

## ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری های ناشی از آن

اقبال علی میرزایی<sup>1</sup>

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

### چکیده

ارجاع یا احاله‌ی قانون به قانونی دیگر، یکی از شیوه‌های قانون‌گذاری است که در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا رایج است. قانون‌گذاران، با به‌کارگیری 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 راه‌کاری از تکرار بیهوده‌ی قوانین می‌کاهد و بدین طریق در وقت و هزینه‌های قانون‌گذاری صرفه جویی می‌شود اما، چنانچه فن‌احاله به موقع و به‌جا استعمال نشود، تبعات نامطلوبی به دنبال دارد و به صورت یک مسأله و مشکل در می‌آید؛ مسأله‌ای که چندین معمای دشوار برای مجریان قانون به وجود می‌آورد.

در این مقاله عمده دشواری ناشی از احاله‌ی 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 لازم‌الرعایه است. از این مفهوم در اصطلاح حقوقی می‌توان با عنوان ارجاع (Reference) به قانون یاد کرد که از مفهوم احاله‌ی قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی دور نیست. برای مثال، ماده 126 قانون آیین 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 خواننده 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 رسیدگی‌کننده به جرایم مربوط به چک بلامحل، از متهمان... طبق ضوابط مقرر در ماده 134 قانون آیین 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 تقنین جلوگیری از دوباره‌کاری‌ها و صرفه‌جویی در وقت قانون‌گذاران است. به ویژه که به حکم عقل و منطق هر مقرره‌ی 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 بی‌جهت سبب دوگانگی و تبعیض شود.

بر این مبنا، قانون ارجاع‌کننده 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 مزبور 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 مختصر احکام شرعی طلاق که در قانون مدنی آمده بود، مجدداً انشا و احیا شده است.

اگرچه همان‌گونه که اشاره شد، استفاده از شیوه‌ی ارجاع در قانون‌گذاری مزیت‌هایی دارد اما، چنان‌که خواهیم دید، بیشترِ احاله‌های موجود در قوانین ما بدون علتِ موجه و فقط به جهت عافیت‌طلبی قانون‌گذاران واقع شده است و در بسیاری موارد، مبنای موجهی برای احاله‌ی قانون وجود ندارد؛ جز اینکه قانون‌گذاران خواسته‌اند با توسل 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 مزبور 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 منسوخ پیشین را 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 احاله 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 است ماده 249 لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت مصوب 1347 که انتشار اعلامیه‌ی پذیره نویسی شرکت سهامی با اطلاعات ناقص و نادرست را در صورتی که با

سوءنیت و به منظور تشویق مردم به خرید سهام باشد، در حکم کلاهبرداری دانسته است. نیز در ماده 115 قانون تجارت 1311 مقرر است: «اشخاص ذیل کلاهبردار محسوب می‌شوند: الف) موسسین و مدیرانی که برخلاف واقع پرداخت تمام سهم‌الشرکه نقدی و تقویم و تسلیم سهم‌الشرکه غیر نقدی را در اوراق و اسنادی که باید برای ثبت شرکت بدهند اظهار کرده باشند...».

به هر حال، گذشته از اینکه در بیشتر موارد، ضرورت احاله‌ی 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 مرجوع‌الیه 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 احاله‌ی قوانین کیفری موضوع مطالعه خواهد بود.

## بخش نخست - دشواری ناشی از تغییر قوانین

### 1- 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 دیگر دارد؟ برای مثال، مطابق ماده 104 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 توقیف محصول املاک و باغات باید با رعایت مقررات مواد 254 تا 257 قانون آیین دادرسی مدنی مصوب 1318 به عمل آید. چنان‌که می‌دانیم، مقررات ارجاع‌شده یعنی مواد 254 تا 257 مذکور به موجب ماده 127 قانون آیین دادرسی مدنی مصوب 1379 اصلاح شده و ماده اخیرالذکر، برخلاف قانون سابق، توقیف محصول قبل از برداشت آن را به کلی پذیرفته و میزان محصول قابل توقیف را، حتی پس از برداشت، تا دوسوم سهم خوانده تعیین کرده است. این در حالی است که به موجب ماده 254 قانون قدیم، توقیف محصول املاک و باغ‌ها اگرچه محصول عین خواسته باشد قبل از برداشت ممنوع بود و تنها در موارد خاص مانند عدم کفایت سایر ارقام 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 آیین دادرسی درباره توقیف محصولات زراعی و باغی لازم‌الاتباع 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 آنارجاع 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 الحاقات 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 ارجاع‌شده ارجاع به آن نیز به تبع اصلاح می‌شود یا اینکه به جهت سکوت قانون‌گذار از اصلاح مستقیم آن، ترتیب مرجوع‌البه و

سابق همچنان معتبر است؟ در پاسخ به این پرسش، نویسندگان حقوقی، بی‌آنکه تردید کنند، اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده را پذیرفته‌اند. بدین سان، اندیشه‌های حقوقی، این عقیده را که با تغییر قانون مرجوع‌الیه، ارجاع به آن نیز لغو و بیهوده می‌شود، کاملاً طبیعی یافته و بدون آنکه استدلالی در این باره بیاورد، ارجاع و احاله را ناظر به قانون جدید و اصلاحی دانسته و در نتیجه، احکام و مقررات این قانون را در موضوعات مشمول قانون ارجاع‌دهنده نیز لازم الاجرا می‌داند. نویسندگان 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 بیش نیست. به دیگر سخن، با دقت در مصادیق 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 مرجوع‌الیه 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 مبنا، 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 قاعده‌ای تفسیری، موجّه و قابل تأیید است. همین قاعده 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 منسوخ 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 مواد 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 آیین دادرسی مدنی مصوب 1379 یاد 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 وجوه و اموال شرکت یا اتحادیه گردد به حداکثر 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 وجوه و اموال شرکت و اتحادیه تعاونی به حداکثر 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 راهنما و نشانه، نباید 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 مرجوع‌الیه در هر قانونی که باشد و

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

بر این مبنا، منظور حقیقی قانون‌گذار از ارجاع قانون، تصویب مجدد حکم قانون مرجوع‌الیه 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 آیین 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 و اخواست 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 افزود: قاعده‌ی اصلاح تبعی در باره احاله‌ی آیین‌نامه‌های دولتی به قوانین مجلس یا به یکدیگر نیز جاری است. برای مثال، مطابق ماده 194 آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و... مصوب 1387/6/11 رئیس قوه قضاییه، «صدور اجرائیه نسبت به آرای داوری بورس اوراق بهادار وفق ماده 18 قانون تأسیس بورس اوراق بهادار تهران مصوب 1345 و ماده 10 آیین‌نامه اجرایی آن به عمل می‌آید». چنان‌که می‌دانیم، هم‌اکنون، قانون بازار اوراق بهادار مصوب 1384 و آیین‌نامه 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 1388/5/20 مورد اصلاح مستقیم واقع شد و به صراحت مقرر داشت: «صدور اجرائیه 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 دوائر اجرای ثبت اسناد و املاک می‌باشد». لیکن، به نظر می‌رسد علت این اصلاح چیزی جز جبران اشتباه تدوین‌کنندگان آیین‌نامه فوق‌الذکر نباشد، زیرا در زمان تدوین و تصویب



آیین‌نامه مزبور، قانون بازار اوراق بهادار مصوب 1384 حاکم بود ولی ماده 194 آن آیین‌نامه، به اشتباه، به قانون قدیم و منسوخ ارجاع داده بود. چنین اشتباهی در تنظیم ماده 872 قانون مجازات اسلامی مصوب 1392/2/11 نیز رخ داده است. بدین توضیح که ماده 646 قانون مجازات اسلامی مقرر داشته بود: «...چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده بر خلاف مقررات ماده 1041 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 1375)، ماده 1041 مرقوم، به پیروی از عقیده‌ی مشهور در فقه امامیه، سن نکاح دختران را همان سن شرعی بلوغ یعنی 9 سال قمری تعیین کرده بود، لیکن، در اصلاح قانون مدنی در سال 1381 سن قانونی نکاح برای دختر 13 سال شمسی تعیین شد و بدین ترتیب، قابلیت صحیح نکاح از سن بلوغ شرعی جدا شد و تبصره ماده 1041 نیز حذف گردید. با وجود این، ماده 872 قانون جدید مجازات اسلامی بدون توجه به اصلاح ماده 1041 قانون مدنی اصلاحی 1381 و به ویژه حذف شدن تبصره آن، متن ماده 646 سابق را عیناً تکرار کرده است. به هر حال، صرف نظر از این اشتباه قانون‌نویسی، از آن‌جا که در ماده 1041 کنونی قانون مدنی سن نکاح دختر 13 سال تمام شمسی معین شده است، کیفر مقرر در ماده 872 قانون مجازات اسلامی در صورتی قابل اعمال است که مرتکب برخلاف حکم فعلی ماده 1041 قانون مدنی با دختر زیر 13 سال نکاح کند.

اگرچه به این قاعده در قوانین ما تصریح نشده اما، چنان‌که اشاره شد، اندیشه‌های حقوقی رویه‌ی قضایی به شایستگی این خلاء را پر کرده است. از طرفی، در برخی نوشته‌ها از مفهوم ارجاع و احاله‌ی قانون یاد شده است (کاتوزیان، 1377، ج 2/356) و دیگر نویسندگان نیز، در مقام تبیین مصادیق آن، از این قاعده یاری گرفته‌اند. چنان‌که، برای مثال، گفته شده است: «در هر مورد که قانون امور حسبی به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده مقررات قانون جدید لازم‌الرعايه است» (شمس، 1382، صص 117-118). از طرف دیگر، رویه‌ی قضایی نیز در مواردی به قاعده اصلاح تبعی قانون عمل کرده است. برای نمونه، در رأی وحدت رویه‌ی شماره 594 مورخ 1373/9/1 می‌خوانیم: «نظر به اینکه ماده 1 قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب 1308 انتقال‌دهندگان 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 مرتکبین 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 مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری مصوب 1367... است».

باری، بر اساس آنچه گذشت، در رابطه‌ی قوانین ارجاع‌دهنده و مرجوع‌الیه، فقط قانون ارجاع‌کننده از دیگری تبعیت می‌کند و در نتیجه، به تبع آن تغییر می‌یابد. بر این مبنا و به مقتضای قاعده‌ی اصلاح تبعی قانون ارجاع‌دهنده، حکم قانونی که نکاح با دختر نابالغ را منع و مجازات می‌کند، دائرمدار 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 مرجوع‌الیه ندارد و تغییر یا زوال حکم آن به منزله‌ی این است که احاله 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 آیین دادرسی مدنی بی‌تأثیر است. همچنان که در صورت جرم‌زدایی از انتقال مال غیر و لغو شدن قانون مربوط، خدشه‌ای به اعتبار مقررات کلاهبرداری وارد نمی‌شود.

## 2- اصل عدم نسخ تبعی قانون احاله‌دهنده

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 احاله شده‌این مسأله به میان می‌آید که سرنوشت اعتبار قانون احاله‌کننده چه می‌شود؟ تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام مدنی مصوب 1356 نمونه‌ای بارز در این باره است که در خصوص نحوه‌ی اجرای برخی احکام دادگستری مقرر داشته است: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده 729 قانون آیین دادرسی عمل خواهد شد». چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، مراد از قانون آیین دادرسی که به آن ارجاع شده است، قانون مصوب 1318 است. به موجب ماده 729 قانون آیین دادرسی مدنی مصوب 1318: «در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل 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 آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نسخ و جایگزین شد، بسیاری مقررات قانون سابق از جمله ماده 729 مذکور حذف شد و 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 نویسندگان: «مقررات ماده 729 قانون آیین دادرسی مدنی همراه سایر مقررات این قانون، با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید نسخ گردیده و به این جهت مورد ارجاع تبصره ماده 47 قانون اجرای احکام و در نتیجه زمینه‌ی اجرای این تبصره منتفی شده است» (شهیدی، 1382، ص 185). اما، مخالفان این عقیده، با اینکه نسخ کلیه‌ی مقررات و ماده‌های قانون آیین 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 مرجوع الیه بود» (شمس، 1382، ص 430-429). 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 آیین دادرسی مدنی پیشین کافی است تا مانع نسخ حکم ماده اخیرالذکر شود. به همین جهت افزوده‌اند: «...می‌توان این‌گونه 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 قرار گرفته و هر چند قانون آیین 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...» (مهاجرى، 1387، صص 477-476).

این استدلال قابل تأیید است: همان‌گونه که به هنگام تبیین مفهوم احاله 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 می‌بیند، از این کار چشم می‌پوشد و به ذکر نشانی و شماره‌ی ماده‌های مورد ارجاع بسنده می‌کند. در نتیجه حکم مقررات ارجاع‌شده 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 احاله‌کننده با منطبق 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، اعمال 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: «اشخاص ذیل نباید به سمت قیمومت 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<sup>3</sup>...». 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 مهم 3. جنحه کوچک (تقصیر) 4. خلاف». مجازات هر 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 افزوده شد. در نتیجه عمده 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 روبه‌رو 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 دست‌کم کیفیت و کمیت مجازات جرایم و عناوین مشابه کاملاً یکسان نیست. برای مثال، عناوین مجرمانه‌تک ناموس و منافیات عفت، در مقررات قانونی کنونی یافت نمی‌شود؛ چنان‌که، در زمان حاکمیت قانون مجازات عمومی لواط با اناث مصداق هتک ناموس و مشمول مجازات آن بود (رک به: رأی وحدت رویه شماره 1189-1336/3/30 که مطابق آن لواط با اناث مصداق 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. همچنان‌که مصادیق 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 «جرایم 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.

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

به‌علاوه، بی‌گمان مرتکبین جرایم مستوجب شلاق نیز صلاحیت قیومت ندارند ولی، ماده اخیرالذکر درباره آن‌ها ساکت است.

به این ترتیب، باید پذیرفت که حکم دو ماده 1231 و 1248 قانون مدنی، به جهت ناهماهنگی با مقررات جدید به صورت غیر قابل اجرا درآمده و در نتیجه لغو شده است. بر این مبنا، 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 از احاله بوده که سبب شده برخی نویسندگان 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 تمییز حق یا به سبب دیگر ممکن نباشد، ناچار باید نسخ ضمنی قانون احاله‌کننده به قانون منسوخ را پذیرفت» (کاتوزیان، 1377، 358/2).

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 قیومت در زمره‌ی 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 نقض 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 نویسندگان، 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 نویسندگان حقوقی مبنی بر نسخ ضمنی قانون معین، برای دیگران حجت نیست و هرکس می‌تواند با استدلالی متفاوت و موجه به نتیجه‌ای مخالف دست یابد.

به دیگر سخن، مقام تفسیر جایگاه تحکّم 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 اقتناع است، این نتیجه به دست می‌آید که عقیده به انعطاف‌ناپذیری قواعد حاکم در این موضع بیهوده و نابه‌جا است (میرزائی، 1390، ص 180). 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، ص 132). 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 نویسندگان به این حقیقت چنین تصریح کرده‌اند: «هر بار که قانونی نسخ می‌شود و مجازاتی تغییر می‌کند امکان نسخ ضمنی قانون احاله‌کننده و قانون صالح برای حکومت نیز مطرح می‌شود و راه‌حل‌ها نیز بستگی به شرایط و اوضاع و احوالی دارد که دلالت بر اراده‌ی قانون‌گذار می‌کند» (کاتوزیان، پیشین، ص 358).

## بخش دوم- دشواری مرتبط با تفسیر و اجرای قانون ارجاع‌دهنده

### 1- طرح بحث و بیان اختلاف‌نظرها

چنان‌که گذشت، به کارگیری فن احاله و ارجاع در مقام تصویب قانون دشواری‌های متعددی می‌آفریند. ایجاد ابهام و پیچیدگی در تفسیر و اجرای قوانین مرتبط با احاله 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 پروانه وکالت دادگستری مصوب 1376 در این‌باره عبرت‌انگیز است. مطابق تبصره یاد شده: «... کارآموزان وکالت قبل از اخذ پروانه‌ی وکالت حق وکالت در دعاوی 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 استان است. مگر در موارد ذیل که مرجع تجدیدنظر آن دیوان عالی کشور خواهد بود: 1. اعدام و رجم؛ 2. قطع عضو و قصاص نفس و اطراف؛ 3. مصادره و ضبط اموال؛ 4. مجازات حبس بیش از ده سال؛ 5. حکمی که خواسته‌ی آن از بیست میلیون ریال متجاوز باشد؛ 6. احکام راجع به اصل نکاح و طلاق؛ 7. 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 مزبور را نداشتند.

با تصویب قوانین جدید آیین دادرسی مدنی و کیفری و تغییر مقررات مربوط به تجدیدنظرخواهی و شکایت از آرای دادگاه‌ها، محدودهی وکالت کارآموزان باتردید و ابهام مواجه شد: در امور کیفری ابتدا ابهامی پیش نیامد، زیرا ماده 233 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب 1378 پس از بیان اصل صلاحیت دادگاه‌های تجدیدنظر، بدون تغییر اصطلاح، در مقام تعیین موارد تجدیدنظرخواهی 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 وکالت برای اقامه‌ی دعاوی مدنی، بحث و اختلاف‌ها بیشتر است: از طرفی، با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی 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 آیین دادرسی مذکور طی مواد 366 به بعد خود احکام مفصلی در باب فرجام‌خواهی از آرای دادگاه‌ها مقرر کرد.

به موجب ماده 367 قانون آیین دادرسی مدنی مصوب 1379: «آرای دادگاه‌های بدوی که به علت عدم تجدیدنظرخواهی قطعیت یافته قابل فرجام‌خواهی نیست مگر در موارد زیر: الف)

احکام: 1- احکامی که خواسته‌ی آن بیش از بیست میلیون ریال باشد. 2. احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر، وقف، ثلث، حبس و تولیت؛ ب) قرارهای زیر مشروط به اینکه اصل حکم راجع به آن‌ها قابل رسیدگی فرجامی باشد: «...». و مطابق ماده 368 همان قانون: «آرای دادگاه‌های تجدیدنظر استان قابل فرجام‌خواهی نیست مگر در موارد زیر: الف) احکام: احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر و وقف...».

چنان که ملاحظه می‌شود، دیوان عالی کشور صلاحیت رسیدگی به شکایت از آرای دادگاه‌ها در دعوی احصا شده در دو ماده فوق‌الذکر را دارد. از این رو، برخی معتقدند که تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه‌ی وکالت، پس از سال 1379، ناظر بر این دو ماده است و محدودیت‌های وکالت کارآموزان در دعوی 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 دعوی مذکور ممنوع است (نوریان، 1386، صص 37-36). لیکن مخالفان، برآنند که در موارد مقرر در دو ماده مزبور دیوان عالی کشور نه مرجع تجدیدنظر که مرجع فرجام‌خواهی 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 بدوی و تجدیدنظرخواهی بلامانع است و نامبردگان فقط از فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور ممنوع هستند (نوریان، 1386؛ مرتضوی، 1386، صص 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 3 ماده 6 فوق‌الذکر، منع دخالت کارآموزان وکالت در پرونده‌های سنگین و دعوی پیچیده است و تمامی دعوی احصائی در دو ماده فوق‌الذکر اگر هم مستلزم مهارت و تبحر نباشند، آثار حقوقی مهمی دارند. برای مثال، دعوی طلاق توافقی - که‌ها توجه به رأی وحدت رویه شماره 666 - 1383/3/19 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 وکیل رسمی و قانونی نیستند (نوریان، 1386).

چنین روی‌کردی میان دادرسان و در دستگاه قضایی کشور طرف‌دار دارد. آیین‌نامه 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 آیین‌نامه: «مشاوران حقوقی موضوع این آیین‌نامه 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 کلای 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 وکلای درجه یک می‌توانستند در محاکم تمیز وکالت کنند. ماده 1 قانون وکالت 1315 مقرر می‌داشت: «وکالت در عدلیه دارای درجات ذیل است: 1. وکالت در محاکم صلح و بدایت و استیناف و تمیز. 2. وکالت در محاکم صلح و بدایت و استیناف. 3. وکالت در محاکم صلح و بدایت». کارگشایان 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 آیین دادرسی مدنی مصوب 1318 نیز موافق با این ترتیبات مقرر داشته بود: «ابلاغ 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 وکلای دادگستری مصوب 1333 ترتیب مزبور را تأیید کرد ولی در ماده 7 خود مقرر داشت: «از تاریخ اجرای این قانون فقط به کسانی پروانه وکالت داده می‌شود که از دانشکده‌های حقوق داخله یا خارجه دارای دانشنامه لیسانس باشند». مواد 47 تا 52 آیین‌نامه‌های اجرایی آن قانون شرایط ترفیع وکلای درجه سه و دو را به درجه بالاتر تعیین کرد و با اجرای آن، بیشتر وکلای دادگستری به پایه یک ترفیع داده شدند. در نتیجه رفته‌رفته وکالت درجه 3 و 2 موضوعاً منتفی شد و موافق با این جریان، تبصره ماده 32 قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری صدور پروانه‌ی کارگشایی را از تاریخ تصویب آن قانون

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

بنابراین، با مطالعه سیر تاریخی قانون‌گذاری در موضوع وکالت دادگستری عقیده به محدودیت وکالت کارآموزان تقویت می‌شود. با وجود این، در برابر نظریه‌ی فوق‌الذکر، وکیلان دادگستری قولیدگر اختیار کرده و در جهت تحکیم عقیده خود به پاره‌ای اصول حقوقی استناد کرده‌اند. از نظر اینان: «بر پایه اصل اباحه و اصل الاطلاق از آنجا که مقنن در تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت تنها موارد منع کارآموزان را بیان کرده حاکی از این است که اصل بر جواز وکالت کارآموز قرار دارد و موارد ممنوعیت دخالت کارآموز خلاف اصل و استثنا می‌باشد» (مرتضوی، 1386). از این مبنا، نتیجه گرفته شده است: «در حال حاضر هیچ قانون معتبر و الزام‌آوری بر محدوده 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 وکالت باشد نیز مقرون 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. وگرنه چنان که می‌دانیم اختلاف بر سر قانون منسوخ‌شمره‌ی حقوقی ندارد و به همین جهت بیهوده است. به علاوه، اجرای اصل اباحه 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 وکالت که هنوز به جامه‌ی وکالت مفتخر نشده‌اند و صلاحیت کامل برای ورود به این حرفه را ندارند، روا نیست. باوجود 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 صرفاً 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 دعوی مدنی خدشه و ایراد شود، باید پذیرفت که دخالت نامحدود کارآموزان و کالت در اقامه دعوی با فلسفه‌ی وجودی دوران کارآموزی سازگار نیست. با وجود این، نظر مخالف نیز بی‌عیب و ایراد نیست. اگرچه عقیده به محدودیت دخالت کارآموزان در دعوی به دلایلی که اشاره شد درخور تأیید است، اما در مقام ترسیم محدوده این اختیار تمسک به ظاهر مقررات قانونی کافی نیست.

چنان‌که پیش‌تر 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 آیین دادرسی مدنی مصوب 1379 است. از توجه به متن و مفاد دو ماده یادشده که در دعوی و امور مدنی جایگزین ماده 21 قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب 1373 شده‌اند می‌توان به ظرافت دریافت که دعوی 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 دعوی مندرج در مادتين 367 و 368 قانون آیین دادرسی مدنی است و آن‌چه مبنای این اختیار قانونی قرار گرفته اهمیت فوق‌العاده دعوی مزبور است و چنان‌که گذشت، توجه به این مبنا و فلسفه‌ی فرجام‌خواهی سبب شده تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه‌ی و کالت دادگستری دخالت کارآموزان و کالت را در این دسته دعوی ممنوع نماید. در نتیجه، حسب ظاهر قوانین فوق‌الذکر در تمامی دعوی مذکور در مادتين 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 آیین دادرسی جدید و امکان رسیدگی فرجامی دیوان کشور نسبت به احکام قطعی شده‌ی دادگاه‌های بدوی

که در ماده 367 قوق الذکر پذیرفته شده است، ابداع تازه‌ای نیست؛ بلکه بازگشت به اصول آیین دادرسی مدنی است که در بند 2 ماده 521 قانون آیین 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 برحسب 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 دیوان‌عالی کشور در رسیدگی به شکایت از آرای دادگاه‌ها، با هر عبارتی توصیف شود، ماهیتی واحد دارد و آن کنترل و نظارت 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 ظاهرینی از ترسیم مرزهای این محدوده ناتوان است و دلایل قانع‌کننده به همراه ندارد. همان‌گونه که طرف‌داران عقیده مزبور به درستی دریافته‌اند، 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 منع مداخله، ممنوع است. لیکن، پذیرش این نتیجه‌گیری آسان نیست و با تأمل در مقررات دو ماده 367 و 368 فوق‌الذکر ایراد آن زود به چشم می‌آید؛ ایرادی که نظریه مزبور را نقض و از مبنا تهی می‌گرداند.

بی‌گمان، در زمان اقامه برخی از دعاوی ذکر شده در دو ماده یادشده در دادگاه بدوی، 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 بدوی به دیوان عالی کشور شکایت خواهد برد. به همین جهت، این عقیده تقویت می‌شود که در تمامی دعاوی احصا شده در ماده 367 فوق‌الذکر به این جهت که قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه استان هستند، کارآموزان وکالت 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 بدوی 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 آیین دادرسی مدنی مصوب 1379 در هر صورت در صلاحیت دیوان عالی کشور است و به حکم تبصره 3 ماده 6 قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری کارآموزان وکالت قبل از اخذ پروانه‌ی وکالت حق وکالت در این دسته دعاوی حقوقی را ندارند. لیکن، شکایت از آرای دادگاه‌های بدوی در سایر دعاوی مقرر در ماده 367 قانون آیین 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 وکالت 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 بدوی 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 فوق‌الاشعار مقرر شده است، موارد محدودیت وکالت کارآموزان وکالت در امور مدنی مشخص می‌گردد. در نتیجه، کارآموزان وکالت، در امور حقوقی فقط از دخالت در

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

بدیهی است که کارآموزان 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 دعاوی 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 دعاوی غیرمالی که قابلیت فرجام‌خواهی دارند، به تصریح ماده 10 قانون شوراهای حل اختلاف از صلاحیت آن شورا خارج شده است. افزون بر این، در خصوص دعاوی مالی با خواسته‌ی بیش از بیست میلیون ریال که در شورا اقامه می‌شوند، می‌توان گفت که دعاوی مذکور حتی در صورت عدم تجدیدنظرخواهی، قابلیت درخواست فرجام ندارند، زیرا چنین حکمی در قانون شوراهای حل اختلاف پیش‌بینی نشده است. از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نیز نمی‌توان در این باره یاری گرفت: چنان‌که گذشت، طبق ماده 367 قانون آیین دادرسی مدنی آرای دادگاه‌های بدوی 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 فوق‌الذکر گردند.

با وجود این، ایراد دیگر باقی است؛ چنان‌که ممکن است گفته شود: در صورتیکه از آرای مربوط به دعاوی 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 کارآموزان در مرحله بدوی این دعاوی، مخالف منظور قانون‌گذار و برخلاف حکم تبصره 3 ماده 6 مرقوم است. این



ایراد به حق است. با وجود این، بعید نیست بتوان گفت: کارآموزان وکالت می‌توانند دعاوی مقرر در ماده 367، جز آنچه را که در ماده بعد از آن مستثنا شده، در مرحله بدوی و تجدیدنظر اقامه کنند اما، در صورتی که از آرای مربوط به دعاوی مزبور در دیوان عالی کشور شکایت شود، کارآموزان یادشده اجازه دخالت نخواهند داشت. به این ترتیب، گذشته از اینکه ممنوعیت دخالت کارآموزان به دعاوی مهم‌تر محدود می‌شود، محل اجرای ماده 46 قانون آیین دادرسی مصوب 1379 نیز روشن می‌شود. در ماده مذکور علاوه بر فرضی که در وکالت‌نامه به حق وکالت 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 وکالت 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 فرجام‌خواهی در دو ماده 367 و 368 قانون آیین دادرسی مدنی در زمان تصویب قانون ارجاع‌دهنده (قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت 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 احاله‌ی قانون باقی می‌ماند و جز به دست قانون‌گذار قابل حل نیست. البته نباید از نظر دور داشت که تعیین موارد ممنوعیت یا دخالت کارآموزان وکالت باید بر اساس درجات دادگاه‌ها و مراحل رسیدگی پیش‌بینی شود تا این قبیل دشواری‌ها پیش نیاید. بدین معنا که به کارآموزان وکالت نیز مانند وکلای درجه دو و سه و یا کارگشایان حقوقی سابق به طور مطلق و صرف‌نظر از نوع دعوا اجازه وکالت در دیوان عالی کشور و حتی دادگاه تجدیدنظر استان داده نشود. در تأیید این نظر می‌توان از ماده 427 قانون آیین دادرسی کیفری مصوب 1392 - که موارد تجدیدنظر و فرجام‌خواهی 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 و کالت به دعاوی جزئی سازگار است. چنان‌که از قوانین اخیرالتصویب برمی‌آید، قانون‌گذار در صدد کاستن از موارد صلاحیت دیوان‌عالی کشور و نزدیک شدن به اصول آیین 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 آیین 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 بدوی به جرایم مزبور با دادگاه کیفری استان - و پس از لازم‌الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری جدید با دادگاه کیفری یک - است. در نتیجه تناسب مراجع رسیدگی بدوی و تجدیدنظر کیفری با اهمیت جرم برقرار و هماهنگی میان قوانین تا حدود زیادی شکل گرفته است.

در نتیجه‌ی این رویکرد قانون‌گذاری در امور کیفری، رسیدگی به شکایت از آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در جرایمی که مجازات آن‌ها حبس بیش از ده سال (بجز حبس ابد) یا مصادره اموال (موضوع بند ج 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 آن‌جا که جرایم مزبور در مقایسه با جرایم مستوجب قصاص، رجم، اعدام و حبس ابد کم اهمیت‌اند، رسیدگی بدوی به آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری استان - و مطابق ماده 302 قانون آیین 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 مزبور «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 دادگاه‌ها و مرجع فرجام‌خواهی 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 آیین 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 تازه تصویب، 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 - احالهی مخصوص قوانین کیفری و مسائل خاص آن

### 1- مفهوم احالهی مجازات و مسائل آن

نوعی خاص از ارجاع قانون که در قوانین کیفری ماهوی رایج است احالهی 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 (رکب 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، جاعل در اسناد رسمی شناخته می‌شود (ماده 37 قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب 1381/1/28).

به این ترتیب، در این موارد و مشابه آن‌ها به جای اینکه ضمانت اجرای عمل ارتكابی 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 نویسندگان «با این روی کرد، زشتی دو عمل در نظر قانون‌گذار هم‌اندازه و یکسان تلقی شده و به همین جهت، در برخورد با مجرمین و مرتکبان دو عمل که عنصر مادی متفاوت و مستقل دارند مجازات واحد مقرر شده است» (خدابخشی، 1384، صص 100-98).

مسئله‌ای که در این باره 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 مقنن را از ارجاع دریافت و تنها از همان جهت دو جرم مشابه را یکی پنداشت. در این باره برخی محققان استدلال کرده‌اند: «وابستگی عمل فرعی (انتقال مال غیر) به عمل اصلی (کلاهبرداری) صرفاً در خصوص آن‌چه که مهم‌ترین مقصود مقنن بوده و حکم اصلی برای عمل مرجوع‌الیه 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 1 قانون تشدید مجازات مرتکبین 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 ممنوعیت انتصاب اشخاص کلاهبردار به سمت مدیریت شرکت‌های سهامی در باره‌ی مرتکبان جرایمی که به موجب قانون در حکم کلاهبرداری هستند نیز در نظر گرفته شده است. مطابق ماده یادشده: «اشخاص ذیل نمی‌توانند 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 بعضاً 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- ابهام در تشخیص آثار قانونی احاله‌ی مجازات

در مقام نقد و نظر در رأی وحدت رویه فوق‌الذکر لازم است اشاره شود: امر قانون‌گذاری مجلس با صدور آرای وحدت رویه‌ی قضایی قابل قیاس نیست. قانون‌گذار 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 دیوان‌عالی کشور نه قانون‌گذاری که تفسیر قوانین موجود است؛ بدیهی است تفسیر قانون نباید با اصول حقوقی مخالف و معارض باشد.

براین مبنا، باید گفت: رأی وحدت رویه شماره 628 مبنی بر اینکه در جرایم در حکم کلاهبرداری نیز همچون جرم یادشده تخفیف مجازات ممنوع است، قاعده‌ای تازه وضع کرده و بدین وسیله از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تخطی کرده است. ممکن است ایراد شود: رأی وحدت رویه‌ی قضایی در حکم قانون بوده و درست به همین دلیل است که برای دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است (میرزایی، 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 دیوان‌عالی 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 مزبور نیست. بر این مبنا، دیوان کشور طی صدور رأی وحدت رویه فوق‌الذکر به وضع

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

افزون بر این، با صدور رأی وحدت رویه شماره 628 اصلی دیگر از اصول حقوق کیفری نقض شده است. همان‌گونه که برخی نویسندگان اشاره کرده‌اند: «از آنجا که مطابق ماده 22 قانون پیشین مجازات اسلامی تخفیف مجازات تعزیری مجاز و ممکن است، لذا تبصره 1 ماده 1 قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب 1367 متضمن امری استثنایی و خلاف قاعده است و به همین جهت نباید در مورد جرایمی که مجازات آن‌ها به کلاهبرداری احاله شده است توسعه و تسری داده شود» (خدابخشی، همان، ص 100). گویا بر این مبناست که در رأی اصراری شماره 31 سال 1351 احاله‌ی یک ماده قانونی به ماده دیگر، تنها از حیث میزان مجازات مقرر در قانون مرجوع‌الیه مورد پذیرش قرار گرفته و هیأت عمومی کیفری دیوان کشور، اعلام کرده است: «... عطف ماده 14 قانون حمایت خانواده به بند 5 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 احاله شده است در قانون جدید که مجازات را به قانون قدیم احاله داده مؤثر است» (خدابخشی، همان جا؛ این عقیده را از منبع زیر نقل کرده است: علی‌آبادی، موازین قضایی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ج 388/2 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 7/119-1366/2/23 آمده است: «با عنایت به رأی وحدت رویه شماره‌ی 52-1363/11/1 هیأت عمومی دیوان عالی کشور که کلاهبرداری غیر قابل گذشت می باشد بنابراین، انتقال مال غیر که حسب قانون مصوب 1308 کلاهبرداری به شمار آمده است، غیر قابل گذشت است». مشابه این عقیده در نظریه‌ی شماره‌ی 7/12964-1371/12/15 تکرار شده است: «... [جرم] انتقال مال غیر، قابل گذشت نبوده و مجازات آن به نحو مقرر در قانون تشدید

مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری می باشد». همچنین، در نظریه شماره‌ی 7/7348-1373/12/10 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 می‌خوانیم: «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 مسأله‌ی احاله‌ی مجازات یکی دیگر از مسائل حل‌نشده‌ی احاله‌ی قانون است و به همین جهت، نظر برخی محققان مبنی بر توصیه به قانونگذاران مبنی بر پرهیز از احاله و ارجاع در قوانین، قابل تأیید است (خدابخشی، همان منبع، ص 99). گویا قانونگذاران خود نیز به این حقایق واقف‌اند. از این‌رو، در قوانین جدید تلاش شده است از احاله‌ی مجازات جرم معین به جرایم دیگر پرهیز شود و برای هر عمل مجازات مستقل در نظر گرفته شود. ماده 727 لایحه‌ی قانون تجارت مصوب 1390/10/6 کمیسیون قضایی مجلس - که تاکنون به تأیید شورای نگهبان نرسیده است - نمونه‌ای از این تحول است. در این ماده می‌خوانیم: «چنانچه ظهرنویس در ظهرنویسی تاریخ مقدمی را قید کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. در حالی که ماده‌ی 248 قانون تجارت مصوب 1311 در این باره مقرر داشته است: «هر گاه ظهرنویس در ظهرنویسی تاریخ مقدمی قید کند مَزور شناخته می‌شود». مطابق این حکم، مجازات مقرر بزه جعل و تزویر برای عمل موصوف، تعیین شده است.

بر اساس آنچه گذشت، مسائل ناشی از ارجاع و احاله‌ی 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 به‌دست داد. افزون بر این، پراکندگی موارد و مصادیق احاله و ناهمگونی آنها چندان است که قیاس و قاعده‌سازی 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 متعذر است. به‌علاوه، حتی تصریح به اصول و قواعد کلی ارجاع قانون، در قوانین موضوعه، راهگشا نیست. زیرا، نمونه‌های ناقص 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 بعضاً 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 ناهماهنگی آنها با قوانین جدید، در صورتی که در قانونی دیگر به آن احاله شده باشد، زودتر به چشم می‌آید و آسیب جدیه نظام حقوقی وارد می‌کند. از این رو، اصلاح و تغییر قوانین زیر پیشنهاد می‌شود:

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

مجازات اسلامی اصلاح و تغییر یابد؛

2. 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 وکالت دادگستری مصوب 1376 اصلاح شود و کارآموزان وکالت از مداخله در مرحله فرجامی ممنوع شوند یا اینکه فقط اجازه‌ی مداخله در مرحله بدوی به آنها داده شود؛

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

با وجود این، تا زمان تحقق اصلاحات قانونی فوق‌الذکر، حقوقدانان و مجریان قانون، برحسب وظیفه و رسالت خود ناگزیرند به هنگام برخورد با مسائل و دشواری‌های ناشی از احاله‌ی قوانین، ضمن دقت در مفاد قوانین و بهره‌گیری از اصول و استدلال‌های حقوقی به یک نظریه‌ی موجّه و موافق با ذوق سلیم 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)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- شهیدی، مهدی، (1382)، **حقوق مدنی**، جلد سوم، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- 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)، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد چهارم، تهران: انتشارات فکرسازان.
- مرتضوی، بابک، (1386)، **صلاحیت کارآموزان در قبول دعاوی مدنی**، خبرنامه‌ی کانون وکلای 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 وکالت کارآموزان وکالت 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.