



اصفهان
اسان
کانون وکلادادر

آبان ۸۵

خبرنامه اسناد

اصفهان

با آثاری از:

علی اکبر آبادگر، حسین ادیب، دکتر بهروز تقی خانی،
فرهاد رستم شیرازی، فرشید فولادی نژاد،
بابک کیانی و دکتر حسنعلی مؤذن زادگان

کانون وکلادادر

هرت مطالب

ادوایت

- دکتر بهروز تقی خانی؛
به کجا برم شکایت...؟ ۲

مقالات

- دکتر حسنعلی مؤذن زادگان؛
تضمين حقوق متهم ۶
- فرشید فولادی نژاد؛
چرا احسانات عقد نیستند؟ ۱۴
- حسین ادیب؛
آیا قرار بازداشت موقع قطعی است؟ ۱۹
- فرهاد رستم شیرازی؛
تأملی در آئین نامه‌ی جدید تعریف و کلا ۴۴
- علی اکبر آبادگر؛
نگاه حقوقی به چند ماده از آئین نامه‌ی جدید حق الوکاله و کلای دادگستری ۴۶
- بابک کیانی؛
تأثیر ابلاغ دادنامه صادره از دادگاه تجدیدنظر استان به وکیل محکوم علیه ۳۲

مکاتبات

- « نامه رؤسای کانون‌های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران به رئیس قوه قضائیه ۳۶
- « نامه رئیس قوه قضائیه به کانون وکلای دادگستری مرکز ۳۹
- « پاسخ رؤسای کانون‌های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران به رئیس قوه قضائیه ۴۰

به کجا برم شکایت...؟

دکتر بهروز تقی خانی

(وکیل دادگستری)

خبرآرئیس قوه‌ی قضائیه، آئین نامه‌ای تصویب کرده که ذهن را به دو سوال مشغول می‌کند:

- ۱- آیا رئیس قوه‌ی قضائیه حق وضع آئین نامه دارد؟
- ۲- در فرضی که آئین نامه‌ای مصوب قوه‌ی قضائیه، مخالف قانون یا خارج از حدود صلاحیت قوه‌ی قضائیه باشد، چه مرجعی می‌تواند آن را بطل کند؟

اصل صد و هفتادم قانون اساسی می‌گویند:

«قضات دادگاه‌ها متفکف اند از اجرای تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه‌ی مجریه است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند بطل این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

اما این اصل، راجع به آئین نامه‌های مصوب «قوه‌ی مجریه» است، نه آئین نامه‌های مصوب «قوه‌ی قضائیه».

شورای نگهبان هم در نظریه‌ای تفسیری صریحاً گفته است: «با توجه به قرینه‌ی قوه‌ی مجریه در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی، مقصود از تعییر دولتی در این اصل، قوه‌ی مجریه است».^۱

قسمت اخیر اصل صد و سی و هشتم قانون اساسی هم، ناظر به تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های مصوب «هیأت وزیران» است و شامل آئین نامه‌های مصوب قوه‌ی قضائیه نمی‌شود، پس، باید دید: در فرضی که آئین نامه‌های مصوب قوه‌ی قضائیه، مخالف قانون یا خارج از حدود

۱- در پاسخ به استعلام شماره ۱۱۷۷۰/۱۲۸۳/۸/۲۸ رئیس قوه‌ی قضائیه به این شرح:
«امان طور که مستحضر اید در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است ... خواهشمند نظریه‌ی تفسیری آن شورای معتبر را در این رابطه ثبین فرمید که آیا محدوده‌ی دیوان عدالت اداری در این اصل، شامل تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های قوه‌ی مقته و قضائیه و سازمان‌های اداری وابسته به آن‌ها و همچنین مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و معاونات اداری شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت و امثال آن نیز می‌شود یا مخصوص به تصویب نامه‌های دولت به معنای قوه‌ی مجریه می‌باشد؟»

صلاحیت قوه‌ی قضائیه است، چرا و این بعده قانون اساسی، به مرجعی که باید آئین نامه را ابطال کند، هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند؟ دلیل اش ظاهراً باید این باشد که طبق اصل صد و سی و هشتم قانون اساسی، قوه‌ی مجریه «حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری، به وضع تصویب نامه و آئین نامه پیردازه»، اما در هیچ یک از اصول قانون اساسی، چنین حسنه‌ی قوه‌ی قضائیه داده نشده.

اصل صد و پنجاه و ششم هم، که وظایف قوه‌ی قضائیه را بر می‌شمرد، اصلاً اشاره‌ای به وضع آئین نامه توسط قوه‌ی قضائیه نمی‌کند. همین طور است اصل صد و پنجاه و هشتم که مقرر می‌دارد:

«وظایف رئیس قوه‌ی قضائیه به شرح ذیر است:

۱- ایجاد تشکیلات لازم به تناسب مسؤولیت‌های اصل یکصد و پنجاه

و ششم

۲- تهیه‌ی لواح قضائی متناسب با جمهوری اسلامی
۳- استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها و تغییر محل
امموریت و تعیین منشأ و ترفع آنان و مانند این‌ها از امور
اداری، طبق قانون»

مضافاً بر این که: طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، وضع مقررات کلی نوعی - چه عنوان اش «قانون» باشد و چه «آئین نامه» - در صلاحیت انحصاری مجلس شورای اسلامی است و مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند، مگر در موارد نادر و استثنایی. اصل ۱۳۸ قانون اساسی - البته - یکی از این مستحبات است که می‌گوید:

«علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آئین نامه‌های اجرائی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری، به وضع تصویب نامه و آئین نامه پیردازه. هر یکی از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران، حق وضع آئین نامه و صدور پخششانه را دارد، ولی، مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد.

دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متعدد از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده‌ی قوانین پس از تأیید رئیس جمهور لازم الاجرا است.

تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای

اسلامی می وسد تا در صورتی که آن ها بر خلاف قوانین^۱ بیابد، با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران پرستد.^۲

خلاصه آن که قانون اساسی، اوضاع آئین نامه را جزء وظایف و اختیارات قوهٔ قضائیه نمی دارد و اعطاء صلاحیت وضع آئین نامه، از طرف مجلس شورای اسلامی به وزیر یا هیأت وزیران- که امری استثنائی است- قابل تسری و تعیین به رئیس قوهٔ قضائیه نیست.

معهذا، مجلس شورای اسلامی، تصویب آئین نامهٔ اجرائی برخی از قوانین را به رئیس قوهٔ قضائیه واگذار کرده و شورای نگهبان هم آن ها را مغایر قانون اساسی ندانسته است.^۳

از این رو است که می پرسیم: در فرضی که آئین نامهٔ مصوب قوهٔ قضائیه، مخالف قانون یا خارج از حدود صلاحیت قوهٔ قضائیه باشد، چه مرجعی می تواند آن را بطل کند؟

پیش از این، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری:

- بند الف مادهٔ ۶ آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب

۱۳۶۲/۶/۱۰ شورای عالی قضائی را به موجب رأی شمارهٔ ۵۹

۱۳۶۸/۸/۱

- بند ب مادهٔ ۷ آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب

۱۳۷۹/۲/۱۹ رئیس قوهٔ قضائیه را به موجب رأی شمارهٔ ۲۳

۱۳۸۰/۱۰/۹

- حصر مقرر در مادهٔ ۶ آئین دادرسی دیوان عدالت اداری

مصطفی ۱۳۷۹/۲/۱۹ رئیس قوهٔ قضائیه را به موجب رأی

شمارهٔ ۳۹۶ ۱۳۸۲/۱۰/۷

- بخشnameٔ شمارهٔ ۳۱۳-۳/۲۷۶۶-۶۹/۲/۶ رئیس سازمان

قضائی نیروهای مصلح جمهوری اسلامی ایران را به موجب

رأی شمارهٔ ۲۰ ۱۳۷۳/۲/۱۷ و ...

باطل کرده است. اما، اکنون، با نوجهٔ به نظریهٔ تفسیری شورای نگهبان، به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردمی که آئین نامهٔ مصوب قوهٔ قضائیه را- به حق یا ناقص- مخالف قانون یا خارج از حدود صلاحیت قوهٔ قضائیه می داند، چه مرجعی رسیدگی خواهد کرد؟ *

۲- صبغ نظریهٔ تفسیری شورای نگهبان؛ «کلمهٔ «قوانين» مذکور در ذیل اصل یکصد و سی و هشت قانون اساسی، شامل قانون اساسی نمی شود.»

۳- رجوع کنید به: الف- مادهٔ ۴ قانون تبدیل شورای سپرست زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور به سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، ب- مادهٔ ۳۷ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ج- مادهٔ ۶ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی، د- مادهٔ ۵ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوهٔ قضائیه، و ...

مثال

تصمیم حقوقی منهم

چرا احسانات عقد نیستند؟

آیا قرار بازداشت موقت قطعی است؟

تأملی در آئین نامه‌ی جدید تعریف و کلا

نگاه حقوقی به چند ماده از آئین نامه جدید حق الوکالت و کلای دادگستری

نائیر ابلاغ دادنامه صادره از دادگاه تجدیدنظر استان به وکیل محکرم عليه ...

قضمیین حقوق متهم

دکتر حسنعلی مؤذن زادگان

عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

تحقیقات مقدماتی مرحله حسام دادرسی کیفری است. اقدامات قضات تحقیق و ضابطه دادگستری در موارد خاص، در این مرحله همانند مراحل کشف جرم، تعقیب متهم دادرسی به معنی اخص باید متنضم حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی متهمان، ترمیم خسارات بزه دیدگان و تأمین نظم عمومی و منافع اجتماع باشد. با این همه تأمین حفظ حقوق فردی و اجتماعی مزبور به طور توانمند در این مرحله از دادرسی از پیجیدگی و ظرفات خاص بیشتری برخوردار است. زیرا از یک سو ضرورت حفظ نظم عمومی و منافع اجتماعی و ترمیم خسارات بزه دیدگان ایجاب می‌کند که به سرعت آثار و قران و دلایل ارتکاب جرم حفظ و جمع آوری شده و از فرار یا مخفی شدن متهمان جلوگیری شود و از سوی دیگر همواره نگرانی و بیم این امر وجود داشته است که در اثای انجام اقدامات سریع مزبور دقت و اختیاط فدای تعجیل در ضرورت تسريع انجام تحقیقات شود و اشخاص شرافتمد به ناحق تحت تعقیب کیفری قرار گرفته و علیه ایشان کیفر خواست صادر شود. به همین لحاظ در تحولات نظام‌های دادرسی کیفری به منظور تأمین موازین حقوق پسر در اسناد بین المللی سعی واف مبذول شده که ضمن تأمین حقوق جامعه، حقوق دفاعی اشخاص مظلوم در این مرحله حفظ و توسعه باید. در میان اقدامات متعددی که در تحقیقات مقدماتی انجام می‌شود، نظر به اهمیت امر تحقیقات مقدماتی و به ویژه اقدام به بازجویی، اسناد بین المللی حقوق پسر، قوانین اساسی و نظام‌های عدالت کیفری مترقبی کشورها، تضمینات حقوق دفاعی متهمان را در راستای حمایت از اصل برانت به عنوان میراث مشترک حقوقی کشورها، به هنگام اعمال تحقیقات پیش‌بینی و مقرر کرده‌اند. دفاع مؤثر متهمان و کلای ایشان در استناد به حقوق دفاعی مزبور موجب جلوگیری از تعرض به حقوق و آزادی‌های اساسی آنان و صدور قرار منع تعقیب و یا موقوفی تعقیب در مرحله تحقیقات است. بنابراین تحقیق در تبیین مفهوم حقوق دفاعی متهمان و مصاديق آن‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

۱- تبیین واژگان

۱-۱- تحقیقات مقدماتی

همان گونه که اشاره شد، تحقیقات مقدماتی یکی از مراحل دادرسی کیفری است و در معنای وسیع به مجموعه‌ی اقداماتی اطلاق می‌شود که از زمان وقوع جرم و شناسایی متهم آغاز و با تدارک پرونده جهت محکمه او در دادگاه و یا رفع اتهام از وی با رعایت موازین

دادرسی منصفانه صورت می‌گیرد. لیکن در مفهوم مضيق، تحقیقات مقدماتی محدود به اقدامات قاضی تحقیق و یا ضابطان دادگستری به موجب قانون و با ارجاع قاضی مزبور به ضابطان، در جمیع آوری دلایل به نفع یا ضرر متهم، در موارد مصرح قانونی، صدور قرار تامین جهت جلوگیری از فرار و یا مخفی شدن او و یا اصحاب آثار جرم و نیز اظهار نظر راجع به بزه کاری و یا بی‌گناهی او است. ماده ۱۹ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ با لحاظ معنای موسوع مقرر می‌دارد: «تحقیقات مقدماتی مجموعه اقداماتی است که برای کشف جرم و حفظ آثار و ادله و قوع آن و تعقیب متهم از بد و پیگرد قانونی تا تسلیم به مرجع قضایی صورت می‌گیرد. ضابطین دادگستری حق اخذ تامین از متهم را نداورند».

۱-۲- حق دفاع متهم

حمایت از حق دفاع متهم در دادرسی کیفری در حقیقت تضمین رعایت حقوق طبیعی اشخاص به ویژه حق حیات و آزادی ایشان است. حقوق مزبور با خمیر مایه شخصیت افراد باقطع نظر از اختلافات فرهنگی، اعتقادی، نژادی و مانند آن عجین شده است. بند ۱۰ ماده ۶۶ و ماده ۹۸ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به جز در موارد مقرر آئین دادرسی به حکم قانون، سلب حق حیات و آزادی فردی را به عنوان مصادیق بارز حقوق طبیعی از سوی اشخاص حقیقی و یا حقوقی اعم از حقوق عمومی و خصوصی ممنوع اعلام کرده است. قوانین اساسی و عادی کشورها نباید و اساساً نمی‌توانند چنین حقوقی را نقض و یا به روش‌های خلاف عقل و اصول دادرسی منصفانه محدود سازد. از این رو وظیفه قانونگذار این است که به تبع الزام حفظ حقوق طبیعی، حق دفاع متهم و آثار و لوازم آن را به عنوان تضمین حقوق مزبور به رسمیت شناخته و مجدانه به حمایت از آن‌ها پردازد. حمایت از حق دفاع، مستلزم تصویب قوانینی بر اساس اصول دادرسی منصفانه است که ضمن احترام عمیق به آزادی بیان متهم در رسیدگی به امر کیفری، وسائل و امکانات کافی لازمه دفاع از اتهام را تدارک تمايد.

۱-۳- بازجویی

بازجویی یا تحقیق از متهم رکن اساسی تحقیقات جنایی است. هدف از بازجویی کشف واقعیت مجرمانه و تشخیص اتهام صحیح از سقیم است. بنابراین حداقل یکی از هدف‌های مهم بازجویی رعایت حق دفاع متهم است. به نظر می‌رسد که با توجه به اهمیت حق دفاع متهم در اعمال بازجویی، تعریف جامع آن چنین است: «بازجویی طرح سوالات قانونی از متهم یا مظنون به ارتکاب جرم، به منظور کشف واقعیت مجرمانه و تضمین حق دفاع است».

۲- تضمینات حقوق دفاعی قبل از شروع به بازجویی

با توجه به موقعیت ویژه امر تحقیق از متهم در فرآیند تحقیقات مقدماتی، بر حسب اصول دادرسی منصفانه قبل از شروع بازجویی تضمینات دقیقی در حمایت از حقوق دفاعی متهمان در نظام‌های دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است. قاضی تحقیق و یا ضابطان دادگستری به نمایندگی از سوی قاضی تحقیق و یا به مباشرت در جرایم مشهود، مکلف به رعایت تضمینات مزبور هستند. در این بخش تضمینات حقوق دفاعی متهمان قبل از شروع به بازجویی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲- ضرورت وجود دلایل کافی

با عنایت به لزوم رعایت اصل برانت، در نظام های دادرسی کیفری به منظور حمایت از اصل مزبور الزامات مخصوص در کلیه مراحل رسیدگی مقرر شده است. از جمله این الزامات لزوم اثبات اتهام توسط مقام تعقیب و شاکی خصوصی از طریق تحصیل و ارائه دلایل قانونی و مشروع و منطبق با موازن دادرسی منصفانه نزد مقامات قضایی تحقیق و رسیدگی است. لذا امر بازجویی نیز که یکی از اقدامات حساس مرحله تحقیقات مقدماتی است، متوقف بر تحصیل و ارائه دلایل کافی مبنی بر توجه اتهام به متهم از سوی مقام تعقیب و شاکی خصوصی است. در حقوق کیفری ایران هرچند متنی که به صراحت این مطلب را بیان کنند، به چشم نمی خورد، لیکن؛ اولاً؛ با عنایت به این که حسب صراحت ماده ۱۲۴ قانون آین دادرسی کیفری «قاضی باید کسی را احضار یا جلب کند، مگر این که دلایل کافی برای احضار یا جلب داشته باشد و احضار یا جلب بر حسب مورد مقدمه ضروری تحقیق از متهم است، بنابراین به طریق اولی بازجویی از متهم نیز باید مسبوق به دلایل کافی باشد. ثانیاً؛ همان گونه که خواهیم دید، حسب ماده ۱۲۹ قانون آین دادرسی کیفری تفہیم اتهام باید همراه با ذکر دلایل باشد و چون امر تفہیم اتهام نیز از تضمینات قبل از شروع اتهام است لذا وجود دلایل کافی برای شروع به اتهام ضرورت خواهد داشت.

۱-۲- ثبت هویت متهم

در مرحله تحقیقات مقدماتی طبق مقررات نظام دادرسی کیفری قبل از هر گونه اقدام تحقیقی، هویت متهم باید دقیقاً ثبت شود. ثبت هویت متهم معمولاً در اوراق مخصوص جایی انجام می شود. این رویه در سایر کشورها نیز اعمال می شود. در حقوق ایران نحوه ثبت هویت متهم به شرح ماده ۱۲۹^{۱۰} قانون آین دادرسی کیفری پیش بینی شده است. این ماده مقرر می دارد:

«قاضی ابتدا، هویت و مشخصات متهم (اسم، اسم پدر، شهرت، فامیل، سن، شغل، عیال، اولاد و تابعیت) و همچنین آدرس (شهر، بخش، دهستان، روستا، خیابان، کوچه و شماره منزل) او را دقیقاً سوال کرده به نحوی که ابلاغ احضاریه و سایر اوراق به آسانی مقدور باشد و متذکر می شود که ... در تبصره ۱۰ ماده مزبور در ادامه موضوع ثبت مشخصات متهم آمده است: «قاضی در ابتدای تحقیق به متهم تفہیم می کند، محلی را که برای اقامت خود اعلام می کند، محل قانونی اوست و چنانچه محل اقامت خود را تغییر دهد باید محل اقامت جدید را به گونه ای که ابلاغ ممکن باشد اعلام کند. در غیر این صورت احضاریه ها به محل اقامت سابق فرستاده خواهد شد ... رعایت مقررات این ماده از نظر تعیین محل اقامت شاکی یا مدعی خصوصی لازم است». در تبصره ۱۱ همان ماده «اختلاف ماموران ابلاغ در انجام وظایف خود و یا گزارش خلاف واقع آنان در امور مربوط به وظایفشان مشمول مجازات مقرر قانونی» قلمداد شده است.

۱-۲-۳- تذکر به مواظیت در اظهارات

اهمیت بازجویی و آثار ناشی از آن ایجاب می کند که متهم در پاسخ به پرسش های مقامات قضایی و انتظامی با احتیاط و حزم و دور اندیشی عمل کرده و به واسطه اظهارات نسجیده موجبات گرفتاری خود را فراهم نکند. آگاهی متهم از این نکته بسیار اساسی و مؤثر

در سرنوشت قضایی او است. اما اشخاص به ویژه هنگامی که به عنوان متهم و آن هم بار اول نزد مقامات قضایی و انتظامی حاضر می شوند، آنچنان از حالت روحی و روانی غیر عادی و نگرانی مخصوص برخوردارند که قادر به درک جایگاه بازجویی و آثار و تبعات ناشی از آن نیستند و چنانچه هشدارهای لازم قبل از انجام تحقیق به ایشان داده نشود، به احتمال زیاد با اظهارات ناصواب موجب لطمہ به آبرو و حیثیت، آزادی، مال و یا حتی جان خود می شوند. از این رو در نظام های دادرسی کفری به منظور حمایت از حقوق دفاعی اشخاص تمهداتی به منظور انجام بازجویی صحیح و قانونی و مطابق با موازین دادرسی منصفانه اندیشه اند.

۴- تفهیم اتهام با ذکر دلایل آن

لازمه حمایت از حق دفاع متهم در دفع یارد اتهام روا یا تاروایی که به او نسبت داده اند و نیز رعایت اصل براثت در این فرایند از دادرسی، آگاهی او از موضوع اتهام و دلایل آن است. زیرا جهل نسبت به موضوع و دلایل اتهام، موجب خدشه به حقوق و آزادی های فردی و به ویژه حق دفاع و نفس اصل براثت است. طبق شق «الف» بند ۱۴۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، در نظام های حقوقی اتهام فرد باذکر نوع و علل آن باید در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد مطرح و به آگاهی وی برسد. قانون آئین دادرسی کفری ایران مانند مقررات دادرسی کفری سایر کشورها از قبیل آمریکا، انگلستان و لبنان حق آگاهی تفصیلی از موضوع اتهام را به صراحة برای متهم پیش بینی کرده است. ماده ۱۲۹ در مقام بیان این حق مقرر می دارد: «فاضی ... موضوع اتهام و دلایل آن را به صورت صریح به متهم تفهیم می کند...» بیان کلمات «صریح» و «تفهیم» در ماده مذکور یانگر آن است که بیان اتهام با جزئیات و دلایل آن باید به گونه ای صورت گیرد که متهم کاملاً درک نماید. به عنوان مثال اگر شخصی به عنوان معاونت در اختلاس تحت تعقیب است فاضی یا ضابط دادگستری باید ضمن تبیین مفهوم اختلاس از نظر حقوقی، عمل متهم را به عنوان یکی از مصادیق معاونت مذکور در ماده ۴۳۰، قانون مجازات اسلامی به همراه دلایل توجه اتهام توضیح داده و به درک کامل وی برساند.

۵- حق سکوت و اعلام آن

حق سکوت متهم در پاسخگویی به پرسش های قضات و ضابطان دادگستری به هنگام بازجویی در نظام های دادرسی کفری پذیرفته شده است. شق ازه بند ۱۳۰ ماده ۹۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به حق سکوت متهم تصریح کرده است. در حقوق ایران با عنایت به قسمت اخیر ماده ۱۲۹، قانون آئین دادرسی کفری که مقرر می دارد: «... چنانچه متهم از دادن پاسخ امتناع نماید، امتناع او در صورت مجلس قید می شود» حق سکوت متهم در اثنای بازجویی به نحو تلویحی مورد قبول مقنن است و قضات تحقیق و ضابطان دادگستری مکلف به رعایت این حق هستند.

۶- حق داشتن وکیل و اعلام آن

حق داشتن وکیل در تحقیقات مقدماتی و لزوم حضور و فعالیت قانونی وی در دفاع از حقوق موکل به ویژه در هنگام بازجویی تضمینی بسیار اساسی در جهت حفظ حقوق و آزادی های فردی و جلوگیری از اخلال به حق دفاع است. حضور وکیل در تحقیقات مقدماتی موجب برقراری توازن تحقق اصل نساوی سلاح ها در روند دادرسی کفری است.

زیرا حضور قضایت مجرب تعییب، شاکی خصوصی، وکیل یا وکلای او و خبایطان دادگستری در سازمان دادسرا که به انگیزه حمایت از حقوق جامعه و زیان دیده از جرم در امر جمع آوری دلایل به ضرر متهم اشتغال دارند، مستلزم وجود حقوقدانی فعال و برجسته در کنار متهم به منظور دفاع از حقوق قانونی وی است. حضور وکیل مدافعان متهم در تحقیقات موجب جلوگیری از ناپسامانی در امر تحقیق به ضرر وی و قوت قلب او است. در حقوق اسلام ذیل عنوان وکیل در خصوصت (الوکیل بالخصوص) حق داشتن وکیل در کلیه دعاوی کیفری و یا مدنی به نحو اطلاق از بد و تاختم دادرسی برای متهم و یا مدعی علیه جایز اعلام شده است. انتظار می رفت که مقتن در تصویب قانون دادرسی کیفری مصوب سال ۷۸ تحولات تقدیمی دادرسی کیفری در راستای حمایت از حق دفاع و به ویژه حق انتخاب وکیل را مورد توجه قرار داده و علاوه بر پیش بینی حق مزبور به طوری که در تبصره باد شده مطرح شد، صریحأ بازپرس را مکلف به اعلام حق مزبور به متهم نماید. اما متن تبصره عیناً به عنوان ماده ۱۲۸۴ قانون فوق الذکر پیش بینی شد و به این ماده تبصره ای اضافه شد که نه تنها موضوع تکلیف بازپرس به اعلام حق داشتن وکیل در تحقیقات را به بونه فراموشی گذاشته است، بلکه نفس حق داشتن وکیل را بالحظ قبودی مبهم مخدوش کرده است. تبصره ماده ۱۲۸۶ می گوید: «در مواردی که موضوع جنبه محramانه دارد یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود». بدین ترتیب قاضی می تواند با تفسیر سلیقه ای «جنبه محramانه داشتن تحقیقات» که در هر آنها می تواند مطرح باشد و وجود فسادی که دامنه یا قلمرو آن تعریف نشده است از حضور وکیل در تحقیقات ممانعت به عمل آورد. با توجه به انقادات موجهی که به این تبصره شد، مقتن در بند ۱۳۰ ماده واحد، قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۸۳/۲/۵ مقرر گرد: «محاکم و دادسراها مکلفند حق دفاع متهمان و مشتکی عهتم متهم را رعایت کرده و فرصل استفاده از وکیل و کارشناس را برای آنان فراهم سازند». با توجه به این که قانونگذار وفق مقرر مزبور در مقام بیان تعریف مجدد حق انتخاب وکیل از سوی متهمان بوده است و در عین حال قیود مذکور در تبصره ماده ۱۲۸۱ «رامطرح نکرده و با عنایت به اصل قیح سخن لغو توسط مقتن و با توجه به لزوم تفسیر قانون کیفری به نفع متهم، می توان بر این عقیده بود که قیود مبهم ماده ۱۲۸۰ نسخ شده و حق انتخاب وکیل به طور مطلق برای متهم پیش بینی شده است. اما مشاهده می شود که مقتن دگر باره موضوع حق انتخاب وکیل توسط متهم را به فاصله حدود ۵ ماه بعد از مصوبه قانونی اخیر الذکر مورد توجه قرار داده و در بند ۷ ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۸۳/۷/۱۶ مقرر می دارد: ابه منظور اجرای اصل سی و پنجم (۳۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز به منظور تامین و حفظ حقوق عامه و گسترش خدمات حقوقی هر یک از اصحاب دعوا حق انتخاب، معرفی و حضور وکیل در تمامی مراحل دادرسی اعم از تحقیقات، رسیدگی و اجرای احکام قضایی را به استثنای مواردی که موضوع جنبه محramانه دارد و یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد می شود، دارند».

۳- منع تأخیر از تفهیم اتهام

چنانچه دلایل کافی مبنی بر ارتکاب جرم و توجه اتهام به شخص با اشخاص معینی در اختیار قاضی تحقیق باشد، باید بر حسب مورد به عنوان متهم جهت تحقیق احضار یا جلب شود. اما در رویه قضایی کشورها مشاهده می شود که بعضًا فرد مزبور را به عنوان شاهد یا مطلع احضار و یا جلب کرده و پس از اخذ سوگند اطلاعات لازم را از وی اخذ و مکتوب می نمایند و سپس در همان جلسه با عنایت به دلایل تحصیل شده و اخذ اطلاعات مزبور به عنوان متهم به وی تفہیم اتهام می کنند. این روش خدعاً آمیز از مصاديق بارز اخلاقی در حقوق دفاعی متهمان است. زیرا اطلاعات اخذ شده از سوی شاهد یا مطلع که به همراه اثیان سوگند بوده است، وی را در محض اخلاقی قرار داده و چه بسا در اظهارات خود اتهامی ناخواسته مطرح کرده است. به علاوه شخص متهمن به هنگام شروع به بازجویی از تضمینات لازم از جمله حق داشتن وکیل و اعلام آن در هنگام بازجویی برخوردار بوده است که با عنایت به عنوان شاهد یا مطلع از این حقوق محروم شده است. در حقوق فرانسه تأخیر از تفهیم اتهام به شیوه مزبور مردود و منوع اعلام شده است و این موضوع در بسیاری از کشورها موجب ابطال تحقیقات است. در حقوق ایران منع تأخیر از تفہیم اتهام با ترفندهایی که مورد اشاره قرار گرفت، منع نشده است و این مطلب می تواند زمینه اخلاقی در حقوقی دفاعی متهمان را فراهم سازد.

۴- منع پرسش های القابی

از جمله اموری که می تواند بر روحیه افراد تأثیرگذار باشد و در نظام های دادرسی کیفری منع اعلام شده است، طرح سوالات القابی است. پرسش های مطروحه باید رافع تأثیر غیر منطقی بر عواطف و احساسات متهمن باشد. اساساً طرح این گونه پرسش ها نه تنها بر روحیه افراد ضعیف نفس تأثیرگذار است و تحت تأثیر تلقین به جرم تاکرده اعتراض می نمایند، بلکه در مورد افراد عادی نیز مؤثر واقع می شود. بنابراین از طرح این گونه سوالات به شدت در اثنای بازجویی باید اجتناب شود. در پرسش های القابی نوع سوال به گونه ای است که افراد را به پذیرش اتهام تحریک و سوق می دهد. مثلاً طرح این سوال از شخص متهمن به ارتکاب سرقت اتومبیل که آیا اتومبیل ریوده شده توسط شما آبی با قرمز بوده است، تلقینی است زیرا ناخودآگاه فرد را به پذیرش اتهام سرقت و تفکر در مورد یادآوری رنگ آن وادار می کند. سوال صحیح این است آیا اتهام سرقت اتومبیل مدل ... را با توجه به دلایل ... قول دارید یا خیر؟ طبق ماده ۱۲۹^۵ قانون آین دادرسی کیفری در حقوق ایران طرح سوالات القابی منع شده اما ضمانت اجرایی در متن ماده مزبور برای رعایت آن پیش بینی نشده است. اما همان طور که قبل اشاره شد در قانون آین دادرسی کیفری سابق حداقل ضمانت اجرای انتظامی برای طرح این گونه سوالات مقرر شده بود.

۱- اکراه و اجبار

اکراه و اجبار متهمن در پاسخ به پرسش ها در حین بازجویی، از مصاديق بارز تجاوز به حقوق دفاعی متهمان است. اکراه و اجبار متهمن برای اخذ اقرار از طریق اعمال شکنجه های جسمی یا روحی صورت می گیرد. شکنجه متهمن در اسناد بین المللی و منطقه ای حقوق

پسر به شدت معنوع شده است. مهم ترین کتوانسیون بین اعلی در این زمینه، کتوانسیون منع شکنجه و دیگر روش های موهن در اثای تحقیقات و بازجویی مصوب ۱۹۸۴ سازمان ملل متحده است. ماده ۱۰۱ «کتوانسیون مزبور در تعریف شکنجه مقرر می دارد: «واژه شکنجه به هر عملی اطلاق می شود که عمدتاً درد یا رنج های جانکاه جسمی یا روحی به شخص وارد آورده، خاصه به قصد این که این شخص یا شخص ثالث اطلاعات یا اقراههای گرفته شود یا به اتهام عملی که این شخص یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب جرم است، تنبیه گردد یا این شخص یا شخص ثالث مروع شود یا هر دلیل دیگری که مبتنی بر شکلی از اشکال تعیین پاشد، منوط بر این که چنین درد و رنج هایی به دست کارگزار دولت یا هر شخص دیگر که در سمت رسمی مأمور دولت بوده است یا به ترغیب یا با رضای صریح یا ضمنی او تحصیل شده باشد. این واژه درد و رنج هایی را که منحصر از اجرای مجازات های قانونی حاصل می شود و ذاتی یا مسبب چنین مجازات هایی است در بر نمی گیرد.» اصل ۱۹۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مقام منع اعمال شکنجه متهم در اثای بازجویی می گوید: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع منوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. مختلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.»

۴-۲- منع کاربرد روش های علمی مخل حق دفاع

بند ۱۰۱ ماده واحده قانون حفظ حقوق شهروندی مقرر می دارد: «تحقیقات و بازجویی ها، باید مبتنی بر اصول و شیوه های علمی قانونی و آمرزش های قبلی و نظارت لازم صورت گیرد و با کسانی که تربیات و مقررات را نادیده گرفته و در اجرای وظایف خود به روش های خلاف آن متولی شده اند، بر اساس قانون برخورد جدی صورت گیرد. همان طور که ملاحظه می شود، ماده مذکور استفاده از اصول و شیوه های علمی قانونی را به هنگام بازجویی مجاز شمرده است. اما مفهوم شیوه های علمی و مصاديق آن ها توسط قانونگذار به منظور حقوق دفاعی متهمان مشخص نشده است. از آن جهت که ممکن است برخی تصور کنند همه شیوه های علمی به هنگام بازجویی از متهمان مجاز و قابل استفاده است، تبیین این نکته ضروری است که وفق اصول دادرسی منصفانه آن دسته از شیوه های علمی که به حقوق دفاع اطمینه وارد می کند، در هنگام بازجویی از متهمان منع شده است.

نتیجه گیری

به موجب اصل دادرسی منصفانه رعایت اصل سرعت در انجام تحقیقات مقدماتی دادرسی کیفری که ناظر به اقدامات تدارک پرونده در پیش از محاکمه با انگیزه حمایت از منافع جامعه و بزه دیدگان صورت می گیرد، نباید موجب غفلت از اصل برانت به عنوان میراث مشترک حقوقی کشور ها و به تع حقوق دفاعی متهمان به ویژه در امر بازجویی باشد. در بازجویی به عنوان مرکز نقل تحقیقات مقدماتی، حسب اسناد بین اعلی و منطقه ای حقوق بشر و در مطابقت با اصول و موازین دادرسی اسلامی، در راستای کشف حقیقت و حفظ حرمت و کرامت انسان ها و به منظور رفع اتهام روا یا ناروایی که به متهمان در فرآیند دادرسی نسبت داده می شود، حقوقی بنیادین موسوم به حقوق دفاعی پیش بینی شده است.

حقوق مذبور مشمول دو مرحله قبل و اثنای بازجویی است. با وجود این که مصادیق حقوق دفاعی متنوع است، اما با محوریت حفظ حرمت و کرامت انسانی و تقدیم راستین به اصل برائت مقرر شده است. مصادیق این حقوق در پیش درآمد ورود به بازجویی، تذکر به مواظیب در اظهارات و یا مشدار به متهم نسبت به آثار مترتب به اظهارات او در موقع محاکمه، تفهم صریح اتهام با ذکر دلایل آن به زبانی که برای متهم قابل درک است، حق سکوت و داشتن وکیل به هنگام بازجویی و اعلام آن به متهمان، منع تأخیر از تفهم اتهام و تعیین تکلیف ایشان به منظور آزادی و یا صدور قرار تأمین مناسب به محض دستگیری و یا حضور نزد قاضی و یا هر مقام صالح دیگر در مدت زمانی معقول است. در اثنای بازجویی محوریت مصادیق حقوق دفاعی، رعایت حق آزادی مطلق متهمان، احترام به کرامت انسانی و منع تعرض به حریم خصوصی ایشان در بیان اظهارات پیرامون اتهام است. به این منظور هرگونه اذیت و آزار جسمی و روحی، طرح سوالات القایی و غیر مفید و بی ارتباط به موضوع اتهام و اغفال متهمان ممنوع است.

حقوق دفاعی فوق الذکر نه تنها باید به هنگام انجام بازجویی توسط قضات رعایت شود بلکه ضابطان دادگستری و یا پلیس قضایی که حسب قانون و یا تبایت قضایی به بازجویی اشخاص در مدت تحت نظر می پردازنند، باید در نظام حقوقی پیش بینی و یا در صورت محدودیت در برخی موارد با حفظ اصول دادرسی متصفانه، تعریف و مشخص شود. در نظام دادرسی کیفری ایران برخی از حقوق دفاعی مورد اشاره اساساً پیش بینی نشده و یا در وضعیتی مبهم و نارسا است. قطع نظر از عدم اعلام حق داشتن وکیل، حتی صرف حق داشتن و حضور او با اخبارات وسیعی که به قضات تحقیق با عنوانین کشدار و نارسا و قابل تفسیر سلیقه ای در جلوگیری از ورود وکیل در موقع بازجویی متهم اعطا شده، در هاله ای از ابهام است. تذکر به مواظیب در اظهارات به صورت فرم چاپی در اختیار متهمان قرار گرفته است و قضات تحقیق و ضابطان دادگستری به صورت شفاهی و شفاف مبادرت به اعلام این حق و آثار بیان مطالب بازجویی نمی کنند.

ضمانت اجرای بطلان تحقیقات ناشی از نقض حقوق دفاعی به جز در موردی که افرار متهمان ناشی از شکنجه های جسمی و یا روحی باشد، مقرر نشده است. تکلیف منع تأخیر در تفهم اتهام که به شدت موجب اخلال در حق دفاع است، مشخص نیست. اعمال بازجویی از طریق روش های علمی و فن آوری های توین پیش بینی شده است، اما تعریف روش های مذبور و مصادیق آن ها مشخص نیست. با وجود این که ضابطان دادگستری در موردی به امر تحقیقات و بازجویی می پردازنند، اما قانونگذار جز در سه مورد به شرح متن مقاله، تکلیفی صریح برای رعایت سایر حقوق دفاعی برای ایشان مقرر نکرده و این ابهام می تواند محل به حقوق دفاعی باشد. با عنایت به مراتب مذبور، از آنجا که اخیراً پس از مدتی تعریف قانون آزمایشی آئین دادرسی کیفری مصوب سال ۷۸ به مدت دو سال دیگر هم تمدید شده است و فوه قضائیه در صدد تدوین لایحه آئین دادرسی کیفری جامعی است، امید است که حقوق دفاعی متهمان را در انجام تحقیقات مقدماتی و به ویژه امر بازجویی مورد توجه قرار دهد.»

﴿ این مقاله در همایش علمی - کاربردی وکیل، دفاع و تحقیقات مقدماتی، ارائه شده است. پایی همایش، انجمن دفاع از حقوق زندانیان بود و کانون وکلای دادگستری مرکز و کیبیون حقوق بشر اسلامی و چند دانشکده ای حقوق در برگزاری آن، شرکت فعال داشتند. »

چرا احسانات عقد نیستند؟

فرشید فولادی نژاد

وکیل دادگستری

قبولی که عقد ساز است، دارای ویژگی هایی منحصر به فرد است^۱:

- ۱- اثر گذاری ایجاب موجب، منوط به وقوع قبول است و در صورت ملحظ نشدن قبول به ایجاب، هیچ اثری بر آن بار نمی شود.
- ۲- قبول ناظر به ایجاب است ته ناظر به عقد (یا ایقاع) ایجاد شده.
- ۳- اثر عقد باید از زمان وقوع قبول ایجاد شود نه قبل از آن.
- ۴- قبول باید ناظر به کل مدلول ایجاب باشد (باید با ایجاب، معابقت داشته باشد) و نمی تواند ناظر به بخشی از ایجاب باشد.
بر این اساس، ماهیاتی که دارای ویژگی های قبول عقدی نیستند قابل تقسیم به دو گروه اند.

اول: ماهیاتی که علاوه بر فقدان ویژگی های قبول عقد ساز، سایر عناصر سازنده عقد را نیز ندارند (مثل وصیت تعییکی که در آن، قبول، پس از فوت موصی انجام می گیرد. یعنی فاقد تراضی است و عقد فضولی که فائد قصد نتیجه، قدرت تسلیم و میامت مالک در انعقاد معامله است). در این گروه، انجام تراضی محال است و مسلمان در این گروه، قبول، مفهومی ندارد.

دوم: ماهیاتی که سایر عناصر سازنده عقد را دارا هستند. (فقط ویژگی های قبول عقدی را ندارند). این گروه (مثل تبرعات) قابلیت وقوع ضمن تراضی را دارند. اما تراضی راجع به این ماهیات، تراضی عقد ساز نیست. از این رو دو نوع تراضی قابل احصاء است^۲:

الف- تراضی ضروری: هنگامی است که علاوه بر تمامی عناصر لازمه عقد، تمامی ویژگی های قبول عقدی، در تراضی وجود دارد. در این حالت، برای ایجاد ماهیت حقوقی، ضروری است تراضی صورت گیرد و بدون آن، ماهیتی ایجاد نمی شود. مثل بیع - اجاره و ...

ب- تراضی معقول: هنگامی است که عمل حقوقی، بدون قبول، موضوعاً انجام شده، ماهیت حقوقی را ایجاد نماید. پس در این صورت، در شکل گیری ماهیت حقوقی، قبول یا تراضی، ضرورت ندارد. اما معقول است همین ماهیت، ضمن یک تراضی ایجاد شود.

۱- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه حقوق مدنی- ش ۷۲ تا ۶۶

۲- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه اهلی- ش ۸۵

مثلاً ابرانی که ضمن توافق طرفین انجام شود (صلح ابرانی)، اما ابراء، ماهیتاً ایقاع است، یا اعمال شفعته ای که ضمن تراضی بین شفیع و مشتری انجام شود و باز وجود تراضی، مانع ایقاع بودن شفعته نمی شود. چرا که ماهیت مزبور در شکل گیری خود نیازی به قبول ندارد. احسانات از این دسته اند.

اختلاف طبایع و ضرورت لحاظ آن در علم حقوق:

همان گونه که در موجودات طبیعی اجناس و انواع وجود دارد و در شناخت علمی، لحاظ آن ضروری است، موجودات اعتباری نیز، دارای اجناس و انواع اند و بدون در نظر گرفتن اجناس و طبایع آن ها نمی توان جایگاه هر نوع و نحوه نگرش به آن را شناخت. در تقسیم عقود بر این اساس، سلم، بیع و هبه هر یک در گروهی جداگانه قرار خواهد گرفت. سلم در خانواده تعهدات، بیع در عقود معمول مالی و هبه در احسانات و به دلیل طبیعت مقاآتی که در اجناس عالیه‌ی^۲ این ماهیات هست، به هر یک، باید با ملاک‌ها و ضوابط خود نگریست:

هیچ کس نمی تواند یک عقد معمولی تمیلیکی را، با ملاک عقود مخاطره یا احسانات با اذنیات تحلیل کند. مطالب حاضر، راجع به یکی از این اجناس عالیه است: احسان.

احسانات، ایقاع اند:

احسان، هر فعلی است که فاعل آن قابل ستودن باشد.^۳ برخلاف عدوان که فاعل آن، قابل نکوهش است و در علم حقوق، فعل یا ترک فعلی است که قابل ستودن است. خواه ضمن تراضی باشد (عمری- رقبی- سکنی- وقت- هبه و ...) خواه نباشد (وصیت تمیلیکی). اما برخلاف اعتقاد حاضر، این ماهیات حتی اگر ضمن تراضی ایجاد شوند، ایقاع اند.

ادله ایقاع بودن احسانات را در سه بخش پی می گیریم:

الف- احسانات فاقد دو ویژگی اساسی عقود هستند.

ب- ایقاع بودن احسانات، در فقه و احادیث سابقه دارد.

ج- در احسانات زمینه‌ی رضای نوعی وجود دارد.

الف- احسانات، فاقد دو ویژگی اساسی عقود هستند^۴:

۱- انامله قصد موجب به رضای طرف:

در عقود، کسی که ایجاب می کند ایجاد آثار حقوقی و شکل گیری عقد را، منوط به این می کند که طرف معامله، ایجاب وی را قبول نماید. مثلاً وقتی یعنی صورت می گیرد،

۳- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه اعلی- ش ۳۳۸ الی ۳۴۳

۴- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه اعلی- تئوری احسان ش ۳۹۹

۵- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه حقوق مدنی- ج ۱- ش ۵۸- ش ۲۵۰ و ۲۵۵

بایع با شرایطی خاص و به ثمنی معین و میع معتبر ایجاد می کند. اما وی قصد ندارد که از زمان ایجاد، بیع محقق شود. بلکه بدون این که تصریح کند، منظورش این است که اگر مشتری جزئیات ایجاد وی را قبول کند میع به مالکیت وی وارد شود و ثمن به مالکیت بایع با شرایط معین.

(قاعدہ ۴ تخطاب) چرا که بدون قبول مشتری، برای بایع عقلانی نیست که میع را به مالکیت مشتری وارد نماید در حالی که ثمن منتقل نشده باشد. پس در عقود، رضای موجب به ایجاد آثار حقوقی، منوط است به قبول طرف قبول. اما وقتی شما در روز تولد دوستان، هدیه ای خربده، برای وی می بردید، (بهه را ایجاد می کنید) آیا منتظر هستید که اگر آن هبہ را قبول کرد، هدیه کادویی شده، به مالکیت وی وارد شود و اگر قبول نکرد هیچ اتفاقی نیفتد؟ آیا کسی را می شناسید که چنین بیندیشد؟ آیا رضایت دوستان را فرض نکرده اید؟ قطعاً پاسخ مثبت است.

همان طور که واقف، رضای موقوف علیهم را مفروض دانسته، وقوع وقف را منوط به آن نمی داند. همچنین مفرض در فرض، میع در عمری، رفی و سکنی و ... پس احسانات فاقد اناطه اند.

۲- مطابقت ایجاد و قبول :

طرف قبول، باید کل ایجاد موجب را پذیرد. مثلاً اگر بایع، خانه و اتومبیل خود را به مبلغی موضوع یک ایجاد نمود و مشتری فقط بیع اتومبیل را قبول کرد، بیع منعقد نشده. چرا که ایجاد بایع، ناظر به هر دوی اتومبیل و خانه بوده و بایع، قصد فروش هر دو را داشته. اما بر اساس نظر حقوق دانان محسن^{*} ایه، می تواند بخشی از مرد احسان را قبول کند و بخشی دیگر را نپذیرد. (مفتاح الکرامه ج ۹ ص ۱۵/۳۷۳، مناجح ص ۶/۳۳۵) پس در احسانات، مطابقت ایجاد و قبول ضروری نیست.

اگر چه فقدان دو ویژگی فوق، خود، برای اخراج احسانات از مجموعه عقود کافی است، ادله ای دیگری نیز در این خصوص وجود دارد:

ب- ایقاع بودن احسانات، در فقه و احادیث سابقه دارد.

فقهاء، با استفاده از اخبار باب احسان، بخشی قابل توجه از احسانات را ایقاع دانسته اند و این دلیلی بر وجود سابقه ای نگرش یک جانبه بودن اراده اشانی در این باب و نگرش علمی شارع به حقوق است:^{*}

۱- فخر المحققین^۷ درباره اتمام وقف گفته است: «بمادا يتم؟ فعندها بالایجاد اجماعاً،... و نظر وی مستند به اخبار است که در آن ها، سخن از قبول و قبض، مطرح نیست.

۶- ر.ک. مقالة «آیا حقوق علم است؟» اثر نگارنده

۷- ایفاح القراء فی شرح شکالات القواعد - کتاب الوقوف والهدایا (نیز مفتح الکرامه، ج ۹- ص ۱۰ و ص ۳۶۶ و ص ۱۴۹)

۲- مؤلف جامع الشتات نیز، ایقاع بودن وقف را از نظر اکثر فقهاء فهمیده است و سر انجام گفته است احیاطاً قبول وقف را رعایت کند. (و می دانیم قبول احیاطی یعنی حکم به قبول و حکم، با موضوع در دو مرحله متفاوت است. پس موضوعاً یعنی در شکل گیری تراصی، قبول، نیاز نیست).^۸

۳- مؤلف مفتاح الكرامه^۹ گفته است:
و لا كذلك الحال في الوقف فإنه يظهر من اسمه عشر كتاباً عدم اشتراط قبول موقف عليهم بل كادان يكون بعضها صريحاً في ذلك، مع ما حكاه فخر الإسلام من الاجماع على ذلك. مضافاً إلى أنَّ الأخبار الحاكمة لوقف الآلهة (ع) حالياً عنه، يعني از شائزده كتاب فقه يedad است که در وقف، قبول شرط نیست و برخی از آن کتب، صریح در این امر است. خصوصاً که فخر المحققین فرزند علامه حلی، دعوی اجماع کرده است. بر این که در وقف، قبول لازم نیست. علاوه بر این، در احادیث راجع به وقف کردن آنها (ع) اصلاً سخنی از قبول موقف عليه مطرح نیست.

۴- در جامع الشتات^{۱۰} در پاسخ به این پرسش که آیا صیغه در هیه شرط است، به رویه ی پیامبر اسلام (ص) در عدم قرائت صیغه ی قبول هدایایی که از سوی پادشاهان و ... رسال می شده استناد کرده، و قبول فعلی را نیز کافی دانسته. در حالی که به نظر می رسد آن حضرت، به لحاظ شرط نبودن قبول در هیه این گونه عمل می نموده است. چرا که گاه، هدایا را بدون این که قبض فرمایند، به دیگران اهداء می فرموده اند و این عمل نشان دهنده ی وجود هدایا در مالکیت ایشان (قبل از قبض) بوده است.

۵- صحیحه الجلی از امام صادق (ع) دال بر ایقاع بودن سکنی. (مفتاح الكرام ج ۹
ص ۱۳۹ نقل از فلسفه حقوق مدنی ش ۲۲۳)

۶- صحیحه حسین بن نعیم از ابی الحسن موسی (ع) در خصوص سکنی. و بحث راجع به یک طرفی بودن اراده ی انسانی در اصطلاح «کما شرط» (ر. ک فلسفه حقوق مدنی - ج ۱ ش ۲۱۶)

۷- میرزای قمی، عدم اشتراط قبول را در وقف اظاهر دانسته. (نقل از فلسفه حقوق مدنی - جلد ۱ شماره ۱۱۲)
و اخبار و نظرات فقهای دیگر دایر بر ایقاع بودن احسانات فوق، پس شارع مقدس نیز، احسانات فوق را ایقاع دانسته.

۸- فلسفه حقوق مدنی - جلد ۱ - ش ۱۱۲

۹- جلد ۹ - ص ۳۶۶ / ۲۲۱۰

۱۰- کتاب الهیات والوصایا - ص ۵۱ - انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۸۰

ج - در احسانات زمینه رضای نوعی وجود دارد.
در علم حقوق، دو نوع رضا تعریف شده^{۱۱}:

- ۱- رضای شخصی: که موجود خارجی است و در انواع ترااضی قابل تشخیص.
- ۲- رضای نوعی: که موجودی است اتراء (و الته استقراء و انتراع لازمه) ورود به علم حقوق است.^{۱۲}

با این توضیح که^{۱۳} «در مورد هر احسانی، (از قبیل هبه، وصیت تملیکی، ایفاء دین مدبویون بی اذن او...) زمینه ای از رضا وجود دارد. (که فعلیت ندارد) یعنی نوع مردمانی که به نحوی مورد احسان قرار می گیرند، از آن استقبال و تشکر می کنند. آدمی از رد احسان گریزان است. اگر آدمی باشد که بی عذری موجه، از احسان بدش آید و آن را رد کند، دیگران تعجب می کنند و از او خوشان نمی آید. پس نوع مردمان از احسان استقبال می کنند».

به مثال ذیل توجه کنیم:

تاجری متوقف شده (فلسفه اعلی، ش ۴۱۷) و دادگاه در شرف صدور حکم حجر اوست. ناگاه خبر می رسد که نیکوکاری توانگر، مالی قابل ملاحظه به او بخشیده، به طوری که با حساب آن مال توقف تاجر زایل می گردد. آیا آن تاجر می تواند بدون عذر (صرفاً از این جهت که ورود مال به مالکیت وی منوط به قبول وی است و او حاضر به قبول نیست) رد احسان کند و در نتیجه دیان خود را به چاه سهم الغرامی سرنگون نماید؟ و آیا دادگاه می تواند با این رد احسان نامعقول و خلاف مصلحت اجتماع، حکم حجر او را صادر کند؟ در حالی که با در نظر گرفتن زمینه رضای نوعی و ایقاع دانستن احسان فوق، مال، متعلق حق دیان گشته، امکان رد احسان و اضرار، ازین می رود و مثال های دیگر از این دست. پس در احسانات، فرض بر وجود رضای نوعی محسن الیه است و آنان که مدعی عقد بودن احسانات هستند باید دلیل ارائه کنند. (که الته چنین دلیلی وجود ندارد). دانستیم که از سویی، احسانات، فاقد دو ویژگی اساسی عقود اند که این مساله به شدت عقد بودن آن ها را نمی کند. از سویی دیگر ایقاع بودن برخی احسانات در نظر فقهاء و اخبار مدلل گردید و این در حالی است که با در نظر گرفتن ضوابط علمی حقوق، رضای نوعی محسن الیهم (بدون وجود فعلی) در شکل گیری ماهبت احسان باعث تصور فرض بر عدم نیاز به قبول خواهد بود و بدین ترتیب، نیازی به رضای شخصی نیست و این، همان تعریف ایقاع است.

(چرا که آن چه باعث تشکیل عقد می شود، رضای شخصی است نه رضای نوعی) پس «می توان به این نتیجه رسید که احسانات، ایقاع اند.»

۱۱- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه اعلی- ش ۴۱۵

۱۲- ر.ک. مقاله «آیا حقوق علم است»^{۱۴} اثر نگارنده

۱۳- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه اعلی- ش ۴۱۵

آیا قرار بازداشت موقت قطعی است؟

حسین ادیب

وکیل دادگستری

قرار بازداشت موقت شدیدترین نوع تأمینی است که ممکن است نسبت به متهم صادر و متهم را به تحمل آن مجبور سازند «منظور از بازداشت موقت در توقیف نگهداشتن متهم در طول تمام یا قسمی از جریان تحقیقات مقدماتی است که امکان دارد تا خاتمه دادرسی و صدور حکم نهایی و شروع به اجرای آن ادامه یابد»^۱

بازداشت موقت مغایر با اصل براثت است و یک اقدام شدید و خشن علیه آزادی افراد به شمار می آید په همین مناسبت بایستی با کمال دقت و اختیاط به موقع اجرا گذاشته شود تا موجبات خسارت مادی و معنوی متهم و به ویژه افراد بی گناه را فراهم نسازد و به آزادی فردی که در قوانین اساسی کشورهای جهان، منشور ملل متحد، اعلامه های متعدد حقوق بشر، اعلام و تضمین گردیده لطمه ای وارد نیاورد.

قانونگذار در مواد ۳۲ و ۳۵ قانون آئین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۷۸) موارد اختیاری و الزامي بودن صدور قرار بازداشت موقت را بیان نموده و در ماده ۳۳ قانون مذکور نیز به جهت ثبت قرار بازداشت موقت تأیید رئیس حوزه قضائی یا معاون وی را ضروری دانسته مضافاً مقررداشته که قرار بازداشت موقت «قابل تجدید نظرخواهی در دادگاه تجدید نظرستان ظرف مدت ده روز می باشد» قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب (مصطفوی ۱۳۸۱) نیز که مجدداً دادسرا را عهده دار کشف جرم، تعقیب متهم، اقامه دعوی از جبه حق الله و حفظ حقوق عمومی نمود به موجب بندح ماده ۳ به بازپرس اختیار صدور قرار بازداشت موقت متهم را اعطای نموده و مقرر داشته که «در صورتی که بازپرس رأساً قرار بازداشت موقت صادر کرده باشد مکلف است ظرف ۲۴ ساعت پرونده

۱- دکتر آخوندی، محمود، آئین دادرسی کیفری جلد ۲، چاپ پنجم ۱۳۷۷ صفحه ۱۵۴

را برای اظهار نظر نزد دادستان ارسال نماید هر گاه متهم موجبات بازداشت را مرتفع بیند می تواند از بازپرس درخواست رفع بازداشت خود را بنماید که در این صورت بازپرس مکلف است ظرف ده روز از تاریخ تسليم درخواست، نظرخود را جهت اتخاذ تصمیم نزد دادستان ارسال نماید، قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب (اصلاحی ۱۳۸۱) دریند ط ماده ۳ مقرر داشته: اهر گاه در جرائم موضوع صلاحیت دادگاه کیفری استان تا چهار ماه و در مسایر جرائم تا دو ماه به علت صدور قرار تأمین، متهم در بازداشت بسر برد و پرونده اتهامی او متنه به تصمیم نهائی در دادسرا نشده باشد مرجع صادر کننده قرار مکلف به فک یا تحفیض قرار تأمین متهم می باشد مگر آن که جهات قانونی یا علل موجهی برای بقاء قرار تأمین صادر شده وجود داشته باشد که در این صورت با ذکر علل و جهات مزبور قرار ابقاء می شود و متهم حق دارد از این تصمیم ظرف مدت ده روز از ابلاغ به وی حسب مورد به دادگاه عمومی یا انقلاب محل شکایت نماید.

با ذکر این مقدمه مشخص می شود از آنجا که قرار بازداشت موقت شدیدترین نوع تأمین است و مغایر با اصل براثت به شمار می رود نه تنها در صدور آن بایستی کمال دقت و احتیاط به عمل آید بلکه قانونگذار بایستی هم موارد آن را احصاء نماید و هم حقوق متهم را در مقابل قرار صادره تصریح نماید چنانچه بیان شد طبق قانون آئین دادرسی کیفری چنانچه قاضی دادگاه قرار بازداشت موقت را صادر نماید قرار صادره قطعی نبوده بلکه ظرف ۱۰ روز قابل تجدید نظرخواهی در دادگاه تجدید نظر استان می باشد و طبق قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب (تصوب ۱۳۸۱) چنانچه بازپرس قرار بازداشت موقت صادر نماید قرار مذکور ظرف ۱۰ روز قابل اعتراض در دادگاه عمومی یا انقلاب محل (حسب مورد) خواهد بود و چنانچه گفته شد در صورت ابقاء قرار حسب مورد هر چهار ماه یا دو ماه حق اعتراض به این تصمیم را خواهد داشت.

آنچه محل بحث است موردی است که در دادسرا برای متهم قرار بازداشت موقت صادر و قبل از مضی مدت دو ماه یا چهارماه مذکور در بند ط ماده ۳ قانون اصلاح برای متهم قرار مجرمیت و کیفر خواست صادر و پرونده به دادگاه عمومی ارسال می گردد و قاضی دادگاه عمومی نیز قرار را فک یا تحفیض نداده و قرار بازداشت موقت را ابقاء می نماید جای سوال این جاست که آیا قرار بازداشت موقت که در این مرحله توسط قاضی دادگاه عمومی ابقاء و تمدید گردیده قابل اعتراض و تجدید نظرخواهی توسط متهم است؟ یا قرار بازداشت موقت ابقاء شده توسط دادگاه عمومی قطعی و غیر قابل اعتراض

می باشد؟ تعدادی از محاکم تجدیدنظر استان اصفهان ابقاء و تمدید قرار بازداشت موقت توسط دادگاه عمومی را قابل اعتراض ندانسته و استدلال می نمایند که: «جون قرار بازداشت موقت صادره توسط دادسرا صرفاً در دادگاه عمومی قابلیت رسیدگی داشته و تصمیم دادگاه عمومی در این خصوص قطعی است اعتراض به رد تقاضای فک قرار بازداشت وجهی ندانسته و به رد آن اظهارنظر می شود» با این استدلال تمدید قرارهای بازداشت موقت توسط دادگاه عمومی را قطعی و غیر قابل اعتراض می دانند در حالی که این استدلال مغایر با نظر قانونگذار و در تعارض با حقوق متهم و نافی حق قانونی منhem در اعتراض به قرار بازداشت موقت می باشد چرا که:

اولاً: ابقاء و تمدید قرار بازداشت موقت در واقع به منزله صدور قرار مذکور است و تمام حقوقی که متهم قانوناً در زمان اولین قرار صادره از آن برخوردار است در زمان ابقاء قرار نیز برخوردار خواهد بود قانونگذار صراحةً در بند ط ماده ۳ قانون اصلاح تأکید نموده که در صورت عدم اتخاذ تصمیم نهائی راجع به متهم بایستی نسبت به نک یا تخفیف قرار تأمین صادره اقدام شود و چنانچه نظر بر بقاء قرار تأمین صادره وجود داشته باشد و قرار مذکور ابقاء شود متهم را محق دانسته که به قرار تأمین ابقاء شده اعتراض نماید و استدلال آن دسته از محاکم تجدید نظر که معتقدند با ابقاء و تمدید قرار متهمی به بازداشت متهم توسط دادگاه قرار صادره قطعی بوده و امکان اعتراض به آن وجود ندارد برخلاف صراحةً نظر و هدف قانونگذار در اعلام غیر قطعی بودن قرارهای مذکور می باشد.

ثانیاً: در قانون آئین دادرسی کیفری نیز نظر قانونگذار بر قابلیت اعتراض نسبت قرارهای بازداشت موقت ابقاء شده بوده چرا که در ماده ۳۳ قانون آئین دادرسی کیفری قرار بازداشت موقت صادره توسط قاضی دادگاه را قابل تجدید نظر در دادگاه تجدیدنظر استان دانسته و ادامه می دهد: «در هر صورت ظرف مدت یکماه باید وضعیت متهم روشن شود و چنانچه قاضی ادامه بازداشت موقت متهم را لازم بداند به ترتیب یاد شده اقدام خواهد نموده قید جمله «به ترتیب یاد شده اقدام خواهد نموده بدین معناست که مانند اولین قرار بازداشت صادره نسبت به متهم بایستی قرار به متهم ابلاغ و چنانچه وی به ادامه بازداشت موقت معتبرضن باشد به اعتراض او در دادگاه تجدید نظر استان رسیدگی خواهد شد به هر حال آنچه مسلم است قانونگذار صراحةً حق اعتراض متهم را به تمدید و ابقاء قرار بازداشت موقت پذیرفته و سلب این حق در تعارض با حقوق متهم و نظر قانونگذار می باشد.

ثالثاً: ماده ۳۷ قانون آئین دادرسی کیفری اشاره می نماید که اکلیه قرارهای بازداشت موقت باید مستدل و موجه بوده و مستند قانونی و دلایل آن و حق اعتراض متهم در متن قرار ذکر شود در واقع قانونگذار با تصریح به ذکر حق اعتراض متهم نظر بر این داشته که اصل بر قابل اعتراض بودن قرار بازداشت موقت است و با ابقاء و تمدید قرار بازداشت که درواقع به منزله صدور قرار می باشد حق متهم در اعتراض به قرار بازداشت صادره را محفوظ داشته و مورد تصریح قرار داده و محاکم را الزام به ذکر حفظ حق اعتراض متهم نموده است. به هر حال چنانچه گفته شد تمام حقوقی که متهم قانوناً در زمان اولین قرار بازداشت صادره از آن برخوردار است در زمان تمدید و ابقاء قرار نیز از آن برخوردار خواهد بود و در صورت ابقاء و تمدید قرار بازداشت نیز رعایت ماده ۳۷ قانون مبنی بر ذکر حق اعتراض متهم الزامی است که بیانگر تعارض نظر محاکم مذکور با نظر قانونگذار می باشد.

رابعاً: در رأی وحدت رویه شماره ۴/۵۸۹ مورخ ۱۳۵۹/۹/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور آمده است: «با توجه به عموم و اطلاق تبصره ماده ۱۲۹ قانون آئین دادرسی کیفری که مقرر می دارد در هر مورد که به علت صدور یکی از قرارهای تأمین موضوع ماده مذکور متهم توقيف گردد و در امر جنائی تا چهارماه و در امر جنحه تا ۲ ماه درباره او کیفر خواست صادر نشود مرجع صادر کننده قرار مکلف به فکر یا تخفیف تأمین است مگر این که جهات قانونی یا علل موجہ برای بقاء قرار تأمین وجود داشته باشد که در این صورت با ذکر علل و جهات مذکور قرار ابقاء می شود و متهم حق شکایت از این تصمیم خواهد داشت و نظر به اینکه آن قسمت از ماده ۴۰ قانون آئین دادرسی کیفری که حق شکایت از توقيف ناشی از قرار وثیقه ای را که صدور آن قانوناً الزامی بوده سلب کرده است منحصراً ناظر به اولین قرار وثیقه ای است که متنه به توقيف متهم شده است و مغایرتی با حکم مقرر در تبصره ماده ۱۲۹ که ناظر به ادامه توقيف متهم تا ۲ ماه در امر جنحه یا چهارماه در امر جنائی و عدم صدور کیفر خواست در مدت‌های مذکور است ندارد...» رأی صادره مشخص می سازد که حتی سلب حق شکایت از قرار وثیقه متنه به توقيف متهم طبق تبصره ماده ۱۲۹ قانون آئین دادرسی کیفری سابق صرفاً ناظر به اولین قرار وثیقه ای بوده که متنه به توقيف متهم شده و با ادامه بازداشت وی به جهت کمک به متهم در موارد ابقاء قرار بازداشت شرایط مناسب تری را برای وی و جهت فک یا تبدیل

قرار وی در نظر گرفته بوده اند و در صورت ابقاء و تمدید قرار قبلی حق اعتراض را برای وی محفوظ دانسته بودند.

خامساً: آنچه جای سوال است این است که قرار بازداشت موقت صادره یا ابقاء شده توسط دادسرا و دادگاه ماهیتاً چه تفاوتی با هم دارند؟

چگونه است که قرار بازداشت صادره یا ابقاء شده توسط دادسرا را قابل اعتراض می دایم ولی قرار ابقاء شده توسط دادگاه عمومی را قطعی تلقی می کنیم؟ آبا سلب حق اعتراض به قرار بازداشت ابقاء شده توسط دادگاه عمومی نوعی تعیض بین متهمین نمی باشد؟ چگونه است متهمی که هنوز پرونده اش در دادسرا در حال رسیدگی است حسب مورد هر دو ماه یا چهار ماه حق دارد به قرار بازداشت ابقاء شده اعتراض نماید و اعتراض وی در دادگاه عمومی رسیدگی می شود ولی متهمی که پرونده اش در دادگاه در حال رسیدگی است نتواند به قرار بازداشت ابقاء شده اعتراض نماید؟ آبا سلب حق اعتراض متهم به قرار بازداشت موقت ابقاء شده برخلاف صراحت قانون نبوده و موجبات تفسیع حقوق متهم را فراهم نمی سازد؟

نهایتاً با عنایت به این که «حق اعتراض به بازداشت موقت از هنگام توقيف تا زمانی که به یک محکومیت قطعی محکوم گردد برقرار خواهد بود و هرگونه بازداشت یا توقيفی که بر پایه قوانین و مقررات نباشد به گونه ذاتی به یک دخالت مستبدانه نسبت به آزادی انسانی و تجاوز به این حق است تضمین اجرای این حق موجبات امنیت شخصی شهروندان را فراهم می سازد»^۱ و بنده میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز حق هر شخصی را که آزادی خود را به دلیل بازداشت یا جلب موقت از دست می دهد بر این که به اعتراض او در یک دادگاه رسیدگی شود پیش بینی کرده و با عنایت به نظر قانونگذار در ماده ۳۷ قانون آئین دادرسی کفری که اصل را بر قابل اعتراض بودن قرار بازداشت موقت دانسته و محاکم را الزام به قید حق اعتراض آن ها در قرارهای بازداشت صادره نموده و با توجه به این که ابقاء و تمدید قرار در واقع بمنزله صدور قرار بازداشت توسط دادگاه بوده و وفق مقررات قانونی قرارهای بازداشت صادره قابل اعتراض می باشد به نظر می رسند که چون بازداشت موقت مغایر با اصل برائت است و یک اعدام شدید و خشن علیه آزادی افراد به شمار می رود و نظر به اصل تفسیر قانون به نفع متهم بایستی قرارهای بازداشت تمدید یا ابقاء شده توسط دادگاه عمومی را قابل تجدیدنظر در دادگاه های تجدیدنظر استان دانست»

۱- دکتر کاشانی، محمود؛ استانداردهای جهانی دادگستری، چاپ اول ۱۳۸۳ صفحه ۱۶۵

قابلی در آئین نامه جدید تعرفه وکلا

فراهاد رستم شیرازی

نائب رئیس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان

... آئین نامه تعرفه حق الوکاله بر اساس ماده ۱۹ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه و توسط دیرخانه هیأت اجرائی موضوع ماده ۱۸۷ از طریق رسانه ها به اطلاع عموم رسید.

۱- در وله اول برای من جای تعجب بود جرا ابلاغ مصوبه موضوع ماده ۱۹ لایحه استقلال کانون وکلای توسط خود کانون های وکلا صورت نگرفته و ابلاغ آن را به هیأت اجرائی ماده ۱۸۷ محویل کرده اند؛ شاید می خواستند معنای دقیق استقلال کانون های وکلا در لایحه استقلال را برای همگان تبیین و تفسیر نمایند و از برداشت های نابجا و ناصواب جلوگیری به عمل آورند. تعجب ما آنگاه بیشتر شد که در مقدمه آین آئین نامه بالصرافحه عنوان شده بود که:

«چون پیشنهادات کانون مرکز، متضمن اهداف مذکور نبود، مورد اصلاح و بازنگری قرار گرفت...» و این در واقع تصریح به عمل برخلاف ماده ۱۹ لایحه قانونی استقلال است که می باشد طرح پیشنهادی کانون مورد بررسی و تصویب قرار می گرفت و چنانچه مورد قبول واقع نمی شد لائق جهت اعمال اصلاحات به کانون برمنی گشت، نه آن که آئین نامه دیگری به غیر از آنچه از طرف کانون مرکز ارائه شده است مورد تصویب قرار نگیرد.

۲- از نحوه تصویب و ابلاغ آئین نامه که بگذریم، گرچه ریشه همه مواردی که بعداً ذکر خواهد شد در همین موضوع است و نباید هیچگاه از آن بگذریم، سراسر آئین نامه تصویبی آنکه از رویه ای است که هدف آن تخریب و تخفیف و تحقیر حرف و کالت است. گرچه این هدف در لابلای کلمات و مصوباتی به ظاهر صحیح، آمده است.

۳- اول، تعدلیل و کاهش حق الوکاله:
به راستی در جامعه ای که همه نرخ ها در حال رشد می باشد و حداقل توانیه اند طرح ثبت قیمت ها را در مورد برخی موارد خاص که در انحصار دولت است تصویب نمایند «که البته صحت یا عدم صحت همین طرح ها نیز جای بحث فراوان دارد»، جای تعجب نیست که آئین نامه ای تصویب می شود که اولین هدف آن تعدلیل و کاهش حق الوکاله است. ولکن به نظر می رسد این هدف، ظاهر قضیه باشد و در

باطن امر، اهداف کلی تر و اصولی تری مورد نظر بوده است که عمدۀ آن در تحقیر و تخفیف این شغل خلاصه می‌گردد.

۲-۲). این که اعلام کرده اند حق الوکاله پایان هر مرحله دریافت می‌شود؛ بدون آن که توجه نمایند یقیناً وصول حق الوکاله پس از صدور رأی، بسیار مشکل و به کلی محل است. بالاخره آن که نتیجه مطابق خواست موکل هم نباشد. بنابراین شاغلین این حرفه را کارگران بی جیوه و مواجهی دانسته اند که شاید به خاطر اقداماتشان از لطف و کرم موکل خود بهره گیرند و اگر لطف و کرمی هم نباشد که هیچ.

۲-۳). این که اعلام کرده اند هر کارمند و قاضی (از جزء تا کل) مکلف اند ضمん بازدسي و کنترل وکالت نامه ها عند الزوم اعلام جرم نمایند، آن هم بر اساس ماده ۵ قانونی که نسخ گردیده است و اثر وجودی دیگری از آن باقی نمانده است.

تا به حال و بر اساس عرف و رویه ای هفتاد ساله، روابط بین وکیل و کارمند و وکیل وقاضی و وکیل و موکل به صورت بسیار شفاف شکل گرفته بود. هیچ گاه حق الوکاله وکیل مورد نظر کارمند و قاضی نبود و بالتبغ آثار و توالی آن نیز وجود نداشت. آثار و توالی فاسدی که می‌تواند در نتیجه هر پرونده ای هم مؤثر، واقع شود.

۲-۴). پاک ترین و سالم ترین روابط مالی، روابط مالی بین وکیل و موکل بود. هردو می‌دانستند چرا و به چه مقدار به هم وابسته اند. وکیل میزان وظائف و تکالیف خود را می‌دانست و موکل هم میزان حق الوکاله را با تفاوت با وکیل تعیین می‌کرد. شاید کمترین پرونده‌ها در دادسرای انتظامی کانون، اختلاف مالی فیماهین وکیل و موکل باشد و در اکثر موارد نیز به سازش فیصله می‌یافتد و با توجه به رضایت طرفین، یکی از نمونه‌های معاملات پاک و بی‌غل و غش، محاسب گردیده و می‌گردید.

این که حاکمیت بخواهد در روابط مالی و خصوصی مردم نیز، دخالت نموده و حداقل وحدات تعیین نماید یقیناً دارای تالی فاسدی‌های واضحی است که بطلان و بی تأثیری این اقدام را از پیش روش می‌سازد. البته امکان داشت و دارد که در هر صنفی و منجمله وکلا، افرادی بی انصاف یا نیز ییدا شوند که یقیناً نباید حکم این عده قلیل را بر کثیری از انسان‌های عدالتخواه و منصف جاری ساخت.

۲-۵). این که اعلام کرده اند برای هر صفحه لایحه، مبلغ بیست هزار ریال و از صفحه ششم به بعد برای هر صفحه، ده هزار ریال و حداقل تا ۳۰ هزار ریال باید پرداخت کرد. واقعاً برای من جای س్تالو بود که این قیمت گذاری را بر چه مبنای و اساس بنیان نهاده اند؟ آیا لایحه ای که استاد معظم دکتر کاتوزیان می‌نویستند با لایحه ای که امثال من می‌نویسند یک بهدا دارد؟ آیا می‌توان مطالبی را که در چند سطر بیان می‌گردد و معنا و مفهوم را می‌رساند با ده ها صفحه لایحه ای که بالآخره مشخص نیست چه می‌خواهد بیان کند در یک ردیف دانست؟

تازه مشخص نکرده اند که منظور از هر صفحه چیست؟ صفحه کوچک یا بزرگ؟ صفحه پنج خطی یا سی خطی؟ خط درشت یا کوچک؟ یا

واقعاً هدف از این قیمت گذاری صفحه ای چیزی جز، بی ارزش نشان دادن عمل این صنف نیست که تعداد صفحات آن را با تعداد آجر اشتباه گرفته اند. آیا این قیمت گذاری به معنای برای دانستن اقدامات وکلا با مخربین (که در خصوص ارزش و اعتبار کار آنان نیز در جای خود باید مطالبی بیان گردد) تمی باشد؟ به راستی کسانی که این آئین نامه را نوشته اند

از مطالب بسیار ساده و سطحی فوای اطلاع بوده اند و یا با قصد و نیت و با هدف و انگیزه اقدام به نگارش این قبیل مطالب کرده اند؟

۳- در آئین نامه مقرر شده است که وکلای دادگستری باید سهم صندوق حمایت و سهم کانون را نیز پردازند ولی مشاورین موضوع ماده ۱۸۷ از این پرداخت معاف می باشد. جای تعجب دارد، کسانی که مدعی بوده اند ماده ۱۸۷ را برای دسترسی آسان و ارزان به وکیل پایه گذاری کرده اند، در این آئین نامه طوری برنامه ریزی کرده اند که وکلای وابسته به کانون وکلا از درآمد کمتری نسبت به مشاورین ماده ۱۸۷ بهره مند گردند. به راستی باید بر این برنامه ریزی های اندیشمندانه و آینده نگر آفرین گفت، به هر حال باید انگیزه ای برای گرایش بیشتر به آن طرف ایجاد کرد.

در اینجا لازم است مجدداً به تکرار بیان کرد چنانچه برخوردی منتقلانه با عساکله و وکلای ماده ۱۸۷ می شود صرفاً انتقاد به نحوه و چراei تأسیس یک نهاد موازی با قدیمی ترین و اصلی ترین نهاد مدنی کشور است و لا جوانان و حقوقدانانی که وابسته به این مرکز گردیده اند غالباً از دولتان و همکاران ما بوده اند و این انتقادات به هیچ وجه ارتباطی به این دولتان نداشته و ندارد و برای همین است که بارها از ورود این همکاران در کانون های وکلا استقبال شده است.

۴- نزوم ثبت مبلغ قرارداد در وکالت نامه های نیز که بر اساس رویه و عرف در طول سالیان دراز، عملاً مهجور مانده بود و علت آن نیز واضح است. روابط مالی وکیل و موکل ارتباطی به طرف دعواه وی و قاضی و کارمند و نیروی انتظامی و کارشناس و غیره ندارد و دلیلی ندارد که همه بدانند وکیل چه مبلغ از موکل خود گرفته است. بدیهی است چنانچه کسی برای گرفتن مالیات نگرانی و دل مشغولی دارد، آن کس، ادارات دارایی است که مغایزان مجرب آن اداره، به راحتی قادر خواهد بود با بررسی دفاتر و سایر راه هایی که خود بدان واقع می باشند و حتی عنده لزوم مطالبه قراردادهای منعقده بین وکلا و موکلین آنان، مالیات هر وکیل را تعیین و اخذ نمایند و بدیهی است این امر ارتباطی به دستگاه قضائی نداشته و ندارد که هم اینکه، قاضی و کارمند و مدیر دفتر و مسؤول الصاق تمبر؛ مسؤول کنترل و بازرگانی مدارک مریبوط به حق الوکاله شده اند. به راستی آیا وقت آن نرسیده است دستگاه محترم قضائی به انجام امور محوله خود پردازد و کار تریت وکلا را به کانون های وکلا کار تریت کارشناسان را به کانون کارشناسان، کار اخذ مالیات را به وزارت خانه عربیض و طوبیل دارانی و ... بسپارد و دستگاه قضائی تمام نیرو و همت خود را صرف کم کردن بار دستگاه قضائی نماید؟

بدیهی است هیچگاه تحقیر کانون و کلاننمی تواند نشان از قدرت و اقتدار دستگاه قضائی باشد. اصولاً مگر ممکن است رفاقتی بین دستگاه قضائی و کانون های وکلا را تصور نمرد؟ دستگاه قضائی و مدیریت آن که بخشانه هایش را هیچ دستگاه و شخصی نمی تواند نقض نماید همانند تبریز است که آهوبی بی قدرت را در کنار وی گذاشته اند و از آهو سوال می کنند حالا چه می کنی؟ مگر آهو می تواند جوابی به غیر از این بیان نماید که: «فعلاً کاری می کنم که دیر تر خورده شوم».

متأسفانه دستگاه قضائی یا اشخاصی در دستگاه قضائی که قادر به این اقدام هستند، کمتر همت را بر تحقیر و تخفیف و عند الاقضاء تبدیل و ازوای کانون وکلا بسته اند، بی خیر از آن که نتجه این اقدام یقیناً سریندی و سرافرازی دستگاه قضائی، نخواهد بود و مردم و جهانیان، به این برخورد نگاهی خوش باورانه نخواهند داشت، اگر چه شاید جواب پشتویم: ما به نظرات اجاتب کاری نداریم!

نگاه حقوقی به چند ماده از آئین نامه جدید حق الوکاله وکلای دادگستری

علی اکبر آبادگر

قاضی دادگستری

ظاهرآ نخستین بار در تاریخ ۱۳۹۱/۳/۱۵ بود که عدیله‌ی وقت مقرراتی را برای میزان حق الوکاله [تعرفه] به تصویب رساند.
در ماده‌ی یک آن که با عنوان: «مقررات وزارت عدیله راجع به حق الوکاله» نام‌گذاری شده بود آمده است:
«در هر موردی که یکی از متداولین حق الوکاله‌ی وکیل خود را به عنوان خسارتخواه دعوای از طرف دیگر مطالبه می‌نماید محاکم عدیله باید مطابق تعرفه‌ی ذیل حکم دهند...»^۱

پس از آن چندین بار آئین نامه‌هایی از تصویب گذشت که در آن‌ها، مقرراتی برای دریافت میزان حق الوکاله در دادرسی‌های مدنی و جزایی در نظر گرفته شده بود.
آنچه مورد بررسی ما در این جستار قرار خواهد گرفت، نگاهی حقوقی به چند ماده از آخرین آن‌ها است که در تاریخ ۸۵/۴/۲۷ به تصویب ریاست محترم قوه‌ی قضائیه رسیده است.

۱- در نخستین سطرهای آئین نامه‌ی مورد بحث می‌خوایم:
«با توجه به ماده‌ی ۱۹ لایحه‌ی قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و پیشنهاد کانون‌های وکلای دادگستری کشور و هیأت اجرایی موضوع ماده‌ی ۲ آئین نامه‌ی اجرایی ماده‌ی ۱۸۷ قانون برنامه‌ی سوم توسعه، آئین نامه‌ی تعرفه‌ی ... به شرح زیر تصویب شد، می‌گوییم:

اولاً: در ماده‌ی ۱۹ لایحه‌ی قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری است: «میزان حق الوکاله ... طبق تعرفه‌ای است که با پیشنهاد کانون و تصویب وزیر دادگستری [ریاست قوه‌ی قضائیه] تعیین خواهد شد...».

۱- برای دیدن سیر تحول مقررات پادشاه نگاه کنید به: دکتر نصرالله فهرمانی و ابراهیم یوسفی محله؛ مجموعه کامل قوانین و مقررات وکالت؛ انتشارات مجده؛ تهران؛ چاپ اول؛ ۱۳۸۳.

از مقاد ماده‌ی فوق دستگیرمان می‌شود که کانون و کلاه تعریفه‌ی مورد نظر خود را به ریاست قوه‌ی قضائیه پیشنهاد و ایشان تبر با تصویب خود صورت قانونی به آن خواهند داد، اما در تصویب آین نامه‌ی جدید [برخلاف رویه‌ی معمول] ریاست محترم قوه‌ی قضائیه «پیشنهاد» کانون را «تصویب» نرموده اند بلکه آنچه مورد «تایید» قرار گرفته، «پیشنهاد» اصلاح شده است.

سوالی که به نظر می‌رسد این است که آیا گیرنده‌ی پیشنهاد [ریاست قوه‌ی قضائیه] می‌تواند پیشنهاد را اصلاح و مسی تصویب یا تایید نماید؟ یا چنین اختیاری ندارد؟ بدین معنا که یا باید پیشنهاد را بدون این که تغییری در آن ایجاد کند، «تایید» یا «رد» نماید؟ به گمان ما، از ماده‌ی ۱۹ لایحه‌ی قانونی یاد شده‌نمی‌توان اختیار اصلاح پیشنهاد را استنباط نمود و تا جایی که اطلاع داریم در گذشته نیز، پیشنهاد‌ها با اصلاح به تصویب نرسیده بود.

ممکن است پرسنده:

«اگر متن پیشنهادی مورد قبول ریاست قوه‌ی قضائیه نبود و ایشان اصلاحاتی را در آن ضروری تشخیص دادند چاره چیست؟»

در پاسخ می‌گوییم:

«گیرنده‌ی پیشنهاد در چنین حالتی باید موارد مورد نظرش را کیاً به اطلاع پیشنهاد دهنده برساند، تا اگر با این تغییر موافق بود، با لحاظ تغیرات جدید، متن اصلاح شده را برای تصویب برگرداند و الا چزی که تصویب شده «پیشنهاد» کانون نیست تا امضای مقام صالح فوق به آن صورت قانونی بددهد.»

ثالثاً: در آین نامه‌ی اجرایی ماده‌ی ۱۸۷ قانون برنامه‌ی سوم توسعه برای هیأت موضوع آن ماده، وظیفه‌ی پیشنهاد تصویب تعریفه‌ی حق الوکاله به ریاست قوه‌ی قضائیه در نظر گرفته نشده است.

آنچه در آخر ماده‌ی ۲۶ آن آین نامه آمده، تعیین میزان حق المشاوره برای هر مال است.

اگر قرار بود هیأت مذکور چنین وظیفه‌ای نیز داشته باشد، با توجه به اهمیت موضوع و اطلاع تدوین کنندگان آین نامه از مقررات ماده‌ی ۱۹ لایحه‌ی قانونی استقلال کانون، قطعاً آن را هم به عنوان بخشی از وظایف هیأت به ماده‌ی ۲ اضافه می‌نمودند و یا لااقل همانند تعیین حق المشاوره در پایان ماده‌ی ۲۶ به آن ارجاع می‌دادند.

ثالثاً: با فرض اختیار فوق برای هیأت، تصویب آن توسط ریاست قوه‌ی قضائیه که در واقع به معنای افزودن به اختیارات قانونی ایشان است توجیه قانونی خواهد داشت.

واعداً: چون «پیشنهاد» از دو «مرجع» رسیده، مشخص نیست چگونه ابتدا «پیشنهاد»‌ها صورت واحد بیدا کرده و پس از بیدا کردن عنوان «پیشنهاد» به تصویب رسیده است؟ چرا که با وجود اطلاعیه‌ی رسمی کانون [که با متن پیشنهادی کانون همراه بوده] پیداست که دو

پیشنهاد جداگانه باید به حوزه‌ی ریاست رسیده باشد و با این کیفیت معلوم نیست اولاً با استناد به کدام قانون این پیشنهادها یکی شده‌اند؟ ثانیاً اصلاح بعمل آمده بیشتر در کدام یک از دو پیشنهاد اعمال گردیده است؟

به نظر ما جا داشت حال که تصمیم بر یکی شدن تعریفه‌ها بوده، نایابندگان منتخب کانون وکلاء و هیأت اجرایی ماده‌ی ۱۸۷ با نشست های مشترک خود، متن واحدی را تدوین و سپس آن را برای تصویب به حوزه‌ی ریاست قوه‌ی قضائیه می‌فرستادند.

۲- در بخشی از ماده‌ی ۲ آین نامه می‌خوانیم:

«... چنانچه وکیل با کتمان واقع در وکالات نامه مبلغ حق الوکاله را طبق تعریفه اعلام و به این مأخذ ابطال تمیر شود لکن حق الوکاله‌ی بیشتری دریافت نماید عمل وکیل در صورت اطباق با ماده‌ی ۲۰۱ آن قانون قابل تعقیب جزایی خواهد بود. قضات، مدیران دفاتر و کارمندان مسؤول تمیر مکلف اند مقاد قانون را به موقع اجرا گذاشته و ضمن بازرسی و کنترل وکالت نامه‌ها عنداللزوم اعلام جرم نماید.»
می‌گوییم:

اولاً: آنچه به مسؤول تمیر و مدیران دفاتر و قضات ارائه می‌شود، وکالت نامه است، وقتی تنها وکالت نامه به دست آن‌ها می‌رسد، چگونه قادر خواهند بود تشخیص دهنده، وکیل حق الوکاله‌ی بیشتری دریافت کرده است؟

به نظر ما برای رسیدن به هدف فوق مقرر می‌شود:

اولاً وکلاء باید به همراه وکالت نامه، «قرارداد حق الوکاله» را هم ضمیمه نمایند و ثانیاً اگر آن را ضمیمه نکرده باشند، مکلف گردند [برای تأمین نظر یاد شده در آین نامه] که آن را از وکیل بخواهند.

ثانیاً: قانونگذار در تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم «تعقیب و اقامه‌ی دعوی» در چنین حالتی را به «رئیس سازمان مالیاتی کشور» محول نموده است، لذا «اعلام جرم» توسط قضات و مدیران دفاتر و کارمندان مسؤول ابطال تمیر، صحیح و قانونی به نظر نمی‌رسد، مضارفاً به این که ذکر کلمه‌ی «اعتداللزوم» در ماده، باعث سلیقه‌ای شدن اقدام آن‌ها می‌شود و این امر پسندیده نیست.

به اعتقاد ما بهتر بود ضمن رعایت موارد فوق مقرر می‌شد مسؤولین یاد شده، تنها مراتب را برای «تعقیب و ...» به اطلاع رئیس سازمان مالیاتی کشور برمناند و «اعلام جرم» را به کسی که قانون تعیین نموده و اگذار می‌نمودند.

۳- در قسمت اخیر ماده‌ی ۴ آمده است:

«... حق الوکاله هر مرحله در پایان همان مرحله به وکیل پرداخت می‌گردد.»
می‌گوییم:

وکالت «شغل» است و به مقتضای شغل بودن مالیات اش مشمول فصل چهارم از قانون مالیات‌های مستقیم با عنوان: «مالیات بر درآمد مشاغل» است. مطابق ماده‌ی ۱۰۳ قانون یاد شده: «وکلای دادگستری ... مکلف اند در وکالت نامه‌های خود رقم حق الوکاله‌ها را قید

نمایند و معادل ۵٪ آن بابت علی الحساب مالیاتی روی وکالت نامه ها تمیر الصاق و ابطال
نمایند...»

وقتی قرار است حق الوکاله‌ی وکیل در پایان همان مرحله به او پرداخت شود، تحمیل
ابطال تمیر موضوع ماده‌ی ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم به او برخلاف انصاف است، به
عبارت دیگر کسی که هنوز «درآمدی» به دست نیاورده، چرا باید پولی بابت «مالیات بر
درآمد» ولو به طور علی الحساب پردازد؟ اگر قرار است مالیات بر درآمد تعليق گیرد و وکیل
در پایان مرحله‌ی دادرسی درآمد کسب می‌کند، پس جا دارد قانون هم هماهنگ با آن
اصلاح شود تا وکیل مجبور نباشد مالیات درآمد کسب نکرده را از جیب خود پردازد.

۴- ماده‌ی ۱۴ اجازه داده است که وکیل، بدون «تنظیم وکالت نامه» هم بتواند خدمات
حقوقی ارائه دهد [یعنی وکالت کند].

می‌گوییم:

اولاً وکیل در ارائه خدماتی از قبیل آنچه در بندهای (الف تا ج) ماده‌ی ۱۴ آمده [بدون
تنظیم وکالت نامه] با مشکل مواجه نخواهد شد، کاری که عملًا قبل از صورت قانونی دادن
به آن در آینه نامه‌ی جدید، در گذشته هم انجام می‌گرفته است، اما مشکل زمانی بروز
خواهد کرد که وکیل بخواهد پرونده‌ی موکل اش را در دادگاه مطالعه کند، زیرا:
کسی که با سمت وکیل به دادگاه مراجعه می‌کند، مکلف است مطابق قاعده امری
ماده‌ی ۱۰۳ مالیات‌های مستقیم وکالت نامه تنظیم و تقدیم دادگاه تعاید، به سخن دیگر
بدون رعایت مقررات ماده‌ی فوق، دادگاه او را واجد سمت یاد شده ندانسته و از در اختیار
قرار دادن پرداخته به او مذبور خواهد بود. نه هیچ وکیلی بدون وکالت نامه و ابطال تمیر
قانونی از دادگاه درخواست مطالبه‌ی پرونده نموده و نه اساساً هیچ دادگاهی بدون رعایت
آن پرونده در اختیار وکیل گذاشته است.

ثانیاً اگر هدف آینه نامه جلوگیری از فرار وکیل از پرداخت مالیات است [قسمت اخیر
ماده‌ی ۲] تصویب این ماده نه تنها تصویب کننده و تنظیم کنندگان آن مغایرت دارد
بلکه حتی سبب می‌شود تا وکیل [مورد نظر ماده‌ی فوق] بتواند لاقل از پرداخت بخشی از
مالیات قانونی سرباز زند.

وقتی این امکان را می‌دهیم که وکیل با تنظیم وکالت نامه «کتمان واقع» کند، چرا ناید
پسنداریم چنین فردی با ارائه‌ی خدمات حقوقی بدون تنظیم وکالت نامه به طریق اولی بتواند
واقعیت را زیر با گذاشته، مالیات ندهد؟ جمع این دو ماده مارا دچار تناقض گوینی نمی‌کند؟
ثالثاً این ماده بهانه به دست مأمورین تشخیص مالیاتی نمی‌دهد تا ای استناد به آن [یا تصور
وکیلی که بدون وکالت نامه هم حق دارد وکالت کند] قسمتی از درآمد وکیل را از طریق
علی الرأس [موضوع ماده‌ی ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم] تشخیص دهند؟ و وکیل
خوش حساب [یا وجود چنین ماده‌ای] چگونه در مقابل چنین شخصی بایداری کرده و خود
را از پرداخت مالیات برای وکالتی که نکرده وارهاند؟ *

«والسلام»

تأثیر ابلاغ دادنامه

صادره از دادگاه تجدیدنظر استان به وکیل محکوم عليه

از حیث اختساب موعد مراجعته به هیات تشخیص دیوان عالی کشور

با پاک گیانی

وکیل دادگستری

۱ - مقدمه:

ماده ۴۶ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد:

«بلاغ دادنامه به وکیلی که حق دادرسی در دادگاه بالاتر را ندارد یا برای وکالت در آن دادگاه مجاز

نباشد و وکیل در توکیل نیز نباشد معتبر نخواهد بود.

هم چنین در تبصره ماده ۴۷ قانون یاد شده بالا آمده است:

«در مواردی که طرح دعوا یا دفاع به وسیله وکیل نیز جریان یافته و وکیل یاد شده حق وکالت

در مرحله بالا را دارد کلیه آرای صادره باید به او ابلاغ شود و مبدأ مهلت‌ها و مواعید از تاریخ ابلاغ

به وکیل محسوب می‌گردد».

ماده ۴۶ مذکور تکرار عبارت ماده ۶۸ قانون آئین دادرسی سابق مصوب ۱۳۹۸/۶/۲۵

می‌باشد و تبصره ماده ۴۷ قانون نیز با تغییراتی در عبارات و کلمات تکرار تبصره ماده ۶۹ قانون

آئین دادرسی مدنی سابق الحاقی مرداد ۱۳۹۴ می‌باشد.

با عنایت به نصوص قانونی بالا روشن است که قانونگذار هیچ گونه تأثیر و ارزشی برای ابلاغ دادنامه به وکیل، در حالتی که اختیار دادرسی در دادگاه بالاتر را ندارد قائل نشده است و چنانچه به سابقه تاریخی مراحل رسیدگی در نظام قضایی کشور نوجه کنیم در می‌یابیم که مطابق تشریفات رسیدگی در نظام قضایی گذشته، مراحل رسیدگی به نخستین و پژوهش و فرجام تقسیم می‌گردیدند که این حالات با تغییر نظام قضایی کشور ابتدا به رسیدگی دو مرحله ای بدوى و تجدیدنظر تغییر یافت و سپس با اصلاحاتی که در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب به عمل آمد و همچنین با تصویب قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پاره ای از آراء قابلیت رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر و پاره ای از آراء قابلیت فرجام خواهی نیز پیدا نمودند که بندهای ماده ۳۶۷ قانون آئین دادرسی مدنی این موارد را احصاء و تبیین نموده است به عبارت دیگر اکنون در وضعیتی به سر می‌بریم که پاره ای از آراء قابلیت رسیدگی در مراحل

تجدیدنظر و فرجام خواهی پیدا نموده اند و پاره ای از آراء صرفاً قابلیت تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان را دارا می باشد. لکن قانونگذار با وضع تبصره ۲ الحاقی مصوب ۸۱/۷/۲۸ به ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۵/۴/۷۳ با پیش بینی شعبی از دیوان عالی کشور تحت عنوان شعبه تشخیص، آراء قطعی مذکور در ماده ۱۸ را اعم از این که در مرحله نخستین صادر شده و به علت انقضای مدت تجدیدنظر خواهی قطعی شده باشد یا قانوناً قطعی باشد و یا از مرجع تجدیدنظر صادر گردیده باشد ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ رای قابل رسیدگی مجدد در شعبه تشخیص دیوان می داند.

۲- شرح بحث:

با بیان مقدمه بالا این سوال مطرح می گردد که چنانچه قائل به اشرافیت دیوان عالی کشور بر دادگاه تجدیدنظر استان از حیث شأن و مقام باشیم که در واقع نیز چنین است، با وصف مقررات و مواد ۴۶ و ۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی و در حالتی که وکیل در وکالت نامه صرفاً تا مرحله تجدیدنظر حق دخالت داشته باشد ابلاغ دادنامه دادگاه تجدیدنظر به وکیل محکوم علیه و احتساب موعده یک ماهه مراجعته به هیأت تشخیص، از زمان ابلاغ رأی به وکیل در حالت مذکور فاقد اثر و منشاء قانونی است. زیرا، رسیدگی هیأت تشخیص که شعبه یا شعبی از دیوان عالی کشور است در مرحله یا مرتبه ای بالاتر از دادگاه تجدیدنظر استان صورت می پذیرد و با وصف تصریح قانونگذار به عدم تفویذ ابلاغ رأی به وکیل در حالتی که اختیار و اجازه به مداخله در چنین مرحله ای را ندارد، ابلاغ دادنامه به وکیل یاد شده، با مصروفات قانونی سازگار نیست در حالی که رویه محاکم در حال حاضر چنین نیست و با ابلاغ دادنامه به وکیل مذکور و صدور گواهی ابلاغ دادنامه به وکیل محکوم علیه و تسلیم آن به متقاضی اتخاذ تصمیم می نمایند.

لازم به ذکر است در وضعيتی که وکالت نامه وکیل صرفاً مداخله وی تا مرحله تجدیدنظر باشد با ختم رسیدگی و اتخاذ تصمیم از ناحیه دادگاه تجدیدنظر کار وکیل نیز پایان یافته است و این دقیقاً مانند حالتی است که وکیل در مرحله بدروی حق مداخله داشته لکن موکل به وی حق تجدیدنظرخواهی را اعطای نکرده باشد آیا باید قائل به این شویم که در مثال آخر علی رغم عدم اختیار وکیل به ورود به مرحله تجدیدنظر می باشد دادنامه دادگاه بدروی را به وکیل غیر مأذون ابلاغ نمود مسلمًا پاسخ منفی است و با ختم رسیدگی مرحله بدروی کار وکیل پایان یافته و دادنامه می باشد به موکل وی ابلاغ گردد. همچنین در فرض موضوع بحث اینجانب قابل تصور است و با خاتمه رسیدگی دادگاه تجدیدنظر چنانچه وکیل اختیار مراجعته به دیوان عالی کشور و شعبه تشخیص را در وکالت نامه خود درج نکرده باشد به نظر می رسد که دادنامه مذکور می باشد به موکل ابلاغ گردد.

مکاتبات

نامه رؤسای کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران به رئیس قوه قضائیه درباره

(آئین نامه تعریف حق الوکاله و هزینه سفر و کلامی دادگستری مصوب ۱۳۸۵/۴/۲۷)

نامه رئیس قوه قضائیه به کانون وکلای دادگستری مرکز درباره «اصلاح آئین نامه لایحه قانونی

استقلال کانون وکلا»، مصوب ۱۳۹۴

پاسخ رؤسای کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران به نامه رئیس قوه قضائیه



نامه رفایی کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران
به رئیس قوه قضائیه درباره «آئین نامه تعریف حق الوکاله و هزینه سفر وکلای
دادگستری مصوب ۱۳۸۵/۴/۲۷»

حضرت آیت‌الله...جناب آقای هاشمی شاهرودی
ریاست محترم قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران

احتراماً، تفصیل اشکالات و ایرادات وارد بر آئین نامه تعریف حق الوکاله و هزینه سفر
وکلای دادگستری مصوب ۱۳۸۵/۴/۲۷ به آگاهی می‌رسد:

اولاً- از جهت شکلی

- ۱- در صدر آئین نامه مندرج در روزنامه‌ی رسمی کشور به نامه‌ی ۸۴/۸/۲۹-۱۴۴۹ رئیس کانون وکلای دادگستری مرکز اشاره شده، به نحوی که موهم این معنی است که آئین نامه مذکور هماناً متن پیشنهادی کانون است. حال آن که در واقع قسمت‌های عمده و کلیدی آئین نامه پیشنهادی کانون- به نحوی کاملاً غیرکارشناسانه- دگرگون شده است. القاء این شبه بدون توضیح از جهت اصولی و اخلاقی صحیح نیست.
- ۲- نظر به منطق و مفهوم ماده ۱۹ قانون لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳، در مورد تعیین تعریف، وقتی کانون وکلا تعریف را پیشنهاد می‌کند، دوران امر در مورد آن بین قبول یا رد است و مقام تصویب کننده در صورت برخورد با ایرادی در آن، علی‌الاصول باید از تصویب خودداری و متن را برای اصلاح به کانون اعاده کند، اما نمی‌تواند رأساً در آن تصرف نماید.
- ۳- بنابر عقیده برخی از حقوقدانان برای یک قانون فقط یک آئین نامه می‌توان نوشت و تجدید تحریر بر آئین نامه صحیح نیست. در آئین نامه تعریف حق الوکاله- با توجه به طبع آن- ممکن است تغییر اعداد و مبالغ، به هر تقدیر، قابل توجیه باشد اما دگرگون کردن مبانی قابل قبول نیست.

۴- بدون تردید دخالت مرکز مشاوران و کارشناسان قوه‌ی قضائیه در تدوین تعریف حق الوکاله و کلای وابسته به کانون‌های مستقل، با توجه به ماده ۱۹ پیش‌گفته، به هیچ وجه درست نیست.

ثانیاً- از جهت ماهوی

۱- بر ماده ۲ آئین نامه ایرادات بسیار وارد است:

الف- مفاد ماده با قواعدی چون «اصاله الصحه»، «اصاله البراءه» و مقوله‌ی «سوق مسلمین» سازگار نیست.

ب- قضات و مدیران دفاتر و مسئولان ابطال تمبر برای «به موقع اجرا گذاشتن قانون» تاکجا باید پیش بروند؟ آیا اقداماتی چون مراجعته به منزل موکل یا دفتر وکیل و استطلاع از موکل و فی الجمله انواع تعجیس برای ایشان مجاز است؟ اگر هست، مستند قانونی این تجویز چیست؟

پ- استناد به ماده ۲۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم، با توجه به کلمات به کار رفته و نحوه انشاء مطلب صحیح نیست زیرا:

۱) صدر ماده مذکور ناظر به ترازنامه و حساب سود و زیان و تنظیم دفاتر و استناد و مدارک تشخیص است که در پایان سال مالی مورد بررسی قرار می‌گیرند، نه مرحله پرداخت «علی الحساب».

۲) ضمانت اجرای ماده، جریمه‌ها و مجازات‌های مقرر در قانون مالیات‌ها و محرومیت از استفاده از معافیت‌های قانونی است، نه مجازات‌های تعزیری و بازدارنده مندرج در قانون مجازات اسلامی. به این ترتیب مقوله «اعلام جرم» در این مورد کاربردی نمی‌تواند داشته باشد.

(۳) به موجب تبصره ماده ۲۰۱:

«تعقیب و اقامه دعوی علیه مرتكبین نزد مراجع قضائی از طرف رئیس سازمان مالیاتی کشور به عمل خواهد آمد». ترکیب «اقامه دعوی» منصرف به «دعوی مدنی» است و لفظ «مرتكبین» نیز واجد چنان قرینه‌ای نیست که ذهن را از این معنی منصرف و به «امر کیفری» متوجه کند. از طرفی در مسیر توجه ذهن به «امر کیفری» این قرینه صارفه نیز

موجود است که (جريمه ها و مجازات های مقرر در قانون مالیات ها) هرگز از «جريمه دبرکرد» و «محرومیت از معافیت» فراتر نمی رود.

به این ترتیب از یک سو حتی محروم کردن مؤذی مختلف از معافیت و محکوم کردن او به مجازات های مقرر در قانون (بخوانید جریمه های ...) محتاج اطراح و اقامه دعوی مدنی^۴- و نه «اعلام جرم»- است و دیگر سو حق طرح دعوی هم به «رئيس سازمان مالیاتی کشور» داده شده، نه قاضی و مدیر دفتر و مسؤول ابطال تمبر.

قابل ذکر است حتی در مواردی که مدارک و استاد حاکی از تحصیل ذرآمد اشخاص، نزد اشخاص ثالث باشد و این اشخاص ثالث از ابراز و ارائه این استاد خودداری کنند، صرفاً «سازمان امور مالیاتی کشور» آن هم از طریق «دادستانی کل کشور» می تواند مستکف را به ارائه استاد مکلف کند.

۴) به این ترتیب ملاحظه می شود در آئین نامه تعریف:

- تفسیر جدیدی از ماده ۲۰۱ قانون مالیات ها ارائه و قائل به وجود مجازات هایی در این قانون شده اند که اعمال آن ها مستلزم «اعلام جرم» است. حال آن که خود قانونگذار چنین نظری نداشت.

- قضات و مدیران دفتر را در سطح «رئيس سازمان امور مالیاتی کشور» قرار داده و برای آن ها صلاحیت بلکه «تکلیف» «اعلام جرم» را قائل شده اند حال آن که «رئيس سازمان مالیاتی» فقط حق «اقامه دعوی» دارد نه «اعلام جرم».

- این «تکلیف» را آئین نامه به «مسئول ابطال تمبر» هم بارکرده، حال آن که این فرد وابسته تشکیلات قضائی نیست بلکه ذیحساب وزارت دارائی و مرئوس «رئيس سازمان مالیاتی کشور» است.

- ضمانت اجرای عدم انجام این تکلیف- با توجه به آنچه عرض شد- چه می تواند باشد؟ علی الخصوص در مورد ذیحساب وزارت دارائی؟

۵) این مجموعه با تشویق «جرائم زدایی» و «قضا زدایی» جگونه قابل جمع است؟ در حالی که با جرم انگاری پدیده ها و وارد کردن امر قضایه عرصه ای که ذاتاً قضائی نیست مواجه هستیم؟

۲- تعیین سقف بیست میلیون تومان برای حق الوکاله دعاوی با خواسته پیش از پانصد میلیون تومان و سقف پانصد هزار تومان برای حق الوکاله امور اجرایی (موضوع اجرایی هر قدر که باشد) در واقع کمک به ثروتمندان است نه رعایت حال ضعفا. زیرا دعاوی و اجرایی هایی با این ارقام صرفاً می تواند به مستکبران تعلق داشته باشد که به این ترتیب در واقع از خدمت مجانية و کلا استفاده خواهد کرد!

۳- اجرای آنچه در تبصره ماده ۳ و بندهای آن آمده، مستلزم آن است که برای هر وکیل یک نرم افزار خاص تعریف و تهیه و در اختیار باجههای ابطال تمیر مالیاتی گذاشته شود. زیرا محاسبه حق الوکاله با احتساب عوامل مؤثره پیش بینی شده در تعریف، جز این طریق میسرور نخواهد بود. مضافاً این که لفظ مبهم «شهرهای بزرگ» در انتهای بند ۳ تبصره مذکور می تواند مشکل را مضافع کند.

۴- حکم قسمت اخیر ماده ۴ آئین نامه در خصوص این که «... حق الوکاله هر مرحله در پایان همان مرحله به وکیل پرداخت می گردد» مطلبی غریب و موحد اشکالات فراوان و وجود آن در متنه که به تأیید حضرت تعالیٰ رسیده، غیر قابل توجه است:

الف- با توجه به این که «مالیات» از «درآمد» وکیل اخذ می شود و پرداخت علی الحساب مالیات، به صورت الصاق و ابطال تمیر بر وکالت نامه نیز از محل «پیش پرداخت» شصت درصدی حق الوکاله صورت می گرفته است. ضابطه جدید به وکلا حق می دهد که تا پایان هر مرحله و وصول حق الوکاله آن مرحله از تأديه علی الحساب خودداری کنند. این هم به ضرر بیت المال است و هم مخل امور صندوق حمایت وکلا و هم امور مالی کانون ها را مختل می کند.

ب- مفهوم این حکم این است که وکیل برای موکل خود سرمایه گذاری کند و امیدوار باشد که در پایان هر مرحله حق الوکاله خود را از موکل خواهد گرفت. آیا چنین تصور و پنداری معقول است؟

پ- با اجرای این ضابطه، به ظن غالب، در پایان هر دعوی وکیل باید دعواهی جهت مطالبه حق الوکاله علیه موکل خود طرح کند، علی الخصوص اگر موکل محکوم به نشده باشد!

۵- در باره ماده ۸ آئین نامه موارد ذیل گفته‌ی است:

الف- برداشتیکه از ارقام می‌توان کرد این است که گویا به زعم تنظیم کنندگان تعریفه، تورم و افزایش هزینه‌ها، در مورد وکلا حرکت معکوس داشته است. این معنی را از ماده ۱۴ هم می‌توان دریافت.

ب- تعیین حق الوکاله‌های متنوع برای امور کیفری بر حسب نوع مجازات و تعداد جرایم، بدون این که مشخص شود این عوامل در چه مرحله‌ای از کار باید مورد توجه قرار گیرد و بدون تفکیک حق الوکاله وکیل شاکی و مشتکی عنه اشکال محاسبه را- با توجه به موارد مربوط به سابقه و مدرک تحصیلی و...- مضاعف می‌کند.

ثالثاً- مسائل جنی

۱- این آئین نامه با افکار و موضع مترقبی چون «الزامی شدن دخالت وکیل در دعاوی مدنی...» طرح‌های جلوگیری از اطاله دادرسی و سالم سازی محیط قضائی، جرم زدایی و قضا زدایی سازگار نیست.

۲- این که هر کس باید مالیات درآمدش را پردازد امری مسلم و مفروغ عنه است و وکلای دادگستری هم از این قاعده مستثنی نیستند. اما آنچه در ماده ۲ آئین نامه آمده- علاوه بر این که مملو از ایرادات و اشکالات فنی و قانونی است- توهین علني و مستقیم به وکلا است.

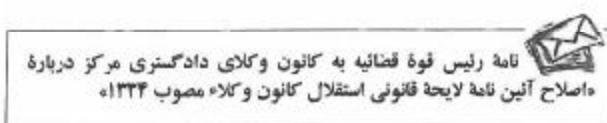
۳- اینک که با اجرای قانون الزامی شدن دخالت وکیل در دعاوی مدنی، سیل کارهای معاضدتی به سوی وکلا جاری و این موارد به کارهای تسبیری ایشان افزوده شده است و همکاری جدی وکلا می‌تواند ضامن ادامه اجرای قانون باشد، تصویب چنین متن توهین آمیزی نمی‌تواند مشوق وکلا برای ادامه مشتاقانه کارهای مجانی تلقی شود.

۴- این مطلب- که حسب آنچه در صدر آئین نامه آمده- ریاست محترم قوه‌ی قضائیه آن را دیده و با احراز محاسن تأیید فرموده‌اند، جای سوال و تأمل بسیار دارد. به نظر می‌رسد کسانی برآند که حرفه مقدس وکالت را از محتوا خالی و در عین حال وکلا و کانون‌های ایشان را به تقابلی ناشواسته و بی‌جهت با قوه‌ی قضائیه وادار کنند. حال آن که کانون‌های وکلا به عنوان اجزائی از نظام قضائی کشور، هرگز تمایلی به این رویارویی

نداشته و ندارنده زیرا بدون وجود یک قوهٔ قضائیه مقتدر و منظم و متزه، وکیل و وکالت بی معنی خواهد بود.

در عین حال گمان می‌رود قوهٔ قضائیه با سعی در نگه داشتن کانون‌های وکلا-با قریب به ۲۲ هزار عضو قلم زن و سخنگو-در کنار خود، مصلحت نظام و مردم را رعایت خواهد کرد و از چیزی جز این همگان متضرر خواهد شد. »

«السلام»



کانون وکلای دادگستری مرکز

سلام علیکم،

نظر به این که آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا مصوب ۱۳۳۴ با توجه به قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ در موارد متعددی منسخ گردیده است، همچنین با توجه به رأی شماره ۶۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تیرماه ۱۳۸۳ درخصوص ابطال موادی از آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و وجود خلاه قانونی در رسیدگی به برخی تخلفات و مجازات‌های انتظامی وکلا، کارآموزی و پروانه وکالت و همچنین با توجه به نظریه مشورتی ۷/۲۱۴۷ مورخ ۸۴/۴/۳۱ اداره حقوقی؛ مقتضی است آن کانون محترم نسبت به اصلاح آئین نامه مذکور به ویژه با توجه به قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ اقدام و نتیجه را ظرف مدت یک ماه به قوهٔ قضائیه اعلام دارد در بازنویسی و اصلاح آئین نامه مذکور، ضروری است به موارد ذیل توجه کافی شود:

- ۱). نظارت و بازرسی دقیق نسبت به عملکرد وکلا و عدم اجحاف به حقوق مردم.

- ۲). رفع خلاهای موجود در زمینه شناسایی تخلفات و تعیین مجازات های انتظامی متعدد و مناسب با تخلفات.
- ۳). شفاف سازی نحوه نقل و انتقال و جابجایی وکلاء در بین شهرها و استان های کشور و توجه به مناطق محروم و نیازمند به وکیل.
- ۴). نحوه توزیع وکالت های مجانی و معاوضتی بین وکلاء.
- ۵). رعایت شوونات اسلامی و اخلاق حرفه ای توسط وکلاء و پیش بینی راهکارهای نظارت و ارزشیابی آنان.
- ۶). عدم اشتغال به شغل رسمی و پیمانی برابر ضوابط برای کارآموزانی که حق طرح دعوى دارند.
- ۷). نحوه احراز صلاحیت چگونگی انجام کارآموزی و صدور پروانه. *

سید محمود هاشمی شاهرودی

پاسخ رؤسای کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران
به تامة و نیس قوه قضائیه

ویاست محترم قوه قضائیه حضرت آیت الله هاشمی شاهرودی

سلام علیکم،

در پاسخ نامه شماره ۱۲۱۶-۵/۱۲۸-۸۵/۶/۲۸ که در آن اصلاح آئین نامه لایحه استقلال کانون وکلاء مصوب ۱۳۳۴ پیشنهاد شده است اشعار می دارد:

با توجه به ماده ۲۲ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و صلاحیت انحصاری کانون ها در تدوین آئین نامه مذکور، با طرح موضوع در جلسه می مشترک رؤسای کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران و بررسی دقیق و هم جانبه موضوع خلاصی به نظر نرسید و تدوین آئین نامه جدید ضروری تشخیص داده نشد. *

باتقدیم احترامات فائقه

(رؤسای کانون های وکلای دادگستری جمهوری اسلامی ایران)