

## گزارش نشست قضایی استان

# پاسخ به پرسش‌های ۳۶۲ تا ۳۶۴

تنظیم: حمید مهدی‌پور، قاضی حوزه معاونت

گرفته و با وصف تعیین وکیل تسخیری، تنویحا و ظاهرا با به کار بردن عبارت (رسیدگی غیابی)، حکم صادره را غیابی تلقی کرده تا کماکان باب و اخواهی برای متهمی که متواری بوده و اساسا امکان دفاع از حقوق خویش و احتمال ارائه ادله لازم جهت بی‌گناهی خود را نداشته، باز باشد (تبصره ۴ ماده واحده فوق).

لیکن این مستند قانونی مربوط به دادگاه‌های جنایی سابق، با وجود نصوص قانونی جاری نظیر مواد ۱۸۶ و ۲۱۷ و ۲۶۰ آ.د.ک جدید قابلیت اجرا ندارد.

بنابراین مادام که نص صریحی چنین احکامی را با وجود وکیل تسخیری، غیابی اعلام نکند (که البته عدالت و حمایت از حقوق متهمان چنین اقتضایی را دارد)، نمی‌توان احکام مزبور را غیابی دانست.

### آقای صدیقی

(مستشار تجدیدنظر):

اولاً - مطابق ماده ۲۱۷ قانون دادرسی کیفری محاکمه غیابی صرفاً در جرائم مربوط به حقوق‌الناس و نظم عمومی که جنبه حق‌اللهی ندارد، مجاز است. ثانیاً در جرایمی که حق‌اللهی نیست لیکن مشمول تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون فوق‌الذکر مانند اعدام و قصاص می‌باشد، چنانچه متهم شخصاً تعیین وکیل ننماید، وکیل تسخیری برای او الزامی است.

گرفتن وکیل تسخیری فرع بر وجود حضور متهم است زیرا وکیل باید از موکل (که در اینجا متهم است) دفاع کند و وقتی متهم اصولاً حضور ندارد وکیل از چه کسی دفاع کند؟

وکیل همیشه به نیابت از موکل اقدام می‌کند و تعیین وکیل تسخیری در موقعی جایز است که وکالت تعیینی ممکن باشد و در خصوص مورد که موکل حضور ندارد، وکالت تسخیری هم منتفی است. مضافاً اینکه تعیین وکیل تسخیری در غیاب متهم به دلائل ذیل به ضرر متهم است:

۱- اینکه، حق انتخاب وکیل تعیینی که مقدم بر وکالت تسخیری است از متهم سلب می‌گردد.

۲- با انتخاب وکیل تسخیری چون موضوع مشمول

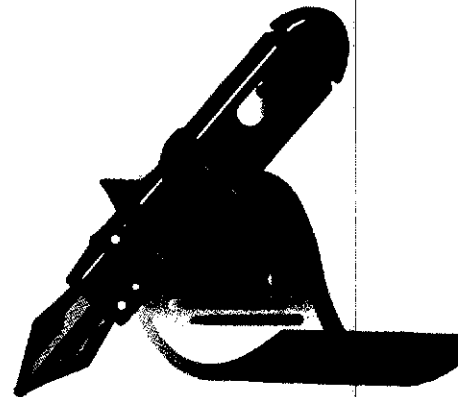
سنوال ۳۶۲ - در جرایمی که حضور وکیل متهم در جلسه دادرسی الزامی است چنانچه متهم متواری و دستگیر نشده باشد و کیفرخواست هم غیابی صادر شده باشد آیا دادگاه می‌تواند رأساً وکیل تسخیری تعیین و رسیدگی نماید؟ آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اولاً - اصولاً عدم حضور متهم پرونده، مانع از تعقیب و محاکمه وی نخواهد بود (بند الف ماده ۶۵، ۶۸، ۷۰ و ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری جدید). لیکن در جرائم خاصی که به شرح تبصره ۱ ماده ۱۸۶ آ.د.ک جدید احصاء شده (جرائمی که مجازات قانونی آنها قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد)، حضور وکیل (خواه انتخابی و اختیاری یا تسخیری) برای متهم الزامی است.

بنابراین در چنین مواردی هرگاه متهم متواری بوده و دستگیر نشده باشد، دادگاه مکلف است راساً نسبت به تعیین وکیل تسخیری مطابق تبصره ۱ ماده ۱۸۶ آ.د.ک جدید اقدام کند؛ چه وقتی متهم علیرغم حضور خود از تعیین وکیل انتخابی خودداری می‌ورزد یا اساساً وکیل برای خود تعیین نمی‌کند، دادگاه مکلف به تعیین وکیل تسخیری می‌شود، به طریق اولی در جایی که متهم اساساً حضور ندارد و متواری است، می‌باید برای او وکیل انتخاب کرد.

بنابراین نه تنها دادگاه می‌تواند در چنین مواردی وکیل تسخیری تعیین کند، بلکه باید گفت که مطابق قانون مزبور، او مکلف به انجام چنین کاری است.

ثانیاً - ملاک صدور حکم غیابی حسب مادتهای ۲۱۷ و ۲۶۰ آ.د.ک جدید، عدم حضور متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه و عدم تقدیم لایحه و نهایتاً حکم به محکومیت متهم است؛ خواه وکیل مزبور انتخابی باشد یا تسخیری. بنابراین مادتهای ۲۱۷ و ۲۶۰ آ.د.ک جدید از حیث حضور وکیل (اعم از وکیل انتخابی و تسخیری) اطلاق دارد و صرف حضور وکیل تسخیری موجب حضوری شدن حکم دادگاه خواهد شد. البته ماده واحده قانون راجع به تجویز دادرسی غیابی در امور جنایی مصوب ۱۳۳۹/۳/۲ شرایطی را به نفع متهم در نظر



ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک می‌شود. یعنی اگر وکیل در یکی از جلسات رسیدگی حاضر باشد رأی از حالت غیابی خارج می‌شود در حالی که متهم اصولاً دفاعی از خود نکرده و به این صورت امتیاز حکم غیابی که به نفع وی می‌باشد را از دست می‌دهد. نتیجتاً دادگاه برای متهم متواری (غیابی)، حق تعیین وکیل تسخیری را ندارد.

#### آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):

به موجب اصل ۳۵ قانون اساسی، آرای وحدت رویه شماره‌های ۱۵ - ۶۳/۶/۲۸ و ۵۹۸ - ۱۳۷۴/۴/۲ و ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر مصوب ۷۷/۱۰/۲۲ و تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری تعیین وکیل تسخیری در موارد مذکوره در قانون الزامی و تکلیف قانونی است. در فرض سؤال با توجه به صدور کیفرخواست غیابی، دادگاه در مقام رسیدگی مکلف به تعیین وکیل تسخیری است اما با توجه به متواری بودن متهم و با فرض اینکه موضوع اتهام از مواردی باشد که دادگاه مجاز به رسیدگی غیابی باشد، با توجه به اینکه تعیین وکیل تسخیری منوط به عدم معرفی وکیل از ناحیه متهم است. باید به نحو مقتضی (نشر آگهی) به متهم جهت تعیین وکیل احتیاط و در صورت عدم معرفی وکیل از ناحیه وی نسبت به تعیین وکیل تسخیری اقدام شود. با توجه به اینکه وکیل تسخیری به استناد رأی وحدت رویه مارالذکر دارای کلیه اختیارات قانونی در مقام دفاع می‌باشد، لذا حتی از متهم ضایع نمی‌گردد.

#### آقای پسندیده

(دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):

در پاسخ به سؤال باید گفت نکته اول و قابل توجه این است که دادگاه در جرائم موضوع تبصره یک ماده ۱۸۶ از قانون آیین دادرسی کیفری،

نسبت به انتخاب وکیل تسخیری برای متهم، تکلیف دارد. اداره حقوقی قوه قضائیه نسبت به این تکلیف در نظریه شماره ۷/۱۰۰۳۴ خود نسبت به این امر تأکید کرده است. هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۱۵ - ۶۳/۶/۲۸ نیز به ضرورت تعیین وکیل تسخیری اشاره نموده است. توجهاً به اینکه وکیل تسخیری در قانون برای رسیدگی و محاکمه ضروری تلقی کرده است؛ ولی این امر به معنای این نیست که حضور وکیل تسخیری همسنگ با حضور خود متهم در جلسه می‌باشد. خود متهم مادامیکه در جلسه حاضر نشود و دفاعیاتی را اعلام ندارد، جلسه دادرسی غیابی است و رأی صادره هم غیابی محسوب می‌شود. بنابراین نظریه شماره ۷/۳۰۲۰ - ۸۰/۵/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه واجد اشکال می‌باشد.

در خصوص اینکه آیا وکیل تسخیری، تکلیفی بعد از صدور رأی دادگاه بدوی دارد یا خیر؟ باید گفت که هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۳/۲۲۲ - ۱۳۲۸/۸/۳ اعلام داشته است که (حدود اختیارات وکیل تسخیری

محدود به مرحله بدوی نیست و وکیل تسخیری مادامیکه در عنوان وکالت باقی است باید در مراحل بعدی دادرسی هم دخالت نماید.)

بنابراین خلاصه کلام اینکه با استنادل فوق و در جهت رعایت حقوق متهم متواری، باید گفت که رأی صادره غیابی است نه حضوری.

#### آقای شجاعی (دادگستری شهریار):

با توجه به مفاد ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری و نص صریح ماده ۲۱۷ قانون مذکور مبنی بر تجویز رسیدگی غیابی، در خصوص جرائم مرتب با حق الناس و نظم عمومی و تبصره یک ماده ۱۸۶ از همان قانون، مشعر بر ضرورت مداخله وکیل در محاکمه متهم در جرائم مستلزم مجازات قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد باید بیان داشت که در جرائم موضوع ماده ۱۸۶ - تبصره ۱ - قانون آیین دادرسی کیفری که دارای جنبه حق الناس می‌باشند دادگاه ملزم است با تعیین وکیل تسخیری برای متهم متواری و غایب نسبت به رسیدگی اقدام نماید نظریه ۷/۴۸۵۳ - ۸۰/۵/۱۶ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز موید نظر معنونه می‌باشد.

#### آقای اهورکی

(دادسرای عمومی و انقلاب هشتگرد):

به موجب ماده ۱۸۱ و ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری هم اجازه رسیدگی غیابی در امور غیرحق‌اللهی و هم تکلیف دادگاه بر ادامه رسیدگی اعلام گردیده است و به موجب تبصره ۱ ماده ۱۸۶ همان قانون و رأی وحدت رویه ردیف ۶۲/۷۱ تاریخ ۶۳/۶/۲۸ تکلیف دادگاه بر رسیدگی به اتهام جرائم که مجازات آن قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد باشد با حضور متهم است؛ لذا در صورتی که متهم متواری باشد دادگاه مکلف است برای رسیدگی به اتهام وکیل تسخیری تعیین نماید.

این امر هم تکلیف دادگاه است و هم حق متهم غایب، اصل عدالت و انصاف نیز اقتضا به همین امر می‌نماید. اصل (الحاکم ولی للغایب) نیز اقتضا می‌نماید که دادگاه رعایت حقوق و مصلحت متهم غایب را بنماید. رأی دادگاه در این حالت رأی حضوری نخواهد بود زیرا اولاً- حضوری تلقی نمودن رأی دادگاه، مسقط حق متهم مبنی بر شرکت در دادگاه بدوی و رساندن دفاعیاتش به گوش دادگاه خواهد بود. ثانیاً - به موجب ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری هرگاه متهم یا وکیل او در جلسات دادگاه حاضر نباشند و یا لایحه نفرستاده باشد، رأی دادگاه غیابی خواهد بود و منظور از وکیل او وکیل است که متهم تعیین نموده یا وکیل که به تقاضای متهم توسط دادگاه انتخاب می‌شود و در فرض فوق، وکیل نه توسط متهم و نه به تقاضای او تعیین شده است بلکه توسط دادگاه و به جهت رعایت مقررات و تشریفات رسیدگی تعیین گردیده است. ثالثاً - از نظر حقوقی و اسلامی هرگاه متهم غایب، حاضر شود، حق ارائه دلایل را دارد (الغایب للینه) با این

شرح اولاً- دادگاه مکلف به رسیدگی است، ثانیاً - مکلف به گرفتن وکیل برای متهم غایب است و رأی دادگاه غیابی خواهد بود.

#### آقای سلیمی (دانشگاه آزاد تهران مرکزی):

به نظر اینجانب پاسخ سوال منفی است. هدف قانونگذار از ضرورت حضور وکیل در جرایم مهم، تضمین حق دفاع متهم به اعلی درجه می‌باشد. بدیهی است که متهم همواره حق دارد برای خود وکیل انتخاب کند؛ لیکن قانونگذار خواسته در جرایمی که اهمیت بیشتری دارند و مجازات حبس یا اعدام برای آن تعیین شده، چنانچه متهم قادر یا مایل به معرفی وکیل از جانب خود نباشد در کنار خود بتواند وکیل داشته باشد. لیکن با غیبت وی چنانچه برای وی وکیل تسخیری تعیین شود محاکمه حضوری تنفی شده و عملاً حق دفاع متهم از بین خواهد رفت، چرا که متهم (محمکوم علیه) پس از صدور حکم و قطعیت آن حتی حق واخواهی نیز نخواهد داشت که این نقض غرض مقنن است.

ضمناً قانونگذار در تبصره ۱ ماده ۱۸۶ «معرفی نمودن» یا «امتناع ورزیدن» را شرایط تعیین وکیل تسخیری دانسته است. ضمناً سؤال به طور مطلق طرح شده و ظاهراً چون با حضور وکیل تسخیری محاکمه حضوری تلقی می‌شود، لذا با فرض تجویز چنین محاکمه‌ای، هم شامل حق الناس و هم شامل حق الله می‌شود که این هم نقض غرض قانونگذار است. ضمناً با توجه به تصریح ماده ۳۰۸ ق.آ.د.ک سال ۱۳۷۸ قانون آ.د.ک ۱۳۹۰ و اصلاحات بعدی آن، منسوخ است و در این زمینه نمی‌توان به قانون ۱۳۳۹ در خصوص تجویز محاکمه غیابی جرایم جنایی استناد جست.

بدیهی است با توجه به وحدت ملاک قسمت اخیر ماده ۱۸۰ ق.آ.د.ک، دادگاه در صورت ظن قوی بر وقوع جرم، تا دستیابی به متهم، پرونده را مفتوح می‌گذارد. ناگفته پیداست که اگر دلایل علیه متهم کافی نباشد، دادگاه می‌تواند رأی بر برائت متهم در غیاب وی صادر کند چون در این فرض تضییع حق از وی متصور نیست. همچنین اگر رأی غیابی تلقی شود تجویز چنین محاکمه‌ای را می‌توان پذیرفت.

#### آقای قربانوند (کلینیک حقوقی):

به موجب تبصره اول از ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی در امور کیفری (در جرائمی که مجازات آن بر حسب قانون قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد چنانچه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید، تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است مگر در خصوص جرائم منافی عفت که متهم از حضور یا معرفی وکیل امتناع ورزد) و نیز رأی وحدت رویه شماره ۱۵ - ۶۳/۶/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (... مداخله وکیل تسخیری در صورتی که متهم شخصاً وکیل تعیین نکرده باشد در محاکم کیفری و در موردی که مجازات اصلی آن جرم، اعدام یا حبس دائم باشد، ضروری است.)

اما باید این مهم را در نظر داشت که به موجب ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری در جرائمی که جنبه حق‌اللهی ندارند و دارای جنبه حق‌الناسی و مربوط به نظم عمومی، می‌توان رسیدگی غیابی نمود. به نظر می‌رسد جراثمی که مجازات قانونی

آنان حبس دائم، قصاص نفس، رجم و اعدام می‌باشد غالباً دارای جنبه حق‌اللهی هستند.  
ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی در امور کیفری: (در کلیه جرائم مربوط به حقوق‌الناس و نظم عمومی که جنبه حق‌اللهی ندارند هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و یا لایحه نفرستاده باشند دادگاه رأی غیابی صادر می‌نماید...)

**آقای مومنی (شورای حل اختلاف):**

با توجه به ماده ۱۸۰ آیین دادرسی کیفری که رسیدگی غیابی را در حقوق‌الناس و حقوق عمومی در دادگاه کیفری تجویز نموده است، به جز در حقوق‌الله در سایر موارد رسیدگی غیابی جایز است و با توجه به اطلاق تبصره ۱ ماده ۱۸۶ همان قانون در مواردی که مجازات قانونی قصاص نفس یا اعدام، رجم و حبس ابد باشد، تعیین وکیل تسخیری برای متهم (ولو اینکه متواری باشد) الزامی است چه در این موارد درخواست متهم برای وکیل تسخیری نیاز نیست (مستفاد از مفهوم ۱۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری)

**آقای ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):**

در این خصوص دو نظر در بین همکاران محترم وجود دارد.

**نظر اول:** طبق ماده ۱ از ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری در جرایمی که مجازات آن به حسب قانون، قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد می‌باشد چنانچه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است مگر در خصوص جرائم منافی عفت که متهم از حضور یا معرفی وکیل امتناع ورزد. تبصره ۲ همان ماده نیز می‌گوید در کلیه امور جزایی به استثناء جرائم مذکور در تبصره ۱ این ماده و یا مواردی که حکم غیابی جایز نیست، هرگاه متهم وکیل داشته باشد ابلاغ وقت دادرسی به وکیل کافی است، مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند. بنابراین از جمع این دو تبصره چنین استنباط می‌شود که با توجه به اهمیت جرائمی که رسیدگی به آنها منوط به داشتن وکیل انتخابی و یا تسخیری است حتی ابلاغ وقت دادرسی به وکیل کفایت نمی‌کند و متهم حتماً بایستی در جریان رسیدگی به اتهامش قرار گیرد؛ لذا رسیدگی بدون اطلاع و آگاهی و در غیاب وی امکانپذیر نیست زیرا چنانچه رسیدگی غیابی در جرائم مهمه فوق تجویز شود ای بسا وکیل تسخیری به لحاظ عدم اطلاع از مآقع از جمله وضعیت روانی متهم نتواند آن گونه که شایسته باشد از متهم دفاع نماید و نتیجه دادرسی محکومیت وی را رقم بزند که با وصف ابلاغ دادنامه به وکیل تسخیری، محکومیت متهم نهایتاً قطعی و لازم‌الاجرا خواهد شد لذا این رویه مطلقاً با احتیاط در دماء و جرائم مهمه فوق سازگار نیست.

**نظر دوم:** از آنجایی که در قانون آیین دادرسی کیفری نصی وجود ندارد که رسیدگی غیابی به جرائم مورد نظر را صراحتاً منع کرده باشد و وکیل تسخیری نیز وظیفه دفاع از متهم را به عهده دارد لذا موجبی برای عدم رسیدگی به اتهام چنین متهمی وجود ندارد.  
**آقای محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):**

**اولاً:** جرائمی که حضور وکیل متهم (اعم از وکیل تسخیری یا تعیینی) در جلسه دادرسی الزامی است، شامل: ۱- جرائمی که مجازات آن به حسب قانون قصاص نفس و اعدام و رجم و حبس ابد باشد (تبصره ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک) تعیین وکیل برای متهم از ناحیه دادگاه الزامی است.

۲- در رسیدگی به جرائم اطفال، هرگاه ولی یا سرپرست قانونی طفل در دادگاه حاضر نشود و وکیل هم برای طفل تعیین ننماید در این مورد دادگاه باید برای متهم، وکیل تسخیری تعیین نماید. (ماده ۲۲۰ ق.آ.د.ک)

**ثانیاً:** در مواردی که متهم متواری و دستگیر نشده باشد و کیفرخواست هم برای او غیابی صادر شده باشد، چنانچه متهم مرتکب جرائمی شود که حضور وکیل در جلسه دادرسی الزامی باشد، دادگاه باید برای چنین متهمی چنانچه وکیل تعیینی نداشته باشد رأساً وکیل تسخیری تعیین کند (تبصره ۱ ماده ۱۸۶).

**ثالثاً:** باید متذکر شد در دادگاه‌های بخش، دادگاه‌های عمومی جزائی که مستقیماً بدون وجود تشکیلات دادسرا انجام وظیفه می‌نماید، چنانچه متهم در فرض سؤال طفل باشد و دادگاه در اجرای مفاد تبصره ۲ ماده ۴۹ از قانون مجازات اسلامی، تنبیه متهم را لازم و مصلحت بداند در این موارد نیز در اجرای مفاد ماده ۲۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری در صورت عدم حضور ولی یا سرپرست قانونی متهم در دادگاه و عدم تعیین وکیل از ناحیه ولی یا سرپرست طفل، دادگاه موظف است برای متهم وکیل تسخیری تعیین و او را نیز جهت رسیدگی دعوت نماید و برابر ماده ۲۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی ولو در غیاب متهم، حضوری محسوب خواهد شد نه غیابی.

**رابعاً:** در تبصره ۲ ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک آمده است: در کلیه امور جزایی. به استثنای جرائم مذکور در تبصره (۱) این ماده و یا مواردی که حکم غیابی جایز نیست، هرگاه متهم وکیل داشته باشد ابلاغ وقت دادرسی به وکیل کافی است مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند.

بنابراین در کلیه جرائمی که تعیین وکیل اجباری نیست، هرگاه متهم وکیل داشته باشد، ابلاغ دادرسی به وکیل او کافی است مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند.

جمله مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک را مجدداً بیان می‌کنیم منتهی به نحو دیگری که مفهوم مخالف تبصره ماده مذکور است:

در کلیه امور جزایی که تعیین وکیل اجباری است، هرگاه متهم، وکیل (اعم از تعیینی و تسخیری) داشته باشد، ابلاغ وقت دادرسی به وکیل کافی نیست، مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند.

پیام جمله فوق این است، در مواردی که حضور متهم لازم است ابلاغ وقت دادرسی به وکیل و حضور وکیل کافی نبوده و ادامه رسیدگی و صدور حکم بدون حضور متهم نیز جایز نیست. پیام دیگر این جمله آن است که مواردی که حضور متهم لازم نباشد یعنی: ۱- هرگاه دلایل کافی برای توجه اتهام به متهم و اثبات مجرمیت متهم وجود نداشته باشد

دادگاه حکم بر برائت متهم صادر خواهد نمود که تبصره ۲ ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک این امر را تأیید می‌کند و در این تبصره آمده است که در جرائمی که جنبه حق‌اللهی دارد چنانچه محتویات پرونده مجرمیت متهم را ثابت ننماید و تحقیق از متهم ضروری نباشد دادگاه می‌تواند غیاباً رأی بر برائت صادر نماید.

۲- و از طرف دیگر چنانچه دلایل کافی جهت صدور حکم و محکومیت متهم وجود داشته باشد مثل علم قاضی در اجرای مفاد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی که در این ماده آمده است: «حاکم شرع می‌تواند در حقیقت و حق‌الناس به علم خود عمل کند و حد‌اللهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند، اجراء حد در حق‌الله متوقف به درخواست کسی نیست ولی در حق‌الناس اجراء حد موقوف به درخواست صاحب حق است.» پس در این مورد دادگاه موظف است به رسیدگی خویش ادامه دهد و در صورت احراز مجرمیت اقدام به صدور حکم به محکومیت متهم بنماید.

چنانچه حضور متهم لازم باشد یعنی: ۱- قرائن قابل توجهی وجود دارد که اتهام را متوجه متهم کرده ولیکن برای ادامه رسیدگی و صدور حکم کافی نیست. ۲- و یا ادله اثبات آن جرم مثل «اقرار» آن هم اقرار عندالحاکم و آن هم به حد نصاب مثلاً در میبحث زنا، که با چهار بار اقرار عندالحاکم ثابت می‌شود موجود نباشد و به طرق دیگر هم آن جرم اثبات نشده باشد و ظن قوی هم بر وقوع جرم وجود داشته باشد ولیکن به حدی نباشد که قاضی در اجرای مفاد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی بتواند به علم خود عمل کند در این مورد تا دستیابی به متهم، پرونده مفتوح خواهد ماند و ادامه رسیدگی ممکن نخواهد بود و دادگاه حق صدور حکم غیابی را نخواهد داشت ولو اینکه متهم وکیل تعیین کرده باشد یا دادگاه برای او وکیل تسخیری تعیین کرده باشد.

بنابراین با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک در کلیه جرائمی که وکالت اجباری نیست چنانچه متهم وکیل داشته باشد، ابلاغ وقت دادرسی به وکیل کافی است مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند.

اما حال تبصره ۲ ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک را با ماده ۱۸۱ ق.آ.د.ک مقایسه می‌کنیم:

در ماده ۱۸۱ ق.آ.د.ک آمده است:

«... چنانچه حضور متهم در دادگاه لازم نباشد و موضوع جنبه حق‌اللهی نداشته باشد، بدون حضور وی رسیدگی و حکم مقتضی صادر می‌نماید.»  
در واقع در هر دو آنها (تبصره ۲ ماده ۱۸۶ و ماده ۱۸۱ ق.آ.د.ک) می‌خواهند بگویند در جرائمی که جنبه حق‌اللهی ندارد و در مواردی که صدور حکم غیابی جایز است چنانچه حضور متهم لازم باشد ادامه رسیدگی و صدور حکم ممکن نخواهد بود و ممنوع است در غیر این صورت ادامه رسیدگی و صدور حکم، بدون حضور متهم و با حضور وکیل یا بدون حضور وکیل بلاشکال خواهد بود. پس: ۱- چنانچه متهم حاضر نشود و لکن وکیل معرفی کرده باشد و وکیل متهم، در جلسات دادرسی حضور یابد یا لایحه‌ای تقدیم نماید در اینجا، در صورتی

که صدور حکم بدون حضور متهم جایز باشد و حکم صادر شود برابر مفاد ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک حکم حضوری محسوب خواهد شد.

۲- در مواردی که متهم متوازی و دستگیر نشده باشد و کیفرخواست برای او صادر شده باشد چنانچه متهم وکیل معرفی نکرده باشد در صورتی که حکم بدون حضور متهم جایز باشد دادگاه موظف است با تعیین وقت رسیدگی، طرفین را احضار و متهم را به نحو انتشار آگهی در اجرای مفاد مواد ۱۱۵ و ۱۸۰ ق.آ.د.ک، به رسیدگی خویش قرار دهد و اقدام به صدور حکم مقتضی بنماید و چنین حکمی قطعاً برابر مفاد ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک غیابی محسوب خواهد شد.

**نتیجه گیری:**

۱- در کلیه جرائم، اعم از مندرج در تبصره یک ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک، و مواردی که جنبه حق الهی داشته و صدور حکم غیابی جایز نیست و نیز در سایر جرائم، در مواردی که «حضور متهم لازم باشد» رسیدگی غیابی بدون حضور متهم ولو اینکه متهم وکیل تسخیری یا تعیینی داشته باشد ممنوع است که اشاره به ضرورت و الزام حضور متهم در دادرسی های کیفری است که این امر حقوق دفاع متهم را تضمین می کند. (برابر تبصره ۲ ماده ۱۸۶ و ماده ۱۸۱ ق.آ.د.ک)

۲- مصادیق و مواردی که حضور متهم در دادرسی های کیفری لازم است شامل:

**الف:** در حقوق الله: برابر مفاد ماده ۱۸۰ ق.آ.د.ک در صورت ظن قوی بر وقوع جرم (در حقوق الله که رسیدگی غیابی صحیح نیست) تا دستیابی به متهم، پرونده مفتوح خواهد بود.

**ب:** در سایر جرائم: برابر مفاد ماده ۱۸۱ ق.آ.د.ک، هرگاه متهم بدون عذر موجه حاضر نشود و وکیل هم نفرستد در صورتی که دادگاه حضور متهم را مثلاً جهت اخذ آخرین دفاع لازم بداند، او را جلب خواهد نمود و اگر جلب او میسر نباشد در اجرای مفاد ماده ۱۴۰ ق.آ.د.ک، کفیل یا وثیقه گذار او را جهت معرفی متهم احضار می نماید و در صورتی که حضور متهم از طریق جلب، یا معرفی وثیقه گذار یا کفیل فراهم نگردد، دادگاه در اجرای مفاد مواد ۱۱۵ و ۱۸۰ ق.آ.د.ک پس از تعیین وقت رسیدگی و احضار متهم به نحو انتشار آگهی و احضار شاکی به نحو ابلاغ اخطاریه، اقدام به رسیدگی غیابی نموده و حکم مقتضی را صادر خواهد نمود.

بنابراین یکی از مواردی که حضور متهم لازم است، اخذ آخرین دفاع از متهم است و اخذ آخرین دفاع فقط مربوط به خود متهم است و از وکیل متهم نمی توان برابر مفاد ماده ۱۹۳ ق.آ.د.ک آخرین دفاع اخذ نمود.

۳- قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک، حضور متهم در جلسه دادرسی را ضروری ندانسته به طوری که ابلاغ وقت دادرسی را به وکیل کافی دانسته است در صورتی که محور رسیدگی های کیفری، متهم است و تمام قضایا بر حول و محور متهم می گردد، پس حضور متهم در دادرسی های کیفری لازم و ضروری است و در دادرسی های مدنی، قاضی بر اساس ادله اثباتی و مدارک و مستندات و بالاخره

با استنباط قضائی، اقدام به صدور رأی می نماید اما در دادگاه های جزائی که شخصیت متهم حساس می باشد تا متهم در دادگاه حضور پیدا نکند و دادرسی او را از نزدیکی نبیند، نمی تواند به درستی شخصیت او را ارزیابی کند، شرکت وکیل مدافع، ضرورت حضور متهم را منتفی نمی کند مگر اینکه متهم شخصاً تمایل نشان ندهد و این ایراد مهمی است که به ماده مذکور وارد است زیرا در صورتی که امکان ابلاغ وقت رسیدگی به متهم وجود داشته باشد و متهم متوازی نشده باشد ابلاغ وقت دادرسی و احضار او جهت دفاع از خود لازم بلکه به دلایل مذکور ضروری است و قانونگذار در اصل ۱۲۵ قانون اساسی داشتن وکیل برای متهم را توصیه می کند و نیز در صورتی که متهم امکان معرفی وکیل را نداشته باشد تکلیف نموده است که باید برای او وکیل انتخاب نمود. در واقع وکیل، کسی است که از متهم دفاع و حمایت می کند و قضاوت را روشن می کند تا محکمه با طیب خاطر اقدام به تصمیم گیری نماید و بی گناهی محکوم نگردد.

اما از موارد مذکور که بگذریم و به واقعیت ها بنگریم در دادرسی های کیفری مشاهده می شود که در بیشتر اوقات متهم از حسن نیت قانونگذار سوءاستفاده نموده است؛ اگر قانونگذار صریحاً رسیدگی بدون حضور متهم و وکیل او را به طور کل منع کند یا رسیدگی بدون حضور متهم ولو با حضور وکیل را منع کند، متهم از حضور در محکمه امتناع خواهد کرد و اکثریت دادرسی های کیفری یا بدون تصمیم گیری نهایی و صدور حکم باقی خواهد ماند یا مشمول مرور زمان مندرج در ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک خواهد شد که منتهی به صدور قرار موقوفی تعقیب در اجرای مفاد ماده ۶ همین قانون خواهد گردید، قانونگذار در این مورد وقتی قانونگذاری می کند باید تمام جوانب امر را لحاظ کند، از طرفی اجازه حضور متهم در دادگاه و دفاع از خود را بدهد و از طرف دیگر با قانونگذاری جلوی سوءاستفاده های متهم را به نحوی که عرض شد بگیرد و از طرف دیگر جلوی اطلاع دادرسی را بگیرد و از سوی دیگر حقوق شاکی در دادرسی ها را نادیده نگیرد. زیرا شاکی به محکمه مراجعه نموده تا حقیقت را بگیرد و به خواسته اش برسد و کوتاهی و تاخیر در رسیدگی، او را چه بسا به انتقام وادارد که این خطرناک است و چراغ قرمز، پس قانونگذار باید مواردی که رسیدگی بدون حضور متهم جایز است را صریحاً و به طور واضح و بدون هیچ ابهام و شک و تردیدی مشخص و اعلام نماید، همچنین مواردی که رسیدگی بدون حضور متهم جایز نیست را هم دقیقاً معین نماید تا هم قاضی رسیدگی کننده و هم وکلا و حقوقدانان و اساتید فن یکپارچه یک نظر و رأی داشته باشند و مباحث آنچنانی را به وجود نیارد که آخرش هم نشود نتیجه گیری کرد و قضایا در هاله ای از ابهام بماند و یا قانونگذار اقدام به اصلاح مواد قانونی بنماید اما چه اصلاحی، اصلاحی که یک یا دو کتاب اصلاحیه هم برای آن اصلاحیه نوشته است باز نتوان حق مطلب را آنچنان که باید، ادا کرد.

۵- مواردی که متهم حق دارد از حضور وکیل امتناع

و از معرفی وکیل خودداری نماید:

برابر مفاد تبصره یک ماده ۱۸۶ ق.آ.د.ک، در جرائمی که مجازات آن به حسب قانون، قصاص نفس و اعدام و رجم و حبس ابد می باشد چنانچه متهم شخصاً وکیل معرفی ننماید، تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است مگر در «جرائم منافی عفت» که متهم از حضور یا معرفی وکیل امتناع ورزد و زنا یا محصنه و غیرمحصنه و لواط و زنا یا به عفت و زنا یا محارم نسبی و زنا یا مرد غیرمسلمان با زن مسلمه از مصادیق بارز جرائم منافی عفت به شمار می آید که مجازات آن رجم و یا اعدام است؛ به نظر می رسد متهم علاوه بر جرائم منافی عفت حق دارد در جرائمی که غیرعینی است از قبیل جرائم «برخلاف اخلاق حسنه» و «امور خانوادگی و دعاوی خصوصی» به درخواست طرفین و جرائم «مخل امنیت یا احساسات مذهبی» از حضور یا معرفی وکیل امتناع کند.

۶- مواردی که قاضی رسیدگی کننده می تواند متهم را از داشتن وکیل محروم کند:

**الف:** در مواردی که موضوع آن جنبه محرمانه دارد. **ب:** در مواردی که حضور غیرمتهم موجب فساد گردد.

**ج:** در جرائم علیه امنیت کشور.

(برابر مفاد ماده ۱۲۸ ق.آ.د.ک)

اما اینکه معنی محرمانه بودن چیست و موارد آن کدامند و منظور از فساد چیست؟ و موارد آن کدامند و جرائم امنیت کشور آیا شامل کلیه جرائم می شود یا استثنائپذیر است و سایر موارد اشکالاتی است که بر این ماده وارد است و ما را عملاً و به طور نظری با اشکال مواجه ساخته است لذا قانونگذار قبل از به کار بردن این الفاظ باید معنی و موارد و مصادیق این الفاظ را مشخص و معین و بیان نماید.

۷- ضابطه تشخیص حق الله و حق الناس:

**الف:** ماده ۲ قانون آ.د.ک، کلیه جرائم دارای جنبه الهی را به سه دسته تقسیم نموده است:

اول: جرائمی که مجازات آن در شرع معین شده مانند موارد حدود و تعزیرات شرعی.

دوم: جرائمی که تعدی به حقوق جامعه یا مخل نظم همگانی می باشد.

سوم: جرائمی که تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین حقیقی یا حقوقی است.

**ب:** اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۴۰۳۶ مورخه ۱۳۶۹/۸/۷: «ضابطه تشخیص

حق الله و حق الناس موضوع ماده ۱۵۹ قانون تعزیرات و ماده ۳۰ قانون تشکیل دادگاه های کیفری ۱ و ۲ در قانون معین نشده ولی جرائمی که منشاء آنها تجاوز به حقوق اشخاص و اضرار به آنها است مانند صادر کردن چک بلامحل، خیانت در امانت و فحاشی از حقوق الناس و جرائمی که منشاء آنها تخطی و تجاوز از احکام الهی است مانند شرب خمر، قمار، زنا و نظائر آنها از حقوق الله و جرائمی که منشاء آنها تخلف از نظامات مملکتی است مانند رانندگی بدون پروانه و ارتکاب قاچاق و امثال آنها از حقوق عامه یا حقوق ولائی یا هر عنوان مناسب دیگر محسوب می شود و در مورد تردید نسبت به



حق‌الله بودن یا نبودن جرمی باید از کتب فقهی و فتوای مشهور استفاده شود.  
این تفاوت، تفاوت دقیقی نیست و بسیاری از جرائم هستند که دارای جنبه الهی و حق‌الناسی می‌باشند و معلوم نیست که کدام یک از این دو جنبه را باید را باید بر دیگری ترجیح داد و حتی در منابع فقهی هم ملاک روشنی ارائه نشده است تا قاضی بتواند در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی مشکل خود را حل کند.

ج: کمیسیون استفتائات شورایی قضائی نیز در نظریه مورخ ۱۳۶۲/۵/۱۷ در این خصوص چنین اظهار نظر کرده است: «به نظر می‌رسد هر جرمی که موجب «تضرر» شخص یا اشخاص بشود حق‌الناس و هر جرمی که باعث اختلال و اختلال در نظم گردد و موجب لطمه بر مصالح اجتماعی و حقوق عمومی باشد حق‌الله محسوب می‌شود؛ بنابراین امکان دارد که در بعضی از موارد جرم واقع شده و جرم هر دو جنبه فوق‌الذکر باشد که در این صورت ظاهراً جنبه حق‌اللهی آن جرم تغلب داده می‌شود مانند تخریب و جعل و خیانت در امانت و کلاهبرداری و اختلاس و مزاحمت بانوان در علن و ارتشاء و قماربازی و... که همه اینها دارای دو جنبه هستند و بنابراین در این گونه موارد جنبه حق‌اللهی و جهت عمومی آنها غلبه داده می‌شود نتیجه این خواهد شد که این قبیل جرم‌ها قابل گذشت از سوی شاکی یا مدعی خصوصی نمی‌باشد و یا متهمین طبق مقررات رفتار خواهد شد و به نظر می‌رسد که این معیار کلی قابل اجرا می‌باشد، مگر در مواردی که قانون یا شرح مقررات دیگری داشته باشد که در این صورت آن مقررات خاص، متبع خواهد بود منجمله سرتق و قذف که جنبه حق‌الناسی آنها شرعاً تغلب داده شده و با گذشت شاکی یا مدعی خصوصی قبل رفع الامر الی الحکام، مجازات مجرم ساقط می‌گردد و تعقیب آن موقوف می‌شود...»

ج: رویه قضائی نیز در مورد به دست آوردن ملاکی برای تشخیص جرائم حق‌اللهی و حق‌الناس به نظریه قاطعی نرسیده است.

۹- رسیدگی غیابی در مورد صدور چک بلامحل: رأی وحدت رویه شماره ۶۴/۶۲ هیأت عمومی دیوانعالی کشور: «هرگاه پرونده، مربوط به اتهام صدور چک بلامحل طبق موازین قانونی معد برای اظهار نظر باشد رسیدگی و صدور حکم در غیاب متهم خالی از اشکال است.»

و برابر ماده ۲۲ قانون صدور چک بلامحل، به محض ابلاغ اخطاریه به متهم و عدم شناسایی متهم در آدرس اعلامی (بانکی) یا نقل مکان نمودن متهم از محل اقامتگاه خویش و عدم دسترسی به متهم و یا عدم امکان جلب متهم دادگاه بدون انتشار آگهی (در اجراء مفاد مواد ۱۱۵ و ۱۸۰ ق.آ.د.ک) اقدام به صدور حکم غیابی خواهد نمود.

۱۰- علت ممنوعیت صدور حکم در حق‌الله: از آنجایی که اعمال مجازات در جرائم حق‌اللهی بنا بر تخفیف است و خداوند نیازی به اجرای این گونه مجازات‌ها ندارد و احتمال دارد که شخص غایب دلیلی بر برائت خود داشته باشد و از طرف دیگر ممنوعیت حکم غیابی در حقوق‌الله هیچ

مخالفی در میان فقهای شیعه ندارد، در عین حال در صورت احراز این گونه جرائم اعمال مجازات تأخیرپذیر نیست.

۱۱- رسیدگی توأم جرم حق‌الناس که با جرم حق‌الله توأم باشد:

اگر جرمی دارای دو جنبه حق‌اللهی و حق‌الناسی باشد فقط در حق‌الناس می‌توان حکم صادر نمود و در جنبه حق‌اللهی با شرایط موجود در پرونده باید مسکوت ماند.

مثلاً در جرم سرتق مشمول حد می‌توان حکم به رد مال داد و لکن نمی‌توان حکم به قطع دست سارق نمود.

۱۲- رأیی که دادگاه صرفاً با استناد به لایحه متهم صادر می‌کند رأی حضوری به معنای واقعی آن نیست؛ بلکه رأیی است که به «منزله رأی حضوری» می‌باشد زیرا «حضور»، ظهور در حضور فیزیکی دارد و حتی در ماده ۳۰۳ قانون مدنی، ابلاغ واقعی را از موجبات حضوری بودن محاکمه اعلام نموده است، هرچند در این مورد هم مثل مورد بالا «حضور» ظهور در حضور فیزیکی دارد که این واقعیت است اما باید به آنچه قانونگذار در ماده ۲۱۷ ق.آ.د.ک، و ۳۰۳ ق.آ.د.ک وضع نموده است و آن را ملاک قرار داده است احترام بگذاریم و مجبور به تبعیت از آنها هستیم و نمی‌توان برخلاف آنچه قانونگذار ملاک تشخیص حکم غیابی از حکم حضوری قرار داده است اقدام نمود.

۱۳- تجویز رسیدگی غیابی در پرونده‌های مربوط به قاچاق:

برابر ماده ۸ از دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و موضوع تبصره یک ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۹ خردادماه ۱۳۷۴ قوه قضائیه با اصلاحیه‌های بعدی «عدم حضور متهم مانع از رسیدگی و صدور حکم نبوده و چنانچه

شعبه رسیدگی کننده ادله جرم را کافی بداند یا متهم پس از تفهیم اتهام ظرف مهلت مقرر (۳۰ روز مقرر در ماده ۴ همین دستورالعمل) در شعبه حضور نیافته و لایحه‌ای ارسال ندارد اقدام به صدور رأی خواهد نمود.»

و در تبصره همین ماده آمده است: «چنانچه متهم متواری گردد دادگاه در مهلت مقرر غیاباً رسیدگی نموده و رأی مقتضی را صادر خواهد کرد.»

چنانچه متهم در داسرا در مرحله تحقیقات مقدماتی حاضر شده باشد و در اظهارات و دفاعیات خویش در خصوص جرائم منافی عفت متناسبه از ابتدا اعلام نماید که نیازی به وکیل ندارد و بعداً قبل از اخذ آخرین دفاع و صدور کیفرخواست متواری شود و دیگر دستگیر نشود، به نظر می‌رسد به دلیل امتناع متهم از تعیین وکیل و عدم حضور متهم جهت تعیین وکیل در اجرای مفاد تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیازی به تعیین وکیل تسخیری از ناحیه دادگاه در خصوص جرائم منافی عفت (اعم

از جرم منافی عفت غیر از زنا، یا حتی زنا منجر به رجم) نیست.

به چند نظریه اداره حقوقی در این خصوص می‌پردازیم:

۱- برابر نظریه شماره ۸۷/۴۱ مورخ ۱۳۶۴/۸/۲۵: (سؤال: در مورد قتل عمدی آیا می‌توان به اتهام متهم غیاباً و بدون حضور وی رسیدگی نمود یا خیر؟) جواب: «طبق ماده ۲۹۰ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری فقط در جرائم و اموری که جنبه حق‌اللهی دارند محاکمه مرتکب حتماً بایستی با حضور متهم صورت گیرد.

بنابراین در غیر موارد مذکور، رسیدگی غیابی منع قانونی ندارد و چون قتل عمدی جنبه حق‌اللهی ندارد رسیدگی غیابی نسبت به آن بلااشکال است.»

۲- برابر نظریه شماره ۷/۹۵۲ مورخ ۱۳۶۲/۶/۳۰:

سؤال: آیا در کلیه جرائمی که جنبه عمومی دارد حضور متهم برای محاکمه ضروری است و اصولاً می‌توان به کلیه جرائمی که جنبه عمومی دارد حق‌الله تعبیر نمود یا خیر؟ جواب: «با توجه به ماده ۲۹۰ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری، چون جنبه حق‌اللهی و جنبه عمومی، مفاهیم جداگانه می‌باشند که در بعضی موارد با یکدیگر منطبق و در پاره‌ای موارد از هم مجزا هستند لذا ضرورت حضور متهم برای محاکمه در تمام جرائمی که جنبه عمومی دارد کلیت نخواهد داشت.»

۳- برابر نظریه شماره ۷/۶۲۶۸ مورخ ۱۳۷۳/۹/۱۲

سؤال: با توجه به قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، آیا ماده ۳۰ قانون تشکیل دادگاه‌های

کیفری یک و دو شعب دیوانعالی کشور دائر بر منع محاکمه و صدور حکم غیابی در جرائمی که جنبه حق‌اللهی دارند به قوت خود باقی است؟

جواب: (قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مقررات ماده ۳۰ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری

یک و دو شعب دیوانعالی کشور را فسخ نکرده و با لحاظ مقررات ماده ۱۶ آن قانون رسیدگی به دعوی که جنبه حق‌اللهی دارند کماکان باید با حضور متهم باشد.

حضور متهم در دادگاه در جرائمی که جنبه حق‌اللهی دارد، وقتی است که دلایل کافی بر توجه اتهام موجود و لزوم رسیدگی و صدور حکم را ایجاب نماید. صرف اعلام شکایت، بدون دلیل از موجبات رسیدگی با تعیین جلسه و دعوت متهم نخواهد بود.)

۴- نظریه شماره ۷/۱۵۷ مورخ ۱۳۷۲/۲/۱۲ سؤال:

در جرائم حق‌اللهی اگر داسرا دسترسی به متهم نداشته باشد آیا داسرا می‌تواند متهم را در جرائم مذکور به وسیله نشر آگهی احضار و پرونده را جهت رسیدگی به دادگاه ارسال نماید یا خیر؟ جواب: منع محاکمه اموری که جنبه حق‌اللهی دارند مربوط به محاکمه اموری در دادگاه‌های کیفری است و ارتباطی به عملکرد داسرا ندارد. با توجه به اینکه تحقیقات

### حضور متهم در دادگاه در جرائمی که جنبه حق‌اللهی دارد، وقتی است که دلایل کافی بر توجه اتهام موجود و لزوم رسیدگی و صدور حکم را ایجاب نماید

مقدماتی باید فوری صورت گیرد و به هیچ عذر و بهانه‌ای نمی‌توان انجام تحقیقات مقدماتی را به تاخیر انداخت و یا متوقف کرد.

بنابراین در مورد استعلام دادسرا باید اقدام لازم معمول و با احضار متهم از طریق درج در جرایم و غیره تحقیقات مقدماتی را ولو به طور غیابی انجام داد.

۵- نظر به شماره ۲/۲۵۳ مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۴: که خلاصه آن این چنین است که «در جرائم حقالله در صورت احراز وقوع جرم و عدم دسترسی به متهم صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست بلاشکال است.»

۶- نظریه شماره ۷/۴۸۵۳ مورخ ۱۳۸۰/۵/۱۶ سنوالم: طبق تبصره ۱ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در جرائمی که مجازات آن به موجب قانون قصاص نفس، اعدام، رجم و حبس ابد است در صورتی که متهم وکیل معرفی نکند، تعیین وکیل تسخیری برای او الزامی است. در مواردی که قاتل فراری است و در جلسات رسیدگی شرکت نمی‌کند محاکمه وی چگونه ممکن است؟

چون بر اساس تبصره ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بایستی برای قاتل فراری وکیل تسخیری تعیین شود و چون وکیل در جلسات محاکمه شرکت می‌کند لذا محاکمه و اتخاذ تصمیم نسبت به چنین شخصی فاقد منع قانونی است و با شرکت وکیل در جلسات دادرسی حکم صادره حضوری محسوب می‌شود نه غیابی.

**نظر اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۵/۵):**

برابر فرض سنوالم، متهم متواری بوده و دستگیر نشده بدین لحاظ امکان تحقیق از متهم مذکور و اخذ دفاعیات وی در دادسرا وجود نداشته است لیکن چون در امر کیفری، معوق گذاشتن پرونده صحیح نمی‌باشد دادسرا اقدام

به رسیدگی قانونی نموده و سپس پرونده را با کیفرخواست به دادگاه ارسال کرده است.

دادگاه جهت رسیدگی حضور وکیل متهم را الزامی دانسته اما چون متهم وکیل معرفی نکرده در نتیجه دادگاه راسا مبادرت به انتخاب وکیل تسخیری کرده و پس از رسیدگی به موضوع، رای مقتضی صادر نموده است اکنون سنوالم این است که اقدام دادگاه صحیح بوده است یا خیر؟ در این خصوص با توجه به بحث و تبادل نظرهای به عمل آمده در جلسه، سه نظر به شرح ذیل ابراز گردید:

نظر اول - با توجه به فرض سنوالم اقدام دادگاه صحیح بوده، لیکن رای صادره غیابی می‌باشد (نظر ده نفر).

نظر دوم - اقدام دادگاه صحیح بوده و رای صادره نیز حضوری خواهد بود زیرا وکیل تسخیری همانند وکیل تعیینی دارای کلیه اختیارات قانونی در مقام دفاع از موکل خود می‌باشد و از این حیث تفاوتی با

وکیل تعیینی ندارد (ده نفر).

نظر سوم (اقلیت) - اقدام دادگاه صحیح نمی‌باشد زیرا متهم متواری بوده و به همین جهت وکیل مذکور اساسا دسترسی به موکل نداشته تا بتواند دفاعیات او را بشنود و یا دلایل و مدارک او را اخذ و به دادگاه، ارائه نماید ضمن اینکه با این اقدام دادگاه حق انتخاب وکیل تعیینی از متهم سلب شده و رای صادره از حالت غیابی خارج می‌گردد.

در نتیجه امتیاز حکم غیابی که به نفع متهم بوده نیز از دست می‌رود. بنابراین در فرض سنوالم موقعی اقدام دادگاه صحیح و رای صادره حضوری تلقی می‌گردد که حداقل وکیل تسخیری به متهم دسترسی داشته باشد تا بتواند دفاع لازم را از موکل خود به عمل آورد.

### سؤال ۳۶۳: مرجع رسیدگی به اعتراض ضبط وثیقه توسط دادستان، دادگاه عمومی است یا دادگاه تجدیدنظر؟

**آقای نهرنی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**

به نظر می‌رسد با لحاظ جمیع جهات و مستندات قانونی، مرجع رسیدگی به اعتراض به ضبط وثیقه به دستور دادستان، دادگاه تجدیدنظر استان باشد زیرا: اولاً - به خلاف سکوت نسبی مقرر در مقررات آیین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۷۸ و قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸، مقررات آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۰ که هم‌اکنون در دادگاه‌های نظامی یک و دو اجرا می‌شود،

یک و دو مستند خاص قانونی را برای دو مرحله از رسیدگی تصویب و در نظر گرفته است؛ اولین مرحله مربوط به مرحله تعقیب در دادسرا می‌باشد که مطابق ماده ۱۳۶ مکرر آ.د.ک اصلاحی مورخ ۱۳۳۵/۱۱/۳۰ به دادستان اختیار داده تا دستور اخذ وجه‌الکفاله و یا ضبط وثیقه به

نفع دولت را صادر کند.

مرجع رسیدگی به شکایت از دستور دادستان نیز، دادگاه شهرستان تعیین شده است. از سوی دیگر تبصره ماده ۲۳۴ آ.د.ک اصلاحی و الحاقی مصوب ۱۳۳۷/۵/۱ نیز برای ضبط وثیقه یا اخذ وجه‌الکفاله و غیره کلیتا به ماده ۱۳۶ مکرر ارجاع داده و سپس اعلام داشته که در این مرحله رئیس دادگاه به جای دادستان اقدام می‌نماید. لیکن در باب مرجع رسیدگی به شکایات، تعیین تکلیف صریح نکرده بلکه صرفاً به این نکته اشاره کرده که (موارد شکایت و ترتیب شکایت همان است که در ماده نامبرده (۱۳۶ مکرر) ذکر شده است).

بنابراین بی‌تردید نمی‌توان گفت که مرجع صدور دستور ضبط وثیقه و مرجع رسیدگی به شکایت از دستور مزبور، یکی یعنی همان رئیس دادگاه است. بی‌تردید در چنین وضعیتی مرجع رسیدگی به اعتراض، محکمه پژوهشی خواهد بود. اما با

این اوصاف در باب مقررات جاری در دادسراها و دادگاه‌های عمومی فعلی نیز، نمی‌توان گفت که هرگاه دادستان دستور ضبط وثیقه را صادر کند، دادگاه عمومی یا انقلاب حسب مورد صلاحیت رسیدگی به اعتراض و شکایت از دستور مزبور را بر عهده دارند.

ثانیاً - دادستان در مواقعی صلاحیت صدور دستور ضبط وثیقه را دارد که هم تأمین یاد شده (وثیقه) در مرحله تعقیب در دادسرا صادر و اخذ شده باشد و هم متهم پرونده در زمان تعقیب و رسیدگی در دادسرا از حضور استتکاف ورزد. بنابراین چنانچه قرار تأمین مزبور (اخذ وثیقه) ابتدائاً در زمان محاکمه و دادرسی در دادگاه صادر و اخذ شود و یا اینکه متهم در زمان محاکمه از حضور در زمانی که حضور او ضروری بوده امتناع ورزد و وثیقه‌گذار هم قادر به تسلیم او نباشد، دادستان صلاحیت صدور دستور ضبط وثیقه را در این مرحله نخواهد داشت و صرفاً رئیس دادگاه رسیدگی کننده و یا آنچه که در ماده ۱۴۰ آ.د.ک جدید پیش‌بینی شده یعنی رئیس حوزه قضایی، اختیار صدور دستور ضبط وثیقه را خواهد داشت. البته رای وحدت رویه شماره ۶۷۹ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور در این باب با این عبارت که با تصویب قانون اصلاح ق.ت.د.ع و مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ مجدداً دادسرا تاسیس و بر طبق ماده سوم همان قانون دادستان دارای اختیارات مقامی خویش می‌گردد، تلویحاً بر صلاحیت دادستان بر صدور دستور ضبط وثیقه علی‌الاطلاق صحنه گذاشته که جای بسی تأمل دارد ولی این رای به هیچ وجه نص مقرر در ماده ۱۴۳ آ.د.ک جدید را در باب تعیین دادگاه تجدیدنظر به عنوان مرجع صالح جهت رسیدگی به اعتراض از دستور ضبط وثیقه، متأثر نساخته و نسخ نمی‌کند. به ویژه آنکه دستور به ضبط وثیقه حداقل مضمّن تملک مبلغ مورد تأمین از محل وثیقه موصوف به نفع دولت است و علاوه بر نص مقرر در ماده ۱۴۳ آ.د.ک جدید، عدالت نیز اقتضاء می‌کند که وقتی رسیدگی به اعتراض از دستور ضبط وثیقه توسط رئیس حوزه قضایی در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر قرار گرفته، رسیدگی به اعتراض از دستور ضبط وثیقه توسط دادستان نیز بر عهده همان دادگاه تجدیدنظر باشد.

**آقای پسندیده**

**(دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):**

با توجه به اینکه زمان حکومت ماده ۱۴۳ از قانون آیین دادرسی کیفری در فرضی بود که تشکیلات قضائی و دادرسی از طریق دادگاه عمومی بوده است که در آن تشکیلات مرحله تحقیق و تعقیب و صدور رأی و مرجع انجام این موارد در یک مرجع جمع شده بود و آن دادگاه بوده است.

با اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، این دو مرحله تفکیک شد و یک سری از اختیارات رئیس حوزه قضایی به دادستان محول شد و با توجه به اینکه طبق اصول و مقررات دادرسی و تشکیلات قضائی تصمیماتی که از جانب دادستان و بازپرس در دادسرا صادر می‌شود از قبیل قرار منع تعقیب، موقوفی تعقیب، ترک تعقیب تأمین‌خواسته

و قرار اناطه قابل اعتراض در دادگاه، بدوی می‌باشد. بنابراین با توجه به اینکه شأن تأسیس محاکم تجدیدنظر اینست که نسبت به آراء صادره از محاکم بدوی که به دنبال یک جریان دادرسی صادر شده است و یک مرحله دادرسی را طی نموده است رسیدگی نماید. بنابراین طبق مقررات و اصول مسلم حقوقی، شأن دادگاه تجدیدنظر رسیدگی بدوی نیست و حتماً باید رسیدگی در این محاکم باید مسوق به دادرسی بدوی در محاکم بدوی باشد.

کلام دیگر اینکه وجود اختلاف در صلاحیت مرجع صادرکننده دستور ضبط، بین همکاران محترم قضائی، که یک عده رئیس حوزه قضائی را صالح به صدور دستور ضبط می‌دانستند ولی عده دیگری از همکاران نظر به اعاده اختیارات رئیس حوزه قضائی به دادستان که در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۰ ضبط وجه الوثاقه و یا وجه‌الکفاله را از اختیارات دادستان فرض کرده بود که در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب این صلاحیت و اختیار به رئیس حوزه قضائی عودت شد و در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که به قانون احیاء دادرسی معروف است این اختیار در حاله‌ای از ابهام قرار گرفت چرا که از لفظ «کلیه اختیارات» اختیار دستور ضبط وجه‌الکفاله و وجه‌الوثاقه استنباط می‌شود که اخیراً هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۹-۱۸/۵/۸۴ دادستان را واجد صلاحیت صدور دستور ضبط وجه‌الکفاله و یا وجه‌الوثاقه دانسته است.

بنابراین از این رأی استنباط می‌شود که به تبع تغییر مرجع صالح برای صدور دستور ضبط، مرجع تجدیدنظرخواهی از این دستور هم تغییر می‌یابد به نحوی که دادگاه عمومی بدوی، مرجع صالح برای تجدیدنظرخواهی از دستور صادره می‌باشد.

#### آقای شجاعی (دادگستری شهریاری):

با توجه به تصریح ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری تردیدی نیست که در وضعیت فعلی با توجه به لازم‌الاجرا بودن حکم ماده ۱۴۳ و با توجه به مفاد ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ مرجع رسیدگی به موضوع سؤال دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد.

#### آقای شهریاری:

نظریه اکثریت قضات دادرسی جنایی تهران: در زمان دادرسی سابق ما ماده ۱۲۶ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۱۱ و اصلاحی ۱۲۲۵ را داشتیم که مرجع اعتراض به ضبط وثیقه را دادگاه عمومی شهرستان تعیین کرده بود. با حذف دادرسی و ایجاد دادگاه عام بر طبق ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری مرجع اعتراض دادگاه تجدیدنظر تعیین گردیده است. با احیاء دادرسی و اعاده اختیارات رئیس حوزه قضائی به دادستان، مرجع ضبط وثیقه بر طبق رأی وحدت رویه، دادستان معین گردید اما در خصوص مرجع اعتراض به ضبط وثیقه موضوع به سکوت بیان شده است.

لایحه در درست تدوین قانون آیین دادرسی کیفری نیز دادگاه عمومی را مشخص کرده است اما با توجه به فقدان نص صریح در این زمینه به استثناء

ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری، مرجع اعتراض به ضبط وثیقه توسط دادستان دادگاه تجدیدنظر با توجه به قوانین و مقررات فعلی می‌باشد.

#### آقای اهوراکی

(دادسرای عمومی و انقلاب هشتگرد):

منشاء این اختلاف به صدور دستور ضبط وثیقه برمی‌گردد که پس از احیاء دادرسی اختلاف شد که آیا دادستان می‌بایست دستور ضبط صادر نماید یا رئیس حوزه قضائی؟ موافقین به نظر دادستان، به ماده ۱۰ آیین‌نامه اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب استناد و موافقین به صدور دستور ضبط توسط رئیس حوزه قضائی به ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری استناد می‌نمودند. رأی وحدت رویه صادره تکلیف را روشن نمود و علیرغم نص ماده ۱۴۳، دادستان را به عنوان مرجع و مقام دستور دهنده و ضبط وثیقه مشخص نمود. با این وصف با عنایت به اینکه در حال حاضر دادستان دستور ضبط وثیقه را صادر می‌نماید و علی‌الاصول رسیدگی به اعتراض تصمیمات دادرسی در دادگاه عمومی کیفری محل است و صلاحیت دادگاه تجدیدنظر، صلاحیت خاص است و اصل با صلاحیت محاکم عمومی است. ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری صلاحیت دادگاه تجدیدنظر را در زمانی اعلام نموده که دستور ضبط توسط رئیس حوزه قضائی صادر شده باشد و لذا با وصف تغییر مقام صادرکننده دستور مقام رسیدگی‌کننده نیز تغییر یافته و دادگاه عمومی محل صالح است.

#### آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):

با توجه به اینکه بعد از تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب و حذف دادرسی دستور توقیف وثیقه به عهده رئیس حوزه قضائی واگذار شده است و با تشکیل دادرسی کلیه وظایف و اختیارات دادستان که به رئیس حوزه قضائی واگذار شده بود به دادستان اعاده شده است و به نوعی موضوع به قانون آیین دادرسی کیفری سابق احاله شده است و در ماده ۱۳۶ مکرر قانون مذکور رسیدگی به اعتراض به دستور ضبط وثیقه و با توجه به اینکه دادگاه تجدیدنظر منصرف از رسیدگی بدوی است لذا رسیدگی به موضوع در صلاحیت دادگاه عمومی شهرستان است (نظریه اکثریت).

#### نظریه اقلیت: با توجه به صراحت ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری علیرغم اعاده اختیار دستور ضبط وثیقه به دادستان، رسیدگی به اعتراض به دستور مذکور، وفق ماده مذکور در دادگاه تجدیدنظر استان است.

#### آقای صدیقی

(مستشار تجدیدنظر):

نظر به اینکه با تغییر قانون به ویژه با تصویب ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که صرفاً اختیارات دادستان را که در اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب به رئیس حوزه قضائی تفویض شده بود، مجدداً به دادستان اعاده نموده است، موجب نسخ ماده ۱۴۳ قانون (آیین دادرسی کیفری در خصوص مرجع تجدیدنظر دستور ضبط وثیقه که «دادگاه تجدیدنظر» را صاحب صلاحیت تشخیص داده)،

نگریده است. مع‌الوصف تا اصلاح قانون و تغییر مرجع تجدیدنظر، دادگاه‌های تجدیدنظر مکلف به پذیرش اعتراض نسبت به دستورات ضبط وثیقه، یا پرداخت وجه التزام و وجه‌الکفاله می‌باشند.

#### آقای ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):

اگرچه شأن دادگاه تجدیدنظر اقتضا می‌نماید به ارزیابی و نظارت بر آراء و تصمیماتی بپردازد که در مرحله بدوی از سوی محاکم عمومی و انقلاب صادر شده‌اند و طبق آیین دادرسی کیفری اصل بر این است که تصمیمات متخذه در دادرسی در محاکم عمومی و انقلاب مورد ارزیابی و تجدیدنظر قرار گیرند، اما نظر به صراحت ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری که مرجع تجدیدنظر نسبت به تصمیم دادستان مبنی بر ضبط وثیقه و وجه‌الکفاله و وجه‌التزام را دادگاه تجدیدنظر قرار داده است لاجرم محاکم مذکور بایستی در این خصوص رسیدگی نمایند.

ضمناً متذکر می‌گردم بعضی از همکاران محترم اعتقاد دارند واژه دادگاه تجدیدنظر مذکور در ماده فوق قابل انطباق با محاکم عمومی و انقلاب نیز هست زیرا مرجع تجدید نظر نسبت به سایر تصمیمات قضائی دادرسی محاکم فوق هستند که از این حیث دادگاه تجدیدنظر محسوب می‌شوند. اما در پاسخ باید گفت لفظ فوق زمانی در قانون نوشته شده که به جز دادگاه تجدیدنظر استان مرجع تجدیدنظر دیگری وجود نداشت، مضاف بر اینکه این لفظ صراحتاً برای معنای خاصی که همان دادگاه تجدیدنظر استان است جعل شده و متبادر به ذهن نیز همین معناست.

#### آقای محمدی (دادسرای عمومی بخش گلستان):

اولاً: برابر مفاد ماده ۱۰ آیین‌نامه قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۹ بهمن ماه سال ۱۳۸۱ «در هر حوزه قضائی اختیارات دادستان که در اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ به رئیس حوزه قضائی تفویض شده بود، مجدداً به دادستان محول گردید.» و لکن اختیار صدور دستور اخذ وثیقه و یا وجه‌الکفاله به طور ضمنی یا صریح به دادستان واگذار نشده است.

بنابراین دادستان اجازه صدور چنین دستوری را ندارد بلکه برابر مفاد ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری صدور چنین دستوری از اختیارات رئیس حوزه قضائی است که صریحاً قانونگذار در این مورد تکلیف را مشخص نمود و جای ابهام و شک و تردیدی را باقی نگذاشته است.

ثانیاً: برابر مفاد ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی به اعتراض دستور ضبط وجه‌الکفاله یا وثیقه از ناحیه رئیس حوزه قضائی، دادگاه تجدیدنظر است و قانونگذار رسیدگی به چنین اعتراضی را به دادگاه عمومی واگذار نموده است. (مرجع رسیدگی‌کننده به اعتراض به دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله).

ثالثاً: اشخاصی که حق اعتراض نسبت به صدور ضبط وجه‌الکفاله یا وثیقه را دارند عبارتند از: متهم، کفیل و وثیقه‌گذار (برابر مفاد ماده ۱۴۳ ق.آ.د.ک) بنابراین با توجه قسمت ج از بند دوم از ماده ۲۶ آیین‌نامه قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های

عمومی مصوب سال ۱۳۸۱ دادستان می‌تواند نسبت به احکام کیفری صادره، آن هم از حکم برائت یا «محکومیت غیرقانونی متهم» اعتراض کند و این حق اعتراض و دخالت نسبت به آراء اعم از قرار و حکم و صدور قرارهای تأمین و فک و تمدید این قرارها برای دادستان به نوعی در تبصره ۳ ماده ۲۲ و ماده ۱۸ و بند «ن» ماده سوم و پاراگراف دوم بند «ل» ماده سوم و بند «ز» و «ح» ماده سوم قانون مذکور نیز آمده است.

و لکن قانونگذار حق اعتراض نسبت به دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله را در هیچ قانونی به دادستان نداده است لذا دادستان حق چنین اعتراضی را قانوناً ندارد و رئیس حوزه قضائی تکلیفی در ارسال پرونده به دادگاه تجدیدنظر جهت رسیدگی به اعتراض دادستان را نخواهد داشت و با فرض ارسال چنین پرونده‌ای که مورد اعتراض دادستان واقع شده از ناحیه رئیس حوزه قضائی به دادگاه تجدیدنظر، این اعتراض به لحاظ ذی‌حق بودن دادستان در اعتراض نسبت به چنین دستوری محکوم به رد خواهد بود.

رایعاً: چنانچه پرونده‌ای در یک شعبه از شعب دیوانعالی کشور مطرح باشد و آن شعبه دستور احضار وثیقه‌گذار یا کفیل را جهت معرفی متهم صادر نماید و وثیقه‌گذار یا کفیل در مهلت مقرر اقدام به معرفی متهم ننماید در این صورت به نظر می‌رسد آن شعبه تقاضای اعمال ماده ۱۴۰ از قانون آیین دادرسی کیفری و ضبط وجه‌الکفاله و وثیقه را از رئیس حوزه قضائی دادگاه صادرکننده حکم بدوی را بنماید نه رئیس حوزه قضائی که شعب تشخیص دیوانعالی کشور در آن حوزه قرار دارد. خامساً: ماهیت ضبط وثیقه جنبه حقوقی دارد نه کیفری؛ پس بهتر است با توجه به ماده ۱۴۳ قانون مذکور رسیدگی به اعتراض نسبت به ضبط وثیقه، دادگاه تجدیدنظر باشد زیرا دادگاه کیفری (دادگاه بدوی) اشراف به مسائل حقوقی ندارد پس بهتر است دادگاه تجدیدنظر را به عنوان مرجع تالی به عنوان مرجع رسیدگی به اعتراض دانست.

سادساً: برابر وحدت رویه قضائی شماره ۶۷۹ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۸ هیات عمومی دیوانعالی کشور، برخلاف صریح ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری است. زیرا در این ماده قانونی صریحاً صدور دستور ضبط وثیقه بر عهده رئیس حوزه قضائی نهاده شده و از آنجایی که رأی وحدت رویه قضائی «در حکم قانون» است نه قانون، و از آنجایی که قانون تکلیف قضیه را صریحاً مشخص نموده است هیات عمومی دیوانعالی کشور دیگر حق بررسی و طرح موضوع در آن هیات را نخواهد داشت و نظر هیات عمومی دیوانعالی کشور، قدرت و توانایی برابری با قانون را نخواهد داشت و به نظر می‌رسد رأی دیوانعالی کشور در این مورد با توجه به صراحت قانونی مبنی بر صدور دستور ضبط وثیقه از ناحیه رئیس حوزه قضائی فاقد وجهت قانونی بوده و لازم‌الاتباع نخواهد بود.

از طرف دیگر برابر مفاد ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۱ کلیه اختیارات رئیس حوزه قضائی به

دادستان تفویض شده است و فرق است بین تکلیف و وظیفه و اختیار برابر ماده ۱۰ مذکور، قانون اختیارات رئیس حوزه قضائی را به دادستان تفویض کرده است نه وظایف و تکالیف او را.

دستور ضبط وثیقه از ناحیه رئیس حوزه قضائی مندرج در ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ از وظایف رئیس حوزه قضائی است که با حصول شرایط قانونی آن این وظیفه به رئیس حوزه قضائی واگذار شده است که با حصول آن شرایط رئیس حوزه قضائی باید دستور ضبط وثیقه را صادر نماید نه اینکه رئیس حوزه قضائی می‌تواند دستور ضبط وثیقه را صادر نماید. پس این مورد از وظایف است نه اختیارات که برابر مفاد ماده ۱۰ مرقوم قابل انتقال و واگذاری به دادستان باشد.

ناچاریم وضع قانون کنیم و این وظیفه را بر عهده دادستان بگذاریم در غیر این صورت ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری به قوت خود باقی است.

اما پیشنهادهایی که می‌توان جهت تعیین مرجع صالح جهت رسیدگی به اعتراض نسبت به دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله می‌توان مطرح نمود عبارتند از:

۱- چنانچه شرایط قانونی حصول دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله در دادسرا فراهم گردد (که معمولاً دادیار یا بازپرس به لحاظ عدم وثیقه‌گذار یا کفیل به تعهداتش درخواست ضبط وثیقه یا کفیل را خواهد نمود) بهتر است قانونگذار در این مرحله، مرجع صدور دستور ضبط وثیقه و وجه‌الکفاله را به دادستان حوزه قضائی محول کند و در دادگاه‌های بخش هم که دادرسی یا رئیس دادگاه به جانشینی از بازپرس انجام وظیفه می‌کند درخواست ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله را از دادستان شهرستان حوزه قضائی بنماید.

اما مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله از ناحیه دادستان مذکور، به لحاظ اینکه ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله بر اساس عقد کفالت و عقد ضمان بین قاضی یا متهم یا اشخاص ثالث منعقد شده است، دادگاه‌های حقوقی آن حوزه قضائی باشند.

۲- چنانچه شرایط قانونی حصول دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله در دادگاه‌های عمومی جزایی و انقلاب فراهم گردد و در این حالت، درخواست ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله از ناحیه دادگاه‌های مذکور از رئیس حوزه قضائی بشود و آن مقام در صورت دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله، مرجع رسیدگی به چنین اعتراضی دادگاه تجدیدنظر که مرجع تالی نسبت به دادگاه بدوی و رئیس حوزه قضائی است باشد.

۳- چنانچه شرایط قانونی حصول دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله در دادگاه‌های تجدیدنظر، کیفری استان فراهم گردد؛ در این حالت در صورت درخواست ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله از ناحیه مراجع مذکور، رئیس حوزه قضائی استان مربوطه، مرجع صدور دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله و در صورت اعتراض به این دستور، مرجع رسیدگی به آن دستور، دیوانعالی کشور که مرجع عالی نسبت به

مراجع مذکور است باشد.

۴- چنانچه شرایط قانونی حصول دستور با وثیقه یا وجه‌الکفاله در شعب تشخیص دیوانعالی کشور فراهم گردد؛ در این حالت مرجع مذکور چنانچه متهم را احضار نمود و حاضر نشد و وثیقه‌گذار یا کفیل او را احضار کرد و آنان به تعهد خویش ظرف مهلت مقرر قانونی اقدام نمودند در اینجا مرجع مذکور درخواست ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله را با توجه به اینکه محل استقرار شعب تشخیص دیوانعالی کشور در تهران است از رئیس حوزه قضائی استان تهران بنماید و چنانچه رئیس این حوزه دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله را صادر نمود، مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به این چنین دستوری، «دیوانعالی کشور» باشد.

**نظر اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۵/۵):**

هرچند که رای وحدت رویه شماره ۶۷۹ - ۸۴/۵/۱۸ دادستان را مرجع ضبط وثیقه و یا وجه‌الکفاله و یا وجه التزام تعیین کرده لیکن مرجع اعتراض به این دستور را مبنی بر اینکه دادگاه بدوی است یا تجدیدنظر مشخص نکرده است. به همین جهت در این خصوص پس از بحث و تبادل نظر از ناحیه اعضای محترم کمیسیون دو نظر ابراز گردید:

**نظر اول (اکثریت):** قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ صرفاً اختیارات دادستان را اعاده کرده است و ماده ۱۶ قانون مذکور نیز ترتیب رسیدگی در دادگاه‌ها را طبق مقررات آیین دادرسی مربوطه بیان کرده است. لذا در پاسخ به موضوع سؤال باید گفت با توجه به مقررات فعلی و فقدان نص صریح در این زمینه ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری همچنان لازم‌الاجراء و تا تصویب قانون جدید به قوت خود باقی است و دادگاه‌های تجدیدنظر مکلف به پذیرش اعتراض نسبت به دستورات ضبط وثیقه یا پرداخت وجه‌الکفاله و وجه التزام می‌باشند.

**نظر دوم (اقلیت):** با تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۸۱ اختیارات دادستان اعاده گردیده و با لازم‌الاجراء شدن قانون مذکور در خصوص اینکه مرجع صدور دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله و یا وجه التزام دادستان است یا رئیس حوزه قضائی اختلاف نظر وجود داشت اما با صدور رای وحدت رویه شماره ۶۷۹ - ۸۵/۵/۱۸ و تأیید صلاحیت دادستان به این اختلاف نظر پایان داده شد بدیهی است با صدور چنین دستوری از ناحیه دادستان و در صورت اعتراض به دستور مذکور دادگاه بدوی مرجع رسیدگی به اعتراض خواهد بود زیرا که دادسرا در معیت دادگاه بدوی اقدام می‌نماید و به همین جهت تصمیمات اولیه دادستان در صورت اعتراض هیچگاه در دادگاه تجدیدنظر قابل رسیدگی نخواهد بود.

دادگاه تجدیدنظر در خصوص موضوع موضوعی صالح به رسیدگی بود که دستور، ضبط از ناحیه رئیس حوزه قضائی صادر می‌شد بنابراین با وصف تغییر مقام صادرکننده دستور مقام رسیدگی کننده به اعتراض نیز تغییر یافته و آن هم دادگاه بدوی می‌باشد.



**سئوال ۳۶۴ - چنانچه شرط شده باشد که زن وکیل از سوی زوج است که هرگاه بخواهد با انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه کند آیا ذکر بذل مهریه و وکالت در قبول بذل نیز لازم است؟**  
**آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**

به نظر می‌رسد ذکر بذل مهریه و وکالت در قبول بذل در وکالت‌نامه مربوط به طلاق لازم نباشد زیرا: اولاً - باید توجه داشت که همواره وکالت دادن به دیگری به معنی مسلط کردن وکیل در امور مورد نظر موکل است و بنابراین هرگاه در وجود اختیار و موضوع خاصی در وکالت تفویضی تردید نماییم می‌باید مطابق اصل عدم مقتضای اصل را عدم وکالت در موضوع مورد تردید بدانیم.

بنابراین انجام وکالت در هر یک از امور موکل، مستلزم صراحت و تصریح موضوع وکالت و اختیار معوضه به وکیل است. به همین لحاظ نیز مواد ۶۶۴ و ۶۶۵ و ۶۷۲ قانون مدنی اصولاً وکیل در محاکمه را وکیل در قبض حق نمی‌داند و همچنین وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن محسوب نمی‌شود مگر به دلالت قرینه قطعی. ماده ۶۶۳ قانون مدنی نیز اشعار می‌دارد که وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.

ثانیاً - مورد فوق مانع از انجام لوازم و مقدمات امر مورد وکالت توسط وکیل نیست. به عبارت دیگر آنچنان که از قاعده (اذن در شی اذن در لوازم آن است) برمی‌آید و مبنای ماده ۶۷۱ قانون مدنی قرار گرفته، هرگاه شخصی وکالت در امری داشته باشد، وکالت در لوازم و مقدمات آن را نیز خواهد داشت مگر اینکه تصریح به عدم وکالت در لوازم و مقدمات مورد وکالت شده باشد.

این قاعده فقهی و قانونی از آن جهت تاسیس گردیده که انجام مورد وکالت توسط وکیل متعذر نگردد چه انجام و اجرای مورد وکالت مستلزم انجام مقدماتی است که هرگاه این لوازم و مقدمات تهید و تدارک نگردد، انجام مورد وکالت متعذر و متمنع خواهد شد.

به علاوه وقتی موکل، شخص دیگری را به عنوان وکیل خود در انجام امری انتخاب می‌کند فی الواقع به او اعتماد دارد و او را صالح به انجام امر مزبور می‌شناسد. بنابراین به طریق اولی باید چنین شخصی را در انجام مقدمات و لوازم امر و موضوع اصلی، معتمد موکل شناخت.

بنابراین در فرض سئوال مزبور وقتی زوج به زوجه وکالت در طلاق می‌دهد و انتخاب نوع طلاق را نیز به او تفویض می‌کند بی‌تردید مفروض است که از شرایط و احکام و آثار هر یک از انواع طلاق مطلع است و از جمله در طلاق مبارات (بائن) می‌باید بذل مهر از سوی زوجه صورت گرفته و از سوی زوج قبول بذل گردد. بنابراین هرگاه بخواهیم وکالت در قبول بذل را در چنین فرضی منتفی بدانیم فی الواقع موضوع وکالت تفویضی را مهمل گذاشته و بیپرده کرده‌ایم. بنابراین هرگاه در خصوص قبول بذل تصریح به عدم وکالت شود، زوجه در قبول بذل، وکیل زوج تلقی نمی‌شود.

**آقای ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):**  
 اکثریت همکاران این مجتمع اعتقاد دارند اختیار

مذکور نیز باید در وکالت‌نامه قید شود زیرا صرف اختیار زوجه برای انتخاب نوع طلاق ملازمه با داشتن اختیار در امور مالی شوهر (قبول بذل) نیست.

اما به نظر می‌رسد چنانچه قائل به لزوم قید علیحده این اختیار در وکالت باشیم چنانچه قید نشود موجب نقصان و از انتفاع افتادن اصل وکالت خواهد شد زیرا در طلاق خلع و مبارات لاجرم بایستی مالی از سوی زوجه بذل شود و زوج نیز بایستی آن را قبول کند بنابراین اگر چنین وکالتی به زوجه داده نشده باشد زوج نمی‌تواند نوع طلاق را خلع یا مبارات انتخاب کند در حالی که در وکالت به وی اختیار انتخاب نوع طلاق داده شده است بنابراین طبق قاعده ملازمه اذن در اختیار نوع طلاق مستلزم اختیار در لوازم آن یعنی قبول بذل نیز هست.

**آقای سلیمی (دانشگاه آزاد تهران مرکزی):**  
 قید اینکه زن «وکالت در انتخاب نوع طلاق» را دارد مستلزم آن است که چنانچه قصد طلاق خلع و مبارات داشته باشد حق قبول بذل مهریه را داشته باشد چرا که اذن در شی اذن در لوازم آن است که این قاعده در ماده ۶۷۱ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است. مطابق ماده ۱۱۴۳ ق.م. طلاق بر دو قسم است بائن و رجعی.

زنی که با استفاده از وکالت در صدد مطلقه کردن خود است اصولاً در پی دستیابی به طلاق بائن است و الا در طلاق رجعی با رجوع شوهر تمام تلاش وی بی‌اثر می‌شود. انواع طلاق بائن در ماده ۱۱۴۵ ق.م. احصاء شده که فقط طلاق خلع و مبارات که مستلزم بذل و قبول بذل می‌باشد از مصادیق «اختیاری» طلاق بائن تلقی می‌شوند بنابراین تصریح به انتخاب نوع طلاق مستلزم پذیرش اختیار قبول بذل می‌باشد.

**آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):**  
 با توجه به متن سئوال زوجه وکالت مطلق جهت مطلقه نمودن خود و نیز وکالت و اختیار نوع طلاق را نیز دارد. یعنی وکالت در طلاق خلع نیز دارد و با توجه به قاعده (اذن در شی اذن در لوازم آن نیز می‌باشد) لذا زوجه به تبع وکالت در طلاق خلع وکالت در قبول بذل را نیز دارد و لزوم ذکر وکالت در قبول بذل احراز نمی‌گردد.

**آقای صدقی (مستشار تجدیدنظر):**  
 زوجه می‌تواند ضمن عقد نکاح علاوه بر شرط وکالت در طلاق، وکالت در قبول بذل فداء از ناحیه زوج را نیز بنماید که در این صورت زوجه در هنگام مقتضی، مالی را به زوج بذل نموده و از سوی زوج قبول و به وکالت از زوج خود را مطلقه می‌سازد این طلاق بائن خواهد بود و مادام که زوجه به مبذول رجوع نکند زوج حق رجوع نخواهد داشت. در این صورت، یعنی چنانچه در عقد به طور مطلق برای زوجه شرط وکالت در طلاق قرار داده شود، چون خلع از عقود معاوضی است و زوجه وکالت در قبول فداء را ندارد بی‌گمان طلاق که انجام می‌دهد

از نوع رجعی خواهد بود و زوج می‌تواند پس از انجام طلاق مجدداً رجوع کند (استاد دکتر محقق داماد ص ۳۳۳ حقوق خانواده).

اما آنچه از قسمت اخیر ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی به ویژه عبارت «... زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد» استنباط می‌شود این است: اولاً نوع طلاق از جهت بائن یا رجعی بودن به انتخاب زن می‌باشد که با احراز تحقق شرط توسط محکمه مشخص می‌شود به عبارت دیگر انتخاب نوع طلاق که بائن یا رجعی باشد با زن است و اگر زن، طلاق بائن فرضاً از نوع خلع را انتخاب کند، قبول بذل فداء جزء لازم این حق انتخاب (وکالت در طلاق) است، که با توجه به ماده ۶۷۱ ق.م. که مقرر می‌دارد «وکالت در هر امر، مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد» بنابراین با عنایت به شرط وکالت زوجه در طلاق و اینکه انتخاب نوع طلاق نیز با وی می‌باشد و قبول بذل هم جزء لوازم اعمال حق ناشی از وکالت در طلاق از نوع بائن می‌باشد. نتیجتاً زوج نیاز به وکالت دیگری (جهت قبول بذل فداء) با حصول شرایط مقرر در ماده ۱۱۱۹ ق.م. ندارد و حق دارد خود را مطلقه سازد.

**آقای محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):**  
 اولاً عقد وکالت برابر مفاد مواد ۶۵۶ و ۶۱۰ و ۶۶۱ و ۶۶۳ و ۶۷۲ از قانون مدنی عقدی جایز است و وکیل حق دارد در حدود مورد وکالت اعطایی اقدام نماید نه بیش نه کم، بنابراین موکل حق دارد انتخاب نوع طلاق را هم به وکیل واگذار نماید اعم از طلاق بائن یا طلاق رجعی و هیچ‌گونه منع قانونی در چنین مورد وکالتی وجود ندارد.

زیرا طلاق، ایقاع و حق است و حق هم قابل واگذاری به غیر است مگر اینکه منع قانونی داشته باشد چنانچه موصی وصیت کند که فلان شخص حق دارد بیش از یک سوم از اموال او را به هر کس که تمایل دارد انتقال دهد این وکالت تا یک سوم آن نافذ و صحیح است و بیش از آن مورد وکالت باطل و غیرقانونی و غیرنافذ و بی‌اثر است.

ثانیاً: آیا ذکر بذل مهریه و وکالت در بذل مهریه نیز لازم است یا خیر؟ باید گفت که مهریه حق زوجه است و زوج حق وکالت نسبت به آنچه مالکیتی نسبت به آن ندارد را نخواهد داشت مگر اینکه به موجب قانون یا قرارداد یا تعهدی این حق از ناحیه زوجه به زوج به نوعی واگذار شده باشد که در این صورت، زوج حق دارد که به زوجه وکالت در بذل مهریه را نیز با وکالت در طلاق و انتخاب نوع طلاق را بدهد که به نظر در این حالت این نوع وکالت فاقد اشکال شرعی و قانونی باشد.

ثالثاً: وکالت ممنوع: مواردی که وکالت به غیر یعنی انتقال تصمیم‌گیری نسبت به حقی یا انجام کاری ممنوع است عبارتند از:

۱- وکالت در خرید و فروش محرّمات مثل خرید

**با توجه به مقررات فعلی و فقدان نص صریح ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری همچنان لازم الاجراء و تا تصویب قانون جدید به قوت خود باقی است**

و فروش شرب خمر که منع قانونی و شرعی داشته و جرم هم می‌باشد. ۲- وکالت در فروش آنچه موکل نسبت به آن حق یا مالکیتی نداشته باشد که این عمل خلاف شرع و قانون و جرم هم می‌باشد. ۳- وکالت در انتقال رسمی و قطعی اموال اعم از منقول و غیرمنقول در صورتی که موکل حقی شرعاً و قانوناً نسبت به آن مال یا اموال نداشته باشد و سایر موارد.

رایعاً: شاید عده‌ای بگویند زوجه به علل عسر و حرج و ترک انفاق، حق طلاق دارد و نیاز به اخذ وکالت از زوج ندارد و چنانچه زوج هم وکالت به زوجه در خصوص طلاق بدهد تاثیری ندارد و زوجه خود می‌تواند از این حق استفاده نماید که باید گفت حق طلاق، ایقاع و حق مرد است و از طرف دیگر به علل قانونی حق زوجه هم هست، بنابراین حق طلاق، حق مشترک بین زوجین است و هر یک می‌توانند از این حق استفاده نمایند و چنانچه مرد بخواهد این حق را به زوجه خود به طور مطلق و بدون ذکر نوع طلاق واگذار نماید هیچ منافاتی با حق و حقوق زوجه در طلاق ندارد، حق زوجه برای طلاق حتی با دادن وکالت از ناحیه زوجه به او، باقی خواهد ماند، و لکن زوجه نمی‌تواند حق طلاق را به زوج واگذار نماید.

زیرا این حق برای زوجه بالقوه است نه بالفعل، و لکن زوجه بالفعل دارای این حق است و هر لحظه

می‌تواند از این حق استفاده نماید و چراغ حق طلاق برای زوجه وقتی روشن می‌شود که موجبات طلاق را در دادگاه یا تقدیم دادخواست به اثبات برساند. خامساً: و اینکه گفته می‌شود «اذن در شبی، اذن در لوازم آن است» به نظر در این مورد صحیح نیست زیرا زوج می‌تواند به زوجه خود حق طلاق را تفویض کند و لکن بذل مهریه که حق زوجه است از ناحیه زوج به زوجه قابل واگذاری نیست بنابراین «اذن در وکالت به طلاق»، «اذن در بذل مهریه» نیست، بلکه بذل مهریه چیزی است که به زوجه ربط دارد نه به زوج و زوجه می‌تواند آن را بذل نماید یا ننماید.

اول: اگر زوجه «طلاق خلع» را انتخاب نماید: با توجه به وکالتی که از زوج در مورد طلاق دارد حق دارد در اجراء ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی مالی ولو کم‌ارزش را در حق زوج قرار داده یا مبلغی را به سپرده دادگستری واریز و فیش آن را ضم دادخواست نماید یا با حضور در جلسه دادرسی آن قبض سپرده را تقدیم دادگاه نماید و دادگاه با توجه به وکالت در طلاق مکتسبه زوجه و تودیع وجه در سپرده دادگستری از ناحیه زوجه، اقدام به صدور حکم طلاق نماید و بعد از صدور حکم به طلاق، زوجه می‌تواند در صورت وجود وکالت، با وکالتی که در قبول بذل مال یا وجه مذکور دارد آن وجه سپرده دادگستری یا مال تودیع شده را از آن دادگاه مطالبه نماید و دادگاه وظیفه دارد نسبت به تودیع آن مال یا پرداخت وجه سپرده دادگستری به زوجه با

درخواست او، اقدام نماید.

دوم: اگر زوجه «طلاق مبارات» را انتخاب نماید: در این حالت زوج که وکالت در طلاق به زوجه داده در اجراء مفاد ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی عملاً حاضر به پرداخت عوضی زائد بر میزان مهر در حق زوجه نخواهد شد.

بنابراین «زوجه» جهت استفاده از حق طلاق برابر وکالتی که زوج به او اعطا کرده است می‌تواند عوض مذکور را به سپرده دادگستری واریز و قبض آن را به دادگاه تقدیم نماید. دادگاه پس از احراز وکالت زوج در انتقال حق طلاق به زوجه و ملاحظه قبض تودیع عوض مندرج در ماده فوق‌الذکر، اقدام به صدور حکم طلاق خواهد نمود و چنانچه زوجه، وکالت در بذل عوض مذکور (که باید زائد بر میزان مهریه باشد از ناحیه زوج به خود یا دیگری داشته باشد که صراحتاً باید در مورد وکالت ذکر گردد چون آن عوض هم یک حق دیگری است و انتقال حق به غیر، ممکن نخواهد بود مگر به نحو قانونی یعنی با وکالت و یا تعهد یا قرارداد خاص و غیره. بنابراین چنانچه زوجه وکالت در بذل عوض مذکور را داشته باشد می‌تواند با این وکالت آن مال را بعد از صدور حکم به خود یا دیگری بذل نماید و چنانچه وکالت در قبول بذل مهریه یا عوض مذکور در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی را داشته باشد به طریق اولی می‌تواند این وجه

یا مال را قبول کند و لکن پرداخت وجه یا مال به عنوان عوض مذکور به دادگاه جهت ادامه رسیدگی و صدور حکم از ناحیه دادگاه از جهت رعایت تشریفات رسیدگی لازم است.

هرگاه زوجه «طلاق رجعی» را انتخاب نماید: در این حالت زوجه در اجراء مفاد ۱۱۳۲ قانون مدنی، با اخذ وکالت در طلاق از زوج، از این حق خود استفاده می‌نماید.

زیرا این مورد از موردی که دادن وکالت ممنوع و حرام و غیرقانونی باشد نیست و منع شرعی و قانونی ندارد بنابراین زوجه با تقدیم دادخواست از این حق می‌تواند استفاده کند و دادگاه با احراز این حق از ناحیه زوجه، حکم به طلاق را صادر خواهد نمود.

همان طوری که می‌دانیم اجرائی این نوع طلاق ممکن نخواهد بود مگر با پرداخت کلیه حق و حقوق زوجه، از ناحیه زوج، که بعد از صدور حکم و قطعیت آن، زوجه می‌تواند جهت اجرائی طلاق، از کلیه حق و حقوق شرعی و قانونی خویش صرف‌نظر نماید پس باید وفق مقررات نسبت به اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر طلاق اقدام شود.

و در این حالت وکالت در بذل مهریه و وکالت در قبول بذل آن، معنی و مصداق ندارد. مگر اینکه این حق قبلاً به نحو شرعی و قانونی از ناحیه زوجه به زوج به نوعی انتقال و واگذار گردیده باشد که در این صورت زوج می‌تواند این حق را به زوجه انتقال دهد و زوجه می‌تواند از این حق استفاده نماید.

هرگاه زوجه «طلاق بائن» مندرج در بندهای یک و دو ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی را انتخاب کند:

یعنی زوجه قبل از وقوع نزدیکی از حق طلاقی که از ناحیه زوج به او واگذار شده از ناحیه عقد وکالت از این حق استفاده کند یا اینکه زن یا ناسه باشد (زن پنجاه و یا شصت ساله‌ای که حیض نمی‌بیند) در این دو مورد هم زوجه می‌تواند برابر آنچه در قسمت قبل آمد (هرگاه زوجه «طلاق رجعی» را انتخاب کند) اقدام نماید.

برابر مفاد ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی در صورتی که وکالت به طور «طلاق» شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر این اذن «صریحاً» به او داده شده باشد، که این نیز دلیلی بر این است «اذن در شی، اذن در لوازم آن» در مورد سؤال معنونه نیست زیرا وکالت در طلاق از ناحیه زوج به زوجه، به منزله مجوز استفاده زوجه از حق و حقوقی که در عقد نکاح احیاناً به نفع زوج بوده است نخواهد بود مگر اینکه زوج در ضمن عقد وکالت، تصمیم‌گیری در موضوع طلاق و آن حق و حقوق متعلقه به زوج را هم به زوجه واگذار نماید و از طرف دیگر همان طور که قبلاً گفته شد، مهریه حق زوجه است و وکالت در این مورد از ناحیه زوج به زوجه معنی ندارد. مگر اینکه به نحو شرعی و قانونی به نوعی این حق در حین یا بعد از عقد نکاح از ناحیه زوج به زوجه واگذار شده باشد.

در این صورت چون زوجه حق و حقوقی نسبت به مهر ندارد و این حق به زوج واگذار شده است به نظر در این مورد است که زوج می‌تواند به زوجه وکالت دهد که نسبت به بذل مهریه یا قبول بذل مهریه اقدام و در ماده ۶۶۰ قانون مدنی نیز آمده است:

«وکالت ممکن است مطلق باشد فقط مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود» و ماده ۶۶۳ همین قانون آمده است «وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد» و در ماده ۶۶۴ همین قانون آمده است: «وکیل در محاکمه، وکیل در قبض حق نیست مگر اینکه قرائن دلالت بر آن نماید و همچنین وکیل در اخذ حق، حق وکیل در مراجعه نخواهد بود و در ماده ۶۶۵ همین نیز آمده است: وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه «قرینه قطعی» دلالت بر آن کند. نظر قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۵/۵):

برابر مفاد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند...» ضمن اینکه ماده ۶۷۱ قانون مذکور بیان نموده «وکالت در هر امر مستلزم وکالت در لوازم و مقدمات آن نیز هست مگر اینکه تصریح به عدم وکالت باشد».

بنا به مراتب فوق و با توجه به اینکه در فرض سؤال انتخاب نوع طلاق به زن داده شده یعنی وکالت در طلاق خلع نیز دارد لذا می‌توان گفت بر اساس قاعده (اذن در شی، اذن در لوازم آن نیز می‌باشد) اختیار قبول بذل را هم دارد و نیاز به وکالت دیگری جهت قبول بذل ندارد.