

پیام آموزش

سال هشتم بهمن و اسفند ۱۳۸۹

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

- صاحب امتیاز: معاونت آموزش قوه قضاییه
- مدیر مسوول و سردبیر: حجت الاسلام والمسلمین محمد مصدق
- ویراستار علمی و ادبی: دکتر فرخزاد جهانی
- امور اداری، حروف چینی، طراحی، صفحه آرایی و طرح روی جلد: الهام امیرنیا
- ناشر:
- لیتوگرافی، چاپ و صحافی:
- تیراژ: ۸۵۰۰ نسخه

اعضای هیأت تحریریه به ترتیب حروف الفبا

- دکتر لیلیاسادات اسدی: معاون دادستان عمومی و انقلاب تهران
- دکتر ابراهیم بیگی: مشاور رئیس قوه قضاییه
- علی پروینی: مشاور معاون آموزش و تحقیقات قوه قضاییه
- محمد درویش زاده: قائم مقام معاون آموزش و تحقیقات قوه قضاییه
- دکتر جواد طهماسبی: مدیر کل تدوین لوایح و مقررات قوه قضاییه
- حجت الاسلام والمسلمین محمد مصدق: معاون قضایی و حقوقی سازمان قضایی ن.م و مشاور معاون آموزش و تحقیقات قوه قضاییه
- دکتر علی مهاجر: مشاور معاون آموزش و تحقیقات قوه قضاییه

آرای نویسندگان الزاماً دیدگاه نشریه نیست و برداشت مطالب با ذکر منبع بلامانع است، مقالات رسیده عودت داده نمی شود.

نشانی پستی: تهران، خیابان مطهری، خیابان ترکمنستان، خیابان احمدیان، بن بست آزادگان، ساختمان آموزش قضات، طبقه چهارم، نشریه پیام آموزش، کدپستی: ۱۵۶۵۹۱۵۳۴۱
تلفن و نمابر: ۸۸۴۱۸۰۸۰

پست الکترونیکی

P_Amoozesh@Law-training.ir

فرم درخواست اشتراک نشریه پیام آموزش

همکار محترم قضایی؛

به منظور سامان‌دهی امر توزیع نشریه و جلوگیری از هدر رفتن سرمایه سازمانی، در صورت تمایل به ارسال این نشریه به نام و نشانی خود، با تکمیل فرم زیر، آن را به آدرس اعلامی ارسال نمایید. لازم به ذکر است که از شماره آینده، این نشریه صرفاً برای همکاران محترمی ارسال خواهد شد که فرم اشتراک را تکمیل و ارسال کرده باشند.

نام:..... نام خانوادگی:.....

سمت قضایی مطابق ابلاغ:.....

تلفن ثابت:..... تلفن همراه:.....

نشانی دقیق:.....

نشانی پست الکترونیک (در صورت داشتن):.....

امضا

آدرس پستی: تهران، خیابان مطهری، خیابان ترکمنستان، خیابان احمدیان، بن‌بست

آزادگان، ساختمان آموزش قضات، نشریه پیام آموزش، کد پستی ۱۵۶۵۹۱۳۵۴۱

راهنمای تدوین مقاله

الف) شرایط ارسال مقاله

- ۱- عدم درج مقاله در دیگر نشریات یا عدم ارسال مقاله برای دیگر نشریات؛
- ۲- موضوع مقاله در زمینه فقه و حقوق باشد، مقاله‌هایی که تلفیقی از دو زمینه فوق باشند و مقاله‌هایی کاربردی، در اولویت چاپ قرار دارند؛
- ۳- مقاله از چهار بخش: چکیده، مقدمه، متن اصلی و نتیجه تشکیل شود و دارای حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه کلیدی باشد.

۴- حجم مقاله حداقل ۵ و حداکثر ۲۰ صفحه (هر صفحه ۲۵۰-۴۰۰ کلمه) باشد،

۵- مقاله در صفحات A4 یک رو به همراه لوح فشرده ارسال شود؛

۶- در ترجمه متون، آدرس متن ترجمه شده شامل نام و نام خانوادگی نویسنده، مشخصات کامل کتاب یا مقاله به همراه مشخصات مجموعه‌ای که مقاله در آن درج شده یا آدرس پایگاه الکترونیکی مربوط درج شود (مجله در چاپ مقاله از نوع ترجمه دارای محدودیت می‌باشد)؛

۷- نام و نام خانوادگی مؤلف یا مؤلفان، درجه علمی، رشته تخصصی و شماره تلفن و نشانی پست الکترونیک در انتهای مقاله درج شود.

ب) روش تنظیم فهرست منابع در انتهای مقاله

۸- در ارجاع به کتاب، نام خانوادگی و نام نویسنده، نام کتاب، شماره جلد، محل نشر، نام ناشر، نوبت چاپ و سال انتشار قید شود؛

۹- در ارجاع به مقاله، علاوه بر موارد مندرج در بند ۸، عنوان روزنامه یا مجله‌ای که مقاله در آن درج شده است نیز ذکر شود و عنوان مقاله بین دو گیومه قرار گیرد؛

۱۰- فهرست منابع به ترتیب حروف الفبا بر اساس نام خانوادگی مؤلف تنظیم شود.

ج) روش ارجاع به منابع در متن مقاله

۱۱- ارجاع در متن بلافاصله پس از مطلب صورت گیرد و نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد و شماره صفحه یا صفحات مورد استناد، داخل پرانتز قید شود؛

۱۲- توضیحاتی که به طور غیرمستقیم به موضوع ارتباط دارند و همچنین معادل لاتین اصطلاحات، با ذکر شماره در زیرنویس آورده شود.



فهرست مطالب

صفحه

عنوان

- ۹..... نظام مختلط آیین دادرسی کیفری
دکتر بهرام درویش (مستشار شعب دیوان عالی کشور و عضو هیات علمی دانشگاه)
- ۱۹..... ماهیت حقوقی و آثار رهن مال غیر.....
محمد قهرمان (کارشناس ارشد حقوق خصوصی)
- ۳۵..... تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح.....
محمد رحمتی (کارشناس ارشد حقوق و قاضی دادگستری)
- ۴۵..... امکان طرح دعوی طاری ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم.....
محمد خانی (وکیل و مشاور حقوقی قوه قضاییه)
- ۵۳..... اصول قضاوت و داوری در اسلام.....
صادق نقیبی (کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)
- ۷۳..... ضبط قرار تأمین کیفری توسط قاضی ناظر زندان.....
لیلی کوهستانی جوان (دادیار دادرسی عمومی و انقلاب تهران)
- ۸۵..... جرم انگاری بر اساس منابع فقهی (قلمرو، موارد و کاربردهای اصل ۱۶۷ قانون اساسی).....
عبدالصالح اکبرپور (دادیار دادرسی عمومی و انقلاب استان مرکزی)

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

- ۱۰۳..... راهکارهای اجرایی پیشگیری از جرم و بهداشت قضایی
افشار خسروی زاده (معاون دادستان عمومی و انقلاب ایلام)
- ۱۱۱..... فرایند رسیدگی به اختلافات فعالان بازار بورس
حسین قربانیان (کارشناس ارشد حقوق خصوصی)
- ۱۳۵..... حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اقدامات تملکی دستگاهها اجرایی
محمد رضا دلاوری (قاضی اجرای احکام و دیوان عدالت اداری)

سرمقاله



تحول قضایی

انقلاب، به معنی زیر و رو شدن و تغییر اساسی و ارکان است؛ و به همین معنا انقلاب اسلامی، پایه‌گذاری آموزه‌های توحیدی در کلیه ارکان جامعه بود. اگر قید «بود» ادعای بزرگی باشد، باید گفت هدف آن بود که چنین شود و به چنین سویی برویم. به هر حال مهم این است که به این سو در حال حرکتیم.

از ارکان اجتماع و نظام، دستگاه قضا است و رکن قضا که رکن حکومت نیز می‌باشد، عدل است. این که دستگاه قضا تا چه حد، هم‌سو با اهداف انقلاب اسلامی، به سوی چنین تحولی حرکت کرد و تا چه میزان عدل را سرلوحه برنامه‌ها و سیاست‌هایش نمود، نگرش و بررسی عمیق در دستگاه قضایی را در دوره‌ی سی و دو ساله پس از انقلاب اسلامی می‌طلبد، اما باز مهم این است که دوست داریم و می‌خواهیم به این سو حرکت کنیم در ارزیابی ساختار قضایی اسلامی، معیار عدل حرف اول است که تا آخر راه نیز باید ورد زبان باشد. در این راه پایانی نیست؛ مقصد، عدالت است، اما رسیدن به مقصد، به معنای پایان نیست، بلکه وصول به مطلوب و ایده‌آل‌ها است و برای وصول به این مطلوب، باید که به معنای عدل اندیشید، مفهوم عدل را هضم کرد و بر مبنای آن رفتار کرد.

عدل، ضد ظلم و جور وهم معنی قسط است. شرط قضاوت، عدالت است. اگرچه ظلم جلی در قاضی بعید است، اما از ظلم خفی نیز باید ترسید. از این رو قاضی باید در کوچک‌ترین اعمال خود، معیار عدالت را احراز کند که مبدا هوای نفسانی، موجب انحراف از این معیار شود.

قانون عدالت، کلی و عام است و باید که بر امور بزرگ و کوچک حاکم باشد. پس مبدا که امور مردم را کوچک انگاریم و در پرونده‌هایی که از نگاه ما کم اهمیت است، جهد لازم را در کشف واقعیت ننماییم. عام بودن قانون عدالت، توجهی دائم در اجرای این قانون را در همه دعاوی مطروحه و کلیه رفتارهایمان می‌طلبد.

عدل به معنای «وضع کل شیء موضعه» و قرار دادن هر چیز در جای خود است. پس مبدا نتیجه قضاوت ما، دادن حق به غیر ذی حق، باشد.

عدالت ملکه و نیرویی است که انسان را به انجام واجبات و ترک محرمات رهنمون می‌شود. قاضی به لحاظ فرض دارا بودن چنین ملکه‌ای، بر جایگاه قضا تکیه زده است؛ پس اگر با نگاهی به خود، این فرض را دور از واقعیت می‌بینیم، سعی کنیم با انجام واجبات و ترک محرمات، بر حسن ظن و اعتماد برخاسته از این فرض، احترام بگذاریم.

عدالت، میانه‌روی و اعتدال است که از برترین فضیلت‌ها است. انعکاس تعادل درونی بر رفتارهای بیرونی، ممارست و آماده باش دائمی را می‌طلبد و از قاضی چنین ممارستی انتظار می‌رود. پس مبدا امیال و انتظارات خود را در صدور حکم دخیل‌سازیم که نتیجه‌ی آن، خروج از عدالت است.

عدالت، از اصول مذهب شیعه و از صفات خداوند است. از این رو، عدالت اجتماعی اولین اصل در حکومت اسلامی است که دستگاه قضا رکنی از آن است. پس قاضی به عنوان کارگزار دستگاه قضا، باید که متخلق به اخلاق الهی و متصف به اوصاف او باشد.

عدالت، اولین رکن تقوا است و تقوا، معیار کرامت انسان است.^(۱) پس نباید هواپرستی، حب و بغض و مانند آن، در قضاوت دخیل شود؛ چرا که خداوند، عدالت عملی را می‌پسندد و از انسان، انتظار اجرای عدالت را دارد.^(۲)

۱. ان اکرمکم عندالله اتقیکم

۲. ان الله یامر بالعدل و الاحسان و ایتاء ذی القربى و ینهى عن الفحشا و المنکر (نحل، ۹۰)



قوه قضائيه تا رسيدن به جا يگاه مطلوب

همه كسانى كه مى‌خواهند از قوانين اندك تخطى بكنند، بايد در دلشان ترس از قوه قضائيه وجود داشته باشد؛ اعم از آن كسى كه مى‌خواهد از يك چراغ قرمز در خيابان عبور كند، كه اين جزء كوچكترين و دم دست‌ترين كارهاى انضباطى كشور ماست، تا كسى كه مى‌خواهد يك بانك را غارت كند يا كسى كه مى‌خواهد يك انسانى را مظلوم قرار بدهد و مضروب كند.

در نظام‌هاى جارى دنيا، يعنى همان جاهائى كه خودشان ادعا مى‌كنند كه قوه‌هاى قضائى مستقل و منظمى دارند كه ما به تجربه، بارها و بارها فهميديم كه اين‌ها خلاف مى‌گويند، همان جاهائى كه ادعا مى‌شود كه قوه قضائيه، مستقل است، بارها، از طرق مختلف معلوم شده است كه اينها تبليغات محض است؛ البته يك چيزهاى هست، لكن آن چيزى كه آنها تصوير مى‌كنند؛ كلاً در آن كشورها وجود خارجى ندارد! وقتى در همان شكل ادعائى خودشان هم نگاه مى‌كنيم، مى‌بينيم كه سد طريق، اعمال زور و اعمال باطل شده است! يعنى اگر كسى، چون آدم‌هاى زرنگ و قلدر، قاعدتاً زورگويى مى‌كنند و به ديگران زور مى‌گويند، علاوه بر زور معمولى، زور قانونى هم داشته باشد، يعنى به طرق قانونى واقف باشد؛ بدانند چه كند كه جنايت هم كند، برگه‌اى هم نگذارد! اگر چنين كسانى پيدا بشوند كه كم هم نيستند، باطل‌هاى زيادى برپا خواهد شد؛ حق‌هاى زيادى از بين خواهد رفت و پايمال خواهد شد!

قوه قضائيه خوب، اين است كه جلوى اين را هم بگيرد؛ فكر اين را هم بكنند. اين‌طور نباشد كه يك آدم زرنگ، شارلاتان، دست و پادار قانون‌دان يا وكيل‌دار زبر دستى، اگر توانست همه راه‌هاى پليس و قوه قضائيه را به خودش مسدود كند؛ بتواند در يك كاخ امن و امان به ظلم و جور خود ادامه دهد! قوه قضائيه خوب اين است كه جلوى اين را هم بگيرد. نمى‌خواهم توقع كنم و ادعا كنم كه قوه قضائيه كار امام زمان را خواهد كرد كه ديگر هيچ ظلم و جورى در عالم وجود نخواهد داشت. نه، معلوم است كه توقعات، نسبى است. مى‌خواهيم كسى به باطل دل نبندهد، كسى كه صاحب حق است؛ از اقامه حق مأیوس نشود. توقع ما از قوه قضائيه، اين است.

نظام مختلط آیین دادرسی کیفری

دکتر بهرام درویش
مستشار شعب دیوان عالی کشور و عضو هیات علمی دانشگاه

مکاتیب

در بخش مربوط به آیین دادرسی کیفری، ادبیات مقوقی جهان سه نظام را -اتهامی، تفتیشی، مختلط (ترکیبی از دو نظام دیگر)- به خود دیده است. نظام اتهامی به سبب آن که توانسته خود را با شرایط جدید تطبیق دهد، هنوز جوهره خود را مفظ کرده است در حالی که نظام تفتیشی میات خود را از دست داده است. به منظور اجتناب از محایب دو نظام قبل و بهره مندی از مزیت‌های آن دو، بعدا برخی از کشورها نظام سومی را برگزیدند که در واقع ترکیبی از دو نظام اتهامی و تفتیشی است و از این رو از آن تمت عنوان نظام مختلط یاد می شود. در این نظام که ردپای واضمی در قانون ایران هم دارد، استفاده از هیات منصفه، رعایت مقوق و آزادیهای متهم، تفکیک مقام تعقیب از مقام رسیدگی و ضرورت رسیدگی در مدود کیفرخواست و علنی و توافعی بودن رسیدگی، چشمگیر است و بیشترین تمولات افیر و مثبت خود را در زمینه مفظ هرچه بیشتر مقوق و آزادیهای متهم داشته است.

کلاید (آزاده) آیین دادرسی کیفری، نظام مختلط، مقوق و آزادیهای متهم، مقوق ایران، مقوق فرانسه

مقدمه

اتهامی، حق تشخیص مجرمیت یا بی گناهی در جرایم مهم را نیز ندارد و باید در این خصوص به هیات منصفه مراجعه کند. اما اخیراً، اصلاحات عدالت مدنی بریتانیای جدید (British Civil Justice) به سرکردگی لرد وولف (Woolf) قواعد مربوط به پروسه مدنی را مبتنی بر مدیریت و کنترل قاضی بر دادگاه و روند رسیدگی - نه مبتنی بر مدیریت و کنترل وکلای طرفین - نموده و اقدامات مشابهی نیز در امریکا در حال وقوع است.

(http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system)

۲- سیر تحول از نظام تفتیشی به نظام مختلط

اصلاحاتی که در گذر زمان برای رفع ایراد از نظام تفتیشی وارد شد، نتوانست آن را نجات دهد. از این رو، نظام تفتیشی با ویژگی‌های قرون وسطایی‌اش از لحاظ قانونی تقریباً در همه جا فراموش شده است؛ و از قرن ۱۹ به بعد کشورهای اروپایی، آسیایی، و آمریکای لاتین از نظام تفتیشی فاصله گرفتند و برخی نظام مختلط و برخی دیگر نظام اتهامی تغییر یافته را پذیرفتند.

عدم رضایت فرانسوی‌ها از نظام تفتیشی حاکم بر آن کشور در کنار تأثیرپذیری از افکار انگلیسی‌ها، موجب گشت تا برای حدود بیست سال، نظام اتهامی رایج در انگلیس، بر دادرسی‌های کیفری فرانسه هم حاکم گردد. از این رو، در فرانسه از جمله مقرر شد که دادرسی علنی باشد، وکیل بعد از مرحله مواجهه شهود با متهم امکان دخالت داشته باشد و در امور جنایی (جرایم مهم) دادگاه بدون هیئت منصفه (jury) تشکیل نشود. (آشوری، ۱۳۸۴، صص ۴۶

مطالعه تاریخ حقوقی جهان حاکی از طی دوران‌های مختلف در جوامع گوناگون است. در یک دوره اصل بر انتقام شخصی بود و در یک برهه از زمان فرامین پادشاه به عنوان قانون در تمام شوون اجتماع لازم‌الاتباع گردید، به نحوی هیچ کس را یزای مخالفت با آن نبود. به تدریج و با تشکیل نظام و سیستم در رسیدگی کیفری، دوران رسیدگی تفتیشی آغاز گردید؛ در این سیستم عرصه‌ای برای نقض حقوق و آزادی‌های فردی مهیا گشت. در گذر زمان و با توجه به اهمیت حقوق فردی، رفته رفته سیستم اتهامی جایگزین تفتیشی شد و در دوران معاصر در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان، نظامی متشکل و مرکب از دو سیستم مذکور پا به عرصه وجود گذاشته است. در این مقاله مروری بر این تحولات با نگاهی به مسائل ایران صورت می‌گیرد.

۱- تحولات نظام اتهامی

نظام اتهامی قدیم در طول قرون تغییرات جدی نموده است یا سعی در تغییرات جدیدی دارد تا بتواند با جوابگویی نیازهای جدید، حیات خود را حفظ کند. این تغییرات به حدی وسیع بوده است که اینک، از عبارت نظام اتهامی جدید استفاده می‌شود تا آن را از نظام اتهامی قدیم تفکیک نموده باشند. مثلاً می‌دانیم که در نظام اتهامی، قاضی دادگاه کمترین قدرت ممکن را در مقایسه با دیگر نظام‌های دادرسی کیفری دارد به نحوی که حق سؤال از طرفین، شهود، کارشناسان و مانند آن‌ها را ندارد و حتی حسب معمول بسیاری از کشورهای تابع نظام



حقوق ایران

الف) نظام مختلط به عنوان تلفیقی از دو نظام پیش از خود (اتهامی و تفتیشی)، نکات مثبتی چون علنی بودن دادرسی،^(۳) امکان دخالت وکیل پس از مرحله مواجهه شهود با متهم و ضرورت تشکیل دادگاه در جرایم مهم با حضور هیئت منصفه را به عنوان میراث نظام اتهامی در خود جای داده بود. البته به شرح مذکور، بنا به قولی، نظام مختلط نوع دیگری از هیئت منصفه را هم مقرر کرده بود که در مرحله قبل از دادرسی دخالت می‌کرد و جز با تصویب آن، امکان تعقیب کیفری متهم نبود.

ب) نقش فعال و اساسی قاضی در نظام تفتیشی همراه با جمع شدن مقام تحقیق و تعقیب و مقام رسیدگی و صدور حکم در وی، چنان او را مقتدر می‌ساخت که می‌توانست مفسده انگیز باشد. مضافاً، قاضی دادگاهی که قبلاً تحقیق در باره جرم و متهم را مدیریت نموده، با پیش فرض مجرمیت که ناقض اصل برائت است، با متهم مواجه می‌شد. از این رو در نظام مختلط، این دو مقام از هم تفکیک شده اند. شکل بارز این تفکیک در پذیرش دادسرا در کنار دادگاه کیفری در ایران و بسیاری از دیگر کشورها و به ویژه در فرانسه است. جوهره چنین تفکیکی در دادگاه کیفری بین المللی (International Criminal Court: ICC) نیز دیده می‌شود.

پ) در نظام مختلط، شروع به تحقیق کیفری محتاج شکایت رسمی شاکی یا اعلام رسمی جرم توسط شاهد نیست و کشف جرم و تحقیق کامل

الی (۴۸) حسب نظر برخی، (همان، صص ۴۶ الی ۴۸) فرانسویان در موردی حتی از نظام اتهامی متداول در انگلیس فراتر رفتند و نوع دیگری از هیئت منصفه را که در مرحله قبل از دادرسی دخالت می‌نمود، وارد تشکیلات کیفری نمودند و مادام که این هیئت اتهام را وارد نمی‌دانست، امکان تعقیب متهم و بالتبع امکان دادرسی و صدور حکم علیه او وجود نداشت. اما این نوع از هیئت منصفه تحت عنوان اینکوئست (inquest) در نظام اتهامی هم وجود داشته است و فرانسویان با وارد کردن آن در سیستم حقوقی خود، فراتر از انگلیسی‌ها نرفته بودند و صرفاً از روش آن‌ها پیروی نموده بودند.

بنا به دلایلی، نظام رسیدگی اتهامی مقتبس از انگلستان، در فرانسه توفیقی نیافت. از این رو، در نهایت با تدوین مجموعه قوانین تحقیقات جنایی (کد ۱۸۸۸ ناپلئون^(۱))، نظام مختلط که ترکیبی از دو نظام اتهامی انگلیس و نظام تفتیشی فرانسه بود، بر فرانسه حاکم گشت. نظام مختلط توسط کشورهای ایتالیا، آلمان، بلژیک، سوئیس، شوروی سابق، ترکیه، تونس، الجزایر، مصر و در واقع اغلب کشورهای عربی خاورمیانه، تمام مستعمرات سابق فرانسه و نیز ایران (جز در مقطع زمانی حاکمیت قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳) اتخاذ گردیده است. (آشوری، پیشین، صص ۴۶ الی ۴۸)

۳- ویژگی های نظام مختلط در مقایسه با

۱. کل سیستم مبتنی بر سیویل لا که جایگاه اصلی‌اش کشور فرانسه است، از حقوق روم باستان و کد ناپلئون سرچشمه گرفته است: http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system
۲. در حقوق ایران، نک: ماده ۱۸۸ ق.آ.د.ک

اتهام و دلایل اتهام^(۳) مطلع می‌کند و شکنجه را ممنوع می‌داند،^(۳) ولی مشابه نظام تفتیشی، جامعه را ذینفع در شناسایی و مجازات مجرم می‌داند و از این رو ضرورتاً قدری از حقوق و آزادی متهم را به انگیزه کسب اطلاع از بزه و مجرم و جلوگیری از تبانی یا فرار متهمان، محدود می‌کند. مراد از تحدید حقوق و آزادی متهم این است که در نظام مختلط، امر تحقیقات مقدماتی به نحو غیرعلنی،^(۴) سری، توأم با تحصیل دلیل و به صورت غیرترافی انجام می‌گیرد و دخالت وکیل تابع قیودی (البته کمتر از قیود نظام تفتیشی) است.^(۵)

چ) نظام مختلط در قسمت دادرسی و صدور حکم که توسط دادگاه صورت می‌گیرد، در مجموع مشابه نظام اتهامی رفتار می‌کند به این اعتبار که دادستان (نماینده قربانی جرم) به منظور محکومیت متهم، مطالب و مدارکش را طرح می‌کند و وکیل متهم آنها را به منظور تبرئه موکّش جواب می‌دهد و قاضی یا هیئت منصفه با توجه به مطالب و مدارک عرضه شده، در حدود کیفرخواست (منع تحصیل دلیل در مقطع دادگاه^(۶)) در باره مجرمیت یا محکومیت رأی می‌دهد تا همان طور که در نظام اتهامی رایج است،

توأم با تحصیل دلیل درباره بزه و متهم و در صورت احراز مجرمیت، تقاضا از دادگاه برای تعقیب کیفری و مجازات متهم و نیز اجرای حکم و عنداللزوم اعتراض به حکم دادگاه به عهده دادرسی نهاده شده است که نهادی مجزا از دادگاه کیفری است.

ت) در نظام مختلط و حقوق ایران،^(۱) دادگاه وظیفه رسیدگی به اتهام در حدود کیفرخواست دادرسی و صدور حکم مقتضی درباره متهم را دارد. در مقایسه، دادگاه در نظام تفتیشی علاوه بر رسیدگی و صدور حکم، بدون نیاز به شکایت شاکی، به تحقیقات مقدماتی (توأم با تحصیل دلیل و نه فقط در حدود ادله ابرازی شاکی) که در نظام مختلط بر عهده نهادی مستقل به نام دادرسی است، هم مبادرت می‌نمورد و در نظام اتهامی قدیم دادگاه تنها پس از اعلام رسمی شکایت یا جرم، مبادرت به رسیدگی و انشای رأی می‌کرد و تحقیقات دادگاه فقط در حدود ادله مورد استناد شاکی صورت می‌پذیرفت.

ث) نظام مختلط در قسمت تحقیقات مقدماتی که توسط دادرسی صورت می‌گیرد، مانند نظام تفتیشی عمل می‌کند. یعنی، هرچند نظام مختلط برخلاف نظام تفتیشی، متهم را قبل از دادگاه از

۱. در حقوق ایران، نک: بند ج ماده ۱۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و مفهوم مخالف تبصره ۴ ماده ۳ همان قانون
۲. در حقوق ایران، نک: مواد ۱۱۳ و ۱۹۲ ق.آ.د.ک..
۳. برای ممنوعیت شکنجه در حقوق ایران، علاوه بر اصول ۳۸ و ۳۹ قانون اساسی، نک: بندهای ۶، ۷ و ۹ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵.
۴. در حقوق ایران، نک: ماده ۱۵۲ ق.آ.د.ک. در ضرورت غیرعلنی بودن تحقیق از شهود و مطلعین.
۵. در حقوق ایران، نک: مفهوم مخالف ماده ۱۹۰ ق.آ.د.ک. مبنی بر این که قبل از تکمیل تحقیقات، متهم یا وکیلش - که حسب یک تفسیر از این ماده فقط می‌تواند یک وکیل در این مرحله باشد - از امکان کامل برای اطلاع یافتن از محتویات پرونده برخوردار نیست.
۶. اما در حقوق ایران، حسب تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و مفهوم مخالف تبصره ۴ ماده ۳ همان قانون، هرگاه دادگاه نقصی در تحقیقات مشاهده نموده یا انجام اقدامی را لازم بداند، خود تکمیل می‌نماید و نیز می‌تواند رفع نقص و تکمیل پرونده را با ذکر موارد نقص از دادرسی مربوط درخواست کند. امکان رفع نقص توسط خود دادگاه ظاهراً ناهماهنگ با قاعده ضرورت تفکیک مقام تحقیق و تعقیب از مقام رسیدگی که متبع در حقوق جدید است، می‌باشد.



(http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system)

در این راستا، رعایت حقوق متهم نه فقط در دادگاه بلکه در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز بیشتر مورد توجه قرار گرفت.

الف) حقوق دفاعی متهم با تکیه بر حق داشتن وکیل: در ایران نیز نمونه هایی از این روند حمایتی دیده می شود. مثلاً، قانون اصول محاکمات جزایی ایران مصوب ۹ رمضان ۱۳۳۰ قمری، درباره حضور وکیل مدافع در بازپرسی سکوت کرده بود. اما در اصلاحات سال ۱۳۳۵ شمسی، با الحاق تبصره ای به ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری حق متهم دایر بر استفاده از حضور وکیل در تحقیقات مقدماتی مورد تصریح قرار گرفت. به موجب این تبصره، «متهم می تواند یک نفر از وکلای رسمی دادگستری را همراه خود داشته باشد. وکیل متهم بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه بازجویی می تواند مطالبی را که برای روشن شدن حقیقت و

قدرت حاکمیت یک جا جمع نشود و میان دادگاه و دادستان تقسیم گردد.

(http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system)

رسیدگی در دادگاه به نحو علنی (جز در موارد نادر آن هم با ذکر دلیل) و ترافعی و در جرایم مهم در برخی کشورها توأم با هیئت منصفه (در برخی دیگر توأم با تعدد قاضی^(۱)) صورت می گیرد و دخالت وکیل تابع قیدی نیست^(۲) و بلکه در موارد قابل توجهی الزامی است^(۳) تا تقابل دادستان و وکیل جلوه ای دیگر از تشابه نظام مختلط با نظام اتهامی را به تصویر بکشد.

(http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system)

۴- تحولات نظام مختلط

بعدها، نظام مختلط به سمت حمایت بیشتر از حقوق دفاعی متهم، تأمین آزادی وی و محدودیت بیشتر قدرت بازجویان و مقامات تحقیق توسعه یافت.

۱. در حقوق ایران (ماده ۲۳۲ ق.آ.د.ک. و تبصره ماده ۴ و تبصره ۱ ماده ۲۰ هر دو از قانون اصلاح قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۸۱)، دادگاه تجدیدنظر استان با دو قاضی به اعتراض به احکام دادگاههای عمومی کیفری رسیدگی می کند و دادگاه کیفری استان حسب مورد با سه یا پنج قاضی به عنوان دادگاهی بدوی به جرایم سیاسی، جرایم مطبوعاتی و جرایم مقامات عالی رتبه رسیدگی می کند.

۲. در حقوق ایران، نک: اصل ۳۵ قانون اساسی؛ مواد ۱۸۵ و ۱۹۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸؛ ماده واحده مصوب ۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام که طی تبصره ۲ آن محروم کردن متهم از داشتن وکیل مستوجب فاقد اعتبار بودن رأی و نیز تعقیب انتظامی شدید متخلف می باشد. در همین راستا، ماده واحده مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ مقرر می دارد: «اصحاب دعوا حق انتخاب وکیل دارند و کلیه دادگاه هایی که به موجب قانون تشکیل می شوند مکلف به پذیرش وکیل می باشند».

۳. در حقوق ایران درباره ضرورت حضور وکیل در موارد تقاضای متهم و در عین حال ناتوانی اش از پرداخت حق الوکاله، نک: اصل ۳۵ قانون اساسی و ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸. درباره ضرورت تشکیل دادگاه در جرایم مستوجب قصاص نفس یا اعدام یا حبس ابد یا رجم با حضور وکیل ولو تسخیری، نک: تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و نیز رأی وحدت رویه شماره ۱۵ مورخ ۱۳۸۳/۶/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که از جمله مستند به ماده ۹ قانون تشکیل محاکم جنایی مصوب ۱۳۳۷/۴/۱ صادر شده است.

قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵، معتقد به نسخ ضمنی محدودیت موضوع تبصره ماده ۱۲۸ مرقوم شد. بند ۳ این ماده واحده به نحوی آمره و عام چنین دیکته می‌کند: «محاکم و دادرها مکلفند حق دفاع متهمان و مشتکی عنهم را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل و کارشناس را برای آنان فراهم آورند.» ماده واحده مذکور مضافاً متمم ۱۳ بند دیگر برای تأمین حقوق متهم است و از باب نمونه بعضی از این بندها بر «اجتناب از دستگیری بدون دلیل،^(۴) رعایت حقوق متهم پس از دستگیری، منع رفتار تحقیرآمیز یا شکنجه، فراهم نمودن حق دفاع و داشتن وکیل، عدم کنکاش درباره امور یا مدارک خصوصی یا غیرمرتبط» تأکید می‌کند. در مجموع، این ماده واحده را می‌توان به عنوان یکی از جلوه‌های بارز تحوّل در روش دادرسی کیفری در حقوق ایران به منظور تأمین حقوق متهم و همگامی با آخرین تحولات نظام مختلط تلقی نمود.

دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بدانند به بازپرس تذکر بدهد، اظهارات وکیل در صورت جلسه منعکس می‌گردد».^(۱) ولی، قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸/۷/۱۸ ضمن آن که تقریباً عین تبصره فوق را به عنوان ماده ۱۲۸ (در فصل چهارم در بازجویی و اخذ تأمین، مبحث اول در احضار و بازجویی متهم) اقتباس نموده بود -یعنی ضمن حفظ امکان دخالت وکیل به عنوان قاعده اولیه- در اقدامی قهقرای تبصره ای به این ماده افزود که دامنه دخالت وکیل را نسبت به قانون قبلی با محدودیت هایی مواجه می‌کند. این تبصره مقرر می‌دارد: «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیرمتهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور، حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه [اینک، با اجازه بازپرس یا دادستان یا دادیار حسب مورد]^(۲) خواهد بود».^(۳) اما شاید بتوان به اتکای سیاق بند ۳ ماده واحده

۱. در مرحله رسیدگی در دادگاه، ماده واحده مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا، مقرر می‌دارد: «اصحاب دعوا حق انتخاب وکیل دارند و کلیه دادگاه هایی که به موجب قانون تشکیل می‌شوند مکلف به پذیرش وکیل می‌باشند. ... تبصره ۲- هرگاه به تشخیص دیوان عالی کشور محکمه ای حق وکیل گرفتن را از متهم سلب نماید، حکم صادره فاقد اعتبار قانونی بوده و برای بار اول موجب مجازات انتظامی درجه سه و برای مرتبه دوم موجب انفصال از شغل قضایی می‌باشد. تبصره ۳- وکیل در موضع دفاع، از احترام و تأمینات شاغلین شغل قضا برخوردار می‌باشد.»

۲. به موجب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، دادرها که عهده دار تحقیقات مقدماتی بود، حذف و تحقیقات مقدماتی به دادگاه محوّل شد. اما، طی قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، دوباره دادرها احیا گردید و بالتبع حق انجام تحقیقات مقدماتی از دادگاه سلب و به دادرها محوّل گردید. از این رو و با توجه به جایگاه ماده ۱۲۸ مذکور که ذیل عنوان «فصل چهارم در بازجویی و اخذ تأمین، مبحث اول در احضار و بازجویی متهم» در ق.آ.د.ک. آمده، محدودیت حاصل شده در تبصره ماده ۱۲۸ برای دخالت وکیل منحصر به مرحله تحقیقات مقدماتی است که در دادرها صورت می‌گیرد و قابل توسعه به مرحله دادگاه نیست.

۳. گروه‌ها و عبارات داخل آنها در تمام این نوشتار افزوده خود نگارنده است که به منظور توضیح متن آمده است.

۴. به موجب رأی مورخ ۱۳۸۸/۸/۱۲ دادگاه انتظامی قضات، اقدام قاضی به احضار یا جلب مشتکی عنه بدون وجود دلیل کافی برای این امر، خلاف مقررات ماده ۱۲۴ ق.آ.د.ک. تلقی و مستوجب توبیخ کتبی با درج در برگ خدمت دانسته شده است (به نقل از: قضاوت، ماهنامه آموزش دادگستری استان تهران، اسفند ۱۳۸۸، شماره ۶۲، ص ۱۳).



حق سکوت را به متهم تفهیم کند. این وظیفه در امریکا و انگلیس که پیرو نظام اتهامی جدید هستند، توسط پلیس انجام می‌شود، هر چند در انگلیس، ویز و اسکاتلند (سه پادشاهی از چهار پادشاهی متحده در کشور بریتانیا) برخلاف قولی در امریکا، امکان تفهیم این سکوت علیه متهم وجود دارد.^(۱)

در راستای توسعه هر چه بیشتر موارد بهره‌مندی متهم از وکیلش، بند ۱ ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مصوب ۱۹۹۳ تحقیق از طرفین را فقط در حضور وکلای آنان یا دعوت قبلی از وکیل مدافع تجویز می‌کند، مگر آن که متهم یا شاکی صراحتاً از این حق صرف نظر نماید. به تجویز قانون ۳۰ دسامبر ۱۹۹۶ فرانسه، وکلای طرفین می‌توانند پس از اولین استنطاق از متهم یا شاکی، از بعض یا تمام اوراق پرونده کپی تهیه نمایند تا آن را (بدون حق تکثیر کپی) شخصاً استفاده کنند یا در اختیار موکل قرار دهند. در حقوق ایران طبق مواد ۷۳ و ۱۲۸ و ۱۹۰ ق.آ.د.ک و نظریه شماره ۷/۵۹۰۹ مورخ ۱۳۷۹/۹/۱۳ اداره حقوقی قوه قضائیه، مادام که تحقیقات تکمیل نشده است، متهم و وکیل او در اطلاع یافتن از محتویات پرونده یا نمونه برداری از اوراق آن محدودیت دارند.

(ب) آزادی متهم: نمونه دیگر تحوّل مثبت در نظام مختلط در کاستن موارد قرار بازداشت موقت متهم و در عین حال اعمال محدودیت‌هایی به

اینک، در همه ۴۶ کشور شورای اروپا (Council of Europe) و نیز در انگلستان و امریکا، حق داشتن وکیل و نصب وکیل معاضدتی برای متهمان یا خواندگان فقیر به رسمیت شناخته شده است هر چند در عمل نواقص و سوء جریاناتی در اجرای این حقوق دیده می‌شود.

(http://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_procedure)

در ایران حسب اصل ۳۵ قانون اساسی و ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک، باید برای افراد فوق وکیل معاضدتی نصب گردد و مضافاً طبق تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، در جرایم مستوجب قصاص نفس یا اعدام یا حبس ابد یا رجم، اصولاً تشکیل دادگاه بدون وکیل ممکن نیست و باید وکیل تسخیری تعیین شود و الا همان طور که تبصره ۲ ماده واحده مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر نموده است، در این مورد یا در هر مورد دیگر که متهم از حق داشتن وکیل محروم شود، رأی صادر شده در مرجع بالاتر نقض خواهد شد. در آلمان نیز به عنوان کشوری تابع نظام مختلط، متهم از حق همراه داشتن وکیل خود در تحقیقات مقدماتی بهره‌مند است؛ و حسب بند ۱ ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری آلمان که تابع نظام مختلط است، قاضی تحقیق موظف است حق داشتن وکیل و

۱. به سال ۱۸۳۶ میلادی، انگلستان متهمین به ارتکاب جرایم مهم را محق به داشتن وکیل دانست. در امریکا از زمان وضع قانون اساسی و اتمام جنگ داخلی، وکیل خصوصی حق حضور در همه پرونده‌های فدرالی یا ایالتی را یافت. مضافاً، در همه ایالات در جرایم مهم فدرالی و در برخی از ایالات در جرایم مهم ایالتی، وکیل معاضدتی نصب می‌شد. آخر الامر، در سال ۱۹۶۳ میلادی دادگاه عالی ایالات متحده گفت در جرایم مهم ایالتی نیز باید به هزینه دولت وکیل معاضدتی نصب شود: http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system

مدت بازداشت تحت قرار تأمین (قرار بازداشت موقت یا هر قرار دیگر منجر به بازداشت: Pre-Trial Detention)،^(۱) ضرورت تهاوت جزئی یا کلی (حسب مورد) این مدت بازداشت با محکومیت -چه محکومیت متضمن حبس^(۲) و چه متضمن جزای نقدی^(۳) و نیز پذیرش امکان اعتراض به قرار بازداشت موقت^(۴) و سخت گیری بیشتر برای بازداشت متهم،^(۵) ظاهر شد. توضیحاً در حقوق ایران، ماده ۳۸ قانون موقتی اصول محاکمات جزایی ایران، مصوب ۱۳۳۰ قمری برای قرار بازداشت موقت

امکان اعتراض را پیش بینی نکرده بود. اما در سال ۱۳۱۱ شمسی، این ماده اصلاح شد و طی آن امکان اعتراض مقرر گردید. با این وجود، قاضی مکلف نبود پس از گذشت چهار ماه از بازداشت متهم در جرایم مهم و پس از گذشت دو ماه از بازداشت متهم در دیگر جرایم، مبادرت به بررسی فک و تخفیف قرار به منظور رهایی احتمالی متهم از بازداشت نماید. بعداً طی تبصره ۲ الحاقی به ماده ۱۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری، این تکلیف ایجاد شد.

نمونه دیگر از کاستن موارد حبس متهم در

۱. در امریکا حسب تفسیری از اصلاحیه پنجم (Fifth Amendment)، هیئت منصفه از این که سکوت متهم را علیه او تعبیر کنند، منع شده اند. اما، قانون ۱۹۹۴ نظم عمومی و عدالت کیفری انگلستان اجازه چنین تعبیری را برای اولین بار وارد حقوق انگلستان و ویلز (Wales) نمود، ضمن آن که اسکاتلند (Scotland) قبلاً آن را تحت قاعده شرایط تهمت زا (criminative circumstances) در حقوق خود وارد کرده بود. در انگلستان و ویلز و اسکاتلند، برخی این وضعیت را مرگ حق سکوت (right to silence) تلقی کرده اند: http://en.wikipedia.org/wiki/Inquisitorial_system

۲. در حقوق ایران، حسب قسمت آخر بند «ط» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، به هر حال مدت بازداشت نباید از حداقل مجازات حبس مقرر در قانون برای آن جرم تجاوز نماید. در مورد ضرورت تجدید نظر قاضی دادسرا در قرار تأمین منجر به بازداشت چهار ماهه در جرایم مهم و بازداشت دو ماهه در دیگر جرایم، و در مورد ضرورت توجیه مکتوب بازداشت در صورت اعتقاد قاضی دادسرا به ادامه آن و نیز در زمینه قابل اعتراض بودن عقیده دادسرا به ادامه بازداشت چهار ماهه یا دو ماهه (حسب مورد)، نک: بند «ط» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱؛ ماده ۳۴ ق.آ.د.ک.؛ ماده ۳۷ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۸/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۳. در حقوق ایران، نک: تبصره ماده ۲۹۵ ق.آ.د.ک.؛ بند «ن» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱.

۴. برخلاف نظریه شماره ۷/۵۱۷۳ مورخ ۱۳۷۹/۶/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه، رأی وحدت رویه شماره ۶۵۴ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر نمود: «به موجب تبصره ۱۸ ق.م.ا، دادگاه مکلف است که ایام بازداشت قبلی محکوم علیه در پرونده مورد حکم را از مجازات تعزیری و بازدارنده کسر نماید، و چون حبس و جزای نقدی هر دو یک نوع و از مجازاتهای تعزیری و بازدارنده می باشند و عدم محاسبه و مرعی نداشتن ایام بازداشت قبلی برخلاف حقوق و آزادیهای فردی است، علی هذا به حکم تبصره مذکور کسر مدت بازداشت از محکومیت جزای نقدی و احتساب و تبدیل آن به جزای نقدی قانونی است». ملهماً از ماده ۱ (اصلاحی ۱۳۸۱/۶/۲۶) از قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰، در عمل برای هر یک روز بازداشت یا کسر آن، یک صد هزار ریال از جزای نقدی کسر می شود. البته طبق تبصره ماده ۱ مرقوم، این مبلغ به تناسب تورم، هر سه سال یک بار به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب رئیس قوه قضائیه، تعدیل می شود. از ابتدای سال ۱۳۸۹، مبلغ ریالی بازداشت بدل از جزای نقدی از ۱۵۰۰۰۰ ریال به ۲۰۰۰۰۰ افزایش یافته است (روزنامه رسمی شماره ۱۸۹۴۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۷)

۵. در حقوق ایران، نک: ماده ۳۳ ق.آ.د.ک.؛ بند «ن» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱.

در حقوق ایران برای سخت گیری بیشتر برای بازداشت تحت قرار تأمین، نک: صدر بند «ح» ماده ۱۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱.



نموده حتی در غیر موارد مذکور در این ماده، در هر موردی که نظر دادگاه به تعیین مجازات کم تر از نود و یک روز حبس باشد، باز باید جزای نقدی مورد حکم قرار گیرد.

نتیجه

مطالعه سیر تاریخی نظام‌های آیین دادرسی کیفری، حاکی از تشبیت سیستم مختلط و در عین حال، تحولاتی در این سیستم در جهت تضمین حقوق افراد است. در ایران نیز تفکیک بین مراحل و مقامات تعقیب و دادرسی، تعدد قضات، حق بهره‌مندی متهم از وصل در مرحله تحقیقات و دادرسی، منع شکنجه، حق سکوت و ... از مولفه‌های مهم در اثبات این دیدگاه می‌باشند.

حقوق ایران در بند یک ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ یافت می‌شود که به موجب آن «در هر مورد که در قوانین حداکثر مجازات کمتر از نود و یک روز حبس یا مجازات تعزیری موضوع تخلفات رانندگی باشد، از این پس به جای حبس یا آن مجازات تعزیری، حکم به جزای نقدی از هفتاد هزار و یک ریال تا یک میلیون ریال داده خواهد شد و هرگاه حداکثر مجازات بیش از نود و یک روز حبس و حداقل آن کمتر از این باشد، دادگاه مخیر است که حکم به بیش از سه ماه حبس یا جزای نقدی از هفتاد هزار و یک ریال تا سه میلیون ریال بدهد». در همین راستا، هیئت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه شماره ۶۴۲ مورخ ۱۳۷۸/۹/۹ با تکیه بر روح حاکم بر ماده ۳ یاد شده که مخالف حبس کم تر از نود و یک روز است، مقرر



حدیث قدسی

عبدالله ابن سنان از ابو عبدالله (ع) و از رسول خدا (ص) از خداوند سبحان نقل کرده است که حضرت حق فرموده: من دنیا را در میان بندگانم وام قرار دادم. پس هر کس به من از دنیا قرض بدهد (یعنی از عواید دنیا به من قرض بدهد) برای هر درهم و یا دینار آن قرض، ده برابر تا هفتصد برابر می‌دهم. اگر کسی از بندگانم از مال دنیا به من قرض ندهد، من از او به زور سه خصلتی را که به وی داده بودم می‌گیرم که اگر یکی از آن سه خصلت را به ملائکه‌ام می‌دادم، بوسیله آن از من راضی می‌شدند.

بعد امام صادق (ع) این آیه را خواند؛ (کسانی که هنگام دیدن مصیبت می‌گویند ما همه برای خدا هستیم و به سوی او خواهیم رفت. خداوند به چنین اشخاص درود می‌فرستد) این یکی از آن سه خصلت می‌باشد. دومی رحمتی است که به دنبال آیه بالا آمده (ورحمه) و سومی هم هدایتی است که به دنبال آن آیه می‌فرماید: (آنان هدایت شده هستند) بعد امام صادق (ع) می‌فرماید: این سه خصلت هستند که خداوند از بنده‌اش به جبر می‌گیرد.

کتاب الجواهر السنیة

تألیف: شیخ محمد بن حسن حر عاملی - ترجمه: زین العابدین کاظمی خلخالی



ماهیت حقوقی و آثار رهن مال غیر

محمد قهرمان
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

مقدمه

در فصول ماهیت مقوقی رهن مال غیر، شفصی ملک خود را در مقابل دین ثالثی به رهن می‌دهد، فواه ناشی از اذن مدیون بطور تبرعی باشد، فواه مالک مستقیماً با انعقاد عقد رهن، مال خود را به قبض مرتهن بدهد، که بعضی آن را مخلوطی از رهن و ضمان، و بعضی نیز آن را رهن فواده‌اند. این فرض رهن مال خود است که باندکی مساممه، می‌توان آن را نوعی رهن مال غیر تلقی کرد.

ولی فرض دوم که رهن مال غیر است عبارت است از این که مدیون ملک متعلق به دیگری را به رهن می‌گذارد، که در صورت فضولی بودن، این عمل برای مالک عین مرهونه است و با تنفیذ مالک، عمل به او منتسب می‌گردد و چنانچه ناشی از اذن مالک باشد در فصول ماهیت مقوقی آن افتلاف نظر است.

این تمقیق با چند استدلال اثبات می‌کند که این عمل مقوقی با ماهیت رهن منطبق می‌باشد و رابطه مالک و طلبکار بیشتر تابع عقد رهن و رابطه مالک و مدیون از سوئی تابع وکالت، و از سوئی دیگر تابع استیفاء از مال غیر محسوب می‌شود.

کلیه موارد رهن، رهن مال غیر، رهن، مرتهن، عین مرهونه

مقدمه

یکی از موضوعاتی که به عنوان یک پدیده حقوقی، سنوات متمادی است که در جامعه ما و دیگر جوامع، در میان مردم رواج داشته، و دارای ریشه‌های عمیق اخلاقی و مذهبی بوده است، «رهن مال غیر است».

عقد رهن و معاملات وثیقه‌ای، از نیازهای مبادلات مردم و جهان تجارت بوده و این مسئله امری اجتناب‌ناپذیر است.

قانون مدنی و دیگر قوانین مکمل آن عموماً به نحوی تنظیم گردیده است که افراد جهت اخذ وام یا قرض، معمولاً اموال خود را به رهن می‌گذارند و چنانچه ثالثی به منظور مساعدت به درمانده‌ای ملک خود را در مقابل دین او به رهن بگذارد قانونگذار حکم صریحی ندارد. هر چند قوانین، این عمل بسیار نیکو را رد نکرده‌اند.

هدف این مقاله پاسخ به این سوال است که ماهیت حقوقی رهن مال غیر چیست؟ و آثار آن کدام است و چه نظریاتی پیرامون آن مطرح و مبانی آن در فقه و قانون مدنی چیست؟ و فک رهینه در چه زمانی صورت می‌پذیرد؟

کوشش بر آن است که در دو بخش به سؤالات مذکور پاسخ داده شود.

۱- ماهیت حقوقی رهن مال غیر

ضرورت، مفهوم و مبانی رهن مال غیر: با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در

قوانین عذبده‌ای نیز تکرار گردیده است، قاضی باید برای تعیین حکم هر قضیه، ماهیت دعوا و روابط حقوقی مطروحه را تعیین نماید. یکی از موضوعاتی که در قانون موضوعه ماهیت آن تصریحاً نیامده، و حکم خاصی برای آن وضع نشده است، ماهیت حقوقی رهن مال غیر است، که در احقاق حقوق مؤثر و موجب رفع تشتت خواهد شد. رهن مال غیر در کتب متعدد فقهی و حقوقی به عنوان «رهن مستعار» نامیده شده است و حتی در بعضی از قوانین تصریحاً آن را رهن مستعار نام گذاری کرده‌اند (رستم بازلبنانی، شرح المجله، ۱/۴۰۰) رهن مال غیر بدین ترتیب است که، چون مالکیت مدیون نسبت به عین مرهونه از شرایط صحت رهن نمی‌باشد؛ او می‌تواند مال دیگری را به عنوان وثیقه به شخص طلبکار رهن بدهد؛ و شخصی غیر از مدیون نیز می‌تواند راساً یا به تقاضای مدیون به عنوان وثیقه، مال خود را، رهن دین مدیون قرار دهد.

در خصوص مبانی و جواز رهن مال غیر در قانون مدنی تصریحاً حکمی نیامده است. اما با تدقیق در فحوای بعضی از مواد می‌توان به مبانی جواز آن دست یافت.

حسب اطلاق و عموم لفظ «مال» در ماده ۷۷۱ قانون مدنی معلوم می‌گردد، مالی که مدیون برای وثیقه در برابر دین خود به «مرتهن» می‌دهد اعم از مالی است که متعلق به او یا دیگری باشد و ماده ۲۶۷ قانون مدنی مؤید این موضوع است که مطابق آن،



رهن فضولی عبارت است از رهنی که، شخص مدیون، مال دیگری را بدون اخذ مجوز و رضایت صاحب آن، در مقابل دین خود نزد شخص طلبکار به رهن می‌گذارد که ممکن است تمام مال متعلق به ثالث باشد، یا اینکه ثالث یا مدیون، در آن شریک باشند.

صحه می‌گذارند. گاهی مالک در نفس رهن دادن اذن نداده است و گاهی ممکن است مدیون در ترهین مال غیر، مأذون باشد، ولی قیود و شروط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید؛ در هر دو حال عمل مدیون فضولی، و محتاج به اذن مالک می‌باشد، و ید غیر مأذون، مکلف به رد آنچه که به طور غاصبانه در تصرف اوست می‌باشد. (بجنوردی، ۱۴۲۶: ۸۸/۶).

اجازه مالک ممکن است تام بوده یا مقید به قید خاصی بوده که مدیون مکلف به رعایت آن می‌باشد و تخطی از آنها موجب عدم نفوذ عمل حقوقی است.

به هر حال، رضای مالک از ارکان تراضی در عقد فضولی نیست ولی نفوذ آن عقد نسبت به مالک، مستلزم انتساب عقد به اوست که با اجازه مالک، عقد رهن فضولی، از ابتدا نافذ و به گذشته سرایت می‌کند. با این وصف اجازه جنبه انشایی دارد و در زمره اعمال حقوقی است.

(خوانساری، ۲۷۲/۴ و قمی، ۱۳۷۱/۱: ۱۷۳)

به طریق اولی رهن مال غیر جایز است، مگر اینکه مباشرت مدیون و ترهین مال او شرط شده باشد.

بنابراین با توجه به عمومات عقد رهن و عمومات مربوط به وفای به عهد و احکام مربوط به فضولی و ملاک شرط نبودن رضای مدیون در عقد ضمان، و ماده ۱۱۵ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء منعی برای رهن مال غیر وجود ندارد.

۲- اقسام رهن مال غیر

۱-۲- رهن فضولی مال غیر:

پذیرش معاملات فضولی از قواعد عمومی قراردادهاست. در عقد فضولی معامله فاقد رضای لازم و پیمان منعده ناقص می‌باشد. فقهاء در خصوص نقش رضای مالک نظریاتی مطرح کرده‌اند که، عده ای آن را شرط کمال و بعضی، اماره بر رضای تقدیری مالک و عده ای نیز آن را باعث تبدیل عقد به رابطه او و اصیل می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۱۱۲/۲).

رهن فضولی عبارت است از رهنی که، شخص مدیون، مال دیگری را بدون اخذ مجوز و رضایت صاحب آن، در مقابل دین خود نزد شخص طلبکار به رهن می‌گذارد که ممکن است تمام مال متعلق به ثالث باشد، یا اینکه ثالث یا مدیون، در آن شریک باشند.

علمای عامه و خاصه صحت رهن فضولی را موقوف به اجازه مالک می‌دانند. (عاملی، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۴)؛ و حقوقدانان نیز بر این امر

۲-۲- رهن از طرف ثالث:

لازم نیست عین مرهونه متعلق به مدیون باشد. هر شخصی که دارای اهلیت تصرف در اموال خود باشد، می‌تواند مستقیماً مال خود را وثیقه دین مدیون قرار دهد. (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۲۶/۲۵) نقش اذن مدیون، استحقاق مالک برای رجوع به اوست. اکثر علما، رهن تبرعی برای دین دیگری را مجاز می‌دانند، و تحقیقات انجام شده در خصوص نظر فقهاء درباره ماهیت رهن مال غیر از طرف ثالث منجر به دریافت اظهار نظر خاصی نگردید. هر چند بعضی علمای متقدم به جواز آن تصریح و بعضی‌ها هم سکوت اختیار کرده‌اند، ولی در مقابل، اکثر علمای معاصر به جواز آن تصریحاً اعلام نظر کرده‌اند. بعضی از آنها به طور تلویحی آن را رهن خوانده‌اند، (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۲۱/۲) بدین معنا که شخص ثالثی که مال خود را رهن دیگری می‌گذارد، رهن محسوب و احکام رهن بر آن مترتب است.

در مقابل، بعضی از اساتید حقوقی معاصر، ضمن اعلام نفوذ رهن از طرف ثالث معتقدند: «... معنی اقدام مالک ضمان از مدیون است، به میزان بهای مالی که به وثیقه می‌نهد. منتها در مورد ضمان شرط شده است که دین تنها از محل فروش مال استیفاء شود و بدین منظور مال مورد نظر وثیقه تعهد قرار گیرد. بدین ترتیب رهن از طرف ثالث را باید مخلوطی از رهن و ضمان (وثیقه ای) شمرد. مالک ابتدا ضامن دین تا میزان معین

و از محل خاص می‌شود؛ سپس آن محل را برای وثیقه دین، به رهن می‌گذارد. به همین مناسبت، چنین عقدی را می‌توان «ضمان عینی» نامید» (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۵۶۱/۳) در رد نظریه ضمان عینی و تأیید نظریه رهن می‌توان گفت؛ اولاً: در ضمان دو رکن ایجاب و قبول وجود دارد و تعلق ضمان به شیء معین از ارکان عقد نیست، در پی رهن سه رکن ایجاب و قبول و قبض وجود دارد و تعلق ضمان به شیء معین از ارکان عقد است. ثانیاً: حسب تعاریف عقد ضمان در فقه و قانون مدنی، تعلق دین به شیء معین احتیاج به توافق مستقل یا توافق اضافی ضمن العقد دارد؛ زیرا دین ابتدا به ذمه تعلق می‌گیرد و بعد حسب تعهدی دیگر به شیء معینی تعلق می‌گیرد. در حالی که در رهن، مجموعه ایجاب و قبول و تعلق دین به شیء معین، عقد واحدی است و محتاج به اراده انشایی و توافق ثانوی نمی‌باشد و جزء ذات عقد می‌باشد. ثالثاً: حسب قانون مدنی و نظر فقهای امامیه، ضمان در حالت اطلاق، نقل ذمه است و موجب برائت مدیون می‌گردد، در حالی که در رهن، ضمن تعلق دین به شیء معین، ذمه مدیون در کنار ذمه رهن باقی می‌ماند، بدون اینکه نیازمند به توافق اضافی باشد. رابعاً: رویه عملی بانک‌ها و مردم و امارات و قراین و توجه به قصد طرفین، نظریه رهن بودن این عمل حقوقی را تأیید می‌کند.



۳-۲- رهن مال غیر به اذن مالک:

مدیون می‌تواند به اذن مالک مال او را وثیقه دین خود قرار دهد. اما در خصوص ماهیت حقوقی رهن مال غیر از سوی فقهای امامیه و عامه و حقوقدانان نظریاتی مطرح گردیده است که به اختصار به بیان ساختار و بررسی آنها خواهیم پرداخت.

الف) «نظریه عاریه» و نقد آن:

۱- نظریه «عاریه بودن رهن مال غیر» بر این مبنا استوار است که رهن گذاردن، یکی از منافع مال مستعار می‌باشد که مالک آن، می‌تواند اذن در انتفاع از آن را به شخص مدیون اعطا نماید؛ چون عاریه است، هر زمان که مالک قبل از رهن دادن توسط مدیون، اراده کند می‌تواند در صورت حال بودن دین از اذن خود عدول کند و اگر حال نباشد در سررسید دین، الزام مدیون را به فک مال مرهون بخواهد. بنابراین، در دین، مؤجل به دلیل تعلق حق مرتهن به مال مرهون و برداشت عرف از اذن معیر، تا سر رسید دین حق الزام به فک یا مطالبه مال مستعار را ندارد. (نجفی، ۱۳۹۴: ۳۳۱/۲۵ و العاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۸ و امامی، ۱۳۶۴: ۲-۲۴۶) طراحان این نظریه، آن را یکی از مستثنیات جواز عاریه می‌دانند، و آن را «استعاره مال غیر» نامیده و گفته‌اند که عقد عاریه به واسطه وقوع رهن لازم می‌گردد. اکثر فقهای امامیه به این نظریه قائلند و معتقدند اگر شخصی مالی را عاریه بدهد و سپس آن مال به رهن داده شود، رهن

صحیح است، و از عاریه خارج می‌گردد. زیرا، اولاً: عاریه عقد جایز است. ثانیاً: رهن دادن آن، رجوع از عاریه است و مرتهن حق انتفاع از آن را ندارد. ماده (۷۲۶) المجله نیز رهن مال غیر را ماهیتاً عاریه می‌داند.

این نظریه مصون از تعرض نمانده است، و در رد آن می‌توان گفت: ۱- یکی از دلایلی که رهن مال غیر نمی‌تواند عاریه باشد، توجه به معانی لغوی و اصطلاحی آن است؛ زیرا رهن به معنای ثبوت و دوام آمده است، در حالی که عاریه به معنای انتفاع موقتی است، که هر زمان مالک بخواهد بتواند از اذن خود رجوع و مال مستعار را مسترد نماید، و سنخیت و انطباقی با هم ندارند. ۲- طرفداران این نظریه معتقدند که، رهن گذاردن یکی از منافع مال است که مالک می‌تواند اذن در انتفاع آن را به مدیون بدهد و قبل از رهن دادن حق رجوع از اذن خود را دارد. در این مورد می‌توان گفت که استیثاق حاصله از رهن، از منابع متعارف مال نیست که با عقد عاریه مدیون مجاز باشد در حالت اطلاق، مال مستعار را به رهن دین خود بدهد. چنانکه در عقد اجاره مسکن، سکونت مستأجر از منافع متعارف است. فرضاً اگر رهن دادن را انتفاع بدانیم، این انتفاع به سبب تعلق عقد رهن به آن حاصل می‌شود و اگر عقد رهنی صورت نگیرد، این انتفاع به موجب عقد عاریه حاصل نمی‌شود. با این وصف، اگر رهن دادن مال مستعار، از منافع عین می‌باشد، تلف متعارف آن هم نباید موجب ضمان گردد. در

تحلیل اراده آنها و داوری عرف، مبین این است که قصد طرفین رهن دادن است نه عاریه و لذا عقد از قصد طرفین تبعیت می‌نماید.

(ب) نظریه «ضمان عینی» و نقد آن:

نظریه ضمان عینی، بر این مبنا استوار است که چون انسان بر ذمه و اموال خود سلطه دارد، به همان نحو که می‌تواند ذمه خود را در برابر دیگران مشغول و ملتزم نماید، حق دارد دینی را بر اموال خود تحمیل کند و دین را به جای ذمه گرفتن و اشتغال ذمه، به عین معینی از اموال خود مبتنی نماید؛ زیرا که ذمه و اموال شخص به دلیل سلطه انسان بر آنها محل تصرف اوست. اکثر علمای عامه و حقوق غرب بر این نظریه مبتنی است. (رملی: ۲۴/۲، النووی: ۱۳۷/۱ - کاتوزیان - ۱۳۶۴: ۵۶۲/۳)

رهن مال غیر، ضمان دین در مال معین است، و باید اوصاف آن ذکر بشود و چنانچه عین در ید مرتهن تلف شود ضمانی بر عهده او نبوده و مالک بعد از قبض مرتهن حق رجوع ندارد. اکثر علمای عامه با عباراتی مشابه، نظریه مذکور را بیان می‌دارند. (السنهوری، ۱۹۷۰: ۴۱۸/۱۰) به علاوه، در حقوق فرانسه به دلیل حاکمیت ضمان تضامنی و ضم ذمه به ذمه، رهن مال غیر را ضمان عینی می‌دانند و بر این باور هستند که، مالک بدو ضامن دین تا میزان معین و محل خاص می‌شود و سپس آن محل را برای وثیقه دین به رهن می‌دهد و تفاوت در این است که همه اموال او مورد

حالی که اکثر علماء آن را عاریه مضمونه دانسته‌اند. لذا رهن دادن مال مستعار از منافع آن نبوده و این غرض با تحقق عقد رهن و به سبب تعلق آن به مال مستعار حاصل می‌شود. ۳- عاریه عقد جایز است در حالی که رهن مال غیر، لازم است، و مالک حق رجوع از اذن خود را ندارد. ۴- در عقد عاریه، مال مستعار به عنوان امانت می‌باشد و نباید موجب ضمان مستعیر گردد. در حالی که به عقیده آنها، در رهن مال غیر به دلیل در معرض اتلاف قرار دادن آن، موجب ضمان مدیون بوده و عقد مضمونه می‌باشد. ۵- اقتضای عاریه، استیفای منفعت با بقای عین است، در حالی که اقتضای رهن مال غیر، استیثاق و در صورت عدم ادای دین، فروش عین مرهونه و خروج از ملکیت مالک آن است. ۶- عقد عاریه به دلیل جواز آن با فوت و حجر هر یک از طرفین منفسخ می‌شود، در حالی که رهن مال غیر با فوت و حجر آنها منفسخ نمی‌شود. ۷- بنای طرفین و

رهن مال غیر، ضمان دین در مال معین است، و باید اوصاف آن ذکر بشود و چنانچه عین در ید مرتهن تلف شود ضمانی بر عهده او نبوده و مالک بعد از قبض مرتهن حق رجوع ندارد. اکثر علمای عامه با عباراتی مشابه، نظریه مذکور را بیان می‌دارند.



استیثاق مرتهن نیست.

برخی از نویسندگان حقوقی با تمایل به نظریه مذکور گفته‌اند:

«رابطه مدیون و مالک تابع عقد وکالت و رابطه مالک و مرتهن تابع مخلوطی از عقد ضمان و رهن است و دخالت مدیون در عقد رهن تنها به وکالت است و اثری در دارایی او ندارد.....» (کاتوزیان - ۱۳۶۴: ۵۶۲/۳)

حقوقدانان و فقهاء معتقدند که، در عقد ضمان می‌توان شرط کرد که ضامن، «مضمون به» را از مال معین تأدیه نماید و آن را نوعی التزام در التزام می‌دانند، که حسب ماده (۱۰) قانون مدنی منعی برای آن وجود ندارد، ولی در نحوه اجرا و کیفیت پرداخت از محل معین، این ابهام وجود دارد که آیا اصل دین منتقل می‌شود، یا اینکه دینی بر ذمه قرار نمی‌گیرد، بلکه مستقیماً بر مال معین تحمیل می‌شود؟ آیا پرداخت دین از محل معین قید تعهد است یا شرط آن؟ اگر به صورت شرط است که در صورت تخلف، موجب خیار فسخ می‌گردد، ولی اگر شرط تأدیه از مال معین «قید» تعهد باشد، با تلف مال مرهون، طلبکار حق فسخ، و رجوع به مدیون را خواهد داشت. که این فرض بسیار نادر است. با این توصیف، عمل مذکور با کدام یک از قالب‌های حقوقی منطبق است، آیا ضمان عینی یا رهن می‌باشد؟ لذا اگر رهن مال غیر مجاز است، پس چرا رهن نیست؟ زیرا که هم ذمه مدیون مشغول می‌باشد و هم ادای دین در مال معینی محصور می‌گردد. ضمان

به معنای وجود اعتباری شی در ذمه است و در حقوق ما ضمان تضامنی یک استثناء است که در اسناد تجاری اجرا می‌گردد یا محتاج به تصریح قانون یا تراضی طرفین است. علاوه بر آن بسیاری از احکام ضمان در آن مصداق ندارد، از جمله: ۱- ابراء مضمون عنه موجب برائت ضامن نیست، ۲- عقد ضمان از جانب طرفین لازم است، در حالی که رهن دوجهتین است. ۳- ورشکسته و مفلس می‌تواند ضمانت کند، در حالی که آنها در اموال خود به عنوان رهن نمی‌توانند اقدام کنند. ۴- ضمان موجد به فوت ضامن حال می‌شود، ولی در رهن این قاعده حاکم نیست و موارد عدیده دیگری که در قانون مضبوط است.

ج) نظریه «عقد خاص بودن» و نقد آن:

فایلین به این نظریه معتقدند، لزومی ندارد که رهن مال غیر را در قالب عقدی از عقود معین درآوریم و آن را رهن مستعار یا ضمان عینی بنامیم. بدهکاری که ناچار به رهن گذاشتن مالی نزد طلبکار است، می‌تواند با اذن ثالث، ملک او را برای دین خود به رهن بدهد تا چنانچه در موعد مقرر نتوانست دین خود را اداء نماید، مرتهن بتواند با فروش رهنینه، طلب خود را وصول نماید و این تراضی عقد خاصی است که تابع توافقات و تراضی طرفین عقد است. آنها معتقدند که در رهن نه لازم است که راهن مدیون باشد و نه اینکه مدیون مالک مال مرهون باشد. معهداً؛ وجدان سلیم انسانی عقد مذکور را از عقود متعارف می‌داند. از سوی

دیگر آیه «اوفو بالعقود» اختصاص به عقود متداول زمان پیامبر (ص) ندارد (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۳۲/۲۵). چنانکه بعضی از نویسندگان گفته‌اند: «عاریه گرفتن ملک غیر و به رهن نهادن آن به نفع عاریه گیرنده، موجب پیدایش رهن مستعار می‌شود. امروزه برای این کار عنوان عاریه را به میان نمی‌آورند، بلکه داین و مدیون و ثالث (که ملک او وثیقه وام مدیون می‌شود) از طریق ماده (۱۰) قانون مدنی توافق می‌کنند (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۴۰/۱ و همان ۴۳/۱۳۷۸) از ماده (۷۵۴) قانون مدنی هم می‌توان همین استفاده را کرد» و همچنین بیان می‌دارند: «نظریه عقد مخصوص بودن رابطه حقوقی مذکور، اصح است و از نظر قانون مدنی این عقد صلح است...» حسب نظریه مذکور، عقد رهن به طور هم زمان بین داین و مدیون و ثالث به عنوان عقد خاص منعقد می‌گردد، به نحوی که اولاً بعد از سر رسید، مالک بتواند از مدیون فک رهن را بخواهد و در صورت عدم اداء دین در موعد مقرر، تعقیب عملیات اجرایی را از مرتبه بخواهد. ثانیاً عقد مذکور از عقود ارفاقی است که با تسلیم عین مرهونه لازم می‌گردد. ثالثاً اذن مالک در رهن، اذن در فروش آن نیز هست. رابعاً به وحدت ملاک عقد قرض، چنانچه رهنه تسلیم مدیون شده باشد، تلف و نقص به عهده مدیون است. با وجود این، دشواری‌هایی در این نظریه وجود دارد.

۱- هر چند طبق اصل آزادی و حاکمیت

اراده، اراده‌های طرفین برای انشاء عقد و ایجاد التزام کافی است و در تعیین آثار عقد آزاد هستند، ولی اراده محدوده‌ی دارد و تا جایی آزاد است که قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض نکند و به موانع مزبور برخورد ننماید. اگر عقد مذکور از عقود خاص است پس تسلیم رهنه باید از آثار آن باشد و عقد با ایجاب و قبول لازم می‌شود. در حالی که طرفداران این نظریه قبل از تسلیم رهنه آن را جایز می‌دانند و نقش قبض مال مرهون در این نظریه مبهم است، که اگر قبض رهنه از ارکان باشد، که عینی بودن محتاج تصریح قانون است.

۲- صرف اینکه عقد مذکور را «عقد خاص» بنامیم، کافی نیست، بلکه باید آثار و احکام آن معین گردد و از این حیث مبهم است.

۳- طراحان این نظریه آن را عقد خاص می‌دانند، ولی احکام رهن را بر آن بار می‌کنند.

۴- اراده‌های طرفین بیانگر این مفهوم است که آنها قصد رهن دادن مال مرهون را دارند و نه عقد خاصی که اثر رهن را داشته باشد.

د- نظریات فرعی

در خصوص ماهیت رهن مال غیر، نظریات فرعی دیگری نیز مطرح گردیده است که به آن اشاره می‌گردد:

۱- نظریه عقد مرکب بودن رهن مال غیر:



بعضی از اساتید احتمال قرض یا صلح بودن رابطه حقوقی مذکور را داده‌اند، که به دلایلی از جمله، قرض تملیک است، در حالی که در عقد مذکور، هدف استیثاق و تأمین ادای دین است و اگر تملیک صورت گیرد دیگر رهن مال غیر نیست.

مطرح است.

۳- نظریه قرض یا صلح بودن رهن مال غیر: بعضی از اساتید احتمال قرض یا صلح بودن رابطه حقوقی مذکور را داده‌اند، که به دلایلی از جمله، قرض تملیک است، در حالی که در عقد مذکور، هدف استیثاق و تأمین ادای دین است و اگر تملیک صورت گیرد دیگر رهن مال غیر نیست. همچنین صلح برای رفع نزاع موجود یا جلوگیری از نزاع احتمالی است. مضافاً، هر توافقی می‌تواند در قالب صلح منعقد شود، هر چند قصد صلح نمی‌شود و اگر عمل حقوقی را بتوان مطابق قصد طرفین رهن دانست و توصیف کرد، بهتر است تا به سراغ صلح برویم، که در آن حالت آثار آن مبهم می‌شود. با این وصف این دو نظر نیز منتفی هستند.

در خصوص ماهیت حقوقی رهن مال غیر نظریات متعددی مطرح گردید که هر کدام از آنها به دلایلی با ماهیت عمل حقوقی رهن

بدین معنا که رابطه رهن و مرتهن تابع عقد رهن و رابطه معیر و مستعیر تابع عقد عاریه و رابطه معیر و مرتهن تابع عقد ضمان است که در رد آن می‌توان گفت، چگونه یک عمل حقوقی واحد موجب به وجود آمدن روابط متعدد و آثار مختلفی می‌گردد؟ اگر این آثار را جداگانه فرض کنیم و هر کدام ناشی از عقد مستقلی بدانیم، که چنین قصدی نشده است و این نظریه عملاً منتفی است؛ اولاً عقد مرکب در حقوق ما پذیرفته نشده است ثانیاً نمی‌توان از مخلوط دو یا چند عقد ماهیت مرکبی را با آثار و احکام مستقل از آثار و احکام هر یک از آنها تصور کرد. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۱۳/۱) ثالثاً: اگر ترکیبی از آثار عقدها واحد مستقلی تشکیل دهد، همان نظریه ماده (۱۰) است که قبلاً بیان شد و اگر یک عقد اصلی، و عقود دیگر فرعی باشد، در قالب نظریات دیگر می‌گنجد، که حتی می‌توان یکی را اصلی و سایر موضوعات را شرط مندرج در ضمن عقد دانست.

۲- نظریه صاحب دروس: صاحب دروس به شکل غیر جازم این نظریه را بیان می‌دارند که معیر به مستعیر نیابت می‌دهد که او را ملتزم و محل ادای دین را عین معین (مال مرهون) قرار دهد. این نظریه رابطه معیر و مستعیر را وکالت و رابطه معیر و مرتهن را ضمان عینی می‌داند، چون این نظریه تقریری از ضمان عینی است، (شهید اول، -: ۳۸۸/۳) همان ایراداتی که قبلاً مطرح گردید اینجا نیز

می‌توان آن را به رابطه دینی تعبیر کرد، این است که با عنایت به وجود ترازی ناقصی که وجود دارد (اذن) در صورت فروش مال مرهون، به استناد ماده (۳۳۷) قانون مدنی و استیفای مدیون از مال مرهونه، مالک حق رجوع به مدیون را برای بدل آن اعم از مثل و قیمت دارد و خسارتی مزاد بر آن، نیازمند ترازی است. بخش دوم ماده (۱۱۵) آیین نامه اجرای مفاد اسناد لازم الاجراء که مقرر داشته: «در مواردی که وثیقه دهنده غیر از مدیون اصلی است، ابلاغ اجراییه و سایر عملیات اجرایی باید به طرفیت مالک وثیقه جریان یابد...»، مبین همین موضوع است.

۳- آثار رهن مال غیر

در بخش اول، ماهیت حقوقی رهن مال غیر مشخص گردید. در این بخش سعی خواهد شد به اختصار آثار آن در روابط مالک و مرتهن و مالک و مدیون مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱- حقوق و تکالیف راهن و مرتهن:

با انعقاد عقد رهن و تسلیم عین مرهونه، برای راهن حقوق و تکالیفی ایجاد می‌گردد که عبارتند از: ۱- حق بقاء مالکیت عین و منفعت ۲- حق تصرف متعارف ۳- پرداخت هزینه نگهداری مال مرهون و عدم تصرفاتی که موجب تلف و نقص یا عیب مال مرهون و نهایتاً به ضرر مرتهن منجر می‌شود و همچنین

مال غیر تنافی داشتند. با توجه به آن چه بیان شد، باید گفت؛ رهن مال غیر، خواه مستقیماً توسط ثالث به رهن داده شود و خواه ثالث به مدیون اذن بدهد، تا مال او را در مقابل دین خود به رهن بگذارد، (نه از جمیع جهات) رهن است؛ زیرا در عقد رهن لازم نیست مدیون مالک باشد. یا اینکه مالک مدیون باشد. با این وصف، مالک به مدیون وکالت می‌دهد تا مال او را به رهن بگذارد و با انجام عمل حقوقی وکالت، مدیون از رابطه حقوقی حذف می‌گردد و عقد رهن بین مالک و طلبکار برقرار می‌شود؛ زیرا قصد آنها رهن دادن مال در برابر دین مدیون است و قراین و امارات نیز مؤید آن است. به علاوه ماهیت و احکام و آثار عقد رهن بر آن منطبق است و رویه عملی مردم و عرف تجاری ذی‌ربط نیز آن را تایید می‌کند. همچنین، وجود مبانی آن در قانون مدنی از جمله مواد (۲۴۷ و ۲۶۷ و ۷۷۱ و ۷۷۵) قانون مدنی نیز مؤید آن است. ماده (۱۱۵) آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء نیز مفید همین معناست؛ زیرا از آنجا که مال مدیون منتقل نمی‌شود قهراً باید به نمایندگی از او صورت گیرد و اگر مال به او منتقل شود رهن مال غیر نیست. پس رابطه مالک و طلبکار تابع عقد رهن است و رابطه مالک با مدیون نیز واجد دو حیثیت است؛ اولاً مالک به مدیون وکالت می‌دهد تا مال او را به رهن بگذارد و با انجام عمل حقوقی مذکور از رابطه حقوقی حذف می‌شود. ثانیاً حدود تعهدات مدیون که



عدم انتزاع مال مرهون تا ادای دین بدون

۳-۳- آثار عقد به اعتبار رابطه وکالت

مالک و مدیون:

در نظریه انتخابی رهن مال غیر معلوم گردید که مدیون به وکالت از مالک، مال او را به رهن دین خود می‌دهد و با انجام این عمل و انعقاد عقد رهن، از رابطه حقوقی حذف می‌گردد؛ زیرا وکیل در حکم واسطه انجام عمل حقوقی برای موکل است و با تحقق رابطه حقوقی عقد وکالت، برای طرفین حقوق و تکالیفی به وجود می‌آورد که از جمله آثار وکالت در رابطه با موکل را می‌توان به: ۱- رجوع موکل از اذن ۲- التزام به مفاد عقد و تعهدات وکیل در حدود وکالت ۳- عزل موکل ۴- انفساخ عقد وکالت در اثر موت و جنون و سفه هر یک از طرفین یا از بین رفتن متعلق وکالت اشاره کرد. همچنین از آثار وکالت در رابطه با وکیل می‌توان به مواردی از جمله: ۱- رعایت مصلحت موکل و حدود اذن در انجام موضوع وکالت (م ۶۶۷ ق.م) ۲- حفظ مورد وکالت (م ۶۶۸ ق.م) ۳- استعفاء وکیل، اشاره نمود.

۳-۴- آثار عقد به اعتبار رابطه دینی:

۳-۴-۱- رهن بدون اذن مدیون

در عقد رهن تبرعی که ناشی از اذن مدیون نیست، چنانچه به عللی وصول طلب طلبکار متعذر گردد، از محل وثیقه، استیفای دین می‌شود. با عنایت به وحدت ملاک ماده

رضایت مرتهن. در خصوص حقوق و تکالیف مرتهن می‌توان گفت، اولاً حق عینی تبعی پیدا می‌کند. ثانیاً حق انصراف و اعراض از رهن و همچنین حق استیفاء طلب از مال مرهون نیز دارد و در صورت عدم کفایت رهن تنها راه رسیدن به تمام حقوق خود، اعراض از رهینه و توقیف مرهون و سایر اموال مدیون است. ثالثاً رهن تا ادای کامل دین، رهن تجزیه نمی‌شود. رابعاً حفاظت و نگهداری متعارف رهینه و رد آن پس از ادای دین عدم تصرف در مال مرهون، و عدم ممانعت رهن از تصرفات اصلاحی که برای حفظ مال مورد رهن لازم و ضروری است، از تکالیف مرتهن می‌باشد.

۳-۲- آثار رهن نسبت به اشخاص ثالث:

برای شخص طلبکار نسبت به مال مرهون دو حق ممتاز عینی حق تقدم یا رجحان و حق تعقیب به وجود می‌آید. حق تقدم بدین معناست که هر گاه عین مرهون فروخته شود، بدواً مرتهن باید طلب خود را از قیمت آن بردارد و چنانچه مازادی داشته باشد طلبکاران دیگر می‌توانند استفاده کنند. حق تعقیب نیز بدین معنا می‌باشد که مالکیت رهن نسبت به عین و منافع محدود می‌گردد و بدون اذن مرتهن حق انتقال رهینه را به دیگران نخواهد داشت و در صورت انتقال یا غصب، حق تعقیب

(۲۶۷) قانون مدنی (میرزایی، ۱۳۸۴:۳۳) در ترهین تبرعی و بدون اذن نیز، که مقدمه ادای دین دیگری است، به طریق اولی حق رجوع نخواهد داشت؛ زیرا اذن مدیون ملاک رجوع پرداخت کننده به اوست. البته این قاعده در موارد خاصی اجرا نمی‌گردد. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۳/۱۰ - کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۹/۴)

۳-۳-۴- رهن ناشی از اذن مدیون

هر گاه مدیونی از شخص ثالث درخواست نماید که مال خود را در قبال دین او به رهن طلبکار بدهد، خواه مالک مستقیماً یا به وکالت به رهن واگذارد، در هر صورت، چنانچه به دلیل عدم ادای دیون در مواعد مقرر یا علل دیگر، مال مرهون در مقابل طلب مرتهن به فروش رفت، مدیون باید بدل آن را، اعم از مثل یا قیمت به مالک بدهد، و این مسئله حقوق و تکالیفی را برای طرفین ایجاد می‌نماید که به توضیح آنها خواهیم پرداخت:

هر گاه مدیونی از شخص ثالث درخواست نماید که مال خود را در قبال دین او به رهن طلبکار بدهد، خواه مالک مستقیماً یا به وکالت به رهن واگذارد، در هر صورت، چنانچه به دلیل عدم ادای دیون در مواعد مقرر یا علل دیگر، مال مرهون در مقابل طلب مرتهن به فروش رفت، مدیون باید بدل آن را، اعم از مثل یا قیمت به مالک بدهد،

الف) تقاضای فک رهن و آزادی وثیقه و ادای دین در صورت امتناع مدیون: مالکی که به درخواست مدیون مال خود را در مقابل دین او به رهن می‌گذارد؛ حق دارد که از مدیون بخواهد، که دیون خود را در مواعد مقرر بپردازد و نسبت به فک رهن و آزادی وثیقه اقدام نماید. همچنین (رستم بازلینانی، شرح مجله، ۲۰۰۱، ۴۰۷) بعد از حلول اجل، رهن حق دارد از مدیون بخواهد که مال مرهون را فک کند و در این خصوص ادعای اجماع شده است، و چنانچه مال مرهون در اثر عدم ادای دین بفروش برود، مالک حق رجوع به مدیون را دارد. (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۵ / ۲۳۴)

ب) حق تبدیل رهن برای مالک، که اصولاً نیازی به اذن مدیون نمی‌باشد.

ج) تکلیف مدیون به ادای دین در سر رسید؛ مدیون باید دین خود را در سر رسید به طلبکار بپردازد، تا امکان فک رهن فراهم شود.

د) جبران خسارت (بدل)؛ چنانچه به عللی رهن بفروش برود، مدیون باید معادل آنچه را که مالک از دست داده است به او بپردازد. طرفداران نظریه عاریه معتقدند که مدیون در مقابل مالک مال، ضامن هر گونه تلف و نقصان آن مال خواهد بود، حتی اگر در اثر تعدی و تفریط نباشد. (امامی، ۱۳۶۴: ۳۴۷/۲) ولی به نظر می‌رسد، صرف ترهین، موجب ضمان مدیون نیست، مگر در صورت اتلاف یا فروش جهت ادای دین مدیون، و در صورت تلف در اثر حوادث قهری،



مسئولیت متوجه مدیون یا مرتهن نخواهد بود. (بحرانی، ۱۴۱۳: ۴۲۴/۲۱)

مشهور فقهای امامیه، مالک را مستحق قیمت مال مرهون می‌دانند، ولی فروش به کمتر از قیمت ملک جایز نیست. فقهای عامه در خصوص رجوع مالک به قیمت ملک سه قول ذکر کرده‌اند: قیمت روز رهن، قیمت روز استعاره مدیون، و قیمتی که دین به آن اداء گردیده است. انتخاب هر یک از نظرهای مذکور در قیمت پرداختی توسط مدیون موثر است.

با این وصف، قول فقهای امامیه منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا مالکی که مال خود را به رهن می‌گذارد، حق رجوع به قیمتی که به فروش رسیده است را دارد. چون زیرا کاهش یا افزایش قیمت‌ها در ملک او صورت گرفته است و مدیون هم ضامن قیمت روز فروش ملک می‌باشد و ذمه او به جبران قیمت در آن روز مشغول گردیده است؛ مشروط به اینکه به کمتر از قیمت متعارف روز، به فروش نرسیده باشد و حقوق مالک ملک رعایت شده باشد. (بجنوردی، ۱۳۲۶: ۹۲/۶)

۴- حدود تعهد مدیون و شرایط آن

استیفاء برای تکمیل سایر اسباب تعهد است. استیفاءی که مدیون از مال غیر می‌برد، در تراضی ناقص اولیه مدیون و مالک گنجانده نمی‌شود. آنچه موجب تعهد مدیون به جبران خسارت مالک می‌گردد، فروش و تأمین طلب

مرتهن از مال مرهون است. لذا استیفاءی از مال غیر که بر اذن مدیون جهت ترهین در مقابل دین او استوار گردیده است، مبنای مراجعه مالک به مدیون است. (ماده ۳۳۷ قانون مدنی) تعهد مالک نسبت به طلبکار به موجب عقد رهن است و تعهد مدیون به مالک، به موجب استیفاء از مال او و ابتدای بر اذن اولیه است. لذا اگر مال مرهون در اثر عدم ایفاء دین از جانب مدیون به فروش رفت، در حکم تلف بوده و واقعه حقوقی است که به دلیل استیفاء مدیون از مال مرهون باید بدل آن (اعم از مثل و قیمت) را بدهد. چنانچه مدیون تعهدات خود را در مقابل مرتهن ایفاء نمود مال مرهون آزاد و به مالک آن مسترد می‌گردد. تعهد مدیون به مالک ناشی از عقد رهن نیست، بلکه به دلیل استیفاء و اذن اولیه می‌باشد. معهذا، استیفاء حسب ماده (۳۰۷) قانون مدنی از اسباب ضمان قهری محسوب گردیده است. هر چند نظریاتی در خصوص عقد یا شبه عقد بودن آن وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۵۱/۳) آمر (مدیون) یا تقاضا کننده از مالک برای ترهین مال، در واقع ضامن بهای آن مال است که در مقابل دین او به رهن گذاشته شده است. الزام مدیون به پرداخت بهای مال هر چند ممکن است ناشی از تراضی باشد ولی اگر تراضی نامعلوم، یا ابعاد آن مشخص نباشد یا قانون آن را موثر نداند، منعی جهت استیفاء مطالبه مالک برای بدل مال خود ندارد. لذا استیفاء در جایی کاربرد دارد که یا تراضی کامل نباشد

یا اینکه ابعاد آن دقیقاً روشن نیست. لذا اگر قرارداد صریحی بین مدیون و مالک باشد، در وهله اول باید آن را مد نظر قرار داد و در صورت سکوت طرفین و حالت اطلاق، به دلیل وجود اذن و استیفاء از مال غیر باید بدل آن داده شود. در موقع تقاضای مدیون برای ترهین مال در مقابل دین او، دامنه تعهداتش معلوم و مشخص نیست و با استیفاء از مال مرهون است که ذمه او مشغول و مکلف به ادای بدل آن می‌گردد؛ شرایط تعهد مدیون عبارتند از: ۱- ترهین باید ناشی از اذن مدیون باشد. ۲- عمل ترهین صورت پذیرد. ۳- مال مرهون در اثر عدم ایفای دین مدیون به فروش رود و مدیون از مال مرهون استیفاء نماید. به علاوه، بابت عمل ترهین مال، به دلیل اینکه در عرف برای آن اجرتی قابل نیستند، مالک حق اخذ اجرت المثل بابت عقد رهن را ندارد، مگر اینکه تصریح شده باشد یا شخص عادتاً مهیای عمل ترهین باشد.

۵- فک رهن مال غیر و اسباب و

تشریفات اجرای آن در قانون ثبت

فک عبارت است از: «خروج مال مورد رهن از حالت وثیقه بودن، اعم از اینکه راهن، دین خود را به مرتهن بدهد یا اینکه مرتهن از حق عینی خود بر مال مورد رهن صرف نظر نماید یا دین او را ابراء کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۳۴۱) انتزاع رهن و آزادسازی رهنه

ممکن است به اسباب و علل متعددی باشد که می‌توان آنها را به دو دسته تقسیم کرد: ۱- فک رهن به علت انتفای دین، ادای دین و ابراء ذمه مدیون و... ۲- فک رهن به علت انحلال عقد رهن، از جمله، اقاله و... نام برد. لذا با تحقق هر یک از اسباب مذکور رهنه فک و از وثاقت آزاد می‌گردد و زمان فک رهنه زمان تحقق اسباب مذکور است.

با توجه به نظر انتخابی و بیان این مطلب که رابطه مالک و طلبکار، عقد رهن می‌باشد، تشریفات اجرای ثبت در مورد رهن مال غیر نیز مجری است، و به طرفیت مالک ادامه می‌یابد.

نتیجه گیری

نظریات مختلفی در متن مورد نقد و بررسی قرار گرفت و نیازی به تکرار آنها نمی‌باشد و به اختصار می‌توان گفت، به نظر می‌رسد اگر ثالثی به مدیون اذن دهد تا مال او را در مقابل دین خود به رهن بگذارد، در واقع به او نمایندگی می‌دهد تا به وکالت، مال او را به رهن بگذارد. زیرا غرض از رهن، استیثاق است و این عمل حقوقی با ماهیت و احکام رهن منطبق می‌باشد. لذا رابطه مالک و طلبکار(نه از جمیع جهات) تابع عقد رهن و رابطه مالک و مدیون واجد دو حیثیت است؛ اولاً مدیون به



فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سوم، نشر کتابفروشی اسلامیه، سال ۱۳۶۴ تهران.
۲. بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ششم، نشر دلیل ما، سال ۱۴۲۶ قمری.
۳. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره، چاپ سوم، بیروت، نشر دارالاضواء، ۱۴۱۳ ه.ق.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی، تهران چاپ سیزدهم، نشر کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح، تهران چاپ سوم، نشر کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
۶. حسینی سیستانی، سید علی، منهای الصالحین، جلد دوم، نشر مکتب آیت ا... سیستانی، چاپ اول، ۱۴۱۶ هجری قمری.
۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه، چاپ بیروت نشر دارالمعرقه، ۱۴۱۸.
۸. حکیم، سید محمد سعید منهای الصالحین، چاپ اول، بیروت، نشر دارالصفوه، سال ۱۴۱۶.
۹. خوانساری، موسی، منیه الطالب، چاپ حیدری، بی تا.
۱۰. الدسوقی، شمس الدین، حاشیه الدسوقی، چاپ جدید، بیروت، نشر داراحیاء الکتب العربیه، بی تا.
۱۱. رستم بازلبنانی، سلیم، شرح المجله، چاپ سوم نشر دارالکتب العلمیه، لبنان ۲۰۰۱.
۱۲. رملی، شمس الدین، نهاییه المحتاج، چاپ جدید، بیروت، بی تا.
۱۳. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی الجدید، بیروت، نشر دار احیاء تراث

وکالت از مالک، مال او را به رهن می‌دهد و با انجام نیابت از رابطه حقوقی حذف می‌گردد و حیثیت دوم، حدود تعهدات مدیون و مالک است که با توجه به ماده (۳۳۷) قانون مدنی، اگر مال مرهون در اثر عدم ایفای دین از جانب مدیون به فروش رفت، چون در حکم تلف است از مصادیق استیفاء از مال غیر محسوب می‌گردد؛ که با وجود تراضی اجمالی و فقدان ارکان لازم عقد، قانونگذار استیفاءی مبنی بر تراضی ناقص را سبب ایجاد تعهد مدیون و الزام او به ادای بدل (قیمت و مثل) می‌داند و مازاد بر آن محتاج تصریح است؛ و کلاً مبنای رجوع مالک به مدیون، تقاضای او و استیفاءی از مال غیر و اجرای عدالت می‌باشد، و رابطه مالک و طلبکار تابع عقد رهن است. زیرا، اولاً با قصد طرفین منطبق می‌باشد. ثانیاً با ماهیت عقد رهن سازگاری و مطابقت دارد. ثالثاً هر عمل حقوقی برای مالک آن است و اگر به رهن گذاشته می‌شود در ملک مالک آن است. رابعاً هیچ گونه انتقالی به مدیون صورت نمی‌گیرد. مال مرهون در ملک او آزاد می‌شود و عملیات اجرایی به طرفیت او ادامه می‌یابد. با این وصف، ذهن را به رهن بودن این رابطه قانع می‌سازد.

- العربی، ۱۹۷۰ م.
۱۴. الشریبئی الخطیب، محمد، مغنی المحتاج، جلد دوم، چاپ پنجم، بیروت، نشر، موسسه نشر اسلامی سال ۱۳۷۷.
۱۵. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، تشکل قراردادها و تعهدات، چاپ سوم - تهران - نشر مجلد، ۱۳۸۲.
۱۶. العالمی، محمد (شهید اول) الدروس الشرعیة فی فقه الامیة، چاپ اول، قم نشر موسسه اسلامی، بی تا.
۱۷. قمی جیلانی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، نشر سازمان کیهان، سال ۱۳۷۱، چاپ جدید.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، عقود معین جلد سوم، تهران، نشر بهشهر، چاپ اول - ۱۳۶۴.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ اول - تهران - نشر بهشهر، ۱۳۶۸.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، نشر بهشهر تهران ۱۳۶۶، چاپ چهارم.
۲۲. میرزایی، علیرضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران، نشر نهامی، ۱۳۸۴.
۲۳. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲، تهران، نشر دارالکتب العلمیه، سال ۱۳۹۴ تهران.
۲۴. النوی، ابی زکریا محی الدین، المجموع، چاپ جدید، بیروت، نشر دارالفکر، بی تا.
۲۵. النوی، امام ابی زکریا، منهاج الطالبین، چاپ جدید، بیروت، انتشارات دارالفکر، بی تا
26. Eash Behory Ghose , M.A (1866) , Law of mortgage in India. Calcutta: bt , than cer , Bpinic and , co
27. Byyan , A – Garner, (2004) Black , dictionary Law 8th edition 2004 u's: Thom-son business

تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح

محمد رحمتی
کارشناس ارشد حقوق و قاضی دادگستری

مقدمه

در فصوص تغییر جنسیت به عنوان یک پدیده نوظهور پزشکی، پرسش‌های فراوانی مطرح است؛ با پیشرفت دانش پزشکی و تکنولوژی جراحی این امکان فراهم شده که جنسیت افراد تغییر یابد و این امر نه تنها در مورد دوجنسی‌ها، بلکه در مورد دیگر افراد نیز قابل انجام است. از این رو امکان و آثار فقهی و مقوقی پدیده باید مورد مطالعه قرار گیرد. در این نوشتار به بررسی امکان و آثار تغییر جنسیت در روابط نسبی افراد، پرداخته و هر یک از فروع متصور از دیدگاه مقوقی بررسی می‌گردد. نتیجه این‌که در باب عبادات به طور کلی می‌توان گفت جنسیت فعلی فرد، ملاک تعلق تکالیف است، لذا هر گاه مرد به زن تغییر جنسیت دهد، امکان زنان بر او بار می‌شود. در آثار وضعی فرد تغییر جنسیت یافته، باید گفت در صورتی که فرد مذکور سابقاً ازدواج کرده باشد، به ممض تمقق تغییر، عقد سابق مسبب شرایطی باطل یا منفسخ می‌شود. تغییر جنسیت زن به مرد سبب سقوط عده‌ها می‌شود و شوهر ملزم به پرداخت کامل مهریه اوست خواه تغییر جنسیت قبل از نزدیکی باشد، یا بعد از آن. در مورد عقود و تعهدات سابق فرد هم باید گفت تغییر جنسیت سبب فسخ یا بطلان قرارداد یا اسقاط تعهد نمی‌شود و فرد در هر حال ملزم به انجام تعهدات خود می‌باشد.

کلیله (الزوجه) تغییر جنسیت، جنس فتنی، ترنس سکشوال، نکاح، آثار مقوقی

درآمد

پیشرفت علم و تکنولوژی پیدایش پدیده‌های جدیدی را در پی دارد. یکی از این پدیده‌ها «تغییر جنسیت»^(۱) است. هویت و جنسیت مرد یا زن تغییر می‌کند. از اطلاق موضوع مورد بحث، به ذهن متبادر شود که تمام انسان‌های روی زمین در معرض تغییر جنسیت می‌باشند و هر کس که تمایل به تغییر جنسیت خود داشته باشد، می‌تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد. ولی در علم پزشکی دو گروه موضوع تغییر جنسیت هستند: کسانی که در فقه و حقوق به عنوان خنثا معروف شده و دارای علایم جنسی رجولیت و انائیت یا مردانگی و زنانگی هر دو می‌باشند و گروه دوم کسانی که علایم جنسی بدنی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها موافق نیست و این دو با هم معارض می‌باشند به این گروه، خنثای روانی می‌گویند. با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی می‌توان گفت افرادی در معرض این درمان قرار می‌گیرند که به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی و یا هر دو، مشکل جنسی داشته باشند و پزشک تغییر جنسیت را برای بهبود وضعیت او مناسب تشخیص دهد.

از آنجا که جنسیت افراد در زندگی اجتماعی اهمیت فراوانی دارد و آثار و مسائل حقوقی متفاوتی بر آن بار می‌شود، تغییر

جنسیت می‌تواند موجب طرح مباحث فقهی و حقوقی شود و شکل و ماهیت تعهدات حقوقی آنها را دگرگون سازد. در این مقاله مفهوم تغییر جنسیت، اقسام آن و آثار فقهی و حقوقی مترتب بر این پدیده بررسی شود.

۱. انواع تغییر جنسیت

به طور کلی تغییر جنسیت پنج نوع می‌باشد:

الف) تغییر جنسیت افراد سالم: یعنی افرادی که از نظر جسمی و روحی مشکلی ندارند. این عده اگر بخواهند تغییر جنسیت دهند، با ممنوعیت آن از سوی جامعه پزشکی مواجه می‌شوند، زیرا ممکن است فرد به قصد فرار از انجام خدمت سربازی درخواست تغییر جنسیت نماید. (کریمی نیا، ۱۳۸۸، ص ۴۵)

ب) تغییر جنسیت فرد خنثی یا دو جنسی^(۲)

یعنی افرادی که علایم هر دو جنس را دارا هستند. این نوع تغییر جنسیت از زمانی که اعمال جراحی شایع شد، وجود داشته است. (مؤمن قمی، ۱۳۷۵، ش ۷، ص ۵۶) امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله در باب امور مستحدثه، اولین مساله را که مطرح می‌کند، بحث جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت است. امام می‌فرماید: ظاهر آن است که تغییر جنسیت مرد به زن و بالعکس حرام نیست. همچنین تغییر جنسیت

1. Sex-Reassignment

2. heterosexual



فتوای امام دو شاخه دارد؛ در مورد افرادی که از نظر ظاهر سالم هستند و تغییر جنسیت می‌دهند، می‌فرماید تغییر جنسیت آنها حرام نیست و در مورد خنثی و دوجنسی تغییر جنسیت را جایز می‌داند.

جنسیت است که امام این نوع را نیز مورد بحث قرار داده‌اند؛ یعنی گاه جنسیت واقعی شخص نهفته است. ممکن است در ظاهر زن باشد، اما جنسیت واقعی شخص، مردانه است و علامت جنس مذکر، درون حفره شکمی مخفی شده است. در این صورت تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت یا آشکار شدن جنسیت است.

۲- تاثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد

نکاح

در بررسی حقوقی تاثیر تغییر جنسیت زوجین در نکاح باید قائل به تفکیک شد و تاثیر آن را در هر یک از انواع پیش‌گفته بررسی نمود. پیش از آن لازم است اسباب انحلال عقد را بررسی کرد.

انحلال عقد با بطلان آن متفاوت است؛

خنثی به یکی از دو جنس مذکر یا مونث نیز حرام نمی‌باشد. (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، بی‌تا، ص ۶۲۷) فتوای امام دو شاخه دارد؛ در مورد افرادی که از نظر ظاهر سالم هستند و تغییر جنسیت می‌دهند، می‌فرماید تغییر جنسیت آنها حرام نیست و در مورد خنثی و دوجنسی تغییر جنسیت را جایز می‌داند. امام این دو گروه را تفکیک کرده و مساله جواز را در مورد هر دو گروه بیان کرده است.^(۱)

ج) ترانس سکشوال‌ها

نوع دیگر تغییر جنسیت در مورد افرادی است که از نظر ظاهر و فیزیک بدنی سالم هستند، ولی از نظر روانی خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند. به این افراد ترانس سکشوال^(۲) گفته می‌شود و محور بحث این افراد است که فراوانی را در دنیا به وجود آورده است، براساس یک آمار غیر رسمی تاکنون ۵۰۰ نفر در ایران تغییر جنسیت داده‌اند و هم اکنون نیز هر ماه چهار عمل جراحی تغییر جنسیت در ایران روی می‌دهد (کریمی‌نیا، پیشین) که یکی از آنها مربوط به بیماران خارج از کشور است که به دلیل کم هزینه بودن این عمل در کشور، از اروپا، شرق آسیا و کشورهای عربی به ایران مراجعه می‌کنند.

د) تغییر جنسیت جهت کشف جنسیت

نوع دیگر تغییر جنسیت، به منظور کشف

۱. «الظاهر عدم حرمة تغییر جنس الرجل بالمرأة بالعمل و بالعکس، و کذا لا یحرم العمل فی الخنثی لیصیر ملحقاً بأحد الجنسین...».

عقد در ماهیت امر صحیح، باطل یا غیر نافذ است. (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۸۷) عقد باطل از ابتدا باطل است. بطلان، اثر قهقرایی دارد. عقد صحیح، عقدی است که از ابتدا صحیح بوده و باطل نخواهد شد. عقد صحیح به سه سبب منحل می‌شود: اقاله یا تفاسخ، فسخ و انفساخ (حکم قانون). (شهیدی، پیشین، ص ۵۴) اقاله، توافق و اختیار طرفین در برهم زدن عقد است و در عقود لازم و جایز جاری است. از میان عقود لازم، صرفاً عقود نکاح، وقف و ضمان اقاله‌پذیر نیستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۸)

فسخ، برهم زدن عقد بنا به اراده یکی از طرفین است. فسخ عقد با اقاله آن دو فرق اساسی دارد؛ اول این‌که در اقاله دو اراده نقش دارد، ولی در فسخ فقط یک اراده دخیل است و دیگر این‌که فسخ مخصوص عقود لازم است، اما اقاله در عقود جایز نیز جاری است.

انفساخ، به حکم قانون است. گاه قانون

زمانی که زوجین هم از لحاظ جسمی و هم از لحاظ روحی سالم هستند و بنا بر اختیار و خواست خود به طور انفرادی یا اجتماعاً تغییر جنسیت می‌دهند، عقد باطل نمی‌شود. چون در زمان انعقاد نکاح، طرفین ظاهراً دارای جنسیت مخالف بوده و با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان نکاح وجود ندارد.

در اثر یک حادثه، حکم به انحلال عقد می‌دهد. در انفساخ، توافق اراده وجود ندارد و بنا بر حکم قانون در موارد از پیش تعیین شده زمانی که اساس و مقتضای بقا و وجود عقد از بین می‌رود، عقد منحل می‌شود. (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۶) به این جهت به آن انحلال قهری عقد می‌گویند. مانند مواد ۹۵۴، ۳۸۷، ۴۸۳ و ۵۲۹ قانون مدنی.

زمانی که زوجین هم از لحاظ جسمی و هم از لحاظ روحی سالم هستند و بنا بر اختیار و خواست خود به طور انفرادی یا اجتماعاً تغییر جنسیت می‌دهند، عقد باطل نمی‌شود. (باریکلو، ۱۳۸۳، ص ۱۱۲) چون در زمان انعقاد نکاح، طرفین ظاهراً دارای جنسیت مخالف بوده و با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان نکاح وجود ندارد. نکاح در مرحله انعقاد صحیح منعقد گردیده است، ولی در خلال مدت، تغییر جنسیت انجام شده و دو جنس مخالف، هم جنس شده‌اند و اقتضا و امکان بقای عقد از میان می‌رود. (مومن، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۱۱۵) طبق ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، عقد نکاح با فسخ، طلاق، یا بذل مدت در عقد موقت منحل می‌شود و با عنایت به ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی، اعمال حق فسخ فوری است و چنان‌چه ذی‌حق فوراً پس از اطلاع از موضوع، از حق فسخ استفاده نکند، حق مذکور ساقط خواهد شد. (انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، ج ۳، ص ۷۸) بنابراین اگر یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد و دیگری بعد از اطلاع از موضوع



به سبب ایجاد حق فسخ، عقد نکاح را فسخ نکند، قاعداً باید نکاح به حال خود باقی باشد که عقلاً و شرعاً به علت ممنوعیت ازدواج دو همجنس با یکدیگر، ناممکن است، بنابراین نمی‌توان گفت با تغییر جنسیت زوجین (انفراداً یا اجتماعاً) حق فسخ برای دیگری ایجاد می‌شود، ولی به نظر می‌رسد عقد نکاح منفسخ شود. (باریکلو، پیشین، ص ۵)

انفساخ عقد به صورت قهری و خارج از اراده طرفین صورت می‌گیرد و با توجه به فحوای قانون مدنی در باب انفساخ عقود، مانند اجاره (ماده ۴۸۱ قانون مدنی) که انتفای موضوع قرارداد در خلال مدت آن، یکی از موجبات انفساخ عقد محسوب شده است، (کاتوزیان، پیشین، ص ۳۶) با تغییر جنسیت زوجین نیز مقتضای بقا و استمرار عقد نکاح که همان اعتبار وجود طرفین در همسری دیگری است، از بین می‌رود و عقد نکاح که خارج از اراده طرفین قابلیت وجود و استمرار پیدا نمی‌کند، منفسخ می‌شود.

اگر جنسیت زن و شوهر هر دو تغییر کند و این تغییر، همزمان نباشد، عقد نکاح بنا به توضیحات قبل منفسخ می‌شود، ولی اگر تغییر جنسیت زوجین، همزمان باشد، در باقی ماندن نکاح آنان تردید است. هر چند حکم هر کدام از زن و شوهر عوض می‌شود، بدین معنی که حکم شوهر بر زوجه پیشین و حکم زوجه بر شوهر پیشین مترتب می‌گردد، در بقای عقد نکاح این زن و شوهر، در صورت همزمان

بودن تغییر، دو نظر موجود است: عده‌ای قائل بر بقای نکاح می‌باشند. (خمینی، پیشین، ص ۶۲۷) با این استدلال که حقیقت اعتبار نکاح، عبارت از این است که هر کدام از آن دو، همسر دیگری می‌باشد. پس این دو، زن و شوهرند و نکاح به معنای همسری هر یک از این دو برای دیگری باقی است. وانگهی، هر کدام از زن و شوهر، خصوصیت تکوینی خود را دارد. (فتحی، ۱۳۸۳، ش ۵۳) که احکام خاصی بر آن مترتب است، همان‌گونه که هر کدام از آنان آثار طبیعی خود را نیز دارد و این امر، هیچ ناسازگاری با این موضوع ندارد. بنابراین اگر جنسیت زن و شوهر، در یک زمان تغییر کند، باقی ماندن زوجیت این دو امکان‌پذیر است و اگر دلیلی بر رفع زوجیت وجود نداشته باشد، استصحاب جاری می‌شود که اقتضای آن بقای زوجیت است. (مومن، پیشین، ص ۱۱۵) لیکن می‌توان ادعا کرد که حقیقت نکاح، عبارت از این است که یکی شوهر و دیگری زن باشد، یعنی مرد، شوهر زنی باشد که آن زن هم زن او باشد. در این صورت، نکاح به منزله رابطه‌ای است که دو طرف آن، با یکدیگر همانندی ندارند. نظیر پدر بودن و پسر بودن و نه بسان رابطه‌ای که دو طرف آن با یکدیگر همانندی دارند، از قبیل برادری.

این مطلب با این اشکال روبه‌رو است (مومن، پیشین، ص ۱۱۴) اول این که حقیقت اعتبار نکاح، همسر یکدیگر شدن زن و مرد است. به این معنا که مرد معهود، مرد زن

کلام موکل زن: «موکل تو را برای موکله خودم تزویج کردم»، این باشد که موکله خود را در موکل تو قرار دادم، چنان که معنای قول خداوند: «زَوْجَانِكَمَا» همین است که او را به همسری تو درآوردم. بنابراین حقیقت زوجیت مذکور، با تغییر جنسیت از بین می‌رود؛ زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت دارند و با تغییر جنسیت، موضوع اضافه مذکور باقی نمی‌ماند. اما حدوث زوجیت، مطلق و به طور کلی، مشکوک است و در هیچ‌یک استصحاب جاری نمی‌شود؛ چون مجری ندارد و زوجیت خاص از بین رفته و حدوث زوجیت مطلق نیز مشکوک است. (مؤمن قمی، پیشین، ش ۷) نزدیک به صواب، این نظریه است که در صورت تغییر جنسیت زن و شوهر به طور همزمان در این فرض، نکاح منفسخ می‌شود، هر چند امام نظر بر باقی ماندن نکاح دارند. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۶۲۷) و بیان می‌دارد: «اگر چه احوط آن است که دوباره ازدواج کنند و زن فعلی با غیر مردی که قبلاً زن او بوده، ازدواج نکند، مگر آن که با اجازه هر دو طلاق واقع شود.»^(۱)

تغییر جنسیت زوجین در این فرض که احد از آنان علایم جنسیتی هر دو جنس را با هم داشته و به تعبیری خنثا بوده است، موجب

معهود نیز است و زن معهود زن مرد معهود می‌باشد و معلوم است که در آن پیوند هویت و شخصیت دخالت دارد. لذا شرط است که زوج و زوجه به گونه‌ای مشخص باشند که هریک، از دیگری با اسم یا وصف یا اشاره، تمیز داده شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۸۷) زیرا اغراض عقلاً با اختلاف زوجین، مختلف می‌شود. بنابراین زوجین در باب نکاح در این که شناسایی آنها لازم است، مثل دو عوض در سایر عقود می‌باشند، به خلاف باب بیع که غرض به شخص مشتری یا بایع تعلق نمی‌گیرد، انشا در عقد نکاح، مرد بین زن و مرد قرار نمی‌گیرد. (صفایی و امامی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۵۷) تا استصحاب علقه نکاح صحیح باشد، بلکه به ویژگی این شخص به عنوان شوهر آن زن و آن شخص به عنوان زن این مرد، تعلق می‌گیرد و این خصوصیت به خاطر تبدیل شدن آن دو نفر، باقی نیست. همچنین اطلاق زوج بر هر یک از آن دو، به اعتبار این علقه حادث نیست، بلکه به این اعتبار است که هریک از آنها همسر دیگری است و این مفهومی اضافی و عام است که از هریک از دو قرین، انتزاع شده است. مانند خفین (یک جفت چکمه) و مصراعین (دو مصراع) و مانند آن. (فرجی، ۱۳۸۱، ص ۷۸) شاید معنای این

۱. استفتاء از آیت الله خامنه‌ای (مجموعه فتاوی آیت الله سیدعلی خامنه‌ای درباره احکام تغییر جنسیت): سؤال: اگر زن یا مرد پس از ازدواج تغییر جنسیت دهد، حکم ازدواج چگونه است؟ در صورت بطلان آیا مرد باید مهر زن را تماماً بپردازد؟ پاسخ: ازدواج از حال تغییر باطل می‌شود و اگر بعد از دخول بوده، تمام مهر ثابت می‌شود و چنانچه قبل از آن بوده، حکم به تنصیف مهر معلوم نیست.



در فرض دیگر که یکی از زوجین ترنس سکشوال است مشکل می‌توان نکاح را از ابتدا صحیح تلقی کرد و تغییر جنسیت را موجب انفساخ آن دانست.

جنسیت طرفین در نکاح، شرط صحت قرارداد است و اگر معلوم شود که این اختلاف وجود ندارد و ازدواج بین دو همجنس منعقد شده، عقد از ابتدا باطل بوده است. (کاتوزیان، پیشین، ص ۴۴) همان‌طور که حضرت امیر علیه‌السلام در قضیه نکاح شخصی با پسر عموی خود، حکم به جدایی آن دوازهم نمود و شخص را ملحق به مرد دانست، در حالی که اگر نکاح نافذ و صحیح بود، موضوع مهر و سایر مسائل حقوقی قابل توجه بود.

(<http://www.Umich.edu/~iinet/journal/Vol2no3/Sex-in-cairo.html>.)

در فرضی که تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت صورت می‌گیرد، جنسیت واقعی شخص نهفته است و به ظاهر زن است، اما جنسیت واقعی شخص، مردانه است و علامت جنس مذکر، درون حفره شکمی مخفی شده است که تغییر جنسیت آنان به منظور تعیین جنسیت یا آشکار شدن جنسیت

بطلان عقد است. (طباطبایی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۵۰)؛ زیرا احدی از زوجین بر مبنای اماره غالب بودن علامت جنسیتی یک جنس بر دیگری، اقدام به ازدواج نموده بود. با تغییر جنسیت معلوم می‌شود که علایم جنسیتی جنس جدید در وی (خنثی) غالب‌تر بوده و در زمان وقوع عقد، در تعیین و تشخیص علایم جنسیت غالب اشتباه شده است و چنین اشتباهی موجب بطلان عقد می‌گردد؛ زیرا نقش جنسیت در نکاح، چنان اساسی و مهم است که عرفاً می‌توان گفت ماهیت عرفی موضوع قرارداد محسوب می‌شود و اشتباه درباره چنین ماهیتی و موجب بطلان نکاح می‌شود. (باریکلو، پیشین، ص ۷)

در فرض دیگر که یکی از زوجین ترنس سکشوال است، یعنی از نظر ظاهر و فیزیک بدنی سالم، ولی از نظر روانی خودش را متعلق به جنس مخالف می‌داند، با توجه به این‌که متخصصین صرفاً علایم جنسی ظاهری را برای تعیین جنسیت کافی نمی‌دانند، (<http://wiki.susans.org>) بلکه کروموزوم‌ها، شکل مغز و گرایش‌های جنسی روان او را نیز موثر در تعیین جنسیت او می‌دانند. (www.seeline-project.net) مشکل می‌توان نکاح را از ابتدا صحیح تلقی کرد و تغییر جنسیت را موجب انفساخ آن دانست، بلکه به سبب فقدان شرط اساسی صحت نکاح در زمان انعقاد آن، عقد باطل و کشف از بطلان آن از زمان انعقاد می‌نماید؛ زیرا اختلاف واقعی

است. (باریکلو، پیشین، ص ۶۵) در این مورد نیز به استناد وجوه پیشین، با توجه به این که شرط اساسی در صحت نکاح، اختلاف واقعی جنسیت طرفین می‌باشد، عقد نکاح باطل است؛ زیرا در حین انعقاد نکاح زوجین هم جنس بوده‌اند و اقتضای موضوع، بطلان عقد است.

نتیجه

حقیقت نکاح، معاوضه چیزی با مهر نیست تا فسخ آن ایجاب کند که مهر به مالکش برگردد. لیکن این ادعا را نمی‌توان پذیرفت که انحلال نکاح به سبب تغییر جنسیت، به معنای فسخ آن است؛ زیرا فسخ نکاح، در صورتی در خور پذیرش است که از قبیل فسخ به سبب خیار و یا رجوع در طلاق باشد، اما در این جا چنین نیست، وقتی یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، آن دو، به دو مرد یا دو زن تبدیل می‌شوند، پس دلیلی وجود ندارد که عقد و قرارداد پیشین، از هنگام تغییر جنسیت فسخ شود، بلکه انفساخ نکاح (انحلال قهری و خارج از اراده طرفین) بر اثر نبود امکان بقای اعتبار زوجیت و بطلان نکاح در برخی شرایط آن متصور است. اگر زوجه، جنسیت خود را تغییر دهد، نکاح میان آنها به لحاظ عدم بقای اعتبار، منفسخ یا باطل می‌شود اگر در این زمان زوج نیز جنسیت خود را تغییر دهد و بخواهد زوجیت برگردد، محتاج دلیل یا عقد

جدید هستیم، که وجود ندارد و باید مجدداً میان آنها عقد نکاح منعقد شود.

فهرست منابع

۱. اصغری آق مهدی، فخر الدین و عبدی، یاسر، «احکام و آثار تغییر جنسیت»، مجله حقوقی دانشگاه مازندران، ۱۳۸۷.
۲. انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد سوم، بیروت، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۳. باریکلو، علیرضا، «وضعیت تغییر جنسیت»، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۲.
۴. همو، «آثار حقوقی تغییر جنسیت»، مجله حقوقی دانشگاه تهران، مرداد ۱۳۸۳.
۵. سرچشمه پور، زهرا، «بررسی احکام فقهی و حقوقی تغییر جنسیت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۴.
۶. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۷. صفایی، سیدحسن و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۸. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، جلد دهم، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۹. فتحی، نازیلا، تابوی تغییر جنسیت در ایران، مجله باز تاباندیشه، شماره ۵۳، سال ۱۳۸۳.
۱۰. فرجی، محمدناصر، «بررسی فقهی و حقوقی تغییر جنسیت و آثار آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.



موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ هـ.ق.

19. Av.M.Canan Arin، Family Law. [www.seeline-project.net / family law](http://www.seeline-project.net/family-law).

20. Jakob Skovgaard – Petersen، sex change in cairo، Gender and Islamic Law، <http://www.umich.edu/~iinet/journal/Vol2no3/Sex-in-cairo.html>.

21. Susan، s Place Transsexualism; Legal aspets of transsexualism: online on <http://wiki.susans.org/>.

۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۷.

۱۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - (عقود معین، ۱) تهران، شرکت سهامی انتشار ۱۳۷۴.
۱۳. کریمی نیا، حمدمهدی، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، نشر مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۸.

۱۴. کریمی نیا، محمدمهدی، نشست علمی تغییر جنسیت از نظر فقه شیعه با بررسی دیدگاه فقهای امامیه در حوزه علمیه قم، ۱۳۸۸/۹/۲۲.

۱۵. مؤمن قمی، محمد، سخنی درباره تغییر جنسیت، فصلنامه فقه اهل بیت (فارسی)، شماره ۷، ۱۳۷۵.

۱۶. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، نجف، مطبعه الآداب، بی تا.

۱۷. مؤمن، شیخ محمد، کلمات سدیده، قم،

افلاکیان خاک

میرزا جواد ملکی تبریزی

محل ولادت: تبریز

محل دفن: قم

ولادت: ؟

وفات: ۱۳۴۳ ه.ق

محل تحصیل: نجف

اساتید: حضرات میرزا حسین نوری، آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، آقا رضا همدانی و ...
استاد عرفان: آخوند ملا حسینقلی همدانی
شاگردان: امام خمینی، آخوند ملا علی معصومی همدانی، سید حسین فاطمی قمی و ...
تألیفات: رساله لقاء الله، اسرار الصلوا، المراقبات و ...

در خانواده‌ای باتقوا، پارسا و ثروتمند در شهر تبریز به دنیا آمد. پدرش حاج میرزا شفیع در ابتدا عامل مضاربه ناصرالدین شاه بود، اما موفق شد در خدمت مرحوم میرزا علی نقی همدانی مراتب تهذیب و تزکیه را طی کند و از راه گذشته باز گردد.

میرزا جواد آقا در قم جلسات درس خصوصی و عمومی فقه و اخلاق داشت. سوز و گداز و راز و نیاز این عارف کبیر زبانزد خواص است. او را در شمار بکائین عصر خویش دانسته اند. نقل است شب‌ها که برای تهجد برمی‌خاست، تا وضو بگیرد و به مصلا رود چندین بار بر زمین می‌نشست و می‌گریست، به آسمان‌ها نگاه می‌کرد و آیات آخر سوره آل عمران را با حال عجیبی می‌خواند، بارها شنیده شده بود که در قنوت نمازهای مستحبی این بیت را تکرار می‌کرد:

ما را ز جام باده گلگون خراب کن
زان بیشتر که عالم فانی شود خراب
آیت‌الله شیخ علی پناه اشتهاردی در توصیف مجالس آتشین میرزا جواد آقا می‌فرمود: «چنان بر دل‌ها اثر می‌گذاشت که از اثر صحبت ایشان عده‌ای غش می‌کردند و بیهوش می‌شدند.» در وصف نمازهای مستانه‌اش گفته‌اند نماز صبحش آن قدر طولانی می‌شد که ده دقیقه مانده به طلوع آفتاب به پایان می‌رسید!
از مرحوم حاج آقا حسین فاطمی نقل شده است: «عصر جمعه بود، به من گفتند آقای ملکی جویای حال تو شده، چون می‌دانستم که ایشان بیمار است به شتاب خدمتشان رفتم، ایشان را دیدم استحمام کرده، خضاب بسته و پاکیزه در بستر بیماری افتاده و آماده ادای نماز است. در میان بستر اذان و اقامه گفت همین که به تکبیره الاحرام رسید و گفت: الله اکبر، روح مقدسش از بدن پاکش به سوی عالم قرب پرواز کرد و معنی الصلوا معراج المومن درباره او به تحقق پیوست.»

امکان طرح دعوای طاری ضمن دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم

محمد خانی
دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزای دانشگاه شهید مطهری؛
وکیل و مشاور حقوقی قوه قضاییه

چکیده

طرح دعوای طاری ضمن دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم یکی از مسائل مورد ابهام بین مقوقدانان است که به رویه قضایی نیز راه یافته و قضات مواجهه با چنین دعوایی رویه‌های متفاوت دارند؛ چرا قانونگذار در این زمینه تصریح نکرده است. در این مقاله با توجه به مواد قانونی و اصول حقوقی، امکان طرح دعوی طاری ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم را بررسی و توجیه می‌نمایم.

کلید واژه‌ها: دعوی طاری، ضرر و زیان ناشی از جرم، آیین دادرسی، اقامه دعوی

درآمد

قانون، نتیجه تکامل آرام و احیاناً انقلابی یک جامعه است. جامعه به مدد قانون روابط اجتماعی افراد را با یکدیگر مسجل می‌کند. از نظر فلسفی، قانون اجتماعی آن ماهیت ثابت نیست که افراد یا مصادیق آن هراندازه هم متغییر باشند، باز نتوانند از حریم آن ماهیت پارا فراتر گذارند. اگر تشبیهی دور از پندار نباشد، قانون اجتماعی با تکامل جامعه و افراد جامعه، ناگزیر است حرکتی جوهری داشته باشد. قانون هم مثل روابط افراد تغییر پیدا کند. مسؤولیت مدنی یا در اصطلاح فقهی، ضمان قهری، امروز مصداق و مفهومی متفاوت از گذشته پیدا کرده است. در پاره‌ای از موارد، جرمی اتفاق می‌افتد که به تبع این جرم خساراتی متوجه شخصی که جرم علیه او اتفاق افتاده، یا علیه اشخاصی غیر از مجنی‌علیه می‌شود. مثلاً کارگر ماهری به قتل می‌رسد و مخدوم وی به واسطه محرومیت از هنر کارگر، ضرر می‌بیند. یا زنی مورد تجاوز واقع می‌شود و شوهر وی متحمل خسارت معنوی سنگینی می‌شود. بی‌تردید هر کس ضرری به دیگری وارد کند، ملزم به جبران است.^(۱) و راه جبران خسارت در صورتی شخص از جبران امتناع کند، مراجعه خسارت دیده به دادگاه است. در اینجا می‌تواند به دادگاه حقوقی یا کیفری

که به جرم رجوع نماید. دعوی خصوصی به دعوی گفته می‌شود که زیان دیده برای جبران خسارت ناشی از جرم مطرح می‌کند. این دعا از نظر مقررات شکلی، تابع مقررات آیین دادرسی مدنی و از نظر ماهوی تابع مقررات قانون مسؤولیت مدنی می‌باشد و از همه نظر نسبت به دعوی عمومی استقلال دارد، مگر در مورد صلاحیت دادگاه. هر چند که قانونگذار در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در مورد حق خصوصی از اصل خارج شده و اجازه مطالبه خسارت را در دادگاه کیفری داده است.^(۲) دو علت اساسی چنین استثنایی را توجیه می‌کند. اول این‌که، منشا هر دو حق یک چیز (جرم) است و دیگر آن‌که تشریفات اجرای حق و جبران ضرر، آسان‌تر شود. (زراعت، ۱۳۷۸، ۱۵۶) اما امری که تا به حال بطور صریح به آن نپرداخته‌اند، پاسخ به این سوال مستلزم بررسی دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم و امکان طرح دعوی طاری در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم است.

۱. دعوی طاری

طواری، جمع طاریه یا طاری از جمله به معنای ناگاه در آینده، ناگاه روی داده و عارض است. (معین، ۱۳۸۷، ص ۶۹۳) طاری به معنای

۱. ماده ۱- قانون مسؤولیت مدنی:

۲. ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری:



ضرری که سبب دعوای خصوصی است، باید تحقق یافته باشد، بنابراین در مواردی که اساساً ضرری به وجود نمی‌آید، طرح دعوا نیز امکان ندارد؛ زیرا هیچ دعوایی بدون ضرر قابل طرح نیست. پس جرایمی مانند حمل اسلحه و ولگردی، دعوای خصوصی در پی ندارد.

و انقلاب در امور کیفری استنباط است.

۲-۲. تحقق ضرر

ضرری که سبب دعوای خصوصی است، باید تحقق یافته باشد، بنابراین در مواردی که اساساً ضرری به وجود نمی‌آید، طرح دعوا نیز امکان ندارد؛ زیرا هیچ دعوایی بدون ضرر قابل طرح نیست. پس جرایمی مانند حمل اسلحه و ولگردی، دعوای خصوصی در پی ندارد. برخی از تردیدها در مورد ضرر معنوی، ناشی از همین است؛ زیرا در مصادیق ضرر معنوی ابهام وجود دارد. به عنوان نمونه درد ناشی از صدمه به جسم یا تألم روحی بستگان مقتول از جمله همین مصادیق مشتبه است.

۲-۳. رابطه مستقیم ضرر جرم

شخصی که بر اثر شکایت مقتری تحت تعقیب قرار گرفته و مدتی را به صورت غیر قانونی در بازداشت به سر می‌برد، ممکن است

حادث است^(۱) طواری دادرسی، به پدیده‌هایی گفته می‌شود که معمولاً بی آن که انتظار رود، در ارتباط با دادرسی و در جریان آن ممکن است بروز نماید و معمولاً صدور رای قاطع در دعوا، موکول به تصمیم‌گیری نسبت به آنها می‌شود. (شمس، ۱۳۸۳، ج ۳، ش ۵)

۲. شرایط دعوی ضرر و زیان ناشی از

جرم

۲-۱. ناشی شدن ضرر از جرم

سبب دعوی خصوصی باید فعل یا ترک فعلی باشد که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است. در صورتی که متهم متصف به از یکی از موانع مسؤولیت کیفری مانند جنون، اکراه یا صغر است، وصف کیفری رفتار از بین نمی‌رود. این قاعده در قوانین موضوعه لبنان به صراحت پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۱۳۸ قانون جزای لبنان، بهره‌مند شدن متهم از عوامل معافیت از مجازات، مانع طرح دعوی خصوصی در دادگاه کیفری نیست. همچنان‌که اضطرار در ماده ۴۰ قانون جزای این کشور مانع از طرح دعوا به حساب نیامده است. (زرعت، پیشین، ص ۱۶۳) اما در قانون ایران چنین تصریحی دیده نمی‌شود و رویه قضایی از قواعد فوق به صورت کاملی پیروی نمی‌کند، اما شرط ناشی شدن ضرر از جرم، از ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی

۱. در مقابل کلمه Incident فرانسوی آمده است.

دعوی جبران ضرر ناشی از تعقیب و بازداشت غیر قانونی خود علیه شاکی، قاضی یا هر دو را مطرح کند. شکایت وی علیه شاکی چنین توجیه می‌شود که اقدام وی سبب تعقیب او شده است و اگر او چنین شکایتی نمی‌کرد، تعقیب و بازداشتی هم صورت نمی‌گرفت. این شکایت علیه قاضی نیز با این توجیه همراه است که اقدام قاضی سبب بازداشت وی شده است و شکایت شاکی و اقدامات غیر قانونی قاضی، دست به دست هم داده و سبب بازداشت زیان دیده شده‌اند به گونه‌ای که هیچ‌یک به تنهایی این قابلیت را نداشته است. اما از آن جا که تصمیم نهایی با دادرس است، احتمال نخست موجه‌تر است؛ زیرا رابطه مستقیمی میان اقدام قاضی و بازداشت غیر قانونی زیان دیده وجود ندارد. (زراعت، پیشین، ص ۱۸)

۳- نحوه رسیدگی به دعوی ضرر و زیان

ناشی از جرم

ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی را فقط نسبت به مطالبه ضرر و زیان مقرر کرده است، لذا این سوال مطرح می‌شود که دادگاه‌های کیفری نیز در مقام رسیدگی به دعوی خصوصی، باید اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی را رعایت کنند یا آن که می‌تواند از اصول و قواعد آیین دادرسی کیفری تبعیت نمایند؟ در جواب گفته

شده است دادگاه کیفری در مقام رسیدگی به دعوی خصوصی، باید از اصول و قواعد آیین دادرسی کیفری تبعیت کند؛ زیرا اصول و قواعد، تابع صلاحیت است. (عبدالقادر القهوجی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۷) اما در رعایت مقررات ماهوی باید به قواعد و احکام آیین دادرسی مدنی عمل کرد اما رویه دادگاه‌ها خلاف این است و هر یک از این دعاوی را تابع مقررات خاص خود می‌دانند، مگر این که قانونگذار به صراحت رعایت مقررات آیین دادرسی کیفری را در رسیدگی به دعوی مدنی لازم بداند.

۴. زمان و مرجع اقامه دعوی ضرر و

زیان ناشی از جرم

ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور در مورد زمان اقامه دعوا مقرر می‌دارد: «پس از آن که متهم تحت تعقیب قرار گرفت، مدعی یا شاکی می‌تواند اصل یا رونوشت تمامی دلایل و مدارک خود را جهت پیوست به مرجع تعقیب تسلیم کند و نیز می‌تواند قبل از اعلام ختم دادرسی تسلیم دادگاه کند.» دعوی خصوصی نسبت به دعوی عمومی، یک دعوی تبعی است. بنابراین تا زمانی که دعوی عمومی به جریان نیافتاده، نمی‌توان دعوی خصوصی را مطرح کرد، اما در مورد مرجع اقامه دعوا در مورد عدم امکان طرح دعوی حقوقی در دادگاه کیفری، می‌توان استدلال کرد که صلاحیت اضافی دادگاه کیفری، یک استثناء



ضرر و زیان ناشی از جرم وجود دارد. با مراجعه به کتب موجود در زمینه آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری این از دو دیدگاه می‌توان به موضوع نگاه کرد.

دیدگاه اول طبق ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، امکان طرح دعوی طاری، ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم وجود ندارد؛ چرا که ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، یک استثناء را بیان می‌کند و صلاحیت اضافی به دادگاه کیفری می‌دهد. از این رو نمی‌توان به دایره شمول ماده ۱۱ افزود، مگر این که قانونگذار صراحتاً طرح دعوی طاری را در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم مجاز دانسته باشد.

دیدگاه دوم، طرح دعوی طاری، ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم را ممکن می‌داند. با این استدلال که در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری، دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم، تابع قواعد آیین دادرسی مدنی قرار داده شده، پس امکان طرح دعوی طاری هم وجود دارد. در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری هدف این است که متضرر از جرم بتواند از ادله فراهم شده در دعوی کیفری، خسارات

است که در اعمال آن باید به قدر متیقن اکتفا شود. و در موارد مشکوک، حکم به عدم صلاحیت داد. اما در مورد امکان طرح دعوی حقوقی در دادگاه کیفری، می‌توان به فلسفه صلاحیت اضافی دادگاه کیفری استناد کرد؛ زیرا قانون‌گذار این صلاحیت را برقرار کرده تا متضرر از جرم بتواند از ادله فراهم شده در دعوی کیفری و تسلط دادرسی کیفری بهره گیرد و سریع تر خسارت‌های ناشی از جرم را دریافت کند.

۵. شکل دعوی ضرر و زیان ناشی از

جرم

قسمت ذیل ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: مطالبه ضرر و زیان، مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است. بنابراین مدعی خصوصی باید دادخواست خود را مطابق ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی تنظیم کند،^(۱) و هزینه دادرسی را نیز بپردازد.

۶. امکان طرح دعوی طاری در دعوی

ضرر و زیان ناشی از جرم

وقتی شرایط دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم فراهم بود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا امکان طرح دعوی طاری ضمن دعوی

۱. ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: دادخواست باید به زبان فارسی در روی برگ‌های چاپی مخصوص نوشته شده حاوی نکات زیر باشد: نام، نام و نام خانوادگی، اقامتگاه و شغل خواننده

خود را وصول کند و دعوی طاری نیز نافی این فلسفه و هدف ماده ۱۱ نمی‌باشد.

۶. دعوی متقابل^(۱)

قانونگذار ایران در سال ۱۳۱۸ هجری شمسی، دعاوی طاری از جمله دعوی متقابل را از مواد ۳۷، ۳۹، ۶۴ و ۷۰ قانون آیین دادرسی فرانسه و از برخی قوانین دیگر از جمله قانون لبنان اقتباس کرده است.

دعوی متقابل، دعوایی است که مدعی علیه در مقابل دعوی خواهان، به منظور پاسخ‌گویی به آن یا علاوه بر پاسخ‌گویی، الزام خواهان به پرداخت چیزی و یا انجام امری اقامه می‌کند. شرایط دعوی متقابل در مواد ۱۴۱ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ آمده است.

به نظر می‌رسد اگر موافق با فلسفه دوم باشیم، امکان طرح دعوی متقابل در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم بدون اشکال است. چنانچه متهم از مدعی خصوصی مبلغی معادل یا کمتر از خواسته دعوی ضرر و زیان طلبکار باشد، حق دارد آن را به عنوان دعوی متقابل در مقابل دعوی حقوقی زیان دیده طرح کند. به عنوان مثال اگر متهم در دعوی ضرر و زیان مربوط به چک بدون محل آن مدعی شود که چک تسلیمی به مدعی خصوصی بابت تعهدی بوده که مشارالیه آن را انجام نداده است، می‌تواند الزام وی را به انجام

تعهد با طرح دعوی متقابل بخواهد. در حقیقت در رسیدگی به دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم، دادگاه‌های کیفری نقش دادگاه حقوقی را ایفا می‌کنند، اما اگر معتقد به فلسفه اول مبنی بر این که ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری استثناء است، باشیم، باید رای به عدم تجویز دعوی متقابل در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم بدهیم.

۷. امکان ورود ثالث و جلب ثالث در

دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم

مقررات مربوط به ورود ثالث و جلب ثالث در مواد ۱۳۰ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده است. یکی از شرایط ورود ثالث در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم، اگر معتقد به امکان طرح دعوی طاری در ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم باشیم، این است که ثالث، زیان دیده مستقیم از جرم باشد. در این نوع دعوی طاری، باید بر اساس دو فلسفه‌ای که عنوان شد، امکان طرح چنین دعوی را توجیه کرد. اگر ماده ۱۱ را یک استثناء بدانیم و حکم بر این امر کنیم که نمی‌توان دایره شمول ماده ۱۱ در دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم را افزایش داد، باید نظر به عدم امکان طرح دعوی ورود و جلب ثالث در دعوی ضرر

۱. به زبان فرانسوی Demand reconventionnelle و به زبان انگلیسی counterclaim



۸. دعوای اضافی

دعوای اضافی^(۳) به معنای درخواست اضافی است. (شمس، پیشین، ج ۳، ص ۳۹) که خواهان دعوا در جلسه اول دادرسی، علیه خوانده اقامه می‌کند، در مورد این دعوا دو فلسفه مذکور در امکان یا عدم امکان طرح دعوی اضافی ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم به کار رفته و به نظر می‌رسد نظری که امکان طرح دعوی اضافی را مجاز می‌داند وجیه‌تر باشد؛ چرا که موارد استثنایی چون ورود ثالث، دعوای اضافی و دیگر دعوای طاری، تابع قواعد عمومی می‌باشند و تبعیت دعوای خصوصی از دعوای عمومی، فقط در صلاحیت و برخی مقررات تصریح شده قانونی است، اما در سایر موارد، هر دعوایی استقلال خویش را حفظ می‌کند. با روشن شدن زمان طرح دعوی طاری و مواعیدی که در این چنین دعوای باید رعایت شود، چگونه است تا زمانیکه دعوای عمومی به جریان نیافتاده، نمی‌توان دعوی خصوصی ضرر و زیان ناشی از جرم را مطرح کرد، اما بر اساس ظاهر ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، لازم نیست دعوی عمومی وارد مرحله تحقیقات مقدماتی یا تکمیلی شده باشد، بلکه به محض این‌که تعقیب شروع شد، می‌توان دادخواست دعوی ضرر و زیان را تقدیم

و زیان ناشی از جرم دهیم. اما نظر وجیه‌تر بر مبنای فلسفه دوم است که ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، برای امکان بهتر جبران شدن خسارت مجنی‌علیه وضع شده و طرح دعوای طاری، نافی این نیست، بلکه در تحقق این هدف نیز به کار می‌رود. از مفهوم رای دیوان عالی کشور^(۱) که عنوان می‌کند به لحاظ این‌که قرارداد خواهان و خوانده و چک‌های مبادله شده بابت ثمن معامله و دریافت وجه چک‌ها از جانب خوانده اصلی، عموماً مقدم بر تاریخ طرح دعوی وارد ثالث بوده است، دعوای وارد ثالث فاقد وجهت قانونی است. بنابراین قضات دیوان عالی کشور نیز معتقدند که امکان طرح حداقل دعوای ورود ثالث در دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم وجود دارد و در مواردی قانونگذار افراد ثالث را مسؤول جبران خسارات ضرر و زیان ناشی از جرم قرار داده است. مثل عاقله در قتل خطایی. اگر معتقد به این امر باشیم که دیه در کنار وصف تنبیهی و جنبه مجازات، جنبه جبران خسارت نیز دارد. بنابراین، اشخاص ثالث را می‌توان به دادرسی جلب کرد. پس می‌توان ادعا کرد امکان جلب ثالث در دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم ممکن است.

۱. رای شماره ۲۳/۳۸۷-۲۳/۷/۲-۶۹ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور

دادستان کرد؟ با انجام این امر رعایت مواعد مذکور در دعوی طاری موضوعیت پیدا می‌کند و از زمان دادن دادخواست در هر مرحله‌ای که باشد، شرایط دعوی حقوقی از جمله دعوی طاری باید رعایت شود.

نتیجه

به نظر می‌رسد اگر معتقد امکان طرح دعوی طاری در ضمن دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم باشیم، عدالت قضایی را بیش از گذشته رعایت کرده‌ایم و فرصتی به صاحب حق داده‌ایم تا حق خویش را پوشش دهد؛ زیرا دعوی طاری، تابع قواعد عمومی است و در این مورد دعوی حقوقی استقلال خود را حفظ می‌کند و مثل قواعد حقوقی و آیین دادرسی مدنی با آن برخورد می‌شود؛ چرا که ضرر و زیان ناشی از جرم عنوان حقوقی دارد^(۱) و امکان طرح دعوی طاری در ضمن دعوی حقوقی ضرر و زیان ناشی از جرم ممکن است. این استدلال که ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری که یک صلاحیت اضافی به دادگاه کیفری داده، تا به تبع جرم، به دعوی خصوصی نیز رسیدگی کند، مخالفتی با طرح دعوی طاری در این گونه دعوی ندارد و با استعانت از اصول حقوقی چون اصل اباحه و با توجه به نیازهای دادرسی امروزی، طرح دعوی طاری ضمن

دعوی حقوقی ضرر و زیان ناشی از جرم مجاز است.

فهرست منابع

۱. زراعت، عباس، تقریرات درس آیین دادرسی کیفری، دانشگاه کاشان، ۱۳۷۸.
 ۲. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر دراک، جلد سوم، ۱۳۸۸.
 ۳. عبدالقادر القهوجی، علی، اصول المحاکمات الجزائیه، بیروت، الدار الجامعیه، ج ۱، بی تا.
 ۴. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
 ۵. متین دفتری، دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی جلد اول چاپ سوم، شماره‌های، تهران، مجد، ۱۳۸۸.
 ۶. معین، محمد، فرهنگ فارسی، دوره یک جلدی، تهران، نشر کتاب آرا، ۱۳۸۷.
7. <http://www.hvm.ir/cletailnews.usp>

اصول قضاوت و داوری در اسلام

صادق نقیعی
کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

مقدمه

در شناخت و بررسی نظام مقوقی اسلام از جمله بمت قضا و دادرسی، نباید صرفاً به قوانین فعلی پرداخت؛ زیرا قوانین این شان را ندارند که از آنها بتوان بر مبانی و منابع مقوق اسلام اشراق پیدا کرد. با این کار فلت عالم ثبوت و اثبات پیشین می‌آید؛ زیرا هدف این است که موضوع قضا و داوری اسلامی و ویژگی‌های آن را در افق تشریح و از لسان وحی به دست آوریم نه این‌که آنچه در قوانین آمده است را به پای شریعت اسلام بگذاریم. بسیاری از مواد قانونی بزفی آراء و استنباط‌ها که مأفوذ از منابع اسلامی است یا زاییده‌اندیشته مقنن بوده و یا منبعث از به مقوق غربی باشند. فقها و ممدثین زمت تبویب کتب مفصل فقهی و روایی تقبل نموده و مراجعه ممدققین را به مسائل مربوط به هر موضوع را با دسته‌بندی مفید آسان نموده‌اند. به عنوان مثال قریب به اتفاق فقها، بایی مستقل تمت عنوان قضا و شهادت را در کتب فود گنجانده‌اند، اما نباید به همان یک باب اکتفا کرد؛ زیرا بسیاری از زوایای دادرسی اسلامی و ویژگی قضاوت در اسلام، در ابواب دیگر مثلاً در فلال مباحث عقود یا در ابواب مدود و قصاص و غیره مطرح شده است و لذا با تکیه بر منابع اصیل اسلامی ویژگی‌های بارز قضا و داوری اسلامی را تبیین می‌نماییم.

کلید واژه‌ها: قضاوت، داوری، مقوق اسلام، فقه

درآمد

حقوق نیز مانند سایر علوم بشری، هدفی را دنبال می‌کند و بر اساس مبانی خاصی وضع می‌شود. گاه وضع قانون در جامعه، نه تنها رفع نزاع نمی‌کند، بلکه خود نزاع جدیدی است که حل آن تنها با وضع قانون دیگر میسر می‌شود. مثلاً هر گاه در وضع قانون به نظام ارزشی جامعه (مثلاً عدالت) توجه نشود، با اقبال جمعی جامعه روبه‌رو نشده و مورد اعتراض و نزاع قرار می‌گیرد. لذا یکی از عوامل اختلاف در نظام‌های حقوقی، اختلاف اهداف و مبانی آنها است که به مبانی به قواعد حقوقی و احکام آن نیز سرایت می‌کند. مثلاً حقوقی که تنها اهداف مادی (آسایش فرد) را در نظر دارد، با حقوقی که در مسیر اهداف معنوی (مصالح جامعه یا قدرت دولت و یا در افق والای عالم اخروی) گام می‌نهد، احکام و مقرراتی متفاوت خواهند داشت. برای شناسایی یک نظام حقوقی و درک نقاط ضعف و قوت آن باید به اهداف و مبانی و هماهنگی احکام آن نظام با اهداف مورد نظر توجه شود؛ زیرا مبانی، سایه یک نظام ارزشی و قوه‌ای الزام‌آور و جهات مشروعیت بخش را بر سر قانون می‌گسترانند. از ویژگی‌های مبانی حقوق این است که کلیت

دارند، وسیع می‌باشند، غیرقابل وضع‌اند،^(۱) جامعه را بر متابعت قوانین اقناع می‌نمایند و در موارد ابهام یا سکوت قانون، راهگشا هستند. (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۶۸، صص ۱۶۷ تا ۱۷۲) این مبانی در جامعه به طور خود جوش ایجاد می‌شوند و از مقوله الزام و اکراه نیستند. البته شاید بتوان به طور صناعی برخی مبانی عقلایی در جامعه را کم رنگ و برخی مبانی جزئی را از نظر جامعه مهم جلوه داد، اما در نهایت نظام حقوقی که بتواند بر مبانی اصیل و حقوق بشری و فطری انسان تکیه زند و بشر را به سرمنزل مقصود برساند، موفق است و ماندگار خواهد بود. از این رو حقوقدانان مسلمان برآنند که بشر به یکباره توان فهم فلسفه عظیم و الزامات عقلانی نهفته در مبانی حقوق را نداشته و لذا یکی از ادله ارسال تدریجی رسل و کتب آسمانی را باید در همین نکته خلاصه نمود و کشف برخی مبانی ملزمه حقوق در هر زمانی گواهی بر پیچیدگی خلقت و رفتار و روان و نیازها و امال و اهداف بشر دانست و چون بنا بر بیان آیات و روایات، مبانی ملزمه حقوق اسلامی به طور کامل در کتاب آسمانی قرآن آمده است،^(۲) لذا گفته می‌شود که در اسلام ما

۱. اصطلاح مبنا معادل (Base) و اصطلاح منبع معادل (Source) می‌باشد و به علت کم سابقه بودن تحت این عناوین اندکی دارای ابهامند.

۲. و عنده مفاتيح الغیب لا یعلمها الا هو و یعلم ما فی البر و البحر و ما تسقط من ورقه الا یعلمها و لا حبه فی ظلمات الارض و لا رطب و لا یابس الا فی کتاب مبین انعام / ۵۹ و مضمون روایت امام صادق (ع): که ما کلیات امور را بیان می‌کنیم و شما فروع را از آن کلیات کشف و اجتهاد کنید انما علینا ان تلقی الیکم الاصول و علیکم ان تفرعوا (عاملی، حر، وسائل الشیعه، ج ۱۸، قم، موسسه آل بیت، باب ۶، من ابواب صفات القاضی، ح ۵۱، ۱۴۰۹ ه.ق.، صص ۵۳ و ۵۴).



وضع قانون نداریم بلکه کشف احکام است که از طریق اجتهاد در منابع تشریع اسلامی به دست می‌آید. در نظام حقوقی اسلام، اجتهاد جانشین اصل قانونگذاری در نظام‌های دیگر است. (همان، ص ۱۷۰)

از دیگر سو منابع، حقوق امر یا اموری است که از طریق آنها مقررات اجتماعی کشف و در اختیار جامعه یا مجری قانون گذاشته می‌شود. در منبع حقوق، بحث از مشروعیت یا لازم الاجرا بودن مقررات اجتماعی نیست. به عنوان مثال به قرآن که یکی از منابع حقوق اسلام است، از آن نظر اطلاق منبع می‌شود که احکام و مقررات مندرج در آن را بدون چون و چرا لازم‌الاجرا می‌دانیم. در این مرحله به این که این احکام به چه جهت لازم الاجرا آیند و مشروعیت خود را از کجا کسب کرده‌اند، نمی‌پردازیم، اما میان حقوقدانان مسلمان از دیر باز به جای اصطلاح مبنا از اصطلاح «ملاک و ملاکات حکم» و از اصطلاح منبع تحت عنوان «مدارک احکام» یاد کرده‌اند و عقیده مشهور حقوقدانان امامیه بر آن است که منابع حقوق اسلامی به حصر عقلی چهار مورد می‌باشد و از آنها به ادله اربعه یاد کرده‌اند. بی‌مناسبت نیست که به هدف حقوق نیز اشاره کنیم و آن «اصل یا اصولی است که نظام حقوقی و مبانی آن، مقدمه‌ای برای حصول آنها است. لذا هدف حقوق همیشه از مبناهای آن

اهمیت بیشتری دارد و به تعبیر فلسفی علت غائی مبانی و قواعد و مقررات حقوقی به شمار می‌آید. (همان)

۱. معنا و اهمیت قضاوت

قضاوت، داوری کردن و حکم کردن در میان مردم است. رفع خصومت و اختلاف است به هنگام نزاع و مشاجره در اموال، موارث و سایر حقوق. (شهید اول، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۸۹؛ شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۸۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۸۰)

قضا از مناصب بسیار مهم، و پر مسؤولیت اسلام است. مقام قضا از مقام اجتهاد و فتوی برتر و والاتر است؛ زیرا هر مجتهدی می‌تواند فتوی دهد، ولی هستند در میان آنان، کسانی که شایستگی قضاوت را ندارند. (همان، ص ۳۵۱) در نظام حقوقی اسلام، منصب قضا صرفاً متعلق به پیامبر و ائمه صلوات الله علیهم اجمعین می‌باشد و در مرتبه دوم به طور نسبی برای کسانی که از جانب معصومین به خصوص یا عموم، معرفی و منصوب شده‌اند می‌باشد. (شهید اول، پیشین، ص ۸۹؛ موسوی خمینی، پیشین، ص ۸۰) به همین علت است که آیات متعددی بر اهمیت این منصب و امر به قضاوت سالم وارد شده است که شواهدی از آن ذکر می‌گردد: «ای داوود ما تو را در زمین خلیفه قرار دادیم.^(۱) پس بین مردم به حق حکم کن و از هوای نفس پیروی مکن»؛

۱. یا داوود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق و لا تتبع الهوی فیضلک عن سبیل الله

«آنها که با احکامی که خدا نازل کرده، حکم نمی‌کنند، کافرنند»^(۱) در آیه دیگری آمده است «هرگاه حاکم بین مردم شوید به عدالت داوری کنید»^(۲) و همچنین «ما قرآن را به حق به سوی تو فرستادیم تا به آنچه خدا (به وحی) بر تو پدید آرد، میان مردم حکم کنی و از کسانی مباش که از خائنان حمایت می‌کنند»^(۳) شاهد دیگر این که «اموال یکدیگر را به باطل و نا حق نخورید و برای خوردن مال دیگران به گناه قسمتی از آن مال را به قضاوت به عنوان رشوه ندهید در حالی که می‌دانید که این کار گناه است»^(۴) و همچنین فرموده است که «ای اهل ایمان نگهدار عدالت باشید»^(۵) و در آیه دیگری ذکر شده است: «ای اهل ایمان در راه خدا استوار و گواه عدالت و درستی باشید و نباید شما را دشمنی گروهی بر آن بدارد که از طریق عدل بیرون روید. عدالت کنید که عدل به تقوا نزدیک‌تر از هر

عمل است و از خدا بترسید که خدا به هر چه می‌کنید، آگاه است»^(۶) همچنین روایات زیادی بر اهمیت موضوع قضا و داوری در اسلام از ائمه به ما رسیده است که بر جایگاه خطیر قضا و داوری بین مردم تاکید نموده‌اند مثلاً امام علی (ع) به شریح قاضی فرمودند: «ای شریح به مقامی منصوب شده‌ای که فقط مخصوص پیامبر (ص) یا وصی از طرف ایشان است و غیر این دو فرد، هر که بر آن منصب تکیه زند بد بخت است»^(۷) و در روایت دیگر آمده است که «قاضی در پرتگاه جهنم قرار گرفته است»^(۸) و «هر کس در دو درهم به غیر آنچه که خدای عزوجل نازل فرموده است، حکم کند، تحقیقاً کافر شده است»^(۹) و «زبان قاضی بین دو جمره از آتش است، تا این که بین مردم قضاوت کند، پس یا در بهشت است و یا در آتش»^(۱۰) امام صادق (ع) نیز در این خصوص فرمودند که: «قضات چهار قسم‌اند که سه قسم آنها

۱. و من لم يحکم بما انزل الله فاولئك هم الضالمون (مائده، ۴۴)

۲. ... اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل (نساء، ۵۸)

۳. انا انزلنا الیک الكتاب بالحق لتحکم بین الناس بما اراک الله و لا تکن للخائنین خصیماً (نساء، ۱۰۵)

۴. و لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل و تدلوا بها الی الحکام لتأکلوا فریقاً من اموال الناس بالاثم و انتم تعلمون (بقره،

۱۸۸)

۵. یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین بالقسط (نساء، ۱۳۵)

۶. یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین لله شهداء بالقسط و لا یجرمنکم شنتان قوم علی الا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوی

و اتقوا الله ان الله خبیر بما تعملون (مائده، ۸)

۷. قد جلست مجلساً لا یجلسه الا نبی، او وصی نبی او شقی، (عاملی، ح ۲)

۸. ان القاضی علی سفیر جهنم، (همان، ح ۳)

۹. من حکم فی درهمن بغیر ما انزل الله عزوجل فقد کفر، همان، باب ۵، ح ۲.

۱۰. لسان القاضی بین جمرتین من نار حتی یقضی بین الناس فاما فی الجنة و اما فی النار (همان، باب ۲، ح ۳)



در نظام حقوقی اسلام، اصل اولیه اصل پیش‌گیری و پیش‌بینی قبل از ابتلا در موضوعات و احکام می‌باشد. در مکتب اسلام، فلسفه اینکه چه کسی بتواند بر مسند قضاء بنشیند و لسان وی ینبوع احکام الهی باشد، پیش‌گیری از آسیب‌های بعدی است.

آیات و احکام توحیدی و عبادی، مسؤلیت در برابر خداوند و این‌که جهان ساحت پروردگار می‌باشد، یادآوری می‌شود و ضمن یادآوری مبانی الزام‌آور حقوق اسلامی، بر تهذیب نفس و تسلیم پروردگار بودن و قدم در صراط مستقیم گذاردن، تاکید می‌نماید تا با تهذیب نفس، از وقوع جرایم و جنایات جلوگیری شود و در آیات و سوره‌های بعدی، به جرایم و مجازات‌ها در قالب آیات الاحکام می‌پردازد. کتب روایی و تفسیری نیز بر این شیوه تبویب یافته‌اند و رسم فقهای نیز بر این بوده که از کتاب عبادات شروع به تالیف کتب خود نموده و به کتاب دیات ختم می‌نمودند. در مکتب اسلام، فلسفه اینکه چه کسی بتواند بر مسند قضاء بنشیند و لسان وی ینبوع احکام الهی باشد، پیش‌گیری از آسیب‌های بعدی بوده و

در آتش و یک قسم آنها در بهشت می‌باشد: مردی که به ظلم قضاوت می‌کند و حال آن‌که می‌داند، این مرد در آتش است و مردی که به ظلم قضاوت می‌کند و حال آن‌که نمی‌داند، پس این مرد در آتش است، و مردی که به حق قضاوت می‌کند، و حال آن‌که نمی‌داند، که این مرد هم در آتش است، و مردی که به حق قضاوت می‌کند و حال آن‌که می‌داند، پس این مرد در بهشت است»^(۱) بنابراین به علت بدیهی بودن اهمیت موضوع قضا و داوری در اسلام و همچنین به علت وفور آیات و روایات (نصوص متقن) در این نوشتار به همین مقدار از بحث بسنده نموده و در این بحث، استناد به اجماع (که اگر ثابت باشد نیز مدرکی است و اعتباری ندارد) و یا استشهاد به سایر اقوال علماء و ادله عقلی را لازم نمی‌داند. حال با تدقیق در منابع حقوق اسلام (ادله اربعه) به حول و قوه الهی به تبیین و تعریف ویژگی‌های دادرسی اسلامی می‌پردازیم.

۲. ویژگی‌های قاضی در اسلام

در نظام حقوقی اسلام، اصل اولیه اصل پیش‌گیری و پیش‌بینی قبل از ابتلا در موضوعات و احکام می‌باشد. در ابتدای قرآن کریم که تبویب آن نیز توسط پیامبر صلی الله علیه و آله صورت گرفته است، ابتدا در

۱. القضاء اربعه: ثلاثه فی النار و واحد فی الجنة، رجل قضی بجزور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بجزور و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو یعلم فهو فی الجنة (همان، باب ۴، ح ۶)

لذا صفات و ویژگی‌های لازم برای قاضی در جامعه اسلامی پیش‌بینی شده تا با شناسایی این گونه افراد، مسلمین بتوانند با تمسک به داوری آنان، دین و دنیای خود را حفظ نمایند. این ویژگی‌ها به ترتیب ذیل با استناد به مجامع روایی و کتب فقهی ذکر می‌گردد:

الف) ویژگی‌های قاضی در اسلام قبل از

تصدی توسط مقام قضا

قاضی باید دارای ویژگی‌های زیر باشد:

بلوغ،^(۱) عقل،^(۲) ایمان، (شهیدثانی، پیشین،

ص ۴۸۹) عدالت،^(۳) اجتهاد مطلق، (موسوی خمینی، پیشین، ص ۸۴) رجولیت (شهید اول، پیشین، ص ۸۹) طهارت مولد، اعلیمت بر کسانی که در شهر یا نزدیک آن ساکن هستند،^(۴) حافظه قوی یا ضابط بودن،^(۵) کتابت،^(۶) بینایی و بصر.^(۷)

جامعه اسلامی باید در شناسایی و نصب افرادی با صلاحیت اخلاقی و علمی فوق، امور مورد تنازع مردم را به وی بسپارد و طبیعی است که درصد خطا و لغزش این گونه قضات عالم به شان خود بسیار کم است. اسلام با

۱. شید ثانی، شرط عقل، ایمان، بلوغ، عدالت، و طهارت مولد را اجماعی می‌داند و شرط کتابه و حریه و بینایی را بنا بر مشهور دانسته‌اند و از دیگر شرایطی که ذکر نموده‌اند قدرت سخن گوئی و حافظه خوب و اجتهاد در احکام را که با معرفه مقدمات آن حاصل می‌شود و آن مقدمات شش‌گانه است که ایشان به ترتیب بدین شرح ذکر نموده‌اند. «وهی الکلام والاصول والنحو والتصریف ولغه العرب و شرائط الادله والاصول الاربعه و هی الکتاب و السنه و الاجماع و العقل» (شهید ثانی، پیشین، صص ۴۸۵ و ۴۸۶)

۲. شهید اول کمال را به عنوان یکی از ویژگی‌های قاضی برمی‌شمارد و اهلیت افتاء را اضافه نموده است و ذکوره و بصر و کتابه را برای قاضی واجب دانسته است. در خصوص طهارت مولد علم حقیقی به ذوات الاشیاء فقط نزد خداست، اما گوئی شخص بدون طهارت مولد از نظر فقها ناقص می‌باشد؛ زیرا شهید ثانی در شرح شرط کمال که شهید اول ذکر کرده است، نوشته‌اند که کمال، یعنی بلوغ و عقل و طهارت مولد. برخی جرم‌شناسان عقیده بر این دارند که برخی جرایم از جمله جرایم جنسی، ارثی می‌باشند و در روایت است که شروع هر کاری به نام الله نباشد، ابتر است. بنابراین جای این شبهه پیش نمی‌آید که چرا گناه زانیین را بر ولد گذارند و او را از تصدی امر قضا محروم نموده‌اند.

۳. شرط ایمان را در عدالت داخل می‌داند (شهید ثانی، پیشین ۴۸۹)

۴. امام خمینی، این مورد را بنا بر احوط ذکر می‌نمایند. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۸۴)

۵. می‌فرمایند اگر فراموشی و نسیان شخص سبب شود که از آن شخص سلب اطمینان در گفتارش شود، اقوی جایز نبودن قضاوت اوست.

۶. در مورد اعتبار شرط کتابت محل نظر و اختلاف است و شهید ثانی، در مورد شرط کتابت نوشته‌اند که چون بدون نوشتن امور ضبط و به خاطر سپردن تمام جزئیات امور جز برای نبی صلی الله علیه و آله، برای دیگران بسیار دشوار است لذا پیامبر هر چند امی بود، اما به خاطر توان به خاطر سپاری و حافظه و قوه ضبط قوی قاضی بودند به همین خاطر برخی در شرط بودن این شرط اشکال کرده‌اند و گفته‌اند که چون با شاهد می‌توان جزئیات را حفظ کرد لذا این مسئله شرط نیست اما جواب همان است که حفظ جزئیات امور حتی با شهود غیر ممکن یا عسر و حرج است، لذا بر شخص بی‌سواد منصب قضا واجب نیست لفقده بعض الشروط. (شهید ثانی، پیشین، ص ۴۸۹)

۷. امام خمینی، این شرط را بنا بر احوط می‌داند و می‌فرماید: هر چند عدم این شرط نیز خالی از وجه نمی‌باشد. شهید اول این شرط را واجب می‌داند و شهید ثانی، در مورد شرط بینایی نوشته‌اند که چون توان شناسایی افراد و طرفین خصومت، بدون قوه بینایی برای غیر نبی (ص) مشکل است لذا این شرط نیز در قاضی واجب است لذا حضرت شعیب (ع) هر چند نابینا بود، اما این امر به علت توان شناسایی افراد و طرفین خصم از طرف ایشان خللی بر قضاوت ایشان نمود لذا برخی نیز بر اعتبار این شرط اشکال کرده‌اند. (شهید ثانی، پیشین، ص ۸۹)



ب) ویژگی‌ها و الزامات قاضی بعد از

تصدی منصب قضا

۱- در صورتی که نیازمند باشد، می‌تواند از بیت‌المال ارتزاق کند؛^(۲)

۲- قاضی باید تساوی بین طرفین دعوی را رعایت نماید^(۳) و در سخن گفتن با طرفین دعوی و سلام کردن به آنها و نگاه کردن به آنها و انواع احترامات^(۴) دیگر و در گوش دادن به سخنان آنها و رعایت انصاف در حق آنان به برابری رفتار نماید، اما لازم نیست که قاضی در میل قلبی خود نسبت به طرفین تساوی را رعایت کند^(۵) و کراهت دارد قاضی اختصاصاً یکی از طرفین دعوا را مورد خطاب قرار دهد که سخن را آغاز کن، (شهیدثانی، همان) بلکه باید بگوید شخص مدعی سخن خود را آغاز نماید، (همان) یا این‌که سخن آغاز نمایید و اگر هر دو شخص با هم به سخن گفتن آغاز

پیش‌بینی این شرایط برای قاضی، سدی محکم جهت جلوگیری و پیش‌گیری از تصدی امر قضا به دست نا اهل و قضات جور را تدارک دیده و بر امت اسلامی است که امر داوری در نزاع‌های خود را به آنها بسپارند و از مراجعه به قضات جور خودداری کنند.^(۱) در نظام حقوقی اسلام، حتی ندای وجدان و اخلاق شخص نیز مخاطب قرار می‌گیرد و می‌فرماید: هر کس این شرایط را ندارد، تصدی امر قضا بر وی حرام است، هر چند دیگران به اهلیت وی اعتقاد داشته باشند. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۸۲) اگر جامعه در نصب قضات، به شرایط مذکور در باب قضا، عالمانه و عادلانه و با بصیرت رفتار نماید و مقید باشد دامن این منصب خطیر بی‌آلایش می‌ماند.

۱. (نساء، ۶۰) امام خمینی، در مسئله چهارم نوشته‌اند که قاضی جور کسی است که جمیع شرائط قضاوت را نداشته باشد و هر کس نزد او ترافع برد مرتکب معصیت شده و آنچه را به حکم آنان گرفته است، در صورتی که دین باشد حرام است و در عین اشکال است. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۸۲)
۲. شهید اول، همان و شهید ثانی، همان، ص ۴۹۱، زیرا قضاوت عبادت است و اخذ اجرت بر عمل عبادی حرام است. اما در صورت نیاز، قاضی می‌تواند از بیت المال ارتزاق کند زیرا مصرف بیت المال در مصالح است و امر قضا از اهم مصالح جامعه می‌باشد و اخذ اجرت از طرفین دعوا یا شخص دیگر در حکم رشوه است. شهید ثانی، همان و امام خمینی، همان، ص ۸۲ می‌فرمایند که برای کسی که قضاوت برای وی و وجوب تعیینی پیدا نکرده است ارتزاق از بیت المال بر وی جایز است هرچند غنی باشد اما در صورت غنا اولی ترک ارتزاق از بیت المال است و در صورت تعیین منصب قضا بر وی صرفاً اگر محتاج است حق ارتزاق از بیت المال را دارا می‌باشد. [و الا فلا: زیرا قیام به انجام تکلیف خود نموده است].
۳. شهید اول، همان و امام خمینی، همان، ص ۸۸ می‌فرمایند که: رعایت تساوی در احترام و غیر آن حتی در صورت اختلاف طرفین در شرف و مقام و منزلت نیز باشد لازم الرعایه است.
۴. شهید ثانی، همان، ایشان در توضیح انواع احترامات می‌نویسند که اموری مثل اذن ورود به طرفین دعوا و نشان دادن و یا سر پا نگه داشتن آنها و در روی کردن و توجه به آنها باید رعایت تساوی نماید
۵. شهید اول، همان و شهید ثانی، همان ایشان ذکر می‌نمایند که چون این کار معمولاً امکان ندارد و همچنین اصحاب دعوا از آن بی اطلاع هستند اشکال ندارد اما اگر بتوان در میل قلبی نیز رعایت بی طرفی نمود آن نیز مستحب است (اما به هر حال این فقط یک میل قلبی است و نباید در قضاوت، عدل و انصاف را تحت الشعاع قرارداد).

نمودند، ابتدا باید به سخن کسی گوش فرا دهد که در جانب راست طرف دیگر قرار گرفته است.^(۱) رشوه گرفتن بر قاضی حرام است و اگر اخذ نمود، باید برگرداند (شهیدثانی، همان، ص ۴۹۳) و همچنین بر قاضی حرام است که دلیل یکی از طرفین را به او تلقین کند. (شهید اول، پیشین ص ۹۰، موسوی خمینی ص ۹۰) و در صورتی که حکم بر قاضی روشن باشد و یکی از طرفین خواهان حکم باشد، بر قاضی لازم است که قضاوت کند. (همان) و البته مستحب است که قاضی طرفین را به آستی ترغیب کند و مکروه است که قاضی در ساقط کردن حقی یا ادعایی وساطت کند. (همان) و نباید در حین اشتغال ذهن به خواب و عصبانیت و یا گرسنگی قضاوت نماید^(۲) و اگر مدعی درخواست کند که اقرار مقرر را بنویسد، قاضی آن را مکتوب نماید. قاضی می‌تواند به علم خود در حق الله و چه در حق الناس به طور مطلق عمل نماید. قاضی بدون درخواست مدعی نباید منکر را قسم بدهد. اگر مدعی علیه سوگند خورد، دعوی نسبت به وی ساقط است. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۱۰۴) و بعد از سوگند خوردن او، شاهد مدعی مقبول واقع نمی‌شود. (همان‌جا) قاضی می‌تواند برای

احضار شهود مهلت دهد (همان‌جا) و اگر قاضی نمی‌داند که شاهد عادل است یا فاسق، باید از مدعی بخواهد که شاهد را تزکیه کند (همان‌جا؛ شهید ثانی، پیشین، ص ۵۰۱) و آنگاه قاضی به طرف مقابل می‌گوید که اگر جرح و ایرادی بر شهود دارد، تا سه روز بیاورد که اگر شاهدی بر فسق شهود نیابرد، با درخواست مدعی حکم صادر می‌کند. (همان‌جا) اگر قاضی در شهادت شاهدان شک کند، باید آنها را جدا کند و درباره خصوصیات ماجرا از آنها بپرسد و در صورتی که سخن آنها مختلف باشد، شهادت آنها باطل می‌شود. (همان‌جا) همچنین بر قاضی حرام است که شاهد را در شهادتش به تردیداندازد یا او را تشویق کند یا وی را در شهادت دادن بی‌ رغبت کند. (همان‌جا) قاضی صرفاً در حق الله (حدود) می‌تواند مقرر را از اقرار بازدارد و در حق الناس حق ندارد (همان‌جا، شهیدثانی، پیشین، ص ۵۰۲) و شایسته است که قاضی هنگام سوگند طرف دعوی در کلیه حقوق غلظت نشان دهد و در انتخاب کیفیت گفتار و زمان و مکان سوگند مختار است. (موسوی خمینی، پیشین، ص ۱۰۴)

ویژگی‌های دادرسی اسلامی، پروسه‌ای عظیم است که رؤوس مطالب را به دست داده

۱. که اگر دعوا واحد باشد بنا بر روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) باید (جهت نظم) همیشه بدین رسم عمل نمود و برخی گفته‌اند که با قرعه یکی را جهت سخن گفتن مشخص می‌نماید زیرا محل قرعه، موضوعات مشکل است و اینجا نیز امر مشتبه و مشکل است. (شهیدثانی، پیشین)

۲. شهید ثانی، اضافه نموده است که در حال سیری مفرط و سر درد (وجع) یا قبل از تخلیه اخبین (دستشویی رفتن) اما اگر با وجود یکی از این اوصاف قضاوت نماید، حکم او نافذ است (شهید ثانی، پیشین، ص ۴۹۴)



شریعت مقدس اسلام، بنای فلسفی و عملی خود را بر علم و عقلانیت نهاده است و سراسر قرآن کریم سفارش به تدبر و تعقل می‌باشد. روایات کثیری نیز بر این موضوع صحه گذاشته است و پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در مورد اهمیت عقل و اندیشیدن فرموده‌اند: هر کس عقل ندارد، دین هم ندارد و... دین مرد، عقل اوست و هر که دین ندارد،

جزایی، مانند شهادت، علم قاضی، اقرار، قسم، قسامه، ادله عرفی و عقلایی هستند که اسلام به خاطر همین خصیصه آنها را امضا نموده است.^(۱)

۳-۲. تساوی در حقوق و اختلاف احکام بر

حسب مصالح و طبیعت افراد

نظام حقوق اسلام بر اساس فطرت و شناخت حقیقی نیازهای وی تنظیم شده و با تکیه بر وحی برای سعادت بشر تشریح شده است. در این مکتب حقوقی، خالق و مقنن، واحد است، لذا در شناخت نیازهای وی و احکام متناسب آن موفق بوده و یکی از رازهای این نظام حقوقی که استمرار و جاودانگی آن است را باید در همین نکته یعنی عقلانیت کامل و تناسب با فطرت بشر و رعایت برابری حقوق

و گوشه‌ای از این نظام حقوقی را در چارچوب موضوع مقاله بیان شد:

۳. اصول قضاوت و داوری در اسلام

۳-۱. عقلایی بودن احکام و نظام حقوقی

اسلام

شریعت مقدس اسلام، بنای فلسفی و عملی خود را بر علم و عقلانیت نهاده است و سراسر قرآن کریم سفارش به تدبر و تعقل می‌باشد. روایات کثیری نیز بر این موضوع صحه گذاشته است و پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در مورد اهمیت عقل و اندیشیدن فرموده‌اند: هر کس عقل ندارد، دین هم ندارد و... دین مرد، عقل اوست و هر که دین ندارد، عقل ندارد (فرید تنکابنی، ۱۳۸۱، ص ۴۶۶) امام علی علیه السلام خطاب به فرزندش امام حسن علیه السلام می‌فرمایند: ارزشمندترین بی‌نیازی عقل است و بزرگ‌ترین فقر، بی‌خردی است. (دستی، ۱۳۷۹، ص ۶۳۳) مشهور اصولیین از دیر باز عقل را به عنوان احد ادله اربعه و یکی از منابع اصلی استنباط حقوق اسلامی معرفی نموده‌اند و فصلی مشبع از کتب اصولی، به مبحث مستقلات عقلیه و ملازمه حکم عقل و حکم شرع اختصاص یافته است. (مظفر، ۱۳۸۲، ص ۴۷۵) و در جای خود ثابت شده است که تمام ادله اثبات جرم، اعم از حقوقی و

۱. لازم به توضیح است که امضایی بودن و عرفی و عقلایی بودن سایر ادله اثباتی، چندان مورد شک و شبهه نمی‌باشد و تنها قسامه است که برخی بر تاسیسی (غیر امضایی) بودن آن عقیده دارند. هر چند عقلایی بودن آن را انکار ننموده‌اند، اما مولف در پایان نامه کارشناسی ارشد، قاعده لوث و قسامه، هم عرفی و عقلایی بودن قسامه و هم امضایی بودن آن را با استناد به منابع متقن حقوقی و تاریخی با اثبات رسانده است.

انسان‌ها جست‌وجو کرد. در این نظام حقوقی، انسان‌ها از هر جنس و نژاد و پوستی که باشند، از حقوق مساوی برخوردارند و در طی سلوک به کمال انسانی خویش آزادند. در عمل نیز می‌بینیم هنگامی که حضرت علی علیه‌السلام در دادگاه حاضر می‌شود و در کنار مدعی مقابل قاضی می‌ایستد، چون قاضی خصم را به نام و امام را با کنیه می‌خواند، حضرت خشمگین می‌شود که چرا به من احترام بیشتری کردی (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، پیشین، ص ۳۹۱) و یا این که حضرت علی علیه‌السلام، هر چند حاکم وقت است، حاضر می‌شود با یک نفر که غیر مسلمان است، در مقابل قاضی دادگاه اسلامی بایستد؛ در نظام حقوقی اسلام، زنان، در انتصاب به برخی موقعیت‌ها و مناصب شغلی محدود می‌باشند. که در توجیه گفته‌اند در مورد شهادت زن ضمن این که زنان به علل مختلف کمتر در موقعیت شهادت دادن بر مسائل و اعمال مردان هستند (بر عکس مسائل و امور زنان)، این امر آنان را در مظان اتهام قرار می‌دهد، لذا شارع در اکثر موارد، وجود دو شاهد زن را معتبر دانسته است تا کمتر مورد اتهام باشند. همچنان که در اکثر موارد شهادت دو مرد را مثبت امری دانسته، نه یک مرد به تنهایی و مثلاً در موقعیت شاهد بودن زن که معمولاً در امور و مسائل زنان رخ می‌دهد، چون مورد اتهام نیستند و به امو خود آگاهند، شهادت آنان در آن امور، به تنهایی مورد امضای شرع قرار گرفته است. در مناصب

شغلی نیز به همین گونه مثل منصب قضا که اولاً مورد اتهامند و دوم این که این منصب با مهر و لطافت و صفای روحانی زنان معمولاً سازگار نیست و لذا این تکلیف شرعی نیز از دوش زنان برداشته شده است کما این که بر همه مردان نیز تصدی امر قضا و جوب نیافته است؛ زیرا شروط آن صرفاً در برخی اشخاص مجتهد گرد می‌آید. اما برخی از محققین حقوق اسلامی بر این عقیده‌اند که اسلام قضاوت زنان را معتبر دانسته و با ادله شرعی به دفاع از موضع خود پرداخته‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، صص ۳۷۱ به بعد)

۳-۳. نظر داشتن به اصلاح فرد و جامعه

قرآن مجید بارها بر اصلاح فرد و اجتماع تاکید نموده است و از مشتقات واژه «صلح» به کرات استفاده کرده و بارمضمون اصلاح فردی و اجتماعی، در آیات مختلف مورد تاکید قرار گرفته است. (آیت‌اللهی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۴) این امر نشان از اهمیت اصلاح فردی و اجتماعی در منظر قرآن دارد. در این زمینه پیامبر اکرم صلی‌الله علیه و آله می‌فرماید: می‌خواهید که شما را از چیزی که حتی بهتر از روزه و نماز و صدقه است، خبر دهم؛ آن همان اصلاح میان کسان است؛ زیرا فساد میان افراد مایه هلاکت است (فرید تنکابنی، پیشین، ص ۴۰) امام حسین علیه‌السلام، فلسفه قیام کربلا را اصلاح امت جد خود می‌داند. همچنین با دقت در باب حدود که از مهم‌ترین ابواب جزایی



است که قاضی مسلمان در آن مورد به علت عدم نص قانونی و مانده باشد. اگر در دوره اخیر با کمی رکود در عرصه حقوق و به ویژه قوانین شکلی و تجارت روبه رو شده و چشم به حقوق غرب دوختیم، نیز دلیل خود دارد؛ اولاً، استفاده و بهره‌گیری از امور عقلایی سایر ملل و نحل تا زمانی که مخالف مصالح خمسّه شریعت و روح قوانین اسلامی نداشته باشد، بدون اشکال است؛ ثانیاً، کم کاری و عدم ترقی اجتهادی در محققین مسلمان در قرن اخیر، بر آن دامن زده و همچنین امور حقوقی مذکور و مبتلا به، از ویژگی‌های پیشرفت‌ها و پیچیدگی روابط انسانی (از بعد از انقلاب کبیر فرانسه) نشأت می‌گرفت که در جوامع غربی زودتر مطرح و سال‌ها روی آن مباحث تلاش شد. از این رو اخذ برخی دستاوردهای علمی آنان، نشان‌دهنده ضعف حقوقی نمی‌باشد، کما این‌که در روایت از معصوم است که «اطلبوا العلم و لو فی الصین». و نظام حقوقی اسلام با جامعیت و پیروی از احکام علمی و عقلانی، نه تنها همه جانبه و کامل، بلکه رمز جاودانگی آن نیز همین است. برخی محققین با کم لطفی و به علت کم اطلاعی از منابع اصیل اسلامی، حتی بدیهیات مباحث حقوق خصوصی و عقود را به پای حقوق فرانسه و انگلیس نوشته‌اند

حقوق اسلام می‌باشد، ادله اثباتی منصوص این باب و کیفیت اعتبار ادله اثباتی در آن که از خصایص ادله این باب است، فلسفه اربعایی و اصلاحی تشریح مشخص و جنبه انتقام‌جویی آن بسیار کم رنگ می‌باشد؛ زیرا اصل در آن اثبات نشدن و خطا پوشی است و دقت در کل نظام حقوقی اسلام، نشان‌دهنده این در قصاص بر عفو و بخشش اولیاء دم تأکید شده است^(۱) و بنا بر قولی در آن حکم نیز نظر به حیات جامعه و عدالت اجتماعی می‌باشد. (مدیر شانه‌چی، ۱۳۷۸، ص ۳۲۳)

۳-۴. جامعیت

حقوقدانان مسلمان بر این عقیده‌اند که نظام حقوقی و دادرسی اسلامی، با جامعیت تمام توانسته است در خصوص تمام اعمال و رفتار بشر، با ایجاد انبعاث بر امتثال احکامی سودمند و انسان‌ساز و با گام نهادن در مسیر حقوق فطری بشر و در سایه اجرای این احکام، انسان می‌رود تا شمه‌ای از صفات حق تعالی بر روی زمین گردد و اسوه جانشین خدا (خلیفه الله) بر روی زمین باشد و از هر جرم فردی و اجتماعی بری گردد. در آیات^(۲) و روایات^(۳) متعددی بر این جامعیت تأکید شده است و در منابع معتبر حتی یک مورد گزارش نشده

۱. ... و من تصدق فهو كفارة له (مائده - ۴۵)

۲. و عنده مفاتيح الغيب لا يعلمها الا هو و يعلم ما في البر و البحر و ما تسقط من ورقه الا يعلمها و لاجبه في ظلمات الارض و لارطب و لا يابس الا في كتاب مبين (انعام - ۵۹)

۳. امام صادق فرمود: «انما علينا ان نلقى اليكم الاصول و عليكم ان تقوعوا (عاملي، ص ۴۱)

نمودن دیگر. بنابراین باید انسجام این نظام حقوقی در عمل نیز حفظ شود.

۳-۶. هماهنگی با فطرت و نیازهای

حقوقی بشر

نظام حقوق اسلامی که با اتصال و اتکا به منبع وحی الهی که جهت تنظیم روابط شخصی و اجتماعی بشر و مسؤولیت در ساحت مقدس الهی به راهنمایی بشر بر لسان نبی اکرم که به تعبیر قرآن «پیامبر صلی الله و علیه و آله از روی هوی سخن نمی گوید، بلکه تنها وحی را بیان می نماید»^(۱) نازل گردیده است با فطرت بشر هماهنگ می باشد و به تعبیر واگلری نویسنده غربی: «ما در این کتاب (قرآن) مخزن ها و ذخایری از علوم می بینیم که فوق استعداد و ظرفیت با هوش ترین اشخاص و بزرگ ترین فیلسوفان و قوی ترین رجال سیاست و قانون است.» (به نقل از: درآمدی بر حقوق اسلامی، ص ۴۳۸)

۳-۷. جلوگیری از پایمال شدن مال یا

خون افراد

در نظام دادرسی اسلامی نباید کوچک ترین حقی پایمال شود و نمونه های عملی آن در قرآن و نهج البلاغه و سایر منابع اسلامی دیده می شود. یک شاهد از حقوق جزای اسلام ذکر

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴) البته کسی پیشرفت ها و زحمات علمی آنان را در مسائل حقوقی، خاصه در مباحث بیمه و برات و شرکت های تجاری و سپرده های بانکی و حقوق دریایی و ارتباطات که یکی از امتیازات حقوق آنها به شمار می رود، انکار نمی کند، اما با زیر سوال بردن داشته های خود و طرح این مسائل جزئی نباید رنج ها و مصائب علمی مسلمانان را به وادی چالش کشاند. جامعیت این نظام حقوقی و دادرسی بر همگان مبرهن است و در این مورد می توان به اعترافات حقوقدانان و نویسندگان بزرگ غرب مراجعه نمود.^(۱)

۳-۵. انسجام و پیوند

انسجام این است که یک حقوق گسترده با بهره مند بودن از بخش های مختلف و جداگانه، آن چنان با مبانی فکری و عقیدتی در ارتباط باشد که گسستن آنها از یکدیگر ممکن نباشد و این همان ارتباط و پیوند است که اجزای حقوق اسلامی با مبانی عقیدتی و اخلاقی دارد و دارای چنان منابع حقوقی می باشد که در سایه آن منابع، روح معرفتی حاکم بر قوانین حقوقی و جزایی آن موج می زند و در سایه اجرای کامل قوانین آن است که بشر به سعادت می رسد نه اجرای برخی و متروک

۱. برای بررسی موضوع و سخن این نویسندگان ر.ک: درآمدی بر حقوق اسلامی، پیشین، ص ۳۴۷ به بعد

۲. ما یناطق عن الهوی ان هو الا وحی یوحی (نجم ۵۳، ۳ و ۴)



مورد بازداشت و زندان در حقوق اسلامی بسیار نادر است و مجازات زندان تعزیری در دنیای امروز از دستاوردهای حقوق خارجی است و الا از نظر بینش اسلامی، بزهکار در بیرون از حبس با ارتفاع مشکلات مادی و معنوی در سایه زلال احکام الهی، باید تزکیه شود و به اجتماع برگردد.

از دستاوردهای حقوق خارجی است و الا از نظر بینش اسلامی، بزهکار در بیرون از حبس با ارتفاع مشکلات مادی و معنوی در سایه زلال احکام الهی، باید تزکیه شود و به اجتماع برگردد، مگر در چند مورد خاص که مجرم به مجازات سالب حیات محکوم گردیده است که آن هم با عفو ولی دم یا توبه قبل از اثبات جرم مرتفع می‌گردد.

۳-۹. استمرار و عدم خلأ قانونی

با توجه به کامل بودن و جامعیت قوانین تشریحی الهی و باز بودن جای اجتهاد در منابع حقوق اسلامی و جواب‌گویی و توانایی این نظام حقوقی، نظام دادرسی اسلام استمرار دارد و با عنایت به منابع مکتوب هنوزموردی در زمینه خلأ قانونی گزارش نشده است. به

می‌گردد و آن این‌که که اگر خونی بی گناه ریخته شود و در نهایت قاتل آن مشخص نشود و کسی در مظان اتهام نباشد، دیه آن شخص از بیت‌المال پرداخت می‌شود؛ زیرا نباید کوچک‌ترین حقی در سایه دادرسی اسلامی پایمال شود و در سایه ایمن احکام الهی، نباید کوچک‌ترین ضرری بر افراد وارد آید.^(۱)

۳-۸. احترام به کرامت و شرافت انسان

جایگاه رفیع مقام و منزلت انسان در این نظام حقوقی بسیار رفیع و غیر قابل انکار است. از جمله این‌که مجازات‌های مقدر و بالقوه‌ای را برانجام یا ترک بسیاری از احکام و قوانین شرعیه را به علل مختلف و از جمله به علت توجه به شأن و منزلت انسان به مراحل بعدی حیات به تعلیق در آورده است. دقت در فلسفه تشریح حدود و ادله اثباتی آنها نیز راهنمای دیگری می‌باشد و دیگر این‌که برای توجه به کرامت و شرافت انسانی نهفته در توبه افراد، در این سیستم دادرسی چنان اثری مترتب است که در شرایطی حتی اثبات جرم نیز مجازاتی را در پی ندارد. زندانی نمودن افراد با شان و منزلت انسان در تضاد می‌باشد لذا مورد بازداشت و زندان در حقوق اسلامی بسیار نادر است و مجازات زندان تعزیری در دنیای امروز

۱. لثلا بیطل دم امری مسلم: زیرا خون هیچ مسلمانی نباید هدر رود. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، بیروت، بی‌تا،

قواعد فقهی چون قاعده عسر و حرج، قاعده لاضرر، قاعده درء، قاعده جبّ و حدیث رفع است که نه چیز مثل فراموشی، اضطراب، اکراه و خطا را از دوش امت اسلامی برداشته است. این قواعد، قواعدی امتنانی و تخفیف دهنده‌اند که هر کدام با شرایط خاص خود، امور مردم را سهل و آسان نموده‌اند که این موارد نمونه‌هایی از سهل‌گیری نظام حقوقی اسلام در امور مردم می‌باشد و پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز فرمودند که من بر شریعت سهل و سمحه مبعوث شده‌ام.^(۴)

۳-۱۱. حافظ منافع و مصالح عمومی

بودن

نظام حقوقی اسلام هر چند نهایت توجه به حقوق و تکالیف فردی دارد، اما هر جا بین حقوق فردی و اجتماعی تعارض ایجاد شود، با تشریح احکامی، منافع اجتماع را حفظ نموده است. هر جا شأن و منزلت انسانی در معرض وهن و خفت قرار گیرد، هر چند منافع مستقیم اجتماع نیز مورد تعرض نباشد، اما جهت حفظ

فرمایش امام خمینی (ره)، فقه تئوری واقعی و کامل اداره انسان از گهواره تا گور است. (عزیری؛ ۱۳۸۴، ص ۳۸۴) و به حق، هیچ مسأله‌ای در این نظام حقوقی فروگذار نشده است. این همان روایت معروف است که ما ائمه علیه‌السلام، کلیات تمام امور را مشخص نموده‌ایم و کار شما رد فرع بر اصل و اجتهاد و کشف حکم است.^(۱)

۳-۱۰. سهولت و سماحت

این نظام حقوقی در عین حال بنا را بر سهولت گذاشته و آیات و روایات کثیری بر این مطلب وارد شده است^(۲) که انسان را هیچ گاه تکلیف به ما لا یطاق ننموده است و بنای دین اسلام را بر سهولت و عدم سختی معرفی نموده است.^(۳) هر جا فرد بانددک دشواری از شرایط جسمی یا روحی قرار گیرد، با تجویز قواعد و احکامی از باب امتنان حکم عبادی یا حقوقی را از وی رفع و مرتفع نموده است از جمله قواعدی که از قرآن و سنت ماخوذ گردیده و از ضروریات فقه به شمار می‌روند،

۱. علینا القاء الاصول و علیکم التفریح (حراملی، پیشین، ج ۵۲ و ۵۴)

۱. به عنوان نمونه روایتی از امام سجاد است: «و بر زیر دستان همچون پدری دلسوز باشی و خطاهایی را که از روی جهل مرتکب شده‌اند، بر آنان بیخشای و در کيفر اعمال بدشان شتاب نکرده و خداوند را به خاطر توانایی که در امور به تو داده سپاسگزار باش. (سپهری، ۱۳۸۲، ص ۱۲۲)

۲. خداوند در مقام تکلیف بر شما مشقت نهاده است (حج، ۷۸)، خداوند در دین هیچ گونه سختی برای شما قرار نخواهد داد (مانده، ۶) و آیات فراوان دیگری مؤید این معنا هستند از قبیل انعام، ۱۵۲؛ طلاق، ۷؛ بقره، ۲۳۳

۳. «بعثت علی الشریعه السمحه السهله» و در روایت دیگر آمده است: «ان ابا جعفر (ع) کان یقول: ان الخوارج ضیقوا علی انفسهم بیجهاله، و ان الدین اوسع من ذلک» به نقل از سید محمد بجنوردی، پیشین، ص ۳۶۷



در بسیاری از موارد، در سیستم دادرسی اسلامی وضعیت مجرم مد نظر قرار گرفته است. بر قاضی است که با توجه به وضعیت متهم و مجرم، احکام خاص وی را جاری نماید. مثلاً در نظام دادرسی اسلام بر کودک حد جاری نمی‌شود و در موارد ضروری تأدیب می‌گردد.

مجازات‌های مقرر در باب حدود و... با ترجیح حقوق اجتماع بر فرد به حقوق اجتماع اصالت داده است، لذا این وظیفه حقوق است که در کل با تنظیم روابط، اجتماع انسانی را سر و سامان دهد.

۱۲-۳. توجه به وضعیت متهم و مجرم

در بسیاری از موارد، در سیستم دادرسی اسلامی وضعیت مجرم مد نظر قرار گرفته است. بر قاضی است که با توجه به وضعیت متهم و مجرم، احکام خاص وی را جاری نماید. مثلاً در نظام دادرسی اسلام بر کودک حد جاری نمی‌شود و در موارد ضروری تأدیب می‌گردد، یا این‌که بر شخص مست حد و تعزیر جاری نمی‌شود تا به وضع عادی

منزلت و شأن نوع انسان و حفظ حقوق افراد، حقوق فردی را محدود نموده است. البته با استناد به قواعد و اصول شرعی مستدلی که شارع مقدس حجت قرار داده است که این گونه قواعد نیز مستمسک تضييع حقوق به حقه افراد نشود.^(۱) برخی از محققین مسلمان، برآنند که حتی در حکم امضایی مثل قصاص نیز نظر به جنبه حیات اجتماعی مدنظر است، نه حقوق فردی، هر چند آن نیز حاصل شده است. لذا با سلب حیات جانی، سلامت اجتماع را تضمین نموده است، یا این‌که شخصی که به خاطر ثروت زیاد نمی‌تواند هر روز با تزویج زوجات متعدد و موجبات آزار جامعه را فراهم نموده است با محدود کردن دائره اختیار ایشان و تشریح احکام اضطراری دیگر به حفظ حقوق اجتماعی پرداخته است و یا این‌که فردی با طلاق مکرر، و رجوع مکرر موجبات وهن و خفت همسر خود که انسانی است که جایگاه و کرامت وی در اسلام از حرمت کعبه بیشتر است، را فراهم آورده، با تشریح حکم حرمت ابدی زوج، مگر با وجود محلل (سه طلاق مکرر حرمت ابدی زوج را به دنبال دارد، مگر با مرگ یا طلاق توسط شخصی که مجدداً با آن زن ازدواج نماید) یا (احکامی از این قبیل که نمونه آن فراوان است مثل اکثر

۱. مثل قاعده لا ضرر که حقوق مالی و مادی مضر به حال سایر افراد در اجتماع محدود می‌کند، لذا بر قاعده تسلیط حاکم است یا قاعده لاجرح و... که نمونه‌هایی از احکام ساقط کننده حقوق فردی به نفع اجتماع است.

برگردد. همچنین، زن حامله یا شیرده را در حد یا تعزیر مهلت مناسب می‌دهد و یا این که اگر پدر فرزند خود را به قتل برساند، دارای حکم خاص خود است و اینها نشان از دقت به وضع متهم است که موارد آن فراوان است.

۱۳-۳. توجه به تاثیر زمان و مکان در

اجتهاد و قضاوت و عناصر جرم

نظام دادرسی اسلامی با عنایت ویژه به عناصر متشکله جرم و توجه به زمان و مکان وقوع جرم، احکام خاصی را تشریح نموده است. مثلاً در سال قحطی، سرقت را از خصیصه جزایی حدی به تعزیری تقلیل می‌دهد یا انجام جرایم، مخصوصاً جرایم حدی به خاطر اشتباه در حکم یا موضوع، از باب قاعده درء، مجرم معاف از مجازات می‌شود. ارتکاب جنایت در ماه‌های حرام باعث تغلیظ دیه است. سرقت از مال مشترک، خصیصه سرقت حدی را ندارد. بسیاری از فقهای متأخر و محققین^(۱) به نقش موثر عنصر زمان و مکان در احکام و اجتهاد و همچنین به نقش مقتضیات زمان در احکام، نظریه‌ها و آراء جدیدی را با تمسک به منابع اسلامی ارائه نموده‌اند که بسیار راه‌گشا بوده و به خصوص در مسائل مستحدثه و مبتلابه، به توجه و تحقیقات حقوقی بیشتری نیاز است.

۱۴-۳. توجه به حقوق غیر مسلمانان

در نظام حقوق اسلام همه مردم و لو غیر مسلمین نیز در سایه احکام اسلامی آزادانه زندگی می‌کنند و در اجرای مناسک خود آزادند. همچنین، جان و مال آنها در سایه دادرسی اسلامی محقون بوده و می‌توانند در احوال شخصیه (ازدواج، ارث، وصیت و...) نیز از حقوق هم‌کیشان و داوری خاص خود بهره ببرند و همانطور که گفته شد نمونه عملی جلوس امیر مسلمین (علی‌ع) در پای میز محاکمه قضاوت اسلامی در حالی که طرف ایشان غیر مسلمان بوده است، در منابع متعدد گزارش شده و مکتوب است و این نهایت توجه یک نظام دادرسی به حقوق اقلیت‌ها می‌باشد و مثالی بی بدیل در جهان می‌باشد.

۱۵-۳. ظرافت و دقت علمی در نظام

دادرسی اسلامی

نظام دادرسی اسلامی، به دو جهت از امتیاز ویژه برخوردار است: اول آن که از متون حقوقی و نصوص و افری که سر در آستان وحی الهی واحادیث ائمه (ع) دارد، بهره‌مند است و دوم این که دارای ابزار استنباطی خاصی می‌باشد که حجیت و اصالت خود را از دو منبع پیشین اخذ نموده است و آن علم اصول فقه یا استنباط (به تعبیر امروزی منطق حقوقی یا انفورماتیک حقوق) است. دقت

۱. در این زمینه به آراء امام خمینی (ره) و تأثیر عنصر زمان و مکان از منظر ایشان رک: (فیض، ۱۳۸۷ صص ۹۱ به



یکی از ویژگی‌های حقوق عقلائی را تناسب جرم و مجازات می‌دانند که نظام حقوق اسلامی نیز که نظامی عقلائی و مطابق فطرت و وسع بشری است، نه حکم مالایطاق نموده است و نه مجازات غیر متناسب با جرم ارتكابی دارد.

تناسب جرم و مجازات می‌دانند که نظام حقوق اسلامی نیز که نظامی عقلائی و مطابق فطرت و وسع بشری است، نه حکم مالایطاق نموده است و نه مجازات غیر متناسب با جرم ارتكابی دارد. عنوان نمونه در قرآن کریم آمده است: «کتبنا علیهم فیها النفس بالنفس و العین بالعين و الانف بالانف و الاذن بالاذن و السن بالسن و الجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفاره له»^(۲)

۱۸-۳. نظام دادرسی مختلط

سیستم دادرسی اسلامی، از ویژگی و امتیازات سیستم دادرسی اتهامی و تفتیشی بهره برده و سیستم علمی و عقلائی را به عنوان سیستم حقوقی اسلامی به جهانیان عرضه نموده که با دقت در ویژگی‌ها و اصول نظام‌های دادرسی (اتهامی، تفتیشی

در ظرایف علمی، از ویژگی‌های این نظام دادرسی است^(۱) که چون یکی از مهم‌ترین مسائل هر نظام حقوقی شناسایی مدعی و منکر است و می‌توان گفت یکی از ارکان دادرسی اسلامی در شناخت این قاعده (مدعی و منکر) که مضمون روایتی از پیامبر صلی الله علیه و آله است. (حرعاملی، پیشین، ح ۲، ۳ و ۵) و جهت روشن شدن به یکی از موارد ظرایف علمای اسلام در این موضوع اشاره می‌شود: حقوقدانان امامیه هفت تعریف از مدعی و منکر ذکر کرده‌اند که دقت در هر یک از تعاریف مذکور، گویای نکات و ظرایف عدیده حقوقی پر کاربرد می‌باشد و کثرت آراء و نظرات اجتهادی غیر قابل احصاء حقوقدانان مسلمان که هر کدام خود مدرسه‌ای عظیم را به وجود آوردند، گویای مطلب فوق است.

۱۶-۳. استقلال قاضی در صدور رأی و

اصل عدم نقض حکم

در نظام دادرسی اسلامی، اصل بر استقلال و عدم نقض آرای قضات می‌باشد، اما موارد نقض آرا نیز که موارد محدودی می‌باشد، امکان داشته و موارد آن را برشمرده‌اند. (موسوی خمینی، پیشین، صص ۸۶ و ۸۸)

۱۷-۳. تناسب حکم با مجازات

یکی از ویژگی‌های حقوق عقلائی را

۱. بحث و شرح ممیزات نظام‌های حقوقی مذکور در این مجال را نمی‌توان ذکر نمود لذا به کتب مفصل در این خصوص مراجعه شود.

۲. مانده، ۴۵

...)) مشخص می‌شود که نظام حقوقی اسلام با امتیازات خاص خود، نظام حقوقی مختلط می‌باشد.

نماید. حقوق باید بتواند شامه محقق را به اوج قله فهم حقوقی رشد دهد و منابع استنباطی و اصیل اسلامی این صلاحیت را دارند.

۱۹-۳. هدایت‌گر و قانون بودن

در این سیستم حقوقی، قواعد و ملاک مورد توجه شارع به گونه‌ای است که اگر شخصی با آنها آشنا شود به برکت عقلانیت و هدفمندی نهفته در آنها زود هنگام استعداد و آمادگی اجتهاد و قضاوت حسب منابع و مصالح شرعی را پیدا می‌کند و این از دقت این نظام حقوقی و برکات شریعت الهی است. لذا می‌بینیم که هر چند صرفاً پیامبر صلی الله و علیه و آله و امام علی علیه السلام دارای منصب قضایی عملی بودند، اما قضاوت‌های موردی سایر ائمه و روایات ایشان، چنان در عین ائتمان است که گویی سال‌ها روی هر حکم و روایت کار علمی و عملی صورت گرفته است و یک نظام حقوقی حتماً باید به محقق خود یک شمّ حقوقی بدهد، نه صرف اعطای محفوظات و چند ماده جزئی، تا محقق آن بتواند توان استنباط و اجتهاد حکم پیدا کند، نه این‌که با عادت به محفوظات و مواد جزئی همیشه در تکاپوی مواد محدود و متناقض باشد و بدون توجه هر روز از جمع چند ماده حکم متناقض دیگری به تناقضات قبلی اضافه

۲۰-۳. جدیت در اصلاح فرد و جامعه

از ویژگی‌های دادرسی اسلامی این است که در صورت اثبات جرم مماشات ندارد و بر قوی و ضعیف و امیر و افراد با منزلت اجتماعی وضیح یکسان اجرا می‌شود و آیات و روایات کثیری گواه بر این مطلب هستند.^(۱)

۲۱-۳. سیستم ادله منصوص یا قانونی

برای این‌که بر هیچ شخصی اجحاف نشود و مدعی و منکر و شاکی و مشتکی‌عنه به راحتی توان اثبات و برائت داشته باشند و همچنین قاضی نیز کمتر در مظان اتهام قرار گیرد، نظام حقوقی اسلام از نظام ادله منصوص و قانونی بهره برده است و حتی با توجه به بینش الهی که بر روح قوانین آن حاکم گشته است، در برخی جرایم ادله اثباتی محدود گشته و در برخی جرایم، ادله اثباتی توسعه دارد. در جایی یک اقرار و شهادت یک مرد و شهادت زنان دلیل اثباتی نیست و در جای دیگر افاده لوث می‌نماید و در جای دیگر دلیل اثباتی کافی می‌باشند. فلسفه این احکام، به دقت حقوقی و علمی زیادی نیاز دارد تا زوایای دیگر این نظام دادرسی معرفی شود.

۱. مانند، آیات ۴۴ و ۴۵ و ۴۷؛ بقره، ۱۸۷ و ۲۲۹؛ نساء، ۱۴. همچنین به نقل موردی در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله بسنده می‌کنیم: در زمان آن حضرت زنی از قریش سرقت کرده بود و اجرای حد ضربه عظیمی برای قبیله بنی مخزوم و قریش بود. آنها به دست و پا افتادند و بنابراین با اصرار اسامه را نزد پیامبر فرستادند. آن حضرت به او فرمودند که از من درخواست تعطیل قانون می‌نمایی؟ و فرمودند که: همانا آنها که قبل از شما بودند، هلاک شدند زیرا رسم و عادت آنها این بود که چون بزرگی در بین آنها دزدی می‌کرد او را بدون مجازات رها می‌کردند و هنگامی که شخص ضعیفی سرقت می‌نمود بر او حد و کیفر اجرا می‌کردند، (صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۱۴ به نقل از دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، پیشین، ص ۳۹۱)



۲۲-۳. بنای تشخیص موضوعات بر

عرف و شناخت عقلا

نظام حقوق اسلامی، نظامی علمی و عقلایی می‌باشد. در احکام و موضوعات خود به امور علمی و عقلایی کاملاً توجه نموده است و بسیاری از احکام عقلایی جامعه را مورد تایید و امضاء قرار داده است. به ویژه در تشخیص موضوعات احکام، همان روش عرفی و عقلایی را دارد. لذا در تعریف اکثر موضوعات، تعریف جدیدی ارائه نموده و به همان تشخیص عرفی و عقلایی جامعه بسنده نموده است (موضوعاتی از قبیل معانی عقود، لوث، ضرر، قضاوت، حکم، انسان، نکاح، طلاق، طعام، شراب، مسافرت، ولادت، موت و...)؛ زیرا اولاً، مهم شناخت موضوع بوده که آن حاصل شده و دوم این‌که شناخت آن از نظر عرف ملاک است که آن نیز حاصل شده است و سوم این‌که تشخیص موضوع به عهده عرف و مردم است، نه شارع (نجفی، پیشین، ج ۴۲، ص ۲۳۴؛ فیض، پیشین، صص ۵۰ به بعد؛ موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۴۹۷) اعمال بشری و موضوعات مرتبط با وی دارای حکم مورد توجه بشر است و الا احکام موضوعاتی که فکر بشر به آن موضوع نرسد، بر شارع نیز لزومی ندارد که موضوع ایجاد کند و حکم دهد؛ زیرا زینده شارع حکیم نیست که به دنبال احکامی باشد که هنوز جامعه بشر نه مبتلا به آن است و نه فکر شناخت آن موضوع را دارد. لذا هماهنگ با تشخیص بشر از موضوعات، احکام نیز صادر گردیده و رمز فتح باب اجتهاد همین است. سخن محققین که حقوق همیشه به دنبال فهم اجتماع است،

سخن صحیحی است، اما اخذ روش عقلا در تشخیص موضوعات یا اخذ برخی احکام عقلایی رایج در اجتماع توسط شرع و امضای آنها، نقطه ضعفی برای شرع نبوده، بلکه نشان از روش عقلایی شارع و احترام این نظام حقوقی بر روش علمی و عقلایی بشر می‌باشد. این امر بدین معنی نیست که شارع نتواند در شناخت ابعاد موضوع یا مقید کردن یا توسعه برخی احکام عقلایی تصرف نماید، بلکه کار شرع، اخذ موضوع از عرف و ایجاد قواعد و احکامی متناسب با فطرت انسان جهت تنظیم روابط ایشان و سعادت وی می‌باشد. قاضی باید در تشخیص موضوعات مورد نیاز و شناخت امور مجسم و انتزاعی در موارد لازم، به فهم عقلا و معانی عرفیه مراجعه نماید. این سنت حسنه نظام حقوق اسلامی است و به خاطر سطح فکر بشر در صدور احکام شناخت ابعاد موضوعات را به دقت عقلی و فلسفی در نظر نگرفته است.

نتیجه

موارد مذکور اهم اصول دادرسی و داوری اسلامی بود که هرچند شرح و بسط آنها به طور مختصر آمد، اما تا حدودی بیانگر درخشش و امتیازات ویژه این نظام حقوقی و دادرسی قضات است که با تکیه بر نظام حقوق اسلامی و با ایجاد تمهیدات لازم جهت تسلط بر منابع و قواعد استنباط از آنها و با کشف و صدور احکام عقلایی طبق موازین اسلامی روز به روز بر اعتلا و غنای نظام حقوقی و دادرسی اسلامی، بیفزایند.

فهرست منابع

۱. امام سجاد علیه‌السلام، رساله الحقوق، مترجم: محمد سپهری، قم، موسسه دارالعلم، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، موسسه الاعلمی للمطبوعات، جلد دوم، انتشارات بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۳. آیه الهی، سید مهدی، کشف الآیات الغیبی، تهران، نشر جهان آرا، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۴. بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهیه، جلد پنجم، قم، انتشارات دلیل ما، چاپ اول، ۱۴۲۴ هـ.ق.
۵. تنکابنی، میرزا محمد، تأسیسات در قواعد فقهی، قم، دارالعلم بهبهانی، چاپ اول ۱۳۸۲.
۶. جبیبی عاملی، زینالدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، مصحح: مصطفی نصراللهی و ابراهیم محمدی، جلد اول از دوره سه جلدی، دار و مکتبه الارشاد، بی‌تا.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۸. حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، قم، موسسه آل بیت، بی‌تا.
۹. حکیم، محمد تقی، الاصول العامه للفقهاء المقارن، قم، انتشارات المجمع العالمی لاهل البیت علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۸.
۱۰. خراسانی، شیخ محمد کاظم، کفایه الاصول، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۱۱. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، در آمدی بر حقوق اسلامی (تک جلدی)، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۱۲. سید رضی، نهج البلاغه، مترجم: محمد دشتی، تهران، انتشارات دفتر انتشارات اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
۱۳. شهید اول، اللمعة الدمشقیة (تک جلدی)، بیروت، موسسه فقه الشیعه، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۴. شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، بیروت، انتشارات دار الاضواء، چاپ دوم، بی‌تا.
۱۵. صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، مشهد، چاپ بنیاد پژوهشهای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۶. عزیزی، حسین، مبانی و تاریخ تحول اجتهاد، جلد اول، قم، انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
۱۷. فرید تنکابنی، مرتضی، راهنمای انسانیت یا کلمات قصار حضرت رسول اکرم (ص)، تهران، انتشارات دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۸۱.
۱۸. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یازدهم، ۱۳۷۹.
۱۹. گواهی، زهرا، مبانی فقهی آراء خاص امام خمینی (ره)، تهران، نشر عروج، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۲۰. لطفی، اسدالله، بررسی اصل لزوم در عقود اسلامی، همدان، انتشارات دانشجو، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه - بخش مدنی، تهران، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.
۲۲. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقهیه، تهران، چاپ دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۷۹.
۲۳. مدیر شانه چی، کاظم، آیات الاحکام، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۲۴. مظفر، محمد رضا، اصول فقه، قم، انتشارات موسسه بوستان قم، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۲۵. موسوی خمینی، روحالله، تحریر الوسیله، جلد چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
۲۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد چهل و دوم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی‌تا.

ضبط قرار تأمین کیفری توسط قاضی ناظر زندان

لیلی کوهستانی جوان
دادیار دادرسی عمومی و انقلاب تهران

مکاتبه

بمات پیرامون هر موضوع مقوقی، روشنگر زوایای پنهان آن قضیه است و ارائه راهکارهای عملی در فصوص مشکلات موجب پیشرفت امور و رسیدن به غایت علم مقوق که برقراری عدالت است، می‌گردد. این نوشتار به بررسی ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در فصوص نمونه ضبط وثیقه و اخذ وجه‌الکفاله و وجه‌التزام می‌پردازد. وثیقه، ضبط و وجه‌الکفاله و وجه‌التزام اخذ می‌شود؛ سؤال تمقیق این است که این امور تابع چه مقرراتی است و توسط چه مرجعی باید اجرا شود؛ اجرای امکام مدنی یا کیفری؟ در حال حاضر در ماکم ایران این امر در هاله‌ای از ابهام بوده و هر یک از ماکم بر اساس سلیقه و استنباط خود از قانون عمل می‌کنند. نظر اکثریت این است که ضبط وثیقه و اخذ وجه‌الکفاله و وجه‌التزام باید توسط اجرای امکام مدنی و مطابق قوانین آن انجام شود، اما بر این دیدگاه ایرادهای اساسی وارد است که بررسی فواهد شد.

کلید واژه‌ها: وثیقه، وجه‌الکفاله، وجه‌التزام، ضبط، اجرای

امکام

درآمد

ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بیان می‌دارد به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی در موارد لزوم و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن یا تبانی با دیگری، قاضی مکلف است پس از تفهیم اتهام به وی یکی از قرارهای تأمین کیفری را صادر کند. قانونگذار همچنین در مواد ۱۳۴ تا ۱۴۷ همین قانون، شرایط دیگر تأمین کیفری را اعلام داشته است.

«وثیقه» در لغت به معنای «استوار، آنچه بدان اعتماد شود و محکم کاری» است و در اصطلاح به معانی زیر به کار رفته است: (منقول یا غیرمنقول) که وام گیرنده تحت یکی از صورت‌های قانونی از قبیل رهن، معامله با حق استرداد، آن را نزد وام دهنده می‌گذارد و وام می‌ستاند تا اگر در موعد مقرر آن را پس نداد، وام دهنده بتواند از محل فروش وثیقه و قیمت آن، طلب خود را وصول کند. همچنین مالی است که برای تضمین حسن اجرای تعهد داده می‌شود. در این صورت دین بالفعل و محقق وجود ندارد.

«کفالت» عقدی است که به موجب آن یک طرف در مقابل طرف دیگر، احضار شخص ثالثی را تعهد کند. برابر ماده ۷۳۴ قانون مدنی، متعهد را کفیل، ثالث را مکفول و طرف دیگر عقد را مکفول له گویند.

مطابق تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۱۳۲۰، «وجه التزام»، ربحی است که در قرارداد به تراضی طرفین مقدر می‌شود. قانونگذار فعل «اخذ» را برای وجه‌الکفاله و وجه‌التزام و فعل «ضبط» را در مورد وثیقه به کار برده است؛ چرا که ماهیت «اخذ» و «ضبط»، به لحاظ لغوی یا در استعمال به معنای خاص، با هم متفاوت است. «ضبط»، فرع بر «اخذ» می‌باشد؛ زیرا مورد وثیقه اخذ شده است، اما برای وصول کامل آن باید اقدام به ضبط آن به نفع دولت شود. در زمینه ضبط وثیقه نقدی مشکلی پیش نمی‌آید؛ چرا که پول نقد در حساب سپرده دادگستری موجود است، اما ضبط وثیقه ملکی، تابع قوانین خاصی است که به آنها اشاره خواهد شد.

درباره «اخذ» این سؤال پیش می‌آید که آیا مطابق قوانین اجرایی احکام مدنی باید انجام شود یا قوانین دیگر؟ مهم‌تر این که آیا ماده ۲ قانون نحوه اعمال محکومیت‌های مصوب ۱۳۷۷ در این خصوص قابل اعمال است؟

۱- نحوه ضبط وثیقه و اخذ وجه‌الکفاله**و وجه‌التزام**

مطابق ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری: «هرگاه متهمی که التزام یا وثیقه داده در موقعی که حضور او لازم بوده، بدون عذر



دادستان دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه‌الکفاله و وجه‌التزام را صادر و اجرای احکام کیفری که تحت ریاست دادستان قرار دارد، اقدام به این کار می‌کند. استنباط دیگر از این ماده آن است که دادستان صرفاً دستور اخذ و ضبط را صادر می‌کند و انجام اقدامات بعدی به عهده اجرای احکام مدنی می‌باشد.

اما بر این نظریه چند ایراد اساسی وارد است: اول: همان گونه که قرینه‌ای بر نفی این نظریه وجود ندارد، قرینه‌ای دال بر تأیید آن نیز یافت نمی‌شود و این ترجیح بلا مرجح است. دوم: از ظاهر ماده ۱۴۰ استنباط نمی‌شود که نظر قانونگذار، اخذ و ضبط به وسیله اجرای احکام مدنی است و اگر این گونه بود، اشاره‌ای به آن در این ماده یا مواد مرتبط می‌شد. همان گونه که اشاره‌ای به اجرای احکام مدنی نشده، قرینه‌ای نیز دال بر معطوف بودن نظر قانونگذار به اجرای احکام کیفری وجود ندارد، اما از آنجا که دستور توسط دادستان، صادر می‌شود، واحد اجراکننده این دستور باید تحت نظر دادستان باشد تا دستور وی قابل تبعیت باشد. در نتیجه اجرای احکام کیفری به ذهن متبادر می‌شود.

موجه حاضر نشود، وجه‌التزام به دستور رییس حوزه قضایی از متهم اخذ و وثیقه ضبط خواهد شد. اگر شخصی از متهم کفالت نموده یا برای او وثیقه بسپرد و متهم در موقعی که حضور او لازم است، حاضر نگردد، به کفیل یا وثیقه‌گذار اخطار می‌شود ظرف بیست روز متهم را تسلیم نماید. در صورت عدم تسلیم و ابلاغ واقعی اخطاریه، به دستور رییس حوزه قضایی وجه‌الکفاله اخذ و وثیقه ضبط خواهد شد.»

از سیاق ماده به نظر می‌رسد که دادستان^(۱) دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه‌الکفاله و وجه‌التزام را صادر و اجرای احکام کیفری که تحت ریاست دادستان قرار دارد، اقدام به این کار می‌کند. استنباط دیگر از این ماده آن است که دادستان صرفاً دستور اخذ و ضبط را صادر می‌کند و انجام اقدامات بعدی به عهده اجرای احکام مدنی می‌باشد.

آنان که دیدگاه دوم را صائب می‌دانند، بر این عقیده‌اند که مرجع انجام تحقیقات بعد از صدور دستور توسط دادستان، اجرای احکام مدنی دادگاه محل صدور قرار است، چرا که قرینه‌ای روشن دال بر نفی این قضیه وجود ندارد و رویه برخی دادسراها و دوائر اجرای احکام مدنی نیز بر این بوده و به این ترتیب یک عرف نسبی در این خصوص شکل گرفته است،

۱. به موجب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، دادستان عهده‌دار وظایف رییس حوزه قضایی است.

۲- اخذ تأمین و اعلام تخلف ضامن:

در بند ۵ ماده ۴۵ آیین نامه، سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴، اعطای مرخصی به محکومان با ملاحظه پیشرفت‌های باز پرورانه و مقررات آیین نامه، از وظایف قاضی ناظر بر زندان است. طبق نظریه شماره ۷/۶۸۶۲-۱۱/۹-۱۳۸۹/۱۱ اداره حقوقی قوه قضاییه اعطای مرخصی به زندان جنبه تشویقی دارد و تکلیفی برای مسؤولان نیست، همان‌طور که اعطای آزادی مشروط یا عفو تکلیف نیست. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸، ص ۱۰۳)

پس از تشکیل پرونده، قاضی ناظر زندان به منظور اطمینان از بازگشت زندانی، تأمین مناسبی را تعیین و اخذ می‌نماید. به موجب تبصره ۲ ماده ۱۲۴ آیین‌نامه، شورای طبقه‌بندی یا مقام‌های صالح قضایی می‌توانند به منظور بازگشت زندانیانی که برای اشتغال، حرفه آموزی و مرخصی، به خارج از زندان اعزام می‌شوند، وثیقه و تعهد مناسب در قالب قراردادهای مدنی یا تأمین‌های مذکور در مقررات آیین دادرسی کیفری از محکومان، متهمان و اشخاص ثالث معرفی شده از سوی ایشان، اخذ نمایند.

به موجب ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، قرارهای تأمین کیفری به شرح ذیل است:

(الف) التزام به حضور با قول شرف

(ب) التزام به حضور با تعیین وجه التزام

ج) اخذ کفیل یا وجه‌الکفاله

(د) اخذ وثیقه اعم از وجه‌نقد یا ضمانت‌نامه

بانکی یا مال منقول و غیرمنقول در تبصره این ماده مقرر شده است؛ قاضی مکلف است ضمن صدور قرار قبولی کفالت یا وثیقه، به کفیل یا وثیقه‌گذار (چنانچه وثیقه‌گذار غیر از متهم باشد) تفهیم نماید که در صورت احضار متهم و حضور نیافتن او بدون عذر موجه و معرفی نمودن وی از ناحیه کفیل یا وثیقه‌گذار، نسبت به وصول وجه‌الکفاله و ضبط وثیقه طبق مقررات این قانون اقدام خواهد شد.

به موجب ماده ۲۲۵ آیین نامه، چنانچه محکوم پس از پایان مدت مرخصی، به تشخیص مقام اعطا کننده مرخصی، بدون عذر موجه به موسسه یا زندان مراجعه ننماید، افزون بر ضبط تأمین مأخوذه در راستای ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مطابق قانون اقدام لازم معمول خواهد شد. در پاسخ به این پرسش که اگر کفیل به وظیفه خود درخصوص حاضر کردن متهم در مرجع قضایی عمل نکرد، تکلیف چیست و آیا قاضی باید کفیل را در صورت عمل نکردن به وظیفه خود مبنی بر پرداخت وجه‌الکفاله بازداشت کند و اینکه آیا اصولاً قاضی در بازداشت کفیل مخیر است یا خیر، نظریه‌های متفاوتی در فقه یا حقوق کیفری ارائه شده است.

شهید اول در جلد اول کتاب لمعه می‌نویسد



«کفالت، متعهد کردن به نفس است. اگر کفیل از تحویل دادن مکفول سرپیچی کند، حاکم شرع او را به تحویل دادن الزام می‌کند و در این صورت اگر استتکاف ورزد، ذی‌نفع و ذی‌حق، یعنی مکفول‌له می‌تواند زندانی شدن او را از حاکم شرع بخواهد تا مکفول را حاضر کند، یا آنچه‌که برعهده اوست، بپردازد.»

آیت الله مدنی می‌فرمایند: «در مرحله اول، حاکم شرع کفیل را الزام به تسلیم مکفول می‌نماید و در صورت امتناع از تسلیم، اگر مکفول‌له تقاضای حبس کفیل را کند، حبس کفیل برای حاکم جایز است و الاّ جایز نیست» آیت الله گرگانی می‌فرمایند: «بله در صورتی که کفالت از نفس کرده باشد، می‌توان کفیل را زندانی نمود.» آیت الله موسوی اردبیلی معتقدند: «می‌توان حبس کرد» آیت‌الله نوری همدانی اظهار می‌دارند: «در صورتی که راه منحصر به همین باشد، با رعایت مقدار لازم اشکال ندارد» و آیت‌الله سیستانی معتقدند: «در مواردی که کفالت صحیح است و کفیل مکفول را در موعد مقرر حاضر نسازد، زندان می‌شود تا او را حاضر کند و یا بدهی او را بپردازد و اگر غایب است و جای او معلوم است به او مهلت داده می‌شود به مقدار رفتن

«کفالت، متعهد کردن به نفس است. اگر کفیل از تحویل دادن مکفول سرپیچی کند، حاکم شرع او را به تحویل دادن الزام می‌کند و در این صورت اگر استتکاف ورزد، ذی‌نفع و ذی‌حق، یعنی مکفول‌له می‌تواند زندانی شدن او را از حاکم شرع بخواهد تا مکفول را حاضر کند، یا آنچه‌که برعهده اوست، بپردازد.» برابر روایتی، حبس کفیل تا حاضر کردن مکفول عنه جایز است.^(۱)

در مورد حبس کفیل در تحریرالوسیله آمده است: «هرجا و هر زمان که کفالتی جامع‌الشرايط تحقق یابد، برای مکفول‌له جایز است مکفول را از کفیل مطالبه کند و بخواهد که او را فوراً احضار کند. اگر مکفول، حاضر و در شهر بود، بر کفیل واجب است او را تحویل مکفول‌له دهد و اگر تحویل داد، به طوری که در دسترس او قرار گرفت، ذمه کفیل بری می‌شود و اگر از تحویل دادن طفره برود، مکفول‌له می‌تواند شکایت خود را نزد حاکم برد و حاکم او (کفیل) را زندانی می‌کند تا مکفول را تسلیم کند و یا حقی که از قبیل بدهی به گردن او است، به مکفول بپردازد. اما در حقی نظیر حق قصاص و کفالت از زوجه راه چاره فقط تحویل دادن است حاکم او را زندانی می‌کند تا او را حاضر کرده و تحویل دهد.» (موسوی خمینی، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۲۶۱)

۱. بر این روایت: عن ابی عبدالله (ع) قال: اتی امیرالمومنین صلوات الله علیه برجل قد تکفل بنفس رجل فحسبه فقال: اطلب صاحبک (سپهری، ۱۳۷۳، ص ۱۳۵)

و برگشتن و اگر حاضر نکرد، زندانی می‌شود، ولی اگر غایب است و جای او معلوم نیست و از او خبری نیست و امیدی به یافتن او نمی‌باشد، کفیل ملزم به احضار او نیست، ولی اگر در احضار مکفول تفریط کرده باشد، ضامن مال است.» (دادرسی، سازمان قضایی نیروهای مسلح، ۱۳۷۸، صص ۱۸ و ۱۹)

در قوانین موضوعه در خصوص حبس کفیل، رویه یکسانی وجود ندارد. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰، در ماده ۱۳۶ حبس کفیل را جایز شمرده است، اما با توجه به تصویب قانون منع توقیف اشخاص در قبال تعهدات مالی مصوب ۱۳۵۲، مجوز حبس کفیل ملغی شد. با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، می‌توان گفت در صورت محکومیت کفیل به پرداخت دین مکفول‌له، امکان بازداشت کفیل در مقام اجرای حکم فراهم خواهد شد، اما در قرارهای تأمین کیفری که کفیل صرفاً متعهد به احضار است و ضمانت اجرای آن پرداخت وجه‌الکفاله می‌باشد، بازداشت کفیل خلاف قوانین و مقررات فعلی است. با این توضیحات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی شامل کفیل نیست؛ زیرا کفیل در دادگاه محکوم نشده است. در این مورد اداره حقوقی قوه قضاییه، طی نظریه مشورتی اعلام داشته است «در صورتی که کفیل هیچ‌گونه مالی اعم از منقول

یا غیرمنقول و یا حقوق و وظیفه نداشته باشد تا وجه‌الکفاله از محل آن تأمین شود، نمی‌توان به توقیف کفیل مبادرت نمود؛ زیرا مقررات ماده ۱۳۶ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری در قسمت توقیف کفیل در قبال عدم پرداخت وجه‌الکفاله، با تصویب ماده واحده قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۲ نسخ شده و بنابراین توقیف کفیل ممنوع است»^(۱)

پس از تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در سال ۱۳۷۸ و حذف حکم منسوخ از مواد قانونی، این سؤال پیش آمد که آیا بازداشت کفیل در صورت عدم معرفی مکفول‌عنه ممنوع است، یا به استناد قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، می‌توان کفیل را برای عدم پرداخت وجه‌الکفاله بازداشت نمود، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۶۳۶-۱۱/۲۷-۱۳۸۲/۱۱ آورده است: «جلب یا توقیف کفیل به عذر عدم معرفی مکفول یا جهت معرفی مکفول در مرحله مقرر، منحصر به دستور وجه‌الکفاله، از وی است و در صورت استنکاف از پرداخت وجه‌الکفاله مبلغ مذکور بایستی از اموال وی استیفا شود». اداره حقوقی همچنین در نظریه شماره ۷/۱۰۴۴۵-۱۱/۱۹ اعلام کرده است: «مقررات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹۷-۱۳۶۶/۳۳-۱۱ اداره حقوقی قوه قضاییه



اجراست.»

در مورد ضبط وثیقه نیز باید به چند موضوع توجه کرد. در صورتی که وثیقه منقول باشد، مطابق ماده ۱ قانون جمع‌آوری و نحوه فروش اموال تملیکی مصوب ۱۳۷۰ به مالکیت دولت درمی‌آید. در مورد وثیقه غیرمنقول، پس از صدور دستور ضبط و قطعی شدن آن، وثیقه توسط سازمان اموال تملیکی به فروش می‌رسد و از وجه حاصل معادل وثیقه برداشت و به صندوق دولت واریز و مابقی به وثیقه‌گذار مسترد می‌شود. چنانچه ارزش مال معادل مبلغ تعیین شده یا کمتر از آن باشد ملک به نام دولت ضبط و سند مالکیت به نام سازمان اموال تملیکی صادر می‌شود. (شهری و ستوده چهارمی، ۱۳۷۳، ص ۸۹)

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا مقررات ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در مورد زندانیانی که برای مرخصی، تأمین معرفی می‌کنند و پس از اتمام مرخصی مرتکب غیبت می‌شوند نیز قابلیت اجرا دارد؟ عده‌ای نظر بر این دارند که مقررات مواد ۱۴۵ و ۱۴۶^(۲) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ناظر به مواد ۱۴۰ و ۱۴۱ همان

مالی، صرفاً ناظر به محکومیت‌های مالی است که با اصدار حکم از دادگاه به مرحله اجرا گذاشته می‌شود و چون اخذ وجه‌الکفاله حکم نیست. لذا نمی‌توان کفیل را برای وصول وجه‌الکفاله بازداشت کرد.» (ایرانی ارباطی، ۱۳۸۴، ص ۸۱) پس با مقررات فعلی، بازداشت کفیل با لحاظ عدم پرداخت وجه‌الکفاله جایز نیست.

در صورتی که کفیل کارمند دولت باشد و از پرداخت وجه خودداری کند، می‌توان وجه‌الکفاله را از حقوق وی کسر کرد. در این مورد نظریه شماره ۷۴۹۸-۷۴۹۸/۹/۱۳۸۵ اداره حقوقی قوه قضاییه چنین اظهار داشته است: «با توجه به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۱۳۸۴/۵/۲۵/۶۸۰ نحوه اجرای قرار تأمین صادره که جهت اعطای مرخصی به زندانی اخذ شده، وفق مقررات ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری است. بنابراین با صدور دستور اخذ وجه‌الکفاله از کفیل، اجرای آن مشمول قانون اجرای احکام مدنی است و اگر کفیل، کارمند دولت باشد و با صدور دستور اخذ وجه‌الکفاله از پرداخت امتناع کند، مقررات ماده ۹۶ قانون اجرای احکام^(۱) در مورد او قابل

۱. ماده ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، از حقوق و مزایای کارکنان سازمانها و موسسات دولتی یا وابسته به دولتی و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و بانکها و شرکت‌ها و بنگاه‌های خصوصی و نظایر آن، در صورتی که دارای زن یا فرزند باشد، ربع والا ثلث توقیف می‌شود.

۲. ماده ۱۴۵: در مواردی که متهم حضور نیافته و محکوم شده، محکوم به یا ضرر و زیان مدعی خصوصی از تأمین گرفته شده، پرداخت خواهد شد و زاید بر آن به نفع دولت ضبط می‌شود.

ماده ۱۴۶: «در صورتی که محکوم علیه علاوه بر حبس، به جزای نقدی یا ضرر و زیان مدعی خصوصی محکوم شده باشد و مجموعه محکوم به کمتر از تأمین گرفته شده باشد، فقط تا میزان محکومیت وی از وثیقه تودיעی یا وجه‌الکفاله یا وجه‌التزام پرداخت خواهد شد و زاید بر آن باز گردانده می‌شود و در این صورت حکم اجرا شده تلقی می‌شود.»

که به موجب توافق طرفین صورت می‌پذیرد که در آن کفیل متعهد می‌شود چنانچه متهم فرار کند یا مخفی شود، به صورتی که به او نتوان دسترسی پیدا کرد، نزد مراجع قضایی وجه‌الکفاله معینی را بپردازد. در این جا قاضی ناظر، مکفوله واقع شده و تأمین صادره به نفع دولت ضبط می‌شود. شاکی باید علیه سازمان اموال تملیکی دادخواست بدهد و تکلیفی برای قاضی ناظر در مورد پرداخت ضرر و زیان شاکی خصوصی از محل تأمین سپرده شده، نمی‌باشد.

قانون است. بنابراین تأمینی که قاضی ناظر برای اعطای مرخصی از زندانبانی اخذ می‌کند، در راستای موارد ۱۴۰ و ۱۴۱^(۱) قانون مذکور نمی‌باشد، بلکه به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۵۷ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۴^(۲) که در صورت تخلف کفیل یا وثیقه‌گذار از معرفی زندانی، تأمین سپرده شده به نفع دولت ضبط خواهد شد. این رأی رابطه بین قاضی ناظر و کفیل را یک نوع قرارداد و تعهد می‌داند. مثلاً در مورد قرار قبولی کفالت می‌توان آن را به عنوان یک عقد پذیرفت؛ زیرا عملی است

۱. ماده ۱۴۰ - هرگاه متهمی که التزام یا وثیقه داده در موقعی که حضور او لازم بوده عذر موجه حاضر نشود وجه التزام به دستور رئیس حوزه قضایی از متهم اخذ و وثیقه ضبط خواهد شد. اگر شخصی از سهم کفالت نموده یا برای او وثیقه سپرده و متهم در موقعی که حضور او لازم بوده حصار نشده به کفیل یا وثیقه گذار اخطار می‌شود ظرفی بیست روز متهم را تسلیم نماید در صورت عدم تسلیم و ابلاغ واقعی اخطاریه به دستور رئیس حوزه قضایی وجه کفالتیه اخذ و وثیقه ضبط خواهد شد.

ماده ۱۴۱ - چنانچه ثابت شود کفیل یا وثیقه گذار به منظور عدم امکان ابلاغ واقعی اخطاریه، نشانی حقیقی خود را به مرجع قبول کننده کفالت اعلام نکرده یا به این منظور از محل خارج شده، ابلاغ قانونی اخطاریه برای وصول وجه کفاله و یا ضبط وثیقه کافی است.

۲. الف) رأی شماره ۶۷۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۴ وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور (روزنامه رسمی مورخ ۱۳۸۱/۲/۲۲) به موجب ماده ۱۳۶ مکرر قانون آئین دادرسی کیفری و ماده ۱۴۰ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در صورت احضار متهم و عدم معرفی وی از ناحیه کفیل یا وثیقه گذار نامبردگان مکلف به اجرای تعهد بوده و نسبت به وصول وجه التزام وجه کفاله و یا ضبط وثیقه اقدام می‌شود و چنانچه هر یک از افراد مذکور نسبت به اجرای این امر معترض باشند می‌توانند به جهات مندرج در ماده ۱۱۶ قانون مزبور به دادگاه تجدیدنظر شکایت نمایند.

بنابراین اجرای حکم نمی‌تواند دستور قانونی رئیس حوزه قضایی را در مورد وصول و وجه کفاله ابطال نموده و یا رافع مسؤولیت کفیل باشد.

متهم می‌تواند پس از ابلاغ دستور دادستان در ظرف ۱۰ روز به دادگاه شهرستان شکایت نماید.

اگر متهمی کفیل داده و در موقعی که حضور او لازم بوده حاضر نشده به کفیل اخطار می‌شود در ظرف ۲۰ روز متهم را تسلیم نماید در صورت عدم تسلیم به دستور دادستان وجه کفاله اخذ و در صورت عدم تأدیه وجه کفاله، کفیل در مقابل هر پنجاه ریال یک روز توقیف خواهد شد و مدت توقیف در هر حال از یکسال تجاوز نخواهد کرد.

کفیل نیز می‌تواند از ابلاغ دستور دادستان در ظرف مدت ۱۰ روز به دادگاه شهرستان شکایت نماید، دادگاه باید فوراً و خارج از نوبت رسیدگی و تعیین تکلیف نماید.

ب) از رأی شماره ۲۰۴۲ مورخ ۱۳۴۰/۵/۵ و مدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور «... فقط اخطار واقعی به کفیل موجب حصول اطمینان به استحضار و از این امر است بنابراین تنها به ابلاغ قانونی اخصاریه نمی‌توان اکتفا نمود...»

ج) ماده ۱۳۶ مکرر/قانون آئین دادرسی کیفری (الحاقی ۱۳۱۱/۳/۱۰ و اصلاحی ۲۳ و ۱۳۳۵/۱۱/۳۰) هرگاه متهمی که التزام یا وثیقه داده در صورتی که حضور او لازم دانسته شده بدون عذر موجه حاضر نگردد وجه التزام به دستور دادستان از متهم اخذ و وثیقه به نفع دولتی ضبط خواهد شد.



در مورد کفالت و وثیقه جهت مرخصی زندانیان کفیل و وثیقه‌گذار به شرح قرار صادره و قبول آن، به مرخصی و تأمین مأخوذه، ملزم می‌شوند و با عدم مراجعه زندانی به زندان و توانا نبودن وثیقه‌گذار بر معرفی وی، الزامات ناشی از قرار تأمین یا تحقق موجبات تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار، شرایط قانونی برای ضبط وثیقه فراهم شده است. در این صورت مرجع قضایی ذی‌ربط مکلف به صدور دستور مقتضی بوده و صرف دستور و اجرای آن برای ضبط وثیقه کافی است.

زندانی به زندان و توانا نبودن وثیقه‌گذار بر معرفی وی، الزامات ناشی از قرار تأمین یا تحقق موجبات تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار، شرایط قانونی برای ضبط وثیقه فراهم شده است. در این صورت مرجع قضایی ذی‌ربط مکلف به صدور دستور مقتضی بوده و صرف دستور و اجرای آن برای ضبط وثیقه کافی است. به علاوه به نظر می‌رسد که اعطای مرخصی با لحاظ مصالح فردی و اجتماعی از طرف حاکمیت و از اختیارات و شؤونات مقام قضایی است که در مقام اعمال آن شرایطی را مقرر می‌دارد و همین طور ضمانت اجرای آن را نیز تعیین می‌نماید و متقاضی با لحاظ یاد شده، درخواست مرخصی می‌نماید که نوعی شرط معاوضی و قراردادی ضمن عقد و امثال

نظر دوم این است که چون آیین‌نامه سازمان زندان‌ها، نحوه اقدام در مورد عدم مراجعه زندانی پس از خاتمه مرخصی را به قانون آیین دادرسی کیفری احاله نموده است، بنابراین در این مورد نیز باید به موجب ماده ۱۴۰ قانون مزبور، دستور اخذ وجه‌الکفاله یا ضبط وثیقه به وسیله دادستان به عمل آید. (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۴۷)

در این مورد در رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۸۰-۱۳۸۴/۵/۲۵ آمده است: طبق مواد ۲۰۶ و ۲۰۷ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور زندانی واجد شرایط، با معرفی کفیل یا تودیع وثیقه می‌تواند از مرخصی استفاده کند و ماده ۲۱۴ آیین‌نامه مذکور^(۱) نحوه اجرای قرار نحوه اجرای قرار تأمین صادره در این مورد را مطابق مقررات ماده ۱۴۰ دانسته است. بنا به مراتب، رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان که با این نظر انطباق دارد، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. کفیل و وثیقه‌گذار به شرح قرار صادره و قبول آن، به مرخصی و تأمین مأخوذه، ملزم می‌شوند و با عدم مراجعه

۱. به موجب ماده ۲۱۴ آیین‌نامه سابق سازمان زندان‌ها مصوب ۱۳۸۰/۴/۳۱: چنانچه زندانی پس از پایان مرخصی به تشخیص مقام اعطاکننده مرخصی بدون عذر موجه به زندان مراجعه ننماید، علاوه بر ضبط تأمین مأخوذه مطابق مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ اقدام قانونی لازم نیز معمول و ایام مرخصی و غیبت جزء دوران محکومیت وی محسوب نمی‌گردد.

آن است. بنابراین در صورت عدم حضور یا ایفای تعهد، قاضی مربوط مجاز به ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله بر اساس قرار صادره می‌باشد. بنابراین الزام مرجع قضایی برای تقدیم دادخواست حقوقی، خلاف مقررات ماده ۲۱۴ فوق‌الاشعار ناظر به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری می‌باشد.^(۱)

به موجب نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۲۳۳۷ مورخ ۱۳۸۷/۴/۲۲:

۱- تأیینی که جهت استفاده از مرخصی از زندانی اخذ می‌شود، در صورت عدم بازگشت وی و تخلف وثیقه‌گذار یا کفیل، مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۸۰ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و

تأیینی که جهت استفاده از مرخصی از زندانی اخذ می‌شود، در صورت عدم بازگشت وی و تخلف وثیقه‌گذار یا کفیل، مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۸۰ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری رفتار می‌گردد.

انقلاب در امور کیفری رفتار می‌گردد. ۲- هرگاه متهم یا محکوم علیه پس از اتمام مرخصی در موعد مقرر خود را به زندان معرفی ننماید، این موضوع به دادستان اعلام می‌شود تا دستور تعقیب وی را صادر نماید.

در مورد پرداخت ضرر و زیان شاکی از وثیقه ضبط شده، در مورد متهمان به موجب معاهده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸^(۲) در صورت حضور نیافتن متهم و صدور حکم محکومیت وی، ابتدا ضرر و زیان شاکی خصوصی پرداخت می‌شود و چنانچه مازادی داشته باشد به نفع دولت ضبط می‌شود. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ج ۱، ص ۱۰۱؛ همان، ج ۲، ص ۱۵۳)

سئوالی که مطرح می‌شود آن است که آیا ضرر و زیان شاکی خصوصی از محل ضبط وثیقه زندانیان فراری نیز قابل استیفا است؟ به موجب نظریه اداره حقوقی «قرارهای مذکور در ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری، حصری است و قاضی نمی‌تواند تأمین دیگری اخذ نماید و یا از این قرارها برای تأمین موضوعی دیگر غیر از موارد یاد شده در ماده مزبور استفاده نماید. لذا حکم ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری، ناظر به ماده ۱۳۲ همین قانون است و

۱. روزنامه رسمی، سال ۶۱، شماره ۱۷۶۵۷، ۱۳۸۴/۷/۱۶، ص ۲.

۲. ماده ۱۴۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری: «در موردی که متهم حضور نیافته و محکوم شده، محکوم به یا ضرر و زیان مدعی خصوصی از تأمین شده پرداخت خواهد شد و زاید بر آن به نفع دولت ضبط می‌شود.»



فهرست منابع

۱. ایرانی ارباطی، بابک، مجموعه نظریه‌های مشورتی جزایی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲. سپهری، محمد، زندان از دیدگاه اسلام، تهران، نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۳. شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه رسمی کشور، جلد اول، ۱۳۷۳.
۴. فدایی، حسن و بیگ زاده، آناهیتا قرارهای جایگزین (با نگرشی بر قانون احیاء دادرها)، تهران، نشر پیام پویا چاپ اول، ۱۳۸۵.
۵. مدنی کرمانی، عارفه، اجرای احکام مدنی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
۶. معاونت آموزش قوه قضاییه، مشاوره قضایی تلفنی، جلد‌های اول و سوم، قم، نشر قضا، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۷. معاونت آموزش قوه قضاییه، وظایف و اختیارات قاضی ناظر زندان، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ دوم، سال ۸۸.
۸. موسوی خمینی، روحانه، تحریرالوسیله، ج ۳، ۱۳۸۳.

وسعت و قلمروی این قانون زمانی است که قرار صادره با رعایت و مطابق ماده ۲۱۳ و تبصره ۲ ماده ۲۱۴ آیین نامه اجرایی سازمان زندان‌ها مصوب ۱۳۸۴/۹/۲۰ قوه قضاییه باشد.»

نتیجه

دستور ضبط وثیقه و اخذ وجه‌الکفاله و وجه‌التزام باید توسط اجرای احکام کیفری به اجرا درآید. در مورد نحوه برخورد با متخلف ضامن یا کفیل در معرفی زندانی فراری و پرداخت ضرر و زیان شاکی خصوصی از محل تأمین سپرده شده نزد قاضی ناظر زندان، طی رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۸۰ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲۵ می‌توان به مقررات مواد ۱۴۱، ۱۴۰، ۱۴۶ و ۱۴۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری استناد کرد. یعنی قاضی ناظر می‌تواند با ضامن یا کفیل متخلف طی مقررات مواد ۱۴۱ و ۱۴۰ برخورد نماید و طی مقررات مواد ۱۴۶ و ۱۴۵ همان قانون، ضرر و زیان شاکی خصوصی را از محل تأمین سپرده شده استیفا کند. مشکلات پیش آمده در این خصوص به دلیل عدم وجود نص صریح قانون است. شایسته است وظایف و اختیارات قاضی ناظر زندان در قالب چند ماده در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری گنجانده شود تا مشکلات به وجود آمده به نحوی مطلوب حل و فصل گردد.



شيخ حسين مشكور نقل مي‌كند: در عالم رويا ديدم در حرم مطهر حضرت سيدالشهداء(ع) هستم و يك جوان عرب وارد حرم شد و با لبخند به آن حضرت سلام كرد و حضرت با لبخند جوابش را دادند. فردا شب كه شب جمعه بود به حرم مطهر مشرف شدم و در گوشه‌اي از حرم ايستادم، ناگاه همان عرب را كه در خواب ديده بودم وارد حرم شد و چون مقابل ضريح مقدس رسيد با لبخند به آن حضرت سلام كرد، ولي حضرت سيدالشهداء(ع) را نديدم و مراقب آن عرب بودم كه از حرم خارج شد. عقبش رفتم و سبب لبخندش را با امام (ع) پرسيدم: سپس تفصيل خواب خود را برايش نقل كردم و گفتم: چه كرده‌اي كه امام(ع) با لبخند به تو جواب مي‌دهد؟ گفت: پدر و مادر پيري دارم و در چند فرسخي كربلا ساكنيم. هرشب جمعه كه براي زيارت مي‌آمدم يك هفته پدرم را سوار الاغ مي‌كردم و مي‌آوردم و هفته ديگر مادرم را مي‌آوردم تا اين كه شب جمعه‌اي كه نوبت پدرم بود چون او را سوار كردم، مادرم گريه كرد و گفت: مرا هم بايد بيري! شايد هفته ديگر زنده نباشم. گفتم: باران مي‌بارد، هوا سرداست، مشكل است، اما نپذيرفت، به ناچار پدر را سوار الاغ كردم و مادرم را روي دوشم نشاندم و با زحمت بسيار آنها را به حرم رساندم و چون در آن حالت با پدر و مادرم وارد حرم شدم، حضرت سيدالشهداء(ع) را ديدم و سلام كردم، آن بزرگوار هم به رويم لبخند زد و جوابم را داد و از آن وقت تا به حال هرشب جمعه كه مشرف مي‌شوم حضرت را مي‌بينم و با تبسم جوابم را مي‌دهد. از اين داستان نتيجه مي‌گيريم كه آنچه انسان را مورد عنايت بزرگان دين قرار مي‌دهد و رضاييت آنها را جلب مي‌كند، صدق، اخلاص، محبت و رزي و خدمتگزاري به اهل ايمان به خصوص والدين و زوار قبر حضرت ابي عبدالله(ع) است.

(از كتاب طوباي كربلا)



جرم انگاری بر اساس منابع فقهی

(قلمرو ، موارد و کاربردهای اصل ۱۶۷ قانون اساسی)

عبدالصالح اکبریپور

دانشجوی دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شیراز و دادیار داندسرای عمومی و انقلاب شهرستان خنداب (استان مرکزی)

چکیده

در تنظیم یک «سیاست کیفری»^(۱) متناسب، رعایت «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و متی دادرسی کیفری، می‌تواند در پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین مؤثر افتد و لذا نهی مقنن از ارتکاب عملی، مقدمه کیفر نمودن آن است. در حالی که پیشینه پذیرش اصل قانونی بودن در اسلام به قرن‌ها قبل (مدود ۱۴ قرن پیش) باز می‌گردد، این اصل در کشور ما برای اولین بار به هنگام تنظیم متمم قانون اساسی مورد پیش بینی قرار گرفت. نتیجه ای که از این پذیرش حاصل می‌شود اینست که قانونگذار به هنگام وضع و تصویب قانون، صراحت و شیوایی بیان را در تنظیم مواد قانونی به گونه‌ای به کار برد که با پرهیز از هر گونه کلی گویی مانع ورود هر نوع تفسیر نابجا و گاهاً موسج- در مواردی که اینگونه تفسیر جایی ندارد- گردد. با این حال قانون اساسی و برخی قوانین موضوعه در کشور ما علی رغم پذیرش این قاعده، جرم انگاری را بر اساس منابع معتبر فقهی با عباراتی مجمل و مبهم اجازه داده و مقوقدانان را در رابطه با رعایت این اصل، با تردید مواجه کرده است. به طوری که وجود نظرات مختلف راجع به آن تأیید کننده این مطلب است. مقاله حاضر صرفاً پژوهشی است تا با بیان نظرات مختلف مقوقدانان در مورد اصل ۱۶۷ قانون اساسی، و بررسی رعایت اصل فوق در قانون اساسی و قوانین موضوعه، تجویز یا عدم تجویز جرم انگاری بر اساس منابع معتبر فقهی مورد کنکاش قرار گیرد و نهایتاً بر لزوم اصلاح متون قانونی و تدوین قوانین بر اساس صراحت الفاظ و تعیین مدود شمول آن تأکید گردد.

کلیدواژه‌ها: اصل قانونی بودن- قانون- جرم انگاری - منابع

فقهی- فتاوی فقهی

مقدمه

گذشت زمان و تحولات جامعه بشری موجب شد تا اندیشمندان بر آن شوند که دست عاملان جور و ستم را با وضع مقرراتی معین ببندند. با حرکتی که بکارها در این راه آغاز نمود، موجب شد تا جمله « هیچ عملی جرم نیست مگر این که قانون آن را جرم بداند و هیچ مجازاتی قابل اعمال نیست مگر این که قانون آن را صریحاً مشخص کرده باشد » با عنوان اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، امروزه در اکثر کشورها مورد پذیرش قرار گیرد. بدون شک اصل مذکور را باید از جمله اصولی دانست که اساس و زیر بنای حقوق کیفری را تشکیل می‌دهد و رعایت آن مسلماً حفظ حقوق و آزادی‌های افراد را در پی دارد. اهمیت این اصل تا جایی است که هم قانونگذار و هم قاضی را مکلف به انجام وظایفی در جهت اجرای آن نموده است. به این ترتیب که مقنن مکلف به وضع قوانین است که نهایتاً پس از طی مراحل تصویب از طریق روزنامه رسمی به اطلاع عموم برسد. اما وظیفه مقنن تنها به وضع قانون ختم نمی‌شود بلکه آنچه اصل قانونی بودن ایجاب می‌کند این است که در تنقیح قوانین کیفری و جرم دانستن یک رفتار، سکوت، ابهام و اجمال و تعارض در کار نباشد تا قضات نیز در راستای اجرای این اصل و در جرم شناختن یک فعل یا ترک فعل و قابل مجازات دانستن آن از محدوده قانون فراتر نروند و نتوانند به بهانه تفسیر قانون آزادی افراد را به خطراندازند. این اصل در حقوق اسلام نیز رعایت شده و نصوص فراوانی بر رعایت آن در جرایم مختلف وارد شده است.

سوالی که مطرح است این است که با وجود اصل مذکور و اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که بر رعایت قانون در رسیدگی به دعاوی تأکید کرده است، آیا قاضی در رسیدگی به دعاوی و شکایات و اعلامات محدود به قانون است یا استناد به منابع شرعی نیز از جمله وظایف اوست؟ به عبارت دیگر، آیا با در نظر گرفتن اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی و نیز ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، قاضی می‌تواند به رغم اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به استناد اصل (۱۶۷) و با توجه به منابع معتبر فقهی عملی را جرم بداند و کیفر دهد؟ این سوالی است که سعی شده با بررسی اختلاف نظرهای موجود به آن پاسخ داده شود.

۱- استناد به منابع شرعی از منظر

حقوقدانان

به موجب اصل (۱۶۷) قانون اساسی : «قاضی موظف است حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد.»

همان طور که ملاحظه می‌شود، اصل فوق تکالیفی را برای قاضی روشن کرده است، به طوری که این جنبه تکلیفی و آمرانه به قضات و حقوقدانان اختیار تفسیر داده است. این تکالیف عبارتند از:

الف) تکلیف به یافتن حکم هر دعوا در



قوانین مدونه. (ب) صدور حکم به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر در صورتی که حکمی در قوانین مدونه نباشد. (ج) ممنوعیت امتناع از رسیدگی به دعوا و صدور حکم به بهانه سکوت، نقص، و اجمال یا تعارض قوانین. این که حقوقدانان در این زمینه به ابراز نظرات مختلفی پرداخته‌اند، همگی به تکلیف مقرر در بند دوم بر می‌گردد. دلیل وجود نظرات مختلف در این زمینه، ماده (۲) قانون مجازات اسلامی و اصل سی و ششم قانون اساسی است که در مقابل اصل یکصد و شصت و هفتم ابهاماتی را ایجاد کرده‌اند. در ماده (۲) قانون مجازات اسلامی می‌خوانیم: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.» همچنین اصل (۳۶) قانون اساسی بیان می‌دارد: «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» به اینها باید اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز اصل برائت را افزود تا چنین نتیجه‌گیری شود که تعقیب و مجازات صرفاً باید بر اساس قانون صورت گیرد. اما وجود اصل یکصد و شصت و هفتم و ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری در برابر مواد و اصول فوق موجب ایجاد دو دستگی میان حقوقدانان شده است:

نظر اول) در مقابل غالب حقوقدانان اصل فوق را محدود به دعوی حقوقی دانسته‌اند و اظهار داشته‌اند که نمی‌توان بدون وجود قانون و به استناد منابع معتبر فقهی عملی را جرم دانست. اینک به تشریح و بررسی هر یک از نظرات و ذکر دلایل ارائه شده می‌پردازیم.

۲- بررسی ادله استنادی حقوقدانان

دسته اول برای اثبات نظر خود به استدلالاتی پرداخته‌اند و دلایلی به شرح زیر ارائه کرده‌اند:

علاوه بر مستند قانونی مذکور، در قوانین مختلف نیز بر این امر تأکید شده است. از جمله ماده (۲۸۹) قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری با این گمان که اصل (۱۶۷) شامل تمام دعوی مدنی و کیفری می‌شود، بیان داشته: «... دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانون نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعوی و صدور حکم امتناع ورزند.» بدین ترتیب بر عمومیت اصل (۱۶۷) مهر تأیید زده است به طوری که ماده (۲۹) قانون تعیین موارد تجدید نظر احکام دادگاه‌ها و نحوه رسیدگی به آنها مصوب ۱۳۶۷ نیز این مساله را تایید کرده است. (نوربها، ۱۳۸۶، ص ۱۷۹) علاوه بر این، وجود مفاد اصل مذکور در ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری و مواد (۸ و ۹) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی

این که حقوقدانان در این زمینه به ابراز نظرات مختلفی پرداخته‌اند، همگی به تکلیف مقرر در بند دوم بر می‌گردد. دلیل وجود نظرات مختلف در این زمینه، ماده (۲) قانون مجازات اسلامی و اصل سی و ششم قانون اساسی است که در مقابل اصل یکصد و شصت و هفتم ابهاماتی را ایجاد کرده‌اند. در ماده (۲) قانون مجازات اسلامی می‌خوانیم: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.» همچنین اصل (۳۶) قانون اساسی بیان می‌دارد: «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» به اینها باید اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نیز اصل برائت را افزود تا چنین نتیجه‌گیری شود که تعقیب و مجازات صرفاً باید بر اساس قانون صورت گیرد. اما وجود اصل یکصد و شصت و هفتم و ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری در برابر مواد و اصول فوق موجب ایجاد دو دستگی میان حقوقدانان شده است:

نظر اول) عده ای از حقوقدانان به استناد تجویز قانونی مذکور و نیز تأکید بر آن در قوانین مختلف، جرم انگاری را بر اساس منابع فقهی مجاز دانسته‌اند.

و انقلاب، نشان دهنده این است که قوانین عادی نیز بر این امر نظر داشته‌اند.

دقت در مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی نشان می‌دهد که محدود کردن اصل (۱۶۷) به امور حقوقی غیر قابل قبول می‌باشد، چرا که از مجموع این مذاکرات چنین برداشتی نمی‌شود.

اصل (۱۶۷) قانون اساسی و ماده (۲۱۴) متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز هست؛ زیرا مقررات یاد شده رجوع به منابع فقهی را در امور کیفری، در مواردی که قانون ساکت است ولی در شرع مجازات خاصی برای آن مقرر شده، تجویز کرده است. بنابراین خود قانون نیز به قابل مجازات بودن جرایمی که در قانون ماده خاصی ندارد بر اساس شرع اشاره کرده است. اداره حقوقی قوه قضائیه با پذیرش این نظر طی نظریه شماره ۷/۱۹۴۸-۳/۲۹-۷۹ و با اشاره به دلیل مذکور، قضات مأذون را مجاز دانسته که عملی را که در قانون فاقد مجازات است، لکن در شرع مجازات خاصی برای آن مقرر شده است مثل ارتداد طبق مقررات شرعی مجازات نمایند.

با وجود قواعدی از جمله «التعزیر لکل عمل محرم» و یا «التعزیر بما یراه الحاکم» می‌توان به این نتیجه دست یافت که همه محرمات و واجبات شرعی که از کبائر باشند قابل تعزیر است. همچنان که امام(ره) در تحریرالوسیله آورده‌اند: هر کس که ترک واجب کند یا مرتکب فعل حرام شود اگر فعل یا ترک فعل از کبائر باشد تعزیر می‌شود. (دکتر الهام، ۱۳۸۱، ص ۲۵) لذا علی رغم رعایت اصل قانونی بودن در جرایم تعزیری، می‌توان

اعمال حرام را بر اساس قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» در محدوده اصل قانونی بودن قرار داد و بر اساس اصل و قاعده مذکور در تعزیرات، اعمال حرامی را که قانون، مجازاتی برای آن در نظر نگرفته، جرم شناخت و تعزیر کرد.

به تمام این دلایل باید بخشنامه شماره ۱/۷۹/۱۶۵۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ رئیس قوه قضائیه به دادگاه‌های انقلاب اسلامی سراسر کشور را نیز اضافه کرد که قسمت اخیر آن حاکی از نظر فوق است. در این بخشنامه آمده است: «... و اصولاً هر کس در قلمرو جمهوری اسلامی ایران، عمل مجرمانه ای را مرتکب شود، بر اساس قوانین موجود قابل تعقیب جزایی است و اگر هم در خصوص مورد قانونی نباشد، به دستور اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۷۸، دادگاه مکلف است با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند. بنابراین عذر فقد یا سکوت قوانین قابل پذیرش نیست و مانع از اقدام قضایی و صدور حکم مقتضی نخواهد بود.»

ملاحظه می‌گردد که مفهوم بخشنامه در جایی که می‌گوید «... اگر در خصوص مورد قانونی نباشد» با توجه به جمله قبل از آن که به عمل مجرمانه اشاره کرده، این است که در صورتی که در مورد عمل مجرمانه ارتكابی قانونی نباشد، باید حکم قضیه را با استناد به منابع فقهی و فتاوی معتبر صادر کرد. لذا این بخشنامه را نیز با توجه به مفهوم و سیاق عبارات به کار رفته در آن می‌توان در تأیید نظر مذکور قابل توجه دانست. همچنین



(فیض، ۱۳۶۵، ص ۷۴) بنابراین، اصل قانونی بودن جرم و مجازات به تنهایی نمی‌تواند کنترل‌کننده همه جرایم در جوامع باشد، مگر این که در کنار قوانین جزایی یک سلسله قوانین کلی و عام وجود داشته باشد تا در مواردی که قانون ساکت است با رجوع به آنها بتوان به جرم بودن عملی قضاوت کرد و مجازاتی را معین نمود. این خلاء در حقوق اسلام به وسیله تشریح قوانین کلی جبران شده است مانند نهی از منکر، اضرار به غیر و اذیت دیگران، حرمت تضییع حقوق مردم و حرمت اتلاف و تسیب؛ (مجله کیهان فرهنگی، اصل برائت و قانونی بودن، دکتر طه مرقاتی، ص ۲۳) بنابراین با توجه نسبت به ایراد مذکور، می‌توان با استفاده از آن در توجیه این نظر این‌گونه استدلال کرد که اصل (۱۶۷) قانون اساسی به عنوان یک حکم کلی در قانون پیش‌بینی شده تا جرایمی که در محدوده قانون قرار ندارند از طریق این اصل مورد پیش‌بینی قرار بگیرند.

دسته دوم که به عدم امکان جرم‌انگاری بر اساس منابع فقهی اعتقاد دارند، برای اثبات نظر خود دلایلی ارائه کرده‌اند. دکتر کاتوزیان از جمله معتقدان به این نظر، با بیان این که در امور کیفری تفسیر قوانین بسیار پیچیده تر از قوانین مدنی است، علت دشواری این تفسیر را به عنوان مثال تعارض اصل (۳۶) و (۱۶۷) قانون اساسی دانسته‌اند؛ زیرا از یک سو به موجب اصل (۳۶) حکم به مجازات و اجرای آن تنها به موجب قانون است و در مقابل مفاد اصل (۱۶۷) را داریم. ایشان معتقدند که اصل اخیر ناظر به امور مدنی است و نه کیفری؛ زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی

استدلال کسانی که به نظر دوم روی آورده‌اند و همان طور که در ادامه توضیح خواهیم داد، اصل (۳۶) قانون اساسی و ماده (۲) قانون مجازات اسلامی را مانع جرم‌شناختن عملی بر اساس منابع فقهی اعلام کرده‌اند، به لحاظ وجود اصل ۱۶۷ و تأیید مفهوم این اصل در بسیاری از قوانین عادی، با این خدشه مواجه است که خود قانون رجوع به منابع شرعی را تجویز کرده و به این ترتیب باز هم اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که در بسیاری از اصول قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته، رعایت می‌گردد. به علاوه دلالت تجویز قانونی مذکور به الزام دادگاه‌ها در رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم به این معنا نیست که آنها تکلیفی به صدور حکم محکومیت در مواردی که عملی در قانون جرم نیست، ندارند و فقط باید به صدور حکم برائت اقدام کنند، چرا که این مسلم است که در مواردی که عمل جرم نیست حکم صادر شده برائت خواهد بود، اما با سکوت قانون و جرم‌شناسی منابع شرعی به استناد اصل (۱۶۷) باید نسبت به صدور حکم محکومیت اقدام نمود.

در ادامه دلایل فوق، اشاره به این نکته حایز اهمیت است که عده‌ای در بیان معایب اصل قانونی بودن بر این عقیده‌اند که مواد و نصوص قانونی، هراندازه هم زیاد باشد نمی‌تواند همه جرایمی را که انسان‌ها مرتکب می‌شوند دربرگیرد و گذشت زمان و تنوع در شیوه زندگی نوع جرایم را دگرگون می‌سازد، و لذا معتقدند که جرم‌ها باید به صورت کلی و عام نیز قانونگذاری شود تا هر گونه عمل ضد اجتماعی و خلاف مصالح عمومی را در برگیرد.

معتبر با اصل قانونی بودن مجازات تعارض دارد. پس جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام اصل (۱۶۷) در اثر حکم خاص اصل (۳۶) در امور کیفری، محدود به مواردی است که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۱۹) به عبارتی اصل (۳۶) راجع به امور کیفری و اصل ۱۶۷ ناظر به هر موضوعی غیر از جرم و مجازات است. (دکتر حسین آقایی نیا، ۱۳۷۹)

بنابراین دلایل این گروه را نیز می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل (۳۶) تعارض دارد. چرا که اصل مذکور حکم به مجازات و اجرای آن را تنها به موجب قانون می‌داند. لذا باید اصل (۱۶۷) را با رعایت قواعد مربوط به تفسیر قوانین در مسائل کیفری شامل سایر موارد سکوت، ابهام و یا اجمال مواد کیفری غیر از جعل عنوان مجرمانه و تعیین مجازات دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۱۹)

وجود ماده (۲۸۹) قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری موجب این پندار می‌شود که اصل فوق شامل تمام دعاوی مدنی و کیفری است؛ اما این ابهام را باید بدین شکل حل کرد که جز در مورد حکم به مجازات که دادرس محدود به قوانین است، دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور برای تکمیل قوانین استفاده کند؛ زیرا فرض این است که قانونگذار عادی از اصول قانون اساسی تجاوز نمی‌کند و اصل قانونی بودن را رعایت می‌کند. (همان)

اصل (۳۶) و ماده (۲) قانون مجازات

اسلامی مانع از آن است که قاضی بتواند برای عملی که در قانون جرم شناخته نشده و مجازات تعیین نگردیده در منابع فقهی و یا فتاوی معتبر حکمی بیابد. به ویژه آنکه به دلالت اصل (۱۶۷) الزام دادگاه‌های کیفری فقط در این است که از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع نورزند نه تعیین کیفر برای فعل یا ترک فعلی که در مقررات جزایی جرم محسوب نشده است. در این قبیل موارد دادگاه‌های کیفری موظفند به استناد اصل برائت حکم به بی‌گناهی متهم را صادر نمایند. (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲)

اصل (۱۶۷) و (۳۶) از لحاظ قواعد نسخ با هم قابل بررسی نیست؛ زیرا همزمان تصویب شده‌اند و تقدم و تأخر ندارند. همچنین موضوع اصل (۳۶) جرم و مجازات و اصل (۱۶۷) هر موضوع غیر از جرم و مجازات است. اصل اخیر در امور کیفری در صورتی قابل اعمال است که آن امر مربوط به جرم و مجازات نباشد، مثلاً ماده (۶۱) قانون مجازات اسلامی که بر اساس آن دفاع مشروع قابل تعقیب و مجازات نیست و از علل موجهه محسوب می‌شود. حال با رجوع به این اصل می‌بینیم که صرفاً به صدور حکم اشاره کرده و نه تعیین مجازات. پس در دفاع مشروع حکم به برائت صادر می‌کنیم. (آقایی نیا، ۱۳۷۹)

مشکل اساسی استناد به منابع فقهی (قرآن، سنت، عقل، اجماع) وجود اختلاف نظرهای فراوان در فقه، بین علمای شیعه و چه بین آنها با اهل سنت، چه در باب روایات و در باب تفاسیر است. به طور مثال در آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده آمده است: «انما جزاء الذین

نظر شدیدتر دارد حکم به مجازات سنگین تر می‌دهد. (کلانتری، ۱۳۷۵، ص ۱۲۲)

آنچه نظر این گروه را تقویت می‌کند، مواد قانون مجازات اسلامی و بعضی از اصول قانون اساسی است که حکایت از اصل برائت و قانونی بودن جرم و مجازات دارد و عدم رعایت آنها و جرم انگاری بر اساس منابع شرعی که دسترسی به همه آنها با وسعتی که دارند برای بسیاری از افراد امکان پذیر نیست، مخالف حقوق و آزادی‌های افراد است و اصول کلی و زیربنایی حقوق کیفری را زیر سوال می‌برد. همچنین مواد و اصولی که به لزوم استناد به منابع فقهی در موارد نقص قانون اشاره کرده، از یک نگاه صرفاً تکلیف دادگاهها را در رسیدگی و صدور حکم بیان داشته‌اند و نه جرم شناختن عملی به استناد منابع شرعی؛ و این بدین معنی است که قضات دادگاهها مکلف به رسیدگی هستند و نتیجه این رسیدگی نیز صدور حکم است و حکم اعم است از محکومیت و برائت. اگر عملی طبق قانون جرم باشد موجب حکم محکومیت و در غیر این صورت موجب صدور حکم برائت خواهد بود. بنابراین اگر بخواهیم عملی را همچون ارتداد جرم بشناسیم و مجازات کنیم، بر اساس این نظر لازمه اش این است که قانون ابتدا آن را تحت عنوان ماده ای خاص به رشته تحریر در آورد و افراد نیز با انتشار آن در روزنامه رسمی از آن باخبر شوند، در غیر این صورت تمامی بحث‌های ابتدایی حقوق جزا از جمله جهل به قانون، حفظ حقوق شهروندی و آزادی‌های افراد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل برائت و همه مواردی که به

یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فسادا ان یقتلوا او یصلبوا او تقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف او ینفوا من الارض ذلک لهم خزی فی الدنیا و لهم فی الاخره عذاب عظیم». همانا کیفر آنانکه با خدا و رسول او به جنگ برخیزند و در زمین به فساد کوشند جز این نباشد که آنها را به قتل رسانده یا به دار کشند و یا دست و پایشان به خلاف ببرند یا با نفی و تبعید از سرزمین صالحان دور کنند. این ذلت و خواری عذاب دنیوی آنان است. و اما در آخرت باز به عذابی بزرگ معذب خواهند بود. این آیه راجع به محاربه و افساد در زمین است. حال در مورد این که آیا اینها دو جرم هستند یا نه پاسخ‌های مختلفی از سوی فقها به چشم می‌خورد. عده ای در پاسخ گفته‌اند محاربه ای که منجر به فساد شود و عده دیگر محاربه را یک جرم و فساد را جرم دیگری دانسته‌اند و ... اینها همه آرای فقها هستند که معتبرند. لذا در این موارد با ساختار یک جامعه سازمان یافته تعارض پیش می‌آید. به علاوه، در مورد فتاوی فقها باید گفت مجتهدینی که فتوا می‌دهند زیادند و عمدتاً معتبرند و یک قاضی ممکن است مقلد هر یک از آیات عظام باشد و یا مقلد کسی نباشد. و نتیجه این کار نقض عدالت و عدم تساوی مجازاتها و ایجاد تشتت آراست؛ زیرا اگر قائل به این امر باشیم که قاضی خود منابع یا فتاوی فقها را یافته و بر اساس آن رای صادر کند، خلاف عدالت جزایی است؛ چرا که در این صورت یک قاضی به واسطه عمل به فتاوی فلان مجتهد حکمی خفیف را صادر می‌کند در حالی که قاضی دیگری بر اساس نظر مجتهد دیگر که

دادگاه‌ها را مکلف به رعایت قانون نموده است. لذا اینها معتقدند که ماده (۲۱۴) و اصل (۱۶۷) مبنی بر لزوم مراجعه به منابع فقهی و استنباط حکم قضیه، ناظر به مواردی است که دادگاه جزا مکلف به صدور حکم در مورد دعوی خصوصی بوده و یا در خصوص امور شکلی است، لذا با سکوت قانون در قضیه ای و عدم پیش بینی کیفر برای آن عمل، قاضی به استناد کلیه اصول و مواد قانونی مذکور مکلف به صدور حکم برائت است. اداره حقوقی نیز در نظریات شماره ۶۱۳۴۳-۱۳۶۹/۱/۸ و ۱۳۷۲/۴/۷-۷/۲۵۳۰ از نظر این دسته پیروی کرده است.

باید این مطلب را نیز اضافه کرد که در اصل (۳۶) مهم‌ترین واژه، کلمه « تنها » می‌باشد که با توجه به متن ماده، یعنی برای تعیین مجازات و جرم شناختن عملی فقط و فقط قانون را صالح می‌داند. در واقع در این اصل، واژه مجازات نشان می‌دهد که منحصر به امور کیفری است چون در امور مدنی وجود قانون الزامی نیست و قاضی می‌تواند به منابع معتبر فقهی و فتاوی فقه‌ها استناد کند و حکم مقتضی را صادر کند. (آقایی نیا، ۱۳۷۹)

۳- نقد و تحلیل نظریات حقوقدانان

ملاحظه شد که هر یک از حقوقدانان بنا به دلایل ارائه شده که هر کدام از نظر مبانی استدلالی قوی به نظر می‌رسند، نظراتی را ارائه داده‌اند. در بررسی هر یک از این نظرات نکاتی چند به چشم می‌خورد که به ذکر آنها خواهیم پرداخت.

نوعی با این بحث در ارتباطند، بیهوده شمرده خواهد شد. لذا بر اساس این نظر، مراجعه به شرع زمانی است که اصل جرم بودن در قانون آمده باشد ولی حدود و ثغور آن مشخص نشده باشد. مانند ماده (۵۱۳) قانون مجازات اسلامی که برای سَابِ النَّبِ مجازات اعدام تعیین کرده ولی تعریفی از آن ارائه نداده است. در اینجا و نیز مواردی از جمله زمانی که به عنوان مثال مسلمانی کافر ذمی را بکشد و نوبت به قسامه برسد، برای این که بدانیم قسامه کافر ذمی علیه مسلمان پذیرفته است یا خیر؟ چاره ای نداریم جز این که به منابع فقهی رجوع کنیم؛ چرا که قانون در این زمینه ساکت است و حکمی ندارد. همین طور اگر در مورد قتل غیر مسلمان توسط مسلمان، مقدار دیه آن بر اساس قانون مشخص نباشد، می‌توان به استناد ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و دیگر مواد و اصل (۱۶۷) با رجوع به منابع فقهی مقدار آن را تعیین کرد.

بنابراین بر اساس نظر این گروه نمی‌توان برای جرم شناختن عملی به فقه رجوع کرد؛ زیرا با مراجعه به قانون، خواهیم دید که خود قانون اصل قانونی بودن را رعایت کرده و اصل را برائت دانسته است و وقتی که جرمی در قانون تعیین نشده و عملی جرم شناخته نشده، یعنی جرم نیست و نمی‌توان جایی که قانون عملی را جرم نمی‌داند به شرع مراجعه کنیم.

این دسته از حقوقدانان صدور حکم به کیفر را بدون وجود قانون خود جرم و قابل مجازات دانسته‌اند و لو عمل در شرع حرام باشد؛ زیرا ماده (۵۹۷) قانون مجازات اسلامی



قسمت عمده ای از مجازات‌های نظام کیفری اسلام را تشکیل می‌دهد، عمدتاً به منظور حفظ و اصلاح و تربیت مجرمان و بازداشتن آنها از ارتکاب جرم و متنبه نمودن سایر مردم و نیز حفظ مصالح فردی و اجتماعی و ارزشهای دینی تشریح شده‌اند. (خسرو شاهی، «فلسفه مجازات از دیدگاه اسلام»، ۱۳۸۰) بدیهی است که دستیابی به این اهداف چاره ای جز شناخت ماهیت این نوع کیفر و تدقیق در متون شرعی و فقهی نمی‌طلبد.

در بررسی متون فقهی در معانی واژه تعزیر پی خواهیم برد که واژه مذکور عمدتاً در دو معنا به کار رفته‌اند: یکی به معنای «تأدیب و سزا دادن» و دیگری در معنی «مجازات‌های غیر مقدره» است. (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶) همچنین با مشخص شدن معنای واژه تعزیر نوبت به تعیین قلمرو این نوع کیفر می‌رسد. باید خاطر نشان کرد که در مورد معیار تعزیری بودن یک عمل و این که چه عملی قابل تعزیر است، با مراجعه به قانون پاسخی که به صورت کلی به این امر پرداخته باشد یافت نمی‌شود، در حالی که در کتب فقهی به چالش کشیدن این مبحث به اقوال مختلفی منتج شده است. از جمله عده ای آن را در «مطلق معاصی» استعمال کرده‌اند و در مقابل عده ای دیگر آن را مشروط به «کبیره بودن معصیت» می‌دانند. همین طور تخصیص اعمال قابل تعزیر به موارد منصوص روایی نیز از جمله دیگر نظراتی است که در این باب وارد شده است و ما به جهت مفصل بودن بحث و گستردگی مباحث فقهی از توضیحات بیشتر در این زمینه خودداری می‌کنیم.

الف) اصل قانونی بودن جرم و مجازات

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها با سابقه ای بیش از چهارده قرن از اصول اسلام است؛ زیرا برگرفته از آیات قرآنی و ادله شرعی است. لذا دین اسلام به پیاده کردن این اصل در همه جرایم حکم می‌کند ولی شیوه به کارگیری آن در همه آنها یکی نیست. بلکه با توجه به نوع جرم کیفیت به کارگیری آن متفاوت است. آیات و روایات بسیاری وجود دارد که بر رعایت این اصل در جرایم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات حکم می‌کند، از جمله آیه ۳۲ سوره اسراء و آیه ۲ سوره نور در مورد زنا، آیه ۳۸ سوره مائده در مورد جرم سرقت، آیه ۳۳ سوره نسا و ۱۱۷ سوره بقره در مورد قتل عمد و موارد دیگری از نصوص قرآنی و روایات، بیان گر رعایت اصل فوق در اسلام است. اما در مورد جرایم تعزیری اختلاف نظر و بحث‌های فراوانی در رابطه با رعایت این اصل در این قبیل جرایم وجود دارد، (در کنار این اختلافات باید به مناقشات فقهی فقها در رابطه با جوانب مختلف مجازات‌های تعزیری و نیز در حدود اشاره کرد.) به طوری که این اختلاف نظرها حکایت ناشناختگی ماهیت این نوع کیفر در میان حقوقدانان و فقها دارد و نتیجه اولیه این عدم شناخت جدای برداشت‌های متفاوت، ناکام ماندن اهداف مورد نظر از اعمال کیفر می‌باشد. طبیعی است اگر اعمال کیفر، اهداف مورد نظر را برآورده نسازد، سیاست کیفری موفق عمل ننموده و کارایی مثبت را نخواهد داشت. در این میان مجازات‌های تعزیری که از انعطاف پذیری بالایی در میان سایر مجازات‌ها برخوردار است و در کنار حدود

از مجموع نظرات و اقوال فقهی فقها چنین بر می آید که همگی آنها شمول محدوده تعزیرات را در ارتکاب حرام و یا ترک واجب می دانند، (و به طور کلی در وجوب تعزیرات بر معاصی شرعی توافق عقیده دارند.) و از اینجا قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» استفاده می شود، بدون این که نوع و مقدار آن در شرع تعیین شده باشد. تبصره «۱» ماده (۲) ق.آ.د.ک، در تعریف تعزیرات شرعی بیان داشته: «تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام و یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات، مقرر گردیده و ترتیب آن به شرح مندرج در قانون مجازات اسلامی می باشد.» لذا عدم مقرر بودن تعزیرات نقطه تمایز آن با حدود می باشد. هر چند در بعضی موارد محدود این قاعده استثنا خورده ولی باید گفت غالباً تعزیرات در شرع مشخص نیست. در ماده ۱۶ ق.م.ا آمده است: «تعزیر تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است، از قبیل حس، جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد.» این ماده بیانگر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. غالب فقها در این زمینه معتقدند که منظور از حاکم، قاضی می باشد. نتیجه چنین نظری اینست که سیاست کیفری در تعزیرات از «فردی بودن مجازات» پیروی می کند و نه قانونی بودن. البته اصل فردی بودن مخالفینی دارد، خصوصاً این که عده ای معتقدند که قاضی دارای این اختیارات باید مجتهد جامع الشرایط باشد (که این مطلب از لابه لای

نظرات شورای نگهبان در کشمکش تصویب لایحه تعزیرات به خوبی بر می آید.) و در غیر این صورت نباید اختیار آنها را گسترش داد. در مقابل، اقل فقها بر این عقیده اند که منظور از حاکم، یعنی امام، امام می تواند همه قضات را به اعمال نوع خاصی از تعزیر اجبار نماید که در این صورت از اصل قانونی بودن مجازات پیروی می شود. بر اساس این نظر در جمهوری اسلامی ایران، اختیار امام به مجلس واگذار شده و تعیین مجازات تعزیری در اختیار اوست. (الهام، ۱۳۸۱، ص ۲۴)

به دنبال این دو نظر که یکی به فردی بودن مجازات می انجامد و دیگری به قانونی بودن مجازات، در مرداد ماه ۱۳۶۲ لایحه تعزیرات که بنا بر پیروی از نظر دوم داشت، با هدف قانونمند کردن تعزیرات و تعیین نوع و مقدار آن، به تصویب کمیسیون قضایی مجلس رسید و اختلاف نظر شورای نگهبان را با مجلس دامن زد. مسلم بود که اجرای این امر با دیدگاه فقهی شورای نگهبان در تضاد بود. سرانجام پس از کش و قوس هایی که صورت گرفت (و در این گفتار به جهت طولانی بودن بحث مجال تفصیل نیست) ماده (۷۲۸) ق.م.ا، در جهت رفع اشکال فقهای شورای نگهبان تصویب شد تا با گسترش دادن اختیار قاضی، تا حدودی در رفع ایراد مذکور گام برداشته شود. لذا قانون تعزیرات هم قانونمند شده و هم جنبه ارشادی پیدا کرده است. (همان، ص ۲۵)

علی رغم توضیحات داده شده، بسیاری، در مورد جرایم تعزیری، بر این باورند که این اصل در مورد آنها رعایت نشده، چرا که عدم



تجزیری را با این استدلال که نوعاً و مقداراً «بما یراه الحاکم» است، از اصل قانونی بودن خارج نمایند، در حالی که با توضیحات فوق مشخص شد که با تعیین معصیت و مجازات برای آنها در آیات قرآنی و روایات موجود، این اشکال دیگر وارد نیست (قریان‌نیا، ناصر، رهایی، سعید، جعفری، حسین، حقوق جزای اسلامی (ترجمه التشریح الجنایی، عبدالقادر عوده) و حتی به نظر عده ای همان طور که قبلاً بیان شد می‌توان با استناد به قاعده «التعزیر لکل عمل محرم و التعزیر بما یراه الحاکم»، اعمال حرامی را که شرعاً و نه قانوناً مجازات دارد، تعزیر کرد و به این ترتیب بر عمومیت اصل (۱۶۷) و شمول آن بر مجازات‌های تعزیری تأکید کرده‌اند. (الهام، ۱۳۸۱، ص ۲۵)

با توجه به تاریخچه این اصل که در اسلام از چهارده قرن پیش دلایلی بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات می‌شناختند (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶)، از جمله آیه ۵ سوره اسراء (ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا)، آیه ۸ سوره طلاق (ما یکلف الله نفساً الا ما آتیها) قاعده قبح عقاب بلایبان به عنوان یک قاعده عقلی با دلالت بر این امر که اگر کسی بدون بیان حکم و تصریح قانونی به کیفر برسد، عقل آن را قبیح و زشت می‌داند و چون کار زشت را به خداوند نمی‌توان نسبت داد، پس حق تعالی بدون وجود قانون کسی را کیفر نخواهد کرد، حدیث رفع از پیامبر(ص) (رفع عن امتی تسعه اشیاء: الخطا و ... و ما لا یعلمون... از امت من نه چیز برداشته شده: خطا، فراموشی و ... و آنچه را که نمی‌دانند و ...) یعنی چیزهایی که مردم نمی‌دانند در آن تکلیفی نخواهند داشت

تعیین جرایم قابل تعزیر و اختیار تام دادن به قضات موجب ورود خدشه به این اصل شده است. در حالی که در واقع این‌گونه نیست، و شریعت اسلام نیز مواردی را که تعزیر در آن واجب است را بیان کرده و هم مجازات‌هایی را که باید به عنوان تعزیر اجرا شود را گفته است. منتها فرق آن با سایر جرایم در اینست که اصل قانونی بودن، آنگونه که در جرایم حدود و قصاص و تعزیرات به کار گرفته شده، در این جرایم به کار گرفته نشده و روش دیگری را برگزیده است. به طوری که باید گفت، اسلام افعالی را که معصیت محسوب می‌شود، تعیین و حدود آنها را مشخص کرده است و بر قاضی واجب است که در صورت ارتکاب یکی از این افعال (اگر به عنوان معصیت تلقی شده) فاعل را به یکی از مجازات‌هایی که شریعت اسلام برای تعزیر جعل کرده (از پند و اندرز گرفته تا تازیانه و زندان و حتی قتل ختم می‌شود. که این امر با تصویب قانون تعزیرات سال ۷۵ شکل قانونی به خود گرفت.) محکوم نماید، منوط به این‌که مجازات تعیین شده از نظر نوع و مقدار متناسب با جرم و مجرم باشد. بنابراین از جمله تفاوت‌های جرایم تعزیری با حدود اینست که نوع و میزان مجازات در تعزیرات غالباً مشخص نیست و مجموعه ای از مجازات‌ها مطرح است و قاضی حق انتخاب از بین این مجموعه مجازات‌ها را دارد، در حالی که در حدود کاملاً مشخص است.

علی‌رغم وجود مباحث بیشتری در این زمینه به همین میزان اکتفا می‌کنیم و تنها به این نکته اشاره می‌کنیم که برخی با توجه به استنباط خود از منابع شرعی خواسته‌اند جرایم

و بدان مواخذہ نمی‌شوند. و روایاتی از قبیل (ما) حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنہم. یعنی هر چیزی که خداوند آگاهی از آن را سلب نموده از مردم برداشته است. و (الناس فی سعه ما لا یعلمون. مردم نسبت به آنچه که نمی‌دانند در گشایش‌اند.) و نیز پذیرش آن در کشورهای غربی و نیز مطرح شدن آن برای اولین بار در اعلامیه حقوق بشر فرانسه، بدیهی است که قانونگذار هیچ گاه در پی این نبوده که با تشریح قوانین مبہم و ناقص به وجود این اصل خدشه وارد آورد. چگونه می‌توان پذیرفت که قانونگذار در اصولی چند از قانون اساسی کشور به این اصل و پذیرش آن اشاره کند و بر آن تأکید ورزد و در اصول دیگر آن را نفی کند؟ چنین ایرادی بر مقنن قانون اساسی به عنوان یک قانون کلی و مادر در نظام جمهوری اسلامی ایران نمی‌تواند توجیہی داشته باشد. «اگر بپذیریم که اصل (۱۶۷) قانون اساسی در امور کیفری هم کاربرد دارد، ناچار باید پذیرا باشیم که اصولی چند از قانون اساسی با این اصل مغایرت دارد. در صورت وجود چنین تعارضی کدام اصول باید ملغی محسوب گردند؟ اصل (۱۶۷) یا اصول (۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷، ۱۵۹، ۱۶۶ و ۱۶۹)؟ می‌دانیم که فرض این است که قانونگذار، (آن هم قانونگذار قانون اساسی) کار لغو و بیهوده نمی‌کند. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به طور صریح در اصول نامبرده قانون اساسی پذیرفته شده است، پس چگونه شد که به یکباره تمام اصول ملغی گشته و اصل قانونی بودن نیز مردود گشته است؟» (کلانتری، ۱۳۷۵، ص ۹۳)

پذیرش این که مقنن در اصول نامبرده

مطالبی را در بیان و تأیید اصل قانونی بودن ایراد می‌کند از جمله این که در اصل (۲۲) بر حفظ حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص تأکید می‌کند مگر در موارد تجویز قانونی، در اصل (۲۵) ممنوعیت فاش کردن مکالمات تلفنی، استراق سمع و... را بیان می‌کند مگر به حکم قانون، در اصل (۳۲) بازداشت اشخاص را به موجب قانون می‌داند و متخلف از آن را نیز طبق قانون مجازات می‌کند، در اصل (۳۳) نیز تبعید، ممنوعیت از اقامت در محل معین و یا اجبار به آن را تنها در موارد قانونی می‌داند، اصل قانونی بودن مجازات را در اصل (۳۶) و اصل برائت را در اصل سی و هفتم اشاره می‌کند، در اصل (۱۵۹) تشکیل دادگاه‌ها و صلاحیت آنها بر اساس قانون است، در اصل (۱۶۶) بر مستدل و مستند بودن حکم دادگاه به مواد قانون تأکید کرده و در اصل (۱۶۹) صراحتاً به اصل عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی که از نتایج اصل قانونی بودن است اشاره کرده است و در مقابل در اصل (۱۶۷) قاضی را مجبور و مکلف کند که در صورت سکوت یا نقص یا اجمال یا ابهام یا تعارض قوانین مدونه بر اساس منابع فقهی و فتاوی معتبر حکم صادر کند، قابل تأمل است، مگر این که اینگونه تفسیر کنیم که اصل مذکور شامل امور حقوقی می‌شود که در صورت پذیرش این ادعا این سوال مطرح می‌شود که ماده (۲۸۹) قانون اصلاحی آیین دادرسی کیفری سال ۶۱ و ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۲۱ مصوب سال ۶۸ در مقابل این اصل چگونه تفسیر می‌شود؟ اگر اصل مذکور فقط شامل امور حقوقی بوده،



تفسیر قانون به « کشف مقصود قانونگذار از طریق به کار بردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا از طریق استفاده از سوابق تاریخی » اشاره می‌کند. (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۰ به نقل از لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تفسیر قانون) دکتر اردبیلی در یک معنا، تفسیر قانون را به کارگیری مجموعه روشهایی دانسته که امکان یافتن حکم هر قضیه را برای دادرس فراهم می‌کند. (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۰) به این ترتیب می‌توان گفت با توجه به اصل (۷۳) قانون اساسی که تفسیر قوانین عادی را در صلاحیت مجلس دانسته و مانعی برای تفسیر دادرسان جهت تمیز حق قائل نشده، بنابراین تفسیر، یعنی «تلاش در جهت یافتن مقصود قانونگذار در مقام تمیز حق با رعایت قواعد مربوطه».

در قوانین کیفری تفسیر، علاوه بر ویژگی‌ها و محدودیت‌های خاصی که دارد، تفاوت مهمی با تفسیر سایر قوانین نیز داراست. زیرا مطرح بودن جان، مال، حیثیت و... افراد و وجود اصل قانونی بودن و برائت و موارد دیگر مانع از این است که قاضی بتواند از محدوده نظر مقنن فراتر رود. لذا می‌توان تفسیر را به انواع مختلفی تقسیم کرد که عبارتند از تفسیر مضیق یا ادبی، تفسیر از طریق قیاس، تفسیر موسع و تفسیر منطقی یا توضیحی. (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۷)

این‌که در چه مواردی قانون نیاز به تفسیر دارد بر اساس نظر یکی از حقوقدانان در دو مورد قانون را تفسیر می‌کنند؛ یکی در موارد روشن نبودن مفهوم قانون و دیگری زمانی که در سعه و ضیق آن تردید وجود داشته باشد.

وضع و تصویب مواد مذکور در قوانین عادی چه توجیهی می‌تواند داشته باشد؟ اگر بخواهیم پاسخی برای این سوالات پیدا کنیم چاره‌ای نداریم جز این‌که اینگونه تفسیر کنیم که از آنجا که شورای نگهبان همه این قوانین را موافق قانون اساسی دانسته (که با وجود تعارضات موجود این سکوت قابل توجیه نیست)، و بر اساس تفسیر مضیق قوانین جزایی (که در مبحث بعدی توضیح داده خواهد شد)، اصل (۱۶۷) و مواد ذکر شده دیگر تنها مصادیقی از امور کیفری را غیر از جرم و کیفر شامل می‌شوند. یعنی در مواردی از جمله تعریف ساب النبی، تعریف منافی عفت و مصادیق آن، تشخیص عمل حرام، پذیرش قسامه کافر ذمی علیه مسلمان و تعیین مقدار دیه غیر مسلمان و... که ارتباطی با جرم شناختن اعمال ندارند، باید به منابع فقهی رجوع کرد و پاسخ ابهامات موجود در قانون را یافت. این‌که اصل ۱۶۷ به عنوان یک اصل کلی در نظر گرفته شود تا مواردی را که به عنوان جرم در محدوده قانون قرار ندارد را شامل شود، تا حدودی با حقوق و آزادی‌های افراد و اصل بیست و دوم قانون اساسی متعارض است و چاره‌ای نیست جز این‌که برای جرم شناختن اعمالی که قانون در مورد آنها ساکت است، ولی در شرع جرم شناخته شده، نص صریحی تصویب شود که این امور را در محدوده خود فرا گیرد.

ب) اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری

تفسیر در لغت به معنای پدید کردن، هویدا کردن و... آمده است. (فرهنگ لغت معین، تفسیر) آقای دکتر جعفری لنگرودی در معنای

(اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۰، به نقل از لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تفسیر قانون) همین طور در مواردی که قانون از وضوح و صراحت لازم برخوردار نبوده و ناقص و مجمل و مبهم تنظیم شود و نیز در مواردی که قادر به پیش بینی همه مسائل نبوده و ساکت است، ناگزیر از تفسیر قانون می‌باشیم. (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۵) قانون اساسی نیز به دادرسان اجازه داده تا در مقام تمیز حق به تفسیر قانون بپردازند. لذا در این موارد قضات دادگاه‌ها صلاحیت تفسیر را دارند؛ زیرا اگر مفهوم قانون روشن باشد، اساساً نیازی به تفسیر پیش نمی‌آید. حال که با اجمال و ابهام قانون رو به رو هستیم چاره‌ای جز تفسیر قانون بر اساس یکی از روش‌های تفسیر نداریم.

یکی از این تفسیرها تفسیر مضیق است. از جمله نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها این است که قوانین جزایی را نمی‌توان به طور وسیع تفسیر کرد. این نوع تفسیر مبتنی بر این است که دادرس با توجه به منطوق قانون، منظور مقنن را از کلمات و عبارات به کار گرفته شده در آن، دریابد. به عبارتی از محدوده اصل قانونی بودن فراتر نرود و در موارد شک آن را به نفع متهم تفسیر کند؛ زیرا اگر بخواهیم قوانین جزایی را به طور موسع تفسیر کنیم، لازمه‌اش این است که تمام مواردی را که قانون جرم شناخته ولی شرع آن را جرم شناخته و مجازاتی برای آن تعیین کرده، به کیفر برسانیم؛ اما در قوانین مدنی وضع‌اندکی متفاوت است و این محدودیت‌ها موجود نیست، چرا که حتی در فرض عدم وجود قانون، یا اجمال و یا ابهام آن و یا در

صورت تعارض قوانین، قاضی باید موافق روح قوانین موضوعه و عرف مسلم، قضیه را حل و فصل کند. در حالی که عرف و عادت در قلمرو دعاوی کیفری جایگاهی ندارد. الزام به رسیدگی در دعاوی کیفری و ممنوعیت امتناع از احقاق حق و رسیدگی به این معنا نیست که بر اساس روح و مفاد قوانین و عرف و عادت مجاز به صدور حکم باشیم. زیرا اصل قانونی بودن مانع از گسترش دایره شمول قوانین کیفری بیش از حد تعیین شده است.

در مقابل تفسیر مضیق، تفسیر موسع قرار دارد. به این معنا که دایره شمول قانون را گسترش داد و صرفاً منطوق قانون را در نظر نگرفت. این نوع تفسیر مخالف اصل قانونی بودن است؛ و از طرفی حقوق و آزادی‌های افراد را در معرض خطر قرار می‌دهد، چرا که مردم بدون این که از محدودیت‌ها باخبر باشند، به خاطر اعمالی مجازات می‌شوند که از وصف جزایی آن آگاهی نداشتند. این نوع تفسیر نیز استثنایی دارد و آن در مورد قوانین ارفاق آمیز است که در این موارد تا حدی که متن قانون اجازه می‌دهد به نفع متهم قابل تفسیر است. (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۹۸)

هر یک از این روش‌های تفسیر، در جای کاربرد دارد و در جای دیگر ممنوع است. لذا باید در قوانین کیفری با تلاش در جهت کشف مقصود واقعی قانونگذار به مفهوم حقیقی کلمات و عبارات به کار گرفته شده در آن دست یافت و در غیر این صورت با تفسیر مضیق قوانین آنها را به نفع متهم تفسیر کرد. (هر چند تفسیر مضیق همیشه به نفع متهم نیست.) در صورت وجود قوانینی که مثلاً



است. ظاهر از این جهت که بی شک قوانین مدنی را به همان دلیلی که در توضیحات گفته شد شامل می‌شود، اما در شمول آن بر قوانین کیفری جای تردید است؛ از میان اقسام چهارگانه فوق نص و ظاهر حجت است و تفسیر بردار نیست؛ زیرا مدلول این دو به هیچ وجه پنهان نیست. در حالی که مجمل و موول قابل تفسیراند. اما این که این تفسیر حجت است یا خیر؟، به گفته یکی از حقوقدانان: «...»

چنانچه در مورد آنها دلیل معتبری وجود داشته باشد، مثلاً دلیل معتبری معنی دلیل مجمل را روشن کند، ... بدون شک این نوع تفسیر حجت است اعم از آنکه احتمال مذکور بعید باشد یا قریب. و اگر در مورد مجمل و موول دلیل معتبری وجود نداشته باشد و حقوقدانان به مجرد ذوق حقوقی خود یکی از احتمالات مجمل و یا احتمال خلاف ظاهر را ترجیح دهند بدون شک چنین تفسیری حجت نیست اعم از این که این تفسیر محدود باشد یا وسیع، بلکه قاضی باید به موجب اصل برائت متهم را از مجازات معاف کند.» (گر جی، ۱۳۸۵، ص ۲۹۵)

بنابراین با توضیحاتی که داده شد، مشخص گردید که اصل (۱۶۷) در قسمتی که جزء ادله ظاهری است بدون این که نیازی به تفسیر داشته باشد در مورد امور حقوقی صحیح است و در مورد امور کیفری که جزء دلیل مجمل است تا زمانی که دلیل معتبری بر کیفر وجود ندارد باید با تفسیر محدود و به نفع متهم به صدور رأی برائت پرداخت.

عوامل موجهه جدیدی را پیش بینی کرده (قوانین ارفاق آمیز) با توسل به تفسیر موسع نفع متهم را در نظر گرفت. این امر در مورد تفسیر اصل (۱۶۷) و ماده (۲۱۴) نیز صدق می‌کند و نباید با تفسیر موسع دایره شمول آنها را گسترش داد تا دیگر اصول قانون اساسی در بیان اصل اباحه و قانونی بودن که نتیجه آنها تفسیر محدود قوانین کیفری است، نادیده گرفته شود.

استدلال دیگری که می‌توان در مورد تفسیر اصل (۱۶۷) بیان داشت و به این طریق ثابت کرد که تفسیر موسع در مورد آن جایگاهی ندارد، این است که دقت شود که این اصل از لحاظ دلالت بر مدلول خود جزء کدامیک از ادله نص، ظاهر، مجمل و موول قرار می‌گیرد. چرا که دلیل از لحاظ دلالت بر مدلول خود به چهار قسم مذکور تقسیم می‌شود:

۱- نص: دلیلی است که مدلول آن کاملاً روشن است و جز احتمال یک معنا در آن نمی‌رود.

۲- ظاهر: دلیلی که احتمال خلافی در آن وجود دارد اما این احتمال ضعیف است.

۳- مجمل: دلیلی است که در مدلول آن احتمالات مساوی وجود دارد یا اساساً مدلول دلیل روشن نباشد.

۴- موول: دلیلی که احتمال معانی مختلفی در آن برود؛ یعنی دلالت لفظ بر احتمال ضعیف باشد.

باید گفت که هیچ دلیلی را نمی‌توان به طور مطلق نص یا ظاهر دانست. لذا اصل (۱۶۷) نیز از جهاتی ظاهر و از جهاتی مجمل

نتیجه

از آنچه که تاکنون در این تحقیق به اجمال بدان پرداخته شد (در حالی که شکافتن موضوع و تفصیل در این رابطه نیازمند مجال بیشتری بوده و در یک مقاله میسر نیست)، چنین برداشت می‌شود که مقنن با استفاده از الفاظ و عبارات مبهم و مجمل، موجب بروز مشکلات عدیده‌ای در این راستا گردیده است. در حقوق کیفری اسلام، اقتضای اصل قانونی بودن صراحت و شیوایی در بیان است، در حالی که به کارگیری اینگونه الفاظ و عبارات نه تنها اجرای مفاد قاعده مذکور را ناکام می‌گذارد بلکه پیشبرد سیاست کیفری اسلام را نیز با مشکل مواجه خواهد کرد. بدیهی است متصدی امر قضا نیز اگر درصدد اجرای این متون قانونی برآید، چاره‌ای جز اتکا به روش تفسیر خود ندارد و این امر به لحاظ تفسیر برداری اصل (۱۶۷) و مواد (۲۱۴) و... تشتت آرای قضایی و زیرپا نهادن عدالت کیفری را در پی خواهد داشت.

با وجود تمامی بحث‌های فوق و ارائه نظرات مختلف حقوقدانان که هر یک اصل (۱۶۷) قانون اساسی را به شکلی مورد تحلیل قرار داده‌اند، اشکال همچنان وجود دارد و بنابراین بهتر است که متن مشخص قانونی، موقعیت اصل فوق و ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری و دیگر مواد ذکر شده را در حقوق ایران مشخص کند تا قضات و حقوقدانان با ارائه تفاسیر مختلف و در مواردی موسع به حقوق و آزادی افراد لطمه وارد نکنند؛ اما به هر تقدیر این سوال همچنان باقی است که با متن فعلی قانون چگونه باید برخورد کرد؟

نگارنده بر این عقیده است که با تأکید قانون اساسی در تقریباً ۹ اصل بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و وجود دلایل مختلف اعم از قرآن و روایات بر حجیت آن، بعید است که بتوان اصل (۱۶۷) را ناظر به امور کیفری دانست؛ چرا که این کار از مقنن قانون اساسی بعید به نظر می‌رسد. این که طی اصول مختلف بر قانونی بودن جرم و مجازات و... تأکید کند و در مقابل با بیان یک اصل کلی همه آنها را نادیده بگیرد جای تردید است. هر چند ماده (۲۸۹) قانون اصلاح آیین دادرسی کیفری که هم اکنون ماده (۲۱۴) و مواد (۸) و (۹) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب بالندک تغییراتی متن آن را تکرار کرده‌اند، موجب این پندار شده که اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی عمومیت دارد و شامل جزئیات نیز می‌شود، اما باید گفت اگر مواد مذکور را به گونه‌ای تفسیر کنیم که نتیجه آن جرم انگاری بر اساس منابع فقهی باشد، با اصل قانونی بودن متعارض خواهد شد. چرا که اصل مذکور در صورتی که مواد قانونی صریح و روشن نبوده و دارای ابهام و اجمال باشد، آن را به نفع متهم تفسیر می‌کند و قضات را مکلف به صدور رای برائت خواهد نمود. از طرفی متصدی امر و مسند قضا، با قانون اساسی به عنوان مادر قوانین رو به رو است که تاب مخالفت قوانین عادی را بر نمی‌تابد و از طرف دیگر ق.آ.د.ک و مواد (۸) و (۹) ق.ت.د.ع.ا، به گونه‌ای تنظیم شده‌اند که گویا بر تجویز جرم انگاری و به تبع آن بر کیفر نمودن بر



فهرست منابع

۱. آقای نیبا، حسین، تقریرات درس حقوق جزای عمومی ۳، انتشارات دانشکده علوم قضایی، ۱۳۷۹.
۲. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مجموعه آیین دادرسی کیفری، ج ۱، چاپ هشتم، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۳.
۳. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ ششم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.
۴. الهام، غلامحسین، تقریرات درس حقوق جزای عمومی ۳، واحد فقهی حقوقی بسیج دانشجویی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۸۲-۱۳۸۱.
۵. جباری، مصطفی، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ش ۳، ۱۳۸۷.
۶. حسینی، سید محمد، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع و احکام)»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، ۱۳۸۷.
۷. خسروشاهی، قدرت‌الله، فلسفه مجازات از دیدگاه اسلام، فصلنامه بصیرت، شماره ۲۲ و ۲۳، سال ۱۳۸۰.
۸. دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، چاپ اول، قم: موسسه انتشارات مدین، ۱۳۷۶.
۹. رئیسی، تقریرات درس آیین دادرسی کیفری، اداره آموزش قضات.
۱۰. صانعی، محمد، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۶۲.
۱۱. صدارت، علی، حقوق جزا و جرم

اساس منابع فقهی نظر داشته‌اند. اما آنچه مسلم است عدم قدرت تخصیص و یا نسخ قانون عادی بر قانون اساسی است. بنابراین از آنجا که ق.ا.ج.ا، با تأکید بر اصل قانونی بودن، جرم انگاری را در غیر موارد معینه قانونی رد کرده است، در این صورت قوانین عادی نیز نمی‌توانند به گونه ای در مقام بیان قرار گیرند که قانون مادر را زیر پا نهند. لذا ماده (۲۱۴) ق.آ.د.ک و مواد (۸ و ۹) ق.ت.د.ع.ا (و نیز ماده ۲۸۹ ق.ا.ق.آ.د.ک) باید به گونه ای مورد تفسیر قرار گیرند که منجر به اجرای مقتضای اصل قانونی بودن گردند. به این معنا که در مواردی که عمل بر اساس اصل مذکور جرم بوده، آن را مجازات کنند و در غیر آن موارد و نیز در موارد رو به رویی با ابهام و اجمال و تعارض مواد قانونی با تفسیر به نفع متهم راه برای صدور رأی برائت هموار شود. به علاوه از آنجا که مواد مذکور از میان اقسام دلیل جزء ادله مجمل محسوب می‌گردند و به عبارتی مدلول دلیل روشن نیست و در آن احتمالات مساوی وجود دارد، باید با وجود این نصوص مبهم و مجمل برای کیفر نمودن اعمالی که قانون صراحتی بر جرم بودن عمل ندارد دلیل معتبری ارائه شود و تا زمانی که چنین ادله ای برای کیفر وجود ندارد با رعایت قاعده تفسیر مضیق و اجرای آن صرفاً در امور حقوقی به صدور رأی برائت نسبت به متهم گام برداشت. اما در صورت وجود ادله معتبر بر شمول امور کیفری در محکوم نمودن این‌گونه اعمال باکی نیست.

- شناسی، تهران: انتشارات کانون معرفت، ۱۳۴۰.
۱۲. قربان‌نیا، ناصر، رهایی، سعید، جعفری، حسین، حقوق جزای اسلامی (ترجمه التشریح الجنایی، عبدالقادر عوده)، ج ۱، تهران: انتشارات معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۲.
۱۳. علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، ج ۱، چاپ اول، تهران: موسسه انتشارات فردوسی، ۱۳۷۶.
۱۴. فیض، علیرضا، تطبیق در حقوق جزای اسلام، ج ۱، چاپ اول، تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۵.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۶۵.
۱۶. کلانتری، کیومرث، اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در حقوق ایران، بابلسر: انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵.
۱۷. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان ۱۳۸۲.
۱۸. مرقاتی، سید طه، «اصل برائت و قانون مجازات»، مجله کیهان فرهنگی، شماره ۲۵۶-۲۵۵، دی و بهمن ۱۳۸۶.
۱۹. معین، محمد، فرهنگ لغت جیبی، چاپ دوم، تهران: انتشارات هنرور، ۱۳۸۶.
۲۰. نوربها، رضا (۱۳۸۶)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ ششم، تهران: نشر دادآفرین، ۱۳۸۶.
۲۱. ولیدی، محمد صالح (۱۳۷۲)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، چاپ اول، تهران: مرکز نشر داد، ۱۳۷۲.

راهکارهای اجرایی پیشگیری از جرم و بهداشت قضایی

افشار خسروی زاده
فوق لیسانس حقوق کیفری و جرم شناسی
معاون دادستان عمومی و انقلاب ایلام

مکاتبه

امروزه پیشگیری از جرم و بهداشت قضایی، یکی از مهم‌ترین مباحث مقوقی را تشکیل می‌دهد و مقوقدانان و قضات و مقامات مسؤؤل در دستگاه قضایی، مهم‌ترین عامل را در دستیابی و رسیدن به جامع‌های سالم و عاری از بزهکاری، راهکارهای عملی و اجرایی پیشگیری از جرم می‌دانند و بهداشت قضایی را به عنوان عاملی مهم و بنیادین در رسیدگی‌های قضایی و صدور آراء متقن و عادلانه در محاکم دادگستری توصیه می‌نمایند. در این نوشتار به تشریح راهکارهای عملی و اجرایی پیشگیری از جرم و بهداشت قضایی می‌پردازیم.

کلید واژه‌ها: پیشگیری از جرم، بهداشت قضایی، راهکارهای

اجرایی

درآمد

رشد جمعیت و پیشرفت جوامع بشری در ابعاد مختلف علمی و اجتماعی و دگرگونی در برقراری روابط اجتماعی و قراردادهای و تعهدات افراد انسانی، هم‌اندیشی نوین در پیشگیری از وقوع ناهنجاری‌ها و جرایم توسط اعضای این جامعه بشری را می‌طلبد و لازمه حیات جامعه انسانی ایده‌آل است.

انقلاب فناوری اطلاعات به طور بنیادین جوامع را دستخوش تغییر و تحول کرده است و این روند با شتاب فراوان ادامه خواهد یافت. این تغییر، انجام بسیاری از کارها و امور را تسهیل کرده است، قبلاً بخش خاصی از جامعه تحت تأثیر فن‌آوری اطلاعات قرار گرفته بود، ولی اکنون به سختی می‌توان بخش‌هایی از جامعه را یافت که تحت تأثیر آن قرار نگرفته باشند؛ فن‌آوری اطلاعات، به نحوی همه‌جانبه فعالیت‌های انسان را تحت تأثیر قرار داده است. تولید اطلاعات و انتقال سریع آن توسط فن‌آوری‌های نوین، موجب افزایش تغییرات اجتماعی و اقتصادی غیرقابل پیش‌بینی گردیده است. اما پیشرفت‌های مذکور حائز جنبه‌های خطرناکی نیز می‌باشد که پیدایش انواع جدید جرایم و بهره‌برداری از فن‌آوری جدید در ارتکاب جرایم سنتی، بخشی از آن به شمار می‌رود؛ به عنوان مثال در عرصه ارتباطات و اطلاعات، مفاهیم قانونی موجود را دچار چالش‌هایی نموده است. پیشرفت‌های مذکور با ظهور شبکه‌ها و ابرشاهراه‌های اطلاعات از جمله اینترنت گسترش پیدا کرده است که از

طریق آنها هر فردی قادر خواهد بود به تمامی خدمات اطلاعات الکترونیک، دسترسی داشته باشد؛ کاربران از طریق اتصال به سرویس‌های اطلاعات و ارتباطات، نوعی فضای عام به نام «سایبراسپیس»^(۱) یا فضای مجازی را پدیدآور شوند که برای اهداف قانونی به کار می‌رود اما این فضا ممکن است مورد سوء استفاده نیز واقع شود. بنابراین، حقوق جزاء و مجریان عدالت بایستی این پیشرفت‌های تکنولوژیکی که فرصت‌های پیچیده‌ای جهت سوء استفاده از تسهیلات محیط سایبرو وارد آوردن آسیب به منافع قانونی فراهم می‌آورند را در نظر داشته باشد؛ از این رو مسائلی مربوط به چگونگی مبارزه با این مسائل و مشکلات و پیشگیری از وقوع این‌گونه جرایم مطرح می‌شود.

در بحث پیشگیری گاه پیشگیری به طور آنی و زودگذر و مقطعی و گاهی به طور وضعی و دایم می‌باشد. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴) به عبارتی پیشگیری، گاه به طور آنی مانند گشت پلیس و صدای آژیر اتومبیل آنان است که در همان لحظه ممکن است سارق را که قصد ورود به منزلی جهت ارتکاب سرقت دارد را از ارتکاب عمل مجرمانه باز دارد؛ در مقطعی دیگر می‌خواهیم کار بنیادی و دایمی انجام دهیم که این امر مهم‌تر است و نیاز به بسترسازی و کار کارشناسی دارد.

«هم‌اندیشی بهداشت قضایی و پیشگیری از وقوع جرم» دو اصطلاح و واژه لازم و ملزوم یکدیگر می‌باشند و با دستیابی به آرمان پیشگیری از وقوع جرم، نتیجه‌ای جز بهداشت



املاک دارای شناسنامه و سند باشند، مقررات ثبتی در خصوص آن اجرا شود، در پیشگیری از وقوع جرم موثر است.

۲-۱) سازمان بازرسی کل کشور

سازمان بازرسی کل کشور به استناد اصل ۱۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، یکی از مهم‌ترین سازمان‌های کشور است که در پیشگیری از وقوع جرم نقش مهمی دارد. این سازمان با نظارت بر اجرای قوانین در دیگر سازمان‌ها و ادارات دولتی، مسیرهای فرار از قانون و ارتکاب جرم توسط دیگر مجریان قانون را سد می‌نماید.

۳-۱) سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی

و تربیتی کشور

این سازمان با توجه به این که محل نگه‌داری افراد مجرم و متهم است، بایستی به مدرسه انسان‌سازی تبدیل شود و امکان بازگشت مجرم را به خود و جامعه فراهم کند. زندان نه صرفاً جایگاهی برای عقوبت نیست و بایستی با ایجاد فضای مناسب و به وجود آوردن امکانات رفاهی - تربیتی و کلاس‌های آموزشی، در اصلاح فرد مجرم کوشید.

۴-۱) دادسرا

دادستان که در رأس دادسرا قرار دارد، به عنوان مدعی العموم در جلساتی که نهادهای دولتی و غیردولتی دارند و در کمیسیون‌های مختلفی شرکت می‌نماید و راهکارهای جلوگیری از وقوع بزه را پیشنهاد و مسؤولیت‌های قانونی را به مسؤولین ادارات و نهادهای دولتی و غیردولتی گوشزد و راه‌های عملی مقابله با جرایم و پیشگیری از وقوع آن را ارائه می‌کند. دادستان وظیفه نظارت بر

قضایی، حاصل نخواهد شد. بهداشت قضایی نیز تحصیل نمی‌شود، مگر با عملی نمودن راهکارهای پیشگیری از وقوع جرم البته برای بهداشت قضایی صرف پیشگیری از جرم کافی باشد، ولی لازمه آن است.

واژه بهداشت قضایی، کاهش ورودی پرونده‌ها به دادگستری، جلوگیری از اطاله دادرسی و اتلاف وقت مقامات قضایی، جلوگیری از سردرگمی ارباب رجوع و توجه بیشتر قضات و دست‌اندرکاران امر قضا به پرونده‌های مهم که با نظم اجتماع رابطه تنگاتنگ دارد، به ذهن متبادر می‌شود. در این نوشتار راهکارهای رسیدن به بهداشت قضایی خواهیم پرداخت.

۱- نهادهای زیرمجموعه قوه قضاییه

دخیل در پیشگیری از وقوع جرم:

در شناسایی سازمان‌ها، ادارات و ستادها که زیر مجموعه قوه قضاییه بوده و در پیشگیری از وقوع جرم مشارکت دارند، آنچه اهمیت بیشتری دارد، شناسایی وظایف و تکالیف آن مراجع و تأثیر تکالیف آنها در پیشگیری از وقوع جرم و بهداشت قضایی که به طور خلاصه می‌توان به مراجع ذیل اشاره نمود:

۱-۱) سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

این سازمان متولی ثبت اسناد و املاک می‌باشد. ریشه بسیاری از اختلافات و دعاوی در اسناد و املاک است اگر مقررات ثبت اسناد به خوبی اجرا شود و اگر مقررات جدیدی با توجه به فن‌آوری‌های نوین به تصویب برسد قطعاً در پیشگیری از وقوع جرم و بهداشت قضایی تأثیر بسزایی خواهد داشت؛ اگر تمامی

حسن اجرای قوانین را بر عهده دارد.

۵-۱) دادگاهها

محاکم قضایی با صدور آراء متناسب با شخصیت اجتماعی مجرم، نوع جرم، اهمیت آن، انعکاس و بازتاب وقوع بزه در حوزه قضایی و در نظر گرفتن بافت حاکم بر حوزه قضایی و سطح فرهنگ آن جامعه کوچک و سایر پارامترهای موجود، می‌توانند تأثیر مطلوبی در بازگشت مجرم به جامعه و جلوگیری از تکرار جرم و در نتیجه پیشگیری ثانویه داشته باشند.

۶-۱) ستاد مردمی پیشگیری و حفاظت

اجتماعی

ستاد مردمی پیشگیری و حفاظت اجتماعی از دستاوردهای نوین دستگاه قضایی است و در جهت واگذاری امر پیشگیری از جرایم در گام اول به مردم و جامعه اسلامی می‌باشد. این ستاد بایستی هدفمند با برنامه‌ریزی صحیح، در پیشبرد اهداف دستگاه قضایی گام بردارد و با توجه به فلسفه وجودی آن که احیاء امر به معروف و نهی از منکر^(۱) است، با به کارگیری و به عضویت گرفتن افراد متخصص به گونه‌ای عمل کند که موجب ایجاد تنش و اختلافات نشده و در پیشگیری از وقوع جرم پیش برود.

۷-۱) شوراهای حل اختلاف

شوراهای حل اختلاف به عنوان یک نهاد سازشی، با جهت ایجاد صلح و سازش می‌تواند در پیشگیری از وقوع جرایم مفید باشد. در اختلافات بین افراد، تأثیر مصالحه بیش از مواردی می‌باشد که به موجب

قانون علیه یکی از طرفین دعوا حکم صادر می‌شود و مجازات در خصوص فرد مجرم به اجراء درمی‌آید. با اجرای مجازات فرد مجرم تاوان خسارات وارده به نظم عمومی و حریم خصوصی افراد را می‌پردازد، لیکن چه بسا از لحاظ درونی تنبیه نشده و دچار نوعی عقده‌های درونی می‌گردد، به گونه‌ای که پس از تحمل عقوبت و مجازات به فکر انتقام و ارتکاب جرم جدید بیفتد؛ ولی در دعاوی منجر به سازش، فرد مجرم خود را مدیون گذشت و فداکاری شاکی دانسته و در صدد جبران خسارات وارده به وی است.

۲. راهکارهای عملی پیشگیری از وقوع

جرم

به منظور ارائه این راهکارها جهت جلوگیری از تداخل وظایف و تکالیف سازمان‌ها و نهادهایی که در مبحث اول اشاره شد، در خصوص هر مورد بحث می‌نماییم:

۲-۱) راهکارهای مربوط به سازمان ثبت

اسناد و املاک کشور

یکی از مهم‌ترین اقدامات این سازمان، اجرای طرح کاداستر در خصوص املاک می‌باشد. با اجرای این طرح، تمامی املاک و نقاط کشور، همانند افراد انسانی دارای شناسنامه می‌شوند، سپس بایستی سیستم یکپارچه رایانه‌ای در خصوص ثبت املاک تأسیس شود و هرگونه نقل و انتقال املاک در یک رایانه مرکزی در سازمان به طور شبکه‌ای و یکپارچه ثبت و ضبط شود تا هر شخص با



طور مستمر و بدون هماهنگی‌های قبلی با مسؤولین آن نهادها و ادارات به عمل آورند، تا افراد قانون‌گریز و هنجارشکن در وجود خود رعب و وحشت آن بازرسی‌ها را احساس نمایند.

یکی از مهم‌ترین موضوعات مبتلابه دستگاه قضایی، زمین‌خواری می‌باشد. متولی اصلی زمین‌ها و اراضی ملی و انفال، سازمان حفاظت از جنگل‌ها و مراتع قرار گرفته است؛ سازمان بازرسی باید با بازرسی‌های مستمر از این سازمان میزان اقدامات آنان را در بحث اخذ سند مالکیت برای اراضی ملی ارزیابی کند. با وجود آن که اراضی ملی و جنگل‌ها و مراتع کشور دارای متولی است، اما از سال ۱۳۴۱ که قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور به تصویب رسیده است، هنوز در اکثر نقاط کشور توسط این متولیان، سند مالکیت اخذ نشده است. این خلأ زمینه را برای افراد زمین‌خوار و سودجو فراهم می‌کند.

از دیگر متولیان اراضی ملی، سازمان مسکن و شهرسازی است که باید مورد توجه بازرسان سازمان بازرسی باشد تا نحوه واگذاری‌ها و چگونگی تملک اراضی بررسی شود.

ضرورت دارد از متولیان اراضی ملی، خواسته شود تا بدون وقفه نسبت به اخذ سند مالکیت برای انفال اقدام و الاً به عنوان متخلف یا تبانی‌کننده برای تضييع بيت‌المال، به مراجع قضایی معرفی شوند.

سازمان بازرسی باید با نظارت مستمر بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، چگونگی اعطای تسهیلات و میزان آن و

مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک در هر نقطه‌ای از کشور و صرف‌نظر از این که ملک وی در کدام موقعیت جغرافیایی و منطقه‌ای قرار گرفته است، از وضعیت نقل و انتقال ملک خود اطلاع یابد. با اجرای این طرح از وقوع بزه انتقال مال غیر و کلاهبرداری در خصوص املاک، جلوگیری به عمل می‌آید.

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بایستی با کارشناسی و تهیه لوایح قانونی و مطرح نمودن آن لوایح در شورای عالی قضایی، گام‌هایی جهت بالا بردن اعتبار اسناد و املاک بردارد. با توجه به پیشرفت‌های علمی و فن‌آوری اطلاعات و ضرورت همگام شدن با این پیشرفت‌ها، از وقوع ناهنجاری‌ها و جرایم علیه اموال و مالکیت اشخاص پیشگیری شود و با قراردادن فرجه قانونی و محدودیت قانونی برای به ثبت رساندن املاک، به مالکیت اشخاص، اعتبار ویژه‌ای داده و مالکیت اشخاص بر املاک خود را محفوظ کند. آموزش مأموران ثبتی نیز می‌تواند از صدور اسناد معارض جلوگیری می‌شود.

لویح پیشنهادی باید در جهت حذف تشریفات زائد اجرای اسناد رسمی باشد، تکریم ارباب رجوع با حذف تشریفات مکاتبات اداری و جایگزینی آن به وسیله مکاتبات الکترونیک، می‌تواند در مردم انگیزه مراجعه به ادارات ثبت ایجاد نماید تا آنان به جای مراجعه به دادگستری از طریق اجرای ثبت اقدام نمایند.

۲-۲) راهکارهای سازمان بازرسی کل کشور

بازرسان این سازمان بایستی بازرسی‌های خود را از تمامی ادارات و نهادهای دولتی به

بررسی اسناد و املاک افراد گیرنده تسهیلات را در رأس برنامه‌های خود قرار دهد، تا از وقوع بزه کلاهبرداری، جعل، سوءاستفاده از سند مجعول، جعل عنوان و جرایم دیگر علیه بیت‌المال جلوگیری شود.

سازمان بازرسی کل کشور بایستی در جلسات شورای اقتصاد و حتی در چگونگی چاپ اسکناس و اسناد مالی تعهدآور و اسناد تجاری، شرکت داده شود تا بانک مرکزی و وزارت امور اقتصاد و دارایی کشور به گونه‌ای عمل نماید که ضریب امنیت آن اسناد مالی بالا رفته جعل کاهش یابد. نظارت این سازمان بر سایر ادارات دولتی نیز از وقوع جرایم در آتیه پیشگیری می‌نماید.

۳-۲) راهکارهای سازمان زندان‌ها و

اقدامات تامینی و تربیتی کشور

آموزش‌های مفید به زندانیان در مباحث اخلاقی و دینی، فرد زندانی را با آموزه‌های اسلام و تعالیم انسان ساز آن آشنا نمود و شرایط و محیط زندان را برای فرد زندانی جهت خود سازی فراهم می‌نماید. گروه‌های

سازمان بازرسی کل کشور بایستی در جلسات شورای اقتصاد و حتی در چگونگی چاپ اسکناس و اسناد مالی تعهدآور و اسناد تجاری، شرکت داده شود تا بانک مرکزی و وزارت امور اقتصاد و دارایی کشور به گونه‌ای عمل نماید که ضریب امنیت آن اسناد مالی بالا رفته جعل کاهش یابد. نظارت این سازمان بر سایر ادارات دولتی نیز از وقوع جرایم در آتیه پیشگیری می‌نماید.

مختلف بزهکاری در زندان بایستی تفکیک شده و مجرمین در هر گروه به تفکیک قرار گیرند. مجرمین به عادت باید از مجرمین اتفاقی جدا شده و در آن گروه‌ها نیز زندانیان نوجوان، جوان، میانسال و پیر هر کدام در مکان‌های جداگانه نگهداری شوند؛ افرادی که تحت قراردادهای تامین کیفری به زندان معرفی می‌شوند، نبایستی با مجرمین محکوم به تحمل حبس، ارتباط داشته باشند.

محکومین به تحمل حبس‌های طولی مدت را بایستی با آموزش‌های لازم تئوری و عملی در بازگرداندن به اجتماع یاری نمود. نباید به گونه‌ای عمل کرد که فرد محکوم همه چیز را تمام شده بداند و راه‌های بازگشت به اجتماعی را بسته ببیند. باید او را به این باور رساند که تحمل حبس را تاوان ناهنجاری‌ها و رفتارهای بد خود بداند، نه غذایی ناعادلانه در وجود او؛ به مجازات به عنوان واژه‌ای مقدس جهت پاک شدن و بازگشت به اجتماع بنگرد نه انتقام‌جویی و ستیزه‌جویی.

سازمان زندان‌ها باید تدابیری بیندیشد تا ملاقات‌های حضوری زندانیان با خانواده در محیطی سالم فراهم شود و از تردد و ملاقات افراد غیر صالح با فرد زندانی که تحت درمانی مشاوره‌ای قرار گرفته است، جلوگیری به عمل آید؛ استفاده از ابزارهای تشویقی زندان ندامتگاه و جایگاهی برای توبه باید مورد توجه باشد. فرد زندانی باید از حداقل امکانات رفاهی برخوردار باشد؛ فضای مناسب، هوای پاک، آب و غذای سالم، اردوهای تفریحی، باشگاه ورزشی، کارگاه آموزشی و فنی و حرفه‌ای، آموزش از راه دور و ادامه تحصیل برای وی



۱۳۷۸، صص ۳۲۱ تا ۳۲۳)

دادستان می‌تواند با اتخاذ تدابیر ویژه و با استمداد از متخصصان مربوطه و اهل فن سیستم رایانه‌ای، ورود شکواییه‌ها به دادر، برنامه‌ای ایجاد کند که از مطرح شدن شکواییه‌های واحد در شعب مختلف جلوگیری نماید ضمن این‌که تخصصی نمودن شعب رسیدگی می‌تواند گام مهمی در شناسایی طرح دعاوی واحد از سوی یک فرد و کاهش ورودی پرونده و رسیدگی دقیق‌تر و تخصصی به موضوعات مهم باشد.

ایجاد دادستان استانی می‌تواند در پیشگیری از وقوع جرم و تسریع در رسیدگی و دستگیری مجرمین و ایجاد و انسجام خاص بین مراجع قضایی و سازمان‌ها و ادارات دولتی بمنظور دستیابی به بهداشت قضایی مفید باشد.

۲-۵) راهکارهای عملی - اجرایی محاکم قضایی

محاکم قضایی با صدور آراء متناسب قضایی نقش به سزایی در پیشگیری ثانویه از وقوع جرم دارند. تناسب مجازات با شخصیت اجتماعی مجرم، اهمیت بزه، انعکاس ارتکاب آن در جامعه و بررسی انتظارات مردم در برخورد با فرد مجرم و جرم ارتكابی توسط وی، سوابق و روحیات اخلاقی مجرم، میزان خسارات وارده به اشخاص و نظم جامعه و سایر موارد مرتبط با آرامش عمومی و نظم اجتماع، تأثیر مهمی در بهداشت قضایی خواهد داشت.

۲-۶) راهکارهای عملی - اجرایی ستاد

مردمی پیشگیری و حفاظت اجتماعی

با عنایت به فلسفه وجودی این ستاد که

و سایر موارد دیگر. (شامبیاتی، ۱۳۸۸، ج ۲، صص ۳۰۷ تا ۳۰۹)

تاسیس نهادهایی در زیر مجموعه سازمان زندان‌ها به منظور مراقبت از خانواده زندانیان ضروری است. با تاسیس نهادهای حمایتی ویژه و مراقبت‌های محسوس و نامحسوس، از انحراف خانواده‌های زندانیان پیشگیری می‌شود.

سازمان زندان‌ها بایستی به بیمارستانی برای درمان مجرمین و بازگرداندن آنان به اجتماع تبدیل شود و تلقی فرد زندانی از محیط زندان بایستی همان تلقی باشد که فرد بیمار دارد. اهتمام مسؤولین زندان‌ها با فراهم نمودن شرایط و محیط زندان، در این راستا ضروری است.

۴-۲) راهکارهای عملی دادستان

دادستان به عنوان مدعی‌العموم نقش به سزایی در پیشگیری از وقوع جرم دارد؛ این مقام قضایی که نظارت و ریاست بر ضابطین دادگستری را به عهده دارد، تحت تعلیمات خود می‌تواند از وقوع جرایم با پیشگیری‌های آنی جلوگیری نماید؛ نقاط جرم‌خیز را با آمارگیری که از شعب دادر، به عمل می‌آورد شناسایی و بسته به نوع جرم و اهمیت آن پیشنهاد تاسیس پاسگاه انتظامی و یا کلانتری و گشت‌های پلیس به طور نامنظم را به ضابطین ارائه دهد. اجرای دستورات مقامات قضایی دادر را با تعامل از ضابطین بخواهد و در صورت استتکاف آنان با متمرّدین برخورد قانونی نماید تا جامعه به محیطی امن برای شرور و بزهکار تبدیل نشود و از تعدد جرم و تکرار جرم توسط مجرمین پیشگیری به عمل آید. (گلدوزیان،

مگر این که تمامی سازمان‌ها، ادارات، نهادها و ستادهای زیر مجموعه قوه قضاییه و دیگر قوای مملکتی با همکاری هم و بستری سازی، کارهای زیربنایی و عمرانی، طرح‌های بزرگ اقتصادی و اجتماعی در ایجاد جامعه‌ای متمدن و مدرن، مساعی و تلاش لازم را به عمل آوردند.

فهرست منابع

۱. حاجی ده‌آبادی، احمد، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، سال تحصیلی ۸۴-۱۳۸۳.
۲. شامیباتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، انتشارات مجد، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۸.
۳. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۷۸.

احیاء امر به معروف و نهی از منکر است، ارائه آموزش‌های لازم و دقت در عضوگیری اعضای این ستاد ضروری است. تا مبدا افرادی انتقام‌جو و داری عدوات دنیوی با عده‌ای خاص، عضویت در این ستاد را وسیله‌ای برای ایذا مردم قرار دهند. پس از عضوگیری افراد صالح و منصف در این ستاد، بایستی امکانات لازم و متعارف در اختیار آنان قرار گیرد که به نحو مقتضی از وقوع جرایم پیشگیری نمایند. به اعضای ستاد بایستی آموزش‌های لازم داده شود تا در شناسایی مجرمین خطرناک و کشف باندها و شبکه‌های فساد و فحشاء توزیع و فروش مواد مخدر و دیگر مجرمین، تلاش ویژه معمول دارند و به گونه‌ای عمل نمایند که موجب نقص حقوق اشخاص جامعه و آزادی‌های مشروع آنان نشود.

۲-۷) راهکارهای عملی - اجرایی شورای

حل اختلاف

شوراهای حل اختلاف با رسیدگی به جرایم سبک و کم اهمیت، ضمن کاهش ورودی پرونده به دادگستری‌ها، در رسیدگی با دقت مطلوب به جرایم سنگین و پر اهمیت توسط مقامات قضایی کمک می‌کنند. شورا با ایجاد مصالحه و سازش بین طرفین دعوی کیفری، نقش مهمی در برقراری امنیت و آرامش در روابط اجتماعی افراد دارند و از وقوع جرایم جدید جلوگیری معمول می‌دارند.

نتیجه

آنچه بیان شد مختصری از تدابیر و راهکارهای اجرایی - عملی در پیشگیری از وقوع جرم بود. این مهم به نتیجه نمی‌رسد،

فرایند رسیدگی به اختلافات فعالان بازار بورس

حسین قربانیان
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

در این مقاله، شیوه مل و فصل اختلافات در هیات داورى بورس، از میث سافتار مقوقى بررسی می‌شود. از این رو، در وهله اول، شناخت مراجع صالح جهت مل و فصل اختلافات بین فعالان مرفه‌ای بازار و شیوه رسیدگی به موجب قانون بازار بورس اوراق بهادار، مورد بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: بازار بورس، قانون سازش، هیات داورى

درآمد

سرمایه‌گذاران تعریف کرده است؛ در نتیجه، افراد با هر میزان سرمایه، که وارد بورس اوراق بهادار شوند، این اطمینان را خواهند داشت که خطراتی مانند کلاهبرداری، سوخت شدن سرمایه و آنان را تهدید نخواهد کرد.^(۶)

گسترش بازار سرمایه، ارتباط مستقیم و تفکیک ناپذیری به شیوه حل و فصل اختلافات احتمال که ناشی از فعالیت حرفه‌ای بین کارگزاران،^(۷) بازارگردانان^(۸) و معامله‌گران^(۹) و مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران^(۱۰) و سایر اشخاص ذیربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها دارد.

وجود یک مرجع تخصصی و آگاه بودن اعضای رسیدگی کننده به اختلافات، به مسائل سرمایه‌گذاری، اقتصاد و بورسی با صلاحیت‌های علمی، فنی و تجربی، برای تضمین امنیت اقتصادی بازار سرمایه، نظام

گسترش بازار مالی^(۱) اقتصاد کشور،^(۲) در راستای افزایش حجم بازار و شرکت‌های بورس، به نحوی بوده است که افراد را به سرمایه‌گذاری^(۳) و هدایت بسوی بنگاه‌های اقتصادی سوق داده است و (فناپی، ۱۳۸۸، ص ۷۹) شیوه سرمایه‌گذاری غیر مستقیم را در مقابل سرمایه‌گذاری مستقیم افزایش داده است. در این میان، نباید از نقش بازار سرمایه،^(۴) در هدایت مستقیم سرمایه‌های مردم به سوی واحدهای تولیدی، خدماتی و صنعتی غافل بود. بورس اوراق بهادار،^(۵) به عنوان یک واسطه بین سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیران، پیوسته مدافع حقوق سرمایه‌گذار بوده و به ویژه حمایت از سرمایه‌گذاران کوچک را، از وظایف خود می‌داند. این نهاد علاوه بر قوانین لازم، راهکارهای مناسب را، برای احقاق حق

1. Financial market

۲. بازار مالی، به بازاری گفته می‌شود که، از طریق آن بتوان منابع مالی مورد نیاز را به دست آورد. بازارهای مالی شامل؛ بازار پول، بازار سرمایه، بازار تنزیل و بازار ارز است. (خلعت‌بری، ۱۳۷۱، ردیف ۱۹۰۵)

3. Investment in marketable securities

۴. **capital market** بازار سرمایه؛ عبارت از بازارهای گوناگونی است که، در بنگاه‌های تجاری، به عنوان واسطه در موضوعات مخصوص، تخصیص یافته‌اند و بدین منظور سرمایه دراز مدت مورد نیاز باشد. (الکس ژاکلین و تولکان، ۱۳۵۴، ص ۱۶)

۵. **stock exchange** بورس اوراق بهادار، به موجب بند ۳ ماده ۱ قانون مصوب ۱۳۸۴، به شرح ذیل تعریف شده است: «بورس اوراق بهادار بازار متشکل و خود انتظام است که، اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و یا معامله‌گران طبق مقررات این قانون، مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. بورس اوراق بهادار (که از این پس بورس نامیده می‌شود) در قالب شرکت سهامی عام تاسیس می‌شود».

۶. از جمله مزایای بورس برای سرمایه‌گذاران می‌توان به کسب درآمد، سرمایه‌گذاری در مکانی امن، حفظ سرمایه در مقابل تورم، قابلیت نقد شوندگی اوراق بهادار، مشارکت در تصمیم‌گیری برای اداره شرکت‌ها و برخورداری از حمایت قانون و مقررات نام برد. (فناپی، پیشین، ص ۷۹)

7. Jobber

8. Rolling Market

9. Dealer-Trader

10. Investors

با گسترش بازار سرمایه و تغییر و تحول در کل ساختار بازار، قانون بازار اوراق بهادار، در ۱۳۸۴، تشکیل کانون‌های حرفه‌ای توسط کارگزاران، معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر مجامع مشابه را به صورت خود انتظام و به صورت موسسه غیر دولتی، غیرتجاری و غیرانتفاعی با هدف تنظیم روابط بین اشخاص فعال در این بازار تجویز نموده است.^(۵) یکی از وظایف این کانون در وهله اول، رسیدگی به اختلافات بین کارگزاران و مشتریان و اشخاص مندرج در ماده ۲۳ قانون، است، که در صورت حصول سازش پرونده مختومه و در غیر این صورت خواهان جهت طرح دعوا، به هیات داوری ارشاد می‌شود، هیات داوری بورس، وارد رسیدگی ماهوی شده و در نهایت اقدام به صدور حکم می‌نماید.

با مقایسه‌ای بین قانون قدیم و قانون جدید، باید قائل به این بود که رسیدگی به اختلافات در هیات داوری بورس به موجب قانون سال ۱۳۸۴، اعم از قانون قدیم می‌باشد. ثانیاً: فرایند

دادرسی عادلانه‌ای را می‌طلبد، تا عدالت واقعی احراز و اجرا شود. چنانچه اختلافات حرفه‌ای، در محاکم دادگستری مورد بررسی و رسیدگی قرار گیرد و این امر، با یک روند دادرسی طولانی مواجه خواهد بود که نفع و تضمین بازار سرمایه کشور و احقاق حق برای خواهان را در پی نخواهد داشت.

۱. تاریخچه نهاد داوری در بورس

از ابتدای شکل‌گیری بازار بورس در اقتصاد کشور، «هیات داوری بورس»^(۱) به عنوان یک مرجع اختصاصی، در تشکیلات سازمان بورس،^(۲) جای گرفت. این نوع داوری اجباری،^(۳) برای اولین بار در ماده ۱۷ قانون تاسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۱۳۴۵،^(۴) پیش‌بینی گردید.

این هیات از سال ۱۳۴۵ تا ۱۳۸۴، صرفاً به اختلافات بین کارگزاران با یکدیگر و فروشندگان، خریداران یا کارگزاران، که از معاملات بورسی، ناشی می‌گردید، رسیدگی می‌نمود.

1. Board of arbitration

۲. سازمان بورس، به موجب ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار، «موسسه عمومی غیر دولتی است که دارای شخصیت حقوقی و مالی مستقل بوده و از محل کارمزدهای دریافتی و سهمی از حق پذیرش شرکت‌ها در بورس‌ها و سایر درآمدها اداره خواهد شد...».

3. Compulsory arbitration

۴. به موجب ماده ۱۷ قانون مذکور؛ هیات داوری بورس که به طور دائم تشکیل می‌گردد، به اختلافات بین کارگزاران با یکدیگر و به اختلافات بین فروشندگان یا خریداران یا کارگزاران که از معاملات در بورس ناشی گردد، رسیدگی می‌کند. این هیات از یک نفر نماینده وزارت دادگستری، که از بین روسای شعب و یا مستشاران دیوان عالی کشور انتخاب خواهد شد و یک نفر نماینده شورای بورس و یک نفر نماینده مشترک اتاق صنایع معادن ایران و اتاق بازرگانی تهران تشکیل می‌شود.

۵. بند ۵ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴. از طرفی ماده ۳۳ قانون مقرر داشته است: «شروع به فعالیت کارگزاری، کارگزاری، معامله‌گری و بازارگردانی به هر شکل و تحت هر عنوان، منوط به عضویت در کانون مربوط و رعایت مقررات این قانون و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی آن است.»

رسیدگی در قانون قدیم، یک مرحله‌ای و در قانون جدید دو مرحله‌ای است. بورس اوراق بهادار، از یک طرف، مرکز جمع‌آوری پس‌اندازها و نقدینگی بخش خصوصی، به منظور تامین مالی پروژه‌های سرمایه‌گذاری بلند مدت بوده و از سوی دیگر، مرجعی رسمی و مطمئن، برای سرمایه‌گذاران و فعالان حرفه‌ای بازار سرمایه، که طی انجام سرمایه‌گذاری، با یکدیگر اختلافاتی پیدا می‌نمایند و آن را در هیات داوری بورس مطرح نمایند، می‌باشد.

۲. فعالیت حرفه‌ای بورس^(۱)

هیات داوری به عنوان یک مرجع اختصاصی، به منظور رسیدگی به اختلافات ناشی از «فعالیت حرفه‌ای» فعالان بازار، اعم از ناشر، مشاوران سرمایه‌گذاری، کارگزاری معامله‌گران، شرکت تامین سرمایه، موسسات رتبه‌بندی و... فعالیت دارد.^(۲) برای تبیین فعالیت حرفه‌ای، باید دید که مراد قانونگذار از این اصطلاح چیست؟ و چه اختلافاتی، ناشی از فعالیت حرفه‌ای محسوب می‌شود؟ آیا دامنه اختلافات، وسیع‌تر از اختلافات ناشی از معاملات معمولی و معاملات تجاری است؟ و در نهایت، آیا می‌توان حدود صلاحیت فعالیت اشخاص مندرج در ماده ۳۶ قانون را جدای از فعالیت حرفه‌ای آنها محسوب نمود یا منطبق بر آن است؟ برای توضیح و تبیین مسائل و پاسخ به

سوالات فوق، شناخت نوع فعالیت سرمایه‌گذار و اشخاص مندرج در ماده ۳۶ قانون، ضروری به نظر می‌رسد. لیکن از آنجا که، شرکت‌های کارگزاری بورس و سرمایه‌گذاران (سهامداران)، در بازار سرمایه، سهم عمده‌ای را در داد و ستد بورس اوراق بهادار به خود اختصاص می‌دهند و بیشتر در معرض اختلافات حقوقی قرار می‌گیرند، شناخت نوع فعالیت این گروه از فعالان بازار، در درجه اول اهمیت و قرار می‌گیرد. در این میان، به بررسی و نحوه فعالیت آنها در دو قسمت مجزا می‌پردازیم:

۱- سرمایه‌گذاران «خرید و فروش سهام، برای این‌که جزو دسته معاملات بورسی قرار گیرد، الزاماً باید در بازار بورس اوراق بهادار تهران انجام شود. (بر اساس مقررات، انجام معامله سهام شرکت‌های پذیرفته شده در بورس در خارج از سیستم معاملات بورس ممنوع است. در حال حاضر در بورس اوراق بهادار تهران، مسیر اصلی سرمایه‌گذاری از طریق کارگزاران است. روش‌های ارتباط سرمایه‌گذاران با شرکت‌های کارگزاری بر حسب موقعیت آنها عبارت‌اند از: مراجعه حضوری به دفاتر شرکت‌های کارگزاری یا شعبه‌های آنها در نقاط مختلف کشور؛ مراجعه به سایت شرکت کارگزاری، سیستم پیام کوتاه شرکت‌های کارگزاری. همه خریداران و فروشندگان لازم است یک کد معاملاتی منحصر به فرد، داشته باشند تا کارگزار بتواند بر اساس آن به خرید و اوراق بهادار بپردازد. پس از

1. Professional activity

۲. ماده ۳۶ قانون بازار بورس و اوراق بهادار



این اوراق و بهره‌مند شدن از بهره و فوائد مترتب، به آن عمل می‌کند و خرید به منظور فروش صورت نمی‌گیرد، به عبارت دیگر، قصد سود بری و انتفاع که عنصر اساسی عمل تجارتي است، تحقق نمی‌یابد و حتی اگر پس از گذشت مدتی از خرید، آنها را به فروش رساند، باز هم عمل وی تجاری تلقی نمی‌گردد، اما چنانچه خریدار، در هنگام خرید قصد فروش اوراق بهادار را پس از مدت کوتاهی داشته باشد، عمل وی تجاری است. (سماواتی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۷۰) به نظر می‌رسد، عمل شخص خریدار یا فروشنده سهام، چنانچه ارکان بند یک ماده ۲ قانون تجارت فراهم باشد، باید تجاری محسوب شود و برای تجار نیز چنانچه این عمل برای امور تجارتي باشد، به استناد بندهای ۱ و ۲ ماده ۳ قانون تجارت، عمل آنها تجاری است. در مورد قسمت دوم سوال، و این که فعالیت داد و ستد سهام، این دسته از اشخاص را، در زمره تاجرین می‌آورد یا خیر، با توجه به استدلال اخیر، باید پاسخ مثبت به این سوال داد.

۳. داد و ستد کارگزاران بورس

در مورد عمل داد و ستد کارگزاران بورس (در فقه، با توجه به تصریح برخی فقها درباره کارگزار بودن بانکها در عملیات خرید و فروش سهام شرکتها، نقش کارگزاران در داد و ستد سهام از باب اجاره یا جعاله دانسته شده است. (خویی، بی‌تا، ص ۸؛ صدر، ۱۹۸۳، ص ۱۲۴) و این که آیا اصولاً به این اشخاص، تاجر تلقی می‌شود یا خیر؟ دیدگاه‌های زیر

آن که کارگزار برای آنکه برای سرمایه‌گذار که سهامداری ایجاد کرد سرمایه‌گذار باید وجهی را که تمایل به سرمایه‌گذاری به حساب بانکی شرکت کارگزاری واریز کند. بحث عمده بر سر این است که، آیا صرفاً خرید یا فروش سهم توسط سرمایه‌گذاران در بازار، فعالیت حرفه‌ای محسوب می‌گردد؟ و اصولاً، فعالیت داد و ستد سهام این دسته از اشخاص را، در زمره تاجرین می‌آورد یا خیر؟

در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: کسی که به خرید و فروش سهام مبادرت کند، تاجر محسوب نمی‌شود، زیرا خرید و فروش سهام عمل تجاری نیست؛ و اصولاً خرید و فروش سهام شرکت‌های سهامی، اداره دارایی خصوصی افراد است، اما همین عمل برای تجار، عمل تجاری است، مشروط بر این که برای امور تجارتي باشد؛ برای مثال فعالیت تاجری که برای به گردش در آوردن قسمتی از سرمایه تجارتي بی‌مصرف مانده خود، به خرید و فروش سهام می‌پردازند، تجاری است؛ زیرا او تاجر است و این کار را برای امور تجارتي خود انجام می‌دهد. (بند ۲ ماده ۳ قانون تجارت) و هرگاه شرکت تجارتي، به این عمل مبادرت کند نیز عمل او تجاری است (بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت).

در دو فرض اخیر، معامله به اصطلاح تجارتي تبعی است؛ زیرا تاجر آنرا برای امور تجارتي خود انجام می‌دهد. (اسکینی، ج ۱، ص ۸۶)

دیدگاه دوم: شخصی که مبادرت به خرید اوراق بهادار بورس می‌کند، به قصد نگهداری

قابل طرح است؛

دیدگاه اول: اصولاً کارگزاران بنام خود، ولی به حساب اشخاص دیگر، داد و ستد می‌کنند، یعنی به حساب این اشخاص و نه به حساب خود، عمل آنها تجاری تلقی می‌گردد؛ زیرا اعمالشان مانند حق العمل کاری^(۱) است. (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۱) گاه کارگزار به نام و حساب خود معامله کند، عمل او تجاری نیست؛ با این حال، گاهی کارگزار برای حفظ تعادل قیمت‌های سهام و بورس، به نام و حساب خود معامله می‌کند؛ بدین ترتیب که، به دستور فروش رسیده از جانب مشتریان خود، شخصاً جواب می‌دهد و سهام مشتریان را می‌خرد، تا در فرصت مناسب آنها را، مجدداً بفروشند و چون کارگزاران بورس، اینگونه معاملات را برای رفع حواجی تجاری خود انجام می‌دهند، باید این معاملات را تجاری تلقی کرد، اما به هیچ وجه تجاری ذاتی نیستند و فقط مشمول بند ۲ ماده ۳ قانون تجارتند. (اسکینی، ج ۱، ص ۸۷)

دیدگاه دوم: درباره کارگزاران یا دلان بورس،^(۲) با عنایت به این که این نوع دلالی یکی از انواع متعدد دلالی می‌باشد، در صورتی که به طور مستمر و مکرر انجام شود، عمل آنان حائز وصف تجاری خواهد شد و معاملات بورس نسبت به کارگزاران و دلان بورس، عمل تجاری محسوب می‌شود. (سماواتی، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۷۱) در مجموع، توجه به نظرات فوق‌الذکر

می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود:

از آنجا که خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد و اینکه سهام و اوراق بهادار، از جمله اموال منقول محسوب می‌گردد، (ستوده تهرانی، ج ۱، ص ۴۵؛ عرفانی، ج ۱، ص ۴۴) معاملات بورسی عمل ذاتاً تجاری و مطلق محسوب می‌گردند، با دقت در این بند، در می‌یابیم، اغلب معاملات بورسی، با توجه به این که روی تعداد زیادی از اوراق بهادار انجام می‌گیرد و هر چند به منظور خرید و فروش حقیقی اوراق بهادار (طبق ماده ۵۴ قانون تجارت، پذیره نویسی و خرید اوراق عمل تجاری نمی‌باشد) و تسلیم آنها از طرف فروشنده به خریدار انجام نمی‌گیرد، لیکن، جنبه سودجویی داشته، و منظور از معامله، پرداخت یا دریافت تفاوت ارزش اوراق بهاداری است که به وعده معامله شده است و از این حیث مشمول این بند قرار می‌گیرد.

ثانیاً: باید بین معاملات بورسی و سایر معاملات تفاوت قائل شد؛ از آنجا که معاملات بورسی بوسیله واسطه‌هایی که کارگزار نامیده می‌شوند، انجام می‌گردد و خریداران و فروشندگان اوراق بهادار مستقیماً با یکدیگر طرف نیستند از این حیث، مشمول خدمات واسطه‌ای بند ۳ ماده ۱ و ماده ۳۳۵ قانون تجارت و یکی از انواع عمل دلالی، محسوب می‌شوند. در قانون تجارت عراق نیز کارگزاران بازار سرمایه (بورس)، دلال معرفی شده‌اند.

1. Ccommission Agent
2. Contract Broker



باید قائل به این بود، اعمالی را که آنها برای انجام خرید یا فروش سهام انجام می‌دهند، چنانچه عنوان معاملات بورسی به خود بگیرد و هر یک از اعمال تعیین وضعیت و نوع سهام، یا دادن اختیار آن به کارگزار، دریافت اعلامیه خرید، دریافت کد معاملاتی و نظایر آن انجام دهند، باید قائل به انطباق فعالیت تجاری با فعالیت حرفه‌ای بود و هر گاه معامله‌ای جزء دسته معاملات بورسی قرار نگیرد، فعالیت حرفه‌ای محسوب نمی‌گردد.

۴. مراجع حل اختلاف فعالان بازار

۴-۱. کانون کارگزاران بورس اوراق

بهادار

کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار، در تاریخ ۱۳۸۶/۷/۱۴ به شماره ثبت ۲۱۶۳۹ در اداره ثبت شرکت‌ها و مالکیت‌های صنعتی، به ثبت رسید. این کانون در اجرای مواد ۳۳ و ۵۳ قانون بازار سرمایه تشکیل شده و یک موسسه غیر دولتی، غیر تجاری، غیر انتفاعی و غیر سیاسی است.

عضویت در کانون، برای همه کارگزاران اجباری بوده و بر اساس قانون، هر کارگزاری

(ناهی، ۱۳۶۸، ص ۲۲۱).

ثالثاً: عمل کارگزاران، با توجه به این که به نام خود، ولی به حساب اشخاص دیگر، داد و ستد می‌کنند، مشمول بند ۳ ماده ۲ و اطلاق عنوان حق‌العمل کاری، با رعایت مقررات ماده ۳۵۷ قانون تجارت، قرار می‌گیرند. کارگزاران بورس در حقوق تجارت مصر، حق‌العمل کار معرفی شده‌اند. (ذهنی بک، ۱۳۶۴، ص ۳۵۷) رابعاً: از آنجا که معاملات بورس در اکثر موارد به طریقه حراج انجام می‌شود و کارگزاران، پیشنهادهای خرید و فروش خود را با توجه به سفارش‌های خریداران و فروشندگان، تعداد اوراق بهادار و درج قیمت در سامانه معاملاتی، انجام می‌دهند، از این حیث مشمول بند ۵ ماده ۲ خواهد شد.

فعالیت حرفه‌ای هر یک از اشخاص مذکور در ماده ۳۶ قانون، با توجه به صلاحیت و نوع فعالیت آنها^(۱) از یک سو و همچنین فعالیت تجاری آنها از سوی دیگر، انطباق کامل با عملیات تجاری دارد، به طوری که، مفهوم فعالیت تجاری آنها مستغرق در فعالیت حرفه‌ای آنهاست.

در مورد فعالیت حرفه‌ای یک سهامدار،

۱. تکالیفی را که کارگزار «عموماً و اصولاً» بر عهده دارد، شامل اجرای درخواست خریدار در سامانه معاملات مطابق قوانین و مقررات، دریافت و جه بحساب شرکت، احراز هویت سرمایه گزار، دریافت درخواست خرید، درخواست کد معاملاتی، ارائه گواهینامه نقل و انتقال و سپرده سهام به خریدار، دریافت تاییدیه ناظر معاملات و... می‌باشد. در این میان، «حراج» سازوکاری برای دادوستد اوراق بهادار، برپایه انطباق سفارش‌های خرید و فروش مشتریان با در نظر گرفتن اولویت قیمت و زمان است.

کارگزاران در فعالیت تجاری خود، از سه گروه می‌توانند استفاده نمایند: ۱- عاملین، که با یکی از سرمایه گزاران فعالیت می‌کنند و در اعمال مباشرت دارند - ۲- نمایندگان، که به منزله وکلا هستند و کلیه اعمال آنها برای کارگزاران، حق و تکلیف ایجاد می‌کند - ۳- واسطه‌ها، که برای جلب متعاملین فعالیت می‌کنند و اجرت ثابت می‌گیرند. (ذهنی بک، عبدالسلام، منبع پیشین، صص ۳۴۱، ۳۴۲)

که قصد فعاليت دارد، ابتدا بايد عضو کانون کارگزاران شود و سپس فعاليت خود را آغاز کند و در صورتی که کارگزاری عضو کانون کارگزاران نباشد، مجوز فعاليت نخواهد داشت.^(۱)

تمامی مسائل صنفی کارگزاران شامل رتبه‌بندی کارگزاران، انتخاب، حل اختلافات بين کارگزاران، آموزش کارگزاران در تمام سطوح، دفاع از حق و حقوق صنفی آنها، نظارت اوليه، اعطای مجوزهای کارگزاری شرکت در مجامع مختلف به نمایندگی از کارگزاران، از وظايف اين کانون خواهد بود.

همچنين اين کانون، وظيفه رسيدگي به اختلافات بين کارگزاران و مشتريان را در مرحله اول به عهده دارد. به اين معنا که اين کانون به عنوان هيأت بدوی حل اختلاف کارگزاران می‌باشد. به همين منظور و در راستای اجرای ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۲ و بند ۵ ماده ۷ اساسنامه کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار دستورالعمل کمیته سازش کانون در هفده ماده و هفت تبصره به تصويب هيأت مديره سازمان بورس و اوراق بهادار رسيد. در حقيقت به موجب ماده ۲ دستورالعمل صادره، به منظور ايجاد سازش در اختلافات ناشی از

فعاليت حرفه‌ای کارگزاران، کارگزاری معامله گران، بازارگردانان که بين آنها با يکديگر يا با ساير اشخاص به وجود می‌آيد، کمیته‌ای تحت عنوان کمیته سازش، در کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار (که از اين پس کانون ناميده می‌شود) تشکيل شده است.

ماهيت میانجی‌گری کانون کارگزاران، «عدم امکان صدور رای در کانون‌ها» است و اصحاب دعوا بالاجبار بايد فرايند میانجی‌گری در کانون را طی نمایند.^(۲) و اعضای کمیته سازش، صرفاً به عنوان میانجی‌گر^(۳) وارد رسيدگي به دعوی می‌شوند و تلاش می‌نمایند تا با استفاده از قوانين و مقررات و رویه‌های اجرائی، فعاليت حرفه‌ای مربوط، ضمن مذاکره،^(۴) طرفین را به صلح و سازش تشويق نمایند.

۲-۴. کمیته سازش

مطابق ماده سه دستورالعمل صادره، کمیته سازش متشکل از سه عضو به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- نماینده‌ای از بورس ذی‌ربط، برحسب موضوع اختلاف، به انتخاب هيأت مديره آن بورس.

۱. ماده ۳۳ بازار اوراق بهادار مقرر می‌دارد؛ «شروع به فعاليت کارگزاری، کارگزاری، معامله‌گری و بازارگردانی به هر شکل و تحت هر عنوان، منوط به عضویت در کانون مربوط و رعایت مقررات اين قانون و آيين‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرائی آن است.

تبصره- تا زمانی که کانون، کارگزاران، معامله‌گران و بازارگردانان تشکيل شده است، وظايف مربوط به آن کانون را سازمان انجام می‌دهد. هنگامیکه تعداد اعضای کانون در سطح کشور به یازده نفر رسيد، تشکيل کانون کارگزاران، معامله‌گران و بازارگردانان الزامی است».

۲. اين نوع داوری برخلاف داوری مندرج در قانون آيين دادرسی مدنی که اختیاری است، از نوع اجباری است.

3. Mediator

4. Negotiation



الف) مدت ماموریت اعضای کمیته سازش

مطابق تبصره ۳ ماده ۳ دستورالعمل، مدت ماموریت اعضای اصلی و علی‌البدل دو سال است و انتخاب مجدد آنها برای دوره‌های متوالی بلامانع است. نکته حائز اهمیت این است که انتخاب عضو علی‌البدل یا عضو جایگزین عضو اصلی، توسط شخص منصوب کننده امکان‌پذیر خواهد بود (تبصره ۴ ماده ۳ دستورالعمل)

در موارد زیر عضو علی‌البدل، بجای عضو اصلی، در جلسات کمیته شرکت خواهد کرد:

۱- در صورت عذر موجه، فوت، استعفا یا سلب شرایط عضو اصلی.

۲- قرابت نسبی یا سببی درجه اول، از هر طبقه بین عضو اصلی با یکی از اصحاب دعوا.

۳- دعوی حقوقی یا جزایی بین عضو اصلی یا یکی از طرفین یا همسر یا فرزند او مطرح باشد و یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد.

۴- عضو اصلی، مدیر عامل، عضو هیات مدیره یا مالک بیش از پنج درصد سهام، یکی از اصحاب دعوا باشد. چنانچه یکی از علل فوق، برای عضو اصلی حادث شود، یا به هر دلیل عضو اصلی، خود را در پرونده مطروحه، فاقد استقلال بداند، موظف است قبلاً مراتب^(۱) را به دبیرخانه اعلام نماید تا از عضو علی‌البدل جهت حضور در جلسه دعوت به عمل آید.^(۲)

۲- نماینده‌ای از کانون به انتخاب کانون.
۳- نماینده‌ای از سازمان به انتخاب هیأت مدیره.

هر یک از سه ارگان مزبور علاوه بر نماینده اصلی خود، عضو علی‌البدلی را تعیین و معرفی می‌نمایند، تا در صورت غیبت عضو اصلی، در جلسه کمیته سازش شرکت نمایند. شرایط اعضای علی‌البدل همانند اعضای اصلی است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، به لحاظ این‌که صلاحیت ذاتی کمیته سازش، حسب مورد، صدور گواهی سازش یا گواهی عدم امکان سازش می‌باشد و صدور رای مقتضی (حکم بر بی‌حقی یا حکم بر محکومیت خوانده)، از صلاحیت کمیته خارج است، نماینده‌ای از قوه قضاییه در جلسات کمیته حضور ندارد، اما در صورت عدم سازش و طرح دعوی از هیات داوری، نماینده‌ای از سوی قوه قضاییه که سمت رییس هیات را نیز عهده دار است، حضور دارد که پس از رسیدگی، رای مقتضی صادر می‌گردد. علی‌ای حال، ترتیب انتخاب اعضای فوق‌الذکر بدین ترتیب است:

۱- نماینده بورس از میان کارکنان خبره، مورد وثوق و با تجربه آن انتخاب می‌شود.

۲- نماینده کانون از میان یکی از اعضای ارکان کانون، مدیر عامل یا عضو هیأت مدیره یکی از شرکت‌های کارگزاری انتخاب می‌شود (تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۳ دستورالعمل)

۱. در میانجی‌گری عمومی، فرایند طرح دعوا، اختیاری است و طرفین الزامی به حضور در نهادهای داوری و میانجی‌گری ندارند، اما در کانون کارگزاران، خواهان به منظور اخذ رای از هیات داوری، اجباراً باید این فرآیند را طی نمایند.

۲. ماده ۴ دستورالعمل کمیته سازش.

ب) نحوه رسيدگي به دعاوي مطروحه در کميته سازش

دريافت شکایت^(۱) توسط کمیته سازش، به یکی از طرق زیر انجام می‌شود:

۱- سامانه ثبت شکایات سازمان بورس و اوراق بهادار^(۲)

۲- سایت کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار^(۳)

۳- مراجعه حضوری به کانون کارگزاران و تکمیل فرم دادخواست؛

۴- مراجعه حضوری به بورس‌ها و یا نمایندگی بورس‌ها در استان‌ها و شهرستان‌ها.

دبیرخانه کمیته سازش که در محل کانون مستقر است، وظیفه دریافت شکایت و تشکیل پرونده، را بر عهده دارد.^(۴) دبیرخانه کمیته

سازش موضوع دعوا را ظرف سه روز کاری، پس از دریافت شکایت به همراه مستندات آن

را، به خواننده ابلاغ نموده و مهلت ده روزهای را برای دریافت پاسخ تعیین می‌نمایند. پس

از انقضای مهلت مذکور، در صورت دریافت پاسخ، حداکثر ظرف مدت سه روز پاسخ

مربوطه به خواهان ابلاغ می‌شود.

عملکرد خواهان، در یکی از فروض ذیل قابل بررسی است:

۱- پاسخ خواننده مورد پذیرش خواهان قرار می‌گیرد؛

۲- پاسخ خواننده، مورد پذیرش خواهان قرار نمی‌گیرد؛

۳- خواهان هیچ گونه واکنشی، در قبال پاسخ خواننده نشان نمی‌دهد.

در فرض اول؛ در صورتی که خواهان، پاسخ خواننده را پذیرفت، طرفین ضمن حضور

در دبیرخانه به نحو مقتضی (یکی از طرق نامبرده در زمینه دریافت شکایت) مراتب

سازش را اعلام و مستندات مربوطه را کتباً به دبیرخانه ارائه می‌نماید. (ماده ۸ دستورالعمل

کمیته سازش) در چنین حالتی کمیته سازش، اقدام به صدور گواهی سازش می‌نماید.^(۵)

در فرض دوم، در صورتی که خواهان، پاسخ خواننده را نپذیرد، دبیرخانه ضمن تکمیل

پرونده و دریافت هزینه رسيدگي از خواهان،^(۶) پرونده را به کمیته سازش ارسال می‌نماید.

در فرض سوم، چنانچه خواهان در جواب خواننده، پاسخی ارائه نماید، جریان

1. Customer Complaints
2. www.Shekayat.seo.ir
3. www.seba.ir

۴. به موجب ماده ۶ دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۷/۱۰/۱۰: «دبیرخانه کمیته سازش در محل کانون مستقر است و امور مربوطه را از قبیل دریافت شکایات، تشکیل پرونده تعیین وقت جلسه، دعوت از تمامی اعضاء، تشکیل جلسات و تنظیم صوت جلسه‌ها و گواهی‌های سازش و عدم سازش انجام خواهد شد. مسؤل دبیرخانه کمیته سازش که توسط کانون انتخاب می‌شود به عنوان دبیر کمیته در جلسات شرکت خواهد کرد. دبیرخانه کمیته سازش، از نظر سازمانی زیر نظر دبیرکل کانون فعالیت می‌کند.»

۵. تنظیم صورتجلسه‌ها و گواهی‌های سازش و عدم سازش به عهده مسؤل دبیرخانه کمیته سازش بوده (ماده ۷ دستورالعمل) لیکن امضای گواهی‌های مذکور توسط اعضاء کمیته به عمل می‌آید. (ماده ۱۲ دستورالعمل)

۶. هزینه رسيدگي مطابق ماده ۱۰ دستورالعمل به پیشنهاد کانون و تصویب سازمان موکول شده است.



اقدام به تعیین وقت رسیدگی و دعوت طرفین می‌نماید. (ماده ۱۱ دستورالعمل)

در جلسه رسیدگی وضعیت خواهان و خوانده، در چهار حالت قرار می‌گیرد: خواهان در جلسه رسیدگی حضور نمی‌یابد، خوانده در جلسه رسیدگی حضور نمی‌یابد، طرفین در جلسه حضور دارند، اما توافق و رضایت و سازش به عمل می‌آید، طرفین در جلسه حضور دارند، و بین طرفین سازش به عمل نمی‌آید.

در فرض اول، با عدم حضور خواهان، مراتب در صورت جلسه قید می‌گردد و پرونده از آمار موجودی پرونده‌های تحت رسیدگی، خارج می‌گردد. طرح مجدد پرونده بعد از یک سال از سپری شدن تاریخ دعوت، مستلزم پرداخت مجدد هزینه رسیدگی می‌باشد (ماده ۱۶ دستورالعمل)

در فرض دوم، چنانچه خوانده، در جلسه رسیدگی حضور نیابد، برای دو بار دیگر از وی دعوت به عمل می‌آید (مجموعاً سه بار). پس از انقضای مهلت حداکثر دو ماه، وضعیت پرونده در حالت «عدم سازش» قرار گرفته و کمیته سازش با ذکر دلایل و ابلاغ مستندات و صدور گواهی عدم سازش، گواهی مزبور را به هیات داورى ارسال می‌نماید. (ماده ۱۶ دستورالعمل)

به نظر می‌رسد در هر حال، عدم حضور خوانده، حق و امتیازی را از وی سلب نمی‌نماید؛ چرا که صلاحیت ذاتی کمیته، صدور گواهی سازش یا عدم سازش است نه حکم بر بی حقی خواهان یا حکم به محکومیت خوانده

پرونده تا پیگیری خواهان و پرداخت هزینه رسیدگی متوقف می‌شود (تبصره یک ماده ۹ دستورالعمل). به نظر می‌رسد، در جهت کاهش حجم پرونده‌های موجودی در کانون، تدبیری اندیشه شود، تا ضمن اعطای مهلت ده روزه‌ای به خواهان، چنانچه وی نسبت به پیشگیری پرونده و رفع نقص، پیرامون پرداخت هزینه رسیدگی، اقدام ننماید دادخواست وی به موجب قرارى که مسؤول دبیرخانه صادر می‌کند، رد گردد.

ج) جریان رسیدگی در کمیته سازش

همان طور که قبلاً بیان گردید، چنانچه پاسخ خوانده مورد پذیرش خواهان قرار نگیرد، دبیرخانه ضمن تکمیل پرونده و دریافت هزینه رسیدگی از خواهان، پرونده را به کمیته سازش ارسال می‌نماید (ماده ۳ دستورالعمل)

پس از بررسی مقدماتی پرونده توسط اعضای کمیته سازش، دو حالت متصور است:
۱- کمیته سازش، تهیه گزارش کارشناس را ضروری تشخیص دهد.

۲- با بررسی مقدماتی پرونده، کمیته ضرورتی به ارائه نظر کارشناس احساس نکند.

در فرض اول، کمیته سازش، مراتب را به دبیرخانه اعلام می‌نماید، تا پس از تهیه گزارش کارشناسی، دبیرخانه اقدام به تعیین وقت رسیدگی و دعوت طرفین نماید.

در فرض دوم، و در صورت عدم نیاز به تهیه گزارش کارشناسی، به دستور کمیته، مطابق قسمت اخیر فرض پیشین، دبیرخانه

و چنانچه خواننده قصد سازش را با خواهان داشته باشد یا ادعای او را محمول بر صحت تشخیص دهد و حاضر به انجام تعهد باشد، می‌تواند به این مقصود در هیات داوری برسد. در فرض سوم؛ چنانچه بین خواهان و خواننده سازش به عمل آید، کمیته سازش، گواهی سازش صادر می‌کند و پس از ابلاغ به طرفین، پرونده را مختومه می‌نماید.

در فرض چهارم؛ چنانچه بین خواهان و خواننده سازش به عمل نیاید، کمیته، اقدام به صدور گواهی عدم سازش می‌کند و ضمن ابلاغ آن به طرفین دعوا، رونوشت آن را به دبیرخانه هیات داوری ارسال می‌نماید و در ضمن این عمل، خواهان را جهت طرح دعوی به هیات داوری ارشاد می‌نماید. (ماده ۱۲ دستورالعمل)

نکته حائز اهمیت این است که، اعضای کمیته سازش، به عنوان میانجی‌گر موضوع را برای طرفین دعوا تحلیل و تشریح و در جهت حل و فصل مسالمت‌آمیز آن، تلاش می‌نمایند. بنابراین وضعیت اصحاب دعوا یک وضعیت «برنده - برنده» است، برخلاف محاکم که اصولاً وضعیت برنده - بازنده، بر اصحاب دعوی حاکم است. در هر صورت حصول سازش در دعوا، با اعلام رضایت طرفین دعوا، امکان پذیر بوده و کمیته حق تحمیل سازش را بر طرفین را ندارد.

د) نحوه صدور گواهی سازش یا عدم سازش

گواهی صادره مبتنی بر سازش یا عدم سازش باشد، شامل مشخصات اصحاب دعوا، موضوع اختلاف و ادعای خواهان، پاسخ خواننده و پیشنهادات کمیته سازش نسبت به موضوع متنازع‌فیه خواهد بود، منتهی در گواهی سازش، تعهداتی که هر یک از اصحاب دعوی به عهده گرفته‌اند و زمان و مکان اجرای تعهد در آن قید می‌گردد و در گواهی عدم سازش، اعلام عدم سازش بین طرفین قید می‌گردد.

ممکن است احدی از طرفین تعهداتی را در گواهی صادره مبتنی بر سازش به عهده بگیرد، لیکن مفاد سازش‌نامه از ناحیه وی اجرا نشود؛ در این میان، دو سوال مطرح می‌گردد سوال اول این که، آیا مفاد سازش‌نامه نسبت به طرفین و وراث و قائم مقام قانونی متعهد، نافذ و معتبر بوده و مانند احکام دادگاه‌ها به موقع اجرا گذاشته می‌شود؟ و دوم این که، آیا عدم اجرای تعهدات توسط متعهد، در حکم عدم سازش بوده و اصل دعوی پس از صدور گواهی عدم سازش، در صلاحیت هیات داوری قرار می‌گیرد؟ در پاسخ باید قائل به این بود، اجرای فرض اول، مختص سازش به عمل آمده در محاکم دادگستری بوده و ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، حاکم بر قضیه و قابل اجرا توسط متعهد له، خواهد بود. اما فرض دوم به صراحت ماده ۱۵ دستورالعمل که اشعار



گرفته است. (مواد ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار ۱۳۴۵).

ب) صلاحیت رسیدگی به اختلافات، در هیات داوری، استثنا محسوب می‌شود و مقررات مربوط به موارد صلاحیت مراجع استثنایی، می‌بایست در موضع نص، تفسیر شود. بنابراین هیات داوری بورس اوراق بهادار، در مقابل مراجع عمومی محاکم دادگستری، یک مرجع استثنایی است. (تبصره ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳).

ج) هیات داوری، به عنوان یک مرجع استثنایی «حقوقی» در مقابل مراجع استثنایی «کیفری» شناخته می‌شود و صرفاً به دعاوی حقوقی بین اشخاص مندرج در ماده ۳۵ قانون بازار اوراق بهادار، رسیدگی می‌نماید و رسیدگی به جرایم، ناشی از معاملات بورسی و اعمال مجازات در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و رسیدگی به تخلفات فعالان حرفه‌ای بازار بورس، در هیات مدیره سازمان مورد بررسی قرار می‌گیرد و هیات داوری فارغ از رسیدگی، در دو مورد اخیرالذکر است.

د) هیات داوری یک مرجع «استثنایی حقوقی غیر دادگستری»^(۲) در مقابل مراجع

می‌دارد؛ «عدم اجرای مفاد سازش از سوی هر یک از طرفین به منزله عدم سازش بوده و به درخواست هر یک از طرفین گواهی عدم سازش صادر می‌شود»، علیهذا اصل دعوی در هیات داوری قابل طرح و پیگیری خواهد بود.

۳- هیات داوری بورس

۳-۱) صلاحیت ذاتی هیات داوری

به موجب ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، رسیدگی به اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزاری معامله گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها، در صورت عدم سازش در قانون توسط هیات داوری رسیدگی می‌شود. بنابراین رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از فعالیت حرفه‌ای تمامی فعالان بازار سرمایه از صلاحیت سایر مراجع قضایی خارج شده و در اختیار و صلاحیت هیات داوری سازمان بورس و اوراق بهادار قرار گرفته است.^(۱) در مورد صلاحیت هیات داوری می‌توان به یافته‌های زیر دست یافت:

الف) مرجع استثنایی هیات داوری، در برابر مراجع عمومی، منحصرأ صلاحیت رسیدگی به اموری را دارد که صراحتاً در صلاحیت آن قرار

۱. هیات داوری بر اساس ماده ۱۷ قانون بورس اوراق بهادار در سال ۱۳۴۵، صرفاً به اختلافات بین کارگزاران با یکدیگر به اختلافات بین فروشندگان یا خریداران یا کارگزاران که از معاملات در بورس ناشی می‌گردید رسیدگی می‌نمود و دامنه صلاحیت هیات داوری به اختلافات ناشی از «معاملات بورسی» محدود می‌شد و اختلاف بین سایر اشخاص مانند بازار گردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران و... در مراجع قضایی رسیدگی می‌شد.

۲. این دسته از مراجع، نصب و عزل قضات آنها، کلاً یا جزئاً، بر عهده قوه مجریه بوده و از صلاحیت قوه قضائیه خارج است.

استثنایی حقوقی دادگستری^(۱)، مانند مراجع پیش‌بینی شده در قانون کار، مراجع ثبتی، مالیاتی، عمری و... می‌باشد.

نتیجه آن که در نظر گرفتن چنین مرجع اختصاصی برای رسیدگی به اختلافات حرفه‌ای اعضاء، توسط قانونگذار، دارای اهمیت فراوان بوده، به نحوی که از یک طرف تخصصی بودن موضوعات اختلافی و از طرف دیگر، آشنایی اعضای هیات داورى در رسیدگی به اختلافات و تطبیق آنها با قوانین و مقررات، زمینه‌ساز میانجی‌گری حل و فصل اختلافات در کانون‌ها و در صورت عدم سازش، صدور رای توسط هیات داورى خواهد بود.

دلایل مختلف دیگری از جمله، تک درجه‌ای بودن رسیدگی به لحاظ قطعیت آراء، تعدد اعضای رسیدگی کننده و تسریع در روند رسیدگی نسبت به مراجع قضایی، بر میزان درجه اهمیت این مرجع اختصاصی و استثنایی افزوده است.

۲-۳) تشکیلات هیات داورى

مطابق تبصره ۳ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار، دبیرخانه‌ای در محل سازمان بورس و اوراق بهادار، در معیت هیات داورى، تشکیل گردیده است. به موجب مصوبه هیات وزیران در جلسه مورخ ۱۳۵۹/۹/۸ و در اجرای تبصره

مذکور در قانون بازار اوراق بهادار، دبیرخانه، یکی از ادارات زیر مجموعه معاونت حقوقی سازمان محسوب می‌گردد.

عمده وظایف دبیرخانه هیات داورى، به قرار زیر است:

۱- وصول ادعاهای مطروحه از سوی مراجعین.

۲- ثبت و تکمیل پرونده‌ها.

۳- ارشاد اصحاب دعوا.

۴- تعیین اوقات رسیدگی.

۵- تهیه گزارشات رسیدگی.

۶- نظارت و مدیریت بر روند جریان رسیدگی.

۷- پاسخ به استعلام‌های واصله.

۸- انجام معاملات و پژوهش‌های مرتبط.

۹- اطلاع رسانی و انجام هماهنگی لازم

بین هیات داورى و سازمان یا سایر فعالان بازار اوراق بهادار از قبیل بورس‌ها، کانون‌ها، بازارهای خارج از بورس.

۱۰- ارتباط با کمیته سازش کلیه کانون‌ها.

۱۱- اشاعه مقررات و رویه‌های جاری.

۱۲- ابلاغ اوراق و آراء و تصمیمات هیات داورى.

۱۳- پیگیری اجرای آراء صادره.

۱. این دسته از مراجع، نصب و عزل قضات آن، کلاً در صلاحیت قوه قضائیه است. (شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۹۸). تعاریف فوق و دسته بندی فوق را نمی‌توان به عنوان یک قاعده ارائه نمود، چرا که، مطابق تعاریف فوق، باید قائل به این باشیم که هیات داورى، چون عزل و نصب قضات آن کلاً در صلاحیت قوه قضائیه است پس یک مرجع استثنایی حقوقی دادگستری است، و به هیات مذکور «دادگاه»، اطلاق نمی‌شود. در حالی که، مرجع استثنایی حقوقی غیر دادگستری، نصب و عزل قضات در مواردی مانند؛ هیات داورى، کمیسیون حل اختلاف اراضی موضوع ماده ۵۶، کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری و هیات‌های حل اختلاف مالیاتی، گمرکی و... به عهده قوه قضائیه می‌باشد.



هیات، معرفی می‌نمایند، تا در صورت غیبت عضو اصلی مربوط، در هیات داوری شرکت نماید، شرایط عضو علی‌البدل همانند عضو اصلی می‌باشد.^(۲)

به موجب تبصره یک ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار، ریاست هیات داوری با نماینده قوه قضاییه است.

مدت ماموریت هر عضو هیات داوری، اعم از اصلی و علی‌البدل، مطابق تبصره ۲ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار دو سال است، و انتخاب مجدد آنها حداکثر برای دو دوره دیگر بلامانع است. بنابراین و در صورت برگزیده شدن، هر عضو سه دوره می‌تواند در هیات داوری حضور داشته باشد.

جلسات هیات داوری هر هفته و با حضور سه عضو اصلی در غیاب عضو اصلی با حضور عضو علی‌البدل مربوطه تشکیل می‌گردد و چنانچه حضور اصحاب دعوا، گواه، کارشناس و... به تشخیص هیات ضروری باشد، این افراد نیز توسط دبیرخانه هیات دعوت به جلسه می‌شوند.

۱۴- تعاون و تعامل با سایر نهادها و مدیریت‌های مالی سازمان.

اداره دبیرخانه شامل دبیر هیات، به عنوان رییس دبیرخانه، چندین کارشناس حقوقی، کارمند اداری، بایگانی و مامور ابلاغ می‌باشد که این اشخاص زیر نظر رییس دبیرخانه به کار و فعالیت مشغولند. دبیرخانه دارای عضو دیگری به نام مامور ابلاغ می‌باشد که امر به ابلاغ اخطاریه‌ها و احکام و قرارهای صادره از سوی هیات داوری را عهده‌دار می‌باشد.^(۱)

مطابق ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، هیات داوری متشکل از سه عضو می‌باشد. این اعضاء عبارت‌اند از:

۱- یکی از قضات با تجربه، منتخب رییس قوه قضاییه

۲- دو عضو از بین صاحب‌نظران در زمینه‌های اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان و تایید شورا.

لازم بذکر است؛ رییس قوه قضاییه و سازمان با تایید شورا علاوه بر نماینده اصلی خود، هر یک، عضو علی‌البدلی را تعیین و به

۱. ابلاغ اخطاریه‌ها و احکام و قرارهای صادره تابع عموماً آیین دادرسی مدنی است. این موضوع در ماده ۹ آیین نامه هیات داوری بورس موضوع مواد ۱۷ و ۱۸ قانون تاسیس بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۶۹ شورای بورس بدین شکل بیان شده است: « ابلاغ حکم صادره توسط هیات داوری، طبق مقررات آیین دادرسی مدنی است. »

۲. قانون تاسیس بورس اوراق بهادار که صرفاً بر بورس اوراق بهادار حاکم بود، در حقیقت بموجب ماده ۱۷ قانون مذکور صلاحیت هیات داوری محدود به اختلافات ناشی از معاملات در بورس اوراق بهادار بود و اعضای هیات داوری عبارت بودند از یک نفر نماینده وزارت دادگستری از بین روسا یا مستشاران دیوان عالی کشور انتخاب می‌شد و یک نفر نماینده شرکت اتاق صنایع و معادن ایران اتاق بازرگانی ایران. وزیر دادگستری از بین قضات دیوان عالی کشور و شورای بورس طبق بند ۳ ماده ۴ قانون و اتاق‌های مذکور مشترکاً هر یک علاوه بر نماینده اصلی خود یک نفر را نیز به عنوان عضو علی‌البدل تعیین و معرفی می‌نمودند و هیات داوری مرکب از سه عضو که ریاست آن بر عهده نماینده وزارت دادگستری بود، تشکیل می‌شد. عضو علی‌البدل در صورت غیبت عضو اصلی مربوط در هیات داوری شرکت می‌نمود. در حال حاضر ریاست هیات به عهده نماینده قوه قضاییه که اصولاً از بین قضات با تجربه دیوان عالی کشور می‌باشند انتخاب می‌گردند. ذکر این نکته که ضروری است که به لحاظ عدم تصریح این موضوع، نماینده رییس قوه قضاییه می‌تواند از میان قضات تجدیدنظر یا حتی بدوی انتخاب شود.

۳-۳) طرفین دعوی در هیأت داوری

هر یک از اصحاب دعوی ممکن است، یکی از اشخاص ذیل، حسب مورد خواهان یا خوانده قرار گیرند:

کارگزاران بورس؛^(۱) بازارگردان؛^(۲) مشاور سرمایه‌گذاری؛^(۳) ناشر؛^(۴) سبیدگردان؛^(۵) شرکت تامین سرمایه؛^(۶) شرکت مادر (هلدینگ)؛^(۷) صندوق سرمایه‌گذاری؛^(۸) سهامدار یا سرمایه‌گذار.

اشخاص مذکور، بر اساس ماهیت فعالیت آنان در بورس اوراق بهادار و به دلیل ارتباطی که به اقتضای حرفه با سرمایه‌گذاران و سهامداران دارند، ذکر شده است. با این وجود و با در نظر گرفتن این احتمال که ممکن است، شخصی غیر از اشخاص مذکور مورد

شکایت واقع شود، در سیستم مکانیزه رسیدگی به شکایات با عبارت «سایر شکایات» افزوده شده است که می‌توان حسب مورد از آن استفاده نمود.

۳-۴) فرایند رسیدگی در هیأت داوری الف) تقدیم درخواست

برای شروع رسیدگی در هیأت داوری، خواهان دعوی، فرم درخواستی،^(۹) که همانند دادخواست‌های حقوقی می‌باشد، تکمیل و آن را به دبیرخانه هیأت داوری تقدیم نماید در فرم مزبور، مشخصات خواهان یا وکیل وی، خوانده، اقامتگاه قانونی یا قراردادی هر یک، تعیین خواسته و بهای آن، ذکر دلائل و مستندات و شرح مختصری از ادعای خواهان،

۱. کارگزار: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آنها معامله می‌کند. (بند ماده ۱۳ یک قانون بازار)
۲. بازارگردان: کارگزار معامله‌گری است که با اخذ مجوز لازم با تعهد به افزایش نقد شوندگی و تنظیم عرضه و تقاضای اوراق بهادار و معین و تجدید دامنه نوسان قیمت آن، به داد و ستد آن اوراق می‌پردازد (بند ۱۵ ماده یک قانون)
۳. مشاور سرمایه‌گذاری: شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص درباره خرید و فروش اوراق بهادار، به سرمایه‌گذار مشاوره می‌دهد. (بند ۱۶ ماده یک قانون).
۴. ناشر: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می‌کند. (بند ۱۲ ماده یک قانون)
۵. سبیدگردان: شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص و به منظور کسب انتفاع، به خرید و فروش اوراق بهادار برای سرمایه‌گذاری می‌پردازد. (بند ۱۷ ماده یک قانون)
۶. شرکت تامین سرمایه: شرکتی است که به عنوان واسطه بین ناشران اوراق بهادار و عامه سرمایه‌گذاران فعالیت می‌کند و می‌تواند فعالیت‌های کارگزاری، معامله‌گری، بازارگردانی، مشاوره، سبیدگردانی، پذیره نویسی، تعهد پذیره نویسی و فعالیت‌های مشابه را با اخذ مجوز از «سازمان» انجام دهد. (بند ۱۸ ماده یک قانون)
۷. شرکت مادر (هلدینگ): شرکتی که با سرمایه‌گذاری در شرکت سرمایه‌پذیر جهت کسب انتفاع آنقدر حق رای کسب می‌کند که برای کنترل عملیات شرکت، هیأت مدیره را انتخاب کند و یا در انتخاب اعضای هیأت مدیره موثر باشد. (بند ۲۲ ماده یک قانون)
۸. صندوق سرمایه‌گذاری: نهادی مالی است که فعالیت اصلی آن سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار می‌باشد و مالکان آن به نسبت به سرمایه‌گذاری خود، در سود و زیان صندوق شریکند. (بند ۲۰ ماده یک قانون). از جمله ویژگی‌های این صندوق می‌توان به: الف) جایگزینی برای خرید سهام شرکت‌های بورسی؛ ب) وجود مدیریت حرفه‌ای (ج) نقد شوندگی؛ د) صرفه جویی نسبت به مقیاس ه) انگیزه مدیریت صندوق سرمایه‌گذاری اشاره داشت.
۹. این فرم در دو پایگاه اینترنتی اطلاع‌رسانی بازار سرمایه و سازمان بورس و اوراق بهادار درج شده که افراد با دریافت این فرم می‌توانند آن را تکمیل و به همراه سایر مدارک و مستندات خود اقدام نمایند.



ب) هزینه داوری

قید می‌گردد.^(۱)

از آنجا که سازمان بورس و اوراق بهادار، یک نهاد موسسه عمومی غیر دولتی است و حصول درآمد توسط این سازمان به صورت خودگردان است، یکی از منابع درآمدی سازمان،^(۲) وجوه دریافتی بابت هزینه‌های رسیدگی به اختلافات اشخاص در سازمان است. این موضوع در ماده ۲۶ اساسنامه سازمان بورس و اوراق بهادار بیان شده است از طرفی دادخواهی و احقاق حق، مستلزم

چنانچه یکی از موجبات نقص دادخواست نظیر آنچه در ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^(۳) قیدگردیده، حادث گردد، دادخواست در مهلت مقرر و مطابق مواد ۵۳ و ۵۴ قانون مذکور،^(۴) رفع نقص می‌گردد، و در صورت عدم رفع نقص، رییس دبیرخانه و در غیاب وی، جانشین او، قراردادخواست خواهان را صادر و مراتب به وی ابلاغ می‌گردد، قرار صادره ظرف ۱۰ روز قابل رسیدگی و اعتراض در هیات داوری است.

۱. سوالی که مطرح می‌شود این است که، چنانچه خواهان درخواستی را به صورت شفاهی مطرح نماید، آیا مسؤول دبیرخانه هیات داوری، تکلیفی به تهیه صورتجلسه و انعکاس درخواست وی در صورتجلسه دارد یا خیر؟ بنظر می‌رسد، نظر به این که: اولاً: علی القاعده درخواست، در مفهوم دادخواهی، همچنانکه در آیین دادرسی مدنی، عمل می‌شود و همچنین هدف خواهان که تحصیل حکم می‌باشد، مستلزم کتبی بودن درخواست است. ثانیاً: اصولاً درخواست‌های شفاهی در دادرسی‌های فوری، مانند دستور موقت یا درخواست‌های تامین دلیل (موضوع مواد ۱۵۱ و ۳۱۳ قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور مدنی) به کار می‌رود، که این موارد در صلاحیت هیات داوری نبوده و چنانچه قانونگذار ضرورتی احساس می‌نمود، به این موضوع اشاره می‌داشت. بنابراین در چنین مواردی، مسؤول دبیرخانه هیات، تکلیفی در تهیه صورتجلسه، طبق اظهار شفاهی خواهان ندارد.

۲. مطابق ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «دادخواست باید به زبان فارسی در روی برگهای چاپی مخصوص نوشته شده و حاوی نکات زیر باشد. تبصره: در صورتی که دادخواست توسط وکیل تقدیم شود مشخصات وکیل نیز باید درج گردد. ۲- نام، نام خانوادگی، اقامتگاه و شغل خواننده. ۳- تعیین خواسته و بهای آن مگر آنکه تعیین بها ممکن نبوده و یا خواسته، مالی نباشد. ۴- تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند به طوری که مقصود واضح و روشن باشد. ۵- آنچه که خواهان از دادگاه درخواست دارد. ۶- ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارند، از اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره، ادله مثبت به ترتیب و واضح نوشته می‌شود و اگر دلیلی، گواهی گواه شود، خواهان باید اسامی و مشخصات و محل اقامت آنان را به طور صحیح معین کند. ۷- امضای دادخواست دهنده و در صورت عجز از امضاء، اثر انگشت او...»

۳. ماده ۵۳ قانون مذکور نیز اشعار می‌دارد: «در موارد زیر دادخواست توسط دفتر دادگاه پذیرفته می‌شود، لیکن برای به جریان افتادن آن باید به شرح مواد آتی تکمیل شود: ۱- در صورتی که به دادخواست و پیوست‌های آن برابر قانون تمبرالصاق نشده یا هزینه یاد شده تأیید نشده باشد؛ ۲- وقتی بندهای (۲، ۳، ۴، ۵، ۶)، ماده (۵۱) این قانون رعایت نشده باشد و ماده ۵۴ نیز بیان داشته است؛ «در موارد یاد شده در ماده قبل، مدیر دفتر دادگاه ظرف دو روز نقایص دادخواست را بطور کتبی و مفصل به خواهان اطلاع داده و از تاریخ ابلاغ به مدت ده روز به او مهلت می‌دهد تا نقایص را رفع نماید چنانچه در مهلت مقرر اقدام به رفع نقص ننماید، دادخواست به موجب قراری که مدیر دفتر و در غیبت، جانشین او صادر می‌کند، رد می‌گردد. این قرار به خواهان ابلاغ می‌شود و نامبرده می‌تواند ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ به همان دادگاه شکایت نماید. رای دادگاه در این خصوص قطعی است»

۴. ماده ۲۶ اساسنامه سازمان بورس و اوراق بهادار مضمون ۱۳۸۴ مقرر می‌دارد: «منابع درآمدی سازمان به قرار زیر است: ۱- وجوه دریافتی بابت ثبت اوراق بهادار و صدور مجوزهای مذکور در ماده (۷) قانون؛ ۲- وجوه دریافتی از ناشران اوراق بهادار؛ ۳- وجوه دریافتی بابت بخشی از کارمزد معاملات اوراق بهادار در بورس‌های اوراق بهادار و کلاهی، بازار خارج از بورس و بازار مشتقه؛ ۴- وجوه دریافتی بابت هزینه‌های رسیدگی به اختلافات اشخاص در سازمان؛ ۵- وجوه دریافتی بابت نظارت بر فعالیت‌های اشخاص که مطابق قانون برای آنها مجوز صادر شده است؛ ۶- سایر منابع درآمدی.»

پرداخت هزینه است.^(۱) این هزینه را در ابتدا خواهان باید پرداخت نماید و چنانچه در دعوی پیروز گردد، با حکم هیات داور و در صورت مطالبه وی، از خواننده قابل استرداد است.^(۲)

ج) دلایل و مدارک مورد استناد خواهان

خواهان در اثبات دعوای خود، ممکن است به ادله‌ای نظیر اقرار، سند، گواهی، یا اسباب اثبات دعوی یعنی تحقیق محلی، معاینه محل و کارشناسی، استناد نماید در این راستا خواهان باید تمام ادله و وسایل اثبات دعوی را، که مایل

است به آنها استناد نماید، در قسمت مربوطه دادخواست، به طور واضح، قید کند.^(۳) علاوه بر این، تصاویر برابر با اصل مدارک و مستندات را به تعداد خوانندگان دعوی به علاوه یک نسخه به لحاظ رعایت اصل تناظر و ارسال آن برای خوانندگان، به دبیرخانه هیات ارائه و تقدیم نماید. همچنین مستنداً به ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴،^(۴) ضمیمه نمودن گواهی عدم سازش از کانون مربوطه که یکی از مقدمات طرح پرونده در هیات داور و است، ضروری می‌باشد. ارائه نمایندگی قانونی یا

۱. شورای عالی بورس و اوراق بهادار در تاریخ ۱۳۸۵/۱۲/۲۱ نرخ هزینه داور و برای رسیدگی به اختلافات اشخاص در سازمان به قرار زیر تعیین و اعلام نموده است: تا ده میلیون ریال مبلغ مورد اختلاف (خواسته) تا یک میلیون ریال و نسبت به مازاد ده میلیون ریال ۱/۵ درصد از مبلغ خواسته تا سقف پنجاه میلیون ریال. همچنین خواهان علاوه بر هزینه داور و استناد ماده ۱۶ بند الف ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ مجلس شورای اسلامی می‌بایست نسبت به پرداخت مبلغ ۳ درصد مالیات و عوارض اقدام نماید.

۲. همانند محاکم دادگستری، پس از ثبت دادخواست، واریز هزینه داور و تشکیل پرونده، چنانچه خواهان دعوی به هر دلیل دادخواست خود را مسترد نماید، هزینه واریز شده قابل استرداد نمی‌باشد. در خصوص الصاق و ابطال تمبر در باب رونوشت یا فتوکپی ضمائم و مدارک ارائه شده اداره حقوقی دادگستری در نظریه شماره ۷/۵۷۶۰ - ۱۳۶۱/۱۱/۱۸ اعلام داشت است.

«هر تصدیقی مبنی بر مطابقت رونوشت یا فتوکپی یا با اصل آنها در وهله اول به عهده دفتر دادگاه‌ها گذاشته شده است، به نظر می‌رسد دبیرخانه هیات داور مجاز به گواهی تطبیق اصل با رونوشت یا تصویر اوراق نمی‌باشد. بنابراین در صورت ارائه ضمائم، گواهی تطبیق اصل با رونوشت یا تصویر اوراق تکلیف دفتر محاکم و مستلزم پرداخت هزینه دادرسی است، اما اصل ورقه درخواست آنچنانکه در بند ۶ ماده ۳ قانون وصول... آمده، مختص محاکم بوده و نیاز به الصاق تمبر در هیات داور نیست.

۳. عمده ادعای خواهان در هیات داور و به قرار زیر است: عدم پرداخت مبلغ اسمی به حساب شرکت، عدم تحویل فیش بانکی به شرکت و در نتیجه عدم صدور برگه سهام برای سهامدار توسط شرکت، عدم واریز وجه حاصل از فروش به حساب مشتری توسط کارگزار، تحویل حاصل از فروش سهام سهامدار به شخص ثالث توسط کارگزار، حذف درخواست خرید یا فروش از سامانه معاملاتی توسط کارگزار، انجام معاملات مکرر توسط شخص ثالث بدون اخذ وکالتنامه رسمی بدون رعایت آیین‌نامه معاملات و ضوابط حقوقی، قصور در احراز هویت توسط پرسنل شرکت کارگزاری، حذف درخواست خرید یا فروش از سامانه معاملاتی توسط کارگزار، دستور خرید تلفنی سهام توسط سرمایه‌گذار به کارگزار و انکار آن با حدود اختلاف فروش سهام توسط کارگزار بدون دستور فروش از سهامدار می‌باشد. بدین منظور خواهان به منظور اثبات ادعای خویش در هر یک از موارد فوق می‌بایست ادله اثبات یا اسباب اثبات دعوی خویش را فراهم و به آن استناد نماید تا در صورت لزوم و ضرورت مورد استفاده اعضای هیات داور قرار گیرد. شایان ذکر است که اثبات برخی از ادعاها مانند اختلافات ناشی از سفارش‌های تلفنی مشتریان که حجم اعظمی از اختلافات را در پی دارد، با مشکل و اشکال جدی روبروست در این مورد کارگزاران بورسی می‌توانند با استفاده نرم افزار و سخت افزارهای مربوط به کنترل سفارشات تلفنی، مستندات را هنگام بروز اختلاف ارائه می‌نمایند.

۴. این ماده مقرر می‌دارد: «اختلافات کارگزاران، بازارگردانان، کارگزاری معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیات داور رسیدگی می‌شود.»



نظر اول: طرفین دعوی در هیات داوری، می‌توانند اشخاصی غیر از وکلای دادگستری را معرفی نمایند، زیرا به موجب مقررات راجع به وکالت در دعاوی در قانون آیین دادرسی مدنی، و به موجب ماده ۳۳ قانون مذکور، وکلای متداعین باید دارای شرایطی باشند که بموجب قوانین راجع به وکالت در دادگاهها، برای آنان مقرر گردیده است، لذا وکالت در محاکم قضایی، تابع شرایط خاصی خواهد بود که برای حضور وکلا در محاکم لازم الاتباع است والا در مراجع شبه قضایی، نظیر هیات داوری، کمیسیون‌ها؛ از جمله ماده ۷۷، ماده ۹۹ و ماده ۱۰۰ شهرداری یا هیات‌های حل اختلاف مالیاتی و گمرکی، حضور نمایندگان اشخاص برای دفاع، کافی است و افراد می‌توانند با اعطای وکالت‌نامه رسمی به جای خویش نماینده معرفی نمایند. حضور نماینده اعم از وکلای دادگستری یا غیر آنهاست. از طرف دیگر، به لحاظ فنی بودن موضوع مطروحه در دعاوی بورسی، چه بسا حضور نماینده غیر از وکلای دادگستری، از لحاظ دانش و تجربه، توانایی بیشتر و بهتری در دفاع از حقوق موکل خویش داشته باشد (اصل ۳۵ قانون اساسی نیز که مقرر داشته است «در همه دادگاهها، طرفین دعوا حق دارند، برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد» ناظر به حضور شخص وکیل در محاکم دادگستری است که می‌بایست طبق قانون حائز شرایط باشد اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره

وکالت‌نامه رسمی معتبر از کانون وکلاء و یا مرکز مشاوران حقوق قوه قضاییه برای اشخاصی که به نمایندگی از شخص اصیل وارد دعوا می‌شوند، نیز الزامی است.

د) وکالت در هیات داوری

از آنجا که «حق دفاع» از حقوق طبیعی و بنیادین هر فرد است، از طرفی داشتن وکیل از لوازم این حق است، برخورداری از وکیل و اقامه دعوا و دفاع در هیات داوری، همانند سایر مراجع رسیدگی، از اصول مسلمی است که مورد قبول واقع شده است. اصحاب دعوی در هیات داوری، چنانچه به دلایل مختلفی قادر به حضور در جلسات داوری نباشد، بدین منظور می‌توانند دعوی خود را از طریق وکیل دادگستری اقامه، یا ادامه دادرسی را به وی موکول نماید. همچنین می‌توانند شخصی غیر از وکلای دادگستری را به عنوان نماینده خود در جلسات داوری معرفی نمایند. چنانچه، یکی از متداعیین بخواهد شخصی غیر از وکیل دادگستری را، به عنوان نماینده خود به هیات داوری معرفی نماید. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که، آیا اصولاً، شخص مذکور می‌تواند به جای یکی از طرفین در جلسات هیات حضور یافته و به دفاع بپردازد یا اینکه، الزاماً نماینده شخص، باید دارای شرایطی داشته باشد که به موجب قوانین راجع به وکالت، در دادگاهها برای آنان مقرر گردیده است؟ در این زمینه دو نظر مختلف ارائه گردیده است؛

۷/۷۹۲ - ۱۳۷۶/۶/۲۵ عنوان داشته است؛ «اولاً وکلای دادگستری می‌توانند در غیر از مراجع قضایی از جمله شعب تعزیرات حکومتی نیز با ارائه وکالت‌نامه یا قراردادی که با موکلان خود منعقد کرده‌اند شرکت نمایند و از موکل خود دفاع کنند. ثانیاً؛ با توجه به رویه مرسوم در کمیسیون‌های مالیاتی، ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها و کمیسیون‌های حل اختلاف و نظایر آن که افرادی غیر از وکلای دادگستری نیز به عنوان وکیل شرکت می‌کنند و همچنین پذیرش وکیل دادگستری نیز در شعب تعزیرات حکومتی فاقد اشکال است.» نظر دوم: طرفین دعوی در هیات داوری نمی‌توانند، اشخاص غیر از وکلای دادگستری را به جای خود معرفی نمایند؛ زیرا، اولاً: صلاحیت و طرز تشکیل هیات داوری و حضور یک قاضی با تجربه در هیات و به عنوان رییس، در ماده ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ به گونه‌ای است که اشخاص عادی غیر از وکیل دادگستری، نتوانند به عنوان نماینده متداعیین در هیات داوری شرکت نمایند. ثانیاً: صدور رای قطعی و لازم‌الاجرا به موجب قسمت اول تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون فوق‌الذکر، اقتضای حضور اشخاص فاقد شرایط قانونی راجع به وکالت در دعاوی را ندارد. (هیات داوری قانون بازار اوراق بهادار در یکی از پرونده‌ها مقرر کرد که با توجه به ماده ۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ و نظر به صلاحیت و طرز تشکیل هیات داوری به شرح مادتين ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق

بهادار ۱۳۸۴، و با توجه به این که قانونگذار در قسمت اول تبصره ۵ ماده ۳۷ تصریح نموده، آرای صادرشده از سوی هیات داوری قطعی و لازم‌الاجراست...، هیات داوری درخواست افرادی را که به عنوان وکیل خواهان با وکالت‌نامه تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی در پرونده وارد می‌شوند، فاقد شرایط قانونی راجع به وکالت در دعاوی و مخالف قواعد آمره در دادرسی غیرخصوصی، تشخیص داده است. (میرزایی، ایران، ص ۴۸) در این که کدامیک از دو استدلال فوق قوی‌تر به نظر می‌رسد، باید گفت استدلال دوم، با این ایراد روبروست که حضور قاضی با تجربه در سایر کمیسیون‌ها و هیات‌های حل اختلاف نظیر کمیسیون ماده ۱۰۰، ماده ۵۶ حل اختلاف اداره منابع طبیعی، مالیاتی، گمرکی و... سایر نهادهای شبهه قضایی نیز دیده می‌شود و این حضور موجبی را فراهم نمی‌سازد که در این نهادها، حضور نماینده پذیرفته شود و در هیات داوری قائل به پذیرش آن نباشیم. همچنین صدور رای قطعی و لازم‌الاجرا نیز، خصوصیت منحصر به فردی ندارد که حضور نماینده‌ای به غیر از وکیل دادگستری را از موجبات تضییع حق و دخالت وکیل را از موجبات احقای حق بدانیم. از طرفی چون حضور وکیل دادگستری در محاکم قضایی صرفاً در قانون آیین دادرسی مدنی طبق شرایط خاص از جمله داشتن پروانه وکالت، تعریف شده است. به نظر می‌رسد، در سایر مراجع مطابق (ماده ۱۵ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ در امور حسبی ضرورتی ندارد که وکیل انتخابی



ه) اجرای احکام هیات داورى

مطابق تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار: «آراء صادر شده از سوی هیات داورى، قطعی و لازم‌الاجراء است و اجرای آن به عهده ادارات و اجرای ثبت اسناد و املاک می‌باشد» بنابراین با عنایت به این که مرجع ثانوی تجدیدنظر، برای هیات داورى در قانون مقرر نگردیده است، پس از ابلاغ به محکوم‌علیه، و در خواست محکوم‌له، به لحاظ قطعی بودن، حکم مزبور قابلیت اجرا پیدا می‌کند. بنابراین پس از احراز و ابلاغ شرایط چهارگانه (قطعی حکم، اجرایی بودن حکم، ابلاغ حکم و درخواست محکوم‌له برای اجرای حکم) دبیرخانه هیات، نسخه‌ای از رای صادره به همراه درخواست محکوم‌له و گواهی تایید حکم را به اداره‌ای که حکم از طرف آنها لازم اجرا شود، یا اجرای ثبت اسناد ارسال و سپس مطابق مقررات آیین‌نامه اسناد رسمی لازم‌الاجرا^(۱) نسبت به عملیات اجرایی اقدام می‌گردد. با صدور برگ اجراییه توسط واحد اجرا، در صورت عدم تمکین محکومیت محکوم علیه به مفاد حکم، نسبت به توقیف اموال وی اقدام خواهد شد.

– ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است «چنان‌چه هر یک از صاحب منصبان و مستخدمین و مامورین دولتی یا شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشند از

طرفین دارای پروانه وکالت باشد در این ماده می‌خوانیم: «اشخاص ذی‌نفع می‌توانند شخصاً در دادگاه حاضر شوند یا نماینده بفرستند و نیز می‌توانند کسی را به سمت مشاور همراه خود به دادگاه بیاورند در صورتی که نماینده به دادگاه فرستاده شود نمایندگی او باید نزد دادرس محرز باشد. تبصره: نماینده اعم از وکلای دادگستری یا غیر آنهاست) حضور نماینده رسمی متداعیین با داشتن وکالت‌نامه رسمی بالامانع می‌باشد. (برای دیدن نظر مخالف ر.ک: رضایی، ۱۳۸۸، ص ۳۶). نکته حائز اهمیت، در پایان این بحث آن است که چنان‌چه یکی از متداعیین، شخص حقوقی باشد که عمدتاً این چنین است، و بخواهد بدون دخالت وکیل یا نماینده رسمی خود به دفاع بپردازد، (مطابق ماده ۱۲۵ لایحه اصلاح قانون تجارت «مدیر عامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیأت مدیره به او تعویض شده است، نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد.») و با در نظر گرفتن مفاد اساسنامه و دارندگان صاحب امضای مجاز و اختیارات تعویض به حضور در جلسات اقدام نمایند، علیهذا، اصولاً چنان‌چه شرط خلافی در اساسنامه مقرر نشده باشد، حضور مدیر عامل در جلسات هیات داورى به نمایندگی از شخص حقوقی کافی است.

۱. ماده ۱۹۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مقرر می‌دارد: « صدور اجراییه نسبت به آراء داورى بورس و اوراق بهادار وفق ماده ۱۸ قانون تاسیس بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۴۵ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی آن به عمل می‌آید.» شایان ذکر است که تصویب آیین‌نامه مذکور ۱۳۸۷/۶/۱۹ و بعد از قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ بوده، حال آن‌که در ماده ۱۹۴ اشاره به قانون منسوخ شده سال ۱۳۴۵ گردیده است.

دادگستری می‌باشد. وجود اعضای حرفه‌ای و آشنا به مسائل بازار سرمایه و بورس، از جمله وجود قاضی با سابقه در هیات داوری و همچنین پیش‌بینی یک مرجع داوری اجباری به نام کانون سازش، قبل از طرح دعوی در هیات داوری، راهگشای حل اختلافات فعالان حرفه‌ای بورس خواهد بود.

لذا پیشنهاد می‌شود:

۱- نظر به این که سازمان بورس اوراق بهادار، یک موسسه عمومی، غیرانتفاعی و غیردولتی است و نمی‌توان نسبت به احکام صادره از مرجع داوری به دیوان عدالت اداری شکایت نمود، پیش‌بینی یک مرجع تجدیدنظر تحت عنوان «هیات تجدیدنظر داوری» در تشکیلات بورس ضروری است.

۲- باتوجه به این که، آراء هیات داوری در مرجع ثانوی، مورد بازبینی مجدد واقع نمی‌گردد، و آرای صادره، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد، پیش‌بینی قواعد و مقرراتی پیرامون «اعاده دادرسی» و در نظر گرفتن موارد مصرحه در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضروری است.

۳- از آنجا که دادرسی فوری، نظیر دستور موقت و تامین خواسته، مختص مراجع قضایی بوده و مراجع غیرقضایی، فارغ از رسیدگی به چنین اموراتی می‌باشند، چنانچه در قانون بازار اوراق بهادار رسیدگی به امورات مذکور پیش‌بینی گردد، در راستای حفظ حقوق احتمالی افراد، مطلوب خواهد بود.

مقام خود سوء استفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین ممکن و اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد، جلوگیری نماید، به انفصال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد. « ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی نیز در خصوص اجرای حکم توسط سازمان‌ها و موسسات دولتی مقرر داشته؛ «... در مواردی که حکم دادگاه جنبه اعلامی داشته و مستلزم انجام عملی از طرف محکوم‌علیه نیست از قبیل اعلام اصالت یا بطلان سند، اجرائیه صادر نمی‌شود. همچنین در مواردی که سازمان‌ها و موسسات دولتی و وابسته به دولت، طرف دعوی نبوده ولی اجرای حکم باید بوسیله آنها صورت گیرد، صدور اجرائیه لازم نیست و سازمان‌ها و موسسات مزبور مکلفند به دستور دادگاه حکم را اجرا کنند. »

چنانچه محکوم‌له جهت اجرای حکم به اجرای احکام دادگستری مراجعه نماید، به لحاظ عدم تصریح قانون‌گذار در تبصره ۵ ماده ۳۷ به نظر می‌رسد دایره اجراء تکلیفی به پذیرش درخواست و اجرای حکم نداشته باشد.

نتیجه

در نظر گرفتن یک مرجع اختصاصی فنی، که صرفاً به اختلافات حقوقی فعالان بازار ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها رسیدگی می‌کند، منطبق با سیاست‌های فعلی قوه قضاییه و کاهش حجم ورودی پرونده‌ها به محاکم



اصلاحیه

در شماره ۴۶ ماهنامه پیام آموزش، در جدول «هزینه دادرسی» که توسط جناب آقای جواد قشمی برای مجله ارسال گردیده بود، میزان هزینه دادرسی دعوی مالی در بند ۶ جدول صفحه ۱۴۱، ده هزار تومان قید شده بود که ضمن پوزش از خوانندگان گرامی، مبلغ فوق را ده هزار ریال اصلاح می‌نماییم.

فهرست منابع

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
۲. خلعتبری، فیروزه، مجموعه مفاهیم پولی و بانکی بین المللی، تهران، شرکت افست، ۱۳۷۱.
۳. دکتر ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۱، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
۴. ذهنی بک، عبدالسلام، فی القانون التجاري، قاهره ۱۳۶۴هـ.ق.
۵. رضایی، علی، وکالت در هیات داورى، مجله بورس، شماره ۸۴، تیر و مرداد ۱۳۸۸.
۶. سماواتی، دکتر حشمت الله، حقوق تجارت، ج ۱، ص ۷۰، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۸۷.
۷. شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۱.
۸. الکس ژاکلین، هانری تولکان، مبانی علم اقتصاد، ترجمه منوچهر فرهنگ، انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴.
۹. میرزایی، غلامعلی، ساز و کارهای حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه ایران، تهران، انتشارات اطلاع رسانی بورس، ۱۳۸۷.
۱۰. ناهی، صلاح الدین، الوسیط فی شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الاول، بغداد ۱۳۶۸.

افلاکیان خاک نشین

شیخ حسنعلی نجابت

محل ولادت: شیراز

محل دفن: شیراز

ولادت: ۱۳۳۶ ه.ق

وفات: ۱۴۱۰ ه.ق

محل تحصیل: شیراز، نجف

اساتید: حضرات سید ابوالحسن اصفهانی، سید ابوالقاسم خویی و ...

استاد عرفان: محمد جواد انصاری همدانی

تألیفات: کلمه طیبیه، کلمه عشق، شرح دعای رجبیه، بصائر یا قرآن و اهل بیت و ...

ایشان از هوش و استعدادی سرشار برخوردار بود به طوری که در سنین جوانی به درجه اجتهاد نایل آمد. طبعی بسیار لطیف و شاعرانه داشت، اشعار مرحوم سید محمدحسین غروی اصفهانی را می‌پسندید و بیشتر اشعارش را به سبک ایشان می‌سرود.

عطش معنویتی که همواره در وجودش بود او را به محضر آیت‌الله سیدعلی قاضی کشانید. به علت جو نامساعد حوزه نجف شهریه او را که در جلسات مرحوم قاضی شرکت می‌کرد قطع کردند، لذا بسیار در مضیقه به سر می‌برد و برای امرار معاش همواره مشغول نمازهای استیجاری بود. پس از رحلت آن عارف بی‌بدیل به محضر آیت‌الله انصاری همدانی رسید و در ردیف میرزترین شاگردان ایشان درآمد. مرحوم انصاری درباره آیت‌الله نجابت می‌فرمود: «حساب شیخ حسنعلی از تمام کسانی که اینجا می‌آیند جداست. اگر دریایی از معارف الهی را به حاج شیخ حسنعلی بدهند سیر نمی‌شود.»

یکی از شاگردان ایشان می‌گوید: «مرحوم نجابت برای محبت قیمت و ارزش فوق‌العاده‌ای قائل بود و در دوستی کم‌نظیر بود به نحوی که به تمام معنی در این راه پاک‌باخته بود. آن بزرگوار سال‌ها در مدرسه‌ای که خود در شیراز بنا نهاده بود به تدریس پرداخت و از پایین‌ترین سطح تا سطوح عالی‌ه را درس می‌داد و ابداً برایش تفاوتی نداشت که در کدام یک به تدریس بپردازد.

مأخذ: افلاکیان خاک نشین، هیأت تحریریه موسسه فرهنگی مطالعاتی شمس‌الشموس، چاپ اول، ۱۳۸۶، صفحه ۱۰۲

* باعرض پوزش از خوانندگان محترم؛

در صفحه ۶۸ شماره ۴۷ همین نشریه، اشتباهاً به جای شیخ رجبعلی خیاط، شیخ حسنعلی نخودکی درج شده است؛ بنابراین مطلب چاپ شده در آن صفحه مربوط به شیخ رجبعلی خیاط می‌باشد.

حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اقدامات تملکی دستگاهها اجرایی

محمدرضا دلاوری
قاضی اجرای احکام و دیوان عدالت اداری

چکیده

تملک اراضی، ابنیه و املاک جهت اجرای طرح‌های عمرانی دولت، همواره با چالش‌هایی مواجه است. از یک سو بایستی تملک این املاک برای اجرای طرح‌های عمرانی، نظامی، عمومی و یا صنعتی دولت ضرورت داشته باشد و از سوی دیگر، دستور تملک توسط مقام ذیصلاح صادر و فسارت مالک پرداخت شود. یکی از مسائل مطروحه در این رابطه، اجرای احکام صادره از دیوان عدالت اداری، در مورد بطلان اقدامات نهادها و دستگاه‌های اجرایی تملک کننده و همچنین مدود صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به این دعاوی است.

کلیدواژه‌ها: اقدامات تملیکی، دیوان عدالت اداری، صلاحیت
اجرای احکام، ابطال سند مالکیت

درآمد

دیوان عدالت اداری، مرجع اصلی شکایت از عملکرد دستگاه‌های اجرایی وابسته به دولت و شهرداری‌ها، در رابطه با وظایف آنهاست.

تقدم مصالح اجتماع و حفظ نظم عمومی بر منافع فردی ایجاب می‌کند که دولتها در مواردی جهت خدمت رسانی بیشتر به جامعه، مبادرت به تملک املاک اشخاص بنمایند. طبق قانون، این عمل با رعایت شرایطی مجاز خواهد بود. در صورتی که زیان‌دیدگان از اقدامات دولت مدعی حقی باشند، می‌توانند به دستگاه قضایی به عنوان یک نهاد مستقل شکایت کنند. مرجع رسیدگی به این شکایات گاهی دیوان عدالت اداری و در مواردی محاکم دادگستری است. در این مقاله موارد صلاحیت و عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری و نحوه اجرای احکام دیوان در این رابطه بررسی می‌شود.

چنانچه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی، وزارتخانه‌ها یا مؤسسات یا شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها به اراضی، ساختمان‌ها، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی اشخاص حقیقی یا حقوقی احتیاج داشته باشند با رعایت تشریفات ذیل اقدام به خرید و تملک ملک می‌نمایند:

الف) دستگاه تملک کننده باید دارای طرح مصوب بوده و اعتبار خرید ملک نیز تأمین شده باشد

ب) بالاترین مقام اجرایی دستگاه تملک کننده

نیاز به تملک را تأیید نماید.

ج) وزارت مسکن و شهرسازی عدم امکان تأمین زمین مناسب از اراضی موات و دولتی را در آن شهر اعلام نموده باشد.

د) در شهرهایی که دارای طرح‌های مصوب شهری است کاربری زمین مورد نیاز منطبق با طرح باشد.

ه) تعیین پلاک ثبتی ملک مورد نیاز و حدود مشخصات آن.

و) اعلام مراتب به ثبت محل.

ز) اعلام قصد تملک به مالک یا مالکین و صاحبان سایر حقوق قانونی از طریق نامه اداری یا اظهار نامه رسمی.

ح) ارسال مدارک لازم از جمله نقشه جهت تشخیص نوع ملک به وزارت مسکن و شهرسازی، قبل از انتشار آگهی تملک و اخذ نظریه وزارت مذکور.

ط) انتشار آگهی در صورت عدم دسترسی به مالک و یا استتکاف وی از دریافت نامه اداری یا اظهار نامه رسمی.

ی) انجام معامله.

در صورتیکه از تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های اجرایی یا کارکنان آن در امور راجع به وظایف آنها از جهت تملک ملک اشخاص شکایت یا اعتراض وجود داشته باشد، دیوان عدالت اداری در محدوده صلاحیت و حدود



اختیارات قانونی خود به دعاوی ناشی از تملک به صورت زیر رسیدگی می‌نماید:

۱- موارد عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری
۱-۱) صدور قرار عدم صلاحیت به لحاظ ترافیعی بودن دعوی: توضیح اینکه گاهی مشاهده می‌شود، فیما بین مالک و دستگاه تملک کننده توافق نامه اعم از عادی یا رسمی تنظیم شده یا قرارداد منعقد گردیده که مطابق مواد (۱۰ و ۲۱۹) قانون مدنی، متعهد له خواستار انجام تعهد از سوی متعهد برابر توافق یا قرارداد می‌شود که در آن صورت دیوان عدالت اداری با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۵۹ مورخ ۷۱/۴/۳۰ هیأت عمومی که مقرر داشته «رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای که مسائل حقوقی بوده و باید به صورت ترافیعی در محاکم دادگستری مورد رسیدگی قرار گیرد، خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری است» قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه عمومی حقوقی محل وقوع ملک صادر و اعلام می‌نماید.

۱-۲) صدور قرار عدم صلاحیت راجع به دعوی تعیین بهای عادلانه ملک: با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۱۱۴ مورخ ۷۶/۶/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که مقرر می‌دارد «حقوق صاحبان اراضی مشمول طرح‌های مختلف که تملک می‌شود، باید بر اساس مقررات کارشناسی بر مبنای بهای روز تأدیه می‌گردد و آن مربوط به زمانی است در تعیین بهای عادلانه اختلاف فی مابین شاکی و مشتکی عنه وجود داشته باشد.» و طبق ماده (۴) لایحه قانونی

نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸ دادگاه صالحه محل وقوع ملک مداخله و در تعیین کارشناس برابر ماده (۵) قانون مذکور اقدام می‌نماید و در خصوص املاک مورد نیاز شهرداری‌ها نیز طبق تبصره «۲» ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰ دادگاه صالحه محل وقوع ملک مداخله و اقدام به معرفی کارشناس خواهد نمود و با این وصف دیوان عدالت اداری صلاحیت دخالت و تعیین کارشناس جهت تعیین بهاء عادلانه را در صورت بروز اختلاف نخواهد داشت؛ زیرا عبارت دادگاه که در مقررات مذکور مورد اشاره قرار گرفته به معنای خاص آن به کار رفته و شامل دیوان عدالت اداری نمی‌گردد. استقراء در قوانین مختلف نیز نشان می‌دهد که قانونگذار هر جا از کلمه دادگاه استفاده نموده معنای خاص آن را که عبارت از دادگاه‌های دادگستری است در نظر داشته رویه فعلی دادگاه‌ها و پذیرش دعاوی ناشی از تعیین بهاء عادلانه و تعیین کارشناس نسبت به اراضی تملک شده مؤید صحت این استنباط است

۱-۳) صدور قرار عدم صلاحیت راجع به درخواست توقیف عملیات اجرایی تا زمان پرداخت بهاء: بر اساس مقررات ماده (۹) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجراء برنامه‌های عمومی، عمرانی، نظامی دولت، در مواردی که فوریت اجراء طرح با ذکر دلائل

موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح موجب ضرر و زیان جبران ناپذیر می‌گردد دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورتجلسه وضع موجود با حضور مالک یا نماینده وی در غیاب او نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و اجراء طرح اقدام نمایند و در همان حال دستگاه اجرایی مکلف است حداکثر ظرف سه ماه از تاریخ تصرف نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه اقدام نماید. به علاوه، در تبصره ماده مذکور ضمانت اجراء تخلف دستگاه مجری طرح تعیین شده و برای مالک این حق پیش بینی شده که با مراجعه به دادگاه تا پرداخت قیمت عادلانه تقاضای توقیف عملیات اجرایی را بنماید و رفع توقیف مشروط به پرداخت بهای ملک گردیده است و راجع به این دعوی شعبه دیوان موظف است قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه صالحه محل وقوع ملک صادر نماید و صلاحیت رسیدگی به این دعوی را ندارد.

۲- موارد صلاحیت دیوان عدالت اداری

۲-۱) صدور حکم به برخورداری از حقوق مالکانه: این مورد مربوط به زمانی است که ملک در طرح دولتی با شهرداری قرار گیرد و مالک با توجه به ماده واحده و تبصره «۲و۱» ذیل آن از قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداریها مصوب ۱۳۶۷ بعد از انقضای هجده ماه از تاریخ در طرح قرار گرفتن ملک از

کلیه حقوق مالکانه از جمله احداث بنای جدید، تعمیر، فروش، رهن و غیره برخوردار است و چنانچه احداث بنا ملازمه با تفکیک ملک نیز داشته باشد این مورد نیز از حقوق مالکانه بوده که دیوان راجع به آن نیز حکم به برخورداری مالک را از حقوق راجع به آن را صادر می‌نماید و این برخورداری مالک از حقوق مالکانه منافاتی با اجرای طرح را نداشته و لکن در خصوص احداث بنا و تجدید بنا مالک بایستی تعهد نماید اگر زمان اجراء طرح قبل از پنج سال شروع شود، حق مطالبه هزینه احداث و تجدید بنا را ندارد.

۲-۲) صدور حکم به تصدیق خسارت وارد شده از جهت استحقاق بهای ملک: مورد تملک در خصوص دستگاه‌های اجرایی که با استناد به بند «۹» ماده (۵۰) قانون برنامه بودجه سال ۱۳۵۱ و رأی وحدت رویه شماره ۳۵/۷۴ - ۷۴/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اساساً شاکی را مستحق دریافت وجهی بابت تصرف نمی‌دانند، با این استدلال که، اولاً: بنا به تعریف «طرح عمرانی» در بند «۱۰» ماده (۱) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ و شقوق ذیل آن، دستگاه طرف شکایت جهت اجرای طرح‌های عمرانی مشمول مقررات لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۵۸ شورای انقلاب است و با عنایت به اینکه طبق ماده (۱۲) لایحه قانونی اخیرالذکر کلیه قوانین و مقرراتی که با این قانون مغایرت دارد ملغی‌الاثرباشد. بنابراین بند «۹» ماده



مالکیت شناخته، نه تصرف در مقابل مالکیت را با وجود مالک مشخص در عین معین. سپس تصرف مشتکی عنه از یک سو مملک نبوده و از سوی دیگر نمی‌تواند حق مالک را ساقط کند و قانوناً استیلائی مالک بر مال خود پایدار است. علاوه بر آن طبق ماده (۹۳) قانون مدنی، ارتفاق حقی است برای شخص در ملک غیر و در اینجا قانون حق از ارتفاق را در فرض مسئله تجویز نموده است. اگر حق مالکانه را از حقوق اولیه و حق ارتفاق را حق ثانویه ناشی از وجود حق اولی بدانیم، حق ارتفاق نمی‌تواند ساقط کننده حق اولیه باشد و رأی وحدت رویه شماره ۲۰۴ مورخ ۶۹/۹/۱۳ که موید این معنی است، در تغایر آشکار با رأی وحدت رویه استنادی است و از آنجا که طبق اصل (۱۶۷) قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش نماید حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد، قاضی اجازه دارد اگر نظری مغایر رویه قضایی لازم الاتباع دارد با آگاهی آن نظر را ابراز کند. لزوم تبعیت از رأی وحدت رویه که در ماده (۵۳) آیین دادرسی دیوان مورد تصریح قرار گرفته، مانع از تبعیت از موازین شرعی و قانونی نمی‌باشد. زیرا وقتی دو رأی وحدت رویه به قسمی با هم تنافی داشته که نمی‌توان بین آن دو را جمع نمود، قانون طبعاً ملاک عمل خواهد بود که فوقاً قانون حاکم برخواسته شاکی بیان شد.

رابعاً: طبق قاعده اذا تعارضتا ساقطا دو دلیل متعارض از اعتبار ساقط می‌شود و قابل استناد نیست؛ و رأی وحدت رویه شماره ۲۰۴ مورخ

(۵۰) قانون بودجه کشور مصوب ۵۱ که مقرر می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی یا خطوط موصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت دولت تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد از باب این حق ارتفاق وجهی پرداخت نمی‌شود.» در حد مغایرت بالا یحه قانونی مذکور نسخ شده است و در نتیجه طبق ماده (۱) لایحه قانونی مصوب ۵۸/۱۱/۱۷ اراضی و املاک مورد احتیاج طرح‌ها باید در حد نیاز خریداری شود.

ثانیاً: به فرض این که قائل بر نسخ مقررات استنادی مورد شکایت نبوده و برقراری حقوق و منافع عمومی را مقدم بر حقوق خصوصی بدانیم، طبق بند «۱۰» ماده (۵۰) قانون یاد شده دستگاه اجرایی بایستی از عهده خسارت ناشی از فعالیت عمرانی و زبانی که متوجه مالک می‌گردد، برآید.

ثالثاً: رأی وحدت رویه شماره ۳۵/۷۴ - ۷۴/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که مورد استناد دستگاه مشتکی عنه قرار می‌گیرد، موافق اصول و موازین شرعی و قانونی نمی‌باشد؛ زیرا در این رأی تصرفات دولت به عنوان حق ارتفاق شناخته شده خواه کل ملک در معرض استفاده و تصرف قرار گیرد یا جزء آن، که در فرض اول حق ارتفاق مساوی تصرف و تصرف مساوی تملک خواهد بود. حال آنکه ماده (۳۵) قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت را دلیل

«۶۹/۹/۱۳» که با رأی وحدت رویه شماره ۳۵/۷۴ مورخ ۷۴/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که از تلاقی دو فکر در جهت عکس یکدیگر حادث شده، به طوری که ترتیب اثر دادن به هر دو مقدور نمی‌باشد و به واسطه تعارض قابل استناد نمی‌تواند قرار گیرد و در این حالت طبق قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» باید به قانون توسل جست.

خامساً: مستفاد از ماده (۱۳۲) قانون مدنی و طبق اصل (۴۰) قانون اساسی هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به حقوق دیگران قرار دهد و بر اساس قاعده فقهی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» مبادرت به این امر منع شرعی دارد.

۳- شرایط صدور حکم به ابطال اقدامات تملکی دستگاه اجرایی: آن در صورتی است که دستگاه اجرایی بدون رعایت موازین قانونی ملک اشخاص را تملک کند و گاهی سند مالکیت نیز توسط سازمان ثبت به نام دولت صادر و متعاقب آن با تظلم خواهی اشخاص به دیوان عدالت اداری و درخواست ابطال اقدامات تملکی دستگاه تملک کننده ملک، دیوان عدالت اداری نیز در برخی موارد که حقانیت ذی‌حق را احراز و حکم به ابطال اقدامات تملکی صادر می‌نماید. و با صدور حکم از سوی شعبه دیوان عدالت اداری طبق تبصره ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸

دستگاه مربوط مکلف است رقبه متنازع فيه را به مالک مسترد نماید، لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحذات یا قرار گرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب استرداد آن به تشخیص مرجع صادر کننده حکم متعذر باشد، دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف است با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک ملک مطابق قانون اقدام نماید. نظر به اینکه شعب دیوان حکم به ابطال اقدامات تملکی صادر بدون آنکه با رجوع به قانون مذکور راجع به چگونگی اجرای حکم تعیین تکلیف نمایند این امر موجب می‌شود:

الف) محکوم له با استناد به بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری، خواستار ابطال سند مالکیتی که به نام دستگاه تملک کننده صادر شده، بشود.

ب) محکوم علیه با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۵۴۴ - ۳۰ بهمن ۶۹ و ۷۴۵ - ۱۹ بهمن ۷۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و رأی شماره ۱۳۸ - ۱۲ تیر ماه ۷۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال سند مالکیت را خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری و خارج از اختیارات قانونی دادرس واحد اجرای احکام دیوان اعلام نماید.

ج) محکوم علیه به حکم دیوان جنبه تصدیقی داده و استرداد ملک را مستلزم رسیدگی مستقل در دادگاه عمومی حقوقی و خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری اعلام نماید.

د) محکوم له با استناد به قانون الحاق یک تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی مذکور محکوم



۱- قانون دیوان عدالت اداری یک قانون عام است و موجب رفع اثر یا نسخ مقررات قانونی و آنچه در حکم قانون است (مانند آراء هیأت عمومی دیوان و دیوان عالی کشور) آن هم در صورتی که قانون خاص تلقی می‌شود نیست؛ فی‌المثل رأی شماره ۵۴۴ - ۶۹/۱۱/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور صلاحیت رسیدگی به ابطال سند مالکیت را در صلاحیت محاکم دادگستری دانسته است، رأی مذکور در حکم قانون است و خاص تلقی می‌گردد و ماده (۱۳) قانون دیوان که عام و مؤخر است موجب نسخ رأی هیأت مذکور نخواهد بود. در نتیجه اعتبار رأی مباحث عنه کماکان به قوت خود باقی است.

۲- مطابق ماده (۱۲۸۴) قانون مدنی، اسناد تعریف شده است. در نتیجه منظور قانونگذار از به کار بردن اسناد در بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری مربوط به اسناد مالکیت نیست، مضافاً اینکه ماده (۱۲۸۷) قانون مدنی اسناد مالکیت را سند رسمی تلقی نموده که در بند «۴» ماده (۳۶) از این عنوان استفاده نشده است.

۳- ابطال سند در موردی حادث می‌شود که دولت بر اساس مقررات قانونی از قبیل قانون لغو مالکیت اراضی شهری، ماده واحده قانون خرید اراضی و اموال برای طرح‌های عمومی و عمرانی مصوب سال ۱۳۵۸، قانون اراضی شهری مصوب سال ۱۳۶۰ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶، اقدام به تملک اراضی متعلق به

علیه را ملزم به استرداد اعلام و خواستار توسل به قوه قهریه از ناحیه دادرس واحد اجرای احکام جهت استرداد شود.

ه) محکوم علیه با توسل به تعذر خواستار استمهال جهت تملک ملک گردد.

و) محکوم له با یاد آوری این مطلب که تشخیص تعذر با شعبه صادر کننده حکم بوده و در رأی شعبه دیوان متعذر بودن استرداد موضوع حکم واقع نشده تا محکوم له نتواند خواستار استرداد گردد.

ز) محکوم علیه با توسل به اینکه ضمانت اجرای حکم ابطال سند مالکیت است که مخاطب آن سازمان ثبت اسناد و املاک بوده که طرف دعوی واقع نشده و چون فرصت تدارک دفاع به این سازمان داده نشده الزام این سازمان به ابطال سند مالکیت فاقد محمل قانونی است.

در این ارتباط در بین قضات راجع به ابطال سند مالکیت دو دیدگاه وجود دارد: برخی معتقد به ابطال بوده و برخی اعتقاد دارند ابطال اسناد مالکیت کماکان در صلاحیت محاکم عمومی است.

۴- دیدگاه‌های موجود در مورد ابطال اسناد مالکیت توسط دیوان عدالت اداری:

الف) مخالفان ابطال اسناد:

قضات دیوان که مخالف با ابطال سند مالکیت توسط دیوان می‌باشند دلایلی به شرح ذیل برای خود دارند:

اشخاص نموده باشد. این اقدام دولت شامل دو قسمت است: اقدامات اولیه از قبیل تصویب تملک، شناسایی ملک، تأمین بودجه و خلاصه اجرای یکی از شرایطی که در قانون برای تملک در نظر گرفته شده است، تا آنجا که اداره مذکور طی نامه‌ای به دفتر خانه می‌نویسد که ملک به نام دولت ثبت شود.

تمامی اقدامات فوق از اقدامات تملک کننده است، لکن اقدام به ثبت ملک در دفتر خانه و ثبت ملک در دفتر املاک مربوط به اقدامات اداره تملک کننده نیست، بلکه اقدامی مجزا از اقدامات اداره تملک کننده تلقی می‌گردد. در نتیجه، مالک با مراجعه به دیوان، ابطال کلیه اقدامات اداره تملک کننده را درخواست می‌کند که آخرین آن نامه‌ای است که به ثبت یا دفتر اسناد رسمی نوشته می‌شود، و صرف اینکه خواسته ابطال کلیه اقدامات تملکی اداره طرف شکایت طی دادخواست تقدیمی باشد، به اقدامات ثبت اسناد تعرضی نخواهد داشت.

۴- بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری ابطال اسناد مخالف رأی دیوان را متذکر شده است، ضمن آنکه موجب ایجاد صلاحیت دیوان در رسیدگی به ابطال سند مالکیت و ابطال اسناد مالکیتی که مطابق مقررات قانون ثبت صادر شده است نیز نخواهد بود. بالاخره اجرای احکام فقط حق اجرای حکم را در حد موضوعات مصرح در حکم را دارد و خارج از آن اقدامی غیر قانونی تلقی می‌گردد.

البته، چنانچه شعبه‌ای بر خلاف صلاحیت دیوان ابطال کلیه اقدامات اداره تملک کننده را قابل تسری به ابطال اسناد مالکیت صادر شده برای دولت هم تلقی نماید و حکم بر ابطال

آن صادر کند بدون تردید اجرای احکام که تکلیف در اجرای حکم مطابق مفاد آن دارد، حق استفاده از بند «۴» ماده (۳۶) را برای ابطال اسناد مالکیت صادر شده خلاف مفاد حکم را خواهد داشت که چنین موضوعی بندرت اتفاق افتاده است و عمومیت ندارد.

چنانچه ادعای صلاحیت دیوان را در خصوص ابطال اسناد مالکیت اعلام داریم حتماً لازم است مستند به ماده (۱۳) چنین ادعایی را مطرح نماییم و تمسک به بند «۴» ماده (۳۶) نمی‌تواند موجه باشد و همان طور که در فوق گفته شد اجرای احکام مقید به اجرای حکم مطابق مفاد حکم است و خارج از حدود آن قانونی نیست و مقررات قانونی دیوان عدالت اداری در هیچ یک از مواد قانونی، صلاحیت دیوان را در امر رسیدگی به ابطال اسناد مالکیت تجویز ننموده و خواسته شکات دائر بر ابطال اسناد مالکیت، قابل رسیدگی در دیوان نیست و اعتبار رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری در خصوص ابطال اسناد مالکیت کماکان به قوت خود باقی است.

ب) موافقان ابطال اسناد:

قضاتی که موافق ابطال سند مالکیت توسط دیوان عدالت اداری می‌باشند دلایل خود را به شرح ذیل بیان می‌دارند:

۱- دعوی ابطال سند مالکیت که به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۴۵ - ۷۱/۱۱/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صلاحیت دادگستری محل بود. با توجه به آخرین نظر قانونگذار به موجب بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری در صلاحیت دیوان قرار گرفته است.



مغایر مفاد رأی دیوان بوده و در این صورت قاضی مجری حکم با اذنی که بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری به او داده حق ورود و دخالت در موضوع و ابطال سند مالکیت را که مغایر با مفاد دادنامه دیوان می‌باشد خواهد داشت.

۶- قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ مؤخر بر آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری بوده است و نظر قانونگذار اعطای صلاحیت ابطال اسناد مالکیت به دیوان عدالت اداری بوده است.

۷- ماده (۷۱) قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ مربوط به اسنادی است که توسط دفتر اسناد رسمی تنظیم شده و یکی از این اسناد می‌تواند مربوط به ملک باشد و قانونگذار تکلیف سر دفتر و دفتریار در خصوص اسنادی که دادگستری رأی بر بی اعتباری سند صادر می‌نماید را معین نموده و این امر هیچ مغایرتی با وظایف قانون دیوان عدالت اداری و احکامی که در ارتباط با ابطال سند یا ابطال اقدامات تملکی صادر می‌نماید، ندارد.

ج) نقد و تحلیل نظریات موجود:

با دقت نظر در دلایل موافقان و مخالفان راجع به ابطال سند مالکیت توسط دیوان عدالت اداری آنچه مسلم است، این است که این اختلاف نظر موجب شده تا اجرای آرای مربوط به ابطال اقدامات تملکی دچار اطاله غیر معقول زمان شده و اساساً اجرای آن تعلیق به محال گردد. با توجه به اینکه در صدور رأی ابطال به اقدامات تملکی وحدت رویه وجود داشته و تناقض مربوط به تصمیمات متخذه از سوی دادرسان واحد اجرای احکام دیوان عدالت اداری است که

۲- به موجب بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری، یکی از اختیارات اعطایی به دادرس مجری حکم، دستور ابطال اسناد و تصمیمات مغایر با رأی دیوان می‌باشد. همچنین، تبصره ماده (۱۴) قانون دیوان عدالت اداری مقرر می‌دارد: «پس از صدور حکم مراجع طرف شکایت علاوه بر اجرای رأی مکلف به رعایت مفاد آن در تصمیمات و اقدامات بعدی خود می‌باشد.»

۳- دیوان عدالت اداری به شکایت اشخاص چه در شعبه و چه در هیأت عمومی، رسیدگی قضایی می‌نماید و پس از صدور حکم قضایی و ابطال اقدامات تملکی توسط شعبه قانونگذار ضمانت اجرای حکم ابطال اقدامات که یکی از این اقدامات ابطال سند مالکیت است را در بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری تعیین نموده است

۴- طبق ماده (۲۷۱) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور فقط به موجب قانون بی اثر می‌شود و به نظر می‌رسد آرای وحدت رویه مورد استناد توسط مسؤولان ثبت به موجب بند «۴» ماده (۳۶) قانون دیوان عدالت اداری نسخ و در نتیجه دیوان عدالت اداری می‌تواند در خصوص ابطال اسناد مالکیت در مورد املاکی که در دیوان حکم به ابطال اقدامات تملکی و اعاده املاک به وضع سابق صادر گردیده است و یا تقاضای ابطال اسناد مالکیت شده اقدام نماید.

۵- با صدور حکم ابطال اقدامات تملکی بقاء مالکیت به نام محکوم علیه و عدم ابطال آن با توجه به حکم ابطال اقدامات و تشریفات تملک،

ابطال اقدامات صادر شود، سؤال این است که آیا صدور این حکم فی نفسه به معنی ابطال سند مالکیت نیز می باشد؟ در این رابطه دیدگاه های مختلفی وجود دارد.

فهرست منابع

۱. شهری، غلامرضا، تحصیل دولت، فریدون، صمدی اهری، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی تالیف غلامرضا شهری، فریدون تحصیل دوست، محمد هاشم صمدی اهری، عباسعلی رحیمی، حمید رضا گودرزی با اهتمام معاونت حقوقی و توسعه قوه قضائیه انتشارات روزنامه رسمی سال ۱۳۸۴.
۲. محمدهاشم، رحیمی، عباس علی، گودرزی، حمید، مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، انتشارات روزنامه رسمی قوه قضائیه، ۱۳۸۴.
۳. حسن زاده، بهرام، حقوق تحلیلی اراضی و املاک تالیف، تهران، انتشارات جنگل چاپ سال ۱۳۸۹.
۴. جامه بزرگ، محمد، تملک اراضی توسط دولت و شهرداریها، چاپ اول، انتشارات مسلم همدان، ۱۳۶۹.
۵. قربانی، فرج اله، آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری، انتشارات فردوسی، چاپ اتحاد، سال ۱۳۸۶.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج و دانش خرداد سال ۱۳۶۳.
- ۷- محمدی همدانی، اصغر، نمونه آراء شعب دیوان عدالت اداری، انتشارات جنگل، سال ۱۳۷۸.

موافقان مبادرت به ابطال سند مالکیت بر مبنای حکم دیوان می نمایند و مخالفان از ابطال سند مالکیت خودداری و محکوم له را جهت طرح دعوی ابطال سند مالکیت به دادگاه عمومی و حقوقی هدایت می نمایند، و حکم صادر شده را فاقد اثر اجرایی و به عنوان یک حکم اعلامی و تصدیقی تلقی می نمایند و همین برداشت متهاافت و متعارض راجع به اجرای حکم ابطال اقدامات تملکی حاصلی جز ایجاد جو بدبینی نسبت به سیستم قضایی را در پی ندارد، ضرورت دارد که در قانون اصلاحی دیوان عدالت اداری که در مجلس شورای اسلامی مطرح است، این اختیار به هیأت عمومی دیوان عدالت اداری داده شود تا راجع به نظرات متناقض یا مشابه که از ناحیه قضات اجرای احکام دیوان اتخاذ می شود نیز وحدت رویه صادر شود و علاوه بر آن مرجع ذیصلاح جهت ابطال سند مالکیت توسط قانونگذار به طور شفاف تعیین گردد.

نتیجه

دیوان عدالت اداری می تواند به شکایت افراد راجع تملک املاک توسط دستگاه های اجرایی رسیدگی کند. با این وجود، در مواردی که دعوی ماهیت ترافعی داشته باشد یا اینکه موضوع اختلاف در رابطه با تعیین بهای عادلانه ملک باشد، موضوع از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج خواهد بود. همچنین رسیدگی به درخواست توقف عملیات اجرایی تا زمان پرداخت بها، در صلاحیت دیوان نمی باشد. در مواردی که دستگاه اجرایی بدون رعایت تشریفات قانونی، ملکی را تملیک کرده و سند به نام آن منتقل شده باشد و متعاقب شکایت ذی نفع، حکم به