

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مجله کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه

()

:

:

:

:

()

:

:

:

www.kermanshahbar.com

:

Kbalj2008@gmail.com

سر مقاله

حدیث نو

محمدعلی اثنا عشری

مقالات

بررسی علل اطاله دادرسی در دعوی تقسیم ترکه

علی پور آذر

بررسی مبانی مشروعیت تقیید نهاد مالکیت با عنصر زمان در فقه و حقوق ایران

محمد رضا یزدانی

حمایت از اطفال بزه دیده در سیاست جنایی تقنینی ایران

سجاد کاظمی سرکانه

هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مصلحت اندیشی یا قانون گریزی

مهران مستی

نکته‌ها و اندیشه‌ها

شرط ترک فعل و آثار تخلف از آن

المیرا آسوبار

اصلاح و درمان مجرمین

سلطان کونالی، رضا سلطانی بیدگلی و دیبا امیر حشمتی

تحلیلی بر حق مرد بر طلاق

شهاب تجری

تازه‌های حقوق

قوانین و مقررات جدید

آرای وحدت رویه‌ای دیوان عالی کشور

آرای وحدت رویه‌ای دیوان عدالت اداری

نظریات مشورتی اداره حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه

معرفی کتاب

به کوشش: کیومرث سپهری

سؤالات اختبار کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه و ایلام

آراء صادره از دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز کرمانشاه و ایلام

حدیث نو

هنوز گرد و خاک اصلاح آیین‌نامه‌ی لایحه‌ی قانون استقلال (اضمحلال) کانون وکلای دادگستری فرو ننشسته است که سونامی دیگری از راه رسید. هر دم از این باغ، بری می‌رسد تازه تر از تازه‌تری می‌رسد. باز هم اولیای قوم خواب تازه‌ای دیده‌اند، خوابی رنگین، که اگر از رؤیاهای صادقه باشد و تعبیر شود، تتمه‌ی اعتبار جامعه وکالت بر باد فنا می‌رود.

ماده ۱۶۷ مکرر برنامه پنجم توسعه همان رؤیای شیرینی است که دارد تعبیر می‌شود. این ماده قانونی نوظهور، خواننده را به یاد آن گفته‌ی شیخ خرقان می‌اندازد که بر سر در خانقاهش نوشته بود: «هر که از راه رسد نانش دهید و از کیشش مپرسید...»

حال با توجه به دست و دل بازی قانونگذار در ماده ۱۸۷ مکرر بایدگفت: هر که از راه رسد، پروانه وکالتش دهید و بر او سخت نگیرید و از معلومات و دانشش نپرسید زیرا او که به دریافت دانشنامه از هر راهی توفیق حاصل کرده کسوت وکالت برانزده اوست و آنکه از ورودش به کار وکالت ممانعت به عمل بیاورد در پیشگاه ما به جوی نیرزد و در صف بندگان ما نباشد!!

شگفتا این در حالی است که تعداد قابل توجهی از وکلا به علت نبود درآمد تغییر شکل داده اند یا به دنبال کار دومی هستند.

آیا بهتر نیست به جای وارد کردن خیل فارغ التحصیلان حقوق و رشته‌های مشابه به جامعه وکالت، قوه قضائیه از این فارغ التحصیلان برای کار قضاوت بهره بگیرد تا با استخدام آنان اولاً کمبود قاضی در دادگستری مرتفع شود و ثانیاً در شورای حل اختلاف با گماردن قضات بیشتر، حقوق مردم حفظ و مانع تضییع حقوق آنان گردد. چرا قوه قضائیه از برکت وجود این فارغ التحصیلان بی‌بهره بماند؟! آیا سپردن قضاوت به افرادی که از دانش حقوق بهره‌مندند اصلح نیست؟ و اما مشکل دیگر افزایش تعرفه‌های خدمات قضایی است که بحث اصلی سر مقاله‌ی این فصل نامه است.

تا آبان ماه سال گذشته نرخ تمبر تمديد پروانه وکالت ۵۰/۰۰۰ ریال بود و امسال به ۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال یعنی ۴۰ برابر نرخ سال گذشته افزایش یافته است. در حالی که قوه قضاییه خدمتی هم به وکلا ارائه نمی‌دهد این تفاوت فاحش و نامتعادل در نرخ خدمات قضایی نیز به چشم می‌خورد. میزان این افزایش در مواردی بسیار ناعادلانه است.

افزایش بدون حساب تعداد وکلای دادگستری چه از طریق ماده ۱۸۷ و چه از طریق قانون‌های مستقل میزان درآمد وکلا را بسیار کاهش داده به طوری که بعضی از وکلای جوان و تازه کار و حتی وکلای با سابقه با مشکل درآمد روبرو هستند و درآمدها با هزینه‌های روزمره هماهنگی ندارد زیرا افزایش بی‌رویه و روز افزون وکلا، طبعاً مشکلاتی از نظر درآمد به دنبال دارد. وکلا هر ساله مبالغی جهت مالیات و هزینه‌های کانون و حق بیمه و بازنشستگی می‌پردازند. پرداخت مبلغ ۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت تمبر و دفترچه‌های وکالت هم باری است که بر وکلا تحمیل می‌شود. این مصوبات برای وکلا و مراجعان به دادگستری زحمت افزاست. قوه قضاییه باید از وکلا حمایت کند و با ایجاد تسهیلات، زمینه را برای مراجعان به دادگستری در طرح دعوا و احقاق حقوق آنان فراهم بیاورد.

البته لازم است به این موضوع هم اشاره شود که اختیار قانونگذاری به رئیس قوه قضاییه جهت افزایش تعرفه‌های خدمات قضایی با مفاد اصل ۸۵ قانون اساسی که مقرر کرده اختیار قانونگذاری با مجلس است در تعارض است. بهرحال افزایش تعرفه‌های خدمات قضایی به شکل مقرر در مواردی توجیه عادلانه‌ای ندارد. مسلماً قوه قضاییه بار سنگین دادگستری و ایجاد عدالت را بر دوش دارد و طبعاً افزایش نرخ تعرفه‌ها در حد متناسب و عادلانه لازم بنظر می‌رسد

مدیر مسئول

بررسی علل اطاله دادرسی در دعوی تقسیم ترکه

علی پور آذر

مستشار دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه و کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

چکیده:

پرونده‌های مربوط به تقسیم ترکه درصد قابل توجهی از موجودی دادگاه‌های عمومی حقوقی را تشکیل می‌دهد. با وجود قابلیت رسیدگی در مدت معقول و متعارف این پرونده‌ها و پیچیده نمودن این دعاوی، اما عملاً در بسیاری از موارد رسیدگی به این پرونده‌ها به درازا کشیده و باعث تشدید کدورت‌ها و اختلافات ورثه و در پاره ای موارد موجب تضییع حق و تباه شدن اموال می‌گردد. برای سرعت بخشیدن به روز تقسیم ترکه در دادگاه شناخت مبانی و مقدمات قضیه از جمله‌ی موارد آتی الذکر ضروری است: جایگاه تقسیم ترکه از نظر اینکه آیا امر ترافعی است یا صرفاً از امور حسبی می‌باشد، لزوم تصفیه دیون و واجبات مالی پیش از تقدیم دادخواست تقسیم ترکه، شناسایی وراثت و دیگر اشخاص ذینفع در ترکه، شناخت مرجع صالح برای رسیدگی به تقسیم ترکه.

واژگان کلیدی:

قانون امور حسبی، تقسیم ترکه، تصفیه دیون

در آمد

یک بررسی اجمالی از پرونده‌های جریانی دادگاههای حقوقی نشانگر این است که تعداد قابل توجهی از پرونده‌هایی که رسیدگی به آنها به درازا کشیده و اوراق پرونده زیاد و مطالعه آن خارج از حوصله هر خواننده‌ای شده، پرونده‌های مربوط به تقسیم ترکه است. از سوی دیگر بر کسی پوشیده نیست که دعوی وراثت بر سر تقسیم ترکه و مسایل مرتبط با آن به گونه‌ای است که دامنه و تبعات آن ممکن است دامن یک یا چند خانواده و طایفه و یا حتی چند نسل را گرفته و کدورت حاصل از آن به زودی رفع نگردد. مضاف بر اینها، چنین ترکه‌ای اگر تکلیف آن به سرعت مشخص نشود ممکن است دچار سوء مدیریت و بلاتکلیفی شده و در نهایت تباه گردد.

از سوی دیگر به این نکته هم باید اذعان کرد که تقسیم مال مشاع اعم از ترکه و غیر آن اصولاً حائز نکات پیچیده و دشواری‌های حقوقی نیست تا حل این نکات و گذر از این دشواری‌ها مستلزم یک دادرسی طولانی مدت باشد، بلکه حتی می‌توان گفت که تقسیم مال مشاع که بارزترین مصداق آن، ترکه است، یکی از آسان‌ترین عناوین دعاوی قابل طرح در دادگستری است و تنها نکته‌ی آن، یک اظهار نظر فنی کارشناس در مورد قابلیت تقسیم ترکه و در صورت قابلیت تقسیم، بیان نحوه تقسیم می‌باشد. حال این پرسش مطرح است که؛ چرا دعوی تقسیم ترکه این چنین طولانی مدت و ملال‌انگیز است اگر تقسیم ترکه تنها مستلزم بررسی و اظهار نظر کارشناس در خصوص قابلیت تقسیم ترکه و در صورت مثبت بودن پاسخ، تجزیه ترکه به حصه‌های مفروز است، چرا این مسیر از پیش تعیین شده، این چنین دشوار طی می‌گردد؟

با توجه به تمام ویژگی‌های این دعوی و از طرفی کندی رسیدگی دادگاهها در مورد آن و اشکالات متعددی که در مسیر رسیدگی به این دعوی پیش می‌آید، بر آن شدیم که به بررسی علل این اطاله البته فارغ از عللی عادی همچون کندی و مشکلات ابلاغ اوراق قضایی و کثرت و تراکم دعاوی و امثال آن که دامن‌گیر تمام دادرسی‌هاست، پردازیم. یافتن پاسخی برای این

مسأله نیازمند شناخت ماهیت حقوقی تقسیم ترکه، شناسایی ترکه ی قابل قسمت، تعیین اشخاصی که ترکه بین ایشان باید تقسیم گردد. و تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به قضیه است. در ادامه مقاله به طور مجزا به موضوعات خواهیم پرداخت.

۱- ماهیت تقسیم قضایی ترکه

تقسیم ترکه یکی از مباحث قانون امور حسبی است که مواد فصل هفتم از باب پنجم قانون مزبور به بیان مقررات آن پرداخته است. بنابراین باید ببینیم امور حسبی چه اموری اند. پس از شناخت امور حسبی باید ببینیم تقسیم ترکه در اعداد این امور می باشد یا خیر.

ماده اول قانون امور حسبی در تعریف امور حسبی می گوید: «امور حسبی اموری است که دادگاهها مکلفند نسبت به آن اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد.»

حال می خواهیم ببینیم تقسیم ترکه، امری حسبی است یا ترافعی و به عبارت دیگر تقسیم ترکه، مشمول تعریف امور حسبی به شرح ماده اول قانون امور حسبی می گردد یا خیر.

پاسخی که در ابتدا ممکن است به این پرسش داده شود می تواند این باشد که؛ چون تقسیم ترکه از امور راجع به ترکه است که فصل هفتم از باب پنجم قانون امور حسبی به آن اختصاص یافته است، پس بنا به جایگاه آن در قانون امور حسبی، امری حسبی است. ولی از این پاسخ باید گذشت زیرا با توجه به تعریف امر حسبی و به محض مراجعه به ماده ۳۰۱ همان قانون می بینیم که در این ماده و در ردیف کسانی که حق درخواست تقسیم ترکه را دارند، نامی از مقامات یا مراجع قضایی و دادگاهها برده نشده است. از سوی دیگر مطابق مواد ۳۰۰ به بعد قانون امور حسبی و به ویژه ماده ۳۰۴ آن قانون، شروع به تقسیم ترکه از سوی دادگاه موکول به تقدیم دادخواست (با توجه به حاکمیت قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی بر امور حسبی) است و به عبارت دیگر لازمه مداخله دادگاه در این قضیه، بروز اختلاف بین ورثه در کیفیت تقسیم ترکه و مراجعه ایشان به دادگاه است و دادگاه به خودی خود در این مورد اقدام نمی کند.

براساس ماده ۲۰ قانون امور حسبی مداخله دادسرا به ریاست دادستان در امور حسبی نیز، منوط به مواردی است که در قانون تصریح شده باشد، که از بررسی مواد فصل هفتم از باب پنجم قانون امور حسبی، موردی برای مداخله دادستان در تقسیم ترکه دیده نمی شود. پس با این توضیح و با توجه به اینکه مقامات و مراجع قضایی ابتدا به ساکن حق مداخله در ترکه به منظور تقسیم آن را ندارند، آیا می توان مدعی شد که تقسیم ترکه امری حسبی است؟

در این خصوص استاد محمد جعفر جعفری لنگرودی در کتاب دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت صفحه ۱۰۴۴ در باب ماهیت حقوقی تقسیم ترکه چنین گفته اند: «... تقسیم که یک پدیده حقوقی است و شامل تقسیم به تراضی و تقسیم اجباری است عنوان دعوی را نمی تواند پیدا کند زیرا در مرحله تقسیم (ولو آنکه تقسیم اجباری باشد) مسأله مالکیت شرکا مفروغ عنه است. در این مرحله کسی را بر کسی دعوایی نیست. زیرا دعوی عبارت است؛ اخبار به حقی به نفع خود و به زیان غیر به رسم منازعه»

این نظریه در برگرفته این ادعاست که؛ عنصر اصلی هر دعوی، اختلاف در مالکیت است و در نتیجه اگر در اختلافات قابل طرح در دادگاه، موضوع اختلاف در مالکیت بین طرفین منتفی باشد، چنین موضوعاتی خارج از شمول دعوی (ترافع) می باشند.

از این نظر چنین نتیجه گیری می شود که اختلافات مطروحه در موضوعاتی از قبیل اسناد سجلی، تابعیت، نسب، حقوق و تکالیف خانوادگی، تصرف، الزامات خارج از قرارداد و بسیاری از عناوین مسائل قضائی قابل طرح در دادگاه، چون خارج از مقوله اختلاف در ملکیت می باشند، پس مشمول عنوان دعوی نیستند. بدیهی است که این نتیجه گیری با ماهیت قضایی مسائل مذکور انطباق نداشته و به نظر نمی رسد کسی منکر جنبه‌ی ترافعی این قبیل اختلافات باشد. پس باید گفت که نظر مذکور صحیح نیست. البته این نظر از این جهت که تأکید بر ضرورت عدم اختلاف شرکا در مال مشاع دارد و به عبارت دیگر تقسیم را منوط به عدم اختلاف شرکا در مالکیت یکدیگر دانسته، صحیح است.

ایشان در جلد دوم دوره «مبسوط در ترمینولوژی حقوق» ذیل اصطلاح تقسیم، شماره ۵۰۸۱ نیز همین نظر را ابراز داشته‌اند. ولی در جلد دوم دایره المعارف علوم اسلامی قضایی، صفحه ۶۶۱ ذیل عنوان دعوی تقسیم چنین می‌نویسند:

«آیا درخواست تقسیم مال مشاع از جانب یکی از شرکا علیه شریکی که امتناع از تقسیم دارد مشمول تعریف دعوی است یا نه؟ اگر به ادله تقسیم (شماره ۴) نگاه کنیم و نیز عناصر دعوی (ر. ک به دعوی شماره ۱) نیز مطالعه نماییم به این نتیجه می‌رسیم که عناصر دعوی، در دعوی تقسیم نیز هست. اما در موقعی که شرکا توافق در تقسیم دارند لکن کیفیت تقسیم را نمی‌دانند و از دادگاه یاری می‌طلبند نمی‌توان این نمونه را مشمول تعریف دعوی دانست»

این نظر نیز در برگیرنده این تلقی از دعوی است که؛ اساس دعوی انکار همه جانبه و کامل، تمام ادعاهای یک طرف از سوی طرف مقابل است و لذا اگر ورثه ضمن توافق در مالکیت مشاعی یکدیگر خواهان تقسیم ترکه و انحلال حالت اشاعه باشند و به این منظور به دادگاه مراجعه و خواستار تقسیم ترکه شوند و تنها اختلاف ایشان، کیفیت تقسیم و تعیین حصه مفروز هر یک از ترکه باشد، اطلاق عنوان دعوی بر این مراجعه به دادگاه صحیح است.

استاد ناصر کاتوزیان نیز در توضیح ماهیت تقسیم و با توجه به نظرات فقها، آن را تمیز حق و مبتنی بر مبادله حق مشاع با حق مفروز اعلام نموده‌اند.^۱

در جمع بندی نظرات صاحب‌نظران می‌توان گفت که علت مراجعه شرکا به دادگاه به منظور تقسیم ترکه و بطور کلی هر مال مشاعی، یا ناشی از اختلاف ایشان در چگونگی انتفاع از مال-الشرکه است، یا در اداره آن و یا حتی در نحوه تقسیم مال مشاع و در هر حال آنچه موجب مراجعه ایشان به دادگاه شده، بروز اختلافی بین شرکا در خصوص مال مشاع است که آنان را بر آن داشته که با مراجعه به دادگاه، به وضعیت اشاعه خاتمه داده و از این راه اختلاف خود را فیصله دهند. در خلال رسیدگی دادگاه نیز ممکن است مسائل و اختلافاتی بروز کند که جنبه‌ی ترافیعی تقسیم ترکه را بیشتر بروز دهد. بطور مثال شریکی به نظر کارشناس منتخب دادگاه در

۱- حقوق مدنی، عقود معین، جلد دوم، مشارکت‌ها - صلح، چاپ دوم ص ۵۴ تا ۵۹.

مورد کیفیت تقسیم اعتراض می‌کند و مدعی می‌شود که کارشناس در تعیین حصه‌های مفروز از یک قطعه زمین کشاورزی توجهی به مرغوبیت برخی قطعات در برابر نامرغوبی دیگر قطعات ننموده و همه قطعات را به موازات سهام شرکا حصه بندی کرده است و یا با ادعای عدم رعایت تعادل ارزش و مساحت حصه‌های مفروز با سهام خود و دیگر شرکا به نظریه کارشناس اعتراض کند و آن را عادلانه و موافق قدر السهم مالکیت خود و سایر شرکا از کل ترکه نمی‌داند.

اگر تقسیم را گونه‌ای تمیز حق بدانیم، باز ممکن است در مورد نحوه انجام آن بین شرکا اختلاف حاصل شود و ناگزیر از مراجعه به دادگاه شوند. این اختلاف، و اقدامات دادگاه به منظور تمیز حق یا مبادله حق مشارع بر ترکه با حق مفروز ماهیتی بجز دعوی ندارد و حل آن هم جز در ورنه یک رسیدگی ترافعی انجام پذیر نیست.

نظر استاد جعفری لنگرودی در دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، از این جهت که تقسیم را فرع بر توافق شرکا در ملکیت مشاع یکدیگر دانسته اند درست است ولی این توافق رافع عنوان «دعوی» از مراجعه شرکا به دادگاه به منظور انحلال اشاعه نیست زیرا همین قدر که شرکا در کیفیت تقسیم و تعیین سهم مفروز یکدیگر نتوانند به توافق برسند، ماده کافی و لازم برای اختلاف و طرح دعوی فراهم شده است.

بنابر آنچه گفته شد اگر معتقد باشیم که تقسیم ترکه از امور حسبی است در این صورت و با چنین تلقی‌ای، تکلیف ناشی از ماده ۱۴ قانون امور حسبی را بر دادگاه تحمیل کرده‌ایم. در این ماده می‌خوانیم:

«در امور حسبی دادرس باید هر گونه بازجویی و اقدامی که برای اثبات قضیه لازم است به عمل آورد، هر چند درخواستی از دادرس نسبت به آن اقدام نشده باشد و در تمام مواقع رسیدگی می‌تواند دلایلی که مورد استناد واقع می‌شود قبول نماید.»

از سوی دیگر در ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی می‌خوانیم: «در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند حاضر و رشید باشند به هر نحوی که بخواهند میتوانند

ترکه را مابین خود تقسیم نمایند لیکن اگر مابین آنها محجور یا غایب باشد تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل می‌آید»

آیا بر اساس این ماده می‌توان قائل به تفکیک شد و گفت؛ اگر بین ورثه و اشخاص دیگری که ترکه باید بین ایشان تقسیم شود محجور یا غایبی وجود داشت، تقسیم ترکه امری حسبی است و در غیر این صورت امری غیر حسبی (ترافعی) است؟

در پاسخ باید گفت که، ضرورت دخالت دادگاه در تقسیم ترکه ای که محجور یا غایبی در آن سهیم است، به این معنا نیست که تقسیم ترکه در این مواردی امری حسبی است بلکه بدان معناست که در چنین مواردی، تقسیم ترکه الزاماً باید در دادگاه و با حضور نماینده محجور یا غایب انجام شود. اقدام دادگاه به تقسیم ترکه نیز منوط به طرح دعوی تقسیم از سوی برخی شرکا به طرفیت سایر شرکا است و دادگاه ابتدا به ساکن و از جانب خود دخالتی در این خصوص نمی‌نماید. وانگهی تقسیم مال مشاعی که محجوری در آن سهیم است همواره در جهت مصلحت و غبطه صغیر نیست و چه بسا در مواردی از دیدگاه رعایت مصلحت و غبطه محجور، بقا بر حالت اشاعه مناسب تر به حال محجور باشد.

آخرین دلیلی که بر رد حسبی بودن تقسیم ترکه می‌توان ارائه داد این است که مقررات مربوط به تقسیم ترکه وفق ماده ۳۲۶ قانون امور حسبی به مقررات قانون مدنی در باب تقسیم اموال شرکت (مواد ۵۸۹ الی ۶۰۰) تسری یافته و لذا آنکه معتقد به حسبی بودن تقسیم ترکه است باید نظر خود را به کلیه مشارکتهای مدنی تسری دهد!

و اما طرح و بررسی دو مسأله در اینجا ضروری است

اول- با توجه به ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی، آیا دادگاه می‌تواند با وجود نماینده‌ی شخص محجور یا غایب در روند رسیدگی و به انگیزه حفظ منافع و مصالح محجور، در روند تقسیم دخالت نمایند یا اینکه مجاز به چنین دخالتی نیست و فقط باید در حد برگزاری یک دادرسی بی‌طرفانه اقدام نماید؟ به طور مثال ممکن است دادخواست دهنده به ضمیمه دادخواست خود و به استناد ماده ۳۰۷ قانون امور حسبی زمینه‌هایی برای تقسیم ترکه ارائه می‌کند و زمینه‌های

مزبور نیز مورد پذیرش سایر شرکا و از جمله نماینده‌ی محجور یا غایب قرار گیرد ولی دادگاه زمینه‌هایی ارائه شده را به نظر خود مخالف مصالح و منافع محجور تشخیص دهد. اکنون باید دید که آیا دادگاه می‌تواند بنا به تشخیص خود به این زمینه‌های تقسیم اعتراض کند یا به آنها ترتیب اثر ندهد؟

در پاسخ باید گفت که، الزام قانونی تقسیم ترکه در دادگاه در فرض فوق، ملازمه با دخالت دادگاه در نحوه تقسیم به نیت حفظ حقوق و منافع غایب و محجور ندارد زیرا با وجود نمایندگان این اشخاص در روند رسیدگی که ممکن است ولی قهری یا وصی منصوب از سوی ولی قهری یا قیم و یا امین بر اموال غایب مفقود الاثر باشد و با توجه به حدود وظایف و اختیارات نمایندگان مزبور وفق مواد ۱۰۱۵، ۱۱۸۳، ۱۲۲۷ و ۱۲۳۵ قانون مدنی، دادگاه حق دخالت یک جانبه به نفع محجور را ندارد. بدیهی است چنانچه نمایندگان مزبور رعایت غبطه این اشخاص را نکنند و از اقدامات ایشان ضرری به محجور یا غایب برسد، خود باید جوابگوی این ضرر باشند. دخالت دادگاه در این موارد مستلزم نمایندگی قانونی دادگاه از جانب محجور است که در این رابطه قانون هیچ صراحتی ندارد. وانگهی در خود ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی آمده که؛ تقسیم توسط نمایندگان محجورین این حق را به رسمیت شناخته که در دادگاه در مورد تقسیم مال مشاع محجور تصمیم‌گیری کنند.

دوم- آیا تصویب دادستان در مورد فروش مال غیر منقول محجور (ماده ۸۳ قانون امور حسبی) در فرضی که دادگاه به جهت عدم قابلیت تقسیم ترکه غیر منقول، رای به فروش ترکه و تقسیم وجه حاصل از فروش بین وراثت می‌دهد، ضروری است؟

در پاسخ به این پرسش و با توجه به وظیفه نظارت استصوابی دادستان در امر فروش مال غیر منقول محجورین، می‌گوییم که؛ تصویب دادستان در مورد فروش اموال غیر منقول محجور ناظر به موردی است که قیم محجور ابتدا به ساکن و در اقدامی انفرادی قصد فروش مال غیر منقول محجور تحت قیومتش را بنماید که در این حالت قانونگذار به منظور جلوگیری از اضرار به محجور و حیف و میل مال غیر منقول او، دخالت دادستان در شکل نظارت

استصوابی را پیش بینی کرده است. ولی در موردی که دادگاه در روند رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه و به لحاظ عدم قابلیت تقسیم ترکه و بنا به درخواست تمام یا برخی از ورثه رای به فروش آن و تقسیم وجه حاصل از فروش می‌دهد، چون این فروش نتیجه یک دادرسی انجام شده به طرفیت تمام شرکاست و نفع و ضرر کلیه شرکا، هم در جریان دادرسی و هم در مرحله فروش مال غیر منقول به هم تنیده است، و نظر به اینکه بطور معمول اشخاص در وقت معامله، بنا به انگیزه منفعت طلبی خود حاضر به چشم پوشی از حداقل منافع خود نیستند، در نتیجه در وقت فروش مال غیر منقول مشاع نیز همین انگیزه منفعت طلبی بطور معمول زمینه‌ای فراهم می‌کند تا مال مذکور به حداکثر ارزش ممکن به فروش رود و بر این اساس احتمال تبانی به منظور حیف و میل اموال محجور متفی است و در نتیجه نیازی به نظارت تصویبی دادستان در این مورد نیست.

بهر حال یکی از علل طولانی شدن روند رسیدگی به تقسیم ترکه، بی نظمی حاکم بر رسیدگی دادگاه است که علت اصلی این بی نظمی، تلقی مطلق از حسبی بودن دعوی تقسیم ترکه است. با چنین تلقی دادگاه خود را مکلف می‌کند که در خلال تقسیم ترکه وارد طواری می‌شود که حل و فصل و سپس خروج از آن‌ها بس مشکل است و ثمری جز اتلاف اوقات دادگاه، بی نظمی در رسیدگی و طولانی شدن رسیدگی به اصل قضیه یعنی تقسیم ترکه ندارد. اعتقاد به حسبی بودن تقسیم ترکه دادگاه را موظف می‌سازد تا هر گونه اقدامی از قبیل حل اختلاف ورثه در مورد ترکه و مقدار آن، تصفیه ترکه، رسیدگی به وصایای متوفا، دعاوی اشخاص ثالث بر ترکه و اصالت اسناد و مدارک مطالبه حق از ترکه (اعم از وجه نقد یا عین معین) و... را برای مهیا کردن ترکه به منظور تقسیم انجام دهد.

بدیهی است که بررسی این امور که هر کدام یک دادرسی جداگانه را می‌طلبند، در جریان دعوی تقسیم ترکه، تا چه اندازه دشوار و حتی ناشدنی است.

چنانچه به پرونده‌های تقسیم ترکه که رسیدگی به آنها طولانی شده بنگریم پی می‌بریم که دادگاه در خلال رسیدگی به تقسیم ترکه، درگیر حل و فصل مسائلی به غیر از تقسیم ترکه شده

و از مسیر دادرسی اصلی منحرف شده و این انحراف نه فقط هزینه‌هایی سنگین بر اصحاب دعوی تحمیل نموده بلکه نتیجه بخش هم نبوده و در نهایت اینکه امکان بازگشت دادگاه به مسیر صحیح رسیدگی را نیز دشوار ساخته است.

۲. شناسائی ترکه قابل تقسیم

لازم است که دادگاه پیش از هر اقدامی به منظور تقسیم ترکه، ترکه ای که از نظر قانونی قابل تقسیم است را بشناسد زیرا قانونگذار ترکه را با رعایت شرایطی قابل قسمت دانسته است و تا این شرایط فراهم نگردد دادگاه نمی‌تواند در مورد تقسیم ترکه اقدامی انجام دهد. این شرایط را در ادامه بررسی می‌کنیم.

۲-۱: استقرار مالکیت ورثه بر ترکه

درست است که عنوان ترکه بر مایملک و دارائی حین الفوت انسان اطلاق می‌شود که به سبب فوت به بستگان و وراث او منتقل می‌شود^۱ لیکن این انتقال مستقر نمی‌شود مگر زمانی که قیمت کفن و هزینه دفن متوفی از ترکه او پرداخت، و دیون و واجبات مالی اش از ترکه خارج و به وصایای وی عمل شود. این وضعیت متزلزل مالکیت ترکه^۲، وراث را از دخل و تصرف در آن و از جمله تقسیم ترکه منع می‌کند. در این خصوص ماده ۸۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که به ترکه تعلق گرفته» و ماده ۸۶۹ همان قانون مقرر می‌دارد: «حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است: ۱- قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است. ۲- دیون و واجبات مالی متوفی ۳- وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آنها». و ماده ۸۷۰ در تکمیل مواد پیشین مقرر می‌دارد: «حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در

۱- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲ شماره ۴۴۶۲، انتشارات گنج دانش.

۲- برای آشنایی با مفهوم حق متزلزل وراث رجوع کنید: محمد رضا قنبری. مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۲، صص ۱۵۳ الی ۱۵۵.

ماده مزبور مقرر است تأدیه شود و مابقی اگر باشد بین وراثت تقسیم گردد» از عبارات ماده ۸۷۰ قانون مدنی چنین فهمیده می‌شود که تأدیه حقوق و واجبات مالی به منظور تصفیه ترکه الزاماً می‌بایست پیش از تقسیم ترکه انجام شود و اگر پس از آن چیزی از ترکه باقی ماند ممکن است بین ورثه تقسیم گردد.

با در نظر داشتن این شرط، ملاحظه می‌شود که در بسیاری از موارد، ترکه‌ای که تقسیم آن از دادگاه خواسته شده، مهیای تقسیم نیست. بطور مثال پیش از اینکه مهریه‌ی زوجه‌ی متوفای از ترکه محاسبه و خارج شود، دادخواستی به خواسته تقسیم ترکه تقدیم دادگاه می‌شود. در خلال چنین دعوایی زوجه‌ی متوفای با ارائه سند نکاح خواستار مهریه‌ی خود از ترکه می‌شود. در اینجاست که دادگاه مواجه با اشکال می‌شود زیرا ترکه متوفای هنوز تصفیه نشده است و بنابراین مالکیت ورثه بر ترکه مستقر نشده تا مجاز به تقسیم آن باشند. از سوی دیگر چه بسا ترکه متوفی در برابر طلب زوجه‌اش از مهریه قرار گرفته و به کلی مستغرق در مهریه شود و از ترکه چیزی باقی نماند تا بین ورثه تقسیم گردد.

همچنین بسیار دیده شده که در جریان تقسیم ترکه‌ی غیر منقولی، دادگاه استعلامی از اداره ثبت اسناد و املاک در خصوص مالکیت ترکه نموده که پاسخ رسیده حاکی از در رهن بودن ترکه نزد یکی بانکهاست.

علاوه بر این جریان تقسیم ترکه بسیار پیش آمده که شخصی اعم از وراثت یا غیر آن وصیتنامه‌ای به نفع خود از ترکه به دادگاه ارایه می‌کند. این وصیتنامه ممکن است جزء وصایای پذیرفته شده در قانون امور حسبی (رسمی، سری یا خود نوشت) باشد و یا مشمول هیچ یک از این عناوین نباشد. همچنین ممکن است به حسب موضوع آن، نسبت به مال مشخصی از ترکه باشد یا به نسبت مشاعی از کل ترکه.

بهر حال در برابر هر وصیتنامه‌ای نیز ممکن است ورثه به مخالفت برخیزند و نسبت به آن اظهار تردید یا جعل کنند و یا مدعی عدول مورث خود از وصیت ابرازی شود یا وصیتی مخالف آن تقدیم دادگاه کنند و یا اینکه مدعی تلف موصی به شوند.

اختلاف ورثه در باب وصایای منتسب به مورثشان و ورود دادگاه در خلال دعوی تقسیم ترکه به ورطه رسیدگی به اصالت و نفوذ وصیتنامه، یکی از شایع ترین علل اطاله دادرسی در دعوی تقسیم ترکه است. حال پرسش این است که؛ آیا با وجود وصیتی نسبت به ترکه و صرفنظر از تمام مسائلی که در پیرامون آن ممکن است طرح شود، آیا می‌توان روند تقسیم ترکه را پیش از تعیین تکلیف قطعی وصیت ادامه داد؟ آیا رسیدگی هم زمان و توأم دادگاه به دعوی تقسیم ترکه و وصیت موافق ترتیب مقرر در مواد ۸۶۹، ۸۶۸ و ۸۷۰ قانون مدنی است؟

پاسخ این پرسش با توجه به مواد مذکور منفی است. ولی ماده ۳۲۲ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد، پس از اتمام شدن تقسیم، دادگاه صورت مجلسی تنظیم نموده و در آن مقدار ترکه و سهم هر یک از وراثت و آنچه برای تادیه دیون و اجرای وصیت منظور شده تصریح می‌نماید»

از ظاهر عبارات قسمت آخر این ماده چنین استنباط می‌شود که قانونگذار تصفیه ترکه به منظور اخراج دیون و وصایای متوفی از ترکه را از مقدمات ضروری تقسیم ندانسته است و بنا بر این به اشخاص اجازه داده تا از دادگاه، تقسیم ترکه را در حالتی که ترکه تصفیه و دیون و وصایای متوفی از آن خارج نشده بخواهند و دادگاه نیز موظف است در موازات رسیدگی به تقسیم ترکه به بررسی دیون و واجبات مالی و وصایای متوفی از ترکه پرداخته و البته چه بسا به این منظور و در صورت لزوم اقدام به تحریر ترکه به منظور تعیین مقدار ترکه و دیون متوفی و شناسایی بستانکاران از ترکه نموده و عمل تقسیم ترکه را همزمان با تصفیه به پایان رساند.

این نتیجه‌گیری نه تنها با مقررات مواد ۶۶۸، ۸۶۹ و ۸۷۰ قانون مدنی مغایرت دارد بلکه با توالی فصول قانون امور حسبی در باب پنجم، در امور راجع به ترکه نیز هماهنگی نداشته و همانگونه که دیدیم در برگیرنده اشکالات متعددی در روند تقسیم ترکه است. بطور مثال چگونه ممکن است دادگاه پیش از تعیین وضعیت وصیت متوفی نسبت به مازاد بر ثلث ترکه، مبادرت به جلب نظر کارشناس برای تقسیم ترکه کند و پس از اینکه کارشناس ترکه را به حصصی تجزیه نمود، آنگاه در صدد بررسی وصایای متوفی و اخراج آن از ترکه برآید. یا پیش از اینکه مهریه‌ی زوجه متوفا از ترکه خارج و پرداخت گردد، مبادرت به تقسیم ترکه نموده و

آنگاه پس از تقسیم و در جلسه‌ای که برای تنظیم صورتمجلس تقسیم تعیین می‌نماید سهمی از ترکه را به منظور تادیه دیون (از جمله مهریه زوجه حین الفوت) و وصایای متوفی در نظر بگیرد. نتیجه‌ی چنین کاری بر هم خوردن اساس تقسیم است.

این ناهماهنگی ظاهری در گفتار سوم از این مقاله و ضمن بررسی اشخاصی که ترکه باید بین آن اشخاص تقسیم گردد، مجدداً مورد بررسی قرار گرفته و سعی شده راه حلی منطقی و منطبق با موازین قانونی برای آن ارائه گردد.

ممکن است به ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی یعنی اناطه به عنوان آخرین راه‌حل در جهت مهیا ساختن ترکه برای تقسیم از حیث استقرار مالکیت وراثت بر آن استناد کنیم و بگوییم که دادگاه رسیدگی کننده به دعوی تقسیم ترکه، در صورت برخورد با ادعاهای راجع به ترکه که با دعوی تقسیم ترکه قابل جمع نیستند، رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه را متوقف و به مدعی اخطار می‌کند ادعای خود را ظرف یک ماه در دادگاه صالح اقامه و رسید آن را ضمیمه پرونده تقسیم ترکه کند. این راه حل نسبت به رویه فعلی برخی دادگاهها که رسیدگی توأم به دعوی تقسیم ترکه و دعاوی دیگر راجع به ترکه در یک پرونده است، راه حلی بهتر است ولی شکی نیست که در تمام مدتی که دعوی منوطاً به در جریان رسیدگی است پرونده دعوی تقسیم ترکه نیز در وقت احتیاطی متوقف بوده و به عنوان موجودی دادگاه به حساب می‌آید.

با این حال اگر در عبارات ماده ۱۹ قانون مزبور دقت کنیم پی می‌بریم که دعوی تقسیم ترکه از نظر اسباب قانون طرح و رسیدگی به آن، منوط به طرح دعاوی به منظور تصفیه و اخراج دیون و واجبات مالی متوفا از ترکه نیست بلکه استقرار مالکیت ورثه بر ترکه لازمه تقسیم ترکه است. بنابراین تقسیم ترکه بطور مثال منوط به اثبات پرداخت مهریه‌ی زوجه حین الفوت متوفی از ترکه نیست بلکه سبب استحقاق ورثه به تقسیم ترکه استقرار مالکیت ایشان بر ترکه است و استقرار مالکیت ورثه بر ترکه هم مشروط است به تصفیه ترکه و رد

مهریه زوجه حین الفوت متوفی. نتیجه اینکه اگر مجموع سبب و شرط جمع شدند ترکه اقتضای تقسیم را دارد.

بنابر آنچه گفته شد اگر زوجه حین الفوت متوفی در مهلت یک ماهه مقرر در ماده ۱۹ دعوایی به منظور مطالبه مهریه خود از ترکه طرح نکرد آیا دادگاه مجاز به تقسیم ترکه است؟ از سوی دیگر دادگاه به منظور تصفیه ترکه و مهیا شدن آن برای تقسیم، کدام طرف دعوی را باید به استناد ماده ۱۹ ملزم کند. آیا ورثه را ملزم به درخواست تحریر و تصفیه ترکه می‌کند یا زوجه حین الفوت متوفی را مکلف به طرح دعوی مطالبه مهریه در دادگاه خانواده می‌نماید.

۲-۲- اتفاق نظر ورثه در معرفی ترکه و مقدار آن

در موارد متعددی از دعاوی تقسیم ترکه، بین ورثه در خصوص الحاق مالی به ترکه متوفا اختلاف وجود دارد. در این موارد یک یا چند تن از وراث، منکر الحاق یک یا چند قلم از اموال به ترکه متوفا هستند و به عبارت دیگر مدعی مالکیت خود بر آنند اعم از اینکه مدعی شوند مال مزبور را از شخص مورث و در زمان حیات او خریده و تملک کرده‌اند یا از شخص دیگری. بطور مثال در جریان تقسیم دسته‌ای از اموال منقول و غیر منقول بجای مانده از متوفا، زوجه‌ی متوفا مدعی می‌گردد که اموال منقول موجود در محل سکونت متوفا جهیزیه‌ی اوست و ربطی به ترکه متوفا ندارد. حال اگر سایر وراث ادعای زوجه را رد نمایند، آیا می‌توان روند تقسیم ترکه را پیش برد؟

ممکن است گفته شود که ضرورت رسیدگی و تعیین وضعیت فوری ترکه، ایجاب می‌کند که دادگاه قرار رسیدگی به دعاوی مزبور را صادر و به حل و فصل این اختلافات به موازات رسیدگی به دعوی مالی، به مدعی اخطار می‌کند که خواسته‌ی دعوی خود را تقویم کرده و پس از تقویم و پرداخت هزینه دادرسی، وارد رسیدگی می‌شود. لیکن این نظریه مواجهه با اشکالاتی است به شرح ذیل است:

الف : صلاحیت دادگاه

در موردی که زوجهی متوفا با مراجعه به دادگاه خواستار مهریه خود از ترکه متوفا است، دادگاه عمومی حقوقی مطابق ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب ۱۳۷۶/۵/۸ صلاحیت ذاتی رسیدگی به دعوی مطالبه مهریه را نخواهد داشت.

ممکن است در پاسخ گفته شود که با فوت شوهر، طلب زوجه از بابت مهریه به ترکه تعلق گرفته و در نتیجه دادگاه حقوقی صلاحیت رسیدگی به دعوی مطالبه مهریه را هم زمان با دعوی تقسیم ترکه خواهد داشت. در رد این پاسخ می‌گوییم که این واقعه (فوت زوج) اثری در تغییر ماهیت مهریه و به تبع آن صلاحیت دادگاه خانواده به نفع دادگاه حقوقی ندارد زیرا مهریه فارغ از اینکه بر ذمه زوج مستقر باشد یا شخص دیگری که حتی ممکن است ضامن مهریه باشد، و یا با فوت زوج به ترکه منتقل شود، دارای منشایی است (عقد نکاح) که به واسطه آن، رسیدگی به دعوی مطالبه آن در صلاحیت دادگاه خانواده است. به عبارت دیگر منشاء دعوی مطالبه مهریه که همان عقد نکاح و زناشویی است، رسیدگی به این دعوی را از صلاحیت دادگاه حقوقی خارج می‌کند. نتیجه اینکه فوت زوج یا تغییر محل استیفا مهریه از ذمه زوج به ترکه او تأثیری در صلاحیت دادگاه خانواده ندارد.

اما چنانچه زوجهی مذکور مهریه خود را از طریق اجرای ثبت مطالبه نموده باشد و در این راستا ترکه ی متوفا را توقیف نموده باشد، تکلیف چیست؟ آیا دادگاه مجاز به اقدامی در جهت تقسیم ترکه است؟ بی شک در چنین وضعیتی هر گونه اقدامی از سوی دادگاه در جهت تقسیم ترکه مخالف حکم مقرر در ماده ۸۶۸ قانون مدنی است.

ب : عدم جواز قانونی استحاله دعوی

همانگونه که گفتیم؛ براساس یک رویه که برخی دادگاهها در پیش گرفته اند، دادگاه خود را مکلف دیده که در برخورد با دعاوی مالی متوجه ترکه که در ضمن دعوی تقسیم ترکه مطرح می‌شوند، قرار رسیدگی به دعوی مالی صادر و ابتدا تکلیف دعوی مالی را بطور قطع معلوم و

سپس به تقسیم ترکه پردازد. اتخاذ این رویه سبب توقیف و استحالتهی اجباری و موقت دعوی تقسیم ترکه به دعاوی مالی مطروح در خلال آن می‌گردد که به نظر می‌رسد این نتیجه به هیچ وجه مبنای قانونی نداشته باشد زیرا دادگاه مجاز نیست بنا به تشخیص خود مسیر رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه را تغییر دهد و شخصی را که مدعی حقی از ترکه است مجبور به اقامه دعوی مالی به منظور اثبات ادعایش نماید؛ به ویژه اینکه این که مطابق ماده ۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، رسیدگی به امور حسبی نیز در چارچوب مقررات این قانون انجام می‌شود و در هیچ یک از مواد قانون مزبور چنین تکلیفی برای دادگاه پیش بینی نشده است.

به نظر می‌رسد که به عنوان نتیجهی پیروی از نظر مزبور، اگر مدعی مذکور نخواهد یا نتواند در موعدی که دادگاه معلوم کرده دعوی مورد نظر دادگاه را اقامه کند، دادگاه مکلف است بدون توجه به ادعای وی، رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه را ادامه دهد. حال این سؤال مطرح می‌شود که؛ آیا امتناع مدعی از طرح دعوی مورد نظر دادگاه به منزله ی سقوط ادعای اوست؟ (پاسخ این پرسش به نظر خواننده محول می‌شود)

از سوی دیگر در بسیاری از موارد، صدور قرارهی جهت رسیدگی به دعوی مالی مدعی حق از ترکه و یا حتی متوقف نمودن رسیدگی به منظور اخذ توضیح از مدعی مذکور بی‌فایده است. بطور مثال اگر شعبه ی یک بانک که مال غیر منقولی از متوفی را در قبال پرداخت وام به وی با سند رسمی در رهن خود گرفته، رأساً وارد روند رسیدگی دادگاه شود (ورود ثالث) یا از سوی طرفین پرونده به دادرسی جلب گردد (جلب ثالث)، و یا دادگاه نماینده بانک مذکور را برای اخذ توضیح دعوت کند، این ورود یا جلب ثالث و یا اخذ توضیح چه اثری در پیش برد دعوی تقسیم خواهد داشت. اگر بانک مذکور به احضاریه دادگاه اعتنا نکرد و یا وارد دادرسی نشد، آیا دادگاه مجاز است اقدامی در مورد تقسیم ترکه بنماید؟ آیا چنانچه دادگاه در جریان بررسی پرونده و اسناد مالکیت ملک بجای مانده از متوفی، متوجه در رهن بودن آن شد، مجاز است ورثه را مکلف به جلب مرتهن به دادرسی بنماید؟

به نظر می‌رسد که با توجه به وضعیت متزلزل مالکیت ورثه بر ترکه و حق تقدمی که طلبکار متوفاً نسبت به ورثه بر ترکه دارد، دادگاه مجاز به تقسیم ترکه نباشد تا بعداً و در خلال رسیدگی به تقسیم ترکه ناچار از اقداماتی از قبیل صدور قرار رسیدگی به دعوی مالی طلبکار شود.^۱

در اینجا ممکن است اشکال شود که؛ تقسیم ترکه چه منافاتی با حق مرتهن بر ترکه دارد و به عبارت دیگر؛ تجزیه ترکه به حصص مفروز و انحلال اشاعه چه خللی به حق مرتهن وارد می‌کند؟ مگر نه این است که در صورت تقسیم ترکه نیز، همچنان حق مرتهن در تمام حصص مفروزه موجود است؟

در پاسخ می‌گوییم که اولاً: تقسیم ترکه ملازمه با دخل و تصرف ورثه در ترکه دارد و لازمه این دخل و تصرف نیز استقرار مالکیت کامل و منجز ورثه بر ترکه است. (بند ۱ ماده ۸۶۹ قانون مدنی) که این مالکیت نیز، مستقر و منجز نمی‌شود مگر پس از پرداخت طلب طلبکاران و خروج ترکه از رهن.

ثانیاً: ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادا دیون» که با توجه به اینکه قانونگذار در وضع این ماده از ترکیب «از قبیل» استفاده کرده است و به عبارت دیگر در مقام

۱- اداره حقوقی دادگستری در نظریه ای به شماره ۷/۳۹۶۶ - ۱۳۶۲/۱۱/۳ چنین اظهار نظر کرده است:

«در صورتی که چند نفر از ورثه به طرفیت چند نفر دیگر از ورثه درخواست تقسیم سهم الارث خود را بنمایند ولی سهم الارث یکی از خواندگان از طرف اداره ثبت اسناد و املاک به نفع کسی بازداشت شده باشد و امکان فک آن نباشد به نظر می‌رسد که ماترک قابل تقسیم باشد ولی باید ذینفعی که سهم الارث یکی از ورثه به نفع او بازداشت شده است به دادرسی دعوت شود تا بتواند از حق خود دفاع نماید.»

پرسش منتهی به این نظریه مطابقتی با موضوع این مقاله ندارد و ناظر به فرضی است که وارثی سهم الارث خود را در ازاء دینی نزد طلبکار به وثیقه می‌گذارد. ولی این نکته در آن قابل بحث است و آن اینکه چنین طلبکار دارای حق تقدمی که به دادرسی دعوت می‌شود، به جانشینی از وارثی که سهمش از ترکه را در بازداشت خود گرفته به دادرسی فراخوانده می‌شود یا اصلاحاً واجد حقی است که می‌تواند با اتکا به آن وارد دادرسی شود. دیگر اینکه در قالب چه عنوان از عناوین دعاوی طاری و از طرف چه کسی به دادرسی دعوت می‌شود؟

بیان برخی از مصادیق شایع تصرفات ورثه در ترکه بوده است، لذا به نظر می‌رسد تقسیم ترکه نیز مصداقی از تصرفات ممنوعه ورثه در ترکه بدون اجازه بستانکاران متوفاست.

ثالثاً: ترتیب و توالی مقررات قانون امور حسبی در باب امور راجع به ترکه از مواد ۱۶۶ الی ۳۲۶ نیز به نحوی است که مفید نظر قانونگذار در خصوص تقسیم ترکه پس از انجام امور ماقبل است. لذا هر چند انجام پاره‌ای از این امور مانند مهر و موم ترکه و رفع مهر و موم از ترکه و تحریر ترکه اختیاری‌اند (مگر در شرایط استثنایی)، لیکن انجام برخی امور دیگر مانند پرداخت دیون و اخراج وصایای متوفا و بطور کلی تصفیه ترکه الزامی بوده و مقدمه تقسیم می‌باشند. ماده ۲۲۷ قانون مذکور مقرر می‌دارد:

« اگر چیزی از ترکه در مقابل دینی رهن باشد مرتبه نسبت به مال مرهون بر سایر بستانکاران مقدم است...»

ماده ۲۴۲ همان قانون نیز در جهت ایجاد ضمانتی اجرایی برای منع ورثه از دخل و تصرف در ترکه و حفظ و تضمین حقوق طلبکاران متوفا بر ترکه، در صورت دخل و تصرف ورثه در ترکه، مقرر می‌دارد: «قبول ترکه ممکن است صریح باشد یا ضمنی... قبول ضمنی آن است که عملیاتی در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه و اداء دیون باشد از قبیل بیع و صلح و هبه و رهن و امثال آن که به طور وضوح کشف از قبول ترکه نماید.»

بنابراین دخل و تصرف ورثه در ترکه پیش از ادای طلب بستانکاران در حکم قبول ترکه بوده و در نتیجه مطابق ماده ۲۴۸ همان قانون باید از عهده پرداخت طلبکاران برآیند، مگر اینکه از عهده اثبات فزونی بدهکاری مورث خود از ترکه برآیند یا اینکه ثابت کنند که ترکه بدون تقصیر ایشان از بین رفته است و باقیمانده هم برای پرداخت تمام بدهکاری مورثشان کافی نبوده است.

ماده ۶۰۶ قانون مدنی نیز در همین رابطه مقرر می‌دارد: «هر گاه ترکه میت قبل از اداء دیون تقسیم شود و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است طلبکار باید به هر یک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد طلبکار می

تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع نماید» مطابق این ماده اگر ورثه متوفای پیش از تصفیه ترکه مبادرت به تقسیم آن نمایند باید جوابگوی بستانکاران مورث از محل اموال خودشان باشند و این یعنی استثنایی بر ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی. در این ماده می‌خوانیم:

«ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای اداء تمام دیون کافی نباشند ترکه ما بین تمام بستانکاران به نسبت طلب آن‌ها تقسیم می‌شود...»

رابعاً: از حیث نتیجه نیز باید پذیرفت که وقتی مال مشاعی که در رهن طلبکار است به قطعاتی افزای می‌شود، نه تنها ممکن است که حاصل این تجزیه عدم تساوی بین قطعات مفروز باشد بلکه چه بسا ارزش حصه‌های مفروز به نسبت قبل از افزای پایین بیاید که نتیجه آن به ضرر مرتهن است. از جنبه‌ای دیگر هم اگر ترکه به اقتضای حق مرتهن بر عین مرهونه، همچنان در قبض و تصرف مرتهن باشد بی‌شک نه فقط دادگاه بلکه ورثه نیز سلطه‌ای بر آن ندارند تا بتوانند در مورد تقسیم آن اقدام کنند.

بهر حال ممکن است ورثه برخی امور راجع به ترکه از قبیل مهر و موم و تحریر ترکه را رعایت نکنند و در ترکه دخل و تصرف نمایند و یا آن را بین خود تقسیم کنند ولی به نظر می‌رسد که در صورت طرح دعوی تقسیم ترکه، دادگاه می‌بایست برخی مقدمات ضروری که رعایت آن‌ها منتهی به استقرار مالکیت منجز ورثه بر ترکه می‌شود را در نظر داشته باشد. این مقدمات ضروری در مجموع شامل اقداماتی است که در نهایت موجب خالص شدن ترکه و مهیا شدن آن برای تقسیم می‌گردد. عدم توجه به این شرایط و مقدمات قانونی معمولاً باعث طرح دعاوی متعددی در خلال رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه و یا حتی پس از آن در قالب دعوی اعتراض ثالث شده که نتیجه آن جز اطاله دادرسی نیست.

ممکن است گفته شود که رسیدگی توأم و هم‌زمان دادگاه به دعاوی اشخاص ذی‌حق در ترکه به موازات رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه سبب حل و فصل چندین دعوی در خلال یک دادرسی شده و علاوه بر اینکه دادگاه احقاق حق و فصل خصومت کرده، در راستای رفع اطاله

دادرسی نیز گام برداشته است. ولی به نظر نگارنده و همانگونه که در مقدمه بیان شد و در عمل نیز دیده می شود، ثمره این نحوه دادرسی در دعوی تقسیم ترکه چیزی جز اطلاع دادرسی نبوده و دیده شده که دادگاه در مسیر رسیدگی به این دعوی درگیر رسیدگی به دعاوی متعدد دیگری مانند مطالبه مهریه، مطالبه موصی به، دعوی جعل اسناد، دعوی اثبات مالکیت و بسیاری دعاوی دیگر شده و ناچار می شود که بسیاری از قواعد امری دادرسی مدنی را به منظور رسیدگی به این دعاوی زیر پا گذارده و برای هر موضوعی که از سوی وراث و اشخاص ذینفع عنوان می شود جلسه دادرسی تشکیل داده و جلسات را پی در پی به منظور اخذ توضیح از طرفین، ارجاع امر به کارشناسی در قالب هیأت های متعدد کارشناسان، بررسی سوابق ثبتی، بررسی اصالت اسناد و مدارک ارایه شده به دادگاه تجدید کند و در نهایت از موضوع ساده تقسیم ترکه کلافی سر در گم بسازد و نتواند از عهده ی گشودن آن بر آید.

۳- شناسایی وراث و اشخاص دیگری که ترکه باید بین ایشان تقسیم شود

مطابق ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی، درخواست تقسیم ترکه باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد. ۱- نام و مشخصات درخواست کننده و متوفی ۲- ورثه و اشخاص دیگری که ترکه باید بین آنها تقسیم شود و سهام هر یک.

قانونگذار در بند ۲ ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی به صراحت از اشخاصی که بایست در روند تقسیم ترکه حضور داشته باشند نام برده است. ابتدا بینیم درخواست کننده تقسیم ترکه (در حال حاضر دادخواست دهنده) کیست؟ در پاسخ باید گفت که دادخواست دهنده (درخواست کننده) کسی است که بواسطه یکی از اسباب تملک به شرح ماده ۱۴۰ قانون مدنی و به نسبت مشخصی، مالکیت مشاع در ترکه داشته و از این حیث ذینفع در تقسیم ترکه است. بنابراین دادخواست دهنده ممکن است یکی از ورثه باشد که به سبب ارث مالک مشاع جزئی از ترکه است و یا ممکن است شریک متوفی در مال موضوع تقسیم باشد که اکنون به علت فوت شریک خود مایل به ادامه شراکت نیست و یا شخصی باشد که به واسطه وصیت متوفی به جزء مشاعی از ترکه مالک سهمی در ترکه شده است.

اشخاص دیگر چه کسانی هستند؟

ممکن است در پاسخ گفته شود منظور از «اشخاص دیگر» کسانی همانند مرتهن و کسانی اند که مدعی حقی عینی یا دینی از ترکه اند. این پاسخ صحیح است ولی در شرایطی خاص. توضیح اینکه اگر بپذیریم که ترکه تا قبل از تصفیه و اخراج دیون و وصایای متوفا قابل تقسیم نیست، در نتیجه این اشخاص مشمول بند ۲ ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی نمی شوند. به عبارت دیگر موصی له، مرتهن و مدعی حق از ترکه اعم از حقی عینی یا دینی باید پیش از تقسیم ترکه به حق خود رسیده باشند و بهر حال وضعیت ادعای ایشان معلوم و قطعی شده باشد. در غیر این صورت ترکه مهیا تقسیم نمی‌باشد تا دعوت و حضور این اشخاص ضروری باشد. بنابراین منظور از «اشخاص دیگر» کسانی اند که در ترکه متوفا پس از تصفیه ترکه شرکای متوفا از زمان حیات وی باشند یا ممکن است کسانی باشند که بعد از درگذشت وی شریک در ترکه شده‌اند مانند موصی لهی که به جزء مشاع از ترکه وصیت به نفع او شده و پس از دریافت سهمش، هم اکنون شریک وراث در ترکه است یا طلبکاری که در ازای طلبش از ترکه‌ی متوفا، حصه‌ای مشاع از ترکه به او واگذار شده است یا مرتهنی که در ازای طلبش جزئی مشاع از عین مرهونه (ترکه) را تملک کرده است.

با آوردن مثالی، یک مصداق از «اشخاص دیگر» در بند ۲ ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی را روشن می‌نماییم. فرض کنید «الف» و «ب» مشترکاً و به تساوی مالک شش دانگ یک قطعه زمین کشاورزی و چاه آب و ادوات کشاورزی و یک دستگاه کامیون می‌باشند. البته هر یک از ایشان مالک اختصاصی اموال دیگری نیز می‌باشند. با فوت «الف» وارث وی دادخواستی دائر به تقسیم ترکه مورث خود اعم از آنچه با «ب» مشترکاً مالک بوده و سایر اموالی که اختصاصاً از مورثان بجا مانده تقدیم دادگاه می‌کنند. در این صورت و براساس بند ۲ ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی و با توجه به مالکیت مشاع «ب» به همراه وارث «الف» در شش دانگ زمین کشاورزی و چاه و ادوات کشاورزی و همین طور کامیون، وارث «الف» باید شخص «ب» را نیز در دادخواست خود نام برده و در جهت تقسیم ترکه مورث خود، دعوی تقسیم را به طرفیت وی به عنوان مالک سه دانگ از اموال مذکور اقامه کنند. البته اگر وارث «الف» صرفاً

خواستار تقسیم اموال اختصاصی به جای مانده از مورث خود باشند، ضرورت دخالت «ب» بطور کلی منتفی است. پس با توجه به توضیحات فوق می‌توان گفت که منظور قانونگذار در ماده ۳۲۲ قانون امور حسبی؛ از در نظر گرفتن مقداری از ترکه برای تأدیه دیون و اجرای وصیت، شامل آن دسته از طلبکاران و موصی لهی است که در قبال طلب خود از ترکه، سهمی مشاع از ترکه را تملک کرده‌اند و اکنون به نسبت مزبور شریک و ذی‌نفع در تقسیم ترکه‌اند. این نتیجه‌گیری موافق مواد ۸۶۸ الی ۸۷۰ قانون مدنی و توالی ترتیب فصول قانون امور حسبی در باب پنجم آن قانون است. پس با این نتیجه‌گیری به پاسخی منطقی و مطابق با روال قانونی تقسیم ترکه و لزوم تصیفه ترکه پیش از ترکه دست یافته‌ایم.

یکی از علل اطاله دادرسی در دعوی تقسیم ترکه عدم طرح به طرفیت کلیه مالکین ترکه اعم از وراثت و سایر اشخاص است. معمولاً در این قبیل موارد دادگاه با ملاحظه گواهی حصر وراثت، متوجه عدم طرح دعوی به طرفیت برخی از وراثت می‌شود ولی در فرضی که علاوه بر ورثه شخص دیگری هم مالک سهمی مشاع در کلیت مالی است که جزئی از آن ترکه‌ی متوفاست، ممکن است دادگاه نیز متوجه این موضوع نشده و بدون توجه به مالکیت مشاع شخص مذکور بر ترکه، مبادرت به رسیدگی در جهت تقسیم ترکه بین ورثه نماید. در این موارد اگر مال موضوع تقسیم، غیر منقول به ثبت رسیده باشد و مالکیت مشاع شریک متوفی نیز در دفتر املاک ثبت شده باشد، ممکن است دادگاه با ملاحظه سند رسمی ملک یا استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک، متوجه این امر گردد و بتواند تصمیمی درست اتخاذ نماید.

در هر حال دخالت شریک متوفی در روند تقسیم ترکه اعم از اینکه تحت عنوان ورود ثالث یا اعتراض ثالث صورت پذیرد از موجبات اطاله دادرسی است و بهتر آن است که دادخواست دهنده به این نکته در وقت تقدیم دادخواست توجه نماید و شریک مورث خود را در دعوی تقسیم ترکه وارد نکند.

۴- شناسایی مرجع صالح

تشخیص صحیح مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به تقسیم ترکه از راهکارهای جلوگیری از اطاله دادرسی است. در طی مباحث زیر به بررسی این موضوع می‌پردازیم.

۴-۱- بررسی صلاحیت دادگاه در رسیدگی به تقسیم ترکه

به عنوان اصل و با توجه به مواد ۳۰۰، ۳۰۵ و ۳۰۶ و مواد بعدی از قانون امور حسبی، باید گفت که رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه اصولاً با دادگاه حقوقی است. اما اینکه کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی به این دعوی را دارد، مسئله‌ی دیگر مورد بحث ماست. در این رابطه ماده ۲۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد:

« دعاوی راجع به ترکه متوفی اگرچه خواسته، دین و یا مربوط به وصایای متوفی باشد تا زمانی که ترکه تقسیم نشده در دادگاه محلی اقامه می‌شود که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران، آن محل بوده و اگر آخرین اقامتگاه متوفی معلوم نباشد، رسیدگی به دعاوی یاد شده در صلاحیت دادگاهی است که آخرین محل سکونت متوفی در ایران در حوزه آن بوده است.»

عبارات ماده مزبور که برگرفته از ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ است، به گونه‌ای تنظیم شده که گویی دعوی تقسیم ترکه ماهیت جدا از دعاوی راجع به ترکه دارد و در نتیجه رسیدگی به آن حداقل بنا به مفهوم ماده مزبور در صلاحیت دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی نیست. این برداشت ناشی از محدودی زمانی صلاحیت دادگاه آخرین محل اقامتگاه متوفی، به رسیدگی به دعاوی راجع به ترکه از زمان فوت شخص تا زمان تقسیم ترکه باشد.^۱ ولی به نظر می‌رسد این برداشت درست نباشد زیرا دعاوی راجع به ترکه محدود به دعوی مطالبه طلب یا استیفای موصی به از ترکه نیست بلکه دعوی تقسیم ترکه نیز می‌تواند مصداقی از دعوی راجع به ترکه باشد. اما توقیف صلاحیت دادگاه آخرین محل اقامت متوفی به رسیدگی به دعاوی به ترکه تا پیش از تقسیم ترکه خواه اینکه ترکه بنا به توافق وراثت و دیگر اشخاص ذینفع تقسیم گردد یا به وسیله دادگاه، از آن جهت است که پس از تقسیم ترکه و تعیین حصه‌ی مفروز هر یک از وراثت و دیگر اشخاص ذی حق در ترکه و تملک آن، وضعیت اشاعه منحل شده و چنانچه شخصی مدعی حقی از ترکه گردد ناچار است به استناد ماده ۶۰۶ قانون مدنی به هر

۱- علی مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، چاپ دوم؛ جلد اول، ص ۴۳

یک از ورثه رجوع کند و در این صورت دادگاه صالح حسب مورد ممکن است یکی از دادگاههای مقرر در مواد ۱۱-۱۲ و ۱۳ قانون آیین مدنی فعلی باشد.^۱

در رابطه با صلاحیت دادگاه در رسیدگی به امور راجع به ترکه، ماده ۱۶۳ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «امور راجع به ترکه با دادگاه بخشی (در حال حاضر دادگاه عمومی حقوقی) است که آخرین اقامتگاه متوفی در ایران در حوزه آن دادگاه بوده و اگر متوفی در ایران اقامتگاه نداشته با دادگاهی است که آخرین محل سکونای متوفی در حوزه آن دادگاه بوده.»

اقامتگاه نیز در ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی تعریف شده است. در این ماده می‌خوانیم: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب می‌شود.»

بنابراین رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه به عنوان یکی از امور راجع به ترکه، در صلاحیت رسیدگی دادگاه محل آخرین اقامتگاه متوفی است و اگر متوفی در ایران اقامتگاه نداشته باشد با دادگاهی است که آخرین محل سکونای متوفی در ایران در حوزه آن بوده. بنابراین نتیجه می‌شود که قانون آیین دادرسی مدنی با قانون امور حسبی تعارضی در باب دادگاه صالح به رسیدگی به تقسیم ترکه ندارد.

پرسش: اگر شریک سابق متوفی خواستار افراز سهم مشاع خود از یک قطعه زمین از سهام ورثه شریک سابق خود باشد به کدام دادگاه باید دادخواست دهد؟ دادگاه محل اقامت ورثه شریک سابق به عنوان دادگاه محل اقامت خوانده یا دادگاه محل وقوع مال مشترک یا دادگاه آخرین محل اقامت متوفی؟

پاسخ: همانگونه که در گفتار قبلی بیان شد؛ علاوه بر ورثه متوفی، اشخاص دیگری هم که با متوفی در زمان حیاتش در اموال به جای مانده از وی شریک بوده‌اند یا پس از فوت متوفی

۱- دکتر عبدالله شمس، آیین، آیین دادرسی مدنی، جلد اول ص ۴۲۴ - دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول ص ۲۸۴ و ۲۸۳.

و به سبب وصیتی از جانب متوفی یا تملک سهمی مشاع از ترکه در ازاء طلب خود از مورث، شریک در ترکه شده‌اند، می‌توانند دادخواستی جهت تقسیم مال‌الشکره و تعیین سهم مفروز خود از سهام دیگر شرکا تقدیم دادگاه کنند. در این مورد نیز با توجه به شراکت اشخاص مزبور با ورثه در ترکه و امتزاج مالکیت دو طرف در یکدیگر، دادگاه صالح به رسیدگی به تقسیم، همان دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی می‌باشد. بنابراین اگر مال موضوع شراکت بین وراث و شریک مورثان مالی غیر منقول باشد و این مال در محلی به غیر از آخرین اقامتگاه متوفی قرار گرفته باشد، (با فرض اینکه دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوی تقسیم ترکه را داشته باشد)^۱ شریک مزبور نمی‌تواند دادخواست تقسیم سهم مشاع خود از سهام وراث را به استناد مواد ۱۱ و ۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، به دادگاه محل وقوع مال غیر منقول یا دادگاه محل اقامت خوانده تقدیم کند و به هر حال توقع رسیدگی در ماهیت را از دادگاه‌ها داشته باشد. مستند قانونی این نظر بند ۲ ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی است که به اشخاص دیگری هم که در ترکه سهم هستند اجازه تقدیم درخواست (در حال حاضر دادخواست) تقسیم ترکه داده است.

۴-۲- بررسی صلاحیت مرجع ثبتی در رسیدگی به تقسیم ترکه

همانگونه که گفتیم تقسیم ترکه اصولاً در صلاحیت دادگاه است لیکن در فرضی که ترکه مشتمل بر یک یا چند قلم مال غیر منقول ثبت شده باشد و در میان وراث محجور یا غایبی نباشد، افراز چنین ترکه‌ای با واحد ثبتی محل وقوع مال غیر منقول است. در این رابطه ماده اول قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ مقرر می‌دارد: «افراز املاک مشاع که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته اعم از اینکه در دفتر املاک ثبت شده یا نشده باشد در صورتی که مورد تقاضای یک یا چند شریک باشد با واحد ثبتی محلی خواهد بود که ملک مذکور در حوزه آن واقع است. واحد ثبتی با رعایت کلیه قوانین و مقررات ملک مورد تقاضا را افراز می‌نماید.....»

۱- در ادامه خواهیم دید که در مورد اموال غیر منقول و با رعایت شرایطی، ثبت اسناد و املاک صالح برای افراز می‌باشد.

ماده دوم همان قانون نیز مقرر می‌دارد: «تصمیم واحد ثبتی قابل اعتراض از طرف هر یک از شرکا در دادگاه شهرستان (در تشکیلات فعلی دادگاه عمومی حقوقی) محل وقوع ملک است. مهلت اعتراض ده روز از تاریخ ابلاغ تصمیم می‌باشد. دادگاه شهرستان به دعوی رسیدگی و حکم مقتضی صادر خواهد نمود. حکم دادگاه شهرستان قابل شکایت فرجامی است.»

بنابراین تقسیم املاک مشاع به ثبت رسیده، در حال حاضر با اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک مذکور است مگر اینکه در بین شرکا محجور یا غایبی وجود داشته باشد. مستثنی شدن محجورین و غایبین از شمول قانون فوق متکی به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور است. در این خصوص رأی وحدت رویه شماره ۲۹/۵۹-۱۳۶۰/۱/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه مقنن به لحاظ حفظ حقوق محجورین و غایب مفقودالایر و رعایت مصلحت آنها طبق قسمت اخیر ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی مقرر داشته که در تقسیم ترکه اگر بین وراث محجور و یا غایب باشد تقسیم به توسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل آید و با توجه به ماده ۳۲۶ همین قانون که به موجب آن مقررات قانون امور حسبی راجع به تقسیم ترکه در مورد تقسیم سایر اموال نیز ساری خواهد بود و نظر به اینکه ماده یک قانون افراز املاک مشاع که قانون عام است و بر طبق آن افراز املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته است در صلاحیت واحد ثبتی محل شناخته شده علی‌الاصول ناسخ ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی که قانون خاص است نمی‌باشد. نظر شعبه پنجم دیوان عالی کشور که تقسیم املاک مشاع محجورین و غایب مفقودالایر را از صلاحیت واحد ثبتی خارج دانسته و در صلاحیت دادگاه شناخته است صحیح و مطابق با موازین قانونی است.....»^۱

۱- با وجود اینکه بیش از دو دهه از صدور رأی وحدت رویه ۲۹/۵۹-۱۳۶۰/۱/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌گذرد ولی مدلول آن همچنان رعایت نمی‌گردد و حتی دستورالعمل‌هایی برخلاف آن صادر می‌شود که برای نمونه می‌توان از «طرح جامع رفع اطلاع دادرسی دستورالعمل شماره ۴ (امور حقوقی)» صادره از سوی معاونت آموزش قوه قضاییه نام برد که در صفحه ۶ آن به صراحت صدور قرار عدم صلاحیت به شایستگی واحد ثبتی به منظور تقسیم ترکه غیر منقول ثبت شده را خلاف قانون تشخیص و اعلام کرده است. البته دلایلی هم برای توجیه این نظر ابراز شده که همگی ناشی از عدم شناخت صحیح روند تقسیم ترکه است.

علاوه بر این استثنا، اگر ترکه مجموعه‌ای از اموال غیر منقول ثبت شده و ثبت نشده باشد یا مجموعه‌ای از اموال منقول و غیر منقول (اعم ثبت شده یا غیر آن) باشد، در این حالت نیز رسیدگی به تقسیم ترکه با دادگاه است. به عبارت دیگر دادگاه مجاز نیست که املاک ثبت شده را از سایر اقسام ترکه تفکیک و با صدور قرار عدم صلاحیت، افزاز آنها را به واحد ثبتی محل محول کند زیرا ترکه عنوانی است که در برگیرنده تمام اموال به جای مانده از متوفاست و اگر قرار بر تقسیم آن شود، کل این مجموعه باید به وسیله دادگاه مورد بررسی قرار گیرد تا در نهایت مجموعه‌ی این اموال به اقتضا طبیعت و لزوم حفظ مالیت، تقسیم به افزاز یا رد یا تعدیل بها شوند و چنانچه قابل تقسیم به هیچ یک از طرق مذکور نباشد، بنا به درخواست هر یک از ورثه رأی به فروش آنها صادر شود.

همانگونه که می‌دانیم؛ اگر تقسیم ترکه در دادگاه مطرح باشد، دادگاه پس از وصول نظریه‌ی کارشناسی در خصوص کیفیت تقسیم ترکه که حاوی صورتمجلسه‌ای مشتمل بر تعداد وراثت و حصه‌های مفروز به تعداد و به نسبت سهم مشاع هر یک از ایشان و نحوه تقسیم اعم از افزاز یا رد یا تعدیل بها است، وراثت را برای تعیین حصه مفروز هر یک دعوت به حضور می‌کند و چنانچه در این جلسه، وراثت در خصوص تعیین سهم خود از میان حصص مفروز به توافق نرسند، سهم هر یک را به قرعه تعیین می‌کند (مواد ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی) و پس از خاتمه قرعه‌کشی صورتمجلس قرعه‌کشی را به امضا صاحبان سهم رسانده و بر اساس این صورتمجلس، تقسیم نامه تنظیم و به صاحبان سهم ابلاغ و تسلیم نماید. (مواد ۳۲۲ و ۳۲۳ و ۳۲۴ قانون امور حسبی)

پرسش: اقدام واحد ثبتی در خصوص تقسیم ترکه غیر منقول ثبت شده تا کجاست؟ به عبارت دیگر آیا واحد ثبتی محل مجاز است پس از افزاز ملک ثبت شده مبادرت به ثبت مالکیت مفروز هر یک از شرکای سابق بنماید؟

پاسخ: با توجه به توضیح بالا و نظر به حدود و اختیارات واحد ثبتی در افزاز املاک مشاع ثبت شده، مطابق با قانون افزاز و فروش املاک مشاع، بنظر می‌رسد که صلاحیت واحد ثبتی در

مورد تقسیم ترکه، با تنظیم صورتمجلس افراز خاتمه یافته و پس از آن واحد ثبتی موظف است پرونده را جهت اقدام دادگاه به تعیین سهم مفروز هر یک از ورثه از طریق توافق ورثه و یا به قرعه اعاده دهد. اختلاف ورثه در خصوص تعیین سهم خود از میان حصه‌های مفروز شده از ترکه یکی از مسائلی است که معمولاً در روند پایانی تقسیم ترکه بروز می‌کند و دخالت دادگاه جهت ایجاد توافق بین ایشان و در غیر این صورت قرعه کشی برای تعیین سهم هر یک از ورثه را می‌طلبد. پس از وصول پرونده به دادگاه و تعیین سهم هریک از ورثه از قطعات مفروز و تنظیم تقسیم نامه و درنهایت قطعیت آن، دادگاه مکلف است تصویری از تقسیم نامه قطعیت یافته را به اداره ثبت اسناد و املاک جهت ثبت مالکیت مفروز هر یک از ورثه و صدور سند مالکیت به نام ایشان ارسال کند. البته اگر ورثه به توافقی در خصوص سهم مفروز خود از میان حصه‌های مفروز برسند و به واحد ثبتی محل ابلاغ نمایند، واحد ثبتی محل هم می‌تواند مطابق توافق به عمل آمده به ثبت مالکیت مفروز هر یک از ورثه بپردازد.

نتیجه: مبادرت دادگاه به تقسیم ترکه و بطور کلی هر مال مشاعی، بدون توجه به اسباب و شرایط قانونی و حقوقی آن نه تنها سبب طولانی شدن دادرسی و وارد شدن دادگاه به دعاوی بی‌ارتباط با تقسیم ترکه می‌گردد، بلکه چه بسا در این روند اصل ترکه یا به طور کلی مال مشاع تلف گردد. بنابراین اگر ترکه‌ای و به طور کلی هر مال مشاعی حایز این شرایط و مقدمات لازم نباشد و تقسیم آن از دادگاه خواسته شود، دادگاه باید از تقسیم آن خودداری نماید و در این رابطه یا دعوی را به جهت فراهم نمودن اسباب و شرایط تقسیم ترکه در وقت تقدیم دادخواست رد نماید یا اینکه رسیدگی را متوقف و منوط به تصفیه ترکه به منظور استقرار مالکیت ورثه نماید که این راه حل اخیر نیز بی‌اشکال نخواهد بود.

منابع و مأخذ:

- ۱- کاتوزیان- ناصر، عقود معین، جلد دوم، مشارکتها، صلح چاپ دوم ص ۵۶ تا ۵۹.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش.
- ۳- قنبری محمدرضا، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات گنج دانش چاپ اول سال ۱۳۷۲.
- ۴- مهاجری، علی، شرح قانون آئین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب چاپ دوم انتشارات گنج دانش جلد اول.
- ۵- شمس، دکتر عبدالله آئین دادرسی مدنی جلد اول انتشارات دراک سال ۱۳۸۸.
- ۶- متین دفتر دکتر احمد آئین دادرسی مدنی و بازرگانی.

بررسی مبانی مشروعیت تقیید نهاد مالکیت با عنصر زمان در فقه و حقوق ایران

«برگرفته از پایان نامه کارشناسی ارشد نگارنده با موضوع بررسی تقیید نهاد مالکیت با عنصر زمان در

فقه و حقوق ایران و آثار حقوقی آن»

به قلم: محمدرضا یزدانی

چکیده:

پیشرفت جوامع بشری، رشد جمعیت، مواجهه با کمبود اراضی مستعد برای ساخت اماکن اقامتی بدون تعرض به فضاهای غیرمسکونی و تغییر کاربری‌های دیگر در مناطق سیاحتی و زیارتی، کم شدن نقدینگی نزد مردم و کاهش قدرت خرید ایشان از جمله عواملی است که دولتمردان را در راه حل مشکلات به سوی استفاده از نهاد حقوقی تازه تأسیس مالکیت زمانی رهنمون ساخته و ایشان را بر آن داشته تا با تقیید نهاد مالکیت به عنصر زمان، از حداقل امکانات موجود حداکثر بهره‌وری را بنمایند.

به همین دلیل و بنا به احساس ضرورت تبیین اصول این تقیید و تحدید مالکیت در حقوق کشورمان، لازم آمد که در ابتدای امر مشروعیت این نهاد تازه تأسیس حقوقی را مورد ارزیابی قرار دهیم. فلذا در این تحقیق به بیان نظرات مخالفین و موافقین پرداخته و از مذاقه و مقایسه‌ی آنها به این نتیجه رسیدیم که راه پذیرش این تأسیس حقوقی در ایران تا حدودی هموار می‌باشد؛ چرا که نه تنها مخالفین در بیان مخالفت خود ادعاهایی را مطرح می‌نمایند که برای اثبات آنها هیچ بینه‌ای ندارند بلکه نمونه‌هایی نیز از این نوع تقیید و تحدید در عرف معاملات موجود و عقود اسلامی مشاهده می‌گردد. مستفاد از همین نمونه‌های موجود، عدم مخالفت صریح شارع مقدس با این نوع تقیید و تحدید مالکیت، مزایای این تأسیس حقوقی، ما را به توجیه نظری و قانونی این نهاد تازه تأسیس حقوقی ملزم نمود.

آنچه که باید بدان اذعان داشت این که راه حل اساسی در این خصوص، تصویب و اجرای قوانین خاص این نوع مالکیت است که این امر جز با همکاری حقوق دانان برجسته‌ی کشور و بازخوانی قوانین وضع شده در دیگر کشورها میسر نخواهد شد.

کلمات کلیدی:

مالکیت / تقیید مالکیت / مشروعیت / عناصر مالکیت

Abstract

Human community progress, population growth, lack of susceptible lands for building (constructing) residential religion without any aggression to nonresidential areas and without any land use change in pilgrimage and tourist places, reduction of ready money and buy power among populace, are all factors that have lead authorities to utilize new established legal constituent of time ownership as a solution for these problems and bound it to time factor for the purpose of getting best results from ready.

For this reason and due to the necessity of explaining this kind of possession principals in Iran low, primary concepts and components of this legal constituent (organization) were investigated in this survey and then they were conformed with current legal principals in our country and also to holy legislator (lawgiver)'s instructions. For this purpose, the pros and cons were presented and compared. The results implied that to some extent, the way for accepting this new legal establishment in Iran is open; because not only opponents have no convincing reasons for their pretensions but also there are some instances of these kind of limitation in common transactions and Islamic contacts. Mentioned reasons and also advantages of this legal establishment, obliged researcher (writer) to present legitimate and theoretic justification for existence of this organization, so different approach for access to these subjects in Iran law and jurisprudence were investigated.

It must be confessed that the main solution for this problem is to approve and execute particular laws and regulations of this kind of possession and it won't obtain without outstanding lawyers' cooperation and rewriting enacted laws.

۱- مقدمه و طرح موضوع:

در شرکت مدنی به تمایل آدمی به «دارا شدن» و «اختیار داشتن» توجه ویژه‌ای گردیده و حاکمیت تک تک افراد محترم شمرده می‌شود؛ تا جایی که برای تصرف در مال مشاع، اذن یا اجازه‌ی تمامی مالکان لازم است اما در شرکتهای تجاری، استقلال طلبی آدمی با «عدم نیاز به اذن تمامی مالکان نسبت به تصرف در مال» ارضاء می‌گردد. در این شرکت، حاکمیت اراده به نحو چشمگیری اهمیت خود را از دست می‌دهد و اراده‌ی اکثریت بر اراده‌ی اقلیت غالب می‌آید. از آن جایی که آدمی همواره به دنبال بهبود شرایط موجود بوده، به تدریج تلاش گردید تا با تأسیسی جدید هر دو خصیصه‌ی مذکور در این شرکتها، یک جا و با هم محقق گردند تا بتوان از منابع محدود استفاده‌ای بهینه نمود.

این تأسیس حقوقی جدید، در حقوق داخلی با عناوین «مالکیت زمانی» یا «مالکیت موقت» مطرح می‌باشد. موضوع این نوشتار بررسی مشروعیت فقهی و حقوقی این تأسیس نوین است. و در آن در صدد پاسخ به این پرسش خواهیم بود که آیا از نظر فقهی و حقوق موضوعه ایران ممکن است مالی در زمان واحد، تحت مالکیت چند نفر قرار گرفته، در حالی که حصه‌ی هر کدام براساس زمان مشخص گردد و در عین حال تمامی اختیارات مالکانه، جز از بین بردن موضوع مالکیت را داشته باشند و بدون اذن از یکدیگر، بتوانند در چنین مالی تصرف نمایند؟ هدف از این نوشتار پرداختن به این مسأله است که آیا این تأسیس نوین منطبق با اصول پذیرفته شده‌ی حقوق داخلی و قواعد مسلم حقوقی می‌باشد و امکان استفاده از چنین تأسیسی در حقوق داخلی وجود دارد یا خیر؟ و چنانچه پاسخ مثبت باشد، جایگاه چنین قراردادی در فقه امامیه و حقوق ایران کجاست؟ تا از این رهگذر قانونگذار ایران بتواند جایگاه مشخصی برای این تأسیس در قوانین فعلی پیش‌بینی کند و مقررات ویژه‌ای برای آن وضع نماید. این امر باعث می‌گردد تا حتی الامکان از بروز مشکلات احتمالی در آینده جلوگیری شده و اشخاص با اطمینان خاطر بیشتر به سرمایه گذاری در این زمینه اقدام نمایند.

۲- تاریخچه‌ی مالکیت زمانی

واژه‌ی Time-sharing اولین بار در صنعت کامپیوتر مطرح شد و مقصود از آن، استفاده‌ی هم زمان از امکانات کامپیوتری می‌باشد. اما تاریخ پیدایش آن به گونه‌ای که مورد بحث ما می‌باشد، به دهه‌ی ۱۹۶۰ میلادی، در یک پیست اسکی در کوههای آلپ فرانسه بر می‌گردد. هزینه‌های پیست اسکی سر به آسمان می‌زد و در رأس تمامی آنها هزینه‌ی سکونت در مناطق کوهستانی و مناسب برای اسکی بود. توسعه دهندگان و مجریان طرحهای ورزشی و تفریحی در تلاش بودند که امکانات را بیشتر توسعه داده و از هزینه‌ها بکاهد تا تعداد بیشتری از افراد بتوانند از امکانات تفریحی و ورزشی بهره‌مند شوند. در این میان به ذهن شخصی، عقیده‌ی مالکیت زمان بندی شده خطور نمود. بدین شرح که از آن جایی که اغلب افراد خانه‌های تعطیلاتشان را تمام وقت استفاده نمی‌نمایند، لذا مناسب است تا سیستمی اجرا شود که به واسطه‌ی آن افراد تنها برای مدت زمانی که از امکانات این منازل بهره‌مند می‌شوند مالکیت این منازل را داشته و صرفاً هزینه‌های این مدت را پرداخت نمایند (احمدزاده بزاز، ۱۳۷۸، ص ۵) از آن زمان به بعد این سیستم که Time-sharing نامیده شد برای استفاده از منازل مسکونی در سرتاسر دنیا بکار گرفته می‌شود.

تاریخ پیدایش و استفاده از مالکیت‌های Time-sharing در ایران، به چندین سال قبل باز می‌گردد. در تاریخ بیستم و بیست و دوم آبان ماه ۱۳۷۵ شمسی اطلاعیه‌ای تبلیغاتی در یکی از روزهای کثیرالانتشار، برای اولین بار این تأسیس نوین را به جامعه‌ی ایرانی معرفی نمود و از آن به بعد، شرکتهای متعددی در سرتاسر ایران، بخصوص در مناطق سیاحتی و زیارتی کشور، متولی امر واگذاری و اداره‌ی مالکیت‌های «تایم شرینگ» گردیدند. (قدس گویا، ۱۳۸۲)

البته به نظر می‌رسد بتوان تاریخچه این نوع مالکیت در ایران را در زمانهای دورتری یافت در گذشته که کشاورزان برای آبیاری باغات و مزارع خویش از قنات یا چاه آب استفاده می‌کردند، هر کدام از آنان در زمان مشخصی می‌توانست از آب قنات یا چاه بهره‌برد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۶۳۰)؛ در حالی که خود را مالک آب در همان زمان می‌دانست. این افراد در

همان مدت زمان مشخص یا خود از آب استفاده می نمودند یا استفاده از آن را برای مدت زمانی همچون یک سال در قبال عوض یا بدون عوض به دیگری واگذار می نمودند. با این اوصاف به نظر می رسد که ایران جزء اولین کشورهایی بوده که از زمان های کهن، سیستم مالکیت های موضوع Time-sharing در میان مردمانش رواج داشته است و لذا به نظر می رسد که حتی با استناد به رویه ی متعارف افراد، می توان پذیرش این تأسیس حقوقی در نظام حقوقی ایران را قابل توجیه دانست.

۳- طرح دیدگاه ها پیرامون مالکیت زمانی

برای درک جایگاه مالکیت موقت (مالکیت زمانی) در حقوق ایران لازم است به ارائه ی دیدگاه های موجود درباره ی آن پرداخت تا نظرات موافقین و مخالفین این نوع مالکیت به دقت مطرح و بررسی گردیده و پس از آن، توجیهی مناسب از نظر فقهی و حقوقی برای این تأسیس حقوقی ارائه گردد.

به طور کلی در توضیح تقیید مالکیت به زمان، دو قسم از این نوع مالکیت مطرح می گردد: «دارا شدن عین در دوره یا مدت زمان معین» و «دارا شدن منفعت به تبع عین برای دوره یا مدت زمان معین».

نسبت به نوع دوم یعنی «دارا شدن منفعت به تبع عین برای دوره یا مدت زمان معین» اختلاف نظری وجود ندارد زیرا در حقیقت، این نوع از مالکیت موقت، نوعی مالکیت مشاع است که در آن مالکان در عین با یکدیگر سهیم می باشند. مالکیت مشاع در فقه تحت عنوان «کتاب الشراکاء» (النجفی، ۱۳۹۴ ق، ص ۵۵) مطرح شده در حقوق ایران (قانون مدنی، ماده های ۵۷۱ تا ۶۰۶) نیز پذیرفته شده است. لذا محل اصلی بحث، نوع اول مالکیت مزبور، یعنی «دارا شدن عین در دوره یا مدت زمان معین» می باشد. این قسم از مالکیت موقت (مالکیت زمانی) باعث طرح دیدگاه های موافق و مخالف در این زمینه گردیده است؛ زیرا این پرسش همواره مطرح است که آیا امکان دارد که مالکیت نسبت به عین واحد، برای اشخاص متعددی تحقق یابد و در عین حال، اشاعه ای در کار نباشد و همه ی مالکان بتوانند تمامی اختیارات مالکانه ی خود را

اعمال نمایند و مضافاً این که نیازی به گرفتن اذن از یکدیگر برای تصرفات خویش نداشته باشند؟

۳-۱- بررسی دیدگاه مخالفین تقييد مالکیت با زمان

در کتب حقوقی «دایمی بودن» به عنوان یکی از صفات مالکیت مورد بررسی قرار گرفته و معانی برای آن ذکر شده که عبارتند از:

یکم- دوام مالکیت تا زمان وجود شیء مملوک

دوم- عدم زوال مالکیت به عدم استفاده از آن

سوم- عدم زمان دار بودن مالکیت

آنچه محور و اساس بحث ما در امکان «توقیت مالکیت» می‌باشد. معنای سوم دوام مالکیت است که برخی مخالف آن را ممکن و گروهی ناممکن می‌دانند.

عده‌ای مخالف تحقق «توقیت مالکیت» می‌باشند. استدلالهای این دسته را در دو قسمت می‌توان خلاصه نمود:

۳-۱-۱- عدم امکان ثبوتی:

آنجا که سخن از صفات مالکیت و اوصاف آن در میان است، «دوام» به عنوان یکی از صفات مالکیت مطرح می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴ ش، صص ۱۰۴-۱۰۲ و امامی، ۱۳۷۷ ش، صص ۱۹-۲۰) گرچه برخی از حقوقدانان، «دایمی بودن» را در زمره‌ی عناصر آورده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳ ش، ص ۹۱).

برخی تنها به ذکر اوصاف مالکیت پرداخته و «دوام» را در ردیف آنها آورده‌اند بی آنکه دلیلی بر لزوم اعتبار آن اقامه کنند (امامی، ۱۳۷۷ ش، صص ۱۹-۲۰). عده‌ای دیگر تنها با این عنوان که «طبیعت ملکیت اقتضای دوام دارد»، مسأله را مسلم دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ ش، صص ۱۰۴-۱۰۲) و برخی افزون بر این ادعا، ادله‌ای بر عدم جواز زمان دار بودن ملکیت آورده‌اند (السنهوری، ۱۹۶۷ م، صص ۵۳۹-۵۴۴)

یکی از مخالفین مالکیت مقید به زمان در این زمینه اظهار می‌دارد که: «مدت، وصفی است که به تمامی حقوق شخصی و حقوق عینی، یکسان ملحق می‌گردد؛ منشأ حق هر چه که باشد. بنابراین، حق منفعت از هر چه که ناشی شده باشد، به «مدت» مقرون می‌گردد که نهایت آن، مرگ است... تنها یک حق عینی وجود دارد که نمی‌توان آن را به «مدت» مقرون ساخت و آن حق ملکیت است که طبیعت آن اقتضای دایمی بودن دارد» (السنهوری، ۱۹۵۸م، ص ۹۶). وی همچنین در جای دیگری بیان می‌دارد که: «حق ملکیت، حقی دایمی است. این حق باقی می‌ماند تا زمانی که شیء مملوک باقی است. پس نتیجه‌ی منطقی آن این است که جایز نیست که این حق به زمان مقرون گردد؛ در غیر این صورت، ملکیت، موقت خواهد بود.» (السنهوری، ۱۹۶۷م، ص ۵۳۹).

برخی حقوقدانان ایرانی در این زمینه تنها به ذکر تنافی مالکیت با موقت بودن بسنده کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ش، ص ۱۰۲)؛ گرچه ایشان دو نتیجه‌ی متفاوت را از وصف دایمی بودن حق مالکیت ذکر کرده و آنها را بدون استثناء و مطلق ندانسته‌اند. (پیشین)؛ اما به نظر می‌رسد دو نتیجه‌ی مذکور، یعنی دوام مالکیت تا زمان وجود شیء مملوک و از میان نرفتن حق مالکیت به سبب عدم استفاده از آن، با زمان دار بودن مالکیت که مورد بحث ماست، ارتباطی ندارد تا بتوان گفت مقصودشان از مطلق و بدون استثناء نبودن صفت دوام مالکیت، معنای مورد بحث نیز می‌باشد.

تا اینجا مشخص گردید که مخالفین زمان دار بودن مالکیت تنها مدعی آنند که طبیعت ملکیت، اقتضای دوام دارد و به تعبیر دیگر، تنها امکان ثبوتی زمان دار بودن مالکیت را منکرند، اما دلیلی بر این ادعا از سوی آنان ارائه نگردیده است، به عبارتی دیگر کسانی که معتقدند «دوام، مقتضای ذات مالکیت است» و «زمانبندی با ذات و طبیعت مالکیت منافات دارد»، باید بر اثبات مدعای خود دلیل اقامه کنند (البینه علی المدعی).

به نظر می‌رسد که صرف ادعای اقتضای طبیعت، نمی‌تواند موجب عدم امکان ثبوتی تقييد مالکیت به زمان گردد؛ چرا که «دوام» در مفهوم مالکیت، اخذ نشده است بنابراین صرف چنین ادعایی بر زمان‌دار بودن مالکیت خدشه‌ای وارد نمی‌آورد.

برخی دیگر از مخالفین مالکیت زمانی، دلیلی فلسفی برای اثبات عدم امکان توقیت مالکیت ذکر نموده‌اند؛ بدین شرح که فلاسفه بر این عقیده‌اند که جوهرها^۱ قابل تقييد به زمان نیستند و زمان نمی‌تواند برای تعیین و اندازه‌گیری آنها بکار رود و از آنجایی که عین هم از جمله‌ی جوهرها می‌باشد، قابل تحدید به زمان نیست. به عنوان مثال نمی‌توان گفت که کتاب امروز، کتاب فردا و ... چرا که کتاب نسبت به زمان‌های مختلف فرق نمی‌کند، اما منافع که از اعراض است، می‌تواند به زمان محدود شود و بر همین اساس، تملک منفعت موقت و محدود به زمان، امکانپذیر است ولی در اعیان ممکن نمی‌باشد. بنابراین تملیک موقت عین به دیگری قابل تصور نمی‌باشد (التوحیدی، ۱۳۷۳، ص ۴۸۸ به نقل از: شریعتی، ۲۰۰۳م).

در پاسخ به این ایراد باید گفت: درست است که عین از جمله‌ی جوهرهاست و قابل تقدیر و تعیین به وسیله‌ی زمان نیست؛ اما تملیک موقت عین به معنای تقييد عین به زمان نیست. توضیح آن که وقتی شخصی، عینی را برای مدت مشخص به دیگری تملیک می‌نماید، در حقیقت، وی مالکیت عین را محدود به زمان کرده است نه خود عین را و تقسیم مالکیت یک عین با توجه به قطعات زمانی، مستلزم تقييد خود عین نمی‌باشد. از این گذشته، اگر این استدلال را در مورد اعیان بپذیریم و تملیک موقت اعیان را بر این اساس مورد تردید قرار دهیم، در بسیاری از اجاره‌ها با مشکل مواجه خواهیم شد؛ زیرا اجاره به نظر بسیاری از فقها عبارت است از تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم. از سوی دیگر در بسیاری از موارد، منفعت مورد اجاره از اعیان خارجی می‌باشد؛ یعنی منفعت عین مورد اجاره، خود از اعیان است. مثل اجاره‌ی درخت برای میوه‌های آن. پذیرش ایراد مذکور در مورد عدم امکان تملیک موقت

۱- ماهیتی است که قائم به خود باشد. یعنی وجودش حال در موضوع نباشد. به تعبیر دیگر ماهیتی است که چون در خارج یافته می‌شود، حال در موضوع یعنی در محل نباشد؛ مانند جسم، (خوانساری، بی تا، ص ۷۱).

اعیان، مستلزم تردید در صحت چنین قراردادهایی است در حالی که غالب فقها چنین اجاره‌هایی را صحیح و جایز دانسته‌اند (شریعتی، ۲۰۰۳م).

۲-۱-۳- عدم امکان اثباتی:

دلیل دیگری که عده‌ای از مخالفین توقیت مالکیت آورده‌اند آن است که اگر مالکیت بخواهد زمان‌دار باشد، تالی فاسدی را منجر می‌گردد که نمی‌توان بدان ملتزم شد. مالکیتی را تصور نمایید که به مدت زمانی - مثلاً یکسال - محدود شده است. چنین مالکیتی در مدت یکسال، تمامی عناصر مالکیت را داراست. یکی از عناصر آن، تصرف است و افزون بر آن، مالک می‌تواند مملوک را از بین برده یا تلف نماید. بنابراین باید تمامی اقتدارهای یک مالک را به چنین شخصی که در مدت یک سال، مالک شده است، اعطا نمود.

حال اگر مالک در مدت این یک سال، مملوک را از میان برده یا تلف کند چگونه می‌توان تصور کرد که پس از اتمام یک سال مملوک به مالک دیگر برگردد. برای حل این مشکل دو راه بیش نیست، یا باید گفت که چنین شخصی حق از بین بردن و تلف کردن مملوک را ندارد که در این صورت، مالکیت، موقت نخواهد بود بلکه حق انتفاعی است که صاحب چنین حقی نمی‌تواند در مملوک تصرفی کند یا آن را از بین ببرد؛ یا آن که قائل بر آن شویم که چنین شخصی حق تصرف، از بین بردن و اتلاف را دارد که در این صورت مالکیت دایمی است نه موقت (السنهوری، ۱۹۶۷م، صص ۵۴۱-۵۴۰).

غالب فقیهانی که بر بطلان مالکیت موقت پای فشرده‌اند، آن را امری غیرمعقول و غیر قابل تصور دانسته و بر همین اساس، مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند (شریعتی، ۲۰۰۳م) اگرچه این گروه، توضیح بیشتری در مورد این دلیل ذکر نموده‌اند اما بعید نیست که منظور آنان از این سخن، اشاره به دلیل فوق باشد.

همان گونه که گذشت، این دسته از مخالفین برای مالکی که مالکیت وی زمان‌دار است، دو راه حل را تصویر نمودند که در ادامه هر یک از آن دو ذکر گردیده و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

الف) چنین مالکی حق تصرف را ندارد؛ که در این صورت مالک دارای حق انتفاعی است که نمی‌تواند در مملوک تصرفی کرده و آن را از بین ببرد (السنهوری، ۱۹۶۷م، ص ۵۴۱).

به نظر می‌رسد این راه حل دارای چند ایراد به شرح آتی است:

اول- در این اظهار نظر حق تصرف با از بین بردن و تلف کردن مملوک، یکی دانسته شده است در حالی که چنین نیست. باید توجه نمود که تصرف اعم از تصرف قانونی و تصرف مادی می‌باشد و ممکن است مالک را به تصرفات قانونی محدود کرد. علاوه بر این، ایشان خود معتقد است که تصرف باید به معنای وسیع خود بکار رود تا شامل تصرف قانونی و تصرف مادی شود اما تصرف مادی را در قلمروی «حق استعمال» قرار داده و منظور از تصرف را «تصرف قانونی» می‌داند. (همان، ص ۵۰۱).

بنابراین چنین مالکیتی دارای حق تصرف (سومین عنصر مالکیت) می‌باشد. لذا مالک تمامی تصرفات قانونی اعم از بیع، اجاره و غیره را نسبت به ملک خویش می‌تواند انجام دهد. ممکن است ایراد دیگری مطرح گردد و آن این که حال که چنین مالکی نمی‌تواند مملوک خویش را از بین ببرد لذا «حق استعمال» را نخواهد داشت.

در پاسخ می‌توان گفت که: حق استعمال، اختصاصی به حق از بین بردن و تلف مملوک ندارد بلکه طبق گفته‌ی قائل مذکور، حق استعمال، اعم از استفاده‌ی مستقیم مالک از مال، حفظ و صیانت و از بین بردن و تلف کردن مال است (همان، صص ۴۹۷-۴۹۶)؛ لذا به نظر می‌رسد که این حقوق را نیز بتوان محدود کرد بی‌آنکه عنصر «حق استعمال» از میان برود.

دوم- حق از بین بردن و تلف کردن مال در اعداد هر کدام از دو عنصر «حق استعمال» یا «حق تصرف» باشد قابل استثناء است. نمونه‌هایی وجود دارد که حق مالک در صورت دوام ملکیت نیز مجاز از بین بردن و تلف کردن مال بدون اذن دیگران نمی‌باشد. در یک مالکیت مشاع، هر یک از مالکان مشاع که بخواهد مملوک را تلف نماید، باید از دیگری یا دیگران اذن

بگیرد. حال آیا می‌توان به صرف آن که مالک در چنین مالکیتی حق از بین بردن و تلف مال را ندارد، ملکیت مشاع را منکر گردید؟

مثال دیگر را در عقد اجاره می‌توان یافت. شخصی منزل مسکونی خویش را به مدت ده سال به دیگری اجاره می‌دهد؛ طبیعی است که مالک در طی این مدت نمی‌تواند منزل را تخریب نماید. در این صورت «حق استعمال» یا «حق تصرف» وی محدود گشته است؛ اما آیا چنین محدودیتی خدشه‌ای بر حق مالکیت چنین مالکی وارد می‌آورد؟

بنابراین چنین نتیجه گرفته می‌شود که تحدید مالکیت به زمان، موجب از بین رفتن یکی از عناصر مالکیت (حق استعمال یا حق تصرف) نخواهد شد بلکه باعث تحدید یکی از عناصر خواهد بود و محدود ساختن یکی از عناصر نه تنها اشکالی نخواهد داشت بلکه نمونه‌هایی نیز دارد (احمدزاده بزاز، ۱۳۷۸ش، صص ۱۱۵-۱۱۴).

ب) راه حل دیگری که این دسته از مخالفین مالکیت مقید به زمان، برای مالک چنین مالکیتی ارائه می‌دهند این است که «حق تصرف» را برای چنین مالکی قائل شده‌اند، که در این صورت مالکیت وی دائمی خواهد بود (السنهوری، ۱۹۶۷م، ص ۵۴۱).

به نظر می‌رسد این دلیل عین مدعاست. این امر باید ثابت گردد که به چه دلیل اگر مالکی، «حق تصرف» داشته باشد، مالکیت وی دائمی خواهد بود. ممکن است شخصی دارای حق تصرف باشد ولی در عین حال مالکیت وی دائمی نباشد. البته اگر انتقال مالکیت به گونه‌ای باشد که یکی از عناصر، برای آن وجود نداشته باشد- مثلاً نه حق تصرفات مادی داشته باشد و نه حق تصرفات قانونی، در این صورت مالکیتی برای وی بوجود نیامده است؛ نه مالکیت دائم و نه مالکیت موقت.

۲-۳- بررسی دیدگاه موافقین تقیید مالکیت به زمان

برخی از فقیهان و حقوقدانان از توقیت یا زمان دار بودن مالکیت سخن گفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ش، ص ۶۴ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳ش، ص ۹۱). گرچه عبارات آنان در این باب یکسان نیست اما همگی در این مطلب اتفاق نظر دارند که می‌توان مالکیت را به زمان مقید نمود؛ خواه

توقیت صریح رخ دهد یا تقییدی که نتیجه‌ی آن توقیت باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ش، ص ۲۲۴) برخی از سخنان موافقین ناظر به امکان ثبوتی و برخی ناظر به امکان اثباتی مالکیت زمانی است که در ادامه مطرح و به تجزیه و تحلیل آنها خواهیم پرداخت.

۱-۲-۳- امکان ثبوتی:

همن گونه که گذشت، برخی از مخالفین مالکیت موقت زمانی، قائل به عدم امکان ثبوتی این نوع مالکیت بودند؛ زیرا به زعم آنان طبیعت مالکیت اقتضای دوام دارد. اما گفته‌ی آنان به جهت عدم اقامه‌ی دلیل مردود شناخته شد. موافقین امکان ثبوتی نیز ادعا دارند که: «توقیت ملکیت با طبیعت آن منافات ندارد.» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ش، ص ۲۲۴ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳ش، ص ۹۱)

به نظر می‌رسد که هیچ کدام از طرفین دلیلی بر مدعای خود ندارند لذا قول هیچ یک از آنان معتبر نخواهد بود. اما با اندک تأملی باید ادعای هر کدام را تحلیل کرد که اولاً: چه کسی نیازمند اقامه‌ی دلیل است و ثانیاً: آیا طرفی که قول او مخالف اصل است می‌تواند بر اثبات مدعای خود، دلیلی اقامه کند یا خیر؟

اگر در ادعای مخالفین توقیت مالکیت دقت شود، معلوم خواهد شد که آنان به دنبال اثبات امری وجودی هستند. به عبارت دیگر مخالفین باید ثابت کنند که «دایمی بودن» اقتضای چنین تأسیسی است و به دیگر سخن، آنان باید تنافی میان مالکیت و توقیت را اثبات کنند. این مدعا بیانگر ادعای امری وجودی است که مدعی باید برای اثبات آن، دلیل اقامه نماید. از طرف دیگر موافقین مالکیت زمانی معتقدند که میان توقیت و مفهوم مالکیت تنافی وجود ندارد. به بیان دیگر آنان به دنبال اثبات امری وجودی نیستند؛ لذا نباید از آنان انتظار اقامه‌ی دلیل را داشت زیرا گفته‌ی آنان مطابق اصل عدم است. البته ادعای این گروه در مقام ثبوت نیازی به دلیل ندارد ولی باید بتوانند در مقام اثبات، اقامه‌ی دلیل کنند. البته اثبات آن به واسطه‌ی وقوع نمونه‌هایی در خارج ممکن است زیرا اثر این گونه امور اعتباری در مقام اثبات و خارج است،

به دلیل آن که قانون گذار، عقلاء و افراد جامعه برای رفع نیازهای اجتماعی به اعتبار چنین اموری می‌پردازند.

با توجه به آنچه گفته شد، پاسخ دو پرسش داده می‌شود: اولاً قول مخالفین «مالکیت موقت» خلاف اصل است زیرا مدعی اثبات امری وجودی هستند و ثانیاً نتوانسته‌اند برای ادعای خود دلیلی اقامه کنند و به عبارت دیگر نتوانسته‌اند خلاف اصل عدم را اثبات کنند. اما قول موافقین «مالکیت موقت» موافق اصل عدم است؛ زیرا آنان منکر آن هستند که مالکیت اقتضای دوام را دارد. افزون بر آن در تعاریف مختلفی که از مالکیت گذشت معلوم شد که «دوام» در تعریف مالکیت اخذ نشده است. حال چگونه ممکن است چیزی اقتضای مالکیت باشد و در تعریف اخذ نشود؟

بر همین اساس است که مرحوم صاحب جواهر (ره) در پاسخ به این اشکال که چگونه ممکن است موقوفه پس از انقراض موقوف علیهم در وقف بر «من ینقرض غالباً» به واقف یا ورثه‌ی او در صورت فوت وی برگردد؛ و دلیلی که بر این اشکال اقامه شده که در این فرض لازم می‌آید که مالکیت عین دائمی نباشد و هرگاه شیء از مالکیت فردی خارج شد، بازگشت آن نیاز به سبب جدید دارد؛ اظهار می‌دارد که: ادعای دوام مالکیت عین، واضح‌الفساد است چرا که سبب ناقل تنها به همین مقدار- یعنی مدت زمانی که مالکیت مقید به آن است- اقتضاء دارد نه بیش از آن و برگشت به ملکیت مالک سابق، همانند برگشت به سبب فسخ از طریق اقاله یا خیار است که سبب آن مملک جدید نمی‌باشد (النجفی، ۱۳۹۴ق، ص ۵۸-۵۵).

بنابر آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد از نظر ثبوتی، اشکال در توقیت مالکیت وجود ندارد. افزون بر عدم اشکال ثبوتی، این نوع مالکیت، اثباتاً هم واقع شده است که در قسمت دوم همین بحث امکان اثباتی آن مورد بحث قرار می‌گیرد و نمونه‌هایی از مالکیت موقت هم آورده خواهد شد.

۲-۲-۳- امکان اثباتی:

مهمترین دلیل مشروعیت مالکیت موقت (مالکیت زمانی)، وقوع نمونه‌هایی از آن در فقه اسلامی می‌باشد.

برای امکان اثباتی مالکیت موقت، همین مقدار کافی است که نمونه‌هایی از این تأسیس در خارج ارائه گردد، لذا به ذکر نمونه‌هایی از این نوع مالکیت می‌پردازیم.

چند تأسیس حقوقی که به عنوان نمونه‌هایی از مالکیت موقت مشاهده می‌شوند عبارتند از:

۱- بدل حیلولة؛ ۲- اجاره؛ ۳- بیع شرط؛ ۴- وقف؛ ۵- صلح مشروط.

اینک به شرح هر یک از آنها به صورت مختصر می‌پردازیم.

۱-۲-۲-۳- بدل حیلولة:

ابتدا باید بیان داشت که در مسأله‌ی غضب، هرگاه غاصب به جهتی از جهات نتواند عین مغضوب را که وجود دارد، به مالک آن رد نماید، باید بدل آنرا بپردازد. این بدل را «بدل حیلولة» گویند.

مالکیت بدل حیلولة، مورد اختلاف میان فقهاست. برخی بدل حیلولة را ملک مالک مال غضب شده می‌دانند (الموسوی البجنوردی، ۱۳۹۱ق، ص ۸۰) و برخی دیگر تنها اباحه‌ی تصرف در آن را برای مالک عین ثابت دانسته‌اند (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ق، ص ۷۶) به نظر دسته‌ی نخست، بدل حیلولة، غرامت و خسارتی است که به مالک مال مغضوب داده می‌شود و به مالکیت وی در می‌آید ولی مالکیت وی بر بدل حیلولة، دائمی و مستمر نبوده بلکه موقت می‌باشد. به عبارت دیگر این مالکیت صرفاً تا زمان تعذر رد یا استرداد مال مغضوب باقی است زیرا بدل حیلولة نوعی غرامت و تدارک خسارت است و فقط بر مقداری صدق می‌کند که خسارت وارد شده است. از طرف دیگر در این گونه موارد مال موجود است و در مورد اصل مال هم خسارتی وارد نشده است و خسارت، محدود به زمان معینی است و تدارک آن هم تا زمانی است که سلطنت مالک بر مال باز گردد (الموسوی البجنوردی، ۱۳۹۱ق، ص ۸۰).

بنابراین چنان که مشاهده گردید، مالکیت موقت در بدل حیلولة تحقق یافته و برخی فقها بدان معتقد شده‌اند.

۲-۲-۳- اجاره

برخی فقها، اجاره را نوعی تملیک موقت دانسته‌اند. توضیح آن که عده‌ای از فقها، منفعت را قابل تملیک ندانسته و لذا تعریف مشهور اجاره را نادرست شمرده‌اند. به نظر این عده، اجاره «تملیک عین در جهت خاص و مدت مخصوص» می‌باشد؛ در مقابل بیع که آن را تملیک عین از همه جهات، بدون تقيید به جهت خاص و مدت مخصوص می‌دانند. مرحوم اصفهانی این قول را به برخی از معاصران خود نسبت داده و سپس به پاسخگویی آن پرداخته است. (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴)

اگرچه تعریف فوق از اجاره، تعریف نادرستی است چرا که منفعت نیز همچون عین، مستقیماً قابل تملیک است اما به هر حال می‌توان گفت که تملیک موقت عین در نظر این عده از فقها امری ممکن و مشروع بوده است.

۳-۲-۳- بیع شرط

یکی از نمونه‌های «مالکیت موقت» را می‌توان بیع شرط دانست. برای آن که بتوان به گونه‌ای شایسته، نمونه بودن «بیع شرط» را برای «مالکیت موقت» اثبات کرد، ذیل دو بند به بررسی آن پرداخته خواهد شد:

اول- تعریف بیع شرط؛ دوم- آثار بیع شرط.

اول- تعریف بیع شرط

قانونگذار ایران در ماده‌ی ۴۵۸ قانون مدنی، بیع شرط را شناسانده است و به نظر می‌رسد آوردن ماده‌ی قانونی و توضیحی مختصر برای شناساندن بیع شرط کافی باشد. ماده‌ی ۴۵۸ قانون مدنی ایران در مورد بیع شرط بیان می‌دارد:

«در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرده خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن، قید تمام یا بعض نشده باشد، خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن».

مثلاً فرض نماییم «الف» منزل مسکونی خویش را به «ب» فروخته و در ضمن عقد، شرط شود که هرگاه پس از شش ماه، «الف» (بایع) تمام ثمن را به «ب» (مشتری) برگرداند، حق فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد. در این صورت بیع شرط تحقق می‌یابد و به مقتضای قواعد، بایع از زمان انعقاد عقد، مالک ثمن و مشتری نیز مالک مبیع می‌شود و هر کدام می‌توانند از منافع ثمن و مبیع بهره ببرند. فرض بر آن است که تمامی ارکان بیع، محقق است؛ لذا آثار آن مترتب می‌شود. اما این بیع با دیگر انواع بیع تفاوتی دارد که از آثار آن می‌توان به این تفاوت پی برد.

دوم- آثار بیع شرط

مطابق قواعد، هر شخصی که مالک شیءای باشد می‌تواند همه گونه تصرف در آن انجام دهد؛ اعم از تصرفات مادی و حقوقی (ماده ۳۰ قانون مدنی)^۱ اما در بیع شرط چنین نیست. گرچه بیع شرط دارای آثار زیادی است؛ ولی تنها به دو اثر به ظاهر متفاوت آن، متناسب با این بحث اشاره می‌شود.

الف) انتقال مبیع به مشتری به مجرد انعقاد عقد بیع

گرچه این اثر مربوط به خود بیع است نه بیع شرط، اما به نظر می‌رسد قانونگذار برای دفع این توهم که ممکن است گفته شود طرفین از همان ابتدا احتمال می‌دهند یا یقین دارند که مبیع

۱- ماده ۳۰ (۳۰) قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به ما یملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»

به بایع بازخواهد گشت، این اثر را برای بیع شرط آورده است. (ماده‌ی ۴۵۹ قانون مدنی)^۱ لذا در همین ماده از عباراتی مانند «بیع، قطعی شده» و «مالک قطعی مبیع» استفاده کرده است و انتقال مالکیت و نیز نمآت حاصله از حین عقد تا حین فسخ را از آن مشتری داشته است.

ب) منع مشتری از تصرفات منافی با خیار

مطابق ماده‌ی ۴۶۰ قانون مدنی ایران: «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال بنماید». این اثر برخلاف بند اول ماده‌ی ۳۶۲ و ماده‌ی ۴۵۹ قانون مدنی و موافق با ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی است. مطابق بند اول ماده‌ی (۳۶۲) قانون مدنی یکی از آثار بیع، «از آن مشتری بودن ملکیت مبیع و از آن بایع بودن ملکیت ثمن به مجرد وقوع بیع است». ماده‌ی ۴۵۹ قانون مدنی نیز همین اثر را در مورد بیع شرط تأکید کرده است. در حالی که ماده‌ی ۴۶۰ قانون مدنی با عبارت «از قبیل نقل و انتقال و غیره» مالک را از بسیاری از تصرفات مالکانه مانند فروش و تخریب، منع می‌کند و این امر با مفاد ماده‌ی (۳۰) قانون مدنی در تطابق است.

پس از بیان این دو اثر به ظاهر متفاوت، معلوم می‌شود که مالکیت موقت در حقوق کشور ما پذیرفته شده است؛ آن هم مالکیتی که مالک از حق تصرف (اخراج از ملکیت) - سومین عنصر حق مالکیت- و تخریب که از نمادهای بارز حق استعمال- اولین عنصر حق تصرف- است، محروم می‌باشد. به نظر می‌رسد که بیع شرط، بهترین مثال برای مالکیت زمانی است.

برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، صص ۱۸۱-۱۷۲ و همان، ۱۳۷۱ش، صص ۳۳۱-۳۳۰) با تلاش بسیار بر آن شده‌اند که اولین اثر بیع شرط- انتقال مالکیت مبیع به مشتری، را با تمسک به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک (معامله با حق استرداد) نفی کنند؛ اما به نظر می‌رسد

۱- ماده‌ی (۴۵۹) قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع، بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع، قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس، بایع به شرایط مزبور عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد. ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.»

که نمی‌توان به سادگی پذیرفت که بیع شرط با حکم مواد ۳۳ و ۳۴ اصلاحی قانون ثبت، فسخ ضمنی شده باشد. بخصوص با توجه به ماده‌ی ۴۵۹ قانون مدنی که نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ را از آن مشتری می‌داند. هر چند که ایشان با توجیهی، که خود جای تأمل دارد، هم قائل شده است که مالکیت مبیع به مشتری انتقال نمی‌یابد و هم نمآت و منافع از زمان عقد تا زمان فسخ را از آن مشتری می‌داند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، صص ۱۸۱-۱۷۹).

در هر حال به فرض هم که از نظر قانونی معلوم شود که در بیع شرط، مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌شود؛ از دید فقیهان، این معامله با عنوان بیعی که نتیجه‌ی آن انتقال مالکیت مبیع به مشتری در مدت زمان معلوم باشد، معتبر است و در هر صورت می‌توان آن را یکی از نمونه‌های مالکیت موقت برشمرد.

۴-۲-۳- وقف

وقف در ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی تعریف شده است. این ماده بیان می‌دارد: «وقف عبارت است از اینکه عین مال، حبس و منافع آن تسبیل شود» مطالبی که در اطراف وقف باید بحث شود، فراوان است؛ از سیر تاریخی گرفته تا ماهیت و احکام آن. اما در اینجا صرفاً به ذکر نکاتی می‌پردازیم که در تبیین مطالب این تحقیق دخالت دارند.

با توجه به این که یکی از شرایط وقف را «دوام» خوانده‌اند (النجفی، ۱۳۹۴ق، ص ۵۳) می‌توان وقف را از این منظر به «وقف مؤبد» و «وقف منقطع» تقسیم نمود. در نگاه اول ممکن است چنین به نظر برسد که قرار دادن «دوام» به عنوان شرط وقف، جایی برای صحت وقف منقطع باقی نمی‌گذارد؛ ولی با اندکی تأمل در منظور فقها از «دوام»، این تردید به آسانی زدوده می‌شود؛ زیرا مقصود آنان، «توقیت صریح» یعنی مقید کردن به مدت زمان مشخصی است (همان، صص ۵۸-۵۳)؛ نه آن که وقف به گونه‌ای باشد که برگشت آن به «محدود شدن مدت وقف» باشد. بر همین اساس است که به قول برخی از حقوقدانان (بروجردی، ۱۳۳۹ش، ص ۲۸۵)، شرط برگشت موقوفه به واقف در موقع احتیاج، نزد مشهور صحیح می‌باشد و «وقف

بر من ینقرض غالباً» یعنی کسی که پس از مدتی نخواهد بود، از دیدگاه برخی فقیهان صحیح به شمار رفته است (النجفی، ۱۳۹۴ق، صص ۵۸-۵۵). اگرچه به نظر می‌رسد که برخی فراتر از این دیدگاه، وقف با توقیت صریح را هم بدون اشکال پنداشته‌اند، اما چنین نظری برخلاف مشهور بلکه برخلاف اجماع است (همان، ص ۵۵).

از نمونه‌های قابل ذکر در وقف که بتواند توجیه مناسبی برای پذیرش توقیت مالکیت به شمار آید می‌توان وقف منقطع الآخر و وقف منقطع الوسط اشاره نمود. اگرچه در مالکیت وقف در قانون اوقاف (که وقف را دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌داند) و آنچه که گروهی از فقها معتقدند (مالکیت موقوف علیهم نسبت به عین موقوفه) (النجفی، ۱۳۹۴ق، ص ۹۱ و انجوی نژاد، ۱۳۷۴ش، ص ۳۸۱) اختلاف است، لیکن این نوع مالکیت در دو نمونه وقف مورد اشاره، همان مالکیت موقت می‌باشد.

۵-۲-۲-۳- صلح مشروط

صلح یکی از عقود معین است که در کنار دیگر عقود آمده است؛ هر چند که نتیجه‌ی آن، مفاد عقود دیگری مانند بیع، هبه یا اجاره باشد. افزون بر آن که فقها به این مطلب اذعان دارند (النجفی، ۱۳۹۴ق، ص ۲۱۲)، قانون مدنی نیز در ماده‌های ۷۶۰ و ۷۵۸ این نظر را بیان می‌دارد. از سوی دیگر قرار دادن شرط در ضمن عقد صلح که عقدی لازم است، شرط را لازم‌الوفا می‌کند. حال اگر «شرط فعل» باشد، مشروط علیه باید فعل شرط شده را انجام دهد و اگر «شرط نتیجه» باشد، امر مشروط تحقق خواهد یافت. بر همین اساس است که یکی از

۱- ماده‌ی ۷۵۸ قانون مدنی مقرر داشته: صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه‌ی معاملات را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع مجری شود.

ماده‌ی ۷۶۰ قانون مدنی اظهار می‌دارد: «صلح، عقد لازم است، اگرچه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله».

فقه‌های طراز اول در پاسخ به دو سوال درباره‌ی صلح مشروط، ملکیت موقت را پذیرفته است. این سؤال و جواب‌ها زیر دو عنوان مورد بررسی قرار گرفته است:^۱

یک- شرط خیار فسخ برای مدت معین ضمن عقد صلح؛

دو- شرط خیار فسخ مادام الحیات، ضمن عقد صلح.

۴- توجیه نظری توقیت مالکیت:

پس از ارایه‌ی دیدگاه‌های مخالفین و موافقین تقیید مالکیت با زمان و روشن شدن این مطلب که هم ثبوتاً و هم اثباتاً این تأسیس حقوقی بلاشکال است و پس از ارائه‌ی نمونه‌هایی از مالکیت موقت به توجیه نظری این نوع مالکیت می‌پردازیم. لازم‌هی توجیه نظری این تأسیس حقوقی جدید، بررسی مبانی مشروعیت آن است که در این قسمت از بحث به آن می‌پردازیم.

۴-۱- بررسی مبانی مشروعیت مالکیت زمانی

بررسی مبانی مشروعیت مالکیت مقید شده به زمان را می‌توان در دو بحث ذیل تقسیم بندی و خلاصه نمود:

اول- بررسی مبانی مشروعیت حقوقی؛

دوم- بررسی مبانی مشروعیت فقهی؛

۴-۱-۱- بررسی مبانی مشروعیت حقوقی تقیید مالکیت با زمان

این قسم از مالکیت، از لحاظ حقوقی، مشروعیت خود را از «اصل حاکمیت اراده»، «اصل نفوذ و اعتبار تعهدات»، «اصل آزادی در قراردادها»، «قانون»، «دکترین حقوقی»، «بنای عقلاء و ضرورت اجتماعی» و «عرف» اخذ می‌نماید. که در سطور آتی به شرح مختصر هر یک می‌پردازیم:

۱- برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ش، صص ۲۴۳ و ۲۴۴ و ۲۴۶.

۱-۱-۴- اصل حاکمیت اراده:

یکی از مبانی مشروعیت حقوقی مالکیت زمانی، حاکمیت اراده است. به عبارت دیگر اراده‌ی اشخاص می‌تواند به تحقق این چنین مالکیتی منجر گردد. طبیعی است برای آن که بتوان از حاکمیت اراده، مفهومی به دست داد، می‌بایست دو جزء آن، یعنی «حاکمیت» و «اراده» تحلیل شود.

یک - حاکمیت

به نظر می‌رسد مقصود از «حاکمیت»، سلطه و اقتدار است. به طور مثال هرگاه گفته شود فلان شخص بر فلان منطقه حاکم است، به معنای آن است که بر آن منطقه، سلطه و اقتداری دارد که می‌تواند آنچه را بخواهد انجام دهد. در قاعده‌ی سلطنت هم که گفته می‌شود مفاد آن سلطه و اقتدار بر اموال است، همین معنا مراد است که شخص می‌تواند در اموال خود هرگونه تصرفی را انجام دهد.

دو- اراده

از این واژه در مباحث فلسفی، روانشناسی و حقوقی تعاریف متعددی ارائه گردیده است. اما یک تعریف نسبتاً جامع از آن این است که: «اراده، حرکت نفس برای ایجاد یک پدیده‌ی حقوقی، است، پس از تصدیق منفعت آن» (حائری، ۱۳۷۰ش، ص ۲۴).

برخی پس از بررسی معنای لغوی اراده و بررسی آن در حقوق فرانسه، به این نتیجه رسیده‌اند که «منظور از اراده که حاکمیت آن به عنوان اصل مورد بررسی قرار دارد، به معنی اراده‌ی انشایی یعنی قصد انشاء است» (شهیدی، ۱۳۷۷ش، ص ۵۷).

به نظر می‌رسد این معانی از اراده برای رسیدن به مفهوم «اصل حاکمیت اراده» کافی نباشد چرا که انسان می‌تواند مال خود را اتلاف کند بی آن که منفعتی در این کار یا قصد انشایی به آن داشته باشد. بنابراین باید مفهومی وسیع‌تر از دو تعریف مذکور ارائه گردد، تا مفهوم اصل حاکمیت اراده به خوبی شناسانده شود. شاید بتوان گفت اراده از معنای لغوی خود یعنی

«خواستن» جدا نشده است اما آنچه که باید بررسی شود آن است که این خواستن در چه محدوده‌ای است؟ در اینجا از اراده در محدوده‌ی حقوق بحث می‌شود لذا هر کس می‌تواند خواست خود را نسبت به اموال و اعمال خود اعمال کند و این همان معنایی است که از قاعده‌ی سلطنت به دست داده می‌شود.

با توجه به مطالب گفته شده، مفهوم اصل حاکمیت اراده یا قاعده‌ی سلطنت روشن می‌شود، حاکمیت اراده در معنای وسیع‌تر از اقتدار و سلطه به انجام هرگونه قرارداد به کار می‌رود. آنگاه که گفته می‌شود اراده‌ی انسان بر اموال و اعمال خودش حاکم است، به این معنا است که وی می‌تواند این اراده را از طریق انجام قرارداد، استفاده نکردن و یا حتی از بین بردن آن، بی آن که منفعتی در پی داشته باشد اعمال کند. به نظر می‌رسد که ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی هم بیانگر همین مطلب است: «هرمالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

پس از رسیدن به مفهوم حاکمیت اراده یا قاعده‌ی سلطنت، باید گفت یکی از مظاهر تجلی اراده می‌تواند انتقال مالکیت عین یا انتقال منفعت به تبع عین متعلق به خویش، در دوره یا مدت زمان معین به دیگران باشد. بنابراین می‌توان یکی از مبانی مشروعیت توقیت مالکیت را، حاکمیت اراده یا قاعده‌ی سلطنت دانست.

۲-۱-۱-۴- اصل نفوذ و اعتبار تعهدات

ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». مفاد این ماده‌ی قانونی، مدلول قاعده‌ی فقهی «اصاله‌الصحه» است که برای جلوگیری از تکرار بدون دلیل مطلب، به شرح اصل مذکور ضمن بیان مبانی مشروعیت فقهی خواهیم پرداخت.

۳-۱-۱-۴- اصل آزادی در قراردادها

در مورد مفهوم این اصل، باید بیان داشت که انسان‌ها در روابط اجتماعی خویش نیازمند آن هستند که دارایی‌های خود را با یکدیگر مبادله نمایند چرا که هیچ فردی به تنهایی قادر به فراهم آوردن مایحتاج خود نیست. در جوامع ابتدایی، برآورده ساختن نیازها با داد و ستد انجام می‌پذیرفت. در اثر پیشرفت جوامع هم نیازهای جدیدتر پدید آمد و هم طریقه‌ی برطرف ساختن این نیازها از راه‌های ساده به راه‌های پیچیده گرایش پیدا کرد. پس قراردادها وسیله‌ای برای رفع برخی نیازمندی‌های انسان‌ها بوده‌اند. در جوامع اولیه این قراردادها در قالب «داد و ستد» به گونه‌ای ساده انجام می‌پذیرفت ولی امروزه افزون بر آن قراردادهای ابتدایی، از قراردادهای پیچیده‌ای سخن می‌رود که هر کدام از آنها ممکن است به چندین قرارداد تجزیه شود.

در تمامی این قراردادها از داد و ستدهای جوامع اولیه گرفته تا معاملات پیچیده‌ی امروزی، اراده و آزادی انسان‌ها، جایگاهی برجسته داشته است. البته برخی مواقع این آزادی به گونه‌ای محدود می‌شد که فقط اعمال حقوقی برشمرده شده از سوی قانونگذار، راه انعقاد قرارداد برای همگان یا برخی افراد بود و گاه عدم مخالفت صریح با قانون، محدود کننده‌ی این آزادی محسوب می‌گردید.

به هر حال مقصود از «اصل آزادی در قراردادها» که در ماده ۱۰ قانون مدنی متجلی شده آن است که انسان در انجام اعمال حقوقی آزاد است و این، قصد و رضایت افراد است که سرمنشاء انعقاد قراردادهاست. به تعبیر دیگر می‌توان گفت «اصل آزادی در قراردادها» همان «حاکمیت اراده در اعمال حقوقی» است نه «حاکمیت اراده».

اگرچه اصل آزادی در قراردادها به عنوان یک وسیله‌ی اجتماعی مفید در حقوق ایران پذیرفته شده؛ اما این اصل تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است. در ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی نیز آمده است: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا

قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد. اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». بنابراین سه عامل خارج از قرارداد یعنی قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه آزادی در قراردادها را محدود می‌سازند.

اما به نظر نمی‌رسد که تقیید مالکیت با هیچ یک از این موانع سه گانه روبرو گردد؛ چرا که قوانین موضوعه و الزامات شارع مقدس، این چنین قراردادهایی را منع ننموده است؛ موجب اخلال در امور اداری، اقتصادی و سیاسی جامعه نمی‌گردد و مغایر با موازین اخلاق اسلامی هم نمی‌باشد.

پس از بررسی اصل آزادی در قرارداد، باید گفت که می‌توان از راه‌های توجیه مالکیت موقت و مبانی مشروعیت آن، همین اصل را برشمرد و چنانچه دو نفر طی قراردادی توافق نمایند که مالکیت عین (قسم اول از مالکیت موقت) یا منفعت به تبع عین (قسم دوم از مالکیت موقت) در مقابل عوض یا بدون عوض انتقال یابد، چنین اقدامی نافذ بوده، آثار آن مترتب خواهد شد چرا که اولاً: بحث از مالکیت موقت در محدوده‌ی حقوق خصوصی است که ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، قرارداد متضمن این تأسیس را در بر می‌گیرد و ثانیاً: مخالفت صریح با قانون پیش نمی‌آید زیرا نه تنها چنین قراردادی در قانون منع نشده است بلکه مطابق ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در مایملک خویش انجام دهد.

۴-۱-۱-۱-۴- قانون:

امکان تحدید مالکیت به قید زمان در صلح موقت منافع و اجاره، حجتی است قانونی بر امکان تقیید نهاد مالکیت با زمان. ماده‌ی ۴۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در اجاره‌ی اشیاء مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است.» و ماده‌ی ۷۵۸ آن قانون اجاره‌ی استحصال نتیجه‌ی تمامی عقود، از جمله عقد اجاره را در قالب عقد صلح اعطاء کرده است.

در عقد اجاره، عدم تعیین مدت و زمان برای مالکیت مستأجر نسبت به منافع، ضمانت اجرای «بطلان» را در پی دارد و در عقد صلح منافع، هر چند مستفاد از ماده‌ی ۷۵۸ قانون یادشده، تعیین مدت، شرط صحت عقد نیست و فقط در صلح ابدی منافع با حفظ عین، «مالیت عین» با اشکال روبرو بوده و وضعیت حقوقی عقد مردد می‌گردد؛ اما با عنایت به قبول تقیید و توقیت مالکیت در این عقود، امکان تحدید مالکیت به زمان، از مشروعیت قانونی برخوردار است و باید پذیرفت که قوانین ایران، نه تنها مالکیت را به عنصر دوام مقید نکرده است؛ بلکه در مواردی همچون مواد ۵۱، ۴۶۸، ۵۰۸ و ۵۱۴ قانون مدنی، توقیت آن را تجویز و حتی گاه ضروری اعلام نموده است.

۵-۱-۱-۴- دکترین حقوقی:

اندیشمندان حقوق، از وصف دوام مالکیت و زمان بندی آن، بحث چندانی نکرده اند و عموماً به صورت گذرا و اختصار، به لزوم دوام مالکیت، بدون بیان دلیل - اشاره نموده‌اند. پس از پیدایش پدیده‌ی نوظهور مالکیت زمانی، اندک حقوقدانانی که آن را مورد بحث قرار داده‌اند، سعی در توجیه مشروعیت آن داشته‌اند (شریعتی، ۲۰۰۳م و احمدزاده بزاز، ۱۳۷۹ش). اداره‌ی کل حقوقی و تدوین قوانین قوه‌ی قضائیه پیرو استعلامی که به عمل آمده است، ضمن رد اشکال مالکیت زمانی، تعیین ضوابط آن را منوط به تصویب قانون توسط قوه‌ی مقننه نموده است (مجله‌ی ماوا، ش ۱۳۸۱). به علاوه تعدادی از حقوقدانان، مفاد بعضی از قوانین فعلی را دلیل بر قبول تملیک زمانی می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ص ۱۰۸۲)

۶-۱-۱-۴- بنای عقلاء و ضرورت اجتماعی:

در فرض حاضر، یعنی حفظ حالت اشتراک در عین و منافع و بهره‌مندی از مزایای شرکت و در عین حال، استفاده‌ی استقلالی از مال بر پایه‌ی تسهیم، شائبه‌ی غرر و کینه و منازعه‌ی احتمالی وجود ندارد. پیشرفت روزافزون تکنولوژی و دانش بشری و تعالی سطح آگاهی عمومی در جهان از یک سو و تأثیر پدیده‌های نوین در درون جوامع مختلف در راستای ظهور

جامعه‌ی جهانی از سوی دیگر و نیز برابری تقریبی نیازهای بشری در همه جای جهان باعث شده است که جامعه‌ی ما نیز از تحولات و تأثیرات آن بر کنار نبوده (قدس‌گویا، ۱۳۸۱ش) و از رسوخ پدیده‌هایی که بنا به ضرورت در سایر جوامع حادث شده‌اند، در امان نماند؛ «چون تأسیسات حقوقی، برخاسته از نیازهای بشری و تحولات اجتماعی هستند.» (احمدزاده بزاز، ۱۳۷۹ش)

برای تاجری که می‌خواهد موقع خاصی از سال را در کشور مشخصی اقامت نموده و به تجارت بپردازد، بهترین گزینه، مالکیت زمانی یکی از هتل‌هاست تا اطمینان حاصل نماید که در موقع مشخص سال، برای اقامت وی، محلی مهیا می‌باشد.

همین امر در مورد کسی که به جهت امورات شخصی یا زیارت و یا هر امری دیگر، از نقطه‌ی خاصی در کشور به نقطه‌ی دیگر عزیمت می‌کند، صادق است.

صرف نظر از راحتی استفاده‌کنندگان از این تأسیس حقوقی، مزایای دیگری از قبیل استفاده‌ی بهینه از فرصت‌ها و امکانات، ترویج جهانگردی و ایرانگردی و غیره وجود دارند که بنای عقلاء نمی‌تواند به راحتی از آن صرف نظر نماید.

بنای عقلاء جمیع ملل در تمام اعصار، اعم از متدینین و غیره، یک اصل حقوقی است و شارع مقدس نیز از این حیث با عقلاء متحدالمسلک است؛ زیرا خود، رئیس العقلاء می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۸ش، ص ۴۷).

طبق قاعده‌ی «ما حکم به الشرع، حکم به العقل و ما حکم به العقل، حکم به الشرع» بنای عقلاء مسلماً برای مفاد حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» اعتبار قائل و مفاد این حدیث حکایت از سلطه‌ی کامل مالک بر مملوک دارد که در مباحث بعدی مشروحاً بیان خواهد شد.

۷-۱-۱-۴-عرف^۱

در کشور ایران، لاقلاً در زمینه ی کشاورزی از سالیان دور، استفاده ی زمانی از آب نهر، رایج بوده و در حال حاضر نیز در روستاها این امر رواج دارد. هتلداری با این روش نیز در چند منطقه ی ایران در حال رواج می باشد. که این امر به دنبال تصویب آئین نامه ای در این خصوص در حال تحقق است.

رواج مالکیت زمانی در کشورهای خارج چشمگیرتر است که این امر را به راحتی به پانچ واژه ی Time-sharing بر صفحه ی جستجوگر اینترنت و ملاحظه ی پیام های بسیار زیاد ارسالی از گروه های استفاده کننده از تایم شر، می توان دریافت. بدیهی است در صورت زیان بار بودن چنین اقدامی، عرف آن را نمی پذیرفت و تا این حد، مقبولیت و رواج پیدا نمی کرد.

۲-۱-۴- بررسی مبانی مشروعیت فقهی تقیید مالکیت با زمان

به همان اندازه که مالکیت در فقه اندک مورد تحلیل قرار گرفته، در خصوص اوصاف آن و بخصوص وصف «دوام» در آن به مراتب سخن کمتر به میان آمده است و اندک فقیهانی به این مسأله اشاره داشته اند. ولی آنچه که از متون موجود بر می آید در فقه گفته شده است که انتقال مالکیت باید دایمی باشد (لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ص ۴۶۸).

البته مسلم است که، منظور فقها از این قول، طرد و نفی مالکیت زمانی نبوده و آنچه از نظر ایشان منتفی می نماید، مالکیت موقت به شکلی است که مثلاً با بیع مبیع را به شرطی بفروشد که بعد از یک سال، مالکیت به خودش باز گردد. که فرق این نوع مالکیت مقید به زمان با مالکیت موضوع بحث ما واضح و روشن است.

در چنین مالکیتی، مسلماً وصف دوام مالکیت به طور کلی نادیده گرفته شده است. ولی در مالکیت مورد بحث این نوشتار انتقال به صورت دائم است. النهایه، حسب اشتراط حین العقد،

۱- در لسان غالب، عرف قابل پذیرش مترادف با عرف عقلاء و سیره عقلاء می باشد که تعبیر دیگری از بنای عقلاء، سیره عقلاء و امثالهم می باشد.

برخورداری مالک از ملک مشتری با توجه به توافق به عمل آمده در مقطعی از زمان به صورت کامل بوده و در مقاطعی دیگر متعلق به سایر مالکان خواهد بود و این تنها نوعی تقسیم تازه تأسیس در انتفاع از مال مشترک است.

در مورد مالکیت مقید به زمان در دو مذهب عامه و شیعه، نظرها قدری متفاوت است که ما در این مجال فقط به بررسی موضوع در فقه امامیه خواهیم پرداخت.

فقه‌های امامیه هرگز به صورت مستقل به تجزیه و تحلیل عناصر مالکیت پرداخته‌اند و در کتب فقهی، بیشتر از تعلق مالکیت حقیقی به خداوند، احترام مالکیت خصوصی مشروع، تعلق مالکیت انفال به حکومت و از این قبیل موارد، سخن به میان آمده است و به صورت کلی در سیستم حقوقی اسلام، عقیده بر دوام مالکیت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ص ۱۰۸۲) و طبیعت مالکیت را با موقتی بودن مغایر می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ش، ص ۱۰۴ و السنهوری، ۱۹۶۷م، صص ۵۳۴-۵۳۵). ولی برخی از فقه‌های امامیه، مالکیت زمانی را تقویت کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵ش، ص ۱۰۸۲).

در ادامه به صورت مختصر به مبانی مشروعیت فقهی مالکیت زمانی که عبارتند از: «کتاب»، «سنت و روایات» و «اصول فقهی» خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱-۴- کتاب

عمومات ادله‌ی «اوفوا بالعقود» (سوره‌ی مائده، آیه‌ی ۱) و «اوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولاً» (سوره‌ی اسراء، آیه‌ی ۳۴) شامل عقد مالکیت زمانی نیز می‌شود.

البته فقها در شمول آیه‌ی «اوفوا بالعقود» بر عقود نامعین اختلاف دارند. برخی گفته‌اند: «...اوفوا بالعقود و بالعقود و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هر چه هر کس خواهد اختراع کند و آنچه به فهم حقیر رسیده، در معنی اوفوا بالعقود و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی آن است. اگر وجوب و لزوم است، بر سبب وجوب، مثل بیع و اجاره، وگرنه بر سبب جواز، مانند شرکت و مضاربه. نه آنکه واجب باشد وفای به هر عقدی الا ما

اخرجه الدلیل (قمی، ۱۳۷۱ش، ص ۱۲۱ به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ص ۳۵۴). ولی متأخرین از فقها و مفسران، نظر مخالف دارند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ص ۳۵۷).

به نظر برخی «اصل حاکمیت اراده» از آیهی «اوفوا بالعقود» استخراج می شود؛ پس اگر عقد جدیدی اختراع شد به استناد آیهی مذکور، آن را صحیح می دانند. هر چند برخی از فقها مخالف این عقیده بوده و معتقد به «توقیفی بودن معاملات» می باشند.

۲-۱-۲-۴- سنت و روایات

یکی از راههای به دست آوردن احکام، مراجعه به روایات پیامبر اسلام (ص) و ائمه‌ی اطهار(ع) می باشد. برای آن که بتوان این راه را به اطمینان پیمود، هر گفته از این انوار الهی را باید در سه مرحله مورد بررسی قرار داد:

۱- سند؛ ۲- دلالت؛ ۳- جهت.

هرکدام از این سه مرحله که با مشکل مواجه شود، کافی است تا نتوان از آن حدیث برای به دست آوردن حکم الهی، بهره برد. در خصوص موضوع مورد بحث نیز می توان به حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» اشاره داشت. این حدیث نبوی نیز از پیمودن این مراحل مستثناه نمی باشد. بررسی‌ها نشان می دهد که این حدیث هم از جهت سند بلااشکال است و هم از جهت دلالت شامل انواع و کیفیت تصرف می شود (الجزائری المروج، ۱۴۱۶ق، صص ۴۰۸-۴۰۱).

بنابراین اگر مالکی بخواهد مایملک خود را برای دوره یا مدت زمان معین به دیگری انتقال دهد (قسم اول مالکیت موقت یعنی دارا شدن عین) و یا دو نفر که دارای ملکی مشاع هستند، منفعت آن را برای دوره یا مدت زمان معینی میان خود تقسیم نماید (قسم دوم مالکیت موقت یعنی دارا شدن منفعت به تبع عین) و از ناحیهی مفهوم ملکیت و یا از ناحیهی شارع منعی وجود نداشته باشد، می توان به اطلاق حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک جست و چنین معامله ای را صحیح دانست و به این طریق، مالکیت موقت را توجیه کرد.

به دیگر سخن، مالک هرگونه که بخواهد می‌تواند در مایملک خود تصرف کند، چه بخواهد ملکیت خود را نسبت به اشیاء تحت سلطه و تصرف خویش به صورت دائم از دست بدهد یا به گونه‌ی موقت.

در خصوص قید مذکور در ادامه‌ی حدیث مزبور «الا کل شرط خالف کتاب الله» (انصاری، ۱۳۸۱ش، ص ۳۸۰) که وارد بر قسمت اول حدیث می‌باشد، اجماع بر این است که موافقت شرط با ظاهر کتاب خدا لازم است و همین که قرآن مخالفت نکرده باشد، کفایت می‌کند (انصاری، ۱۳۸۱ش، ص ۳۸۰)؛ یعنی لازم نیست که حتماً شرط مورد نظر، مورد موافقت و تأیید شارع مقدس قرار گرفته باشد؛ بلکه همین قدر که در جایی از کتاب الله با آن مخالفتی نشده باشد وافی به مقصود است. در مورد مالکیت زمانی نهی نشده است و اگر برخی فقها با زمان بندی مالکیت در بیع مخالفت نموده‌اند، به جهت اعتقاد آنان بر عدم صدق عرفی عنوان بیع بر آن است نه مخالفت با کتاب و سنت (شریعتی، ۲۰۰۳م) و این امر دیگر راه‌های انتقال را دچار خدشه نمی‌سازد.

۳-۲-۱-۴- اصول فقهی

در بیان مشروعیت این نوع مالکیت (مالکیت زمانی)، ضمن سه فرع آتی، اصول مورد نظر در این بحث- یعنی اصل صحت، اصل تسلیط و اصل اباحه، را به صورتی مختصر بیان می‌کنیم.

یکم- اصل صحت

اصاله الصحه در مطلق عقود جاری است (بروجردی، ۱۳۳۹ش، ص ۱۹). این اصل، مستند به ادله‌ی «اوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم»، همچنین ادله‌ی خاص عقود، شامل: «احل الله البيع»، «الاجاره احد معایش العباد»، «الصلح خیر» و غیر ذلک، بنای عقلاء، اجماع علمای اسلام، البته اجماع مدرکی نه اجماع اصطلاحی که قهراً کاشف از رأی معصوم (ع) است- می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۸ش، صص ۴۷-۴۵).

در دعاوی مربوط به بطلان قراردادها، در رفع دودلی و تردید در نفوذ یا فساد قرارداد مطروحه، صدور حکم بر فساد قرارداد، آسان تر می‌نماید؛ چون منطق چنین حکمی را در صورت تردید، القاء می‌کند. ولی حقوق در دایره‌ی تنگ نتیجه‌گیری منطقی محصور نمی‌ماند. حرکت همه‌ی قواعد به سوی صحت است و هرگاه منطق، راه این سیر روحانی را ببندد، خود را بی اعتبار می‌کند. چرا که تجربه نشان داده است که سرانجام، مصلحت و نیاز، منطق و اصل را به بازی می‌گیرد و از فراز آن می‌گذرد. قانون گذار هم بر مبنای سیره‌ی خردمندان و جهت حفظ مصالح اجتماعی، چنین فرض می‌کند که هر معامله‌ی واقع شده، درست و نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، صص ۳۵۱-۳۴۹).

دوم- اصل تسلیط

برخی فقها در مقام تبیین دایره‌ی لزوم وفای به عهد در استدلال بیانات خویش به عموم حدیث مشهور «الناس مسلطون علی اموالهم» استناد کرده و اعتقاد دارند لازمه‌ی مسلط بودن بر اموال، این است که همه‌ی قراردادهای راجع به آن نیز به اجمال درست باشد (همان، صص ۳۵۶-۳۵۵).

سوم- اصل اباحه

محل اجرای این اصل، مورد شک در جواز یا عدم جواز عمل است. بنابراین در مقام چنین شکی، چنان چه به رغم تمام مساعی و غور در کتاب و سنت، نصی بر منع عمل یافت نشود، باید بنا را بر جواز عمل نهاد. چون آدمی، مطمئن است که شارع حکیم است و عقاب بلا بیان نمی‌کند و چون نهی نرسیده است، عمل به آن مستوجب عقاب نخواهد بود. حال که شک در جواز یا عدم جواز تقیید مالکیت با زمان است و با توجه به این که تاکنون در این خصوص منعی وارد نشده است؛ لذا به پشتوانه اصل یادشده حکم قضیه اباحه و جواز عمل می‌باشد.

نتایج و پیشنهادات:

۱- در آثار منتشر شده مربوط به مالکیت موقت که نگارنده موفق به مطالعه آنها شده، سعی بر آن گردیده تا این موضوع از دیدگاه موازین فقهی مورد تحلیل و مذاقه قرار گیرد و به این نتیجه برسند که فقه در این باره چه حکمی می‌دهد. همان گونه که در متن این تحقیق نیز مشهود است، کوشش در این زمینه ثمر چندانی به بار نیاورده است؛ زیرا فقهای متقدم در آثار خود متعرض این مسئله نشده‌اند و چنین مسئله‌ای به عنوان مسئله‌ی روز در آثار گذشته مطرح نشده است تا بتوان در این باره به قیاس پرداخت. در اعلام نظر فقهای زمان حاضر نیز اختلاف شدیدی ملاحظه می‌شود و کمکی به حل مسئله نمی‌نماید؛ و این اختلاف نظر شدید هم شاید ناشی از آن باشد که در آثار فقهی گذشته، تحلیلی در باب مالکیت موقت و زمانی صورت نگرفته است.

۲- نظام حقوقی ایران در زمینه حقوق معاملات بر پایه‌ی آزادی اراده یا حاکمیت اراده قرار گرفته است؛ تا آنجا که این قراردادها مخالفی با نظم عمومی و اخلاق حسنه و یا قواعد آمره نداشته باشند. این نکته بنیادی تا آنجا پیش می‌رود که هرگاه بپرسیم یا تردید کنیم که این قاعده و قانون آمره است یا غیر آمره، جواب می‌دهیم غیر آمره است مگر این که خلاف آن ثابت شود. زیرا در کشور ما انعقاد قراردادها بر مبنای تراضی طرفین و آزادی و حاکمیت اراده استوار است (ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی). در این نظام بخصوص در مسائل مدنی، اصل اباحه جاری و رایج است.

نظام حقوقی ایران انتقال مالکیت را به هر دو صورت اراده‌ی و قهری پذیرفته است و این انتقال مالکیت گاه به صورت قطعی است (ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی) و گاه به صورت متزلزل (مواد ۴۵۳ و ۸۶۸ قانون مدنی).

در این نظام، حتی در جایی که انتقال مالکیت با استناد به مواد ۳۳۹ و ۳۶۲ قانون مدنی به طور قطعی صورت می‌گیرد، می‌توان با درج شروطی، دامنه‌ی تصرفات مالک یا خریدار را حتی برخلاف نص صریح صدر ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی محدود کرد.

آن گونه که بیشتر اشاره شد ما هنوز در حقوق یا فقه قاعده‌ای حتی در شکل قول مشهور آن، مبنی بر غیر مشروع بودن مالکیت موقت در اختیار نداریم؛ مضافاً این که نمونه‌هایی از آن را در فقه پذیرفته‌ایم. در حقوق ایران این اختیار وجود دارد که پس از انعقاد عقد بیع یا همزمان با آن، با درج شرطی به صورت معلق، مانعی در اثر عقد یا انتقال مالکیت ایجاد گردد (ماده ۱۸۹ قانون مدنی)؛ حال چرا نتوان با درج شرطی، مالکیت را برای دوره‌ی معینی از سال منتقل نمود؟

حال که پذیرفته‌ایم قراردادها در نظام حقوقی ایران بر پایه‌ی تراضی طرفین و توافق اراده‌ها در نوع و موضوع عقد منعقد می‌شوند و هر یک از طرفین حق دارد که برای رسیدن به توافق یا به دلایل خاص خود، از برخی حقوق مالی صرف نظر نماید (مانند ماده‌ی ۴۴۸ قانون مدنی در باب سقوط تمام یا بعضی از اختیارات یا اسقاط حق اعتراض و ...) با وجود این بافت حقوقی، چرا خریدار نباید بتواند مال غیر منتقول یا منقولی را خریداری نماید که مالکیت او «تداوم» دارد ولی امکان تصرف و بهره‌برداری یا استیفاء منفعت از مال موصوف فقط در مقاطعی از زمان صورت گیرد؟ در عین حال که می‌دانیم حتی خریدار گاه رضایت به بیعی می‌دهد که فروشنده حق فسخ معامله را دارد و مالکیت خریدار در مدت اعتبار خیار، مالکیتی متزلزل و غیر مستقر است (ماده‌ی ۱۸۸ قانون مدنی).

۳- این تأسیس حقوقی (مالکیت موقت) از زمان پیدایش و بالندگی‌اش با نظرات مختلفی در میان حقوق دانان روبرو شده است. اختلاف دیدگاه‌ها تا مرز رد یا قبول ادامه یافته، اما بررسی‌های بعمل آمده حاکی از آن است که بنا به دلایل یادشده پذیرش این نوع مالکیت در حقوق ایران بلاشکال بوده و وجود تأسیساتی مشابه آن در فقه و حقوق، خود مثبت این ادعاست. از سوی دیگر مخالفان این تقیید نیز تاکنون نتوانسته‌اند دلیل محکمی برای این مخالفت خود ارائه نمایند و همان‌گونه که در مباحث مطروحه در تحقیق عنوان شد در مقام یک مدعی، هرگز موفق به بیان بینه‌ی مناسبی نشده‌اند؛ در حالی که ادعای موافقین مبنی بر عدم

دوام مالکیت، مطابق اصل عدم بوده و بیشتر نیز مشخص گردید که «دوام» در مفهوم مالکیت اخذ نشده است.

۴- اگرچه گروهی از فقها در بیان نظرات خود با این تقييد از طريق عقود مشخصی مخالفت ورزیده‌اند، لیکن در این خصوص نیز چون اجماعی در خصوص مخالفت وجود ندارد به ناچار باید به عرف مراجعه کرد که استقبال عرف از این اقدام نشان از معقول بودن آن داشته و پیشرفت روزبه روز جامعه‌های انسانی و نیاز به مسکن موقت و تفریح و ... ما را ناچار به پذیرش این تقييد می‌نماید.

۵- با توجه به آنچه گذشت قبول این تأسیس بدون داشتن ضابطه‌ی مشخص و قانون مدونی فقط در کوتاه مدت، آن هم به دلیل مزایای منحصر به فرد آن از جمله: جلوگیری از حبس و رکود سرمایه، فراهم کردن امکان سرمایه گذاری برای سرمایه‌های اندک، تضمین زمان مطلوب برای استفاده خریدار، استفاده از حداکثر ظرفیت در هتل‌ها و آپارتمان‌ها، جلوگیری از هزینه‌های اضافی (نگهبانی، نگهداری و آماده سازی برای استفاده‌ی مجدد و حوادث احتمالی به علت خالی بودن مالک)، ارزش افزوده برای خریدار، جلوگیری از تصرف و تغییر کاربری اراضی غیر مسکونی و ... امری قابل پذیرش است. در این اقدام کوتاه مدت به نظر می‌رسد استفاده از ضوابط حاکم بر نهادهای حقوقی داخلی و موجود همچون عقود بیع مشاع به شرط مهیایات حق انتفاع، اجاره و صلح راهگشا باشد.

۶- به نظر نگارنده انطباق تقييد مالکیت با زمان بر ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و به عنوان یک قرارداد خصوصی بلااشکال است؛ چرا که:

الف- ناشی از یک قرارداد خصوصی است.

ب- هرگونه تصرف و انتقال در اموال خصوصی صورت می‌گیرد.

ج- تأسیس حاصل از این عمل حقوقی، نافذ است.

د- شرایط مندرج در این تقیید مبنی بر استیفاء منفعت در محدوده‌ی زمانی سالیانه و عدم تصرفات مادی و زیربنایی نیز، برخلاف قواعد آمره نیستند.

ه- تعهدات و شرایط اعلام شده مورد قبول طرفین است.

و- تاکنون ماده یا حکم قانونی و فقهی دیده نشده که چنین اقدامی را باطل اعلام نماید.

لیکن برای استمرار این اقدام، تدوین و تقنین قانون خاص (با استفاده از نظر کارشناسان) الزامی است تا ضمن تعیین قالب خاص حقوقی برای این عمل، خریدار و فروشنده بدانند چه نوع عقدی را منعقد ساخته‌اند و مطمئن باشند که در صورت بروز اختلاف از حمایت قانونی برخوردارند و محاکم نیز رویه‌ی قانونی واحدی را در برخورد با این گونه اختلافات برگزینند.

منابع:

کتاب فارسی

- ۱- امامی، حسن، (۱۳۸۰ ش)، «حقوق مدنی»، اسلامیه، تهران، جلد اول (۱۳۷۷ش) جلد دوم.
- ۲- انجوی نژاد، سید مهدی، (۱۳۷۴ش)، «فقه استدلالی»، دانشگاه فردوسی، مشهد
- ۳- انصاری، مرتضی، (۱۳۸۱ش)، «المکاسب»، ترجمه و شرح: محی الدین فاضل هرندی، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، جلد یازدهم
- ۴- بروجردی، محمد عبده، (۱۳۳۹ش)، «کلیات حقوق اسلامی»، دانشگاه تهران، تهران
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۳ش)، «حقوق اموال»، گنج دانش، تهران
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۵ش)، «دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت»، بنیاد راستاد، تهران
- ۷- حائری، مسعود، (۱۳۷۰ش)، «مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، کیهان، تهران

- ۸- خوانساری، محمد، (بی تا)، «فرهنگ اصطلاحات منطقی»، بنیاد فرهنگ ایران، بی جا
- ۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷ش)، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، نشر حقوقدان
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱ش)، «حقوق مدنی: عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)»، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴ش)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت»، نشر یلدا، تهران
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶ش)، «حقوق مدنی: اعمال قرارداد- ایقاع»، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶ش)، «حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (انحلال قرارداد- خيارات)»، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، جلد دوم و سوم

کتاب عربی

- ۱- قرآن کریم
- ۲- اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۰۹ق)، «بحوث فی الفقه»، النشر الاسلامی، قم
- ۳- التوحیدی التبریزی، محمدعلی (۱۳۷۳ش)، «مصباح الفقاهه فی المعاملات (تقریرات درس آیت ا... خوبی)»، انصاریان، قم
- ۴- الجزائری المروج، السیدمحمدجعفر، (۱۴۱۶ق)، «هدی الطالب الی شرح المکاسب»، دارالکتاب، قم.
- ۵- السنهوری، عبدالرزاق احمد، «الوسیط فی شرح القانون المدنی»، دار احیاء التراث العربی، جلد سوم (۱۹۵۸م) جلد پنجم و جلد هشتم (۱۹۶۷م)
- ۶- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۳۷۶ش)، «سؤال و جواب»، نشر علوم اسلامی، تهران
- ۷- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، (۱۳۷۸ش)، «حاشیه المکاسب»، اسماعیلیان، قم

- ۸- قمی، ابوالقاسم، (۱۳۸۰ش)، «جامع الشتاب»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، جلد دوم
- ۹- الموسوی البجنوردی، سید میرزا حسن (۱۳۹۱ق)، «قواعد الفقهیه»، مطبعه الآداب، نجف، جلد چهارم و جلد پنجم
- ۱۰- الموسوی البجنوردی، محمد، (۱۳۶۸ش)، «قواعد فقهیه»، انتشارات آموزش انقلاب اسلامی، تهران
- ۱۱- الموسوی الخمینی، روح ا...، (۱۴۱۰ق)، «البیع»، اسماعیلیان، قم، جلد دوم

حمایت از اطفال بزه دیده در سیاست جنایی تقنینی ایران

«نگاهی به قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۲»

سید سجاد کاظمی سرکانه^۱

دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه تهران کارآموز وکالت

چکیده

در جامعه امروزی، کودکان جایگاه ویژه‌ای را به خود اختصاص داده‌اند و دیگر مانند گذشته نیست که کودک جزء اموال خانواده محسوب شود بلکه کودک فردی است با شخصیت و جایگاه اجتماعی خاص خود و حقوقی که به تبع این جایگاه اجتماعی برای او در نظر گرفته شده است. اما آنچه که اهمیت دارد این است که آیا حقوق در نظر گرفته شده در جامعه ما برای اطفال کافی است و صرف بیان آنها می‌تواند موقعیت کودک را در درون جامعه تثبیت کند و او را از هرگونه تعرض در امان بدارد؟ آنچه که بدون شبهه باید پذیرفت، منفی بودن پاسخ این سؤال است. زیرا کودکان به دلیل صغر سن و ضعف جسمانی و عقلانی ناشی از آن، به حقوق خاص و حمایت‌های ویژه از این حقوق نیازمندند و اگر ضمانت اجرایی نباشد تا از آنها حمایت کند، مطمئناً نه تنها این حقوق رعایت نمی‌شود بلکه برخلاف آنها نیز عمل خواهد شد و کودکان که نسبت به سایر افراد آسیب پذیرتر هستند آسیب بسیاری را متحمل می‌شوند.

۱- Email: skazemiv8@yahoo.com

آنچه که به طور خاص در این پژوهش بر روی آن تمرکز شده است، بررسی همه جانبه قانون حمایت از کودکان و نوجوانان است که در راستای عمل به تعهدات بین المللی که کشور ما به تبع پیوستن به کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۳۷۹ متعهد و ملتزم به آنها گردیده بود، در سال ۱۳۸۲ پس از کش و قوس های فراوان توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. در واقع تلاش نگارنده بر آن بوده است که به بهانه بررسی و ارزیابی قانون مذکور، گریزی به وضعیت مقررات کیفری موجود در نظام کیفری ایران در رابطه با حمایت از کودکان و نوجوانان بزند و بدین وسیله نقاط خلاء و ضعف قوانین مذکور در این زمینه بررسی و ارزیابی کرده و در نتیجه قانونگذار را در تهیه و تدوین قوانین حمایتی از برخی اقشار در معرض بزه دیدگی مانند کودکان یاری نماید.

واژگان کلیدی:

سیاست جنایی افتراقی، اطفال، کودک آزاری، بزه دیدگی

مقدمه:

حقوق کیفری اطفال یا عدالت کیفری صغار که معیار آن صغر سن (کودکی یا نوجوانی) است، از پیشینه زیادی در میان نظامهای حقوقی برخوردار نیست، خواستگاه آن - به عنوان یکی از شاخه‌های حقوق کیفری فنی یا خاص - در غرب را باید در مکتب تحقیقی (اثباتی) و در سالهای آغازین سده بیستم جستجو کرد.^۱ از این زمان به بعد بود که طفل به عنوان یک موجود انسانی کامل که دارای شخصیت، روان و جسم مستقل از بزرگسالان است و در نتیجه در برابر بزهکاران و کژمداری آسیب پذیری بیشتر دارد، مورد توجه قرار گرفت. با پایان یافتن جنگ جهانی دوم و پیدایش بزه‌دیده شناسی و جرم شناسی‌های واکنش اجتماعی، به دنبال آن، روند حقوقی کیفری اطفال سرعت بیشتری به خود گرفت. در رویکرد نخست از این رشته، با عنوان بزه‌دیده شناسی علمی یا نخستین - طبقه بندی بزه‌دیدگان از جهات گوناگون مورد توجه دانشمندان و جرم شناسان واقع شد. معیارهای اصلی این طبقه‌ها، آسیب پذیری قربانیان جرایم بود. بر همین اساس اطفال و بزرگسالان بزه‌دیده بر مبنای معیار آسیب شناسی سن از یکدیگر جدا شدند. به این ترتیب حمایت از اطفال - به عنوان یکی از طبقات بزه دیدگان آسیب پذیر در برابر بزه دیدگی، وارد قلمرو حقوق کیفری و جرم شناسی شد.

(شاید بتوان گفت که مهمترین قشر آسیب دیده اطفال که جامعه ایرانی به نوعی با آنها و به عنوان معضل اجتماعی مطرح می‌شوند) کودکان کار، کودکان خیابانی، کودکانی قربانی ایذا و اذیت، قاچاق و پورنوگرافی می‌باشند. در واقع این اطفال، قربانی اوضاع اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، حقوقی و قضایی جامعه هستند. بسیاری از این کودکان، هرگز دیده نمی‌شوند و شاید بتوان از آنها به عنوان (کودکان نامرئی)^۲ یاد کرد (محمدی آرانی ۱۳۸۴، ص ۲). این کودکان فاقد حمایت خانواده بوده و در شرایطی که مورد تعدی قرار گیرند، به جهت وضعیت خاص آنها

۱- البته لازم به ذکر است که در حقوق کیفری اسلام این بحث از سابقه فراوانی برخوردار بوده و در منابع گوناگون فقهی و شرعی به اشکال گوناگون به اطفال، حمایت از آنان و سایر مسائل مرتبط با این حوزه صحبت شده است.

مورد حمایت نظام کیفری قرار نمی‌گیرند. لذا به نظر می‌رسد کودکان به عنوان بی‌پناه‌ترین قشر جامعه باید مورد توجه قانونگذار و همچنین پژوهشگران حوزه‌های جرم‌شناسی و روان‌شناسی قرار گیرند. به عبارت دیگر بهترین راهکار در این حوزه اطلاعات و بالا بردن فرهنگ جامعه در خصوص این قشر و تصویب قوانین حمایتی همسو با استانداردهای بین‌المللی می‌باشد. بزه دیدگی اطفال مسأله‌ای است که در جامعه ما چندان مورد توجه واقع نشده است و به تبع آن قوانین حمایتی و همچنین یک سیاست جنایی افتراقی مشخصی هم در خصوص آن قابل مشاهده نمی‌باشد و از اینرو حمایت‌ها و اقدامات حقوقی و اجتماعی ویژه‌ای را طلب می‌کند. بزه دیدگی اطفال در دارنده آثار مخربی برای آینده جامعه خواهد بود چرا که اطفال بزه دیده امروز بزه‌کاران بالقوه فردای جامعه هستند. شاید بتوان مهمترین دلیل وضعیت کنونی اطفال در کشور ما را فقدان قوانین حمایتی مکفی و نبود سیاست جنایی خاص در این حوزه دانست.

در این نوشتار تلاش بر این است که بعد از ذکر کلیاتی در باب مفهوم بزه دیدگی اطفال و علل بروز آن، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب آذر ۱۳۸۱ به عنوان مهمترین قانون موجود در خصوص حمایت از اطفال مورد بررسی قرار گرفته و نقاط ضعف و قوت آن و علی‌الخصوص میزان مطابقت آن با معیارهای که در عرصه بین‌المللی به خصوص کنوانسیون حقوق کودک بیان شده است، به بحث گذاشته شود. لازم به ذکر است از آنجایی که لایحه‌ی جدیدی در راستای حمایت از اطفال و وضع تضمین‌های بیشتر برای پیشگیری از بزه دیدگی آنها در دست تهیه، تدوین و تصویب است، مقصود نهایی این پژوهش شناخت نقاط ضعف قانون فوق‌الذکر در جهت کمک به قانونگذار برای تصویب قوانین جامع‌تر در این زمینه است.^۱

۱- اگرچه از تصویب قانون حمایت از اطفال چند سالی می‌گذرد و ممکن است بر این نوشتار این انتقاد وارد باشد که با فاصله زمانی به این قانون پرداخته است ولی همچنان که در بالا نیز مختصراً بیان شد هدف، کمک به قانونگذار در جهت تصویب قوانین حمایتی جامع‌تر در آینده بوده و در ضمن دیدگاه نگارنده با گذشت زمان چند ساله از تصویب قانون، بسیار بهتر می‌توان در مورد نقاط ضعف و قوت آن اظهار نظر کرد.

۱- بزه دیدگی اطفال و لزوم حمایت از آنان

بزه دیده (قربانی، شاکی) از بدو تولد حقوق کیفری در دنیای باستان تا به امروز نقش ممتازی را در پروسه کیفری ایفا کرده است. از قوانین هیتی‌ها (اکبری، ۱۳۷۹، ص ۱۲۲) و قانون نامه حمورابی گرفته تا قوانین امپراطوری‌های جهان باستان مانند ایران، روم و یونان و از ادیان بزرگ الهی همچون شریعت موسی و اسلام گرفته تا آثار و نوشته‌های اصحاب کلیسا در قرون وسطی، همه و همه به نوعی بر نقش بزه دیدگان در تحقق عمل مجرمانه و پیشبرد دعوای کیفری و لزوم جبران خسارت وارده به آنان صحبت به میان آمده است، هر چند که این توجه به صورت غیر علمی، ضمنی و در بسیاری از موارد ناخودآگاه انجام می‌گرفته است. با مروری به تاریخ تحولات حقوق کیفری در دنیا مصادیق متعدد و گوناگونی از بزه دیدگی اطفال قابل اشاره است. به عنوان نمونه در شبه جزیره عربستان در دوران ما قبل اسلام، اطفال به عنوان مایملک والدین محسوب شده و اطفال در این دوران مورد آزار و اذیت فراوانی قرار می‌گرفته، تا جایی که به لحاظ بینشی دختران خود را زنده به گور می‌کرده‌اند و یا در اروپا در قرون وسطی برای مدتهای مدیدی اطفال هیچ جایگاه خاصی در جامعه نداشته‌اند.

هنگامی که از اصطلاح اطفال بزه دیده صحبت می‌شود منظور طفل یا صغیری است که براساس قوانین و مقررات، موضوع جرم واقع شده، یعنی جرمی بر علیه او اتفاق افتاده که براساس قانون، بزه‌دیده این جرم باید صغیر باشد. حال سؤال اینجاست که منظور از طفل مورد حمایت در اینجا چه کسی است؟

فارغ از مباحث گسترده‌ای که در سوابق فقهی و حقوقی ما در این باره وجود دارد، برای پاسخ به این سؤال می‌توان به ماده ۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان اشاره داشت که کلیه اشخاصی را که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند را مشمول حمایت‌های خود قرار داده است و

در واقع این قانون تنها مقررهای است که سن ۱۸ سال را به عنوان ملاکی برای حمایت‌های قانونی و کیفری از اطفال تعیین نموده است.^۱

عوامل متعددی در بزه‌دیدگی اطفال دخیل هستند. اما به طور خلاصه می‌توان خانواده، مدرسه، محیط کار، محیط زندگی، رسانه‌های گروهی و بعضی عوامل فرهنگی دیگر را، مهمترین عوامل مؤثر در بزه‌دیدگی اطفال برشمرد (عباچی، ۱۳۸۰، ص ۲۵). از همین رو است که در کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک بیشترین تأکیدات برای پیشگیری از بزه‌دیدگی کودکان، بر روی این قبیل امور صورت گرفته و اقدامات متعددی را برای دول عضو در امر کارایی بهتر و مؤثرتر این نهادها پیشنهاد داده است.

حمایت از کودکان می‌تواند به طریق مختلفی صورت گیرد. این حمایت می‌تواند در طیف گسترده‌ای از روش‌های اخلاقی گرفته تا ضمانت اجرای کیفری قرار بگیرد، حمایت دارای اشکال بسیار متنوعی بوده که به طور کلی می‌توان آنها را به دو دسته حمایت‌های کیفری و غیر کیفری تقسیم کرد.

بدیهی است که حمایت کیفری بایستی به عنوان آخرین راهکار و حربه حمایتی باشد و در صورت عدم کفایت و ناکافی بودن سایر راهکارها توسل به ضمانت اجرای کیفری می‌تواند چتر حمایتی کارسازی را برای کودکان در معرض خطر فراهم آورد (کلارسون، ۱۳۷۱، ص ۲۲۴).

اما پرسش قابل طرح اینست که اساساً مبنای طرح حمایت از بزه دیده چیست؟ و به عبارت دیگر چرا «کودکان» را باید به عنوان قشری از اقشار جامعه تحت حمایت قرار داد؟

در پاسخ به این سؤال، نظرات و مبانی گوناگونی مانند قصور دولتها در حمایت از بزه-دیدگان یا مبانی فلسفی یا ارزشی از سوی بعضی صاحب‌نظران مورد اشاره قرار داده شده است (توجهی، ۱۳۸۷، ص ۲۹). اما شاید بتوان مهمترین مبنای این حمایت را باید در نقش بسیار مهم و

۱- قبل از این قانون، به موجب تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۰ سن بلوغ برای پسران ۱۵ سال و برای دختران ۹ سال اعلام شده و براساس ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی همین سن برای رفع مسئولیت کیفری از کودکان مورد پذیرش قرار گرفته است.

مؤثر آن در تقلیل بزهکاری دانست. براین اساس، حتی اگر بزه‌دیده در بزه دیدگی خویش نیز مقصر باشد، حمایت از وی امری ضروری و منطقی است: زیرا از طرفی این حمایت و تأمین خسارت و تشفی خاطر، او را از بزه دیدگی مکرر که معلول ضعف، انزوا، بیچارگی و بزه دیدگی نخست اوست، مصون می‌نماید و از طرفی دیگر مانع از انتقام جویی‌های فردی و گسترش بزهکاری می‌شود (همان، ص ۳۱).

حال به نظر می‌رسد اولین و مهمترین قشری که از میان انواع مختلف بزه دیدگان جرایم مختلف، نیازمند حمایت هستند، کودکان می‌باشند. شکی نیست که اطفال در مقایسه با دیگر افراد آسیب‌پذیر، به حمایت بیشتری محتاج هستند. علاوه بر حمایت‌هایی که از طریق نهادهای مختلف جامعه مدنی می‌توان نسبت به آنها اعمال کرد، آنچه که بیش از همه جلب توجه می‌کند، ساز و کارهای موجود در حقوق کیفری ماهوی برای حمایت ویژه از کودکان می‌باشد. بدین سان، حقوق کیفری با استفاده از ساز و کارهای خاص خود یعنی، جرم‌انگاری برخی رفتارها و تشدید کیفر بزهکارانی که کودکان را به عنوان بزه دیده خود انتخاب می‌کنند، به حمایت کیفری افتراقی از اطفال می‌پردازد تا از این طریق ضریب آسیب‌پذیری آنها را پایین بیاورد (زینالی، ۱۳۸۲، ص ۶۰). تدوین‌کنندگان طرح حمایت از کودکان و نوجوانان نیز در دفاع از تصویب این طرح، واقعیت‌ها و یافته‌های جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی یاد شده، بی‌توجه نبوده و از آن تأثیر پذیرفته‌اند^۱ که در ادامه این قانون را از زوایای گوناگون مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱- مراجعه کنید به: مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، جلسه ۲۳۰، روزنامه رسمی ۲۲ خرداد ۱۳۸۱، ص ۵.

۲) زمینه‌های تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۲

با تصویب این قانون، نشانه‌هایی از اتخاذ یک «سیاست جنایی افتراقی»^۱ در برخورد با جرایم علیه اطفال در حقوق کیفری ایران نمایان گردید. قانونی که برخلاف عنوان کلی آن، صرفاً با جرم انگاری برخی رفتارهای خاص، درصدد حمایت کیفری از اطفال بر آمده است. با نگاهی به مباحث مطرح شده در جریان تصویب این قانون، مشخص می‌شود که قانونگذار در تصویب این قانون، بیش از هر چیز از جامعه مدنی، تعهدات بین‌المللی به ویژه کنوانسیون حقوق کودک، واقعیت‌ها و یافته‌های روانشناسی، جرم‌شناسی و بزه دیده شناختی تأثیر پذیرفته است. قانونی که با پایه‌ریزی اولیه «حقوق کیفری اطفال بزه دیده» در ایران برای اولین بار اصطلاح «کودک آزاری» را وارد ادبیات حقوق کیفری ایران کرد و سن بزه دیدگی این جرم را همگام با یافته‌های علمی و کنوانسیون حقوق کودک، هجده سال تعیین نمود. جرم‌نگاری اعمالی نظیر هرگونه صدمه، اذیت و آزار، شکنجه روحی و جسمی کودکان، نادیده گرفتن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی کودکان، ممانعت از تحصیل آنها، هرگونه خرید، فروش، بهره‌کشی و به‌کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف، از نوآوریهای قانون یاد شده به شمار می‌آید (زینالی، همان منبع پیشین، ص ۶۲). قانونی که با جنبه عمومی دادن به «کودک آزاری» و جرم‌انگاری در راستای اجباری نمودن گزارش دهی موارد کودک آزاری، بارقه‌های امیدی از شکل‌گیری نظام دادرسی خاص اطفال بزه دیده را نوید داده است. از اینرو می‌توان قانون حمایت از کودکان و نوجوانان را یک قدم رو به جلو در زمینه حمایت از کودکان و نوجوانان در برابر خشونت‌های روحی و جسمانی دانست.

۱- منظور از سیاست جنایی، به تعبیری مجموعه تدابیری است که هیأت اجتماعی در رویارویی با پدیده بزهکاری اعم از پیشگیری و پاسخ، اتخاذ می‌نماید و در صورتی که این مجموعه پاسخ‌ها (اعم از واکنش پسینی و پیشینی) با توجه به نوع جرایم و با توجه به ویژگیهای شخصیتی و اجتماعی و یا شرایط خاص بزهکاران و یا بزه دیدگان تنظیم شود، وارد قلمرو سیاست جنایی افتراقی می‌گردد.

در سال ۱۹۵۹ میلادی، اعلامیه‌ی حقوق کودک به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید که در واقع، اساس و بنیان کنوانسیون حقوق کودک را پی‌ریزی نمود. طرح کنوانسیون حقوق کودک که به ابتکار کشور لهستان در سال ۱۹۸۹، به اتفاق آرا تصویب شد، از یک مقدمه و ۵۴ ماده تشکیل یافته است. از میان این مواد، ۴۱ ماده آن مربوط به حقوق کودک و ۱۳ ماده آن در ارتباط با نحوه اجرای آن در هر کشور است. تاکنون ۱۹۱ کشور از ۱۹۳ کشور جهان به آن پیوسته‌اند و صرفاً دو کشور آمریکا و سومالی تا به حال به این کنوانسیون ملحق نشده‌اند.

هدف اساسی این کنوانسیون، ایجاد زندگی بهتر برای کودکان و تلاش در راه رشد هماهنگ و متعادل آنان در زمینه‌های اساسی، رشد جسمی، ذهنی، عاطفی، روانی و رشد اجتماعی است و برای دستیابی به این هدف، چهار محور رشد، بقا، حمایت و مشارکت را مورد توجه قرار داده است (پورقهرمانی، ۱۳۸۳، ص ۶). جمهوری اسلامی ایران از جمله کشورهایی است که کنوانسیون حقوق کودک را در سال ۱۹۹۰ امضا و در اسفند ماه سال ۱۳۷۲ تصویب کرده است. البته ایران این کنوانسیون را با اعمال این حق شرط مورد پذیرش قرار داده که «نسبت به مواد و مقرراتی که مغایر با شریعت اسلام باشد حق شرط داشته باشد و این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که هنگام تصویب، چنین حق شرطی را اعلان نماید...» و مجلس شورای اسلامی نیز با همین قید کلی ملزم نبودن به مواد مغایر با موازین اسلامی و قوانین داخلی، آن را تصویب نمود. همانگونه که بعضی از نویسندگان نیز تأکید داشته‌اند در واقع دولت ایران با پیوستن به کنوانسیون، درصدد بر نمی‌آید که قوانین خود را با مقررات کنوانسیون وفق دهد و آن را اصلاح کند، بلکه قوانین خود را اجرا می‌کند و در آینده نیز قوانینی را که مناسب بداند وضع و اجرا می‌کند و به هر صورت هر جا مقررات کنوانسیون با قوانین داخلی فعلی یا قوانین مصوب بعدی مغایر تشخیص داده شد، این مقررات برای دولت ایران لازم‌الرعایه نیست! (بیگی، ۱۳۸۴، ص ۴۳) و همین امر است که مورد اعتراض بسیاری از کشورها قرار گرفته و این شرط کلی را غیر قابل قبول و غیر منطبق با کنوانسیون می‌دانند (مهرپور، ۱۳۷۷، ص ۱۲۹).

در راستای این کنوانسیون و پیوستن ایران به آن، مجلس شورای در سال ۱۳۸۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان را به تصویب رساند که در بردارنده ۹ ماده است. در این قانون، اشخاص کمتر از ۱۸ سال شمسی تمام، از حمایت‌های این قانون بهره مند شده اند و همچنین، هرگونه اذیت و آزار کودکان و نوجوانان که سلامت جسم و روان آنان را به مخاطره بیندازد، ممنوع شده است. طبق ماده ۳ این قانون، هرگونه خرید و فروش و بهره کشی و به کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف از قبیل قاچاق، ممنوع و مرتکب علاوه بر جبران خسارت به مجازات مقرر محکوم خواهد شد و براساس ماده ۴، هرگونه صدمه و اذیت و آزار و شکنجه جسمی و روحی کودکان و نادیده گرفتن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی و ممانعت از تحصیل آنان ممنوع شده است. در ضمن، کودک آزاری، از جمله جرایم عمومی محسوب می‌شود و نیاز به شاکی خصوصی ندارد (ماده ۵ قانون). اشخاص، مؤسسات و مراکزی هم که به نحوی مسئولیت نگهداری و سرپرستی کودکان را بر عهده دارند، مکلفند به محض مشاهده کودک آزاری، به مقامات صالح قضایی جهت پیگرد اطلاع دهند (ماده ۶ قانون). همانگونه که ملاحظه می‌شود بیشتر مواد کنوانسیون حقوق کودک، در این قانون بیان شده و این حاکی از حساسیت قانونگذار نسبت به قضیه می‌باشد که قابل تقدیر است. در ادامه، مهمترین انتقادات وارد به این قانون را مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳) مهمترین انتقادات وارد بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان

شاید این قانون بیشتر به انگیزه تبلیغاتی و یا سیاسی مورد تصویب قرار گرفت و از اینرو علی‌رغم بعضی نوآوری‌ها، شتابزدگی‌ها و نواقص فراوانی در آن قابل مشاهده است. به نحوی که بعضی مواد و مقررات این قانون را به مثابه یک قانون خنثی و فاقد اثر مبدل کرده است. با نگاه به شرح مذاکرات مجلس شورای اسلامی و همچنین نظرات شورای نگهبان در هنگام تصویب این قانون، این امر بسیار بیشتر خود را بروز می‌دهد.

اگرچه به موجب این قانون، کودک آزاری از جرایم عمومی تلقی شده و از اینرو برای پیگیری و تعقیب از سوی دادرسا، نیازی به شکایت شاکی خصوصی ندارد، اما مشکلاتی مانند

عدم ارائه تعریف جامع، مضیق و شفاف از کودک آزاری و اکتفا کردن به ذکر مصادیقی که بعضاً جز جرایم علیه اطفال محسوب می‌شوند و براساس قوانین خاص قابلیت رسیدگی دارد، باعث شده اصلاح قانون فوق‌الذکر در دستور کار دستگاه قضایی قرار گیرد.

شاید بتوان مهمترین انتقاد وارده به این قانون را این مسئله دانست که این قانون شامل مواردی نمی‌شود که اولیاء و مربیان اقدام به تأدیب و تنبیه کودک می‌نمایند. این مسئله باعث مباحث فراوانی مابین مجلس و شورای نگهبان گردید. هر چند قانونگذار در جهت حمایت از اطفال سیاست افتراقی مناسب را اتخاذ کرده است ولی با وجود مواردی مانند ماده ۵۹ ق.م.ا. و ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی راه را برای تعرض به اطفال باز گذاشته است (حبیب زاده و مقدسی، ۱۳۸۵، ص ۶۶). طبق ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، حق تأدیب تنها به والدین محدود شده ولی براساس بند ۱ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، علاوه بر والدین، اولیای قانونی و سرپرستان اطفال نیز حق تأدیب اطفال را دارند. هر چند این ماده دو معیار درونی قصد تأدیب و معیار بیرونی در حد متعارف بودن را برای تشخیص متعارف بودن تأدیب اطفال قرارداده (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲۳)، ولی موجب سوءاستفاده بسیاری از والدین و سرپرستان در تنبیه اطفال شده است. نه تنها این ماده موجب بزه دیدگی اطفال به بهانه تأدیب شده، بلکه حتی بعضی‌ها پارا از این فراتر گذاشته و معلمان و استادان را نیز در ردیف والدین و سرپرستان قرار داده‌اند و به آن‌ها حق تأدیب و تنبیه اطفال را داده‌اند (محسنی، ۱۳۷۶، ص ۶۷) که این امر صریحاً خلاف موازین حقوق کیفری و ماده ۷۷ آیین نامه اجرایی مدارس^۱ است. با تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، امید جامعه حقوقی در جهت مقابله با کودک آزاری به ویژه از طرف والدین که از معافیت ماده ۵۹ ق.م.ا. استفاده می‌کردند، افزایش یافت. اما اصلاحات مکرر در این قانون، اندک بارقه‌های امید را نیز از بین برد. در طرح اولیه، جرم کودک آزاری می‌توانست توسط تمام اشخاص

۱- این آیین نامه مشتمل بر ۱۱۰ ماده در تاریخ ۱۳۷۹/۵/۲۰ به تصویب شورای عالی آموزش و پرورش رسیده است. ماده ۷۷ این آیین نامه چنین بیان می‌دارد: (اعمال هرگونه تنبیه ... از قبیل اهانت، تنبیه بدنی و تعیین تکالیف درسی جهت تنبیه ممنوع است و در اعمال سایر تنبیهات نباید بین دانش آموزان تبعیض و استثنایی قائل شد).

ارتکاب یابد، ولی در اصلاحات متعددی که مجلس در جهت تأمین نظر شورای نگهبان به عمل آورد، والدین به موجب ماده ۷ از شمول این قانون خارج شدند.^۱ در حالی که براساس تحقیقات انجام گرفته متأسفانه نزدیک به ۷۵٪ موارد کودک آزاری در منزل و توسط پدر و مادر و سرپرستان کودکان صورت می‌پذیرد (آبروشن، ۱۳۸۷، ص ۱۱).

آنچه هدف اصلی طراحان این قانون بود با ورود ماده ۷ به کلی از بین رفت. براساس آمار موجود، اغلب موارد کودک آزاری توسط والدین صورت می‌گیرد که به استناد عذر تنبیه از مجازات معاف می‌شوند (حبیب زاده و مقدسی، همان، ص ۶۷). بدین ترتیب با تصویب این ماده، قلمروی اجرایی قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بسیار محدود شد و طراحان به هدف اصلی خود که همانا مبارزه با «کودک آزاری درون خانوادگی» بود نرسیدند. در ادامه مهمترین ایرادات این مصوبه قانون مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد:

۱-۳- عدم جامعیت قانون

به نظر می‌رسد این قانون برخلاف عنوان آن که «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان» است به حقوق آنان به طور کامل توجه نداشته است و انتخاب عنوان یادشده، جنبه تبلیغی آن را دنبال کرده است. حال آنکه در کنار حمایت کیفری از کودکان و نوجوانان ضروری است که حمایت‌های قانونی دیگر مورد نیاز کودکان و نوجوانان و تأمین نیازهای آنان مورد نظر قرار بگیرد. اما برخلاف عنوان، قانون یادشده به کودک آزاری نظر داشته است و آن هم به یک جنبه از آن یعنی حمایت کیفری افتراقی از اطفال بزه‌دیده در پرتوی جرم‌انگاری خاص برخی رفتارها، و از سازوکارهای دیگر در حقوق جزای ماهوی یعنی تشدید کیفر بزه‌کارانی که بر روی اطفال مرتکب جرم می‌شوند، غافل شده است. در مورد حمایت‌های قانونی ویژه از کودکان آزار دیده (بزه دیده) در فرایند کیفری نیز چیز زیادی قابل مشاهده نیست. در صورتی که ضروری است تا حمایت‌های قانونی ویژه از کودکان آزار دیده نسبت به سایر مراحل فرآیند

۱- ماده ۷ این قانون مقرر می‌دارد: «اقدامات تربیتی در چارچوب ماده ۵۹ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی از شمول این قانون مستثنی است.»

کیفری اعم از تعقیب و تحقیق و رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن و حتی بعد از مراحل فرایند رسیدگی نیز، تسری یابد (زینالی، ۱۳۸۲، «۲»، ص ۲۲).

۲-۳- خارج نمودن والدین از تکلیف گزارش دهی کودک آزاری

یکی از ایرادهای شورای نگهبان به مصوبه اول مجلس، اطلاق الزام ماده ۶ (گزارش دهی اجباری کودک آزاری توسط کلیه افراد و مؤسسات که به نحوی مسئولیت نگهداری و تربیت آنها را بر عهده دارند) بود که شامل اولیای کودکان که در مقام تربیت، به فرزند خود صدمه وارد کرده‌اند نیز می‌باشد و مجلس نیز با تصویب ماده ۷ فوق‌الذکر، در راستای تأمین نظر شورای نگهبان حرکت نمود و والدین را از شمول ماده ۶ خارج کرد. از آنجایی که نزدیکترین افراد به طفل در جامعه والدین وی می‌باشد، تصریح تکلیف برای والدین طفل و قرار دادن ضمانت اجرا در صورت عدم عمل به آن می‌توانست تا حدود بسیار زیادی رقم سیاه بزه‌دیدگی اطفال را کاهش دهد، امری که امروزه بسیار با آن مواجه هستیم و درصد زیادی از جرایمی که بر علیه کودکان اتفاق می‌افتد از نگاه مجریان و نهادهای انتظامی و قضایی پنهان می‌ماند.

۳-۳- توجه نکردن به نهادهای مدنی

قانونگذار در این قانون شایسته بود که در راستای یک سیاست جنایی مشارکتی و لزوم مشارکت نهادهای مدنی در سیاست جنایی و مبارزه با کودک آزاری، به انجمن‌ها و سازمان‌های غیر دولتی فعال در زمینه حقوق کودکان نیز توجه می‌کرد و در کنار سازمان بهزیستی، وظایف و اختیاراتی را به مانند سایر کشورها برای آنها پیش‌بینی می‌کرد. (مانند دادن اختیاراتی به آنها در پیگیری و گزارش موارد کودک آزاری).

۴-۳- عدم تأثیر پذیری قانونگذار از کنوانسیون بین‌المللی در زمینه حقوق کودک

در موافقتنامه‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون حقوق کودک و پیمان نامه حقوق کودک، که در خصوص حمایت از حقوق کودکان در سطح دنیا به تصویب رسیده، حمایت‌های زیادی پیش‌بینی شده که شایسته بود قانونگذار در تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان به

آنها نیز توجه کرده و آنها را نیز در قانون مذکور می‌گنجانند.^۱ از جمله این حقوق می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- حق آزادی عقیده، شامل آزادی جستجو، دریافت و رساندن اطلاعات
- عدم دخالت در امور خصوصی کودکان یا امور خانوادگی و مکاتبات وی
- حقوق کودکان معلول باید به رسمیت شناخته شود و مراقبت های ویژه برای آنان مقرر گردد.
- لزوم بیمه کردن کودکان
- فراهم نمودن وسایل تفریح و آرامش و بازی مناسب سن کودکان و ...

۵-۳- عدم واگذاری حق شکایت به سازمان بهزیستی

یکی از مواردی که در تبصره ماده ۵ پیش‌بینی شد این بود: «علاوه بر مراجع قضایی ذیربط، سازمان بهزیستی کشور نیز حق طرح شکایت در محاکم دادگستری را دارد.» که شورای نگهبان این تبصره را خلاف اصول ۵۷ و ۱۵۶ قانون اساسی^۲ دانسته است و همچنین آورده است که چون واگذاری این حق به بهزیستی مستلزم این است که بتواند اعلام رضایت هم بکند، پس این مسئله خلاف موازین شرعی است و با اصول ۵۷ و ۱۵۶ قانون اساسی مغایر است. در جهت رفع ایراد شورای نگهبان، این تبصره را هم اعضای کمیسیون حذف کردند و نمایندگان نیز به این حذف رای مثبت دادند. یکی از عللی که پیشنهاد دهندگان طرح برای آوردن این تبصره داشتند این بود که سازمان بهزیستی کشور چون تنها نهادی است که بیشتر از همه درگیر مسائل و مشکلات کودکان آسیب دیده می‌باشد، پس واگذاری چنین حقی به آن می‌تواند در

۱- برای مطالعه بیشتر راجع به حقوق مصرح برای کودکان در کنوانسیون های مرتبط با حمایت از کودکان ر.ک به: آسیابان عباس آبادی، مرضیه، بررسی تطبیقی کنوانسیون حقوق کودک با میثاق حقوق کودک در اسلام، پ. کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.

۲- اصل ۵۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، مجریه و قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردد. این قوا مستقل از یکدیگرند. ماده ۱۵۶ نیز وظایف قوه قضاییه را بیان می‌کند.

پیگیری موارد کودک آزاری و حمایت از اطفال مؤثر باشد. ایراد شورای نگهبان هم مربوط به این می‌شد که چون واگذاری چنین حق مستلزم اعلام رضایت این سازمان نیز هست، پس مخالف قانون اساسی و شرع است. متأسفانه نمایندگان مجلس به جای رفع این ایراد یعنی «گرفتن حق اعلام رضایت»، کل تبصره را حذف کردند.

۳-۶- مغفول ماندن ضرورت تشکیل یک نظام دادرسی خاص اطفال بزه دیده

همان گونه که نگرش به طفل بزه‌کار در سیستم عدالت کیفری به صورت متفاوت از بزرگسالان مطرح می‌باشد، طفل بزه‌دیده نیز به دیدگاه افتراقی در فرایند کیفری نیازمند است و این امر به لحاظ وضعیت خاص روحی و روانی طفل می‌باشد (عباچی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۰). بنابراین ضروری است که قانونگذار از طریق مقرر نمودن سازو کارهایی در مرحله اول، فرایند اطلاع دستگاه عدالت کیفری را از وقوع جرم به روی اطفال (کودک آزاری) تسهیل کند تا به این ترتیب اطفال بزه‌دیده وارد فرایند کیفری و مرحله دادرسی شوند. در مراحل بعدی با پیش بینی قواعدی خاص در سایر مراحل رسیدگی نه تنها از آسیب پذیری مجدد اطفال در درون فرایند کیفری ممانعت شود، بلکه با تسریع رسیدگی‌ها، حمایت‌ها و معاضدت‌های حقوقی افتراقی و ترمیم خسارت‌های مادی و روانی وارده به این بزه دیدگان خاص، به شکل دهی و پایه‌ریزی نظام دادرسی (ویژه) اطفال بزه دیده، اقدام نماید (زینالی، همان، ص ۲۲). اما با وجود این موضوع، حمایت‌های افتراقی از اطفال بزه‌دیده در فرایند کیفری چه مرحله قبل و چه بعد از آن در سطح قانونگذاری و حتی در سطح تحقیقات و مطالعات انجام گرفته در زمینه حقوق کیفری اطفال، مغفول مانده است.^۱

۴- حمایت از اطفال بزه دیده در فرایند دادرسی

همان طور که در خلال مباحث گذشته به طور خلاصه بیان گردید، برای حمایت از اطفال بزه‌دیده مبانی گوناگونی بیان شده است. از مبانی فلسفی و ایدئولوژیک گرفته تا مواردی مانند

۱- البته در این قانون، مواردی مانند گزارش دهی اجباری یا جرم عمومی انگاشتن کودک آزاری در این راستا قابل مشاهده است.

مبنای ارزشی، تصور دولت‌ها، حل و فصل غیر قضایی و تقلیل بزه‌کاری اطفال از سوی صاحب نظران مختلف بیان شده است.^۱ اما همان طور هم که قبلاً بیان شد، به نظر می‌رسد مهمترین مبنای طرح حمایت از بزه دیدگی اطفال، گذشته از ابعاد ارزشی و ایدئولوژیکی، نقش بسیار مؤثر و ارزنده آن در تقلیل بزه‌کاری اطفال است.^۲ بر مبنای این دیدگاه، حتی اگر طفل بزه‌دیده در بزه‌دیدگی خویش دخالت هم داشته باشد، حمایت از وی امری منطقی است. زیرا، از طرفی این حمایت و تأمین خسارت و تشفی خاطر، او را از بزه‌دیدگی مکرر که معلول طفولیت، ضعف، انزوا، بیچارگی و بزه‌دیدگی نخست اوست، مصون می‌نماید و از سوی دیگر مانع‌گرایش اطفال به بزه‌کاری و گسترش بزه‌کاری آنان می‌گردد. بنابراین، حمایت از اطفال بزه‌دیده، گذشته از ابعاد ارزشی آن، نقش مؤثری در پیشگیری از بزه‌کاری آنها دارد، زیرا هم از بزه‌دیدگی ثانویه آنها جلوگیری می‌نماید و هم مانع تبدیل شدن اطفال بزه‌دیده در بزرگسالی به یک انسان بزه‌کار می‌گردد. با توجه به مبانی طرح حمایت از بزه‌دیدگی در این قسمت سعی می‌گردد که مهمترین راهکارهای عملی حمایت از اطفال در مراحل مختلف، از زمان وقوع جرم تا پایان فرایند دادرسی بیان گردد. حمایت از بزه‌دیدگی اطفال اصولاً در سه مرحله به عمل می‌آید:

۱-۴- حمایت از اطفال بزه‌دیده بلافاصله پس از تحقق جرم

طفل بزه‌دیده انسان ضعیفی است که صغر سن، وی را به یک انسان آسیب‌پذیر و در نتیجه به یک بزه‌دیده بالقوه مبدل ساخته است. طبیعی است که چنین طفلی نیازهای متعددی دارد، فلذا آنچه مهم است شناخت نیازمندی‌ها و تأمین آن براساس اولویت منطقی می‌باشد. به نظر می‌رسد اولین نیاز اطفال بزه‌دیده پس از وقوع جرم علیه آنها، تلاش در جهت تقلیل و تسکین

۱- برای مطالعه بیشتر راجع به مبانی طرح حمایت از کودکان ر.ک. به: توجهی، عبدالعلی، سیاست جنایی حمایت از بزه‌دیدگان، مجله مجتمعات آموزش عالی قم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷، ص ۲۹.

۲- بر این مبنای، حمایت از اطفال مظلوم و دفاع از حقوق طفل بزه‌دیده ای که به ناحق از ناحیه اشخاص بزرگسال مورد تعدی قرار گرفته است، مبنای فلسفی و ایدئولوژیکی دارد بدین معنی که در همه ادیان الهی علی‌الخصوص اسلام، حمایت از حقوق اطفال از تکالیف شرعی و از موجبات خوشنودی خداوند متعال و رستگاری بندگان شمرده شده است.

آسیب‌های جسمی و روحی آنها است. مهمترین این تلاش‌ها را می‌توان مساعدت‌های پزشکی و تسکین ناملايمات روحی دانست. تأمین نیازهای درمانی اطفال بزه‌دیده به لحاظ فوریت داشتن، بر سایر نیازمندیهای آنها تقدم دارد. اصول عالی انسانی ایجاب می‌نماید که نیازهای اولیه درمانی طفل بزه‌دیده، حتی اگر در وقوع جرم هم مقصر باشد، در اسرع وقت مرتفع گردد. همچنین حالت روانی اطفال بزه دیده پس از وقوع جرم، حالتی غیر متعادل و اغلب افسرده و مضطرب و یا برآشفته و عصبانی است. این حالات بر اساس نوع بزه‌دیدگی آنها متفاوت است (بیگی، همان، ص ۳۱). به عنوان مثال، از آنجا که اطفال قربانی جرایم خلاف اخلاق، احساس شکست معنوی کرده و نوعاً دچار انزوا و اندوه سنگین شده‌اند، چه بسا درمان درد خود را در خودکشی و یا پنهان شدن از جامعه بدانند. در مقابل، اطفالی که قربانی جرایمی چون ایراد ضرب و جرح یا تهمت و افترا شده‌اند، پس از بلوغ، اغلب در صدد دفاع از خویش و حتی انتقام بر می‌آیند.^۱ هدف این حمایت‌ها، جلوگیری از بزهکاری آنها در بزرگسالی است. زیرا در اغلب موارد نبود چنین مراقبت‌هایی علاوه بر بزه دیدگی مجدد آنها، در ارتکاب جرم از ناحیه آنان نیز مؤثر است.

۲-۴- حمایت از اطفال بزه دیده در مرحله دادرسی

اصولاً طفل بزه دیده انسانی است که یکی از حقوق وی توسط بزرگسالان مورد تعدی و تجاوز قرار گرفته است. احقاق مجدد چنین حقی و دفاع از آن، در اغلب موارد نیاز به اقامه دعوی دارد و چون در اغلب اوقات ارتکاب جرم علیه آنان طرز ناحیه والدین و سایر سرپرستان قانونی آنها صورت می‌گیرد، به جهت ذینفع بودن خود از مراجعه به مراجع قضایی

۱- با مطالعه زندگی نامه قاتلین سریالی یا مجرمین خطرناکی که اقدام به ارتکاب جنایات فجیعی نموده اند، مشاهده می‌شود که در بسیاری از موارد، یکی از مهمترین علل ارتکاب چنین اعمالی از سوی آنان، ریشه در ناهنجاری‌های دوران کودکی آنان دارد. همچنانکه در مورد «بیجه» قاتل سریالی کودکان پاکدشتی براساس مطالعات صورت گرفته مشخص گردید که وی در کودکی مورد تجاوز جنسی از سوی اطرافیان خود قرار گرفته است. برای مطالعه بیشتر راجع به پرونده بیجه و علل گرایش وی به سمت ارتکاب جنایت ن.ک به: افروز، غلامعلی، بازگشایی یک پرونده: چرا بیجه جانی شد؟، نشر راه تربیت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴.

امتناع می‌نمایند و بدین ترتیب عملاً در تکرار بزه‌دیدگی اطفال نقش مؤثری ایفا می‌نمایند. کما اینکه ترتیب اثر ندادن به اظهارات اطفال بزه‌دیده، با این توجیه که کودک هستند و از روی احساسات صحبت می‌کنند به این معضل دامن می‌زند. بنابراین، حمایت از اطفال بزه‌دیده در مرحله دادرسی جلوه‌های مختلفی دارد که به منظور رعایت اختصار می‌توان به ابعادی چون تفهیم حقوق اطفال بزه‌دیده و جلب اعتماد آنان به اینکه به اظهارات و شکایات آنها ترتیب اثر داده خواهد شد، استفاده از قیم جهت اقامه دعوی^۱ به ویژه در مواردی که ارتکاب جرم علیه آنها از ناحیه والدین و یا سایر سرپرستان قانونی صورت گرفته باشد، اشاره کرد.

۳-۴- حمایت از اطفال بزه‌دیده در مرحله تأمین ضرر و زیان

بزه‌دیدگی اطفال، اغلب با ورود ضرر و زیان به آنها ملازمه دارد. اگرچه در برخی جرایم علیه آنها، ضرر وارد شده به اطفال بزه‌دیده از نوع «معنوی» است، لکن در بسیاری از موارد اطفال بزه‌دیده به صورت مستقیم و غیرمستقیم متحمل ضرر و زیان مادی می‌شوند. ضررهای وارد شده به اطفال بزه‌دیده، شامل مجموعه خسارتهایی است که از حین تحقق جرم علیه آنها تا زمان رفع نسبی آثار آن متوجه آنها می‌گردد. طبیعی است هزینه‌های درمان و دادرسی، بر ضرر و زیان‌هایی که مستقیماً از وقوع جرم ناشی می‌شود افزوده خواهد شد که اولین و مهمترین کسی که باید احترام به جبران ضرر و زیان نماید، بزهکار بزرگسال است. البته در برخی موارد اصولاً شخص بزرگسالی به عنوان بزهکار معرفی نمی‌شود بلکه همسالان کودک، مرتکب جرم می‌گردند یا در برخی موارد، بزهکار بزرگسال متواری یا مخفی شده و تا مدت‌ها پس از وقوع جرم، امکان دسترسی به وی فراهم نمی‌شود و یا حتی در صورت دستگیری

۱- ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری در این باره اینطور مقرر می‌دارد «در مواردی که تعقیب امر جزایی منوط به شکایت شاکی خصوصی است و متضرر از جرم محجور (صغیر، غیر رشید یا مجنون) بوده و دسترسی به ولی یا قیم او نباشد یا مجنی علیه ولی یا مقیم نداشته باشد و نصب قیم موجب فوت وقت یا توجه ضرر به محجور شود، تا حضور و مداخله ولی یا قیم یا نصب قیم و همچنین در صورتیکه ولی یا قیم، خود مرتکب جرم شده یا مداخله در آن داشته باشد، دادگاه شخص دیگری را به عنوان قیم موقت تعیین می‌کند و یا خود، امر جزایی را تعقیب نموده و اقدامات ضروری را برای حفظ و جمع آوری دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم بعمل می‌آورد».

بزهکار، وی از لحاظ مالی فاقد توانایی جبران ضرر و زیان است. در این موارد مهمترین منابع جایگزین را می‌توان دولت، صندوق‌های خیریه و بیمه دانست که این راه‌های جایگزین از سوی کنوانسیون‌های بین‌المللی برای جبران زیان‌های طفل مورد اشاره قرار گرفته‌اند (باصری، ۱۳۸۸، ۱۲۸). در کشور ما، متأسفانه این منابع جایگزین در قالب‌های پراکنده‌ای مورد توجه قرار گرفته است فلذا ضروری است که به شکل مدون و سازمان یافته عملکرد آنها گسترش یابد.

نتیجه‌گیری

از کودکان به دلیل وضعیت و موقعیت آسیب‌پذیری که به لحاظ جسمی، روانی و اجتماعی از آن برخوردارند به عنوان «افراد بالقوه آسیب‌پذیر» یا «افراد دارای پیش‌زمینه بزه‌دیدگی» یا «بزه‌دیدگان بالقوه» نام می‌برند. اصولاً به دلیل همین وضعیت بیشتر آسیب‌پذیر آن‌ها در مقایسه با افراد بزرگسال است که قانونگذاران برای جلوگیری از «بزه‌دیدگی» آن‌ها چه در درون خانواده و چه در اجتماع، به مقرر نمودن حمایت‌های افتراقی ویژه آن‌ها مبادرت ورزیده‌اند. امری که به نظر می‌رسد قانونگذار ما آن را تا حدود زیادی به فراموشی سپرده است. شکی نیست که چنین بزه‌دیدگان بالقوه آسیب‌پذیر به کمک و حمایت‌های بیشتری نیازمندند. علاوه بر حمایت‌هایی که می‌توان از طریق جامعه مدنی و نهادهای مدنی نسبت به آنها اعمال کرد، آنچه که بیش از همه جلب توجه می‌نماید، سازوکارهای موجود در حقوق کیفری ماهوی برای حمایت ویژه از کودکان می‌باشد. بدین سان، حقوق کیفری با استفاده از سازوکارهای خاص خود، یعنی سازوکار جرم‌انگاری ویژه برخی رفتارها و تشدید کیفر بزهکارانی که کودکان را به عنوان بزه‌دیده خود انتخاب می‌کنند، به حمایت کیفری افتراقی از اطفال می‌پردازد تا از این طریق ضریب آسیب‌پذیری آن‌ها را پایین بیاورد. به نظر می‌رسد قانون حمایت از کودکان و نوجوانان نیز با این هدف به تصویب رسید اما ذکر برخی احکام و مواد در این مقرر باعث شد که قانون فوق‌الذکر از اهداف اولیه خود کاملاً محجور افتاده و قادر به برآورده نمودن آن‌ها نباشد. البته این قانون نوآوری‌هایی را در عرصه حقوق کودکان

ایجاد کرده از جمله وارد کردن اصطلاح کودک آزاری در ادبیات حقوقی ما، یا تعیین سن هجده سالگی برای حمایت و همچنین اجباری نمودن تکلیف گزارش دهی برای افراد جامعه و وارد نمودن بعضی جرم‌انگاری‌های جدید در این عرصه که همگی بسیار قابل ستایش هستند. اما بر این قانون یک سری انتقادات را نیز می‌توان وارد دانست که در خلال مباحث مورد اشاره قرار گرفت. مواردی مانند استثنا نمودن والدین از شمول قانون، عدم جامع بودن قانون، عدم توجه به کنوانسیون و... اما به طور کلی این قانون چه از نظر فرایند تدوین و علل طرح آن در مجلس و چه از نظر محتوایی، در حقوق جزای ایران به نحو عام و در حقوق کیفری اطفال به نحو خاص، یک نوآوری بزرگ محسوب می‌شود. البته قانونگذار در بازبینی مجدد این قانون، باید انتقادات وارد به آن را مورد توجه قرار داده و نسبت به اصلاح موارد نقص اقدام نماید.

فهرست منابع و مأخذ

۱. اکبری، فرناز (۱۳۷۹)، درآمدی بر قوانین راجع به کودکان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۱.
۲. آبروشن، هوشنگ (۱۳۸۷)، کودک آزاری و کنوانسیون حقوق کودک، نشر آثار اندیشه، چاپ اول.
۳. آسیابان عباس آبادی، مرضیه (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی کنوانسیون حقوق کودک با میثاق حقوق کودک در اسلام، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
۴. افروز، غلامعلی، (۱۳۸۴)، بازگشایی یک پرونده: چرا بیجه جانی شد؟ نشر راه تربیت، چاپ اول.
۵. بیگی، جمال (۱۳۸۴)، بزه دیدگی اطفال در حقوق ایران، نشر میزان، چاپ اول.
۶. باصری، علی اکبر (۱۳۸۸)، سیاست جنایی قضایی کودکان و نوجوانان، انتشارات خرسندی، چاپ اول.

۷. پور قهرمانی، بابک (۱۳۸۳)، نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک، مجله رواق اندیشه، شماره ۳۸.
۸. توجهی، عبدالعلی (۱۳۸۷)، سیاست جنایی حمایت از بزه دیدگان، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۴.
۹. زینالی، حمزه (۱۳۸۲)، نوآوری های قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و چالش های فراروی آن، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۷.
۱۰. زینالی، حمزه (۱۳۸۲)، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و تقابل دیدگاه ها در آن، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال سوم، شماره ۹.
۱۱. حبیب زاده، محمد جعفر؛ رویین تن، محمد باقر (۱۳۸۵)، درآمدی بر حمایت کیفری از اطفال بزه دیده در حقوق ایران، مجله نامه حقوقی، ج ۲، شماره ۱.
۱۲. عباچی، مریم (۱۳۸۰)، بررسی خلاءهای قانونی در زمینه پیشگیری از بزهکاری و بزه دیدگی اطفال، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ سوم.
۱۴. کلارسون، سی.ام.وی (۱۳۷۱)، تحلیل مبانی حقوق جزا، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، نشر جهاد دانشگاهی.
۱۵. مهرپور، حسین (۱۳۷۷)، نظام بین المللی حقوق بشر، نشر اطلاعات، چاپ اول.
۱۶. محسنی، مرتضی (۱۳۷۶)، حقوق جزای عمومی، ج ۳، نشر گنج دانش، چاپ اول.
۱۷. محمدی، خدیجه (۱۳۸۴)، حمایت از کودکان در سیاست جنایی - تقنینی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید قم.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ مصلحت‌اندیشی یا قانون‌گرایی

(تحلیل آراء وحدت رویه شماره ۶۶۴، ۷۰۳ و ۷۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

نگارنده: مهراں مستی

کارآموز وکالت (دانشجوی کارشناسی حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تبریز)

چکیده

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در راستای اختیارات محوله در اصل ۱۶۱ ق.ا. و ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۸۷، در مورخه ۱۳۸۲/۱۰/۳۰ مبادرت به صدور رأی وحدت رویه ۶۶۴ نموده است رأی مذکور در مقام تغییر تبصره ماده ۴ و همچنین تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، اطلاق و عموم مواد مذکور، ناظر به صلاحیت دادگاه کیفری استان را تخصیص داده و آنرا منصرف از موارد صلاحیت دادگاه انقلاب دانسته است. مطالعه مبانی استدلالی رأی مذکور کاملاً بیانگر عدم انسجام و استحکام حقوقی و قانونی رأی مذکور می‌باشد. علاوه بر این، صدور رأی فوق‌الذکر با در نظر گرفتن ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱ و نیز رأی وحدت رویه ۷۰۳ مورخه ۸۶/۵/۹ که مرجع تجدید آراء قابل تجدیدنظر دادگاههای عمومی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر استان قرار داده است در عمل موجب بروز یک مشکل اساسی شد و آن اینکه حق نظارت دیوان عالی کشور به عنوان بالاترین مرجع قضایی کشور، بر آراء مهم (صادر از دادگاه انقلاب)، عملاً کنار گذاشته شد. با توجه به مشکلات پیش آمده، ناچاراً هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورخه ۸۹/۱/۲۴ با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ در مقام بر طرف نمودن مشکلات مذکور بر آمد. با این حال رأی مذکور هر چند با هدفی مصلحت‌اندیشانه صادر شده است ولی همانند رأی وحدت رویه ۶۶۴، از لحاظ مبانی استدلالی و حقوقی کاملاً ضعیف و مورد انتقاد است. صدور چنین آرای به هیچ وجه در شأن بالاترین مرجع قضایی کشور نیست.

کلید واژگان: هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه، مبانی استدلالی آراء،

دادگاه انقلاب، مصلحت‌اندیشی.

مقدمه

بموجب اصل ۱۶۱ قانون اساسی و ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، ایجاد وحدت رویه قضایی از جمله وظایف و اختیارات قانونی هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌باشد. بدون شک فلسفه وجودی چنین اختیاراتی، جلوگیری از صدور آراء معارض در محاکم و رعایت اصل تساوی افراد در برابر قانون است. در واقع ایجاد وحدت رویه قضایی در راستای انجام وظیفه نظارتی دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در محاکم می‌باشد. با این حال در سالهای اخیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور آرای فاقده مبانی حقوقی و قانونی استوار و محکم، عملاً متعرض صلاحیت منحصر به فرد قوه مقننه در قانونگذاری شده، و مضاف بر این ما شاهد تشتت و عدم انسجام در مبانی استدلالی آراء وحدت رویه مذکور می‌باشیم. آراء وحدت رویه ۶۶۴، ۷۰۳ و ۷۱۵ گواه این مدعا است.

بررسی علل و عوامل ایجاد این تشتت و دوگانگی در آراء مذکور، موضوع مقاله حاضر را به خود اختصاص داده است.

الف: بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴

۱- طرح موضوع

بموجب تبصره ذیل ماده ۴ و نیز تبصره ۱ الحاقی به ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، (رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو یا قصاص نفس یا اعدام یا رجم یا صلب و یا حبس ابد باشد و نیز رسیدگی به جرایم مطبوعاتی و سیاسی ابتدائاً در دادگاه تجدیدنظر استان به عمل خواهد آمد و در این مورد، دادگاه مذکور «دادگاه کیفری استان» نامیده می‌شود. دادگاه کیفری استان برای رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص نفس یا اعدام یا رجم یا صلب یا حبس دائم باشد از پنج نفر (رئیس و چهار مستشار یا دادرس علی‌البدل دادگاه تجدیدنظر استان) و برای

رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو و جرایم مطبوعاتی و سیاسی باشد از سه نفر (رئیس و دو مستشار یا دادرس علی البدل دادگاه تجدیدنظر استان) تشکیل می‌شود...).

علی‌رغم صراحت و اطلاق مواد فوق‌الذکر مبنی بر رسیدگی به جرایم مهم مستوجب مجازات‌های سنگین (قصاص نفس، قصاص عضو، اعدام، رجم و ...) در دادگاه کیفری استان و آن هم به روش تعدد قاضی، هیأت عمومی دیوان عالی کشور به فاصله کوتاهی از زمان انتشار قانون یاد شده، با صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴- مورخ ۸۲/۱۰/۳۰ حکم عام و کلی مذکور در مواد فوق را تخصیص داده و با استدلالی نه چندان حقوقی، صلاحیت دادگاه کیفری استان را منصرف از موارد صلاحیت ذاتی دادگاههای انقلاب دانسته است.

۲- بازخوانی آراء معارض موضوع رأی وحدت رویه

در نامه معاون اول قضایی دیوان عالی کشور خطاب به ریاست دیوان عالی کشور آمده است: «احتراماً معروض می‌دارد: براساس گزارش شماره ۱۵۳ مورخ ۱۳۸۲/۴/۱۶ ریاست محترم دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل در استنباط از تبصره الحاقی به ماده چهار اصلاحی مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اسلامی، در تشخیص صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به اتهام مرتکبین جرائم مواد مخدر که مجازات قانونی آن اعدام تعیین گردیده از شعب بیستم و سی و یکم دیوان عالی کشور طی دادنامه‌های ۷۸-۲۰ مورخ ۱۳۸۲/۳/۲۰ و ۷۸-۳۱ مورخ ۱۳۸۱/۲/۲ آراء مختلفی صادر گردیده است که گزارش پرونده های مربوطه به شرح ذیل تقدیم می‌گردد.

۱. به دلالت پرونده کلاسه ۸۹/۳۴/۱۳ شعبه بیستم دیوان عالی کشور، مأمورین مبارزه با مرتکبین جرائم مواد مخدر شهرستان نمین، پس از اعلان مخبرین ذی‌ربط و اخذ نمایندگی از مقام قضائی، در تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۱ به روستای عنبران عزیمت و پس از جستجوی محل مورد نظر، از شخصی به نام میرکریم، مقداری هروئین و تریاک کشف نموده و نتیجه را به دادسرای

عمومی و انقلاب اسلامی گزارش می‌نمایند. دادیار مربوطه پس از انجام تحقیقات مورد نیاز در تاریخ ۱۳۸۲/۱/۹ به اظهارنظر نهایی و صدور قرار مجرمیت مبادرت و جانشین دادستان محل نیز به موجب کیفرخواست شماره ۸۲/ک مورخ ۱۳۸۲/۱/۹ از دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل به اتهام نگهداری سی گرم و بیست و هفت سانتی گرم هروئین و بیست و یک گرم و هشتاد و دو سانتی گرم تریاک و استعمال مواد مخدر مستنداً به بند ۱ ماده ۵ و بند ۶ ماده ۸ و بند ۱ و ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر، برای متهم تقاضای تعیین کیفر می‌نماید، پرونده از دفتر دادرسی انقلاب اسلامی یاد شده به دادگاه کیفری استان ارسال و برای رسیدگی به شعبه هفتم ارجاع و در جلسه فوق العاده مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۰ به شرح ذیل به صدور رأی منتهی می‌گردد: «... نظر به اینکه حسب مدلول بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی، رسیدگی به کلیه جرائم مربوط به قاچاق و مواد مخدر علی‌الاطلاق از صلاحیت ذاتی دادگاه‌های محترم انقلاب می‌باشد و مالاچنین مستفاد می‌گردد رسیدگی به جرائم مواد مخدر که مجازات آن از هر درجه‌ای باشد محاکم مرقوم صالح به رسیدگی هستند و نیز طبق قسمت نخست نظریه تفسیری شماره ۵۳/۸-۱۳۷۳/۷/۲۴ شورای محترم نگهبان که اشعار می‌دارد: هیچ یک از مراجع قانونگذاری حق رد و ابطال و نقض و نسخ مصوبه مجمع محترم تشخیص مصلحت نظام را ندارند و در ما نحن فیه مجازات اعدام متهم موصوف در صورت اثبات جرم و صدور حکم نهایی در مرجع ذیصلاح قضایی منصرف از مجازات تعیین شده در تبصره ذیل ماده ۴ قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اسلامی می‌باشد و هم‌کذا قانونگذار علی‌رغم علم و اطلاع از وضع تبصره مذکور مبادرت به قید بند ۵ ماده ۵ قانون فوق‌الاشاره نموده و فی‌الواقع مجازات معینه در بند ۶ ماده ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن، مصوب ۱۳۶۷/۸/۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام خارج از مراتب فوق‌الاشعار، می‌باشد لهذا این دادگاه قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار شایستگی رسیدگی دادگاه محترم انقلاب اسلامی اردبیل صادر و اعلام می‌نماید».

پرونده طی نامه ۱/۸۲/ک استان مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۶ در شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی محل و در جلسه فوق‌العاده مورخ ۱۳۸۲/۱/۳۰ مطرح و به شرح ذیل اتخاذ تصمیم گردیده است. «... با دقت نظر به تغییرات داده شده در قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب که بعضی از مواد آن اصلاح و موادی نیز به آن ملحق شده است ملاحظه می‌شود که قانونگذار در تبصره ماده ۴ قانون اصلاحی آورده است: رسیدگی به جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص نفس یا قصاص عضو یا رجم یا صلب یا اعدام یا حبس ابد است ... در دادگاه کیفری استان به عمل خواهد آمد، امعان نظر به تبصره فوق مبرهن می‌سازد که قانونگذار رسیدگی به جرائمی که مجازات آن اعدام یا حبس ابد می‌باشد را به عهده دادگاه کیفری استان قرار داده است. دادگاهی که وفق تبصره یک الحاقی مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ از ماده ۲۰ همان قانون، جهت رسیدگی به جرائم فوق از ۵ نفر قضات محترم تشکیل می‌گردد. به نظر می‌آید یکی از اهداف احیاء دادسرا و دادگاههای کیفری استان مصون ماندن آراء از اشتباه و حفاظت از دماء الناس است که چگونه می‌تواند این مصلحت در جرائم مواد مخدر مدنظر قانونگذار قرار نگرفته باشد، اگرچه در قانون صریحاً اشاره نشده لکن تبصره ماده ۴ که بصورت عام آمده است و همینطور ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون فوق‌الذکر را نمی‌توان به وسیله بند ۵ از ماده ۵ قانون مذکور تخصیص زد و جرائم اعدام یا حبس ابد مربوط به مواد مخدر را خارج نمود... که با توجه به حصول اختلاف ... پرونده به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد» پس از وصول پرونده به دیوان عالی کشور رسیدگی آن به شعبه بیستم ارجاع گردیده که به موجب دادنامه شماره ۲۰/۷۸ مورخ ۱۳۸۲/۳/۲۰ بشرح ذیل اتخاذ تصمیم نموده‌اند:

«طبق تبصره الحاقی به ماده ۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ رسیدگی به جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو یا رجم یا صلب یا اعدام یا حبس ابد است در دادگاه کیفری استان به عمل خواهد آمد و چون تبصره الحاقی نسبت به بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ موخرالتصویب می‌باشد در جرائم مربوط به مواد مخدر در مواردی که مجازات قانونی آن

اعدام یا حبس ابد باشد صلاحیت دادگاه انقلاب نسخ ضمنی شده است و این تبصره با قانون مبارزه با مواد مخدر که مصوبه مجمع تشخیص نظام می‌باشد نیز تناقضی ندارد زیرا در قانون مبارزه با مواد مخدر مرجع رسیدگی تعیین نشده است و از طرفی متصور نیست که در یک سیستم قضائی رسیدگی به جرم خاصی که مجازات قانونی آن اعدام یا حبس ابد باشد در دادگاهی رسیدگی به عمل آید که از ۵ نفر قاضی تشکیل می‌شود فلذا با تأیید رأی شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل و اعلام صلاحیت دادگاه کیفری استان اردبیل حل اختلاف می‌گردد».

۲. حسب محتویات پرونده کلاسه ۸۸۹۷/۶ شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور دادستان عمومی و انقلاب اسلامی شهرستان پارس آباد در تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۰ طی کیفرخواست شماره ۱۱۸/۸۱ برای دو نفر به اسامی شهرام جلیل زاده و صاحب حسین اف هر دو نفر مقیم جمهوری تازه استقلال یافته آذربایجان به اتهام شرکت در حمل و نگهداری مقدار یک کیلو و هفتاد و پنج گرم هروئین مستنداً به بند ۶ ماده ۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷/۸/۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام از دادگاه کیفری استان اردبیل تقاضای مجازات نموده است. پرونده در جلسه فوق‌العاده مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۴ شعبه هفتم دادگاه کیفری استان اردبیل به صدور قرار عدم صلاحیت به شایستگی رسیدگی دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل منتهی گردیده (چون استدلال به عمل آمده عیناً با مطالب مذکور در بند یک این گزارش انطباق دارد لذا از تکرار آن خودداری می‌گردد) پس از طرح پرونده در شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل، این دادگاه نیز در جلسه فوق‌العاده مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ ضمن انعکاس مطالب قبلی تصریح نموده است که تخصیص عام مقدم به وسیله خاص موخر نیازمند دلیل محکم و متیقن است که این مورد از بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب برداشت نمی‌شود و بدین ترتیب مجدداً با نفی صلاحیت خویش، پرونده را جهت حل اختلاف موجود به دیوان عالی کشور ارسال نموده که در شعبه سی و یکم مطرح و بموجب دادنامه ۱۳۸۲/۲/۲-۷۸ بشرح ذیل اتخاذ تصمیم گردیده است:

«در مورد اختلاف حادث فی مابین شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل و دادگاه کیفری استان اردبیل در صلاحیت رسیدگی به اتهام شهرام جلیل زاده و صاحب حسین اف دائر بر حمل یک کیلو و هفتاد و پنج گرم هروئین با قبول استدلال دادگاه کیفری استان و اعلام صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی اردبیل حل اختلاف می‌گردد».

همانگونه که ملاحظه می‌فرمایید، از شعب بیستم و سی و یکم دیوان عالی کشور در استنباط از تبصره الحاقی به ماده چهار مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اسلامی آراء مختلفی صادر گردیده است بدین توضیح که شعبه بیستم دیوان عالی کشور معتقد است چون تبصره الحاقی نسبت به بند ۵ و ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب موخر التصویب می‌باشد بنابراین صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی در رسیدگی به جرائم مواد مخدر در مواردی که مجازات قانونی آن اعدام و یا حبس ابد باشد نسخ ضمنی شده است در حالی که شعبه سی و یکم رسیدگی به جرائم مواد مخدر را علی‌الاطلاق در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های انقلاب می‌داند علیهذا مستنداً به ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، به منظور ایجاد رویه واحد طرح قضیه را در جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور درخواست می‌نماید.

معاون اول قضایی دیوان عالی کشور- حسینعلی نیری

۳- نظریه دادستان محترم کل کشور

«... احتراماً در خصوص پرونده وحدت رویه ردیف: ۲۱/۸۲ با توجه به محتویات پرونده و گزارش معاون اول محترم دیوان عالی کشور، نظریه حضرت آیت الله نمازی دادستان محترم کل کشور بشرح ذیل اعلام می‌گردد:

اولاً قانونگذار در مقام بیان با لحاظ بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ مبادرت به تصویب تبصره ذیل ماده ۴ اصلاحی همان قانون را در سال

۱۳۸۱ نموده است و چنانچه نظر به تغییر و یا نفی اعتبار ماده ۵ و بند ۵ از آن ماده را می- داشت، مانند سایر موارد مصرحه در اصلاحیه به آن تصریح می نمود.

ثانیاً ماده ۳۲ قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام به صراحت مرجع و مقام تجدیدنظر احکام اعدام مربوط به جرائم مواد مخدر را رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور تعیین نموده است و بدین جهت مرجع تجدیدنظر چنین احکامی نمی تواند دادگاه تجدیدنظر استان باشد بعلاوه مرجع تجدیدنظر احکام دادگاه کیفری، شعب دیوان عالی کشور است در حالی که مرجع تجدیدنظر احکام اعدام مربوط به جرائم مواد مخدر شخص رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور تعیین شده اند و پذیرش صلاحیت دادگاه کیفری استان موجب نسخ و عدم اعتبار ماده ۳۲ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت خواهد بود و این امر مغایر نظریه تفسیری شماره: ۵۳۱۸ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای محترم نگهبان می باشد که طی آن اعلام شده هیچ یک از مراجع قانون گذار حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت را ندارد.

ثالثاً با فرض تعارض بین مقررات مندرج در تبصره ذیل ماده ۴ اصلاحی و بند ۵ ماده ۵ قانون فوق الاشعار، موضوع مشمول قاعده تعارض بین عام موخر با خاص مقدم می باشد که قطع نظر از آراء بسیاری از فقها و اصولیین که قایل به تخصیص حکم عام موخر با خاص مقدم می باشند، هیأت محترم عمومی دیوان عالی کشور بموجب آرای متعددی از جمله رأی وحدت رویه شماره ۲۱۲ منتشره در مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ که نسبت به عدم شمول مقررات عام قانون مالیاتی مصوب سال ۱۳۳۵ به مقررات خاص مالیاتی تجار ورشکسته موضوع قانون مصوب سال ۱۳۱۸ اتخاذ تصمیم نموده است.

همچنین بموجب رأی شماره ۵۹/۲۹ مورخ: ۱۳۶۰/۱/۱۵ نسبت به عدم شمول مقررات عام قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۷۵ به مقررات خاص شرکاء محجور موضوع قانون امور حبسی مصوب ۱۳۱۹ اعلام رأی نموده است.

لذا طبق رویه قضایی موجود حکم عام موخر ناسخ حکم خاص مقدم نمی‌باشد. بنا بمراتب مذکور مقررات تبصره ماده: ۴ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ ناسخ مقررات خاص بند ۵ ماده ۵ مصوب ۱۳۷۳ نخواهد بود و چون رأی شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور بر این مبنا صادر گردیده منطبق با اصول و موازین قانونی تشخیص و مورد تأیید می‌باشد».

۴- متن و مدلول رأی وحدت رویه

به موجب ماده پنجم قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اسلامی مصوب پانزدهم تیرماه هزار و سیصد و هفتاد و سه با اصلاحات و الحاقات بعدی، رسیدگی به جرائم ذیل مطلقاً در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی است.

۱. کلیه جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی و محاربه یا فساد فی الارض
۲. توهین به مقام بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران و مقام معظم رهبری
۳. توطئه علیه جمهوری اسلامی یا اقدام مسلحانه و ترور و تخریب مؤسسات به منظور مقابله با نظام.

۴. جاسوسی به نفع اجانب.

۵. کلیه جرائم مربوط به قاچاق و مواد مخدر.

۶. دعاوی مربوط به اصل ۴۹ قانون اساسی.

و علیرغم اصلاحات و الحاقات مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ این ماده کماکان به قوت خود باقی بوده و تغییر حاصل ننموده است و تبصره ذیل ماده ۴ اصلاحی قانون مرقوم صرفاً در مقام ایضاح ماده مربوطه است و به ماده بعد از خود که به طور واضح صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی را احصاء نموده است ارتباط ندارد. لہذا مقررات تبصره یک الحاقی به ماده ۴ قانون یاد شده که به موجب آن رسیدگی به جرائمی که مجازات قانونی آنها اعدام می‌باشد را در صلاحیت دادگاه‌های کیفری استان قرار داده است منصرف از موارد صلاحیت ذاتی دادگاه‌های انقلاب اسلامی می‌باشد بنا به مراتب رأی شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور که بر این اساس صادر شده صحیح و منطبق با موازین و مقررات تشخیص گردیده و تأیید می‌شود.

این رأی بموجب ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع است.

۵- تحلیل حقوقی رأی وحدت رویه

همانطور که از عنوان خود قانون نیز بر می‌آید قلمرو اجرایی مقررات «قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب» مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحیه‌های بعدی آن، دادگاههای عمومی و انقلاب می‌باشد و نه صرفاً دادگاههای عمومی. نتیجه اینکه مستثنی کردن موارد صلاحیت دادگاههای انقلاب از شمول مقررات تبصره ماده ۴ و تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، امری کاملاً ناصواب و فاقد مبنای حقوقی می‌باشد. چرا که مواد مذکور به صراحت رسیدگی به جرایم مستوجب مجازات‌های اعدام، حبس ابد، صلب و ... را در صلاحیت انحصاری دادگاه کیفری استان که با سیستم تعدد قاضی اداره می‌شوند دانسته است.

بررسی مبانی استدلالی نظریه دادستان محترم کل کشور و اعضای محترم هیأت عمومی دیوان عالی کشور به وضوح بیانگر عدم استحکام حقوقی رأی مذکور می‌باشد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

در قسمت اول نظریه دادستان کل کشور آمده است: «اولاً قانونگذار در مقام بیان با لحاظ بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مصوب سال ۱۳۸۱ مبادرت به تصویب ذیل ماده ۴ اصلاحی همان قانون را در سال ۱۳۸۱ نموده است و چنانچه نظر به تغییر و یا نفی اعتبار ماده ۵ و بند ۵ از آن ماده را می‌داشت، مانند سایر موارد مصرحه در اصلاحیه به آن تصریح می‌نمود». در پاسخ این نظر باید گفت که اولاً عدم تصریح به نسخ جزئی ماده ۵ مذکور نمی‌تواند به تنهایی دلیل بر عدم شمول تبصره ماده ۴ و تبصره ۱ ماده ۲۰ ق.ا.ق.ت.د.ع.ا. نسبت به موارد صلاحیت دادگاه انقلاب باشد. کما اینکه قانونگذار در ماده ۲۱ همین قانون نیز که در مقام بیان مرجع تجدیدنظر از احکام دادگاههای عمومی و انقلاب برآمده، اشاره‌ای به نسخ ماده ۲۳۳ ق.ا.د.ع.ا. در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نکرده است. ثانیاً و مضاف بر این، با

وجود تصریح ماده ۳۹ قانون اصلاحی سال ۸۱ مبنی بر نسخ کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون، دیگر مجالی برای طرح این موضوع باقی نمی ماند.

دادستان محترم کل کشور در ادامه نظریه خود بیان داشته: «ثانیاً ماده ۳۲ قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام به صراحت مرجع و مقام تجدیدنظر احکام اعدام مربوط به جرائم مواد مخدر را رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور تعیین نموده است و بدین جهت مرجع تجدیدنظر چنین احکامی نمی تواند دادگاه تجدیدنظر استان باشد بعلاوه مرجع تجدیدنظر احکام، دادگاه کیفری استان، شعب دیوان عالی کشور است در حالی که مرجع تجدیدنظر احکام اعدام مربوط به جرائم مواد مخدر شخص رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور تعیین شده اند و پذیرش صلاحیت دادگاه کیفری استان موجب نسخ و عدم اعتبار ماده ۳۲ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت خواهد بود و این امر مغایر نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای محترم نگهبان می باشد که طی آن اعلام شده هیچ یک از مراجع قانونگذار حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت را ندارد».

علی رغم اینکه صدر قسمت دوم نظریه دادستان محترم کل کشور برای نگارنده حاضر چندان روشن نیست و در واقع معلوم نیست که دادستان محترم در مقام بیان چه مطلبی، به عدم امکان تجدیدنظر احکام مربوط به اعدام در جرائم مواد مخدر در دادگاههای تجدیدنظر استان به استناد ماده ۳۲ قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ اشاره نموده اند. چرا که در صورت پذیرش صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری استان به جرائم مذکور، این امر به هیچ عنوان به معنی امکان تجدیدنظر خواهی از چنین احکامی در دادگاه تجدیدنظر استان نخواهد بود؛ باید گفت که برخلاف ادعای دادستان محترم کل کشور، پذیرش صلاحیت دادگاه کیفری استان به هیچ وجه موجب نسخ و عدم اعتبار ماده ۳۲ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام نخواهد بود. چرا که با توجه به نظریه تفسیری شورای نگهبان، و نیز اینکه حکم مذکور در ذیل ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون تشکیل

دادگاههای عمومی و انقلاب عام و کلی و ناظر به تمام جرایم مستوجب مجازات اعدام و ... که از دادگاه کیفری استان صادر شده باشد در حالی که ماده ۳۲ مصوبه مجمع تشخیص که مرجع تجدیدنظر احکام اعدام مربوط به جرایم مربوط به مواد مخدر را رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور مقرر داشته است یک حکم خاص و تنها در خصوص جرایم مربوط به مواد مخدر می باشد و همانطور که اصولیین نیز معتقدند حکم عام مؤخر حکم خاص مقدم را نسخ نمی کند. بنابراین قائل شدن به صلاحیت دادگاه کیفری استان برای رسیدگی به جرایم مربوط به مواد مخدر مستوجب مجازات اعدام، به عنوان مرجع بدوی رسیدگی کننده، هیچ منافاتی با صلاحیت رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور در تجدیدنظر از احکام مذکور ندارد. تبصره ۲ ماده ۲۰ آیین نامه اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب کاملاً مؤید نظر فوق می باشد.^۱ و نهایتاً دادستان محترم کل کشور در تکمیل نظریه خود، تعارض تبصره ذیل ماده ۴ قانون اصلاحی سال ۸۱ و بند ۵ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ را مشمول قاعده تعارض بین عام مؤخر و خاص مقدم دانسته و با استناد به رویه قضایی موجود ابراز داشته است که حکم عام مؤخر (ماده ۴ اصلاحی ۱۳۸۱) ناسخ حکم خاص مقدم (بند ۵ ماده ۵ مصوب ۱۳۷۳) نخواهد بود.

در نقد نظر فوق می توان گفت با توجه به اینکه تبصره ذیل ماده ۴ تنها جرایم مستوجب مجازات اعدام، حبس ابد و ... را در صلاحیت دادگاه کیفری استان قرار داده است در حالی که جرایم (و به تبع آن مجازات های) موضوع ماده ۵ و بخصوص بند ۵، قانون مذکور علاوه بر مجازات های مقرر در تبصره ماده ۴ قانون اصلاحی سال ۸۱، شامل مجازات های دیگر از قبیل حبس های کوتاه مدت، جزای نقدی، شلاق و ... می باشد که با این توضیح برخلاف نظریه دادستان محترم، حکم مذکور در تبصره ماده ۴ نسبت به ماده ۵ و نیز بند ۵ ماده مذکور، حکمی

۱. تبصره ۲ ماده ۲۰ آیین نامه اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب: مرجع تجدیدنظر آراء موضوع پرونده های فوق (منظور پرونده های داخل در صلاحیت دادگاه کیفری استان) دیوان عالی کشور است، مگر در مورد جرایم مربوط به مواد مخدر که مرجع تجدیدنظر آنها مطابق مقررات قانونی دادستان کل کشور و رئیس دیوان عالی کشور می باشد.

خاص و جزئی می‌باشد و تنها در خصوص جرایم مستوجب مجازات‌های فوق‌الذکر که تنها قسمتی از جرایم موضوع صلاحیت دادگاه انقلاب را شامل می‌شود صلاحیت دادگاه‌های مذکور را محدود می‌نماید و این امر کاملاً بیانگر عدم اعتبار نظریه دادستان محترم کل کشور در تمسک به قاعده تعارض بین عام مؤخر و خاص مقدم می‌باشد.

در اینجا ذکر این نکته ضروری است که با توجه به اینکه متن و مدلول رأی وحدت رویه که در مباحث قبلی نیز بدان اشاره شد چندان از استدلال حقوقی برخوردار نمی‌باشد نگارنده به جهت جلوگیری از اطاله کلام از پرداختن به آن خودداری می‌نماید.

علاوه بر دلایل اشاره شده در بالا، مهمترین و مستحکم‌ترین دلیل در رد رأی وحدت رویه ۶۶۴ را باید در اشاره قانونگذار در تبصره ماده ۴ و تبصره ماده ۲۰ به مجازات «صلب» دانست. همانطور که می‌دانیم در نظام کیفری ایران تنها جرمی که برای آن مجازات صلب در نظر گرفته شده است محاربه و افساد فی الارض موضوع ماده ۱۸۳ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ می‌باشد که به تصریح بند ۱ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ در صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب قرار داشت. حال چنانچه رأی وحدت رویه ۶۶۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور را صحیح و منطبق با قانون بدانیم و به دلالت رأی مذکور صلاحیت دادگاه کیفری استان را منصرف از موارد صلاحیت ذاتی دادگاه‌های انقلاب بدانیم، اشاره قانونگذار به مجازات صلب در مواد فوق کاملاً غیر منطقی و ناصواب می‌نماید. علاوه بر این جرم محاربه مجازات اعدام نیز قابل اعمال است و چنانچه رأی و وحدت رویه را (همانطور که در متن آن نیز اشاره شده است) تنها ناظر به جرایم مستوجب مجازات اعدام بدانیم با توجه به اشاره قانونگذار به مجازات صلب که تنها در خصوص جرم محاربه قابل اعمال می‌باشد مشکل همچنان باقی است چرا که با توجه به اینکه مجازات جرم محاربه هر یک از موارد چهارگانه قتل، آویختن به دار، اول قطع دست راست و سپس پای چپ، و نفی بلد می‌باشد و صدور حکم به هر یک از آنها تنها در مرحله رسیدگی در دادگاه و آن هم به نظر قاضی تعیین می‌شود، بیان اینکه چنانچه مجازات محاربه اعدام باشد در صلاحیت دادگاه انقلاب (به تصریح

رأی وحدت رویه (۶۶۴) و چنانچه صلب باشد در صلاحیت دادگاه کیفری استان (به تصریح تبصره ماده ۴) خواهد بود کاملاً ناصواب و دارای اشکال اساسی می‌باشد. در عمل جرم محاربه و افساد فی الارض علی‌رغم تصریح تبصره ماده ۴، در دادگاههای انقلاب رسیدگی می‌شود. به هر حال با توجه به صراحت تبصره ذیل ماده ۴، تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون اصلاحی سال ۸۱ و ماده ۲۰ آیین نامه اصلاحی ق.ت.د.ع.ا. و نیز با التفات به فواید سیستم تعدد قاضی که در دادگاههای کیفری استان مجری می‌باشد صدور رأی وحدت رویه ۶۶۴ کاملاً غیر حقوقی و فاقد مبنای قانونی مستحکم می‌باشد.

ب: بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳- مورخ ۱۳۸۶/۵/۹

با توجه به انطباق کامل رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با مقررات قانونی و فقدان هرگونه ایراد در مبنای استدلالی آن، تنها به جهت ارتباط آن با رأی وحدت رویه ۷۱۵، به ذکر خلاصه ای از رأی مذکور بسنده می‌کنیم.

رأی وحدت رویه ۷۰۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به دلیل اختلاف در استنباط از مواد ۲۱، ۳۹، قانون اصلاحی سال ۸۱ و ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ صادر شده است. به این توضیح که شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۳۷۷-۱۳۸۴/۳/۱۷ علی‌رغم تصویب ماده ۲۱ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری را معتبر تلقی و براساس آن به صدور رأی مبادرت ورزیده، ولی شعبه ۳۵ دیوان عالی کشور آن را ملغی الاثر اعلام نموده است که این اختلاف در استنباط از مواد مذکور، نهایتاً در تاریخ ۸۶/۵/۹ منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ گردیده است.

متن رأی وحدت رویه مذکور بدین شرح می‌باشد: «ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ علی‌الاطلاق مرجع تجدیدنظر آراء دادگاههای عمومی حقوقی، جزایی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر استان محل استقرار آن دادگاهها و مرجع فرجام خواهی آراء دادگاه کیفری استان را دیوان عالی کشور دانسته و ماده ۳۹ الحاقی به قانون

اصلاحی مرقوم کلیه قوانین و مقررات مغایر از جمله ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری را در آن قسمت که مغایرت دارد ملغی نموده است، بنابراین به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی رأی شعبه سی و پنجم دیوان عالی کشور صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد.»

«این رأی مطابق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع می‌باشد.»

همانطور که ملاحظه می‌شود هیأت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه فوق‌الذکر، مرجع تجدیدنظر کلیه احکام دادگاههای عمومی حقوقی، جزایی و انقلاب را به استناد نص صریح ماده ۲۱ ق.ا.ق.ت.د.ع.ا. مصوب ۱۳۸۱ دادگاه تجدیدنظر استان مربوطه قلمداد نموده و این ماده را ناسخ ماده ۲۳۳ ق.آ.د.ع.ا. در امور کیفری دانسته است. در پایان این مبحث تنها ذکر این نکته ضروری است که با وجود رأی وحدت رویه ۶۶۴ (که صلاحیت دادگاه کیفری استان در رسیدگی به جرایم مستوجب مجازات اعدام را منصرف از موارد صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب دانسته است)، صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ در عمل موجب بروز یک مشکل اساسی شد. چرا که هر چند به نظر نگارنده، رأی وحدت رویه ۷۰۳ کاملاً منطبق بر قانون نگاشته شده ولی به دلیل وجود رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴، عملاً باب اظهارنظر دیوان عالی کشور در خصوص مهمترین و سنگین‌ترین مجازات (اعدام) در نظام کیفری ما بسته شد و تجدیدنظر از احکام اعدام صادره از دادگاه انقلاب در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان قرار گرفت که این مشکل زمینه صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۴ را فراهم آورد. در مباحث بعدی به علل بروز این مشکل علی‌رغم قانونی بودن رأی وحدت رویه ۷۰۳ اشاره خواهیم کرد.

ج: بررسی و نقد رأی وحدت رویه ۷۱۵ مورخ ۸۹/۱/۲۴

۱. بازخوانی آراء معارض موضوع رأی وحدت رویه

در نامه معاون اول قضایی دیوان عالی کشور خطاب به ریاست دیوان عالی کشور آمده است: «با احترام، به استحضار می‌رساند: حسب اعلام رئیس شعبه ۵۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران پس از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ مورخه ۱۳۸۶/۵/۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شعب بیست و هفتم و سی و یکم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از احکام اعدام که از دادگاههای انقلاب اسلامی درباره متهمان به محاربه و افساد فی الارض صادر شده، آراء مختلفی صادر کرده‌اند. ابتدا جریان پرونده‌ها را به نحو اختصار به عرض رسانده سپس اظهارنظر می‌نماید:

۱- در پرونده شماره ۲۰/۲۷/۱۳۲۴ آقای محمدرضا آذری به اتهام افساد فی الارض از طریق تهیه فیلم از ارتباط نامشروع خود با شاکی پرونده و تهدید شاکی به انتشار آن با هدف اجبار او به برقراری ارتباط جنسی تحت تعقیب دادرسی عمومی و انقلاب تهران قرار گرفته، درباره او کیفر خواست صادر و پرونده به دادگاه انقلاب اسلامی تهران ارسال و به شعبه ۲۹ ارجاع گردیده و این شعبه پس از رسیدگی بزهکاری نامبرده را محرز و مسلم تشخیص داده و او را به استناد قسمت دوم بند الف ماده ۳ و تبصره ۵ از قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب سال ۱۳۸۶ به اعدام با چوبه دار محکوم نموده است. وکیل متهم از رأی دادگاه تقاضای تجدیدنظر کرده، پرونده به شعبه بیست و هفتم دیوان عالی کشور ارجاع گردیده و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۱۲۴۰-۱۳۸۷/۱۱/۷ چنین رأی داده است: «با توجه به اینکه رأی تجدیدنظر خواسته از سوی دادگاه انقلاب صادر شده و ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ علی‌الاطلاق مرجع تجدیدنظر آراء محاکم عمومی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر استان قرار داده و ماده ۳۹ الحاقی به قانون اصلاحی مرقوم کلیه قوانین و مقررات مغایر از جمله ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را در آن

قسمت که مغایرت دارد ملغی نموده است چنانچه رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳-۱۳۸۶/۵/۹-۷۰۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر آن دلالت دارد، لذا پرونده قابل طرح در دیوان عالی کشور نمی باشد و جهت رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر اعاده می گردد...»

۲- در پرونده شماره ۸۷۰۹۹۸۰۰۲۰۰۵۳۸۹/۳۱ آقایان ۱- صلاح الدین سیدی ۲- خلیل اله زارعی ۳- عبیداله میچکوری ۴- عبدالمجید صلاح زهی به اتهام عضویت در گروه محارب عبدالمالک به قصد مقابله مسلحانه با نظام و تلاش مؤثر در پیشبرد اهداف گروه از طریق کار گذاشتن بمب در مسیر حرکت خودروی نیروی انتظامی، تیراندازی به طرف خودروی پلیس راه و مجروح کردن یک نفر سرباز و اقدام نافرجام برای ترور آقای رحیم بخش پرواز که به مذهب شیعه گرایش پیدا کرده تحت تعقیب کیفری قرار گرفته اند. پرونده در دادگاه انقلاب اسلامی زاهدان مورد رسیدگی قرار گرفته و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۵۴۱۲۱۰۰۳۸۸/۸۷ بزهکاری متهمان را از بابت محاربه و افساد فی الارض احراز و به استناد مواد ۱۸۳، ۱۸۵، ۱۸۶ و بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی، متهمان ردیف‌های اول و دوم را به اعدام و ردیف‌های سوم و چهارم را به پانزده سال نفی بلد به ترتیب در زندان‌های سراب و خلخال محکوم کرده است. علاوه بر آن هر یک از متهمان را به لحاظ خروج غیرمجاز از مرز به دو سال حبس و متهم ردیف سوم را به لحاظ جعل شناسنامه به پرداخت سه میلیون ریال جزای نقدی و متهم ردیف چهارم را از لحاظ استفاده از سند مجعول به دو سال حبس محکوم نموده است.

متهمان از رأی صادر شده تقاضای تجدیدنظر کرده‌اند. پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به شعبه سی و یکم ارجاع گردیده و این شعبه برابر دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۸۰۰۲۰۰۵۳۸۹/۳۱ مورخه ۱۳۸۷/۱۱/۲۳ چنین رأی داده است: «در مورد اعتراض متهمان ... با توجه به اینکه از ناحیه متهمان اعتراضی که مؤثر در مقام باشد به عمل نیامده و دادنامه از حیث نحوه احراز بزهکاری متهمان و انطباق اعمال ارتكابی و رعایت اصول و ضوابط دادرسی فاقد ایراد و اشکال است، اعتراض آنان را مردود اعلام، دادنامه تجدیدنظر خواسته را ابرام می‌نماید.»

همچنین حسب اعلام اداره دفتر دیوان عالی کشور، شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور طبق دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۲۵۸/۳۱ مورخه ۱۳۸۸/۴/۳ به تجدیدنظرخواهی آقای اسماعیل اکبری از رأی شعبه ۳۰ دادگاه انقلاب اسلامی تهران که بر محکومیت او به اعدام به اتهام محاربه و افساد فی الارض به استناد مواد ۱۸۲، ۱۸۹، ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مجازات اسلامی صادر شده رسیدگی و رأی تجدیدنظر خواسته را به جهت عدم کفایت دلایل برای احراز مجرمیت او نقض و رسیدگی مجدد را به شعبه همعرض ارجاع نموده است.

همانطور که ملاحظه می‌فرمایید شعب بیست و هفتم و سی و یکم دیوان عالی کشور با استنباط از ماده ۲۱ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ و ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری آراء مختلفی صادر کرده‌اند: شعبه بیست و هفتم به تجدیدنظرخواهی شخصی که به حکم دادگاه انقلاب به اتهام محاربه و افساد فی الارض به اعدام محکوم شده رسیدگی ننموده و دادگاه تجدیدنظر استان را صالح به رسیدگی تشخیص داده، ولی شعبه سی و یکم در موارد مشابه تجدیدنظرخواهی رسیدگی و مبادرت به صدور رأی نموده است. اضافه می‌نماید با بررسی‌هایی که به عمل آمده مشخص گردیده است دادگاه تجدیدنظر استان‌ها نیز در این خصوص اختلاف نظر داشته و آراء متناقضی صادر کرده‌اند: به عنوان نمونه شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی به تجدیدنظرخواهی محکوم علیه حکم دادگاه انقلاب اسلامی خود که بر اعدام او به اتهام محاربه صادر شده رسیدگی و رأی تجدیدنظر خواسته را طبق دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۴۴۱۴۴۰۰۱۱۰ مورخه ۱۳۸۸/۱/۲۶ تأیید نموده ولی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در مورد مشابه حسب دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۳۷۰۲۰۰۴۸۳ مورخه ۱۳۸۸/۵/۱۱ با این استدلال: «... به مصلحت حقوق کشور و ضرورت احتیاط در دما نیست که تجدیدنظر حکم اعدام در دیوان عالی کشور رسیدگی نشود و مهم‌ترین جرم در نظام قضائی کشور بدو در دادگاه های بدوی و سپس در دادگاه تجدیدنظر استان رسیدگی شود و باب اظهار نظر دیوان در این خصوص بسته شود و در هیچ کجای دنیا احکام مربوط به اعدام بدون صحه دیوان

عالی کشور مشروعیت ندارد و به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ مورخه ۱۳۸۶/۵/۹ منصرف از آراء صادره اعدام باشد و رأی شماره ۶۸۹ مورخه ۱۳۸۵/۴/۲۰ تأیید ضمنی مانحن فیه می‌باشد، علاوه بر این رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴ مورخه ۱۳۸۲/۱۰/۳۰ به طور ضمنی دادگاه انقلاب را در رابطه با صدور آراء اعدام به موازات دادگاه کیفری استان قلمداد نموده...» خود را صالح به رسیدگی ندانسته و پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال نموده است.

با توجه به مراتب فوق در اجرای ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری تقاضای طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت ایجاد وحدت رویه قضایی دارد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسینعلی نیری

۲. نظریه دادستان محترم کل کشور

«با احترام، به عنوان نماینده دادستان محترم کل کشور نظر خود را اعلام می‌نمایم:

الف- در ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب آمده است ترتیب رسیدگی در دادگاه‌ها طبق مقررات مزبور در آیین دادرسی مربوطه خواهد بود و طبق ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مرجع تجدیدنظر دادگاه‌های عمومی و انقلاب هر حوزه قضایی دادگاه تجدیدنظر همان استان است مگر مجازات‌های موضوع بند الف و ب و ج ذیل همین ماده قانونی در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۸۱ قانونگذار قصد تسهیل امر رسیدگی در خصوص جرایم با مجازات اعدام و قصاص را نداشته، بلکه هدف تعدد قاضی و دقت بیشتر برای استحکام آراء و جلوگیری از اشتباه بوده است، لذا به همین جهت دادرسی‌ها را احیاء و دادگاه‌های کیفری استان را با حضور پنج نفر قاضی برای رسیدگی به جرایم مزبور تشکیل داده است. بدین ترتیب از فلسفه و هدف اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب استنباط می‌شود که قانونگذار نمی‌خواهد رأی دادگاه با

مجازات اعدام در غیر دیوان عالی کشور قطعی شود و قانون گذار نمی‌خواهد برخلاف هدف خود قانون وضع نماید.

ب- آراء دادگاه‌های کیفری استان که با پنج نفر قاضی تشکیل می‌شود و در مورد جرایم موضوع تبصره ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رسیدگی می‌کند ابتدایی است و مرجع تجدیدنظر آن دیوان عالی کشور است. تعیین دو مرجع تجدیدنظر برای یک نوع مجازات خلاف هدف قانونگذار است. از مفاد تبصره ماده ۴ که در تبصره یک ماده ۲۰ نیز تکرار شده به ویژه قسمت ذیل تبصره یک ماده ۲۰ استفاده می‌شود که قانونگذار برای جرایم با مجازات اعدام و قصاص و صلب توجه خاص دارد و تصریح کرده که دادگاه کیفری استان برای رسیدگی به آن با هشت یا پنج نفر قاضی تشکیل شود.

ج- قانونگذار ابتدا در تبصره یک ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مرجع ابتدایی رسیدگی به جرایم با مجازات اعدام و صلب و قصاص را تعیین و سپس در ماده ۲۱ مرجع تجدیدنظر آراء دادگاه‌های عمومی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر قرار داده است و اگر صلاحیت رسیدگی به جرم خاصی مصلحتاً به دادگاه انقلاب داده شده این امر صلاحیت مرجع تجدیدنظر را تخصیص نمی‌زند. مفاد ماده ۲۰ آیین‌نامه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب موید همین نظر است و دیوان عالی کشور مطابق اصل ۱۶۱ قانون اساسی نظارت عالی بر آراء محاکم دارد و مرجع تجدیدنظر احکام با مجازات اعدام و صلب و قصاص است؛ لذا به دور ماندن این گونه مجازات‌ها از نظر این مرجع خلاف منظور و هدف قانون گذار است و خلاف احتیاط در دما است؛ علیهذا ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را منسوخ نمی‌دانم، زیرا قانونگذار در مقام تحدید صلاحیت دادگاه‌های عمومی است نه توسعه آن، در نتیجه رأی شعبه محترم سی و یکم دیوان عالی کشور را صائب می‌دانم».

۳. متن و مدلول رأی وحدت رویه

«بنا به حکم مقرر در ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رسیدگی این دادگاه باید طبق مقررات قانون آیین دادرسی انجام شود، همچنین به صراحت ماده ۲۲ اصلاحی قانون یادشده رسیدگی دادگاه تجدیدنظر به درخواست تجدیدنظر از احکام قابل تجدیدنظر دادگاه‌های عمومی جزایی و انقلاب باید وفق مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ به عمل آید و ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز که در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مؤخر بر ماده ۲۱ قانون یادشده تصویب گردیده تصریح و تأکید کرده است که تجدیدنظر و فرجام خواهی از آراء قابل تجدیدنظر یا فرجام دادگاه‌های عمومی و انقلاب طبق مقررات قانون آیین دادرسی انجام می‌شود، بنابراین مستفاد از مواد مذکور این است که آراء دادگاه‌های عمومی جزایی و انقلاب در مواردی که مجازات قانونی جرم اعدام باشد قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور است و به نظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور که نتیجتاً با این نظر مطابقت دارد صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاهها لازم‌الاتباع است.»

۴. تحلیل حقوقی رأی وحدت رویه و عامل زمینه ساز صدور آن

در نقد قسمت الف نظریه نماینده دادستان محترم کل کشور باید گفت: اولاً ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ که مستند نظریه دادستان واقع شده است به هیچ عنوان اشاره‌ای به ق.آ.د.ع.ا در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ ندارد که البته این امر با توجه به عدم تصویب قانون فوق‌الذکر در زمان نگارش ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، کاملاً منطقی می‌باشد. ثانیاً ماده ۱۶ قانون نامبرده مقرر داشته که (ترتیب رسیدگی در دادگاهها طبق مقررات مزبور در «آیین دادرسی مربوط به دادگاهها» خواهد بود که بدون شک مقررات مذکور در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب

۱۳۸۱ نیز از زمره مقررات شکلی و مربوط به ترتیبات و آیین دادرسی در دادگاهها می باشد. دقت و امعان نظر در مواد ۱۴، ۱۵، ۲۱ و ۲۲ قانون فوق الذکر کاملاً مؤید این نظر می باشد. نتیجتاً استدلال به اینکه ترتیبات رسیدگی در دادگاهها و از جمله تجدیدنظر خواهی از آراء صادره، به استناد ماده ۱۶ ق.ت.د.ع.ا مصوب ۱۳۷۳، تنها بر طبق قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و از جمله ماده ۲۳۳ آن خواهد بود به هیچ عنوان پذیرفته نیست و با مقررات مذکور در قانون اصلاحی سال ۸۱ مابینت دارد. در واقع اعتقاد به نظر فوق، فلسفه وضع مواد ۲۱ و ۲۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ که ناظر به مقررات تجدیدنظر خواهی از آراء صادره از دادگاههای عمومی و انقلاب می باشد را زیر سؤال خواهد برد.

نماینده دادستان کل کشور در ادامه نظریه خود به اهداف و مزایای سیستم تعدد قاضی اشاره نموده و بیان داشته اند: «بدین ترتیب از فلسفه و هدف اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب استنباط می شود که قانونگذار نمی خواهد رأی دادگاه با مجازات اعدام در غیر دیوان عالی کشور قطعی شود و قانونگذار نمی خواهد برخلاف هدف خود قانون وضع نماید». استدلال مذکور کاملاً منطقی و دقیقاً موافق آن چیزی است که نگارنده بر آن اعتقاد دارد، تنها با این اختلاف که به نظر نگارنده، قانونگذار در تصویب ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱، که تجدیدنظر از آراء دادگاه انقلاب را در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان قرار داده است، علاوه بر توجه به سیستم تعدد قاضی در خصوص جرایم مهم، به این امر که آراء مهم از جمله اعدام بدون صحه دیوان عالی کشور مشروعیت و قابلیت اجرا نداشته باشند کاملاً توجه داشته و همانطور که سابقاً نیز اشاره کردیم به صراحت تبصره ماده ۴، تبصره ۱ ماده ۲۰ و نیز ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱، مرجع رسیدگی بدوی و تجدیدنظر آراء مذکور را به ترتیب دادگاه کیفری استان و دیوان عالی کشور قرار داده است. نماینده دادستان کل کشور در قسمت (ب) نظریه خود با بیان این ایراد که تعیین دو مرجع تجدیدنظر (یکی دادگاه تجدیدنظر استان و دیگری دیوان عالی کشور) برای یک نوع مجازات (اعدام)، خلاف هدف قانونگذار است در

مقام دفاع از نظریه خود برآمده است که با توجه به مطالب پیش گفته و نیز تفسیری که از تبصره ذیل ماده ۴ و تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون اصلاح سال ۸۱، مبنی بر رسیدگی به مطلق جرایم مستوجب اعدام در دادگاه کیفری استان داشتیم، ایراد فوق در متن قانون کاملاً متفی است و در واقع بروز ایراد مذکور در عمل، ریشه در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴ که سابقاً توضیح داده شد، دارد و به هیچ وجه نمی‌توان آن را متوجه قانونگذار دانست. و قانونگذار هیچگاه در مقام تعیین دو مرجع تجدیدنظر برای یک مجازات واحد نبوده است بلکه دیوان عالی کشور تنها مرجع تجدیدنظرخواهی در این رابطه می‌باشد. و چنانچه هیأت دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴ خود، صلاحیت دادگاه کیفری استان در رسیدگی به جرایم مستوجب اعدام را برخلاف نص صریح قانون، منصرف از موارد صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب نمی‌دانست، ایراد مذکور هیچگاه ایجاد نمی‌شد.

و اما در توضیح قسمت (ج) نظریه نماینده دادستان باید گفت که به صراحت قسمت اخیر ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱، تنها مرجع تجدیدنظر از آراء قابل تجدیدنظر دادگاههای عمومی و انقلاب، دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد و صلاحیت دیوان عالی کشور تنها در خصوص آراء صادره از دادگاه کیفری استان می‌باشد. پس بنابراین رأی وحدت رویه ۶۶۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در رسیدگی به جرایم مستوجب اعدام برای دادگاه انقلاب ایجاد صلاحیت کرده است نمی‌تواند مثبت صلاحیت دیوان عالی کشور در رسیدگی تجدیدنظری نسبت به آراء صادره از دادگاه انقلاب باشد چرا که همانطور که در بالا نیز متذکر شدیم به صراحت ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱، دادگاه تجدیدنظر استان تنها مرجع رسیدگی به آراء قابل تجدیدنظر دادگاههای عمومی و انقلاب می‌باشد و تفکیک صلاحیت مذکور در ماده ۲۱ قانون فوق‌الذکر نسبت به دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر، صرفاً بر حسب دادگاه بدوی صادر کننده رأی (اعم از عمومی، انقلاب یا کیفری استان) می‌باشد و نه نوع مجازات مقرر در حکم. بنابراین استدلال نماینده دادستان به اینکه «اگر صلاحیت رسیدگی

به جرم خاصی مصلحتاً به دادگاه انقلاب داده شده این امر صلاحیت مرجع تجدیدنظر را تخصیص نمی‌زند» به هیچ عنوان پذیرفته نیست.

از عبارات بکار رفته در جمله بالا اینگونه برداشت می‌شود که نماینده دادستان کل کشور نیز به تکیه بر مصلحت اندیشی در صدور رأی وحدت رویه ۶۶۴ به جای قانون سالاری اعتقاد کامل دارند. در واقع تنها برداشتی که از جمله مذکور در بالا می‌توان داشت این است که ایشان معتقد است که رسیدگی به کلیه جرایم مستوجب اعدام، حبس ابد و ... در صلاحیت دادگاه کیفری استان می‌باشد و به تبع آن مرجع تجدیدنظر آراء مذکور نیز دیوان عالی کشور است ولی حال که این صلاحیت، در رسیدگی بدوی به برخی جرایم به موجب رأی وحدت رویه ۶۶۴ به دادگاه انقلاب داده شده، این امر صلاحیت مرجع تجدیدنظر (دیوان عالی کشور) را تخصیص نمی‌زند. در حالی که همانطور که سابقاً اشاره کردیم صلاحیت مرجع تجدیدنظر (اعم از دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر استان) به صراحت ماده ۲۱ قانون اصلاحی سال ۸۱ تنها بر مبنای دادگاه بدوی صادر کننده رأی مشخص می‌شود.

متأسفانه در متن رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز اشتباه مذکور در نظریه نماینده دادستان، مبنی بر اینکه «تجدیدنظر احکام قابل تجدیدنظر دادگاههای عمومی و انقلاب باید وفق مقررات ق.آ.د.د.ع.ا. در امر کیفری باشد» تکرار شده است. مستند هیأت مذکور در بیان نظر فوق، ماده ۲۲ قانون اصلاحی سال ۸۱ می‌باشد. در پاسخ باید گفت قانونگذار در ماده ۲۲ مذکور در مقام تعیین مرجع تجدیدنظر نبوده، بلکه ارجاع به قانون آ.د.د.ع.ا. در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ تنها از جهت ترتیبات رسیدگی در مراجع مذکور (از قبیل ضرورت حضور دادستان یا نماینده وی در جلسه رسیدگی، کیفیت رسیدگی به اعتراض طرفین، صدور و انشاء رأی و ...) می‌باشد. در واقع چطور ممکن است قانونگذار در ماده ۲۱ که در مقام بیان مراجع تجدیدنظر از احکام دادگاههای عمومی، انقلاب و کیفری استان است، مرجع تجدیدنظر آرای دادگاه انقلاب را دادگاه تجدیدنظر استان قرار دهد و بالاخره در ماده

بعد (ماده ۲۲)، تعیین مرجع تجدیدنظر را به مقررات قانون آیین بررسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ ارجاع دهد؟!

حال سؤالی که ممکن است برای خواننده نکته سنج پیش آید این است که دلیل صدور چنین آراء وحدت رویه فاقد مبنای استدلالی محکم و روشن (به خصوص در مورد رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵) از بالاترین مرجع قضایی کشور چه می تواند باشد؟

در پاسخ سؤال مذکور باید گفت که هر چند اعضای محترم دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ بدون شک بیشتر جنبه انصاف، عدالت و مصلحت اجتماعی (به ویژه از جهت احتیاط در دماء الناس) را مدنظر قرار داده اند و رأی صادره از این جهت کاملاً قابل دفاع می باشد ولی متأسفانه علت عدم برخورداری رأی مذکور از استدلال و مبنای حقوقی لازم، همانطور که در مطالب پیشین نیز اشاراتی داشتیم را باید در رأی وحدت رویه ۶۶۴ مورخ ۸۲/۱۱/۳۰ جستجو کرد.

رأی مذکور بدون توجه به نص صریح قانون و صرفاً به جهت مصالح سیاسی و امنیتی، با استدلالی نه چندان قابل قبول، صلاحیت دادگاه کیفری استان را تخصیص داده و از طرف دیگر برای دادگاه انقلاب اسلامی با وجود اعمال سیستم وحدت قاضی، ایجاد صلاحیت برای رسیدگی به جرایم مستوجب مجازات های سنگین کرده است که این خود نوعی مداخله در کار قوه مقننه به عنوان تنها مرجع قانونگذار در کشور می باشد.

صراحت ماده ۲۰ آیین نامه اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مبنی بر اینکه «از تاریخ تشکیل دادگاه کیفری استان، دادگاههای عمومی و انقلاب استان مربوط صلاحیت رسیدگی به جرایم موضوع تبصره ۴ قانون را نخواهند داشت»^۱ کاملاً حاکی از غیر قانونی بودن رأی وحدت رویه ۶۶۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور می باشد. و بدین ترتیب ملاحظه می شود که هیأت مذکور با ایجاد صلاحیت برای دادگاههای انقلاب در رسیدگی به جرایم مهم، (و به تبع آن ایجاد مشکل از جهت تشکیل مرجع تجدیدنظر آراء مذکور)، عملاً

۱. بنظر می رسد تبصره ماده ۴ صحیح باشد که در متن ماده به اشتباه، تبصره ۴ قید شده است.

زمینه صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ را با چنین مبانی استدلالی و حقوقی ضعیف فراهم نمود. در واقع با وجود رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴، صدور رأی وحدت رویه ۷۱۵ (به دلیل لزوم نظارت دیوان عالی کشور بر صدور آراء مهم و نیز ضرورت احتیاط در دماء) کاملاً گریز ناپذیر می‌نمود. نکته پایانی اینکه فلسفه صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴- را باید در فلسفه وجودی دادگاههای انقلاب (علی‌رغم عدم پیش‌بینی آنها در قانون اساسی) جستجو کرد!

نتیجه‌گیری

با وجود اینکه علت اصلی صدور آراء وحدت رویه، از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، صدور آراء مغایر به دلیل اختلاف در استنباط از قوانین موضوعه در دادگاهها و یا شعب دیوان عالی کشور می‌باشد با این حال همانطور که ملاحظه می‌شود این مسأله در خصوص رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ تا حدود زیادی قابل تأمل می‌نماید. در واقع علت اصلی و عمده در صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ را نه در اجمال و ابهام قانون و به تبع آن برداشت‌ها و استنباط‌های متفاوت از آن در محاکم، بلکه باید در اقدام هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی پیشین خود (رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴) جستجو کرد. صدور رأی وحدت رویه ۶۶۴ نه تنها از لحاظ منطقی و حقوقی به هیچ وجه قابل دفاع نیست بلکه به دلیل عدم توجه به مصلحت اجتماعی و احتیاط در حفظ دماء الناس (باتوجه به حاکمیت سیستم وحدت قاضی در دادگاههای انقلاب) کاملاً محکوم می‌باشد و علاوه بر این به دلیل آثار و تبعات منفی مترتب بر آن (به خصوص از جهت کنار گذاردن دیوان عالی کشور در نظارت بر آراء مهم) به شدت مورد انتقاد است. صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ دیوان عالی کشور هر چند در راستای مرتفع ساختن آثار و پیامدهای منفی رأی وحدت رویه ۶۶۴ می‌باشد، با این حال ایجاد کننده این سؤال در اذهان نکته بین حقوق دانان و دست اندرکاران نظام عدالت کیفری خواهد بود که به راستی علت صدور چنین آرایسی با مبانی استدلالی ضعیف و آن هم از بالاترین مرجع قضایی کشور چیست؟

با توجه به آنچه گفته شد مداخله قانونگذار در جهت اصلاح مقررات فعلی و تدوین قوانینی که بیش از هر چیز به مصلحت اجتماعی افراد جامعه توجه داشته باشد کاملاً ضروری بنظر می‌رسد.

منابع و مأخذ

- ۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۲- قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحات بعدی آن
- ۳- آیین نامه اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب
- ۴- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸
- ۵- شیخ زاده، محمود؛ نقد و بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴-۳۰/۱۰/۸۲ هیأت عمومی دیوانعالی کشور، نشریه داخلی کانون وکلای دادگستری استان آذربایجان شرقی
- ۶- آراء وحدت رویه شماره ۶۶۴، ۷۰۳ و ۷۱۵ هیأت عمومی دیوانعالی کشور

نکته‌ها و اندیشه‌ها

با آثاری از:

المیرا آسویبار

* شرط ترک فعل و آثار تخلف از آن

سلطان کونالی، رضا سلطانی بیدگلی و دیبا امیر حشمتی

* اصلاح و درمان بحرین

شهاب تجری

* تحلیلی بر حق مرد بر طلاق

شرط ترک فعل و آثار تخلف از آن

المیرا آسوبار

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده:

شرط ترک فعل از شروط در ضمن عقد است و مقصود از آن انجام ندادن اعمال، اعم از حقوقی و مادی است که در ضمن عقدی شرط شده است. شرط ضمن عقد یک جزء فرعی از عقد اصلی است بنابراین باید دارای شرایطی باشد تا به قسمت خودش و یا عقد لطمه وارد نکند. ضمانت اجرای شرط ترک فعل را می‌توان از بین مواد قانونی استخراج کرد و با کمی دقت متوجه می‌شویم که در این امر نظر مقنن بیشتر ناظر به فعل مثبت بوده و به فعل منفی کمتر توجه نموده است. حال مهمترین سوالی که در این زمینه برای ما ممکن است مطرح شود این است که ضمانت اجرای شرط ترک فعل چیست؟ که در این مقاله سعی شده به آن پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی: شرط ترک فعل، ضمانت اجرا، شرط ضمن عقد، فسخ.

در آمد:

به عقدی که شرطی در آن مندرج است عقد مشروط می‌گویند و در عقد مشروط دو تعهد وجود دارد یکی تعهد اصلی و دیگر تعهد تبعی که شرط نامیده می‌شود. فصل چهارم قانون مدنی ایران در واقع از فقه امامیه اقتباس شده است و در فقه امامیه تعهد بدوی الزام آور نیست و هرگاه کسی بخواهد تعهدی بنماید باید آن را یا به صورت یکی از عقود معینه در آورد و یا به صورت شرط در ضمن عقد قرار دهد. در قانون مدنی هم با توجه به ماده ۱۰ می‌توان هرگونه تعهدی را که مخالف صریح قوانین موضوعه کشور نباشد شرط نمود.

طبق مقررات قانون مدنی شروط در ضمن عقد به دو قسمت کلی تقسیم می‌شوند:

۱- شروط باطل ۲- شروط صحیح

شروط باطل خود دو دسته‌اند شروط باطلی که مفسد عقد نیست و شروط باطلی که موجب بطلان عقد می‌شوند. اما شروط صحیح طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی سه قسمت هستند که شامل:

۱- شرط صفت: که وجود وصف خاصی در عوضین یا یکی از آنها است.

۲- شرط نتیجه: که تحقق اثر یک عمل، شرط می‌شود.

۳- شرط فعل: زمانی که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

شرط ترک فعل اقسام مختلفی دارد و هر یک از این‌ها هم دارای آثار ضمانت اجرای خاص خود می‌باشند.

۱. انواع شرط ترک فعل:

با توجه به مفاد و آثاری که شروط از انواع ترک فعل دارند می‌توان از دیدگاه‌های مختلفی تقسیماتی برای این نوع شروط قائل شد که مهمترین تقسیم‌بندی آن به صورت شرط ترک فعل مستمر یا آنی و شرط ترک فعل مادی و یا حقوقی است.

در تقسیم بندی به موضوع مستمر و آنی عامل زمان دخیل است، هنگامی که عامل زمانی هم در آن دخالت داشته باشد و هم به صورت استمراری لحاظ شود موضوع از نوع مستمر

است مانند فوتبالیستی که شرط کند مدت یک سال در باشگاه مورد نظر بازی نکند و از لحظه‌ای که متعهد شرط بر ترک امری می‌کند، این شرط به طور مداوم بر عهده وی است تا زمانی که شرط یا قرارداد منحل شود. در واقع اجرای شرط در ظرف زمانی مورد نظر طرفین است. موضوع آنی بر عکس موضوع مستمر است و در آن عامل زمان به صورت استمراری دخیل نیست و ملاک و هدف اصلی نتیجه کار است. مانند هنر پیشه‌ای که با یک مدیر تئاتر خاص قرارداد می‌بندد و شرط می‌کند که در فلان روز خاص که جشن افتتاحیه تئاتر دیگری است در آنجا هنرنمایی نکند. وجه تمایز شرط مستمر و آنی ارتباطی است که این دو نوع شرط در عامل زمان دارد به همین دلیل ممکن است شرطی موجد و در عین حال آنی باشد. (۱)

مانند اینکه کسی طی عقد بیع شرط کند که خیار مجلس خود را اعمال نکند این شرط بر ترک یک شرط آنی است. چون در شرط آنی ممکن است مدت انجام شرط طول بکشد ولیکن این طول زمان حتماً به این دلیل نیست که شرط مستمر باشد. بلکه انجام بعضی از شروط ولو آنکه آنی باشد گاهاً نیاز به صرف وقت دارد.

تقسیم بندی دیگر از شرط ترک فعل تقسیم آن به موضوع حقوقی و مادی است. شرط ترک فعل مادی انجام ندادن یک عمل مادی است و آنچه که متعلق اراده طرفین قرار می‌گیرد عدم حدوث یک کار عینی و خارجی در عامل مادی است. مانند نساختن دیوار یا عدم باز نمودن دریچه یا درب در برابر همسایه. و در شرط ترک فعل حقوقی مفاد شرط ترک یکی از افعال حقوقی است در عالم اعتباری. مانند آنکه در ضمن عقد بر یکی از طرفین شرط شود که از فروش مال خود به شخص معینی خودداری کند.

شرط ترک فعل مادی و حقوقی به علت تفاوت اساسی که در ساختار ماهیتی دارند. باعث داشتن آثار و ضمانت اجرای متفاوت از هم می‌شوند.

۲. شرایط لازم در صحت شروط ضمن عقد

قانون مدنی در ماده ۲۳۲ فقط رعایت سه امر را برای صحت شرط ضمن عقد لازم می‌داند و آن سه شرط عبارتند از: قدرت بر تسلیم مورد شرط، داشتن نفع و فایده و مشروع بودن و هرگاه یکی از این شروط رعایت نشود شرط باطل است و راجع به بقیه شرایطی که رعایت آنها در صحت معامله است قانون سکوت اختیار کرده است. اما باید دانست که قانونگذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرایطی را که برای موضوعات شروط ضمن عقد بر شمرده به معنای سکوت در سایر شرایط نیست. زیرا اولاً مبنای قانون مدنی فقه امامیه است و فقهای امامیه در بحث شرایط ضمن عقد این مطلب را بیان داشته‌اند که شرط ضمن عقد باید جایز باشد (۲) و همچنین از آنجا که قانون مدنی در ماده ۱۹۰ شرایط صحت تمامی معاملات و شروط را بیان داشته، پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون مدنی ماده ۲۳۲ را با توجه به ماده ۱۹۰ تنظیم کرده و به عبارت دیگر سکوت ننموده است. پس برای بررسی در صحت موضوعات شروط ضمن عقد به ماده ۱۹۰ و ۲۳۲ قانون مدنی باید من حیث المجموع توجه کرد.

همچنین شرط وقتی در ضمن عقدی درج می‌شود اگر چه یک تعهد تبعی و ثانوی است ولیکن این تبعی بودن باعث نمی‌شود که شرایط صحت شروط را نداشته باشد. چطور می‌توان فرض کرد وقتی شرطی در ضمن عقد است لازم نیست معلوم باشد ولی اگر همین شرط به صورت قراردادی مستقل باشد، حتماً باید معلوم و معین باشد.

۳. ضمانت اجرای شرط ترک فعل

شرط ترک فعل اقسام گوناگونی دارد که مهمترین تقسیم بندی آن تقسیم به شرط ترک فعل مادی و حقوقی است. قانون مدنی در ماده ۲۳۷ ضمانت اجرای شرط فعل را بیان نموده است که هرگاه شخصی ضمن عقدی تعهدی بر انجام یا خودداری از فعلی بنماید، لازم است به تعهد خود وفا کند و چنانچه از تعهدش عدول کند مشروط له حق دارد به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار مشروط علیه را به انجام شرط بنماید. آیا با توجه به ماده مذکور و مواد مربوطه دیگر ضمانت اجرای شرط بر ترک فعل، بطلان عمل حقوقی یا مادی مورد نهی در

صورت انجام است؟ یا اینکه بجز فسخ و تقاضای جبران خسارت راه دیگری برای مشروعیت له وجود ندارد.

از آنجا که ماده ۲۳۷ بیشتر ناظر به شروط مثبت است و در مورد شروط منفی نارسا است گریزی به بعضی از مواد قانونی زده تا بتوانیم یک راه حل به خصوص در امر پیدا نماییم.

۳-۱- آثار ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی

۳-۱-۱- تحلیل ماده ۲۳۷ به بعد قانون مدنی

سوال این است که هرگاه شرط بر ترک فعلی به عهده گرفته شود و مشروعیت علیه از این امر تخلف کند چه حقی برای مشروعیت له متصور است؟

در پاسخ به این سوال دو نظر وجود دارد. بعضی عقیده بر این دارند که اگر مشروعیت علیه آن عمل را انجام دهد، کار مزبور بی اثر و باطل است. چون مطابق ادله شروط، آن عمل مورد نظر حرام و منهی می‌شود و نهی مقتضای فساد است. مثلاً اگر کسی در ضمن معامله‌ای شرط کند که خیار مجلس خود را ساقط کند، دیگر حق اعمال خیار مجلس را ندارد و نمی‌تواند آن را اجرا کند و اگر آن را اعمال کند انگار که خیار مجلس اصلاً اعمال نشده است. (۳)

همچنین مشروعیت علیه قادر به انجام دادن آن عمل نیست. چون لزوم وفا به شرط لازمی آن است که مشروعیت علیه قادر به انجام دادن آن عمل بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد. یعنی مشروعیت علیه با به عهده گرفتن شرط، ممتنع شرعی مانند ممتنع عقلی است. (۴)

بنابراین در این حالت تخلف از شرط قابل فرض نیست تا مسأله خیار برای مشروعیت له به وجود بیاید زیرا خیار زمانی به وجود می‌آید که تخلف از شرط شده باشد و در این جا هم امکان انجام آن عمل حقوقی که شرط بر ترک آن شده وجود ندارد. (۵)

اما به نظر می‌رسد که قانون مدنی نظر فوق را نپذیرفته است زیرا در ماده ۲۳۷ برای مشروعیت له حقوقی قائل شده که نتیجه‌ی آن عمل منهی را انجام پذیرفته دانسته است زیرا عبارت ماده ۲۳۷ چنین بیان می‌دارد که هرگاه کسی شرطی را بر عهده بگیرد ملزم است به شرط خود وفا کند چه فعل مثبت باشد چه منفی و اگر مشروعیت علیه عدول کند مشروعیت له حق مراجعه به

حاکم و تقاضای اجبار مشروط علیه به انجام شرط را دارد و در ماده ۲۳۸ هم انجام عمل توسط دیگری مطرح است. قانون مدنی هم مطابق نظر فقهای امامیه تمام راه‌هایی را که ممکن است از فسخ جلوگیری کند را ذکر کرد و حق فسخ را به عنوان آخرین حربه به کار برده است. (۶)

یعنی حق فسخ به طور مطلق برای مشروط له پیش نمی‌آید بلکه وفا به شرط واجب است و خیار فسخ برای دفع ضرر است و زمانی که راه دیگری برای جلوگیری از ضرر داریم نیازی به استفاده از فسخ نیست. (۷)

قانون مدنی هم مطابق نظر فقها در ماده ۲۳۷، در مرحله اول به انجام شرط و به وجود نیامدن حق فسخ امر کرد و سپس در مرحله دوم پس از آنکه انجام شرط ممکن نباشد، حق فسخ را مقرر کرده است.

نهایتاً نظر قانون این است که هرگاه اجبار مشروط علیه ممکن نباشد و فعل مشروط هم توسط دیگری قابل انجام نباشد، مشروط له راهی جز فسخ عقد مشروط ندارد. به نظر می‌رسد که یکی از راه‌های اجبار مشروط علیه این باشد که معامله انجام شده را باطل بدانیم. اگر نظر قانون بر این بود که هرگاه شرط بر ترک فعل شده باشد و مشروط علیه بر خلاف شرط به انجام آن عمل بپردازد بر چنین عملی آثار قانونی بار نخواهد بود و معامله مذکور کان لم یکن خواهد شد، حتماً این موضوع را بیان می‌کرد.

۲-۱- تحلیل وکالت بلاعزل، موضوع ماده ۶۷۹ قانون مدنی

در اینجا سوال این است که هرگاه عدم عزل وکیل به صورت شرط ضمن عقد باشد، آیا بعد از انعقاد عقد لازم و درج چنین شرطی موکل می‌تواند وکیل را از وکالت عزل کند یا نه؟ مثلاً کسی خانه‌اش را بفروشد و در ضمن آن شرط شود که خریدار وکیل فروشنده در امور حقوقی باشد و موکل وکالت وکیل را عزل نکند. آیا در این صورت با عزل موکل وکیل از وکالت عزل می‌شود یا اینکه بر این اقدام موکل اثری بار نیست؟ در جواب این سؤال دو نظر داریم:

عده‌ای نظر دارند که هرگاه وکالت وکیل در ضمن عقد لازمی درج شود شرط لازم و موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند. (۸)

بعضی هم نظر دارند در موردی که حق عزل ضمن عقد لازم دیگر ساقط شده باشد عزل اثری ندارد ولی اگر التزام به عدم عزل به صورت شرط فعل باشد، عزل مؤثر و ضمان آور است. (۹)

به نظر می‌رسد که هرگاه وکالت وکیل ضمن عقد لازمی به صورت شرط فعل منفی درج شود، در این صورت حق عزل وکیل ساقط نمی‌شود زیرا شرط بر عدم عزل وکیل به صورت شرط ترک فعل است که اثر آن در صورت تخلف همان است که در ماده ۲۳۷ به بعد قانون مدنی آمده است. و همان طور که در آن جا بیان کردیم.

به نظر نمی‌رسد که نتیجه و اثر چنین تخلفی بی اثر بودن و بطلان آن عمل در صورت انجام باشد بنابراین ر صورت عزل وکیل برای وی به استناد خیار تخلف شرط، حق فسخ به وجود خواهد آمد.

منظور از ماده ۶۷۹ قانون مدنی از کلمه عزل تحقق فسخ است که به صورت شرط نتیجه و جزء لاینفک عقد قرار داده شود والا هرگاه ضمن عقد لازمی شرط شود که موکل را عزل نکند یعنی به صورت شرط فعل باشد به عزل از طرف موکل، وکیل عزل می‌شود و در این صورت مشروط له می‌تواند با استناد به خیار تخلف از شرط عقد لازم مشروط را فسخ کند. (۱۰)

در اینجا لزوم شرط منوط به لزوم عقد خواهد بود، به عبارت دیگر جایز بودن عقد موجب جایز شدن شرط خواهد شد. یعنی اینکه هرگاه شرط مبنی بر خودداری از عزل وکیل در ضمن عقدی، صرف نظر از اینکه آن عقد لازم است یا جایز، شرط شود، این عمل به خودی خود دلالت بر این ندارد که حق عزل از بین می‌رود، بلکه آن چیزی که حق عزل را از بین می‌برد، لزومی است که از عقد لازم به شرط در ضمن آن سرایت پیدا می‌کند، و آن هم در صورتی است که شرط به صورت شرط نتیجه باشد و جزئی از عقد در آید، والا در شرط فعل امکان تخلف از شرط وجود دارد، قانون گذار شرط بر ترک فعل موضوع قرارداد مستقل را موجب

این ندانسته که هرگاه شرط بر ترک امری شود و سپس مشروط علیه بر خلاف شرط خود عمل نمود، بر چنین عملی اثر حقوقی مترتب نخواهد بود، چون ماده قانونی با صراحت بیان می‌کند که هرگاه وکالت وکیل یا عدم عزل وی در ضمن عقد لازمی درج شود، موکل حق عزل وکیل را ندارد، یعنی هرگاه وکالت وکیل یا عدم عزل به صورت دیگری غیر از شرط در ضمن عقد لازم باشد موکل حق عزل وکیل را خواهد داشت. (۱۱)

۳-۱- تحلیل مواد ۴۵۴ و ۴۷۴ قانون مدنی

۳-۱-۱- ماده ۴۵۴ قانون مدنی

ماده ۴۵۴ قانون مدنی «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است». این ماده قانونی در جایی استفاده می‌شود که بیع مطلق باشد. (۱۲)

بنابراین در جایی مجری است که بایع یا مشتری به دلیل غبن یا عیب خیار پیدا می‌کند و بیع را فسخ می‌کند و بنابر گفته ماده، در صورتی که بیع فسخ شود و مبیع قبلاً اجاره داده شده باشد اجاره به قوت خود باقی است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. در اینجا این نکته قابل ذکر است که قانون اگر چه تنها به بطلان اجاره اشاره کرده ولی بی‌تردید حکم تصرفات ناقله بطلان است. در ضمن باید خاطر نشان نمود که اگر چه قانون فقط به عقد اجاره اشاره کرده اما این حکم را در سایر عقود نیز می‌توان بکار برد و در واقع ماده ۴۵۴ ق.م. برای یک قاعده کلی و قید کلی و قید عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت فقط شامل اجاره نبوده و شامل سایر اعمال حقوقی که در نتیجه این اعمال در عین یا منفعت تصرف می‌شود، خواهد بود.

نکته‌ی دیگری که ما را قانع می‌سازد که ماده ۴۵۴ یک قاعده کلی است، این است که عقد اجاره تصرف منفعت است در حالی که ماده ۴۵۴ قانون مدنی از تصرفات در عین و منفعت سخن می‌گوید، بنابراین شمول تصرف و منفعت عین نسبت به تصرف در منفعت بیشتر است و این خود حاکی از این امر است که ماده ۴۵۴ قانون مدنی شامل هر نوع تصرفی در عین و

منفعت است و می‌توان از آن به عنوان یک قاعده کلی برای ضمانت اجرای ترک فعل استفاده کرد.

۳-۲-۱- ماده ۴۷۴ قانون مدنی

اجاره عقدی است تملیکی و مستأجر مالک منفعت عین مستاجر می‌شود و این حق را دارد که هرگونه تصرف مالکانه در آن به عمل آورد و حتی آن را به دیگری اجاره دهد. اما با وجود این نباید پنداشت که انتقال مورد اجاره به غیر لازمه مالکیت او در نتیجه مقتضای عقد اجاره است، بلکه مورد مالکیت مستأجر بر منافع تابع قرارداد اجاره است پس در این قرارداد می‌توان حق انتقال به غیر را از مستأجر سلب کرد. در اجاره‌ای که شرط عدم انتقال به غیر شده است و یا در آن شرط شده که اجاره از آن خود مستأجر باشد. مستأجر نمی‌تواند اجاره را به دیگری واگذار کند زیرا از نحوه شرط معلوم است که منظور واگذار نکردن اجاره به دیگری است. حال می‌خواهیم بررسی کنیم هرگاه تخلف از شرط صورت گرفت اثر و ضمانت اجرای این امر چیست؟

عده‌ای به موجد حق فسخ برای اجاره اول را می‌دهند و بیان می‌دارند که در این حالت برای مشروطه ایجاد حق شده و این حق نمی‌تواند باعث عدم نفوذ تصرف منافی با آن شود. چون همین که اجاره دوم انشاء شد به مخالفت با شرط می‌پردازد و حق بوجود آمده ساقط می‌شود. پس مانعی برای تأثیر انشاء اجاره وجود ندارد. به عبارت دیگر از آنجا که وجود قدرت در انجام شرط از عوامل صحت شرط است پس اجاره ندادن باید ممکن باشد و از آنجا که عمل وقتی ممکن محسوب می‌شود که هم انجام و هم ترک آن میسر باشد پس باید انجام و ترک اجاره مقدور باشد و فرض قدرت بر انجام اجاره (که شرط بر ترک آن شده است) مساوی است با فرض بوجود آوردن نفوذ آن. پس ممانعت حق مذکور از وجود انشائی آن ممکن نیست و در نتیجه اجاره دوم محقق می‌شود و برای مشروط له فقط حق فسخ می‌ماند. (۱۳)

عده‌ای دیگر به نقد نظریه فوق پرداخته‌اند و آن را غیر نافذ می‌دانند و چنین بیان می‌دارند، زمانی که حقی برای مشروط له ثابت می‌شود مهمترین هدف برای وی آن است که از آن بهره

برداری کند به صورتی که کسی نتواند مانع شود و اگر عملی برخلاف هدف وی انجام شود نباید نافذ باشد و چون پذیرش نفوذ تصرفات منافی با حق به معنای انکار آن حق است و این امر از نظر عقلی قابل پذیرش نیست. چون فرض وجود حق یعنی امکان استیفاء و بهره برداری از حق که این با فرض نفوذ عملی برخلاف شرط مساوی است با زوال حق و این دو با هم قابل جمع نمی‌باشند. پس باید اجاره دوم را غیر نافذ بشماریم. (۱۴)

عده‌ای هم به تحلیل مفاد شرط پرداخته‌اند و حالت‌های مختلفی را برابر این امر در نظر گرفته‌اند که موجه تر است:

الف) زمانی که مباشرت مستاجر در استفاده از منافع، شرط شود. یعنی منظور موجه انتفاع مستاجر و عدم تصرف دیگری در ملک است هر چند منفعت نیز به شخص دیگری منتقل شود. در این حالت مستاجر مجاز است منافع را به دیگری واگذار و خود از آن استفاده نماید.

ب) هم در منافع و هم در مالکیت منافع مباشرت مستاجر شرط شود. یعنی مستاجر هم مالک منافع باشد و هم در تصرف مباشرت کند که در اینجا مستاجر حق واگذاری منفعت را به دیگری ندارد و تخلف از این امر به موجه حق فسخ می‌دهد.

ج) موجه از مستاجر حق انتقال به غیر را گرفته اما تسلیم عین مستاجر به غیر را منع نکرده است در این مستاجر می‌تواند اجاره بها را به موجه بپردازد و دیگری را بر مورد اجاره مسلط کند. (۱۵)

۴-۱- شرط ترک ازدواج مجدد

یکی دیگر از اموری که در مورد شرط ترک فعل به نقد و بررسی آن می‌پردازیم شرط عدم نکاح مجدد است هرگاه در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج ازدواج مجدد نکند درباره نفوذ این شرط بین فقها اختلاف نظر است عده‌ای می‌گویند این شرط فاسد است اما مفسد عقد نیست. (۱۶)

عده‌ای نظر به این دارند که شرط صحیح ولی چنانچه زوج تخلف کند ازدواج مجدد باطل است و عده‌ای دیگر نظر عکس دارند و همین ازدواج را باطل نمی‌دانند. (۱۷)

اما در مقابل اکثر فقها قائل به صحت چنین شرطی شده‌اند و آن را مخالف سنت ندانسته‌اند چون مفاد شرط ترک عمل مباح است که در این صورت شرط مزبور جایز محسوب می‌شود و در این مورد به حدیث نبوی مشهور ((المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً)) اشاره کرده‌اند.

حال می‌خواهیم بررسی کنیم ضمانت اجرای تخلف از این امر چیست؟

قانون مدنی برای شروط ضمن عقد نکاح ضمانت اجرای مشخصی را بیان نکرده است بعضی از حقوقدانان چنین پنداشته‌اند که برای صاحب خیار حق فسخ بوجود می‌آید. در واقع ایشان نکاح را با سایر معاملات مقایسه کرده‌اند و مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی را مجری می‌دانند که نظر این استدلال کاملاً مخدوش است. زیرا از نظر فقهی عوامل جدائی زن و مرد در شرع مشخص و محدود به طلاق و یا فسخ یا بذل مدت و یا انقضای مدت است و فسخ به علت خیار تخلف از شرط در شرع به این حالت منظور نشده است. (۱۸)

قانون مدنی هم به پیروی از نظر فقها عوامل انحلال نکاح را به طور کامل مشخص کرده است و چنین خیاری را برای طرفین ملحوظ نداشته است بنابراین نمی‌توان نکاح را با سایر معاملات قیاس نمود و با استنباط از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در این مورد نظر داد و در مورد این هم که در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیان شده است می‌توان چنین گفت که چنانچه زوج تخلف کند زوجه حق خواهد داشت طبق شرطی که قبلاً ضمن عقد با هم داشته‌اند وکیل و وکیل در توکیل باشد و به این صورت خود را مطلقه نماید.

۳- آثار ضمانت اجرای شرط ترک فعل مادی

در شرط ترک فعل مشروط علیه شرط می‌کند که از انجام یک کار عینی خارجی خودداری کند حال می‌خواهیم بررسی کنیم که در حالت تخلف از این شرط چه اثر و ضمانت اجرایی بوجود می‌آورد؟

در شرط ترک فعل مادی دو حالت متصور است یکی عدم حدوث عملی که مورد شرط است و دیگر عدم حدوث به صورت مستمر که آثار متفاوتی دارند که در ذیل بیان می‌نماییم:

الف) فرض اول آن است که آنچه مورد قصد قرار گرفته فقط عدم حدوث عملی است که شرط بر ترک آن شده است. مانند آنکه شرط شود فوتبالیست مشهوری در فلان مسابقه فوتبال در آن روز خاص شرط نکند در این حالت هرگاه مشروط له نشانه‌های تخلف از شرط را ملاحظه کند می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروط علیه را به شرط ترک فعل اجبار کند. اما اگر مشروط علیه شرط ترک فعل را انجام داد دیگر کاری است که انجام شده و مشروط له فقط خیار تخلف از شرط را خواهد داشت و بوسیله آن می‌تواند معامله را فسخ کند. (۱۹)

۲- فرض دوم در حالتی است که علاوه بر حدوث عمل مورد شرط بقاء و استمرار آن نیز مورد قصد طرفین بوده است مثل زمانی که طی عقد لازمی مشروط علیه شرط کند از کشیدن دیوار خاصی خودداری کند و بعداً برخلاف شرطش عمل نماید و اقدام به کشیدن دیوار مزبور نماید در این حالت به نظر می‌رسد که هرگاه مشروط علیه تخلف نماید و مفاد شرط را انجام ندهد، مشروط له می‌تواند اعاده‌ی وضع سابق را از دادگاه بخواهد زیرا مطابق شرط، مشروط علیه شرعاً ملزم به رعایت مفاد شرط است و به این علت در فرض تخلف حاکم وی را ملزم می‌کند و در فرض عدم امکان الزام برای مشروط له خیار تخلف شرط بوجود می‌آید که بواسطه آن می‌تواند معامله را فسخ کند. (۲۰)

نتیجه‌گیری

شروط در ضمن عقد باید تمامی شرایط صحت معاملات را که در مورد مواد ۲۳۲ و ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده، را داشته باشند.

در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل قانون سکوت اختیار کرده است اما با وجود این می‌توانیم بگوئیم که ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی بطلان و بی‌اثر بودن آن عمل نیست چرا که اگر نظر قانون بر این امر بود حتماً آن را بیان می‌کرد. و تنها راهی که در این گونه امور باقی می‌ماند حق فسخ است. اما در مورد تصرفات ناقله می‌توان گفت که مقنن

حکم را بیان نموده و در حالات و شرایط ذکر شده می‌شود حکم بطلان را داد و یک قاعده کلی بدست آورد.

لیکن نکاح قابل مقایسه با معاملات نیست و نمی‌شود حکم به فسخ یا بطلان داد. در مورد شرط ترک فعل مادی هم در زمانی که فقط حدوث عملی مورد نظر است با هنگامی که عدم حدوث عمل مستمراً مورد شرط است در هر مورد حکم قضیه متفاوت از دیگری است.

منابع:

- ۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، سال ۱۳۷۴، ش ۴۲، ص ۸۴
- ۲- المحقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، انتشارات استقلال، چاپ الثانیه، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۲۶۷- مکی عاملی، شیخ ابی عبدالله، شهید الاول، شرح لمعه دمشقیه، ترجمه غزنویان، محسن و شیروانی، علی، ج ۱، انتشارات دارالفکر، چاپ ۱۳، تابستان ۱۳۷۹، ص ۲۶۷.
- ۳- حسینی، محمدباقر، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل منفی حقوقی، مجله دادرسی، شماره ۵۸، سال دهم، مهر و آبان ۱۳۸۵، ص ۴۳.
- ۴- الممتنع الشرعی کالممتنع العقلی
- ۵- محقق داماد سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۸۱، ص ۴۷.
- ۶- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیه، چاپ پانزدهم، بهار سال ۱۳۸۰، ص ۲۹۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، سال ۱۳۸۰، ص ۲۱۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی از قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۸۲، ص ۲۱۰.

- ۷- امام خمینی (ره) کتاب البیع، ج ۵، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی (ره)، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.ق، ص ۵۰۶.
- ۸- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، کتابفروشی اسلامیة، چاپ سیزدهم، شهریور ۱۳۸۶، ص ۲۳۲- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۳ هـ.ق. ص ۱۸۸- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش ۲ مدنی، ص ۴۸.
- ۹- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ ششم، بهار ۱۳۸۱، ماه ۶۷۹، ش ۸، ص ۴۴۸.
- ۱۰- امامی، سید حسن حقوقی مدنی، ج ۲، ص ۲۳۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، سال ۱۳۷۸، ج ۴، ش ۱۲۴، ص ۲۰۷.
- ۱۱- سعادت مصطفوی، سید مصطفی بررسی فقهی و حقوقی تأسیس و کالت بلاعزل، مجله پژوهشی رهنمون، زمستان ۱۳۸۳، شماره ۹، ص ۱۳.
- ۱۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱ ص ۵۴۲- محقق داماد. سید مصطفی، تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی - ۷۲/۱۰، www.ghavanin.ir
- ۱۳- الاصفهانی، محمدحسین، الاجاره، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ الثانيه، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۱۱۱.
- ۱۴- سعادت مصطفوی، مصطفی، ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع) زمستان ۸۳، شماره ۲۴، ص ۱۷.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ش ۲۵۸، ص ۳۷۷.
- ۱۶- امام خمینی (ره) تحریر الوسیله، ج ۲، دارالکتب العلمیه، چاپ الثانيه، ۱۳۹۰ هـ.ق، ص ۳۰۲.
- ۱۷- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۴۹- الخوئی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۲۸۱- الحسینی الروحانی، محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، مکتبه الافین، ص ۳۱۰.

- ۱۸- محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق خانواده، نشر علوم انسانی، چاپ ششم، پاییز ۱۳۷۶، ص ۳۲۰.
- ۱۹- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۱- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، ص ۴۵.
- ۲۰- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، کتابخانه گنج دانش چاپ سوم، سال ۱۳۷۸، ص ۲۹۶.

اصلاح و درمان مجرمین در حقوق کیفری ایران

سلطان کونالی^۱، رضا سلطانی بیدگلی^۲ و دیبا امیر حشمتی^۳

چکیده:

اصلاح و درمان مجرمین به عنوان شاخه‌ای از جرم شناسی بالینی (criminal criminology) است که در آن بازپروری و بازگشت مجرم به زندگی عادی اجتماعی از موضوعیت برخوردار است.

در پارادایم اصلاح و درمان عموماً بازدارندگی خاص حاصل از آن یعنی احساس باطنی و ذهنی که در شخص مجرم پدیدار می‌گردد، معتنا به می‌باشد و لذا بازدارندگی عام ناشی از آن یعنی احساسی که جامعه از کیفر دارد، کمتر مورد توجه است.

در ایران با قدری تعمق و تفکر در نص فرا تقنینی (قانون اساسی) و نیز قوانین عادی از جمله قانون مجازات اسلامی و قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، اگر نه تصریحاً حداقل تلویحاً می‌توان گرایش مقنن اسلامی به سوی پارادایم اصلاح و درمان مجرمین را استنباط و مشاهده نمود. البته این در حالی است که ظاهر این قوانین حکایت از مجازات دارد.

در این مقال سعی شده است که پارادایم اصلاح و درمان و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران تحلیل و تبیین شود.

واژگان کلیدی:

مجرم، اصلاح و درمان، بهسازی و بازپذیری، حقوق کیفری ایران.

۱- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شیراز

۲- دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شیراز

۳- کارشناس حقوق قضایی و کارآموز وکالت در استان فارس

مقدمه:

به دنبال آشکار شدن ناکارآمدی و ناکامی سیاست تسامح صرف و توسل افراطی به کیفر در جریان پیشگیری از تکرار جرم، رفته رفته با الهام از رهیافتهای دیگر علوم از جمله دانش روانشناسی، جامعه شناسی، جرم شناسی و ... صاحب نظران عرصه حقوق کیفری با تعدیل تدریجی رویه های سزا محور اتخاذی خویش، روی به سوی سیاستهای درمانی، تأمینی و اصلاح آوردند که بر محور توجه به احیا، بازپروری و جامعه پذیری مجدد مجرم استوار بودند. از جمله این سیاستها می توان به «منع اعمال مجازاتهای جسمانی»، «برقراری نظام محکومیتهای غیر معین»، «تعلیق مراقبتی» و ... اشاره نمود.

همگام با این تحول به تدریجی در برخی از نظامهای حقوقی، مقننین به سوی عینیت قانونی بخشیدن به سیاست اصلاح و درمان متمایل شدند (غلامی و نجفی ابرند آبادی، ۱۳۷۸: ۹۷-۱۱۲) این جریان تا سال ۱۹۷۵ میلادی به جد دنبال می شد تا این که در این سال «مارتینسون» و همکارانش به عنوان طلایه داران مخالفت با سیاست اصلاح و درمان با شعار «هیچ چیز کار ساز نیست» مدعی شکست این سیاست شدند. در واقع ایشان آشکارا به رویکرد سنتی سرکوب جرم و مجازات بزهکاران در قرائتی نوین تحت عنوان «نظریه مجازاتهای استحقاقی» بازگشت نمودند و لذا متعاقباً موضع گیری و اظهار داشته اند که این سیاست به هیچ عنوان نتوانسته است نتایج و دستاوردهای قابل اعتنایی به تبع داشته باشد و لذا به ضرس قاطع کنار گذاشتن این سیاست را ضرورتی انکار ناپذیر معرفی نمودند (مارتینسون، ۱۹۷۴: ۸۰-۶۶) با تأسی و تأثیر پذیری از جریان مخالفت با سیاست اصلاح و درمان که مارتینسون و همکارانش به آن دامن زده بودند، بسیاری از صاحب نظران دیگر نیز از جمله «موریس» و «فوگل» صریحاً لزوم لغو نظام اجباری اصلاح و بازپروری را مطرح کردند (موریس، ۱۹۷۴: ۲۲-۵۳؛ فوگل، ۱۹۷۵: ۸۶-۸۷)

علی ایحال علی رغم وجود چنین ادعاهایی به هیچ عنوان نمی توان با قاطعیت از شکست و ناکامی سیاست اصلاح و درمان صحبت به میان آورد زیرا) اولاً: هنوز لوازم و مقدمات اجرایی این سیاست به طور کامل فراهم نیامده) ثانیاً: شاید این سیاست در برخی از زمینه ها

احتمالاً با عدم موفقیت نسبی توأم بوده، لیکن مسلماً در دیگر ابعاد آثار موفق و انکار ناپذیری نیز داشته است. مع الوصف نظر به این واقعیت و نیز از آنجا که سیاست اصلاح و درمان هنوز به معنای دقیق کلمه در ایران اجرا نشده است، بی‌شک صحبت و استدلال راجع به شکست این سیاست در ایران فاقد هرگونه مبنا و پشتوانه علمی و منطقی خواهد بود.

۱- تعریف و قلمرو «اصلاح و درمان»

غالباً مطرح می‌شود که اصلاح و درمان به عنوان شاخه‌ای از جرم‌شناسی بالینی (criminal criminology) هم دارای جنبه بازدارندگی خاص است که ناظر به احساس باطنی و ذهنی شخص مجرم می‌باشد و هم دارای جنبه بازدارندگی عام است که ناظر به احساس و طرز تلقی جامعه از کیفر می‌باشد. در بعد یا جنبه اول، کیفیت و نحوه واکنش و عکس‌العمل مجرمین مختلف در قبال واکنشها و ضمانت‌های کیفری و نیز تأثیر این ضمانت‌های مجرمین مناط اعتبار است و در بعد دوم این مسأله مورد توجه است که اجرای علنی ضمانت‌های کیفری ممکن است به نوعی با ایجاد یک حس تأثیرپذیری عمومی، عملاً مانع سوق یافتن سایر افراد جامعه به سوی بزهکاری و رفتارهای مجرمانه شود. علی‌ایحال در تبیین سیاست اصلاح و درمان، عموماً جنبه «بازدارندگی خاص» مورد توجه است. در این بعد مشخصاً مسأله جلوگیری از تکرار جرم توسط مجرمی که از کانال دادگستری رسمی عبور کرده و متحمل مجازات شده است، مطرح می‌شود و لذا به موازات بالا یا پایین بودن نرخ تکرار جرم می‌توان به میزان موفقیت یا عدم موفقیت این سیاست در نیل به بازدارندگی خاص» یعنی بازداشتن مجرم از ارتکاب مجدد جرم پی برد. لازم به ذکر است که در برنامه‌های اصلاح و درمان، مجازات سالب حیات (اعدام) موضوعاً خارج است زیرا با اجرای این مجازات عملاً هیچ محملی برای برنامه‌های اصلاح و درمان باقی نمی‌ماند. مضافاً این که سایر مجازات‌ها مثل مجازات جزای نقدی، شلاق، و ... نیز که عملاً نمی‌توانند متضمن پیاده‌سازی برنامه‌های اصلاح و درمان باشند در این سیاست جایگاهی ندارد. بر این اساس به وضوح مبرهن می‌شود که محور اصلی برنامه‌های اصلاح و درمان به طور خاص مجازات

زندادان و مؤسسات مشابه آن است؛ یعنی مؤسساتی که به دنبال سلب آزادی فرد علی‌رغم میل او هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۲۴۱۱)

سیاست اصلاح و درمان همواره در لوای تعبیری چون «بازسازی» ، «جامعه‌پذیری مجدد» و ... مطرح می‌شود اما این در حالی است که این اصطلاحات به طور تفصیلی و جامع و مانع تعریف نشده‌اند. مع‌الوصف با مذاقه در حدود آثار موجود در این زمینه می‌توان در تعریف سیاست اصلاح و درمان بیان داشت که: «مجموعه برنامه‌ها و اصول و قواعدی که با هدف پیشگیری از تکرار جرم، بهسازی مجرم و دوباره تربیت کردن او را از طریق تنبیه به گونه‌ای که فرد مجرم را به سوی پیروی از هنجارها و قواعد اولیه زندگی سوق دهد، در قانون توجه قرار می‌دهد، سیاست اصلاحی توصیف خواهد شد» (بولک، ۱۳۸۴: ۳۳)

شایان ذکر است که در بهسازی مجرم، مسلماً بهسازی اجتماعی و جامعه‌پذیری مجدد او از موضوعیت برخوردار است، یعنی هدف نهایی، اصلاح اخلاقی مجرم نیست.

۲- اصلاح و درمان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

در قانون اساسی و مشخصاً در اصل ۱۵۶ که در مقام احصای وظایف قوه قضاییه می‌باشد، صریحاً به مسأله اصلاح مجرمین اشاره شده است. جلوه عینی این مهم در بند پنجم اصل مذکور قابل مشاهده است. در این بند بیان شده یکی از وظایف قوه قضاییه؛ «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» است.

در بند چهارم اصل فوق به «کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام» اشاره شده است. ناگفته پیداست این بند، مجازات کردن مجرمین و به اصطلاح رویکرد سزا محور را تداعی می‌کند که دقیقاً نقطه مقابل رویکرد اصلاح و درمان می‌باشد. پر واضح است که این نحو از گزاره نویسی گویای این است که تدوین کنندگان قانون اساسی به نحو شایسته‌ای به قابل جمع بودن سیاست اصلاح و درمان و نظام کیفر مداری اعتقاد داشته‌اند و لذا تلویحاً ضرورت اتخاذ یک رویکرد ترکیبی حاصل از کیفر و برنامه‌های اصلاح و درمان را در مقابله با پدیده جنایی منعکس نموده‌اند.

شایان ذکر است که بعضی از حقوق‌دانان معتقدند بندهای ۴ و ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی با هم تعارض داشته و قابل جمع نمی‌باشد، با این استدلال که اصولاً وظیفه دادگستری اصلاح و درمان نیست و کارکرد قوه قضاییه سزادهی مجرم و جبران خسارت مجنی علیه است. ایشان می‌افزایند که اصلاح مجرمین بایستی به عهده نهادهایی چون سازمان بهزیستی و نظام آموزشی خارج از قوه قضاییه و تحت نظارت رهبری یا قوه مجریه قرار گیرد. در نظام مورد نظر آنان پس از سزا دادن مجرم، فرد باید به عنوان نظام تکمیلی در خارج از دستگاه قضایی مداوا شود. به نظر می‌رسد نویسندگان فوق که بند ۴ و ۵ اصل ۱۵۶ را قابل جمع نمی‌دانند، حقوق‌دانان صرف هستند و در یک فضای هنجاری صرف فکر می‌کنند و نگاهی به مسایل جرم‌شناسانه ندارند، حال آنکه تفسیر دو بند مذکور علاوه بر دانش حقوقی به دانش جرم‌شناسی هم نیاز دارد. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۷: ۲۳۹۳)

۳- اصلاح و درمان در قوانین عادی (کیفری) جمهوری اسلامی ایران

با الهام و تأسی از گزاره‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی، در قوانین عادی کیفری از جمله قانون مجازات اسلامی، قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ... موارد و نمونه‌هایی حداقلی اما کارا و سودمند دیده می‌شود که انعکاس سیاست اصلاح و درمان را در سیاست جنایی تقنینی ایران به وضوح تداعی‌گر است. شاهد مثال بارز و عینی این مدعا در قانون مجازات اسلامی مواد ۲۲، ۲۵ و ۷۲۸، این قانون می‌باشد. ماده ۲۲ در راستای اصل فردی کردن قضایی به قاضی دادگاه اختیار داده است که با توسل به نهاد تخفیف و تبدیل کیفر، مجازات مناسب برای هر مجرمی را مورد حکم قرار دهد و لذا قاضی دادگاه می‌تواند به منظور تعیین مجازاتی مناسب علیه مجرم به فاکتورهایی از قبیل انگیزه مجرم، اوضاع و احوال ارتکاب جرم، سابقه مجرم و ... توجه نماید. ناگفته پیداست که چنین اقدام و عملکردی دقیقاً در راستای سیاست اصلاح و درمان توصیف می‌شود. همین‌طور در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی صریحاً به نهاد تعلیق اجرای مجازات اشاره شده است. مسلماً تعلیق اجرای مجازات نیز در راستای اصل فردی کردن قضایی مجازات به قاضی دادگاه اجازه می‌دهد

که ضمن اصدار حکم محکومیت چنانچه اجرای مجازات را علیه مجرم به مصلحت نداند، آن مجازات را در چارچوب ضوابط قانونی معلق نماید. بدون تردید نهاد تعلیق مجازات موجب می‌شود که وقتی واقعاً اجرای مجازات سودمند نبوده و به اصطلاح نمی‌تواند آثار اصلاحی داشته باشد، از توسل افراطی به آن اجتناب شود. همینطور در ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی صریحاً به قاضی اختیار تخفیف و تعلیق مجازات و توسل به مجازاتهای تکمیلی و تبدیلی داده شده است که این نیز تداعی گر سیاست اصلاح و درمان می‌باشد. که و نمونه‌ی آن ماده ۱۳۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ است این قانون است که راجع به مناسب بودن قرار تأمین کیفری می‌باشد. این ماده اشعار داشته: «تأمین باید با اهمیت جرم و شدت مجازات و دلایل و اسباب اتهام و احتمال فرار متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم و وضعیت مزاج و سن و حیثیت او متناسب باشد.»

به وضوح پیداست که وقتی مقنن به قاضی دادگاه تکلیف می‌کند که قرار تأمینی صادر نماید که متناسب با فاکتورهای فوق‌الاشعار باشد، این نشان می‌دهد که در نظر مقنن یک تأمین مناسب می‌تواند دارای آثار سازنده و اصلاح گرانه‌ای باشد و لذا مقنن بر آن شده است که ضرورت آنرا صریحاً خاطر نشان نماید.

نتیجه گیری

سیاست اصلاح و درمان در ایران هنوز به اندازه‌ای که وافی به مقصود باشد، اجرا نشده است و لذا به هیچ عنوان نمی‌توان راجع به شکست آن در ایران اظهار نظر نمود. با این وجود حقوق کیفری ایران با مؤلفه‌های این سیاست بیگانه نیست، چرا که در پرتو قانون اساسی در قوانین عادی ایران نیز از جمله قانون مجازات اسلامی (مواد ۲۲ و ۷۲۸) و قانون تشکیل دادگاههای عمومی انقلاب و قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ (ماده ۱۳۴) می‌توان نفوذ و رسوخ سیاست اصلاح و درمان را مشاهده نمود.

پی نوشت:

- ۱- در دانش جرم شناسی همواره معمول است که زندان و نهادهای مشابه آن را به «درمانگاه جرم» تشبیه می‌کنند و زندانبان را هم یک مددکار اجتماعی به حساب می‌آورند.
- ۲- قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده دار وظایف زیر است:
 ۱. رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبید که قانون معین می‌کند.
 ۲. احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادیهای مشروع.
 ۳. نظارت بر حسن اجرای قوانین.
 ۴. کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام.
 ۵. اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.
- ۳- احتمال دارد بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی از کنگره‌های پنج سالانه سازمان ملل در خصوص پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین (the prevention of crime and the treatment of offenders) اخذ شده باشد (به نقل از نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۷: ۲۳۹۲)
- ۴- ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی: «دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسبتر به حال متهم باشد، جهات مخففه عبارتند از:
 ۱. گذشت شاکی یا مدعی خصوصی
 ۲. اظهارات و راهنماییهای متهم که در شناختن شرکا و معاونان جرم و یا کشف اشیایی که از جرم تحصیل شده است، مؤثر باشد.
 ۳. اوضاع و احوال خاصی که متهم تحت تأثیر آنها مرتکب جرم شده است. از قبیل رفتار و گفتار تحریک آمیز مجنی علیه یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم.

-
۴. اعلام متهم قبل از تعقیب و یا اقرار او در مرحله تحقیق که مؤثر در کشف جرم باشد.
۵. وضع خاص متهم و یا سابقه او.
۶. اقدام یا کوشش متهم به منظور تخفیف اثرات جرم و جبران زیان ناشی از آن...»
- ۵- ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی: «در کلیه محکومیت‌های تعزیری و بازدارنده حاکم می‌تواند اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را با رعایت شرایط زیر از دو تا پنج سال معلق نماید: الف- محکوم علیه سابقه محکومیت قطعی به مجازات‌های زیر نداشته باشد:
۱. محکومیت قطعی به حد
 ۲. محکومیت قطعی به قطع یا نقص عضو
 ۳. محکومیت قطعی به مجازات حبس به بیش از یک سال در جرایم عمدی
 ۴. محکومیت قطعی به جزای نقدی به مبلغ بیش از دو میلیون ریال
 ۵. سابقه محکومیت قطعی دو بار یا بیشتر به علت جرم‌های عمدی با هر میزان مجازات
- ب- دادگاه با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق زندگی محکوم علیه و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است، اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را مناسب نداند.»
- ۶- ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی: «قاضی دادگاه با ملاحظه خصوصیات جرم و مجرم و دفعات ارتکاب جرم در موقع صدور حکم و در صورت لزوم از مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق و مجازات‌های تکمیلی و تبدیلی از قبیل قطع موقت خدمات عمومی، حسب مورد استفاده نماید.»

منابع:

۱. بولک، برنار (۱۳۸۴) کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد.
۲. غلامی، حسین و نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۸) نظریه مجازاتهای استحقاقی و تکرار جرم، مجله مدرس، دوره سوم، شماره چهارم.
۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۷) مجموعه مباحثی در علوم جنایی (تقریرات)، به کوشش شهرام ابراهیمی.
۴. morris,N, (۱۹۷۴).the future of imprisonmen, Chicago university of Chicago perss.
۵. martinson.R. (۱۹۷۴). what works? Qustion and answer about prison reform, puplicinterest,۳۴.
۶. fogel.D. (۱۹۷۵). we are the living poff:the justice model for correction, cinicinati W.H.Anderson.

تحلیلی بر حق مرد در طلاق

شهاب تجری

مقدمه

در نظام حقوقی ما از جمله مهمترین و اصلی ترین مباحث پیرامون طلاق اختیار مطلق مرد در این خصوص است.

در قانون مدنی ما ماده ۱۱۳۳ حق مطلق طلاق را به مرد داده است. متن قبلی این ماده مقرر می کرد: «مرد هر وقت بخواهد می تواند زن خود را طلاق دهد.» این ماده در سال ۱۳۸۱ به این شکل اصلاح گردید: «مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.» این تغییر تنها در ظاهر ماده صورت گرفت و تندی انشاء ماده را کاهش داد اما ماهیت قضیه را عوض نکرد و همچنان مرد می تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد. و در این راستا نیازی به آوردن دلیل و برهان ندارد. محدودیتهایی هم که تلاش شده در این مورد برای مرد ایجاد شود مثل نحله و الزام به دادن تا نیمی از اموال که در مدت زناشویی، زن و مرد بدست آورده اند (آن هم در صورت توافق بر سر آن در هنگام انعقاد عقد نکاح) و اجرت المثل، در صورتی که مرد بدون دلیل زن خود را طلاق دهد، هیچ کدام تأثیر قابل توجه در تأمین حقوق زن نداشته و این اختیار مطلق به کرات مورد سوء استفاده قرار می گیرد.

حق مطلق مرد در طلاق از دو جنبه قابل تحلیل و بررسی است:

الف) از جنبه عقلی و اجتماعی

ب) از جنبه شرعی و فقهی

۱- جنبه عقلی و اجتماعی طلاق

این یک امر مسلم و غیر قابل انکار است که ثبات و سلامت هر جامعه وابستگی تام و کامل با سلامت و ثبات خانواده‌ها دارد. لذا اگر بناست جامعه ای سالم، شاداب و پویا شکل بگیرد می‌بایست در درجه اول نگاه‌ها را معطوف خانواده‌ها و صیانت از آنها نمود.

جامعه شناسان برای این که اهمیت این رابطه را تذکر دهند نسبت میان خانواده و جامعه را تشبیه می‌کنند به نسبت میان سلول و بدن انسان یا نسبت میان آجر و ساختمان، این بدان معناست که هر چه آجرهای بکار گرفته شده در ساختمان محکم‌تر و از مرغوبیت بالایی برخوردار باشند؛ به همان میزان نیز ساختمان از استحکام برخوردار خواهد بود و در برابر حوادث مختلف فرو نخواهد ریخت. در نتیجه ساکنان آن نیز از امنیت و آرامش برخوردار خواهند بود.

در جامعه نیز اگر خانواده‌ها سالم، با نشاط و پایدار باشند و تزلزل و سستی در آنها راه نداشته باشد بدون تردید به همان میزان جامعه نیز پایدار، با نشاط و پر آرامش خواهد بود. اما اگر خانواده‌ها به هر دلیلی ثبات و پایداری خود را از دست بدهند، این خلل و نقص به جامعه نیز سرایت خواهد نمود و آن را دچار تشتت کرده و با ناهنجاریهای مختلف روبرو می‌کند و با اندک زلزله و طوفانی بر سر ساکنان آن فرو می‌ریزد و یا حداقل آرامش و امنیت را تا حدودی از آنها سلب خواهد کرد.

به همین دلیل امروز سعی بر این است تا در جامعه به گونه‌ای برنامه‌ها در زمینه‌های مختلف طراحی شود که در آن خانواده‌ها به دور از آفات متعدد به حیات خود ادامه دهند و تهدیدهای گوناگون را از آن دور کنند.

از جمله تهدیدی که خانواده‌ها را متلاشی می‌کند و بنیان آن را از بین می‌برد طلاق است. طلاق از آن دسته آسیب‌های اجتماعی است که آثار مخرب فردی و اجتماعی به همراه دارد.

بنابراین در این زمینه تلاشها باید در مسیر کم کردن طلاق در جامعه باشد و برگزیدن راهی غیر از این با هیچ اصل عقلی و منطقی همخوانی ندارد.

سخن گفتن پیرامون طلاق در مقایسه با سایر آسیب‌های اجتماعی دیگر از جمله اعتیاد، فحشاء و ایدز از یک تفاوت اساسی برخوردار است و آن، این که طلاق یک آسیب اجتماعی مشروع است؛ یعنی می‌دانیم امری مذموم و مضر است ولی چون گاهی اوقات محاسنش بر مضراتش چربش دارد حکم به جواز آن صادر شده ولی در ممنوعیت سایر آسیب‌های اجتماعی تردید نداریم و هیچ توجیه معقولی برای جواز آنها وجود ندارد.

در اغلب کشورهای دنیا راه حل منطقی و معقولی که گزینش شده با عنایت به ویژگیهای طلاق، پذیرش آن است. ولی با اعمال محدودیتهای مؤثر در جهت کم کردن آمار طلاق، قوانین نیز به گونه‌ای در این خصوص وضع گردیده که این حق توسط زوجین به شکلی معقول و منطقی اعمال می‌گردد.

مثلاً در فرانسه اولاً؛ تا شش ماه پس از ازدواج تقاضای طلاق به هیچ وجه از زوجین پذیرفته نمی‌شود. زیرا در اوایل ازدواج بدلیل نامأنوس بودن زوجین نسبت به خصوصیات اخلاقی یکدیگر و همچنین سطحی بودن علاقه آنان به همدیگر و تعمیق نیافتن این امر، تصمیم آنان در خصوص جدایی سریعتر و ساده‌تر خواهد بود و وجه عقلانی این تصمیمات بسیار کم‌رنگ می‌باشد. در کشورهایی دیگر همچون بلژیک و مالزی حتی این مدت به دو سال هم افزایش پیدا کرده یعنی درخواست طلاق از زوجین تا دو سال بعد از ازدواج پذیرفته نمی‌شود. ثانیاً؛ در فرانسه هرگاه تقاضای طلاق مشترکاً توسط زوجین بعمل آید نیازی به توجیه معقول و متعارف چنین درخواستی نیست زیرا طبیعی است در چنین حالتی زن و مرد به این نتیجه بصورت مشترک رسیده‌اند و دیگر دلیلی برای بقای ازدواج باقی نمی‌ماند. ولی اگر درخواست طلاق از جانب یکی از زوجین تقدیم محکمه گردد وی مکلف است با ارائه دلایل معقول و منطقی در اتخاذ چنین تصمیمی، دادگاه را قانع به صدور حکم طلاق کند در غیر این صورت دادگاه مجوز جدایی و طلاق زوجین را صادر نخواهد کرد.

این یک روند معقول و پسندیده در برخورد با پدیده طلاق و محدود کردن عقلانی آن است.

اما متأسفانه در نظام حقوقی ما علی‌رغم این که همه علم دارند طلاق پدیده‌ای مذموم و مضر است و حتی‌المقدور باید در جهت محدودیت عقلانی آن تلاش کرد قانونگذار خلاف این استنتاج عقلی عمل کرده و به مرد اجازه داده شده هر وقت بخواهد زن خود را بدون ارائه توجیه معقول طلاق دهد که این حکم هیچ تناسبی با واقعیت طلاق و آثاری که به جای می‌گذارد ندارد و بسیار سهل‌انگارانه تنظیم یافته است.

۲- جنبه شرعی و فقهی طلاق

برخلاف آنچه که تصور می‌شود از لحاظ شرعی حداقل نگارنده متوجه دلیل محکمی در دادن این اختیار مطلق به مرد نگردیده بلکه بعکس روایاتی از پیامبر (ص) و ائمه (علیهم السلام) نقل گردیده که خلاف آن را ثبات می‌کند.

یک- در کتاب فروع کافی^۱ از امام باقر (ع) نقل شده است که فرمود: «پیامبر خدا (ص) بر مردی گذشت و از او پرسید با زنت چه کردی؟ گفت طلاق دادم. فرمود: بدون داشتن رفتار بد او را طلاق دادی؟ گفت: آری. چندی بعد مرد با زنی دیگر ازدواج کرد باز او را طلاق داد. دفعه بعد که پیامبر (ص) او را دید همان سؤال قبلی را تکرار کرد. باز مرد پاسخ داد این بار هم زن را بدون جهت طلاق داده است. پیامبر (ص) فرمود: خداوند لعن می‌کند مردان و زنان تنوع طلب را که بدون جهت به طلاق روی می‌آورند.»

این روایت در کتاب وسائل الشیعه^۲ نیز نقل گردیده است.

دو- باز در فروع کافی^۱ از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «خداوند افرادی که سریع طلاق می‌دهند و باز نکاح می‌کنند دشمن می‌دارد.»

۱- فروع کافی، جلد ۶، کتاب طلاق، ص ۵۴.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۶۷.

سه- به پیامبر (ص) خبر رسید که ابویوب می‌خواهد زنش را طلاق دهد، فرمود: «طلاق دادن ام ایوب گناه است»^۲.

چهار- از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: پیامبر فرموده است: هیچ چیز نزد خدا محبوب‌تر از خانه‌ای نیست که با نکاح آباد شود و هیچ چیز مغضوب‌تر از خانه‌ای نیست که با طلاق خراب شود و آن‌گاه امام صادق (ع) فرمود: «این که این قدر خداوند در مورد طلاق تأکید کرده و مکرر از آن سخن گفته است به خاطر این است که جدایی را دشمن می‌دارد»^۳.

حال با کدام دلیل و برهان عقلی می‌توان پذیرفت چیزی که نزد خداوند و معصومین (علیهم السلام) این همه مغضوب و منفور است استفاده و بکار بردن آن بصورت مطلق و بدون قید و شرط مجاز باشد. حداقل استنباط و استنتاج منطقی از این روایات و روایات دیگری که با همین مضامین نقل گردیده این است که مرد در طلاق نباید اختیار مطلق و بدون قید داشته باشد، بلکه می‌بایست بر آن قید و بندهایی نهاد تا امری که نزد خداوند، پیامبر (ص) و ائمه (علیهم السلام) زشت و ناپسند است به راحتی اتفاق نیافتد. چنین استنباطی از این روایات به نظر بسیار معقول‌تر و منطقی‌تر از اختیار مطلق مرد در طلاق است و به احکام شرعی نزدیکتر.

پنج- اختیار مطلق مرد در طلاق با قاعده معروف لاضرر نیز در تضاد است. می‌دانیم که اگر قاعده لاضرر با سایر قواعد تراحم داشته باشد. معمولاً قاعده لاضرر رجحان دارد. نمونه بارز آن تراحم قاعده لاضرر با قاعده تسلیط است که قاعده لاضرر ارجح خواهد بود. حال آنکه قاعده تسلیط یکی از بهترین و معقول‌ترین قواعد فقهی و حقوقی است و ریشه در حرمت حقوق اشخاص دارد. با این وجود در مقابل قاعده لاضرر اعتبار خود را از دست خواهد داد. تبلور قاعده لاضرر در قوانین ما در اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد آنجا که مقرر کرده است:

۱- فروع کافی، جلد ۶، کتاب طلاق.

۲- منابع پیشین.

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۶۶.

«هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

یعنی هیچ کس نمی‌تواند حق خود را به گونه‌ای اعمال نماید که باعث ورود ضرر به دیگران شود. لذا براساس این قاعده باید گفت مرد نمی‌تواند حق طلاق را به گونه‌ای اعمال نماید که باعث ورود ضرر به زن یا فرزندان شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که مرد تحت چه شرایطی می‌تواند این حق را اعمال نماید؟ در حالی که در هر صورت باعث ورود زیان به زن و خانواده خواهد بود. این مشکل را می‌توان از طریق تفسیر موسع ماده ۱۳۲ قانون مدنی و استخراج قاعده از آن حل نمود. ماده ۱۳۲ در مقام رفع تعارض میان قاعده لاضرر و تسلیط بیان نموده که در تراحم این دو قاعده، قاعده لاضرر ارجحیت دارد مگر این که استفاده از حق به قدر متعارف باشد و برای رفع حاجت یا رفع ضرر ضرورت داشته باشد. هر چند این ماده در خصوص حق مالکیت و تصرف در مایملک است ولی می‌توان آن را تعمیم کرد. ماحصل این ماده این است که اگر تصرف در مایملک توجیه معقول و متعارف داشته باشد هر چند باعث ضرر به دیگران شود اشکالی نخواهد داشت. در خصوص طلاق نیز باید همین معیار را بکار برد و عنوان کرد که اعمال حق طلاق تنها در جایی مشروع و معقول است که توجیه عقلانی و متعارف داشته باشد در غیر این صورت به علت تراحم با قاعده لاضرر اعمال آن مشروع و منطقی نیست.

در خصوص اختیار مطلق مرد در طلاق در فقه اهل سنت دو نظر وجود دارد:

دیدگاه اول - اغلب فقهای اهل سنت همچون فقهای امامیه اعتقاد به اختیار مطلق مرد در طلاق دارند و آنرا این گونه توجیه عقلانی می‌کنند: «اولاً عقلانی بودن رفتار مرد که موجب می‌شود سریع تصمیم نگیرد و زوجیت را به هم نزند. ثانیاً مسأله تبعات مالی است که طلاق

برای مرد دارد، از قبیل دادن مهریه و نفقه ایام عده در نتیجه عنایت او به حفظ علقه زوجیت بیشتر از زن است که طلاق این پیامدها را برای او ندارد.^۱»

دلایلی که در فقه اهل سنت در توجیه حق مطلق مرد در طلاق ذکر شده هیچ کدام پذیرفتنی نیست. زیرا اولاً: نظر به تحولاتی که در جهان مدرن صورت گرفته و شرکت گسترده زنان در حیات اجتماعی هم پای مردان و فراهم شدن امکان تحصیل برای آنان، دیگر نمی‌توان عقلانی‌تر بودن رفتار مردان نسبت به زنان را پذیرفت، بلکه امروزه از لحاظ تعقل و تفکر مرد و زن در جایگاه مساوی قرار دارند. این نکته را از تأثیرگذاری زنان در عرصه‌های مختلف به راحتی می‌توان استنباط نمود.

ای بسا مردانی که اسیر عواطف هستند و عقلانیت در اعمال آنان کاملاً مفقود است و چه بسا زنانی که در مشکلات، تصمیمات عقلانی‌تری نسبت به مردان اتخاذ می‌نمایند. لذا این مرزبندی که مردان عاقلانه‌تر از زنان تصمیم می‌گیرند دیگر جایگاه علمی و منطقی نداشته و تجربه‌های اجتماعی ناظر به امری غیر از این است.

ثانیاً: به قدری فرار از تبعات مالی طلاق سهل و آسان و می‌توان با لطایف الحیل از آن پرهیز نمود که دیگر این آثار و تبعات نمی‌تواند نقشی مؤثر در تصمیم‌گیری مردان داشته باشد. مرد به راحتی می‌تواند هم زنش را طلاق بدهد و هم گرفتار و اسیر آثار مالی عمل خود نشود. لذا این دلیل هم به هیچ وجه اندیشه و وجدان هیچ انسان منصفی را قانع نخواهد کرد.

دیدگاه دوم- پاره‌ای از فقهای اهل سنت با توجه به سرزنش‌های بی‌شماری که نسبت به طلاق در احادیث آمده و طلاق غیر موجه را تقبیح کرده است، اصل را بر ممنوعیت طلاق گذاشته و گفته‌اند وقوع طلاق بدون داشتن علت موجه از سوی مرد جایز نیست و نه تنها مکروه و مذموم بلکه حرام و ممنوع است. وهبه الزحیلی از ابن عابدین نقل می‌کند که گفته است: اصل در طلاق ممنوعیت است مگر این که جهتی خاص آن را مباح کند.^۲

۱- وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادله، ج ۷، ص ۳۶۰.

۲- وهبه الزحیلی، پیشین، ص ۴۰۰ و ۴۰۱، خود وهبه الزحیلی این نظر را می‌پسندد.

دکتر یوسف القرضاوی نیز در کتاب «الحلال و الحرام فی الاسلام» به استناد قاعده «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» از همین نظر پیروی کرده است.

نتیجه:

اختیار مطلق مرد در طلاق که نظام حقوقی ما بدان پایبند است نه با اصول عقلی و منطقی سازگار است نه با شرع و فقه امامیه. لذا به نظر می‌رسد که قانونگذار باید در این قسمت اصلاح اساسی انجام دهد که با عنایت به در جریان بودن تصویب لایحه حمایت خانواده بهترین فرصت برای این امر مهیا می‌باشد.

قوانین و مقررات جدید

قانون چگونگی اعتراض کارکنان مشمول قوانین استخدامی نیروهای مسلح نسبت به

آراء صادره از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات انضباطی

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۸۹۹۱-۸۹/۲/۲۵

ماده واحده- کارکنان مشمول قوانین و مقررات استخدامی نیروهای مسلح می‌توانند حداکثر یک ماه پس از ابلاغ رأی به شخص ذی‌نفع، نسبت به آراء قابل اجراء هر یک از هیأت‌های مذکور در مواد (۱۰۴) و (۱۰۵) قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران- مصوب ۱۳۶۶- و مواد (۱۱۴) و (۱۱۵) قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی- مصوب ۱۳۷۰ و مواد (۱۲۱) و (۱۲۲) قانون استخدامی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران- مصوب ۱۳۸۲- به دیوان عدالت اداری شکایت نمایند. در غیر این صورت رأی صادره قطعی و قابل رسیدگی در دیوان نخواهد بود.

تبصره ۱- در صورت نقض آراء هر یک از هیأت‌ها توسط دیوان عدالت اداری، هیأت صادر کننده رأی مکلف است ظرف دو ماه از تاریخ ابلاغ نظر دیوان با رعایت تشریفات اداری مجدداً به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید.

در مواردی که رأی اولیه هیأت‌های مبنی بر اخراج و یا معافیت بوده و رأی اخیر نیز همان وضعیت را تأیید کند، هیأت‌های انضباطی مکلفند از دیوان عدالت اداری تقاضای تجدیدنظر نمایند. دیوان عدالت اداری حداکثر ظرف یک ماه رأی نهایی خود را صادر می‌کند. این رأی برای نیروهای مسلح لازم الاجراء می‌باشد.

تبصره ۲- وضعیت خدمتی فرد از زمان اجراء رأی اولیه هیأت‌های انضباطی منتظر خدمت محسوب و در صورت صدور رأی نهایی دیوان مبنی بر اعاده به خدمت، ایام مذکور به انتساب تبدیل خواهد شد.

تبصره ۳- آن تعداد از کارکنان نیروهای مسلح که قبل از تصویب این قانون به موجب قانون استخدامی ارتش جمهوری اسلامی ایران از تاریخ ۱۳۶۶/۷/۷ و قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی از تاریخ ۱۳۷۰/۱/۱ و به موجب آراء صادره از هیأت‌های انضباطی در مورد آنان تصمیم‌گیری شده است از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون سه ماه مهلت دارند تا از آراء صادره به دیوان عدالت اداری شکایت نمایند، در غیر این صورت اعتراض آنان در محکمه مذکور مسموع نخواهد بود.

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و سه تبصره در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ بیست و پنجم فروردین ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۸ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - علی لاریجانی

قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۴۰-۸۹/۴/۲۴

فصل اول - کلیات

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

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

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

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

فصل دوم- وظایف

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

- ۱- تنقیح کلیه قوانین کشور و اعلام قوانین معتبر و حاکم از راههای زیر:
 - ۱-۱- جمع آوری و تفکیک و طبقه‌بندی موضوعی قوانین کشور و تهیه و تنظیم فهرست‌های موضوعی؛ تاریخی و سایر موارد.
 - ۱-۲- تشخیص تعارضات موجود در مقررات و اعلام آن به مرجع تصویب کننده جهت اقدام قانونی.
 - ۱-۳- تشخیص مقرراتی که موضوع آنها منتفی شده است و اعلام آنها به مرجع تصویب کننده جهت اقدام قانونی.
 - ۱-۴- تهیه پیشنهاد جهت نسخ قوانینی که موضوع آنها منتفی یا نسخ ضمنی شده و ارائه آن به هیأت رئیسه مجلس جهت طی مراحل قانونی.
 - ۱-۵- شناسایی موارد نسخ صریح شخصی و اعمال آنها در مجموعه‌های تنقیح شده و ارسال به روزنامه رسمی جهت انتشار.
 - ۱-۶- اعلام قوانین و مقررات مغایر با سیاستهای کلی نظام که توسط مقام معظم رهبری ابلاغ شده یا می‌شود به مجمع تشخیص مصلحت نظام و هیأت رئیسه مجلس جهت اطلاع و اقدام قانونی.
 - ۱-۷- تهیه شناسنامه برای کلیه قوانین و مقررات کشور.

تبصره- تمام دستگاههای حکومتی و عمومی موضوع ماده (۲) این قانون موظفند ظرف شش ماه پس از لازم الاجراء شدن این قانون کلیه مقررات مصوب خود را تنقیح نموده و به طور مستمر ادامه دهند همچنین ظرف شش ماه پیشنهاد تنقیح کلیه قوانین مربوط به خود را به

معاونت ارسال نمایند. این معاونت می‌تواند حین بررسی از کارشناسان دستگاه مزبور دعوت به عمل آورد.

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

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

۳- تدوین شیوه نامه نگارش طرح‌ها و لوایح براساس چارچوبهای علمی و تعریف لغات تخصصی مورد استفاده در موضوعات مختلف جهت استفاده قانونی دستگاههای حکومتی به گونه ای که تغییر در مراد مقنن نباشد.

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

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

۶- اطلاع رسانی قوانین.

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

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

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

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

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

۳- لزوم یا عدم لزوم قانونگذاری در موضوع یادشده.

۴- انطباق طرح و لایحه با آئین نامه داخلی مجلس؛ قانون برنامه؛ سند چشم انداز؛ سیاستهای کلی نظام و اسناد بالا دستی.

تبصره ۱- نظر معاونت در مورد طرح‌ها و لوایح به همراه طرح یا لایحه پیشنهادی تقدیم مجلس خواهد شد تا نمایندگان در جریان آن واقع شوند.

تبصره ۲- چنانچه در مورد موضوعات فوق استعلام نشده باشد هیأت رئیسه نظر معاونت را استعلام می‌نماید.

ماده ۵- معاونت موظف است حداکثر یک سال پس از اجرایی شدن هر قانون گزارشی از نحوه اجراء و موارد ابهام، اجمال، تعارض، نقص و هر گونه ایراد اجرایی آن را به رئیس مجلس؛ دولت، شورای عالی تنقیح و کمیسیونهای ذی‌ربط مجلس تقدیم و پیشنهاد اصلاحی لازم برای رفع نقایص یادشده جهت اقدامات قانونی ارائه نماید.

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

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

فصل سوم- مسائل متفرقه

ماده ۸- به منظور اجراء صحیح این قانون شورای عالی تنقیح قوانین مرکب از اشخاص زیر تشکیل می‌گردد.

الف- رئیس مجلس شورای اسلامی به عنوان رئیس.

ب- معاون حقوقی رئیس جمهور.

ج- یکی از معاونان رئیس قوه قضائیه.

د- معاونان قوانین و نظارت مجلس.

دبیرخانه شورا بر عهده معاونت می‌باشد.

تصمیمات شورا جنبه مشورتی برای رئیس مجلس خواهد داشت.

ماده ۹- وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و سایر وزارتخانه‌ها، دستگاهها و مؤسسات دولتی موظفند دو نسخه از کتب و نسخ الکترونیکی منتشر شده حقوقی و مجموعه قوانین و مقررات خود را برای معاونت ارسال نمایند.

ماده ۱۰- قانون تشکیل سازمان تنقیح و تدوین قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۵۰/۱۲/۲۹ و اصلاحات بعدی و آئین نامه‌های آن نسخ می‌گردد.

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

ماده ۱۲- این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجراء می‌باشد.

قانون فوق مشتمل بر دوازده ماده و هفت تبصره در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ بیست و پنجم خرداد ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - علی لاریجانی

قانون تعیین تکلیف چاههای آب فاقد پروانه بهره برداری

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۵۸-۱۶/۵/۱۳۸۹

ماده واحده- وزارت نیرو موظف است ضمن اطلاع رسانی فراگیر و مؤثر به ذی نفعان، طی دو سال تمام پس از ابلاغ این قانون، برای کلیه چاههای آب کشاورزی فعال فاقد پروانه واقع در کلیه دشتهای کشور که قبل از پایان سال ۱۳۸۵ هجری شمسی حفر و توسط وزارت نیرو و دستگاههای تابعه استانی شناسایی شده باشند و براساس ظرفیت آبی دشت مرتبط، و با رعایت حریم چاههای مجاز و عدم اضرار به دیگران و عموم مشروط به اجراء آبیاری تحت فشار توسط متقاضی پروانه بهره برداری صادر نماید.

تبصره ۱- به منظور صیانت از سفره آبهای زیرزمینی، وزارت نیرو مکلف است با تأمین هزینه از سوی مالکان چاهها، حداکثر طی دو سال پس از تصویب این قانون نسبت به نصب کنتورهای هوشمند برای تحویل حجمی آب در کلیه چاههای آب کشاورزی اقدام نماید.

تبصره ۲- وزارت نیرو مکلف است ظرف مدت پنج سال پس از تصویب این قانون و از محل منابع صرفه جویی حاصل از کاهش مصرف سوختهای فسیلی ناشی از اجراء این قانون، نسبت به برقی کردن کلیه چاههای آب کشاورزی اقدام نماید.

تبصره ۳- شرکتهای آب منطقه‌ای مکلفند هر سه سال یک بار، مشروط به نبود تخلف از مفاد پروانه چاه توسط مالک یا مالکان، نسبت به تمدید پروانه بهره برداری چاههای آب کشاورزی در سراسر کشور اقدام نماید.

تبصره ۴- کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی مالک دستگاههای حفاری در سراسر کشور موظفند ظرف سه ماه پس از ابلاغ این قانون، از شرکتهای آب منطقه‌ای استانها مجوز فعالیت و کارت تردد دریافت و سپس به حمل و نقل و تردد اقدام نمایند. پس از انقضای مهلت تعیین شده، نیروی انتظامی موظف به جلوگیری از حمل و نقل و یا تردد دستگاههای فاقد مجوز و کارت تردد می‌باشد.

همچنین وزارت نیرو موظف است با همکاری نیروی انتظامی نسبت به توقیف دستگاههای حفاری متخلف به مدت شش ماه و حمل آن به توقفگاه (پارکینگ) با هزینه مالک آن اقدام نماید.

رسیدگی به اعتراض مالکین در این خصوص بر عهده کمیسیون مندرج در تبصره (۵) این قانون می‌باشد.

تبصره ۵- وزارت نیرو مکلف است جهت رسیدگی به اختلافات ناشی از اجراء این قانون و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، در هر استان کمیسیونی تحت عنوان «کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی» مرکب از یک نفر قاضی با حکم رئیس قوه قضائیه، یک نفر نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان با حکم رئیس سازمان و یک نفر نماینده شرکت آب

منطقه‌ای استان با حکم مدیر عامل شرکت تشکیل دهد و نسبت به بررسی پرونده‌های شکایات اشخاص علیه دولت اقدام نماید. رأی لازم توسط قاضی عضو کمیسیون صادر می‌گردد. احکام صادره مذکور ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری می‌باشد و از تاریخ تصویب این قانون، کلیه دعاوی اشخاص علیه دولت مطروحه در محاکم عمومی برای اتخاذ تصمیم به این کمیسیونها احاله خواهد شد. دبیرخانه این کمیسیون در شرکتهای آب منطقه‌ای مستقر می‌باشد.

تبصره ۶- از تاریخ تصویب این قانون هرگونه جابجایی چاههای دارای پروانه که مواجه به کاهش فاحش آبدهی گردیده و یا خشک شده است، صرفاً در اراضی آبخور اولیه چاه و حداکثر در محدوده اراضی مالک و مشروط به رعایت سایر ضوابط ماده (۱۱) آئین نامه اجرائی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب و تبصره های ذیل آن و با تشخیص کمیسیونهای رسیدگی به صدور پروانهها مجاز می‌باشد.

تبصره ۷- آئین نامه اجرائی این قانون حداکثر ظرف سه ماه پس از ابلاغ به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های نیرو و جهاد کشاورزی به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و هفت تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ سیزدهم تیرماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲۳ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - علی لاریجانی

قانون شناسایی و حمایت از مصدومان شیمیایی

به نقل از روزنامه رسمی شماره

ماده ۱- بنیاد شهید و امور ایثارگران که در این قانون به اختصار بنیاد نامیده می‌شود موظف است با همکاری نیروهای مسلح اقدامات لازم را به منظور شناسایی و تشخیص مصدومان

شیمیایی، معمول دارد و برای مناطق، بمباران شده هر نه ماه یک بار کمیسیونی تحت عنوان «کمیسیون پزشکی تشخیص مصدومان شیمیایی» تشکیل دهد.

تبصره ۱- بنیاد و ستاد کل نیروهای مسلح موظفند ظرف سه ماه دستورالعمل پزشکی تعیین حداقل معیارها و شاخصهای تشخیص صدمات شیمیایی در اعضاء بدن از قبیل ریه، پوست و چشم را تهیه و به کمیسیونهای پزشکی خود ابلاغ نمایند.

تبصره ۲- افرادی که دارای مستندات و گواهی حضور در مناطق شیمیایی و یا دارای مدارک بالینی دال بر مصدومیت شیمیایی هستند و یا نام آنها در فهرست مصدومان اعزامی ثبت شده و یا مشخصات آنها در آمار و اطلاعات مصدومان شیمیایی نیروهای مسلح وجود دارد در اولویت رسیدگی می‌باشند و سایر اشخاص فاقد مدرک، با تشخیص ستادی متشکل از نمایندگان فرمانداری، سپاه پاسداران و بنیاد به کمیسیون پزشکی معرفی می‌شوند.

تبصره ۳- مرجع صلاحیتدار معرفی و صدور گواهی حضور در مناطق شیمیایی برای کارکنان نیروهای مسلح اعم از پایور، وظیفه و بسیج؛ یگانهای نیروهای مسلح و برای سایرین ستاد مندرج در تبصره (۲) این ماده می‌باشد.

ماده ۲- وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مکلف است در شهرهای بمباران شده علاوه بر سطح بندی خدمات پزشکی مصوب، تخصصهای مورد نیاز مصدومان شیمیایی را نیز فراهم و امکانات بهداشتی، درمانی، توانبخشی، پیشگیری و آموزشی مورد نیاز را به صورت رایگان تأمین نماید.

ماده ۳- بنیاد موظف است در طول سال، حداقل برای یک بار به پایش سلامت جانبازان شیمیایی اقدام و با همکاری نیروهای مسلح و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی هر ساله نسبت به تهیه و واگذاری بسته‌های بهداشتی، حاوی اطلاعات پزشکی و وسایل کمک بهداشتی، اقدام نماید.

ماده ۴- وزارت امور خارجه موظف است اقدامات لازم را برای معرفی شهر سردشت به عنوان شهر آسیب دیده از حملات شیمیایی و سند جنایت دشمنان، به عمل آورده و با

همکاری وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و بنیاد حفظ آثار و نشر ارزشهای دفاع مقدس، این شهر را در فهرست آثار جنگ تحمیلی و دفاع مقدس و آثار ملی در داخل کشور و در سطح بین المللی ثبت نماید.

ماده ۵- کمیسیونی با حضور نمایندگان ستاد کل نیروهای مسلح، وزارت کشور، وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و بنیاد جهت نظارت بر اجراء این قانون تشکیل می‌شود و مکلف است هر شش ماه یک بار گزارش اقدامات مربوطه را به کمیسیون اجتماعی مجلس شورای اسلامی ارائه دهد.

ماده ۶- دولت می‌تواند بار مالی ناشی از اجراء این قانون را در قالب کمک به جانبازان شیمیایی در بودجه سنواتی لحاظ نماید.

قانون فوق مشتمل بر شش ماده و سه تبصره در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ بیست و ششم خرداد ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۹ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - علی لاریجانی

قانون اساسنامه هیأت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات

به نقل از روزنامه رسمی شماره

ماده ۱- به منظور رسیدگی به دعاوی بین مناقصه‌گر و مناقصه‌گزار، مربوط به اجراء نشدن هر یک از مواد قانون برگزاری مناقصات - مصوب ۱۳۸۳ - هیأت رسیدگی به شکایات قانون برگزاری مناقصات، موضوع ماده (۷) قانون یادشده که در این قانون به اختصار «هیأت» نامیده می‌شود، در مرکز کشور و در هر یک از استانها تشکیل می‌شود.

ماده ۲- ترکیب هیأتها به شرح زیر است:

الف- اعضاء هیأت مرکزی برای رسیدگی به مناقصاتی که توسط دستگاه ملی برگزار

می‌شود عبارتند از:

- ۱- معاون ذی ربط سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور.
 - ۲- نماینده وزیر یا رئیس سازمان ذی ربط در سطح معاون.
 - ۳- معاون هزینه وزارت امور اقتصادی، و دارایی و خزانه داری کل.
 - ۴- معاون حقوقی رئیس جمهور.
 - ۵- نماینده تشکل صنفی مربوط با توجه به نوع مناقصه.
 - ۶- یک نفر قاضی مجرب با معرفی رئیس قوه قضائیه.
- تبصره-** دبیرخانه هیأت مرکزی در سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور تشکیل می شود.
- ب-** اعضاء هیأت در هر یک از استانها برای رسیدگی به مناقصاتی که در دستگاههای اجرایی استانی برگزار می شود، عبارتند از:
- ۱- استاندار یا یکی از معاونان ذی ربط.
 - ۲- رئیس دستگاه مناقصه گزار.
 - ۳- رئیس سازمان امور اقتصادی و دارایی استان.
 - ۴- رئیس تشکل صنفی مربوط با توجه به نوع مناقصه.
 - ۵- یک نفر قاضی به انتخاب رئیس قوه قضائیه.
- تبصره ۱-** دبیرخانه هیأت استان در استانداری تشکیل می شود.
- تبصره ۲-** رسیدگی به شکایات مربوط به دستگاههای ملی مستقر در استان و مناقصاتی که توسط دستگاههای استانی انجام می شود و هیأتهای استانی انجام می گیرد.
- ماده ۳-** جلسات هیأت با شرکت حداقل چهار نفر از اعضاء رسمیت می یابد و مصوبات هیأت با رأی اکثر اعضاء حاضر معتبر خواهد بود.
- ماده ۴-** هیأت موظف است شاکی را برای شرکت در جلسه رسیدگی به منظور اداء توضیحات لازم (بدون حق رأی) دعوت کند. همچنین هیأت می تواند از سایر دستگاههای اجرایی یا اشخاص حقوقدان یا صاحب نظر و خبره به منظور مشورت (بدون حق رأی) برای

شرکت در جلسه دعوت کند و در هر حال عدم حضور هر یک از افراد مذکور مانع رسیدگی و صدور رأی از طرف هیأت نخواهد شد.

ماده ۵- هیأت صلاحیت و اختیار رسیدگی به شکایات مربوط به اجرا نشدن هر یک از مواد قانون برگزاری مناقصات و سایر قوانین و مقررات مربوط از جمله موارد زیر را دارد:

الف) شرکت افراد دیگر در ترکیب کمیسیون مناقصه به جای اعضاء مندرج در قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳

ب) عدم رعایت مقررات یا ضوابط مربوط از طرف کار گروه فنی بازرگانی در ارزیابی کیفی مناقصه گران یا ارزیابی فنی پیشنهادها؛

ج) عدم رعایت هر یک از موارد مذکور در ماده (۶) قانون برگزاری مناقصات توسط کمیسیون مناقصه؛

د) اعمال تبعیض در تحویل یا تشریح اسناد یا کسری آنها در مقایسه با سایر مناقصه گران؛

ه) عدم رعایت حداقل مهلت‌های ده روز و یک ماه در قبول پیشنهادها به ترتیب در مورد مناقصه داخلی و بین المللی از آخرین مهلت تحویل اسناد مناقصه؛

و) گشایش پیشنهاد مناقصه گران در خارج از زمان و مکان مقرر؛

ز) عدم رعایت ترتیبات باز کردن پاکت‌های مناقصه؛

ح) هرگونه قصور در دعوت که منجر به عدم امکان حضور مناقصه گران در هر یک از جلسات گشایش پاکت‌ها شود؛

ط) شکایت مناقصه گران از تبانی بین مناقصه گران با یکدیگر یا بین مناقصه گران با مناقصه گزار؛

تبصره- در صورتی که طی فرآیند رسیدگی به شکایات برای هیأت روشن شود تبانی صورت گرفته است (اعم از اینکه با اطلاع مناقصه گزار بوده باشد یا بدون آن) ضمانتنامه شرکت در مناقصه همه تبانی کنندگان به نفع دولت ضبط می‌شود.

ی) تفکیک موضوع معامله در حالی که به طور متعارف یک مجموعه تلقی می‌شود توسط مناقصه گزار برای تغییر حد نصاب معاملات؛

ک) اعمال تبعیض بین مناقصه‌گران در ارجاع کار و انجام معامله به وسیله مناقصه‌گزار؛

ل) انعقاد قرارداد با مناقصه‌گران فاقد صلاحیت؛

م) وجود هر نوع ابهام یا ایرادی که بر صحت مناقصه لطمه وارد کند؛

تبصره- مراجعه به هیأت منوط به این است که مناقصه‌گر ابتدا در قالب ماده (۲۵) قانون برگزاری مناقصات اعتراض مکتوب خود را به بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار تسلیم کرده باشد و پس از رسیدگی و دریافت جوابیه کماکان به اعتراض خود باقی باشد یا اینکه به رغم انقضای مهلت پانزده روز کاری برای پاسخ‌گویی دستگاه، پاسخی دریافت نکرده باشد. معترض ده روز کاری از زمان دریافت جوابیه یا از زمان انقضای مهلت پانزده روزه و عدم دریافت جوابیه، برای مراجعه به هیأت مهلت دارد.

ماده ۶- هیأت صلاحیت رسیدگی به اعتراضات زیر را ندارد:

الف) معیارها و روشهای ارزیابی؛

تبصره- منظور آن دسته از معیارها و روشهای ارزیابی کیفی، فنی و بازرگانی است که در اسناد مناقصه اعلان شده باشد؛

ب) ترجیح پیشنهاد دهندگان داخلی به نحوی که در اسناد مناقصه قید شده باشد.

ج) شکایاتی که یک ماه پس از انقضای اعتبار پیشنهادها به هیأت واصل شده باشد.

د) شکایات برنده مناقصه پس از انعقاد قرارداد.

ماده ۷- تمهیدات رسیدگی:

الف) شاکی مکلف است که شکایت خود را در مهلت مقرر قانونی به دبیرخانه هیأت تسلیم کند.

ب) دبیرخانه هیأت مکلف است پس از وصول شکایت دریافت آنرا کتباً تأیید کند.

ج) هیأت مکلف است در صورتی که ظرف سه روز کاری از دریافت شکایت، خود را صالح برای رسیدگی تشخیص ندهد مراتب را ظرف حداکثر دو روز کاری از طریق دبیرخانه به اطلاع شاکی برساند.

د) دبیرخانه هیأت مکلف است ظرف پنج روز کاری از زمان قبول شکایت، زمان تشکیل جلسه رسیدگی را که بین پنج تا ده روز کاری آینده خواهد بود به تمام اصحاب دعوی اعلام و از آنان برای شرکت در جلسه دعوت کند. در این اعلام کلیه مدارک و مستندات مورد نیاز هیأت نیز باید به دعوت شدگان اعلام شود.

ه) طرفین مکلفند کلیه مستندات مورد نیاز را تا بیست و چهار ساعت کاری قبل از تشکیل جلسه رسیدگی، به هیأت ارائه و رسید دریافت کنند.

تبصره- خودداری شاکی از ارائه مستندات به هیأت رسیدگی، به مفهوم انصراف از شکایت و منتفی شدن آن است. لیکن خودداری مناقصه گزار یا مسؤولان ذی ربط از ارائه اطلاعات و مدارک و مستندات به هیأت (برای رسیدگی به شکایت شاکی) مصداق نقض قانون بوده و قابل پیگیری در مراجع ذیصلاح است.

ماده ۸- هیأت موظف است ظرف مدت مقرر در ماده (۷)، نخستین جلسه رسیدگی به شکایت را تشکیل دهد و رأی خود را تا پانزده روز کاری از زمان دریافت شکایت صادر و ابلاغ کند.

تبصره- در صورت نیاز به توقف جریان ارجاع کار به منظور بررسی بیشتر موضوعات هیأت می‌تواند با رأی اکثریت اعضا به مدت پنج تا حداکثر ده روز کاری فرآیند ارجاع کار را متوقف کند.

ماده ۹- هیأت در صورت مواجهه با هر یک از جرائم عمومی یا تخلفات اداری در حین بررسی شکایت، موظف است مراتب را برای رسیدگی به جرم یا تخلف انتسابی، حسب مورد به مراجع قضایی ذیصلاح یا هیأت رسیدگی به تخلفات اداری مربوط اعلام کند تا خارج از

نوبت رسیدگی شود، رسیدگی مراجع مزبور مانع رسیدگی هیأت در اجرای این قانون و صدور رأی توسط آن ظرف مهلت مقرر نخواهد بود.

ماده ۱۰- هیأت می‌تواند رأی خود را مبنی بر لغو مناقصه برگزار شده یا تجدید آن صادر یا این که نظر خود مبنی بر رد شکایت را اعلام کند. هر نوع اقدام بعدی دستگاه مناقصه گزار براساس رأی هیأت و طبق مفاد قانون برگزاری مناقصات خواهد بود.

تبصره ۱- در صورتی که قرارداد مربوط به معامله مورد اعتراض، منعقد شده باشد و هیأت شکایات را وارد تشخیص دهد، موظف است در رأی صادره به صراحت نسبت به تعلیق، فسخ یا جواز ادامه قرارداد اعلام نظر کند.

تبصره ۲- هرگاه هیأت به دلیل تقصیر مناقصه گزار در اجرای موارد مقرر در قانون برگزاری مناقصات رأی به تجدید یا لغو مناقصه صادر کند، باید میزان خسارتی را که از تجدید یا لغو مناقصه متوجه شرکت کنندگان در مناقصه می‌شود از طریق کارشناسان رسمی تعیین کند و دستگاه مناقصه گزار مکلف است معادل آن خسارت را به شرکت کنندگان بپردازد.

تبصره ۳- رأی هیأت در خصوص چگونگی فرآیند برگزاری مناقصه قطعی و لازم‌الاجراء است.

ماده ۱۱- کلیه دستگاههای مندرج در بند (ب) ماده (۱) قانون برگزاری مناقصات مشمول مفاد این قانون هستند.

ماده ۱۲- دستگاه مناقصه گزار مکلف است متن شکایت ارجاع شده به هیأت، عناوین مستندات درخواستی هیأت و متن رأی نهایی صادره را در پایگاه ملی اطلاع رسانی مناقصات منتشر نماید.

تبصره- دبیرخانه موظف به تطابق یا عدم تطابق مندرجات پایگاه است؛ اما در هر صورت مسؤلیت صحت مطالب با دستگاه مناقصه گزار است.

ماده ۱۳- آئین نامه اجرائی این قانون ظرف سه ماه پس از ابلاغ، بنا به پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و وزارت امور اقتصادی و دارایی به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

قانون فوق مشتمل بر سیزده ماده و دوازده تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ شانزدهم اسفند ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و هشت مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۵ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی - علی لاریجانی

نظریه شورای نگهبان در خصوص بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰

به نقل از روزنامه رسمی شماره

تصویب نظریه شورای نگهبان در خصوص بند «۹» ماده «۵۰» قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ به همراه سوال ریاست مجلس شورای اسلامی و همچنین نامه اصلاحی این شورا به منظور درج در آن روزنامه به پیوست ارسال می‌گردد.

قائم مقام دبیر شورای نگهبان - محمدرضا علیزاده

شماره ۱۳۸۹/۳/۲-۸۹/۳۰/۳۸۳۸۸

رئیس محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۱۷۸۸۶۶/۱۰/د مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ و پیرو نامه شماره ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸ در خصوص استفسار «بند (۹) ماده (۵۰) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰» در نامه ارسالی مجلس محترم ماده (۵۰) به اشتباه ماده (۱۰) قید گردیده بود، بدینوسیله مراتب اعلام می‌گردد.

قائم مقام دبیر شورای نگهبان - محمدرضا علیزاده

شماره ۱۳۸۶/۷/۸- ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸

رئیس محترم مجلس شورای اسلامی

نامه شماره ۱۷۸۸۶۶/۱۰/۱۰ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۱؛

مبنی بر درخواست اظهارنظر درباره «بند (۹) ماده (۵۰) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰» موضوع در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۷/۴ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر شورا به شرح زیر اعلام می‌گردد:

- اطلاق جواز استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور خلاف موازین شرع دانسته شد زیرا شامل اراضی که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی‌حق شرعی می‌باشد نیز می‌گردد و لذا اطلاق جواز استفاده بدون رضایت مالک یا ذی‌حق در فرض عدم وجود ضرورت میبایست خلاف موازین شرع می‌باشد. البته قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی که شامل این موارد می‌شود لازم است مورد توجه قرار گیرد.

همچنین عدم پرداخت وجه در مواردی که عیناً یا منفعه مشمول ضمان ید می‌باشد- مانند مواردی که طبق ضوابط شرعی مالک داشته باشد- خلاف موازین شرع بوده و موجب ضمان می‌گردد.

دبیر شورای نگهبان - احمد جنتی

حضرت آیت الله جنتی

دبیر محترم شورای نگهبان

بند (۹) ماده (۱۰) قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ مقرر می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راههای اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد نظر که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق

ارتفاق وجهی پراخت نخواهد شد. ملاک تشخیص محدوده شهر نقشه مصوب انجمن شهر هر محل خواهد بود که قبل از شروع مراحل طرح عمرانی مورد عمل شهرداریها باشد». با توجه به اینکه به استناد مقررہ یاد شده بیش از سی سال است که «حق ارتفاق» مورد نظر به صاحبان رسمی اراضی مشمول آن تعلق نمی‌گیرد و دولت وجهی پرداخت نکرده است و هنوز حکم قانونی مزبور استمرار دارد، نظر تفسیری شورای محترم نگهبان را به استناد اصل چهارم قانون اساسی، در خصوص مغایر شرع بودن و یا مغایر شرع نبودن آن اعلام دارند.

رئیس مجلس شورای اسلامی - غلامعلی حداد عادل

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

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۵۰-۱۳۸۹/۵/۶

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

ماده ۲- منظور از نظارت در این آیین نامه عبارتست از: بکارگیری توانمندیهای انسانی و فن‌آوری‌های نوین در جهت مراقبت و رصد کردن نحوه اجرای قوانین و مقررات در مراجع قضایی از حیث رعایت حقوق اشخاص و اعمال کلیه موازین قانونی و آیین‌های دادرسی و دستورالعمل‌های لازم‌الاتباع و بطور کلی هر آنچه از لحاظ شکلی و ماهوی در فرآیند دادرسی لازم‌الاجرا می‌باشد.

ماده ۳- علاوه بر موارد مصرحه در قانون، نظارت بر اجرای صحیح قوانین در کلیه دادگاهها و دادرهاها به ترتیب زیر به عهده دیوان می‌باشد.

الف- نظارت مستمر، ادواری و موردی براساس برنامه تنظیمی توسط رئیس دیوان.

ب- نظارت موردی بر حسب دستور رئیس قوه قضائیه.

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

ماده ۵- نظارت بر اجرای صحیح قوانین در کلیه دادرها اعم از عمومی، انقلاب و نظامی بر عهده دادستان کل کشور می‌باشد که از طریق معاونتی تحت عنوان معاونت نظارت دادستان کل کشور اعمال می‌شود.

ماده ۶- رئیس دیوان و دادستان کل کشور می‌توانند علاوه بر قضات دیوان، با هماهنگی مسئولان ذی ربط از سایر قضات مجرب و با سابقه به منظور اجرای امر نظارت استفاده نمایند. ماده ۷- معاونت نظارت حسب مورد پس از کسب نظر رئیس دیوان و دادستان کل کشور هیأت‌ها یا اشخاصی را جهت اعمال نظارت تعیین می‌کند.

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

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

ماده ۱۰- وظایف معاونت نظارت دیوانعالی کشور و دادستان کل کشور حسب مورد عبارت

است از:

الف- نظارت و بازرسی از دادگاهها و دادرها.

ب- بررسی و ارزیابی گزارش‌های واصله.

ج- انعکاس و جمع‌بندی گزارش‌ها و پیشنهادهای و ارائه آنها به رئیس دیوان و دادستان کل کشور.

د- پیگیری تصمیمات رئیس دیوان و دادستان کل کشور.

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

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

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

تبصره- شرایط افراد مستحق تشویق، معیارها و شاخص‌های کاری، نحوه و کیفیت تشویق به موجب دستورالعملی خواهد بود که با همکاری رئیس دیوان و دادستان کل تهیه و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد.

ماده ۱۳- این آیین‌نامه در ۱۳ ماده و یک تبصره در تاریخ^۱ توسط رئیس قوه قضائیه تصویب و پس از ابلاغ لازم الاجراء می‌باشد.

رئیس قوه قضائیه - صادق لاریجانی

۱- تاریخ تصویب در روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۵۰-۸۹/۵/۶ نیز قید نگردیده است.

آیین نامه اجرایی قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات

مناسب فنی و اقتصادی مصوب ۱۳۸۵

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۸۸۲۷-۱۳۸۸/۷/۲۷

ماده ۱- در این آیین نامه واژه‌ها و اصطلاحات زیر در معانی مربوط به کار می‌روند:

الف- قانون: قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی،

اقتصادی، مصوب ۱۳۸۵

ب- اراضی کشاورزی: زمینهای موضوع ماده (۱) قانون.

ج- حد نصاب فنی و اقتصادی: بخشی از اراضی کشاورزی بر حسب هکتار که مطابق جداول پیوست که تأیید شده به مهر «پیوست تصویب نامه هیئت وزیران» می‌باشد و با توجه به شرایط اقلیمی، الگوی کشت منطقه، ضوابط مکانیزاسیون، کمیت و کیفیت منابع آب و خاک، بهره‌وری مناسب از عوامل تولید مسیر باشد و درآمد ناشی از تولیدات آن طی یکسال زراعی بتواند ضمن تأمین هزینه‌های تولید و سرمایه گذاری، هزینه‌های یک خانوار روستایی را در حد متعارف تأمین نماید.

د- خرد شدن اراضی کشاورزی: تفکیک، تقسیم، افراز و اقداماتی که منجر به کوچک

شدن اراضی کشاورزی از حد نصاب تعیین شده شود.

ه- تفکیک: عبارت است از تقسیم مال غیر منقول به قطعات کوچکتر.

و- افراز: عبارت است از جدا کردن سهم مشاع شریک یا شرکاء و یا تقسیم مال غیر منقول

مشاع بین شرکاء به نسبت سهم آنها.

ز- تقسیم: تفکیک و افراز و غیر آن.

ح- تجمیع و یکپارچه سازی: ساماندهی قطعات پراکنده خرد و کمتر از حد نصاب فنی،

اقتصادی اراضی کشاورزی از طریق خرید و فروش، مبادله یا معاوضه با قطعات مجاور یا تغییر

شیوه نظام بهره‌برداری به منظور رساندن آنها به حد نصاب مورد نظر قانون توسط مالک یا

مالکین.

ماده ۲- تفکیک، افراز و خرد شدن اراضی کشاورزی به قطعات کمتر از حد نصاب موضوع بند «ج» ماده (۱) آیین نامه ممنوع است. ادارات ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی و سایر مراجع مربوط موظفند در هنگام تفکیک، افراز و تقسیم اراضی کشاورزی، در مورد حد نصاب فنی، اقتصادی اراضی مزبور با مکاتبه و ارائه نقشه دقیق زمین (به مقیاس مناسب و حداقل یک پنج هزارم) از مدیریت جهاد کشاورزی و در خصوص ملی و دولتی نبودن اراضی از اداره منابع طبیعی شهرستان استعلام نمایند. صدور اسناد تفکیکی و افرازی مشروط به اینکه اراضی ملی و دولتی نبوده و نیز هیچ یک از قطعات، کمتر از حدنصاب فنی و اقتصادی نباشد بلامانع است.

تبصره ۱- تفکیک اراضی واقع در قطبهای کشاورزی، موضوع قانون گسترش کشاورزی در قطبهای کشاورزی- مصوب ۱۳۵۴- براساس قانون یاد شده و آیین نامه اجرایی آن خواهد بود.

تبصره ۲- در صورت تقاضای مالک یا مالکین، صدور سند و نقل و انتقال اسناد اراضی کشاورزی یادشده به صورت مشاعی (بدون تفکیک و افراز) بلامانع است.

تبصره ۳- اسناد مالکیت رسمی که بدون رعایت حد نصابهای تعیین شده موضوع بند «ج» ماده (۱) و برخلاف ماده (۲) قانون صادر شده باشد فاقد اعتبار خواهد بود. مدیریت جهاد کشاورزی به محض اطلاع موظف است مراتب را برای ابطال سند مالکیت صادره به مراجع صالحه قضایی اعلام نماید. متخلفین در چارچوب قوانین و مقررات مربوط تحت پیگرد قانونی قرار می گیرند.

ماده ۳- وزارت جهاد کشاورزی موظف است اعتبارات مورد نیاز به منظور اعطای یارانه‌های حمایتی و تسهیلات و امتیازات موضوع ماده (۳) قانون از جمله ساخت زیربنای تولید، تجهیز و نوسازی اراضی، جاده‌های دسترسی بین مزارع، کانالهای (۳) و (۴)، زهکشی، برقی کردن چاهها و نصب کنتور اندازه‌گیری و شبکه آبیاری نوین به مالکین اراضی کشاورزی که در اجرای قانون و این آیین نامه به صورت یکپارچه در آمده و اراضی آنها حائز حداقل نصاب

تعیین شده باشد را در بودجه سنواتی پیشنهاد نماید. کمیته موضوع ماده (۳۰) قانون برنامه و بودجه در صورت امکان صد در صد اعتبارات یادشده را به وزارت مذکور تخصیص دهد.

تبصره- نحوه پرداخت یارانه‌های حمایتی و اعطای تسهیلات مربوط به اجرای عملیات زیربنایی (تجهیز و نوسازی و مانند آن) موضوع قانون به بهره بردارانی که قطعات پراکنده آنها تجمع و یکپارچه سازی شده و اراضی آنها به حد نصابهای مقرر رسیده است مطابق دستورالعملی خواهد بود که توسط وزارت جهاد کشاورزی ابلاغ می‌گردد.

ماده ۴- در اجرای ماده (۳) قانون، وزارت نیرو موظف است با هماهنگی وزارت جهاد کشاورزی در مناطقی که دارای اراضی آبی است و برای اشخاصی که اقدام به یکپارچه سازی اراضی موضوع این آیین‌نامه می‌کنند اعتبارات مورد نیاز را جهت تأمین آب و احداث شبکه‌های آبیاری و زهکشی پیش بینی و در بودجه سنواتی پیشنهاد نماید. کمیته موضوع ماده (۳۰) قانون برنامه و بودجه در صورت امکان صد در صد اعتبارات یادشده را به وزارت مذکور تخصیص دهد. طرحهای مذکور با عنایت به ملاک مقرر در بند (۱) ماده (۱) قانون برنامه و بودجه- مصوب ۱۳۵۱ - از جمله طرحهای غیر انتفاعی محسوب می‌گردد.

تبصره- مالکین و بهره‌برداران مشمول این ماده به مدت حداکثر ده سال از پرداخت آب بها و حقا به معاف می‌باشند. وزارتخانه‌های جهاد کشاورزی و نیرو موظفند با هماهنگی معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور اعتبارات لازم را به این منظور در بودجه‌های سنواتی وزارت نیرو پیش‌بینی نماید. کمیته تخصیص اعتبار موضوع ماده (۳۰) قانون برنامه و بودجه در صورت امکان صد در صد اعتبارات یادشده را به وزارت مذکور تخصیص دهد.

ماده ۵- وزارت جهاد کشاورزی موظف است نسبت به پرداخت تمامی حق بیمه آن دسته از بیمه‌گذارانی که پس از تجمع و یکپارچه سازی اراضی کشاورزی کوچک و پراکنده تا حدنصابهای فنی، اقتصادی اقدام می‌نمایند، نسبت به بیمه محصولات مشمول بیمه از طریق صندوق بیمه محصولات کشاورزی و از محل اعتبارات موضوع ماده (۴) این آیین‌نامه برای حداکثر پنج سال از تاریخ تجمع اقدام نماید.

ماده ۶- کلیه اشخاصی که قصد تجمیع و یکپارچه سازی اراضی خود را دارند باید به مدیریت جهاد کشاورزی ذی ربط مراجعه و درخواست خود را همراه با مدارک مثبت مالکیت تسلیم نمایند. مدیریت یادشده ظرف یک ماه بررسی لازم را معمول و در صورت وجود شرایط لازم نظر موافق را به اداره ثبت اسناد و املاک محل اعلام نماید تا حداکثر ظرف سه ماه نسبت به صدور سند با رعایت ماده (۴) قانون اقدام شود.

ماده ۷- به کلیه مالکین اعم از حقوقی و حقیقی در صورت خرید اراضی کشاورزی پراکنده و یکپارچه نمودن آن در حد نصاب فنی، اقتصادی و بیشتر از آن به شرط حفظ کاربری اراضی کشاورزی، از طریق بانکها و مؤسسات اعتباری مالی، تسهیلات قرض الحسنه و یا تسهیلات ده ساله با حداقل نرخ بهره بخش کشاورزی زمان دریافت تسهیلات و به میزان قیمت کارشناسی روز اراضی مورد معامله اعطا می گردد.

تبصره ۱- وزارت جهاد کشاورزی موظف است نسبت به پیش بینی اعتبارات لازم در بودجه های سنواتی به منظور پرداخت مبالغ مذکور از طریق بانکهای عامل اقدام نماید. مراجع ذی ربط نیز در صورت امکان موظف به تأمین مبالغ یادشده می باشند.

تبصره ۲- پرداخت تسهیلات قرض الحسنه مشروط به رعایت دستورالعمل های یکپارچه سازی و تعهد اشخاص ذی ربط مبنی بر رعایت الگوی کشت مورد نیاز منطقه به مدت (۱۰) سال با تشخیص و تأیید مدیریت جهاد کشاورزی شهرستان می باشد. ضمانت اجراهای لازم از لحاظ شکلی و ماهیتی در دستورالعمل های مربوط تدوین خواهد شد.

تبصره ۳- وزارت جهاد کشاورزی موظف است با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نسبت به ایجاد بانک اطلاعاتی هوشمند برای تهیه شناسنامه و ثبت و ضبط آمار و اطلاعات اراضی مالکین که در راستای قانون، قطعات پراکنده خود را تجمیع و اقدام به یکپارچه سازی می نمایند و اراضی آنها به حد نصاب مقرر رسیده اقدام نماید.

ماده ۸- بانکها و مؤسسات اعتباری کشور موظفند قدرالسهم مشاع مالکین را در اسناد مشاعی اراضی کشاورزی به عنوان وثیقه و تضمین به نسبت سهم مشاع از قیمت کل مشاع

مورد پذیرش قرار دهند و دفاتر اسناد رسمی موظفند بنا به درخواست بانکها و مؤسسات مذکور به نسبت سهم اسناد مشاع برای ضمانت و ترهین در دفاتر ثبت اقدام نمایند.

ماده ۹- وزارت جهاد کشاورزی موظف است با هماهنگی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور با اطلاع رسانی از طریق رسانه‌های عمومی و نشر آگهی در روزنامه‌های کثیرالانتشار، زمینه اجرای صحیح و مطلوب قانون و این آیین‌نامه را فراهم نماید.

ماده ۱۰- دستورالعملهای لازم برای اجرای مواد این آیین‌نامه توسط وزارت جهاد کشاورزی حسب مورد با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و سایر دستگاههای اجرایی تهیه و ابلاغ خواهد شد.

این تصویب‌نامه در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۱۱ به تأیید مقام محترم ریاست جمهوری رسیده است. معاون اول رئیس جمهور- محمدرضا رحیمی

جدول شماره ۱

حد فنی اقتصادی اراضی و باغی به تفکیک استان و آبی و دیم بر حسب هکتار

ردیف	استان	زراعی و آیش		باغ و قلمستان	
		دیم	آبی	دیم	آبی
۱	آذربایجان شرقی	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۲	اردبیل	۱۰	۲۰	۵	۱۰
۳	اصفهان	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۴	خوزستان	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۵	زنجان	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۶	سیستان و بلوچستان	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۷	فارس	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۸	قزوین	۱۰	۲۵	۵	۱۰
۹	قم	۱۰	۱۵	۵	۱۰
۱۰	کهگیلویه و بویراحمد	۱۰	۲۰	۵	۱۰
۱۱	گلستان	۱۰	۲۰	۵	۱۰
۱۲	لرستان	۱۰	۲۰	۵	۱۰
۱۳	آذربایجان غربی	۷/۵	۲۵	۵	۱۰
۱۴	ایلام	۷/۵	۲۵	۵	۱۰
۱۵	بوشهر	۷/۵	۱۵	۵	۱۰

ردیف	استان	زراعی و آیش		باغ و قلمستان	
		آبی	دیم	آبی	دیم
۱۶	کرمان	۷/۵	۲۵	۲/۵	۵
۱۷	همدان	۷/۵	۲۰	۵	۱۰
۱۸	تهران	۵	۱۵	۲/۵	۵
۱۹	چهارمحال و بختیاری	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۰	خراسان رضوی	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۱	خراسان شمالی	۵	۲۵	۲/۵	۵
۲۲	خراسان جنوبی	۵	۱۵	۲/۵	۵
۲۳	سمنان	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۴	کردستان	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۵	کرمانشاه	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۶	گیلان	۴	۱۰	۲/۵	۵
۲۷	مازندران	۴	۱۰	۲/۵	۵
۲۸	مرکزی	۵	۲۰	۲/۵	۵
۲۹	هرمزگان	۵	۱۵	۲/۵	۵
۳۰	یزد	۵	۲۵	۲/۵	۵

جدول شماره ۲

حد فنی اقتصادی اراضی و باغی در قالب نظام های بهره برداری به تفکیک استان

(بر حسب هکتار)

ردیف	استان	تعاونی تولید		سهامی زراعی		کشت و صنعت	
		زراعی	باغی	زراعی	باغی	زراعی	باغی
۱	آذربایجان شرقی	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۲	اردبیل	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۳	اصفهان	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۴	خوزستان	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۵	زنجان	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۶	سیستان و بلوچستان	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۷	فارس	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰
۸	قزوین	۱۰۰۰	۵۰۰	۱۲۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۳۰۰

۳۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۱۲۰۰	۵۰۰	۱۰۰۰	قم	۹
۳۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۱۲۰۰	۵۰۰	۱۰۰۰	کهکیلویه و بویر احمد	۱۰
۳۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۱۲۰۰	۵۰۰	۱۰۰۰	گلستان	۱۱
۳۰۰	۶۰۰	۶۰۰	۱۲۰۰	۵۰۰	۱۰۰۰	لرستان	۱۲
۲۵۰	۴۵۰	۴۵۰	۹۰۰	۳۵۰	۷۵۰	آذربایجان غربی	۱۳
۲۵۰	۴۵۰	۴۵۰	۹۰۰	۳۵۰	۷۵۰	ایلام	۱۴
۲۵۰	۴۵۰	۴۵۰	۹۰۰	۳۵۰	۷۵۰	بوشهر	۱۵
۲۵۰	۴۵۰	۴۵۰	۹۰۰	۳۵۰	۷۵۰	کرمان	۱۶
۲۵۰	۴۵۰	۴۵۰	۹۰۰	۳۵۰	۷۵۰	همدان	۱۷
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	تهران	۱۸
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	چهارمحال و بختیاری	۱۹
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	خراسان رضوی	۲۰
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	خراسان شمالی	۲۱
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	خراسان جنوبی	۲۲
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	سمنان	۲۳
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	کردستان	۲۴
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	کرمانشاه	۲۵
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	مرکزی	۲۶
۱۵۰	۳۰۰	۳۰۰	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	هرمزگان	۲۷
۱۵۰	۳۰۰	-	۶۰۰	۲۵۰	۵۰۰	یزد	۲۸
-	۱۰۰	-	۴۰۰	-	۲۰۰	گیلان	۲۹
-	۱۰۰	-	۴۰۰	-	۲۰۰	مازندران	۳۰

رأی وحدت رویه ای دیوان عالی کشور

پرونده وحدت رویه ردیف ۴/۸۸

به نقل از روزنامه رسمی ۱۹۰۰۱-۱۳۸۹/۳/۶

:

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۱۴/۸۸ رأس ساعت ۹ روز سه شنبه مورخه ۱۳۸۹/۱/۲۴ به ریاست حضرت آیت الله احمد محسنی گرگانی رئیس دیوان عالی و حضور جناب آقای سید احمد مرتضوی نماینده دادستان کل کشور و شرکت اعضای شعب مختلف دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظریات مختلف اعضای شرکت کننده در خصوص مورد و استماع نظریه نماینده جناب آقای دادستان کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می گردد، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۱۵-۱۳۸۹/۱/۲۴ منتهی گردید.

: :

با احترام، به استحضار می رساند: حسب اعلام رئیس شعبه ۵۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران پس از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ مورخه ۱۳۸۶/۵/۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شعب بیست و هفتم و سی و یکم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به تجدیدنظر خواهی از احکام اعدام که از دادگاههای انقلاب اسلامی درباره متهمان به محاربه و افساد فی الارض صادر شده، آراء مختلفی صادر کرده اند. ابتدا جریان پرونده ها را به نحو اختصار به عرض رسانده سپس اظهار نظر می نماید:

۱- در پرونده شماره ۱۳۲۴/۲۷/۲۰ آقای محمدرضا آذری به اتهام افساد فی الارض از طریق تهیه فیلم از ارتباط نامشروع خود با شاکی پرونده و تهدید شاکی به انتشار آن با هدف اجبار او

به برقراری ارتباط جنسی تحت تعقیب دادرسی عمومی و انقلاب تهران قرار گرفته، درباره او کیفرخواست صادر و پرونده به دادگاه انقلاب اسلامی تهران ارسال و به شعبه ۲۹ ارجاع گردیده و این شعبه پس از رسیدگی بزهکاری نامبرده را محرز و مسلم تشخیص داده و او را به استناد قسمت دوم بند الف ماده ۳ و تبصره ۵ از قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت های غیرمجاز می نمایند مصوب سال ۱۳۸۶ به اعدام با چوبه دار محکوم نموده است. وکیل متهم از رأی دادگاه تقاضای تجدیدنظر کرده، پرونده به شعبه بیست و هفتم دیوان عالی کشور ارجاع گردیده و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۱۲۴۰-۱۳۸۷/۱۱/۷ چنین رأی داده است: « با توجه به اینکه رأی تجدیدنظر خواسته از سوی دادگاه انقلاب صادر شده و ماده ۲۱ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ علی الاطلاق مرجع تجدیدنظر آراء محاکم عمومی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر استان قرار داده و ماده ۳۹ الحاقی به قانون اصلاحی مرقوم کلیه قوانین و مقررات مغایر از جمله ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری را در آن قسمت که مغایرت دارد ملغی نموده است چنانکه رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳-۱۳۸۶/۵/۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر آن دلالت دارد، لذا پرونده قابل طرح در دیوان عالی کشور نمی باشد و جهت رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر اعاده می گردد...»

۲- در پرونده شماره ۳۱/۸۷۰۹۹۸۰۰۰۲۰۰۵۳۸۹ آقایان ۱- صلاح الدین سیدی ۲- خلیل اله زارعی ۳- عبیداله مچکوری ۴- عبدالمجید صلاح زهی به اتهام عضویت در گروه محارب عبدالمالک به قصد مقابله مسلحانه با نظام و تلاش مؤثر در پیشبرد اهداف گروه از طریق کار گذاشتن بمب در مسیر حرکت خودروی نیروی انتظامی، تیراندازی به طرف خودروی پلیس راه و مجروح کردن یک نفر سرباز و اقدام نافرجام برای ترور آقای رحیم، بخش پرواز که به مذهب شیعه گرایش پیدا کرده تحت تعقیب کیفری قرار گرفته اند. پرونده در دادگاه انقلاب اسلامی زاهدان مورد رسیدگی قرار گرفته و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۸۷/۸۷۰۹۹۷۵۴۱۲۱۰۰۳۸۸ بزهکاری متهمان را از بابت محاربه و افساد فی الارض احراز و به

استناد مواد ۱۸۳، ۱۸۵، ۱۸۶ و بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی، متهمان ردیف‌های اول و دوم را به اعدام و ردیف‌های سوم و چهارم را به پانزده سال نفی بلد به ترتیب در زندان‌های سراب و خلخال محکوم کرده است. علاوه بر آن هر یک از متهمان را به لحاظ خروج غیرمجاز از مرز به دو سال حبس و متهم ردیف سوم را به لحاظ جعل شناسنامه به پرداخت سه میلیون ریال جزایی نقدی و متهم ردیف چهارم را از لحاظ استفاده از سند مجعول به دو سال حبس محکوم نموده است. متهمان از رأی صادر شده تقاضای تجدیدنظر کرده اند. پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به شعبه سی و یکم ارجاع گردیده و این شعبه برابر دادنامه شماره ۳۱/۸۷۰۹۹۸۰۰۲۰۰۵۳۸۹ مورخه ۱۳۸۷/۱۱/۲۳ چنین رأی داده است: «در مورد اعتراض متهمان با توجه به اینکه از ناحیه متهمان اعتراضی که مؤثر در مقام باشد به عمل نیامده و دادنامه از حیث نحوه احراز بزهکاری متهمان و انطباق اعمال ارتكابی و رعایت اصول و ضوابط دادرسی فاقد ایراد و اشکال است، اعتراض آنان را مردود اعلام، دادنامه تجدیدنظر خواسته را ابرام می‌نماید.»

همچنین حسب اعلام اداره دفتر دیوان عالی کشور، شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور، طبق دادنامه شماره ۳۱/۸۸۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۲۵۸ مورخه ۱۳۸۸/۴/۳ به تجدیدنظر خواهی آقای اسماعیل اکبری از رأی شعبه ۳۰ دادگاه انقلاب اسلامی تهران که بر محکومیت او به اعدام به اتهام محاربه و افساد فی الارض به استناد مواد ۱۸۲، ۱۸۹، ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مجازات اسلامی صادر شده رسیدگی و رأی تجدیدنظر خواسته را به جهت عدم کفایت دلایل برای احراز مجرمیت او نقض و رسیدگی مجدد را به شعبه هم عرض ارجاع نموده است.

همانطور که ملاحظه می‌فرمایید شعب بیست و هفتم و سی و یکم دیوان عالی کشور با استنباط از ماده ۲۱ اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ و ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری آراء مختلفی صادر کرده اند: شعبه بیست و هفتم به تجدیدنظر خواهی شخصی که به حکم دادگاه انقلاب به اتهام محاربه و افساد فی الارض به اعدام محکوم شده رسیدگی ننموده و دادگاه تجدیدنظر استان را

صالح به رسیدگی تشخیص داده، ولی شعبه سی و یکم در موارد مشابه تجدیدنظر خواهی رسیدگی و مبادرت به صدور رأی نموده است. اضافه می‌نماید با بررسی‌هایی که به عمل آمده مشخص گردیده است دادگاه‌های تجدیدنظر استان‌ها نیز در این خصوص اختلاف نظر داشته و آراء متناقضی صادر کرده‌اند: به عنوان نمونه شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی به تجدیدنظر خواهی محکوم علیه حکم دادگاه انقلاب اسلامی خوی که بر اعدام او به اتهام محاربه صادر شده رسیدگی و رأی تجدیدنظر خواسته را طبق دادنامه ۸۸۰۹۹۷۴۴۱۴۴۰۰۱۱۰ مورخه ۱۳۸۸/۱/۲۶ تأیید نموده ولی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در مورد مشابه حسب دادنامه شماره ۸۸۰۰۹۹۷۰۳۷۰۳۰۰۴۸۳ مورخه ۱۳۸۸/۵/۱۱ با این استدلال: «به مصلحت حقوق کشور و ضرورت احتیاط در دماء نیست که تجدیدنظر حکم اعدام در دیوان عالی کشور رسیدگی نشود و مهم‌ترین جرم در نظام قضایی کشور بدو ادر دادگاه‌های بدوی و سپس در دادگاه تجدیدنظر استان رسیدگی شود و باب اظهار نظر دیوان در این خصوص بسته شود و در هیچ کجای دنیا احکام مربوط به اعدام بدون صحه دیوان عالی کشور مشروعیت ندارد و به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه شماره ۷۰۳ مورخه ۱۳۸۶/۵/۹ منصرف از آراء صادره اعدام باشد و رأی وحدت شماره ۶۸۹ مورخه ۱۳۸۵/۴/۲۰ تأیید ضمنی مانحن فیه می‌باشد. علاوه بر این رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴ مورخه ۱۳۸۲/۱۰/۳۰ به طور ضمنی دادگاه انقلاب را در رابطه با صدور آراء اعدام به موازات دادگاه کیفری استان قلمداد نموده...» خود را صالح به رسیدگی ندانسته و پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال نموده است.

با توجه به مراتب فوق در اجرای ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری تقاضای طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت ایجاد وحدت رویه قضایی دارد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور - حسینعلی نیری

ج: نظریه دادستان کل کشور

با احترام، به عنوان نماینده دادستان محترم کل کشور نظر خود را اعلام می‌نمایم:

الف- در ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب آمده است، ترتیب رسیدگی در دادگاه‌ها طبق مقررات مزبور در آیین دادرسی مربوطه خواهد بود و طبق ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مرجع تجدیدنظر دادگاه‌های عمومی و انقلاب هر حوزه قضایی دادگاه تجدیدنظر همان استان است مگر مجازات‌های موضوع بند الف و ب و ج ذیل همین ماده قانونی در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۸۱ قانون گذار قصد تسهیل امر رسیدگی در خصوص جرایم با مجازات اعدام و قصاص را نداشته، بلکه هدف تعدد قاضی و دقت بیشتر برای استحکام آراء و جلوگیری از اشتباه بوده است، لذا به همین جهت دادرها را احیاء و دادگاه‌های کیفری استان را با حضور پنج نفر قاضی برای رسیدگی به جرایم مزبور تشکیل داده است. بدین ترتیب از فلسفه و هدف اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب استنباط می‌شود که قانون گذار نمی‌خواهد رأی دادگاه با مجازات اعدام در غیر دیوان عالی کشور قطعی شود و قانون گذار نمی‌خواهد بر خلاف هدف خود قانون وضع نماید.

ب- آراء دادگاه‌های کیفری استان که با پنج نفر قاضی تشکیل می‌شود و در مورد جرایم موضوع تبصره ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رسیدگی می‌کند ابتدایی است و مرجع تجدیدنظر آن دیوان عالی کشور است. تعیین دو مرجع تجدیدنظر برای یک نوع مجازات خلاف هدف قانون گذار است. از مفاد تبصره ماده ۴ که در تبصره یک ماده ۲۰ نیز تکرار شده به ویژه قسمت ذیل تبصره یک ماده ۲۰ استفاده می‌شود که قانونگذار برای جرایم با مجازات اعدام و قصاص و صلب توجه خاص دارد و تصریح کرده که دادگاه کیفری استان برای رسیدگی به آن با هشت یا پنج نفر قاضی تشکیل شود.

ج- قانون گذار ابتدا در تبصره یک ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مرجع ابتدایی رسیدگی به جرایم با مجازات اعدام و صلب و قصاص را تعیین و

سپس در ماده ۲۱ مرجع تجدیدنظر آراء دادگاه‌های عمومی و انقلاب را دادگاه تجدیدنظر قرار داده است و اگر صلاحیت رسیدگی به جرم خاصی مصلحتاً به دادگاه انقلاب داده شده این امر صلاحیت مرجع تجدیدنظر را تخصیص نمی‌زند. مفاد ماده ۲۰ آیین‌نامه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مؤید همین نظر است و دیوان عالی کشور مطابق اصل ۱۶۱ قانون اساسی نظارت عالی بر آراء محاکم دارد و مرجع تجدیدنظر احکام با مجازات اعدام و صلب و قصاص است؛ لذا به دور ماندن این گونه مجازات‌ها از نظر این مرجع خلاف منظور و هدف قانون گذار است و خلاف احتیاط در دماء است؛ علیهذا ماده ۲۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را منسوخ نمی‌دانم، زیرا قانون گذار در مقام تحدید صلاحیت دادگاه‌های عمومی است نه توسعه آن، در نتیجه رأی شعبه محترم سی و یکم دیوان عالی کشور را صائب می‌دانم.

د: رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵-۱۳۸۹/۱/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

بنا به حکم مقرر در ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رسیدگی این دادگاه‌ها باید طبق مقررات قانون آیین دادرسی انجام شود، همچنین به صراحت ماده ۲۲ اصلاحی قانون یاد شده رسیدگی دادگاه تجدیدنظر به درخواست تجدیدنظر از احکام قابل تجدیدنظر دادگاه عمومی جزایی و انقلاب باید وفق مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ به عمل آید و ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز که در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مؤخر بر ماده ۲۱ قانون یاد شده تصویب گردیده تصریح و تأکید کرده است که تجدیدنظر و فرجام خواهی از آراء قابل تجدیدنظر یا فرجام دادگاه‌های عمومی و انقلاب طبق مقررات قانون آیین دادرسی انجام می‌شود، بنابراین مستفاد از مواد مذکور این است که آراء دادگاه‌های عمومی جزایی و انقلاب در مواردی که مجازات قانونی جرم اعدام باشد قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور است و به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور که نتیجتاً با این نظر مطابقت دارد صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی طبق ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاهها لازم‌الاتباع است.

آراء وحدت رویه ای دیوان عدالت اداری

رأی شماره ۸-۱۳۸۹/۱/۳۰ هیأت عمومی

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۴۳ مورخ ۸۹/۴/۲۸

اولاً، تعارض آراء محرز است. ثانیاً، حسب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، شعب دیوان صرفاً به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمانها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها رسیدگی می‌نماید. همچنین طبق ماده ۳۰ قانون مذکور در صورتی که محتوای شکایت و دادخواست تقدیمی به دیوان حاوی مطلبی علیه شخص ثالث باشد، مانع رسیدگی شعبه به پرونده نخواهد بود. لذا دادنامه شماره ۱۱۸۱ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ شعبه بیست و هشتم دیوان که رسیدگی به شکایت با خواسته ابطال مجوز صادره از شهرداری مبنی بر تغییر کاربری ملک را به صرف تقدیم دادخواست به طرفیت شهرداری کافی دانسته و به استناد ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر رسیدگی به شکایت علیه مالک ملک را به عنوان شخص حقیقی، خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری اعلام و مبادرت به صدور قرار عدم استماع نموده است، صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۱۱۹-۸۹/۳/۳۱ هیأت عمومی

به نقل از روزنامه رسمی ۸۹/۴/۲۸-۱۹۰۴۳

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

رأی شماره ۹۱۲ هیأت عمومی

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۴۳ مورخ ۸۹/۴/۲۸

به موجب رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۴۱۴ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰، مصوب شماره ۱۱۰۸۳ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۸ مدیر عامل صندوق بیمه اجتماعی روستائیان و عشایر با این استدلال که فی نفسه متضمن وضع قاعده آمره مستقل نیست و از مصادیق مقررات و نظامات دولت محسوب نمی شود، ابطال نگردیده است. با امعان نظر در رأی مذکور و با عنایت به اینکه طبق تبصره ۲ ماده ۳ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳/۲/۲۱، دولت مکلف گردیده ظرف مدت دو سال از تاریخ ابلاغ قانون، امکان تحت پوشش بیمه قرار گرفتن اقشار مختلف جامعه از جمله روستائیان، عشایر، شاغلین فصلی را فراهم نماید، ایجاد محدودیت و لحاظ سقف سنی برای متقاضیان عضویت در صندوق بیمه

اجتماعی روستاییان که در بخشنامه فوق‌الذکر پیش‌بینی گردیده، مغایر اطلاق قانون مذکور می‌باشد، از این جهت با اختیار حاصل از ماده ۵۳ الحاقی به آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به دلالت استدلال مارالذکر، رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۴۱۴ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ نقض و به استناد بند یک ماده ۱۹ و مواد ۲۰ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری، بخشنامه فوق‌الاشعار که مغایر قانون می‌باشد، از تاریخ صدور ابطال می‌گردد.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - محمدجعفر منتظری

رأی شماره ۹۲-۱۳۸۹/۳/۱۰ هیأت عمومی

به نقل از روزنامه رسمی ۱۹۰۶۷-۸۹/۵/۲۶

حکم مقرر در مواد ۳۰، ۳۶ و ۳۹ قانون تأمین اجتماعی ناظر به تکلیف کارفرما در پرداخت حق بیمه و وصول آن توسط سازمان تأمین اجتماعی و ارائه خدمت به بیمه شده می‌باشد. بدیهی است تکلیف سازمان جهت دریافت حق بیمه با احراز اشتغال و رابطه مزدبگیری بیمه شده با کارفرما توسط مرجع صلاحیت دار از جمله هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف اداره کار می‌باشد و در صورت عدم احراز مواجهه با تکلیفی نمی‌باشد. بنابراین دادنامه شماره ۲۶۴ مورخ ۱۳۸۸/۶/۴ شعبه دوم تشخیص دایر بر صدور قرار رد شکایت به لحاظ عدم احراز اشتغال توسط هیأت حل اختلاف اداره کار در حدی که متضمن این معنی است، موافق قانون و صحیح تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رأی شماره هیأت عمومی

به نقل از روزنامه رسمی شماره ۱۹۰۶۷-۸۹/۵/۲۶

اولاً، تعارض در آراء فوق‌الذکر محرز می‌باشد. ثانیاً، مطابق تبصره ۳ ماده ۶ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و

چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولید کنندگان کالا، ارائه دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی مصوب ۱۳۸۱، وجوه دریافتی در طول برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران تحت عناوین مالیات و عوارض از بابت کالا و خدمات موضوع مادتين ۳ و ۴ قانون فوق‌الذکر که توسط سازمان امور مالیاتی کشور وصول می‌گردد، مشمول احکام ماده ۲۱۱ به بعد فصل نهم باب چهارم قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحات بعدی از جمله ماده ۲۱۶ قانون اخیرالذکر و تبصره ۲ آن در مورد صلاحیت هیأت حل اختلاف مالیاتی در زمینه رسیدگی به شکایات اشخاص از اقدامات اجرایی راجع به مطالبات دولت می‌باشد. نظر به اینکه مقنن درباره کیفیت و مرجع وصول توأم مالیات و عوارض در موارد مصرح در قانون و مرجع رسیدگی به شکایت از اقدامات واحد دولتی ذی صلاح در قضیه مطروحه حکم خاصی به شرح فوق بیان داشته و مورد از حکم مقرر در ماده ۷۷ قانون شهرداری منصرف است. بنابراین دادنامه ۱۶۱۵ مورخ ۱۳۸۸/۸/۳۰ شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری در حدی که متضمن صلاحیت هیأت حل اختلاف مالیاتی موضوع ماده ۲۱۶ قانون مالیات‌های مستقیم در رسیدگی به موضوع می‌باشد، صحیح و موافق اصول و موازین قانونی اعلام می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

نظرات شورتی اداره حقوتی و تدوین قوانین قوه قضائیه

(نظریه شماره ۷/۳۳۵۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱)

۱. دادگاه عمومی، مرجع تجدیدنظر آرای شورای حل اختلاف

با توجه به اطلاق ماده ۳۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷/۴/۱۸ و اینکه تفکیکی بین حکم و قرار قائل نشده و مقررات قانون آیین دادرسی در امور مدنی در خصوص اعاده پرونده به دادگاههای بدوی پس از نقض قرار تجدیدنظر خواسته توسط دادگاههای تجدیدنظر، جهت رسیدگی ماهوی، قابل تسری به آرای شوراهای حل اختلاف نیست و با توجه به قسمت اخیر ماده ۳۱ یادشده دادگاه عمومی به عنوان مرجع تجدیدنظر آرای شوراهای مذکور در صورت نقض رأی شورا اعم از اینکه حکم باشد یا قرار، رأساً مبادرت به صدور رأی مقتضی می نماید.

(نظریه شماره ۷/۳۳۹۵ مورخ ۱۳۸۸/۶/۳)

۲. انحصار پیگرد قضایی به مباشر، شریک و معاون

به موجب مقررات ماده ۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ در امور کیفری، تعقیب امر جزایی فقط نسبت به مباشر، شریک و معاون خواهد بود. لذا مسبب در صورتی که مشمول یکی از این عناوین باشد قابل تعقیب است و در غیر این صورت قابل تعقیب نمی باشد.

۳. صالح نبودن شورای حل اختلاف برای رسیدگی به اسناد تنظیم شده در خارج کشور
 مستفاد از مواد ۱۲۹۵ و ۱۲۹۶ قانون مدنی این است که دعوای مستند به اسناد تنظیم شده
 در کشور خارج باید در محاکم ایران مطرح گردد و چون عنوان محکمه شامل شورای حل
 اختلاف نیست. رسیدگی به این قبیل دعوای در صلاحیت شورای حل اختلاف نیست.

(نظریه شماره ۷/۳۴۵۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۷)

۴. تعیین عاقله و فرض پرداخت دیه از بیت المال

طبق ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی عاقله عبارتست از بستگان ذکور نسبی پدر و مادری
 یا پدری به ترتیب طبقات ارث به طوری که همه کسانی که حین القوت می‌توانند ارث ببرند به
 صورت مساوی عهده‌دار پرداخت دیه خواهند بود. بنابراین در فرض وجود طبقه اول وارث،
 طبقه دوم وارث عاقله محسوب نمی‌شوند و مراجعه به آنان جهت دریافت دیه به عنوان عاقله
 فاقد محمل قانونی است.

طبق ماده ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی اگر جانی عاقله داشته باشد ولی عاقله او نتواند دیه را
 در مدت سه سال پرداخت کند دیه از بیت المال پرداخت می‌شود و تشخیص عدم توانایی
 عاقله در پرداخت دیه به عهده دادگاه صادر کننده حکم است و نیازی به تقدیم دادخواست
 اعسار توسط عاقله نیست ولی چنانچه با تقسیط ظرف سه سال بتواند بپردازد، پرداخت آن از
 بیت‌المال جایز نیست.

(نظریه شماره ۷/۳۴۷۴ مورخ ۱۳۸۸/۶/۷)

۵. لزوم اقامه دعوای رشد به طرفیت دادستان برای بالغین زیر ۱۸ سال

طبق ماده واحده قانون رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۲ رسیدن به سن ۱۸ سال اماره قانونی
 رشد معاملاتی است بنابراین بالغین زیر ۱۸ سال سن، چنانچه مدعی دارا بودن رشد معاملاتی
 موضوع تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی باشند باید برای اثبات ادعای خود به طرفیت دادستان

به منظور صدور حکم رشد اقامه دعوی نمایند، در این مورد نیازی به اقامه دعوی بطرفیت قیم یا ولی نیست با تأکید بر اینکه ولی هم می‌تواند در این خصوص اقدام نماید، اقدام از طریق اداره سرپرستی داسرا فاقد وجاهت قانونی است زیرا رسیدگی به این امر در صلاحیت دادگاه می‌باشد.

(نظریه شماره ۷/۳۵۱۷ مورخ ۱۳۸۸/۶/۹)

۶. خواننده در دعاوی مربوط به اجرای طرح کمربندی

با توجه به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب، چنانچه شهرداری مجری طرح کمربندی - که داخل در محدوده شهرها، قرار می‌گیرد و دارای حریم هستند باشد، دعوی باید علیه شهرداری اقامه شود ولی اگر اداره راه و ترابری مجری طرح باشد، دعوی باید به طرفیت آن اداره اقامه شود.

(نظریه شماره ۷/۳۵۳۹ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۰)

۷. متوقف نبودن شکایت علیه ورثه کارفرما به ارائه گواهی حصر وراثت

در فرضی که مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما مذکور در فصل نهم قانون کار در مقام رسیدگی به شکایت کارگر علیه وراثت کارفرما راجع به مطالبات ایام کارکرد وی هستند، احراز وراثت آنها به تشخیص مراجع مذکور حسب مورد با ارائه گواهی حصر وراثت یا استشهادیه ممکن است و صرف عدم ارائه گواهی حصر وراثت کارفرما که چه بسا تهیه آن برای کارگر شاکی مقدور نباشد موجب عدم استماع و رسیدگی شکایت وی نیست و ابلاغ دعوتنامه و رسیدگی نیز به تشخیص مرجع مذکور براساس استشهادیه ممکن است.

(نظریه شماره ۷/۳۵۳۹ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۰)

۸. شمول قانون کار نسبت به کارکنان شرکت‌های دولتی و نهادهای انقلابی غیر مشمول

قانون استخدام کشوری و ...

با توجه به ماده ۱۸۸ قانون کار، آن دسته از کارکنان شرکت‌های دولتی که مشمول مقررات قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات خاص استخدامی نباشند با لحاظ مواد یک و دو و سه قانون یاد شده، مشمول قانون کار می‌باشند. به هر حال تشخیص شمول قانون کار نسبت به کارکنان مذکور در صلاحیت مراجع حل اختلاف موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار می‌باشد.

بنابه مراتب پیش گفته نظر به اینکه در قانون کار سال ۶۹ مواردی که از شمول قانون مذکور خارج باشد در مواد ۱۸۸ به بعد آن احصاء گردیده و با توجه به اینکه مصوبات مجمع وارد بر مصوبات و قوانین عادی هستند، آن دسته از کارکنان نهادهای انقلابی که مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات خاص استخدامی نیستند با توجه به عموم و اطلاق ماده یک قانون کار، مشمول مقررات قانون کار بوده و اختلافات فیما بین طرفین در مراجع حل اختلاف موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار قابل طرح و رسیدگی است.

(نظریه شماره ۷/۳۵۴۰ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۰)

۹. عدم شمول ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نسبت به هزینه‌های اجرایی

با توجه به اینکه هزینه‌های اجرایی در ماده ۱۵۸ قانون اجرای احکام مدنی تعریف شده و چون هزینه‌های مذکور در حکم دادگاه ذکر نمی‌شود، لذا مشمول عنوان قانونی «محکوم به» و محکومیت به پرداخت مال نیست و وقتی که به جز مستثنیات دین مالی از محکوم علیه بدست نیاید وی را نمی‌توان در اجرای ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بازداشت نمود، باید هر وقت مالی از محکوم علیه بدست آید هزینه‌های اجرایی را از آن مال استیفاء کرد یا به طرق قانونی دیگر از محکوم علیه وصول نمود.

(نظریه شماره ۷/۳۵۶۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۱)

۱۰. منع بازداشت عاقله

مسئولیت عاقله به پرداخت دیه ناشی از قانون و یک حکم تکلیفی است نه ناشی از ارتکاب جرم یا مسئولیت جزائی عاقله بنابراین مجوزی برای بازداشت عاقله وجود ندارد و مقررات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در خصوص بازداشت عاقله قابل اجراء نیست تا نیاز به تقدیم دادخواست اعسار باشد، اگر عاقله متمکن باشد می‌توان دیه را از اموال وی استیفاء نمود در غیر اینصورت توجهاً به ماده ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی دیه از بیت‌المال تأدیه می‌شود.

(نظریه شماره ۷/۳۵۹۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۱۱. عدم لزوم ذکر مشخصات اقلام در دعوای استرداد جهیزیه با توجه به تقویم**خواسته**

در دعوی استرداد جهیزیه که از جمله دعوای مالی است با توجه به تقویم خواسته توسط خواهان و با توجه به مقررات مواد ۶۱ به بعد قانون آیین دادرسی در امور مدنی، موجب قانونی برای صدور اخطاریه رفع نقص به منظور اعلام مشخصات اقلام مندرج در سیاهه جهیزیه نظیر یخچال و فرش و سرویس و طلاجات وجود ندارد. چون فرض بر اینست که مشخصات این اقلام نزد طرفین روشن و فاقد ابهام است.

بنابراین صدور قرار رد دادخواست بلحاظ عدم اعلام مشخصات اقلام مذکور در سیاهه جهیزیه فاقد محمل قانونی است. زیرا مطابق بند ۴ ماده ۶۴ قانون یاد شده در دعوای راجع به اموال، بهای خواسته مبلغی است که خواهان در دادخواست معین کرده و خواننده تا اولین جلسه رسیدگی به آن ایراد یا اعتراضی نکرده مگر اینکه قانون ترتیب دیگری تعیین کرده باشد. بدیهی است اگر خواننده به تقویم خواسته اعتراض کند و این اعتراض مؤثر در مراحل بعدی رسیدگی باشد، طبق ماده ۶۳ قانون یاد شده دادگاه قبل از شروع به رسیدگی با جلب نظر

کارشناس بهای خواسته را تعیین می‌کند. نتیجتاً ضمانت اجرای بند دوم ماده ۵۳ قانون مرقوم منصرف از فرض مطروحه است.

(نظریه شماره ۷/۳۵۹۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۱۲. مالی بودن دعوی مطالبه نفقه و غیر مالی بودن دعوی تعیین نفقه

دعوی مطالبه نفقه اعم از گذشته و حال و آینده از جمله دعاوی مالی محسوب می‌شود ولی اگر خواسته صرفاً تعیین نفقه باشد دعوی غیر مالی است. مبنای محاسبه تمبر هزینه دادرسی در دعوی مطالبه نفقه جاریه طبق ماده ۶۱ قانون آیین دادرسی در امور مدنی همان مبلغی است که در دادخواست قید شده و مورد مطالبه قرار گرفته است.

(نظریه شماره ۷/۳۵۹۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۱۳. قانونی نبودن صدور حکم نسبت به نفقه آینده

در دعوی مطالبه نفقه جاریه یا حال که طبق ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی قابل پذیرش و استماع است دادگاه با رسیدگی قضایی در فرض اثبات، فقط نفقه جاریه را تعیین و حکم بر محکومیت زوج به پرداخت آن در حق زوجه صادر می‌کند. ولی صدور حکم بر محکومیت زوج به پرداخت نفقه آینده زوجه مثلاً از قرار ماهیانه مبلغی که دایره اجرای احکام آن را به نفع زوجه هر ماهه وصول نماید فاقد محمل قانونی است. زیرا اولاً پرداخت نفقه زوجه طبق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرع بر تمکین زوجه است به عبارت دیگر اگر چه در اثر عقد ازدواج سبب دین ایجاد شده اما اشتغال ذمه زوج بر تأدیه نفقه منوط به تمکین زوجه است که اگر زوجه ناشزه شود استحقاق دریافت نفقه را از دست می‌دهد و دینی بر ذمه زوج مستقر نمی‌شود. ثانیاً استقرار نفقه بر ذمه زوج منوط به حلول زمان استحقاق است و نفقه زمانی که هنوز نیامده بر ذمه زوج نیز مستقر نگردیده است. ثالثاً در صورت وقوع طلاق بین زوجین یا فوت

یکی از آنها نیز مطالبه نفقه موضوعاً منتفی می‌شود. رابعاً قسمت اخیر ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی فقط دلالت بر استحقاق اقارب در مطالبه نفقه نسبت به آتیه را دارد آن هم به جهت اینکه اقارب قانوناً حق مطالبه نفقه گذشته را ندارند و قسمت مذکور فاقد مفهوم موافق است. یعنی نمی‌توان از آن نتیجه گرفت که زوجه هم می‌تواند نفقه آینده را مطالبه کند. بنابه مراتب فوق اجرای مستمر وصول ماهیانه ایام آتی نفقه زوجه بلحاظ عدم امکان اصدار رأی نسبت به نفقه آینده زوجه موضوعاً منتفی است و اجرای احکام مدنی فقط همان مبلغ نفقه جاری مورد حکم را به نفع زوجه می‌تواند وصول نماید.

(نظریه شماره ۷/۳۶۱۹ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۱۴. الزامی نبودن تقدیم دادخواست برای ابطال اسناد مالکیت پس از ابطال رأی

کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری

با ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری از سوی دادگاه صالح از کلیه اقدامات به عمل آمده باید رفع اثر شود و وضع به حال سابق بر می‌گردد. کلیه نقل و انتقالاتی که صورت گرفته و اسنادی که صادر شده باطل می‌گردد و نیازی به تقدیم دادخواست ابطال اسناد مالکیت نیست.

(نظریه شماره ۷/۳۶۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۶)

۱۵. ممنوع بودن مهر و موم مال غیر منقول دارای متصرف

با توجه به ماده ۱۷۱ و بند ۶ ماده ۱۷۶ قانون امور حسبی مهر و موم غیرمنقول در صورتی که اموال مهر و موم داخل آن باشد، اشکالی ندارد ولی مهر و موم غیرمنقولی که دارای متصرف باشد مجوز قانونی ندارد و در مهر و موم غیر منقول، ذکر پلاک ثبتی آن و اعلام به اداره ثبت اسناد و املاک محل کافی است.

(نظریه شماره ۷/۳۶۸۹ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۶)

۱۶. بازنشستگی قضات

با توجه به ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، قضات دادگستری مشمول قانون مزبور نیستند ولی قضات متقاضی بازنشستگی می‌توانند به استناد قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۸۶/۶/۵ با موافقت دستگاه متبوع با شرایط مقرر در این قانون بازنشسته شوند.

(نظریه شماره ۷/۳۷۱۶ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۸)

۱۷. عدم صلاحیت شورای حل اختلاف برای رسیدگی به موضوعات در صلاحیت**دادگاه خانواده**

با توجه به بندهای ۳ و ۴ و ۶ ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) رسیدگی به دعاوی نفقه معوقه و مهریه و استرداد جهیزیه به هر مقدار که باشد در صلاحیت اختصاصی دادگاههای خانواده است و شوراهای حل اختلاف صلاحیت رسیدگی در امور فوق را ندارند.

(نظریه شماره ۷/۳۷۳۴ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱)

۲۰. الزامی نبودن أخذ تأمین برای آزادی زندانی بیمار

در تبصره ذیل ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مقرر گردیده، در صورتی که محکوم علیه این ماده بیمار باشد به نحوی که حبس موجب شدت بیماری و یا تأخیر درمان وی شود، اجرای حبس تا رفع بیماری به تأخیر خواهد افتاد در ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون فوق تصریح شده که مرجع تشخیص بیماری پزشکی قانونی و در صورت نبودن آن پزشک معتمد است. بنابراین در مورد سؤال چنانچه حبس محکوم علیه بیمار موجب شدت بیماری یا درمان وی شود و این امر مورد تأیید پزشکی قانونی و یا در غیاب او پزشک معتمد قرار گیرد،

محکوم علیه موضوع سؤال بایستی از زندان آزاد شود و لزومی به اخذ تأمین کیفری جهت آزادی وی از زندان نمی‌باشد.

(نظریه شماره ۷/۳۶۰۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۱. عدم ضرورت پرداخت هزینه‌های متعدد دادرسی به لحاظ تعدد عناوین شکوائیه طرح عناوین متعدد جزایی در یک شکایت کیفری موجب پرداخت هزینه های متعدد نیست و برای تمامی آنها تنها یک هزینه باید پرداخت شود.

(نظریه شماره ۷/۳۶۰۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۲. مجانی بودن واخواهی و تجدیدنظر خواهی از آراء شوراهای حل اختلاف واخواهی و تجدیدنظر خواهی از آراء شوراهای حل اختلاف و اجرای احکام شورا مجانی است و فقط در آغاز رسیدگی شورا متضمن هزینه مقرر در ماده ۲۴ قانون شورای حل اختلاف می‌باشد.

(نظریه شماره ۷/۳۶۰۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۳. ملاک بودن قانون شوراهای حل اختلاف در محاسبه هزینه دادرسی در آن شورا قانون بودجه مصوب ۱۳۸۸، در خصوص تعرفه هزینه دادرسی شکایات کیفری و دعاوی مدنی مطرح شده در دادسرا و دادگاههای دادگستری به عنوان عام مؤخر، منحصص هزینه‌های مذکور در قانون خاص مقدم (شوراهای حل اختلاف) نبوده و منصرف از آن می‌باشد. بنابراین هزینه دادرسی موضوعات مطرح شده در شوراهای حل اختلاف تابع قانون شوراهای حل اختلاف می‌باشد.

(نظریه شماره ۷/۳۶۰۲ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۴)

۴. میزان هزینه دادرسی تعیین شده در قانون بودجه سال ۱۳۸۸

قید عبارت افزایش تعرفه مندرج در بخش سوم جدول تغییرات درآمدها در قانون بودجه ۱۳۸۸ به معنای احتساب میزان تعرفه قبلی هزینه‌های دادرسی با میزان فعلی در قانون مذکور نمی‌باشد بلکه مقنن با محاسبه ما به التفاوت هر دو مبلغ میزان فعلی را تعیین نموده است.

(نظریه شماره ۷/۳۷۱۹ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۸)

۵. لزوم استرداد جزای نقدی به محکوم علیه و اخذ مال از شاکی در صورت نقض**حکم**

در هر مورد که حکم مزبور به یکی از طرق مقرر در قانون نقض و بلااثر شود، در صورتی که تمام یا قسمتی از کیفر مورد حکم در دادنامه منقوض، جزای نقدی یا رد مال به شاکی خصوصی باشد، لازم است با توجه به اینکه اجرای مفاد رأی یاد شده اخیر به دستور مقامات صلاحیتدار و با استفاده از اقتدارات قانونی صورت گرفته است از همین طریق نیز نسبت به استرداد جزای نقدی و همچنین اخذ مال یا وجهی که من غیر حق به شاکی خصوصی پرداخت شده اقدام و اموال یا وجوه مأخوذه به صاحب اولیه آن تسلیم شود، مستند قانونی اقدامات مذکور نیز ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی بوده که طبق اصول کلی، مقررات آن در امور جزایی نیز در مواردی که حکم قضیه در قوانین کیفری بصراحه ذکر نشده قابلیت اجرا خواهد داشت.

(نظریه شماره ۷/۳۷۲۰ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۸)

۶. مرجع صالح رسیدگی به اعتراض به قرار منع تعقیب و تشخیص رعایت مهلت

اعتراض

رسیدگی به اعتراض شاکی نسبت به قرار منع تعقیب و موقوفی تعقیب صادره از دادسرا طبق بند «ن» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب به عهده دادگاه صالحه «عمومی یا انقلاب» است و تشخیص اینکه اعتراض مزبور ظرف مهلت قانونی به عمل آمده یا خارج از آن نیز با همان دادگاه است و در صورتی که دادگاه اعتراض شاکی را خارج از مهلت قانونی تشخیص دهد، قرار رد آن را صادر می نماید و پرونده را به دادسرا عودت می دهد.

(نظریه شماره ۷/۳۷۸۶ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۲)

۷. نقش شرط عندالاستطاعه بودن مطالبه مهریه

مهریه در شرایط معمول عندالمطالبه می باشد، لکن چنانچه مطالبه آن مشروط به استطاعت زوج باشد اثبات تحقق شرط مبنی بر استطاعت و توانایی زوج بر پرداخت مهریه با مدعی است در غیر این صورت شرط مذکور عبث خواهد بود.

(نظریه شماره ۷/۳۷۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۲)

۸. مانع نبودن امتناع اولیاء دم از تحویل گرفتن جسد از صدور جواز دفن

چنانچه دادگاه پس از بررسی اقدامات انجام شده از سوی مأمورین و پزشکی قانونی برای شناسایی جسد و جمع آوری دلایل، برای احراز هویت قاتل [دلایل] را کافی دانسته و اولیاء دم نیز شناسایی شوند امتناع اولیاء دم از تحویل گرفتن جسد نمی تواند مانع صدور دستور دفن جسد از سوی مقام قضایی شود.

(نظریه شماره ۷/۳۸۰۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۲)

۹. ملاک بودن قانون زمان فوت، نسبت به ماترک

با توجه به مواد ۸۶۷ و ۸۶۸ قانون مدنی، به محض فوت، مالکیت ورثه نسبت به ماترک بطوری قهری حاصل می شود و استقرار آن منوط به پرداخت حقوق و دیونی است که بر ترکه تعلق می گیرد، لذا ملاک، اعلام ورثه متوفی (صدور گواهی انحصار وراثت) و میزان سهم الارث آنان و نیز تقسیم ترکه، قانون و مقررات زمان فوت است و تغییرات بعدی قانونی تأثیری در آن ندارد هر چند ترکه بین ورثه تقسیم نشده باشد، طبق ماده ۴ قانون مدنی نیز اثر قانون به آتیه است و قانون نسبت به ما قبل خود اثر ندارد مگر آنکه مقررات خاص در خود قانون نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد و چون در قانون اصلاح مقررات مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ قانون مدنی ترتیب خاصی در باب تسری آن نسبت به گذشته وضع نشده، لذا مقررات آن به ما قبل خود اثر ندارد.

(نظریه شماره ۷/۳۸۲۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۰. مالی بودن دعوی الزام به تنظیم سند اتومبیل

دعوی الزام به تنظیم سند رسمی اتومبیل نیز یک دعوی مالی است و طبق مقررات بند ۴ ماده ۶۲ و ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی باید نسبت به ابطال تمبر هزینه دادرسی اقدام شود.

(نظریه شماره ۷/۳۸۲۷ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۱. عدم تکلیف دادگاه به رسیدگی در صورت عدم ابطال تمبر هزینه دادرسی

رسیدگی دعوی در محاکم حقوقی اعم از بدوی و تجدیدنظر مستلزم ابطال تمبر هزینه دادرسی در دادخواست است و دادگاه قبل از پرداخت هزینه دادرسی تکلیفی برای رسیدگی ندارد. مگر اینکه حکم اعسار خواهان از پرداخت هزینه دادرسی صادر شده باشد. مدیران دفاتر

دادگاهها در صورت عدم تکمیل دادخواست (که الصاق و ابطال تمبر هزینه دادرسی یکی از موارد تکمیل پرونده است)، طبق بند ۱ ماده ۵۳ و ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی اقدام به ارسال اخطار رفع نقص می‌نماید و عدم رفع نقص دادخواست موجب رد دادخواست در مرحله بدوی و رد دعوی در مرحله تجدیدنظر خواهد بود.

(نظریه شماره ۷/۳۸۲۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۲. شرایط اجرای قرار تأمین خواسته قبل یا بعد از ابلاغ

اجرای قرار تأمین خواسته، قبل یا بعد از ابلاغ و کیفیت و نحوه اجرای آن با دادگاه است، در صورت احراز ضرورت، فوریت و توجیه عقلی و شرعی و قانونی اجرای تأمین خواسته از سوی دادگاه، اجرای آن قبل از ابلاغ نیز اشکال و منع قانونی ندارد.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۰ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۳. جواز اجرای دو مجازات در یک زمان در صورت عدم تراحم

چنانچه اجرای توأم مجازات‌ها مشکلی ایجاد نکند و اجرای یک مجازات مانع اجرای مجازات دیگر نباشد و اجرای هر دو مجازات در یک زمان ممکن باشد. اجرای هر دو مجازات در یک زمان بلا اشکال است و در فرض سؤال انفصال از خدمت قطع رابطه حقوقی و استخدامی بین محکوم و دستگاه اداری است و اجرای حکم انفصال مانع از تحمل کیفر حبس نیست و همزمان با آن قابل اجراست. مضافاً به این که رعایت نفع متهم نیز مقتضی چنین اقدامی می‌باشد.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۴. صدور قرار عدم استماع توسط شورای حل اختلاف نسبت به دعوای بیش از**نصاب صلاحیت**

با توجه به بند یک ماده ۱۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷/۴/۱۸ که بموجب آن شوراهای حل اختلاف روستا فقط صلاحیت رسیدگی به دعوای مالی تا سقف بیست میلیون ریال را دارند چنانچه دعوی مالی زاید بر نصاب صلاحیت شوراهای حل اختلاف روستا و تا سقف پنجاه میلیون ریال نزد آنها اقامه شود موجب قانونی برای ارسال پرونده به نزدیکترین شورای حل اختلاف شهر جهت رسیدگی وجود ندارد بلکه پرونده با صدور قرار عدم استماع از آمار کسر و بایگانی می‌شود و مدعی به دادگاه صالحه محل هدایت می‌شود. زیرا طبق ماده ۱۲ قانون مرقوم حوزه صلاحیت محلی هر شورا منطبق با حوزه قضایی مربوط است که یا از حیث نصاب صالح به رسیدگی به دعوی مطروحه است که طبق مقررات رسیدگی می‌کند یا صالح به رسیدگی نیست که به شرح فوق اقدام می‌کند به عبارت دیگر دعوای مالی زاید بر نصاب صلاحیت شوراهای حل اختلاف روستا در صلاحیت دادگاه صالحه محل است ولو اینکه مبلغ خواسته کمتر از پنجاه میلیون ریال شد.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۵. عدم صلاحیت شورای حل اختلاف برای رسیدگی به دعوای کیفری مستلزم صدور**حکم راجع به دیه**

با توجه به اینکه طبق صریح بند الف ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۸۷/۴/۱۸ در جرائم بازدارنده و اقدامات تأمینی و تربیتی و امور خلافی از قبیل تخلفات راهنمایی و رانندگی که مجازات قانونی آن حداکثر مجموعاً تا سی میلیون ریال و یا سه ماه حبس باشد صلاحیت رسیدگی دارند و نظر به اینکه طبق ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۷ مجازات بازدارنده تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات

مصلحت اجتماعی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد. در حالی که طبق ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی علیه یا به ولی یا اولیای دم او داده می‌شود و ماهیت دوگانه دارد یعنی هم جنبه مجازات مجرم را دارد و هم جنبه خسارات و صدمات به جسم مجنی علیه، و به همین جهت هم با فوت مجرم حق مجنی علیه در مطالبه دیه از محل ماترک او ساقط نمی‌شود. بنا به جهات یادشده شوراهای حل اختلاف صالح به رسیدگی و اصدار رأی در مورد دعاوی کیفری که مستلزم صدور در مورد دیه نفیاً یا اثباتاً باشد نیستند.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۶. مجاز نبودن شورای حل اختلاف نسبت به صدور قرار عدم صلاحیت

شوراهای حل اختلاف مجاز به صدور قرار عدم صلاحیت در پرونده‌های کیفری و حقوقی که نزد آنها مطرح است به صلاحیت مراجع قضائی نیستند و چنانچه صالح به رسیدگی به پرونده حقوقی مطروحه نباشند پرونده را با صدور قرار عدم استماع از آمار کسر و بایگانی نموده و مدعی را به دادگاه صالحه هدایت می‌کند و چنانچه صالح به رسیدگی به پرونده کیفری مطروحه نباشند پرونده را از آمار کسر و عیناً جهت رسیدگی به مرجع قضائی صالح ارسال می‌کنند. بدیهی است با توجه به صراحت ماده ۱۷ قانون مرقوم حدوث اختلاف در صلاحیت بین شوراهای حل اختلاف با مراجع قضائی موضوعاً متفی است و نظر مرجع قضائی در هر حال برای شورای حل اختلاف لازم‌الاتباع است.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۳ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۷. مرجع صالح رسیدگی به اعتراض بر گواهی حصر وراثت

اعتراض به گواهی حصر وراثت صادره از شورای حل اختلاف در همان شورای صادر کننده گواهی مذکور بایستی مورد رسیدگی قرار گیرد. النهایه رأی صادره از ناحیه قاضی شورا

در این خصوص طبق ماده ۳۱ قانون یادشده قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی در دادگاه عمومی همان حوزه قضائی است.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۴ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۸. تکلیف رفع اثر از قرارهای تأمینی در صورت رأی موقوفی یا منع تعقیب و برائت چنانچه قرار منع پیگرد یا موقوفی تعقیب یا برائت متهم صادر و [پرونده] به هر کیفیت مختومه شود، قرارهای تأمین صادره ملغی الاثر خواهد شد و فرق نمی‌کند که قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب در دادسرا صادر شود و یا در دادگاه برائت حاصل شود، در هر صورت قاضی مکلف است پس از صدور قرارهای مذکور یا صدور حکم برائت از تأمین مأخوذه رفع اثر نماید.

(نظریه شماره ۷/۳۸۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۶/۲۳)

۱۹. مفهوم تغییر کاربری اراضی و مرجع تشخیص مصداق آن

در فرض استعلام، محصور کردن اراضی قانونی و کشیدن دیوار و فنس و پرچین به دور زمین برای محافظت از کشاورزی و محصولات آن منع قانونی ندارد و تخلف محسوب نمی‌شود و به معنای تغییر کاربری یا دلیل بر تغییر کاربری زمین نیست. همان گونه که احداث استخر برای آبیاری درختان و مزرعه به منزله تغییر کاربری نیست. اما در هر حال تشخیص مصداق کاربری، برابر ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی و باغها مصوب ۱۳۸۵/۸/۱ با وزارت جهاد کشاورزی است.

سؤالات اختبار کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و ایلام

اردیبهشت ۱۳۸۹

از آنجا که چاپ سؤالات آزمون اختبار کانون وکلای دادگستری مرکز کرمانشاه و ایلام در شماره‌های قبل مورد توجه کارآموزان وکالت و خوانندگان محترم قرار گرفته است فصلنامه مبادرت به درج سؤالات اختبار برگزار شده در اردیبهشت ماه هشتاد و نه می‌نماید.

سؤالات جزای عمومی و اختصاصی

سؤال ۱- متعاقب حمله دولت بعثی و اشغال شهر قصرشیرین آقای حسین در معیت خانواده اش با عبور از مرز به کشور عراق مهاجرت و در اردوگاهی مستقر می‌شوند در سال ۱۳۷۴ در نزاعی که بین حسین و احمد اتفاق می‌افتد. احمد بر اثر جرح وارده با چاقو از ناحیه حسین به قتل می‌رسد و حسین تحت تعقیب واقع به تحمل ۱۰ سال حبس محکوم می‌گردد. در سال ۱۳۸۵ خانواده حسین در معیت وی و خانواده مقتول به ایران مراجعت و در دادگاه عمومی قصرشیرین ورثه مقتول علیه حسین به اتهام ارتکاب قتل عمد شکایت کیفری طرح و متعاقب رسیدگی معموله حسین به اتهام مباشرت در قتل عمد و خروج غیرمجاز از مرز تحت تعقیب واقع و بلحاظ گذشت اولیاء دم دادگاه دعوی قصاص را منتفی اعلام و با استناد به ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی حسین را از حیث جنبه عمومی به تحمل پنج سال حبس و از حیث خروج غیرمجاز به پرداخت جزای نقدی با اعمال قاعده‌ی تعدد مادی محکوم می‌نماید با عنایت به موارد فوق مرقوم فرمائید:

الف- علیرغم تعقیب حسین و محکومیت وی در عراق تعقیب مجدد وی در ایران منطبق با موازین قانون می‌باشد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ مستند قانونی آن را ذکر نمائید؟

ب- استناد دادگاه محترم به ماده ی ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی متضمن صدور حکم بر محکومیت وی به تحمل پنج سال حبس و همچنین به پرداخت جزای نقدی از حیث خروج غیرمجاز از مرز با موازین قانونی انطباق دار یا خیر؟ چرا؟

ج- بعنوان وکیل حسین مدافعات خود را در خصوص توجه و یا عدم توجه اتهام به وی و قابلیت تعقیب مشارالیه، حداکثر در ده سطر مرقوم فرمائید؟

سؤال ۲- آقایان حسن و نادر به اتهام مشارکت در جرح عمدی منتهی به قتل شاهپور تحت تعقیب دادرسی عمومی واقع، پزشکی قانونی علت مرگ را جرح واحد وارده به قفسه سینه اعلام می نماید آثار دیگری که موجبات مرگ را فراهم نماید در نظریه پزشکی قانونی مشهود نیست هر دو متهم منکر ارتکاب قتل عمد هستند و تلاش مراجع انتظامی و قضائی دلالتی بر احراز قرائن و اماراتی که موجب ظن نسبت به هر یک از متهمان گردد ندارد و دادگاه محترم رسیدگی کننده نیز به ارتکاب قتل از جانب هر کدام از متهمان ظن حاصل ننموده مع الوصف با اجرای مراسم قسامه و با استناد به مقررات مواد ۲۱۵-۲۳۹ قانون مجازات اسلامی حکم بر قصاص نفس هر دو متهم صادر نموده است.

الف- به نظر شما موضوع اتهام از مصادیق مشارکت می باشد یا خیر؟ چرا؟

ب- اتهام انتسابی با کدام یک از ماده یا مواد قانون مجازات اسلامی منطبق است؟ چرا؟

ج- بر مبنای قانون مجازات اسلامی حکم موضوع و نظر خود را متضمن تحلیل رأی صادره و انطباق یا عدم انطباق آن با موازین قانونی مرقوم فرمائید؟

سؤال ۳- آقای علیرضا «ب» فرزند محمد به اتهام صدور ۱۷ فقره چک بلامحل تحت تعقیب واقع و بموجب دادنامه صادره در تاریخ ۸۷/۲/۱۲ از دادگاه عمومی به تحمل ۲ سال حبس تعزیری و پرداخت یک چهارم وجه بیشترین چکی که فاقد موجودی بوده محکوم و بلحاظ حضوری بودن رأی و عدم اعتراض، حکم صادره قطعیت می یابد و جهت اجرای حکم محکوم علیه بازداشت می گردد در پرونده دیگری نیز بموجب دادنامه مورخ ۸۷/۱/۱۷

مشارالیه به اتهام صدور یک فقره چک بلامحل دیگر به تحمل شش ماه حبس و پرداخت یک چهارم وجه چک بعنوان جزای نقدی محکوم و با درخواست تجدیدنظر رأی در دادگاه تجدیدنظر عیناً تأیید می‌شود.

الف- به نظر شما جرائم ارتكابی از موارد تکرار جرم است یا تعدد جرم؟ چرا؟ نظر خود را با استناد به مواد قانونی مرقوم فرمائید؟

ب- بعنوان وکیل محکوم علیه چه اقدام قضائی برای وی معمول خواهید فرمود؟

ج- چنانچه اقدام حقوقی و قضائی به نظر شما میسر است کدام مرجع صالح به رسیدگی است؟ درخواست خود را بعنوان وکیل وی به کدام مرجع تقدیم خواهید فرمود مفاد این درخواست چیست؟ پاسخ را با استناد به مواد قانونی و رأی وحدت رویه مرقوم فرمائید؟

📖 آئین دادرسی مدنی

۱- در جریان دادرسی پرونده الف، خوانده: حسن. به یک فقره سند عادی استناد شده و جزئی از اجزاء دعوی با استناد به همان سند، بدون ایراد انکار و تردید، احراز و اثبات می‌گردد. در جریان پرونده «ب» خوانده: حسن. خواهان به همان سند عادی استناد می‌کند. خواننده پرونده کلاسه الف و ب یکی می‌باشد، به نظر شما خوانده در این پرونده حق طرح ایراد انکار و تردید دارد؟

۲- آیا تصور حکم غیابی علیه ادارات دولتی ممکن است؟ (موضوع ماده ۱۷۵.د.م)

۳- دفتر دادگاهی مبادرت به صدور اخطار رفع نقص به سبب عدم تصدیق برابری اسناد پیوست دادخواست با اصل می‌نماید. به نظر شما صدور اخطار رفع نقص بدین سبب از ناحیه مدیر دفتر صحیح می‌باشد یا خیر؟

۴- به نظر شما منظور قانونگذار از عبارت «حقوقی که اساس و مأخذ اعتراض است به جهتی از جهات قانونی ساقط نشده باشد.» در ماده ۴۲۲ ق.آ.د.م. چیست؟

۵- در قراردادی شرط شده است که «اختلاف در مفاد و یا شیوه اجرای قرارداد به طریق داوری حل خواهد شد.» بین طرفین معامله اختلاف رخ می‌دهد. یکی از متعاملین به شما مراجعه می‌کند و با طرح ادعاها و ارائه دلایل خواهان طرح دعوی می‌شود. طرف دیگر حقوق مورد ادعا را منکر می‌کند. چنانچه شما وکالت مدعی را پذیرا شوید تشریفات و مراحل طرح دعوی، در فروض مختلف موافقت یا مخالفت طرف مقابل در شیوه اختلاف را مستدلاً شرح دهید.

📖 حقوق مدنی

۱- آقای الف- که برابر سند رسمی، مالک یک قطعه زمین کشاورزی است قصد فروش آنرا دارد که جهت فروش دو نفر به اسامی «ب و ج» را با سلب عزل آنان ضمن عقد لازمی که به آن عقد هم اشاره نشده بعنوان وکیل خود انتخاب که هر یک مشترکاً و منفرداً بتوانند آنرا بفروشند. وکلا نیز در دو دفتر خانه اقدام به معامله و فروش زمین می‌نمایند. مستدل و مستند به قانون به سؤالات زیر پاسخ دهید.

الف) در فرضی که هر کدام از وکلا با حق عمل انفرادی معامله نموده باشند ولی تقدم و تأخر معامله معلوم نباشد وضعیت حقوقی این معامله چگونه خواهد بود؟

ب) چنانچه در وکالتنامه تنظیمی خواسته موکل تشریک عمل وکلا برای انجام وکالت بوده در فرض فروش ملک توسط یکی از آنها وضعیت حقوقی معامله چگونه خواهد بود؟

ج) در فرضی که وکالت بصورت اشتراکی بوده و قبل از معامله یکی از وکلا فوت کند آیا معامله صورت گرفته قانونی است؟

د) در صورتی که موکل بخواهد وکلای خود را عزل کند و جهت این اقدام به شما بعنوان وکیل دادگستری مراجعه کند چگونه او را ارشاد و یا اقدام می‌کنید.

۲- برابر قرارداد عادی فروشنده‌ای یک دستگاه ساختمان مسکونی خود را با ثمن مشخص و در قبال چند فقره چک با سررسیدهای معین به خریدار می‌فروشد. در یکی از شرایط آن

متبایعین تمامی خیارات قانونی را از خود سلب و ساقط می‌نمایند. در ذیل همین قرارداد قید می‌شود که اگر هر یک از چکهای مذکور در سررسید معین پرداخت نشود فروشنده حق فسخ معامله را دارد. با دقت و مستدل پاسخ دهید.

الف) آیا شرط فسخ قانونی است؟

ب) اگر فروشنده برای اقدام حقوقی به شما بعنوان وکیل دادگستری مراجعه کند چه اقدامی را به عمل می‌آورید؟

۳- آقای الف- و خانم ب- بموجب عقد رسمی با همدیگر ازدواج رسمی می‌نمایند. که یک فرزند پنج ساله هم دارند و بعلت عدم پرداخت هزینه (نفقه) بین آنها اختلاف حاصل شده و زوجه مجبور به ترک زندگی مشترک می‌شود. که پس از چند ماه اقدام به طرح دعوای مطالبه نفقه گذشته و آینده خود و فرزندش علیه زوج می‌کند. سپس با دخالت و مساعی بزرگان موضوع حل و فصل شده و زوج متعهد پرداخت نفقه می‌شود. زوجه به این شرط که پدر زوج از وی برای پرداخت نفقه خود و فرزندش ضمانت کند حاضر به ادامه زندگی می‌باشد. پدر هم کتباً قید می‌کند اگر پسر نفقه را پرداخت نکرد من ضامن هستم اما زوج اقدامی برای پرداخت نفقه نمی‌کند. مستدل پاسخ دهید.

الف) از دیدگاه حقوق مدنی ضمانت پدر چه وضعیتی دارد؟

ب) بنظر شما آیا نفقه گذشته و آینده را می‌توان ضمانت نمود؟

۴- آقای الف- ملک خود را به مدت ۵ سال در قبال اخذ تسهیلات بانکی در رهن بانک قرار داده است. و بعداً همین ملک را با قرارداد عادی به شخص ب می‌فروشد. حالیه خریدار (ب) می‌خواهد تا با فک رهن بصورت باقیمانده اقساط بانکی بنام خود منتقل رسمی بنماید. پاسخ دهید.

الف) بنظر شما معامله شخص، «ب» قانونی است یا خیر؟ چرا؟

ب) آیا شخص «ب» می‌تواند فک رهن کند؟ و اگر شما وکیل او باشید چه اقدامی می‌کنید؟

📖 حقوق تجارت

سؤال اول: سفته‌ای با مشخصات زیر صادر شده است:

- ۱- فاقد تمبر مالیاتی است.
 - ۲- فاقد امضاء و مهر صادر کننده است.
 - ۳- در وجه حامل صادر شده است.
 - ۴- قید حواله کرد آن خط خورده است.
 - ۵- مکان پرداخت در آن ذکر نشده است.
- هر یک از موارد فوق چه اثری دارد و چرا؟

سؤال دوم: در موارد ذیل در قبال اشخاص ثالث در چه صورتی مدیر یا شرکت یا هر دو

مسئولیت دارند؟

- ۱- شرکت سهامی عام
- ۲- شرکت با مسئولیت محدود
- ۳- شرکت تضامنی
- ۴- در صورت صدور چک توسط هر یک از مدیران شرکتهای فوق‌الذکر

سؤال سوم: تاجر چه کسی است و آیا شرکتهای تجاری و کسبه جزء تاجر محسوب

می‌شوند؟

سؤال چهارم: قرارداد ارفاقی چیست و چه شرایطی دارد؟

📖 آئین دادرسی کیفری

۱- شخصی با مراجعه به دفتر کار شما حکمی را ارائه می‌دهد که براساس آن به یک سال حبس به اتهام خیانت در امانت محکوم شده است و اظهار می‌دارد که در مرحله دادرسی حضور یافته و از خود دفاع نموده است اما با وجود دلایل کافی، بازپرس او را مجرم تشخیص داده و قرار مجرمیت وی را صادر نموده است و در جلسه دادگاه علی‌رغم ابلاغ قانونی و اطلاع از

وقت جلسه رسیدگی به علت ترس حاضر نشده است، دادگاه نیز با توجه به کیفرخواست و رعایت تشریفات قانونی وی را محکوم نموده است و از تاریخ ابلاغ حکم نیز ۶۰ روز گذشته است، اینک با توجه به اظهارات وی و با توجه به اینکه دلایلی ارائه می‌دهد که ممکن است اصولاً اتهام منتفی و برائت حاصل نماید، آیا به نظر شما راهی برای دفاع از او وجود دارد یا خیر؟ مستند و مستدل پاسخ دهید.

۲- آقای الف به اتهام سرقت موضوع ماده ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی با توجه به گذشت شاکی و وضعیت سوابق وی با رعایت تخفیف به چهار ماه حبس محکوم می‌شود و رأی به وی ابلاغ می‌گردد، اینک قبل از انقضای مهلت تجدیدنظر خواهی به دفتر کار شما مراجعه و اصرار به قبول وکالت و تجدیدنظر خواهی از رأی می‌نماید. این در حالی است که دلایل کامل علیه وی وجود داشته و حکم به درستی صادر شده است. حال شما به عنوان وکیل ایشان چه اقدامی انجام می‌دهید؟ استنادات و استدلال‌های خود را بنویسید.

۳- آقای «ع» که به اتهام جعل قرارداد عادی تحت تعقیب دادسرای عمومی و انقلاب کنگاور بوده است، به همراه شخصی به نام «ش» در حال حمل ۵۰۰ گرم هروئین در همدان دستگیر می‌شود. در بررسی سوابق متهمین مشخص می‌گردد که آقای «ش» به اتهام جعل اسکناس تحت تعقیب دادسرای سنندج بوده است، و آقای «ع» در کرمانشاه به اتهام کلاهبرداری تحت تعقیب دادسرا بوده است. پاسخ دهید رسیدگی به اتهامات متهمین مذکور در صلاحیت کدام یک از دادگاهها می‌باشد؟ با استدلال و استناد پاسخ دهید.

۴- حقوق دفاعی متهم را از دیدگاه حقوق ایران و نظام‌های پیشرفته جهان بطور خلاصه

بنویسید.

سؤالات ثبت

- ۱- دفاتر اسناد رسمی در حین تنظیم برخی از اسناد وکالتی عبارت مشهور «موکل ضمن عقد خارج لازم حق عزل وکیل را از خود سلب و اسقاط نمود» را درج می‌نمایند، بنویسید تصریح عبارت مذکور بیانگر چیست؟
- ۲- خانه پلاک ۱۷/۴ در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۸ و باغ پلاک ۹/۶ در تاریخ ۱۳۸۲/۶/۴ ثبت دفتر املاک گردیده، پلاک ۱۷/۴ داخل محدوده‌ی سند مالکیت ۹/۶ قرار دارد، تعیین نمائید کدام یک از املاک مزبور قابل افراز می‌باشد؟ (مشخصات ثبتی هر دو پلاک را در پاسخنامه با حروف قید نمائید)
- ۳- چه اسنادی در دفاتر اسناد رسمی و چه اسنادی از طریق اداره ثبت محل قابل صدور اجرائیه است؟
- ۴- تفاوت فک و فسخ را در عقد رهن ذکر کنید.
- ۵- قیم اتفاقی را توضیح دهید.

معرفی کتاب

به کوشش: کیومرث سپهری. وکیل پایه یک دادگستری

www.sepehrilawyer.com

برای این شماره مجله، کتاب ارزشمند «تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری» اثر محقق گرانمایه جناب آقای «دکتر عبدالله خدابخشی» دانش آموخته دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و قاضی دادگستری انتخاب شده است. این کتاب به مسایل و موضوع‌هایی پرداخته است که می‌توان گفت در حقوق ایران تاکنون کسی در مورد آن تحقیق جامعی انجام نداده است. کسانی که با دید دقیق و ظریف علمی به کار عملی در پرونده‌ها چه به عنوان وکیل و چه به عنوان قاضی پرداخته‌اند، به خوبی به خلأ عدم وجود چنین تحقیقی پی برده‌اند و همواره در عمق وجود خود ضرورت انجام تحقیق گسترده و نظام‌مند که ارتباط و تمایز حقوق مدنی و حقوق جزا را بررسی و تبیین نماید احساس نموده‌اند، از این رو کتاب راه گشای جالبی در پیچیدگی‌های بعضی پرونده‌های قضایی خواهد بود. «آنچه وحدت نظام حقوقی را مبرهن می‌نماید ارتباطی هدف‌دار و نظام‌مند است که میان بخش‌های مختلف نظام حقوقی وجود دارد. البته چنان وحدتی نباید باعث شود که وجود کثرت در لایه‌های درونی نظام حقوقی نادیده انگاشته شود. در این قالب است که پیوند حقوق مدنی با حقوق کیفری و نیز استقلال آنها از یکدیگر قابل تفسیر و تأویل می‌گردد.

کتاب «تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری» تألیف جناب آقای دکتر عبدالله خدابخشی به موضوعی اساسی پرداخته است که به قول فیلسوف شهیر «شوپنهاور» در مقابل دیدگان همه قرار گرفته، اما کمتر کسی به آن پرداخته است. موضوع کتاب در نگاه اول چنان سهل و ساده می‌ماند که قاطبه اساتید و دانشجویان حقوق به سرعت از کنار آن می‌گذرند. اما حقوقدان ژرف نگر و اندیشمند نه فریفته سادگی ظاهر موضوع می‌شود و نه از اندیشه و غور در موضوعات ممتنع بیمناک و گریزان.

نویسنده کتاب «تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری» به راستی آموزه‌های علمی در حوزه حقوق خصوصی را با تجارب گرانسنگ قضایی در حوزه حقوق کیفری در هم آمیخته اثری وزین و عمیق عرضه داشته است.^۱

استاد دکتر آشوری در بخشی از دیباچه کتاب نوشته‌اند: «توسل به پاسخ‌های حقوق مدنی یا حقوق اداری در حل و فصل منازعات کیفری به ویژه آنگاه که با ناکارآمدی قواعد حقوق کیفری و یا با الزامات ناظر به سیاست جنایی ترمیمی مواجه‌ایم، نافی «استقلال حقوق کیفری» نیست. مؤلف محترم که از تجارب ارزنده قضایی در کنار دیدگاه‌های نظری برخوردار است در این اثر به چگونگی استفاده صحیح از این استقلال پرداخته است و با ارجاع به برخی تصمیمات متخذ در دعاوی مطروحه نشان داده است که اگر استقلال مذکور در حقوق ایران و رویه قضایی تثبیت شود تحولی در رسیدگی‌ها را به دنبال خواهد داشت.

نویسنده در مقدمه کتاب انگیزه و اهداف تحقیق را این چنین بیان می‌نماید:

در این نوشتار در صدد تشریح یکی از مهم‌ترین تمایزات حقوقی و آثار آن هستیم؛ حقوق مدنی به عنوان مظهر اصلی حقوق خصوصی و حقوق کیفری، رقیب نظری و عملی آن. می‌خواهیم مبنا یا مبانی گوناگون آنها را با رویکرد تمایز گونه بررسی کنیم و نتایج این تمایز را به دست آوریم. با بررسی منابع حقوقی، چه در زمینه مدنی و چه در قسمت جزایی، با وجود تلاش‌های بسیاری که از سوی دیگران به عمل آمده است، سؤالات بیشماری مطرح می‌گردد که یافتن پاسخ آنها آسان نیست و نوعی خلأ حقوقی را نوید می‌دهد. این مسأله که چه تفاوت‌هایی بین حقوق مدنی و جزا وجود دارد و کدام علت حقوقی یا مبنای نظری، پایه تمایز می‌باشد، آنگونه که شایسته موضوع باشد، در تحقیقات صورت گرفته، دیده نشده است. در عمل و به هنگام بررسی دعاوی جزایی، نویسنده، متوجه می‌شود که تلاش‌های نظری در این زمینه ناکافی است و آثار سوء بسیاری از آن ناشی می‌گردد. همان نتایجی که متوجه حقوق جزای دیگر کشورها نیز شده بود و نویسندگان را به تلاش برای تحلیل دقیق حقوقی در این زمینه وادار نمود، همچنان که حقوق فرانسه، این امر را تجربه نموده است. نویسنده، با این

۱- نگاشته دکتر وحید اشتیاق به عنوان سخن ناشر در آغاز کتاب.

انگیزه که مطالعات بین رشته‌ای، به دلیل نگاه دو سویه و برداشتی متفاوت از منابع موجود می‌تواند در این راه کمک بسیاری نماید، پا در سرزمین حقوق کیفری خواهد گذاشت و امیدوار است در شاهره‌های خطرناک آن دچار حادثه نگردد و به سلامت عبور نماید. هدف نویسنده آن است که با نگاهی که از نگرش خصوصی وار او ناشی می‌شود، مبنای تمایز این دو رشته، جنبه‌های استقلال گونه حقوق کیفری و آثار مترتب بر این امور را کشف و تشریح نماید.

در مورد سؤالات و فرضیات و نظریات مبنای تحقیق خود گفته‌اند:

موضوعات مورد نظر در تحقیق حاضر، می‌توانند در قالب این سؤالات بیان شود:

- ۱- چه مبنایی باعث تفاوت حقوق مدنی و جزا می‌شود؟
 - ۲- آیا به واقع این دو رشته از هم جدا می‌باشند و نمی‌توان آن دو را ترکیب نمود؟
 - ۳- با پذیرش تمایز آنها، چه محصولی را می‌توان از کشت و زرع تمایز، به دست آورد و آثار آن چیست؟
 - ۴- در مقابل قواعد مدنی، آیا می‌توان از استقلال حقوق جزا سخن گفت؟
 - ۵- معنا و مفهوم این استقلال چیست؟
 - ۶- با پذیرش جنبه‌های استقلال گونه حقوق کیفری، چه آثاری بر آن مترتب می‌شود و چگونه دعاوی جزایی را تحت تأثیر قرار می‌دهد؟
 - ۷- آیا نظریه اثبات و دلایل اثبات، مسئولیت مدنی و جزایی، تحلیل‌های قراردادی و دیگر مسائل، با رویکرد دیگری بررسی خواهند شد یا وضعیت به گونه دیگر است؟
- در پاسخ به این سؤالات، نویسنده، فرضیات زیر را در نظر دارد و سعی می‌کند آنها را در قالب نظریه به اثبات رساند.
- ۱- حقوق مدنی و کیفری دارای تمایز ذاتی می‌باشند و آنها را نمی‌توان با نظریات مشترک بررسی نمود؛
 - ۲- آثار مهم و قابل توجهی بر این تمایز مترتب است و تمام جنبه‌های این دو رشته را در بر می‌گیرد؛

۳- حقوق کیفری، مستقل است؛ استقلالی که لازمه تمایز ذاتی با حقوق مدنی می‌باشد و انکار آن می‌تواند به انحراف اصول حاکم بر حقوق جزا منتهی شود؛

۴- با پذیرش استقلال حقوق کیفری، آثاری به وجود می‌آید که نه تنها تحلیل‌های مدنی را متأثر می‌کند بلکه فراتر از آن، در صدد مقابله و کنار نهادن آنها نیز بر می‌آید.

مؤلف محترم درباره روش تحقیق در کتاب خود مرقوم فرموده‌اند: روش تحقیق به طور عمده حالت توصیفی و تحلیلی دارد. در بخش میدانی روش کار نیز با بررسی تصمیمات قضایی و کمک گرفتن از دعاوی که با بحث ما قرابت دارد، سعی در ملموس نمودن مطالب شده است. این نکته نیز اشاره می‌شود که عبارت «بنیادین» به این جهت استفاده شده است که از فروع مطلب بگذریم و اساسی‌ترین موضوعات را بررسی نماییم. بنابراین تحقیق حاضر، گویای تمام مطالب مربوط به تمایز حقوق مدنی و کیفری نیست، هر چند که سایر تفاوت‌ها را می‌توان با توجه به آنچه بیان می‌شود به دست آورد. مطالب در دو فصل بررسی می‌شود؛ مبنا و آثار تمایز حقوق مدنی و کیفری در فصل اول است که به دو مبحث تقسیم می‌گردد. مبحث اول از مبنای تمایز یاد می‌کند و در مبحث دوم به بررسی آثار تمایز می‌پردازیم. در فصل دوم، استقلال حقوق کیفری را بررسی می‌کنیم و مطالب این فصل را با دو مبحث به پیش می‌بریم. در مبحث اول از مفهوم و مبنای استقلال حقوق کیفری و در مبحث دوم از آثار و نتایج یاد می‌شود که از استقلال مذکور به وجود می‌آید.

تذکر این نکته نیز ضروری است که هر چند برخی از عناوین فصل اول و دوم یکسان است اما مطالبی که ذیل آنها ذکر می‌شوند، هیچ تشابهی ندارند و هر یک، از منظر ویژه‌ای بررسی خواهند شد. برای مثال، در فصل اول از آثاری بحث می‌شود که به دلیل تمایز حقوق مدنی و کیفری، بر دادرسی مربوط به آنها مترتب می‌شود. این مطالب هیچ ارتباط مستقیمی با مباحث مربوط به مبحث دوم از فصل دوم که از آثار مربوط به دادرسی مستقل حقوق کیفری بحث می‌کند، ندارد.

کتاب حاضر در سال ۱۳۸۹ توسط مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش و در ۶۳۰ صفحه و با قیمت یازده هزار تومان منتشر گردیده است. مطالعه این تحقیق عالمانه

و اثرگذار را به تمامی حقوق دانان اهل مطالعه و علم توصیه می‌نمائیم. اضافه می‌نماید نویسنده پیش از این نیز کتاب «استقلال و پیوند حقوق کیفری و حقوق مدنی» را به جامعه حقوقی ایران عرضه کرده است.

صفحه	فهرست مطالب اصلی کتاب به شرح ذیل است:
۱۳	دیباچه استاد ارجمند آقای دکتر حسنعلی درودیان
۱۵	دیباچه استاد ارجمند آقای دکتر محمد آشوری
۱۷	مقدمه
۲۷	فصل اول: مبنا و آثار تمایز حقوق مدنی و حقوق کیفری
۳۰	مبحث اول: مبنای تمایز حقوق مدنی و حقوق کیفری
۳۱	گفتار اول: بازخوانی مفاهیم اساسی
۳۱	الف) حقوق خصوصی و حقوق عمومی
۳۶	ب) حقوق مدنی و حقوق کیفری
۴۰	گفتار دوم: طبیعی یا وضعی بودن حقوق مدنی و کیفری
۴۰	الف) نظریات حقوقی
۴۶	ب) آثار مترتب بر این مبنا
۵۳	ج) ارزیابی و نقد این مبنا
۵۶	گفتار سوم: نحوه دخالت حقوق مدنی و کیفری و تمایز ضمانت اجرا
۵۶	الف) مفهوم و انواع ضمانت اجرای مدنی و جزایی
۵۸	ب) انحلال مرزهای مدنی و کیفری و رشد ضمانت اجرای مشترک
۶۳	ج) ضمانت اجرا در دکتین و رویه قضایی
۷۲	گفتار چهارم: نظریه محکومیت اخلاقی
۷۳	الف) تاریخ اخلاقی‌گرایی در حقوق کیفری
۷۹	ب) اخلاق در حقوق مدنی
۸۰	ج) اخلاق در حقوق کیفری
۸۱	د) ارزیابی نظریه محکومیت اخلاقی
۸۳	گفتار پنجم: نظم عمومی پیشرفته و تثبیت حقوق اشخاص

- الف) نظم عمومی پیشرفته ۸۴
- ب) موقعیت حقوقی شخص و تثبیت آن در حقوق کیفری ۹۱
- مبحث دوم: آثار تمایز حقوق مدنی و حقوق کیفری ۱۰۲
- گفتار اول: ویژگی مربوط به قواعد حقوق مدنی و حقوق کیفری ۱۰۳
- الف) آمره یا قابل تغییر بودن قاعده ۱۰۳
- ب) کلی یا موردی بودن قاعده ۱۱۱
- ج) تفسیر محدود یا موسع ۱۲۲
- گفتار دوم: ویژگی مربوط به ضمانت اجرا ۱۴۰
- الف) اعلامی یا تأسیسی بودن ضمانت اجرا ۱۴۱
- ب) شخصی یا نوعی بودن ضمانت اجرا ۱۴۶
- ج) ضمانت اجرای سرکوب گر و غیر سرکوب گر ۱۶۰
- گفتار سوم: ویژگی مربوط به قلمرو حقوق مدنی و دادرسی کیفری ۱۶۷
- الف) اصل یا فرع بودن قلمرو ۱۶۷
- ب) جریان قلمرو در آینده یا عطف به گذشته ۱۸۱
- گفتار چهارم: ویژگی مربوط به دادرسی مدنی و دادرسی کیفری ۱۹۱
- الف) لزوم یا عدم لزوم دادرسی ۱۹۱
- ب) نوعی یا نسبی بودن دادرسی ۲۰۵
- ج) دادرسی عادلانه مدنی و کیفری ۲۱۵
- فصل دوم: استقلال حقوق کیفری در مقابل حقوق مدنی ۲۲۷
- مبحث اول: مفهوم و مبنای استقلال حقوقی ۲۲۹
- گفتار اول: مفهوم استقلال حقوقی و تمایز آن با مفاهیم مشابه ۲۲۹
- الف) اصالت حقوقی ۲۲۹
- ب) برتری و تقدم حقوقی ۲۴۷
- ج) استقلال حقوقی ۳۶۵
- گفتار دوم: مبنای استقلال حقوق کیفری ۳۷۴
- الف) هنجارگرایی، پایگاه استقلال حقوق کیفری ۳۷۵

۳۸۴ب) بطلان و غیرقانونی بودن عمل از منظر بنیادگرایی کیفری
۳۹۵ج) تئوری ظاهر در حقوق کیفری
۴۱۰د) فسخ عمل حقوقی و بنیادهای کیفری آن
۴۱۶مبحث دوم: آثار استقلال حقوق کیفری
۴۲۲گفتار اول: استقلال نظام دادرسی کیفری
۴۲۲الف) فرایند دعوای کیفری
۴۳۳ب) اثبات و دلیل اثبات کیفری
۴۵۹گفتار دوم: استقلال مفهومی حقوق کیفری
۴۵۹الف) قواعد کیفری در قلمرو قرارداد
۴۸۰ب) اموال و روابط مالی در حقوق کیفری
۴۹۱ج) مسئولیت مدنی و استقلال حقوق کیفری
۵۶۶د) سوءاستفاده از حق در حقوق مدنی و حقوق کیفری
۵۷۹نتیجه
۵۸۷نمایه
۵۹۵فهرست منابع
۶۱۷فهرست تفصیلی مطالب

بسمه تعالی

مدیر مسئول محترم نشریه داخلی کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و ایلام

با سلام

احتراماً احکام صادره از دادگاه انتظامی کانون جهت نشر در مجله به حضور ارسال می گردد.

دفتر دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری

کرمانشاه و ایلام

احکام صادره از دادگاه انتظامی با محکومیت درج در روزنامه رسمی و مجله

کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و ایلام

ردیف	نام و نام خانوادگی	کلاسه پرونده	شماره حکم	تاریخ حکم	حکم
۱	آقای عبدالرضا عسگری	۲۳/۸۸	۳	۸۹/۱/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲	آقای عبدالرضا عسگری	۲۴/۸۸	۴	۸۹/۱/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳	آقای سیامک الفتی	۲۸/۸۸	۲	۸۹/۱/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۴	آقای فراهم نجفوند	۱۱/۸۹	۱۷	۸۹/۴/۳۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۵	آقای حمیدرضا کاکاوند	۱۳/۸۹	۱۶	۸۹/۴/۲۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۶	آقای حمیدرضا کاکاوند	۱۲/۸۹	۱۸	۸۹/۵/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۷	خانم سارا باوندپور	۱۷/۸۹	۲۲	۸۹/۶/۲۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون