



خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

عناوین مقالات:

- دلالت، اصالت و حجیت
- بررسی خویشاوندی رضاعی بین کودک متولد شده از روش رحم جایگزین و مادر جانشین
- قواعد حقوقی: جلوه گاه ارزش های اجتماعی
- وضیعت حقوقی بازرسی خودرو
- نگرشی بر مسؤلیت مدنی پرستار
- شرط تنصیف و مقایسه آن با اجرت المثل ایام زندگی زناشویی
- عدالت برپا داشته
- مراجع قضاوتی ناظر به اسناد سجلی
- نقدی بر یکی از آراء دادگاه انتظامی کانون وکلا
- اعتراض ثالث در دادرسی های مدنی
- حق بر آموزش و نسبت آن با سایر نسل های حقوق بشری
- کارافزایان روی زمین!
- مسائل و مشکلات حرفه و کالت از منظر استانداردهای حق
- دفاع در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین المللی
- بررسی نمایندگی در صدور سند تجاری
- روند شکل گیری عدالت کیفری دولت محور در ایران
- پول شویی از منظر جامعه شناسی کیفری
- شروط استاندارد

با آثاری از:

محمد آبانگاه
حمیدرضا اشراقی
مسعود اعلمی فر
رشیده آقایی
فاطمه انصاری
امیر باقریان
محمدجهاندار
مهدی جلیلی
دکتر بهنام حبیبی درگاه
محمد داوری
رضا زرعی
دکتر محمدصادق طباطبایی
دکتر غلامرضا طیرانیان
رحمت الله عالمی
فاطمه علی بخشی
سینا گلستانی
عباس میرشکاری
محمد نظری

فهرست مطالب

- ۲ **دکتر غلامرضا طایریان**
دلالت، صحت و حجیت
- ۸ **دکتر محمدحاج طباطبایی - مهدی خلیلی**
بررسی خویشاوندی رضاعی بین کودک متولد شده از روش رحم جای گزین و مادر جانشین
- ۱۳ **دکتر بهنام حبیبی درگاه**
قواعد حقوقی: جنبه گناه ارزش های استماعی
- ۱۵ **محمد ناوری**
وضعیت حقوقی بلزسی خنثی و
- ۲۳ **رنیده آقابلی**
نگرشی بر مسئولیت مدنی پرستار
- ۲۹ **حیدررضا انزلی**
شرط نصیب و مقایسه آن با جرت المثل ایام زندگی زینتویی
- ۳۶ **سینا گلستانی**
عدالت بریادرفه
- ۳۹ **صابر میرشکاری**
مراجعه قضایی باقریه اساسحلی
- ۵۲ **مسعود اعلی فر**
نقدی بر یکی از آراء دادگاه انتظامی کانون وکلا
- ۵۵ **فاطمه انصاری**
تغییرات نالت در دادرسی های مدنی
- ۶۶ **رحمت الله عالمی**
حق بر آموزش و نسبت آن با سایر نسل های حقوق بشری
- ۷۴ **رضا زرعی**
کارفرمایان روی زمین!
- ۷۶ **امیر باقریان**
مسائل و مشکلات حرفه وکالت از منظر استانداردهای حق دفاع در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین المللی
- ۹۰ **فاطمه علی بخشی**
بررسی نمایندگی در صدور سند تجاری
- ۹۹ **محمد آیانگاه**
روند شکل گیری عدالت کیفری دولت محور در ایران
- ۱۰۷ **محمد نظری**
پول شویی از منظر جامعه شناسی کیفری
- ۱۱۵ **محمد جهاندار**
شروط استاندارد
- ۱۲۰ **محسن اطلاع**

نقل مطالب «مدرسه حقوق» بلا مانع است، حتی بدون ذکر مأخذ. فقط لطفاً کتیب و اسم نویسنده را از قلم نیندازید. ممنون

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان
مدیر مسؤول: مصطفی انوری زاده
روش: خبری - آموزشی
تربیب انتشار: ماهانه
امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی
گرافیک و صفحه آرایی: وهاب یمانی - مانده خاتریان
محرری چاپ: شرکت انتشارات فرزادگان زاینده رود
لیتوگرافی: سروش
سایر همکاران: شیرین شریف زاده، الهام پور غلامحسین،
محبوبه فیاض، روح اله محمدی،
و محمد نیک آبادی
نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر
کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹
تلفن: ۲۶۸۳۱۹۰ فکس: ۲۶۸۳۱۹۶

آراء نویسندگان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

زیر نظر:
دکتر بهروز تقی خانی
b.taghikhani@yahoo.com

دلالت، اصالت و حجیت

دکتر غلامرضا طبرانیان

مقاله «> دلالت، اصالت و حجیت» آقای دکتر غلامرضا طبرانیان که در شماره ۶۱ چاپ شد، این قدر غلط تایپی داشت که صدای همه را درآورد. از جمله صدای همکاران آقای غلامرضا طوسی را که به ما نوشته «واقعاً کثرت اغلاط چاپی، مقاله را از حیز انتفاع انداخته است» من حرفی برای گفتن ندارم جز این که بگویم: همه عذر می‌خواهم، مخصوصاً از نویسنده محترم مقاله جناب آقای دکتر طبرانیان. جبران مافات هم به این است که مقاله را دوباره چاپ کنیم به این امید که این دفعه غلط‌های تایپی اش - واقعاً - اصلاح شده باشد.

بهروز نقی خانی

وکیل دادگستری در مقام اقامه دعوی و یا دفاع در برابر دعوی، اعم از حقوقی و کیفری، با ارائه انواع دلائل، از مرجع قضائی درخواست می‌کند؛ دادگاه پس از رسیدگی به دلائل و کشف حقیقت، تأیید و رأی صادر نماید که موکل او مصداقی از افراد یکی از احکام قانونی است تا بر اساس تشخیص قضائی و رأی مزبور در مورد استیفای حقوق موکل اقدام گردد.

مثال حقوقی:

در دعوی تخلیه عین مستأجره با طرح ادعای انتقال مورد اجاره توسط مستأجر به غیر، وکیل خواهان برای اثبات تخلّف مستأجر ضمن تقدیم اجاره نامه بین موکل خود با مستأجر که به شرح مندرج در آن، حق انتقال مورد اجاره از مستأجر سلب گردیده، صورت مجلسی نیز ارائه می‌نماید حاکی از لجاج تأمین دلیل توسط شورای حل اختلاف به یکی از کارشناسان رسمی دادگستری و مراجعه کارشناس مزبور به محل و سؤال از شخص حاضر و مشغول به کسب در محل استیجاری که به صورت فروشگاه مواد غذایی اداره می‌شود. در این صورت مجلس کارشناس تصریح نموده که متصرف فروشگاه اقرار نمود که فروشگاه را از مستأجر مالک اجاره کرده است و عده ای از اهالی محل نیز انتقال مورد اجاره را به شخص مزبور تأیید نموده اند.

در صورت مجلس تأمین دلیل امضائی از متصدی امور فروشگاه و نیز امضائی از اهالی محل وجود ندارد و تنها امضاء ذیل صورت مجلس متعلق به کارشناس مجری قرار تأمین دلیل می‌باشد و هم چنین وکیل خواهان تعدادی

فاکتور خرید اجناس برای فروشگاه، پیوست دادخواست تقدیم نموده نشان از این که متصدی فروشگاه، مستقیم و کرارا اجناسی را از عمده فروشان و شرکت های تولیدی و توزیع کالا خریداری کرده است و وکیل خواهان در پایان نتیجه گیری می کند که مستأجر محل کسب خود را بر خلاف رضایت ملک به غیر منتقل نموده و صدور حکم تخلیه عین مستأجره را به نفع موکل خود تقاضا می کند. بنابراین دلائل ابرازی وکیل خواهان به شرح زیر است:

۱. اجاره نامه رسمی بین مالک و مستأجر او.
۲. صورت مجلس تأمین دلیل، تحریر و امضا شده کارشناس رسمی دادگستری.
۳. تعدادی فاکتور حاکی از خریداری اجناس از نوع مواد غذایی از شرکت های تولیدی برای فروشگاه، توسط شخص شاغل در عین مستأجره.

اشخاص مطرح در دعوی عبارت اند از :

۱. خواهان، موجر سند رسمی اجاره
۲. خواننده اول، مستأجر خواهان
۳. خواننده دوم، شخص شاغل در عین مستأجره.
۴. شخص سومی که وکیل خواهان در جریان دادرسی او را نیز به عنوان انتقال گیرنده عین مستأجره قبل از خواننده دوم معرفی کرده است.

مثال کیفری:

در تقدیم شکایت کیفری علیه دو نفر به اتهام انتقال مال غیر، یعنی به طرفیت انتقال دهنده و انتقال گیرنده که انتقال گیرنده خود وکیل دادگستری است، وکیل شاکی مدعی است موکل او با اختیار حاصل از وکالت رسمی از مالک، ملک او را طی مبیاعه نامه ای عادی به متهم اول می فروشد. سپس پس از چند ماه معامله مزبور بین طرفین اقاله می شود. معامله موضوع اتهام بین متهم اول و متهم دوم پس از تاریخ اقاله در حالی که انتقال گیرنده عالم به اقاله بوده انجام شده، در نتیجه محکومیت متهمان را به مجازات کلاه برداری و رد مال از دادسرا و دادگاه کیفری تقاضا و برای اثبات ادعای خود به دلائل زیر استناد می نماید:

۱. وکالت نامه رسمی مبنی بر تفویض فروش ملک از جانب مالک به شاکی.
۲. فتو کتبی مصدق، حاکی از اقاله مبیاعه نامه عادی بین شاکی و متهم اول، در ظهر مبیاعه نامه
۳. اقرار کتبی متهم اول مبنی بر این که متهم دوم با علم به تعلق مال به غیر ملک مزبور را خریداری کرده است.

پس از رسیدگی به دلائل اصحاب دعوی و بررسی دلائلی که قاضی رأساً در جهت کشف واقع و حقیقت تحصیل می نماید، درامر قضاء و دادرسی، عالی ترین و نهایی ترین حد مطلوب، دست یافتن مقام قضائی به یقین است و یقین زمانی در وجدان قاضی عادل محقق می شود که در ذهن او راجع به حقیقت یکی از طرفین، تنها یک باور و عقیده به وجود آید بدون اندک احتمالی خلاف باور مزبور البته در حوزه عمل حصول این مرتبه از باور امری دشوار است و در غالب موارد، رسیدگی قضای به دلائل، حتی اگر رسیدگی به شایستگی و رعایت کامل موازین قضایی و بی طرفی صورت گیرد، به ظن قوی و قریب به یقین منتهی می گردد و به علت عدم تحقق یقین، قاضی ناگزیر باید

به احتمال ناچیزی که مانع حصول یقین است اعتنا ننماید لذا در دعاوی حقوقی می توان ظن قوی را به منزله یقین پذیرفت و مطابق آن رأی صادر نمود. زیرا در دعاوی حقوقی وظیفه قاضی حل و فصل خصومت و نظم بخشیدن به روابط حقوقی اصحاب دعوی است.

قواعدی مانند قاعده ید و قاعده فراش که در اغلب موارد بر ظن حاصل از غلبه استوار است و نیز اصولی مانند اصل استصحاب و اصل برائت، مشهور به اصول عملیه، راهنمای قاضی در دعاوی حقوقی در اتخاذ تصمیم و آراء قضائی است، مشروط بر این که راه وصول به یقین با تمامی تلاش مقام قضائی بر او مسدود شده باشد. ولی در دعاوی کیفری حتی این اندازه اغماض و مسامحه عرفی نیز جایز نبوده، قاضی کیفری در مقام رسیدگی به جرایم و تعیین مجازات باید یقین تام و کامل بر مجرمیت متهم حاصل نماید.

در دعاوی کیفری تنها اصل حاکم، در صورت یأس از تحصیل یقین و علم بر مجرمیت متهم، اصل اصیل برائت است. زیرا با صدور حکم مجازات شرف، جان، آزادی و اموال منهدم بدون عوض که خود نوعی مصادره است دچار آسیب و زیان و تعرض می شود که جبران اشتباه قاضی در این موارد اگر غیر ممکن نباشد، لاقبل بسیار دشوار و عسلا غیر مقدور است. دعاوی کیفری مستقیماً با حق حیات که منشاء کلیه حقوق اساسی و انسانی است در ارتباط است، لذا قاضی کیفری حق ندارد حتی بر مبنای ظن قوی و فریب به یقین بر اساس مسامحه عرفی، ظن خود را یقین محسوب و رأی محکومیت متهم را به مجازات صادر نماید.

این دقت و سخت گیری نباید موجب نگرانی در استیفای حقوق مدنی اشخاص شود. زیرا در امور کیفری نیز آن جا که متوجه حق الناس باشد نوعاً دعاوی از وصف حقوقی نیز برخوردارند و ذی حق می تواند تحت پوشش این وصف و با طرح دعوی حقوقی از مزایای قواعد و اصول دادرسی مربوط به دعاوی حقوقی به شرحی که توضیح داده شد، بهره مند گردد. بدون این که به پای بندی قاضی کیفری در دعاوی بر تحصیل تقین کامل و به اصطلاح عمومی یقینی صدر صد خللی وارد آید قطعاً پشتوانه مجازات باید یقین کامل باشد.

هر چند اعتقاد به تحقق یقین در نفس و وجدان قاضی در امور کیفری امری مطلق و متوجه انواع دلائل اثبات دعوی است، ولی تجلی و مظهر عمده آن در اقرار است که حجیت آن در دعاوی حقوقی و کیفری کاملاً متفاوت است. اقرار عبارت است از اخباریه حق به نفع غیر و ضرر خود. اگر این اخبار (خبر دادن) واجد کلیه شرایطی باشد که در شخص اقرار کننده و نفس اخبار به حق غیر، باید لحاظ و رعایت گردد و هیچ گونه اشتباه و فساد در اخبار وجود نداشته باشد، در این صورت اقرار دارای شرایط صحت و قاطع دعوی است و طبعاً انکار آن مسموع نمی باشد و قاضی حقوقی نمی تواند به چنین اقراری ترتیب اثر نهد و آن را حجت نداند، گرچه این حجت تعبدی باشد، ولی در امور کیفری حتی اگر اقرار واجد تمامی شرایط صحت باشد بری مجرم شناختن متهم و صدور حکم مجازات او حجت و کافی نیست، بلکه قاضی کیفری باید به یاری دلایل و قرائن قوی به صحت اقرار علم و یقین حاصل و به واقع بر اساس علم خود رأی صادر نماید نه تنها بالاستناد به اقرار متهم. لذا در رسیدگی به جرایم و تعیین مجازات نمی توان به مانند امور حقوقی اصل را بر صحت قرار نهاد، به این دستاویز که هیچ عاقلی به زیان خود اقرار نمی کند، بلکه باید گفت هیچ عاقلی تا تحت اجبار نباشد به زیان خود اقرار نمی کند و اگر در دعاوی حقوقی اقرار را حجت و قاطع دعوی می دانند به این علت است که هر کس می تواند از طریق انشاء در حقوق و اموال خود به نفع دیگری دخل و تصرف کند. به همین گونه نیز می تواند از طریق اخبار و اقرار، در حقوق و اموال خویش تصرف نماید و در واقع در اندیشه حقوقی می توان اخبار را جای گزین انشاء نمود لذا اگر متهم و وکیل او از اثبات خلاف اقرار عاجز باشند، عجز ایشان باز قاضی برای احراز صحت اقرار سلب تکلیف نمی کند.

بدیهی است قاضی کیفری حافظ و حامی حقوق جامعه است، ولی عدالت اجتماعی که خود خواسته اصلی جوامع

بشری است، ایجاب می‌کند تا جامعه خود به سرحد یقین برگزانه کاری متهمان نایل نشده، متهمی که در بزه کاری او ظن و تردید وجود دارد مجازات نشود، به عبارت دیگر به منظور تحقق امنیت حقیقی در روابط اجتماعی، جامعه ترجیح می‌دهد برخی گناه کاران از مجازات برهند، ولی حتی یک بی‌گناه به مجازات عمل ناکرده محکوم نشود، اگر چه برخی قدرت مندان ترجیح می‌دهند با مجازات بی‌گناهان همگان مرعوب شوند تا نظمی مستبدانه بر جامعه حاکم گردد.

همان‌طور که گفته شد راه حقوقی برای متضررین مفتوح است و شاکی می‌تواند برای استیفای حقوق خود از مزایای دعاوی حقوقی و سهولت در اثبات حق خود استفاده کند و قاضی حقوقی با تکیه بر ظن قوی به سود او رأی صادر خواهد نمود که با رأی برائت متهم در امور کیفری تعارضی ندارد و چه بسا قاضی کیفری با وجود تبرئه متهم از مجازات، در دعوی ضرر و زیان مطروحه علیه متهم رأی به زیان و محکومیت حقوقی متهم صادر نماید.

در قوانین کیفری «علم قاضی» که البته از طریق متعارف حاصل شود، یکی از راه‌های ثبوت جرایم شناخته شده است. سوء برداشت از «علم قاضی» که مترادف با «یقین قاضی» است، در امور کیفری معارضه‌ای بین مجریان قانون و حقوق دانان ایجاد نموده که حتی به انتقاد شدید حقوق دانان منتهی گردیده، با این تصور که با پذیرفتن علم قاضی در امور کیفری، اختیاری وسیع و غیر قابل نظارت و غیر قابل پیش‌بینی به قاضی تفویض شده و در نهایت اختیاری است خطرناک مغایر با حقوق اساسی و آزادی‌های انسانی که در برابر آن دفاعی از اصحاب دعوی مسموع نیست، هرگاه مستند رأی قاضی علم او باشد خصوصاً که تعریفی جامع و مانع از طرق متعارف ارائه نشده است.

گروهی را عقیده بر آن است که همواره در امور قضایی باید امکان بازرسی از طرف مراجع تجدید نظر نسبت به مستندات علم قاضی مرحله بدوی و ارزیابی مجدد دلائل ارتکاب جرم فراهم باشد و الا اگر قاضی علم خود را به اطلاعات شخصی و غیر قابل بازرسی که در اختیار او قرار گرفته، مستند سازد و یا با اعتماد به صحت اظهارات اشخاص مختلفی رأی صادر نماید که به جهات و محظورات موجه یا غیر موجه حاضر به انای شهادت نبوده‌اند یا نخواهند نام و نقش ایشان ذکر گردد و یا مبنای رأی کیفری حسن و یا سوء شهرت اشخاص به تنهایی باشد که آثاری از این نوع مستندات در پرونده مشهود نشده، در این صورت هیچ مقامی قدر به بازرسی و رد و نفی علم قاضی نخواهد بود و اصحاب دعوی امنیت لازم در مورد حقوق و آزادی‌های خود را از دست خواهند داد.

گروه مقابل معتقداند چه گونه می‌توان از قاضی انتظار داشت پس از تحقق علم در وجدان خود تعبداً بر خلاف باور و علم خود متهمی را که بی‌گناه یا گناه کار می‌شناسد محکوم و یا تبرئه نماید هر کس بر مدار حجت خویش عمل می‌کند و علم قاضی نیز برای او حجت است؛ شخصیتی قضائی که تا صلاحیت اخلاقی و علمی او احراز نشود به سمت خود منصوب نمی‌گردد. به عقیده این گروه تنها در صورتی می‌توان علم قاضی را مردود نمود که طریق تحصیل آن غیر متعارف نظیر الهام و رویا باشد در صورت اخیر نیز نمی‌توان قاضی را به صدور رأی مغایر با علم و یقین خود ناگزیر نمود، بلکه مراجع تجدید نظر حق دارند به این نوع الهامات و رویاها ترتیب اثر ندهند و خود به دلائل اتهام رسیدگی نمایند. البته علت وجود این اختلاف و معارضه ناشی از سوء تعبیری است که هر دو گروه علم قاضی را مانند اسناد و مدارک و شهادت شهود و اقرار و کارشناسی و معاینه و تحقیق محلی از جمله دلائل اثبات جرم محسوب می‌نمایند و حال آن که علم قاضی جزء ادله اثبات دعوی نیست، بلکه علم نیز مانند جهل و ظن و شک و وهم از حالات نفسانی است که پس از رسیدگی به دلائل قانونی اثبات جرم بر ذهن قاضی حاکم می‌گردد، نه این که علم و ظن قاضی از نشانه‌ها و آثار وقوع جرم و از ادله اثبات دعوی باشد.

در این صورت با اعتقاد قضی به این که علم قاضی یعنی باور قطعی او به حقیقت یکی از طرفین دعوی، این علم آن‌گاه حجت است که پس از رسیدگی به دلائل اتهام و در پاره‌ای موارد پس از ارزیابی قرائن قطعیه محقق گردد و پای‌گاه و خاست‌گاه اصلی علم قاضی باید در پرونده قابل ارائه باشد تا از حجت کامل برخوردار شود. با حصول

چنین علمی، مستند به دلائل و قرائن قضائی بلا تردید نمی توان مقام قضایی را ناگزیر نمود بر خلاف قطع و یقین و علم خود رأی صادر کند زیرا در این حال همواره علم قاضی و مستندات و مبانی آن در یک راستا قرار دارند و قابل بازرسی و ارزیابی است.

فراغوش نکنیم که مقررات مربوط به قسامه در حدی که مبتنی بر ظن قوی است وضعف آن را پنجاه نفر با اظهار نظر خود که جنبه شهادت ندارد ظن قاضی را تأیید می نمایند، مشمول همین بحث می باشد. در کلیه دعاوی حقوقی و کیفری نزاع بین طرفین دعوی درباره رابطه ای حقوقی است که یکی از آن ها با ادعای تحقق یا تغییر آن، حقی برای خود مطالبه می کند که حق مزبور مورد انکار خواننده یا متهم است که اگر چه نوعاً برای طرفین معلوم است، ولی برای مرجع قضائی مجهول می باشد و قاضی در جست و جوی نشانه ها و آثاری بر سی آید که او را به سوی واقعیت هدایت نماید این نشانه ها و آثار ممکن است به صورت مکتوب و یا اظهارات و اعمال و حرکات و کنش ها و واکنش صادره از طرفین یا منتسب به اشخاصی باشد که در نتیجه دعوی نفعی برای آنان نتوان تصور نمود و در دعوی بی طرف محسوب می شوند. نشانه ها و آثار هدایت کننده مرجع قضایی را دلیل و آن چه از دلیل عاید قاضی می گردد مدلول و خصوصیت موجود در نشانه ها و آثار که سبب هدایت قاضی به سوی مدلول می شود را دلالت می نامند. در بررسی انواع دلائل لازم است:

اولاً - در اصالت دلیل از جهت انتساب آن به شخص یا اشخاصی که منشاء صدور آن می باشند تردید روا نباشد.

ثانیاً - طبق اصول و مقررات دادرسی و قوانین ماهوی پذیرفتن آن الزامی، یعنی دلیل برای اصحاب دعوی و قاضی دادگاه معتبر و از حجیت کامل برخوردار باشد.

نتیجه حاصل از منطق قضایی و از عناوین فوق قاضی را ملزم می کند در ارزیابی دلائل، نخست حجیت دلیل را مد نظر قرار دهد. بدیهی است اگر با فرض دلالت و اصالت نشانه ها و آثار، مطابق با قوانین دادرسی و یا مقررات ماهوی، دلائل ابرازی مؤثر در دعوی نبوده و از حجیت قاطع و لازم برخوردار نباشد، در این صورت صرف وقت و هزینه برای رسیدگی به اصالت دلیل بیهوده است و به همین نحو اگر دلیل ابرازی بر فرض اثبات اصالت آن، بر مقصودی که از ناحیه اصحاب دعوی اعلام شده دلالت نداشته باشد در این حال نیز رسیدگی به اصالت دلیل عقلانی نخواهد بود.

غرض از این مقدمه مفصل بررسی دلائل ابرازی در دعاوی حقوقی و کیفری است که در ابتدای مقاله به عنوان مثال ذکر شد. دعاوی مزبور به صورت واقعی در مراجع قضایی اقامه گردیده و قطعاً امثال آن توسط بسیاری از وکلای دادگستری در مراجع قضایی مطرح شده یا خواهد شد:

نخست بررسی می نماییم اجاره نلمه رسمی بین موجر(خوانده) و مستأجر (خواننده اول) به خواسته تخلیه عین مستأجره با ادعای خواهان مبنی بر انتقال مورد اجاره به غیر یعنی به خواننده دوم را:

بدیهی است تشخیص دلالت اسناد و دلائل مکتوب و منتسب به طرفین و اظهارات شهود و نظریه کارشناسان، مستلزم تسلط کامل و کیل و قاضی دادگستری بر ادبیات عمومی و ادبیات خاص حقوقی و شناخت معانی عرفی و قانونی الفاظ و کلمات و جملات و جایگاه هر یک از آن ها و انواع منطوق و مفاهیم و مطلق و مقید و عام و خاص و انواع دلالت های عقلی و عرفی و صریح و ضمنی و التزامی است.

سند ابزاری که به عنوان اجاره نامه رسمی از طرف وکیل خواهان دعوی حقوقی مورد بحث، ابراز شده نشانه وجود رابطه حقوقی و آثار عقد اجاره بین موجر و مستأجر است که به موجب آن دو باب مغازه متصل به هم به منظور کسب و فروش نواع مواد غذایی در سال ۱۳۷۰ به مستأجر اجاره داده شده است. این سند با توجه به تنظیم آن در یکی از دفاتر اسناد رسمی؛

اولاً- دلالت ندارد که رابطه استیجاری بین خواهان و خواننده اول قطعی است و محل نزاع نمی باشد.

ثانیاً- یکی از شرایط مترجم در سند دلالت دارد که مستأجر حق واگذاری مورد اجاره را بدون جلب موافقت کتبی موجر ندارد.

ثالثاً- وکیل خواننده نیز سند مزبور را در مورد اثبات رابطه استیجاری بین طرفین و ممنوعیت مستأجر از انتقال مورد اجاره به غیر حجت می داند و حجیت آن را نمی تواند انکار کند. آن چه مورد انکار مستأجر و وکیل اوست رد ادعای خواهان در مورد واگذاری مورد اجاره به خواننده دوم می باشد.

هر چند خوانندگان این دعوی راجع به مالکیت موجر نسبت به عین مستأجره اظهار و انکاری ننموده اند، ولی از آن جا که دادگاه بدون نیاز به اعتراض یا درخواست طرفین خود نیز باید ذینفع بودن خواهان را احراز و شهادتی را که مانع پذیرفتن دعوی است بر طرف نماید، دادگاه مرجوع الیه قبل از جلسه اول دادرسی درباره مالکیت خواهان که به عنوان موجر، سند رسمی اجاره را امضاء نموده و قانون مدنی این فرض را پذیرفته که ممکن است موجر مالک عین ملک نباشد و هم چنین برای ورود به رسیدگی دعوی ضروری است مالکیت موجر لااقل تا زمان تقسیم دادخواست ادامه داشته باشد تا در دعوی ذینفع محسوب گردند، مراتب را از اداره ثبت محل اسعلاام و پاسخ واصله دلالت دارد بر مالکیت موجر و ادامه آن تا زمان صدور پاسخ واصله از اداره ثبت.

دادگاه با فراغت از احراز رابطه استیجاری طرفین و ممنوعیت مستأجر از انتقال مورد اجاره و با توجه به تاریخ تنظیم سند رسمی در سال ۱۳۷۰ و حکومت قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ بر روابط طرفین دعوی در شهر محل وقوع ملک و ملاحظه دادخواست و منضمات آن و فقدان هرگونه نقص در دادخواست و مدارک آن وقت رسیدگی تعیین و دستور دعوت از طرفین را صادر می نماید.

این مقاله ادامه دارد. در قسمت دوم به منظور مقابله و دفاع در برابر ادله ابزاری وکیل خواهان، با اعتقاد به این که افراد فعال در محل کسب و کار مستأجر کزرگر او بوده اند، خصوصاً دفاع در برابر فاکتورهای خرید اجناس برای فروشگاه توسط خواننده دوم و شخصی که قبل از او فروشگاه متعلق به مستأجره را اداره می کرده، بررسی خواهد شد.

حجیت صورت مجلس تأمین دلیل شورای حل اختلاف که اجرای قرار مزبور به کارشناس رسمی دادگستری ارجاع شده است و با انصراف از تعرض نسبت به اصالت فاکتورهای ابزاری وکیل خواهان، در مقابل دلالت فاکتورهای مزبور بر انتقال عین مستأجره دفاع خواهد شد و نیز به اظهارات مطلعین محلی از حیث ارزش و دلالت بر تأیید یا رد ادعای خواهان که در اجرای قرار تحقیق محلی به منظور کشف حقیقت، طلاعاتی را مستقیماً در اختیار ریاست دادگاه گزارده بودند، پاسخ ارائه می گردد.

سپس رأی دادگاه بدوی و تجدید نظر خواهی نسبت به آن موضوع بحث در قسمت دوم مقاله می باشد

بررسی خویشاوندی رضاعی بین کودک متولد شده از روش رحم جای گزین و مادر جانشین

دکتر محمدصادق ضیاطبایی ■ مهدی جلیلی

در سایه پیش رفت های چشم گیر پزشکی، استفاده از درمان های کمکی برای غلبه بر مشکل نازایی زوجین نابارور، رو به افزایش است. یکی از این روش های نوین، استفاده از رحم جای گزین به معنای خاص می باشد. در این روش مادر جانشین برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگرش، باردار می شود و بعد از وضع حمل موظف به تحویل کودک به صاحبان اسپرم و تخمک است. این مسأله نوظهور همانند دیگر مسائل جدید پرسش های فراوانی را فراروی قضا و حقوق دانان قرار داده است. یکی از این مسائل که عدم توجه قانون گذار به آن می تواند زمینه ساز بروز مشکلات فراوانی در آینده گردد پاسخ به این سؤال است که آیا با توجه به ملاک ها و شرایط ایجاد خویشاوندی رضاعی، بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش رحم جای گزین رابطه خویشاوندی رضاعی وجود دارد یا خیر؟ به شرحی که در مقاله خواهد آمد طرفداران و مخالفان ایجاد رابطه خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش جای گزین دارای استدلال های محکمی هستند. پیش نهاد می گردد قانون گذار با وضع قانون، فصل جدید و مستقلی برای قرابت ناشی از رحم جای گزین ایجاد نماید و اگر چه مادر جانشین بنا به دلایلی که در مقاله ذکر می شود از لحاظ محرمیت و مانعیت نکاح حکم مادر رضاعی را ندارد اما از حیث آثار و تبعات آن دو را یک سان فرض نماید و بین مادر جانشین و کودک محرمیت و مانعیت نکاح

به شرح مباحث موجود در خویشاوندی رضاعی قائل گردد.

کلیدواژه ها: رحم جای گزین، قرابت رضاعی، مادر جانشین، مادر رضاعی، مانعیت نکاح.

بررسی امکان یا عدم امکان ایجاد رابطه خویشاوندی بین کودک متولد شده از روش رحم جای گزین و مادر جانشین نیاز به ذکر مقدماتی دارد. ازین رو پیش از ورود به بحث اصلی و بررسی نظریات موافقان و مخالفان و نقد و بررسی آن ذکر سه مقدمه را لازم می دانیم:

مقدمه اول

رحم جای گزین به معنای خاص، به عنوان یکی از روش های نوین درمان ناباروری، به روشی اطلاق می شود که

■ عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان
■ کارآموز و کالت - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

یک زوج از رحم زن دیگر برای رشد و پرورش جنین خود و نهایتاً تولد فرزند خویش استفاده می‌کند. اولین باری که این روش در دنیا گزارش شد مربوط به سال ۱۹۶۵ م است. در این مورد خاص رحم زن مورد نظر قبلاً برداشته شده بود ولی تخمدان‌های او در محل باقی بودند لذا زوجین قادر به تولید تخمک و اسپرم و نهایتاً تولید جنین بودند. در آن زمان جنین تولید شده از این زوج که ناشی از لقاح تخمک و اسپرم خود آن‌ها در آزمایش گاه بود، به رحم زن دیگری منتقل گردید و به حاملگی در او منجر شد و در نهایت نوزاد آن‌ها به سلامت متولد گردید. در واقع جایگزینی رحمی زمانی ضرورت می‌یابد که زوج همه عوامل دخیل در شکل‌گیری فرزند را داشته ولی به دلیل فقدان رحم سالم، امکان داشتن فرزند از آن‌ها سلب گردیده است. به عبارت دیگر زمانی که زنی آمادگی خود را برای در اختیار گذاشتن رحم خود برای انتقال جنین زوج متقاضی درمان، اعلام نماید و متعهد شود که پس از زایمان فرزند را به صاحبان گامت عودت دهد، جانشینی رحمی به منصفه ظهور رسیده است.^۱

مقدمه دوم

با توجه به برخی آیات^۲ و روایات^۳ در حقوق اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران نهادی به نام رضاع وجود دارد که نوعی از قرابت است که از طریق شیر خوردن با رعایت شرایطی خاص^۴ میان کودک شیرخوار و زنی که به او شیر می‌دهد و به تبع آن خویشاوندان یکدیگر حاصل می‌شود^۵ و مانند قرابت نسبی موجب حرمت نکاح می‌گردد. شاید علت آن که قرابت رضاعی در این مورد شبیه قرابت نسبی می‌باشد آن است که همانند فرزند نسبی که از خون مادر تغذیه کرده و رابطه خونی بین این مادر و فرزند وجود دارد و این وحدت خون باعث ایجاد خویشاوندی نسبی بین آن‌ها گردیده، فرزند رضاعی هم از شیر مرصعه که از خون اوست پرورش یافته و با توجه به تأثیر فراوان شیر در رشد کودک یک نوع رابطه عاطفی بین مرصعه و کودک ایجاد شده است.

مقدمه سوم

در فرآیند استفاده از رحم جایگزین بدون هیچ تردیدی از نظر دانش پزشکی منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است لذا از انتساب کودک چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب تخمک، نمی‌توان چشم پوشید. در واقع تکون جنین و پیدایش کودک، همیشه با دو عنصر اسپرم و تخمک همراه است و چون همیشه صاحب اسپرم پدر کودک به شمار می‌رود علی‌القاعده صاحب تخمک نیز مادر کودک متولد شده از روش رحم جایگزین به حساب می‌آید و بنابراین هیچ رابطه نسبی بین مادر جانشین و کودک وجود ندارد.

۱- آخوندی، محمد مهدی، بهجتی اردکانی، زهره، (۱۳۸۷)، رحم جایگزین، تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری، (برگرفته از مجموعه مقالات رحم جایگزین)، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ص ۳.
 ۲- ... و امهتکم الی ارضعتکم... (آیه ۲۳ سوره نساء).
 ۳- یحرم من لرضاع ما یحرم من النسب.
 ۴ ماده ۱۰۲۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است مشروط به این که اولاد- شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد. نایب- شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد. ثالث- طفل لااقل یک شبانه روز و با ۱۵ دانه سوالی شیر کامل خورده باشد بدون این که غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد. رابعاً- شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد. خامساً- مقدار شیری که خورده است از یک زن و یک شوهر باشد...
 ۵- گرامرودی، شیرین، (۱۳۸۷)، بازاندیشی خویشاوندی، سخنی درباره رحم جایگزین در ایران- (برگرفته از مجموعه مقالات رحم جایگزین)، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ص ۳۱۷.

طرح سؤال

سؤال اساسی آن است که با توجه به این که کودک متولد شده از روش رحم جای گزین ماه ها در رحم مادر جانشین بوده و گوشت و پوست و استخوان او از خون این زن تشکیل شده است آیا می توان به کمک وحدت ملاک یا به استناد مفهوم اولویت، اثر قرابت رضاعی که همان محرمیت است را به رابطه بین کودک و مادر جانشین سرایت داد؟

در این رابطه بین فقها و حقوق دانان اختلاف نظر شدیدی وجود دارد که در دو قسمت به بررسی دلایل و مستندات موافقین و مخالفین وجود رابطه خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش رحم جای گزین می پردازیم تا در نهایت نظری را برگزینیم که دارای دلایل و استدلال های محکم تری می باشد.

دیدگاه موافقان وجود رابطه خویشاوندی رضاعی بین کودک و مادر جانشین

این دسته از فقها و حقوق دانان خود به سه دسته تقسیم می شوند:

۱- هر دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم، مادر رضاعی اند

طرفداران این نظریه بر این اعتقادند که چون کودک متولد شده از روش رحم جای گزین از نظر تخمک با مادر حکمی (صاحب تخمک) و از نظر نگه داری و زایمان با مادر جانشین ارتباط طبیعی دارد و از آن جایی که برای به وجود آمدن کودک هم تخمک و هم رحم لازم است و در بحث رحم جای گزین هر یک از این دو مورد از یک زن می باشد، بنابراین هیچ یک از مادر جانشین و مادر حکمی با کودک رابطه نسبی ندارند و هر دو به علت آن که یکی با تخمک و دیگری با نگه داری در رحم در تکون کودک نقش عمده ای دارند مادر رضاعی کودک متولد شده از روش رحم جای گزین به حساب می آیند.

این دیدگاه قابل خدشه می باشد، زیرا از یک سو اگرچه در بحث رحم جای گزین، صاحب تخمک و صاحب رحم دو زن مختلف می باشند، اما این موضوع دلیل بر آن نمی شود که رابطه نسبی بین کودک و صاحب تخمک وجود نداشته باشد، زیرا بدون هیچ تردیدی از نظر دانش پزشکی منشأ پیدایش سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و بر این اساس کودک متولد شده از روش رحم جای گزین، به زن صاحب تخمک ملحق می گردد و وی مادر واقعی و طبیعی کودک به حساب می آید، نه مادر رضاعی که برای تحقق آن شرایط خاص در فقه و قانون پیش بینی شده است. از سوی دیگر نظر به این که رابطه خویشاوندی رضاعی تنها باعث حرمت نکاح و محرمیت می شود و آثار دیگر خویشاوندی مانند حضانت و ارث را به همراه ندارد، اگر هم زن صاحب تخمک و هم زن صاحب رحم را مادر رضاعی کودک بدانیم، مجبور هستیم بین زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم با کودک تنها آثار خویشاوندی رضاعی (نه خویشاوندی نسبی) را بار نماییم که این موضوع جدای از آن که منطقی به نظر نمی رسد، می تواند منشأ پیدایش مشکلات فراوانی در آینده گردد.

۲- زن صاحب تخمک، مادر نسبی و زن صاحب رحم، مادر رضاعی است

این دسته از فقها و حقوق دانان بر این اعتقادند که مادر جانشین نیز عنوان مادری دارد، اما تنها حکم مادر رضاعی

بر او بار می شود و در نتیجه بین کودک و مادر جانشین رابطه محرمیت و حرمت نکاح به وجود می آید. دلیل این امر هم رشدونمو کودک در اثر تغذیه از بدن مادر است؛ زیرا هنگامی که بر اثر نوشیدن مقناری شیر یا رعایت شرایط ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی بین کودک و مرضعه رابطه محرمیت ایجاد می شود، به قیاس اونویت بین مادر جانشین و کودکی که نه ماه در رحم وی بوده و از سیره جان او استفاده نموده نیز رابطه محرمیت ایجاد می شود، چرا که ملاک و ضابطه رضاع یعنی روییدن گوشت و محکم شدن استخوان در این جا نیز وجود دارد و در نتیجه می توان احکام رضاع را جاری کرد و این امر به هیچ وجه قیاس نیست بلکه تمسک به اونویت و حجت است. در عین حال اخلاق عمومی نیز این مورد را تأیید می کند و بین مادر جانشین و کودک محرمیت قائل می شود. نظر این دسته از حقوق دانان گرچه نسبت به نضر گروه قبلی منطقی تر می باشد اما نیز هم با اشکال مواجه است. زبر:

اولاً: اگرچه در بحث خویشاوندی رضاعی رشدونمو جسمانی کودک از مادر به

عنوان ضابطه نشر حرمت معرفی شده است ولی منشأ این رشدونمو در فقه و هم چنین قانون مدنی شیر است نه مواد درونی دیگری که کودک در مراحل جنینی در رحم مادر جانشین از آن استفاده می کند.

ثانیاً: باید تمامی شرایطی که در فقه و قانون برای تحقق خویشاوندی رضاعی عنوان شده است رعایت گردد تا بتوانیم خویشاوندی رضاعی را جاری بدانیم و اگر برخی از این شرایط رعایت نگردد و مثلاً شیر از پستان مادر مکیده نشده باشد، هر چند تغذیه کودک به حدی باشد که رویش گوشت و محکم شدن استخوان کودک را سبب شود، باز هم خویشاوندی رضاعی بین مرضعه و کودک به وجود نمی آید. به عبارت دیگر این مرضع نشان گر آن است که آن چه جهت ایجاد خویشاوندی رضاعی مدنظر شارع مقدس و قانون گذار بوده، صرف رشد گوشت و محکم شدن استخوان و نمو جسمانی کودک نبوده و تحقق شرایط خاصی برای ایجاد خویشاوندی رضاعی را مورد توجه داشته است که در بحث رحم جای گزین هیچ یک از آن ها وجود ندارد.

ثالثاً: استناد نمودن به قیاس اولویت شرایطی دارد که در موضوع مورد بحث با توجه به تفاوت هایی که بین ایجاد خویشاوندی رضاعی در اثر نوشیدن شیر و رشدونمو کودک در رحم مادر جانشین وجود دارد تمسک به مفهوم موافق به ادعای اولویت صحیح به نظر نمی رسد.

رابعاً: اصل بر عدم قرابت است و در موضوع مورد بحث چون شک است که بین مادر جانشین و کودک رابطه خویشاوندی رضاعی وجود دارد یا نه؟ با توجه به آن که دلیل خاصی نداریم به اصل عدم قرابت و خویشاوندی مراجعه می نماییم.

۳- بین مادر جانشین و کودک، با رعایت شرایط ماده ۱۰۴۶ ق.م. رابطه رضاعی است

طرف داران این دیدگاه بر این اعتقادند که بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش رحم جای گزین هیچ رابطه ای اعم از نسبی و رضاعی وجود ندارد، مگر این که بعد از تولد، مادر جانشین، کودک

را با همان شرایط رضاع شیر دهد که در این حالت، وی مادر رضاعی کودک محسوب می شود و با فرزندان این

زن رابطه برادر و خواهری رضاعی پیدا می کند.

این دیدگاه نیز اگرچه در ابتدا صحیح به نظر می رسد اما با دقت در شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی نادرست بودن این نظر نیز نمایان می گردد، زیرا یکی از اساسی ترین شرایط تحقق رضاع آن است که مقدار شیری که طفل خورده است باید از یک زن و شوهر باشد، در حالی که در موضوع مورد بحث اسپرم متعلق به شوهر زن صاحب تخمک می باشد و اوست که پدر کودک به حساب می آید به عبارت دیگر شیر موجود در سینه مادر جانشین، شیر شوهر صاحب رحم و فرزندی که از اسپرم او به وجود آمده نیست تا شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی فراهم باشد و به این ترتیب هیچ رابطه ای اعم از نسبی و رضاعی بین زن صاحب رحم و شوهر او و فرزندان آن ها با کودک متولد شده از روش رحم جایگزین به وجود نمی آید.

نظر مخالفان وجود رابطه خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک

عده ای از فقها و حقوق دانان بر این اعتقادند که چون برای تحقق خویشاوندی رضاعی باید شرایط خاصی که در فقه و ماده ۱۰۴۶ ق م ذکر شده رعایت گردد و در بحث رحم جایگزین هیچ یک از این شرایط محقق نیست پس قیاس این دو با هم قیاس مع الفارق است و بنابراین هیچ رابطه رضاعی بین کودک و مادر جانشین وجود ندارد. در رد این دیدگاه چنین استدلال شده است که اگرچه شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی در رحم جایگزین موجود نیست، اما چون ملاک نشر حرمت از جمله رشد گوشت و محکم شدن استخوان با شدت بیش تری در مورد باروری به روش رحم جایگزین وجود دارد، پس بین کودک متولد شده از روش رحم جایگزین و مادر جانشین رابطه خویشاوندی رضاعی وجود دارد.

نتیجه نهایی

استدلال های موافقین و مخالفین ایجاد رابطه خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش رحم جایگزین به شرحی که گفته شد دارای نقاط ضعف و قوت است اما باید به این نکته توجه داشت که از یک سو با توجه به اثر مهم خویشاوندی رضاعی که ایجاد محرمیت می باشد و از سوی دیگر با توجه به رشد روز افزون استفاده از روش رحم جایگزین در درمان ناباروری لازم است قانون گذار در این مورد تعیین تکلیف نماید. در واقع تا وقتی که قانون گذار در رابطه با نکات مبهم قرارداد استفاده از رحم جایگزین و آثار آن موضع خود را روشن ننماید این اختلاف نظرات ادامه می یابد و چه بسا حقوق بسیاری از افراد در آتش این اختلاف نظرات حقوقی پایمال گردد، لذا لازم است قانون گذار با توجه به مبانی فقهی و حقوقی موجود، با وضع قانون به نکات مبهم در رابطه با قرارداد استفاده از رحم جایگزین از جمله موضوع مورد بحث پایان دهد.

پیشنهاد می شود قانون گذار با وضع قانون، فصل جدید و مستقلی برای قرابت ناشی از رحم جایگزین ایجاد نماید و اگرچه مادر جانشین بنا به دلایلی که ذکر شد از لحاظ محرمیت و مانعیت نکاح حکم مادر رضاعی را ندارد، اما از حیث آثار و تبعات آن دو را یکسان فرض نماید. در تأیید این موضوع به نظر برخی از مراجع تقلید چون آیت الله صافی گلپایگانی نیز می توان اشاره نمود که بر این اعتقادند که بین مادر جانشین و کودک متولد شده از روش رحم جایگزین هیچ رابطه رضاعی وجود ندارد، اما بهتر است به لحاظ استفاده چنین از خون رحم، احکام و آثار رضاع بین کودک و مادر جانشین اعمال گردد.

قواعد حقوقی: جلوه گاه ارزش های اجتماعی

دکتر بهنام حبیبی در گاه

درآمد:

قاعده یا قواعد حقوقی مجموعه مقررات و الزامات حاکم بر مناسبات فردی و اجتماعی است که از ویژگی های کلی بودن، فراگیری، الزامی بودن و بهره مندی از ضمانت اجرای حقوقی برخوردار است. بنابراین شناخت گونه های رفتار، رسمی، قراردادی، خانوادگی، اجتماعی و ... مردم در گرو تمینات قواعد حقوقی است. قواعد حقوقی از نقطه نظر اهداف آن ها به قاعده حقوقی تنبیهی و قاعده حقوقی اصلاحی (ترمیمی / اعاده ای) تقسیم می شوند و از منظر ماهیت به قاعده حقوقی مدنی، کیفری، تجاری و ... منقسم می شوند.

غایت قواعد حقوقی دایر مدار حذف و تعدیل رفتارهای گذشته، لغایت ایجاد و کنترل رفتارهای نوین و روزآمد است.

شناسایی و ایجاد قاعده حقوقی در گرو شناسایی و پالایش سایر قواعد و ارزش های اجتماعی از قبیل ارزش های مذهبی، اقتصادی، فرهنگی و ... است. لذا قاعده ای موثر، روزآمد و پویا به حساب می آید که برآمده و یا وفادار به ارزش های مثبت و مقبول پیشین بوده و در واقع معرف آن ها باشد. در مقاله حاضر به دنبال توصیف تعادل ارزش ها در پوشش قواعد حقوقی بوده و در این راستا به دو ارزش پیشینی (قبلی) و پسینی (بعدی) اشاره خواهد رفت.

۱- ارزش پیشینی (قبلی) Ex ante value

همان طور که بیان شد یک سری ارزش های بنیادین عرفی، مذهبی و غیره بن مایه قواعد حقوقی را طرح ریزی می کنند. بنابراین بر قانون گذار است که در مرحله یافت محتوای قانون و پالایش آن به این ارزش ها نیز توجه نماید. طبیعی است که عدم توجه به چنین ارزش هایی باعث به وجود آمدن قواعد نه چندان کارآمد و بلکه متروک می گردد. به نظر می رسد در مرحله شکل گیری قاعده حقوقی، مقنن باید نسبت به دو سؤال جواب قانع کننده داشته باشد. سؤال نخست این که تا چه اندازه در راستای قاعده سازی به ارزش های برشمرده توجه شده است؟ سؤال

مهم تر این که تا چه حدی خود قاعده حقوقی ساخته شده، فی نفسه، ارزش ذاتی و تولید ارزش (جدید) می نماید و آیا ارزش نوین معطوف به سازگاری با ارزش های قبلی است یا این که لازمه پویایی و پیش رو بودن قواعد حقوقی در گرو سنجش توان دو ارزش و استخدام ارزش برتر نیز هست؟

در خصوص پاسخ گویی به سؤال نخست باید اذعان داشت که قاعده حقوقی جزء قواعد اجتماعی است و در پی ایجاد نظم، توازن حقوق و تکالیف افراد و پی ریزی فرهنگ حقوقی است. لذا لازمه به بار نشستن غایت قاعده حقوقی، عنایت به ارزش های پیشین است.

با ملاحظه آن چه که گفته شد باید دو نوع کنش بین ارزش های قبلی و قاعده حقوقی قابل شد.

- نخست رابطه تعاملی قاعده حقوقی و ارزش های قبلی

- دوم رابطه تقابلی قاعده حقوقی با ارزش های قبلی

راجع به رابطه تعاملی این دو پدیده، خروجی قاعده حقوقی مطلوب دستگیر خواهد شد و به رشد و توسعه گرایمی حقوق کمک خواهد کرد. اما رابطه تقابلی این دو، ضمن تولید هزینه های کلان فردی و اجتماعی، باعث پیدایش قاعده حقوقی مزاحم و، احتمالاً، متروک می شود.

شایان ذکر است که منظور از ارزش های پیشین، ارزش های مثبت اجتماعی است و نه ارزش های منفی. با این حساب، چنان چه قاعده حقوقی به دنبال حذف، اصلاح یا تعدیل رفتار یا رفتارهای ناپهناچار (ارزش های منفی) مرسوم باشد، نیازمند اتخاذ خط مشی حقوقی مطابق با اصول حاکم بر ارزش های مثبت است.

۲- ارزش های پسینی (بعدی) Ex post value

اگر چه که فلسفه وجودی قاعده حقوقی، انعکاس رسمی ارزش های پیشین اجتماعی توأم با پیش بینی ضمانت اجرای حقوقی می باشد، لکن کمال قاعده حقوقی ضمن وفاداری هوش مندانه به این ارزش ها، جریان سازی ارزش های نوین و پیش رو می باشد. به عبارت دیگر، قاعده حقوقی پسینی بایستی به توسعه فرهنگ عمومی و فرهنگ حقوقی بیانجامد و تعالی بخش و مولدزا باشد. چنین قاعده حقوقی دو نوع کارکرد سلبی و ایجابی دارد. کارکرد سلبی با موضوعیت آسیب شناسی نظام اجتماعی - حقوقی و بازنگری در آن ها است و رویکرد ایجابی در پیش بینی نیاز های جامعه و پیش قدم بودن در شفافیت روابط حقوقی است.

لازم می نماید که ارزش پسینی (بعدی) دارای توجیه اجتماعی، حقوقی و اقتصادی باشد. توجیه اجتماعی در گرو جامعه پذیری و قانون پذیری افراد است. توجیه حقوقی دایر مدار پویایی و روزآمد بودن این قواعد می باشد. کارآمدی و افزایش سطح منفعت فردی و اجتماعی قاعده حقوقی نیز ره آورد توجیه اقتصادی است.

مؤخره

قاعده حقوقی به دنبال روش مند کردن مناسبات فردی و اجتماعی است. پردازش ساختارمند داده های اجتماعی، باعث تولید قاعده حقوقی روزآمد و موثر می شود که به سان یک کالا یا خدمت عمومی از استقبال و متابعت عمومی و قضایی برخوردار خواهد شد. چنان چه نهادها و داده های اجتماعی منتج به تولید قاعده حقوقی مأخوذ به رعایت مقدمات و مؤخرات آن گردد، ستاده یا خروجی قاعده حقوقی اثرات مفید کوتاه مدت و بلند مدت به همراه خواهد داشت.

وضعیت حقوقی بازرسی خودرو

محمد داوری

چکیده:

ایجاد ایستگاه های بازرسی از خودروها در جاده های بین شهری و خیابان های درون شهری توسط ضابطین، که اغلب نیز متضمن جرمی نیست بحث های زیادی را ایجاد کرده است؛ ملاحظه قوانین مربوط روشن می سازد جز در موارد منصوص قانونی، آن هم به اقتضای وظایف ذاتی، چنین بازرسی هایی منطبق با قانون به نظر نمی رسد؛ با این وجود لزوم تأمین امنیت مخصوصاً در جاده های بین شهری، ایجاد قانون خاص و ضابطه متد را می طلبد.
کلید واژه: بازرسی - خودرو - مجوز قضایی

درآمد

امروزه گذشته از امنیت جان افراد، که مهم ترین مقوله امنیت محسوب می شود، حیثیت، مال و مسکن افراد، بخش مهمی از امنیت خاطر اشخاص را تشکیل می دهد؛ قانون اساسی ایران نیز به صراحت، حیثیت، جان، مال و مسکن افراد را مصون از تعرض دانسته است مگر در مواردی که قانون تجویز کند (اصل ۲۲ قانون اساسی)؛ با این وصف و علی رغم صراحت قانون اساسی، به نظر می رسد قانون گذار عادی با دقت و استحکام قانون اساسی به این مقوله نپرداخته است.

ترسیم کم رنگ چارچوب های قانونی در این زمینه، مخصوصاً در خصوص مصونیت اموال اشخاص از یک طرف و عدم تبیین دقیق اختیارات ضابطین در جرایم مشهود به ویژه در صورتی که مبنای واگذاری چنین اختیاراتی به ضابطین مفقود باشد از طرف دیگر، شاهد این مدعاست. تردیدی نیست به موازات لزوم دقت، نظرافت، و صراحت در قوانین ماهوی جزایی؛ تبیین دقیق مرزبندی های قانونی مأمورین دولت (اعم از قاضی، ضابطین و کارمندان دادگستری) به نحو مطلوبی حقوق و امنیت افراد دخیل در امر بازرسی کیفری را تأمین خواهد نمود؛ در این میان بازرسی خودرو به خاطر نقشی که در حمل و نقل افراد و کالا و بلتبع ارتکاب جرایم از این طریق، می تواند داشته باشد از اهمیت ویژه ای برخوردار است؛ برپایی ایستگاه های ایست و بازرسی بین شهری توسط نیروی انتظامی و مشابه آن به صورت گه گاهی در خیابان های شهری در اواخر شب توسط ضابطین بسیج، عمده

مسائلی است که ضرورت بررسی تفتیش خودرو را نمایان می‌سازد؛ مخصوصاً آن که عمده این بازرسی‌ها متضمن جرمی نبوده و بدون مجوز مخصوص قضایی یا بعضاً با مجوزی عام انجام می‌گیرد؛ هر چند بازرسی‌های متضمن جرایم نیز شرایط قانونی خود را می‌طلبند بر این اساس این مقاله به بررسی این مهم می‌پردازد.

۱- قواعد متضمن توجیه قانونی بازرسی

ملاحظه می‌شود در مباحث حول موضوع بازرسی و تفتیش خودرو، صرفاً در خصوص لزوم یا عدم لزوم دستور مخصوص قضایی برای تفتیش سخن گفته می‌شود و کم‌تر به مبانی این دستور قضایی و این که در چه شرایطی مقام قضایی می‌تواند دستور تفتیش - هر چند موردی و مخصوص - را صادر کند پرداخته شده است. پر واضح است زمانی که گفته می‌شود در بازرسی خودرو نیاز است مقام قضایی اجازه مخصوص بازرسی صادر کند سخن از یک تصمیم تشریفاتی و اداری نیست بلکه مقام قضایی^۱ نیز موظف است با توجیه قانونی چنین دستوری را صادر کند و با نبودن چنین توجیهی، صدور دستور مخصوص بازرسی نیز غیر قانونی است. قواعد متضمن توجیه قانونی بازرسی شامل قواعد عام در همه جرایم و قواعد خاص راجع به خودرو می‌باشد.

۱-۱ - قواعد عام

با ملاحظه قوانین مختلف در این خصوص می‌توان موارد زیر را به عنوان قواعد عام متضمن توجیه قانونی بازرسی خودرو برشمرد:

الف) از آن جا که کشف جرایم باید با حکم و دستور قضایی مشخص و شفاف صورت گیرد، دستور کلی و عام بازرسی خودرو، برخلاف قانون است. (بند ۱ و ۸ ماده واحده احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی)

ب) تفتیش و بازرسی اشیاء باید در مواردی به عمل آید که حسب دلایل، ظن قوی به کشف متهم یا اسباب و آلات و دلایل جرم، در آن محل وجود داشته باشد. لذا به صرف گزارش ضابطین مجوزی برای صدور دستور بازرسی نیست.

بلکه باید گزارش ایشان مورد وثوق قاضی بوده و ظن قوی به ارتکاب جرم ایجاد نماید. (ماده ۹۶ و ۱۲۴ و تبصره ماده ۱۵ ق.آ.د.ک)

ج) چنان چه تفتیش و بازرسی خودرو با حقوق اشخاص مزاحمت نماید در صورتی مجاز است که از حقوق آنان مهم‌تر باشد.^۲ (مواد ۹۷ ق.آ.د.ک) معیار مهم در تشخیص مزاحمت موضوع تفتیش و بازرسی با حقوق اشخاص، توجه به حداکثر مجازات قانونی دو عمل مجرمانه است؛ از یک طرف مجازات عملی که به موجب آن متهم تحت تعقیب واقع شده و تحت شرایطی قاضی می‌خواهد اجازه تفتیش خودرو را برای کشف جرم یا جمع آوری آلات مجرمانه بدهد و از طرف دیگر مجازات محرومیت افراد ملت از مصونیت نسبت به اموال شان.

از این رو با توجه به این که اموال افراد به موجب اصل ۲۲ قانون اساسی از هر گونه تعرض مصون است و مجازات محرومیت افراد از حقوق مقرر در قانون اساسی (از جمله مصونیت اموال افراد از تعرض) طبق ماده ۵۷۰ ق.م.ا.شش ماه تا سه سال حبس است؛ در صورتی که بازرسی برای اتهاماتی باشد که حداکثر مجازات آن کمتر از سه سال حبس است، مهم‌تر از حقوق اشخاص نبوده، به لحاظ مزاحمت با حقوق افراد، مجاز نیست.

۱- لازم به ذکر است در مواردی که قانونگذار به لحاظ فوریت ضابطین را در جرایم مشهود تحت شرایطی از دستور مخصوص قضایی معاف کرده است هر گونه بازرسی توسط ضابطین باید دارای توجیه قانونی به شرح گفته شده باشد.

در خصوص بازرسی خودرو در جرایم غیر مشهود به لحاظ تناخل آن با حقوق اشخاص نظرات مختلفی از طرف قضات و حقوق دانان ارائه شده است که به بررسی و نقد آن ها پرداخته می شود:

قضات وقت دادگستری مازندران به اتفاق معتقداند مأموران مسلح به جهت مسؤلیت تفتیش و کشف جرایم، در مناطق معینه توسط فرماندهن مربوط، می توانند اقدام به بازرسی وسایل نقلیه نمایند. در خصوص این نظر این سؤال مطرح می شود که مجوز قانونی چنین اختیار و اقدامی چیست؟ کدام قانون به فرماندهان نیروهای مسلح اجازه داده است دسته که در زمان صلح محدوده ای را تعیین و اقدام به بازرسی اتومبیل ها کند؟ مضافاً این که قانون گذار با تصریح به ضرورت اخذ مجوز مخصوص در جرایم غیر مشهود (ذیل ماده ۲۴ ا.د.ک) خلاف چنین نظری را تصریح نموده است.

اکثریت قضات وقت دادگستری فارس معتقداند برابر ماده ۹۶ ق. آ.د.ک تفتیش اتومبیل در جرایم غیر مشهود نیاز به مجوز قضایی دارد. نظریه مشورتی شماره ۷/۲۳۱۷ - ۱۳۶۵/۴/۷ نیز مؤید این امر است اما برخلاف منزل که به لحاظ اهمیت حفظ حریم اشخاص نمی توان حکم کلی تفتیش داد در بازرسی اتومبیل می توان برای مدت و مکان معین به ضابطین دادگستری نیابت داد تا در راستای وظایف محوله بتوانند اتومبیل ها را بازرسی کنند. در این نظر هر چند سعی شده است از اقدامات خودسرانه ضابطین جلوگیری شود اما به واقع منطبق با قانون نیست، زیرا هم چنان که گفته شد کشف جرایم باید با حکم و دستور قضایی مشخص و شفاف صورت گیرد؛ بنابراین دستور کلی و عام بازرسی خودرو، برخلاف نص صریح قانون است. (بند ۱ و ۸ ماده واحده احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی)

اقابیت قضات وقت دادگستری فارس معتقداند بازرسی اتومبیل ها اساساً نیاز به مجوز قضایی ندارد زیرا نخست آن که در قانون تشکیل نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹ هدف از تشکیل این نیرو، استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی بیان شده است و در بند ۸ ماده ۴ همان قانون، مبارزه با مواد مخدر و قاچاق و کشف جرایم و بازرسی و تحقیق به صراحت ذکر گردیده است؛ دوم آن که بر اساس ماده ۳۸ آیین نامه راهنمایی و رانندگی، نیروی انتظامی می تواند از وسایل نقلیه معاینه فنی به عمل آورد؛ هم چنین در تبصره های ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی قانون مقررات تردد وسایل نقلیه خارجی، نیروی انتظامی موظف به بازرسی وسایل نقلیه خارجی و منع از تردد آن هاست؛ سوم آن که رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۷۷ - ۱۳۸۰/۶/۱۷ برای محاکم لازم الاتباع نیست؛ لذا با توجه به موارد فوق و این که کشف جرم اهمیت زیادتری از معاینه فنی خودرو دارد بازرسی اتومبیل ها نیازمند مجوز قضایی نیست. در نقد این نظر می توان گفت نخست آن که در قانون نیروی انتظامی تأمین آسایش عمومی و فردی توأمان مطرح شده است. از آن جا که در مقوله «سینه امنیت فردی نیز جایگاه ویژه ای دارد و نظری که بازرسی اتومبیل در جرایم غیر مشهود را نیازمند مجوز قضایی می داند منطبق با قانون آ.د.ک (که به تفصیل در خصوص چنین ضوابطی سخن گفته است) نیز هست. شایسته است این قوانین به نفع افراد ملت تفسیر شود؛ تصریح به «بازرسی» در قانون تشکیل نیروی انتظامی نیز ناظر به اصل وظیفه «بازرسی» است که نحوه ی آن را قانون آیین دادرسی کیفری روشن می سازد. دوم آن که استناد به آیین نامه که قابلیت تعارض با قانون را ندارد فاقد توجیه است؛ ضمن آن که معاینه فنی خودرو و بازرسی اتومبیل های خارجی نیز مرتبط با بحث نیست. سوم آن که درست است رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری برای مقام قضایی لازم الاتباع نیست اما بازرسی

اتومبیل‌ها در جرایم غیرمشهود توسط ضابطین و از جمله نیروی انتظامی صورت می‌گیرد؛ بنابراین نیروی انتظامی به عنوان نهادی اداری مکلف به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری است.

کمیسیون معاونت آموزش قوه قضائیه^۳ نیز با توجه به رأی شماره ۱۷۷-۱۳۸۰/۶/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال بخش نامه شماره ۴۰۲/۰۷/۱۷۹۷/۱-۴۰۲/۰۷/۱۱-۱۳۷۹/۴/۱۱ اداره کل قوانین و امور حقوقی ناجا به جهت آن که برخلاف تصریح ذیل ماده ۲۴ آ.د.ک، بازرسی خودروها را علی‌الطلاق مجاز دانسته و حتی دستور مقام قضایی در زمینه خودداری از تفتیش غیر قانونی را غیر قابل ترتیب اثر اعلام داشته است، مبین آن می‌داند که جز در جرایم مشهود توقیف و بازرسی خودروی اشخاص بدون دستور مقام قضایی جایز نیست.

برخی^۴ دیگر با نظری مشابه، اضافه شدن عبارت «تفتیش اشیاء» در ماده ۲۴ قانون جدید آ.د.ک را مثبت ارزیابی کرده و یکی از مصادیق مهم آن را بازرسی اتومبیل‌ها در خیابان‌های درون شهری دانسته‌اند که از سوی مأموران نیروی انتظامی صورت می‌گیرد. ایشان تصریح کرده‌اند که موجب ماده مذکور مأموران انتظامی حق ندارند در جرایم غیرمشهود به بازرسی اتومبیل‌ها اقدام نمایند بلکه چنین بازرسی‌هایی نیازمند دستور مقام قضایی با قید مشخصات کامل اتومبیل و ضابطین و نحوه بازرسی است.

در حقوق فرانسه^۵ بین بازرسی صندوق عقب اتومبیل و داخل آن تفکیک قابل شده‌اند. بر این اساس بازرسی صندوق عقب اتومبیل از اختیارات ضابطین و جست و جوی داخل اتومبیل‌ها در حکم تفتیش منزل و نیازمند دستور قضایی دانسته شده است.

۲-۱ - قواعد خاص

قواعدی است که متضمن موارد قانونی خاص بازرسی خودرو می‌باشد.

الف) برابر قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۲۹ هر وسیله نقلیه زمینی که از راه‌های غیر مجاز وارد کشور شود و در برگرفته کالای قاچاقی تجاری باشد به دستور گمرک توقیف می‌شود (ماده ۱۲ این قانون)؛ بر این اساس بازرسی خودروی متضمن کالای قاچاق، در گمرک مجاز است و حسب شرح وظایف گمرک ایران مندرج در قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰ چنین بازرسی‌ای در محدوده گمرک، از وظایف ذاتی سازمان مذکور بوده و در همان محدوده بی‌نیاز از دستور مقام قضایی در این خصوص می‌باشد. لازم به ذکر است مأموران گارد بنادر و گمرکات به موجب قانون ۵ بنادر و کشتی‌رانی مصوب ۱۳۲۸ ضابط قضایی در این خصوص می‌باشند.

ب) برابر قانون به کارگیری سلاح توسط نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۸، تیراندازی به سوی وسایل نقلیه به منظور متوقف ساختن آن‌ها توسط مأمورین موضوع آن قانون در مواردی مجاز است که وسیله نقلیه بنا به

^۳ معاونت آموزش قوه قضائیه همان‌جا، صص ۱۵۵-۱۵۴

^۴ دکتر زراعت‌عباسی، شرح قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ اول انتشارات فیض ۱۳۷۸، صص ۱۱۰-۱۱۱

^۵ دکتر آنتوری محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ اول انتشارات سمت ۱۳۶۸، صص ۱۱۲

قراین و دلایل معتبر یا اطلاعات موثق، مسروقه یا حامل افراد متواری یا اموال مسروقه یا کالای قاچاق یا مواد مخدر یا سلاح و مهمات غیر مجاز باشد یا از وسیله نقلیه برای تهاجم عمدی به مأمورین یا مردم استفاده شده باشد بر این اساس از آن جا که در موارد گفته شده وسیله نقایه قابل توجهه و حتی تیراندازی است به طریق لولی قبیل تفتیش هم خواهند بود و به نظر می رسد قیون گذار چنین حکمی را قضع نظر از مشهود یا غیر مشهود بودن جرم مقرر کرده است.

۲ - ضوابط بازرسی

قانون این دادرسی کبفری و قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، علاوه بر قواعد متضمن توجیه قانونی، ضوابط عامی را در همه جرایم و ضوابط خاصی را بسته به این که جرم مشهود باشد یا غیر مشهود، مقرر داشته است.

۲-۱ - ضوابط عام

از ملاحظه قوانین مربوط چنین بر می آید که در صورت تفتیش خودرو توسط ضابطین یا مقام قضایی، ایشان موظفند قواعدی را در این خصوص مراعات کنند که اهم آن ها بدین شرح است:

الف) بازرسی ها جهت دستگیری متهمان فراری یا کشف آلات و ادوات جرم باید براساس مقررات قانونی و بدون مزاحمت و در کمال احتیاط انجام شود و از تعرض نسبت به اسناد و مدارک و اشیایی که ارتباطی به جرم نداشته و یا به متهم تعلق ندارد خودداری شود. (بند ۸ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی)

ب) تفتیش و بازرسی در حضور متصرف قانونی و شهود تحقیق و در غیاب وی در حضور ارشد حاضرین به عمل آید. تفتیش و بازرسی حتی المقدور با حضور صاحبان یا متصدیان آن ها انجام می شود. هرگاه در محلی که از آن بازرسی به عمی می آید کسی نباشد و تفتیش نیز فوریت داشته باشد فقط قاضی می تواند دستور باز کردن را بدهد. (ماده ۹۸ ق. آ. د. ک و تبصره آن) در صورتی که متصرفین قانونی یا متصدیان حضور داشته و دستور قاضی را در باز کردن اشیای بسته (مانند خودرو) اجرا نمایند قاضی می تواند دستور باز کردن را بدهد ولی مکلف است حتی المقدور از اقداماتی که باعث ورود خسارت می شود احتراز نماید. (ماده ۱۰۲ ق. آ. د. ک)

ج) در اجرای وظایف محوله و برخورد با مردم، لازم است اخلاق و موازین اسلامی کاملاً مراعات گردد. (بند ۴ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی)

۲-۲ - ضوابط خاص

با توجه به قوانین مذکور می توان ضوابط تفتیش خودرو در جرایم مشهود و غیر مشهود را بدین نحو بر شمرد:

الف) در جرایم مشهود ضابطین دادگستری می توانند تفتیش خودرو را به منظور حفظ آلات و ادوات و آثار و

علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و تبانی، انجام و بلافاصله به اطلاع مقام قضایی برسانند (ماده ۱۸ ق.آ.د.ک). لازم به ذکر است در جرایم مشهود از آن جا که «مبنای اعطای اختیارات و وظایف خاص به ضابطین تصریح شده است و چنین اختیارات و وظایفی دارای غلبه قضایی بوده و استثنائاً به ضابطین قضایی که مقام قضایی نیستند واگذار شده است و با تفسیر منطقی قانون و توجه به اصول حقوقی، به نظر می رسد در صورت مفقود بودن علتی که مبنای اعطای اختیارات به ضابطین در جرایم مشهود است، نمی توان ضابطین را دارای تمام اختیارات مقرر در ماده ۱۸ ق.آ.د.ک دانست.

اکنون باید دید قانون گذار چه جرایمی را مشهود تلقی نموده است. با ملاحظه ماده ۲۱ ق.آ.د.ک و ذکر مصادیق نام برده شده مشخص می شود هر چند قانون گذار جز در بند ۱ ماده مذکور، در بیان مصادیق جرم مشهود معنای لغوی را به طور کامل رعایت نکرده است اما روشن است به جز در یک مصداق (موردی که متهم ولگرد باشد) دیگر مصادیق، دست کم رابطه نزدیکی با جرم مشهود دارد. به نحوی که در مصادیق ماده مذکور یا ارتکاب جرم در مرئی و منظر الزامی است یا این که مصادیق ذکر شده باید بلافاصله بعد وقوع جرم محقق شوند از این رو چنان چه مصادیق مذکور با مدتی تأخیر پس از وقوع جرم باشند مورد اژ شامل جرایم مشهود خارج شده و تبعاً مشمول اختیارات گسترده ضابطین از جمله تفتیش خودرو نخواهد بود.

ب) در جرائم غیر مشهود تفتیش خودرو باید با اجازه مخصوص مقام قضایی باشد هر چند اجرای تحقیقات به طور کلی از طرف مقام قضایی به ضابط رجاع شده باشد (ماده ۲۴ ق.آ.د.ک). بند ۱ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی نیز مقرر داشته است کشف و تعقیب جرایم و اجرای تحقیقات مبتنی بر رعایت قوانین و با حکم و دستور قضایی مشخص و شفاف صورت گیرد که به نظر می رسد منظور از عبارت «مشخص و شفاف» همان اجازه مخصوص و موردی مقام قضایی باشد. بر این اساس آخرین اراده قانون گذار بر این قرار گرفته است مطلق کشف جرایم تحت نظر مقام قضایی انجام گیرد.

لازم به ذکر است هرگاه علائم و امارات وقوع جرم مشکوک بوده و با اطلاعات ضابطین دادگستری از منابع موثق نباشد از آن جا که موضوع مشمول جرایم غیر مشهود تلقی شده است، ضابطین قبل از اطلاع به مقامات قضایی، تحقیقات لازم را بدون این که حق دستگیری یا ورود به منزل کسی را داشته باشند به عمل آورده و نتیجه را به مقامات یاد شده اطلاع می دهند (ماده ۲۲ ق.آ.د.ک).

۳- ضابطین بازرسی

منظور از ضابطین بازرسی کلیه ضابطین قضایی هستند که طبق قانون، بازرسی خودرو در همه جرایم یا جرایم خاصی متوجه آن هاست.

۳-۱- ضابط عام

با توجه به بند ۱ ماده ۱۵ ق.آ.د.ک نیروی انتظامی را به عنوان اولین و مهم ترین ضابط قوه قضاییه برشمرده است:

۶- این علت در ماده ۱۸ ق.آ.د.ک «حفظ الآت والیات و اثر و علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و تبانی» بیان شده است

ضمن آن که بند ۸ ماده ۴ قانون تشکیل نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹/۵/۲ در بیان وظایف و مأموریت های نیروی انتظامی، «انجام وظایفی که طبق قانون به عنوان ضابط قوه قضائیه به عهده نیروی انتظامی محول است» را یکی از این وظایف این نیرو دانسته است. بر این اساس نیروی انتظامی در همه جرایم ضابط قوه قضائیه محسوب می شود و در صورت وجود شرایط و مبنای قانونی در جرایم مشهود و یا دستور شخصوس مقام قضایی در جرایم غیرمشهود می تواند به بازرسی، خودرو بپردازد.

۳-۲ - ضابطین خاص

الف) نیروی مقاومت بسیج

ماده ۱ قانون حمایت قضایی از بسیج مصوب ۱۳۷۱/۱۰/۱ به نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی اجازه داده است هم آند ضابطین قوه قضائیه هنگام برخورد با جرائم مشهود، در صورت عدم حضور ضابطین دیگر و یا عدم اقدام به موقع آن ها و یا اعلام نیاز آنان، به منظور جلوگیری از امحاء آثار جرم و فرار متهم و تهیه و ارسال گزارش به مراجع قضایی، اقدامات قانونی لازم را به عمل آورند.

بر اساس تبصره ۳ این ماده قانونی، ضروری است ضابطین بسیج آموزش های لازم را در این زمینه فرا گرفته و دارای مجوز مخصوص از نیروی مقاومت بسیج باشند. در این قانون نه تنها استفاده از نیروی مقاومت بسیج منوط به تقاضای نیروی انتظامی نشده است بلکه ضابطین بسیج به عنوان ضابطین نسبتاً مستقل در جرایم مشهود و در صورت وجود شرایط و مبنای قانونی، به رسمیت شناخته شده اند. بر این اساس، این نیرو صرفاً در جرایم مشهود آن هم با وجود شرایط مخصوص قانونی می تواند به بازرسی خودرو اقدام کند. پر واضح است از آن جا که این نیرو در جرایم غیرمشهود ضابط شناخته نشده است هر گونه بازرسی خودرو توسط آنان حتی با مجوز قضایی نیز قانونی نخواهد بود.

ج) سایر ضابطین

ماده ۱۵ ق.آ.د.ک در مقام بیان ضابطین دادگستری، علاوه بر نیروی انتظامی و مأمورین بسیج (به موجب قوانین خاص و در محدوده وظایف محوله)، رؤسا و معاونین زندان و سایر نیروهای مسلح و مأمورین قوانین خاص را تحت شرایط ضابط دادگستری محسوب نموده است. بر طبق این قانون، مقامات زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان، سایر نیروهای مسلح در صورت محول نمودن وظایف ضابط بودن از سوی شورای عالی امنیت ملی و مأمورین قوانین خاص را در حدود وظایف محوله در آن قوانین، ضابط دادگستری محسوب نموده است. روشن است منظور از امور مربوط به زندانیان، جرایمی است که در محدوده زندان رخ می دهد چه این که با توجه به مقررات حاکم بر اداره زندان ها، مقامات زندان خارج از محدوده زندان اختیاراتی ندارند.

طیف گسترده ای از مأمورین دولتی در قوانین خاص، در محدوده وظایف خود، ضابط قضایی محسوب شده اند؛ مأموران جنگل بانی، سازمان آب و برق، گارد صنعت نفت و مأموران وزارت ارتباطات و فن آوری اطلاعات از آن جمله اند. از جمله مهم ترین مأمورین قوانین خاص که ضابط قضایی محسوب می شوند مأمورین وزارت اطلاعات

هستند که به موجب بند چ ماده ۱ آیین نامه نحوه اعمال تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۹/۳/۲۹ در خصوص تخلفات تعزیراتی و به موجب تبصره ۱ ماده ۴ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰/۳/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص پرونده های فساد مالی کلان، ضابط قضایی محسوب می شوند. بر این اساس این نیروها و مقامات در خصوص بازرسی خودرو نیز تحت شرایط و محدوده ی خاصی می توانند ضابط قضایی باشند.

برآیند

بررسی قوانین مربوط روشن می سارد قانون گذار به صورت ویژه به موضوع بازرسی خودرو نیرداخته است بلکه با داخل نمودن خودرو در عنوان عام «اشیاء»، احکام خاص بازرسی اشیاء را بر آن بار نموده است. بر این اساس ملاحظه قوانین موجود نکات زیر را آشکار می سازد:

۱- در جرایم مشهود، برای هرگونه بازرسی خودرو توسط ضابطین، لازم است توجیه قانونی و نیز علت (حفظ آلات و ادوات و آثار و علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و تبانی) مبنای اعطای اختیارات به ضابطین در جرایم مشهود، وجود داشته باشد.

۲- در جرایم غیر مشهود، با توجه به رأی وحدت رویه ۱۷۷-۱۶/۶/۱۳۸۰ دیوان عدالت اداری که برای مراجع اداری و از جمله نیروی انتظامی الزامی است و نیز تصریح به اخذ مجوز مخصوص قضایی بری تفتیش اشیاء در ذیل ماده ۲۴ ق.آ.د.ک به نظر می رسد بازرسی خودرو در این جرایم نیازمند مجوز مخصوص قضایی است.

۳- قانون گذار مواردی را استثنائاً و قطع نظر از وقوع یا عدم وقوع جرم، مشمول بازرسی بدون مجوز دانسته است: نخست آن که با توجه به قوانین مجازات مرتکبین قاچاق و امور گمرکی، بازرسی خودرو در محدوده ی ادارات گمرک و مرزهای کشوری جهت انجام وظایف مربوط، بدون مجوز قضایی امکان پذیر است؛ دوم آن که با توجه به قانون به کارگیری سلاح توسط نیروهای مسلح که موارد مجاز تیر اندازی به سوی وسیله نقلیه را بر شمرده است می توان موارد مشمول آن قانون را به طریق اولی خودرو قابل تفتیش دانست.

بنا به مراتب فوق به نظر می رسد بازرسی های برون شهری خودروها، جز در موارد پیش گفته و تحت ضوابط و شرایط قانونی، اساساً منطبق با قانون نیست؛ هم چنین بازرسی های درون شهری توسط ضابطین بسیج نیز قطع نظر از قانونی نبودن آن به جهت عدم تحقق جرمی، اساساً به لحاظ ضابط نبودن این ضابطین در جرایم غیر مشهود، قانونی به نظر نمی رسد.

با این وجود به جهت تأمین امنیت و جلوگیری از ارتکاب جرایم از طریق وسایل نقلیه و پایان دادن به برخی بی قانونی ها، ضروری است قانون گذار با رعایت موازین قانون گذاری و حفظ حریم اشخاص و اموال، نسبت به تصویب قانونی جامع و دقیق در این خصوص اقدام کند.

نگرشی بر مسؤولیت مدنی پرستار

رشیده آقلایی

چکیده:

پرستاران به مانند صاحبان سایر حرف ممکن است در ارائه خدمت پرستاری به بیمار مرتکب اعمال زیان باری شوند. بیمار در طرح دعوی مسؤولیت مدنی، علیه پرستار باید ثابت نماید که پرستار وظیفه ای را که در برابر او داشته نقض و در اثر آن ضرری به بیمار وارد نموده است. اگر پرستار زیر نظر پزشک یا بیمارستان انجام وظیفه می کند، مسؤولیت پزشک یا بیمارستان به عنوان کارفرمای او مطرح است.

واژگان کلیدی: مسؤولیت مدنی، تقصیر، مسؤولیت پزشک، مسؤولیت بیمارستان

مقدمه:

با خبر شدن بیماران از حقوق خود مقوله ای است که در کشورهای جهان به سرعت رو به گسترش است. این امر تا حدی به پیش رفت علم پزشکی و فناوری آن ها بستگی دارد که نفوذ روز افزونی در فکر و جسم افراد پدید آورده است و تا حدی تحت تأثیر پیش رفت های بین المللی است. در ایران نیز در سال های اخیر، حمایت از بیماران به عنوان یکی از آسیب پذیرترین گروه های اجتماعی چه از لحاظ فیزیکی و چه از لحاظ روانی، اجتماعی و اقتصادی مورد توجه بسیاری از صاحب نظران قرار گرفته است و سهم رساله جمعی نیز در این میان قابل توجه است و لذا به لحاظ سطح آگاهی عمومی شمار دعاوی قصور حرفه ای پزشکان و سایر حرف وابسته رو به فزونی گذاشته است.

در چنین وضعیتی طرح مسأله مسؤولیت مدنی پرستاران به مانند پزشکان و... ضروری به نظر می رسد. بنا براین در این مقاله به اجمال به مسأله مسؤولیت مدنی پرستار اشاره می شود. برای تحلیل مسأله و یافتن راه حل معقول ابتدا به بیان رده های شغلی مختلف پرستاران در ایران و ماهیت مسؤولیت پرستاران و ارکان تشکیل آن و نهایتاً مسؤولیت

پزشک و بیمارستان در قبال افعال زبان بار پرستار پرداخته می شود.

گفتار اول - رده های شغلی پرستاران

بر اساس دستورالعملی که وزارت بهداشت در سال ۱۳۸۰ تنظیم نموده است، پرستاران دارای چهار رده شغلی مختلف (به ترتیب مدیر پرستاری، سوپر وایزر، سرپرستار، پرستار) هستند که هر کدام وظایف خاصی را براساس دستورالعمل وزارت بهداشت، بر عهده دارند که عدم رعایت آن ها می تواند منجر به طرح دعاوی حقوقی و کیفری حسب مورد و یا اعمال مجازات های انتظامی در پرونده های مختلف شود.

اول - مدیر پرستاری: مدیر خدمات پرستاری در مراکز بهداشتی، درمانی و توان بخشی، پرستاری است که با داشتن ضوابط مصوبه وزارت متبوع، اداره ی واحد پرستاری را بر عهده دارد. یکی از وظایف مدیر پرستار تأمین نیازهای آموزشی و آشنایی پرستاران با وظایف شان می باشد که عدم رعایت این وظیفه می تواند برای مدیر پرستاری مشکل آفرین باشد. برای مثال اذعان پرستار بیمارستان مبنی بر عدم آشنایی با شرح دقیق وظایف اش در توجیه عارضه حادث شده برای بیمار، می تواند مدیر پرستاری را به عنوان مافوق پرستار به مراجع قضایی بکشاند.

دوم - سوپر وایزر: سوپر وایزر آموزشی، پرستاری است که مسؤلیت فعالیت های آموزشی و پژوهشی پرستاری و مامایی مرکز آموزشی درمانی و توان بخشی تحت نظارت مدیر پرستاری را بر عهده دارد.

سوم - سر پرستار: سرپرستار مرکز آموزشی بهداشتی درمانی و توان بخشی، پرستاری است که داره کارکنان پرستاری، تجهیزات و ارایه خدمات پرستاری یک واحد را بر عهده دارد. برای مثال کنترل وسایل و تجهیزات مورد استفاده در اتاق عمل قبل از انجام عمل جراحی و اعلام نقص آن به سوپر وایزر بخش، وظیفه سر پرستار است که عدم توجه به این وظیفه مهم سرپرستار را در مراجع قضایی گرفتار خواهد نمود.

چهارم - پرستار: علاوه بر وظایف عمومی، وظایف تخصصی پرستار در واحد فوریت های پزشکی با تأکید بر رعایت منشور حقوق بیمار و مبتنی بر فرآیند پرستاری و استانداردهای خدمات پرستاری در دستورالعمل وزارت بهداشت مورد تدوین قرار گرفته است. برای مثال ارایه خدمات احیا، ماساژ قلبی، باز کردن راه هوایی تا قبل از رسیدن پزشک، از وظایف پرستار است و بدیهی است در صورت عدم حضور پزشک و در صورت رو به اتمام بودن زمان طلایی اقدامات تهاجمی شامل تزریق دارو و تعبیه لوله تراشه بایستی انجام شود. بنابراین اگرچه در شرایط عادی پرستار حق ندارد مستقلاً اقدام به تزریق دارو و ... نماید اما در شرایط حیاتی مصحلت بیمار انجام آن را از سوی پرستار مباح می سازد.

گفتار دوم - ماهیت مسؤلیت مدنی پرستار

در مواردی که قراردادی فی مابین پرستار و بیمار مبنی بر مراقبت از بیمار و ارایه خدمات پرستاری به وی وجود داشته باشد تردیدی نیست که مسؤلیت پرستار در برابر بیمار یک مسؤلیت قراردادی است و در مواردی که قرارداد فی مابین به جهتی باطل باشد و یا اصلاً قراردادی فی مابین پرستار با بیمار وجود نداشته باشد باید مسؤلیت پرستار را در

برابر بیمار یک مسؤولیت قهری نداشت، لیکن در مواردی تشخیص ماهیت مسؤولیت پرستار در برابر بیمار به آسانی ممکن نیست که به اجمال به برخی از این فروض اشاره می شود.

۱- ارایه خدمات پرستاری به صورت رایگان به درخواست بیمار

در پاره ای موارد پرستار با قصد احسان و نیکوکاری بنا به درخواست بیمار اقدام به ارایه خدمت پرستاری به وی می نماید در چنین حالتی این سؤال قابل طرح است که مسؤولیت پرستار در برابر بیمار بر چه منبایی قابل توجیه است؟ در این جا، اعتقاد به وجود قرارداد میان بیمار و پرستار بعید به نظر می رسد و شاید بتوان با لحاظ ماده ۱۸۳ قانون مدنی که از عقد به توافق اراده طرفین بر ایجاد تعهد، تعبیر نموده است، قایل به آن شد که پرستار با امداد مجانی به بیمار حادثه دیده به هیچ وجه قصد ایجاد التزام برای خودش را ندارد. لذا در موارد ارایه خدمات مجانی به بیمار، باید اوضاع و احوال و شرایط را به دقت بررسی کرد و تشخیص داد که آیا توافق بیمار و پرستار، عقد به معنی واقعی آن یعنی ایجاد تعهد برای پرستار بوده یا این که پرستار امداد رسانی و انجام اقدامات مراقبتی را بر اساس تعارف محض قصد کرده است و در اغلب موارد به نظر نمی رسد کسی که کاری را به طور رایگان انجام می دهد قصد ایجاد مسؤولیتی را برای خویش داشته باشد، بنا براین مسؤولیت پرستار در چنین مواردی قهری است.^۱

۲- ارائه خدمات پرستاری بدون دعوت از جانب بیمار

در این حالت برخلاف حالت اول که بیمار خود اقدام به دعوت از پرستار جهت ارایه خدمات مراقبتی می نمود، پرستار بنا به میل شخصی خود یا درخواست عابرین اقدام به ارایه خدمات مراقبتی به بیمار آسیب دیده می نماید مثلاً اگر به دلیل وقوع تصادف رانندگی در جاده ای، عده ای از سرنشینان خودرویی دچار آسیب شده و پرستار بنا به دعوت و درخواست عابرین و یا میل شخصی خود، اقدام به ارایه خدمات پرستاری نماید، این سؤال قابل طرح است که مسؤولیت پرستار بر چه منبایی قابل توجیه است؟ مسلماً در مواردی که پرستار با دعوت مردم و یا با میل شخصی خویش، اقدام به ارایه خدمات پرستاری می نماید فرض وجود قرارداد منتهی است. در چنین شرایطی که عابرین به امید ارایه خدمت از سوی پرستار از وی درخواست امداد رسانی می نمایند بعید به نظر می رسد که قصد انعقاد قرارداد با پرستار داشته باشند.

به قیاس اولویت فرض وجود قرارداد فی مابین پرستار با خود بیمار آسیب دیده نیز بعید به نظر می رسد. در این مورد می توان ماده ۳۰۶ قانون مدنی (اداره فصولی) را منبای تحلیل قرار داد که اگر چه این تأسیس حقوقی مربوط به امور مالی است ولی باید از ظاهر ماده مارالذکر گذشت و قایل بر آن بود که منبای حکم ماده ۳۰۶ ق.م.تقویت حس هم بستگی و تشویق مردم به یاری رساندن به یک دیگر می باشد و مصداق بارز این مبنا در امور غیر مالی تجلی می یابد، لذا پرستاری که به جهت ضرورت به قصد احسان و نیکوکاری ولی بدون اطلاع یا موافقت بیمار آسیب دیده و در معرض خطر جانی اقدام به کمک کردن به وی می نماید، بدون این که رابطه قراردادی بین آن ها قابل تصور باشد مصداق بارز اداره فصولی می باشد، بنا براین مسؤولیت وی قهری است.^۲

۱- جز مورد حمل و نقل مجانی نیز گفته شده است که متصدی حمل و نقل تعهد قراردادی مبنی بر سالم رساندن مسافران به مقصد ندارد؛ زیرا عملی که منشأ زبان بونه صرفاً از باب احسان صورت پذیرفته است و اگر چه ممکن است قضات چیزی به عنوان "توافق کمک" را استنباط کنند؛ گاهی هم بر مبنای آن جبران خسارت کمک کننده تیرمی را نیز یک تعهد لازم الاجرا بینند ولیکن قرارداد باید به صورت متمیز شکل گرفته باشد و این چنین قایل قبول به نظر نمی رسد که "ژورن"، "پاتریس"، اصول مسؤولیت مدنی، ص ۶۳؛ شجاع پوریان، سیلوش مسؤولیت مدنی ناشی از خطای شفقی پزشک، ص ۴۵.

۲- شجاع پوریان، سیلوش، مسؤولیت مدنی ناشی از خطای شفقی پزشک، ص ۴۶ به بعد.

۳- پرستار تعیین شده از جانب پزشک یا بیمارستان:

پرستاران را در یک تقسیم بندی کلی می توان به دو دسته تقسیم نمود: پرستاران مستقل و پرستاران کارمند. پرستاران مستقل پرستارانی هستند که به صورت خصوصی کار می کنند که هیچ تردیدی در این که مسؤولیت کلیه اقداماتشان بر عهده خودشان می باشد نیست، اما پرستاران کارمند، پرستارانی هستند که زیر نظر مستقیم یک پزشک و یا بیمارستان کار می کنند.

در این موارد پرستار به طور مستقیم با خود بیمار قراردادی ندارد بلکه با پزشک و یا بیمارستان قراردادی برای مراقبت از بیماران منعقد می کند که هیچ تردیدی در رابطه حقوقی پرستار با پزشک و یا بیمارستان وجود ندارد و پرستار در برابر آن پزشک و یا بیمارستان مسؤولیت قراردادی خواهد داشت، اما پرستار در اجرای این قرارداد روابطی با بیماران برقرار می کند که این سؤال را مطرح می کند که ماهیت حقوقی این رابطه چیست؟ یا منظر قرار دادن ماده ۱۹۶ قانون مدنی که مقرر می نماید: "... ممکن است در ضمن معامله ای که شخص برای خود می کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید" باید قابل به این نظر شد که رابطه پرستار با بیماران نتیجه عقد اجاره اشخاص است که فی مابین پرستار با بیمارستان یا پزشک منعقد شده است و به عبارتی در این قرارداد پرستار تعهدی را به نفع ثالث (بیمار) بر عهده گرفته است و اگرچه پرستار رابطه قراردادی مستقیمی با بیمار ندارد و لیکن به دلیل آن که ریشه و منشأ تعهد به نفع ثالث، قرارداد می باشد مسؤولیت پرستار در برابر بیمار یک مسؤولیت قراردادی است و بیمار می تواند دعوایی مستقیم علیه متعهد (پرستار) برای اجرای تعهد خویش اقامه کند

گفتار سوم - مبنای مسؤولیت پرستار و ارکان تشکیل آن:

با لحاظ ماده یک قانون مسؤولیت مدنی ۱۳۳۹ باید قابل بر آن بود که در نظام حقوقی ایران اصل بر تقصیری بودن مسؤولیت (نظریه تقصیر) می باشد و مسؤولیت های بدون تقصیر مانند مسؤولیت غاصب و... به عنوان استثنا بر اصل مطرح می باشند، بنابراین در مواردی که نصی در قانون نباشد چاره ای جز این نیست که مسؤولیت را مبتنی بر تقصیر تلقی نمود. با این توضیح مسؤولیت پرستار نیز یک مسؤولیت مبتنی بر تقصیر است. لذا بیمار در اقامه دعوای مسؤولیت علیه پرستار ناگزیر است که وجود چهار رکن را که عبارت از:

- ۱- وجود وظیفه ی مراقبت
- ۲- ارتکاب فعل زیان بار (نقض وظیفه)
- ۳- ورود ضرر
- ۴- رابطه سببیت، می باشد، در مرجع قضایی به اثبات برساند.

بند اول - وجود وظیفه:

بیمار باید ثابت کند که پرستار در برابر وی تکلیف یا وظیفه ای بر عهده داشته. احراز این وظیفه چندان مشکل نیست و در مواردی که قراردادی فی مابین بیمار با پرستار وجود داشته باشد احراز آن با لحاظ قرارداد منعقد صورت

می پذیرد در مواردی هم که قراردادی به طور مستقیم یا غیر مستقیم فی مابین بیمار و پرستار وجود نداشته باشد این وظیفه به حکم قانون بر پرستار بار می شود و حتی در شرایط اضطراری به حکم ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مجروحین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴؛ این وظیفه قابل احراز است.

بند دوم - نقض وظیفه (ارتکاب فعل زیان بار)

بیمار باید ثابت کند که پرستار وظیفه ای را که در برابر او داشته نقض کرده است. برای احراز نقض وظیفه (انقصیر) از ناحیه پرستار باید رفتار پرستار را با رفتار پرستاری متعارف در همان شرایط و وضع و احوال حادثه زیان بار مورد قیاس قرارداد تا نتوان قضاوت نمود که آیا پرستار فعل زیان باری مرتکب شده است یا خیر؟

بند سوم - ورود ضرر:

سومین رکن دعوی مسؤلیت آن است که بیمار باید ثابت کند که در اثر نقض وظیفه از ناحیه پرستار ضرری به وی وارد شده است

بند چهارم - رابطه سببیت:

صرف وجود سه رکن فوق الذکر برای طرح دعوی مسؤلیت مدنی علیه پرستار جهت مطالبه خسارت کافی نیست بلکه بیمار علاوه بر آن باید ثابت کند که در اثر نقض وظیفه از سوی پرستار زبانی به او وارد شده است. به عبارت دیگر باید احراز شود که بین نقض وظیفه و ضرر وارده به بیمار رابطه سببیت وجود داشته است. برای مثال اگر پرستاری وظیفه تزریق دارو به بیمار را در ساعت مشخصی بر عهده داشته باشد و لیکن این وظیفه را نقض کند و بیمار فوت کند لیکن پزشکی قانونی علت فوت را حمله قلبی تشخیص دهد مسلماً علی رغم وجود ارکان قبلی، به دلیل فقدان رابطه سببیت بین ضرر وارده و نقض وظیفه از سوی پرستار مسؤلیتی متوجه پرستار نیست.

گفتار چهارم - مسؤلیت پزشک و بیمارستان در قبال افعال زیان بار پرستار

همان طور که اشاره شد پرستاران خصوصی مسؤلیت کلیه اقداماتشان را به تنهایی بر عهده دارند اما در خصوص پرستاران کارمند که زیر نظر پزشک یا بیمارستان کار می کنند به نظر می رسد علاوه بر پرستار، پزشک یا بیمارستان نیز حسب مورد در برابر بیمار مسؤلیت داشته باشند.

با این توضیح که با لحاظ ماده ۱۲ قانون مسؤلیت مدنی و مقررات قانون کار در مواردی که پرستار زیر نظر پزشک یا به عنوان مستخدم یک بیمارستان انجام وظیفه می کند کارگر تلقی شده و پزشک مربوطه یا بیمارستان کارفرمای او تلقی می شوند بنابراین اگر پرستار در حین انجام وظیفه یا به سبب آن خسارتی به بیمار وارد کند، بیمار وفق ماده ۱۲ ق.م.م.ج جهت مطالبه خسارات وارده حق رجوع به پرستار (کارگر) یا پزشک/بیمارستان (کارفرما) دارد و در صورتی که به پزشک یا بیمارستان (کارفرما) حسب مورد رجوع کند، کارفرما نیز بنا به قسمت اخیر ماده ۱۲ حق رجوع به

کارگر مقصر (پرستار) را دارنکنکه دیگر آن که در مواردی که پرستار به دستور پزشک اقدامی را انجام دهد که موجب ورود زیان به بیمار گردد، لحاظ ماده ۳۱۹ ق.م.ا، پزشک به تنهایی به دلیل اقوی بودن سبب از مباشر (پرستار) در برابر بیمار مسؤولیت دارد.

نتیجه

از آن چه بررسی شد می توان نتیجه گرفت که در بررسی محدوده مسؤولیت پرستار باید به شرایط خاص هر دعوی توجه نمود به طوری که اگر پرستار شخصاً اقدام به عملی نموده باشد خودش به تنهایی مسؤول جبران خسارت وارده به بیمار است ولی در مواردی که بر اساس دستور پزشک یا بیمارستان اقدام به عملی نموده باشد پزشک یا بیمارستان حسب مورد به جهت اقوی بودن سبب از مباشر در برابر بیمار مسؤولیت دارند.

منابع و مأخذ

- ژوردن، یاتریس، اصول مسؤولیت مدنی، ترجمه مجید لایب، ج ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲
- سالمی، صدیقه، حقوق بیمار و مسؤولیت پرستار، ج اول، انتشارات رهبویان، تهران، ۱۳۸۴
- شجاعیوریان، سیاوش، مسؤولیت مدنی ناشی از خطای شفلی پزشک، ج اول، انتشارات فردوسی، تهران، ۱۳۷۳
- علیرمایی، نسرتین، قانون و پرستار، ج اول، نشر سالمی، تهران، ۱۳۸۱
- فیستا، جئین، حقوق و مسؤولیت پرستاران، ترجمه محمود ومهین عباسی، ج اول، نشر تیمورزاده، تهران، ۱۳۷۷
- قاسم زاده، مرتضی، مبانی مسؤولیت مدنی، ج پنجم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷
- نوغانی، فاطمه، سرداری پروانه، اخلاق قوانین ومقررات در پرستاری، ج اول، انتشارات سپهر قم، ۱۳۷۶
- زرعی، اصغر، مروری بر سرفصل های حقوق و مسؤولیت بیماران در نظام سلامت: www.salamatiran.com
- <http://www.pezeshki.net>

شرط تنصیف و مقایسه آن با اجرت المثل ایام زندگی زناشویی

حمیدرضا اشراقی

مقدمه:

عقود به دو دسته معین و نامعین تقسیم می شوند. عقود معین آن دسته از توافقات و قراردادهایی است که عنوان، شرایط و اوصاف آن در قانون ذکر شده و حق و تکلیف طرفین عقد به طور کلی و شرایط صحت و بطلان آن آورده شده است مثل عقد اجاره، بیع، ودیعه، عاریه، وکالت و غیره و نقطه مقابل آن عقود و توافقات بین اشخاص است که در قانون تحت عنوان قراردادهای خصوصی آمده است و فاقد عنوان خاص در قوانین موضوعه است این توافقات عقود نامعین نامیده شده و طبق ماده ۱۰ قانون مدنی چنانچه مخالف شرع و قانون نباشد نافذ است.

در کنار عقود و در بیان شرایط اجرای عقد و یا اوصاف موضوع مورد توافق طرفین عقد شرایطی را که لازم می بینند به مورد توافق خود می افزایند که اصطلاحاً شروط ضمن عقد گفته می شود و جز در مورد مصادیق ماده ۲۳۳ قانون مدنی بین متعاملین لازم الاتباع است. عقد نکاح به عنوان یکی از عقود معین با شرایط مشروح در جلد دوم قانون مدنی که مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۳۲ را در بر می گیرد مورد توجه مقنن بوده و به تبیین و تشریح نحوه وقوع و احکام آن و هم چنین حقوق و تکالیف طرفین عقد (زوجین) پرداخته است.

در عقد نکاح نیز مانند سایر عقود معین طرفین عقد می توانند شرایط و اوصافی که مبطل عقد نباشد تبیین و بر آن توافق نمایند و پس از توافق طبق قواعد فقهی و حقوقی ملزم به رعایت و اجرای آن هستند که یکی از این شروط، شرط نصف دارایی است که در دهه اخیر مورد توجه متقاضیان ازدواج بوده و در سند های نکاحیه، بندی را به صورت چپی به خود اختصاص داده و زوج با امضای شرط متعهد می شود در صورت طلاق و با شرایط مصرح در آن بند تا نصف دارایی خود را به زوجه بدهد.

با ذکر این مقدمه به بیان نظرات مختلف در قابل جمع بودن این دو حق و یا غیر قابل اجتماع بودن آن می پردازیم و ابتدا به تشریح نظر مخالفان اجتماع این دو حق می پردازیم.

دلایل مخالفان

مخالفان نظریه قابل جمع بودن اجرت المثل و شرط نصف دارایی عقیده دارند که:

اول - مبنای ایجاد این دو عقد نکاح بوده و شرایط و اوصاف کلی آن در قانون مدنی و در قوانین خاص خانواده از جمله تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات طلاق تصریح گردیده است و نظر مقنن بر عدم امکان اجتماع این دو حق می باشد این دو گروه معتقدند اجرت المثل و نصف دارایی هر دو از حقوق مالی می باشد که منشاء آن عقد نکاح است قابل جمع نیستند و زوجه حق مطالبه یکی را دارد زیرا در متن تبصره ۶ قانون مذکور تصریح گردیده (چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی شرطی شده باشد طبق آن عمل می شود در غیر این صورت...) فلذا نظر مقنن این بوده که در قبایل اجرت کارهای انجام شده توسط زوجه ابتدا براساس توافق آن ها سعی در تصالح گردد و در صورت عدم تصالح به شرط الزام آور ضمن عقد رجوع شود و چنانچه شرطی ضمن عقد باشد زوجه می تواند اجرت المثل یا نحله را دریافت نماید.

دوم - اجرت المثل در قبایل زحماتی که زوجه در طول زندگی مشترک متحمل شده است به وی پرداخت می گردد. پس دیگر او نسبت به اموال زوج حقی که قابل مطالبه باشد ندارد و زمانی می تواند مطالبه اموال تحصیل شده توسط زوج را بنماید که در تحصیل و افزایش آن اموال، سهمی داشته باشد و وقتی زوجه اجرت زحمات خود را دریافت می دارد دیگر پرداخت مالی مازاد بر آن، خلاف قانون و عدالت است و اجحاف در حق زوج است.

سوم - با توجه به صراحت قانون نظر معارض با آن جهت در برابر نص است.

دلایل موافقان

عده ای معتقدند که این دو حق با یک دیگر قابل جمع است و زوجه با فرض وجود شرایط قانونی می تواند هم اجرت المثل و هم شرط نصف دارایی را مطالبه نماید. براساس نظریه این دو گروه:

(۱) تکلیف محاکم در ابتدا دعوت به صلح و توافق بین زوجین است و چنانچه سازش حاصل نگردد اصل بر این است که محاکم ملزم به رعایت شرط ضمن عقد بوده و با فرض وجود شرط ضمن عقد نسبت به حقوق مالی باید براساس شرط عمل شود و چنانچه شرطی نبود با استناد به تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق، زوجه می تواند اجرت المثل دریافت دارد در حالی که از رویه جاری در محاکم چنین چیزی مستفاد نمی گردد و به محض طرح دعوی طلاق از سوی زوج متقابلاً با درخواست یا دادخواست زوجه و حتی در صورت غیابی بودن حکم، بدون درخواست زوجه برای تعیین حقوق و تعیین اجرت المثل، قرار ارجاع به کارشناس صادر می گردد.

(۲) مبنای ایجاد حق و تکلیف بین اشخاص، شرع و احکام دین و یا قوانین موضوعه اجتماعی و یا توافق بین اشخاص و اراده ایشان است. و در صورت تعدد و تفاوت مبنای موجد حق نمی توان بین آن ها قابل به تضاد و تعارض گردید مگر این که به تضاد بین آن ها تصریح شده باشد که در موضوع ما نحن فیه مبنای اجرت المثل شرع بوده و قانون است چون قانون مدنی منشاء شرعی دارد در حالی که شرط نصف دارایی ناشی از توافق و اراده متعاملین (طرفین عقد) بوده و مبنای عقدی دارد و این شرط نیز منطبق با جهت عقد بوده و تعارض با قانون ندارد و بین

۳) در صورت وجود حقوق متعدد و غیرمعارض، اصل بر لزوم اجتماع (جمع کردن) حقوق و عدم زوال حق است و تازمانی که شرط یا وصف باطل نبوده و یا مفسد عقد نباشد تمامی شروط و لوصاف مورد توافق طرفین بین ایشان و قائم مقام متعاملین لازم الرعایه است و رعایت عدالت هم اقتضاء در اجرای تعهدات طرفین عقد است چه این که آن ها با میل و اراده و اختیار و با وصف علم و اطلاع و اهلیت کامل به آن تراضی نموده اند.

۴) بر فرض این که مطالبه هم زمان دو حق (اجرت المثل و نصف دارایی) ظاهراً اجحاف در حق زوج باشد اصل لازم الاجرا بودن قوئین پس از تصویب و انتشار و اصل اطلاع افراد جامعه و نیز اصل لازم الرعایه بودن عقود و شروط ضمن عقد و حاکمیت قاعده اتمام ایجاب می نماید زوج را که با علم و اطلاع عیبه خود و اموال اش اقدام نموده مکلف به ایفای حق زوجه نماییم زیرا تا زمانی که حقی به وجود نیامده اصل بر عدم تعهد و الزام است ولی زمانی که حق ایجاد شد اصل بر بقاء آن و لزوم اجرایی آن منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی است.

۵) حقوق شرعی و قانونی حقوقی است که در تبصره ۳ قانون ماده واحده اصلاح مقررات طلاق به عنوان حقوق معین و متعلق به زوجه تعیین گردیده و حقوق نامعین که بسته به اراده و توافق زوجین است می تواند متنوع و متعدد باشد این دو حق نمی تواند جایگزین یکدیگر شوند و نظر مقنن در تبصره ۶ از (حقوق مالی) همان حقوق مالی معین در قانون بوده که ممکن است براساس توافق زوجین ساقط و یا ترتیب خاص در پرداخت آن داده شود مثلاً مهریه از ابتدا مشروط به مطالبه زوجه و استطاعت زوج نمایند و یا استطاعت زوج را ساقط و به محض مطالبه ملزم به تأدیه شود یا پدر زوج در صورت عدم تأدیه ضامن پرداخت گردد و یا این که برای اجرت المثل زوجه مبلغ خاص تعیین شده و یا این که عوض معلوم دیگری شرط گردد لذا مرجع ضمیر مقنن در تبصره ۶ از امور مالی به حقوق و امور مالی معین و قانونی برمی گردد نه امور مالی نامعین و شرط شده.

۶) تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح طلاق، دادگاه را ملزم نموده تا ابتدا سعی در تصالح نماید و در صورت عدم تصالح چنان چه ضمن عقد و یا عقد خارج لازم شرطی شده باشد به شرط عمل نماید در غیر این صورت اجرت المثل را تعیین نماید. یا دقت در متن تبصره مذکور می بینیم که مقنن نظر به حقوق مالی پیش بینی شده به تعبیر دیگر حق محاسبه نشده زوجه داشته است زیرا حقوق غیرعقدی قابل مصالحه هستند در حالی که در شروط ضمن عقد، حق مورد توافق زوجین مقید و مشخص شده است و حق مسلمی است که قبلاً مورد تصالح قرار گرفته ولی اجرت المثل حق اشخاص است که در صورت وجود شرایطی خاص قابل مطالبه است و چنان چه آن شرایط وجود نداشته باشد جایگزین آن واقعه حقوقی دیگری به نام «نحله» است نه «نصف دارایی» در نتیجه حقوق مالی اشخاص را نمی توان جایگزین حقوق مسلم و معلوم نمود.

۷) مداخله مقنن و حاکم در روابط و امور اشخاص جز با رعایت مصلحت در امور عامه و رعایت حقوق اجتماع جایز نیست و لذا در حقوق صغار و مجبورین و ورشکستگان مجاز به مداخله در حقوق و امور شخصی است و در روابط عادی بین اشخاص رشید و دارای اهلیت، اصل بر این است که خود اشخاص بهتر از دیگران حتی مقنن، مصلحت و منفعت خود را در نظر دارند.

۸) چنان چه منظور از عدم اجتماع این دو حق اجرای عدالت باشد با فرض عدم قبول و مستندات هفت گانه سابق الذکر، در متن شروط ضمن عقد لفظ دارایی که به صورت چایی در سندهای نکاحیه آمده قید شده (... تا نصف دارایی) فلذا از یک درصد دارایی زوج تا پنجاه درصد را شامل می گردد . دادگاه با توجه به اوضاع و احوال مالی و شخصی زوجین می تواند احقاق حق نماید ولی چنان چه این حق را برای زوج قایل نشویم آن چایی که اجرت المثل جبران زحمات زوجه را نکند عدالت را چگونه نسبت به زوجه اجرا کنیم و حق او را بگیریم لذا با قرار دادن این ابزار و توسعه اختیار قاضی در تصمیم گیری راه را در اجرای بهتر عدالت و احقاق حقوق اصحاب دعوی توسعه دهیم نه این که با مضیق کردن یک طرف ، میدان را نسبت به طرف دیگر دعوی باز بگذاریم .

دعاوی مربوط به خانواده از جمله مباحث حقوق مدنی است که با توجه به طبع خاص خود و آثار و عواقب اجتماعی و فردی از جای گاه ویژه ای برخوردار است

یکی از مسایل مطرح در محاکم خانواده آن است که قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱ برای زوجه در قبال کارهایی که شرعاً بر عهده او نبوده و در دوران زندگی مشترک در منزل زوج انجام داده است اجرت المثل قرار داده است .

هم چنین چنان چه ضمن عقد نکاح شرط نصف دارایی که جزء شروط ضمن عقد مندرج در نکاح نامه رسمی است مورد توافق زوجین قرار گیرد و زوج این تعهد را ضمن عقد پذیرفته و امضا کند آیا حین طلاق زوجه بر دریافت اجرت المثل مستحق نصف دارایی زوج نیز هست و یا صرفاً یکی از آن ها به زوجه تعلق می گیرد ؟ برای تبیین این موضوع لازم است ابتدا به تعریف مختصری از این دو موضوع بپردازیم و سپس دلایل موافقان و مخالفان اجتماع دو حق مذکور را مورد بررسی قرار دهیم .

الف) اجرت المثل

در روابط حقوقی و اجتماعی بین اشخاص ، قانون گذار در اغلب قوانین کیفری ، مدنی و شکلی سعی در تعیین اختیارات و حق و تکلیف متقابل برای افراد جامعه را دارد و مانند ریسمانی مستحکم روابط دانه های ریز و درشت تسبیح جامعه را به نظم و انضباط کشانده است .

روابط بین اعضای خانواده به ویژه زن و شوهر نیز تابعی از این قاعده بوده و مقنن در قوانین متعددی سعی در تشریح و تبیین حقوق و روابط متقابل زوجین دارد و یکی از حقوق متعلق به زوجه اجرت کارهایی است که وی در طول دوران زندگی مشترک در منزل شوهر انجام می دهد .

در واقع مقنن با قایل شدن احترام برای عمل زوجه و قاعده کلی لزوم پرداخت اجرت برای کارهای دارای اجرت مستنبط از ماده ۳۳۶ قانون مدنی در تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب آبان ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت اختصاصاً به اجرت المثل زوجه پرداخته است و دریافت اجرت المثل را مقید به شروط ذیل نموده است .

۱- کارهای انجام شده توسط زوجه به عهده وی نباشد .

۲- به دستور زوج و با قصد عدم تبرع انجام شده باشد.

۳- طلاق به درخواست زوجه نباشد.

۴- علت درخواست طلاق از ناحیه زوج، تخلف زوجه از انجام وظایف همسری وی و سوء رفتار و اخلاق وی نباشد. بند ب تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق به دادگاه این اختیار را داده تا چنان چه با فقدان شرایط قانونی فوق الذکر زوجه را مستحق دریافت اجرت المثل نداند مبلغی را به عنوان نخله (بخشش) از اموال زوج به زوجه بدهد.

بررسی شرط تنصیف اموال زوج بحث مهمی است که امروزه به سبب تمهید دولت در حمایت از حقوق زن و جبران کاستی های قانون مطرح است، به عنوان شرط ضمن عقد در قباله های نکاح گنجانده شده است و بسیار مورد سؤال قرار می گیرد. شرط، اشتراک در دارایی زوج یا به عبارت دیگر تنصیف اموال زوج است به موجب این شرط زوج متعهد است هر گاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلفات زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج مکلف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده است یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

صرف نظر از این که شرط مزبور نوعاً در محاکم قابل اعتنا بوده و ترتیب اثر داده می شود، بررسی و بیان ابهام شرط مذکور خالی از لطف نیست به موجب ماده ۱۱۱۹ ق. م طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل این که شرط شود، هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد کند و یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن ها با یک دیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد با وجود این، از آن جا که تأثیر این گونه شرط ها نیاز به بررسی بیشتری دارد ناگزیر به صورت اجمال به آن می پردازیم:

ب) اقسام شرط:

۱- شرط صفت که راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله است.

۲- شرط نتیجه و آن اشتراط تحقق امری به صورت نتیجه در خارج است

۳- شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. که در حقیقت منظور از شرط ضمن عقد به مفهوم واقعی و متداول همین قسم سوم است اما کبیه شروط در صورتی لازم آور است که فاسد نباشد شروط فاسد که از آن ها به شروط باطل نیز تعبیر می شود در یک تقسیم بندی اساسی که در قانون مدنی نیز مورد نظر بوده است به دو قسم تقسیم می شوند که آثار مربوط به خود را دارند

۱- شروط باطلی که مبطل عقد نیستند

۲- شروط باطلی که عقد را نیز باطل می کنند

۲- قسم اول شامل شروطی می‌گردد که یا انجام آن غیرمقدور باشد یا این که نفع و فایده‌ای در آن نباشد و یا این که نامشروع باشد مثل این که در ضمن عقد شرط شود مشروط علیه چند ماه حق اقامه نماز نداشته باشد. خصوصیت بارز این گونه شروط این است که موجب بطلان عقد نیستند اما این که آیا برای مشروط له در این فرض حق فسخ عقد ایجاد می‌شود یا خیر؟ قانون مدنی صراحتاً تکلیف را مشخص ننموده است اما در میان حقوق دانان اختلاف نظر است پاره‌ای از استادان معتقداند چون قصد و رضای طرفین در انعقاد عقد با ملحوظ شدن شروط مزبور تحقق یافته و در حقیقت انجام شرط را می‌توان به عنوان جزء یا مکمل یکی از عوضین یا هر دوی آن‌ها دانست، بدین ترتیب با بطلان شرط قسمتی از عوض یا عوضین فاقد اعتبار گشته و حقیقتاً به متابه آن است که قسمتی از مورد معامله از مالیت افتاده باشد. در این صورت با وجود حکم به صحت عقد نمی‌توان بدون قائل شدن به حق فسخ، بی تفاوت از کنار موضوع گذشت. در مقابل برخی اساتید قائل به این موضوع نبوده و معتقدند شرط فاسد نمی‌تواند حقی را برای مشروط له ایجاد نماید.

به نظر در مورد این گونه شروط باید قائل به تفکیک شد بدین معنی که چنان چه مشروط له عالم به فساد شرط باشد نباید حق فسخ داشته باشد چرا که با علم به فساد شرط و عدم تأثیر آن در عقد، اقدام به قراردادی نموده است که آثار آن را بدون شرط پذیرفته است بنابراین اعطای حقی اضافه بر قرارداد به یکی از متعاقبین فاقد وجهت قانونی و عقلی است.

علاوه بر این که با اعطای حق فسخ عملاً به شرطی که در آن نفع و فایده‌ای نبوده، منفعتی بزرگ اعطاء شده است. اما در فرضی که مشروط له عالم به فساد شرط نباشد مانند آن است که مشروط له نمی‌داندست انجام شرط حین العقد ممتنع بوده است بنابراین می‌توان حکم ماده ۲۴۰ قانون مدنی که می‌گوید «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع مستند به فعل مشروط له باشد» را در این فرض نیز تسری داد اما شرطی که باطل و موجب بطلان عقد می‌گردند عبارتند از: شرط خلاف مقتضای عقد و نیز شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود.

مقتضای هر عقد نتیجه و اثر مستقیم آن است نتیجه‌ای که طرفین به قصد حصول آن اقدام به انعقاد عقد کرده‌اند مثلاً مقتضای عقد بیع مالکیت مبیع برای مشتری و ثمن برای فروشنده است حال اگر در عقد بیع شرط شود که مبیع به مالکیت مشتری درنیاورد یا این که ثمن به فروشنده تعلق نگیرد خلاف مقتضای عقد شرط شده است از این رو هم شرط باطل بود هم موجب بطلان عقد گردیده است اما شرط مجهول نیز تقسیم خاص خود را دارد

۱- شرطی مجهولی که جهل به آن موجب جهل عوضین میشود مثلاً کسی خانه‌ای را بخرد و ثمن معامله را نصف دارائی مورث خویش تعیین کند و طرفین شرط کنند که ثمن معامله پس از فوت مورث به خریدار منحصرأ به میزان نصف دارائی حین القوت مورث از سهم الارث او به بایع پرداخت شود، در این جا چون دارائی حین القوت مورث کما و کیفاً مجهول است و جهل به آن به ثمن معامله که یکی از عوضین است نیز سرایت می‌کند و برابر ماده ۲۱۶ ق.م.ناظر به بند ۲ ماده ۱۹۰ به دلیل مبهم بودن مورد معامله عقد باطل است

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین نمی‌شود، مانند این که کسی خانه‌ای را به یک میلیون

ریال بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند ولی طرفین شرط کنند که خریدار ۱۰۰ کیلو ماده خوراکی به فروشنده تحویل دهد، در اینجا چون نوع خوراکی معین نشده و مواد خوراکی نیز متنوع و گوناگون است، چنین شرطی باطل است اما مبطل عقد نخواهد بود.

پس ژ بررسی اجزای اقسام شروط و آثار آن‌ها در عقود و تأکید بر اهمیت و اعتبار ویژه و موقعیت ممتاز عقد نکاح در میان سایر عقود به دلیل استواری بنیان جامعه بر خانواده و بنیان خانواده در ازواج و تجدید بیان قانون گذار در خصوص شروط ضمن‌العقد علاوه بر بیان حکم کلی آن در سایر عقود به بررسی یکی از شروط ضمن‌العقد یعنی شرط تنصیف اموال زوج یا همان اشتراک در دارائی زوج می‌پردازیم.

به موجب شرط مندرج در عقدنامه‌های رسمی (که در غالب موارد به دلیل تخلف آشکار سردفتر ازواج از تکلیف قانونی خویش که از تفهیم مورد به مورد شرایط مذکور به زوجین امتناع می‌نمایند و زوجین بدون اطلاع و فهم مفاد شرط آن را امضاء می‌نمایند) ضمن عقد نکاح زوجه شرط نموده که هر گاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلفات زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نبوده زوج مکلف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده است یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید یا اعتقاد کامل به فرمایشات استاد فرزانه آقای دکتر نصر کاتوزیان در این خصوص که می‌فرمایند: شرط مربوط به اشتراک زن و شوهر در دارایی آینده در هیچ متنی از قانون سیاح شناخته نشده است و در عرف اجتماعی و مذهبی ما پیشینه‌ای ندارد، تمهیدی است اداری که برای حمایت زن و جبران کاستی‌های قانون اندیشیده‌اند پس آوردن مضمون این شرط در قباله‌های نکاح، دلیل بر نفوذ آن در حقوق کنونی نیست. تقلیدی ناشیانه از فرهنگ غربی است که به نظر می‌رسد ماده نزاعی در خانواده‌ها فراهم آورد، هیچ کس منکر ضرورت حمایت از حقوق زن در دارایی خانواده نیست. نگاهی گذرا به حقوق خانواده در فرانسه نشان می‌دهد که اشکال مربوط به دارایی خانواده و تصفیه آن از جمله مسائل مربوط به نکاح و طلاق و سرپرستی کودکان بیش‌تر است.

مشکلی که تاکنون فارغ از آن بوده ایم و یا پیش‌بینی شرط اشتراک در قباله‌ها به استقبال آن می‌رویم تا هم رنگ جماعت باشیم صرف نظر از این که احراز تخلف زوج یا زوجه در غالب موارد غیرمقدور خواهد بود با ملاحظه شرط مذکور مشخص است مفاد شرط یعنی نصف دارایی موجودی که در ایام زناشویی به دست خواهد آمد کاملاً مجهول است هم کم و هم کیفاً یعنی هم مقدار آن و هم کیفیت و چگونگی آن.

از این رو با توضیحاتی که در بیان شروط باطل گفته شد تردیدی در بطلان شرط مذکور نخواهد بود به قول استاد. به هر حال، نه تنها نفوذ شرطی که موضوع آن در آینده مجهول و سهیم است و شرکتی که بر سرمایه نامعلوم و احتمالی تشکیل می‌شود به شدت مورد تردید است اجرای آن (بر فرض صحت و تمایل قانون گذار به پذیرش آن) نیاز به دخالت قانون در پیش‌بینی و اداره این نهاد حقوقی دارد و با گنجاندن شرط اشتراک در قباله نکاح دردی درمان نمی‌شود (ماده ۲۶۴ قانون مدنی).

عدالت بر باد رفته

سینا گلستانی

تا ریا ورزد و سالوس مسلمان نشود
حیوانی که نوشد می و آسان نشود
رونه هر سنگ بوگالی اوژومرجان نشود»

«گرچه بر واعظ شهر این سخن آسان نشود
رتدی آموز و کرم کن که نه چندان هنرست
گوهر پاک بباید که شود قابل فیض

بنابه به اقتضای شغل خویش بارها به مواردی برخورد کرده‌ام که دختری جوان توسط مردی به بهانه خواستگاری و ازدواج، فی الواقع مورد سوء استفاده قرار گرفته است و پس از مدتی مراوده و آمد و شد و وعده و وعید و اهداء هدایا و حتی برگزاری مراسم نامزدی و تشهیر میان امثال و قران و اقارب و بعضاً جاری ساختن صیغه محرمیت (عقد موقت) فی مابین و... مع الاسف... آقا به یک باره راه بدعهدی در پیش گرفته و همه آن چه را که گذشته به طلاق نسیان سپرده و قول و قرار معهود را وانتهاده و دختر نگون بخت را با آبرویی از دست رفته و شخصیتی خرد شده و روانی آشفته به حال خود رها نموده و از پی کار خویش رفته است.

تا بدین جای قضیه به رنج رقت انگیز بودن مآوقع ممکن است چندان شگفت ننماید و خواننده محترم بگوید متأسفانه هر روز اتفاقاتی از این دست در جای جای عالم به وقوع می پیوندد و گویا گریز و گزیری هم از آن نیست!!! لیکن آن چه انگیزه تسوید این سطور گردیده اصل موضوع که نحوه برخورد و مقابله با چنین پدیده‌ای در عدلیه امروز ایران است. گمان می کنید در مواردی که شوربختانه این جانب با آن ها مواجه گردیدم بقضات محترم _ البته شریف _ چه گونه تصمیم گیری و ختم غائله نموده بودند؟ حکم به برائت حضرت آقا و رد شکایت مطروحه آن هم با اتکاء به مستندی مضحک یعنی یک کف دست نوشته نامربوط متناقض غیرقانونی و نامشروع تحت عنوان صیغه نامه که صد البته مثبت حلیت رابطه فی مابین زوجین است و محض آرامش وجدان و تشفی خاطر مبارک خود حکم به تأدیة مهر، آن هم مهر مسخره‌ای که در صیغه نامه کذا، ذکر آن رفته در حق دختر بخت برگشته همین و بس!!! چندان نمی دانم آیا حضرات در خصوص دختر خود نیز چنین قضاوتی را برمی تابند؟!!!

چا دارد نگاهی به قوانین و مقررات مربوط بیفکنیم و ببینیم آن چه از میان چرخ های قانون در این خصوص عاید تواند شد چیست؟

در مقررات ناکارآمد قانون مدنی در باب ازدواج ابتدا با ماده ۱۰۳۵ مواجه ایم که می گوید: «وعده ازدواج ایجاد علقه

وکیل - فوه قضاییه - تهران

زوجیت نمی‌کنند؛ اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، برداشته شده باشد. بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌توانند از وصلت امتناع کنند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.»

ماده ۱۰۳۶ آن قانون نیز که به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب ۱۳۷۰ نسخ شده است، مقرر می‌داشت: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم‌زند در حالی که طرف مقابل یا ابوی او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم‌زده است باید از عهده خسارت وارده برآید، ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.»

و بالاخره در ماده ۱۰۳۷ قانون مزبور می‌خوانیم: «هر یک از نامزدها می‌توانند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده است، مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود باشد، مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شوند مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.»

ملاحظه می‌فرمایید که در قانون مدنی کشور یعنی یکی از مهم‌ترین نصوص قانونی هر جامعه که از حیث اهمیت بنیان پایه و مایه است که حتی می‌توان قانونی اساسی را به وسیله آن تفسیر نمود، رابطه ای انسانی هم چون ازدواج، چنین مادی، بی‌روح و خشک و مکانیکی بر خورد شده است و ماده ای را هم که شاید اندکی می‌توانست منشاء اثر باشد و از بسیاری خودسری‌ها و بی‌مسئولیتی‌های افراد در جامعه پیش‌گیری نماید در پروسه به اصطلاح اصلاحات قانون حذف کرده‌اند.

در نصوص کیفری نیز اعم از قانون مجازات عمومی سابق و قانون مجازات اسلامی فعلی، ادنی درجه توجهی به موضوع مورد بحث نشده است. تنها در قانون مسؤلیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹ که خوش بختانه هنوز از دست تطاول ایام مصون مانده، مقررات آن کماکان به قوت و اعتبار خود باقی است ماده ۱۰ را داریم که چنین مقرر داشته است: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد می‌شود، می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید، دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل: الزام به عنبرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.»

مطابق ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق، ضرر و زیان معنوی اعم از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی قابل مطالبه بود. شوربختانه برابر ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری که عجلتاً جانشین قانون سابق گردیده است، ضرر و زیان معنوی دیگر قابل مطالبه نمی‌باشد. در این جا بنده سر آن نذر کم که راجع به ضرر و زیان معنوی و امکان یا عدم امکان مطالبه آن از نقطه نظر قانون و شریعت بحث کنم که خود موضوعی است مستقل و محتاج مجالی علی‌حده، سخن بنده بر سر این است که در شرایط و اوضاع و احوال آشفته فعلی که محاکم شاهد سوء استفاده‌های عنیف برخی کسان از خلاءها و اشکالات عدیده جدی در قوانین می‌باشند، چرا با تمسک و توسل به ابزار قانونی موجود همت خویش را در شکل‌گیری رویه‌ای در این باب مصروف نمی‌دارند؟! و اساساً چه گونه قادراند این گونه منفعل یا چنین پدیده‌ای در جامعه خود مواجه شوند و خم به ابرو نیاورند!!!

بار دیگر از آقایان قضات محترم می‌پرسم آیا در مورد دختر خود نیز چنین قضاوتی را بر می‌تابید؟! پیشنهاد حقیر در مواردی نظیر آن چه در صدر مسوده شرح آن گذشت، همانا رجوع به ماده ۱۰ قانون مسؤلیت مدنی و به استناد آن محکوم نمودن مرد خاطی به جبران زیان مادی و معنوی شاکیه است، آن هم به وجه اتم و

اکمل چنان که آقایان در امر برقراری رابطه و آشنایی با نسوان به منظور ازدواج نهایت دقت را به کار بندند و قضیه را به سهل انگیزی و اهمال برگزار نمایند و بدانند چنان چه موضوع به شکایت و ددرسی بینجامد، به شدت خاسر و معیوب خواهند بود.

ممکن است کسی این ایراد را برنگارنده بگیرد که چه بسا این بدعهدی و بی وفایی بالعکس آن چه گذشت از جانب خانم در حق آقا اعمال گردد و ماده ۱۰ مذکور نیز با لحن کلی: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد می شود...» انشاء گشته و می تواند شامل حال جماعت نسوان نیز باشد. در مقام پاسخ عرض می کنم: آری کاملاً صحیح است اگر خانمی هم با حیثیت و اعتبارات طرف مقابل بازی کند همین حکم درباره او مجری است و از این حیث هیچ گونه تفاوتی در میان نیست لیکن آن چه در اکثر قریب به اتفاق موارد واقع شده و می شود مثبت مسؤلیت آقایان نسبت به خانم ها است.

دیگر این که ماده ۱۰ یاد شده هیچ خصوصیتی در باب امر خواستگاری و ازدواج و این دست امور ندارد و حاوی حکمی کلی است لیکن در این وانفسا که نص خاصی در باب سوء استفاده از اعتماد اشخاص، امیدوار ساختن طرف مقابل به مزوحت و تخلف از آن در دست نمی باشد تا از طرف متضرر رفع خسارت نماید، ماده قانونی مزبور به نظر تا حدی کارگشا می رسد. اگر دست مراجع کیفری به دلیل فقد عنوان مجرمانه خاص در چنین مواردی بسته است باری محاکم حقوقی به استناد مقررات قانون مسؤلیت مدنی می توانند به موضوع رسیدگی کرده حکم شایسته صادر نمایند. مرجع کیفری نیز در این جا نقش هدایت و ارشاد شاکیه را به طرح دعوی حقوقی بر ذمه خواهد داشت. این دیدگاه به هیچ روی ابداع و ابتکار نگارنده نبوده، پیش تر نیز توسط حقوق دانان برجسته مطرح شده است از جمله: «اگر چه ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی در اصلاحات بعدی حذف شده است، لیکن قاعداً به هم زدن نامزدی با دختری به نحوی که برای او زننده باشند، تنها زمینه ای برای مطالبه خسارت از بابت مخارج متعارف به شمار می آید، بلکه دختر را محق می سازد که به استناد مقررات ماده ۱۰ قانون مسؤلیت مدنی، علیه نامزد سابق خود اقامه دعوی بکند. لطمه ای که در نتیجه این گونه به هم زدن نامزدی به دختر وارد شود، به تصریح قانون از مصادیق خسارت معنوی شناخته شده است.»

بنده ابتدا اصراری به تلقی نامشروع بودن رابطه و اعطاء صیغه کیفری به قضیه و نتیجتاً پی آمدهای ناگوار آن ندارم اما قویاً بر آنم که باید ضمانت اجراء مقتدرانه ای را با تکیه بر قانون و نه خود سرانه در حق شخص خاصی اعمال نمود تا در جامعه کسی نتواند از سرهوس بازی، آبرو و حیثیت دیگران را به بازی گیرد و پس از شکایت هم به جهت بی تفاوتی و سهل انگاری و عافیت طلبی بی معنی قاضی محترم به سهولت از زیر بار هرگونه مسؤلیتی بگریزد و به ریش عالم و آدم بخندد و به تکرار رفتار ناشایست خویش تشجیع و تحریض شود. لذا روی سخن ام صرفاً با آن قاضی فهیم دل سوز منصف صاحب شهامت است و «با دیگران مرا کار نیست.»

و اما حسن ختام را «... ای عزیز دنیا سرای ترک است و آدمی از برای مرگ است، راهی ست باریک و چاهی ست تاریک، وای بر آن کس که چراغ ایمان را بکشد و بار مظالم گرفت بر پشت... ظلم اگر چه بسیار است به سرآید و ظالم اگر چه جبار است آخر در سرآید... زنهار کسی را میازار تا درنمانی در آخر که الظلم ظلمات یوم اقیامه سعی کن در نیفتی در هنگامه، اگر بی انصاف نداند که انصاف چیست انصاف داند که بی انصاف کیست... ای عزیز در ظم مگشای و از آه مظلومان حذر نمای که در ظلم کوشین از خدا بی خبریست و مظلومان را کوه به کوه توانین مایه تر به دریست، اساس ستم خرابی دین و دنیا است و ظالمان را غضب الهی در کمین گاه است...»

مراجع قضاوتی ناظر به اسناد سجلی

عباس میرشکاری

چکیده:

علاوه بر مراجع قضایی، که صلاحیت رسیدگی به اختلافات اسناد سجلی را می‌یابند، در خصوص این اسناد، مراجع قضاوتی خاصی نیز آندیشیده شده است. در این مقاله به صلاحیت و شیوه کار این دو دسته از مراجع خواهیم پرداخت.

کلید واژگان: اسناد سجلی، مراجع قضاوتی، حقوق ثبت احوال، سند رسمی

مقدمه:

در مقاله های پیشین،^۱ با حقوق ثبت احوال آشنا شده و ضمن آشنایی با «اسناد سجلی» به عنوان موضوع محوری این رشته، مفاد و مندرجات آن‌ها مورد بررسی قرار گرفته. اما در این مقاله، به بررسی آن دسته از «مراجع قضاوتی» پرداخته خواهد شد که به اختلافات ناظر به اسناد سجلی می‌پردازند. مراد از واژه مراجع قضاوتی نیز، «کلیه مراجعی است که به موجب قانون تشکیل شده و به دعای،

جرایم و اموری که در صلاحیت آن‌هاست رسیدگی و اقدام به صدور رأی می‌نمایند»^۲ در عین حال پیش از تحلیل وضعیت فعلی مراجع قضاوتی ناظر به اسناد سجلی، مناسب است تا سابقه تاریخی این مراجع و تحولات آن به طور مختصر بررسی شود. بر همین اساس، ابتدا تحولات قانونی در این خصوص ذکر می‌شود، سپس وضعیت فعلی این مراجع شرح داده خواهد شد.

بند مقدماتی - سابقه تاریخی موضوع

ماده ۱۶ تصویب‌نامه ثبت احوال مصوب سال ۱۲۹۷ ضمن تأکید بر این نکته که «اسناد سجل احوال در صورتی که مرتباً در دفتر ثبت شده باشد، مادامی که مجعولیت آن‌ها ثابت نشده، دارای اعتبار خواهند بود» اعلام می‌داشت که

۱- ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، ۵ ماهیت و عملکرد شناسنامه‌ش ۹۷، مهر ۸۸، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران «تعیین و تغییر نام کوچک»، ش ۱۰، اردیبهشت ۸۷، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران «تعیین و تغییر نام خانوادگی»، ش ۱۰۲، فروردین ۸۹، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران «تغییر تاریخ تولد»، ش ۴۸، آبان ۸۸
۲- شمس، دکتر عبدالله امین، دلالی، ج ۱، در آنکه چ ۹، زمستان ۸۴، ص ۳.

«فقط محکمه ابتدایی آن محل می‌تواند پس از تحقیق و رسیدگی و اثبات سهو و اشتباه حکم تغییر آن را با موافقت عقیده مدعی العموم صادر نماید.» به این ترتیب قانون‌گذار به مراجع قضایی، صلاحیت تغییر مندرجات اسناد را پس از رسیدگی و اثبات سهو و اشتباه داده بود. ماده ۱۷ آن قانون نیز در مقام بیان چگونگی اجرای حکم فوق مقرر می‌داشت: «احکام تصحیح شده را مدعی العموم بدون فوت وقت به مأمور سجل احوال ابلاغ می‌نماید. احکام مزبوره باید در دفتر مخصوص ثبت و در حاشیه سند سجل اصلاح شده نیز قید گردد».

قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴ رسیدگی به اختلاف راجع به اسناد سجلی را در صلاحیت محاکم ابتدایی و در صورت نبود آن، محاکم صلح قرار داد. در واقع به موجب ماده بیست و یکم قانون فوق، هرگاه اختلافی راجع به اسناد سجل احوال ایجاد می‌شد، رسیدگی به آن در محاکم ابتدایی و در صورت نبودن آن در نزدیک‌ترین محاکم صلح به عمل می‌آمد. حکم فوق به این نکته نیز تصریح داشت که «تا موقعی که از طرف محاکم مزبوره به موجب احکام قطعی اسناد مذکوره ابطال نشده، دارای اعتبار خواهند بود و فقط محاکم مزبوره می‌توانند به تصحیح آن اسناد کتباً حکم صادر کنند».

ماده نهم قانون سجل احوال مصوب ۲۰ مرداد ماه ۱۳۰۷ شمسی نیز تقریباً به طور کامل مفاد ماده بیست و یکم قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴ را تکرار می‌نمود. اما به موجب تبصره ۱ ماده مذکور احکام محاکم فوقی قطعی (غیر قابل استیناف و تمییز) اعلام شد. تبصره ۳ همان ماده نیز مقرر می‌داشت که «در محاکم صلحیه برای رسیدگی به اسناد سجل احوال نماینده سجل احوال اقامه دعوا و مرافعه خواهد کرد و اداره سجل احوال از تأدیه مخارج عدلیه معاف خواهد بود».

ماده ۸ قانون اصلاح قانون سجل احوال مصوب ۱۱ آذرماه ۱۳۱۰ شمسی نیز رویه فوق را ادامه داد. با این حال در صورت صدور امر به تصحیح از جانب محاکم مقرر می‌نمود که: «مأمور سجل احوال رأی محکمه را در دفتر مخصوص ضبط و در حاشیه دفتر اصلاح شده قید و بر طبق رأی مزبور ورقه جدید صادر می‌نماید. در ورقه جدید باید این نکته قید شود که به موجب حکم محکمه و برای اصلاح ورقه سابق صادر شده است. حکمی که به موجب این ماده صادر می‌شود فقط درباره متداعیین و قائم مقام قنونی آن‌ها معتبر است». به این ترتیب حکم نسبت به اشخاص ثالث اعتباری نداشت. ماده ۴۴ قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصوب ۲۲ اردیبهشت ماه ۱۳۱۹ نیز در این باره بیان می‌داشت که «هرگاه اختلافی راجع به اسناد سجلی ایجاد شود، رسیدگی به اختلاف در دادگاه شهرستان محل صدور شناسنامه و در صورت نبودن آن، در نزدیک‌ترین دادگاه بخش به عمل می‌آید. تا موقعی که از طرف دادگاه‌های نامبرده نیز اسناد مذکور باطل یا تصحیح نشود، آن اسناد به اعتبار خود باقی خواهد بود و دادنامه دادگاه در این موارد فقط قابل پژوهش است. مأمور ثبت احوال مدلول رأی دادگاه را در اسناد سجلی محکوم‌له درج نموده و بر طبق رأی مذکور شناسنامه جدید صادر می‌نماید. دادنامه‌ای که به موجب این ماده صادر می‌شود از حیث مقررات راجع به نظام و وظیفه مؤثر نخواهد بود». به این ترتیب، قانون فوق، نادگاهی که دارای صلاحیت محلی است را مشخص کرده و به طور دقیق‌تر، دغدغه قانون‌گذار در ماده ۸ قانون اصلاح قانون سجل احوال مصوب ۱۱ آذرماه ۱۳۱۰ شمسی را بیان نموده و از عدم اعتبار حکم در برابر نظام وظیفه به صراحت سخن می‌گوید.

هم چنین، قانون فوق، میان دو موضوع اختلاف و اشتباه قائل به تفکیک شده بود: هرگاه اختلافی راجع به اسناد سجلی ایجاد می‌شد، رسیدگی به اختلاف در دادگاه شهرستان محل صدور شناسنامه و در صورت نبودن آن

در نزدیک ترین دادگاه بخش به عمل می‌آید. به این ترتیب از لحاظ صلاحیت ذاتی، دادگاه شهرستان، صالح بوده و از حیث محلی، دادگاه شهرستان محل صدور شناسنامه صالح می‌بود. فصل دوم قانون نیز به «اشتباهات حاصله در اسناد سجلی» می‌پردازد. بر اساس ماده ۴۶ آن، اشتباهاتی که در تنظیم اسناد سجلی، از طرف اداره مربوطه به عمل می‌آید، می‌شود موثقت اداره کل آمار و ثبت احوال و صاحب بزرگ تصحیح نمود، لیکن این تصحیح در مقابل اشخاص ثالث معتبر نمی‌باشد. همچنین به موجب ماده ۴۸ قانون مورد بحث، هر گاه در تحریر دفاتر یا تنظیم اظهارنامه شتابانی از طرف مأمور صورت گرفته بود، چنانچه قبل از امضاء اظهارکننده و گواهان، به شدت مأمور مرتب راجع حاشیه سند مأمور کتب اصلاح می‌کرد و به امضاء اظهارکننده و صاحب واقعه و گواهان می‌رساند و چنانچه بعد از امضاء آن بود مأمور می‌باید فوراً شرح اشتباه را به اداره کل آمار و ثبت احوال گزارش می‌داد تا بر حسب اجازه اداره کل آمار و ثبت احوال دستور اصلاح داده شود.

از سیر تطور قوانین فوق این نتایج قابل استنباط است:

مقتن در عین حال که وقوع اختلاف و اشتباه را در اسناد سجلی و در نتیجه، احتمال عدم انطباق مفاد سند سجلی با واقع را مسلم دانسته، در جهت جلوگیری از ایراد لطمه به صحت و اعتبار اسناد همواره بر اجرای اصل صحت در اسناد تأکید داشته است؛ رویه قانون‌گذاری در خصوص موضوع مورد بحث، در سیری آرام به سمت تحدید صلاحیت محاکم و افزایش صلاحیت مراجع اداری و شبه قضایی بوده است؛

کاهش اعتبار آراء به طرفین دادرسی و امتناع از تسری آثار حکم به اشخاص ثالث، اندیشه‌ای بود که از قانون اصلاح قانون سجد احوال مصوب ۱۱ آذرماه ۱۳۱۰ شروع و در قوانین بعدی تکمیل شد.

قانون فعلی نیز، همین‌طور که خواهیم دید، کم و بیش در راستای قوانین قبلی با موضوع مراجع قضائتی ناظر به اسناد سجلی برخورد نموده است. همین‌چنین قانون فوق، دو مرجع قضائتی برای رسیدگی به اختلافات ناظر به اسناد سجلی پیش بینی نموده و تقریباً به طور کامل، حدود صلاحیت هر یک را از دیگری، متمایز ساخته است؛ توضیح آن که، قانون‌گذار در ماده ۳ ق.ت.ا. هیأتی را به نام «هیأت حل اختلاف» معرفی کرده و در ماده ۴ همان قانون، صلاحیت «دادگاه» را بیان می‌نماید. بر همین اساس، این مقاله به دو مبحث تقسیم شده و در هر مبحث، حدود صلاحیت و شیوه رسیدگی هر یک بیان خواهد شد.

مبحث اول - مراجع اداری

همان‌طور که می‌دانیم، بر اساس اصل یکصد و هفتاد و سوم ق.ا. «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا بین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به نام دیوان عدالت‌اداری زیر نظر رییس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد». با توجه به اصل فوق و قانون دیوان عدالت‌اداری (مصوب جلسه روز سه‌شنبه مورخ ۱۳۸۵/۳/۹ مجلس)، دیوان عدالت‌اداری به عنوان «تنها مرجع عمومی اداری» شناخته می‌شود. این مرجع توانسته است در حقوق ثبت احوال تأثیرگذار باشد؛ توضیح بیش تر آن که بر اساس شق (الف) و (ب) بند یک ماده ۱۳ قانون فوق، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از «تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارت خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انتقالی و مؤسسات وابسته به آن‌ها» و «تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند (الف)

۳- البته بر اساس ماده ۴۵ قانون فوق به اختلاف صلاحیت احوال ابراز که در خارج شناسنامه گرفته‌نمکم که در کشورهای خارج هستند در دادگاه شهرستان نهران و در غیر این صورت در دادگاه محل اقامت صاحب‌سند رسیدگی می‌شود است.

دراور راجع به وظایف آن‌ها» در صلاحیت دیوان قرار دارد. هم چنین به موجب بند ۱ ماده ۱۹ قانون فوق «رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات» در صلاحیت هیأت عمومی این دیوان قرار دارد.

در راستای احکام فوق، دیوان عدالت اداری توان الزام سازمان ثبت احوال را به اجرای تکالیف قانونی خود و نیز اختیار ابطال مصوبات خلاف قانون سازمان فوق را دارد. به عنوان مثال، در صورتی که سازمان ثبت احوال به هر دلیل از صدور شناسنامه برای متقاضی امتناع نماید، تنها راه الزام سازمان فوق به صدور شناسنامه، اقامه دعوا در دیوان عدالت اداری به استناد مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری می‌باشد.

به هر روی، با توجه به قواعد مذکور در فوق، در این مبحث به بحث تفصیلی در خصوص این مرجع نپرداخته و به مطالعات اختصاصی صورت گرفته در این خصوص رجوع داده می‌شود.

از طرف دیگر گاه سازمان ثبت احوال نیز اختیاراتی می‌یابد که سبب می‌شود بتوان آن را از مصادیق مراجع قضایای قرار داد. برای مثال بر اساس ماده ۴۰ ق.ث.ا، تغییر نام خانوادگی با تصویب سازمان ثبت احوال کشور ممکن خواهد بود و به موجب ماده ۱ ق.ث.ا، از جمله وظایف سازمان ثبت احوال کشور، ثبت ولادت و صدور شناسنامه، ثبت واقعه وفات و صدور گواهی وفات، توعیض شناسنامه‌های موجود در دست مردم، ثبت ازدواج و طلاق و نقل تحولات، صدور گواهی ولادت برای اتباع خارجه و تنظیم دفاتر ثبت کل و قیوع و نام خانوادگی می‌باشد. لذا «تغییر نام خانوادگی» و «تنظیم اسناد فوق» طبق احکام فوق از وظایف «سازمان ثبت احوال کشور» است و ذاتاً در صلاحیت اداره فوق قرار دارد نه در صلاحیت سایر مراجع از جمله «هیأت حل اختلاف» اداره ثبت احوال یا «دادگستری». با این حال، در این مبحث تنها «هیأت حل اختلاف» به عنوان «مرجع اداری استثنایی» مورد بحث قرار می‌گیرد.

بند اول- سازمان و صلاحیت

الف- سازمان

بر اساس ماده ۳ ق.ث.ا، در مقرره اداره ثبت احوال، هیأتی به نام «هیأت حل اختلاف» مرکب از رئیس اداره ثبت احوال و مسؤول بایگانی، معاونین و یانمایندگان آنان و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال استان تشکیل می‌شود. با توجه به تعریف ارائه شده از مراجع اداری استثنایی به عنوان مرجعی که صلاحیت رسیدگی آن‌ها منحصر به آن دسته از دعاوی علیه دولت و نهادهای کشور است که صراحتاً در صلاحیت آن‌ها قرار گرفته باشد، و با توجه به عدم عضویت قضات، هیأت حل اختلاف را باید مرجعی اداری و در عین حال استثنایی دانست.

انتساب اعضای هیأت فوق به اداره ثبت احوال از جهت این که کارمند این اداره محسوب می‌شوند، احتمال اجرای عدالت و تقواییبگی توسط اعضا را در هنگام قضاوت علیه اداره متبوع خود، کاهش می‌دهد؛ بر این اساس ترکیب اعضای هیأت نیاز به تجدیدنظر دارد. تا هنگام اصلاح قانون، به نظر می‌رسد چاره در تحدید صلاحیت این مرجع و افزایش صلاحیت مراجع قضایی باشد؛ در قسمت‌های بعدی در همین جهت تلاش‌هایی صورت خواهد گرفت.

۴- شمس‌دکتر عبدالله آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۱۱۶.

۵- از این پس به جهت اختصار از این مرجع با عنوان «هیأت» نام برده خواهد شد.

۶- شمس‌دکتر عبدالله آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۱۲۴.

ب- صلاحیت

ب-۱- صلاحیت ذاتی

- حدود وظایف و به تعبیری، صلاحیت هیأت حل اختلاف در ماده ۳ ق.ا.ث.ا، بیان شده است:
- ۱- تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفاتر ثبت کل و قایع و وفات بعد از امضاء سند و قبل از تسلیم برگه یا شناسنامه یا وفات و تکمیل سناد نظر مشخصاتی که «نامعموم» بوده است مندرج در ماده ۳۹ این قانون.
- ۲- رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت و قایع یا نقل مندرجات اسناد و اعلامیه‌ها و مدارک به دفاتر ثبت کل و قایع و سایر دفاتر.
- ۳- ابطال اسناد و شناسنامه‌هایی که بیکانگن مورد استناد قرار داده اند و طبق ماده ۴۴ اعلام می‌شود.
- ۴- ابطال اسناد مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند و تغییر نام‌های ممنوع.
- ۵- حذف کلمات زاید غیر ضروری و پناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص.»

با لحاظ طلاق قسمت اخیر ماده ۴ ق.ا.ث.ا که «در بدو کار سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال» را بر عهده دادگاه نهاده است و با توجه به این که حدود صلاحیت‌های هیأت حل اختلاف در شقوق ۱ تا ۵ ذیل ماده ۲ احصاء شده است، می‌توان نتیجه گرفت که صلاحیت مرجع مورد بحث، صلاحیتی استثنایی است و مرجع فوق خارج از این حدود صلاحیتی ندارد. پس در صورت تردید در صلاحیت مرجع فوق یا صلاحیت دادگاه، باید حکم به صلاحیت دادگاه داد. این نظر به ویژه با توجه به اصل ۱۵۹ ق.ا. نیز تقویت می‌شود. چنانچه از این نتیجه، مرجع فوق «در تمام آرای که صادر می‌نماید باید نصی را که رسیدگی به موضوع را در صلاحیت آن قرار داده مورد استناد قرار دهد حتی اگر ایراد عدم صلاحیت نشده باشد»^۷

به هر روی، علی‌رغم اهمیت ماده ۳ ق.ا.ث.ا به عنوان مستند اصلی موارد صلاحیت هیأت، به دلیل پریشانی مطالب، استنباط مفهوم دقیق از نص فوق به دشواری امکان‌پذیر است. با این حال به منظور درک صحیح قصد مقنن، صلاحیت هیأت در چهار زمینه: تصحیح، تکمیل، تغییر و ابطال بررسی می‌شود.

ب-۱-۱- تصحیح اشتباهات

بر اساس ماده ۳ ق.ا.ث.ا، «تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفاتر ثبت کل و قایع و وفات بعد از امضاء سند و قبل از تسلیم برگه یا شناسنامه یا وفات»، «رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت و قایع یا نقل مندرجات اسناد و اعلامیه‌ها و مدارک

۷- حدود صلاحیت هیأت حل اختلاف مستقر در لایحه اول محصور است به‌همان مواردی که در شقوق پنج گانه ماده ۲ تصریح گردیده است. «دادنامه شماره ۷۰۷۲ تبعه دوم دیول عالی کشور به تاریخ ۱۳۳۲/۱۷/۱۹ و نیز دادنامه شماره ۷۴۹۲ شعبه سوم دیول عالی کشور به تاریخ رسیدگی ۱۳۳۲/۱۲/۱۰ و نیز رأی شعبه سوم دیول عالی کشور به شماره ۷۸۷/۲ سوخ ۱۳۳۷/۱۳/۱۶ به نقل از: بازگیر، بی‌الله، صلاحیت و احکام راجع به آن در امور سنتی و جزایی، فردوسی، ج ۱، ۱۳۸۰.

۸- مرجع رسمی تنظیم و شکاریات دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است.

۹- شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۷۸.

به دفاتر ثبت کل وقایع و سایر دفاتر»، «تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند» و نهایتاً «حذف کلمات ناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص» در صلاحیت هیأت می باشد. با توجه به توضوح فوق، تصحیح اشتباهات تحریری در ضمن نگارش در دفاتر ثبت که در ادبیات امروز، به سهو قلم معروف است، به عهده هیأت است، بنابراین اگر اشتباه ناشی از تحریر سند نبوده بلکه اعلام کننده در تاریخ ولادت طفل یا مشخصات والدین اشتباه کرده باشد، تصحیح این گونه از اشتباهات در صلاحیت دادگاه می باشد.^{۱۰} هم چنین با استنباط از موارد فوق، می توان به این نتیجه رسید که تصحیح اشتباهات در فاصله زمانی میان امضای سند^{۱۱} و تسلیم آن در صلاحیت هیأت است، بنابراین تصحیح هر نوع اشتباه ناظر به زمانی است که هنوز سندی به صاحب آن تسلیم نشده است.^{۱۲} لازم به ذکر است که بر اساس تبصره ماده ۳ ق.ث.ا. تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفتر ثبت کل وقایع و وفات اگر قبل از امضاء باشد یا توضیح مراتب در حاشیه سند به عمل می آید و امضاء کنندگان سند ذیل توضیح امضاء خواهند نمود. در صورتی هم که اشتباه بعد از امضای سند به عمل آمده باشد و سند به صاحب آن تسلیم شده باشد، بر اساس ماده ۴ ق.ث.ا. دادگاه در این خصوص صالح خواهد بود.^{۱۳}

هم چنین باید دقت نمود که اشتباه ناظر به حالتی است که اداره ثبت مکلف به درج مطلبی بوده و به تکلیف خود به طور صحیح عمل نکرده است؛ برای مثال، مأمور ثبت احوال هنگام تحریر نام فرد تازه متولد شده، نام وی را به طور اشتباه درج می کند. در این صورت هیأت حل اختلاف صالح به رسیدگی و رفع اشتباه خواهد بود. اما اگر اداره فوق مواجه با تکلیفی در خصوص ثبت نبوده باشد، عدم ثبت را نمی توان اشتباه دانست. برای مثال تا قبل از اصلاحات مندرج در قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۶۳، اداره ثبت الزامی به ذکر سیادت در اسناد سجلی نداشته است، لذا عدم درج سیادت در اسناد فوق را نمی توان به عنوان اشتباه تفسیر کرد؛ نتیجتاً، رسیدگی به موضوعاتی مانند مورد فوق در صلاحیت دادگاه خواهد بود.^{۱۴}

با این حال اشتباه واقع در ثبت جنس صاحب سند از موقعیت ویژه ای برخوردار است. احراز اشتباه در ثبت جنس صاحب سند و تصحیح این اشتباه، طبیعتاً متوقف بر تشخیص جنسیت است که امری قضایی بوده و اثبات آن را باید در صلاحیت مراجع قضایی دانست. این نکته مورد توجه دیوان عالی کشور نیز واقع شده است؛ در رأی وحدت

۱۰- در تأیید همین نظر، کمیته سفلی دکتر سیدحسین قاسمی زاده، دکتر سیدمرتضی حقیق منلی، ص ۱۴۱.

۱۱- «سندولات بازرگانی از ثبت یا به بعضی اعلام کنندگان و مأمورین آنها ثبت احوال بر سهو قلم می شود» ماده ۱۱ ق.ث.ا.

۱۲- «تفاوتی در آن که تصحیح اشتباهات مندرج در اسناد سجلی که رسیدگی به آن حسب بند یک ماده ۴ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ از طرف هیأت حل اختلاف، موضوع ماده ۲ مذکور مقرر گردیده قبل از تسلیم سند می باشد لذا با توجه به خواسته دعوی «ابطال گواهی فوت» که اشتباه در تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۲۰ قید گردیده صورت گواهی فوت به تاریخ مقدم (۱۳۷۷/۳) و انصراف بند یک مذکور از مورد بانقضی قرار عدم صلاحیت سپرونده جهت رسیدگی به ماهیت دعوی به دلاکه صادر کننده قرار منقضی ارجاع می گردد»، رأی مندرج در پرونده کلاسه: ۷۷/۲۲۷۲/۲۱، شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، به نقل از: «بازگریز، بیلله، نقل، نضر، آراء حقوقی در دیوان عالی کشور»، قفسه: ج ۱، ص ۱۷۵ و نیز: «دنامه شماره ۱۹/۲۲۵/۳۳۲ به تاریخ رسیدگی: ۱۳۷۲/۱۲/۲۳ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور؛ به نقل از: «بازگریز، بیلله، صلاحیت و احکام راجع به آن در امور منلی و جزایی و نیز: «دنامه شماره ۷۹۹/۲ به تاریخ ۱۰/۱۲/۱۳۷۲ شعبه سوم دیوان عالی کشور، به نقل از: همان منبع.

۱۳- «لحاظ سلیقه تاریخی قبل از ثبت که بر اساس تبصره ۲ ماده ۸ قانون اصلاح قانون سجل احوال مصوب ۱۱ آذرماه ۱۳۱۰ شمسی این امکان وجود داشت تا اشتباهاتی را که ممکن بود در تنظیم اسناد سجلی احوال از طرف اداره مربوطه عمل آید با توقفت اداره سجل احوال و سابقه، در تصحیح نمودن چنین تصحیحی در مقابل اشخاص ثالث معتبر نبود.

۱۴- این موضوع در خصوص ذکر سیادت در شناسنامه در رأی زیر مشهود است: «شوق دو ماده ۲ با نظر است به رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت و قلیع یا نقل مندرجات اسناد و اعلامها و عمل که به دفاتر ثبت کل وقایع و سایر دفاتر و نظری به دعوی مطروحه تامل در تاریخ صورت شناسنامه خواهان (۱۳۰۸) اساساً تازه ثبت احوال الزامی در ذکر سیادت در اسناد سجلی ندانسته که تصور رود یا تر ک آن مرتکب اشتباه شده خواهان هم ضمن دادخواست وقوع اشتباهی را در شناسنامه اش اعلام نکرده بلکه به صراحت درخواست کرده گلمه سید در اول نام کوچکش اضافه شود و با اصلاح برای از موارد قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ به شرح قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی، به موجب تبصره ۵ ذیل ماده ۲۰، قانون گذار ذکر سیادت را در اسناد سجلی سلفی که سیادت قبل از اسناد سجلی پدر یا جد پدری مندرج باشد و یا سیادت آن با دلایل شرعی ثابت گردد الزامی عنوان نموده مگر کسانی که خود را سید نشانند و یا عدم سیادت آن شرعاً احراز شود بنابراین در صورتی که اشاره ثبت احوال محل با ادعای خواهان موافقت نداشته باشد با الحاق ماده ۴ قانون ثبت احوال ناظر به تبصره ۵ ذیل ماده ۲۰ همین قانون موضوع مطروحه داخل در عنوان سایر دعوی راجع به اسناد ثبت احوال است و مرجع رسیدگی به چنین دعوی وقت ماده ۴ للمرئی و بند ۴ للمرئی به ذیل ماده ۷ قانون تشکیل دادگاههای حقوقی، یک بود و اصلاحی در حقیقت صلاحیت دلاکه حقوقی در قرار دارد». «دنامه شماره ۷۰۹/۲ به تاریخ رسیدگی: ۱۳۷۲/۱۲/۱۹، شعبه دوم دیوان عالی کشور، به نقل از: «بازگریز، بیلله، صلاحیت و احکام راجع به آن در امور منلی و جزایی، قفسه: ج ۱، ص ۱۷۸».

رویه هیأت عمومی دیوان به شماره ۵۰۴ مورخ: ۱۳۶۶/۲/۱۰ می خوانیم: «درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس (ذکور به اناث یا بالعکس) از مسایلی است که واجد آثار حقوقی می باشد و از شمول بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است...»^{۱۵} رویه قضایی نیز با تفسیر موسع رأی فوق، بر این اعتقاد است که «بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ که تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند را در صلاحیت هیأت حل اختلاف ثبت احوال قرار داده، ناظر به موردی است که وقوع اشتباه در ثبت جنسیت مورد تأیید اداره ثبت احوال مربوطه باشد» بنابراین اگر اداره فوق ادعای وقوع اشتباه را نپذیرد، موضوع نیاز به اعمال نظر قضایی داشته و دادگاه برای رسیدگی به این موضوع صالح خواهد بود.^{۱۶}

در خصوص اشتباهات واقع در اسناد سجلی از طرف مأمور تنظیم کننده سند، توجه به این نکته لازم است که بر اساس ماده ۳۵ ق.ش.ا، «صدور شناسنامه وسایر خدمات سجلی در مقابل دریافت وجه انجام خواهد شد...».

حال این سؤال قابل طرح است که آیا مأموری که در تنظیم سند، دقت را رعایت ننموده و سبب ایجاد اشتباه شده است باید هزینه تصحیح اشتباه را بپردازد؟ در این زمینه اداره ثبت احوال استان ایلام به استناد بند ۳ تذکرات دستورالعمل اجرایی تبصره ۶۲ قانون بودجه سال ۱۳۷۴ کل کشور به شماره ۱۴۱/۱ مورخ ۱۳۷۴/۱/۱۹ سازمان ثبت احوال کشور، بابت اشتباهاتی که مأمورین ثبت احوال حین تنظیم سند سجلی و صدور شناسنامه مرتکب می شدند، وجوهی از کارمندان خود دریافت می کرد. ابطال بخش نامه فوق در دیوان عدالت اداری به این دلیل که اخذ هرگونه جریمه به موجب اصول ۵۱ و ۵۳ ق.ا. باید به موجب قانون و تجویز مقامات ذی صلاح قانونی باشد، خواسته شده بود.

سازمان ثبت احوال کشور در پاسخ به شکایت مذکور اعلام داشت که برابر ماده ۳۵ ق.ش.ا، ارایه خدمات سجلی در قبال اخذ وجه خواهد بود لذا در مواردی که اشتباهات مأمورین صدور شناسنامه مجدد را فراهم نموده است، نسبت به پرداخت وجوه متعلقه باید اقدام نمایند. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به این استناد که «وضع قاعده خاص مبنی بر الزام مستخدم دولت به پرداخت جریمه یا خسارت یا هرگونه وجهی به فرض ارتکاب خطا یا اشتباه در تنظیم اوراق دولتی منوط به حکم صریح مقرر و یا مرجع صلاحیت دار قانونی است»، حکم به ابطال دستورالعمل فوق داد.^{۱۷} به نظر می رسد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، یا غفلت از حکم مندرج در ماده ۱۱ ق.م.ا،^{۱۸} به دنبال نص خاص در تأیید اقدام اداره ثبت بوده است؛ در حالی که به نظر می رسد ماده ۱۱ قانون فوق الذکر به اندازه کافی در این باره صریح است. با این وجود بدیهی است که اداره فوق نمی تواند خود به طور علی الراس اقدام به اجرای مضمون ماده ۱۱ نماید و اجرای این ماده باید به وسیله مراجع قضایی به عمل آید. نکته قابل ذکر آن که اندیشه الزام کارمند خطاکار در جبران خسارت، در قوانین مختلفی که در این حوزه به تصویب رسیده است، همواره برجا بوده است. چنان که بر اساس ماده ۲۱ تصویب نامه ثبت احوال مصوب سال ۱۳۹۷ «در

۱۵- روزنامه رسمی شماره ۱۳۳۴ مورخ ۱۳۶۶/۴/۲۵.

۱۶- داتنامه شماره ۱۸/۶۱۲/۷۴ شمه هجدهم دیوان عالی کشور به تاریخ رسیدگی: ۱۳۷۲/۷/۳۰؛ نیز: داتنامه شماره ۱۹/۷۲/۳۱ شمه ۱۹ دیوان عالی کشور به تاریخ: ۱۳۷۲/۸/۱۸.

۱۷- داتنامه شماره ۲۶۳، تاریخ ۱۳۳۹/۱/۱۱، کلامه پرونده ۹۷۴ به نقل از: روزنامه رسمی، شماره ۱۶۳۲ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۵.

۱۸- ذکر متان دولت و شهرتاریها و مؤسسات وابسته به آن ها که به مناسبت انجام وظیفه عمما یاد نتیجه بی احتیاطی، خسارتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسؤول جبران خسارت وارده می باشند ولی هرگاه خسارت وارده مستند به عمل آنان نبوده و منوط به نقص وسائل امارت و مؤسسات مزبور باشد درین صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.»

مورد خطایای غیرارادی و اشتباهات قلمی و هرگونه تسامح و غفلتی که موجب ضرر و خسارت دیگران باشد از شانزده قران الی پانصد قران جزای نقدی خواهد داشت و این مجازات غیر از دعاوی خصوصی خساراتی است که ممکن است به مأمورین سجل احوال که مقصر هستند اقامه شود.^{۱۹} ماده بیست و هفتم قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴/۳/۱۴ نیز مقرر کرده بود: «خساراتی که در اثر اشتباه یا تقصیر مأمورین سجل احوال متوجه اشخاص بشود از طرف همان مأمورین باید جبران شود»^{۲۰}

ب-۱-۲- تکمیل سندا از نظر مشخصاتی که «نامعلوم» بوده است مندرج در ماده ۲۹ این قانون

ماده ۲۹ ق.ث.ا. ناظر به موردی است که مشخصات متوفی معلوم نشود یا به بعضی از اطلاعاتی که باید در سند قید شود دسترسی نباشد، در این صورت مطابق با ماده مزبور، در سند ثبت مرگ به جای مشخصات، عبارت «نامعلوم» نوشته می شود. به این ترتیب تکمیل این دسته از مشخصات نامعلوم با هیأت حل اختلاف است. باید توجه نمود که ماده مزبور تنها ناظر به تکمیل سند ثبت مرگ است، بنابراین تکمیل سایر اسناد سجلی، در صلاحیت هیأت مورد بحث نخواهد بود.^{۲۱}

ب-۱-۳- تغییر نام های ممنوع

به این موضوع در شرایط ماهوی تغییر نام کوچک پرداخته شد^{۲۲} و در این مقام به این یادآوری قناعت می شود که در صورتی که دلیل تغییر نام، «ممنوعیت نام انتخاب شده» باشد، در این صورت به تصریح ماده ۳ ق.ث.ا. به عنوان یک قانون خاص هیأت حل اختلاف صالح خواهد بود. اما در سایر موارد که به هر دلیل نفعی مشروع در تغییر نام وجود دارد، با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی، مراجع عمومی دادگستری صالح برای رسیدگی به درخواست متقاضی تغییر خواهند بود.

ب-۱-۴- ابطال اسناد

بر اساس بند ۲ ماده ۳ ق.ث.ا. ابطال اسناد و شناسنامه هایی که بیگانگان مورد استفاده قرار داده اند و طبق ماده ۴۴ اعلام می شود، در صلاحیت هیأت می باشد. موضوع ماده ۴۴ ق.ث.ا. اشخاصی را در بر می گیرد که در مهلت معین در آگهی منتشره توسط سازمان ثبت احوال، مأموران ثبت احوال را از داشتن شناسنامه مکرر یا استفاده از شناسنامه غیر یادر یافت شناسنامه موهوم یا استفاده از شناسنامه ایرانی یا داشتن تابعیت خارجی مطلع نمایند، در این صورت پس از انقضای مهلت های معینه مرتکب مستمر جرایم مزبور شناخته شده و مشمول مجازات مصرح در مواد ۲۸ و ۲۹ این قانون خواهند بود. اگر چه موضوع ماده ۴۴ اعم از استفاده از شناسنامه ایرانی یا داشتن تابعیت خارجی است، با توجه به صراحت بند ۳ ماده ۳ ق.ث.ا. تنها ابطال اسناد و شناسنامه هایی که بیگانگان مورد استفاده قرار داده اند (و نه سایر موارد) در صلاحیت هیأت می باشد. به علاوه بر اساس ماده ۲۵ ق.ث.ا. «هرگاه هویت و تابعیت افراد مورد تردید واقع گردد و مدارک لازم جهت اثبات

۱۹- «نظر به این که طبق ماده ۴ ق.ث.ا. رسیدگی به کلیه دعاوی راجع به ثبت اسناد بلاگاه های عمومی است مگر در مورد خاصی که قانون استثناء می کند و توجه به اینکه رسیدگی به موضوع تکمیل مشخصات شناسنامه مانع از مورد عام قانون فوق الذکر است فلذا با اعلام صلاحیت دادگاه حقوقی یک لایحه به حل اختلاف می نماید»، دنامه شماره ۲۲-۲۳ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور به تاریخ: ۱۳۶۸/۱۷/۳ هم چنین در پرونده ای به خواسته تکمیل شناسنامه از حیث نام ختولگی، اثره ثبت معتمد به صلاحیت هیأت حل اختلاف پیوسته است. شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور طی دنامه شماره ۱۸/۱۶۷/۲۲ مورخ: ۱۳۷۲/۲۲/۲۸ با این استدلال که «هیچ موضوعی نیاز به رسیدگی قضایی دارد و احتمالاً ممکن است رسیدگی به نسیب نیز مورد توجه قرار گیرد» به صلاحیت دادگاه نظر داد.

۲۰- برای مطالعه بیشتر: ایرتلو، دکتر محسن؛ امیرشکاری، عباس، تعیین و تغییر نام کوچک معطلنامه کنون ش. ۱۸۰ در بیست و هفتم، ص ۳۰.

آن ارائه نشود مرتب برای اثبات هویت به مراجع انتظامی و برای اثبات تابعیت به شورای تأمین شهرستان ارجاع و در صورت تأیید مطابق مقررات اقدام خواهند شد». به موجب تبصره همین ماده نیز «در جلسات شورای تأمین شهرستان که به منظور فوق تشکیل می‌گردد رییس دارة ثبت احوال محل نیز با داشتن حق رأی شرکت خواهد داشت».

در خصوص این که چگونه ممکن است در تابعیت شخصی برای اثبات هویت تردید شود و ترتیب رسیدگی به این موضوع به چه نحو خواهد بود و اساس چه مرجعی حق دارد چنین تردیدی را اعلام نماید، ابهامات حقوقی فراوانی وجود دارد. در عین حال هیأت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه در خصوص برخی از این ابهامات چنین اظهار نظر کرده است: «هرگاه تابعیت فردی مورد تردید واقع شود شورای تأمین شهرستان موضوع را بررسی و اناره ثبت احوال بر اساس گزارش شورای مذکور مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نماید و در صورت اعتراض معترض، هیأت حل اختلاف مقرر در ماده سوم قانون ثبت احوال نسبت به موضوع رسیدگی و اظهار نظر می‌کند و تصمیم هیأت بر طبق ماده چهارم قانون مذکور قابل اعتراض در دادگاه عمومی است».^{۲۱}

علاوه بر اسناد موضوع ماده ۴۴ ق.ح.ا.، بر اساس بند ۴ ماده ۳ ق.ح.ا. نیز «اصلاً اسناد مکرر و موهوم» در صلاحیت هیأت می‌باشد. منظور از سند مکرر این است که در مورد یک شخص، دو سند سجلی یا بامتن بر سند صادر شده باشد؛ سند سجلی را تنها زمانی می‌توان مکرر دانست که مطلقاً یا مندرجات یکسند یا سند سابق صادر شده باشد. بنابراین استعمال لفظ مکرر در مورد دو سند که ناظر به دو فرد متفاوت است، صحیح نمی‌باشد. این نحوه استنباط در رأی زیر تأیید شده است:

«بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ ابطال اسناد مکرر را در حیطه صلاحیت هیأت حل اختلاف موضوع ماده ۳ قانون مذکور قرار داده است لکن منظور از اسناد مکرر آن است که در مورد شخص واحد به هویت مشخص شناسنامه‌های متعدد تکراراً صادر شده باشد که در چنین صورتی شناسنامه مؤخر الصدور به عنوان شناسنامه مکرر به وسیله هیأت حل اختلاف ابطال خواهد شد لکن در مورد مضروحه شناسنامه‌های ادعایی خواهان شناسنامه مکرر محسوب نمی‌شوند زیرا سند سجلی شماره ۶ با تاریخ ولادت ۱۳۳۹ به نام قربان... فرزند اکبر... و سند سجلی شماره ۲۴ با تاریخ ولادت ۱۳۳۷ به نام قربانعلی... فرزند اکبر صلور یافته و شناسنامه‌های موصوف از حیث نام دارنده آن متفاوت است؛ اولی به نام قربان و سند ثانی که مؤخر الصدور هم می‌باشد به نام قربانعلی است و اسناد مکرر محسوب نمی‌شوند و رسیدگی به چنین دعوایی در صلاحیت هیأت حل اختلاف موضوع ماده ۳ قانون ثبت احوال نیست».^{۲۲}

سند موهوم نیز سندی است که مندرجات آن و به طور ویژه شخص صاحب آن وجود واقعی نداشته باشد ابطال این دو

۲۱- رأی شماره ۶۵۸ مورخ: ۱۳۸۷/۷/۲۰.

۲۲- رأی شماره ۷۷۸۲ تبعه سوم دیوان عالی کشور به تاریخ: ۱۳۷۷/۱۲/۱۰؛ به نقل از بازگیر، بدایه صلاحیت و احکام راجع به آن در امور مدنی و جزایی، قزوین، ج ۱، ص ۸۰. با مطالعه پرونده زیر بهتر می‌توان به مفهوم سند مکرر پی برد. در تاریخ: باتون الف) و ب) دادخواستی به طرفیت اداره ثبت احوال به شعبه ۵ دادگاه حقوقی یک تسلیم و توضیح دادند. پدرمان مرحوم... ابتدا شناسنامه شماره ۱ را به نام خود اخذ و با همان شناسنامه با دفتر مالزواج کرده، سپس شناسنامه دیگری (مکرر) به شماره ۲ شهرستان اخذ نموده و با این شناسنامه در مشهد ازواج نمود و عملاتی انجام داده (از آنجا که طرزنده شناسنامه فرد واحدی است و شناسنامه دوم که مکرر بوده و به صورت غیر قانونی اخذ شده باید باطل شود لذا تقاضای صدور حکم مبنی بر تعلق شناسنامه‌های فوق به شخص واحدی ابطال شناسنامه اخیر را دارد). دادگاه رسیدگی به موضوع دعوی مطروحه را وفق مقررات بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ در صلاحیت هیأت حل اختلاف ثبت احوال دانست. پرونده در اجرای ماده ۱۶ قانون اصلاح پرواهای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ به دیوان عالی کشور ارسال و به شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور ارجاع شد که شعبه بر تأیید آن نظر می‌دهد. بازگیر، بدایه، رأی دیوان عالی کشور در امر حقوقی، ا.قتضی، ج ۱، ۱۳۷۹، ص ۹۸.

دسته از اسناد نیز در صلاحیت هیأت می باشد البته توجه به این نکته لازم است که بر اساس بند ب ماده ۲ «شخصی که عالماً عامداً پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام از شناسنامه مکرر استفاده نموده یا به دریافت شناسنامه مکرر برای خود یا مولی علیه و یا به دریافت شناسنامه موهوم مبادرت کنند و یا از شناسنامه دیگری خواه صاحب آن زننه یا مرده باشد به نام هویت خود استفاده نمایند» به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا به پرداخت جزای نقدی از ۲۰۰۰۰۰ ریال تا ۱۰۰۰۰۰۰ ریال و یا به هر دو مجازات محکوم می شوند. به نظر می رسد در صورتی که عمل فرد مشمول ماده فوق قرار گیرد دادگاه می باید در راستای مواد ۹ و ۱۰ ق.ا.م. در حکم خود تکلیف «اسناد مکرر و موهوم» را به عنوان اشیاء و اموالی که «دلیل یا وسیله جرم بوده و یا از جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب استعمال و یا برای استعمال اختصاص داده شده است» مشخص کند. در این صورت موضوعی برای رسیدگی هیأت باقی نخواهد ماند.

ب-۲- صلاحیت محلی

بر اساس ماده ۱ آیین نامه طرز رسیدگی هیأت های حل اختلاف مصوب ۱۳۵۶/۸/۱۶، حل اختلاف مربوط به اسناد ثبت احوال به عهده هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه است. هم چنین بر اساس تبصره ماده ۴ آیین نامه فوق نیز «در مواردی که متقاضی درخواست خود را به غیر از محل صدور شناسنامه خود تسلیم نماید دفتر هیأت حل اختلاف با یستی درخواست و ضمائم را در صورتی که کامل دانست جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی به هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه ارسال دارد»^{۲۳}.

در عین حال بر اساس تبصره ماده ۱ آیین نامه فوق، رسیدگی به درخواست مربوط به اسناد ثبت احوال که در خارج از کشور تنظیم شده باشد با هیأت حل اختلاف ثبت احوال امور خارجه (تهران) خواهد بود. با این حال توجه به این نکته لازم است که اگر متقاضی درخواست خود را به محل اقامت خود تسلیم نماید دفتر هیأت حل اختلاف به موجب تبصره ماده ۴ بایستی درخواست و ضمائم را در صورتی که کامل دانست جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی به هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه ارسال دارد. به این ترتیب هر چند علی الاصول هیأت حل اختلاف محل اقامت متقاضی، صلاحیت رسیدگی ندارد اما در چنین مواردی برای بررسی کامل بودن مدارک صلاحیت شکلی می باید. این اختیار را می توان ناشی از «اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت» دانست: دفتر هیأتی که درخواست به وی تسلیم شده، به هر حال صلاحیت دارد تا در صلاحیت خود نفیاً یا اثباتاً اظهار نظر کند. منتهی ابتدا لازم است تا درخواست کامل به وی تسلیم شده باشد.

نکته قابل ذکر دیگر این است که اگر صاحب سند درخواست رسیدگی نماید مسلماً باید درخواست خود را به محل صدور شناسنامه خود ارائه دهد اما اگر ذینفعی غیر از صاحب سند چنین درخواستی را در مورد سند فرد دیگری بنماید

۲۳- «نظر به این که در سند سجلی محل صدور ثبت احوال جایز به قلمداد شده است و قانوناً دعوی می بایست به طرفیت ثبت احوال صادر کننده سند سجلی اقامه شود و حال آن که دعوی به طرفیت ثبت احوال خوی مطرح گردیده است بنا به مراتب مترس عنده نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه حقوقی یک محلی می شود» رأی شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، پرونده کلاسه ۷۲/۲۳۶/۲۵؛ بازگیر، بنالد، علل نقض رأی حقوقی در دیوان عالی کشور، ققنوس، ج ۱، ۱۳۷۴، ص ۱۷۰؛ «برای امر ماکرم دادگاه به این که تقاضای تصحیح شناسنامه را که در حوزه دادگاه دیگری صادر شده بوده پذیرفته و حکم به تصحیح داده پارادوکس چه با او، و روش... نامه از بخش دیگری تصحیح آن راجع به دادگاه محل صدور شناسنامه بوده و طرفین صلاحیت جاری دعوی اداره آمار می بوده که شناسنامه از آن جاصلیور یافته و اداره آمار محل دادگاه صادر کننده حکم نمی بایست به طرفیت دعوی شناخته شود» اصل لازم بوده که قرار دعوی صادر شود دعوی به طرفیت اداره آمار محل صدور شناسنامه تعقیب و درخواست تصحیح به آن جابلاغ گردند زیرا اگر چه در نتیجه رسیدگی معلوم شد که درخواست تصحیح به موقع بوده با مموحات تصحیح آن در دفتر محل صدور شناسنامه فرام گردید برای این دادگاه به علت عدم صلاحیت برای رسیدگی به دعوی و لزوم رد آن به این جهت و نیز جهت عدم توجه دعوی به اداره آمار محل اقامه دعوی بایست از رسیدگی خودداری کرد» حکم شماره ۳۹۵۸-۲۰ بهمن ۱۳۷۸ و شماره ۱۸-۲۱۵۸ مهر ۱۳۷۹ محکمه عالی انتظامی قضات به نقل از شهیدی، موسی، مجموعه موثرین قضای محکمه عالی انتظامی قضات، ج ۲، ۱۳۳، چاپخانه علمی، ص ۷.

منطقی است که حکم به صلاحیت هیأت مستقر در محل صدور شناسنامه صاحب سند بنام این نام نه محل صدور شناسنامه پذیرد.

بند دوم - آیین دادرسی

بر اساس ماده ۳ ق.ث.ا، «ترتیب نقاضا و گردش کار دفاتر هیأت‌ها و نحوه رسیدگی و ابلاغ تصمیمات در آیین نامه اجرایی این قانون تعیین خواهند شد». چنان که پیش‌تر ذکر گردید، هیأت وزیران نیز در تاریخ ۱۳۵۶/۸/۱۶ بنا به پیشنهاد وزارت کشور و وزارت دادگستری و به استناد ماده ۵۳ قانون ثبت احوال، آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف را تصویب نمود. در این بند، براساس قانون و آیین‌نامه فوق، شیوه مراجعه، طرز رسیدگی، نحوه صدور رأی و چگونگی اعتراض به آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

الف - شیوه مراجعه

بر اساس ماده ۲ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف، شروع به رسیدگی در هیأت‌های مزبور محتاج به تسلیم «گزارش مسؤولین» یا «درخواست کتبی صاحبان اسناد سجلی» یا «اشخاص ذی نفع» با قائم مقام قانونی و یا نماینده آنان است. بنابراین هیأت‌های حل اختلاف نمی‌توانند علی‌الراس اقدام به رسیدگی نمایند. تمایزی که آیین نامه میان صاحب سند یا شخص ذینفع گذاشته قابل توجه است؛ چه همواره این صاحب سند نیست که رسیدگی هیأت را به موضوعی خواستار است؛ به عنوان مثال ممکن است اشتباهی در سند پیش آمده باشد و وراثت فرد در زمان حیات خود وی درخواست رسیدگی و رفع اشتباه را بنمایند اما صرف نظر از صاحب سند سجلی یا ذی نفع آن، مطابق ماده فوق، رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف می‌تواند متعاقب گزارش «مسؤولین» صورت پذیرد. اما متأسفانه نه در ماده مورد بحث و نه در حکم دیگری از قانون ثبت احوال و آیین‌نامه فوق‌الذکر، به صراحت توضیح داده نشده است که منظور از مسؤولین چه کسانی هستند. با توجه به طبقه‌بندی اداری سازمان ثبت احوال، به احتمال زیاد باید رؤسای ادارات را از جمله مسؤولین دانست. اعطای اختیار به مسؤولین برای دادن گزارش به هیأت‌های حل اختلاف برای رسیدگی به موارد صلاحیت این هیأت‌ها ناشی از ارتباط دقیقی است که میان صحت مفاد اسناد سجلی و نظم عمومی وجود دارد که به مسؤولین این اداره به عنوان نماینده جامعه در این خصوص صلاحیت ارائه گزارش و درخواست رسیدگی به هیأت را می‌دهد. به این ترتیب در صورتی که مسؤولین از وجود اشتباه در تنظیم و صدور اسناد سجلی مطلع شوند، می‌توانند با ارائه گزارش به هیأت حل اختلاف بدون دخالت صاحب سند یا ذی نفع آن، رسیدگی به موضوع را خواستار شوند. در ماده ۸ ق.ث.ا، نیز شیوه درخواست رسیدگی مشخص شده است. براساس این ماده: «اگر مسؤولین ثبت احوال از هیأت‌های حل اختلاف درخواست رسیدگی نمایند گزارش آن‌ها باید مستدل و مشروح و متضمن موضوع درخواست بوده و عین مدارک به امضاء مأموران نماینده ثبت احوال یا مسؤول بایگانی اسناد رسیده و فتوکپی بار و نوشت مدرکی که بپیوست گزارش است نیز باید از سوی امضاء کننده گزارش گواهی شده باشد». به موجب ماده ۳ آیین‌نامه متقاضی باید درخواست خود را، که بر اساس ماده ۳ باید حاوی مشخصات و محل اقامت طرفین و موضوع درخواست باشد در برگ‌های مخصوص و به زبان فارسی نوشته و به انضمام فتوکپی بار و نوشت اسناد مدارک به دفتر هیأت حل اختلاف محل اقامت یا محل صدور شناسنامه خود تسلیم و رسیدن دریافت دارد. به موجب ماده ۵ نیز درخواست و کلیه برگ‌های پیوست آن باید در دو نسخه و در صورت تعدد طرف به تعداد آن‌ها به علاوه یک نسخه باشد.

هم چنین براساس ماده ۶ آیین‌نامه چنان چه درخواست توسط وکیل تسلیم شود و کالت نامه رسمی وکیل در صورتی که درخواست را قیّم داده باشد، فتوکپی بار و نوشت قیّم نامه و به طور کلی رونوشت مدرکی که مثبت سمت متقاضی است باید پیوست

دادخواست باشد. عبارت «وکالت نامه رسمی وکیل»، عبارت دقیقی نیست و همین امر سبب ایجاد اختلافاتی شده است. چه این سؤال پدید می آید که آیا مراد از وکالت نامه رسمی، وکالت نامه‌ای است که در دفتر اسناد رسمی تنظیم یا تصدیق امضاء شده باشد یا وکالتی دادگستری بدون وکالت نامه تنظیم شده توسط دفتر خانه اسناد رسمی نیز می تواند به وکالت از صاحب سند یا ذی نفع آن اقدام نمایند؟ به نظر می رسد با توجه به ماده ۳۴ ق.آ.م.م.^{۲۴} باید جانب عقیده نوم را گرفت و وکالت نامه‌ای که توسط صاحب پرونده وکالت در دادگستری و بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی تنظیم شده است را پذیرفت.^{۲۵}

ب- شیوه رسیدگی

به موجب ماده ۹ آیین نامه دفتر هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه باید بلافاصله پس از دریافت گزارش یا درخواست، آن را در دفتر مخصوص ثبت و به هیأت حل اختلاف تسلیم نماید. اگر هیأت مذکور پرونده را آماده برای رسیدگی و اخذ تصمیم نهایی تشخیص دهد، تصمیم مقتضی اتخاذ می نماید. به این ترتیب برای رسیدگی به درخواست لزوماً نیازی به حضور متقاضی یا طرف در خواست او نیست و هیأت می تواند بر اساس مستندات در دسترس خود تصمیم گیری کند. اما در صورتی که پرونده برای تصمیم گیری آماده نباشد، در خواست و ضمائم را برای طرف متقاضی ارسال می دارد.^{۲۶} که ظرف ده روز کتبا پاسخ دهد پس از وصول پاسخ رسیدگی لازم انجام می دهد. هم چنین در صورت ضرورت با تعیین وقت متقاضی و طرف برای اخذ توضیح و رسیدگی دعوت می شوند. بر اساس تبصره ماده مذکور نیز تاریخ رسیدگی باید بطوری معین شود که فاصله بین ابلاغ و روز جلسه کم تر از پنج روز نباشد. لازم به ذکر است که به موجب مواد ۱۵ و ۱۷ آیین نامه وصول یا عدم وصول لایحه و هم چنین عدم حضور یک طرف مانع رسیدگی نمی شود.

ج- صدور رأی

بر اساس صدر و تبصره ماده ۱۸ آیین نامه، هیأت حل اختلاف در وقت رسیدگی باید پرونده را مطالعه و بررسی نموده و پس از ملاحظه اوراق و اسناد مربوط و استماع توضیحات طرفین و درج آن در صورت مجلس و اعلام ختم رسیدگی، برای کاملاً مستدل و مشروح حداکثر ظرف ۴۸ ساعت صادر نماید. لازم به ذکر است بر اساس ماده ۱۹ همین آیین نامه هیأت حل اختلاف پس از امضاء رأی، حق تغییر آن را ندارد به این ترتیب، قاعده فراغ در احکام صادره از این هیأت نیز جاری است. چنان که خواهیم دید، رأی صادره از هیأت حل اختلاف قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه عمومی است. در عین حال در صورتی که در رأی هیأت «سهو قلم» وجود داشته باشد و تصحیح آن مستلزم تغییر مفاد حکم و دخالت مجدد در ماهیت موضوع نباشد، علی رغم سکوت آیین نامه، می توان هیأت را مجاز به تصحیح اشتباه دانست. بنابراین اگر نام طرفین دعوا اشتباه نوشته شده باشد یا در نگارش تاریخ رأی و امثال آن اشتباهی صورت گرفته باشد، هیأت مجاز به تصحیح اشتباه خواهد بود. البته این جواز تا زمانی است که به رأی صادره در دادگاه عمومی اعتراض نشده باشد؛ چه در این صورت دیگر هیأت مجاز به رسیدگی و تصحیح اشتباه نخواهد بود.^{۲۷} هم چنین در مواردی که اشتباه مربوط به

۲۴- وکالت ممکن است به موجب سند رسمی یا غیر رسمی باشد. در صورت اخیر، در مورد وکالت نامه‌های تنظیمی در ایران وکیل می تواند ذیل وکالت نامه تأیید کند که وکالت نامه را موکل شخصاً در حضور امضاء یا مهر کرده یا انگشت زده است»

۲۵- در تأیید همین نتیجه، رگد نظر به شماره ۵۳۴۱۷-۵۹۹/۶۷-۵۹۹ به نقل از: شهری، غلامرضا؛ حسین لاهی لاهی، مجموعه نظرهای مشورتی لایحه حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مسائل معنی از سال ۱۳۵۸ به بعد، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۶.

۲۶- در مواد ۱۰ الی ۱۳ آیین نامه، چگونگی ابلاغ مشخص شده است: «ابلاغ در محل دفتر هیأت توسط دفتر در خارج از محل دفتر هیأت توسط مأمور ابلاغ یا تحویل در خارج شهر یا مأمورین زائر مری یا به همان محل ابلاغ بعمل می آید». ماده ۱۰: «تحویل و ابلاغ در خواست توسط هیأت توسط مأمور ابلاغ یا تحویل در محل دفتر هیأت توسط مأمورین و عودت آن ها در دفتر مخصوص نیستی شود». ماده ۱۱: «ابلاغ بطریق مذکور در ماده ۹۰ قانون دادرسی مدنی به عمل می آید و متقاضی می تواند مأمورین ابلاغ را راهنمایی کند». ماده ۱۲: «در محل اقامت مخاطب در قلمرو هیأت حل اختلاف که گراندا ابلاغ توسط دفتر یا مأمور ابلاغ یا تحویل همان محل بعمل می آید». ماده ۱۳.

۲۷- «هرگاه در تنظیم و نوشتن رأی دادگاه سهو قلم رخ دهد مثل از قلم افتادن کلمه‌ای یا زیاد شدن آن و یا اشتباهی در محاسبه صورت گرفته باشد تا وقتی که از آن در خواست تجدیدنظر نشسته دادگاه را با به درخواست ذینفع رأی را تصحیح می نماید». ماده ۹-۴۰ ق.آ.م.

ماهیت باشد و اصلاح و رفع اشتباه موجبات دگرگونی رأی را فراهم آورد، رأی صادره صرفاً در حدود مقررات با استناد به ماده ۴ قانون ثبت احوال قابل اعتراض در دادگاه عمومی است.^{۲۸}

د- نحوه اعتراض به آرا

بر اساس ماده ۴ ق.ث.ا، «رسیدگی به شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف دادگاه شهرستان یادادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می آید.» مهلت شکایت از تصمیم هیأت حل اختلاف ده روز از تاریخ ابلاغ است.

مبحث دوم- مراجع قضایی

همان طور که گفته شد، در رسیدگی به اختلافات راجع به اسناد سجلی، هیأت حل اختلاف، صلاحیتی استثنایی و مراجع قضایی، صلاحیتی عام ندارند.^{۲۹} ماده ۴ ق.ث.ا. در این خصوص مقرر می دارد: «رسیدگی به شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف وهم چنین رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال دادگاه شهرستان یادادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می آید...». بنابراین مطابق با ماده مذکور، صلاحیت مراجع قضایی در خصوص رسیدگی به اختلافات راجع به اسناد سجلی به دو بخش تقسیم می شود. نخست رسیدگی به شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف و دوم رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال. در خصوص مورد اول یعنی «رسیدگی به شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف» قابل ذکر است که بر اساس ماده ۴ ق.ث.ا. مهلت شکایت از تصمیم هیأت حل اختلاف ده روز از تاریخ ابلاغ است. بنابراین افراد می توانند اعتراض خود را نسبت به تصمیمات هیأت فوق به دادگاه ارائه دهند. از لحاظ صلاحیت محلی نیز قابل ذکر است که دادگاه محل اقامت خواهان صالح بوده و رأی دادگاه فقط قابل تجدیدنظر (پژوهش پذیر) است.

مورد دومی که در صلاحیت دادگاه می باشد، «رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال» است.^{۳۰} با استفاده از این بند می توان به این نتیجه رسید که آن دسته از دعاوی یا اموری که در صلاحیت هیأت حل اختلاف یا سازمان ثبت احوال نباشد، در صلاحیت دادگاه خواهد بود. برای مثال رویه قضایی این نظر را پذیرفته است که «شق ۴ ماده ۳ ق.ث.ا. ... ناظر به مواردی است که ثبت احوال در مقام تغییر نامهای ممنوعه است» و «ماده ۹۹۶ ق.م. متذکر بر صلاحیت مراجع قضایی و دادگاههای دادگستری است» لذا سایر موارد تغییر نام در صلاحیت مراجع قضایی خواهد بود.^{۳۱} به هر روی، در کلیه دعاوی مربوط به اسناد سجلی که در دادگاه طرح می شود، لزوماً می باید دعوا به طرفیت اداره ثبت احوال مطرح شود.^{۳۲}

۲۸- بر اساس نظریه شماره ۲۶۲۱۷ مورخ ۱۳۶۲/۰۶/۱۴ اداره حقوقی، در صورتی که اشتباه از مولد مندرج در ماده ۱۸۹ ق.ا.ح.م سابق باشد رفع اشتباه با هیأت حل اختلاف است و این مورد مقابرتی با ماده ۱۹ این لایحه ندارد. ماده ۱۸۹ نیز مقرر می باشد: «هرگاه در تنظیم حکم به قرار دادگاه اشتباه در حساب یا سهو قلم یا سایر اشتباهات بین رخ در محمل ارفتم فتان یکی از اسباب دعوی یا زیاده شدن نام دادگاه صادرکننده می تواند اعلام کند که قرار یا حکم اجرایی شده است به ترخواست اسباب دعوی حکم یا قرار را تصحیح کند.» م.ن.ل.ز. شهری، تلامذ صلا حسین آبادی، سایر مجموعه نظریه های مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مسائل منشی از سال ۱۳۵۸ به بعد، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۷۶.

۲۹- داینامه شماره ۷۲/۱۲۲، شنبه ۲۲ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۶۷/۱۱/۳۰ به نقل از: بازگیر، بداینه صلاحیت و احکام راجع به آن در امور منشی و جزایی، فردوسی، ج ۱، ۱۲۸.

۳۰- چنین صلاحیت دوگانه ای در قوانین قبلی نیز پذیرفته شده بود. بر اساس ماده ۹ قانون تشکیل دادگاههای حقوقی یکم و دوم مصوب (۱۳۶۴) اگر در مقررات دادگاه حقوقی دو دادگاه حقوقی یک ... باشد دادگاه حقوقی چوبه دعوی راجع به اسناد ثبت احوال و شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف ثبت احوال نیز رسیدگی خواهند نمود. به موجب ماده ۳۰ قانون اصلاح و حذف موادی از قانون تشکیل دادگاههای حقوقی ۱ و ۲ مصوب سال ۱۳۶۴ و لایحه قانونی دادگاه منشی خاص مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، به صلاحیت دادگاههای حقوقی دو «دعوی یا اختلافات راجع به اسناد ثبت احوال» به جز موضوع قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تضییع آن ها و شکایات اشخاص ذی نفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف ثبت احوال» اضافه شد.

۳۱- تاریخ رسیدگی: ۱۸/۷/۷۷ رأی شماره ۳۱۲۲۱ شنبه ۲۱ دیوان عالی کشور بازگیر، بداینه صلاحیت و احکام راجع به آن در امور منشی و جزایی، فردوسی، ج ۱، ۸۰.
۳۲- رأی شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۱۳۲۶/۲۵، به نقل از: بازگیر، بداینه، علل نقض آرائی حقوقی در دیوان عالی کشور، ققنوس، ج ۱، ۱۳۶، ص ۱۷۰.

نقدی بر یکی از آراء دادگاه انتظامی کانون وکلا

مسعود اعلمی فر

ماجرای این قرار است :

شخصی که در شورای حل اختلاف محکوم شده بامراجعه به وکیل از ایشان می خواهد که به وکالت از وی از رای صادره تجدید نظر خواهی کند. وکیل مزبور وکالت او را پذیرفته و طی لایحه ای مفصل به رای اعتراض می کند و پرونده به دادگاه عمومی جهت رسیدگی به تجدید نظر خواهی ارسال می گردد.

دادگاه عمومی به عنوان مرجع تجدید نظر به وکیل اخطار نموده که سه روز پس از رؤیت به شعبه مراجعه نماید.

وکیل با توجه به لایحه ارسالی در دادگاه حاضر نمی شود و دادگاه در وقت احتیاطی وارد رسیدگی شده رای صادر می نماید.

چون وکیل در دادگاه عمومی - مرحله تجدید نظر - حاضر نشده موکل به دادرسی انتظامی و کلا شکایت نموده است.

دادرسی کانون با توجه به بند ۴ ماده ۸۲ آیین نامه لایحه استقلال مبادرت به صدور کیفر خواست

می نماید.

لازم به ذکر است که وکیل مذکور در پرونده ای دیگر در تاریخ ۸۷/۳/۲۰ با توجه به بند ۲ ماده ۷۶ به توبیخ با درج در پرونده محکوم شده است به همین دلیل دادیار انتظامی دادرسی به شعبه ... دادگاه انتظامی موضوع را اعلام وتقاضای تشدید مجازات به یک یا دو درجه بالاتر می نماید.

شعبه ... دادگاه انتظامی و کلا دادنامه ای بدین شرح صادر نموده است.

رای دادگاه

کیفر خواست صادره از دادرسی محترم انتظامی حکایت از تخلف آقای ... وکیل دادگستری دایر بر عدم حضور در جلسه رسیدگی دارد که نظر به شکایت شاکی انتظامی و گزارش کارآموز وکالت و عدم حضور متخلف و عدم دفاع وی، تخلف

وکیل دادگستری - اصفهان

مذکور به نظر دادگاه محرز است و مورد از مصادیق بند ۴ ماده ۷۹ آیین نامه لایحه قانونی استقلال بوده با رد ماده استنادی کیفر خواست و لحاظ ماده ۸۴ آیین نامه مذکور که به لحاظ سابقه محکومیت مشابه به شرح دادنامه شماره ۰۰۰۰۰ شعبه اول دادگاه انتظامی الزام تشدید مجازات دارد مشارالیه را به استناد مواد مرقوم و ماده ۵۱ قانون و کالت به تنزل درجه و کالت محکوم می نماید رأی صادره غیابی و ظرف مهلت قانونی قابل اعتراض در این دادگاه خواهد بود

رئیس دادگاه دادرسان

رأی دادگاه انتظامی کانون وکلا صحیح نیست. چرا؟

قبل از پرداختن به رأی لازم است یک سؤال مطرح کنم:

آیا عدم حضور وکیل در جلسه دادرسی بدون عذر موجه تخلف محسوب می شود یا در صورتی که عدم حضور باعث تجدید جلسه دادرسی بشود تخلف است؟

حتماً می دانید طبق بند ۴ ماده ۷۹ آیین نامه لایحه استقلال در صورتی که وکیل بدون عذر موجه در دادگاه حاضر نشود و به واسطه عدم حضور او کار دادگاه به تأخیر افتد، وکیل به مجازات درجه ۳ یا ۴ محکوم خواهد شد. اکثر قضات دادگاه های حقوقی تهران به شرح نظریه مورخ ۶۷/۴/۲ گفته اند لزوم حضور وکیل موقع محاکمه ناظر به موردی است که عدم حضور وی موجب تجدید جلسه شود، بنابراین اگر وکیل در دادگاه حاضر نشود و عدم حضور وی موجبات تجدید جلسه را فراهم نیاورد، مرتکب تخلفی نشده و ماده ۲۸ قانون وکالت مؤید این نظر است. در پرونده مورد بحث، وکیل در موقع اعتراض به رأی شورای حل اختلاف، لایحه مفصلی به دادگاه تجدید نظر نوشته و دادگاه عمومی نیز رسیدگی کرده و رأی صادر نموده است لذا صرف عدم حضور او در دادگاه - که موجب رأی در رسیدگی نشده - تخلف نیست.

ایراد دیگری که به رأی مزبور وارد است این است که شرط تشدید مجازات انتظامی، وقوع تخلف جدید و مشابه ظرف سه سال از تاریخ قطعی شدن حکم انتظامی است. در منحن فیه، تخلف، قبل از قطعی شدن رأی - ۸۷/۳/۲۰ - صورت گرفته و به نظر می رسد با توجه به تاریخ تخلف - ۸۵/۷/۱۰ - و قطعی شدن رأی قبلی - ۸۷/۳/۲۰ - موجبات تشدید مجازات انتظامی فراهم نبوده و از این حیث هم رأی صادره صحیح نیست. ضمناً:

۱- استناد دادگاه به ماده ۵۱ قانون وکالت با توجه به منسوخه بودن آن رجاهت قانونی ندارد

۲- استناد دادیار محترم دادسرا به بند ۴ ماده ۸۲ صحیح نیست و شاید نظر ایشان بند ۴ ماده ۷۹ بوده است

۳- طبق قسمت اخیر ماده ۶۷ آیین نامه لایحه استقلال حکم دادگاه حضوری است و با توجه به ماده ۱۴ همان آیین نامه آراء صادره از دادگاه انتظامی وکلا قابل تجدید نظر خواهی در دادگاه عالی انتظامی قضات می باشد و قید غیابی بودن و قابلیت وخواهی در رأی مزبور مستند قانونی ندارد.

اعتراض ثالث در دادرسی های مدنی

فاطمه انصاری

چکیده

مداخله ثالث در دادرسی مدنی، آن گاه که خود را متضرر از نتیجه رسیدگی بدانند در مواد ۴۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده است تا وسیله ای باشد برای جلوگیری از تماس رای دادگاه با حقوق اشخاصی که در روند دادرسی و صدور حکم دخالت نداشته اند اعتراض ثالث در این قانون اعتراض به مفاد حکم است و ثالث شخصی است که اصالتاً یا از طریق نماینده، قائم مقام و یا وکیل در دادرسی حضور نداشته است اما در مواقعی علی رغم حضور نماینده و قائم مقام ثالث در دادرسی به وی اجازه داده می شود که اعتراض خود را وفق مواد ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی اعلام نماید.

کلید واژگان: اعتراض ثالث، اثر نسبی احکام، خلل در حقوق ثالث، محدوده اعتراض ثالث، اثر تملیقی، اثر انتقالی

مقدمه:

تاریخچه اعتراض شخص ثالث به حقوق روم بر می گردد و در حقوق قدیم فرانسه نیز تا سده هفدهم آن را نمی شناختند چرا که به آن احتیاجی نداشتند زیرا در آن سال ها حتی شخص ثالث هم می توانست درخواست پژوهش نماید تا این که در سال ۱۶۶۷ میلادی به موجب فرمان پادشاهی طریقه شکایت جدیدی در فرانسه معمول گردید به نام اعتراض شخص ثالث. در ایران در قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ مبحثی به نام «در اعتراض شخص ثالث بعد از صدور حکم» پیش بینی شد که از حقوق فرانسه الهام گرفته شده بود که بعدها در قانون آیین دادرسی سال ۱۳۱۸ تکمیل گردید و دیوان عالی کشور نیز در رفع ابهام مقررات آن بسیار کوشید که بعدها به نحو کامل تری در سال ۱۳۷۹ در مواد ۴۱۷ تا ۴۲۵ به این مبحث پرداخته شد.

آن چه که در خصوص اعتراض شخص ثالث نظر حقوق دانان را از ابتدا به خود معطوف داشته این است که نظر به نسبی بودن آراء و قابلیت اجرای آن منحصرأ نسبت به محکوم علیه و یا قائم مقام او چه گونه ممکن است شخص ثالث ناچار به طرح شکایت نسبت به رأی ای شود که له و علیه دیگران صادر شده است؟ در جواب باید گفت، درست است که حکم دادگاه علی القاعده منحصرأ علیه محکوم علیه قابلیت اجرا دارد اما حکم دادگاه علیه تمامی اشخاصی که در زمره اصحاب دعوا نبوده اند نیز قابلیت استناد دارد و ممکن است با حقوق اشخاصی غیر از طرف های حکم اصطکاک پیدا کند در این صورت منطقی خواهد بود به اشخاص ثالث اجازه داده شود که از طریق شکایت احقاق حق نمایند به طور مثال بیعی میان «الف» و «ب» صورت می گیرد شخص ب طی دعوایی علیه شخص الف الزام وی را به تنظیم سند خواستار می شود بعد از صدور حکم شخص ثالث با استناد به بیع نامه ای که تاریخش مقدم بر بیع نامه ب می باشد تقاضای نقض آن را می نماید دادگاه پس از بررسی با توجه به این که فروشنده

(الف) ابتدا مورد بیع را به معترض فروخته بنابراین مالکیتی نداشته تا مجدداً آن را به شخص (ب) (محکوم له رأی معترض عنه) بفروشد؛ رأی را نقض می نماید. قنون گذار در ماده ۴۱۷ بیان می دارد « اگر در خصوص دعوایی رأی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و آن شخص یا نماینده او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشد می تواند نسبت به آن رأی اعتراض نماید » پس برای بذیرش اعتراض ثالث ابتدا باید دوامز احراز شود این که شخص معترض ثالث باشد و دوم این که به حقوق وی خلل وارد شده باشد که پیش تر به آن خواهیم پرداخت.

آرا قابل اعتراض ثالث

طبق ماده ۴۱۸ اعتراض شخص ثالث نسبت به « هر گونه رأی » صادره از دادگاه ها قابلیت طرح دارد. بنابراین نه تنها احکام بلکه قرارها و نه تنها احکام حضوری بلکه احکام غیابی و نه تنها آراء صادره از دادگاه های بدوی بلکه آراء صادره از دادگاه های تجدید نظر نیز قابل اعتراض ثالث می باشند در اعتراض ثالث نسبت به احکام قطعی بحثی نیست اما اعتراض نسبت به احکام غیر قطعی مورد مناقشه است عده ای معتقدند محدوده زمانی اعتراض شخص ثالث نسبت به آراء غیر قطعی تا موقعی است که نسبت به آن تجدید نظر خواهی نشده است که البته چنین نظری نمی تواند واجد چارچوب کامل حقوقی باشد مضافاً زمانی که راه های دیگری برای اعتراض به تصمیم دادگاه و به جریان انداختن مجدد دادرسی موجود باشد نباید از طرق فوق العاده شکایت که در شرایط خاص توسط مقنن پیش بینی شده است استفاده نمود و ماده ۴۱۸ قانون فعلی هم نظر به قطعی بودن حکم یا قرار داشته است یعنی حکم در مرحله بدوی قطعی باشد اعم از آن که به طور قطعی صادر شود یا مدت اعتراض به آن گذشته باشد. شعبه ششم دیوان عالی کشور برابر رأی شماره ۹۱۸ مورخ ۱۳۳۲/۴/۲۳ اعتراض شخص ثالث بر حکم را پس از قطعیت حکم معترض علیه پذیرفته است. دکتر شمس در توجیه ماده ۴۲۰ در خصوص این که بیان شده است « دادخواست اعتراض ثالث اصلی به دادگاهی تقدیم می شود که رأی قطعی را صادر نموده است » اظهار داشته این نص را نباید مفید این معنا دانست که اعتراض ثالث تنها نسبت به آرای قطعی امکان پذیر است و این قسمت از ماده مزبور که در ماده ۵۸۵ قانون قبلی ق. آ. د. م. مصوب ۱۳۱۸ نیامده بود در تأیید نظر اکثریت

حقوق دانان آمده که به موجب آن مرجع صالح رسیدگی به اعتراض ثالث نسبت به آرای دادگاه تجدیدنظر را همواره همین دادگاه می دانستند حتی اگر این دادگاه در مقام تأیید رأی بدوی می بود. پس اغلب صاحب نظران در خصوص اعتراض ثالث قائل به قطعیت احکام شده اند و تنها آقای دکتر شمس، جلال الدین مدنی و دکتر نعمت احمدی قائل به تفکیک و تصریح شده اند.

اعتراض در امور حسبی

در ماده ۴۴ قانون امور حسبی به اعتراض ثالث اشاره شده است « کسانی که اعتراض دادگاه را در امور حسبی برای خود مضر بدانند می توانند بر آن اعتراض نمایند خواه تصمیم از دادگاه نخست صادر شده و یا از دادگاه پژوهشی باشد و حکمی که در نتیجه ی اعتراض صادر می شود قابل پژوهش و فرجام است. نص مزبور که اعتراض به تصمیم دادگاه را پذیرفته است خاص سابق شمرده می شود که با توجه به مواد ۴۱۸ که اعتراض به آراء دادگاه ها را پذیرفته و عام لاحق است منسوخ نگردیده و کماکان به قوت خود باقی است شخص ثالث در امور حسبی به معنی شخص غیر متقاضی است بنابراین اگر در گواهی انحصار وراثت شخصی اسم اش جزء ورثه اعلام نشده باشد می تواند به وراثت بعضی از افراد اعتراض کند، و اگر شخصی پس از انتشار آگهی موضوع ماده ۲۶۱ قانون امور حسبی و قبل از صدور گواهی تصدیق وراثت اعتراض کند اعتراض وی ثالث تلقی و طبق ماده ۴۴ رسیدگی می شود و چنان چه پس از صدور حکم و قطعیت معترض باشد می تواند طبق ماده ۴۱۷ ق. ا. د. م به عنوان ثالث به آن اعتراض نماید.

قابلیت اعتراض قرارها

در خصوص قابل اعتراض بودن قرارها صاحب نظران قائل به تفکیک شده اند و عده ای مانند آقای سید محمد علی کشاورز صدر و دکتر نصرانی قهرمانی معتقداند که قرارهای اعدادی ملایم که به صدور حکم و تصمیم نهائی منتهی نشده اند هیچ گونه خللی به حقوق ثالث وارد نمی سازند و عده ای معتقدند قرارهای اعدادی چون مستقیماً از طرف اصحاب دعوا قابل شکایت نیستند پس شخص ثالث هم بالتبع نمی تواند به آنها اعتراض کند در مقابل دکتر شمس معتقد است با توجه به عموم و اطلاق ماده ۴۱۸ باید پذیرفت نه تنها قرارهای قاطع بلکه قرارهای اعدادی نیز قابل اعتراض ثالث می باشند و در خصوص این که عده ای معتقداند قرارهای اعدادی چون مستقیماً قابل شکایت نیستند پس قابل اعتراض ثالث هم نیستند بیان می دارد این که رأی نمی تواند حتی توسط اصحاب دعوی به دلیل قطعی بودنش مورد شکایت قرار گیرد مانع اعتراض توسط ثالث نیست.

اعتراض در دیوان عالی کشور

اعتراض ثالث در دیوان عالی کشور وارد نیست زیرا شأن رسیدگی در دیوان شکلی است و به آن دادگاه اطلاق نمی گردد و چنان چه دیوان عالی کشور رأی دادگاه را ابرام نماید شخص ثالث می تواند اعتراض خود را به دادگاه صادر کننده رأی ماهیتی تقدیم نماید و اگر دیوان رأی را نقض کند شخص ثالث می تواند پس از ارسال پرونده به دادگاه صادر کننده به عنوان وارد ثالث وارد دعوا گردد یا بگذارد رأی صادر شود و بعد به آن اعتراض کند هم چنین با توجه به مدلول و ملاک تبصره ماده ۴۳۴ به نظر می رسد مطرح بودن پرونده در دیوان عالی کشور مانع از

اعتراض نبوده و در این جا باید اعتراض به دیوان عالی کشور تقدیم شود تا رسیدگی را متوقف کرده و دادخواست را برزی رسیدگی به دادگاه صادر کننده رأی مورد اعتراض بفرستد.

اعتراض به آراء محاکم کیفری

آیا حکم کیفری که به عنوان دلیل در دعوی حقوقی مورد استناد قرار می گیرد قبل اعتراض ثالث می باشد؟ در جواب این پرسش باید گفت طبق ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه حقوقی صلاحیت تشکیک در مفاد حکم کیفری و رسیدگی به صحت و سقم آن را ندارد و ملزم به تبعیت است و نمی توان آن را مورد اعتراض قرار داد.

اعتراض به آراء داور

ماده ۴۱۸ در قسمتی مقرر می دارد «نسبت به حکم داور نیز کسانی که خود یا نماینده می آنان در تعیین داوری شرکت نداشته اند می توانند به عنوان شخص ثالث اعتراض کنند» بعضی از حقوق دانان معتقداند ماده ۴۹۵^۱ با قسمت اخیر ماده ۴۱۸ دارای نوعی مغایرت است در حالی که ماده ۴۹۵ اصل تسبی بودن آراء را بیان می کند بنابراین همان طور که شرح آن گذشت منقادی با اعتراض ثالث ندارد. مرجع رسیدگی به اعتراض طبق ماده ۴۹۰ تعیین می گردد؛ یا دلاگاهی که لراجع به امر داوری نموده یا دلاگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، در این میان می توان تفاوتی بین اعتراض به رأی داور و دادگاه به دست آورد و آن این است که قانون گذار شرط پذیرش اعتراض به رأی دادگاه را عدم دخالت در دادرسی که منتهی به صدور رأی شده است می داند ولی در مورد رأی داور عدم اقام و دخالت در تعیین داور را شرط می داند بنابراین اگر در دادرسی شخصی که به دادرسی جلب شده است در ارجاع امر به داوری توافق با اصحاب دعوا ننماید می تواند نسبت به رأی صادره از داوری اعتراض ثالث نماید.

اعتراض ثالث در آراء مراجع قضائی استثنائی

اگر چه در ماده نویسی ماده ۴۱۸ ایراداتی وجود دارد چرا که ماده موصوف تصریحاً آراء دادگاه انقلاب را که از مراجع استثنائی است قید کرده ولی سایر مراجع استثنائی از قبیل اداره ثبت در دعوی افراز، دادگاه های نظامی و دادگاه ویژه روحانیت را قید نکرده البته به نظر می رسد با توجه به این که اعتراض ثالث از طرق فوق العاده شکایت از آراء محسوب می شود می بایست منحصر نسبت به آراء مراجعی پذیرفته شود که در قانون پیش بینی شده است پس در نتیجه اعتراض به دادگاه انقلاب اعتراض به احکامی است که جنبه مصادره اموال داشته باشد چرا که آراء دادگاه های کیفری که انقلاب از جمله آن هاست با توجه به وحدت ملاک ماده ۲۲۷ ق. ا. د. م قابل اعتراض نیست.

اعتراض ثالث در گزارش اصلاحی

در مورد اعتراض ثالث به گزارش اصلاحی بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد و این امر ناشی از تحلیلی است

۱- ماده ۴۹۵ بیان می دارد: رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت در تعیین داور داشته اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیر ندارد

که از ماهیت حقوقی گزارش اصلاحی می شود برخی به این اعتبار که با صدور گزارش اصلاحی، دعوی مطروحه به طور کامل حل و فصل می گردد و گزارش مزبور مبنای صدور اجرائیه دادگاه قرار می گیرد آن را حکم می دانند بنابراین اعتراض به آن را می پذیرند. در مقابل عده ای از حقوق دانان، گزارش اصلاحی را فاقد ماهیت قضائی می انگارند و معتقدند مفاد آن چیزی جز توافق طرفین دعوا نیست و چون اطلاق تصمیم قضائی به آن اعم از حکم یا قرار منطبق با واقع نمی باشد بنابراین قابل اعتراض نیست.

اعتراض نسبت به آراء شورای حل اختلاف و دیوان عدالت اداری

اعتراض ثالث به آراء شورای حل اختلاف پیش بینی نشده اما چون آراء آن ها به عنوان اسناد رسمی قابلیت استناد دارد اشخاص ثالث می توانند درخواست اعتراض ثالث نمایند در خصوص اعتراض به آراء دیوان عدالت اداری در قانون قدیم ترتیبی در خصوص اعتراض ثالث نبود اما در قانون جدید این امر در ماده ۲۹ پیش بینی شده است به این ترتیب که مقررات مربوط به ورود ثالث، جلب ثالث، اعتراض ثالث و استماع شهادت شهود در دیوان عدالت اداری مطابق قانون آیین دادرسی در امور مدنی می باشد.

اعتراض ثالث نسبت به احکام صادره از محاکم خارجی

سوآلی که مطرح می شود این است آراء صادره از دادگاه های خارجی که مطابق ماده ۹۷۲ قانون مدنی و ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، قابلیت اجرا در ایران را پیدا می کنند، آیا در صورتی که این آراء خللی به حقوق اشخاص ثالث وارد کنند قابل اعتراض اشخاص ثالث هستند یا نه؟ آقای عبدالصمد دولاح در کتاب اعتراض ثالث خود معتقد است: «در بدو امر ممکن است تصور شود که امکان اعتراض شخص ثالث به احکام صادره از دادگاه های خارجی وجود ندارد و از آن جایی که این طریق از موارد فوق العاده شکایت از آراء محسوب می شود علی الاصول باید به قدر متقین اکتفا نمود و از تفسیر موسع خودداری کرد اما می توان استدلال کرد چنان چه این احکام وفق قانون ایران قابلیت اجرا پیدا کنند احکام صادره از دادگاه ها داخل بوده و قابل اعتراض شخص ثالث در مرجعی که آن احکام در آن تنفیذ یافته اند می باشند. طبق ماده ۱۷۰ قانون اجرای احکام مدنی مرجع تقاضای اجرای حکم دادگاه شهرستان محل اقامت یا محل سکونت محکوم علیه است و اگر محل اقامت یا محل سکونت محکوم علیه در ایران معلوم نباشد دادگاه شهرستان تهران است».

اعتراض به آراء کمیسیون ماده واحده

در این خصوص دو عقیده وجود دارد عده ای اعتراض ثالث را در این کمیسیون می پذیرند و عده ای که اکثریت هم هستند بر این عقیده اند که اعتراض ثالث در این خصوص پذیرفته نیست و استدلال می نمایند که این کمیسیون در خصوص مستثنی بودن یا ملی بودن اراضی اظهار نظر می نماید نه در خصوص حقوق مالکانه اشخاص بنابراین چون در خصوص حقوق مالکانه افراد صحبت نمی کند بالتبع اشخاص ثالث هم نمی توانند به این دلیل متوسل شوند که به حقوق آنها خلل وارد شده است. اما به نظر می رسد از آن جایی که رأی این کمیسیون قطعی نبوده و در دادگاه عمومی قابلیت اعتراض و ابطال را دارد. لذا بعد از قطعی شدن در دادگاه به طور معمول شخص ثالث مدعی می تواند نسبت به رأی صادره توسط دادگاه اعتراض ثالث نماید و یا چنان چه نسبت به آن در دادگاه عمومی اقامه

دعوی نگردد مشخص معترض می تواند در دادگاه عمومی اصالتاً طرح دعوا نماید .

اصحاب دعوای اعتراض ثالث

الف) معترض باید ذینفع باشد

اصولاً کسی که اقامه دعوی می نماید باید نفعی داشته باشد و « اصل ذینفع بودن خواهان » از مفاد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مستفاد می گردد در ماده ۴۱۷ آمده است که به « حقوق شخص ثالث خلی وارد آورد » که این دفع ضرر و خلل ذینفع بودن معترض ثالث را نشان می دهد و این ضرر لازم نیست منجز و فعلی باشد شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۳۳۲ - ۱۳۲۶/۱/۲۶ در اعتراض ثالث فعلیت و تنجیز ضرر را شرط نناسته است. لازم به ذکر است که احراز متضرر بودن شخص ثالث از مسائل ماهیتی قلمداد شده که دارای اهمیت بوده و دادگاه در ابتدا رسیدگی به این امر توجه می نماید.

ب) معترض باید ثالث باشد

یکی از شرایط پذیرش اعتراض شخص ثالث این است که معترض به عنوان اصحاب دعوا در دادرسی منتهی به رأی مورد اعتراض دخالت نداشته باشد. سوآلی که مطرح می شود این است که چه کسانی می توانند عنوان اصحاب دعوا را به معنای اعم داشته باشند. خواهان، خوانده، وارد ثالث، مجلوب ثالث، نماینده، قائم مقام، از اصحاب دعوا محسوب می گردند پس وارد ثالث و مجلوب ثالث از اصحاب دعوی تلقی می گردند دکتر شمس و دکتر زراعت معتقدند در صورتی که قرار رد دادخواست وارد ثالث صادر شود وی به عنوان ثالث می تواند اعتراض نماید زیرا به عنوان ثالث در « دادرسی منتهی به صدور رأی » دخالت نداشته است. اما نویسنده ای دیگر آقای دکتر قهرمانی معتقد است در صورت رد دادخواست وارد ثالث چون وی می تواند در مرحله تجدید نظر دوباره وارد شود پس حق اعتراض به عنوان ثالث را ندارد. البته لازم به ذکر است که به موجب رأی دیوان عالی کشور به شماره ۱۱۶ مورخ ۱۳۲۸/۱/۲۲ در صورت امکان ورود شخص ثالث به دادرسی و خودداری وی از ورود؛ مانع از اعتراض ثالث وی نخواهد بود. سوآلی که در این جا مطرح می گردد این است که آیا ممکن است شرایطی پیش بیاید و قائم مقام و یا نماینده که از اصحاب دعوا محسوب می شوند به عنوان ثالث اعتراض نمایند؟ جواب در ذیل مباحث قائم مقام و نماینده پاسخ داده خواهد شد.

قائم مقام کیست؟

قائم مقام شخصی است که به جانشینی دیگری دارای حقوق و تکالیف او می گردد مانند مدیر تصفیه در مورد تاجر ورشکسته، منتقل الیه وارث و وصی، در قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ به تفاوت میان نمایندگی و قائم مقامی و آثار این تفاوت توجه لازم معمول گردیده بود اما در قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۲۹ در موارد بسیاری تفاوت میان نمایندگی و قائم مقامی مورد توجه قرار نگرفته است این عدم توجه تا آن جا است که در ماده ۳۲۵ در خصوص حق درخواست تجدیدنظرخواهی، آن را منحصرأ به طرفین دعوا یا وکلا و نمایندگان قانونی آن ها اعطا نموده است اما در ماده ۳۷۸ در خصوص فرجام خواهی به قائم مقامی نیز قائل شده است. با توجه به این تعاریف و تفکیک سازی

باید گفت که دخالت شخصی در دادرسی منتهی به رأی؛ مانع اعتراض قائم مقام آنها به رأی مزبور می شود اما استثنای در مورد منتقل الیه قانون قدیم صراحت داشته به این که اگر انتقال بعد از اقامه دعوا و صدور حکم انجام گرفته باشد منتقل الیه حقی به عنوان اعتراض ثالث ندارد و در هر حال منتقل الیه قائم مقام ناقل تلفی شده و نمی تواند به عنوان این که در دعوی شرکت نداشته اعتراض ثالث نماید. بنابراین در مورد قائم مقام در تمام مواردی که حق معترض قبل از صدور حکم علیه اصیل به وجود آمده اعتراض ثالث پذیرفته است. مثلاً در صورتی که نسبت به ملکی علیه مالک آن راجع به حق عبوری که به دیگری واگذار شده حکمی صادر شود سپس مالک ملک را به دیگری انتقال دهد منتقل الیه قائم مقام مالک تلفی شده و نمی تواند به آن حکم اعتراض نماید اما در صورتی که انتقال ملک مزبور قبل از اقامه دعوی علیه مالک (فروشنده) بوده حکمی که علیه او صادر می شود توسط منتقل الیه قابل اعتراض ثالث می باشد. هم چنین در صورتی که پس از اقامه دعوی علیه مالک و قبل از صدور حکم، ملک واگذار گردد دعوا باید علیه منتقل الیه جریان یابد و او طرف دعوا قرار گیرد البته منتقل الیه می تواند به عنوان ثالث به دعوا وارد یا جلب شود که در این صورت مشارالیه در دادرسی منتهی به رأی دخالت داشته و اعتراض ثالث از جانب وی منتفی است. هم چنین اگر عده ای از وراثت طرف دعوا قرار نگیرند و در دادرسی نیز نماینده ای هم نداشته باشند می توانند اعتراض ثالث نمایند.

۱-۱- مدیر تصفیه

مدیر تصفیه قائم مقام قانونی تاجر ورشکسته است و به موجب ماده ۴۱۹ قانون تجارت از تاریخ حکم ورشکستگی هر کس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی اعم از منقول و غیر منقول دارد باید بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت وی دعوی را تعقیب کند. حال سؤال این است آیا تاجر ورشکسته می تواند نسبت به رأیی که علیه مدیر تصفیه به قائم مقامی او صادر شده اعتراض ثالث کند قانون گذار در ماده ۴۲۰ قانون تجارت اشعار می دارد «محکمه هر وقت که صلاح بداند می تواند ورود تاجر ورشکسته را به عنوان شخص ثالث در دعوی مطروحه اجازه دهد» با توجه به ملاک این ماده باید پذیرفت که اعتراض تاجر ورشکسته نسبت به رأیی که علیه مدیر تصفیه صادر می شود علی القاعده، مسموع نمی باشد مگر در صورتی که دادگاه آن را «مصلحت» دانسته و قبول کند. دکتر شمس معتقد است می توان پذیرفت در موردی که دادگاه احتمال می دهد که صدور رأی علیه مدیر تصفیه با قائم مقامی تاجر ورشکسته، به نوعی مبتنی بر تقلب و تقصیر مدیر تصفیه است بنابراین مصلحت تاجر ورشکسته اعتراض ثالث او را نسبت به رأی قبول نمود.

به نظر می رسد که نظر دکتر شمس مبنی بر قانون فراتسه بوده باشد چرا که در ماده ۵۸۳ قانون جدید فرتسه، در پاراگراف دوم مقرر شده طلبکاران و سایر قائم مقامان هر یک از اصحاب دعوا در عین حال می توانند در صورتی که رأیی با حلیه و تقلب نسبت به حقوق آنها صادر شده... اعتراض نمایند. ناگفته نماند که در حقوق فراتسه بستانکار در هر حال قائم مقام مدیون شمرده می شود.

نمایند

نمایندگی عنوانی است که بر مبنای آن شخص اقدام به انجام عملی حقوقی به نام و حساب شخص دیگر به منظور تأمین اهداف وی می نماید همانند وکیل و موکل، نمایندگی را می توان به معنای اخص (ولایت پدر وجد پدیری بر

فرزند (نماینده‌گی قضائی) همانند نمایندگی قیم، امین جنین و امین غایب مفقودالاثار (نماینده‌گی قراردادی) و کلای دادگستری، نمایندگی حقوقی ادارات (تقسیم نمود حال با شناختی که از مفهوم و مصادیق نماینده به دست آورده‌یم به این موضوع می‌پردازیم که اگر در دادرسی منتهی به رأی یکی از اصحاب دعوا از طریق نماینده یا وکیل دخالت نموده باشد اصیل نمی‌تواند نسبت به آن رأی اعتراض ثالث نماید.

اما در حالت عکس این موضوع محل بحث است یعنی هرگاه شخصی به وکالت یکی از اصحاب دعوی در محاکمه ای که منتهی به صدور حکم یا قرار شده مداخله داشته و حکم یا قرار محل حقوق خود وی باشد آیا وکیل حق دارد که به حکم یا قرار مذکور به عنوان ثالث اعتراض نماید یا نه؟ با یک مثال دکتر شمس اظهار می‌دارد درست است که اگر در دادرسی منتهی به رأی یکی از اصحاب دعوا از طریق وکیل دخالت نموده باشد اصیل نمی‌تواند نسبت به آن رأی اعتراض نماید مانند صغیری که با نمایندگی ولی یا قیم خود در دادرسی شرکت داشته و منتهی به صدور رأی شده است نمی‌تواند در زمان کبر به آن اعتراض کند، اما همین وکیل یا قیم یا مدیریت شرکت، وزیر و زارخانه می‌تواند نسبت به رأی که حتی با نمایندگی خود آن‌ها نسبت به اصیل، صغیر، محجور یا شرکت و یا وزارتخانه صادر گردیده اصالتاً اعتراض نمایند در حقیقت دخالت اشخاص مزبور در دادرسی منتهی به رأی به عنوان «اصحاب دعوا» نبوده است.

آقای سید جلال الدین مدنی معتقد است شخصی که در دعوی اصلی از احد طرفین وکالت داشته باشد نمی‌تواند بر حکم محکمه به عنوان شخص ثالث اعتراض کند زیرا قائل به این موضوع است که هرگاه شخصی با صفت خاصی در دادرسی شرکت داشته باشد می‌تواند با صفت دیگری به عنوان معترض ثالث اعتراض نماید. سید محمد علی کشاورز صر نیز اعتراض ثالث وکیل را نسبت به حکم و قرار متضرر از آن را می‌پذیرد و اظهار می‌دارد که علی‌الاصول مداخلات وکیل به عنوان وکالت چه در امور جزایی و چه در امور حقوقی به وجود آورنده مسئولیتی برای شخص او نخواهد بود.

اداره اوقاف

آیا اداره اوقاف می‌تواند نسبت به رأی که در دعوی وقفیت مطروحه توسط متولی صادر شده اعتراض ثالث نماید؟ دادگاه عالی انتظامی قضات در رأی شماره ۵۷۰ مورخ ۱۳۰۸/۱۲/۲۲ خود چنین اعتراضی را تجویز نکرده و پذیرش اعتراض را از اداره اوقاف تخلف دانسته است چرا که اوقاف نماینده موقوفه می‌باشد.

دکتر شمس اظهار نظر نموده است که اعتراض اداره اوقاف دو صورت خواهد داشت یکی آن که اداره اوقاف مدعی تولیت را که محکوم شده است را متولی نمی‌داند و دعوی را مبتنی بر تبانی برای تصاحب موقوفه تشخیص می‌دهد در این صورت چون حقوق موقوفات مجهول التولیه یا بدون متولی بر عهده اداره اوقاف است بدیهی است که اداره اوقاف می‌تواند به عنوان شخص ثالث ضمن تکذیب تولیت، اعتراض نماید اما در مورد موقوفاتی که دارای متولی هستند و در دعوی، متولی محکوم گردد حق اعتراض ثالث ندارند. در مواردی هم متولی یا هیئت امانه یا موقوف علیهم برای دفاع از موقوفه وظایفی دارند از جمله حق تقاضای ثبت و سایر اقدامات لازم، اعتراض و اقامه دعوی دارند اما چنان چه از این حق خود استفاده نکرده و اقدام نمایند به تصریح ماده ۹ قانون تشکیلات و

اختیارات سازمان حج و اوقاف مصوب ۱۳۶۳، سازمان مذکور در مواردی که لازم بناند و مصلحت موقوفه ایجاب نماید می تواند در دعاوی مربوطه وارد شده و به احکام صادره اعتراض نماید.

اقسام اعتراض شخص ثالث

ماده ۴۱۹ اعتراض شخص ثالث را بر دو قسم دانسته است: اعتراض اصلی، اعتراض طاری؛ در تعریف اعتراض اصلی آمده است: اعتراضی که ابتدا از طرف شخص ثالث صورت گرفته باشد. اعتراض ثالث به موجب ماده ۴۲۰ از طریق دادخواست صورت می پذیرد. رسیدگی در اعتراض ثالث اصلی عدولی است و دادخواست آن می بایست به دادگاهی تقدیم گردد که رأی قطعی را صادر نموده است در صورت عدم رفع نقص در مهلت مقرر که منجر به صدور قرار رد دادخواست گردیده است پس از قطعیت قرار رد دادخواست شخص مجدداً می تواند تجدید دادخواست نماید چرا که اعتراض ثالث مقید به مهلت نبوده و قابلیت طرح مجدد را دارد. خواسته دعوی اعتراض ثالث تنها باید الغاء حکم معترض عنه باشد که از جهت مالی یا غیر مالی بودن تابع خواسته دعوی اصلی (حکم معترض عنه) است که در دعوی مالی هزینه دادرسی آن معادل هزینه دادرسی فرجام خواهی و اعاده دادرسی است طبق قسمت ج بند ۱۲ ماده سه قانون وصول برخی از درآمدهای دولت به نسبت ارزش محکوم به تا ۱۰ میلیون ریال ۳ درصد و نسبت به مازاد ۴ درصد است. اعتراض ثالث اصلی باید به طرفیت محکوم له و محکوم علیه رأی مورد اعتراض تقدیم گردد این دادخواست می بایست به طرفیت تمامی محکوم علیهم تنظیم و تقدیم گردد. نویسنده کتاب اعتراض ثالث «عبدالصمد دولاح» معتقد است حتی اگر محکوم علیه دادنامه ای که ثالث به آن اعتراض می نماید در پرونده مورد رسیدگی هیچ سمتی نداشته باشد و حضور و عدم حضورش هیچ تفاوتی نداشته باشد به لحاظ رعایت شرایط شکلی طرح دعوی اعتراض ثالث، باز هم مشارالیه باید خواننده دعوی اعتراض ثالث قرار گیرد. اما دکتر شمس معتقد است اگر محکوم له پرونده متعدد باشد می توان بعضی از آنها را مورد طرف دعوا قرار نداد در این صورت رأیی که به نفع ثالث صادر می شود در مقابل این اشخاص قابل استناد نیست. در اعتراض ثالث با توجه به این که در این مرحله صرفاً به موضوع دعوی قضاوت شده رسیدگی می شود اصولاً ورود و جلب ثالث و دعوی متقابل در آن منتفی است. اما رأی صادره قابل شکایت عادی و فوق العاده است. با استفاده از ملاک قسمت اخیر ماده ۴۳۸ می توان گفت که آراء صادره بر اساس اعتراض ثالث نیز از حیث شکایت تابع مقررات مربوطه خواهد بود پس اگر از دادگاه نخستین صادر شده باشد در صورت داشتن سایر شرایط لازم قابل تجدیدنظر و فرجام و اگر از دادگاه تجدید نظر صادر شده باشد در صورت داشتن قابلیت قابل فرجام خواهد بود رسیدگی به اعتراض ثالث در دادگاه تجدیدنظر یکی از مستثنیات ماده ۷ ق. آ. د. م می باشد به دلالت ماده ۷ لازمه رسیدگی ماهوی در دادگاه تجدیدنظر که مرحله بالاتر تلفی می گردد رسیدگی ماهوی در دادگاه بدوی است.

اعتراض طاری

در تعریف اعتراض طاری آمده است: اعتراض یکی از طرفین دعوا به رأیی که سابقاً در یک دادگاه صادر شده و طرف دیگری برای اثبات ادعای خود، در انانای دادرسی، آن رأی را ابراز نموده است. رسیدگی به این اعتراض بدون تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی خواهد بود و به موجب رأی شماره ۶۳۴ - ۱۳۳۷/۴/۲۸ شعبه ششم دیوانعالی کشور حتماً لازم نیست شخص در همان جلسه اول نسبت به حکم ابرازی اعتراض طاری نماید بلکه در جلسات بعد هم می تواند از این حق خود استفاده کند. «اعتراض ثالث طاری همانند درخواست اعاده دادرسی طاری نوعی دفاع در برابر دلیل شمرده می شود با این تفاوت که در اعاده دادرسی طاری رأی مورد استناد در دعوی اصلی علیه همان

شخصی صادر شده که علیه او مورد استناد قرار می‌گیرد در حالی که در اعتراض ثالث طاری رأی مورد اعتراض بین دیگران صادر شده ولی علیه معترض یا همان شخص ثالث مورد استناد قرار می‌گیرد. در رسیدگی به اعتراض ثالث طاری، ما با سه حالت مواجه هستیم دادگاه رسیدگی کننده از نظر درجه یا با دادگاه صادر کننده رأی معترض عنه هم درجه است یا درجه اش بالاتر است و یا اینکه از نظر درجه پایین تر از دادگاه صادر کننده رأی معترض عنه است در دو صورت نخست دادگاه به اعتراض ثالث رسیدگی نموده و این روش رسیدگی تصحیحی است و نیاز به تقدیم دادخواست جداگانه ندارد، در دو حالت دیگر که دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی صلاحیت رسیدگی به دعوی طاری را دارد به هر دو دعوا توأماً رسیدگی می‌شود و در صورتی که مرجع رسیدگی کننده تشخیص دهد رأیی که در خصوص اعتراض یاد شده صادر می‌شود مؤثر در اصل دعوا خواهد بود تا حصول نتیجه ی اعتراض، رسیدگی به دعوا را به تأخیر می‌اندازد در غیر این صورت دادگاه رسیدگی نموده رأی می‌دهد. اما در صورتی که حالت سوم پیش بیاید یعنی درجه دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اعتراض از نظر درجه پایین تر از دادگاه صادر کننده رأی معترض عنه باشد. دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی صلاحیت رسیدگی به دعوی اعتراض را نداشته و در این حالت اعتراض طاری تبدیل به اعتراض اصلی می‌گردد و معترض باید دادخواست خود را به دفتر مرجع صادر کننده رأی معترض عنه تقدیم نماید.

روش رسیدگی در این مورد عدولی خواهد بود معترض بیست روز فرصت خواهد داشت تا در دادگاه صلاحیت در اعتراض نماید و چنان چه در مهلت مقرر اقدام ننماید دادگاه به رسیدگی ادامه خواهد داد اما چنان چه معترض ثالث در مهلت مقرر اقدام نماید و دادگاه رأی را که در دادگاه صالح در خصوص اعتراض ثالث صادر می‌شود را مؤثر در دعوای اصلی بدانند رسیدگی را به تأخیر خواهند انداخت. رسیدگی در دادگاه هم درجه از استثنائات ماده ۸ ق.آ.د.م محسوب می‌گردد.

مهلت اعتراض ثالث

در حقوق ایران برای طرح اعتراض شخص ثالث مهلتی تعیین نشده است بنابراین آراء دادگاه‌ها بدون محدودیت زمانی قابل اعتراض شخص ثالث می‌باشند و تفاوتی نمی‌نمایند که شخص ثالث از رأی آگاه باشد یا نبوده باشد و در هر حال ماده ۴۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را نباید مفید این معنا دانست که اعتراض ثالث به نوعی محدود به مهلت شده است. ماده مزبور عنوان می‌دارد «اعتراض شخص ثالث قبل از اجرای حکم مورد اعتراض قابل طرح است و بعد از اجرای آن در صورتی می‌توان اعتراض نمود که ثابت شود حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به جهتی از جهات قانونی ساقط نشده است.» شرط پیش بینی شده در قسمت دوم ماده ۴۲۲ اقتباس ناقصی است از حقوق فرانسه زیرا در حقوق فرانسه مهلت اعتراض اصلی ۳۰ سال و اگر رأی ابلاغ گردیده باشد این مدت به دو ماه تقلیل می‌یابد هم چنین اعتراض طاری فاقد مهلت است.

بنابراین چنان چه سی سال از صدور حکم معترض عنه سپری شده باشد حق اعتراض اصلی نسبت به آن مشمول مرور زمان شده و ساقط می‌گردد به هر ترتیب با توجه به این که در حقوق ما برخلاف حقوق فرانسه دعوی اعتراض فاقد مرور زمان است مرور زمان به عنوان یکی از جهات ساقط شدن حق اعتراض از مشمول ماده ۴۲۲ خارج است بنابراین دادگاه می‌بایست به سایر جهات رسیدگی نماید که مثلاً حق مورد ادعا به یکی از اسباب سقط تعهدات ساقط نگردیده باشد که در صورت ساقط بودن حق مزبور فرقی نمی‌نماید که اعتراض قبل از اجرای حکم باشد یا بعد از آن، بنابراین دومین مقررۀ ماده ۴۲۲ به نظر لغو می‌رسد چرا که خواهان هر دعوایی به صراحت ماده ۲

قانون آیین دادرسی مدنی باید ذینفع بوده و این امر اختصاص به معترض ثالث ندارد البته قانون گذار با استفاده از لفظ « ثابت شود » در ماده ۴۲۲ مشخص ننموده که اثبات سقوط حق موصوف یا عدم سقوط آن برعهده چه کسی است؟ آیا معترض ثالث باید عدم سقوط حقوق را اثبات نماید یا این که کسانی که طرف دعوی اعتراض ثالث قرار گرفته اند باید سقوط حقوق وی را اثبات کنند. به نظر می رسد با توجه به مفاد ماده ۴۲۲ قانون فعلی این معترض ثالث است که بعد از اجرای حکم طرح دعوا نموده پس وی باید عدم ساقط شدن حقوق مأخذ اعتراض ثالث را اثبات نماید. که البته این مطلب نیز با اصول مغایر است چرا که ساقط نشدن حقی که وجود داشته نیاز به اثبات ندارد و اصل استصحاب ایجاب می کند که آن حق را ثابت شده فرض کنیم و دعوای اعتراض را بپذیریم و این را تکلیف قانونی معترض علیه بدانیم که باید ثابت کند حق معترض ساقط شده است.

آثار اعتراض

بررسی اثر تعلیقی

به موجب ماده ۴۲۴ ق.ا.د.م « اعتراض ثالث موجب تأخیر اجرای حکم قطعی نمی باشد ... » بنابراین این شکایت نیز همانند سایر طرق فوق العاده اثر تعلیقی ندارد اما در مواردی که جبران ضرر و زیان ناشی از اجرای حکم ممکن نباشد دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض ثالث به درخواست معترض ثالث، پس از گرفتن تأمین مناسب، قرار تأخیر اجرای حکم را برای مدت معین صادر می نماید. بنابراین تأمین چه در دعوای مالی و چه در دعوای غیر مالی باید از معترض ثالث گرفته شود تا زمینه برای اجرای حکم مورد اعتراض فراهم باشد. در قانون ۵۸۹ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ گرفتن تأمین به مقررات مربوط به تأمین خواسته ارجاع شده بود در حال حاضر تأمین می تواند در محکوم به مالی، وجه نقد، ضمانت نامه بانکی، مال غیر منقول باشد و در محکوم به غیر مالی نیز تأمینتی اخذ گردد که زمینه اجرای حکم را فراهم آورد در نهایت اگر قرار تأخیر اجرای حکم صادر شود برای مدت معین خواهد بود اما تمدید آن تا روشن شدن نتیجه ی نهایی اعتراض مانعی ندارد.

اثر انتقالی

اعتراض ثالث دارای اثر انتقالی است بنابراین دادگاه به جنبه های حکمی و موضوعی رأی معترض عنه رسیدگی و تصمیم دادگاه نسبت به دعوای اعتراض ثالث باید در محدوده ای باشد که به حقوق ثالث لطمه وارد کرده است.

صدور رأی

به موجب ماده ۴۲۵ « چنانچه دادگاه پس از رسیدگی، اعتراض ثالث را وارد تشخیص دهد آن قسمت از حکم را که مورد اعتراض قرار گرفته نقض می نماید و اگر مفاد حکم غیر قابل تفکیک باشد تمام آن الغاء خواهد شد. » در صورتی که اعتراض ثالث در ماهیت به هر علت وارد دانسته نشود حکم به بطلان و یا عدم ورود آن صادر می شود به موجب رأی دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۳۸ به شماره ۹۸۴ « رأی به عدم ورود اعتراض شخص ثالث حکم تلقی می شود نه قرار. » در حقیقت اعتراض ثالث تنها می تواند بری بی اثر کردن خللی که رأی مزبور به حقوق معترض ثالث وارد آورده مورد رسیدگی و تصمیم گیری واقع شود بنابراین در همین محدوده ثالث ذینفع بوده و

دعوی او، در همین محدوده باید مورد ارزیابی قرار گرفته و رأی صادر شود به عبارت دیگر اعتراض ثالث علی الاصول نمی تواند وضعیت اصحاب دعوی اصلی رأی مورد اعتراض را تغییر دهد. البته طبق این ماده لازم نیست حتماً حکم نقض گردد، به طور مثال چ حق عبوری را از شخص ب که خود را مالک معرفی کرده خریداری می نماید اما ب در دعوی مالکیت به طرفیت الف محکوم می گردد. در این جا اعتراض ثالث شخص ج نمی تواند موجب شود که رأی که بین الف و ب مبنی بر مالکیت الف صادر شده نقض گردد رأی دادگاه در این صورت می تواند مقرر نماید که حکم مربوط علیه ثالث قابل اجرا و استناد نباشد.

در ماده ۴۲۵ منظور از «آن قسمت از حکم» قسمت کمی یا کیفی است که به حقوق شخص ثالث خلل وارد می آورد. دکتر سمس از همین ماده استفاده نموده و اظهار داشته در مواردی که رأی غیر قابل تجزیه و تفکیک باشد اعتراض ثالث در صورتی پذیرفته می شود که تمامی صحاب دعوا متبیه به صدور رأی طرف اعتراض قرار گرفته باشند در حقیقت به موجب ماده ۴۲۵ در صورتی که حکم معترض عنه غیر قابل تفکیک باشد «تمام آن لغا، خواهد شد» و الغای تمام حکم مستلزم آن است که در صورت تعدد محکوم لهم تمامی آن ها طرف دعوا قرار بگیرند تا بتوانند از حق دفاع بهره مند گردند اما در غیر مورد مزبور یعنی رأی قابل تجزیه و تفکیک باشد، ثالث می تواند بعضی از محکوم لهم را طرف دعوی اعتراض قرار ندهد در این صورت اگر رأی مورد اعتراض نقض شود این نقض جزئی بوده و هم چنان می تواند رأی توسط محکوم لهمی که طرف اعتراض قرار نگرفته اند علیه معترض مورد استناد قرار بگیرد.

نتیجه گیری:

اعتراض شخص ثالث علی رغم پرداختن تعداد اندکی از مواد قانونی به آن، مبحث گسترده ای را به خود اختصاص داده است این نوع اعتراض یکی از طرق فوق العاده شکایت از آراء شمرده می شود برخلاف اعاده نادرسی و فرجام خواهی قانون گذار موارد و جهات اعتراض را شمارش نکرده است و این امر تا حدودی این طریقه را به طرق عادی شکایت از آراء نزدیک کرده است و به نظر می رسد تلقی آن به عنوان یکی از طرق فوق العاده توجیه کافی ندارد و فقط به این اعتبار که بعد از حصول قطعیت احکام، موقعیت برای طرح این دعوی فراهم می گردد، می توان آن را از طرق فوق العاده دانست.

منابع و مأخذ:

- ۱- آئین دادرسی مدنی، جلد دوم، دکتر سمس، سال ۱۳۸۴
- ۲- محشای آئین دادرسی مدنی، دکتر عباس زراعت، سال ۱۳۸۶
- ۳- مباحث دشوار آئین دادرسی مدنی، جلد اول، دکتر نصرالله قهرمانی، سال ۱۳۸۶
- ۴- اعتراض شخص ثالث در دادرسی مدنی، عبدالصمد دولاح، سال ۱۳۸۶
- ۵- نحوه عملی رسیدگی به دعوی حقوقی در محاکم تجدید نظر و دیوان عالی کشور، منصور ابانری قوشی، سال ۱۳۸۶

حق بر آموزش و نسبت آن با سایر نسل های حقوق بشری

رحمت الله عالمی

- اهمیت حق بر آموزش

از تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر مدت مدیدی می گذرد، میثاق های حقوق مدنی و سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تصویب و لازم الاجرا شده اند، معاهدات فراوانی در قلمرو حقوق بشر وجود دارند که حقوق بنیادین و آزادی های اساسی پیش بینی شده در اعلامیه جهانی حقوق بشر را توسعه داده اند. موضوع این معاهدات در مورد تبعیض نژادی، تبعیض نسبت به زنان، شکنجه و حقوق کودکان به ویژه حق بر آموزش می باشد و از جهت اعلامیه های فراوانی نیز در رابطه با حقوق فردی صادر شده است.^۱ آن چه که در این اسناد نمود بیشتری دارد و در تحقق اهداف این اسناد به عنوان یک تلقی می شود آموزش است. حق بر آموزش یکی از حقوق بنیادین انسان به شمار می رود که بر خورداری از آن، پرورش روح مستعد اندیشیدن و به کار انداختن استعداد هوشمندانه انسان را به همراه دارد. راهی از جهل از برکت تعلیم و آموزش میسر است. در همه ادیان به گونه های متفاوتی به آموزش پرداخته شده است هم چنان که در دین مبین اسلام نیز تعلیم و آموزش اساس بعثت پیامبر اسلام قرار گرفته است تا به این وسیله جوامع متفکر و تولمند فراهم شود.^۲

آموزش کلیدی است برای رسیدن به آزادی روحی که بر اساس آن کودکان نه تنها می توانند شخصیت شان را توسعه دهند بلکه می توانند، برای جامعه مفید و ثمر بخش باشند. فقدان آموزش موجب سردرگمی شخص نسبت به مفاهیم اولیه زندگی و در نهایت مفاهیم حقوق بشری و مخالفت با آن می شود بنابراین آموزش در رشد آگاهی و تحقق اهداف مندرج در اسناد حقوق بشری، نقشی تعیین کننده دارد.^۳

امروزه اهمیت این حق به قدری روشن است که از آن به عنوان حق «تیرودهنده»^۴ به سایر حقوق اساسی یلامی کنند

۱- وکیل پایه یک دادگستری - کارشناس ارشد حقوق بشر - گنبد کاووس

۱- رایسون، ماری، چه آینده ای در انتظار حقوق بشر است، ترجمه ابراهیم بیگ زاده، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، ۱۳۸۰، شماره های ۳۳، ۳۴، ص ۲۰۱.

۲- عالمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی های سیاسی، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۵، ص ۵۰۲.

۳- Waughan Lowe, International Human Rights and Islamic Law, Oxford University Press, ۲۰۰۷, p. ۲۱۰.

۴- Empowerment Right.

و می توان گفت حق بنیادین نوع بشر، مخصوصاً کودکان است که آموزشی را دریافت کنند که هسته اساسی حق بر آموزش از دیدگاه حقوق بشر بین الملل است زیرا بهره مندی از بسیاری از حقوق مدنی و سیاسی، از ماهیت بی بر خور دار بودن از حداقل آموزش است. هم چنین تمتع از بسیاری از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تنها وقتی می تواند معنی داشته باشد که سطح حداقلی آموزش در دسترس افراد باشد. مهم ترین مقررات در این باره در ماده بیست و نهم اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده سیزدهم و چهاردهم میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مواد بیست و هشت و بیست و نه کنوانسیون حقوق کودک و ماده سیزدهم پروتکل سن سال و نور می باشد.^۵

۲- مفهوم حق بر آموزش

حق بر آموزش، شامل تمامی ابعاد آزادی آموزش، رکن اساسی حقوق بشر معاصر را ایجاد می نماید گرچه در کل، حق بر آموزش به عنوان حقی فرهنگی در نظر گرفته شده است ولی این حق با تمامی حقوق دیگر بشری ارتباط دارد.^۶ برای تبیین دقیق موضوع و این که چرا در تقسیم بندی کلی، حداقل از حیث شمول این حق در اسناد حقوق بشری، آن را حقی فرهنگی تلقی نموده اند ابتدا به تعریفی که در کنفرانس جهانی مربوط به سیاست های فرهنگی یونسکو در سال ۱۹۸۲ در مکزیک از فرهنگ ارائه شده، اشاره می نماییم:

«فرهنگ عبارت است از مجموعه چهره های شاخص، معنوی و مادی و عقلانی و احساسی که توصیف کننده یک جامعه یا یک گروه اجتماعی و از طرف دیگر، جامع هنرها، نوشته ها، شیوه های زندگی، حقوق بنیادین موجود انسانی، سنت ها و اعتقادات می باشد.

حقوق فرهنگی در حقوق بشر جایگاه والایی دارد در یک ارزیابی کوتاه می توان چنین برناشت نمود که فرهنگ زاینده فکر و عمل و دست رنج تلاش افراد و گروه های انسانی است اما از آن جا که در گذر زمان، مجموعه موضوعات و مفاهیم فرهنگی، با هویت فراگیر، محیط بر ابتکارات فردی شده است و افراد، صرفاً در محدوده سازوکارهای اجتماعی، ابتکار عمل دارند، حقوق فرهنگی جنبه حمایتی و تأمینی به خود می گیرد و منطبقاً دولت ها را از نظر اجتماعی مکلف به مراقبت و پاسداری از ارزش ها و میراث های فرهنگی و از نظر مطالبات فردی مکلف به تأمین امکانات لازم برای ارتقای فرهنگی افراد می کند. بر اساس این منطق است که در منشور حقوق بشر حقوق فرهنگی به عنوان مقوله دوم، در ردیف حقوق اقتصادی و اجتماعی قرار گرفته است»^۷

۵- ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هر کس حق دارد از آموزش و پرورش بهره مند گردد. آموزش و پرورش حداقل تا حدودی که مربوط به تعلیمات ابتدایی و اساسی است باید رایگان باشد آموزش ابتدایی اجباری است»

۶- آموزش و پرورش باید طوری هدایت شود که شخصیت انسانی هر کس را به حد اکمل رشدان برساند و احترام حقوق و آزادی های اساسی بشر را تقویت نماید.

۷- پدر و مادر در انتخاب نوع آموزش و پرورش فرزندشان خود نسبت به دیگران اولویت دارند»

ماده ۱۳ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی: «۱۵- کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به آموزش و پرورش به رسمیت می شناسند

کشورهای مزبور موظف دارند که هدف آموزش و پرورش باید نمو کامل شخصیت انسانی و احساس حیثیت آن و تقویت احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی باشد

۱۲- کشورهای طرف این میثاق اذعان دارند که به منظور ارضای این حق:

الف- آموزش و پرورش ابتدایی باید اجباری و رایگان در دسترس عموم قرار گیرد»

ماده ۲۸ کنوانسیون حقوق کودک: «۱۸- کشورهای طرف کنوانسیون حق کودک را نسبت به آموزش و پرورش به رسمیت می شناسند و برای دستیابی تدریجی به این حق و بر اساس ایجاد فرصت های مساوی، اقدامات ذیل را معمول خواهند داشت:

الف- اجباری و رایگان نمودن تحصیل ابتدایی برای همگان»

ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک: «کشورهای طرف این کنوانسیون موظف می نمایند که سوارد ذیل باید جزء آموزش و پرورش کودک باشد:

الف- پیشرفت کامل شخصیت، استعدادها و توانایی های ذهنی و جسمی کودک

ب- توسعه احترام به حقوق بشر و آزادی های اساسی و اصول مذکور در منشور سازمان ملل متحد و»

۶- Karen Reid, A Practitioners Guide To The European Convention On Human Rights, Thomson Press, ۲۰۰۴, p. ۱۳۹.

۷- خاتمی سید محمد همدان، ص ۵۰.

آموزش اصلاً یک موضوع اجتماعی است، جنبه خاصی از فعالیت‌های اجتماعی است که همواره در جامعه معمول بوده است. در تمام ادوار و در همه جوامع، همه مریدان با توجه به هدفی که داشته‌اند، سعی کرده‌اند شخصیت کودکان را متناسب با نیازهای جامعه، و برای عضویت در جامعه آماده سازند. فلذا در آموزش کودکان رابطه آن‌ها با فرهنگ و جامعه شایسته اعتناست. زیرا که کودکان نمی‌توانند به دور از گروه‌های اجتماعی پرورش یابند و شخصیت آنان نمی‌تواند بدون کنش و واکنش متقابل با محیط اجتماعی قوام گیرد^۸.

آموزش به معنی اعم آن جریانی است که افراد از طریق آن به یادگیری نقش‌ها، قواعد، روابط و به طور کلی، فرهنگ جامعه خود می‌پردازند و به معنی اخص آن، جریانی است که افراد به واسطه آن در وضعیت‌های اجتماعی سازمان یافته، در معرض آموزش منظم دانش‌ها، مهارت‌ها، رفتارها و گرایش‌های معین قرار می‌گیرند^۹. هم چنین یونسکو آموزش را عبارت می‌داند از تمامی کنش‌ها و راه و روش‌هایی که برای رشد و تکامل توانایی‌های مغزی، معرفتی و هم چنین مهارت‌ها، انگیزش‌ها و رفتار انسان به کار می‌روند البته به طریقی که شخصیت انسان را تا ممکن‌ترین حد آن به رشد و تعالی برساند^{۱۰}.

در جامعه ابتدایی، آموزش، هدف و منظور آگاهانه‌ای نداشت. هر فرد پس از تولد به تدریج، طی مراحل مختلف زندگی، متناسب با سن و موقعیت اجتماعی، سازگاری‌های لازم را با محیط اجتماعی فراگرفته، طی ترتیباتی به زندگی بزرگسالی راه می‌یافت. ولی در وضعیت فعلی، مفهوم آموزش و کارکردهای آن دست‌خوش تغییر و دگرگونی شده است. نیازهای گوناگون زندگی انواع آموزش را طلب می‌کند به گونه‌ای که هم‌اکنون کودکان در محیط‌های سازمان یافته آموزش یادگیری، طبق برنامه‌های منظم، در جریان آموزش عمومی، فنی و تخصصی مورد نیاز جامعه قرار می‌گیرند.

در جامعه پیچیده فعلی، با گسترش شهرنشینی، توسعه صنعتی و دگرگون شدن ساختارها و کارکردهای سیاسی و اقتصادی، عواملی مثل خانواده که در گذشته بار تعهدات آموزشی را برعهده داشتند دیگر اقتدار و نفوذ کافی برای ایفای وظایف پیچیده آموزشی را ندارند. از این رو شرایط فعلی اقتضای ایجاد نظام آموزش رسمی را دارد. اداره این چنین نظامی در اغلب موارد مستلزم اجرای برنامه‌های درازمدت، دقیق و تخصصی است. آموزش مندرسه‌ای که زمانی کارکرد عمده آن به سوادآموزی محدود می‌شد اینک دامنه گسترده‌ای از تجارب، معارف، علوم و فنون جدید را شامل می‌شود^{۱۱}. این مفهوم از آموزش باعث گردید که مقوله آموزش به مرور در سطح بین‌المللی به ویژه اسناد حقوق بشری نمود خاصی پیدا کند.

اقتضائات مفهوم فوق از آموزش به عنوان حق فرهنگی در اسناد حقوق بشری تعهداتی را برای دولت‌ها بار کرده است. از این حیث که دولت‌ها می‌بایست جهت رعایت کامل حق بر آموزش، اقدامات مثبتی را انجام دهند. مطابق با بند یک ماده دو میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و بند یک ماده بیست و هشت کنوانسیون حقوق کودک، این تعهدات تنها به عنوان «تعهدات پیش‌رونده» تعریف می‌شوند به این معنا که هر دولت عضو متعهد می‌شود

۸- ۹۶-۱۰۰، علی، جامعه‌شناسی آموزش و پرورش، نشر روان، چاپ ۳۸، سال ۸۵، ص ۱۷.

۹- رنج شاپور، تعلیم و تربیت در جهان امروز، چاپ سوم انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۰، ص ۱۶۶.

۱۰- عرفی، ختم‌کار آموزش حقوق بشر برای کودکان دست‌نهی پایان نامه، چاپ ۱۳۸۰، در چه کارشناسی از مسکلت‌کننده حقوق دانش‌گاه شهید بهشتی، سال ۸۷، ص ۳۳.

۱۱- صفایی، احمد، در جست‌وجوی شناخت آموزش فصلنامه تعلیم و تربیت، شماره ۱، سال ۱۳۷۰.

که گام‌هایی بردارد تا حداکثر امکان دست‌یابی به منابع، با دیدگاه تحقق کامل حق بر آموزش، وجود داشته باشد.^{۱۲}

دولت‌ها در این قسم از تعهدات خود باید اقدام به انجام امور زیر نمایند:

الف: آموزش ابتدایی باید برای همه آزاد و اجبیری باشد؛

ب: آموزش بعدی برای همه به صورت مساوی قابل دسترس باشد به علاوه این که آموزش رایگان و مؤسسات مالی در موارد لزوم معرفی گردند؛

ج: آموزش عالی باید بر اساس توانایی و استعداد در اختیار همه قرار بگیرد؛

د: آموزش‌های مبنایی باید برای کسانی که آموزش ابتدایی را کامل نگذرانده اند افزایش یابد؛

ه: برنامه‌های آموزش استثنایی برای کسانی که ضعیف هستند در نظر گرفته شود؛

ل: رفع هرگونه جهل و بی‌سوادی.

رسیدن به اهداف بالا مستلزم آن است که دولت‌ها برنامه ریزی‌های خاصی را مطابق با موازین حقوق بشری انجام دهند در این رابطه در ماده چهارده میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی چنین مقرر شده است:

«هر کشور طرف این میثاق که در زمان امضای آن هنوز نتوانسته است در قلمرو اصلی خود یا دیگر سرزمین‌های تحت حاکمیت خود آموزش و پرورش ابتدایی اجباری رایگان تأمین نماید متعهد می‌شود ظرف مدت دو سال طی یک طرح تفصیلی تدابیر لازم برای تحقق بخشیدن تدریجی اجرای کامل اصل آموزش و پرورش اجباری رایگان برای عموم در ظرف مدت چند سالی که در خود طرح تصریح بشود تنظیم و تصویب کند.»

اهمیت حق بر آموزش به حدی است که عدم اجرای تکلیف مندرج در مقرر فوق یا قصور در ایقاع کامل آن (نداشتن سیستم آموزشی رایگان)، به وضوح نقض کامل تعهدات آن دولت تحت حقوق بین‌الملل است. مسؤلیت دولت‌ها به این جا ختم نمی‌شود ممکن است دولتی سیستم آموزشی رایگان داشته باشد اما باز هم تعهدات حناقلی خود را که در میثاق مندرج است انجام نداده باشد.

سطح بالایی بی‌سوادی علی‌رغم وجود سیستم آموزشی رایگان نمونه بارزی از نقض تعهد است که می‌تواند در مواردی مبنای آن عدول از اصل عدم تبعیض مندرج در ماده دو میثاقین باشد. در این وضعیت دولت متعهد تنها در صورتی می‌تواند از خود رفع مسؤلیت نماید که ثابت کند دلیل بسیار واضح و مبرهنی وجود داشته است که سیاست‌های آن دولت جهت تحقق حداکثر دستیابی به آموزش و منابع آموزشی و رفع بی‌سوادی و جهل علی‌رغم وجود آموزش

۱۲- Eide, Absjorn, Economic, Social And Cultural Rights, Norway: Institute Of Human Rights, Oslo, Norway, ۲۰۰۵, p. ۲۵۵.

رایگان و امکانات آموزشی با شکست مواجه شده است.^{۱۳}

۳- حق بر آموزش و نسبت آن با سایر نسل های حقوق بشری

بر اساس تحولات تاریخی و پویای علمی در حوزه حقوق بشر، تاکنون سه دسته یا سه نسل از حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. نخستین نسل حقوق بشر (حقوق منفی) در واقع حقوق مدنی و سیاسی است که مربوط به آزادی های بزرگی هم چون آزادی عقیده، بیان، اجتماع و مشارکت، تضمینات قضایی مبنی بر برائت فرد تا زمان اثبات جرم در دادگاه صالح و عطف به ما سبق نشدن قانون است چنین هنجارهایی از زمان انقلاب های قرن هجدهم پا گرفت و در قالب امروزی به خصوص در مئون حقوقی این عصر شکل پیدا کرد.

نسل دوم حقوق بشر (حقوق مثبت)، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است پیدایش این حقوق به جنگ جهانی دوم بر می گردد. پس از جنگ جهانی دوم با اعمال نفوذ کشورهای سوسیالیست در اعلامیه جهانی حقوق بشر گنجانیده شد و مصادیق بارز آن در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مندرج گشته است.

به تازگی از نسل سومی از حقوق بشر صحبت به میان آمده است حقوقی که در برخی از قطع نامه های سازمان ملل متحد، برنامه ریزی اولیه تعدادی از معاهدات و در منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق ۶۰ها از آن یاد شده است. حقوق هم بستگی عنوانی است که به این نسل از حقوق بشر داده شده است. از میان حقوقی که در این نسل سراغ داریم می توانیم به مواردی چون حق توسعه، حق برخورداری از محیط زیست سالم و حق صلح اشاره کنیم.^{۱۴}

تا پیش از جنگ سرد بین طرفداران دو نسل اول و دوم اختلاف نظر جدی وجود داشت. مطابق برداشت طرفداران نسل اول حقوق بشر، افراد باید به صورت جدی مورد حمایت قرار بگیرند و حقوق مدنی و سیاسی آن ها شامل آزادی بیان، عقیده و تشکیل گروه های سیاسی تضمین شود. از سوی دیگر طرفداران نسل دوم به علت مخالفت با فردگرایی غربی ترجیح می دهند که افراد جامعه و دولت کمتر از یکدیگر متمایز باشند یا حداقل اختلاف کمتری بین آن ها باشد.

اما با پایان یافتن جنگ سرد و آغاز عصری نو در روابط بین الملل، به ویژه در هزاره جدید عملاً از تعارض بین حقوق نسل اول و دوم کاسته شد. در این راستا برگزاری کنفرانس جهانی ۱۹۹۳ حقوق بشر در وین که در آن تمامی کشورها بر موضوع پیوند داشتن توسعه یعنی حق نسل سوم بر دموکراسی و حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی صحنه گذاشتند و برای تمامی آن ها اهمیتی یکسان قائل شدند و هم اکنون اجماع بین المللی بر این است که نسل های حقوق بشر با همدیگر تنیده و ارتباط کامل دارند.

بین سه نسل حقوق بشر یک رابطه هم زیستی و حمایت متقابل وجود دارد حقوق نسل اول تا زمانی که انسان تحت یک اقتدار برتر در اجتماع زندگی می کند طراوت و تازگی خود را حفظ خواهد کرد بدون برخورداری از حقوق نسل اول، فرد انسانی در معرض تخیلات، پندارها و هوس های حکامی قرار خواهد گرفت که در مقام رویارویی با

^{۱۳}- Ibidp. ۲۶۶

^{۱۴}- کریستیان، نامونشات حقوق بشر، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی انتشارات میزان، سال ۱۳۸۶، صص ۱۰۵، ۱۰۶

آن‌ها است. به همین ترتیب حقوق نسل دوم همچون حق امنیت اجتماعی در پرتو ظهور حقوق نسل سوم، زائد تلقی نمی‌شود. برعکس می‌توان بر این گمان بود که از همان آغاز، نسل سوم حقوق بشر از ره گذر آمیختگی شدید با عناصر سیاسی، خط مشی استحقاقی حقوقی را به تدریج رها می‌کند.^{۱۵}

از آن جایی که بر اساس دیدگاه حاکم بر حقوق بشر همه افراد بشر به هم وابسته و غیر قابل تقسیم می‌باشند تئوری نسل‌های سه‌گانه حقوق بشر نمی‌تواند بر تقدم و سلسله مراتب بین حقوق مذکور دلالت نماید. با این حال این تئوری این قضیه را روشن می‌کند که چگونه طبقه‌های مختلف از حقوق، بسته به پیشینه‌های فلسفه سیاسی همانند تاریخچه حقوق اساسی و حقوق داخلی کشورها به وجود آمده‌اند به علاوه قرار دادن حق بر آموزش در هر کدام از این نسل‌ها ممکن است که به ما در تفسیر دقیق چارچوب حق مورد بحث و ادعاهای دقیق قانونی دارنده آن حق در کنار تعهدات متقابل دولت‌ها کمک کند.

معمولاً هر حق بشری مبتلابه ممکن است در یکی از نسل‌های حقوق بشری جای گیرد. حقوق خاصی، به عنوان مثال حق بر مالکیت یا حق بر عضویت و تشکیل اتحادیه تجاری ممکن است هم به عنوان حق مدنی، سیاسی و هم به عنوان حق اقتصادی در نظر گرفته شود و بنابراین در هر دو نسل جای بگیرد. با در نظر گرفتن زمینه تاریخی و لفظی حق بر آموزش در اسناد متفاوت منطقه‌ای و جهانی حقوق بشر، آن چه حاصل می‌شود این است که حق بر آموزش تنها حقی است که می‌توان آن را در نسل‌های سه‌گانه حقوق بشر جای داد.^{۱۶}

حق بر آموزش، همان‌گونه که ماده سیزده میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ماده بیست و هشت کنوانسیون حقوق کودک و ماده سیزده پروتکل سان سال وادور نشان می‌دهد نخستین حق از حقوق نسل دوم می‌باشد.

حق بر آموزش که یکی از برجسته‌ترین حقوق فرهنگی است به عنوان یکی از حقوق نسل دوم بر فلسفه اجتماعی بنیان گذاشته شده است این دیدگاه مقرر می‌دارد حقوق بشر تنها می‌تواند به وسیله اعمال مثبت دولت‌ها تضمین شود.

نتیجتاً حق بر آموزش دولت‌ها را متعهد می‌کند که سیستم و دیگر نهاد‌های آموزشی خود را بدو نگر داشته و متعاقباً آن را در جهت تدارک آموزش به هر شخصی توسعه دهند. در نهایت اگر امکان مالی برای دولت‌ها وجود داشته باشد حق بر آموزش نیز همانند حق بر کار و حق بر داشتن زندگی استاندارد به عنوان یکی از ابزارهای بنیادی در نظر گرفته شود که بشر برای توسعه کرامت ذاتی خود به آن نیاز دارد.^{۱۷}

همانند دیگر حقوق نسل دوم، حق بر آموزش بر وظایف و تعهدات خاص دولت‌ها نیز دلالت دارد؛ از این حیث که دولت‌ها تضمین نمایند هر شخصی بدون تبعیض از آموزش برخوردار باشد و با نابرابری‌ها در دسترسی به بهره‌مندی

۱۵- کریستیان ناموشات همان، ص ۱۰۸

۱۶- Supra note ۳۰ at ۳۷

۱۷- Ibid, p. ۳۸

از آموزش چه در مرحله قانون گذاری و چه در دیگر مراحل مبارزه کنند. دیگر تعهدات مشابه و مرتبط دولت ها این است که برابری فرصت و رفتار در مولا آموزشی را، همان گونه که در کنوانسیون مبارزه با تبعیض آموزشی یونسکو آمده است، توسعه دهند.

یکی از روش هایی که دسترسی برابر به فرصت ها را افزایش می دهد اجباری و رایگان ساختن آموزش تا سن معینی است. آموزش یکی از نادر حقوق بشری است که بر آن اجماع جهانی وجود دارد که اشخاص تعهد متقابل برای اعمال آن دارند. اگر چه قالب کلی حقوق و تکالیف بشری که در قوانین اساسی کشورهای سوسیال در یک ردیف گنجانده شده اند توسط کشورهای لیبرال مردود اعلام گردیده است، ولی اصل آموزش ابتدایی اجباری از نظر عقیدتی مخالف جدی در این کشورها ندارد. این وضعیت ممکن است با این واقعیت توجیه شود که در بسیاری از کشورهای غربی، آموزش اجباری قبل از مطرح شدن حقوق بشر وجود داشته و به رسمیت شناخته شده است.

به هر حال حق برآموزش، می تواند در نسل اول حقوق بشر نیز جای بگیرد. اگر چه لیست سنی حقوق، که در طول انقلاب فرانسه و امریکا مورد قبول قرار گرفته است، شامل هر حقوقی خصوصاً حق بر آموزش نیست، اما این امر با افزایش مداخله لیبرالیسم در تعریف حقوق اساسی به ویژه در آلمان تغییر پیدا کرده است. این حقوق آموزشی به وضوح از لیبرالیسم در آزادی علم، تحقیق، تدریس، آموزش و حرفه در مقابل هر گونه دخالت دولت و کلیسا دفاع می کند.^{۱۸}

این مفهوم لیبرال از آموزش در اسناد حقوق بشری بین الملل که بعد از جنگ جهانی دوه تنظیم یافته نیز رسوخ پیدا کرده است. اگر چه ماده دو پروتکل شماره یک کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر می دارد: «حق آموزش هیچ شخصی نباید مورد انکار قرار گیرد» ولی رویه عملی دادگاه و کمیسیون اروپایی حقوق بشر هیچ شک و تردیدی در مورد این واقعیت به جا نمی گذارد که این حق دولت را مکلف به تهیه مکان و مدارس و دستورات عمل برای تضمین آن در مقابل اشخاص نمی کند. تنها چیزی که تضمین شده است برابری دسترسی به مؤسسات آموزشی موجود است.^{۱۹}

مهم ترین نکته ای که این مقرر بر روی آن تأکید دارد وظیفه دولت در محترم شمردن حق والدین در تضمین آموزش فرزندانش بر اساس عقاید مذهبی و فلسفی خود می باشد. مقرر مشابهی که از مداخله خود سرانه دولت ها در تعلیم و آموزش فرزندان توسط والدین آن ها جلوگیری به عمل آورده است بند چهار ماده دوازده کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، بند چهار ماده هیجده میثاق حقوق مدنی و سیاسی، ماده (۲) ۱۳ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و ماده (۴) ۱۳ پروتکل الحاقی سان-سالوادور می باشد.

در رابطه با نسبت حق بر آموزش با نسل اول از حقوق بشر ذکر این نکته لازم است که مفهوم لیبرال آموزش به شرح فوق تنها می تواند با تضمینات سازمانی محقق شود ماده (۳) ۱۳ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ماده (۲) ۲۸ کنوانسیون حقوق کودک و ماده (۵) ۱۳ پروتکل سان سالوادور چنین آزادی را به اشخاص و نهادها اعطا می نماید تا با تاسیس مؤسسات آموزشی مطابق با استانداردهایی که ساخته و پرداخته شده است آزادی آموزشی تضمین شود. چنین آزادی اقتصادی آن را دارد که تمامی مؤسسات و نهادهای موصوف در تحقیقات و آموزش های

^{۱۸} - Manfred Nowak, The Right To Education, Norwaign Institute Of Human Rights, ۳۳۸, p۲۵۶

^{۱۹} - Karen Reid, A Practitioners Guide to The European Convention On Human Rights, Thomson Press, ۲۰۰۴, p۲۷۱

خود، یک استقلال (خودمختاری) که بدون مداخله دولت تعیین شده است داشته باشند.

این مقوله صرفاً با خود استقلالی به دست خواهد آمد آن هم با مداخله و مشارکت محققین، معلمان و اعضای که در رابطه با آن مؤسسات آموزشی فعالیت می کنند. این حقوق مشارکتی با حق بر مشارکت در زندگی فرهنگی و دیگر حقوق سیاسی و فرهنگی ارتباط دارد.^{۲۱}

نهایتاً حق بر آموزش با نسل سوم از حقوق بشر که از آن به حقوق همبستگی یاد می کنند نیز ارتباط دارد. ماده (۴) ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت های عضو را متعهد می نماید که منافع حاصل از مشارکت اشخاص در توافق های بین المللی راجع به آموزش و علوم و زمینه های فرهنگی را به رسمیت بشناسند.

هم چنین ماده (۳) ۲۸ کنوانسیون حقوق کودک دولت ها را متعهد می نماید که فعالیت های بین المللی را در رابطه با آموزش در جهت از بین بردن جهل و بی سوادى در سطح جهانی از طریق تسهیل دسترسی به دانش های فنی و علمی و روش های مدرن توسعه دهند و در این رابطه وضعیت و نیازهای دولت های در حال توسعه در نظر گرفته شود.^{۲۲}

متن فوق نتیجه بسیار مهمی دارد و آن اهمیت خاص روابط علمی و آموزشی بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه می باشد. از جهتی دیگر فاصله آموزشی بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه بیشتر به عکس العمل علمی و آکادمیک کشورهای در حال توسعه بستگی دارد: این کشورها باید تمامی تلاش خود را برای دست یابی به توسعه انجام دهند؛ مطابق با این دیدگاه مدرن هدف هر دو حق بر توسعه و حق بر آموزش یکی است و آن احترام کامل و حمایت از تمامی حقوق بشر است.^{۲۳}

۲۰- J.Delbruk, The Right to Education in International Human Rights Law, Germany Year Book Of International Law, Vol ۳۵, ۱۹۹۲, P۷۶.

۲۱- Ibidp. ۲۷۷

۲۲- Sinacever, M.A., A New Concept of Development: Theory and Practice, New York, Harcourt Brace and World, ۱۹۸۲, p۱۳۳.

کارافزایان روی زمین!

■ رضا زرعی

برای رساندن منظور اصلی خود و موضع گیری در قبال مراسم سوگندمان معروف و اتفاقات اخیر بعدی، این بار می خواهیم از فردی الگو بگیریم که علاوه بر حکومت در «وبن»، آموزگار اخلاق و مصلح اجتماعی نیز بوده است. این بزرگ مرد، هر چند در زمان حکومت، دچار جنگ های بی پای و شورش های داخلی و شیوع بیماری طاعون در داخل کشورش بوده است؛ ولی خوش بختانه هیچ کدام از این مشکلات باعث نشد که اندیشه های تابناک خود را به صورت یادداشت های پراکنده به روی کاغذ نیاورد. این حکیم حاکم و حاکم حکیم، همان «مارکوس اورلیوس» (markus oreliyus) می باشد که در یادداشت هایش ظاهراً خطاب به خود، ولی در واقع خطاب به همه اهالی تاریخ در تمامی اعصار و قرون (و حتی خطاب به وکلا و قضات درمندا و اهل بینش) چنین می گویند:

«بامدانا با خود بگو که امروز با جماعت مزاحمان و ناسپاسان و فخر فروشان و فریب کاران و حسد ورزان و ناسازگاران سر و کار خواهیم داشت. اینان چون خوب را از بد تمیز نمی دهند بدین بلاها گرفتاراند. اما من که دیده ام خوبی، زیبا و بدی، زشت است و می دانم که طبیعت آن کس که بد می کند هم آنند طبیعت من است و این هم آنندی به خون و تخمه منحصر نیست؛ بلکه در هوش و جنبه الهی نیز برقرار است، از هیچ یک از آنان نمی رنجم؛ زیرا که هیچ کس نمی تواند زشتی را به من ببندد، نیز بر خوششان خود خشم نمی گیرم و از آنان نفور نمی شوم؛ زیرا که مابرای هم کاری ساخته شده ایم، مانند پاها، دست ها و پلک های چشم... پس بر ضد یک دیگر کار کردن خلاف طبیعت است و باید از این کار رنجید و روی گرداند.»

طرداً لباب، می گوئیم که اگر در این وانفسای زمان عده ای بر کار لغو و قصد تفرقه برانگیز خود در بین وکلا و حق طلبان حقیقی اصرار و تلاوم می بخشند و عده ای نیز دور شان را گرفته و ادعای سخن گویی آن ها را دارند، فعلاً نباید تلاش کنیم تا قانع شان کنیم چون نتیجه نخواهد داد، بلکه باید گذاشت تا گذشت زمان، حقایق را آشکار کند و گوش خطاکاران را بگیرد و نکته های اصلی را بر گوش های سنگین فرو خواند. کما این که در زمان های مختلف نیز این کار انجام شده و خبط و خطاها و خسارات بی شمار ناشی از اعمال نسنجیده، بارها حتی در این اواخر بر آنان و عموم مردم نشان داده شده است.

فعلاً برای ادای مقصود و رساندن پیام، ماجرای سوت زدن مهتراسب‌ها را از زبان مولوی می‌آوریم تا ببینیم سوت زدن‌ها چگونه می‌توانند به طور موقت، کزده‌ها را دچار خوف و ترس کرده و با نرژانگن دشمنان، از آب خوردن نگه دارند:

گفت کزده: می‌شُخویند این گروه
گفت مندر: تا جهان بودست این
حین تو کار خوبی کن ای ارجمند!
وقت ننگ و می‌رود آب فراخ
ز انفاق بانگشان دارم شکوه
کارافزایان بُذند اندر زمین
زود کیشان ریش خود بر می‌کنند
پیش از آن کز هجر گردی شاخ‌شخا

عده ۱: بقول علامه محمد تقی جعفری تبریزی: به جای آن که تمام کوشش خود را در جوی بار حیات اندیشه‌های آدمیان برای تصفیه درونی، به کار برند و تشنگی واقعی مردم را به خوششان بنمایانند، اقدام به سوت زدن‌ها می‌کنند و با این نوع کارها، اغراض تصنعی خود را در هم می‌آمیزند!

در این میان، اگر بزرگان ما هم بخواهند با صرف وقت قلیل توجه، به اظهارات و ادعاهای مکرر اخیر، در توجیه ناموجه سلب استقلال و کلا، افزایش بی‌رویه تعداد کُرآموزان و مواردی ساری‌های سنوات گذشته به رد اتهامات واهی بردارند و مثلاً با آوردن گزارش جلسات جشن‌های استقلال کانون در سنوات متواتری از لابلای مدارک، بخواهند کذب ادعای مدعیان را ثابت کنند کار سختی نیست، کما این که ثبات اصالت‌ها و گواهی‌های قانونی و حقوقی، بین‌المللی و تاریخی کانون‌های و کلا نیز چنین است؛ چرا که غالب حرف‌ها قبلاً گفته شده است؛ ولی آن چه که اهمیت دارد این است که مواظب باشیم بیش از این وارد جنگ حیدری-نعمتی نشویم و ناخواسته لحن گفت و گوهای مان، اثبوه بی‌گناهان وابسته به ماده ۱۸۷ معروف را نرنجانند؛ زیرا این دیگران هستند که:

جدایی و دو بودن پیشه کردند!
برای تفرقه اندیشه کردند!

خلاصه این که می‌خواهیم بگوییم، حساب فرصت طلبان و هیاهوکنندگان بی‌پایگاه را با زحمت کشتن عرصه حقوق قاطعی نکنیم و از هم جدا سازیم و با وحدت، هم‌آهنگی، همدلی و انسجام درونی، موضع اصلی خود را در قبال این ماجراها شفاف‌تر کنیم و اصالت و صداقت خود را در عمل نشان دهیم تا معلوم شود چه کسی کلمه «مار» را درست می‌نویسد و چه کسی مردم فریبی کرده و «تصویر مار» را رسم می‌کنند؟!^۱

۱- فلسفه اجتماعی - انتشارات علمی و فرهنگی - ج دوم - ۱۳۶۲ - بخش اندیشه‌های مارکوس اورلیوس آنتونیوس (۱۲۱-۱۸۰ م) با ترجمه نجف تریاندی

۲- شخولین: سوت، زدن

۳- برداشت آزاد از تفسیر و نقد و تحلیل منظوم مولوی - علامه محمد تقی جعفری - ج ۹ - انتشارات اسلامی - ۱۳۶۳

۴- میرزا ابوالقاسم قمی معروف صاحب «تولید الاصول» و «جامع الثقات» از علمای میرزا است که به دهی برای تدریس و ترویج رفته بود. روزی ملا سبزی علی (آخوند مکتب) اهل ده را جمع کرد و پس از ایراد کبری‌های خصمه از میرزا، گفت: «این ملا که او را مجتهد می‌دانند هیچ سوازی ندارد و بلد نیست چیزی بنویسد اگر می‌خواهد برای همه شما روشن شود به او بگویید بنویسد «مار» آن وقت من هم می‌نویسم «مار»؛ بعد شما قضاوت کنید از میرزا خواستند در مجلس آنها حاضر شود و بنویسد «مار»؛ میرزا هم آمد و نوشت: «مار»؛ ملا سبزی علی جلو آمد و شکل مار کشید گفت: «مردم بگویند کدام درست است؟» نقاشی ملا سبزی علی ترجیح داده شد و عده‌ای گفتند: «مار این است که نوشته‌ای»؛ میرزا از تراجیحی گریست - سپس رهسپار قم شد و در آن حجاز مراجع مشهور گردید (گلشن لطف - جویند حاج علی‌اکبری - ج دوم - ۱۳۷۷ - انتشارات پیام زاری - ص ۱۳۰ با اندکی تلخیص)

مسائل و مشکلات حرفه وکالت از منظر استانداردهای حق دفاع در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین المللی

امیر باقریان

چکیده:

یکی از مهم ترین مراحل رسیدگی قضایی مقطعی است که در آن تحقیقات مقدماتی از سوی مقامات ذی صلاح صورت می گیرد. بی شک این مقطع به لحاظ اهمیت و تاثیر در روند رسیدگی های بعدی به پرونده، دارای حساسیت بیشتری است که می تواند نسبت به میزان مناخله و کیل و یا متهم در پرونده مورد توجه واقع شود. از طرفی استانداردهای حق دفاع در قوانین داخلی و اسناد بین المللی اصل را بر آن قرار داده که متهم در اولین فرصت بتواند از خدمات یک وکیل بهره مند گردد و از سویی دیگر اجرای این اصل در عمل با محدودیت هایی مواجه است که می توان آن را به عنوان یکی از مسایل و مشکلات حرفه وکالت در اجرای وظیفه حرفه ای خود دانست، امری که می طلبد به نحو شایسته ای به آن پرداخته شود تا ضمن حفظ شأن حرفه وکالت، در جهت حمایت از حقوق افراد در این مقطع از دادرسی گام موثرتری برداشته شود. بدین منظور سعی شده است تا با بررسی وکالت در اسناد بین المللی ابتدا مفهوم حق بر وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی به عنوان یکی از استانداردهای حق دفاع و تبیین اقتضات و استثنائات آن، آثار عدم رعایت این حق مورد بررسی قرار گیرد و در آخر نیز برخی تحولات جدید در این زمینه مورد اشاره قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حرفه وکالت، استانداردهای حق دفاع، مرحله تحقیقات مقدماتی، حقوق بشر.

مقدمه:

وکالت در اسناد بین المللی

وکالت، حق دفاع و تضمین مصونیت مدافع از چنان اهمیتی برخوردار است که تقریباً در کلیه اسناد بین المللی حقوق بشر یاد شده است. در این مختصر صرف نظر از لایحه بین المللی حقوق بشر، اسناد مهمی هم چون «اصول اساسی نقش وکلا»، «مجموعه اصول برای حمایت همه افراد تحت هر گونه بازداشت یا زندان»، «قواعد

وکیل بلاگستری-اصفهان

حداقل استاندارد رفتار با زندانیان» تدابیر احتیاطی برای تضمین حمایت از حقوق افراد مواجه با مجازات اعدام» «اعلامیه اصول اساسی عدالت برای قربانیان جرایم و سوء استفاده از قدرت» و چند سند دیگر مورد استناد قرار می‌گیرند. این اسناد در طبقه بندی سازمان ملل متحد تحت عنوان «حقوق بشر در مدیریت دادگستری» قرار دارند اسناد مذکور عمدتاً در جلسات پنج سالانه سازمان ملل متحد برای پیش گیری از جرایم و رفتار با مجرمین تدوین شده اند و توسط دولت ها در مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا شورای اقتصادی - اجتماعی سازمان ملل متحد تصویب شده اند. اهمیت مطالعه و بررسی هنجارها و استانداردهای بین المللی مذکور در این اسناد بر کسی پوشیده نیست، این اسناد الگوی مناسبی برای دولت ها در رفتار و اقدامات شان به شمار می‌روند و نقش بسزایی در توسعه قضایی یک کشور دارند و چنان چه عموماً در مقدمه آن ها آمده است آگاهی از این استانداردها به ارتقا و کزایی، تأمین استقلال و بی طرفی قوه قضائیه، پیش برد اهداف عدالت و منافع عمومی، امکان نظارت بر رفتارها در زمینه عدالت کیفری، اجتناب از سوء استفاده های احتمالی صاحبان قدرت، سنجش وضعیت دادگستری، حمایت از حق حیات، آزادی و امنیت شخصی، تضمین های لازم امر دفاع و ایجاد هنجارهای منطبق با اصل منجر می شوند.

وکالت در لایحه بین المللی حقوق بشر

عنوان «لایحه بین المللی حقوق بشر» که مرکب از «اعلامیه جهانی حقوق بشر»، «میثاق بین المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی» و «میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی» و پروتکل های الحاقی آن است در موارد ذیل به اصول تساوی در برابر قانون، اصل برائت، حق دادرسی منصفانه و علنی توسط دادگاه بی طرف و مستقل، هم چنین کلیه تضمین های لازم و ضروری برای دفاع از افرادی که متهم به جرایم کیفری می باشند و حق محاکمه بدون تأخیر تصریح می نماید. در بند ۱ ماده ۱۱ «اعلامیه جهانی حقوق بشر» آمده است:

«۱) هر کس که به بزه کاری متهم شده باشد بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی - که در آن کلیه تضمین های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد - تقصیر او قانوناً محرز شود.» از جمله تضمین های لازم برای دفاع، حق انتخاب وکیل است که در تشریح این حق ماده ۱۴ «میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی» مقرر می دارد:

«۱- همه در مقابل دادگاه ها و دیوان های دادگستری برابر هستند. هر کس حق دارد به این که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی طرف تشکیل شده طبق قانون رسیدگی بشود و این که دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در امور مدنی اتخاذ تصمیم بنماید. تصمیم سری بودن جلسات در تمام یا قسمتی از دادرسی خواه به جهت اخلاق حسنه یا نظم عمومی یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و خواه در صورتی که مصلحت زندگی خصوصی اصحاب دعوا اقتضا کند و خواه در مواردی که از لحاظ کیفیات خاص علنی بودن جلسات مضر به مصالح دادگستری باشد تا حدی که دادگاه لازم بداند امکان دارد. لیکن حکم صادره در امور کیفری یا مدنی علنی خواهد بود مگر آن که مصلحت صغار طور دیگری اقتضا نماید یا دادرسی مربوط به اختلافات زناشویی یا ولایت اطفال باشد.

۲- هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بی گناه تلقی شود تا این که مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود.

۳- هر کس متهم به ارتکاب جرمی بشود با تساوی کامل لافل حق تضمین های ذیل را خواهد داشت:

الف: در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد از نوع و علل اتهامی که به او نسبت داده می شود مطلع شود.

ب: وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع از خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد.

ج: بدون تأخیر غیر موجه درباره او قضاوت شود.

د: در محکمه حاضر بشود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل به او اطلاع دده شود و در مواردی که مصالح داگستری اقتضا نماید از طرف دادگاه راساً برای او وکیل تعیین بشود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله هزینه ای نخواهد داشت. همان طور که از مفاد این ماده برداشت می شود کلیه موارد ناظر به فرایند رسیدگی به امور کیفری، شامل چند عنوان مهم است:

۱- اصل براءت، به موجب این اصل هر فردی بی گناه است مگر آن که خطا و گناه او در دادگاه صالح به اثبات برسد.

۲- ضمانت دفاع مناسب شامل حق انتخاب وکیل، اطلاع از اتهام وارده در اسرع وقت، اعطای فرصت و امکانات مناسب و کافی برای تهیه دفاعیه و ارتباط با وکیل، امکان استفاده از شهود موافق و مخالف و تأمین مترجم در موارد ضروری.

۳- محاکمه بدون تأخیر.

در این میان از اهم ضمانت های دفاع مناسب مندرج در «اعلامیه جهانی حقوق بشر» حق انتخاب وکیل و ارتباط با اوست که «میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی» در مقام تشریح عبارات مذکور در ماده ۱۱ «اعلامیه جهانی حقوق بشر» بر شمرده است.

اصول اساسی نقش وکلا

این سند از مهم ترین اسناد بین المللی و مصوب هشتمین کنفرانس سازمان ملل متحد برای پیش گیری از جرم و رفتار با مجرمین کوبا است که به موضوع وکیل و وکالت می پردازد. نقش وکلا در تحقق اهداف مذکور در «لایحه بین المللی حقوق بشر» از آن چنان اهمیتی برخوردار است که هشتمین کنفرانس سازمان ملل متحد برای پیش گیری از جرم و رفتار با مجرمین در کنار موضوعات «اصول اساسی استقلال قضایی»، «رهنمودهای نقش دادستان ها»، «قواعد حداقل استاندارد رفتار با زندانیان» و «نظام نامه رفتار ضابطین داگستری»، در مصوبه ای خاص تحت عنوان «اصول اساسی نقش وکلا» به موضوع وکالت و استقلال آن ها پرداخته است. در بخشی از مقدمه ای این سند آمده است: «با توجه به این که حمایت کافی و مناسب از حقوق بشر و آزادی های اساسی که کلیه افراد حق برخورداری از آن ها را دارا هستند، در ابعاد اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یا سیاسی - مدنی، مستلزم آن

۱- Basic principles on the role of lawyer

است که کلیه افراد دسترسی مؤثری به خدمات حقوقی و کلاهی حرفه‌ای و مستقل داشته باشند. با توجه به اینکه کانون‌های حرفه‌ای و کلا نقش مهمی در ارتقای استانداردها و اخلاق حرفه‌ای، حمایت از اعضای خود در مقابل تعقیب و محدودیت‌ها و دخالت‌های نابه‌جا، تأمین معاضدت قضایی برای کلیه افراد نیازمند و همکاری با مؤسسات دولتی و سایر مؤسسات به منظور پیش برد اهداف عدالت و منافع عمومی دارند اصول اساسی نقش و کلا برای کمک به دول عضو سازمان ملل متحد جهت تقویت و تضمین مناسب و کلا تهیه شده است و باید توسط دولت‌ها به صورت وضع قوانین و تعیین رویه‌های عملی مورد توجه قرار گیرد و به اطلاع و کلا و سایر افراد از قبیل قضات، دادستان، اعضای قوه مجریه و مقننه و به طور کلی مردم برسد. سند مذکور در هشت عنوان کلی به موضوعات حایز اهمیت درباره وکیل و وکالت می‌پردازد.

تضمین‌های فعالیت و کلا

دولت‌ها باید اطمینان حاصل کنند که وکلا قادر به ایفای کلیه وظایف حرفه‌ای خود بدون هر گونه تهدید، ارعاب، ممانعت و دخالت نادرست هستند. هم‌چنین به خاطر اقدامی که طبق وظایف، استانداردها و اصول اخلاقی شناخته شده حرفه خود انجام می‌دهند نباید تحت تعقیب یا در معرض تهدید به تعقیب یا مجازات‌های اداری اقتصادی و غیره قرار گیرند. در مواقعی که ایمنی و کلا به لحاظ انجام وظایف‌شان در معرض تهدید قرار دارد باید توسط مقامات اداری صاحب اختیار از آن‌ها به نحو مناسبی حفاظت شود. وکلا نباید به لحاظ انجام وظایف‌شان با موکل یا موکلین‌شان هم‌سو دانسته شوند. هیچ دلاگاه یا مقام اداری که حق استفاده از وکیل مدافع را به رسمیت شناخته است نباید مانع حضور وکیل به منظور دفاع از موکل خود شود مگر این‌که وکیل مذکور برابر قانون یا رویه و یا اصول این مجموعه فاقد صلاحیت شناخته شده باشد. وکلا در برابر اظهاراتی که با حسن نیت به طور کتبی یا شفاهی جهت نادرخواهی یا طی حضور حرفه‌ای خود در دادگاه و یا سایر مراجع حقوقی یا در مقابل مقامات اداری ابراز می‌نمایند از مصونیت مدنی و کیفری برخوردار خواهند بود. مقامات دارای صلاحیت موظف‌اند اطمینان حاصل کنند وکلا به اطلاعات پرونده‌ها و اسناد مناسب که در اختیار یا کنترل آن‌ها است در مدت زمان کافی برای ارایه معاضدت قضایی مؤثر به موکلین دسترسی دارند و این دسترسی باید در اولین فرصت مناسب امکان تحقق یابد استانداردهای بین‌المللی، حکومت‌ها را موظف کرده‌اند که تضمین کنند وکلا بدون هرگونه تحقیر، آزار و اذیت، مداخله یا فشار می‌توانند وظایف حرفه‌ای خود را عملی کنند.

امروزه یکی از مهم‌ترین اجزای فنی حق دفاع متهم و تضمین‌های دادرسی عادلانه در موازین بین‌المللی حقوق بشر، حق بر بهره‌مندی از وکیل یا مشاور حقوقی است. حق مزبور در تمام فرآیند قضایی مورد احترام است ولی به‌علل مختلف یکی از مهم‌ترین مراحل که در فرآیند قضایی شناسایی و اجرای حق مزبور اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا می‌کند، مرحله تحقیقات مقدماتی است که سنگ بناهای اولیه پرونده اتهامی گذاشته می‌شود. با این وجود و به رغم اهمیت فوق‌العاده مرحله مزبور، بهره‌مندی از حق وکیل در تحقیقات مقدماتی نظام‌های حقوقی داخلی کشورها از سابقه طولانی برخوردار نیست. در این مقاله سعی می‌شود مروری بر موازین بین‌المللی مربوطه انجام یزید تا روشن شود در هنجارهای جهان شمول، مفهوم حق بر وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی چیست؟ اقتضات حق یاد شده چه مواردی هستند؟ آیا استثنائات و محدودیت‌های قابل قبولی بر حق مزبور وارد شده است یا خیر؟ در صورت عدم رعایت حق بر وکیل چه تئوری متوجه متهم یا مرجع قضایی و یا کل حکومت می‌شود؟ و در نهایت آخرین تحولات در قواعد بین‌المللی و رویه‌های مربوطه خصوصاً در سطح دیوان اروپایی حقوق بشر به عنوان یکی از معتبرترین نهادهای قضایی فراملی مرتبط با استانداردهای حقوق بشر چه مواردی هستند؟

حق دفاع در مرحله تحقیقات مقدماتی

افراد با زندگی در اجتماع، قسمت عمده حقوق و آزادی‌های خویش را از دست داده و توافق می‌کنند با خودداری از اعمال قدرت شخصی، حکومتی ایجاد شود تا در سایه نیروی عظیم آن، نظم و عدالت در تمامی امور تجلی کند. بر همین اساس و به منظور جلوگیری از تعرض و تجاوز قدرت خودساخته به آزادی‌های فردی، ضابطه‌ای به نام قانون پیش‌بینی می‌شود. قانون و به طور اخص قانون اساسی، تعیین‌کننده حقوقی است که افراد برای خود حفظ کرده و در اعطای قدرت به دولت آن‌ها را استثنا کرده‌اند. از آن جمله است حق انتخاب وکیل و برخورداری از توان و تخصص حقوق دانان در محاکم.

در مقطعی از زمان، به رغم وجود نص قانونی، تصمیم حاکم محکمه مانع حضور وکیل می‌شد و در حال حاضر نیز قانون عادی، حق مزبور را محدود، مقید و مشروط کرده است. هنگامی که شخصی متهم به ارتکاب جرمی می‌شود، قوه حاکم با برخورداری از امکانات قضایی و انتظامی و بهره‌مندی از افراد متخصص درصدد اثبات جرم و اعمال مجازات برمی‌آید. حتی در فرض صحت ادعا و مجرم بودن شخص، عدالت‌ایجاب می‌کند دو طرف دعوی از حقوق و امکانات مساوی برخوردار باشند. هم‌چنان که دستگاه قضایی جهت اثبات جرم از پشتوانه عظیم دادستان، دادیار، بازپرس و نیروهای انتظامی بهره می‌برد، متهم نیز باید بتواند حقوق دانی متخصص و مستقل را در کنار خود داشته باشد تا با آگاهی از حقوق دفاعی بی‌هیچ‌گونه واهمه‌ای از قدرت مقابل، به رعایت قانون در دادرسی و حفظ حقوق خود مطمئن شود. در کشور ما حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی تا قبل از اصلاحات سال ۱۳۳۵ در قانون آیین دادرسی کیفری امکان نداشت. با اصلاحات صورت گرفته و در جهت تأمین حقوق متهم، وکیل مدافع حق حضور در تحقیقات مقدماتی را پیدا کرد. پس از انقلاب و پیش‌بینی حق انتخاب وکیل برای طرفین دعوی در همه دادگاه‌ها، امید آن بود جوانه تازه شکفته با کمک قوانین عادی و رویه قضایی به شاخه‌ای زیبا و برابر بر درخت تئومند دستگاه قضایی تبدیل شود. اما با تفسیر لغوی اصل ۳۵ قانون اساسی، حضور وکیل صرفاً ناظر به دادگاه، اعلام و تحقیقات مقدماتی از اصل مذکور خارج شد. با تشکیل دادگاه‌های عام و انجام تمامی اقدامات ضروری از بدو تا ختم دادرسی به وسیله حاکم دادگاه نیز توجهی به اصل و حتی تفسیر صورت گرفته، نشد. در سال ۱۳۷۸ که قانون آیین دادرسی کیفری تصویب شد، توقع آن بود متناسب با جوامع پیشرفته امروزی، شهروندان از حقوقی مترقی‌تر از قبل برخوردار شوند، اما نه تنها اقدامی در این زمینه انجام نشد بلکه با قیودی که در تبصره ماده ۱۲۸ آورده شد حقوق متهم و حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی بیش از پیش محدود شد. «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیرمتهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و در جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل با اجازه دادگاه خواهد بود.»

در حالی که وکیل نیز همانند قاضی و بازپرس یا دادیار پس از احراز شرایط و صلاحیت و یاد کردن سوگند موفق به کسب پروانه وکالت می‌شود و در این راه علاوه بر مسؤلیت‌های مدنی و کیفری، سخت‌ترین و منظم‌ترین مجازات‌های انتظامی نیز بر وظایف شغلی آن‌ها حاکم است تا جایی که افشای اسرار موکل مجازات انتظامی درجه ۵ (ممنوعیت از ۳ تا ۳ سال) را در پی دارد، حال چگونه است که چنین فردی «غیر» محسوب و حضورش در جرایم محرمانه - که اساساً تعریفی از این گونه جرایم در قانون نداریم - ممنوع می‌شود و یا در حالتی دورتر از ذهن، حضورش «موجب فساد گردد»؟! در عصری که قاضی و وکیل به دو بال فرشته عدالت تعبیر می‌شوند، چگونه وجود یک بال عدالت گسترتری، موجب فساد است! حضور وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی تأکید و تأییدی است بر رعایت قانون و حقوق متهم. مگر آن که علت عدم دخالت و یا محدودیت حضور وکیل در تحقیقات مقدماتی را

کشف جرم و دلایل علیه متهم دانست. در حالی که این خود امری است منافی با قانون اساسی و قانون آیین دادرسی کیفری؛ مطابق اصل ۲۲ قانون اساسی در صورت بازداشت افراد، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتبا به متهم ابلاغ و تفهیم شود. ماده ۱۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری با تأکید بر ضرورت وجود دلایل برای احضار افراد عنوان می‌دهد قاضی نباید کسی را احضار یا جلب کند مگر این که دلایل کافی برای احضار یا جلب موجود باشد. ماده ۱۲۹ همین قانون نیز قاضی را مکلف می‌داند که در اولین قدم، موضوع اتهام و دلایل آن را به صورت صریح به سهیم تفهیم کند.

بنابراین مشخص است که قانون گذار کشف و جمع آوری دلایل را قبل از احضار و انساب جرم به شخص می‌داند و هیچ‌گاه از اصول و مواد قانونی چنین استنباط نمی‌شود که مقتن اجازه دهند فردی را حصار و با تحقیق از وی امر کسب دلیل انجام شود. بلکه وظیفه کشف جرم و ارتکاب جرم و به تناسب قابل گذشت یا غیر قابل گذشت بودن جرم به عهده شکی یا مدعی العموم است نه وظیفه متهم. امروزه کثرت قوانین کیفری و وسعت دامنه تمول آنها به اندازه ای است که می‌توان گفت شمار افرادی که به صورت تلقی و بدون سوءنیت و نقشه قبلی و افکار مجرمانه درگیر مسائل کیفری می‌شوند بیش از مجرمین به عادت و بزه گران حرفه‌ای است. بنابراین دیگر نمی‌توان به آن شدت و حدت گذشته تسویری از متهم در ذهن تجسم نمود که گویی «فردی را به قتل رسانده و یا سرقتی را انجام داده است». بلکه عوامل متعدد، افراد را در جایگاه متهم می‌نشانند. هرچند از منظر حقوق، حتی فرد قاتل و یا سارق نیز دارای حقوقی هستند که می‌بایست رعایت شود. کثرت مجرمین اتفاقی و فاقد سوءنیت رعایت حقوق افراد را بیش از پیش نزد دادرها و محاکم و دیگر مجریان قانون موجب می‌شود. لذا می‌بایست با اصلاح قانون و تصویب ماده‌ای درخور شأن دستگاه قضایی و وکلا و خصوصاً حقوق اشخاص، رویه قضایی به کمک شفافه و نقیصه مذکور برطرف شود.

مفهوم و دامنه حق بر وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین المللی

در بررسی پیمان نامه های بین المللی حقوق بشر که در سطح جهانی یا منطقه ای لازم الاجرا هستند تعریف خاصی از حق مزبور ارایه نشده چرا که اصولاً به طور صریح نه در پیمان نامه آمریکایی حقوق مدنی و سیاسی، نه در پیمان نامه آمریکایی حقوق بشر و نه در منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق ها و نه در پیمان نامه اروپایی حقوق بشر، حق بر وکیل یا مشاور حقوقی در مراحل قبل از محاکمه ذکر نشده است. در مجموعه مذاکرات مربوط به تدوین اعلامیه جهانی حقوق بشر و پیمان نامه بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (مواد ۱۰ و ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر که به مقوله دادرسی عادلانه و تضمین های دفاع متهم مربوط می‌شود و ماده ۱۴ پیمان نامه بین المللی حقوق مدنی و سیاسی خصوصاً پارگراف های ب و ج که مربوط به حقوق دفاعی متهم و حق انتخاب وکیل می‌شود) نیز نکته صریح خاصی یافت نمی‌شود، و این نهادهای نظارتی و مراجع ذی صلاح تفسیرکننده اسناد یاد شده بوده اند که ابعاد این حق را از برخی مواد اسناد یاد شده استنتاج و به کشورها اعلام داشته اند. مثلاً کمیته حقوق بشر به عنوان مرجع نظارتی و تفسیری پیمان نامه بین المللی حقوق مدنی و سیاسی اعلام داشته که حق بر دفاع به معنای دفاع مؤثر است. یا در اعلام نظری دیگر تأکید کرده که همه اشخاص بازداشتی باید دسترسی فوری به مشاور حقوقی داشته باشند تا از حقوق انسانی شان حمایت لازم به عمل آید، یا تأکید کرده که حمایت از فرد بازداشتی، دسترسی منظم و بی درنگ به پزشکان و وکلا را ایجاب می‌کند. کمیسیون آمریکایی حقوق بشر نیز بیان داشته

که «حق بر دفاع فی نفسه مستلزم این است که فرد متهم اجازه داشته باشد از مساعدت حقوقی در همان ابتدای بازداشت بهره مند شود. فلذا هر نظام حقوقی که بازداشتی را از دسترسی مزبور در خلال بازداشت و تحقیقات مقدماتی منع کند به طور جدی به حقوق دفاعی متهم صدمه زده است». لذا از این مورد می توان به عنوان یکی از مشکلاتی که حرفه و کالت با آن روبرو است یاد کرد.

همین نهاد در اظهار نظری دیگر تصریح کرده که «حق دسترسی به مشاور حقوقی باید در اولین بازجویی اعمال شود و به منظور تضمین این که فرد مجبور به اقرار نشود و از شکنجه رهایی یابد متهم باید تحقیقات مقدماتی اش فقط در حضور وکیل اش و یک قاضی انجام پذیرد». و اما دیوان اروپایی حقوق بشر به عنوان مرجع قضایی فراملی نظارت بر اجرای پیمان نامه اروپایی حقوق بشر در آرای مختلف در این خصوص اعلام نظر کرده است. دیوان در یکی از آرای که معمولاً در متون تحلیلی علمی به آن اشاره می شود اعلام داشته «حق بر دسترسی عادلانه طبیعتاً مستلزم این است که متهم اجازه دسترسی به مشاور حقوقی را در همان مراحل اولیه تحقیقات پیس داشته باشد».

فلذا در مورد متهمی که در خلال ۴۸ ساعت اولیه بازداشت از دسترسی مزبور محروم بوده نقض ماده ۶ پیمان نامه اروپایی حقوق بشر را احراز کرده است. همین مرجع در موردی دیگر تصریح کرده که دسترسی به وکیل «یک تضمین مبنایی در مقابل هر گونه سوء استفاده احتمالی علیه متهم در خلال دوره بازداشت می باشد». یا در اظهار نظری دیگر اعلام داشته «فقدان تضمین های این چنینی در خلال بازداشت می تواند منجر به این شود که یک بازداشتی کاملاً از آن چه به اتهام آن بازداشت شده برائت بگیرد».

سازمان عفو بین الملل با استناد به برخی از اسناد، حق مزبور را چنین معرفی می کند: «هر فرد بازداشتی (اعم از اینکه اتهام کیفری متوجه اوست یا به دلیل دیگری بازداشت شده) و هر فرد که با اتهام کیفری روبه رو است (اعم از این که بازداشت شده یا خیر) حق دارد بهره مند از مساعدت مشاور حقوقی شود». اصل یکم از اصول مبنایی مربوط به نقش وکیل، حق بر بهره مندی از مساعدت مشاور حقوقی در «همه» مراحل رسیدگی های کیفری از جمله بازجویی ها را مورد تأکید قرار داده است، هم چنین اصل هفدهم مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت یا حبس، این قاعده را در مورد همه افراد بازداشتی مورد حمایت قرار داده است. صراحتاً در بند یک اصل هفدهم مجموعه اصول، اعلام شده که «فرد بازداشتی می بایست توسط مراجع ذی صلاح از حق داشتن وکیل بی درنگ پس از دستگیری مطلع و تسهیلات منطقی برای وی جهت اعمال این حق فراهم شود». اصل هفتم از اصول مبنایی مربوط به نقش وکلا اعلام داشته که «حکومت ها می بایست تضمین نمایند که همه اشخاص دستگیر یا بازداشت شده اعم از این که دارای اتهام کیفری باشند یا خیر، دسترسی بی درنگ به یک وکیل خواهند داشت و در هر مورد نه دیرتر از ۴۸ ساعت از زمان دستگیری یا بازداشت بدین قاعده عمل خواهد شد». بنابراین آن چه که به عنوان یک حق چه در قوانین بین المللی و یا مستفاد از قوانین و اصول حقوقی در ایران بر می آید این است که هر شخصی در هر وضعیتی بتواند از خدمات مشاوره حقوقی و یا وکالت وکیل بهره مند شود، لیکن رعایت چنین اصلی از سوی محاکم خود یکی از مسایل و مشکلاتی است که برای وکلا مطرح است لذا می طلبد تا با توجه بیش از پیش به این مسأله به عنوان یکی از استنادهای حق دفاع هم در جهت حفظ شأن حرفه و کالت و هم در جهت حمایت و مساعدت به افراد به خصوص در مرحله تحقیقات مقدماتی توجه کرد و گام هایی در این خصوص برداشت.

اقتضائات حق بر وکیل در تحقیقات مقدماتی

از مجموعه اسناد ردهای بین‌المللی و رژیم‌های مراجع نظارتی مربوطه، بایدها و نیایدهای مشخصی را می‌توان استنتاج کرد که یا به متهم در بهره‌مندی درست از حق مزبور برمی‌گردد یا به وکیل و مشاور حقوقی برای انجام درست وظیفه حرفه‌ای خود، وظایف و تکالیف معینی را متوجه مراجع ذی‌صلاح کشور، خصوصاً مرجع قضایی و نظامی و زندن‌ها می‌سازد. برخی از مهم‌ترین اقتضائات رعایت حق بر وکیل عبارت است از:

الف - حق بر انتخاب وکیل یا بهره‌مندی از وکیل دل‌خواه

پاراگراف‌های ب و ج بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که حق بر وکیل در دفاع متهم از خود را مطرح کرده صراحتاً قید «به انتخاب خودش» را اعلام نداشته است. همین حق در پیمان نامه اروپایی حقوق بشر و اسناد منطقه‌ای آمریکا و آفریقا نیز به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است. هم‌چنین اصل اول اصول مبنایی نقش وکلا، قاعده ۹۳ آیین نامه اروپایی امور زندان‌ها، ماده ۵۵ بند ۲ و جزء C اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز این قاعده را مورد تأکید قرار داده‌اند. به موجب اصل پنجم اصول مبنایی نقش وکلا، حکومت‌ها باید تضمین کنند که مراجع ذی‌صلاح فوراً این حق انتخاب را به متهم دستگیر شده یا بازداشتی منعکس می‌نمایند.

ب - حق بر بهره‌مندی از وکیل رایگان

اگر متهم دستگیر شده یا بازداشتی، مشاور حقوقی انتخابی نداشته باشد، در همه مواردی که عدالت اقتضا می‌کند، مستحق آن است که برای وی مشاوره حقوقی تعیین شود و اگر خود متهم توانایی پرداخت حق الزحمه وکیل را نداشته باشد خدمات مزبور رایگان ارائه می‌شود. اصل سوم از اصول مبنایی نقش وکلا، حکومت‌ها را ملزم می‌کند که منابع مالی لازم و سایر منابع را برای ارائه خدمات مشاوره به مردم محروم و ناتوان فراهم آورند. در مورد این که قید اقتضای عدالت مذکور در اسناد ردهای بین‌المللی چه معنایی دارد عمدتاً گفته شده که اهمیت جرم و شدت مجازات بالقوه مربوطه و پیچیدگی موضوعات مطروحه در هر پرونده معیارهای اصلی هستند دیوان اروپایی حقوق بشر در یک مورد اعلام نظر کرده که معیار اقتضای عدالت برای تعیین وکیل رایگان وقتی نمود می‌یابد که متخصصی لازم است تا دفاع مناسب انجام پذیرد.

ج - حق متهم بر تماس‌های خصوصی و محرمانه با وکیل و مشاور حقوقی

در قواعد مختلف بین‌المللی تأکید شده که تماس‌های میان متهم و وکیل اش محرمانه است. به موجب اصول ۲۲ و ۸ از اصول مبنایی نقش وکلا، مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت یا حبس، قاعده ۹۳ آیین نامه اروپایی امور زندان‌ها، پاراگراف ۲ قطع نامه حق بر دادرسی عادلانه کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها، مقامات کشورها باید به محرمانه بودن تماس‌ها و مشاوره‌های میان وکلا و موکلین آن‌ها احترام بگذارند. حق مزبور برای همه از جمله آن‌هایی که دستگیر یا بازداشت شده‌اند اعم از این که متهم کیفری هستند یا خیر، اعمال می‌شود. از جمله ضرورت‌های رعایت حق مزبور به موجب اسناد بین‌المللی این است که مقامات تضمین نمایند که وکلا به موکلین خود براساس اسناد ردهای حرفه‌ای بتوانند مشورت و خدمات بدهند.

د - حق بهره مندی از مشاور حقوقی با تجربه

در اسناد و رویه های قضایی فراملی موارد متعددی می توان یافت که وقتی سخن از حق بر وکیل از جمله در تحقیقات مقدماتی مطرح می شود منظور مشاور حقوقی ذی صلاح و حایز شرایط حرفه ای و اخلاقی و پای بند به دفاع جدی از موکل اش است. به همین جهت در موازین بین المللی تأکید شده که کشورها باید تضمین کنند که مشاور حقوقی نمایندگی مؤثر برای موکل اش داشته باشد. در میان استانداردهای بین المللی، به طور خاص اصول مبنایی نقش و کلا مواد مختلفی را در مورد وظایف و تکالیف و کلا و تضمین های لازم برای این که بتوانند کار کرد اصلی خود را ایفا نمایند مقرر داشته است.

در رویه قضایی بین المللی آرا و نظرات تفسیری مختلفی یافت می شود که بر وکیل مؤثر و ذی صلاح و تعهد حکومت ها در این زمینه تأکید دارند مثلاً در دیوان اروپایی حقوق بشر موارد متعددی آرا علیه کشورهای عضو صادر شده که از این جهت کوفته شده اند. در یک مورد موکل اعلام داشته که وکیل تسخیری به وظیفه دفاع خود به نحو مؤثر عمل نمی کند و دادگاه ملی ترتیب اثری نداده است که همین امر از دیدگاه دیوان اروپایی تخلف محسوب شده است. کمیسیون بین آمریکایی حقوق بشر در یک مورد اعلام کرده که چون وکیل به تعهدات خود در دفاع مؤثر از موکل اش عمل نکرده حق بهره مندی از وکیل نقض شده است.

کمیته حقوق بشر سازمان ملل در همین زمینه نسبت به وضع موجود در آمریکا در سال ۱۹۹۵ ابراز نگرانی کرد. در موردی دیگر کمیته حقوق بشر اعلام کرد «جایی که به متهم فقط انتخاب محدودی برای گزینش وکلای رسماً تعیین شده داده می شود و بدین ترتیب مشاور حقوقی برگزیده، گرایش یک بازپرس را دارد، حق متهم برای دفاع مؤثر نقض شده است.»

ه - ضرورت جلوگیری از هر گونه تعرض یا بی احترامی به وکیل

برای این که وکلا بتوانند نقش حرفه ای خود را در دفاع مؤثر از موکل شان ایفا نمایند، موازین بین المللی ضرورت حمایت از آن ها و مراقبت از این که تعرض یا بی احترامی به آن ها صورت نگیرد را مورد تأکید قرار داده اند. استانداردهای بین المللی حکومت ها را موظف کرده اند که تضمین کنند وکلا بدون هر گونه تحقیر، اذیت و آزار، مداخله یا فشار می توانند وظایف حرفه ای خود را عملی سازند.

برخی از قواعد مزبور در تبیین حق بر تماس های محرمانه وکیل و موکل مورد اشاره قرار گرفت. جنای از قواعد یاد شده برخی مستندات بین المللی دیگر نیز روشن گر هستند، مثلاً در یک مورد در نیجریه و کیلی به دلیل فشارهای بیرونی مجبور شده بود حضور مؤثری در روند دفاع نداشته باشد ولی دادگاه به روند رسیدگی ادامه و حکم اعدام متهم را صادر کرده بود وقتی پرونده در کمیسیون آفریقایی حقوق بشر مطرح شد، نهاد مزبور، مورد را از جمله مصادیق نقض ماده ۷ بند ۱ و جزء C منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق ها تشخیص داد. گزارش گر ویژه سازمان ملل در مورد استقلال قضات و وکلا نیز در برخی گزارشات خود اقداماتی که از ناحیه حکومت ها در جهت تعرض یا محدودیت بر وکلا انجام پذیرفته را منعکس کرده و آن را نقض موازین بین المللی دانسته است.

برخی استثنائات مطروحه در بهره مندی از وکیل یا مشاور حقوقی در تحقیقات مقدماتی

در موازین بین المللی مواردی را می توان مد نظر قرار داد که به نحوی موضوع بهره مندی از وکیل و رعایت اقتضائات یاد شده آن در تحقیقات مقدماتی، در یک مئضع زمانی خاص به طور کامل با محدودیت هایی روبه رو شده صرف نظر از این که از حیث حقوقی برخی از قیود یا استثنائات وارده بر تحرک وکیل در تحقیقات مقدماتی، بحث های فنی زیادی را لازم دارد تا مورد سوءاستفاده قرار نگیرد، موارد برجسته برگرفته از استانداردهای بین المللی به شرح زیر قابل ذکرند:

۱- به موجب اکثر موازین بین المللی، از جمله بند یک ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و قسمت های ب و د بند ۳ ماده ۱۴ پیمان نامه بین آمریکایی حقوق مدنی و سیاسی، قسمت C بند ۱ ماده ۷ منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق ها، قسمت بند ۲ ماده ۸ پیمان نامه بین آمریکایی حقوق بشر، قسمت C بند ۳ ماده ۶ پیمان نامه اروپایی حقوق بشر، قسمت بند ۴ ماده ۲۱ اساسنامه دیوان رسیدگی به جنایات در یوگسلاوی سابق، قسمت بند ۴ ماده ۲۰ اساس نامه دیوان رواندا و قسمت بند یک ماده ۶۷ اساس نامه دیوان کیفری بین المللی، هر متهم حق دارد به رغم توانایی مالی انتخاب وکیل خود شخصاً از اتهامات اش دفاع کند. بدیهی است در وجه مزبور وکیل در تحقیقات مقدماتی حضور ندارد.

۲- وجه دیگری که به موجب موازین بین المللی عدم حضور وکیل متصور است، مواردی است که متهم و کیلی انتخاب نکرده ولی به تشخیص مراجع ذی صلاح قانونی اتهام اتنسای از اهمیت برجسته و مجازات بالقوه شدیدی برخوردار نیست که عدالت اقتضا کند برای وی وکیل تسخیری معرفی شود.

۳- مورد دیگری که در استانداردهای بین المللی عدم حضور وکیل را برای دوره ای کوتاه مطرح کرده است اصل پانزدهم مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت یا حبس است که اعلام داشته «... تماس فرد بازداشتی یا محبوس با جهان خارج و به خصوص با خانواده و مشاور حقوقی اش نباید بیش از چند روز منع شود».

۴- در اصل ۱۶ مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت که مربوط به ضرورت اطلاع موضوع بازداشت فرد متهم به خانواده و اشخاص مناسب مرتبط با بازداشتی و مکان بازداشت است در بند ۴ آن اعلام شده «مقامات ذی صلاح می توانند به هر صورت برای یک مدت معقول جایی که نیازهای استثنایی تحقیقات ایجاب می کند در اطلاع مزبور تأخیر داشته باشند» شاید در برداشت اولیه گفته شود که وکیل متهم ز استثنای یاد شده خارج است ولی با رجوع به صدر اصل پانزدهم مجموعه اصول یاد شده که این استثنا و موردی دیگر را به بحث ارتباط فرد بازداشتی با جهان خارج از جمله خانواده یا وکیل اش ارتباط داده به نظر برداشت مزبور درست نمی آید و نشان می دهد که سند یاد شده چه منفذ بزرگی را بازگذاشته که اگر تلاش های نهادهای نظارتی بین المللی نباشد چه بسا مورد سوءتفسیر قرار گیرد.

۵- در همان مجموعه اصول حمایت از همه اشخاص تحت هر شکل بازداشت یا حبس، ضمن بندهای ۳ و ۵ اصل ۱۸ نیز دو مورد محدودیت دیگر را مجزئ شمرده که قابل تأمل است. در صدر بند ۳ اصل ۱۸ حق هر بازداشتی برای تماس و ملاقات و مشورت کردن بدون تأخیر یا سانسور و به صورت محرمانه با وکیل اش به رسمیت شناخته

شده و تأکید شده که این حق را نمی توان مطلق یا محدود کرد ولی در ادامه می افزاید: «مگر در اوضاع و احوال استثنایی که برابر قانون^۴ یا ضوابط قانونی^۵ مشخص شده باشد و در زمانی که توسط مرجع قضایی یا دیگر مقامات برای حفظ امنیت و نظم شایسته^۶ ضروری تلقی شود». جدای از مورد مذکور، در بند ۵ اصل یاد شده که در جهت حفاظت از محرمانه بودن مشورت های بین وکیل و موکل اش سخن از غیرقابل قبول بودن مشورت ها و تماس های مزبور به عنوان دلیل علیه متهم بازداشتی مطرح شده در انتها قیدی با این عبارت بر آن وارد شده: «مگر این که آن ها (وکیل و موکل) مرتبط با یک جرم مستمر یا وقوع جرم باشند». بدیهی است هر یک از عبارات یاد شده قابلیت تعبیر و تفسیرهای خلاف اصول انسانی را داراست که طبیعتاً لازم است در تفسیر آن ها به ظرایف حقوقی مربوطه توجه جدی شود چنان چه مراجع نظارتی بین المللی و نهادهای قضایی فراملی این دقت ها را همواره به کار گرفته اند. به عنوان مثال کمیته اروپایی پیش گیری از شکنجه که مرجع نظارتی پیمان نامه اروپایی ها در زمینه منع شکنجه است اعلام داشته «اگر از دسترسی به یک وکیل خاص بر مبنای امنیتی جلوگیری شود، این مرجع توصیه می کند که دسترسی به وکیل مستقل دیگری که اعتماد وجود دارد اهل سازش بر سر منافع تحقیقات کیفری مربوطه به فرد متهم نیست فراهم شود». در موردی دیگر گزارش گر ویژه منع شکنجه سازمان ملل اعلام کرده «در اوضاع و احوال استثنایی که دسترسی فوری به وکیل بازداشتی ممکن است نگرانی های امنیتی جدی را موجب شود و در جایی که یک چنین مسأله ای مورد تأیید مرجع قضایی قرار گرفته، حداقل باید اجازه داده شود متهم جلسه ای با یک وکیل مستقل دیگر همانند آن چه از سوی کانون و کلا توصیه می شود، داشته باشد».

۶- در سند اصول مبنایی نقش و کلا نیز ضمن اصل هفتم، قید ۴۸ ساعتی را به رسمیت شناخته که حکومت ها می توانند از زمان دستگیری یا بازداشت فرد متهم اقلامی جهت دسترسی متهم به وکیل نکرده باشند و به موجب این اصل اقبام آن توجیه شود.

۷- به عنوان آخرین قید یا استثنای وارده بر حق بهره مندی از وکیل در تحقیقات مقدماتی لازم است به این مهم توجه داده شود که در موازین بین المللی حقوق بشر از جمله در پیمان نامه بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، شرایط اضطراری^۷ به عنوان یکی از مهم ترین وضعیت های تلقی شده که دولت ها می توانند اجرای بسیاری از تعهدات خود به موجب اسناد بین المللی حقوق بشر را معلق نمایند. این اختیار در پیمان نامه اروپایی حقوق بشر و پیمان نامه آمریکایی حقوق بشر نیز به رسمیت شناخته شده است. این که مفهوم شرایط اضطراری چیست و در شرایط مزبور کدام حق ها را می شود معلق کرد و کدام حق ها قابل تعلیق نیستند و رویه نهادهای نظارتی جهانی و نهادهای قضایی فراملی در این زمینه چیست بحث مفصلی است که از این مجال خارج است اما به طور مختصر به نظر می رسد بعید است بتوان حق بهره مندی از وکیل را در شرایط مزبور جزء حقوق غیرقابل تعلیق تلقی کرد.

آثار عدم رعایت حق بر وکیل یا مشاور حقوقی در تحقیقات مقدماتی

در میان اسناد مختلف بین المللی، در وجه عدم رعایت حق مورد بحث به آثار متعددی اشاره شده که تأمل در

۴- Law

۵- Regulations Lawful

۶- Good Order

۷- States of emergency

آن‌ها ضروری است. اشاراتی از قبیل این که هر نظام حقوقی که متهم بازداشتی را از دسترسی در خلال بازداشت و تحقیقات مقدماتی منع کند به طور جدی به حقوق دفاعی متهم صدمه زده است، یا نقض تصمیم‌گیری متهم در مورد حق بر سکوت است یا عدم دسترسی فوری و منظم متهم بازداشتی به وکیل، تضمین مهم عده اعمال شکنجه و سوء رفتار با متهم و اخذ و سایر سوء رفتارها را منتفی می‌سازد و عبارات مشابه دیگر هر یک درس‌ها و دغدغه‌هایی را فراروی جوامع مختلف قرار می‌دهند که در جهت تأمین دسترسی عادلانه بدان توجه نمایند. نکته دیگری که در حیطه آثار عدم رعایت حق مزبور اشاره به آن ضروری است این که امروزه در موازین بین‌المللی ضرورت جبران و غرامت‌دهی در مقابل نقض حقوق بشر به عنوان یکی از حقوق قطعی، قواعد مدون مشخصی دارد که قربانیان نقض حقوق بشر می‌توانند بدان استناد نمایند. و نکته آخر این که امروزه در محدوده عملکرد دیوان اروپایی حقوق بشر اثر عدم رعایت حق مورد بحث و احراز تخلف یک دولت از ماده ۶ پیمان نامه اروپایی حقوق بشر جنای از تأثیرگذاری جدی بر آرای صادره در سطوح ملی موجب تشخیص تعیین میزان مسؤلیت حقوقی دولت متخلف برای جبران خسارت وارده به قربانی نقض حقوق بشر می‌شود که این روند کنترلی اصلاحی نیز شایسته تأمل و بهره‌برداری جدی است.

برخی تحولات جدید در اسناد و رویه‌های بین‌المللی

در صحنه جهانی طی سال‌های اخیر تحولات زیادی جریان پیدا کرده که در موارد متعددی عقوله حق بر وکالت در مرحله تحقیقات مقدماتی را می‌توان یافت. برای توجه دلائل به برخی از تحولات مزبور که شایسته تأمل جدی هستند به شرح زیر مواردی ذکر می‌شود:

۱- دیوان اروپایی حقوق بشر طی سال ۲۰۰۵ در قبال موارد متعددی نظریات فنی مهمی را مطرح کرد که هر یک نیازمند بررسی جداگانه هستند ولی در یک توصیف کلی قابل ذکر است که برابر بررسی انجام شده، دیوان در خلال پرونده‌ای که در سال ۲۰۰۵ رسیدگی و رأی صادر کرد، در هشت مورد در خصوص دسترسی متهم به وکیل و اقدامات دولت‌ها در این ارتباط بررسی به عمل آورد و به جز یک مورد که به صورت دوستانه بین طرفین دعوا حل و فصل شد در بقیه موارد رأی صادر کرده که در آرای مزبور ۵ مورد تخلف و نقض حق متهم را علیه کشورهای انگلیس، فرانسه، ترکیه احراز کرد و در دو مورد دیگر رأی به عدم نقض قواعد مربوط در پیمان نامه اروپایی حقوق بشر صادر کرد. یکی از پرونده‌هایی که برای درک بهتر رویه قضایی اروپایی مربوط به بحث این نوشتار شایسته تعمق است قضیه اوجالان علیه دولت ترکیه است که در سال ۲۰۰۵ رأی نهایی آن صادر شد و به دلیل عدم رعایت موازین مختلف از جمله حقوق متهم در دسترسی به وکیل و ممانعت از ایفای نقش موثر وکیل در تحقیقات پرونده، دولت ترکیه متخلف شناخته شد و رأی صادره محاکم ملی ترکیه نقض شد. آن چه در رویه‌های قضایی مختلف می‌توان مشاهده کرد این است که دسترسی وکیل به متهم از همان مراحل اولیه دستگیری و دسترسی وکیل به پرونده تحقیقات مقدماتی و ایفای نقش موثر دیدگاه دیوان اروپایی امری کاملاً پذیرفته شده و قطعی تلقی می‌شود که حتی در موارد اتهامات تروریستی و یا امنیتی نیز دست حکومت‌ها را برای اعمال نظر باز نمی‌گذارد.

۲- از جمله نکات جالب تحولات جدید بین‌المللی این است که حتی در منطقه آسیا و اقیانوسیه که هنوز مفاهیم حقوق بشر به دلایل مختلف نهادینه نشده و مشکلات ساختاری متعددی گریبان‌گیر کشورهاست، در سال ۲۰۰۵ تحقیقی توسط شورای مشورتی حقوق دانان مجمع نهادهای ملی حقوق بشر که مرکب از حقوق دانان برجسته کشورهای آسیایی است در مورد منع شکنجه انجام شد که از جمله توصیه‌های نهایی آن آرایه‌سندی تحت عنوان

حداقل استانداردهای بازجویی و تحقیقات مقدماتی بود. در بخشی از استانداردهای ۲۲ گانه پیشنهادی به موضوع حق بر وکیل در تحقیقات مقدماتی پرداخته شده که حاوی نکات جدید است. اصل دهم سند مزبور مقرر داشته: «هر فرد تحت بازجویی قبل از این که بازجویی شروع شود باید فرصت مناسب برای مشورت با وکیل اش را بدون تأخیر و به صورت خصوصی پیدا کند. مقامات مکلف هستند که تسهیلات تماس متهم با وکیل انتخابی اش را فراهم آورند. اگر شخص متهم توانایی اخذ وکیل و پرداخت هزینه مربوطه را نداشته باید امکان وکیل رایگان فراهم شود». اصل یازدهم سند مزبور اعلام داشته: «شخص وکیل باید به صورت فیزیکی در خلال هر بازجویی حضور و حق مداخله در پرسش های متهم در جهت تضمین رعایت قانون را دارد. شخص متهم حق دارد اگر در خلال بازجویی خواست، بتواند با وکیل خود به صورت خصوصی مشورت کند». اصل دوازدهم سند مزبور مقرر داشته: «در مواردی که وکیلی در دسترس نیست یا فرد متهم نمی خواهد که وکیلی داشته باشد، باید به شخص این امکان داده شود که در هر بازجویی یک نماینده از سازمان غیردولتی مربوطه یا دوستان یا فامیل متهم به انتخاب وی حاضر باشد». و در نهایت اصل بیستم سند مزبور که پس از اصول قبلی مربوط به ضرورت ضبط ویدئویی یا شفاهی و کتبی تمام بازجویی ها آمده است مقرر داشته نوارهای ضبط شده باید در دسترس فرد تحت بازجویی و وکیل وی قرار گیرد. در صورتی که مدارک ثبت شده بازجویی ها کتبی باشد شخص تحت بازجویی یا وکیل وی باید فرصت تصحیح آن را داشته باشد.

۳- طی سال های اخیر که به نام مبارزه با تروریسم از سوی برخی کشورها اقدامات متعددی در سطح فراملی یا داخل کشورهای خودشان در مورد مظنونین به تروریسم انجام شد صرف نظر از اینکه اصل اقدامات مزبور منجر به چه موارد نقض حقوق بشری شده است به عنوان یکی از آثار و عواقب مثبت این وقایع، جامعه جهانی را نسبت به سوءاستفاده های از قواعد بین المللی و منقذهای موجود آشناتر ساخت تا با حساسیت بیش تری اقدامات دولت ها را تحت نظر داشته باشند از جمله حساسیت های مزبور مربوط به حقوق متهمین در دسترسی به وکیل بود که در اسناد مختلف منعکس شده است. ملاحظه گزارشات متعدد گزارش گر ویژه منع شکنجه، گزارش گر ویژه تازه ایجاد شده مبارزه با تروریسم و رعایت حقوق بشر، گزارش گر استقلال قضات و وکلا و قطع نامه های مجمع عمومی یا کمیسیون تبدیل شده حقوق بشر سازمان ملل و یا کمیسیون فرعی کمیسیون حقوق بشر مستندات متعددی را ارایه می دهد که حاکی از دغدغه جدی نهادهای نظارتی بین المللی برای پیش برد حقوق متهمین از حیث دسترسی به وکیل مستقل و مؤثر است. در کنار سازمان های بین الدولی، گزارشات متعدد سازمان های غیردولتی بین المللی از جمله عفو بین الملل، دیده بان حقوق بشر، کمیسیون بین المللی حقوق دانان و... تحرکات قابل توجه برنی حفاظت از استانداردهای جهان شمول حقوق بشر را نشان می دهد که حداقل معنای آن این است که در دنیای امروز نقض این حقوق به نسبت گذشته به شدت سخت تر شده و حکومت ها وظیفه دارند در این مقوله دقت بیشتری معمول و ضعف های خود را برطرف نمایند.

نتیجه

در اغلب کشورها مقررات واحدی در ارتباط با مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و رسیدگی در دادگاهها وجود ندارد اما از آن جا که نقش سازنده وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی و نزد ضابطان دادگستری بر دست اندرکاران امور قضایی پوشیده نیست و در تاریخ حقوق هم از دیرباز استفاده از خدمات وکیل در دادسرا توسط متهم مورد قبول قانون گذار قرار گرفته که این ریشه در نظام تقنینی حاکم بر تحقیقات مقدماتی دارد اما در حال

حاضر با توافقی شدن تحقیقات مقدماتی، عدم حضور وکیل در دادسرا توسط قضات نه تنها باعث تضییع حقوق متهم می‌شود و با اصل برائت معایرت دارد بلکه باعث اطاله دادرسی و اشتباه در نتیجه رسیدگی هم می‌شود. در صورتی که قانون نذار قصد دارد با حضور وکیل و نقش اساسی که جهت جمع‌آوری دلایل علیه متهم ایفا می‌کند، اهمیت و ضرورت آن را نشان دهد؛ و این اهمیت همان جلوگیری از تضییع حقوق در رسیدن به کشف حقیقت و اذعان وجدانی قاضی برای اعتدال حق و حقیقت و صدور حکم عادلانه است. با این حال ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری حضور وکیل منافع را در مرحله تحقیقات مقدماتی کمرنگ و محدود دانسته است؛ البته تبصره ماده ۱۱۲ و ماده ۱۲۸ همان قانون تصریحی بر عدم دخالت ندارد بلکه به تشخیص قاضی قرّر داده و قوانین گذشته را هم نقض نکرده است.

صرف کلمه «می‌تواند» در ابتدای ماده ۱۲۸ و تبصره ۱۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری به تعبیری این است که قاضی اختیار دارد به وکیل اجازه حضور در تحقیقات مقدماتی را بدهد یا ندهد و این امر مخالف اصل ۲۵ قانون اساسی است و متأسفانه این موضوع تبدیل به یک قاعده و رویه شده است اما باید توجه کرد که حق انتخاب وکیل از حقوق مردم بوده و سلب آن هم از لحاظ شرعی نیاز به نص صریح دارد و با توجه به اصل تفسیر قانون به سود متهم، جایی برای تأویل و تفسیرهایی که حق وکیل را برای متهم محدود کند وجود ندارد و عدم پذیرش وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی از سوی قضات خلاف شرع و قانون است و موجب خسارات جبران‌ناپذیری به حقوق مردم بوده، حتی استقلال قوه قضاییه را به مخاطره می‌اندازد و اعتبار آن را در بین مردم و مجامع بین‌المللی خدشه‌دار می‌کند که جبران آن بسیار دشوار است.

بحث حقوق انسان‌ها حکایت دیگری دارد که هرگز کار علمی صرفه پاسخ‌گوی دغدغه‌ها نیست. به تلاش‌های مثبتی که در سال‌های اخیر در کشورمان جریان پیدا کرده و روندی که مخصوصاً ریاست قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران تحت عنوان حقوق شهروندی در ارتباط با متهمین پی‌گیری شده اند ارج نهاده و هر یک در جایگاه خود، کوشش کنیم تا آینده ما بهتر از امروز باشد. تجربه‌های حقوقی جهانی، دستاوردهای بشری هستند که می‌توانند ما را در اتخاذ راه کارهای نوین متناسب با فرهنگ بومی و ارزش‌های اسلامی کمک نمایند.

منابع و مأخذ:

- [۱] قهرمانی، نصرالله، آیین نامه حرفه ای وکلای دادگستری کشورهای عضو اتحادیه اروپا، سایت www.lawnet.ir، ۱۰/۸/۱۳۸۷.
- [۲] سلطان محمدی، کوروس، مقاله وکالت در اسناد بین‌المللی، www.ariaforum.ir/showthread.php?tid=۳۳۸۲، ۱۳۸۸/۲/۵.
- [۳] سلطان محمدی، کوروس، مقاله استانداردهای حق دفاع، سایت www.Irbar.com، ۱۳۸۹/۷/۲۵.
- [۴] سلیمانیان، حمیدرضا، مقاله حق دفاع در تحقیقات مقدماتی، سایت www.aftab.ir، ۱۳۸۵/۳/۳۰.
- [۵] کانون وکلای دادگستری، مرکز، ۱۳۴۴، تاریخچه وکالت در ایران (تحوّلات ۲۵ ساله وکالت در ایران)، جلد اول.
- [۶] مصباحی، کمال‌الدین، مقاله تضمین‌های فعالیت وکالت، برگرفته از سایت www.kamalmesbahi.blogfa.com، ۱۳۸۷/۴/۱۶.
- [۷] مسلمی، علی، ۱۳۷۹، حق دفاع متهم در فقه امامیه و قوانین موضوعه ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، معارف اسلامی و حقوق.

بررسی نمایندگی در صدور سند تجاری

فاطمه علی بخشی

چکیده:

از جمله موضوعات مهمی که امروزه در عرصه تجارت بین الملل مطرح می‌شود مسأله نمایندگی است که این نمایندگی می‌تواند به موارد خاصی اختصاص یابد از جمله آن‌ها نمایندگی در صدور اسناد تجاری نظیر برات، سفته و چک است. با توجه به این امر که امروزه امکان اقدام مستقیم و به مباشرت اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی اغلب با مشکلاتی مواجه می‌شود لذا مسأله نمایندگی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار گردیده است.

در حقوق کشور ما قوانین و مقررات خاصی پیرامون مسأله نمایندگی تجاری وجود ندارد لذا می‌توان احکام آن را تابع قوانین و کالت که نوعی نمایندگی تلقی می‌شود، دانست. از نقطه نظر بین المللی نیز کنوانسیون‌های ژنو در خصوص اسناد تجاری یکی از پیمان‌های معتبر محسوب می‌شود که در این مقاله علاوه بر حقوق ایران به بررسی آن نیز پرداخته می‌شود.

مقدمه:

بحث از نمایندگی در صدور سند تجاری در حقوق ایران که نوعی نمایندگی تجاری تلقی می‌شود، بحثی است جدید و معدودی از حقوق دانان آن را مستقلاً مورد بررسی قرار داده‌اند. در قانون مدنی با این که قواعد نمایندگی در کلیات قراردادها نیامده است، لیکن عقد و کالت شامل احکامی است که بر همه اقسام نمایندگی حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۳). با استفاده از نمایندگی، واسطه‌ای بین اصیل و اشخاص ثالث به وجود می‌آید که متضمن فواید زیادی است که در بعضی موارد حتی استفاده از نمایندگی را اجتناب ناپذیر می‌سازد. به طور کلی هدف نمایندگی این است که امر تجارت و تبادلات اقتصادی را تسهیل کند زیرا معاملات تجاری بی شماری در دنیای معاصر از طریق دخالت نمایندگان صورت می‌پذیرد. از طرف دیگر در عرصه بین‌المللی کنوانسیون‌های ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ ژنو در خصوص برات، سفته و چک یکی از کنوانسیون‌های مهم در این زمینه است و دامنه اجرایی وسیعی داشته و علاوه بر کشورهای عضو برای سایر کشورها نیز راه‌گشا می‌باشد.

کارشناس ارشد حقوق

۱- نمایندگی در صدور سند تجاری و اقسام آن

۱-۱- تعریف نمایندگی:

با استفاده از نمایندگی واسطه‌ی بین اصیل و شخصی که طرف عمل حقوقی است به وجود می‌آید. استفاده از نماینده نه تنها در عالم تجارت متداول است بلکه در انعقاد قراردادهای غیر تجاری نیز معمول است (borric, ۱۹۸۸، ۱). رابطه نمایندگی، طریقی است که به واسطه آن یک فرد می‌تواند از خدمات دیگری برای انجام فعالیت‌هایی که وراثی و بسع اثن است استفاده ببرد. در قانون مدنی ایران هیچ‌گونه تعریفی از نمایندگی ارائه نشده است. حقوق دانان و اساتید حقوق تلاش کردند با توجه به مصادیق نمایندگی که در قانون آمده تعریفی از نمایندگی ارائه نمایند: نمایندگی رابطه‌ای است حقوقی که به موجب آن نماینده می‌تواند به نام و به حساب اصیل در انعقاد قرارداد شرکت کند که آثار آن به طور مستقیم دامن گیر اصیل می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۵۹، ۲۵۶)

بر اساس این نظریه عقد به وسیله نماینده ولی برای اصیل منعقد می‌شود. قصد انشاء، اعلام اراده و تراضی با نماینده است و با عنایت به این که اراده، رکنی از تراضی به شمار می‌رود شخصی که فقط وسیله ابلاغ اراده طرف معامله است، نماینده محسوب نمی‌شود و از این جهت است که محجور نیز می‌تواند وسیله ابلاغ باشد، حال آن که نماینده بایستی حداقل اهلیت لازم برای قصد انشاء را دارا باشد.

برخی دیگر از حقوق دانان در تعریف نمایندگی گفته‌اند: نمایندگی به مفهوم دقیق این کلمه زمانی مصداق می‌یابد که محتویات اراده موجد عمل حقوقی از طرف کسی که طبیعتاً باید اعلام شود ابراز نگردیده بلکه از ناحیه شخص دیگری اعلام شود. مانند وکیل، قیم یا ولی که از طرف اشخاص دیگری اعلام اراده می‌کنند. (صفایی، ۱۳۶۱، ۹۰) از این رو با استفاده از تأسیس حقوقی نمایندگی، طرف اصیل بی آن که شخصاً در انعقاد عقدی شرکت داشته باشد سمت‌هایی مانند خریدار، فروشنده، مالک و... را پیدا می‌کند.

دکتر السنهوری حقوق دان بنام مصری برای تعریف نمایندگی، نظریه جای‌گزینی اراده نماینده به جای اراده اصیل را ارائه نموده است. با توجه به جمیع این تعاریف می‌توان گفت نمایندگی، سلطه و اختیاری است که به موجب قانون یا در اثر تراضی به اراده منوب عنه جهت انجام اموری به دیگری اعطا می‌شود و آثار ناشی از آن متوجه و عاید اصیل می‌شود. آن چه مسلم است این که در اثر نمایندگی دو نتیجه به وجود می‌آید: اول بین نماینده و اصیل تعهدی به وجود می‌آید که طبق آن هر یک در مقابل دیگری حقوق و مسؤولیت‌های مسلمی تحصیل می‌کنند دوم وقتی که از طرف نماینده اقدامی به عمل می‌آید منجر به انعقاد قرارداد بین اصیل و شخص ثالث می‌شود. (cheshire and fifoots, ۱۹۸۱، ۴۲۱)

۲- ۱ اقسام نمایندگی:

در حقوق ایران برای نمایندگی از دیدگاه‌های مختلف و به جهات گوناگون تقسیماتی صورت گرفته است. به عبارتی به لحاظ منشأ و سبب ایجاد، به نمایندگی قراردادی، قانونی و قضایی قابل تقسیم است. به اعتبار نقش نماینده در تحمل آثار عقد به نمایندگی مستقیم (بی واسطه) و نمایندگی غیر مستقیم (با واسطه) تقسیم می‌شود. هم چنین به اعتبار حدود و دامنه شمول اختیارات نماینده به نمایندگی خاص و نمایندگی عام تقسیم می‌شود. و نهایتاً به اعتبار

ماهیت موضوع به نمایندگی مدنی و نمایندگی تجاری قابل تقسیم است.

نکته قابل توجه این است که در خصوص صدور اسناد تجاری به لحاظ تجاری بودن موضوع، نمایندگی از نوع نمایندگی تجاری می‌باشد البته لازم به ذکر است که تجاری بودن نمایندگی امری نسبی است بدین معنا که فرضاً اگر اصیل، بازرگان باشد و موضوع نمایندگی نیز مربوط به یکی از اعمال تجاری باشد و یا حتی اگر اصیل هم شخصاً غیر ناچر باشد ولی عمل نمایندگی از اعمال تجاری باشد در این صورت نمایندگی نسبت به اصیل امری تجاری است. (صفایی، ۱۳۶۱، ۴۰)

قانون تجارت حاوی موادی راجع به دلالتی، حق العمل کاری، حمل و نقل و نمایندگی تجاری است. قانون مدنی نیز اصول کلی مربوط به عقود و قراردادهای تعریف نموده و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز کاملاً راه را برای وجود و اثبات قراردادهای تجاری بزرگنماشته است و در خصوص صدور اسناد تجاری به نمایندگی، شرایط اساسی چهارگانه ماده ۱۹۰ قانون مدنی می‌بایست رعایت گردد.

۱-۲-۱- وکالت:

آن نوع از نمایندگی است که به استناد عهد و توافق طرفین، نماینده اختیار پیدا می‌کند تا از طرف اصیل اقدامات و تصرفاتی انجام دهد. این نوع نمایندگی غالباً عقد وکالت نامیده می‌شود. قدر مسلم آن است که فله‌رو نمایندگی قراردادی وسیع‌تر از وکالت است و محدود به آن نیست زیرا عقود دیگری نیز غیر از عقد وکالت وجود دارد که به موجب آن احد از طرفین به دیگری نیابت برای انجام امری می‌دهد از قبیل ودیعه. اما وکالت و عقود نظیر ودیعه از جوهر و ذات واحدی برخوردار نیستند زیرا در عقد وکالت جوهره آن اعطای نیابت برای انجام امری مانند صدور سند تجاری است اما در عقد ودیعه هدف آن مالی است که به مستودع سپرده می‌شود و مقتضای آن حفظ مال است. ویژگی وکالت در بحث نمایندگی در صدور سند تجاری این است که اصیل آشکار و اقسا می‌شود. بموجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند. این تعریف مبین این مطلب است که در اثر عقد وکالت به دیگری نیابت داده می‌شود تا اقداماتی را برای اصیل انجام دهد.

از دید اصیل، اقدام نماینده در مورد انجام موضوع نیابت و وکالت، قائم مقام اقدام خود وی محسوب می‌شود. بدین ترتیب اثر اقدامات و اعمالی (از جمله صدور سند تجاری) که به استناد اختیار نمایندگی از سوی وکیل (نماینده) صورت می‌پذیرد متوجه موکل (اصیل) است و تعهدات ناشی از اعمال نمایندگی بر اصیل تحمیل می‌شود و اگر سودی عاید گردد نیز به او تعلق خواهد داشت.

به هر حال تردیدی نیست که در اثر وکالت، سلطه یا اختیار انجام عملی حقوقی یا مادی به نمایندگی از سوی اصیل به نماینده تفویض می‌گردد. به عبارت دیگر مبنای سبب نمایندگی در وکالت اخذ و اراده موکل است که بدون هیچ الزامی به اختیار و اراده خود به دیگری سلطه یا سمت نمایندگی اعطا می‌کند تا به نیابت از او اعمالی را انجام دهد و اثر آن برای او باشد به همین سبب از وکالت به عنوان مصداق بارز نمایندگی قراردادی یا اختیاری یاد می‌شود. اگرچه در قانون مدنی در کلیات قراردادهای، قواعد عمومی نمایندگی ذکر نشده است، ولی عقد وکالت دارای احکامی

است که بر همه اقسام نمایندگی حکومت دارد.

۲-۲-۱- حق العمل کاری:

ماده ۲۵۷ قانون تجارت در تعریف حق العمل کاری می گوید: «حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (امر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العمل دریافت می دارد».

از این ماده چنین بر می آید که معاملات مبتنی بر قرارداد حق العمل کاری به نام حق العمل کار انجام می شوند یعنی این که حقوق و تعهدات ناشی از این معاملات نامن غیر خود حق العمل کار می شوند در حالی که در وکالت حقوق و تعهدات از طریق نمایندگی متوجه اصیل می شوند و به این علت که تاجر نمی تواند تمامی معاملات خود را شخصا انجام دهد ممکن است انجام پارهای از آن ها را به حق العمل کار و گذار نماید. در این صورت حق العمل کار، وکیل امر است و با اطلاع او عمل حقوقی را انجام می دهند (راستین، ۱۳۵۳، ۳۸۲) بنابراین نیایستی نمایندگی تجاری را با حق العمل کاری اشتباه کرد زیرا نماینده عمل تجاری (مانند صدور سند) را به نام تاجر انجام می دهد ولی حق العمل کار به حساب امر ولی به نام خود معامله را انجام می دهد. بنابراین ویژگی حق العمل کاری این است که در آن اصیل معرفی و افشا نمی شود و حق العمل کار رأساً طرف معامله قرار می گیرد.

به طور مثال چنان چه حق العمل کار اقدام به صدور براتی به نام خود ولی به حساب امر نماید حقوق و تعهدات ناشی از صدور برات متوجه اوست و دارنده برات تعهدات ناشی از صدور برات را از حق العمل کار مضایقه می کند چون او را حبل می داند نه امر.

و اما در مورد رابطه بین حق العمل کار و امر مقررات وکالت و ماده ۱۹۶ قانون مدنی حاکم است و چنان چه حق العمل کار بتواند اثبات نماید که سند را از جانب امر (اصیل) و برای او صادر نموده اصیل متعهد پرداخت وجه سند می باشد و البته در این رابطه تفسیر مضیق شده و این رابطه در مقابل نالت بلائیر می باشد بنابراین حق العمل کاری از نظر ماهیت و طبیعت آن با وکالت تفاوت فاحشی داشته و وکالت در آن جنبه فرعی دارد و فقط در حکم وکالت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۰۸)

۳-۲-۱- قائم مقام تجاری:

ماده ۳۹۵ قانون تجارت قائم مقام تجاری را چنین تعریف می کند: «قائم مقام تجاری کسی است که رئیس تجارت خانه او را برای انجام کلیه امور مربوط به تجارت خانه یا یکی از شعب آن نائب خود قرار داده و امضای او برای تجارت خانه الزام آور می باشد».

گفته شده است بین قائم مقام تجاری و وکیل باید فرق گذاشت زیرا قانون مقررات مربوط به قائم مقام تجاری را تابع مقررات وکالت قرار نداده و احکام آن جدا است. (عبادی، ۱۳۶۸، ۲۷۱). برخی دیگر تفاوت بین وکیل و قائم مقام تجاری را که مندرج در ماده ۴۰۰ قانون تجارت است، تفاوتی فاحش دانسته و علت آن را این گونه ذکر کرده اند که در صورت فوت صاحب تجارت خانه، اگر مطابق مقررات قانون مدنی عمل شود ناچار تجارت خانه برای مدتی تعطیل خواهد شد و ممکن است خسارات جبران ناپذیری وارد گردد. (کتبی، ۱۳۶۴، ۲۸۱). ولی به نظر می رسد قائم مقام تجاری از نظر این که متضمن دادن اذن است تفاوتی با وکالت ندارد و به طور کلی میان قائم مقامی و وکالت تفاوت ماهوی وجود ندارد. همین امر که قانون گذار در ماده ۴۰۰ قانون تجارت فوت و یا حجر رئیس تجارت خانه

را باعث انحلال قرار داد قائم مقامی نداشتند دلیل بر این است که در سایر موارد و احکام، قائم مقام تجاری، کماکن تابع مقررات و کالت خواهد بود و اگر غیر از این بود قانون گذار سایر احکام و موارد خاص را جداگانه بیان می کرد. در مورد صدور سند تجاری که توسط قائم مقام تجاری صورت می گیرد نیز تابع مقررات کلی در این خصوص می باشد. علی الاصول امضاء و صدور سند تجاری به نمایندگی، اصیل را منعقد می کند.

در نانی قانون گذار تنها فوت و حجر صاحب تجارت خانه را مانع از انحلال قرار داد قائم مقامی می داند و در خصوص فوت یا حجر قائم مقام حکم جدیدی وضع نکرده است. بدین جهت معلوم می شود که حکم مندرج در ماده ۴۰۰ حکمی است استثنایی که بنا به مصلحت صادر شده و در سایر موارد می بایست به قانون عام عمل کرد. در نتیجه باید معتقد بود که اگر سمت قائم مقامی آشکار باشد یا افشا شود، قائم مقام عهده دار تعهدات در برابر اشخاص ثالث نیست.

۴-۲-۱- مدیران شرکت ها:

از جمله موارد مطرح در صدور سند تجاری به نمایندگی درباره اشخاص حقوقی حقوق خصوصی است و این مسأله قابل طرح است که مدیران که در اثر اعطای نمایندگی به آن ها اقدام به صدور سند تجاری می نمایند مسؤول هستند یا سهام داران شرکت ها.

وضعیت مدیران شرکت های تجاری در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن مصوب ۱۳۴۷ دارای تفاوت آشکاری است. لایحه اصلاحی قانون تجارت نقصی را که از بی توجهی قانون گذار ناشی شده بود، تکرار نکرده است. این نقص از آن جا ناشی می شود که شرکت های تجاری از یک سو به موجب مواد ۵۸۳ و ۵۸۸ قانون تجارت دارای شخصیت حقوقی شناخته می شوند که هم تنگد یک شخص حقیقی می توانند دارای حقوق و تکالیف شوند و از سوی دیگر به موجب مواد مربوط به انواع شرکت های تجاری استقلال آن نادیده گرفته شده بود به عنوان مثال در حالی که مدیر شرکت به عنوان بازوی اجرایی شخص حقوقی دارای وظایف و اختیاراتی گردیده بود و از طرف شرکت و به نام او اقداماتی را انجام می داد، در مقابل سهام داران و شرکاء به عنوان وکیل مسؤول شناخته می شد.

لذا مقنن در لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ با تأکید بر استقلال شرکت های تجاری، مدیران را نه به عنوان وکیل شرکا که تابع قواعد عام قانون مدنی باشند بلکه به عنوان نماینده شرکت قرار داده است که باید مطیع قواعد خاصی باشند که با طبیعت شرکت نیز سازگار است. در نظام حقوق تجارت ایران در بحث شرکت ها و زمانی که مدیر به نمایندگی از طرف شرکت اقدام به صدور سند تجاری می نماید سه رژیم حقوقی وجود دارد؛ اولین مورد در رابطه با شرکت های سهامی است.

ماده ۱۱۸ لایحه الحاقی قانون تجارت عنوان می دارد: «جز درباره موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام درباره آن ها در صلاحیت خاص مجامع عمومی است مدیران شرکت دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور شرکت می باشند مشروط بر آن که تصمیمات و اقدامات آن ها در حدود موضوع شرکت باشد. محدود کردن اختیارات مدیران در اساس نامه یا به موجب تصمیمات مجامع عمومی فقط از لحاظ روابط بین مدیران و صاحبان سهام معتبر بوده و در مقابل اشخاص ثالث باطل و کن له یکن است.» براساس این ماده اصل بر اختیارات کامل مدیران شرکت های سهامی برای اداره شرکت است، البته با دو قید؛ اول تصمیمات شان در حدود موضوع شرکت باشد و دوم

این که موضوعات مورد تصمیم در صلاحیت خاص مجامع عمومی نباشد.

اگر اقدام مدیر در شرکت سهامی خارج از موضوع شرکت باشد شرکت متعهد نیست و اگر صدور سند تجاری باشد شخص مدیر در قبال دارنده سند مسئول است، بدین علت که مدیر، اختیار صدور سند خارج از موضوع شرکت را ندارد حال چنان چه مدیر سندی را داخل در موضوع شرکت صادر نماید با توجه به این که عمل او موافق اساس نامه و مصوبات مجمع عمومی شرکت باشد یا مخالف متفاوت است. به طور مثال اگر در شرکت سهامی، مجمع عمومی تصویب نماید که مدیر تا مبلغ صد میلیون ریال اختیار صدور سند دارد ولی او دویست میلیون را صادر کند و یا اذنه مدیر مخالف اساس نامه باشد اقدام او شرکت را متعهد می‌سازد و در مقابل اشخاص ثالث معتبر است اما مدیر مسئولیت مدنی در مقابل شرکت و سایر شرکا دارد.

و در مورد شرکت با مسئولیت محدود ماده ۱۰۵ قانون تجارت جاری است. در واقع اصل بر این است که مدیران همه گونه اختیاری برای اداره شرکت دارند و می‌توانند اسناد تجاری را به هر میزان صادر نمایند و اثنی که به آن‌ها داده شده است اثن عام است مگر آن که در اساس نامه محدود شده باشند. یعنی محدود کردن اختیارات مدیران تنها از طریق اساس نامه میسر است و نه طبق شرکت نامه و مصوبات مجمع. پس چنان چه مدیران شرکت با مسئولیت محدود برخلاف سنجرات اساس نامه اقدام به صدور سند تجاری نمایند، خود مسئول اند و نه شرکت و در مورد سایر شرکت‌ها مثل تضامنی، نسبی و... مفاد ماده ۵۱ قانون تجارت سال ۱۳۱۱ که تنها در مورد شرکت‌های سهامی منسوخ شده با ارجاع ماده ۱۲۱ قانون تجارت مجری می‌باشد که مدیر، وکیل شرکت شناخته شده است و مانده ماده ۶۷۴ قانون مدنی مثل رابطه وکیل و موکل است یعنی اصل بر این است که مدیر اختیاری ندارد مگر این که این اثن به او داده شده باشد و اگر اقدام مدیر خارج از حدود اثن باشد در مورد سند تجاری مدیر، مسئول پرداخت وجه سند می‌باشد.

۲- ویژگی‌های نمایندگی در صدور سند تجاری:

۲-۱- اصول کلی:

این بحث در حقوق ایران بحث جدیدی است که پاره‌ای از حقوق ذاتان به اختصار آن را مورد بررسی قرار داده‌اند در حقوق اسلام از همان آغاز انجام معامله به نیابت پذیرفته شده است و وکالت به عنوان یکی از عقود معین به طور مفصل بحث شده و عقد وکالت شامل احکامی است که به طور کلی بر اقسام نمایندگی حکومت دارد. در واقع با استفاده از نمایندگی، واسطه‌ای بین اصیل و شخص ثالث که طرف عمل حقوقی است به وجود می‌آید که متضمن فواید زیادی است که حتی گاهی استفاده از نمایندگی را اجباری می‌سازد. مانند عملی که ولی به نیابت از مولی علیه خود انجام می‌دهد.

انجام عمل حقوقی بالاخص صدور سند به نمایندگی فواید زیادی دارد از آن جمله تسهیل تجارت و مبادلات اقتصادی است. کنوانسیون‌های ژنو در مواد معدودی به پذیرش صدور سند تجاری به نمایندگی و شرح توضیحاتی مختصر در این باره پرداخته است.

بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون، صدور برات به نمایندگی را پذیرفته است. ماده ۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو نیز مقرر داشته هرگاه نماینده بدون اختیار ورقه برات را امضا نماید مانند دیگر متعهدان سند، مسئول پرداخت وجه سند است و اگر وجه سند را پرداخت نمود دارای حقوق اصیل است. مطابق ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۳۰ در مورد برات و ماده ۱۰

کنوانسیون چک چنانچه سند متضمن امضاهای موهوم یا مجعول باشد که نتوان امضا کننده یا کسانی را که به نمایندگی از طرف آنان سند امضا شده است متعهد نمود، مسؤلیت سایر اشخاص امضا کننده چک به قوت خود باقی است از جمله این اشخاص، نماینده است. در حقوق مدنی چنانچه شخصی از جانب دیگری بدون اختیار اقدام به انجام معامله نماید از آنجایی که قصد انجام معامله را برای خود نداشته است، چنانچه اصل، معامله را تنفیذ نکند معامله باطل است اما در حقوق تجارت و بحث صلور سند تجاری وضعیت این گونه نیست چرا که حتماً یکی از امضاها مورد قبول واقع می‌شود. از مواد کنوانسیون و تطبیق آن با حقوق ایران دو اصل کلی به دست می‌آید که با حقوق انگلیس که تابع نظام حقوقی کامن لا است شباهت دارد:

اول این که علی‌الاصول امضای هر نماینده‌ای گریبان گیر اصیل است یعنی اثر عمل حقوقی که به اراده نماینده ایجاد شده است عاید اصیل می‌گردد.

دوم هر کس سندی را امضا می‌کند فرض قانونی بر این است که به عنوان اصیل امضا می‌کند مگر آن که خلاف آن ثابت شود. اصل اول استثنائاتی دارد: در حقوق ایران می‌توان ماهه ۱۹ قانون صدور چک را اشاره نمود که تنها مختص چک است و هم صاحب حساب و هم صادر کننده چک مسؤلیت تضامنی دارند. دومین استثناء در مورد نماینده‌ای است که خارج از حدود اذن عمل کرده و نمایندگی او فصولی نیست ولی اقدامات خارج از محدوده اختیارات اش متوجه اصیل نمی‌باشد (البته استثنایی بر این استثناء وجود دارد و آن در شرکت سهامی است که اقدامات مدیر خارج از محدوده اختیارات اگر داخل در موضوع شرکت باشد نسبت به اشخاص ثالث معتبر و نافذ بوده و شرکت را متعهد می‌سازد و مدیر تنها در رابطه با دیگر شرکا مسؤلیت مدنی دارد)

استثنای سوم بر اصل اول در رابطه با نمایندگی قضولی است. در دو مورد قبلی نمایندگی وجود داشت اما در این مورد نمایندگی وجود ندارد و به صورت قضولی است و چنانچه اصل عمل فصول را تنفیذ نماید آثار عمل نماینده متوجه اصیل می‌شود و حقوق مدنی با حقوق تجارت این تفاوت را دارد که چنانچه صدور سند مدنی با عدم تنفیذ اصیل مواجه شود موجب بطلان عمل نماینده است اما در مورد صدور سند تجاری پذیرش این نظریه مسائل را پیچیده می‌کند؛ همان گونه که در کنوانسیون م ۱۹۳۰، ۷ و م ۱۹۳۱، ۱۰ یکی از امضاها مورد قبول است. و اما در رابطه با اصل دوم یعنی هر کس سندی را امضا می‌کند، فرض قانونی بر این است که به عنوان اصیل امضا کرده. حال اگر نماینده سندی را به نمایندگی امضا کند اما نام اصیل را ابراز نکند این سؤال مطرح می‌شود که آثار عمل حقوقی متوجه اصیل است یا نماینده؟

۲-۲- اصل اصیل افشا نشده:

در حقوق انگلستان دو اصل وجود دارد یکی اصل اصیل خارجی و دیگری اصل اصیل افشا نشده (the doctrine of undisclosed principal)

در موردی که عمل حقوقی توسط نماینده منعقد می‌گردد و سمت نمایندگی او هم ابراز می‌شود و اصیل هم معرفی شده است، در صورتی که اصیل بیگانه و تبعه خارجی باشد طبق یکی از عرف‌های تجاری انگلیس شخصی که به عنوان نماینده برای یک اصیل تبعه خارجی مبادرت به انجام معامله یا امضا سند حقوقی نماید خودش اصیل تلفی می‌گردد

و نماینده در قبال طرف قرارداد متعهد به انجام عمل حقوقی است (cheshire and fifoots, ۱۹۸۱, ۳۳۷). در مواردی که نماینده واقعاً دارای اختیار است ولی وجود نمایندگی را ابراز نمی‌کند و قرارداد را به نام شخص خود منعقد می‌سازد به استناد «دکترین اصیل افشاء نشئه» مکان اثبات نمایندگی بعداً وجود دارد. در این صورت هر چند پس از اثبات نمایندگی و انشای اصیل، علی‌القاعده حقوق و تعهدات ناشی از عمل حقوقی متوجه او است مع الوصف با این که نفعی از قرارداد عاید نماینده نمی‌گردد، از نظر رابطه او با شخص ثالث مسؤول شناخته می‌شود زیرا او چنین وانمود کرده که از طرف خودش اقدام می‌کند و طرف دیگر قرارداد براساس ظواهر امر به او اعتماد کرده و با او به عنوان اصیل، قرارداد بسته است. در این جا حقوق و تعهدات اصیل و نماینده در مقابل شخص ثالث مستقل است و جنبه نیعی ندارد لذا اگر یکی از آن دو در طرح دعوی علیه طرف قرارداد با شکست مواجه شود این امر مانع از طرح دعوی از سوی طرف دیگر نیست. مع الوصف طرف قرارداد هم باید انتخاب کند که کدام یک از اصیل و نماینده باید تعهدات خود را در قبال او اجرا کنند زیرا ترس است که هر دوی آن‌ها در برابر او مسؤولیت دارند ولی او بیش از یک حق را نمی‌تواند مطالبه کند. (cheshire and fifoots, ۱۹۸۱, ۳۳۷)

این اصل با ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایران مطابقت دارد. این ماده عنوان می‌کند هر کس معامله انجام دهد آن معامله برای آن شخص محسوب می‌شود مگر در هنگام عقد خلاف آن را تصریح کند یا بعداً خلاف آن ثابت شود اما قسمت دوم ماده با اصل اصیل افشاء تشبه تفاوت پبنا می‌کند به این نحو که قانون مدنی ایران اجازه می‌دهد که چنانچه بعداً نتوانست ثابت نماید که به عنوان نماینده امضا کرده تعهدات به اصیل برگردد در صورتی که در اصل اصیل افشاء نشده در هنگام قرارداد باید افشاء نماید و سمت خود را ابراز کند و اثبات بعد از عقد اثری ندارد. البته به نظر برخی اساتید قسمت دوم ماده ۱۹۶ یک استثناست و می‌بایست تفسیر مضیق شود و اثبات این امر تنها در رابطه بین نماینده و اصیل قابل استناد است و در رابطه نماینده و طرف قرارداد اثری ندارد. در مقابل، برخی دیگر از حقوق دانان صرف وجود قصد نیابت را کافی دانسته و عدم اعلام نام و هویت اصیل در هنگام انعقاد عقد را مانع از این نمی‌دانند که پس از انعقاد عقد از سوی نماینده اثبات گردد و معتقدند با اثبات بعدی، رابطه حقوقی بین اصیل و ثالث برقرار می‌شود مگر در مورد عقود که شخصیت طرف، علت عمده عقد تلقی گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۹۲ و ۱۹۱)

۳- آثار نمایندگی در صدور سند تجاری

۳-۱- آثار نمایندگی نسبت به نماینده:

صرف نظر از اثراتی که نمایندگی از حیث حق مطالبه اجرت و الزام به ارائه حساب دوره تصدی برای نماینده به همراه دارد از حیث توجه آثار تعهدات به نماینده باید بین نمایندگی افسشای شده و نمایندگی افسشای نشده قائل به تفکیک شویم. هنگامی که نماینده در حدود اختیارات خود عمل کرده و طرف قرارداد از نمایندگی او (اصیل نبودنش) اطلاع داشته یا برحسب قرائن و شواهد ظاهری نمی‌تواند بی اطلاع فرض شود، اعمال نماینده متوجه اصیل می‌شود و او عهده دار انجام تعهداتی که به دست او منعقد شده است نیست. در حقوق ایران نیز این آثار با نظریه نمایندگی و قواعد حاکم بر وکالت به خوبی قابل توجه است و اما هنگامی که نماینده‌ای در حدود اختیارات اش عمل می‌کند لیکن طرف معامله یا او، از سمت نمایندگی اش مطلع نیست یا برحسب ظاهر نمی‌تواند از این امر مطلع فرض شود نماینده مذکور از حیث ایفای تعهدات در برابر طرف قرارداد اصیل محسوب می‌شود و ملزم است وجه سند تجاری را شخصاً به دارنده آن بپردازد همین حکم در خصوص نمایندگی فصولی یا خروج از حدود اذن نمایندگی جاری است. در حقوق ایران نیز

احکام حقوقی بر طبق تئوری عمل به ظاهر و شق نخست ماده ۱۹۶ قانون مدنی توجیه می‌شود.

۲-۳- آثار نمایندگی نسبت به اصیل

وضعیت حقوقی اصیل نیز برحسب این که نماینده سمت خود را افشا کرده یا نکرده باشد متفاوت است. در حالتی که نماینده سمت خود را فاش می‌کند اصیل مستقیماً در برابر دارنده سند تجاری متعهد و ملتزم می‌شود لیکن در صورت عدم افشای نمایندگی، اصیل صرفاً در برابر نماینده خود و در چارچوب قرارداد نمایندگی متعهد و مسؤول است و با اشخاص ثالث مواجه نیست. البته باید توجه داشت که اختیارات ظاهری تفویض شده به نماینده، مقمّم بر هر گونه قرارداد فضولی بین اصیل و نماینده است به عنوان مثال اگر تصرفات و اقدامات قائم مقام تجاری این باور معقول و متعارف را در اشخاص طرف قرارداد ایجاد کند که نماینده دارای اختیاراتی از جانب اصیل است، اصیل نمی‌تواند با استناد به قرارداد خود با نماینده از زیر بار تعهدات نماینده در برابر اشخاص ثالث شانه خالی کند؛ مبنای این امر در حقوق غربی علاوه بر نظریه نمایندگی ظاهری و تئوری عمل به ظاهر، اصل عام حسن نیت و قاعده استابیل (منع رفتار ناهماهنگ و تناقض گویی به ضرر دیگری) است و در حقوق ایران نیز می‌توان مانی آن را به قاعده «لاذن فی شیء الا فی لوامه» و مقررات قائم مقامی تجاری در قانون تجارت و باور عرفی که قائم مقام و امضای او را منتسب به تاجر و تجارت خانه می‌دانند نسبت داد.

۳-۳- آثار نمایندگی نسبت به اشخاص ثالث

براساس اصل عمل به ظاهر در نمایندگی افشای نشده، شخص ثالث طرف معامله (دارنده سند تجاری) باید برحسب ظاهر نماینده را صادر کننده سند بداند و ایفای تعهدات قراردادی را از او بخواهد. در عقود و قراردادها قاعده این است که هرگاه شخص ثالث طرف معامله بتواند ثابت کند که ثبوتاً شخص دیگری با او طرف قرارداد بوده است می‌تواند التزامات قراردادی را به طرفیت او دنبال کند لیکن پذیرش چنین عقیده‌ای در اسناد تجاری با توجه به وصف تجربیدی بودن این اسناد و اصل استقلال امضاها دشوار به نظر می‌رسد و رویه قضایی تمایلی به توجه مسؤوولیت به اشخاصی که نشان و اثری در سند تجاری ز خود به جای نگذاشته‌اند ندارد.

منابع و مأخذ:

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، انتشارات بهنشر، چاپ اول - ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۳، انتشارات بهنشر، چاپ اول - ۱۳۷۴.
- صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، انتشارات موسسه عالی حسابداری، چاپ اول، ۱۳۶۱.
- راستین، منصور، حقوق بازرگانی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم - ۱۳۵۳.
- عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۶۸.
- کاتی، حسینی، حقوق تجارت، انتشارات کتاب فروزان، چاپ دوم، ۱۳۶۴.
- مجبه حقوقی، دفتر خدمات حقوق بین الملل، شماره ۱۳ و ۱۲، ۱۳۶۹.
- ۱۹۸۸ 6th ed, Butter Worths, London, Gordon J Borrie, commercial law
- ۱۹۸۱, Cheshire and Fifoots law of contract, by: M.P.Furmston, London

روند شکل‌گیری عدالت‌کیفری دولت محور در ایران

محمد آبانگاه

مقدمه:

طیغه‌بندی جرائم به جرائم عمومی و خصوصی در حقوق کیفری نشان‌دهنده جایگاه و نقش محوری دولت است که طی آن دولت با محسوب نمودن خود به عنوان سهام‌دار اصلی عدالت کیفری خویش را دادستان جامعه، بزه‌دیده و مستحق مجازات کردن می‌داند.

بدین ترتیب با پیدایش مفاهیمی نظیر قرارداد اجتماعی و تفکیک قوا (قوه مجریه، مقننه و قضائیه) و تلاش در جهت به عینیت رسانیدن این مفاهیم و تشکیل آن‌ها در قالب دولت در قرون هیجدهم و نوزدهم و آغاز عصر روشنفکری و بیداری در جوامع غربی و حکومت قوانین بر مردم، دولت‌ها خویش را واضح قوانینی که نفع و امنیت جامعه را در نظر می‌گرفت، می‌دانستند. به تبع این قضیه به تدریج نهادهای مختلف کشف جرم، تعقیب و تحقیق عمدتاً در قالب تشکیل دادسراها و هم‌چنین نهادهای اتخاذ تصمیم نظیر دادگاه‌ها که به مرور زمان از تنوع بیش‌تری برخوردار شدند، دولت‌ها بال‌هی خویش را در جهت به تسخیر در آوردن اجرای عدالت و نه اخذ انتقام، در جامعه گسترده و این امر علی‌رغم مشکلات و بحران‌های فرا روی دولت‌ها، هم‌چنان ادامه دارد.

کشور ما هم در این خصوص، تحت تأثیر جوامع غربی با حلقه‌ای از مفاهیم مردم‌سالاری و حکومت قوانین و مشروطه خواهی (هر چند بین اقلیتی خاص) آشنا گشت. مردم عامی هم عمدتاً جهت فرار و نجات از مجازات‌های سخت و سخت‌گیری‌های شاهانه، ظلم و ستم‌ها، دستگیری‌های بی‌مورد، ناامنی، چپاول و غارت اموال توسط زورگویان و حکم‌راران ایالت‌ها و ولایت‌ها، مخالفتی با وضع قوانین و تصدیق قوانین توسط دولت نشان نمی‌دادند. آن‌ها در واقع در پی تحولی جدید در وضع زندگی خویش بودند و شاید دولت، با وضع قوانین می‌توانست به این امر نائل شود. با این بیان کوتاه، در این نوشتار سعی بر آن است که چگونگی نقش‌آفرینی دولت به عنوان سهام‌دار کنونی اصلی عدالت کیفری در ایران به طور مختصر نشان داده شود.

۱- دوره پیش از اسلام

به نوشته مورخان پیش‌تر اسناد و مدارک مربوط به نادرسی‌های کیفری ایران پیش از اسلام از بین رفته است،

وکیل دادگستری. کارشناس ارشد حقوق جزا

در نتیجه از کیفیت دادرسی آن زمان اطلاع دقیق و موثقی در دست نیست. اما به طور کلی شخص پادشاه که از مسؤولیت هم مبری بود مظهر عدل و مرجع تظلمات عمومی به شمار می رفت. افراد جامعه نادگستری را مربوط به او می دانستند و از او می خواستند تا عدالت را برقرار سازد. اراده پادشاه به تنهایی برای صدور احکام، اعم از برائت یا محکومیت کافی بود و اصولاً احدی حق ایراد و اعتراض نداشت. در تعیین میزان مجازات نوع و نحوه اجرای آن پادشاه از اختیارات مطلق بهره مند بود. اگر پادشاه احکام خود را با موازین عدل و انصاف تطبیق می داد مساوات را رعایت می کرد و حکم به نا حق نمی داد او را عادل می دانستند و الا ظالم به شمار می آورند.

به موازات دادرسی شخص پادشاه و حکام و قضات منصوب از طرف او، پیشوایان مذهبی نیز در بعضی موارد به شکایات مردم رسیدگی می کردند و درباره مجرمان کیفر تعیین می نمودند. به ویژه رسیدگی به جرائم و گناهان مذهبی در صلاحیت اختصاصی آن ها قرار داشت.

در مقام دادرسی قاضی مکلف بود ضبق اقتضای فرامین سلاطین و دستورات حکام رفتار نماید، تحت تطمیع و تهدید قرار نگیرد و با اخذ رشوه حقی را باطل نکند. در این دوره اصل قانونی بودن جرم و مجازات مفهومی نداشت. هر عملی که شخص پادشاه یا پیشوایان مذهبی و حکام، جرم تصور می کردند مجازات می شد. با اصل برائت انسانی نداشتند و این متهم نگون بخت بود که می بایست بی گناهی خود را اثبات کند و اگر نمی توانست از عهده آن برآید محکوم می شد. متهم را مجبور می کردند بری اثبات برائت و پاکی خود به ادله ساوراء الطبیعه یا آزمایش ایزدی متوسل شود و ...

بدیهی است این مرحله را عموماً ملل جهان تجربه کرده اند و منحصر به ایران نبوده است اما به هر حال آن چه معلوم است اجرای عدالت به کیفیت مطروحه اصولاً در دست پادشاه و حکمرانان و عمال آن ها بوده است.

۲- دوره اسلام

از تاریخ تسخیر ایران به دست قوای اسلام تا تدوین قانون اصول محاکمات جنایی به سال ۱۳۳۰ هـ ق نزدیک به سیزده قرن می گذرد هر چند که ممکن است باین گونه متبادر شود که در این دوره مسلماً احکام شریعت اسلام به موقع اجرا گذاشته شده است اما در واقع این گونه نبود. در این دوران اصولاً دو سیستم به اختلافات مردم رسیدگی می کردند:

الف) دادگاه های شرع که قضات آن طبق موازین اسلامی به جرائم رسیدگی می کردند و مقررات مربوط به حدود، دیات، تعزیرات و قصاص را به موقع اجرا می گذاشتند و تسامح و نعلل در اجرای احکام شریعت را جایز نمی دانستند.

ب) دادگاه های عرف که دادرسان آن طبق فرامین سلاطین و اوامر حکام و مقررات عرف و گاهی هم به دلخواه دادرسی های کیفری را در اختیار می گرفتند.

منظور از مقررات عرفی در دوران اسلامی، قواعد خاص با کیفیات ویژه ای می باشد که در آن دوران حاکمیت داشته نه مفهومی که امروزه از آن به ذهن متبادر می شود و اصولاً حقوق کیفری ایران در دوره اسلامی بر مدار فقه مبتنی بوده است لیکن در بعضی موارد از طرف سلاطین، حکام و امیران فرامین و دستوراتی صادر می شد که به موقع اجرا در می آمد. این دستورات به مرور ایام یک نوع قواعد عرفی به وجود می آورد که در دادگاه ها به اجرا گذاشته می شد.

نیروی الزام آور این قواعد به نفوذ و اقتدار صادرکنندگان آن بستگی داشت برای شناختن این قواعد و قوه الزام آور آن هیچ ضابطه و معیاری در دست نبود. حتی سابقه عمل، استمرار و عادت مردم به اجرای آن نمی توانست ملاک قرار گیرد. این قوعد به اراده سلاطین و حکام مقرر و به دستور آنان نسخ یا عوض می شد. به طور کلی می توان گفت قواعد عرفی نامعین و غیر مشخص بسته به نظر و خواست سلاطین و حکام بوده است مع التناک بعضی از سلاطین گاهی فرامینی صادر می کردند و قواعد عرفی صریح و معین و منظمی به وجود می آوردند که از آن جمله می توان به یاسای چنگیزی، یرلیخ غازانی و تزوک تیموری اشاره کرد که سنتها قواعد عرفی به شمار می آمدند. بدیهی است فقها و روحانیون این قواعد عرفی را مخالف شرع امور اسلام می دانستند و با اجرای آن مخالفت می کردند. هر چند حکام شرع و روحانیون طبق موزین فقه اسلامی به جرائم رسیدگی می کردند. لیکن قلمرو آنان در رسیدگی به دعاوی کیفری در اعصار مختلف متفاوت بوده و بر حسب اوضاع و احوال سیاسی و اجتماعی کشور افزایش یا کاهش می یافت. فی المثل به هنگام آرامش و امنیت روحانیون یا قدرت بیش تر به بسیاری از جرائم رسیدگی می کردند در حالی که در زمان جنگ و شورش حکام دادگاه های بیشتر به این مهم می پرداختند و به طور کلی باید توجه داشت که حدود دادگاه های شرع و عرف مشخص نبود و سلاطین و وزراء نمی خواستند حدود مزبور معلوم شود زیرا ابهام این موضوع سبب افزایش اقتدارات و درآمد ایشان بود.

این وضع آشفته و نابسامان تا اوایل استقرار مشروطیت وجود داشت. در سنوات اخیر قلمرو صلاحیت محاکم عرفی فزونی یافته بود و دادرسی کیفری به دست افرادی صورت می پذیرفت که صالح برای این کار نبودند. قضات نه عالم به قواعد فقه اسلامی بودند و نه مؤمن و معتقد به آن.

بعد از استقرار مشروطیت آزادی خواهان و انقلابیون خواستند با تدوین قوانین پیشرفته به وضع آشفته موجود پایان بخشند و از نفوذ و استبداد احکام عرفی خودسر بکاهند اما چون اعیان و اشراف و حکام غیرمؤمن و مستکبرین این امر را مخالف مصالح خود می دانستند با عدوین مختلف با وضع قوانین مخالفت می کردند در نتیجه قوانین از تصویب قوه مقننه نمی گذشت و بیشتر در کمیسیون های مجلس شورای ملی به تصویب می رسید و به طور آزمایشی به موقع اجرا گذاشته می شد. با این وجود تصویب قانون اصول محاکمات جزایی که آن نیز یک قانون آزمایشی بود به این وضع آشفته خاتمه داد این مطلب در خلال مباحث بعدی که سراغاز دولتی شدن عدالت کیفری در ایران است توضیح داده خواهد شد.

۳- دوران متصل به مشروطیت

شروع تحولات را در دوران حکومت قاجاریه و در اندیشه اصلاح طلبانی هم چون امیرکبیر و سیهسالار می توان دید در واقع در این دروان افرادی از درون خود حاکمیت به این مسأله پی برده بودند که پیش رفت ایران مستلزم دگرگون ساختن ساختارهاست این افراد که مظاهر پیش رفت غرب در زمینه های مختلف را دیده و درک کرده بودند با فرصت امکان ابراز اندیشه های خود در قالب مقام صدارت، مبارزات خویش را در جهت رسیدن به آرمان خویش در جامعه عقب مانده آن روز آغاز کردند. همان طور که گفته شد از جمله این افراد امیرکبیر بود که اصلاحات خویش را در زمینه های مختلف علی رغم مخالفت های فراوان به منصب ظهور در آورد. تلاش های وی در زمینه اصلاح امور قضایی نیز هر چند با مخالفت های شدیدی بالاخص از جانب روحانیون توأمان بود، لکن وی امور عرفی را از شرعی جدا ساخت اقلیت های

منهیی-زردشتی- مسیحی و یهودی را از اجحاف های شرعی رها کنید، آیین شکنجه زندانیان و مظنونین را ممنوع گردانید و آیین بست نشین را شکست در عصر سپهسالار نیز کوشش های وی در زمینه اصلاح امور قضایی با مخالفت های شدید از ناحیه روحانیون روبه رو گشت. در این جبهه مهم ترین زمینه های اختلاف بر سر محاکم شرع پیش آمد. هم چون امیر کبیر، سپهسالار نیز مصمم بود که در نحوه عملکرد آن محاکم اصلاحاتی به وجود آورد، جلوی صدور احکام بعضاً ناسخ و منسوخ را بگیرد و در مجموع آنان را تابع یک رویه قضایی منضبط، هماهنگ و منسجم سازد. او نیز مثل امیر می کوشید حق انتصاب مجتهدان را بر محاکم شرع از آن دولت نماید. بر همین مبنا وی به محاکم شرع دستور داد تا از اجرای مجازات های بدنی و بریدن اعضا بدن خودداری نمایند و با توجه به آن که حاج ملاعلی کنی رئیس یکی از با نفوذترین محاکم شرع در پایتخت بود می توان حدس زد که یکی از موارد تنش میان او و سپهسالار بر سر اصلاحات محاکم شرع بود. بدین ترتیب وی تلاش می نمود تا از نفوذ و دخالت روحانیون در امور مملکتی کاسته و در مقابل بر قدرت دولت بیافزاید و این در واقع مشابه سیاست های قبلی سپهسالار در محدود کردن قدرت حکام و والیان بود.^۱

در واقع هدف این اقدامات که «تقویت دولت بود» بر خلاف سلیقه علما بود بلکه ریشه ناسنا و بیگانه ای هم داشت. زمینه سنتی مناسبات میان دولت و علما دستخوش آشفتگی شدید شده بود و این آشفتگی ناگزیر خصومت موجود میان روحانیون و سپهسالار را تشدید می کرد. بعدها که سپهسالار از حکومت ساقط گردید در دفاع خود پیرامون رابطه اش با روحانیون نوشته که از هیچ گونه اقدامی و بزرگ ناشستی نسبت به آنان فروگذار نکرده است اما در عین حال «مداخله در امور دولت را به ایشان تجویز نمی کردم» او در این مورد محترمانه می گوید که علت مخالفت روحانیون با او به این خاطر بود که جلوی دخالت آن ها در امور دولتی را گرفته بود.^۲

قبل از مشروطیت تلاش هایی ابتدایی در جهت تشکیل دادگستری به عمل آمد. پس از بازگشت ناصرالدین شاه قاجار از اولین سفر اروپایی اش در سال ۱۸۷۵ میلادی دستور تأسیس شورای دولتی را می دهد که طبق آن این شورا می بایست از ظلم و فساد جلوگیری می کرد و در مراحل بعدی دستور می دهد شورای مزبور مجموعه ای از قوانین به روش جدید برای حل و فصل امور و اجرای عدالت تلویح نماید. این شورا نیز با ترجمه کد ناپلئون (قانون جزای ۱۸۱۰) طاعت امر می نماید.

در سال ۱۲۷۵ هجری قمری برای نخستین بار هیأت وزرا در ایران تأسیس می شود که طی آن شش وزارت خانه و از جمله وزارت عدلیه به وجود می آید. دو سال بعد ناصرالدین شاه دیوان مظالمی ایجاد می کند که افراد ملت می توانستند شخصاً شکایات خود را به شاه تقدیم کنند. در سال ۱۲۹۰ هجری قمری اداره ای بنام صندوقهای عدالت تأسیس می شود که مردم می توانستند شکایات خود را در آن بریزند و البته به هر شکایتی ترتیب اثر داده نمی شد مگر به عرایضی که رفع ظلم از مظلوم می کرد.

با این همه به دلایل کلی ذیل ایجاد دادگستری و حکومت قانون به تأخیر می افتد:

۱- تمایل به استمرار قدرت این تمایل در دو جهت وجود داشت: یکی در جهت حفظ قدرت حکام و دیگری در جهت موقعیت آن دسته از روحانیونی که نمی خواستند تأسیسات جدید را به هیچ وجه بپذیرند و از اکثریت برخوردار بودند.

۱- زیبا کلام، صادق، سنت و مدرنیسم، انتشارات روزنه، چاپ اول، ص ۲۲۲.

۲- منبع پیشین، ص ۲۹۳.

۳- منبع پیشین، ص ۲۹۵.

۲- عدم آشنایی مردم در مفهوم کلی با قوانین جدید و علاقه به سنت های موجود.

۳- عدم آمادگی محیط برای شناخت بنیادهای نو در حقوق جزا^۲.

۴- انقلاب مشروطه.

پس از کشمکش های فراوان در جریان تأسیس عدالت خانه و تقابل روحانیون و مردم با دربار و شاه و بالاخره با بالا گرفتن فشارها مظفرالدین شاه، عین تئوئه را برکنار نمود و بالاخره با خواست اصلی مهاجرین قم و متحصنین سفارت که ایجاد مجلس دار لثوری مشروطه بود، موافقت کرد. فرمان تاریخی تشکیل مجلس مشروطه سرانجام پس از شور و مشورت های بسیار میان درباریون از یک سو و متحصنین و مهاجرین قم و بین هر دو جبهه از سویی دیگر، در سیزدهم مرداد ۱۲۸۵ از جانب مظفرالدین شاه صادر گردید. چند روز بعد نخستین مجلس تریجی مشروطه رسماً گشایش یافت. مجلس با عجله زیادی تشکیل شد تا اولاً قانون اساسی را تنظیم نماید و ثانیاً دستورالعمل، نظام نامه و نحوه عملکرد قوه مقننه را تعیین کند. دلیل عجله مشروطه خواهان بیماری شاه و امکان فوت ناگهانی وی بود. هم چنین آن ها نیک می دانستند که به دلیل کرشکنی های مخالفین مشروطه پیروزی آنها ممکن است یک پیروزی زودگذر باشد (چنان که در عمل نیز این گونه شد) نمایندگان مجلس در حالی قانون اساسی را تنظیم می کردند که مظفرالدین شاه ساعت های آخر عمر خوبش را می گذرانند و در بستر احتضار بود. و کلاً با عجله که نظیری کنیات قانون اساسی را ظرف چند روز تنظیم نموده و درست پنج روز قبل از فوت شاه آن را به توشیح شاه رسانند. پس از انقلاب مشروطیت آمادگی مدی و ذهنی برای پذیرش بنیادهای جدید به وجود آمد. در حالی که هم چنان مخالفت های شدید با وضع قوانین عرفی وجود داشته. قانون اساسی مورخ ۱۴ ذیقعد ۱۳۲۴ و متمم آن در ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ به موقع اجرا گذارند شد که البته روحانیون با اصول ۷۱ تا ۸۹ آن راجع به عدلیه مخالفت داشتند.

اصل هفتادویکم مقرر می داشت: « دیوان عدلیه عظمی و محاکم عدلیه مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند و قضاوت در امور شرعیه با عدول مجتهدین جامع شرایط است.» با این وجود تأسیس دادگستری باز به تأخیر افتاد زیرا قدرت با آن دست از روحانیونی که فقط محاکم شرعی را صالح به رسیدگی می دانستند حاکم بود. این مطلب از خلال خطا به ای که مرحوم محمدعلی فروغی در دانشکده حقوق ایراد کرده است، کاملاً استنباط می شود. مرحومه فروغی در این خطا به ضمن اینکه مشکلات تشکیل دادگستری جدید را به دلیل مخالفت روحانیونی که شرایط زمان و تحولات آن را برای وضع قوانین جدید نادرده می گرفتند، عنوان می کنند « بالاخره مرحوم حسن پیرنیا «مشیر الدوله» که وزیر عدلیه شد، تدبیری اندیشید و در مجلس عنوان کرد که عدلیه محتاج به قوانینی است و چون قوانین مفصل است، اگر بخواهیم آن ها را ماده به ماده از مجلس بگذرانیم، سال ها، بلکه قرن ها طول می کشد. از این گذشته ما که بر این طریق تازه کاریم و در وضع قوانین ممکن است اشتباه کنیم، بهتر آن است که مجلس به کمیسیون عدلیه خود مأموریت دهد که قوانینی که دولت برای عدلیه پیشنهاد می کند مطالعه و تصویب کنند و پس از تصویب کمیسیون آن قوانین موقتاً در عدلیه مجری باشد و به آزمایش گذاشته شود. پس از آن که در عمل معایب آن معلوم شد اصلاحات لازم در آن شود و پس از تنقیح و تهذیب به مجلس پیشنهاد شود و به تصویب رسیده و صورت قانونیت تامه پیدا کند. این طریق به زحمت زیاد مجلس قبول شد اما مشکلات کار در کمیسیون هم کم تر از خود مجلس نبود.»

اولین قانونی که از کمیسیون گذشت قانون تشکیلات عدلیه بود. در همان تاریخ «۱۳۲۵ هـ.ق» مرحوم مشیرالدوله

۲- توریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات دادآفرین، چاپ هشتم، ۱۳۸۲، ص ۱۰۲.

«حسن بیرنیا» و مرحوم سید نصراله تقوی و دوسه تن دیگر کمیسیونی تشکیل دادند و به تهیه و تنظیم قانون اصول محاکمات جزایی پرداختند و این کار موقعی بود که مجلس شورای ملی در حال تعطیلی بود و آن تعطیل قریب سه سال طول کشید و مجدداً منعقد نشد مگر بعد از شروع جنگ بین الملل. با این وجود وقتی که قانون اصول محاکمات جزایی آماده شد آن هم به عنوان قانون موقتی به جریان انداخته شد. در قانون اصول محاکمات جزایی دولت کمربند خویش را در جهت تصرف عدالت کیفری به کار بست. در اثر مشاوره با ادف پرنی؛ مستشار فرانسوی وزارت دادگستری و دخالت و اظهار نظر مستقیم او قانون اصول محاکمات جزایی کشورمان از قوانین کیفری کشور فرانسه مقتبس گردید. در این قانون سیستم دادرسی مختلط مقرر گشت و در نتیجه دادرسی کیفری به دو مرحله رسیدگی مقدماتی و دادرسی تقسیم شد. رسیدگی مقدماتی به صورت نفتیشی؛ یعنی، کتبی، غیر علنی و غیر توافقی است. در صورتی که در مرحله دادرسی به طور انهایی؛ یعنی شفاهی، علنی و توافقی است.

قانون اصول محاکمات جزایی ۵۰۶ ماده دارد که به یک مقدمه و شش باب تقسیم شده است. هر باب دارای چند فصل است و هر فصل محتوی چند مبحث می باشد. باب اول در تفتیش جرم و تحقیقات مقدماتی دارای پنج فصل، باب دوم در فرار جلب به محاکمه یا منع آن دارای دو فصل، باب سوم در محاکم جزایی دارای شش فصل، باب چهارم در فرجام احکام جزایی دارای هفت فصل، باب پنجم در اعاده محاکمه و یا تجدید نظر، باب ششم در اجرای احکام و مخارج عدلیه در چهار فصل می باشد.

محتوای این قانون نشان می دهد نهادهای عدالت کیفری رسمی هم چون مراجع کشف جرم مانند پلیس، مراجع تعقیب و تحقیق در قالب دادسرا و مراجع صدور حکم و تصمیمات قضایی؛ یعنی، دادگاه و در نهایت نهاد اجرای احکام در بی دست یابی به هویتی برای خویش بودند که سابقاً وجود نداشت و به نظر می رسید این نهادها می توانند به عدالت از هم گسیخته سابق سامان بخشند. کما این که قرار گرفتن آن ها در کنار هم در جهت دست یابی به عدالت حکایت از نظمی داشت که اجرای عدالت را آسان تر می نمود.

پذیرش نهاد تجدید نظر و این که اصولاً هر محکوم حق دارد از حکمی که علیه اش صادر می شود یک بار دیگر شانس خود را بیازماید نیز پذیرش این قانون را در نظر عموم دو چندان می ساخت. در این قانون جرایم دارای حیثیت عمومی گشتند و این امر قطعاً زمینه مناسبی را در جهت در دست گرفتن عدالت کیفری در جامعه به وسیله دولت فراهم می ساخت و بدین ترتیب دولت می توانست تحت لوای حمایت از منافع جامعه و نظم عمومی بعدها با وضع قوانین ماهوی ریشه های خویش را در خاک های نسبتاً نرم شده عدالت کیفری بدواند و آن را به نفع خویش با وضع قوانین مختلف محکم و سفت نماید؛ به گونه ای که مردم با اطمینان « حداقل درک تجربه ای نو» بتوانند زیر سایه درخت نو رسیده عدالت بنشینند و از آن استفاده نمایند.

«بنون تردید تجربه طولانی و تلخ اجرای خودسرانه، ظالمانه و مشتت مجازات ها در ایران توسط مراجع صاحب نفوذ حکومتی یا مذهبی، یکی از مهم ترین عواملی بود که نه تنها موجب شد هیچ گونه انتقادی از اجرای دولت محور عدالت جز بر مبنای نگرش مشروعه خواهان به عمل نیاید، بلکه ضرورت ایجاد چنین تحولی به خواست عمومی ملت ایران در آغاز عصر مشروطه و توسعه نقش دولت در اجرای عدالت کیفری شده است.»

با فراهم شدن شرایط قانون گذاری این بار دولت جسارت بیشتری به خود داده و با وضع قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی آن، روند دولتی شدن عدالت کیفری سرعت بیش تری به خود گرفت خصوصاً با توجه به مفهوم نظم عمومی جامعه خیلی از اعمال وصف مجرمانه گرفتند که مطلقاً سابقه ای در شرع نداشتند و به اصطلاح

به جرائم عرفی معروف بودند. گویی دولت نیز بیش تر می توانست از خود حمایت کند و در نهایت رضایت عموم را هم به دست آورد.

به هر حال در طول سالیان سال، دولت قوانین متعددی نظیر قانون راجع به آزادی مشروط زندانیان مصوب اسفند ماه ۱۳۳۷، قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۳۹، قانون تعلیق اجرای مجازات مصوب ۱۳۴۶، قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ و مقررات کیفری دیگر؛ قانون انتقال مال غیر، مقررات جزایی کار، قوانین مربوط به قاچق، خانواده، پزشکی و دارویی، قانون دادرسی و کیفراتش و خدمت وظیفه، سارقین مسلح و ... را به تصویب رساند.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و سقوط رژیم مشروطه سلطنتی، سعی بر این شد که کلیه امور قضایی، فرهنگی، سیاسی و غیر این جا بر مدار فقه اسلامی قرار گیرد. به ویژه کوشش به عمل آمد تا فضا و دادرسی به صورت کاملاً اسلامی در آید و از اعمال و اجرای قوانین خلاف شریعت مقدس اسلام پرهیز شود. طبق مقررات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حاکمیت و تشریح از آن پروردگار است و وحی الهی در بیان قوانین نقش بنیادی دارد. اصل دوم «کلیه قوانین و مقررات مدنی و جزایی باید بر اساس موازین اسلامی باشد» صفت و شرایط قاضی ضیق «وازیق» فقهی به وسیله قانون معین گردد. کشف جرم، تعقیب، محازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون اسلامی و اقدام مناسب برای پیش گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین از وظایف فوّه قضائیه است. اصل ۱۵۶ ق.ا»

با توجه به اصول قانون اساسی قدم های بسیاری در جهت تطبیق سیستم قضایی موجود با قوانین شرعی برداشته شده است که از آن جمله می توان به تصویب قانون شرایط انتخاب قضات، قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون حدود و قصاص، دیات و تعزیرات، قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری و قانون تشکیل دادگاه های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور، قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۳۳ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، اشاره داشت. این روش تقنینی مبتنی بر این دیدگاه بوده که تا حد امکان سیستم دادرسی کیفری به طرف حقوق اسلامی گرایش یابد و قواعد غربی مخالف شرع کنار گذاشته شود.

مطالب گفته شده نشان می دهد که مقنن ایرانی قبل از انقلاب تحت تأثیر آموزه های فکری عرفی عمدتاً کشورهای غربی قرار داشته است و بعد از انقلاب اسلامی هم سعی و تلاش در جهت اسلامی کردن قوانین مخالف شرع و بعضاً غیر مخالف شرع قرار می گیرد. به گونه ای که امروزه عدالت کیفری دولتی به کلافی سر درگم مبدل گشته است.

به عنوان مثال قبل از انقلاب قانون مربوط به تشکیل دادگاه انفعال بزهکار تحت تأثیر آموزه های فکری غرب در سال ۱۳۳۸ تصویب می شود اما بعد از انقلاب اسلامی کنار گذاشته می شود (احتمالاً به علت مخالفت با شرع) و امروزه چندین سال است که به سختی در جهت احیاء آن دادگاه در فرآیند قانون گذاری فعلی هستیم و یا آن که نهاد دادرسی به عنوان یکی از مراجع عدالت کیفری دولتی که آورده قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ هـ ش «قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۳۳۰ هـ ق» می باشد و پس از سالیان طولانی از زمان تصویب آن عملاً واجد هویتی مشخص با کارکردهای مشخص گردیده بود، در سال ۱۳۳۳ با تصویب قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ به راحتی کنار گذاشته می شود و البته بعد از چند سال مشخص می شود که این نهاد مخالفتی با

- شرع نداشته و بدین صورت شاهد احیاء دادسرا در سال ۱۳۸۱ می شویم؟! (ساختن، آن چه را که قبلاً نداشته و خراب کرده ایم) اکنون پس از حدود یک قرن تلاش برای اجرا و مدیریت رسمی عدالت کیفری در ایران، نهادهای ذربط با همان مسائل و مشکلاتی روبرو هستند که در اکثر کشورهای جهان کم و بیش وجود دارد. مشکلاتی از قبیل:
۱. افزایش جمعیت کیفری و به ویژه ازدحام جمعیت در زندان ها
 ۲. عدم تکافوی مراجع و منابع قضایی برای رسیدگی به پرونده ها و در نتیجه اطاله دادرسی، نارضایتی مراجعان و ...
 ۳. هزینه های بسیار گزاف اجرای عدالت کیفری در زندان ها و ...
 ۴. ناکارایی مراجع ذی ربط عدالت کیفری کلاسیک جهت پیش گیری از ارتکاب مکرر جرم و اصلاح و تربیت مجرمان
 ۵. چالش مستمر با موازین حقوق بشری و مراجع ناظر بر اجرای آن
 ۶. وقوع حجم عظیمی از اشتباهات قضایی به ترتیبی که گاه تا ۷۰ درصد آراء صادره از مراجع بدوی، در مراجع تجدید نظر رد می شود.
 ۷. عدم دسترسی به الگوی ثابت و قابل قبولی از اجرای عدالت در امور کیفری و در نتیجه تغییر مستمر ساختارها، میانی اجرا و شناخت عدالت کیفری و ...
 ۸. عدم رعایت حقوق اصحاب دعوا به خصوص متهم در مراحل تحقیقات مقدماتی علی رغم تمهیدات پیش بینی شده.^۶
 ۹. تلاش در جهت تطبیق دائن مبانی شرعی با مبانی عرف، عمدتاً در قالب قانون گذاری و در نهایت فداشدن عرف و بالتبع آن درگیر شدن ایران با موازین حقوق بشری (شماره ۵)

نتیجه گیری

روند صد سال قانون گذاری در ایران نشان می دهد در چالش حاکمیت یا عدم حاکمیت قانون به هر حال دولت سهم اساسی و منحصر به فردی از اجرای عدالت در امور کیفری از آن خود کرده است. این امر به ویژه با وضع و اجرای اولین قانون ناظر به اجرای عدالت کیفری، یعنی، قانون اصول محاکمات جزایی ۱۳۳۰ هـ. ق (قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ هـ ش)

محقق گردید. در قانون مذکور شرایط لازم برای ایجاد ساختاری نو به منظور اجرای عدالت کیفری دولت محور مورد توجه قرار گرفت و در نتیجه جرائم اصولاً دارای حیثیت عمومی ((دولتی)) و استثنائاً جنبه ی خصوصی گشتند و بدین ترتیب در طول سالیان بعد نیز قانون گذار ایرانی با وضع قوانین مختلف ماهوی و شکلی، خویش را به عنوان سهام دار اصلی عدالت کیفری مطرح نمود.

منابع:

۱. زیبا کلام، صادق، سنت و مدرنیسم، چاپ اول، انتشارات روزنه، تهران، ۱۳۷۷
۲. غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۵
۳. نورپها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ هشتم، انتشارات دادآفرین، تهران، ۱۳۸۲

پول شویی از منظر جامعه‌شناسی کیفری

محمد نظری

پیش‌گفتار

مفهوم پول شویی و پیشینه‌ی تاریخی آن
بخش اول:

شیوه‌های پول شویی و مراحل ارتکاب جرم
۱) روش‌های تطهیر پول کثیف

۲) مراحل ارتکاب جرم پول شویی
بخش دوم:

۱) جرم پول شویی از دیدگاه جامعه‌شناسی کیفری

۲) زمینه‌های اجتماعی ارتکاب جرم پول شویی

بخش سوم:

نگاهی به قانون مبارزه با پول شویی و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن

۱) قوه‌ی مجریه در نقش قوه‌ی قضائیه

۲) ملاحظات حقوقی به برخی از مواد قانون مبارزه با پول شویی و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن
نتیجه‌گیری

مفهوم پول شویی^۱ و پیشینه تاریخی آن

پول شویی فعلیتی است مجرمانه که در جریان آن، درآمد ناشی از اعمال خلاف قانون در فرایندی ویژه مشروعیت پیدا می‌کند و تطهیر و پاک می‌شود. از آن جا که درآمدهای غیرقانونی ناشی از پول شویی مثل قاچاق مواد مخدر و فرار از مالیاتی به لحاظ حجم بالایی آن و به دلیل ایجاد ظن ارتکاب جرم به طور یک جا و مستقیم قابلیت سپرده گذاری و نقل و انتقال عرفی در بانک‌ها و موسسات مالی مجاز را ندارند، مرتکبین این جرایم، با تقسیم وجوه نقد کثیف و غیرقانونی

وکیل دادگستری ساری

به اجزای کوچک و جایگزین کردن این اجزا در مکان‌های متفاوت و نهایتاً با ادخال و ادغام این درآمدها در سیستم قانونی بانک‌ها و مؤسسات مالی مجاز، این درآمدها را در شبکه‌ی قانونی بانک‌ها و مؤسسات تجاری مجاز وارد کرده و آن را قانونی جلوه داده و تطهیر می‌کنند. پول شویی اگرچه در مقیاس کوچک‌تر در داخل مرزهای ملی کشورها قابل انجام است ولی عموماً مراحل گوناگون ارتکاب جرم در دو یا چند کشور انجام و تکمیل می‌شود.

سابقه‌ی تاریخی پول شویی به دهه‌های ۱۹۲۰ و ۱۹۳۰ میلادی یعنی به دوران بحران بزرگ مالی و اقتصادی غرب بر می‌گردد. در آن سال‌ها خلاف‌کاری به نام الکلین با تشکیل باندهی جنایتکار در ایالات متحده آمریکا، با بهره‌گیری از شرایط بحرانی و با استفاده از قوه‌ی قهریه، از مردم اخاذی می‌کرد. این باند هم‌زمان با اعمال جنایت‌کارانه، برای انحراف ذهن جامعه از اعمال خلاف خود، اقدام به تأسیس رخت شوی خنثه نمود تا درآمدهای نامشروع خود را قانونی جلوه دهد. بعدها با گسترش تجارت آزاد بین المللی و شکل‌گیری مؤسسات مالی و بانک‌های بین‌المللی، پول شویان اعمال غیرقانونی خود را به ویژه در حوزه‌ی قاچاق مواد مخدر، گسترش دادند. به طور مثال در دهه‌های هشتاد و نود میلادی، شبکه‌ای بین‌المللی به نام «بانک‌های بین‌المللی اعتبار و تجارت» که با بانک‌های کشورهای سوئیس مرتبط بود و در بیش از هفتاد کشور جهان نمایندگی داشته به عنوان متخلف افشا شد و مدیران آن مجازات شدند. با گذشت زمان و شکل‌گیری «سازمان تجارت جهانی» و رشد پرونده‌ی جهانی شدن که هدف اولیه آن‌ها محو مرزهای ملی در حیطه‌ی اقتصادی است، شرایط مادی و حتی قانونی برای پول شویان تسهیل گردید. در دهه‌های اخیر، با رشد انتقال الکترونیکی وجوه، در فضای سایبر، زمینه برای فعالیت پول شویان بازتر شده است. به همین دلیل و نظر به آثار زیان‌بار ناشی از عملیات پول شویی در ایجاد بحران‌های مالی و اجتماعی و سیاسی، در سال‌های اخیر دولت‌های جهان اقدام به تدوین و تصویب قوانین و مقررات ضد پول شویی و کنترل نقل و انتقال وجوه نموده‌اند. به طوری که هم‌اکنون در اکثر کشورهای پیش‌رفته و رو به توسعه در قاره‌های آمریکا، اروپا و آسیا و برخی کشورهای خاورمیانه و دولت‌های حوزه‌ی خلیج فارس، قوانین ضد پول شویی تصویب و به مرحله‌ی اجرا گذاشته شد. هم‌چنین پروتکل‌ها و کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی میان تعداد قابل توجهی از کشورهای جهان در این زمینه و برای مبارزه با پول شویی تصویب گردیده است. مثل تصویب کنوانسیون ۱۹۸۸ وین که ایران در سال ۱۳۷۰ شمسی به آن پیوست. هم‌چنین مصوبه‌ی منشور ۱۹۹۰ اتحادیه‌ی اروپا و کنوانسیون سال ۲۰۰۰ سازمان ملل متحد موسوم به معاهده‌ی پالرمو و قطعنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۷۳ شورای امنیت سازمان ملل متحد برای تعقیب و مجازات نامین‌کنندگان مالی تروریسم.

بخش اول:

شیوه‌های پول شویی و مراحل ارتکاب آن

۱) شیوه‌های تطهیر پول کثیف:

شیوه‌های پاک کردن پول‌های کثیف توسط مرتکبین این جرم با توجه به نوع نظام اقتصادی-سیاسی و هم‌چنین مقررات و قوانین حاکم بر کشوری که در آن جرم اصلی وقوع می‌شود و نیز با لحاظ مقررات و قوانین حاکم بر کشوری که در آن پول، تطهیر می‌شود، تعیین می‌شوند. معمولی‌ترین و ساده‌ترین روش پول شویان این است که آن‌ها ابتدا پول نقد را به اجزای کوچک تقسیم نموده

و در بانک ها و مؤسسات مالی سرمایه گذاری می کنند و یا با اجرا پول کثیف، اقدام به خرید سهام یا اوراق قرضه می نمایند و یا اینکه با تشکیل شرکت های صوری و پوششی و با ایجاد سازمان های صوری خیریه و یا شرکت در مزایده های اجناس عتیقه و یا خرید و فروش مواد معدنی خصوصاً نفت و کالاهای مصرفی در آب های آزاد، پول های کثیف خود را در بازار وسیع تجارت وارد می کنند.

در نتیجه پول های غیرقانونی طی گردش در بازار و در جریان فعل و انفعالات تجاری با پول های مجاز و قانونی مخلوط می شوند به طوری که تشخیص و تفکیک آن ها از یکدیگر به سادگی میسر نمی باشد. یکی از روش های جدید پول شویی، استفاده از سیستم پرداخت شبکه ای^۲ می باشد که در آن پرداخت از طریق شبکه ی اینترنت، شبکه های ماهواره ای و یا از طریق موبایل صورت می گیرد. در این روش چون نقل و انتقال وجه بدون واسطه و بدون نام است، بیشتر مورد استفاده ی پول شویان قرار گرفته است.

۲- مراحل ارتکاب جرم پول شویی :

جرم پول شویی در سه مرحله تحقق می یابد.

۲-۱ مکان یابی : (placement)

در این مرحله پول غیر قانونی در مؤسسات مالی سرمایه گذاری می شود و عملاً وارد نظام مالی می شود.

۲-۲ طبقه بندی یا لایه لایه کردن : (layering)

در این مرحله پول کثیف وارد یک سری فعالیت های مبادلاتی می شود تا وضعیت وجه نقد به طور صوری تغییر کند. مثل نقل و تنقالات وجوه بین بانکی.

۲-۳ ادغام : (intergration)

در این مرحله، پول غیرقانونی با استفاده از برخی عملیات تجاری و مجاز در بدنه ی اصلی اقتصاد وارد شده و در جریان مبادلات تجاری و بازرگانی و قانونی ادغام شده و به عنوان پول پاک جلوه می کند.

بخش دوم

پول شویی از دیدگاه جامعه شناسی کیفری

از نگاه جامعه شناسی کیفری جرم پدیده ای است اجتماعی که بدون وجود و حضور زمینه های اجتماعی مساعد، محقق نمی شود. از این منظر، عمل مجرم عمدتاً معلول شرایط ناسامان اجتماعی و به خصوص

۲- Cyber payment system

ساختار نظام اقتصادی حاکم است و صرف نظر از شخصیت مجرم که یکی از زمینه های ارتکاب جرم به حساب می آید، مجموعه ی شرایط اجتماعی - اقتصادی، فرهنگی، سیاسی حاکم بر جامعه و هم چنین مجموعه مقررات و قوانین بازدارنده و مجری در سطح ملی و فراملی، زمینه های واقعی ارتکاب جرم محسوب می شوند. امروزه تحقیقات وسیع جامعه شناسی کیفری و جرم شناسی این امر را اثبات کرده که ریشه یابی زمینه های اجتماعی بروز فعالیت های مجرمانه و شناخت دقیق آن ها تنها راه مبارزه ی مؤثر با رفتارهای مجرمانه است. بر اساس مجموعه دستاوردهای تجربی بدست آمده در سطح ملی و بین المللی، عواملی که به طور مستقیم و یا غیرمستقیم، عمدتاً موجب ارتکاب جرم پول شویی می شوند عبارتند از:

۱) وجود اقتصاد زیرزمینی:

در جوامع مبتلا به بحران های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی که اقتصاد غیررسمی و زیرزمینی از جمله بازار سیاه یا اقتصاد سایه رواج دارد، کنش گران این بخش درآمدهای کلان غیرقانونی کسب می کنند.

۲) غیرفعال بودن بخش خصوصی اقتصاد:

در جوامعی که به دلایلی چون جنگ، بحران اقتصادی و هم چنین به دلیل فقدان امنیت سرمایه گذاری، فعالیت بخش خصوصی اقتصاد کاهش می یابد و بخش دولتی اقتصاد به گونه ای غیرعادی، تقویت می شود شرایط برای فعالیت متخلفان و پول شویان مساعد می شود.

۳) فعال بودن حوزه های اقتصادی فاقد نظارت مرکزی

تهادها، مؤسسات و شرکت های غیررسمی مالی هم چون شرکت های مدنی غیررسمی، مؤسسات مالی و اعتباری فاقد شناسنامه، قرض الحسنه ها و بنیادها و نهادهای مالی که کنترل و نظارت مرکزی مؤثر بر آن ها اعمال نمی شوند، شرایط مساعد برای ارتکاب جرم پول شویی را فراهم می آورند.

۴) جهانی شدن اقتصاد

با گسترش «سازمان تجارت جهانی» که از لوازم آن زدودن مرزهای ملی در حوزه ی اقتصادی است، پول شویی تسهیل می شود.

۵) گسترش نقل و انتقال الکترونیکی وجوه

امروزه که انتقال وجوه و تجارت الکترونیکی در فضای سایبر، گسترش یافته است، پول شویان از این طریق و به ویژه از سیستم پرداخت شبکه ای بیش تر استفاده می کنند.

۶) وجود کریدور یا شبکه جهانی فعالیت های مجرمانه:

نظر به اینکه بخش قابل توجهی از فعالیت پول شویان در یک سیستم شبکه ای بین المللی انجام می پذیرد، وجود سیستم شبکه فراملی از زمینه های ارتکاب جرم پول شویی است.

۷) کشت وسیع و برنامه ریزی شده ی خشخاش :

خشخاش از عمده ترین کالای خام مورد نیاز پول شویان است. تا زمانی که کشت خشخاش در برخی مناطق بحرانی جهان مثل افغانستان متوقف نشود، زمینه ی اصلی فعالیت پول شویان فراهم است لذا بر عهده ی مجامع بین المللی و سازمان ملل متحد است که از طریق تدوین ساز و کارهای نظارتی مؤثر در خصوص این معضل بزرگ، اقدام جدی نمایند.

۸) عدم وجود مطبوعات و رسانه های آزاد:

فقدان آزادی واقعی مطبوعات و رسانه ها و عدم طرح معضلات اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی در مجامع عمومی و خصوصی از موجبات مکتوم ماندن فساد و تخلف به ویژه در سطوح مسؤولان دولتی است تحت این شرایط، پول شویان از امکان افشای تخلف و تعقیب مصون می مانند.

۹) عدم وجود قوانین و مقررات مؤثر:

در صورتی که قوانین و مقررات مؤثر یا مشارکت واقعی حقوق دانا، جامعه شناسان، اقتصاددانان و سیاستمداران در زمینه ی پول شویی تدوین و تصویب و به درستی اجرا نشوند و مرتکبین در دادگاه های علنی و صالح مجاکمه و افشا نشوند زمینه ی بروز جرم پول شویی مهیا است.

۱۰) فقدان شفاف سازی مالی و اقتصادی :

عدم وجود ساز و کارهای مستند ساز و شفاف ساز در نهادها و مؤسسات پولی کشور و مکتوم ماندن اطلاعات اقتصادی و بهره برداری انحصاری از آن اطلاعات توسط عده ای معنود که به «رانت اطلاعاتی» موسوم است موجبات فساد مالی را فراهم آورده نهایتاً می تواند تحقق جرم پول شویی را تسهیل نماید. در سال ۱۹۹۵ میلادی سازمان بین المللی شفافیت (ti) توسط یک استاد آلمانی به نام جان کرف یک دورف طراحی و تأسیس شد.

این سازمان با استفاده از نظرسنجی های معتبر جهانی که توسط نه استاد بین المللی انجام می شود، فساد اقتصادی را در کشورهای مختلف جهان اندازه گیری می کند. سازمان مذکور میزان پرداخت و دریافت رشوه، میزان ارتکاب اختلاس و جرایم مشابه را از سوی مقامات سیاسی و اداری مورد ارزیابی قرار می دهد و امتیاز بین ۰ تا ۱۰ را به کشورها می دهد. که امتیاز زیر ۵ به مفهوم برخورداری از حداقل شفافیت است. در گزارش سال ۲۰۰۷ میلادی که برای سال ۲۰۰۶ منتشر گردید ایران، بین ۱۶۳ کشور جهان در رتبه ی ۱۰۵ جهانی و ۵ خاورمیانه قرار داشت. (سازمان بین الملل شفافیت ۲۰۰۶)

۱۱) فقدان استقلال قوه قضائیه :

در کشورهایی که به دلایل ساختاری و یا مسایل سیاسی، قوه قضائیه فاقد استقلال بوده و قضات دادگاه‌ها تحت تأثیر توصیه‌های مقامات سیاسی و عالی رتبه جسارت یا قنرت تعقیب متهمان پول شویی را که عمدتاً دارای نفوذ می‌باشند، ندارند، عملاً پول شویان از تعرض مصون می‌مانند.

بخش سوم

نگاهی به قانون مبارزه با پول شویی و آیین نامه‌ی اجرایی آن :

۱) قوه‌ی مجریه در نقش قوه‌ی قضائیه :

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل تفکیک قوای سه‌گانه‌ی، قضائیه، مقننه و مجریه را پذیرفته است. اصل ۱۵۶ قانون اساسی بر وظایف انحصاری قوه‌ی قضائیه در کشف جرم و تحصیل دلیل صحه گذاشته است. هم‌چنین قوانین عادی مثل قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ بر نقش انحصاری دادسرا در کشف جرم و تحصیل دلیل تأکید ورزیده است.

آن چه که در تدوین مفاد قانون مبارزه با پول شویی و آیین نامه‌ی آن آشکارا مشاهده می‌شود عدم توجه به ملاحظات قضایی و مفاد صریح قانون اساسی و قوانین عادی در حوزه‌ی کشف جرم و تحصیل دلیل است.

در تمامی مفاد قانون و آیین نامه‌ی مصوب، کلیه‌ی وظایف انحصاری و حرفه‌ای دادسرا به عهده‌ی قوه‌ی مجریه واگذار شده است. مفاد قانون و آیین نامه، تمامی مراحل کشف جرم پول شویی و تحصیل دلیل آن را به عهده‌ی یک شورای دولتی (شورای عالی مبارزه با پول شویی) و مجموعه‌ای از نهادهای و مؤسسات مالی و غیر مالی چون بانک‌ها، بیمه‌ها، صرفی‌ها، تعاونی‌های اعتباری، کارشناسان رسمی، و کلای دادگستری، حسابداران و حساب رسان و ... واگذار نموده است.

در تمامی مفاد ۱۲ ماده‌ای قانون و مفاد ۴۹ ماده‌ای آیین نامه‌ی اجرایی آن تنها سه ماده آن هم به صورت حاشیه‌ای به نقش قوه‌ی قضائیه اختصاص یافته است. در قانون پول شویی و آیین نامه‌ی اجرایی مصوب، قوه‌ی مجریه صرف نظر از ایجاد نقش موازی با قوه‌ی قضائیه برای خود در خصوص کشف جرم و تحصیل دلیل، کلیه‌ی وظایف تخصصی و حرفه‌ای غیرمرتبط را با به کارگیری ۵ وزارت ختبه و بانک مرکزی و ده‌ها موسسه‌ی مالی و غیرمالی عمومی و خصوصی و با صرف هزینه‌های هنگفت (بیش بینی ده میلیارد ریال سالانه طبق ماده‌ی ۴۹ آیین نامه‌ی اجرایی) عهده دار شده است در واقع سیستم موجود تفکیک قوا در نظام قضایی ایران و سیستم تقسیم کار ناشی از آن به طور جدی در تدوین و تنظیم قانون آیین نامه‌ی مصوب مورد خدشه قرار گرفته است.

۲) ملاحظات حقوقی به برخی از مواد قانون و آیین نامه ی اجرایی :

۲-۱ ماده ی ده قانون مبارزه با پول شویی مقرر می دارد:

« کلیه اموری که در اجرای این قانون نیاز به اقدام یا مجوز قضایی دارد باید طبق مقررات انجام پذیرد. قوه ی قضائیه موظف است طبق مقررات همکاری نماید»
 در این ماده نقش قوه ی قضائیه به عنوان ضابط قوه مجریه تنزل و تقلیل یافته است. بر طبق قوانین مصوب صریح و قابل اجرا در کشور و هم چنین بر اساس قواعد پذیرفته شده ی بین المللی، تمامی ضابطین از مقام قضایی دستور می گیرند و تبعیت می کنند در حالیکه در این ماده قوه ی قضائیه موظف شده است طبق صلاحیت قوه ی مجریه! مجوز قضایی صادر کند و یا بر اساس نظر قوه ی مجریه اقدام نماید.

۲-۲ طبق ماده ۱۱ قانون پول شویی شعبی از دادگاه های عمومی مسئول رسیدگی به جرم پول شویی شدند سوآلی که به ذهن متبادر می شود این است با توجه به اهمیت جرم پول شویی و با عنایت به تأثیرات وسیع آن در جامعه به شرح فوق الذکر آیا دادگاه عمومی با تصدی فقط یک قاضی صالح به رسیدگی به این جرم می باشد؟ به نظر نمی رسد پاسخ این سؤال مثبت باشد اهمیت جرم اقتضا دارد دادگاه استان یا تصدی حداقل سه قاضی با تجربه و نصریحا به صورت علنی به جرم پول شویی رسیدگی کند تا افکار عمومی ضمن آگاهی از موضوع مراتب را تا اتخاذ تصمیم نهایی تعقیب نماید.

۲-۳ تبصره ی ۳ ماده ی ۴ قانون پول شویی مقرر کرده: «کلیه آیین نامه های اجرایی شورای فوق الذکر پس از تصویب هیأت وزیران برای تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی ذی ربط لازم الاجرا خواهد بود تخلف از این امر به تشخیص مراجع اداری و قضایی حسب مورد به ۲ تا ۵ سال انفصال از خدمت مربوط محکوم خواهد شد» در این تبصره مراجع اداری و قضایی حسب مورد، متخلفان از آیین نامه ی اجرایی را به ۲ تا ۵ سال انفصال از خدمت محکوم می کنند. اولاً معلوم نیست کدام مرجع اداری صالح برای رسیدگی به این تخلف است. ثانیاً طبق اصول عام حقوقی آیا مرجع داری، صالح به احراز تخلف و اعمال مجازات می باشد؟ با توجه به مفاد قانون اساسی و قوانین مصوب عدلی و نیز طبق اصول عام حقوقی احراز تخلف به خصوص اعمال مجازات از وظایف انحصاری قوه ی قضائیه است.

۲-۴ تبصره ۲ ماده ۹ قانون مقرر کرده « صدور اجرای حکم ضبط دارایی و منافع حاصل از آن در صورتی است که متهم به لحاظ جرم منشاء مشمول این حکم فرار نگرفته باشد »
 مفاد این تبصره دارای ابهام و پیچیدگی خاص واژگانی و حکمی است.

اولاً ادبیات استفاده شده در تحریر این تبصره به گونه ای است که امکان برداشت های متفاوت را به خواننده القا می کند. در نتیجه هم قضات و هم مجریان در استنباط و اجرای آن دچار عم کردهای ناهماهنگ می گردند.

ثانیاً مفهوم مخالف این تبصره متضمن این حکم است که چنان چه متهم در رابطه با جرم منشاء مشمول حکم ضبط دارایی و منافع آن شده باشد در مرحله ی ارتکاب جرم پول شویی، مشمول حکم ضبط دارایی و منافع آن نمی گردد با برداشت اخیر دارایی مرتکب جرم پول شویی از تعرض، مصون می ماند.

نتیجه گیری:

امروزه به دلیل رشد روزافزون تکنولوژی و گسترش تجارت الکترونیک در فضای سایبر و هم چنین رشد جهانی شدن در حوزه ی اقتصاد و کم رنگ شدن محدودیت های مرزهای ملی ارتکاب جرم پول شویی تا حدودی تسهیل شده به طوری که آمارهای جهانی و رسمی حجم پول کثیف ناشی از پول شویی در جهان را سالانه ۲/۸ تریلیون دلار اعلام کرده اند.

به دلیل آثار مخرب ناشی از عملیات پول شویی در ایجاد بحران های مالی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، اکنون اکثریت قریب به اتفاق دولت های پیش رفته و روبه رشد با کمک جامعه شناسان، اقتصاددانان، حقوق دانان اقدام به تصویب و تدوین قوانین پول شویی نموده اند. هم چنین کنوانسیون ها و معاهده های بین المللی متعدد برای مبارزه با پول شویی تصویب گردیده است به طوری که امروزه اکثریت قریب به اتفاق کشورهای قاره آمریکا، اروپا و آسیا و کشوره های خاورمیانه و حتی کشورهای حوزه ی خلیج فارس دارای قوانین مصوب ضد پول شویی می باشند. البته مساعی دولت ایران در تدوین و تصویب قانون مبارزه با پول شویی قابل تقدیر است ولی نکته ی حایز اهمیت این است که متأسفانه به نظر می رسد در تدوین و تنظیم قانون مصوب و آیین نامه ی اجرایی آن از دانش و تجربیات حقوق دانان، قضات و کلای دلاگستری صاحب نام و با تجربه بهره برداری لازم و کافی نشده است. امید است در بازنگری و اصلاح قانون مصوب و آیین نامه ی اجرایی آن کاستی های موجود مرتفع گردد.

منابع:

- ۱| آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پول شویی مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۸۶۹-۱۳۸۷/۹/۱۸
- ۲| روزنامه ی دنیای اقتصاد به نقل از گروه اقتصاد سایت تبیان زنجان <http://tebyan-zn.ir/economic.html>
- ۳| قانون مبارزه با پول شویی مصوب ۸۶/۱۱/۲ مجلس شورای اسلامی مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۸۳۵۳-۱۳۸۶/۱۲/۸
- ۴| مقاله ی «پول شویی محصول یک اقتصاد بیمار» به نقل از گروه اقتصاد سایت تبیان زنجان

شروط استاندارد

محمد جهان دار

چکیده:

امروزه انعقاد قراردادهای تجاری بین المللی به همراه شروط استاندارد امری رایج و متداول است. تجار و شرکت های تجاری به جای این که به بررسی جزء جزء شروط قراردادی بپردازند از شروط استاندارد بهره می برند که از قبل و با دقت تهیه شده اند و در قراردادهایی که دارای ماهیت یک سان هستند مورد استفاده قرار می دهند. این شروط پس از ارجاع در قرارداد و قبول طرف مقابل به عنوان قسمتی از قرارداد محسوب می شوند و از اعتباری هم سان با سایر مفاد و شروط قرارداد برخوردار هستند.

در برخی موارد شروط استاندارد که توسط طرفین قرارداد ارائه می شود دارای تعارض هستند که علی رغم وجود تعارض شروط استاندارد طرفین، قرارداد تشکیل می شود.

واژگان کلیدی: شروط - شروط استاندارد - تعارض شروط استاندارد

مقدمه:

پیچیدگی روابط انسان ها، گسترش ارتباطات و پیشرفت سریع علوم به خصوص در زمینه مسائل تجاری موجب شده تا قانون گذاران دنباله رو تغییرات و تحولات جدید جامعه باشند.

شروط استاندارد نیز از جمله پدیده های حقوقی است که قانون گذاران را در صدد تدوین قانونی جهت ارائه شروط مزبور در قراردادها نموده است در بسیاری از کشورها از جمله آمریکا، انگلیس و فرانسه، قوانین و مقررات مناسبی در رابطه با شروط مزبور به تصویب رسیده و در برخی از کشورهای دیگر مانند ایران که در این خصوص قانون مدونی وجود ندارد از اصول کلی مانند اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادهای و هم چنین حکم عرف جهت اعتبار این شروط بهره می برند. مصداق بارز شروط استاندارد، اینکو ترمز است که توسط اتاق بازرگانی بین المللی تهیه شده و در قراردادهای تجاری بین المللی از آن استفاده می شود.

وکیل دادگستری - اصفهان

۱- مفهوم شروط استاندارد^۱

در مورد شروط استاندارد تعریف متعددی ارائه گردیده از جمله آن که شروط استاندارد آن دسته مقررات قراردادی هستند که پیشاپیش از سوی یک طرف برای استفاده عمومی و مکرر وی آماده شده اند و در عمل بدون مذاکره با طرف دیگر از آن ها استفاده می شود.^۲

در اصول اروپایی حقوق قراردادهای (PECL) شروط مزبور را شروطی دانسته اند که از قبل برای قراردادهایی که دارای ماهیت یک سان هستند، آن شروطی که به صورت مجزا و جداگانه مورد مذاکره قرار نگرفته اند تهیه و تنظیم شده اند.^۳ بنابراین در تعریف شروط مزبور می توان گفت شروطی هستند که از قبل توسط سازمان های تجاری بین المللی و شرکت های تجاری برای قراردادهایی که دارای ماهیت یک سان هستند تهیه و تنظیم شده اند و بدون این که مورد مذاکره طرفین قرار بگیرند با ارجاع در قرارداد و قبول طرف مقابل لازم الاجرا هستند.

۲- ویژگی های شروط استاندارد

الف) ضرورت قبولی شروط استاندارد:

شروط استاندارد باید به صورت مقتضی و مناسب و در زمان مشخص به اطلاع طرف مقابل برسد مورد قبول وی قرار گیرد، در این صورت قسمتی از قرارداد محسوب و نسبت به طرف مقابل قابل استناد است. قرارداد هنگامی منعقد می شود که طرفین قصد داشته باشند از نظر حقوقی ملتزم شوند و در این خصوص به توافق کافی نائل شده باشند این قاعده نسبت به شروط استاندارد به عنوان قسمتی از قرارداد نیز باید اعمال شود. طرف مقابل تنها در صورتی به شروط مزبور ملزم است که طرف اول به صورت مناسب آن شروط را به اطلاع طرف مقابل برساند و مورد قبول وی واقع شود.^۴

ب) زمان اطلاع از شروط استاندارد:

ویژگی دیگر شروط استاندارد زمان اطلاع از آن شروط است که آن هم قبل یا هنگام انعقاد قرارداد است بنابراین شروطی که پس از انعقاد قرارداد به اطلاع طرف مقابل برسد علیه وی قابل استناد نیست. در مواردی که تنظیم کننده شروط استاندارد ادعا می کند که قبل از انعقاد قرارداد طرف مقابل نسبت به آن شروط آگاهی و اطلاع داشته و با آگاهی از آن شروط اقدام به انجام معامله نموده است، اصولاً بر عهده راثه کننده شروط است که ثابت نماید طرف مقابل نسبت به شروط مزبور به نحو مقتضی آگاه شده است.^۵

ج) قابلیت اسقاط حق اطلاع از شروط استاندارد:

یکی از ویژگی های دیگر شروط استاندارد قابلیت اسقاط حق اطلاع از شروط مزبور است زیرا اطلاع از آن شروط

۱- Standard Terms

۲- بهروز اخلاقی- اصول قراردادهای تجاری بین المللی- انتشارات شهر دانش- سال ۸۵- صفحه ۸۰

۳- بند ۳ ماده ۹:۲۰۹ اصول اروپایی حقوق قراردادها

۴- Predrag, Cvetcovi, January ۲۰۰۲, Remark on the maner in wich the (PECL) may be used to interpret or supplement. Guide to article ۱۲ cisg, P ۱۲۷, available at <http://www.cisg.law.pace.edu> | last visited ۲۰۱۱/۷/۲۲

۵- عبدالله حسین سبزوئی- قراردادهای استاندارد در حقوق کلمن لوید تاکیدر حقوق انگلیس و آمریکا- مجله مجمع آموزش عالی قم- سال چهارم- شماره ۱۲- بهار ۸۱- صفحه ۸۲

حق است و چون حق است قابل اسقاط است بنابراین مشروط له می تواند حق خود نسبت به اطلاع از شروط استاندارد را قبل یا پس از انعقاد قرارداد اسقاط نماید.

د) تفکیک ناپذیری شروط استاندارد:

از آن جا که شروط استاندارد مجموعه ای از شروط است که در قرارداد به صورت مجموعه ای به آن ارجاع می شود بنابراین شروط مزبور باید به صورت یک جا مورد قبول واقع شود و قابل تفکیک، به این صورت که قسمتی را قبول و قسمتی را رد نمایند نیست.

۳- تعارض شروط استاندارد^۶

تعارض شروط استاندارد که از آن به عنوان نبرد فرم ها نیز نام برده شده حالتی است که هر یک از طرفین قرارداد از شروط استاندارد استفاده می کنند که با یک دیگر در تضاد و تعارض هستند در این جا دو سؤال مطرح می شود نخست آن که آیا با وجود تعارض شروط استاندارد طرفین، قرارداد تشکیل می شود؟ و ثانیاً در صورت تشکیل قرارداد شروط استاندارد کدام یک از طرفین حاکم می شود؟ پاسخ به سؤال اول به صور کئی مثبت است زیرا معمولاً طرفین خواهان انعقاد قرارداد هستند اگر چه هر کدام به شروط استاندارد خود ارجاع می دهند و تمایل دارند شروط استاندارد خودشان غالب شود اما در مورد پاسخ به سؤال دوم قواعدی توسط حقوق دانان ارائه شده که بیان می گردد.

الف) قاعده اولین اقدام^۷:

یکی از قواعدی که در مورد حاکمیت شروط استاندارد در نبرد فرم ها بیان شده قاعده اولین اقدام است به موجب این قاعده طرفی که ایجاب را بیان می کند نباید اجازه بدهد شروط استاندارد که ارائه داده تغییر کند بنابراین طبق این قاعده شروط استاندارد که ابتدا ارائه می گردد غالب می شود.^۸ طرفین در قراردادهای از شروط استاندارد مختلفی استفاده می کنند که معمولاً دارای تعارض هستند، طبق قاعده اولین اقدام قرارداد بر مبنای اولین فرم شروط استاندارد که ارائه گردیده تشکیل می شود به این صورت که ایجاب دهنده نباید اجازه دهد شروط استاندارد توسط طرف دیگر تغییر یابد به این منظور در شروط استاندارد خود اعلام می نماید در صورتی به قرارداد ملزم است که بر مبنای شروط استانداردش منعقد شود بنابراین طبق این قاعده ارجاع طرف دوم بلا اثر است و قرارداد بر مبنای اولین شروط استاندارد منعقد می شود مگر این که طرف دیگر صریحاً شروط استاندارد اولین ارجاع را رد کند.

ب) قاعده آخرین اقدام^۹:

قاعده آخرین اقدام یکی از قواعد دیگری است که در نبرد فرم ها به عنوان راه حل ارائه شده است. این قاعده

۶- Conflicting Standard Terms

۷- Battle Of Forms

۸- First Shot rule

۹- Pillar Perales Viscasillas January ۲۰۰۲ Comparison With (PECL) P.۷۰ . , available at <http://www.cisglawpage.edu>. Guide To Article ۱۹ [Last visited ۲۰۱۷/۲/۸]

۱۰- Last Shot rule

نسبت به قاعده قبل بیش تر رایج است و طبق این قاعده کسی که آخرین فرم شروط استاندارد را ارسال می کند پیروز نبرد فرم هاست.

به موجب قاعده آخرین اقدام، شروط استاندارد قراردادی به وسیله شروطی که در آخرین فرم قرار گرفته اند تعیین می شوند هنگامی که شروط اولین فرم نتوانسته اند به عنوان قسمتی از قرارداد به حساب آیند بنابراین شروط اولین فرم به طور کامل کنار گذاشته می شوند، به غیر از شروطی که به وسیله آخرین فرم مورد اصلاح قرار گرفته اند.^{۱۱} بنابراین قاعده آخرین اقدام، شروط استاندارد را که در آخرین فرم قرارداد ارائه می شود به عنوان قسمتی از قرارداد محسوب می گردد. این قاعده در برخی از کشورهای کامن لا و کنواسیون بیع بین المللی (CISG) اعمال می شود.

ج) قاعده کنار گذاشتن^{۱۲}

قاعده کنار گذاشتن شروط خارج از قصد مشترک طرفین که از آن تحت عنوان نظریه تباتی و مشارکت نیز نام برده شده یکی دیگر از قواعدی است که در مورد حل تعارض شروط استاندارد در نبرد فرم ها مورد استفاده قرار می گیرد به موجب این قاعده شروطی که خارج از قلمرو مقصد مشترک طرفین باشد کنار گذاشته و رها می شود و قرارداد بر مبنای مفاد آن و شروط استاندارد که در قلمرو قصد مشترک طرفین قرارداد منعقد می گردد.

امروزه اغلب کشورها برای راه حل مشکل نبرد فرم ها از قاعده ای که معمولاً کنار گذاشتن شروط خارج از قصد مشترک طرفین نامیده می شود استفاده می کنند این قاعده طرح و نظریه ای ویژه در نبرد فرم هاست که در تقابل با قاعده آخرین اقدام براساس قواعد عمومی ایجاب و قبول نیست و مطابقت ایجاب و قبول در این قاعده رعایت نمی گردد بلکه طبق این قاعده قرارداد تشکیل می شود حتی با وجود این که ایجاب و قبول با شروط استاندارد کاملاً یک سان نباشد، شروط قراردادی حاکم آن هایی هستند که در قلمرو قصد مشترک طرفین قرارداد و شروط متضاد و معارض هر یک از طرفین کنار گذاشته می شود و قاعده حقوقی جای گزین آن می شود.^{۱۳}

این قاعده که در اصول اروپایی حقوق قرارداد (PECL) و اصول قراردادهای تجاری بین المللی (unidroit) اعمال می شود از قواعد جدیدی است که در حل مشکل نبرد فرم ها استفاده می شود و به موجب این قاعده، قرارداد حتی با وجود شروط استاندارد معارض طرفین تشکیل می شود و شروط استاندارد که مورد توافق طرفین باشد به عنوان قسمتی از قرارداد محسوب می شود.

نتیجه و پیش نهاد

به عنوان نتیجه می توان گفت شروط استاندارد به عنوان قسمتی از قرارداد محسوب می شوند. وجود این شروط در قراردادهای موجب تسریع در معاملات، ارتقاء آگاهی مصرف کنندگان و هم چنین کاهش اختلافات احتمالی طرفین می شود. از آن جا که در برخی موارد شروط استاندارد توسط تهیه کنندگان این شروط ارائه می گردند طرف مقابل باید با آگاهی و دقت کافی نسبت به قبول و امضاء شروط استاندارد اقدام نماید که از این جهت متحمل زیان نگردد. در مواردی که شروط استاندارد طرفین دارای تعارض و تضاد باشد قاعده اولین اقدام، قاعده آخرین اقدام و قاعده کنار گذاشتن شروط غیر مشترک طرفین راه حل هایی است که توسط حقوق دانان ارائه گردیده و جهت حل تعارض

۱۱- Andera, Fejos, battle of forms under (CISG) A uniform solutions. Available at <http://www.CISG.Lawpace.edu>

۱۲- Knock Out Rule

۱۳- Giesela Ruhl, The Battle of the forms Comparative and Economic observation p ۱۷۸, available at <http://www.lawatenn.Edu> [Last visited ۲۰۱۷/۲۶]

شروط استاندارد از این راه حل ها استفاده می کنند.

پیش نهاد

- ۱- با عنایت به این که در کشورهای غربی شروط استاندارد به صورت کامل و جامع بحث شده اند در حقوق ایران می توان با الگو برداری صحیح و مناسب از آن کشورها گامی جهت استفاده مطلوب تر از شروط مزبور برداشت.
- ۲- با توجه به کاربرد فرولان این شروط در حقوق ایران پیش نهاد می شود فواین مدونی در این خصوص تصویب گردد.
- ۳ مؤسسه هایی جهت تدوین شروط یکسان و هم اهنگ در داخل کشور پیش قدم شوند تا استفاده از شروط مزبور بیش از پیش رایج و متداول گردد.

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

- ۱- اخلاقی، بهروز، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، تهران ۱۳۸۵
- ۲- اشمیتوف، کالیوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران ۱۳۷۸
- ۳- شیروی، عبدالحسین، نقش قراردادهای استاندارد در تجارت بین المللی و مقایسه آن با قراردادهای الحاقی در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره دوم، تابستان ۱۳۷۸
- ۴- شیروی، عبدالحسین، قراردادهای استاندارد در حقوق کلمن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا، مجله آموزشی عالی قم، سال چهارم، شماره دوازدهم، بهار ۱۳۸۱
- ۵- صفایی، حسین، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴

منابع انگلیسی:

- ۶- cvetkovik, predarg, januray ۲۰۰۲, Remarks on the manner in which the PECL may be interpret or supplement article ۱۴ CISG. Available at <http://www.Cisg.law.pace.edu> guide to article ۱۴.
 - ۷- Fejos, Andera, battle of forms under (CISG); A uniform solutions. Available at <http://www.CISG.Law.pace.edu>
 - ۸- Lando, ole, The principle of European contract law prepared by the commission on European contract Law kluwer law international. Available at <http://www.Law.upenn.edu>
 - ۹- Pillar perales viscashillas. January ۲۰۰۲. Comparison with principle of European Contract law (PECL). Available at <http://www.cisg.law.pace.edu>
 - ۱۰- Perales Viscasillas, maria del pilar, the formation of contracts and the principles of European contract law (PECL). Available at <http://www.CISG.Law.pace.edu>
 - ۱۱- Ruhl, Giesela, The battle of the forms comparative and economic observations. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu>
- <http://www.cisg.law.pace.edu> <http://www.law.upenn.edu>

