

بسم الله الرحمن الرحيم

# ماهنامه خبری آموزشی مدرسه حقوق

سال چهاردهم، شماره ۱۳۱، دی 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: زهرا احمدی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: محمد ابراهیمی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: 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، نفیسه مستقل

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوق نیست.

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

دسترس است.

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

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالاامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto: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؛ به بهانه روز

قانون اساسی ..... ۴

### مقالات

یادمان مردی بزرگ از دیار حقوق ایران زمین: دکتر احمد متین دفتری ..... ۸

#### دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده در تخصصی شدن دادرسی، با نگاهی به رویه قضایی ..... ۱۴  
دکتر محمد روشن، دکتر قادر شنیور، مجتبی جهانیان

ایفای دین از سوی شخص ثالث در رویه قضایی ..... ۴۰  
دکتر عباس میرشکاری

لزوم جبران خسارت اراضی واقع در عقب نشینی ..... ۵۱  
امید محمدی

برخی مسائل پیرامون اخذ گواهی انحصار وراثت ..... ۶۹  
مسیح قاسمی

برخی مسائل پیرامون دادخواست طرح دعوی در دیوان عدالت اداری ..... ۷۶  
سید رضا ذکایی

جرم ادعای نفوذ در مراجع قضایی، با نگاهی به قانون و رویه قضایی ..... ۸۶  
امید قاسمی

روان شناسی وکالت (۲) ..... ۹۹  
سیما سلیمانی

### گزیده سخنرانی‌ها

قانون روابط موجر و مستأجر در رویه قضایی (۱) ۱۰۶  
بابک کیانی

### دل نوشته‌های صنفی وکلا

سهم کانون‌های وکلا از قدرت رسانه ای، چالش‌ها و بایسته‌ها ..... ۱۱۰  
زهرا امینی

### بایسته‌های حرفه وکالت

نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان ..... ۱۱۶  
آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه ..... ۱۱۷  
پنند استاد؛ درسی از استاد دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی ..... ۱۳۳  
گزیده مقالات کاربردی

برای وکلا ..... ۱۳۸  
هاجر قاسمی

معرفی کتاب ..... ۱۴۳  
مینا سالی

هشدار انتظامی ..... ۱۴۵  
روح‌اله محمدی

### زنگ تفریح

تاریخ اندیشه‌های حقوقی به بیان طنز؛ شارل دومنتسکیو ..... ۱۵۰  
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

# مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال چهاردهم

شماره ۱۳۱

فروردین ۱۳۹۱

## سرمقاله

# به بهانه روز قانون اساسی

گذشته از برخی رخدادها و نام گذاری‌ها که بخشی از هویت فرهنگی هر ملت و جامعه ای را تشکیل می‌دهد و یاد و خاطره آن زبینه و گاه لازم و ضروری است، نامگذاری‌های متعدد جهانی، صنفی و حتی حرفه ای و قومی دیگری نیز وجود دارند که به جهات مختلف حتی محل تولد خویش را در نور دیده و به سرزمین‌های دیگر وارد شده اند و صفحات تقویم را چنان پر کرده اند که اکنون کمتر روزی را می‌توان یافت که محل تلاقی چندین مناسبت مرتبط یا غیر مرتبط نباشد. در کنار این مناسبت‌ها، مناسبت‌ها و نام گذاری‌های دیگری نیز وجود دارند که هر روزه بر تعداد و رنگ و آب آنها افزوده می‌شود و هر چند در تقویم‌ها ذکر نمی‌گردند، به صورت عاریتی از سرزمین، ملیت و فرهنگ دیگری می‌آیند و نزد گروه‌های خاص یا حتی توده مردم، مورد توجه قرار می‌گیرند. حسن و قبح و میزان توجه یا عدم توجه و حتی ضرورت یا آثار سوء برخورد با این مناسبت‌ها، نیازمند تحقیقات و اظهار نظر‌هایی ملی، جامعه شناختی، روان شناختی، مردم شناسی و غیره اند که طرح آن مجال و محل خود را می‌طلبد.

به هر تقدیر این مناسبت‌ها آنچنان صفحات ایام و هفته تقویم‌ها را اشغال کرده اند که عموم مراجعه کنندگان را از اهمیت و اولویت دادن به برخی از این مناسبت‌ها نسبت به برخی دیگر غافل ساخته و حساسیت آنان نسبت به عموم مناسبت‌ها از دست رفته است.

هر ماه از ابتدا تا انتها دارای این گونه مناسبت‌هاست که با جمع مناسبت‌های سال قمری به تعداد آن نیز افزوده می‌شود. از جمله رخدادها و مناسبت‌هایی که نیازمند دقت و عنایت ویژه از سوی احاد ملت، نظام و به ویژه حقوقدانان و از جمله وکلاست، «روز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» می‌باشد که لازم است توجه کافی و وافی بدان مبذول گردد و مناسباته از توجه و نگاه ما دور افتاده است. «قانون اساسی» ثمره انواع جان فشانی‌ها، مجاهدت‌ها، مبارزات، از خود گذشتگی‌ها و رنج‌ها از یک سو و عصاره فکر و تدبیر و دقت اندیشمندان و خبرگان منتخب ملت از سوی دیگر است که مستقیماً به مهر تأیید ملت نیز رسیده است. قانون اساسی میزان اهمیت و حساسیت یک کشور را به انواع امور حکومت داری، اقتصاد، معنویت، خانواده و حتی جهان بینی آشکار می‌سازد و مستندی است که در مقام استناد هیچ گاه و هیچ کس نمی‌تواند نسبت به آن انکاری داشته باشد و یا از در بی تفاوتی نسبت به آن در آید.

حقوقدانی که هنگام برخورد با هر مقررۀ قانونی حتی آیین نامه و شیوه نامه، دقت لازم را در جملات، کلمات و حتی حروف آن به کار می‌بندد، حرف به حرف و کلمه به کلمه قانون اساسی برای او انبوهی از اطلاعات، یافته‌ها، استدلال‌ات و نتیجه گیری‌ها را به همراه خواهد داشت. اندوخته و اندیشه‌هایی که هر روز با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، جلوه ای دیگر می‌یابند و تفسیر و برداشتی نو و تازه را رقم می‌زنند؛ تفسیرها و برداشت‌هایی که می‌تواند راه‌های نو را برای ملت و حکومت باز کند و آنان را از مشکلات و موانع پدید آمده، برهاند و عبور دهد. این مناسبت که «مدرسه حقوق» نیز مانند دیگران در غفلت از آن به سر می‌برد، موجب شد تا از برخی اساتید و اهل فن تقاضا شود تا در این خصوص قلم زنند و توجه اهل حقوق را به قانون اساسی ما به عنوان میثاق ملی جلب کنند.

اجابت این خواسته را که برخی نتایج آن را در قالب مقاله شماره پیشین و این شماره منتشر گردیده ارج می‌نهیم و در راه رسیدن به این آرزو گام بر می‌داریم. باشد تا مستمراً از اندیشه صاحبان اندیشه در خصوص لزوم و نحوه توجه به قانون اساسی و تعمیق آن بهر مند گردیم و حتی ویژه نامه یا ویژه نامه‌هایی از «مدرسه حقوق» را به این امر اختصاص دهیم.

از هزاران مطلب و نکته اساسی در باب قانون اساسی، یکی آن است که در اوج ناباوری، حقوقدان و وکیل در مقام استدلال، کمتر به قانون اساسی استناد می‌کند. عموم ما در مقام دفاع و استدلال آنچنان غرق در دریای قوانین عادی، آیین نامه‌ها و بخش نامه‌ها شده ایم که اقیانوس و چراغ اساسی قانون گذاری و راهبر مجموع قوانین خود را فراموش کرده ایم.

به خاطر دارم زمانی که در حدود سال‌های ۱۳۶۵ درس نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر را می‌آموختیم، رنه داوید مؤلف کتاب منبع این درس، در تشریح وضعیت قرآن و سنت به عنوان منابع اصلی حقوق اسلامی در بین مسلمانان - به نظر او یعنی اهل سنت که او از آنان سخن غالب خود را طرح نموده است - چنین یاد کرده بود:

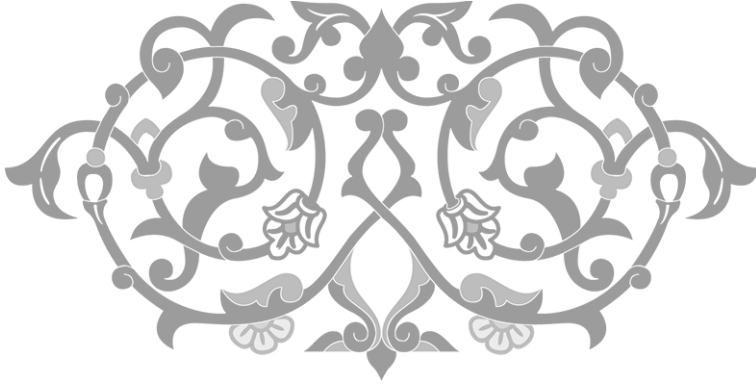
«قرآن و سنت منابع اساسی - حقوق اسلامی - اند، زیرا بر پایه‌های این دو منبع است که علمای اسلام، قواعد شریعت را مشخص کرده اند، اما این دو، امروزه منابعی تاریخی محسوب می‌شوند؛ قاضی، دیگر مستقیماً به قرآن و سنت مراجعه نمی‌کند و در زمان ما فقط از کتاب‌های فقهی مورد تأیید استفاده می‌شود. با اذعان به برتری مطلق قرآن کریم و دور بودن ساحت مقدس این کتاب الهی از هر گونه تشبیه و تمثیل با هر متن مقدس یا ملی، نگرش و مراجعه عمومی ما به عنوان اهل حقوق به قانون اساسی، همان نگرش عمومی مسلمانان به قرآن کریم است. وکیل و نیز حقوقدان شرعی و عرفی ما، امروزه آنگاه که بخواهد در کمال اتقان مبادرت به استدلال و استناد نماید، انبوهی از متون فقهی یا قوانین عادی و پایین دستی آن را به رُخ مخاطب می‌کشد و طرف او هم با انبوهی دیگر از همین نوع متون و قوانین، به پاسخ‌گویی قیام می‌کند. در حالی که حق این است که منابع اصلی، اساس و پایه هر استدلال را تشکیل دهد و پاسخ‌گویی نیز بر حول قرآن و سنت در شرع و قانون اساسی در عرف بچرخد.

چگونه می‌توان استدلال حقوقدان، قاضی و وکیل را بدون استقرار آن بر پایه‌های قانون اساسی، استدلالی محکم و پا برجا دانست؟ و چگونه ما مطلعان و معتقدان به قانون اساسی به عنوان قاعده و پایه هرم قوانین، از قانون اساسی بهره‌ استدلالی لازم نمی‌بریم و این موضوع را نقص جدی در کار حقوق خویش نمی‌دانیم؟

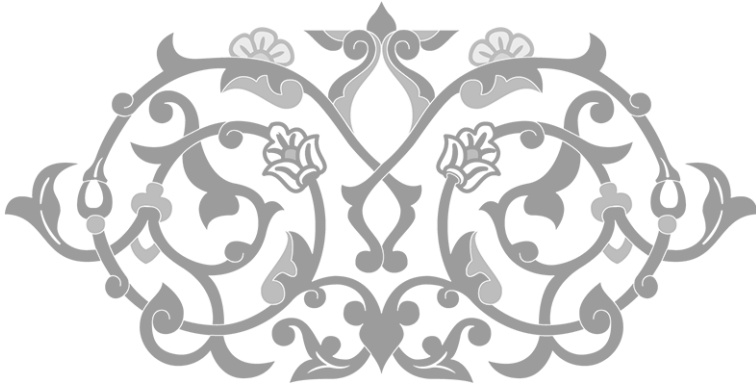
این سؤالی در خور تأمل است که باید به آن توجه لازم و کافی مبذول گردد و راه‌های برون رفت از آن و طرق آشنایی جدی، عملی و اجرایی با قانون اساسی برای عموم و نیز خواص به ویژه اهل حقوق فراهم آید.

«مدرسه حقوق» در انتظار بارش افکار اهل فکر و اندیشه از جامعه حقوقی کشور به منظور انعکاس و انتشار آن به عنوان انجام وظیفه ای کوچک است.

مدیر مسئول



# مقالات



# یادمان مردی بزرگ از دیار حقوق ایران زمین:

## دکتر احمد متین دفتری

دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی<sup>۱</sup>

### مقدمه:

هیأت تحریریه محترم مجله کانون وکلای اصفهان از من خواسته تا به عنوان کسی که بیش از پنجاه سال عمر خود را صرف آموختن، پژوهیدن و تعلیم و تعلم علم حقوق در ایران و خارج از ایران کرده، مطالبی را قلم زنم که متضمن رهنمودهایی به وکلای دادگستری، مخصوصاً وکلای جوان باشد. متأسفانه من افتخار آن را نداشته‌ام تا در کنار معلمی حقوق، در کسوت وکالت نیز باشم. بنابراین از این بابت که نمی‌توانم رهنمودهای وکالتی به عزیزان ارائه دهم، عذر خواهم. با وجود این، اصرار هیأت تحریریه محترم به قلمی کردن مطالبی چند موجب شد تا در مورد موضوعی که پیش از این درباره آن کمابیش سخن گفته بودم و مورد توجه خاص من بوده، مطالبی را به رشته تحریر درآورم. امید است مورد توجه آن سروران نیز قرار گیرد.

به نظر من، یادمان بزرگان ایرانی، از جمله بزرگ انسان‌های عرصه‌ی علم حقوق، چه آنان که خوشبختانه هنوز در قید حیاتند و چه آنان که متأسفانه رخت از این جهان هستی بر بسته‌اند، امری بس نکو و پسندیده است، چرا که گذشتگان چراغ راه آیندگان هستند. به بیان دیگر، با اشکال گوناگون یادمان هاست که وکلای جوان این مرز بوم می‌آموزند که باید یاد ابر انسان‌های پیشکسوت را گرامی داشت و از گفته‌ها، نوشته‌ها و کردار و رفتار آنان درس گرفت و آن را در زندگی شخصی و اجتماعی و شغلی به کار بست و به دیگران آموخت.

یکی از بزرگ مردان حقوق ایران زمین که نقش بسیار تعیین کننده‌ای در آموزش و پژوهش علم حقوق در ایران، در بنیانگذاری دادگستری نوین ایران (به موازات و به نظر برخی پس از مرحوم داور) و در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل در مراجع بین‌المللی بر عهده

۷

---

۱. استاد بازنشسته‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

داشت مرحوم «دکتر احمد متین دفتری» است که ذیلاً با نوشتاری کوتاه یاد و خاطر آن استاد ارجمند را گرامی می‌داریم.

چه سخت و دشوار است درباره‌ی شخصیتی سخن گفتن و قلم زدن که از یک سو در عالم سیاست، سیاست‌ورزی و سیاست‌مداری، تأثیرگذار منفی بوده و به عبارت دیگر، نقش منفی ایفا کرده و از سوی دیگر در دنیای علم و دانش و در انجام رسالت علمی و دانشگاهی در رشته‌ای خاص، تأثیرگذاری بسیار مثبت، با نفوذ و از دید برخی «بی‌نظیر» یا حداقل «کم‌نظیر» بوده است.

از جمله این شخصیت‌های تأثیرگذار (اعم مثبت یا منفی) سده‌ی گذشته در حقوق ایران می‌توان از استاد دکتر احمد متین دفتری نام برد.

در این مقال جای آن نیست تا شخصیت سیاسی استاد به تصویر کشیده شود، چرا که در این باره اولاً بسیار گفته‌اند و نوشته‌اند و ثانیاً این که نظر بر تبیین و تشریح روی دیگر شخصیت استاد به عنوان یک «حقوقدان تأثیرگذار» آن هم در وجه مثبت آن است.

بنابراین اگر پس زمینه‌ی ذهن را کاملاً از جنبه‌های منفی شخصیت استاد به عنوان یک رجل سیاسی بزدائیم، بخوبی می‌توان با نگاهی هر چند گذرا به حیات غیر سیاسی استاد، از او به عنوان یک رجل حقوقی تأثیرگذار مثبت در حقوق ایران یاد کرد.

استاد در ۴ بهمن ماه ۱۲۷۵ شمسی در تهران متولد شد. پدرش میرزا محمودخان اعتضاد لشکر (معروف به عین‌الممالک) بود و تحصیلات ابتدایی و متوسط خود را در مدرسه آلمانی‌های تهران به پایان رسانید و در عنفوان جوانی و پیش از ورود به دانشگاه، محضر علمای بنام آن عصر، از جمله مرحوم شیخ محمد عبده و آیت‌الله سید اسداله خارقانی را که از روحانیون باسواد و مسلط به آرا و نظریات اندیشمندان جدید و روز آن زمان و ملاک روشنفکری بود، درک کرد و یک دوره‌ی کامل فقه و اصول و ادبیات عرب را آموخت و با تأسیس مدرسه‌ی حقوق در سال ۱۲۹۷، وارد آن مدرسه شد و پس از سه سال از آن مدرسه فارغ‌التحصیل و به درجه‌ی لیسانس حقوق نائل گردید. آنگاه راهی کشور سوئیس شد و بعد از سال‌ها تملذ نزد استادان دانشکده‌ی حقوق دانشگاه لوزان سوئیس توانست از رساله‌ی دکتری خود تحت عنوان بسیار جالب «کلید استقلال اقتصادی، الغای کاپیتولاسیون در ایران» دفاع کند و موفق به اخذ درجه دکتری در حقوق شود.

از نظر وابستگی خانوادگی وی از یک سو نوه‌ی برادر دکتر محمد مصدق و از سوی دیگر داماد او یعنی همسر منصوره مصدق بود.

البته لازم به ذکر است که در زمان ازدواج آنان، دکتر مصدق مغضوب رضا شاه و به طور کلی دیدگاه‌های سیاسی دکتر مصدق و استاد متفاوت بود. دکتر مصدق یک



ناسیونالیست به تمام معنا و مخالف سرسخت سیاست‌های سلطه جویانه غرب و استاد یک ژرمانوفیل (طرفدار آلمان) به تمام معنا بود.

جهات تأثیرگذاری استاد متین دفتری را می‌توان از ابعاد گوناگون مورد مذاقه و بررسی قرار داد.

تصور نمی‌رود کسی بتواند نقش موثر استاد را در توسعه و تحول حقوق ایران نادیده انگارد. مسلماً دادگستری نوین ایران مدیون و رهین افکار بلند و اقدامات مترقیانه «مرحوم داور» است، اما استاد نیز در معیت مرحوم داور، وارد چنین سیستم جدیدی گردید و با او و همگام با او طی طریق کرد.

در مرحله نخست، به عنوان عضو دومین کمیسیون تدوین قانون مدنی (تدوین جلد‌های دوم و سوم درباره‌ی اشخاص و ادله اثبات دعوا) انتخاب گردید؛ قانونی که اهمیت و جایگاه آن به منزله‌ی با صلابت‌ترین و دقیق‌ترین و در کل بهترین قانون ایران، مخصوصاً از حیث علم تدوین (Codification) بر احدی پوشیده نیست؛ قانونی که هنوز نیز پس از گذشت سال‌ها از زمان تصویب آن، بر تارک کلیه‌ی قوانین ایران می‌درخشد. استاد که در زمان وزارت دادگستری مرحوم داور، سمت معاونت ایشان را بر عهده داشت، پس از عزل وی، به عنوان وزیر دادگستری معرفی گردید و مدت سه سال سکندار دادگستری نوین ایران بود. در این مدت، استاد عمدتاً همان افکار و سیاست‌های داهیانیه‌ی مرحوم داور را پی گرفت. در واقع، بخش اعظمی از تأثیرگذاری مثبت استاد بر حقوق ایران، نتیجه اقدامات او در دوران وزارت دادگستری می‌باشد.

تهیه و تنظیم قانون تشکیلات دادگستری، قانون استخدام قضات، قانون ثبت اسناد و املاک، قانون مجازات عمومی و آئین دادرسی کیفری، قانون آئین دادرسی مدنی و امور حسبی، قانون اجرای احکام و بالاخره، قانون تعدیل مال الاجاره، همه و همه به اهتمام وی انجام پذیرفت و به اهتمام وی از تصویب مجلس شورای ملی وقت گذشت. گام مؤثر دیگری که استاد در دوران وزارتش برداشت، تأسیس «بنگاه صغار» برای نگهداری کودکان بی‌سرپرست و راه اندازی مجله‌ی حقوقی دادگستری بود ( که هنوز هم منتشر می‌شود).

به موازات اقدامات یاد شده، نباید نقش استاد را در ثبت شخصیت حقوقی کانون وکلای دادگستری و کانون سردفتران و اقدام جهت برگزاری اولین انتخابات آزاد و دموکراتیک اعضای هیأت مدیره آنها نادیده انگاشت.

استاد در سال ۱۳۱۲ به استخدام دانشکده حقوق دانشگاه تهران درآمد و تدریس اصول محاکمات حقوقی (آئین دادرسی مدنی امروزی) در سال‌های پایانی خدمتش درس سازمان‌های بین‌المللی را در مقطع دکتری تدریس می‌نمود.

بُعد دیگر شخصیت استاد در اعتلای جایگاه بین المللی ایران به عنوان یک حقوقدان بین المللی است. داشتن سمت‌هایی چون رئیس جمعیت طرفداران ملل متحد، رئیس افتخاری اتحادیه‌ی جهانی جمعیت‌های طرفدار ملل متحد، رئیس دبیرخانه جامعه ملل در تهران، نماینده‌ی دولت ایران در جامعه‌ی ملل در سال ۱۹۳۰، تدریس حقوق بین الملل در دانشگاه‌های ژنو و بران و مخصوصاً آکادمی حقوق بین الملل لاهه در سال ۱۹۳۷، عضو دیوان دائمی داوری لاهه به عنوان «داور بین المللی» برای دو دوره‌ی شش ساله و مخصوصاً عضویتش در کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد از سال ۱۹۵۶ تا ۱۹۶۱ است.

همکاران و هم ترانان استاد متین دفتری در کمیسیون حقوق بین الملل در آن دوره استادانی مانند پروفیسور ژرژسل فرانسوی، پروفیسور سرجرال فیتز موریس استاد دانشگاه کامبریج (گزارشگر ویژه‌ی کمیسیون که بعداً به مقام قضاوت در دیوان بین المللی دادگستری نائل آمد)، پروفیسور همفری والداک استاد دانشگاه اکسفورد، پروفیسور روبرتو آگو از ایتالیا، پروفیسور فارس بن الخوری از سوریه، پروفیسور راد بینود بال از هند، پروفیسور اسپروپولوس از یونان و پروفیسورریکاردو آلفارو از پاناما (دو نفر اخیر الذکر بعداً به مقام قضاوت دیوان بین المللی دادگستری نایل شدند) و بالاخره پروفیسور آرشاگا از اروگوئه. استاد پس از آن که سرجرال فیتز موریس گزارشگر ویژه‌ی کمیسیون به مقام قضاوت دیوان بین المللی دادگستری نائل شد، به انتخاب کمیسیون به عنوان گزارشگر ویژه جانشین وی گردید.

استاد طی نامه‌ی خصوصی که در آن زمان به یکی از دوستان خود می‌نویسد، چنین می‌گوید: «من بیشتر سعی می‌کنم آمال ملل مشرق زمین را که در گذشته از کشورهای استعماری اروپا صدمه خورده‌اند، پس برم و هر وقت اروپایی‌ها به حقوق ملل استناد می‌کنند می‌گویم این حقوق بین الملل اروپایی است و ما آمده‌ایم که حقوق بین الملل جهانی درست کنیم و در چند مورد هم موفقیت حاصل کرده‌ایم و اکثریت را برده‌ایم.» (هوشنگ زندی، پیشگفتار کتاب حقوق بین الملل دریایی، تألیف استاد، ص ۲۶ و ۲۷).

متأسفانه یکی از اعضای کمیسیون که مجدداً انتخاب نشد، استاد بود که با کسر یک رأی در مجمع عمومی، رأی اکثریت را برای انتخاب حاصل نکرد.

دیوید اندرسون که خود را در کنفرانس ملل متحد برای تصویب «عهدنامه‌ی حقوق معاهدات» همزمان با استاد شرکت کرده بود (این بار به نمایندگی دولت ایران) درباره‌ی اهمیت حضور امثال ایشان در کنفرانس در مقدمه‌ی مفصل خود تحت عنوان «فرایند قاعده سازی در نظام ملل متحده؛ چند برداشت» می‌نویسد: حقوق حاکم بر معاهدات به روشنی و وضوح یکی از فصل‌های حقوق بین الملل است که می‌توان آن را «قانون

حقوقدانان» نامید، یعنی موضوعی که در درجه‌ی نخست در حیطه‌ی تعلقات و اطلاعات مراجع حقوقی و اساتید حقوق بین‌الملل است ... به علت همین حقیقت، کنفرانس وین در سال‌های ۱۹۶۸ و ۱۹۶۹ تقریباً به طور انحصاری با حضور حقوقدانان فعال تشکیل شده، از جمله ... متین دفتری (از ایران)" (هوشنگ زندگی، پیشین، ص ص ۲۹-۲۸، به نقل از David H. Anderson. "Law-Making Processes, in UN System, some Impressions, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol 2-1988-pp-24-25& notes.

پس از فوت استاد در تابستان ۱۳۵۰، رئیس کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۲۸ ژوئن ۱۹۷۱، در جلسه‌ی رسمی کمیسیون این خبر را اعلام و اظهار داشت: آقای متین دفتری حقوقدانان برجسته و رئیس جمعیت ایرانی طرفدار ملل متحد از ۱۹۵۶ تا ۱۹۶۱ عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل بوده است. به این مناسبت از اعضای کمیسیون خواست تا برای بزرگداشت خاطره‌ی ایشان یک دقیقه سکوت کنند. در همان جلسه، آقای مصطفی کامل یاسین همکار سابق استاد، ضمن برشمردن صفات حمیده و نقش اساسی او در کمیسیون، پیشنهاد کرد که رئیس کمیسیون به نام کمیسیون، پیام تسلیتی برای خانواده-اش ارسال دارد که به اتفاق آرا به تصویب رسید و به اجرا گذاشته شد. (هوشنگ زندگی، پیشین، ص ص ۳۰-۲۹ به نقل از Yearbook of ILC, 1971, VOIL, P.257)

در مجموع، استاد به اشکال مختلف و با شرکت مؤثر در مجامع و کنفرانس‌های بین‌المللی، از جمله مجمع جامعه‌ی ملل، اتحادیه‌ی بین‌المجالس، کمیسیون حقوق بین‌الملل، کنفرانس‌های ملل متحد برای تدوین حقوق دریاها، کنفرانس‌های وین در خصوص روابط دیپلماتیک و کنسولی و کنفرانس وین در مورد عهدنامه‌ی حقوق معاهدات نقش داشته است.

استاد علاوه بر اقدامات مترقیانه و تأثیرگذاری که در جهت اعتلای دادگستری نوین ایران انجام داد و مقام و موقعیت شایسته و ارزنده‌ای که به عنوان یک حقوقدان ایرانی در سطح بین‌المللی کسب نمود، در پیشبرد دانش حقوق، اعم از حقوق داخلی و حقوق بین-الملل نیز گام‌های بلندی برداشت. تدریس موفق دروس مختلف حقوقی در طی بیش از ۳۵ سال در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران که حتی در مقام وزارت و نخست‌وزیری نیز آن را برای یک ساعت هم قطع نکرد. ایشان در سال ۱۳۴۹ در مرتبه استاد تمامی و به رغم عدم تمایل شخصی، به افتخار بازنشستگی نائل آمد.

خدمت علمی دیگر استاد در زمینه‌ی اعتلای دانش حقوق در ایران، تألیف کتب ارزنده‌ای از جمله، روابط بین‌الملل از قدیم الایام تا سازمان ملل، سیر روابط و حقوق بین-الملل تا عصر حاضر، حقوق بین‌الملل دریا از گروسیوستا کنفرانس‌های ۱۹۵۸ ژنو، ترجمه کتاب مختصر حقوق بین‌الملل اثر پروفیسور آرتورنوس بام (زیر نظر استاد)، درس سازمان

ملل متحد و نقش آن در حفظ صلح جهانی (این کتاب در نوع خود و از آن جهت که مخصوص آموزش دانش‌آموزان دبیرستانی طراحی شده، بی‌نظیر یا حداقل کم‌نظیر است). استاد در این کتاب، تشکیل دادگاه صوری یا تمرینی برای بحث و استدلال درباره دعاوی فرضی (Moot Court) را که امروز در محافل آکادمیک بسیار معمول است و همچنین تشکیل مجالس و مجامع بین‌المللی «مدل» را برای آموزش دبیرستانی پیشنهاد نمود.

به نظر اهل فن، مهمترین و تأثیرگذارترین اثر استاد، کتاب گرانسنگ «آئین دادرسی مدنی» است که تا به امروز برای چندین بار توسط انتشارات مجد در دو مجلد چاپ و منتشر شده است. «این کتاب بی‌شک جامع‌ترین و کامل‌ترین کتابی است که تا کنون در این زمینه نگاشته شده است و به اقرار همه اساتید این علم، با وجود آن که قانون آئین دادرسی مدنی ایران در چند مرحله دچار تغییراتی گشته، ولیکن این کتاب هنوز از منابع اصلی آئین دادرسی مدنی محسوب می‌شود ... با مطالعه این کتاب، پی می‌بریم که چه زحمتی را مؤلف متحمل شده و با چه دقتی و تبحری این کتاب را به رشته تحریر درآورده است... این کتاب سابقاً در ۳ جلد از سال ۱۳۲۴ تا ۱۳۳۹ منتشر شده است...» (آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸، سخن ناشر، ص ۵)

علت موفقیت کتاب آئین دادرسی مدنی که از آن یاد شد را باید در سه علت جستجو کرد:

استاد خود در تهیه و تنظیم قانون آئین دادرسی مدنی نقش اساسی داشته است. مطالبی که استاد به عنوان مقدمه‌ی کتاب در باب نقش دادگستری در برقراری حکومت قانون به رشته تحریر درآورده بسیار عالمانه و بی‌همانند است. (علاقه‌مندان را به آن قسمت رجوع می‌دهم)

محور اصلی مطالب کتاب در واقع فلسفه‌ی وجودی آئین دادرسی مدنی است. در مجموع، استاد، منصرف از شخصیت و منش سیاسی نه چندان مطلوب و مورد قبول، مردی به تمام معنا دانشمند، محقق، حقوقدان، متخصص و استادی گرانمایه و از همه مهمتر، یکی از شخصیت‌های بزرگ تأثیرگذار در اعتلای دانش حقوقی، اعم از حقوق ایران و حقوق بین‌الملل بود.

یادش جاودانه و گرامی باد و خدایش قرین رحمت و واسع‌ه‌ی خود قرار دهد و او را برای خطاهای سیاسی که مرتکب شده ببخشاید.

# نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده در تخصصی شدن دادرسی، با نگاهی به رویه قضایی

دکتر محمد روشن<sup>۱</sup>

دکتر قادر ثنیور<sup>۲</sup>

مجتبی جهانیان<sup>۳</sup>

چکیده:

پاسداری از کیان خانواده، رسالت بنیادین و اساسی حقوق خانواده است. تحقق رسالت مزبور به واسطه وضع قوانین نوین مرتبط با نیازهای زمانه صورت می‌گیرد. برخی از ابتکارها و نوآوری‌ها به وسیله مقنن در خلق نهادهای حقوقی در حوزه حقوق خانواده با تصویب قانون جدید خانواده صورت گرفته است. این قانون با در نظر گرفتن برخی مشکلات فعلی دادگاه‌های خانواده در رویه قضایی، گام‌هایی را به منظور بر طرف کردن آن‌ها برداشته است. با وجود این، قانون مزبور علی‌رغم برخورداری از مزایا و نوآوری‌ها، واجد عیوب، نواقص و ابهاماتی است. تحلیل نوآوری‌های قانون جدید از حیث دادرسی می‌تواند نقش اساسی در تبیین عملکرد آتی محاکم خانواده در رسیدگی به دعاوی و امور خانوادگی داشته باشد، بنابراین، ضرورت انجام پژوهشی جامع در این خصوص، لازم و

ضروری به نظر می‌رسد.

**واژگان کلیدی:** آیین دادرسی خانواده، دستور موقت، تأمین خواسته، قاضی مشاور زن، مراکز مشاوره خانوادگی.

## مقدمه

وضع قانون منطبق با نیازها در هر زمان و مکانی امری مطلوب است. چنین امری به قوانین ماهوی منحصر نمی‌شود، بلکه قوانین شکلی نیز نیازمند تغییر و تحول اساسی هستند. قانون آیین دادرسی مدنی، مقررات مفصلی را پیرامون صلاحیت محاکم، فرآیند رسیدگی و آیین‌های ویژه دادرسی دارد.

وضع مقررات دادرسی ویژه در محاکم اختصاصی و تخصصی از اموری است که حقوق هر کشوری باید به سمت آن گام بردارد. محاکم خانواده نیز به عنوان دادگاه‌های اختصاصی که باید رسیدگی تخصصی داشته باشند از این قاعده مستثنی نیستند. نخستین پرسش، چرایی دادرسی خاص در این دادگاه‌ها است.

نگاهی به عقد نکاح و آثار آن در قانون مدنی، حاکی از این است که عقد مزبور دارای خصایص ویژه‌ای است که در عقود مشابه، هم‌تا ندارد. انحلال این عقد محدود به موارد خاص (فسخ و طلاق در عقد دائم و بذل مدت و انقضای مدت در عقد موقت) محدود گردیده است. برخلاف اصول حاکم در عقود و قراردادهای این عقد غیر قابل اقاله است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ۱۸) (شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۶۱) اشتباه در وصف اساسی همسر، از موجبات فسخ عقد و نه بطلان است (ماده ۱۱۲۸ ق.م). انعقاد این عقد منوط به بیان لفظی است و به معاطات واقع نمی‌گردد (ماده ۱۰۵۶ ق.م).<sup>۴</sup>

عقد نکاح آثار خاصی را در بر دارد: این عقد موجب ایجاد رابطه زوجیت میان دو جنس مخالف می‌گردد و تملیک از آثار عقد مزبور نیست. در این عقد زوج تا زمان بقای عقد، مکلف به تأدیه نفقه زوجه است (ماده ۱۱۰۶ ق.م). به موجب انعقاد عقد، زوجه، مالک مهریه می‌گردد (ماده ۱۰۸۲ ق.م) و ریاست زوج به عنوان یکی از اصول مسلم، پذیرفته شده است (ماده ۱۱۰۵ ق.م).

تمامی این مسائل، حاکی از این است که عقد نکاح از حیث ساختاری، خصایص و آثار،

---

۴. این نظریه بنابر نظر مشهور بیان شده است و نگارندگان در این خصوص با مشهور هم داستان نیستند که دلایل آن در جای خود قابل ارایه است.

واجد ویژگی‌های منحصر به فرد است که در صورت حدوث اختلاف میان طرفین، مستلزم اجرای دادرسی خاصی غیر از دادرسی جاری در محاکم عمومی است.

اصول حاکم در محاکم عمومی توانایی حل و فصل اختلافات میان زوج و زوجه را به طور شایسته و بایسته ندارند؛ علاوه بر آن خانواده از لحاظ شرعی و مذهبی دارای تقدس است به گونه ای که طرح مسائل خصوصی اشخاص در محاکم عمومی موجب کسر شأن اشخاص و چه بسا هتک حیثیت آنان گردد و مאלاً در دادرسی خانواده، دادگاه صرفاً به دنبال حل و فصل اختلاف میان زوج و زوجه نیست، بلکه ایجاد صلح و سازش نیز از آرمان‌های آنان است.

قانون جدید حمایت خانواده مشتمل بر هفت فصل، پنجاه و هشت ماده و نوزده تبصره در مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۹ به تأیید شورای نگهبان رسید و در ۱۳۹۲/۲/۷ لازم الاجرا شد.

فصول هفتگانه آن به ترتیب، عبارتند از:

دادگاه خانواده، مراکز مشاوره خانوادگی، ازدواج، طلاق، حضانت و نگهداری اطفال و نفقه، حقوق وظیفه و مستمری و مقررات کیفری.

اگر چه از عنوان این قانون برمی‌آید که این قانون، قانونی ماهوی است، لیکن موادی متعددی از آن در مورد تشریفات دادرسی و مسائل شکلی در دادگاه‌های خانواده است و باعث می‌شود که دادرسی در دادگاه‌های خانواده، دادرسی خاص و منحصر به فردی داشته باشد و عملاً با تصویب قانون حمایت خانواده حاکمیت قانون آیین دادرسی مدنی در دعاوی خانوادگی کماکان محدودیت داشته و دارد.

از حیث دادرسی مدنی نوآوری‌هایی ملاحظه می‌گردد:

در قانون جدید دستور موقت و تأمین خواسته منحصر به امور حقوقی مالی نیست، بلکه در امور و مسائل خانوادگی قابل اجرا است (ماده ۷۱ و ۷) و به زوجه امکان داده شده تا دعوی خود را در محلی غیر از محل اقامتگاه خوانده اقامه کند (ماده ۱۲)؛ خسارت ناشی از بر هم خوردن نامزدی، قابل مطالبه است (بند یک ماده ۴)؛<sup>۵</sup> وصول مهریه بیش از صد و ده

---

۵ بر اساس قواعد عام مسئولیت مدنی، این خسارت در صورت اثبات قابل مطالبه بوده ولی تفاوت عمده آن است که در ۱۳۷۰/۸/۱۴ ماده ۱۰۳۶ ق.م. حذف شد و برخی گمان کرده که با حذف این ماده اصولاً این قبیل خسارت‌ها بدون جبران باقی خواهند ماند، در حالی که قواعد حاکم بر حقوق اسلامی از قبیل لاضرر و غیره و قواعد عام مدنی جملگی بر جبران آن دلالت داشته و دارند و بنابر این آنچه در بند

سکه بر طبق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نیاز به احراز ملائت زوج دارد (ماده ۲۲)؛ حضور کودکان زیر پانزده سال در دادرسی دادگاه خانواده ممنوع گردیده است (ماده ۴۶)؛ تشکیل جلسات دادگاه منوط به حضور قاضی مشاور زن است (ماده ۲)؛ جلسات دادرسی تا دو بار قابل تأخیر است (ماده ۱۰) و ...

در این نوشتار به دنبال تحلیل تفصیلی قانون جدید حمایت خانواده نبوده، بلکه صرفاً در صدد تحلیل نوآوری‌های آن هستیم، با عنایت به آنکه پیرامون قانون مزبور و نوآوری‌های آن مسائلی مطرح می‌شود که لازم است به آن پاسخ داده شود: تغییر قاعده لزوم اقامه دعوا در دادگاه محل اقامت خوانده و ارزیابی آن؛ دگرگونی در قواعد آیین‌های ویژه دادرسی از قبیل دستور موقت و تأمین خواسته و تفسیر آن و مقررات حمایت از کودکان نیز مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. این نوشتار مشتمل بر سه گفتار است. در گفتار نخست تشکیلات دادگاه خانواده و صلاحیت آن؛ در گفتار دوم قواعد کلی حاکم بر دادگاه خانواده و فرآیند دادرسی و در گفتار پایانی قواعد حاکم بر آیین‌های ویژه دادرسی (دستور موقت و تأمین خواسته) و اجرای حکم، تبیین می‌شود.

### گفتار اول: تشکیلات دادگاه خانواده و صلاحیت آن

تبیین تشکیلات و صلاحیت دادگاه خانواده، مقدم بر تحلیل سیر فرآیند دادرسی در آن است و با توجه به آنکه در قانون جدید خانواده، تغییرات و ملاحظاتی پیرامون تشکیلات و صلاحیت‌های آن مشاهده می‌شود، این گفتار به بحث در خصوص تشکیلات اختصاص داده می‌شود.

بند اول: قواعد حاکم بر تشکیلات دادگاه خانواده

در این بند، نخست سازمان دادگاه خانواده بررسی و سپس ترکیب اعضای آن تحلیل می‌شود.

۱- سازمان دادگاه خانواده

الف- ضرورت تشکیل دادگاه خانواده در حوزه قضایی شهرستان

---

۱ ماده ۴ قانون حمایت خانواده آمده است، از حیث موضوعی و تحدید صلاحیت‌هاست.



در سالیان گذشته مقنن، تلاش‌های فراوانی را برای کاستن از عمومیت دادگاه‌های عمومی انجام داده است. در قانون جدید حمایت خانواده نیز چنین تبدیری اندیشیده شده است، به گونه ای که بر طبق ماده ۱ قانون مزبور، قوه قضائیه مکلف است ظرف سه سال از تاریخ تصویب در حوزه‌های قضایی شهرستان، دادگاه‌های خانواده را تشکیل دهد. بر طبق تبصره ۱ ماده مزبور تا تشکیل دادگاه‌های خانواده در حوزه قضایی، دادگاه‌های عمومی حقوقی، مکلف به رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی هستند. با وجود این، دادگاه‌های عمومی حقوقی در حوزه قضایی بخش به هیچ وجه، حق رسیدگی به دعاوی و امور خانوادگی راجع به اصل نکاح و انحلال آن را ندارد و دادگاه خانواده در نزدیک ترین حوزه قضایی باید اقدام به رسیدگی کند(تبصره ۲).

به نظر می‌رسد لزوم تشکیل دادگاه خانواده در حوزه قضایی بخش، گامی مقدماتی برای تخصصی کردن محاکم باشد. مقنن در دعاوی مهمی از قبیل اصل نکاح و انحلال آن بر این امر تأکید کرده است و دادگاه‌های عمومی حقوقی در حوزه قضایی بخش را از رسیدگی به چنین دعاوی منع کرده و نزدیک ترین دادگاه خانواده در حوزه قضایی را مکلف به رسیدگی کرده است که دعاوی مربوط به اصل نکاح و انحلال آن استثناء شده است.

#### ب- لزوم تشکیل مراکز مشاوره خانوادگی

از جمله نوآوری‌های قانون حمایت خانواده، لزوم تشکیل مراکز مشاور خانوادگی در معیت دادگاه خانواده است. مواد ۱۶ الی ۱۹ قانون جدید خانواده در مورد این مراکز است. هدف از تشکیل مراکز مزبور تحکیم مبانی خانواده، جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی و طلاق، سعی در ایجاد صلح و سازش است(ماده ۱۶). اعضای این مراکز از رشته‌های مختلف مانند: مطالعات خانواده، مشاوره، روان‌پزشکی، روان‌شناسی، مددکاری اجتماعی، حقوق و فقه و مبانی حقوق اسلامی انتخاب می‌شوند و حداقل نیمی از اعضای آن باید از بانوان واجد شرایط باشند(ماده ۱۷).

بر طبق ماده ۱۹ این مراکز با هماهنگی دادگاه‌های خانواده با هدف ایجاد صلح و سازش در خانواده فعالیت دارند که در صورت حصول سازش، اقدام به تنظیم سازش نامه می‌کنند و در صورت عدم سازش با ذکر علل و عوامل آن به صورت مستدل به دادگاه، مراتب را اعلام می‌کنند و دادگاه‌ها نیز با ملاحظه نظر کارشناسان مراکز مزبور اقدام به صدور رأی می‌کنند. یکی از استادان حوزه حقوق خانواده پیرامون مراکز مزبور معتقد است: « نفس تأسیس مراکز مشاوره هر چند که تصمیم قاطعی نتواند بگیرند، می‌تواند مفید

باشد و برخی مشکلات را حل و فصل کند. به نظر می‌رسد در بعضی جاها این مراکز جایگزین نهاد داوری شده‌اند» (حسین مهرپور، <http://www.isna.ir>).

## ۲- ترکیب اعضای دادگاه خانواده

بر طبق قانون جدید حمایت خانواده، اعضای دادگاه خانواده عبارتند از: رئیس شعبه و قاضی مشاور زن که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**الف- رئیس شعبه:** از جمله اعضای دادگاه خانواده رئیس شعبه یا دادرس علی‌البدل است. وی باید متأهل و دارای چهار سال سابقه قضایی باشد. در مقایسه با قانون پیشین،<sup>۶</sup> شرایط تصدی امر قضا در دادگاه خانواده هیچ گونه تغییری نکرده است و به نظر می‌رسد که قاضی دادگاه خانواده دارای اختیارات قضات دیگر دادگاه‌های حقوقی باشد و در خصوص اختیارات قاضی در قانون جدید، نصی ملاحظه نمی‌گردد.

در ماده دوم، قانون تکلیفی اضافی را برای قاضی مقرر نموده و قاضی مکلف است در دادنامه به نظر قاضی مشاور زن استناد کند و چنانچه نظر وی مخالف باشد با ذکر دلیل، نظر وی را رد کند و علاوه بر این طبق ماده ۱۹ قاضی باید با ملاحظه‌ی نظر مراکز مشاوره خانوادگی مبادرت به صدور رأی نماید.

مقنن با به کارگیری اصطلاح «در صورت لزوم» ماده ۱۸ و اصطلاح «به تشخیص خود»، قاضی را در مراجعه به نظر مراکز مشاور قضایی، مخیر ساخته است.

**ب- الزام به حضور قاضی مشاور زن و اخذ نظر وی:** حضور قاضی مشاور زن در دادگاه خانواده را نمی‌توان از نوآوری‌های قانون جدید پنداشت، چنین امری در قانون پیشین<sup>۷</sup> نیز پیش بینی شده بود؛ با این تفاوت که وجود قاضی مشاور زن در دادگاه خانواده بر طبق قانون قدیم امری اختیاری بود و دادگاه‌ها الزامی به مراجعه به نظر قاضی مزبور نداشتند، ولی بر طبق قانون جدید، حضور قاضی مشاور زن در دادگاه‌های خانواده الزامی است؛ به گونه‌ای که قوه قضائیه ظرف پنج سال از تصویب، مکلف است نسبت به

---

۶- بر طبق تبصره یک ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) نیز مقرر می‌داشت که قضات دادگاه خانواده باید متأهل و دارای چهار سال سابقه قضایی باشند. برخی از حقوقدانان نیز حد نصاب سابقه کار قضایی برای تصدی امر قضا در دادگاه خانواده را نا کافی می‌دانند (شمس، ج ۱، ۱۳۸۴، ۷۰).

۷- تبصره سوم ماده واحده مزبور.

تأمین قضات مشاور زن در دادگاه خانواده اقدام نماید و بر طبق ماده ۲، قاضی مزبور مکلف است نظر خود را ظرف سه روز با درج در پرونده اعلام نماید و قاضی صادر کننده رأی در صورتی که مخالف نظر وی باشد، مکلف است این امر را در دادنامه ذکر کند.

لزوم حضور قاضی مشاور زن در جلسات دادگاه خانواده را باید امری نیکو و مثبت پنداشت؛ چراکه در دعاوی دادگاه خانواده از حیث اشخاص به طور معمول زن و مرد در جلسات حضور دارند، در حالی که رئیس شعبه هم مرد است، حضور قاضی مشاور زن موجب می‌گردد که ترکیب اعضا از لحاظ جنسی برابر باشد.

از منظر روانشناسی حضور قاضی مشاور زن برای زوجه مطلوب است؛ چرا که ممکن است وی نتواند تمام مسائل زندگی زناشویی را با رئیس شعبه در میان بگذارد. از لحاظ اجتماعی، مشارکت بانوان ایرانی در امر قضایی نیز امری پسندیده است و بانوان به عنوان جزئی از جامعه حقوقی در اظهار نظر قضایی سهیم می‌شوند.

قبول سمت قضاوت برای زنان به عنوان یک رویکرد مثبت قانونگذار تلقی می‌شود، اما با توجه به اینکه در حال حاضر قوه قضائیه به میزان مورد نیاز دادگاه‌های خانواده، قاضی زن در اختیار ندارد، به این قوه اجازه داده شده است که تا ۵ سال در صورت فقدان قاضی مشاور زن از قاضی مشاور مرد برای دادگاه‌های خانواده استفاده کند. رجولیت از صفات قاضی نبوده و بر اساس آرای برخی فقیهان، زنان می‌توانند تصدی شغل قضاوت را داشته باشند». (روشن، [www.bultannews.com](http://www.bultannews.com)) .

بند دوم: قواعد حاکم بر صلاحیت دادگاه خانواده

قانون جدید حمایت خانواده در دو بعد صلاحیت ذاتی و محلی دادگاه‌های خانواده نوآوری‌هایی دارد. در این بند نوآوری‌های مزبور را به صورت جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱- قواعد حاکم بر صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده

صلاحیت دادگاه خانواده بر اساس ماده ۴ قانون حمایت خانواده ۱۸ مورد است که این موضوعات عبارتند از:

۱- نامزدی و خسارات ناشی از بر هم زدن آن ۲- نکاح دائم، موقت و اذن در نکاح ۳-

شروط ضمن عقد نکاح ۴- ازدواج مجدد ۵- جهیزیه، مهریه ۷- نفقه زوجه و اجرت المثل ایام زوجیت ۸- تمکین و نشوز ۹- طلاق، رجوع، فسخ و انفساخ، بذل مدت و انقضای آن ۱۰- حضانت و ملاقات طفل ۱۱- نسب ۱۲- رشد، حجر و رفع آن ۱۳- ولایت قهری، قیمومت، امور مربوط به ناظر و امین اموال محجوران و وصایت در امور آنان ۱۴- نفقه اقارب ۱۵- امور راجع به غایب مفقود الأثر ۱۶- سرپرستی کودکان بی سرپرست ۱۷- اهدای جنین ۱۸- تغییر جنسیت.

«از حیث قوانین دادرسی و صلاحیت دادگاه، قانونگذار موارد مختلفی را پیش بینی کرده و دادگاه خانواده را به عنوان یک ساختار معرفی نموده است و این تغییرات نشان دهنده این است که قانونگذار در نظر داشته یک صلاحیت ذاتی ایجاد کند و از مباحث مرتبط با دادگاه عمومی دور شود» (آقایی، [www.ferdose.ir](http://www.ferdose.ir)). نگاهی اجمالی به ماده مزبور حاکی از این امر است که صلاحیت دادگاه خانواده بر طبق رویه ی سنتی به دو بخش امور خانوادگی و امور حسبی تعیین گردیده است. در مقایسه با قانون پیشین صلاحیت دادگاه خانواده گسترش یافته است، به گونه ای که مواردی از قبیل: نامزدی و خسارات ناشی از بر هم زدن آن، اذن در نکاح، رجوع از طلاق، رفع رشد، ولایت قهری، قیمومت، وصایت، امور راجع به غایب مفقود الاثر، سرپرستی کودکان بی سرپرست، اهدای جنین و تغییر جنسیت به آن اضافه شده است و نکته قابل توجه در این خصوص، احیای قابلیت مطالبه خسارات ناشی از نامزدی است.

بر طبق ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی خسارات ناشی از نامزدی قابل مطالبه بود، لیکن ماده مزبور در اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ حذف گردید. حذف ماده مزبور این پرسش را مطرح نمود که آیا خسارات مزبور اساساً قابل مطالبه است یا خیر؟ حقوقدانان در امکان مطالبه خسارات مزبور تردید نداشتند، برخی با استناد به قاعده غرور، قائل به امکان مطالبه خسارات شدند، ولی امکان استناد به قاعده تسبیب را بعید می دانستند (محقق داماد، ۱۳۸۹، ۱۷۵) (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۳۴).

برخی از استادان حقوق با استناد به اصل ۴۰ قانون اساسی و مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی و سوء استفاده از حق خسارات مادی و معنوی ناشی از بر هم خوردن نامزدی در مواردی که ناشی از تقصیر باشد را قابل مطالبه می دانستند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۴۵) ولی در عمل پاره ای از محاکم به دلیل عدم وجود نصی خاص در این زمینه و حذف متممده ماده مزبور، خسارات ناشی از نامزدی را غیر قابل مطالبه می دانستند؛ لیکن بند ۱ ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده به تمامی این مباحث خاتمه داد و خسارت ناشی از نامزدی را

به رسمیت شمرده.

فصل هفتم قانون جدید حمایت خانواده در خصوص مقررات کیفری است. مقنن پاره ای اعمال از قبیل انکار خلاف واقع رابطه زوجیت (ماده ۵۲)، عدم ثبت واقعه نکاح (ماده ۴۹)، امتناع از پرداخت نفقه (ماده ۵۳)، خودداری یا ممانعت از ملاقات طفل (ماده ۵۴) را جرم دانسته است، اما باید توجه داشت که اگرچه جرایم مذکور در قانون حمایت خانواده ذکر شده اند، لیکن دادگاه‌های خانواده، مراجعی عمومی حقوقی هستند و حق ورود به دعاوی و جرایم مزبور را ندارند و رسیدگی به آن جرایم از صلاحیت دادگاه خانواده خارج است. با وجود این یکی از حقوقدانان پیشنهاد می‌کند که صلاحیت دادگاه‌های خانواده افزایش پیدا کند، به طوری که جرایم مندرج در قانون مزبور نیز در صلاحیت دادگاه خانواده باشد (صفار [www.ekhtebare.com](http://www.ekhtebare.com)).

## ۲- قواعد حاکم بر صلاحیت محلی دادگاه خانواده

در قانون مزبور موارد ۱۲ الی ۱۵ در مورد صلاحیت محلی می‌باشند که البته برخی مطالب ذکر شده در موارد مزبور تکرار قواعد عمومی آیین دادرسی مدنی در باب صلاحیت است. با وجود این، در قانون جدید خانواده پیرامون قواعد حاکم بر صلاحیت محلی، نوآوری‌های فراوانی ملاحظه می‌گردد که مهم‌ترین این نوآوری‌ها انصراف از قاعده کلی صلاحیت محل اقامتگاه خوانده است. در ماده ۱۲ آمده است: «در دعاوی و امور خانوادگی مربوط به زوجین، زوجه می‌تواند در دادگاه محل اقامت خانواده یا محل سکونت خود اقامه دعوی کند، مگر در موردی که خواسته، مطالبه مهریه غیر منقول باشد». در خصوص این ماده موارد ذیل به نظر می‌رسد:

الف- در این ماده بر خلاف اصل جهانی لزوم مراجعه خواهان به محل اقامتگاه خوانده برای اقامه دعوا، این اختیار به زوجه داده شده است که در محل اقامتگاه خانواده یا محل سکونت خود اقامه دعوا کند. مشخص نیست که ماده مزبور بر مبنای کدام مصلحت از قاعده کلی صرف نظر کرده و این اختیار را به یکی از اصحاب دعوا داده است.

به طور معمول استثنائات وارده بر اصل کلی محل اقامتگاه خوانده، واجد خصایص خاص هستند. مثلاً لزوم مراجعه خواهان به محل وقوع مال غیر منقول (در دعاوی راجع به مال غیر منقول) به این علت است که در رابطه میان خواهان و خوانده مال غیر منقول از اهمیت زیادی برخوردار است و بدیهی است که دادگاه محل استقرار مال غیر منقول به دلیل وجود مال در آن محل، بهتر می‌تواند به دعوا رسیدگی کند.

در ما نحن فیه، مشخص نیست مقنن بر اساس چه معیارها و ضوابطی از قاعده کلی صرف نظر کرده است؛ چه بسا تعدی مردان را مفروض کرده و بنابر این باید به اشق احوال گرفته شود.

ب- اختیار مراجعه به دادگاه محل اقامت خانواده یا محل سکونت، اختیاری است که صرفاً به زوجه اعطا گردیده است و زوج بر طبق قواعد کلی آیین دادرسی مدنی ناگزیر از مراجعه به دادگاه محل اقامتگاه خوانده است. تبعیض مزبور ناروا و موجب شگفتی است. مشخص نیست که چرا چنین اختیاری تنها به یکی از اصحاب دعوا داده شده است و طرف دیگر از آن بی بهره است؟ چنین امری با قواعد کلی حقوق خانواده که مبتنی بر لزوم وضع قواعد کلی در راستای حمایت خانواده است، مطابقت ندارد.

زوجه می‌تواند با سوء استفاده از حق با مراجعه مکرر و بی مورد به محل اقامتگاه خود برای طرح دعاوی واهی، اسباب گرفتاری زوج را فراهم آورد و زوج را مجبور به مراجعه بی مورد به دادگاه سازد؛ همچنین وی به سهولت می‌تواند دعوی (مهریه، طلاق، نفقه و...) خود را در محل اقامتگاه خود مطرح کند و اسباب انحلال عقد و جدایی را فراهم آورد، در حالی که یکی از اهداف راهبردی قانون حمایت خانواده، صیانت از کیان خانواده و حفظ ساختار آن است و اعطای اختیار مزبور به زوجه با هدف مزبور منافات دارد.

ج- اختیار زوجه در اقامه دعوا تنها به محل اقامت خانواده یا محل سکونت خود محدود گردیده است. عبارت «محل اقامت خانواده» نیز خالی از ابهام نیست. مراد از خانواده زوجه کدام خانواده است؟ آیا منظور فرزندان وی است یا مراد پدر و مادر زوجه است؟ باید پذیرفت که مراد مقنن از خانواده، پدر و مادر زوجه است؛ به ویژه این که به طور معمول در جامعه ما زوجه پس از مشاجره و کشمکش با زوج، منزل مشترک را ترک و به منزل پدری خویش می‌رود. مراد از محل سکونت نیز، محل زندگی دائم یا موقت زوجه است. البته بدیهی است که اختیار زوجه در مراجعه به دادگاه‌های مزبور منافاتی با اختیار وی در مراجعه به دادگاه محل اقامتگاه خوانده ندارد و وی می‌تواند دعوی خویش را در دادگاه محل اقامتگاه خوانده (بر طبق ماده ۱۱ آیین دادرسی مدنی) اقامه کند.

د- در دعوی مطالبه مهریه غیر منقول، زوجه ناگزیر از مراجعه به دادگاه محل وقوع ملک است. البته باید بررسی نمود که چرا مقنن، دعوی مزبور را استثنا کرده است. به عبارت دیگر دعوی مزبور چه ویژگی ای دارد که در ماده مزبور استثنا شده و تابع قواعد کلی گردیده است؟

نوآوری دیگر مقنن در ماده ۱۳ است. در این ماده آمده است: «هر گاه زوجین، دعوی

موضوع صلاحیت دادگاه خانواده را علیه یکدیگر در حوزه قضایی متعدد مطرح کرده باشند، دادگاهی که دادخواست مقدم به آن داده شده است، صلاحیت رسیدگی را دارد. چنانچه دو یا چند دادخواست در یک روز تسلیم شده باشد، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی زوجه را دارد به کلیه دعاوی رسیدگی می‌کند». فرض ماده مزبور، طرح دعاوی متقابل از سوی زوج و زوجه است.

متن ماده مزبور مشتمل بر دو قسمت است: شق اول تکرار قواعد عمومی آیین دادرسی مدنی در مورد دعاوی متقابل است. در واقع بر طبق ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی در صورت طرح دعاوی مرتبط و با منشأ واحد در شعبه واحد یا شعب متعدد از یک یا چند دادگاه، دادگاه رسیدگی کننده با سبق ارجاع رسیدگی توأمان را انجام می‌دهد؛ بنابراین در این بخش از ماده مزبور نوآوری ملاحظه نمی‌گردد. با وجود این اجرای این قاعده در فرضی که زوج و زوجه دعاوی متعدد خویش در یک روز را در دادگاه‌های مختلف اقامه می‌کنند، با دشواری مواجه است. مقنن در این حالت دادگاهی را صالح به رسیدگی می‌داند که زوجه در آن جا دعاوی خود را اقامه نموده است.

این تدبیر مقنن اگرچه مشکل مزبور را برطرف می‌کند، اما از این ابهام برخوردار است که چرا درخواست زوجه در این حالت باید ملاک و معیار تعیین صلاحیت باشد؟ از دیگر نوآوری‌های قانونگذار در مبحث صلاحیت محلی در ماده ۱۴ مندرج گردیده است در ماده مزبور می‌خوانیم: «هر گاه یکی از زوجین مقیم خارج از کشور باشد، دادگاه محل اقامت طرفی که در ایران اقامت دارد، برای رسیدگی صالح است. اگر زوجین مقیم خارج از کشور باشند، ولی یکی از آنان در ایران سکونت موقت داشته باشد، دادگاه محل سکونت فرد ساکن در ایران و اگر هر دو در ایران سکونت موقت داشته باشند، دادگاه محل سکونت موقت زوجه برای رسیدگی صالح است. هر گاه هیچ یک از زوجین در ایران سکونت نداشته باشند، دادگاه شهرستان تهران صلاحیت رسیدگی دارد، مگر آن که زوجین برای اقامه دعوی در محل دیگری توافق کنند». متن ماده مزبور نیازی به تحلیل ندارد و قابلیت تطبیق با ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی را دارد. بر این اساس، بر طبق قانون آیین دادرسی مدنی، چنانچه خواننده در ایران اقامتگاه نداشته باشد، دادگاه محل سکونت موقت وی صالح به رسیدگی است، ولی در قانون حمایت خانواده چنانچه احد زوجین مقیم خارج از کشور باشد، دادگاه محل اقامت طرفی که در ایران اقامت دارد، صالح به رسیدگی است. همچنین مطابق قانون حمایت خانواده، اگر زوجین مقیم خارج از کشور باشند، ولی یکی از آنان در ایران سکونت موقت داشته باشد، دادگاه محل سکونت فرد ساکن در ایران،

صالح به رسیدگی است؛ در حالی که بر طبق قانون آیین دادرسی مدنی، چنانچه خواننده در ایران، محل سکونت نداشته باشد، دادگاه محل سکونت موقت وی صالح به رسیدگی است. ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی در پایان این اختیار را به خواهان می‌دهد که چنانچه خواننده در ایران، محل سکونت موقت نداشته باشد و یا دارای مال غیر منقول هم نباشد، در محل اقامتگاه خود اقامه دعوی کند، اما بر اساس قانون جدید حمایت از خانواده، اگر هر یک از زوج یا زوجه در ایران سکونت موقت داشته باشند، دادگاه محل سکونت موقت زوج یا زوجه در ایران سکونت موقت زوج برای رسیدگی صالح است و چنانچه هیچ یک از زوجین در ایران سکونت نداشته باشند، دادگاه شهرستان تهران صلاحیت رسیدگی دارد، مگر آن که زوجین برای اقامه دعوا در محل دیگری توافق کنند.

### **گفتار دوم: قواعد کلی حاکم در دادگاه خانواده و فرآیند دادرسی در آن**

تصویب قانون جدید حمایت خانواده موجب فاصله گرفتن فرآیند دادرسی در محاکم خانواده با دادگاه‌های عمومی حقوقی شده است. دادگاه‌های خانواده در فرآیند دادرسی از اصول و خطوط کلی پیروی می‌کنند که در دادگاه‌های عمومی حقوقی مشاهده نمی‌گردد؛ همچنین دادرسی آنها از لحاظ شکلی مغایر دادرسی رایج در محاکم حقوقی است.

ابتدا قواعد کلی حاکم بر فرآیند دادرسی در دادگاه‌های خانواده را تبیین و پس از آن فرآیند دادرسی بررسی می‌شود:

#### **بند اول: قواعد کلی حاکم بر فرآیند دادرسی**

قواعد حاکم در دادگاه‌های خانواده، قواعد ویژه ای است. در واقع اگر چه بر طبق ماده یک قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه‌های خانواده باید تابع قانون مزبور باشند. با وجود این تصویب قانون جدید خانواده، حاکمیت قانون مزبور را محدود نمود و امروز نمی‌توان به طور قاطع از حکومت مطلق قانون آیین دادرسی مدنی در امور خانوادگی سخن گفت. با وجود این باید پذیرفت که حاکمیت قانون آیین دادرسی مدنی در کلیه دادگاه‌های خانواده یک اصل است و در موارد استثنا باید به قانون حمایت خانواده مراجعه کرد. در نتیجه کلیه اصول دادرسی از قبیل: اصل تناظر، اصل برخورداری از دادرسی منصفانه، اصل برخورداری از حق دفاع و .... در دادگاه‌های خانواده اجرا می‌گردد. همچنان که ماده ۹ قانون جدید



حمایت خانواده مؤید این امر است.<sup>۸</sup> با وجود این دادگاه‌های خانواده مکلف به پیروی از قواعدی در کلیه دعاوی هستند که عبارتند از:

#### ۱- ضرورت حفظ بنیان خانواده

دادرس دادگاه‌ها در تمامی مسائل حقوقی مکلف به حل و فصل اختلافات هستند. حل و فصل اختلافات به معنای حفظ وضع موجود نیست، بلکه می‌تواند جبران خسارت (در مباحث مسئولیت مدنی) یا اعلام بطلان عقد و یا تنفیذ فسخ (در مباحث عقود و قراردادها) باشد. در واقع در قسمت اعظم دعاوی حقوقی، دادگاه صرفاً به دنبال حل و فصل اختلافات میان اصحاب دعواست و به هیچ وجه به دنبال صلح و سازش میان آنان نیست، اما در دادگاه‌های خانواده ضرورت حفظ بنیان خانواده و تلاش برای حل و فصل اختلافات بدون آن که منجر به جدایی گردد، امری مطلوب است و دادگاه‌ها باید تمام تلاش خود را برای اصلاح ذات البین قرار دهند و در منظر آنان نخستین گام در رسیدگی به دعاوی خانوادگی، کوشش برای منصرف نمودن متقاضی طلاق از ادعای خود است.

در قانون حمایت خانواده جدید، نمونه‌هایی از این آرمان ملاحظه می‌گردد و لذا در ماده ۱۱ قانون مزبور آمده است: «دادگاه می‌تواند برای فراهم کردن فرصت صلح و سازش جلسه دادرسی را به درخواست زوجین یا یکی از آنان حداکثر برای دو بار به تأخیر اندازد»، اگر چه ماده مزبور با به کارگیری عبارت «می‌تواند» و «به درخواست زوجین» دادگاه ظاهراً الزامی در امر صلح و سازش ندارد، لیکن در ماده قانون آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار اختیار تأخیر در جلسه دادرسی را تنها برای یک بار مقرر کرده است.<sup>۹</sup>

ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده، قوه قضائیه را مکلف به تأسیس مراکز مشاوره خانواده به منظور کاهش دعاوی طلاق برای حفظ بنیان خانواده کرده است و در ماده ۱۶ قانون مزبور نیز اختیار صلح و سازش را به مراکز مذکور داده.

ماده ۳۴ قانون، اعتبار گواهی عدم امکان سازش برای ارائه به دفتر خانه رسمی طلاق را سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی قطعی دانسته است و ضمانت اجرای عدم انجام این امر را

---

۸- ماده ۹ قانون حمایت از خانواده در این خصوص مقرر می‌دارد: «تشریفات و نحوه ابلاغ در دادگاه خانواده تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است.....».

۹- ماده ۹۹ آیین دادرسی مدنی مقرر می‌کند: «دادگاه می‌تواند جلسه دادرسی را به درخواست و رضایت اصحاب دعوا فقط برای یکبار به تأخیر بیندازد».

بی اعتبار دانستن گواهی مزبور می‌داند. این امر تلاشی از جانب مقنن برای حفظ ساختار خانواده و جلوگیری از از هم گسیختگی آن است.

دادگاه‌های خانواده باید از سیاست‌های مزبور پیروی نمایند و در حفظ کیان خانواده کوشا باشند. به موجب تبصره ماده ۸، چنانچه خواهان، خوانده را مجهول‌المکان معرفی کند، مکلف است آخرین اقامتگاه او را به دادگاه معرفی کند و دادگاه نیز به این مورد اکتفا نمی‌کند، بلکه به طرق مقتضی در این خصوص تحقیق می‌کند. تدبیر مزبور از سوی مقنن راهکاری مناسب در جهت مقابله با اشخاصی است که با معرفی کردن خوانده به صورت مجهول‌المکان در صدد تحقق خواسته‌های خود برای طلاق و یا مقاصدی دیگر هستند.

در ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده آمده است: «نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در جهت محوریت و استواری روابط خانوادگی، نکاح دائم را که مبنای تشکیل خانواده است، مورد حمایت قرار می‌دهد....»؛ بنابراین وقتی که یکی از اهداف راهبردی در کشور ما پاسداری و صیانت از نظام خانواده باشد، محاکم نیز از حیث شکلی و در مقام رسیدگی، مکلف به پیروی از سیاست مزبور هستند.

## ۲- رعایت غبطه و مصلحت کودکان، نوجوانان و محجوران

رسالت دادگاه‌های خانواده تنها به حل و فصل اختلافات زوجین محدود نمی‌گردد، بلکه آنان در تمامی موارد مکلف به رعایت غبطه اشخاص محجور، کودکان و فرزندان هستند. فلسفه رعایت چنین امری مبرهن است. حقوق خانواده حقوقی حمایتی است و حمایت از افراد خانواده امری ضروری و راهبردی است. در قانون حمایت خانواده نیز موادی در خصوص حمایت از کودکان و محجوران ملاحظه می‌گردد.

در ماده ۴۵ قانون مذکور آمده است: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است». اگرچه ماده مزبور تنها از کودکان و نوجوانان سخن به میان آورده است و نامی از محجوران ملاحظه نمی‌گردد، لیکن باید این امر را مسامحه قانون گذار پنداشت و قائل به لزوم حمایت از محجوران گردید؛ به ویژه این که مسائل مربوط به محجوران در دادگاه خانواده مطرح می‌گردد.

بر طبق ماده ۴۶ قانون مذکور، حضور کودکان زیر ۱۵ سال در جلسه دادرسی (جز در موارد استثناء) ممنوع گردیده است.<sup>۱۰</sup> چنین امری چهره‌ای حمایتی دارد و هدف آن

۱۰- ماده ۴۶ قانون حمایت از خانواده مقرر می‌دارد: «حضور کودکان زیر پانزده سال در جلسات رسیدگی به دعاوی

حمایت از اشخاص مذکور است.

بر طبق ماده ۵۳ قانون مزبور، عدم پرداخت نفقه زوجه و سایر اشخاص واجب النفقه (از جمله کودکان) جرم شناخته شده است و مرتکب آن به حبس تعزیری درجه شش، محکوم می‌گردد؛ همچنین در تبصره ماده مزبور نیز عدم پرداخت نفقه کودکان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی را مشمول مقررات ماده مذکور قرار داده است. این در حالی است که بر طبق ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی سابق تنها عدم پرداخت نفقه زوجه یا سایر افراد واجب النفقه جرم بود ولی بر طبق قانون حمایت خانواده جدید این امر به سایر اشخاص گسترش یافته است. جرم انگاری جدید قانون گذار قابل ستایش است و گامی در جهت حمایت خانواده و اعضای آن به ویژه با نوآوری در زمینه کودکانی که والدین طبیعی آنان افرادی غیر از سرپرستان فعلی آنان هستند.

بند دوم: فرآیند دادرسی در دادگاه خانواده

۱- حاکمیت قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قاعده ای کلی

دادرسی در دادگاه‌های خانواده تابع تشریفات خاصی است، اما محاکم خانواده ناگزیر از اجرای قواعد عام آیین دادرسی هستند. ماده ۸ قانون جدید حمایت خانواده در این خصوص مقرر می‌دارد «رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدیم دادخواست و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌گردد». نص مذکور خالی از ابهام نیست و مشخص نیست مراد واقعی مقنن کدام تشریفات است؟ آیا این امر به معنای انصراف از اصول کلی راهبردی در کلیه دادرسی‌های مدنی است؟ رویه عملی محاکم دادگاه‌های خانواده حاکی از این امر است که دادگاه‌های خانواده پیوسته اصول کلی دادرسی مدنی که در دادگاه‌های عمومی حقوقی اجرا می‌شد را رعایت می‌کردند.

نگاهی اجمالی به مواد بعد، ابهام مزبور را رفع می‌کند، در موارد مزبور مشاهده می‌شود که مقنن در خصوص نحوه خوانده مجهول المکان (ماده ۸)، تشریفات و نحوه ابلاغ (ماده ۹)، تأخیر جلسه دادرسی (ماده ۱۰) تأمین خواسته (ماده ۱۱) و ... مقررات خاصی را پیش بینی کرده است که ویژه دادرسی در محاکم خانواده است، بنابراین به عنوان یک اصل کلی باید پذیرفت که فرآیند دادرسی در دادگاه‌های خانواده تابع فرآیند دادرسی در دادگاه‌های عمومی حقوقی است، مگر این که قانون جدید حمایت خانواده خلاف آن مقرر

نموده باشد. بر این اساس، شروع رسیدگی در دادگاه‌های خانواده مستلزم تقدیم دادخواست است (ماده ۴۸ آیین دادرسی مدنی).

دادخواست باید به تعداد خوانده به علاوه یک نسخه باشد (ماده ۶۰ آیین دادرسی مدنی) و خواهان مکلف است مشخصات دقیق خوانده یا خواندگان را در دادخواست ذکر کند (ماده آیین دادرسی مدنی).

## ۲- استثنائات وارده بر اصل

در دادگاه خانواده اصل بر حکومت قانون آیین دادرسی مدنی و دادگاه خانواده مکلف به پیروی از اصول کلی دادرسی مدنی است. با وجود این در قانون جدید خانواده استثنائاتی مشاهده می‌گردد و قانون مزبور مواردی را مطرح کرده که ویژه دادرسی در دادگاه‌های خانواده است. موارد مزبور از نوآوری‌های قانون جدید هستند که در زیر به بررسی آنها می‌پردازیم:

### الف- ضرورت ارجاع دعوی طلاق توافقی به مرکز مشاور خانواده

تا پیش از تصویب قانون جدید حمایت خانواده، دادگاه به طور مستقیم درخواست‌های طلاق (اعم از توافقی و غیر توافقی) را مورد پذیرش و بررسی قرار می‌داد و سپس به داوری ارجاع می‌داد؛ لیکن بر اساس ماده ۲۵ قانون جدید حمایت خانواده، دادگاه در خصوص طلاق توافقی مکلف به احاله امر به مرکز مشاور خانواده است؛ همچنین بر طبق ماده ۲۷، دادگاه در موارد طلاق توافقی تکلیفی به ارجاع امر به داوری ندارد. عدم لزوم ارجاع امر به داوری پیرامون طلاق توافقی را باید از نکات مثبت قانون جدید دانست؛ چرا که در مواردی که زوجین قصد قطعی و دائمی به جدایی از یکدیگر دارند، ارجاع امر به دو داور، دستاوردی جز اطاله دادرسی ندارد.

### ب- خوانده مجهول المکان

در خصوص خوانده مجهول المکان، قانون جدید حمایت خانواده قواعدی مغایر قانون آیین دادرسی مدنی دارد. در تبصره ماده ۸ حمایت خانواده آمده است: «هرگاه خواهان، خوانده را مجهول المکان معرفی کند، باید آخرین اقامتگاه او را اعلان کند. دادگاه به طرق مقتضی در این باره تحقیق و تصمیم‌گیری می‌کند».

این در صورتی است که طبق ماده ۷۳ در صورتی که خواهان، خوانده را مجهول المکان معرفی کند، دادخواست و مفاد آن در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار به هزینه

خواهان، اعلام خواهد شد. همان طور که مشاهده می‌کنیم، قانون حمایت خانواده در این خصوص حمایت بیشتری از حقوق خوانده می‌کند، چراکه خواهان بر طبق قانون آیین دادرسی مدنی، تکلیفی به معرفی آخرین اقامتگاه خوانده ندارد. دادگاه نیز تکلیفی به تحقیق و تصمیم‌گیری در این مورد ندارد؛ بنابراین تدابیر متخذة در ماده ۸ مانعی جدی برای خواهانی است که با هدف اغوای دادگاه بر خلاف واقع، خوانده را مجهول‌المکان معرفی می‌کند تا با عدم ابلاغ مناسب، زمینه‌ای غیر واقعی را برای کسب رأی از دادگاه فراهم آورد و این ابداع و نوآوری قابل ستایش است.

### ج- ابلاغ از طریق واسطه‌های الکترونیکی

در قانون آیین دادرسی مدنی، مقررات جامعی در خصوص ابلاغ وجود دارد، ولی نحوه ابلاغ بر طبق قانون مزبور، ابلاغ از طریق مأمور ابلاغ و اخطاریه است. از جمله نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده، پیش‌بینی امکان ابلاغ از طریق وسایل الکترونیکی از قبیل نامبر، پیام تلفنی و پست الکترونیک است. البته ابلاغ از طریق واسطه‌های الکترونیکی در دعاوی خانواده در صورتی امکان‌پذیر است که اصحاب دعوا در این خصوص توافق کرده باشند؛ چرا که بر طبق ماده ۹، تشریفات و نحوه ابلاغ در دادگاه خانواده تابع مقررات آیین دادرسی مدنی است.

ابلاغ از طریق ابزار نوین الکترونیکی موجب سهولت در امر ابلاغ می‌گردد. با وجود این، به کارگیری روش مذکور معایبی را به همراه دارد. به طور مثال دادگاه چگونه احراز نماید که ایمیل ارسال شده به خواهان یا خوانده به دست وی رسیده است؟ چنانچه ابلاغ به دست وی رسیده باشد، اما از قرائت آن خودداری نماید آیا ابلاغ قانونی است یا واقعی؟ سوالات و ابهاماتی که همچنان در سامانه ثنا نیز وجود دارد.

### د- تأخیر جلسه دادرسی

بر طبق ماده ۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی تأخیر در جلسه دادرسی تنها در یک نوبت امکان‌پذیر است، اما بر طبق ماده ۱۰ قانون جدید حمایت خانواده، دادگاه می‌تواند حداکثر تا دو بار جلسه دادرسی را به تأخیر اندازد و تأخیر مزبور، منوط به تحقق دو شرط است: نخست در خواست یکی از زوجین باشد؛ بنابراین تا زمانی که یکی از اصحاب دعوا از دادگاه درخواست نکرده باشد، دادگاه حق ندارد رأساً جلسات را به تأخیر بیندازد.

دیگر آنکه تأخیر جلسه برای فراهم کردن زمینه‌های صلح و سازش مناسب باشد. اگر

یکی اصحاب دعوا درخواست تأخیر جلسه دادگاه را بدهد، ولی به تشخیص دادگاه، درخواست طرف برای فراهم کردن صلح و سازش مناسب نباشد و هدف درخواست دهنده اطلاع دادرسی باشد، دادگاه درخواست وی را نمی‌پذیرد.

#### ه- مهریه صد و ده سکه

بر طبق ماده ۲۲ قانون جدید حمایت خانواده، زوجه برای وصول مهریه (از طریق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی) تا صد و ده سکه نیازی به احراز ملائت زوج ندارد، ولی چنانچه تعداد سکه‌ها بیش از مقدار مزبور باشد، مکلف به اثبات ملائت زوج است. در خصوص ماده مزبور یکی از استادان، معتقد است: «ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده این است که در مهریه تا ۱۱۰ سکه، بدهکار برای اینکه به زندان نرود، باید اعسار خود را ثابت کند و در مازاد بر ۱۱۰ سکه ملائت، ملاک است، یعنی بار اثبات به عهده طلبکار (زن) است. البته اگر زوجه از طریق دادگاه طلبش را مطالبه کند، باید ملائت را در دادگاه اثبات کند و اگر از طریق ثبت تقاضای وصول کند، توقیف مال دلیل بر ملائت است.» (صفایی، [www.ekhtebare.com](http://www.ekhtebare.com)). با وجود این به نظر می‌رسد اندیشه مزبور خالی از ایراد نباشد: ماده ۲۲ قانون حمایت از خانواده، قبل از آنکه لازم الاجرا شود، فاقد کارایی‌های لازم شد؛ چرا که رئیس قوه قضائیه با اصلاح ماده ۱۸ آیین نامه اجرای ماده ۶ نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوبه سال ۱۳۸۷ را در مرداد ماه سال ۹۱ اصلاح کرد<sup>۱۱</sup> که بر اساس آن قانون، اصل اولی، عدم حبس زوج است، مگر آنکه مطابق تبصره، زوجه بتواند توانایی‌های مالی زوج را به قاضی دادگاه اثبات

---

۱۱- در اجرای ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۸۷ و با توجه به تعبیر «متنع» و نیز «در صورتی که معسر نباشد» در ماده ۲ قانون مذکور و نظر به فتوای حضرت امام خمینی قدس سره و رهنمودهای اخیر مقام معظم رهبری مدظله العالی در همایش قوه قضائیه، بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به شرح زیر اصلاح می‌گردد:

«ج - در سایر موارد چنانچه ملائت محکوم‌علیه نزد قاضی دادگاه ثابت نباشد، از حبس وی خودداری و چنانچه در حبس باشد، آزاد می‌شود.

تبصره - در صورتی که برای قاضی دادگاه ثابت شود محکوم‌علیه با وجود تمکن مالی از پرداخت محکوم‌به خودداری می‌کند، با درخواست محکوم‌له و با دستور قاضی دادگاه، تا تأدیه محکوم‌به حبس می‌شود.»

نماید و در این صورت زوج در صورت عدم پرداخت مهریه حبس می‌شود. به هر شکل چه در گذشته و چه اکنون با توجه به عدم توانایی زوجه در احصاء معرفی اموال زوج، عملاً امکان حبس زوج به دلیل عدم تأدیه مهر میسر نمی‌باشد. نکته قابل تأمل این که مقدار صد و ده سکه صرفاً نام مبارک حضرت علی (ع) به حروف الفبای ابجد است و به نظر نمی‌رسد فلسفه ای جز این داشته باشد.<sup>۱۲</sup>

و- اصل عدم امکان حضور اشخاص زیر پانزده سال

یکی از اصول دادرسی این است که اصحاب دعوا بتوانند با تمسک به شهود یا مجلوب ثالث، ادعای خویش را اثبات کنند و اساساً هیچ گونه ممنوعیتی برای حضور شخص یا اشخاصی در جلسه دادرسی ملاحظه نمی‌شود. با وجود این در جلسات رسیدگی به دعاوی خانوادگی، مواردی مطرح می‌گردد که ممکن است از لحاظ عاطفی و روانی تأثیر نامطلوبی را بر روح و روان کودک و اشخاص غیر بالغ قرار دهد و همان طور که گفته شد یکی از رسالت‌های قانون حمایت خانواده، صیانت از اعضای خانواده است. بر این اساس ماده ۴۶ قانون حمایت خانواده، حضور اشخاص زیر ۱۵ سال را ممنوع و منوط به تجویز دادگاه کرده است.

این مورد گامی مثبت در حمایت از کودکان است، اما مسأله ای که قابل تأمل است، ملاک‌ها و معیارهای تجویز دادگاه می‌باشد و اینکه دادگاه در چه مواردی باید حضور اشخاص مذکور را منع کند؟ اکنون با توجه به فقدان معیار قانونی، ضابطه آن عملاً رأی و نظر قاضی خواهد بود.

### گفتار سوم: قواعد حاکم بر آیین‌های ویژه دادرسی و اجرای حکم

نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده تنها منحصر به فرآیند دادرسی و صدور حکم نیست، بلکه در باب مقررات اجرایی نوآوری‌هایی ملاحظه می‌گردد. آیین‌های ویژه ای همچون دستور موقت و تأمین خواسته را نمی‌توان از موارد اجرای حکم پنداشت، اما از آن جا که موارد مذکور دستورات و اقداماتی اجرایی می‌باشند که پیش از صدور حکم اجرا می‌گردند و شباهت زیادی با اجرای حکم دارند، در این گفتار همراه مبحث اجرای حکم

مورد بررسی قرار می‌گیرند.

بند اول: قواعد حاکم بر آیین‌های ویژه دادرسی در قانون جدید حمایت خانواده از دو آیین ویژه دادرسی (دستور موقت و تأمین خواسته) نام برده شده است. در این بند هر یک از آنها جداگانه بررسی می‌شوند.

#### ۱- دستور موقت

از جمله نوآوری‌های قانون جدید حمایت خانواده پیش بینی دستور موقت است. ماده ۷ این قانون مقرر می‌دارد: «دادگاه می‌تواند پیش از اتخاذ تصمیم در مورد اصل دعوی به درخواست یکی از طرفین در اموری از قبیل حضانت، نگهداری و ملاقات طفل و نفقه محجور که تعیین آنها فوریت دارد، بدون اخذ تأمین، دستور موقت صادر کند. این دستور بدون نیاز به تأیید رئیس حوزه قضایی قابل اجراست. چنانچه دادگاه ظرف شش ماه راجع به اصل دعوا اتخاذ تصمیم نکند، دستور صادر شده ملغی محسوب و از آن رفع اثر می‌شود، مگر آنکه دادگاه مطابق این ماده دوباره دستور موقت صادر کند».

مطالعه تطبیقی میان این دستور موقت با دستور موقت مندرج در مواد ۳۱۰ به بعد آیین دادرسی مدنی تفاوت‌های زیر را نشان می‌دهد: دستور موقت قانون جدید حمایت خانواده بدون اخذ تأمین صادر می‌شود، اما بر طبق ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، صدور قرار دستور موقت، منوط به سپردن تأمین است.

دستور موقت قانون جدید حمایت خانواده بدون تأیید رئیس حوزه قضایی قابل اجراست، اما دستور موقت قانون آیین دادرسی مدنی بر طبق تبصره ۱ ماده ۳۲۵ در هر حال منوط به تأیید رئیس حوزه قضایی است.

الغاء دستور موقت در قانون جدید حمایت خانواده منوط به عدم اتخاذ تصمیم دادگاه در طی شش ماه است؛ لیکن چنین امری در قانون آیین دادرسی مدنی از موجبات رفع آن نیست. در خصوص فلسفه تفاوت‌های مزبور نکات زیر به نظر می‌رسد: اخذ تأمین در دستور موقت به دلیل جبران خسارت احتمالی که از اجرای دستور حاصل می‌گردد، می‌باشد (شمس، ج ۳، ۱۳۸۴، ۳۸۹)، در حالی که اجرای دستور موقت در دعاوی خانوادگی و در مسائلی از قبیل حضانت، ملاقات با طفل، نفقه محجور و ... منجر به خسارتی نمی‌گردد که مستلزم اخذ تأمین باشد، وانگهی اخذ تأمین (مال) نباید مانعی در جهت آمل و خواسته‌های معنوی و اخلاقی اشخاص در موارد مذکور شود.



عدم لزوم تأیید رئیس حوزه قضایی با توجه به فوریت اجرای دستور، امری مثبت و قابل دفاع است، اما مسأله ای که قابل تأمل است آن که چرا باید دستور موقت ظرف شش ماه خود به خود توسط دادگاه ملغی‌الاثرباشد؟ در حالی که در محاکم کنونی پرونده‌ها به طور معمول ماه‌ها و حتی سال‌ها در جریان هستند، چرا گذر شش ماه باید منجر به الغای دستور موقت شود؟ نکته دیگر، ابهام آغاز شش ماه است. در ماده ۷ مقنن صرفاً مهلت شش ماهه را ذکر کرده است، بی آن که آغاز آن را معین کند؛ به عبارت دیگر مشخص نیست که بازه زمانی شش ماهه از چه زمانی آغاز می‌گردد. با وجود این به نظر می‌رسد که آغاز بازه زمانی از تاریخ صدور دستور موقت باشد.

به صراحت ماده ۷ قانون حمایت خانواده، صدور دستور موقت، منوط به درخواست یکی از طرفین است و دادگاه نمی‌تواند رأساً اقدام به صدور دستور موقت کند. به نظر می‌رسد موارد مذکور در ماده، حصری نباشند، بلکه تمثیلی است؛ چرا که مقنن عبارت «از قبیل» را در ماده مذکور به کار برده است، بنابراین دادگاه می‌تواند به منظور تضییع احتمالی اموال جهیزیه، دستور موقت صادر کند.

در آخر باید افزود که با توجه به حکومت قانون آیین دادرسی مدنی در تمامی امور حقوقی، دستور موقت مندرج در ماده ۷ در سایر شرایط، احکام و آثار، تابع قانون آیین دادرسی مدنی است، بنابر این صدور آن منوط به احراز فوریت است (ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی). تجدیدنظر خواهی نسبت به قبول یا رد دستور موقت، ضمن تجدیدنظر خواهی نسبت به رأی امکان پذیر است (ماده ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی) و در موارد فوریت پیش از ابلاغ حکم قابل اجراست (ماده ۳۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی).

## ۲- تأمین خواسته

از دیگر آیین‌های ویژه ای که در قانون جدید حمایت خانواده پیش بینی شده است، تأمین خواسته است. ماده ۱۱ قانون مزبور در این خصوص مقرر می‌دارد: «در دعاوی مالی موضوع این قانون، محکوم له پس از صدور حکم قطعی و تا پیش از اجرای آن نیز می‌تواند از دادگاهی که حکم نخستین را صادر کرده است، تأمین محکوم به را درخواست کند».

در ماده مزبور بر خلاف دستور موقت، تغییر چندانی از حیث شرایط، احکام و آثار ملاحظه نمی‌گردد. در ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «خواهان می‌تواند قبل از تقدیم دادخواست یا ضمن دادخواست، راجع به اصل دعوا یا جریان دادرسی تا وقتی

که حکم قطعی صادر نشده است، در موارد ذیل از دادگاه درخواست تأمین خواسته نماید...». بنابر این ملاحظه می‌شود که در قانون جدید حمایت خانواده بر خلاف قانون آیین دادرسی مدنی، دامنه درخواست تأمین خواسته حتی تا پس از حکم قطعی نیز مقرر شده است و مرجع صالح برای رسیدگی به درخواست تأمین خواسته، دادگاه بدوی صادر کننده حکم است، نه دادگاه تجدیدنظر و این در حالی است که بر طبق قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست تجدیدنظر از جانب تجدیدنظر خواه، موجب پایان صلاحیت دادگاه بدوی می‌گردد و متقاضی تأمین خواسته مکلف است در مرحله تجدیدنظر، در خواست خود را به دادگاه تجدیدنظر بدهد (شمس، ج ۳، ۱۳۸۴، ۴۵۳).

در دادگاه خانواده بر خلاف قانون آیین دادرسی مدنی، متقاضی تأمین خواسته مکلف است درخواست خود را به دادگاه بدوی تقدیم نماید، حتی اگر پرونده در مرحله تجدیدنظر باشد.

اختیار در خواست تأمین خواسته حتی پس از قطعیت، اختیار ویژه ای است که قانون جدید به زوجه اعطا کرده است، اما پرسشی که مطرح می‌باشد این است که فلسفه اعطای اختیار مزبور چیست؟ چرا محکوم له بتواند با وجود قطعیت حکم، با سپردن خسارت احتمالی در صندوق دادگستری از دادگاه بدوی تقاضای تأمین کند و به جای آن حکمی که قطعی گردیده است را اجرا نکند؟

صرف نظر از تفاوت‌های فوق، تأمین خواسته مقرر در ماده ۱۱، تابع شرایط، آثار و احکام مواد ۱۰۸ به بعد آیین دادرسی مدنی است، بنابراین متقاضی تأمین خواسته جز در موارد استثنا، مکلف به پرداخت خسارت احتمالی است (ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی). قرار قبول یا رد تجدیدنظر مستقلاً قابل تجدیدنظر نیست (ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی) و بنابراین در صورت بر طرف شدن موجبات تأمین، قرار مرتفع می‌گردد (ماده ۱۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی).

بند دوم : قواعد حاکم بر اجرای حکم

قانون جدید حمایت خانواده صرفاً در خصوص دعاوی طلاق نمی‌باشد، بلکه موضوعات متعددی در این قانون قابل طرح هستند؛ لیکن قانون مزبور در مبحث اجرای احکام صرفاً اجرای حکم طلاق را در فصل چهارم مورد بررسی قرار داده است و به سایر موارد نپرداخته است، بنابراین بدیهی است که سایر موارد تابع قواعد عمومی اجرای احکام مدنی باشند. از آن جا که طلاق یکی از مهم ترین مسائل حقوق خانواده است در این بند نوآوری‌های

قانون جدید حمایت خانواده بررسی می‌شود.

#### ۱- مبدأ محاسبه زمان اجرای حکم

بر طبق قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی، رأی صادره از سوی دادگاه هنگامی قابلیت اجرا خواهد داشت که قطعی گردد (ماده ۳۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ قانون اجرای احکام مدنی)، لیکن طرق شکایت از آراء، تنها به تجدیدنظر خواهی ختم نمی‌شود. از آن جا که بر طبق مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ آیین دادرسی مدنی دعوی طلاق قابلیت فرجام دارند، این احتمال وجود دارد که رأی صادره از جانب دادگاه تجدیدنظر توسط دیوان عالی کشور نقض گردد و توسط مرجعی دیگر، رأیی مغایر و مخالف رأی نخستین صادر گردد. در این حالت چنانچه رأی اولیه اجرا شده باشد، اعاده وضعیت می‌گردد (ماده ۳۹ اجرای احکام مدنی).

اعاده وضعیت مزبور در دعاوی و امور مالی با مواردی از قبیل استرداد مال، اعاده تصرف و ... امکان پذیر است، اما در دعاوی و امور خانوادگی اعاده وضعیت با دشواری‌هایی مواجه است. مثلاً زوجه ممکن است پس از طلاق، مجدداً ازدواج نماید؛ حال چنانچه طلاق وی توسط دیوان نقض گردد، اعاده وضعیت به چه صورتی خواهد بود؟ آیا ازدواج دوم وی باطل است؟ فرزندان ناشی از ازدواج دوم از لحاظ حقوقی چه وضعیتی خواهند داشت؟

ماده ۳۲ قانون جدید حمایت خانواده در این خصوص مقرر می‌دارد: «در مورد حکم طلاق، اجرای صیغه و ثبت آن حسب مورد، منوط به انقضای مهلت فرجام خواهی یا ابلاغ رأی فرجامی است». بنابراین ملاحظه می‌کنیم که بر طبق قانون جدید حمایت خانواده، اجرای حکم طلاق منوط به نهایی شدن رأی است و صرف قطعیت رأی، کفایت نمی‌کند. فلسفه تدبیر مزبور نیز ممانعت از آثار نامطلوب رأی قطعی است.

#### ۲- مکان اجرای صیغه طلاق

پیرامون مکان اجرای صیغه طلاق ماده ۳۷ قانون جدید حمایت خانواده مقرر می‌دارد: «اجرای صیغه طلاق با رعایت جهات شرعی در دفترخانه یا هر محل دیگر و با حضور سردفتر انجام می‌شود». نص مزبور، مبرهن است و نیازی به توضیح ندارد؛ لیکن مسأله قابل تأمل، عبارت «یا در محل دیگر» است.

۳۵

مراد از محل مزبور کدام محل است؟ از آنجا که سردفتران خارج از دفاتر خود تکلیفی در ایفای وظیفه ندارند، اجرای صیغه طلاق در کدام محل، مطلوب مقنن بوده

است؟ به نظر می‌رسد عبارت مذکور دارای ابهام است.

### ۳- ثبت طلاق

ماده ۲۴ قانون جدید حمایت خانواده به عنوان یک اصل کلی مقرر می‌کند که ثبت طلاق و سایر موارد انحلال، منوط به صدور گواهی عدم امکان سازش و حکم دادگاه است. همچنین بر اساس ماده ۲۹، ثبت طلاق، موکول به تأدیه حقوق مالی زوجه است. طلاق نیز در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دائر بر اعسار زوج یا تقسیت محکوم به ثبت خواهد شد و چنانچه زوجه بدون دریافت حقوق مزبور به ثبت طلاق رضایت دهد، می‌تواند حقوق خود را از طریق اجرای احکام مطالبه کند.

### نتیجه گیری

قانون جدید حمایت خانواده با هدف حمایت خانواده و صیانت از ساختار آن به تصویب رسید. آرمان اصلی تصویب کنندگان قانون مزبور، انطباق قانون مزبور با آخرین تحولات و وقایع دنیای معاصر و با هدف رفع مشکلات دادگاه‌های فعلی است. مقنن در سه بعد تشکیلات دادگاه خانواده، فرآیند دادرسی و اجرای احکام، دست به ابتکاراتی زده است.

در باب صلاحیت دادگاه خانواده مهمترین مسأله، افزایش صلاحیت دادگاه خانواده می‌باشد که مسأله ارزنده‌ای است. در خصوص موارد صلاحیت، خسارت ناشی از نامزدی مجدداً احیا گردیده است که این امر نیز مسأله‌ای قابل ستایش است.

امکان زوجه به اقامه دعوا در محل اقامتگاهش نیز یکی از مسائل تأمل برانگیز قانون جدید است که با هدف حفظ بنیان خانواده و ممانعت از تصمیمات مقطعی و زودگذر برای طلاق توسط زوجین منافات دارد. در واقع مشخص نیست که مقنن با چه هدفی صرفاً زوجه را از قاعده کلی لزوم مراجعه به محل اقامتگاه خواننده برای اقامه دعوا، معاف کرده است.

از لحاظ ترکیب اعضای دادگاه خانواده، حضور قاضی مشاور زن در جلسات دادرسی و نقش وی در مرحله صدور رأی، مثبت ارزیابی می‌گردد. با وجود این، باید تلاش‌هایی به منظور اجرای این مصوبه صورت گیرد، به گونه‌ای که اجرای آن امری صوری نشود و حضور قاضی مشاور زن نقش نمادین پیدا نکند.

در خصوص فرآیند دادرسی نیز ابتکاراتی ملاحظه می‌گردد. ابلاغ جلسات دادرسی از طریق وسایل نوین الکترونیکی، امکان تأخیر در جلسات دادگاه تا دو مرتبه، خواننده

مجهول المكان، مراجعه دعوی طلاق توافقی به مراکز مشاوره خانواده، عدم امکان حضور اشخاص زیر پانزده سال و ... از جمله نوآوری‌های قانون جدید هستند. با وجود این به نظر می‌رسد که تغییر و تحولات مزبور در جهت تخصصی کردن دادرسی در دادگاه‌های خانواده ناکافی به نظر می‌رسد و مقنن باید در اصلاحات و یا مصوبات تقنینی بعدی گام‌هایی در این راستا بردارد.

از لحاظ اجرایی، وصول مهریه (از طریق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی) تا سقف صد و ده سکه نیازی به اثبات ملائت زوج ندارد و تا بیش از آن زوج مکلف به احراز ملائت زوج است. آنچه مبهم است فلسفه تعداد صد و ده سکه است؛ همچنین اگر مراد مقنن کاهش تعداد زندانیانی باشد که به واسطه اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، راهی زندان‌ها می‌شوند؛ باید پذیرفت که پرداخت صد و ده سکه نیز برای برخی از محکومان، دشوار است و ممکن است که هدف مزبور به طور کامل محقق نگردد.

پیرامون آیین‌های ویژه دادرسی در قانون جدید، دو مورد دستور موقت و تأمین خواسته پیش بینی شده است. سیاست کلی مقنن در هر دو مورد توسعه اعمال هر دو آیین در دعوی خانوادگی در دادگاه خانواده است؛ لذا ملاحظه شد که بر خلاف مقررات آیین دادرسی مدنی، صدور قرار دستور موقت، منوط به موافقت رئیس حوزه قضایی نیست و حتی بدون اخذ تأمین صادر می‌گردد. در باب تأمین خواسته نیز متقاضی تأمین خواسته می‌تواند درخواست خود را حتی پس از قطعیت حکم ارائه دهد که تدبیر مزبور برای حفظ حقوق خواهان را باید مثبت ارزیابی نمود.

تحول دیگر مقنن در باب امور و دعوی طلاق در دادگاه خانواده را می‌توان به اجرای حکم طلاق پس از انقضای مهلت فرجام خواهی و نهایی شدن رأی دانست. تدبیر مزبور، قابل تقدیر است و به منظور کاهش آثار نامطلوب اجرای رأی پس از قطعیت حکم است.

به رغم آنکه یکی از اهداف تدوین این قانون، تجمیع قوانین پراکنده حاکم بر نهاد خانواده بوده است، ولی به نظر می‌رسد قانون حمایت خانواده سابق مصوب ۱۳۵۳ نسخ نشده و در مواردی از قبیل ازدواج مجدد باید آن قانون را لازم‌الاجرا دانست. به هر شکل، قانون حمایت از خانواده با همه مزایا و معایب خود برای همه دستگاه‌های اجرایی کشور، لازم‌الاجراست و امیدواریم این قانون

بتواند کارایی لازم را در برطرف کردن مشکلات خانواده در جامعه به نمایش بگذارد.

### گزیده منابع

- روشن، محمد (۱۳۹۱)، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، چاپ نهم، تهران، انتشارات دراک.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، *بررسی فقهی حقوقی نکاح و انحلال آن*، چاپ پانزدهم، تهران، نشر علوم اسلامی.
- مهرپور حسین، روشن، محمد و محمدی رمقانی، حسن (۱۳۹۱)، *مطالبات زوجه و روئس وصول آن*، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل.

# ایفای دین از سوی شخص ثالث

## در رویه قضایی

دکتر عباس میرشکاری<sup>۱</sup>

آقای الف، خانه‌ای را از آقای ب خریده است. با توجه به اینکه آقای ب، بابت عوارض شهرداری به این نهاد اداری بدهکار بوده است، در قرارداد خرید خانه تصریح می‌شود که پرداخت عوارض شهرداری بر عهده آقای ب است. آقای ب، برای پرداخت بدهی خویش به شهرداری اقدامی نمی‌کند. آقای الف، با توجه به پیگیری‌های شهرداری، از سر ناچاری اقدام به پرداخت بدهی آقای ب به شهرداری می‌کند، بی‌آنکه از پیش، از آقای ب اجازه‌ای بگیرد. پس از این ماجرا، به آقای ب رجوع می‌کند تا مبلغ پرداخت شده را مسترد کند، اما با پاسخ منفی آقای ب روبه‌رو می‌شود. ظاهر ماده ۲۶۷ ق.م. نیز، در تأیید سخن آقای ب است: بر اساس این ماده، «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است، اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد». بدین ترتیب، اثر وضعی پرداخت دین دیگری (ولو آنکه بدون اجازه بدهکار باشد) سقوط دین بدهکار است، اما ثالثی که بدون اجازه اقدام به پرداخت بدهی بدهکار کرده، تنها زمانی می‌تواند به بدهکار رجوع کند که برای پرداخت از او اجازه گرفته باشد. برای نمونه، در دادنامه شماره ۷۴۲ به تاریخ ۱۳۹۱/۷/۱۹ صادره از سوی شعبه ۱۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین می‌خوانیم:

«در خصوص دعوی آقای ا.ن. به طرفیت آقای م.ح. به خواسته مبلغ ۱۴۲/۷۸۴/۰۰۰ ریال بابت پرداخت عوارض نوسازی شهرداری... وکلای خواهان چنین توضیح داده‌اند که

موکل به موجب مبیعه‌نامه عادی یک باب مغازه از خواننده دعوی خریداری نموده و در ذیل مبیعه‌نامه قید شده هزینه‌ها اعم از عوارض شهرداری از نظر تجاری و پایان کار تفکیکی به عهده فروشنده یعنی خواننده می‌باشد. نامبرده بدهی خود یعنی عوارض شهرداری را تسویه ننموده و شهرداری مبادرت به پلمپ ملک خریداری شده می‌نماید. موکل جهت جلوگیری از پلمپ به شهرداری مراجعه و عوارض شهرداری را با اخذ تخفیف، پرداخت می‌کند. لذا مطالبه وجوه پرداختی و کلیه خسارات، مورد استدعاست. وکیل خواننده طی توضیحات در جلسه دادگاه و لایحه شماره ۹۱۱۱۵۰۶-۹۱/۷/۱۵ در مقام دفاع اعلام می‌کند: شرط مندرج در قرارداد (پرداخت عوارض توسط فروشنده یعنی خواننده) شرط فعل است و در صورت استتکاف، حسب مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی، متعهدله مکلف است به حاکم مراجعه نماید، تقاضای اجبار به وفای به شرط نماید و اگر متعهد، استتکاف ورزد آن گاه حاکم می‌تواند متعهد را ملترزم و موجبات انجام، فراهم نماید. در ما نحن فیه، متعهدله بر خلاف مقررات قانون مدنی خود، رأساً اقدام به ایفای تعهد نموده بدون آنکه مأذون از قبل موکل باشد، بنابراین با وصف فوق، حق رجوع ندارد. دادگاه با توجه به محتویات پرونده و اظهارات و لوایح طرفین، نظر به اینکه وکلای خواهان دلیلی بر پلمپ مغازه یا اخطاریه ارائه ننموده‌اند و از طرف دیگر، برای پرداخت عوارض، مجوزی از طرف متعهد ارائه ننموده و رأساً اقدام به پرداخت عوارض شهرداری نموده. هرچند که در مبیعه‌نامه تسویه به عهده خواننده قرار داده شده، لکن پرداخت آن بدون اذن متعهد و الزام حاکم موجبی برای رجوع به متعهد نیست، لذا به استناد مواد پیش‌گفته و ماده ۲۶۷ حکم به بطلان دعوی صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض و رسیدگی در محاکم محترم تجدید نظر استان تهران می‌باشد».

با توجه به تجدید نظرخواهی دادباخته، شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بدون ارائه استدلال خاصی، اقدام به تأیید رأی دادگاه نخستین می‌کند.

با این حال، اجرای تام و تمام این باور درباره ثالثی که چاره‌ای جز پرداخت بدهی بدهکار نداشته، دشوار است. فرض کنیم مردی بابت عدم پرداخت بدهی‌اش روانه زندان می‌شود. همسر این مرد، برای خلاص کردن شوهرش از بند، بی‌آنکه اجازه‌ای از وی بگیرد، اقدام به پرداخت بدهی‌های وی می‌کند. حال، انصاف است که زن امکان رجوع به شوهر برای استرداد آنچه بر عهده وی بوده، نداشته باشد؟ برای همین، رویه قضایی تلاش کرده از حکم اولیه مندرج در ماده ۲۶۷ ق.م. فراتر رفته و به کمک احکام ثانویه راهی بیابد. در این مسیر، از روش‌های مختلفی استفاده شده است:

۴۰



## یک: قاعده لاضرر

برخی از دادگاه‌ها تلاش کرده‌اند با استناد به قاعده لاضرر راهی بیابند: اینکه الف دین ب را پرداخت کرده و با این حال، حق رجوع به وی را نداشته باشد، به زیان الف است. برای این زیان باید به استناد قاعده لاضرر راهی پیدا کرد. به دادنامه زیر به شماره ۶۴۶ به تاریخ ۹۰/۶/۵ صادره از سوی شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی تهران توجه کنید:

«در خصوص دادخواست تقدیمی آقایان ۱. م.ح. ۲. ع.ح. و به طرفیت آقای ح.ن. به خواسته مطالبه مبلغ یکصد میلیون ریال بابت واریزی تسهیلات بانکی، وکیل خواهان در تشریح خواسته موکلین اظهار داشت: برابر قرارداد مشارکت مدنی مورخ ۱۳۸۰... ساخت و تحویل ۱۲ واحد آپارتمان مسکونی ... مربوط به موکلین به خواننده فوق محول گردید و ایشان موظف بوده است پس از تکمیل ساخت و تکمیل نسبت به تسویه حساب‌های نهایی از تمامی مبادی مربوطه از جمله فک رهن و تسویه از بانک تسهیلات‌دهنده اقدام نماید که متأسفانه این امر چندین سال به تأخیر افتاده است تا اینکه سرانجام موکل اینجانب، خواهان ردیف اول (م.ح.) حسب تقاضای خواننده، مبادرت به پرداخت مبلغ خواسته بابت فک رهن سند شماره ... نمود و در نتیجه، مستدعی محکومیت خواننده مطابق خواسته اعلامی بوده فلذا دادگاه... در خصوص خواسته خواهان ردیف اول با توجه به محتویات پرونده، علی‌الخصوص قرارداد مشارکت در ساخت و تقسیم‌نامه آپارتمان و از آن جایی که خواننده موظف به پرداخت اقساط وام و فک رهن بوده و مطابق پاسخ استعلام بانک صادرات موجود در پرونده ... حکایت از پرداخت مبلغ یکصد میلیون ریال به عنوان قسمتی از اقساط وام توسط خواهان داشته و هرچند خواهان نتوانسته دلیلی بر مأذون بودن در پرداخت وجه از سوی خواننده ارائه نماید و **لیکن اقدام وی جهت رفع ضرر از خود ضروری به نظر می‌آید** و از آن جایی که خواننده دفاعی در قبال دعوی مطروحه معمول نداشته و دلیلی بر عدم استحقاق خواهان مذکور ارائه ننموده و هرگاه دین یا تعهدی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است، مگر آنکه دلیل خلافی ارائه شود که در مانحن‌فیه دلیل خلافی ارائه نشده؛ فلذا دادگاه دعوی مطروحه را وارد و ثابت دانسته و مستنداً به مواد ۲۶۵ و ۲۶۷ قانون مدنی و مواد ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قاعده لاضرر حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ یکصد میلیون ریال بابت اصل دین... در حق خواهان ردیف اول صادر و اعلام می‌دارد». این رأی به دست شعبه ۴۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران تأیید می‌شود.

## دو: عدم قصد تبرع

برخی دیگر، به عدم قصد تبرع از سوی ثالث استناد می‌کنند. در این رویکرد، به ماده ۷۲۰ ق.م. استناد می‌شود. بر اساس این ماده، «ضامنی که به قصد تبرع، ضمانت کرده باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد». مفهوم مخالف این سخن این است که در صورت فقدان قصد تبرع، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهد داشت ولو اینکه از پیش، اذنی از بدهکار نگرفته باشد. در نوشته‌های فقهی نیز، از این جهت به ثالث غیرمأذون اجازه رجوع نداده‌اند که متبرعاً اقدام کرده است؛<sup>۲</sup> بدین ترتیب، گرفتن اذن، پیش از پرداخت، نشان‌دهنده عدم قصد تبرع است. پس اگر عدم قصد تبرع مبنای اصلی رجوع باشد، باید گفت که هر چیز دیگری که بتواند عدم قصد تبرع را نشان دهد، می‌تواند امکان رجوع را توجیه کند. برای نمونه، به رأی شماره ۶۳۰ مورخ ۱۳۷۸/۳/۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور توجه کنید که پرداخت از روی اضطرار و به قصد استیفای حق را در کنار عدم تبرع قرار می‌دهد:

«... با توجه به مقررات موضوعه اصولاً مستأجر باید متمکن از استفاده از عین مستأجره باشد، بنابراین در صورت عدم تأدیه از ناحیه موجر، مورد اجاره به خاطر مواجه شدن با تعطیلی از قابلیت انتفاع خارج شده و موجبات ضرر مستأجر را فراهم می‌کند. به علاوه هر چند ماده ۲۶۷ قانون مدنی حاکی است کسی حق رجوع به مدیون را دارد که با اذن وی مبادرت به پرداخت دین نموده باشد، ولی چون محتویات پرونده صراحت دارد که پراخت دین از سمت مستأجر غیر تبرعی و اضطراری و به منظور امکان استیفای حق بوده، بنا به مراتب و حکم **قاعدۀ لاضرر** تأدیه دین با کیفیات مزبور انطباقی با ماده مذکور ندارد؛ لذا به نظر اکثریت قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور حکم صادره از دادگاه عمومی بلاشکال و منطبق با موازین قانونی تشخیص و ابرام می‌شود».

دادگاه‌های عمومی نیز، کم و بیش از همین باور پیروی کردند. برای نمونه، زنی از حساب شرکتی که در آن کار می‌کرده، وجوهی را به صورت غیر قانونی برداشت می‌کند.

---

۲ «ولو صالح أجنبي المدعي عن المنكر صح عينا كان أو دينا أذن أو لا، لأنه في معنى قضاء الدين. و يرجع عليه إن دفع المال بإذنه، سواء صالح بإذنه أم لا، وإلا فلا رجوع، لأنه متبرع قاله في المبسوط، وتوقف الفاضل في الرجوع إذا صالح بغير إذنه وأدى بإذنه، وهو قوي، لأن الصلح يلزم المال الأجنبي، فلا عبرة بالإذن، إلا أن نقول الصلح موقوف على رضا المدعي عليه.»، شمس الدين محمد بن مكي (شهيد اول)، الدروس، ج ۳، ص ۳۲۷ - ۳۲۸.

همسر این زن برای خلاص کردن همسرش، مبالغی را به حساب شرکت می‌پردازد، بی آنکه اجازه‌ای از همسر خویش گرفته باشد. پس از این، دادخواستی به طرفیت همسرش به خواسته مطالبه وجوه پرداخت شده، ارائه می‌دهد. در بخشی از دادخواست، چنین آمده است:

«خوانده ردیف اول که کارمند خوانده ردیف دوم (شرکت) بوده مبلغ ۴۵۸ میلیون تومان از شرکت موصوف برداشت غیر قانونی نموده، چون خوانده ردیف دوم جهت باز پس‌گیری وجه مورد ادعا، همسرش (خوانده ردیف اول) را تحت فشار قرار داده، برای حل مشکل بخشی از دین او را پذیرفته؛ از جمله دو دانگ از ملک (آپارتمان) و وجوهی به مبلغ سی میلیون تومان طی دو مرحله و پرداخت نود میلیون تومان دیگر طی مراحل مختلف به حساب جاری خوانده ردیف دوم نقداً پرداخت گردیده و همچنین یک صد و سی میلیون ریال به صورت نقدی به حساب خوانده ردیف دوم پرداخت شده و نیز مابقی دیون خوانده ردیف اول، مقادیری چک و سفته کماکان در اختیار خوانده ردیف دوم قرار دارد، چون قصد تبرع نداشته مستنداً به ماده ۷۰۹ قانون مدنی صدور حکم به شرح خواسته دارد».

شعبه ۱۵۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۸۰۱۱۱۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ چنین تصمیم می‌گیرد: «نظر به اینکه خواهان هیچ دلیل و مدرکی دال بر مأذون بودن در پرداخت دین از سوی خوانده ردیف اول ارائه و ابراز نداشته است، لذا دعوی نامبرده غیر وارد تشخیص و به استناد ماده ۷۰۹ و ۷۱۰ و ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد». شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۱۲۱۱ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۵ رأی یاد شده را نقض می‌کند: «... ماده ۲۶۷ قانون مدنی ناظر به موردی است که دین دیگری به تبرع پرداخت نشده باشد. تبرع برخلاف ظاهر است و نیاز به اثبات توسط مدیون اصلی دارد. در فرضی که شخص ثالث به حکم قانون یا اخلاق ناگزیر از پرداخت دین دیگری شود حق رجوع به او را دارد و .... و با فرض تسری موضوع به ماده اخیر الذکر به حکم عرف متداول جامعه و اخلاق در چنین موقعیتی شوهر به صورت قهری ملتزم می‌گردد، بدون هیچ درنگی برای صیانت در آبروی همسرش به پا خیزد و وی را از این بحران خارج کند، بنابراین دادگاه مستنداً به مواد ۳۴۸ و ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی مدنی رأی معترض عنه را نقض...».

## سه: پرداخت از باب اضطرار

برخی دیگر از دادگاه‌ها، حکم ماده ۲۶۷ ق.م. را ناظر به فرضی می‌دانند که پرداخت از سوی ثالث با اراده ثالث و بدون اجبار و اضطرار صورت گرفته باشد. بر اساس این رویکرد، در صورتی که ثالث از سر ناچاری اقدام به پرداخت کرده باشد، می‌تواند به بدهکار رجوع کند. برای نمونه، در بخشی از دادنامه شماره ۱۱۳ - ۹۱/۲/۲۶ صادره از سوی شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین می‌خوانیم:

«... وکلای خواهان در دادخواست تقدیمی بیان داشته‌اند. موکل به حکایت مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۴/۹/۹، حقوق مربوط به سرقتی یک واحد تجاری را از خواننده محترم خریداری نموده و به موجب ماده ۶ قرارداد فی‌مابین مالیات مشاغل و ... و رضایت مالک به عهده فروشنده و مالیات نقل و انتقال به عهده خریدار بوده است، موکل به موجب اسناد پیوست به تعهد خود عمل نمود و مبلغ ... ریال بابت مالیات نقل و انتقال پرداخت نموده، لیکن خواننده محترم پس از گذشت ۵ سال از قرارداد و مراجعات مکرر به تعهد خود عمل ننموده و موکل ناچار مبلغ ... ریال بابت رضایت مالک... به مالک و مبلغ... بابت مالیات مشاغل سال ۱۳۸۲ و مبلغ ... ریال علی‌الحساب و ... ریال بابت مالیات مشاغل سال ۱۳۸۳ پرداخت نموده است. با توجه به این که پرداخت مبالغ فوق بر عهده خواننده محترم می‌باشد تقاضای رسیدگی صدور حکم بر محکومیت خواننده به اصل خواسته و خسارات دادرسی و ... را دارد. دادگاه با ملاحظه و بررسی محتوای پرونده و هر چند که بر اساس مقررات ماده ۲۶۷ قانون مدنی ایفای دین از جانب غیر مدیون، زمانی موجب مطالبه می‌گردد که با اذن صورت پذیرفته باشد والا حق رجوع و مطالبه وجوه نخواهد داشت؛ لیکن مطابق دکتترین حقوقی در فرضی که شخص ثالث به حکم قانون یا اخلاق ناگزیر از پرداخت دین دیگری باشد، حق رجوع وجود خواهد داشت و ماده ۲۶۷ قانون مدنی ناظر به موردی است که دیگری به میل و رضا دین مدیون را می‌پردازد، در مانحن‌فیه ایفای دین از جانب غیر مدیون، ناشی از ضرورت تصرف مالکانه و بهره‌مندی از منافع مبیع بوده که پرداخت مخارج را ناگزیر ساخته است ... فلذا دادگاه خواهان را در مطالبه هزینه‌های متعلقه ... مستحق دانسته ...». شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۴۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۲ رأی دادگاه نخستین را تأیید نمود.

همچنین، شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۷۵۹ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۵ چنین تصمیم می‌گیرد: «در این پرونده آقای م.ز. به وکالت آقای الف.ب. به طرفیت آقای م.ز. از دادنامه شماره ۰۰۷۲۷ مورخ

۹۱/۱۲/۲۳ شعبه ۱۵۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران تجدید نظر خواهی کرده است. به موجب دادنامه موصوف، دعوی تجدید نظر خواه به خواسته مطالبه مبلغ پنجاه میلیون و یکصد هزار ریال بابت بدهی یک دستگاه خودرو سواری، متعلق به خوانده که طی مبیعه‌نامه ۹۰/۵/۳۰ به خواهان فروخته و به دلیل داشتن بدهی، تنظیم سند فراهم نبوده و خواهان به ناچار مبادرت به پرداخت آن نموده است به انضمام خسارت تأخیر تأدیه تا زمان اجرای حکم و کلیه خسارات قانونی به لحاظ اینکه پرداخت دیون تجدیدنظر خوانده بدون اذن وی (مدیون) انجام شده، حکم به بطلان دعوا صادر شده است. دادگاه با توجه به بررسی اوراق و مستندات پرونده و تشکیل جلسه دادرسی و استماع اظهارات وکیل تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده دادنامه تجدید نظر خواسته مخدوش و مقتضی نقض می‌باشد، زیرا تجدیدنظر خواه به لحاظ ارتباط طرفین و برای رفع توقیف خودرو و امکان تنظیم سند رسمی و صدور حکم به الزام تجدیدنظر خوانده به ناچار و از روی اضطرار اقدام به پرداخت اقساط معوقه تجدیدنظر خوانده به بانک رفاه کرده است. به عبارت دیگر تجدیدنظر خواه در جهت احقاق حق خود ناگزیر به پرداخت دین تجدیدنظر خوانده به بانک رفاه می‌شود و ماده ۲۶۷ قانون مدنی مذکور در رأی بدوی ناظر به موردی است که دیگری به میل و رضا دین مدیون را می‌پردازد. از این رو درخواست تجدیدنظر با بندهای ج و هـ ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی انطباق دارد، لذا ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته به استناد ماده ۳۵۸ قانون مرقوم حکم به محکومیت تجدیدنظر خوانده به پرداخت مبلغ ۵۰/۱۰۰/۰۰۰ ریال به‌عنوان اصل خواسته ... در حق تجدید نظر خواه صادر و اعلام می‌شود...».

### چهار: اداره فضولی

برخی دیگر از دادگاه‌ها، به قاعده اداره فضولی دارایی دیگری استناد می‌کنند. دین از جمله بخش منفی دارایی بدهکار است. حال، اگر خود بدهکار اقدام به پرداخت بدهی نکند، دیگران می‌توانند از باب قاعده یاد شده اقدام به پرداخت دین کنند، البته اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر بدهکار باشد. در این صورت، پرداخت کننده، می‌تواند به بدهکار رجوع کند.

برای نمونه، شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۵۴۳ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۶ چنین تصمیم می‌گیرد: «قطع نظر از اینکه گرچه پرداخت دین از جانب غیر مدیون بدون اذن وی قابل رجوع نمی‌باشد، اما در قضیه

ما نحن فيه اذن و اجبار قانونی که فرجام‌خواه را مجبور به پرداخت اجور معوقه و پذیره زمین به اداره اوقاف نموده است، جایگزین اذن مدیون می‌باشد و این معنا در حقوق ایران به‌طور کلی پذیرفته شده است. از جمله قاعده‌ای که در ماده ۳۰۶ قانون مدنی راجع به اداره مال غیر مورد تأکید واقع شده است که چنانچه عدم دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت کننده مستحق مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است.»

با این حال، حقیقت این است که استناد به قاعده اداره فصولی مال غیر در جایی رواست که عدم دخالت در اداره اموال دیگری سبب ضرر مالک بشود. این در حالی است که معمولاً ایفای دین از سوی ثالث در فرضی انجام می‌گیرد که عدم دخالت سبب زیان ثالث می‌شود، نه بدهکار. برای همین، به نظر می‌رسد استناد به قاعده یاد شده از این جهت نادرست باشد.

## مؤخره

آقای الف متعهد بود تا نسبت به اخذ پایان کار تجاری ملکی اقدام و سپس سرقفلی آن را به آقای ب واگذار کند. عدم اجرای تعهد از سوی آقای الف، سبب شد تا ملک در معرض تعطیلی قرار گیرد. آقای ب نیز، با پرداخت جریمه تعیین شده از سوی شهرداری، جلوی تعطیلی ملک را گرفت و پس از این، خواستار محکومیت آقای الف به پرداخت هزینه‌های پرداخت شده گردید. دادخواست به شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی تهران ارجاع شد. این شعبه در دادنامه شماره ۱۰۲ به تاریخ ۹۱/۲/۱۳ با پایبندی به ظاهر ماده ۲۶۷ ق.م. ترجیح داد تا در قلمروی مرزهای شناخته شده قدم بردارد. در بخشی از این دادنامه چنین می‌خوانیم:

«... در خصوص دعوی خواهان نسبت به خواننده اول قبل از ورود در ماهیت، ذکر چند نکته ضروری است: ۱- تکلیف دادرسی در رسیدگی به دعوا از حیث ماهیتی ابتدا آن است که احراز نماید آیا رابطه قراردادی فی‌مابین اصحاب دعوی وجود داشته است یا خیر؟ نوع آن رابطه قراردادی چه بوده است؟ آنچه به‌عنوان سبب دعوی از سوی مدعی مطرح شده است چه جایگاهی در رابطه قراردادی ایشان دارد؟ در صورت عدم وجود قرارداد، موضوع دعوی مدعی با چه اصل یا قاعده حقوقی منطبق است تا به‌وسیله آن صحت و درستی ادعای او تحصیل گردد؟ و هکذا ۲- قانون‌گذار به شرح مواد قانون مدنی اقسام شروط ضمن عقد را اعلام داشته است. راجع به شرط فعل، مقرر نمود چنانچه کسی ملتزم به انجام شرط فعل (مثبت - منفی) مندرج در عقد باشد، باید آن را به جا آورد و در صورت

تخلف، طرف مقابل می‌تواند به حاکم رجوع و اجبار او به وفای شرط را تقاضا نماید. ایضاً چنانچه اجبار ملتزم به انجام شرط فعل مقدور نباشد، ولی انجام آن به وسیله دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. در نهایت چنانچه اجبار ملتزم به انجام شرط مقدور نباشد و فعل هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او انجام دهد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. ۳- به‌طور کلی شخصی که از دیگری بستانکار است، بر ذمه مدیون است که طلب ایشان را پرداخت نماید و امر مرقوم به‌عنوان یک اصل در مسائل مبتلابه حقوقی و قضایی پذیرفته است، اما اصل موصوف هم قابل استناد است، به‌طوری‌که هم می‌شود غیر مدیون به جای او طلب دائن را پرداخت تا ذمه مدیون اصلی بری شود. به‌عبارت‌دیگر ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است، اما برای اینکه شخص مرقوم پس از پرداخت دین مدیون بتواند جهت وصول آنچه که به جای مدیون پرداخت‌نموده است به مدیون مراجعه نماید باید اقدام او با اذن مدیون بوده باشد در غیر این صورت (یعنی پرداخت دین مدیون بدون اجازه او) حق مراجعه به مدیون را ندارد. از مطالب بالا مستفاد می‌گردد که دعوی خواهان وارد نمی‌باشد زیرا الف) اگرچه ایشان مدعی است انعقاد عقد اجاره با خواننده اول راجع به عین مستأجره مندرج در آن اجرای تعهد خواننده موصوف به شرح مقرر در اسناد عادی پیوست دادخواست یعنی اخذ پایان کار تجاری بوده است، اما دادگاه مفاد عبارت مندرج در اسناد عادی تقدیمی خواهان را (یعنی تعهد خواننده اول) شرط فعل مثبت می‌داند و در چنین وضعیتی قانون‌گذار تکلیف متعهدله را در مقابل متعهد علیه به انجام تعهد را مشخص نموده است. عدم اقدام خواهان در وضعیت مستحدثه پیش‌گفته در خصوص خواننده اول، مطابق مقررات موضوعه راجع به شرط فعل و اقدام ایشان به سیاق مشروط در دادخواست که دلالت بر پرداخت بدهی خواننده اول به شهرداری موضوع رأی ماده صد شهرداری، نمی‌تواند موجب استحقاق ایشان به شرح موضوع دعوی و نیز نمی‌تواند موجب اشتغال ذمه خواننده اول به میزان موضوع دعوی در حق خواهان باشد. ب) علی‌رغم مطالب فوق مطابق ادعای خواهان مبنای اشتغال ذمه خواننده به میزان موضوع دعوی، رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری بوده است. به‌عبارت دیگر رأی موصوف منشأ اشتغال ذمه خواننده اول در حق شهرداری بوده است، پس مطابق اصل، دائن شهرداری و مدیون خواننده اول می‌باشد. بر خواننده اول است که دین را پرداخت نماید. حال چنانچه ثالثی به جای مدیون، دین دائن را پرداخت نماید آن می‌تواند جهت وصول آنچه که به‌جای او داده است به مدیون مراجعه نماید. به شرح پیش‌گفته تنها در صورتی ثالث موضوع بحث، حق مراجعه

به مدیون را خواهد داشت که پرداخت با اذن او بوده باشد که در مانحن‌فیه چنین اذنی مفقود است و خواهان هم دلیلی که مؤید اذن مدیون باشد تقدیم دادگاه نکرده است. ... (د) برخلاف ادعای خواهان مبنای استحقاق او قاعده لاضرر نیست، چون اقدام خواهان به شرح مذکور در پرونده مغایرت با قاعده مذکور دارد و مشمول قاعده اقدام است که دلالت بر اقدام خواهان بر ضرر حق خود (حقی که قانون‌گذار شیوه مطالبه آن را معین نموده است) دارد. در نهایت نظر به فقد ادله اثباتی و نظر به دفاعیات موجه و کیل خوانده اول، دادگاه دعوی خواهان را وارد و موجه ندانسته و حکم بر بی حقی او صادر و اعلام می‌دارد...».

بدین ترتیب، دادرس محترم پس از یادآوری آنچه در ذهن خویش درباره پرداخت دین دیگری داشت، سرانجام به نفع خوانده تصمیم گرفت. با تجدیدنظر خواهی دادباخته، شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران واقع بینانه‌تر به موضوع می‌نگرد. رأیی که نشان می‌دهد دادرس محترم تنها حقوق نخوانده است، واقعیت‌ها را دیده و با ناچاری و درماندگی متعهدله، آن گاه که متعهد اقدامی برای اجرای تعهد خویش نمی‌کند، آشناست. به هر روی، در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۰۳۱ به تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۵ صادره از سوی این شعبه چنین می‌خوانیم:

«... خلاصه دعوی خواهان بدوی و تجدیدنظر خوانده فعلی بدین قرار است که تجدیدنظر خوانده ردیف اول سرقفلی یک باب مغازه سه‌دهنه را با کاربری تجاری، جهت احداث شعبه به آن بانک واگذار و با وجودی که به دفترخانه اعلام گردید، امضای سند رسمی اجاره منوط به اخذ پایان کار تجاری از ماجر می‌باشد. با تبانی انجام‌شده بین سردفتر و تجدیدنظر خوانده، در سند رسمی اجاره، شماره اخطار تعطیلی محل به علت کاربری غیر مجاز به‌عنوان شماره پایان کار شهرداری درج گردیده. در ادامه بانک برای جلوگیری از تعطیلی محل شعبه و از باب اضطرار و جلوگیری از ورود خسارت و ضرر مضاعف با پرداخت مبالغ مورد مطالبه شهرداری از تعطیلی و تخریب محل ممانعت به عمل آورده، البته قبل از پرداخت مبلغ موضوع بارها به مالک اعلام گردیده تا نسبت به پرداخت جرائم و عوارض اقدام نماید که متأسفانه عدم مراجعه مالک، راهی جز پرداخت جرائم برای بانک باقی نگذاشته است. اینک با بررسی محتویات و مستندات پرونده به عقیده این دادگاه دادنامه معترض‌عنه مخدوش بوده و قابل تأیید نمی‌باشد؛ زیرا: مستندات مضبوط در پرونده دلالت بر این دارد که عین مستأجره به عنوان واحد تجاری و با کاربری تجاری به بانک واگذار شده که به لحاظ تخلفات انجام‌شده از سوی مالک و عدم اخذ



پایان کار که با ترفندی خاص از دید بانک مخفی نگه داشته شده، بانک ناگریز به پرداخت جرائم تخلفات ارتكابی از سوی مالک شده که قانوناً بر عهده مالک بوده است و چون تجدیدنظر خواه از باب اضطرار و برای جلوگیری از تعطیلی بانک مجبور به پرداخت جرائم و عوارض شده که منشأ آن تخلفات تجدیدنظر خوانده می‌باشد، با توجه به قواعد لاضرر و تسبیب، مکلف به جبران خسارات وارده به تجدیدنظر خواه بوده و مورد از شمول ماده ۲۶۷ قانون مدنی خارج است، بنا به مراتب مذکور، به تجویز ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن پذیرش اعتراض، دادنامه تجدیدنظر خواسته متضمن صدور حکم بر بی حقی بانک ت. در مورد دعوی علیه خوانده ردیف اول، که در مخالفت با موازین قانونی و مستندات ابرازی صادر شده نقض می‌گردد. آن گاه با توجه به استدلال یاد شده ادعای خواهان را ثابت تشخیص داده ...».

### نتیجه گیری

اگر بدون اذن دیگری، دین او را پرداخت کنیم، حق رجوع به او را نخواهیم داشت. با اجرای تام و تمام این باور، در فرضی که شخص از روی ناچاری اقدام به پرداخت دین دیگری می‌کند، رجوع به او دشوار است. برای همین، دادگاه‌های ما، تلاش کرده اند تا در پرتو احکام ثانویه مانند قاعده لاضرر، تأکید بر عدم قصد تبرع پرداخت کننده، توجه به اضطرار وی و یا به استناد قاعده اداره فضولی دارایی دیگری، راهی برای رجوع پرداخت کننده به بدهکار بیابند.

# لزوم جبران خسارت اراضی واقع در عقب نشینی

امید محمدی<sup>۱</sup>

## چکیده

یکی از مصادیق تخلفات ساختمانی تجاوز به معابر شهر است که در صلاحیت ذاتی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری قرار دارد. تجاوز به معابر شهر ممکن است در اثر طرح‌های توسعه شهری و در نتیجه عقب نشینی ملک باشد و یا ناشی از تجاوز به معابر به صورت علی الرأس صورت پذیرد. کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در هر دو مورد دارای صلاحیت رسیدگی است و مکلف به صدور رأی اعاده، به دلیل مغایرت آشکار با اصول شهرسازی، اما این موضوع مانع از مطالبه خسارت از شهرداری و لزوم پرداخت ما به ازای حقوق مالکانه محدود و تضییع شده و تعیین حکم مقرر از سوی دادگاه‌های عمومی حقوقی به موجب رأی ۷۴۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیست. دلایل لزوم جبران خسارت اراضی واقع در عقب نشینی عبارت است از: تفسیر غایی؛ اصل عدم نسخ قواعد مربوط به تملک اراضی، قاعده اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. در تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، جریان عموماًت مربوط به لزوم جبران خسارت تحدید حقوق مالکانه و جریان قواعدی مانند «برابری همه اشخاص در برابر هزینه‌های عمومی»، «قابلیت سرزنش بلا جبران ماندن خسارت» و «اصل تسلیط» و «قاعده لاضرر» و عدم خصوصیت معابر برای استثنا کردن و خارج نمودن از عموماًت، قیاس اولویت جبران خسارت معابر واقع در عقب نشینی نسبت به اراضی واقع در حریم اماکن ناشی از اعمال حاکمیت مانند مراکز نظامی، استثنایی و خلاف قاعده بودن تملک رایگان و عدم امکان تفسیر موسع آن. قوانین و مقررات و همچنین نظرات شورای نگهبان به صورت کلی بدین نحو که هرگونه مصوبه که منجر به بهره برداری عمومی از املاک خصوصی، به صورت رایگان و بدون جبران حقوق مالکانه افراد شود، مردود و خلاف شرع است و به صورت خاص و موردی

۵۰

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری

مبنی بر این که «حکم به عقب نشینی به طور رایگان، خلاف موازین شرع است» مؤید استدلالهای فوق می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** معابر، تملک رایگان، جبران خسارت، کمیسیون ماده ۱۰۰.

## مقدمه

در مورد تجاوز به معابر شهر، مالکین موظف هستند در هنگام نوسازی بر اساس پروانه ساختمان و طرح‌های مصوب، رعایت بره‌های اصلاحی را بنمایند. در صورتی که بر خلاف پروانه و یا بدون پروانه، تجاوزی در این مورد انجام گیرد، شهرداری مکلف است از ادامه عملیات جلوگیری و پرونده امر را به کمیسیون ارسال نماید.<sup>۲</sup> در مواردی که شهرداری مکلف به جلوگیری از عملیات ساختمانی است و دستور شهرداری اجرا نشود، شهرداری می‌تواند با استفاده از مأمورین اجرائیات خود و در صورت لزوم مأمورین انتظامی، برای متوقف ساختن عملیات ساختمانی اقدام کند.<sup>۳</sup> در هر حال عدم رعایت بره‌های اصلاحی، هنگام ساختمان سازی از مصادیق عدم رعایت اصول شهرسازی بوده و پرونده باید از این لحاظ مورد رسیدگی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری قرار بگیرد.

عدم رعایت بره‌های اصلاحی یا به عبارت دیگر عدم عقب نشینی در هنگام نوسازی ملک، یکی از مصادیق تجاوز به معابر شهر می‌باشد. مصداق دیگر تجاوز به معابر شهر ساخت و ساز و انجام هرگونه عملیات عمرانی در محل‌هایی است که قبل از اقدام به ساخت بنا جزء معابر بوده است که تجاوز مذکور نوعی تصرف اراضی دولتی و ملقب به خیابان یا معبر خواری است. با توجه به این مطلب در مورد تخلف تجاوز به معابر شهر باید قائل به تفکیک شد:

الف) در موردی که مالک، رعایت عقب نشینی مندرج در طرح تفصیلی را ننماید: در یک حالت، تخلف تجاوز به معابر شهر مذکور در تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری زمانی تحقق پیدا می‌کند که مالک در هنگام نوسازی بر خلاف پروانه و یا بدون پروانه و با عدم رعایت بره‌های اصلاحی مصوب، شروع به ساختن ملک جدید کند و یا به نحوی تجاوزی به ملک سابق خود و ملک فعلی شهرداری انجام دهد. در این حالت در حقیقت شخصی که تحت عنوان تجاوز به معابر شهر، متخلف شناخته شود، ابتدا به ساکن مالک

۲ تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (اصلاحی ۱۳۵۸/۶/۲۷).  
۳ تبصره ۷ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (اصلاحی ۱۳۵۸/۶/۲۷).

بوده و در واقع تجاوز به ملک سابق خود انجام داده، ولی متعاقباً ملک مزبور تماماً یا بعضاً در طرح‌های مصوب واقع گردیده است.

ب) حالتی که ساخت و ساز مالک عملاً در معابر عمومی صورت می‌پذیرد. توضیح اینکه بر اساس ماده ۴۵ آیین نامه مالی شهرداری‌ها اموال شهرداری‌ها بر دو نوع تقسیم می‌شود: اموال اختصاصی و اموال عمومی. اموال اختصاصی شهرداری اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آن‌ها را دارد، از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثیه و نظایر آن. اموال عمومی شهرداری اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است؛ مانند معابر عمومی، خیابان‌ها، میداين و امثال آن. وفق ماده ۴۶ آیین نامه مذکور حفاظت از اموال عمومی شهرداری و آماده و مهیا ساختن آن برای استفاده عموم و جلوگیری از تجاوز و تصرف اشخاص نسبت به آن‌ها به عهده شهرداری است.

در هر حال تجاوز به معابر شهر، مشمول عناوین کیفری چون تصرف عدوانی موضوع ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ می‌شود.

در حالت اول یعنی در خصوص موردی که در آن ساخت بنا یا نوسازی آن نیاز به رعایت بره‌های اصلاحی و یا به عبارتی عقب نشینی دارد، عدم جبران خسارت و تملک رایگان آن در فلسفه مسئولیت مدنی امری قابل سرزنش می‌باشد. بر این اساس برای از بین بردن سرزنش عرفی مذکور و اصل برابری افراد در برابر هزینه‌های عمومی، اقتضای جبران خسارت و پرداخت عوض به مالک قبلی ملک دارد تا در این راستا بتوان اقدام به اصلاح سند ملک، وفق ماده ۴۵ آیین نامه اجرایی قانون ثبت نمود. عدم قائل شدن به این موضوع باعث ترجیح بلا مرجح تملک اراضی در طرح‌های عمومی با طرح تعریض معابر خواهد بود؛ امری که فاقد خصوصیت است. در این خصوص در رویه قضایی و دکترین، تشتت و اختلاف بروز کرده است و مسأله لزوم جبران خسارت به این وضوح مورد پذیرش قرار نگرفته است.

دیدگاه اول: عده‌ای معتقدند در رعایت بره‌های اصلاحی و عقب نشینی باید بین حالت‌های زیر تفکیک قائل شد:

- چنانچه مالکین هنگام نوسازی و یا احداث ساختمان برابر پروانه ساختمانی و طرح‌های مصوب، بره‌های اصلاحی را رعایت کنند و **داوطلبانه** اصلاحات و عقب نشینی موضوع تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری را انجام دهند، نمیتوانند بهای آن قسمت از زمین را که در اثر اجرای طرح و احداث

ساختمان در تعریض معبر - خیابان یا کوچه و مانند آن - قرار گرفته، از شهرداری مطالبه کنند. به عبارت دیگر اگر مالک شخصاً ملک خود را تبدیل به کوچه یا راه عبور مردم نماید، وجه آن قابل مطالبه نیست.

- ولی اگر شهرداری رأساً اقدام به تملک زمین یا ملک شهروندان و تعریض معبر بنماید، باید قیمت آن را برابر ضوابط مربوط بپردازد. مطابق قوانین مربوط به تملک اراضی، چنانچه شهرداری ملکی را به منظور احداث خیابان یا کوچه یا راه عبور مردم در طرح قرار دهد، باید بهای آن را به مالک بپردازد. در غیر این صورت تکلیفی در این رابطه ندارد. نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۶۴-۱۳۸۸/۶/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه و هیأت تخصصی عمران، شهرسازی و اسناد دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۵۶ مورخ ۱۳۹۴/۵/۴ و برخی دکترین‌ها به این دیدگاه قائلند که پرداخت بهای زمین،

۴. دادنامه : ۱۵۶ ۹۲/ش/۸ مورخ ۱۳۹۴/۵/۴ هیأت تخصصی عمران، شهرسازی و اسناد به طرفیت شهرداری قزوین «کردشکار»: شاکی به موجب لوایح تقدیمی اجمالاً توضیح داده است بجزنامه شماره ۱۷۹ شهرداری قزوین که به موجب آن مقرر گردیده در ازای عقب نشینی املاک در رعایت بره‌های اصلاحی وجهی پرداخت نشود مغایر شرع و (اصل تسلیط) و اصول ۴ و ۴۷ قانون اساسی و ماده ۳۰ قانون مدنی و ماده واحده نحوه تقدیم املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری ها مصوب ۷۰/۸/۲۸ و تقاضای ابطال آن مورد استدعاست. شهرداری قزوین در پاسخ به شکایت شاکی به موجب جوابیه ثبت شده به شماره ۱۱ مورخ ۹۱/۱/۱۰ اعلام نموده است طرح‌های جامع و تفصیلی به تصویب کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران رسیده و طبق ماده ۷ همان قانون، شهرداری مکلف به اجرای آن بوده و شهروندان نیز ملزم به رعایت آن می‌باشند. در رابطه با عقب نشینی و رعایت بره‌های اصلاحی بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها و در اجرای ماده ۴۵ آیین نامه اجرایی قانون ثبت، مالکین هنگام نوسازی بر اساس پروانه ساختمانی طرح‌های مصوب، مکلف به رعایت بره‌های اصلاحی می‌باشند. در بجزنامه شماره ۱۷۱ صرفاً به منظور تشویق مالکین و شهروندان در جهت ساخت و ساز و نوسازی و احیاء بافت‌های فرسوده تسهیلات و مزایای تشویقی در نظر گرفته شده است و پرداخت بهای زمین تنها در فرضی قابل تصور است که شهرداری رأساً قصد تملک و تعریض خیابان را داشته باشد که در این صورت طبق قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک اقدام خواهد شد و چون شهرداری قصد تصرف و تملک ملک شاکی را در حال حاضر ندارد، بنابراین استناد به قانون مرقوم خروج موضوعی داشته و فاقد وجاهت قانون است و موضوع مورد شکایت اساساً اجرای طرح

تنها در فرضی قابل تصور است که شهرداری رأساً قصد تملک و تعریض خیابان را داشته باشد که در این صورت طبق قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک، اقدام خواهد شد و در مواردی که شهرداری قصد تصرف و تملک ملک شاکی را در حال حاضر نداشته باشد، خروج موضوعی داشته و فاقد وجاهت قانونی است.

دیدگاه دوم: بنا به نظر دیگر، چنین تفکیکی وجهه قانونی نداشته و باید در هر حال شهرداری جبران خسارت نماید، مگر اینکه مالک با رضایت نسبت به اسقاط حق خود مبادرت نماید. دلایل این نظر بسیار متقن است که تبیین می‌گردد:

## ۱. تفسیر غایی

تالی فاسد تفسیر فوق این است که دیگر شهروندان رغبتی برای عقب نشینی در ملک

---

نیست تا قیمت آن پرداخت گردد. فلذا بخشنامه درخواست ابطال، نه تنها هیچگونه ضرر و خلی به حقوق اشخاص وارد نمی‌نماید، بلکه در صورت ابطال صرفاً امکان اعطاء این تسهیلات و مزایا به شهروندان از سوی شهرداری در هنگام تقاضای صدور پروانه ساخت از بین خواهد رفت، علیهذا با عنایت به مراتب معنونه خواسته شاکی، ارتباطی به ابطال بخشنامه مورد ادعا ندارد، لذا رد شکایت شاکی مورد استدعاست. در ضمن قائم مقام دبیر محترم شورای نگهبان به موجب نامه ثبت شده به شماره ۱۵ مورخ ۹۱/۱۲/۲۷ نظریه فقهاء محترم شورای نگهبان را به شرح زیر اعلام نموده است «اصل مصوبه که تشویقاتی را در برابر عقب نشینی تعیین نموده است، خلاف موازین شرع شناخته نشد، ولی در خصوص سوء استفاده از آن می‌توان به مراجع قضایی صالح شکایت نمود.»

هیأت تخصصی عمران، شهرسازی و اسناد دیوان عدالت اداری با حضور اعضاء تشکیل، پس از ملاحظه پرونده و اسناد و مدارک موجود در آن و بعد از قرائت گزارش عضو ممیز و بررسی و انجام مشاوره به اتفاق اعضاء حاضر در جلسه به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

رأی هیأت تخصصی: نظر به اینکه بخشنامه شماره ۱۷۹ - ۹۱/۳/۱۶ معاونت شهرسازی و معماری شهرداری قزوین جنبه تشویقی داشته و مالکین املاک واقع در تعریض ملزم و مکلف به اجرای آن نیستند تا از جمله مقررات لازم الاجراء برای همه محسوب شود، لذا به استناد مواد ۱۲ و ۱۴ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری رأی به رد شکایت صادر می‌شود. این رأی ظرف ۲۰ روز از تاریخ صدور از سوی رئیس محترم دیوان عدالت اداری و یا ۱۰ نفر از قضات محترم دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است.

خود و تعریض معابر و خیابان‌ها نخواهند داشت.

## ۲. اصل عدم نسخ و قاعده اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند

اقتضای قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الترتک» و اصل عدم نسخ قوانین، مربوط به تملک اراضی اشخاص بر تملک معوض است. تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در مقام بیان صلاحیت ذاتی کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ می‌باشد و به هیچ وجه در مقام بیان نحوه تملک اراضی اشخاص واقع در معابر نیست و باید در این رابطه به مقررات مربوط به تملک اراضی مراجعه نمود و به این علت اصلاً تعارضی میان تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و مقررات تملک اراضی وجود ندارد تا در مقام رفع تعارض بود. هنگام تردید هم بقای مقررات مربوط به تملک اراضی اشخاص در طرح‌های عمومی و عمرانی را باید استصحاب نمود و قائل به عدم نسخ مقررات عمومات با تبصره ۶ ماده ۱۰۰ شد. قوانین و مقررات و آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری علاوه بر تفسیر منطقی قانون، مؤید این نظر است.

## ۳. جریان عمومات و عدم خصوصیت طرح‌های معابر

همان دلایلی که برای اثبات لزوم جبران خسارت در تملک اراضی اشخاص واقع در طرح‌ها وجود دارد در خصوص تملک معابر نیز ساری و جاری است. دلایلی مانند «قابلیت سرزنش تملک رایگان و عدم جبران خسارت»، «قاعده لا ضرر و اینکه هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قرار دهد» و «اصل برابری اشخاص در برابر هزینه‌های عمومی». طرح‌های توسعه معابر، خصوصیتی نسبت به سایر طرح‌های عمومی و عمرانی ندارند تا میان آن‌ها تمایزی قائل شد و احکام متفاوت بر آن‌ها بار کرد.

## ۴. قیاس اولویت

بر اساس قانون تعیین حریم حفاظتی - امنیتی اماکن و تأسیسات کشور مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۹ تأمین حفاظت و امنیت اماکن و تأسیسات طبقه‌بندی شده کشور اعم از نظامی، امنیتی و کشوری و رعایت حریم آن‌ها، لازم الاجراست و مسئولیت تعریف و تعیین رده‌های حفاظتی برای اماکن و تأسیسات کشور و تعیین حدود آن‌ها بر عهده‌ی شورای عالی امنیت ملی است؛ حتی اجرای طرح‌های عمرانی نظیر شبکه‌های انتقال و توزیع آب، فاضلاب، برق، گاز، مخابرات و راه در اراضی واقع در حریم‌های حفاظتی و

امنیتی به شرطی مجاز است که به تشخیص شورای عالی امنیت ملی، ناقض امنیت این اماکن نباشد. مواد ۵ و ۶ این قانون اشاره به حفظ حقوق مالکانه‌ی افراد و لزوم جبران خسارت می‌نماید. دستگاه‌های اجرایی می‌توانند پس از تعیین و تصویب حریم، برای برقراری امنیت با توجه به وضعیت املاک مجاور، پس از تأمین حقوق شرعی و قانونی مالکان به صورت نقدی، حسب موازین قانونی اقدام نمایند. شهرداری‌ها و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط موظفند در صورت مراجعه‌ی مالکان املاک (عرصه و اعیان) واقع در حریم امنیتی اماکن و تأسیسات موضوع این قانون برای اخذ پروانه، آنان را با ذکر حقوق متعلقه بر اساس تراکم پایه‌ی شهر یا وفق طرح‌های شهرسازی مصوب، به دستگاه‌های اجرایی معرفی نمایند. دستگاه‌های اجرایی مربوط مکلفند حقوق متعلقه‌ی اعلامی را با رعایت قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی به صورت نقدی پرداخت نمایند.<sup>۵</sup> دستگاه‌های اجرایی موظفند اعتبارات مورد نیاز جهت ایفای تعهدات ناشی از اجرای این قانون را در بودجه‌ی سالانه‌ی خود پیش بینی نمایند و دولت نیز موظف است در اجرای این قانون، بودجه‌ی لازم را در ذیل اعتبارات دستگاه تأمین کند.

چنان که ملاحظه می‌گردد حتی حریم اماکن نظامی - که از مصادیق بارز اعمال حاکمیت و قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی است - وقتی موجب محدودیت در حقوق مالکانه اشخاص می‌گردد- باید مورد جبران خسارت قرار گیرد، بنابراین به طریق اولی، تحدید حقوق مالکانه در طرح‌های معابر باید مورد جبران خسارت باشد.

## ۵. عدم تفسیر موسع امر استثنایی

تملک رایگان اراضی و املاک، امری استثنایی و خلاف اصول و قواعدی مانند اصل تسلیط و احترام به مالکیت اشخاص است. در موارد تردید باید به عمومات رجوع کرد و نباید امر استثنایی را با تفسیرهای موسع موجب از بین رفتن حقوق مالکانه اشخاص قرار داد. تفسیر مضیق استثنا از بدیهیات است.

نسبت به لزوم تملک اراضی و املاک اشخاص در عقب نشینی و توسعه معابر، استثنایی وجود دارد و آن فقط<sup>۶</sup> مربوط به تفکیک و افزاز اراضی است که اگر احداث یا

---

۵ ماده ۵ قانون تعیین حریم حفاظتی - امنیتی اماکن و تأسیسات کشور مصوب ۱۳۹۳/۵/۲۹

۶ البته فعلاً این تنها استثنا است و آینده قانون گذاری در این موضوع قابل پیش بینی نیست. همانگونه که اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری قابل پیش بینی نبود و خلاف اصول و ضوابط بود!



توسعه معبری در نتیجه‌ی مستقیم تفکیک یا افراز باشد یا در هنگام افراز و تفکیک ملک خود، به منظور توسعه معابر شهر، تملک رایگان اراضی اشخاص ایجاب نماید، وجهی در قبال این تملک و اجرای طرح توسعه معابر پرداخت نمی‌شود. ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مقرر می‌دارد که معابر و شوارع عمومی که در اثر تفکیک اراضی احداث می‌شوند، متعلق به شهرداری است و مقنن با ذکر این عبارت که شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب آن پرداخت نخواهد کرد، حقوق قانونی شهرداری‌ها را در خصوص موافقت با تفکیک اراضی صرفاً و منحصرأً تملک رایگان معابر و شوارع حاصل از تفکیک، تعیین و احصاء نموده است.<sup>۷</sup>

امر تفکیک اساساً دارای قوانین خاص از جمله ماده‌ی ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها و ماده ۱۵۴ اصلاحی قانون ثبت می‌باشد و در صلاحیت ذاتی اداره ثبت است و تنها حقوق معین شده از سوی قانونگذار در ماده‌ی ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها صرفاً گذرها و معابر حاصل تفکیک است که به طور مجانی در سهم شهرداری قرار گرفته است و شهرداری بابت آن وجهی پرداخت نمی‌کند. مضافاً به این که شهرداری در خصوص تفکیک، صرفاً دارای وظیفه‌ی اظهارنظر از جهت پاسخ به ادارات ثبت یا دادگاه‌ها در مهلت مقرر است که بابت آن در صورت تحقق تفکیک از حقوق و مالکیت گذرها و معابر حاصل از تفکیک، بدون پرداخت هرگونه وجهی برخوردار می‌شود.

لذا با توجه به موارد مذکور می‌توان چنین بیان داشت:

مقدمه اول: امر تفکیک ذاتاً باعث ایجاد معابر و گذرگاه‌ها و آزاد شدن بخشی از ملک اشخاص می‌گردد؛

مقدمه دوم: معابر و شوارع در تملک شهرداری‌ها است؛

**نتیجه:** اراضی آزاد شده در تملک اشخاص به خودی خود و بالذات در تملک شهرداری قرار می‌گیرد، بدون این که اشخاص استحقاق دریافت مبلغی را در این زمینه

---

۷ گسترش تدریجی شهرها و لزوم تسهیل عبور و مرور، موجب شد در سال ۱۳۱۲ قانون راجع به احداث و توسعه معابر و خیابان‌ها به تصویب برسد. این قانون اولین قانون در حوزه شهرسازی بوده و بسیار مقدماتی به موضوع تملک پرداخته بود. این قانون در سال ۱۳۲۰ به قانون توسعه معابر تغییر نام یافت و به موضوعاتی مانند طرح احداث و توسعه معابر، تصرف اراضی و احداث تأسیسات عمومی در شهرها و پرداخت غرامت به صاحبان اراضی یا املاک و دریافت حق مرغوبیت از کسانی که املاکشان در مجاورت طرح‌ها واقع می‌شد، پرداخته بود.

داشته باشند.

با توجه به نتیجه فوق الذکر می‌توان گفت استثنای وارده در زمینه شوارع و معابر، حقیقتاً خلاف قاعده و معایر اصل تسلیط نیست، بلکه ناشی از ذات امر تفکیک است. لازم به ذکر است که **تملك معابر و شوارع ایجاد شده در نتیجه تفکیک، با تملك بخشی از اراضی اشخاص متقاضی تفکیک به عنوان تأمین شوارع و معابر، متفاوت است و نباید آن‌ها را با یکدیگر خلط نمود.** تملك بخشی از اراضی اشخاص متقاضی تفکیک به عنوان و هدف تأمین شوارع و معابر که با اصلاحات ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها در سال ۱۳۹۰ حاصل گردید، مصداق تملك رایگان اراضی اشخاص است. این گونه تملك بدین نحو است که؛ در اراضی با مساحت بیشتر از پانصد متر مربع که دارای سند شش‌دانگ است، شهرداری برای تأمین اراضی مورد نیاز احداث شوارع و معابر عمومی شهر در اثر تفکیک و افراز، مطابق با طرح جامع و تفصیلی با توجه به ارزش افزوده‌ی ایجاد شده از عمل تفکیک برای مالک، تا بیست و پنج درصد (۲۵٪) از باقیمانده‌ی اراضی را دریافت می‌نماید. شهرداری مجاز است با توافق مالک، قدرالسهم مذکور را براساس قیمت روز زمین طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری دریافت نماید (تبصره ۳ ماده ۱۰۱ اصلاحی سال ۹۰). در هر حال کلیه اراضی حاصل از معابر و شوارع عمومی که در اثر تفکیک و افراز و صدور سند مالکیت ایجاد می‌شود، متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب ملک پرداخت نخواهد کرد.

به نظر ما غیر از دو حالت استثنایی فوق حالت سومی به عنوان تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مبنی بر تملك رایگان اراضی و املاک اشخاص در هنگام توسعه معابر و در هنگام عقب نشینی ملک وجود ندارد. در غیر این صورت این وضعیت پیش می‌آید که شهرداری‌ها از ساختمان‌هایی که عقب‌نشینی کرده‌اند با اینکه مبلغی پرداخت نکرده‌اند، مطالبه مبلغی به عنوان **عوارض ارزش افزوده ناشی از طرح‌های توسعه شهری یا عوارض مشرفیت** می‌کنند! با این ادعا که ملک در اثر عقب‌نشینی و تعریض معبر ارزش افزوده یافته است و این علاوه بر تملك اراضی است که در اثر عقب‌نشینی صورت می‌گیرد.

## ۶. قوانین و مقررات دلالت‌کننده به لزوم پرداخت خسارت

مقررات مربوط به تملك اراضی و املاک اشخاص در توسعه معابر را می‌توان در ذیل

مشاهده نمود. امری که از همان ابتدا از سال ۱۳۱۲ در قانون توسعه معابر تا آخرین اراده قانونگذار در سال ۱۳۹۰ همواره به عنوان اصل پذیرفته شده و مورد تصریح قرار گرفته است:

ماده یکم قانون اصلاح قانون توسعه معابر، مصوب اول تیر ماه ۱۳۲۰:

«هر گاه شهرداری‌ها توسعه یا اصلاح یا احداث برزن - خیابان میدان - گذر - کوی - انهار یا قنوات را برای تسهیل آمد و شد یا زیبایی شهر و یا برای سایر نیازمندی‌های شهر، لازم بدانند طبق مقررات این قانون رفتار خواهد شد».

ماده ۲۵ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷

«در هر مورد که به موجب این قانون ملکی باید به شهرداری منتقل شود، هرگاه مالک از امضای سند انتقال ملک استنکاف کند یا مالکیت زمین و اعیانی به نحوی از انحاء متنازع فیه بوده و مالک، مشخص نباشد، دادستان شهرستان یا نماینده او اسناد انتقال و دفاتر مربوط را امضا خواهد کرد. در صورتی که تملک یا خرید شهرداری برای اجرای طرح‌های نوسازی و عمران و اصلاح و احداث و توسعه معابر باشد، بهای ملک با رعایت تبصره ۳ ماده ۲۰ این قانون به صندوق ثبت، سپرده خواهد شد».

توضیح اینکه در خصوص نحوه استیفای حقوق مالکینی که مقداری از ملک آن‌ها بر اثر عدم رعایت بره‌های اصلاحی، جزء گذر قرار می‌گیرد یا حتی کل ملک آن‌ها جزء گذر قرار می‌گیرد و یا در مواردی قسمت باقی مانده از استفاده عرفی خارج می‌شود، باید به قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۴۷/۹/۷ مراجعه نمود و علی‌رغم این که ظاهر تبصره ۶ ماده ۱۰۰ مبین استیفای حقوق این قبیل مالکین نمی‌باشد و در این خصوص ساکت است، ولی از آنجایی که ملکیت در اسلام و حقوق اسلامی محترم است و مالک، ذی حق در استیفای حق می‌باشد و اصلاحات ملک و توسعه معابر ویژگی خاصی ندارد که نافی این حق باشد و مقرره‌ای نمی‌تواند در شرایط عادی، نافی حقوق افراد باشد، چه برسد به اینکه با تفسیرهای غیرمنطقی چنین نتیجه‌ای حاصل گردد؛ لذا نظر به لزوم پرداخت ما به ازای ملک عقب نشینی شده اقوی است.

ماده ۱ لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب

۵۸/۹/۲:

«در مواردی که وزارت خانه‌ها و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا شهرداری‌ها

۵۹

برای ایجاد یا توسعه مرافق عامه از قبیل توسعه یا احداث جاده، راه‌آهن یا خیابان، توسعه معابر، لوله‌کشی آب و نفت و گاز، حفر نهر و غیره برای مصارف عمومی احتیاج به

خرید اراضی و املاک اشخاص داشته باشند و در انجام معامله یا تعیین قیمت با مالک توافق نشود یا ملک مجهول‌المالک باشد، می‌توانند به ترتیب مذکور در این قانون با پرداخت قیمت عادلانه آن را **تملك نمایند**، مشروط به این که اجرای طرح مورد نظر در محدوده یا مسیر معین **ضروری** باشد به نحوی که انجام آن در محل دیگر میسر نبوده یا موجب خسارت عمده‌ای گردد».

در هر حال با عنایت به تعریف طرح عمرانی در بند ۱۰ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ و شقوق ذیل آن، شهرداری در اجرای **طرح‌های نوسازی و توسعه و احداث معابر** (موضوع ماده ۲۴ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷ با اصلاحات بعدی) مشمول مقررات لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب است و نظر به این که طبق ماده ۱۲ لایحه قانونی اخیر الذکر «کلیه قوانین و مقرراتی که با این قانون مغایرت دارد، ملغی الاثر می‌باشد» قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۷ آذر ۱۳۴۷ با اصلاحات بعدی و مقررات دیگر در حد مغایرت با لایحه قانونی مزبور نسخ شده است و باید بهای عادلانه‌ی اراضی واقع در معابر پرداخت شود.

## ۷. آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

آرای زیر از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این خصوص قابل ذکر است که دلالت بر لزوم تملك اراضی واقع در عقب نشینی دارد و تفکیکی در این رابطه ایجاد نموده است؛ به عبارت دیگر به صورت مطلق به جبران خسارت حقوق مالکانه نظر داده شده است. متن برخی از این آراء به شرح ذیل است:

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۷۲ - ۱۷۳ به تاریخ ۱۳۸۱/۷/۲۵ با موضوع «مصوبه کمیسیون ماده پنج شهرستان قزوین مبنی بر الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از املاک خود در مجاورت محور تجاری به عمق حداقل ۳ متر به منظور تأمین پیاده رو معابر حکم مقنن است».

طبق ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱، وظیفه و مسئولیت کمیسیون مذکور در این ماده بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری حسب مقررات مربوط است. نظر به اینکه وضع قاعده آمه در جهت تحدید یا سلب مالکیت مشروع و قانونی اشخاص اختصاص به حکم صریح قانون گذار دارد. بنابراین

مصوبه مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۳ کمیسیون ماده پنج شهرستان قزوین مبنی بر الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از املاک خود در مجاورت محور تجاری به عمق حداقل ۳ متر به منظور تأمین پیاده رو مغایر حکم مقنن در باب حرمت مالکیت اشخاص و اصل تسلیط و خارج از حدود اختیارات آن کمیسیون در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۹۶۴ مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۱:

به شرح نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۰۹۲۸ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۵ فقهای محترم شورای نگهبان «تبصره ۲ بند (الف - ۲) دستورالعمل نحوه محاسبه درصد مربوط به تأسیسات شهری املاک و اراضی داخل محدوده خدماتی شهر کرمان به شماره ۱۷۷۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۴ شورای اسلامی شهر کرمان... از این نظر که به شهرداری اجازه می‌دهد تا ۱۵ درصد املاک شخصی واقع در اجرای طرح تفصیلی را به طور مجانی اخذ کند، خلاف موازین شرع شناخته شد» و همچنین تبصره فوق‌الذکر با عنایت به اصل اعتبار و حرمت مالکیت مشروع موضوع ماده ۳۰ قانون مدنی و عدم جواز تملک بخشی از اراضی اشخاص به طور رایگان که از نوع اسباب مملک مقرر در قانون مدنی محسوب نمی‌شود و مصرحات لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب و قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷، خلاف قانونی نیز تشخیص داده می‌شود و مستنداً به ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و مادتین ۴۱ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری از تاریخ تصویب ابطال می‌گردد».

رأی شماره ۶۶۳ مورخ ۱۳۸۶/۸/۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری:

«با عنایت به نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۱۶۶۹ مورخ ۸۶/۳/۲۶ فقهای محترم شورای نگهبان اطلاق قسمت آخر بند یک صورت جلسه مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۷ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهر سازی و معماری در شهر کرمان، از جهت آنکه مفهم تسری آن به املاک اشخاص حقیقی نیز می‌باشد، خلاف احکام شرع شناخته شده است، بنابراین مستنداً به اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده یک و ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری عبارت قسمت آخر مصوبه به شرح بین‌الهمالین (به جز معابر) از متن بند یک مصوبه مزبور حذف و ابطال می‌گردد».

در این مقرر آمده: «۱- مقرر گردید شهرداری کرمان در مورد کاربری‌های عمومی که ارگان‌های مربوطه نسبت به تملک در مدت زمان مقرر در ماده واحده اقدام ننموده‌اند، مطابق ماده واحده در حد تعیین شده توسط شورای عالی شهرسازی پروانه مسکونی در صورت تقاضای مالک قانونی صادر نماید به جز معابر»

توضیح رأی فوق اینکه شهرداری هیچ گونه اعتنایی به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها ننموده و حق و حقوق مالکین این قبیل املاک را پایمال نموده و املاک واقع در طرح معابر را بدون تأمین عوض و بدون رضایت مالک تصاحب می‌نماید. همان طور که قانون گذار به صراحت در خصوص رعایت حق و حقوق مالکین املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها ذکر نموده و همچنین در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ به صراحت در خصوص استحقاق مالکین املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به دریافت پروانه ساختمانی در صورت عدم اجرای طرح، طبق زمان مشخص شده تصریح کرده است. در قانون فوق، قانون گذار، املاک واقع در طرح معابر را از این حق مستثنی ننموده و هیچ تبعیضی بین املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی قائل نشده و همچنین بر اساس ماده ۳۰ قانون مدنی در خصوص حرمت مالکیت مشروع و حق و حقوق مالک در آن ذکر شده است، لذا قسمت آخر بند یک صورت جلسه مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۷ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری در شهر کرمان که در آن املاک واقع در طرح معابر را از شرایط مندرج در تبصره یک اصلاحی ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مستثنی نموده، به لحاظ مغایر بودن با شرع (اصل تسلیط) و قانون ابطال گردید. تذکر این نکته لازم است که در این رأی این دفاع که متقاضی تغییر کاربری ملک خود، بایستی از طریق کمیسیون ماده ۵ اقدام نمایند و قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ تأکید بر کاربری‌های عمومی داشته، مورد پذیرش قرار نگرفته و یکی از موارد و مصادیق تغییر کاربری، اجرا نشدن طرح‌های عمومی و عمرانی دانسته شده است. نظر شورای نگهبان در خصوص غیر شرعی بودن محرومیت از حقوق اشخاص در طرح‌های عمومی و عمرانی در رابطه با این مصوبه چنین است:

در جلسه مورخ ۸۶/۳/۲۳ فقهای شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح زیر اعلام می‌گردد: «استثنائی که در ذیل بند یک صورت جلسه مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۷ کمیسیون ماده ۵ به لفظ (به جز معابر) آمده است، در صورتی که اطلاق این

صورت جلسه شامل زمین هایی که ملک اشخاص حقیقی است، بشود از این نظر که مانع اعطای پروانه ساختمان به مالک زمین است، خلاف موازین شرع می باشد و اگر اختصاص به زمین هایی که ملک نهادها است داشته باشد، استناد شهرداری برای ندادن پروانه ساختمان به شاکی صحیح نیست».

## ۸. خلاف شرع بودن عدم جبران خسارت

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲۳ و شورای نگهبان در آخرین اراده و تصمیم خود در خصوص تملک رایگان اراضی اشخاص در عقب نشینی ملک چنین نظر داده اند:

قائم مقام دبیر شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۱۳۰۷/۱۰۲/۹۵-۹۵/۴/۹-۱۳۹۵ اعلام کرده است که: در خصوص قسمتی از ضوابط طرح تفصیلی شهر تبریز مصوب سال ۱۳۹۱ مصوب کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری شهر تبریز، در جلسه مورخ ۱۳۹۵/۴/۲ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح زیر اعلام می گردد: «حکم به عقب نشینی به طور رایگان خلاف موازین شرع دانسته شد، تشخیص اینکه تصویب ضوابط مذکور از ناحیه کمیسیون خلاف قانون است یا نه، به عهده آن دیوان محترم می باشد». نظر به اینکه به موجب حکم تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم الاتباع است، بنابراین در جهت تبعیت از نظر فقهای شورای نگهبان و مستند به مواد قانونی پیش گفته و بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۱۳ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ حکم به ابطال مصوبه مذکور از تاریخ تصویب صادر و اعلام می شود.

در این رابطه قابل ذکر است به موجب نظریات متعدد شورای نگهبان قانون اساسی و از جمله موارد مندرج در پاسخ های ارسالی به هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با شماره های ذیل هر گونه تخصیص املاک خصوصی مردم، جهت رفع نیازهای عمومی که مستلزم خلع ید مالک به صورت رایگان یا زاید بر نیاز باشد، خلاف موازین شرعی اعلام شده است:

(۱۳۸۰/۱۰/۲-۰۲ ۸/۲۱/۲۸۷۶) .

(۱۳۸۹/۱۱/۲۰-۹ ۸/۳۰/۴۱۴۸۳) .

(۱۳۹۱/۴/۳-۱ ۹/۳۰/۴۷۰۴۷) .

۱۳۹۷/۵/۲۲- (۹۷/۱۰۲/۶۶۱۳).

شورای نگهبان در نظر اخیر و جدید خود چنین بیان داشته: نظریه شماره (۹۷/۱۰۲/۶۶۱۳) به تاریخ ۱۳۹۷/۵/۲۲ «گرفتن اراضی مالکین بدون رضایت ایشان خلاف شرع می‌باشد و اعطاء تراکم تشویقی به صورت تهاتر بدون رضایت مالکین نمی‌تواند رافع ایراد شرعی باشد».

در گزارش کارشناسی شورای نگهبان به شماره ۹۷۰۴۰۴۷ به تاریخ ۱۳۹۷/۴/۳۱ چنین آمده است:

اگر ملک شخصی در مسیر طرح‌های شهرداری قرار داشته باشد و آن طرح نیز طبق قانون ضروری دانسته شده باشد، باید با مالک آن وارد توافق شد و در صورت عدم توافق، به قیمت کارشناسی روز آن را تملک کرد. در سایر موارد، نمی‌توان صدور پروانه ساخت برای املاک را به این دلیل که طرح مورد نظر فاقد اولویت است، منوط به واگذاری قسمتی از ملک در مقابل تراکم تشویقی نمود و مالک را مجبور به این معامله کرد. اصل تعریض نمودن کوچه از ۱۰ متر به ۱۴ متر و نحوه تعریض نمودن (یک متر و سه متر) بدون رضایت مالکین اراضی و املاک، خلاف احکام اولیه اسلام و در نتیجه خلاف شرع می‌باشد و در صورت وجود مجوز برای تعریض علاوه بر رعایت عدالت باید بهای آن نیز پرداخت گردد».

به دلیل اینکه اجبار به عقب نشینی و منع از تصرف و احداث مستحذات در مقدار عقب نشینی شده، بدون وجود مصلحت و بدون جبران خسارت عادلانه، نقصان ارزش است، با توجه به تمام جهات خلاف شرع می‌باشد، لذا مورد شکایت خلاف شرع دانسته شد.

این موضوع به نحو کامل در گزارش کارشناسی پژوهشکده شورای نگهبان به شماره ۹۷۰۷۰۶۵ به تاریخ ۱۳۹۷/۷/۸ نیز تصریح شده است.

به علاوه به موجب آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و من جمله مطابق آرای شماره ۱۷۳-۱۷۲-۱۳۸۱/۵/۲۷ و ۵۱۷-۵۱۴-۱۳۹۱/۷/۲۴ و ۱۴۷-۱۳۹۲/۲/۳۰ و ۲۱۰-۱۳۹۲/۳/۲۷ و ۴۵۴-۴۵۳-۱۳۹۲/۷/۱۵ که مبتنی بر موازین شرعی و قانونی مورد اشاره در آنها می‌باشند، کمیسیون ماده پنج شورای عالی شهرسازی و معماری کشور، صرفاً صلاحیت تعیین حدود و ضوابط مربوط به کاربری اراضی شهر را دارا بوده و مجاز به تصمیم‌گیری در خصوص حقوق مالکانه اشخاص و درباره تخصیص رایگان املاک خصوصی مردم، برای رفع نیازهای عمومی نمی‌باشد (که این امر مصداق دقیق نظریه



مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ شورای نگهبان تلقی می‌شود). بر این اساس هرگونه مصوبه کمیسیون ماده ۵ که منجر به بهره برداری عمومی از املاک خصوصی، به صورت رایگان و بدون جبران حقوق مالکانه افراد شود، مردود اعلام گردیده است.

نکته‌ای که در اینجا قابل ذکر است این که تبصره ۲ ماده ۱۴۸ قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی آن مورخ ۱۳۶۵/۴/۳۱ اشعار می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون، دولت مکلف است از هر نوع **تصرف اراضی متعلق به دولت و شهرداری** جلوگیری نموده و **ساختمان‌های احداث شده در این قبیل اراضی** را در صورتی که متصرف، معترف به تجاوز باشد و یا تجاوز او عرفاً معلوم و غیر قابل انکار باشد، وی را ملزم به رفع آثار تجاوز و یا تخریب نموده و چنانچه امتناع ورزد، دولت رأساً در رفع آثار تصرف اقدام خواهد کرد و عنداللزوم تخریب می‌نماید و چنانچه متصرف، منکر تجاوز باشد موضوع به دادگاه صالحه احاله می‌شود». بعد از این مصوبه، یک سال بعد در ماده ۱۳ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۷/۱ مقرر گردید: «هر گونه دخل و تصرف و تجاوز به اراضی شهری متعلق یا منتقل شده به دولت و شهرداری‌ها و یا احداث هرگونه بنا بدون پروانه مجاز و یا هر گونه نقل و انتقال به موجب اسناد عادی یا رسمی و تفکیک و افراز اراضی مزبور و یا هر گونه عملی بر خلاف این قانون، جرم شناخته می‌شود و با متجاوزین بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۴۸ اصلاحی قانون «اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی آن رفتار می‌شود». این مصوبات این امر را به ذهن متبادر می‌کند که در تصرف به اراضی دولتی یا شهرداری در صورت انکار متجاوز دیگر هیچ نهادی حق تخریب نداشته و اختیارات قانونی سابق در گذشته در این رابطه از بین رفته است؛ اما مقررات بعد از تصویب این مقررات یعنی مهر ۱۳۶۶ قلم بطلانی بر چنین نظری کشیده است و دلالت بر تخریب علی‌الرأس از سوی دستگاه‌های اجرایی دارد.

بدین ترتیب، تردید در این است که در صورت تجاوز بنای احداثی به معبر، موضوع در صلاحیت کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (موضوع تبصره ۶ ماده ۱۰۰ الحاقی سال ۱۳۵۵) می‌باشد یا اینکه وفق تبصره ۲ ماده ۱۴۸ قانون ثبت (اصلاحی سال ۱۳۶۵) که مؤخر بر تبصره ۶ ماده ۱۰۰ می‌باشد، شهرداری در مواردی که متصرف به تصرف معبر معترف است یا تصرف او عرفاً معلوم و غیرقابل انکار باشد، حق تخریب علی‌الرأس دارد؟ به نظر در جایی که تصرف آشکار است یا متصرف معترف می‌باشد، موضوع در صلاحیت

شهرداری جهت تخریب به صورت علی الرأس (به مانند قانون منع گسترش شهر تهران) است، در غیر این صورت به استناد قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۱۴۸ قانون ثبت، موضوع در صلاحیت مرجع صالح که کمیسیون ماده ۱۰۰ می باشد، قرار دارد.

نکته اینکه تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری راجع به رعایت بر اصلاحی از قواعد آمره بوده و توافق بر خلاف آن فاقد اعتبار و بر خلاف نظم عمومی می باشد؛ لذا شهرداری مکلف است از تجاوز مالک به معبر شهر ممانعت عملی به وسیله عوامل خود نماید و نظیر هر شخص که املاکش مورد تصرف عدوانی یا تجاوز متجاوز قرار گرفته در مقام شاکی در دادسرای محل شکایت مطرح نماید و ضمن رفع تجاوز، خواستار رسیدگی به تخلف از کمیسیون ماده صد قانون شهرداری شود.

## نتیجه گیری

دلایل لزوم جبران خسارت اراضی واقع در عقب نشینی عبارت است از:

- تفسیر غایی.
- اصل عدم نسخ قواعد مربوط به تملک اراضی و استصحاب بقای آن.
- قاعده اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند، در تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و در مقام بیان بودن تبصره راجع به تبصره و نه نحوه تملک.
- لزوم تفسیر مقررات بر اساس عناوین آن، (ماده ۱۰۰)، پرداخت به صلاحیت ذاتی، نه نحوه تملک اراضی).
- جریان عمومات مربوط به لزوم جبران خسارت تحدید حقوق مالکانه و جریان قواعدی مانند «برابری همه اشخاص در برابر هزینه های عمومی»، «قابلیت سرزنش بلا جبران ماندن خسارت» و اصل تسلیط و قاعده لاضرر و عدم خصوصیت معابر برای استثنا کردن و خارج نمودن از عمومات.
- قیاس اولویت جبران خسارت معابر واقع در عقب نشینی نسبت به اراضی واقع در حریم اماکن ناشی از اعمال حاکمیت مانند مراکز نظامی.
- استثنایی و خلاف قاعده بودن تملک رایگان و عدم امکان تفسیر موسع آن؛ به عبارت دیگر لزوم تفسیر مضیق مقررات مربوط به تملک رایگان اراضی.
- مؤید بودن قوانین و مقررات مانند (قانون توسعه معابر سال ۱۳۲۰ - قانون نوسازی و عمران شهری سال ۱۳۴۷ - قانون خرید اراضی و املاک واقع در

طرح‌های عمومی و عمرانی سال ۱۳۵۸ - ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون  
شهرداری سال ۱۳۹۰).

- نظرات شورای نگهبان (به صورت کلی بدین نحو که هرگونه مصوبه که منجر به بهره برداری عمومی از املاک خصوصی، به صورت رایگان و بدون جبران حقوق مالکانه افراد شود، مردود و خلاف شرع است و به صورت خاص و موردی مبنی بر این که «حکم به عقب نشینی به طور رایگان خلاف موازین شرع است».
- آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و عدم تفکیک میان انواع عقب نشینی.

# برخی مسائل پیرامون اخذ گواهی انحصار وراثت

مسیح قاسمی<sup>۱</sup>

چکیده

هدف علم حقوق، انتظام بخشیدن به روابط انسان‌ها با یکدیگر و با محیط اطراف در راستای فراهم نمودن محیط اجتماعی قانونمند می‌باشد که در این خصوص اقدام به وضع قواعد و قوانین متعدد از لحظه انعقاد نطفه یک فرد تا لحظه ی وداع دار فانی، می‌نماید تا با آمد و رفت وی نظم اجتماعی محفوظ بماند. همه می‌دانیم یکی از اتفاقاتی که در زندگی انسانها به وقوع می‌پیوندد، مرگ است و این اتفاق مهم قطعا مورد نظر قانون گذاران قرار گرفته و تمهیداتی برای این لحظه اندیشیده شده است تا با فنا شدن آن فرد، بازماندگان با وظایف قانونی و اجتماعی خود در راستای حفظ نظم اجتماعی گام برداشته و اموال و دارایی به جا مانده از متوفی را مدیریت نمایند. از جمله قوانین مرتبط با این امر، قانون مدنی، قانون امور حسبی و قانون تصدیق انحصار وراثت می‌باشد که در این قوانین از امور به وراثت، تحریر ترکه، مهر و موم ترکه، تقسیم ترکه و نحوه اخذ گواهی انحصار وراثت سخن رفته و قوانین وضع گردیده است. گواهی انحصار وراثت اگرچه یکی از راه‌های شناسایی وراثت می‌باشد اما در عین حال، امروزه می‌توان گفت مهم ترین و تنهاترین راه شناسایی وراثت همین گواهی می‌باشد؛ به طوری که پس از آنکه متوفی دار فانی را وداع می‌گوید، ورثه جهت انجام کلیه امور اداری و غیر اداری وی با استناد به این گواهی، امور مختلف را انجام می‌دهند. گواهی انحصار وراثت است که تأییدکننده رابطه موروثی فی ما بین متوفی و بازماندگان می‌باشد و آنان در خصوص مسائل بعد از فوت مورث، ذی سمت محسوب می‌گردند. در این راستا در این مقاله بر آن شدیم که خوانندگان را با نحوه عملی اخذ گواهی انحصار وراثت و مسائل عملی پیرامون آن آشنا نماییم.

۶۸

۱ . وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

## مرجع صالح جهت درخواست و صدور گواهی انحصار وراثت

یکی از مهم ترین مسائلی که ذهن هر حقوقدانی را در نگاه اول به خود مشغول می‌نماید، این است که درخواست یا دادخواست خود را به چه مرجع یا دادگاهی ارائه نماید تا هرچه سریعتر به خواسته خود نائل گردد. بر اساس بند ت از ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب سال ۱۳۹۴ امروزه صدور گواهی انحصار وراثت در صلاحیت شوراهای حل اختلاف می‌باشد و افراد می‌بایست درخواست خود را با مدارک لازم در اختیار آن مرجع قرار دهند اما سؤالی که در مرحله اول به ذهن متبادر می‌گردد این است که آیا هر شورای حل اختلافی صالح به این موضوع است یا خیر؟ مثلاً اگر فردی که اهل اصفهان است و در شیراز فوت کند، شورای کدام شهر، مرجع صالح است؟ در این مقام قانونگذار در مواد ۱۶۲ الی ۱۶۵ قانون امور حسبی، تعیین تکلیف نموده، به نحوی که حسب مواد قانونی فوق، امور راجع به ترکه که گواهی انحصار وراثت نیز از آن امور است، ابتدائاً در مرجعی که محل اقامت متوفی بوده است، مطرح می‌گردد و در صورت عدم اقامت، مرجعی که متوفی در آن حوزه آخرین محل سکونتش بوده است، صالح است و چنانچه متوفی در ایران اقامتگاه یا محل سکنی نداشته، مرجعی را صالح دانسته که ترکه متوفی در آنجا واقع شده و در صورت تعدد مکانی، ترکه دادگاهی را که ترکه غیر منقول در آن محل است، صالح دانسته و در فرض وجود ترکه متعدد غیر منقول، مرجعی را صالح دانسته که قبل از هر مرجعی اقدام به عمل، جهت صدور گواهی انحصار وراثت نموده است.

البته نکته حائز اهمیت آن است که قانون تصدیق انحصار وراثت مصوب ۱۳۰۹/۷/۱۴ نیز در ماده ۲ خود برای افراد مقیم ایران، محاکم صالح محل اقامت دائمی متوفی و برای افرادی که محل اقامت دائمی متوفی خارج از ایران می‌باشد، محاکم تهران را صالح قرار داده است که امروزه با عنایت به تأخر قانون امور حسبی و قانون شورای حل اختلاف نسبت به قانون فوق، مواد ۱۶۲ الی ۱۶۵، موجب نسخ بخش اول این ماده گردیده است و لیکن در عمل امروزه افرادی که مورث آنها خارج از کشور فوت می‌نمایند، به دلیل نیاز به هماهنگی‌های وزارت امور خارجه، بدون توجه به محل اقامت یا سکنی یا محل وجود ترکه می‌بایست به شورای حل اختلاف شهر تهران جهت اخذ گواهی انحصار وراثت مراجعه نمایند.

ادعای نسب یا نفی نسب یا ابطال رابطه زوجیت و مواردی از این دست مطرح شود، شورای حل اختلاف، صلاحیت رسیدگی به این موارد را نداشته و این قبیل خواسته‌ها در دادگاه صالح خود و حسب قانون آئین دادرسی مدنی رسیدگی خواهد شد.

### نحوه ارائه درخواست و مدارک لازم

پس از آنکه مرجع صالح برای مراجعه مشخص گردید که به صورت عام، شورای حل اختلاف محل اقامت متوفی می‌باشد، نوبت به آن می‌رسد که درخواست خود را به همراه مدارک مورد نیاز به شورای صالح ارائه دهند تا روند رسیدگی تا صدور گواهی، طی شود. برای این امر اگر چه در قانون امور حسبی برای اخذ گواهی انحصار وراثت از واژه ی درخواست استفاده شده و از لحاظ قانونی، درخواست‌ها بر روی یک برگه ساده نیز به عمل می‌آیند و لیکن روال مرسوم آن است که متقاضیان اخذ گواهی، درخواست خود را بر روی برگه دادخواست تنظیم نموده و با توجه به آنکه امروزه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی نسبت به ثبت دادخواست‌ها اقدام می‌نمایند، متقاضی می‌بایست مستقیماً با دادخواست و مدارک مورد نیاز به این دفاتر مراجعه نمایند و در صورت عدم وجود دفاتر به صورت مستقیم به شورای حل اختلاف صالح مراجعه کند.

نکته مهم دیگر این است که چنانچه در زمان فوت، جنینی از جمله وراث باشد، می‌بایست در دادخواست، این مطلب ذکر و مدارک آن ضمیمه شود.

### متقاضی صدور گواهی انحصار وراثت (خواهان)

حسب ماده ۳۶۰ قانون امور حسبی، وراث متوفی یا سایر اشخاص ذی نفع به عنوان متقاضی گواهی انحصار وراثت، می‌توانند درخواست خود را به همراه مدارک لازم به شورای حل اختلاف صالح ارائه دهند. نکته حائز اهمیت آن است که هرکدام از ورثه به تنهایی قادر به ارائه درخواست خود به شورای حل اختلاف است و می‌تواند بدون همکاری سایر ورثه نسبت به درخواست گواهی انحصار وراثت اقدام نماید اما به غیر از ورثه، اشخاص دیگری نیز می‌توانند درخواست خود را ارائه دهند که همان اشخاص ذی نفع می‌باشند. با توجه به ماده ۱۶۷ قانون فوق و وحدت ملاک می‌توان اشخاص ذی نفع را شامل این افراد دانست:

۱- نماینده قانونی هریک از ورثه از جمله امین و قیم محجور یا غایب؛

۲- موصی له؛

۳- شخص وصی که از طرف متوفی به عنوان وصایت معین شده باشد؛

۷۰

۴- طلبکار متوفی که طلب وی مستند به سند رسمی باشد.

### طرف درخواست ( خواننده )

اگرچه امور حسبی از جمله امور غیر ترافیعی محسوب می‌گردد و بعضاً در عمل ستون خواننده در دادخواست گواهی انحصار وراثت خالی است؛ لیکن برخی اعتقاد دارند، بهتر است این دادخواست به طرفیت سایر ورثه مطرح گردد.

### مدارک لازم جهت ارائه دادخواست گواهی انحصار وراثت

الف) فتوکپی اسناد سجلی و هویتی کلیه ورثه: متقاضی می‌بایست فتوکپی مصدق شناسنامه و کارت ملی کلیه ورثه را به دادخواست خود، پیوست نماید. چنانچه احد ورثه یا سایر متقاضیان، ناتوان از ارائه مدارک ورثه باشد، با درخواست وی، شورای حل اختلاف از اداره ثبت احوال، استعلام لازم را به عمل می‌آورد.

ب) استشهادیه تنظیم شده به شهادت ۳ نفر: متقاضی می‌بایست شهادت رسمی ۳ نفر که بهتر است از فامیل نباشند را در دفترخانه رسمی اخذ نموده و به پیوست دادخواست خود به شورا ارائه دهد. البته در مواردی که افراد غیر از ورثه دادخواست می‌دهند و عاجز از این اقدام می‌باشند، شورا می‌تواند از طریق تحقیقات محلی یا هر اقدام دیگری که لازم بداند، این اقدام را انجام دهد و عدم ارائه شهادت نامه، مانع ادامه روند رسیدگی نخواهد بود.

ج) گواهی فوت متوفی: متقاضی با اخذ این گواهی از اداره ثبت احوال به صورت شخصی و یا با استعلام شورا از اداره ثبت احوال، این مدرک را به دادخواست پیوست می‌نماید.

د) عقدنامه: چنانچه در میان ورثه، همسر متوفی در قید حیات باشد، فتوکپی عقدنامه نیز از جمله مدارکی است که می‌بایست به پیوست قرار گیرد. نکته حائز اهمیت آنکه چنانچه متوفی همسر موقت داشته باشد و از همسر خود نیز دارای فرزند باشد، به دلیل ارث بری آن فرزند بهتر است، مدرک صیغه نامه در خصوص ازدواج موقت متوفی نیز به پیوست به شورای صالح ارائه گردد.

ه) وصیت نامه: چنانچه متقاضی، وصیت نامه ای از متوفی در اختیار داشته باشد، با عنایت به منطوق ماده ۲۹۴ قانون امور حسبی می‌تواند در دادخواست خود آن را به شورا تقدیم نماید.

البته ذکر این مطلب جهت اطلاع لازم است که پیرو قانون مالیات‌های مستقیم و

اصلاحیه آن با توجه به حذف ماده ۳۱ آن قانون، متقاضیان صدور گواهی انحصار وراثت از ارائه گواهی مالیات بر ارث از ابتدای سال ۱۳۹۵ به بعد معاف گردیده اند و از آن تاریخ به این طرف نیازی به ارائه گواهی مالیات بر ارث نمی‌باشند. نکته دیگر آنکه متقاضی دریافت گواهی انحصار وراثت در مورد غائب مفقودالاثر باید در ابتدا درخواست صدور حکم فوت فرضی آن غایب را بنماید (نظریه شماره ۷/۲۴۶۳-۴/۲۱-۱۳۸۳).

### گواهی با نشر یا بدون نشر آگهی

متقاضی در ستون خواسته دادخواست، می‌بایست مشخص نماید که گواهی انحصار وراثت را با نشر یا بدون نشر آگهی می‌خواهد؛ بدین توضیح که در صورتی که بهای ترکه مزاد بر ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال نباشد، شورا حسب ماده ۳۴ بدون انتشار آگهی به ادله متقاضی رسیدگی و درخواست متقاضی را حسب مورد، قبول یا رد می‌نماید؛ ولیکن چنانچه بهای ترکه مزاد بر مبلغ ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال باشد، شورا اقدام به انتشار آگهی برای یک نوبت در روزنامه کثیرالانتشار یا محلی می‌نماید و پس از انقضای مهلت یک ماه از تاریخ نشر آگهی در صورتی که معترض نباشد با بررسی مدارک و ادله، اقدام به صدور گواهی حصر وراثت می‌نماید و در صورت وجود معترض، جلسه ای برای رسیدگی به اعتراض تعیین کرده و پس از رسیدگی، حکم صادر می‌نماید که این حکم فقط با توجه به تأخر قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به قانون امور حسبی و نسخ شدن قسمت اخیر ماده ۳۶۲ قانون امور حسبی، قابل تجدید نظرخواهی در دادگاه صالح است و قابل فرجام خواهی نمی‌باشد. در نقاطی هم که روزنامه وجود ندارد، شورا به هزینه متقاضی در مکانی مناسب، آگهی را الصاق می‌نماید. لازم به ذکر است، شورای حل اختلاف در صورت بررسی ادله و انجام تحقیقات لازم و نبود معترض، اقدام به قبولی درخواست متقاضی و صدور گواهی انحصار وراثت می‌نماید؛ لیکن در صورتی که شورا رأساً درخواست متقاضی را وارد نداند، صرف نظر از وصول یا عدم وصول اعتراض، درخواست متقاضی را می‌تواند، رد نماید که رد دادخواست از جمله موارد قابلیت تجدید نظر خواهی متقاضی است.

در ادامه، تصویر نمونه دادخواست گواهی انحصار وراثت را ملاحظه می‌فرمایید. لازم به ذکر است، اکنون این دادخواست به دفاتر الکترونیک قضایی و در برگه دادخواست به شورای حل اختلاف تقدیم می‌شود.





مشخصات طرفین	نام	نام خانوادگی	نام پدر	سن	بغل	محل اقامت	شماره ثبت خیابان ، کوچه ، پلاک ، کد پستی (کد پستی حتماً قید شود)
خواهان	متقاضی عبارت است از احد ورثه یا اشخاص ذینفع (وصی سروصی به قیم محجور طلبکار)						
خوانده	به طرفیت ورثه و دادستان						
وکیل یا نماینده قانونی	وکیل رسمی دادگستری						
خواسته یا موضوع واهی آن	تقاضای صدور گواهی حصر وراثت بدون تشریحی / یا تشریحی						
محل رسمیت دادخواست (دادگاه)	گواهی فوت ختوکب سناسنامه و کارت ملی وارثین - استشهادیه انحصار وراثت - وصیت نامه - عقد نامه همسر متوفی						
<b>شرح دادخواست</b>							
روایت محترم شورای حل اختلاف صلاح							
احتراماً اینجانب به وکالت از خواهان به استحضار آن مقام محترم می رسانم ..... متوفی ..... فرزند ..... به کد ملی ..... در تاریخ ..... فوت نموده و وراثت حین القوتش عبارتند از :							
۱- ..... فرزند ..... متولد ..... کد ملی ..... (نسبت با متوفی)							
۲- ..... فرزند ..... متولد ..... کد ملی ..... (همسر متوفی)							
ضمناً متوفی به غیر از نامبردگان فوق ورثه دیگری ندارد لذا با تقدیم این دادخواست با عنایت به اسناد پیوستی از آن مقام محترم تقاضای صدور و اعطاء گواهی انحصار وراثت بدون / یا تشریحی بشرح فوق مورد استدعاست.							
<b>محل امضاء - مهر - اثر انگشت</b>							
محل ثبت نام							
شماره و تاریخ ثبت دادخواست	درست محترم نامه ..... دادگاه ..... صادر می فرماید نام و نام خانوادگی ارجاع کننده ..... تاریخ ..... امضاء						

### محتوای گواهی انحصار وراثت

حسب مواد ۳۷۲ و ۳۷۳ قانون امور حسبی، شورای حل اختلاف در گواهی انحصار وراثت، ملزم است نام فرد متقاضی، متوفی، نسبت ایشان و نام سایر ورثه متوفی را با ذکر نام و نسبت ایشان با متوفی اعلام نماید و همچنین باید نسبتی را که وراثت یا ورثه به اموال مورث خود دارند را به نحو اشاعه، معین نماید.

### نحوه اعتراض به درخواست تصدیق و گواهی انحصار وراثت

برای اعتراض به گواهی انحصار وراثت با توجه به آنکه قانون گذار در ماده ۳۶۲ قانون امور حسبی، مهلت یک ماهه از تاریخ نشر آگهی درخواست متقاضی برای اعتراض، مشخص نموده است؛ اشخاص ذی نفع که در طول مدت فوق از درخواست تصدیق متقاضی اطلاع پیدا می نمایند، حق اعتراض به درخواست را داشته و در این گونه موارد در

صورت وصول اعتراض، شورای حل اختلاف جلسه ای را برای رسیدگی به اعتراض معین نموده و پس از جلسه رسیدگی، حکم صادر می‌کند که این حکم قابل تجدید نظر خواهی است. همچنین دادستان نیز حسب مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مارالذکر می‌تواند در صورتی که تشخیص دهد متوفی بلا وارث است و درخواست تصدیق انحصار وراثت بی اساس می‌باشد، به درخواست تصدیق اعتراض نماید و چنانچه برای محجور، قیم یا برای غایب، امین معین نشده باشد، دادستان می‌تواند به نام محجور و غایب به درخواست تصدیق انحصار وراثت، اعتراض نماید. موارد فوق مربوط به اعتراض به درخواست تصدیق است، لیکن چنانچه اعتراض در مهلت یک ماهه واصل نگردد، شورا مبادرت به صدور گواهی انحصار وراثت می‌نماید که با توجه به مواد ۳۶۷ و ۳۶۹ قانون امور حسبی، اشخاص ذی نفع پس از صدور گواهی انحصار وراثت، حق اعتراض به آن را داشته و دادستان نیز در صورتی که متوفی را بلا وارث بداند، حق اعتراض به گواهی صادره را دارد و حکم صادره پس از رسیدگی به اعتراض، قابل تجدید نظر خواهی است. لازم به ذکر است با توجه به رویه حاکم در شورای حل اختلاف و با وحدت ملاک از ماده ۳۶۲ قانون امور حسبی، شورای حل اختلاف در صورت وصول اعتراض به گواهی انحصار وراثت، جلسه ای تشکیل می‌دهد و پس از رسیدگی، اقدام به صدور حکم یا تصحیح گواهی انحصار وراثت می‌نماید. حکم صادره قابل تجدید نظر خواهی است، لیکن در رویه حاکم و جاری در شورا، پس از تصدیق گواهی انحصار وراثت، گواهی تکمیلی صادر می‌نماید.

# برخی مسائل پیرامون دادخواست طرح دعوی در دیوان عدالت اداری

سید رضا ذکایی<sup>۱</sup>

## الف: دادخواست و ضمائ

### ۱. برگ دادخواست

بر اساس ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رسیدگی در شعب دیوان، مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد که باید به زبان فارسی بر روی برگه‌های مخصوص چاپی تنظیم شود. تهیه برگ دادخواست مخصوص دیوان از طریق دفاتر پستی سراسر کشور یا دانلود از پایگاه اطلاع رسانی اینترنتی دیوان میسر است. (در حال حاضر از طریق سامانه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی این اقدام انجام می‌شود).

### ۲- درج مشخصات شاکی بر روی برگ دادخواست

۲-۱) اشخاص حقیقی: نام، نام خانوادگی، نام پدر، تاریخ تولد، کدملی، شغل، تابعیت و اقامتگاه (آدرس پستی شامل: نام استان - نام شهر - میدان - خیابان - کوچه - شماره پلاک و کد پستی).

پس از گذشت حدود ۲۰ روز از ثبت دادخواست، پیامکی به شماره تلفن همراه مندرج در دادخواست بدوی ارسال می‌گردد که حاوی شماره پرونده، کد شعبه و کد ردیف فرعی می‌باشد.

۲-۲) اشخاص حقوقی: نام شرکت، شماره ثبت، نشانی اقامتگاه اصلی، شماره تماس و کد ملی دارندگان حق امضای اوراق و اسناد تعهد آور (طبق آگهی آخرین تغییرات در روزنامه رسمی).

۳-۲) نام و نام خانوادگی و اقامتگاه وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی شاکی، در صورت تقدیم دادخواست توسط آنان.

### ۳-درج مشخصات طرف شکایت بر روی برگ دادخواست:

۳-۱) نام کامل دستگاه طرف شکایت (دستگاه‌های موضوع ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری).

۳-۲) نام و نام خانوادگی، سمت و نشانی دقیق محل خدمت مأمور دولت (در صورت امکان).

البته لازم به ذکر است که در ستون طرف شکایت و شرح ستون خواسته نیابستی نام مأمور دولتی قید گردد و در صورت ضرورت می‌توان در شرح دادخواست نام و نام خانوادگی آن مأمور دولتی را قید نمود که در صورت بی توجهی به این موضوع اگر در طرف شکایت نام مأمور دولتی قید گردد، به استناد ماده ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، قرار رد شکایت صادر می‌گردد و در صورت درج آن در ستون خواسته از جانب دبیرخانه یا شعب دیوان، اخطار رفع نقص به جهت ابهام خواسته صادر می‌گردد.

### ۴- درج موضوع شکایت و خواسته بر روی برگ دادخواست

موضوع شکایت و خواسته می‌بایست صریح و منجز باشد. حتی الامکان از طرح خواسته‌های متعدد در ضمن یک دادخواست که با یکدیگر ارتباط ندارند، خودداری شود (اگرچه امکان طرح خواسته‌های متعدد در یک دادخواست وجود دارد، لکن جهت سهولت در امر رسیدگی بهتر است به شرح فوق، اقدام گردد).

### ۵- درج شرح و متن شکایت بر روی برگ دادخواست

۵-۱) از نوشتن متن‌های طولانی اجتناب شود و مطالب به صورت خلاصه، بدون ابهام و عاری از خط خوردگی و غلط املائی باشد و پس از حروف چینی (تایپ) ابتدا تصحیح و سپس به دیوان، ارائه شود.

۵-۲) امضا یا اثر انگشت شاکی، وکیل، قائم مقام یا نماینده قانونی وی یا امضا و مهر شخص حقوقی، ذیل دادخواست باشد.

## ۶- ارائه مدارک و دلایل مورد استناد

۶-۱) دادخواست و کلیه مدارک و ضمائم پیوستی باید به تعداد طرف شکایت به علاوه یک نسخه باشد.

۶-۲) برابر ماده ۲۰ قانون، رو نوشت یا تصویر خوانا و گواهی شده اسناد و مدارک مورد استناد باید پیوست دادخواست شود و تصویر مدارک باید به وسیله دبیرخانه یا دفاتر شعب دیوان یا دفاتر اداری مستقر در مراکز استان‌ها و یا دفاتر دادگاه‌های عمومی دفاتر اسناد رسمی، وکیل شاکی یا واحدهای دولتی و عمومی یا دفتر خدمات الکترونیک قضایی تصدیق شود.

- در صورتی که مدارک در خارج از کشور تهیه شده باشد، مطابقت آن با اصل، باید در دفتر سفارت خانه یا کنسولگری یا دفتر نمایندگی ایران گواهی شود.

- در صورتی که تصدیق مدارک از سوی شاکی ممکن نباشد، یا شاکی نتواند تصویری از آنها را ارائه نماید، ذیل دادخواست ذکر نماید تا برابر تبصره ۲ ماده فوق، اقدام گردد.

### ۶-۳) تصویر شناسنامه و کارت ملی

۶-۴) ارائه آگهی ثبت شرکت در روزنامه رسمی منضم به آخرین تغییرات آن برای شرکت ها، پروانه تولیدی معتبر برای کارگاه‌ها و پروانه کسب معتبر برای کسبه الزامی است.

۶-۵) در صورت عدم درج آگهی ثبت در روزنامه رسمی، ارائه اساسنامه برای مؤسسات و نهادهای خصوصی، الزامی است.

۶-۶) هرگاه دادخواست توسط وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی شاکی، تقدیم شده باشد، باید تصویر مصدق مثبت سمت دادخواست دهنده نیز ضمیمه گردد.

۶-۷) شاکی می‌تواند به وکلای پایه یک دادگستری وکالت بدهد. در این صورت لازم است در وکالت نامه رسمی تنظیمی، حدود اختیارات وکیل، موضوع وکالت مبنی بر طرح شکایت در دیوان عدالت اداری، پیگیری آن و نیز وکالت در استرداد شکایت یا انصراف از شکایت به صراحت درج شده باشد. وکلای مرکز مشاوران که دارای پروانه پایه دوم هستند به موجب رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به تنهایی نمی‌توانند در دیوان عدالت اداری وکالت نمایند.

## ۷- پرداخت هزینه دادرسی

۷-۱) الصاق صد و پنجاه هزار (۱۵۰۰۰۰) ریال تمبر دادگستری بر روی صفحه اول

دادخواست اصلی در مرحله بدوی و سیصد هزار (۳۰۰۰۰۰) ریال بر روی دادخواست تجدیدنظرخواهی و نیز دادخواست اعاده دادرسی، الزامی است.

#### ۸- رعایت مهلت تقدیم دادخواست

۱-۸) مهلت تقدیم دادخواست راجع به آراء و تصمیمات قطعی مراجع اداری برای اشخاص داخل کشور، سه ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور ۶ ماه از تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوط، مطابق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است. مراجع مزبور مکلفند در رأی یا تصمیم خود تصریح نمایند که رأی یا تصمیم آن‌ها ظرف مدت مزبور در دیوان، قابل اعتراض است.

۲-۸) در مواردی که ابلاغ، واقعی نبوده و ذی نفع ادعای عدم اطلاع از آن را بنماید، شعبه دیوان در ابتدا به موضوع ابلاغ، رسیدگی و در مواردی که به موجب قانون سابق، اشخاصی قبلاً حق شکایت در مهلت بیشتری را داشته اند، مهلت مذکور ملاک محاسبه است.

#### ۹- تحویل دادخواست

۱-۹) پس از تنظیم دادخواست برگ دادخواست، و ضمایم باید از طریق پست سفارشی به دبیرخانه دیوان یا دفتر نمایندگی دیوان، مستقر در دادگستری مراکز استان‌ها تحویل شود. (در حال حاضر از طریق سامانه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی این اقدام انجام می‌شود).

۲-۹) پس از تعیین شعبه، «شماره پرونده ۱۶ رقمی» و «شعبه رسیدگی کننده» از طریق پیامک به شماره همراه درج شده در برگ دادخواست ارسال می‌شود که با توجه به غیر حضوری بودن رسیدگی در دیوان، نگهداری از رسید و پیامک مشخصات پرونده تقدیمی به منظور پیگیری روند پرونده ضروری می‌باشد.

#### ۱۰- درخواست صدور دستور موقت

دستور موقت یک امر استثنایی و خلاف اصل است و در موارد خاصی انجام می‌شود. مطابق مواد ۳۴ و ۳۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، صدور دستور موقت مبنی بر عدم اجرای اقدامات، تصمیمات، آرای قطعی یا خودداری از انجام وظیفه توسط اشخاص و مراجع مذکور در ماده ۱۰ قانون مذکور منوط به رعایت ۳ اصل می‌باشد: ۱- احراز عدم اجرای اقدامات، تصمیمات یا آرای قطعی مراجع پیش گفته تا قبل از اتخاذ

تصمیم در خصوص دستور موقت. ۲- احراز ورود خسارت غیر قابل جبران و یا آن که جبران آن متعسر باشد. ۳- احراز ضرورت و فوریت توسط شعبه رسیدگی کننده.

۱۰-۱) چنانچه شاکی، ضمن طرح شکایت خود یا پس از آن مدعی شود که اجرای اقدامات، تصمیمات، آرای قطعی یا خودداری از انجام وظیفه توسط اشخاص، سبب ورود خسارتی می‌گردد که جبران آن غیر ممکن یا متعسر است، می‌تواند تقاضای صدور دستور موقت نماید.

۱۰-۲) چنانچه تقاضای صدور دستور موقت پس از طرح شکایت اصلی، صورت گیرد باید تا قبل از ختم رسیدگی، به دیوان ارائه شود. این درخواست مستلزم پرداخت هزینه دادرسی نیست. نتیجه دستور موقت نباید با نتیجه ی خواسته ی دعوی یکی باشد.

## ب: مدارک لازم جهت طرح دادخواست در دیوان بر اساس اهم دستگاه‌های اجرایی طرف شکایت

۱- مدارک لازم جهت ارائه دادخواست به طرفیت کمیسیون‌های شهرداری:

۱-۱) تصویر آرای کمیسیون ماده صد (بدوی و تجدید نظر) یا آرای صادره از سایر کمیسیون‌های شهرداری نظیر کمیسیون ماده ۷۷.  
۱-۲) گواهی قطعیت رأی در مورد رأی کمیسیون بدوی ماده صد در صورتی که به آن اعتراض نشده باشد.

۱-۳) تصویر مصدق تمام صفحات سند مالکیت (نقل و انتقالات سند).

۱-۴) تصویر کلیه صفحات پروانه ساختمان.

۲) مدارک لازم جهت ارائه دادخواست به طرفیت آموزش و پرورش:

۲-۱) موضوع خواسته هزینه سفر: تصویر احکام کارگزینی مربوط به نقل و انتقال شاکی (حکم کارگزینی مبدأ و مقصد).

۲-۲) موضوع اخراج از محل خدمت: تصویر حکم اخراج به انضمام ابلاغیه رأی، تصویر حکم کارگزینی، تصویر رأی قطعی بدوی یا تجدید نظر صادره از هیأت رسیدگی به تخلفات اداری.

۲-۳) موضوع خواسته تبدیل وضعیت استخدامی: تصویر آخرین حکم کارگزینی،

گواهی میزان ساعات تدریس در هفته به تفکیک سال، از ابتدای خدمت تا تاریخ جاری.  
تذکر: کارکنان غیر ستادی وزارت آموزش و پرورش، می‌بایست طرف شکایت خود را

اداره کل استان محل خدمت یا استانی که آزمون استخدامی برگزار نموده است، قرار دهند.

۳) مدارک لازم جهت ارائه دادخواست به طرفیت اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی:

۳-۱) تصویر آرای هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف.

۳-۲) در صورتی که آرای هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف، علیه شرکت، کارگاه تولیدی یا کسبه صادر شده باشد، ارائه روزنامه رسمی منضم به آخرین تغییرات برای شرکت‌ها، پروانه اشتغال یا تولیدی معتبر برای کارگاه‌ها و پروانه کسب معتبر برای کسبه الزامی است.

۳-۳) در صورتی که رأی هیأت تشخیص به علت عدم اعتراض، قطعی شده باشد، ارائه گواهی قطعیت رأی مذکور، الزامی است.

۴) مدارک لازم جهت ارائه دادخواست به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی:

۴-۱) موضوع خواسته سنوات بازنشستگی: تصویر حکم بازنشستگی، مدارک پرداخت حق بیمه، تصویر صفحه اول دفترچه بیمه.

۴-۲) موضوع خواسته احتساب سنوات خدمتی: گواهی اشتغال تمام وقت دولتی، تصویر حکم بازنشستگی (در صورت بازنشستگی)، مدارک پرداخت حق بیمه، تصویر صفحه اول دفترچه بیمه.

۴-۳) موضوع خواسته احتساب حق بیمه: رأی صادره از هیأت تشخیص یا حل اختلاف اداره کار، در صورتی که شاکی در شرکت‌های خصوصی، شاغل بوده است، حکم کارگزینی در صورتی که شاکی مستخدم دولت باشد، مدارک پرداخت حق بیمه.

۴-۴) موضوع خواسته مستمری از کار افتادگی: تصویر آرای کمیسیون‌های پزشکی (بدوی و تجدید نظر)، مدارک پرداخت حق بیمه، مدارک کارگزینی.

۴-۵) موضوع خواسته برقراری مستمری توسط وراثت: گواهی انحصار وراثت، مدارک پرداخت حق بیمه توسط متوفی.

۴-۶) موضوع خواسته برقراری مستمری قطع شده وراثت: مدارک پرداخت حق بیمه، ارائه فیش حقوقی قبل از قطع مستمری، گواهی انحصار وراثت.

۵) مدارک لازم جهت ارائه دادخواست به طرفیت دستگاه‌های نظامی و انتظامی:



- ۵-۱) موضوع خواسته احتساب سابقه در مشاغل سخت و زیان آور: حکم کارگزینی که در آن شغل یا تخصص شاکی قید شده باشد، مستندات استحقاق شاکی.
- ۵-۲) موضوع خواسته پرداخت فوق العاده حق اشعه: تصویر حکم کارگزینی که در آن شغل یا تخصص شاکی قید شده باشد، مستندات استحقاق شاکی.
- ۵-۳) موضوع خواسته اعتراض به آرای کمیسیون‌های اداری: تصویر آرای قطعی بدوی و تجدید نظر، تصویر حکم کارگزینی که در آن رأی کمیسیون مربوطه قید شده باشد، سایر مستندات.
- ۵-۴) موضوع خواسته اعاده به خدمت: مدارک مربوط به علت قطع رابطه استخدامی، سایر مستندات

### ج) مدارک لازم جهت ارائه دادخواست بر اساس مهم ترین موضوعات مورد شکایت

- ۱- اعتراض به آرای هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری: تصویر مصدق رأی قطعی بدوی و تجدید نظر، مدارک استخدامی (احکام کارگزینی).
- ۲- اعتراض به آرای سازمان تعزیرات حکومتی: تصویر آرای بدوی و تجدید نظر.
- ۳- درخواست تبدیل وضعیت استخدامی: تصویر حکم کارگزینی، سایر مستندات مربوطه.
- ۴- اعتراض به آرای هیأت‌های گزینش: تصویر آرای بدوی و تجدید نظر.
- ۵- اعتراض به عدم پذیرش قبول شدگان در آزمون استخدامی دستگاه‌های دولتی: آگهی آزمون استخدامی، مدارک شرکت در آزمون، مدارک قبولی در آزمون.
- ۶- موضوعات مربوط به سازمان بازنشستگی کشوری: تصویر حکم بازنشستگی، سایر مستندات.
- ۷- اعتراض به اخراج از محل خدمت: مدارک استخدامی، حکم اخراج یا ابلاغیه حکم.
- ۸- موضوعات مرتبط با مشاغل سخت و زیان آور: مدارک استخدامی، تصویر حکم اخراج یا ابلاغیه حکم.
- ۹- درخواست فوق العاده حق اشعه: مدارک استخدامی، تصویر حکم اخراج یا ابلاغیه حکم، تصویر حکم کارگزینی.
- ۱۰- اعتراض به آرای کمیسیون‌های اداری: مدارک استخدامی، تصویر حکم اخراج یا ابلاغیه حکم، تصویر حکم کارگزینی.

۱۱- درخواست اعاده به خدمت: مدارک استخدامی، تصویر حکم اخراج یا ابلاغیه حکم، تصویر حکم کارگزینی.

۱۲- موضوعات مربوط به گمرک: اظهارنامه، ضمانت نامه بانکی، سایر مدارک و مستندات.

۱۳- اعتراض به رأی کمیسیون تبصره ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری مستقر در استانداری ها: تصویر رأی کمیسیون، سایر مستندات.

۱۴- اعتراض به اقدامات سازمان سنجش آموزش کشور: آگهی آزمون، مدارک شرکت در آزمون و قبولی در آن، سایر مستندات.

۱۵- اعتراض به آرای کمیسیون های مالیاتی: تصویر آرای قطعی بدوی و تجدید نظر، سایر مستندات.

۱۶- اعتراض به آرای کمیسیون نظارت و هیأت عالی نظارت اصناف: تصویر آرای صادره، مدارک مربوط به عضویت، سایر مستندات.

۱۷- اعتراض به تصمیمات کمیسیون تغییر کاربری اراضی در طرح هادی روستایی مصوب سال ۱۳۷۱: مصوبه کمیسیون، تصویر مصدق اسناد مالکیت، سایر مستندات.

۱۸- اعتراض به نظر کمیسیون موضوع قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها در خارج از محدوده قانونی شهر و شهرک ها: تصویر رأی کمیسیون، تصویر مصدق مدارک مالکیت، سایر مستندات.

۱۹- اعتراض به رأی کمیسیون رسیدگی به صدور پروانه حفر چاه و قنات و مسائل حریمی: تصویر رأی کمیسیون، تصویر مصدق مدارک مالکیت، سایر مستندات.

۲۰- اعتراض به رأی هیأت های سه نفری موضوع مادتهای ۱۹ و ۲۰ قانون توزیع عادلانه آب: تصویر رأی هیأت سه نفری، تصویر رأی هیأت پنج نفری، تصویر مصدق اسناد مالکیت، مستندات داشتن حقا به.

۲۱- اعتراض به اعلام بستر و حریم رودخانه، نهر (طبیعی و سنتی)، سیل، مرداب و برکه طبیعی: آگهی مربوط، رأی کمیسیون ماده ۴ آیین نامه، تصویر مصدق مدارک مالکیت، سایر مستندات.

۲۲- اعتراض به رأی کمیته فنی موضوع «آیین نامه نظارت بر تأسیس و فعالیت دفاتر خدمات مسافرت هوایی و جهانگردی»: تصویر رأی کمیته فنی، پروانه دفتر خدماتی، سایر مستندات.

۲۳- اعتراض به نظر کمیسیون «درجه بندی و تغییر درجه تأسیسات ایرانگردی و

جهانگردی»: تصویر مصدق رأی کمیسیون، پروانه مهمان خانه یا مهمان سرا، سایر مستندات.

۲۴- اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۱۶ رسیدگی به شکایات جانبازان: تصویر رأی کمیسیون، سایر مستندات.

تذکر: در تمام موارد فوق علاوه بر مدارک و مستندات مذکور، رعایت شرایط عمومی جهت تشکیل پرونده ضروری است.

### **(د) راهنمای طرح دادخواست تجدیدنظر خواهی از آرای شعب بدوی**

- ۱) کلیه آرای شعب بدوی دیوان به درخواست یکی از طرفین، وکیل، قائم مقام و یا نماینده قانونی آن‌ها قابل تجدیدنظر خواهی در شعب تجدید نظر می‌باشد.
- ۲) اشخاص مقیم ایران می‌توانند ظرف ۲۰ روز و افراد مقیم خارج از ایران ظرف دو ماه از تاریخ ابلاغ، با تقدیم دادخواست، تجدید نظر خواهی نمایند.
- ۳) در دادخواست تجدیدنظر خواهی باید مشخصات و اقامتگاه تجدیدنظر خواه، شماره، تاریخ رأی تجدیدنظر خواسته، شعبه صادر کننده رأی تجدیدنظر خواسته، تاریخ ابلاغ رأی، دلایل و جهات تجدیدنظر خواهی و سایر مواردی که در دادخواست بدوی لازم و ضروری است، رعایت و درج شود.

### **(و) راهنمای طرح دادخواست اعاده دادرسی**

- ۱) دادخواست اعاده دادرسی در خصوص احکام قطعی با رعایت «موارد مربوط به تنظیم دادخواست بدوی» با ذکر جهتی که موجب اعاده دادرسی شده است، به دبیرخانه دیوان یا دفاتر نمایندگی دیوان مستقر در دادگستری مراکز استان‌ها تقدیم می‌گردد.
- ۲) هزینه دادخواست برابر هزینه تقدیم دادخواست به شعب تجدید نظر دیوان برابر دوپست هزار ریال می‌باشد و طرح آن توسط شخص دیگری غیر از طرفین دعوی وکیل، قائم مقام یا نماینده قانونی آنان ممکن نیست.
- ۳) جهات اعاده دادرسی به شرح ذیل است:
  - ۳-۱) حکم، خارج از موضوع شکایت صادر شده باشد.
  - ۳-۲) حکم به میزان بیشتر از خواسته صادر شده باشد.
  - ۳-۳) در مفاد حکم، تضاد وجود داشته باشد.
  - ۳-۴) حکم صادر شده با حکم دیگری در خصوص همان دعوی و اصحاب آن، که

قبلاً توسط همان شعبه یا شعبه دیگر صادر شده است، متعارض بوده بدون آن که سبب قانونی، موجب این تعارض باشد.

۳-۵) حکم، مستند به اسنادی باشد که پس از صدور، جعلی بودن و یا عدم اعتبار آن‌ها به موجب حکم مراجع صالح قانونی، ثابت شده باشد.

۳-۶) پس از صدور حکم، اسناد و دلایلی به دست آید که دلیل حقانیت درخواست کننده اعاده دادرسی باشد و ثابت شود اسناد و دلایل یاد شده در جریان دادرسی در اختیار وی نبوده است.

۴) مهلت تقدیم دادخواست در مورد بندهای ۳-۱، ۳-۲ و ۳-۳، بیست روز از تاریخ ابلاغ رأی شعبه و در مورد بندهای ۳-۳، ۳-۴ و ۳-۵، بیست روز از زمان حصول سبب اعاده دادرسی می‌باشد.

### ز) شرایط جلب ثالث

هرگاه شاکی، جلب شخص حقیقی و یا حقوقی دیگری غیر از طرف شکایت را به دادرسی لازم بداند، می‌تواند به همراه دادخواست اولیه یا دادخواست جداگانه، حداکثر ظرف سی روز پس از ثبت دادخواست اصلی، تقاضای خود را تقدیم دیوان نماید و طرف شکایت نیز می‌تواند ضمن پاسخ کتبی، دادخواست خود را با موضوع فوق تقدیم نماید.

### ح) شرایط ورود ثالث

هرگاه شخص ثالثی در موضوع پرونده مطروحه در شعب دیوان، برای خود حقی قائل باشد یا در محق شدن یکی از طرفین، خود را ذی نفع بداند، می‌تواند با تقدیم دادخواست وارد دعوی شود.

### و) اعتراض ثالث

آرای شعب دیوان که بدون دخالت فرد ثالث ذی نفع صادر شده باشد، در صورتی که به حقوق شخص ثالث، خلل وارد شود، ظرف دو ماه از تاریخ اطلاع از حکم، قابل اعتراض می‌باشد.

# مروری بر جرم ادعای نفوذ در مراجع قضایی، با نگاهی به قانون و رویه قضایی

امید قاسمی<sup>۱</sup>

## جرم ادعای نفوذ در مراجع قضایی، با نگاهی به قانون

ادعای داشتن نفوذ نزد قضات محاکم و کارکنان اداری دادگستری و کارشناسان و... از اموری است که امروزه توسط افرادی که اصطلاحاً آنان را «کار چاق کن» می‌نامند، فراگیر شده و بسیاری از مراجعین به محاکم و دستگاه‌های اداری تجربه برخورد با چنین افرادی را دارند.

معمولاً طرح چنین ادعاهایی توأم با جنبه مالی بوده و مدعی به بهانه رفع مشکل فرد مورد نظر، مبلغی را پیشنهاد و مطالبه نموده و یا امتیازی برای خود یا شخص ثالث، اخذ می‌کند.

ارتکاب چنین امری توسط افراد عادی، حسب مقررات ماده ۱ «قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی»، مصوب ۱۳۱۵/۹/۲۹، دارای وصف جزایی و قابل تعقیب و مجازات است.

این ماده مقرر می‌دارد: «هر کس به ادعای اعتبارات و نفوذی در نزد یکی از مستخدمین دولتی، شهرداری، کشوری یا مأمورین به خدمات عمومی وجه نقد یا فایده دیگری برای خود یا شخص ثالثی در ازای اعمال نفوذ نزد مأمورین مزبور از کسی تحصیل کند یا وعده و تعهدی از او بگیرد، علاوه بر رد وجه یا مال مورد استفاده یا قیمت آن به حبس تأدیبی از شش ماه تا دو سال و به جزای نقدی از یک هزار ریال تا ده هزار ریال، محکوم خواهد شد. هرگاه وجه نقد، فایده یا تعهد را به اسم مأمورین مزبور و به عنوان اینکه برای جلب موافقت آنها باید پرداخت شود، گرفته باشد، علاوه بر رد وجه یا

مال مورد استفاده یا قیمت آن به حبس تأدیبی از یک سال تا سه سال و به جزای نقدی از دو هزار ریال الی ۱۵ هزار ریال محکوم خواهد شد».

اما چنانچه ادعای داشتن اعتبار یا نفوذ نزد قضات محاکم و مأمورین اداری و . . . از ناحیه وکیل دادگستری مطرح و به واسطه آن مال یا امتیازی تحصیل گردد، این امر نیز دارای تبعاتی برای وکیل خواهد بود که ذیلاً بدان پرداخته می‌شود:

### **الف: مجرمانه بودن عمل**

به موجب ماده ۴ قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی: «هر وکیل عدلیه که به دعوی داشتن اعتبار و نفوذ در نزد مأمورین قضایی یا اداری یا حکم یا شهود و اهل خبره وجه یا مال یا فایده دیگری برای خود یا شخص ثالث از موکل خود به عنوان اینکه باید به یکی از اشخاص مذکوره بدهد یا مساعدت آنها را جلب کند، تحصیل نماید یا وعده آن را قبول کند، علاوه بر رد وجه یا مال مورد استفاده یا قیمت آن به حبس تأدیبی از یک سال الی سه سال محکوم خواهد شد».

مقررات این ماده که به صورت سخت گیرانه تری نسبت به وکلای دادگستری وضع شده، ادعای وکیل را در داشتن اعتبار و نفوذ، نزد قضات محاکم و کارکنان اداری یا حکم یا شهود و اهل خبره (کارشناسان) جرم شناخته و وکیل را قابل تعقیب جزایی دانسته است.

### **ب: اعتبار یا عدم اعتبار قانون**

هر چند قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی در حدود ۷۰ سال پیش به تصویب رسیده اما دلیلی بر نسخ مقررات آن وجود ندارد و باید حکم به اعتبار مقررات آن داد.

### **ج: تحلیل ماده ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق**

مفاد ماده ۴ قانون مورد بحث، شمول به وکلای دادگستری دارد، لیکن شمول مقررات این قانون نسبت به کارآموزان وکالت، محل تردید است، چراکه مقنن به صراحت از عبارت «وکیل عدلیه» در این ماده استفاده کرده و به نظر نمی‌رسد که بتوان کارآموزان وکالت را نیز مشمول مقررات این ماده دانست، با این حال هر چند کارآموزان وکالت، حق حضور در محاکم دادگستری و دفاع از موکلین خویش را دارند، اما چون به آنان عنوان «وکیل» اطلاق نمی‌گردد و قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت نیز وکلا و کارآموزان وکالت را به صراحت از یکدیگر تفکیک نموده؛ لذا باید کارآموز وکالت را در صورت ادعای اعمال

نفوذ و اخذ وجه یا قبول وعده پرداخت آن و... مشمول مقررات ماده ۱ این قانون و مانند افراد عادی محسوب کرد. ضرورت تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم نیز اقتضای چنین تعبیری از مفاد ماده ۴ را دارد.

نکته دیگری که در ماده ۴ قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق، جلب توجه می‌کند آن است که مفاد این ماده عمل وکیل دادگستری را در صورتی مجرمانه می‌داند که وکیل، وجه یا مال یا فایده را با ادعای اعتبار و نفوذ از «موکل» خویش دریافت نماید؛ از این رو چنانچه بین وکیل و شخص ثالث، رابطه وکیل و موکلی وجود نداشته و به عبارت دیگر فردی که وجه یا مال یا فایده ای را به وکیل دادگستری پرداخت کرده، موکل وی نباشد، نمی‌توان عمل وکیل را مشمول مقررات این ماده دانست؛ لیکن با توجه به اطلاق مقررات ماده ۱ این قانون که با عبارت «هر کس» همه افراد را مشمول مقررات خود قرار داده، باید عمل چنین موکلی را از شمول مقررات ماده ۴ خارج و مشمول مقررات ماده ۱ این قانون دانست.

نکته دیگر آنکه افرادی که وکیل، ادعای اعتبار و نفوذ نزد آنها می‌کند، در ماده ۴ محصور شده و تنها شامل مأمورین قضایی، اداری، حکم، شهود و اهل خبره است و نحوه انشای ماده ۴ به گونه ای است که تمثیلی بودن افراد مورد اشاره را نفی می‌کند. از این رو چنانچه وکیل دادگستری با این ادعا که با وکیل طرف دعوا، ارتباطی داشته و می‌تواند با نفوذی که نزد او دارد، او را مجاب نماید که دفاع مؤثری در دعوی مطروحه به عمل نیاورد و با این ادعا که انجام این امر مستلزم پرداخت وجه یا مالی به وکیل طرف مقابل است، مبالغی را از موکل خودش اخذ نماید، نمی‌توان عمل وکیل را مشمول مقررات ماده ۴ دانست.

به علاوه به نظر می‌رسد که وکیل باید ادعای اعتبار یا نفوذ نزد قضات محکمه یا کارکنان اداری را نسبت به خویش مطرح نماید و نه اشخاص ثالث؛ به عبارت دیگر ادعای اعتبار یا نفوذ باید قائم به شخص وکیل باشد نه به شخص دیگر؛ از این رو چنانچه وکیل با این ادعا که شخص دیگری نزد مأمورین قضایی یا اداری، دارای نفوذ یا اعتبار است، وجهی از موکل خویش دریافت یا وعده پرداخت آن را قبول کند، عمل ارتكابی وی از شمول مقررات ماده ۴ خارج است.

هر چند عنوان قانون مورد بحث «قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی است» اما اطلاق مقررات مواد این قانون، حاکی است که حتی دریافت وجه یا فایده با ادعای اعمال نفوذ موافق حق و موافق مقررات قانونی نیز دارای وصف جزایی

است؛ از این رو فرقی نمی‌کند که وکیل جهت احقاق حقوق موکل خویش از اعتبار یا نفوذ خود موافق حق و مقررات قانونی استفاده کند و یا بر خلاف حق و مقررات قانونی؛ به عنوان مثال چنانچه وکیلی در پرونده موضوع درخواست دستور فروش ملک مشاع با این ادعا که: چنانچه مبلغی به مدیر دفتر شعبه ای که حسب رویه آن در پرونده‌های موضوع دستور فروش اجرائیه صادر می‌کند، پرداخت نماید، بدون صدور اجرائیه دستور دادگاه را به مرحله اجرا در خواهد آورد، از موکل خویش مبلغی دریافت نماید، هر چند چنین اعمال نفوذی بر خلاف حق و مقررات قانونی نخواهد بود، لیکن اطلاق ماده ۴ به چنین مواردی نیز شمول خواهد داشت.

ادعای اعتبار نفوذ در نزد مأمورین قضایی و اداری باید توأم با دریافت وجه یا مال یا امتیاز یا قبول وعده آن برای وکیل یا شخص ثالث باشد؛ از این رو چنانچه وکیلی ادعای اعتبار و نفوذ نزد مقامات قضایی یا اداری نموده، لیکن بدین واسطه وجه یا مالی تحصیل نکند، چنین اقدامی فاقد وصف مجرمانه بوده و از شمول مقررات ماده ۴ نیز خارج است. به علاوه چنانچه وکیلی با ادعای نفوذ و اعتبار در مراجع قضایی موکلی را تحریک و ترغیب به تنظیم و امضای وکالت نامه و قرارداد نماید و بدین ترتیب حق الوکاله ای دریافت نماید نیز عمل وی را نمی‌توان مشمول مقررات ماده ۴ دانست؛ چرا که حسب صریح مقررات این ماده، وکیل باید وجه یا مال یا فایده مورد نظر را به این بهانه از موکل اخذ کند که باید به یکی از اشخاص مذکور در ماده (مأمورین قضایی، اداری با حکم، شهود و اهل خبره) بپردازد، نه آنکه آن را به عنوان حق الوکاله خویش دریافت نماید.

چنانچه شکایتی در خصوص بزه مورد بحث از وکیل مطرح گردد، شاکی بدو باید طرح چنین ادعایی را از ناحیه وکیل به اثبات رساند و چنانچه طرح چنین ادعایی از ناحیه وکیل به اثبات نرسد، صرف گرفتن وجه را نمی‌توان جرم و مشمول مقررات ماده ۴ دانست.

وکیل در زمان طرح ادعای نفوذ، اعتبار نزد مأمورین قضایی و اداری باید در کسوت وکالت بوده و اجازه وکالت داشته باشد. از این رو عمل وکیل معلق یا ممنوع الوکاله که مجوز وکالت ندارد، در صورت طرح ادعاهایی از این قبیل از شمول مقررات ماده ۴ خارج و مشمول مقررات ماده ۱ این قانون خواهد بود.

سؤال قابل طرح در خصوص ماده ۴ آن است که آیا جرم موضوع این ماده از جرائم مطلق است یا مقید؟

به عبارت دیگر آیا ضرورت دارد که از ناحیه وکیل اعمال نفوذی هم در مراجع ذی ربط صورت گیرد یا اینکه صرف طرح ادعای نفوذ و اعتبار، کفایت می‌کند؟



در پاسخ به این سؤال باید گفت که بزه موضوع ماده ۴ از این حیث که ضرورتی به اعمال نفوذ از ناحیه وکیل در مراجع ذی ربط ندارد، مطلق است، اما از این حیث که ادعای اعمال نفوذ باید توأم با دریافت وجه یا مال یا قبول وعده آن باشد، مقید به نتیجه است؛ به عبارت دیگر چنانچه وکیلی ادعای داشتن نفوذ و اعتبار نزد مقامات ذی ربط نماید، ضرورتی ندارد که بدین واسطه اعمال نفوذی نیز کرده باشد؛ لیکن ضرورت دارد که به واسطه طرح ادعای اعمال نفوذ، وجه یا مال یا فایده ای برای خویش یا شخص ثالث قبول نماید و البته ضرورت دارد که بین دریافت وجه یا مال یا قبول فایده و ادعای اعمال نفوذ رابطه علیت یا سببیت نیز برقرار باشد. از این رو چنانچه موکل علی رغم ادعای اعمال نفوذ توسط وکیل به علتی دیگر وجه یا مالی به وکیل پرداخت کند، نمی توان به واسطه فقدان وجود رابطه علیت بین ادعای اعمال نفوذ و دریافت وجه، عمل وکیل را مشمول مقررات ماده ۴ دانست؛ چرا که علت پرداخت وجه یا مال در این موارد، ادعای اعمال نفوذ نبوده است.

چنانچه وکیلی با توسل به اعمال و وسایل متقلبانه، خود را نزد موکل، صاحب اعتبار و نفوذ جلوه داده و بدین ترتیب وجه یا مالی از وی تحصیل نماید؛ آیا این عمل در قالب کلاهبرداری قابل تعقیب خواهد بود یا مشمول مقررات ماده ۴ است؟

به نظر می رسد، باید بین موردی که وکیل با اعمال و وسایل متقلبانه و ادعای اعمال نفوذ وجهی از موکل دریافت و موردی که بدون توسل به وسایل و اعمال متقلبانه مبادرت به دریافت وجه یا مالی از موکل می کند، تفکیک قائل شد؛ بدین صورت که چنانچه وکیلی با توسل به اعمال و وسایل متقلبانه مانند برقراری تماس با اشخاص واهی و با تشکیل جلسات صوری، موکل را به حل مشکل وی از طریق اعمال نفوذ مغرور و امیدوار نماید و از این طریق وجه یا مالی تحصیل کند، عمل ارتكابی وکیل، فعلی خواهد بود با دو عنوان مجرمانه که هم مشمول مقررات ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری ( مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام) است و هم مشمول مقررات ماده ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی که بدین ترتیب با توجه به قواعد حاکم بر تعدد معنوی جرم و ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی باید عمل وکیل را مشمول مقررات ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری دانست؛ لیکن چنانچه ادعای اعمال نفوذ و دریافت وجه توأم با توسل به اعمال و وسایل متقلبانه نباشد، در این صورت عمل وکیل صرفاً مشمول مقررات ماده ۴ قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی خواهد بود.

اخذ وجه یا مال با ادعای داشتن نفوذ و اعتبار نزد مأمورین قضایی یا اداری قاعداً فاقد مشروعیت قانونی بوده و تحصیل مال نامشروع محسوب می‌گردد که طبق مقررات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، دارای وصف مستقل مجرمانه است.

حال چنانچه وکیلی با ادعای داشتن نفوذ نزد قاضی محکمه، مبلغی تحت این عنوان از موکل خویش دریافت نماید، قاعداً مالی تحصیل کرده که فاقد مشروعیت قانونی است و در این صورت باید دید که عمل مرتکب تحت کدام یک از مواد قانونی مورد بحث قابل تعقیب خواهد بود.

هر چند ممکن است بدواً چنین به نظر برسد که قسمت اخیر مقررات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری که مقرر می‌دارد: «هر کس ... به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است، مجرم محسوب خواهد شد». مقررات مواد ۱ و ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی را نسخ ضمنی کرده، اما به نظر نمی‌رسد که بتوان مقررات ماده ۲ قانون تشدید را ناسخ مقررات مواد ۱ و ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف دانست، زیرا قسمت اخیر مقررات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری عام بوده، در حالی که مقررات مواد ۱ و ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق، خاص است و عام لاحق نمی‌تواند ناسخ خاص سابق باشد.

از این رو قسمت اخیر مقررات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری منصرف از مواردی است که وکیل وجه یا مالی را از موکل تحصیل و یا وعده آن را قبول می‌کند؛ کما اینکه حسب مقررات ماده ۴ وکیل باید وجه یا مال یا امتیاز را به این ترتیب از موکل اخذ نماید تا به مأمورین قضایی، اداری، داور، شهود و یا کارشناس پردازد و لذا صرف نظر از اینکه وجوه دریافت شده به اشخاص مزبور، پرداخت بشود یا نشود، عمل ارتكابی وکیل، جرم و مشمول مقررات ماده ۴ خواهد بود. با این حال به نظر می‌رسد چنانچه وکیل با ادعای اعتبار و نفوذ نزد مأمورین قضایی و ... وجه یا مالی از موکل خویش دریافت نماید، لیکن نه از این باب که باید به مأمورین قضایی و اداری و ... پرداخت نماید، بلکه باید صرف امور دیگری نماید، در این صورت به نظر می‌رسد که عمل مرتکب را باید مشمول مقررات ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری دانست، نه مشمول مقررات ماده ۴ قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق.

هر چند بزه اعمال نفوذ بر خلاف حق از جرایم مطلق بوده و به محض ادعای نفوذ و دریافت وجه، جرم محقق شده و نیازی به اعمال نفوذ در اشخاص یا مراجع ذی ربط نمی‌باشد؛ مع الوصف در مواردی ممکن است که مرتکب پس از دریافت وجه یا تحصیل مال، مبادرت به اعمال نفوذ نیز کرده و وجه یا مال تحصیل شده را به مقامات قضایی و اداری و... نیز تسلیم نماید.

در صورت تحقق چنین امری از ناحیه وکیل دادگستری، جرم مستقل دیگری نیز تحت عنوان رشاء (موضوع ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی) محقق شده و با توجه به قواعد حاکم بر تعدد مادی جرم، موضوع ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مرتکب علاوه بر مجازات مندرج در ماده ۴ «قانون اعمال نفوذ بر خلاف حق» به مجازات بزه رشاء نیز که عبارت از شش ماه تا سه سال حبس و یا تا ۷۴ ضربه شلاق و ضبط مال ناشی از ارتشاء است، محکوم خواهد شد.

## ۱. جرم ادعای نفوذ در مراجع قضایی، با نگاهی به رویه قضایی

این نمونه رأی که در شعبه ۴۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران صادر شده است، درباره این موضوعات می‌باشد: اعمال نفوذ ناروا، ادعای اعمال نفوذ، کلاهبرداری، تحصیل مال از طریق نامشروع

### چکیده رأی:

مفاد ماده یک قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، شامل مواردی که مرتکبان فقط ادعا کردند که می‌توانند چنین کاری را انجام دهند و بدون انجام هیچ نوع اقدام خاص و با وعده و وعید خلاف واقع، مبلغ مذکور را دریافت کرده‌اند، نمی‌شود.

در تاریخ ۱۰ / ۱۰ / ۹۱ به شماره : ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۰۰۷۰۱، این نمونه رأی که در شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور صادر شده است، درباره این موضوعات می‌باشد: اعمال نفوذ برخلاف حق، عقد وکالت، وکیل اعمال نفوذ برخلاف حق، وکیل، عقد وکالت

### چکیده رأی

تحقق جرم اعمال نفوذ برخلاف حق توسط وکیل، مستلزم انعقاد عقد وکالت بین

## رأی دیوان

با توجه به اینکه بر حسب محتویات پرونده و مفاد آرای صادره از محاکم بدوی و تجدید نظر، محکوم علیه قرارداد وکالتی با شاکی نداشته و استناد به ماده ۴ قانون مجازات اعمال نفوذ، برخلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۲۹ آذر ۱۳۱۵ که موضوع آن اخذ وجه یا مال مازاد بر حق الوکاله می باشد، موجه نمی باشد زیرا قانونگذار در این ماده صریحاً اعلام نموده هر وکیل عدلیه به داشتن اعتبار و نفوذ در نزد مأمورین قضایی ... وجه یا مال یا فایده دیگری ... از موکل خود تحصیل نماید که انطباق یک عمل با ماده مزبور، منوط به صدق موکل بودن شاکی و انعقاد عقد وکالت است که در مانحن فیه، منتفی است؛ لذا با درخواست اعاده دادرسی آقای م.س. نسبت به دادنامه شماره ۶۱۰ - ۹۰/۷/۳۰ صادره از شعبه هشتم دادگاه تجدید نظر استان، موافقت می شود، پرونده جهت رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه تجدید نظر همان استان، ارجاع می گردد.

اکثر اشخاصی که ادعای نفوذ در دادگاه را دارند، حتی فاقد پروانه وکالت می باشند و در صورت مراجعه اعلام می دارند، کار توسط شخص دیگری پیگیری می شود و از طریق نفوذی که دارند پیگیر کار شخص مقابل از طرق دیگر هستند و از همین طریق اقدام به سودجویی از شخص و یک وکیل دیگر می نمایند (پرونده شخص را به یک کارآموز وکالت و یا وکیل جوان با حق الوکاله ناچیز، ارجاع می نماید و در نهایت، شخص با دامی که گسترانده شده است، همراه یک وکیل از همه جا بی خبر می ماند). جالب است این افراد معمولاً از القابی همچون دکتر، قاضی بازنشسته و... برای جلب اعتماد مراجعه کنندگان استفاده می نمایند.

اگرچه نفس اعطای پروان وکالت به قضات بازنشسته دارای معایب بسیار بسیار زیاد است! که شرح آن مثنوی هفتاد من نیاز دارد، اما اکنون به هر حال قضات به موجب قوانین می توانند پس از بازنشستگی، اقدام به دریافت پروانه وکالت نمایند و از حقوق قانونی آن بهره مند گردند، البته حق ندارند ظرف ۳ سال از تاریخ دریافت پروانه وکالت در آخرین حوزه قضایی که فعالیت داشته اند به عنوان وکیل قبول پرونده نمایند. در

صورت قبول وکالت در آخرین حوزه قضایی مرتکب تخلف می‌شوند و در صورت تکرار می‌تواند موجب ابطال پروانه ایشان گردد، فلذا در صورتی که شخصی ادعای نفوذ در دستگاه قضایی را به واسطه قاضی بازنشسته دارد، مسلماً در وهله نخست می‌تواند شخصی باشد که قصد سودجویی دارد. اگرچه ممکن است در عمل نیز سوء استفاده‌هایی توسط قضات بازنشسته صورت پذیرد. نفوذ وکیل در دادگاه، صرفاً می‌تواند نفوذ کلامی و در صورت تسلط به قوانین باشد؛ فلذا در صورتی که وکیل دادگستری ادعای نفوذ در دادگاه را بر خلاف حق داشته باشد، ضمن تخلف بودن، این موضوع دارای جنبه کیفری نیز می‌باشد. لازم به ذکر است وکیل با نفوذ در دادگاه فقط وکیل مسلط به قوانین می‌باشد. چنانچه وکیل نفوذ در دادگاه را به صورت روابط خارج از چارچوب، ادعا داشته باشد، مسلماً ایرادی در کار می‌تواند وجود داشته باشد و به صرف همین ادعا می‌تواند اقدام به دریافت مبالغ کلان نماید. هرچند اکثر اشخاص مدعی نفوذ در دادگاه، وکیل دارای پروانه وکالت نمی‌باشند؛ لیکن به موجب ماده ۴ قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات، هر وکیل دادگستری که مدعی وجود اعتبار و نفوذ در دادگاه باشد و از این طریق وجه یا مال یا فایده دیگری برای خود یا شخص دیگری تحصیل کند، علاوه بر رد وجه یا مال مورد استفاده یا قیمت آن به حبس تأدیبی از یک سال الی سه سال محکوم خواهد شد.

استفاده از وکلای دارای صداقت، بهترین گزینه می‌باشد؛ چراکه با اشراف به موضوع، اقدام به بررسی اصول اسناد و مدارک نموده و ادعای وکیل با نفوذ در دادگاه را ندارند، فلذا وکیل با نفوذ در دادگاه صرفاً از طریق داشتن علم حقوقی به حساب می‌آیند. البته وکیل با نفوذ علمی پس از بررسی مدارک و در صورت وجود راهکارهای قانونی، اقدام به پذیرش وکالت می‌نماید.

عناصر تشکیل دهنده جرم (اعمال نفوذ)

### عنصر قانونی

عنصر قانونی جرم اعمال نفوذ، به شرح فوق در دو بند ماده یک قانون مورد بحث به طور صریح و روشن مورد اشاره قرار گرفته است. با در نظر گرفتن اصل قانونی بودن مجازات‌ها و جرائم، می‌بایست عبارات و موضوعات را بر آنها منطبق نمود و بر اساس تفسیر مضیق از قوانین جزایی، اعمال ارتكابی را با آن تطبیق داد.

### عنصر مادی

آنچه که مسلم است در این ماده صرف ادعای دارا بودن اعتبارات و نفوذ در نزد یکی

از مستخدمین دولتی یا شهرداری‌ها و ... برای احراز عنصر مادی این جرم کفایت می‌کند. در واقع حتی اگر مرتکب از حد ادعای صرف، فراتر نرود و به همین اندازه اکتفاء کند و اعمال نفوذی هم صورت نگیرد و سفارش یا عمل دیگری که دلالت به اعمال نفوذ نماید، انجام نشود، باز هم عنصر مادی این جرم محقق شده است. بنا به مراتب فوق می‌توان گفت عنصر مادی در جرم اعمال نفوذ به صورت فعل مثبت صورت می‌گیرد و نمی‌تواند با ترک فعل انجام شود. مورد دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد، این است که با اتکا به لفظ «هر کس» مشخص می‌شود که اشخاص حقیقی، مصداق این ماده می‌باشند و اشخاص حقوقی نمی‌توانند مرتکب این جرم شوند، مگر اینکه اشخاص حقیقی اداره کننده ی اشخاص حقوقی، مرتکب این جرم شوند.

### عنصر روانی

بر اساس قاعده حقوقی، اصل بر عمدی بودن جرائم است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. جرم اعمال نفوذ هم مانند تمامی جرایم تابع همین اصل می‌باشد. پس می‌توان گفت جرم عمدی است. در احراز عنصر معنوی این جرم، جمع دو عنصر سوء نیت عام و سوء نیت خاص لازم است.

سوء نیت عام در این جرم عبارت است از این که مرتکب با علم به اینکه می‌داند اعتبار و نفوذی در نزد مأمورین ندارد، ولی به صورت واهی چنین ادعایی می‌نماید یا بر فرض اینکه نفوذ و اعتباری در نزد مأمورین دولتی یا عمومی دارد و ادعای اعتبار و نفوذ او درست است، ولی علم به این مطلب دارد که اجازه ندارد که از اعتبار و نفوذ خود برخلاف حق و قانون استفاده نماید. آنچه که در این ماده از قانون به عنوان سوء نیت خاص مطرح می‌شود، در واقع همان قصد بردن یا تحصیل مال و منفعت از دیگری می‌باشد، لذا باید گفت که این جرم از دسته جرائم مقید است.

### تفاوت‌های جرم کلاهبرداری با جرم اعمال نفوذ

در جرم اعمال نفوذ اگر شخص ثالث که وجه یا مال را می‌دهد، به قصد دادن آن مال یا وجه به مأمور دولت باشد، رشوه محسوب می‌شود، ولی اگر به قصد دادن به دلال نفوذ باشد که از سفارش وی بهره مند گردد، جرمی مرتکب نشده است، ولی در جرم کلاهبرداری هیچ جرمی را نمی‌توان برای مال باخته تصور کرد.

در جرم کلاهبرداری، شخص مجرم به صورت عام عمل نموده و هرکس را که بتواند

موضوع جرم خود قرار می‌دهد، لکن در جرم اعمال نفوذ تنها در مورد اشخاصی که کاری از آنها نزد مأمورین دولت باشد و باید آن کار را مأمورین دولت انجام دهند، قابل تصور است.

در جرم کلاهبرداری مجرم باید با توسل به وسایل متقلبانه در شخص مقابل اثر گذارد و مال وی را ببرد، اما در اعمال نفوذ، صرف ادعای داشتن اعتبار و نفوذ کفایت می‌کند، چه ابزاری باشد و چه نباشد، جرم واقع شده است.

در جرم اعمال نفوذ، موضوع جرم اعم از مال، وعده، تعهد و غیره می‌باشد، ولی در جرم کلاهبرداری موضوع جرم، فقط مال است.

### اعمال نفوذ خاص (موضوع ماده دو قانون اعمال نفوذ)

در این حالت شخصی با یکی از کارکنان یا مأمورین دولتی دارای روابط خصوصی می‌باشد و از این رابطه سوء استفاده نموده و به نفع یا ضرر کسی که نزد مأمور کاری دارد، اعمال نفوذ می‌نماید. رکن قانونی این امر ماده دو قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی می‌باشد. برخلاف ماده یک که رکن مادی آن صرف ادعای داشتن اعتبار و نفوذ بود، در این ماده ادعا نقشی در تشکیل رکن مادی جرم ندارد، بلکه شخص نافذ از روابط خصوصی بین خود و مأمور، سوء استفاده می‌کند و اعمال نفوذ می‌ورزد و از طریق سفارش و نحو آن در اقدامات و تصمیمات اداری مأمورین دولت، اعمال نفوذ می‌کند، بنابراین می‌توان گفت سوء استفاده کردن به عنوان فعل مثبت و نه به صورت فعل منفی، قابل تصور است.

در مورد رکن معنوی این جرم، می‌توان گفت که اولاً علم مرتکب به اینکه این عمل وی جرم است و قابل مجازات می‌باشد (علم به حکم) و ثانیاً بداند که این عمل وی موجب به وجود آمدن نفع یا ضرر برای دیگری است (علم به موضوع)، لازم و ضروری می‌باشد. در واقع شخص مرتکب باید ورود نفع یا ضرر را برای شخص ثالث بخواهد؛ لذا بدیهی است چنانچه شخصی که اعمال نفوذ می‌نماید، نداند که این عمل وی موجب تضییع حقی از کسی می‌شود، هر چند با سفارش وی این اتفاق صورت بگیرد، به لحاظ فقد عنصر روانی، جرمی مرتکب نشده و قابل مجازات نمی‌باشد یا اینکه نفع یا ضرر شخص خاصی مد نظر مرتکب نباشد و به صورت کلی و نه نسبت به شخص یا اشخاص خاصی، سفارشی کرده باشد، مانند اینکه شخصی که پسر وی شهردار یک منطقه است به پسر خود سفارش کند که آسفالت فلان خیابان را خارج از نوبت (برخلاف مقررات)،

بازسازی کند. هر چند که در اثر سفارش وی ممکن است به شخص یا اشخاص ساکن در آن خیابان نفعی برسد، ولی چون سفارش کننده، قصد جلب منفعت یا ورود ضرر به کسی را نداشته است، لذا رکن معنوی جرم محقق نشده و قابل مجازات نیست. در صورتی که اگر همین شخص به خاطر دوست خود که مغازه دار است به پسرش سفارش کند تا جلوی مغازه وی را آسفالت نمایند و در واقع از لحاظ اصول شهری و شهرداری نیازی به این کار نبوده، این عمل وی جرم است و مستوجب مجازات می‌باشد.

### اعمال نفوذ بر اثر حرفه (موضوع ماده ۴ قانون اعمال نفوذ)

نظر به هم ترازوی شأن وکیل و قاضی و به علت اعتبار و اهمیت آن حرفه در دادگستری، قانون گذار با وضع قوانین متعدد سعی بر آن داشته تا وکلا در برخورد با کسانی که در پرونده قضایی و در فرآیند دادرسی نقش و ارتباط دارند و با موکلین خود به رعایت اخلاق حرفه ای پایبند باشند، از جمله این قوانین اجرای مراسم تحلیف در زمان اعطای پروانه وکالت به وکلا و نیز ماده ۴ قانون اعمال نفوذ می‌باشد.

ماده ۴ قانون مزبور همان طور که پیش تر نیز اشاره شد، بیان می‌دارد « هر وکیل عدلیه که به دعوی داشتن اعتبار و نفوذ در نزد مأمورین قضایی یا اداری یا حکم یا شهود و اهل خبره، وجه یا مال یا فایده دیگری برای خود یا شخص ثالثی از موکل خود به عنوان اینکه باید به یکی از اشخاص مذکور بپردازد یا مساعدت آنها را جلب کند، تحصیل نماید یا وعده آن را قبول کند، علاوه بر رد وجه یا مال مورد استفاده یا قیمت آن به حبس تأدیبی از یک الی سه سال محکوم خواهد شد». در ماده صدر اشاره موضوعیت و محوریت بر وکیل دادگستری سایه افکننده و وکیل را مورد خطاب قرار داده است.

همانند عنصر مادی موضوع ماده ۱ همین قانون در ماده ۴ نیز صرف ادعای داشتن اعتبار و نفوذ توسط وکیل در احراز عنصر مادی این جرم کفایت می‌کند که در واقع به صورت فعل مثبت می‌باشد و به صورت ترک فعل قابل تصور نیست. البته این ادعا باید متضمن داشتن نفوذ، نزد مقامات قضایی یا اداری یا حکم یا شهود و اهل خبره باشد.

### نتیجه گیری

جرم اعمال نفوذ، در واقع تعرض به قوای نظام اداری و ساختار دستگاه های دولتی یا دستگاه های ارائه کننده خدمات عمومی است. اشخاص شاغل در این دستگاه های دولتی از یک طرف و اشخاص حقیقی غیر شاغل، بایستی روابط و مناسبات خود را بر اساس قوانین



و مقررات و به تعبیری بر پایه حق و قانون تنظیم نمایند. نفوذ بر کارکنان دولتی یا مأمورین به خدمات عمومی، به نوعی سبب ایجاد فساد اداری می‌شود. فساد اداری نیز زمینه فساد اقتصادی را در جامعه کارکنان دولتی و خدمات عمومی فراهم می‌کند.

جرم اعمال نفوذ از جمله جرائم غیر قابل گذشت است و به هر روی، مواد مورد اشاره در متن مقاله که به بررسی و تبیین دقیق آنها پرداختیم، در بیش از هفتاد سال پیش وضع و تدوین گردیده اند. از این رو با گذشت زمان، واجد اشکالات و ایرادات خاصی است که البته می‌توان گفت با تقنین مواد جدید و یا رفع و تکمیل نواقص آن، به شیوه درست و مطلوب قانون گذاری، می‌توان دست یافت، اما با وجود این، تعداد کثیری از جامعه قضات به این قوانین و مقررات استناد نکرده و یا اینکه کمتر در موارد مبتلابه، به آنها متوسل می‌شوند. به بیانی دیگر، قانون مربوطه از سوی مقنن و با وضع قوانین و مقررات جدید، نسخ و تخصیص نخورده است، از این رو شایسته است که با استناد به مواد قانون به ویژه از سوی قضات و ایجاد رویه قضایی مناسب، به تغییرات بنیادین و اساسی در نظام اداری جامعه و نیز سالم سازی محیط‌های دستگاه‌های اداری و نهادهای مرتبط به خدمات اداری و نهادهای مرتبط به خدمات عمومی، دست یابیم.

### گزیده منابع

- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۷۶)، *حقوق جزای اختصاصی جرایم علیه اموال و مالکیت*، چاپ دوم، انتشارات میزان.
- کوشا جعفر (۱۳۹۰) *بایسته های حقوق جزای اختصاصی*، چاپ اول، انتشارات مجد.

## روانشناسی و کالت (۲)

سیما سلیمانی<sup>۱</sup>

### چکیده

باید قبول کرد در این روزگار، بحث «اخلاق حرفه‌ای» و «ادب و کالت» امری است که به عنوان موضوعی مستقل مطرح نبوده و معمولاً گستره آن به توضیح و آموزش در باب مقررات انتظامی محدود می‌گردد و این واقعیت تلخ به طور قطع، محتاج تدبیری است فراتر از محدوده ذکر نکاتی، آن هم به این امید که به سمت کم بهایی و بی‌ارجی نرود؛ چراکه وکیل دادگستری در مدرسه و کالت تنها مقررات می‌خواند، غافل از آنکه شیوه بیان آن چه که از مسیر خوانده‌ها به حقیقت می‌رسد و نحوه تعامل با هر آن کس که به واسطه این شغل شریف ناچار از ارتباط با اوست، نیاز به آموزش، یادآوری و حتی آزمون دارد. اگر چه باید و نبایدهایی که وکیل دادگستری مکلف به رعایت آنهاست؛ در قانون و کالت، لایحه استقلال و آیین‌نامه‌های مربوط به این قوانین آمده است، اما در جوار این‌ها، قوانین نانوشته‌ای وجود دارند که اهمیت آنها کمتر از قوانین مکتوب نیست و هدف از نگارش این مقاله پرداختن به این قوانین اخلاقیِ نانوشته، هرچه اندک و خلاصه می‌باشد.

### مقدمه

ایران کشور پهناوری است که اقوام گوناگون با آداب و رسوم، زبان‌ها و حتی گویش‌های مختلف دارد، بنابراین وکیل وابسته به یکی از قوم‌ها یا استان‌ها، وقتی در منطقه سکونت اقوام دیگر یا استانی غیر از زادگاهش به کار و کالت می‌پردازد، ناگزیر از ویژگی‌های محلی متأثر می‌شود؛ فلذا آنچه تحت عنوان استقلال و کلا نام برده می‌شود، جز جنبه‌ای که همیشه بر سر آن قیل و قالی هست و دغدغه تمامی وکلا جهت حفظ استقلال حرفه‌ای محترم و قابل دفاع است، از نظر نگارنده دارای یک جنبه نامرئی، اما به همان اندازه مهم و قابل تأمل است و آن استقلال شخصیت وکیل است از تمامی آنچه که قومیت، رسوم، گویش، محل سکونت و عوامل محیطی در جان او به جا گذارده؛ چراکه

۱ . وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

وکالت چنان لبه تیز و برنده‌ای دارد که استفاده از آن اگر متأثر از هر آنچه جز حق و حقیقت باشد، دنیا و عقبی را به یک جا از انسان می‌ستاند. لذا در این راستا در مقاله قبلی، جسارت کرده و در باب ارتباط وکیل با موکل خود نکاتی به تحریر درآمد و در این شماره نیز تلاش بر آن است تا به چند خطی در باب ارتباط وکیل با موکل گریزی زده شود.

**یک-** به قول مرحوم «بهمن کشاورز»، احترام امامزاده با متولی است. این یک مثل فارسی است که می‌گوید: وکیل باید احترام وکیل را نگه دارد. یکی از زشت‌ترین و غیرقابل توجیه‌ترین کارهایی که در روابط حرفه‌ای ممکن است از وکیل دادگستری سر بزند، تحریک موکل خود علیه وکیل طرف مقابل است. این اقدام صرف نظر از اینکه در حیطة روابط انسانی و فارغ از جنبه‌های حرفه‌ای نیز قابل سرزنش و توجیه‌ناپذیر است، در محدوده حرفه وکالت توالی فاسد فراوانی می‌تواند داشته باشد. برای مثال حرمت وکیل و وکالت نزد مقامات قضایی مخدوش می‌شود و وکیلی که محرک چنین حرکتی بوده، از این هتک حرمت مصون نخواهد ماند. مضافاً آنکه اگر عوام احساس کنند به وکیل دادگستری هم می‌توان تعرض و توهین کرد، به ضرر همه وکلاست، از جمله کسی که محرک چنین حرکتی باشد. اگر موکل، جرأت چنین حرکتی را به خود بدهد، لاجرم به ضعف و عدم توانایی وکیلش تعبیر خواهد شد و این در تحلیل نهایی به صرفه و صلاح محرک این اقدام نیست و حق، این است که وکلا در عین جدیت و سخت‌گیری در دفاع از حقوق موکل خود، آنجا که مسأله روابط شخصی با همکاران مطرح می‌شود، حداکثر احترام را برای همکاران خود قائل شوند و حتی در این مورد به ویژه در دادگاه‌ها و مراجع قضایی و انظار عموم، راه اغراق و غلو را بیمایند؛ زیرا که وکلا در مقام دفاع، دارای تعارض فنی و علمی می‌شوند، اما این علتی برای معلولی چون برخورد شخصی و فردی ما بین ایشان نیست و باید واقف باشیم که موکلین و پرونده‌ها می‌آیند و می‌روند، اما وکلای همکار، همواره عضوی از خانواده وکلا و همکار باقی می‌مانند. پس اجازه ندهیم که موکل یا عوام (یا خواص) با مستثنی کردن ما «که: بلا نسبت شما، یا همه مثل شما نیستند» به همکاران ما (هر چند روش و منش ایشان مورد پسند ما نباشد) حمله یا توهین کنند.

**دوم-** وکلا باید اثر قانونی عدم پیشرفت دعوی موکل را در اموری که نسبت به آن قبول وکالت می‌نمایند، اعم از امور حقوقی و جزایی، مخصوصاً در اقامه دعوی جزایی و دعاوی جعل و اعسار، قبل از تنظیم قرارداد حق الوکاله به موکل خاطر نشان نمایند. در این

خصوص توصیه می‌گردد هر وکیل دادگستری در دفتر خود دارای فرمی به نام فرم تحقیق باشد که علاوه بر آنکه در بند اول آن مشخصات کامل موکل، ذکر می‌گردد و پس از احراز هویت موکل به امضای او ممضی می‌گردد، به ترتیب زیر تحقیقی صورت گیرد:

الف- سؤال: لطفاً علت مراجعه خود را به دفتر وکالت بیان فرمایید؟

جواب: در این قسمت، شرح دعوی یا شکایت موکل به تفصیل، با ذکر جزئیات نوشته می‌شود و موکل امضا می‌نماید.

ب- سؤال: مدارک و مستندات خود را با تصریح به اینکه اصالت اسناد را تصدیق می‌کنید، احصاء و بیان نمایید.

جواب: در این قسمت، فهرست اسناد و ادله موکل، تفصیلاً نوشته می‌شود. چنانچه به شهادت شهودی استناد شود، مشخصات و نشانی شهود نیز قید می‌شود.

ج- سؤال: لزوماً به شما تذکر داده می‌شود که: طول مدت دعوی و نتیجه رسیدگی به هیچ وجه، قابل پیش‌بینی و تضمین نیست و اینجانب صرفاً با پذیرش دعوی شما در حد توان علمی و فنی خود سعی در پیشبرد کارتان خواهیم کرد، اما نتیجه نهایی را قاضی تعیین می‌نماید و پرداخت حق الوکاله هیچ ارتباط به نتیجه کار یا طول مدت رسیدگی ندارد. چه می‌فرمایید؟

جواب: متوجه شدم، قبول دارم و موکل، امضا می‌نماید.

د- سؤال: در صورت تغییر نشانی باید نشانی جدید خود را کتباً اعلام فرمایید. لازم است که به محض اعلام اینجانب، اصول اسناد خود را که فتوکپی آن‌ها را مصدق و دریافت و اصل را به شما مسترد کرده‌ام، به اینجانب تحویل دهید.

همچنین لازم است به محض اعلام اینجانب، نسبت به پرداخت هزینه‌های قانونی کار خود اقدام نمایید. ضمناً لازم است هر نوع تماس و مذاکره طرف دعوی را با خود فوراً به اینجانب اطلاع دهید. چه می‌فرمایید؟

جواب: کاملاً متوجه شدم و قبول دارم. امضای موکل.

**سوم** - برخی از افراد - که از آنها با صفت مؤدبانه «زرنگ» یاد می‌شود، حال آنکه برای توصیف آنها صفات مناسب‌تر اما غیرمؤدبانه نیز وجود دارد - با وسایل و از طریق گوناگون، رابطه دوستی قضات و وکلا را کشف و به وکلایی مراجعه می‌کنند که با قاضی دادگاهشان رفاقت دارند. اگر چنین مراجعینی داشتیم، باید با صراحت و تأکید برای ایشان روشن کنیم که این رابطه دوستی هیچ تأثیری در جریان حکم قاضی پرونده و نتیجه

۱۰۰

نهایی آن نخواهد داشت. گاهی نیز ممکن است با افرادی برخورد کنیم که تصویر نادرستی از دادگستری و دادگاه‌ها در ذهن دارند و از طرح موضوع با ما هم‌ا‌با نمی‌کنند. این عبارت که «... اگر خرجی هم داشته باشه می‌دهیم...» متأسفانه با گوش ما آشناست. در این موارد باید رفتار ما چنان باشد که گوینده، دیگر بار به خود جرأت و اجازه طرح این‌گونه مطالب را در حضور ما ندهد. در عین حال باید سعی کنیم که به گوینده تفهیم نماییم، قضیه به آن شوری هم که می‌پندارد، نیست، زیرا اگر حیثیت دستگاه قضا مهتوک و لکه‌دار شود، و کلاً هم به عنوان وابستگان آن، از این هتک حرمت در امان نخواهند ماند.

**چهارم-** اینکه وکیل از اطلاعات قضایی و حقوقی خود در امور معاشی و مالی خود سوء استفاده کند و مثلاً اسناد و مدارک موکل را در گرو دریافت حق الوکاله نگه دارد و یا اینکه نتیجه کار را، حسب مورد بهتر یا بدتر از آنچه که واقعا هست و یا می‌تواند باشد، در نظر موکل جلوه دهد و یا در محاسبه هزینه‌ها و اعلام آن به موکل بین هزینه دادرسی و حق الوکاله تفکیک قائل نشود یا از عبارات و توصیفات مبهم و نامعلوم استفاده کند و یا محکومیت در دعوی را به ضعف ادله موکل یا ضعف استدلال خود و حتی به کج سلیقه‌ی یا سوء استنباط قضای «در صورت وجود» و انحراف قضای و خروج محکمه از راه راست و توسل طرف به رشوه و توصیه منتسب نماید، این‌ها همگی از خطاهای فاحشی است که اگرچه امکان دارد منافع کوتاه مدتی در بر داشته باشد، اما در طولانی مدت حیات حرفه‌ای وکیل را به سمت مخاطرات جبران‌ناپذیر سوق خواهد داد. مضافاً آنکه عمل به موارد فوق برخلاف سوگندی است که وکیل، یاد کرده است.

**پنجم-** اگر فرد متقاضی مشاوره، ظاهری شبیه انگیز داشته باشد، مثلاً خانم‌هایی با آرایش بسیار غلیظ و لباس‌های غیرعادی و یا مردانی که نوع لباس پوشیدن و چهره و زینت آلات خاص ایشان وابستگی آنها را به قشر، سلیقه یا حرفه خاص القا می‌کند یا به هر علت دیگری ظاهر و رفتار آنها مشکوک به نظر می‌رسد، در این حالت باید جلسه مشاوره با حضور شخص ثالث به عنوان منشی که قرار است، مثلاً مطالب را یادداشت کند، برگزار گردد و در مواردی که مراجعه موکل به قصد تفویض وکالت بوده و کارش از جانب وکیل پذیرفته شده باشد، مرحله دیگری از رابطه و کار آغاز می‌شود که شرایط و ویژگی‌های خاص خود را دارد؛ از جمله اینکه وکالت نامه -قرارداد حق الوکاله- و یادداشت‌های تهیه شده از جلسه مشاوره در یک پرونده به نام موکل ضبط می‌گردد و نیز

لازم به ذکر است که وکیل برداشت کلی خود را از شخصیت و وضعیت موکل و خواسته‌های او نیز یادداشت کند؛ البته این یادداشت‌ها باید در محل جداگانه و محفوظ نگهداری شود، زیرا محتوی آن حاوی قضاوت‌های وکیل نسبت به موکل است و چه بسا رسیدن آن به دست موکل یا اشخاص ثالث، مشکل ایجاد کند.

**ششم -** مشاوره با وکیل که موکل را به سلسله اقداماتی وا می‌دارد و همچنین دعوی که وکیل به وکالت از موکل، طرح یا دفاعی را ارائه می‌دهد، ناچار آثار و تبعاتی خواهد داشت. عکس‌العمل موکلین مختلف در برابر این پیامدها و همچنین نحوه عمل آنها در قبال آنچه که از وکیل می‌شنوند، بسیار متفاوت است. بعضی‌ها درون‌گرا هستند و راجع به آن با کسی حرف نمی‌زنند و برخی کل محتوای گفتگو را به اصطلاح «جار می‌زنند». همچنین مقاومت افراد در مقابل نامالایمات و شکست‌های حقوقی متفاوت است. بعضی‌ها بازندگان و برخی برندگان بدی هستند. موکلینی هستند که پس از پایان کار - حتی اگر بازنده شده باشند - وکیل را فراموش نمی‌کنند (البته این‌ها اقلیت کوچکی هستند) و کسانی هم هستند که بعد از پایان دعوا حتی اگر برنده هم شده باشند، سراغی از وکیلشان نمی‌گیرند؛ به ویژه اگر بابت حق‌الوکاله به او به بدهکار باشند!!؛ بنابراین اینکه وکیل رفتارش را با موکلین بر مبنای الگوی ثابت و یکسان، تنظیم و بدون توجه به توان روحی و تحمل آن‌ها نظر خود را مطرح کند، شاید آسان‌ترین روش باشد، ولی بهترین روش نیست. نحوه بیان و تفهیم مطالب باید متناسب با توان روحی موکل، انتخاب شود؛ البته اصل این است که باید همواره کل واقعیت به موکل گفته شود، اما نحوه بیان را باید با توجه به ویژگی‌های هر موکل انتخاب کرد.

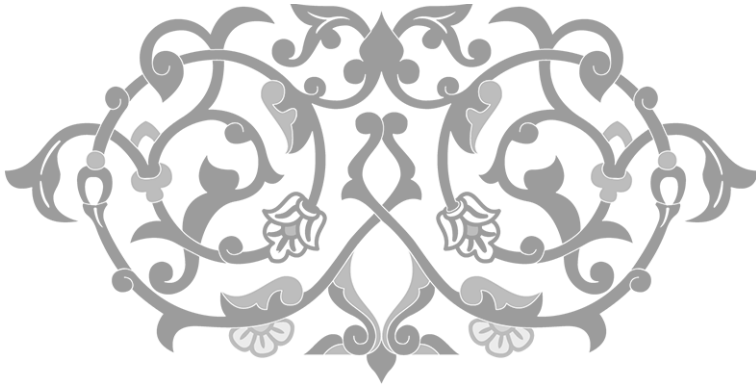
**هفتم -** وکیل باید در اظهار نظرها و تصمیم‌هایی که به حقوق موکل مربوط می‌شود، نهایت احتیاط را رعایت کند و اگر نظر حقوقی و فنی او با رویه غالب دادگاه‌ها تفاوت دارد، ملاک اظهار نظرش، آن رویه غالب باشد، نه اعتقاد خودش؛ حتی اگر در صحت آن کوچکترین تردیدی ندارد. اگر کسی هم برای دفاع از خود در دعوا یا شکایت مطرحی به او مراجعه کرد و وکیل، ادله و دلایل او را محکم تشخیص داد و در عین حال در مرجع قضایی رسیدگی‌کننده ویژگی قابل ملاحظه‌ای دید که علی‌رغم آن قوت ادله، موفقیت موکل در دعوا مردد می‌باشد، باید ضمن دادن مشورت «به زبان بی‌زبانی» و به نحوی که هتک حرمت از کسی نشود، به موکل هشدار دهد و اگر مشکل از رابطه و برخورد شخصی او با آن مرجع قضایی خاص ناشی شده است، با پوزش‌خواهی از موکل «البته اگر قصد

وکالت دادن دارد»، مراجعه به وکیل دیگری را به او توصیه کند و به هر حال به خاطر داشته باشیم که ما در خطر کردن نسبت به اموال خود و حتی سلامتی و جان خود آزاد هستیم، اما به هیچ وجه نباید جان، آزادی، حیثیت یا اموال موکل را به خطر بیندازیم و در مورد آن‌ها ریسک کنیم و اظهار نظرهای ما - هرچند موافقت کتبی موکل را دریافت کرده باشیم - باید توأم با احتیاط باشد.

### نتیجه‌گیری

آنچه افراد برای مشورت گرفتن یا وکالت دادن مطرح می‌کنند، مجموعه‌ای پیچیده از واقعیت‌هاست که با انگیزه‌ها و احساسات شخصی ایشان آمیخته شده است؛ بنابراین با سؤالات امتحانات دانشکده حقوق که از یک سو معمولاً فقط به یک درس و در نتیجه به یک قانون مربوط است و از دیگر سو به نحو منظم و منطقی تنظیم شده، کاملاً فرق دارد. شاید برخی از آنچه گفتیم در نظر بعضی‌ها بسیار ایده‌آل و کمال‌گرایانه به نظر آید و چنین تصور شود که رعایت این میزان احتیاط و دورنگری در عالم واقع، میسر نیست. اما باید توجه داشته باشیم که با در نظر گرفتن آنچه می‌بینیم و می‌شنویم اگر به خود و دوستان و همکارانمان سخت‌گیریم و اگر معیارهای اخلاق حرفه‌ای را جدی تلقی نکنیم، دیری نخواهد پایید که از وکالت دادگستری - شغلی که مایه افتخار و سربلندی است - چیزی باقی نخواهد ماند و البته شغل وکالت، خواه ناخواه به لحاظ طبع و ذات خود چالش‌آفرین است و این امر بر همه شئون زندگی و فعالیت حرفه‌ای وکیل تأثیر می‌گذارد. اینکه این حالت وصف خوبی است یا نه، بستگی به دیدگاه قضاوت‌کننده دارد اما آنچه مسلم می‌باشد، این است که حفظ ادب وکالت و اخلاقیات در راستای چالش‌های علمی وکلا، خود از چالش‌برانگیزترین موارد نامرئی، اما لازم، ضروری و غیرقابل انکار در رگ حیاتی یک وکیل آزاده و سلامت است.

ما زنده به آنیم که آرام نگیریم  
موجبیم که آسودگی ما عدم ماست



# گزیده سخنرانی‌ها





# قانون روابط موجر و مستأجر

## در رویه قضایی (۱)

### بابک کیانی<sup>۱</sup>

۱. اگر رابطه استیجاری حتی به صورت شفاهی قبل از مهرماه سال ۷۶ تحقق یافته باشد، حتی اگر بعد از سال ۷۶ بر اساس قانون سال ۷۶ قرارداد تنظیم شده باشد و تمام شرایط شکلی قانون سال ۷۶ هم در آن رعایت شده باشد، این قرارداد همچنان تابع قانون سال ۵۶ خواهد بود. این موضوع قبلاً محل اختلاف نظر بود تا اینکه هم آرای متعددی صادر شد و هم اداره حقوقی قوه قضائیه، نظریه مشورتی در این زمینه صادر کرد.
۲. قرارداد سال ۵۶ می‌تواند به صورت شفاهی، عادی و رسمی باشد، اما قرارداد سال ۷۶ حتماً باید کتبی و با امضای دو شاهد ذیل قرارداد صورت گیرد.
۳. طبق قانون سال ۵۶ سرقفلی در ابتدای قرارداد استیجاری محقق می‌شود، آن هم در صورتی که مستأجر به مالک یا مستأجر قبلی، وجهی علاوه بر اجاره‌بهای ماهیانه پرداخت کند، اما حق کسب و پیشه و تجارت، حقی است مستمر و تدریجی الحصول که در زمان انقضای رابطه استیجاری و یا فسخ آن، با شرایطی ممکن است، محقق گردد.
۴. منظور قانون‌گذار از طرح مبحث سرقفلی در قانون سال ۷۶ در قالب دو وجه است: وجه اول این‌که مستأجر در ابتدای رابطه استیجاری در قالب عقد صلح یا هبه یا معاوضه، مبلغی را علاوه بر اجاره‌بها، بابت رضایت مالک و استفاده استیجاری، به مالک پرداخت کند و وجه دوم آن است که مستأجر بابت رابطه استیجاری، امتیازاتی از مالک اخذ کند؛ مثل این‌که مالک مکلف باشد هر ساله با اضافه کردن درصدی اجاره‌بها، اجاره‌نامه را تمدید کند. در این حالت مستأجر، برای اسقاط حقوق خود، وجهی را از مالک مطالبه می‌کند. در این دو حالت، سرقفلی طبق قانون سال ۷۶ محقق می‌گردد. اساساً در قانون سال ۷۶

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان  
متن زیر برخی از نکات مفید از سخنرانی کاربردی جناب  
آقای بابک کیانی در رابطه با قوانین موجر و مستأجر  
می‌باشد که توسط همکار گرامی جناب آقای رسول فروغی، به  
صورت نکته به نکته بازنویسی گردیده است. به لطف  
خداوند در شماره‌های آتی موارد دیگر نیز به رشته تحریر  
درخواهد آمد.

موضوع حق کسب و پیشه و تجارت منتفی است؛ به عبارت دیگر در قانون سال ۷۶ هر جا، به مستأجر امتیازی داده شده، او در پایان مدت اجاره در صورتی که بخواهد ملک را تخلیه کند، می‌تواند از آن امتیاز علیه موجر استفاده کند و این برایش حق سرقفلی ایجاد می‌کند. ۵. در رابطه استیجاری تابع قانون سال ۷۶ چنانچه تکلیف قانونی امضای دو شاهد ذیل قرارداد رعایت نشده باشد، موجر از حق استفاده تسهیلات قانونی دستور تخلیه فوری محروم خواهد شد.

۶. در قراردادهای تابع قانون سال ۵۶ در هنگام تنظیم دادخواست تخلیه به وکالت از موجر، برای حفظ حقوق موکل، فقط باید یک جهت را برای تخلیه در دادخواست قید کرد، زیرا بعضی جهات تخلیه با یکدیگر در تعارض است و این موضوع به حقوق موکل آسیب می‌رساند. فرضاً مستأجر، هم ملک را به غیر انتقال داده و هم تعدی و تفریط کرده است. حال اگر وکیل موجر، جهت درخواست تخلیه را هر دو موضوع و یا صرفاً از جهت انتقال به غیر ذکر کند، در این صورت موجر باید نصف مبلغ سرقفلی را به مستأجر بپردازد، ولی اگر صرفاً جهت تعدی و تفریط را قید کند و رأی به نفع موجر بگیرد، دیگر مبلغی به مستأجر پرداخت نمی‌گردد.

۷. باتوجه به ماده ۳ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ قواعد مربوط به روابط موجر و مستأجر، مشمول قواعد امری است و توافق طرفین حتی در قالب سند رسمی نیز فاقد اثر است.

۸. انقضای مدت در روابط استیجاری مشمول قانون سال ۵۶ موجب زوال رابطه حقوقی و حق تخلیه نیست و رابطه استیجاری همچنان ادامه می‌یابد.

۹. در صورت فوت موجر، در رابطه استیجاری تابع قانون سال ۵۶ تقدیم دادخواست تخلیه به لحاظ نیاز شخصی از طرف وراثت موجر قابلیت استماع ندارد، چراکه در قانون، عبارت «نیاز شخصی موجر» قید و تصریح شده است.

۱۰. در بحث تغییر شغل در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ اشتراک مشاغل تحت یک اتحادیه، موجب تلقی شغل مشابه نمی‌شود؛ بدین معنی که فرضاً اگر در شهرستانی، اتحادیه فروشندگان لوازم خانگی با اتحادیه فروشندگان اتومبیل، اتحادیه صنفی واحدی داشته باشند و شخصی فروشگاه لوازم خانگی را تبدیل به نمایشگاه اتومبیل کرد، این نتیجه که چون اتحادیه آن‌ها یکی است، پس این شغل‌ها مشابه است! اشتباه است. نتیجتاً اینکه علی‌رغم یکسانی اتحادیه‌ها، کماکان می‌توان به دلیل تغییر شغل، درخواست تخلیه کرد. به عبارت ساده‌تر، یکسان بودن اتحادیه موجب شباهت شغل‌ها

نمی‌گردد.

۱۱. چنانچه تقاضای موجر برای تخلیه (وفق ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶) در خصوص ساختمانی باشد که رو به تخریب است و شهرداری لزوم بازسازی ملک را به دلیل فرسودگی گواهی کرده است، صرف چنین تقاضایی کافی است و می‌تواند متعاقب آن پروانه اخذ گردد.

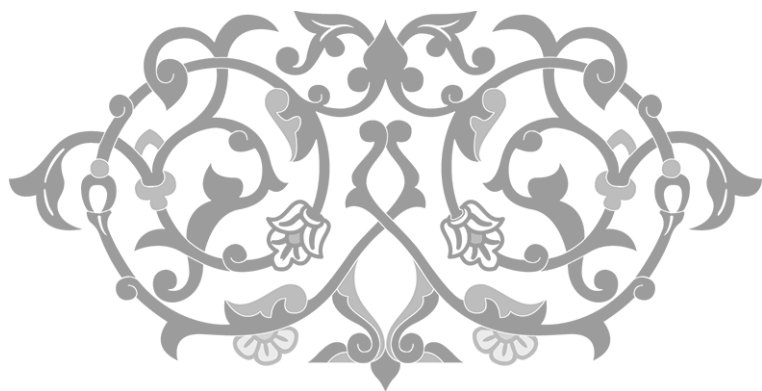
۱۲. اگر مورد اجاره معد استفاده تجاری باشد، نیاز شخصی فرزندان موجر نیز برای درخواست صدور حکم تخلیه کافی است (بند ۳ ماده ۱۵).

۱۳. چون حق کسب و پیشه و تجارت امری تدریجی الحصول است، اسقاط این حق در شروع یا در اثنای رابطه استیجاری، اعتبار ندارد؛ چرا که حقی را می‌توان اثبات کرد که معلوم و مشخص باشد که در این مورد چنین نیست.

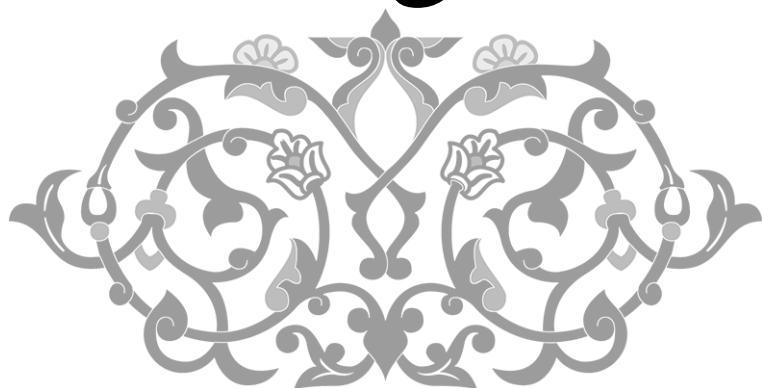
۱۴. باتوجه به ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، چنانچه مستأجر با سند رسمی، اجاره نامه یک‌ساله با موجر منعقد کرده باشد، اما وجهی بابت سرقفلی به موجر پرداخت نکرده باشد، در پایان مدت اجاره مکلف به تخلیه است و طلبی نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت ندارد (البته باید توجه داشت که این رابطه استیجاری می‌بایست مسبوق به رابطه قبلی با موجر در خصوص مورد اجاره نباشد). نتیجه آنکه در مواردی که قرارداد یک‌ساله نیست یا این که قرارداد با سند رسمی منعقد نشده و یا رابطه قراردادی مسبوق به سال ۵۶ است، این ماده واحده قابل اعمال نیست و کماکان تابع قانون سال ۵۶ می‌شود. پس رابطه استیجاری نباید سابقه مربوط به اجرای سال ۵۶ در آن باشد که بتوانیم از این تبصره استفاده کنیم. نتیجتاً اینکه در قانون سال ۵۶ نیز حالتی داریم که برای مستأجر حق کسب و پیشه در نظر گرفته نشده است و مستأجر مکلف است با انقضای قرارداد، ملک را تخلیه کند. جالب توجه این که اگر مورد استیجاری، مشمول این تبصره شود، حتی از طریق اجرای ثبت نیز می‌توان درخواست تخلیه کرد و نیازی به حکم دادگاه نیست.

۱۵. در قراردادهای استیجاری تابع قانون سال ۵۶ توصیف مورد اجاره به نحوی که رفع ابهام نماید، کفایت می‌کند و عدم ذکر پلاک ثبتی در قرارداد اجاره، نقص محسوب نمی‌گردد.

۱۶. در صورتی که تخلف مستأجر، محرز گردد و موجرین متعدد باشند، حتی یکی از موجرین نیز می‌تواند به لحاظ تخلف مستأجر درخواست تخلیه نماید.



# دل نوشته های صنفی و کلا



# سهم کانون‌های و کلا از قدرت رسانه

## ای، چالش‌ها و بایسته‌ها

زهرا امینی<sup>۱</sup>

قدرت رسانه‌ها در دنیای امروز قدرتی خارق العاده است و بر همین اساس دولت‌ها می‌کوشند روز به روز بر دامنه رسانه‌های خود بیفزایند. رسانه‌ها در حال حاضر واجد کارکردهای متنوعی گردیده‌اند در بعد داخلی وسیله‌ی تسلط بر افکار، اراده و حتی احساسات جامعه هستند. تبلیغات مثبت یا منفی توسط رسانه‌ها به جامعه منعکس می‌گردد و طیف وسیعی از جامعه بر اساس این تبلیغات تصمیم می‌گیرد. در ابعاد گسترده‌تر و در سطح بین‌المللی به دلیل قدرت رسانه‌ها و مزایایی از قبیل کم هزینه بودن، عدم تلفات جانی و مالی، عدم تخریب محیط زیست و ... رویکرد حکومت‌ها به براندازی نرم و از طریق رسانه‌ها بیشتر از توسل به قدرت نظامی است. نقش رسانه‌ها در دهه‌های اخیر آن‌چنان شتاب گرفته که از جایگاه اطلاع‌رسانی به جایگاه تأثیرگذاری ارتقاء یافته است. تأثیری گذاری بر افکار عمومی شاید مهمترین کارکرد رسانه هاست، چراکه افکار عمومی قدرت‌ناپیدایی است که گفته شده بی‌گنج، بی‌محافظ و بی‌ارتش برای شهر، برای دربار و حتی برای قصر پادشاهان قانون وضع می‌کند. بدین ترتیب حکومت‌ها، احزاب، گروه‌ها، شرکت‌ها و مشاغل مختلف برای تعریف و حفظ جایگاه اجتماعی خود نیازمند داشتن سهمی در رسانه‌ها خواهند بود.

رسانه‌ها اخبار را به نحوی که مطلوب آنهاست به مخاطب القا می‌کنند. رسانه‌ها با توسل به این عملکرد خود، کنترل و هدایت افکار عمومی را در دست می‌گیرند و بدین

۱۰۹

---

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

نحو یکی از قدرتمندترین ابزارهای مدنی در دست رسانه‌ها قرار خواهد گرفت. در خصوص تأثیر رسانه‌ها در جهت دهی افکار عمومی سه نظریه مطرح است: الف: تأثیر نامحدود: رسانه‌ها، سازنده تمام و کمال افکار عمومی هستند. بر اساس این نظریه پیام توسط رسانه‌ها به نحوی القا می‌گردد که تأثیر مورد نظر فرستنده در مخاطب ایجاد می‌گردد.

ب: تأثیر محدود: رسانه‌ها صرفاً عقاید موجود را تضعیف و یا تقویت می‌کنند. بر اساس این نظریه قدرت پیام رسانه‌ها محدود است و نمی‌توانند تغییرات بنیادین ایجاد کنند. ج: دوره جدید، نظریات انتقادی: بر اساس این نظریه رسانه‌ها در خدمت سرمایه داری هستند و دارای کارکرد پیچیده‌ای می‌باشند.

قطعا هیچ یک از دیدگاه‌های فوق مطلق و کاملاً صحیح نیست، لیکن آنچه غیرقابل انکار است تأثیر و رسوخ رسانه‌های جمعی در شکل‌گیری و جهت‌دهی افکار عمومی است.

بدیهی است کانون‌های وکلای دادگستری به عنوان یکی از قدیمی‌ترین نهادهای مدنی و تأمین‌کننده حق دفاع ملت و نیز به عنوان یکی از کنشگران مهم در عرصه حفظ حقوق و آزادی‌های مدنی، موضوع بحث رسانه‌های مختلف قرار می‌گیرد. اما در ایران آنچه از رصد برنامه‌ها، اخبار و تحلیل‌های رسانه‌های مختلف بر می‌آید این است که این نهاد در سال‌های اخیر به عمد یا غیر عمد هدف هجمه‌های شدیدی قرار گرفته‌اند. در این بین نقش رسانه‌ها از دو دیدگاه نیازمند بررسی است. ابتدا نقش رسانه‌ها در تحمیل هجمه‌ها و چالش‌ها و در مرتبه‌ی بعد سهم کانون‌های وکلا از قدرت رسانه‌ها در جهت پاسخگویی به ادعاها و اتهامات و مقابله با جریانات تخریبی.

در ایراد هجمه‌ها به عنوان مشتی نمونه خروار به دیالوگ نخ نمای همیشگی در سریال‌های تلویزیونی که فردی در پاسخ به استفاده از وکیل با عجزی شدید اظهار می‌دارد قادر به پرداخت هزینه‌های وکیل نیست، می‌توان اشاره کرد. شاید کمتر کسی باشد که این سکانس و دیالوگ را ندیده باشد. در اکثر سریال‌ها و فیلم‌های اکران شده تا سر حد ممکن کوشیده می‌شود وکلا قشری مرفه، بی‌دغدغه و گاه بی‌محابا و بی‌توجه به معیارهای اخلاقی به نمایش گذاشته شوند. سایت‌ها و روزنامه‌ها نیز از این قافله عقب‌نمانده‌اند. تیتراهای متعدد که در لحظه‌ی اول هر خواننده‌ای را شوکه می‌کند، فرار مالیاتی پزشکان و وکلا معادل نیمی از یارانه نقدی، انحصار کانون‌های وکلا در جذب

وکیل، به ۳۰۰ هزار وکیل نیاز داریم، فارغ التحصیلان حقوق پشت درهای بسته ی کانون‌های وکلا و ... تیتراهایی هستند که یک سناریوی واحد را دنبال می‌کنند. این تنها قسمتی از جریان است. حمایت‌های مادرانه و بی دریغ همین رسانه‌ها از نهاد موازی نه به جهت دوستی واقعی با آنها، بلکه صرفاً به جهت سرکوب کردن کانون‌های وکلا قسمت دیگری از این جریان است.

موضوع هدف قرار گرفتن کانون‌های وکلا نمونه ی بارز قدرت رسانه‌ها در قلب واقعیات جاری و موجود جامعه است. رسانه‌ها در ابتدا با ارایه تصویری غیرواقع از وکلا، آنها را قشری مرفه و جدای از جامعه نشان داده و سپس با سوار شدن بر موج نیاز جامعه به شغل و معضل فراگیر بیکاری، تبلیغاتی گسترده مبنی بر انحصار کانون‌های وکلا در پیش گرفته‌اند. تبلیغات رسانه ای در سکانس اول با نشان دادن سطح رفاه و ثروت وکلا هر علم آموزی را وسوسه می‌کند تا از این بحر بیکران بهره مند گردد. به دنبال این حجم از تبلیغات عده ی زیادی از محصلان روانه ی دانشکده‌های حقوق می‌گردند و برخی دانشگاه‌ها با دید مشتری مداری اقدام به جذب هرچه بیشتر این داوطلبان می‌کنند. در ادامه ی این روند، به دلیل عدم تناسب جذب و امکانات موجود، دانشجویان پذیرفته شده آن طور که باید و شاید آموزش نمی‌بینند. کلاس‌هایی مملو از جمعیت با اساتیدی که سوابق علمی و عملی چندان مشخصی ندارند و بعد نمرات و مدارکی که فقط بر اساس مشتری مداری صادر می‌گردند. حال این فارغ التحصیلان که خود را سربلند و موفق بیرون آمده از دانشگاه می‌بینند انتظار آن دارند که هرچه سریعتر به جرگه ی وکلای مرفه و ثروتمند بپیوندند، اما ناگهان با خیل عظیمی از هم دانشگاهیان خود و سایر دانش‌آموختگانی مواجه می‌شوند که قرار است در آزمونی مهم شرکت نمایند. قطعاً گذر از این آزمون سرنوشت ساز، برای آنان که در دانشگاه‌های بهتری تحصیل کرده‌اند ساده تر خواهد بود. در حالی که نیاز واقعی جامعه به وکیل تغییر محسوسی نکرده است. هر سال بر خیل عظیم دانش‌آموختگان بازمانده از آزمون کانون افزوده می‌شود و این خود اساس نارضایتی از کانون‌ها را فراهم می‌نماید. در این میان عده ای از فرصت استفاده کرده و اقدام به تبلیغ علیه کانون‌های وکلا می‌نمایند که انحصار کانون‌ها مانع جذب دانش‌آموختگان حقوق است و اینجاست که تبلیغات رسانه ای با ساخت و تزریق اخبار غیرواقع ضربه ی کاری را خواهد زد. در تمامی مشکلات و تنش‌های اقتصادی راهی برای سیاه نمایی جامعه ی وکالت باز خواهد شد و این باعث برانگیختگی افکار عمومی علیه وکلا خواهد شد. صدا و سیما برنامه ای در خصوص بیکاری و عوامل مؤثر در آن طراحی

می‌کند، ناگهان صحبت از کانون‌های وکلا و آزمون وکالت به میان می‌آید و کارشناس برنامه که خود به نظر می‌رسد زخم خورده ی این قصه است با تغییری وصف ناپذیر شروع به گلایه و شکایت علیه کانون‌های وکلا می‌نماید از درآمدهای کلان وکلا می‌گوید و انگشت اتهام به سمت کانون‌های وکلا نشانه می‌رود که با وجود نرخ بالای بیکاری مانع از اشتغال دانش‌آموختگان این رشته می‌گردد. سخن از نرخ تورم به میان می‌آید و قسمت اعظمی از تقصیر بر دوش جامعه ی وکالت فرود می‌آید که با وجود درآمدهای میلیاردی از پرداخت مالیات گریزانند و با فرار مالیاتی آنچنان ضربه ی مهلکی بر اقتصاد کشور وارد می‌نمایند که قابل توصیف نیست. در نقطه مقابل هرچه کنکاش شود، بعید است برنامه ای، گزارشی، آمار یا مستنداتی از مشکلات وکلای جوان، کارآموزان وکالت، تعداد پروانه‌های تودیع شده و مانند آن به دست آید.

به محض اینکه بحث اختلاس‌های کلان و مفاسد اقتصادی مطرح می‌گردد قدرت رسانه ای، این اصل انسانی را که هر شخصی با هر اتهامی حق دسترسی به وکیل دارد را به گونه ای وارونه جلوه می‌دهد که عمل وکیل تبدیل به دفاع از اختلاس و رانت و مفسده شود.

با این اوصاف در اختیار داشتن یک خبرگزاری واحد و منسجم و ماهنامه و یا مجله ای که در سطح کشور به صورت گسترده توزیع گردد می‌تواند تا اندازه ای تریبون پاسخگویی به شبهات و اتهامات وارده باشد، لیکن جامعه ی هدف این تریبون قاعدتا دانش‌آموختگان حقوق و گروه‌های خاص خواهند بود و اکثریت جامعه ای که مخاطب رسانه‌های عمومی هستند اصولاً خود را برای تمییز حقیقت به زحمت نخواهند انداخت.

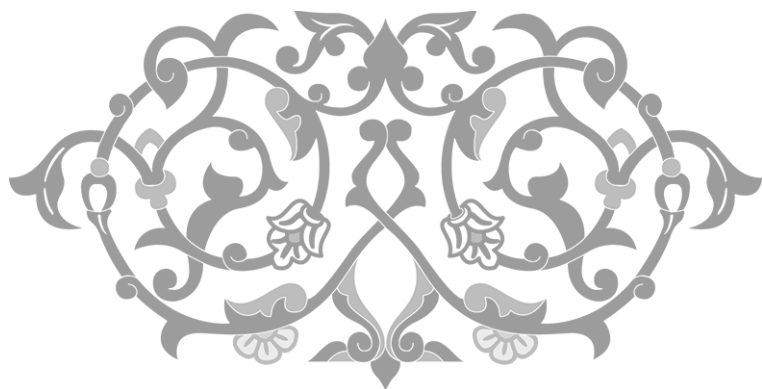
کانون‌های وکلا نیازمند تریبونی هستند که به وسیله ی آن قدمت، ساختار و لزوم استقلال خود را تبیین نمایند. به مردم بگویند که کارکرد کانون‌های وکلا پیوندی ناگسستگی با استقلال آن‌ها دارد و این استقلال وکیل است که ضامن نقش آفرینی او در تحقق عدالت خواهد بود. معرفی ساختار معاضدت کانون‌های وکلا که قطعاً نقش مؤثری در دید عمومی جامعه دارد، صرفاً از طریق رسانه ای نتیجه مطلوب را خواهد داشت که مخاطب آن قاطبه مردم باشند. ارائه آموزش‌های حقوقی توسط کانون‌های وکلا علاوه بر افزایش سطح آگاهی مردم زمینه ارتباط موثر با مردم را فراهم می‌نماید و این امر باعث می‌گردد تا مردم تصور صحیحی از وکیل و شغل وکالت داشته و به راحتی تحت تأثیر تبلیغات رسانه‌ها واقع نگردند.

در مرحله ی بعد، پاسخگویی به اتهامات و ادعاهای احتمالی علیه وکلا و کانون‌های

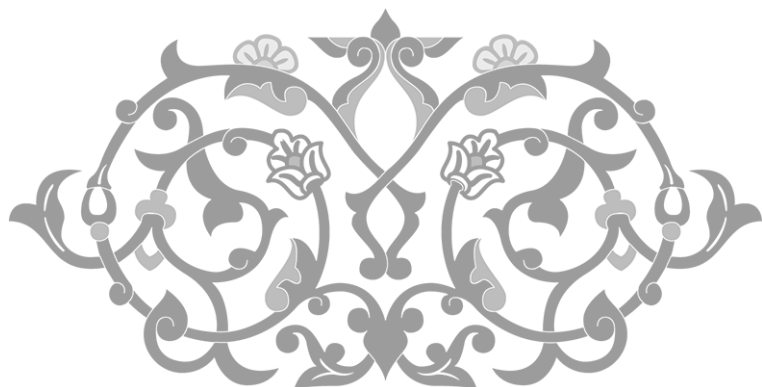


وکلا منطقاً می‌بایست از طریق رسانه‌های عمومی صورت پذیرد تا بتواند به اقناع افکار عمومی بینجامد. نگارش مقالات، صدور بیانیه‌ها، برگزاری نشست‌ها و چاپ و انعکاس آن در مجلات و سایت‌های تخصصی هر چند بی‌تأثیر نیست، لیکن به دلیل عدم توجه مردم عادی به این نوع رسانه‌های تخصصی، نمی‌تواند در افکار عمومی به جایگاه قابل توجهی دست یابد.

در نهایت بررسی اتفاقات موجود جامعه نشان می‌دهد که کانون‌های وکلا برای حفظ و صیانت از نهاد دیرپای وکالت، نیازمند دستیابی و داشتن سهمی از رسانه‌ها هستند. حضور وکلا و دانش آموختگان حقوق در هیأت تحریریه روزنامه‌ها و مجلات جهت رصد و پاسخگویی به شبهات، شایعات و اکاذیب در عین احترام به آزادی بیان و استفاده از نقدهای منصفانه و مؤثر، استفاده از مناسبت‌های مختلف از جمله روز وکیل جهت فرهنگ سازی و اطلاع رسانی، حمایت از سازندگان و تهیه کنندگان برنامه‌های تلویزیونی در راستای معرفی و شناسایی نهاد وکالت به اقشار جامعه، تولید محتوا در راستای پاسخگویی به ادعاها و ابهامات موجود در جامعه از جمله اقداماتی است که می‌تواند نقص موجود را تا حدودی مرتفع نماید و سبب ارتقای جایگاه نهاد دفاع و کانون‌های وکلای دادگستری گردد.



# بایسته های حرفه وکالت



# نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

**سوال-** در پرونده کلاسه ۹۵۰۵۵۶ ح ۲ در خصوص وکالتنامه امور اداری سفارت جمهوری اسلامی ایران - آنکارا که کپی آن به پیوست است آیا آقای صادق شجاعی حق توکیل به غیر را دارد یا خیر؟ (شعبه دوم حقوقی شاهین شهر)

**اتفاق آراء-** با توجه به مدلول وکالت در خصوص مراجعه به دادسراهای عمومی، انقلاب و دادگاهها و اجرای احکام جزایی 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.

# آرای وحدت رویه و نظریه‌های

## مشورتی قوه قضائیه

رای وحدت رویه شماره ۷۶۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد مرجع صالح رسیدگی اعتراض مربوط به قرار منع تعقیب دادگاههای کیفری یک در مورد تجاوز به عنف در مرحله مقدماتی

### الف: گزارش پرونده

اساس گزارشات واصله از حوزه‌های قضایی تهران، کرمانشاه و گلستان، از شعب مختلف دیوان عالی کشور درباره مرجع صالح برای رسیدگی اعتراض مربوط قرار منع تعقیب دادگاههای کیفری یک در مورد تجاوز به عنف، در مرحله مقدماتی، آراء متفاوت صادر شده است که جریان پرونده‌های کلاسه ۳۰۰۰۲۲ و ۲۰۰۰۰۵ شعب سی و دوم و سی و ششم دیوان عالی کشور به عنوان نمونه ذیلاً منعکس می‌گردد:

الف - حسب محتویات پرونده ۳۰۰۰۲۲ شعبه سی و دوم دیوان عالی کشور آقای «م.پ» از آقای «م.گ» شکایت کرده و نوشته: متهم که صحبت از زنا و لواط با من می‌کرد و من از کارگرهای او بودم مرا یک روز به خانه دعوت کرد و می‌خواست آن عمل را با من انجام دهد و من مانع شدم. بعد با هم دوست شدیم یک روز مرا سوار ماشین کرد و به من آب‌هویج داد و بیهوش شدم وقتی که به هوش آمدم دیدم پاهایم خیس است، پزشکی قانونی موضوع دخول را تأیید نکرده و شعبه دوم دادگاه کیفری یک قم طی دادنامه ۲۳۱-۲۳/۸/۹۶ در مورد شکایت شاکی علیه متهم به علت عدم کفایت ادله اثباتی قرار منع تعقیب کیفری صادر کرده که پرونده بر اثر فرجام‌خواهی در شعبه سی و دوم دیوان عالی کشور به شرح ذیل به صدور دادنامه ۶۲۸-۲۰/۱۰/۹۶ منتهی شده است:

«نظر به اینکه حسب تبصره ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مرجع تجدیدنظر قرارهای قابل اعتراض مربوط به تحقیقات مقدماتی جرائمی که به طور مستقیم در

دادگاه‌های کیفری رسیدگی می‌شود دادگاه‌های تجدیدنظر است بنابراین مورد قابلیت طرح در دیوان عالی کشور را ندارد مقرر می‌شود پرونده جهت اقدام مقتضی به دادگاه تجدیدنظر استان قم ارسال گردد.»

ب - حسب محتویات پرونده کلاسه ۲۰۰۰۰۵ شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور، شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان کرمانشاه طی دادنامه ۱۱۲-۹۵/۱۰/۲۷ در مورد اتهام آقای «ح.ع» مبنی بر ارتکاب زنای به عنف چنین رأی صادر کرده است:

«در خصوص شکایت خانم «ز - م» علیه آقای «ح - ع» دائر بر تجاوز به عنف با عنایت به اینکه شاکیه مدعی شده که متهم از اقوام وی می‌باشد و به منزل ایشان رفته و با عنف و اکراه از دبر با وی زنا نموده اما هیچ دلیلی در این خصوص وجود ندارد و متهم نیز منکر ارتکاب این جرم می‌باشد. بنابراین دادگاه به لحاظ جریان اصل اساسی برائت و فقدان ادله شرعی و قانونی در جهت انتساب جرم به نامبرده مستنداً به اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۳ و ۳۸۳ از قانون آیین دادرسی کیفری قرار منع تعقیب وی را صادر و اعلام می‌نماید رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل فرجام‌خواهی در دیوان محترم عالی کشور می‌باشد.»

بر اساس فرجام‌خواهی شاکیه پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به شعبه سی و ششم ارجاع گردیده و هیأت محترم شعبه پس از قرائت گزارش عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده و نظریه کتبی دادیار محترم دیوان عالی کشور به صدور دادنامه ۳۰۶۸ - ۱۴/۱۳/۹۵ مبادرت نموده‌اند:

«با توجه به محتویات پرونده و ملاحظه لایحه اعتراضی فرجام‌خواه نسبت به قرار منع تعقیب فوق‌الذکر که به لحاظ فقد ادله اثباتی جرم صادر شده است ایراد و اشکال مؤثری وجود ندارد و قرار صادره مستنداً به بند الف ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مذکور ابرام می‌شود.»

که با توجه به مراتب مذکور در فوق چون از شعب سی و دوم و سی و ششم دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت مرجع رسیدگی کننده اعتراضات مربوط به قرارهای منع تعقیب کیفری متهمان به ارتکاب تجاوز به عنف که مستقیماً در دادگاه‌های کیفری یک مطرح شده با اختلاف استنباط از مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، آراء متفاوت صادر شده است لذا به منظور جلوگیری از صدور آراء متهاافت، نظر هیأت عمومی را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست می‌نماید.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

## ب: نظریه نمایندۀ دادستان کل کشور

«بر اساس قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پرونده‌ها در سه مورد به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود و دادسرا حق انجام تحقیقات مقدماتی را ندارد: ۱- پرونده‌های مشمول موضوع ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری. ۲- پرونده‌های مشمول موضوع تبصره یک ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری. ۳- پرونده‌های مشمول موضوع ماده ۳۰۶ همان قانون که موضوع مورد اختلاف بین این دو شعبه دیوان عالی کشور مربوط به همین قسم سوم است. دادگاه‌های کیفری در خصوص رسیدگی به اینگونه پرونده‌ها که به طور مستقیم در آن دادگاه مطرح می‌شود دو حیثیت دارند یکی حیثیت انجام تحقیقات مقدماتی که اولاً و بالذات در صلاحیت نهاد دادسرا است و قانونگذار به دلایلی آن را استثناء در صلاحیت دادگاه قرار داده است و دیگری حیثیت رسیدگی و صدور رأی، همه مطالب و استدلالهایی که در تأیید نظر شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه صلاحیت رسیدگی در مانحن‌فیه با دیوان عالی کشور است گفته می‌شود مربوط به حیثیت دوم دادگاه کیفری یعنی حیثیت رسیدگی و صدور رأی است که از موضوع بحث ما خارج است در فرض مسأله که دادگاه کیفری یک در پرونده‌ای که به طور مستقیم در آن دادگاه مطرح شده قرار منع تعقیب صادر کرده است، تبصره ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری در مقام بیان مرجع واجد صلاحیت رسیدگی به این قرار مقرر می‌دارد: مرجع تجدیدنظر قرارهای قابل اعتراض مربوط به تحقیقات مقدماتی جرایمی که به طور مستقیم در دادگاه رسیدگی می‌شوند، دادگاه تجدیدنظر است. و از سوی دیگر ذیل ماده ۳۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری، انجام تحقیقات مقدماتی در پرونده‌هایی را که به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود بر عهده همان دادگاه قرار داده است. بنابراین چنانچه دادگاه کیفری یک در پرونده‌هایی که به طور مستقیم در آن دادگاه مطرح شده است در مرحله انجام تحقیقات مقدماتی قرار منع تعقیب صادر کند به نص تبصره ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مرجع تجدیدنظر نسبت به آن قرار، دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد. منظور از مرحله انجام تحقیقات مقدماتی در دادگاه کیفری، مطابق ماده ۳۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری کلیه اقداماتی است که دادگاه قبل از صدور «قرار رسیدگی» انجام می‌دهد. اینکه گفته می‌شود ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری تبصره ماده ۸۰ را تخصیص زده است به نظر می‌رسد صحیح نباشد زیرا موضوع این ماده مربوط به حیثیت دوم دادگاه کیفری است یعنی چنانچه دادگاه کیفری پس از صدور قرار رسیدگی وارد

رسیدگی ماهوی شده و رأی صادر نماید این رأی قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد در حالی که موضوع بحث ما مربوط به حیثیت اول دادگاه کیفری (مرحله انجام تحقیقات مقدماتی) است. بنا به مراتب فوق نظر شعبه سی و دوم دیوان عالی کشور مورد تأیید است هر چند که این نظر با رأی وحدت رویه شماره ۷۵۴ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور همخوانی ندارد.»

### ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۶۸ - ۲۱/۱/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

چون ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری برای تعیین شرایط خودداری مقام قضایی از تعقیب متهم و صدور قرار بایگانی پرونده به تصویب رسیده و تبصره آن نیز مرجع تجدیدنظر قرار موضوع این ماده (قرار بایگانی) و سایر قرارهای مربوط به جرائم مذکور در آن (جرائم تعزیری درجه هفت و هشت) را تعیین کرده است. تعمیم مقررات ماده مرقوم و تبصره آن به مقررات ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری که صلاحیت دیوان عالی کشور را در رسیدگی فرجامی نسبت به جرائم مذکور در آن صراحتاً بیان کرده است با توجه به مؤخر بودن این ماده نسبت به ماده ۸۰ و نزدیک بودن آن به نظر مقنن، فاقد وجهت قانونی است لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور در حدود انطباق با این نظریه، صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق مقررات ماده ۴۷۱ قانون مذکور در فوق، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

رأی وحدت رویه شماره ۷۷۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با موضوع: نحوه مطالبه خسارت حق الوکاله توسط ادارات دولتی در مواردی که محکوم له واقع می‌شوند مدیرعامل محترم روزنامه رسمی کشور  
گزارش وحدت رویه ردیف ۹۷/۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با مقدمه مربوط و رأی آن به شرح ذیل تنظیم و جهت چاپ و نشر ایفاد می‌گردد.  
معاون قضائی دیوان عالی کشور - ابراهیم ابراهیمی

#### مقدمه

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۹۷/۲۵

رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه شنبه مورخ ۱۶/۵/۱۳۹۷ به ریاست حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای حسین کریمی رئیس دیوان عالی کشور و با حضور حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای محمد مصدق نماینده محترم دادستان کل کشور و شرکت آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل شد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظریات مختلف اعضای شرکت کننده در خصوص مورد و استماع نظر نماینده دادستان محترم کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می‌گردد، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۷۱ - ۱۶/۵/۱۳۹۷ منتهی گردید.

#### الف: گزارش پرونده

طبق گزارش مورخه ۱۰/۴/۱۳۹۷ آقای رئیس شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی کبودرآهنگ همدان، از شعب سوم و پنجم دیوان عالی کشور، با اختلاف استنباط از مقررات قانون بودجه، به ترتیب، طی دادنامه‌های ۱۳۳ - ۱۲/۳/۱۳۹۷ و ۶۹ - ۵/۱۲/۱۳۹۶ آراء متفاوت صادر گردیده است که خلاصه جریان هر کدام به شرح ذیل می‌باشد:

الف - به دلالت محتویات پرونده ۹۷۰۱۲۵ شعبه سوم دیوان عالی کشور، اداره منابع آب کبودرآهنگ با نمایندگی آقای سعید ... دادخواستی به طرفیت آقای علی ... به خواسته الزام وی به پرداخت خسارت ناشی از برداشت غیر مجاز از آب و ضرر و زیان ناشی از جرم، به استناد پرونده کیفری کلاسه ۹۴۰۰۱۱ شعبه ۱۱ دادگاه جزایی این شهرستان و جلب نظر کارشناس به محاکم عمومی تقدیم نموده و توضیح داده است خوانده حسب دادنامه قطعی، به اعاده به وضع سابق (پر و مسدود نمودن) یک حلقه چاه غیر مجاز در روستای قباق تپه کبودرآهنگ، محکوم شده است از آنجا که حفر چاه‌های غیر مجاز و بهره برداری از آن موجب ورود خسارت به منابع آب زیرزمینی می‌گردد لذا طبق مقررات ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب علاوه بر صدور حکم محکومیت به جبران خسارت وارده آبخوان، پرداخت سایر هزینه‌های قانونی از جمله حق الوکاله نماینده قانون نیز مورد استدعاست. دادخواست تقدیمی پس از ثبت به شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان مزبور ارجاع گردیده و پس از طی تشریفات قانونی و تکمیل تحقیقات به موجب دادنامه ۶۹۵ - ۱/۹/۱۳۹۶ چنین رأی داده اند:



«در خصوص دادخواست تقدیمی اداره منابع آب شهرستان کبودرآهنگ به طرفیت آقای علی ... و به خواسته الزام خواننده به جبران خسارت ناشی از برداشت غیرمجاز از منابع آب و ضرر و زیان ناشی از جرم فعلاً مقوم ۰۰۰/۰۰۰/۱ تومان با جلب نظر کارشناس موضوع پرونده کیفری به کلاسه ۹۲۰۴۹۱ شعبه ۱۰۱ به علاوه کلیه خسارت و هزینه دادرسی و حق الوکاله نماینده قانونی، با عنایت به محتویات پرونده و تصویر مصدق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۸۱۲۳۵۰۰۶۹۲ مورخ ۱۷/۶/۱۳۹۲ ... شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری شهرستان کبودرآهنگ ... که به موجب آن حکم به محکومیت خواننده به اتهام حفر چاه آب بدون رعایت مقررات قانونی به پرداخت مبلغ ده میلیون ریال جزای نقدی بدل از شلاق و اعاده به وضع سابق صادر و اعلام گردیده است و همچنین تصویر مصدق دادنامه شماره ۱۱۶ مورخ ۱/۲/۱۳۸۷ صادره از مرجع مذکور که به موجب آن حکم به محکومیت خواننده به اتهام حفر یک حلقه چاه غیر مجاز به پرداخت یک صد هزار تومان جزای نقدی بدل از حبس و اعاده به وضع سابق صادر و اعلام گردیده است و اینکه دادگاه موضوع را به کارشناس رسمی دادگستری در امور آب ارجاع نموده که کارشناس منتخب با حضور در دادگاه و مطالعه پرونده و بررسی مستندات خواهان و مراجعه به محل پس از بررسی موضوع، میزان خسارت وارده را به آبخوان به مبلغ یک صد و پنجاه و دو میلیون و نهصد و هفتاد و هفت هزار و پانصد تومان برآورد نموده است و اعتراض موجهی نیز از سوی خواهان نسبت به آن به عمل نیامده است. علیهذا دعوی مشارالیه از نظر دادگاه وارد و مقرون به صحت تشخیص و مستنداً به مواد ۲ و ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۷/۲/۱۳۳۹ و ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۶/۱۲/۱۳۶۱ و مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ حکم به الزام خواننده موصوف به پرداخت مبلغ ۱۵۲۹۷۷۵۰۰۰ ریال بابت خسارت وارده به آبخوان و پرداخت مبلغ ۰۰۰/۳۹۰ ریال بابت هزینه دادرسی و پرداخت مبلغ ۰۰۰/۵۰۰/۲ ریال بابت هزینه کارشناسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌گردد لکن در خصوص حق الوکاله نماینده حقوقی با عنایت به محتویات پرونده نظر به اینکه دلیل و مدرکی دال بر پرداخت حق الوکاله به نماینده حقوقی از سوی خواهان در پرونده امر ابراز نگردیده است. علیهذا دعوی مشارالیه از نظر دادگاه غیر وارد تشخیص و مستنداً به ماده ۱۹۷ از قانون آیین دادرسی مارالذکر حکم به بطلان دعوی خواهان موصوف صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره حضوری ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان همدان می‌باشد.»

ب - اداره منابع آب کبودرآهنگ با نمایندگی آقای سعید ...، در فرجه قانونی از این حکم فرجام خواهی کرده است با این مضمون که دادگاهها مطابق مقررات قانون بودجه سال ۱۳۳۹ و سایر مقررات مربوط، مکلفند پس از صدور حکم به نفع ادارات دولتی، ترتیب پرداخت حق الوکاله نمایندگان قضایی آنها را نیز مشخص کنند که در این قسمت حکم به بطلان دعوی خواهان صادر شده است ... . این پرونده پس از ثبت به شعبه سوم دیوان عالی کشور ارجاع و ضمن رفع نقص، طی دادنامه ۱۳۳ - ۱۲/۳/۱۳۹۷ به شرح ذیل اتخاذ تصمیم کرده اند:

«دادنامه صادره از دادگاه عمومی حقوقی کبودرآهنگ در آن قسمتی که مورد فرجام خواهی واقع شده است مخدوش و مغایر با قوانین موضوعه است به موجب تبصره ۳۰ قانون بودجه سال ۱۳۳۹ مصوب ۱۹/۱۲/۱۳۳۸ «در دعاوی که دولت محکوم له واقع می شود حق مطالبه خسارت حق الوکاله را مطابق آیین نامه قانون وکالت از طرف دعوی دارد دادگاهها مکلفند این حق را به تقاضای نماینده دولت با صدور حکم اعلام دارند» تبصره صراحت در دخالت نماینده سازمان دولتی در دعوی مطروحه دارد که به استناد دخالت نماینده می توان مطالبه حق الوکاله کرد و ارتباطی به دخالت وکیل دادگستری ندارد زیرا اگر مقصود وکیل دادگستری بود نیازی به تصویب تبصره فوق نبود و حسب ماده واحده قانون اجازه پرداخت ۵۰٪ از حق الوکاله های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در پیشرفت دعاوی دولت مصوب ۱۲/۱۰/۱۳۴۴ مقرر شده است «به وزارت دارایی اجازه داده می شود نسبت به دعاوی که دولت در محاکم قضایی محکوم له واقع و طرف به پرداخت خسارت حق الوکاله در حق دولت محکوم می گردد ۳۰٪ از حق الوکاله های وصولی مورد حکم را به نماینده قضایی ذی مدخل مشروط به اینکه کارمند وزارتخانه مربوط بوده و دادرسی بدون دخالت وکیل انجام گرفته باشد و ۲۰٪ آن را به تشخیص وزارتخانه مربوط به کارمندی که در پیشرفت دادرسی مؤثر شناخته می شوند پراخت نماید و در هر صورت میزان پرداختی در هر دعوی نباید در مورد نماینده قضایی از چهار ماه حقوق و در مورد سایر کارمندان از دو ماه حقوق تجاوز نماید.» و در تبصره ۱۸ - الف از قانون الحاق دو تبصره به قانون متمم بودجه سال ۱۳۴۷ کل کشور مصوب ۲۵/۳/۱۳۴۸ تصریح گردیده است «وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت می توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای دفاع و تعقیب دعاوی مربوطه از

کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط ذیل به عنوان نماینده قضایی استفاده نمایند...» که برای آن دو شرط ذکر شده است ولی اخیراً ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ که در تکمیل تبصره ۱۸ یادشده مقرر داشته است: «وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت شرکت‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیر دولتی شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هرگونه دعوا دفاع و تعقیب دعوی مربوط از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط زیر به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند. ۱ - ... ۲ - ...» ارائه معرفی نامه نمایندگی حقوقی به مراجع قضایی الزامی است و بالاخره بند ۱۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ مصوب ۱۹/۲/۱۳۹۰ مقرر می‌دارد: «دعوی راجع به حفظ بیت المال به ویژه در پرونده‌های مربوط به اراضی و اموال دولتی و عمومی از پرداخت هزینه دادرسی در مراحل مختلف معاف است وجوه موضوع قانونی اجازه پرداخت ۵۰٪ حق الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در دعوی دولت مصوب ۱۳۴۴/۱۰/۱۲ از محل اعتبارات مصوب آنها در شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی از محل منابع داخلی آنها قابل پرداخت است علی هذا شرکت‌های دولتی وابسته به دولت و مؤسسات عمومی می‌توانند با رعایت شرایط مقرر، توسط نماینده قضایی خود طرح دعوی و از آن دفاع نمایند. [و مطابق] بند ۱۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ ناظر به تبصره ... ۳۰ قانون بودجه سال ۱۳۳۹ و ماده واحده قانون اجازه پرداخت ۵۰٪ از حق الوکاله‌ها ... مصوب ۱۳۴۴/۱۰/۱۲ ... در مقام رسیدگی به دعوی خود توسط نماینده قضایی، مطالبه حق الوکاله نماینده و حسب بند ۱۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ مؤخر [التصویب] مشمول مقررات مزبوره هستند نظر به مراتب یادشده، دادنامه فرجام خواسته در بخشی که مورد فرجام خواهی واقع شده است با التفات به قوانین موضوعه مرقوم و بند دو ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی نقض و رسیدگی بعدی طبق بند ج ماده ۴۰۱ همان قانون به شعبه دیگری از دادگاه‌های عمومی حقوقی کبودرآهنگ محول می‌شود.»

ب - حسب محتویات پرونده ۹۶۱۰۷۶ شعبه پنجم دیوان عالی کشور اداره منابع آب کبودرآهنگ با نمایندگی قضایی یکی از کارمندان خود به طرفیت سه نفر به خواسته الزام خواندگان به پرداخت خسارت ناشی از برداشت غیر مجاز از منابع آب به مبلغ سی میلیون ریال با جلب نظر کارشناس با استناد به ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب و پرونده کیفری

۹۴۰۰۱۱ شعبه ۱۰۱ دادگاه جزایی محل و دادنامه قطعی دادگاه حقوقی مبنی بر مسلوب المنفعه نمودن یک حلقه چاه غیر مجاز به مشخصات مذکور در دادخواست اقامه دعوی کرده و صدور حکم به پرداخت خسارات دادرسی و حق الوکاله وکیل را نیز خواستار شده است. پرونده پس از ثبت به کلاسه ۳۲۰۰۰۶۹ در شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی این شهرستان مطرح و پس از سیر مراحل قانونی و تکمیل و تحقیقات، با اعلام ختم دادرسی طی دادنامه ۴۹۱ - ۲۷/۶/۱۳۹۶ دعوی اداره خواهان را در مورد مطالبه خسارت مربوط به منابع آب و هزینه دادرسی وارد تشخیص و حکم به پرداخت ۰۰۰/۹۷۶/۲۳ تومان بابت اصل خواسته و سیصد هزار تومان بابت هزینه دادرسی صادر و در مورد حق الوکاله مورد ادعا نظر به اینکه اولاً رقم حق الوکاله در پرونده مشخص نشده و ثانیاً مدرکی دال بر پرداخت حق الوکاله نماینده حقوقی از سوی خواهان ابراز نگردیده است دعوی را در این قسمت غیر وارد تشخیص و با استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به بطلان آن صادر کرده اند و اداره منابع آب از این حکم فرجام خواهی کرده و تأکید نموده، قانونگذار در قانون بودجه سال ۱۳۳۹ و در قانون اجازه پرداخت ۵۰٪ از حق الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی مصوب ۱۳۴۴ به این موضوع صحه گذاشته و قائل به پرداخت حق الوکاله در حق نمایندگان حقوقی ادارات شده است و هیچ کدام از این قوانین نسخ نشده اند. ...

پرونده پس از ثبت در دبیرخانه به شعبه پنجم دیوان عالی کشور ارجاع و به صدور دادنامه ۱۱۴۵ - ۵/۱۲/۱۳۹۶ منتهی شده است که ذیلاً منعکس می‌گردد:

«فرجام خواهی نسبت به دادنامه فرجام خواسته موجه و مؤثر به نظر نمی‌رسد و فرجام خواه در این مرحله اعتراض مؤثری که موجب خدشه رأی صادره گردد نسبت به آن به عمل نیاورده است و فرجام خواه دلیلی بر پرداخت حق الوکاله به نماینده حقوقی خود که ظاهراً کارشناس حقوقی آن اداره بوده و کارمند رسمی آن اداره محسوب می‌شده ارائه نکرده است، لذا رأی صادره به تجویز ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی ابرام و پرونده را به مرجع مربوطه اعاده می‌نماید.»

با توجه به مراتب فوق، چون شعبه سوم دیوان عالی کشور طی دادنامه ۱۳۳ - ۱۲/۳/۱۳۹۷ با استناد به مقررات تبصره ۳۰ قانون بودجه سال ۱۳۳۹ و ماده واحده، قانون

اجازة پرداخت ۵۰٪ از حق الوکاله وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در دعاوی دولت مصوب ۱۳۴۴ و تبصره ۱۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ مطالبه خسارت حق الوکاله توسط ادارات دولتی را در مواردی که محکوم له واقع می‌شوند، حق آنها دانسته و اعلام میزان آن را مطابق آیین نامه قانون وکالت، در حکم دادگاه، لازم تشخیص داده است ولی شعبه پنجم طی دادنامه ۱۱۴۵ - ۵/۱۲/۱۳۹۶ صدور حکم به پرداخت آن را به ارائه دلیل از سوی اداره دولتی موکول کرده و تصریح نموده فرجام خواه (اداره منابع آب) دلیلی بر پرداخت حق الوکاله به نماینده حقوقی خود ... ارائه نکرده و با این ترتیب چون از شعب مختلف دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه با اختلاف استنباط از آراء متهاافت صادر شده است لذا به استناد ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ طرح موضوع را برای صدور رأی وحدت رویه قضایی تقاضا دارد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور

«بر اساس استدلال‌های هر دو شعبه دیوان عالی کشور به نظر می‌رسد که هر دو شعبه اتفاق نظر دارند در اینکه حق الوکاله برای نماینده حقوقی بر اساس قانون بودجه قابل پرداخت است ولیکن اختلاف نظر در این است که آیا صرف تقاضای اداره مربوط و ارائه معرفی نامه از سوی نماینده قانونی به عنوان نماینده حقوقی برای محکومیت به پرداخت حق الوکاله کافی است یا علاوه بر تقاضای پرداخت حق الوکاله، دلیل و مدرک پرداخت آن نیز باید ضمیمه درخواست باشد؟ شعبه سوم دیوان عالی کشور معتقد است که صرف تقاضای پرداخت حق الوکاله کافی است ولیکن شعبه پنجم دیوان عالی کشور معتقد است که دلیل و مدرک پرداخت حق الوکاله نیز باید ضمیمه درخواست باشد. به نظر می‌رسد استنباط شعبه سوم دیوان عالی کشور صائب است زیرا تبصره ۳۰ قانون بودجه سال ۱۳۳۹ مقرر می‌دارد: «در دعاوی که دولت محکوم له واقع می‌شود حق مطالبه خسارت حق الوکاله را مطابق آیین نامه وکالت از طرف دعوی دارد دادگاه‌ها مکلفند این حق را به تقاضای نماینده دولت با صدور حکم اعلام دارند» همانگونه که ملاحظه می‌شود به صراحت این تبصره در صورتی که دولت محکوم له واقع می‌شود استحقاق دریافت حق الوکاله ایجاد می‌شود بنابراین قبل از صدور حکم معلوم نیست که دولت محکوم له واقع می‌شود یا محکوم علیه پس چطور اداره متبوع قبلاً حق الوکاله نماینده حقوقی را پرداخت نماید و مدرک آن را ضمیمه درخواست حق الوکاله کند بنابراین دادگاه‌ها مکلفند بر اساس

این تبصره چنانچه دولت محکوم له واقع شود با تقاضای نماینده حقوقی و بدون ارائه دلیل و مدرک پرداخت، حکم بر پرداخت حق الوکاله نمایند. با توجه به مراتب فوق با استنباط شعبه سوم دیوان عالی کشور موافقم»

ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۷۱ - ۱۶/۵/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

حسب تبصره ۳۰ قانون بودجه سال ۱۳۳۹ مصوب ۱۹/۱۲/۱۳۳۸ در دعوایی که دولت محکوم له واقع می‌شود، با درخواست نماینده دولت، دادگاه مکلف به صدور حکم به تأدیه خسارت حق الوکاله توسط محکوم علیه مطابق آیین نامه قانون وکالت است و نظر به ماده واحده قانون اجازه پرداخت ۵۰٪ از حق الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در پیشرفت دعاوی دولت مصوب ۱۲/۱۰/۱۳۴۴ و حکم مقرر در بند ۱۳۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ مصوب ۱۹/۲/۱۳۹۰ چون دعاوی راجع به حفظ بیت المال به ویژه در پرونده‌های مربوط به اراضی و اموال دولتی و عمومی از پرداخت هزینه دادرسی در مراحل مختلف معاف است و وجوه موضوع قانون اجازه پرداخت ۵۰٪ حق الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در دعاوی دولت مصوب ۱۲/۱۰/۱۳۴۴ از محل اعتبارات مصوب آنها و در شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی از منابع داخلی آنها قابل پرداخت است، لذا دادگاه متصدی رسیدگی، در هر مورد که دولت و شرکت دولتی محکوم له واقع می‌شود مکلف است به درخواست نماینده قضایی حکم به تأدیه خسارت حق الوکاله مطابق آیین نامه قانون وکالت صادر کند و با این ترتیب اعضای هیأت عمومی به اتفاق آراء رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور را که با این نظر منطبق است صحیح و قانونی تشخیص می‌دهد. این رأی طبق دستور ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

### رأی وحدت رویه شماره ۷۶۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۶۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با موضوع: صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی صلاحیت ذاتی است و حل اختلاف در صلاحیت دیوان عالی کشور خواهد بود

۱۲۶

## الف: گزارش پرونده

بر اساس گزارش ۱۳۹۶/۱/۱۵۱۰۴ - ۲۰/۶/۱۳۹۶ رئیس محترم حوزه قضایی استان کرمان در مورد مرجع قانونی حل اختلاف در صلاحیت دادگاه‌های حقوقی و خانواده مستقر در حوزه قضایی یک استان، از شعب پنجم و سی و ششم دیوان عالی کشور آراء مختلف صادر شده است که خلاصه جریان امر به شرح ذیل منعکس می‌شود:

الف - حسب محتویات پرونده ۱۰۰۲۰۳ شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور آقای اکبر ... در تاریخ ۳۰/۲/۱۳۹۳ دعوائی به خواسته اثبات مالکیت به نسبت وجه پرداختی خود در معدن شن و ماسه واقع در جاده کوه بادامومیه به طرفیت آقایان ۱ - طهماسب ... ۲ - غلامعباس ... و الزام خوانده ردیف دوم به پرداخت حق‌السهم او در دادگاه‌های عمومی حقوقی کرمان اقامه کرده است که به شعبه یازدهم این دادگاه ارجاع شده است. جلسه اول رسیدگی در ۲۷/۵/۱۳۹۳ در همان دادگاه تشکیل شده و در جلسه ۱۰/۱۲/۱۳۹۳ موضوع به کارشناس ارجاع شده و پس از وصول نظریه کارشناس، نظریات هیأت‌های سه نفری و پنج نفری کارشناسی نیز در خصوص مورد جلب شده و نهایتاً طی دادنامه ۱۰۸۱ - ۱۷/۹/۱۳۹۵ به عنوان شعبه اول محاکم خانواده، با این استدلال که براساس ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ این شعبه برای رسیدگی به امور خانواده اختصاص یافته است و طرح هرگونه دعوی غیر مرتبط با امور خانواده در شعبه دادگاه، فاقد وجهت قانونی است با استناد به مواد ۱، ۲۶ و ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌ها در امور مدنی، به شایستگی دادگاه‌های عمومی حقوقی کرمان قرار عدم صلاحیت صادر کرده است که پرونده به شعبه ۱۱ دادگاه حقوقی کرمان ارجاع گردیده و این دادگاه نیز طی دادنامه ۷۰۰۰۹۶ - ۲۹/۹/۱۳۹۵ به شایستگی شعبه اول خانواده که قبلاً شعبه ۱۱ حقوقی بوده است قرار عدم صلاحیت صادر و پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مرقوم برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال داشته که پس از ارجاع به شعبه سی و ششم طی دادنامه ۲۲۵۸ - ۱۵/۱۰/۱۳۹۵ به ترتیب ذیل اتخاذ تصمیم شده است:

«از مفاد تبصره‌های ۱ و ۲ ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ که به محاکم عمومی صلاحیت رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی را تا تشکیل دادگاه‌های خانواده را داده است استنباط می‌شود که صلاحیت محاکم عمومی و محاکم خانواده از نوع صلاحیت ذاتی نمی‌باشد و از طرفی مطابق ماده ۴ قانون مذکور که موارد صلاحیت دادگاه خانواده را احصاء نموده است رسیدگی به دعاوی حقوقی را نفی نکرده است با این وصف

حل اختلاف در صلاحیت محاکم عمومی و محاکم خانواده در یک استان که نوعی از محاکم حقوقی است با دادگاه‌های تجدیدنظر همان استان می‌باشد و قابل طرح و رسیدگی در دیوان عالی کشور به عنوان اختلاف در صلاحیت ذاتی نیست لذا پرونده به دادگاه ارسال‌کننده پرونده اعاده می‌شود.»

ب - طبق محتویات پرونده کلاسه ۱۰۰۰۷۲۰ شعبه پنجم دیوان عالی کشور، پیرو دادنامه ۴۸۸ - ۱۰/۱۱/۱۳۹۴ این شعبه مبنی بر نقض رأی ۹۹۷ - ۲۳/۷/۱۳۹۴ شعبه یازدهم دادگاه عمومی حقوقی کرمان و ارجاع پرونده به آن شعبه جهت رفع نواقص تحقیقاتی، شعبه مذکور با تعیین وقت رسیدگی و استماع توضیحات خواهان و تحقیق از گواهان و وکلای خواندگان، موضوع را به کارشناس ارجاع کرده است ولی قبل از وصول نظریه او با اخذ نظریه قاضی مشاور و با این استدلال که موضوع امری حقوقی است و این دادگاه به شعبه اول دادگاه خانواده تبدیل شده است لذا طی دادنامه ۱۰۰ - ۱۸/۹/۱۳۹۵ قرار عدم صلاحیت خود را به صلاحیت دادگاه‌های عمومی حقوقی کرمان صادر کرده است و پرونده به شعبه یازدهم ارجاع گردیده و این شعبه با این استدلال که مناط صلاحیت تاریخ تقدیم دادخواست می‌باشد و در تاریخ تقدیم دادخواست شعبه اول و شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی کرمان، صالح به رسیدگی بوده و در قانون حمایت خانواده، خلاف آن مقرر نشده شعبه اول دادگاه خانواده را صالح به رسیدگی دانسته و پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به دیوان عالی کشور ارسال که با ارجاع آن به شعبه پنجم طی دادنامه ۹۲۶ - ۲۷/۱۰/۱۳۹۵ به شرح ذیل رأی صادر کرده‌اند:

«با تشکیل دادگاه خانواده در هر حوزه قضایی دادگاه خانواده فقط به موجب ماده ۴ قانون حمایت خانواده صلاحیت رسیدگی به امور و دعاوی ۱۸ گانه مندرج در ماده مرقوم را دارد. بنابراین شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی سابق شهرستان کرمان که در اجرای قانون حمایت خانواده در کرمان به عنوان شعبه اول دادگاه خانواده تعیین شده است. اختیار رسیدگی به دعاوی جزء امور و دعاوی مقرر در ماده فوق‌الذکر را ندارد لذا نظر به اینکه اختلاف در صلاحیت بین شعبه اول دادگاه خانواده شهرستان کرمان و شعبه ۱۱ دادگاه حقوقی شهرستان کرمان ذاتی است و رسیدگی به دعوی مطروحه در این پرونده در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های حقوقی می‌باشد به استناد ماده یک قانون حمایت خانواده و ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و تأیید قرار عدم صلاحیت شماره ۱۰۱۱۰۰ - ۱۸/۹/۱۳۹۵ شعبه اول دادگاه محترم خانواده کرمان (شعبه



۱۱ دادگاه عمومی حقوقی سابق شهرستان کرمان) پرونده جهت ادامه رسیدگی به شعبه ۱۱ دادگاه محترم حقوقی کرمان (قائم‌مقام عمومی حقوقی کرمان) ارسال می‌گردد.»

با عنایت به مراتب مذکور در فوق چون شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور با استنباط از مفاد تبصره‌های ۱ و ۲ ماده یک قانون حمایت خانواده صلاحیت محاکم عمومی و محاکم خانواده را از نوع صلاحیت ذاتی ندانسته و حل اختلاف این دادگاه‌ها را به اعتبار استقرار آنها در حوزه قضایی یک استان، از تکالیف دادگاه تجدیدنظر همان استان می‌داند ولی شعبه پنجم دیوان عالی کشور در نظیر مورد با تلقی موضوع به اختلاف در صلاحیت ذاتی وفق مقررات ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به شرح فوق‌الاشعار حل اختلاف کرده است و با این ترتیب از شعب مختلف دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه با استنباط متفاوت از قوانین آراء مختلف صادر شده است لذا به استناد ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری طرح موضوع را برای کسب نظر هیأت عمومی و صدور رأی وحدت رویه قضایی تقاضا دارد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

### ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور

«موضوع بحث و اختلاف استنباط از قانون در این پرونده آن است که «آیا صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی، صلاحیت ذاتی است یا نسبی» نتیجه این بحث که صلاحیت آنها ذاتی باشد یا نسبی آثار فراوانی دارد از جمله اینکه اگر صلاحیت بین دادگاه خانواده و دادگاه حقوقی ذاتی باشد، مرجع صالح برای حل اختلاف آنها بر اساس ملاک ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، دیوان عالی کشور خواهد بود در حالی که اگر رابطه آنها را صلاحیت نسبی بدانیم، مرجع صالح برای حل اختلاف آنها دادگاه تجدیدنظر استان خواهد بود. به نظر می‌رسد استنباط هیأت قضایی شعبه پنجم دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه «صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی ذاتی است در نتیجه مرجع حل اختلاف در صلاحیت آنها هر چند که در حوزه قضایی یک استان باشد، دیوان عالی کشور خواهد بود» به دلایل زیر صائب است: در ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ مقرر شده بود «... تخصیص شعبی از دادگاه‌های حقوقی و جزایی خاص مانند امور خانوادگی و جرایم اطفال با رعایت مصالح و مقتضیات، از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه است، در صورت ضرورت ممکن است به شعبه جزایی، پرونده حقوقی و یا به شعبه حقوقی، پرونده جزایی ارجاع شود» با توجه به

کلمات و عبارتهای استفاده شده در آن ماده صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی، صلاحیت نسبی و در حقیقت اختصاص چند شعبه از دادگاهها برای رسیدگی به امور خانواده از باب تخصصی کردن شعب و تقسیم کار محسوب می‌شد ولیکن قانونگذار در سال ۱۳۹۱ با تصویب قانون حمایت خانواده روی کرد متفاوتی را اتخاذ نموده و در اجرای بند سوم از اصل ۲۱ قانون اساسی، دادگاه خانواده را ایجاد و تشکیل داده است. ماده ۱ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد: «به منظور رسیدگی به امور و دعاوی خانوادگی، قوه قضائیه موظف است ظرف سه سال از تاریخ تصویب این قانون در کلیه حوزه‌های قضایی شهرستان به تعداد کافی شعب دادگاه خانواده تشکیل دهد...» و ماده ۴ همان قانون در خصوص صلاحیت آن مقرر می‌دارد: «رسیدگی به امور و دعاوی زیر در صلاحیت دادگاه خانواده است: ۱. نامزدی... ۲. نکاح دائم، موقت و اذن در نکاح... ۳. ... ۱۸. تغییر جنسیت» با توجه به مواد یک و ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به نظر می‌رسد که قانونگذار با تشکیل دادگاه خانواده، دادگاهی را با صلاحیتهای خاص که در ماده ۴ آن قانون احصا شده، در برابر دادگاههای حقوقی تشکیل داده است به طوری از یک طرف صلاحیت این دادگاه منحصر به موارد ۱۸ گانه مندرج در ماده ۴ می‌باشد و از سوی دیگر در خصوص رسیدگی به آن موارد از دادگاههای حقوقی سلب صلاحیت شده است. بنابراین صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی صلاحیت ذاتی است و حل اختلاف در صلاحیت توسط دیوان عالی انجام خواهد شد و در نتیجه با نظر شعبه پنجم دیوان عالی کشور موافقم.»

### ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۶۹ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مطابق بند سوم اصل بیست و یکم قانون اساسی و ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان خانواده ضرورت دارد و تشکیل آن با رعایت ضوابط قانونی به قوه قضائیه محول شده است و چون موارد صلاحیت دادگاه خانواده در ماده ۴ این قانون صراحتاً بیان شده است لذا این دادگاه که با رعایت ترتیبات معین قانونی تشکیل می‌شود دادگاه اختصاصی محسوب می‌گردد و صلاحیت آن نسبت به دادگاههای عمومی ذاتی است و مطابق اصول کلی حاکم بر تشکیلات دادگستری، محاکم اختصاصی غیر از آنچه قانون صراحتاً اجازه داده است به هیچ امر دیگری حق رسیدگی ندارند. در این وضعیت با حدوث اختلاف بین دادگاه خانواده و دادگاه عمومی مستقر در

۱۳۰

حوزه قضایی یک استان، مرجع حل اختلاف در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دیوان عالی کشور است. بنابراین رأی شعبه پنجم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی در اجرای مقررات ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

### نظریه مشورتی ۷/۹۳/۲۰۵۶ مورخ ۹۳/۹/۱

سوال:

آیا تبصره ۲ ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ دلالت بر نسخ ضمنی تبصره ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ دارد؟

### نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

باتوجه به اینکه مجازات قاتل عمدی در مواردی که به هر علت قصاص نشود، با لحاظ ماده ۴۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ براساس ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ تعیین می‌شود و با عنایت به حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که مجازات معاون براساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم با لحاظ بند ت این ماده تعیین می‌شود، بنابراین به نظر می‌رسد تبصره ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ منسوخ است.

# پند استاد

## زندگینامه دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

### استاد تمام (بازنشسته) حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی

آقای دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی در اسفند ۱۳۲۱ در تهران متولد و پس از اخذ لیسانس (کارشناسی) از دانشگاه تهران برای ادامه‌ی تحصیل عازم کشور فرانسه شدند و در سال ۱۳۴۸ موفق به اخذ درجه دکتوری در رشته حقوق (با تخصص حقوق بین الملل) از دانشگاه مون پیله آن کشور گردیدند.

ایشان پس از بازگشت به میهن، مشاغل علمی و اجرایی غیر دانشگاهی و دانشگاهی مختلفی را برعهده داشتند که اهم آنها عبارتند از: عضو هیأت موسس و معاونت و عضویت هیأت علمی مدرسه عالی علوم قضایی و اداری قم (پردیس فارابی دانشگاه تهران)، عضویت هیأت علمی و معاون اداری و مالی دانشکده‌ی علوم سیاسی و اجتماعی (وابسته به وزارت علوم)، یکی از دست‌اندرکاران تأسیس دانشگاه علامه طباطبائی و دانشکده حقوق و علوم سیاسی آن و عضویت هیأت علمی آن دانشگاه و دانشکده، ریاست آن دانشکده، عضویت در هیأت ممیزه دانشگاه علامه طباطبائی به مدت ۱۱ سال، مدیریت گروه‌های حقوق و حقوق بین الملل به مدت بیست سال (متوالیاً یا متناوباً)، سردبیر و عضویت هیأت تحریریه چندین مجله علمی پژوهشی کشور.

ایشان پس از بازنشستگی ناخواسته در سال ۱۳۸۸ و قطع رابطه‌ی آموزشی در سال ۱۳۸۹ و سه سال دوری از دانشگاه علامه طباطبائی، در سال ۱۳۹۲ بنا به دعوت ریاست جدید دانشگاه به عنوان استاد مدعو و مشاور علمی و اجرایی دانشگاه و عضو هیأت تحریریه مجله‌ی حقوق عمومی دانشکده حقوق به دانشگاه بازگشته و تا کنون نیز همکاری‌های موثری با دانشکده و دانشگاه علامه طباطبائی داشته‌اند.

نامبرده اکنون علاوه بر سمت‌های مذکور، این سمت‌ها را نیز برعهده دارند: عضو

شورای نظارت و ارزشیابی دانشگاه علامه طباطبائی، عضو هیأت مدیره مجمع صنفی اعضای دانشگاه علامه طباطبائی، عضو هیأت مدیره انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد.

تألیفات ایشان عبارتند از: حقوق بین الملل عمومی (که تا کنون به چاپ ۶۲ رسیده است)، حقوق شوروی (ترجمه) تألیف میشل لزاز، حقوق جنگ (چاپ پنجم)، اسلام و حقوق بین الملل (چاپ یازدهم)، حقوق معاهدات بین المللی (چاپ ششم)، حقوق بین الملل بشر دوستانه (چاپ چهارم)، جستارهایی پیرامون حقوق بین الملل در دو مجلد (چاپ اول) و نیز ترجمه‌ی مجموعه آراء و نظریات مشورتی دیوان بین المللی دادگستری با همکاری برخی از استادان و حقوقدانان که تا کنون شش مجلد آن چاپ و منتشر شده است و بالاخره تألیف و ترجمه بیش از پنجاه مقاله علمی یا علمی - پژوهشی منتشره در مجلات علمی پژوهشی با علمی ترویجی کشور.<sup>۱</sup>

## اشاره

پیرو حمله موشکی نیروهای نظامی آمریکا به دو دستگاه خودرو در خاک کشور عراق، در تاریخ ۹۸/۱۰/۱۳ و به شهادت رساندن امیر سپهد قاسم سلیمانی و همراهان ایشان و سپس پاسخ ایران در قالب حمله موشکی به پایگاه نظامیان آمریکایی در خاک عراق، آقای دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی به عنوان صاحب‌نظر در حقوق بین‌الملل، نظر حقوقی خویش را در این خصوص اعلام داشتند که در ادامه پند استاد به منظور اطلاع و بهره‌برداری حقوقی ذکر می‌گردد.

سردبیر

## برخورداری سردار شهید سلیمانی از

## مصونیت بین‌المللی

## دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی<sup>۱</sup>

نکته‌ای که کمتر مورد توجه قرار گرفته است، این است که سردار شهید سلیمانی با توجه به مقررات حقوق بین‌الملل از مصونیت برخوردار بود که این مصونیت توسط آمریکا نقض شد.

ترور سردار شهید قاسم سلیمانی در واقع وضعیت خاصی بود و در تحقیقاتم، سابقه‌ای در تاریخ ندیدم که یک فرمانده عالی نظامی به این شکل ترور شود. البته گفته می‌شود سردار سلیمانی در کشور عراق، ماموریت نمایندگی ایران را برای برخی مذاکرات با دولت عربستان بر عهده داشت که البته تایید نشده است. یکی از اتباع عالی رتبه کشور ایران در کشوری دیگر مورد حمله کشور ثالث یعنی آمریکا قرار گرفت و بعد از این واقعه، ترامپ اعلام کرد این اقدام، یک دفاع پیش‌دستانه بود و پنتاگون هم آن را تاکید کرد.

از نظر ترامپ، سردار شهید سلیمانی برای تدارک یک حمله به سفارت آمریکا در عراق حضور داشت که یک سوال ایجاد می‌کند و اینکه آیا دفاع پیش‌دستانه در حقوق بین‌الملل مورد تایید است؟ البته اختلاف نظری هم شاید باشد که بسیار مغتنم است. ایران در این باره بلافاصله ترور هدف‌مند را مطرح کرد و این حمله با هدف خاصی صورت گرفت. رئیس‌جمهوری آمریکا و پنتاگون هم موضع‌گیری صریح و روشنی با عنوان تروریست دولتی را مطرح کردند.

آیا در ادبیات حقوق بین‌المللی، تروریست دولتی داریم یا نه؟ سوال دیگر این است که آمریکا پهلپاد را از کدام مبدأ ارسال کرده بود؟ برخی ادعا کردند که از پایگاه عین‌الاسد و عده‌ای دیگر مبدأ را کویت دانستند.

اگر کویت مبدأ ارسال پهلپاد بوده است، خود به خود نکته دیگری را مطرح می‌سازد؛ بحث ضعیف دیگری هم در مورد مبدأ بودن قطر به عنوان دیگر پایگاه نظامی آمریکا مطرح شد، اما این کشور با ایران رابطه خوبی دارد و حاضر به انجام این اقدام نیست.

آیا آمریکا با این اقدام، اصل عدم توسل به زور را که به عنوان یک قاعده آمره در حقوق بین‌الملل مطرح است، نقض کرد؟ آیا می‌توان آن را تجاوز مسلحانه دانست؟ در این باره حتی عباس عراقچی، معاون وزیر امور خارجه به صراحت اعلام کرد اقدامات ایران در مقابل ترور سردار سلیمانی، دفاع مشروع است.

توافقنامه ۲۰۰۸ امنیتی بین عراق و آمریکا وجود داشت که متعاقب ترور سردار شهید سلیمانی، پارلمان عراق فسخ این توافقنامه را اعلام کرد و از نیروهای آمریکایی خواست از خاک عراق خارج شوند که این روند به تدریج در حال انجام است. پیش از این، ترامپ در مقابل اتفاقات کوچک، واکنش‌های عجیبی نشان می‌داد، اما این بار اعلام کرد که خوشبختانه حمله ایران به پایگاه نظامی عین الاسد، تلفات جانی در پی نداشت. به رغم انکارهای ترامپ، برخی اخبار از تلفات آمریکایی‌ها در پایگاه الاسد خبر می‌دهند.

به عنوان یک معلم قدیمی حقوق بین الملل مختصرا یادآور می‌شوم که عملیات مسلحانه نیروهای آمریکایی در خاک عراق «تجاوز» محسوب می‌شود و دولت عراق می‌تواند با کمک نیروهای ایرانی مبادرت به دفاع مشروع علیه آمریکا کند.

به علاوه، این اقدام طبق بند ۲ ماده ۵ اصلاحی اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری مصوب ۲۰۱۰ جنایت محسوب و رئیس‌جمهور آمریکا که مستقیما دستور این عملیات را داده است و سایر دست‌اندرکاران آن، جنایتکار بین‌المللی قلمداد می‌شوند و قابل تعقیب کیفری هستند.

موضوعات حقوقی مرتبط با این واقعه شامل تجاوز، اصل عدم مداخله، اصل احترام به حاکمیت، اصل عدم تردید در بحث مرتبط با حقوق بشردوستانه، ترور هدفمند و مصونیت می‌باشد.

اساسا مخاصمه مسلحانه ای بین ایران و آمریکا وجود نداشته تا بحث دفاع مشروع توسط آمریکا مطرح شود بلکه اقدام آمریکا موضوعی حقوق بشری است.

ماده ۵۱ منشور ملل متحد حمله مسلحانه را از دو زاویه نمود می‌دهد، حمله مسلحانه یک تجاوز مسلحانه است. همانطور که در قطعنامه ۳۳۱ شورای امنیت، حمله مسلحانه به قلمرو یک کشور به عنوان مصادیق تجاوز است.

بحث تجاوز مسلحانه به قلمرو یک کشور همان مفهومی را می‌رساند که ماده ۵۱ منشور سازمان ملل، به حمله مسلحانه به کشوری که عضو ملل متحد است.

غیر از اسرائیل که خود دست به این اقدامات می‌زند کسی در دنیا طرفدار این دو مفهوم نیست.

ادعای آمریکا در ترور سردار بیشتر بحث پیشگیرانه دارد تا پیش‌دستانه. در مورد دو مفهوم یاد شده طرفداران دفاع پیش‌دستانه بیشتر هستند اما شاهد این نیستیم که در این زمینه هنجارسازی شده و یا معاهده‌ای تا به امروز امضا شده باشد.

بنابراین دفاع در این ارتباط با توجه به قطعنامه تعریف تجاوز؛ تهاجم و تجاوز به قلمرو



یک کشور است. اطلاعات غیرموثقی وجود دارد مبنی بر اینکه آمریکا برای ترور سردار سلیمانی، از پایگاه هوایی قطر و برخی نیز می گویند از پایگاه هوایی کویت این حمله به قلمرو سرزمینی عراق انجام شده است.

# گزیده مقالات کاربردی برای وکلا

هاجر قاسمی<sup>۱</sup>

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

## ۱- قابلیت مطالبه خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن در صورت

### فسخ قرارداد

نویسنده: طهماسبی، علی؛ شیرازی، علی؛

مجله: پژوهش نامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۸ - شماره ۴۹

بی‌گمان، حقوق قراردادها یکی از پایه‌های مهم هر نظام اقتصادی است و کارآمدی و به روز بودن قواعد آن، می‌تواند نقش به‌سزایی در رشد اقتصادی یک کشور داشته باشد. بدین دلیل، پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای مناسب برای نقض قرارداد، دارای اهمیت بنیادین و عنصر مهمی در ارزیابی کارآمدی این بخش از حقوق است. بر این اساس، نوشتار حاضر به بررسی یکی از نقص‌های اصلی آن در حقوق ایران می‌پردازد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۷۳۳ در خصوص چگونگی جبران خسارات وارده به

خریدار در معامله فضولی ارائه طریق نمود. در کنار ابهامات و تردیدهایی که راجع به معیار پذیرفته شده این رأی و جبران کننده بودن آن وجود دارد، امکان سنجی توسعه و اعمال معیار مذکور در سایر اسباب انحلال قرارداد؛ به ویژه فسخ، پریشی است که پاسخ گویی به آن به ویژه به لحاظ جنبه عملی موضوع، اهمیت بسیار دارد. یافته پژوهش آن است که در تمامی موارد انحلال قرارداد که دارای مبنایی واحد با معاملات فضولی بوده و فی الواقع خریدار مغرور شده، اعمال مبنایی رأی وحدت رویه منطقی است و می تواند بستری برای جبران خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن فراهم آورد، به ویژه اینکه قانون پیش فروش ساختمان نیز، این موضوع را پذیرفته است.

## ۲- تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانون مندی حقوق کیفری

نویسنده: سلیمانی، دکتر حسین؛

مجله: پژوهش نامه حقوق کیفری، بهار و تابستان ۱۳۹۸ - شماره ۱۹  
قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، از نهادی ناآشنا به نام تعزیرات منصوص شرعی، سخن گفته و حقوقدانان و پژوهشگران را در معنا و مصادیق آن به شبهه انداخته است. به باور نویسنده، در قانون ۱۳۹۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرائم تعزیری به صراحت پذیرفته شده است و از این رو، مصادیق تعزیر منصوص را باید با توجه به این اصل اساسی تعیین کرد. در این نوشته تلاش شده است با بررسی نظرات و ملاک های گوناگون، مصادیقی برای تعزیر منصوص یافت شود. دو ملاک به شکل برجسته تری طرح می شوند. بر اساس یک ملاک، تعزیر منصوص را مانند دیگر تعزیرات باید در قالب اصل قانونی بودن تعزیرات جستجو کرد و مصادیق آن را در قانون پی گرفت. بر اساس ملاک دیگر، تعزیرات منصوص، به حدود ملحق می شوند و باید مصادیق آن را براساس ماده ۲۲۰ معین کرد. به باور نویسنده، هیچ یک از این ملاک ها کامل و کافی نیستند و پیش بینی چنین نهادی از اساس، لغو و بی ثمر است.

## ۳- تحلیل حقوقی بزه تغییر کاربری غیرمجاز از طریق دیوارکشی اراضی زراعی و باغ ها با تأکید بر رویه قضایی

نویسنده: بهره مند، دکتر حمید؛ قنبریان، ناصر؛

۱۳۹

مجله: پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ - شماره ۱۲

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

#### ۴- امور فوری در دادرسی کیفری

نویسنده: رحمدل، منصور؛

مجله: پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، بهار و تابستان ۱۳۹۷ - شماره ۱۱  
در ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، قانونگذار به طور صریح از عبارت «دستور موقت» استفاده کرده و مقرر داشته «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی نفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می‌نماید». همچنان که ملاحظه می‌شود مبنای صدور دستور مزبور، فوریت امر تلقی شده است. شرط صدور دستور موقت در آیین دادرسی مدنی، علاوه بر احراز فوریت امر توسط دادگاه، اساساً ایداع خسارت احتمالی معینه از طرف دادگاه توسط خواهان است. در قانون آیین دادرسی کیفری، قانون گذار مشخصاً از عبارت دستور موقت استفاده نکرده است، ولی در تبصره ۱ ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به نوعی به دستور فوری اشاره و

مقرر داشته «مقام قضایی با تنظیم صورت مجلس، دستور متوقف ماندن عملیات متجاوز را تا صدور حکم قطعی خواهد داد» و با این کیفیت، سؤال آن است که در دادرسی‌های کیفری مربوط به دعوای عمومی نیز می‌توان دستور موقت صادر نمود و آیا حکم موضوع تبصره مزبور را می‌توان از مصادیق دستور موقت تلقی کرد؟ آیا اساساً دستور موقت در دادرسی کیفری مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است؟ اگر امکان صدور دستور موقت وجود دارد، شرایط صدور آن چیست و چه مراجعی صالح به صدور چنین دستوری هستند؟ چه وجوه تشابه و افتراقی بین دستور موقت در دادرسی مدنی و دادرسی کیفری وجود دارد؟ مقاله حاضر با لحاظ این فرضیه که موارد فوری در امور کیفری مورد توجه مقنن قرار گرفته و بین امور فوری در دادرسی مدنی و کیفری وجوه افتراق و اشتراکی وجود دارد و شرایط صدور دستور در امور فوری کیفری، متفاوت از امور مدنی است، در مقام تبیین جنبه‌های مختلف امور فوری در دادرسی کیفری و پاسخ‌گویی به سؤالات مزبور است.

## ۵- شرایط و ضوابط حقوقی اجرای قرار نظارت قضایی در کنار قرارهای تأمین کیفری

نویسنده: مهرا، نسربین؛ کوشکی، غلامحسین؛ غلامرضایی آزاد، هدیه؛  
مجله: تحقیقات حقوقی آزاد، پاییز ۱۳۹۸ - شماره ۴۵

در دنیای حال حاضر، طرح انتقادات فراوان نسبت به توسل بیش از حد به زندان‌ها و بازداشت‌گرایی، باعث شد که نظام‌های کیفری به تبعیت از اسناد بین‌المللی توسل به قرارهای بازداشت موقت را در مرحله پیش از محاکمه به حداقل رسانده و در این راستا از نهادهای نظارت محور به عنوان قرارهای تأمین کیفری استفاده نمایند. از همین‌رو قرار نظارت قضایی در کشور فرانسه با توجه به این ملاحظات و با مبنای برون رفت از معایب بازداشت موقت و با هدف جایگزینی بازداشت موقت، پیش‌بینی شد که به تدریج با الهام از حقوق این کشور وارد قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (اجرای ۱۳۹۴) کشورمان شد. این قرار در کشور فرانسه، قرار اصلی است؛ در حالی که در قانون اخیرالذکر قرار تکمیلی و فرعی است. شناسایی ماهیت قرار نظارت قضایی به دلیل نمود آن با ویژگی تکمیلی بودن و ارزیابی میزان منطقی بودن، تحلیل شیوه‌ی صدور این قرار و تشریفات آن و نیز شناساندن موارد و الزاماتی که به کارکرد این قرار می‌افزایند، از جمله محورهایی هستند که بررسی آنها به علت نو بودن این قرار ضرورت دارد. بی تردید باتوجه به جدید بودن این نهاد در حقوق کیفری ایران، هنوز بسیاری از جنبه‌های آن مبهم است و

مورد سؤال رویه قضایی می‌باشد؛ لذا تبیین شرایط و ضوابط حقوقی اجرای این قرار برای کنشگران عدالت کیفری ایران، می‌تواند بسیاری از نکات را روشن تر نماید.

## ۶- تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری

نویسنده: مظاهری کوهانستانی، رسول؛ منتظری، مهسا؛

مجله: مجله حقوقی، پاییز ۱۳۹۷ - شماره ۷

ضمانت‌ها بحث پیچیده و مهمی است که تقریباً زندگی همه ی 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 ضمان‌ها و نقد مواد مربوط به آن‌ها پرداخته ایم. هدف ما از این 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.

## ۷- مبانی فقهی مشروعیت نکاح معاطاتی

نویسنده: آقای بیجستانی، مریم؛ شکری، فاطمه؛ امینی کمرودی، نرگس خاتون؛

مجله: فقه و حقوق خانواده، بهار و تابستان ۱۳۹۸ - شماره ۷۰

نکاح معاطاتی یکی از مباحث چالشی و مهم در حیطه فقه خانواده است که در این نوشته مورد بررسی قرار می‌گیرد. منظور از نکاح معاطاتی، انعقاد رابطه زوجیت بدون صیغه ایجاب و قبول است. برخی فقها با پذیرش این نکته که الفاظ در تحقق ایجاب و قبول موضوعیتی ندارند، مدعی صحت نکاح معاطاتی شده‌اند، اما قول مشهور، عدم صحت چنین عقدی است. به نظر می‌رسد با وجود آیات و روایات، اجماع و سیره مسلمین، قول مشهور از قوت بیشتری برخوردار است. نگارندگان مقاله حاضر ضمن تأکید بر قول مشهور مبنی بر عدم صحت نکاح معاطاتی، به شیوه‌های اعلام اراده مانند کتابت و اشاره و نیز به مطالبه حقوق زوجه پرداخته اند.

# معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>

برای نابود کردن یک فرهنگ، نیازی نیست کتاب‌ها را سوزاند، کافی است کاری کنید مردم آنها را نخوانند. ویکتور هوگو

نام کتاب: دعاوی و اعتراضات ثبتی (حقوق ثبت کاربردی)  
نویسنده: مصطفی اصغرزاده بناب  
ناشر: مجمع علمی و فرهنگی مجد  
آخرین چاپ: ۱۳۹۸

## درباره نویسنده:

مصطفی اصغرزاده بناب، قاضی دادگاه تجدیدنظر و مدرس دانشگاه، محقق برجسته در زمینه حقوق و دعاوی ثبتی است که از جمله آثار وی می‌توان به: شرح تفصیلی وظایف و تکالیف قانونی دفاتر و سایر کارمندان دفتری دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و مأموران ابلاغ و اجرا در قوانین موضوعه ایران، مجموعه محشای آرای وحدت رویه جزایی هیأت عمومی دیوان عالی کشور ۱۳۸۹ - ۱۳۲۸ توضیح و تفسیر آراء بر مبنای قوانین موضوعه، نظرهای مشورتی اداره حقوقی، بررسی تحلیلی معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آنها (وضعیت معامله فضولی از حیث بطلان یا عدم نفوذ، موضوع مستحق للغير در آمدن مبیع، ضمان درک) اشاره کرد.

## درباره کتاب

اکثر وکلا و قضات به واسطه عدم وجود آموزش دانشگاهی مناسب در زمینه حقوق ثبت و ملموس نبودن دعاوی آن، در رابطه با پرونده‌های ثبتی دچار سردرگمی شده و

۱۴۳

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

برای رفع این معضل در جست‌وجوی منبعی معتبر هستند. اگر به دنبال منبعی مطمئن، کاربردی و مبسوط در زمینه دعاوی ثبتی هستید، کتاب فوق را تهیه و کتابخانه شخصی خویش را تکمیل کنید.

دعاوی و اعتراضات ثبتی، در دو جلد تدوین شده است. جلد اول به املاک و جلد دوم به اسناد و آیین‌های رسیدگی مرتبط به آنها پرداخته است. املاک، حاوی سه بخش به شرح: (۱) کلیات، (۲) انواع دعاوی ثبتی مربوط به املاک و آیین رسیدگی به آنها، (۳) ضامم مرتبط می‌باشد. بخش دوم که در برگیرنده مباحث اصلی کتاب است، در پنج فصل تدوین شده است. فصل اول: اعتراضات ثبتی و اقسام آنها، فصل دوم: دعاوی ناشی از اجرای مقررات ماده ۱۴۷ اصلاحی قانون ثبت، فصل سوم: افزاز و فروش املاک مشاع، فصل چهارم: اعتراض به نظر کمیسیون تشخیص موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری و رأی هیأت هفت نفره واگذاری زمین در خصوص موات، بایر یا دایر اعلام نمودن اراضی و تقاضای ابطال آنها، فصل پنجم: اعتراض به تصمیمات هیأت حل اختلاف موضوع بند ۲ ماده ۱۳۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران. در جلد دوم کتاب نیز شاهد سه بخش با عناوین: (۱) کلیات (۲) دعاوی و اعتراضات ناشی از تنظیم و به کارگیری اسناد رسمی در ادارات و دادگاه‌ها و آیین رسیدگی به آنها (۳) ضامم و پیوست‌ها هستیم. بخش اول (کلیات) شامل فصل‌های: اول: ساختار دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، حدود صلاحیت و وظایف آنها، دوم: مفهوم سند و ارکان آن، سوم: اقسام سند، ویژگی‌ها، احکام و آثار آنها و چهارم: مقررات کیفری قانون ثبت اسناد و املاک در خصوص اسناد می‌باشد. بخش دوم (دعاوی و اعتراضات ناشی از تنظیم و به کارگیری اسناد رسمی در ادارات و دادگاه‌ها و آیین رسیدگی به آنها) در شش فصل بدین شرح به رشته تحریر درآمده است: فصل اول: ابطال سند رسمی، علل و موجبات آن، فصل دوم: موارد ابطال سند مالکیت و مراجع صلاحیت‌دار آن، فصل سوم: اصلاح سند مالکیت و مراجع صلاحیت‌دار آن، فصل چهارم: ابطال عملیات اجرایی ثبتی، فصل پنجم: ابطال صورت مجلس تفکیکی و در نهایت فصل ششم: الزام به ایفای تعهد مبنی بر تنظیم سند رسمی انتقال مورد معامله. در بخش سوم نیز قوانین، دستورالعمل‌ها و بخش‌نامه‌های مرتبط ذکر گردیده است.



# هشدار انتظامی دهم

## شرکت در مدعی به،

### طرح دعوی به صورت مصانعه

روح اله محمدی<sup>۱</sup>

قوانین و مقررات مربوط به وکالت دادگستری، وکیل را مستحق حق الزحمه ای تحت عنوان حق الوکاله دانسته و با این پیش فرض که حق الوکاله باید وجه نقد باشد، دریافت هرگونه مبلغ یا مالی خارج از این چارچوب را در بعضی اوقات، واجد وصف تخلف انتظامی دانسته است. یکی از موارد مبتلابه این است که در برخی موارد، همکاران محترم قراردادی را منعقد می نمایند که در ظاهر منافاتی با مقررات مربوط به حق الوکاله ندارد، ولی با تنظیم قرارداد علی حده و یا تعیین بخشی از محکوم به در صورت حکم گرفتن برای موکل، مبلغی مازاد بر آن را دریافت می دارند که این امور می تواند تحت عنوان شرکت در مدعی به، محکومیت انتظامی وکیل را به همراه داشته باشد.

از سوی دیگر ماده ۴ آیین نامه تعرفه حق الوکاله مصوب ۱۳۷۸، وکیل را در پایان هر مرحله، مستحق دریافت حق الوکاله می داند و از طرفی اخذ حق الوکاله از موکل آن هم در پایان کار که حکم به نفع وی صادر گردیده، کاری بس دشوار و بعضاً غیر ممکن است و هرگونه اقدامی بر خلاف آن نیز ممکن است، مشمول عنوان شرکت در مدعی به یا مصانعه و تقلب، قرار گیرد که باید دید راه چاره چیست.

در ماده ۳۹ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ تصریح گردیده که وکیل حق ندارد دعاوی را به صورت مصانعه یا در ظاهر به اسم دیگری و در باطن به نام خود، انتقال گیرد. این قبیل دعاوی در محکمه پذیرفته نخواهد شد و متخلف به مجازات انتظامی درجه ۴ به بالا محکوم خواهد شد.

۱ . وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

همان گونه که ملاحظه می‌فرمایید در این ماده صرفاً حالتی تخلف محسوب گردیده که وکیل، با انعقاد قراردادی، بخشی از مال مورد ادعا را به نام خویش انتقال می‌گیرد، اما دعوی را بر روی کل مال و به نام موکل مطرح می‌نماید، بنابراین، مورد فوق‌الذکر با موردی که وکیل، هیچ‌گونه قرارداد علی‌حده‌ای تنظیم ننموده و صرفاً بخش یا درصدی از مال مدعی به‌را به عنوان حق‌الوکاله قرارداد دهد، تفاوتی آشکار دارد.

قانون‌گذار متعاقباً و جهت از بین بردن این خلأ قانونی، با تصویب ماده ۸۰ نظام‌نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶، شرکت در مدعی به (به‌طور مطلق) را برای وکلای عدلیه ممنوع نموده و مجازات انتظامی درجه ۴ به‌بالا را برای آن در نظر گرفته و موضوع مندرج در ماده ۳۹ قانون وکالت (که در آن وکیل بخشی از موضوع وکالت را با انعقاد قرارداد به نام خود انتقال می‌دهد) را تحت عنوان دعوی ساختگی و حيله، واجد مجازات انتظامی درجه ۵ به‌بالا قلمداد نموده است.

بنابراین مشخص شد که قانونگذار در ابتدا صرفاً ورود مصانعه‌ای (که در آن بخشی از مال مورد ادعا به صورت قرارداد علی‌حده به وکیل منتقل گردیده، اما وکیل این موضوع را کتمان و به نام موکل، نسبت به کل مال، طرح دعوی نموده) را تخلف دانسته، اما در نظام‌نامه وکالت مصوب ۱۳۱۶، علاوه بر آن، شرکت در مدعی به‌را نیز تخلف‌انگاری نموده است.

علت تخلف بودن این موضوع، این است که چنانچه وکیل بخشی از مال را به خود منتقل نماید و سپس با کتمان این انتقال نسبت به کل مال و به نام موکل، طرح دعوی نماید، نه تنها این امر بر خلاف سوگند وکالت و راستی و درستی است، بلکه وکیل مزبور به دلیل اینکه خود را شریک مدعی به‌را می‌داند، از هر راهی برای نیل به مقصود خویش استفاده می‌نماید. ضمن اینکه این ممنوعیت در راستای حمایت قانونگذار از موکل بوده تا وکیل نتواند از استیصال و درماندگی موکل، سوء استفاده نموده و در مال وی شریک گردد.

برخی معتقدند که ماده ۸۰ نظام‌نامه در فصل مربوط به حق‌الوکاله آمده، بنابراین با تصویب آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله و هزینه‌ی سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۷۸، این فصل از نظام‌نامه نسخ گردیده است که این نظر مورد پذیرش صاحب‌نظران انتظامی قرار نگرفته است.

برخی دیگر از همکاران معزز، مدعی به‌را جدای از محکوم به‌را می‌دانند و معتقدند چنانچه وکیل، قبل از صدور حکم، بخشی از مال موضوع دعوی را به نام خود منتقل و یا

بخشی از آن را به عنوان حق الوکاله قلمداد نماید، این امر تخلف است، چراکه نص صریح قانون، اشاره به کلمه مدعی به دارد، اما چنانچه در قرارداد حق الوکاله قید گردد که بخش یا درصدی از آنچه مورد حکم قرار می‌گیرد (محکوم به و نه مدعی به) به عنوان حق الوکاله متعلق به وکیل باشد، این امر نمی‌تواند در برگیرنده ی عنوان تخلف انتظامی مذکور در مواد قانونی فوق الذکر باشد.

با عنایت به مقدمه فوق الذکر موارد و راهکارهای زیر، جهت استحضار همکاران فرهیخته اعلام می‌گردد:

**نخست:** مطابق مقررات ناظر بر وکالت دادگستری، شریک شدن در مال مورد ادعای موکل به هر نحو اعم از اینکه در ابتدا قرارداد علی حده تنظیم و بخشی از مال به نام وکیل انتقال یابد (مصانعه و تقلب) و یا قید گردد، بخشی از مدعی به در صورت حصول نتیجه متعلق به وکیل باشد (شرکت در مدعی به)، تخلف انتظامی محسوب و مجازات انتظامی درجه ۴ به بالا یعنی از تنزل درجه تا محرومیت دائم از وکالت، برای آن در نظر گرفته شده است، صرف نظر از اینکه تعیین درصدی از مدعی به یا محکوم به، به عنوان حق الوکاله، بعضاً می‌تواند مشمول عنوان تخلف تضمین نتیجه قلمداد گردد.

**دوم:** با توجه به استفتائات موجود و آرای صادره از محاکم انتظامی، تفاوت آشکاری در شرکت در مدعی به با شرکت در محکوم به وجود ندارد؛ چراکه فلسفه ی وجودی این ماده این است که وکیل به نحوی شریک در مال موضوع دعوی نشده و ممکن است جهت نیل به مقصود (حاکم شدن موکل در آن دعوی) از مرز اخلاق و سوگند وکالت خارج و به انحاء وسایل، متوسل شود (البته نگارنده این استنباط را تفسیری غلط می‌پندارد، چراکه حتی اگر قرارداد حق الوکاله به صورت وجه نقد و در پایان کار تعیین گردد، باز هم وکیل می‌تواند جهت نیل به مبلغ حق الوکاله از مرز اخلاق حرفه ای و سوگند وکالت خارج شود. به عبارت دیگر خروج از این مرز، ملازمه ای با شرکت در مدعی به ندارد و در هر حالتی ممکن است، اتفاق بیفتد).

**سوم:** برخی معتقدند که ممنوعیت شرکت در مدعی به با توجه به سیاق مواد قانونی، ناظر به امور ترافعی است و امور غیر ترافعی از جمله امور حسبی را در بر نمی‌گیرد. فی المثل در دعوی تقسیم ترکه که از امور حسبی است، وکیل می‌تواند بخشی از ماترک را به عنوان حق الوکاله خویش در نظر بگیرد که در پاسخ باید گفت این تفکیک با توجه به فلسفه ی تصویب مقررات مربوط به شرکت در مدعی به، تأثیری در مانحن فیه ندارد، علی الخصوص که رویه انتظامی موجود نیز این تفکیک را نپذیرفته است.

**چهارم:** شایسته است همکاران محترم در ابتدا مبلغ حق الوکاله را به صورت وجه نقد، مشخص نمایند تا از هرگونه شائبه ای مصون بمانند و با اعلام آن به مراجع قضایی و ابطال تبرر واقعی، راه را بر مطالبه حق الوکاله در صورت نپرداختن موکل، هموار سازند.

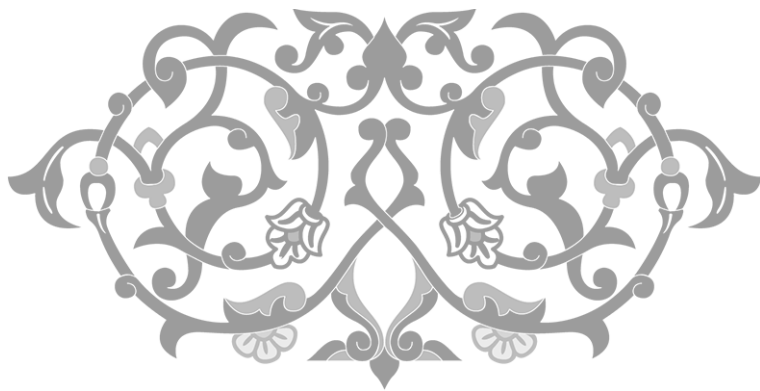
**پنجم:** ممکن است در پاره ای موارد، موضوع دعوی عین کلی (مانند سکه) و یا عین معین باشد. در این گونه موارد، همکاران محترم که قصد دارند فی المثل ده درصد سکه‌ها و یا ملک را به عنوان حق الوکاله خویش قرار دهند، ارزش ده درصد آن را در هنگام تنظیم قرارداد حق الوکاله، مشخص و مبلغ آن را صراحتاً درج نمایند.

**ششم:** در بسیاری از موارد علی‌الخصوص با توجه به شرایط اقتصادی حاکم بر جامعه، قیمت فعلی موضوع دعوی اعم از سکه و طلا و ملک، دیه و غیره با قیمت آن در زمان صدور حکم قطعی، تفاوت آشکار دارد که به نظر نگارنده در این گونه موارد می‌توان حق الوکاله را به صورت وجه نقد و در ابتدای کار به صورت قطعی مشخص و شرط نمود این مبلغ بر اساس ارزش و بهای فعلی موضوع دعوی تعیین شده و در پایان، چنانچه تفاوت فاحش قیمت وجود داشته باشد، وکیل استحقاق دریافت ما به التفاوت حق الوکاله مبلغ فعلی با مبلغ زمان اجرای حکم را دارد.

**هفتم:** برخی معتقدند چنانچه به جای مثلاً ده درصد از عین ملک، قید گردد حق الوکاله عبارت است از ده درصد از بها و ارزش محکوم به در زمان اجرای حکم، این امر فاقد وصف انتظامی است، اما با توجه به اختلاف نظر و تشتت آراء ناشی از تفسیر قوانین، این نظر نیز به دور از احتیاط می‌نمایند، هر چند نظر اکثریت صاحب نظران انتظامی، حکایت از تخلف نبودن این امر دارد.

**هشتم:** عده ای دیگر معتقدند وکیل در ابتدا می‌تواند میزان اطاله دادرسی و افزایش قیمت‌ها را تا حدی پیش بینی و مبلغ حق الوکاله را بر آن مبنا استوار و قرارداد حق الوکاله را منعقد نماید که این امر منطقی تر به نظر می‌رسد.

**نهم:** با توجه به اینکه برخی موکل‌ها معمولاً پس از حاکم شدن در دعوی از پرداخت حق الوکاله ی تعیین شده، طفره می‌روند، عدم تعیین درصد محکوم به را راهی برای فرار موکل از مسئولیت پرداخت حق الوکاله می‌دانند. هر چند این نظر تا حدی صحیح به نظر می‌رسد، اما با توجه به این که اجتناب از مواضع تخلف، امری عقلی است و وکیل به جای شرکت در محکوم به یا مدعی به می‌تواند با استناد به مقررات حق الوکاله از موکل تقاضای ضامن جهت پرداخت حق الوکاله نماید، باز هم نمی‌توان به این دلیل، استرس ناشی از احتمال تخلف را بر خود بار نمود.



# زنگ تفریح



۱۴۹

# تاریخ اندیشه‌های حقوقی به بیان طنز

## شارل دو منتسکیو

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای<sup>۱</sup>

هر چند نام منتسکیو، «شارل دو منتسکیو» هست، ولی خوانندگان عزیز توجه داشته باشند که ما فقط با یک منتسکیو بیشتر سر و کار نداریم و ترجمه فارسی آن همان شارل یک منتسکیو است؛ منتها نمی‌دانم چرا فرانسوی‌ها برخلاف ما که «یک و یک» داریم، بر سر هر کلمه ای دو می‌گذارند که شاید علت آن وجود ثنویت در اندیشه‌های مذهبی ایشان باشد!!!

در هر حال لازم است بدانیم اسم واقعی آقای منتسکیو، شارل لویی دو سکواندا بوده که به بارون دو مونتسکیو معروف است. مشارالیه در هجدهم ژانویه ۱۶۸۹ میلادی و برخلاف همه که یا در بیمارستان یا خانه به دنیا می‌آیند، در قصری در لایبرد نزدیک بوردو که آن هم نمی‌دانم کجاست و در یک خانواده اشرافی به دنیا آمد. او تحصیلات خود را در رشته حقوق آغاز و خاتمه داد، هر چند که در هر رشته دیگری هم ادامه می‌داد، در خوشبختی او تأثیری نداشت و فقط مدرک داشتن وی مهم بود. او در سال ۱۷۰۸ به دادستانی پرداخت و ظاهراً چون پول خوبی از دادستانی به دست نمی‌آورد، وکیل شد و پس از آن مشاور حقوقی مجلس شد. او از مصادیق بارز و عینی «ولد سعیدا، عاش سعیدا و مات سعیدا» بود که هیچ گاه با فقر و بیکاری دست و پنجه نرم نکرد و حیات پر بار وی آینه ی دق احمق‌هایی شد که معتقد بودند انسان‌ها در محرومیت و رنج، استعدادهایشان بیشتر شکوفا می‌شود. او در سال ۱۷۱۵ میلادی با خانم ژان دو لارتیک که یک نفر بیشتر نبود، ازدواج کرد و سال بعد از آن به عضویت فرهنگستان بوردو منصوب شد و از آن جایی که خوشبختی‌های انسان همیشه پایدار نمی‌ماند، عمویش که رئیس دادگاه استیناف بود، در همان سال فوت نمود و داغ بزرگی به همراه ثروت فراوانی برای او به ارمغان گذاشت و به همراه اموال بی شمار، آن عموی مرحوم که خداوند امثال ایشان را قسمت من نویسنده عاصی و شمای خواننده هم کند، لقب مونتسکیو را هم برای شارل به ارث گذاشت. این سختی‌های بیش از حد یعنی تولد در قصر، ثروت بی حد و اندازه، زندگی اشرافی، لقب بارون، مرگ دیر هنگام عموی ثروتمند، دست به دست هم داد و مونتسکیو را یک شخص وفادار به فتودالیته ساخت. او در سال ۱۷۲۱ بدون ذکر نام نویسنده کتابی به نام «نامه‌های

۱۵۰

۱ . وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

ایرانی» منتشر ساخت که از بد شانسی ذاتی که داشت، بلافاصله شهره عام و خاص شد و احتمالاً علی رغم میلش بر ثروتش افزود. این کتاب از زبان دو تاجر ایرانی و در قالب نامه نگاری نوشته شده است. در این کتاب آن دو ایرانی ابتدا از مشاهده آزادی زنان و عجایب دیگر زندگی فرانسویان متحیر شده ولی بعداً خود را با شرایط تطبیق داده و به انتقاد از وضعیت اجتماعی فرانسه می‌پردازند. امری که اگر مورد توجه فرانسویان قرار گرفته بود، امروزه این قدر درگیر بحران نبودند. ضمن این که این کتاب نشان می‌دهد که ما ایرانی‌ها از قدیم برای مدیریت جهان برنامه داشتیم. منتسکیو کتاب‌های دیگری هم نوشت که باعث شهرت بیشتر وی شد و اجازه نداد فقط در ثروت بمیرد و درد شهرت و خوش نامی هم به درد اشراف زاده بودن او اضافه شد. منتسکیو خیلی حرف‌های قشنگ قشنگ زد که می‌توان آن‌ها را قاب گرفت و یا در جمع افرادی که بی سوادتر ولی پرمدع‌تر از خودمان هستند، بگوییم و روی آن‌ها را کم کنیم. ولی آنچه که منتسکیو را از دختر همسایه ما و یا شوهر خاله شما متمایز می‌سازد، تفکرات وی حول دو محور می‌باشد - این دو اخیر عدد است و ربطی به دو فرانسوی ندارد - محور اول اندیشه منتسکیو که به جرأت می‌توان آن را عملاً به کارگیری علم در صنعت فحاشی نام نهاد. بر این پایه استوار است که ایشان معتقد است: اقلیم در شکل‌گیری خلق و خوی افراد تأثیر به‌سزایی دارد. این نظر می‌تواند کاملاً علمی و متین باشد، به شرط اینکه هرچه صفت خوب است، در اقلیم منتسکیو نباشد و هرچه رذائل در اقلیم محمدی جرقویه و دانشمندان دیگری که هم قاره ای با او هستند. مثلاً جناب ایشان معتقد است که سرزمین‌های گرمسیر مثل جرقویه محل ولادت نویسنده ی عظام این سطور، شخص را مستعد تبلی، دیکتاتوری و استبداد می‌سازد و سرزمین‌های سردسیر، مردمانی جاه طلب و خشن پرورش می‌دهد و سرزمین‌های معتدل، انسان‌ها را آزادی خواه و دموکراسی طلب می‌سازد. وی حتی از منطقه جرقویه پا را فراتر گذاشته و آسیا، قاره ی محل زندگی این جانب را نیز آباد کرده و گفته در آسیا باید قدرت سیاسی همیشه استبدادی باشد، زیرا اگر یوغ تعبد و بردگی قوی نباشد، امپراتوری تجزیه می‌شود. وی در ادامه می‌گوید در آسیا روح تعبد و بردگی حاکم است و ملت‌های آسیایی هرگز نتوانسته اند یوغ بردگی را به دور افکنند و در تاریخ آسیائیان صفحه ای وجود ندارد که بیانگر آزادی روح آنان باشد. هرچند بر این نظریه با تولد نویسنده این سطور که همه صفات نیکو را یک جا در خود جای داده بود، شکست سنگینی را متحمل شد و هر چند ایجاب می‌کرد بعد از خواندن نظریات علمی ایشان، پای مادر و عمه ایشان هم به این حوزه علمی، تحقیقی، باز شود، ولی از آن جایی که این جانب با اینکه متولد منطقه معتدل اروپایی نیستم، دارای سعه صدر فراوانی هستم، به سخنان ایشان توجه بیشتری نمودم و تأثیر اقلیم بر خلق و خوی افراد را از زوایای مختلف مورد ارزیابی قرار دادم و مقاله ای تحت عنوان «اندیشه، جهانی است» نوشته ام که می‌توانید به کتاب فلسفه حقوق این جانب مراجعه فرمایید. علی ای حال نمی‌توان منکر شد که اقلیم، تأثیرات

خاصی بر مردم منطقه خود داشته و مثلاً مانع از شنا کردن مردم در مناطق سردسیری در فصل سرد سال و یا برف بازی مردم گرمسیری در فصل گرم سال می‌شود.

محور دوم اندیشه‌های منتسکیو، تفکیک قواست. منتسکیو در اثر مشقاتی که در زندگی دید، خیلی در زندگی خود ساخته بود و به جنگ مشکلات می‌رفت. مثلاً یک بار گفته بود: «من هیچ اندوهی را نمی‌شناسم که یک ساعت مطالعه آن را تسکین ندهد». که این «گوهر گفته» حکایت از این دارد که نفس معظم له از جای خیلی گرمی بلند می‌شد والا صد ساعت مطالعه هم نمی‌توانست اندوه افزایش قیمت بنزین را تسکین بخشد تا چه برسد به افساط بانکی و مطالبه مهریه و آلودگی هوا و غرغر همسر و هزار کوفت و زهرمار دیگر... وی معتقد بود که فقط، قدرت است که می‌تواند جلوی قدرت را بگیرد و بر همین اساس نظر داده بود که اگر قدرت قضاوت از قدرت قانونگذاری و اجرایی جدا نباشد، باز هم از آزادی، نشان نخواهد بود. وی به جای اینکه گوشت را به دست گربه داده و سپس با برگزاری کلاس‌های اخلاق در صدد حفظ گوشت برآید، معتقد بود که باید دستگاه‌ها را طوری تنظیم کرد که قدرت را فقط قدرت، متوقف کند، نه اخلاق و وجدان و یا سایر مفقودیات عالم سیاست. او سخت‌گیری قوانین را هم مانع از اجرای قوانین می‌دانست و معتقد بود آبادی یک کشور را باید از میزان آزادی اش سنجید، نه حاصل خیزی خاکش و این آزادی را آزادی می‌دانست که شامل حال افرادش به نحو تک تک باشد، نه دولت و دستگاه‌های اجرایی اش و آدمی که حق اظهار عقیده و بیان فکر خود را نداشته باشد را موجود زنده محسوب نمی‌کرد. وی در میان کشورهای استبدادی بی‌نوتر از همه، کشوری را می‌دانست که پادشاهش تاجر باشد. نظریه تفکیک قوای منتسکیو هر چند نظریه ای ناب در زمان خود محسوب می‌شد، ولی از آن جایی که هر جنسی هم جنس خود را جذب می‌کند، قدرت‌های تفکیک شده که از یک جنس بودند، به مرور زمان با هم دوست شده و با استفاده از یک قاعده علمی و عملی به نام «بده و بستان» توانستند کنسرسیومی را تشکیل داده و همان رفتارهای حکومت‌های استبدادی را در قالب جمهوری به شهروندان بسیار عزیز، قالب نمایند که نمونه‌های بسیار زیاد آن در سطح جهان، نشان دهنده عدم کارایی نظریه تفکیک قواست، ولی از آن جایی که فعلاً راه حل بهتری در این زمینه وجود ندارد، ناچار از تمجید مبتکر این نظریه می‌باشیم. در پایان تجربه عملی تفکیک قوای منتسکیو در همه قاره‌های جهان نشان داد که قدرت را نه با قدرت که با هیچ چیز دیگری نمی‌توان متوقف کرد و ماهیت قدرت، مانند باد است که حیاتش به راه رفتن و زیاده خواهی آن است والا که دیگر قدرت نیست، چیز دیگری است. والله اعلم