

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۳۵، اردیبهشت ۱۳۹۹

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: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: آرمان زینلی، نغمه فقیهیان

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

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

جوادی نژاد، مهناز دره شیری، مینا سالمی، داریوش سپنتا، رسول فروغی، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجاوند، نفیسه مستقل

و با تشکر از: مرتضی جنتیان — محمد حمید سلیمانی

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقیقی نیست.

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

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

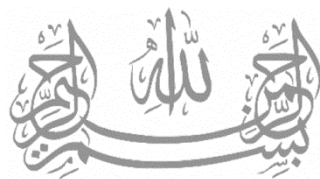
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «ملرسه حقوقی»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
 - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
 ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
 - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
 - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
 - 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، دوری 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؛ انتخابات و لزوم کار مستمر «تشکل‌ها»... ۴

مقالات

سهام موهوم عدالت ۸

دکتر سید محمود کاشانی

انتخابات و گردش نخبگان..... ۱۳

سید عبدالرضا علوی حجازی

دیوار میان شروع به جرم و جرم تام با تاکید بر رویه

قضایی..... ۱۶

وحید دادگستر / مهرداد موحدی

نسبت جرم با تخلفات انتظامی و اداری..... ۲۵

محمدعلی باقرصاد / دکترعلی رحمتی

تحلیل و بررسی رأی شماره ۴۰۸۷ شورای دآوری

خانه سینمای ایران..... ۳۷

مسعود رحمانی کرچگانی

تأملی پیرامون رأی وحدت رویه شماره ۲۶۲۱ هیأت

عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۹۸/۹/۵..... ۵۲

دکتر امید شیرزاد

بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد صلح در قانون و

رویه قضایی؛ شباهت‌ها و تفاوت‌ها ۵۶

سید محمد هاشم واعظ

اولویت تنظیم مقررات و قوانین کانون‌ها و چند و

چون عملکردها ۶۸

رضا زرعی

نامه‌ها

نقدی بر پیش نویس آیین نامه اجرایی لایحه قانونی

استقلال کانون وکلا..... ۸۶

مسلم زمانی

نامه ای به معاونت محترم قوه قضائیه..... ۸۹

علی رضا علی نجیمی

اعجاب و غربت..... ۹۲

سحر روحانی

بایسته‌های حرفه وکالت

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه

قضائیه..... ۹۶

پند استاد؛ درسی از استاد دکتر سید علی

آزمایش..... ۱۰۲

نفیسه مستقل

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۰۹

هاجر قاسمی

معرفی کتاب..... ۱۱۲

نسیم پرستگاری

هشدار انتظامی سیزدهم؛ قبول وکالت با وجود

معاذیر قانونی..... ۱۱۴

روح اله محمدی

زنگ تفریح

تا نباشد چوب تر..... ۱۱۸

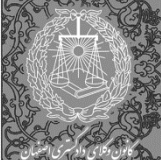
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

ماهی سیب حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
پانزدهم

شماره
۱۳۵



کانون وکلای دادگستری ایران



سرمقاله

انتخابات

و لزوم کار مستمر «تشکل ها»

به طور طبیعی در هر سال، چندین انتخابات در کانونهای وکلای دادگستری سطح کشور، برگزار و طی آن نتجین وکلا، اداره کانون را در منظره ای به دست می گیرند. پیش تر و به بهانه ی طرح برگزاری هم زمان انتخابات کانونهای وکلای دادگستری سراسر کشور (سرمقاله شماره ۱۲۸ ملاحظه، حنفی، مهر ماه ۹۸) و نیز هنگام برگزاری آخرین انتخابات هیأت مدیره اسکودا (سرمقاله شماره ۱۳۰ ملاحظه، حنفی، آذر ماه ۹۸) پیرامون شرایط و نتایج نحوه برگزاری انتخابات در کانون ها، سخن به میان آمد و اکنون نیز که نام نویسی نامزد های انتخاباتی در کانون وکلای دادگستری اصفهان پایان یافته و مراحل مقدماتی انتخابات در حال انجام است، توجه به گوشه ای از این رویداد داخلی، مفید بلکه ضروری است.

اگر در قدیم الیام تعدد گروه، حزب و یا هر تشکل، خلاف وحدت و یکپارچگی قلمداد می شد، امروزه تقریباً تردیدی وجود ندارد که وجود گروه های مختلف با دیدگاه های متفاوت و گاه متعارض، نه تنها مانع وحدت و یکپارچگی نیست، بلکه می تواند خود موجب پویایی، استحکام و استفاده از ظرفیت های کوناگون و پرکردن خلاء های هر مجموعه باشد.

انتخابات نیز که منظر بروز سلائق و دیدگاه هست، خواه ناخواه محل تلاقی دیدگاه های مختلف و نظرات کوناگون است و صاحبان و اصحاب هر نحله و دسته، در هنگام انتخابات است که بیشترین فرصت برای ظهور و بروز دیدگاه هار می یابند و انتخاب کنندگان نیز علائق آنها در چنین مواقعی است که به اظهارات گروه های مختلف عطف توجه می نمایند.



توجه به گروه‌ها و احزاب هنگام انتخابات و حضور آنان در این زمان‌ها، موجب شده است تا علما گروه‌ها و احزاب نیز تنها در هنگام انتخابات به فعالیت جدی بپردازند و باتلاش در میان دیدگاه‌های خویش و اعتقادات از دیدگاه‌های مخالف، در عین حال به دفاع از آنچه از سوی طرف‌هایی که در موقعیت‌های انتخاباتی «رقب» نامیده می‌شوند، مبادرت ورزند. این روش که تا حدی متعارف و طبیعی به نظر می‌رسد، گروه‌ها و تشکل‌ها را به چالشی دچار ساخته که موجب از بین رفتن فلسفه وجودی آنان گشته است؛

طبیعی است که احزاب کنندگان به شرح مباحث پیش گفته (در شماره‌های قبلی مورد اشاره)، وظیفه رصد کردن عملکرد متخین خویش و مطالبه وعده‌ها و قول و قرارهای آنان را دارند. اما علّاً پس از انتخابات راهی راه خویش می‌شوند و تا نوبتی دیگر که حال و حوصله‌ی دقت چند لحظه‌ای، چند دقیقه‌ای و حداکثر چند ساعتی برای انتخابات و یا حتی شرکت در آن را به خود تحمیل نمایند، خبرچندانی از اوضاع و احوال نداشته و به رفع گرفتاری‌های خویش که امروزه گریبان گیر عموم افراد است، اشتغال می‌یابند.

اگر بگوئیم این حالت برای احزاب کنندگان مناسب نیست، برای گروه‌ها و احزاب و تشکل‌هایی که در عین انتخابات مدعی رصد اوضاع و پیش‌بینی آینده و تعهد بر انجام قول و قرارها از طریق احزاب شدن نامزدهای خویش اند، بسیار ناشایست و غیر قابل توجیه است و برای رفع آن لازم است قبل، حین و پس از هر انتخابات و طائف خویش را به درستی و بادقت و ظرافت کامل انجام دهند؛

- فعالیت اصولی و مستمر از مدت‌ها قبل از هر انتخابات

تشکلی می‌تواند مبادرت به معرفی نامزد یا نامزدهایی برای انتخابات یک مجموعه از جمله کانون و کلا نگیرد که همواره فعال بوده و در راستای اهداف و نظرات خویش، بهترین راه را برای وصول به اهداف خود برگزیند و آسنگه بهترین افراد (خیرالموجودین) را برای رسیدن به آن اهداف نامزد نماید.

به نظر می‌رسد نمی‌توان حضور دفنی و حتی قاریج گونه‌ی یک یا چند تشکل را نفی کرد و مورد اعتقاد قرار داد. زیرا هر تشکل، اساساً زمانی و به مناسبتی ایجاد می‌گردد و شکل می‌گیرد و حادثه و موقعیتی موجب حضور و بروز آن می‌شود. لیکن چنانچه یک تشکل پس از تشکیل و حضور در یک انتخابات، مجدداً از صفحه‌ی حیات مجموعه ناپدید شده



و تنها در ایام انتخابات بعد، به همان شکل سابق یا صورتی جدید هویدا و مجدداً پس از ایامی چند ناپدید شود، نمی تواند مدعی راهبری و هدایت بیچ مجموعه ای باشد و خود نیز مانند دیگر احزاب کنندگان راه به جانی نبرده و نخواهند برد. بلکه موفقیت در اهداف اعلامی مستلزم فعالیت اصولی و مداوم است و بیچ تشکیلی نباید تاریخ شروع و پایان فعالیت خویش را، شروع و پایان ایام انتخاباتی بداند.

- رصد اوضاع، حمایت و مطالبه گری پس از انتخابات:

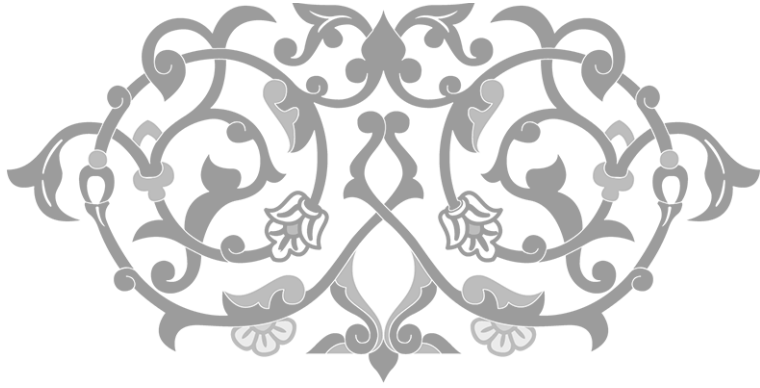
پس از انجام انتخابات، تشکیک باید همچنان به فعالیت واقعی خویش ادامه داده، از یک سو به کمک و یاری نتخبین، خواه از گروه و نخله خویش و خواه از هر گروه رقیب، پردازند و از سوی دیگر با تمیز بینی و دقت لازم، عملکرد نتخبین را مورد بررسی و تحلیل قرار داده، وعده های پیش از انتخابات آمان را به عنوان خواسته ها و مطالبات، مطرح و پیگیری نمایند. همچنین چرایی توفیق و عدم توفیق تشکیک ها را در انتخابات بر اساس تحلیل های تاحد ممکن واقع بینانه بررسی و سرلوحه تصمیمات بعدی قرار دهند و در پایان هر دوره میزان توفیق خود و نامزد های قبلی خویش و مجموعه نتخبین را در معرض اطلاع احزاب کنندگان و داوری آمان بگذارند.

ایکونزه است که انتخابات در هر مجموعه می تواند پویا و کار آمد باشد و موجب ارتقاء و رشد مجموعه گردد؛ احزاب کنندگان را به اعتماد هرچه بیشتر به گروه ها و تشکیک ها امیدوار سازد و آمان را پس از احزاب کردن، به رصد نتخبین توسط تشکیک ها آسوده خاطر سازد.

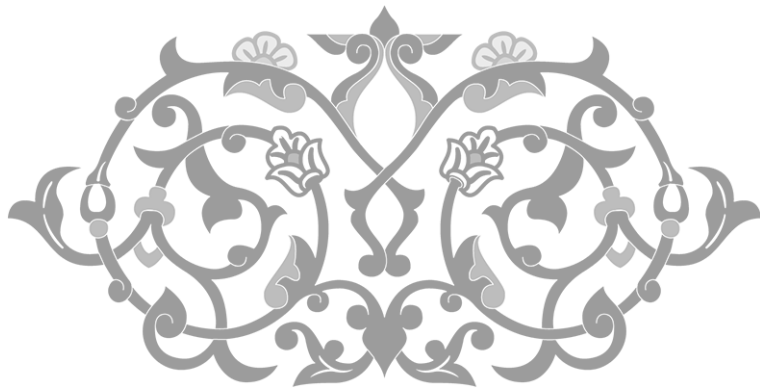
نتخبین را نیز مسئول و پاسخگوی وعده ها و قول و قرار ها نماید و به عملکرد هرچه دقیق تر و صحیح تر رهنمون گردد، و هر تشکیک و گروهی را پس از هر دوره انتخابیه، به اصلاح هرچه بیشتر در انجام وظایف خود، به منظور جلب نظر و اعتماد احزاب کنندگان و ادا سازد.

از جمله لوازم این امر اظهار نظر گروه ها و صاحب نظران و هر یک از نتخبین، نامزدها و یکایک وکلای ارجمند دادگستری در این حوزه است مدعیان حقت و حق محل تضارب این آراء خواهد بود.

مدیر مسوول



مقالات





سهام موهوم عدالت

دکتر سید محمود کاشانی^۱

واگذاری سهام شرکت‌های دولتی به عموم مردم با ادعای کارآمد کردن دولت، برای نخستین بار در بند «ج» ماده ۱۶ لایحه برنامه پنج ساله سوم که در سال ۱۳۷۸ از سوی سید محمد خاتمی رییس‌جمهور وقت به مجلس تقدیم گردید پیش کشیده شد. مندرجات این لایحه دارای ناسازگاری آشکار با قانون اساسی و الزامات قانون برنامه و بودجه مصوب سال ۱۳۵۱ بود. از همین رو در یک مقاله تفصیلی به تاریخ ۲۴ آبان ۱۳۷۸ به فساد برانگیز بودن بخش‌های گوناگون لایحه برنامه پنج ساله سوم پرداختم. فروش سهام شرکت‌های دولتی به عموم در دولت احمدی‌نژاد تغییر نام داد و در مصوبات هیأت وزیران در سال ۱۳۸۴، نام «سهام عدالت» به آن داده شد. دولت احمدی‌نژاد به دنبال واگذاری سهام عدالت به استناد مجوزهای کلی و خلاف قانون اساسی برنامه پنج ساله سوم بود. او نمی‌خواست لایحه‌ای در این زمینه به مجلس تقدیم کند زیرا از مخالفت مجلس یا ایراد شورای نگهبان به این تصمیم هرج و مرج طلبانه نگران بود. به هر حال تا سال ۱۳۸۶ سهام شرکت‌های دولتی به عموم واگذار نگردید.

۱- قانون سیاست‌های اصل ۴۴

هنگامی که لایحه «سیاست‌های کلی اصل ۴۴» از سوی این دولت در سال ۱۳۸۶ به دستاویز خصوصی‌سازی اقتصاد دولتی ایران به مجلس تقدیم شد، کمیسیون ویژه رسیدگی‌کننده به این لایحه در مجلس، مواد ۳۴ تا ۳۸ را زیر عنوان «سهام عدالت» به لایحه دولت افزود. پیش از تصویب این لایحه در مجلس به شیوه‌های خصوصی‌سازی ادعایی این لایحه که عموماً ناسازگار با قانون اساسی بودند در یک مقاله تفصیلی زیر عنوان «خصوصی‌سازی و حکومت قانون» اعتراض کردم که این مقاله در شماره زمستان ۱۳۸۶ مجله کانون وکلای دادگستری مرکز به چاپ رسید. به هر حال با تصویب لایحه دولت احمدی‌نژاد در مجلس، شورای نگهبان ۴۵ مورد ایراد قانون اساسی به مصوبه مجلس گرفت ولی این مصوبه با بیش از ۲۰ مورد از ایرادات مزبور که مجلس آن‌ها را برطرف نکرد در سال ۱۳۸۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسید!

این قانون که از اصل ناسازگار با اصل ۴۴ قانون اساسی بود بی‌درنگ اجرا شد ولی هرگز به



هدف خصوصی‌سازی ادعایی آن نرسید و پس از وارد کردن زیان‌های سنگین به کشور، دستور توقّف اجرای آن داده شد. به ویژه مواد ۳۴ تا ۳۸ این قانون درباره «سهام عدالت» که از دیدگاه نظری مردود و برای شرکت‌های مهم دولتی خطرآفرین بود پس از گذشتن ۱۲ سال اجرا نگردیده‌اند. سودهایی هم که در این سال‌ها به مشمولان موهوم سهام این شرکت‌ها پرداخت شده تصرف غیرقانونی در اموال دولتی بوده است. از آن‌جا که واگذاری سهام شرکت‌های موضوع این قانون به حدود ۵۰ میلیون تن از مردم در عمل امکان‌پذیر نبود در مواد ۳۴ تا ۳۸ این قانون یک رشته شرکت‌های موهوم به نام «تعاونی شهرستانی» پیش‌بینی شده بود که دارندگان سهام عدالت به گونه‌ی دستوری به عضویت آن‌ها درآیند و این تعاونی‌ها اجرای حقوق دارندگان سهام عدالت را برعهده گیرند. تشکیل چنین تعاونی‌هایی در همه شهرهای کشور از میلیون‌ها تن از دارندگان سهام فرضی عدالت که در آن‌ها دارای حق رأی باشند خیال‌پردازی بود. این‌که دارندگان سهام عدالت بی آن که رضایت داشته باشند، تنها با تصویب یک قانون به عضویت یک شرکت تعاونی شهرستانی درآیند در جای خود یک جعل در قانون گذاری بوده است. آیا کسانی که این ساختار مجعول را درباره‌ی تعاونی‌های شهرستانی در کمیسیون ویژه مجلس درباره‌ی سهام عدالت در مواد ۳۴ تا ۳۸ این قانون پیش‌بینی کردند از خلاف واقع بودن آن ناآگاه بوده‌اند یا آن‌که می‌خواستند از هر راهی چوب حراج به شرکت‌های دولتی بزنند؟ شگفت‌انگیزتر این است که از اجتماع این تعاونی‌های موهوم شهرستانی، تعاونی‌های استانی فرضی را نیز برای بکار بردن حق رأی دارندگان سهام عدالت در نظر گرفته‌اند. به هر حال در ۱۲ سال گذشته حقوق‌هایی به کارمندان شرکت‌های تعاونی پرداخت شده که تحمیل به بودجه دولت بوده است.

۲- ساماندهی سهام عدالت

سرانجام لایحه «ساماندهی سهام عدالت» از سوی دولت روحانی در تاریخ بهمن ماه ۱۳۹۶ به مجلس تقدیم شد و در ماده ۱۸ این لایحه خواستار نسخ مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و شرکت‌های تعاونی شهرستانی و استانی شدند که در حقیقت نشان‌دهنده غیرقابل اجرا بودن این مواد و واگذاری سهام موهوم عدالت است. با این حال در لایحه دولت، باز هم «تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری معامله‌پذیر ETF» برای سهام عدالت پیش‌بینی شده است که از سوی دستگاه دولتی مدیریت شود. این لایحه نیز که در جای خود نمی‌تواند گره‌گشای فکر موهوم واگذاری سهام شرکت‌های دولتی به نام عدالت باشد در تاریخ ۱۳۹۷/۱/۲۸ از سوی کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس رد شد. یکی از دلایل ردّ این لایحه نیز چنین بوده است:

«تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت، منجر به دولتی شدن این موضوع می‌شود و به نوعی گسترش تشکیلات را به دنبال دارد».

در حالی که قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در سال ۱۳۸۷، واگذاری سهام عدالت را با



دستاویز خصوصی سازی اقتصاد بیمار دولتی در کشور پیش‌بینی کرده بود، کمیسیون برنامه و بودجه مجلس لایحه دولت روحانی را که در آن تأسیس یک صندوق دولتی دیگر با وظایف نامعلوم پیش‌بینی شده بود به درستی رد کرد تا بار بیشتری بر دوش اقتصاد دولتی کشور نهاده نشود. مرکز پژوهش‌های مجلس نیز پس از رد لایحه ساماندهی سهام عدالت در مجلس در گزارش تفصیلی خود به تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲، ایرادات اصولی بر مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ وارد ساخته است که پاره‌ای از موارد آن چنین هستند:

- عدم کارایی تعاونی‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی در اعمال مدیریت در شرکت‌های دولتی به دلیل نداشتن اطلاعات و تخصص کافی در فعالیت‌های تولیدی و فنی،
- ایجاد مشکلات مدیریتی برای شرکت‌های سرمایه‌پذیر.

این گزارش همچنین افزوده است که به روش آزادسازی سهام عدالت براساس آنچه در لایحه دولت آمده است [صندوق‌های سرمایه‌گذاری معامله‌پذیر ETF] انتقادات فراوانی وجود دارد. به هر حال با رد لایحه «ساماندهی سهام عدالت» در کمیسیون برنامه و بودجه، این لایحه در جلسه علنی مجلس مطرح نگردید. بنابراین تنها راه این است که فکر موهوم و خلاف قانون اساسی سهام عدالت کنار گزارده شود تا از ورود میلیون‌ها تن از مردم به نام سهامدار عدالت در مدیریت شرکت‌های مهم دولتی پیشگیری و مدیریت این شرکت‌ها با هرج‌ومرج و نابسامانی روبرو نشود. عدالت اجتماعی حقیقی نیز نیازمند احترام به حقوق مردم و برپا ساختن حکومت قانون در کشور و اصلاح بنیادی قانون انتخابات و برگزاری انتخابات آزاد و عادلانه است که این دولت‌ها گامی برای دستیابی به آن بر نمی‌دارند. پیامد این اوضاع نیز استمرار اقتصاد دولتی در چهار دهه گذشته و بار سنگین گرانی و تورم و کاهش دائمی ارزش پول ملی کشور است که بر دوش عامه مردم سنگینی می‌کنند.

۳- تصمیم‌های پایه‌گذاران اقتصاد دولتی

یادآور می‌شوم که اعضای مجمع تشخیص مصلحت که در سال ۱۳۸۴ سیاست‌های شکست‌خورده خصوصی‌سازی اقتصاد دولتی ایران را تنظیم کردند کسانی بودند که در خلال ۲۴ سال قدرت سیاسی را در دست داشتند و از پایه‌گذاران و حامیان اقتصاد دولتی در کشور ما بودند. این در حالی بوده است که اصل ۲۲ احترام به مالکیت را به رسمیت شناخته بود و اصل ۴۳ قانون اساسی نیز تبدیل دولت به کارفرمای بزرگ مطلق و برقراری اقتصاد منقرض دولتی را ممنوع ساخته بود. بنابراین حامیان اقتصاد دولتی نمی‌توانستند ابتکار خصوصی‌سازی را در کشور به دست گیرند. در نظام کمونیستی شوروی سابق و کشورهای زیر سلطه آن در اروپای شرقی که با مصادره شرکت‌های خصوصی و اموال مردم، اقتصاد دولتی را در این کشورها برقرار کردند، هنگامی که اقتصاد دولتی به بن‌بست رسید از آن‌جا که هنوز حامیان اقتصاد دولتی قدرت سیاسی را در دست داشتند راه خصوصی‌سازی مبتدلی را در پیش گرفتند و سهام شرکت‌های دولتی را به عموم مردم



واگذار کردند که در گزارش ۱۳۹۸/۲/۲ مرکز پژوهش‌های مجلس از آن به «خصوصی‌سازی کوپنی» یاد شده است. این روش‌ها توانست این کشورها را از بن‌بست اقتصادی و اجتماعی برهاند و نظام‌های سیاسی در این کشورها سرنوشتی جز فروپاشی نداشتند.

ولی در کشوری چون آلمان فدرال که احترام به مالکیت در قانون اساسی آن پیش‌بینی شده و اقتصاد آزاد در آن پا برجا و به شکوفایی رسیده بود هنگامی که نظام کمونیستی در آلمان شرقی به بن‌بست رسید و به آلمان غربی (فدرال) پیوست، دولت آلمان با پای‌بندی به قانون اساسی، شرکت‌های مصادره شده را به مالکان اصلی آن‌ها باز گرداند. اگر این مالکان در دسترس نبودند و یا آمادگی پذیرش این شرکت‌ها را نداشتند، مدیریت و سهام کامل آن‌ها را به شرکت‌های خصوصی دیگری واگذار کردند که در همان رشته دارای تخصص و تجربه بودند و در نهایت خصوصی‌سازی موفقیت‌آمیزی را به مورد اجرا در آوردند.

آقای روحانی رییس‌جمهور که دو بار به پاسداری از قانون اساسی سوگند یاد کرده است باید از روش‌های خلاف قانون اساسی دولت احمدی‌نژاد به نام «عدالت» و از تجربه شکست‌خورده کشورهای کمونیستی پرهیز کند و از تجربه موفق دولت آلمان فدرال برای نجات ملت ایران از بن‌بست اقتصادی موجود که ریشه همه گرفتاری‌های سیاسی و اجتماعی در کشور ماست پیروی کند. در هر حال با ردّ لایحه ساماندهی سهام عدالت در مجلس، آقای روحانی تکلیف دارد پای‌بندی خود را به قانون اساسی نشان دهد و از واگذاری این سهام به عموم مردم که مدیریت شرکت‌های حساس و مهم دولتی و شیرازه اقتصادی و اداری کشور را در معرض خطر قرار می‌دهند خودداری کند. ولی آقای روحانی رییس‌جمهور به ناروا صداوسیما را به کنترل خود درآورده و با راه انداختن تبلیغات همه روزه برای آزادسازی سهام موهوم عدالت و برای جا انداختن این تصمیم خلاف قانون اساسی سخن‌پراکنی می‌کند. به گزارش سایت «خبرآنلاین» روز ۱۳ خرداد ۱۳۹۹ به نقل از جلسه ستاد هماهنگی اقتصادی دولت که در این روز برگزار شد و از شبکه‌های سیما پخش شد آقای روحانی گفت:

«شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی باید با شفافیت کامل، مدیریت رقابتی لازم را به دست آورند و به طور منظم به دارندگان سهام عدالت گزارش دهند».

این شرکت‌ها که در مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون سیاست‌های اصل ۴۴ پیش‌بینی شده بوده‌اند هرگز وجود خارجی نداشته‌اند و از جلیات قانونگذاری هستند و از همین‌رو در لایحه «ساماندهی سهام عدالت» که در سال ۱۳۹۶ از سوی دولت به مجلس تقدیم شد خواستار نسخ این مواد شدند. ولی اکنون رییس‌جمهور می‌خواهد با واگذاری سهام شرکت‌های مهم دولتی کشور به ۵۰ میلیون تن از مردم دست به دهان که صاحبان ثروت که چه بسا ممکن است وابستگی به بیرون از مرزها داشته باشند این سهام را از دست آنان به بهای ناچیز بیرون آورند، مدیریت این سهام را به شرکت‌های موهوم و معمول سرمایه‌گذاری استانی بسپارد. این اقدامات غیرقانونی پیامدی جز از



هم گسیختن شیرازه مدیریت این شرکت‌ها نخواهند داشت. از این بحث حقوقی می‌گذرم که سهامی که به نام موهوم عدالت می‌خواهند به ۵۰ میلیون تن از مردم واگذار کنند هر یک مربوط به کدام شرکت دولتی است؟ یا سودهایی که برای این سهام در نظر می‌گیرند از کدام شرکت دولتی به دست آمده است؟ و سرانجام این‌که هرگونه خرید و فروش این سهام از سوی افراد دست به دهان از آن‌جا که موضوع این معامله و یا حتی موضوع وکالت برای فروش آن روشن نیست باطل خواهد بود. چرا رییس‌جمهور و دست‌اندرکاران وزارت دارایی شبکه‌های صداوسیما را به کنترل خود درآورده‌اند و به معترضان فرصت اظهارنظر نمی‌دهند؟ برای آگاهی بیشتر از پیامدهای فاجعه‌آمیز واگذاری سهام شرکت‌های دولتی به عموم مردم نامه‌ای در سال ۱۳۹۶ به آقای دکتر طیب نیا وزیر محترم وقت اقتصاد و دارایی نوشتم و از وی خواستم «از واگذاری سهام موسوم به عدالت خودداری کنید». این نامه روی سایت «خبرآنلاین» بازتاب یافت که علاقه‌مندان می‌توانند جهت کسب اطلاعات بیش‌تر به سایت مذکور مراجعه نمایند.



انتخابات و گردش نخبگان^۱

سید عبدالرضا علوی حجازی^۲

۱- آثار نامطلوب تکرار مدیران

انتخابات دوازدهمین دوره هیأت مدیره وکلای اصفهان طی ماه‌های آینده برگزار و مدیران جدید این رکن مهم کانون، توسط اعضا انتخاب خواهند شد. نظر به اهمیت این موضوع و تأثیر آن در سرنوشت کانون و اعضای آن، لازم است فرآیند انتخابات از زوایای مختلف مورد نقد و بررسی همه دوستداران و دلسوزان این مجموعه قرار گیرد تا نقاط ضعف شناسایی و اصلاح و نقاط قوت بیش از پیش تقویت گردد.

در این نوشتار سعی خواهد شد با طرح برخی از آثار نامطلوب تکرار مدیران در اداره ی ارکان کانون، به موضوع موانع موجود بر سر راه گردش واقعی نخبگان در انتخابات پرداخته شود؛ ضمن آنکه راهکارهایی نیز جهت رفع این معضل ارائه خواهد شد. با توجه به حجم مطالب موضوع طی سه شماره پیاپی تقدیم می‌گردد.

قانون‌گذار با توسل به ابزارهایی همچون انتخابات و نیز در نظر گرفتن فواصل زمانی کوتاه دو ساله برای هر دوره ی هیأت مدیره و نیز ممانعت از عضویت مدیران برای بیش از دو دوره ی متوالی، سعی کرده است از رسوب طولانی مدت و ممتد افراد در پست مدیریت کانون جلوگیری کرده و از این طریق راه را برای ورود مدیران تازه نفس فراهم کند. به عبارت دیگر با این تمهیدات قانونی، سعی شده است چرخش نخبگان در مدیریت کانون تسهیل شود.

به منظور روشن شدن اهمیت موضوع، به برخی از آسیب‌هایی که می‌تواند حضور طولانی مدت افراد در پست‌های مدیریتی به سیستم وارد کند، اشاره می‌کنیم. تجربه نشان داده است هر فرد-با توجه به دانش و تجربه و به طور کلی آگاهی‌هایی که دارد- معمولاً موضوعات و مشکلات را از زاویه ی خاص خود می‌نگرد. همچنین در خصوص ارائه ی راه حل‌ها، ویژگی‌های فردی افراد نقش بسزایی در این خصوص دارد. بنابراین

۱. با توجه به نزدیک بودن زمان انتخابات هیئت مدیره کانون وکلا، مجله مدرسه حقوق از مقالات با موضوع انتخابات، استقبال می‌کند.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان



زمانی که مدیران برای سال‌های طولانی و متمادی در یک پست ایفای مسئولیت می‌کنند، این احتمال تقویت می‌شود که بخشی از مشکلات دائماً مورد غفلت واقع شود، ضمن آنکه در ارائه راه حل‌های مسائل شناسایی شده نیز، دچار نوعی عدم پویایی و روش‌های یکسان و تجربه شده شویم. این در حالی است که اگر گردش نخبگان به معنای واقعی کلمه اتفاق بیفتد، با توجه به توانایی‌های مختلف افراد و سطح دانش و تجربه و زاویه دید متفاوتی که دارند، سیستم از این شانس برخوردار خواهد شد تا مشکلات مغفول مانده را مورد توجه قرار داده و در ارائه راه حل‌ها نیز با راهکارهای نو و کارآمدی بیشتری برای حل مشکلات روبرو شویم. اگر تغییرات سریع اجتماعی، علمی، تکنولوژیکی و سایر عواملی که موجب می‌شود جامعه در فواصل زمانی کوتاه دچار تغییر و دگرگونی شود را نیز به موضوع اضافه کنیم، ملاحظه خواهیم کرد که ورود مدیران جوان و آشنا به مسائل روز و منعطف در مقابل تغییرات سریع جامعه می‌تواند در بهبود شرایط تاثیر شگرفی داشته باشد. علاوه بر این گردش نخبگان می‌تواند موجب افزایش سطح امید در بین اعضا، خصوصاً افراد مستعد و توانمند گردد. اگر دائماً شاهد حضور افراد مشخص در صحنه انتخابات باشیم، این جرأت و جسارت از بقیه افرادی که دارای استعداد و توانایی مدیریت هستند گرفته شده و موجب می‌شود امید آنها و سایر اعضا که تمایل به تغییرات و بهبود سریعتر شرایط دارند، روز به روز کاهش یابد. در چنین شرایطی یا افراد توانا در انتخابات کاندیدا نمی‌شوند و یا اگر هم بشوند، شانس موفقیت آنها در مبارزات انتخاباتی در مقابل کسانی که چهره‌های شناخته شده تری هستند و همواره از تریبون‌های مختلف، اعضا با نام و چهره آنها آشنا شده‌اند بسیار کاهش می‌یابد. حال چنانچه توانایی‌های مالی و به تبع آن، تبلیغاتی را هم اضافه کنیم این شانس به نحو چشمگیری کاهش می‌یابد. آسیب دیگری که رسوب مدیران در جایگاه مدیریت وارد می‌کند آن است که این امر معمولاً به تدریج موجب برقراری برخی ارتباطات ناسالم در زمان برگزاری انتخابات و حتی بعد از آن شده، که در دراز مدت موجب نهادینه شدن فساد در مجموعه خواهد شد، لذا با ورود افراد جدید به سیستم می‌توان نسبت به سالم سازی فضا نیز امید بیشتری داشت.

موضوع دیگری که توجه به آن ضروری است آنکه وکلای دادگستری با توجه به رشته تحصیلی و حرفه ای که به آن اشتغال دارند، معمولاً افرادی توانا و آگاه به مسائل اجتماعی بوده که بعضاً دارای تجربه‌های ارزشمند مدیریتی نیز هستند. علاوه بر این در طی سال‌های اخیر شاهد افزایش تعداد وکلای دارای تحصیلات تکمیلی نیز هستیم. ضمن آنکه برخی از این افراد دارای سابقه ی تدریس در دانشگاه‌ها و یا مدیریت در



سازمان‌ها و نهادهای مختلف نیز هستند. پس پیدا کردن افراد نخبه، توانمند، خوش فکر و باتجربه در بین بیش از دو هزار وکیل کانون وکلای اصفهان کار مشکل و پیچیده‌ای پیش رو نداریم؛ کفایت برخی از عواملی که مانع چرخش نخبگان به معنای واقعی کلمه می‌شود برطرف گردد، تا شاهد حضور تعداد زیادی از این افراد در صحنه انتخابات باشیم.

در شماره ی بعد به برخی از موانعی که موجب جلوگیری از این امر می‌شود اشاره خواهیم کرد...



دیوار میان شروع به جرم و جرم تام با تاکید بر رویه قضایی

وحید دادگستر^۱

مهرداد موحدی^۲

چکیده

مباحث و مسائل حقوقی، در یک زمینه دارای نقطه اشتراک هستند و آن بی تردید، اختلاف نظر اندیشمندان علم حقوق است. گاه تضارب آراء، ریشه در مبانی و ساختارهای کلان دارد و گاه در برخورد سطحی از مفاهیم ساده و روزمره واژه ی دیوار، علی رغم سادگی در برخی جرایم نظیر سرقت و ورود غیر قانونی، موجب بروز عقاید مختلف و متهافت گشته است. در تمایز شروع به جرم و جرم تام این قبیل جرایم، تنها برداشت ما از جایگاه دیوار به طور منطقی و مناسب می تواند راهگشا باشد. در این مقاله، اهتمام بر این امر استوار گشته است تا با تاکید بر رویه قضایی، به تبیین این موضوع بپردازیم و به این باور برسیم، ساعتها مجادله کلامی با ادبیات معرب حقوقی، گاهی می تواند، تنها نهفته در برداشت های گوناگون از یک واژه باشد.

واژگان کلیدی:

دیوار، مسیر مجرمانه، سرقت، ورود غیر قانونی، رویه قضایی.

مقدمه

بزه به مثابه یک عمل انسانی، محصول مراحل مختلف ذهنی و عینی است. برای ارتکاب یک جرم سکنس های منظم و متوالی باید طی شود؛ مراحلی چون ایجاد اندیشه مجرمانه، طراحی و برنامه ریزی، تهیه مقدمات و تدارکات، شروع به ارتکاب، حصول نتیجه که در صورت اخیر، اقدامات مجرمانه خود در یکی از قالب های جزایی قرار گرفته و عکس العمل احتمالی و قانونی را موجب می شود. طی این مسیر مجرمانه و تحقق مدارج بزهکاری همیشه مقرون به موفقیت و تحصیل فرجام نخواهد بود و فرد به علل متفاوت درونی و یا بیرونی از تعقیب مسیر

۱. معاون دادستان دادرای عمومی و انقلاب اصفهان

۲. دادیار دادرای عمومی و انقلاب اصفهان



انصراف و یا ناکام می‌ماند. جوامع مختلف با تکیه بر معیارهای مشخص، عکس‌العمل‌های متفاوتی در برخورد با تبهکاران، با توجه به نوع خطر مترتب بر اقدامات آن‌ها که متوجه نظم عمومی یا منافع اشخاص گردیده و یا به لحاظ درجه خطرناکی و شخصیت مجرمانه فرد، اتخاذ نموده‌اند. (نجفی توانا، ۱۳۸۰: ۱۲۵)

به اختصار مسیر مجرمانه شامل: ۱- اندیشه مجرمانه ۲- عملیات مقدماتی ۳- شروع به جرم ۴- جرم تام است. البته نباید ناگفته بماند، مرتکب در جرم عقیم و جرم محال، هرچند از شروع به جرم چندگام جلوتر رفته است اما نهایتاً موفق به حصول نتیجه به طور کامل نشده است. در مقابل جرم تام اصطلاح "جرایم ناتمام یا جرایم ناقص" قرار دارد. باید یادآور شد تفاوت جرم تام و جرم ناقص، در رکن مادی این دو است و نه در رکن روانی آنها. (محسنی، ۱۳۹۷: ۲۸۴)

در این مقام، ذکر پاره‌ای نکات کاربردی پیرامون مسیر مجرمانه - اگر ضروری نباشد لااقل - خالی از لطف نیست و جهت تنقیح مطلب، می‌تواند راهگشا باشد:

۱- مسیر مجرمانه صرفاً ناظر بر جرایم عمدی است.

۲- اندیشه مجرمانه الزاماً وجود دارد؛ خواه در کسری از ثانیه^۳ خواه در طی گذر زمان طولانی حتی به اندازه یک عمر.

۳- تهیه وسایل و عملیات مقدماتی فی نفسه جرم نیست مگر به طور مستقل جرم انگاری شده باشد.^۴

۴- تهیه وسایل در عملیات مقدماتی الزامی نیست و بدون آن نیز مسیر مجرمانه قابل تصور است.^۵

شروع به جرم در اصطلاح حقوقی، به اعمالی گفته می‌شود که دال بر وجود قصد مجرمانه در تعقیب و تکمیل جرم دارد و به ترتیبی است که اگر در اثنا کار عاملی خارجی دخالت نکند و مانع تحقق جرم نگردد، جرم به صورت تام انجام می‌گیرد. البته انصراف ارادی نیز مانع تحقق

۳. متأسفانه، باید ابراز داشت هنوز در جامعه ما، قتل عمدی و جرایم خشن علیه تمامیت جسمانی با تلاقی نگاه جانی و مجنی علیه به طور ناخودآگاه و بدون هیچ زمینه خصومتی رخ می‌دهد. اصطلاح رایج در تشریح این پدیده مذموم و علت آغاز درگیری و نزاع خلاصه می‌شود در عبارت: «نگاه به نگاه» این امر، نمونه بارزی برای اندیشه مجرمانه در زمان اندک است.

۴. ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی ۹۲ مقرر می‌دارد: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد»

۵. به عنوان مثال، در قتل عمدی مرتکب می‌تواند با شلیک گلوله از سلاح گرم یا طناب برای دار آویختن و یا حتی بدون مداخله هرگونه ابزاری و اتکا بر دست‌ان خود اقدام به جرم نماید.



شروع به جرم است. به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر خلاف قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ که اصل را بر این گذاشته بود که شروع به جرم، جرم تلقی نمی‌شود مگر اینکه ما صراحت قانونی در این زمینه داشته باشیم، نحوه نگارش فعلی قانون به این صورت است که می‌گوید هر کسی قصد ارتکاب جرمی را داشته باشد و شروع به اجرای آن کند ولی به دلیل وجود یک عامل خارج از اراده، قصد او معلق بماند، به شرح مندرج در این ماده مجازات می‌شود. لذا در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباره شروع به جرم اصل بر جرم بودن آن است. (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۱)

در شروع به جرم، متهم صدمه ممنوعه‌ای را ایجاد نکرده است، ولی باید برای ایجاد آن تلاش کرده باشد. برای مثال، با شروع به قتل عمد قربانی کشته نشده است، ولی متهم باید برای کشتن او تلاش کرده باشد و تصمیم به ارتکاب جرم کفایت نمی‌کند. همان گونه که توضیح داده شده، قانون بر وجود رفتار - به عنوان نمود خارجی تصمیم - اصرار می‌ورزد. مشکلی که وجود دارد احراز این نکته است که چه مقدار رفتار باید وجود داشته باشد تا بتوان گفت که شروع به ارتکاب جرم محقق گشته است؟ (کلارکسون، ۱۳۹۰: ۳۲) اما گاهی مشکل قدری پیچیده تر است و سوال این گونه مطرح می‌گردد که چه میزان رفتار باید در عالم واقع، نمود بیرونی داشته باشد تا از مرز "شروع به جرم" عبور کند و به مقصد "جرم تام" برسد. به تعبیر دیگر، چگونه می‌توان مرز نامرئی و ظریف میان شروع به جرم و جرم تام را قابل رویت و ملموس کرد؟

دیوار در جرایم سرقت و ورود غیر قانونی، بی تردید یکی از مصادیقی است که فاصله میان شروع به جرم و جرم تام در آن، بسیار محل تامل و دقت نظر است. در این نوشتار، برای تقریب به ذهن و درک بهتر این مطلب، به جرایم فوق الذکر، با تاکید بر رویه قضایی نگاه موشکافانه و ظریفی شده است.

۱- دیوار در ورود غیر قانونی

نشست قضایی مورخه ۱۳۹۷/۵/۱۵ با کد ۱۳۹۸-۵۶۴۲ در شهر تهران، برای آغاز بحث و پرهیز از مقدمات غیر ضروری، در این جا عیناً آورده می‌شود:

پرسش: شخصی شب بالای دیوار همسایه می‌رود، وارد خانه نشده، صرفاً بالا رفته و تا صاحب خانه متوجه شده، شخص پا به فرار گذاشته است. آیا نامبرده مرتکب جرمی مانند شروع به ورود به عنف شده است یا خیر؟

نظر اکثریت

«با عنایت به تعریفی که از مالکیت در ملک و یا محل مسکونی می‌گردد در صورتی که دیوار جزئی از ملک و مسکن باشد و در مالکیت مجنی علیه قرار داشته باشد و همچنین نظر به وصف جرم ورود به عنف که از جرایم مطلق محسوب می‌گردد، همان که شخص بالای دیوار می‌رود، ورود اتفاق افتاده است و عملاً شروع به جرم در این بزه معنا ندارد و جرم به صورت کامل تحقق می‌یابد.»



نظر اقلیت

«بالا رفتن از دیوار نمی‌تواند جرم کامل و تام باشد زیرا عرفاً به چنین اقدامی ورود گفته نمی‌شود. بلکه ورود زمانی تحقق پیدا می‌نماید که آن شخص پس از طی کردن دیوار وارد محوطه تحت تصرف مالک و یا متصرف وارد شود و با توجه به اینکه ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵^۶، درجه پنجم محسوب می‌گردد شروع به جرم تحقق پیدا می‌کند و اگر مشمول ماده ۶۹۱ این قانون^۷ باشد، شروع به جرم از نظر قانونی جرم انگاری نشده است.»

نظر هیأت عالی

«رفتار موضوع سؤال قابل تطبیق با ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات است و مرتکب به عنوان شروع به جرم قابل تعقیب است بالتبلیغ نظریه اقلیت که مطابق با استنتاج مزبور است صحیح و صائب می‌باشد.»

۱-۱- تحلیل دیدگاه اکثریت

جهت درک بینش اکثریت قضات حاضر در نشست قضایی مذکور، که عقیده دارند در بزه ورود غیر قانونی نمی‌توان قائل به شروع به جرم بود به مثال دیگری در این زمینه اشاره می‌کنیم. در جرم مطلق مانند تهدید (ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات)، تجزیه فرآیند آغاز و انجام این جرم کمی دشوار می‌نماید. از این رو، شاید نتوان برای این قبیل جرایم شروعی تصور کرد و دقیقاً تعیین نمود مرتکب از چه زمانی ممکن است از اقدام خود منصرف گردد و یا چگونه به واسطه تاثیر عوامل خارجی، جرم مذکور واقع نمی‌شود. با این همه، زمان وقوع در همه جرایم مطلق به یک میزان نیست و شیوه ارتکاب در شکل گیری فرایند جرم موثر است (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۳۳۴) مطمئناً، شناخت آغاز عملیات اجرایی نیز به هیچ وجه آسان نیست. آیا قراردادن نردبان در کنار دیوار خانه، آغاز عملیات اجرایی تجاوز به ملک دیگری محسوب می‌شود؟ (فلچر، ۱۳۸۴: ۲۸۸)

۶. ماده ۶۹۴ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ مقرر می‌دارد: «هر کس در منزل یا مسکن دیگری به عنف یا تهدید وارد شود به مجازات از شش ماه تا سه سال حبس محکوم خواهد شد و در صورتی که مرتکبین دو نفر یا بیشتر بوده و لااقل یکی از آنها حامل سلاح باشد به حبس از یک تا شش سال محکوم می‌شوند.»

۷. ماده ۶۹۱ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ مقرر می‌دارد: «هر کس به قهر و غلبه داخل ملکی شود که در تصرف دیگری است اعم از آنکه محصور باشد یا نباشد یا در ابتدای ورود به قهر و غلبه نبوده ولی بعد از اخطار متصرف به قهر و غلبه مانده باشد علاوه بر رفع تجاوز حسب مورد به یک تا شش ماه حبس محکوم می‌شود. هر گاه مرتکبین دو نفر یا بیشتر بوده و لااقل یکی از آنها حامل سلاح باشد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهند شد.»



۲-۱- تحلیل دیدگاه اقلیت و هیأت عالی

شک نیست که جامعه ساختارهای ناهمگون دارد، در آن نخبگانی هستند که فراتر از توده می‌بینند و در مقابل، ساده اندیشانی که حتی دیدگاه توده‌ها را نیز ندارند. (نور بها، ۱۳۹۲: ۷۵۲). با این حال، در تایید دیدگاه اقلیت قضات و نظر هیأت عالی نشست‌های قضایی می‌توان این گونه استدلال نمود: جستجوی و کاوش معانی برخی واژگان در مواد قانونی جز با رجوع به عرف جامعه قابل دستیابی نیست. عرف جامعه تجلی برخورد اشخاص متعارف اجتماع (توده جامعه) با یک پدیده است. بنابراین، تکیه به عرف به عنوان یکی از منابع فرعی حقوق کیفری، امری غیر قابل اجتناب است. موضع عرف، در این قضیه، اگر یک صدا نباشد لاقلاً غالب صدایی که از بطن جامعه به گوش می‌رسد این مطلب را نجوا می‌کند که دیوار، مرز حریم خصوصی با محیط بیرونی است. به عنوان مثال، نحوه پوشش و کلام اهالی منزل در داخل ساختمان یا حیاط با زمانی که روی دیوار منزل خوشان قرار می‌گیرند کاملاً متفاوت است. بنابراین، اگر مرتکب قبل از ورود (مثلاً در حالی که در حال باز کردن در است یا بر روی دیوار قرار دارد) دستگیر شود، این جرم محقق نمی‌شود. (میر محمد صادقی، ۱۳۹۳: ۵۴۸)

۳-۱- برداشت آزاد نویسندگان

برای رسیدن به اجرای صحیح قاعده، مفسر باید معنای خارجی آن را جستجو کند. بدیهی است برای رسیدن به این هدف، مفسر به الفاظ قانون اکتفا نمی‌کند و توجه خود را معطوف به معنای واقعی یا روح آن می‌دارد. باید توجه داشت که معنای واقعی قاعده، غالباً از اراده اشخاصی که آن را بیان داشته اند، فراتر می‌رود. وقتی قاعده ای وضع می‌کنیم، نمی‌توانیم تمام موارد اجرایی را-که بعدها در عمل پیش می‌آیند-پیش بینی کنیم. اگر فکر کنیم که معنای قاعده حقوقی، محدود به اراده تدوین کنندگان آن است، اشتباه کرده ایم. (دل وکیو، ۱۳۹۱: ۵۴)

دیدگاه‌های مطرح شده از حیث استدلال حقوقی قابل دفاع هستند و تردید در رجحان یکی بر دیگری، امری غیر معقول و خلاف انتظار نیست. دشواری ای که از رعایت دقیق معنی لفظی قانون کیفری سرچشمه می‌گیرد، با آشفتگی‌هایی که از تفسیر همان قانون ریشه می‌گیرد قابل مقایسه نیست. (بکاریا، ۱۳۸۹: ۳۷) در میان گزینش این آراء، می‌بایست از الفاظ و اصول حقوقی کمی فاصله بگیریم. کانون بحث، تعیین ضابطه و معیار برای مفهوم دیوار است. پرسش به این سوال که دیوار داخل در تعریف منزل و محل سکونت است یا خروج موضوعی دارد، باعث جهت مداری فرضیه ما می‌گردد. به عبارت دیگر، دیوار در بزه ورود غیر قانونی موضوعیت دارد و فی نفسه داخل در شمول مفهوم منزل و محل سکونت است یا آنکه هرچند دیوار جزیی از منزل و محل سکونت است اما اعتبار وجودی و فلسفه ایجاد آن در ساخت و ساز به خاطر ارزش حریم محصور شده آن است و از آن جا که ارزش اجتماعی نهفته در بزه ورود غیر مجاز، حراست از



حریم خصوصی است لذا دیوار در این جرم، اعتبار لازم بر شمول در مفهوم محل سکنی و منزل را ندارد.

۲- دیوار در سرقت

در پرونده کلاسه ۱۱۸۴۰۳۵۹۶۰۹۹۸۰۹۷۰ شعبه ۱۰۵ دادگاه کیفری دو اصفهان به طور مختصر ماجرا از این قرار است^۱: یونس کریمی به داخل کارگاهی به طور غیرقانونی وارد می‌شود. یک مشعل را بر می‌دارد و از بالای دیوار کارگاه به دوستش حمید حیدری که کنار دیوار می‌باشد تحویل می‌دهد. اما حسن باطنی در حالی که از آن مسیر به طور اتفاقی با وسیله نقلیه خویش در تردد بوده به قضیه مشکوک می‌شود و پس از ملاحظه چنین صحنه‌ای، سریعاً اقدام به گرفتن حمید حیدری می‌کند. یونس کریمی با دیدن این وضعیت، از بالای دیوار فرار می‌کند. پس از سیر مراحل تعقیبی و تحقیقی، نهایتاً یونس کریمی نیز دستگیر و تسلیم مراجع قضایی می‌گردد و مشعل که از ید حمید حیدری در همان صحنه جرم به دست آمده بود، به مالک کارگاه مسترد می‌گردد.

آن چه در این پرونده، قابل بحث و بررسی است دیدگاه‌های مقامات قضایی راجع به "نقش متهمین و وضعیت مسیر مجرمانه" است. جالب تر آن که، تفسیر و استنباط قضات، به طور ناخودآگاه و غیر ملموس - بیشتر یا لاقبل به عنوان یک عامل موثر - بر اساس برداشت آنان از مفهوم و کارکرد دیوار در سرقت به کیفیت مطرح شده است. در ادامه به تحلیل دیدگاه آنان به قدر بضاعت علمی و تجربه عملی می‌پردازیم. برای تبیین عقاید و نظرات مطرح شده، ذکر دو مطلب حائز اهمیت است. به امید آن که ذهن مخاطب محترم، با نحوه نگرش و بینش‌های متفاوت بر موضوع واحد مانوس گردد. رسالت مباحث علمی، در گام نخست بیان اندیشه‌ها و در گام بعدی نحوه استنباط و احترام به نظرات مخالف در عین نقد منصفانه است.

۱-۲- مشارکت در شروع به جرم سرقت

بازپرس در تفهیم اتهام و صدور قرار جلب به دادرسی، اقدامات متهمین را مشارکت در سرقت تشخیص داده است. در تحلیل این دیدگاه، می‌توان به چند نکته اشاره نمود:

۱- متهمین با تبانی و هم فکری یکدیگر وارد صحنه سرقت شده‌اند و با تقسیم کار، قصد خویش را عملیاتی و اجرایی کرده‌اند. هرچند قصدشان به واسطه عامل خارج از اراده (دستگیری در کنار دیوار و دستیابی به مشعل) معلق مانده است. ۲- استناد نتیجه مجرمانه به متهمان ملاک شرکت در جرم است و تفاوت میزان اثر آنان در عملیات اجرایی تاثیری در اصل موضوع ندارد. ۳- تحویل مال در کنار دیوار کارگاه هنوز به مثابه خروج مال از محل سرقت نیست و عرفاً صدق خروج مال به معنای حقیقی و کامل ندارد.

۸. به جای به کاربردن حروف الفبا و مخفف اسامی اصحاب دعوا، جهت ارتباط بهتر مخاطبان، ترجیح داده شد از اسامی غیرواقعی استفاده شود. هرگونه تشابه اسمی تصادفی است.



۲-۲- مباشرت و معاونت در سرقت تام

دادیار اظهارنظر در رابطه با قرار نهایی صادره، عقیده بر مباشرت در سرقت تام (توسط یونس کریمی) و معاونت در آن (توسط حمید حیدری) برای متهمان دارد. بازپرس بر عقیده خویش اصرار دارد و پرونده در راستای اعمال ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲^۹ به دادگاه کیفری دو اصفهان ارسال می‌گردد. محکمه با صائب دانستن دیدگاه دادیار اظهارنظر، حل اختلاف نمود. بر این مبنای نهایتاً کیفرخواست صادر می‌گردد و پس از ختم رسیدگی، دادگاه بر همین اساس، اقدام به محکومیت یونس کریمی به مباشرت در سرقت تام و حمید حیدری به معاونت در این جرم می‌نماید. در تحلیل این دیدگاه، به نکات و استدلال‌های ذیل می‌توان اشاره نمود:

۱- وحدت قصد میان متهمان حاکم است. حمید حیدری با ایستادن در کنار دیوار و گرفتن مال از روی دیوار، اقدام به تسهیل جرم سرقت نموده است. ۲- ورود به کارگاه و وضع ید بر مشعل و سپس ربایش مال از طریق جابجایی آن توسط یونس کریمی صورت پذیرفته است. بنابراین، رابطه علیت صرفاً میان رفتار یونس کریمی با نتیجه مجرمانه قابل پذیرش است. ۳- تحویل مشعل از روی دیوار به کنار دیوار برای اتمام مسیر مجرمانه کفایت می‌کند و جرم تام محقق شده است. بنابراین، ضرورتی به دور شدن بیشتر مال نیست و کنار دیوار بیرونی کارگاه به معنای خروج مال از محل سرقت است.

۲-۳- مباشرت در شروع به معاونت در آن

حکم دادگاه به اصحاب دعوا ابلاغ می‌گردد. متهمان به حکم صادره تسلیم می‌گردند و تقاضای اعمال ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲^{۱۰} می‌نمایند. معاون دادستان اما تقاضای تجدید نظرخواهی می‌نماید و پرونده به محاکم تجدیدنظر استان اصفهان ارسال می‌گردد. عیناً مفاد تجدید نظرخواهی ایشان بدین شرح است: «این مرجع ضمن احترام به آرا و نظرات همکاران محترم قضایی، بر این عقیده استوار می‌باشد که یونس کریمی مرتکب مباشرت در شروع به سرقت و حمید حیدری مرتکب معاونت در شروع به سرقت موضوع ماده ۶۵۶ کتاب

۹. ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ مقرر می‌دارد: «در هر مورد که دادستان با عقیده بازپرس مخالف باشد و بازپرس بر عقیده خود اصرار کند، پرونده برای حل اختلاف، به دادگاه صالح ارسال و طبق تصمیم دادگاه عمل می‌شود.»

۱۰. ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ مقرر می‌دارد: «در تمام محکومیت‌های تعزیری در صورتی که دادستان از حکم صادره درخواست تجدیدنظر نکرده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند پیش از پایان مهلت تجدیدنظرخواهی با رجوع به دادگاه صادرکننده حکم، حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط یا درخواست تجدیدنظر را مسترد نماید و تقاضای تخفیف مجازات کند. در این صورت، دادگاه در وقت فوق‌العاده با حضور دادستان به موضوع رسیدگی و تا یک چهارم مجازات تعیین شده را کسر می‌کند. این حکم دادگاه قطعی است.»



تعزیرات قانون مجازات اسلامی شده اند. زیرا عملیات اجرایی و رفتار مجرمانه مستند به یونس کریمی است. ایشان وارد کارگاه شده و سپس مشعل را برداشته و آن را تحویل حمید حیدری داده است. حمید حیدری با حضور در کنار دیوار وقوع اقدامات مجرمانه یونس کریمی را تسهیل نموده است. قصد مجرمانه متهمان و اقدامات آنان به واسطه عامل خارج از اراده ایشان (حضور حسن باطنی و دستگیری حمید حیدری با مشعل در کنار دیوار کارگاه) معلق مانده است و بدین کیفیت، جرم تام سرقت رخ نداده است.^{۱۱} این دیدگاه، حالتی بینابین میان نظر بازپرس با تصمیم دادیار اظهار نظر و رای دادگاه دارد. بنابراین، ضرورتی به تحلیل مجزا ندارد.

نتیجه

غریزه ذاتی بشر همیشه بر آزادی و دنیای بدون مرز تاکید داشته است. اما آدمی، موجودی یک بعدی نیست و در نهایت آزادی نیز به محدودیتی به نام حریم خصوصی نیاز مبرم دارد. در عالم واقع، بارزترین نماد جدایی و محدودیت برای ایجاد حریم اختصاصی، دیوار است. جنس، میزان، ارتفاع و سایر متغیرات آن، بسته به خلیقات و روحيات انسان‌ها متفاوت و متنوع است. به نظر می‌رسد، ایجاد یک قاعده منسجم که جامع و مانع باشد برای دیوار، در حوزه حقوق کیفری وجود ندارد. دیوار به اقتضای جرایم تابع ضوابط خاص خویش است و تعمیم دادن نقش و آثار آن از یک جرم به جرم دیگر، قیاس شکننده و نامطمئنی است. به عنوان مثال، در بزه تخریب موضوع ماده ۶۷۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی^{۱۱} به طور قطع و یقین می‌توان بر این نظر قائل بود که دیوار دارای موضوعیت است و تخریب جزئی آن نیز باعث تحقق جرم تام است و تفاوتی ندارد دیوار درونی یا بیرونی ساختمان یا هر نوع امکانه ای باشد.

اما در جرایمی مانند سرقت و ورود غیر قانونی، ماجرا به این سادگی نیست. به نظر می‌رسد باید به طور موردی در هر پرونده به جایگاه دیوار بپردازیم. در نهایت، با توجه به استدلال‌ها و تحلیل‌های مطرح شده، ترجیح ما این است که در بزه ورود غیر قانونی، دیواری که ملک را محصور کرده هر چند دارای مالیت است و در مالکیت مالک است اما ارزش اجتماعی جرم انگاری عمل ورود غیرقانونی، حراست و حفاظت از فضای محصور شده است. بنابراین، رفتار مجرمانه در محدوده دیوار در بزه مذکور، با قواعد شروع به جرم قابل انطباق و ارزیابی است. در بزه سرقت، جلوگیری از بردن مال خواه متهم دستگیر شود خواه فرار کند در بالای دیوار یا کنار دیوار با قواعد شروع به جرم قابل تطبیق است و عرفاً، هنوز مال از محدوده سلطه مالک خارج نشده

۱۱. ماده ۶۷۷ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ مقرر می‌دارد: «هر کس عمداً اشیاء منقول و یا غیر منقول متعلق به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.»



است. این نگرش، هرچند قابل مناقشه و نقد است اما از آن جهت که موافق با تفسیر مضیق و مساعد به حال متهم است می‌تواند قابل دفاع باشد، به ویژه آن که، دستیابی به تفسیر منطقی با دشواری همراه است.

منابع

- اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۵). حقوق جزای عمومی. جلد اول. تهران: میزان.
- بکاریا، سزار. (۱۳۸۹). جرایم و مجازات‌ها. محمدعلی اردبیلی. تهران: میزان.
- دل وکیو، جورجو. (۱۳۹۱). فلسفه حقوق. جواد واحدی. تهران: میزان.
- شمس ناتری و محبی و ریاضت، محمد ابراهیم و جلیل و زینب. (۱۳۹۵). تحول قاعده تعزیر در جرم انگاری شروع به جرم. پژوهشنامه حقوق اسلامی. شماره ۴۴، ص.ص. ۴۸-۲۷.
- فلچر، جورج پی. (۱۳۸۴). مفاهیم بنیادین حقوق کیفری. سیدمهدی سیدزاده ثانی. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- کلارکسون، کریستوفر. (۱۳۹۰). حسین میر محمد صادقی. تهران: انتشارات جنگل.
- محسنی، فرید. (۱۳۹۷). شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. تهران: انتشارات قوه قضاییه.
- میر محمد صادقی، حسین. (۱۳۹۳). جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان.
- نجفی توانا، علی. (۱۳۸۰). تعارض و خلا در مقوله شروع به جرم. مجله کانون وکلا. شماره ۱۷۵، ص.ص. ۱۳۸-۱۲۵.
- نوربها، رضا. (۱۳۹۲). در کوچه پس کوچه‌های تفکر. تازه‌های علوم جنایی. کتاب اول، ص.ص. ۷۵۷-۷۵۱.
- (سامانه نشست‌های قضایی) <https://www.neshast.org>



نسبت جرم با تخلفات انتظامی و اداری

محمدعلی باقرصاد^۱

دکترعلی رحمتی^۲

مقدمه

شاید در فرهنگ عامیانه میان جرم و تخلف تفاوتی قائل نشوند و هرگونه تخلف از جمله تخلف اداری جرم قلمداد شود. اگرچه این تصور علمی و حقوقی نیست اما رنگ و بویی از واقعیت در آن مشاهده می‌شود. به طوری که در قوانین کیفری قبل از انقلاب اسلامی ایران جرایم به سه عنوان جنایت و جنحه و خلاف تقسیم می‌شدند. بنابراین خلاف یا تخلف یکی از مصادیق جرم محسوب می‌شد. اما از نظر آثار زیان بار و قابلیت سرزنش، ماهیت این سه نوع جرم با هم متفاوت بودند و به همین سبب نیز مجازات‌های آنها متفاوت بود. پس از انقلاب و تغییرات عمده ای که در قوانین کیفری به وقوع پیوست این تقسیم بندی نیز تغییر کرد و جرایم بر اساس مجازات‌های آنها به حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شد. در این تقسیم بندی جایی برای تخلف به طور عام تعیین نشد و معلوم نگردید که تخلفات در کدام یک از تقسیمات قانون جای دارند. بنابراین به نظر می‌رسد در حال حاضر در نظام حقوقی ما تخلف به عنوان زیر مجموعه ای از جرم مطرح نبوده و به طور مستقل با ماهیت جداگانه ای ذیل عنوان اعمال ضد اجتماعی قرار می‌گیرد.

البته در برخی موارد وجوه تشابهی میان این دو وجود دارد و ممکن است یک عمل واحد، هم منشا تخلف و هم منشاء جرم باشد، مانند اختلاس که هم به موجب ماده ۲ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری» جرم است و هم بر اساس بند ۶ ماده ۸ «قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱» تخلف اداری محسوب می‌شود. با وجود این، کاربرد تخلف، بیشتر در حوزه حقوق اداری و اصناف و حرف مختلف است که همان تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی را شامل می‌شود. یک کارمند یا شخص وکیل به سبب حرفه خود ممکن است دچار برخی تخلفات گردد و بر اساس مقررات پیش بینی شده با مجازات‌های انتظامی یا اداری روبرو گردد. همچنین ممکن است این افراد مانند عموم مردم مرتکب جرایمی گردند. از همین جا این سوال پیش می‌آید که چه نسبتی میان جرم و تخلف وجود دارد؟ و در

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز

۲. دکتری جزا و جرم شناسی از دانشگاه شهید بهشتی



صورت ارتکاب همزمان جرم و تخلف در مورد مجازات‌ها چگونه عمل می‌شود؟
به همین منظور ابتدا مفهوم جرم، مفهوم تخلف و تفاوت‌های آن‌ها بررسی خواهد شد و در ادامه به بیان نسبت‌های چهارگانه تخلف و جرم می‌پردازیم.

۱- مفهوم جرم

مطابق اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تعریف قانونگذار از جرم در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تحت عنوان هر فعل یا ترک فعلی که قانون برای آن مجازات تعیین کرده است، تنها عملی را می‌توان جرم دانست که قانون آن را جرم اعلام و برای آن مجازات تعیین کرده است.

۲- مفهوم تخلف و انواع آن

۱-۲ مفهوم

تخلف، تصریح قانونی همانند جرم را نداشته و تخلف از مقررات و قوانین به طور صریح پیش بینی نشده است که این حاکی از اختلاف اساسی جرم با تخلف است. تخلف در مفهوم کلی عبارت از تجاوز انسان از حدود یا قوانین و مقررات تعریف شده یا تصویب شده در هر قلمرو است. ماده ۹۱ «آئین نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان بیان می‌دارد» تخلفات انضباطی و حرفه ای عبارت از تخلف در اموری است که انجام آن ناشی از پروانه اشتغال موضوع قانون یا عضویت در نظام مهندسی استان باشد...»

۲-۲ انواع تخلف

۲-۲-۱ تخلف اداری: در حقوق اداری تخلف عبارت است از اینکه ماموران دولتی در حین انجام وظیفه از قوانین و مقررات اداری تجاوز نموده و آن‌ها را نادیده بگیرند. به عبارت بهتر در هر نظام اداری، به منظور حسن جریان امور و تامین منافع و مصالح عمومی یکسری از قوانین و مقررات اداری وجود دارد که راهنمای عمل ماموران و کارگزاران اداری است. در صورتی که ماموران و کارگزاران اداری مقررات مذکور را نادیده بگیرند ممکن است در شرایطی که نظام قانونمند اداری وجود داشته باشد توسط دستگاه‌های مسئول متخلف شناخته شده و مجازات شوند. ماده ۸۰ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱ مجلس شورای اسلامی این نوع تخلفات را برشمرده است.

۲-۲-۲ تخلف انضباطی: تخلف انضباطی مانند جرم جزایی تعریف صریحی ندارد. به همین جهت بی لیاقتی و عدم رعایت شئون صنفی نیز جرم انضباطی تلقی می‌شود و نیز کیفر تخلف انضباطی تناسب و ارتباط با شغل مرتکب تخلف دارد از قبیل توییح و تعلیق موقت. برای مثال، تخلفاتی که براساس مفاد آیین نامه انضباطی نیروهای مسلح در اختیار فرماندهان،



روسا و مدیران گذشته شده مثل عدم آراستگی ظاهری، عدم توجه به نظافت شخصی و عدم رعایت ادب، عدم رعایت سلسله مراتب و احترامات نظامی و اداری، بدرفتاری نسبت به کارکنان تحت امر، بی توجهی به آموزش و غیره از این قبیل است. و یا ماده ۹۱ «آئین نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان»، تخلفات انضباطی و حرفه ای را عبارت از تخلف در اموری دانسته که انجام آن ناشی از پروانه اشتغال موضوع قانون یا عضویت در نظام مهندسی استان باشد. در ادامه ترکیب تخلف انضباطی و انتظامی آورده شده است که تخلف انضباطی و حرفه ای و انطباق آنها با مجازاتهای انتظامی به شرح زیر است:

۲-۲-۳ تخلف انتظامی: تخلف انتظامی عبارت است از نقض مقررات صنفی و یا گروهی که شخص به تبع عضویت در گروه مذکور آنها را پذیرفته اند. در واقع، صنف یا گروهی مانند قانون‌های و کلا و یا سردفتران مانند جامعه متکی به اصول و مقرراتی است که حافظ نظم و نهایتاً بقای گروه یا اتحادیه صنفی و حرفه ای است. به عبارت دیگر، تقصیر انتظامی عبارت است از نقض قواعد خاص گروه‌های کوچک اجتماعی یا حرفه ای بدون آن که عمد یا سهوی در ارتکاب آن شرط شده باشد.

۳- ضابطه تفکیک جرم از تخلف

رابطه منطقی بین جرایم و تخلفات، عموم و خصوص من وجه است. برای مثال، مقایسه موارد احصاء شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری و عناوین جزایی مندرج در قانون مجازات اسلامی این رابطه را تایید می‌کند. مثلاً اختلاس هم جرم است و هم تخلف اداری؛ غیبت غیر موجه، تخلف اداری است ولی جرم نیست؛ دست فروشی ماهیتاً جرم نیست، لیکن آنچه دست فروشان انجام می‌دهند، مصداق تخلفاتی است که در قانون برای آن مجازات‌های تعیین شده است؛ مثل عرضه خارج از شبکه، فرار از پرداخت مالیات و... در هر صورت، اگرچه در قوانین موضوعه ما ضابطه و معیار مشخصی جهت تفکیک جرم از تخلف وجود ندارد، می‌توان برخی تفاوت‌های کلی میان این دو را به شرح زیر بر شمرد:

۱- بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات، جرم به هر فعل یا ترک فعلی اطلاق می‌شود که بر طبق قانون از قبل تصویب شده، مستلزم کیفر باشد. بنابراین کلیه عناصر تشکیل دهنده جرایم و میزان مجازات آن از طرف مقنن تعیین گردیده و حدود هر عمل مجرمانه به طور دقیق مشخص شده است در حالی که در تخلفات معمولاً نوع تخلف و میزان مجازات آن به وسیله آیین نامه یا اساسنامه خود انجمن یا صنف معین می‌شود. بنابراین عنصر قانونی جرم قانون است و جنبه عام و کلی دارد ولی تخلف انتظامی، خاص و قراردادی است و تابع مقررات خاص هر صنف است. علاوه بر این، در بسیاری از موارد، تخلف به صورت مشخص و منجز بیان نمی‌شود؛ به عنوان مثال در بسیاری از مقررات شغلی و حرفه ای، اعمالی که بر خلاف شئون آن شغل یا



حرفه یا صنف باشد به عنوان تخلف انتظامی مطرح شده است بدون آن که این اعمال به طور دقیق معین و احصاء شود. برای مثال، به موجب بند ۱ ماده ۸۰ «آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلاء دادگستری»، مصوب سال ۱۳۳۴، انجام رفتارهایی که خلاف شئون وکالت است، تخلف محسوب شده و مستوجب مجازات انتظامی درجه ۴ (تنزل درجه) است.

۲- به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی، حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح به رسیدگی جرایم عمومی یعنی، دادگستری صورت گیرد، در صورتی که رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان، در صلاحیت هیات‌های رسیدگی به تخلفات اداری است.

۳- قلمرو جرایم، همه ساکنان کشور را شامل می‌شود، در صورتی که تخلفات تنها توسط قشر خاصی از جمله کارمندان و کارکنان اداری و یا وکلا قابل ارتکاب است.

۴- مجازات پیش‌بینی شده در قوانین کیفری شدید است، در حالی که مجازات‌های انضباطی خفیف بوده و تنها شامل حالات استخدای می‌شود. همچنین تنوع کیفر جرایم به مراتب بیشتر از تنوع کیفر تخلفات اداری است و این امر نیز به دلیل همان وسعت دایره شمول جرایم منسوب به تخلف‌های اداری است. به علاوه، کیفر جرایم بعضاً متوجه جسم و جان و آزادی افراد می‌گردد در حالی که کیفر تخلفات اداری هرگز نمی‌تواند حقوق و آزادی‌های فردی را محدود یا نسبت به جسم و جان افراد تعدی نماید.

۵- قواعد و اصول معمول در حقوق جزا عیناً در مورد قواعد انضباطی و اداری اجرا نمی‌شود، مثلاً در حقوق اداری هر عملی که خلاف شئون کارمند باشد، قابل مجازات است و این اعمال از قبل قابل پیش‌بینی نیستند و نمی‌توان همه آنها را تعیین و توصیف نمود.

۶- موضوع مقررات انضباطی مثل جرایم عمومی نیست؛ بنابراین ممکن است عملی در یک اداره تخلف به حساب آید، ولی در سازمان دیگری چنین نباشد. به عنوان مثال، ارتکاب جرم مستلزم احراز عناصر و شرایطی است.

۷- در تخلفات اداری عمدی یا غیرعمدی بودن ارتکاب تخلف مطرح نیست بلکه صرف ارتکاب آن چه عمداً یا غیرعمدی خود تخلف بوده و ضمانت اجرا به همراه دارد. در واقع، در تخلفات، سهل انگاری به عنوان عنصر روانی پیش‌بینی شده است. سهل انگاری اغلب ریشه غیرعمدی داشته و ناشی از بی احتیاطی، بی‌مبالاتی و عدم توجه به مقررات و وظایف است. در حالی که در جرایم عنصر عمد و غیرعمد اثرات فراوان و مستقیمی بر اعمال و نوع کیفرها دارد.

۸- آیین دادرسی کیفری برای رسیدگی به جرایم با آیین رسیدگی به تخلفات اداری دارای تفاوت‌های متعدد و شکلی و ماهوی می‌باشد.

۴- نسبت میان جرم و تخلف

نسبت میان جرم و تخلف از میان نسبت‌های چهارگانه «عموم و خصوص من وجه» است.



۱- مواردی که نه تخلف‌اند نه جرم

بی شک این موارد مدنظر ما نیستند زیرا اساساً نه جرمی رخ داده و نه تخلفی تا بتوان در مورد آن بحث کرد.

۲- مواردی که صرفاً تخلف‌اند و جرم نیستند

برخی اعمال فعالین اداری و اعضا نهادهای صنفی تنها تخلف محسوب می‌شوند و نمی‌توانند به عنوان جرم مورد مجازات قرار گیرند. همان طور که پیش تر گفته شد اساساً این فعالیت‌ها آن قدر ضد اجتماعی نیستند تا قابل کیفردهی و سزادهی مجرمانه باشند.

در مورد کارکنان اداری^۳ برخی این فعالیت‌ها در ماده ۸ تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱ ذکر گردیده است: اعمال و رفتار خلاف شئون اداری یا شغلی^۴، تبعیض یا اعمال غرض در اجرای قوانین و مقررات نسبت به اشخاص^۵، ترک خدمت^۶، تکرار در تأخیر ورود به محل خدمت رأس ساعت مقرر و یا تکرار خروج از اداره بدون کسب مجوز^۷، تعطیل خدمت در اوقات مقرر اداری^۸، تمرد از اجرای دستورات مقامات مافوق در حدود وظایف اداری^۹ و ...

مواد ۲۵ و ۲۶ قانون کانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۸۱ نیز برخی تخلفات انتظامی کارشناسان رسمی دادگستری را بر شمرده است. انجام کارشناسی و اظهار نظر در زمان تعلیق یا محرومیت از حقوق اجتماعی یا اثبات فقد شرایط قانونی در اخذ پروانه، انجام کارشناسی و اظهار نظر در صورت وجود جهات رد قانونی، سوء رفتار و اعمال خلاف شئونات شغلی از جمله این موارد است.

مواد ۷۶ تا ۸۹ آیین نامه لایحه قانونی استقلال و کلا مصوب ۱۳۳۴ نیز به همین ترتیب

۳. کلیه وزارتخانه‌ها، سازمانها، مؤسسات و شرکتهای دولتی و شهرداریها و بانکها و مؤسساتی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است و تمام یا قسمتی از بودجه آنها از بودجه عمومی تأمین می‌شود و نیز کارکنان مجلس شورای اسلامی و نهادهای انقلاب اسلامی مشمول مقررات این قانون می‌باشند. مشمولین قانون استخدام نیروهای مسلح و غیر نظامیان ارتش، نیروی انتظامی، قضات، اعضای هیأت‌های علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و مشمولین قانون کار از شمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود. (ماده ۲۲)

۴. بند یک

۵. بند دو

۶. بند سه

۷. بند چهار

۸. بند ۱۲

۹. بند ۹



عمل کرده است: اشتغال به فعالیت منافی با شئون وکالت^{۱۱}، عدم تحویل رسید در برابر اخذ مال یا وجه^{۱۱}، عدم انجام تکالیف معاضدتی^{۱۲}، عدم حضور بدون عذر موجه در دادگاه^{۱۳}، تخلف از قسم^{۱۴} و... از این نمونه اند.

در «آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته» مصوب ۱۳۷۸ هیات وزیران، انجام امور خلاف شئون پزشکی توسط شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته^{۱۵}، جذب بیمار از مؤسسات بهداشتی، درمانی دولتی و وابسته به دولت و خیریه به مطب شخصی یا بخش خصوصی، بیمارستان و درمانگاه خصوصی و بالعکس به منظور استفاده مادی توسط شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته^{۱۶} و فروش دارو و ابزار پزشکی توسط پزشکان بدون مجوز^{۱۷} به عنوان نمونه‌های تخلفات انتظامی پزشکان آمده است.

۳- مواردی که انجام آن‌ها هم تخلف است هم جرم

منظور فعالیت‌هایی است که هم نوعی تخلف اداری یا انتظامی است و هم ارتکاب آن جرم محسوب می‌گردد. این مورد شبیه تعدد معنوی در جرایم است اما با آن یکی نیست زیرا تعدد معنوی در معنای دقیق خود در جایی است که عمل مجرمانه واحد، دارای عناوین «جزایی» متعدد است نه مانند فرض حاضر که فعل واحد هم تخلف و هم جرم است. در ماده ۸ قانون تخلفات اداری به برخی از این موارد اشاره شده است: گرفتن وجوهی غیر از آن چه در قوانین و مقررات تعیین شده و یا اخذ وجه یا مالی که عرفاً رشوه‌خواری تلقی شود^{۱۸} که می‌تواند موضوع قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز باشد، اختفاء، حمل، توزیع، خرید و فروش و استعمال مواد مخدر، اعتیاد به مواد مخدر^{۱۹} که موضوع قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷/۸/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام است. کارشکنی، شایعه پراکنی و شرکت در تحصن‌ها، تظاهرات و اعتصابات غیر قانونی و اعمال

۱۰. ۸۰

۱۱. ۷۹

۱۲. ۷۸

۱۳. ۷۸

۱۴. ۸۱

۱۵. ماده ۶

۱۶. ماده ۱۲

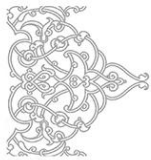
۱۷. ماده ۲۱

۱۸. بند ۱۰

۱۹. بندهای ۱۴ و ۱۵

۳۰

ملی
حقوق



فشارهای گروهی و یا فردی برای تحصیل مقاصد یا به دست آوردن امتیازات غیر قانونی^{۲۰}، تحریک در ایجاد تحصن‌ها، اعتصابات و تظاهرات غیر قانونی و یا وادار ساختن دیگران به کارشکنی یا کم‌کاری یا ایراد خسارت به اموال دولتی^{۲۱} که برای نمونه می‌تواند موضوع جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور موضوع کتاب پنجم تعزیرات قانون مجازات اسلامی باشد. اختلاس و هر نوع استفاده غیر مجاز از امکانات و اموال دولتی^{۲۲} نیز عنوان دیگر است.

توجه به بند های ۱۱ و ۱۲ ماده ۲۶ قانون کارشناسان رسمی دادگستری نیز خالی از لطف نیست. افشاء اسرار و اسناد محرمانه^{۲۳}، اخذ وجه یا مال یا قبول خدمت مازاد بر تعرفه دستمزد و هزینه مقرر در قوانین یا دستورات مراجع صلاحیتدار^{۲۴} دو عنوان مجرمانه اند.

بر اساس آیین نامه رسیدگی تخلفات پزشکان مصوب ۱۳۷۸ هیات وزیران و بنابر ماده ۴ افشای اسرار و نوع بیماری تخلف است و می‌تواند جرم افشای اسرار موضوع ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ نیز باشد یا دریافت هرگونه وجه یا مالی از بیماران علاوه بر وجوهی که توسط مسؤولان مؤسسه درمانی ذی‌ربط طبق مقررات دریافت می‌شود^{۲۵} می‌تواند مصداق تحصیل مال از طریق نامشروع باشد.

بر اساس آیین نامه لایحه قانونی استقلال وکلا، تجاهر به استعمال مسکر و افیون و سایر مواد مخدره و مراوده در اماکن فساد^{۲۶} که موضوع جرم مواد مربوطه در قانون مجازات اسلامی و یا افشا اسرار موکل که می‌تواند موضوع جرم افشای اسرار باشد^{۲۷} از انواع تخلف دانسته شده است.

۴-۳-۱. قاعده جمع مجازات

گفتیم ممکن است یک عمل واحد، هم منشا تخلف و هم منشاء جرم باشد. مثال واضح آن اختلاس است که همان طور که گفتیم، هم به موجب ماده ۲ قانون تشدید، جرم است و هم بر اساس بند ۶ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، تخلف اداری محسوب می‌شود یا تجاهر به استعمال مسکر و مواد مخدر توسط وکیل دادگستری که از یک طرف به موجب بند ۱ ماده ۸۰ آیین نامه لایحه قانونی استقلال وکلاء دادگستری یک تخلف مستوجب مجازات انتظامی

۲۰. بند ۲۳

۲۱. بند ۲۴

۲۲. بند ۱۷

۲۳. بند ۱۱

۲۴. بند ۱۲

۲۵. ماده ۱۳

۲۶. بند یک

۲۷. ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)



درجه ۴ (تنزل درجه) محسوب می‌شود و از طرف دیگر، به موجب قانون تعزیرات جرم است. در این گونه مواد ضابطه مشخصی در قوانین موضوعه پیش بینی نشده است. لکن به نظر می‌رسد اصولاً باید مجازات و تخلف در این مورد نیز جمع گردد مگر این که ترتیب خاصی برای آن پیش بینی شده باشد مثلاً به موجب تبصره ۱ ماده ۲۳ قانون تخلفات اداری در صورتی که مجازات تعیین شده از طرف مراجع قضایی همان مجازات تعیین شده توسط هیأت‌ها باشد مجازات تکرار نخواهد شد و در غیر این صورت حکم مراجع قضایی مانع مجازاتهای اداری نخواهد بود و هیأت‌ها مکلفند یک نسخه از رأی صادره خود را به مراجع قضایی مربوط ارسال دارند. بدیهی است در مواردی که عنوان مجرمانه و تخلف متفاوت باشند همان قاعده جمع مجازات‌ها اعمال خواهد شد. مانند آن که برای مثال، یک وکیل هم مرتکب کلاهبرداری شده و هم بدون عذر موجه در جلسات دادگاه حاضر نشده است. در این صورت، پس از رسیدگی هر یک از مراجع صالح و تعیین مجازات‌های کیفری و انتظامی، این مجازات‌ها با یکدیگر جمع شده و اجرا می‌شوند.

چند پرسش مهم:

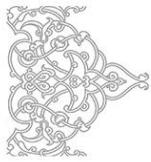
۳-۲. آیا رسیدگی به تخلف در مرجع اداری یا صنفی مانع رسیدگی به کیفر در محاکم عمومی و یا بالعکس خواهد شد؟ آیا رسیدگی یکی موجب توقف رسیدگی در دیگری خواهد شد یا رسیدگی موازی ممکن است؟

در نگاه اول به مقررات موجود در مورد تخلفات انتظامی و انضباطی به نظر می‌رسد پاسخ منفی باشد. بنابر این از نظر قانونی منعی برای این مثال وجود ندارد. از لحاظ آیین رسیدگی نیز رسیدگی به جرایم و مجازات‌ها تنها باید در محاکم قانونی که به موجب قانون (نه آیین نامه) ایجاد شده و بنابر تشریفات آیین دادرسی کیفری صورت گیرد و رسیدگی‌های اداری در مراجع و بر اساس مقررات اداری است، برای نمونه ماده ۲۳ قانون تخلفات اداری بیان می‌دارد هر گاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیأت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است پرونده امر را به مراجع قضایی ارسال دارد. و رسیدگی در مرجع قضایی مانع رسیدگی اداری نخواهد بود.

ماده ۸۹ لایحه استقلال و کلاً نیز بیان می‌دارد تعقیب انتظامی مانع تعقیب مدنی یا کیفری نیست.

ماده ۲۲ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۸۱ موید همین نظر است.^{۲۸}

۲۸. هرگاه تخلف کارشناس رسمی عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین را داشته باشد، دادرسی انتظامی کانون مربوط مکلف است مراتب را برای رسیدگی به جنبه جزائی آن در اسرع وقت به مراجع قضائی صالح اعلام دارد و چنانچه علاوه بر جرائم مزبور تخلف انتظامی داشته باشد، مطابق این قانون و آیین‌نامه‌های آن به تخلف انتظامی رسیدگی و اقدام لازم معمول دارد. تصمیم مراجع قضائی مزبور مانع اجرای مجازات‌های انتظامی کارشناسان رسمی نخواهد



آیین نامه رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلین حرفه‌های پزشکی و وابسته شاغلین حرفه‌های پزشکی مصوب ۱۳۷۸ هیات وزیران نیز به همین ترتیب عمل کرده است.^{۲۹}

ماده ۸۸ آیین نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان (مصوب ۱۳۷۵ هیات وزیران به استناد قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴) اشعار می‌دارد که طرح و رسیدگی به شکایت در مراجع قضایی مانع از رسیدگی در شورای انتظامی استان و اعمال مجازات های انضباطی و حرفه‌های مندرج در این آیین نامه نخواهد بود.

با نگاهی به این موارد مشخص می‌گردد که این دو مانع رسیدگی یکدیگر نیستند و در صورتی که شخص متخلف مجرم نیز باشد پس از رسیدگی عندالاقضاء هر دو مجازات برای وی اعمال خواهد شد.

با این وجود با استدلالی که در ادامه خواهد آمد باید امکان رسیدگی موازی را صرفاً به فرض وقوع دو یا چند تخلف و جرم متفاوت تعبیر کرد (مانند عدم حضور وکیل بدون عذر موجه در دادگاه و ارتکاب سرقت).

۳-۳-۴. سوال دیگر در خصوص تأثیر اظهار نظر در خصوص جرم بر رسیدگی انتظامی و برعکس است. در واقع سوال این است که در مواردی که عنوان تخلف و عنوان جرم یکسان است^{۳۰} رسیدگی در محاکم عمومی بر رسیدگی انتظامی و اداری باید مقدم باشد یا خیر؟ و آیا رسیدگی کیفی اثر قاطع در مرجع انتظامی یا اداری دارد یا خیر؟

در واقع اگر برای نمونه کارمندی مرتکب اختلاس گردد (که هم تخلف انضباطی است و هم عنوان مجرمانه دارد) و یا وکیلی هم اسرار موکل خود را افشا کند (که هم تخلف است و هم عنوان مجرمانه دارد) لازم است دادگاه کیفی بدو به موضوع رسیدگی کند یا مرجع اداری یا انتظامی مربوطه می‌تواند ابتدائاً و یا هم زمان (موازی) وارد رسیدگی گردد؟

به نظر می‌رسد علی‌رغم تصریح در برخی قوانین و آیین‌نامه‌های انتظامی و انضباطی پاسخ این امر را باید مثبت دانست و سکوت قانونگذار را بر این دلیل حمل کرد که مساله امری بدیهی بوده است. دلایل و توجیحات این امر از این قرار است:

ترجیح و اولویت رای محاکم عمومی کیفی بر نهادهای رسیدگی اداری
جلوگیری از صدور رای متعارض نهاد اداری انتظامی با رای دادگاه عمومی
عنوان واحد تخلف و جرم مانع از این می‌گردد که دو مرجع مجزا به این ادعا رسیدگی کنند.
نتیجه رسیدگی در محکمه کیفی از دو حال خارج نیست. بدین معنا اگر جرم رخ داده با همه

بود.

۲۹. ماده ۴۴: رسیدگی و اقدامات مراجع قضایی در هر حال مانع رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای متخلفان در هیأت‌های بدوی و عالی انتظامی نیست.

۳۰. این سوال در خصوص وقوع تخلف و جرم متفاوت وجهی ندارد زیرا رسیدگی و اثبات جرم در محاکم عمومی کیفی تأثیری بر رسیدگی انتظامی و اداری نخواهد داشت.



شرایط آن محرز گردد بدیهی است که تخلف خاطی نیز در نهاد صنفی یا اداری خود اثبات شده تلقی می‌گردد و بنابر قاعده گفته شده هردو مجازات با هم جمع خواهد شد. اما اگر جرم محرز نگردد، نمی‌توان شخص را برای عنوان واحد متخلف دانست زیرا در این صورت اثر رای کیفری نادیده انگاشته می‌شود.

تبصره ۳ ماده ۹ تخلفات اداری بیان می‌دارد: مجازات‌های مذکور در این ماده صرفاً جنبه تنظیم امور داخلی دستگاه‌های مشمول این قانون را دارد که به وسیله هیأت‌هایی که نماینده دولت می‌باشند تحقق می‌پذیرد و هر گاه تخلف موجب حد یا تعزیر شرعی باشد رسیدگی و قضاوت درباره آن به عهده دادگاه‌های صالح می‌باشد.

آیین نامه تخلفات پزشکان بیان می‌دارد: هر گاه هیأت‌های بدوی انتظامی یا هیأت عالی انتظامی در جریان رسیدگی به مواردی که جنبه جزایی داشته باشد برخورد نمایند مکلفاند موضوع را به مراجع قضایی اعلام کنند.^{۳۱}

ماده ۷۳ آیین نامه لایحه قانونی استقلال وکلا با وضوح بیشتری به این مساله اشاره کرده است:

چنان چه نسبتی که به شخص مورد تعقیب داده شده متضمن جنبه کیفری باشد که تفکیک آن از جنبه انتظامی ممکن نیست رسیدگی انتظامی موکول به فراغ از جنبه کیفری در مراجع عمومی خواهد شد. منظور از «تفکیک ممکن نیست» یعنی فعالیت‌هایی که عنوان تخلف و جرم یکسان است و یا به عبارتی فعل واحد هم عنوان مجرمانه دارد هم تخلف.

اما در مقابل حکم ماده ۱۶ قانون تخلفات اداری در این زمینه قابل انتقاد است. این ماده بیان میدارد که در بندهای ۲۳ و ۲۴ ماده ۸ رسیدگی به پرونده کارمند متخلف در صلاحیت مراجع قضایی است^{۳۲} و برای رسیدگی به محکمه ارجاع می‌شود، کارمند مزبور تا صدور رأی دادگاه به حال تعلیق درمی‌آید و در صورت براءت ضمن اعاده حیثیت حقوق مینا و افزایش سنواتی متعلقه به وی پرداخت خواهد شد.

ایراد وارده بر این ماده این است که در ماده ۸ که تخلفات کارمندان احصاء گردیده است موارد بسیاری ذکر گردیده که علاوه بر تخلف بودن عنوان مجرمانه نیز دارند مانند ارتشا و اختلاس و... سوال این است که چرا فقط دو مورد از عناوین مجرمانه باید برای رسیدگی بدو به دادگاه‌های کیفری ارسال شود؟ چرا نباید در مورد سایر فعالیت‌های مجرمانه که رسیدگی آن‌ها

۳۱. ماده ۴۵

۳۲. بند ۲۳: کارشکنی، شایعه‌پراکنی و شرکت در تحصن‌ها، تظاهرات و اعتصابات غیر قانونی و اعمال فشارهای گروهی و یا فردی برای تحصیل مقاصد یاب‌ه دست آوردن امتیازات غیر قانونی، بند ۲۴: تحریک در ایجاد تحصن‌ها، اعتصابات و تظاهرات غیر قانونی و یا وادار ساختن دیگران به کارشکنی یا کم‌کاری یا ایراد خسارت به اموال دولتی.



هم بی تردید در صلاحیت محاکم قضایی است و بعضاً از حیث مجازات و آثار مهم تر نیز می‌باشند همین تمهید اندیشیده شود؟ چه خصوصیتی وجود دارد که سایر موارد نادیده انگاشته شده است؟

با تفسیری که گفته شد عدم ذکر سایر موارد را باید امری سهوی دانست و به عبارت دیگر در همه موارد باید رسیدگی کیفری را مقدم بر رسیدگی اداری یا انتظامی دانست و نتیجه حاصله را بر دادرسی صنفی بار کرد.

بدیهی است بر فرض پذیرش رسیدگی مجزای نهاد اداری یا صنفی و اثبات تخلف این امر دلیلی بر وقوع جرم نمی‌باشد. تبصره ۳ ماده ۹ قانون تخلفات اداری بیان میدارد که هیأت‌های بدوی یا تجدید نظر، نماینده دولت در هر یک از دستگاه‌های مشمول این قانون هستند و رأی آنان به تخلف اداری کارمند تنها در محدوده مجازات‌های اداری معتبر است و به معنی اثبات جرم‌هایی که موضوع قانون مجازات‌های اسلامی است، نیست.

۴- مواردی که صرفاً جرم‌اند اما (قاعدتاً) تخلف محسوب نمی‌گردند

ارتکاب جرم نباید به خودی خود برای شخص تخلف اداری یا انتظامی محسوب گردد برای مثال ارتکاب سرقت یا توهین توسط کارمند یا وکیل نباید موجب محرومیت ایشان از حقوق اداری و صنفی ایشان گردد مگر این که این امر ناشی از محرومیتهای تبعی مجازات‌های کیفری باشد. با این حال، در کلیه مقررات انتظامی و انضباطی و حرفه ای عنوان کلی و نامشخص امر خلاف شان یا منافی شان به عنوان مصداق تخلف دیده می‌شود. به همین دلیل، بسیاری صدور حکم قطعی کیفری شخص را دلیل بر ارتکاب رفتار خلاف شان افراد (ولو آن که ارتکاب جرم بی ارتباط با حرفه طرف باشد) دانسته و در نتیجه همین امر را دست مایه طرح دعوی تخلف اداری یا انتظامی وی (هرچند معمولاً مجازات سبکی دارد) در نهادهای اداری و صنفی می‌کنند.

برای نمونه ماده ۸۷ آیین نامه لایحه قانونی استقلال وکلا بیان می‌دارد: «در صورتی که نسبت به وکیلی به اتهام ارتکاب جنحه یا جنایت (کیفر خواست) صادر شود دادستان باید رونوشت آن را به کانون بفرستد و از طرف کانون به دادگاه انتظامی وکلاء رجوع می‌شود و در صورتی که دادگاه دلائل را قوی و ادامه وکالت وکیل را منافی با شئون وکالت تشخیص دهد حکم تعلیق موقت او را صادر می‌نماید و حکم مزبور موقتاً قابل اجرا است و مفاد آن به دادگاهها ابلاغ می‌شود و در مورد محکومیت قطعی وکیل به ارتکاب جنایت مطلقاً در مورد جنحه‌هایی که به تشخیص دادگاه انتظامی وکلا ادامه وکالت منافی شئون وکالت است محرومیت وکیل از شغل وکالت در روزنامه رسمی و مجله کانون آگهی و به دادگاهها ابلاغ می‌شود.»

در مورد این ماده ابهامات و تردیدها و سوالاتی وجود دارد از جمله این که با تغییر عنوان مجازات‌ها از جنحه و جنایت به درجه در حال حاضر آیا می‌توان به آن پایبند بود؟ و در صورت



مثبت بودن پاسخ حدود اعمال آن به چه میزان خواهد بود؟ پاسخ به این سوالات در مقاله آینده خواهد آمد، ان شاء الله.

نتیجه

اگر بتوانیم برای جرم تعریف مشخصی متصور باشیم تخلف تعریف چندان معینی ندارد. مفهوم جرم و مفهوم تخلف نه یکسانند و نه متفاوت آن چنان که از میان نسبت‌های چهارگانه عموم و خصوص من وجه را دارند. برخی جرایم تخلف‌اند برخی تخلف نیستند. برخی تخلفات جرم‌اند و برخی تخلفات جرم نیستند. نسبت میان این دو اما باعث طرح پرسش‌هایی خواهد شد. در مواردی که انجام فعلیتی هم عنوان مجرمانه دارد و هم تخلف، مجازات‌های هر دو با هم جمع خواهد شد. در باب رسیدگی موازی تخلف و جرم در فرض گفته شده در نهادهای مربوطه امتناع قانونی وجود ندارد اما از نظر عملی نتیجه ناخوشایندی دارد زیرا نتیجه رسیدگی در محاکم قضایی هر چه باشد باید بر رسیدگی صنفی و اداری مقدم شمرده شود اما عکس آن صادق نیست زیرا برای نمونه نمی‌توان بر فعل واحدی که به سبب مجرمانه بودنش تخلف دانسته شده (مثل اختلاس) و در عین حال عنوان مجرمانه آن محرز نگردیده عنوان تخلف را بار کرد و از آن طرف نمی‌توان تخلفی را که جرم بودنش محرز گردیده است تخلف به حساب نیاورد.

منابع

- آئین نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان (مصوب ۱۳۷۵ هیات وزیران به استناد قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان - مصوب ۱۳۷۴)
- قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱ مجلس شورای اسلامی
- آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون و کلاء دادگستری مصوب سال ۱۳۳۴
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قانون کانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۸۱
- آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته مصوب ۱۳۷۸ هیات وزیران
- قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷.۸.۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام
- قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام



تحلیل و بررسی رأی شماره ۴۰۸۷ شورای

داوری خانه سینمای ایران

مسعود رحمانی کرچگانی^۱

چکیده:

شورای داوری خانه سینمای ایران، یکی از نهادهای مفید و مؤثر در حل و فصل اختلافات سینمایی است که بر اساس بند دهم ماده ۴ اساسنامه خانه سینما تشکیل گردیده است. این شورا جهت حل و فصل اختلافات سینمایی، تاکنون نقش به‌سزایی ایفا نموده است. هدف از این تحقیق، بررسی یک نمونه از آرای این شورا است تا از این طریق رویه این شورا در چند موضوع و مبحث مهم مشخص گردد. ضمن این مقاله برآنیم تا چند موضوع را تبیین نماییم؛ رعایت حقوق شهروندی سینماگران در صورت سپردن اختلافات به این نهاد، اعتبار قراردادی و مالک یا پدیدآورنده اثر سینمایی. اولین مساله در این رابطه این است که اشخاص با اراده آزاد خویش، قراردادهای سینمایی را منعقد نموده که در آن ارجاع اختلافات به شورای داوری خانه سینما را ذکر نموده است؛ بنابراین این مساله منافاتی با حقوق اشخاص در دادخواهی و همچنین اصل برابری نداشته، بلکه آنان همچنان این حق برای آنان محفوظ بوده، و فقط به دلیل برخی منافع حرفه‌ای این نهاد تشکیل شده است. دومین مساله اعتبار بخشیدن به قراردادهای سینمایی است و همان‌طور که مشخص گردید این قراردادها بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی الزام آور هستند و طرفین ملزم به رعایت مفاد و تعهدات موجود در آن هستند و در صورت نقض قرارداد، مسئولیت قراردادی به وجود خواهد آمد. و طرفی که قرارداد را نقض نموده، مسئول جبران خسارت وارده است. موضوع دیگر نیز بررسی رویه شورا در رابطه با پدیدآورنده اثر سینمایی و نقش تهیه‌کننده است که پس از بررسی نظرات مختلف مشخص گردید که طرفین طی قرارداد خصوصی حقوق مادی را به تهیه‌کننده واگذار می‌نمایند تا امور مربوط به فیلم تسهیل گردد. اما حقوق معنوی همچنان قابل انتقال به تهیه‌کننده نیست و متعلق به پدیدآورنده فیلم است.

کلمات کلیدی: شورای داوری، قرارداد خصوصی، مسئولیت قراردادی، پدیدآورنده، تهیه‌کننده



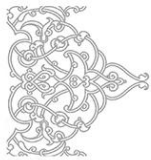
مقدمه:

سینما در رده‌بندی هنرها، به عنوان هنر هفتم شناخته می‌شود که مجموعه‌ای از هنرهای دیگر مانند ادبیات، موسیقی و اجرا را دربر می‌گیرد. اثر سینمایی کاری مشترک است که نیاز به همکاری افراد متخصص بی‌شماری دارد. (پورمحمدی‌ماهونکی، ۱۳۹۲، ص. ۱۱)

یکی از تشکلهای مهم و تاثیرگذار که در آیین‌نامه خانه سینما پیش‌بینی شده است شورای داوری خانه سینما می‌باشد که براساس بند ۱۰ ماده ۴ اساسنامه خانه سینما تشکیل شده است. این نهاد تا کنون نقش قابل توجهی در حل و فصل اختلافات مربوط به این حوزه داشته است و در واقع تأسیس شورای داوری خانه سینما، گامی مثبت جهت اعتلای سطح سینمای ایران می‌باشد. جهت تهیه و تولید یک فیلم سینمایی، مجموعه عوامل گوناگونی در کنار هم وجود دارند. در این پهنه وسیع و پیچیده روابط، وجود اختلافات امری بدیهی به نظر می‌رسد. بنابراین واگذاری حل و فصل این اختلافات به نهادی تخصصی و بی‌طرف و درون صنفی گامی مثبت و مفید می‌باشد. طی این مقاله به بررسی یکی از آرای شورای داوری خواهیم پرداخت. در ابتدا این نکته بررسی خواهد گردید که اعتبار قراردادهای موجود در روابط سینمایی جهت تهیه و تولید یک فیلم سینمایی مبتنی بر چه اصلی است و آیا اعتبار دارند؟ و پس از آن با توجه به رأی شورای داوری مسائل مربوط به مسئولیت قراردادی و خسارت بررسی خواهد گردید. در نهایت از آنجا که طرف تمام قراردادهای سینمایی تهیه کننده است و طی نمونه رأیی که آورده شده است تهیه کننده مسئولیت این امور را برعهده دارد، به بررسی پدیدآورنده اثر سینمایی خواهیم پرداخت.

مشروح رأی

در رأی به شماره ۴۰۸۷/ش/د مورخ ۱۳۹۳/۴/۲، فیلم‌بردار فیلم به‌عنوان خواهان به‌طرفیت تهیه‌کننده فیلم خواستار احقاق حقوق مادی خود گردید. طی این رأی، نهایتاً پس از اتمام فیلم‌برداری (از آنجا که فیلم‌برداری نیز یکی از عوامل دخیل در تولید فیلم سینمایی است و شخص فیلم‌بردار نیز دارای حقوق مادی و معنوی منحصر به خود می‌باشد) طی گزارش‌ها و مستندات موجود در پرونده، در ابتدا قراردادی میان تهیه‌کننده عراقی و شخصی به‌عنوان مدیر فیلم‌برداری فیلم سینمایی منعقد گردید و سپس با تعیین تهیه‌کننده ایرانی، متمم این قرارداد، به‌صورت سه‌جانبه میان تهیه‌کنندگان ایرانی، عراقی و مدیر فیلم‌برداری منعقد گردید که تهیه‌کنندگان مذکور متعهد گردیدند درازای مدت دو ماه فیلم‌برداری با شرایط و اوصاف موصوف در پرونده (از جمله استفاده از گیت به هنگام فیلم‌برداری) دستمزد فیلم‌بردار معادل ۲۴۰۰۰ دلار آمریکا باشد. پس از اتمام فیلم‌برداری و بررسی‌های موصوف در پرونده، مشخص گردید که فیلم‌بردار یکی از شرایط موجود در پرونده یعنی استفاده از گیت به هنگام فیلم‌برداری را نقض نموده و در اثر این امر هزینه‌های اضافی و تبعی ناشی از خودداری از این امر در هزینه‌های



لابراتواری منجر گردید. در نهایت به دلیل ارتباط مستقیم این هزینه‌های اضافی با مسئولیت مستقیم شخص فیلم‌بردار، شورای داوری وی را مسئول پرداخت این هزینه‌های تبعی دانست. از طرفی از آنجا که وی امر فیلم‌برداری را کامل انجام داده و هیچ‌گونه نقص یا اشکال تکنیکی در کار فیلم‌برداری خواهان موجود نبوده، بنابراین خواننده این پرونده یعنی تهیه‌کننده را مسئول پرداخت مابقی دستمزد فیلم‌بردار می‌داند. البته در آخر رأی شورا ذکر نموده است که هر دو پرداخت باید هم‌زمان صورت گیرد.

گفتار اول: اعتبار قراردادهای سینمایی

در عرف سینمای ایران، ابتدا به ساکن میان عوامل فیلم و تهیه‌کننده قراردادی منعقد می‌گردد. این رأی به عنوان نمونه آرای شورا است که در بالا ذکر گردیده است. در این قسمت این موضوع بررسی می‌گردد که اعتبار این قراردادها مبتنی بر چه اصولی است؟

برای تهیه و تولید یک فیلم سینمایی، مجموعه عوامل و دست‌اندرکاران فیلم به صورت مجزا با تهیه‌کننده قرارداد خصوصی منعقد می‌نمایند که در نهایت با توجه به نظام حقوقی ایران، این قراردادها را می‌توان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه و تفسیر نمود. ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. لزوم، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام‌کننده به آن‌ها نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ قانون مدنی). عکس حالت فوق را جواز گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ش. ۴۶۲۴)

پس معنای لغوی لزوم یعنی «پای‌بند بودن، ادامه یافتن، (بندریگی، ۱۳۶۸، ص. ۱۳۲) دوام یافتن، دوام پیدا کردن»^۲ البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می‌باشند و هم حق برهم زدن عقد را ندارند. البته از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می‌کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آنچه به وجود آورده‌اند، پایبند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود؛ خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به ما عقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم باشد یا جایز. (امین، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۸)

ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بی‌تردید، اعتبار قراردادهایی را که دارای الگوی عقود معین نیستند و مخالفتی با موازین قانونی ندارند، بیان می‌کند و عنوان عقد بر قراردادهای نامعین هم شامل می‌شود. (امین، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۳)

۲. ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود، و همچنین به سغه، در مواردی که رشد معتبر است».



همه قراردادهایی که در تهیه و تولید یک فیلم سینمایی با تهیه‌کننده منعقد می‌گردد را می‌توان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قرارداد و طبق این اصل آن‌ها را معتبر و لازم‌الاجرا دانست. لذا در صورتی که یکی از طرفین متعهد قرارداد، تعهد را نقض نمود، جبران خسارت وی الزامی است و می‌بایست از عهده تعهدات قراردادی خویش به‌خوبی برآید. قراردادهای نیز مانند عقود می‌توانند هم به‌صورت کتبی باشند و هم به‌صورت شفاهی. چنانچه در حقوق کشورهای دیگر، قراردادهای شفاهی^۳ شناخته شده است و برای این دسته از قراردادهای حتی در صورت بروز اختلاف بین طرفین آن‌ها، ترتیبات خاصی برای رسیدگی دادگاهی در نظر گرفته شده است. البته اثبات حق و تعهد در مورد قراردادهای شفاهی، به‌آسانی قراردادهای نوشته شده نیست. در حال حاضر، در همه نظام‌های حقوقی این اعتقاد وجود دارد که عقود معینه و ضوابط مربوط به آن‌ها برای رفع نیازمندی‌های مردم یک جامعه و در روابط خصوصی افراد که دائم در حال تحول است، کافی نیست. به عبارت دیگر، عقلاً و عملاً درست نیست و امکان ندارد قواعد حاکم بر جامعه را ثابت نگه داشت. (امین، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۴)

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی اشعار می‌دارد که اراده افراد هم در ایجاد عقد و آثار مترتب بر آن و هم در تمامی روابط حقوقی حاکمیت دارد. در پرتو این اصل که از ماده ۱۰ قانون مدنی ایران استفاده می‌شود، قراردادهای نامعین (بی‌نام) که محصول توافق دو اراده مستقل است صحیح و نافذ تلقی شده است. قرارداد نامعین قراردادی است که قانون نامعینی به آن اختصاص نداده و عهده دار تنظیمات قانونی آن نشده است. از قبیل قرارداد بای بک، قرارداد ساخت بهره برداری و انتقال (BOT) مالکیت زمانی، قرارداد نشر، اقامت در هتل و بیمارستان و... این قراردادهای که در ماده ۱۰ از آنها تحت عنوان قرارداد خصوصی یاد شده است تابع تراضی طرفین است و آثار حقوقی این تعهدات نیز همان است که طرفین خواسته اند. این قراردادهای تابع مقررات و آثار اختصاصی قراردادهای معین نیستند و صرفاً از قواعد عمومی قراردادهای تبعیت می‌کنند. مفاد این قراردادهای باید شرایط اساسی صحت معاملات را واجد بوده و مخالف با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. (ذاکرسالچی، ۱۳۸۴، ص. ۱)

داوری در خانه سینما و حقوق شهروندی

متطابق اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد.» بی‌شک، منطوق این اصل بیانگر شناسایی بی‌قید و



شرط حق دسترسی تمام عیار شهروندان ایرانی به دادگاه است. (گرجی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۴)

در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ م. مطابق با ۱۹ آذرماه ۱۳۲۷ ه.ش آمده است: «هرکس با مساوات کامل حق دارد که دعوایش به وسیله دادگاه مستقل و بی طرفی، منصفانه و علنا رسیدگی بشود و چنین دادگاهی درباره حقوق و تکالیف او یا هر اتهام جزایی که به او توجه کرده باشد، اتخاذ تصمیم نماید.»

همچنین در ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ م. مذکور است: «همه در مقابل دادگاه‌ها و محاکم دادگستری برابر هستند. هرکس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه مستقل و بی طرف تشکیل شده، طبق قانون رسیدگی شود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی او با اختلافات راجع به حقوق و الزامات امور مدنی اتخاذ تصمیم نماید...» (گرجی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۹)

بدین ترتیب یکی از اصلی‌ترین و مهم‌ترین حقوق هر شخصی، حق بر دادخواهی است که براساس این حق، اشخاص می‌توانند برای احقاق حقوق خویش به دادگاه و مراجع صالح مراجعه نموده و حقوق پایمال شده خویش را خواستار شوند. بالتبع، سینماگران نیز یکی از اشخاصی هستند که بالذات دارای این حق هستند که در صورت بروز تعارضات و مناقشاتی بر سر حقوق و منافعشان، بتوانند به مراجع صالح رجوع نموده و در پی احقاق حقوق خویش برآیند. که در این میان، مراجع داوری پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات، یکی از راه‌های دسترسی این اشخاص به سیستم دادرسی است و در واقع پیش‌بینی سازوکار ویژه برای آنان در جهت احقاق حقوق آنان، یکی از جلوه‌های حق بر دادرسی است. اما در برابر این دیدگاه، سوالی پیش می‌آید که آیا پیش‌بینی این حق ویژه برای گروهی از اشخاص در جامعه (سینماگران)، ناقض اصل برابری نیست؟

در ابتدا بایستی اشاره نماییم که برابری و مساوات از کهن‌ترین اندیشه‌ها و خواسته‌های بشری است. و زمینه‌ی اصلی و اساسی حقوق و آزادی‌های فردی را باید در برابری آن‌ها یافت. تا وقتی بین افراد، از هر لحاظ مساوات کامل برقرار نشود، محال است که در جامعه‌ای عدالت اجتماعی، برادری و آزادی محقق شود. (آشوری، ۱۳۸۳، ص. ۲۱۸) البته از لحاظ نظری همه پذیرفته‌اند که انسان‌ها باید برابر باشند، قانون یکسان بر آنان حکومت کند و از حقوق مساوی برخوردار شوند، ولی این برابری نظری، همه جا با نابرابری عملی روبرو است.

از این‌رو مهم‌ترین اصلی که در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان یکی از شاخص‌های حقوق ملت مطرح می‌باشد، «مساوات و برابری» است. اصل برابری در بند ۹ اصل سوم قانون اساسی کشورمان، بند ۱۴ همین اصل، و اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی تبلور یافته است. اما به نظر می‌رسد در پاسخ به این اشکال که در واقع پیش‌بینی سازوکار ویژه برای دادخواهی سینماگران را به نوعی تبعیض می‌داند، می‌توان چنین پاسخ داد:

-اولا گاهی اوقات نمی‌توان برابری شکلی را به طور کامل برقرار نمود و در واقع درپاره‌ای از



موارد، وجود برخی منافع و مصالح، موجب می‌گردد تا سازوکارهای ویژه‌ای پیش‌بینی گردد که بتوان منافع و مصالح برتر و مهم‌تر را در نظر گرفت.

-آزادی اراده یکی از اصلی‌ترین اصول حقوق بشری است؛ بدین ترتیب که اشخاص دارای اراده آزاد هستند تا بتوانند امور زندگی خویش را سامان دهند. در امور سینمایی نیز قضیه به این شکل است که براساس اراده آزاد، طی انعقاد قرارداد سینمایی، حل اختلافات خویش را به این نهاد واگذار می‌نمایند. بدین ترتیب، سرسپردن به نهاد داوری خانه سینما، براساس اصل آزادی اراده آنان صورت پذیرفته است و منافاتی با حق و حقوق آنان ندارد.

-در نهایت اینکه، اگر مشکلات آنان رفع نشود، همچنان حق دادخواهی برای آنان محفوظ خواهد بود.

مسئولیت قراردادی

منشأ اختلافات و تعارضات اشخاص با یکدیگر را به‌طور کلی می‌توان به دو گروه عمده تقسیم نمود: اختلافاتی که ناشی از یک قرارداد است و در رابطه با مفاد یک قرارداد و یا نحوه اجرا و سایر آثار مربوط به قرارداد است و یا در قالب بحث اختلافات غیر قراردادی قرار خواهد گرفت که این مقوله مربوط به مواقعی است که قراردادی در میان طرفین منعقد نبوده است اما با توجه به مباحث مسئولیت مدنی این نوع مسئولیت مطرح می‌گردد.

در زمینه اختلافات قراردادی، شورای داوری تمامی قراردادهای منعقد شده میان طرفین در جریان ساخت یک فیلم سینمایی را طبق اصل لزوم قراردادها و بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی، معتبر و لازم‌الاجرا دانسته است و طرفین را ملزم به اجرای تعهدات قراردادی می‌نماید. در این میان در صورتی که یکی از طرفین تعهدات قراردادی را اجرا ننماید و یا نقض تعهد نماید، طرف متعهد را ملزم به اجرای قرارداد نموده و نهایتاً در صورت ورود خسارت به طرف مقابل، شخص ناقض تعهد را ملزم به پرداخت خسارت می‌نماید. که در این رأی این مسئله وجود دارد.

در رابطه با این پرونده از آنجا که یک قرارداد در میان است می‌توان به مسئولیت قراردادی اشاره نمود: حقوقدانان در تعریف مسئولیت قراردادی آورده‌اند: «مسئولیت قراردادی عبارتست از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه اجرا نشدن قرارداد، به طرف او وارد می‌شود». (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۶۷، ص. ۱۱۶)

خسارات ناشی از عدم انجام قرارداد یا تأخیر در انجام آن یکی از مباحث مهم قراردادها است که در فصل سوم قانون مدنی بیان شده است. ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد که چنانچه کسی به امری تعهد کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است. همچنین ماده ۲۲۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که در صورت عدم ایفای تعهدات از یک طرف قرارداد، طرف دیگر می‌توان تقاضای پرداخت خسارت کند. (شیروی، ۱۳۸۰، ص. ۹) در رابطه با تقصیر در



مسئولیت قراردادی، دکتر کاتوزیان معتقدند که: «طرف قرارداد، برای گرفتن خسارت، نیازی به اثبات تقصیر مدیون ندارد و کافی است ثابت کند که ایفای به عهد نکرده و از این راه باعث ورود ضرر شده است. اجرا نکردن تعهد اماره تقصیر متعهد نیست تا اگر مدیون ثابت کند که تقصیری مرتکب نشده و احتیاط لازم را کرده است از مسئولیت مبرا شود. نقض عهد خود تقصیر است.» (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۵)

مسئولیت قراردادی تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی، برای اشخاص ایجاد می‌شود، برخلاف مسئولیت مدنی خارج از قرارداد که در آن قراردادی در کار نیست. از جمله شرایط ایجاد مسئولیت قراردادی: وجود قرارداد و رابطه علیت بین خسارت و عدم اجرای قرارداد است. در ابتدا برای اثبات مسئولیت قراردادی وجود و اثبات قرارداد امری ضروری است و احراز رابطه قراردادی میان خواهان و خوانده یکی از ارکان مسئولیت قراردادی است و این رابطه فقط در مورد طرفین قراردادی باید باشد و اگر طرف قرارداد به شخص دیگری که خارج از قرارداد است ضرر بزند، این مسئولیت قراردادی نخواهد بود. از طرف دیگر باید بین خسارت وارده و قرارداد، چنان رابطه‌ای باشد که بتوان گفت خسارت در نتیجه عدم اجرای تعهد به بار آمده است؛ برای مثال در عقد بیع اگر فروشنده، مبیع را تحویل ندهد و ضرری از این بابت به مشتری برسد، این در نتیجه مسئولیت قراردادی است. به‌عنوان مثال در پرونده موصوف، فیلم‌بردار شرایط قرارداد را که استفاده از گیت بوده است نقض کرده و در نتیجه این امر هزینه اضافی بر تهیه نگاتیو تحمیل شده است، بنابراین خود شخص فیلم‌بردار، مسئولیت جبران خسارت ناشی از آن را بر عهده خواهد داشت. آنچه که مسلم است خسارات حاصله از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد بر طبق قاعده عقلی «لاضرر» باید جبران شود. (امامی، ۱۳۷۵، ص. ۱۷۲)

مسئولیت قراردادی دارای سه رکن مهم می‌باشد که عبارت‌اند از:

۱- **تخطی:** اینکه متعهد تعهد ناشی از عقد را به‌جا نیاورد که در این پرونده، فیلم‌بردار به تعهد موصوف در قرارداد عمل ننموده است و یکی از شرط‌های موجود در قرارداد را که استفاده از گیت در هنگام فیلم‌برداری بوده است را نقض نموده است؛ بنابراین وی از تعهدات قراردادی خویش تخطی نموده است.

۲- **اثبات ضرر:** با برداشت از ماده ۵۲۰ آیین دادرسی مدنی که عنوان می‌دارد: «دادگاه در صورتی حکم به خسارت خواهد داد که ضرر اثبات شود». این امر یعنی ضرر و زیان، در این پرونده به دلیل عدم استفاده فیلم‌بردار از گیت در هنگام فیلم‌برداری، منجر به افزایش هزینه‌های لابراتواری فیلم گردیده است و این امر در شورای داوری به‌درستی بررسی و تأیید شده است.

۳- **رابطه سببیت:** و با برداشت از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی: «این ضرر بلا واسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن باشد». در نتیجه این ضرر باید بلا واسطه و مستقیم باشد که در مورد این پرونده صدق می‌نماید.



از جمله آثار عدم اجرای تعهد این است که: «در صورتی که متعهد به میل خود تعهد را انجام ندهد، می‌توان با مراجعه به مقامات قانونی، اجبار متعهد به اجرای قرارداد را خواستار شد»؛ که این اصل با برداشت از ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌باشد و اگر اجبار ممکن نبود ولی موضوع تعهد از جمله اموری است که می‌تواند توسط دیگری به عمل آید، حاکم می‌تواند توسط دیگری تعهد را اجرا نموده و مخارج آن را از متعهد متخلف اخذ نماید. در صورتی که نه اجبار ممکن بود و نه فعل توسط دیگری قابل انجام بود، متعهد له یا خواهان حق فسخ قرارداد را خواهد داشت و هرگاه در نتیجه عدم اجرای تعهد، خسارتی به متعهد له وارد شده باشد، وی می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده و جبران خسارت را مطالبه نماید. در نهایت با استنباط از مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مدنی، برای دریافت خسارت نیاز به شرایطی است که عبارت‌اند از:

الف- انقضای موعد: متعهد وقتی می‌تواند خسارت عدم اجرای قرارداد تعهد را بخواهد که وقت قرارداد تمام شده باشد.

ب- تحقق ضرر: متعهد له وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اثبات نماید به واسطه عدم اجرای قرارداد، خسارتی به او وارد شده باشد.

ج- عدم اجرای تعهد: خسارت ناشی از عوامل خارجی نباشد، مثل زلزله که در اختیار متعهد نیست.

د- لزوم جبران خسارت: جبران خسارت طبق قرارداد یا عرف یا قانون لازم باشد. در رابطه با مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه که در این پرونده از یوم الادا ذکر شده نیز می‌توان موارد زیر را ذکر نمود:

هرچند با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۷۹ خصوصاً ماده ۵۲۲ آن اختلافات مربوط به مشروعیت یا عدم مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه پایان یافته است؛ اما محاکم در مورد اینکه خسارت یادشده را از چه زمانی می‌باید محاسبه و مورد حکم قرار دهند هنوز هم با تردیدهایی مواجه‌اند و صدور آراء متفاوت در زمینه M مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه ناشی از همین تردیدهاست.

اما مسأله‌ای که در خصوص خسارت تأخیر تأدیه بسیار مهم به نظر می‌رسد این است که مبدأ محاسبه این خسارت از چه زمانی است و مدیون در صورت محکومیت به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، این خسارت را باید از چه زمانی محاسبه و به دائن پرداخت نماید؟

در پاسخ به این سؤال باید دو حالت را از یکدیگر تفکیک نماییم:

اول - مواردی که طرفین در خصوص خسارت تأخیر تأدیه در قرارداد یا به صورت شفاهی توافق نموده‌اند.

دوم- مواردی که طرفین توافقی نسبت به نرخ و میزان خسارت تأخیر تأدیه ننموده‌اند.



اول- توافق و تراضی در خصوص خسارت تأخیر تأدیه:

به تجویز قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد: «...مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

در مورد مطالبات مالی چنانچه طرفین ضمن قرارداد یا به‌طور شفاهی (با دلیل موجهه) در خصوص میزان خسارت تأخیر تأدیه توافق نموده باشند، دادگاه خسارت را بر مبنای توافق طرفین احتساب خواهد کرد.

حکم قسمت اخیر ماده ۵۲۲ بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده قابل توجیه به نظر می‌رسد. هرچند مقررات ماده ۷۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که در موارد وجود قرارداد بین طرفین، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را صراحتاً تعیین نموده بود، در حال حاضر با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۷۹، نسخ گردیده است؛ اما عبارت ذیل ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م و ماده واحده الحاقی به قانون عملیات بانکی بدون ربا به‌خوبی مؤید این است که در حال حاضر نیز طرفین می‌توانند در خصوص مبدأ و میزان خسارت تأخیر تأدیه با یکدیگر توافق نمایند.

دوم- عدم توافق قبلی طرفین در خصوص مبدأ خسارت تأخیر تأدیه:

در بسیاری از موارد طرفین در معاملات خود متعرض مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه نمی‌گردند (مانند این پرونده) و معمولاً این مطلب را به سکوت برگزار می‌کنند. حال سؤال اساسی این است که در این‌گونه موارد چه زمانی را باید مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه دانست. نظر اول این است که مبدأ محاسبه را زمان سررسید دین یا طلب فرض کرده و نظر دوم نیز این

است که مبدأ محاسبه را از زمان مطالبه طلب توسط دائن فرض کنیم.

البته مقررات پراکنده‌ای هم که پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را تجویز نموده‌اند قاعده عام‌الشمولی را در این باب وضع ننموده و آراء دادگاه‌ها هم در خصوص هر مورد متفاوت است. به‌منظور روشن شدن هرچه بیشتر این موضوع، هریک از نظریات فوق را جداگانه ذکر کرده و مقرراتی را که هر یک از نظریات فوق را تقویت می‌نمایند متذکر می‌شویم:

الف- نظریه سررسید

مطابق این نظریه، زمان محاسبه خسارت تأخیر تأدیه سررسید دین یا طلب می‌باشد؛ بنابراین چنانچه در مطالبات مستند به سند اعم از عادی و رسمی تاریخ سررسید دین مشخص شده باشد باوجود رسیدن اجل، مدیون را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید تا یوم پرداخت نیز محکوم خواهد نمود؛ بنابراین در تعهدات پولی چنانچه مدتی از ثبوت دین بگذرد مدیون باید در هنگام تأدیه بدهی، خسارت تأخیر تأدیه را نیز از هنگام مدیونیت خود تا یوم پرداخت به خواهان بپردازد.



ب- نظریه مطالبه

مطابق این نظر، مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را باید هنگامی فرض کرد که دائن به طور رسمی یا غیررسمی طلب خود را مطالبه کرده باشد و از تاریخ مطالبه طلب است که طلبکار استحقاق دریافت خسارت تأخیر تأدیه را پیدا می‌کند.

مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در ماده ۳۰۴ قانون تجارت بر پایه این نظر است: «خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که به واسطه عدم تأدیه اعتراض شده است از روز اعتراض و مخارج برات رجوعی فقط از تاریخ اقامه دعوی محسوب می‌شود».

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج (موضوع ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م) می‌باشد نیز از هنگامی است که بستانکار دین را خواسته باشد. در این صورت دادگاه از تاریخ مطالبه تا روز صدور حکم نسبت به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه حکم خواهد داد. تاریخ مطالبه نیز با توجه به تاریخ تقدیم اظهارنامه یا درخواست شفاهی یا تاریخ تقدیم دادخواست تعیین خواهد شد. البته رویه معمول محاکم نیز در خصوص پرداخت خسارت تأخیر تأدیه مطالبات پولی، بر مبنای تاریخ مطالبات خواهان است. (محسنی، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۲-۱۰۳)

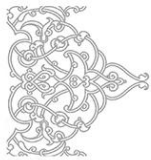
به نظر می‌رسد با توجه به پرونده بررسی شده در شورای داوری، نظر این شورا به نظریه اول یعنی تاریخ سررسید نزدیک‌تر می‌باشد.

گفتار دوم: پدیدآورنده آثار سینمایی

نکته مهم دیگری که در این رأی دیده می‌شود این است که چرا این دعوا به طرفیت تهیه کننده مطرح شده است و چرا به طرفیت کارگردان و یا سایر عوامل فیلم نیست؟ سؤال بارز و مهم دیگری که در تمامی این قراردادها به چشم می‌خورد این است که چرا تمام قراردادهای سینمایی با طرفیت تهیه کننده منعقد می‌گردند و چرا چنین قراردادهایی که در مبحث قبلی، اعتبار و صحت آن‌ها مشخص گردید، با سایر دست‌اندرکاران فیلم سینمایی، مثلاً کارگردان، تدوین کننده و یا هر شخص دیگری منعقد نمی‌گردد؟

از طرفی در اکثریت قریب به اتفاق آراء و پرونده‌های موجود در شورای داوری خانه سینما، اشخاص به طرفیت تهیه کننده دعوی را طرح می‌کنند. سؤالی که مطرح می‌گردد این است که چرا تهیه کننده مسئول است؟ آیا وی را باید پدیدآورنده اثر سینمایی بدانیم؟ و یا این طرز تلقی و رویه، علت دیگری دارد؟

ماده ۶ ق.ح.م.ق مقرر می‌دارد: «اثری که با همکاری دو یا چند پدیدآورنده به وجود آمده باشد و کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد، اثر مشترک نامیده می‌شود و حقوق ناشی از آن، حق مشاع پدیدآورندگان است».



عدم ارائه تعریف خاصی از پدیدآورندگان فیلم، سبب ایجاد این تصور می‌شود که تمامی کسانی که در ساخت یک فیلم همکاری می‌کنند، بر اساس اطلاق ماده ۶ پدیدآورنده محسوب‌اند و صاحب حق مشاع هستند.

چنین برداشتی از ماده ۶ ما را در عمل، با مشکلات غیرقابل حلی مواجه خواهد کرد، چراکه بر این اساس، تمامی عوامل فیلم، اعم از کارگردان، تهیه‌کننده، فیلم‌نامه‌نویس، طراح صحنه و گریم، آهنگساز و بازیگر و... پدیدآورنده محسوب می‌شوند و بنابراین، هرگونه تصمیم‌گیری در مورد اعمال حقوق مادی یا معنوی فیلم، باید با رضایت تمامی آنان اتخاذ گردد.

نتیجه چنین حکمی این است که در صورت مخالفت حتی یک نفر از انبوه این افراد، امکان اتخاذ تصمیم از بین خواهد رفت و تصمیماتی که با توافق تک‌تک کسانی که در ساخت فیلم همکاری کرده‌اند اتخاذ نشود، فضولی و غیر نافذ و نیازمند تنفیذ سایرین خواهد بود.^۴ البته، اتخاذ چنین رویه‌ای، غیرمنطقی و غیرممکن است.

از آنجایی که فیلم سینمایی اثری مشترک بوده و نتیجه‌ی همفکری و همکاری عوامل گوناگونی از جمله فیلم‌نامه‌نویس، کارگردان، هنرپیشگان، فیلمبرداران، صحنه‌آریان، نورپردازان، صدابرداران، تدوینگران و تهیه‌کنندگان و... است، جزء اصلی‌ترین مصادیق ماده ۶ نیز محسوب می‌گردد. در این ماده، اثری که با همکاری دو یا چند پدیدآورنده به وجود آمده باشد و کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد، اثر مشترک نامیده شده و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدیدآورندگان محسوب گردیده است. (سالک، ۱۳۷۸، ص. ۱۲۶)

در قانون سال ۱۳۴۸ ایران، اثری، تحت عنوان اثر مشترک مورد شناسایی قرار گرفته‌اند که با توجه به تعریف ارائه‌شده، اثر سینمایی نیز یک اثر مشترک محسوب می‌شود؛ درحالی‌که به احکام مختلف این آثار اشاره‌ای نشده است. در خصوص پدیدآورنده این‌گونه آثار، چنانچه همه عوامل دخیل در تولید اثر را به‌عنوان پدیدآورنده تلقی کنیم بهره‌برداری از اثر دچار مشکل و در برخی موارد غیرممکن می‌شود. دلیل خاص یا فرض قانونی مؤثری نیز وجود ندارد تا یکی از عوامل فوق را بر سایرین ترجیح داده یا به‌عنوان نماینده، برای اعمال حق برگزینیم. هرچند در عرف سینماگران ایران این نقص از طریق انعقاد قرارداد مرتفع شده و کلیه عوامل اثر ضمن انتقال قراردادی حقوق خود به تهیه‌کننده، حق هرگونه ادعایی را در آینده از خود نفی می‌کنند. این روند صرفاً به‌منظور تسهیل بهره‌برداری از اثر و اعمال حقوق اثر در پیش گرفته‌شده و شامل حقوق مادی می‌شود و حقوق معنوی با توجه به ماهیت خود مشمول این نقل‌وانتقال نمی‌شود؛ ولی با توجه به سکوت قانون در این زمینه و عدم تبیین و تعریف حقوق معنوی اثر، عملاً صاحب حق،

۴. ماده ۵۸۱ قانون مدنی در بحث شرکت مقرر می‌دارد: «تصرفات هریک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.»



نسبت به حقوق معنوی خود و اعمال این حقوق نیز اختیار لازم را از دست می‌دهد. (شایسته، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۱-۱۵۲)

قانون فعلی ایران مقررہ خاصی در این زمینه ندارد و لذا اگر اثر سینمایی، اثر مشترک تلقی شود، کلیه اشخاص مشارکت‌کننده از مالکیت برخوردار هستند باوجوداین، ممکن است در قراردادهای سینمایی پیش‌بینی شود که همه فعالان، حق مادی را به تهیه‌کننده منتقل نمایند. به‌موجب ماده ۳۹ پیش‌نویس لایحه قانون مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط، در آثار دیداری و شنیداری جز در صورت وجود دلیل مخالف، کارگردان اصلی، نمایش‌نامه یا فیلم‌نامه‌نویس، نویسنده متن گفتگو و آهنگساز خاص، پدیدآورنده و مالک مشترک هستند. لذا هریک از آنان قادر هستند به‌طور مثال مانع تکثیر یا عرضه اثر گردند اما می‌توان در قراردادها برخلاف این امر ترازی نمود. (حبیبی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۸)

به‌این ترتیب، سازوکارهای مؤلف بودن یا اماره انتقال قهری حقوق به تهیه‌کننده و یا فرض نمایندگی قانونی برای تهیه‌کننده می‌تواند چالش‌های ناشی از اشتراکی بودن اثر را برطرف نماید؛ اما همواره این پرسش مطرح است که اعمال حق معنوی در این موارد چگونه است؟ در نظام‌هایی مانند ایران که حق معنوی غیرقابل انتقال است این حق همواره برای پدیدآورنده باقی می‌ماند اما در مورد حقوق مادی به نظر می‌رسد این نظر را که پدیدآورنده کارگردان، تهیه‌کننده و کلیه عوامل سازنده فیلم می‌باشد و تهیه‌کننده به‌موجب قراردادی که با افراد دخیل در تولید فیلم سینمایی منعقد می‌نماید حقوق مادی مربوط به فیلم به وی منتقل می‌گردد یا اجازه بهره‌برداری را به وی منتقل می‌نماید نظری معقول‌تر است. (حبیبی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۹) بنابراین برای حل مشکلات از نظر حقوقی تعیین یک شخص (حقیقی یا حقوقی) که دارنده حقوق اثر سینمایی تلقی شود اجتناب‌ناپذیر بوده، به‌ویژه در مرحله اجرای حقوق، اهمیت این امر به‌مراتب بیشتر احساس می‌شود. عوامل تولید تلاش می‌کنند از طریق انعقاد قرارداد و تعریف رابطه، حقوق و تعهدهای خود در قالب قرارداد خصوصی، این مشکل را تا حدودی حل کنند. در این قرارداد که به‌طور جداگانه بین تهیه‌کننده از یک‌سو و سایر عوامل فیلم از سوی دیگر منعقد می‌شود، تعهدها و حقوق طرفین و ضمانت اجرای آن‌ها درج‌شده و کلیه حقوق اثر نیز به تهیه‌کننده واگذار می‌شود.

در واقع تهیه‌کننده یک اثر سینمایی (که ممکن است هم‌زمان، کارگردان، نویسنده فیلم‌نامه و ... نیز باشد) طی قراردادی که با سایر عوامل امضا می‌کند کلیه حقوق اثر را به تملک خود درآورده و به استناد این قرارداد نیز برای اثر خواسته‌شده درخواست پروانه مالکیت می‌کند. در مواردی نیز که اثر به سفارش و هزینه شخص حقیقی یا حقوقی تهیه می‌شود، تهیه‌کننده صرفاً نقش ناظر و مدیر هزینه‌ها و تدارکات را داشته و در قرارداد همکاری، حقوق اثر را برای سفارش‌دهنده محفوظ می‌شمارد.



این فرایند در خصوص حقوق مادی اثر تا حدی مشکلات موجود را مرتفع کرده است؛ اما در خصوص حقوق معنوی اثر سینمایی و همچنین حقوق مادی و معنوی اجزای تشکیل دهنده آن، باوجود قرارداد مزبور و پروانه مالکیت، همواره بین تهیه کننده و سایر عوامل دخیل در تولید، اختلاف‌هایی بروز می‌کند که از طریق شرط داوری مندرج در قرارداد به حکمیت ارجاع می‌شود. (شایسته، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۸-۱۵۰) همچنین می‌توان اذعان داشت که تهیه کننده به عنوان وکیل بلاعزل عوامل فیلم در اعمال حق معنوی است که حداقل آن در طول دوره قرارداد، این حقوق را اعمال می‌نماید و در این مدت پدیدآورنده برای جلوگیری از اختلاط، از اعمال این حق خودداری می‌کند.

نکته دیگری که مهم است این است که اولاً: در رویه پرونده‌های شورای داوری، شورای تمام دعاوی که علیه تهیه کننده جهت احقاق حقوق است را پذیرفته، بنابراین عملاً در رویه این نهاد تمایل به پذیرش این نظر است که تهیه کننده طی همان قرارداد خصوصی، حقوق مادی مربوط به اثر به وی منتقل می‌شود، بنابراین وی را مسئول مطالبات اشخاص می‌داند. ثانیاً در رأی شماره ۵۶۶۹/ش/د شورای داوری، این نکته تصدیق و تصریح گردیده است که: «عرف و رویه مناسبات سینمایی، شخص تهیه کننده را مسئول هر پروژه دانسته است» و عملاً بر عرف صحه گذاشته است.

نتیجه گیری:

هدف اصلی این تحقیق بررسی یکی از آرای شورای داوری و پی بردن به رویه این نهاد مهم سینمایی بوده است. در ابتدای هر تولید فیلم سینمایی، میان عوامل فیلم و تهیه کننده قراردادی جهت همکاری منعقد می‌گردد. این قرارداد را می‌توان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی کشورمان که قراردادهای خصوصی را معتبر دانسته است، تفسیر و توجیه نمود. بنابراین این قراردادها الزام آور هستند و در صورت نقض قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد، مسئله مسئولیت قراردادی پیش می‌آید که در صورت وجود قرارداد معتبر و نقض قرارداد، شخص باید جبران خسارت نماید.

یکی از مباحث مهم در مورد سپردن داوری به نهاد داوری خانه سینما، این است که ممکن است این اصل با حق دادخواهی انسان‌ها که در اصل ۳۴ قانون اساسی کشورمان، ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و همچنین ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ذکر شده، مغایرت داشته باشد. همچنین ایراد دیگری که به این موضوع گرفته شده است این است که پیش‌بینی چنین نهادی ممکن است نقض اصل برابری باشد و تبعیض را رواج دهد. در پاسخ به این امر بیان شد که از آنجا اشخاص دارای اراده آزاد هستند، پس می‌توانند با اراده آزاد خود امور خویش را سامان دهند. در این رابطه، اشخاص حوزه سینما، با انعقاد قراردادهای سینمایی، در بندی، حل اختلافات خویش را به نهاد داوری ارجاع می‌نمایند. بدین ترتیب این نهاد، منکر اصل دادخواهی اشخاص



نیست و این حق همچنان برای وی برقرار است. از طرف دیگر، به دلیل مصالحی برتر در امور حرفه‌ای سینمایی این نهاد تشکیل شده است و بنابراین نقض اصل برابری به حساب نمی‌آید. موضوع دیگری که در این رأی دیده می‌شود بررسی این موضوع است که چرا به طرفیت تهیه کننده این دعوا مطرح شده است. در واقع بحث مربوط به پدیدآورنده اثر سینمایی می‌شود. همان طور که در ماده ۶ قانون حقوق مؤلفین، مصنفین و هنرمندان، اثر سینمایی به عنوان اثر اشتراکی پذیرفته است، نمی‌توان فقط یک نفر را به عنوان پدیدآورنده معرفی نمود، چرا که باعث تضییع حقوق سایرین می‌گردد، از طرف دیگر استناد به نظریه مالکیت مشاعی اثر نیز مشکلات بسیاری از جمله عدم مرز مشخص میان حق و حقوق افراد دارد. راه عملی پذیرفته شده توسط شورا و عرف سینمایی کشورمان این است که طی همان قرارداد خصوصی که در ابتدای تهیه و تولید فیلم سینمایی منعقد می‌گردد، حقوق مادی به تهیه کننده واگذار می‌گردد تا وی مسئول مطالبات و دعاوی مربوط به اثر باشد. اما در رابطه با حقوق معنوی، هنوز هم این مسئله حل نگردیده و مشکلات عملی خود را دارد.

فهرست منابع

- آشوری، م. (۱۳۸۳). حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- امامی، س. (۱۳۷۵). حقوق مدنی (نسخه ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امین، س. (۱۳۸۹). اصل لزوم قراردادها در فقه و قانون مدنی ایران. ماهنامه کانون، ۱۰۴، ۱۳۶-۱۸۰.
- بندرریگی، م. (۱۳۶۸). ترجمه منجدالطلاب (جلد ۶). تهران: انتشارات اسلامی.
- پورمحمدی ماهونکی، ش. (۱۳۹۲). حقوق مالکیت فکری آثار سینمایی. فصلنامه حقوق پزشکی، ۲۷، ۱۱-۳۵.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- حبیبی، س. (۱۳۹۴). بررسی ماهیت آثار سینمایی. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۷۲، ۷۲-۹۷، ۱۱۲.
- ذاکر صالحی، غ. (۱۳۸۴). قراردادهای نامعین: تحلیلی بر ماده ۱۰ قانون مدنی ایران بر اساس فقه و حقوق اسلامی. رساله دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی. دانشگاه تهران.
- سالک، ر. (۱۳۷۸). مباحث نظری: تأملی در حقوق پدیدآورندگان سینمایی. مجله نقد سینما، ۱۶، ۱۲۴-۱۲۹.
- شایسته، ش. (۱۳۸۷). حمایت از آثار سینمایی در ایران. کانون وکلا، ۲۰۲-۲۰۳، ۱۹۱-۲۲۲.
- شیروی، ع. (۱۳۸۰). نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه



- خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه. مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۹، ۷-۵۰.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۶۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گرجی، ع. ا. (۱۳۸۷). حاکمیت قانون و محدودیتهای حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری. حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹، ۱۴۹-۱۸۹.
- محسنی، س. (۱۳۸۹). جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در اسناد تجاری. مجله حقوقی دادگستری، ۶۹، ۹۵-۱۱۶.



تأملی پیرامون رأی وحدت رویه شماره ۲۶۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

مورخ ۹۸/۹/۵

دکتر امید شیرزاد^۱

نظارت از مفاهیم کلیدی حقوق عمومی به شمار می‌رود و تضمین حسن اجرای اصول حقوق عمومی نظیر اصل حاکمیت قانون و تفکیک قوا منوط به وجود ساز و کارهای نظارتی مطلوب و کارآمد در نظام حقوق عمومی کشورهاست. درست است که از طریق اصل حاکمیت قانون، «اقتدار» حکومت و کارگزاران آن به «صلاحیت» تبدیل شده و در چارچوبی معین و از پیش تعریف شده قابلیت اعمال می‌یابد و همچنین از طریق اصل تفکیک قوا، تمرکز قدرت در یک نهاد و بیم استبداد به حداقل می‌رسد؛ اما لازم است رعایت حدود اختیارات قانونی هر یک از نهادهای حکومتی و گستره صلاحیت‌های آنها از سوی مقام یا نهادی دیگر کنترل و بازبینی شود تا از اقدام قانونی آنها اطمینان حاصل آید. بر این اساس نظارت را از کلید واژه‌های حقوق عمومی قلمداد می‌کنیم.

نظارت قضایی بر اعمال اداری مقامات و دستگاه‌های مختلف یکی از انواع نظارت‌ها به شمار می‌رود و خوشبختانه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در قالب دو اصل، مورد شناسایی قانونگذار اساسی قرار گرفته است. طبق اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری به عنوان یک مرجع قضایی اختصاصی، صلاحیت اعمال نظارت قضایی بر تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های اجرایی را یافته و از ساز و کارهای مهم قانونمندی اداره در حقوق اداری ایران به شمار می‌رود.

طبق اصول یاد شده: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آیین نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند. همچنین به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها



یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می کند.»

در این یادداشت کوتاه مترصد آن هستیم تا یکی از آراء وحدت رویه جدید هیأت عمومی این نهاد را از منظر آموزه های حقوق عمومی تحلیل و بررسی نماییم. توضیح آنکه به استناد ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۹۲/۳/۲۵: « هرگاه در موارد مشابه، آراء متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان موظف است به محض اطلاع، موضوع را ضمن تهیه و ارائه گزارش در هیأت عمومی دیوان مطرح نماید. هیأت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض و اعلام رأی صحیح، نسبت به صدور رأی اقدام می نماید. این رأی برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است...»

در رأی محل بحث که پیرو اعلام تعارض در آراء صادر شده از برخی شعب دیوان صادر شده است، اعلام کننده تعارض به برخی آراء متعارض شعب دیوان با موضوع استحقاق یا عدم استحقاق شاکی در دریافت پایه های استخدامی از دستگاه طرف شکایت اشاره داشته است. هیأت عمومی دیوان پس از احراز تعارض در آراء مقرر داشته است: «با عنایت به اینکه مطابق مفاد ماده واحده مصوب جلسه ۶۳۰-۱۲ □ □ ۱۳۸۷ شورای عالی انقلاب فرهنگی و استفساریه شماره ۱۸۴۷۳/۹۳/ش-۱۹/۱۲/۱۳۹۳، شکایات ناظر به شئون آموزشی و پژوهشی از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج شده است؛ حال آن که موضوع شکایت در هر دو پرونده، مطالبه پایه های استخدامی است و از مصادیق شئون آموزشی و پژوهشی خارج است؛ از طرفی با عنایت به اینکه شورای عالی انقلاب فرهنگی، صلاحیت تحدید صلاحیت مراجع قضایی را ندارد؛ بنابراین رأی شعبه اول دیوان عدالت اداری که دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی به موضوع شکایت تشخیص داده، صحیح و موافق مقررات است. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

در دعوی محل بحث، یکی از شعب دیوان به استناد مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی، خود را فاقد صلاحیت رسیدگی به دعوی شاکی در مطالبه پایه استخدامی از دستگاه طرف شکایت دانسته و شعبه دیگر دیوان، خود را صالح در رسیدگی به دعوا دانسته است و در نهایت هیأت عمومی دیوان در مقام حل تعارض، ضمن نقد مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی و خروج این نهاد از حدود صلاحیت خود در امر مقرر گذاری، رأی شعبه اول دیوان که دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی به موضوع شکایت تشخیص داده، صحیح و موافق مقررات تشخیص داده است.

گفتنی است در صدر انقلاب اسلامی و پیرو فضای تاریخی اجتماعی آن زمان، حوزه فرهنگ، هنر، آموزش و پژوهش نیز مقتضی تحول و انقلاب بنیادین دانسته شد و پیرو حکم حکومتی



سال ۱۳۶۳ مرحوم امام(ره)، شورای عالی انقلاب فرهنگی با هدف گسترش فرهنگ اسلامی در شئون جامعه و تقویت انقلاب فرهنگی، تزکیه محیط‌های علمی از افکار مادی و مظاهر غربی و تحول دانشگاه‌ها و مدارس بر اساس فرهنگ صحیح اسلامی، تاسیس شد.

در رابطه با جایگاه حقوقی این نهاد ابهاماتی مطرح بوده و هست و ریشه آنها را باید در عدم پیش بینی این نهاد در قانون اساسی و فقدان قانونگذاری عادی پیرامون صلاحیت‌های آن دانست. در چنین فضایی، برخی با استناد به پشتوانه ولایی تاسیس این نهاد و اختیارات رهبری مبتنی بر نظریه ولایت مطلقه فقیه و برخی ملاحظات تاریخی، مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی را هم شأن و هم سطح با قانون دانسته و تبعاً، توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری غیر قابل نظارت و ابطال قلمداد می‌کنند. از دیگر سو، ارزش‌های حقوق عمومی همچون تفکیک قوا، لزوم نظارت‌پذیری دستگاه‌ها، ضرورت اساسی بودن مصوبات آنها و تبعیت از سلسله مراتب قواعد حقوقی اقتضا می‌کنند مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، مادون مصوبات مجلس تلقی شده و از حیث اعتبار حقوقی هم شأن مقررات اداری همچون تصویب نامه‌ها، آیین نامه‌ها و بخشنامه‌ها قلمداد گردند. سلسله مراتب میان هنجارهای حقوقی و لزوم تبعیت هنجارهای مادون از احکام هنجارهای مافوق بویژه قانون اساسی، از الزامات بنیادین نظام‌های حقوقی مدرن محسوب می‌شود و قوام و دوام نظام حقوقی بدان بستگی تام دارد. البته خوشبختانه در حال حاضر و به استناد تبصره ماده دوازده قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، صرفاً مصوبات رئیس قوه قضاییه و نهادهایی همچون شورای عالی امنیت ملی، مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام از شمول نظارت قضایی هیات عمومی دیوان مستثنی دانسته شده‌اند و لذا در قابلیت ابطال مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی تردیدی نیست.

گزاره کلیدی و قابل تأمل در رای هیات عمومی دیوان عدالت اداری این است که به زعم قضات محترم دیوان، شورای عالی انقلاب فرهنگی صلاحیت تحدید صلاحیت مراجع قضایی را ندارد. در این قضیه دیوان در عین حال که به مصوبه سال ۸۷ شورای عالی انقلاب فرهنگی-که شکایات مربوط به شئون آموزشی و پژوهشی را از صلاحیت دیوان خارج دانسته-استناد نموده است؛ ولی متذکر می‌شود موضوع شکایات در هر دو پرونده، از مصادیق تضییع حقوق استخدامی شکات است و از این حیث، شورای عالی انقلاب فرهنگی حق محدودسازی صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایات استخدامی مستخدمان دولت را ندارد. گرچه ادعا و گزاره مذکور در رأی دیوان، فاقد استدلالی روشن و مشخص است؛ اما با تأمل برآموزه‌های حقوق عمومی، رای هیات عمومی دیوان کاملاً قابل دفاع و ستودنی ارزیابی می‌شود.

یکی از مستندات ما در این قضیه، اصل ۱۵۹ قانون اساسی است. طبق این اصل، تشکیل محاکم و تعیین حدود صلاحیت آنها به موجب قانون اعلام شده است و لذا صرفاً قانونگذار،



صلاحیت توسعه یا تحدید اختیارات مراجع قضایی از جمله دیوان عدالت اداری را دارد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران جهت تقویت جمهوریّت نظام و نقش مردم و نمایندگان آنها در اداره امور عمومی، تلاش شده در قالب اصولی چند، صلاحیت عام و انحصاری مجلس شورای اسلامی در قانونگذاری مورد شناسایی قرار گیرد؛ از جمله در اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی که مستندات صریحی در این زمینه به شمار می‌روند.

طبق اصول یاد شده: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می‌گردد. همچنین، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند.»

بنابراین از منظر اصول یاد شده، قانون اساسی در توزیع قدرت و تبیین نظام صلاحیت نهادها و دستگاه‌ها، صرفاً مجلس شورای اسلامی را به عنوان نهادی انتخابی، دارای صلاحیت تقنین دانسته و در مانحن فیه که تعیین حدود اختیارات مراجع قضایی در رسیدگی به شکایات مردم است، این مهم را به قانونگذاری مجلس واگذار نموده است.

به علاوه اگر از منظر اصل تفکیک قوا نیز به قضیه بنگریم، تعدّد مراجع قانونگذار که برای خود، شأن محدودسازی صلاحیت مراجع قضایی را قائل هستند، با اصل تفکیک قوا مذکور در اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی نیز ناسازگار است. طبق اصل یاد شده: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.» رأی اخیر هیأت عمومی دیوان به نوعی در مقام صیانت از اصل تفکیک قوا نیز برآمده و با رد صلاحیت شورای عالی انقلاب فرهنگی در تحدید صلاحیت مراجع قضایی، حُسن اجرای اصل مترقی تفکیک قوا را دنبال نموده است.

بنابراین از یک سو نظارت‌پذیری و قابلیت ابطال مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی که در قانون فعلی دیوان نیز مورد پذیرش واقع شده، قابل دفاع و منطبق با ارزش‌های حقوق عمومی ارزیابی می‌شود. از دیگر سو، ضرورت نظام‌مند شدن اختیارات این نهاد توسط قانونگذاری مجلس شورای اسلامی بیش از پیش احساس می‌شود. ورود شورای عالی انقلاب فرهنگی به موارد فراتر از حوزه‌های دانشگاهی، آموزشی، پژوهشی و فرهنگی همچون تحدید صلاحیت مراجع قضایی و یا تعیین تکلیف استخدامی برای برخی کارکنان دستگاه‌ها از جمله مواردی است که نیازمند ضابطه‌مند شدن و بسامانی است و موضع نهادهای مستقل قضایی همچون دیوان عدالت اداری در این زمینه‌ها-تا زمان تعیین تکلیف از طرف مقنن-ستودنی و قابل تحسین است.



بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد صلح در قانون و رویه قضایی؛ شباهت‌ها و تفاوت‌ها

سید محمد هاشم واعظ^۱

چکیده:

انسان یک موجود اجتماعی است که برای ادامه‌ی حیات نیاز به زندگی در اجتماع دارد و برای ادامه‌ی حیات نیاز به دادوستد و انعقاد قرارداد، عقود و ایقاعات دارد. لذا در تمام مکاتب حقوقی مباحثی ذیل عنوان قراردادها وجود دارد. در مکتب حقوقی اسلام نیز قواعد قراردادها با دقت و ظرفیت بالایی در نظر گرفته شده است. یکی از عقود که در فقه مطرح شده است عقد صلح است. در خصوص عقد صلح به طور کلی دو نظر وجود دارد: طبق آنچه در حقوق کشورهای مثل فرانسه و اسپانیا مطرح است، عقد صلح برای رفع تنازع محقق یا دفع تنازع محتمل همراه با گذشت‌های متقابل است. نظر دیگر این است که عقد صلح، قالبی است برای هر توافقی حتی اگر نزاعی در بین نباشد.

حقوق مدنی ایران نظر دوم را پذیرفته و همین جهت موضوع بحث واقع شده است که با وجود این عقد، با وسعتی که شامل تمام توافقات می‌شود آیا نیازی به ماده ۱۰ و اصل آزادی قراردادی وجود دارد. در این مقاله ابتدا به بررسی آرای مطرح شده پرداخته می‌شود و سپس در مبحث بعدی مبتنی بر همین آرا و البته خاستگاه قانون که فقه امامی می‌باشد به تحلیل نظرات پرداخته می‌شود.

مبحث اول: طرح بحث و بیان دیدگاه‌های حقوقی

صلح در لغت به معنای سازش آشتی و توافق است.^۲ مشهور فقهای شیعه از جمله شهید اول، علامه حلی، شیخ محمدحسن نجفی، مجاهد طباطبایی و... نظر به این دارند که عقد صلح یک

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو مرکز مشاوران قوه قضائیه دادگستری اصفهان

۲. معین، محمد، فرهنگ زبان فارسی، ج ۲، ص ۲۱۶۰.



عقد مستقل است.^۳ در مقابل برخی فقها از جمله شیخ طوسی و علمای شافعی این عقد را تابع پنج عقد دیگر (بیع، هبه، ابراء، اجاره و عاریه) می‌دانند و برای آن یک وجود مستقل در نظر نگرفته‌اند. به عبارتی معتقدند صلح تابع عقود دیگر است و در مقام تحصیل نتیجه آن عقود واقع شده است. اگر عقد صلح در مقام انتقال مالکیت باشد در مقابل عوض معلوم، عقد بیع است؛ اگر در مقام انتقال منافع باشد عقد اجاره است و... .

از جمله ادله‌ی فقه‌های شیعه می‌توان به اصل بودن استقلال و اصالت عقد، اجماع و یا شهرت عظیم یاد کرد. قانون مدنی از نظر مشهور فقها تبعیت کرده و عقد صلح را یک عقد مستقل می‌داند. این عقد مستقل، طبق نظر قانون مدنی بر دو قسم است:

عقد صلح در مقام رفع تنازعی که به وجود آمده است و یا دفع تنازع احتمالی آینده عقد صلح ابتدایی، که در مقام یکی از عقود واقع می‌شود و علیرغم اینکه یک عقد مستقل است اثر آن عقد خاص را خواهد داشت.^۴

اکثر قریب به اتفاق حقوق دانان نیز از نظر مبنایی نظر قانون مدنی را پذیرفته‌اند.^۵ ولی برخی از نظر مخالف حمایت نموده‌اند.^۶ اکثر فقه‌های امامیه نیز وجود نزاع در عقد صلح را شرط ندانسته

۳. شهید اول؛ محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ج ۳، ۱۴۱۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۳۲۷؛ حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ۱۴۱۰، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۶۴؛ حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۱۷۲؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، دار إحياء التراث العربی، بیروت- لبنان، ۱۴۰۴ هـ ق، چاپ هفتم، ص ۲۱۱؛ سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، تاریخ نشر: بی‌تا (عکس‌برداری شده از نسخه قدیمی)، تاریخ وفات مولف ۱۲۴۲ هـ ق، ص ۳۴۳.

۴. ماده ۷۵۲ قانون مدنی صور مختلف برای انعقاد عقد صلح را بیان نموده است: عقد در مورد تنازع موجود، در مورد جلوگیری از تنازع احتمالی، صلح در مورد معاملات و غیر آن. آنچه بر این دلالت می‌کند که قانونگذار صلح در مقام معاملات را پذیرفته است عبارت است از مورد معامله است که به نظر این مورد قسیم دو مورد قبل در خصوص تنازع احتمالی و یا محتمل می‌باشد. در هر حال تصریح ماده ۷۵۸ جای هر گونه تردیدی در خصوص نفوذ عقد صلح در مقام معاملات بدون تنازع موجود یا احتمالی که همان صلح بدوی می‌باشد را بر طرف می‌کند.

۵. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۴۴، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، تهران، ۱۳۴۹، ص ۱۳۴؛ کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی (عقود معین)، تهران، گنج دانش، جلد دوم، ص ۲۳۷.

۶. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران، چاپ ۲۷، ۱۳۹۷، جلد ۲، ص



لذا طبق نظر ایشان عقد صلح می‌تواند در مقام رفع یا دفع تنازع واقع شود و یا اینکه در مقام معاملات مطرح شود. البته برخی از فقها مانند مرحوم کاشف الغطاء، مکارم شیرازی، مصطفی خمینی و... نیز وجود نزاع محقق یا محتمل در عقد صلح را شرط دانسته‌اند.^۷

مطلب دیگری که قابل طرح است اینکه آیا عقد صلح فقط در مقام عقود معینی مثل هبه، بیع، اجاره و... است و یا اینکه اختصاص به عقد معینی ندارد و می‌تواند قایم مقام تمام عقود معین شود. به نظر با توجه به اینکه فقها از عقد صلح به تسالم یاد کرده‌اند، باید گفت ایشان وسعت عقد صلح را نسبت به تمام عقود می‌دانند.^۸ قانون مدنی نیز از همین نظر تبعیت نموده است، از اطلاق واژه‌ی «معاملات» در ماده ۷۵۲ قانون مدنی می‌توان این استنباط را تقویت نمود. زیرا قانون مدنی در خصوص عقود معین از واژه‌ی عقد استفاده می‌نماید و واژه‌ی معاملات واژه‌ای است با شمول نسبت به تمامی عقود اعم از معین یا بی‌نام و یا حتی ایقاعات.^۹ البته بعضی اعمال حقوقی از ذیل آن تخصیص خورده‌اند از جمله عقد نکاح و طلاق.

با توجه به این مفهوم گسترده از عقد صلح، موضوع بحث قابل تنقیح است. عقد صلح در مقام معاملات، شباهت بسیاری با ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی دارد. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف

صریح قانون نباشد، نافذ است.»

لذا هر توافقی تحت عنوان قرارداد از نظر قانونگذار نافذ است. همچنین می‌توان این توافق را تحت عنوان عقد صلح منعقد نمود.

شباهت و کارآیی یکسان این دو نهاد حقوقی، را می‌توان در دادنامه‌های ذیل مشاهده کرد. خلاصه دادنامه بدوی در خصوص تنفیذ قراردادهای ناشی از ماده ۱۰ قانون مدنی: در خصوص دعوی خواهان در. به طرفیت ف.و. به خواسته الزام به ایفای تعهدات ناشی از قرارداد مشارکت ساخت و ساز و احداث بنا ... دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و شرح دعوی خواهان و

۴۳۹.

۷. نجفی، کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی، تحریر المجله، نجف، المكتبة المرتضویة، ۱۳۵۹ هـ ق، جلد ۲، قسم ۲، ص ۳۵؛ مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، کتاب البیع، قم، انتشارات مدرسه الامام علی ابن ابی طالب، ص ۲۸؛ موسوی الخمینی، سید مصطفی، مستند تحریر الروضه، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا، جلد دوم، ص ۱۸۴.

۸. بهجت، محمدتقی، وسیله النجاه، قم، انتشارات شفق، ۱۴۲۳ ق. ص ۵۱۳ و حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، تاریخ نشر: بی‌تا (عکس برداری شده از نسخه قدیمی)، تاریخ وفات مولف ۱۲۴۲ هـ ق، ص ۳۴۳.

۹. امامی، مصطفی، ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی، مجله قانون و کلا، شماره ۱۷۵، ص ۱۵۶.

۵۸

مدرسه
حقوق



بررسی مستندات و مدارک ارائه شده از جانب ایشان و نظر به اینکه مستند دعوی خواهان در ایفا تعهدات قراردادی و مطالبه خسارت ناشی از قرارداد مشارکت شماره ... است که به صورت سند عادی تنظیم گردیده است و از آنجایی که قانوناً در خصوص مشارکت نامه می بایست به صورت سند رسمی تنظیم گردد و الا محاکم از پذیرش آن مجاز نمی باشد لذا دادگاه دعوی خواهان را بدین شکل ثابت تشخیص نمی دهد و مستنداً به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت قرار ردّ دعوی صادر و اعلام می نماید رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران است.

دادرش شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر - زالی

از دادنامه مورد نظر تقاضای تجدیدنظر می شود که منجر به صدور دادنامه شماره ۴۲۱۰۴۰۰۲۲۴۴۰۰۹۹۷۰۹۳۰ از شعبه ۴۴ تجدیدنظر استان تهران می شود:

تجدیدنظرخواهی آقای در. به طرفیت آقای ف.و. نسبت به دادنامه شماره ۰۰۵۶۳ مورخ ۹۲/۱۲/۱۲ صادره از شعبه هشتم دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر که بر اساس آن قرار ردّ دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته الزام به ایفای تعهدات ناشی از قرارداد مشارکت ساخت و ساز و احداث بنا ... وارد و موجه می باشد زیرا قرارداد فی مابین وفق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم شده و طرفین ملزم به تعهدات خود می باشند از طرفی اصول اصاله الصحه و اصاله الزوم بر قرارداد منعقد حاکمیت داشته و با توجه به محتویات پرونده و قرار تأمین دلیل ضمیمه پرونده تجدیدنظر خوانده ظاهراً به تعهد خود عمل ننموده لذا دادگاه موظف به اظهار نظر در ماهیت قضیه می باشد. بنابراین تجدیدنظرخواهی قابل انطباق با بنده و ج ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی تشخیص به استناد به ماده ۳۵۳ همان قانون با نقض قرار صادره پرونده جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه محترم صادرکننده قرار عودت داده می شود رأی صادره قطعی است.

رئیس شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه شیخ علیا لواسانی - توحیدی

۲. مشابه همین تصمیم در خصوص دعاوی موضوع عقد صلح از محاکم حقوقی صادر شده است که به عنوان نمونه خلاصه دادنامه یکی از موارد بیان می شود:

در مورد دعوی خانم م.س. و آقای ر.م. به طرفیت خانمها الف، الف، ف. و آقایان الف. و الف. همگی شهرت ق. به خواسته الزام خواندگان به قائم مقامی مورث خود به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی صلح نامه نسبت به سهم الارث خود از دو دانگ مشاع از شش دانگ یک باب مغازه... دادگاه فارغ از صحت و سقم ادعای اصالت یا عدم اصالت سند عادی صلح و اثر انگشت مصالح ذیل آن با عنایت به اینکه قانون گذار به صراحت بعضی از



عقود را جزء عقود تشریفاتی قلمداد نموده است که به صرف ایجاب و قبول یا به عبارت بهتر عقد فضولی یا عقود رضایی موجب انتقال مالکیت و انعقاد عقد نمی‌گردد بلکه قصد انشاء و اعلام آن باید به صورت سند رسمی درآید تا به غیر تلقی شود و در این عقود عدم رعایت تشریفات باعث عدم تشکیل عقد می‌شود... حکم بر بطلان دعوی و بی‌حقی خواهان‌ها صادر و اعلام می‌دارد حکم دادگاه حضوری و ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

دادرس شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران - مداحی

از رای مذکور تقاضای تجدیدنظر به عمل آمده که منجر به صدور دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۱۷۰۰۵۹۸ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران شده است:

در خصوص تجدیدنظرخواهی... نظر به اینکه مورث تجدیدنظرخواهان با وجود اهلیت و تصرفات خود در ملک طلق خویش اراده رأی را از خود بروز داده که نتیجه آن انتقال قسمتی از ملک خود در قالب عقد صلح در حق تجدیدنظر خواندگان بوده و نظر به اینکه اراده انشایی مرحوم مورث متداعیین بر این مهم تعلق گرفته که مصالح و متصالح قصد آن را داشته‌اند ... و نظر به اینکه این عقد در زمره آن دسته از عقود است که شرایط و احکام خاصه معامله رأی که قصد آن را داشته‌اند را ندارد و نظر به اینکه قائل بودن به الزام طرفین (مصالح و متصالح) از برای ثبت این گونه قراردادی خلاف اصل آزادی اراده‌هاست زیرا مصالح و متصالح از برای تحقق عقد صلح اراده و قصد خویش را اعلان داشته‌اند علی‌أیحال نظر به مراتب معروض تجدیدنظرخواهی را محمول بر صحت تلقی و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و با رعایت مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ و ۲۱۹ و ۲۲۰ و ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم بر الزام تجدیدنظر خواندگان جهت حضور در دفترخانه اسناد رسمی و سپس تنظیم سند رسمی صلح‌نامه نسبت به سهم‌الارث خود... را صادر و اعلام می‌دارد این رأی قطعی است.

حال محل بحث به خوبی قابل تنقیح می‌باشد؛ محل بحث در این دو سوال خلاصه می‌شود: آیا این دو نهاد حقوقی (عقد صلح ابتدایی و عقود منعقدۀ مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی) از نظر ماهوی دو عقد متفاوت هستند؟ در صورتی که جواب مثبت باشد آیا دلیلی وجود دارد که قانون، دو نهاد حقوقی مشابه را در یک موضوع معتبر بداند؟



بررسی دیدگاه‌های موجود در خصوص تطبیق عقد صلح ابتدایی و ماده ۱۰ قانون مدنی

۱-۱ پذیرش نیاز به هر دو نهاد حقوقی:

طبق این نظر، دو نهاد حقوقی عقد صلح ابتدائی و ماده ۱۰ قانون مدنی با یکدیگر متفاوت بوده و از نظر حقوقی به هر دو نهاد حقوقی نیاز است و به دو علت باید در نظام حقوقی وجود داشته باشد؛ اولاً برای انشاء عقد صلح نیاز به قصد وجود دارد. لذا در مواردی ممکن است طرفین قصد ایجاد عقد صلح نداشته باشند مثل اباحه‌ی معوض، که طبق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد شود. ثانیاً عقد صلح برای انشاء تسالم است و موضوع عقود منعقدۀ طبق ماده ۱۰ انشاء تسالم نیست. ثالثاً عقد صلح ابتدایی برخی کاربردهایی دارد که ماده ۱۰ ندارد از جمله اینکه موضوع عقد صلح می‌تواند صرفاً ایقاع باشد در حالی که ماده ۱۰ فقط به جهت انعقاد عقد کاربرد دارد. در این خصوص دادنامه‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۳۲۱ صادره از شعبه ۲۱ دیوانعالی کشور مورد توجه است که خلاصه آن ذیلاً بیان می‌شود:

طرفین یک قرارداد فروش پس از اقاله معامله و صدور یک فقره چک به جهت استرداد ثمن و عدم وصول چک مبادرت به توافق به مهلت دادن به فروشنده جهت استرداد وجه به مدت یک ماه نموده و ضمن آن شرط می‌شود که اگر وجه پرداخت نشود فروشنده باید ماهانه مبلغی به صورت وجه التزام پرداخت نماید.

شعبه مذکور چنین استدلال نموده است «در مقام صلح غیر معاملی ضرورت ندارد طرفین تعهد بپذیرند بلکه در مقام انحلال تنازع و یا جلوگیری از تنازع ممکن است یکی از طرفین متعهد شود بدون آنکه طرف دیگر نیز تعهدی بپذیرد لذا بدون عقد نیز تعهد یک طرفه ممکن به وقوع است هرچند ایقاعی است و عقدی محسوب نمی‌شود، لکن در مقام انحلال تنازع و یا جلوگیری از تنازع صحت حمل را می‌یابد لذا ضرورت ندارد صلح عقدی نیز باشد و این امر متمایز از تعهدات ابتدایی است و منصرف از ماده ۱۰ قانون مدنی است، لذا در اصل موضوع عنوان خواسته شوائب مردود است»

حقوق دانانی مثل مرحوم مهدی شهیدی و سیدحسن امامی چون فقط به بررسی عقد صلح پرداخته و متعرض اشتراک یا عدم اشتراک مصداق عقد صلح در مقام معاملات و ماده ۱۰ نشده‌اند لذا به نظر می‌رسد ایشان متمایل به این نظر هستند.^{۱۰}



۲-۱ عدم نیاز به وضع ماده ۱۰ قانون مدنی با توجه به وجود سابقه‌ی عقد

معین صلح:

با وجود عقد صلح و پیشینه‌ی تاریخی آن نیازی به وضع ماده ۱۰ قانون مدنی نبوده است. زیرا تمام آنچه ماده ۱۰ قانون مدنی ایجاد نموده است، در قالب عقد صلح در حقوق ایران وجود داشته است و به قول جناب جعفری لنگرودی «تراضی که عنوان صلح را نداشته باشد باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد.» لذا از آنجا که تمامی توافقات خارج از عقود معین ذیل عقد صلح پیش‌بینی شده بود وضع ماده ۱۰ به تقلید از حقوق فرانسه نابجا و لغو می‌باشد.

۳-۱ عدم نیاز به عقد صلح با وجود تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی

با وجود ماده ۱۰ نیازی به عقد صلح ابتدایی در وسعت معنایی مواد ۷۵۲، ۷۵۸ و ۷۶۲ نبوده است، زیرا حقیقت عقد صلح، توافق برای رفع نزاع بوده است.

این مطلبی است که در حقوق فرانسه نیز بر آن صحنه گذاشته شده است. در حقوق فرانسه سه شرط برای تحقق عقد صلح وجود دارد: ۱. دعوا ۲. بخشش دوطرفه ۳. اراده‌ی جلوگیری از نزاع یا رفع آن. عنصر بخشش دو طرفه در قانون فرانسه قید نشده است. ولیکن رویه قضایی و دکتربین حقوقی این مورد را هم از عناصر عقد صلح دانسته و لذا اگر یکی از طرفین بخششی نداشته باشد یا یک طرف به طور کلی از دعوا صرف‌نظر نماید عقد صلح تحقق نمی‌یابد. ماده ۲۰۴۴ قانون فرانسه چنین مقرر نموده است: «صلح قراردادی است که به وسیله‌ی آن طرفین به یک دعوای موجود خاتمه می‌دهند یا از وقوع یک دعوا جلوگیری می‌کنند.» با توجه به این مطالب عده‌ای نظر دکتر کاتوزیان را متأثر از حقوق فرانسه دانسته‌اند.^{۱۱}

در فقه اهل سنت نیز نظر غالب این است که عقد صلح برای رفع نزاع محقق یا دفع نزاع محتمل است. در مقابل نظر فقهای امامیه، هر چند هدف اصلی از تشریح عقد صلح را بین بردن خصومت و اختلاف دانسته‌اند وجود نزاع محقق یا محتمل را در وقوع عقد صلح شرط نمی‌دانند. این وسعت‌بخشی در مفهوم عقد صلح را دکتر کاتوزیان مورد نقد قرار داده‌اند. در توجیه این نظر به واژه‌ی تسالم پرداخته‌اند. با بیان اینکه فقهای همچون شیخ انصاری معنای اصلی صلح را «تسالم» دانسته‌اند.^{۱۲} لذا از آنجا که تسالم به معنای گذشت‌های متقابل می‌باشد در هر مورد که وجود حقی بین دو نفر مشتبه باشد یا مورد نزاع قرار گیرد یا هدف این است که از تنازع احتمالی جلوگیری شود، عقدی که بر این مبنا و گذشت‌های متقابل طرفین واقع شده است صلح است.

۱۱. محمد مهدی، الشریف و دیگران، واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح، مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره چهارم، زمستان ۹۷، صص ۱۶۵ و ۱۶۶.
۱۲. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، قم، منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۱ ه.ق، چاپ اول، جلد ۱، ص ۳۰۸.



بنابراین صلحی که در مقام رفع یا دفع تنازع و بر مبنای گذشت‌های طرفین نباشد از مفهوم صلح خارج است و لذا اقدام نویسندگان قانون مدنی در مواد ۷۵۲، ۷۵۸ و ۷۶۲ در وسعت‌بخشی به عقد صلح مغایر با این مفهوم بوده و با توجه به ماده ۱۰ عملی لغو می‌باشد.

بررسی لزوم پیش‌بینی وجود ماده ۱۰ یا عقد صلح به همراه هم در قانون مدنی ایران

به جهت روشن شدن نظر کسانی که با وجود عقد صلح در حقوق ایران تاسیس ماده ۱۰ را لغو می‌دانند و تحلیل آن، باید ابتدا به دو سوال پاسخ داده شود:

اول اینکه آیا عقد صلح هر گونه توافقی حتی موضوعات خارج از موضوع عقود معین را نیز شامل می‌شود، یا اینکه عقد صلح فقط قالبی است برای اینکه قایم مقام عقود معین شود؟ مشخص است که پاسخ به این سوال در تقویت، یا تضعیف این نظر موثر است. زیرا اگر عقد صلح تنها قالبی برای قایم مقامی عقود معین باشد مصادیق بسیاری از توافقات طبق ماده ۱۰ وجود خواهد داشت که در قالب عقد صلح نتوان منعقد نمود و لذا این گفته که «ترازی که خارج عقد صلح باشد وجود ندارد» صحیح نخواهد بود.

فقهایی همچون صاحب جواهر در این خصوص که آیا موضوع عقد صلحی که ناشی از تنازع نباشد باید یکی از عقود معین باشد یا خیر نظر صریحی اعلام ننموده‌اند ولی از آنجا که ایشان مراد از لفظ صلح در ایجاب و قبول را انشاء رضا به آن چه که توافق یا تسالم بر آن شده است معنا می‌کنند می‌توان به این نتیجه رسید که به نظر ایشان موضوع عقد صلح می‌تواند خارج از عقود معین باشد.^{۱۳} مرحوم مجاهد طباطبایی حائری در کتاب مناهل از جمله افرادی است که به قایم‌مقامی عقد صلح از تمام عقود تصریح نموده است. به عقیده‌ی ایشان تمام فقهایی که عقد صلح را عقدی مستقل می‌شمارند باید از موافقان همین دیدگاه به حساب آورد.^{۱۴} آیه الله بهجت نیز از جمله افرادی هستند که به قایم‌مقامی عقد صلح از تمامی عقود که به سبب خاصی نیاز ندارند مثل عقد نکاح تصریح نموده‌اند.^{۱۵} همانطور که قبلا نیز بیان شد از واژه «معاملات» در

۱۳. إذ فیه أن المراد بلفظ الصلح الواقع فی ایجاب العقد إنشاء الرضا بما توافقا و اصطلاحا و تسالما علیه فیما بینهما. علاوه بر مورد فوق می‌توان به دو عبارت دیگر ایشان نیز استناد نمود: «أن كلما يتفقان عليه و يصطلحان عليه مما لم يكن فيه تحليل حرام، أو بالعكس كان من الصلح الجائز، و جرت علیه أحكام عقد الصلح من اللزوم و غیره» و اینکه ایشان صلح در اسقاط یمین را نیز که جزء یکی از عقود معین نیست را شامل دانسته‌اند. «لأن اليمين حق يصح الصلح علی إسقاطها»

۱۴. حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی، (وفات مؤلف ۱۲۴۲ ه ق)، کتاب المناهل، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی‌تا، ص ۳۴۳.

۱۵. گیلانی، فومنی، محمد تقی بهجت، وسیله النجاه، قم - ایران، انتشارات شفق، ۱۴۲۳ ه ق،



ماده ۷۵۲ قانون مدنی نیز می‌توان به این نتیجه رسید که عقد صلح در مقام تمام عقود اعم از معین و بی‌نام جاری می‌شود.

سوال دیگری که باید پاسخ داد اینکه آیا هر توافقی خارج از عقود معینه عنوان عقد صلح را دارد؟ مشخص است که اگر هر توافقی خارج از عقود معینه، لزوماً عنوان عقد صلح را نداشته باشد این سخن که «تراضی که خارج عقد صلح باشد وجود ندارد» صحیح نیست. قانون مدنی در این باره ساکت است. لذا طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین به جهت مشخص شدن خاستگاه قانون باید به پیشینه‌ی آن در فقه پرداخته شود.

در این خصوص سه نظر وجود دارد: ۱. اکثر فقهای متقدمین به این بحث نپرداخته و باید گفت به نظر اینان توافق در صورتی که عنوان صلح را داشته باشد عقد صلح است و الا عقدی خارج از عقود معینه است و طبق نظر این فقها، چنین عقودی وجهی نداشته و بلااثر است. استدلال این فقها این است که عقود مورد تایید شارع فقط عقودی است که در زمان نزول آیه متداول بوده است. از جمله در آیه «وفوا بالعقود» ال بر سر عقود را ال عهد دانسته‌اند.^{۱۶}

۲. طبق نظر دوم این توافقات خارج از عقود معینه هر چند عقد صلح به حساب نمی‌آیند قابل ترتیب اثر هستند. دلیل نفوذ چنین عقودی استناد به آیه‌ی اوفوا بالعقود است. ال در آیه طبق این نظر ال جنس دانسته شده و لذا شامل تمام عقود اعم از عقود معین و عقود بی‌نام می‌شود.

۳. در مقابل مرحوم شیخ انصاری (ره) قایل به این نظر هستند که هر توافقی که عنوان یکی از عقود معینه را نداشته باشد لزوماً عقد صلح است. به عنوان شاهد مثال به اباحه‌ی معوضه اشاره می‌کنند که در آن اگر چه قرارداد در ظاهر عنوان صلح را ندارد ولی در قالب عقد صلح پذیرفته شده و صحیح است.^{۱۷} در خصوص تبعیت قانون مدنی از نظر مرحوم شیخ انصاری، دکتر جعفری لنگرودی فرموده‌اند: «احتمال تبعیت قانون مدنی از این نظر بسیار قوی است زیرا نویسنده‌ی مواد صلح قانون مدنی شاگرد مع الواسطه‌ی شیخ انصاری بوده و با احترام فوق‌العاده‌ای که شاگردان او برای او داشتند مخالفت با نظر استاد جدا منتقی است.»^{۱۸}

با توجه به مطالب پیش گفته نظر دکتر جعفری لنگرودی در خصوص عدم نیاز به ماده ۱۰ با توجه به عقد صلح، با نظر مشهور فقه و خصوصاً شیخ انصاری مطابقت دارد و باید گفت ورائی از اینکه ماده ۱۰ از اقتباسات از قانون فرانسه است و یا ابداعات نویسندگان قانون مدنی، با توجه به معنای عقد صلح در فقه اسلامی نیازی به وضع آن با توجه به وجود عقد صلح نبوده است.

چاپ دوم، ص ۵۱۳.

۱۶. نائینی، منیه الطالب، جلد اول، صص ۷۸-۷۹

۱۷. شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، صص ۳۰۸ و ۳۰۹؛ سیدمحمدکاظم طباطبایی، صاحب

جواهر

۱۸. لنگرودی، پیشین، ص ۱۳۷



ولی در خصوص نظر سوم و بررسی دیدگاه دکتر کاتوزیان انتقاداتی به استدلال ایشان به واژه‌ی تسالم وارد است. زیرا واژه‌ی تسالم که در اکثر کتب فقهی به عنوان جوهره‌ی عقد صلح آمده است، آنگونه که ایشان تعبیر نموده‌اند به معنای گذشت‌های متقابل نبوده، بلکه تامل در عبارات فقهی عدم ترادف این دو معنا را تایید می‌کند.

خصوصاً اینکه شیخ انصاری در جایی که عقد صلح را انشای تسالم معنا می‌کند در مقام بیان عقد صلح در مقام معاملات و تفکیک «صلح عین به عوض» معلوم از بیع است.^{۱۹} برای بررسی کامل و جمع‌بندی نهایی به جهت ارایه نظر منتخب باید به مبنای تاسیس مواد مربوط به عقد صلح، یعنی فقه اسلامی پرداخته شود.

آنچه مسلم است عقد صلح از عقود تاسیسی نبوده، بلکه همانند بسیاری از عقود امضایی اسلام است. با توجه به این مطلب باید گفت که لفظ «عقد صلح» دارای حقیقت شرعیه نبوده است و دارای حقیقت عرفیه است؛ به عبارتی وضع عقد صلح توسط عرف بوده است. این عقد امضایی همانطور که جواهر بیان می‌کند، از ابتدا برای قطع نزاع وضع شده است. ایشان حتی فراتر از آن تشریح عقد را نیز به جهت رفع یا دفع نزاع می‌دانند: «عقد شرع لقطع التجاذب»^{۲۰} با تاملی در کتب فقهی دیگر نیز همین امر به دست می‌آید. مثلاً مرحوم بجنوردی در مقام بررسی عقد صلح همین مطلب را بیان نموده‌اند.^{۲۱} لذا عقد صلح در قرآن و سنت در معنای لغوی آن به معنای سازش کردن و توافق و تسالم به کار رفته است.^{۲۲}

از آنجا که این عقد حقیقت عرفیه دارد و پس از امضای این عقد توسط شرع برای معنا و تفسیر این عقد باید به عرف مراجعه نمود و عرف در تعریف و تفسیر خود از قبل از اسلام تا بحال صلح را به معنای رفع تنازع محقق یا دفع تنازع احتمالی می‌داند.^{۲۳}

با توجه به مطلب فوق، وسعت‌بخشی برخی از فقها پس از اسلام را نمی‌توان موجب ایجاد حقیقت شرعیه جدید برای عقد صلح در معنای جدید دانست؛ همچنین حقیقت متشرع‌های که متصل به عصر ائمه معصوم نباشد نیز اثری ندارد.^{۲۴} صاحب جواهر در خصوص توجیه وسعت‌بخشی به عقد صلح بیشتر از معنای عرفی آن یا معنایی که عقد صلح برای آن وضع شده است چنین بیان می‌کنند: اگر چه عقد صلح، عقدی است که برای رفع تنازع وضع شده است،

۱۹. شیخ انصاری، مرتضی، پیشین، ص ۳۰۸.

۲۰. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۱۹.

۲۱. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ هـ ق، ص ۱۱ و ۱۲.

۲۲. کاتوزیان، ناصر، ص ۲۳۷

۲۳. رفرنس اضافه می‌شود

۲۴. مظفر، محمدرضا، اصول فقه، ... حیدری، محمدعلی، ...



ولی رفع تنازع از جمله حکمت‌های عقد صلح است مثل سختی سفر برای شکسته شدن نماز که از حکمت‌های قصر نماز است و در شکسته شدن نماز، سختی سفر شرط نیست. بنابراین با توجه به اطلاق روایات عقد صلح را به جایی که هیچ تنازع محقق یا احتمالی وجود ندارد نیز وسعت داده و نافذ می‌شمارند.

این نظر با توجه به نظر حاکم بر فقهای متقدم مبنی بر حصری بودن عقود در عقود معین قابل توجیه است. زیرا اگر قایل به حصری بودن عقود در عقود معین باشیم در بسیاری از قراردادهایی که جامعه به آن نیازمند است و در قالب عقود معین نمی‌گنجد باید راه چاره‌ای اندیشید. لذا بهترین عقدی که می‌توان به کار آید عقد صلح و وسعت‌بخشی به ماهیت و موضوع آن است.

ولی اگر همانطور که ماده ۱۰ قانون مدنی و نظر برخی فقها، عقود بی‌نام نیز نافذ به حساب آیند وسعت‌بخشی به عقد صلح خارج از معنای عرفی آن و بیش از آنچه که عقد صلح برای آن وضع شده است به نظر وجهی ندارد و همانطور که مرحوم کاتوزیان بیان نموده‌اند «با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، نیازی نبود که صلح ابتدایی بدون هیچ‌گونه خصوصیتی پذیرفته شود و وسیله‌ی انواع حیل‌های قانونی فراهم شود.»^{۲۵}

البته همانطور که قبلاً بیان شد در خصوص نظر ایشان در خصوص عقد صلح مسامحه‌ای توجیهی وجود ندارد. زیرا مشخص نیست وقتی که تنازعی در بین نباشد میان عقد صلح مسامحه‌ای و عقد صلح مغایه‌ای چه تفاوتی وجود دارد؟

از آنچه گفته شد مشخص است که نظر دکتر لنگرودی اگر چه با نظر فقها علی‌الخصوص نظر شیخ انصاری تطابق دارد ولی از نظر مبنایی نظر ایشان قابل نقد است. وسعت‌بخشی به عقد صلح ممکن است با نظر مرحوم شیخ انصاری که عقود را منحصر در عقود معین می‌دانند توجیه‌پذیر باشد ولی با پذیرش مبنایی که هر عقدی را اعم از عقود معین و غیرمعین نافذ می‌شمارد توجیهی برای وسعت‌بخشی بیش از معنای عرفی عقد صلح باقی نمی‌ماند.

نتیجه:

با توجه به مطالب بیان شده نتایج زیر را در خصوص لزوم پیش‌بینی ماده ۱۰ و عقد صلح قابل استنتاج است:

۱. عقد صلح از جمله عقود امضایی است و مفهوم آن دارای حقیقت عرفیه است. وقتی مفهومی دارای حقیقت عرفیه باشد برای تعریف و تفسیر آن باید به عرف مراجعه نمود.
۲. عقد صلح در معنای عرفی برای رفع تنازع و اختلاف محقق یا دفع تنازع احتمالی وضع شده است.



۳. وسعت بخشی به معنای عرفی صلح در صورتی قابل توجیه است که غرض عقلائی داشته باشد و وقتی غرض انعقاد معاملات در قالب عقود بی نام طبق ماده ۱۰ محقق می شود نیازی به وسعت بخشیدن بی جهت به مفهوم عقد صلح نیست.
۴. ایجاد دو نهاد برای یک غرض عقلائی نیست و اصلا فایده‌ای هم بر آن مترتب نمی‌باشد به علاوه موجب سوء استفاده احتمالی افراد با انعقاد عقود معین تحت عنوان عقد صلح است.
۵. قایل شدن قالب عقد صلح برای رفع یا دفع تنازع با عرف نیز سازگار است. به عبارتی عرف از مفهوم عقد صلح وضع هر قراردادی ذیل آن را استنباط ندارد.
۶. این مفهوم از عقد صلح با مفهوم و معنای لغوی عقد صلح نیز مطابقت بیشتری دارد.



اولویت تنظیم مقررات و قوانین کانون‌ها و چند و چون عملکردها

رضا زرعی^۱

میخانه اگر ساقی صاحب‌نظری داشت میخواری و مستی ره و رسم دگری داشت
پیمانه نمی‌داد به پیمان شکنان باز ساقی اگر از حالت مجلس خبری داشت

.....
(صادق سرمد)

نوشته حاضر بر اساس مستندات تاریخی تهیه و تنظیم متون توسط وکلا و کانون‌های آن‌ها، بخصوص در دوره نخست وزیری دکتر مصدق ثابت می‌کند که در تمامی موارد مسئولیت اصلی با وکلا و کانون‌ها بوده است تا آنجا که این شیوه و حالت به نحو بارزی در متن ماده ۲۲ لایحه استقلال نیز قابل مشاهده و تحلیل است و به نحو بارزی دلالت بر این سابقه و مبنا دارد، نه اینکه قوه قضاییه با پیشدستی متنی را با بهانه‌های مختلف و به طور متناقض و در هم ریخته در چند صد ماده، به طور محرمانه، در وانفسای همه گیری «کرونا» خطاب به کانون مرکز و یا اسکودا بفرستد، تا کرونای واقعی این آشفتگی‌ها را در دل و جان این مردم با تضعیف حق دفاع آنان و مصونیت وکلا تزریق کرده باشد!

در این نوشتار به قصد تبیین هرچه بیشتر، مصادیقی تاریخی و عینی از اقدامات متوالی را با نمونه متن‌های تنظیمی از طرف کانون‌ها - که غالباً با تشکیل کمیسیون‌ها و هیات‌هایی با ترکیب و شرکت وکلای مبرز صورت گرفته است - ارائه داده ایم و در عین حال در مدیریت کیفی کانون‌ها و کنش گری وکلا در محیط پیرامونی و اتفاقات کانونی، بخصوص در امر مهم جوانب

۱. وکیل پایه یک دادگستری، رئیس کانون وکلای اردبیل
۲. ماده ۲۲ - کانون وکلا با رعایت مقررات این قانون آیین نامه‌های مربوط به امور کانون از قبیل: انتخاب کانون و طرز رسیدگی به تخلفات و نوع تخلفات و مجازات آن‌ها و ترفیعات و کارآموزی و پروانه وکالت را در مدت دو ماه از تاریخ تصویب این قانون تنظیم می‌نماید و پس از تصویب وزیر دادگستری بموقع اجرا گذاشته می‌شود.



استقلال خودشان، که در واقع حق شهروندی و بشری احاد مردم است نیز تأملاتی داشته ایم تا هیچکدام از ما وکلا در اتفاقات منفعلانه رفتار نکنند و بلکه مبتکرانه و به نحو احسن اوضاع اجتماعی و عمومی جامعه و کانون خود را رصد فرمایند.

الف - دفاع جانانه رئیس وقت دادگاه عالی انتظامی قضات

برای ورود به مطلب بهتر است از فرموده آن مرد فقیه، ادیب و نویسنده بزرگ و سیاستمدار آگاه؛ یعنی محمد بروجردی (عبد) رئیس وقت دادگاه عالی انتظامی قضات و صاحب تألیفات عدیده، از جمله کتاب حقوق مدنی بهره بگیریم. او در سال ۱۳۱۱ که مجمع وکلایی به تازگی تشکیل یافته بود برای ادای حق مطلب، در ضرورت استقلال کانون‌ها و اداره امور بهتر وکلا چنین اظهار عقیده کرده است: «صاحبان هر حرفه برای نظم و ترتیب امور مربوطه به شغل خود و پیشرفت آن ممکن است تشکیلاتی دهند. لیکن این تشکیلات در غیر مورد وکلای عدلیه اجباری نبوده اما در مورد وکلا تشکیل مجمع وکلا اجباری است و این اجبار ناشی است از وظایفی که وکلا راجع به عملیات قضایی به سبب مناسبات و روابطی که با محاکم و دوائر رسمی دارا هستند. تمام دول به این معنی اهمیت مخصوصی داده... داشتن این شغل را منوط به شرایط معینی قرار داده‌اند و تطبیق شروط و مراقبت در اعمال وکلا را به خود آن‌ها محول کرده. به این ترتیب که بر آن‌ها الزام کرده که مجامع مستقلی در نقاط مهمه مملکت تشکیل داده واز بین خود اعضایی برای اداره کردن امور راجعه به وکلا انتخاب نموده و تعیین رئیس را هم به عهده خود آن‌ها واگذار کرده است.»^۳ (ص ۵۲۲ کتاب وکالت)

ب- ایجاد تشکیلات موازی و تصویب آیین نامه میانجیگری آنچنانی

در دو نمونه اخیر، هرچند ظاهراً اولی از طریق قوه اجراییه طرح شد، ولی دقت بیشتر حکایت از حمایت شدید قوه قضاییه و در رأس آن رئیس اسبق این قوه دارد که در زمان اجرایی کردن آن با عضویت در شورای نگهبان، تلاش‌های وکلا را در جلوگیری از ایجاد تشکیلات موازی موضوع ماده ۱۸۷ بنا به اظهار خویش در سخنرانی‌ها و اظهار نظرها خنثی و باطل کردند.

حالا هم ماجرا کم و بیش شبیه به همین حالت است با این تفاوت که این بار، به جای فقهای شورای نگهبان که تصویب نهایی اجرایی کردن تشکیلات ماده ۱۸۷ را تحقق نهایی بخشیدند، «معاونت قضایی» قوه قضاییه پیگیر جاری ساختن موج‌های جدید تبلیغاتی جهت دار

۳. این اظهارات پرمحتوا و نکته‌های دقیق و ظریف و منصفانه و حمایت‌گرانه از مصونیت وکلا و استقلال کانون‌ها در اداره امور داخلی خود را مقایسه کنید با اظهارات و موضع گیری‌های ظاهر پسند آن استاد دانشگاه، با کتاب‌های تخصصی و تحصیلات علم حقوق در خارج از کشور و دارنده وکالت از مرکز مشاوره حقوقی قوه قضایی، تا ببینید تفاوت تا چه اندازه و بر چه مبانی و انگیزه‌هایی است!...



علیه وکلای دادگستری در سطح کشور است که با اندکی تفاوت شیوه هایش همان است که عموماً از طریق صدا و سیما و انواع رسانه‌های دیگر و روزنامه‌ها تداوم یافته و همچنان که اشاره شد بهانه اصلی را اصلاحات در کانون‌ها و مبارزه با انحصارگری آن‌ها، حمایت از حقوق مردم و اشتغال‌زایی و بالاتر از همه اسلامی کردن امور وکالتی است.

گویا همه نهادها و سازمان‌ها و همچنین مؤسسات و تشکیلات غیر وابسته به قوای سه‌گانه و بالادستی‌های دیگر، همگی حسابشان پاک است و مشکلی نداشته و ندارند و این فقط کانون‌ها و نهادهای مدنی بوده و هستند که هنوز به راه مستقیم هدایت نشده‌اند و به همین دلیل اهداف عالی اشتغال نیز برای فارغ‌التحصیلان رشته حقوق حاصل نشده است و غیره و غیره!

نمونه دیگر از این نوع اقدامات قوه قضائیه در نحوه تهیه آیین‌نامه برای ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی کیفری بود که بدون ارجاع به هیات وزیران رئیس سابق قوه قضائیه برخلاف صراحت متن ماده مذکور رأساً در تاریخ ۱۳۹۴/۹/۸ آئین‌نامه را در ۳۸ ماده تصویب و لازم‌الاجرا دانست و در روزنامه رسمی نیز به چاپ رسانید و نگارنده را به مقابله کردن با این اقدام غیر قانونی در مطبوعات و ادار کرد و در تعقیب این امر در شماره ۳۵ روزنامه صور اسرافیل به تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۰ (صفحات اول و دهم) با عنوان: «آئین‌نامه میانجیگری در مواجهه غیر قانونی» مراتب اعتراض را با شرح موضوع اعلام و بعداً نیز مراتب را در چندین شماره مدرسه حقوق دنبال نمود و باعث شد در نهایت، اجرای آئین‌نامه مذکور متوقف گردد و در تصویب دولت و بعضی از موارد دیگر ایراد نگارنده؛ از جمله نام بردن از وکلا و دخالت ندادن آنان در فرآیند آیین‌نامه میانجیگری، موضوع مورد توجه واقع شود و ضمن تبصره ای به وکلا اجازه داده شود که بتوانند در تمامی فرآیند میانجیگری مداخله و در جلسات مقرر نیز شرکت کنند در تصویب هیات وزیران رعایت و پیش‌بینی گردد.^۴

لذا مشاهده می‌شود اقدامات نسنجیده و غیر کارشناسی به شیوه‌های فوق، در سال‌های اخیر حداقل در اقدامات قوه قضائیه نمود عینی تری یافته و همچنان ادامه دارد و ظاهراً قرار هم نیست که اینگونه اقدامات به درستی مورد ارزیابی و دقت واقع شود و نتایج رفتارها و تصمیم‌های یک‌جانبه رو به اصلاح رود جالب تر اینکه گاهی نیز بدون مبنای علمی و واقعی غالباً با اظهاراتی مبهم و کلی، عملکردهای نارس و تخریبی خود را توجیه می‌کنند. به این هم اکتفا نکرده گاهی حتی از بزرگان نظام نیز خرج می‌کنند بدون اینکه به عواقب سوء این قبیل اقدامات و اظهارات توجه کافی مبذول دارند.

ج- بردباری و حوصله تاریخی و اجتماعی مردم و وکلای دادگستری

وکلا و کانون‌های آنان نیز بیکار ننشسته و با اتحاد و همدلی و با در کنار مردم بودن، همه مراتبها و سختی‌های حاصل از این همه کج‌مداری را با بردباری و حوصله تاریخی و اجتماعی



تحمل کرده‌اند و اهتمام جدی در حفظ و حراست استقلال و مصونیت دفاع خود و جامعه، در حد مقدر داشته‌اند؛ به عبارت دیگر در این راه سخت و پرخطر، با هرسختی و کج مداری ساخته، نقد عمر را باخته ولی اسلحه احتیاط و تیزبینی را از دست نینداخته‌اند و علیرغم همه سختی‌ها و مرارت‌ها در کنار انسان‌های آزادیخواه و حق طلب، اعم از هرگروه و دسته، چه وکیل و نویسنده و غیره، درپی ترمیم دل‌ها و خرابی‌های بیرونی و درونی تا حد ممکن بر آمده و توانسته‌اند قسمت عمده‌ای از اینگونه تخریبات تاریخی را از سربگذرانند و در عین حال اعمال و رفتار تبلیغات آنچنانی را شناسایی و ماهیت اشخاص دخیل در این ماجراها را نیز کشف و تا حد ممکن، اثر تبلیغات مذکور را ابتر و یا ناقص سازند ولی با این همه حدوث انواع مسائل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی نیز، که غیر قابل انکار است، تحمل آنان را بالا برده هرچند تأثیر این مشکلات و مسائل همچون آتشی باشد که اگر در یکی از خانه‌ها بیفتد یقیناً اثر مستقیم و غیر مستقیم آن بر همسایگان و ساکنان خانه‌های پیرامونی نیز قابل نفوذ و سرایت باشد که خدا آنروز را نیورد...

د- دو اتفاق عبرت آموز تاریخی راجع به وکالت و کلا

ضمن عدم انکار ضعف‌های درونی و کلا و نیز اذعان به اینکه حتی بعضی از فشارهای وارد شده به وکلا، چه بسا ناشی از ضعف‌ها و مشکلات درونی خود وکلا و کانون‌های آنان باشد (که در گفتار چهارم به آن پرداخته ایم) به گفتار اصلی بر می‌گردیم تا در پیرامون اقدامات اخیر معاونت محترم قوه قضاییه و شیوه اقدامات راجع به تدوین آیین نامه ماده ۲۲ مذکور و تغییرات ادعایی اخیر معاونت قضایی را دنبال کنیم، ولی قبل از آن، با اشاره به دو اتفاق مهم تاریخی، که منجر به رشد تشکیلاتی و سازمانی وکلا و تحصیل استقلال برای آنان شده است به بحث اصلی نزدیکتر می‌شویم.

با بررسی اجمالی این دو مقطع مختلف تاریخی مشاهده می‌کنیم که وکلا و کانون‌ها چگونه در کنار مردم موفق شده‌اند در پیدایی و گسترش تشکیلاتی و تکوین و تکامل سازمانی کانون‌ها و کسب استقلال خودشان موفق شده‌اند.^۵ مقطع اول از کوران انقلاب مشروطیت جوشیده و در قالب قانون اساسی و متمم آن و انواع قوانین عادی و اتفاقات بعدی، در کنار بیداری ملت در مشروطه خواهی نمود عینی پیدا کرده که هنوز هم اثر و نتیجه آن، با همه افت و خیزهای

۵. نگارنده در نشان دادن وکلا در کنار مردم تمامی نوشته‌ها و حتی اظهارات شفاهی تعمد و تأکید دارد و این نتیجه را حاصل مطالعات خود می‌داند که با بررسی سیر تحولاتی کانون وکلای ایران و جهان به دست آمده است، تا آنجا که در سخنرانی خود در جمع وکلای پرتعداد حاضر در جلسات سه روزه اتحادیه بین المللی وکلا در آنکارا، که در سال ۱۳۹۲ برقرار گردید بر این مطلب انگشت گذاشت و آن را به نقل از کتاب عینیت در پژوهش‌های اجتماعی نوشته گونار میردال ارائه داد و مراتب به طور رسمی به ثبت رسید.



اجتماعی، فرهنگی و سیاسی باقی است. اصل جوهر وجودی عموم مردم در حد امکان نمود و اسم و رسمی پیدا کرده و در قوانین در قبال قوای حکومتی و مراجع قضایی حق و حقوقی را به دست آورده‌اند و نخبگان آنان از قبیل قضات، وکلا، پزشکان و مهندسان توانسته‌اند بر اساس دستور العمل‌ها و نظام نامه‌ها و قوانین در قبال هیات حاکمه و قدرت مسلط «آدم» به حساب آیند و نه برده و رعیت، و کلا نیز کم کم در صحنه اجتماعی و حقوقی صاحب مراتب و تشکیلات شده‌اند و با سازماندهی تدریجی جایگاه‌های ویژه‌ای را احراز کرده‌اند.

دومی بعد از رفتن رضاشاه بود که بالأخره بعد از حدود دوازده سال از تبعید رضاشاه و گذشت حدود پنجاه سال از مشروطه؛ یعنی در تمامی دهه ۲۰ و اوایل دهه ۳۰، مبارزه نفس گیر ملت و آزادیخواهان، اعم از وکلا و غیره بود که وکلا توانسته‌اند از دل مبارزات پارلمانی با حمایت جدی از فعالیت‌های شخصیت‌هایی چون دکتر مصدق، که در نهایت، با حمایت و تصویب دولت مصدق (که اختیاراتی نیز از مجلس شورای ملی داشت)، آرمان‌های میهنی و انسانی را قوت بخشند، استقلال و آزادی را تا حد ممکن به دست آورند که تا هم اکنون نیز، علیرغم لطمات و ضرباتی که دیده، نیمه جانش باقی است!

نظر به مراتب فوق اجازه می‌خواهد به یاد عظمت و بزرگی موضوع کسب استقلال کانون‌ها و وکلای دادگستری از وکیل مشهور، دکتر محمد شاهکار سخنی را به عنوان تبرک بیاوریم و او همان وکیل بزرگی است که هم مبتکر اصلی ایده استفاده از دولت دکتر مصدق برای به تصویب رساندن لایحه استقلال وکلا بوده و هم پیشنهاد دهنده بزرگداشت هفتم اسفند و نام گذاری آن به عنوان «روز وکیل». وی بعد از کسب استقلال مذکور برای یادآوری اینکه چه کالای پر بهایی نصیب ملت و وکلای آنان شده است چنین می‌نویسد: «شرط اصلی امکان دفاع، آزادی وکیل و عدم وابستگی او به دستگاه دولتی است و در پشت میز دفاع زبان و رفتار وکیل باید کاملاً آزاد باشد تا اگر مظلومی هم از قوه مجریه و دستگاه دولتی رخ داده باشد با کمال بی پروایی و بدون ترس و واهمه بیان نماید و پرده ابهام را از روی مطالب بردارد و در رسیدن به حقیقت و واقع، قاضی را کمک و راهنمایی کند... از نظر داخلی و بین المللی نقیصه بزرگی که در سازمان وکلای ایران بود مرتفع گردیده و اغلب تشکیلات حقوقی دنیا که با توجه به مقررات قانون ایران جامعه وکلا را تابع اراده دولت می‌دید و با تعجب و تحقیر به آن نظاره می‌کرد تصویب قانون مزبور به این وضعیت عجیب و وهن آور خاتمه داد» (ص ۴۰ از شماره ۲۹ مجله کانون وکلای مرکز)

۶. همان دکتر مصدقی که در صفحه اول کتاب خود به نام «دستور در محاکم حقوقی» که بعد از مشروطیت به چاپ رسید و بعد از هدیه آن به آقای دکتر ولی الله خان، مدیر محترم مدرسه سیاسی واقایان محصلین مدرسه مزبور چاپ آن را آزاد دانست و خود را چنین معرفی کرد: «دکتر در علم حقوق و صاحب تیسرنامه از مدرسه سیاسی پاریس در علوم مالیه و از بالاترین محکمه نوشاتل (سوئیس) در وکالت»

هـ- موفقیت وکلا در صدور دستور توقف آیین نامه قبلی توسط رئیس سابق

اهمیت تاریخی اتفاق نادر دستور توقف آیین نامه اجرایی رئیس سابق قوه قضاییه، که در اوایل سال ۱۳۸۸ صادر شد، به نحوی از موفقیت‌های کانون‌ها و وکلای سراسر ایران بود، که شایسته باعث عبرت آموزی است. به قصد یادآوری و ثبت در تاریخ اشاره ای کوتاه به وقایع و خاطرات آن می‌کنیم و می‌گذریم:

در تیرماه سال ۱۳۸۸ به دلایلی رئیس و نایب رئیس کانون اردبیل با معذوریت از حضور در مصاحبه مطبوعاتی کانون‌های سراسری، نگارنده به این مأموریت اعزام گردید. مصاحبه با حضور تعداد زیادی از خبرنگاران در تالار «اقبال لاهوری» در داخل ساختمان کانون وکلای دادگستری مرکز، رأس ساعت مقرر صبح به تاریخ ۲۳ تیر ماه ۸۸ تشکیل شد و اینجانب در کنار دیگر رؤسای کانون‌ها و اعضای هیئت رئیسه اسکودا، با اعلام قسمتی از ایرادات قانونی آیین نامه تصویب شده رئیس اسبق قوه قضاییه در اواخر دوره خدمتش، موضع صریح و قاطع کانون اردبیل را دایر بر عدم اجرای آیین نامه کذایی، که حتی در اواخر دوره خدمتش در روزنامه رسمی نیز به چاپ رسیده بود، اعلام کردم تا اینکه به فاصله کمتر از یک ماه یعنی به تاریخ ۱۹/۵/۸۸ این توفیق، این بار در ملاقات با رئیس محترم قوه قضاییه بعدی، یعنی آیت الله لاریجانی دست داد تا نگارنده بتواند به نمایندگی از کانون اردبیل به همراه همان جمع، در ملاقات ایشان حاضر شود. همگی بعد از معرفی خود و ذکر سمت به طور روشن و مدلل اظهار عقیده کردند و نظر به متن صریح ماده ۲۲ لایحه استقلال، که شیوه خاصی برای تنظیم و بعد تصویب قید و پیش بینی کرده است، عدم رعایت مراتب مذکور و دلایل متعدد دیگر محتوایی ارائه شد، از جمله اینکه چگونه قوانین مورد استناد نقض و استقلال کانون‌ها و وکلا و مقررات بین المللی نیز مخدوش شده است...

آیت الله لاریجانی، که دقیقاً به کلیه اظهارنظرها توجه ویژه داشت در پایان، سخنانی قریب به این مضمون را فرمودند که: حرفتان حق است ولی جار و جنجال راه نیندازید! و لازم است با دقت و جدیت درون خود را پالایش کنید! بلافاصله جناب جندقی کرمانی پور ریاست چندین دوره کانون وکلای مرکز جواب دادند برخلاف نظر خودمان بناچار با الزام دادگاه‌های عالی انتظامی قضات سلب صلاحیت شده را به کار می‌گیریم! در جواب آیت الله فرمودند در این مورد بخصوص رعایت حقوق این قبیل اشخاص نیز به هر حال لازم است. درست متعاقب آن مصاحبه و ملاقات و گفت و گوهای جدی و صمیمانه بود که دستور توقف آیین نامه مذکور را صادر فرمودند.^۷

این همه را گفتیم تا ثابت و یادآوری کنیم که: «یک مؤمن واقعی نباید برای دومین بار از



یک سوراخ گزیده شود» و مثال بارزش این بار، در بحث حاضر مربوط به انجام تغییرات در آیین نامه لایحه اتفاق افتد و به بهانه انجام تغییرات، ظاهراً مستند به ماده ۲۲ کذایی، با آوردن چندین صد ماده ناهمگون و نامتنجانس و ناقص این تجربه تلخ تکرار شود. والله اعلم ...!

گفتار دوم - سوابق تاریخی ارائه متون پیشنهادی کانون ها

نظر به سوابق تاریخی پیش گفته، از جمله مراحل و چگونگی تهیه و ارائه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و آیین نامه مربوط به این لایحه (موضوع ماده ۲۲) که اتفاقاً در هر دو مورد نقش وکلا، بسیار بارز و اساسی است، برای توضیح بیشتر مراتب را در دو قسمت جداگانه می آوریم تا رویه و شیوه رفتار کانون ها و وزیر دادگستری در تنظیم و نحوه تصویب، حداقل در قضایای کسب استقلال کانون ها، بیش از پیش تحلیل و قابل استناد شود که چگونه در هر دو مورد تنظیمی و کلا به شرح ذیل، هیچ تغییر ماهیتی توسط وزیر دادگستری دکتر مصدق داده نشده است.

الف - سابقه تاریخی تنظیم متن لایحه قانونی استقلال وکلا از طریق کانون ها

اینک وقت آن است با مقدماتی به شرح فوق، مستند به شماره های ۲۶، ۲۹ و ۳۱ مجله کانون وکلای مرکز، که غالباً ذیل «اخبار کانون وکلا» نقل می شده مصادیقی عینی بیاوریم تا استنباط خوانندگان و همکاران عزیز وکیل با ارزیابی دقیقتر صورت گیرد.

۱- در شماره ۲۶ مجله مذکور با اشاره به موضوع جلسه مهر ۱۳۳۱ هیات مدیره آقای دکتر شاهکار اظهار می دارد: «در این موقع که جناب آقای دکتر مصدق اختیارات دارند از طرف کانون اقدام می شود استقلال کانون تأمین گردد و در این زمینه طرحی مشتمل بر شش ماده تدوین کرده بودند قرائت می کنند. در نهایت بعد از گفت و گوی هیئت مدیره متن مواد شش گانه فوق به صورت ماده واحده به تاریخ ۱۳۳۱/۷/۲۸ در قالب طرح به وزارت دادگستری برای تصویب ارسال می شود.

۲- در جلسه ۱۳۳۱/۹/۲۰ هیات مدیره کانون مرکز، آقای هاشم وکیل بعنوان رئیس کانون، گزارش می دهد که نظر کمیسیون بر این شده است که ماده واحده پیشنهادی کانون مبهم است و احاله کلیات به آیین نامه خوب نیست و بهتر است که اصول مطالب و موضوعات طی چند ماده به طور صریح و روشن تدوین و مورد شور قرار گیرد. پس از طرح مجدد قضیه، عده ای با نظر مزبور موافق ولی اکثریت از نظر تسریع معتقد بوده اند ماده واحده به صورتی که پیشنهاد شده تصویب و مهملات در آیین نامه مقرر توضیح شود و برای تعقیب این نظر، مجدداً کمیسیونی مرکب از آقایان: سرشار، سرمد، دکتر شاهکار و عمیدی نوری به ریاست یکی از آقایان (نواب رئیس کانون) انتخاب می شود...

۳- بنابه گزارش شماره ۲۹ مجله کانون وکلای مرکز، آذر ماه ۱۳۳۱ دکتر محمد شاهکار با



عنوان: «قانون استقلال کانون وکلای دادگستری» ضمن توجه و اشاره به پیشنهاد طرح قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری به مکاتبه کانون وکلای مرکز خطاب به کابینه دکتر مصدق و اینکه آن بزرگمرد لازم دانسته پیشنهاد [ارائه شده شاهکار] بعد از اندکی تغییر با تصویب هیئت مدیره به وزارت دادگستری رسیده و قرار شده در کمیسیونی با ترکیب نمایندگان کانون و آقایان رئیس و مستشاران دیوان عالی کشور مورد مطالعه قرار گیرد. بعد از تشکیل یکی دو جلسه، کمیسیون متشکله مدنظر، موافقت اصولی خود را با پیشنهاد کانون اعلام می‌نماید تا اینکه انحلال دیوان کشور پیش آمده و باعث توقف موضوع شده است.

۴- براساس همین گزارش، بعد از تجدید سازمان دیوان، مجدداً کمیسیونی متشکل از جنابان آقای سروری (رئیس فعلی دیوان عالی کشور) آقای قضائی (دادستان کل) و آقای دکتر خوشبین معاون اول دادستان کل، آقای دادبان و آقای وثیقی (رئیس شعبه ششم و هشتم دیوان عالی کشور) تشکیل و از آقایان هاشم و کیل، خلعت بری، سرمد، لسانی و مجیدی نیز برای شرکت در مطالعه و مذاقه آن دعوت و مشغول شده اند.

۵- در جلسه ۱۳۳۱/۹/۲۰ هیئت مدیره کانون مرکز، آقای هاشم و کیل بعنوان رئیس کانون، گزارش می‌دهد که نظر کمیسیون بر این شده است که ماده واحد مبهم است و احاله کلیات به آیین نامه خوب نیست و بهتر است که اصول مطالب و موضوعات طی چند ماده به طور صریح و روشن تدوین و مورد شور قرار گیرد. پس از طرح مجدد قضیه عده ای با نظر مزبور موافق ولی اکثریت از نظر تسریع معتقد بوده‌اند ماده واحد به صورتی که پیشنهاد شده تصویب و مبهمات در آیین نامه مقرر توضیح شود و برای تعقیب این نظر کمیسیونی مرکب از آقایان: سرشار، سرمد، دکتر شاهکار و عمیدی نوری به ریاست یکی از آقایان (نواب رئیس کانون) انتخاب می‌شود تا در تدوین شاکله قانونی کمیسیون مدنظر قوه قضاییه انجام وظیفه کنند و در نهایت موضوع در چند ماده روشن و صریح طبق موازین تنظیم و خطاب به کمیسیون مدنظر مختلط پیشنهاد شده است. تذکر: در کمیسیون مختلط مذکور در درون وزارت دادگستری وقت، هم همانگونه که در متن گزارش‌ها آمده، باز هم عده ای از وکلا (به تعداد مساوی با قضات) عضویت و در چک و اصلاح‌های جزئی دخالت داشته‌اند تا در نهایت در هیئت دولت توسط وزیر دادگستری مطرح و تصویب گردد.

۶- در جلسه ۱۴ آبان ۱۳۳۱ آقای لطفی وزیر دادگستری وقت در جلسه فوق العاده هیئت مدیره شرکت می‌کند و ضمن صحبت در لزوم تغییر و اصلاح قانون وکالت و تصویب استقلال کامل کانون لطفی قبول می‌کند که شخصاً موضوع را به جناب آقای دکتر مصدق تقدیم نمایند که به صورت لایحه قانونی جریان خود را طی نموده تصویب و اجرا گردد.

ب- یادداشت چهار صفحه ای دکتر شاهکار

به لحاظ دخالت مستقیم دکتر محمد شاهکار در همه فرآیند قانونگذاری‌ها در خصوص وکلا



و پیشگام بودن وی در این امر مهم لازم است به یادداشت چهار صفحه ای (صفحات ۳۹ تا ۴۲ از شماره ۲۹) ایشان توجه بیشتری مبذول گردد چون ارتباط مستقیم به موضوعات ذکر شده در این مقاله دارد، قسمتی از آن را عیناً درج می‌کنیم.

می نویسد: ... چندین طرح (توسط کانون وکلا) تهیه و به مجلس شورای ملی تقدیم گردید ولی با وجود اظهار علاقه از طرف وزرای وقت و بیان موافق پاره ای از نمایندگان مجلس - طرح استقلال در بایگانی پارلمان ماند و هرگز مطرح نشد تا اینکه با اختیاراتی که از طرف مجلس به رئیس محترم دولت فعلی (دکتر مصدق) داده شد کانون وکلا استفاده کرد و بعد از تغییراتی بالاخره طرحی مشتمل بر ۱۰ ماده تهیه و تقدیم مقام وزارت نمود چون طرح مزبور به نظر مقامات دادگستری کامل نبود کمیسیون منتخبه از طرف کانون وکلا ابتدا طرحی در سیزده ماده و سپس در شانزده ماده تنظیم و پیشنهاد کرد. طرح مزبور در کمیسیونی با شرکت چهار نفر از اعضای هیئت مدیره (متشکل از سرشار، سرمد، دکتر شاهکار و عمیدی نوری) مورد مذاکره قرار گرفت و چک و اصلاحی شد سپس طرح مزبور به نظر جناب آقای نخست وزیر رسید که با اضافه کردن چند ماده به صورت لایحه قانونی مشتمل بر ۲۲ ماده در هفتم اسفند ماه ۱۳۳۱ جناب آقای دکتر مصدق آن را با عنوان لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مشتمل بر همان ۲۲ ماده به موجب قانون تمدید اختیارات ۳۰ آدی ماه ۱۳۳۱ مصوب نمود.

ج- نمونه‌هایی از سپاسگزاری و قدردانی‌های وکلا

همه وکلای دادگستری در سراسر کشور از این اتفاق بسیار بزرگ به نحوی شادمانی و همچنین قدردانی خود را از این کار بزرگ ستایش می‌کردند. لذا مستند به همین شماره‌های مجله کانون مرکز، قسمتی از این آن ستایش‌ها و قدردانی‌ها را تقدیم و همه را در این شادی‌ها شریک می‌کنیم.

۱- دکتر محمد شاهکار، قبل از ورود در شرح جزئیات و چگونگی کسب استقلال قدردانی خود را اعلام داشته و در ادامه همین قسمت از مجله چنین نوشته است: وظیفه اخلاقی و وجدانی خودمی دانم که مراتب سپاسگزاری خود را از این اقدام مؤثر و مفید به جناب معظم له تقدیم و همچنین منتهای سپاسگزاری خود را از جناب آقای لطفی وزیر معظم دادگستری، که در گذراندن قانون مزبور سهم بسزایی دارند و با کمال علاقه و حسن نیت موضوع را دنبال می‌فرمودند، به عرض برسانم.

همچنین شاهکار خطاب به همکاران قضایی ترکیب کمیسیون مختلط مذکور می‌نویسد: از جنابان آقایان سروری رئیس کل دیوان کشور - آقای حشمت الله قضایی دادستان کل و آقای دکتر خوشبین معاون اول دادستان کل و آقایان وثیقی و دادبان رؤسای شعب دیوان کشور نیز تشکر و قدردانی کرده است.

۲- هیات تحریریه کانون وکلا در شماره ۲۹ مجله خود (ص ۶۴) تصویب لایحه استقلال را،



که به طور قطع و صریح اعلام گردیده بود، به منزلهٔ زمینه ای دانسته که در آینده هرگونه نقص و ابهامی از آن مرتفع و دستگاه قضایی کشور دارای وکلایی گردد که با داشتن مصونیت قانونی حق آزادی دفاع را به نحو اکمل حفظ و مجری دارند.

در ادامه از جناب آقای نخست وزیر که با تصویب این لایحه حقوق طبیعی و قانونی جامعه وکالت را اساساً مقرر داشته است و نیز از جناب آقای لطفی وزیر محترم دادگستری که در این راه با عقیده و ایمن جدیت نموده و تصویب آن را به انجام رسانیده‌اند تشکر کرده است.

د- نامهٔ وزارتی دایر بر اجرای لایحهٔ قانونی و تهیه و ارسال آیین نامهٔ آن

گزارش صفحه ۶۱ شماره ۲۹ همین مجله اتفاقاتی را گواهی می‌دهد که به چند مورد از آن

نظری می‌اندازیم:

۱- نامهٔ وزارتی شماره ۶۷۶۵۲-۳۱/۱۲/۱۳-۳۱ خطاب به کانون وکلای دادگستری چنین می‌گوید:

در تعقیب ابلاغ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا چون لایحه مزبور از تاریخ تصویب لازم الاجرا است، مقتضی است فوراً آن را بموقع اجرا گذارده آیین نامه مذکور در ماده ۲۰ لایحه مزبور را نیز هرچه زودتر تهیه و ارسال فرمایید. وزیر دادگستری - لطفی

۲- «روز پنجشنبه مورخ ۳۱/۱۲/۱۴ که جلسه عادی هیئت مدیره منعقد بود، جناب آقای لطفی وزیر محترم دادگستری با اعلام قبلی تشریف آوردند. بدو از طرف کانون و جامعه وکلای دادگستری نسبت به تصویب لایحه استقلال کانون وکلا از ایشان تشکر و سپاسگزاری شد. بعد جناب آقای وزیر فرمودند: «اقدامات اینجانب در انجام منظور کانون وکلا البته از روی عقیده و وظیفه بود و امیدوارم که از حسن اجرای این قانون نتیجه مطلوبه حاصل شود.»

گفتار سوم - تنظیم و ارائه آیین نامهٔ مربوط به ماده ۲۲ توسط کانون وکلا

بعد از ملاحظه سابقه تنظیم و ارائه لایحه استقلال به دولت دکتر مصدق از طریق وزارت دادگستری این بار نوبت به پرداختن به سوابق کانون‌ها و وکلا به دخالت مستقیم در تنظیم و ارائه آیین نامهٔ مربوط به صراحت ماده ۲۲ لایحهٔ مذکور می‌رسد.

الف - مرادوات و گزارش‌های اولیهٔ تنظیم آیین نامه ماده ۲۲

در صفحات ۷۰ و ۷۱ شماره ۳۱ مجلهٔ کانون وکلای مرکز ذیل عنوان: «اخبار کانون وکلا» و عنوان فرعی: «تنظیم آیین نامه» موارد مهمی را در اثبات این حق و تکلیف تنظیم، با ذکر جزئیات مرادوات ثبت و ضبط کرده است، لذا برای استناد خبر مذکور را از صفحات ۷۰ و ۷۱ این شماره عیناً درج و در آخر نظرات تحلیلی خود را در چند سطر تقدیم می‌کنیم: «بموجب ماده بیستم لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری (مصوب هفتم اسفند ۱۳۳۱) مقرر است که: «کانون وکلا با رعایت مقررات آن لایحه قانونی آیین نامه‌های مربوط بترتیب انتخابات کانون و طرز رسیدگی به تخلفات و نوع تخلفات و مجازات آن‌ها و ترفیعات و کارآموزی و امور مربوط به پروانه وکالت را در مدت دو ماه از تاریخ تصویب آن تنظیم نموده و پس از تصویب



وزارت دادگستری بموقع اجرا گذارد و چنانچه کانون در مدت مزبور آیین نامه‌ها را پیشنهاد نمود وزارت دادگستری آیین نامه‌های لازم را تهیه و برای اجرا ابلاغ خواهد نمود».

ب- تشکیل هیئت پنج نفری برای تنظیم طرح آیین نامه در داخل کانون

بررسی مدارک که آن زمان از جمله شماره‌های اشاره شده مجله کانون وکلای مرکز باز هم در تمامی موارد اولویت بر اقدامات و کلاست تا زمینه‌های لازم را بچینند و متن‌های اولیه مورد نیاز را تنظیم و ارائه کنند. در جلسه هیجدهم اسفند ۱۳۳۱ برای طرح آیین نامه یک هیئت پنج نفری مرکب از آقایان: وکیل، دکتر شاهکار، محمود سرشار، مجیدی و سرمد انتخاب و مأمور شدند که طرح آیین نامه را در پنج قسمت تهیه و پیشنهاد نمایند.

آقای دکتر شاهکار هم طرحی مشتمل بر ۹۰ ماده تهیه کرده بود که در جلسه ۳۲/۱/۲۷ قرائت و در کلیات و چند ماده آن مذاکرات به عمل آمد؛ نیز به هیئت مزبور برای مطالعه و اصلاح یا تکمیل ارجاع گردید. سپس در قسمت‌های جداگانه طرح آیین نامه از طرف آن هیئت تهیه و پیشنهاد شد که در جلسات فوق العاده و متوالی هیئت مدیره طرح و طی هشتاد ماده در مدت مقرر مورد تصویب واقع گردید و خطاب به وزارت دادگستری طی شماره ۱۴۳۱/۳۲ مورخ ۳۲/۳/۱۰ اعلام و ارسال شد.

ج- حضور آقای لطفی، وزیر دادگستری در جلسه هیئت مدیره

بنا به همین گزارش‌ها از جمله مجله کانون وکلای مرکز، بعد از تشریف فرمایی آقای لطفی، وزیر دادگستری به کانون وکلای مرکز و حضور رسمی در جلسه هفتم خردادماه ۱۳۳۲ هیئت مدیره و اصلاحاتی که با شرکت همگی در آیین نامه مذکور شد مجموعاً به هشتاد و هفت ماده بالغ و قرار شد که آیین نامه متضمن اصلاحات مزبور برای ایشان فرستاده شود تا اگر نظر دیگری ندارند آن را تصویب نمایند و چنانچه اصلاحات دیگری را مقتضی دانستند تذکر دهند که دوباره مورد مذاکره قرار گیرد.

وزارت دادگستری نیز وقت تصویب شده آن را در هشتاد و چهار ماده طی نامه شماره ۱۳۸۳۴ مورخ ۱۳۳۲/۳/۲۳ با امضای لطفی به کانون وکلای دادگستری ابلاغ کرد.

د- تصویب مجدد و اجرای لایحه استقلال و آیین نامه آن بعد از کودتا

بعد از نقل دقیق چگونگی تنظیم متن لایحه استقلال و آیین نامه آن در دوره حکومت دولت دکتر مصدق، اضافه می‌نماید:

بعد از کودتای ۲۸ مرداد هم، همانگونه که می‌دانیم هردوی قانون و آیین نامه به دلیل اظهار نظر و تنظیم متن هر دو توسط کانون، دیگر نیازی به اقدام و تنظیم دیگری نبود و از طرف دیگر وکلایی چون صادق سرمد و دکتر محمد شاهکار در مجلس هیجدهم به شورای ملی حضور داشتند و توانستند هر دو متن مورد نظر را که خود تنظیم و ارائه کرده بودند به ترتیب در تاریخ‌های ۱۳۳۳/۱۲/۵ و آذر ۱۳۳۴ در به تصویب رساندن مجدد آن، به همراه دیگر وکلا و



نمایندگان آگاه و دلسوز، مؤثرپ و کارساز باشند و از آن زمان تاکنون هر دو به حیات سازمانی خود با پستی و بلندی‌هایی ادامه می‌دهد. البته حضور نمایندگانی چون سرمد و شاهکار در مجلس شورای ملی نیز در تصویب بدون تغییر این قانون و آیین نامه تأثیر غیرقابل انکاری داشته است.

۵- تذکری که شاید به شنیدنش بیرزد!

نص قانونی ماده ۲۲ تکالیف بین کانون‌ها و وزیر دادگستری آن زمان (رئیس قوه قضاییه فعلی) را در هر دو مورد، یعنی هم در زمان تصویب و هم در حال حاضر مشخص کرده است بدین معنی که وظایف مقرر در همان زمان به تمام معنی صورت وقوع یافته و به اتمام رسیده است و موضوعی باقی نمانده تا قابل طرح از این حیث باشد و آقای معاون محترم قضایی مربوط، آن هم در این دوران و انفسای داخلی و خارجی بعد از گذشت نزدیک به هفتاد سال، بدون توجه به عواقب کار و بدون عنایت به سوابق و صراحت‌های لایحه استقلال و آیین نامه پر محتوا و وزین، بخواهد با ابزار آیین نامه نویسی همه مراتب و موارد بالا و استقلال و کلا را مخدوش کند بدون اینکه از کمترین منطق و مبانی و توجیه حقوقی و شرایط آیین نامه نویسی بهره‌برد و مصیبت بارتر اینکه داعیه «اسلامی کردن مقررات و قوانین و کالتی» را نیز داشته باشد!

تذکری است که شاید به شنیدنش بیرزد و موجب شود در کنار نامه‌ها و مقالات و یادداشت‌های کثیری که ارائه شده است، رئیس بزرگوار قوه قضاییه را، که شأن وسعت دیدش بسیار بالاتر از مقامات زیردستی است و باید هم باشد مجاب بر توقف روند هجومی و شتاب آمیز اخیر نماید و اجازه ندهند این حرکات مکانیکی با انواع توجیهات و توهمات تداوم یابد، بخصوص اینکه، ظاهراً پیام‌ها و نوشته‌ها و یادداشت‌های عمیق و اساسی و از دل بر آمده و خالصانه بسیاری از پیشکسوتان و مصلحت اندیشان و بزرگان نظام و کشور بزرگ ایران، اعم از استادان، علما و دانشمندان نیز به انحای مختلف مراتب معنی‌داری را منعکس کرده‌اند ...

گفتار چهارم - بازسازی و پالایش درونی در انجام وظایف و مدیریت‌های وکالتی

مشاهده سهل انگاری‌ها و انحصارطلبی‌ها و عدم اهتمام جدی در امور راجع به وکلا و کانون‌ها، ایجاب می‌کند که خود کانون‌ها و وکلا ضرورت دارد قبل از همه، بدو به بازسازی و پالایش درونی وکلا و امور وکالتی بپردازند تا راه مواجهه واقعی با خطرات هموار گردد. با حفظ وحدت و انسجام درونی به مقابله با اقدامات سالب استقلال و شئون وکلا و تحرکات، مثل سابق موفق خواهند شد و گرنه این آفت همزاد «کرونا» و بلکه بدتر از آن، که اخیراً به سوی کانون‌ها سرازیر شده است، اگر دیر بجنبیم، توان حرکت و مقاومت را از ما خواهد گرفت و مقاومت‌ها را در حد لفاظی و لقلقه زبان تنزل خواهد داد که به هیچ وجه قابل اغماض نخواهد بود.

الف- نمونه‌هایی از سهل انگاری‌ها و انحصارطلبی‌های احتمالی

نمونه‌هایی از این سهل انگاری‌ها و انحصارطلبی‌ها، که به نظر قاصر نگارنده می‌رسد به شرح

آتی است:



۱- پرهیز از انحصار طلبی: در بعضی از کانون‌ها رئیس کانون برخلاف اصل تقسیم امور و مشارکت دادن دیگران و همچنین صراحت ماده ۱۴ اساسنامه اسکودا، هم نماینده شورای اجرایی اسکودا است که این حالت غیر از تمایلات قدرت طلبانه تلقی نخواهد شد و اصالت و تأثیرگذار مثنی در بین وکلا و حتی در مواجهه با مسائل و مشکلاتی شبیه ماجرای ماده ۲۲ مورد بحث حاضر برخوردار نخواهد بود. مصیبت بارتر اینکه بعضی از این رؤسا علاوه بر تمرکز گرایی فوق در تصدی امور و سمت‌های دیگر به شرح فوق، عضو تبصره ذیل ماده ۴۸ معروف استان خود نیز هستند...

۲- شفاف سازی در امور و اقدامات: عدم شفاف سازی و در جریان کامل نگذاشتن بدنه وکلا و کارآموزان در اقدامات اسکودا و موشکافی در ماهیت واقعی اقدامات اخیر معاونت قوه قضاییه هم چه بسا از بند اول این قسمت برخیزد^۱. انعکاس بعضی از مسائل در فضاهای مجازی نیز که شامل عده ای خاص از وکلا و غیره است، عذر تقصیری شمرده نخواهد شد و وظایف مذکور را از متصدیان مربوط رفع نمی‌کند و نمی‌تواند این نواقص اساسی و ضعف برنامه‌ها و اقدامات ضروری کانون‌ها را در این مورد بخصوص جبران کند.

۳- آمادگی مناسب برای مقابله با اتفاقات غیرمنتظره: منصرف از جو روانی و استرس شدید حاکم «کروناوی»، که تقریباً از اواخر اسفند ۱۳۸۸ شروع و تا اوایل فروردین سال ۱۳۹۹ به طول انجامید اگر رعایت احتیاط و تدبیر و تأخیر در اوایل به شرح فوق تاحدی روا و شایسته می‌نمود ولی بعد از گذشت مدت زمانی و احراز اینکه با رعایت بعضی از شرایط بهداشتی و حریم و فاصله فیزیکی، از همان اوایل به جای تأخیر انداختن انتخابات می‌توانستیم امور خود را پیگیری و سرو سامان دهیم و در عین حال از وقوع و شیوع مزمن ویروس نیز جلوگیری کنیم و در نتیجه بنا به مراتب فوق، به تأخیر انداختن زمان قطعی شده انتخابات، به هیچ وجه درست نبوده و در همه حال باید از آن پرهیز می‌کردیم.

نتیجه اینکه سهل انگاری‌ها و اقدامات نسنجیده ما در وقایع اخیر که به تاخیر بعضی از انتخابات، از جمله انتخابات کانون وکلای اردبیل در ۲۸ فروردین منجر شد نباید تکرار شود و لازم است در تمامی موارد با پیش بینی‌ها و تهیة مقدمات و زمینه چینی‌های نامناسب و غیرعادی مدیریت بهینه لازم را اعمال کنیم و نگذاریم با این قبیل اتفاقات، در تقویت مبانی کانون‌ها و حفظ و حراست از استقلال، خدشه وارد شود و یا باعث انواع سوءتفاهم‌های دیگر گردد.

۴- تهدید بهداشت روانی و شغلی خطرناکتر از هر کروناوی دیگر: ارزیابی واقعی انواع خطرات و طبقه بندی آنها بسیار ضروری می‌نماید به عبارتی دیگر لازم است ضمن رعایت

۱. شرح و شأن این اطلاع رسانی‌ها و موارد و مصادیقی از آن‌ها را نگارنده در مدرسه حقوق، شماره‌های ۴۸ (تیرماه ۱۳۸۹) و ۵۳ (آذرماه ۱۳۸۹) آورده است:



کامل بهداشت فیزیکی و فردی و اتخاذ تدابیر لازم در این امر، که هم بر حکومت گران و هم فرد فرد آحاد جامعه لازم است، مدیران کانون‌ها لازم بوده است در این ماجراها، رکن رکن بهداشت روانی و امنیت جان و مال و ناموس و مصونیت شغلی و حرفه ای و کلا را هم فراموش نکنند و با تحلیلی دقیق و تفکیک موارد، هیچکدام از این دو اصل را فدای همدیگر نکنند و با این سنسجیدگی‌ها خود را در مقابل دیگر همکاران و تاریخ قرار ندهند. بلکه استقلال واقعی و کلا و کانون‌ها با شیوه‌هایی مشکوک و انحصارگرایانه و ریاست طلبانه نباید در هم آمیزد و گرنه با ارتکاب این قبیل اقدامات عجولانه و مشکوک، کانون‌ها دچار «کروناپی» عظیم تر خواهند شد و مصداق بارزتری از بهانه‌جویی‌ها برای تداوم سلطه به شرح مذکور پیدا خواهد شد که آن سرش ناپیداست و تاثیرش در ایجاد رخوت و تعطیل ارکان و کالتی و اهداف وامور جاری کانون‌ها جبران ناپذیر خواهد بود و کیست که در قبال این «کروناپی عظیم تر و کشنده تر» مقاومت نماید.

ب- «یار و یاور بودن همدیگر» یا «معمد قوه قضاییه بودن»، کدام یک؟!

چنانچه این فرمایش دکتر حسینقلی کاتبی را که می‌گوید: «وکلا موظف به کمک متقابل و یاری و یآوری به همدیگرند»^۹ از وصایای خاص آن بزرگمرد بدانیم، چه می‌شد که وکلای محترم مشمول مرحمت آنجنانی تبصره ماده ۴۸ معروف، تحت عنوان «وکلائی معمدم قوه قضاییه» با داشتن تعصب و کالتی، استعفا و انصراف از امتیاز ظاهری این تبصره را کنار می‌گذارند و با تاسی بر آن وکیل جلیل القدری که مالک قلب‌های وکلا است همچنان «معمدم وکلا بودن» را بر «معمدم قوه قضاییه» بودن ارجح می‌شمرند...?^{۱۰}

اگر به طور مکرر و همزمان چنین می‌کردند تأثیر بیرونی و درونی عمیق و جانانه این اقدام بدیع

۹. وکیل مشهوری که زندگینامه اش را در روزنامه صور اسرافیل (در سه قسمت) و همچنین نشریه کانون وکلای دادگستری آذربایجان شرقی (شماره ۲۵ و ۲۶) نوشته ایم.

۱۰. در سال ۱۳۰۶ که بر اساس نظامنامه تدوینی «کمیسیون شش نفری» وزیر عدلیه وقت، که همگی منتخب از میان وکلا بوده اند بعضی از وکلای شاغل را به لحاظ اطلاعات و امانتداری شان، «وکلائی رسمی» و غیر از این‌ها را که اطلاعات و امانتداری شان معلوم نبود (!) که البته این شیوه تقسیم بندی و تأسیس عنوان جدید «وکیل موقت» موجب اعتراض و شکایت و تحصن وکلای معرفی نشده به عنوان رسمی در مجلس شورای ملی می‌شود که البته بنابه اظهار نظر دکتر حسینقلی کاتبی موادی را هم در بر داشت که تا حدودی در جهت مصالح وکلا بود ولی در قانون تشکیلات ۱۳۰۷ که مشتمل بر ۱۵۸ ماده به تصویب رسید، به کلی اصالت خود را از دست داده و حتی از مواد تصویبی کمیسیون شش نفری کاسته شده بود. از محاسن این قانون اینکه وکیل غیر رسمی و موقت از بین رفت و فقط در مقابل اشخاص غیر وکیل «وکیل اتفاقی» نیز به رسمیت شناخته شد که تحت شرایطی بتوانند سالانه در سه دعوی وکالت اتفاقی انجام دهند که هنوز هم این پدیده مناسب ادامه دارد. (برداشت و خلاصه نویسی از صص ۵۱۴ و ۵۱۸ وکالت)



دلالت بر اصالت و شأن بیشتر قاطبه وکلا داشت و نشانگر این می‌بود که آنان گول بعضی از ظواهر و حطام دنیایی را نمی‌خورند که افسوس تاکنون چنین نشده است.

هنوز هم برای اقدام به استعفا و انصراف از این دام «معمد بودن» آنچنانی دیر نشده، چون به قول معروف: «ماهی را هر وقت از آب بگیری تازه است» و «جای ضرر را هرکجا بگیری منفعت است» و «در کار خیر حاجت هیچ استخاره نیست».

«شب سمور گذشت و لب تنور گذشت» به هر کرانه که بودیم کوچه و در و دشت
ز جور دوست گذشتیم تا به کار آید و داد و داد و کرامت، حدیث عفو و گذشت

نتیجه اینکه:

الف) اجازه دهیم تقسیم مسئولیت‌ها در اداره کانون بر اساس موازین شناخته شده و شایستگی‌ها بین همکاران علاقه مند و صاحب نظر صورت گیرد؛ مثلاً رئیس کانون اجازه دهد نمایندگی شورای اجرایی، با تصویب هیئت مدیره به فرد شایسته دیگری، غیر از خودش سپرده شود تا علاوه بر اینکه متهم به انحصارطلبی نشود وقت بیشتری هم برای مدیریت کانون و دفاع از حقوق وکلا و دیگر وظایف داشته باشد و همچنین اساسنامه اسکودا در عمل اجرا گردد.

به نظر نگارنده این هم نخواهد شد مگر اینکه به مناسبت تغییرات و تحرکات بیشتر در سطح اسکودا، کانون‌ها نیز بتوانند چیزی شبیه کمیسیون پیشنهاد شده نگارنده در شماره ۱۱۸ مدرسه حقوق به نام «کمیسیون نظارت وکلا» با ترکیب پیشکسوتانی از هر منطقه کانونی ایجاد شود و در تصفیه و ایجاد وحدت درونی وکلا و کانون‌ها را کمک کار باشد تا با ابراز نظرها و نقدها مدیران کانون‌ها بتوانند از همکاری بیش از پیش وکلا بهره مند شوند.^{۱۱}

ب) اگر به شیوه مذکور در بند الف رفتار کنیم بیمی نخواهیم داشت؛ چرا که اقدامات تهاجمی با بهانه‌های تکراری بعضی از حاکمان علیه تمامی شئونات وکالتی و استقلال کانون‌ها و وکلای دادگستری در هر قالب و شکلی که باشد مذموم است و در حال حاضر، علاوه بر مقاومت جدی همه وکلا و کانون‌ها و حتی همه آزادیخواهان و انسان‌های شرافتمند (اعم از قاضی، استاد دانشگاه نویسنده و روزنامه نگار و هر شخص صاحب‌نظر و اندیشه) را علیه این اقدام تحریک و بسیج خواهد

۱۱. در توجیه و نحوه سازماندهی مورد نیاز در این خصوص دو سخنرانی و متعاقب هر سخنرانی یک مقاله، یکی در شماره ۴۷ صور اسرافیل (۱۳۹۵/۳/۲۲ ، صفحه ۷) بعد از سخنرانی در همایش البرز، (با عنوان « حکمیت » عارضه یا کمک کانون‌ها، کدام یک ؟) و دیگری سخنرانی ۲۰ دقیقه ای در « همایش همبستگی وکلا » در کانون اصفهان و بلافاصله مقاله نگارنده (با عنوان تشکیل «کمیسیون نظارت وکلا» ، گامی در همدلی درونی)، در شماره ۱۱۸ مدرسه حقوق ، آذرماه ۱۳۹۶ (صفحات ۵۲ تا ۳۵) به چاپ رسیده است. امید که همکاران عنایت بیشتری به این موارد و مطالب داشته باشند سازماندهی مناسبی با ساز و کارهای مناسب، تحت هر عنوانی که صلاح باشد این تلاش‌ها را به ثمر نشانند.



کرد که به هیچ وجه به صلاح نظام مردمی و متصدیان محترم دستگاه قضایی و غیر آن نیست که دامن خود را به این قبیل اقدامات، که ماحصلش تضعیف نظام و تضییع حقوق اساسی و انسانی و شهروندی خواهد بود، عملاً به معنی نشاندن بدی‌ها به جای خوبی‌ها خواهد کرد و مسببان آن را انگشت نمای تاریخی خواهد کرد.

لذا شایسته است این مسببان و حامیان آن‌ها، از کوچک تا بزرگ همگی با قید مشخصات و سمت‌های اشخاص دخیل (در هر شخص و در هر مقامی که باشند) به روی کاغذ آید و اندیشمندان و هنرمندان و تاریخ نویسان همت کنند مراتب را با درج مشخصات فکری و اجتماعی آنان در قالب‌هایی از قبیل: شعر، داستان، کاریکاتور و طنز و یا ضبط و ثبت حوادث و اتفاقات تبدیل به آثاری قابل توجه کنند.

آری! مصونیت و استقلال و کیل مدافع و حفظ و تأمین «آزادی دفاع» به عنوان حق الناس مایه تضمین اعتبار نظام در داخل و خارج از کشور و صلابت و صحت تصمیمات و اقدامات نظام حاکم، بخصوص دستگاه قضایی تلقی می‌شود، در حال حاضر از ضروریات عقلی و منطقی و حقوق بشری و اسلامی است و گرنه به قول معروف:

کسی که خاک در می‌فروش قبله نساخت
فرشته طاعت او را به آسمان نبرد
«حق گرفتنی است و نه دانی» و این نخواهد شد مگر اینکه در این موضوع امکانات قانون‌ها و اختیارات قانونی رؤسای کانون‌ها و اعضای هیئت مدیره و اعضای کمیسیون‌ها و حتی تک تک وکلا، بیش از گذشته مورد بازرسی و امعان نظر واقع شود و با مطالعات و آگاهی‌های اجتماعی و تاریخی، صنفی و حرفه‌ای وکلا محتوا و غنای بیشتری یابد، آرای انتخاباتی اعضای هیئت مدیره توسط وکلا بعد از مطالعه و شناسایی توانایی‌ها و برنامه‌های واقعی داوطلبان به صندوق‌ها ریخته شود و وکلا با انتخاب درست و دقیق خود کسانی را سرکار بیاورند که بیش از هر چیز واقعاً «وکیل» باشند نه اینکه از این مشاغل برای خود و دوستان دانشگاهی و وابستگان قوم و قبیله، برادران و خواهران و اطرافیان، کیسه‌ای بدوزند و تکالیف اساسی خود را با فرافکنی و لفاظی‌های مرسوم رفع و رجوع و اصل اساسی «استقلال» را لقلقه زبان گردانند و منتقدان را با انواع شیوه‌ها از کانون برانند و غریبه نمایند و گرنه در کنار مدعیان اصلی رقیب و در واقع عملاً کمک کار آنان خواهند بود و مشمول واقعی این آیه قرآنی خواهند شد که فرمود:

«إِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»

وقتی که مسلط شدند و ولایت یافتند در زمین فساد می‌کنند و زراعت‌ها و چهارپایان را نابود می‌سازند و خدا فساد را دوست نمی‌دارد ...

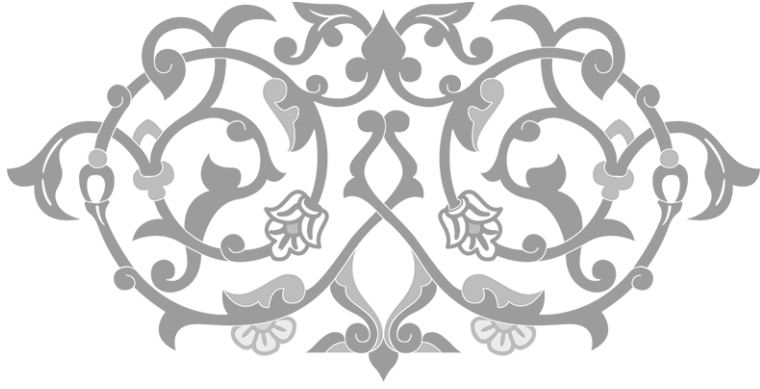
کو سوخته ای که سازمش همدم خویش
پس هر دو به کنج خلوتی بنشینیم

یا دل شده ای که یابمش محرم خویش
من ماتم خویش دارم او ماتم خویش
(بایزید بسطامی)



منابع:

- قرآن مجید
- کاتبی حسینقلی، وکالت، انتشارات آبان، چاپ دوم، ۱۳۵۷
- اساسنامه اسکودا
- مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۲۶، آبان ۱۳۳۱
- مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۲۹، بهمن واسفند ۱۳۳۱
- مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۳۱، اردیبهشت ۱۳۳۲
- مصدق محمد، دستور در محاکم حقوقی، چاپ اول، رمضان المبارک ۱۳۳۳ ق.
- مدرسه حقوق، شماره ۴۸، تیر ۱۳۸۹
- مدرسه حقوق، شماره ۵۳، آذر ۱۳۸۹
- مدرسه حقوق، شماره ۵۵، بهمن ۱۳۸۹
- مدرسه حقوق، شماره ۱۰۳، خرداد ماه ۱۳۹۵
- مدرسه حقوق، شماره ۱۱۸، آذرماه ۱۳۹۶
- از عبران تا بخارا، (سفرنامه محمد سعید نقشبندی) با مقدمه و تعلیقات احسان شفیقی، انتشارات حافظ اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۶
- روزنامه صور اسرافیل، شماره ۳۵، سال اول، تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۰
- روزنامه صور اسرافیل، شماره ۴۷، سال دوم، تاریخ ۹۵/۳/۲۲
- میردال - گونار، عینیت در پژوهش‌های اجتماعی، ترجمه مجید روشنگر، انتشارات مروارید، چاپ دوم، ۱۳۸۲
- دیوان سرمد، به کوشش جمیله سرمد، نشر عرفان، چاپ اول، چاپخانه بهمن، ۱۳۴۶



نامہ





نقدی بر پیش نویس آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون و کلا

مسلم زمانی^۱

پیش درآمد :

پیش نویس آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ، آیین نامه ای است در ۱۹۸ ماده در حالی که اصل قانون ۲۶ ماده است و این به معنی آن است که آیین نامه ۷ برابر اصل قانون است.

این آیین نامه از ناحیه بسیاری از همکاران محترم مورد نقد قرار گرفته و مخالفت‌های بسیاری را موجب شده است که ما نیز به جمع منتقدین آن پیوسته و به جای نقد تنها یک یا چند ماده به نقد کلی آیین نامه می‌پردازیم. امید آن که این نقد موجب اصلاح امور گردد.

اما ایرادات مهم آیین نامه :

۱- یکی از مهمترین ایرادات این پیش نویس آن است که موجب نقض قانون اساسی در خصوص اصل تفکیک قوا شده است. تدوین کنندگان این آیین نامه خود را در مقام قانونگذار فرض کرده و در جای جای این آیین نامه به تشریح و وضع قانون پرداخته‌اند در حالی که تشریح قانون تنها و تنها در صلاحیت مجلس شورای اسلامی ، مجمع تشخیص مصلحت و یا نهادهای قانونی است نه افرادی در دولت یا قوه قضاییه که به اسم آیین نامه به تشریح قانون بپردازند. مواد ۲ تا ۴ ، ۶ ، ۲۷ تا ۲۹ ، ۳۶ تا ۳۹ از این قبیل هستند.

۲- در مواد ۴۰ تا ۴۹ که مورد اعتراض تعداد زیادی از وکلا قرار گرفته ، تدوین کنندگان به تاسیس یک نهاد جدید به نام شورای عالی هماهنگی وکلا پرداخته‌اند. اگر بنا باشد نهاد جدیدی به کانون وکلا یا قوه قضاییه و یا دولت اضافه شود، مسلماً این وظیفه مجلس شورای اسلامی است که به چنین تاسیسی دست بزند.

این نهاد جزو ساختار قوه قضاییه است یا کانون وکلا؟



اگر جزو ساختار قوه قضاییه است، چرا در آیین نامه مربوط به استقلال کانون وکلا گنجانده شده است و اگر جزو کانون وکلاست چرا رییس آن معاون حقوقی رییس قوه قضاییه است؟ در این میان مجلس شورای اسلامی چه نقشی دارد و چرا بر خلاف قانون اساسی اصل تفکیک قوا نقض شده است؟

نقش دولت در این میان چیست؟

بودجه این نهاد از کجا تعیین می‌شود؟

نقش نظارتی مجلس کجاست؟

مرجع اعتراض به تصمیمات این نهاد کجاست؟

همه این اشکالات و ایرادات اساسی برمی‌گردد به این نکته مهم که تدوین کنندگان آیین نامه به جای اینکه از طریق مجلس با ارائه طرح یا از طریق دولت با ارائه لایحه به رفع اشکالات موجود در ساختار کانون وکلا و چنانچه نیاز به تاسیس جدیدی در ساختار قوه قضاییه یا کانون وکلا بود با تشریح قانون و تدوین اساسنامه به رفع نیاز بپردازند راه میانبر را انتخاب و خود را قانونگذار و قوه مجریه فرض نموده گمان کرده‌اند با تدوین این آیین نامه دیگر مشکلات مربوط به موضوع وکالت، کانون وکلا و سوء استفاده‌هایی که احیاناً می‌شود حل خواهد شد، در حالی که نقض قانون اساسی خود بزرگترین فساد و منکر است و کسی حق ندارد با برهم زدن نظم قانونی خود را دولت و مجلس فرض کند.

۳- با توجه به مکانیزه شدن بسیاری از ادارات دولتی و الکترونیکی شدن بسیاری از امور هنوز در کانون وکلا از روش‌های سنتی استفاده می‌شود و در آیین نامه به روش‌های به روزرسانی کانون وکلا هیچ اشاره‌ای نکرده در حالی که کانون وکلا باید خط مقدم استفاده از تکنولوژی روز دنیا در عرصه تبادل اطلاعات و فن آوری باشد.

۴- تعیین وظایف وکلا در آیین نامه از جمله موارد دیگر نقض قانون اساسی و دخالت در قانونگذاری است.

بجز نهادهای قانونگذار هیچ کس نمی‌تواند در آیین نامه برای وکیل وظیفه تعیین کند و اگر تدوین کنندگان پیش نویس دلسوز هستند باید از طرق قانونی موضوع را از طریق مجلس پیگیری و وظایف وکلا را نمایندگان مجلس تعیین کنند.

۵- درخصوص مسایل مالی وکلا که ابزاری برای فرارهای مالیاتی و نیز موجب رفتارهای خلاف قانون درصد کمی از قضات محترم با وکلا شده باید گفت که آیین نامه نمی‌تواند هیچ تعیین تکلیفی در این خصوص کند بلکه با توجه به قوانین موجود سازمان مالیاتی کشور و دولت و بانک مرکزی مسئول اخذ مالیات از وکیل، جلوگیری از پولشویی و استفاده از ابزارهای قانونی جهت جلوگیری از فرارهای مالیاتی هستند.

قانون تکلیف این مسایل را مشخص کرده و قضات محترم نباید با رفتاری همچون احضار



خانواده موکل و درخواست فیش‌های واریزی... شان قضاوت را در حد مامور وصول مالیات پایین بیاورند. چنانچه نیاز به قانون جدیدی بود باید مجلس شورا وارد عمل شود و در اینجا لازم است کانون‌های وکلای دادگستری از مجلس بخواهند تا حد و مرز تحقیق از وکیل درخصوص مسایل مالی را در آیین دادرسی مدنی و کیفری مشخص کند.

۶- تعیین مجازات در آیین نامه برای وکیل از موارد دیگر نقض قانون اساسی و دخالت در امر قوه مقننه هست.

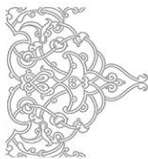
ماده ۱۱۲ و نیز مواد ۱۶۲ تا ۱۷۵ و تعیین مجازات‌های متعدد از جمله محرومیت دائم از وکالت نیاز به تشریح قانونگذار دارد و گنجاندن آن در آیین نامه خود تجاوز به حدود قانونی است.

در پایان ذکر این نکته را لازم می‌دانم که از تاریخ تاسیس کانون وکلا تاکنون متأسفانه این کانون نتوانسته به آنچه وظیفه قانونی خویش که همانا دفاع از قانون اساسی، دفاع از حریم وکالت و دفاع از تعدی بعضی نهادها به حقوق وکلا باشد عمل کند بگونه‌ای که در بعضی از موارد بود و نبود آن یکسان است.

کافی است نظری به کانون وکلای دادگستری در فرانسه، آلمان و انگلیس بیندازیم تا با نگاه مقایسه‌ای ببینیم کانون وکلای دادگستری در ایران یک مرده متحرک بیش نیست که نه توان کنترل رفتارهای خلاف قانون وکلای تحت پوشش خود را دارد و نه توان دفاع از وکلای مظلومی که مورد ستم قرار می‌گیرند.

اگر رفتار وکلا کنترل می‌شد و کانون وکلا، فعال و به روز بود و دست تعدادی از اعضای فسیل شده نبود نباید دولت، مجلس و قوه قضاییه به فکر محدود کردن هرچه بیشتر وکلا باشند. کانون وکلا باید تئوریسین حقوق باشد، استراتژیست حقوقی تربیت و تحویل نظام بدهد و در تدوین قوانین حقوقی در مجلس بازوی آن بوده و آن قدر قوی باشد که بتواند فکر و اندیشه خود را به مجلس بقبولاند نه اینکه فقط به مانند یک بوکسور بخت برگشته باشد که گوشه رینگ افتاده و فقط ضربات متعدد حریف را بر سر و صورت و بدن خود تحمل میکند.

به امید آن روز



نامه ای به معاونت محترم حقوقی قوه قضائیه

علی رضا علی نجیمی^۱

معاونت محترم حقوقی قوه قضائیه

باسلام و احترام؛

به استحضار آن مقام محترم می‌رساند کلیه مطالب زیر بر مبنای قانون و بدیهیات علم حقوق نگارش یافته است.

به امید روزی که همگان پایبند و متکی به قانون باشند؛ چرا که براساس فتاوی مراجع عظام تقلید علی‌الخصوص ولایت فقیه مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) و مرحوم امام خمینی (رحمه اله علیه)؛ مخالفت با قوانین موضوعه کشور حرام (ممنوع) است و امر مخالف با قانون حرمت تکلیفی ایجاد می‌نماید.

ماده ۲۲ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری این گونه مقرر می‌دارد: "کانون وکلا با رعایت مقررات این قانون آیین‌نامه‌های مربوط به امور کانون از قبیل انتخابات و طرز رسیدگی به تخلفات و نوع تخلفات و مجازات آنها و ترفیع و کارآموزی و پروانه وکالت را در مدت دو ماه از تاریخ تصویب این قانون تنظیم می‌نماید و پس از تصویب وزیر دادگستری به موقع اجرا گذاشته می‌شود."

با در نظر گرفتن متن قانون مواردی به شرح ذیل عنوان می‌گردد:

۱- نه تنها در منطوق و مفهوم ماده ۲۲، بلکه در هیچ یک از مواد قانونی لایحه موصوف، موضوع اصلاح آیین‌نامه پیش‌بینی نگردیده است. لذا موضوعی که قوه محترم قضائیه و معاونت محترم آن در حال پیگیری وسیعی در تصویب آن دارند امری سالبه به انتفاء موضوع است و به خوبی می‌دانیم این اقدام به معنای خروج از مسیر قانون، نادیده انگاشتن اراده و منظور مقنن می‌باشد. کما اینکه این موضوع از بررسی متن ماده ۲۲ قانون فعلی و قانون استقلال کانون وکلای دادگستری سابق (مصوب سال ۱۳۳۱) که در آن به واژه اصلاح اشاره گردیده و در خصوص اصلاح آیین‌نامه تعیین تکلیف نموده بود لیکن در قانون موضوعه فعلی (یعنی قانون لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳) از متن ماده حذف گردیده است، به خوبی دلالت بر این امر دارد که موضوع اصلاح مبنای قانونی ندارد. شاید این توهم ایجاد شود که مرجع تصویب آیین‌نامه هر زمان که تشخیص داد می‌تواند اقدام به اصلاح مصوبه قبلی خود نماید، لذا قوه قضائیه صلاحیت و اختیار اصلاح را دارا است.

در راستای زدودن این توهم به یک اصل بدیهی و مبرهن در حقوق عمومی اشاره می‌نمایم

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان



که عبارت از اصل عدم صلاحیت است. لذا مطابق اصل مذکور هیچ مقامی دارای صلاحیت جهت انجام اقدامی نیست مگر صلاحیت اقدام صراحتاً توسط قانون به آن مقام و نهاد اعطا گردیده باشد، همچنین استصحاب عدمی نیز نتیجه ی فوق را به همراه دارد. لذا شایسته است تنظیم کنندگان متن پیش نویس موصوف در ابتدا اعلام فرمایند صلاحیت اصلاح آیین نامه بر اساس کدام ماده قانونی به ایشان اعطا گردیده است که اجازه اصلاح آیین نامه را دارا باشند؟ اگر کسی ادعای نقص و عدم کارایی در آیین نامه فعلی داشته باشد اولاً این ادعا به معنای زیر سوال بردن مقام تصویب آیین نامه لازم الاجرای فعلی (مصوب ۱۳۳۴) می باشد و ثانیاً به فرض وجود نقص در آن، صلاحیت و تشخیص ایراد با کانون های و کلا بوده و پس از تشخیص نقص توسط کانون ها، بنا به تصریح ماده ۲۲ راهکار آن عبارت از تهیه و تنظیم متن پیش نویس توسط کانون های و کلای دادگستری و در نهایت تصویب توسط نهاد مندرج در قانون است و یا از طریق ارائه پیش نویس اصلاح مقررات قانون و کالت توسط کانون های و کلای دادگستری و نهایتاً قانونگذاری در این خصوص توسط مجلس شورای اسلامی است.

به ادعای تحول در نظام قضایی نمی توان به مقابله با قانون درخواست که نتیجه آن آثار منفی و زیان بار فراوانی به همراه دارد. اگر قصد و نیت خیرخواهانه باشد و در راستای پیشرفت و کیفیت بیشتر امر و کالت در حال قدم برداشتن باشیم، شایسته است از طریق و بر مدار قانون حرکت نماییم. تحول با وضع آیین نامه خلاف قانون مبنای خود، آن هم از قوه ای که سردمدار و الگوی قانون مداری در سطح کل جامعه و کشور اسلامی می باشد باعث نگرانی و قانون گریزی و انحطاط جامعه و فرد فرد افراد آن می گردد.

۲- به فرض نادیده گرفتن توضیح فوق، صراحت ماده ۲۲ قانون، وظیفه تهیه و تنظیم متن آیین نامه را برعهده کانون های و کلای دادگستری قرار داده است و تصویب آن بر عهده وزیر محترم دادگستری است، لذا اقدام قوه محترم قضاییه در جهت تهیه و تنظیم متن پیش نویس، اقدام بر خلاف قانون بوده و به تعبیری مداخله قوه قضاییه در تدارک و تهیه و تنظیم متن آیین نامه از شمول ماده ۲۲ موضوعاً خارج می باشد (خروج موضوعی دارد).

۳- در متن دعوت نامه معاونت محترم حقوقی قوه قضاییه به ارائه نظرات آمده است: "و مبنای اصلی آن لایحه، استقلال کانون های و کلای دادگستری با در نظر گرفتن قوانین و مقررات دیگر است"

سوال قابل طرح این است؛ آیا مگر نه این است که یکی از معانی گسترده استقلال یک نهاد، اراده آزادانه و بدون اجبار جهت پیش بینی و تنظیم سلسله مقررات و آیین نامه و برنامه ریزی جهت اداره کلیه امور مربوط به آن توسط مسئولان و روسای همان نهاد بدون دخالت سایر نهادها می باشد؟ زمانیکه سخن از استقلال نهادی به میان می آید یعنی در همه زمینه ها و در چهارچوب قانون مبنای ایجاد، دارای استقلال تام و تمام بوده و هیچ نهاد و قوایی نتواند در امور آن دخالت نماید. لذا بین اظهارات مندرج در متن دعوتنامه مبنی بر حفظ استقلال کانون و کلا و اقدام به تنظیم پیش نویس آیین نامه موضوع بحث تعارض آشکار موجود می باشد.



۴- در متن دعوت نامه معاونت محترم حقوقی قوه قضائیه آمده است: "مجموعه مطالعات انجام شده حاکی از این واقعیت است که... و ابطال موادی از این آیین نامه در دیوان عدالت اداری ضرورتی اجتناب ناپذیر است و از آنجا که... اجرای لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری بر اساس آیین نامه مربوط به ۶۴ سال پیش، به نحو مطلوبی امکان پذیر نمی باشد"

در پاسخ معروض می داریم علت ابطال برخی از مواد آیین نامه لایحه استقلال در دیوان عدالت اداری این بوده که مواد مذکور به حیطة قانونگذاری تجاوز کرده بودند موضوعی که ظاهراً فراموش شده و مغفول مانده و مورد توجه تدوین کنندگان پیش نویس فعلی قرار نگرفته است، لذا تکرار امری که برخلاف مدار و محور قانون است، زیننده قوه قضائیه به عنوان دائیه دار رعایت و اجرای قوانین نخواهد بود.

۵- معاونت حقوقی محترم قوه قضائیه جنابعالی به کرات از واژه های تحول و تحول حوزه وکالت استفاده نموده اید. حال سوال آن است که تحولات از چه طریقی صورت می پذیرد؟ از مسیر اصلاح قوانین موجود توسط مجلس شورای اسلامی آنهم با ضوابط موجود یعنی پیشنهاد و همکاری کانونهای وکلا، یا از طریق وضع و اصلاح آیین نامه ای که مغایرت آشکار با قوانین موضوعه دارد؟ اگر هدف تحول باشد راه حل کاملاً واضح و روشن است، اقدام از طریق تصویب قانون توسط مجلس شورای اسلامی با همکاری کانونهای وکلای دادگستری. لیکن قوه قضائیه با تهیه پیش نویس موصوف اقدام به قانون گذاری نموده است و قصد دارد با تصویب (و نه اصلاح، چرا که اصلاح اشاره به تغییر و یا اضافه موارد جزئی با حفظ موارد قبلی دارد ولی تصویب به معنای ایجاد قواعد جدید بصورت کلی - شبیه پیش نویس فعلی - است) آیین نامه، قوانین حوزه وکالت را متحول سازد!

درنهایت این نکته متذکر می گردد؛ نظر خواهی و دعوت به ارسال نظرات کارشناسی، ایجاد صلاحیت جهت تهیه و تنظیم متن آیین نامه و یا اصلاح آن نمی نماید. این اقدام نمی تواند صورت مساله را حذف نماید، امکان ورود جهت بررسی مواد آیین نامه موردنظر نیز منطقی نبوده و میسر نمی باشد.

و من اله توفیق.
باتجدید احترام.



اعجاب و غربت

سحر روحانی^۱

آیین نامه ای که در آخرین ساعات آخرین روز اداری سال ۹۸ و در شرایط غیر عادی شیوع کرونا که تجمعات و رفت و آمدها را مختل کرده به کانون‌ها ابلاغ می‌شود و بعد از عدم دریافت نظر مثبت کانون‌ها از جامعه‌ی حقوقی کشور درخواست بررسی و تایید می‌کند، فارغ از این حواشی عجیب و غریبش، از حیث شکل و محتوا نیز همانقدر در مخاطب اعجاب و غربت ایجاد کرده است.

در باب خارج بودن اختیار تصویب این آیین نامه از حیطه‌ی وظایف قانونی یکی از سه قوه‌ی بزرگ حاکمه که از قضا خود ملزم به پاسداری از قانون است، باید بگوییم بعید می‌دانم راه اصلاح از نقض قانون بگذرد و آن زیرپا نهادن قانون، تخم کج رفتاری و کج اندیشی پراکنده نکند، قبح آن را نریزد و راه را برای بی‌اعتنایی‌های دیگر به قانون باز نکند و شجره‌ی سیئه‌ای را نکارد که قد نکشد و شاخ و برگ ندهد و ارجاعتان می‌دهم به همان داستان معروف مذاکرات تهیه قانون اساسی و مخالفت شهید بهشتی با شکنجه‌ی ولو در حد یک سیلی (و اگرچه راهگشا)، به دلیل واهمه‌ی از میان رفتن قبح آن و باز شدن میدان برای مفسده‌های بزرگتر.

و گذشته از آن که مجلس اختیار وضع آیین نامه برای کانون و کالا را به خود کانون و کالا واگذار کرده و این به دلیل شایستگی کانون برای بررسی وضعیت خود است، تذکر همین نکته را بس میدانم که قوه‌ی پاسدار قانون که خود، دست‌های آلوده به نقض قانون را مجازات می‌کند، بیش از هر نهادی به دستانی پاکیزه از آلودگی نقض همان قانون نیاز دارد.

از دیدگاه شخصی ام، اعمال این چنینی ریشه در نوعی نگاه ساده‌انگارانه به مسائل و اعتقاد به اصالت صد درصدی محتوا در مقابل فرم دارد که از برداشت‌های خاص و بدون تحلیل از شرع نشأت می‌گیرد؛ این که در صدر اسلام برای حل مسائل با کمترین پیچیدگی‌های شکلی و کمترین درگیری با فرم و آداب و قواعد غیرماهوی روبرو هستیم و به نظر من می‌آید مسائل امروز هم به همان شکل قابل حل و فصل اند، اما مغلطه‌ای که در ذهنمان اتفاق افتاده این است که در فاصله‌ی این هزار و چهارصد سال، جوامع از حیث مدنی پیچیده‌تر شده‌اند و به



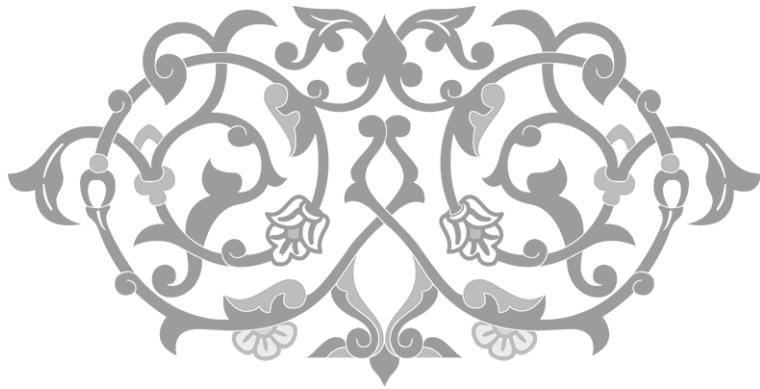
موازات این پیچیدگی خود را نیز رشد داده‌اند و برای رفاه اعضا و نظم امورشان، کم کم به تنظیم قواعد شکلی مختلف پرداخته و نهایتاً امروز قواعد زندگی اجتماعی و حقوقی شان بدین شکل درآمده است و باید پذیرفت که اقتضای امور امروز، احترام به قوانین شکلی امروز است که اکثراً حیثیتی مشابه قواعد ماهوی دارند و نقض شان تبعاتی در حد همان نقض محتوا را دارد و نظم آن "محتوا" در گرو احترام به این "شکل" است.

آنچه در یک نگاه کلی به اعضای غالب جامعه ی کانون‌های وکلا به نظر می‌رسد این است که کانون‌ها عموماً محلی برای گردهم آیی گروهی از افراد دارای صلاحیت در حیطه ی کاری خودند، که فارغ از پیشینه ی سیاسی و مذهبی شان، به داشتن صلاحیت‌های علمی و اخلاقی شان توجه می‌شود و از قضا همین‌ها شروط لازم و کافی برای احراز صلاحیت شان است و در شرع مقدس، در روایات متعدد آمده است که ملاک در امور تخصص است و شایستگی اخلاقی اما آنچه دیده می‌شود، تفسیر موسع از اخلاق به امور سیاسی و حکومتی است که خود خلاف شان اخلاق است و نگرانی عمده من به عنوان نه عضوی از کانون وکلای دادگستری، که عضوی از جامعه ی ایرانی، از این اعمال نظارت کنکاش گرانه و مصرانه در احوالات آن کس که شایستگی جایگاهش را دارد، گلوله ی آخر به پیشانی تنها نهادی است که اعضایش از همان رنگارنگی ای برخوردارند که جامعه و از قضا همین تعارضات عقاید و فهم هاست که رشد فرهنگی می‌آفریند و اصلاً گذشته از همه ی اینها مگر وکیلی که برای دفاع از متهمی سیاسی یا ایدئولوگ قدم به جلو می‌گذارد، می‌تواند هم رأی و همنظر با قوای حاکم باشد؟ که اگر باشد، بیچاره مردمانی که زندگانی و افکارشان از استانداردهای فرمایشی نهاد بالادستی فاصله دارد که آخرین سنگر برای دفاع از خود را نیز از کف می‌دهند و از ابتدای پرونده، می‌توان انتهایشان را پیش بینی کرد و این فیلترگذاری‌های بیش از حد که بر خط قرمز حقوق الناس پا می‌گذارد و فرصت تعامل و تبادل را می‌گیرد و این شورای عالی امور وکلا که اگر در نحوه ی چینش اعضایش، مقاماتی از قوه ی قضا جای داده شده اند، جای تعجب نیست. اما آنچه از نظر شکلی وهن آمیز است حضور نمایندگانی از مرکز امور مشاوران است که حقیقتاً جایگاه شخص ثالثی را دارند که پای در مجلس اداره ی نهادی می‌گذارد که نه از نظر تشکیلاتی با او ارتباطی می‌یابد و نه قانون چنین مجوزی را برایش صادر نموده است و از آن قابل توجه تر، توازن قدرت در این شورا است که نه در غالب سه به سه یا چهار به چهار، که سه به سه یا چهار متمایل به سوی قوه ی قضاییه است و قرار است تعیین "خط مشی کلی" کانون‌های وکلا را به دست بگیرد و "قوانین و مقررات وکالت" را تنظیم و پیشنهاد دهد.

به نظر من آنچه کوچک شمرده می‌شود، دستاوردهای ابناء بشر در طول تاریخ زندگی اجتماعی‌اش است چرا که حاصل قرن‌ها آزمون و خطا و هزینه کردن عمر و فکر و قلم و قدم بوده و نمونه ی بارزش همین مساله ی ضرورت استقلال برای نهاد وکالت است و بشر امروز از



پس تجربیات تاریخی و برای محافظت از خود در برابر قوای حاکم بدان دست پیدا کرده و امروز که برای این دستاورد پرهزینه، کوچکترین ارزشی قائل نباشیم. آنچه در ادامه می‌آید، انداختن جامعه به ورطه ای است تا از نو و این بار به شکلی وارونه تاریخ را مرور و تجربه نماید و باز هزینه دهد و هزینه دهد و هزینه دهد تا شاید روزی تازه بر سر خطی که امروز پشت آن ایستاده‌ایم، بایستد!



بایسته‌های حرفه وکالت





آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی

قوه قضائیه

رای وحدت رویه شماره ۷۸۶-۱۳۹۸/۱۰/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مطابق قسمت اخیر اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است» و طبق ماده ۲۴ قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴، «نظرات شورای انتظامی نظام مهندسی با اکثریت سه رأی موافق، قطعی و لازم‌الاجرا است» و قطعیت مورد نظر مقنن در ماده مذکور، اطلاق دارد. بنابراین، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه ۲۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران که نظر صادره از شورای انتظامی نظام مهندسی را قابل اعتراض در مرجع قضایی ندانسته، صحیح و مطابق با موازین قانونی است.

این رأی بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن، لازم‌التباع است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رای وحدت رویه شماره ۷۸۷-۱۳۹۸/۱۰/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

آراء صادره درباره جرائم مذکور در ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور است. چنانچه جرمی به اعتبار یکی از بندهای ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری در دادگاه کیفری یک مطرح گردد و دادگاه پس از رسیدگی به آن، تشخیص دهد که عمل ارتكابی عنوان مجرمانه دیگری دارد و به این جرم رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید، این امر تغییری در صلاحیت دیوان عالی کشور در رسیدگی



به فرجام‌خواهی از رأی مذکور ایجاد نمی‌کند. بنابراین، به‌نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، آراء شعب سی و ششم و چهل و هفتم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح و قانونی است.

این رأی بر اساس 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 ۷۵۵-۱۳۹۵/۱۰/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

از مقررات قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور خصوصاً ماده 4 آن راجع به صلاحیت دادگاه چنین مستفاد می‌گردد که تقاضای زوجین برای دریافت جنین از امور ترافعی نیست و مقررات قانون آیین دادرسی... در امور مدنی در خصوص رسیدگی به دعاوی منصرف از آن است. بر این اساس، تقاضای زوجین بدون تقدیم دادخواست در دادگاه محل اقامت و یا سکونت آنان قابل رسیدگی است و رأی شعبه اول دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده 471 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 ۷۶۷-۲۱/۹۷/۱۳۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مطابق مقررات مواد ۱۵۷ و ۱۸۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ رسیدگی به اختلافات فردی کارگر و کارفرما که از اجرای این قانون ناشی شده باشد در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف است و مشمولین مقررات قانون استخدام کشوری از قلمرو آن خارج می‌باشند و چون خواسته مورد مطالبه خواهان به موقوفات مالی بازنشستگی زمان اجرای مقررات قانون استخدام کشوری و قبل از واگذاری شرکت مخابرات به بخش خصوصی ارتباط دارد لذا با توجه به مراتب مذکور و مقررات ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نوع خواسته (مطالبه وجه) رسیدگی به این قبیل دعاوی در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است و به نظر اکثریت قاطع اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظریه انطباق داشته باشد، صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی مطابق 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.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مستنبط از مقررات ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود و کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام مربوط به آن به موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده، مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه جرائم تعزیری اعمال کند و در تبصره دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیر قابل تغییر می‌باشد از اطلاق ماده اخیرالذکر استثنا شده است بنابراین نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید. این رأی در اجرای 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

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره

۷/۹۵/۲۳۸-۱۳۹۵/۲/۱۱

سؤال

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

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

به نظر می‌رسد تأخیر در مطالبه ارش بر خلاف خیار عیب که مقنن در ماده ۴۳۵ قانون مدنی آن را فوری اعلام نموده است، موجب سقوط آن نمی‌گردد. زیرا اولاً مطابق ماده ۴۲۲ قانون مدنی خیار عیب جدای از ارش تلقی گردیده و مشتری می‌تواند با عدم فسخ معامله ارش را



مطالبه نماید. ثانیاً در اثر تأخیر در مطالبه ارش خسارتی متوجه بایع نمی‌گردد ولی تأخیر در استفاده از حق فسخ ممکن است باعث ضرر طرف معامله گردد. ثالثاً ارش دینی است که بر عهده بایع می‌باشد و اصل بر بقاء دین (اشتغال ذمه) در ذمه مدیون است.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره

۷/۹۵/۲۳۶-۱۳۹۵/۲/۱۱

سؤال

مالک ملکی در سال ۱۳۴۳ به موجب سند عادی کارافه واگذاری حق کشت و زرع در زمین با دریافت وجه ملک خود را به دیگری واگذار می‌نماید. در ادامه هم مالک ملک و هم زارع فوت می‌نمایند. اکنون وارث مالک به طرفیت وارث زارع دعوی استرداد ملک را اقامه نموده‌اند. آیا وارث مالک بدون پرداخت حقوق متعلقه به وارث زارع استحقاق مطالبه عین ملک را دارند؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

واگذاری حق کارافه (کشت و زرع) از طرف مالک به دیگری در عرف محل، چنانچه بدون ذکر مدت و به طور مطلق، با دریافت وجه مورد توافق صورت گرفته باشد، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد مذکور بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها نافذ و لازم الاجرا است و لذا نه مالک و نه ورثه او، حق استرداد زمین مورد کشت و زرع را از منتقلاییه یا ورثه او نخواهند داشت.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره

۷/۹۵/۱۷۶-۱۳۹۵/۲/۶

سؤال

برابر با ماده ۱۸ قانون شوراها حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد تابع مقررات آیین دادرسی است. حال با توجه به رویه‌های مختلف آیا تشکیل جلسه رسیدگی در مواردی که قاضی شورا باید رأی صادر نماید، از وظایف قاضی شورا است یا اینکه اعضاء شورا تا مرحله صدور حکم تمامی اقدامات انجام داده و سپس قاضی شورا چنانچه پرونده را معد صدور رأی تشخیص دهد با مشورت اعضاء شورا و ملاحظه نظریه کتبی اعضاء شورا صرفاً انشا رأی می‌نماید؟



نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

برابر ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ «قاضی شورا با مشورت اعضای شورا رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌نماید» و برابر ماده ۱۸ قانون یاد شده «رسیدگی قاضی شورا از حیث اصول و قواعد، تابع مقررات آیین دادرسی مدنی و کیفری است» و اصولاً در قوانین مربوط به دادرسی‌های مدنی و کیفری، موردی پیشبینی نشده است که رسیدگی توسط شخصی غیر از قاضی صادرکننده رأی، انجام پذیرد و ماده ۹ فوق‌الاشعار نیز تصریح به آن دارد که قاضی شورا در موارد موضوع این ماده، باید عهده دار امر رسیدگی باشد؛ لذا در فرض سؤال اعضای شورا نمی‌توانند اقدامات مربوط به رسیدگی را تکمیل و صرفاً جهت صدور رأی، پرونده را به رؤیت قاضی شورا برسانند.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره

۷/۹۵/۴۲۱-۱۳۹۵/۲/۲۹

سؤال

خواهان دادخواستی به خواسته مطالبه خسارت وارده به ملک و خسارات دادرسی این پرونده و خسارات دادرسی پرونده تأمین دلیل به شورا تقدیم می‌نماید و مدعی می‌گردد در اثر اقدام خوانده به ملک وی خسارت وارد شده است و در زمان وقوع خسارت نسبت به تأمین دلیل اقدام نموده و پس از تعمیر و بازسازی طی دادخواست جاری خسارت را مطالبه نموده و در بحث خسارت دادرسی خسارت وارده به وی در پرونده تأمین دلیل (هزینه کارشناسی و دادرسی پرونده تأمین دلیل) را نیز مطالبه نموده است. حال با توجه به مفاد ماده ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و با توجه به اینکه خواهان در پرونده جاری به نتیجه پرونده تأمین دلیل استناد نموده است، آیا می‌تواند خسارت وارده در پرونده تأمین دلیل را مطالبه نماید؟ همچنین هزینه دادرسی قرار تأمین خواسته و هزینه پرداختی بابت نشر آگهی در مواردی که خوانده مجهولاً لمکان می‌باشد جزء خسارات دادرسی محسوب می‌گردد؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

- ۱- به نظر می‌رسد چنانچه قرار تأمین دلیل، مؤثر در صدور حکم به نفع خواهان باشد، مثلاً دادگاه براساس نظر کارشناسی مندرج در پرونده تأمین دلیل مبادرت به صدور رأی کرده باشد، هزینه تأمین دلیل نیز مشمول اطلاق ماده ۵۱۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی می‌باشد ولی اگر تأمین دلیل مؤثر در مقام نباشد و دادگاه بدون توجه به مفاد آن و براساس سایر ادله و مدارک حکم صادر کرده باشد، خسارت ناشی از اجرای قرار تأمین دلیل قابل مطالبه نیست.
- ۲- نظر به این که ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی در امور مدنی آگهی مفاد دادخواست را در



روزنامه کثیرالانتشار به هزینه خواهان مقرر داشته و با التفات به این که دعوت از خواننده به طور مستقیم مربوط به دادرسی و برای دفاع خواننده لازم است، به نظر می‌رسد این هزینه از شمول ماده ۵۱۹ قانون مذکور خارج نیست و قانوناً قابل مطالبه است. اما در مورد هزینه تأمین خواسته چون خواهان الزامی به درخواست آن ندارد و عدم درخواست تأمین خواسته خللی به جریان دادرسی وارد نمی‌کند و در واقع تأمین خواسته به منظور تضمین اجرای رأیی که به نفع خواهان صادر خواهد شد، انجام می‌شود، به نظر می‌رسد از شمول ماده ۵۱۹ خارج است. بدیهی است مطالبه کلیه خساراتی که به افراد وارد می‌شود به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی و با رعایت ترتیبات عام دادرسی مدنی بلامانع است.



پند استاد

دکتر سید علی آزمایش

نویسه مستقل^۱

زندگی نامه استاد

استاد بزرگوار و با اخلاق، سید علی آزمایش، از جمله متواضع‌ترین و در عین حال مشهورترین اساتید حقوق کشور می‌باشند. نشان از تواضع ایشان آن است که در هیچ یک از سایت‌ها و کتاب‌های حقوقی، اطلاعات کاملی در رابطه با زندگی پربرکت استاد وجود ندارد. ایشان نزدیک به پنجاه سال است که در کسوت وکالت فعال بوده و از هیچ کوششی در رابطه با ارتقای جایگاه وکالت دریغ نورزیده‌اند، به طوری که در حال حاضر نیز با کانون‌های وکلای دادگستری کشور در حد امکان همکاری داشته تا وکلا و کارآموزان از تجربیات ایشان بهره‌مند گردند. استاد دارای دکترای حقوق جزا از دانشگاه منپلیه فرانسه می‌باشد. ایشان از سال ۱۳۴۹ تا زمان بازنشستگی به عنوان استاد در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران مشغول فعالیت و تدریس بوده و همه دانشجویان ایشان که اکنون بسیاری از آن‌ها، اساتید درجه اول حقوق ایران هستند، ایشان را فردی آرام، متواضع، دلسوز و دوست داشتنی می‌دانند.

۱۰۲

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

ملی
حقوق



پند استاد^۲

• وقتی بعد از عمری، به گذشته خود فکر می‌کنید، بدانید برای چه به دنیا آمدید، در این مدت که بودید چه کردید و حالا که دارید می‌روید چه با خود می‌برید. انسان به امید زنده است و آینده همیشه روشن‌تر از گذشته بوده است، بدین سبب باید همواره امیدوار بود.

• در جامعه‌ای زندگی می‌کنیم که متأسفانه وکیل جایگاه خودش را ندارد، بدبینی‌های زیادی نسبت به وکیل جاری است، قضات هم نسبت به وکلا بدبینی‌هایی پیدا کرده‌اند، این‌ها به جای خود، ولی سوالی که همیشه ذهن مرا مشغول کرده، این است که چطور بسیاری از این بندگان خدا (قضات) هنوز بازنشسته نشده، به دنبال این هستند که جواز این کلاهبرداری را دریافت کنند! و فوری هم می‌گیرند، وکلا که کلاهبردارند! پس چه افتخاری دارد که شما به صنف کلاهبرداران پیوندید؟! شما باید فرار کنید از کار و کالت و با خود بگویید چون این‌ها کلاهبردار هستند، وارد این صنف نمی‌شوم، نه اینکه هنوز جوهر بازنشستگی خشک نشده، دنبال پروانه وکالت باشید! با تمام این اوضاع و احوال، هیچ کدام از این موارد اهمیت و جایگاه وکیل در یک دادرسی را تنزل نمی‌دهد. از قدیم گفته‌اند اگر می‌خواهید بفهمید در یک مملکتی حقوق و آزادی‌های فردی اعتبار دارد یا خیر؟ نگاه کنید ببینید که آیین دادرسی در آن مملکت چقدر اختیار به قاضی داده و چقدر برای حضور وکیل در دادرسی اعتبار قائل شده است، یعنی ملاک و پایه، اختیارات قاضی و وکیل است.

• خواهش و توقعی که ما می‌توانیم از همدیگر داشته باشیم این است که چون اعتبار و احترام امامزاده به متولی آن است، اعتبار کار وکالت که بنده عرض کردم خیلی زیاد است، به من و شما بستگی دارد. کاری نکنیم که به خاطر رفتار من و شما به وکالت لطمه بزنند، چون وکالت شغل من و شما نیست، بلکه حق افراد جامعه است. ما نباید کاری کنیم که به این جایگاه لطمه بزنیم؛ چراکه اگر در اجتماع دخالت وکیل بی رنگ باشد یا در بیان مطالب محدودیت داشته باشیم، در این جامعه عدالت به معنای واقعی جاری نیست.

۲. استاد سید علی آزمایش بعد از نائل شدن به افتخار بازنشستگی، ارتباط خود را با کانون‌های وکلای دادگستری گسترش داده و در همایش‌های مختلفی که به پاس داشت ایشان در کانون‌های وکلا گرفته می‌شود، شرکت می‌نمایند. استاد در این همایش‌ها و کنفرانس‌ها مطالب اخلاقی زیادی را خطاب به وکلا بیان می‌دارند. اکثر توصیه‌ها و پند و اندرزهای زیر، برگرفته از مصاحبه‌ها و سخنرانی‌های این استاد بزرگوار بوده و به جهت رعایت امانت، به همان زبان محاوره‌ای که بیان فرموده‌اند، نکات مربوطه خارج‌نویسی گردیده است.



• چون حقوق، مجموعه قواعد محدودکننده آزادی است و هر قاعده محدودکننده آزادی، مغز را خشک می‌کند و آدم تصور می‌کند این قواعد وحی منزل است، پس ادبیات بخوانید چون ذهن را تلطیف می‌کند.

• وای به حال حکومتی که با دخالت وکیل مستقل مخالف باشد، وکیل دادگستری برای اینکه بتواند وکالت کند باید استقلال داشته باشد، استقلال به آدمی عزت می‌دهد و وکیل می‌تواند صدای خود را بلند کند و از موکل دفاع نماید.

• وکیل، زبان موکل است؛ در واقع اخلاق وکالتی از اینجا شروع می‌شود، وکیل، مطالب موکل را به دادگاه منتقل می‌کند؛ بنابراین چون وکیل، زبان موکل است؛ بنابراین لزومی ندارد، ریاست دادگاه از بیانات وکیل ناراحت شود. رسالت یک وکیل احقاق حق در حد توانایی او می‌باشد و شرط آن این است که دستگاه قضایی قوی باشد، هر چه دستگاه قضایی مملکت قوی‌تر باشد، وکالت در آن جامعه عزت دارد و نه تنها رسالت وکیل را تأمین می‌کند، عزت دادگستری نیز حفظ می‌شود.

• وکیل حق ندارد، موکلین را از مراجعه به خود محروم کند، حتی اگر در موضوعی تخصص ندارد، می‌تواند موکل را ارشاد کند که به وکلای متخصص دیگر مراجعه کند.

• تشخیص من در طول پنجاه سال وکالت و تدریس این است که دستگاه دادگستری و وکالت ما مثل سایر دستگاه‌های مملکتی، اکثراً سالم هستند. منتهی کار وکالت و قضاوت طوری است که یک وکیل وقتی خطایی انجام می‌دهد، در واقع آن خطا به منزله جنایت است و باید بداند که کل جامعه وکالت را آلوده کرده است. با توجه به اینکه پدرم نیز وکیل بودند، نصیحتی به من نمودند که از باب یادآوری به شما می‌گویم و آن این است که اگر سالم وکالت کنی، بعد از سی، چهل سال وکالت به اندازه یک کارمند دولت درآمد خواهی داشت، فقط یک تفاوت دارد، تو آزاد بودی، او خادم، او هر روز صبح باید سر کار می‌رفت، ولی تو دوست داشتی بعضی وقت‌ها پرونده نگیری و استراحت کنی. کار وکالت، یک کار خدایی است، کسی به شما تکیه می‌کند، شما نباید به او خیانت کنی، اگر وکیلی به موکل خیانت کرد، غیر از آلوده کردن طیف وکالت، به اصالت وکالت نیز خیانت کرده است.

• وکیل باید استقلال داشته باشد. استقلال خود را با عزت خویش حفظ کنید، کار غلط نکنید و کانون و کلا را خانه خود بدانید. اگر کانونی سه هزار وکیل داشت، همان سه هزار وکیل باید در انتخابات هیئت مدیره شرکت کنند. استقلال یک وکیل را غیر از خود وکیل هیچ شخص دیگری نمی‌تواند بگیرد و آن هم با خطا و خیانت وکیل صورت می‌گیرد. در مقداری که دادگاه‌ها اجازه



می‌دهند، باید قوی‌ترین دفاع را انجام دهید. حتی اگر فرصت مطالعه کامل پرونده داده نشد، در لایحه بنویسید که فرصت مطالعه کامل پرونده داده نشد، همین لایحه در تاریخ قضائی کشور ثبت می‌شود. یک مقدار از وقت خود را رایگان در اختیار مردم قرار دهید، مثلاً اگر کسی در راهرو دادگستری سوالی از شما پرسید در حدی که می‌توانید، جواب دهید و سپس به قسمت معاضدت قانون و کلا راهنمایی کنید. اگر ملائت مالی داشتید، رایگان مشاوره بدهید، اگر وکالت‌نامه امضا نمودید، حق‌الوکاله بگیرید، ولی یک درصدی از کار خود را رایگان انجام دهید، چرا که گشایش وکالتی برای شما ایجاد می‌کند.

• هرچه قوه قضاییه از قوه مجریه بیشتر فاصله بگیرد، حضور وکیل را پذیراتر می‌شود، چون قوه قضاییه باید متخلفین را محاکمه کند و وکیل است که باید کمک کند که آیا اشتباه صورت گرفته یا خیر؟ اگر قوه قضاییه از وجود وکیل در فرایند دادرسی استفاده کند، علاوه بر استقلال، بی‌طرفی خود را نشان می‌دهد، یعنی می‌گوید من به هیچ یک از اصحاب دعوا گرایشی ندارم.

• ضرورت آموزش اخلاق حرفه‌ای قضایی و نبود آن در نظام آموزش حقوق کشور، امر فوق‌العاده مهمی است. اخلاق قضایی را هم به درستی در دوره کارآموزی قضایی به کسی یاد نمی‌دهند، اگر اخلاق قضایی را درست یاد داده بودند، قاضی بر سر وکیل فریاد نمی‌زد. اگر قاضی هستیید، آن موقعی که دارید درباره متهم تصمیم می‌گیرید، فکر کنید، اگر این آشنا داشت و به شما زنگ می‌زد، باز هم او را اذیت می‌کردید؟ حالا فکر کنید آشنا ندارد، خدا به شما زنگ زده است!

گاهی معیار و ملاک مجازات‌ها مشخص نیست، اگر می‌توانید جزای نقدی بدهید، حبس ندهید، جزای نقدی می‌توانید بدهید، شلاق ندهید.

• مطالعه جامعه‌شناسی و آسیب‌شناسی پدیده‌هایی همچون رواج خشونت در جامعه، اهمیت فراوان دارد. ما دو نوع وکیل داریم: یکی اعتقادات خودش برایش مهم است و یکی سرنوشت موکل. بدانید این‌جا شما مطرح نیستید، سرنوشت انسان دیگری مطرح است، جامعه را که شناختید می‌توانید نوع دفاعتان را تنظیم کنید.

• هیچ‌کدام از ما حاضر نیستیم خودمان را اصلاح کنیم، ولی همه ما برای اصلاح دیگران برنامه داریم. پل عبور، اصلاح خودمان است. نمی‌شود پیش رفت، مگر به تدریج، سوابق اجتماعات مردم‌سالار را که نگاه می‌کنیم، بعضی چهارصد سال تمرین دموکراسی دارند، ما هم باید تمرین داشته باشیم.

• قانون‌های وکلا در حال حاضر حداکثر تلاش خود را می‌کنند برای اینکه از بین نروند و



خودشان را حفظ کنند و حق هم دارند. اگر این نهاد بماند تا ریشه در آب است، امید ثمری هست، اگر حرکت تندی بکنند، ممکن است اصل آن هم از بین برود.

● مهم ترین مطلبی که باید در دوره کارآموزی آموزش داده شود، اخلاق و کالتی است، چیزی که ما به طور کلی از آن غافل هستیم، اخلاق و کالتی مثل اخلاق قضایی یک شاخه مخصوص و تخصصی است و باید به کارآموز تدریس شود.

● استقلال و کیل یکی از شرط‌های توسعه جامعه است، دموکراتیک بودن یک نظام حکومتی نیاز به استقلال قوه قضائیه دارد و استقلال و تمامیت قوه قضائیه نیاز به استقلال، آزادی بیان و قلم و کیل دارد. یک مثال مربوط به صدام حسین و محاکمه او برای شما بزنم. وقتی محاکمه‌اش می‌کردند، اعتراض کرد و گفت این محاکمه را قبول ندارم. رئیس دادگاه گفت: چرا؟ صدام جواب داد: چون نگذاشتید و کیلی را که می‌خواستم انتخاب کنم، خیلی بد بود، باید می‌گذاشتند. رئیس دادگاه کتابی را از روی میز برداشت و گفت این کتاب آیین دادرسی می‌باشد که در زمان شما تصویب شده است، از وقتی شما از قدرت رفتید، هنوز قانون جدیدی تصویب نشده است و ما طبق همان قانون، شما را محاکمه می‌کنیم. صدام پاسخ داد: در هر حال چون اختیار تعیین و کیل را خودم ندارم، این امر ناعادلانه است.

● جوانان باید مسئولیت خود را در امر وکالت بهتر تشخیص دهند و ان‌شالله خیلی وارد جنبه‌های مادی نشوند که این امر در طول زمان، به مقدار زیادی حرفه ما را ضعیف و کوچک کرده است.

می‌دانیم که قبلاً و در تاریخ دادگستری، اداره امور وکلا با دادگستری بوده و وکلا زیر نظر و تحت نظارت دادگستری فعالیت می‌نمودند. با جنبه‌های مثبت و منفی که داشت، قریب به سی سال این امر ادامه پیدا کرد تا تدریجاً صرف نظر از وکلا که همواره به دنبال استقلال بودند، مسئولین مملکت هم به فکر استقلال وکلا افتادند، خیلی امیدوارم که عقل حاکم باشد و رجعت نکنیم به آن دوره، خیلی امیدوارم و فکر نمی‌کنم که فشار آنهایی که وکیل مستقل را نمی‌توانند تحمل کنند، به جایی برسد. اصولاً پسرقت خوب نیست و از این رجعت و پسرقت ان‌شالله جامعه ما نجات پیدا خواهد کرد و استقلال وکیل حتمی خواهد شد. وجود وکیل مستقل در جامعه ضروری است، برای حفظ حقوق فردی در جامعه، اگر استقلال وکیل را برداریم، یعنی مقنن ما بر مسئله حفظ حقوق فردی در جامعه ما اعتقاد ندارد و این امر، اتهام سنگینی است که یک مقنن چنین اتهامی را برای خودش بخرد و مدافع مستقل حق، یعنی وکیل مستقل را حذف کند.

در برابر تمام جامعه، متهم دو حامی بیشتر ندارد؛ اول قاضی مستقل، دوم وکیل مستقل. شوربختانه جامعه کوشش می‌کند که این دو نفر را هم فلج کند. متأسفانه باید بگوییم که قاضی



تلاش می‌کند، خودش، خودش را فلج کند، چون قاضی، البته از دوستان قاضی عذرخواهی می‌کنم، نمی‌تواند مستقل تصمیم بگیرد، عکس‌هایی جلوی او می‌گیرند که بچه‌ای به او تجاوز شده، به قتل رسیده و سوخته شده، فوراً بچه خودش در ذهنش می‌آید و تحت تأثیر است؛ بنابراین تنها کسی که حقوق متهم را بیان می‌کند و از او حمایت می‌نماید، نه از این جهت که بی‌گناهی او را اثبات کند، بلکه چرایی مطلب را بگوید، وکیل است و اگر استقلال او را بگیریم، ظلم کامل شده است. این امر که من خدمت شما عرض کردم، اختصاص به ایران ندارد، در فرانسه که مهد حقوق است نیز قاضی کاملاً بی طرف نیست، فقط وکیل استقلال و آزادی بیان دارد و می‌تواند متهم را از زیر چرخ دنده قضات بیرون آورد. در مجموع، متهم، یک حامی بیشتر ندارد و در مملکت ما، در این اجتماع، این حامی، وکیل است. اگر این حامی را از بین ببریم و استقلال وی را بگیریم، بسیار بد است و تبعات وحشتناکی دارد. هر چه در قوانین دخالت وکیل محدود شود، در جامعه‌ای که این قوانین حکومت می‌کند، حقوق و آزادی فردی وجود ندارد. هر چه دست قاضی در رسیدگی بازتر شود، حقوق و آزادی فردی از اعتبار کمتری برخوردار است.

تفسیر قانون را قاضی انجام می‌دهد، وکیل انجام می‌دهد. مهم‌ترین تفسیرها را شما و کلا روی قانون می‌گذارید. تحول حقوق در یک اجتماع بستگی دارد به کاری که شما و کلا روی مواد قانونی انجام می‌دهید، بستگی دارد به تفسیرهایی که شما از مواد قانونی انجام می‌دهید. استدلال وکیل، یعنی تفسیر از ماده قانونی و این تفسیر اگر مورد حکم قرار گرفت و چند دادگاه این گونه حکم دادند، می‌توان گفت که رویه قضایی ایجاد شده و به عبارت دیگر تحول در حقوق حاصل شده است، بنابراین کار خود را در تفسیر اصطلاحات در مواد قانونی دست کم نگیرید.

• دخالت وکیل در امر دادرسی الزامی است، به دلیل اینکه اول، اصطلاحات را اهل فن می‌فهمند. دوم، اینکه در بخش کیفری تمام جامعه بسیج شده برای اینکه متهم را بگوید و این فرد باید یک همراه داشته باشد که اسمش وکیل است. نگوید او کلاهبرداری کرده و من چه دفاعی دارم از او بکنم، قرار نیست برویم و بگوییم او کلاهبرداری نکرده است. اگر بخواهیم چنین وانمود کنیم که این آدم اصلاً در ایران نبوده، آدم بدی هستیم. ممکن است بخواهیم برای دادگاه شرح دهیم که چه اتفاقی افتاده است، در حالی که خود متهم نمی‌تواند به خوبی شرح دهد.

• متأسفانه جریان امر بر کم رنگ کردن و بی اثر کردن دخالت وکیل در دادرسی است و این سر شاخه نشستن و بُن شاخه بریدن است؛ چون تمام کسانی که دارند این کار را انجام می‌دهند، روزی خودشان احتیاج پیدا می‌کنند که یکی از آن‌ها دفاع کند. به مصداق این شعر معروف
ببری مال مسلمان و چو مالت ببرند داد و فریاد بر آری که مسلمانی نیست



آن روز داد و فریاد می‌کنند که این چه نوع دادگستری است که به حرف آدم گوش نمی‌کند. بارها از قضاتی که دارند وکالت می‌کنند، شنیده‌ام که من مشمئز می‌شوم، وقتی می‌روم دادگستری از رفتار این قضات. به آن‌ها باید گفت شما که تا دیروز خودت قاضی بودی، چکار کردی با مردم، الان همان کار را با شما می‌کنند. شما که تافته جدا بافته، نیستی، قاضی بودن ژست ندارد، عصبانیت ندارد، خدمتگزار مردمی، مستخدم مردمی و داری پول می‌گیری. آن جا نشسته‌ای از محل مالیاتی که همین آدمی که مراجعه کرده، پرداخته، مزد می‌گیری پس چرا بر سر او داد می‌زنی؟ چرا وکیل را از دادگاه بیرون می‌کنی؟

• در رابطه با مبنای بازداشت وکیل به عنوان اخلال در نظم دادگاه باید بگویم اگر منتظر هستید که من بگویم «الناس علی دین ملوکهم»، من نمی‌گویم! بنابراین من چه می‌دانم مبنایش چیست، مبنایش این است که ما هر کس را بخواهیم می‌توانیم بگیریم و زندانی کنیم! اینکه قانون و مبنا نمی‌خواهد، اما بنابر اصل، وکیل هم به اندازه قاضی مصونیت دارد، اگر در دادگاه قاضی او را بگیرد و زندانی کند، باید از این قاضی سلب صلاحیت شود. او دیگر صلاحیت ندارد تا پشت میز قضاوت بنشیند، ولی خوب چه بگویم که ناگفتم بهتر است.

• خشونت را از حقوق کیفری بگیریم، محبت را جایگزین آن کنیم، شاید فایده داشته باشد. هفده میلیون پرونده در دادگستری است! کسی که حقوق نخوانده می‌گوید نشانه اعتماد مردم است، ولی کسی که حقوق خوانده می‌گوید: واویلا! چه کار کردید! تمام ملت ایران در دادگستری هستند؟ چه کردید با این جامعه، چه کار کردید با این قوانین؟



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

در مجلات علمی متعددی که در سرار کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از *مجله 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- تأملی پیرامون شرط ضمنی دوام زوجیت در هبه‌ی بین زوجین و ماهیت آن
نویسنده مسئول: سیفی زیناب، غلامعلی؛ نویسندگان: احمدنژاد بهنمیری، محمد؛ درگاهی، محمدرضا؛

مجله: پژوهش حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۲۹

چکیده: در مورد وضعیت هبه بین زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران دیدگاه‌های متعددی مطرح شده است. برخی از فقها و حقوق دانان بر این باورند که هبه بین زوجین قابل رجوع است و زوجیت دلیلی بر عدم امکان رجوع نیست. اما عده‌ای از فقها بر این باورند زوجیت دلیلی بر عدم امکان رجوع از هبه است و پس از هبه زوجین به یکدیگر، دیگر امکان رجوع وجود ندارد. جدا از دیدگاه‌های مطرح شده در مورد وضعیت هبه بین زوجین، این سوال قابل طرح است که هبه در دوران زندگی مشترک بین زوجین مطلق است یا مقید به شرط ضمنی دوام زوجیت؟ منظور از مقید بودن به شرط ضمنی دوام زوجیت این است که زوجین با فرض دوام زوجیت مالی را به همسر خود هبه می‌کنند و انعقاد هبه در دوران زندگی مشترک مطلق نیست. به همین علت پس از تخلف متهب، واهب خواهان بازپس‌گیری مال موهوبه می‌باشد. در صورتی که قائل به مقید بودن هبه بین زوجین در دوران زندگی مشترک باشیم؛ مسائل دیگری از جمله دلایل وجود شرط ضمنی دوام زوجیت، ماهیت شرط ضمنی دوام زوجیت و... قابل طرح است که به تبیین این موارد خواهیم پرداخت.

۱۰۹

مجله حقوق
حقوق

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان



۲- امکان سنجی بازگشت حضانت مادر با جدایی از همسر دوم

نویسنده مسئول: محمدی، سیدسجاد؛ موسویان، سید ابوالفضل؛ نویسنده: مرتضی، احمد؛

مجله: پژوهشنامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۵۰

چکیده: فقهای امامیه و عامه اتفاق نظر دارند اگر مادری که حق حضانت فرزند خود را بر عهده دارد، با شخص دیگری غیر از پدر فرزندش، ازدواج کند، حق حضانت مادر ساقط می‌شود. در صورتی که ازدواج مجدد مادر منحل شود، در بازگشت یا عدم بازگشت حق حضانت مادر اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهای امامیه و عامه و حقوق دانان معتقدند که با جدایی مادر از مرد اجنبی، حق حضانت وی برمی‌گردد. به نظر آنها ازدواج مجدد مادر، مانع اعمال حق حضانت است و با زوال مانع، ممنوع برمی‌گردد. در مقابل فقهای مالکی و برخی از فقهای امامیه عقیده دارند که با ازدواج مجدد مادر با مرد اجنبی، حق حضانت از بین می‌رود و با جدایی او برنمی‌گردد. قانون گذار جمهوری اسلامی ایران نیز ازدواج مادر با مرد اجنبی را از موجب سقوط حق حضانت مادر دانسته است اما نسبت به برگشت پذیری یا ناپذیری این حق با جدایی مادر از همسر دوم خود ساکت است. این مقاله با روش توصیفی تحلیلی درصدد بررسی مبانی هر دو نظریه است. به نظر می‌رسد که ظهور روایات، قاعده برگشت ناپذیری حق ساقط شده و استصحاب سقوط، بر عدم بازگشت حق حضانت مادر با جدایی از همسر جدید، دلالت دارد.

۳- وضعیت حقوقی اسقاط حق ارث از سوی وراث

نویسنده: عالی پناه، علیرضا؛ نویسنده مسئول: خدایی، محبوب؛

مجله: تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۸۸

چکیده: اسقاط حق الارث از سوی وراث یکی از مسائل قابل بحث در ارث می‌باشد که با وجود رواج عرفی، رویه قضایی چنین اسقاطی را باطل می‌داند و همین امر بررسی وضعیت حقوقی آن را ایجاب می‌نماید. موانعی برای صحت چنین اسقاطی بیان شده است از جمله مالم یجب بودن چنین اسقاطی و اینکه ارث جز احکام است و غیر قابل تغییر و قواعد آن مربوط به نظم عمومی است و توافق بر خلاف آن باطل است. اما بازنگری و بازاندیشی در ماهیت ارث و فرق نهادن بین آثار حکمی و آثار مالی ارث، تفاوت قائل شدن بین تصرفات مورث و اعمال حقوقی وارثان و اصل آزادی قراردادی موید این است که چنین اسقاطی هم در زمان حیات مورث و هم پس از فوت ایشان صحیح است و هیچ مانع حقوقی قابل توجهی برای بطلان این اسقاط وجود ندارد.

۴- بررسی موارد توقف رسیدگی و اجرای مجازات در تخلفات اداری

نویسنده: نکوئی، محمد؛

مجله: فصلنامه حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۲۱

چکیده: رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری که طبق



قانون رسیدگی به تخلفات اداری و مقررات مربوط شروع شده است و نیز اعمال مجازات های اداری درباره آنان، در مواردی متوقف می شود و امکان ادامه رسیدگی و اجرای مجازات به صورت دائمی از بین می رود. رسیدگی به تخلف متهم، در موارد فوت، بازنشستگی، بازخریدی، استعفاء، انفصال دائم از خدمات دولتی، اعتبار امر مختومه و اعمال مجازات به وسیله مقامات موضوع ماده ۱۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، متوقف می شود؛ همچنین، در مواردی به دلایل منتسب به کارمند محکوم علیه، شامل: فوت، بازنشستگی و بازخریدی و در مواردی نیز در اثر نقض رأی هیأت های رسیدگی به تخلفات اداری توسط دیوان عدالت اداری یا هیأت عالی نظارت بر رسیدگی به تخلفات اداری و تغییر رأی به وسیله هیأت صادرکننده، امکان اعمال مجازات از بین می رود. در این نوشته، موارد توقف رسیدگی هیأت ها و نیز موارد توقف اجرای مجازات های اداری به روش توصیفی و تحلیلی مورد بحث قرار می گیرد.

۵- عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی

نویسنده: محقق داماد، سید مصطفی؛ نویسنده مسئول: اسفندیاری فر، خشایار؛

مجله: مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۱۰۸

چکیده: پیوند حقوق و عدالت بر کسی پوشیده نیست و آرای که مردم با عدالت و انصاف منطبق ندانند با میل اجرا نمی کنند و برای فرار از اجرای آن به انواع حيله ها متوسل می شوند. پیوند حقوق و عدالت را در بسیاری از آرای قضایی می توان دید و یکی از نمودهای عدالت در آرای قضایی، دعای مربوط به مطالبه خسارت قراردادی (وجه التزام) توسط متعهدله است. امروزه در قراردادهای مختلف، به ویژه قراردادهای تجاری، متعهدله برای تحت فشار قراردادن متعهد و اطمینان از انجام تعهد توسط وی، مبالغی را با موافقت متعهد به عنوان وجه التزام از باب تنبیه یا ترمیم در قرارداد قید می نماید. در برخی از موارد، متعهد به دلایل مختلف از جمله نوسانات اقتصادی یا اهمال و کوتاهی، در انجام تعهدات قراردادی (به طور جزئی یا کامل) ناکام مانده و در نتیجه با مبلغ هنگفتی به عنوان خسارت قراردادی (وجه التزام) روبه رو می گردد که گاهی از ارزش قرارداد بیشتر می شود. در این نوع دعای نقش قضات و در واقع آرای قضایی بسیار پررنگ بوده و ملاحظه می گردد که برخی دادگاه ها با توجه به نگرششان نسبت به ماهیت وجه التزام، به استناد «اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد»، «اجرای عدالت و انصاف به عنوان قاعده» و «نامشروع تلقی نمودن شرط»، از مقررده ماده ۲۳۰ قانون مدنی عدول کرده و به پرداخت وجه التزام با تعدیل در مبلغ آن یا به حذف شرط مذکور حکم می دهند و آن را مطابق با عدالت می دانند. در مقاله حاضر چند نمونه از آرای قضایی در این ارتباط ذکر گردیده و استدلال آن ها مورد تحلیل قرار می گیرد.

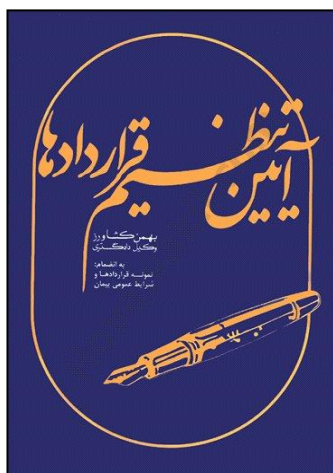


معرفی کتاب

نسیم پرستگاری^۱

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

آیین تنظیم قراردادها،



به انضمام نمونه قراردادها و شرایط عمومی پیمان

استاد بهمن کشاورز

نشر کشاورز

چاپ هفدهم ۱۳۹۸

درباره نویسنده

استاد بهمن کشاورز متولد شهریور ۱۳۲۳ تهران حقوقدان، وکیل دادگستری و رئیس پیشین اتحادیه سراسری کانونهای وکلای دادگستری ایران بود. بهمن کشاورز به دلیل وکالت غلامحسین کرباسچی در دادگاه، نزد افکار عمومی شناخته شد. وی در تاریخ ۳ اردیبهشت ۱۳۹۸ در بیمارستان مهراد تهران درگذشت.

از جمله آثار او می‌توان به عنوان نمونه به موارد زیر اشاره نمود:

آیین تنظیم قراردادها؛ به انضمام نمونه قراردادها و شرایط عمومی پیمان، آیین نگارش حقوقی

۱. وکیل پایه یک دادگستری، کارشناس ارشد حقوق خصوصی



و کلیات عملی علم حقوق، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، هنر دفاع در دادگاه‌ها استراتژی و تاکتیک: جلد اول: هنر دفاع در دادگاه جنایی، جلد دوم: هنر دفاع در دادگاه حقوقی (مدنی)، فرهنگ حقوقی: انگلیسی به فارسی: مشتمل بر لغات و اصطلاحات قضایی و سیاسی و اصطلاحات اصلی علم اقتصاد، اعتراض شخص ثالث در دادرسی‌های مدنی، تحلیل حقوقی قتل عمد با تأکید بر رویه قضایی و دکترین، آداب و شگردهای وکالت در دادگستری و ...

درباره کتاب :

موضوع و محتوای این کتاب در رابطه با قرار دادهای استاندارد، قوانین و مقررات ایران می‌باشد. در پیشگفتار کتاب آمده است: " در تهیه و تدوین قسمت‌های ماهیتی کتاب حاضر از تألیف اساتید بزرگوارری چون مرحوم دکتر سیدحسن امامی و آقای دکتر ناصر کاتوزیان تأثیر پذیرفته‌ام و مرهون عنایات همه کسانی هستم که در زمینه تألیف کتب حقوق مدنی قدمی برداشته‌اند. " تا کنون کتب زیادی در زمینه قراردادهای و تنظیم و انسجام متن قراردادهای حقوقی منتشر شده است لیکن جمع آوری و تدوین کلیه نکات و قوانین و موارد کاربردی به صورت مختصر و مفید که نیازهای یک حقوقدان را مرتفع سازد اصلی ترین نکته حائز اهمیت این کتاب است. همچنین مثالهای مختلفی از نمونه قراردادهای حقوقی و قراردادهای پیمانی و انواع تضمین‌ها در کتاب مشاهده می‌شود که به گفته نویسنده در حکم آسپیرین در معالجه سردرد است .

مباحث این کتاب در سیزده بخش طبقه بندی شده است که ابتدا به تعریف؛ عنوان؛ طرفین و موضوع قرارداد پرداخته شده و سپس شروط و توضیحات و خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات و تضمینها را بررسی می‌کند. در آخر نیز نمونه ای از قراردادهای و روشهای حل اختلاف آورده شده است. همانطور که از عناوین بخشهای این کتاب مشخص است؛ مجموعه ای از کاربردی ترین مواردی که مورد نیاز هر حقوقدان با هر مرتبه علمی می‌باشد؛ در کنار هم جمع آوری شده است که در ۱۹۲ صفحه و با قیمتی کاملاً منصفانه در اختیار دوستان عزیز قرار گرفته است.



هشدار انتظامی سیزدهم

قبول و کالت با وجود معاذیر قانونی

روح اله محمدی^۱

وجدان ، آن قوه ی قضاوت و اخلاقی است که خود ، خویشتن را محاکمه می کند.
"کالت"

قبول و کالت با وجود معاذیر قانونی

حرفه ی مقدس و کالت در پاره ای از موارد با معاذیر و محدودیت‌های قانونی مواجه می‌گردد که این معاذیر موجب می‌گردد وکیل دادگستری ، از ورود در پرونده و قبول و کالت و یا ادامه ی آن در صورتی که عذر پس از آن حادث و یا کشف شود امتناع نماید زیرا در غیر اینصورت و در صورت عدم کناره گیری ، مرتکب تخلف انتظامی گردیده که ضمانت اجرای عدم رعایت این مسأله ، مجازات انتظامی درجه ۴ می‌باشد که ذیلاً و به صورت خلاصه ، معاذیر موصوف بیان می‌گردد.

نخست : یکی از معاذیر موجود ، قبول و کالت در امری است که وکیل سابقاً در آن **اظهار نظر قضایی** نموده است چرا که ماده ۴۰ قانون و کالت این امر را صراحتاً ممنوع دانسته و بند ۷ ماده ۸۰ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری نیز ، مجازات آن را اعلام نموده است .

دوم : درخصوص موضوع فوق الذکر ، شرط تحقق تخلف ، اظهار نظر کتبی در مقام قضاوت است بنابراین اظهار نظر شفاهی و نیز صدور دستورات اداری مانند انجام استعلام اداری ، ثبتی و غیره ، اظهار نظر قضایی محسوب نمی‌گردد که با این وصف ، اقدامات قاضی اجرای احکام نیز تاحدی که در راستای اجرای مفاد دادنامه است اظهار نظر قضایی محسوب نمی‌گردد .

سوم : قضاوت مشاور دادگاه خانواده هرچند مبادرت به صدور رأی نمی‌نمایند اما چون در پرونده به عنوان قاضی مشاور ، اظهار نظر قضایی می‌نمایند با توجه به حکم مندرج در ماده ۴۰ قانون و کالت ، از قبول و کالت در آن موضوع ممنوع می‌باشند .

چهارم : هرچند اعضاء شورای حل اختلاف دارای سمت قضایی نبوده و بیشتر و در راستای

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان



ایجاد مصالحه و سازش و به عنوان داور قانونی اقدام می‌نمایند اما چنانچه در پرونده ، وارد ماهیت دعوی نشده و اظهار نظر ماهوی نمایند این امر مشمول محدودیت قانونی فوق الذکر نخواهد بود اما چنانچه اظهار نظر کتبی نموده باشند هر چند که رأی توسط قاضی شورا و نه اعضاء آن صادر می‌گردد ، به نظر می‌رسد این امر با ممنوعیت قانونی برای وکالت تطابق دارد.

پنجم : اظهار نظر قضایی شامل صدور قرار جلب به دادرسی ، منع تعقیب ، صدور قرار تأمین کیفری (با عنایت به اینکه این قرار پس از تفهیم اتهام صادر می‌گردد) ، احضار متهم (چون احضار متهم پس از بررسی دلایل شاکی و وجود دلایل امکانپذیر است) و صدور دستور موقت نیز می‌شود و برخی ، صدور قرار عدم صلاحیت را نیز نوعی اظهار نظر قضایی تلقی می‌نمایند.

ششم : موضوع بعدی ممنوعیت ، **اظهار عقیده کتبی به عنوان داور** است که طبق ماده ۴۰ فوق الذکر و کلاً نمی‌توانند نسبت به موضوعی که قبلاً به عنوان حکمیت در آن اظهار نظر کتبی نموده‌اند قبول وکالت نمایند بنابراین اظهار نظر به عنوان کارشناس ، شاهد و مطلع (به جز در وکالت‌های تسخیری) این ممنوعیت را ایجاد نخواهد کرد. نکته ی دیگر اینکه اظهار نظر داوری باید اعتبار قانونی لازم در امر داوری را داشته باشد.

درخصوص کارشناس و شاهد ذکر این نکته ضروری است که چون در قانون جهات رد صرفاً درخصوص وکالت‌های تسخیری لحاظ گردیده بنابراین کارشناس و شاهد در وکالت‌های تعیینی و یا معاضدتی مشمول این محدودیت نمی‌شود هر چند اخلاق حرفه ای و رعایت احتیاط ایجاب می‌نماید که وکیل از قبول اینگونه وکالت‌ها خودداری کند.

هفتم : در خصوص موضوع داوری ذکر این نکته لازم است که برخی معتقدند اظهار نظر داوری باید به عنوان داور مرضی الطرفین باشد و مشمول حالتی که شخص به عنوان داور اختصاصی یکی از طرفین دعوا اظهار نظر نموده نمی‌گردد و شخص می‌تواند وکیل شخصی شود که قبلاً داور اختصاصی وی بوده است اما با توجه به مقرر قانونی مذکور که اظهار نظر داوری را به صورت مطلق بیان نموده این تفسیر صحیح به نظر نمی‌رسد و تفاوتی بین اظهار نظر داور مرضی الطرفین با داور یکطرفه نیست.

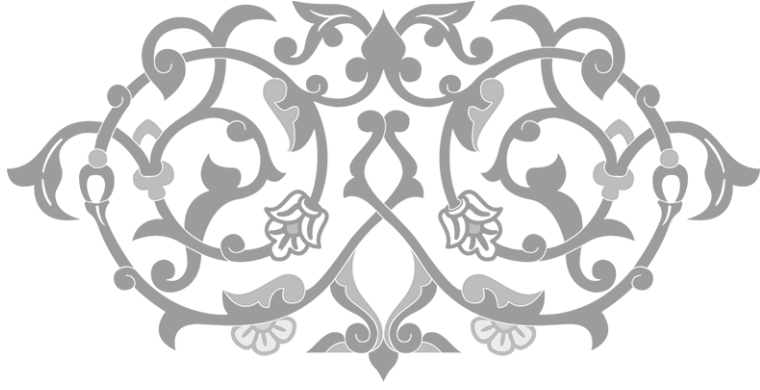
هشتم : از دیگر معاذیر قانونی بحث **قبول وکالت تسخیری با وجود جهات رد** است چراکه در قانون آیین دادرسی کیفری ، برای وکیل تسخیری نیز جهات رد مشخص نموده است و وکیل تسخیری چنانچه یکی از موارد رد را داشته باشد باید از قبول وکالت امتناع نماید.

نهم : **وکالت با وجود ممنوعیت شغلی** یکی دیگر از موارد معذوریت است که به موجب آن برخی از مشاغل از قبول وکالت ممنوع گردیده‌اند فی المثل به موجب لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین مصوب ۱۳۳۷ ، نمایندگان مجلس در دوره نمایندگی حق قبول وکالت در محاکم و مراجع دادگستری ندارند .

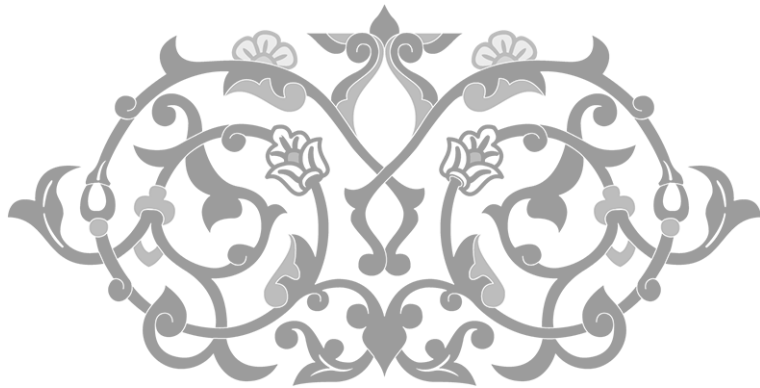


دهم : مورد دیگر از معاذیر قانونی راجع به **قبول وکالت با وجود تعلیق** می‌باشد که طی آن ، وکیل دادگستری در زمان تعلیق ، از قبول وکالت ممنوع است که به موجب ماده ۵۵ قانون وکالت ، وکالت وکیل معلق ، جرم انگاری گردیده و حبس از یک الی شش ماه برای این امر در نظر گرفته شده است. ضمناً وکلایی که با رأی دادگاه انتظامی محکوم به تنزل درجه گردیده‌اند باید در وکالت‌های قبلی که مختص وکلای پایه یک است اعلام استعفا و از قبول پرونده‌های اینچنین امتناع نمایند.

یازدهم : **قبول وکالت بالاتر از درجه ی وکیل** یکی دیگر از موارد محدودیت است که بارزترین آن ، قبول وکالت از سوی کارآموزان در اموری است که صلاحیت ندارند از جمله مواردی که تجدیدنظرآن در صلاحیت دیوان عالی است و نیز امور مالی که دارای نصاب مشخص برای کارآموزان است که کارآموزان محترم باید در برخورد با این مسأله نهایت دقت و احتیاط را به کار بسته تا دچار محکومیت انتظامی نگردند.



زنگ تفريح





تا نباشد چوب تر.....

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

مقدمه اول :

بسیاری از ما خوانندگان این مقاله بارها شاهد رفتارهای هم نوعان خود در اطراف خود و یا نقاط دور دست خود بوده ایم که آن را خرافات و یا حتی احمقانه می‌دانیم و در عین حال که بخاطر نادانی دیگران تاسف می‌خوریم، در دلمان از اینکه اینقدر روشن فکر هستیم که این مسایل را تشخیص می‌دهیم، قند در دلمان آب می‌شود و برای خودمان در ابرهای بالای سرمان که به تقلید از کارتون‌های تلویزیونی ترسیم می‌کنیم کلی اسفند دود می‌کنیم که خدای ناکرده چشم نخوریم، مثلاً بارها از اینکه دیده ایم عده ای گاو را می‌پرستند یا به شانس آوری نعل اعتقاد دارند و یا عدد ۱۳ را نحس می‌دانند، خندیده ایم و افراد معتقد به این مسایل را در دل یا حتی در ظاهر هم مسخره کرده ایم. البته یکی از دوستانم می‌گفت شما چه اعتقاد داشته باشید و چه اعتقاد نداشته باشید، نعل اسب خوش شانس می‌آورد!!!! من خودم چون آدم خوش شانس هستم ، خیلی دنبال نعل اسب نبوده ام.

بگذریم!!! آن چه مسلم است ما چون با عقل و خردمان گاهی به قضاوت رفتار دیگران می‌نشینیم ، رفتارهای زیادی از دیگران برایمان مسخره می‌آید، در حالیکه بعضی رفتارها را خودمان با دلمان انجام می‌دهیم و به آن باور داریم و در نتیجه غیرمنطقی نمی‌آید، لابد می‌پرسید کدام رفتار؟ که در جواب می‌گویم رساله گفتار در روش راه بردن عقل مرحوم دکارت را بخوانید و عمل کنید، خودتان یواش یواش می‌فهمید که دست کمی از کسانی که به ریششان خندیده اید، ندارید.

مقدمه دوم:

بسیاری از آن چه که امروزه از بدیهیات علمی محسوب می‌گردد، در گذشته بسیار احمقانه و یا حتی مجرمانه جلوه می‌نموده و مطرح کنندگان این ایده‌ها ، تحت ستم و فشار زیادی قرار می‌گرفتند که از آن جمله است: لزوم ضد عفونی کردن وسایل جراحی توسط جوزف لیستر ، حرکت زمین به دور خورشید که توسط کوپرنیک و گالیله مطرح شد، رانش قاره ای که توسط وگنر مطرح شد، بیگ بنگ و نظریات دیگری که در زمان خود بسیار احمقانه بود . نظری که امروز تحت عنوان خرافات از آن یاد می‌کنم احتمالاً احمقانه تر از نظریات پیش گفته بنظر بیاید ولی اگر نیم درصد احتمال اثبات صحت نظر من در آینده وجود داشته باشد، خواهش می‌کنم خوانندگان عزیز بنده را تکفیر و شماتت نکنند، هرچند یقین می‌دانم قصد کشتن مرا ندارید، چون آدمی که در این وانفسا مطالعه می‌کند، اهل کشت و کشتار نخواهد بود.



مقدمه سوم:

امروزه در دانشکده‌های حقوق درسی تحت عنوان حقوق جزا داریم که این درس سپس در مقطع کارشناسی ارشد و دکتری هم عنوان مستقلی می‌یابد و بسیاری از حقوقدانان وقت خود را صرف تشریح جرم و مجازات و ... می‌کنند و دلخوش از این هستند که عناوین مجرمانه و ارکان آن را هم می‌شناسند و راهکارهای هم ارائه می‌دهند تا بتوانند ثابت کنند که با وضع فلان مجازات فلان جرم در جامعه از بین می‌رود.

ذی المقدمه:

به اعتقاد بنده «احق در حال حاضر» و «نابغه قرون و اعصار آینده»، «مجازات انسان به قصد اصلاح جامعه یک خرافات بیش نیست».

نمی‌دانم بشر از کجا به این نتیجه رسیده است که بین مجازات و اصلاح جامعه، ارتباط مستقیمی وجود دارد، دقیقاً شبیه تصویری که قورباغه‌ها نسبت به صدای خود دارند و فکر میکنند که بهار از صدای ایشان بوجود می‌آید.

بسیاری از ماها قبول داریم که نسل سوخته ایم و در نتیجه اگر کسی به فرزندان ما «پدرسوخته» یا «مادرسوخته» بگوید، این عمل وی به دلیل مطابقت با واقع فاقد وصف مجرمانه می‌باشد. یکی از دلایل سوختگی نسل ما این است که وقتی وارد مدرسه شدیم، هرچند تغذیه حذف شد و با خروج ما از مدرسه مجدد برقرار شد، این تصور وجود داشت که «تا نباشد چوب تر فرمان نبرد گاو و خر» و بر همین اساس معلم‌های زمان تحصیل نویسنده همیشه با ترکه چوب به کلاس نزول اجلال می‌فرمودند و حتی یادم هست در کلاس سوم ابتدایی که بودم به ما تکلیف کردند که یک شبه جدول ضرب را حفظ کنیم. فردای آن روز معلم عزیزمان با یک ترکه چوب وارد کلاس شد و به ترتیب دو ضرب می‌پرسید و اگر بلد نبودیم حسب مورد یک یا دو چوب کف دستان کوچک ما می‌زد و سراغ نفر بعدی می‌رفت. همکلاسی بغل دستی من از اتفاق هر دو سوال را درست جواب داد ولی معلم که حواسش نبود و یا تصور نمی‌کرد پاسخ دوستم درست باشد، از دم همه را می‌زد، دو عدد چوب به کف دست دوستم نواخت و رفت. وقتی به او تذکر دادیم که حمید جواب را درست گفت، چون آدم مقیدی بود و به حلال و حرام اعتقاد داشت، برگشت و چند سوال دیگر پرسید تا وقتی دوستم دوتای آن را جواب غلط داد، گفت کتک‌های که خوردی بابت این دو غلط اخیر و به این ترتیب اجازه نداد که خدای ناکرده مشغول الذمه دانش‌آموزش شود.

امروزه با پیشرفت محیرالعقول علم متوجه میشویم که حتی گروه خونی افراد در خلق و خوی افراد موثر است، نوع میکروبه‌های روده در خلق و خوی افراد موثرند، کم کاری یا پرکاری غدد مختلف از جمله تیروئید در خلق و خو و رفتار ما موثر است، ایام قاعدگی، نزدیکی به سن بلوغ و هزار کوفت و زهر مار دیگر در زندگی ما نقش بازی می‌کند. همه ادیان و پیامبران آمدند و توصیه به پاکدامنی می‌کنند و کتابها نوشته شد و شلاق‌ها و سنگسارها در این زمینه شد ولی کافی است یک ویروس کوچولو وارد بدن ما شود تا حالمان از هرچه جنس مخالف است بدون نیاز به هیچ نصیحت و ترس از مجازات به هم بخورد. کرونا که آمد خیلی بایدها را نباید کرد و



خیلی نبایدها را باید. من خودم صرفنظر از میزان مجازات بعضی از جرایم هیچ گاه سراغ آن‌ها نخواهم رفت مانند جرم کبوترپرانی در محوطه فرودگاه چون هم از کبوتر داری خوشم نمی‌آید هم خانه مان نزدیک فرودگاه نیست. یا از مثله کردن میت متنفرم، سایر جرایم را قبول نمی‌دهم!!! در هر حال خوب که ما در مدرسه کتک هایمان را خوردیم امروزه تعلیم و تربیت نوین به این نتیجه رسیده که تنبیه بدنی در مدارس باید ممنوع شود و شد و بچه‌ها بسیار باهوش تر و موفق تر از قبل وارد اجتماع شدند و آب هم از آب تکان نخورد، این وسط فقط ما کمی بدهکار کتک خوردن بودیم. دیری نمی‌گذرد که بمیریم و جهان لعنتی به این نتیجه برسد که انسانهای بزرگ را هم نباید مجازات کرد که این وسط بیچاره کسانی که جان و جسم و آبرویشان در این راستا هدر رفت. هرروزه مقررات آیین دادرسی کیفری به سمت نتیجه ای که من رسیدم می‌رود ولی با حرکتی بسیار کند. من در این مقاله می‌خواهم بگویم از فردا دانشمندان بنشینند و با روش علمی علت بروز جرم و هنجار شکنی را پیدا کنند، اگر من دارای گروه خونی O آدم عصبی هستم به شیوه علمی بررسی و پست‌های که با مردم سروکار دارد را به من نسپارند، اگر فلان هورمون در بدن من زیاد است و مرا هیز و چشم پلشت می‌کند، مرا کنترل کنند، اگر سادیسم دارم جور دیگری مرا تحت نظر داشته باشند. منتظر نشینند تا من به جامعه گند بزنم بعد با حبس و شلاق و اعدام بخواهند مشکل را حل کنند. اگر به این باور برسیم که در پشت تصمیمات و رفتارهای ظاهری ما علت‌های بیولوژیکی، فیزیولوژیکی، روانی و ... وجود دارد که با از بین بردن علت معلول هم از بین می‌رود، دیگر برای چه به جان هم بیفتیم و هم دیگر را مجازات کنیم؟ مگر در روایات دینی هم انسان، ظلوم و جهول و عجول و ... معرفی نشده؟ خداوکیل راه اصلاح این عیوب مجازات است یا آموزش و مهارت درمانی و تنظیم غدد درونی و ...؟ امروزه حرکت قضات به سمت مجازات‌های جایگزین هم در واقع شکوفه‌هایی هست از درختی که من مژده وجودش را می‌دهم. مگر در کشورهای مدرن زندان‌ها را تعطیل نمی‌کنند که این نشانه حذف مجازات است؟ پس تا راه حلی وجود دارد به ساده ترین و بیهوده ترین راه حل که ارتباطی هم با اصلاح جامعه و مجرم ندارد چنگ نزنیم. حل مشکلات کشور هوش علی حده می‌خواهد. مثل معماها که حل آن با اولین نظری که به ذهن رسید ممکن نخواهد بود باید کمی گشت و راه حل را جست امری که یقیناً توانایی آن را در همه سطوح داریم. مجازات بشر خرافاتی بیش نیست بیابید از آن دوری کنیم