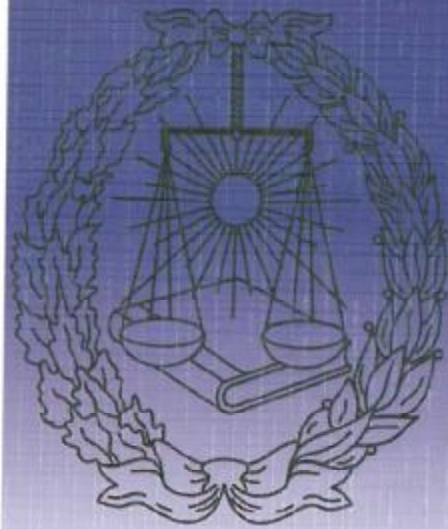


# خبرنامه

اصفہائیان  
اسان  
کانون و کلاؤسٹر



## با آثاری از:

ابوالفضل استاد زاده، شاپور اسماعیلیان،  
علیرضا حبیب آگهی، احسان زرخ، محمدرضا سماواتی پور،  
دکتر غلامرضا طیرانیان، حمید فروحی،  
محمد کاکاوند، کوهیار گردی، شاپور محمد حسینی،  
محمدرضا محمدی جرقویه‌ای، امیر مقامی،  
ناصر مقامی و احمد نصر اصفهانی



شهریور ۸۹

# فهرست مطالب

## یادداشت

- ۲ ..... شاپور اسماعیلیان؛ اصلاحات قضایی و ضرورت نقد از درون

## مقالات

- ۵ ..... دکتر غلامرضا طیرانیان؛ ثبت با سند برابر است.
- ۱۱ ..... احمد نصر اصفهانی؛ اختیاری بودن استفاده از وکیل دعاوی رأی وحدت رویه‌ای منطبق با موازین حقوق بشر.
- ۱۵ ..... احسان زرخ؛ وکالت و تبلیغ.
- ۱۸ ..... محمدرضا سماواتی پور؛ شیوه‌های جدید مزاحمت.
- ۲۲ ..... حمید فروجی؛ ماهیت حقوقی صندوق حمایت و کلا و کارگشایان دادگستری.
- ۲۶ ..... کوهیارگردی؛ تخلفات و جرایم مطبوعاتی و نقش قوه مجریه در هیأت نظارت بر مطبوعات.
- ۳۰ ..... امیرمقامی / ناصرمقامی؛ جبران خسارت ناشی از فعالیت رسانه‌های همگانی (با تأکید بر ابزارهای غیرمادی).
- ۳۳ ..... علیرضا حبیب‌آزگی؛ بررسی ابعاد وکالت در «مخاصمه، منازعه، مرافعه و محاکمه» در منابع فقهی.
- ۵۳ ..... شاپور محمدحسینی؛ مقایسه مصادیق معاونت در جرم در حقوق کیفری ایران و انگلستان.
- ۶۴ ..... ابوالفضل استادزاده؛ مصادره غیرمستقیم در پرونده‌های نفتی بین‌المللی، دکترین و رویه.

## طنز

- ۷۲ ..... محمدرضا محمدی جرقویه‌ای؛ مشاوره حقوقی تلفنی.

- ۷۴ ..... **خبرگزاری**

## اصلاحات قضایی

## و ضرورت نقد از درون

شاپور اسماعیلیان\*

آیت‌اله امامی کاشانی خطیب نماز جمعه تهران در مورخ ۸۹/۵/۸ گفته است: «... ما در دادگاه‌های خود، کارشناس و قضات خوب و شریفی داریم، ولی ناله‌ها از کارشناسی‌های غلط بلند است و در پرونده‌ها آه و ناله از حکم غلط بلند است که این آه به دامن قاضی، دادرسی یا کارشناس برمی‌گردد و این نشان می‌دهد که باید به این کار پر ارزش، توجه بیشتری کرد...» - (روزنامه شرق، ۸۹/۵/۹) این سخنان در حالی بیان می‌شود که ایشان در جایگاه امام جمعه موقت تهران در خطبه‌های نماز جمعه یازده تیر سال جاری با اشاره به هفته قوه قضاییه گفته بود: «و کلاً توجه داشته باشند که دفاع از باطل حرام است و لذا آن‌جا که پرونده را مطالعه می‌کنند و متوجه می‌شوند مراجعه‌کننده به آن‌ها، ذی‌حق نیست، نباید دفاع کنند.» - (همان روزنامه، مورخ ۸۹/۴/۱۲)

این توصیه عام و کلی شامل سلب حق دفاع از متهمی نیز می‌باشد که مرتکب سنگین‌ترین جرایم چون قتل عمدی شده به نحوی که جز با دخالت و کیل قانوناً نمی‌توان حکمی را دربار او صادر کرد بنابراین بلافاصله مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفت آنان طی مقالات خود از ابعاد مختلف و با تشریح ماهیت و اشکال چندگانه حق دفاع در فرایند دادرسی، این توصیه را رد کردند (برای نمونه ر.ک به شماره پیشین همین خبرنامه به مقالات جناب آقای بهمن کشاورز، رئیس اسکودا و جناب آقای دکتر تقی‌خانی، سردبیر خبرنامه، ص ۸۳ و به بعد) این یادداشت در صدد نقد اظهارات کلی حضرت آیت‌اله امامی کاشانی نیست زیرا همکاران محترم حقوقدان به‌طور مستدل و مبسوط این بیانات کلی را با توجه به مفهوم و مصداق‌های حق دفاع و در نظر گرفتن تأکید مقررات موضوعه داخلی و بین‌المللی بر این حق مورد نقد قرار داده‌اند که شاید این بار ایشان برای تعدیل بیانات اولیه‌شان، کارشناسان و قضات را مورد خطاب قرار داده‌اند که آه و ناله مردم از کارشناسی‌های غلط و حکم غلط آنان بلند شده است. حال معلوم می‌شود با حکم غلط قاضی که نتیجه تشخیص غلط حق از باطل است، چگونه باید از کیل انتظار داشت به صرف مطالعه پرونده، حق و باطل را تشخیص دهد در حالی که قاضی با

\* وکیل دادگستری - ارومیه.

آن همه اقتدار، اختیار و صلاحیت از تشخیص آن عاجز است و با خدای نکرده عمد در صدور حکم غلط (ناحق) دارد؟

نگارنده در مورد چالش‌های درون دستگاهی قوه قضاییه، سابقاً یادداشت‌ها و مقالات متعدد نوشته و راهکارهای برون رفت را نیز یادآور شده است (برای نمونه ر.ک به نوشتار محورهای محاکمه عادلانه، روزنامه اعتماد ۸۸/۷/۲۶ و همین‌طور، مقاله برخی چالش‌های دستگاه قضایی، شماره ۴۶ همین خبرنامه) اما آن‌چه در این یادداشت باز مورد اشاره قرار می‌گیرد تداوم برخی از این چالش‌هاست که برون‌دستگاهی است زیرا به دفعات مشاهده شده برخی از مقامات رده بالای اجرایی و تقنینی آن‌هم از تریبون‌ها با اظهارات و توصیه‌های کلی به نحوی در عملکرد قضات و یا دستگاه قضایی مداخله نموده‌اند که کمترین اثر سوء آن اخلال در استقلال و آزاداندیشی قاضی و عدم رعایت شأن دستگاه قضایی بوده است که نمونه آن انتقاد شدید رئیس جمهور به دنبال توقیف یک نشریه از سوی دادستانی به دلیل اهانت به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام و برخی چهره‌های مطرح بود. معتقدیم این رفتارها نشان‌دهنده روحیه دیکتاتوری است. عبارتی بود که رئیس دولت به کار برد و با ایشان در روز خبرنگار، بار دیگر ضمن انتقاد از قوه قضاییه در برخورد با خبرنگاران گفت: «در مواردی هم که حتی اسمی از کسی برده نشده است قاضی می‌گوید این مطلب به فلان شخص می‌خورد درحالی‌که وقتی مطلبی نوشته می‌شود و نقل می‌شود اگر به کسی هم خورد، خورد. باید بخورد تا دردش بیاید» که این ادبیات گفتاری واکتش شدید رئیس قوه قضاییه را به دنبال داشت. ایشان با پاسخی مبسوط و مستدل نسبت‌های داده شده به قوه قضاییه را غیرمنصفانه و خلاف دانست. (ر.ک. به روزنامه شرق، ۱۷ مرداد ۸۹) یا چندی قبل آیت‌الله جنتی دیر شوری نگهبان در نماز جمعه تهران گفت: «برای رسیدگی به پرونده‌های آن‌ها [معتزسان] باید از قاضی‌هایی مانند قاضی‌های سال ۵۷ استفاده کرد نه قاضی‌های بی‌حال!!» (ر.ک به نوشتار اخیرالذکر شماره ۴۶ خبرنامه)

بدون تردید نقد یا اصلاحاتی که با کارشناسانه و از درون دستگاه قضایی با مشارکت مدیران قضایی لایق و توانمند و قضات مجرب و دلسوز صورت گیرد و به این انتقادات و نظرات بها داده شود، می‌تواند در بهبود روند امر قضا و وظایف محوله قوه قضاییه کارساز باشد، ایجاد فضای نقد و تقویت روحیه اعتماد، لازمه نقدپذیری است اما قشری‌گرایی، اهمیت دادن به آمار پرونده‌های مختومه بدون لحاظ کیفیت و استحکام و سلامت آراء، رواج زمینه‌های تملق‌گویی و تمکین از مافوق و آسیب‌هایی از این دست از آفت‌های دستگاه قضا خواهد بود از این رو، سران عدالت باید در انتخاب و تعیین مدیران میانی و به ویژه رؤسای دادگستری‌های کل و سرپرستان و مسؤولان مجتمع‌های قضایی، نهایت دقت و وسواس را به خرج دهند تا اعمال سلیقه شخصی برخی از این مدیران که برخلاف مصالح دستگاه قضایی است موجب یأس و سرخوردگی نیروهای قضایی شایسته، توانمند و مستقل و احیاناً ریزش این نیروها از قوه قضاییه نشود. زیرا با انتخاب مدیران شایسته و مستقل، مجموعه‌های قضایی احساس امنیت شغلی و آرامش خاطر نموده و انگیزش بیشتر برای کار خواهند داشت. با چنین رویکردی مقامات و مسؤولان برون‌دستگاهی نیز به هر بهانه و مناسبتی با کلی‌گویی به قاضی و قضا نخواهند تاخت و شأن و منزلت قاضی تا آن حد تنزل نخواهد کرد که در ارتباطات و مناسبت‌های



گونگون، واهمه داشته باشد از این که خود را قاضی معرفی نماید! همان طوری که چند سال قبل یکی از قضات عالی رتبه دیوان عالی کشور در حضور رئیس سابق قوه قضاییه اظهار داشت: «چرا باید من واهمه داشته باشم از این که بگویم قاضی‌ام - نقل به مضمون» به یقین در آسیب‌شناسی علل ریزش یا بگویم کناره‌گیری سرمایه‌های قضایی، عملکرد برخی از مدیران قضایی - به ویژه رؤسای کل - نقش مؤثری داشته و دارد هر چند عواملی چون وضعیت معاش و تراکم کار و نارضایتی مراجعین دادگستری نیز از دیگر علل است. خود نگارنده اذعان دارد در دوران خدمت قضایی خود شاهد مدیریت برخی از رؤسای کل دادگستری بوده است که سوای رعایت شأن و منزلت همکاران قضایی خود و تأکید بر استقلال آنان در اتخاذ تصمیمات قضایی، دلسوازی سعی بر حفظ سرمایه‌های قضایی مجرب و لایق داشته‌اند در حالی که در حال حاضر چنین رویکردهایی زیاد محسوس نیست. بررسی آمار ریزش نیروهای قضایی مجرب و شایسته، مؤید این سخن خواهد بود.

بدیهی است سوء مدیریت برخی مدیران میانی و عدم رعایت شأن قاضی و وکیل و احیاناً بی‌حرمتی این «دو بال فرشته عدالت» به یکدیگر به هر علت و عنوان، موجب رواج هجمه دیگران و بی‌حرمتی به دستگاه قضایی می‌شود.

این که ما بگویم قاضی حکم غلط صادر می‌کند چه بسا سخنی است که مصداق‌های آن فراوان باشد، همان طوری که «آه و ناله» مراجعین به دادگستری نیز کم نیست. اما به نظر نمی‌رسد با کلی گویی و توصیه خطیب محترم نماز جمعه، این معضل رفع شود زیرا رفع چنین معضلی آن‌هم در بلند مدت در گرو اصلاحات خود دستگاه قضایی است. انصافاً برخی مواقع مسؤولان ارشد قوه قضاییه نیز منکر این معضل نبوده‌اند. مثلاً رئیس فعلی قوه قضاییه در جلسه معارفه خود «نیروی انسانی آزموده و سالم» را از جمله خلاهای قوه قضاییه اعلام کرد. (ر.ک به محورهای تأمین شرایط محاکمه عادلانه، منبع پیشین) یا همین نشریه داخلی قوه قضاییه (ماوی، شماره ۹۲۱-۸۹/۳/۳۱) نقد نگارشی برخی آرا را منتشر نموده که خواندن بیش از ده‌ها نکته غلط در یک رأی نه تنها موجب تأسف بسیار می‌شود بلکه دل هر حقوقدان خواهان اعتدالی نظام قضایی را به درد می‌آورد! جنبه مثبت و اصلاحی این گونه نقدها این است که نه توسط دیگران بلکه وسیله یک قاضی عالی رتبه دیوان عالی کشور نوشته شده که سال‌ها سردبیری مجله حقوقی و قضایی دادگستری را به عهده داشته است. نقد از درون جدای از این که به اصلاح روش‌ها منجر می‌شود، ظرفیت تحمل و نقدپذیری از دیگران را افزایش می‌دهد و در این زمینه‌ها باز یادداشت‌هایی خواهیم داشت. ■

# ثبیت با سند برابر است

دکتر غلامرضا طبرانیان\*

این ساده و محکم‌ترین سند عادی عقد بیع است:

«اینجانب ... به موجب این سند فروختم و تملیک کردم ملک خود را به پلاک ثبتی شماره ... / ... به آقای ... به مبلغ ... ریال به عنوان ثمن معامله. اینجانب ... به عنوان خریدار قبول کردم تملیک ملک فوقی را در برابر ثمن معلوم.»

امضای خریدار

امضای فروشنده

\*\*\*

طبق این سند کمترین تردیدی در وقوع عقد بیع وجود ندارد. ققیه و حقوقدان وفای به این عقد را لازم می‌دانند: فروشنده مازم است مبیع را به خریدار تسلیم و خریدار متعهد است ثمن مقرر را به فروشنده پرداخت نماید. حتی در متن سند مزبور تعهدی به تنظیم سند رسمی انتقال ملاحظه نمی‌شود.

به سهولت می‌توان بین عقد مندرج در این سند به عنوان مدلول و سند که یکی از وسایل اثبات عقد است به عنوان دلیل، تفاوت را تشخیص داد. به عبارت دیگر جایگاه عقد عالم اعتبار است که بر حسب ایجاب فروشنده و قبول از ناحیه خریدار محقق شده و نقش سند تنها دلیل اثبات عقد است نه خود عقد.

ممکن است توضیح درباره این امور بدیهی فقهی و حقوقی زائد به نظر برسد، ولی از آن‌جا که بقیه بحث با تکیه بر امور بدیهی فوق قابل بررسی است، ذکر آن ضرورت دارد. حال قرائت جدید می‌کنیم از ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک: ثبت اسناد کلیه عقود و معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده، اجباری است... در ذهن کاملاً قابل تفکیک است سه مفهوم: «عقد»، «سند» و «ثبت» یعنی ممکن است عقد بیع به صورت شفاهی محقق شود بدون سند و دلیل کتبی برای اثبات آن و نیز ممکن است عقد بیع همراه با تنظیم سند عادی واقع گردد، در این صورت با وجود آن که طرفین قانوناً، طبق ماده ۴۶ قانون ثبت باید

\* وکیل دادگستری - تهران

سند عادی مزبور را اجباراً ثبت نمایند، ولی از انجام این الزام قانونی ناشی از قرارداد امتناع نمایند لذا «عقد» غیر از «سند» و «ثبت» غیر از عقد و سند می‌باشد.

\*\*\*

سؤال اساسی این است که آیا با توجه به ماده ۴۶ قانون ثبت، عقد بیع شفاهی و یا به موجب سند عادی نسبت به املاک ثبت شده، سبب نقل و انتقال ملک مورد معامله نمی‌شود؟ و آیا ماده ۴۶ در مورد اجبار طرفین به ثبت سند عادی بیع فقط جنبه ارشادی دارد و زمانی عقد بیع محقق می‌گردد که طرفین حاضر به ثبت سند مزبور در دفتر اسناد رسمی شوند و قبل از آن مورد معامله در مالکیت فروشنده با تمام اختیار مالکانه باقی است؟ و یا مؤدای ماده ۴۶ این است که چون معامله (عقد بیع) محقق می‌شود، لذا به علت دلیل وقوع عقد، یعنی ثبت سند عادی برای متعاملین اجباری است و اگر یکی از طرفین تن به این اجبار ندهد طرف دیگر حق دارد اجبار و الزام او را به ثبت سند به صورت رسمی از دادگاه تقاضا کند، حتی اگر این الزام به صورت تعهد مستقل در سند عادی بیع تصریح نشده باشد، رویه‌ای قضایی که اکنون در اغلب مراجع قضایی از آن پیروی می‌شود.

گروهی از حقوقدانان عقیده دارند: ایجاب و قبول به تنهایی برای تحقق عقد بیع و آثار آن کفایت نمی‌کند و عقد بیع راجع به املاک ثبت شده از عقود شریفاتی است و لازمه انتقال این نوع املاک به خریدار، ثبت سند بیع است در دفاتر اسناد رسمی، زیرا به نظر ایشان ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک دلالت صریح دارد: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسد، در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد»

\*\*\*

با تلفیق و نتیجه‌گیری از دو ماده ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، آیا:

- ۱- آن چه پذیرفته نمی‌شود سند عقد بیع است؟ زیرا رسماً ثبت نشده یا آن چه پذیرفته نمی‌شود مدلول سند یعنی نفس معامله‌ای است که در سند عادی درج گردیده است؟
- ۲- آیا با بیع به ملک خود باقی است و با استناد به حق مالکیت خود می‌تواند ملک مورد معامله با سند عادی را به غیر منتقل کند؟ اعم از این که انتقال جدید با سند رسمی انجام شده باشد یا با سند عادی و آیا در صورت انتقال ملک به غیر، عمل با بیع جرم است؟ و آیا با استناد به سند عادی می‌توان سند رسمی بعدی را باطل اعلام نمود؟
- ۳- آیا نپذیرفتن سند عادی بیع به معنای بطلان عقد بیع است و یا عقد مزبور دارای اعتبار است مشروط به این که منتهی به سند رسمی انتقال شود و یا ذی‌نفع، الزام ممتنع را به تنظیم سند رسمی از دادگاه صلاحیت‌دار تقاضا و دادگاه حکم به الزام به نفع خواهان صادر کند؟

\*\*\*

با تشریفاتی تلقی کردن عقد بیع املاک ثبت شده و عدم انتقال ملک به خریدار به موجب سند عادی بیع و در نتیجه بقاء ملک در مالکیت فروشنده، پاسخ بدیهی و الزامی به پرسش‌های فوق از این قرار است:

- ۱- با عدم پذیرش سند عادی، مدلول آن یعنی عقد بیع، نیز قابل پذیرفتن نمی‌باشد و آنچه از طریق مراجع قضایی پذیرفته و مورد حمایت واقع نشود، طبعاً موجودیت حقوقی نیز ندارد و معدوم به شمار می‌آید. و آثار عقد بر آن مترتب نیست و در نتیجه نه خریدار می‌تواند به استناد سند عادی، تسلیم بیع را تقاضا و نه فروشنده می‌تواند ثمن معامله را مطالبه و هیچ‌یک از متعاملین به استناد سند عادی بیع که در متن آن طرفین متعهد به حضور در دفترخانه و ثبت معامله نشده‌اند نمی‌توانند الزام یکدیگر را به تنظیم سند رسمی انتقال درخواست نمایند.
- ۲- پس از تنظیم سند عادی بیع، فروشنده به استناد بقای مالکیت خود می‌تواند همان ملک را بار دیگر با سند عادی و یا سند رسمی به دیگری منتقل کند و نه تنها مرتکب جرمی نشده، بلکه تعارضی نیز بین انتقال بعدی ملک و انتقال قبلی وجود نخواهد داشت و اسناد بعدی به هیچ وجه قابل ابطال نمی‌باشد، اگرچه مالک با اقدام خود اخلاقاً قابل مذمت باشد.

\*\*\*

اگر معتقد باشیم: ماده ۴۸ قانون ثبت تنها دلالت بر پذیرفتن سند عادی دارد، ولی راجع به حقوقی که در دفتر املاک ثبت شده و تا اسناد مربوط به این معاملات به ثبت نرسد اثری بر معامله نیز در مورد مدلول سند، یعنی معامله، ماده مزبور حکمی ندارد و نمی‌توان معامله‌ای که واجد شرایط اساسی عقد می‌باشد و وفای به آن لازم است را معدوم تلقی نمود، در این صورت:

- ۱- مدلول سند و عقد بیع دارای اعتبار شرعی و قانونی است و طبق نص صریح ماده ۴۶ قانون ثبت، برای متعاملین، ثبت آن اجباری است و هر یک از این تکلیف قانونی امتناع کند با فرض بقای اعتبار عقد و حصول مالکیت برای خریدار، طرف ذی‌نفع حق دارد الزام متع را به تنظیم سند رسمی انتقال تقاضا کند و الا ماده ۴۶ قانون ثبت باید این‌گونه تصویب می‌شد: «ثبت اسناد اختیاری است حتی در مورد کلیه معاملات راجع به حقوقی که در دفتر املاک ثبت شده و تا اسناد مربوط به این معاملات به ثبت نرسد اثری بر معامله نیز مترتب نمی‌باشد، بدون این که بتوان متعاملین را مجبور و ملزم به تنظیم سند رسمی نمود.»
- به عبارت دیگر برخلاف استنباطی که از ماده ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت شده است طرفین می‌توانند مستنداً به اجباری که در ماده ۴۶ مستتر است الزام شخص ممتنع را به تنظیم سند رسمی انتقال معامله مطالبه نماید. لذا بار دیگر ماده ۴۶ قانون ثبت را قرائت می‌کنیم: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱- ... ۲- ... که در این موارد ثبت سند عادی اجباری است.»

۲- مالکیت بیع به مشتری منتقل می‌شود و بایع تنها به عنوان دائن استحقاق مطالبه ثمن معامله را دارد، در نتیجه بنابه این اعتقاد کلیه معاملات بعدی، معامله فضولی و نسبت به مال غیر محسوب می‌شود و از آنجایی که خریدار با انتقال گرفتن مورد معامله حق دارد الزام فروشنده را به تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود تقاضا نماید و مالکیتی نسبت به بیع برای فروشنده باقی نمی‌ماند، نه تنها دعوی بطلان معاملات مزبور قابل رسیدگی است، بلکه معاملات بعدی جرم و فروشنده قابل تعقیب کیفری می‌باشد.

\*\*\*

با بررسی و دقت در نیاز جامعه به تنظیم سند عادی، قبل از تنظیم سند رسمی انتقال که امروز به نام میابعه‌نامه شهرت یافته و حتی به این منظور صنفی خاص در کشور فعال است و با روش غیر معقول اخیر که متعاملین را تحت عنوان اخذ کد رهگیری از واسطه‌های املاک، ناگزیر به تنظیم میابعه‌نامه می‌نماید. و نیز با ملاحظه روش دفاتر اسناد رسمی در تنظیم سند انتقال که مستلزم طی مراحل مقدماتی و پرداخت هزینه‌هایی غیر از ثمن معامله از جانب طرفین است و از طرفی وظیفه حقوقدانان نیست که از توسعه موانع قانونی (که منبع نیاز به نص صریح قانونی دارد) برای انعقاد عقود و قراردادهای بهره‌بردار، لذا به نظر می‌رسد از مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک تنها اجباری و الزامی بودن ثبت سند عادی احراز می‌گردد و این مواد دلالت بر بلااثر بودن عقد مندرج در اسناد عادی ندارد.

این معنی مسلم است که عقیده اول و تشریفاتی تلقی کردن عقود بیع و سایر قراردادهای راجع به املاک ثبت شده توالی نامطلوبی را در بر دارد که به زیان اصل حاکمیت اراده و مغایر با مصالح و منافع جامعه و روابط اقتصادی است:

\*\*\*

شاید اغراق نباشد اگر تأکید کنیم که هیچ معامله‌ای رسمی در مورد املاک واقع نمی‌شود، مگر آن که عملاً و مقدم بر آن بین متعاملین سندی عادی به نام میابعه‌نامه تنظیم شود و طرفین با اعتماد به تحقق اثر حقوقی آن، هزینه و زحمات متفاوتی را تا ثبت سند عادی که مطابق ماده ۴۶ قانون ثبت باید الزامی باشد یعنی تا تنظیم سند رسمی انتقال در دفاتر اسناد رسمی، تحمل می‌کنند. به واقع عرف اقتصادی جامعه نمی‌پذیرد که در میابعه‌نامه‌ها اثری حقوقی متضمن انتقال ملک مورد معامله به خریدار، مترتب نباشد و تنظیم سند عادی انتقال املاک تبدیل به عملی عبث گردد و یا قوانین که باید حافظ اعتبار عقود و معاملات باشند به فروشنده املاک اجازه دهند با وجود امضای میابعه‌نامه قبلی، ملک خود را بار دیگر آزادانه به هر کس که مایل باشد بفروشد و فی‌المثل برای اخذ وام ملک مزبور را در رهن و یا مورد معاملات دیگری قرار دهد و به عبارت دیگر قانون، خود بستر ارتکاب جرایم مختلف مالی را فراهم سازد و خریدار مورد حمایت واقع نشود!

با اطلاعات موثقی که مورد تأیید مراجعین به سازمان قضایی کشور می باشد، در هر حوزه قضایی که عقیده اول یعنی عدم تأثیر مبیعه نامه عادی در انتقال ملک به خریدار، غلبه یافته و احکامی بر مبنای این عقیده صادر شده، بلافاصله افراد آماده برای ارتکاب جرایم مالی به فروش ملک خود به افراد مختلف و بی اطلاع از معاملات قبلی چندین بار ثمن از بابت یک ملک از اشخاص دریافت نموده و موجبات بروز اختلافات بسیاری را فراهم ساخته و بر حجم دعاوی دادگستری افزوده اند، خصوصاً در شرایطی که قیمت اراضی و املاک رو به افزایش بوده و خریدار حقاً امید داشته این افزایش در مالکیت او تحقق یابد و از معامله خود منتفع گردد و چون خریدار به دادگاه مراجعه کند با شگفتی می شود که مرجع قضایی طبق عقیده اول ملک را همچنان در مالکیت فروشنده باقی و ترقی قیمت ملک را در مالکیت فروشنده محقق می داند و در برابر این شگفتی خریدار را ارشاد می کنند که خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را از فروشنده مطالبه کند که البته منظور از خسارت مابه التفاوت ارزش روز مورد معامله نسبت به قیمت حین العقد نخواهد بود و در نتیجه خریدار متحیر می ماند که منظور از خسارت عدم انجام تعهد چیست، خصوصاً که مبالغ راجع به فراهم کردن مقدمات معامله رسمی برای خریدار، مبلغی است که طرح دعوی و تحمل دادرسی و هزینه آن را توجیه کند و ناگزیر باید به این بی عدالتی تن در دهد!

بدیهی است برای ترمیم آثار عقیده فوق و جلوگیری از نقض عقد بیع مستند به سند عادی، توسل به اصل ۴۰ قانون اساسی و منع سوء استفاده اشخاص از حقوق خود که متضمن ضرر برای دیگران باشد و یا این که اشخاص نباید موجبات عدم انجام تعهدات خود را فراهم نمایند که بیشتر واجد جنبه اخلاقی است، در حق خریدار متضرر واقعی از عدم انجام معامله، که عرف او را متضرر می شناسد، ولی قانون ضرری برای او تصور نمی کند، کارساز نخواهد بود!

\*\*\*

روزی که طرفین معامله املاک و اراضی به دفترخانه برای تنظیم سند رسمی انتقال و ثبت سند عادی مبیعه مراجعه می کنند، سردفتر پس از اعلام و اظهار اطمینان از جانب طرفین به معامله مندرج در سند عادی و مبادله ثمن و مبیع طبق شرایط مقرر و عدم واگذاری منافع ملک به شخصی دیگر و توافق طرفین بر اسقاط کلیه خیارات حتی خیار غبن فاحش و افحش و ملاحظه پاسخ استعلامات مختلف، سندی مبنی بر انتقال مورد معامله به خریدار تنظیم و طرفین بر اساس مبیعه نامه عادی، سند مزبور را امضا می نمایند و چون این سند که بر روی اوراقی خاص تحریر می شود جداگانه در دفتر مخصوص سردفتر ثبت شده و طرفین در دفتر مزبور نوشتند و امضا کردند که ثبت با سند برابر است و معامله تمام شده محسوب می شود و در ستون نقل و انتقالات سند مالکیت نیز این نقل مالکیت به نام خریدار ثبت می گردد و یا اگر معامله رسمی نسبت به قطعه ای تفکیکی انجام شده، سند بیع رسمی و خلاصه معامله به اداره ثبت ارسال و به نام خریدار، سند مالکیت خاص برای آن قطعه تفکیکی صادر می گردد. حال تصور کنیم پس از این که سردفتر، انتقال ملک را به شرح فوق به امضای طرفین تنظیم نمود و مفاد این سند را نیز در دفتر خود ثبت کرد، ولی طرفین به علت بروز اختلافی ناگهانی



حاضر نشدند ذیل ثبت سند را در دفتر سردفتر امضا و بنویسند ثبت با سند برابر است، در این فرض سند مزبور چه نوع سندی است؟ آیا این سند رسمی است و سبب نقل ملک به خریدار گردیده و یا همچنان این سند عادی است و خریدار مالک میباید نشده است؟

مسلماً اگر این سند رسمی تلقی شود، نیازی به ثبت آن در دفتر سردفتر اسناد رسمی نمی باشد و ثبت این سند در دفتر سردفتر و نوشتن عبارت (ثبت با سند برابر است) توسط طرفین و امضای آن در دفتر سردفتر عملی زاید و عبث خواهد بود و اگر این سند عادی محسوب شود، گرچه توسط دفترخانه اسناد رسمی تحریر گردیده، در این صورت طبق عقیده اول اسناد به آن به عنوان نقل ملک به خریدار پذیرفته نیست.

با این توضیح کاملاً می توان تفاوت بین مفهوم سند و ثبت سند را در ذهن و در عالم خارج از ذهن مجسم نمود، لذا حکم صریح ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک نیست که این سند نیز باید اجباراً به ثبت برسد، یعنی اگر فروشنده و خریدار به دادگاه مراجعه و الزام طرف مقابل را به حضور در دفترخانه و نوشتن و امضای عبارت (ثبت با سند برابر است) ذیل ثبت سند را تقاضا نمودند، دادگاه باید این تقاضا را بپذیرد، با وجودی که در این نوع اسناد تنظیمی توسط سردفتر تعهدی جدا از معامله برای امضای ثبت با سند برابر است از طرفین اخذ نمی شود.

بنابراین مراتب اگر قرائت صحیحی از مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت به عمل آید باید پذیرفت که عقد بیع عادی املاک ثبت شده نیز از عقود رضایی است و به محض امضای سند عادی، نقل ملک به خریدار حاصل می شود و طرفین ملزم به ثبت سند عادی مزبور می باشند و ماده ۴۸ نیز به این منظور تنظیم شده که اولاً طرفین ناگزیر به مراجعه برای ثبت معامله باشند ثانیاً نظم لازم در مالکیت املاک حاصل شود و دلیل اثبات مالکیت نیز در ادارات ثبت املاک ضبط گردد.

لذا بر اساس این عقیده، فروشنده ملک با سند عادی، از انتقال بعدی ملک به دیگری ممنوع است و معامله بعدی از نظم حقوقی غیر نافذ و در صورت رد آن توسط خریدار اول باطل و از جهت کیفری جرم انتقال مال غیر محسوب می گردد و کلیه معاملات بعد از اولین سند عادی اعم از رسمی و عادی باطل محسوب است و می توان اعلام بطلان آن معاملات را همواره با دعوی الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی انتقال به نام خریدار اول، از دادگاه تقاضا نمود و نپذیرفتن اسناد عادی توسط ادارات دولتی و محاکم به معنای تشریفاتی بودن عقد بیع املاک ثبت شده و عدم تملیک مورد معامله به خریدار نیست، بلکه اسناد عادی از این جهت پذیرفته نمی شود تا ضمانت اجرایی باشد برای ایجاد نظم مورد نظر قانون ثبت و دادگاهها طبق ماده ۴۶ به محض تقاضای ذی نفع باید ممتنع را ملزم به اجباری نمایند که در این ماده ذکر شده ولو طرفین به صورت صریح یا جداگانه تعهد به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی مطابق سند عادی ننموده باشند و چون دادگاه رأی به محکومیت ممتنع صادر نمود، حکم صادره کاشف از آن است که سند عادی بیع پذیرفته شد و کلیه آثار مالکیت خریدار نسبت به ملک مورد معامله از تاریخ تنظیم سند عادی حاصل می شود و منافع ملک نیز از همان تاریخ به خریدار تعلق دارد. ■

# اختیاری بودن استفاده از وکیل دعاوی رأی وحدت رویه‌های منطبق با موازین حقوق بشری احمد نصر اصفهانی\*

به موجب رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۱... برای اقامه دعاوی حقوقی، شکایت از آرا و دفاع از آن‌ها، دخالت وکیل قانوناً الزامی نیست.<sup>۱</sup>

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور این رأی وحدت رویه، استدلال قابل تأملی را به کار برده که به موجب آن چون دخالت وکیل در دعاوی، حق [و نه تکلیف] افراد است و این موضوع در قانون اساسی و قوانین عادی به صراحت پیش بینی شده است، از این رو استفاده از وکیل در دعاوی یک امر اختیاری و نه الزامی می‌باشد. این استدلال هر چند در چارچوب قوانین و مقررات موضوعه به عمل آمده و در متن آن سخنی از موازین و استانداردهای حقوق بشری نیست، اما به طور قابل توجهی در انطباق با موازین حقوق بشر است. صدور این رأی و آرای این چنین، به نوبه خود بیانگر نفوذ و رخنه اندیشه‌های حقوق بشری و تفکر حق مدار بر ذهنیت قضات حاضر در دیوان عالی است. در صورت تداوم این رویکرد می‌توان دورنمایی از انطباق رویه‌های قضایی کشور با موازین و استانداردهای بین‌المللی حقوق بشری را مشاهده نمود.

\* وکیل دادگستری - اصفهان

۱- رأی وحدت رویه شماره ۷۱۴-۱۳۸۸/۱۲/۱۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «طبق اصل سی و چهارم قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید... و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرده انتخاب وکیل هم بنا به حکم مقرر در اصل سی و پنجم قانون اساسی از حقوق اصحاب دعواست و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز با تأکید بر حق متداعیین در انتخاب وکیل، در ماده ۲ مقرر داشته: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذی نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آن‌ها رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند و در ماده ۲۹ تصریح کرده: «در صورتی که وکیل استغفای خود را به دادگاه اطلاع دهد، دادگاه به موکل اخطار می‌کند که شخصاً یا توسط وکیل جدید، دادرسی را تعقیب نماید...» همچنین قانون اصلاح باره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ در فصل هشتم در قسمت اخیر ماده ۲۴ یادآور شده که اجرای مقررات این فصل نباید حق نظم و مراجعه مستقیم و بدون مانع اشخاص به دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور را از آنان سلب نماید، بنابراین به نظر اکثریت قریب به اتفاق اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور برای اقامه دعاوی حقوقی، شکایت از آرا و دفاع از آن‌ها دخالت وکیل قانوناً الزامی نیست و دادنامه شماره ۱۲۲۰-۱۳۸۵/۸/۲۷ شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که با این نظر مطابقت دارد نتیجتاً صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

## جایگاه این حق از منظر موازین بین‌المللی حقوق بشر

از جمله حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد، بر طبق ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز پیش‌بینی شده است، حق رسیدگی منصفانه و علنی به دعوی له یا علیه هر شخص در دادگاهی مستقل و بی‌طرف آن هم با رعایت برابری میان افراد است. ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در بند ۱ خود در این زمینه اشعار می‌دارد: «همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد به این که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح، مستقل و بی‌طرف، طبق قانون رسیدگی بشود و آن دادگاه درباره حقایق اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات آن و در امور مدنی اتخاذ تصمیم بنماید...»<sup>۱</sup>

یکی از تضمین‌های لازم برای دفاع از دعوی و از جمله اموری که برای برخورداری از یک دادرسی عادلانه، هر شخصی فارغ از جنس، نژاد و... باید از آن بهره‌مند گردد، حق برخورداری از وکیل در جریان یک دعوی است. در همین رابطه بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی این حق را مورد تصریح و تأکید قرار داده‌اند. از جمله قسمت «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «هر کس متهم به ارتکاب جرمی بشود با تساوی کامل لائق حق تضمین‌های ذیل را خواهد داشت...» (د) در محاکمه حاضر بشود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خویش دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد، حق داشتن یک وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری [مصالح عدالت] اقتضا نماید از طرف دادگاه راساً برای او وکیل تعیین بشود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله هزینه‌ای نخواهد داشت.»

همچنین قسمت «ج» از بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تقریباً مشابه متن میثاق، مقرر می‌دارد: «هر متهمی به ویژه حق دارد که ... (ج) شخصاً خود و یا با همکاری وکیل مدافع منتخب خویش، به دفاع از خود بپردازد و چنان‌چه توان مالی جهت پرداخت حق الوکاله نداشته باشد، در صورتی که مصالح عدالت اقتضا کند، بتواند به‌طور رایگان از مشاوره وکیل تسخیری بهره‌مند گردد.» این حق همچنین در قسمت «د» و «ه» از بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و ماده ۷ منشور آفریقایی حقوق بشر، تقریباً با عباراتی مشابه عبارات فوق، پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup> در بند ۲ از ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک و همچنین به موجب قطعنامه الحاقی مصوب هشتمین کنگره ملل متحد برای پیشگیری از جرایم و رفتار با مجرمین (۱۹۹۰) تحت عنوان «اصول اساسی نقش و کلاه نیز به این حق پرداخته شده است.

۱- ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز اشعار می‌دارد: «هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعوایش به وسیله دادگاهی مستقل و بی‌طرف، منصفانه و علناً رسیدگی گردد و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی که به او توجه پیدا کرده باشد، اتخاذ تصمیم بنماید.»

2- Interests of Justice.

۳- این حق همچنین در قسمت‌های «ب» و «د» از بند ۱ ماده ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) و قسمت‌های «ب» و «د» بند ۴ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) با عباراتی تقریباً مشابه عبارات متن میثاق حقوق مدنی و سیاسی، به رسمیت شناخته شده است.

در نظام بین‌المللی حقوق بشر، «حق برخورداری از وکیل» دارای ابعاد و جنبه‌های گوناگونی است.<sup>۱</sup> یکی از مهمترین ابعاد آن «اختیاری بودن استفاده از وکیل» است. قسمت «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و همچنین قسمت «ج» از بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و قسمت «د» بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر به عنوان سه سند مهم در این زمینه مقرر می‌دارند، فردی که متهم به ارتکاب جرمی می‌شود، می‌تواند شخصاً و یا به توسط وکیل مدافع از خویش دفاع کند. یعنی صراحتاً اختیاری بودن و نه الزامی بودن برخورداری از وکیل را به عنوان یک قاعده کلی مورد تأکید قرار می‌دهند. در این زمینه کمیته حقوق بشر (به عنوان رکن ناظر بر اجرای میثاق حقوق مدنی و سیاسی) در جریان رسیدگی به یک شکایت علیه دولت اسپانیا<sup>۲</sup>، سلب نمودن حق افراد در دفاع از خویش بدون استفاده از وکیل را نقض آشکار قسمت «ج» بند ۳ ماده ۱۴ دانسته است. در این شکایت شخصی به نام آقای «مایکل هیل» مدعی بوده که قصد داشته شخصاً و بدون استفاده از وکیل و تنها از طریق یک مترجم، در جریان دعوایی در دادگاه اسپانیا از خودش دفاع کند ولی دادگاه این درخواست او را رد کرده بوده است. در مقابل، دولت اسپانیا نیز به کمیته حقوق بشر پاسخ داده که در صورتجلسات محاکمه چنین درخواستی ثبت نشده، ضمن این که اسپانیا حق دفاع از خود را طبق میثاق و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به رسمیت شناخته است؛ لیکن بر اساس قوانین، این قبیل دفاع بایستی به وسیله یک وکیل انجام شود، در نهایت کمیته حقوق بشر با لحاظ این که قانون مصوب اسپانیا اجازه نداده، متهم شخصاً از خودش به گونه‌ای که در میثاق پیش‌بینی شده دفاع کند، نتیجه‌گیری کرده که حق آقای مایکل هیل در زمینه دفاع سلب شده و قسمت «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق در این خصوص رعایت نشده است.<sup>۳</sup>

در یک مورد دیگر نیز که دیوان اروپایی حقوق بشر به آن رسیدگی کرده، شخصی به نام «کرمزوه» مدعی شده که وی به موجب قانون ملی کشور خود تنها در صورتی می‌توانسته است در جلسه رسیدگی تجدیدنظر از محکومیت حبس خویش شرکت کند که در هنگام تجدیدنظر، چنین درخواستی را نموده باشد، اما وی موفق به این کار نشده و درحالی که احتمال افزایش قابل توجه مجازات حبس او براساس قوانین کشورش وجود داشته، از این حق محروم شده است. در این زمینه دیوان اروپایی حقوق بشر اظهار داشته که مقامات ملی در این خصوص متعهد بوده‌اند امکان حضور وی در جلسه رسیدگی و دفاع از خود به طور شخصی را فراهم کنند و این کوتاهی در اجرای این تعهد به مثابه نقض بند ۱ ماده ۶ به همراه قسمت «ج» این ماده می‌باشد. ضمن این که حق افراد در زمینه حضور در جلسه رسیدگی و این که بتوانند شخصاً از خویش دفاع نمایند، ارتباط تنگاتنگی با یک دادرسی عادلانه دارد.<sup>۴</sup>

۱- برای مطالعه ابعاد مختلف حق برخورداری از وکیل بنگرید به مقاله نگارنده با عنوان: «حق برخورداری از وکیل دعاوی در نظام بین‌المللی حقوق بشر» منتشر شده در *خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان*، شماره ۲۰، اسفند ۸۶ و یا رجوع شود به <http://niknameh.ir>.

۲- دعوای Hill و Hill علیه اسپانیا، ۵۲۶/۹۳.

۳- Sarah Joseph & ..., *International covenant on civil and political rights*, p 319 [14 - 81].

۴- Kremzow.

۵- P.van Dijk and G.J.H van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p 469.

نکته‌ای که وجود دارد این است که اختیاری بودن استفاده از وکیل در هر حال یک اصل است، اصلی که می‌توان چه از طریق وضع قانون و چه از طریق رویه قضایی بر آن استناد وارد کرد و این استناد در جایی است که مصالح عدالت در خصوص برخی دعاوی و اتهامات مهم چنین اقتضا کند که فرد مورد نظر، الزاماً بایستی برخوردار از یک وکیل مدافع باشد. در واقع چنانچه به دلایلی عینی محرز باشد و یا احتمال بسیار وجود داشته باشد که فردی ممکن است نتواند بدون استفاده از وکیل به درستی از خویش دفاع نماید، در این جا عدالت حاکم بر دادرسی‌ها اقتضا می‌کند که این فرد با استفاده از یک وکیل مدافع به دفاع از خویش بپردازد. به نحوی که حتی اگر خود وی نیز تمایلی به این کار نداشته باشد، دادگاه راساً ملزم به تعیین وکیل برای او باشد. این استناد عموماً در برخی جرایم دارای مجازات شدید به کار می‌رود. در این مورد کمیته حقوق بشر نیز در یکی از آرای خویش<sup>۱</sup> صراحتاً اعلام کرده، در مواردی که فردی متهم به جرم مستوجب اعدام است، تعیین وکیل تسخیری برای وی الزامی است.<sup>۲</sup> در واقع در جرایمی که به لحاظ شدت مجازات این امکان وجود دارد که فرد شخصاً نتواند دفاع شایسته‌ای از خویش بنماید و این امر در نهایت به ضرر او تمام شود، اقتضای عدالت این است که وی برخوردار از خدمات یک وکیل حرفه‌ای گردد.<sup>۳</sup>

با وجود این باید توجه داشت که این مسأله در هر حال یک استناد است و نباید جای خود را با آن اصل و قاعده کلی عوض کند، به گونه‌ای که مقررات میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون‌های اروپایی و آمریکایی و... در زمینه حق افراد دایر بر این که شخصاً بتوانند از خویش دفاع نمایند و با وکیل مدافع خویش را آزادانه انتخاب نمایند، به امری غیر واقعی واهی تبدیل شود.<sup>۴</sup>

### سخن پایانی

هر چند هیأت عمومی دیوان عالی کشور در متن استدلال خود، اشاره مستقیمی به هنجارهای حقوق بشری و تعهدات بین‌المللی کشور نسبت به آن‌ها، ننموده است، اما تأثیر و نفوذ قواعد حقوق بشری بر تفسیری که قضات دیوان در این رأی از قوانین موضوعه به عمل آورده‌اند، قابل توجه است. ■

۱- دعوی Z.P علیه کانادا، ۴۴۱/۸۸.

۲- در این مورد همچنین می‌توان به تصمیم مورخ ۱۹ آگوست ۲۰۰۵ شعبه بدوی دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در پرونده Radovan Stankovic اشاره کرد در این پرونده آقای استانکویچ طی درخواستی از دیوان تقاضا کرده بوده که بتواند شخصاً از خویش در جلسات رسیدگی، دفاع کند. اما دیوان با این استدلال که با توجه به اوضاع و احوال پرونده، مصالح عدالت در مورد او اقتضا دارد که، او از یک وکیل مدافع در جلسات رسیدگی استفاده نماید، مستنفاً به مواد ۲۰ و ۲۱ اساسنامه دیوان و قواعد ۴۴ و ۴۵ و ۵۴ از مجموعه قواعد آیین دادرسی دیوان، قرار رد درخواست وی را صادر نموده است. رک: IT.۹۶.۲۳/۲ (www.un.org/icty)

۳- P. van Dijk and G.J.H van Hoof, op cit, p.469.

# وکالت و تبلیغ

احسان زرد

مدت‌ها بود که فرصت نگارش مطلبی، حتی کوتاه جهت چاپ در خبرنامه برایم فراهم نشده بود، تا این که پس از شرکت در جلسه اخیر کمیسیون انفورماتیک اتحادیه<sup>۱</sup> و بعد از شنیدن دیدگاه‌های دوستان که تا حدی منعکس کننده دیدگاه‌های حاکم بر کانون‌های متبوع ایشان است، به موضوعات عجیبی بر خوردم که بسیار محل تأمل اند. بسیاری از آن‌ها را به جهت پرهیز از پراکندگی و از میان رفتن انسجام بحث، مسکوت نهادم، تنها به یک موضوع که همانا بحث تبلیغ از سوی وکلالت اشاره می‌کنم.

به راستی آیا وکالت نیز چون سایر حرف‌های یک شغل و متمرکز درآمد نیست؟ و آیا کسانی که به آن روی می‌آورند در بسیاری جنبه‌ها بیش از یک حرفه از آن انتظار دارند؟ آیا جذب موکل (به تعبیری مشتری)<sup>۲</sup> هدف بسیاری از ما نیست؟ آیا داشتن درآمد بالاتر و رفاه بیشتر و کیل ارتباط مستقیم با تعداد موکلانش ندارد؟ آیا افراد صرفاً با مشاهده تابلوی دفتر و کیل (که در شرایط فعلی، بسیاری به علت اشتغال در محلی غیر از محل واقعی اشتغال خویش از نصب تابلو نیز محروم‌اند!) به وی مراجعه می‌کنند؟

پاسخ این سؤالات کاملاً واضح است و هر کس که اندکی در دفاتر وکالت حضور داشته و حتی وکیل یا کارآموز وکالت هم نبوده باشد به سادگی این پاسخ‌ها را می‌داند. به راستی آیا **قیل و قال** در باب تبلیغ وکلا، که در حال حاضر از سوی برخی همکاران که البته چیز خاصی هم برای تبلیغ ندارند، امری پسندیده است؟ آیا غیر از این است که غالب ایشان در زمانی که تعداد وکلا بسیار اندک بوده و تقریباً تمامی آن‌ها در سطح شهرهای محل کار خویش شناخته شده بودند، شروع به وکالت کرده‌اند؟ و حال نیز به پشتوانه همان نام، نان می‌خورند؟

در واقع موضوع، نه کسر شأن وکیل در تبلیغ، بلکه محدود کردن بازار وکالت به اسامی خاص است. آیا تفاوتی میان آقا/خانم «الف» با آقا/خانم «ب» است که اولی به پاس چند سال حضور بیشتر و البته بهره‌گیری از فقدان رقیب، نامی برای خویش به دست آورده و دومی به واسطه سن و به تبع، حضور کمتر، از این امتیاز بی‌بهره است؛ حال آن‌که ممکن است شخص دوم از مدارج علمی بالاتر و تخصص برتر نیز برخوردار باشد!

این مسائل به معنای واقعی، علت اصلی در جبهه‌گیری‌های صورت گرفته در خصوص تبلیغ وکلا یا به تعبیر درست‌تر جوانان جویای نام و نانی است که چون نگارنده این سطور اندر خم یک کرچه‌اند! و حال آن‌که عطارهای دیر ما هفت شهر عشق را گشته‌اند!<sup>۳</sup>

۵ وکیل دادگستری - کرمانشاه.

۱- جلسه مورخه ۱۳۸۹/۵/۱۲ کمیسیون انفورماتیک اتحادیه.

۲- در فرهنگ‌های لغت عبارت مشتری و موکل مترادف هم آمده‌اند، به عنوان مثال رجوع کنید به ذیل عبارت Client.

۳- البته عشق را خلاف نظر سراینده آن در این جا مکتب مالی و سفرهای آن‌چنانی خارجی بخوانید.



از این مقدمه که بگذریم می‌خواهم وارد بحث اصلی در باب تبلیغ و کلاشوم، تا ببینیم آیا صحیح است که مانع این اقدام به بهانه‌های واهی شویم؟!

به راستی تبلیغ چیست و هدف از آن چه می‌باشد؟ آیا تبلیغ ریشه در زبان عرب و عبارت تبلیغ به معنای رساندن ندارد؟ آیا در باب تبلیغ، هدف تبلیغ چیزی جز بیان توانمندی‌های خویش و آشکار ساختن آن برای دیگرانی است که می‌خواهند از آن به منظور رسیدن سریع‌تر و بهتر به ابزارهای رفع نیازهای خویش، از آن بهره بگیرند؟

یقیناً چیزی جز این نیست و این اقدام در واقع امر، متضمن حقوق تبلیغ‌کننده و مخاطبان وی است؛ چرا که هم با این اقدام، تبلیغ به خواسته‌اش که همانا آشکارسازی هنر و صنعت خویش است می‌رسد و هم مخاطب می‌تواند در فضایی باز و بر اساس نیازهای خویش به فردی که گمان می‌کند بهتر می‌تواند نیازهای وی را برطرف کند رجوع نماید. اگر تبلیغ عملی پسندیده نیست، چگونه است که یکی از اساسی‌ترین تکالیف انبیا و اولیا تبلیغ بوده است؟! چگونه تبلیغ نارواست و حال آن‌که بسیاری از همکاری‌ها که تبلیغ را مذموم می‌دانند به واسطه مناصبی که در هیأت مدیره و اتحادیه دارند، با همین عناوین و با مصاحبه‌ها و انتشار تقریرات خویش که مبتنی بر همان مناصب است، جایگاهی برای خویش در میان ارباب رسانه یافته‌اند. آیا این امر خود تبلیغی مضاعف نیست؟

در این بین لازم است تا اشاره‌ای هرچند گذرا به ساختار تبلیغ در فرانسه و کشورهای اروپایی که حقوق‌دانان ما بر پیروی از آن‌ها اصرار دارند، داشته باشیم. در ماده ۱۰-۱ از آیین‌نامه داخلی هماهنگ شده کانون‌های وکلای فرانسه تبلیغات این‌گونه تعریف شده است:

«تبلیغات کارکردی به منظور شناساندن، وظیفه وکیل و کانون وکلای می‌باشد و در صلاحیت سازمان‌هایی است که این حرفه پیشه‌آنها است. تبلیغات شخصی وکیل در حدی که اطلاعات ضروری را به عموم برساند، مجاز می‌باشد. این تبلیغات باید منطبق با واقعیت بوده، اسرار و کالتی را محترم شمرده و با مناعت و نزاکت همراه باشد.»<sup>۱</sup>

جالب است که در فرانسه، تبلیغ در صورتی که مقرون به شرایط مندرج در این ماده باشد ممنوع نبوده و پذیرفته شده است. البته در ماده بعدی موارد ممنوعیت را مطرح داشته است که آن‌ها را می‌توان تحت یک عنوان کلی و آن نیز گدایی پرونده و موکل نامگذاری نمود تا تبلیغ! چرا که در ماده ۱۰-۲ از این آیین‌نامه عنوان شده است:

«هر عملی که توأم با اصرار یا تقاضا باشد برای وکیل ممنوع است. منظور از اصرار آن است که خدمات و کالتی را با مراجعه شخص وکیل و یا نماینده او به خانه موکل، محل اقامت شخص، محل کار، محل استراحت، محل پذیرایی او یا در یک محل عمومی عرضه می‌کند.

منظور از تقاضا آن است که پیشنهاد و پذیرفتن خدمات و کالت از سوی وکیل به صورتی که باب سلیقه موکل باشد، به عمل آید و بدون آن‌که از او دعوتی به عمل آمده باشد، ارائه گردد.

تبلیغات به منظور مشاوره و یا نوشتن اسناد از طریق پخش اوراق و نامه‌ها اعلان دیواری، فیلم سینمایی، انتشار رادیویی یا تلویزیونی انجام گردد، ممنوع می‌باشد.»

۱- به نقل از سایت اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران.

این ماده به صراحت نشان دهنده آن است که وکیل برای جذب موکل دست به هر کاری زده و به گونه‌ای توأم با سماجت و با از میان بردن اعتبار و جایگاه و کیل اقدام به فراخوانی موکل می‌کند که این امر کاملاً مذموم و ناپسند است.

پُر واضح است که در شرایط کنونی، ممانعت از تبلیغ و کلا امری ناپسند و نسنجیده است که البته در عمل نیز بسیاری وقعی بر آن نمی‌نهند. به عنوان مثال **داشتن تارنما** برای وکلا و معرفی توانمندی‌ها و تخصص‌های ایشان امری ناپسند و تبلیغ محسوب می‌شود؟ آیا **اعلام این که در چه زمینه‌هایی دارای مدرک از مؤسسات معتبر هستید** (البته با ذکر منبع آن و به طور مستند) ناشایست است؟ به عنوان مثال اعلام این موضوع که شما به عنوان یک وکیل دارای مدرک زبان خارجی از فلان مؤسسه معتبر هستید تبلیغ و مغایر شؤون و کالت است؟ آیا این حق موکل شما نیست تا بداند می‌تواند از دانش شما در این عرصه استفاده کرده و در دعای‌ای که با طرف‌های خارجی خود دارد بر شما به عنوان وکیل ایرانی خویش تکیه نماید؟! به عنوان مثال همین موضوع که موکل من بداند با وکیلی صحبت می‌کند که دارای مقاله لاتین و علی‌الخصوص مقالات منتشره در مجلات معتبر خارجی (ISI) است بر نگرش وی نسبت به وکیل خویش تأثیر نمی‌گذارد؟<sup>۱</sup> یقیناً مؤثر است و البته حامی حقوق و منافع وی نیز خواهد بود، چرا که با شناخت بیشتر و درک این مهم که فرد مورد نظر دارای توانمندی‌های لازم جهت انجام امور وی می‌باشد به او رجوع می‌کند. در حال حاضر در بسیاری موارد رجوع افراد به وکیل صرفاً ناشی از شناختی است که از دیگران نسبت به شخص وکیل برای وی حاصل می‌شود که آن نیز همواره نمی‌تواند مبتنی بر واقع باشد، چرا که این شناخت از مجاری مستند حاصل نشده است.

با این حال، به نظر می‌رسد پذیرش تبلیغ صحیح و به دور از بزرگ‌نمایی از سوی وکلا این تالی مثبت را نیز دارد که از فعالیت‌های کاذبی چون **دلالتی** نیز جلوگیری به عمل آورده و زمینه فعالیت این اشخاص را از میان می‌برد. به دیگر سخن با این اقدام، کار ناپسندی که در سال‌های اخیر در جوامع و کالتی ما در سرتاسر ایران مرسوم گردیده و همه نیز با آن مواجه شده و از آن مطلع‌ایم نیز یا از بین می‌رود و یا بسیار محدود می‌شود؛ چرا که در این شرایط انتخاب وکیل از سوی موکل مبتنی بر شناختی مستند است و نه مبتنی بر شنیده‌های بی‌اساس از اشخاص ثالث که دنبال منافعی برای خویش هستند.

قصده اطاله کلام ندارم و مطالب را در همین جا بر این سیاق جمع می‌کنم که:

**اولاً-** تبلیغ توان و تخصص وکیل به هیچ وجه امری ناپسند نیست؛

**ثانیاً-** موکلان حق دارند تا نسبت به توانایی و تخصص وکیلی که می‌خواهند برگزینند از مجاری مستند علم حاصل کنند؛

**ثالثاً-** بر فرض محال نیز که تبلیغ صحیح را برای وکلا صحیح ندانیم، باید اذعان داشت که بیان توانمندی‌های وکیل و معرفی تخصص‌های وی امری مقبول و منطقی است. ■

۱- آن هم در شرایطی که در وضع فعلی انتشار مقالات در مجلات معتبر فارسی نیازمند گذشتن از هفت خان رستم است و تنها مقالات افراد خاصی در آن‌ها چاپ می‌شود که با مراجعه به نمایه مقالات منتشره در این مجلات کاملاً بر این امر صحه خواهید گذاشت.

# شیوه‌های جدید مزامنت

محمدرضا سماواتی پور\*

ارسال پیامک‌های تجاری به تلفن همراه، ارسال فکس و همچنین بازاریابی تلفنی بدون اجازه قبلی از مصادیق مسلم مزاحمت موضوع ماده ۶۴۱ و ورود بدون اجازه به حریم خصوصی افراد می‌باشد.

**کلید واژگان:** پیامک تبلیغاتی، حریم خصوصی، مزاحمت.

## مقدمه

حمایت از حریم خصوصی شهروندان از وظایف اصلی زمامداران هر جامعه بوده و شهروندان حق دارند در سایه این حمایت در حریم خصوص خود بدون هرگونه مزاحمتی به امورات زندگانی خود بپردازند. قوانین مختلف از جمله قانون اساسی، قانون حفظ حقوق شهروندی و همچنین اصول کلی حقوقی و اعلامیه‌های جهانی حقوق بشر نیز در حمایت از حریم خصوصی افراد تصویب شده و مقرراتی را در بر دارند. در این راستا به دنبال ورود تکنولوژی تلفن همراه و گسترش فزاینده آن در ابعاد مختلف زندگی بشر و خدمات مرتبط با آن صاحبان مشاغل به جهت ارتباط ساده و همیشه در دسترس بودن این وسیله از آن استقبال نمودند. در کشور ما نیز این تکنولوژی در ابتدا به عنوان یک وسیله لوکس در اختیار طبقه مرفه جامعه بود لکن با گذشت زمان و ترویج خدمات و همچنین افزایش عرضه آن مورد استفاده طبقه متوسط جامعه نیز قرار گرفت تا جایی که امروزه به مدد ورود سیم کارت‌های اعتباری ارزان قیمت کمتر کسی را می‌توان یافت که از این تکنولوژی بی‌بهره باشد. خدمات مربوط به پیامک نیز چند سال پس از ورود تلفن همراه و بدو آ به صورت انتخابی و بعداً به صورت اجباری از سوی شرکت ارتباطات سیار به مشترکان ارائه گردید. آنچه در این مقاله ملاحظه نظر بوده و به چالش کشیده می‌شود، بحث ارسال پیامک‌های متعدد تجاری- تبلیغاتی از سوی صاحبان مشاغل به تلفن همراه مشترکان بوده که بدون اجازه آنان و به قصد کسب سود صورت

\* وکیل دادگستری- تهران.

خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان- سال پنجم- شماره پنجاهم- شهریورماه ۱۳۸۹

می‌پذیرد که یک طرف آن صاحبان مشاغل بوده و سوی دیگر آن شرکت ارتباطات سیار و شرکت‌های زیر مجموعه با سودهای کلان، و حاصل مشترکان چیزی نیست جز ضرر در اتلاف وقت، تلف شارژ تلفن و اجبار به تجدید آن و همچنین مزاحمتی که به حریم خصوص آن‌ها در ساعات مختلف شبانه روز وارد آمده است. در این خصوص برخی از صاحبان مشاغل خاص مانند وکلا و پزشکان به سبب برخی مرادوات خاص با مردم و لزوم ارائه خدمت سریع و همچنین در دسترس بودن برای بیماران و موکلین خود، به شدت از ارسال این گونه پیامک‌ها رنج می‌برند. چراکه با ارسال پیامک چاره‌ای جز توجه به پیام ارسالی نداشته و پس از مطالعه پیامک هم که نتیجه روشن است. برای نمونه به مثال زیر توجه فرمایید:

تصور کنید شبانگاه یا ظهر هنگام که در منزل در حال استراحت می‌باشید زنگ پیامک تلفن همراه شما به صدا در می‌آید. اول با توجه به این که کسی در این ساعت با شما کاری ندارد توجهی به مطلب نمی‌نمایید اما با گذشت زمان حس کنجکاوی از یک طرف و احتمال نیاز شخصی به شما از طرف دیگر شما را وادار می‌نماید تا با برخاستن از بستر خواب به طرف تلفن همراه - که یقیناً به جهت فرار از اشعه، آن را در چند متری خود قرار داده‌اید - رفته و پیامک را مشاهده کنید. به احتمال قریب به یقین پیامک ارسالی یکی از موارد زیر خواهد بود: نور ۷ روزه آنتالیا، آموزش یوگا، مزایده املاک، مزاد بانک‌ها، جلسه توجیهی آزمون دکترا، کلاس‌های کارشناسی ارشد، جشنواره تابستانی محصولات ... و فروش ویژه فروشگاه ... و ...

### شرح مطلب

تلفن همراه نیز به مانند تلفن ثابت یک وسیله ارتباطی است که افراد به جهت تسهیل در روابط از آن استفاده می‌نمایند. خدمات جانبی مانند امکان ارسال پیامک و یا ایمیل نیز که در کنار خدمت اصلی یعنی ارائه سیم کارت ثابت و یا اعتباری ارائه می‌گردد نیز با همین دیدگاه صورت می‌پذیرد. فلذا تلفن همراه به جهت ماهیت استفاده، فرقی با تلفن‌های ثابت ندارد. فلذا همان گونه که عرفاً تماس با یک تلفن ثابت و ارائه خدمات مربوطه به یک شغل یا کالا مرسوم و معتبر نبوده و در ذهن جامعه نوعی مزاحمت تلقی می‌گردد ارسال پیامک نیز بدون اذن صاحب تلفن همراه نیز غیر مجاز بوده و فاقد وجهت قانونی می‌باشد.

به راستی شرکت ارتباطات سیار با کدامین مجوز به خود اجازه داده تا با این اقدام خود (یعنی مجوز ارسال پیامک صاحبان مشاغل و کالا برای مشترکان) وقت و بی‌وقت برای مشترکان مزاحمت ایجاد نماید؟ اصولاً شرکت‌هایی که در زمینه ارسال پیامک و با مجوز شرکت‌های مخابراتی تأسیس شده‌اند با کدامین مجوز پیام‌های صاحبان آگاهی را برای مشترکان تلفن همراه ارسال می‌نمایند؟ بنده و میلیون‌ها نفر از هموطنان دیگر به خاطر نداریم در وقت خرید سیم کارت و یا حتی درخواست خدمات سیستم پیامک - که بعدها به خدمات تلفن همراه اضافه شد - مجوزی جهت ارسال این گونه پیامک‌ها به شرکت مخابرات داده باشیم. صرف عضویت و یا درخواست خدمات ارسال و پاسخ پیامک نیز مجوزی برای مخابرات

ایجاد نموده تا مخابرات یا شرکت‌های وابسته به آن بتوانند در ازای دریافت مبالغی از تجار، مایه مزاحمت مردم را فراهم نمایند.

استفاده از شبکه پیامک و ارسال پیام‌های تجاری بدون رضایت مشترک، نوعی تعدی به حقوق وی و نقض حقوق شهروندان بوده و قابل پیگیری می‌باشد. فلذا نظریه‌ای که قائلین آن بر آنند که قانون در این زمینه ساکت بوده فاقد وجاهت است. چراکه عموماً قانونی و نص صریح ماده ۶۴۱ قانون مجازات اسلامی دلالت بر آن دارند که چنانچه تلفن و یا هر نوع وسیله مخابراتی باعث مزاحمت گردد موضوع جرم محسوب و مستوجب مجازات خواهد بود. البته ممکن است چنین استدلال شود که عرفاً مزاحمت تلفنی موضوع ماده ۶۴۱ قانون مجازات اسلامی به مواردی اطلاق می‌گردد که مشترک با تماس با تلفن دیگر با قصد قبلی موجب ایجاد مزاحمت را برای دیگری فراهم می‌نماید در حالی که هدف شرکت مخابرات و همچنین صاحبان مشاغل چنین نبوده و تنها هدفی را که دنبال می‌کند ارائه خدمت یا کالایی به مردم از طریق ارسال پیامک است. در پاسخ باید گفت مسلماً شاید چنین قصدی در ارسال پیامک وجود نداشته باشد لکن عملاً این عمل موجب مزاحمت عموم خواهد شد. در تأیید مطلب مثالی می‌آورم: فروشنده دوره گردی را تصور کنید که در ظهر هنگام با صدای ناهنجار بلندگوی خود در کوچه‌های شهر چرخیده و کالای خود را تبلیغ می‌کند. تصور نمی‌کنم هیچ کس در مزاحم تلقی نمودن فرد یاد شده شکی داشته باشد. پس آیا می‌توان گفت چون فرد یاد شده قصد قبلی برای ایجاد مزاحمت نداشته و فقط قصد تبلیغ کالا و با خدمات خود و به عبارتی بهتر قصد کسب روزی حلال دارد فلذا عمل وی موضوع مشمول مزاحمت نمی‌باشد؟ مسلماً خیر. چرا که فرد مذکور خواسته و ناخواسته زمینه مزاحمت برای دیگران را با فعل خود فراهم نموده است. مثال دیگری می‌آورم: جوانی برای لحظاتی خوش بودن و احساس لذت، صدای وسیله صوتی خود را تا حد زیادی بلند می‌نماید. آیا می‌توان گفت چون این فرد قصد ایجاد مزاحمت نداشته است پس عنوان مزاحم به وی نمی‌توان کرد؟ مسلماً خیر... این مثال‌ها و ده‌ها مثال دیگر مؤیدی بر تأیید مطلب فوق و اطلاق عنوان مزاحمت بر فعل ارسال این گونه پیامک‌ها می‌باشد.

این روزها علاوه بر ارسال پیامک‌های تجاری به تلفن‌های همراه مشترکان، اقدامات دیگری مانند ارسال فکس‌های تبلیغاتی و همچنین تماس‌های تلفنی یا به عبارتی بازاریابی تلفنی نیز تاحدودی مرسوم شده است که همگی دارای حکم واحد بوده و تحت عنوان مزاحمت قابل پیگرد هستند. اخیراً نیز تکنولوژی خاصی به بازار آمده که پیام‌های تبلیغاتی از طریق بلوتوث به تلفن همراه مشترکان ارسال می‌گردد که تمامی این موارد چنانچه بدون اجازه صاحب تلفن صورت پذیرد به طور مسلم جرم بوده و قابل شکایت کیفری خواهد بود. هر چند کلیه این اقدامات بدون قصد نتیجه صورت می‌پذیرد لکن معنای آن چیزی جز مزاحمت نیست.

البته در بعضی از کشورها سیستم‌های بازاریابی با رضایت مشتری ارائه می‌گردد که حسب آن در صورتی که مشتری تمایلی بر دریافت پیامک از طریق تلفن همراه نداشته باشد با انتخاب

گزینه‌ای در تلفن همراه و یا اعلام آن به شرکت ارائه دهنده خدمات ارسال پیام به وی متوقف خواهد شد. لکن در سیستم شرکت ارتباطات سیار ظاهراً این اختیار برای مشترک وجود ندارد<sup>۱</sup> ضمن این که در بعضی مواقع قطع این نوع خدمت به معنای قطع ارتباط با سایر مشترکانی است که قصد داریم با آن‌ها در ارتباط باشیم. به عنوان مثال کانون‌های وکلای دادگستری با ارسال پیامک‌های گوناگون در مواقع مختلف، وکلای دادگستری را از اموری آگاه می‌نماید. اخیراً نیز بعضی از دادگاه‌ها با موافقت وکیل امکان ابلاغ از طریق پیامک را فراهم نموده‌اند<sup>۲</sup> مسلماً این گونه پیامک‌ها با موافقت قبلی مشترک و در راستای فعالیت‌های شغلی وی بوده و مزاحمت تلفنی نمی‌گردد. فلذا با بستن این امکان در شرکت مخابرات ممکن است مشترک یاد شده امکان تماس با این قبیل مراجع ذی‌ربط خود را از دست بدهد و این در حالی است که مسأله فوق متفاوت با ارسال پیامک‌های تجاری از تبلیغ هتل گرفته تا پفک نمکی و... بوده که مصداق صریح مزاحمت می‌باشند.

در تأیید مطالب و استدلال‌ات فوق می‌افزاید که شرکت‌های ارائه دهنده این قبیل خدمات نیز ضوابطی برای ارسال پیامک داشته که آن را در قراردادهای خود ملاک قرار می‌دهند که در مهم‌ترین قسمت این ضوابط صاحبان آگهی را مسئول هرگونه شکایت فرد دریافت‌کننده پیامک تلقی می‌نمایند و این خود دلیلی بر یقین ایشان بر غیرقانونی بودن ارسال این قبیل پیامک‌ها که بدون رضایت مشترکان ارسال می‌گردد. فلذا تأکید می‌گردد، هرگونه ارسال پیامک‌های تجاری ناخواسته به تلفن همراه مشترکان مصداق بارز مزاحمت بوده و شرکت مخابرات یا شرکت‌های ذی‌ربط با ارسال این گونه پیامک‌ها و حتی فراهم نمودن زمینه ارسال آن برای تجار به حریم خصوص افراد تجاوز نموده و اقدام آن‌ها قابل پیگیری خواهد بود. ■

---

۱- هرچند یکی از مسئولین شرکت مخابرات در یکی از مصاحبه‌های خود اعلام نموده بود که مشترکانی که تمایل ندارند پیام تبلیغاتی برای ایشان ارسال گردد می‌توانند به شرکت مراجعه نمایند اما ظاهراً این امکان در شرکت ارتباطات سیار وجود ندارد.

۲- قانونی بودن و یا نبودن این گونه ابلاغات (ابلاغ از طریق پیامک یا ابلاغ تلفنی) خود مجال و مقامی دیگر می‌طلبد که موضوع این مقاله نیست.



# ماهیت حقوقی صندوق حمایت و کلا و کار گشایان داد گستری مصوب ۱۳۵۵ اجرا شده از ۱۵ اسفند ۱۳۷۷ حمید فروحی\*

یکی از بزرگترین دغدغه‌های وکلای داد گستری عضو کانون‌های وکلای داد گستری در سال‌های اخیر تبعات اجرای قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا و کار گشایان داد گستری مصوب سال ۱۳۵۵ که در تاریخ ۵ اسفند ۱۳۷۷ اجرا گردیده می‌باشد.

از نظر «ماهیت حقوقی»، صندوق حمایت و کلا از نوع صندوق بازنشستگی کارمندان دولت و یا کارمندان بانک‌ها و سایر اداره‌ها و تشکیلات دولتی که دارای صندوق بازنشستگی خاص هستند نمی‌باشد، زیرا: در تمامی این گونه صندوق‌های بازنشستگی مقداری کم از حقوق حقوق‌بگیر را کسر و جهت تأمین آتیه وی به صندوق بازنشستگی واریز می‌کنند.

«صندوق حمایت و کلا»، ظاهراً نوعی از نگاه بیمه عمر<sup>۱</sup> است که «بیمه بازنشستگی» در آن ادغام شده است. این نوع بیمه‌ها در کشورهای صنعتی ارائه می‌شود و نوعی بیمه تکمیلی بازنشستگی است که بیمه شده بعد از به اصطلاح «بازنشسته شدن» و یا قطع روابط کاری خود با کارفرما از مزایای آن برای تعدیل هزینه‌های زندگی خود استفاده می‌کند، زیرا تقریباً در تمامی کشورهای صنعتی قوانینی مشابه «قانون تأمین اجتماعی»<sup>۲</sup> ایران وجود دارد و گویا «قانون تأمین اجتماعی ایران» از قانون تأمین اجتماعی در آمریکا اقتباس و نوشته شده است.

با این حال قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا، نه به طور کامل بیمه عمر است و نه از قانون تأمین اجتماعی پیروی می‌کند، این قانون آمیخته‌ای از قانون تأمین اجتماعی و قوانین و قواعد بیمه عمر است بدون این که مزایا و یا بهره‌مندی آن‌ها را برای بیمه شده یعنی «وکلا» داشته باشد.

حالا این سؤال مطرح می‌شود که موارد نادرست (قانونی) و یا تبعیض آمیز در این قانون کدام است؟

در پاسخ باید گفت که مهمترین موارد مذکور به شرح ذیل است:

۱- طبق ماده ۱ قانون فوق‌الذکر، وکلا اجباراً می‌بایستی تحت پرشش صندوق مزبور قرار گیرند که طبق ماده ۲۰۲ قانون مدنی، اکراه موجب عدم نفوذ معامله است.

\* وکیل داد گستری - تهران.

- 1- Life Insurance.
- 2- Retirement Insurance.
- 3- Social Security.

۲- شمول این قانون طبق ماده ۱ مارالذکر فقط حمایت و کلا در برابر اثرات ناشی از پیری و از کارافتادگی و فوت است و حمایت این قانون در مورد وکلای مستعفی و یا مشرع‌الوکاله (با هرچند سابقه پرداخت حق بیمه)، مسکوت مانده و نسبت به حق بیمه‌های پرداختی این گونه و کلا تعیین تکلیف نشده است.

۳- طبق ماده ۱۴ قانون مزبور، وکلای حائز شرایط دریافت مستمری از ادامه اشتغال به وکالت در دادگاه‌های دادگستری محروم می‌شوند، درحالی که قضات بازنشسته، افسران لیسانسه حقوق کادر قضایی بازنشسته، همه کارمندان مستمری بگیر (لیسانسه حقوق) از صندوق‌های بازنشستگی دولت<sup>۱</sup> و یا از صندوق‌های خاص بازنشستگی و یا از سازمان تأمین اجتماعی حق دریافت پروانه وکالت و یا پروانه کارآموزی وکالت از کانون‌های وکلای دادگستری سراسر کشور را دارند. به عبارت دیگر، قانون صندوق حمایت وکلا مقرر می‌دارد: کسانی که در طول خدمت خود مقرری و حقوق دریافت داشته و بعد از حقوق بازنشستگی استفاده می‌کنند، حق دارند وکیل شوند ولی وکلای حرفه‌ای و مستقل از دریافت مزایای دولتی یعنی وکلایی که عمر و جوانی خود را در این راه صرف کرده‌اند و با پرداخت حق بیمه (آن‌هم به طور اجباری) از دریافت کوچکترین مزایا، حتی بیمه تندرستی محروم بوده‌اند. در زمان حائز شرایط بودن برای دریافت مستمری یا باید به وکالت ادامه دهند و به این طریق شأن و منزلت اجتماعی و پروانه وکالت خود را حفظ کنند و یا با از دست دادن تمامی آن‌ها، مقرری (اندکی) از صندوق دریافت دارند!

مجدداً در این جا این سؤال مطرح می‌شود که قانون صندوق حمایت چه اصطکاک و یا تعارضی با قوانین اساسی و مدنی کشور دارد؟

تعارض آن به شرح ذیل است:

۱- طبق بند ۳ ماده ۹۶۱ قانون مدنی، پروانه وکالت وکلا مانند سایر پروانه‌های صادره از کانون‌های حرفه‌ای مانند نظام پزشکی و نظام مهندسی «حقوق مخصوصه» و جزء حق تمتع محسوب و طبق ماده ۹۵۹ قانون مدنی سلب و یا اعراض افراد از حق تمتع کلاً و جزئاً مشروع و قانونی نمی‌باشد. بر این سیاق، سازمان تأمین اجتماعی پس از پرداخت مستمری به پزشکان و یا داروسازان و یا مهندسان، نمی‌تواند پرداخت مستمری را به این قشر منوط به ابطال پروانه آن‌ها می‌داند.

از طرف دیگر، عناوینی مانند «وکیل بازنشسته» علاوه بر توهین آمیز بودن آن، استعمال عبارت در «غیر ماوضع له» است و در جامعه «وکیل بازنشسته» مصطلح نبوده و نباید مصطلح شود.

۱- اعضای هیأت علمی دانشگاه‌های سراسر کشور که مشمول قانون استخدام کشوری و یا قانون خاص دیگری هستند و آن‌ها هم حقوق مستمر در طول سال‌های خدمت خود می‌گیرند و دارای پروانه وکالت هم هستند به طور خودکار بعد از بازنشستگی و دریافت مستمری، حق ادامه اشتغال به وکالت را دارند. به این ترتیب، مقبول و قربانی اصلی قانون حمایت وکلا، وکلای حرفه‌ای عضو کانون‌های وکلای دادگستری هستند.

۲- برخلاف اصل بیست و هشتم و بیست و نهم و چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است.

سؤال دیگر در ارتباط با وضعیت و منابع مالی صندوق است که شنیده‌ها حاکی است که در حال حاضر صندوق حدود پنجاه میلیارد تومان منابع نقدی دارد و چون از طرف صندوق اسناد و مدارک متقن ارائه نشده اظهارنظر در این مورد به طور قطع امکان‌پذیر نیست ولی اتحادیه سراسری وکلای دادگستری به طور کتبی و از طرف پرسنل و دست‌اندرکاران «صندوق» به طور غیررسمی و در جلساتی که در وزارت دادگستری تشکیل گردید اظهار شده که چنانچه همه وکلای حائز شرایط دریافت مستمری به صندوق مراجعه نمایند، صندوق در کوتاه‌مدت و یا بلندمدت «ورشکسته خواهد شد».

جالب این است که «صندوق» ماده ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا را «وسیله‌ای برای عدم مراجعه و کلا جهت دریافت مستمری و «عدم ورشکستگی» صندوق تلقی می‌نماید - خود صندوق در نشریه اطلاع‌رسانی با عنوان پیام صندوق ۳ که در تابستان ۱۳۸۵ منتشر نموده در صفحه آخر (بدون شماره) این چنین آورده است:

از لحاظ فنی برای تقویت بنیه مالی صندوق و جبران  
سود مرکب سنوات گذشته و وصل حق بیمه  
سنوات گذشته در اقساط پنج ساله، راه‌حلی‌هایی پیش‌بینی  
شده است، از آن جمله وصول نصف مالیات پرداختی  
همه وکلای به نفع صندوق و شرط استرداد پروانه  
و کالت برای استفاده از مستمری بازنشستگی....

علاوه بر این، مقررات خطرناکی در قانون مزبور به شرح ذیل مشاهده می‌شود:

۱- طبق بند «الف» ماده ۹ و ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۸ قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا، از کارافتادگان در زمان حیات و بازماندگان در صورت فوت «وکیل بیمه شده»، زمانی می‌توانند از مستمری از کارافتادگی و یا مستمری استحقاقی استفاده کنند که «حداقل یک سال» سابقه پرداخت حق بیمه، متضمن حق بیمه ۹۰ روز آخرین سال قبل از کارافتادگی و یا در زمان حیات را «بیمه شده وکیل» پرداخته باشد.

بنابراین مراتب فوق چنانچه وکیل بیمه شده پرداخت مزبور را در موعد مقرر انجام نداده باشد، قانوناً «صندوق حمایت و کلا» نمی‌تواند به وکیل از کارافتاده و یا به بازماندگان وکیل فوت شده، مستمری پرداخت کند.<sup>۱</sup>

۱- البته چنین مقرره تا عادلانه‌ای در «قانون تأمین اجتماعی» وجود ندارد. تفسیر کلام این است که مثلاً اگر وکیل بیمه شده بعد از ۲۰ سال پرداخت حق بیمه، در سن ۵۰ سالگی دچار از کارافتادگی گردد و یا فوت نماید، چنانچه شرط مندرج در بالا را انجام نداده باشد، قانوناً صندوق حمایت و کلا نمی‌تواند به وی یا بازماندگان او مستمری پرداخت کند (پیام صندوق ۳، تابستان ۱۳۸۵).

۲- حق بیمه بیمه شده وکیل شامل دو بخش است: ۸٪ در آمد منبای محاسبه را بیمه شده می‌پردازد و ۴٪ نیز کانون‌های وکلای دادگستری پرداخت می‌کنند (البته بازهم از منابع مالی وکلای). هرگاه کانون سهم خود را به موقع پرداخت نکند، شرط مندرج در بند «الف» ماده ۹ و ماده ۱۲ آیین‌نامه فوق‌الذکر تحقق نیافته و پرداخت مستمری از کارافتادگی و فوت بیمه شده مفروض، میسر نخواهد بود و مسؤلیت آن به عهده کانون‌های وکلای مربوطه است (پیام صندوق ۳، تابستان ۱۳۸۵). حالا و در این وضعیت، از کارافتاده و یا بازماندگان وکیل فوت شده چه باید بکند و به چه شخص و یا مرجعی مراجعه کنند معلوم و مشخص نیست.

پرسشی که در این جا مطرح می‌شود این است که نقش دولت در این قضیه چیست و دولت چه کمک‌هایی برای رفع این تعارض و یا وضعیت ولو به طور موقت می‌تواند انجام دهد؟ جواب این است که طبق بند ۹ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات برای همه و در تمام زمینه‌های مادی و معنوی از «وظایف» اصلی دولت جمهوری اسلامی ایران است و چون مقررات «صندوق حمایت»، «تبعیض آمیز» می‌باشد، دولت موظف است با تقدیم لایحه‌ای به مجلس شورای اسلامی فوراً ماده ۱۴ قانون صندوق حمایت را لغو نماید.

برای رفع معضلات گفته شده چه راه‌حلی وجود دارد:  
کانون‌های وکلای دادگستری می‌توانند معضلات مربوط به قانون تشکیل صندوق حمایت وکلای را به شرح ذیل مرتفع نمایند:

- ۱- با تشکیل یک کمیته سراسری قانون‌گفته شده را در معرض نقد و بررسی تمامی وکلای دادگستری قرار داده و معایب و محاسن آن را بازمینی نمایند.
- ۲- نسبت به ابقا یا انحلال صندوق اظهار نظر نمایند.
- ۳- امکان تحت پوشش قرار گرفتن وکلای دادگستری به عنوان صاحبان مشاغل آزاد در سازمان تأمین اجتماعی، با شرط عدم ابطال پروانه وکالت بعد از حائز شرایط شدن جهت دریافت مستمری را مورد بررسی قرار دهند.
- ۴- با جمع‌بندی افکار و ایده‌ها و مطالب و اظهارنظرها، به طور رسمی، کانون‌های وکلای دادگستری پیشنهادات خود را به قوه مقننه ارائه نمایند. ■

# تخلفات و جرایم مطبوعاتی

## و نقش قوه مجریه در هیأت نظارت بر مطبوعات

گفتار پیش رو، بر آن است تا به بررسی قانون مطبوعات پرداخته و وظایف، حدود و صلاحیت‌های هیأت نظارت بر مطبوعات را شکافته و نگاهی به ترکیب و وزن اعضای آن داشته باشد.

### الف- حدود صلاحیت قانون مطبوعات

پس از انقلاب اسلامی نخستین بار قانون مطبوعات در اسفند ۱۳۶۴ به تصویب رسید. ۱۵ سال بعد در فروردین ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی آن را اصلاح نمود. طبق تبصره ۲ ماده یک این قانون، دایره شمول صلاحیت قانون مطبوعات تنها متوجه نشریاتی است که توسط هیأت نظارت بر مطبوعات، پروانه نشر اخذ کرده باشند اگرچه بر اساس اصلاحات سال ۱۳۷۹، نشریات الکترونیکی (تبصره ۳ ماده یک) و طبق اصلاحات سال ۱۳۸۸ خبرگزاری‌های داخلی (تبصره ۴ ماده یک) نیز مانند مطبوعات از هر حیث زیر صلاحیت‌های این قانون قرار گرفتند. مابقی نشریاتی که از منطوق این دو تبصره خارج شوند تابع قوانین عمومی می‌گردند.

### ب- تخلفات و جرایم مطبوعاتی

اشاره قانون به این بند، طیف گسترده‌ای از وظایف و حدود مطبوعاتی (که در صورت عدم رعایت تبدیل به تخلفات می‌شود) و جرایم را در بر می‌گیرد و به طور پراکنده تصریح گشته است. ما می‌توانیم آن‌ها را در ۴ بخش بگنجانیم:

#### ۱- فصل چهارم، ماده ۶

این فصل با عنوان «حدود مطبوعاتی» نام‌گذاری گردیده و ماده ۶ آن در ۱۲ بند، دسته‌ای موسع و تفسیر بردار از اعمال مخل مبانی و احکام اسلامی و حقوق عمومی و خصوصی را به طور خلاصه چنین احصا نموده است:

نشر مطالب الحادی، اشاعه فحشا و منکرات، تبلیغ اسراف و تبذیر، ایجاد اختلافات نژادی و قومی، تشویق به اعمال علیه امنیت داخلی و خارجی، افشای اسرار نیروهای مسلح و مذاکرات و محاکمات غیرعلنی، اهانت به اسلام و مقدسات اسلامی، افترا به مقامات، نهادها و اشخاص، سرقت‌های ادبی، استفاده ابرازی از افراد و توهین به جنس زن، پخش شایعه یا مطالب خلاف واقع و انتشار مطالب علیه قانون اساسی.

\* دانشجوی دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

## ۲- فصل چهارم، ماده ۷

ماده ۷ نیز در ۴ بند اعمالی که بر خلاف ماده ۶، بیشتر جنبه شکلی دارد را مشخص و ممنوع ساخته است:

- الف- چاپ و انتشار نشریه‌ای که پروانه آن صادر نشده یا پروانه لغو گردیده یا به دستور دادگاه به طور موقت یا دائم تعطیل گردیده است.
- ب- انتشار نشریه به گونه‌ای که اکثر مطالب آن مغایر باشد با آن‌چه که متقاضی به نوع آن متعهد شده است.
- ج- انتشار نشریه به نحوی که با نشریات موجود و یا نشریاتی که به طور موقت یا دائم تعطیل شده از نظر نام، علامت و شکل اشتباه شود.
- د- انتشار نشریه بدون ذکر نام صاحب امتیاز و مدیر مسؤول و نشانی اداره نشریه و چاپخانه آن.

## ۳- فصل پنجم، ماده ۹

فصل پنجم زیر عنوان «شرایط متقاضی و مراحل صدور پروانه» تدوین گشته و ماده ۹ برای اشخاص «حقیقی» متقاضی امتیاز، در ۶ بند شرایطی را بر شمرده است: ۱- تابعیت ایران. ۲- حداقل ۲۵ سال سن. ۳- عدم حجر یا ورشکستگی به تقلب یا تقصیر. ۴- عدم اشتغال به فساد سابقه محکومیت کیفری بر اساس موازین اسلامی که موجب محرومیت از حقوق اجتماعی است. ۵- داشتن صلاحیت علمی در حد لیسانس و یا پایان سطح در علوم حوزه‌ای به تشخیص هیأت نظارت. ۶- پایبندی و التزام عملی به قانون اساسی و در بخش «ب» نیز شرایط موافقت با تقاضای اشخاص «حقوقی» آمده است:

- ۱- مراحل قانونی ثبت شخصیت حقوقی طی شده باشد و در اساسنامه و یا قانون تشکیل خود مجاز به انتشار نشریه باشد.
- ۲- زمینه فعالیت نشریه، مرتبط با زمینه فعالیت شخص حقوقی بوده و محدوده جغرافیایی انتشار آن، همان محدوده جغرافیایی شخصیت حقوقی باشد.

## ۴- فصل ششم، جرایم

فصل ششم قانون مطبوعات بنابر اصل «قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» به احصای عناوین مجرمانه توسط مطبوعات پرداخته تا بر اساس «اصل برائت» هر فعلی، غیر از آن‌چه ذکر می‌گردد از حالت جرم خارج شده و مباح تلقی گردد.

مواد این فصل که از ماده ۲۳ آغاز و به ماده ۳۵ ختم می‌شود، حاوی چنین جرایمی است: توهین و افترا، مطالب خلاف واقع، افشای اسناد، دستورات و نقشه‌های مجرمانه نظامی، تحریص و تشویق صریح به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، اهانت به دین اسلام و مقدسات، اهانت به رهبر یا مراجع مسلم تقلید، انتشار عکس و تصاویر خلاف عفت، انتشار مذاکرات غیرعلنی مجلس یا جلسات غیرعلنی محاکم دادگستری و یا تحقیقات مراجع اطلاعاتی یا قضایی،



انتشار مطالب مشتمل بر تهمت یا افتراء، تهدید به هتک حیثیت، افشای اسرار شخصی، اعلام خلاف واقع فردی به عنوان صاحب پروانه انتشار یا مدیر مسؤول.

#### در مورد این فصل تکانی وجود دارد:

نخست، ماده ۲۶ برای اهانت کنندگان به دین اسلام و یا مقدسات اسلام در صورت اثبات جرم، مجازات ارتداد (که در صورت احراز شرایط، اعدام می‌باشد) را در نظر گرفته و این تنها قانونی در جمهوری اسلامی ایران است که صراحتاً از ارتداد و مجازات آن نام برده. در صورت عدم اثبات شرایط نیز، قانون مطبوعات بدون احصای مقدار و نوع مجازات، آورده که با مجرم طبق نظر حاکم شرع و بر اساس قانون تعزیرات رفتار می‌شود. این شیوه مجازات در تدوین قانون، مشخصاً بر خلاف «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» است که در آن قانونگذار از مجازات اشخاص، بدون آن که پیشتر، نوع و میزان کیفر را کاملاً مشخص کرده باشد، منع گردیده است.

دوم، تبصره زیر ماده ۲۷ نیز رسیدگی به جرایم ۲۷ و ۲۶ و ۲۵ و ۲۴ این قانون (افشای اسناد و دستورات محرمانه و نظامی و اسرار ارتش و یا سپاه یا نقشه‌های قلاع و استحکامات، تحریص و تشویق صریح به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، اهانت به دین اسلام و مقدسات، اهانت به رهبر یا مراجع مسلم تقلید) را تابع شکایت خصوصی ندانسته و به این دسته از جرایم، جنبه عمومی اعطا کرده است تا در بدو امر توسط دادستان قابل پیگیری گردد.

سوم، ماده در راستای اصل ۱۶۸ قانون اساسی رسیدگی به جرایم مطبوعاتی را به صورت «علنی» و با حضور «هیأت منصفه» الزامی دانسته است که این حضور تنها مربوط به مرحله بدوی بوده و شامل مرحله تجدیدنظر نخواهد شد. (تبصره ۳ ماده ۴۳)

#### پ- مراجع صالح برای رسیدگی به تخلفات و جرایم مطبوعاتی

تنها مرجعی که طبق قانون مطبوعات صلاحیت رسیدگی و صدور حکم را برای نشریات مشمول این قانون دارد، «دادگاه» است که بر طبق صلاحیت ذاتی خود (عمومی یا انقلاب و یا سایر مراجع قضایی) طبق ماده ۳۴، علنی و با حضور هیأت منصفه و در مراکز استان (تبصره ماده ۳۴) تشکیل می‌شود اما در مواردی هیأت نظارت بر مطبوعات نیز در حدود صلاحیت‌های خود و بر اساس ماده می‌تواند نشریه متخلف را موقتاً توقیف نماید.

#### ت- ترکیب اعضای تشکیل دهنده هیأت نظارت بر مطبوعات

ماده ۱۰ قانون مطبوعات اعضای هیأت نظارت را که می‌بایست از افراد مسلمان و صاحب صلاحیت علمی و اخلاقی لازم و مؤمن به انقلاب اسلامی باشند را این گونه نام برده است:

الف- یکی از قضات به انتخاب رئیس قوه قضاییه.

ب- وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی یا نماینده تام‌الاختیار وی.

ج- یکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی به انتخاب مجلس.

د- یکی از اساتید دانشگاه به انتخاب وزیر فرهنگ و آموزش عالی.

- ه- یکی از مدیران مسؤول مطبوعات به انتخاب آنان.
- و- یکی از اساتید حوزه علمیه به انتخاب شورای عالی حوزه علمیه قم.
- ز- یکی از اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی به انتخاب آن شورا.

اما در مورد توازن اعضا و نقش سه قوه در این هیأت، با نخستین نگاه گذرا به این ۷ عضو می‌توان دریافت که نقش قوه مجریه از تمامی قوا و نهادهای دیگر در هیأت نظارت پررنگ‌تر است، زیرا علاوه بر بند «ب» و «د» که از وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی و یکی از اساتید دانشگاه که به ترتیب توسط شخص رئیس جمهور و وزیر فرهنگ و آموزش عالی انتخاب می‌شود، نام برده است. بند «ب» نیز از یکی از مدیرانی مسؤولی یاد کرده که پیشاپیش طبق ماده ۹ توسط هیأت نظارتی که ریاست آن با وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی می‌باشد، گزینش شده است. همچنان که در بند «ز» نیز یکی از اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی، توسط این نهاد برگزیده و معرفی می‌شود که بار دیگر ریاست آن با رئیس دولت است.

پس می‌توان دریافت ۴ عضو از ۷ عضو هیأت به شکلی مستقیم یا غیرمستقیم به وسیله دولت انتخاب می‌شوند، بنابراین تصمیمات هیأت که بنا بر تبصره یک ماده ۳۸ بر ملاک اکثریت مطلق اعضای حاضر معتبر است، با قوه مجریه و یا افراد انتخابی از سوی این قوه می‌باشد.

علاوه بر آن بر اساس تبصره ۵ ماده ۱۰ ریاست هیأت نظارت بر مطبوعات با وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی می‌باشد و وی پاسخ‌گوی عمل کرد هیأت مذکور و دیگر مراجع ذی‌صلاح دانسته شده است.

#### ث- حدود صلاحیت‌های قانونی هیأت نظارت بر مطبوعات

تبصره ماده ۱۲ در صدد احصای حدود صلاحیت هیأت نظارت بر آمده و با مستثنا نمودن بند ۳ (تبلیغ و ترویج اسراف و تبذیر) و بند ۴ (ایجاد اختلاف مابین اقشار جامعه به ویژه از طریق طرح مسائل نژادی و قومی) از ماده ۶، ده بند باقی مانده (به اجمال در بخش «ب» توضیح داده شده) را به علاوه بند «الف» ماده ۷ (چاپ و انتشار نشریه بدون پروانه یا پروانه نامعتبر) را مشمول صلاحیت هیأت برای توقیف روزنامه‌ها و ارسال پرونده برای رسیدگی ظرف مدت یک هفته به دادگاه دانسته است. شایان ذکر است این تصمیمات طبق تبصره ۲ ماده ۱۰ از سوی هیأت نظارت «قطعی» و «غیرقابل تجدید نظر» محسوب می‌شود.

ماده ۱۱ رسیدگی به درخواست صدور پروانه و تشخیص صلاحیت متقاضی و مدیر مسؤول که بر اساس شخصیت متقاضی (حقیقی یا حقوقی) که مطابق ماده ۹ قانون مطبوعات، مشخص گردیده را بر عهده هیأت نظارت بر مطبوعات گذارده است.

سر آخر ماده ۴۵ نظارت دقیق بر عملکرد جرایم و انجام رسالت مطبوعاتی آنان را بر عهده همین وزارتخانه نهاده همچنان که اصلاحات سال ۱۳۸۸ نظارت بر خبرگزاری‌ها را نیز با هیأت یاد شده دانسته است. ■

جبران خسارت ناشی از فعالیت

# رسانه‌های همگانی

با تأکید بر ابزارهای غیرمادی

امیر مقامی\*

ناصر مقامی\*\*

«امیدواریم دیگر آن زمان‌هایی که لازم بود از آزادی مطبوعات به عنوان یکی از تضمین‌های بزرگ اجتماع در برابر حکومت‌های فاسد ستمگر دفاع کرد، گذشته باشد.» (استوارت میل، رساله درباره آزادی)

## چکیده

مسئولیت مدنی رسانه‌های همگانی، همپای گسترش و تنوع رسانه‌ها توسعه یافته است. این مسئولیت گرچه در چارچوب قواعد کلی مسئولیت مدنی قابل تعریف است اما از جهاتی از جمله ابزارهای جبران خسارت، قواعد و مقررات ویژه خود را دارد. به خصوص با توجه به معنوی و غیرمادی بودن اکثر ضررهای ناشی از فعالیت رسانه‌ها، توجه بیشتر به ابزارها و روش‌های غیرمادی جبران خسارت، ضروری است. این مقاله به بررسی قواعد عام و خاص حاکم بر این روش‌ها و ابزارها می‌پردازد و تحولات و نقایص عمده ضمانت اجرای حقوق ایران در این زمینه را بررسی می‌کند.

**واژگان کلیدی:** رسانه‌های همگانی، مسئولیت مدنی، ضرر معنوی، ابزار غیرمادی، حق پاسخ‌گویی.

## مقدمه

«رسانه‌های همگانی»<sup>۱</sup> به‌عنوان ابزارهایی که اطلاعات، مفاهیم، الگوها و فرهنگ‌ها را به مردم (به مثابه «مخاطب») منتقل می‌کنند، تأثیر مستقیم و مهمی در جوامع امروزی انسان‌ها دارند. از این رو رسانه‌ها با توجه به تأثیر و اهمیتی که دارند، همان‌گونه که برای انجام فعالیت‌های خود به اصل آزادی بیان استناد می‌کنند و به آن چنگ می‌زنند باید با محدودیت‌هایی معقول و مشروع در اعمال آزادی بیان روبرو شوند که تجاوز از این محدودیت‌ها سبب مسئولیت مدنی یا کیفری یا انضباطی آن‌ها شود. بنابراین، حق بیان آزاد نمی‌تواند مطلق و بی‌قید و شرط باشد و همانند حق مالکیت یا دسترسی به اطلاعات، محدود به حدود خاصی است. همچنین طبیعت اصل آزادی بیان، حتی در برداشتی لیبرال اقتضا می‌کند که استفاده از این حق، موجب ورود ضرر به حقوق و آزادی‌های مشروع دیگران نشود. چنان‌که «جان استوارت میل» صراحتاً در بیان اصول کاربرد آزادی، در دومین اصل می‌نویسد: «هر فرد انسانی به علت ارتکاب اعمالی که به مصالح دیگران لطمه می‌زند بازخواست شدنی است.» (میل، ۱۳۷۵: ص ۲۳۹) ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز که حقوق ناشی از آزادی بیان را ذکر می‌نماید،

\* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران.

\*\* دانشجوی کارشناسی حقوق.

1- Mass media.

تصریح دارد که اعمال این حقوق «مستلزم حقوق و مسؤولیت‌های خاص است» و ممکن است برای تأمین «احترام به حقوق یا حیثیت دیگران» براساس قانون، تابع محدودیت‌هایی قرارگیرد که برای نیل به این هدف، ضروری است. در حقوق ایران نیز از منظر قواعد کلی به موجب ماده ۸ قانون مسؤولیت مدنی به عنوان مبنای حقوقی اولیه مسؤولیت ناشی از انتشار مطالب، «کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد، مسؤول جبران آن است.» و طبق ماده ۱۰ همین قانون «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد.»

در دنیای امروز، «آزادی بیان» بدون «آزادی رسانه‌ای» قابل تصور نیست و این آزادی نیز مشمول قواعد بنیادین آزادی بیان است. بنابراین فعالیت‌های رسانه‌ای نیز باید عاری از اضرار به دیگران باشد، اما در عمل این فعالیت‌ها گاه با نقض قواعد حقوقی، موجب پایمال شدن حقوق مشروع و قانونی برخی آحاد جامعه می‌شود. ضررهای ناشی از این فعالیت‌های زیانبار نیز معمولاً از آن دسته ضررهایی است که در حقوق به عنوان «ضرر معنوی» شناخته می‌شوند و جبران آن اغلب نیازمند روش‌ها و ابزارهایی غیرمادی است؛ چراکه نه تنها «تقویم» حیثیت و آبروی انسانی امری مشکل است، بلکه «بدل» آن نیز بازگرداندن «افکار» مخاطبان به «وضع سابق» است که نه با تأدیه مال به زیان دیده بلکه بیشتر به وسیله تصحیح مطالب ارائه شده، عذرخواهی، تکذیب و امثال آن حاصل می‌شود. به عبارت دیگر، نوع ضرر، خود راه‌نمایی است در انتخاب نوع جبران خسارت؛ هرچند الزاماً رابطه قطعی میان این دو وجود ندارد و جبران خسارت معنوی با ابزارهای مادی نیز می‌تواند قابل تصور و مفید باشد. این مقاله فرصتی است برای بررسی ابزارهای غیرمادی جبران خسارت ناشی از فعالیت‌های رسانه‌های همگانی که با نوع خسارت‌های ناشی از این فعالیت‌ها نیز سازگار است.

#### گفتار اول - الزام به جبران خسارت

پس از احراز ارکان و شرایط مسؤولیت مدنی مطابق مواد ۸ و ۱۰ قانون مسؤولیت مدنی و اصول و مواد قانونی دیگر، دادرس باید تمام تلاش خود را برای تعیین شیوه جبران متناسب به کارگیرد. تعیین این که آیا خسارت باید از طریق پرداخت پول انجام شود یا استرداد مال یا از بین بردن منبع ضرر یا جلوگیری از انجام فعالیت زیان بار، برعهده دادرس است. اوست که باید مشخص کند خسارت به صورت یک‌جا پرداخت شود یا به صورت قسطی و باز اوست که مشخص می‌کند اشخاص مختلفی که در ورود خسارت تأثیر داشته‌اند در برابر خواهان یا زیان دیده مسؤولیت انفرادی یا تضامنی دارند (مواد ۲ و ۳ قانون مسؤولیت مدنی). اهمیت شیوه‌های جبران، انتخابی که زیان دیده در این زمینه انجام می‌دهد و تصمیمی که دادرس در این باره اتخاذ می‌کند، به اندازه‌ای زیاد است که گفته می‌شود «شیوه‌های جبران مقدم بر حقوق هستند». شیوه‌های جبران به زیان دیده امکان می‌دهد تا متناسب با هدفی که از طرح دعوا داشته است و نیز متناسب با ماهیت حقی که از سوی خواننده نقض شده است از دادگاه بخواهد تا ترضیه خاطر وی را فراهم آورد. همچنین شیوه‌های جبران به دادرس امکان می‌دهد تا «عدالت

تصحیحی<sup>۱</sup> را آن‌طور که شایسته است جاری سازد. تنوع شیوه‌های جبران در درجه اول به تنوع خسارت‌ها بستگی دارد زیرا هر خسارتی، شیوه جبران متناسب با خود را لازم دارد و خسارت‌های مادی و معنوی و بدنی هر یک باید به نحو خاصی تدارک شوند. در درجه دوم، اهداف مسؤلیت مدنی و اهدافی که هر یک از شیوه‌های جبران ممکن است دادرس را به آن اهداف نائل سازد در تنوع شیوه‌های مذکور و تصمیم دادرس نسبت به ترجیح یکی از آن‌ها بر دیگری تأثیر می‌گذارد. (انصاری، ۱۳۸۷: صص ۴۷۰-۴۶۹)

علی‌رغم مباحث فوق باید به این نکته اشاره شود که در انواع خاصی از مسؤلیت مدنی رسانه‌ای، قانون نوع خاصی از شیوه جبران را الزاماً برقرار می‌کند که دادرس و زیان‌زننده را در گزینش آن شیوه، چاره‌ای نیست؛ مانند گزینش شیوه الزام به درج پاسخ در ماده ۲۳ قانون مطبوعات. نکته دیگر آن که مطالبه مسؤلیت از رسانه، در صورت اقتضا با مطالبه مسؤلیت از اشخاص دیگر نظیر سفارش دهندگان آگهی‌ها و مطالب متافاتی ندارد. برای مثال، اغلب تبلیغات رسانه‌ای نه به ابتکار رسانه‌ها بلکه به سفارش و ابتکار فعالان اقتصادی و افراد صنفی از طریق رسانه‌های همگانی منتشر می‌شوند. برای مثال، در چنین مواردی مطابق تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون نظام صنفی، فرد صنفی نیز به علت وقوع تخلف «تبلیغ برخلاف واقع» قابل سرزنش و جریمه خواهد بود. حال این سؤال نیز قابل طرح است که در این موارد سفارش دهنده مسؤل است یا رسانه ناشر؟ در پاسخ به نظر می‌رسد باید به قواعد عمومی مباشرت و تسبیب مراجعه نمود. مستفاد از ماده ۳۳۲ قانون مدنی، در این حالت، «مباشر مسؤل است نه مسبب، مگر این که سبب اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد.» لذا در موارد مشابه مثال مزبور نیز، فرض بر مسؤلیت مدنی رسانه است مگر آن که رسانه مزبور بتواند اثبات نماید که عرفاً عمل مستند به سفارش دهنده است؛ چنان که ظاهراً اغلب «آگهی‌های بازرگانی چنین وضعیتی دارند. در حالی که اگر مطلب زیان‌زننده، طبق عرف رسانه‌ای «رپرتاژ آگهی» باشد یا با اعمال نفوذ یا رشوه شخص دیگری به وسیله نشریه منتشر شده باشد، با توجه به «ابتکار» نویسندگان نشریه در تنظیم و نشر مطلب، اصولاً چنین عملی در عرف به رسانه ناشر منتسب است و سفارش دهنده یا رشوه دهنده یا شخص ذی‌نفوذ، اقوی از مباشر تلقی نمی‌شود؛ مگر تحت شرایط خاص مانند اکراه و اضطراب. چنان که ملاحظه می‌شود دآوری در مورد «اقوی» بودن یا نبودن سبب به عرف واگذار شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۸۵) در این مقاله، شکل‌های مختلف جبران خسارت به وسیله رسانه‌ها را در قالب ابزارهای مادی به صورت مختصر و سپس به طور مفصل، ابزارهای غیرمادی را مورد بررسی قرار می‌دهیم تا متوجه شویم که بر حسب نوع خسارت به وجود آمده کدام راه منصفانه‌ترین، سریع‌ترین و مقبول‌ترین راه جبران خسارت است؟

#### گفتار دوم- ابزارهای مادی

در این گفتار به بررسی ابزارهای مادی مرسوم برای جبران خسارت می‌پردازیم که شامل «اعاده وضع به حالت سابق» از طریق بازگرداندن عین مال و از بین بردن منبع ضرر و نیز «دادن معادل» از طریق دادن بدل، مثل یا پرداخت قیمت است. علاوه بر اطلاق ماده یک قانون

1- Corrective Justice.

مسئولیت مدنی، می‌توان از مفاد ماده ۸ این قانون نیز برای جبران خسارت مادی ناشی از انتشار مطالب خلاف واقع و هر نوع فعل زیانبار رسانه‌ای دیگر استفاده نمود. مطابق بخش اخیر ماده ۸ «شخصی که در اثر انتشارات (مخالف واقع) مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می‌تواند... زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید.»

#### مبحث اول - اعاده وضع به حالت سابق

در مواردی که رسانه‌ها، عامل ورود زیان مادی به دیگری هستند، دادگاه با تشخیص خود و اثبات این امر، رسانه‌ها را وادار به جبران خسارت می‌کند. (ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی). در مواد قانون مدنی راجع به اتلاف، الزام مربوط به بازگرداندن وضع سابق به این ترتیب خلاصه می‌شود که در وهله اول، زیان‌زننده باید تا جایی که ممکن است، عین مال را به صاحب آن بازگرداند (ماده ۳۱۱ قانون مدنی). (کاتوزیان، ۱۳۸۴: صص ۱۶۲-۱۶۰)

#### مبحث دوم - دادن معادل

جبران خسارت ممکن است از سوی دادگاه صادرکننده رأی، از طریق دادن معادل یعنی یکی از شیوه‌های تسلیم بدل، مثل یا پرداخت نقدی تمهید شده باشد که از میان این شیوه‌ها نیز معمولاً روش پرداخت نقدی (به خصوص در مورد خسارت‌های مادی) در باره رسانه‌ها کاربرد دارد. در صورت نقض حقوق مادی ناشی از مالکیت‌های فکری، نشر اکاذیب، تبلیغات گمراه کننده و به طور کلی هر فعالیت رسانه‌ای که به ورود خسارت‌های مادی منجر شود؛ پرداخت نقدی بیشتر موضوعیت پیدا می‌کند. (انصاری، ۱۳۸۷: ص ۴۷۲) حتی آزادی دسترسی به اطلاعات نیز الزاماً مجوزی برای انتشار آن‌ها نیست، چنان که مطابق تبصره ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات «در صورت انتشار اطلاعات واقعی برخلاف مفاد این قانون، اشخاص حقیقی و حقوقی حق دارند که مطابق قواعد عمومی مسئولیت‌های مدنی، جبران خسارت‌های وارد شده را مطالبه نمایند.» در این نوع جبران خسارت، معایبی وجود دارد از جمله این که اثبات رابطه سببیت میان ضرر مادی و فعل رسانه‌ای، مشکل است و دیگر این که راه‌حل‌های ساده‌تری برای جبران خسارت وجود دارد که در شکل‌های دیگر جبران خسارت به آن‌ها می‌پردازیم.

#### گفتار سوم - ابزارهای غیرمادی

شیوه‌های جبران غیرمادی، شیوه‌هایی هستند که برای جبران خسارت‌های غیرمادی و معنوی به کار می‌روند. اصولاً نوع فعالیت‌های رسانه‌ای نیز به گونه‌ای است که کمتر موجب ضررهای مادی می‌شوند و ضرر غیرمادی ناشی از فعالیت‌های آنان نیز بیشتر با جبران غیرمادی سازگار است. البته از این شیوه‌ها برای جبران خسارت‌های مادی نیز می‌توان استفاده کرد؛ همان گونه که ممکن است از ابزارهای مادی برای جبران ضرر غیرمادی استفاده شود. با توجه به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که می‌گوید دادرس با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه شیوه جبران متناسب با آن را تعیین خواهد کرد؛ دادرس می‌تواند از شیوه‌های مختلفی برای جبران خسارت‌های غیرمادی یا مالی ناشی از فعالیت‌های رسانه‌ای استفاده کند. (همان: ص ۴۷۴) در ماده ۱۰ قانون

مسئولیت مدنی نیز با لحنی تمثیلی، علاوه بر رفع خسارت مالی به «طرق دیگر» جبران ضرر «از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن» اشاره شده است. علاوه بر قواعد کلی فوق، ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات نیز به طور خاص درباره این گونه ابزارها مقرر داشته است که «هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی که در نتیجه انتشار اطلاعات غیرواقعی درباره او به منافع مادی و معنوی وی صدمه وارد شده است حق دارد تا اطلاعات مذکور را تکذیب کند یا توضیحاتی درباره آن‌ها ارائه دهد و مطابق با قواعد عمومی مسئولیت مدنی جبران خسارت‌های وارد شده را مطالبه نماید.» برخی شیوه‌های مزبور در قوانین به طور خاص پیش‌بینی شده‌اند و برخی دیگر با توجه به ترکیب قواعد عمومی مسئولیت مدنی با ویژگی‌های فعالیت‌ها و ضررهای ناشی از فعالیت‌های رسانه‌ای همخوانی دارند.

### مبحث اول - الزام به عذرخواهی یا تصحیح

از آن‌جا که حیثیت و آبروی شهروندان باید مصونیت داشته باشد و بدین جهت اصل ۲۲ قانون اساسی مقرر داشته است: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویزکننده در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی ضمانت اجرایی برای تعرض نسبت به حیثیت و اعتبار شخصی یا خانوادگی افراد پیش‌بینی شده، که از جمله این ضمانت اجراها الزام به عذرخواهی یا اقدامی مشابه (نظیر تصحیح گفتار اشتباه یا کذب) از سوی شخصی است که به این حقوق افراد تعرض می‌کند.

در ماده ۱۸ قانون جرایم رایانه‌ای بر «اعاده حیثیت (در صورت امکان)» به عنوان یکی از مسئولیت‌های ناشی از نشر اکاذیب از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی تأکید شده است اما نوع یا ماهیت این اصطلاح اصولاً در حقوق ایران ناشناخته است و می‌تواند شامل طیف وسیع ابزارهای غیرمادی باشد. در این میان عذرخواهی و تصحیح، می‌تواند بهترین نوع «اعاده حیثیت» محسوب شود. بنابراین زیان دیده ممکن است تصحیح مطالب انتسابی یا عذرخواهی خواننده را خود به دادرس پیشنهاد کند و آن را برای رفع آثار منفی انتشار مطالب زیانبار خواننده کافی بداند؛ بدیهی است هزینه احتمالی انتشار مطلب تصحیحی یا عذرخواهی بر عهده زیان‌زننده است. محل چاپ یا نشر یا پخش عذرخواهی علی‌الاصول همان رسانه همگانی است که مطلب یا اظهارات زیانبار در آن منعکس شده است، چون مخاطبان یا مشتریان اغلب افراد ثابتی هستند و ممکن است آن تصویری که بر اثر مطالب یا اظهارات قبلی در اذهان آن‌ها ایجاد شده با مراجعات بعدی آن‌ها به همان رسانه و مشاهده عذرخواهی یا تکذیب، یا اصلاح نامه به احتمال زیاد از بین برود. (همان: ص ۴۷۴)

### مبحث دوم - درج حکم محکومیت خواننده در نشریات

علاوه بر ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی که به اختیار دادگاه در صدور حکم به رفع زیان از طریق درج حکم در جراید تصریح کرده است، ماده ۲۷ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان نیز در همین باره مقرر می‌دارد: «شاکی خصوصی می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم نهایی درخواست کند که مفاد حکم در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینه او آگهی



شود.» (همان: ص ۴۷۵) طبیعی است استفاده از این شیوه در برابر خسارت‌های ناشی از فعالیت‌های رسانه‌ای، می‌تواند در جای خود متناسب و مفید باشد.

### مبحث سوم- جلوگیری از ادامه روند

تصحیح روند یا از بین بردن منبع ضرر، معمولاً به عنوان یکی از انواع روش‌های «اعاده وضع به حالت سابق» بررسی می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۱۶۲).

این روش ماهیتی غیرمادی نیز دارد چرا که مالی در این شیوه جا به جا نمی‌شود. این روش، اولین و اصیل‌ترین ابزار و نگاه ابزاری مقدماتی برای تمهید ابزارهای دیگر جبران خسارت است که براساس آن، زیان زنده در درجه اول مکلف است منبع ضرر را از بین ببرد و جریان ایجاد ضرر را متوقف کند. چراکه عملاً در همه مواردی که تداوم نقض قانون وجود دارد، موضوع متوقف ساختن عمل نادرست اهمیت زیادی دارد و به محض شروع نقض قانون مطرح می‌شود. (مستقیمی و طارم سری، ۱۳۷۷: ص ۲۲۶) توقف روند نادرست، معمولاً الزام به یک «ترك فعل» را به ذهن متبادر می‌کند اما الزاماً این گونه نیست. (همان، ص ۲۲۷)

مطابق ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی، زیان دیده می‌تواند «موقوف شدن عملیات» زیانبار را مطالبه نماید. این شیوه نیز در مورد رسانه‌ها معمولاً صدق می‌کند. به این ترتیب که ممکن است رسانه‌ای با انتشار آگهی یا مطلبی به صورت مکرر، موجب ایجاد ضرر مادی یا معنوی برای دیگری شود. در این وضع، اولین خواسته معقول زیان دیده، توقف انتشار آن مطلب است.

چنانچه مطالب زیانبار از طریق یک رسانه همگانی در حال انتشار باشد، زیان دیده می‌تواند از دادگاه درخواست کند از ادامه نشر و پخش مطالب زیانبار جلوگیری و دستور توقف فعالیت‌های زیانبار را صادر کند. چنین درخواستی به ویژه در فرضی که فعالیت‌های زیانبار رسانه‌ای، نظیر نقض حریم خصوصی یا مالکیت فکری در جریان باشد با درخواست «دستور موقت» از دادگاه صورت می‌گیرد. علاوه بر ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که اختیار کلی برای استفاده از این شیوه را به دادرسان داده است ماده ۲۹ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان و ماده ۹ قانون ترجمه و تکثیر کتب، نشریات و آثار صوتی، صراحتاً از این شیوه جبران سخن گفته‌اند. (انصاری، ۱۳۸۷: ص ۴۷۵)

مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، «مراجع قضایی می‌توانند ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی نسبت به جلوگیری از نشر و پخش و عرضه آثار مورد شکایت و ضبط آن، دستور لازم را به ضابطان دادگستری بدهند» و نیز براساس ماده ۹ قانون ترجمه و تکثیر کتب، نشریات و آثار صوتی، «مراجع قضایی مکلف‌اند ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی به تقاضای او نسبت به جلوگیری از نشر و پخش و عرضه کتب و نشریات و آثار صوتی مورد شکایت و ضبط آن تصمیم مقتضی اتخاذ کنند».

### مبحث چهارم- حق پاسخ‌گویی

هرگاه از طریق رسانه‌ها، اخبار یا اطلاعات کذب یا ناقص نسبت به شخص یا اشخاص منتشر شود، آن اشخاص حق دارند که در مقابل این عمل رسانه‌ها واکنش نشان داده و از آن

رسانه بخواهند توضیح خود را در اولین فرصت منتشر کنند تا یکی از رسالت رسانه‌ها که همان آگاهی بخشی به مخاطبان هست را عملی سازند. از نظر تاریخی، در قانون مصوب ۲۹ ژوئیه ۱۸۸۱ فرانسه درباره آزادی مطبوعات که به «منشور آزادی مطبوعات» و «بنای بزرگ آزادی گرای» معروف شد نیز «حق جواب» مورد تأکید و تصریح قرار گرفت. (معمدنزاد، ۱۳۸۶: ص ۱۰۱) این حق در قانون اساسنامه سازمان صدا و سیما و قانون مطبوعات پیش‌بینی شده است و ضمانت اجرایی هم دارد. تضمین پاسخ‌گویی، در ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات نیز در قالب‌های «تکذیب» و امکان «ارائه توضیح» در برابر «انتشار اطلاعات غیرواقعی» مورد تأکید قرار گرفته است.

برخی نویسندگان این حق را جلوه‌ای از حق «دفاع مشروع» در مقابله با تهدیدات تمامیت معنوی، آبرو و حیثیت افراد دانسته‌اند و معتقدند اگر تهدید نه به صورت فیزیکی - چنان‌که معمولاً روی می‌دهد - بلکه حتی اگر به صورت غیرفیزیکی و بیانی باشد (در اشکال مختلف بیان)، باز باید به شخصی که در معرض تهدید قرار گرفته است حق دفاع داده شود. بنابراین از نظر اصولی و حقوقی، این حق باید در برابر اظهارات و مطالب همه رسانه‌های همگانی اعم از دولتی و خصوصی یا داخلی و بین‌المللی پذیرفته شود. (انصاری، ۱۳۸۷: ص ۴۷۶) در مقابل به نظر می‌رسد، استدلال مزبور برای بیان ماهیت حق پاسخ‌گویی کافی نیست، چرا که این حق نه تنها در برابر اقدامات نامشروع و مجرمانه بلکه در برابر هرگونه نقد و نظری برای فردی که سخنان یا عقاید یا رفتارش مورد نقد قرار گرفته است،<sup>۱</sup> برقرار می‌شود و آن‌چنان‌که ماده یک طرح پیش‌نویس شورای وزیران اتحادیه اروپا درباره حق پاسخ‌گویی پیشنهاد کرده است، حق پاسخ‌گویی، حقی است برای واکنش در برابر «هر نوع اطلاعات» منتشر شده در رسانه‌ها که وقایع نادرستی درباره شخص ارائه می‌دهد یا بر حقوق شخصی وی تأثیر می‌گذارد.<sup>۲</sup> ماده ۲۳ قانون مطبوعات نیز به پاسخ‌گویی در برابر «انتقاد» صراحتاً اشاره نموده است.

با وجود استدلال فوق، در نظام حقوقی کنونی ایران اگر رسانه‌هایی غیر از مطبوعات یا صدا و سیما، چنین اعمالی را انجام دهند و دادگاه بخواهد آن‌ها را ملزم به انتشار پاسخ کند، با توجه به تمثیلی بودن موارد ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و نیز با صراحت و اطلاق ماده ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، می‌تواند چنین حکمی صادر نماید؛ چرا که حق پاسخ‌گویی تلاشی است برای جمع میان دو اصل «آزادی بیان» و «حفظ حقوق شهروندی». (اسماعیلی، ۱۳۸۹) اما در قانون به طور خاص، این حق پیش‌بینی نشده است.

#### الف - حق پاسخ‌گویی در مطبوعات

در حقوق ایران سابقه حق پاسخ‌گویی به ماده ۹ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۳۴ بازمی‌گردد. اینک ماده ۲۳ قانون مطبوعات این حق را به رسمیت شناخته است. مطابق این ماده «هرگاه در مطبوعات مطالبی مشتمل بر توهین یا افترا، یا خلاف واقع و یا انتقاد نسبت به شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) مشاهده شود، ذی‌نفع حق دارد پاسخ آن را ظرف یک ماه، کتباً برای همان نشریه بفرستد و نشریه مزبور موظف است این‌گونه توضیحات و پاسخ‌ها را در یکی از دو

1- [http://en.wikipedia.org/wiki/Right\\_of\\_reply](http://en.wikipedia.org/wiki/Right_of_reply).

2- <http://www.culture.gov.uk/images/consultations/MMSOD2004.pdf>.

شماره‌ای که پس از وصول پاسخ منتشر می‌شود، در همان صفحه و ستون و با همان حروف که اصل مطلب منتشر شده است، مجانی به چاپ برساند. البته انتشار چنین پاسخی مشروط به آن است که اولاً جواب از دو برابر اصل مطلب تجاوز نکند و ثانیاً متضمن توهین و افترا به کسی نباشد. قانون مطبوعات محدودیت دیگری بر این پاسخ‌ها برقرار نکرده است و چنانچه احیاناً متضمن جرم بیانی دیگری نظیر نشر اکاذیب و... باشد، نشریه «موظف» به انتشار و بری از مسئولیت کیفری خواهد بود.

مطابق تبصره یک این ماده «اگر نشریه علاوه بر پاسخ مذکور، مطالب یا توضیحات مجددی چاپ کند، حق پاسخ‌گویی مجدد برای معترض باقی است. درج قسمتی از پاسخ به صورتی که آن را ناقص یا نامفهوم سازد و همچنین افزودن مطالبی به آن در حکم عدم درج است و متن پاسخ باید در یک شماره درج شود.» و چنانچه مطلب مربوط به «نامزدهای انتخاباتی» باشد، با توجه به تأثیر مطالب نشریات بر آرا و افکار عمومی و ضیق وقت در تبلیغات انتخاباتی، تبصره ۲ این ماده مقرر داشته است «پاسخ نامزدهای انتخاباتی در جریان انتخابات باید در اولین شماره نشریه درج گردد. به شرط آن که حداقل شش ساعت پیش از زیر چاپ رفتن نشریه پاسخ به دفتر نشریه تسلیم و رسید دریافت شده باشد.» اما قانون مشخص نکرده است که منظور از «انتخابات» در این ماده چیست و آیا منحصر به آن دسته از انتخاباتی است که در قانون اساسی پیش بینی شده است (مانند انتخابات ریاست جمهوری، خبرگان، مجلس شورای اسلامی و شوراهای شهر و روستا) یا شامل انتخابات دیگری که بر اساس قوانین عادی برگزار می‌شود (نظیر انتخابات نهادهای صنفی موضوع ماده ۲۲ قانون نظام صنفی و امثال آن) نیز خواهد شد؟ در پاسخ، به نظر می‌رسد با توجه به هدف قانونگذار در حمایت از نامزدهای انتخاباتی، سالم سازی انتخابات و هدف کلی حمایت از حیثیت و کرامت انسانی، این تبصره را می‌توان به صورت موسع تفسیر نمود.

نهایتاً مطابق تبصره ۳ این ماده «در صورتی که نشریه از درج پاسخ امتناع ورزد یا پاسخ را منتشر نسازد، شاکی می‌تواند به دادگستری شکایت کند و رئیس دادگستری در صورت احراز صحت شکایت، جهت نشر پاسخ به نشریه اخطار می‌کند و هرگاه این اخطار مؤثر واقع نشود، پرونده را پس از دستور توقیف موقت نشریه، که مدت آن حداکثر از ده روز تجاوز نخواهد کرد، به دادگاه ارسال می‌کند.» با توجه به تبصره ۴ و اصول کلی بدیهی است «اقدامات موضوع این ماده و تبصره‌های آن نافی اختیارات شاکی در جهت شکایت به مراجع قضایی» بابت جرم احتمالی یا ادعای خسارت مالی نمی‌باشد.

### ب- حق پاسخ‌گویی در صدا و سیما

قانون اساسنامه سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۲ متضمن حقی برای پاسخ‌گویی نبود تا این که طی الحاق یک ماده (به عنوان ماده ۳۰ جدید) و دو تبصره به قانون مزبور در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۲۳ این مسأله به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. مطابق ماده ۳۰ کنونی قانون اساسنامه سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران «چنانچه در برنامه‌های پخش شده سازمان (اعم از خبری، گزارشی، تولیدی در قالب‌های مختلف بیانی - تصویری و نمایشی) از شبکه‌های محلی، سراسری و بین‌المللی و یا در اطلاعیه‌های صادره از

سوی آن سازمان مطالبی مشتمل بر توهین، افترا یا خلاف واقع نسبت به هر شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد و یا به هر نحوی اظهارات اشخاص تحریف گردد، مراحل ذیل برای احقاق حق طی خواهد شد. در این شرایط و در مرحله اول مدعی می‌تواند اعتراض خود را کتباً به سازمان صدا و سیما منعکس نماید. سازمان صدا و سیما در صورت قبول اعتراض، ظرف بیست و چهار ساعت پاسخ وی را به صورت عادلانه، حداقل دو برابر زمان اصل مطلب که از پنج دقیقه کمتر نباشد در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه به طور رایگان پخش نماید. اما برعکس قانون مطبوعات که نشریات را موظف به انتشار پاسخ می‌نماید، ممکن است صدا و سیما درخواست مزبور را نپذیرد. در این صورت معترض همی‌تواند موضوع را برای رسیدگی به شورای نظارت بر سازمان صدا و سیما به عنوان مرجع تشخیص وقوع توهین، افترا، تحریف یا خلاف واقع منعکس نماید و شورای نظارت نیز موظف است در اسرع وقت (حداکثر چهل و هشت ساعت) به مسأله رسیدگی نموده و در صورتی که حق را به ذی‌نفع داد نظر خود را به سازمان صدا و سیما ابلاغ کند و سازمان صدا و سیما موظف است پاسخ ذی‌نفع را مشروط به آن که متضمن توهین و افترا به کسی نباشد حداقل دو برابر مدت مطلب اصلی که از پنج دقیقه کمتر نباشد تا حداکثر بیست و چهار ساعت پس از دریافت پاسخ در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه به طور رایگان پخش نماید. چنان‌چه صدا و سیما از اجرای تصمیم شورای نظارت (موضوع اصل ۱۷۵ قانون اساسی) نیز خودداری نماید یا شاکی نسبت به این تصمیم معترض باشد، در مرحله سوم «بنا بر شکایت شاکی، شعبه خاصی که به این منظور تشکیل می‌شود، نسبت به موضوع خارج از نوبت (حداکثر یک هفته) رسیدگی و حکم مقتضی را براساس این قانون صادر خواهد نمود. صدا و سیما مکلف است نظر دادگاه را ظرف مدت بیست و چهار ساعت اجرا کند.» عدم اجرای حکم دادگاه تحت عنوان «استتکاف از اجرای حکم دادگاه» قابل پیگرد است. مطابق تبصره یک ماده مزبور «اگر سازمان علاوه بر پخش پاسخ مذکور، مطالب یا توضیحات مجددی را که متضمن توهین، افترا یا تحریف باشد پخش نماید، ذی‌نفع حق پاسخ‌گویی مجدد دارد. پخش قسمتی از پاسخ یا افزودن مطالبی به آن در حکم عدم پخش است.» مؤکداً با توجه به تبصره ۲ ماده مزبور بدیهی است «مصوبه مذکور مانع از پیگیری مستقیم شاکی نسبت به سایر جهات کیفری (یا مدنی) از طریق دادگاه نخواهد بود.»

ماده ۳۰ مزبور از این حیث که پاسخ نباید متضمن توهین یا افترا باشد و به جرایم بیانی دیگر اشاره نکرده است، مشابه قواعد ماده ۲۳ قانون مطبوعات است، اما در مقابل هیچ اشاره‌ای به فوریت پاسخ نامزدهای انتخاباتی نشده و آن را به سکوت برگزار کرده است تا در مورد این موضوع قوانین انتخاباتی اجرا گردد؛ مثلاً مطابق ماده ۶۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری، نامزدهای ریاست جمهوری حق دارند «به طور مساوی» از صدا و سیما برای معرفی و ارائه برنامه‌های خود استفاده کنند. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود این قانون نیز اشاره‌ای به حق پاسخ‌گویی نامزدها ندارد و این مسأله یکی از کاستی‌های ماده ۳۰ شناخته می‌شود، حتی در فرض نشر اکاذیب درباره نامزد انتخاباتی جز انتخاباتی که در سطح ملی برگزار می‌شود نظیر انتخابات ریاست جمهوری. این در حالی است که سرعت نشر در رسانه‌های صوتی و تصویری و تأثیرگذاری آن‌ها به مراتب بیشتر از رسانه‌های مکتوب است، چه بسا بتوان گفت رسانه‌های نوین (تلویزیون و اینترنت) روزنامه‌ها را به حاشیه رانده‌اند. (گیدنز و بردسال، ۱۳۸۶: ص ۷۰۲)

دیوان عالی بلیز (هندوراس بریتانیای سابق) بر حق پاسخ‌گویی در تلویزیون وابسته به دولت، در جریان انتخابات به طور خاص تأکید نموده و نقض آن را موجب پایمال شدن دو حق اساسی آزادی بیان و حمایت در برابر تبعیض قلمداد و تأکید کرد که احزاب سیاسی باید در تلویزیون فرصتی برای پاسخ به اظهارات حکومت داشته باشند.<sup>۱</sup>

همچنین پاسخ‌گویی در صدا و سیما، بیشتر موافق نظریه دفاع مشروع است؛ چراکه حق پاسخ‌گویی را فقط در برابر اقدامات نامشروعی نظیر انتشار خلاف واقع، توهین، افترا و تحریف برقرار نموده و جایی برای پاسخ به انتقاد در نظر نگرفته است.

### مبحث پنجم - ضمانت اجرا

تضمین اجرای احکام مدنی در خصوص شیوه‌ها و ابزارهای مادی جبران خسارت مطابق مقررات قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و قانون اجرای احکام مدنی به عمل می‌آید. از این حیث ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با برقراری قاعده «تا ندهی تروی»؛ تضمین مؤثر، کافی و چه بسا غیرمنصفانه‌ای به سود زیان دیده برقرار نموده است که در مواردی مغایر موازین پذیرفته شده حقوق بشر است. (مقامی، ۱۳۸۵: ص ۷) در مقابل، تضمین اجرای احکام مدنی غیرمادی در جای خود می‌تواند چالش برانگیز باشد؛ چراکه در این‌جا دیگر عدم پرداخت دین یا عدم اجرای «حکم مالی» موضوعیت ندارد تا زیان زننده مجبور به اثبات اعمار و یا پرداخت محکوم به و در غیر این صورت، بازداشت‌گردد.

در خصوص تضمین اجرای احکام مدنی غیرمالی می‌توان به دو نوع از ضمانت‌ها اشاره نمود. ضمانت نخست، تضمین کیفری است که با توجه به ماهیت «کیفری» به صورت محدودی استفاده شده و قابل تعمیم به موارد مشابه نیست. بدین ترتیب که در ذیل ماده ۳۰ قانون اساسنامه سازمان صدا و سیما به مسؤلیت کیفری تحت عنوان «استکفاف از اجرای حکم دادگاه» اشاره شده است. در نتیجه در صورت عدم اجرای مفاد حکم دادگاه، در خصوص الزام صدا و سیما به برقراری حق پاسخ‌گویی، مطابق ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی، مجازات انفصال از خدمت در انتظار مستکف خواهد بود. براساس این ماده «چنان‌چه هریک از صاحب منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی... از اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی... جلوگیری نماید به انفصال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد.» در این خصوص به نظر می‌رسد، «رئیس سازمان صدا و سیما» مقام دولتی مسؤول در زمینه اجرای مفاد حکم دادگاه خواهد بود. در تبصره ۳ ماده ۲۳ قانون مطبوعات نیز «توقیف موقت» و ارسال پرونده به دادگاه در مورد نشریه متخلف و نقض‌کننده حق پاسخ‌گویی پیش‌بینی شده است؛ اما سرانجام روشنی برای چنین تخلفی مشاهده نمی‌شود و معلوم نیست که آیا توقیف موقت باید به توقیف دائم یا لغو پروانه منجر شود یا مطابق ماده ۳۵ این قانون عمل خواهد شد که طیف گسترده‌تری از مجازات‌ها را معرفی کرده است. اما در سایر موارد جبران خسارت با ابزارهای غیرمادی، حمایت کیفری خاصی در قوانین مشاهده نمی‌شود؛ جز پیگرد جرایم ارتكابی که صرف‌نظر از شیوه‌های مدنی نیز قابل اعمال است؛ چنان‌که در تبصره ۴ ماده ۲۳

1- <http://aceproject.org/ace-en/topics/media-and-elections/mea/mea01/mea01f>.

قانون مطبوعات و تبصره ۲ ماده ۳۰ قانون اساسنامه سازمان صدا و سیما و ماده ۱۸ قانون جرایم رایانه‌ای نیز بر حق زیان دیده برای تعقیب کیفری تصریح نموده‌اند. بدیهی است بدون اشاره این قوانین نیز این حق برای متضرر از «جرم» محفوظ می‌بود.

ضمانت دوم، ضمانت مدنی است. بدین معنا که چنانچه متعهدی، تعهد خود را انجام ندهد یا از قوانین تخطی کرده و به دیگری ضرر برساند، مسئولیت مدنی خواهد داشت. حال اگر این مسئولیت مدنی در حکمی قضایی منعکس شود اما وی به حکم بی‌اعتنایی کند، مسئولیت مضاعف ناشی از عدم اجرای حکم پدید می‌آید. به عبارت دیگر، تعهد به جبران خسارت، تعهد اولیه و تعهد ناشی از عدم جبران خسارت مندرج در حکم دادگاه، تعهد ثانویه محسوب می‌شود. در این مورد همان‌طور که اشاره شد، بی‌اعتنایی به احکام مدنی مالی، زمینه‌ساز اجرای مقررات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را فراهم می‌سازد. اما از آن‌جا که احکام مربوط به الزام به عذرخواهی یا تصحیح یا حق پاسخ‌گویی، جنبه مالی ندارند، قانون مزبور قابل استناد نخواهد بود و نحوه اجرای چنین احکامی در صورت عدم رغبت یا اطاعت محکوم علیه، چالش برانگیز می‌نماید. در این موارد، باید به عموماً قانون اجرای احکام مدنی مراجعه نمود. در این‌جا اجرای حکم به وسیله شخصی جز شخص متعهد (در این‌جا محکوم علیه) ممکن نیست و نمی‌توان انتظار داشت که شخص دیگری به جای متعهد از زیان دیده عذرخواهی کند یا اقدام به تصحیح مطلب نماید<sup>(۱)</sup> و قراردادی نیز در میان نیست تا «فسخ» و سقوط تعهدات دوجانبه مطرح شود (ماده ۲۳۹ قانون مدنی).

اگر رسانه خطاکار «وابسته» به نهادهای «دولت» باشد نیز عملاً نهادهای دولتی «طرف دعوی» محسوب می‌شوند و نمی‌توان به ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی استناد نمود که براساس آن «در مواردی که سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت طرف دعوی نبوده ولی اجرای حکم باید به وسیله آن‌ها صورت گیرد صدور اجرائیه لازم نیست و سازمان‌ها و مؤسسات مزبور مکلف‌اند به دستور دادگاه حکم را اجرا کنند.» بدیهی است در صورتی که شرط «عدم طرفیت دعوی» در این ماده قید نشده بود، اجرای حکم دادگاه یک تکلیف برای رسانه دولتی محسوب شده و استنکاف از آن، تضمین کیفری نظیر آن‌چه در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی ذکر شد، برقرار می‌گشت.

علاوه بر این مطابق تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد، مطابق ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد.» ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ چنین مقرر داشته بود که «در مواردی که موضوع تعهد، عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله، در حکم راجع به اصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد.» همان‌گونه که ملاحظه می‌شود این قانون، مفر زیان زننده را برای گریز از انجام تعهد قضایی می‌بندد و یک شیوه جبران خسارت غیرمادی را به شیوه‌ای مالی تبدیل می‌کند؛ تا شاید از طریق تعیین غرامتی نامحدود، زیان‌زننده را به اجرای مفاد حکم جبران خسارت با شیوه غیرمادی ترغیب کند. اما متأسفانه با تصویب ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در سال ۱۳۷۹ قانون

آیین دادرسی سابق تماماً و صراحتاً «نسخ» گردید و دیگر قابل اجرا نیست. این در حالی است که جایگزینی برای ماده ۷۲۹ مزبور در قانون جدید پیش بینی نشده است. تنها راه باقی مانده پیگیری مسؤلیت مضاعف از طریق ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مطالبه خسارت ناشی از «عدم انجام تعهد» است که در غالب موارد با توجه به این که ضرر مادی محسوسی از عدم اجرای حکم جبران خسارت معنوی ایجاد نمی شود، این ماده نیز بلاموضوع خواهد بود و نهایتاً ممکن است از طریق تقویم خسارت معنوی، «ابزار غیرمادی» را به «ابزار مادی» تبدیل کند که با هدف اصلی پیش بینی ابزارهای غیرمادی در قانون، سازگار نیست. بنابراین اجرای احکام غیرمالی مزبور، در عمل به اختیار زیان زننده و سایر اوضاع و احوال بستگی تام دارد. برای مثال در پرونده موسوم به «هموفیلی ها»، دادگاه خوانندگان را که نهادهای پزشکی و بهداشتی عمومی کشور بودند «ملزوم به درج آگهی متضمن اعاده حیثیت خواهان‌ها در دو روزنامه کثیرالانتشار و ارسال متن مذکور برای یکایک خواهان‌ها، نمود که هنوز این قسمت از حکم اجرا نشده است. (محمدخانی، ۱۳۸۶: ص ۱۸۵)

#### گفتار چهارم- رابطه شیوه‌های الزامی و شیوه‌های انتخابی

پیش از این به این نکته اشاره شد که برخی شیوه‌های جبران خسارت در قوانین پیش بینی شده‌اند و اجرای آن‌ها برای زیان زننده یک تکلیف قانونی است. به این هم اشاره شد که اصولاً دادرس در انتخاب شیوه جبران خسارت با توجه به ماهیت خسارت و اوضاع و احوال، مختار است. اینک این پرسش به میان می‌آید که در صورت الزام به نوع خاصی از جبران خسارت در قانون (نظیر برقراری حق پاسخ‌گویی در قانون مطبوعات)، آیا شیوه‌های اختیاری مسؤلیت مدنی قابل اعمال خواهد بود یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا دادرس می‌تواند مازاد بر شیوه الزامی، از شیوه‌های دیگر نیز برای جبران خسارت بهره ببرد؟ پاسخ این سؤال را باید در ماهیت موضوع «مسؤلیت مدنی» و تأکید بر «بی‌جبران نماندن ضرر» جستجو کرد. بنابراین برای جبران خسارت می‌توان و باید از همه شیوه‌های ممکن استفاده نمود و به نظر می‌رسد این شیوه‌ها به هیچ وجه جنبه حصری ندارد و اختیار دادرس را در انتخاب شیوه جبران مناسب، محدود نمی‌کند. (انصاری، ۱۳۸۷: ص ۴۷۴)

به عنوان نمونه، در صورتی که از اخبار و مطالب کذب یک نشریه، ضرر مادی به شخصی وارد شود، نه تنها حق پاسخ‌گویی وی محفوظ خواهد بود بلکه حتی در صورت استیفای حق پاسخ‌گویی، می‌تواند برای جبران خسارت مادی خود نیز اقدام نماید. در صورتی که واژه «شکایت» در تبصره ۴ ماده ۲۳ قانون مطبوعات را با اندکی مسامحه تفسیر نماییم، این تبصره نیز می‌تواند مؤید این نظر باشد. برخی حقوقدانان در این زمینه نظر دیگری دارند و معتقداند «چنان‌چه شخصی برای دفاع از حقوق خود به حق پاسخ‌گویی متوسل شود و رسانه مربوط نیز پاسخ‌وی را در چارچوب ضوابطی که قانون برای درج پاسخ‌پیش بینی کرده است منتشر کند، دیگر حق مراجعه به دادگستری را نخواهد داشت زیرا وی با انتخاب حق پاسخ‌گویی و ترجیح آن بر حق دادخواهی برای دفاع از حقوق خود و با انتشار پاسخ خود، به هدفش رسیده است و به زبان حقوقی، خسارت‌اش جبران شده است و لذا برای توسل به حق، دادخواهی ضرورت و



توجهی ندارد. (همان: ص ۴۷۸) ایراد این نظر آن است که توسل به یک شیوه را برای جبران خسارت در همه موارد و بدون در نظر گرفتن ماهیت مادی یا غیرمادی خسارت و اوضاع و احوال دیگر، کافی دانسته است. در حالی که به نظر می‌رسد هر نوع خسارت ناشی از یک فعل زیان بار رسانه‌ای، حداقل معادلی از همان نوع خسارت را به عنوان جبران می‌طلبد. مثلاً از یک مطلب ممکن است هم خسارت مادی و هم خسارت معنوی به شخصی وارد شود که لازمه آن، جبران هر دو نوع خسارت است که ممکن است خسارت مادی با ابزارهای مادی و خسارت معنوی با ابزارهای غیرمادی جبران شود، چنان که در مثال فوق توضیح داده شد. حتی می‌توان گفت شیوه‌های غیرمادی نیز برای جبران خسارت معنوی، منافاتی با یکدیگر ندارند و می‌توان برای تسلی خاطر زیان‌دیده به نحو مقتضی از همه انواع جبران خسارت حتی به صورت هم عرض و همزمان استفاده نمود و طبیعتاً همزمانی استیفاءی حق پاسخ‌گویی (در صورت اقتضا) با الزام به عذرخواهی، ممانعت از ادامه انتشار و درج حکم محکومیت منافاتی ندارد.

### نتیجه‌گیری

حقوق ارتباط جمعی در نظام حقوقی ایران هنوز رشته‌ای جوان و پویا محسوب می‌شود و خلأهای حقوقی آن به تدریج رفع می‌شود. یکی از این خلأها تضمین جبران خسارت‌های معنوی ناشی از فعالیت‌های رسانه‌ای بوده است که در مرحله اول با توسعه تدریجی قواعد ماهوی مسؤلیت و قواعد شکلی اجرایی، در حال تکمیل است، چنان که تضمین حق پاسخ‌گویی در اساسنامه سازمان صدا و سیما بخشی از این فرآیند محسوب می‌شود. در مرحله دوم نیز به مثابه بخشی از «مسأله» تضمین جبران خسارت‌های معنوی در حقوق ایران، کاستی‌های جدی رخ می‌نماید، به نحوی که در اکثر موارد، الزام محکوم علیه به اجرای حکم عملاً میسر نیست و با حذف ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی سابق، نمی‌توان به چیزی جز رغبت و اطاعت وجدانی محکوم علیه اتکا داشت. ■

### فهرست منابع

- ۱- اسماعیلی، محسن، حق پاسخ و تصحیح در صدا و سیما، ۱۳۸۹/۳/۲۷ در: [http://www.mohsenesmaeili.ir/Comments\\_view.asp?id=72&ct=2&tbl=tbl\\_Comments](http://www.mohsenesmaeili.ir/Comments_view.asp?id=72&ct=2&tbl=tbl_Comments)
- ۲- انصاری، باقر، حقوق ارتباط جمعی، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
- ۳- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- ۴- گیدنز، آنتونی و کارن بردسال، جامعه‌شناسی، تهران، نی، ۱۳۸۶.
- ۵- محمدخانی، حسین، مسؤلیت مدنی دولت در بارگاه داد، رأی پرونده موسوم به هموفیلی‌ها، تهران، بعثت، ۱۳۸۶.
- ۶- مستقیم، بهرام و مسعود طارم سری، مسؤلیت بین المللی دولت، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- ۷- مقامی، امیر، حبس برای تعهد قراردادی، اعتماد ملی، ۶ آذر ۱۳۸۵.
- ۸- معتمدزاد، کاظم و رؤیا معتمدزاد، حقوق ارتباطات، تهران، دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها، ۱۳۸۶.
- ۹- میل، جان استوارت، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵.

## بررسی ابعاد وکالت در

# الخصاصه، منازعه، المرافعه و المحاکمه

## در منابع فقهی

علیرضا حبیب آگهی\*

مقدمه

همان طور که خاطر شریف همکاران گرامی مستحضر است در ارتباط با مصاحبه استاد دکتر کاتوزیان حداقل ۱۲ مقاله درباره وظیفه وکیل مدافع، کم و کیف دفاع، چگونگی برون رفت وکیل از تنگناهای پیش رو در قبال موکل که بزهکاری او محرز است، به قلم صاحب نظران و وکلای محترم دادگستری در شماره های قبلی خبرنامه وزین کانون وکلای دادگستری اصفهان درج گردید. از آنجایی که در مقاله وظیفه وکیل مدافع در شماره ۲۹ به دو موضوع، یکی مصلحت موکل و دیگری مبانی شرعی و موازین فقهی استناد شده بود، در پایان مقاله (نگرشی متفاوت بر مصلحت موکل) در شماره ۳۳ به منظور فتح باب عنوان کردم به نظر می رسد که عقد وکالت مورد بحث قانون مدنی و فقه در ارتباط با مراجع قضایی تنها می تواند در مقام وکیل خواهان یا وکیل خواننده در امور مدنی و وکیل شاکی یا مدعی خصوصی در مسائل کیفری نمود و ظهور داشته باشد و امکان تسری دادن آن به وکالت از **متهم به امر جزایی وجود ندارد** و در پایان از همکاران صاحب نظر و حقوقدانان ارجمند درخواست شده بود که مورد بحث و فحص قرار گیرد. لذا با این امید که بررسی موضوع از منظر فقه بتواند تأثیر مثبتی در یافتن راهکاری که پاسخ گوی مسائل و مشکلات عنوان شده در مقالات مذکور باشد مبادرت به تقدیم این نوشتار می گردد.

ابتدائاً ذکر چند نکته لازم است: اولاً- به لحاظ این که تعداد کتب و منابع فقهی بسیار زیاد و دسترسی به تمام آنها نه میسر است و نه ضرور، لذا در این تحقیق تنها به بررسی تعدادی از امهات کتب فقهی متقدمین و متأخرین اکتفا گردیده است. ثانیاً- علاوه بر ترجمه عبارات مرتبط با موضوع هر یک از منابع در متن، عین عبارات نیز به صورت زیرنویس نقل می گردد که هر چند این امر باعث اطباب خواهد شد معذک چون مطلب مورد نظر جدید و فاقد سابقه است به مصداق الضرورات تبیح المحظورات از آن گزیری نیست.

۱- **النهایه** کسی که به دیگری وکالت داد در شکایت و مطالبه و محاکمه و خرید و فروش و تمام آنچه که خودش حق تصرف دارد و آن دیگری قبول کرد و ضمانت بر انجام آن نمود، وکیلش می گردد و بر اوست آنچه بر موکلش است و علیه اوست آنچه که بر علیه موکلش است مگر آنچه که اقتضای اقرار داشته باشد از حدود و آداب و سوگند... و اشخاص برجسته

\* وکیل دادگستری - شیراز.

و شرافتمند را سزد که از برای خودشان در حقوق خود وکیل گیرند و شخصاً در دعاوی مباشرت نکنند.<sup>۱</sup>

۲- شرایع ۹۰، اما آنچه که داخل در نیابت است... اجرای قصاص و گرفتن دیات است... و در اجرای حدود مطلقاً و در اثبات حدود مربوط به حق الناس... و در (طرح) دعوی و اثبات خواسته‌ها و حقوق... و از برای افراد با شخصیت مکروه است که شخصاً در دعوی دخالت کنند... و هرگاه کسی را جهت اقامه دعوی وکیل کرد وکیل اجازه گرفتن حق (مال) را ندارد چه ممکن است و کالت به کسی داده شده باشد که بر مال امین نمی‌باشد و اگر کسی وکیل در قبض مال گردید و مورد انکار بدهکار قرار گرفت مجاز در طرح دعوی نیست چون موکل (احتمالاً) بدان رضایت ندارد...<sup>۲</sup>

۳- مسالک: و (داخل در نیابت است) اجرای حدها مطلقاً، فرقی ندارد که حدهای حق الناس باشد مانند حد سرقت و قذف یا حدهای الهی مانند حد زنا و مقصود از اجرای آن حدود است پس از اثبات آن‌ها در نزد حاکم به معنای مباشرت و به دست آوردن آن‌ها... و در اثبات حدهای مردم: در مورد حدود الهی بنابر قول مصنف و علامه در کتابی غیر از تذکره مطلقاً قابل نیابت نیست و علت منع این است که حدهای الهی مبتنی است بر تخفیف و دستور پیامبرگرامی (ص) دائر بر چشم پوشی از حدود در مقام شبهه... و مکروه است از برای افراد با شخصیت که خودشان در دعوی دخالت کنند. منظور اشخاص شرافتمند و دارندگان مقامات عالی است که سزاوار نیستند به آنان توهین شود و روایت شده است که حضرت علی علیه السلام برادرش عقیل را در دعوایی وکیل خود کرد و گفت دعوی مهلکه است و شیطان در آن جا حاضر است و من اگره دارم در آن حاضر باشم.<sup>۳</sup>

۴- جواهر الکلام ج ۲۷... و اما آنچه که داخل در نیابت است... و اجرای قصاص گرچه برای تشفی خاطر مقرر شده باشد و گرفتن دیات... و در اجرای حدود به طور مطلق با حضور کسی که حق دارد یا در غیاب او و فرقی نمی‌کند که حد انسانی باشد یا الهی. و هم چنین مجاز

۱- التهايه امن و كل غيره في الخصومه عنه والمطالبه و المحاكمه و البيع والشري و جميع انواع ما يصرف فيه بنفسه فقبل الموكل (الوكيل) عنه ذلك و ضمن القيام به فقد صار وكيله يجب له ما يجب لموكله و يجب عليه ما يجب على موكله الا ما يقتضيه الاقرار من الحدود و الاداب و الايمان... و ينبغي لذوي المروآت من الناس ان يوكلوا لانفسهم في الحقوق و لا يباشروا الخصومه بنفسهم...

۲- شرایع: «... و اما ما تدخله النيابة... استيفاء القصاص و قبض الديات... و في استيفاء الحدود مطلقاً و في اثبات حدود الادميين... و في الدعوى و اثبات الحجيج و الحقوق... و يكره لذوي المروآت ان يتولوا المنازعه بنفسهم... و اذا وكل انسانا في الحكومه لم يكن اذا في قبض الحق اذ قد يوكل من لا يستامن على المال و كذا. لو وكله في قبض المال فانكر التريم لم يكن ذلك اذا في محاكمته لانه قد لا يرضى للخصومه...»

۳- مسالک: «... قوله و في استيفاء الحدود مطلقاً اي سواء كانت حدود الادميين كحدود السرقة و القذف ام حدود الله تعالى كحد زنا و المراد استيفاؤها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها و تحصيلها... و قوله في اثبات حدود الادميين اما حدود الله سبحانه فلا مكذا اطلق المصنف و العلامة في غير كره و وجه المنع في حدود الله انها مبنية على التخفيف و لامره ص يادراتها بالشهات... قوله و يكره لذوي المروآت ان يتولوا المنازعه بنفسهم. المراد بهم اهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان و روى ان علياً عوكل عقيلاً رضى خصومه و قال ان للخصومه حقما و ان الشيطان ليحضرها و ابى لآكره ان احضرها...»

است و کیل گرفتن در اثبات حد حق الناس که یکی از حقوق آنان است ولی در مورد حدود الهی سبحانه به نظر مصنف (صاحب شرایع) جایز نیست ولی الفاضل (علامه حلی ره) در قواعد (الاحکام) آن را مطلقاً منع نموده است مگر در حد قذف. لکن در تذکره علاوه بر امکان اثبات حد حق الناس به مجاز بودن اثبات حد الهی نیز تصریح نموده است با این استدلال که نبی اکرم (ص) انیس را در اثبات حد و اجرای آن هر دو و کیل کرد زیرا فرمود اگر آن زن اعتراف کرد او را. سنگ سارکن...<sup>۱</sup>

۵- تذکره علامه (ره) ج ۲-۳... و کالت جایز است در آنچه که نیابت در آن صحیح باشد مانند خرید و فروش و اقامه دعوی و مطالبه حقوق از کسی که بر عهده‌اش هست و اثبات آن در نزد همه. علمای ما... و علی (ع) عقیل را و کالت داد و گفت هر حکم که به نفع یا به ضرر او باشد مراست و نیاز است شخص را که به سوی و کالت می‌کشاند چون ممکن است از عهده خوب داد خواهی کردن بر نیاید یا از آن عار داشته باشد. زیرا آدمی خوش ندارد که خود به دعوی پردازد و اشراف و صاحب منصبان را سزد که به هنگام نیاز و کیل گیرند... اما و کیل گرفتن در مجازات اشخاص و اجرای آن در حضور صاحب حق جایز است اجماعاً و در غیبت او نیز نزد ما بنابر اصل جایز است... جایز است و کالت دادن جهت اثبات قذف و قصاص در نزد حاکم و اقامه دلیل علیه (متهم) نزد تمام فقها چون حقی است برای آدمی پس جایز است و کالت دادن در اثبات آن مانند سایر حقوق... و کیل گرفتن از برای هریک از مدعی و مدعی علیه در دعوی جایز است اعم از این که طرف مقابل راضی به این امر باشد یا نباشد و طرف مقابل حق امتناع ندارد... و صحیح است و کیل گرفتن در دعوی چون مطالبه حق است از دیگری و آن بازگرفتن مال است و جایز است و کالت دادن در مطالبه حقوق و اثبات آن و طرح دعوی در این خصوص اعم از این که موکل حاضر باشد یا غایب «سالم باشد یا مریض... و اما و کالت خاصه و آن محدود است به نوعی از انواع و کالت مانند خرید بنده یا فروش کنیز کی یا طرح شکایت علیه طرف ادعا یا دریافت دین از او و امثال آن و در جایز بودن آن خلافتی نیست... هرگاه کسی را جهت اقامه دعوی به نحو اطلاق و کیل خود قرار دهد مانند این که بگوید: ترا و کیل خود در طرح شکایت از طرف‌های دعوایم قرار دادم صحیح است و او در کلیه دعواوی و کیل او می‌باشد بنابر عمل به عموم... و کیل یا و کالت از مدعی دارد یا از مدعی علیه «اما و کیل مدعی صاحب دعوی است در ارائه دلایل و تبیین آن‌ها «سوگند دادن و درخواست حکم از حاکم و قضاوت بر علیه بدهکار و به کار بردن تمام وسایل برای اثبات ادعا و اما و کیل مدعی علیه دارای حق انکار و رسوا کردن گواهان و اقامه شاهد بر جرح آنان و درخواست از قاضی به استماع آن‌ها و تبیین اظهارات آنان و صدور حکم بر اساس آن و به طور کلی موظف است که در حد امکان در دفع دعوی کوشش کند... آیا در تفویض

۱- جواهر الکلام ج ۲۷، و اما ما تدخله الثیابه... (و استیفاء القصاص) و ان شرع للثمنی (و قبض الدیات)... و فی استیفاء الحدود مطلقاً مع حضور المستحق و غیبه و سواء كان الحد لآدمی او لله تعالی. و کذا يجوز التوكيل فی اثبات حدود الآدمین (التي هي احد حقوقهم) (اما حدود الله سبحانه) و تعالی (فلا) يجوز عند المصنف و الفاضل فی القواعد بل تحريره المنع منه مطلقاً الا فی حد القذف. لکن فی التذکره بجواز فی اثبات حد لله فضلاً عن الآدمی محتجاً بان النبي صوكل انيساً فی اثبات الحدود و استیفاءه جميعاً حيث قال له (فان اعترفت فار جمها)...

و کالت در اقامه دعوی شرط است که ماهیت شکایت بیان گردد که راجع به قتل است یا مال یا عین یا دین یا ارش جنایت یا بدل مال؟ به نظر من (صاحب تذکره) عدم اشتراط است (و بیان ماهیت دعوی و شکایت لازم نیست) بلکه عمومیت آن صحیح است...<sup>۱</sup>

۶- اللعه دمشقیه: این کتاب در خصوص مورد جز شایسته دانستن و کیل گرفتن برای اشخاص شریف و صاحب مقامات مطلب دیگری ندارد.<sup>۲</sup>

۷- الروضه البهیة... و شایسته است که افراد باشخصیت که شرافتمند و صاحبان مقامات عالی هستند در منازعات و کیل بگیرند و ناخوشایند است که خودشان دعاوی را به عهده داشته باشند چون متضمن کسر شأن و کم ارزشی آنان و گرفتاری در ناخوشایندهاست...<sup>۳</sup>

۸- تحریر الروضه: در این کتاب که شرح کتاب پیشین است نیز در ارتباط با موضوع بحث چیزی مشاهده نشد.

۹- در جلد دوم کتاب شرح کبیر نیز همان مطالبی ذکر شده که از اللعه و الروضه در بالا نقل گردید البته با بحث و توضیح بیشتر و ذکر مواردی که بعضی از معصومین سلام الله علیهم علی رغم آکراه از ورود به دعوی بتابه ضرورت خاص شخصاً در دعوی دخالت کرده اند.

۱۰- تحریر الوسیله کتاب الوکاله مسأله ۲۴: «هریک از مدعی و مدعی علیه را توکیل در خصومت و مرافعه جایز است و برای اشراف و صاحب منصبهای بزرگ مکروه است که خودشان متولی منازعه و مرافعه شوند، خصوصاً در صورتی که طرف بد زبان باشد و رضایت طرف دعوی نسبت به و کالت معتبر نیست و حق ندارد از خصومت و کیل امتناع کند.

۱- تذکره علامه ره ج ۲... الوکاله جائزه فی کل ما یصح دخول النیابه فیہ من البیع و الشراء و المحاکمه و مطالبه الحقوق ممن هی علیه و اثباتها عند عثماننا کافه... ان علیا علیه السلام و کل عقیلاً و قال ما قضی له فلی و ما قضی علیه فلی... ان الحاجه قد تدعو الی التوکیل فانه قد لا یحسن الخصومه او برتفع عنها فانه یکره للانسان ان ینشر الخصومه بنفسه بل ینبغی لذوی المروءات و اهل المناصب الجلیله التوکیل فی محاکماتهم اذا احتاجوا الیه... و اما عقوبات الادیین فیجوز التوکیل فی استیقالها فی حضور المستحق اجماعاً و اما فی غیبه فانه یجوز ذلك ایض عندنا للاصل... و یجوز التوکیل فی اثبات الحد القذف و القصاص عند الحاکم و اقامه البینه علیه عند عامه الفقهاء لانه حق لادمی فجاز التوکیل فی اثباته کسائر الحقوق... یجوز لكل واحد من المدعی و المدعی علیه التوکیل بالخصومه رضی صاحبه او لم یرض و لیس لصاحبه الامتناع من خصومه الوکیل... و یصح التوکیل فی الدعوی لان ذلك مطالبه بحق غیره فهو کالاستیفاء المال و یجوز التوکیل فی مطالبه الحقوق و اثباتها و المحاکمه فیها حاضراً کان الموکل او غائباً صحیحاً او مریضاً... و اما کالته الخاصه فهی المقصوره علی نوع من الاتواع کبیع عبد او شراء جاریه او محاکمه خصم او استیفاء دین منه و ما اشبه ذلك و لا خلاف فی جوازها... اذا وکله فی الخصومه و اطلق بان قال وکلتک لمحاصمه خصمائی فانه یصح و بصیر و کیلاً فی جمیع الخصومات عملاً بالعموم... الوکیل بالخصومه اما ان یتوکل عن المدعی او عن المدعی علیه فان کان وکیل المدعی ملک الدعوی و اقامه البینه و تعدیلها و التحلیف و طلب الحکم علی الغریم و القضاء علیه و بالجمله کل ما یقع وسیله الی اثبات و اما الوکیل عن المدعی علیه فیلزم الالکار و الطعن علی الشهود و اقامه بینه الجرح و مطالبه الحاکم بسماعها و تبیینها و الحکم بها و بالجمله علیه السعی فی الدفع ما امکن... هل یشترط فی التوکیل بالخصومه بیان ما فی الخصومه من دم او مال او عین او دین او ارش جنایه او بدل مال الاقرب عندی عدم الاشتراط بل یصح التعمیم...»

۲- اللعه دمشقیه: «... و یتحب لذوی المروءات التوکیل فی المنزعات.»

۳- الروضه البهیة: «... (و یتحب لذوی المروءات) و هم اهل الشرف و الرفعه و المروه (التوکیل فی المنزعات) و یکره ان یتولوها بانفسهم لما یتضمن من الامهات و الوقوع فیما یکره...»

وظیفه وکیل مدعی این است که نزد حاکم بر مدعی علیه تشریح دعوی نموده و اقامه بینه بر اثبات دعوی و تعدیل آن کند و منکر را قسم دهد و خواهان محکومیت طرف دعوی شود و خلاصه هر چیزی که وسیله اثبات دعوی است انجام دهد و وظیفه وکیل مدعی علیه این است که دعوی را انکار نموده و شهود را مورد طعن و خدشه قرار دهد و اقامه بینه جرح و مطالبه حاکم به شنیدن آن و حکم به آن نماید. و خلاصه باید تا جایی که ممکن است در دفع دعوی کوشش کند.<sup>۱</sup>

۱۱- وسائل الشیعه ج ۶: در جلد ششم کتاب وسائل الشیعه در باب وکالت منحصرأ روایت وجود دارد که سه روایت در ارتباط با عزل وکیل و یک روایت در خصوص طلاق و چهار روایت مربوط به ازدواج و مهریه و یک روایت ناظر به خیانت وکیل می باشد و در مورد منازعه و مخاصمه روایتی وجود ندارد.

۱۲- جامع الشتات: مجموع تعداد سؤالات و پاسخ های آن در مبحث وکالت کتاب جامع الشتات شانزده می باشد که هیچ یک آن ها ارتباطی با موضوع بحث ندارد.

۱۳- منهاج الصالحین ج ۲ مسأله ۱۲۸۷: وکیل گرفتن در دعوی جایز است و هر کدام از مدعی و مدعی علیه می توانند که شخصی را از ناحیه خود وکیل کنند اما برای صاحبان مناصب عالی شایسته نیست که شخصاً در منازعه و مرافعه شرکت کنند خصوصاً وقتی که طرف مقابل بد زبان است و رضایت طرف دعوی اعتباری ندارد و نمی تواند دعوی وکیل را مردود شمارد... وکیل در دعوی اگر از ناحیه خواهان باشد وظیفه اش شرح ادعا بر خواننده در نزد حاکم و اقامه گواهان و تبیین آن و درخواست قسم در صورت انکار و تقاضای حکم و قضاوت علیه خواننده خلاصه به کار بردن آن چه که وسیله اثبات ادعاست می باشد و اما وکیل خواننده وظیفه اش انکار و خدشه وارد آوردن بر گواهان و اقامه بینه بر جرح شهود و درخواست از حاکم بشنیدن این مطالب و صدور حکم بدان است و خلاصه این که وظیفه او تا حد امکان کوشش کردن در دفع دعوی است.<sup>۲</sup>

۱- تحریر الوسیله: کتاب الوکاله مسأله ۲۴ «يجوز التوكيل في الخصومه والمرافعه لكل من المدعى والمدعى عليه بل يكره لدوى المروآت من اهل الشرف والمناصب الجليله ان يتولوا المنازعه والمرافعه بانفسهم خصوصاً اذا كان الطرف بذى اللسان ولا يعتبر رضا صاحبه فليس له الامتناع عن خصومه الوكيل».

مسأله ۲۵ «وكيل المدعى وظيفته بث الدعوى على المدعى عليه عند الحاكم و اقامه البينه و تعديلها و تحييف المنكر و طلب الحكم على الخصم و بالجمله كل ما هو وسيله الى الاثبات و وكيل المدعى عليه وظيفته الانكار و الطعن على الشهود و اقامه البينه الجرح و مطالبه الحاكم بسماعها و الحكم بها و بالجمله عليه السعي في الدفع ما يمكن»  
۲- منهاج الصالحین ج ۲ «مسأله ۱۲۸۷: يجوز التوكيل في الخصومه و المرافعه فيجوز لكل من المدعى و المدعى عليه ان يوكل شخصاً عن نفسه بل يكره لدوى المروآت ان يتولو المنازعه و المرافعه بانفسهم خصوصاً اذا كان الطرف بذى اللسان و لا يعتبر رضا صاحبه فليس له الامتناع عن خصومه الوكيل... مسأله ۱۲۸۹: الوكيل في المرافعه ان كان وكيلا عن المدعى وظيفته بث الدعوى على المدعى عليه عند الحاكم و اقامه البينه و تعديلها و طلب التحييف المنكر و الحكم على الخصم و القضاء عليه و بالجمله كل ما يقع وسيله الى الاثبات و اما الوكيل عن المدعى عليه فوظيفته الانكار و الطعن على الشهود و اقامه البينه الجرح و مطالبه الحاكم بسماعها و الحكم بها و بالجمله عليه السعي فالدفع ما يمكن».

آنچه که از عبارات منقول از منابع فقهی مورد تحقیق مستفاد می‌گردد عبارت‌اند از:

**الف-** هر چند کلمات مخاصمه، منازعه، مرافعه و محاكمه از حیث معنای لغوی با یکدیگر تفاوت دارند ولی در کتب فقهی تمام آن‌ها به صورت مترادف و در معنای واحد (رجوع به قاضی و طرح دعوی نزد او) به کار برده شده است.

**ب-** یکی از موضوعاتی که در کلیه آن منابع متفق علیه است (ناپسند و مکروه دانستن دخالت افراد با شخصیت ویژه در دعاوی و بایسته شمردن انتخاب وکیل از سوی ایشان می‌باشد...).

**پ-** آنچه که از موارد قابل توکیل در امور جزایی در کتاب‌های شرایع، مسالک، جواهر و تذکره مشترک است عبارت‌اند از اجرای قصاص، گرفتن دیات، اجرای حق الناس، اجرای حق الله و اثبات حد در حق الناس که چهار مورد اول از مصادیق وکالت در اجرای احکام کیفری است و در تمام آن موارد وکالت‌دهنده جز شاکی و مجنی علیه کس دیگری نمی‌تواند باشد.

**ت-** ممنوعیت تفویض وکالت جهت اثبات حق الله (که در واقع به معنای اقامه شکایت توسط وکیل به وکالت از ناحیه شاکی است) مورد اتفاق مصنفین شرایع، مسالک و جواهر، هم چنین علامه (ره) در کتاب قواعد می‌باشد.

**ث-** تجویز تفویض وکالت در جواهر و تذکره در مورد اثبات حد قذف توسط شاکی بدین علت است که جرایمی مانند قذف و سرفقت واجد هر دو جنبه حق الله و حق الناس می‌باشند.

**ج-** شیخ طوسی (ره) در کتاب النهايه نیز توکیل در حدود را به لحاظ این که اقتضای آن اقرار است از موارد قابل توکیل استثنا نموده است.

**چ-** هر چند در منابع فقهی کلمات دعوی، خصومت، مرافعه و محاكمه برای دعاوی سدنی و کیفری یکسان به کار برده شده است معذک در هیچ کدام از منابع مورد تحقیق اعم از متقدمین و متأخرین مورد یا مواردی که دلالت بر تفویض وکالت از طرف متهم به جرایم مشمول حدود و قصاص داشته باشد بدست نیامد.

**ح-** مؤید مطلب اخیر مندرجات جلد دوم تذکره است که در مقایسه با سایر منابع مورد تحقیق، با وجود شرح و بسطی که در این کتاب در اطراف عقد وکالت خصوصاً در موضوع مخاصمه و محاكمه داده شده و در کتب دیگر کمتر نظیر دارد نیز هیچ گونه مطلبی که مثبت تفویض وکالت از ناحیه متهم باشد ملاحظه نگردید.

**خ-** از نظر فقهی در تعریف حق الناس گفته شده است که از امور توافقی بوده و افراد برای مطالبه آن بایستی طرح دعوی کنند ولی حق الله از امور حسی بوده و رسیدگی نسبت به آن موقوف به طرح دعوی از طرف افراد نیست. و بر همین اساس است که ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مقرر داشته است که «تعقیب متهم و مجرم از جهت جنبه حق‌اللهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی برابر ضوابط قانونی به‌عهده رئیس حوزه قضایی می‌باشد و از جهت جنبه خصوصی با تقاضای شاکی شروع می‌شود». و بند «الف» ماده ۳ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و



انقلاب مصوب ۱۳۸۱ نیز کشف جرم، تعقیب متهم به جرم، اقامه دعوی از جنبه حق‌اللهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی، اجرای حکم و رسیدگی به امور حسبه به عهده دادستان قرار داده شده است. لذا با فرض توافقی ندانستن موضوعات حدود و قصاص بحث در باره امکان توکیل از ناحیه متهم در امور حسبه منتفی است.

د- با امعان نظر و مقایسه در وظایفی که برای **وکیل مدعی** و **وکیل مدعی علیه** در تذکره و تحریر الوسیله و منهاج الصالحین تعیین گردیده است کاملاً مشخص است که موارد مذکور مختص دعاوی مدنی است.

ذ- کاربردهای متفاوت ادله اثبات دعوی در دعاوی مدنی و کیفری نیز دلیل متقنی بر توافقی نبودن مسائل کیفری از نظر فقه می‌باشد. چون علم قاضی در اثبات زنا، سرقت، قتل و لواط مؤثر بوده و حدیث الینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه در دعاوی مدنی کاملاً رعایت می‌شود در مورد قتل جاری نمی‌باشد و در صحیحی ابی بصیر آمده است که «... ان الله حکم فی دمائکم بغیر ما حکم به فی اموالکم»<sup>۱</sup>.

نتیجه آن که دلیل و مستندی که دال بر **مجاز یا معمول** بودن انتخاب وکیل توسط متهم به امر جزایی باشد وجود ندارد.

از آنجایی که تحلیل و بررسی مبحث وکالت از این منظر مسبق به سابقه نیست و از طرف دیگر پشتوانه استنتاج و برداشت مذکور در بالا که در تعارض با ذهنیت موجود است دلایلی است که از منابع معتبر به دست آمده، بنابراین رد و نقضی در خور اعتنا تواند بود که مستند و مستدل باشد. معذک به لحاظ **اختلاف در نحوه استفاده** از عقد وکالت به نحوی که در متون فقهی مندرج است با آنچه که در حال حاضر معمول به است، به نظر می‌رسد **مقایسه بین موضوع وکالت و شرایط وکیل** در گذشته و حال در تبیین مطلب مؤثر باشد.

متون روایات و مسائل و فروعات و پرسش و پاسخ‌های منعکس در کتب فقهی در باب وکالت گویای این واقعیت است که در استفاده از عقد وکالت به معنای عام **غلبه** با موضوعاتی از قبیل بیع، ازدواج، طلاق، گرفتن مهریه، دریافت طلب و مانند آن‌هاست و **شرایط وکیل بلوغ و عقل و قصد و اختیار**<sup>۲</sup> می‌باشد. ولی نکته قابل توجه این که به مستفاد از عبارات منقول از کتاب تذکره مندرج در صفحه ۵ در خصوص تفویض وکالت جهت محاکمه و مرافعه محدودیت‌هایی وجود داشته. چون به نظر بعضی از فقها توکیل در صورتی جایز است که موکل به لحاظ بیماری یا در سفر بودن قادر به حضور نباشد و بعضی هم آن را منوط به رضایت طرف دعوی کرده‌اند که هیچ‌یک از موارد مذکور انطباق و تجانس با عقد وکالت به معنای خاص یعنی وکالت در دادگستری که تأسیسی جدید با احکام و قواعد مخصوص است ندارد.

ماحصل کلام آن که مندرجات کتب فقهی در باب وکالت به **وکالت از مستهم به امر جزایی قسری ندارد** و این نتیجه‌گیری و برداشت در راستای آموزه‌های دینی و اخلاقی است

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، صص ۱۴ و ۱۱۵.  
۲- تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۶۹.

که در ادامه بحث بدان پرداخته خواهد شد ضمناً چون سنگ زیرینای این سلسله مقالات (موکل بزهکار) بوده لازم به ذکر است که عبارت «متهم به امر جزایی» به معنای دقیق حقوقی آن به کار نرفته و منظور از آن موکل مجرم است که بزهکاری او بنا به جهات و دلایلی از همان ابتدا محرز بوده یا در جریان دادرسی معلوم گردیده است و الا ضرورت دفاع از کسی که به ناحق در معرض اتهام قرار گرفته است از بدیهیات عقلی است.

به طوری که در ابتدای مقاله گفته شد آن چه که دامنه بحث را به این سمت و سو سوق داد مقاله وظیفه و کیل مدافع بود که در سه صفحه متوالی بیش از ۳۰ مرتبه (موازین فقهی و مبانی شرعی) مورد استشهد قرار گرفته بود ناگفته پیداست که نتیجه حاصله از بررسی، باعث زودده شدن آن صیغه شرعی تصویری است که سالهاست و کالت در امر جزایی را در هاله‌ای از ابهام فرو برده و مسائل و مشکلات فراوانی را باعث شده است.

بنابه مراتب دیگر نمی‌توان با تمسک به مبانی فقهی و دست‌آویز قرار دادن (غیبه و مصلحت) موکل آن‌هم بدون حد و مرز و تحت عنوان **حق دفاع** در رهایی موکل بزهکار از مجازات هر اقدامی را مباح و هر ناروایی را روا دانست و بر آن‌ها برچسب مشروعیت زد و توقع اجر دنیوی و پاداش اخروی هم داشت. بدیهی است این طرز تفکر و بینش مستلزم **فراموش کردن دستورات قرآنی** است دائر بر عدم اعانت بر گناه و ستمکاری<sup>۱</sup> و **دفاع نکردن از خیانت کاران**<sup>۲</sup> و عمل نکردن به توصیه‌های اخلاقی ناظر بر اموری که و کالت در آن‌ها جایز است «اما مزد و کیل قاضی حلال بود به شرط آن که و کیلی کسی نکند که **داند میطل** است بلکه باید که و کیل قاضی **محق** باشد که داند حق است یا نداند که میطل است به شرط آن که دروغ نگوید و تلبیس نکند و قصد پوشیدن حق نکند بلکه قصد دفع باطل کند پس چون **حق پیدا آمد خاموش باشد**. اما انکار چیزی که اگر اقرار دهد حقی باطل خواهد شد روا بود»<sup>۳</sup> و همچنین چشم بستن بر آن چه که در متن سوگندنامه در آغاز فعالیت بدان‌ها ملتزم گردیده است منجمله پای‌بندی به عدالت، احقاق حق، راستی، درستی و مدافع از حق بودن.

متأسفانه در نظر بعضی از همکاران، **حق دفاع** به معنای تحصیل حکم برائت است و بر این اساس با تصور وجود مجوز شرعی و نامحدود دانستن **مصلحت موکل** و با این توجیه که و کیل با عقد و کالت وقت و علم، هنر و دانش حقوقی و و کالتی خود را با موکل **معامله** و در اختیار او قرار می‌دهد و نباید از قالب موکل خارج شود. و کیل را مجاز و مختار به هر اقدامی می‌دانند ولو به قیمت قربانی کردن عدالت، احقاق حق، راستی و مدافع از حق بودن. چون در نظر اینان **مصلحت موکل و جواز شرعی بالاتر از این هاست!** بدیهی است این دیدگاه افراطی است که از یک طرف در تعارض با خدمات صادقانه و ارزشمند آن دسته از وکلایی است که با جان و دل این شغل شریف را با تمام ابعادش قبول دارند و کلیه ضوابط و شرایط و الزامات آن را کماهو حقه رعایت می‌کنند و اعمال **حق دفاع** را در مسیری پیش می‌برند که با

۱- (ولا تعاون علی الاثم و العذون) فرازی از آیه ۲ سوره مبارکه مائده.

۲- (ولا تکنن للکائناتین خصیماً) فرازی از آیه ۱۰۵ سوره مبارکه نساء، ر.ک: خبرنامه ش ۳۳، ص ۸۷.

۳- غزالی، امام محمد، **کیمیای سعادت**، ج اول، صص ۳۴۱ و ۳۴۲.

حق و حقیقت همسو باشد و از طرف دیگر ذهنیت جامعه را نسبت به این حرفه مقدس مشوب می‌سازند و سهم عمده‌ای در بدبین کردن مردم به امر وکالت دارند. در این جا نقل خاطره‌ای بی‌مناسبت نیست. حدود سال‌های ۵۱ و ۵۲ که تصدی دادگاه بخش مستقل یکی از شهرستان‌های جنوب فارس را به عهده داشتم در جلسه رسیدگی به پرونده‌ای حقوقی با خواسته‌ای بالنسبه سنگین با وجودی که خواهان وکیل داشت، خواننده دعوی که زنی روستایی و بی‌سواد بود شخصاً حاضر و با ارائه کیسه‌ای مملو از سند و مدرک فاقد نظم و ترتیب و اظهاراتی آشفته و نارسا ادعای خواهان را تکذیب کرد. به لحاظ اهمیت موضوع و ناتوانی‌اش در دفاع با آن همه مدارک، علت عدم انتخاب وکیل را جویا شدم پاسخ آن زن روستایی هنوز در گوش‌هایم زنگ می‌زند که گفت: آن که حق ندارد باید وکیل بگیرد من حق دارم، نیازی به وکیل نیست.

### نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

هرچند محتمل است که نتیجه به دست آمده مورد قبول همگان واقع نشود معذک تا ارائه دلیل معارض می‌توان گفت که:

**اولاً-** نتیجه مهم این بررسی تقدس‌زدایی و زدودن هرگونه پیرایه عاریتی از وکالت در امور جزایی و سوق دادن آن در مسیر منطقی و قانونی است که با واقع بینی و دستیاری ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون حقوق بشر و رعایت قواعد و اصول حاکم بر موضوع و استفاده از حق دفاع به دور از افراط و تفریط و هدایت روند رسیدگی به سوی دادرسی عادلانه و منصفانه حتی در باره موکل گناهکار دور از دسترس نیست.

**ثانیاً-** بهره دیگر، تبیین این مطلب اساسی است که متأسفانه در باور عموم نتیجه مراجعه هر مجرم به وکیل به جز تحصیل حکم برائت چیز دیگری نیست و تأسف بار تر رفتار آن دسته از وکلایست که با تمسک خارج از قاعده به حق دفاع طوری عمل کرده‌اند که گویا معنای واقعی حق دفاع برائت است و خواسته یا ناخواسته به آن ذهنیت معلول عینیت بخشیده و خود باعث به رجود آمدن آن مسائل و مشکلاتی شده‌اند که بعضاً در مقالات مرتبط با بحث به آن‌ها اشاره شده است. بنابه مراتب راه برون رفت از این تنگناها منحصرأ در گرو حذف معنای (جملی و تصویری) برائت از عبارت حق دفاع است. بدین ترتیب:

**الف-** می‌توان با فراغ بال به توصیه مرحوم کاظم آل رسول در قبول وکالت از کسی که جرم مسلمی دارد عمل نمود. (محمود قدوسی، ش ۱۹، ص ۲)

**ب-** احتمال دست رد زدن به سینه کسی که مستحق داشتن وکیل است از بین خواهد رفت. (سید جمال الدین حسینی، ش ۲۲، ص ۱۵)

**پ-** وکیلی که خود شاهد وقوع سرقتی بوده و غفلتاً وکیل همان سارق در جهت حکم برائت می‌گردد پس از احراز واقعیت، چنانچه موکل راضی به استغفای او نباشد دایره

دفاع می‌تواند در اطراف معاذیر قانونی یا کیفیات مخففه و امثال آن باشد نه چیز دیگر  
(دکتر شمس‌الدین محمد سید طباطبایی، ش ۲۵، ص ۷)  
ت- در خصوص وظیفه آن و کیل تسخیری در قبال اقرار قبلی موکل در پرونده، چنانچه  
دلایلی بر فساد اقرار نباشد دفاع می‌تواند در محدوده ایراد به صلاحیت دادگاه طرز  
تنظیم کیفرخواست قابل قبول نبودن دلایل یا عدم کفایت ادله باشد (محمود قوسی،  
ش ۲۷، ص ۱۶) والسلام. ■

### منابع و مأخذ

- ۱- محمد بن الحسن، ابی جعفر (شیخ طوسی)، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، انتشارات دانشگاه تهران، در سه مجلد با ترجمه فارسی به کوشش محمد تقی دانش پژوه.
- ۲- امینی، علی‌رضا، آینی، سیدمحمد رضا، *تحریرالروضه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، چاپ سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۳- موسوی خمینی، امام روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد سوم، انتشارات اسلامی.
- ۴- علامه حلی، *تذکره الفقها*، چاپ سنگی، جلد دوم.
- ۵- جیلانی، حاج میرزا ابوالقاسم، معروف به میرزای قمی، *جامع الثنات*، چاپ سنگی.
- ۶- نجفی، شیخ محمد حسن، معروف به صاحب جواهر، *جواهر الکلام*، چاپ اسلامی، ج ۲۷.
- ۷- ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر ابن حسن (محقق حلی)، *شرایع الاحکام*، چاپ سنگی.
- ۸- سید علی ابن محمد علی الطباطبایی، *شرح کبیر*، جلد ۲ چاپ سنگی.
- ۹- زین‌الدین بن علی، مشهور به شهید ثانی، *الروضه البیبه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، الجزء ثالث، چاپ بیروت.
- ۱۰- مکی، محمد ابن جمال الدین، معروف به شهید اول، *اللمعه الدمشقیه*.
- ۱۱- زین‌الدین بن علی مشهور به شهید ثانی، *مسالك الافهام*، چاپ سنگی.
- ۱۲- الحسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، جلد دوم.
- ۱۳- شیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، *وسائل الشیعه*، جلد ششم و جلد نوزدهم.
- ۱۴- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *۱۵ ایره المعارف علوم اسلامی*، چاپ گنج دانش.
- ۱۵- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ گنج دانش.
- ۱۶- دکتر کاتبی، حسینقلی، وکالت، چاپ سازمان چاپ و پخش کتاب، ۱۳۵۷.

# مقایسه مصادیق معاونت در جرم در حقوق کیفری ایران و انگلستان



شاپور محمد حسینی\*

## چکیده

همانند سایر جرایم دیگر، مجازات نمودن اشخاص به عنوان معاون جرم، مستلزم وجود مسؤولیت کیفری و اثبات ارکان سه گانه جرم می باشد. علاوه بر وجود این ارکان، برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم نیز شرط است. اما به نظر می رسد ضرورت وجود این شرایط نباید موجب این تصور شود که عمل معاونت در جرم و یا مجازات آن مستقل نمی باشد، بلکه معاونت در جرم اسباب جداگانه و ارکان مستقلی دارد. با این وجود احراز این ارکان و شرایط و یا تردید در لزوم یا عدم وجود رابطه سببیت یا علیت بین عمل معاون و جرم مباشر و ضرورت ارتکاب جرم مباشر برای مجازات نمودن معاون موجب دشواری هایی برای تعیین محدوده رفتار مادی معاون می شود و این پرسش را ایجاد می کند که چه میزان رفتار از یک فرد شامل مصادیق قانونی معاونت در جرم خواهد شد؟

پاسخ به این پرسش یکی از مباحث مهم و در عین حال تا حدودی پیچیده در حقوق کیفری انگلستان می باشد. به نظر می رسد با توجه به شباهت قواعد و مصادیق معاونت در جرم در حقوق کیفری انگلستان با حقوق کیفری ایران و با بررسی این شباهت ها و تفاوت ها در این دو نظام حقوقی کیفری، بتوان مفهوم مبهم برخی این مصادیق و نیز میزان رفتار لازم معاون در جرم را تا حدودی روشن نمود.

واژگان کلیدی: معاون جرم، مصادیق معاونت، مباشر.

## مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تعریفی از معاونت در جرم ارائه نکرده است اما ماده ۴۳ این قانون با احصای مصادیق معاونت در جرم، مفهوم آن را تا حدودی روشن نموده است.

\* دانشجوی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات خوزستان، گرایش جزا و جرم شناسی.

بندهای سه گانه ماده ۴۳ این قانون مصادیق معاونت در جرم می باشد که در بر دارنده مفهومی از رکن روانی و تعیین کننده رکن مادی آن می باشد. این شیوه احصای مصادیق، همانند بیان مصادیق معاونت در جرم در حقوق کیفری انگلستان می باشد که مصادیق آن به موجب بخش هشت قانون معاونان و محرکان جرم، مصوب ۱۸۶۱ شامل کمک کردن (Aiding)، تحریک کردن (Abetting)، مشورت دادن (Counselling) و تدارک دیدن زمینه وقوع جرم (Procuring) می باشد.<sup>۱</sup> برای این که محاکم کیفری کشور انگلستان بتوانند فردی را محکوم به مجازات به عنوان معاون جرم بنمایند تعیین و تطبیق یکی از این مصادیق با رفتار معاون و ذکر آن در احکام صادره ضرورت دارد. بر این اساس در پرونده کلارکسون در سال ۱۹۷۱ رفتار کسانی که در واقع نظاره گر یک صحنه تجاوز جنسی در اتاقی در یک پادگان بودند به علت خروج از مصادیق معاونت در جرم قابل مجازات تشخیص داده نشد. به علاوه این موضوع نشان دهنده ضرورت وجود یک فعل مثبت در بیشتر موارد در معاونت در جرم در این نظام حقوقی می باشد.

مفهوم مصادیق معاونت در جرم و اهمیت تطبیق عمل معاون با یکی از این مصادیق قانونی در آرای مختلف سالیان گذشته شعب دیوان عالی کشور ما نیز مورد تأیید قرار گرفته است و اشاره به این دارد که دادگاهها باید نحوه معاونت را تعیین نمایند. رفتار معاون جرم باید قابل انطباق با یکی از مصادیق قانونی معاونت در جرم باشد. اما آنچه را که به عنوان احراز وجود رابطه علیت و یا عدم ضرورت این رابطه بین عمل معاون و جرم مباشر مطرح می کنند موجب افزایش پیچیدگی مسائل مربوط به تعیین مصداق معاونت در جرم و میزان رفتار معاون گردیده است. مفهوم مصادیق معاونت در جرم و بررسی تعیین محدوده رفتاری معاون به همراه نقش رابطه سببیت در دو نظام حقوق کیفری، موضوع بحث در این مقاله می باشد که به آن طی دو مبحث اشاره خواهیم کرد. در مبحث نخست مصادیقی از معاونت در جرم، که بر رکن روانی مباشر تأثیر گذار می باشند (مانند تحریک و مصادیق مشابه)، مورد بررسی قرار می گیرند و در مبحث بعدی مصادیقی که ملموس تر و در رکن مادی جرم مباشر به طور آشکارتر تأثیر گذار می باشند، یعنی ارائه طریق ارتکاب جرم و تهیه وسیله ارتکاب جرم و تسهیل وقوع جرم، مورد بررسی قرار گرفته اند.

**مبحث نخست - تحریک و مصادیق مشابه (مصادیق نزدیک و مرتبط به رکن روانی مباشر)**

در بند نخست ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی مصادیق تقریباً مشابهی از معاونت در جرم بیان گردیده است. در این قسمت از ماده می خوانیم که: «...۱- هر کس دیگری را تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیله دسیسه و فریب و نیرنگ موجب

۱- این بخش از قانون کیفری انگلستان مقرر می دارد: «هر شخصی که در ارتکاب یکی از جرائم قابل کیفرخواست به دیگری کمک کرده یا به ارتکاب آن تحریک نموده و یا به او مشاوره داده، یا وقوع آن جرم را تسهیل کرده باشد، اعم از آن که جرم مورد نظر از جرائم مبتنی بر حقوق عرفی و یا جرائم مبتنی بر قانون موضوعه باشد به مانند یک مجرم اصلی تحت تعقیب، محاکمه و مجازات قرار خواهد گرفت.»

وقوع جرم شود... « معاون جرم محسوب می‌گردد. نخست باید به این نکته اشاره شود که تفکیک مصادیق معاونت در جرم توسط قانونگذار در سه بند جداگانه نمی‌تواند عملی بیهوده باشد، بلکه قانونگذار با توجه به تفاوت در ماهیت و نوع این مصادیق، آن‌ها را در چند بند مجزا آورده است. مصادیق تحریک و نظایر آن بدون ذکر قید عالماً و عامداً ذکر شده‌اند و لذا به نظر می‌رسد که به صرف ارتکاب اعمال و رفتاری که تحریک‌آمیز باشند علم و عمد را در خود نهفته دارند و نیاز به اثبات عنصر علم و عمد در آن‌ها نیست. مصادیق مذکور صرف‌نظر از این که با رفتار و یا گفتار مادی و یا معنوی محقق شوند، تأثیر آن‌ها بر روی شخصیت روانی مباشر می‌باشد و یا به عبارتی دیگر محل اثر آن‌ها در اندیشه مباشر جرم است. به این منظور که تحریک یا ترغیب و یا تهدید و یا تطمیع حتماً در تقابل با فرد مباشر صورت می‌گیرند و دست کم باید امکان دریافت و یا فهم منظور معاون توسط مباشر وجود داشته باشد. ضرورت وجود این رابطه در حقوق کیفری انگلستان تحت عنوان ارتباط روانی بین همدست و مباشر مورد تأکید قرار گرفته است<sup>۱</sup> و یک ارتباطی بین معاون و مباشر جرم که آگاهی از قصد و انگیزه ایجاد می‌کند برقرار می‌شود.<sup>۲</sup>

در نظام حقوق کیفری انگلستان دو مصداق تقریباً معادل، برای تحریک بیان شده است که مشابه با چهار مصداق نخست ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ایران می‌باشند. با این توضیح که گاهی تحریک همزمان با ارتکاب جرم و در صحنه وقوع جرم صورت می‌گیرد که آن را با یک واژه و یا یک مصداق تعیین می‌کنند (Abetting) و اگر تحریک قبل و یا خارج از صحنه وقوع جرم صورت پذیرد از مصداق و یا واژه مشاوره دادن استفاده می‌کنند (Counselling).<sup>۳</sup> البته بر خلاف این تقسیم‌بندی در گذشته در دادگاه‌های کشور انگلستان احکام متفاوتی صادر گردیده است. مثلاً در دعوی گمبل در سال ۱۹۵۹ بر خلاف این تقسیم‌بندی حکم صادر شده است. به موجب این پرونده، متصدی باسکول مجتمع ذغال سنگ، با دادن اجازه و قبض خروج برای کامیون حاوی بار اضافی در بزرگراه عمومی، به عنوان تحریک کننده و کمک کننده به مباشر جرم (رانندگی یا حمل بار اضافی)، محکوم گردید. در واقع چون عمل معاون مقارن یا همزمان با وقوع جرم مباشر و در صحنه وقوع جرم نبود می‌بایست مشاوره در جرم تلقی می‌گردید نه تحریک به آن. با این حال اکنون محاکم انگلستان به این تقسیم‌بندی پای‌بند می‌باشند.<sup>۴</sup>

ویژگی مشترک مصادیق تحریک در هر دو نظام حقوقی کیفری ایران و انگلستان به گونه‌ای است که معاون ضمن انجام این مصادیق، اثر آن‌ها را مستقیماً متوجه خود شخص مباشر و یا رکن روانی جرم او می‌نماید و هیچ‌گونه اثر مادی یا ردی از این اعمال در رکن مادی مباشر پیدا نمی‌شود. در حالی که عمل معاون در مصادیقی چون ارائه طریق ارتکاب جرم، تهیه وسیله ارتکاب جرم و تسهیل وقوع جرم ارتباط نزدیک‌تری با رکن مادی جرم مباشر دارند و اثر این مصادیق در وقوع جرم هویدا می‌باشد.

1- Consensus.

2- Heaton, Russel, Criminal Law, Thomson press, USA, 2005, p425.

3- Ashworth, Andrew, principles of Criminal law, 2ed, Oxford university press, p362.

4- Herring, Jonathan, Criminal Law, 2ed, Oxford university, Press London, p826.



ویژگی‌های تحریک به‌طور کلی شامل صریح بودن، فردی بودن و مؤثر بودن<sup>۱</sup> آن می‌باشد که صریح بودن تحریک همان حالت و یا وصفی است که در ظاهر افعال و کلمات آشکار می‌باشد و مباشر را به آگاه شدن از انگیزه و یا قصد معاون رهنمون می‌سازد. فردی بودن تحریک به معنی شخص معین و یا افرادی غیر معین از یک جمع معین را تحریک نمودن، می‌باشد. مؤثر بودن تحریک به مفهوم تحریک آمیز بودن و قابلیت آگاه شدن مباشر از قصد و انگیزه معاون است و به نظر می‌رسد که دلالت بر وجود رابطه علیت بین عمل معاون و مباشر نمی‌نماید و اثبات آن رابطه‌ای که در جرایم مقید معمول است در معاونت به وسیله تحریک و مصادیق مشابه تقریباً غیرممکن است. در همین راستا در حقوق کیفری انگلستان پرونده معروف کالهام<sup>۲</sup> (سال ۱۹۸۵) قابل اشاره است که محدوده رفتاری معاون و ضرورت یا عدم ضرورت رابطه علیت بین رفتار معاون و جرم مباشر را روشن می‌نماید.

در این پرونده خانم کاتلن کالهام با پرداخت مبلغی پول به آقای ژولین زاجاک، وی را برای کشتن خانم شرلی رندل، معشوقه وکیل خود، به خدمت گرفت. وی از همان ابتدا ادعا کرد که به هیچ وجه قصد کشتن ایشان را نداشت و در زمانی که با مقتول مواجه شد بر اثر جیب زدن‌های او کنترل خود را از دست داده و او را به قتل رساند. لذا خانم کالهام بر اساس این گفته‌های آقای زاجاک، استدلال نمود که مشورت دادن او علت اساسی و مؤثر در قتل خانم شرلی رندل نبوده است، بلکه قتل در اثر برآشفستگی و خشم آقای زاجاک صورت گرفته است. اما در رأی صادره استدلال شد که احراز رابطه علیت همانند پرونده‌ها مربوط به «تدارک دیدن زمینه وقوع جرم»<sup>۳</sup> در پرونده‌ها مربوط به مشورت دادن لازم نیست و تنها باید جرم نهایی در محدوده تقاضا یا درخواست مشاوره دهنده قرار گیرد. لذا اگر مباشر در جریانات یک شورش، شخص ناشناسی را بکشد و بعد معلوم شود که همان شخصی است که برای کشتن او تحریک شده بود چون این قتل در محدوده درخواست معاون نیست، محکومیتی برای معاون این جرم وجود ندارد.<sup>۴</sup>

این پرونده که مصداق تطمیع در حقوق کیفری ایران می‌باشد مشخص کننده مطالب مهم و اساسی در حقوق کیفری انگلستان می‌باشد. اما باید خاطر نشان ساخت که مصادیق تطمیع، ترغیب و تهدید، عناوین خاص تحریک می‌باشند با این تفاوت که در این سه مصداق بسته به این که چه نوع حسی را برانگیخته سازد، یک نام ویژه برای آن در قانون ذکر شده است. لذا اگر به موجب اعمالی حس ترس در افراد برانگیخته شود به آن عمل تهدید گویند و اگر حس آز افراد را برانگیخته نمایند به آن اعمال تطمیع گفته می‌شود. اما شاید در تفاوت تحریک و ترغیب این گونه بتوان گفت که در جایی که حالت برانگیختگی شدیدی صورت بگیرد به طوری که فرد را فوری به حرکت وادارد به آن تحریک می‌گویند و در این مصداق غرایز سرکش آدمی مورد نظر قرار می‌گیرد و همچنین شاید نتایج حاصل از جرمی که در پی تحریک واقع

۱- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، جلنخت، چاپ، دوازدهم، تهران، سال ۱۳۸۵، ص ۴۲.  
2- Kathleen, Calhaem (1985).

۳- در این مصداق، که یکی از مصادیق معاونت در جرم در حقوق کیفری انگلستان می‌باشد، وجود رابطه علیت بین عمل معاون و جرم مباشر ضرورت دارد که در مطالب بعد به آن اشاره خواهد شد.

4- Herring, Jonathon, op, cit, p822.

می‌شود شدیدتر باشد اما آن‌جایی که حالت برانگیختگی کمتر بوده و از مصادیق خاصی مانند تهدید و تطمیع هم نباشد به آن ترغیب گفته می‌شود. با این وجود امکان این که یک نفر معاونت در رفتاری نماید که شامل چند مصداق باشد هم وجود دارد.

به هر حال به نظر می‌رسد رفتار فیزیکی تحریک به جرم می‌تواند شامل هرگونه کردار و گفتاری باشد که تحریک‌آمیز باشد. در حقوق کیفری انگلستان شامل یک کشیدن دست نوازش بر پشت مرتکب و یا تکان دادن سر به علامت تأیید هم می‌تواند باشد (پرونده گیانتو ۱۹۷۷) و یا ممکن است شامل کف زدن، هورا کشیدن و یا جیغ زدن و دیگر رفتارهای قابل انجام با سایر اعضای بدن باشد.<sup>۱</sup>

در ادامه مقایسه این مصادیق باید اشاره شود که شیوه نگارش بند نخست ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی تفاوتی را بین «تحریک و مصادیق مشابه» با «دسیسه و فریب و نیرنگ» ایجاد نموده است. با این توضیح که مصادیق نخست همان‌گونه که گفته شد در تقابل با فرد مباشر صورت می‌گیرند اما اثر مستقیم دسیسه و فریب و نیرنگ هم می‌تواند متوجه مباشر باشد و هم می‌تواند متوجه مجنی علیه و یا حتی متوجه هر دو باشد.

اگر اثر این اعمال متوجه مستقیم هیچ‌کدام نباشد به آن دسیسه گفته می‌شود. از طرفی دیگر، شیوه نگارش بند نخست ماده ۴۳ هم به صراحت بیان می‌کند که این مصادیق‌ها قسمت دوم بند نخست ماده ۴۳ باید «موجب» وقوع جرم شوند، لذا آن چیزی که اهمیت دارد تأثیر این اعمال (دسیسه و فریب) در وقوع جرم است نه تأثیر مستقیم آن‌ها در قصد معاون و یا تغییر حالت درونی وی.

همچنین در نتیجه عدم تفکیک صحیح بین اثر مصادیق در بند نخست با بند سوم ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی، یعنی تسهیل وقوع جرم، برخی را در تشخیص دقیق مصداق و تطبیق با مورد قانونی به اشتباه می‌اندازد. در حالی که در تسهیل وقوع جرم همان‌گونه که اشاره خواهد شد، عمل معاون از مرز مقدمات دور جرم هم گذشته و نزدیک به جرم است و در برخی موارد در مرز میان شرکت و معاونت در جرم قرار می‌گیرد. در این مصداق عمل معاون، تأثیر مادی در نتیجه وقوع جرم، توسط مباشر، دارد و آن عمل در رکن مادی مباشر پیدا و خود را به نتیجه جرم متصل می‌نماید. اما دسیسه و فریب و نیرنگ موجب ارتکاب جرم از طریق مقدمات دور جرم می‌باشد و اثر عمل در رکن مادی جرم هویدا نیست در واقع یک نوع زمینه برای شروع قصد مجرمانه مباشر یا فعل وی است. مانند این که با فریب صورت گرفته توسط معاون، زمینه ملاقات دو نفر را که امکان ارتکاب جرم نسبت به همدیگر را دارند فراهم شود، بدون این که در رکن مادی و یا اجرای آن دخالتی مستقیم شود. همچنین به نظر برخی از نویسندگان حقوقی، تدارک دیدن زمینه وقوع جرم در حقوق کیفری انگلستان معادل دسیسه و فریب و نیرنگ در حقوق کیفری ایران می‌باشد<sup>۲</sup> اما شاید اطلاق کمک کردن بر آن شایسته‌تر باشد چرا که خواهیم گفت در تدارک دیدن زمینه وقوع جرم، وجود یک رابطه علیت بین عمل معاون

1- Ibid.

۲- طاهری نسب، سید یزدان‌الله، رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان، نشر دادگستر، چاپ نخست، تهران، سال ۱۳۸۸، ص ۴۹۲.

و مباشر لازم است اما در کمک کردن احراز چنین رابطه‌ای لازم نیست و در واقع تدارک دیدن وقوع جرم در حقوق کیفری انگلستان معمولاً دارای وصف دسیسه می‌باشد اما به معنای داشتن تطبیق کامل این دو مصداق نمی‌باشد. در برخی موارد در دسیسه و فریب و نیرنگ باید دقت نمود که فریب اشخاص ممکن است در وهله نخست منجر به تحریک و یا ترغیب شده و سپس از این طریق جرم واقع شود. مثلاً فردی (معاون جرم) شخص دیگری را (مجنی علیه) می‌فریبد و این امر موجب می‌شود که این شخص (مجنی علیه) با رفتار و گفتار خود که تحریک‌آمیز بوده، مباشر را به ارتکاب جرمی بر علیه خود (مجنی علیه) ترغیب و یا تحریک نماید. اما مشاهده می‌شود که در ضمن انجام فریب و نیرنگ توسط معاون، تحریک توسط خود مجنی علیه صورت می‌گیرد و این تحریک یا ترغیب با تحریک ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی تفاوت دارد. این نوع تحریک، متفاوت با تحریک به عنوان معاونت در جرم است و از موجبات تخفیف مجازات به موجب ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

لازم به ذکر است که در حقوق کیفری انگلستان تحریک به جرم به موجب قانون خاص، صرف‌نظر از وقوع فعل مجرمانه مباشر، به صورت مستقل، جرم و قابل مجازات می‌باشد. مانند پرونده فیتس موریس<sup>۱</sup> (۱۹۸۳) که در آن متهم محکوم به جرم تحریک به واسطه پیشنهاد به همراه پاداش با وعده گردید، بدون این که شخص تحریک شده جرم مورد نظر را انجام داده باشد.<sup>۲</sup> این در حالی است که در حقوق کیفری ایران در پاره‌ای موارد خاص و آن‌هم بیشتر در جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی مانند تحریک مردم به قتل و کشتار (موضوع ماده ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی) تحریک به جرم، به عنوان معاونت خاص به صورت جرمی مجزا و مستقل ذکر گردیده است. (همچنین ماده ۲۱ قانون جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، ماده ۲۵ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ از این قبیل است).

#### مبحث دوم- مصادیق نزدیک و مرتبط به رکن مادی جرم مباشر

در بند دوم و سوم ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی مصادیق دیگر معاونت در جرم به این صورت ذکر گردیده‌اند که: ۱- هر کس با علم و عمد وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد. ۲- هر کس عالماً عامداً وقوع جرم را تسهیل کند... معاون جرم محسوب می‌شود. نخست بند دوم ماده یاد شده را و سپس بند سوم آن را به صورت تطبیقی بررسی می‌نماییم.

#### الف- تهیه وسیله و ارائه طریق ارتکاب جرم

نخست این که به نظر می‌رسد منظور از وسیله، هر نوع ابزار و آلات و یا با هر جنس و اندازه می‌باشد که حتی شامل ساختمان، محل و غیره هم می‌شود. علم و عمد موضوع معاونت در این گونه مصادیق از طریق استفاده از این وسایل در جرم نهایی احراز می‌شود. حکم شماره

1- Fitz Maurice(1983).

2- Kelarkson,C.M.V.Criminal Law,Zed,London,1990,p33.

۲۰۲۲ مورخه ۱۳۳۵/۴/۲۶ یکی از شعب دیوان عالی کشور نیز حاکی از این است که به صرف استفاده کردن مباشر از تفنگی که از یک نفر دیگر گرفته شده است مادام که آگاهی صاحب تفنگ از قصد قاتل محرز نشود نمی‌توان عمل او را معاونت در قتل دانست.<sup>۱</sup>

استفاده از وسیله تهیه شده در جرم، بیشتر از آن که نقش معاون را در رکن مادی اثبات نماید در واقع نمایان کننده رکن روانی وی است. به عبارت دیگر متعلق قصد معاون که همان وسیله مجرمانه است در عالم واقعیت با چشم دیده می‌شود و تا حدودی در مرحله اثبات رکن روانی معاون، امر را آسان تر می‌نماید. به هر حال وسیله باید در رکن مادی جرم اصلی توسط مباشر مورد استفاده قرار گیرد و یا این که به نحوی در مسیر هدف مباشر قرار داده شود که در حکم استفاده از آن تلقی شود. بنابراین علم و اطلاع مباشر از عمل معاون در این مصداق شرط نیست. این موضوع در حقوق کیفری انگلستان هم به همین شکل می‌باشد و کمک کننده را کسی می‌دانند که مجرم اصلی را مساعدت می‌کند. به عنوان مثال کسی که برای ارتکاب جرم چاقو یا تفنگ فراهم نماید کمک کننده به جرم نامبرده می‌شود.

در برخی پرونده‌ها مانند دعوای گمبیل (۱۹۵۹)، کمک کردن و تحریک کردن را دو مصداق مشابه تلقی می‌نمایند و یا این که به عنوان مثال در پرونده لینچ<sup>۲</sup> برای این دو، مفهوم یکسانی فرض شده است و کمک کردن را رکن مادی این مفهوم و تحریک کردن را رکن معنوی این مفهوم تعریف نموده‌اند.<sup>۳</sup>

ولی به هر حال تحریک کننده کسی است که رفتار او منجر به تحریک و تشویق مباشر در صحنه جرم می‌شود اما رفتار کمک کننده به جرم می‌تواند قبل از وقوع جرم و یا حین آن روی دهد، در حالی که تحریک قبل از وقوع جرم در حقوق کیفری این کشور به عنوان مشاوره دادن محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد که در حقوق کیفری ایران هم می‌توان یک چنین تفکیکی را بین تحریک و ترغیب قایل شد و تحریک را منحصر به صحنه وقوع جرم نمود و ترغیب را به اعمال خارج از صحنه جرم اختصاص داد. چرا که همان گونه که اشاره شد در ترغیب بار هیجانی عمل کمتر است و در واقع امر هم هنگامی که کسی را در مدت‌ها قبل از ارتکاب جرم برانگیخته نمایند تا زمان وقوع جرم این میزان برانگیختگی کاهش می‌یابد و بهتر است به آن ترغیب گفته شود البته رویه قضایی تاکنون در این خصوص اظهارنظری ننموده است.

کمک کردن در حقوق کیفری انگلستان مصداقی است که معادل دادن هر نوع وسیله ارتکاب جرم و یا دادن اطلاعات و یا ارائه طریق ارتکاب جرم می‌باشد. پس حتی در فرضی که از وسیله تهیه شده در جرم اصلی استفاده نشود اما اراده مرتکب را در ارتکاب جرم، قطعی و تقویت کند و یا موجب تحریک او شود مصداق همدستی در جرم و یا کمک کردن می‌باشد.<sup>۴</sup> اما این موضوع در حقوق کشور ما با توجه به لزوم استفاده از وسیله مورد نظر در جرم قابل

۱- حاجتی، سید مهدی و سایرین، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، انتشارات ميثاق عدالت، چاپ نخست، تهران، سال ۱۳۸۴، ص ۱۹۲.

2- Lynch(1975).

3- Aid was the actus reus of the concept, abet was the mens rea.

4- Ashworth, Andrew, op.cit, p821.

اعمال نیست و این گونه باید عنوان شود که نهی و وسیله ارتکاب جرم لروماً اثر آن در رکن مادی جرم نهایی است. با این حال به نظر می‌رسد که در حقوق کیفری ایران هم اگر دادن وسیله ارتکاب جرم یک نوع ارائه طریق محسوب شود معاونت در جرم تلقی می‌شود اگر چه از آن وسیله در جرم نهایی استفاده نشود. مانند این که فردی مخلوط دو ماده مشخص را برای آتش‌سوزی و انفجار به مباشر بدهد ولی مباشر پس از فهمیدن نوع ترکیب ماده خود اقدام به ساخت آن بنماید که چنین حالتی مصداق ارائه طریق خواهد بود.

## ب- تسهیل وقوع جرم

بارزترین مصداق معاونت و یا آشکارترین نقش معاون در جرم نهایی از طریق تسهیل وقوع جرم می‌باشد. آسان کردن وقوع جرم در آرای زیادی که از شعب دیوان عالی کشور صادر گردیده است و تقریباً مفهومی روشن و واضح دارد. مثلاً حکم شماره ۱۷/۱۲/۱-۲۶۷۱ شعبه دوم مقرر می‌دارد که: «اگر متهم گلوی مجنی علیه را بگیرد و کسی دیگر با زدن فشنگ پشتاب وی او را به قتل برساند متهم نخست متهم به معاونت در قتل به شمار می‌رود»<sup>۱</sup>. یا این که در آرای دیگری نشستن روی سینه مقتول، بستن مجنی علیه و گرفتن او همه به عنوان مصداق تسهیل وقوع جرم شناخته می‌شوند و به طور کلی این نظر را تأیید می‌نماید که: «تسهیل و ارتکاب جرم باید با وقوع آن جرم رابطه مستقیم داشته باشد و به این معنی که بین عمل معاون و جرم نوعی ارتباط عرفی و منطقی وجود داشته باشد و از این رو افعالی که به طور غیرمستقیم حلقه‌های بعید زنجیره علل جرم به شمار می‌آید معاونت نخواهد بود»<sup>۲</sup>.

در همین رابطه به نظر می‌رسد که مصداقی مانند کمین دادن و یا دیده بانی کردن که در حقوق کیفری انگلستان از مصداق کمک کردن می‌باشند در حقوق کیفری ایران در مفهوم تسهیل وقوع جرم جای دارند با این ویژگی که اثر این افعال چون به همراه بک شیء نمی‌باشند و یا نقش فیزیکی معاون در وقوع جرم مدنظر نیست، باید همزمان با حضور معاون در اطراف و مقارن با وقوع جرم مباشر صورت بگیرند. کاملاً روشن است که با این حال هم این مصداق ارتباط نزدیک‌تری با رکن مادی جرم نهایی دارند و لذا لزوم انجام عمل در حین وقوع جرم و یا دست کم استمرار اثر آن در حین وقوع جرم لازم می‌باشد.

تدارک دیدن زمینه وقوع جرم نزدیک‌ترین مصداق حقوق کیفری انگلستان به مفهوم تسهیل وقوع جرم، در ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی، می‌باشد. در این مصداق مباشر در نتیجه اعمال همدست مرتکب جرم می‌شود. به عنوان مثال در یک پرونده‌ای در سال ۱۹۷۵ شخصی با اضافه کردن مقدار اضافی از الکل به نوشیدنی دوست خود موجب افزایش غلظت الکل موجود در خون او گردید که در نتیجه این عمل همدست، دوست وی محکوم به مجازات جرم رانندگی توأم با حالت مستی گردید و وی محکوم به همدستی به وسیله تدارک دیدن زمینه

۱- شکری، رضا و سایرین، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، نشر مهام، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۸۲، ص ۱۰۲.

۲- اردبیلی، محمدعلی، جلد دوم، همان، ص ۲۸.

ارتکاب آن جرم شد. همین‌طور در پرونده میلوارد<sup>۱</sup> در سال ۱۹۹۴ کارفرمایی که از نقص سیستم تراکتور و تریلر خود آگاه بود به کارگر خود دستور کار با آن تراکتور را داد و در نهایت به سبب در نتیجه این نقص و با جدا شدن دو قسمت اتصال شده به هم، یک موتور سوار در حال عبور کشته شد و آقای میلوارد به اتهام تدارک مرگ قربانی از طریق رانندگی توأم با بی احتیاطی کارگر خود محکوم شد.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است که در حقوق کیفری انگلستان معاونت در جرایم غیر عمدی هم پذیرفته شده است در حالی که در حقوق کیفری ایران با توجه به این که مصادیق ذکر شده معاونت در جرم با قید عامداً بیان شده‌اند و از طرفی در تبصره ماده ۴۳ شرط وحدت قصد میان عمل معاون و مباشر بیان شده است لذا بالتبع جرم مباشر هم عمدی فرض می‌شود و تنها در این صورت است که معاونت قابل تحقق است اما به نظر می‌رسد این نظر قابل ابراد است.

آن‌چه که حایز اهمیت می‌باشد این است که، به نظر حقوقدانان انگلیسی در مصداق تدارک دیدن زمینه وقوع جرم، وجود یک ارتباط آگاهانه‌ای که در سه مصداق دیگر (کمک کردن، تحریک کردن و مشاوره دادن) وجود دارد ضرورت ندارد و یک نوع رابطه علیت در مصداق تدارک دیدن وقوع جرم با جرم مباشر لازم است که در سه مصداق دیگر لازم نیست. همچنین این موضوع (رابطه علیت) ضرورت انجام یک فعل مثبت را هم برای این مصداق در این نظام حقوقی می‌رساند. اما در بند سوم ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی (تسهیل وقوع جرم) ارتکاب این مصداق با ترک فعل هم قابل تصور است ولی این به مفهوم این که سکوت هم شامل تسهیل وقوع جرم شود نیست بر همین اساس دیوان عالی کشور در حکم شماره ۵۶۴ مورخه ۱۳۲۶/۴/۲۲ بیان می‌دارد که: «سکوت و عدم اقدام به جلوگیری از ارتکاب جرم را نمی‌شود معاونت تلقی کرد...»<sup>۳</sup>

به هر حال در برخی موارد در حقوق کیفری ایران در جایی که وظیفه‌ای برحسب قانون یا قرارداد برای فردی مشخص شده باشد عدم اقدام به آن وظیفه نوعی معاونت به‌طور خاص تلقی می‌شود (مانند مساعدت در فرار مجوسین قانونی ماده ۵۴۹ قانون مجازات اسلامی). در حقوق کیفری انگلستان هم در پرونده آلن (۱۹۶۵)<sup>۴</sup> متهم که شاهد نزاع و درگیری دسته‌جمعی دوستان خود بود و یک قصد پنهانی برای کمک کردن به دوستان خود در درگیری داشت، اما چون هیچ اقدامی برای کمک به وقوع جرم و تسهیل آن و نیز تحریک مباشران انجام نداد تیرنه شد.

نکته دیگر این که برای تفکیک درست مصداق تسهیل وقوع جرم با دسیسه و فریب و نیرنگ باید گفت که در این مصداق اخیر عمل معاون در نزدیکی وقوع جرم قرار ندارد و جزئی از اجزای رکن مادی مباشر هم نمی‌تواند باشد. اگر چنان‌چه در نظر قانونگذار دسیسه و فریب و نیرنگ مشابهت با تسهیل وقوع جرم داشتند در همان بند ۳ ذکر می‌گردید با این وجود برخی از نویسندگان حقوقی عملاً تسهیل وقوع جرم را شامل دسیسه و فریب و نیرنگ هم

1- Millward (1994).

2- Herring, Jonathan, op, cit, p823.

۳- شکری، رضا و سایرین، همان، ص ۱۰۲.

4- Allan (1965).

می‌دانند. اما باید گفت که در حقوق انگلستان تسهیل وقوع جرم (تدارک و زمینه چینی) انجام یک سری تلاش‌هایی است که مناسب و علت برای وقوع نتیجه مجرمانه هستند و اقدامات انجام شده بسیار قابل توجه و مؤثر می‌باشند و یک رابطه علیتی بین فعل همدست با جرم مباشر وجود دارد. اما در حقوق ایران علاوه بر این که این موضوع معیار تسهیل وقوع جرم نمی‌باشد در دسیسه و فریب و نیرنگ هم وجود چنین رابطه‌ای ضرورت ندارد و اعمال معاون با فاصله دورتری از رکن مادی جرم مباشر قرار دارد و حتی این فاصله بیشتر از فاصله مصادیق بند دوم و سوم با جرم مباشر می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

در حقوق کیفری انگلستان کمک کردن می‌تواند شامل تهیه وسایل ارتکاب جرم برای مباشر، مراقبت و دیده‌بانی در صحنه ارتکاب جرم، انجام کارهای مقدماتی جرم و هر شکل دیگری از مساعدت باشد اما در ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی مفهوم کمک کردن پراکنده در سه مصداق تسهیل وقوع جرم، ارائه طریق و تهیه وسیله ارتکاب جرم می‌باشد.

همچنین کمک کردن می‌تواند قبل و یا همزمان با ارتکاب جرم صورت گیرد و نیازی به وجود رابطه علیت این کمک صورت گرفته با جرم نهایی نیست و ضرورتی به وجود آگاهی مباشر از کمک معاون نمی‌باشد و این اتفاق نظر در کمک کردن ممکن است وجود داشته باشد و یا نداشته باشد.

در مورد تحریک کردن نیز باید گفت که شامل هر نوع تشویق مباشر به ارتکاب جرم می‌باشد و می‌تواند توأم با یک رفتار کمک‌کننده هم باشد. در هر صورت تحریکی مدنظر است که در صحنه جرم باشد، برخلاف کمک کردن که می‌تواند همزمان یا در صحنه وقوع جرم و یا قبل از آن باشد.

مشورت دادن یا مشاوره کردن در معنی معمول خود شامل تحریک یا برانگیختن به ارتکاب جرم می‌باشد اما رفتارها مانند توصیه، سفارش به جرم و یا دادن اطلاعات مورد نیاز برای یک جرم را هم در بر می‌گیرد. این مصداق محدود به رفتارهایی است که در خارج از صحنه وقوع جرم صورت می‌گیرد ارتکاب این مصداق مستلزم وجود یک اتفاق نظر و یا یک ارتباط ذهنی بین معاون و مباشر می‌باشد ولی در هر صورت نیازی به اثبات و احراز وجود رابطه علیت نمی‌باشد. ترغیب و ارائه طریق ارتکاب جرم معادل نزدیک به این مصداق در ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

اما در تدارک دیدن زمینه وقوع جرم با وجود این که رفتار معاون قبل از وقوع و خارج از صحنه جرم صورت می‌گیرد ولی یک رابطه علیت بین عمل معاون و جرم مباشر برقرار است. نیاز به اتفاق نظر و یا آگاه بودن مباشر از عمل معاون نیست و حتی عدم آگاهی مباشر در بیشتر موارد شرط وقوع این مصداق در حقوق کیفری انگلستان می‌باشد. ضرورت اثبات رابطه علیت و عدم لزوم آگاه بودن معاون از عمل مباشر دامنه این مصداق را در این نظام حقوقی بسیار گسترده می‌کند و تا حدی که به نظریه فاعل بی‌گناه نزدیک می‌شود. این در صورتی است که



در نظریه فاعل بی گناه قصد موجود در وقوع جرم، قصد معاون (مبتکر جرم) باشد، در حالی که در این مصداق معاونت علاوه بر معاون، مباشر هم در جرم مداخله و مسؤولیت کیفری دارد. در تسهیل وقوع جرم در حقوق کیفری ایران وجود رابطه علیت بین عمل معاون و مباشر ضرورت ندارد. گرچه بین این مصداق با تدارک دیدن زمینه وقوع جرم در انگلستان شباهتی وجود دارد، اما همان گونه که گفته شد در بیشتر موارد در تدارک دیدن زمینه وقوع معمولاً مباشر از عمل معاون آگاه نیست و در حقوق کیفری ایران هم اگرچه عدم آگاهی مباشر از عمل معاون شرط نیست ولی به طور معمول مباشر از اعمال معاون آگاه می باشد. ■

## منابع

### الف- منابع فارسی

- ۱- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، جلد نخست، چاپ دوازدهم، تهران، سال ۱۳۸۵.
- ۲- حجتی، سید مهدی و سایرین، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ نخست، تهران، سال ۱۳۸۴.
- ۳- شکری، رضا و سایرین، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، نشر مهام، چاپ دوم، تهران، سال ۱۳۸۲.
- ۴- طاهری نسب، سید یزدالله، رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان، نشر دادگستر، چاپ نخست، تهران، سال ۱۳۸۸.

### ب- منابع انگلیسی

- 1- Ashworth, Andrew, principles of Criminal law, Zed, Oxford university press.
- 2- Herring, Jonathan, Criminal Law, 2ed, Oxford university, Press London.
- 3- Heaton, Russel, Criminal Law, Thomson press, USA, 2005.
- 4- Kelarkson, C.M.V. Criminal Law, Zed, London, 1990.

## مصادره غیر مستقیم در

# پروژه‌های نفتی بین المللی،

## دکترین و رویه

ابوالفضل اسنادزاده\*

در رابطه با مصادره غیر مستقیم، اختلاف نظرهای بسیاری وجود دارد.<sup>۱</sup> در مصادره غیر مستقیم هیچ مدرک و شاهدی دال بر قبض مستقیم<sup>۲</sup> اموال شرکت‌های بین المللی توسط دولت‌های میزبان وجود ندارد. دولت‌ها ممکن است اقدامات قانونی زیادی انجام دهند که به هیچ وجه عمدی یا تبعیض آمیز نباشد، ولی موقعیت شرکت‌های سرمایه گذاری بین المللی را به خطر اندازد. انجام این گونه اقدامات، از حقوق مسلم دولت‌هاست و در حقوق بین الملل نیز به رسمیت شناخته شده است.<sup>۳</sup> داوران در آرای داوری خود در قضایای مربوط به مصادره غیر مستقیم برای تشخیص و احراز وقوع عمل مصادره غیر مستقیم، دکترین‌های گوناگونی را ارائه نموده‌اند. در ذیل به بررسی دکترین‌های عمده مطرح شده در این زمینه می‌پردازیم و سپس برخی از قضایای نفتی مرتبط با مصادره غیر مستقیم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### مبحث اول - دکترین‌های حقوقی در رابطه با معیار تشخیص مصادره غیر مستقیم

با توجه به اسناد علمی حقوقی و آرای صادره در دادگاه‌های داوری و نیز بررسی نظرات و دیدگاه‌های دانشمندان برجسته حقوق، چهار دکترین حقوقی در رابطه با راه‌های تشخیص وقوع مصادره غیر مستقیم، قابل تشخیص است. این چهار دکترین که نشان دهنده چهار معیار تشخیص وقوع مصادره غیر مستقیم هستند، عبارت‌اند از: دکترین هدف، دکترین تأثیرات، دکترین تناسب و دکترین انتظارات قانونی. در ذیل به بررسی هر یک از این دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل.

۱- برای آگاهی از نظرات گوناگون در رابطه با مصادره مستقیم و راه‌های حفاظت در مقابل این گونه اقدامات، به منابع ذیل رجوع کنید:

See Chapter 6 of N Rubins and NS Kinsella's International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide (2005), Oceana Publications, New York, 189-259. See also the OECD Working Paper, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", No. 2004/4, September 2004.

۲- Direct seizure.

۳- See Mann, 'State Contracts and State Responsibility', in his 'Studies in International Law' (1973), 302-26.

## بند اول - دکترین منظور یا هدف<sup>۱</sup>

این دکترین، دربردارنده این راهکار می‌باشد که برای تشخیص وقوع یا عدم وقوع مصادره غیرمستقیم لازم است که هدف و منظور دولت میزبان از آن اقدامات مشخص گردد. بنابراین شاید بتوان چنین نتیجه گرفت که اگر اقدامات دولت به منظور حمایت از برخی از قواعد و اصول مهم شناخته شده حقوق بین‌الملل صورت گرفته باشد مانند اقدام جهت حمایت از موازین حقوق بشر یا حفاظت از محیط زیست، دیگر آن اقدامات دولت میزبان مصداق مصادره غیرمستقیم محسوب نخواهد شد و مسؤولیت بین‌المللی دولت را نیز به بار نخواهد آورد. طرفداران این دکترین معمولاً افرادی هستند که نسبت به محدودیت‌هایی که شروط ثبات برای کشورهای میزبان در رابطه با اتخاذ قوانین و مقررات جدید حقوق بشری و محیط زیستی در کشورهای میزبان به وجود می‌آورند، نگران هستند.

## بند دوم - دکترین تأثیرات<sup>۲</sup>

گروهی بر این باور هستند که برای تشخیص این که آیا واقعاً مصادره‌ای صورت گرفته یا خیر، لازم نیست که هدف یا منظور از آن اقدامات بررسی شود، بلکه تنها کافی است که اثر و درجه تأثیر آن اقدامات را بر روند فعالیت شرکت خارجی معترض به آن اقدامات مشخص نماییم. اگر آن اقدامات موجب شده باشد که تمامی یا بخش اعظم اموال شرکت خارجی نابود شود یا از حیض انتفاع بیفتد و یا شرکت از فعالیت بازماند حتی اگر اقدامات صورت گرفته، همراستا با منافع دولت میزبان نیز نباشد و یا انتقال مالکیت به طور رسمی صورت نگرفته باشد، آن اقدامات ممکن است مصادره غیرمستقیم محسوب گردد و موجبات مسؤولیت دولت میزبان را فراهم آورد. براساس این دکترین، برآورد شدت تأثیرات اقدامات یک‌جانبه دولت میزبان بر روی عملکرد مناسب یا معمول شرکت‌های بین‌المللی متأثر از آن اقدامات، امری ضروری می‌باشد. زیرا به احتمال زیاد، هرگونه اقدام دولت میزبان بر منافع شرکت‌های بین‌المللی تأثیرگذار خواهد بود و تنها در مواردی می‌توان بر اساس این دکترین، وقوع مصادره را احراز نمود که شدت تأثیر آن اقدامات به قدری زیاد باشد که در روند عادی شرکت بین‌المللی، تأثیر منفی شدیدی ایجاد نماید. به‌طوری که انجام پروژه نفتی برای شرکت بین‌المللی ناممکن گردد و یا ادامه آن برای شرکت فعال در پروژه، توجیه اقتصادی خود را از دست بدهد.

این دکترین در میان شرکت‌های بین‌المللی نفتی و حقوق‌دانان کشورهای سرمایه فرست، طرفداران زیادی دارد. زیرا بیش از هر چیز دیگر، تأثیر اقدامات یک‌جانبه دولت میزبان را بر روی کارکرد مناسب شرکت‌های بین‌المللی، مورد توجه قرار می‌دهد.

1- Purpose doctrine.  
2- Effects doctrine.

## بند سوم - دکتین تناسب<sup>۱</sup>

این دکتین، بیان‌کننده این نظر است که برای تشخیص این‌که آیا اقدامات صورت گرفته با وقوع مصادره غیرمستقیم برابری می‌کند یا خیر، لازم است که تناسب میان اقدامات انجام گرفته با شرایط واقعی کشور میزبان بررسی گردد. یعنی باید مشخص گردد که آیا اصلاً ضرورتی وجود داشته است که دولت میزبان آن‌گونه اعمال را اتخاذ نماید یا خیر و دیگر آن‌که آیا شدت اقدامات با شرایط واقعی، متناسب بوده و یا از حد متناسب آن تجاوز کرده است. اگر وجود این تناسب اثبات نگردد وقوع مصادره محرز خواهد شد. بر اساس دکتین تناسب، هیچ کشوری حق ندارد به خاطر منافع ناچیز خود، موجودیت شرکت‌های بین‌المللی را با خطر جدی مواجه سازد. دکتین تناسب، اقدامات یکجانبه دولت‌های میزبان را در صورتی مجاز می‌شمارد که اولاً آن اقدامات، لازمه حفظ منافع حیاتی آن کشور باشد. ثانیاً، تنها راهکار قابل اجرا برای دولت میزبان با توجه به شرایط موجود باشد و ثالثاً از حد لازم تجاوز نکرده باشد، یعنی شدت اقدامات صورت گرفته نیز متناسب با اوضاع و احوال موجود در کشور میزبان بوده باشد. اگر این سه شرط به طور همزمان رعایت شده باشد، می‌توان چنین برداشت کرد که اصل تناسب از طرف دولت میزبان رعایت شده است، در غیر این صورت کشور میزبان در مقابل اقدامات یکجانبه خود مسؤولیت بین‌المللی خواهد یافت.

این دکتین، دارای قدرت انعطاف‌پذیری و تفسیرپذیری بالایی است، از این رو، هم در میان حقوقدانان کشورهای سرمایه فرست و هم در میان حقوقدانان کشورهای سرمایه پذیر، طرفداران زیادی پیدا کرده است.<sup>۲</sup>

## بند چهارم - دکتین انتظارات قانونی<sup>۳</sup>

حقوقدانان کشورهای سرمایه فرست به دکتین انتظارات قانونی تمایل بیشتری نشان می‌دهند. این دکتین بیان می‌دارد که برای تشخیص وقوع مصادره غیرمستقیم، تنها کافی است اثبات گردد که اتخاذ اقدامات دولتی، انتظارات قانونی سرمایه‌گذار خارجی را تا اندازه زیادی متأثر ساخته است. اگر میزان تأثیر این اقدامات در پروژه، به اندازه‌ای زیاد باشد که سرمایه‌گذار خارجی را از سرمایه‌گذاری خود مأیوس و دلسرد نماید و توقعات قانونی وی از آن سرمایه‌گذاری را تا حد قابل قبولی تأمین ننماید ممکن است که وقوع مصادره غیرمستقیم محرز گردد.

طرفداران این دکتین حقوقی که اغلب، حقوقدانان کشورهای سرمایه فرست هستند برای توجه نظر خود ابراز می‌دارند که طرف‌های قراردادی در زمان انعقاد قرارداد، اهداف خاصی را دنبال می‌کنند و از قرارداد، توقعات خاصی دارند. پی‌بردن به این توقعات، تنها با بررسی

1 Proportionality doctrine

۲ نگارنده معتقد است که این دکتین با واقعیت‌های امروز حقوق بین‌الملل، سازگاری بیشتری دارد، اگر چه ممکن است در مواردی، دکتین‌های دیگر حقوقی نیز کارایی زیادی داشته باشند.

3 Legitimate expectations doctrine

شرایط حاکم بر هر قرارداد مشخص خواهد شد. به هر حال، اگر اقدامات یک‌جانبه دولت میزبان، توقعات معقول و منطقی طرف‌های قراردادی را ناکام‌گذارد، ممکن است وقوع مصادره غیرمستقیم احراز گردد.

آنچه که منظور نظر ماست، آن است که در آرای داوری، حق مصادره قانونی برای دولت‌های میزبان بر اساس اصل حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی‌شان، مورد شناسایی قرار گرفته است. این اصل در قطعنامه ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۶۲ مورد تأیید قرار گرفته و هم‌اکنون به صورت یکی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی درآمده است. لازم است که سرمایه‌گذاران خارجی به همان اندازه که نسبت به مصادره مستقیم حساسیت نشان می‌دهند، نسبت به مصادره غیرمستقیم نیز هوشیاری کامل را رعایت نمایند. اکنون به بررسی چند قضیه در رابطه با مصادره غیرمستقیم که در دادگاه‌های داوری مطرح شده‌اند می‌پردازیم تا مفهوم مصادره غیرمستقیم و تأثیر دگرترین‌های مختلف حقوقی در آرای داوری بین‌المللی به طور ملموس درک گردد.

#### مبحث دوم - قضایای نفتی مرتبط با مصادره غیرمستقیم

پرونده‌های مصادره غیرمستقیم یکی از پیچیده‌ترین انواع پرونده‌های بین‌المللی هستند. تشخیص این‌که آیا واقعاً مصادره‌ای صورت گرفته است یا خیر، کاری بس دشوار است. قضات داوران بین‌المللی تلاش می‌کنند تا با توجه به اسناد و مدارک موجود در پرونده، نوع عمل و وضعیت حقوقی آن عمل را از جهت قانونی بودن یا قانونی نبودن بررسی کرده و حکم مناسب را بر اساس موازین و معیارهای شناخته شده حقوق بین‌الملل صادر نمایند. در ذیل به بررسی برخی از این قضایا و احکام صادره می‌پردازیم.

#### بند اول - قضیه شرکت متال کلا (Metalclad) در مقابل ایالات متحده مکزیک<sup>۱</sup>

بهترین نقطه شروع بحث راجع به مصادره غیرمستقیم، قضیه شرکت متال کلا در مقابل ایالات متحده مکزیک در سال ۲۰۰۱ می‌باشد. زیرا رأی داوری در این قضیه، تأثیر بسزایی در آرای داوری در قضایای بعدی به جا گذاشت. هیأت داوری در این قضیه در پاراگراف ۱۰۳ رأی صادره ابراز داشت که مصادره «نه تنها قبض باز، عمدی و اظهار شده را در بر می‌گیرد... بلکه دخالت پنهان یا تصادفی در استفاده از اموال که اثر محروم‌سازی مالک را، به تمامی یا در قسمت بیشتر آن، از استفاده از اموال یا منافع اقتصادی که به‌طور منطقی از آن اموال مورد انتظار است در پی داشته باشد، در بر می‌گیرد. حتی اگر آن اقدامات لزوماً همراه با منافع دولت میزبان نیز نباشد.»

1- INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ADDITIONAL FACILITY), CASE No. ARB(AF)/97/1, METALCLAD CORPORATION versus THE UNITED MEXICAN STATES, Date of dispatch to the parties: August 30, 2000.

حکم بالا که توسط یکی از دادگاه‌های داوری ایکسید صادر گردید، بیانگر دکترینی موسوم به دکترین اثرات (Effects doctrine) می‌باشد. اما سؤالی که در این جا مطرح می‌گردد این است که سطح معیار دخالت دولت میزبان چیست که در صورت رسیدن میزان دخالت دولت میزبان به آن سطح، مسؤولیت دولت در رابطه با مصادره احراز گردد؟<sup>۱</sup> مسلم است که دخالت دولت اگر باعث نابودی کل اموال گردد، این دخالت تحت عنوان مصادره، قابل دسته بندی است. اما تعیین این که چه موقع بیشتر ارزش سرمایه از بین رفته است، کاری بس دشوار می‌نماید.

ماجرای مثال کلاد از این قرار بود که یک شرکت سرمایه‌گذار آمریکایی، قطعه زمینی را برای استفاده به عنوان محل دفن ضایعات نفتی خریداری نموده بود. سرمایه‌گذار آمریکایی، جواز لازم برای فعالیت را از دولت فدرال کسب کرده بود. اما در موقع شروع ساخت، مقامات محلی با آن مخالفت کردند. این مخالفت‌ها که به بهانه آلودگی محیط زیست مطرح می‌شد باعث گردید که دادگاه‌های داخلی مکزیک، جواز شرکت آمریکایی برای فعالیت را غیرقانونی اعلام کنند. شرکت آمریکایی مثال کلاد نیز در دادگاه داوری ایکسید طرح دعوی نمود. دادگاه داوری، اقدام دولت مکزیک را که باعث محرومیت شرکت آمریکایی مثال کلاد از اموال و منافع مورد انتظار آینده آن می‌شد نوعی مصادره تلقی نمود و دلایل دولت مکزیک را مبنی بر رد اتهام مصادره نپذیرفت.<sup>۲</sup> البته شاید نتوان فرمولی به کار رفته در قضیه مثال کلاد را در رابطه با تمامی قضایا مورد استفاده قرار داد. چون که در قضیه مثال کلاد، سرمایه‌گذار خارجی از استفاده از کل اموال خود محروم شده بود و به راحتی، عمل مصادره توسط دادگاه قابل تشخیص بود، در حالی که در بعضی از قضایا، شرکت سرمایه‌گذاری خارجی، تنها از استفاده از بخشی از اموال محروم می‌شود و نه از همگی آن. بنابراین تشخیص این که آیا این محرومیت مصادیقی از مصادره هست یا خیر، امری مشکل است.

#### بند دوم - قضیه شرکت اکسیدنتال (Occidental) در مقابل اکوادور<sup>۳</sup>

قضیه دیگری که در رابطه با مصادره غیرمستقیم یک شرکت نفتی روی داد، قضیه شرکت نفتی اکسیدنتال در مقابل جمهوری اکوادور در سال ۲۰۰۴ بود. خواهان یعنی شرکت نفتی اکسیدنتال (OPEC) ادعا می‌کرد که خودداری دولت اکوادور از بازپرداخت مالیات بر ارزش افزوده پرداختی توسط شرکت اکسیدنتال به دولت اکوادور، نوعی مصادره غیرمستقیم را رقم

۱- برای مطالعه رأی داوری صادره در دادگاه داوری ایکسید به سند ذیل مراجعه فرمایید:

ICSID, CASE No. ARB(AF)/97/1B E T W E E N: METALCLAD CORPORATION (Claimant) and THE UNITED MEXICAN STATES (Respondent), Date of dispatch to the parties: August 30, 2000.

2- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, Final Award, LCIA Case No. UN3467 of 1 July, 2004, 43 ILM 1248 (2004) and The Republic of Ecuador v Occidental Exploration and Production Company, LCIA Case No. 04/656 (2 March, 2006);

زده است. دادگاه در نهایت نتیجه گرفت که هیچ مصادره‌ای صورت پذیرفته است. اگرچه دولت اکوادور از تعهد خود نسبت به شرکت اکسیدنتال در رابطه با رفتار مساوی و عادلانه (Fair and equitable treatment) تخطی نموده است. در رابطه با ادعای مصادره، دادگاه به رأی صادره در قضیه متال کلاد استناد کرد و بیان داشت که محروم‌سازی شرکت از حقوق خود باید بخش قابل ملاحظه‌ای از موضوع سرمایه‌گذاری را متأثر سازد. در صورتی که چنین مسأله‌ای به وضوح در قضیه اکسیدنتال رخ نداده است. در قضیه اکسیدنتال، با وجود آن که ادعای خواهان در رابطه با مصادره غیرمستقیم رد شد ولی دادگاه پذیرفت که برای آن که مصادره واقع شود لازم نیست که حتماً موضوع سرمایه‌گذاری به مالکیت دولت میزبان درآید، بلکه کافی است که ارزش اقتصادی موضوع سرمایه‌گذاری، به طور قابل ملاحظه‌ای کاهش یابد یا به کلی نابود شود. دادگاه همچنین در رأی خود پذیرفت که مالیات‌ها نیز همانند دیگر اقدامات قانونگذاری دولت میزبان ممکن است تأثیر مصادره غیرمستقیم را داشته باشند.

#### بند سوم- قضیه فلدمن (Feldman) در مقابل ایالات متحده مکزیک<sup>۱</sup>

در قضیه فلدمن علیه دولت مکزیک در سال ۲۰۰۲، شاکی پرونده مدعی شد که عدم بازپرداخت کاهش‌های مالیاتی در رابطه با محصولات شرکت فلدمن نوعی مصادره غیرمستقیم بوده است و خواهان پرداخت غرامت گردید. دادگاه داوری ایکسید، حکمی صادر نمود که بیان می‌داشت هیچ مصادره‌ای صورت پذیرفته است. زیرا بعضی از فعالیت‌های خواهان، به هیچ وجه تحت تأثیر قرار نگرفته است. در رأی دادگاه داوری ایکسید، رأی صادره در قضیه متال کلاد نیز مورد استناد قرار گرفت. دادگاه ابراز داشت که در قضیه متال کلاد، شرکت سرمایه‌گذار تمام جوازهای مربوط به فعالیت را به طور قطعی و غیرمبهم دریافت کرده بود و در اسناد، به طور مکرر اظهار شده بود که دولت، اختیار صدور جواز برای ساخت و فعالیت‌های مربوط به دفن مواد زاید خطرناک را داراست، در صورتی که در قضیه فلدمن، مقامات دولت مکزیک در رابطه با هر اقدام این شرکت و در تمام مراحل فعالیت‌ها، مخالفت خود را اعلام کرده بودند و جوازهایی نیز که شرکت فلدمن به آن‌ها استناد می‌کرد، به شدت مبهم و غیررسمی بودند. همچنین براساس قانون مالیاتی مکزیک، برای دریافت مجدد مالیات پرداخت شده، لازم است که پرداخت‌کننده، فاکتور مستقلی که وضعیت مالیات‌ها را روشن می‌سازد به مقامات دولتی ارائه دهد و شرکت فلدمن، این مرحله قانونی را نادیده گرفته بود.

#### بند چهارم- قضیه شرکت ان‌کانا (Encana) در مقابل دولت اکوادور<sup>۲</sup>

قضیه دیگری که همانند قضیه اکسیدنتال، میان یک شرکت آمریکایی و دولت اکوادور اتفاق افتاد و باعث صدور رأی در تاریخ سوم فوریه سال ۲۰۰۶ شد، قضیه ان‌کانا (Encana)

- 1- International Centre for Settlement of Investment Disputes, MARVIN FELDMAN v. MEXICO, CASE No. ARB(AF)/99/1
- 2- EnCana Corporation v Republic of Ecuador (2006), London Court of International Arbitration, Award & Partial Dissenting Opinion (Horacio A Grigera Naon)



می‌باشد. در این قضیه نیز خواهان مدعی بود که قربانی مصادره غیرمستقیم گشته است. نتیجه رأی، ادعای فوق را رد نمود. دلیل دادگاه آن بود که مدرک کافی که دال بر مصادره غیرمستقیم باشد وجود ندارد. دادخواست بیان می‌داشت که اگرچه براساس قانون داخلی اکوادور، شرکت‌های سرمایه‌گذار نمی‌توانند از حق بازگشت مالیات برخوردار باشند ولی خودداری از بازپرداخت مالیات‌ها، آن‌چنان تأثیر مهمی بر شرکت‌های سرمایه‌گذار نهاده است که از لحاظ میزان اثرات با مصادره اموال سرمایه‌گذاری برابری می‌کند. دادگاه داوری حکم داد که مگر در موارد خاصی از اقدامات یکجانبه دولت میزبان، شرکت سرمایه‌گذار خارجی نه حقی دارد و نه انتظار قانونی می‌تواند داشته باشد که رژیم مالیاتی در طول دوره سرمایه‌گذاری، حتی به ضرر آن شرکت تغییر نکند. دادگاه داوری همچنین بیان داشت که طبیعت سیستم مالیاتی، آن است که منافع اقتصادی را که یک شرکت از طریق سرمایه‌گذاری به دست می‌آورد کاهش می‌دهد و تنها در موارد استثنایی است که ممکن است وضع مالیات، چنان اثری داشته باشد که با مصادره برابری کند.

دادگاه بیان داشت که تأدیه یا عدم تأدیه مالیات بر ارزش افزوده توسط دولت اکوادور، بر روند عادی فعالیت‌های شرکت در زمینه حفر و بهره برداری از منابع و نیز بر میزان سوددهی شرکت، تأثیری نگذاشته است. زیرا اقدامات مالیاتی دولت نه موضوع سرمایه‌گذاری را از ارزش انداخته است و نه باعث تأخیر یا توقف در عملیات پروژه شده است. در این رأی آمده است که قضیه مثال کلاد به طور کلی مربوط به رژیم مالیاتی نمی‌شد تا بتوان از رأی صادره از آن قضیه استفاده نمود. مالیات‌گذاری، مقوله‌ای مستقل است و تنها زمانی که قانون مالیاتی، غیرعادی و از لحاظ مقدار، کیفی یا از جهت وقوع، عمدی باشد ممکن است که احتمال وقوع مصادره غیرمستقیم پیش آید. دادگاه اظهار داشت که سیاست مالیاتی در زمینه تأدیه مالیات‌های نفتی، هرگز برخلاف نظام حقوقی اکوادور نبوده و این سیاست‌ها با نظام حقوقی اکوادور، هماهنگی و سازگاری کامل داشته است. بنابراین نمی‌توان چنین اظهار داشت که دولت اکوادور، در تعیین سیاست‌های مالیاتی خود، اصل حسن نیت را رعایت نکرده است.

#### بند پنجم- قضیه شرکت انتقال گاز سی ام اس (CMS) در مقابل آرژانتین<sup>۱</sup>

در قضیه شرکت CMS در مقابل دولت آرژانتین، خواهان ادعا کرده بود که سیاست‌های تثبیت تعرفه‌های انتقال گاز و نیز تبدیل اجباری واحد پول از واحد پولی دلار به واحد پولی پزو که ارزش آن به شدت سقوط کرده بود، به نسبت یک دلار به یک پزو، در قراردادهای خدمات خصوصی، باعث کاهش شدید سوددهی شرکت شده است. دادگاه داوری ایکسید در رأی مورخه دوازدهم می ۲۰۰۵، میزان کاهش ارزش سرمایه‌گذاری در اثر اقدامات یک‌جانبه دولت آرژانتین را ۸۵ درصد برآورد نمود. دادگاه نظر داد که دولت آرژانتین با این اقدامات یک‌جانبه، از استانداردهای حمایتی که در قرارداد دوجانبه مورد توجه قرار گرفته بود، تخلفی نموده است. اما دادگاه، دولت آرژانتین را برای مصادره موضوع سرمایه‌گذاری،

1- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Award May 12, 2005.

مسئول ندانست. دولت آرژانتین عنوان نمود که این اقدامات بنا به ضرورت، انجام گرفته و موقتی می‌باشد و به زودی آثار مخرب این اقدامات، با مذاکره و تمهیداتی که دولت به زودی خواهد اندیشید، از میان خواهد رفت. اما از آن‌جا که تا زمان صدور حکم، این مذاکرات، پنج سال به طول انجامیده بود دادگاه بیان داشت امکان این که این تأخیرات باعث شود که هیچ تغییری در آینده صورت نگیرد بسیار زیاد است. به هر حال، دادگاه داوری پذیرفت که برای آن که اقدامات یک‌جانبه دولت، مصادره محسوب گردد لازم است که آن عمل، گذرا و مقطعی نباشد، بلکه دوام داشته باشد.

### بند ششم - قضیه شرکت تکمد (TECMED) در مقابل ایالات متحده مکزیک<sup>۱</sup>

قضیه دیگری که در رابطه با مصادره مطرح گردیده است، قضیه شرکت (TECMED) در مقابل ایالات متحده مکزیک در سال ۲۰۰۳ می‌باشد. در این قضیه، اقدامات دولت، تأثیر منفی بر اصل موضوع سرمایه‌گذاری و منافع حاصله از آن گذاشته بود.

اقدام دولت مکزیک آن بود که از دادن جواز خودداری نموده بود و این اقدام باعث توقف کامل عملیات پروژه و نابودی آن شده بود. دولت مکزیک می‌بایست بار اثبات را به دوش می‌کشید و ثابت می‌کرد که آن اقدام مصادره، در محدوده صلاحیت نیروهای پلیس کشور صورت گرفته است. دادگاه نیز باید مشخص می‌ساخت که آیا چنین اعمال یا اقداماتی، تناسب میان منافع عامه و همچنین حمایت قانونی از موضوع سرمایه‌گذاری را رعایت کرده و آیا واقعاً منافع و مصالح عامه مردم، نقش کلیدی در اتخاذ این تصمیمات و اقدامات داشته است یا خیر. (Proportionality doctrine)

دادگاه در ابتدا فرض نمود که یک شرایط اضطراری، بحران، نیاز یا ضرورت اجتماعی باعث شده است که دولت با اتخاذ آن تصمیمات و اقدامات، ارزش تجاری و اقتصادی موضوع سرمایه‌گذاری را نابود سازد. اثبات این موضوع می‌توانست ثابت کند که براساس موافقتنامه منعقد شده میان دو طرف یا براساس حقوق بین‌الملل، هیچ‌گونه مصادره‌ای صورت نپذیرفته است. دادگاه داوری پس از انجام تحقیقات تشخیص داد که در رابطه با این قضیه، هیچ‌گونه تهدیدی از جانب اعتراضات مردمی یا ملاحظات زیست محیطی وجود نداشته است. بنابراین، وقوع مصادره محرز گردید. ■

1- *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, Award of May, 2003, 43 ILM 133 (2004).

س: سلام، متأسفانه شما خوب دفاع نکردید و من به اتهام سرقت به ۳ سال حبس محکوم شدم.  
مشاور: خجالت بکشید، همه اعضای خانواده شما را دیده بودند که وارد خانه شده‌اید و حتی نوع پوشش شما را دیده بودند و شهادت دادند، شما چگونه توقع برائت دارید؟  
س: آخر ایشان شهادت دروغ دادند.  
مشاور: چطور؟  
س: موقعی که من وارد خانه شدم، همه اعضای خانواده از ترس زیر لحاف قایم شده و گریه می‌کردند، اصلاً پوشش مرا ندیدند و الکی شهادت داده‌اند.  
- بوق، بوق...

س: سلام، یک سؤال داشتم.  
مشاور: بفرمائید.  
س: رئیس دادگاه بخش... قرار است منتقل یا بازنشسته شود.  
مشاور: نمی‌دانم، چطور؟  
س: آخر در جلسه رسیدگی به اتهام سرقت من، به من تخفیف داد و گفت، من مطمئن دیگر شما را این‌جا نمی‌بینم.

س: سلام، چند روز پیش به شما مراجعه کردم تا وکالت بنده را بپذیرید، شما گفتید که سرتان شلوغ است و دو نفر وکیل معرفی فرمودید، خواستم پرسم کدام یک بهترند؟  
مشاور: فرقی نمی‌کند، به هر کدام که مراجعه کنید، آرزو می‌کنید کاش به آن یکی مراجعه کرده بودید.

س: سلام، پسر من متأسفانه دادگاه مرا در پرونده فحاشی، مجرم شناخت و محکوم کرد و متأسفانه دفاعیات شما مقرر نموده.  
مشاور: دوست عزیز، متأسفانه شما خیلی فحاشی می‌کنید، جدای از بحث مجرمانه، می‌دانید فحاشی عمرتان را کم می‌کند و نباید فحاشی کنید.  
س: ولی جناب وکیل، من الان ۸۵ سال سن دارم.  
مشاور: درسته، ولی اگر فحاشی نمی‌کردید شاید الان بالای ۹۵ سال سن داشتید! ■

س: شوهرم در خواب خیلی حرف می‌زند، آیا می‌توانم به این دلیل که واقعاً برای من مایه عسر و حرج است، طلاق بگیرم.  
مشاور: چنانچه عسر و حرج قابل برطرف کردن باشد، نمی‌تواند دلیلی برای طلاق باشد.  
س: چگونه می‌توانم این مشکل شوهرم را حل کنم؟ تا حالا چند بار به پزشک مراجعه کرده‌ایم و نتیجه نگرفته‌ایم.  
مشاور: ولی به نظر بنده راه‌حل ساده‌ای دارد.  
س: لطفاً بگویید.  
مشاور: کافی است اجازه دهید در روز ایشان هم صحبت کنند.

س: دیشب دفترتان بودم، خیلی رنگتان بریده بود، نکند به خاطر سؤال‌هایی بود که از شما پرسیدم؟  
مشاور: نه جانم! به خاطر جواب‌هایی که داده بودم.

س: بارها شنیده‌ام که در زندگی بعضی وقت‌ها ضررهایی به انسان می‌رسد که در ظاهر بد است ولی در باطن نفع است. خواستم پرسم شما می‌توانید مثالی برای این اتفاق بزنید؟  
مشاور: بله، قوت مورث.

س: خواستم از زحمات شما، تشکر کنم، بالاخره تبرئه شدم.  
مشاور: بله، خوشحالم، شما از امروز باید زندگی جدیدی را شروع کنید و گذشته را به‌جز باقی‌مانده حق‌الوکاله بنده، فراموش کنید، مطمئناً موفق خواهید شد.

س: چند روز پیش عصبانی شدم و کودکم را زدم، حالا مرا به اتهام کودک‌آزاری تحت تعقیب قرار داده‌اند، به نظر شما چه کنم؟  
مشاور: دوامت عزیز، شما نباید وقتی از دست کودک‌کشان عصبانی می‌شوید، او را بزنید.  
س: ببخشید، همه‌که همین حرف را می‌زنند، پس چه موقع بزنم؟ روز جشن تولدش، یا موقعی که ناز از بسز بیماری برخاستم؟  
مشاور: حق با شماست.  
- بوق، بوق...

# خبرگزارش



## اتحادیه سراسری کانونهای وکلایی دادگستری ایران

- قانون تدوین و تصحیح قوانین و مقررات کشور.
- قانون تجمیع انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی با دوره یازدهم ریاست جمهوری.
- قانون اصلاح قانون تجمیع انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی با دوره یازدهم ریاست جمهوری مصوب ۱۳۸۷.
- آیین نامه اجرایی نحوه نظارت دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در محاکم.
- رأی شماره ۸ هیأت عمومی دیوان عدالت داری در خصوص دادخواست تقاضای ابطال مجوز شهرداری مبنی بر تغییر کاربری ملک، طرف شکایت قرار دادن مالک.
- رأی شماره ۱۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر عدم اعمال ماده‌تین ۶ و ۷ قانون متعهدین خدمت به وزارت آموزش و پرورش در صورت عدم تمهید از فارغ التحصیلان دانشگاه تربیت معلم.
- رأی شماره ۱۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت داری در خصوص پرداخت پاداش پایان خدمت کارکنان سازمان تأمین اجتماعی به میزان یک ماه آخرین حقوق، مزایا و فوق العاده‌های مبتنی بر احکام کارگزینی، با توجه به ماده ۱۷ آیین نامه قانونی نمی باشد.
- رأی شماره ۹۱۰-۹۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص پرداخت کمک هزینه مهد کودک در ادارات دولتی که دارای مهد کودک نمی باشد.
- مساله تخلیه ملک مشاع.
- گزارشی از نشست مشترک مرکز داوری اتاق ایران و کمیسیون داوری تجاری و اقتصاد بین المللی چین (CIETAC).
- پانزدهمین همایش اتحادیه سراسری کانونهای وکلایی دادگستری ایران.
- مجله کانون وکلایی دادگستری مرکز کرمانشاه.
- انتخاب اعضای هیأت رئیسه کانون وکلایی دادگستری مازندران.
- انتخاب هیأت رئیسه کانون وکلایی دادگستری استان همدان.
- انتخاب کانون وکلایی دادگستری استان لرستان.
- نامه دبیر جامعه مستقل وکلایی دادگستری به ریاست اتحادیه سراسری کانونهای وکلایی دادگستری ایران.

## قوانین و آیین‌نامه‌ها

### قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور

#### فصل اول- کلیات

**ماده ۱-** به موجب این قانون تدوین و تنقیح قوانین کشور به عهده معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی که به اختصار معاونت نامیده می‌شود به شرح مندرج در این قانون می‌باشد.

تبصره- اعمال و وظایف این معاونت شامل حیطه اختیارات تقنینی نمایندگان مجلس شورای اسلامی نمی‌باشد.

**ماده ۲-** کلیه دستگاه‌های حکومتی که مقررات وضع می‌کنند از قبیل هیأت دولت، شورای عالی انقلاب فرهنگی، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری همچنین دستگاه‌هایی که مقررات آن‌ها لزوم اجرا دارد، موظف‌اند تمام مصوبات خود را جهت اعمال این قانون به مجلس شورای اسلامی ارسال نمایند.

تبصره- مجلس خبرگان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی امنیت ملی و شورای نگهبان از شمول این ماده مستثنی می‌باشند.

#### فصل دوم- وظایف

**ماده ۳-** وظایف معاونت در امور تنقیح به شرح زیر است:

۱- تنقیح کلیه قوانین کشور و اعلام قوانین معتبر و حاکم از راه‌های زیر:

۱-۱- جمع‌آوری و تفکیک و طبقه‌بندی موضوعی قوانین کشور و تهیه و تنظیم فهرست‌های موضوعی؛ تاریخی و سایر موارد.

۱-۲- تشخیص تعارضات موجود در مقررات و اعلام آن به مرجع تصویب‌کننده جهت اقدام قانونی.

۱-۳- تشخیص مقرراتی که موضوع آن‌ها منتهی شده است و اعلام آن‌ها به مرجع تصویب‌کننده جهت اقدام قانونی.

۱-۴- تهیه پیشنهاد جهت نسخ قوانینی که موضوع آن‌ها منتهی یا نسخ ضمنی شده و ارائه آن به هیأت رئیسه مجلس جهت طی مراحل قانونی.

۱-۵- شناسایی موارد نسخ صریح شخصی و اعمال آن‌ها در مجموعه‌های تنقیح‌شده و ارسال به روزنامه رسمی جهت انتشار.

۱-۶- اعلام قوانین و مقررات مغایر با سیاست‌های کلی نظام که توسط مقام معظم رهبری ابلاغ شده یا می‌شود به مجمع تشخیص مصلحت نظام و هیأت رئیسه مجلس جهت اطلاع و اقدام قانونی.

۱-۷- تهیه شناسنامه برای کلیه قوانین و مقررات کشور.

تبصره- تمام دستگاه‌های حکومتی و عمومی موضوع ماده ۲ این قانون موظف‌اند طرف شش ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، کلیه مقررات مصوب خود را تنقیح نموده و به طور مستمر ادامه دهند. همچنین ظرف شش ماه پیشنهاد تنقیح کلیه قوانین مربوط به خود را به معاونت ارسال نمایند. این معاونت می‌تواند حین بررسی از کارشناسان دستگاه مزبور دعوت به عمل آورد.

۲- پاسخ به استعلامات هیأت رئیسه مجلس شورای اسلامی، نمایندگان، دولت و شورای عالی استان‌ها.

تبصره- مهلت پاسخ به استعلامات در مورد طرح‌ها و لوایح دو فوریتی بیست و چهار ساعت و یک فوریتی، چهل و هشت ساعت و در موارد عادی یک هفته خواهد بود.

۳- تدوین شیوه‌نامه نگارش طرح‌ها و لوایح براساس چهارچوب‌های علمی و تعریف لغات تخصصی مورد استفاده در موضوعات مختلف جهت استفاده قانونی دستگاه‌های حکومتی به گونه‌ای که تغییر در مراد مقنن نباشد.

۴- انتشار مجموعه‌های تنقیح‌شده موضوعی تخصصی به صورت کتب و نسخ الکترونیکی.

۵- ویراستاری مصوبات مجلس و کمیسیون‌ها قبل از تصویب نهایی بدون تغییر در مراد مقنن برابر آیین‌نامه داخلی مجلس.

۶- اطلاع‌رسانی قوانین.

۷- شناسه‌گذاری (کدگذاری) قوانین و اصلاح فصول و شماره مواد آن بدون تغییر در متن آن بعد از اقدامات تنقیحی.

۸- ارائه مشاوره حقوقی و تقنینی به رئیس، اعضای هیأت رئیسه، کمیسیون‌ها و نمایندگان مجلس.

**ماده ۴-** نمایندگان مجلس شورای اسلامی، دولت و شورای عالی استان‌ها قبل از تقدیم طرح یا لایحه به مجلس در خصوص امور زیر از معاونت استعلام می‌نمایند این استعلام مانع طی مراحل تصویب طرح‌ها و لوایح نخواهد شد:

۱- وجود قوانین متعارض یا مرتبط با طرح و لایحه پیشنهادی.

۲- انطباق طرح و لایحه پیشنهادی از نظر شیوه نگارش تخصصی قوانین.

۳- لزوم یا عدم لزوم قانونگذاری در موضوع یادشده.  
 ۴- تطبیق طرح ولایحه با آیین نامه داخلی مجلس: قانون برنامه، سند چشم انداز، سیاست های کلی نظام و اسناد بالادستی.

تبصره ۱- نظر معاونت در مورد طرح ها و لوایح به همراه طرح یا لایحه پیشنهادی تقدیم مجلس خواهد شد تا نمایندگان در جریان آن واقع شوند.  
 تبصره ۲- چنانچه در مورد موضوعات فوق استعلام نشده باشد هیأت رئیسه نظر معاونت را استعلام می نماید.

ماده ۵- معاونت موظف است حداکثر یک سال پس از اجرایی شدن هر قانون، گزارشی از نحوه اجرا و موارد ابهام، اجمال، تعارض، قصص و هرگونه ایراد اجرایی آن را به رئیس مجلس، دولت، شورای عالی تنفیج و کمیسیون های ذی ربط مجلس تقدیم و پیشنهاد اصلاحی لازم برای رفع نقایص یادشده جهت اقدامات قانونی ارائه نماید.

ماده ۶- از ابتدای سال ۱۳۹۰، چاپ و انتشار مجموعه قوانین تنها با تأیید معاونت قوانین مجلس امکان پذیر است.

تبصره- روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران از شمول این ماده مستثنی می باشد.

ماده ۷- به منظور اطلاع رسانی عمومی درباره آخرین قوانین و مقررات مصوب، پایگاه اطلاع رسانی در مجلس شورای اسلامی تشکیل می شود این معاونت موظف است در اسرع وقت اقدام به انتشار قوانین از طریق پایگاه اطلاع رسانی مجلس نماید.

#### فصل سوم- مسائل متفرقه

ماده ۸- به منظور اجرای صحیح این قانون شورای عالی تنفیج قوانین مرکب از اشخاص زیر تشکیل می گردد:  
 الف- رئیس مجلس شورای اسلامی به عنوان رئیس.  
 ب- معاون حقوقی رئیس جمهور.  
 ج- یکی از معاونان رئیس قوه قضاییه.  
 د- معاونان قوانین و نظارت مجلس.  
 دبیرخانه شورا بر عهده معاونت می باشد. تصمیمات شورا حین مشورتی برای رئیس مجلس خواهد داشت.

ماده ۹- وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و سایر وزارتخانه ها، دستگاه ها و مؤسسات دولتی موظف اند دو نسخه از کتب و نسخ الکترونیکی منتشر شده حقوقی و مجموعه قوانین و مقررات خود را برای معاونت ارسال نمایند.

ماده ۱۰- قانون تشکیل سازمان تنفیج و تدوین قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۵۰/۱۲/۲۹ و اصلاحات بعدی و آیین نامه های آن نسخ می گردد.

ماده ۱۱- دستورالعمل اجرایی این قانون به تصویب رئیس مجلس می رسد.

ماده ۱۲- این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجرا می باشد. قانون فوق مشتمل بر دوازده ماده و هفت تبصره در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ بیست و پنجم خردادماه یک هزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی  
 علی لاریجانی

#### قانون تجمیع انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی با دوره یازدهم ریاست جمهوری

ماده واحده- با کرات امتداد شدن دوره چهارم شوراهای اسلامی شهر و روستا، انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی همزمان با انتخابات دوره یازدهم ریاست جمهوری در یک روز برگزار گردد؛ به گونه ای که شروع کار شوراهای اسلامی پنجم، یک ماه پس از آغاز دوره ریاست جمهوری یازدهم باشد.  
 قانون فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ اول خردادماه یک هزار و سیصد و هشتاد و شش مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۲۸ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد.

#### قانون اصلاح قانون تجمیع انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی با دوره یازدهم ریاست جمهوری مصوب ۱۳۸۷

ماده واحده- قانون تجمیع انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی با دوره یازدهم ریاست جمهوری مصوب ۱۳۸۷/۲/۲۸ به شرح ذیل اصلاح می گردد:  
 با افزایش طول دوره سوم شوراهای اسلامی، شهرداران و دهیاران تا برگزاری انتخابات دوره یازدهم ریاست جمهوری، انتخابات دوره چهارم شوراهای اسلامی و دوره یازدهم ریاست جمهوری هم زمان برگزار می گردد.  
 تمدید دوره مدیریت شهرداران و دهیاران مانع اختیار شوراها برای نظارت و استیضاح نیست.  
 تبصره- شروع به کار دوره چهارم شوراهای اسلامی، یک ماه پس از آغاز دوره ریاست جمهوری یازدهم خواهد بود.



قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و یک تبصره در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ دوم تیر ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۱۶ به تأیید شورای نگهبان رسید.

.....

### آیین نامه اجرایی نحوه نظارت دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در محاکم

**ماده ۱-** با عنایت به اصل ۱۵۷، بند ۳ اصل ۱۵۶ و بند ۱ اصل ۱۵۸ و در اجرای اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، درخصوص نظارت دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در محاکم که در این آیین نامه به اختصار دیوان نامیده می شود، مقررات و ضوابط مذکور به شرح مواد آتی تعیین می گردد.

**ماده ۲-** منظور از نظارت در این آیین نامه عبارت است از: به کارگیری توانمندی های انسانی و فن آوری های نوین در جهت مراقبت و رصد کردن نحوه اجرای قوانین و مقررات در مراجع قضایی از حیث رعایت حقوق اشخاص و اعمال کلیه موازین قانونی و آیین های دادرسی و دستورالعمل های لازم الایتباع و به طور کلی هر آن چه از لحاظ شکلی و ماهوی در فرآیند دادرسی لازم الاجرا می باشد.

**ماده ۳-** علاوه بر موارد مصرحه در قانون، نظارت بر اجرای صحیح قوانین در کلیه دادگاهها و دادرسیها به ترتیب زیر بر عهده دیوان می باشد.

**الف-** نظارت مستمر، ادواری و موردی بر اساس برنامه تنظیمی توسط رئیس دیوان.

**ب-** نظارت موردی بر حسب دستور رئیس قوه قضاییه.

**ماده ۴-** نظارت بر اجرای صحیح قوانین در کلیه دادگاهها شامل عمومی، انقلاب، نظامی، کیفری استان و تجدیدنظر بر عهده رئیس دیوان می باشد که از طریق معاونتی تحت عنوان معاونت نظارت دیوان عالی کشور اعمال می شود.

**ماده ۵-** نظارت بر اجرای صحیح قوانین در کلیه دادرسیها اعم از عمومی، انقلاب و نظامی بر عهده دادستان کل کشور می باشد که از طریق معاونتی تحت عنوان معاونت نظارت دادستان کل کشور اعمال می شود.

**ماده ۶-** رئیس دیوان و دادستان کل کشور می توانند علاوه بر قضات دیوان، با هماهنگی مسؤولان ذی ربط از سایر قضات مجرب و با سابقه به منظور اجرای امر نظارت استفاده نمایند.

**ماده ۷-** معاونت نظارت حسب مورد پس از کسب نظر رئیس دیوان و دادستان کل کشور هیأتها یا اشخاصی را جهت اعمال نظارت تعیین می کند.

**ماده ۸-** ریاست هر هیأت حسب مورد با قاضی دیوان یا قاضی دادرسی دیوان خواهد بود. رئیس هیأت حسب مورد توسط رئیس دیوان یا دادستان کل تعیین می گردد. ترکیب اعضا و نحوه انتخاب دیگر اعضای هیأت و چگونگی تشکیل، نظارت، بازرسی، مدت مأموریت و سایر امور داخلی برابر دستورالعملی است که توسط رئیس دیوان و دادستان کل کشور تهیه و به تصویب رئیس قوه قضاییه می رسد.

**ماده ۹-** رئیس هر یک از هیأتها یا شخص تعیین شده موظف است پس از انجام مأموریت گزارش خود را ضمن ارائه راهکارهای مناسب حسب مورد به معاونت نظارت دیوان عالی کشور و یا دادستان کل ارائه نماید.

**ماده ۱۰-** وظایف معاونت نظارت دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور حسب مورد عبارت است از:

**الف-** نظارت و بازرسی از دادگاهها و دادرسیها.

**ب-** بررسی و ارزیابی گزارش های واصله.

**ج-** انعکاس و جمع بندی گزارشها و پیشنهادها و ارائه آنها به رئیس دیوان و دادستان کل کشور.

**د-** پیگیری تصمیمات رئیس دیوان و دادستان کل کشور.

**ه-** تشکیل بانک اطلاعات آرا با همکاری مرکز آمار و فن آوری اطلاعات جهت ارزیابی آرا و علت نقض آنها و فراهم نمودن موجبات رویه قضایی واحد در مراجع قضایی.

**ماده ۱۱-** رئیس دیوان یا دادستان کل پس از دریافت گزارشها و پیشنهادها، ضمن اقدام مقتضی، مراتب را جهت اطلاع به رئیس قوه قضاییه ارائه می دهند و در مواردی که مستلزم اقدام از سوی رئیس قوه قضاییه باشد، درخواست اقدام مقتضی خواهد شد.

**ماده ۱۲-** نظر به اهمیت تشویق در ایجاد انگیزه کاری، کلیه هیأت های نظارت موظف اند با در نظر گرفتن معیارهای کاری، یافته های مثبت خود را در مورد قضات و کارکنان اداری همراه با مستندات حسب مورد به رئیس دیوان یا دادستان کل کشور اعلام نمایند تا مورد تشویق قرار گیرند.

**تبصره-** شرایط افراد مستحق تشویق، معیارها و شاخص های کاری، نحوه و کیفیت تشویق به موجب دستورالعملی خواهد بود که با همکاری رئیس دیوان و



دادستان کل کشور تهیه و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد.

**ماده ۱۳-** این آیین‌نامه در ۱۳ ماده و یک تبصره در تاریخ ..... توسط رئیس قوه قضائیه تصویب و پس از ابلاغ لازم الاجرا می‌باشد.

**رئیس قوه قضائیه**  
**صادق لاریجانی**

## رأی وحدت رویه

**رأی شماره ۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص دادخواست تقاضای ابطال مجوز شهرداری مبنی بر تغییر کاربری ملک، طرف شکایت قراردادادن مالک**

تاریخ: ۱۳۸۹/۱/۱

شماره دادنامه: ۸

کلاس پرونده: ۱۱/۸۹

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.  
شاکی: آقای مهران اعتمادی.

موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض آرای صادره از شعب ۲۸ دیوان عدالت اداری.

**گردشکار:** الف- شعبه بیست و هشتم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاس ۱۲۷۳/۸۶ و ۴۵۷ موضوع شکایت آقای حسین احمدی نصرعاصمی، به صرفیت شهرداری شیراز منطقه ۴ و به خواسته ابطال پروانه ساختمانی و عدم برخورد با تخلف پیشروی غیر، طی دادنامه شماره ۳۳۶۴-۳۳۶۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: نظریه این شعبه اساساً ابطال پروانه ساختمانی می‌بایست به طرفیت مالک ساختمان و همچنین مرجع صادرکننده آن مطرح گردد و تا زمانی که پروانه ساختمانی مورد نظر شاکی توسط مراجع ذیصلاح ابطال نگردد، تخریب پیش‌آمدگی ساختمان احداث‌شده فاقد وجهت قانونی است که نظریه شماره ۷/۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۱/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز بر این امر تصریح نموده است، بنابراین در وضعیت فعلی شکایت معنونه قابلیت استماع نداشته و قرار رد آن صادر و اعلام می‌گردد.

ب- شعبه بیست و هشتم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاس ۱۷۸۸۸۵ موضوع شکایت آقای سیدجواد واقفی کیا به طرفیت ۱- شهرداری شیراز، ۲- فرح میرزاهاشمی و به خواسته ابطال مجوز شماره ۷۳۶۱/۲۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۶ صادره از شهرداری دال بر تغییر کاربری ملک طی دادنامه

شماره ۱۱۸۱ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: اولاً، ذی‌نفع بودن شاکی به عنوان مالک احد از واحد آپارتمان‌هایی که شهرداری برای مالک طبقه تحتانی مجوز تبدیل واحد مسکونی به تجاری صادر نموده در فرض ورود یا عدم ورود هرگونه خسارت احتمالی محرز بوده و طبق قانون شهرداری‌ها- ذی‌نفع، حق اعتراض به تصمیمات اتخاذ شده در حالی که موجب اضرار به وی باشد را داشته و شکایت وی قابلیت استماع را دارد. ثانیاً، شهرداری در لایحه دفاعیه اشاره نموده که در طرح ساختاری راهبردی شهر شیراز صدور مجوز تجاری در محور مورد نظر تجویز گردیده است و به همین علت شهرداری با تبدیل واحد مسکونی طبقه تحتانی به تجاری موافقت نموده است از آن جایی که کاربری املاک در طرح تفصیلی مشخص گردیده و شهرداری مکلف به اجرای مفاد طرح تفصیلی مصوب بوده که هرگونه تغییر در آن می‌بایست به تصویب مراجع ذیصلاح برسد و امتداد به طرح ساختاری راهبردی برای تغییر کاربری املاک علی‌الخصوص در ساختمان‌هایی که دارای واحدهای متعدد با مالکین مختلف می‌باشد، صحیح نبوده، هرگونه تغییر در کاربری ملک منوط به موافقت تمامی مالکین واحدهای آپارتمانی می‌باشد نظر به مراتب معنونه شکایت مطروحه را وارد تشخیص داده و حکم به ابطال مجوز تغییر کاربری شماره ۷۳۶۱/۲۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۶ صادر و اعلام می‌گردد. ضمناً شکایت شاکی علیه خانم فرح میرزاهاشمی به لحاظ این که طبق ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایات مردم علیه واحدهای دولتی احصا گردیده قابل استماع نبوده، قرار رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آرا به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

### رأی هیأت عمومی

**اولاً** تعارض آرا محرز است. ثانیاً، حسب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، شعب دیوان صرفاً به شکایات و نظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها رسیدگی می‌نماید. همچنین طبق ماده ۳۰ قانون مذکور در صورتی که محتوای شکایت و دادخواست تقدیمی به دیوان حاوی مطلبی علیه شخص ثالث نیز باشد، مانع رسیدگی شعبه به پرونده نخواهد بود. لذا دادنامه شماره ۱۱۸۱ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ شعبه بیست و هشتم دیوان که رسیدگی به شکایت با خواسته ابطال مجوز

صادره از شهرداری مبنی بر تغییر کاربری ملک را به صرف تقدیم دادخواست به طرفیت شهرداری کافی دانسته و به استناد ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر رسیدگی به شکایت علیه مالک ملک را به عنوان شخص حقیقی، خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری اعلام و مبادرت به صدور قرار عدم استماع نموده است، صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۱۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
مبنی بر عدم اعمال مادین ۶ و ۷ قانون متعهدین  
خدمت به وزارت آموزش و پرورش در صورت عدم  
تعهد از فارغ التحصیلان دانشگاه تربیت معلم

تاریخ: ۱۳۸۹/۳/۳۱

شماره دادنامه: ۱۲۰

کلاس پرونده: ۱۰۰۲/۸۸

مراجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

شاک: خانم زهرا محمدی.

موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض آرای صادره از شعب سوم و چهارم دیوان عدالت اداری.

گردشکار: الف- شعبه چهارم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاس ۲۰۱۴/۸۷، موضوع شکایت خانم زهرا محمدی، به طرفیت وزارت آموزش و پرورش (سازمان آموزش و پرورش شهر تهران)، به خواسته احتساب سابقه تحصیلی، طی دادنامه شماره ۱۰۶۱ مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۸، چنین انشای رأی نموده است: با توجه به محتویات پرونده و مفاد لایحه دفاعیه مشکلی عه به شماره فوق‌الذکر، نظر به این که مشارالیه از بدر ورود به دانشگاه، به استخدام آزمایشی آموزش و پرورش در نیامده و جزء متعهدین خدمت نمی‌باشد، از شمول قانون متعهدین خدمت به وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۹ و تبصره ۳ ماده ۱۸ قانون الحاق ۲ ماده به قانون اجازه تأسیس دانشسرای مقدماتی و عالی مصوب ۱۳۵۴، خارج می‌باشد. لذا شکایت شاکیه غیر وارد تشخیص و به استناد مراد مرقوم و ماده ۷ و ۴۸ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد. ب- شعبه سوم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاس ۱۸۳۴/۸۶، موضوع شکایت خانم زهرا خامه چیان، به طرفیت آموزش و پرورش تهران به خواسته الزام خواننده به احتساب سنوات تحصیل (چهارسال) جزء سابقه

خدمت رسمی، طی دادنامه شماره ۵۷۹ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۶، چنین انشای رأی نموده است: نظر به این که مستفاد از ماده ۷ قانون متعهدین خدمت به آموزش و پرورش و تبصره ذیل آن و نیز آرای صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، احتساب سوابق تحصیلی فارغ‌التحصیلان مراکز تربیت معلم، مشروط به اخذ تعهد نمی‌باشد. و اگر هم تعهد لازم بوده باشد، مسؤلین اقدام به اخذ تعهد می‌نمودند، ضمن این که هدف از اخذ تعهد انجام خدمت به میزان دو برابر مدت تحصیل می‌باشد که در مورد شاکیه این خدمت صورت پذیرفته است، لذا با وارد دانستن شکایت شاکیه حکم به الزام خواننده به احتساب به مدت تحصیل وی در مرکز تربیت معلم به عنوان سابقه خدمت صادر و اعلام می‌گردد.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آرا به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

#### رأی هیأت عمومی

نظر به این که به موجب ماده یک قانون متعهدین خدمت به وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۹/۳/۸، مقرر شده، دانش آموزان دانشسراها و دانشجویان مراکز تربیت معلم و دانشگاه‌های تربیت معلم و رشته‌های دبیری، دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی مکلف‌اند در آغاز تحصیل خود به وزارت آموزش و پرورش تعهد خدمت بپذیرند و تحصیل آنان در مراکز تحصیلی منوط به سپردن تعهد ثبیتی به وزارتخانه مذکور و یا اعلام عدم نیاز آن وزارتخانه می‌باشد، و پس از سپردن تعهد خدمت مطابق ضوابط مربوطه در اجرای ماده ۶ قانون موصوف به عنوان مستخدم آزمایشی قلمداد می‌گردند و پس از استخدام رسمی در اجرای ماده ۷ همین قانون سوابق آموزش فارغ‌التحصیلان فوق‌الذکر به عنوان سابقه خدمت قابل قبول دولتی تلقی می‌گردد و این حکم در خصوص فارغ التحصیلانی که در دانشگاه تربیت معلم پذیرفته شده باشند و از آنان بر اساس نیاز آموزش و پرورش اخذ تعهد نشده باشد جاری نخواهد بود، لذا دادنامه شماره ۱۰۶۱ مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۸ شعبه چهارم دیوان در حدی که متضمن این معنی است صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
سعاون قضایی دیوان عدالت اداری  
مبتصری

**رأی شماره ۱۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص پرداخت پاداش پایان خدمت کارکنان سازمان تأمین اجتماعی به میزان یک ماه آخرین حقوق، مزایا و فوق العاده‌های مبتنی بر احکام کارگزینی، با توجه به ماده ۱۷ آیین نامه قانونی نمی باشد**

تاریخ: ۱۳۸۹/۳/۳۱

شماره دادنامه: ۱۱۹

کلاس پرونده: ۱۹۴/۸۸

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

شاکتی: آقای علی نرایی.

موضوع شکایت و خواسته: ابطال دستور اداری شماره ۱۶۷۶۹۲ مورخ ۱۳۸۷/۹/۲ معاونت اداری و مالی سازمان مرکزی تأمین اجتماعی.

مؤدشکار: شاکتی به شرح دادخواست تقدیمی اعلام داشته است: ۱- حسب ماده ۷ قانون اصلاح باره‌ای از مقررات مربوط به حقوق بازنشستگی بانوان شاغل، خانواده‌ها و سایر کارکنان مصوب ۱۳۷۹، محاسبه پرداخت پاداش خدمت بر اساس یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده‌های دریافتی مشمول کسر بازنشستگی به ازای هر سال خدمت، تعیین تکلیف گردیده است. ۲- دادنامه‌های شماره ۴۷۸ الی ۵۰۰ مورخ ۱۳۸۴/۹/۲۷ و شماره ۲۹۱ مورخ ۱۳۸۶/۴/۳۱ و شماره ۶۰ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در رابطه با سازمان تأمین اجتماعی اصدار یافته است، مؤید این موضوع می باشد. ۳- ماده ۶۷ آیین نامه استخدامی سازمان تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۸، مقرر می دارد: «مستخدמי که بازنشسته، از کار افتاده کلی یا فوت می شوند، علاوه بر وجوه مرخصی های استحقاقی استفاده نشده، به ازای هر سال سابقه خدمت آنان معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده های مشمول کسر حقوق بیمه به عنوان پاداش خدمت پرداخت خواهد شد ولیکن مسئولین سازمان با صدور دستورالعمل اداری شماره ۱۶۷۶۹۲ مورخ ۱۳۸۷/۹/۲، و در بند «الف» دستورالعمل، پاداش پایان خدمت کارکنان سازمان را مبتنی بر احکام کارگزینی دانسته که عملاً مخالف نص صریح قانون مذکور، آیین نامه استخدامی سازمان و آرای وحدت رویه صادره از دیوان عدالت اداری می باشد. ضمناً، مزایایی از قبیل کارانه، بهره‌وری، پسرکیس پزشکان شاغل در سازمان و همکاران آن‌ها که مشمول کسر حق بیمه بوده و حق بیمه آن‌ها کسر می شود، در احکام کارگزینی درج و قید نمی گردند. بنا عبات به مراتب فوق‌الذکر هرگونه اقدامی از طرف سازمان نظیر انحصار حقوق و فوق العاده‌ها بر مبنای احکام کارگزینی

بر خلاف هدف و حکم قانونگذار و خارج از حدود اختیارات سازمان می باشد و لذا مستنداً به بند ۴ ماده ۴۶ قانون دیوان عدالت اداری متقاضی ابطال دستورالعمل فوق‌الذکر می باشم. دفتر امور حقوقی و دعاوی سازمان تأمین اجتماعی در پاسخ به شکایت شاکتی، طی لایحه شماره ۱۱۴/۳۰/۷۱۰۰، مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۲، اعلام داشته است: ۱- شاکتی به استناد بند ۴ ماده ۴۶ قانون دیوان عدالت اداری تقاضای ابطال دستور اداری معترض عنه را نموده است، در حالی که ماده ۳۶ قانون مزبور وظایف دادرس اجرای احکام را احصا نموده و بند مزبور ناظر به مواردی است که حکمی در خصوص اشخاص صادر شده و در اجرای آن شاکتی مدعی مغایرت تصمیمات منتهی محکوم علیه در جهت اجرای حکم یا رأی صادره می باشد. لازم به توضیح است که نامبرده بسادرت به طرح دعوی به خواسته اجرای دادنامه شماره ۶۰ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و لحاظ نمودن بهره‌وری و کارانه در پرداخت سنوات خدمت به طرفیت این سازمان نموده که منتهی به دادنامه شماره ۵۴۷ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۶ و اصلاحیه شماره ۱۲۶۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۹ شبع ۱۶ دیوان عدالت اداری گردیده است. لذا، چنانچه شاکتی معترض اجرای دادنامه موصوف باشد، می بایستی تقاضای خود را به عنوان اجرای احکام ارائه نماید و از این حیث تقاضای وی قابل طرح و رسیدگی در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نمی باشد. ۲- بخشنامه معترض عنه مطابق قانون و حدود اختیارات سازمان تأمین اجتماعی و در جهت اجرای رأی هیأت عمومی به شماره دادنامه ۲۹۱ مورخ ۱۳۸۶/۴/۳۱ مبنی بر ابطال ردیف ۶ بند «ب» دستورالعمل شماره ۲۰۲۰/۲۵۹۲۹ مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۷ و رأی به شماره دادنامه ۶۰ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸ مبنی بر ابطال بند یک دستورالعمل شماره ۲۰۲۰/۹۷۷۸ مورخ ۱۳۸۵/۲/۱۰ سازمان و با عنایت به ماده ۶۷ آیین نامه استخدامی سازمان مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۸ شورای عالی تأمین اجتماعی در مورد پاداش پایان خدمت همکاران وضع گردیده است. ۳- مستند شاکتی ماده ۷ قانون اصلاح پارم‌ای از مقررات مربوط به حقوق بازنشستگی بانوان شاغل، خانواده‌ها و سایر کارکنان نظام هماهنگ بازنشستگی و وظیفه و تبصره‌های آن مصوب ۱۳۷۳ هجری می باشد، در حالی که کارکنان سازمان تأمین اجتماعی به دلیل دارا بودن آیین نامه استخدامی خاص مشمول قانون یاد شده نبوده و مقررات مزبور از تاریخ تصویب آیین نامه استخدامی سازمان مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۸، قابل تعمیم و تسری به کارکنان سازمان نمی باشد. در این ارتباط پاداش پایان خدمت کارکنان سازمان تأمین اجتماعی در ماده ۶۷ آیین نامه استخدامی پیش‌بینی شده که به موجب آن مقرر گردیده به مستخدמי که بازنشسته، از کار افتاده یا فوت می شوند علاوه بر وجوه مرخصی های استحقاقی استفاده نشده، به ازای هر سال

سابقه خدمت آنسان معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده‌های مشمول کسر حق بیمه به عنوان پاداش پایان خدمت پرداخت خواهد شد. بنابراین، دستور اداری معترض عنه بر مبنای آن تنظیم و منطبق با آن می‌باشد، لذا با وجود آیین‌نامه استخدامی خاص سازمان تأمین اجتماعی، استناد شاکعی به قانون و مقرراتی که سازمان لازم و تکلیفی به انجام آن نداشته و مشمول آن نمی‌باشد، و جهت قانونی نداشته و از این حیث خواسته شاکعی قابل رد می‌باشد. ۴- از مفاد دستورالعمل مزبور پیداست که در جهت اجرای ماده ۷ قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات مربوط به حقوق بازنشستگی... مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۳ مجلس شورای اسلامی صادر گردیده است. ماده ۷ قانون مذکور مقرر می‌دارد: ماده یک و بند یک ماده ۳ قانون پرداخت پاداش پایان خدمت و بخشی از هزینه‌های ضروری به کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۵/۲/۲۶ و اصلاحیه آن مصوب ۱۳۷۶/۱۱/۱۶، به ترتیب زیر اصلاح می‌گردد: - به کارکنان شاغل مذکور در قوانین فوق‌الاشاره هنگام بازنشستگی، از کارافتادگی یا فوت در مقابل کلیه سوابق خدمت دولتی به ازای هر سال خدمت معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده‌های دریافتی که ملاک کسور بازنشستگی است به عنوان پاداش پایان خدمت پرداخت می‌شود. - کمک هزینه ازدواج در مورد ازدواج دائم خود و فرزندان مستخدمین شاغل، بازنشسته، از کارافتاده و متوفی فقط یک بار حسب مورد، مفاد ماده ۷ مذکور مقرر می‌دارد: به ازای هر سال خدمت معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده‌های دریافتی که ملاک کسور بازنشستگی است به عنوان پاداش پایان خدمت پرداخت می‌شود. بنابر مراتب مذکور، اساساً ماده ۷ در صدد برقراری حق سنوات به نحو مورد ادعای شاکعی نسبت به کارکنان سازمان تأمین اجتماعی نبوده و منظور قانونگذار آخرین حقوق و فوق العاده‌های دریافتی که ملاک کسور بازنشستگی قرار گرفته می‌باشد، نه حقوق و مزایایی که مشمول کسر حق بیمه نبوده و سازمان نیز در طول خدمت حق بیمه‌ای بابت آن از کارکنان خود کسر ننموده است. بنابراین محاسبه میزان پاداش سنوات به حقوق و مزایایی که بر مبنای آن حق بیمه کسر گردیده نسبت مستقیم دارد. قابل ذکر است بند «ب» دستورالعمل معترض عنه نه تنها از ماده ۷ قانون یاد شده عدول نکرده، بلکه فراتر از آن از مزایای خارج از احکام کارکنان را در پرداخت سنوات خدمت برای آنان در نظر گرفته است. بنابراین بخشنامه معترض عنه وفق قانون و مقررات جاری سازمان تنظیم گردیده و هیچ‌گونه مغایرتی با نصوص مواد قانون و مقررات جاری سازمان نداشته است و تقاضای رسیدگی و صدور حکم مبنی بر رد شکایت مطروحه مورد استدعاست. هیأت عمومی دیوان در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و

پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آرا به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

### رأی هیأت عمومی

نظر به این که مطابق ماده ۶۷ آیین‌نامه استخدامی سازمان تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۸، به مستخدمینی که بازنشسته، از کارافتاده کلی یا فوت می‌شوند، علاوه بر وجوه مرخصی‌های استحقاقی استفاده نشده، به ازای هر سال سابقه خدمت، معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق العاده‌های مشمول کسر حق بیمه به عنوان پاداش پایان خدمت پرداخت خواهد شد و بخشنامه شماره ۱۶۷۶۹۲ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱ معاون اداری مالی، سازمان تأمین اجتماعی که پرداخت پاداش پایان خدمت کارکنان سازمان را به میزان یک ماه آخرین حقوق، مزایا و فوق العاده‌های مبتنی بر احکام کارگزینی تجویز کرده است، به لحاظ مفید نمودن چگونگی پرداخت پاداش پایان خدمت به اموری غیر از آن‌چه که در ماده ۶۷ آیین‌نامه استخدامی سازمان تأمین اجتماعی مقرر داشته، خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب کننده شناخته شد. بنابراین به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۹۱۰ - ۹۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص پرداخت کمک هزینه مهد کودک در ادارات دولتی که دارای مهد کودک نمی‌باشد

تاریخ: ۱۳۸۸/۱۲/۲۴

شماره دادنامه: ۹۱۰، ۹۱۱

کلاس پرونده: ۹۷۶/۸۸، ۱۰۲۱

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

شاکعی: سازمان آموزش و پرورش سمنان.

موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری.

گروه شکار: الف - شعبه اول دیوان در رسیدگی به پرونده کلاس ۲۱۱۷/۸۷ موضوع شکایت خانم مرضیه شاکری به طرفیت اداره آموزش و پرورش منطقه بسطام از توابع سازمان آموزش و پرورش استان سمنان به خواسته دریافت هزینه مهد کودک طی دادنامه شماره ۳۰۵ مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۹ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: نظر به این که در



تبصره بند الف ماده ۱۰ مصوبه شماره ۵۲۸۵/ت/۳۲۷۹۴ مورخ ۱۳۸۴/۲/۳ هیأت وزیران پرداخت کمک هزینه مهد کودک برای کارکنان اناث که دارای فرزند زیر پنج سال می‌باشند، به شرطی تجویز گردیده که اداره مربوطه دارای مهد کودک نباشد، حال آن‌که در لایحه دفاعیه طرف شکایت که دلیلی بر خلاف آن ارائه نشده اعلام گردیده که در منطقه بسطام (محل خدمت شاکیه) مهد کودک دولتی حضرت رقیه (س) دائر و مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان می‌باشد. بنابراین به لحاظ وجود مهد کودک دولتی در محل خدمت شاکیه، حکم به رد دعوی معنونه صادر و اعلام می‌گردد. ب- شعبه اول دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۹۶۳/۸۷ موضوع شکایت محبوه صادری به طرفیت اداره آموزش و پرورش منطقه بسطام (سازمان آموزش و پرورش استان سمنان) به خواسته دریافت هزینه مهد کودک، طی دادنامه شماره ۵۶ مورخ ۱۳۸۸/۱/۱۸ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: با توجه بررسی اوراق و محتویات پرونده، نظر به این که حسب حکم کارگرنی پیوست دادخواست، شاکیه در منطقه آموزش و پرورش بسطام خدمت می‌نماید و هر چند اطلاق لفظ کارکنان مندرج در تبصره بند الف ماده ۱۰ مصوبه شماره ۵۲۸۵/ت/۳۲۷۹۴ مورخ ۱۳۸۴/۲/۳ هیأت وزیران، شامل کلیه کارکنان اعم از اداری و آموزش و پرورش می‌باشد، لیکن با توجه به این که پرداخت کمک هزینه مهد کودک صرفاً در اداراتی که دارای مهد کودک نمی‌باشد، پیش‌بینی شده است و حسب اعلام اداره طرف شکایت در لایحه دفاعیه که دلیلی بر خلاف آن ارائه نشده، در منطقه بسطام مهد کودک حضرت رقیه (س) دائر و مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان می‌باشد. بنابراین به لحاظ وجود مهد کودک دولتی در منطقه بسطام پرداخت کمک هزینه مهد کودک، فاقد محمل قانونی بوده و حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد. ج- شعبه سوم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۶۷۰/۸۷ موضوع شکایت خانم زهرا غیاث‌الدین به طرفیت سازمان آموزش و پرورش استان سمنان، به خواسته کمک هزینه مهد کودک، طی دادنامه شماره ۹۸۳ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ و به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: با توجه به اوراق و محتویات پرونده و مضمون لایحه دفاعیه طرف شکایت، نظر به این که بر طبق ضوابط اجرایی قانون بودجه سنواتی بابت فرزندان زیر ۵ سال مستخدمین مشمول، هزینه مهد کودک تعلق می‌گیرد. بنابراین دفاعیات طرف شکایت مبنی بر این که عدم پیش‌بینی اعتبارات کمک هزینه رفاهی مهد کودک و هزینه غذای کارکنان منطق با تکالیف قانونی بوده، موجه به نظر نمی‌رسد، لذا حکم به ورود شکایت شاکیه و الزام خواننده به پرداخت هزینه مهد کودک متعلقه به شاکیه صادر و اعلام می‌گردد. د- شعبه سوم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۲۳۸/۸۶، موضوع

شکایت خانم زهرا بیگم میرحسینی به طرفیت آموزش و پرورش منطقه بسطام از توابع استان سمنان به خواسته هزینه مهد کودک، طی دادنامه شماره ۲۰۵۰ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۵ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: نظر به این که برابر اوراق و محتویات پرونده شاکیه دارای فرزند کمتر از ۵ سال می‌باشد، واجد شرایط تبصره جزء الف بند ۱۰ تصویب‌نامه شماره ۵۲۸۵/ت/۳۲۷۹۴ مورخ ۱۳۸۴/۲/۳ هیأت وزیران در خصوص پرداخت حداکثر بیست هزار تومان به کارکنان تائیدی که فرزند زیر ۵ سال دارند، می‌باشد و این که طرف شکایت دفاع مؤثری به عمل نیاورده است، لذا حکم به ورود شکایت شاکیه و الزام خواننده به پرداخت هزینه مهد کودک به شاکیه با رعایت مقررات مربوط از تاریخ تصویب مصوبه هیأت وزیران صادر و اعلام می‌گردد. ه- شعبه سوم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۵۹۱/۸۷، موضوع شکایت خانم زینب ترابی به طرفیت اداره آموزش و پرورش منطقه بسطام از توابع سازمان آموزش و پرورش استان سمنان، به خواسته مطالبه هزینه مهد کودک دو فرزند طی دادنامه شماره ۲۱۹۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۹ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: با توجه به محتویات پرونده نظر به این که بر اساس تبصره ذیل جزء الف بند ۱۷ مصوبه ۱۳۸۵/۱۲/۹ هیأت وزیران به کارکنان اناث که دارای فرزند زیر ۵ سال می‌باشد، هر ماه به ازای هر فرزند حداکثر تا سه فرزند مبلغ دویست هزار ریال پرداخت گردیده و دفاعیات طرف شکایت نافی و مسقط حقی که برای شاکیه در اثر تبصره مذکور ایجاد گردیده نمی‌باشد، بنابه مراتب فوق حکم به ورود شکایت شاکیه و الزام مشتکی‌عنه به پرداخت هزینه مهد کودک فرزند مشارالیه با نام محمدامین رضایی متولد ۱۳۸۲/۱۲/۴ به وی به تناسب ماه‌های استحقاق صادر و خواسته وی نسبت به فرزند دیگرش به نام فاطمه رضایی که متولد ۱۳۸۱/۹/۳ می‌باشد و بیش از ۵ سال سن دارد مردود اعلام می‌گردد. و- شعبه چهارم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۵۳۹/۸۷ موضوع شکایت خانم رشیده شریفی به طرفیت آموزش و پرورش منطقه بسطام به خواسته کمک هزینه مهد کودک فرزندان طی دادنامه شماره ۲۲۸۹ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۹ و به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: شعبه با توجه به مفاد و محتویات و دقت در متن لایحه جوابیه طرف شکایت که طی آن ریاست سازمان آموزش و پرورش استان سمنان اعلام داشته (در منطقه بسطام مهد کودک و پیش‌دستانی دولتی حضرت رقیه (س) دائر و مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان می‌باشد) نظر به این که در تبصره جزء الف بند ۱۷ ضوابط اجرایی بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور که مقرر داشته در اداراتی که دارای مهد کودک نمی‌باشد، دستگاه‌ها مجاز می‌باشد به کارکنان اناث خود که دارای فرزند زیر ۵ سال

می‌باشند، هر ماه به ازای هر فرزند (حداکثر تا سه فرزند) حداکثر مبلغ دویست هزار ریال در اعتبارات خود منظور نماید و چون در آموزش و پرورش محل خدمت شاکیه مهدکودک و پیش‌دستانی دولتی مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان بوده بنابراین شعبه خواسته شاکیه را وارد و موجه ندانسته و حکم به رد آن صادر و اعلام می‌گردد. ز- شعبه چهارم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۲۸۰/۸۷ موضوع شکایت خانم صدیقه و کیلی به طرفیت مدیر کل دفتر آمار و برنامه‌ریزی و بودجه وزارت آموزش و پرورش به خواسته برقراری هزینه مهدکودک طی دادنامه شماره ۲۶۳۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۰ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: شعبه با توجه به مفاد و محتویات پرونده و دقت در متن لایحه جوابیه طرف شکایت به شماره ۳۷۷۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۱ ثبت دفتر لوایح که طی آن اعلام گردیده (ثانیاً در شهرستان شاهرود مهدکودک دولتی آزاده دایر و مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان شهرستان می‌باشد) نظر به این که در تبصره جزء الف، بند ۱۷ تصویب‌نامه استنادی اعلام گردیده در اداراتی که دارای مهدکودک نمی‌باشند، دستگاه‌ها مجاز می‌باشند به کارکنان انات خود که دارای فرزند زیر ۵ سال می‌باشند، هر ماه به ازای هر فرزند (حداکثر تا سه فرزند) حداکثر مبلغ دویست هزار ریال در اعتبارات خود منظور نمایند و چون حسب اعلام رئیس سازمان آموزش و پرورش استان سمنان مهدکودک دولتی آزاده در شهرستان شاهرود مشغول خدمت‌رسانی به فرهنگیان می‌باشد، بنابراین شعبه خواسته شاکیه را غیر وارد تشخیص و حکم به رد آن صادر و اعلام می‌گردد. ح- شعبه چهارم دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۶۵۹/۸۶ موضوع شکایت خانم مریم لطفی به طرفیت وزارت آموزش و پرورش به خواسته هزینه مهدکودک طی دادنامه شماره ۱۴۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۷/۳۰ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی نموده است: شعبه با توجه به مفاد و محتویات پرونده و دقت در متن لایحه جوابیه طرف شکایت به شماره ۲۴۶۸ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۶ که طی آن اعلام گردیده (اولاً، تبصره ذیل بند ۱۰ ضوابط اجرایی بودجه سال ۱۳۸۴ و جزء الف، بند ۱۷ ضوابط اجرایی بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور هیچ‌یک جنبه الزامی و تکلیفی برای دستگاه‌های اجرایی از جمله وزارت آموزش و پرورش ندارند. ثانیاً، در ضوابط اجرایی سال‌های ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵ پیش از اعطای مجوز برای پرداخت رفاهی مهدکودک تأکید شده که دستگاه‌های اجرایی موظف هستند ابتدا نسبت به تأمین کامل هزینه‌های پرسنلی اعم از حقوق و مزایا، عیدی، پاداش پایان خدمت و ... اقدام نمایند و پس از انجام تعهدات پرسنلی در صورت وجود اعتبار برای کمک هزینه نگهداری کودکان اعتباراتی را منظور نمایند. از آن‌جا که سازمان آموزش و پرورش استان‌ها در سال‌های اخیر همواره با کسری اعتبارات

پرسنلی مواجه بوده‌اند و...) نظر به این که به موجب مفاد رأی وحدت رویه صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۷ و ۳۳ مورخ ۱۳۷۶/۴/۱۴ عدم تأمین اعتبار مسقط حق مکسبه شاکی نمی‌باشد، علیهذا شعبه خواسته خواهان را موجه تشخیص و مستنداً به ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ورود شکایت تقدیمی صادر و اعلام می‌گردد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آرا به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

### رأی هیأت عمومی

اولاً، تعارض بین آرای مذکور محرز می‌باشد. ثانیاً، به دلالت تبصره بند الف، ماده ۱۷ ضوابط اجرایی قانون بودجه سال ۱۳۸۵ به شماره ۱۱۳۳۹ ت/ت ۲۴۸۰ مورخ ۱۳۸۵/۲/۹ پرداخت کمک‌هزینه مهدکودک برای کارکنان انات که دارای فرزند زیر پنج سال می‌باشند، همراه به ازای هر فرزند (حداکثر تا سه فرزند) مبلغ دویست هزار ریال، صرفاً در اداراتی که دارای مهدکودک نمی‌باشند، تجویز گردیده و در شهرستان شاهرود و شهر بسطام مهدکودک دولتی جهت ارائه خدمت به کارکنان آموزش و پرورش دایر بوده است بنابراین، الزامی به پرداخت کمک‌هزینه مزبور محرز نیست و دادنامه‌های صادره از شعبه اول به شماره ۵۶ مورخ ۱۳۸۸/۱/۱۸ و شماره ۲۰۵ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۹ و دادنامه‌های صادره از شعبه چهارم به شماره ۲۲۸۹ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۹ و شماره ۲۶۳۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۰ مبنی بر حکم به رد شکایت در حدی که متضمن معنی فوق است، صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
محمدجفر منتظری

## گزارش

### مسأله تخلیه ملک مشاع

خردادماه اسفند، اولین شماره از سال اول خبرنامه داخلی کانون وکلای دادگستری خوزستان، تمام رنگی، روی کاغذ گلاسه اعلی، در ۸ صفحه کاغذ A۳ منتشر شد. از جمله مندرجات این نشریه، مقاله زیر است از همکار محترممان محمد رضا افغان با عنوان «مسأله تخلیه ملک مشاع»:

هرگاه مورد اجاره سهم مشاع از ملکی باشد و موجر تخلیه آن را درخواست نماید، این اشکال پیش خواهد آمد که چگونه می توان به تقاضای مالک، ملک را تخلیه کرد و از طرفی برچه پایه ای می توان درخواست او را که بر طبق قانون، حق تخلیه را دارد، نپذیرفت؟ فرض کنیم دو یا چند مالک، ملک مشاع خود را از مغازه ای به مدت یک سال اجاره داده باشند و پس از انقضای مدت اجاره، یکی از شرکا برای تخلیه سهم خود به دادگاه مراجعه می کند ولی شریک یا شرکای دیگر شکایتی ندارند و یا مستأجر سازش می نمایند و یا فرماً موجر فوت می نماید و برخی از ورثه وی برای تخلیه سهم خویش به دادگاه مراجعه می نمایند اما برخی دیگر از وراث با تخلیه ملک موافق نباشند در این فرض چگونه باید قضاوت کرد؟

سهم مشاع درخواست کننده تخلیه در مجموع ملک منتشر است و تخلیه آن مستلزم تخلیه تمام ملک است. بنابراین، باید به درخواست کسی که به دادگاه مراجعه کرده است مستأجر را از تمام ملک بیرون کرد یا درخواست او را نپذیرفت و سهم درخواست کننده تخلیه را همچنان در تصرف مستأجر باقی گذاشت.

مسأله تخلیه ملک مشاع تنها ناظر به قانون روابط موجر و مستأجر نمی باشد، بلکه در چارچوب قانون مدنی نیز این مسأله وجود دارد. قواعد حاکم بر حالت اشاعه در ساده ترین صورت اثر عبارتند از: ۱- حق مالکیت شریکان در تمام اجزای مال مشاع منتشر است. بنابراین، هر یک می تواند مانع از تصرف دیگران شود. ۲- هیچ یک از مالکان مشاع بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشترک را ندارد چرا که در حق دیگران نیز تصرف می کند. بنابراین انتفاع و تصرف در مال مشاع بدون اذن شریک ممنوع است. این دو قاعده با این که اجزای اصلی مقررات حاکم بر املاک مشاعی است، در راه حل های انتخاب شده برای مسأله مورد بحث، به نحو ضمنی یکی از آن ها انکار می گردد. گاهی شکل انکار یکی از قواعد مذکور پیچیده تر است و از میان دو قاعده معلوم نیست کدام یک طرد می شود و راه حل، میان انکار هر دو در نوسان است.

ابتدا در راه حل انتخاب شده به صراحت یکی از قواعد اثبات می شود ولی به طور ضمنی قاعده دیگر به عکس می شود ولی به طور ضمنی قاعده دیگر برعکس می شود. در نوشتار حاضر به تحلیل برخی از راه حل های انتخاب شده و تبیین کیفیت نقض یکی از قواعد مزبور پرداخته می شود و بررسی می گردد که آیا با انکار یا اصلاح یکی از گزاره های مفهوم مسأله و تجدید آن می توان به حل مشکل پرداخت و در عین حال به همه لوازم قانونی راه حل انتخاب شده پاینده ماند؟

الف- بعضی در این مورد دعوی تخلیه را نمی پذیرند (می گویند دعوی تخلیه در ملک مشاع مصلحت ندارد) با این

توجه که شریک درخواست کننده تخلیه، حق ندارد تخلیه سهم شریک دیگر را نیز بخواهد. با بیانی که از مسأله داده شده، روشن است که اگر کسی دست کم یکی از دو قاعده را منکر شود، مشکل برای او حل شدنی است، زیرا در واقع برای چنین فردی مسأله دعوی تخلیه عین مشاع مطرح نیست. در راه حل فوق، هر دو قضیه ای که مقوم مقررات املاک مشاعی است انکار شده است زیرا، اولاً با بقای مستأجر در ملک مشاع نه تنها قاعده هیچ یک از مالکان مشاع بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشترک را ندارد، انکار گردیده است بلکه چون حق مالکیت هر یک در همه اجزای مال مشاع منتشر و مخلوط با حقوق سایر شرکا است این قاعده که اهر شریک می تواند مانع تصرف دیگران شده نادیده انگاشته شده است.

ب- در راه حل دیگر درخواست تخلیه را می پذیرند ولی حکم را غیر قابل اجرا و یا در مقام اجرای حکم امکان تصرف شریک را بر مال مشاع فراهم آورده و او را بر آن مال مسلط می نمایند. در این راه حل لوازم این قاعده که: «حق هر شریک در تمام اجزای مال مشاع منتشر است، انکار می گردد زیرا منظور از تسلط، وضع ید محکوم له است و در صورت اجرای حکم به قدر سهم با ابعاد معین، تفکیک و افراز ملک مطرح می گردد که نه خواسته خواهان بوده و نه مفاد و مدلول رأی این بوده است<sup>۱</sup> نقد این راه حل در بیان برخی از اساتید صورت فنی تری یافته است. چنانچه استاد کاتوزیان در این باره می افزاید: «پاره ای از دادرسان چنین می پندارند که تسلط مالک مشاع بر جزء مشاع و منتشر در مجموع ممکن است، در حالی که اگر تراضی و تقسیم منافع «مهایات» در کار نباشد، سلطه بر جزء مشاع مستلزم داشتن تسلط بر همه مال است و ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی امکان تجزیه تصرف در عین معین را به طور قاطع رد کرده است<sup>۲</sup> به علاوه قاعده انتفاع و تصرف در مال مشاع بدون اذن شریک ممنوع است، نیز نقض می گردد زیرا لازمه راه حل مزبور این است که بدون اذن شریک در ملک مشاع دخالت صورت گیرد. وقتی حق مالکیت شرکا در تمام ذرات ملک منتشر باشد تسلط نمودن شریک بر بخشی از آن، مستلزم تصرف در سهام شریک یا شرکای دیگر است.

ج- در راه حل های دیگر حکم بر تخلیه تمام مال مشاع را می دهند و در مرحله اجرای حکم نیز آن را تحویل درخواست کننده می دهند:

این نظریه به قیمت مفید شدن این قاعده که اهر شریک می تواند مانع از تصرف دیگران شده می باشد زیرا بعد از

۱ نظریه شماره ۴۰۱۳/۷ مورخ ۱۳۷۵/۷/۵، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه.  
۲ نظریه عمومی تعهدات، ص ۱۸۱.



اجرای حکم تخلیه بد، تصرف شریک در مال مشترک تابع مقررات مربوط به آن است و بدون اذن سایر شرکا حق تصرف را ندارد.

۵- شاید مهمترین راه حل پیشنهاد شده برای توجیه تخلیه املاک مشاع همین باشد که اکنون بنام می پردازیم. در این راه حل دعوی تخلیه پذیرفته می شود ولی تحویل به شریک را منوط به اذن شریک دیگر می نمایند. در این جا هیچ یک از مقررات حاکم بر املاک مشاع انکار و یا نقض نگردیده است. اکنون باید پرسید در مواردی که درخواست تخلیه سهم مشاع به دلیل احتیاج شخصی یا تخریب و نوسازی مورد اجاره باشد (در اجاره های تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مردادماه ۱۳۵۶ با اصلاحیه های بعدی) این تقاضا در برابر شریک با مستأجر او پذیرفته است یا خیر؟ به نظر می رسد چون درخواست خواهان تخلیه ناظر به تحویل عین مستأجره است و پذیرش این تقاضا با قاعده هیچ یک مالکان مشاع بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشاع را ندارد مغایرت دارد بنابراین راه حل چهارم بر پایه ای از دعاوی مانند تخلیه مورد اجاره به لحاظ «تایز شخصی» و «تجدید بنا» قابل تطبیق نمی باشد زیرا تحقق مبتدای درخواست تخلیه در این فروض منوط به اذن شریک دیگر است.

گزارشی از نشست مشترک مرکز داوران ایران و کمیسیون داوران تجاری و اقتصاد بین المللی (CIETAC) چین

محمد کاواند\* ۱- به دعوت مرکز داوران ایران، هیأتی بلند مرتبه از کمیسیون داوران تجاری و اقتصاد بین المللی چین (CIETAC) از ۸۹/۲/۲۹ تا ۸۹/۲/۳۱ به تهران آمدند و از مرکز داوران ایران بازدید نمودند. به همین مناسبت در تاریخ ۸۹/۲/۲۷ نشستی مشترک با حضور تمام اعضای هیأت چینی به ریاست آقای یانگ چونلی Jung Chunli (معاون دبیر کل CIETAC) و دبیر کل مرکز داوران ایران آقای دکتر محسن مجبی، نایب رئیس اتاق ایران و چین آقای حبیبی، تعدادی از داوران مرکز داوران ایران و نیز اعضای دیوان داوران مرکز داوران ایران با حضور نمایندگان کانون وکلای دادگستری استان آذربایجان غربی، کرمانشاه و قزوین و عده ای دیگر از حقوقدانان و دانشجویان تشکیل شد.

ابتدا آقای یانگ چونلی از حضار و دبیر کل مرکز داوران

اتاق ایران برای تشکیل این جلسه تشکر کردند. ایشان اظهار کردند که کمیسیون داوران تجاری و اقتصاد بین المللی چین (CIETAC) یکی از بزرگترین مؤسسات داوران در جهان است و در سال ۱۹۵۶ تأسیس شده و بیشتر به نام کمیسیون داوران تجاری خارجی مشهور بود و در سال ۱۹۸۸ به کمیسیون داوران تجاری و اقتصاد بین المللی تغییر نام داده است و از سال ۲۰۱۰، CIETAC به عنوان دیوان داوران اتاق بازرگانی چین شهرت یافته است. CIETAC یک مؤسسه داوران سازمانی است و مقرآن در پکن - چین است و در شانگهای، شن ژن، چونگینگ و تیانژان دفاتری دارد که همگی تحت نظر دبیرخانه CIETAC انجام وظیفه می کنند. این کمیسیون در حال حاضر هشتاد کارمند متخصص دارد و با ملاحظه وسعت چین، ۲۴ دفتر هماهنگی در مناطق گوناگون چین دارد و به کسانی که نیازمند ارشاد در زمینه داوران باشند توصیه ای می کند. به علاوه CIETAC مرکزی برای حل و فصل اختلافات تجاری دارد که در حوزه معاملات غنّه، قراردادهای بیمه کاری، مالی و اقتصادی، جرم و پشم فعالیت می کند. تعداد پرونده هایی که هر ساله در CIETAC ثبت می شود به اندازه مؤسسات بزرگ داوران تجاری بین المللی است.

از نظر دامنه صلاحیت CIETAC با در نظر گرفتن قواعد جدید که از اول ماه می ۲۰۰۵ به اجرا در آمده است، هیچ محدودیتی ندارد و می تواند به اختلافات بین المللی اعم از هنگ کنگ، ماکائو و تایوان و همچنین اختلافات داخلی رسیدگی کند. مقررات داوران CIETAC از قواعد داوران ICC و UNCITRAL الگو برداری شده است و تا سال ۲۰۱۰ به منظور رفع نیازها و تحولات جدید، شش بار اصلاح شده است. این مقررات، حداکثر آزادی اراده را برای طرفین از حیث انتخاب داور و قانون حاکم بر دیگر امور شکلی قائل شده است. CIETAC دارای هیأتی متشکل از حدود هزار داور است که در امور داخلی یا بین المللی فعالیت می کنند. از این تعداد، سیصد داور خارجی از کشورها با CIETAC همکاری دارند. جریان داوران در این مؤسسه به سرعت و دقت برگزار می شود و از نظر هزینه های داوران، نسبت به مؤسسات دیگر هزینه کمتری دارد. طبق مقررات CIETAC، طرفین می توانند سازش و داوران را ترکیب نمایند. یعنی که ابتدا برای سازش به کمیسیون مراجعه کنند و در صورتی که سازش حاصل نشود، موضوع به داوران ارجاع و جریان داوران آغاز می شود.

CIETAC توجه زیادی به برقراری ارتباط و همکاری با مؤسسات داوران در دیگر نقاط جهان دارد که تا سال ۲۰۱۰ با سی مؤسسه داوران در کشورهای دیگر قرارداد همکاری منعقد کرده است. CIETAC به تحقیقات نظری و انتشار نتیجه آن اهتمام می ورزد.

\* کارشناس حقوقی ارشد مرکز داوران ایران

1- China International Economic and Trade Arbitration Commission.

دریایی نقش مهمی در معاملات تجاری دارد و بیشترین کالاهای از طریق دریا رد و بدل می‌شود، داوری دریایی یکی از طرق مفید حل اختلاف در دعاوی دریایی است.

۳- سخنران سوم، آقای لئو ویجی (Liu Weijie) از حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی از طریق سازش سخن گفتند. ایشان ابتدا سازش را با داوری و رسیدگی قضایی مقایسه کردند و از مزایای سازش سخن گفتند و این پرسش را پاسخ دادند که چرا طرف‌های اختلاف خودشان شخصاً نمی‌توانند اختلاف‌شان را حل کنند و به سازش رو می‌آورند. رسیدگی قضایی، اجباری و امری عمومی است؛ در صورتی که داوری و سازش روش‌هایی هستند که اصحاب دعوا خودشان با آزادی اراده آن را برمی‌گزینند و نسبت به ایشان جنبه خصوصی دارد. در داوری و رسیدگی قضایی، قضایی یا داور پس از بررسی وقایع و موضوع اختلاف تصمیم خود را اصولاً بر اساس قانون صادر می‌کند. اما در سازش تمام عناصر مرتبط با ذی‌مدخل در حل و فصل اختلاف در نظر گرفته می‌شود و نه فقط وقایع موضوعی یا حکمی مرتبط با قضیه. در سازش، سازش‌دهنده کوشش‌های فراوانی می‌کند و از هیچ کاری که بتواند به حل و فصل اختلاف کمک کند، صرف نظر نمی‌کند. نقش سازش‌دهنده این است که طرف‌های اختلاف را با تشویق و راهنمایی کردن به هم نزدیک کند این کاری است که قضایی یا داور هرگز انجام نخواهد داد. یکی از مزایای سازش این است که بر خلاف رسیدگی قضایی یا داوری «برنده-بازنده» ندارد و هر دو طرف در آخر کار «برنده» خواهند بود.

۴- آقای دکتر محسن محبی دیرکل مرکز داوری اتاق ایران بعد از آخرین سخنران هیأت چینی سخنان خود را این گونه آغاز کردند که برخلاف دیگر مؤسسات داوری سازمانی، مرکز داوری اتاق ایران به موجب قانون در سال ۱۳۸۰ تأسیس شده است. مرکز داوری اتاق ایران هنوز جوان است، اما در همین دوره کوتاه مدت خیلی فعال بوده و به نیازهای جامعه تجاری به خوبی پاسخ داده است. تعداد دعاوی که به مرکز ارجاع شده، مهمترین دلیل این مدعاست. تاکنون قریب پرونده داوری در مرکز مطرح و رسیدگی و رأی آن صادر شده است. همانند دیگر مؤسسات داوری سازمانی مرکز داوری دارای قواعد خاص خودش است. در تهیه قواعد از تجارب داوری تجاری بین‌المللی و قواعد دیگر مؤسسات داوری سازمانی مخصوصاً اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) استفاده شده است. علاوه بر این آیین‌نامه تشکیلات مرکز داوری و آیین‌نامه هزینه داوری تهیه و تصویب شده و در دسترس همه قرار گرفته

آقای یونگ چونلی در پایان ابراز امیدواری کردند که مرکز داوری اتاق ایران و CIETAC بتوانند با یکدیگر در ارتباط باشند و همکاری کنند و داوری را به عنوان ابزار حل و فصل دوستانه اختلافات بین فعالان اقتصادی و تجاری ایرانی و چینی ترویج و توسعه دهند و از مرکز داوری اتاق ایران دعوت کردند که از CIETAC دیدن کنند.

۲- سخنران بعدی، آقای کای هونگدا (Cai Hongda) معاون دیرکل کمیسیون داوری دریایی چین (CMAC) از تحولات جدید داوری دریایی در چین سخن گفتند. این کمیسیون در ۲۲ ژانویه ۱۹۵۹ در پکن تأسیس شده و یک مؤسسه داوری تخصصی غیردولتی است و به اختلافات دریایی از قبیل بارنامه، ساخت کشتی، بیمه دریایی، ماهیگیری و... رسیدگی می‌کند. CMAC یکی از دوست مؤسسه داوری در چین است و در ترویج تجارت خارجی و حمل و نقل بین‌المللی نقشی مهم دارد. CMAC به‌طور منظم قواعد داوری خود را به منظور رفع نیازهای کشتیرانی بازرگانی و اصلاح می‌کند و این کار را از ۱۹۵۹ تا ۲۰۰۴ پنج بار انجام داده است و آخرین قواعد آن از اول اکتبر ۲۰۰۴ لازم‌الاجرا شده است. به موجب این قواعد طرفین می‌توانند در خصوص قانون قابل اعمال، جریان رسیدگی، زبان و مسائل دیگر با یکدیگر توافق کنند. با این همه CMAC آماده می‌شود که قواعدی جدید را از سال ۲۰۱۰ به اجرا درآورد. در این قواعد جدید توافق طرفین تا جای ممکن محترم شمرده شده و همچنین اختیار داوران در خصوص صلاحیت، استماع شهادت شهود و تصمیم‌گیری بر اساس لواحق کتبی طرفین (بدون استماع شفاهی) افزایش می‌یابد. همچنین CMAC در هفتم ژانویه ۲۰۰۳ مبادرت به تأسیس دفتری در شانگهای کرده است. CMAC همیشه توجه زیادی به آموزش داوران دارد تا دانش و مهارت ایشان را افزایش دهد؛ بدین منظور قواعدی مخصوص تهیه کرده است و هر داور باید در سال پنجاه ساعت به اشکال گوناگون از قبیل حضور در سخنرانی‌ها و کنفرانس‌ها آموزش ببیند. همچنین قواعدی برای رفتار داوران وجود دارد که به موجب آن داوران باید کلیه اطلاعاتی که بر استقلال و بی‌طرفی ایشان در دعاوی که عهده‌دار رسیدگی به آن هستند، تأثیر می‌گذارد افشا کنند. اصحاب دعوی نمی‌توانند مستقیماً به داوران مراجعه کنند. CMAC به ارتقای سطح دانش و تجربه کارمندان اداری هم توجه زیادی می‌کند و با دیگر مؤسسات داوری یا مؤسسات حمل و نقل دریایی همکاری دارد. ایران و چین با یکدیگر همکاری خوبی در زمینه تجارت و قراردادهای مهندسی دارند. با توجه به این که حمل و نقل

است. آیین‌نامه تشکیلات مرکز داوری اتاق ایران نشان می‌دهد که مرکز چند رکن دارد؛ چگونگی کار می‌کند، وظایف دبیرکل و هیأت مدیره چیست و داوران چگونه کار می‌کنند؟ هزینه‌های داوری مرکز هم نشان می‌دهد که هزینه داوری در مرکز در مقایسه با دیگر مؤسسات چقدر است؟ به هر حال صلاحیت مرکز داوری وسیع است و به اختلافات داخلی و بین‌المللی رسیدگی می‌کند.

آقای دکتر محبی آماری از کارکرد مرکز داوری اتاق ایران ارائه دادند. طبقه بندی موضوعی دعاوی که به مرکز ارجاع شده، نشان دهنده بخشی از نتایج مرکز در هشت سال گذشته به فرار ذیل است:

دعای حمل و نقل.....	۹۰ مورد
دعای ارائه خدمات.....	۲۰ مورد
دعای نمایندگی فروش.....	۱۷ مورد
اختلاف بین سهامداران شرکت و شرکا.....	۹ مورد
اجاره به شرط تملیک.....	۱ مورد
دعای ساخت تجهیزات (طراحی، ساخت و نصب).....	۲۱ مورد
دعای شیلات.....	۵ مورد
دعای معاملات غیر منقول.....	۴ مورد
دعای مالیاتی.....	۱ مورد
دعای خرید و فروش.....	۱۳۰ مورد
مسائل ارزی و اعتبارات اسنادی.....	۱۰ مورد

اگر به نحوه مراجعه به مرکز توجه کنیم می‌بینیم که مراجعه به مرکز در مواردی با شرط داوری بوده است که از قبل در قرارداد اصلی گنجانیده شده و در مواردی با توافق طرفین بعد از بروز اختلاف. این نشان می‌دهد که طرفین به عملکرد مرکز اعتماد داشته‌اند که وقتی با اختلاف مواجه شده‌اند؛ به آن مراجعه کردند. برای مؤسسه‌ای جوان این آمار نشان دهنده موفقیت آن است و نیز نشان دهنده آن است که مرکز داوری اتاق ایران به نیاز جدی در جامعه تجاری پاسخ داده است. از نظر مدت زمان رسیدگی هم آمار نشان می‌دهد که متوسط زمان داوری حدود ۹ ماه بوده است. با توجه به این که دعاوی تجاری که به داوری مرکز ارجاع می‌شود، اغلب دعاوی پیچیده است که مستلزم اظهار نظر کارشناس نیز هست، در مقایسه با رسیدگی قضایی این زمان قابل قبول و امیدوارکننده است. البته مدت زمان رسیدگی در دعاوی که با سازش ختم شده به مراتب کمتر (حدود پنج یا شش ماه) است. تعداد قابل

توجهی از دعاوی که به مرکز ارجاع شده دعای بین‌المللی است و با توجه به عضویت ایران در کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ آرای مرکز داوری اتاق ایران به خوبی در خارج از ایران قابل اجراست.

آقای دکتر محبی در پایان سخنان خودشان اعلام کردند که حضور هیأت نمایندگی چینی در مرکز داوری اتاق ایران فرصت خوبی است برای ترویج داوری و استفاده از این روش برای حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین‌المللی. ایشان از حقوقدانان، وکلا، اسنادان دانشگاه و همچنین از هیأت چینی که دعوت مرکز داوری را پذیرفتند و به تهران آمدند تشکر کردند.

۵- آقای حریری، نایب رئیس اتاق ایران و چین سخنران بعدی بودند. ایشان گفتند:

روابط تجاری ایران و چین از سال ۲۰۰۰ هر سال به دو برابر افزایش پیدا کرده است. در سال ۲۰۰۱ اتاق ایران و چین تشکیل شد و در حال حاضر پنج هزار عضو دارد. متأسفانه در چین هیچ کس برای حکمیت آماده نیست. در چین مراجعه به دادگاه بهتر جواب می‌دهد تا میانجیگری چون خنطی در دادگاه زودتر رام می‌شود. شرکت‌های تجاری منظم و مرتب کمتر به مشکل برمی‌خورند. مشکلات بین تجار خرده پا بیشتر است. زیرا سطح آگاهی ایشان از معاملات بین‌المللی کم است و این بر غامض شدن معامله می‌افزاید. تجار ما و چین آگاه به مسائل تجاری نیستند. آموزش تجاری هم ندارند. معاملات خرد زیر یک میلیون دلار توسط کسانی انجام می‌شود که ناآگاه هستند. برای فائق شدن بر این مشکلات کوشیده‌ایم که در اتاق ایران و چین کار آموزشی کنیم. مثلاً نمونه قرارداد تهیه کرده‌ایم و بر روی سایت اتاق ایران-چین گذاشته‌ایم.

در اتاق ایران و چین کمیته حکمیت و سازش داریم و اگر بتوانیم با میانجیگری اختلافات را حل می‌کنیم و اگر نتوانیم به مرکز داوری اتاق ایران ارجاع می‌کنیم. آمارها نشان می‌دهد ایران شریک سوم تجاری چین در منطقه خاورمیانه است. ارزش مبادله ایران و چین سی میلیارد دلار است. اما ما معتقد هستیم که بر اساس تحقیقات میدانی شریک تجاری اول چین هستیم چون معاملات انجام شده در امارات متحده عربی با چینی‌ها بیشتر از طرف ایرانیان مقیم امارات است.

اطلاع یافته‌ایم که در چین شرکت‌های کاغذی زیادی برای تقلب تشکیل شده‌اند. امیدواریم بتوانیم شرکت‌های

۲- این تذکر لازم است که مرکز داوری اتاق ایران به منظور آشنایی حقوقدانان جوان با روش داوری تجاری دوره‌های آموزشی را برای علاقه‌مندان برگزار می‌کند. اولین دوره در تابستان ۱۳۸۹ برگزار خواهد شد که ان شاءالله گزارشی از آن به علاقه‌مندان داده خواهد شد.

۱- برای دیدن قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران می‌توانید نگاه کنید به سایت: [www.arbitration.ir](http://www.arbitration.ir)

- ۱- محمد هادی صفاری.....رئیس
- ۲- سید علی باقری تبار.....نایب رئیس
- ۳- علی شهاب.....بازرس
- ۴- دکتر کارن روحانی.....منشی
- ۵- بهرام ولی پور.....عضو اصلی

اعضای علی‌الدین نیز عبارت‌اند از:

- ۱- فرید برزویی
- ۲- علی طالبی قادیکلانی
- ۳- حسین صدیق تنکابنی

#### انتخاب هیأت رئیسه کانون وکلای دادگستری استان همدان

در تاریخ ۸۹/۴/۳ اعضای اصلی هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری استان همدان، هیأت رئیسه کانون خود را به این شرح انتخاب کردند:

- ۱- ستار تقی ژاد.....رئیس
- ۲- علی پناهی.....نایب رئیس
- ۳- محمد کرم خزائی.....بازرس
- ۴- احمد صلاحی زاد.....منشی
- ۵- محمد اسدیار.....عضو اصلی

#### انتخاب کانون وکلای دادگستری استان لرستان

با برگزاری انتخابات کانون وکلای دادگستری استان لرستان، آقایان دکتر محمد حسین حجاریان، عباس رستمی، محمود حسونلو، محمد حسن حجاریان و غلامرضا رفیعی، به عنوان اعضای اصلی و آقای کرم‌الله پورحسینی، خانم عزت روحی و آقای رضا ذوالفقاری به عنوان اعضای علی‌البدل انتخاب شدند.

اعضای اصلی نیز از میان خود، هیأت رئیسه کانون وکلای دادگستری استان لرستان را به شرح زیر برگزیدند:

- ۱- دکتر محمد حسین حجاریان.....رئیس
- ۲- محمود حسونلو.....نایب رئیس
- ۳- محمد حسن حجاریان.....بازرس
- ۴- غلامرضا رفیعی.....منشی
- ۵- عباس رستمی.....عضو اصلی

چینی را اعتبار سنجی کنیم. متأسفانه چنین امکانی فعلاً وجود ندارد. طرف‌های چینی از بی‌اطلاعی یا ضعف طرف‌های ایرانی نهایت استفاده را می‌کنند و مرتکب تقلب می‌شوند. در پایان این نشست مشترک، پادداشت تفاهمی بین مرکز داوری اتاق ایران و CIETAC چین امضا شد. بر اساس این تفاهم نامه طرفین با یکدیگر در زمینه ترویج داوری، تشکیل سمینارهای آموزشی در زمینه داوری، آموزش داوران و معرفی داوران واجد شرایط همکاری خواهند کرد. علاوه بر این، قرار شد یک دفتر مشترک بین مرکز داوری اتاق ایران و CIETAC پس از تصویب هیأت مدیره تشکیل گردد.

#### پانزدهمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران

روزهای نوزدهم و بیستم آبان‌ماه سال جاری پانزدهمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران در مازندران برگزار می‌شود. کانون وکلای دادگستری استان مازندران میزبان این همایش است.

#### مجله کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه

شماره‌های پاییز و زمستان ۱۳۸۸ مجله کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه، در یک مجلد منتشر شد. «تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسؤولیت مدنی»، «هبانی ضبط وثیقه و اخذ وجه‌الکفاله در امور کیفری»، «نگاهی به حقوق شهروندی با تأکید بر جنبه‌های قضایی (در متن: غذایی)»، «تردید در تابعیت، نقد و بررسی رویه قضایی در این زمینه»، «بررسی شمول حکم ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مبیع کلی»، «درباره استقلال وکیل و کانون وکلا»، «تمبر مالیاتی: رد وکیل یارد دادخواست و دعوی»، «اصول اقتصادی حقوق مسؤولیت مدنی»، «مسؤولیت مدنی و اشیای بی‌حرکت (ساکن)»، از مندرجات این شماره مجله کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه است.

#### انتخاب اعضای هیأت رئیسه کانون وکلای دادگستری مازندران

در اولین جلسه، اعضای هیأت رئیسه کانون وکلای دادگستری استان مازندران به این شرح انتخاب شدند:

## مکاتبات

نامه دبیر جامعه مستقل وکلای دادگستری به ریاست اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران

ریاست محترم اتحادیه وکلای دادگستری  
با سلام،

قانون اصلاح لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری که در دست بررسی و رسیدگی و تدوین جهت تقدیم به قوه مقننه است به نظر می‌رسد وکلای دادگستری که سالیان متتمادی است با جزئیات و موارد و مشکلات موجود آشنایی دارند می‌توانند و باید نقطه نظرهای خود را منعکس و درخواست نمایند مورد عنایت و توجه قرار گیرد.

بنابراین جامعه مستقل وکلای دادگستری مراتب زیر را به استحضار می‌رساند:

۱- به موجب تبصره ۲ ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری انتخاب اعضای هیأت مدیره کانون به‌طور متوالی برای بیش از دو دوره ممنوع است.  
با تأیید احترامی که وکلای دادگستری برای اعضای هیأت مدیره قائل‌اند در طول سالیان گذشته همکاران عضو هیأت مدیره بعد از دو سال به‌طور مجدداً کاندیدای عضویت در هیأت مدیره شده و نهایتاً چهره‌های معینی در طول سالیان متتمادی عملاً عضو ثابت هیأت مدیره بوده و این امر آثار اصلی و تبعی متعددی بر جامعه وکالت بار می‌نماید با توجه به این که در پیش نویس تهیه شده، عمر عضویت به ۳ سال افزایش یافته ۶ سال عضویت در هیأت مدیره کافی برای انجام خدمت است بنابراین با حذف (به‌طور متوالی) عضویت در هیأت مدیره به دو دوره محدود گردد. این محدودیت شامل اعضای سابق هیأت مدیره نیز خواهد بود.

۲- بازرسان و دادستان انتظامی وکلا به‌طور مستقیم از طرف وکلا انتخاب شوند و در شرح وظایف، بازرسان مکلف بر نظارت مستقیم در ارتباط با چگونگی اجرای تصمیمات و عملکرد هیأت مدیره و تسلیم گزارش به‌طور مستقیم به وکلای دادگستری باشند.

۳- با اطمینان کاملی که وکلای دادگستری از عملکرد هیأت مدیره در امور مالی دارند با توجه به این که درآمد کانون منحصرأ به وسیله وکلا تأمین می‌گردد بازرسان مکلف گردند گزارش کاملی از درآمد و هزینه‌های انجام شده را در آخر دوره مدیریت به اطلاع وکلا برسانند.

۴- هیأت مدیره کانون ملکف گردد بعد از هر جلسه مذاکرات و تصمیمات خود را به اطلاع وکلا رسانیده و برای

جلوگیری از تحمیل هزینه به بودجه کانون، صورت‌جلسات تکثیر و فتوکپی آن با دریافت هزینه در اختیار وکلا قرار گیرد.  
بدیهی است چنانچه در هر جلسه مطلب محرمانه‌ای مطرح گردد نسبت به موضوع، صورت جلسه جداگانه تنظیم گردد.

۵- کمیسیون کارآموزی و اختیار از جمله کمیسیون‌های حساس کانون وکلا است که عضویت در آن بایستی تابع شرایط خاصی از جهت سابقه وکالت و مراتب علمی باشد که سابقه و مراتب علمی مذکور بایستی تعیین و مشخص گردد.

۶- عضویت در دادگاه‌ها منوط به موافقت ۲/۳ از اعضای هیأت مدیره گردد.

۷- با توجه به این که بعضی از اعضای هیأت مدیره خود داوطلب در انتخابات بعدی هستند انتخاب اعضای هیأت نظارت بر انتخابات با ۲/۳ آرای اعضای اصلی هیأت مدیره انجام گیرد.

۸- طبق قانون فعلی رئیس کانون وکلا، رئیس هیأت نظارت بر انتخابات است با توجه به این که اغلب رؤسای کانون‌ها خود از داوطلبین بعدی برای عضویت در هیأت مدیره هستند قهرأ ریاست بر هیأت نظارت از طرف فردی که خود جزء داوطلبین است و حضور رئیس کانون هنگام اخذ رأی در جمع هیأت نظارت در حالی که هیچ یک از داوطلبین حق حضور در محل اخذ رأی را ندارند به برابری و مساوات لطمه وارد آورده و طبیعی است حضور هریک از داوطلبین در محل اخذ رأی آن‌هم تحت عنوان ریاست هیأت نظارت و رئیس کانون وکلای دادگستری در جذب و جلب آرا تأثیر مستقیم دارد.

لذا پیشنهاد می‌نماید اعضای هیأت نظارت یک نفر را از بین خود به عنوان رئیس انتخاب نمایند. مضافاً که اعضای هیأت مدیره نمی‌توانند عضو هیأت نظارت باشند.

۹- معمول است در صورت جلسات هیأت مدیره پیشنهادات و مطالب ارائه شده با ذکر رد یا قبول اکثریت تنظیم می‌گردد بعداً معلوم نیست کدام یک از اعضا موافق یا مخالف بوده‌اند لذا پیشنهاد می‌گردد در هر مورد اسامی موافقین و مخالفین نیز در صورت جلسه درج و مذاکرات به‌طور کامل قید و منعکس گردد. مگر در انتخاب افراد برای ارگان‌ها و قبول یا رد درخواست پروانه وکالت که با ورتهای رأی‌گیری می‌شود.

بدیهی است چنانچه در موارد یاد شده با سایر موضوعات مرتبط با تهیه قانون مذکور ضرورت توضیحات شفاهی ایجاد نماید بدین وسیله آمادگی جامعه را به عرض می‌رساند.

با احترام  
دبیر جامعه مستقل کانون وکلای دادگستری  
حسن رستگار