

ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن

اقبال علی میرزا^۱ بی

(تاریخ دریافت: 1393/02/01 - تاریخ تصویب: 1393/06/18)

چکیده

ارجاع یا احالة‌ی قانون به قانونی دیگر، یکی از شیوه‌های قانون‌گذاری است که در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا رایج است. قانون‌گذاران، با به کارگیری این روش، مقرراتی را که خود پیش‌تر وضع کرده‌اند در قوانین جدید می‌گنجانند ولی به جای تکرار مقررات مزبور، فقط به شماره ماده‌های قانون سابق اشاره و ارجاع می‌دهند. اگرچه چنین راه کاری از تکرار بیهوده‌ی قوانین می‌کاهد و بدین طریق در وقت و هزینه‌های قانون‌گذاری صرفه جویی می‌شود اما، چنانچه فن احاله به موقع و بهجا استعمال نشود، تبعات نامطلوبی به دنبال دارد و به صورت یک مسأله و مشکل در می‌آید؛ مسأله‌ای که چندین معماهی دشوار برای مجریان قانون به وجود می‌آورد.

در این مقاله عمدۀ دشواری ناشی از احالة‌ی قانون، به هنگام تغییر قوانین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: قانون، ارجاع، نسخ، اصلاح، تفسیر.

مقدمه

گاهی قانون‌گذار پاره‌ای مقررات را که پیش‌تر وضع کرده است به موارد و موضوعات مشابه سرایت می‌دهد و به جهت اینکه تکرار آن مقررات ملال‌آور نباشد، طی عبارتی کوتاه به مقررات پیشین ارجاع می‌دهد و بدین منظور اعلام می‌کند: ترتیب مقرر در فلان قانون و یا حکم ماده‌های آن قانون در این موارد نیز لازم‌الرعايه است. از این مفهوم در اصطلاح حقوقی می‌توان با عنوان ارجاع (Reference) به قانون یاد کرد که از مفهوم احالمی قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی دور نیست. برای مثال، ماده 126 قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379 در مقام تعیین تشریفات اجرای قرار تأمین خواسته مقرر داشته است: «توقیف اموال... و صورت‌برداری و ارزیابی و حفظ اموال توقیف شده و توقیف حقوق استخدامی خوانده و... به ترتیبی است که در قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده است» و این ترتیب در ماده‌های 49 به بعد قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 مقرر شده است. همچنین، به موجب ماده 18 قانون صدور چک اصلاحی سال 1382: «مرجع رسیدگی کننده به جرایم مربوط به چک بلا محل، از متهمان... طبق ضوابط مقرر در ماده 134 قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب 1378 ... حسب مورد یکی از قرارهای تأمین کفالت یا وثیقه... اخذ می‌نماید». از این رو، در دو قانون یادشده به جای تصویب مفصل و مجدد مقررات تکراری، به احکام مقرر در قوانین موجود ارجاع شده است. مزیت عمده‌ی این شیوه‌ی تلقین جلوگیری از دوباره‌کاری‌ها و صرفه‌جویی در وقت قانون‌گذاران است. به ویژه که به حکم عقل و منطق هر مقرری قانونی باید در جای خود و در کنار سایر مقررات مرتبط قرار گیرد. اجرای قرار تأمین خواسته از قواعد حاکم بر توقیف اموال و اجرای احکام دادگاه‌ها تبعیت می‌کند و تصویب مقررات جداگانه برای آن ممکن است بجهت سبب دوگانگی و تبعیض شود.

بر این مبنای، قانون ارجاع کننده قانونی است که حکم قانون دیگر - یعنی قانون مرجع‌الیه - را در موضوعی معین پذیرفته و بی‌آنکه خود احکامی مکرر و مشابه وضع کند، اشاره و ارجاع به قانون اخیرالذکر را کافی دیده است. از این معنی می‌توان با عنوان تصویب اختصاری قانون یاد کرد و آن را از فنون قانون‌گذاری دانست. تبصره 2 ماده 3 لایحه قانونی تشکیل دادگاه

مدنی خاص مصوب 1358 دلالت روشن بر این مفهوم دارد. مقرره‌ی مذبور با لغو موارد حصری درخواست طلاق که در ماده 8 قانون حمایت خانواده مصوب 1353 پیش‌بینی شده بود، به اختصار، اعلام کرده است: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...». به این ترتیب، با این عبارت موجز و مختصراً احکام شرعی طلاق که در قانون مدنی آمده بود، مجدداً انشا و احیا شده است.

اگرچه همان‌گونه که اشاره شد، استفاده از شیوه ارجاع در قانون‌گذاری مزیت‌هایی دارد اما، چنان‌که خواهیم دید، بیشتر احواله‌های موجود در قوانین ما بدون علتِ موجه و فقط به جهت عافیت‌طلبی قانون‌گذاران واقع شده است و در بسیاری موارد، مبنای موجهی برای احوالی قانون وجود ندارد؛ جز اینکه قانون‌گذاران خواسته‌اند با توصل به این شیوه از کثرت کار خود بکاهند و به این منظور از فن تصویب اختصاری قانون یاری گرفته‌اند. از این قبیل است ماده 14 لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب 1358 که به جای تعیین دقیق سازمان و صلاحیت‌های دادگاه‌های صلح، مقرر کرده است: «ترتیب تشکیل دادگاه‌های صلح همان است که برای دادگاه‌های بخش سابق مقرر بوده است». مطابق ماده 15 آن قانون نیز کلیه‌ی موارد صلاحیت دادگاه‌های بخش و صلاحیت‌های مقرر در قانون شورای داوری مصوب 1356 که برای شورای مذبور تعیین شده بود، در صلاحیت دادگاه صلح قرار گرفت و به این ترتیب، احکام راجع به دادگاه‌های بخش و شورای داوری، از طریق ارجاع، به دادگاه صلح اختصاص داده شد و قانون‌گذار، با اقدام یادشده، مقررات منسخ پیشینرا جزو قانون دادگاه‌های عمومی مصوب 1358 قرار داده است؛ اما، به جای انشای مجدد مقررات یادشده، اشاره و ارجاع به آن‌ها را کافی دیده است.

همچنین در حقوق کیفری مرسوم است که به جای تعیین صریح شرایط جرم معین و مجازات آن، احکام آن به جرم شناخته شده‌ی دیگر احواله می‌شود و به این ترتیب، قانون‌گذار کار را بر خود آسان می‌کند و بی‌آنکه ضرورتی در میان باشد، کار مجریان قانون را سخت و دشوار می‌سازد. از این جمله استماده 249 لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت مصوب 1347 که انتشار اعلامیه‌ی پذیره نویسی شرکت سهامی با اطلاعات ناقص و نادرست را در صورتی که با

سوءیت و به منظور تشویق مردم به خرید سهام باشد، در حکم کلامبرداری دانسته است. نیز در ماده ۱۱۵ قانون تجارت ۱۳۱۱ مقرر است: «اشخاص ذیل کلامبردار محسوب می‌شوند: (الف) موسسین و مدیرانی که برخلاف واقع پرداخت تمام سهم الشرکه نقدی و تقویم و تسليم سهم الشرکه غیر نقدی را در اوراق و استنادی که باید برای ثبت شرکت بدنهند اظهار کرده باشند...».

به هر حال، گذشته از اینکه در بیشتر موارد، ضرورت احالة قوانین به یکدیگر چندان مسلم نیست، این اقدام قانون‌گذار موجب دشواری‌های عملی می‌شود. در این نوشتار پاره‌ای از این دشواری‌ها مطالعه می‌شود. نخست دشواری ناشی از تغییر قوانین ارجاع‌دهنده و مرجع‌الیه بررسی می‌شود و سپس در بخش دوم به دشواری مربوط به تفسیر و اجرای قوانین مرتبط با ارجاع قانون پرداخته می‌شود و در بخش سوم مسائل مخصوص احالة قوانین کیفری موضوع مطالعه خواهد بود.

بخش نخست - دشواری ناشی از تغییر قوانین ۱- اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده

چنان‌که اشاره شد، یکی از دشواری‌های ارجاع قانون در صورت تغییر و اصلاح قوانین نمایان می‌شود. بدین بیان که اصلاح یکی از دو قانون ارجاع‌شده یا ارجاع‌دهنده این پرسش را بر می‌انگیزد که اصلاح مزبور چه تأثیری در سرنوشت و اعتبار قانون دیگردارد؟ برای مثال، مطابق ماده ۱۰۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ توقيف محصول املاک و باغات باید با رعایت مقررات مواد ۲۵۴ تا ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به عمل آید. چنان‌که می‌دانیم، مقررات ارجاع شده یعنی مواد ۲۵۴ تا ۲۵۷ مذکوره موجب ماده ۱۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ اصلاح شده و ماده اخیر الذکر، برخلاف قانون سابق، توقيف محصول قبل از برداشت آن را به کلی پذیرفه و میزان محصول قابل توقيف را، حتی پس از برداشت، تا دو سوم سهم خوانده تعیین کرده است. این در حالی است که به موجب ماده ۲۵۴ قانون قدیم، توقيف محصول املاک و باغها اگرچه محصول عین خواسته باشد قبل از برداشت ممنوع بود و تنها در موارد خاص مانند عدم کفايت سایر اقلام دارایی خوانده و یا جلب

رضایت او اجازه توقیف وجود داشت. به علاوه، در فرض اخیر محدودیتی در میزان محصول قابل توقیف وجود نداشت و امکان توقیف تمام محصول به اندازه خواسته و یا معادل ارزش آن وجود داشت.

اکنون با توجه به تغییر مقررات مزبور باید دید که در حال حاضر کدام یک از دو قانون آین دادرسی درباره توقیف محصولات زراعی و باعی لازم‌الاتّباع است؟ از طرفی، اگرچه قانون قدیم در زمان ارجاع به آن معتبر بوده اما، اکنون اعتبار ندارد و به همین جهت عمل به آن دشوار است. از طرف دیگر، قانون جدید نیز با اینکه جای قانون سابق را گرفته و آن را نسخ کرده است لیکن، در زمان تصویب قانون اجرای احکام مدنی وضع نشده بود تا به آثار جع شود. پس تعیین قانون حاکم در این موارد با تردید و ابهام مواجه می‌شود و در رفع آن باید از استدلال‌ها و اصول حقوقی یاری گرفت.

بنابراین، ثمره‌ی عملی این بحث روشن است و در مقام بیان اهمیت آن کافی است اشاره شود؛ از این ارجاعات در قوانین ما بسیار است. به عنوان نمونه‌ی دیگر می‌توان به ماده 12 قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب 1379/10/10 اشاره کرد. مطابق ماده مزبور: «به منظور حمایت عملی از حقوق یادشده در این قانون... نظام صنفی رایانه‌ای... به وجود خواهد آمد. مجازات‌های مربوط به تخلفات صنفی مربوط، برابر مجازات‌های جرایم یادشده در لایحه‌ی قانونی امور صنفی مصوب 1359/4/13 و اصلاحیه‌های آن خواهد بود». در این مورد نیز قانون مورد ارجاع بعدها تغییر یافته است. در ماده 96 قانون نظام صنفی کشور مصوب 1383/12/28 می‌خوانیم: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون نظام صنفی مصوب 1359/4/13 شورای انقلاب و کلیه‌ی اصلاحات و الحالات بعدی آن... لغو و بلااثر می‌گردد».

بدین‌سان، از میان دو قانون سابق و لاحق در موضوع امور صنفی، قانون قدیم مورد ارجاع قرار گرفته است، لیکن قانون مزبور اکنون اعتبار ندارد و جای خود را به قانون جدید داده است. در این مورد نیز، مسأله این است که آیا با اصلاح قانون ارجاع شده ارجاع به آن نیز به تبع اصلاح می‌شود یا اینکه به جهت سکوت قانون‌گذار از اصلاح مستقیم آن، ترتیب مرجع‌الیه و

سابق همچنان معتبر است؟ در پاسخ به این پرسش، نویسنده‌گان حقوقی، بی‌آنکه تردید کنند، اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده را پذیرفته‌اند. بدین‌سان، اندیشه‌های حقوقی، این عقیده را که با تغییر قانون مرجع‌الیه، ارجاع به آن نیز لغو و بیهوده می‌شود، کاملاً طبیعی یافته و بدون آنکه استدلالی در این باره بیاورد، ارجاع و حاله را ناظر به قانون جدید و اصلاحی دانسته‌و درنتیجه، احکام و مقررات این قانون را در موضوعات مشمول قانون ارجاع‌دهنده نیز لازم الاجرا می‌داند. نویسنده‌گان فرانسوی نسخ قانون ارجاع‌دهنده را با عنوان نسخ غیر مستقیم (Abrogation Par Ricochet) مطالعه می‌کنند و حقوق‌دانان ما اصطلاح «نسخ ضمنی» را در این باره مناسب دیده‌اند (کاتوزیان، 1377/2، 356 و بعد؛ Marty et Raynud, 1972, 1/183).

در تأیید نظریه‌ی فوق‌الذکر می‌توان گفت: اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده، با قاعده‌ی عقلی «تبعیت فرع از اصل» قابل توجیه است و به همین جهت، الزام قانون‌گذار به اصلاح مستقیم قانون مزبور، دوباره کاری و تکلفی ییش نیست. به دیگر سخن، با دقت در مصاديق و موارد ارجاع معلوم است که قانون ارجاع‌دهنده، به جای اینکه حکمی جدید مقرر کرده باشد، احکام و مقررات قانون ارجاع‌شده را پذیرفته و بدین ترتیب از آن تبعیت کرده است. از این رو، اگر مقررات مرجع‌الیه دگرگون شود ویژگی تابع و فرع بودن قانون ارجاع‌دهنده موجب تغییر تبعی آن می‌گردد.

تبیین خصوصیت تابع بودن قانون ارجاع‌دهنده با دقت در نمونه‌های آن آسان‌تر است. نظام صنفی رایانه‌ای به عنوان یکی از اصناف، تابع قوانین و مقررات مربوط است و جز در صورتی که قانون برای آن حکمی استثنایی مقرر کند، تبعیت آن از مقررات عمومی اصناف، امری طبیعی و عادی است. همچنان که قانون اجرای احکام مدنی با پذیرش مقررات آیین دادرسی مدنی و ارجاع به آن، به حکومت مقررات مزبور تن داده است و گرنه به وضع احکام مستقل و متفاوت اقدام می‌کرد. بر این مبنای، ماده 104 قانون اجرای احکام مدنی در حقوق کنونی به ماده 127 ق.آ.د.م. 1379 ناظر است. همچنین، مجازات‌های تخلفات صنفی رایانه‌ای تابع قانون نظام صنفی مصوب 1383 است.

در نتیجه، اصلاح تبعی قانون ارجاع‌کننده در پی تغییر قانون ارجاع‌شده، به عنوان قاعدة‌ای تفسیری، موجّه و قابل تأیید است. همین قاعدة در نظام‌های حقوقی پیشرفته وارد قانون شده است. چنان‌که در بند 2 ماده 17 قانون تفسیر 1978 انگلستان مقرر است: «چنان‌چه قانونی نسخ و مقررات جدید به جای آن وضع شود هرگونه ارجاع به قانون منسخ به منزله‌ی ارجاع به قانون جدید محسوب می‌شود» (Mcleod, 1999, pp.336-338).

در تأیید این حکم و بر مبنای آن‌چه گذشت باید پذیرفت: در صورت تغییر شماره‌ی ماده‌ها در قانون جدید، شماره‌های مذکور در قانون ارجاع‌دهنده نیز به تبع اصلاح شده و تغییر یافته است. از این رو، به جای ماده 254 تا 257 قانون آ.د.م. 1318، ماده 127 قانون آ.د.م. مصوب 1379 نشسته و به همین جهت، در قرائت کنونی ماده 104 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 باید از ماده 127 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1379 باید شود.

به همین قیاس، ماده 128 قانون شرکت‌های تعاونی مصوب 1350 که مقرر کرده است: «هر یک از مدیران عامل یا اعضای هیات مدیره یا بازرسان و یا کارکنان شرکت‌ها و اتحادیه‌های تعاونی مرتکب خیانت در امانت در مورد وجوده و اموال شرکت یا اتحادیه گردد به حداقلتر مجازات مقرر در ماده 241 قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود»، در حقوق کنونی ما، به قانون مجازات اسلامی ناظر است. بر این اساس، مرتکبین خیانت در امانت در وجوده و اموال شرکت و اتحادیه تعاونی به حداقلتر مجازات مقرر در ماده 674 مجازات اسلامی مصوب 1375 محکوم می‌شوند، زیرا ماده اخیرالذکر درخصوص بزه خیانت در امانت جانشین ماده 241 قانون مجازات عمومی شده است (نکویی، 1389، ص 492).

با وجود این، باید گفت: ارجاع به مفاد و حکم قانون مورد ارجاع از اشاره به شماره‌ی ماده‌های آن مناسب‌تر است. چنان‌که گذشت، منظور از ارجاع به قانون دیگر به معنای تأیید حکم قانون مزبور و به منزله‌ی انشای مجدد آن حکم است و فقط به منظور نشانی دادن و راهنمایی مراجعان و مجریان قانون به شماره‌ی ماده‌های آن ارجاع می‌شود. لیکن، این راهنمایی و نشانه، باید راهزن شود و ما را از حقیقت دور کند. در نتیجه، دقیق‌تر این است که گفته شود: در صورت ارجاع قانون به حکم قانون دیگر، مفاد حکم مرجع‌الیه در هر قانونی که باشد و

ذیل هر شماره‌ای آمده باشد، باید به عنوان حکم مورد نظر و مقصود قانون ارجاع کننده، شناسایی و اجرا شود و تغییر قالب قوانین و شماره‌ی ماده‌ها مؤثر در مقام نیست.

بر این مبنای، منظور حقیقی قانون‌گذار از ارجاع قانون، تصویب مجدد حکم قانون مرجع‌الیه و تسری دادن آن به موضوعات مشمول قانون ارجاع‌دهنده است و طریقه‌ی گویا و رساننده‌ی این مقصود، استفاده از شیوه‌ی ارجاع به حکم به جای ارجاع به شماره‌ی ماده‌های قانون است. از این شیوه‌ی مناسب در پاره‌ای از قوانین ما استفاده شده است؛ چنان‌که در ماده‌ی 108 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1379 مقرر است: «خواهان می‌تواند... در موارد زیر از دادگاه درخواست تأمین خواسته نماید و دادگاه مکلف به قبول آن است: الف - ... ج - در مواردی از قبیل اوراق تجاری واخواست شده که به موجب قانون، دادگاه مکلف به قبول درخواست تأمین باشد...». البته تکلیف قانونی مورد نظر این ماده، در ماده 292 قانون تجارت مصوب 1311 مقرر شده است.

باید افروزد: قاعده‌ی اصلاح تبعی در باره احوالی آینین‌نامه‌های دولتی به قوانین مجلس یا به یکدیگر نیز جاری است. برای مثال، مطابق ماده 194 آینین‌نامه اجرایی مفاد استناد رسمی لازم‌الاجرا و... مصوب 1387/6/11 رئیس قوه قضاییه، «صدر اجراییه نسبت به آرای داوری بورس اوراق بهادار وفق ماده 18 قانون تأسیس بورس اوراق بهادار تهران مصوب 1345 و ماده 10 آینین‌نامه اجرایی آن به عمل می‌آید». چنان‌که می‌دانیم، هم‌اکنون، قانون بازار اوراق بهادار مصوب 1384 و آینین‌نامه اجرایی آن مصوب 1386 جای قانون قدیم بورس را گرفته است. بر این اساس، ارجاع ماده 194 یادشده را باید به قانون اخیر‌الذکر ناظر دانست و به همین دلیل نیازی به اصلاح مستقیم آن نیست.

با وجود این، ماده 194 یاد شده در تاریخ 20/5/1388 مورد اصلاح مستقیم واقع شد و به صراحة مقرر داشت: «صدر اجراییه نسبت به آرای داوری بورس اوراق بهادار وفق تبصره 5 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب 1384 به عهده‌ی ادارات و دوایر اجرای ثبت اسناد و املاک می‌باشد». لیکن، به نظر می‌رسد علت این اصلاح چیزی جز جبران اشتباه تدوین کنندگان آینین‌نامه فوق‌الذکر نباشد، زیرا در زمان تدوین و تصویب

آینه نامه مذبور، قانون بازار اوراق بهادر مصوب ۱۳۸۴ حاکم بود ولی ماده ۱۹۴ آن آینه نامه، به اشتباه، به قانون قدیم و منسوخ ارجاع داده بود. چنین اشتباهی در تنظیم ماده ۸۷۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱۱ نیز رخ داده است. بدین توضیح که ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته بود: «...چنان‌چه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». در زمان تصویب قانون مجازات اسلامی (سال ۱۳۷۵)، ماده ۱۰۴۱ مرقوم، به پیروی از عقیده مشهور در فقه امامیه، سن نکاح دختران را همان سن شرعی بلوغ یعنی ۹ سال قمری تعیین کرده بود، لیکن، در اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۸۱ سن قانونی نکاح برای دختر ۱۳ سال شمسی تعیین شد و بدین ترتیب، قابلیت صحی نکاح از سن بلوغ شرعی جدا شد و تبصره ماده ۱۰۴۱ نیز حذف گردید. با وجود این، ماده ۸۷۲ قانون جدید مجازات اسلامی بدون توجه به اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۱ و به ویژه حذف شدن تبصره آن، متن ماده ۶۴۶ سابق را عیناً تکرار کرده است. به هر حال، صرف نظر از این اشتباه قانون‌نویسی، از آن‌جا که در ماده ۱۰۴۱ کنونی قانون مدنی سن نکاح دختر ۱۳ سال تمام شمسی معین شده است، کیفر مقرر در ماده ۸۷۲ قانون مجازات اسلامی در صورتی قابل اعمال است که مرتكب برخلاف حکم فعلی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با دختر زیر ۱۳ سال نکاح کند.

اگرچه به این قاعده در قوانین ما تصریح نشده اما، چنان‌که اشاره شد، اندیشه‌های حقوقی رویه‌ی قضایی به شایستگی این خلاط را پر کرده است. از طرفی، در برخی نوشته‌ها از مفهوم ارجاع و احاله‌ی قانون یاد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲/۳۵۶) و دیگر نویسنده‌گان نیز، در مقام تبیین مصاديق آن، از این قاعده یاری گرفته‌اند. چنان‌که، برای مثال، گفته شده است: «در هر مورد که قانون امور حسی به قانون آینه دادرسی مدنی ارجاع داده مقررات قانون جدید لازم الرعایه است» (شمس، ۱۳۸۲، صص ۱۱۷-۱۱۸). از طرف دیگر، رویه‌ی قضایی نیز در مواردی به قاعده اصلاح تبعی قانون عمل کرده است. برای نمونه، در رأی وحدت رویه‌ی شماره ۵۹۴ مورخ ۹/۱/۱۳۷۳ می‌خوانیم: «نظر به اینکه ماده ۱ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ انتقال دهنده‌گان مال غیر را کلاهبردار محسوب کرده و مجازات کلاهبرداری را در تاریخ

تصویب آن قانون، ماده 238 قانون مجازات عمومی معین نموده بود و با تصویب قانون تعزیرات اسلامی 1362 ماده 116 قانون تعزیرات از حیث تعیین مجازات کلاهبرداری جایگزین قانون سابق[شده] و سپس مطابق ماده یک قانون تشدید مجازات مرتكبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب 1367 مجازات کلاهبرداری تشدید و برابر ماده 8 همان قانون کلیه مقررات مغایر با قانون مزبور لغو گردیده است، لذا جرایمی که به موجب قانون کلاهبرداری محسوب شود از حیث تعیین کیفر مشمول قانون تشدید مجازات مرتكبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری مصوب 1367... است».

باری، بر اساس آن‌چه گذشت، در رابطه‌ی قوانین ارجاع‌دهنده و مرجع‌الیه، فقط قانون ارجاع‌کننده از دیگری تبعیت می‌کند و در نتیجه، به تبع آن تغییر می‌یابد. بر این مبنای و به مقتضای قاعده‌ی اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده، حکم قانونی که نکاح با دختر نابالغ را منع و مجازات می‌کند، دائره‌دار مفهوم و شرایط بلوغ یا سن نکاح است که در قانونی دیگر مشخص شده است. پس طبیعی است که تغییر سن نکاح، محدوده و اجرای حکم یادشده را تحت تأثیر قرار دهد. در مقابل، باید گفت: به حکم عقل و منطق حقوق، اصل همواره به اصالت خود قائم و باقی است و دگرگونی فرع نسبت به آن تأثیری ندارد. بر این اساس، اصلاح قانون ارجاع‌دهنده تأثیری به حال قانون مرجع‌الیه ندارد و تغییر یا زوال حکم آن به متزله‌ی این است که احواله و ارجاع به آن داده نشده بود. پس باید پذیرفت که نسخ و اصلاح ماده 104 قانون اجرای احکام مدنی نسبت به ماده 127 قانون آینین دادرسی مدنی بی‌تأثیر است. همچنان که در صورت جرم‌زادایی از انتقال مال غیر و لغو شدن قانون مربوط، خدشه‌ای به اعتبار مقررات کلاهبرداری وارد نمی‌شود.

2- اصل عدم نسخ تبعی قانون احواله‌دهنده

تغییر قوانین عمدتاً به دو صورت واقع می‌شود. در صورت اصلاح قانون، حکم سابق حذف و به جای آن حکمی دیگر وضع می‌شود؛ لیکن، همیشه چنین نیست و گاه قانونی معین بدون تصویب قانون جایگزین نسخ می‌شود و به این ترتیب قانون‌گذار حذف قانون سابق را

کافی می‌بیند و حکمی تازه به جای آن نمی‌آورد. در قوانین ما بسیار دیده می‌شود که یک یا چند ماده از قانون حذف شده است.

حال، در صورت نسخ و حذف قانون احالة شدهاین مسأله به میان می‌آید که سرنوشت اعتبار قانون احالة‌کننده چه می‌شود؟ تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 نمونه‌ای بارز در این باره است که در خصوص نحوه اجرای برخی احکام دادگستری مقرر داشته است: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده 729 قانون آین دادرسی عمل خواهد شد». چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، مراد از قانون آین دادرسی که به آن ارجاع شده است، قانون مصوب 1318 است. به موجب ماده 729 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1318: «در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص معهده ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست معهده‌له در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم‌علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم‌له بپردازد». قانون مزبور در سال 1379 با قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نسخ و جایگزین شد، بسیاری مقررات قانون سابق از جمله ماده 729 مذکور حذف شدو در قانون جدید حکمی مشابه آن نیامد. از این رو، این پرسش پیش آمد که با حذف شدن ماده 729 مذکور تکلیف ارجاع مقرر در تبصره 47 یادشده چیست؟

به نظر برخی نویسنده‌گان: «مقررات ماده 729 قانون آین دادرسی مدنی همراه سایر مقررات این قانون، با تصویب قانون آین دادرسی مدنی جدید نسخ گردیده و به این جهت مورد ارجاع تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام و در نتیجه زمینه اجرای این تبصره منتفی شده است» (شهیدی، 1382، ص 185). اما، مخالفان این عقیده، با اینکه نسخ کلیه مقررات و ماده‌های قانون آین دادرسی مصوب 1318 از جمله دو ماده یادشده را پذیرفته‌اند، معتقدند: «باتوجه به اینکه حکم مقرر در ماده 729 قانون قدیم در تبصره ذیل ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی... منصوص گردیده و در نتیجه حکم مزبور از مقررات اجرای احکام تلقی شده که تاکنون نسخ نگردیده است، باید قائل به اعتبار تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی و

ترتیب مرجع ایه بود» (شمس، 1382، ص 429-430). از این رو، به نظر اینان ارجاع و اشاره قانون‌گذار در تبصره ذیل ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 به حکم ماده 729 قانون آینین دادرسی مدنی پیشین کافی است تا مانع نسخ حکم ماده اخیرالذکر شود. به همین جهت افزوده‌اند: «...می‌توان این گونه استدلال کرد که قید شماره‌ی ماده 729 بدون ذکر مفاد آن در تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی، از باب اختصار است و قانون‌گذار با ذکر شماره‌ی ماده مذکور... در حقیقت مقررات ماده 729 را عیناً به قانون اجرای احکام منتقل نموده است و اگر متن ماده را ذکر نکرده برای رعایت اختصار بوده است. بنابراین مفاد ماده 729 عیناً جزو قانون اجرای احکام مدنی فرار گرفته و هر چند قانون آینین دادرسی مدنی سابق نسخ شده ولی... متن ماده 729 قانون سابق جزو یکی از مواد قانون اجرای احکام مدنی درآمده لذا باید به آن عمل شود...» (مهاجری، 1387، صص 477-476).

این استدلال قابل تأیید است: همان‌گونه که به هنگام تبیین مفهوم احواله گذشت، قانون‌گذار با ارجاع به قانون معین حکم و مفاد ماده‌های مورد ارجاع را مجدداً انشا می‌کند؛ لیکن، به جهت اینکه تکرار الفاظ و عبارت‌ها را دوباره کاری و تکلف می‌یابند، از این کار چشم می‌پوشد و به ذکر نشانی و شماره‌ی ماده‌های مورد ارجاع بسته می‌کند. در نتیجه حکم مقررات ارجاع شده بدین وسیله دوباره - ولی به صورت اختصاری - انشاء و تصویب می‌شوند و جزو احکام و مقررات قانون ارجاع‌دهنده درمی‌آیند. براین مبنای طبیعی است که حذف ماده‌ها و مقررات مشابه از یک قانون به قانون دیگر سرایت نکند و اعتبار هر ماده تا زمانی که مستقیماً نسخ نشده باقی بماند. در نتیجه، اصل عدم نسخ تبعی قانون احواله کننده با منطق حقوق سازگاری دارد و به همین دلیل قابل دفاع به نظر می‌رسد.

3- تردید در اجرای اصل عدم نسخ تبعی و قاعده اصلاح تبعی

در پاره‌ای موارد، اعمالاً اصل عدم نسخ تبعی قانون ارجاع‌دهنده، آسان نیست. برای مثال، وضعیت دو ماده 1231 و 1248 قانون مدنی با این قاعده قابل تطبیق نیست. مطابق ماده 1231: «الشخاص ذیل نباید به سمت قیومت معین شوند: ... 2. کسانی که به علت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل به موجب حکم قطعی محکوم شده باشند: سرقت، خیانت در امانت،

کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس یا منافیات عفت، جنحه نسبت به اطفال، ورشکستگی به تقصیر...». همین حکم در ماده 1248 قانون مزبور و درخصوص عزل قیم تکرار شده است. بدین معنی که ارتکاب یکی از جرایم یادشده توسط قیم موجب عزل مشارالیه است.

در زمان تصویب دو ماده یادشده، قانون مجازات عمومی مصوب 1304 حاکم بود و تقسیم جرایم به خلاف، جنحه و جنایت یکی از اصول بنیادین قانون مزبور محسوب می‌شد. ماده 7 قانون مجازات عمومی مصوب 1304 مقرر می‌داشت: «جرم از لحاظ شدت و ضعف مجازات‌ها به چهار نوع تقسیم می‌شود: 1. جنایت 2. جنحه کوچک (قصیر) 4. خلاف». مجازات‌ها یک از انواع جرایم مزبور طی ماده 8 تا 11 همان قانون تعیین شده بود. تا اینکه انواع یادشده به موجب قانون مجازات عمومی مصوب سال 1352 به سه نوع جنایت، جنحه و خلاف کاهش یافت. به موجب این قانون مجازات‌های جنایت عبارت بود از: 1. اعدام 2. حبس ابد 3. حبس جنایی درجه یک از 3 تا 15 سال و حبس جنایی درجه 2 از 2 تا 10 سال. مجازات جنحه نیز بر دو نوع: حبس جنحه‌ای از 61 روز تا 3 سال و جزای نقدی از 501 ریال به بالا تقسیم و مجازات خلاف، جزای نقدی از 200 تا 500 ریال مقرر شد.

با پیروزی انقلاب اسلامی ایران قوانین مجازات اسلامی جای قانون مجازات عمومی را گرفتند. در قوانین پس از انقلاب، با الهام از احکام شرعی و اسلامی، مجازات‌ها به چهار قسم: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم و در سال 1370 کیفرهای بازدارنده به اقسام مزبور افروده شد. در نتیجه عمدۀ مباحث حقوق جزای عمومی بر مبنای اصول و مفاهیم حقوق اسلامی قرار گرفت. با این تغییر بنیادین، دسته‌بندی جرایم به جنایت، جنحه و خلاف مفهوم و مبنای خود را از دست داد و در پی آن، اجرای قوانین ارجاع‌دهنده به مقررات جزایی سابق با اشکال رو به رو شد.

وضعیت دو ماده 1231 و 1248 قانون مدنی از این مقوله است: از طرفی، بی‌گمان، اجرای قواعد و مفاهیم مربوط به قانون مجازات عمومی، در حقوق کنونی ما ممکن نیست، زیرا با نسخ صریح قانون مزبور به موجب ماده واحده راجع به اصلاح ماده 729 قانون مجازات اسلامی، مصوب 1377 اصول و مفاهیم حقوقی مرتبط با تفسیر و اجرای آن قانون، از بین رفته است و

دیگر نمی‌توان به استناد مقررات و قوانین متفرقه، اصول و قواعد مزبور را جاری کرد. از طرف دیگر، این عقیده که ارجاع ماده‌های 1231 و 1248 قانون مدنی در حقوق کنونی ما به قانون مجازات اسلامی ناظر است، در عمل اجرا شدنی نیست: پاره‌ای از عناوین مجرمانه که در ماده‌های فوق از آن‌ها نام برده شده و مجازات بیشتر آن‌ها، در قانون مجازات اسلامی یافت نمی‌شود و دست کم کیفیت و کمیت مجازات جرایم و عناوین مشابه کاملاً یکسان نیست. برای مثال، عناوین مجرمانه‌های ناموس و منافیات عفت، در مقررات قانونی کنونیافت نمی‌شود؛ چنان‌که، در زمان حاکمیت قانون مجازات عمومی لواط با اث مصدق هتک ناموس و مشمول مجازات آن بود (رک به: رأی وحدت رویه شماره 1189/30-1336) که مطابق آن لواط با اث مصدق هتک ناموس بوده و مشمول مجازات این جرم [بند الف ماده 207 قانون مجازات عمومی] است). حال آنکه مستفاد از ماده 63 قانون مجازات اسلامی مصوب 1375، تبصره ماده 221 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 و به ویژه با لحاظ ماده 233 قانون اخیرالذکر چنین عملی زنا محسوب است. همچنان که مصاديق جنحه نسبت به اطفال، سرقت و کلاهبرداری جنحه‌ای و جنایت مستلزم اعدام در حقوق کنونی قابل تعیین نیست و به جای آن‌ها به ترتیب عناوین مجرمانه‌ی «جرائم نسبت به اطفال»، «سرقت تعزیری» و «قتل مستوجب قصاص نفس» وضع شده است.

ممکن است گفته شود: هر یک از بزه‌های مذکور در ماده 1231 قانون مدنی را باید به عناوین مشابه در قانون مجازات اسلامی عطف نمود و در صورت عدم تطابق عناوین مذکور بر یکدیگر، ناگزیر باید مجازات‌های جرایم مزبور که در قانون مجازات عمومی تعیین شده با کیفرهای مشابه در قانون مجازات اسلامی تطبیق داده شوند و بدین طریق، امکان تعیین ممنوعیت‌های قانونی نصب قیم به دست می‌آید؛ کاری که اگرچه با تلاش مضاعف و مهارت بسیار قابل انجام است اما، منشاء بحث و اختلاف و محل اعمال سلیقه‌ها خواهد بود.

اگر بر این، در حقوق کیفری مطابق ماده 25 قانون جدید مجازات اسلامی مصوب 1392 جرایمی مانند زنا، قوادی، شرب خمر، قذف مستوجب حد شلاق موجب محرومیت از حقوق اجتماعی هستند. لیکن، از این عناوین در ماده 1231 قانون مدنی یاد نشده است.

به علاوه، بی‌گمان مرتكبین جرایم مستوجب شلاق نیز صلاحیت قیوموت ندارند ولی، ماده آخرالذکر درباره آن‌ها ساكت است.

به این ترتیب، باید پذیرفت که حکم دو ماده 1231 و 1248 قانون مدنی، به جهت ناهمانگی با مقررات جدید به صورت غیر قابل اجرا درآمده و در نتیجه لغو شده است. بر این مبنای، با نسخ شدن قانون مجازات عمومی، دو ماده یادشده نیز، به تبع، منسوخ است. لیکن این نتیجه‌گیری با قاعده عدم نسخ تبعی قانون ارجاع‌دهنده سازگار نیست. گویا، دقت در این نکته و توجه به چنین مواردی ازحاله بوده که سبب شده برخی نویسنده‌گان از نسخ تبعی قانون ارجاع‌دهنده دفاع کنند. چنان‌که معتقدند: «به عنوان قاعده می‌توان گفت: جایی که اجرای حکمی به سبب حذف مرجع صالح برای رسیدگی و تمیز حق یا به سبب دیگر ممکن نباشد، ناچار باید نسخ ضمنی قانون احاله‌کننده به قانون منسوخ را پذیرفت» (کاتوزیان، 1377/2: 358).

با وجود این، باید توجه داشت: با پذیرش نسخ تبعی دو ماده 1231 و 1248 قانون مدنی خلاء قانونی در این باره پیش نمی‌آید، زیرا با تصویب مقررات جدید درباره محرومیت از حقوق اجتماعی در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب 1392 نیازی به استناد به قانون مدنی نیست. در ماده 26 قانون اخیرالذکر حق انتخاب شدن به سمت قیوموت در زمره حقوق اجتماعی آورده شده است و ماده 25 همان قانون، جرایمی را که ارتکاب آن‌ها سبب محرومیت از حقوق اجتماعی می‌گردد به تفکیک و با ذکر مدت محرومیت احصا کرده است. به این ترتیب ماده 1231 قانون مدنی به جهت تعارض با قوانین و مقررات اخیرالتصویب اعتبار خود را از دست داده و دیگر قابل استناد نیست.

وضعیتی نظیر آن‌چه در مورد نقضِ اصل عدم نسخ قانون ارجاع‌دهنده گفته شد، درخصوص قاعده اصلاح تبعی قانون مزبور نیز احتمال می‌رود. از این رو، قاعده اصلاح تبعی نیز قاطع و گریزناپذیر نیست و نمونه‌های ناقض در راهند. گویا همین نگرانی سبب شده تا برخی نویسنده‌گان، به جای اصلاح تبعی قانون احاله‌کننده، از نسخ ضمنی آن سخن بگویند (همان‌جا). چنان‌که می‌دانیم، مفهوم نسخ ضمنی از مفاهیم مربوط به تفسیر قانون و رفع تناقض قوانین است و همچون همه‌ی مسائل تفسیری قطعیت درباره آن معنا ندارد. بی‌گمان، اظهارنظر

پاره‌ای دادرسان و نویسنده‌گان حقوقی مبنی بر نسخ ضمنی قانون معین، برای دیگران حجت نیست و هر کس می‌تواند با استدلالی متفاوت و موجّه به نتیجه‌ای مخالف دست یابد. به دیگر سخن، مقام تفسیر جایگاه تحکم و تلقین نیست؛ در دنیای تفسیر، اندیشه و فهم فرمانروایی می‌کند و به همین دلیل در این مقام، ابزاری جز استدلال به کار نمی‌آید (George, 1996, pp. 269-272). نیز، با اذعان به این واقعیت که محصول فرآیند استدلال نه یقین که اقناع است، این نتیجه به دست می‌آید که عقیده به انعطاف‌ناپذیری قواعد حاکم در این موضع بیهوده و نابهجا است (میرزائی، 1390، ص180). البته نارسایی و کاستی قواعد در این زمینه، امری کاملاً طبیعی است، زیرا، فهم و تفسیر را نمی‌توان با حکم و قاعده دربند کشید؛ در دنیای تفسیر فقط اشاره به اصل و ارشاد به استدلال به کار می‌آید (جعفری‌تبار، 1383، ص132). به ویژه که قواعد تفسیر همچون همه‌ی مسائل تفسیری اموری کاملاً موردی (Ad hoc) و موضوعی‌اند که به فراخور موضوع و اوضاع و احوال هر مورد متفاوت می‌شوند (Maclean, 1992, pp. 89-91).

برخی نویسنده‌گان به این حقیقت چنین تصریح کرده‌اند: «هربار که قانونی نسخ می‌شود و مجازاتی تغییر می‌کند امکان نسخ ضمنی قانون احواله کننده و قانون صالح برای حکومت نیز مطرح می‌شود و راه حل‌ها نیز بستگی به شرایط و اوضاع و احوالی دارد که دلالت بر اراده‌ی قانون گذار می‌کند» (کاتوزیان، پیش، ص358).

بخش دوم - دشواری مرتبط با تفسیر و اجرای قانون ارجاع‌دهنده

1- طرح بحث و بیان اختلاف نظرها

چنان‌که گذشت، به کارگیری فن احواله و ارجاع در مقام تصویب قانون دشواری‌های متعددی می‌آفریند. ایجاد ابهام و پیچیدگی در تفسیر و اجرای قوانین مرتبط با احواله یکی دیگر از این دشواری‌ها است که سردرگمی مجریان قانون و تردید در اعتبار قوانین را در پی دارد. شرح حال تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پرونده و کالت دادگستری مصوب 1376 در این باره عبرت‌انگیز است. مطابق تبصره یاد شده: «... کارآموزان و کالت قبل از اخذ پرونده و کالت حق و کالت در دعاوی‌ی که مرجع تجدیدنظر از آن‌ها دیوان عالی کشور می‌باشد را

ندارند». در زمان تصویب این قانون مقررات راجع به تعیین مرجع تجدیدنظر در ماده 21 قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب 1373 چنین مقرر شده بود: «مرجع تجدیدنظر آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب هر شهرستان دادگاه تجدیدنظر مرکز همان است. مگر در موارد ذیل که مرجع تجدیدنظر آن دیوان عالی کشور خواهد بود: ۱. اعدام و رجم؛ ۲. قطع عضو و قصاص نفس و اطراف؛ ۳. مصادره و ضبط اموال؛ ۴. مجازات حبس بیش از ده سال؛ ۵. حکمی که خواسته آن از بیست میلیون ریال متجاوز باشد؛ ۶. احکام راجع به اصل نکاح و طلاق؛ ۷. احکام راجع به نسب و وقف و حبس و تولیت». به این ترتیب، بنا به ارجاع تبصره 3 ماده 6 فوق‌الذکر کارآموزان و کالت حق دخالت در دعاوی احصا شده در بندهای هفت‌گانه‌ی ماده 21 مذبور را نداشتند.

با تصویب قوانین جدید آین دادرسی مدنی و کیفری و تغییر مقررات مربوط به تجدیدنظر خواهی و شکایت از آرای دادگاهها، محدوده‌ی وکالت کارآموزان با تردید و ابهام مواجه شد: در امور کیفری ابتدا ابهامی پیش نیامد، زیرا ماده 233 قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب 1378 پس از بیان اصل صلاحیت دادگاه‌های تجدیدنظر، بدون تغییر اصطلاح، در مقام تعیین موارد تجدیدنظر خواهی از دیوان عالی کشور دعاوی احصا شده در بندهای 1 تا 4 ماده 21 را عیناً تکرار کرد. با وجود این، تحولات بعدی سازمان دادگستری سبب تغییر در مقررات دادرسی کیفری شد و این دگرگونی‌ها در موضوع وکالت کارآموزان تأثیر گذاشت.

اما، در باره حدود اختیار کارآموزان و کالت برای اقامه‌یدعواوی مدنی، بحث و اختلاف‌ها بیشتر است: از طرفی، با تصویب قانون آین دادرسی مدنی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379 به تصریح ماده 529 این قانون، ماده 21 قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب 1373 نسخ شد و از طرف دیگر، قانون آین دادرسی مذکور طی ماده 366 به بعد خود احکام مفصلی در باب فرجام خواهی از آرای دادگاه‌ها مقرر کرد.

به موجب ماده 367 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1379: «آرای دادگاه‌های بدوى که به علت عدم تجدیدنظر خواهی قطعیت یافته قابل فرجام خواهی نیست مگر در موارد زیر: الف)

احکام: ۱- احکامی که خواسته‌ی آن بیش از بیست میلیون ریال باشد. ۲- احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر، وقف، ثلث، جبس و تولیت؛ ب) قرارهای زیر مشروط به اینکه اصل حکم راجع به آن‌ها قابل رسیدگی فرجمانی باشد:...». و مطابق ماده 368 همان قانون: «آرای دادگاه‌های تجدیدنظر استان قابل فرجام خواهی نیست مگر در موارد زیر: الف) احکام: احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر و وقف....».

چنان‌که ملاحظه می‌شود، دیوان عالی کشور صلاحیت رسیدگی به شکایت از آرای دادگاه‌ها در دعاوی احصا شده در دو ماده فوق‌الذکر را دارد. از این‌رو، برخی معتقدند که تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پرونده‌ی وکالت، پس از سال 1379، ناظر بر این دو ماده است و محدودیت‌های وکالت کارآموزان در دعاوی حقوقی همان مواردی است که در دو ماده 367 و 368 یادشده آمده است. در نتیجه وکالت کارآموزان در تمامی مراحل دادرسی (بدوی، تجدیدنظر و فرجام) مربوط به دعاوی مذکور ممنوع است (نوریان، 1386، ص 37-36). لیکن مخالفان، برآنند که در موارد مقرر در دو ماده مزبور دیوان عالی کشور نه مرجع تجدیدنظر که مرجع فرجام خواهی است. به همین جهت، با لغو شدن ماده 21 مارالذکر و نبود مقررات جانشین، محدودیت‌های وکالتی کارآموزان به کلی برداشته شده و دخالت کارآموزان وکالت در رسیدگی محاکم بدوي و تجدیدنظرخواهی بلامانع است و نامبردگان فقط از فرجام خواهی در دیوان عالی کشور ممنوع هستند (نوریان، 1386، مرضوی، 1386، ص 40-37).

مدافعان هر دو نظر یادشده، در جهت تحکیم نظر خود از اصول حقوقی و قواعد تفسیری یاری گرفته‌اند: طرف‌داران عقیده‌ی نخست به هدف قانون‌گذار و فلسفه‌ی وضع قانون توجه دارند و بر این باورند که مقصود قانون‌گذار از تصویب تبصره ۳ ماده 6 فوق‌الذکر، منع دخالت کارآموزان وکالت در پرونده‌های سنگین و دعاوی پیچیده است و تمامی دعاوی احصائی در دو ماده فوق‌الذکر اگر هم مستلزم مهارت و تبحر نباشد، آثار حقوقی مهمی دارند. برای مثال، دعوای طلاق توافقی - که با توجه به رأی وحدت رویه شماره 666-19/3/1383 قابل رسیدگی فرجامی است - با اینکه چندان پیچیده نیست اما، تبعات اجتماعی آن سنگین است و به همین جهت نباید سرنوشت آن به دست نوکارانی سپرده شود که هنوز و کیل رسمی و قانونی نیستند (نوریان، 1386).

چنین روی کردی میان دادرسان و در دستگاه قضایی کشور طرفدار دارد. آین نامه اجرایی ماده 187 قانون برنامه سوم توسعه مصوب 1381 رئیس قوه قضائیه پا را از این هم فراتر گذاشته است. به موجب ماده 25 این آین نامه: «مشاوران حقوقی موضوع این آین نامه پس از اخذ پروانه به مدت دو سال مشاور حقوقی و وکیل پایه 2 محسوب می‌شوند و تنها حق شرکت در محاکم کیفری که به جرایم تعزیری مستوجب حبس کمتر از 10 سال و شلاق و جزای نقدی و اقدامات تأمینی و بازدارنده رسیدگی می‌کنند و نیز در محاکم حقوقی که به دعاوی با خواسته‌ی کمتر از پانصد میلیون ریال یا خواسته‌ی غیر مالی مگر در دعاوی مربوط به اختلاف در اصل نکاح، اصل طلاق، اثبات و نفی نسب رسیدگی می‌کنند را دارند».

پیش‌تر نیز در قوانین کشور ما درجات و کلاسی دادگستری از هم تفکیک شده بود: قانون وکالت مصوب 1315 علاوه بر درجات سه‌گانه وکالت از اشخاص کارگشا یاد کرده بود و طبق آن قانون فقط وکلاسی درجه یک می‌توانستند در محاکم تمیز وکالت کنند. ماده 1 قانون وکالت 1315 مقرر می‌داشت: «وکالت در عدلیه دارای درجات ذیل است: ۱. وکالت در محاکم صلح و بدایت و استیناف و تمیز. ۲. وکالت در محاکم صلح و بدایت و استیناف. ۳. وکالت در محاکم صلح و بدایت». کارگشايان نیز مطابق تبصره 2 همان ماده فقط اجازه وکالت در محاکم صلح را داشتند و در واقع وکیلان درجه 4 محسوب می‌شدند. ماده 68 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1318 نیز موافق با این ترتیبات مقرر داشته بود: «بلاغ دادنامه به وکیلی که حق دادرسی در دادگاه بالاتر ندارد و یا مجاز برای وکالت در مرحله بالاتر نباشد... معتبر نخواهد بود». لایحه قانونی استقلال کانون وکلاسی دادگستری مصوب 1333 ترتیب مزبور را تأیید کرد ولی در ماده 7 خود مقردادشت: «از تاریخ اجرای این قانون فقط به کسانی پرروانه وکالت داده می‌شود که از دانشکده‌های حقوق داخله یا خارج‌هه دارای دانشنامه لیسانس باشند».

مواد 47 تا 52 آین نامه‌ای آن قانون شرایط ترفع وکلاسی درجه سه و دو را به درجه بالاتر تعیین کرد و با اجرای آن، بیشتر وکلاسی دادگستری به پایه یک ترفع داده شدند. در نتیجه رفته‌رفته وکالت درجه 3 و 2 موضوعاً متفق شد و موافق با این جریان، تبصره ماده 32 قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری صدور پروانه‌ی کارگشايان را از تاریخ تصویب آن قانون

ممنوع کرد. تا اینکه در قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت مصوب 1376 از درجات و کالت یادی نشد و همه‌ی وکلا پروانه و کالت پایه یک گرفتند.

بنابراین، با مطالعه سیر تاریخی قانون‌گذاری در موضوع وکالت دادگستری عقیده به محدودیت و کالت کارآموزان تقویت می‌شود. با وجود این، در برابر نظریه‌ی فوق‌الذکر، وکیلان دادگستری قولیدیگر اختیار کرده و در جهت تحکیم عقیده خود به پاره‌ای اصول حقوقی استناد کرده‌اند. از نظر اینان: «بر پایه اصل اباده و اصاله‌الاطلاق از آن‌جا که مقنن در تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت تنها موارد منع کارآموزان را بیان کرده حاکی از این است که اصل بر جواز وکالت کارآموز فرار دارد و موارد ممنوعیت دخالت کارآموز خلاف اصل و استثنای می‌باشد» (مرتضوی، 1386). از این‌مبنای نتیجه گرفته شده است: «در حال حاضر هیچ قانون معتبر و الزام‌آوری بر محدودیت صلاحیت کارآموزان در دعاوی مدنی دلالت ندارد. لذا به نظر می‌رسد عقیده به اعمال محدودیت برای کارآموزان در دعاوی مدنی اجتهاد در مقابل نص بوده و بلاوجه و مردود می‌باشد» (مرتضوی، 1386).

2- داوری و نقد نظرها

در مقام داوری میان نظرات بالا می‌توان گفت: صرف نظر از اینکه ادعای وجود نص قانونی که بر اختیار مطلق کارآموزان برای اقامه‌ی دعاوی دلالت کند اثبات نشده است، باور به فقدان قانون معتبری که ناظر به محدودیت دخالت کارآموزان و کالت باشد نیز مقرن به واقع نیست؛ بی‌گمان، حکم تبصره 3 مرقوم، اگرچه مجمل است و باید با ارجاع به قوانین دیگر تفسیر و اجرا شود، تاکنون نسخ نشده و درست به همین جهت است که در نحوه تفسیر و اجرای آن اختلاف است. و گرنه چنان‌که می‌دانیم اختلاف بر سر قانون منسوخ‌شده حقوقی ندارد و به همین جهت بیهوده است. به علاوه، اجرای اصل اباده نیز در این مقام به جا نیست: با اینکه در مورد وکیلان رسمی دادگستری به آسانی می‌توان گفت: اصل بر جواز دخالت آنان در تمامی دعاوی و پرونده‌های دادگستری است اما، به کارگیری این اصل در مورد کارآموزان و کالت که هنوز به جامعه و کالت مفتخر نشده‌اند و صلاحیت کامل برای ورود به این حرفه را ندارند، روا نیست. با وجود این، قانون‌گذار به اینان اجازه داده است در طول دوره

کارآموزی، به طور آزمایشی و محدود در کار عملی نیز وارد شوند تا آموزش آن‌ها صرفأً جنبه نظری نداشته باشد و تحت نظارت و کیل سرپرست با چم و خم‌های کار عملی آشنا شوند. در نتیجه، بدون اینکه در اصل اختیار کارآموزان و کالت در اقامه دعوای مدنی خدشه و ایراد شود، باید پذیرفت که دخالت نامحدود کارآموزان و کالت در اقامه دعوای با فلسفه‌ی وجودی دوران کارآموزی سازگار نیست. با وجود این، نظر مخالف نیز بی عیب و ایراد نیست. اگرچه عقیده به محدودیت دخالت کارآموزان در دعوای به دلایلی که اشاره شد درخور تأیید استاماً در مقام ترسیم محدوده این اختیار تمسک به ظاهر مقررات قانونی کافی نیست.

چنان‌که پیش تر گذشت، به مقتضای قاعده اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده، در حقوق کنونی ما حکم تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت ناظر به دو ماده 367 و 368 قانون آینین دادرسی مدنی مصوب 1379 است. از توجه به متن و مفاد دو ماده یادشده که در دعوای و امور مدنی جایگزین ماده 21 قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب 1373 شده‌اند می‌توان به ظرافت دریافت که دعوای حقوقی احصا شده در بندهای 5 تا 7 ماده 21 مرقوم عیناً در دو ماده فوق‌الذکر وارد شده است. به این ترتیب، از آن‌جا که چیزی به موارد صلاحیت دیوان‌عالی کشور افزوده نشده، محدودیت‌های مداخله کارآموزان و کالت نیز تغییر نکرده است.

به دیگر سخن، دیوان‌عالی کشور مرجع رسیدگی به شکایت از آرای مربوط به دعوای مندرج در مادتین 367 و 368 قانون آینین دادرسی مدنی است و آن‌چه مبنای این اختیار قانونی قرار گرفته اهمیت فوق‌العاده دعوای مزبور است و چنان‌که گذشت، توجه به این مبنای فلسفه‌ی فرجام خواهی سبب شده تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری دخالت کارآموزان و کالت را در این دسته دعوای منوع نماید. در نتیجه، حسب ظاهر قوانین فوق‌الذکر در تمامی دعوای مذکور در مادتین فوق‌الاشعار به جهت صلاحیت رسیدگی دیوان‌عالی کشور، دخالت کارآموزان و کالت ممکن نیست.

این نکته را نیز باید افزود: تفکیک مقرر در ماده‌های 367 و 368 قانون آینین دادرسی جدید و امکان رسیدگی فرجمای دیوان کشور نسبت به احکام قطعی شده‌ی دادگاه‌های بدوى

که در ماده 367 فوق الذکر پذیرفته شده است، ابداع تازه‌ای نیست؛ بلکه بازگشت به اصول آین دادرسی مدنی است که در بند 2 ماده 521 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1318 از آن یاد شده بود. به علاوه، تغییر اصطلاح تجدید نظر و فرجام که در قوانین پس از پیروزی انقلاب اسلامی رخ داده است، تأثیری در نتیجه بحث ما ندارد، زیرا محدوده و کالت کارآموزان نه بر حسب نوع رسیدگی که بر اساس مرجع رسیدگی است. به ویژه که حتی به کارگیری اصطلاحات مزبور به جای یکدیگر موجب دگرگونی ماهیت مفاهیم یاد شده نمی‌شود: بی‌گمان، اقدام دیوان عالی کشور در رسیدگی به شکایت از آرای دادگاهها، با هر عبارتی توصیف شود، ماهیتی واحد دارد و آن کنترل و ناظارت بر اجرای صحیح قوانین در دادگاه‌هاست. از این رو، وظیفه دیوان مزبور، حسب شأن آن مرجع، اصولاً منحصر به رسیدگی شکلی یا حکمی است و دیوان یادشده صرفاً به نقض و ابرام آرای مورد شکایت می‌پردازد و برخلاف دادگاه تجدیدنظر پس از نقض آرای غیر قانونی وارد رسیدگی و صدور رأی نمی‌شود.

3- نتیجه بحث‌ها و نقد قوانین

چنان‌که اشاره شد، با توجه به ظاهر احکام و مقررات قانونی مربوط، عقیده به محدودیت مداخله‌ی کارآموزان و کالت قابل تأیید است. اما، حقیقت این است که این ظاهری‌بینی از ترسیم مرزهای این محدوده ناتوان است و دلایل قانع کننده به همراه ندارد. همان‌گونه که طرف‌داران عقیده مزبور به درستی دریافت‌اند، به حکم تبصره 3 مارالذکر، کارآموز و کالت در طول دوره کارآموزی از دخالت در تمام مراحل دادرسی (بدوی، تجدیدنظر و فرجام) مربوط به دعاوی مشمول معن مداخله، ممنوع است. لیکن، پذیرش این نتیجه‌گیری آسان نیست و با تأمل در مقررات دو ماده 367 و 368 فوق الذکر ایراد آن زود به چشم می‌آید؛ ایرادی که نظریه مزبور را نقض و از مبنای تنهی می‌گردد.

بی‌گمان، در زمان اقامه برخی از دعاوی ذکر شده در دو ماده یادشده در دادگاه بدوي، تکلیف کارآموزان مشخص نیست، زیرا معلوم نیست که محکوم‌علیه آرای مربوط به این دسته دعاوی، طریق تجدیدنظرخواهی را انتخاب خواهد کرد یا این که پس از گذشت مهلت

تجدیدنظر، از رأی قطعی شده‌ی دادگاه بدوى به دیوان عالی کشور شکایت خواهد برد. به همین جهت، این عقیده تقویت می‌شود که در تمامی دعاوی احصا شده در ماده 367 فوق الذکر به این جهت که قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه استان هستند، کارآموزان و کالت حق دخالت دارند. اما، آرای صادره در دعاوی مندرج در ماده 368 (دعاوی راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر و وقف) در هر صورت قابل شکایت و رسیدگی در دیوان عالی کشور است؛ خواه رأی مربوط به این دعاوی از دادگاه بدوى صادر و قطعی شده باشد که در این صورت، دیوان عالی کشور به استناد ماده 367 مرجع رسیدگی مرحله دوم به این دعاوی است، یا اینکه رأی مورد اعتراض از دادگاه تجدیدنظر صادر شده و دیوان عالی کشور به موجب ماده 368 مرجع رسیدگی درجه سوم بوده و رسیدگی فرجامی به معنای اخص را به عمل می‌آورد.

به دیگر سخن، رسیدگی به شکایت از آرای صادره در دعاوی مذکور در ماده 368 قانون آین دادرسی مدنی مصوب 1379 در هر صورت در صلاحیت دیوان عالی کشور است و به حکم تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری کارآموزان و کالت قبل از اخذ پروانه و کالت در این دسته دعاوی حقوقی را ندارند. لیکن، شکایت از آرای دادگاه‌های بدوى در سایر دعاوی مقرر در ماده 367 قانون آین دادرسی مدنی، به ویژه دعاوی مالی با خواسته بیش از بیست میلیون ریال، چنانچه در دادگاه تجدیدنظر مطرح و مورد رسیدگی قرار گیرد، نهایی نیز محسوب است و بنا بر مفهوم مخالف ماده 368 همان قانون، قابل شکایت در دیوان عالی کشور نیست. از این رو، ممنوعیت ورود کارآموزان و کالت در این دسته دعاوی در مرحله نخستین، نه تنها با منظور قانون‌گذار وفق نمی‌دهد، با این اشکال نیز مواجه است که در صورت شکایت از آرای مزبور در دادگاه تجدیدنظر، کارآموزان مجاز به دخالت خواهند بود؛ در حالی که در مرحله بدوى از ورود در همان دعوا منع شده‌اند.

به این ترتیب، با مشخص شدن موارد قطعی صلاحیت دیوان عالی در رسیدگی فرجامی که در ماده 368 فوق الاشعار مقرر شده است، موارد محدودیت و کالت کارآموزان و کالت در امور مدنی مشخص می‌گردد. در نتیجه، کارآموزان و کالت، در امور حقوقی فقط از دخالت در

دعاوی که از اهمیت بسیار بالایی برخوردارند، بر حذر داشته می‌شوند؛ نه اینکه از ورود در هر دعوای جزئی و ناچیز منوع باشند. کافی است اشاره کنیم: تناقضی از این روشن‌تر نیست که از طرفی، مطابق قانون شوراهای حل اختلاف دعوای تا پنجاه میلیون ریال از شأن و صلاحیت دادگاه عمومی کم‌تر دانسته شود و از طرف دیگر، شکایت از رأی مربوط به دعوای مالی که خواسته‌اش کم‌تر از پنجاه میلیون ریال و بیش از بیست میلیون ریال است، در دیوان عالی کشور مسموع باشد.

بدیهی است که کارآموzan و کالت اختیار مداخله در تمامی دعاوی قابل طرح در شورای حل اختلاف را دارند، زیرا هیچ یک از دعاوی مزبور قابلیت فرجام‌خواهی ندارند: از طرفی، فلسفه‌ی تأسیس شورای مذکور تسریع در رسیدگی به دعوای جزئی و جلوگیری از طولانی شدن مراحل دادرسی است و موافق با این هدف در قانون شوراهای حل اختلاف مصوب 1387 از مرحله رسیدگی فرجامی یادی نشده است. از طرف دیگر، آن دسته از دعواوی غیرمالی که قابلیت فرجام‌خواهی دارند، به تصریح ماده 10 قانون شوراهای حل اختلاف از صلاحیت آن شورا خارج شده است. افرون براین، درخصوص دعواوی مالی با خواسته‌ی بیش از بیست میلیون ریال که در شورا اقامه می‌شوند، می‌توان گفت که دعواوی مذکور حتی در صورت عدم تجدیدنظرخواهی، قابلیت درخواست فرجام ندارند، زیرا چنین حکمی در قانون شوراهای حل اختلاف پیش‌بینی نشده است. از مقررات قانون آین دادرسی مدنی نیز نمی‌توان در این باره یاری گرفت: چنان‌که گذشت، طبق ماده 367 قانون آین دادرسی مدنی آرای دادگاه‌های بدوى که به علت عدم درخواست تجدیدنظر قطعی شده است در موارد مصرح قابلیت فرجام‌خواهی دارند. بی‌گمان، شوراهای حل اختلاف دادگاه محسوب نمی‌شوند تا مشمول حکم ماده فوق الذکر گردند.

با وجود این، ایراد دیگر باقی است؛ چنان‌که ممکن است گفته شود: در صورتیکه از آرای مربوط به دعواوی ذکر شده در ماده 367 ق.آ.د.م. به دادگاه تجدیدنظر استان شکایت نشود و فقط از دیوان عالی کشور درخواست رسیدگی فرجامی شود، دخالت کارآموzan در مرحله بدوى این دعواوی، مخالف منظور قانون گذار و برخلاف حکم تبصره 3 ماده 6 مرقوم است. این

ایراد به حق است. با وجود این، بعید نیست بتوان گفت: کارآموزان و کالت می‌توانند دعاوی مقرر در ماده 367، جز آنچه را که در ماده بعد از آن مستثنا شده، در مرحله بدوي و تجدیدنظر اقامه کنند اما، در صورتی که از آرای مربوط به دعاوی مزبور در دیوان عالی کشور شکایت شود، کارآموزان یادشده اجازه دخالت نخواهد داشت. به این ترتیب، گذشته از اینکه ممنوعیت دخالت کارآموزان به دعاوی مهم‌تر محدود می‌شود، محل اجرای ماده 46 قانون آین دادرسی مصوب 1379 نیز روشن می‌شود. در ماده مذکور علاوه بر فرضی که در وکالت‌نامه به حق و کالت در مراحل بالاتر تصریح نشده، حکم موردی نیز که وکیل برای وکالت در دادگاه بالاتر مجاز نباشد پیش‌بینی شده است. چنان‌که اشاره شد، مطابق قوانین کنونی ما همه‌ی وکلای دادگستری وکیل پایه یک محسوب می‌شوند و قانوناً برای وکالت در تمامی مراحل دادرسی مجازند؛ اما از جمله موارد خاص که وکیل مجاز به وکالت در مراحل بالاتر نیست همین وضعیت کارآموزان و کالت است. لیکن، این عقیده با ظاهر تبصره 3 فوق‌الذکر سازگار نیست و به نظر می‌رسد این ناسازگاری ناشی از ناهماهنگی میان قوانین مرتبط است. بدین بیان که تفکیک دعاوی قابل فرجام خواهی در دو ماده 367 و 368 قانون آین دادرسی مدنی در زمان تصویب قانون ارجاع‌دهنده (قانون کیفیت اخذ پرونده و کالت مصوب 1376) وجود نداشته و به همین جهت مورد توجه قانون اخیرالذکر قرار نگرفته است. در نتیجه این مسأله نیز به عنوان یکی دیگر از تبعات ناگوار احوالی قانون باقی می‌ماند و جز به دست قانون‌گذار قابل حل نیست. البته نباید از نظر دور داشت که تعیین موارد ممنوعیت یا دخالت کارآموزان و کالت باید بر اساس درجات دادگاهها و مراحل رسیدگی پیش‌بینی شود تا این قبیل دشواری‌ها پیش نیاید. بدین معنا که به کارآموزان و کالت نیز مانند وکلای درجه دو و سه و یا کارگشايان حقوقی سابق به طور مطلق و صرف‌نظر از نوع دعوا اجازه و کالت در دیوان عالی کشور و حتی دادگاه تجدیدنظر استان داده نشود. در تأیید این نظر می‌توان از ماده 427 قانون آین دادرسی کیفری مصوب 1392 -که موارد تجدیدنظر و فرجام خواهی را یکی دانسته است - یاری گرفت.

اگرچه قانون‌گذار ما در اجرای کامل این اندیشه تاکنون موفق نبوده است اما، در قوانین کیفری کشورمان در سال‌های اخیر رویه‌ای پیش گرفته شده که با محدود شدن دخالت کارآموزان وکالت به دعاوی جزئی سازگار است. چنان‌که از قوانین اخیرالتصویب برمن آید، قانون‌گذار در صدد کاستن از موارد صلاحیت دیوان‌عالی کشور و نزدیک شدن به اصول آین دادرسی است. از طرفی، به موجب تبصره ماده 4 قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال 1381، رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها قصاص عضو یا نفس یا اعدام یا رجم یا صلب یا حبس ابد است به همراه جرایم سیاسی و مطبوعاتی در دادگاه‌های کیفری استان به عمل می‌آید و بیشتر دعاوی احصا شده در ماده 233 قانون آین دادرسی کیفری مصوب 1378 در صلاحیت دادگاه کیفری استان قرار دارد. از طرف دیگر، شکایت از آرای دادگاه کیفری استان، به تصریح ماده 21 قانون اصلاحی 1381 به عهده دیوان‌عالی کشور گذاشته شده است. به این ترتیب، موارد صلاحیت دیوان‌عالی کشور رسیدگی به شکایت از آرای صادره در دعاوی و جرایم بسیار مهم قرار داده شده است و رسیدگی بدوى به جرایم مزبوربا دادگاه کیفری استان - و پس از لازم‌الاجرا شدن قانون آین دادرسی کیفری جدید با دادگاه کیفری یک- است. در نتیجه تناسب مراجع رسیدگی بدوى و تجدیدنظر کیفری با اهمیت جرم برقرار و هماهنگی میان قوانین تا حدود زیادی شکل گرفته است.

در نتیجه‌ی این روی کرد قانون‌گذاری در امور کیفری، رسیدگی به شکایت از آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در جرایمی که مجازات آن‌ها حبس پیش از ده سال (بجز حبس ابد) یا مصادره اموال (موضوع بندج و د ماده 233) است، از صلاحیت دیوان‌عالی کشور خارج و به تبع ورود کارآموزان در این دعاوی مجاز شده است. موافق با این جریان و از آن جا که جرایم مزبور در مقایسه با جرایم مستوجب قصاص، رجم، اعدام و حبس ابد کم اهمیت‌اند، رسیدگی بدوى به آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری استان - و مطابق ماده 302 قانون آین دادرسی کیفری مصوب 1392 در صلاحیت دادگاه کیفری یک- قرار نگرفته است.

این نتیجه‌گیری، طی رأی وحدت رویه شماره 703 سال 1386 مورد تأیید هیأت عمومی دیوان عالی کشور واقع شده است. به عقیده اکثریت اعضای هیأت مذبور «ماده 21 قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال 1381 علی‌الاطلاق مرجع تجدیدنظر آرای دادگاه‌های عمومی حقوقی، جزایی و انقلاب را دادگاه تجدید نظر استان محل استقرار آن دادگاه‌هاو مرجع فرجام خواهی آرای دادگاه کیفری استان را دیوان عالی کشور دانسته و ماده 39 الحاقی به قانون اصلاحی مرقوم کلیه قوانین و مقررات مغایر از جمله ماده 233 قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را در آن قسمت که مغایرت دارد ملغی نموده است...». همچنین، در جهت هم‌سو شدن با قوانین تازه‌تصویب، در رأی وحدت رویه 1389/3/6-715 اعلام شده است: «...آرای دادگاه‌های... انقلاب در مواردی که مجازات قانونی جرم اعدام باشد، قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور است...». موافق با این نظر باید پذیرفت که کارآموزان و کالت حق مداخله در هیچ یک از مراحل رسیدگی به پرونده‌های مطروحه را در دادگاه کیفری یک نخواهند داشت.

بخش سوم - احالة‌ی مخصوص قوانین کیفری و مسائل خاص آن

1- مفهوم احالة‌ی مجازات و مسائل آن

نوعی خاص از ارجاع قانون که در قوانین کیفری ماهوی رایج است احالة‌ی مجازات است. بدین بیان که قانون‌گذار مجازات عملی معین را بر عمل دیگر تحمیل می‌کند و یا جرم معینی را در حکم جرمی دیگر قرار می‌دهد. از این قبیل است قوانینی که جرایم انتقال مال غیر، تبانی برای بردن مال غیر و معرفی مال غیر به جای مال خود را در حکم کلاهبرداری می‌دانند (رك به: قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب 1308؛ قانون راجع به اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌کنند مصوب 1307؛ و قانون راجع به اشخاصی که مال غیر را به عوض مال خود معرفی می‌کنند مصوب سال 1308). همچنین است قانونی که به موجب آن، چنان‌چه کارشناس رسمی با سوء‌نیت ضمن اظهار عقیده در امر کارشناسی برخلاف واقع چیزی بنویسد، جاگل در اسناد رسمی شناخته می‌شود (ماده 37 قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب 1/28/1381).

به این ترتیب، در این موارد و مشابه آن‌ها به جای اینکه ضمانت اجرای عمل ارتکابی در همان قانونی که جرم انگاری شده معین شود، مجازات آن به قانون دیگر حواله شده است. در چنین مواردی، در واقع، قانون‌گذار دو عمل مجرمانه را از حیث برخورد و ضمانت اجرا یکی دانسته است؛ لیکن ماهیت و عنصر مادی آن‌ها الزاماً یکی نیست. برای نمونه در مثال اخیر بزه اصلی ماهیتاً کلاهبرداری یا جعل سند رسمی است اما، بزه‌های فرعی، موضوعاً اعمالی دیگرند که به منزله‌ی کلاهبرداری یا در حکم جعل محسوب شده‌اند. به تعبیر برخی نویسنده‌گان «با این روی کرد، زشتی دو عمل در نظر قانون‌گذار هماندازه و یکسان تلقی شده و به همین جهت، در برخورد با مجرمین و مرتكبان دو عمل که عنصر مادی متفاوت و مستقل دارند مجازات واحد مقرر شده است» (خدابخشی، 1384، صص 98-100).

مسئله‌ای که در این‌باره مطرح می‌شود این است که عمل فرعی که مجازات عمل دیگر بر آن اعمال می‌شود تا چه اندازه از احکام و مقررات عمل اصلی تبعیت می‌کند. آیا عبارت «انتقال مال غیر در حکم کلاهبرداری است» به معنای ضرورت اجرای کلیه‌ی احکام و آثار قانونی کلاهبرداری در باره‌ی جرم انتقال مال غیر است؟ یا اینکه چنین نیست و در هر مورد باید منظور اصلی مقتن را از ارجاع دریافت و تنها از همان جهت دو جرم مشابه را یکی پنداشت. در این‌باره برخی محققان استدلال کرده‌اند: «وابستگی عمل فرعی (انتقال مال غیر) به عمل اصلی (کلاهبرداری) صرفاً در خصوص آن‌چه که مهم‌ترین مقصود مقتن بوده و حکم اصلی برای عمل مرجع‌الیه می‌باشد محقق است نه در خصوص سایر احکام و قواعد مخصوص عمل اصلی» (همان جا). بی‌گمان، مقصود اصلی قانون‌گذار صرفاً تعیین مجازات واحد برای دو جرم است.

با وجود این، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره 628 به تاریخ 1377/6/31 به راه مخالف رفته است. رأی مزبور در موضوع جرم انتقال مال غیر صادر شده و از مفاد آن بر می‌آید که محدودیت تخفیف مجازات حبس به میزان حداقل مدت مقرر در تبصره یک ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتكبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری به جرایمی نیز که در حکم کلاهبرداری تلقی شده‌اند – از جمله جرم انتقال مال غیر – تسری دارد. این

عقیده‌ی هیأت عمومی دیوان کشور، با پاره‌ای متون قانونی سازگار است. برای نمونه در ماده 111 لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب 1347 محرومیت اجتماعی و منوعیت انتساب اشخاص کلاهبردار به سمت مدیریت شرکت‌های سهامی در باره‌ی مرتكبان جرایمی که به موجب قانون در حکم کلاهبرداری هستند نیز درنظر گرفته شده است. مطابق ماده یادشده: «ا^{شخاص} ذیل نمی‌تواند به مدیریت شرکت انتخاب شوند: ... 2. کسانی که به علت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل به موجب حکم قطعی از حقوق اجتماعی کلاً یا بعضًا محروم شده باشند در مدت محرومیت: سرقت - خیانت در امانت - کلاهبرداری - جنحه‌هایی که به موجب قانون در حکم خیانت در امانت یا کلاهبرداری شناخته شده است...».

2- ایهام در تشخیص آثار قانونی احالةی مجازات

در مقام نقد و نظر در رأی وحدت رویه فوق الذکر لازم است اشاره شود: امر قانون گذاری مجلس با صدور آرای وحدت رویه‌ی قضایی قابل قیاس نیست. قانون گذار می‌تواند به مقتضای اختیاری که دارد، بدون هیچ استدلال تمامی آثار قانونی فعل واحد را به صراحت به اعمال دیگر سرایت دهد و در این زمینه محدودیتی برای او نیست؛ اما شأن دیوان عالی کشور نه قانون گذاری که تفسیر قوانین موجود است؛ بدیهی است تفسیر قانون نباید با اصول حقوقی مخالف و معارض باشد.

براین مبنای، باید گفت: رأی وحدت رویه شماره 628 مبنی بر اینکه در جرایم در حکم کلاهبرداری نیز همچون جرم یادشده تخفیف مجازات منوع است، قاعده‌ای تازه وضع کرده و بدین وسیله از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تخطی کرده است. ممکن است ابراد شود: رأی وحدت رویه‌ی قضایی در حکم قانون بوده و درست به همین دلیل است که برای دادگاه‌ها لازم الاتّباع است (میرزائی، 1391، ص 134). با وجود این می‌توان پاسخ داد: رأی وحدت رویه نه عین قانون که در حکم آن است. در نتیجه تمامی احکام و اوصاف قانون را ندارد. نیز فلسفه‌ی وجودی اختیار دیوان عالی در صدور آرای وحدت رویه ارائه تفسیر صحیح از قانون و رفع سوء استنباط دادگاه‌ها از قوانین است. از این رو، وضع قاعده تازه و مستقل در اختیار مرجع مذبور نیست. بر این مبنای، دیوان کشور طی صدور رأی وحدت رویه فوق الذکر به وضع

قاعده‌ای جدید دست زده و بدین ترتیب، از محدوده اختیار و صلاحیت خود خارج شده و با اصول حقوقی مخالفت کرده است.

اگر بر این، با صدور رأی وحدت رویه شماره 628 اصلی دیگر از اصول حقوق کیفری نقض شده است. همان‌گونه که برخی نویسنده‌گان اشاره کرده‌اند: «از آنجا که مطابق ماده 22 قانون پیشین مجازات اسلامی تخفیف مجازات تعزیری مجاز و ممکن است، لذا تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشديد مجازات مرتكبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ متنضم امری استثنایی و خلاف قاعده است و به همین جهت نباید در مورد جرایمی که مجازات آن‌ها به کلاهبرداری احالة شده است توسعه و تسری داده شود» (خدابخشی، همان، ص 100). گویا بر این مبناست که در رأی اصراری شماره 31 احالة یک ماده قانونی به ماده دیگر، تنها از حیث میزان مجازات مقرر در قانون مرجع‌الیه مورد پذیرش قرار گرفته و هیأت عمومی کیفری دیوان کشور، اعلام کرده است: «... عطف ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده به بند ۵ قانون ازدواج صرفاً راجع به میزان مجازات است لاغیر...» (به نقل از خدابخشی، همان جا).

با وجود این، مرحوم دکتر علی‌آبادی، در مقام دادستانی کل کشور، در جلسه هیأت عمومی اصراری، نظر دیگری داشته است. به عقیده ایشان: «... تمام خصوصیات ماده قانون قدیم که به آن احالة شده است در قانون جدید که مجازات را به قانون قدیم احالة داده مؤثر است» (خدابخشی، همان جا؛ این عقیده را از منبع زیر نقل کرده است: علی آبادی، موازین قضایی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ج 2/388 و 392).

این تردید و اختلاف در رویه‌ی قضایی کشور ما تاکنون ادامه یافته است. چنان که اداره حقوقی دادگستری در نظریه‌های خود جانب هر دو عقیده را گرفته است. در نظریه مشورتی شماره‌ی 1363/11/1 آمده است: «با عنایت به رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی 52-7/119 آمد 2/23/1366»، مشابه این عقیده در نظریه‌ی شماره‌ی 1371/12/15-7/12964 تکرار شده است: «... [جرائم] انتقال مال غیر که حسب قانون مصوب 1308 کلاهبرداری به شمار آمده است، غیر قابل گذشت است». مشابه این عقیده در نظریه‌ی شماره‌ی 1371/12/15-7/12964 تکرار شده است: «... [جرائم] انتقال مال غیر، قابل گذشت نبوده و مجازات آن به نحو مقرر در قانون تشديد

مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری می باشد». همچنین، در نظریه شماره‌ی 7/7348-7/12/10 به طور کلی اعلام شده است: «... تمام آثار جرم کلاهبرداری بر بزه انتقال مال غیر نیز بار می شود».

در مقابل، در نظریه‌ی مشورتی شماره 7/1740-1380/3/16 می خوانیم: «در جرایمی که در حکم کلاهبرداری است صرفاً مجازات قانون کلاهبرداری قابلیت اعمال دارد نه فروع دیگر آن مانند رد مال». بر این پایه، برای استرداد مال موضوع جرم انتقال مال غیر باید دادخواست داده شود. در حالی که مطابق احکام و مقررات کلاهبرداری صدور حکم به رد مال در حق شاکی خصوصی نیاز به تقدیم دادخواست ندارد.

در نتیجه، باید پذیرفت که مسئله‌ی احالة مجازات یکی دیگر از مسائل حل نشدنی احالة قانون است و به همین جهت، نظر برخی محققان مبنی بر توصیه به قانونگذاران مبنی بر پرهیز از احالة و ارجاع در قوانین، قابل تأیید است (خدابخشی، همان منع، ص 99). گویا قانونگذاران خود نیز به این حقایق واقف‌اند. از این‌رو، در قوانین جدید تلاش شده است از احالة‌ی مجازات جرم معین به جرایم دیگر پرهیز شود و برای هر عمل مجازات مستقل در نظر گرفته شود. ماده 727 لایحه قانون تجارت مصوب 1390/10/6 کمیسیون قضایی مجلس – که تاکنونیه تأیید شورای نگهبان نرسیده است – نمونه‌ای از این تحول است. در این ماده می خوانیم: «چنانچه ظهernoیس در ظهernoیسی تاریخ مقدمی را قید کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می شود. در حالی که ماده‌ی 248 قانون تجارت مصوب 1311 در این باره مقرر داشته است: «هر گاه ظهernoیس در ظهernoیسی تاریخ مقدمی قید کند مزور شناخته می شود». مطابق این حکم، مجازات مقرر بزه جعل و تزویر برای عمل موصوف، تعیین شده است.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

بر اساس آنچه گذشت، مسائل ناشی از ارجاع و احالة قوانین، موضوعی تفسیری و از مباحث مرتبط با تفسیر قانون است. از این رو، همچون دیگر مسائل تفسیری، برای همیشه محل نظر و مناقشه باقی می‌ماند و در این باره نمی‌توان معیاری قاطع و عینی به دست داد. افزون بر این، پراکندگی موارد و مصادیق احاله و ناهمگونی آنها چندان است که قیاس و قاعده سازی را در این باره از بین برده است؛ با دقت در نمونه‌های قوانین ارجاعی در می‌یابیم که حالت‌های قوانین یادشده کاملاً یکسان و مشابه نیست و هر قانونی به فراخور موضوع خود، وضعیتی خاص دارد و به همین جهت پیش بینی تمامی اقسام و شکل‌های احاله دشوار و قاعده‌سازی برای آنها متuder است. به علاوه، حتی تصریح به اصول و قواعد کلی ارجاع قانون، در قوانین موضوعه، راهگشا نیست. زیرا، نمونه‌های ناقض قواعد عمومی در راهند.

همچنین، استفاده از فن ارجاع قانون در حقوق داخلی کار را بر حقوقدانان سخت می‌کند و دشواری‌های متعددی را برای آنان به وجود می‌آورد. دشواری‌هایی که بعضًا قابل حل نیز نیستند. در نتیجه، به قانونگذاران توصیه می‌شود از ارجاع قوانین به یکدیگر خودداری کنند و جز در موارد ضروری آن را به کار نگیرند و در این موارد نباید از اصلاح و روزآمد کردن قوانین مرتبط با ارجاع کوتاهی شود؛ رها کردن قوانین کهنه و ناهمانگی آنها با قوانین جدید، در صورتی که در قانونی دیگر به آن احاله شده باشد، زودتر به چشم می‌آید و آسیب جدی به نظام حقوقی وارد می‌کند. از این رو، اصلاح و تغییر قوانین زیر پیشنهاد می‌شود:

۱. مواد 1231 و 1248 قانون مدنی حذف شود و یا حکم ماده‌های مزبور متناسب با قانون

مجازات اسلامی اصلاح و تغییر یابد؛

۲. تبصره‌ی ماده‌ی 47 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 اصلاح و به جای احاله به

قانون دیگر، حکم آن مشخصاً انشا شود؛

3. تبصره‌ی 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶ اصلاح شود و کارآموزان و کالت از مداخله در مرحله فرجامی منع شوند یا اینکه فقط اجازه‌ی مداخله در مرحله بدوی به آنها داده شود؟

4. محدوده‌ی آثار حقوقی جرایم احالة شده در قانون احالة کننده صریحاً معین شود؛ یا اینکه به جای احالة به جرایم دیگر، مجازات مخصوص هر جرم مستقل‌اً مقرر شود.

با وجود این، تا زمان تحقق اصلاحات قانونی فوق‌الذکر، حقوقدانان و مجریان قانون، بر حسب وظیفه و رسالت خود ناگزیرند به هنگام برخورد با مسائل و دشواری‌های ناشی از احالة قوانین، ضمن دقت در مفاد قوانین و بهره‌گیری از اصول و استدلال‌های حقوقی به یک نظریه‌ی موجّه و موافق با ذوق سليم دست یابند. به علاوه، در این میان نباید از اوضاع و احوال مرتبط با هر قانون غفلت شود. زیرا تفسیر قانون بدون آگاهی از واقعیات تاریخی و اجتماعی که سبب تصویب آن شده، تفسیری کامل نیست. همچنین آشنایی با تحولات نظام حقوقی، تاریخچه‌ی قانونگذاری و سرگذشت قوانین مرتبط در این باره راهگشاست.

فهرست منابع

الف - فارسی

- جعفری تبار، حسن، (1383)، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خدابخشی، عبدالله، (1384)، *استقلال و پیوند حقوق مدنی و کیفری*، تهران: انتشارات فکرسازان.
- شمس، عبدالله، (1382)، *آین دادرسی مدنی*، جلد اول، جاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- شهیدی، مهدی، (1382)، *حقوق مدنی*، جلد سوم، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجده.
- کاتوزیان، ناصر، (1377)، *فلسفه حقوق*، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (1377)، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مهاجری، علی، (1387)، *میسوط در آین دادرسی مدنی*، جلد چهارم، تهران: انتشارات فکرسازان.
- مرتضوی، بابک، (1386)، *صلاحیت کارآموزان در قبول دعاوی مدنی*، خبرنامه‌ی کانون و کلای دادگستری استان اصفهان، سال دوم، شماره‌ی پانزدهم، مهر ماه، ص 37-40.

- میرزائی، اقبال علی، (1390)، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، مجله‌ی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد، سال ششم، شماره‌ی 20 و 21، بهار و تابستان، صص 171-191.
- میرزائی، اقبال علی، (1391)، **امکان تجدید نظر در آرای وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور**، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره اول، بهار و تابستان، صص 125-144.
- نکوئی، محمد، (1389)، **لازم الاجرا بودن ماده 128 قانون شرکت های تعاونی 1350**، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش. 52، پاییز و زمستان، صص 483-504.
- نوریان، علی (1386)، **حق و کالت کارآموزان و کالت در طلاق توافقی**، خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، شماره 11، خردادماه، ص 36 و 37.

ب - انگلیسی

- George, Robert, (1996), **The Autonomy of law: essays on legal positivism**, oxford press.
- Maclean, Ian, (1992), **Interpretation and meaning in the Renaissance**, Cambridge, u. Press.
- Mcleod, Ian, (1999), **legal method”**, Macmillan Press, London.
- Marty, G., Raynaud, P, (1972), **Droit civil**, T. 1: introduction general a letude Du droit, sirey.