اکثر موارد متصور نیست. در عین حال که نظریه مشورتی شماره ۵۰۸۶-۷ اداره حقوقی می‌گوید: «مطالبه مهریه از جمله دعاوی مالی بوده و مطالبه آن از دادگاه مسبب ممنوع-الخروج شدن زوج نمی‌شود».

ترتیب درخواست صدور اجرائیه

الف: درخواست ذی نفع

صدور اجرائیه با درخواست ذی نفع است. این درخواست الزاماً باید کتبی باشد، بنابراین درخواست شفاهی پذیرفته نمی شود. مضافاً اینکه این درخواست از طریق فرم های چاپی مخصوص که از طریق سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه و در اختیار دفاتر ازدواج و طلاق قرار می گیرد، به عمل می آید.

ب: مندرجات تقاضانامه

مطابق ماده ۳ آیین نامه، تقاضانامه صدور اجرائیه (مهریه) طبق فرم مخصوص تنظیم می شود و باید شامل نکات زیر باشد:

۱- نام و نام خانوادگی، شماره شناسنامه، محل صدور، نام پدر، تاریخ تولد، کدملی، محل اقامت درخواست کننده اجرائیه یا نماینده قانونی او.

۲- نام و نام خانوادگی، شماره شناسنامه، محل صدور، نام پدر، تاریخ تولد، کدملی، محل اقامت متعهد.

۳- موضوعی که اجرای آن تقاضا شده است.

۴- شماره و تاریخ مستند درخواست صدور اجرائیه.

ج: نمونه یک تقاضانامه

سردفتر محترم دفترخانه ازدواج شماره شهرستان

با سلام؛

احتراماً با توجه به عقدنامه تنظیمی در آن دفتر، این جانب در تاریخ با مهریه ای معادل ریال/سکه به عقد دائم آقای درآمده ام. از آنجا که مهریه حق قانونی زن بوده و به عنوان دین بر ذمه زوج قرار داشته و عندالمطالبه می باشد، نامبرده علی رغم درخواست های مکرر از تأدیه مهریه قانونی این جانب خودداری می نماید.

لذا خواهشمند است به موجب این درخواست، ضمن صدور اجرائیه نسبت به وصول مهریه هرگونه اقدام لازم را مبذول فرمایید.

امضاء زوجه

مرجع صالح درخواست صدور اجرائیه

برابر بند ج ماده ۲ آئین‌نامه در مورد مهریه و تعهداتی که ضمن ثبت ازدواج و طلاق و رجوع شده، نسبت به اموال منقول و سایر تعهدات (به استثنای غیرمنقول) از دفتری که سند را تنظیم کرده است و نسبت به اموال غیرمنقول که در دفتر املاک به ثبت رسیده است، از دفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند درخواست فوق انجام می‌شود. به عنوان مثال چنانچه عقد نکاح، در دفتر ازدواج ۳۲۸ تهران به ثبت رسیده باشد، در این فرض زوجه باید درخواست صدور اجرائیه را به این دفتر تقدیم نماید.

البته ناگفته نماند بند مذکور در خصوص اموال منقول و غیرمنقول، قائل به تفکیک شده است و صلاحیت دفتر ازدواج را صرفاً نسبت به اموال منقول تعریف و محدود کرده است.

بند ۴ آیین‌نامه متحدالشکل شدن ثبت ازدواج و طلاق مصوب مرداد ماه ۱۳۱۱ در خصوص ثبت مهریه اموال غیرمنقول می‌گوید: «در مواردی که اموال غیرمنقول، مهر قرار داده می‌شود برای اینکه سند ازدواج نسبت به ملک رسمیت حاصل نماید، اگر ملک ثبت شده باشد و صاحب دفتر ازدواج دارای دفتر اسناد رسمی هم باشد، بایستی ورقه ازدواج را در دفتر رسمی هم مطابق مقررات ثبت نموده و خلاصه آن را مطابق مقررات قانون و نظام نامه ثبت تهیه نموده به دفتر املاک بفرستد و اگر ملک ثبت نشده باشد بایستی سند ازدواج را در دفتر اسناد رسمی ثبت کند و در صورتی که صاحب دفتر ازدواج دارای دفاتر اسناد رسمی نباشد، بایستی سند ازدواج را تحت مسئولیت، به یکی از دفاتر اسناد رسمی حوزه خود و اگر در آن حوزه دفتر اسناد رسمی نباشد، به یکی از نزدیک‌ترین دفاتر اسناد رسمی حوزه مربوطه ارسال دارد تا مطابق مقررات به ثبت برسد».

مطالبه مهریه توسط وکیل زوجه

در تبصره ذیل ماده ۳ آیین‌نامه، مصرح است که درخواست اجرا می‌تواند از طرف وکیل زوجه باشد. پیوست نمودن وکالت نامه وکیل به درخواست اجرا به منظور احراز سمت درخواست‌کننده، لازم است. پر واضح است که وکیل اعم است از وکلای دادگستری یا غیر آنها، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که وکیل یاد شده از بین کسانی باشد که دارای پروانه وکالت دادگستری است. در این خصوص چند نکته در خور توجه است؛

نکته اول: چنانچه وکیل، غیر از وکلای دادگستری باشد، وکالت تنظیمی الزاماً باید به موجب سند رسمی باشد. حدود اختیارات وکیل و حق الوکاله او در

سند وکالت معین و مشخص باشد.

نکته دوم: چنانچه وکیل از وکلای دادگستری باشد، وکیل موظف است تمبر مالیاتی بر روی وکالت نامه، الصاق و ابطال نماید.

نکته سوم: در حدود اختیارات وکیل این موارد نیاز به تصریح دارد: درخواست صدور اجرائیه، تعقیب عملیات اجرایی از طریق اجرای ثبت، دریافت مهریه مورد اجرا، درخواست اجرای صلح و سازش. سایر موارد مثل درخواست تأمین و درخواست ممنوع الخروج کردن زوج، نیاز به تصریح ندارد، زیرا با استناد به قاعده اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز هست، به موارد مذکور قابل تسری و تعمیم می‌باشد.

نکته چهارم: مطابق ماده ۱۳ آیین نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری، حق الوکاله امور اجرایی در شعب اجرای ثبت، حداکثر ۲٪ نسبت به موارد اجرا (مهریه) می‌باشد که در هر صورت از ۵/۰۰۰/۰۰۰ (پنج میلیون) ریال تجاوز نخواهد کرد. البته توافق بین وکیل و موکل به بیش از مبلغ مذکور به شرطی که به موجب قرارداد حق الوکاله باشد، منعی ندارد، اما آنچه را به عنوان حق الوکاله می‌توان بابت هزینه‌ها محاسبه و از زوج مطالبه کرد، همان است که در آیین نامه پیش‌بینی شده است.

نکته پنجم: وکیل موظف است معادل حق الوکاله دریافتی (طبق آیین نامه یا توافق) روی وکالت نامه، تمبر مالیاتی الصاق و ابطال نماید.

تکالیف سر دفتر

تکالیف مربوط به صدور اجرائیه، وفق ماده ۵ آیین نامه، سر دفتر مکلف به رعایت و انجام موارد زیر می‌باشد:

۱- احراز هویت درخواست کننده

اینکه در متن ماده به جای «متقاضی» از کلمه «درخواست کننده» استفاده شده، مؤید این است که درخواست، منحصر به متقاضی نیست، بلکه وکیل، قیم و ورثه می‌توانند درخواست صدور اجرائیه بدهند.

۲- احراز صلاحیت دفتر

همان طور که گفته شد دفتر ازدواج، صلاحیت صدور اجرائیه نسبت به مهریه‌ای را دارد که مورد اجرا، مربوط به اموال منقول باشد و لاغیر، بنابراین دفتر ازدواج، صلاحیت صدور اجرائیه نسبت به اموال غیرمنقول را ندارد.

۳- صدور اجرائیه

سردفتر رونوشت سند را در برگه‌های ویژه ظرف ۲۴ ساعت با خط خوانا (یا تایپ کامپیوتری) در سه نسخه (و چنانچه متعهد، متعدد باشد مثلاً بخشی از مهریه بر ذمه پدر زوج باشد دو نسخه امضا می‌شود) تهیه کرده و موضوعی را که باید اجرا شود (مطالبه سکه، وجه نقد و...) در محل مخصوص آن نوشته، ظرف ۴۸ ساعت از تاریخ وصول تقاضا برگه‌های اجرائیه را امضا کرده و به مهر ویژه (اجرا شود) برساند.

۴- ارسال اجرائیه به اداره ثبت

فراز پایانی ماده مارالذکر بیان می‌دارد «برای اجرا نزد مسئول اجرا می‌فرستد و رسید دریافت می‌کند». نکته قابل توجه این است که هر چند ماده با این عبارت پایان می‌پذیرد که «عملیات اجرا بلافاصله آغاز می‌شود» این نکته در خور توجه است که فرایند اجرا از زمان درخواست صدور اجرائیه آغاز می‌شود، نه از زمان دریافت اجرائیه توسط مسئول اجرا ثبت. به عبارت دیگر درخواست اجرا و اقدامات سردفتر نیز جزء عملیات اجرایی قلمداد می‌گردد.

۵- مطلع کردن متعهد (زوج یا ضامن) از صدور اجرائیه

برابر فراز پایانی ماده فوق در آیین‌نامه، سردفتر ازدواج مکلف است پس از صدور اجرائیه، مراتب را به آخرین نشانی از طریق پست سفارشی اطلاع داده و برگه‌های اجرائیه را به ضمیمه قبض پست سفارشی با سایر مدارک، جهت تشکیل پرونده و ابلاغ اجرائیه و عملیات اجرایی به ثبت محل در قبال اخذ رسید تحویل دهند.

ابلاغ اجرائیه

اجرا پس از رعایت ماده ۱۳ آیین‌نامه، باید آن را در دفاتر لازمه وارد و پرونده ای برای آن تنظیم کند و در صورتی که متعهد (زوج یا ضامن)، مقیم محل حوزه ثبتی مرجع صدور اجرائیه باشد، نام مأمور ابلاغ را در آن نوشته و جهت ابلاغ به مأمور تسلیم کند. (لازم به ذکر است سازمان ثبت در امور اجرائیه خطاریه و سایر اوراق در حال حاضر از مأمورین شرکت از طریق عقد قرارداد، برابر مقررات استفاده می‌نماید). مأمور ابلاغ (پست) مکلف است ظرف ۴۸ ساعت از زمان دریافت اوراق اجرائیه یک نسخه از آن را به شخص متعهد، تسلیم و در نسخه دیگر با ذکر تاریخ با تمام حروف، رسید بگیرد.

اگر متعهد از رؤیت یا امضای اجرائیه امتناع کند، مأمور مراتب را مشخصاً و کتباً گواهی خواهد کرد. اگر متعهد در اقامتگاه حضور نداشته باشد، به یکی از بستگان یا خادمان او که در آن محل ساکن و سن ظاهری او برای تمیز اهمیت برگ اجرائیه کافی باشد، ابلاغ می-کند، مشروط بر اینکه بین متعهد و شخص که برگ را دریافت می‌دارد، تعارض منفعت نباشد.

اگر اشخاص نام برده، بی‌سواد باشند، اثر انگشت آنها باید در ذیل برگ اجرایی و سایر اوراق منعکس شود و هر گاه به جهتی از جهات نتوانست رسید بدهد، مأمور این نکته را با مسئولیت خود، قید خواهد نمود و هرگاه این اشخاص در محل نباشند یا رسید ندهند، مأمور باید اجرائیه را به اقامتگاه متعهد، الصاق کند و مراتب را در نسخه دیگر بنویسد (ماده ۱۵ آیین‌نامه).

مأمورین اجرای ابلاغ باید نام و مشخصات کسی را که اجرائیه به او ابلاغ شده و اینکه چه سمتی با متعهد دارد و محل و تاریخ ابلاغ را با تعیین ساعت و روز و ماه و سال و نام و مشخصات خود با جوهر ثابت و عبارت خوانا و با حروف در نسخه‌ای که به شعب اجرا تسلیم خواهد نمود، بنویسند و امضا کند (تبصره ۲ ماده ۱۵). اینکه تأکید می‌شود تاریخ ابلاغ با تمام حروف نوشته شود، جهت جلوگیری از جعل می‌باشد، زیرا بر خلاف حروف، اعداد به راحتی قابل جعل هستند.

تکالیف مأمور اجرای ثبت

پس از دریافت برگه‌های اجرائیه و ارائه رسید به سردفتر، مأمور اجرا مکلف است آن را در دفتر مخصوص ثبت نموده و پرونده‌ای تشکیل دهد تا کلیه اوراق مربوطه در آن ضبط و بایگانی گردد (مواد ۱۳ و ۱۴). از آنجا که عملیات اجرایی به مجرد وصول برگه اجرایی شروع می‌شود، مأمور موظف است برگه‌های اجرائیه را جهت ابلاغ به مأمور ابلاغ تسلیم نماید. در صورتی که زوج، مقیم حوزه ثبتی دیگر باشد، مأمور اجرا موظف شده ظرف ۲۴ ساعت برگه‌های اجرایی را به ثبت محلی که زوج مقیم آنجاست، ارسال نماید.

بازداشت اموال زوج

با توجه به ماده ۲۷ آیین‌نامه به خوبی فهمیده می‌شود که به مجرد ابلاغ اجرائیه به زوج، زوجه می‌تواند درخواست تأمین اموال زوج را داشته باشد و مأمور اجرا موظف است با دریافت این درخواست کتبی معادل موضوع اجرائیه را از اموال زوج بازداشت نماید. در صورتی که دین و متفرقات تا سی میلیون ریال ارزش داشته باشد و مال معرفی شده بر

حسب ظاهر بیش از مبلغ مزبور به تشخیص مأمور اجرا ارزش نداشته باشد، بدون نظر کارشناسی از اموال مدیون، بازداشت خواهد کرد، در غیر این صورت مأمور اجرا در موقع بازداشت اموال، نظر کارشناس رسمی را جلب خواهد کرد و از اموال متعهد، معادل طلب و یک تا دو عشر اضافه بازداشت می‌کند. اگر مال مورد بازداشت غیرقابل تجزیه و بیش از میزان مذکور فوق باشد، تمام آن بازداشت می‌شود (ماده ۴۲). چنانچه مأمور اجرا نتواند ارزش مال را تعیین نماید، از خبره محلی استفاده می‌شود (تبصره ماده).

عدم تعقیب عملیات اجرایی در صورت اعطای نیابت

همان گونه که بیان شد، چنانچه زوج، مقیم حوزه ثبتی دیگری باشد، برگ‌های اجرایی به آن حوزه ارسال می‌گردد. در این فرض، ثبت نیابت‌دهنده نباید عملیات اجرایی را خود تعقیب کند، بلکه باید مترصد اقدامات مورد نیابت باشد. ماده ۳۱ آیین‌نامه در این خصوص می‌گوید: «در هر مورد که نیابت اجرایی طبق ماده ۳۰ آیین‌نامه داده شود، ثبت نیابت-دهنده، مادام که از نتیجه اقدامات ثبت مرجوع‌الیه، مطلع نشده، نباید عملیات اجرایی را خود تعقیب کند و باید مترصد اقدامات مورد نیابت باشد، ولی اگر متعهدله مالی را از متعهد معرفی نماید و برای ثبت نیابت‌دهنده احراز شود که موضوع نیابت توسط ثبت مرجوع‌الیه انجام نگردیده، توقیف مال معرفی شده، اشکال قانونی ندارد و در این صورت به ثبت مرجوع‌الیه مراتب را بلافاصله اطلاع خواهد داد تا دیگر اقدامی از این جهت به عمل نیاورد.

استیفای مورد ضمانت

مستفاد از ماده ۳۳ آیین‌نامه شخصی که در اجرا از بدهی زوج، ضمانت می‌کند باید از عهده آن برآید. در صورت خودداری، مسئول اجرا مورد ضمانت را به درخواست زوجه برابر مقررات استیفاء خواهد کرد. خاطر نشان می‌شود منظور از مقررات، تشریفات ناظر بر صدور اجرائیه علیه ضامن نیست، زیرا این امر موجب اطاله است و احتمال تبانی نیز وجود دارد، بلکه منظور از مقررات، تشریفات مربوط به بازداشت اموال، مزایده و .. می‌شود.

سپردن مال به حافظ

ماده ۴۳ آیین‌نامه می‌گوید: اموالی که باید بازداشت شود، در همان جایی که هست، بازداشت می‌شود و در صورت لزوم به جای محفوظی نقل می‌گردد. در هر حال باید مال بازداشت شده به حافظ سپرده شود. در صورت عدم توافق متعهدله در انتخاب حافظ، انتخاب او با مأمور اجرا است. حافظ حق مطالبه حق الحافظ (اعم از کرایه و غیره) متناسب

با ارزش مال مورد بازداشت را دارد. تشخیص تناسب با رئیس ثبت محل می‌باشد و اگر تعلق مال مورد حفاظت به شخص ثالث احراز نشود، حق الحفاظه بر عهده معرفی کننده است.

در مورد تعیین حق الحفاظه می‌توان از نظر کارشناسی رسمی استفاده کرد (ماده ۴۸ آیین نامه). مستند از ماده ۴۶ آیین نامه، مأمور اجرا نمی‌تواند بدون تراضی کتبی زوجین یا ضامن، اموال بازداشت شده را به اشخاص زیر بسپارد:

- ۱- به اقوام و اقربای خود تا درجه سوم از طبقه دوم.
- ۲- به زوجه، زوج، ضامن، همسر دیگر زوج، به اشخاصی که با زوج و زوجه و ضامن، قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از طبقه دوم و به مخدوم یا خدمه آنان، مگر اینکه شخص دیگری برای حفظ اموال بازداشت شده، پیدا نشود.

تحويل يك نسخه از صورت اموال به حافظ و زوجين

مطابق ماده ۴۷ آیین نامه، مأمور اجرا مکلف است، یک نسخه از صورت مجلس اموال بازداشت شده را به حافظ داده و ذیل صورت مجلس رسید بگیرد. همچنین به تقاضای زوج یا ضامن، یک نسخه از صورت مجلس اموال را نیز به آنان بدهد. پر واضح است که تقاضای مذکور باید کتبی باشد والا مأمور اجرا در تحويل نسخه‌ای از صورت مجلس اموال زوجین و ضامن، مواجه با تکلیف نیست.

موارد رد مأمور اجرا

مستفاد از تبصره ۱ ماده ۱۵ آیین نامه به لحاظ رعایت اصل بی‌طرفی، در رد مأمور اجرا بیان می‌دارد: مأمور اجرا نباید با کسی که اوراق اجرائیه یا سایر اختاریه‌ها و اوراق به او ابلاغ می‌شود و یا عملیات اجرایی له و علیه او انجام می‌شود، قرابت سببی یا نسبی تا درجه سوم از طبقه دوم داشته و مابین او و شخص مورد نظر تعارض منفعت، پرونده اجرایی و یا دعوی جزایی و مدنی مطرح باشد.

به طور خلاصه موارد رد مأمور اجرا بدین قرار است:

- ۱- قرابت سببی یا نسبی تا درجه سوم از طبقه دوم مأمور ابلاغ با زوج و زوجه یا ضامن، البته به طریق اولی طبقه اول را هم شامل می‌شود.
- ۲- وجود تعارض منفعت بین مأمور ابلاغ با زوج و زوجه یا ضامن.
- ۳- اینکه بین مأمور ابلاغ با زوج و زوجه یا ضامن، دعوای حقوقی یا کیفری در جریان رسیدگی باشد.

حقوق و وظایف زوج

الف: قبل از صدور اجرائیه

۱- اعلام تغییر اقامتگاه

بدون شک تغییر اقامتگاه زوج تأثیری در صلاحیت مرجع صالح صدور دستور اجرا ندارد، زیرا مرجع صدور دستور اجرا همان گونه که قبلاً بیان شد، دفتری است که در آن ازدواج به ثبت رسیده است. در صورتی که زوج اقامتگاه خود را تغییر دهد، ولی زوج مراتب را کتباً به دفتر ازدواج اعلام ننماید، کلیه مکاتبات و اجرائیه به آدرس قید شده در سند ازدواج ارسال و ابلاغ خواهد شد. از این حیث زوج نمی‌تواند متعرض ابلاغ شود، ولی در صورتی که زوج، اقامتگاه جدید را اعلام نماید، ارسال اجرائیه و مکاتبات به این اقامتگاه منشا اثر خواهد بود (ماده ۱۶ آئین‌نامه).

۲- دریافت رسید پرداخت یا ترتیب پرداخت دین

در صورتی که زوج به میل و اراده مهریه را پرداخت نماید و یا اینکه در خصوص ترتیب پرداخت آن با زوجه به توافق رسیده باشد و مدرکی در این خصوص از زوجه دریافت کرده باشد، می‌تواند مراتب را جهت ثبت در دفتر به سردفتر اعلام نماید. ارائه مدرک مزبور، سند لازم‌الاجرا را از اعتبار می‌اندازد والا پس از صدور اجرائیه می‌تواند به دستور اجرا اعتراض کند.

ب: بعد از صدور اجرائیه

۱- پرداخت دین

مستنبط از ماده ۲۱ آئین‌نامه با ابلاغ اجرائیه دو فرض متصور است:

فرض اول: اینکه زوج قادر به اجرای مفاد اجرائیه باشد. در این فرض ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه، زوج موظف است به یکی از صور زیر اقدام نماید:

الف: مفاد اجرائیه را به اجرا بگذارد؛ به عبارتی دین را پرداخت نماید.

ب: ترتیبی برای پرداخت دین خود بدهد. در این صورت، جلب توافق زوجه نیز شرط است.

ج: مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) به اجرای ثبت معرفی کند تا از طریق مزایده، اجرای سند میسر گردد. ناگفته نماند شخص ثالث نیز می‌تواند به جای زوج، مال خودش را معرفی کند.

فرض دوم: اینکه زوج قادر به اجرای مفاد اجرائیه نباشد. در این فرض، زوج باید ظرف

ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه، صورت جامع دارایی خود را به مسئول اجرا بدهد و اگر مالی ندارد، صریحاً اعلام کند. البته زوج مکلف است هر زمان متمکن از پرداخت تمام یا قسمتی از بدهی خود گردد، آن را بپردازد. همچنین زوجه هر وقت مالی از زوج به دست آورد، می‌تواند به تعقیب اجرائیه و استیفای طلب خود اقدام نماید.

تبصره ماده ۳۹ آیین‌نامه نیز بیان می‌دارد: «در کلیه پرونده‌های اجرایی که مورد مزایده به بستانکار واکذار می‌شود، بدهکار می‌تواند تا قبل از تنظیم و امضای سند انتقال اجرایی یا تحویل مال، حسب مورد اقدام به پرداخت بدهی خود نماید». ناگفته نماند در این فرض، زوج می‌تواند دادخواست اعسار یا تقسیط پرداخت مهریه را به دادگاه صالح محلی که در حوزه آن دستور اجرا داده شده، تقدیم نماید.

۲- درخواست یک نسخه از صورت مجلس اموال بازداشت شده

از جمله حقوقی که برای زوجه وجود دارد، این است که می‌تواند پس از ابلاغ اجرائیه درخواست توقیف اموال زوج را داشته باشد. با شرایطی که مقرر است اموال زوج با تنظیم صورت مجلس، بازداشت و تحویل حافظ داده می‌شود. زوج می‌تواند از مأمور اجرا درخواست نماید تا یک نسخه از صورت مجلس به وی تحویل شود.

ماده ۴۷ آیین‌نامه در این خصوص بیان داشته: «مأمور اجرا یک نسخه از صورت مجلس بازداشت شده را به حافظ داده و ذیل صورت مجلس، رسید می‌گیرد. مأمور اجرا به تقاضای متعهد یا متعهدله یک نسخه از صورت مجلس اموال را به آنان می‌دهد».

۳- فروش یا توثیق مال بازداشت شده

ماده ۹۳ آیین‌نامه در مقام وضع یک استثنا بر اصل منع تصرفات ناقله در اموال بازداشتی می‌باشد. این ماده می‌گوید: «در دو مورد زیر، متعهد می‌تواند در ظرف مدت بازداشت، مال منقول و یا غیرمنقول بازداشت شده را با اطلاع مأمور اجرا بفروشد یا وثیقه بدهد».

الف: در مواردی که قبلاً و لااقل در حین وقوع معامله مبلغی را که مال برای استیفای آن بازداشت شده است، نقداً تأدیه کند. در این صورت پس از استیفای حق متعهدله و هزینه اجرا، بلافاصله رفع بازداشت خواهد شد.

ب: در صورت رضایت کتبی متعهدله در فروش یا وثیقه دادن مال، توسط خود متعهد. بنابراین در دو فرض، زوج می‌تواند مال بازداشت شده را بفروشد یا وثیقه دهد: فرض اول: اینکه مورد اجرا را پرداخت کند. در این فرض پس از استیفای حق زوجه و هزینه اجرا بلافاصله رفع بازداشت می‌شود.

فرض دوم: در صورت رضایت کتبی زوجه، در این فرض رضایت کتبی شرط است و اعلام شفاهی منشأ اثر نمی‌باشد. ناگفته نماند که در هر دو فرض، پس از اطلاع مأمور اجرا، زوج می‌تواند اقدام به فروش یا توثیق نماید.

اقامتگاه زوج

نقش محوری اقامتگاه در ابلاغ اجرائیه و اختطاریه‌های اجرایی است. در خصوص اقامتگاه زوج، چند حالت متصور است؛

حالت اول: اینکه اقامتگاه زوج و محل استقرار دفتر در یک حوزه ثبتی باشد. در این حالت برابر ماده ۱۵ آیین‌نامه، اجرائیه در اقامتگاه تعیین شده ابلاغ می‌شود.

حالت دوم: اینکه اقامتگاه زوج و محل استقرار دفتر در حوزه‌های ثبتی مختلف باشد. در این حالت مطابق فراز دوم ماده ۱۴ آیین‌نامه، برگ‌های اجرایی ظرف ۲۴ ساعت به ثبت محلی که زوج مقیم آنجاست، ارسال می‌گردد (نیابت اجرایی).

حالت سوم: اینکه اقامتگاه زوج خارج از کشور باشد. در این حالت برابر فراز پایانی ماده ۱۴ آیین‌نامه، برگ‌های اجرایی به وسیله دفتر نظارت و هماهنگی اجرای اسناد رسمی سازمان ثبت به وزارت امور خارجه ارسال می‌شود تا طبق مقررات ابلاغ نمایند.

حالت چهارم: اینکه زوج اقامتگاه خود را تغییر داده باشد. در این حالت دو فرض متصور است؛

فرض اول: زوج، اقامتگاه جدید خود را اعلام کرده باشد. از جمع مواد ۱۶ و ۱۷ آیین‌نامه استنباط می‌شود، در صورتی که زوج، اقامتگاه خود را تغییر دهد و مراتب اقامتگاه جدید را همراه با دلیل کتبی (سند رسمی، گواهی نیروی انتظامی محل در داخل کشور، گواهی کنسول‌گری در خارج از کشور) به دفتر ازدواج اعلام نموده باشد، برگ‌های اجرایی از طریق نیابت اجرایی (داخل کشور) و یا از طریق دفتر نظارت و هماهنگی اجرای اسناد رسمی سازمان ثبت (خارج کشور) به زوج، ابلاغ خواهد شد.

فرض دوم: زوج، اقامتگاه جدید خود را اعلام نکرده باشد. در این فرض به حکم صریح ماده ۱۶ آیین‌نامه، کلیه برگ‌های اجرائیه و اختطاریه‌های اجرایی به محلی که در سند ازدواج قید شده، ابلاغ می‌شود. این ابلاغ، قانونی تلقی شده و واجد آثار حقوقی است.

حالت پنجم: اینکه محل اقامت زوج موافق با واقع نباشد.

به دلالت ماده ۱۸ آیین‌نامه، هرگاه محل اقامت زوج در سند ازدواج تعیین شده یا محلی که تعیین گردیده موافق با واقع نباشد و یا به جهاتی محل مزبور از بین رفته و اساساً شناخته نشود، اجرائیه یا اختطاریه ظرف مدت ۲۴ ساعت در یکی از روزنامه‌های

کثیرالانتشار محل و اگر در محل، روزنامه نباشد در روزنامه کثیرالانتشار نزدیک‌ترین محل، فقط یک مرتبه آگهی خواهد شد و در آگهی مزبور باید تصریح شود که ظرف ده روز پس از انتشار آگهی، عملیات اجرایی جریان خواهد یافت.

بازداشت (توقیف مال)

برابر ماده ۲۷ آیین‌نامهٔ اجرا، زوجه می‌تواند پس از ابلاغ اجرائیه، درخواست تأمین اموال زوج را معادل مفاد اجرائیه نماید. قیمت مالی که برای بازداشت معرفی می‌شود، باید متناسب با دین بوده و نیز بلامانع بودن آن جهت استیفای موضوع لازم‌الاجرا از هر جهت محرز باشد (ماده ۲۲ آیین‌نامه).

الف: بازداشت اموال منقول

بازداشت اموال زوج به تقاضای زوجه صورت می‌گیرد و مأمور اجرا با حضور نماینده دادستان و در صورت لزوم با حضور مأمور نیروی انتظامی و با معرفی زوجه اقدام به بازداشت اموال متعلق به زوج می‌نماید و حاضر نبودن زوج یا بستگان و خادمین او و نیز بسته بودن محلی که مال در آن است، مانع بازداشت مال نیست (مستفاد از ماده ۴۱ آیین‌نامه).

اموالی که باید بازداشت شود در همان جایی که هست، بازداشت می‌شود و در صورت لزوم به جای محفوظی نقل می‌گردد. در هر حال، مال بازداشت شده باید به حافظ سپرده شود. گفتنی است در صورت عدم توافق متعهدله در انتخاب حافظ، انتخاب او با مأمور اجراست (ماده ۴۳).

ب: بازداشت اموال نزد شخص ثالث

هر گاه زوجه اظهار نماید که وجه نقد یا اموال منقول زوج، نزد شخص ثالثی است، آن اموال و وجوه تا اندازه‌ای که با دین زوج و سایر هزینه‌های اجرایی برابری می‌کند، بازداشت می‌شود و بازداشت نامه به شخص ثالث ابلاغ واقعی و نیز به زوج هم طبق مقررات ابلاغ می‌شود. اعم از اینکه شخص ثالث حقیقی یا حقوقی و اعم از اینکه دین او حال باشد یا مؤجل (مستفاد از ماده ۷۴ آیین‌نامه). در این ماده چند نکته نهفته است:

نکته اول: شخص ثالث اعم از شخص حقیقی و حقوقی می‌باشد و شخص حقوقی نیز اعم از شخص حقوقی عمومی و شخص حقوقی خصوصی می‌باشد.

نکته دوم: ابلاغ بازداشت نامه به شخص ثالث، الزاماً باید واقعی باشد وگرنه ابلاغ قانونی منشأ اثر نیست. با وصف ابلاغ واقعی، ثالث ملزم می‌باشد که وجه یا اموال بازداشت

شده را به صاحب آن ندهد وگرنه معادل آن را اجرای ثبت از او وصول خواهد کرد.
نکته سوم: ابلاغ بازداشت نامه به زوج ممکن است واقعی باشد یا قانونی. البته در صورتی که زوجه اقامتگاه زوج را غیر از اقامتگاه مندرج در سند نکاحیه اعلام نماید، ابلاغ باید واقعی باشد.

نکته چهارم: دین ثالث به زوج، ممکن است حال باشد یا مؤجل. در صورتی که مؤجل باشد، وصول آن از ثالث صرفاً در سررسید، امکان‌پذیر خواهد بود.
هرگاه شخص ثالث منکر وجود تمام یا قسمتی از وجه نقد یا اموال منقول دیگری نزد خود باشد، باید ظرف پنج روز از تاریخ ابلاغ بازداشت به شخص او مراتب را به رئیس ثبت اطلاع دهد والا مسئول پرداخت وجه یا تسلیم مال خواهد بود و اداره ثبت آن وجه را وصول خواهد کرد. در صورتی که شخص ثالث منکر وجود مال یا طلب متعهد نزد خود باشد و در ظرف مدت مقرر در ماده فوق، بعد از ابلاغ بازداشت نامه اطلاع دهد، عملیات اجرایی نسبت به او متوقف می‌شود و متعهدله می‌تواند برای اثبات وجود وجه و مال یا طلب نزد شخص ثالثی که منکر آن بوده به دادگاه صالح مراجعه کند و یا از اموال دیگر متعهد استیفای طلب خود را بخواهد (مواد ۷۹ و ۸۰ آئین‌نامه).

ج: بازداشت اموال غیر منقول

۱- چنانچه مال مورد بازداشت، ثبت شده باشد، ماده ۸۵ آئین‌نامه در این خصوص مقرر داشته: «بازداشت اموال غیر منقول اعم از اصل و مازاد به نحوی که در مواد ۴۱ و ۴۲ این آئین‌نامه مقرر است، به عمل می‌آید» و مأمور اجرا در صورتی که برگه حاوی مراتب ذیل باشد، روی نمونه چاپی برای اموال بازداشت شده، ترتیب اثر خواهد داد:
الف: تاریخ و مفاد اجرائیه.

ب: محل وقوع ملک در شهرستان، بلوک، بخش، کوی، کوچه و شماره ملک اگر داشته باشد.

ج: حدود چهارگانه ملک و توصیف اجمالی آن.

د: مساحت تخمینی ملک.

ه: مشخصات دیگر از قبیل این که مشتمل بر چند قسمت است؛ در صورتی که خانه مسکونی باشد و یا مشتمل بر چند ابنیه و متعلقات است. در صورتی که ملک مزروعی باشد، علاوه بر مراتب فوق باید متعلقات آن از قبیل گاو و ماشین‌آلات و توضیحات دیگری که در تسهیل‌فروشی ملک مؤثر باشد در صورت مزبور قید شود.

اجرا مکلف است فوراً بازداشت را به متعهد، ابلاغ و به ثبت محل، اطلاع داده و صورت

وضیعت و جریان ثبتی ملک مورد بازداشت را از اداره ثبت بخواهد. اداره نام برده در صورتی که ملک، ثبت شده باشد، در دفتر املاک توقیف شده (دفتر بازداشتی) و در ستون ملاحظات دفتر ثبت املاک، بازداشت را یادداشت می‌نماید و اگر ملک به موجب دفتر املاک و محتویات پرونده ثبتی متعلق به غیر باشد و انتقال آن به متعهد محرز نباشد، ثبت محل فوراً مراتب را به اجرا اطلاع می‌دهد و اجرا از آن رفع بازداشت می‌کند (ماده ۸۷).

پس از ابلاغ بازداشت نامه به صاحب مال، نقل و انتقال از طرف صاحب مال نسبت به مال بازداشت شده، ممنوع است و ترتیب اثر نسبت به انتقال بعد از بازداشت، مادام که بازداشت باقی است، داده نمی‌شود (هر چند که انتقال با سند رسمی به عمل آمده باشد)، مگر در صورت اجازه کسی که مال برای حفظ حق او بازداشت شده است. در این صورت باید اشخاص ذی نفع، تکلیف ادامه بازداشت ملک یا رفع آن را معین کنند (ماده ۸۹ آیین-نامه).

د: تبدیل تأمین

این سؤال، متصور است که پس از اینکه مال زوج تأمین و بازداشت شد، آیا زوج می‌تواند درخواست تبدیل آن را بنماید یا خیر؟ به عبارتی آیا می‌توان به جای مال بازداشت شده یا به جای مالی که قرار است بازداشت شود، مال دیگری معرفی کرد؟ ماده ۲۶ آیین-نامه در مقام پاسخ مقرر می‌دارد: «در صورتی که مال به آسانی قابل فروش باشد، نمی‌توان آن را به مال دیگر تبدیل کرد، مگر به رضای ذی نفع. این ماده از نظر مفهوم موافق، تبدیل تأمین را مشروط به رضای زوج می‌داند و از نظر مفهوم مخالف، در صورتی که مال بازداشت شده به آسانی قابل فروش نباشد، تبدیل تأمین را بدون قید و شرط پذیرفته است.»

ه: چه اموالی قابل بازداشت هستند؟

- ۱- بازداشت منافع جایز است. (ماده ۵۳ آیین‌نامه).
- ۲- بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی جایز است، لکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست. در صورت بازداشت منافع یا سرقفلی، مراتب به اداره ثبت محل، جهت ثبت در دفاتر بازداشتی و ابلاغ آن به دفاتر اسناد رسمی مربوطه اعلام می‌گردد (ماده ۵۴ آیین‌نامه).
- ۳- بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی و منافع، مانع از این نیست که اگر مال دیگری از متعهد یافت شود به تقاضای ذی نفع، بازداشت گردد. در این صورت هر گاه مال

بازداشت شده، معادل طلب بستانکار باشد از حقوق، رفع بازداشت خواهد شد (ماده ۵۵).
۴- از حقوق و مزایای کارکنان ادارات، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و ... نظایر آن در صورتی که دارای کسان واجب‌النفقه باشند، ربع وگرنه ثلث توقیف می‌شود.

تبصره: توقیف و کسر یک چهارم حقوق بازنشستگی یا وظیفه افراد موضوع این ماده جایز است، مشروط بر اینکه دین مربوط به شخص بازنشسته یا وظیفه بگیر باشد (ماده ۸۳ آیین‌نامه).

۵- در مورد ماده قبل، پس از ابلاغ بازداشت نامه به اداره متبوع مدیون یا کارگاه، رئیس اداره یا مسئول کارگاه و مسئول حسابداری باید در کسر و فرستادن مبلغ بازداشت شده، طبق تقاضا اقدام کند وگرنه برابر مقررات مسئول خواهد بود.

و: چه اموالی قابل بازداشت نیستند

۱- اموال و اشیایی که جزء مستثنیات دین شناخته می‌شوند. این اموال برابر ماده ۶۱ آیین‌نامه، قابل بازداشت نیستند. از قبیل مسکن مناسب با نیاز متعهد و اشخاص واجب‌النفقه او، لباس، اشیاء، آذوقه موجود به قدر احتیاج سه ماهه متعهد و عائله او، وسایل و ابزار کسبه و پیشه وران، وسیله نقلیه متناسب با نیاز متعهد و اشخاص واجب‌النفقه، سایر اموال و اشیایی که به موجب قوانین خاص، غیرقابل توقیف می‌باشد.

۲- بازداشت مال منقولی که در تصرف غیر است و متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت می‌کند، ممنوع است (ماده ۶۳ آیین‌نامه).

۳- بازداشت هزینه سفر مأمورین دولت و حقوق و مزایای نظامیانی که در جنگ هستند، ممنوع است (ماده ۸۲ آیین‌نامه).

۴- کتب و رسالات و مقالات خطی صاحب اثر قابل بازداشت و مزایده نیست، مگر با رضایت وی (ماده ۱۳۳ آیین‌نامه).

الف: تأثیر فوت زوجین در فرایند اجرا

هرگاه متعهد قبل از اجرائیه، فوت شود و درخواست صدور اجرائیه علیه ورثه به عمل آید، اجرائیه در اقامتگاه مورث به آنان ابلاغ واقعی می‌گردد. در صورتی که ابلاغ واقعی در محل مزبور به هر یک از آنان میسر نگردد، ابلاغ اجرائیه با رعایت ماده ۱۸ به وسیله درج در جراید به عمل می‌آید (ماده ۱۹).

در صورتی که متعهد پس از صدور اجرائیه و قبل از ابلاغ فوت کند، طرز ابلاغ به ورثه

به ترتیب مزبور خواهد بود (تبصره ماده ۱۹).

هر گاه یکی از ورثه پس از صدور اجرائیه، دین مورث خود را پرداخت نماید، پرداخت-کننده به عنوان قائم مقام طلبکار می‌تواند علیه سایر وراث نسبت به سهم الارث آنان مبادرت به صدور اجرائیه نماید (ماده ۷ آیین‌نامه).
بعضاً مشاهده می‌شود که اجرائیه علیه متوفی صادر شده و مأمور ابلاغ با اطلاع از این موضوع، اجرائیه را به ورثه ابلاغ می‌نماید. این اقدام (صدور اجرائیه علیه متوفی) از وجاهت قانونی برخوردار نبوده و اثری بر آن مترتب نیست.

ب: تأثیر فوت زوجه

در صورتی که زوجه فوت کند، هر یک از ورثه می‌توانند با ارائه گواهی نامه فوت و شناسنامه، وراثت خود را اثبات کرده و درخواست صدور یا تعقیب اجرائیه مورث خود را در سهم‌الارث خود بکنند، ولی پس از اجرای اجرائیه، مهریه به اداره ثبت سپرده می‌شود و تسلیم آن به ورثه، موکول به ارائه گواهی حصر وراثت و مفاصا حساب مالیاتی خواهد بود. مستنبط از ماده ۹ آیین‌نامه) مطابق ماده مذکور وصول مهریه توسط ورثه زوجه، مقید به دو شرط ارائه گواهی حصر وراثت و مفاصا حساب مالیاتی است.

هزینه‌های قابل مطالبه در اجرا

هزینه‌هایی را که زوجه در راستای مطالبه مهریه متحمل شده و قابل مطالبه و وصول می‌باشد، در مواد ۳۷ و ۴۰ آیین‌نامه پیش‌بینی شده است:
ماده ۳۷: حق الوکاله وکیل در صورت دخالت در تمام اقدامات اجرایی تا مرحله وصول، طبق قرارداد منعقد بین طرفین و حداکثر تا میزان مطرح در آیین‌نامه اصلاحی قانون وکالت در صورت تقاضای ذی نفع، قابل مطالبه و وصول است و در مورد اسناد وثیقه همان وثیقه جواب گوی حق الوکاله نیز خواهد بود.
ماده ۴۰: هزینه آگهی، دستمزد کارشناس، حق الحفاظه، حق الاجرا و حق مزایده نسبت به اموال منقول و غیرمنقول و سایر هزینه‌های قانونی به عهده متعهد می‌باشد و مانند اصل طلب، وصول می‌شود. در هر مورد که نتوان این هزینه‌ها را از متعهد وصول کرد، متعهدله باید آن را پرداخت نماید. در این صورت پس از فروش مال یا وصول طلب، به موجب همان اجرائیه، وصول و به متعهدله داده شود.

حق الاجرا

۱۰۰

حق الاجرا (حقوقی دولتی) حقی است به صورت پول که دولت از باب اجرائیه اسناد

رسمی می‌گیرد که پنج درصد مبلغ مورد اجراست (بند گ ماده ۱ آئین‌نامه).
در هر پرونده اجرایی برابر ماده ۱۳۱ قانون ثبت و تبصره آن و سایر مقررات مربوطه پس از ابلاغ اجرائیه، حق الاجرا وصول می‌شود، مگر اینکه مرجعی که پرداخت حق الاجرا به عهده اوست به موجب مقررات خاصی از پرداخت آن معاف شده باشد (ماده ۱۵۸ آیین‌نامه).

حق الاجرای اسناد لازم‌الاجرا ۵ درصد مبلغ مورد اجراست و از کسی که اجرا بر علیه اوست، اخذ خواهد شد مگر اینکه دائن بدون حق، تقاضای اجرا نموده باشد که در این صورت نسبت به آن قسمتی که داین حق نداشته از خود او مأخوذ می‌گردد (ماده ۱۳۱ قانون ثبت).

هر گاه طرفین پس از صدور اجرائیه و ابلاغ، در خارج صلح نمایند، قرار اقساط بگذارند، مهلت بدهند یا به مدت یکسال اجرائیه را تعقیب نکنند، متضامناً مسئول پرداخت ۵ درصد خواهند بود و کسی که در نتیجه مسئولیت تضامنی حق اجرا را می‌پردازد، می‌تواند آن را از طرفی که قانوناً مسئول پرداخت حق اجرا می‌باشد به وسیله اجرا وصول نماید (تبصره ماده ۱۳۱ قانون ثبت).

در هر مورد که پس از صدور اجرائیه و ابلاغ به جهت قانونی، عملیات اجرایی متوقف یا توقیف شود، مادام که رفع توقف یا توقیف نشده باشد، حق الاجرا تعلق نمی‌گیرد (موارد مذکور در تبصره ماده ۱۳۱ قانون ثبت از این حکم مستثنی است).

هر گاه محرز شود که متعهد در تاریخ ابلاغ اجرائیه محجور بوده است، حق الاجرا تعلق نمی‌گیرد (ماده ۱۶۵ آیین‌نامه).

از جمیع مواد مذکور و با در نظر داشتن ماده ۹۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت «چنانچه زوجه پس از صدور اجرائیه در خصوص وصول مهریه و لازم الاجرا شدن به هر علت از ادامه عملیات اجرایی منصرف شود، از پرداخت نیم عشر دولتی معاف خواهند بود. حکم این ماده به پرونده‌های اجرایی سابق که مختومه شده‌اند و نیم عشر دولتی آنها وصول نشده نیز تسری می‌یابد.

به طور خلاصه می‌توان در خصوص حق الاجرای مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت به این موارد اشاره نمود:

۱- حق الاجرا معادل ۵ درصد از میزان مهریه مورد اجرا می‌باشد. به عنوان مثال اگر مهریه مبلغ ده میلیون تومان باشد و زوجه مبلغ شش میلیون تومان را مطالبه نماید، ۵ درصد از شش میلیون تومان محاسبه می‌شود نه از کل مبلغ مهریه.

۲- پرداخت حق‌الاجرا بر عهده زوجه می‌باشد.

۳- تعلق حق‌الاجرا پس از ابلاغ اجرائیه است.

۴- چنانچه زوجین به هر طریق در خارج از دایره اجرا به توافق برسند و این توافق منجر شود که زوجه درخواست ختم عملیات اجرایی را بنماید، از پرداخت حق‌الاجرا معاف خواهند بود.

۵- چنانچه زوجه ظرف یکسال از تاریخ ابلاغ اجرائیه، اجرائیه را تعقیب نکند و متعاقباً درخواست ادامه عملیات اجرایی را داشته باشد، زوجین متضامناً مسئول پرداخت حق‌الاجرا خواهند بود.

۶- چنانچه عملیات اجرایی از طریق اعمال مقررات قانونی متوقف شود تا زمان رفع توقف، حق‌الاجرا تعلق نمی‌گیرد. به عنوان مثال در صورتی که به موجب دستور موقت مبنی بر توقف عملیات اجرایی از مرجع قضایی ذی صلاح، عملیات اجرایی متوقف شود تا زمانی که نسبت به قرار مذکور، تعیین تکلیف نشده باشد، حق‌الاجرا پرداخت نمی‌شود.

۷- در صورتی که زوج محجور باشد و اجرائیه به طرفیت او صادر شده باشد، حق‌الاجرا

تعلق نمی‌گیرد.

آثار انصراف و استرداد درخواست صدور اجرائیه

در صورتی که زوجه در هر مرحله از فرایند عملیات اجرایی از اجرا منصرف شود، از پرداخت حق‌الاجرا معاف است (ماده ۹۸). بدون تردید فلسفه وضع این ماده را که به احکام قضایی نیز تسری دارد، باید در عزم مقنن در تحکیم مبانی روابط خانواده جستجو کرد. همچنین معافیت از پرداخت نیم عشر دولتی در بند (ه) تبصره ۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۸۰ نیز پیش‌بینی شده است. این بند مقرر داشته چنانچه زوجه پس از صدور اجرائیه در خصوص وصول مهریه و لازم‌الاجرا شدن به هر علت از ادامه عملیات اجرایی منصرف شود، از پرداخت نیم عشر دولتی معاف خواهد بود. در مباحث گذشته بیان شد، طرح هم‌زمان مطالبه مهریه از دو مرجع امکان‌پذیر نیست و تا زمانی که یک مرجع این موضوع را تعقیب می‌کند، امکان مراجعه به مرجع دیگر وجود ندارد.

شکایات اجرایی

شکایات اجرایی را می‌توان در دو مبحث جداگانه بررسی کرد. شکایت از دستور اجرای سند رسمی یا شکایت از عملیات اجرایی و مأمورین اجرا.

الف: شکایت از دستور اجرای سند رسمی

برابر ماده ۱ قانون اصلاح، یعنی مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۳۲ هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای سند رسمی داشته باشد، می‌تواند به ترتیب مقرر در آیین دادرسی مدنی، اقامه دعوا نماید. مطابق ماده ۲ مذکور، مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از دستور اجرای اسناد رسمی، دادگاه صلاحیت‌دار محلی است که در حوزه آن دستور اجرا داده شده است، بنابراین در فروض زیر، زوج می‌تواند از دستور اجرا با تقدیم دادخواست به دادگاه عمومی حقوقی محلی که حوزه ثبتی صادرکننده دستور اجرا در آن مستقر باشد، طرح دعوا نماید.

۱- چنانچه زوج مدعی باشد که دستور اجرای سند، مخالف مدلول سند است. به عنوان مثال مهریه زوجه یک دستگاه اتومبیل بوده، در صورتی که به جای تسلیم مال منقول (اتومبیل)، اجرائیه نسبت به بهای آن صادر شود.

۲- چنانچه زوج مدعی باشد که مندرجات سند نکاحیه مجعول است. به عنوان مثال میزان مهریه از چهارده سکه به یکصد و چهارده سکه جعل شده باشد.

۳- چنانچه زوج مدعی باشد که مهریه را تأدیه کرده و بینه‌ای در این خصوص نیز ارائه نماید یا اینکه به موجب سند جداگانه، زوجه اقرار به وصول مهریه نموده است.

ب: شکایت از عملیات اجرایی

طبق ماده ۱۶۹ آیین‌نامه هر کس اعم از متعهد سند و هر شخص ذی نفع که از عملیات اجرایی شکایت داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارائه مدارک به رئیس ثبت محل تسلیم کند و رئیس ثبت، مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل، رأی صادر کند. نظر رئیس ثبت به هر حال برابر مقررات به اشخاص ذی نفع ابلاغ می‌شود و اشخاص ذی نفع اگر شکایتی از تصمیم رئیس ثبت داشته باشند، می‌توانند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، شکایت خود را به ثبت محل و یا هیأت نظارت صلاحیت دار ارسال نمایند تا قضیه برابر بند ۸ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیأت نظارت، طرح و رسیدگی شود.

ختم عملیات اجرایی

تعریف ختم عملیات اجرایی قبلاً در تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، پیش‌بینی شده بود. تبصره مذکور ختم عملیات اجرایی را این گونه تعریف می‌کرد: با صدور سند انتقال (اموال غیرمنقول یا اموال منقولی که انتقال آنها با سند رسمی صورت می‌گیرد) یا تحویل

مال منقول یا پرداخت طلب بستانکار و اجرای تعهد بدهکار، عملیات اجرایی مختومه خواهد شد.

بر این اساس ماده ۱۵۵ آیین‌نامه که مشروعیت خود را از تبصره مذکور، کسب کرده در تبیین ختم عملیات اجرایی مقرر می‌دارد؛ ختم عملیات اجرایی حسب مورد عبارتست از: الف: وصول کلیه طلب بستانکار و حقوق دولتی و هزینه‌های قانونی. ب: تحویل مال منقول به برنده مزایده. ج: تنظیم و امضای سند انتقال اجرایی اموال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی. د: تحقق تخلیه یا تحویل در مواردی که اجرائیه برای تخلیه یا تحویل صادره شده باشد. و: اجرای تعهد متعهد.

تبصره: در صورتی که مال از طریق مزایده به شخص ثالث فروخته شود، ختم عملیات اجرایی، تاریخ تنظیم صورت‌مجلس مزایده خواهد بود.

بنابراین ختم عملیات اجرایی در مطالبه مهریه، می‌تواند یکی از فروض زیر باشد: فرض اول: وصول مهریه (مورد اجرا) همراه با حق‌الاجرا و هزینه‌ای قابل مطالبه. در این فرض، ممکن است اموالی از زوج بازداشت شده باشد که از طریق مزایده به فروش رسیده تا پس از کسر مهریه و سایر هزینه‌های انجام شده، مازاد به زوج مسترد می‌شود.

فرض دوم: زوجه از ادامه عملیات اجرایی، اعلام انصراف نماید. در این فرض همان‌گونه که قبلاً بیان شد به مجرد اعلام انصراف، عملیات اجرایی مختومه و نیم‌عشر هم پرداخت نمی‌شود.

فرض سوم: حکم مرجع قضایی مبنی بر ابطال عملیات اجرایی در این فرض، چنانچه به موجب شکایت زوج از دستور اجرا، حکم مبنی بر ابطال عملیات اجرایی صادر و به قطعیت برسد، عملیات اجرایی ثبت مختومه می‌شود. ناگفته نماند در صورتی که دستور موقت مبنی بر توقف عملیات اجرایی صادر شده باشد، عملیات اجرایی به صورت موقت، متوقف می‌شود نه اینکه عملیات اجرایی خاتمه پذیرد.

جایگاه حقوقی شرکت های دولتی

در قانون و رویه قضایی

صفورا نیکوخواه^۱

چکیده

سرمایه شرکت‌های دولتی را خزانه دولت تأمین می‌کند. وزرا به عنوان نمایندگان دولت، در مجمع عمومی شرکت عضویت دارند. اعضای هیأت مدیره پس از تصویب مجمع عمومی این شرکت‌ها در آن منصوب می‌شوند. نظارت قوای مجریه و مقننه بر روند فعالیت و بازدهی شرکت‌های دولتی ضروری می‌باشد. شرکت‌های دولتی به غیر از موارد مستثنی شده، مشمول مقررات استخدای شرکت‌های دولتی مصوب سال ۱۳۵۲ می‌باشند. در موارد سکوت در قوانین تأسیس، اساس نامه و سایر مقررات شرکت‌های دولتی، مقررات جزایی قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت جاری است. انحلال شرکت‌های دولتی با اجازه قانون، مجاز شناخته شده است.

مقدمه

دولت‌ها با توجه به اهداف متعدد خود اقدام به تشکیل شرکت‌های تجاری می‌نمایند. این شرکت‌ها از لحاظ همسویی با سیاست‌های دولت در اجرای برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و در راستای کمک به خزانه، تأمین رفاه طبقات مختلف بدون توجه به سود آتی و حتمی، بهره برداری از منابع ملی، انجام خدمات در جهت

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

تحکیم زیر بنای اقتصادی و آماده ساختن زمینه مناسب برای دست یابی به رشد توسعه اقتصادی، انجام خدمات خرید و فروش و تولید برای تثبیت قیمت‌ها و تنظیم بازار و فعالیت‌های زیربنایی جایگاه مهمی دارند؛ اما شرکت‌های یاد شده در ایران از نظر قوانین و مقررات حاکم دچار پراکندگی و ابهام می‌باشند.

شرکت‌های دولتی ماهیتی دوگانه دارند؛ هم دولتی هستند، هم خصوصی و در عین حال ممکن است از مزایای هر دو محروم باشند. دولتی هستند، زیرا مالک آنها دولت است و وظایف عمومی از طرف دولت و مجلس را به عهده دارند. خصوصی هستند، زیرا فعالیت‌هایشان جنبه تجارتي داشته و علی‌الظاهر مثل شرکت‌های خصوصی اداره می‌شوند و به هر حال شکل شرکت‌های تجاری خصوصی را دارند، بنابراین از نظر حقوقی ماهیتی پیچیده پیدا می‌کنند. این مقاله به بررسی جایگاه حقوقی شرکت‌های دولتی می‌پردازد:

ارکان شرکتهای دولتی و ماهیت حقوقی آنها

اِعمال حقوق و توانایی‌های شرکت غالباً به دو رکن اصلی آن یعنی مجامع عمومی و مدیران واگذار شده است. اختیار مجامع عمومی معمولاً نظارت بر تصمیم‌گیری‌های کلی راجع به شرکت، سیاست‌گذاری در امور شرکت و تعیین مدیران است. مدیران نیز عهده دار امور شرکت هستند. (اسکینی، شریفی آل هاشم، ۱۳۷۹، ۴)

در مورد شرکت‌های دولتی فرایند تشکیل و ترکیب اعضای مجمع عمومی با شرکت‌های غیر دولتی تفاوت زیادی دارد. در این خصوص شرکت‌های دولتی را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

گروه اول: شرکت‌هایی هستند که ۱۰۰ درصد سهام آنها متعلق به دولت است که تا قبل از برنامه سوم توسعه به این شرکت‌ها، شرکت‌های نسل اول گفته می‌شد، اما در طول اجرای برنامه سوم توسعه با مهندسی مجدد ساختار بخش شرکت‌های دولتی، این گروه شرکت‌ها به طور عمده، به شرکت‌های مادر تخصصی تبدیل شدند. در شرکت‌های مادر تخصصی، سهامدار دولت است و حداقل سه عضو از اعضای مجمع عمومی شرکت مزبور ثابت هستند. (وزیر مسئول، وزیر امور اقتصادی و دارایی و رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور). به جز سه عضو اصلی یاد شده، اعضای دیگری نیز می‌توانند در مجمع عمومی شرکت، حضور داشته باشند. این اعضاء به پیشنهاد رئیس مجمع (وزیر مسئول)، تأیید سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و وزارت امور اقتصادی و دارایی و تصویب هیأت وزیران (در قالب اساسنامه) تعیین می‌شوند.

گروه دوم: شرکت هایی هستند که تمام یا بخشی از سهام آنها متعلق به شرکت های دولتی است که این گروه شرکت ها، شرکت های نسل دوم به بعد یا شرکت های زیر مجموعه نامیده می شوند. قبل از اجرای برنامه سوم توسعه ساختار کلان بخش شرکت های دولتی چند لایه ای بود؛ بدین صورت که شرکت هایی که دولت به طور مستقیم سهامدار آنها بود و به عنوان شرکت های نسل اول شناخته می شدند، لایه بالایی شرکت های دولتی را تشکیل می دادند و چنانچه این شرکت ها اقدام به تشکیل شرکت دولتی می کردند، شرکت های مزبور شرکت نسل دوم تلقی می شدند و در لایه دوم قرار می گرفتند. دوباره چنانچه شرکت های نسل دوم اقدام به تشکیل شرکت دولتی دیگری کردند، شرکت ایجاد شده اخیر، شرکت نسل سوم نامیده می شد و در لایه سوم قرار می گرفت و این فرایند می توانست تا چند لایه دیگر نیز ادامه یابد. این ساختار باعث شده بود حوزه نفوذ دولت به خصوص در لایه های پایینی شرکت های دولتی به شدت ضعیف شود و به جز رئیس مجمع عمومی شرکت نسل اول که متولی بخش بود، دیگر اعضای مجمع عمومی شرکت نسل اول از وضعیت شرکت های لایه های پایینی اطلاعی نداشته و این موضوع، اعمال کنترل و نظارت بر آنها را بسیار محدود می ساخت. برای رفع این نقص، دولت موظف شد ساختار کلان بخش شرکت های دولتی را تغییر دهد و شرکت های مزبور را به دو گروه مادر تخصصی و زیر مجموعه، تفکیک کند. انجام برنامه سامان دهی شرکت های دولتی در عمل، باعث شد ساختار شرکت های دولتی به دو لایه محدود شود و قدرت نظارت بر شرکت های دولتی افزایش یابد.

در ساختار یاد شده، شرکت مادر تخصصی، صاحب سهام تمام یا بخشی از سهام شرکت های زیرمجموعه است و به نسبت سهام خود در مجمع عمومی شرکت های مزبور حق رأی دارد؛ به عبارت دیگر، بر خلاف شرکت های مادر تخصصی، ترکیب مجمع عمومی شرکت های زیر مجموعه به طور کامل مطابق قانون تجارت است و بستگی به ترکیب سهام شرکت خواهد داشت. نمایندگی سهام شرکت های مادر تخصصی در شرکت های زیر مجموعه به عهده هیأت مدیره شرکت های مادر تخصصی یا نماینده آنهاست.

اعضای هیأت مدیره یک شرکت دولتی به وسیله مجمع عمومی با توجه به ضوابط خاصی که در اساسنامه قانونی شرکت پیش بینی شده، انتخاب و تعیین می شوند. هیأت مدیره درباره اموری که در اساسنامه قانونی، به آنان محول گردیده است، تصمیم می گیرند. در واقع هیأت مدیره با در اختیار گرفتن سکان هدایت شرکت های دولتی، حق به کارگیری و استفاده از اموال عمومی را به منظور تحقق اهداف شرکت به دست می آورد،

بنابراین لازم است افرادی به این سمت منصوب شوند که بالاترین تخصص و تعهد را دارا هستند. از این رو تدوین ضوابط قانونی صریح و مشخص در مورد ویژگی های اعضای هیأت مدیره شرکت های دولتی، باعث می شود افراد پرتوان و با تجربه برای هیأت مدیره شرکت های مزبور انتخاب شوند.

در شرکت های مادر تخصصی، رئیس مجمع عمومی که مسئولیت بخش مربوطه را نیز عهده دار است، اعضای هیأت مدیره را به مجمع، پیشنهاد و پس از تصویب مجمع عمومی به عضویت در هیأت مدیره، منصوب می کند. اعضای مجمع عمومی شرکت های دولتی زیر مجموعه، همان اعضای هیأت مدیره شرکت های مادر تخصصی هستند، بنابراین انتخاب اعضای هیأت مدیره شرکت های زیر مجموعه توسط اعضای هیأت مدیره شرکت های مادر تخصصی، صورت خواهد گرفت. در شرکت های دولتی نحوه انتخاب مدیر عامل در اساسنامه آنها تصریح و اغلب ذیل وظایف مجمع عمومی قید شده است. البته در برخی موارد نیز از جمله وظایف هیأت مدیره قرار داده شده است. مطابق ماده (۷) آیین نامه تشکیل مجمع عمومی و شوراهای عالی شرکت های دولتی مصوب هیأت وزیران، ۱۳۸۲/۶/۲۶ انتخاب مدیر عامل باید فرایندی همچون انتخاب هیأت مدیره را طی کند. بدین صورت که مدیر عامل نیز به پیشنهاد رئیس مجمع و بعضاً هیأت مدیره و تصویب مجمع عمومی انتخاب شود. در شرکت های دولتی، مدیر عامل بالاترین مقام اجرایی شرکت دولتی محسوب می شود (موسی زاده، ۱۳۸۱، ۱۳۴). مدیر عامل فقط در حدود قوانین و مقررات، مسئول اداره امور شرکت می باشد؛ به این معنا که اساسنامه محدودیت و اختیارات مدیر مزبور را تعیین می نماید. در این شرکت ها اختیارات مدیران در اساسنامه احصاء شده است. در شرکت های دولتی باید توجه داشت که اصولاً هدف، جلب منفعت و به دست آوردن سود بیشتر در پایان سال مالی نبوده، بلکه هدف، تولید کالای بهتر و ارزان تر یا ارائه خدمات مورد نیاز برای آسایش مردم و مصرف کنندگان می باشد. این امر در صورتی تحقق پیدا می کند که مدیران تکالیف راجع به دقت و صداقت خود را به نحو احسن انجام بدهند (عرفانی، ۱۳۸۶، ۱۱۵).

از آنجایی که عمده سرمایه شرکت های دولتی متعلق به دولت و در واقع مردم است، لزوم نظارت دقیق دولت و دستگاه های ناظر بر دولت بر روند فعالیت و بازدهی شرکت های دولتی را ضروری می سازد. نظارت بر شرکت های دولتی توسط قوای مقننه و مجریه انجام می پذیرد. نظارت قوه مجریه از دو طریق نظارت مالی (توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی) و نظارت عملیاتی (توسط وزیر مسئول، وزارت امور اقتصاد و دارایی و سازمان

مدیریت و برنامه ریزی کشور و مجامع عمومی و شوراها (عالی) صورت می گیرد. قوه مقننه نیز از طریق دیوان محاسبات (نظارت قضایی) و انجام تفریغ بودجه (نظارت پارلمانی) بر عملکرد شرکت های دولتی نظارت می کند. وزیر امور اقتصاد و دارایی در بحث نظارت مالی از طریق انتخاب ذی حساب و همچنین از طریق سازمان حسابرسی و خزانه و در بحث نظارت عملیاتی به همراه وزرای عضو مجمع عمومی و رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، ناظر عملکرد شرکت های دولتی است.

شرکت های دولتی هم به مثابه مراجع و ادارات دولتی هستند که باید از دستور وزیر تبعیت کنند و حقیقتاً مانند شرکت های خصوصی تجاری مستقل می باشند؛ اما بر خلاف صاحبان سهام در شرکت خصوصی که در برابر کسی جوابگو نیستند، وزیر یا وزرای مربوط در برابر مجلس مسئولند (فرهنگ مهر، ۱۳۴۹، ۵۲). استقلال شرکت دولتی به این معنی نیست که این شرکت ها به کلی از زیر قیومیت و نظارت قوه حکومتی خارج باشند. دولت ها با آنکه در اداره امور شرکت های دولتی مداخله ندارند، مع الوصف، نه تنها از کنترل و اعمال قیومیت به آنها نمی توانند غافل باشند، بلکه مکلف به کنترل آنها نیز هستند. اصولاً بعضی از عملیات مالی و مهم شرکت های دولتی باید تحت نظارت دولت انجام پذیرد و ترتیب نظارت باید به گونه ای باشد که مانع پیشرفت کار شرکت نشود (انصاری، ۱۳۸۷، ۲۱۷).

کیفیت خاص حقوقی شرکت های دولتی ایجاب می کند که در عین حفظ استقلال مدیران در کار، نظارت دموکراتیک بر فعالیت مدیران این شرکت اعمال شود (توازی زاده، ۱۳۸۵، ۸۴). لازمه این نظارت دموکراتیک، دخالت وزیر است، ولی نظارت وزیر فقط باید در امور کلی باشد و مجلس نیز فقط در اموری که در قلمرو اختیار وزیر است، باید از او سؤال کند؛ به عبارت دیگر اختیار وزیر در شرکت های دولتی باید محدود باشد.

شرکت های دولتی از جهت امور اداری و مالی استقلال دارند؛ یعنی تابع تشریفات مالی و اداری دولت نیستند. یکی از صفات ممیزه هر شخصیت حقوقی مستقل، از جمله شرکت های دولتی، داشتن دارایی و بودجه مخصوص به خود می باشد؛ بنابراین شرکت دولتی دارایی و بودجه مستقل از دیگر سازمان های غیر متمرکز و به طریق اولی سازمان های متمرکز دارد. نتیجه و اثر عملی استقلال مالی، آزادی عمل و رها بودن از قیود و مداخلات دیگر مقامات و مراجع می باشد و لذا هر شرکت دولتی در محدوده صلاحیت قانونی خود، حق هر نوع تصمیم گیری راجع به امور مالی مربوط به خود را داراست. بدون استقلال مالی استقلال شرکت های دولتی مفهومی نخواهد داشت. شرکت های دولتی باید دریابند

که درآمد شرکت باید ناشی از اداره صحیح و اقتصادی شرکت باشد و نه حمایت های دولت. در عین حال آنها نباید وسیله ای باشند که هر وقت خزانه خالی شد، دولت سراغ آنها برود. فعالیت های شرکت های دولتی هم بر دریافتی ها و هم بر پرداختی های بودجه عمومی اثر می گذارد. به طوری که پرداخت مالیات و سود سهام شرکت های دولتی به دریافت های خزانه کشور کمک می کند و از سوی دیگر در صورت زیان دهی تمام یا بخشی از زیان مزبور از منابع عمومی تأمین می شود.

سهام شرکت دولتی در واقع اوراق بهادار و یا سرمایه دولتی هستند و فقط به منظور نگاهداری حساب استعمال می شود تا معلوم شود که آیا شرکت می تواند روی پای خودش بایستد یا نه؟ در این شرکت ها صاحب سهامی وجود ندارد که پذیره نویسی کند یا در اداره امور شرکت دخالت کند. سرمایه شرکت دولتی از طریق صدور سهام تأمین نمی شود. این سرمایه در واقع پولی است که خزانه دولت در اختیار شرکت می گذارد. نتیجه اینکه احکام مربوط به تهیه و حفظ سرمایه و نظارت صاحبان سهام بر روی مدیران و حفظ حقوق صاحبان اقلیت سهام در مجامع عمومی و امثال این امور در شرکت های دولتی مفهوم خود را از دست می دهند. بزرگترین اختلاف بین شرکت های دولتی و شرکت های خصوصی این است که در شرکت دولتی، صاحب سهامی وجود ندارد یا به عبارت دیگر ملت، صاحب سهم است و تقسیم بین صاحبان سهام و مدیران که از خصوصیت های شرکت سهامی خصوصی است در شرکت دولتی مفهومی ندارد و از این جهت می توان گفت که مدیرانی که از طرف وزرا انتخاب می شوند، خود از جهتی در مقام صاحب سهم عمل می نمایند و بسیاری از اختیاراتی را که در شرکت های خصوصی متعلق به مجمع عمومی صاحبان سهام است، مدیران اعمال می نمایند. سرمایه شرکت دولتی نوعاً با سرمایه گذاری های دولت به حساب وزارت خانه ها و سازمان های دولتی تأمین می گردد. بدین ترتیب وزرا به عنوان نمایندگان دولت که صاحب اصلی سرمایه های شرکت می باشند در مجمع عمومی شرکت عضویت دارند و برابر قوانین جاریه کشور به ویژه قانون تجارت، عمل و اقدام می نمایند (هاشمی، ۱۳۸۵، ۳۳۷).

تعیین سرمایه و برآورد میزان آن در هر شرکت تجاری، از جمله مسائل مهمی است که می باید قبل از تشکیل هر شرکت، مبتنی بر محاسبات لازم، متناسب با حجم فعالیتها و دامنه آنها و بسیاری از عوامل دیگر بر آورد و محاسبه گردد. در شرکت های دولتی، بعضاً در قوانین تأسیس یا اساسنامه ها، میزان سرمایه اولیه، نحوه تأمین آن و اشخاص حقیقی و حقوقی صاحب سهم مشخص می شوند. در ضمن، در کنار اساسنامه و سایر قوانین و

مقررات آن، مرجع تصویب افزایش سرمایه نیز مشخص و درج می‌گردد. بدیهی است در موارد سکوت قانون، مواد (۵) تا (۵۰) قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت در خصوص سرمایه لازم برای تأسیس، راهنمای شرکت‌های دولتی در این زمینه خواهد بود. از آنجا که وجود یک شرکت دولتی که سهام آن متعلق به دولت است، خود مجوزی برای افزایش سرمایه‌های بعدی است، لذا در قوانین بودجه سنواتی، بدون نیاز به درج تبصره ای خاص، با درج عنوان افزایش سرمایه شرکت مورد نظر و درج و پیشنهاد اعتبار آن، به تناوب از محل اعتبارات هزینه ای یا تملک دارایی سرمایه ای، امر مزبور محقق می‌گردد (حکیم شوشتری، ۱۳۸۲، ۱۲۲).

دربارۀ نحوه تقسیم سود شرکت دولتی در قوانین مالی و محاسباتی شرکت‌های دولتی، به استثنای قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ که احتساب ده در صد سود ویژه را به عنوان اندوخته قانونی برای شرکت‌های دولتی الزامی اعلام و به خاطر حفظ «سهام دولت» از بابت سود سهام آن‌ها، مجامع عمومی شرکت‌های دولتی را از تقسیم سود میان اندوخته‌های سرمایه‌ای و جاری (به گونه‌ای که سود سهام دولت را در بودجه کل کشور کاهش دهد) منع کرده است، صرفاً در ماده (۹۰) قانون تجارت، احتساب ده درصد سود سهام، در صورت وجود منافع، توسط مجمع عمومی، الزامی اعلام شده است، لذا این گونه می‌توان نتیجه‌گیری کرد که نحوه تقسیم سود علی‌الاصول، به جز در موارد یاد شده، در اساسنامه‌های شرکت‌های دولتی تعیین تکلیف شده است و اگر هم این موضوع در اساسنامه ای مسکوت مانده باشد، صرف نظر از رعایت موارد یاد شده، می‌توان با تصویب مجمع عمومی، پس از پرداخت مالیات و کنار گذاشتن ده درصد اندوخته قانونی، به تقسیم یا عدم تقسیم منافع از سود ویژه سنواتی شرکت مبادرت ورزید.

اعتباراتی که در بودجه کل کشور به عنوان کمک جهت جبران زیان شرکت‌های دولتی منظور می‌گردد، با درخواست مقامات مجاز، از خزانه وصول، در صورتی که پس از پایان سال مالی، زیان شرکت بر اساس ترازنامه و حساب سود و زیان مصوب مجمع عمومی از مبلغ پیش بینی شده کمتر باشد، شرکت مکلف است ابتدا زیان ناشی از عملیات جاری خود را از محل منافع داخلی پیش بینی شده در بودجه مصوب، تأمین و از کمک دولت فقط برای جبران باقی مانده زیان استفاده نماید و مازاد کمک دریافتی از دولت که ناشی از تقلیل زیان پیش بینی شده است را به حساب خزانه واریز کند. زمان برگشت حداکثر یک ماه پس از تصویب ترازنامه است.

مقررات و امور استخدامی در شرکت‌های دولتی

در امور استخدامی شرکت‌های دولتی تا پیش از گذاردن مقررات استخدامی شرکت های دولتی برای آنها مقررات یکسانی وجود نداشت. بند پ ماده (۲) قانون استخدام کشوری اعلام می دارد که شرکت های دولتی مشمول مقررات استخدامی شرکت های دولتی مصوب ۵ خرداد ۱۳۵۲ بوده و هرگونه تغییر در این مقررات با پیشنهاد سازمان امور اداری و استخدامی سابق (سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور) و تصویب هیأت وزیران خواهد بود (ابوالحمد، ۱۳۷۹، ۵۲۲).

برابر ماده (۱) قانون مقررات استخدامی شرکت های دولتی، برخی از شرکت‌ها ملزم به رعایت مفاد این قانون نمی‌باشند. علاوه بر این بسیاری از شرکت های دولتی مقررات استخدامی خاص خود را داشته و تابع این قوانین نمی‌باشند. از این شرکت‌ها می‌توان به سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران و شرکت های تابعه شرکت ملی نفت ایران و شرکت های تابعه، بانک‌ها، بیمه‌ها اشاره کرد.

ضمن آنکه در مباحث مربوط به مأموریت، بازنشستگی، آماده به خدمت، انحلال شرکت و نظایر آن، تکالیفی در کنار تکالیف وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی برای شرکت های دولتی نیز مشخص شده است. هدف از تصویب قانون استخدامی کشوری مصوب ۱۳۴۵، داشتن یک قانون بنیادی و عام الشمول در مورد استخدام در بخش دولتی بوده، اما از یک طرف در متن قانون استخدام کشوری، دستگاه‌ها و اشخاص متعددی از شمول قانون مستثنی شده بودند و همچنین قوانین استخدامی خاص پس از آن قانون تصویب شدند که محوری بودن و کلیت قانون استخدام کشوری را منتفی ساخت. قانون مدیریت خدمات کشوری که ظاهراً یکی از اهدافش یک پارچه سازی و داشتن مقررات یکسان در مورد استخدام در دستگاه های دولتی است، در ماده ۱۱۷ قانون مزبور دربارهٔ دایره مشمول آن مقرر می دارد که کلیه دستگاه های اجرایی به غیر از موارد مستثنی شده در این ماده مشمول مقررات این قانون می شوند. طبق ماده ۵ این قانون: «کلیه وزارت خانه ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت های دولتی و کلیه دستگاه هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است، از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می شوند»، بنابراین با توجه به موارد مذکور، اصل بر این است که کلیه وزارت خانه ها، مؤسسات و شرکت های دولتی تحت هر عنوان، مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری می باشند، مگر مواردی که در قانون مستثنی شده

اند. از این نظر قانون مدیریت خدمات کشوری را باید یک قانون مادر، بنیادی و ناظر بر استخدام در دستگاه های دولتی محسوب کرد (امامی، ۱۳۸۷، ۲۰۸).

باید گفت که به دلیل وجود مشاغل کارگری در شرکت های دولتی، قانون کار از طریق نقشی که در روابط کار، بین کارگر و کارفرما ایفا می کند، یکی از مهم ترین قوانینی است که فعالیت های اقتصادی را تحت تأثیر قرار می دهد و تبعیت از آن در شرکت های دولتی برای مشاغل کارگری، متضمن تعیین حق السعی اعم از مزد، حقوق و سایر مزایا برای کارگر و میزان تعهدات کارفرما یا نماینده کارفرما است.

در مواردی که شمول مقررات استخدامی (خواه قانون مدیریت خدمات کشوری و خواه مقررات استخدامی خاص) نسبت به فردی مسلم باشد، در عدم شمول مقررات کار نسبت به او تردید وجود ندارد، زیرا با توجه به این که مقررات استخدامی نوعاً سابقه بیشتری دارند و نسبت به مشمولان خود حمایت بیشتری را منظور می کنند، نسبت به قانون کار اولویت دارند (عراقی، ۱۳۸۷، ۱۵۰). البته در مواردی که شمول مقررات استخدامی خاص نسبت به فردی مورد تردید باشد، در صورتی که عنوان کارگر در مورد او درست باشد، مشمول قانون کار خواهد بود، زیرا شمول قانون کار نسبت به تمام کسانی که تعریف کارگر و کارفرما در مورد آنها درست است و رابطه آنها از مصداق های رابطه کارگری و کارفرمایی به شمار آید، اصل محسوب می شود.

همچنین تبعیت از قانون تأمین اجتماعی، به مثابه یک نظام حمایتی در مورد مشاغل مورد اشاره، در موارد مربوط به حوادث و بیماری ها، بارداری، غرامت، دستمزد، از کار افتادگی، بازنشستگی، مرگ و مقررات بیمه بیکاری، الزامی است. با توجه به اینکه شرکت های دولتی نسبت به سایر سازمان های دولتی با توجه به ماهیت وظایف خود، دارای کارگران بیشتری هستند، لذا اطلاع از دو قانون مزبور برای آنها اهمیت وافری دارد تا بدین وسیله از تبعات سیاسی، اجتماعی و مالی ناشی از رعایت نکردن قوانین مورد اشاره جلوگیری به عمل آید؛ به ویژه آنکه در قانون تأمین اجتماعی، جرایم عدیده ای برای تخلفی از اجرای قانون پیش بینی شده است.

مقررات جزایی، کیفری و انتظامی در مورد شرکت های دولتی

با عنایت به ماده ۳۰۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت که می گوید: «شرکت های دولتی تابع قوانین تأسیس و اساسنامه خود می باشند و فقط نسبت به موضوعاتی که در قوانین و اساسنامه های آنها ذکر نشده، تابع مقررات این قانون

می‌شوند»، در موارد سکوت در قوانین تأسیس، اساسنامه و سایر مقررات شرکت‌های دولتی، مقررات جزایی بخش ۱۱ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت در مورد شرکت‌های دولتی نیز ساری و جاری است. ضمن آنکه در قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ و نیز قانون دیوان محاسبات کشور، مجازات‌هایی در مورد متخلفان در زمینه نحوه اجرای برخی مواد قانون محاسبات عمومی کشور یا اجرای بعضی از امور که تخلف محسوب شده، در نظر گرفته شده است. علاوه بر این، در قانون پولی و بانکی کشور، هم برای کارکنان نظام بانکی و هم برای اشخاص حقیقی و حقوقی که به اموری نظیر خرید و فروش ارز، تأسیس بانک و اشتغال به بانک داری، بدون رعایت قانون اخیر مبادرت نمایند، مقررات کیفری و انتظامی لازم پیش بینی شده است. حتی اشتغال به بیش از یک شغل دولتی، برابر قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مستحق انفصال خدمت موقت از شش ماه تا یک سال و استرداد وجود مازاد بر شغل اصلی است که در صورت تکرار، به انفصال دائم می‌انجامد. علاوه بر این، اطلاع‌دهی حسابان از وجود شغل دوم و پرداخت حقوق و مزایا بابت شغل دیگر، محکومیتی به میزان انفصال موقت بین سه تا شش ماه برای آنان در پی دارد. قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) در مورد تعذبات مأموران دولتی به دولت، مجاز به برقراری محکومیت اخذ جریمه، جبران خسارت، همراه با پرداخت اجرت‌المثل و حتی شلاق است. برقراری مجازات‌هایی در مورد تمرد از مأموریت دولت، هتک حرمت اشخاص، تبانی در معاملات دولتی و اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی نیز این چنین است. در کنار این قانون، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی نیز به تصویب رسیده که تمامی آن دلالت بر بیم فساد مالی در نظام اداری دارد.

علاوه بر موارد فوق، بخشنامه‌های خلاف قانون نیز از طریق دیوان عدالت اداری قابلیت ابطال دارد، به عنوان نمونه رأی شماره ۶۰۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال بخشنامه شماره ۱۰۰/۳۰/۳۲۶۰۴ - ۳۱/۴/۱۳۸۶ و وزیر نیرو که در زیر آورده می‌شود.

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

شاکی: آقای محمدعلی

موضوع شکایت و خواسته: ابطال بخشنامه شماره ۱۰۰/۳۰/۳۲۶۰۴ - ۳۱/۴/۱۳۸۶

وزیر نیرو

گردش کار: شاکی به موجب دادخواستی ادعا کرده است که مطابق بندهای ۱۲ و ۱۰،

۱۱۴

۹ از اصل سوم و اصول چهارم و پنجم و یکم قانون اساسی، دولت مکلف است نیازهای اساسی مردم را تأمین کند. از سویی مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰، اخذ هر گونه وجه از مردم توسط دولت باید مستند به حکم مقنن باشد و در ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی، اخذ وجه به میزان مازاد بر حکم مقنن از موجبات تعقیب کیفری شناخته شده است. نظر به مراتب فوق، چون در بخشنامه شماره ۳۲۶۰۴/۳۰/۱۰۰ - ۱۳۸۶/۴/۳۱ وزیر نیرو، بر خلاف نظر مقنن دریافت وجه از مردم در قبال ارائه خدمت از سوی شرکت‌های برق منطقه ای تجویز شده است، ابطال بخشنامه از تاریخ صدور مورد استدعاست.

مشارالیه در ضمن دادخواست خود توضیح داده است که برای برقراری انشعاب برق در ساختمان احدائی، شرکت برق منطقه ای با این استدلال که چون امکانات لازم برای برقراری انشعاب برق نداریم و بخشنامه ۱۳۸۶/۴/۳۱ وزیر نیرو (بخشنامه معترض‌ عنه) اخذ وجه به منظور برقراری انشعاب مازاد بر امکانات را تجویز کرده است، مبالغ غیر متعارفی را مطالبه می‌کند.

متن بخشنامه مورد اعتراض به قرار زیر است: مطابق بند «الف» ماده ۱- ۳۵ - ۴ آیین نامه تکمیلی تعرفه‌های برق، قبول درخواست تأمین برق متقاضیان منوط به وجود امکانات لازم برای برقراری انشعاب است. از آنجا که برای تعدادی از متقاضیان بزرگ همچون مجتمع‌های مسکونی و کارگاه‌ها، عامل زمان در برقراری انشعاب اهمیت ویژه ای دارد، موافقت می‌شود برای این متقاضیان در حالتی که امکانات لازم برای برقراری انشعاب توسط شرکت برق مهیا نیست، در صورت تمایل متقاضی و درخواست وی ایجاد تأسیسات بر عهده متقاضی قرار گیرد. در این صورت، شرکت برق مجاز به اخذ هزینه نیرورسانی مندرج در جداول ۴-۷۸ و ۴-۷۹ نبوده و می‌باید با دریافت مبالغ مندرج در ستون یک جداول ۴-۷۸ و ۴-۷۹ الحاقیه شماره ۴ حسب مورد، به علاوه هزینه لوازم اندازه گیری، نسبت به تأمین برق اقدام نماید.

لازم است برای تصمیم گیری در این زمینه در هر شرکت توزیع و یا برق منطقه ای کمیته ای متشکل از نماینده مدیرعامل و یک نفر از اعضای هیأت مدیره (رئیس کمیته) و سه نفر کارشناس خبره و معتمد به انتخاب هیأت مدیره تشکیل گردد.

متقاضیان در واگذاری انجام عملیات نیرورسانی به هر یک از پیمانکاران تعیین صلاحیت شده مخیر می‌باشند.

در پاسخ به شکایت مذکور، مدیرکل دفتر حقوقی وزارت نیرو به موجب لوایحی

توضیحاتی داده است که خلاصه آنها به قرار زیر است:

۱- به موجب بند ۲ ماده واحده قانون استقلال شرکت‌های توزیع نیروی برق در استان‌ها مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۹، شرکت‌های مذکور به صورت غیر دولتی اداره می‌شوند و از شمول ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت خارج می‌باشند.

۲- مطابق قانون تأسیس وزارت نیرو و قانون سازمان برق ایران، تعیین مقررات و شرایط فروش برق در حیطه وظایف وزارت نیرو است و آیین نامه تکمیلی تعرفه‌های برق توسط وزارت نیرو تصویب شده و در جزء الف بند ۱- ۳۵-۴ این آیین نامه، قبول درخواست برقراری انشعاب برق منوط به وجود امکانات لازم است. بدیهی است در صورت عدم وجود امکانات، تکلیفی به برقراری انشعاب وجود ندارد.

۳- اخذ وجه در موردی تجویز شده است که امکانات لازم برای برق رسانی نیست، اما به جهت مساعدت به متقاضی با اخذ تمایل وی و تعهد به پرداخت هزینه‌ها و تأسیسات، برق رسانی انجام می‌شود.

۴- مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی، وزیر حق صدور بخشنامه دارد و بخشنامه مورد اعتراض در محدوده اختیارات وزیر تدوین و ابلاغ شده است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ یاد شده با حضور رؤسا، مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شد. پس از بحث و بررسی، با اکثریت آراء به شرح آینده به صدور رأی مبادرت می‌کند:

نظر به این که مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰، دریافت هرگونه وجه، کالا و یا خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی و حقوقی توسط وزارت خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط تعیین شده یا می‌شود، همچنین اخذ هدایا و کمک نقدی و جنسی در قبال کلیه معاملات اعم از داخلی و خارجی توسط وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی، مؤسسات و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است و یا تابع قوانین خاص هستند، ممنوع شده است و همچنین به موجب تبصره ۳ ماده ۶۲ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ نیز دستگاه‌های اجرایی در مقابل ارائه خدمات یا اعطای انواع مجوز حتی با توافق، اجازه اخذ مبالغی بیش از آنچه در قوانین و مقررات قانونی تجویز شده است، ندارد و تخلف از اجرای این حکم مشمول مجازات مصرح در ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی خواهد بود و در ماده ۶۰۰ قانون اخیرالذکر نیز

اخذ وجه یا مال توسط مسؤولان دولتی بر خلاف قانون یا زیاده بر مقررات قانونی، تعیین مجازات شده است، بنا به مراتب، بخشنامه شماره ۱۰۰/۳۰/۳۲۶۰۴ - ۱۳۸۶/۴/۳۱ وزیر نیرو که بدون اذن مقنن جواز اخذ وجه در قبال ارائه خدمت را صادر کرده است، مغایر قوانین پیش گفته تشخیص می‌شود و به استناد بند ۱ ماده ۱۹ و مادتهای ۲۰ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ابطال آن از تاریخ صدور بخشنامه صادر می‌شود.

انحلال شرکتهای دولتی

در اکثر اساسنامه‌های شرکتهای دولتی برای مورد «انحلال» پیش‌بینی‌های صریحی به عمل آمده است. در موارد سکوت اساسنامه، قوانین و مقررات شرکتهای دولتی تابع قانون تجارت هستند که مبحث «انحلال و تصفیه» در بخش ۹ قانون مزبور، نمود یافته است. با وجود این، در قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶، طی ماده ۱۳۴ انحلال شرکتهای دولتی منحصرأ با اجازه قانون، مجاز شناخته شده است، مگر آنکه در اساسنامه‌های مربوطه، ترتیبات دیگر پیش‌بینی شده باشد. بدیهی است کلیه شرکتهای مستلزم ذکر نام، می‌توانند از اجرای این ماده، حتی اگر اساسنامه‌های آنها در این خصوص ساکت باشد، سر باز زنند و با استفاده از قانون تجارت، حسب مورد و لزوم به این مهم بپردازند. اساساً در مورد شرکتهای دولتی، تاکنون ورشکستگی اعلام نشده و به دلیل وجود دولت در مقام صاحب سهم مستقیم یا حمایت‌کننده غیر مستقیم از صاحب سهم دولتی، مسأله ورشکستگی در مورد شرکتهای دولتی موضوعیت نیافته است. در صورتی که می‌باید شرکتهای دولتی را از دولت جدا دانست و فعالیت‌های آن را در صورتی که به ورشکستگی منجر گردد، مشابه سایر واحدهای اقتصادی پنداشت، تابع قانون تجارت تلقی کرد و مطابق آن رفتار نمود تا بدین وسیله به تبعیض میان شرکتهای دولتی و شرکتهای بخش خصوصی و تعاونی خاتمه داده شود.

درباره ورشکستگی شرکتهای دولتی در قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ و اساسنامه‌های این شرکتها مقرراتی بیان نشده است؛ بنابراین می‌توان این را در نظر گرفت که ورشکستگی در شرکتهای دولتی، تابع قانون تجارت در باب ورشکستگی مصوب ۱۳۱۱ و قانون و آیین‌نامه تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۲۴ تیر ماه ۱۳۱۸ با توجه به ماده ۳۰۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت می‌باشد.

در مورد تصفیه اموال، قانون محاسبات عمومی کشور مراتب را بیان ننموده و به نظر می‌رسد که با عنایت به ماده ۳۰۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در مقام

سکوت اساسنامه‌های شرکت دولتی می‌توان به مقررات شرکت‌های دولتی در مورد تصفیه اموال به مواد ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۷، ۲۰۹، ۲۱۴، ۲۱۵، ۲۱۶، ۲۳۰، ۲۳۱ (راجع به انتخاب و عزل مدیران تصفیه) و همچنین به مواد ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۵، ۲۲۷، ۲۲۸ و ۲۲۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (راجع به وظایف و اختیارات مدیر تصفیه) مراجعه نمود.

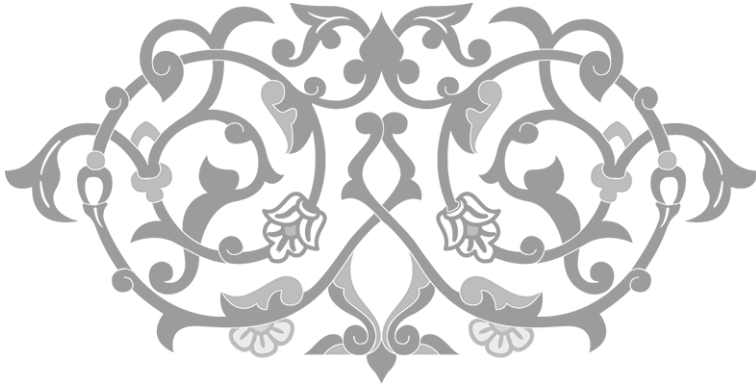
نتیجه گیری

در شرکت‌های دولتی که صد در صد سهام یا سرمایه آنها متعلق به دولت است، مفهوم «شرکت» به اعتبار وجود چند شریک صدق نمی‌کند. در این شرکت‌ها سرمایه شرکت از طریق صدور سهام نمی‌باشد، بلکه پولی که خزانه دولت در اختیار شرکت می‌گذارد آن را تأمین می‌کند؛ به عبارتی دیگر دارایی در واقع متعلق به ملت است و سرانجام، این ملت است که از فعالیت شرکت منتفع یا متضرر می‌شود و بدین ترتیب صاحب کار، ملت است. نفعی که از شرکت عاید ملت می‌شود، لازم نیست حتماً منفعت پولی باشد که در پایان سال تحت عنوان سود سهام بین شرکاء توزیع می‌شود. این منفعت ممکن است به صورت خدمت منظم و مفیدی باشد که در طول سال، عاید مردم می‌شود و آسایش بیشتر آنها را تأمین می‌کند. این منفعت می‌تواند به صورت جنس خوب و ارزانی باشد که تحویل مصرف کننده می‌گردد. اگر در شرکت‌های تجاری غیر دولتی تقسیم سرمایه به سهام، وسیله ای برای محاسبه منافع و تقسیم سود میان صاحبان سهام است، در شرکت‌های دولتی مورد بحث، اصولاً تقسیم سود بدین معنا مد نظر نیست و در نتیجه تقسیم سرمایه به سهام هم موقعیتی ندارد. دریافت کننده سود سهام در این شرکت‌ها خزانه است؛ یعنی همان مرجعی که مالیات دریافت می‌کند. بدیهی است تعیین سرمایه برای این گونه شرکت‌ها که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند ضروری است، زیرا سرمایه آنها وثیقه طلبکاران می‌باشد.

در مجمع عمومی این شرکت‌ها وزرای دولت به عنوان نمایندگان دولت و در اصل ملت که سرمایه شرکت‌های دولتی متعلق به آنهاست، حضور می‌یابند. هیأت مدیره آنها متشکل از افرادی است که پس از تصویب مجمع عمومی به عضویت در آن منصوب می‌شوند. این هیأت مدیره فاقد سهامند و تشریفات سهام وثیقه به شکل صوری رعایت می‌شود؛ لیکن مالک آن نیستند. به طور کلی چون ملت صاحبان اصلی سرمایه را تشکیل می‌دهند، به همین علت این شرکت‌ها مفهوم شرکتهای خود را از دست نمی‌دهند.

گزیده منابع

- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۹)، *حقوق اداری ایران*، چاپ ششم، انتشارات توس.
- اسکینی، ربیعا، شریفی آل هاشم، الهام الدین (۱۳۷۹)، *تحلیل اختیارات مدیران شرکتهای سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظامهای حقوقی ایران و انگلیس*، مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۴، شماره ۴.
- توازنی زاده، عباس (۱۳۸۵)، *تأملی بر تاثیر اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان های دولتی و برنامه های اصلاح ساختار نظام اداری ایران*، فصلنامه مجلس و پژوهش، فصلنامه علوم سیاسی، شماره ۵۱.
- حکیم شوشتری، ناهید، عدالت پور، مینو (۱۳۸۳)، *قوانین و مقررات مالی، محاسبات و استخدامی شرکتهای دولتی*، جلد اول و دوم، چاپ اول، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۶)، *حقوق تجارت*، جلد پنجم، چاپ سوم، نشر میزان.
- عزیزی، اسماعیل (۱۳۸۵)، *شرکتهای دولتی و اهمیت آنها، نظارت بر شرکتهای دولتی و نقش وزیر امور اقتصاد و دارایی در آن*، مجله سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، بی شماره.



گزیده سخنرانیها



قبول و رد ترکه در قانون

و رویه قضائی^۱

حسن وثیق زاده انصاری^۲

سخرانی را با دو سوال آغاز می‌شود:

۱: در ارتباط با قبول یا رد ترکه، وراث متوفی چه اقدام پیش گیرانه ای باید انجام دهند تا در ارتباط با طلبکاران مورث خویش، کمتر آسیب ببینند و مسئولیت کمتری متوجه آنان باشد؟

۲: اگر در ارتباط با قبول ترکه، از سر بی اطلاعی انتخاب اشتباهی انجام دادیم، مثلاً به اشتباه، قبول ترکه کردیم و با مشکل مواجه شدیم، آیا امکان عدول هست یا خیر؟
مواد ۲۲۵ تا ۲۷۵ قانون امور حسبی به این موارد پاسخ می‌دهد و درباره بحث قبول یا رد ترکه است. ماده ۲۴۰ امور حسبی چهار نحوه برخورد در ارتباط با طلبکاران متوفی و اداره ترکه مطرح می‌کند:

الف: قبولی مطلق ترکه. ب: قبولی مشروط و منوط به تحریر ترکه. ج: رد ترکه. د: درخواست تصفیه ترکه از دادگاه.

الف: قبولی مطلق

بدترین و پر ریسک‌ترین روش، قبولی مطلق است. در ماده ۲۴۸ امور حسبی، قبولی مطلق تعریف شده است. قبولی مطلق، بدین معنا می‌باشد که وراث می‌پذیرند، پاسخگوی تمام دیون متوفی باشند، البته به نسبت سهم خود. به موجب صدر ماده ۲۲۶ یک اصل

۱. بازنویسی سخرانی کاربردی زیر و همچنین بازنویسی سخرانی شماره پیشین مدرسه حقوق توسط جناب آقای رسول فروغی، همکار گرامی صورت پذیرفته است. سخرانی موجود تلخیص شده سخرانی جناب آقای حسن وثیق زاده انصاری می‌باشد که چندی پیش در کانون وکلای منطقه اصفهان بیان گردیده است. به جهت بهره مندی بیشتر، این سخرانی به صورت نکات مجزا به رشته تحریر در آمده است و در عین حال از آن جایی که سخرانی می‌باشد، تا حدودی زبان محاوره ای دارد.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس دانشگاه

فقهی وجود دارد و آن اینکه هیچ کس بیشتر از ترکه، به طلبکاران متوفی بدهکار نیست، به عبارتی طلب طلبکاران باید از ترکه میت پرداخت گردد و نه از جیب ورثه او. این اصل دو استثناء دارد:

اولین استثناء در خود ماده ۲۲۶ آمده و آن قبولی مطلق ترکه است، بدین معنا که اگر قبولی، مطلق انجام شد، اصل فوق دیگر صادق نخواهد بود و وراثت باید پاسخگوی تمام دیون متوفی باشند (البته باز هم تأکید می‌کنیم، به نسبت سهم خود) بر فرض اگر شخصی با دارا بودن دو فرزند پسر فوت کند و یک میلیارد بدهی، اما صد میلیون ماترک داشته باشد، به طور طبیعی به هر کدام از پسران او پنجاه میلیون ارث می‌رسد، اما اگر نسبت به ماترک، قبولی مطلق صورت گیرد هر کدام باید پانصد میلیون بپردازند، یعنی چهارصد و پنجاه میلیون بیش از آنچه که به آنها ارث رسیده است! همین استثناء، استثنای دیگری دارد که در ماده ۲۴۸ امور حسبی آمده و آن اینکه مگر ورثه ثابت کنند که ماترک متوفی کمتر از دیون او بوده است یا اینکه ثابت کنند بدون تقصیر تلف شده است، منتها مطلب مهم بار اثباتی آن است که اثبات آن بسیار مشکل است.

دومین استثناء در تقسیم ماترک است که در ماده ۶۰۶ قانون مدنی آمده که می‌گوید اموال متوفی را بدون پرداخت دیونش می‌توان تقسیم کرد. پس ورثه با قبولی مطلق خود، اماره ای مبنی بر وجود ماترک و بقای ماترک ایجاد می‌کنند و می‌پذیرند که متوفی بدهکار بوده و دیونی هم داشته و ماترک او کفاف این دیون را می‌دهد، پس وراثت اگر بخواهند خلاف این اماره را بگویند باید ثابت کنند و دلیل بیاورند. پس اگر قبولی مطلق باشد، حتی ممکن است طلبکاران متوفی برای اموال وراثت اجرائیه بگیرند، چراکه با این نوع قبولی، اموال متوفی و وراثت یکی شده است و ورثه باید جوابگوی تمام دیون متوفی باشند، البته به نسبت سهم خود.

دقت کنید قبولی و رد ترکه همگی مربوط به اداره است و نه قبولی و رد خود ماترک. یعنی وقتی می‌گوییم قبولی و رد، قبولی و رد اداره ترکه مدنظر است، یعنی پاسخگویی به دیون متوفی و طلبکاران و وصول حقوق متوفی و پرداخت بدهی اش. قبولی و رد ماترک نیاز به اعلام ندارد و هرکس می‌تواند از مال خود اعراض کند که مربوط به قانون مدنی است و چندان ربطی به امور حسبی ندارد.

ب: قبولی منوط به تحریر ترکه

یعنی ابتدائاً ترکه تحریر گردد، سپس وراثت تصمیم بگیرند که اداره ترکه و پاسخگویی

به دیون متوفی را می‌پذیرند یا خیر (مواد ۲۵۵ و ۲۵۶ امور حسبی). در این حالت میزان پاسخگویی ورثه به دیون و طلبکاران مورث به همان میزانی است که در صورت تحریری ترکه آمده و مبنای پاسخگویی همان صورت تحریر می‌باشد. پس اگر سال‌ها بعد شخصی ادعای طلبی از متوفی کرد به ورثه مربوط نخواهد بود، چراکه ورثه در حد صورت ترکه، دیون متوفی را پذیرفته‌اند.

قبولی منوط به تحریر ترکه، زمان مند است و ورثه تا یک ماه بعد از فوت مورث فرصت دارند که قبولی را به صورت منوط اعلام نمایند. تقسیم بندی دیگری نیز برای قبولی وجود دارد که در ماده ۲۴۲ امور حسبی آمده است. این ماده می‌گوید قبولی به دو صورت رخ می‌دهد: صریح (به موجب ارائه سند رسمی یا عادی به دادگاه) و ضمنی (با عملیاتی که حاکی از قبولی است). این دو نوع تقسیم بندی منافاتی با یکدیگر ندارند؛ تقسیم بندی اول مطلق یا مشروط به تحریر ترکه بوده که در ماده ۲۴۰ آمده و از حیث اداره ترکه و پاسخگویی نسبت به طلبکاران متوفی است و تقسیم بندی دوم که در ماده ۲۴۲ آمده از حیث نحوه اعمال قبولی است.

قبولی صریح اقسامی دارد، مثلاً مطلق است یا منوط به تحریر و اعلام قبولی یا رد را موکول به تحریر ترکه می‌کند و اما قبولی ضمنی، به عملیات کاشف گفته می‌شود که در ماده ۲۴۲ به صورت مثال آورده شده که بیشتر شامل عملیات ناقله است، بدین معنی که وارث اگر اموال متوفی را با صلح یا هبه یا... انتقال دهند، نسبت به سهم خود ترکه را قبول کرده‌اند. اما گاهی ممکن است ترکه قبول گردد، اما چون هنوز دیون متوفی پرداخت نشده است، در ترکه دخل و تصرف نمی‌کنیم، اما گاهی بدون آنکه دیون متوفی پرداخت شده باشد، عملیات ناقل انجام می‌دهیم. این عملیات صرف نظر از اینکه نافذ یا باطل باشد، نفس این انتقال و عملیات دلیل بر قبولی شماست، حال این چه نوع قبولی می‌تواند باشد؟ مطلق یا منوط

حال اگر وراثت، ترکه را بین خود تقسیم کردند، اما انتقالی هم صورت نگرفت، آیا این تقسیم نیز می‌تواند قبولی تلقی گردد؟ در تقسیم، هیچ کار فیزیکی انجام نمی‌شود و فقط نوعی افراز در ذهن انجام می‌گیرد و یا در صورت جلسه، اما روی ترکه عملیاتی انجام نمی‌گیرد که منتقل گردد. حال سوال این است که این تقسیم، کاشف از قبولی هست یا خیر (یعنی افراز بین خود ورثه صورت می‌گیرد، اما آن را به دیگری نمی‌فروشند)؟ اصلی داریم و آن اینکه هیچکس بیش از ماترک مسئولیتی نسبت به پرداخت دیون متوفی ندارد. اگر به دنبال تقسیم، عملیات ناقل رخ دهد و وراثت سهم خود را بفروشند، آن گاه بحث

متفاوت می‌شود و دیگر وراثت می‌توانند آن را باطل کنند. اما اگر در حد تقسیم بین ورثه باشد و فقط از اشاعه خارج شده باشد، این از لحاظ قانون مدنی اشکالی ندارد. فقط یک ضمانت اجرایی دارد که در ماده ۶۰۶ آمده و این است که طلبکاران متوفی به نسبت سهم هر وارث به او مراجعه می‌کنند. در این جا اگر یک ورثه معسر شده باشد و نتواند سهمش را پرداخت کند، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر نیز به وراثت دیگر رجوع کند. در اینجا یک یا چند تن از ورثه، بیش از نسبت سهم خود پرداخت می‌کنند و این استثنای دوم است که وارث دارا مجبور می‌شود بیش از سهم خود پرداخت کند.

برگردیم به سوال بالا، تقسیم را قبولی می‌دانیم یا خیر؟ در حقیقت باید گفت بله، قبولی هست و طلبکاران می‌توانند به ورثه رجوع کنند، اما اینکه قبولی مطلق است یا منوط، باید گفت مطلق است، البته جای بحث دارد، اما با توجه به امارات ماده ۶۰۶ مدنی می‌توان گفت قبولی مطلق است.

ج: رد ترکه

چینش مواد امور حسبی در این زمینه با دقت نیست. رد ترکه در ماده ۲۵۰ آمده، یعنی وراثت متوفی می‌تواند اداره ترکه را رد کنند (و نه اعراض از اصل ترکه) پس رد ترکه، یعنی رد اداره ترکه. این هم زمان مند است و باید ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع از فوت مورث به دادگاه اعلام گردد و نمی‌توان سکوت کرد و اگر ورثه رد را ظرف یک ماه اعلام نکنند، قبولی مطلق محسوب می‌گردد.

پس دو مهلت برای رد ترکه داریم، مهلت اول یک ماه بعد از اطلاع از تاریخ فوت که رد را باید به دادگاه اعلام کرد (دفتتری در دادگستری به نام دفتر رد ترکه) و نیاز به تقدیم دادخواست نیست و این کار ساده آثار بسیار خوبی دارد، ورثه را از مصائب بسیاری رها می‌کند و مهلت دوم یک ماه از تاریخ اعلام تحریر ترکه است و اگر ورثه در یک ماه اول، ترکه را رد نکردند می‌توانند در یک ماه پس از تحریر، ترکه رد کنند، اما به شرطی که حداقل یکی از ورثه تحریر ترکه را درخواست کرده باشد (پس اگر یکی از وراثت در مقابل ترکه سکوت کند و یک ماه مهلت آن بگذرد؛ اما ورثه دیگری درخواست تحریر ترکه داده باشد، ورثه ای که سکوت کرده می‌تواند در مهلت یک ماهه بعد از اعلام صورت ترکه آن را رد کند و از خطر قبولی مطلق رهایی یابد)

جالب است بدانید علی‌رغم این که مهلت یک ماهه تعیین شده، اما هر دوی این مهلت‌ها با نظر دادگاه قابل تمدید است پس دادگاه یا شورای حل اختلاف حسب مورد

می‌توانند عذر شما را بپذیرند و این یک ماه را تمدید کند، مثلاً ورثه درگیر مسائل بعد از فوت بوده‌اند یا از قانون مطلع نبوده‌اند یا اطلاع از تاریخ فوت نداشته‌اند و دست قاضی باز است و تمدید کاملاً قانونی می‌باشد.

آثاری در رابطه با رد ترکه در مهلت‌های مقرر یک ماهه وجود دارد: آثار سلبی: تکلیف اداره ترکه را از عهده ورثه خارج می‌کند و ورثه نسبت به اداره ترکه مسئولیتی ندارند. اداره ترکه یک جنبه مثبت دارد و یک جنبه منفی، جنبه منفی به هر صورت زحمتی است که باید دیون متوفی را به دست آورد و خودتان بدون دخالت دادگاه کار تحریر ترکه را انجام دهید، چون کسی که اعلام قبولی کرد، خودش باید این اعمال را انجام دهد و این جنبه تکلیفی اداره سخت است. جنبه مثبت آن است که حق الزحمه ای به شخص اداره کننده پرداخت می‌شود.

پس رد ترکه، نه آثار مثبت دارد و نه منفی، نه حق دارد اداره کند و نه حق حق الزحمه‌ای به آن تعلق می‌گیرد از طرفی هم نمی‌تواند به روش اداره کردن اعتراض کند، پس جنبه سلبی و منفی رد ترکه این بود که گفتیم، اما جنبه ثبوتی اش چیست؟ در ماده ۲۵۷ و ۲۴۶ و ۲۵۹ آمده که اگر کسی ترکه را رد کرد، کسانی هم که قبولی مطلق کرده‌اند، قبول مطلق شان از بین می‌رود و به قبولی تحریر تبدیل می‌گردد، پس اگر یکی از وراثت روش رد را انتخاب کرد و وراثت دیگر، یا با سکوت یا با هر عملی قبولی مطلق را برگزیدند، آن یک نفر که رد کرده، همه را از گرفتاری نجات می‌دهد، چون با رد ترکه بلافاصله تکلیف به تحریر ترکه صورت می‌گیرد و این یعنی کلاً تمام مطالبات و مراحل اجرایی متوقف می‌شود تا تحریر صورت گیرد و بعد از تحریر هم نوبت می‌رسد به قبولی یا رد مجدد. پس اثر ایجابی و مثبت رد ترکه توسط یک وارث، این است که قبولی مطلق دیگران را هم تبدیل به قبولی منوط به تحریر می‌کند.

حال اگر تمام وراثت با هم رد ترکه کنند، آن گاه دادستان از دادگاه، تقاضای تعیین مدیر ترکه می‌کند و تمامی دعاوی علیه میت به طرفیت مدیر ترکه طرح می‌گردد و او نسبت به دیون در حد دارایی پاسخگو خواهد بود. اگر متوفی وصی داشته باشد، برای اداره یعنی تعیین دیون و مطالبات اموالش اداره ترکه با وصی است. اما اگر وصی نداشته باشد، اداره ترکه با قبول کننده است و نه با رد کننده، چراکه گفتیم کسی که ترکه را قبول می‌کند دو مسئولیت دارد: اداره ترکه و پاسخ‌گویی به دیون متوفی و اگر وصی داشته باشد، یکی از این تکالیف از عهده قبول کننده خارج می‌گردد و آن اداره ترکه است، اما پاسخ‌گویی به دیون همچنان برای قبول کننده باقی می‌ماند. پس اداره ترکه اول با وصی،

سپس با قبول کننده و اگر هیچ یک از این دو نبود، با مدیر ترکه است. مدیر ترکه کسی است که در صورتی که کل ترکه رد شود، به موجب حکم دادگاه به درخواست دادستان، وظیفه اداره ترکه را به عهده می‌گیرد. در ماده ۲۵۴ و ۳۳۶ آمده که اگر وراثت رد ترکه کردند، آن گاه مال در حکم مال بلاوارث است که باید مدیر ترکه تعیین گردد.

د: درخواست تصفیه ترکه از دادگاه

اگر هیچ یک از راه‌های پیشین صورت نگرفت، می‌توان درخواست تصفیه از دادگاه کرد، یعنی تحریر و مشخص کردن مطالبات و بدهی‌ها، اما شرطی اساسی دارد و آن شرط این است که هیچ کدام از ورثه ترکه را قبول نکرده باشند، چراکه اگر حتی یکی از ورثه قبول کرده باشد، همان وارث که قبول کرده، باید انجام دهد.

• حال برگردیم به سوال اول، اگر شخص فوت کرد، بهترین راه برای وراثت او چیست؟ الف: اگر مطمئن هستیم که دیون متوفی خیلی بیشتر از ماترک است، حتماً باید اقدام به رد ترکه کرد. ترکه را رد می‌کنید چون اگر نکنید مشمول قبولی مطلق می‌شوید پس لاقلاً یکی از وراثت باید این کار را بکند تا بقیه نجات یابند.

ب: اگر در نسبت دیون و دارایی شک دارید، بهتر است به دادگاه درخواست تحریر بدهیم و بعد از تحریر حق داریم، رد یا قبول کنیم. سکوت کردن و عدم اقدام یک ریسک خطرناک است، پس یکی از دو حالت قبل را باید انجام داد اگر رد هم کنید، اول باید تحریر ترکه صورت گیرد، پس در مهلت مقرر ثبت کنید تا خیالتان راحت باشد، بهتر آن است که ظرف این یک ماه، ترکه را رد کنند و درخواست تحریر را به شورای حل اختلاف تقدیم نمایند؟

• مورد مهم دیگر آن است که آیا امکان عدول هست یا خیر؟

به طور مثال یکی از وراثت متوفی در مدت قانونی پس از فوت اظهاری مبنی بر قبول یا رد ترکه نکرده است، حال مدتی است با بستانکاران متوفی مواجه است، در حالی که از متوفی هیچ ماترکی موجود نیست، لذا بستانکاران در حال توقیف اموال شخصی ورثه هستند. چه راهکارهایی وجود دارد؟

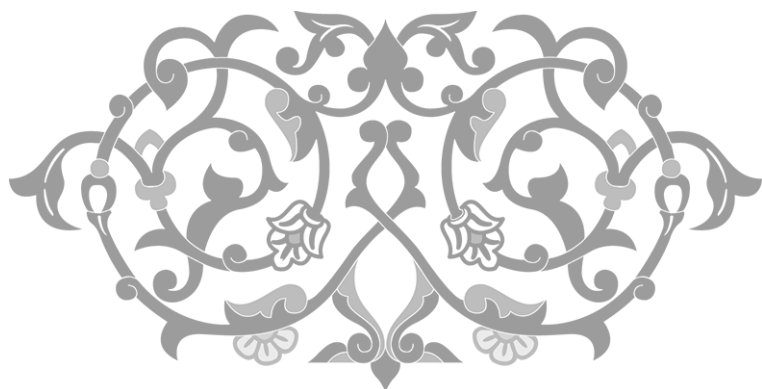
راهکار اول این است که اگر وراثت دیگری هم باشند و آن‌ها اقدام به رد یا تحریر کرده باشند، این وارث هم نجات می‌یابد؛ گواهی رد آن‌ها را به قسمت اجرائیات آورده و ثابت می‌کند، ترکه در حال تحریر است یا رد شده و باید تحریر صورت گیرد، پس عملیات اجرا تا زمان تحریر ترکه متوقف می‌گردد.

راهکار دوم این است که اگر وراثت دیگر، نه رد کرده‌اند و نه قبول، باید ببینیم این ورثه که مورد سؤال است، در ترکه تصرف کرده‌اند یا خیر. اگر تصرف نکرده و مدت یک ماه هم نگذشته باشد، می‌تواند رد کند، اما اگر تصرف نکرده، یک ماه هم نگذشته باشد، باید رد ترکه را در دفتر دادگستری ثبت کند، سپس عذر خود را به دادگاه اعلام کند، شاید دادگاه رسیدگی‌کننده عذر را بپذیرد.

اما حالت سوم این‌که باید مازاد بودن دیون نسبت به ترکه و یا از بین رفتن ترکه را اثبات کنند. این آخرین راهکار و درعین‌حال ساده‌ترین آنهاست.

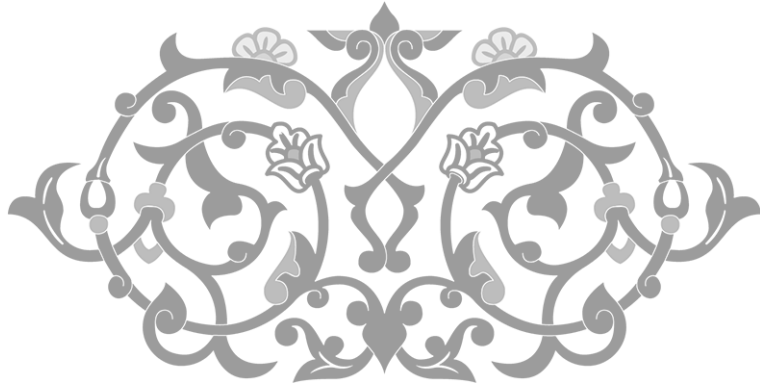
. تحریر ترکه چند خصوصیت دارد، یکی عملیات را متوقف می‌کند، دیگری بعد از تحریر ترکه، امکان رد باز هم برای وراثی که قبول مطلق کرده‌اند وجود دارد.

. آیا امکان عدول از رد یا قبولی وجود دارد یا خیر؟ در مورد عدول از قبولی باید گفت چنین امکانی وجود دارد، ماده ۲۴۷ می‌گوید کسانی که ترکه را قبول کرده‌اند تا زمانی که در ترکه تصرف نکرده‌اند، می‌توانند عدول کنند، پس امکان عدول از قبولی و تبدیل قبولی به رد وجود دارد، به شرط آن که تصرفی در ترکه صورت نگرفته باشد و شرط دوم این‌که ظرف همان مهلت یک ماهه باقی مانده صورت گیرد.



دل نوشته‌ها ی صنفی و کلا

۱۲۸



نامه سرگشاده یک وکیل خطاب به

ریاست محترم قوه قضائیه، قضات و...

فیروزه دستادست^۱

با دیدن متنی به یکباره قلبم به تپش افتاد، شوکه شدم. به جرأت می‌توانم بگویم عجیب‌ترین تیتیر روزنامه ای که در طول عمر خویش دیده بودم، تیتیر روزنامه جوان، با کد خبر ۹۵۴۴۳۶ بود، به این شرح:

« برآوردهای آماری روزنامه جوان حکایت از این دارد، در بازار نود هزار میلیارد تومانی وکالت، هر وکیل به طور متوسط بالای یک و نیم میلیارد تومان در سال درآمد دارد». با دیدن این خبر تصمیم گرفتم نامه ای سرگشاده بنویسم، نامه ای سرگشاده خطاب به

با خواندن مطلب فوق، اولین برداشتی که داشتم آن بود که نویسنده محترم خبر، تا به حال دوست وکیل نداشته، با وکلا رفت و آمد نکرده، پای درد و دل وکلا ننشسته و فقط برخی شنیده‌ها را شنیده و انشالله بدون داشتن غرض و بدون آن که عده ای معلوم الحال ایشان را مجبور به نوشتن این مطلب کرده باشند، مطلب فوق را بدون داشتن اطلاعات دقیق و مستند، در روزنامه چاپ نموده است، من روزنامه نگار نیستم، من با افتخار یک وکیل هستم، روزنامه ای با پشتوانه دولتی و غیر دولتی با بودجه‌های گزاف ندارم، برای همین نامه ای برای شما و سایر دوستان می‌نویسم، نامه ای که در واقع درد و دل است با شما و سایر دوستان گرامی.

رؤسای محترم سه قوه، آیا تا به حال وکیلی دیده اید که پول تمدید پروانه وکالت خود را نداشته باشد؟ ندیده اید، اما من دیده ام، نه یکی، نه دوتا، ده‌ها وکیل اینگونه دیده ام. قضات محترم دیوان عالی کشور، آیا تا به حال وکیلی دیده اید که حتی دفترچه بیمه درمانی نداشته باشد، ندیده اید، اما من دیده ام، نه

۱۳۰

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

قضات محترم محاکم بدوی و تجدیدنظر، آیا تا به حال وکیلی را دیده‌اید که برای اینکه پول پرداخت اجاره دفتر خویش را ندارد، مجبور شده است، تن به گرفتن هر پرونده‌ای بدهد؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

دادیاران گرامی، آیا تا به حال وکیل مردی دیده‌اید که در سن بالای سی سال ، به علت مشکلات مالی ازدواج نکرده باشد؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

بازپرسان محترم، آیا تا به حال وکیلی دیده‌اید که با وجود چندین سال سابقه وکالت همچنان اجاره نشین است؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

کارمندان گرامی دادگستری، آیا تا به حال وکیلی دیده‌اید که برای گرفتن پرونده، جهت گذران زندگی، منت کشی این و آن را بکند؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

کارمندان محترم اداره دارایی، آیا تا به حال وکیلی را دیده‌اید که به علت عدم توانایی پرداخت هزینه‌های زندگی اش، شرمند زنی و فرزندش باشد؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

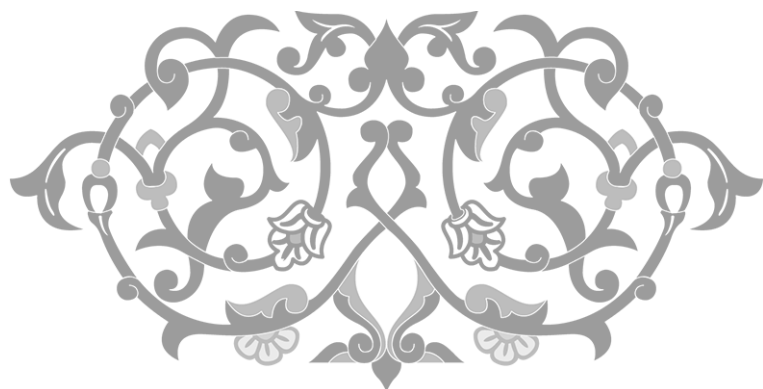
روزنامه نگاران محترم، آیا تا به حال دیده‌اید چند وکیل که توان خرید دفتر ندارند، مجبور شوند یک دفتر اجاره کنند؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

کارمندان محترم اداره ثبت اسناد و املاک، آیا تا به حال وکیلی را دیده‌اید که به خاطر امرار معاش زندگی، مجبور شده است با گرفتن پانصد هزار تومان وکالتی را بر عهده بگیرد ، حرف موکل بشنود، نامهربانی در برخورد ببیند؟ ندیده‌اید، اما من دیده‌ام، نه یکی ، نه دوتا ، ده‌ها وکیل اینگونه دیده‌ام.

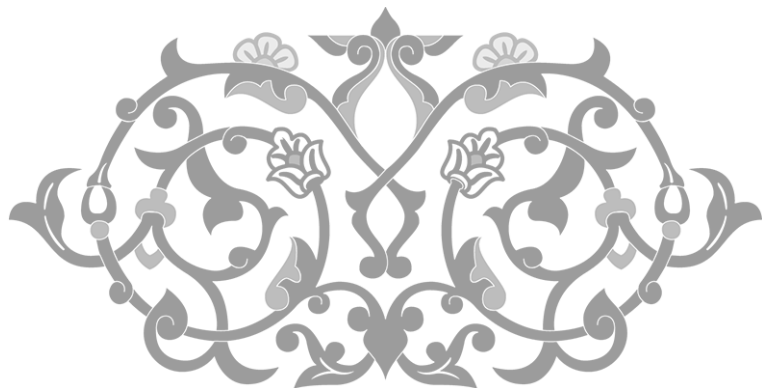
سرکار خانم روزنامه نگار و کسانی که شما را تشویق به نوشتن چنین مقالات بی‌اساسی می‌نمایند، توجه شما را به این نکته جلب می‌نمایم که گذشت آن دوره ای که تعداد وکلا آن قدر کم بود که یک کارآموز وکالت در دوره کارآموزی ماشین، خانه و ویلا برای خویش می‌خرید، گذشت و گذشت تا به امروز رسید، امروزی که مشکلات فوق‌گوشه ای از واقعیات زندگی وکلا است.

سرکار خانم نیره ساری، روزنامه نگار محترم، آیا اگر یک قاضی رشوه گرفت، شما

می‌نویسید همه قضات رشوه گیر هستند؟ آیا اگر یک روحانی، کار خطایی انجام داد، شما می‌نویسید همه روحانیون خطاکارند؟ آیا اگر یک پزشک در درمان سهل انگاری کرد، شما می‌نویسید همه پزشکان سهل انگار و بی مسئولیت هستند؟ بلاشک اینگونه نیست، خطای یک قاضی، یک روحانی، یک پزشک و یک وکیل خطای خود اوست، نه خطای جامعه قضات، جامعه روحانیون و جامعه پزشکان. در این موضوع که برخی از وکلا که کمتر از نیم درصد از وکلا بوده و شرایط خاص دارند، حق الوکاله‌های نجومی می‌گیرند، شکی نیست، اما آیا انصاف است، حضرتعالی اینگونه به کل جامعه وکالت نامهربانی کنید و همه وکلا را با یک دید ببینید. انصاف نیست ، انصاف نیست ، انصاف نیست. از شما دوستان گرامی دعوت می‌کنم روزی به شهر ما بیایید، قدم بر چشم ما بگذارید تا با هم به داخل جامعه وکلا برویم، اندکی پای درد و دل آن‌ها بنشینید تا با دردهای آن‌ها آشنا شوید، مطمئنم اگر چنین اقدامی انجام دهید، دیگر با این صراحت نمی‌نویسید که هر وکیل در سال درآمد یک میلیارد و نیم دارد، می‌نویسید، وکلا درد و دل دارند، ای کاش کسی به درد و دل آن‌ها گوش کند.



بایسته های حرفه وکالت



سی و سومین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران "اسکودا"

نادر فهامی^۱

سی و سومین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران، "اسکودا" در روزهای ۲۲ و ۲۳ آبان ماه سال جاری، در شیراز برگزار شد. صرف نظر از انواع نگاه‌ها و نظر‌ها، آشنایی با خلاصه‌ای از مجموعه اقدامات و فعالیت‌های اسکودا، آنچه در روزهای برگزاری همایش‌های سراسری اتحادیه می‌گذرد و در روزهای ۲۲ و ۲۳ آبان گذشت، می‌تواند پشتوانه‌ای لازم و مفید برای تصمیم‌ها و اظهارنظر وکلای دادگستری در تمام کشور، به عنوان صاحبان اصلی جمع‌های وکلا باشد. بر این اساس، دستور کار جمع عمومی شیراز و سپس مختصری از آنچه گذشت ارائه می‌گردد، باشد تا مورد عنایت و نقد و نظر همکاران گرامی قرار گیرد:

اول: موضوعات صنفی:

- انتخابات هیأت رئیسه و بازرسان اتحادیه.
- استماع گزارش بازرسان اتحادیه.
- اتخاذ تصمیم در مورد پیشنهادهای کارگروه آسیب‌شناسی و ارتقای کیفیت آزمون.

دوم: موضوعات کلان نهاد وکالت

آسیب‌ها و راه‌های برون رفت از ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم و آیین‌نامه اجرایی آن، تبصره ماده ۴۸ ق.آ.د.ک و مؤسسات حقوقی غیرمجاز). مشارکت وکلا در حل و فصل مسائل حقوقی بین‌المللی کشور و راهکارهای ارتقای آن. تحلیل وضعیت موجود و راهکارهای ارتقای وکالت و مشاوره حقوقی معاضدتی و

۱۳۴

۱ وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

تسخیری به شهروندان.

نشست ابتدایی همایش مطابق مرسوم با حضور مسئولین استانی و کشوری تشکیل می‌شود. در شیراز نشست اول و افتتاحیه با حضور معاونین استاندار، رئیس کل دادگستری استان فارس و دو تن از نمایندگان شیراز در مجلس شورای اسلامی تشکیل و پس از مقدمات، با سخنان پرشور و سنجیده رئیس کانون میزبان، آقای دکتر پارسا آغاز گردید که در پایان در مقام مقایسه کانون وکلا با نهاد موازی آن به شعر ناصرخسرو قبادیانی به شرح زیر متمثل شدند:

نشینده ای که زیر چناری، کدو بنی

بر رُست و بر دوید بر او به روز بیست؟

پرسید از آن چنار که "تو چند ساله ای؟

"گفتا "دویست باشد و اکنون زیادتی است"

خندید از او کدو که:

"من از تو به بیست روز برتر شدم، بگو که این کاهلی ز چیست"

او را چنار گفت که:

"امروز ای کدو با تو مرا هنوز نه هنگام داوری است"

فردا که بر من و تو وزد باد مهرگان آن گه شود پدید که از ما دو مرد کیست؟

سخنرانان بعدی معاون دادگستری فارس و دو نماینده مجلس شورای اسلامی از شیراز بودند، نشست صبح با همین برنامه و حضور در حافظیه و گرفتن عکس یادبود خاتمه یافت.

در نشست نوبت دوم، از روز اول، مجمع عمومی تشکیل، انتخابات هیأت رئیسه و بازرسان اتحادیه برگزار گردید. انتخاباتی که به دور دوم انجامید و با تفسیرهای مختلفی از آئین کار اتحادیه در تعیین تعداد نامزدهای نوبت دوم و تعداد منتخبین همراه بود که نیاز جدی به بازنگری و به روزرسانی این مقررات را نشان می‌دهد.

در روز دوم، سخنرانی آقای دکتر سید محمود کاشانی، به عنوان مهمان ویژه، آغازگر برنامه‌ها بود. موضوع سخنرانی "تبیین جهات غیرقانونی مرکز مشاوران قوه قضائیه و تصمیمات غیرقانونی قوه قضائیه در مقام قانونگذاری نسبت به این نهاد موازی با وکالت" بود که مؤرده تنظیم و چاپ آن به عنوان یک مقاله در مجله کانون مرکز در این خصوص داده شد.

نظریات کمیسیون مشورتی

کانون و کلای دادگستری استان اصفهان

سوال- در پرونده کلاسه ۹۵۰۵۵۶ شعبه دوم حقوقی شاهین شهر در خصوص وکالتنامه امور اداری سفارت جمهوری اسلامی ایران در آنکارا که کپی آن به پیوست است، آیا آقای ص-ش حق توکیل به غیر را دارد یا خیر؟

اتفاق آراء- با توجه به مدلول وکالت در خصوص مراجعه به دادرهای عمومی، انقلاب و دادگاهها و اجرای احکام جزائی و حقوقی که مستلزم وکالت در توکیل به وکیل دادگستری است، لذا تنها در این بخش، وکالت یاد شده شامل حق توکیل به غیر نیز می‌شود.

چند رأی وحدت رویه و نظریه مشورتی کاربردی برای وکلا

رأی وحدت رویه ۶۱۵ دیوان عالی کشور، در مورد بند ۳ ماده ۲۸ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰

ماده ۲۷ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب تیرماه ۱۳۱۰، به طور اطلاق پذیرش تقاضای ثبت «ابداع هر محصول صنعتی جدید و کشف هر وسیله جدید یا اعمال وسائل موجوده به طریق جدید برای تحصیل یک نتیجه یا محصول» را جهت استفاده از مزایای مقرر در ماده ۲۶ این قانون تجویز نموده که بالنتیجه ناظر به ابداعات و اختراعات و اکتشافات دارویی نیز می‌باشد. بند ۳ ماده ۲۸ قانون موصوف «فرمولها و ترتیبات دوائی» صرفاً ناظر به مواد و اجزاء تشکیل دهنده هر دارو بوده و منصرف از موارد مذکور در ماده ۲۷ قانون ثبت علائم و اختراعات است.

نظر به اینکه خواسته دعوی مطروحه در شعب اول و سوم دیوان عالی کشور «ثبت طریقه تهیه مواد و ترکیبات دارویی جدید» در حدود مفاد ماده ۲۷ قانون فوق الذکر می‌باشد. بنابراین رأی شعبه اول دیوان عالی کشور که متضمن این معنی است موافق با موازین قانونی تشخیص و با اکثریت قریب به اتفاق آراء تأیید می‌گردد. این رأی طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضائی مصوب سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی شماره ۸۳۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، با موضوع الزام دانشجویان به درج نام استاد راهنما، به عنوان «نویسنده مسئول» مغایر قانون است.

۱- مطابق بند ۴ قسمت (ب) ماده ۲ قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مصوب ۱۳۸۳، تعیین ضوابط، معیارها و استانداردهای علمی و مقاطع

تحصیلی یکی از مأموریت‌ها و اختیارات وزارت علوم بوده است.

۲- مطابق ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، دانشگاه‌ها بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی و فقط در چارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی مصوب هیأت‌امنا که حسب مورد به تأیید وزیران علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌رسد، عمل می‌کنند و دستورالعمل مورد شکایت با موضوع شیوه نامه نظارت بر اجرای دوره دکترای آموزشی، پژوهشی، موضوعاً از شمول حکم مندرج در ماده ۱ قانون مذکور خارج است.

۳- مطابق ماده ۸ آیین نامه دوره دکترا، مصوب شورای برنامه ریزی و آموزش عالی، مقاله مستخرج از پایان نامه توسط دانشجو نوشته شده و استاد راهنما صرفاً وظیفه نظارت و راهنمایی جهت اصلاح آن را دارد.

۴- مطابق ماده ۱۳ آیین نامه دوره دکترا، دانشگاه، در تدوین و تصویب شیوه نامه نظارت بر اجرای دوره دکترای آموزشی- پژوهشی می‌باید اصول کلی و ضوابط اصلی دوره دکترا، مندرج در آیین نامه یاد شده را رعایت کند. این در حالی است که درج شرط نویسنده مسئول بودن استاد راهنما، توسعه دامنه شمول حکم مندرج در ماده ۸ آیین نامه یاد شده است.

۵- ماده ۸ آیین نامه دوره دکترا در مقام بیان نحوه دفاع از رساله دکترا و شرایط آن است و سکوت این ماده در خصوص این که چه کسی نویسنده مسئول باشد، متضمن جواز نویسنده مسئول بودن استاد راهنما نبوده و باید آن را در پرتو اصول کلی حقوق عمومی نظیر اصل عدم صلاحیت و اصل برابری و منع تبعیض تفسیر کرد، چراکه اصل بر عدم صلاحیت استاد راهنما برای نویسنده مسئول بودن مقاله است و خلاف آن نیاز به تصریح دارد.

۶- مستنبط از ماده ۳ قانون حمایت مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و اصلاحی ۱۳۸۹، مقاله علمی، پژوهشی مستخرج از پایان نامه، اثر حقوقی مستقلی است که پدید آورنده آن دانشجو است و مالک فکری آن محسوب می‌شود و استاد راهنما صرفاً وظیفه نظارت بر آن را دارد.

۷- قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی، در مقام بیان عمل مجرمانه تقلب در تهیه آثار علمی و مجازات آن بوده و به هیچ عنوان متضمن الزام و اجبار دانشجویان به ذکر نام استاد راهنما به عنوان نویسنده مسئول در مقالات علمی، پژوهشی

مستخرج از پایان نامه نبوده است، بنابراین با عنایت به مراتب مذکور، تبصره ۱ ماده ۱۱ شیوه نامه نظارت بر اجرای دوره دکترای آموزشی - پژوهشی دانشگاه مصوب ۱۳۹۴، در قسمتی که ناظر بر درج شرط نویسنده مسئول بودن استاد راهنما در مقالات علمی، پژوهشی مستخرج از رساله دکتر است، خارج از حدود اختیارات تشخیص می‌شود و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

رای وحدت رویه شماره ۷۷۴، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مورد شرایط جرم انگاری معامله به قصد فرار از پرداخت بدهی
نظر به اینکه قانونگذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، در مقام تعیین مجازات برای انتقال دهندگان مال با انگیزه فرار از دین، به تعیین جزای نقدی معادل نصف محکوم‌به و استیفای محکوم‌به از محل آن تصریح کرده است و نیز سایر قرائن موجود در قانون مزبور کلاً بر لزوم سبق محکومیت قطعی مدیون و سپس، انتقال مال از ناحیه وی با انگیزه فرار از دین دلالت دارند که در این صورت موضوع دارای جنبه کیفری است، لذا با عنایت به مراتب مذکور در فوق و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه سی و هشتم دیوان عالی کشور که مستدعی اعاده دادرسی را قبل از محکومیت قطعی به پرداخت دین، غیرقابل تعقیب جزائی دانسته است در حدی که با این نظر انطباق دارد، صحیح و منطبق با قوانین موضوعه تشخیص می‌گردد. این رأی در اجرای ذیل ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای کلیه مراجع قضایی و غیر قضایی لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رای وحدت رویه شماره ۷۸۱، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مورد قانون بیمه اجباری و خسارت وارد شده به اشخاص ثالث در اثر حوادث رانندگی
نظر به اینکه مقررات بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون «برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۸۹، وزارت امور اقتصادی و دارائی را مکلف کرده است در مورد راننده وسیله نقلیه همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید

و با توجه به اینکه طبق بند (الف) ماده ۱ «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب سال ۱۳۹۵، خسارت بدنی شامل هر نوع صدمه به بدن ولو منتهی به نقص عضو و فوت نشود می‌گردد و با عنایت به اینکه به موجب حکم مقرر در ماده ۶۵ این قانون احکام موضوع مواد مصرح در آن ماده نسبت به بیمه نامه‌های صادره پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون که خسارات تحت پوشش آنها پرداخت نشده نیز لازم‌الرعايه است؛ بنابراین حکم این ماده با توجه به اطلاق آن نسبت به بیمه‌نامه‌های موضوع بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون مورد اشاره نیز که بعد از تصویب آن قانون تنظیم شده، ولی خسارات بدنی راننده پرداخت نگردیده قابل تسری و تعمیم است. بر این اساس رأی شعبه دهم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر انطباق دارد، صحیح و موافق قانون تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضائی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۳/۱۱۳۳

سؤال

آیا با انتشار کتاب با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی حق مالکیت معنوی انتخاب نام کتاب مورد حمایت قانون قرار می‌گیرد و بعد از آن به کتاب دیگر با همان نام (با محتوای متفاوت) نباید مجوز نشر داد و یا نیاز به انجام فرایند دیگری است تا این حمایت صورت گیرد؟

پاسخ

ماده ۲۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، ناظر به تکالیف پدیدآورندگان (مؤلفان، مصنفان و هنرمندان) جهت ثبت اثر خود در وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی می‌باشد و صرف تشابه در «عنوان اثر» در حالتی که محتوای آن متفاوت باشد، ایجاد مالکیت فکری نمی‌کند، به عنوان مثال تعداد زیادی کتاب تحت عنوان «حقوق مدنی» انتشار یافته که علی‌رغم داشتن «عنوان واحد» دارای «محتوای متفاوت» می‌باشند.

پند استاد

(درسی از استاد دکتر نجاد علی الماسی)

وکالت، حد اعلاى اخلاق و عشق ورزى به انسان

دکتر نجاد علی الماسی^۱

بحث های فراوانی بر سر اینکه حقوق چیست و آیا حقوق علم است یا فن یا هنر، وجود دارد. از ابتدا هم راجع به آن اظهار نظر شده که حقوق علاوه بر اینکه علم و فن است، هنر دادگری هم هست. آنچه که به حقوق، روح می بخشد، بیشتر همین هنر دادگری است. وکیل هم در اجرای عدالت و هم در امر دادگری نقش بسیار مهمی دارد. حقوق و اخلاق پیوند ناگسستنی دارند، چه در زمینه علم حقوق و چه در زمینه فن وکالت. بایستی حقوق همواره همراه با اخلاق باشد. در نوشته های فلاسفه می بینیم که از سویی صحبت از هنر دادگری و از سوی دیگر هنر عشق ورزیدن می شود. منظور این نیست که انسان به بعضی از انسانها عشق داشته باشد، بلکه انسان باید همه انسانها را دوست بدارد. در امر وکالت، اخلاق از جهت عشق ورزى اهمیت دارد، به همین جهت تدوین اخلاق حرفه ای در اکثر کشورها صورت گرفته است. امروزه در امر وکالت، نظام نامه اخلاقی وجود دارد.

برای حفظ استقلال باید فداکاری کرد، در درجه اول برای اینکه کانون حفظ شود، بایستی آنچه که لازمه حفظ استقلال است، در خود انسانها به وجود آید. به تبع از حرفه مقدسی که وکلا دارند، باید از حق دفاع کنند، طبیعتاً وقتی که مسأله حمایت و دفاع از حق باشد، نیاز به اخلاق متعالی وجود دارد که این اخلاق در صورتی بالفعل می شود و به حد اعلا می رسد که انسان از روزمرگی رها شود. وکیل باید از مسائل روزمره که گاهی ممکن است انسان را از حقایق دور کند، پرهیز نماید؛ وکیل وقتی برای حق تلاش می کند، باید با اخلاق و عشق به مسائل بنگرد، ببیند که کدام راه حل با انسان دوستی،

عدالت و عشق به انسان تناسب و سازگاری بیشتری دارد. نقش وکیل بسیار مهم است، نقشی که در واقع می تواند سازنده باشد. همواره تلاش کردم و باید تلاش نمایم که آنچه را که عنوان می کنیم، برای اجرای عدالت باشد و راه حل هایی که به نظر عادلانه می رسد را در نوشته هایمان منعکس کنیم. در امر تدریس سعی کرده ام و باید سعی نمایم که حیات معنوی و اخلاقی را همراه با حقوق در نظر بگیریم و هیچ امر حقوقی را جدا از اخلاق مطرح نکنیم و هر بار که در زمینه ای تردید وجود داشت که آیا راه حلی که ارائه می شود، راه حل مناسبی است یا نه؟ همیشه باید کوشش نمود آن را به محک عدالت و انسان دوستی بگذاریم.

زندگی نامه استاد نجاد علی الماسی^۲

استاد در سال ۱۳۲۰ در کرمانشاه متولد گردیدند. بعد از اخذ مدرک دیپلم وارد دانشکده حقوق دانشگاه تهران شدند. سپس برای تحصیلات تکمیلی به پاریس نقل مکان نمودند. ایشان بعد از اتمام تحصیلات در مقطع دکتری حقوق به ایران بازگشت و از همان سال (۱۳۵۰) عضو هیأت علمی دانشگاه تهران گردیدند و در دانشگاه‌ها و پردیس‌های مختلف در مقاطع متفاوت مشغول به تدریس می‌باشند. از ایشان دو عنوان کتاب مهم با نام‌های «تعارض قوانین» و «حقوق بین الملل خصوصی» منتشر شده که هر دو از کتاب‌های منبع رشته حقوق بین الملل است. وی دارای مقالات علمی متعددی در نشریات معتبر علمی داخلی و حتی فرانسوی از سال ۱۹۷۱ میلادی می‌باشد و به واقع یکی از مفاخر حقوق بین الملل خصوصی ایران هستند.

۲. استاد دکتر نجاد علی الماسی در عین لطفی که به جامعه وکلا داشته و پند فوق را خطاب به این صنف، به شکل سخنرانی در کانون وکلای کرمانشاه ارائه نمودند، حاضر به تدوین زندگی نامه خود نگردیدند، چرا که ایشان در کمال تواضع بیان داشتند که ایشان معلمی بیش نبوده اند. با این وصف و به پاس تقدیر از زحمات صادقانه ایشان در علم حقوق و آشنایی بیشتر با این استاد گرانقدر و نمونه، مدرسه حقوق چاره ای جز پیدا نمودن زندگی نامه ایشان از اینترنت و چاپ در این قسمت نداشت.

گزیده مقالات کاربردی برای وکلا

هاجر قاسمی^۱

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

تأثیر تخلف از انجام تعهدات قراردادی

در پیدایش حق فسخ

نویسنده: خیری جبر، علی؛ قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی؛ انصاری، اعظم؛

مجله: پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، زمستان ۱۳۹۷ - شماره ۱۸

در خصوص نقض تعهدات قراردادی این سؤال مطرح است که آیا فسخ قرارداد به عنوان ضمانت اجرای نقض یاد شده مورد پذیرش است یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا دادگاه نقشی در اعمال فسخ دارد یا اینکه فسخ با اراده خود متعهدله انجام

۱۴۳

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

می‌شود؟ به علاوه آیا الزام قضایی متعهد به انجام تعهد، پیش نیاز فسخ است یا اینکه آن دو هم عرض یکدیگر می‌باشند؟ این پژوهش با روشی توصیفی، تحلیلی و تطبیقی، این مسئله را در حقوق ایران و نظام حقوقی عراق (به عنوان دو عضو خانواده کشورهای اسلامی) و نیز کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و حقوق فرانسه (به عنوان نمونه ایی از نظام‌های حقوقی غربی) مطالعه نموده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که امکان فسخ در همه این نظام‌ها پذیرفته شده، ولی در مورد قلمرو فسخ و دخالت دادگاه در آن و نیز رابطه طولی و عرضی فسخ با الزام متعهد به اجرای عین تعهد اختلاف است. در حقوق ایران اصولاً پیش نیاز پیدایش حق فسخ، الزام قضایی متعهد به انجام تعهد می‌باشد، در حالی که در حقوق عراق، کنوانسیون و حقوق فرانسه الزام قضایی متعهد به انجام تعهد و فسخ، دو ضمانت اجرا در عرض یکدیگر هستند. در حقوق عراق، فسخ با دخالت دادگاه اعمال می‌شود ولی در کنوانسیون، حقوق فرانسه و حقوق ایران، امکان فسخ با اراده یکجانبه و بدون مراجعه به دادگاه وجود دارد، هر چند در جزئیات با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند.

بررسی وضعیت حقوقی انتقال اعضای بدن انسان در فقه امامیه و حقوق ایران

نویسنده: باجلان، فرزانه؛

مجله: فصلنامه قانون یار، تابستان ۱۳۹۸، دوره دوم - شماره ۶
پیشرفت‌های روزافزون علم پزشکی و تحولات بنیادین در آن، موجب حدوث موضوعات نوظهوری در عرصه‌های مرتبط با دانش پزشکی از جمله علم حقوق شده است. در این زمینه تحولات صورت گرفته در زمینه اعضای بدن انسان به جهت افزایش کمی و پیشرفت‌های کیفی آن مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته و نسبت به وضع (قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم شده است) و نیز آئین‌نامه اجرایی آن اقدام نموده است. فارغ از موضوع اهداء عضو و علی‌رغم شیوع معاملات معوض غیر رسمی میان گیرندگان و اعطاکنندگان اعضاء بدن انسان، تاکنون قراردادهای مذکور مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. در این مقاله به بحث و بررسی در این زمینه می‌پردازیم.

رفع چالش‌های تحدید مسؤلیت در شرکت مدنی در حقوق ایران با استفاده از احکام مشارکت (پارتنرشپ) در حقوق انگلیس

نویسنده: اقدس طینت، حمیدرضا؛ عیسائی تفرشی، محمد؛ شهبازی نیا، مرتضی؛

مجله: پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پاییز ۱۳۹۸، دوره بیست و سوم - شماره ۳

در شرکت مدنی که در نظام حقوقی ایران فاقد شخصیت حقوقی و مسؤلیت شرکاء در قبال اشخاص ثالث، مطابق دیدگاه رایج، مسؤلیتی نامحدود است؛ هر شریک به تناسب سهم خود در شرکت، در مقابل دیون نسبت به اشخاص ثالث، مسؤلیت دارد. از طرف دیگر در شرکت مدنی تقسیم سود و زیان میان شرکاء نیز در صورت اطلاق، به نسبت سهم ایشان در شرکت، صورت می‌گیرد. صرف نظر از اینکه برای شرکاء این امکان فراهم باشد که در تقسیم سود و زیان بین خود به نحو دیگری عمل کنند یا نه، به اعتقاد نگارندگان آنچه در فقه و قانون در باب تقسیم بر مبنای سرمایه مقرر شده، ناظر بر همین فرض اخیر است و مسأله نخست یعنی مسؤلیت شرکاء در قبال اشخاص ثالث، تنها در حالت اطلاق، به نسبت سرمایه شرکاء و به صورت نامحدود صورت می‌گیرد، ولی تحدید این مسؤلیت، به علت فقدان شخصیت حقوقی شرکت مدنی تابع قواعد عام در زمینه تحدید مسؤلیت اشخاص است و در صورت عدم مغایرت با قواعد آمره، بلامانع و صحیح است. بدیهی است چنین امری در تمایل و رغبت اشخاص برای مشارکت با یکدیگر در قالب شرکت مدنی بسیار مؤثر است. البته باز هم مشکلاتی در راستای تحقق این هدف وجود دارد، چراکه بر این اساس تحدید مسؤلیت در قبال اشخاص ثالث، منوط به توافق با ایشان است؛ لذا نمی‌توان در مواردی که توافق با ثالث صورت نگرفته و نیز در مسؤلیت غیرقراردادی قائل به آن شد. لزوم چنین توافقی و عدم امکان استناد به تحدید مسؤلیت در الزامات خارج از قرارداد، مانع و چالشی در مقابل شرکای شرکت مدنی محسوب می‌شود و توجیه‌گر استفاده از راه‌های دیگر مانند بهره‌گیری از احکام نهادهایی چون مشارکت (پارتنرشپ) بامسؤلیت محدود و مشارکت (پارتنرشپ) محدود است که حسب مورد چنین قابلیت‌هایی را برای اشخاص فراهم آورد. در این مقاله به تبیین این راه‌ها پرداخته شده است.

قواعد عمومی حاکم بر عقود اذنی در فقه امامیه و حقوق ایران

نویسنده: سرخوش، جواد؛ بصیرتی، محمدجواد؛

مجله: آموزه‌های حقوقی گواه، بهار و تابستان ۱۳۹۷ - شماره ۶

ماده ۹۵۴ قانون مدنی در مقام بیان برخی از علل انفساخ عقود جایز، یعنی موت یا عروض جنون یا زوال رشد یکی از متعاملین است، اما به نظر می‌رسد عقود جایز از این حیث دارای خصوصیت نباشند؛ چه، برخی از این عقود مشمول ماده نمی‌شوند و برخی دیگر اصولاً برخلاف جهت این ماده حرکت می‌کنند و با فوت یکی از طرفین، تبدیل به عقدی غیر قابل رجوع و لازم می‌شوند مانند عقد هبه؛ فلذا باید علت را در امر دیگری جستجو نمود. ما در این نوشتار به این نتیجه رسیده ایم که منظور ماده ۹۵۴ که برگرفته از قاعده ای فقهی به نام قاعده انفساخ است، منسوخ شدن عقود جایزی است که در آن‌ها اذن و اعطای نیابت وجود دارد، نه کلیه عقود جایز. راهنمای ما برای رسیدن به این نتیجه آن بود که تمامی مصادیق صحیح ماده مذکور در این دسته از عقود جایز که اصطلاحاً به آنان عقود جایز اذنی گفته می‌شود، قرار دارند. به نظر می‌رسد باید علت انفساخ عقود اذنی جایز با موت یا عروض جنون یا رشد یکی از متعاملین را در استمراری بودن اذن جستجو کرد؛ این باعث می‌شود که علاوه بر لحظه انعقاد که حدوث اذن و اهلیت صدور آن لازم است، در طول جریان اجرای عقد هم، برقراری آن لازم باشد و انقطاع آن در هر لحظه، عقد را بر هم زند. برای اثبات این مدعا، از کلام فقها و اعظام دانشمندان حقوق بهره برده ایم و سعی کردیم نظرات مختلف و ادعاهای متفاوت را از فقه امامیه و حقوق ایران، در کنار هم جمع نموده و به بررسی و تحلیل آن‌ها پردازیم.

تغییرات قاعده اجتماع سبب و مباشر با لحاظ آخرین تحولات

قانون‌گذاری در ایران (ماده ۵۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲)

نویسنده: حاجی‌ده‌آبادی، احمد؛

مجله: حقوق خصوصی، بهار و تابستان ۱۳۹۸ - شماره ۳۴

از تغییرات مهم قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ماده ۵۲۶ است. مطابق قوانین قبلی در اجتماع سبب و مباشر، مباشر ضامن است؛ مگر اینکه سبب اقوی باشد. این ماده سه تغییر اساسی را در این قاعده ایجاد کرده است: حذف اصل استناد جنایت به مباشر، امکان استناد هم‌زمان جنایت به سبب و مباشر، و پذیرش ضمان سهمی یا توزیع مسئولیت بر حسب میزان تأثیر رفتار. این سه نوآوری نه تنها در دیات، بلکه در کل مباحث مسئولیت مدنی و

حتی فاضل دیه پرداختی برای قصاص تأثیر شگرفی دارد. در این تحقیق، با روش کتابخانه‌ای، ضمن تبیین این سه نوآوری و برخی نکات دیگر، به تحلیل حقوقی ماده فوق پرداخته شد. برخی نتایج حاکی از آن بود که اولاً در مواردی که دخالت سبب در وقوع تلف و جنایت مسلم است، اما استناد تلف و جنایت به مباشر یا سبب یا هر دو مشکوک است، اصلی نیست که مقرر دارد همیشه تلف فقط به مباشر مستند است. ثانیاً مواردی در فقه و حقوق یافت می‌شود که تلف هم به سبب هم به مباشر مستند است. ثالثاً ضمان سهمی (توزیع مسئولیت بر حسب میزان تأثیر رفتار) به اجتماع سبب و مباشر در جنایت اختصاص ندارد، بلکه در اجتماع مباشرین و اجتماع عرضی اسباب و نیز در تلف اموال باید بدان قائل شد.

. تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری

نویسنده: مظاهری کوهانستانی، رسول؛ منتظری، مهسا؛

مجله: مجله حقوق، پاییز ۱۳۹۷ - شماره ۷

ضمانت‌ها بحث پیچیده و مهمی است که تقریباً زندگی همه افراد جامعه را درگیر کرده است. چه افرادی که به کار تجاری می‌پردازند و برای خود ضامن انتخاب می‌کنند و چه افرادی که ضامن می‌شوند؛ اما در کار تجاری دستی ندارند. به همین منظور به تعریف انواع ضمانت‌ها و ماهیت آن‌ها بسنده نکرده و به ارتباط میان ضمانت‌ها و نقد مواد مربوط به آن‌ها پرداخته ایم. هدف ما از تحقیق، بررسی جامع و کاملی از انواع ضمانت‌ها از جمیع جهات تجاری و مدنی و همچنین بین الملل بوده است. به همین منظور این تحقیق با توجه به قوانین مرتبط و تحلیل و تفسیر آنها انجام شده است. روش تحقیق در این مقاله کتابخانه‌ای و شیوه تجزیه و تحلیل مطالب، توصیفی، تحلیلی بوده است و در آخر از مجموع بررسی‌ها به این نتیجه رسیدیم که ماهیت و ذات عقد ضمان نه اقتضای «نقل ذمه به ذمه» را دارد و نه مقتضی «ضم ذمه به ذمه» است؛ بلکه تابع «قصد مشترک طرفین» است.

معرفی کتاب

نفیسه مستقل^۱

در لوح و قلم شاهد آثار کتاب است
سر منزل و مقصود گهربار کتاب است
اعجاز حقیقت بطریقت دو رقم زد
اول به قلم بعد به رخسار کتاب است

علاقه‌مندان به کتاب و کتابخوانی می‌توانند با پیگیری این صفحه در هر شماره از ماهنامه مدرسه حقوق با یک کتاب مفید حقوقی و نویسنده آن آشنا شوند. در این بخش که می‌توان آن را یکی از تحولات ماهنامه در راستای بهبود کیفیت و جلب نظر مخاطبان دانست، پیشنهادهای ویژه‌ای برای شما خواهیم داشت. بر آنیم کتابهای مفید و در عین حال کاربردی را بررسی و معرفی کنیم. امید است در این راه دین خود را به نویسندگان برجسته حقوق کشورمان ادا کنیم و با معرفی آثارشان قدردان تلاش‌های بی‌دریغ این عزیزان باشیم.



آیین دادرسی کیفری جرایم رایانه‌ای و مخابراتی

علیرضا نوریان

ناشر: نشر میزان

چاپ اول: زمستان ۱۳۹۶

۱۴۸

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس

درباره نویسنده

دکتر علیرضا نوریان، قاضی دادگستری و دادرسی شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی اصفهان؛ دارای مدرک کارشناسی و کارشناسی ارشد در رشته حقوق کیفری و جرم شناسی از دانشگاه علوم قضائی تهران و همچنین پذیرفته شده در مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه عدالت تهران؛ که به دلیل دارا بودن تخصص در زمینه حقوق جزا، مولف کتاب بسیار مفید آیین دادرسی کیفری جرایم رایانه ای و مخابراتی بوده و همچنین کتاب در حال ترجمه وی با عنوان حقوق کیفری تطبیقی، اثر ژان پرادل (استاد حقوق کیفری دانشگاه پوآتیه فرانسه) می باشد. از ایشان چندین عنوان مقاله نیز در مجلات تخصصی حقوق کشور منتشر شده است که می توان این مقالات را به شرح ذیل نام برد:

- ۱- جرایم انتخاباتی ۲- ملاحظه‌هایی درباره آخرین دفاع متهم در تحقیقات مقدماتی ۳- واکاوای نقش و جایگاه ضابطین دادگستری در لایحه آیین دادرسی کیفری ۴- فتا (پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات)؛ پلیس حرفه‌ای یا تخصصی؟ ۵- لزوم صرفه‌جویی در هزینه‌های عدالت کیفری در جذب قضات ۶- واکاوای مجازات تکمیلی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ۷- متناسب بودن تعقیب دعوای کیفری؛ مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان ۸- پیشگیری از جرایم رایانه‌ای، از رهیافت‌های نظری تا رهیافت‌های جهانی در پرتو رهنمود پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد ۹- مستندسازی ادله‌ی الکترونیکی در تحقیقات پیش دادرسی کیفری از نگاه رویه قضایی ۱۰- سیاست جنایی مشارکتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ۱۱- جنبه عمومی صدمات بدنی عمدی؛ بوده‌ها و بایدها ۱۲- مرجع قضایی صالح در رسیدگی به بزه کلاهبرداری ۱۳- مهلت معقول در مقررات پیش دادرسی کیفری؛ از سازوکارهای اعمال تا ضمانت اجرای نقض ۱۴- تحلیل کیفری قرارداد اجاره به شرط تملیک.

درباره کتاب

با توجه به پیشرفت روزافزون علوم و فناوری اطلاعات و اینترنت، برخی از جرایم نیز سمت و سوی دیگری پیدا کرد و متحول گردید. متعاقب این امر، روش رسیدگی به جرایم مربوط به فضای سایبری و رایانه ای و مسائل شکلی آن نیز مورد اهمیت واقع شد.

نویسنده در کتاب حاضر، حقوق شکلی جرایم رایانه ای و مخابراتی را بر مبنای قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و در قالب چهار فصل، مورد بررسی قرار می‌دهد. از مزایای مهم این کتاب، تطابق مطالب آن با ترتیب موجود در فصل دهم قانون آیین دادرسی کیفری و همچنین تدوین مثال هایی از آراء دادگاهها و رویه محاکم در مورد قواعد شکلی جرایم رایانه ای و مخابراتی می‌باشد. در فصل نخست، مفهوم اصطلاحات رایج در زمینه جرایم رایانه ای و مخابراتی، تشریح گردیده است و اهمیت وجود آیین دادرسی کیفری مستقل برای جرایم رایانه ای و مخابراتی شرح داده شده است. در فصل دوم، صلاحیت کیفری مراجع قضایی در جرایم فضای مجازی و تعارض صلاحیت در رسیدگی به این جرایم مورد بررسی قرار گرفته است. در دو فصل پایانی کتاب، روش‌های گردآوری ادله الکترونیکی، اختیارات مقامات قضایی در امر تحقیق و نکات فنی لازم الرعایه برای تفتیش و توقیف داده‌ها و سامانه‌های رایانه ای و مخابراتی مورد تحلیل واقع شده است. در پایان نیز نویسنده، با ارائه یک نتیجه گیری کامل، تحلیل مطالب موجود را خاتمه داده است. لذا با توجه به فصول ذکر شده در بالا، مطالب این کتاب صرفاً جنبه تئوری نداشته و می‌تواند اطلاعات کاربردی و مفیدی را برای کسانی که علاقه مند به حوزه جرایم رایانه ای و فضای مجازی می‌باشند، ارائه نماید.

هشدار انتظامی نهم

قبول و کالت به طرفیت موکل سابق

روح اله محمدی^۱

یکی از موضوعات مبتلابه همکاران محترم این است که بعضاً پس از عزل یا استعفاء، به خیال اینکه رابطه وکالتی سابق کلاً از بین رفته است، اقدام به قبول وکالت از طرف مقابل می‌نمایند و یا علیه مؤسسه ای که قبلاً به عنوان وکیل یا مشاور در آن فعالیت نموده اند، قبول وکالت می‌نمایند و این امر منجر به تشکیل پرونده‌های انتظامی در دادسرا گردیده که ذیلاً به مصادیق و موارد ممنوعه آن اشاره می‌گردد:

مطابق ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و عمومی و ... می‌توانند علاوه بر استفاده از کارمندان رسمی خویش به عنوان نماینده حقوقی، از وکلای دادگستری نیز برای طرح هرگونه دعوا یا دفاع استفاده نمایند. بند ۸ ماده ۸۰ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۴^۳، برای وکیلی که قبلاً به عنوان وکیل یا مشاور حقوقی در یکی از مراجع فوق الذکر اقدام و متعاقباً علیه ایشان قبول وکالت نماید، مجازات انتظامی درجه ۴ را در نظر گرفته که مطابق ماده ۷۶ همان لایحه، مجازات انتظامی درجه ۴، تنزل درجه می‌باشد.

۱ وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

۲ وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکتهای دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هرگونه دعوی یا دفاع و تعقیب دعاوی مربوط، از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن شرایط زیر به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند ...

۳ در صورتی که در یکی از وزارتخانه‌ها یا ادارات دولتی یا مملکتی یا شهرداری یا بنکاه‌هایی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت است سمت وکالت یا مشاور حقوقی داشته و علیه آنها قبول وکالت نماید.

از سوی دیگر ماده ۳۷ قانون وکالت^۴، قبول وکالت بعد از عزل یا استعفاء، از ناحیه طرف مقابل را واجد مجازات انتظامی دانسته و در بند ۳ ماده ۸۱ لایحه قانونی استقلال، مجازات انتظامی درجه ۵، ممنوعیت از وکالت از سه ماه تا سه سال می‌باشد. همچنین مطابق متن سوگند نامه و ماده ۳۰ قانون وکالت^۵، حفظ اسرار موکل جزء شرایط اساسی وکالت و یکی از اصلی‌ترین وظایف وکیل است.

پس از بیان مواد قانونی، توجه همکاران گرامی را به نکات ذیل جلب می‌نمایم:

نخست: در بسیاری از موارد، تفاوت در عنوان دعوا یا خواسته، موجب قبول وکالت و عدم توجه به موارد قانونی گردیده است، فی‌المثل وکیل در دعوای نفقه، از ناحیه زوجه قبول وکالت نموده و مراحل پرونده طی و پرونده پس از اجرا مختومه گردیده و متعاقباً وکالت زوج را در دعوای طلاق می‌پذیرد و در دادسرای انتظامی نیز با تصور اینکه دعوی نفقه با دعوای طلاق فاقد ارتباط بوده به دفاع از خویش می‌پردازد، در حالی که همکاران محترم توجه داشته باشند، منشأ دعاوی خانوادگی، رابطه زوجیت فی مابین طرفین است، بنابراین کلیه دعاوی مربوطه، داخل در دعوای خانوادگی محسوب شده و قبول وکالت و یا ارائه مشاوره به طرف مقابل، ممنوع است.

دوم: یکی از موضوعاتی که قانونگذار مورد توجه قرار داده این است که حتی پس از عزل یا استعفاء، قبول وکالت علیه قائم مقام قانونی موکل سابق نیز ممنوع و مشمول مجازات انتظامی است.

سوم: چنانچه وکیل در خصوص موضوعی به شخصی مشاوره ارائه نماید، از قبول وکالت طرف دعوا در همان موضوع معذور است.

چهارم: اگر وکیل سابقاً به عنوان وکیل یا مشاور حقوقی در یکی از ارگان‌های دولتی یا نهادهای انقلابی و مؤسسات عمومی و وابسته به دولت اقدام نموده باشد، قبول هر گونه وکالت بر علیه آن ارگان یا مؤسسه، به هر نحو در همان موضوعات ممنوع است و این امر با توجه به اطلاق موارد قانونی، مقید به انقضاء مدت زمان خاص هم نمی‌باشد و به نظر می‌رسد این ممنوعیت همیشگی است.

۴ وکلا نباید بعد از استعفا از وکالت یا معزول شدن از طرف موکل یا انقضاء وکالت به جهتی از جهات وکالت طرف مقابل یا اشخاص ثالث را در آن موضوع بر علیه موکل سابق خود یا قائم مقام قانونی او قبول نمایند و محاکم وکالت او را نباید در این مورد بپذیرند.

۵ وکیل باید اسراری را که به واسطه وکالت از طرف موکل مطلع شده و همچنین اسرار مربوطه به حیثیات و شرافت و اعتبارات موکل را حفظ نماید.

پنجم : همکاران محترم در هنگام اخذ وکالت از شرکت‌ها به تعلق احتمالی بخشی از سرمایه آن شرکت به دولت توجه نمایند، چراکه در صورتی که بخشی از سرمایه، ولو اندک، متعلق به دولت یا یکی از ارگان‌های فوق‌الذکر باشد، مادام‌العمر از قبول وکالت بر علیه آن ارگان یا نهاد معذور می‌گردد.

ششم : در پاره‌ای از موارد مشاهده گردیده، وکیلی که سابقاً به عنوان وکیل یا مشاور در ارگانی فعالیت نموده در موضوعی با اخذ وکالتنامه رسمی علیه همان ارگان به عنوان وکیل رسمی و نه وکیل دادگستری اقدام نموده که این امر نیز تأثیری در ممنوعیت مدنظر قانونگذار نداشته و تخلف محسوب می‌گردد.

هفتم : در برخی موارد وکیل در موضوعی اعلام وکالت نموده و پس از مختومه شدن پرونده، وکالت شخص ثالثی در همان موضوع علیه اشخاص ثالثی را می‌پذیرد که این امر نیز با توجه به احتمال تزامم حق فعلی با حقوق موکل سابق و اینکه ممکن است در آینده موکل سابق به نحوی از انحاء از قبیل اعتراض ثالث و یا ورود ثالث وارد این پرونده شود از باب احتیاط ممنوع است.

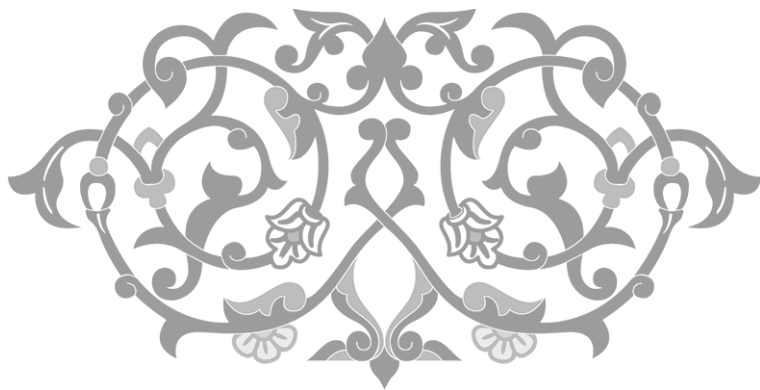
هشتم : نکته بسیار ظریف اینکه چنانچه وکیلی در خصوص موضوعی قبول وکالت یا ارائه مشاوره نماید و آن وکالت منجر به عزل یا استعفا گردد، قبول وکالت طرف دعوا توسط کارآموز آن وکیل و بالعکس نیز ممنوع است و وکلای محترم سرپرست، در هنگام امضاء و تأیید وکالتنامه باید نهایت دقت را اعمال نمایند تا مبدا طرف دعوی فعلی کارآموز، سابقاً موکل وی یا موکل کارآموز فعلی یا سابق وی بوده و یا حتی اخذ مشاوره نموده باشد.

نهم : اجتناب از قبول وکالت هم‌زمان از متهمین متعدد در یک پرونده و نیز قبول وکالت تعیینی از متهم دیگر پرونده توسط وکیل تسخیری به دلیل احتمال تزامم حقوق و یا تعارض دفاع، با توجه به مقررات قانونی و نیز رعایت شأن وکالت، بر مبنای اصل احتیاط ضروری است.

دهم : تمامی دعاوی طاری مطروحه در خصوص موضوع حتی با خواسته متفاوت، داخل در آن دعوا محسوب می‌گردد، بنابراین همکاران محترم از قبول وکالت در این گونه امور طاری نیز معذور می‌باشند.

یازدهم : موضوع مهم بحث شرکتهای خصوصی است که مشمول ممنوعیت مندرج در بند ۸ ماده ۸۰ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال نمی‌گردد که در این خصوص به نظر می‌رسد چنانچه وکیلی در شرکت خصوصی به عنوان مشاور حقوقی فعالیت نموده باشد،

قبول وکالت بر علیه آن شرکت، پس از انقضاء مدت قرارداد، ممنوع است، چراکه هر چند این امر با مقررات ماده فوق الذکر تطبیق نمی‌نماید، اما چون وکیل مطابق ماده ۳۰ قانون وکالت، مکلف به حفظ اسرار موکل خویش می‌باشد و نیز با توجه به مقررات مربوط به حفظ شأن وکالت، از قبول وکالت معذور است، اما چنانچه سابقاً در خصوص موضوعی به وکالت از شرکت خصوصی اعلام وکالت نموده پس از مختومه شدن پرونده، قبول وکالت علیه آن شرکت در موضوع دیگر که هیچ ارتباط مستقیم یا غیرمستقیم با موضوع سابق نداشته باشد خالی از اشکال به نظر می‌رسد.



زنگ تفریح



۱۵۵

چگونه یک وکیل خیلی خیلی خوب باشیم؟

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

وکالت یک مدرسه است، شاید به همین خاطر باشد که اسم این نشریه را هم مدرسه حقوق گذاشته اند، اگر قبول کنیم که وکالت یک مدرسه است، پس باید بدانیم که مدرسه بدون کلاس، مدرسه نیست، خانه است، کارگاه است، هر چیز ریزی است جز مدرسه. وکالت هم قوامش به کلاس است، پس ما باید در امر وکالت دنبال کلاس باشیم، حال سوالی که پیش می‌آید این است که چگونه در وکالت کلاس ایجاد کنیم؟

اگر در زمان شاه طهماسب صفوی وقتی سفرای فرنگی وارد کاخ صفوی شدند، برای پاک شدن جای پای ایشان خاکستر زیر پای آن‌ها می‌ریختند، امروز کاملاً ورق برگشته است و یکی از چیزهای که مایه مباهات و افتخار باشد، رفت و آمد به فرنگ و داشتن خاله و همه و یا فامیل دیگری در فرنگ است و لو اینکه در آن دیار محبوب مبادرت به ظرفشویی نماید. بر همین اساس یک وکیل خیلی خیلی خوب، حتماً باید به اطرافیان خود به ویژه کارکنان دادگاه‌ها و دادسرا بفهماند که یک پایش در خارج از کشور است، یک پایش در داخل. برای انتقال این صفت عالی و شیک توصیه می‌شود وقتی برای شما در دادگاه تعیین وقت می‌شود، درخواست جا به جایی وقت را بنمایید، زیرا دقیقاً در همان روز و تاریخ خارج از کشور به سر می‌برید. مثلاً اگر برای ساعت ۸ صبح روز دوشنبه ۲۹ دی سال ۱۳۹۹ وقت رسیدگی معین شده است، رفته بخواهید وقت را به ساعت ۱۰ صبح همان روز تغییر دهند، زیرا حتماً در آن ساعت احتمالاً در نیویورک هستید، سعی کنید موقعی که مرجع قضایی وکلا و کارمندان دادگستری خاطره می‌گویند مثلاً از خاطر خوردن کله پاچه در یک روز سرد زمستانی، حتماً آن کله پاچه را در کنار برج ایفل صرف

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

کنید تا به دل دیگر هم بچسبید. اگر ماشین گران قیمت دارید، داشتن آن را حتماً به دیگران یاد آوری کنید، دانستن حق مردم است یا اگر ندارید صرفاً به این خاطر نخریده اید که در چشم قرار نگیرید. حتی یکبار خریدید همسرتان شما را مجبور کرد آن را پس بدهید، چون در شهری که زندگی می‌کنید، متأسفانه اطرافیان شما ظرفیت نداشته و این نوع خریدها باعث چشم زخم می‌شود. بعد از اهمیت کلاس، در امر وکالت نکته دوم شناخت دشمنان است. بزرگترین دشمن شما وکلا، با کلاس‌ها هستند پس اگر با در نظر گرفتن همه جوانب و بدون ایجاد مسئولیت مدنی و کیفری توانستید آن‌ها را سر به نیست کنید، حاجت به استخاره نیست.

سومین نکته برای اینکه یک وکیل خیلی خیلی خیلی خوب باشیم این است که وظیفه خود را بشناسیم بر خلاف آنچه در کتاب‌های حقوق آمده است، وظیفه وکیل توجیه موکل است و لاغیر شما باید به انحای مختلف و برای همیشه و در هر زمان و هر مکانی سعی در توجیه موکل خود نمایند، بخش مهمی از روش توجیه موکل از طریق نکته اول، یعنی همان کلاس گذاشتن تأمین می‌شود در وکالت بر خلاف سایر مشاغل که (تجمع بی جا مانع کسب است) شلوغی دفتر شما باعث رونق کسب و کارتان است. پس همیشه از دوستانی که بیکارند بخواهید در دفتر شما در نوبت بنشینند. همیشه اسم کوچک قضات، کارمندان و مقامات عالی رتبه را در خاطر داشته باشید و اگر می‌خواهید خاطره ای در مورد ایشان اعم از اینکه واقعی باشد یا غیر واقعی نقل کنید، در نقل خاطره به گونه ای سخن بگوئید که مخاطب شما تصور کند آن مقام عالی را به اسم کوچک صدا زده اید.

در شغل وکالت فراز و نشیب زیاد است، چه بسا ۹۰ درصد دادخواستها و یا دفاع‌های شما منجر به صدور حکم به ضرر شما شده باشد، اصلاً این مطلب مهم نیست، شما باید علت این شکست را برای موکلان توجیه کنید. این شکست از چند حالت خارج نیست، شما باید آن را به موکلان تفهیم کنید، بی سوادی قاضی، خاص بودن قاضی، دشمنی قبلی قاضی با شما، نفوذ فوق العاده طرف مقابل شما، سفارش از مقامات بالا که به ضرر شما رأی داده شود. با چند نفر وکیل دیگر تفاهم نام امضاء کنید که وقتی در حضور موکلان شرح موقوف داده می‌شود آن چند نفر هم به همین نتیجه ای برسند که شما رسیده اید. دیگر خیالتان راحت است که تقصیری متوجه شما نخواهد بود. البته یادتان باشد این قاعده در مورد آرای قطعی که دیگر وکلا وکالت آن را بر عهده داشته‌اند جاری و ساری نیست، در این پرونده‌ها باید محکوم علیه را توجیه کنید که اگر وکالت پرونده بر عهده شما بود، چنین اتفاقی نمی‌افتاد.

نکته بعدی وظیفه وکیل است که باید همیشه دنبال حق باشد، قسم بخورید و بر این قسم پای فشاری کنید که تنها هدف شما در این پرونده رسیدگی به حق است، مهم نیست، حق الوکاله آن را در تقدیر گرفته اید. در هر حال شما فراموش نکنید که همیشه دنبال حق هستید، حق، حق است چه حق الوکاله باشد، چه حق طرف مقابل و چه حق‌های دیگر.