

الرحمن الرحيم



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه
مدیر مسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی
سر دبیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان
جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی
مدیر داخلی: سعید نجات‌زادگان
ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

هیئت تحریریه: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر نجات‌اله ابراهیمیان، دکتر احمد بیگی حبیب‌آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سید حسین صفایی، دکتر محمدتقی عابدی، دکتر میر حسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میر محمد صادقی، دکتر رضا وصالی محمود، دکتر محمد حسین هاشمی

نشانی: تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین در که،
پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر فصلنامه «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۴۵۰۰

«شیوه‌نامه نگارش محتوا در فصلنامه علمی تخصصی رأی»

مقدمه

همان‌گونه که در شماره‌های سابق نیز مشاهده شد، حوزه موضوعی این مجله در چارچوب‌های متفاوت و متنوعی متبلور می‌شود؛ محقق می‌تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «نقد رأی محور» بپردازد. همچنان که مقاله تحلیلی می‌تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و به‌صورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت‌های نقد رأی» همواره در شماره‌های گذشته بخش معتناهی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می‌دهد. به هر حال آنچه تمام بخش‌های مجله را (جزء بخش مطالعات روش‌شناسی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می‌کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می‌شود. به منظور آشنایی با سبک‌های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته‌های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش‌شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می‌پردازد. بخش «نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به‌عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش‌بینی شده است. علاوه بر آن، چشم‌انداز مجله رأی آن است که ان شاءالله در شماره‌های آتی بخش گزارشات و آراء منتخب نیز به‌طور ثابت به مجله اضافه گردد. گزارش‌های مزبور در دو دسته «گزارش رویه قضایی» که صرفاً به توصیف رویه قضایی موجود در یک زمینه خاص می‌پردازد و دسته «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت‌جلسات نشست‌های نقد رأی را ارائه می‌دهد پیش‌بینی شده است. بخش «آراء منتخب» نیز به‌عنوان بخش نهایی هر مجله به نشر آرائی اختصاص می‌یابد که واجد نکات خاص حقوقی یا نگارشی می‌باشد.

بر این اساس برای به سامان کردن نگارش نقدها در قالب‌های گوناگون و متنوع فوق شیوه‌نامه نگارش محتوا برای هر قسمت بصورت مجزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلاً ارائه می‌گردد:

الف) کلیات شیوه‌نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه‌ی مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه‌ی مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه می‌گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۲. مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه‌ی Word 2007 یا جدیدتر نگارش شده باشد.
۳. در هیچ‌کدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.
۴. در صورت لزوم ارجاع‌دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع به‌صورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

• کتب

نام و نام‌خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب به‌صورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار)، شماره صفحه.
مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۷۷.

• مقالات مندرج در نشریات

نام و نام‌خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام نشریه به‌صورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ): شماره صفحه.
مثال: مهدی شهیدی، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱): ص ۱۷.

• منبع الکترونیک

نام و نام‌خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام سایت به‌صورت توپر، <آدرس سایت> (تاریخ مراجعه به سایت).
Sample: Jon Lang, "The Protection of Commercial Trade Secrets," Jon Lang Mediation, available at:

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

۵. در صورت ارجاع‌دهی به منابع دیگر، درج فهرست منابع، به سبک شیکاگو به شرح ذیل نیز لازم است. در خصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که کلیه منابع ابتدائاً بر اساس نوع و سپس بر اساس نام خانوادگی نویسندگان فهرست خواهند شد:

• کتب

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب به صورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار.

مثال: کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).

• مقالات مندرج در نشریات

نام خانوادگی نویسنده، نام، "عنوان مقاله"، نام نشریه بصورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ).

مثال: شهیدی، مهدی، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱).

• منبع الکترونیک

نام خانوادگی نویسنده، نام، "عنوان مقاله"، نام سایت بصورت توپر، <آدرس سایت> (تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Lang, Jon, "The Protection of Commercial Trade Secrets," **Jon Lang Mediation**, available at:

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

۶. معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی به زبان اصلی در پاورقی عیناً درج گردد.

۷. از درج القاب اشخاص از قبیل دکتر، مهندس، پروفیسور، استاد و غیره در کلیه بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسندگان، متن مقاله، ارجاعات و یا

فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسندگان در پاورقی صفحه اول از این قائده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشته‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چارچوب‌های زیر دریافت و پس از طی فرآیند داوری منتشر نماید:

یک – بایسته‌های نگارش و نقد رأی

۱. حجم مقالات تألیفی ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه باشد.
۲. هدف این دسته از مقالات، تبیین و آموزش شیوه و سبک نگارش آراء قضایی می باشد.
۳. این نوع از مقالات اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه‌گیری و منابع و مآخذ می باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دو – نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه‌ی آراء مختلف است؛ لذا لاقلاً استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه‌گیری و منابع و مآخذ می باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی

نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیت؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به‌عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

۶. نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

۷. در بدنه‌ی مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویه‌ی قضایی و آراء صادره‌ی محاکم پرداخته و به فراخور مطلب به آراء محاکم استناد خواهد نمود.

سه – نقد رأی محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوه‌ی نگارش، نقد متن آراء خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۱۵۰۰ و حداکثر ۴۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می باشد:

اول) مشخصات مقاله:

در این بخش ابتدائاً عنوان مقاله (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده یا نویسندگان ذکر می‌شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی،

خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می‌گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیت؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به‌عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: در خصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. در خصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش از مقاله، نویسنده به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال‌های قضات بیان می‌کند.

چهار – یادداشت رأی

۱. در این دسته از نوشته‌ها به بررسی اجمالی نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره و استنادات و استدلال‌های قضات پرداخته می‌شود.
۲. حجم یادداشت‌های نقد رأی حداکثر ۸۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه نمی‌شود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می باشد:

اول) مشخصات:

در این بخش ابتدائاً عنوان رأی (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی،

خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می‌گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش، نویسنده به ارائه‌ی یادداشتی در بیان نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال‌های قضات مختصراً بیان می‌کند.

پنج – گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.

۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ‌وجه مدنظر نیست. لازم به ذکر است که این‌گونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.

۳. حجم گزارشات حداکثر ۵۰۰ کلمه می‌باشد.

۴. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیس؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به‌عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

شش – ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه‌ی آراء برگزیده‌ی مراجع قضایی بین‌المللی و نیز داخلی سایر کشورها، ترجمه‌ی نقد آراء و رویه‌ی قضایی کشورهای خارجی و نیز ترجمه‌ی مقالات حول محور شیوه‌ی نگارش آراء را به چاپ برساند.

۲. حجم مقالات ترجمه‌شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.

۳. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً ترجمه عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) و همچنین نام مترجم(ان) ذکر می‌گردد. افزون بر آن، در پاورقی همان صفحه عنوان و مشخصات لاتین مقاله و سمت و درجه علمی نویسنده(گان) و مترجم(ان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه مترجم مسئول نوشته خواهد شد.

۴. خواهشمند است متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.

۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاقضاء ترجمه آن الزامیست.

هرگونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان‌پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده‌ی فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه‌ی مزبور اقدام نمایند.

یادداشت سردبیر

بسم الله الرحمن الرحيم

از آموزه‌های مسلم حقوق این است که شناخت حقوق یک کشور صرفاً به اتکای قانون، امری دشوار بوده و اگر شناختی از نظام حقوقی یک کشور از راه ترجمه متون قانونی به‌دست آید به احتمال زیاد تصویری ناقص و نامطمئن از واقعیت خواهد بود، از همین روست که در کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته بر اهمیت منابع دیگر حقوق تأکید می‌شود و رویه قضایی هم در این عرصه، از جمله مهم‌ترین این منابع است.

دو عنصر تکرار و قدرت نفوذ یک رأی نزد دادرسان جوان از جمله مهم‌ترین عناصر قوام بخش رویه قضایی است. تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به‌عوامل مختلفی بستگی دارد؛ از یک سو سازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق‌العاده شکایت و کسب تأیید یک راه حل نزد قضات دادگاه‌های عالی تأثیر به‌سزایی در ریشه دواندن یک فکر دارد و از دیگر سوی، انتشار سازمان یافته‌ی آرا قضایی امکان رصد تکرار یک راه حل را میسر می‌سازد. واقعیت این است که بحث از رویه قضایی در کنار قانون در صورتی معنا می‌یابد که به جای تصمیمات پراکنده دادگاه‌های تالی که استنتاج راه‌حل‌های روشن و با ثبات از آن‌ها دشوار است، آرای نهادی عالی و با قدرت نفوذ بالا همچون دیوان عالی کشور در رأس تشکیلات دادگاه‌ها به‌وحدت رویه قضایی کمک کند تا به نام نظارت بر اجرای قانون، راه‌حل‌های نو و بدیع وجود مستقل و مستمری پیدا کنند. این همان چیزی است که به‌علت عدم سامان‌دهی کارآمد نقش دیوان عالی کشور در رسیدگی‌های قضایی خصوصاً در رسیدگی‌های مدنی - حلقه مفقوده دستگاه عدالت ما است.

به‌علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه درمورد انتشار آراء به‌عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش (د) ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه حل را با دشواری

مواجه ساخته است و قضات و وکلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است. در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه‌حل مسایل دشوار قضایی ایفا می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با برجسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل‌گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنگینی بار نبود برخی عوامل رویه‌ساز را نیز بر دوش می‌کشند. اکنون که در آستانه شماره‌ی دیگری از فصلنامه رأی هستیم احساس می‌شود که در پیوند دادن دکترین و رویه‌ی قضایی محاکم قدمی موثر برداشته شده‌است. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هر یک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل‌گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آرا کمک خواهد کرد. سنت نقد نویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله در کشور ما سابقه زیادی ندارد اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم‌داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند. چند مقاله راهنما و برخی نقدهای ساختارمند منتشر شده در شماره‌های پیشین الگوهای مناسبی هستند که می‌توانند ذائقه‌ی مؤلفانی که عادت به نگارش مقالات موضوع محور کلاسیک دارند را تغییر داده و به سوی نقد نویسی و تحلیل آرا رهنمون سازد. تصور می‌کنیم که این عرصه مجال بیشتری را برای خادمان حق و عدالت فراهم می‌سازد. مجله مرهون همت‌های عالی شما است.

و ما توفیقی الا بالله

سردبیر فصلنامه رأی

نجات‌اله ابراهیمیان

فهرست مطالب

امکان سنجی ابطال سند رسمی با شهادت شهود	۱۷
سیدبهبزاد پورسید / سعید محبوب	
تأملی در رأی شماره ۳۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت	
اداری در خصوص مفهوم و مرجع تفسیر	۳۹
عباس توازنی زاده	
ملاک تشخیص درجه در مجازات های متعدد _ (نقد رأی وحدت رویه	
شماره ۷۴۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۹۴/۸/۱۹)	۵۷
ابوالقاسم فلاحی	
انتقال طلب و آثار آن	۷۹
اکبر میرزانژاد جویباری	
تفکیک میان تغییر تعهد و تبدیل تعهد در نظام حقوقی ایران	۸۹
علی ساعتچی / فرزاد جاویدی آل سعدی	
لزوم مستدل بودن آرای مراجع حل اختلاف کار	۹۹
فروغ حیدری	
نقد یک رأی صادره در موضوع ارتکاب بزه رابطه نامشروع از	
طریق پیامک	۱۰۵
ابوالفضل یوسفی	
آزادی بیان و کلا در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر	۱۱۱
محمد جلالی	
وحدت و تهاافت رویه قضایی شعب دیوان عالی کشور در امور مدنی (پاییز	
و زمستان ۱۳۹۱)	۱۲۹
بدیع فتحی	

گزارش نشست نقد رأی: طرف دعوای ورشکستگی _ (نقد رویه قضایی

دادگاه های تجدیدنظر استان تهران)

۱۳۳

تنظیم: حمیدرضا نجفی

صورت مثبت بودن پاسخ مبنی بر ابطال سند رسمی به وسیله شهادت، آیا مصلحت می‌تواند عاملی برای تغییر حکم باشد. فرضیه تحقیق به این مسئله اشعار دارد که با توجه به احکام اولیه و ثانویه و تغییر حکم به موازات تبدل موضوع، بینه، قابلیت ابطال سند رسمی را ندارد. فقها نیز در این باره رویکرد واحدی اتخاذ ننموده، به نحوی که نمی‌توان حکم به عدم حجیت سند در فقه به صورت یکپارچه صادر نمود. سیر تاریخی موضوع و نظرات حقوقدانان نیز مؤید این استنباط می‌باشد. همچنین در صورتی که احکام ثانوی به عنوان عاملی برای تفریع حکم، محسوب نگردد و حکم به قابلیت ابطال داده شود، با اعمال نظریه مصلحت می‌توان به عدم قابلیت ابطال اسناد رسمی به وسیله بینه، براساس عسر و حرج و قوام سازمان اداری و قضایی حکم نمود. در تبیین مطالب فوق، نوشتار حاضر به سه بخش تقسیم گشته که ابتدا با بررسی تعارض سند و شهادت از منظر فقهی به موضوع پرداخته می‌شود. سپس از منظر حقوقی به موضوع نگریسته می‌شود تا ضمن نقد نظرات و ارائه نظر منسجم، در بخش نهایی به جمع‌بندی و ارائه پیشنهاد در این زمینه پرداخته گردد.

۲. اعتبار سند از منظر فقهی

در فقه، به‌طور کلی به مبحث اسناد و حجیت آن پرداخته نشده است و بدین ترتیب نمی‌توان مبحث منقحی در این باب به‌دست آورد، اما عموماً فقها در کتاب قضا و شهادت و کتاب لقطه تعریضاتی به مبحث «سند» نموده‌اند. تعارض سند و شهادت اصولاً زمانی مطرح می‌گردد که علم به حجیت سند در میان نباشد؛ زیرا زمانی که علم حاصل گردد، فی‌نفسه دارای حجیت ذاتی است. بنابراین، سخن، زمانی است که علم عادی به وجود نیاید، به همین جهت گفته‌اند: «محل سخن، جایی نیست که علم از کتابت حاصل گردد و گمان نمی‌رود که احدی ملتزم به فرق بین کتابت و شنیدن آن باشد، اگر اعتبار در این قبیل مسائل علم حاصل باشد که ذاتاً حجیت دارد و هم چنین اگر اطمینان حاصل گردد، بلکه محل بحث زمانی

امکان سنجی ابطال سند رسمی با شهادت شهود

سیدبهبزاد پورسید*

سعید محبوب**

۱. مقدمه

در حقوق ایران تا پیش از اصلاحات سال ۱۳۶۱، ارزش شهادت بسیار محدود و بر طبق ماده ۱۳۰۶ پیشین قانون مدنی، درمورد عقود و ایقاعات و تعهدات، اگر ارزش موضوع آن بیش از پانصد ریال بود، شهادت، به عنوان تنها دلیل، برای اثبات دعوی پذیرفته نمی‌شد، اما پس از سال ۱۳۶۱، محدودیت‌های قانونی شهادت با استدلال غیرشرعی بودن برداشته شد. در همین راستا شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۷/۸/۸ طی نظریه‌ای اعلام نمود شهادت شهود در زمره بینه شرعیه بوده و با شهادت شهود می‌توان اسناد سجلی را ابطال نمود. با توجه به جایگاه شورای نگهبان، این اقدام علاوه بر نسخ ماده، موجب ارائه طریق به مراجع قضایی گردید و به همین جهت آراء مختلفی در این زمینه صادر گشت. از جمله این آراء، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۵۸۹ است^۱ که مقاله مزبور متکفل بحث درخصوص آن می‌باشد. این اقدام شورای نگهبان، منجر به طرح سؤالاتی چند شد و آن اینکه: آیا به لحاظ شرعی، بینه، قابلیت ابطال اسناد رسمی را دارد؟ رویکرد فقها بدین مسئله چگونه می‌باشد؟ حقوقدانان از جهت قانونی چگونه به این مسئله پرداخته‌اند و سیر تاریخی بحث به چه ترتیب می‌باشد؟ همچنین در

* رئیس پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه

behzadpourseyed@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

۱. نک: پیوست شماره (۱)

است که هیچ علمی به جهت احتمال تزویر مانند لغو نوشتن کاتب یا عدم قصد وی یا متن نوشته شده غیر از متن حاکم باشد.^۱ اما در مواردی که درخصوص سند، علم یقینی وجود ندارد در فقه به سند به سه صورت نگریسته شده است: گروه اول، به‌طور کلی خط و نوشته را دلیل نمی‌دانند و معتقدند: وجود خط اگرچه حفظ شده، و از جعل و تزویر نیز در امان مانده باشد، کفایت نمی‌کند.^۲ در مقابل، گروه دوم که اکثریت آنان، خط و نوشته را در صورتی دلیل می‌دانند که از جعل و تزویر مصون مانده و موجب علم برای قاضی گردد. صاحب مفتاح الکرامه در مبحث «لقطه»، اشاره‌ای به ارزش نوشته می‌نماید و تجویز عمل به آن را منوط به امن بودن از تزویر و جعل و معارض و قرینه خلاف می‌داند. وی می‌گوید: ما در امور دینی عمل به خط فقیه را در صورتی که مصون از جعل و تزویر مانده باشد و معارض و قرینه مخالف نداشته باشد، جایز می‌دانیم.^۳ مقدس اردبیلی نیز در مبحث لقطه‌ای که همراه با آن نوشته‌ای باشد، در صورت محفوظ ماندن از تزویر، آن نوشته را قابل قبول می‌داند.^۴ بنا بر این نظر، اسناد کتبی اگر موجب علم برای قاضی گردند، حجیت شرعی داشته و براساس نظر این دسته از فقها، حکم دائر مدار علم قاضی می‌باشد. گروه سوم از فقها را می‌توان معتقد به این نظر دانست که سند از یک توسعه در اعتبار برخوردار است و با تحقق دو شرط (عدم احتمال تقلب و منتفی دانستن این احتمال که نویسنده معنای حقیقی نوشته را اراده نکرده است)، می‌توان

۱. «أن محل الكلام ليس ما لو حصل له العلم من الكتابة و لا يظن أن يلتزم أحد بالفرق بينها و بين السماع منه إذ العبرة حينئذ بالعلم الحاصل منها الذي هو حجة ذاتاً، و كذلك إذا حصل الاطمئنان الذي هو علم عادة، بل محل الكلام ما إذا لم يحصل منها شيء منها لاحتمال التزویر، و کم له من نظیر، أو عبث الكاتب و عدم قصده ما فيها أو بأن يكون متن الكتابة بغير خط الحاكم». سیدصادق حسینی‌روحانی‌قمی، فقه‌الصادق، (قم، مدرسه امام صادق، ۱۴۱۲)، ج ۲۵، ص ۶۱.
۲. شمس‌الدین حلی، معالم‌الدین فی فقه آل یاسین، (قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۴)، ج ۲، ص ۳۵۷.
۳. جوادبن محمد حسینی‌عاملی، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد الملامه، (لبنان، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا)، ج ۶، ص ۱۰۴.
۴. احمدبن محمد اردبیلی، مجمع‌الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، (قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳)، ج ۱۰، ص ۴۲۲.

به سند به عنوان دلیل استناد کرد.^۱ تفاوت نظریه دوم و سوم در این نکته است که در نظر دوم معیار اصلی، معیاری ذهنی بوده و منوط به علم قاضی می‌باشد؛ درحالی‌که معیار سوم، عینی بوده و منوط به تحقق دو شرط عدم احتمال تقلب و اراده معنای حقیقی است. در ادامه به نقد نظر فقهای گروه اول که معتقد به عدم حجیت سند به‌طور مطلق می‌باشند، پرداخته می‌گردد. مؤلف جوهر/الکلام دلایل زیر را برای اصل عدم اعتبار سند گرد آورده است:

الف) امکان تشبیه دو خط با یکدیگر در بین است. پس نمی‌توان جزماً خطی را به کسی نسبت داد. این نظر در حالی است که کارشناسان خط به آسانی به تفاوت خطوط پی می‌برند. البته غیرکارشناس مطمئناً و قطعاً نمی‌تواند از عهده این کار برآید.^۲ از سوی دیگر لازمه این نظر این است که بیع به صورت تلفنی نیز از نظر وی (مؤلف جوهر/الکلام) باطل باشد؛ چراکه ممکن است فرد دیگری با تقلید صدای بایع یا مشتری اقدام به انعقاد معامله نماید، این در حالی است که از نظرات ایشان بطلان این بیع استفاده نمی‌شود.

ب) ممکن است نویسنده، به‌طور جدی قصد در نوشتن نداشته باشد. این نظر هم برخلاف ظاهر مأمون (ناشی از غلبه) است و قابل اعتماد نیست.^۳ علاوه بر دلیل فوق، به همان دلایلی که ممکن است گوینده قصد جدی در گفتن نداشته باشد، ولی با استفاده از قرائن و امارات، جدّ یا هزل بودن سخن وی محرز گردد.^۴ بنابراین، در خط نیز می‌توان به نیت نویسنده براساس نوشته‌اش پی برد.

۱. محسن صفری، «تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۶، (۱۳۸۱)، ص ۹۸.
۲. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، دایرة‌المعارف علوم اسلامی قضایی (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱)، ج ۲، ص ۷۶۲.
۳. همان.
۴. توضیح آنکه در اصول فقه، استعمال لفظ به دو قسم اراده استعمالی و جدی تقسیم می‌گردد. در اراده استعمالی، متکلم صرفاً قصد استعمال لفظ در معنا را دارد اما در اراده جدی که متأخر از اراده

ج) در شرع، دلیلی مبنی بر اینکه علی‌الأصول سند، حجت است در دست نیست، بلکه دلیل برخلاف آن وجود دارد. این برداشت صاحب‌جواهر براساس آیه ۲۸۲ سوره بقره که آیه مذکور درمورد تعهدات مالی مؤجل، دستور به تنظیم سند و گرفتن دو شاهد داده، با وجود اینکه مسلم بوده است که بین به تنهایی می‌تواند دعوی را ثابت کند، سؤال می‌شود: سند در این میان چه نقشی دارد؟ شهود عقود و قراردادهای وقتی که پای سند عقد را امضاء می‌کردند و سجل وقوعی را ضمیمه سند می‌نوشتند در آینده اگر بین طرفین عقد، اختلاف رخ می‌داد آن سند را به گواه واقعه نشان می‌دادند و غالباً گواهان با دیدن خط و امضای خود و اوضاع و احوالی که در بالا به آن اشاره شد، محتوای سند معامله را به خاطر می‌آوردند و به آسانی می‌توانستند بر طبق قطع و علمی که از این رهگذر نسبت به واقعه مذکور در سند به‌دست می‌آوردند در مراجع رسمی، شهادت بدهند. پس، تنظیم سند مذکور، کار شهادت را آسان می‌کرد، زیرا اولاً آیه فوق‌الذکر دالّ بر این نیست که اگر اوضاع و احوالی منطبق با سند باشد، و علمی از این اوضاع و احوال و سند روی هم‌رفته به دست آید حجت نیست، بلکه خود دلیل بر اعتبار اماره قضایی است؛^۱ ثانیاً، آیه «لَتَقَفَّ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»^۲ دلالت دارد بر اینکه علم از هر طریق که به‌دست آید حجت است، زیرا حجیت علم، ذاتی است چنانکه روایت منقول از امام صادق(ع)^۳ بر نظر فوق صحنه می‌گذارد. در این روایت آمده است: مردی به امام صادق(ع) می‌گوید: مردی مرا به شهادت [کتابتی] می‌گیرد و من خط و مهرم را می‌شناسم ولی از باقی آن [مفاد

← استعمالی است، متکلم مدلول لفظ را نیز اراده نموده است. در این قبیل موارد و جهت تشخیص مراد متکلم، ضوابطی در اصول فقه پیشنهاد گردیده است.

۱. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، پیشین.

۲. الاسراء/ ۳۶.

۳. «رَجُلٌ يُشْهَدُنِي عَلَى شَهَادَةٍ فَأَعْرِضُ خَطِّي وَ خَاتَمِي وَ لَا أَذْكُرُ مِنَ الْبَاقِي قَلِيلاً وَ لَا كَثِيراً، قَالَ: إِذَا كَانَ صَاحِبُكَ هَهُ وَ مَعَهُ رَجُلٌ فَتَشْهَدُ لَهُ». محمدبن حسن حر عاملی، *هناية الأمة الى احكام الائمة*، (مشهد، مجمع‌البحوث الإسلامية، ۱۴۱۲)، ج ۸، ص ۴۲۴.

سند)، چیزی به یاد ندارم. امام صادق(ع) می‌فرمایند: اگر دوست تو ثقه است و به همراهش مردی ثقه است پس به نفع او شهادت بده! این روایت حاکی از آن است که اگر علم برای شخص حاصل شود می‌تواند براساس آن، شهادت دهد و درواقع مستند شهادت، سند کتبی است. امروزه اسناد در سازمان اداری و قضایی، نگهداری و همچنین نزد مأموران رسمی تنظیم می‌شوند. بنابراین، این اسناد فی‌نفسه حجت‌اند و مقبول. دوم - روایت حسین بن سعید^۱ سوم - روایت سکونی^۲.^۳ وجه تفکیک سه نظریه پیش‌گفته در فقه، این است که در نظریه سوم، علم نوعی برای قاضی به‌وجود می‌آید درحالی‌که در نظریه دوم، علم قاضی نسبت به عدم جعل و تزویر و استناد سند، علمی شخصی است. در صورت پذیرش این تفکیک، هرگاه بتوان سازوکاری اندیشید که دو ضابطه عدم احتمال تقلب قطعی بودن دلالت محتویات و مندرجات سند، رعایت گردد در آن صورت، اسناد رسمی موجب علم قطعی برای قاضی گردیده و چون این علم به پشتوانه سازمان‌های اداری می‌باشد به‌وسیله شهادت، قابل ابطال نخواهد بود. از سوی دیگر براساس نظرات فقهی مذکور، این علم، حجیت شرعی داشته لذا نمی‌توان به استناد ادله شرعی دیگر، آن را مخدوش ساخت و بر این مبنا برخی فقها براساس قرائن مفید علم (که موسوم به اماره قضایی است)، گفته‌اند: اگر اسناد عادی در حرز یا

۱. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ قَالَ كَتَبَ إِلَيْهِ جَعْفَرُ بْنُ عَيْسَى جُعِلَتْ فِدَاكَ جَاءَنِي جِيرَانٌ لَنَا بِكِتَابٍ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَشْهَدُونِي عَلَى مَا فِيهِ وَ فِي الْكِتَابِ اسْمِي بِخَطِّي قَدْ عَرَفْتُهُ وَ لَسْتُ أَذْكُرُ الشَّهَادَةَ وَ قَدْ دَعَوْنِي إِلَيْهَا فَأَشْهَدُ لَهُمْ عَلَى مَعْرِفَتِي أَنَّ اسْمِي فِي الْكِتَابِ وَ لَسْتُ أَذْكُرُ الشَّهَادَةَ أَوْ لَا تَجِبُ لَهُمْ الشَّهَادَةُ عَلَى حَتَّى أَذْكُرَهَا كَانَ اسْمِي فِي الْكِتَابِ بِخَطِّي أَوْ لَمْ يَكُنْ فَكَتَبَ لَا تَشْهَدُ». در این حدیث شخص به معصوم می‌نویسد که همسایگانش با نوشته‌ای به گمان اینکه وی به مفاد آن نوشته شهادت بدهد، به او مراجعه نموده‌اند و در نوشته، اسم همان شخص با خطش وجود داشته که وی نیز آن را تأیید نموده است، ولی مفاد شهادت نوشته را به خاطر نمی‌آورد. وی از امام سؤال می‌نماید که آیا در این حال می‌توانم شهادت بدهم که امام نهی می‌فرماید.

ابوجعفر محمدبن یعقوب کلینی، *الکافی*، (تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷)، ج ۷، ص ۳۸۲.

۲. «عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الثَّوْقَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) لَا تَشْهَدُ بِشَهَادَةٍ لَا تَذْكُرُهَا فَإِنَّهُ مِنْ شَاءِ كَتَبَ كِتَابًا وَ نَقَشَ خَاتَمًا»، همان، ص ۳۸۳.

۳. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، پیشین، ص ۷۶۲ به بعد.

صندوقچه و یا زیر نظر امین، نگهداری شود این اوضاع و احوال، کاشف از صحت محتوای سند است.^۱ براساس همین نظر، گروهی بر این باورند که اوراق موجود در دفتر دادگاه، از نظر قاضی معتبر است، زیرا در جای امن نگهداری می‌شود و احادیث ظاهر مأمون شامل این اوراق است. حجیت اسناد رسمی در عصر ما تابع استدلال بالاست، زیرا دفترخانه‌ها که این اسناد را تهیه می‌کنند جزئی از کل سازمان اداری منظمی هستند که بازرسی دائمی بازرسان دفاتر، آن‌ها را تحت پوشش خود قرار داده است. به‌علاوه، حرفه سردفتری و لزوم جلب اعتماد ارباب‌رجوع به دفترخانه ایجاب می‌کند که صاحبان دفترخانه‌ها در کار خود بسیار دقت نمایند. این مزایا در قرن حاضر به نحوی بخش اعظم روابط حقوقی و مسائل قضایی در پناه اسناد رسمی قرار گرفته است و امروزه اجرای عدالت بدون این اسناد میسر نیست. پس، اعتبار این اسناد از این اوضاع و احوال و آیه «إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرِ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» و نیز احادیث راجع به ظاهر مأمون مایه می‌گیرد.^۲ در ارتباط با ظاهر مأمون باید گفت ظاهری است که از تزویر و تقلب مصون مانده و احتمال علم و اطمینان نوعی برای آن متصور است. و نیز برخی اسناد در فقه عملاً دارای اعتبار می‌باشند. اجازه اجتهاد یکی از مواردی است که این گفته مشهور را که در فقه سند بی‌اعتبار است، مخدوش می‌سازد.^۳

۳. اعتبار سند از منظر حقوقی و قضایی

در نظام حقوقی رم؛ صرف اراده طرفین در قوانین قدیم باعث به‌وجود آمدن تعهد و التزام نبوده است، بلکه لزوماً باید تعهدات و قراردادها با اشکال و صور معینی منعقد شوند تا نفوذ حقوقی داشته باشند؛ به‌طور مثال، در قراردادی که برای گرفتن وام واقع می‌شد «نکسم» نام داشت که لزوماً با حضور وام‌دهنده و وام‌گیرنده و پنج نفر شاهد تنظیم می‌گردید. همچنین در عقد دیگری به نام «سپینتو»، طرفین می‌بایستی

از الفاظ به‌خصوصی استفاده می‌کردند تا قرارداد صحیح باشد. تاریخ حقوق سایر کشورهای اروپایی نظیر آلمان و رومانی نیز مبتنی بر این است که «عقود شکلی» در این دوران، حاکم بوده است. بنابراین در عهد قدیم، آزادی اراده برای ایجاد تعهد و تعیین حدود و آثار آن وجود نداشته است.^۱ حقوق اسلام نیز در این زمان با داد و ستد فرهنگی علاوه بر به‌رسمیت شناختن الفاظ در انعقاد قرارداد، برای شهادت اعتبار بسیاری قائل شد هرچند با نهادن گامی به پیش، شهادت را جز در برخی موارد مانند طلاق، در زمره شروط صحت قرار نداد. با وضع قانون مدنی، این اعتماد به شهادت به‌تدریج رو به کاستی نهاد و با وضع ماده ۱۳۰۶ پیشین قانون مدنی، درمورد عقود و ایقاعات و تعهدات، اگر ارزش شهادت بیش از پانصد ریال بود، شهادت به عنوان تنها دلیل برای اثبات دعوی پذیرفته نمی‌شد. علاوه بر مواد قانون مدنی، قانون ثبت نیز پاره‌ای از قراردادها را به‌طور مطلق، مشروط به تنظیم سند رسمی کرده بود. نقل و انتقال املاک ثبت‌شده، هبه و صلح و شرکت تنها با سند رسمی قابل اثبات بود.^۲ بنابراین، نوعی تفریط در نگاه مقنن به مسئله شهادت به وجود آمد. برخی حقوقدانان دلیل این بی‌اعتمادی افراطی به شهادت را هم تاریخی و هم تجربی دانسته‌اند؛ تاریخی از این جهت که پس از مشروطیت، در نوسازی نظام حقوقی خود، شیفته پذیرش هرچه بیشتر مظاهر تمدن اروپایی شدیم، اما دنباله تحولات نهادهای قدیمی در عصر جدید را رها ساختیم و تجربی به این علت که رویه قضایی احساس کرد اشتباهات و بی‌اعتنایی‌ها و انحرافات اخلاقی شهود چندان شایع شده است که دیگر

۱. مسعود حائری، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها، (تهران، کیهان، ۱۳۷۳)، ص ۱۱.

۲. «ماده چهل و ششم - ثبت اسناد اختیاری است مگر [در موارد ذیل]:

۱- کلیه عقود و معاملات راجع بعین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

ماده چهل و هفتم - در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجع بعین یا

منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه. ماده

چهل و هشتم - سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

۱. همان، ص ۷۶۰ - ۷۶۱.

۲. همان.

۳. همان، ج ۱، ص ۲.

نباید به گفته آنان اعتماد کرد.^۱ در مقابل، این نظریه بود که پس از اصلاح قانون مدنی در سال‌های ۶۱ و ۷۰، حذف مواد محدودکننده شهادت و بعد از آن، ابطال ماده ۱۳۰۹، نظریه مذکور شورای نگهبان به کلی ساختار ناظر به ادله را به هم زد و اعلام کرد که شهادت حتی قدرت ابطال سند رسمی را نیز دارد. بنابراین، قلمرو شهادت توسعه و تعمیم یافت، اما بعید به نظر می‌رسد که این قلمرو عام، در تعارض با قوانین و احکام خاص و پراکنده گوناگون، بتواند این احکام خاص را نیز نسخ ضمنی نماید. علاوه بر موارد فوق‌الذکر در قانون ثبت، نمونه‌های دیگری از این قوانین پراکنده موجود است. به‌طور مثال می‌توان به مواد ۲۷۶ به بعد قانون امور حسبی که مفید لزوم کتبی بودن وصیت‌نامه ولو به صورت خودنوشت و سَری، می‌باشد^۲ و لذا در موارد عادی نمی‌توان وصیت را با شاهد اثبات نمود و یا در صورت وجود شاهی، ابطال وصیت با شهادت متعارض، غیرممکن بود. در آراء قضایی نیز ابطال یا تنفیذ وصیت بدین دلیل مورد استناد قرار نگرفته است.^۳ از سوی دیگر، قانون روابط مؤجر و مستأجر (مصوب ۱۳۵۶) به اینکه برای انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت از مستأجر همان محل، به مستأجر جدید، تنظیم سند رسمی ضرورت دارد و انتقال آن با شهادت امکان ندارد، اشاره نمود.^۴ بنابراین، از نظر اصولی نسخ چند ماده در باب شهادت در قانون مدنی، مستلزم نسخ ضمنی این مواد نیست؛ چراکه می‌دانیم عام جدید، نسخ خاص قدیم نمی‌شود و جمع میان دو حکم به این است که خاص در کنار عام و به عنوان مخصص حفظ شود. پس علی‌الأصول باید گفت اگر عقدی با

۱. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، (تهران، میزان، ۱۳۸۳)، ص ۵۳.

۲. ماده ۲۹۱: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند».

۳. پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۹۴۰۰۹۲۸ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۹۴۰۰۵۶۲. برای دیدن رأی رجوع شود به پیوست شماره (۲).

۴. ماده ۱۹: «هرگاه طرف شش‌ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود حکم مزبور ملغی‌الآثر خواهد بود. در تبصره ۲ نیز مقرر داشته است: حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود».

سند عادی پذیرفته نمی‌شود، به طریق اولی باید آن را دلیل بر منع پذیرش شهادت هم دانست.^۱ نوشته‌های برخی حقوقدانان درخصوص ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی نیز مؤید این نظر است. درحقیقت، وجود ماده فوق،^۲ بقای ماده ۱۳۰۹ این قانون را تأیید می‌نماید، زیرا ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی در صورتی معنا پیدا می‌کند که شهادت در مواردی پذیرفته نباشد وگرنه در نظامی که شهادت، فراگیر و در همه جا معتبر است، چه نیازی به بیان این استثناء وجود دارد؟^۳ بنابراین، باید گفت که نظریه ابطال سند رسمی به‌وسیله شهادت، خلل و شکافی عمیق در این نظام به‌وجود می‌آورد که مستلزم ناکارآمدی بسیاری از قوانین و بلاثر ماندن آن‌ها می‌شود. از سوی دیگر، حسن قواعد حقوقی و اصالت آن‌ها در عکس تجرید است؛ یعنی نباید مجرد باشند بلکه باید با مصالح زندگی درهم‌آمیخته شوند، زیرا علم حقوق، علم زندگی است^۴ و به دلیل همین آمیختگی با زندگی بود که نظر متأخرین در باب عدالت به عقل عملی نزدیک‌تر گشت. تا پیش از سده اخیر، دیدگاه قدما در باب عدالت، نظری و براساس قواعدی برتر بود. آن‌ها بر آن بودند که عدالت در نظام تکوین و خلقت، مستلزم قواعدی برتر است که عقل انسانی نیز بر طبق آن حکم می‌دهد و این عدالت، «فطری» یا «عقلی» نام می‌گرفت، اما امروزه معیار عدالت این است که نوعی استفاده و منفعت برای زندگی فردی و اجتماعی انسان داشته باشد. اگر طبق تحقیقات علمی و تجربی، مصلحت و منفعت امری پذیرفته شود همان عدالت^۵ خواهد بود،^۶ به همین دلیل به نظر می‌رسد نویسندگان قانون مدنی و متقدمان حقوقی که عمدتاً از عالمان فقهی نیز

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۱.

۲. «احکام مذکور در فوق (مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی) در موارد ذیل جاری نخواهد بود: ۱- در مواردی که اقامه شاهد برای تقویت یا تکمیل دلیل باشد...» (ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی).

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۷.

۴. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲)، ص ۲۶۵.

۵. در تعریف عدالت آنچه که مشهور است گفته‌اند: «اعطاء کل ذی‌حق حقه و یا وضع الشیء فی موضعه»، اما در مقام تطبیق بر مصداق، اختلافات بروز و ظهور می‌کند و ثمره اختلاف، دیدگاه متقدمان و متأخران هویدا می‌شود.

۶. محمدرضا ظفری، مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی، (تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷)، ص ۵۰.

بودند به این نتیجه رسیدند که احصاء ادله اثبات، نمی‌تواند پاسخگوی رشد زمانه باشد، از این رو با بیان انواع ادله، بر حصرانگاری تاختند و کتابت را جانشین الفاظ ساختند و با ایجاد سازمان اداری خاص اسناد، بر نظارت بر آن پرداختند و چنین سردادند که: فرقی نیست بین اینکه دلیل مثبت شیئی برهان عقلی باشد یا حجت شرعی و یا مشاهده و عیان. اگرچه از حیث مراتب یعنی درجه علم و یقین با هم تفاوت دارند. پس، اگر مدعی‌علیه در قبال دعوی مدعی اقرار به مدیون بودن خود نماید یا از روی خط و امضای او مدیون بودنش ثابت شود هرکدام باشد می‌تواند مدرک حکم حاکم واقع گردد.^۱ پیشینیان و فقهای متقدم نیز هرچند مبحثی تحت عنوان عدالت در استخراج احکام پیش‌بینی نکرده بودند اما با وضع قواعدی چون احکام اولی و ثانوی و دلیل مصلحت به استقبال از عدالت شتافته بودند، به همین جهت مواردی چون ضرر و عسر و حرج را مبنای احکام ثانوی دانستند. در استفاده از عنصر مصلحت نیز به تأسی از سیره ائمه به استخراج احکام دست زدند. برای مثال، درمورد حدیث رفع، عمل اضطراری را به دلیل قاعده «امتنان» صحیح می‌دانستند و این امر چیزی جز مصلحت مضطر نبود، به همین دلیل گفته‌اند: عمل اضطراری هم از لحاظ وضعی، مرفوع است و اگر در بعضی از احکام وضعی حکم مربوط، به دلیل امتنانی بودن قاعده، رفع نمی‌شود، دال بر آن نیست که در موارد دیگر از اعمال قاعده «رفع» خودداری کنیم. بنابراین، اگرچه در اضطرار ساده، فقها به جهت مصلحت خود مضطر، معامله او را تصحیح می‌کنند و قاعده «رفع» را اعمال نمی‌کنند اما در موارد سوءاستفاده از اضطرار، مصلحت مضطر ایجاب می‌کند به او حق بدهیم تا از دادگاه صالح بخواهد معامله‌ای را که در شرایط اضطراری منعقد ساخته، باطل اعمال کند. درمورد حق شفعه نیز به مصلحت بودن، جز ارکان استخراج حکم قرار گرفته است و گفته‌اند: شریک، در مال غیرمنقول پیش

از فروش حصه خود می‌تواند با شریک خود به صورت صلح حقوق، تراضی کند که حق شفعه طرف، ساقط باشد. این صلح که نمونه‌ای از «اسقاط ما لم یجب» می‌باشد درست است، زیرا علم حقوق، علم مصالح و اعتبارات است و قصد و رضای عاقد در زمینه اعتبارات حقوقی می‌تواند به گذشته و آینده تعلق گیرد.^۱ در قانون جدید حمایت خانواده نیز عنصر مصلحت، خود را به شکلی جدید نشان می‌دهد، در همین راستا ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ۹۱ بیان می‌دارد: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است». این ماده، به‌طور مستقیم مصلحت‌گرایی را لازمه امر قضاوت درمورد کودکان و نوجوانان دانسته و به وجوب قانونی رعایت آن در صدور احکام قضایی تصریح کرده است. این در حالی است که در قانون مدنی، این مسئله ذکر نگردیده. از منظر اصولی، ماده ۴۵ قانون جدید حمایت خانواده دارای یک عمومیت در حوزه حقوق خانواده است که از عبارت «کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی» استنباط می‌شود. به عبارت دیگر، قانونگذار با علم به تمام قوانین مربوط به خانواده، قانون جدید حمایت خانواده را تصویب کرده است، به همین دلیل ماده ۴۵ این قانون را به‌طور عام بیان نموده است. بنابراین، نمونه‌های مصلحت و استفاده از عقل عملی، به کرات در علم حقوق دیده می‌شود. امروزه به دلیل توالی فاسد نظر ابطال سند رسمی به‌وسیله شهادت شهود، حکم ثانوی موضوع این می‌شود که باب ضرر عظیم به سازمان قضایی و مردم وارد شود و در نتیجه امکان ابطال، جایز نمی‌باشد. البته این فرض براساس صحت اطلاعات و مشهودات مأمور رسمی می‌باشد. همان‌طور که گفته شده است: «این بدان معنا نیست که قانونگذار فرض نموده که مأموران رسمی از هرگونه خطا و اشتباه مصونند، بلکه اماره و فرض قانونی صحت تا زمانی معتبرند که خلاف آن ثابت نشده، لذا قانون‌گذار به‌موجب ماده ۱۳۰۹ ق.م. فقط شهادت و اماره قضایی - و توابع شهادت - را در مقابل سند معتبر

۱. محمد عبده‌بروجردی، کلیات حقوق اسلامی، (تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳)، ص ۱۴.

۲. مصطفی محقق داماد، جلیل قناتی، سیدحسن وحدتی‌شیرازی و ابراهیم عبدی‌پورفرد، حقوق

قراردادها در فقه امامیه، (تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱)، ص ۱۲۹.

۱. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، (تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰)، ص ۷۲.

۲. منظور قبل از اصلاح ماده می‌باشد.

شهادت، بار اثباتی اندکی داشت. پس از تاریخ فوق، قانون مدنی، قانون ثبت و قانون امور حسبی و غیره، تعارضات فراوانی با نظریه فوق‌الاشعار پیدا نمودند. در این نوشتار، ضمن بررسی اعتبار سند در فقه امامیه و بیان رویکرد فقها و حقوقدانان، تعارض سند و شهادت مورد بررسی قرار گرفت. در رویکرد فقهی سه نظریه در باب سند ابراز شده است که به ترتیب معتقد به عدم حجیت به‌طور مطلق، حجیت در صورت علم قاضی و حجیت در صورت جعلی نبودن و احراز نویسندگی می‌باشد. صرف‌نظر از تفاوت‌های رویکردی، می‌توان وجه جامع نظر دوم و سوم را علم قاضی نسبت به محتویات و مندرجات سند دانست که در این صورت حجیت فقهی سند، احراز می‌گردد. از آنجا که این حجیت براساس علم شخصی قاضی و به علت سازمان‌های اداری و قضایی مدرن می‌باشد، قابلیت اعتماد و ابتناء دارد و شهادت که با احراز جمیع ویژگی‌ها، علم ناشی از آن، نوعی می‌باشد، تعارض با سند رسمی را تاب نمی‌آورد. از سوی دیگر وجود احکام ثانوی و نظریه «مصلحت» به عنوان راهگشایی همیشگی در فقه امامیه و حقوق اسلام، می‌تواند در جهت قوام دستگاه قضایی و کاهش پرونده‌های مطروحه و استحکام معاملات، مورد استفاده قرار گرفته و بر این اساس نیز حکم به عدم قابلیت ابطال اسناد رسمی با شهادت صادر نمود. به نظر می‌رسد افراط حاصل از ابطال سند رسمی به‌وسیله شهادت، ناشی از تفریط حاصل از نادیده انگاشتن شهادت در زمان سابق بر نظریه مذکور باشد. به همین جهت پیشنهاد می‌گردد که علاوه بر ابطال رأی مذکور، مقنن درجه اثباتی شهادت را به وضوح و به میزانی متناسب مشخص کرده تا علاوه بر استفاده از این نهاد اثباتی، از نقایص حاصل از استفاده بیجا از این نهاد نیز کاسته گردد.

ندانسته و با هر دلیل دیگر می‌توان خلاف آن را اثبات نمود.^۱ با توجه به این نکته است که در فرض اثبات خطا و اشتباه مأمور، می‌توان حکم به تصحیح سند نمود و نباید این‌گونه پنداشت که شهادت می‌تواند مفاد سند صحیح را ابطال نماید. در همین راستا نیز برخی محاکم نیز با تبعیت از این نظر به ابطال سند رسمی با شهادت شهود حکم نموده‌اند.^۲ در غیر از مورد فوق، نباید نادیده انگاشت که علی‌رغم نقاط قوت بینه شرعیه، احراز شرایط مختلف آن با توجه به گسترش جوامع و حجم پرونده‌ها در محاکم موجب مشقت و حرج برای قاضی می‌شود و حتی می‌توان گفت مکلف کردن قاضی به احراز آن‌ها «تکلیف بما لایطاق» به نظر می‌رسد که در نتیجه به دلیل دشواری احراز این شرایط، در عمل، یا سند ترجیح داده شده و یا بدون احراز دقیق شرایط بینه و با اتکا به حداقل‌ها، مانند عدم علم به فسق شهود، بر مبنای گفته‌های آن‌ها اقدام به صدور رأی شده و چه بسا حقوقی از برخی اشخاص تضییع گشته باشد. همچنین اصل استحکام معاملات با این نظریه به خطر می‌افتد؛ چراکه ممکن است بعد از چند روز، متضرر از معامله با ارائه شهود، به اختلال در معامله مذکور روی آورد و علاوه بر باز شدن باب شهادت دروغ، باعث ازدحام دادگاه و موجب اطاله دادرسی شود. بنابراین همان‌طور که گفته شده است: به نظر می‌رسد که حکم مندرج در ماده ۱۳۰۹ با صورت کنونی، منطبق بر ضوابط احکام اولی و ثانوی شرع اسلام نبوده و دارای وجاهت حقوقی و شرعی نمی‌باشد.^۳

۴. نتیجه‌گیری

نظریه شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۷، مبنی بر ابطال سند رسمی با شهادت، نظام حاکم بر حقوق ایران را دستخوش تغییری اساسی کرد؛ درحالی‌که تا پیش از اصلاحات مذکور، نظام حاکم بر حقوق ایران براساس کتابت بود و

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، (تهران، انتشارات اسلامی، بی‌تا)، ج ۶، ص ۷۴.

۲. پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۲۱۶۱۸۰۰۲۶۸ شعبه ۸۶ دادگاه عمومی (حقوقی) مجتمع قضایی شهید صدر تهران دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۵۱۹ جهت دیدن رأی نک: پیوست شماره (۳).

۳. محسن صفری، پیشین، ص ۱۴.

فهرست منابع

کتاب

قرآن کریم

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، ج ۱۰. قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳.
۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۶، تهران، انتشارات اسلامی، بی‌تا.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
۴. _____، **دایرةالمعارف علوم اسلامی قضایی**، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
۵. _____، **فلسفه حقوق مدنی**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰.
۶. _____، **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
۷. حائری، مسعود، **مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها**، تهران، کیهان، ۱۳۷۳.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن، **هدایة‌الامة الی احکام الائمة**، ج ۸، مشهد، مجمع‌البحوث الإسلامية، ۱۴۱۲.
۹. حسینی روحانی قمی، سید صادق، **فقه‌الصادق**، ج ۲۵، قم، مدرسه امام صادق، ۱۴۱۲.
۱۰. حسینی عاملی، جواد بن محمد، **مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه**، ج ۶، لبنان، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۱۱. حلی، شمس‌الدین، **معالم‌الدین فی فقه آل یاسین**، ج ۲، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۴.

۱۲. صدرزاده‌افشار، محسن، **ادله اثبات دعوی در حقوق ایران**، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵.
۱۳. صفری، محسن، «تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، ش ۵۶، ۱۳۸۱.
۱۴. ظفری، محمدرضا، **مبانی عدالت جزایی در حقوق اسلامی**، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۱۵. عبده‌پورجودی، محمد، **کلیات حقوق اسلامی**، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
۱۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۷، تهران، دارالکتب-الاسلامیه، ۱۴۰۷.
۱۸. محقق داماد، مصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی‌شبیری، سید حسن و عبدی‌پورفرد، ابراهیم، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
۱۹. معلوف، لوئیس، **المنجد**، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۶۲.

قوانین

- قانون امور حسبی
قانون آیین دادرسی مدنی
قانون ثبت
قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶
قانون مدنی

پیوست‌ها

پیوست (۱)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۹۳۰۰۸۵۵

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۸/۳۰

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی بدوی

درخصوص دادخواست خانم م.م. به طرفیت اداره ثبت احوال تهران به خواسته ابطال شناسنامه شماره ۷۸۲۰ صادره از حوزه ۱۰ تهران و صدور شناسنامه جدید با قید تاریخ ۱۳۵۶/۵/۱۵ با حفظ سایر مشخصات سجلی به علت تعلق به غیر داشتن دادگاه با توجه به مفاد دادخواست و گواهی گواهان و اینکه خواننده دفاع مؤثری به عمل نیاورده است با پذیرش دعوی خواهان به استناد ماده ۹۹۵ قانون مدنی حکم به ابطال شناسنامه شماره ۷۸۲۰ صادره از حوزه ۱۰ تهران و صدور شناسنامه جدید با قید تاریخ ۱۳۵۶/۵/۱۵ با حفظ سایر مشخصات سجلی له خواهان، صادر و اعلام می‌دارد این رأی، حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم تجدید استان تهران است.

رئیس شعبه ۳۳ دادگاه‌های عمومی و حقوقی

رأی تجدیدنظر

دادنامه تجدیدنظرخواسته به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۹۳۰۰۸۵۵ مورخه ۱۳۹۱/۸/۳۰ صادره از شعبه ۳۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران که بر الزام تجدیدنظرخواه اداره ثبت احوال تهران به ابطال شناسنامه به شماره ۷۸۲۰ و صدور شناسنامه جدید با همان مشخصات و تاریخ تولد ۱۳۵۶/۵/۱۵ به نام تجدیدنظرخوانده م.م. اشعار دارد مآلاً موافق قانون و مقررات موضوعه بوده و اعتراض به شرح لایحه اعتراضیه وارد نبوده و متضمن جهت موجه در نقض آن نمی‌باشد، زیرا که یکی از ادله اثبات دعوی بنابر تصریح ماده ۱۲۵۸ از قانون مدنی، شهادت شهود می‌باشد که شهادت شهود از زمره بینة شرعیه

بوده و به موجب نظریه شورای نگهبان به شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ با شهادت شهود می‌توان اسناد رسمی را ابطال نمود که در مانحن‌فیه شهود تعرفه شده با قطع و یقین بر صحت ادعای خواهان مبنی بر تولد وی در سال ۱۳۵۶ و فوت خواهر وی قبل از تولد او و اختصاص شناسنامه خواهر متوفی برای مشارالیه‌ها ادای شهادت نموده‌اند. فلذا دادنامه تجدیدنظرخواسته که بر همین اساس صادر گردیده خالی از هرگونه ایراد و اشکالی بوده و تجدیدنظرخواه در این مرحله از رسیدگی دلیل و مدرک موجهی که موجبات نقض و بی‌اعتباری آن را ایجاد نماید به دادگاه ارائه ننموده است. بنابراین، دادگاه ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی مستنداً به قسمت اخیر ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه معترض‌عنه را تأیید می‌نماید. رأی صادره، قطعی است.

مستشاران شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

پیوست (۲)

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۹۴۰۰۹۲۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران

شماره دادنامه: ۲۰۹۹۷۰۲۲۹۴۰۰۵۶۲

درخصوص دادخواست تقدیمی به خواسته تنفیذ وصیت‌نامه شفاهی مرحوم منوچهر الف. خواهان‌ها توضیح داده‌اند که مورث آنها به نام آقای منوچهر الف. در حضور شهود وصیت نموده است که یک دستگاه آپارتمان واقع در ... به ما تملیک شود، اما خواندگان منکر وصیت شده‌اند و لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را دارند. و جهت اثبات ادعای خود به شهادت شهود استناد نموده‌اند. وکلای خواننده ردیف اول دفاع نموده‌اند که وصیت مدنظر خواهان‌ها جزء موارد احصاء شده در ماده ۲۷۶ قانون امور حسبی نیست و وصیت مورد ادعای خواهان‌ها مورد انکار موکل می‌باشد و دلیلی از ناحیه خواهان‌ها جهت اثبات ادعای خود مبنی بر وجود وصیت ارائه نشده است. خواندگان دیگر نیز منکر وصیت مورث خویش درخصوص ملک مذکور شده و تقاضای رد ادعای خواهان‌ها را نموده‌اند.

دادگاه از شهود خواهان‌ها در دادگاه تحقیق نموده است. الیه، دادگاه با توجه به عدم ارائه هرگونه وصیت‌نامه از ناحیه خواهان‌ها درخصوص ملک مورد ادعا، نحوه اظهارات شهود خواهان‌ها و اینکه دلیلی دالّ بر وصیت درخصوص ملک مذکور وجود ندارد و صرف‌نظر از اینکه وصیت‌نامه ادعایی خواهان‌ها جزء هیچ‌یک از موارد اعلامی در ماده ۲۷۶ قانون امورحسبی نمی‌باشد، خواسته خواهان‌ها را ثابت ندانسته، مستنداً به مفهوم مخالف ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان‌ها را صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رئیس شعبه ۳۴ دادگاه عمومی و حقوقی تهران

پیوست (۳)

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۸۹۰۹۹۸۲۱۶۱۸۰۰۲۶۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۸۶ دادگاه عمومی (حقوقی) مجتمع قضایی شهید صدر تهران

شماره دادنامه: ۹۰۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۵۱۹

به تاریخ ۸۸/۱۲/۲۲ آقای ف.ق. به وکالت از آقای و.ع. دادخواستی به طرفیت اداره ثبت احوال دره‌شهر به خواسته تغییر نام از و. به مزدک را تقدیم این دادگاه کرده‌اند. شرح ادعا بر این اساس است که موکلم در میان تمام اقوام، آشنایان، خانواده، همکلاسان و دوستان خود در دانشگاه به نام مزدک معروف بوده و از بدو تولد تاکنون به این نام مورد خطاب قرار گرفته ولی متأسفانه برخلاف واقع و علی‌رغم واقعیات موجود نام و. براساس اشتباه مأمور ثبت در شناسنامه مشارالیه درج گردیده است. این تناقض آشکار مع الوصف موجبات تشتت و دوگانگی شخصیت و به دیگر سخن اخلاص شخصیتی وی را فراهم ساخته است. بر این اساس با استناد به شهادت شهود و ماده ۹۹۵ قانون مدنی صدور حکم بر محکومیت خوانده به تغییر نام خواهان و درج آن در سند سجلی از و. به مزدک مورد استدعاست. در مقام دفاع خوانده دعوی طی لایحه‌ای با استناد به اینکه: ۱ - واژه و. به معنای ولی خدا، دوست خدا جزو اسامی مرسوم و متداول است؛ ۲ - موارد تغییر نام در

ماده ۲۰ قانون ثبت احوال احصاء شده که شامل اسامی خارجی، زننده، مستهجن و مغایر با جنس است که اسم و. جزء هیچ‌کدام نمی‌باشد و از طرفی تغییر اسم مذهبی نوعی تزلزل فرهنگ دینی در جامعه به‌شمار می‌رود؛ ۳ - نام خواهان وفق ماده ۲۰ قانون ثبت احوال توسط والدین وی انتخاب شده است؛ ۴ - در هیچ‌یک از قوانین ثبت احوال و مدنی تغییر نام مجاز و مصطلح تجویز نشده است. ۵ - اصولاً اسناد سجلی حسب ماده ۸ قانون ثبت احوال و مواد ۱۲۸۷ و ۱۲۸۸ قانون مدنی از جمله اسناد رسمی هستند که ادعای مخالف مندرجات آن با شهادت شهود اثبات نمی‌گردد؛ ۶ - شهادت شهود در این‌گونه دعاوی معمولاً از پیش هماهنگ‌شده بین خواهان و شهود و به صورت تلقینی و تلفیقی می‌باشد و در ماهیت دعوی، ایجاد قطع و تعیین نمی‌کند و برابر ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی قابل قبول نمی‌باشد. نظر به اینکه داشتن نام مناسب و متناسب با جنسیت، حق هر شخص بوده و این موضوع تکلیفی برای والدین و حتی برای فرزند محسوب می‌گردد و لزوماً وقتی از ابتدا شخص در بین خانواده و با دو نام مورد خطاب واقع می‌شود این موضوع دلالت بر آن دارد که یا والدین در مقام انتخاب نام با تردید عمل نموده‌اند یا متأثر از نفوذ اقوام و اقارب در انتخاب خویش قرار داشته‌اند مضاف بر آنکه مطابق مواد ۸ و ۲۰ قانون ثبت احوال، انتخاب نام نامتناسب و مستهجن ممنوع است و این امر با لحاظ مفهوم مخالف مواد مذکور مؤید آن است که انتخاب نام مناسب مواجه با مانعی نمی‌باشد به‌ویژه آنکه در پاره‌ای از موارد دو نام بودن فرد مشکلات عدیده‌ای را در فرد ایجاد می‌نماید که از جمله آنها ایجاد آثار روان‌پریشی در شخص می‌گردد که زندگی یک فرد را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و باعث عسر و حرج در زندگی او می‌گردد که بنا بر قاعده «نفی عسر و حرج» این عمل، مطلوب شرع انور اسلام و قانون نمی‌باشد. در عین حال داشتن نام شرعی یا منتسب به شرع، دلیل بر تقید شرعی فرد نبوده و عدم وجود چنین نامی بر نامبرده به معنای سلب اعتبار شرعی افراد نخواهد بود و حداقل ادعای نامبرده مؤید این موضوع است که خویش را شایسته داشتن این نام نمی‌داند. بنابراین، تأکید به بقای اسامی واجد معنا و مفهوم اسلامی در پاره‌ای از موارد، جنبه اعتقادی داشته و این امر منافی با ترویج افکار اسلامی در بستر اجتماع خواهد بود. بدین وصف با استناد به ماده ۱۳۵۹ قانون مدنی و نظریه شورای

محترم نگهبان به شماره ۲۶۵۵ مورخ ۶۷/۸/۸ مؤید امکان اثبات ادعا با استماع شهادت شهود می‌باشد که گواهان تعرفه‌شده جملگی به صحت ادعای خواهان اعلام نظر نموده‌اند. بر این اساس، دادگاه، دعوی خواهان را مقرون به واقع و حقیقت، تشخیص و با استناد به مواد ۱۲۵۷، ۱۲۵۸، ۱۲۸۴، ۱۲۸۶، ۱۳۱۵، ۱۳۱۸، ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی و ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر الزام خواننده دعوی به تغییر نام خواهان دعوی از و. به مزدک در سند سجلی با حفظ سایر مشخصات سند مذکور، صادر و اعلام می‌دارد. حکم دادگاه، حضوری و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در مرجع محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رئیس شعبه ۸۶ دادگاه حقوقی تهران

عمومی به ذکر جهات، دلایل، مستندات و اصول و مواد قانونی مربوط، به نقد ماهوی رأی صادره پرداخته شده است. و در نهایت به این نتیجه رسیده‌ایم که رأی مورد بحث نه از نظر رعایت موازین قانونی مربوط در فرایند رسیدگی، نه از حیث نتیجه و مفروضاتی که رأی براساس آن صادر شده، موجه و قابل دفاع نیست.

۲. اطلاعات دادنامه

به موجب دادنامه شماره ۳۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۱ (مربوط به پرونده کلاسه ۹۹۵/۹۱)، نامه شماره ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ رئیس امور نظام‌های جبران خدمت معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور به سبب اینکه در آن به تفسیر تصویب‌نامه شماره ۱۲۴۳۲۰/ت/۴۷۰۲۲ هـ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیأت وزیران^۲ مبادرت شده، صرفاً به لحاظ آنکه اقدام مزبور خارج از صلاحیت و اختیار مرجع مذکور می‌باشد، ابطال شده است. با توجه به اهمیت موضوع «تفسیر» و نحوه تنظیم رأی صادرشده که قابل تأمل به نظر می‌رسد، ذیلاً به بررسی و تحلیل رأی مزبور می‌پردازیم.

به منظور ارائه تصویر روشنی از موضوع پرونده و رأی صادرشده، در ابتدا به بخشی از گردشکار مذکور در رأی اشاره می‌شود.

گردش کار: شاکیان به موجب دادخواستی واحد، ابطال نامه شماره ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ - ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ رئیس امور نظام‌های جبران خدمت معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور (سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) را خواستار شده‌اند و در جهت تبیین خواسته اعلام کرده‌اند که:

۱. نک: روزنامه رسمی شماره ۲۰۴۹۲ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۳.

۲. متن مصوبه مزبور به صورت زیر انشاء شده است:

«هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۹ بنا به پیشنهاد معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور و به استناد بند (۱۰) ماده (۶۸) قانون مدیریت خدمات کشوری - مصوب ۱۳۸۶ - تصویب نمود:

میزان فوق‌العاده ویژه مشاغل ذی‌حسابی، حسابرسی و حسابداری در وزارت امور اقتصادی و دارایی، حداکثر تا سی و پنج درصد (۳۵٪) حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر تعیین می‌شود».

تأملی در رأی شماره ۳۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص مفهوم و مرجع تفسیر

عباس توازنی‌زاده*

بخش اول) وقایع پرونده

۱. مقدمه

موضوع این نوشتار، بررسی و نقد رأی مذکور در دادنامه شماره ۳۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است. رأیی که در آن به استناد عدم صلاحیت یک مرجع اداری برای تفسیر مصوبه هیأت وزیران، اقدام به ابطال نامه حاوی اظهارنظر مرجع مزبور در مقام پاسخگویی به یک استعلام اداری، شده است.

در بررسی به عمل آمده با اتخاذ روش تحلیلی، ابتدا با تأملی درخصوص معنای تفسیر و امکان تمایز آن از مفاهیم مجاور، رأی مورد بحث مورد ارزیابی قرار گرفته و به این نتیجه رسیده‌ایم که تلقی تفسیر از هر اظهارنظر اداری و فرض ممنوعیت مراجع اداری از هرگونه اظهارنظر درمورد استعلام‌های اداری، از توجیه استدلالی لازم برخوردار نیست. سپس میزان قابلیت استناد به جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶) در پرونده مورد بحث، با توجه به برخی آراء مشابه صادرشده توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، بررسی و نقد شده است. در ادامه پس از تحلیل میزان انطباق نامه اظهارنظر مرجع اداری مذکور در رأی صادر شده، با عناوینی همچون «آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی» مذکور در بند (۱) ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، ضمن بررسی تکلیف هیأت

* دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

«هیأت وزیران به استناد بند ۱۰ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری اقدام به تصویب مصوبه شماره ۱۲۴۳۲۰/ت/۴۷۰۲۲ هـ - ۱۳۹۰/۶/۲۱ مبنی بر برقراری فوق‌العاده ویژه مشاغل ذی‌حسابی - حسابرسی و حسابداران در وزارت امور اقتصادی و دارایی به میزان ۳۵٪ حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر را کرده است. با توجه به این‌که گمرک جمهوری اسلامی ایران یکی از معاونت‌های وزارت امور اقتصادی و دارایی است و در متن مصوبه هیأت وزیران به صراحت کلمه فوق‌العاده ویژه مشاغل ذی‌حسابی - حسابرسی و حسابداران در وزارت امور اقتصادی و دارایی درج شده است، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور در جوابیه خود به شماره ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ - مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ فقط کارمندان شاغل در خود وزارت امور اقتصادی و دارایی را مشمول فوق‌العاده ویژه کرده است (و سایر سازمان‌ها و ادارات زیرمجموعه آن وزارتخانه را مستثنی کرده) در حالی که مصوبه شامل کلیه کارکنان شاغل در مجموعه وزارت امور اقتصادی و دارایی است. لذا نظریه فوق یک تبعیض در مجموعه وزارت امور اقتصادی و دارایی محسوب می‌شود و تقاضا دارد که درخصوص لغو استفسار فوق و برقراری آن برای سایر کارکنان مجموعه وزارت دارایی اقدام لازم صورت پذیرد.»

متن نامه مورد اعتراض به قرار زیر است:

رئیس محترم مرکز نوسازی و تحول اداری وزارت امور اقتصادی و دارایی
موضوع: فوق‌العاده ویژه

با سلام

احتراماً، بازگشت به نامه شماره ۲۱/۱۹۶۲۴۲ - ۱۳۹۰/۹/۲، به آگاهی می‌رساند: فوق‌العاده ویژه موضوع تصویب‌نامه شماره ۱۲۴۳۲۰/ت/۴۷۰۲۲ هـ - مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ فقط به متصدیان مشاغل ذی‌حسابی، حسابرسی و حسابداری که کارمند وزارت امور اقتصادی و دارایی

محسوب می‌گردند، قابل پرداخت است و پرداخت آن به سایر کارمندان آن وزارتخانه و یا واحدهای تابعه مجوزی ندارد. - رئیس»
شاکیان متعاقباً در بخشی از پاسخ به اخطار رفع نقیصه که در اجرای ماده ۳۸ قانون دیوان عدالت اداری برای آنها ارسال شده، اعلام کرده‌اند:
«استحضار دارند تفسیر قانون یا مصوبه یا ... در صورت ابهام، اجمال یا ... مورد استفسار قرار گرفته و مجریان می‌باید به منطوق و بررسی وضع مفردات موجود در عبارت و در نظر گرفتن معانی آنها در حال افراد و ترکیب و در نظر گرفتن نقطه‌گذاری و ملاحظه کردن صریح معنی متن بسنده کرده و از استفسار و درخواست توضیح وضاحت اجتناب نمایند.

حسب مفاد ماده ۲ قانون امور گمرکی، گمرک جمهوری اسلامی ایران سازمان دولتی تابع وزارت امور اقتصادی و دارایی است و طبق ماده ۴ قانون یادشده رئیس کل گمرک ایران هم‌تراز مقام‌های موضوع بند (د) ماده ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری است. تسری مصوبه به ذی‌حسابان و ... شاغل در وزارتخانه امور اقتصادی و دارایی دارای مفهوم عام بوده و شامل کلیه قسمت‌های وزارتخانه است و تخصیص آن به تعدادی کارمند ترجیح بلامرجه بوده و از نظر عرف قانونگذاری عملی قبیح است.

هر چند مرجع صدور استفساریه مقام پیشنهاد دهنده بوده لیکن این امر مجوزی برای تلقی کردن آن به عنوان مرجع استفساریه نبوده و تنها هیأت وزیران به عنوان مرجع قانونی برای پاسخ‌گویی به ابهامات احتمالی مصوبات خود است.»

و در نهایت رأی هیأت عمومی به صورت زیر صادر شده است:

رأی هیأت عمومی:

«نظر به این‌که رئیس امور نظام‌های جبران خدمت معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور (سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور)

صلاحیت تفسیر مصوبه هیأت وزیران را ندارد. بنابراین نامه شماره ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ - ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ رئیس امور نظام‌های جبران خدمت که در آن مصوبه شماره ۱۳۹۰/۱۲/۲۴۳۲۰ ت/۴۷۰۲۲ هـ - ۱۳۹۰/۰۶/۲۱ هیأت وزیران تفسیر شده است فارغ از ماهیت مفاد نامه مذکور و درستی و نادرستی آن، صرفاً به لحاظ این که در صلاحیت و اختیارات مرجع مذکور نیست مستنداً به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

بخش دوم) نقد و بررسی

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد با دقت در رأی صادر شده، مشخص می‌شود که مبنای این رأی عدم صلاحیت مقام اداری مربوط (رئیس امور نظام‌های جبران ...) برای تفسیر مصوبه مزبور هیأت وزیران است. گفتنی است که شاکیان نیز در توجیه شکایت و خواسته مورد نظر، هیأت وزیران را تنها مرجع قانونی صالح برای تفسیر و پاسخ‌گویی به ابهامات احتمالی مصوبات خود، اعلام کرده‌اند. با این حال در رأی هیأت عمومی راجع به اینکه چرا اظهار نظر اداره نظام‌های جبران خدمت از مصادیق تفسیر مصوبه مربوط هیأت وزیران تلقی شده و اینکه به چه دلیل تفسیر مصوبه مربوط خارج از صلاحیت اداره مزبور است، هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است؛ گویی هیأت عمومی، امور یادشده را کاملاً بدیهی دانسته است، به همین سبب ارزیابی و تحلیل ماهوی رأی مزبور، با دشواری همراه است و ناگزیر باید گزینه‌های احتمالی در این زمینه را طرح نموده و مورد بررسی قرار داد. احتمالاً یکی از توجیهات زیر در رأی صادره مورد توجه هیأت عمومی قرار داشته است:

الف) توسل به اصول کلی حقوق عمومی؛ به این ترتیب که سازمان‌ها و مقامات اداری براساس اصل حاکمیت قانون، صرفاً در حدود صلاحیت مصرح قانونی، مجاز به اقدام یا اتخاذ تصمیم هستند. بر این اساس از آنجا که تفسیر مصوبات هیأت وزیران، خارج از حدود صلاحیت اداره مزبور بوده، در نتیجه نامه‌ای که در آن مبادرت به تفسیر شده، قابل ابطال است.

ب) توسل به استدلال عقلی؛ به ترتیبی که توسط شاکیان پرونده مطرح شده است. بدین بیان که تفسیر مصوبات و اراده هر شخص یا مرجعی را عقلاً باید از خود آن مرجع درخواست کرد. زیرا اشخاص به منویات خود از دیگران آگاه‌تر هستند. بنابراین و به تعبیر حقوقی، تفسیر مصوبات هیأت وزیران اصولاً (عقلاً) در صلاحیت خود این هیأت است. و قانونگذار که حسب فرض، حکیم است بر چنین استدلال عقلی صحه می‌گذارد. در نتیجه، اقدام اداره نظام‌های جبران خدمت در تفسیر مصوبه مربوط هیأت وزیران، به‌ویژه از این حیث که بتواند منشأ تعیین برخورداری یا ممنوعیت از حقوق و مزایای استخدامی باشد، مغایر با موازین عقلی مورد تأیید قانونگذار است.

ج) با توجه به برخی آراء نسبتاً مشابه صادر شده از سوی هیأت عمومی^۱؛ به احتمال قوی مبنا و مستند رأی صادر شده، مفاد جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌باشد که طبق آن «هماهنگی در اظهار نظر و پاسخگویی به استعلامات و ابهامات اداری و استخدامی دستگاه‌های اجرایی در اجرای مفاد این قانون (قانون مدیریت خدمات کشوری)» از وظایف شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی است. بر این اساس، نامه شماره ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ رئیس امور نظام‌های جبران خدمات که در مقام پاسخ به استعلام اداری رئیس مرکز نوسازی و تحول اداری وزارت امور اقتصادی و دارایی صادر شده، به این علت که در آن مبادرت به تفسیر مصوبه شماره ۱۳۹۰/۱۲/۲۴۳۲۰ ت/۴۷۰۲۲ هـ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیأت وزیران و تحدید قلمرو شمول آن شده، قابل ابطال تلقی گردیده است.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد با توجه به رویه هیأت عمومی در سایر پرونده‌های مشابه، به نظر می‌رسد استدلال مذکور در بند (ج) فوق‌الذکر مورد توجه هیأت عمومی بوده است، لذا با تمرکز بر استدلال یادشده، به نقد و بررسی رأی مزبور می‌پردازیم، اما قبل از نقد رأی، با توجه به اهمیت موضوع، شایسته است اشاره‌ای هم به موضوع «تفسیر» در رأی مورد بحث داشته باشیم.

۱. برای نمونه نک: دادنامه شماره ۷۴ مورخ ۱۳۹۴/۲/۷ (کلاس ۱۹۱/۹۳) هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. آیا مجریان یا اشخاص ناظر بر اجرای قانون از تفسیر آن ممنوع‌اند؟

همان‌گونه‌که پیش‌تر بیان شد مستفاد از رأی مزبور هیأت عمومی آن است که پاسخ یا اعلام‌نظر رئیس امور نظام‌های جبران خدمت از مصادیق تفسیر محسوب شده است. با این حال در رأی صادر شده کمترین اشاره‌ای به اینکه چرا اعلام‌نظر فوق‌الذکر از مصادیق «تفسیر» تلقی شده، به‌عمل نیامده است؛ گویی هیأت عمومی، امر یادشده را بدیهی دانسته است. صرفاً برای آنکه نشان دهیم معنای «تفسیر» و مصادیق آن - چنانکه در بادی امر ممکن است به نظر رسد - روشن نیست، و مرز آن با مفاهیم مجاور مانند «توضیح» مشخص نمی‌باشد، به نکاتی در این زمینه اشاره می‌کنیم.

فرض کنید رئیس امور نظام‌های جبران خدمت مدعی باشد پاسخ ارائه‌شده به استعلام به‌عمل آمده، با توجه به صراحت مصوبه هیأت وزیران، به هیچ‌وجه تفسیر آن تلقی نمی‌شود و حداکثر «توضیحی» است درمورد این مصوبه و نه تفسیر آن. از نظر حقوقی چه پاسخی در قبال این ادعا قابل ارائه است؟ برخی صاحب‌نظران معتقدند بین «معناشناسی» و «تفسیر» باید تفکیک قائل شد. «معناشناسی، برخلاف تفسیر به جنبه‌های زبان‌شناختی ارتباط که عرف یا قاعده ندارند، می‌پردازد. این امر در دلایلی که یک فرد نوعاً برای توضیح معنای یک عبارت فراهم می‌کند، آشکار است ... در توضیح معنای یک عبارت معین، ما نوعاً به قواعد زبان ارجاع می‌دهیم، اما چنان قواعدی معمولاً به عنوان دلایل یا توجیهات تفسیر دست‌نیافتنی‌اند. در مقابل، معمولاً تفسیر به این خاطر لازم است که مسئله توسط قواعد یا عرف‌ها معین نشده است».^۱ بر این اساس، تفسیر در معنای مضیق آن «در معنای هرگونه فهم یا توضیح به کار نمی‌رود ... زمانی که قضات قانون را تفسیر می‌کنند، قصد توضیح آن را ندارند ...».^۲

۱. آندره مارمور، **تفسیر و نظریه حقوقی**، مترجمان: محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی (تهران،

انتشارات مجد، ۱۳۹۰) ص ۲۳.

۲. همان، ص ۲۳.

تشخیص تمایز بین «معناشناسی» و «تفسیر» فرع بر طرح و توجه به مقدمات زبان‌شناسانه متعددی است. برقراری ارتباط زبانی با توسل به نشانه‌هایی (الفاظ) که بر حسب فرض، طرفین ارتباط تصویر

در هر حال چون از واژه تفسیر، تعریف حقوقی در قوانین مربوط ارائه نشده، ناگزیر باید به معنای عرفی آن مراجعه کرد. و ما در اینجا برای پیشبرد بحث با کمی مسامحه فرض می‌کنیم مفهوم عرفی تفسیر فی‌الجمله روشن است و در بحث کنونی می‌توان آن را در معنای هرگونه توضیح متون قانونی و تعیین قلمرو اجرای متون قانونی یادشده (مفهوم عام تفسیر) به‌کار برد. و بر این اساس، هرگونه اعلام نظری درمورد قوانین و مقررات اداری و استخدامی، از جمله اعلام نظر اداره نظام‌های جبران خدمت درمورد مصوبه هیأت وزیران در پرونده مورد بحث را می‌توان از مصادیق تفسیر تلقی کرد. در این صورت پرسش مهمی که قابل طرح و توجه به نظر می‌رسد، آن است که: آیا اجرای قوانین و مقررات اداری و استخدامی، یا نظارت اداری بر اجرای قوانین و مقررات مزبور توسط دستگاه‌های اجرایی، بدون طی فرایند درک مفهوم متون قانونی مربوط که نوعاً از مسیر فهم و تفسیر آنها در معنای عام کلمه می‌گذرد، امکان‌پذیر است؟ به عبارت دیگر، در بسیاری از موارد اجرای قوانین و مقررات اداری و استخدامی یا نظارت بر اجرای

← و تصور مشترکی از آنها دارند، امکان‌پذیر می‌شود. گویی اهل زبان، برای برقراری ارتباط، به صورت قراردادی (قاعده‌وار) یا از طریق تکرار کاربرد (عرف)، برای الفاظ، معانی مشخصی را در نظر گرفته‌اند و لذا در مقام «معناشناسی» نوعاً به همین قواعد و عرف‌ها ارجاع می‌شود، اما درخصوص تفسیر مانند دیگر فعالیت‌های فکری، ترجیحات نظری و ارزشی و ... مفسر که غالباً متأثر از پارادایم‌ها و الگوهای فکری زمانه است نیز دخیل می‌باشد. این در حالی است که کارکرد الگوهای فکری مزبور همانند قواعد زبان نیست. به همین جهت برخلاف معناشناسی که قاعده‌مدار و مبتنی بر عرف‌های زبانی است، در تفسیر آن‌گونه که از قواعد مربوط به کاربرد درست زبان پیروی می‌شود، متابعت نمی‌گردد. درنتیجه، برخی معتقدند تفسیر نباید لزوماً معادل فهم معنای یک عبارت فرض شود؛ گرچه وابسته به آن باشد.

از سوی دیگر در «تفسیر» توجه به منظور گوینده (متن) که معمولاً برحسب قصد ارتباط تعریف می‌شود نیز، ضروری است. توضیح آنکه معنای یک عبارت، علی‌الاصول برحسب قواعد و عرف‌های زبانی تعیین می‌شود، اما ممکن است گوینده از بیان این عبارت، در وضعیت خاص و با توجه به قرائن موجود، معانی کم و بیش متفاوتی را اراده کرده باشد، لذا برای کشف اراده گوینده، اگرچه توجه به قواعد و عرف‌های زبانی لازم است، اما کافی نیست و به همین جهت در تفسیر اصطلاحاً سخن از سیاق متن و شأن نزول نیز به میان می‌آید.

قوانین مزبور به عنوان یک وظیفه قانونی، با تفسیر قوانین و مقررات مربوط در معنای عام آن، عرفاً ملازمه دارد و گریز و گزیری هم از آن نیست. کسانی که با امور اجرایی، به‌ویژه اجرای مقررات اداری و استخدامی سروکار داشته‌اند، نیک واقفند که بخش‌های اداری ذی‌ربط، به‌ویژه دفاتر حقوقی و مراکز اداری دستگاه‌های اجرایی به‌طور مستمر با انواع استعلام‌ها درمورد متون قانونی مربوط به وظایف قانونی این دستگاه‌ها مواجهند و باید پاسخگو باشند؛ وظیفه‌ای که نوعاً مستلزم تفسیر قوانین مربوط به معنای عام آن است. این در حالی است که تنها معدودی از استعلام‌های مزبور به نهادهایی که مسئولیت نظارت بر اجرای صحیح قوانین مزبور را دارند، ارجاع می‌شود، اما بعید است (برای مثال) کسی امر یادشده را مغایر با صلاحیت انحصاری مجلس در تفسیر قوانین عادی بداند، چه اینکه جریان امور اداری و حقوقی دستگاه‌های مختلف اجرایی، مستلزم چنین وضعیتی است. به تعبیر مرحوم استاد کاتوزیان «هر مجری قانونی ناگزیر است که ابتدا قانون را تفسیر کند تا بتواند آن را اجرا کند...»^۱. درخصوص امور اداری و استخدامی هم، چون امکان برداشت‌های مختلف از متون قانونی مربوط، یک امر طبیعی و قابل پیش‌بینی تلقی می‌شود، از دیرباز برای ایجاد هماهنگی و اتخاذ رویه واحد در این زمینه مراجع خاصی برای ایجاد هماهنگی در اعلام‌نظر و پاسخگویی به ابهامات و استعلام‌های اداری و استخدامی در اجرای قوانین مربوط پیش‌بینی شده است،^۲ لیکن ناگفته پیداست که کارشناسان و بخش‌های ذی‌ربط

۱. ناصر کاتوزیان، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی» **مجله کانون وکلا**، ۱۸۶ و ۱۸۷، (۱۳۸۳): ص ۶۷. گفتنی است که به عقیده برخی صاحب‌نظران فلسفه حقوق، فهم کلیه متون قانونی و حقوقی نیازمند تفسیر متون یادشده نیست و دیدگاه برخی از حقوقدانان در این زمینه، تا حدودی اغراق‌آمیز است. نک:

Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (Princeton University Press, 2011) p.138.

۲. نک: جزء اول بند (الف) ماده ۱۰۴ و ماده ۱۱۲ قانون استخدام کشوری (مصوب ۱۳۴۵) همچنین به عنوان نمونه در ماده ۱۳ تصویب‌نامه شماره ۱۲۳۴۰۲/ت/۵۰۶۵۹ هـ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۲ هیأت وزیران راجع به آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مقرر شده: «سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور نظارت بر حسن اجرا، تبیین و تفسیر این آیین‌نامه را بر عهده دارد».

دستگاه‌های اجرایی در موارد عادی نوعاً براساس دانش و تخصص و تجربیات اداری طبق برداشت خود از قوانین مربوط اقدام کرده و حسب مورد، و نوعاً در موارد خاص و پیچیده، از مراجع تعیین‌شده در این زمینه استعلام می‌نمایند، چه اینکه پیش‌بینی مراجع معین تفسیر یا پاسخگویی به استعلام‌های قانونی، در درجه نخست برای جلوگیری از تحیر و بی‌نظمی در مقام عمل است و نه ایجاد ممنوعیت برای سایر مجریان قانون یا ارائه بهترین تفسیر.^۱ بر همین اساس، به نظر می‌رسد حتی مفاد اصل ۷۳ قانون اساسی نیز که در آن «صلاحیت مجلس در تفسیر رسمی از قوانین عادی مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند» دانسته نشده، در واقع اذعان به این قاعده عقلی است که امر به شیء، امر به لوازم عقلی آن است؛ چراکه دادرسان برای انجام وظیفه‌ای که بر عهده دارند، لاجرم در مقام تمیز حق باید به تفسیر قوانین دست یازند. نکته‌ای که نباید از آن غفلت شود، آن است که تفسیر مراجع رسمی در مقام عمل، حجیت نوعی دارد و اشخاص مربوط باید به‌مثابه قانون از آن تبعیت کنند، اما تفسیر مجریان قانون، مادامی که خلاف آن در مراجع قضایی و قانونی مربوط مورد حکم قرار نگرفته است، می‌تواند مبنای عمل آنها به انجام وظایف قانونی مربوط باشد. بدیهی است که چه قضات و چه مقامات اجرایی در مقام تفسیر قوانین، باید محدودیت‌های ساختاری متن و موازین عرفی مربوط در برداشت و تفسیر از قوانین را رعایت کنند و به همین جهت امکان تفسیر قوانین توسط مجریان قانون به معنای پذیرش هرج و مرج و آشفتگی و بی‌انضباطی در برداشت از قوانین نیست. بنابراین، برای مثال با هیچ تفسیری نمی‌توان از واژه «شیر»، «شتر» برداشت و استنباط کرد.

۱. در ماده ۷۴ کنوانسیون سازمان بین‌المللی دریانوردی تحت عنوان «تفسیر» (Interpretation) به نکته قابل توجهی در این زمینه اشاره شده است. توضیح آنکه طبق مفاد صدر ماده ۷۴ مزبور هرگونه سؤالی راجع به تفسیر و اعمال این کنوانسیون باید به مجمع سازمان بین‌المللی مزبور ارجاع شود، اما حکم مزبور نباید به‌مثابه مانعی برای ورود سایر زیرمجموعه‌های این سازمان برای پاسخگویی به پرسش‌های مشابه فوق‌الذکر در مقام اجرای وظایف اداری آنها، تلقی شود. نک:

Convention of the International Maritime Organization, sixth edition, 2010, IMO Publication, p.28.

۲. ارزیابی استناد احتمالی به جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت

خدمات کشوری در رأی هیأت عمومی

همچنان که پیش‌تر اشاره شد، به احتمال قوی مستند مورد نظر هیأت یادشده در صدور رأی مورد بحث، جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری باشد. در جزء یادشده^۱ سخن از «هماهنگی» در اعلام نظر و پاسخگویی به استعلامات و ابهامات اداری و استعلامی دستگاه‌های اجرایی ... است، نه مباشرت و پاسخگویی مستقیم شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی به استعلامات. بگذریم از اینکه در قانون مزبور به‌صراحت اشاره‌ای به واژه «تفسیر» نشده، ولی ممکن است در عمل و حسب مورد پاسخگویی به استعلامات مزبور، با تفسیر قوانین و مقررات اداری به معنای عام آن ملازمه داشته باشد. افزون بر این، با اینکه تفسیر قوانین (از جمله قوانین استخدامی) به استناد اصل ۷۳ قانون اساسی در صلاحیت مجلس است، اما قانونگذار بین پاسخگویی به استعلامات اداری و استخدامی که ممکن است حسب مورد مستلزم تفسیر قوانین مربوط باشد با اصل فوق، منافاتی ندیده است. این در حالی است که طبق رویه و از باب رعایت سلسله‌مراتب اداری، دستگاه‌های اجرایی نوعاً پاسخ ارائه‌شده به استعلامات خود را لازم‌الایتناع می‌دانند، لذا به نظر می‌رسد هماهنگی در اعلام نظر و پاسخگویی به استعلامات اداری را باید به‌مثابه یک امر و عمل مدیریتی (از باب ایجاد هماهنگی در مقام اجرای هماهنگ قوانین و مقررات اداری) محسوب کرد که براساس آن شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی مکلف است تمهیدات مدیریتی لازم برای اعلام پاسخ روش‌مند و هماهنگ به انواع استعلامات اداری توسط تشکیلات اداری مربوط در سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی را به‌عمل آورد؛ وظیفه و صلاحیتی که ملازمه با پاسخ مستقیم این شورا به همه استعلامات

اداری و استخدامی دستگاه‌های اجرایی ندارد، چه اینکه درعمل چنین امری متعذر است و لذا نمی‌توان انتظار داشت تک‌تک استعلامات اداری و استخدامی دستگاه‌های اجرایی در این شورا مطرح و مستقیماً به آن پاسخ گفته شود و قاعدتاً به عنوان یک تصمیم اداری طبق جزء (۹) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به تأیید رئیس‌جمهور رسیده، سپس به دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط ابلاغ شود. گفتنی است که ظاهراً اگر پاسخ‌های اعلامی به استعلامات به‌عمل آمده را از مصادیق «تصمیمات» مذکور در جزء (۹) بند (ب) ماده ۱۱۶ مزبور ندانیم،^۱ این پاسخ‌ها ماهیت مشورتی خواهند داشت. همچنانکه در جزء (۷) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون یادشده، سخن از درخواست «کسب نظر مشورتی» از این شورا به‌میان آمده است.^۲

با توجه به مراتب فوق به نظر می‌رسد ابطال نامه رئیس نظام‌های جبران خدمت به استناد صلاحیت انحصاری شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، موضوع جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، موجه نیست و درواقع سایر آرای هیأت عمومی نیز که براساس مستند فوق‌الذکر صادر شده‌اند، از پشتوانه استدلالی لازم برخوردار نیست.

اما رأی مزبور از حیث پیامدهای حقوقی و اجرایی آن نیز قابل تأمل و انتقاد به نظر می‌رسد. توضیح آنکه اجرای رأی مزبور هیأت عمومی و ابطال نامه شماره ۲۲۲/۹۰/۲۷۳۶۲ رئیس امور نظام‌های جبران خدمت، با تمکین به خواسته شاکیان این پرونده مبنی بر تسری حکم مذکور در مصوبه شماره ۱۲۴۳۲۰/ت/۴۷۰۲۲ هـ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیأت وزیران به کارکنان ذی‌ربط سازمان گمرک، ملازمه‌ای ندارد، چه اینکه با توجه به عبارت «... فارغ از ماهیت مفاد نامه مذکور و درستی و نادرستی آن ...» در رأی صادره، این رأی اثباتاً یا نفیاً درمورد تسری پرداخت فوق‌العاده

۱. جزء (۹) بند (ب) ماده ۱۱۶: «... تصمیمات این شورا پس از تأیید رئیس‌جمهور برای دستگاه‌های مشمول این قانون لازم‌الاجراست».

۲. جزء (۷) بند (ب) ماده ۱۱۶: «سایر مواردی که از طرف رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و یا وزراء در ارتباط با تعهدات این قانون برای کسب نظر مشورتی ارجاع می‌شود».

۱. ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری: شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی که در این قانون، «شورای توسعه مدیریت» نامیده می‌شود برای انجام وظایف ذیل و با ترکیب مذکور در این ماده تشکیل می‌گردد: الف- ترکیب شورا: ... ب- وظایف و اختیارات: ... ۴- هماهنگی در اظهارنظر و پاسخگویی به استعلامات و ابهامات اداری و استخدامی دستگاه‌های اجرایی در اجرای مفاد این قانون.

موضوع مصوبه فوق‌الذکر هیأت وزیران به کارکنان مربوط سازمان گمرک، واجد حکمی نیست. بر این اساس، اینکه پاسخ به استعلام انجام‌شده و تفسیر مصوبه مربوط هیأت وزیران، خارج از صلاحیت رئیس امور نظام‌های جبران خدمت است، ملازمه‌ای با اشتباه بودن تفسیر به‌عمل آمده در نامه پاسخ مرجع مزبور به استعلام صورت‌گرفته ندارد. نتیجه اینکه ابطال این نامه، هیچ تکلیف مسلمی برای تمکین به خواسته شاکیان این پرونده مبنی بر تسری حکم مذکور در مصوبه مربوط هیأت وزیران به کارکنان ذی‌ربط سازمان گمرک ایجاد نمی‌کند؛ این در حالی است که خواسته نهایی شاکیان چیزی جز تسری مصوبه هیأت وزیران در پرداخت فوق‌العاده مزبور به کارکنان مربوط گمرک (از جمله شاکیان)، نبوده است.

اما فرض کنیم طبق رأی هیأت عمومی صرفاً شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی صالح به اعلام نظر (تفسیر) و پاسخ به استعلامات اداری و استخدامی است. در این صورت با توجه به این‌که هیأت عمومی درمورد تفسیر صحیح مصوبه مربوط هیأت وزیران اعلام نظر نکرده است، آیا در اجرای رأی صادرشده در پرونده مورد بحث ضرورت دارد مرجع اداری مربوط، از شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی طبق جزء (۴) بند (ب) ماده ۱۱۶ قانون مدیریت خدمات کشوری درمورد تعلق یا عدم تعلق فوق‌العاده مذکور در مصوبه هیأت وزیران به کارکنان ذی‌ربط گمرک ایران، استعلام به‌عمل آورد؟! در این فرض اگر مرجع اداری مربوط، معتقد باشد ابهامی در تشخیص مفاد و قلمرو اجرای مصوبه مربوط هیأت وزیران ندارد، آیا شاکیان می‌توانند برای نیل به خواسته خود در اجرای رأی صادره، الزام مرجع اداری مربوط به استعلام درمورد حدود و قلمرو اجرای مصوبه مربوط هیأت وزیران را درخواست کنند؟ و اگر چنین باشد چگونه می‌توانند؟ نکته جالب این است که در این صورت معلوم نیست از چه مرجعی باید استعلام شود، زیرا در متن رأی هیأت عمومی به اینکه صلاحیت تفسیر مصوبه مربوط هیأت وزیران با چه مرجعی است، هیچ اشاره‌ای نشده است.

اما پرسشی که اینک قابل طرح است اینکه مبنای حقوقی عبارت «... فارغ از ماهیت مفاد نامه مذکور (نامه رئیس نظام‌های جبران خدمت) و درستی و نادرستی آن ...» در رأی هیأت عمومی چیست؟ و چرا هیأت عمومی، خود را ملزم به چنین

تصریحی در رأی مزبور دانسته است؟ و آیا با توجه به خواسته نهایی شاکیان و موضوع احقاق حق، هیأت عمومی نمی‌تواند برای بررسی مغایرت یا عدم مغایرت نامه مورد شکایت با قانون، به استناد ماده ۱۲ قانون دیوان، وارد جنبه ماهوی و به اصطلاح ارائه تفسیر صحیح مورد نظر از مصوبه مربوط هیأت وزیران شود تا تکلیف صحت و سقم اعلام نظر به‌عمل آمده در نامه رئیس نظام‌های جبران خدمت و اعتراض شاکیان هم مشخص گردد؟^۱ به نظر می‌رسد اعلام نظر ماهوی یا تفسیر مصوبه مورد بحث هیأت وزیران توسط هیأت عمومی در مقام رسیدگی به شکایت مطرح‌شده، با مانع قانونی خاصی مواجه نیست، بلکه باید فراتر رفت و بر آن بود که (با فرض صلاحیت هیأت عمومی برای رسیدگی به شکایت مطرح‌شده) چون تعیین تکلیف راجع به خواسته شاکیان، ملازمه با ورود ماهوی به ارزیابی قلمرو اجرای مصوبه هیأت وزیران دارد، در واقع هیأت عمومی مکلف به چنین اقدامی است.

اگر حسب فرض مفاد نامه مورد اعتراض رئیس نظام‌های جبران خدمت، هم به علت مغایرت با قانون و هم به سبب عدم صلاحیت مرجع اداری مزبور، قابل رسیدگی و ابطال باشد، آیا هیأت عمومی قانوناً مکلف یا مخیر است صرفاً به موضوع عدم صلاحیت استناد کند، یا اینکه با توجه به خواسته غایی شاکیان، ضروری است به موضوع مغایرت با قانون نیز بپردازد؟

در این صورت، در بررسی مغایرت مفاد نامه مورد شکایت با قانون، آیا هیأت عمومی ناگزیر به بررسی ماهوی و اعلام نظر به‌عمل آمده و در نتیجه، ارزیابی و تفسیر مصوبه مربوط هیأت وزیران نیست؛ به‌ویژه در جایی که موضوع تضییع حق اشخاص در میان باشد؟ به نظر می‌رسد برای ورود هیأت عمومی به بررسی

۱. ناگفته پیداست که اقدام خارج از قلمرو صلاحیت قانونی، از مصادیق اقدام مغایر قانون در معنای عام آن است، اما وقتی دو مورد یادشده در ماده ۱۲ قانون دیوان در کنار یکدیگر ذکر می‌شود، باید بر آن بود که «مغایرت با قانون» دارای مصادیق متفاوت از عدم صلاحیت نیز می‌باشد. بنابراین، در بحث کنونی اعلام نظر مرجع اداری مغایر با قانون، می‌تواند به معنای اعلام نظر یا تفسیر قانون برخلاف نظر قانونگذار باشد. در نتیجه، هیأت عمومی برای تطبیق رفتار و اقدام مقام اداری (اظهارنظر اداری) با مفاد قانون، می‌تواند به بررسی کیفیت اظهارنظر یا تفسیر مقام اداری نیز بپردازد. قابل ذکر است که نحوه تنظیم ماده ۱۲ مزبور قابل انتقاد به نظر می‌رسد. مناسب این بود که قانونگذار به جای ذکر برخی مصادیق اقدام مغایر قانون در عرض این عنوان، به مصادیق یادشده، به عنوان نمونه‌هایی از اقدام مغایر قانون اشاره می‌کرد.

موضوع مغایرت با قانون، منع قانونی وجود ندارد، ولو اینکه رسیدگی به صلاحیت مرجع اداری مورد شکایت و اعلام نظر در این زمینه، حسب ظاهر بر سایر موارد مذکور در ماده ۱۲ قانون دیوان، تقدم منطقی داشته باشد.

۳. مصادیق «آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی ...» در بند (۱)

ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

طبق بند (۱) ماده ۱۲ قانون دیوان، قلمرو صلاحیت هیأت عمومی در این بند محدود به رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی... است که اصطلاحاً جنبه نوعی دارد. در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی نیز که مبنای صلاحیت مزبور هیأت عمومی می‌باشد به ترتیب، تعبیر «تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی ...» (اصل ۱۷۰) و «آیین‌نامه‌های دولتی» (اصل ۱۷۳) به کار رفته است. در ماده ۸۰ قانون دیوان هم، تعبیر «درخواست ابطال مصوبات ...» مورد استفاده قرار گرفته است. پرسش دیگری که در بررسی رأی مورد بحث مطرح می‌شود آن است که: آیا اصولاً نامه رئیس امور نظام‌های جبران خدمت را - که در مقام پاسخ به یک استعلام اداری صادر شده است - می‌توان عرفاً از مصادیق «مقررات»، «مصوبات» یا «آیین‌نامه‌های دولتی» تلقی کرد؟ به نظر می‌رسد انطباق این گونه نامه‌ها با مفهوم عرفی «مصوبات» و «آیین‌نامه‌های دولتی»، مذکور در بند (۱) ماده ۱۲ قانون دیوان که قانونگذار به‌طور کلی از آنها تحت عنوان «مقررات» یاد کرده است، قابل تأمل می‌باشد. در این صورت ممکن است این پرسش مطرح شود که: شاکی یا شاکیان در پرونده مورد بحث و سایر پرونده‌های مشابه، چگونه و کجا باید شکایت خود را مطرح کنند؟ ظاهراً بند (۳) ماده ۱۰ قانون دیوان که راجع به شکایات استخدامی از حیث تضییع حقوق استخدامی است، در این زمینه می‌تواند در شعب دیوان مورد توجه و استناد قرار گیرد.

۴. تکلیف یا عدم تکلیف هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به ذکر جهات،

دلایل، مستندات و اصول و مواد قانونی مورد نظر در آراء صادره

در رأی مورد بحث هیأت عمومی دیوان صرفاً به مستندات مربوط به صلاحیت این هیأت (بند ۱ ماده ۱۲) و امکان ابطال تمام یا قسمتی از مصوبات

(ماده ۸۸) اشاره شده، اما اینکه چرا نامه رئیس امور نظام‌های جبران خدمت از مصادیق «تفسیر»، تلقی و به چه علت اقدام مزبور خارج از صلاحیت مقام مذکور محسوب شده است، نه به قانون خاصی استناد شده و نه هیچ‌گونه استدلالی ارائه شده است. با توجه به اینکه طبق بند (ج) ماده ۵۹ قانون دیوان عدالت اداری یکی از محتویات دادنامه، رأی با ذکر جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی است، پرسش قابل طرح اینکه: آیا رعایت مقرر مزبور درمورد آراء صادره توسط هیأت عمومی نیز صادق است؟ در پاسخ به پرسش مزبور ممکن است گفته شود مفاد ماده ۵۹ مزبور، از جمله به قرینه بندهای (ب) و (ج) این ماده که ناظر بر درج نام، نام‌خانوادگی رئیس، دادرس شعبه و امضای رئیس یا دادرس علی‌البدل و مهر شعبه در دادنامه می‌باشد، منصرف از آراء صادره توسط هیأت عمومی است؛ خصوصاً اینکه در مقررات مبحث سوم قانون دیوان از ماده ۸۰ تا ۹۷ که راجع به «رسیدگی در هیأت عمومی» است، حکم مشابهی (مشابه ماده ۵۹) پیش‌بینی نشده است. با این حال، استدلال مزبور با توجه به منطق و اصول کلی حقوقی مربوط، قابل تأمل است.

از لحاظ حقوقی ممکن است در پاسخ به استدلال یادشده گفته شود؛ سکوت و عدم تصریح قانونگذار به لزوم بیان جهات، دلایل و... در آراء صادره از سوی هیأت عمومی را نباید به معنای عدم الزام آن تلقی کرد. طبق ماده ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری در موارد سکوت این قانون، باید به مقررات مربوط آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و ... مراجعه کرد. اگر فرض کنیم که قانون دیوان درمورد تکلیف هیأت عمومی به بیان جهات، دلایل و مستندات قانونی در آراء صادره ساکت است، وفق ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۸/۱/۲۱)^۱ هیأت عمومی نیز ملزم به بیان جهات و دلایل و ... در آراء صادره می‌باشد. به‌ویژه آنکه فلسفه بیان جهات، دلایل و مستندات قانونی در آراء صادره را باید در لزوم رعایت اصل حاکمیت قانون توسط محاکم و مراجع قضایی در مقام

۱. ماده ۲۹۶: رأی دادگاه پس از انشاء لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد: ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی براساس آنها صادر شده است.

قضاوت و صدور حکم و نیز احترام به حقوق مردم و جامعه و امکان اطلاع و ارزیابی مبانی و دلایل آراء صادره توسط اشخاص ذی‌نفع و ذی‌ربط (که زمینه پاسخگویی محاکم و مراجع قضایی را فراهم می‌کند) جستجو کرد؛ امری که علی‌الأصول درمورد آراء هیئت عمومی نیز صادق است. ظاهراً از این رو، اصل ۱۶۶ قانون اساسی مقرر کرده است که: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است».

با این حال، استناد به ماده ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری و احتجاج به اصل ۱۶۶ قانون اساسی در این بحث، فرع بر صدق عنوان «دادگاه» بر «هیأت عمومی» است. اگر ویژگی‌های اصلی دادگاه را رسیدگی قضایی در چارچوب قانون و آیین دادرسی مشخص بدانیم، به نظر می‌رسد صدق عنوان دادگاه بر هیأت عمومی، دست‌کم تا حدودی که به بحث کنونی مربوط می‌شود، با مانعی مواجه نیست.

۵. نقد ماهوی رأی هیأت عمومی

همان‌گونه‌که در متن گردشکار رأی مورد بحث دیوان ذکر شده، موضوع شکایت شاکیان در این پرونده، تسری اجرای مصوبه شماره ۱۲۴۳۳/ت/۴۷۰۲۲ هـ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیأت وزیران به گمرک ایران است.

با اندک‌دقتی در نکات مطرح‌شده از سوی شاکیان، بی‌وجه بودن ادعای آنها، روشن به نظر می‌رسد. توضیح آنکه طبق ماده ۲ قانون امور گمرکی (مصوب ۱۳۹۰/۸/۲۲)، گمرک ایران سازمانی دولتی و تابع وزارت امور اقتصادی و دارایی است. همچنین وفق ماده (۴) قانون مزبور، رئیس کل گمرک ایران ... بالاترین مقام اجرایی گمرک بوده و ... اداره امور گمرک، پیشنهاد تشکیلات و بودجه، استخدام، عزل و نصب کارمندان و ... نمایندگی گمرک در کلیه مراجع قانونی و حقوقی ... را برعهده دارد. تشکیل گمرک ایران به صورت یک سازمان دولتی دارای بودجه، مقررات اداری و استخدامی ... و دارای شخصیت حقوقی مستقل، به‌طور وضوح از مقررات مزبور استنباط می‌شود. به بیان دیگر، تعریف قانونی گمرک ایران منطبق است با تعریف مؤسسات دولتی موضوع ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، که براساس ماده ۵ قانون مزبور، بی‌تردید یک دستگاه اجرایی در عرض وزارت امور اقتصادی و دارایی محسوب می‌شود.

گفتنی است به رغم همه نکاتی که در این نوشتار به آن اشاره شد، با ابطال نامه رئیس امور نظام‌های جبران خدمت و عدم اظهارنظر ماهوی صریح در مورد درستی یا نادرستی خواسته نهایی شاکیان به نوعی زمینه تمکین مقامات اداری مربوط در قبال خواسته آنها فراهم شده است؛ زیرا با ابطال نامه مزبور ظاهراً تسری مصوبه مورد بحث هیأت وزیران به گمرک ایران لزوماً خلاف قانون نیست.

موجب اختلاف نظر محاکم و صدور آراء متفاوت شد که نهایتاً منجر به مداخله هیأت عمومی دیوان عالی کشور و صدور رأی وحدت رویه به شرح زیر گردید:

رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴-۱۹/۸/۱۳۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۱

مطابق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار، هریک از مجازات‌ها را در درجه‌ای خاص قرار داده که قرار گرفتن هر مجازات در مرتبه‌ای معین در عین حال، مبین شدت و ضعف آن کیفر نیز می‌باشد، لکن در هریک از این درجات نیز کیفرهای غیرمتجانس وجود دارد که به لحاظ عدم امکان سنجش آنها با یکدیگر، تشخیص کیفر اشد در بین آنها بعضاً با اشکال مواجه می‌گردد؛ به‌منظور رفع اشکال، تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون یادشده، در مقام بیان قاعده، مقرر می‌دارد: ... در صورت تعدد مجازات‌ها و عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است...؛ علاوه بر این، در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین جزایی، از جزای نقدی به عنوان «بديل مناسب‌تر» مجازات حبس (در مقام تخفیف و تبدیل آن مجازات) و کیفر جایگزین مجازات حبس که علی‌القاعده ماهیت خفیف‌تر و ملایم‌تری از حبس دارد، استفاده شده است و عرف و سابقه قانونگذاری در کشور ما نیز حکایت از صحت چنین استنباطی دارد. بنا به مراتب مذکور، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در مواردی که مجازات بزه حبس، توأم با جزای نقدی تعیین گردیده، کیفر حبس ملاک تشخیص درجه مجازات و بالتیجه صلاحیت دادگاه است. این رأی مطابق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

براساس آنچه در گزارش رأی وحدت رویه فوق منتشر شده است، دوازده مرجع قضایی از تالی تا عالی در چهار پرونده مختلف با موضوعات تقریباً مشابه، با استنباط از ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) و تبصره ۳ آن، آراء متعددی صادر نموده‌اند که به‌طور کلی در دو دسته و دو موضع قابل تقسیم

ملاک تشخیص درجه در مجازات‌های متعدد

(نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ هیأت عمومی

دیوان عالی کشور مورخ ۹۴/۸/۱۹)

ابوالقاسم فلاحی *

مقدمه

با استقرار نظام جمهوری اسلامی و جایگزینی قوانین جزایی شرعی به جای مقررات عرفی، طبقه بندی رایج جرایم به خلاف، جنحه و جنایت، از میان برداشته شد و از آن پس، همواره در یافتن ملاکی برای تشخیص شدت و ضعف مجازات‌ها میان حقوقدانان و محاکم اختلاف نظر وجود داشته است. این اختلاف نظر، موجب بلاتکلیفی محاکم و منشأ مشکلات متعددی برای دستگاه قضایی شده بود، به همین سبب، یکی از رسالت‌های مهم قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در حوزه مجازات‌ها، ایجاد ملاک و معیاری برای تعیین و تشخیص شدت و ضعف مجازات‌ها بوده است. این امر تا جایی اهمیت داشت که در لایحه مجازات اسلامی که از سوی قوه قضاییه به مجلس ارائه شده بود، تمامی جرایم اعم از جرایم موجب حد، قصاص، دیات و تعزیرات، درجه بندی شده بود، اما مجلس شورای اسلامی با انجام اصلاحاتی، درجات را تنها منحصر به تعزیرات نمود.

ماده ۱۹ قانون فوق‌الذکر، مجازات‌های تعزیری را بر مبنای شدت و ضعف، درجه بندی کرده و تبصره ۳ این ماده در مقام بیان قاعده، مجازات شدیدتر و در صورت عدم امکان تعیین مجازات شدیدتر، حبس را ملاک تعیین درجه دانسته است. اعمال تبصره فوق در مقام تعیین درجه مجازات و مآلاً تعیین مرجع صلاحیت‌دار،

* دانشجوی دوره دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری

۱. فرآیند حل اختلاف در امور کیفری

یکی از ایرادات کلی به فرآیند حل اختلاف در امور کیفری، آن است که برخلاف امور حقوقی، حل اختلاف در امور کیفری، فاقد مقررات نظام مند و سازوکار مشخص است. دلیل عمده آن - صرفنظر از ماهیت حقوقی مسئله - شاید تغییرات مکرر ساختار دادگاه‌های کیفری باشد، به همین دلیل است که از دیرباز برای حل اختلاف در امور کیفری به مقررات آیین دادرسی مدنی ارجاع داده شده است،^۱ اما این راهکار چندان چاره‌ساز نبوده؛ چراکه ساختار دادگاه‌های کیفری، متفاوت با دادگاه‌های حقوقی است و اختلافاتی که در نظام دادگاه‌های کیفری خواه از نظر تعدد مراجع (دادسرای عمومی، دادسرای نظامی، دادگاه بخش، دادگاه شهرستان، دادگاه نظامی، دادگاه کیفری استان، دادگاه ویژه روحانیت، دادگاه تجدیدنظر...) و خواه از نظر تعدد ملاک‌های صلاحیت (سن، شغل و موقعیت اجتماعی متهم، تعدد اتهامات، تعدد متهمین ...) رخ می‌دهد، با استفاده از مقررات بسیط و کلی حاکم بر امور حقوقی قابل حل نیست کما اینکه در سال‌های اخیر بسیاری از اختلافات صلاحیتی میان محاکم در امور کیفری، از طریق صدور آراء وحدت رویه متعدد و پیاپی حل شده است.^۲

به هر حال، در گزارش رأی وحدت رویه مورد نقد مشاهده می‌شود که در دو مرحله، با حدوث اختلاف میان دادگاه‌های کیفری یک و دو از حوزه قضایی یک استان (در مرحله اول میان دادگاه‌های کیفری یک و دو مشهد از استان خراسان و در مرحله دوم، میان دادگاه‌های کیفری یک و دو تهران) پرونده‌ها برای حل اختلاف

می‌باشند: در یک جبهه، چهار شعبه از دادگاه‌های کیفری دو (شعب ۱۳۳ کیفری دو مشهد و شعب ۱۰۳۵، ۱۰۴۹ و ۱۰۵۰ کیفری دو تهران)، یک شعبه از دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۳۹) و یک شعبه از دیوان عالی کشور (شعبه ۳۸)، میزان جزای نقدی مترتب بر بزه‌های انتسابی به متهمین را ملاک تعیین درجه مجازات اعلام کرده و با توجه به اطلاق ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری به‌ویژه بند (ت) آن، رسیدگی را در صلاحیت دادگاه‌های کیفری یک تهران تشخیص داده‌اند، و در جبهه دیگر، سه شعبه از دادگاه‌های کیفری یک (شعبه ۲ کیفری یک مشهد و شعب ۲ و ۵ کیفری یک تهران)، یک شعبه از دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۲۷) و یک شعبه از دیوان عالی کشور (شعبه ۲۸) معتقدند در جرایمی که دارای مجازات‌های حبس و جزای نقدی است حداکثر مدت حبس، ملاک تشخیص درجه مجازات است و بر آن اساس، دادگاه‌های کیفری دو را مرجع صالح تشخیص داده‌اند. نهایتاً اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور با استنباط از تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، نظر جبهه دوم مبنی بر محوریت حبس در تعیین درجه مجازات را ترجیح دادند که خروجی آن، رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۸ بوده است. اگرچه رأی وحدت رویه صادرشده اکنون اعتباری هم‌پای قانون دارد و برای تمام دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه لازم‌الاتباع است، اما باید توجه داشت که اگر بنیان آن بر مبانی استواری نبوده باشد و مصالح مورد نظر را تأمین نکند، براساس ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ امکان تغییر آن به‌موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری، دور از انتظار نخواهد بود.

پیش از آنکه وارد نقد ماهوی رأی وحدت رویه مذکور شویم، طرح این بحث را لازم می‌دانیم که منشأ اصلی صدور این رأی، اختلاف در صلاحیت دادگاه‌ها بوده، زیرا اساساً تعیین درجه مجازات به‌منظور تشخیص مرجع صالح بوده است و قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) نیز در جرایم تعزیری مرجع صالح را براساس درجه‌بندی قانون مجازات اسلامی تعیین نموده است. بنابراین، به منظور ارزیابی صحت و سقم فرآیند حل اختلاف در رأی وحدت رویه مورد نقد، لازم است مروری داشته باشیم بر فرآیند کلی حل اختلاف در امور کیفری.

۱. ماده ۲۰۱ قوانین موقتی محاکمات جزایی (آیین دادرسی کیفری) (مصوب ۱۲۹۰)، ماده ۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (مصوب ۱۳۷۸) و ماده ۳۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲): «حل اختلاف در صلاحیت در امور کیفری، مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی است...».

۲. برای نمونه نک: رأی وحدت رویه شماره ۶۴۸ - ۱۳۷۸/۱۱/۱۹، رأی وحدت رویه شماره ۶۵۱ - ۱۳۷۹/۸/۳، رأی وحدت رویه شماره ۶۶۴ - ۱۳۸۲/۱۰/۳۰، رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ - ۲۱۷۱۳۸۳/۳/۲، رأی وحدت رویه شماره ۶۸۷ - ۱۳۸۵/۳/۲، رأی وحدت رویه شماره ۷۰۶ - ۱۳۸۶/۹/۲۰، رأی وحدت رویه شماره ۷۰۹ - ۱۳۸۷/۱۱/۱، رأی وحدت رویه شماره ۷۱۰ - ۱۳۸۸/۱/۱۸، رأی وحدت رویه شماره ۷۱۵ - ۱۳۸۹/۱/۲۴، رأی وحدت رویه شماره ۷۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶ - ۱۳۹۳/۹/۴.

به دیوان‌عالی کشور ارسال شده، دیوان نیز حل اختلاف نموده است. با این وصف، در فرآیند صدور رأی وحدت رویه مورد نقد، یک ایراد اساسی به چشم می‌خورد و آن، مداخله دیوان‌عالی کشور در حل اختلاف میان دادگاه‌های کیفری یک و دو می‌باشد. اساساً دیوان‌عالی کشور نمی‌بایست در مقام حل اختلاف میان شعب دادگاه‌های کیفری یک و دو برآید چراکه دادگاه‌های کیفری یک و دو، اولاً از نظر سلسله مراتب در یک سطح بوده‌اند ضمن آنکه پایین‌تر از دادگاه تجدیدنظر قرار دارند؛ ثانیاً، هر دو در حوزه قضایی یک استان بوده‌اند و مطابق قواعد کلی حل اختلاف در صلاحیت، مرجع حل اختلاف میان دادگاه‌های کیفری یک و دو از حوزه قضایی یک استان، دادگاه تجدیدنظر استان مربوطه است نه دیوان‌عالی کشور.

پشتوانه استدلالی این نظر، رأی وحدت رویه شماره ۵۱۵ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۲۰ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور است که مرجع حل اختلاف در صلاحیت بین دادگاه‌های حقوقی یک و دو شهرستان تابع یک استان را دادگاه حقوقی یک مرکز استان مربوطه تعیین نموده است.^۱

مضافاً اینکه، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظرات مشورتی متعدد، مرجع حل اختلاف بین دادگاه‌های کیفری یک و دو از حوزه قضایی یک استان را دادگاه تجدیدنظر همان استان دانسته است. برای مثال، مطابق نظریه شماره ۷/۹۴/۸۱۷ - ۹۴/۴/۲:

«صرف‌نظر از سکوت قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در مورد حل اختلاف بین دادگاه‌های کیفری یک و دو، با عنایت به صراحت ماده ۳۱۷ همان قانون که حل اختلاف در صلاحیت در امور کیفری را به مقررات آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است، و اینکه هر دو دادگاه کیفری یک و دو صرف‌نظر از نوع جرم، رسیدگی بدوی می‌نمایند، با عنایت به متن ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین استنباط می‌گردد که حل اختلاف در صلاحیت بین دادگاه کیفری یک و دو در یک استان با دادگاه تجدیدنظر همان استان می‌باشد».^۲

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۲۸۵۶ مورخ ۱۳۶۹/۱/۲۹

۲. روزنامه رسمی شماره ۲۰۴۹۰ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۱

همچنین، مطابق نظریه شماره ۷/۹۴/۹۶۱ - ۹۴/۴/۱۶:

«با عنایت به صراحت ماده ۳۱۷ همان قانون که حل اختلاف در صلاحیت در امور کیفری را به مقررات آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است، ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) که حل اختلاف در صلاحیت بین دادگاه‌های سطح یک استان را به دادگاه تجدیدنظر استان محول نموده است، حل اختلاف با دادگاه تجدیدنظر همان استان خواهد بود».^۱

بنابراین، به نظر می‌رسد که در این جریان، به اشتباه پای شعب ۲۸ و ۳۸ دیوان‌عالی کشور به قضیه باز شده است. هرچند اگر شعب فوق‌الذکر در مقام حل اختلاف دادگاه‌های کیفری یک و دو وارد نمی‌شدند، شاید پرونده‌ای برای صدور رأی وحدت رویه در هیأت عمومی دیوان تشکیل نمی‌شد و این اختلاف (که واقعاً محقق شده بود) همچنان حل نشده باقی می‌ماند.

۲. درجه‌بندی مجازات‌ها

در تمام نظام‌های حقوق کیفری در طول تاریخ، انواع مختلف مجازات‌ها برحسب شرایط زمانی و مکانی مورد استفاده بوده است. مطالعات تاریخی حقوق کیفری حاکی از آن است که اشکال مختلف مجازات‌های سالب حیات، تازیانه و قطع اعضای بدن، به دلایل جامعه‌شناختی، روانشناختی، اقتصادی و سیاسی، جزء مجازات‌های رایج بوده‌اند. تقریباً در تمام نظام‌های جزایی دنیا، جرایم و مجازات‌ها براساس معیارهای خاصی طبقه‌بندی شده‌اند. طبقه‌بندی مجازات‌ها در سیستم‌های مختلف قانونگذاری بر دو اساس پی‌ریزی می‌شود:

۱- براساس طبیعت جرم و شدت و وخامت آن

۲- بر حسب میزان مجازات^۲

۱. روزنامه رسمی شماره ۲۰۴۹۷ مورخ ۱۳۹۴/۴/۳۱

۲. برنار بولک، *کیفرشناسی*، مترجم: علی حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۶)، ص. ۹.

۳. رضا فرج‌اللهی، «بررسی تحولات حقوق جزای فرانسه در قانون اخیر»، *مجله حقوقی و قضایی*

دادگستری، ش ۱۷ و ۱۸، (۱۳۷۵): ص ۶۳

البته، در اکثر این طبقه‌بندی‌ها، عمدتاً شدت و ضعف جرایم، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم تابع شدت و ضعف مجازات‌هاست.^۱

در فقه جزایی اسلام طیف وسیعی از کیفر برای جرایم مختلف وجود دارد که عمدتاً براساس طبیعت جرم و شدت و وخامت آن تقسیم‌بندی شده‌اند: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات. در حقوق اسلام، کیفرها غالباً بدنی و معدودی سالب آزادی است.^۲

در ایران پیش از انقلاب اسلامی، قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۰۴) یعنی نخستین قانون کیفری ایران که از قانون جزایی ۱۸۱۰ فرانسه (مشهور به کد کیفری ناپلئون) اقتباس شده بود، جرایم را در سه قسم جنایی، جنحه‌ای و خلافی پیش‌بینی کرده بود.^۳ برای این جرایم، مجازات‌هایی از قبیل حبس، مجازات‌های بدنی، مجازات‌های سالب حق و مجازات‌های نقدی به عنوان کیفر اصلی وجود داشت که براساس ماهیت عینی آنها طبقه‌بندی شده بود. مطابق قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۲) مجازات‌ها براساس شدت و ضعف، به سه دسته تقسیم می‌شدند:

(الف) خلاف: جزای نقدی تا ۵۰۰ تومان یا حبس تأدیبی تا ۶۰ روز

(ب) جنحه: جزای نقدی از ۵۰۱ تومان به بالا و حبس جنحه‌ای از ۶۱ روز تا ۳ سال

(ج) جنایت: اعدام، حبس دائم، حبس جنایی درجه یک از ۳ تا ۱۵ سال و حبس جنایی درجه دو از ۲ تا ۱۰ سال

بر این دسته‌بندی از جهات مختلف از جمله تعیین مرجع صالح برای رسیدگی و مرجع تجدیدنظر، مدت مرور زمان، اعاده حیثیت ... آثار فراوانی مترتب بود و در هنگام تعیین مجازات نیز تنها به ذکر نوع و میزان مجازات اکتفا می‌شد (مثلاً یک سال حبس جنحه‌ای) و مشکلی در تعیین طبقه یا درجه مجازات وجود نداشت، اما پس از انقلاب اسلامی، دسته‌بندی مذکور کنار گذاشته شد و با وضع

۱. همان، ص ۶۴.

۲. محمدعلی اردبیلی، **حقوق جزای عمومی**، (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ج ۳، ص ۶۲.

۳. برنار بولک، پیشین، ص ۱۰.

مجازات‌های شرعی، به دلیل تئوری تغییرناپذیری قواعد مجازات‌های حدی، قصاص و دیات بر مبنای نظر مشهور فقها،^۱ ابتدا به‌موجب قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱ مجازات‌ها به چهار دسته حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شدند، سپس در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ با افزودن قسم پنجمی تحت عنوان «بازدارنده»، مجازات‌ها به پنج دسته تقسیم شدند، اما در هیچ‌یک از این دسته‌ها درجه‌بندی وجود نداشت و معیار قانونی برای تعیین شدت و ضعف مجازات‌ها در دست نبود. تنها معیاری که صرفاً به عنوان رویه در دادگاه‌ها برای تعیین شدت و ضعف مجازات‌های تعزیری پذیرفته شده بود، به ترتیب حبس، شدیدترین مجازات، بعد از آن شلاق و درنهایت جزای نقدی بود.^۲

با تصویب قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مجازات بازدارنده (که مرز آن با تعزیر چندان روشن نبود و سرمنشأ اختلاف نظرات و انتقادات بسیاری شده بود)^۳ حذف شد و مجازات‌ها مجدداً به همان تقسیمات چهارگانه فوق‌الذکر بازگشت، اما این بار نظام تقسیم‌بندی مجازات‌ها با یک تحول اساسی همراه بود و آن درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری به هشت درجه به‌موجب ماده ۱۹ قانون مزبور بود. درجه‌بندی‌ای که به اعتقاد برخی، مبنای هشتگانه بودن آن روشن نیست،^۴ به گمان برخی، دارای توجیهات عقلی، منطقی و فقهی متعددی بوده و از مهم‌ترین پیش‌نیازهای نیل به اهداف مستتر در کیفر تعزیر و مشخصاً اصولی همچون فردی کردن مجازات‌ها می‌باشد.^۵ البته به عقیده برخی دیگر، از آنجا که این درجه‌بندی، بدون بسترسازی لازم و توجه به معیارهای اصل تناسب جرم و

۱. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، **ثبات و تغییر در جرایم و مجازات‌ها با مطالعه تطبیقی**، (قم: نشر قضا، چاپ اول، ۱۳۸۷)، ص ۱۱۱.

۲. علی خالقی، **آیین دادرسی کیفری**، (تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۹)، ص ۲۸۵.

۳. صادق سلیمی، **چکیده حقوق جزای عمومی**، (تهران: انتشارات تهران صدا، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ۱۵۵.

۴. محمدعلی اردبیلی، پیشین، ص ۶۶.

۵. عباس حق‌پناهان، **بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی نوین**، (تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ص ۴۷.

مجازات تنظیم شده است، نه تنها به نتایج مورد نظر دست نیافته، بلکه افزایش آسیب‌های مذکور را به همراه داشته است.^۱ تشریح نظرات مذکور، خارج از حوصله این جستار است، لذا از پرداختن به آن خودداری می‌شود.

در هر حال، ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) ماهیتاً هشت نوع^۲ مجازات را به عنوان تعزیر در هشت درجه مختلف، دسته‌بندی کرده است. درجه یک شامل شدیدترین مجازات‌ها از جمله حبس بیش از ۲۵ سال و جزای نقدی بیش از یک میلیارد ریال و درجه هشت شامل خفیف‌ترین مجازات‌ها از جمله حبس تا ۳ ماه و جزای نقدی تا ده میلیون ریال است. با توجه به اینکه تمام تدابیر تأمینی، تخفیفی و تشدید بر مبنای درجه مجازات اعمال می‌شود، لذا دادگاه‌ها باید در هنگام صدور حکم، درجه مجازات را با استناد به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مشخص نمایند. برای مثال، میزان تخفیف مطابق ماده ۳۸ همان قانون، بر مبنای درجه‌بندی اعمال خواهد شد؛ همچنین مقررات تعلیق، تعویق، آزادی مشروط و غیره با لحاظ درجه مجازات‌ها اعمال می‌شوند. مضافاً آنکه صلاحیت مرجع صالح به رسیدگی نیز براساس درجه مجازات تعزیری تعیین می‌شود.

از آنجا که قانون حاکم بر جرایم تعزیری، در حال حاضر قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵) است و اغلب جرایم تعزیری پیش‌بینی‌شده در قانون تعزیرات و حتی سایر قوانین جزایی کشور، دارای مجازات‌های متعدد از جمله حبس و جزای نقدی می‌باشند که گاه این مجازات‌ها توأمان هستند، بعضاً دادگاه‌ها در تشخیص درجه مجازات با مشکل مواجه می‌شوند. منشأ مشکل آن است که در بسیاری از جرایم، میزان حبس و جزای نقدی اعم از ثابت و به طریق اولی نسبی پیش‌بینی‌شده در قانون برای آن جرم، با میزان پیش‌بینی‌شده در درجات هشتگانه، هم‌خوانی و تناسب ندارد؛ یعنی اگر از زاویه حبس به مجازات یک جرم

بگیریم، مجازات، در یک درجه و اگر از منظر جزای نقدی نگاه کنیم، مجازات، در درجه دیگری قرار می‌گیرد و این بدان معناست که برای یک مجازات، از لحاظ درجه دو حیثیت قائل شویم. برای مثال، جرم کشت خشخاش یا تولید مواد مخدر در بار سوم به استناد بند ۳ ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر (مصوب ۱۳۸۹) دارای مجازات صد میلیون تا یک میلیارد ریال جریمه نقدی و یک تا هفتاد ضربه شلاق و دو تا پنج سال حبس به صورت توأمان است. با تطبیق مجازات‌های مذکور با ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) چنین دریافت می‌شود که مجازات‌های فوق‌الذکر از نظر حبس در درجه ۵، از نظر شلاق در درجه ۶ و از نظر جزای نقدی در درجه ۱ قرار خواهد گرفت.

حال، سؤال آن است که در این‌گونه جرایم با مجازات‌های متعدد توأمان، درجه مجازات بر چه اساسی تعیین می‌گردد؟ آیا قانونگذار راهکاری برای حل این مسئله ارائه داده است؟

پاسخ به این سؤال و سؤالات مشابه، سبب اختلاف محاکم و نهایتاً منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور گردید. بهتر است ضمن ارزیابی رأی وحدت رویه، پاسخ این سؤال را در نظام درجه‌بندی قانونی جستجو کنیم.

۳. ارزیابی رأی وحدت رویه ۷۴۴

در ارزیابی رأی وحدت رویه ۷۴۴ به بررسی دو مسئله ذیل می‌پردازیم:

۳.۱. مبانی رأی

با دقت در جریان طرح پرونده در هیأت عمومی دیوان و استدلالات مذکور در متن رأی، این‌گونه به نظر می‌رسد که هیأت عمومی دیوان، در صدور رأی وحدت رویه مورد بحث، دو مبنای متفاوت نظری و عملی داشته است که به تفصیل در ذیل بیان شده است:

الف) مبنای نظری: در بُعد نظری، دو محور مد نظر هیأت عمومی دیوان قرار گرفته است: **محور نخست**، عدم امکان سنجش کیفرها و تشخیص کیفر اشد به لحاظ نامتجانس بودن مجازات‌های تعزیری موجود در هریک از درجات هشتگانه:

۱. سیدهاشم آل طه، «آسیب‌شناسی درجه‌بندی مجازات‌ها در قانون جدید مجازات اسلامی»، فصلنامه **تعالی حقوق**، ش ۷، (۱۳۹۳): ص ۱۲۵.

۲. حبس، جزای نقدی، مصادره اموال، انحلال شخص حقوقی، انفصال از خدمات دولتی و عمومی، محرومیت از حقوق اجتماعی (شامل ممنوعیت شغلی و اجتماعی و تجاری)، انتشار حکم قطعی در رسانه و شلاق.

«در هریک از این درجات، کیفرهای غیرمتجانس وجود دارد که به لحاظ عدم امکان سنجش آنها با یکدیگر، تشخیص کیفر اشد در بین آنها بعضاً با اشکال مواجه می‌گردد».

هیأت عمومی بر مبنای استدلال فوق، با استناد به قسمتی از تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، آن را قاعده‌ای برای رفع مشکل مذکور معرفی کرده است:

«در صورت تعدد مجازات‌ها و عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است...».

این که هیأت عمومی دیوان به تبصره ماده ۳ استناد کرده و آن را در مقام بیان قاعده «تشخیص مجازات شدیدتر» معرفی کرده، کاملاً صحیح است و تردیدی در آن نیست، اما مسئله آنجاست که هیأت عمومی - بی‌شک عمداً - تمام متن تبصره را ذکر نکرده است. متن کامل تبصره تا جایی که به بحث ما مربوط می‌شود، به این شرح است:

«در صورت تعدد مجازات‌ها، مجازات شدیدتر و در صورت عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است».

جالب آنکه هیأت عمومی در رأی صادره، با حذف عمدی دو واژه کلیدی «مجازات شدیدتر» در متن تبصره، آن را در راستای برداشت خویش تفسیر نموده است و با نحوه نگارش رأی، این گونه القاء کرده که تعدد مجازات‌ها برابر است با عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر. درواقع، استدلال آن مرجع در این خصوص، نوعی مصادره به مطلوب است.

اگرچه به خاطر انواع مختلف مجازات‌ها، قدری ناسازگاری و عدم توازن در این درجات به چشم می‌خورد،^۱ با این حال، قانونگذار با علم به تفاوت مجازات‌ها آن‌ها را در درجات هشتگانه دسته‌بندی کرده است و به‌صراحت در تبصره ۳ (در مواردی که مجازات‌ها متفاوت باشد)، مجازات شدیدتر ملاک است؛^۲ یعنی پیش از آنکه حبس،

ملاک تعیین درجه باشد، ابتدا مجازات شدیدتر ملاک است و پیش‌شرط ملاک بودن حبس، عدم امکان تعیین مجازات شدیدتر می‌باشد. در این درجه‌بندی، حبس و جزای نقدی تنها مجازات‌هایی هستند که در تمام درجات هشتگانه وجود دارند و می‌توان گفت قانونگذار در مقام مقایسه، در هر درجه این دو را در ردیف هم آورده است و به راحتی می‌توان در همه موارد با مقایسه آنها، مجازات شدیدتر را تشخیص داد. اگر چیزی غیر از این منظور قانونگذار بود، می‌بایست هر جنس مجازات را به‌طور مجزا درجه‌بندی می‌کرد؛ یعنی هرکدام از مجازات‌ها (مانند حبس، جزای نقدی...) را جداگانه تشخیص می‌داد. اتفاقاً هیأت عمومی دیوان در ابتدای رأی مورد بحث به این نکته اذعان داشته و تصریح نموده است که قرار گرفتن هر مجازات در مرتبه‌ای معین، در عین حال، مبین شدت و ضعف آن کیفر نیز می‌باشد.

در **محور دوم**، هیأت عمومی، ماهیت حبس را مبنای استدلال قرار داده و آن را شدیدتر از جزای نقدی تلقی کرده است:

«در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین جزایی، از جزای نقدی به عنوان «بدیل مناسب‌تر» مجازات حبس (در مقام تخفیف و تبدیل آن مجازات) و کیفر جایگزین مجازات حبس که علی‌القاعده ماهیت خفیف‌تر و ملایم‌تری از حبس دارد، استفاده شده است و عرف و سابقه قانونگذاری در کشور ما نیز حکایت از صحت چنین استنباطی دارد».

نمی‌توان انکار کرد که طبیعت و ماهیت حبس، شدیدتر از جزای نقدی است؛ چراکه حبس، سالب آزادی و ناظر به تن آدمی است. عرف و سابقه قانونگذاری در کشور ما نیز مؤید آن می‌باشد. در تقویت این مبنا می‌توان به این نکته اشاره کرد که در قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۲) - که بر پایه آن، جرایم براساس شدت و ضعف به سه دسته جنایت، جنحه و خلاف تقسیم شده بود - جزای نقدی، تنها برای خلاف و جنحه پیش‌بینی شده بود در صورتی که هیچ جنایتی با جزای نقدی، کیفر داده نشده بود. پس، کیفر جنایت صرفاً حبس بود و نه چیز دیگر.

اما اشتباه هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور آنجاست که تبصره ۳ را مستقل از ماده ۱۹ تفسیر کرده و بدون توجه به نظام درجه‌بندی مجازات‌ها، جنس متفاوت و ماهیت شدیدتر حبس را مبنای تصمیم‌گیری قرار داده است؛ درحالی که اصولاً تبصره

۱. صادق سلیمی، پیشین، ص ۱۹۰.

۲. محمد مصدق، شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، (تهران: انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۲)، ص ۷۲.

باید در راستای ماده تفسیر شود و ماده در مقام بیان درجه‌بندی تمام مجازات‌های تعزیری صرف‌نظر از جنس آنهاست. در این نظام، منظور از مجازات شدیدتر، شدیدتر از لحاظ درجه است نه جنس و ماهیت؛ یعنی در چارچوب درجه‌بندی موجود، هر مجازاتی که از نظر میزان در درجه بالاتر باشد باید شدیدتر محسوب شود.

ظاهراً تمرکز اعضای هیأت عمومی بر مفهوم انتزاعی و مجرد حبس و جزای نقدی بوده است و بر این اساس، حبس را شدیدتر از جزای نقدی تصور کرده‌اند. حتی با فرض اینکه طبیعت حبس نوعاً شدیدتر از جزای نقدی است، در مقام مقایسه، باید این نکته را هم در نظر گرفت که: چه میزان حبس در برابر چه میزان جزای نقدی؟ بدیهی است که نمی‌توان علی‌الطلاق از شدت حبس نسبت به جزای نقدی در تمام شرایط سخن گفت. آیا می‌توان با قاطعیت گفت فرضاً سه ماه حبس شدیدتر از یک میلیارد ریال جزای نقدی است؟ شاید در مقام پاسخ گفته شود که ما از میزان جزای نقدی و حبسی سخن می‌گوییم که از نظر درجه‌بندی مجازات‌ها، در یک درجه قرار گرفته باشند؛ درحالی‌که سه ماه حبس و یک میلیارد ریال جزای نقدی هرگز در یک درجه قرار نمی‌گیرند. با این حال، باز هم ایراد رفع نشده است، چون بسیاری از قوانین جزایی و از جمله قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵)، از نظر تعیین میزان حبس و جزای نقدی با درجه‌بندی ماده ۱۹ هم‌خوانی و سازگاری ندارند و مقتضی حصول چنین نتیجه‌ای می‌باشند.

این موضوع را نمی‌توان انکار کرد که از نظر کیفرشناختی، ارزش و اهمیت کیفرها در بستر تحولات تاریخی و شرایط اجتماعی و اقتصادی دچار تغییر و تحول شده است. در برخی از جرایم مانند جرایم اقتصادی، سیاست کیفری قانونگذار اقتضاء می‌کند که بر مجازات‌هایی غیر از حبس تمرکز داشته باشد به گونه‌ای که در جرم پول‌شویی، به هیچ‌وجه مجازات حبس پیش‌بینی نشده است و تنها جزای نقدی است که در راستای سیاست سودمندی کیفر بر مرتکب تحمیل می‌شود. همچنین، در برخی دیگر از جرایم، ممکن است در کنار جزای نقدی سنگین، حبس نسبتاً ناچیزی هم پیش‌بینی شده باشد. اگر قرار باشد در آن موارد هم ملاک تعیین درجه مجازات، حبس قرار داده شود - چنانکه رأی وحدت رویه مورد بحث حکم کرده است - در این صورت، ممکن است نتیجه مطلوب حاصل نشود. برای مثال، در قانون مبارزه با

قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳) که تقریباً هشت ماه پس از قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) به تصویب رسیده است، به‌موجب ماده ۳۲ برای قاچاقچیان حرفه‌ای، علاوه بر ضبط کالا و یا ارز قاچاق، حداکثر جزای نقدی و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری و مجازات‌های حبس به شرح زیر پیش‌بینی شده است:

الف - نود و یک روز تا شش ماه حبس برای کالا و ارز با ارزش تا یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال

ب - بیش از شش ماه تا دو سال برای کالا و ارز با ارزش بیش از یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال

بدیهی است که در این قانون، سیاست کیفری مقنن، بر جزای نقدی متمرکز بوده است؛ چراکه حبس نود و یک روز تا شش ماه به قدری ناچیز است که برای جرایمی مانند کشتن یا مسموم کردن حیوان حلال گوشت دیگری (ماده ۶۷۹ قانون تعزیرات ۱۳۷۵) پیش‌بینی شده است. این میزان حبس، مطابق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) درجه ۷ محسوب می‌شود. این درجه، به قدری خفیف است که مشمول اکثر قریب‌به‌اتفاق تدابیر تأمینی و حمایتی پیش‌بینی‌شده برای جرایم سبک، از جمله قرار بایگانی پرونده، تعلیق تعقیب (مواد ۸۰ و ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲)، تعویق صدور حکم، مجازات جایگزین حبس و حتی معافیت از کیفری (مواد ۴۰، ۶۶ و ۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) می‌شود؛ درحالی‌که اصولاً تسری ارفاقات قانونی جرایم خفیف، به جرایم سنگین، با منطق قانونگذاری و عدالت کیفری سازگاری ندارد. آیا منطقی است که قاچاق ارز و کالای ممنوعه از سوی قاچاقچی حرفه‌ای، در ردیف کشتن مرغ همسایه قرار داده شود؟!

ایراد دیگری که به مبنای نظری رأی وحدت رویه مورد بحث وارد است اینکه درعمل به نتایج نامطلوب فوق‌الذکر منجر خواهد شد. توضیح آنکه، در جرایمی که به عنوان مجازات، جزای نقدی توأمان با حبس پیش‌بینی شده است، همیشه میزان مال حاصل از ارتکاب جرم (مثلاً مال مورد کلاهبرداری) یکسان نیست. اگر در تمام این موارد، ملاک تعیین درجه را حبس قرار دهیم، در آن صورت، میان شخصی که یک میلیارد تومان کلاهبرداری کرده، با شخصی که یک میلیون تومان کلاهبرداری

نموده است، هیچ تفاوتی نبوده و از نظر درجه مجازات در یک ردیف قرار می‌گیرند چون در هر صورت، ملاک تعیین درجه مجازات حبس است.

ب) مبنای عملی:

در بُعد عملی، مبنای هیأت عمومی دیوان در صدور رأی مورد بحث را باید در تأثیر درجه‌بندی مجازات بر تعیین صلاحیت دادگاه‌ها جستجو کرد.

قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴) با تقسیم دادگاه‌های کیفری به یک و دو، اصل را بر صلاحیت دادگاه کیفری دو قرار داده بود و در ماده ۳۰۱ چنین مقرر داشته: «دادگاه کیفری دو، صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم را دارد مگر آنچه به موجب قانون در صلاحیت مرجع دیگری باشد». بلافاصله در ماده ۳۰۲ در مقام احصاء موارد صلاحیت دادگاه کیفری یک، به موجب بند (ت)، جرایم موجب مجازات تعزیری درجه ۴ و بالاتر را در صلاحیت این دادگاه قرار داده بود که نوعاً طیف وسیعی از جرایم را در برمی‌گرفت.

در مقررات جزایی موجود در کشورمان، مصادیق فراوانی از جرایم مستوجب تعزیر درجه ۴ (یعنی حبس بیش از پنج تا ده سال یا جزای نقدی بیش از یکصد و هشتاد میلیون ریال تا سیصد و شصت میلیون ریال یا انفصال دائم از خدمات دولتی) وجود دارد که تنها ۲۱ مورد آن در قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵) است و اگر موارد قوانین خاص را هم به آن بیفزاییم، رقم بالایی از جرایم خواهد بود که عملاً دادگاه‌های کیفری یک را با تراکم کار مواجه می‌نماید. بر این اساس، در اصلاحات مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۴ این بند اصلاح شد و با کاهش یک درجه، مجازات‌های تعزیری درجه ۳ و بالاتر در صلاحیت دادگاه کیفری یک قرار گرفت. با این حال، با توجه به تورم اقتصادی موجود در کشور و کاهش روزافزون ارزش پول، جرایم مالی و اقتصادی دارای مجازات جزای نقدی معادل مال تحصیلی، عمدتاً بالغ بر ۳۶ میلیون تومان (جزای نقدی درجه ۳) می‌باشند و اگر قرار بود براساس ظاهر تبصره ۳ ماده ۱۹ جزای نقدی هم حسب میزان مبنای تعیین درجه و صلاحیت قرار گیرد، کماکان اغلب جرایم مذکور، داخل در صلاحیت دادگاه کیفری یک شده و تراکم مضاعفی به کار این دادگاه‌ها می‌بخشیدند.

مضافاً اینکه آن وضعیت، موجب تراکم کار شعب دیوان‌عالی کشور نیز می‌گردید. توضیح آنکه جرایم بسیاری وجود دارد که حبس آنها از درجات ۵، ۶ و ۷ است درحالی‌که از نظر جزای نقدی نسبی و یا حتی مطلق، ممکن است بالغ بر درجه ۴ باشد و اگر قرار بود جزای نقدی هم حسب میزان مبنای تعیین درجه و صلاحیت قرار گیرد، در آن صورت مطابق ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲)^۱ قابل فرجام‌خواهی در دیوان‌عالی کشور می‌بودند.

بنابراین، رأی وحدت رویه مورد بحث، با مبنا قرار دادن حبس در تعیین درجه، بالقوه بسیاری از جرایم دارای جزای نقدی نسبی را از شمول درجه ۴ خارج کرده و عملاً تراکم کار شعب دیوان را نیز کاهش داده است که در غیر این صورت، دیوان مجبور بود در مقام فرجام‌خواهی به آن جرایم نیز رسیدگی کند. برای مثال، جرم رباخواری موضوع ماده ۵۹۵ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵) دارای شش ماه تا سه سال حبس تعزیری (درجه ۵) و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق (درجه ۶) و جزای نقدی معادل مال مورد رباست که اگر مال مورد ربا بیش از سیصد و شصت میلیون ریال باشد، از لحاظ درجه‌بندی در درجه ۴ قرار گرفته و قابل فرجام در دیوان‌عالی کشور می‌بود، اما با مبنا قرار گرفتن حبس در تعیین درجه‌بندی، صرف‌نظر از میزان جزای نقدی آن، این جرم درجه ۵ خواهد بود که قابل فرجام نمی‌باشد.

اگرچه، نه در گزارش رأی وحدت رویه و نه در متن آن، اشاره‌ای به این موضوع نشده است، اما به نظر می‌رسد چنین ملاحظات و همچنین جلوگیری از این مسائل، در شکل‌دهی عقیده اعضای هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور برای صدور رأی وحدت رویه ۷۴۴ بی‌تأثیر نبوده است.

۳.۲. قلمرو اجرای رأی

صرف‌نظر از صحت و سقم رأی وحدت رویه مورد بحث، باید توجه داشت که این رأی، تنها در محدوده موضوع خود قابلیت اجرا و لازمیت‌تبع دارد و خارج از قلمرو آن

۱. ماده ۴۲۸: «آراء صادره درباره جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و جنایات عمدی علیه تملکیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است و آراء صادره درباره جرایم سیاسی و مطبوعاتی، قابل فرجام خواهی در دیوان‌عالی کشور است».

موضوع، لازم‌الایتناع نیست. قلمرو این رأی با توجه به موضوع آن، صرفاً مواردی است که مجازات جرمی، حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده و به خارج از این قلمرو تسری ندارد. بنابراین، در مواردی که مجازات جرمی حبس یا جزای نقدی یا هر مجازات دیگری به نحو تخییری و نه توأم، تعیین شده باشد نمی‌توان با استناد به این رأی، حبس را ملاک تعیین درجه قرار داد. برای مثال، جرم اهانت به کارکنان دولت در حین انجام وظیفه، موضوع ماده ۶۰۹ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۷۵) می‌باشد که مجازات قانونی آن یکی از سه مورد ذیل به صورت تخییری است: سه تا شش ماه حبس (درجه ۷) و یا تا هفتاد و چهار ضربه شلاق (درجه ۶) و یا پنجاه هزار تا یک میلیون ریال جزای نقدی (درجه ۸)؛ از همان ابتدا نمی‌توان حبس را ملاک تعیین درجه قرار داد. در این حالت، جمع بین مجازات قانونی و آنچه در حکم آمده، معیار تعیین درجه است.^۱ بر این اساس، چون دادگاه در انتخاب هریک از مجازات‌های سه‌گانه فوق، مختار است، هر مجازاتی که انتخاب شده و در حکم آمده با توجه به حداکثر آن چنانچه در هر درجه‌ای قرار بگیرد همان، معیار تعیین درجه خواهد بود. بنابراین، در مثال فوق، اگر دادگاه در حکم خود سه ماه حبس تعیین کند، چون حداکثر آن شش ماه است، مجازات درجه ۷ خواهد بود. به همین ترتیب، اگر شلاق را انتخاب کند، مجازات درجه ۶ و اگر جزای نقدی را در حکم تعیین کند، مجازات درجه ۸ خواهد بود. البته باید به این نکته ظریف توجه نمود که اگر هدف صرف، ملاحظه ماده قانونی باشد و بخواهیم بدانیم در کدام درجه قرار دارد، معیار، مجازات اشد است اعم از حبس، شلاق، جزای نقدی و غیره^۲ که در مثال فوق، مجازات اشد، شلاق است که در درجه ۶ قرار دارد، اما چون دادگاه شلاق را در حکم تعیین نکرده است نمی‌تواند ملاک تعیین درجه باشد.

با توجه به آنچه گفته شد و مستفاد از رأی وحدت رویه مورد بحث، در صورت تعدد مجازات‌ها، در سه حالت حبس ملاک تعیین درجه می‌باشد:

۱. محمدرضا عدالتخواه، *مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، (تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ص ۵۹.
۲. همان.

نخست، نسبت به مجازات‌های دیگر اشد (در درجه بالاتر) باشد.
دوم، مجازات‌ها به صورت توأم باشند نه تخییری (قلمرو رأی وحدت رویه ۷۴۴).
سوم، در صورت تخییری بودن مجازات‌ها، دادگاه در حکم خود حبس را انتخاب نموده باشد.

به هر حال، نباید پنداشت که این پایان ماجراست، چون ابهامات قانونی فراوانی که در نظام درجه‌بندی مجازات‌ها وجود دارد و عمدتاً درعمل برای محاکم پیش می‌آید، بدون شک باب اختلاف‌نظر و تضارب آراء این‌چنینی را خواهد گشود. شاید نقطه آغاز چنین اختلافاتی این سؤال باشد که اگر مجازات جرمی، توأم جزای نقدی و شلاق باشد (که مجازات‌های نامتجانس می‌باشند)، ملاک تعیین درجه چیست؟ آیا باید بدون توجه به درجه‌بندی قانونی، به سراغ ماهیت مجازات‌ها و عرف و سابقه قانونگذاری رفت؟

۴. نتیجه‌گیری

برآمد این نقد آن است که رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور برخلاف منطق حقوقی قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) و بدون توجه به ملاحظات کیفرشناختی جرایم و مجازات‌ها صادره شده است و نوعی مصلحت‌سنجی از بابت کاهش تراکم کار دادگاه‌های کیفری یک و حتی شعب دیوان‌عالی کشور در آن وجود داشته است.

دلایل این نقد آن است که یکی از رسالت‌های اصلی قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) ضابطه‌مندی مجازات‌ها بوده که در راستای آن، قانونگذار با علم به تفاوت جنس مجازات‌های تعزیری، کلیه آن‌ها را در درجات هشتگانه دسته‌بندی کرده است و صراحتاً در تبصره ۳ در موارد تفاوت مجازات‌ها، مجازات شدیدتر را ملاک تعیین درجه دانسته است؛ یعنی قبل از آنکه حبس، ملاک تعیین درجه باشد ابتدا مجازات شدیدتر ملاک است و پیش‌شرط ملاک بودن حبس، عدم امکان تعیین مجازات شدیدتر است. در این درجه‌بندی، حبس و جزای نقدی تنها مجازات‌هایی هستند که در تمام درجات هشتگانه وجود دارند و می‌توان گفت که قانونگذار در مقام مقایسه، در هر درجه این دو را در ردیف هم آورده است و به راحتی می‌توان در همه

موارد با مقایسه آنها، مجازات شدیدتر را تشخیص داد. اگر جز این بود، قانونگذار می‌بایست هر نوع مجازات را به‌طور جداگانه درجه‌بندی می‌کرد؛ یعنی حبس را جدا، جزای نقدی را جدا و به همین ترتیب سایر مجازات‌ها. رأی مورد نقد، تبصره ۳ را مستقل از ماده ۱۹ تفسیر کرده و بدون توجه به نظام درجه‌بندی مجازات‌ها، جنس متفاوت و ماهیت شدیدتر حبس را مبنای تصمیم‌گیری قرار داده است.

این رأی، ضمن بر هم زدن قاعده پیش‌بینی‌شده در تبصره ۳، دستاورد این قانون در ایجاد ملاکی قانونی برای تعیین شدت و ضعف مجازات‌ها را نادیده گرفته، نتایج غیرمنطقی نظری و عملی حاصل نموده است. از جمله اینکه، مستفاد از این رأی، اولاً در مورد مجازات‌های توأمان در تمام جرایم، همواره سه ماه حبس شدیدتر از یک میلیارد ریال جزای نقدی است؛ ثانیاً هیچ تفاوتی میان شخصی که صد میلیارد ریال کلاهبرداری کرده، با شخصی که یک ریال کلاهبرداری نموده است، نبوده و از نظر درجه مجازات، در یک ردیف قرار می‌گیرند چون در هر صورت، ملاک تعیین درجه مجازات حبس است. از دیگر نتایج این رأی آن است که جرایم سنگینی که کیفر آنها بر مبنای ملاحظات کیفرشناختی تعیین شده است و در راستای سیاست سودمندی کیفر، جزای نقدی در آن بر حبس غلبه دارد، در ردیف جرایم سبکی قرار می‌گیرد که حبس آنها طبق قواعد عمومی تعیین شده است. برای مثال، قاچاق ارز و کالای ممنوعه از سوی قاچاقچی حرفه‌ای تا میزان یک میلیارد ریال، در ردیف کشتن حیوان حلال گوشت متعلق به دیگری قرار می‌گیرد و ممکن است هر دو از مزایای قانونی یکسانی برخوردار شوند! چون در هر دو جرم، کیفر حبس نود و یک روز تا شش ماه است که بر مبنای ملاک حبس و به حکم رأی وحدت رویه در درجه ۷ قرار می‌گیرند.

بنابراین، رأی وحدت رویه مورد بحث، در راستای تفسیر تبصره ۳ ماده ۱۹ به راه خطا رفته است و با مبانی خاصی که نوعی مصلحت‌اندیشی نیز در آن به چشم می‌خورد، اقدام به جعل ملاک نموده است. کاری که اگرچه باب اختلاف نظر در این خصوص را بسته است، اما با توجه به آثار آن در عمل، احتمالاً باب اختلاف نظر در موارد دیگر را در آینده خواهد گشود.

نکته مهم و قابل توجه آن است که لازم است محاکم در تبعیت از رأی وحدت رویه مورد بحث، به قلمرو آن توجه نموده و آن را تنها در چارچوب

موضوعی خود اعمال نمایند. این حداقل کاری است که در حال حاضر می‌توان برای جلوگیری از نتایج نامطلوب رأی مذکور انجام داد.

فهرست منابع

۱. آل طه، سیدهاشم، «آسیب‌شناسی درجه‌بندی مجازات‌ها در قانون جدید مجازات اسلامی»، فصلنامه تعالی حقوق، ش ۷، ۱۳۹۳.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۳، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۳. بولک، برنار، کیفرشناسی، با ترجمه علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۶.
۴. حق‌پناهان، عباس، بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی نوین، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۹.
۶. سلیمی، صادق، چکیده حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات تهران صدا، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۷. عدالتخواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۸. فرج‌الهی، رضا، «بررسی تحولات حقوق جزای فرانسه در قانون اخیر»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۵.
۹. مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۲.
۱۰. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ثبات و تغییر در جرایم و مجازات‌ها با مطالعه تطبیقی، قم: نشر قضا، چاپ اول، ۱۳۸۷.

روزنامه

۱۱. روزنامه رسمی شماره ۱۲۸۵۶ مورخ ۱۳۶۹/۱/۲۹.
۱۲. روزنامه رسمی شماره ۲۰۴۹۰ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۱.

۱۳. روزنامه رسمی شماره ۲۰۴۹۲ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۳.
۱۴. روزنامه رسمی شماره ۲۰۶۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۸.

به انجام تعهدی معین از سوی انتقال دهنده (متعهدله) در برابر طرف دیگر قرارداد بوده که این امر محقق نشده، تکلیف انتقال گیرنده چیست؟ آیا قرارداد انتقال طلب را باید غیر قابل اجرا دانست و به انتقال گیرنده اجازه داد به استناد وضعیت پیش از انتقال، حقوق خود را پیگیری نماید یا اینکه می توان گفت با توجه به عدم امکان الزام متعهد (طرف دیگر قرارداد) به تأدیه مال موضوع طلب به نفع انتقال گیرنده به دلیل عدم تحقق شرط، انتقال دهنده شخصاً در برابر انتقال گیرنده مسئول تأدیه مال موضوع طلب خواهد بود؟

شعبه ۹ دادگاه حقوقی تهران در رسیدگی به دعوی که شخصی علیه خواندگان ردیف اول و دوم به خواسته اثبات انتقال ۴ برگ حواله (متضمن تعهد به تسلیم ۴۵۰ تن میلگرد) و الزام به تحویل کالای موضوع آن اقامه کرده و مدعی شده حواله مزبور (که قبلاً توسط خوانده ردیف دوم به نفع خوانده ردیف اول صادر گردیده بود) بابت تأدیه قسمتی از ثمن معامله فروش ۱۰۰ سهم از سهام شرکت وی به خوانده ردیف اول به مبلغ ۶۳ میلیون تومان به موجب یک فقره قرارداد عادی مورخ ۸۹/۱۱/۱۱، به وی (خوانده ردیف اول) انتقال داده شده، طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۰۲ مورخ ۹۲/۱/۲۱ چنین رأی داده است که چون مطابق قرارداد فیما بین خواندگان ردیف اول و دوم به عنوان منشأ اولیه صدور حواله (ایجاد طلب)، وصول حواله های صادره موکول به اخذ مجوز صادرات آهن آلات ضایعاتی از سوی خوانده ردیف اول به نفع خوانده ردیف دوم (مدیون) بوده و دلیلی حاکی از اجرای این تعهد ارائه نشده است و از طرفی در بحث انتقال طلب، طلبکار اولیه نمی تواند بیش از آنچه خود دارد به دیگری منتقل کند و طلب مورد انتقال در صورتی که واجد قید یا محدودیتی باشد همراه با آن قید و یا محدودیت انتقال می یابد، لذا انتقال طلب (حواله) مورد نظر به لحاظ عدم حصول شرط مندرج در قرارداد فیما بین خواندگان محقق نگردیده در نتیجه، دعوی خواهان (طلبکار جدید و انتقال گیرنده) علیه خوانده ردیف دوم (مدیون اصلی) وارد تشخیص داده نمی شود، لیکن با توجه به اینکه خوانده ردیف نخست شخصاً باید پاسخگوی تعهدات خود باشد حکم به الزام وی به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد با اوصاف اعلامی به نفع خواهان صادر می گردد و شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

انتقال طلب و آثار آن

اکبر میرزائزاد جویباری *

مشخصات رأی

مرجع رسیدگی: شعبه ۹ دادگاه حقوقی تهران

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۰۲

تاریخ صدور رأی: ۹۲/۱/۲۱

خواسته: اثبات انتقال ۴ برگ حواله و الزام به تحویل کالای موضوع آن

گفتار نخست: وقایع پرونده

یکی از موضوعات بحث انگیز در حقوق قراردادهای ایران، ابهام در جواز یا عدم جواز انتقال طلب ناشی از قرارداد از سوی متعهدله به اشخاص ثالث بدون رضای متعهد به عنوان طرف دیگر قرارداد بوده و اینکه در صورت پذیرش جواز انتقال، آثار آن در روابط میان انتقال دهنده (متعهدله سابق) و انتقال گیرنده (متعهدله جدید) و متعهد چیست. درواقع در حقوق ایران در این باب چند پرسش عمده مطرح است: الف - آیا اساساً متعهدله مجاز است بدون رضای طرف دیگر قرارداد (مدیون)، طلب قراردادی خود را به اشخاص ثالث منتقل کند؟ ب - در صورت پذیرش امکان انتقال طلب قراردادی بدون رضای مدیون آیا دفاعیات و ایرادات مربوط به اصل طلب، از سوی مدیون در برابر انتقال گیرنده قابل طرح و استناد است؟ ج - چنانچه بپذیریم طلب همراه با هر قید و یا شرط یا محدودیتی که دارد، انتقال می یابد و تمام ایرادات و دفاعیات قابل طرح است، هنگامی که اثبات می شود، وصول طلب به موجب مفاد قرارداد منشأ طلب، موکول

* عضو هیئت علمی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی

Amjouybari@yahoo.com

هم در مقام رسیدگی تجدیدنظرخواهی به این رأی، تنها با اضافه کردن این استدلال که قرارداد عادی مورخ ۸۹/۱۱/۱۱ منعقد میان خواهان (انتقال گیرنده) و خوانده ردیف اول (انتقال دهنده) صرفاً نسبت به طرفین و قائم مقام آنان دارای اعتبار است و مسئولیت و تعهدی متوجه خوانده ردیف دوم (متعهد) نمی سازد و از سوی وی تعهدی در برابر خواهان نشده، رأی مذکور را عیناً تأیید کرده است.

گفتار دوم: تحلیل و بررسی

از آنجا که پیش از نقد و تجزیه و تحلیل رأی صادره، شناسایی و استخراج مستندات و استدلالات مطروحه در آن ضروری است و درواقع نقد علمی رأی صادره بدون توجه به مبانی آن ممکن نیست لذا ابتدا به ذکر این مستندات و استدلالات پرداخته، سپس آن را نقد و تحلیل خواهیم کرد.

بند نخست: مستندات و استدلالات مطروحه در رأی صادره

الف) مستندات رأی صادره

۱. دادگاه بدوی در ارتباط با اصل جواز و پذیرش انتقال طلب قراردادی بدون رضای متعهد (طرف دیگر قرارداد) در حقوق ایران به هیچ مستندی اشاره نکرده است.

۲. درمورد امکان طرح هرگونه ایرادات مربوط به اصل طلب مورد انتقال، از سوی متعهد (طرف دیگر) در برابر انتقال گیرنده نیز به هیچ ماده قانونی یا اصل کلی حقوقی یا سایر منابع از جمله منابع و فتاوی معتبر اسلامی استناد نشده است.

۳. دادگاه بدوی در مقام رد دعوی خواهان علیه خوانده ردیف دوم (متعهد اصلی) نیز مستندی ذکر نکرده است.

۴. مستند دادگاه در محکومیت خوانده ردیف اول به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد با اوصاف اعلامی مندرج در حواله های صادره به نفع خواهان، پس از اعلام عدم امکان الزام مدیون اصلی (خوانده ردیف دوم) به تسلیم آن به لحاظ عدم حصول شرط مندرج در قرارداد فیما بین خواندگان، ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی بوده است.

۵. شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران هم که ضمن تأیید رأی صادره تلاش کرده است برای تقویت آن، مطلب و استدلال تازه ای بیفزاید، هیچ اشاره ای به مستندات موضوع ننموده است.

ب) استدلالات مطروحه در رأی صادره

۱. دادگاه بدوی درمورد اصل جواز و پذیرش انتقال طلب بدون رضای مدیون در حقوق ایران علاوه بر عدم ذکر مستندات، استدلالی هم ارائه نکرده است.

۲. مهم ترین استدلال دادگاه در رد دعوی خواهان علیه خوانده ردیف دوم (مدیون اصلی) این است که وصول حواله های موضوع انتقال، به موجب قرارداد منعقد فیما بین خوانده ردیف اول و دوم منوط به اخذ و ارائه مجوز صادرات آهن آلات ضایعاتی از سوی خوانده ردیف اول برای خوانده ردیف دوم بوده و این تعهد محقق نشده است. به علاوه چون متعهدله (خوانده ردیف اول) نمی تواند بیش از آنچه خود دارد به دیگری انتقال دهد، لذا خوانده ردیف دوم حق دارد از هر دفاع و ایرادی که در برابر طلبکار اصلی (طرف قرارداد خویش) داشته در مقابل انتقال گیرنده نیز استفاده کند و اگر طلب، همراه با قید یا محدودیتی باشد با همان قید و محدودیت به طلبکار جدید انتقال می یابد.

۳. دادگاه بدوی درمورد محکومیت خوانده ردیف اول به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد با اوصاف اعلامی در حواله های صادره پس از اعلام عدم امکان الزام مدیون اصلی (خوانده ردیف دوم) به تسلیم آن به لحاظ عدم حصول شرط مندرج در قرارداد فیما بین خواندگان، چنین استدلال کرده است که عدم انجام تعهد توسط خوانده ردیف اول (طلبکار سابق) در برابر خوانده ردیف دوم (مدیون اصلی) تأثیری در تعهد وی (خوانده ردیف اول) به انجام اصل تعهد به نفع خواهان ندارد و درواقع خوانده ردیف اول صرف نظر از ارتباط او با خوانده ردیف دوم، باید به قرارداد خویش با خواهان ملتزم بوده و شخصاً پاسخگوی تعهد خود در مقابل وی باشد.

۴. در رأی شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مقام تقویت و تأیید رأی صادره از سوی دادگاه بدوی، این استدلال ارائه شده است که چون قرارداد ۸۹/۱۱/۱۱ فیما بین خواندگان فقط نسبت به طرفین و قائم مقام آنان دارای اعتبار می باشد و مسئولیت و تعهدی متوجه خوانده ردیف دوم نمی سازد و

همچنین تعهدی از سوی وی در برابر خواهان نشده است، لذا دعوی خواهان علیه خوانده ردیف دوم مسموع نیست.

بند دوم: نقد و تحلیل مستندات و استدلالات

۱. مطابق اصل ۱۶۶ قانون اساسی، رأی دادگاه باید مستند و مستدل باشد. متأسفانه یکی از ایرادات رایج آراء دادگاه‌ها از جمله دادنامه صادره، عدم ذکر مستندات در قبول یا رد دعوی مطروحه است که البته شاید از جمله دلایل مهم این امر، تراکم و حجم بالای پرونده‌ها و فقدان فرصت کافی قضات برای جستجو و کشف این مستندات باشد ولی به هر حال از این ایراد نمی‌توان به‌آسانی چشم‌پوشی نمود، زیرا التزام به ذکر مستندات قانونی و حقوقی (قانون، اصول کلی حقوقی و منابع و فتاوی معتبر اسلامی) در آراء قضایی، امکان ارزیابی و احراز صحت و اتقان آن را فراهم می‌سازد. به‌علاوه موجب جلوگیری از بروز استبداد قضایی و ورود تفاسیر شخصی و نامتعارف در حوزه قضاوت می‌شود و درنهایت به تحقق عدالت، نظم و ثبات حقوقی کمک می‌کند.

۲. دادگاه بدوی در رأی صادره، اصل جواز انتقال طلب ناشی از قرارداد بدون رضای مدیون در حقوق ایران را پذیرفته است، زیرا هیچ تشکیکی درمورد آن ننموده و بدون ورود به این امر، دعوی خواهان (انتقال‌گیرنده ثالث) دایر بر مطالبه طلب علیه مدیون اصلی (خوانده ردیف دوم) را صرفاً با این استدلال نپذیرفته که شرط مندرج در قرارداد فیما بین طلبکار نخست (انتقال‌دهنده) و مدیون راجع به طلب مورد نظر رعایت نشده است.

این عقیده با نظر مشهور حقوقدانان^۱ سازگار بوده، از این جهت قابل دفاع است. البته عدم ذکر مستند یا ارائه استدلال ویژه از سوی دادگاه بدوی درخصوص

اصل جواز انتقال طلب قراردادی ممکن است تا حدی قابل توجیه باشد، زیرا حسب ظاهر، این دادگاه درخصوص اصل جواز یا عدم جواز انتقال طلب بدون رضای مدیون در حقوق ایران اساساً تردید و ابهامی نداشته تا ذکر مستندات یا ارائه استدلالاتی را برای توجیه آن ضروری بدانند. به تعبیر دیگر، دادگاه این مسئله را مفروض، تلقی نموده، خود را فارغ از ورود به آن دانسته است، به‌ویژه با توجه به اینکه ظاهراً اصحاب دعوی هم در ارتباط با اصل انتقال، تردید و اشکالی مطرح نکرده‌اند، بحث خود را صرفاً بر آثار انتقال طلب متمرکز نموده است.

۳. استدلال شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مبنی بر اینکه قرارداد مورخ ۸۹/۱۱/۱۱ منعقد فیما بین خواهان (انتقال‌گیرنده) و خوانده ردیف اول (انتقال‌دهنده) فقط نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنان دارای اعتبار است و مسئولیت و تعهدی را متوجه خوانده ردیف دوم (به عنوان طرف دیگر قرارداد و متعهد اصلی) نمی‌سازد و تعهدی از سوی خوانده ردیف دوم در برابر خواهان نشده است، حکایت از آن دارد که این دادگاه برخلاف دادگاه بدوی، معتقد به جواز انتقال طلب قراردادی بدون رضای مدیون در حقوق ایران نیست، چون در صورت پذیرش امکان انتقال طلب ناشی از قرارداد از سوی متعهدله به شخص ثالث بدون موافقت متعهد، استناد به اصل نسبی بودن قراردادها و محدود ساختن قابلیت استناد قرارداد صرفاً میان طرفین و قائم‌مقام آنان (موضوع ماده ۲۳۱ قانون مدنی) توجیهی ندارد. درواقع انتقال طلب، نوعی عدول از اصل نسبی بودن قراردادهاست و برای منتقل‌آلیه این فرصت را فراهم می‌سازد تا اجرای تعهد را از شخصی که طرف قرارداد مستقیم او یا قائم‌مقام او نبوده است، مطالبه کند. طرح این استدلال از سوی دادگاه تجدیدنظر استان تهران مبنی بر اینکه خوانده ردیف دوم، تعهد جداگانه‌ای در مقابل خواهان نکرده است و قرارداد مورخ ۸۹/۱۱/۱۱ فیما بین خواهان و خوانده ردیف نخست هم ارتباطی به خوانده ردیف دوم ندارد، بدین معناست که این دادگاه اساساً انتقال طلب قراردادی بدون رضای مدیون را به رسمیت نشناخته است.

۴. مستفاد از ظهور مواد ۳۵۵ و ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه تجدیدنظر در مواردی که موافق مبانی، مستندات و استدلالات مطروحه از سوی دادگاه بدوی نیست و صرفاً در نتیجه اعلامی با آن هم‌عقیده است، علی‌القاعده باید

۱. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، (تهران، انتشارات یلدا، ۱۳۷۴)، ص ۲۵۱ به بعد؛ مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، (تهران، نشر مجد، ۱۳۸۳)، ص ۱۵۳؛ حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، (تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۲)، ص ۲۵۹؛ ابراهیم شعاریان، انتقال قرارداد، (تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۸)، ص ۲۳۱ به بعد؛ محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، (تهران، مشعل آزادی، ۱۳۳۷)، صص ۳۲۰-۳۲۱.

به ذکر اشکالات رأی بدوی پرداخته و ضمن اصلاح آن اعلام نماید که رأی صادره را نتیجتاً تأیید می‌کند. بر این اساس، در این پرونده دادگاه تجدیدنظر می‌بایست پس از استناد به اصل نسبی بودن قراردادهای تصریح می‌کرد که رد دعوی مطروحه علیه خواننده ردیف دوم (مدیون) را نه به دلیل عدم تحقق شرط قراردادی فیما بین خواننده ردیف اول و دوم راجع به اصل طلب (که مورد استناد دادگاه بدوی قرار گرفته) بلکه به این دلیل، صحیح و منطبق با موازین قانونی و حقوقی می‌داند که انتقال طلب قراردادی بدون رضای مدیون (خواننده ردیف دوم) اساساً در حقوق ایران مجاز نبوده و در برابر انتقال گیرنده مسئولیتی متوجه مدیون نمی‌سازد.

۵. با توجه به اینکه حسب بند ۲ ماده ۲۹۲ و مواد ۱۰ و ۸۰۶ قانون مدنی همچنین نظر مشهور حقوقدانان تقریباً در صحت انتقال طلب قراردادی بدون رضای مدیون در حقوق ایران تردید جدی وجود ندارد لذا رأی دادگاه تجدیدنظر از این حیث که آن را نپذیرفته و دلایل کافی هم برای توجیه عدم پذیرش آن ارائه ننموده است، دارای اشکال می‌باشد.

۶. رأی دادگاه بدوی در بخشی که اعلام کرده است مدیون، حق دارد در برابر طلبکار جدید (انتقال گیرنده) از هر دفاع و ایرادی که در مقابل طلبکار اصلی داشته استفاده کرده و طلب اگر همراه با قید یا محدودیتی باشد با همان قید و محدودیت انتقال می‌یابد و چون وصول طلب موضوع برگ حواله موکول به رعایت و انجام تعهد مشخص بوده و این شرط محقق نشده است، لذا عملاً انتقال طلب در برابر مدیون (خواننده ردیف دوم) قابل استناد نیست، موافق موازین و اصول کلی حقوقی و نظر مشهور حقوقدانان بوده و کاملاً قابل دفاع است.

۷. مهم‌ترین بخش رأی صادره آن جایی است که دادگاه بدوی پس از اعلام این مطلب که به لحاظ عدم تحقق شرط مندرج در قرارداد فیما بین خوانندگان، انتقال طلب عملاً قابلیت استناد در برابر مدیون نداشته و لذا دعوی اساساً متوجه خواننده ردیف دوم نیست، با طرح این استدلال که خواننده ردیف اول، شخصاً باید در برابر خواهان پاسخگو باشد و عدم انجام تعهد توسط وی در برابر خواننده ردیف دوم درمورد اخذ مجوز صادرات آهن آلات ضایعاتی به تعهد مستقیم او در برابر خواهان و

قرارداد فیما بین آنها خللی ایجاد نمی‌کند، مشارالیه را به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد مطابق اوصاف اعلامی در حق خواهان محکوم کرده است. راجع به این قسمت از رأی ذکر چند نکته ضروری است:

الف) گرچه نگارنده این جستار به متن قرارداد مورخ ۸۹/۱۱/۱۱ (تنظیمی میان خواهان و خواننده ردیف اول) دسترسی ندارد و از جزئیات آن آگاه نیست از جمله اینکه آیا در قرارداد مذکور تصریح شده است که چنانچه به هر دلیل امکان تحویل ۴۵۰ تن میلگرد (موضوع ۴ برگ حواله صادره) میسر نشد، خواننده ردیف اول شخصاً ملزم به تسلیم آن است، لیکن از مفاد و عبارات رأی صادره، مطلبی که حاکی از وجود چنین تعهدی از سوی خواننده ردیف اول در برابر خواهان به موجب قرارداد باشد، استنباط نمی‌شود.

ب) با توجه به اعتقاد دادگاه بدوی به عدم امکان مطالبه طلب از مدیون به جهت عدم تحقق شرط قراردادی مقرر فیما بین وی و خواننده ردیف اول و با فرض عدم ذکر تعهد شخصی خواننده ردیف اول در متن قرارداد دایر بر تسلیم ۴۵۰ تن میلگرد به خواهان، در صورت عدم امکان دریافت آن از خواننده ردیف دوم، بر این قسمت از رأی صادره ایراد جدی وارد بوده و مغایرت آن با موازین حقوقی قطعی و آشکار است، زیرا حسب ادعای خواهان که در رأی دادگاه هم آمده و ظاهراً مورد انکار هیچ‌یک از اطراف پرونده قرار نگرفته است، ۴ برگ حواله مورد بحث (متضمن تعهد به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد) بابت قسمتی از ثمن معامله فروش سهام یک شرکت به مبلغ ۶۳ میلیون تومان از سوی خواننده ردیف اول به خواهان منتقل شده است. نظر به عدم امکان وصول طلب مورد انتقال از متعهد اصلی (خواننده ردیف دوم) و درواقع غیرقابل اجرا شدن انتقال طلب انجام شده، علی‌القاعده وضعیت حقوقی طرفین (انتقال دهنده به عنوان خواننده ردیف اول و انتقال گیرنده به عنوان خواهان) باید به وضعیت پیش از انتقال طلب بازگردد. بر این اساس، از آنجا که ثمن قرارداد فروش سهام شرکت، وجه نقد بوده نه میلگرد، لذا با منتفی شدن وصول کالای موضوع طلب، تعهد خواننده ردیف اول در برابر خواهان را باید تعهد به پرداخت وجه نقد دانست نه تحویل و تسلیم کالا. بنابراین، محکومیت وی به تسلیم و تحویل ۴۵۰ تن میلگرد با اوصاف اعلامی به

نفع خواهان، خلاف قصد باطنی و مشترک طرفین و مغایر با مواد ۱۰، ۱۹۰، ۱۹۱ و ۱۹۳ قانون مدنی و قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» می‌باشد مگر اینکه دادگاه از متن قرارداد مورخ ۸۹/۱۱/۱۱ و سایر اوضاع و احوال حاکم بر رابطه حقوقی طرفین چنین استنباط کرده باشد که نوعی تبدیل تعهد رخ داده و با امضای قرارداد انتقال طلب، تعهد خوانده ردیف نخست در برابر خواهان به تحویل و تسلیم ۴۵۰ تن میلگرد تبدیل شده است. البته در این صورت هم دادگاه بدوی ملزم بود برای اثبات وجود چنین تعهدی برای خواهان در رأی خود به اوضاع و احوال و قرائن احتمالی حاکی از چنین توافقی اشاره کند.

گفتار سوم: نتیجه

دقت در رأی شعبه ۹ دادگاه حقوقی تهران و شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نشان می‌دهد که به‌رغم تأیید رأی دادگاه بدوی توسط دادگاه تجدیدنظر، میان این دو دادگاه در مورد اصل جواز انتقال طلب ناشی از قرارداد بدون رضای مدیون در حقوق ایران اختلاف نظر بوده و دادگاه تجدیدنظر برخلاف دادگاه بدوی که اصل جواز انتقال طلب را مفروض تلقی کرده، قائل به این امر نبوده است. با این حال، هر دو دادگاه در عدم امکان وصول طلب از خوانده ردیف دوم (مدیون) اتفاق نظر داشته و یکی به دلیل عدم رعایت شرط قراردادی فیما بین خوانندگان ردیف اول و دوم و دیگری با استناد به اصل نسبی بودن قراردادهای و عدم پذیرش انتقال طلب بدون رضای مدیون در حقوق ایران دعوی خواهان علیه وی را مردود اعلام کرده است. نکته قابل توجه اینکه در رأی دادگاه بدوی که مورد اعتراض و اصلاح دادگاه تجدیدنظر نیز قرار نگرفته است، خوانده ردیف نخست، محکوم به تحویل ۴۵۰ تن میلگرد به نفع خواهان شده است در حالی که به موجب هیچ‌یک از دو نظریه فوق (نظریه جواز انتقال طلب و نظریه عدم جواز انتقال طلب) خوانده ردیف نخست را نمی‌توان مسئول اجرای عین تعهدی دانست که موضوع طلب بوده و به هر دلیل از سوی مدیون امکان اجرا نیافته است. الزام خوانده ردیف نخست به تسلیم ۴۵۰ تن میلگرد در صورتی موجه است که وی صریحاً یا تلویحاً اجرای تعهد مزبور را در صورت عدم اجرای آن از سوی متعهد اصلی، شخصاً تعهد و تضمین کرده باشد.

اولاً: مفاد و مدلول صریح بیع‌نامه استنادی تنظیمی فوق‌الذکر دلالت بر انجام معامله نسبت به آپارتمان ادعایی داشته و مستند مذکور از هرگونه تعرضی مصون مانده و به اصالت آن خدشه‌ای وارد نشده است.

ثانیاً: در مندرجات ظهر مبایعه‌نامه مستند دعوی، تنظیم سند رسمی انتقال آپارتمان مورد معامله مقید به تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ گردیده و مطابق بند ۷ شروط ضمن قرارداد موصوف مقرر گردیده در صورت تأخیر در تنظیم سند رسمی، مبلغ ۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از سوی فروشندگان (خواندگان) به خریدار (خواهان) از بابت وجه التزام، پرداخت گردد.

ثالثاً: مطابق گواهی عدم حضور مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ صادره از دفترخانه ۸۴۷ تهران، خواندگان تا پایان وقت اداری مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ مراجعه‌ای به دفترخانه جهت تنظیم سند رسمی به‌عمل نیاورده‌اند.

رابعاً: خواندگان در جلسه دادرسی مورخ ۱۳۹۱/۷/۵ اقرار داشته‌اند که تاکنون موفق به اخذ پایان کار از شهرداری و تفکیک آپارتمان‌های احداثی نشده‌اند.

خامساً: دفاع خواندگان مبنی بر اینکه با آقایان ز.م. و ق.ج. قرارداد

مشارکت جهت احداث آپارتمان منعقد نموده و ایشان در تکمیل آپارتمان‌ها قصور و تأخیر داشته و به همین دلیل، مشارالیهما را به دادرسی جلب نموده است، به لحاظ حاکمیت «اصل نسبی بودن عقود و قراردادها» و عدم تسری آن به اشخاص ثالث، فاقد وجهت قانونی بوده، لذا به استناد ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، درخواست جلب ثالث نامبردگان، مردود اعلام می‌گردد. علی‌هذا با عنایت به مراتب فوق و نظر به ایفاء تعهد از سوی خواندگان به صورت مساوی به پرداخت مبلغ ۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و مبلغ ۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و مبلغ ۸۴/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت حق‌الوکاله در حق خواهان، حکم، صادر و درخصوص خواسته دیگر وکیل خواهان دایر بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه، نظر به اینکه این قسمت از دعوی از مصادیق مطالبه خسارت از خسارت بوده و فاقد مجوز شرعی می‌باشد، لذا دعوی وکیل خواهان در این قسمت غیروارد، تشخیص

تفکیک میان تغییر تعهد و تبدیل تعهد در نظام حقوقی ایران

علی ساعتچی *

فرزاد جاویدی‌آل‌سعدی **

مشخصات رأی بدوی و تجدیدنظر^۱

شماره دادنامه مرحله بدوی: ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۴۰۰۶۶۲

تاریخ صدور رأی مرحله بدوی: ۹۱/۷/۵

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۲۰۸

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

در این پرونده، خواهان خانم م.م. با وکالت آقای م.م. به طرفیت ۱. آقای م.ب.؛ ۲. خانم م. ب.؛ ۳. خانم م. م. خواهان محکومیت خواندگان به پرداخت مبلغ ۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت وجه التزام تأخیر در تنظیم سند رسمی یک دستگاه آپارتمان در حال احداث در پلاک ثبتی ۶۸/۲۰۴۷ بخش ۱۱ تهران مستند دعوا تنظیمی فیما بین متداعیین با احتساب هزینه دادرسی و حق‌الوکاله می‌باشد. شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۴۰۰۶۶۲ مورخ ۹۱/۷/۵ دعوی خواهان را وارد تشخیص می‌دهد، زیرا:

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی و مدرس دانشگاه

alisaatchi68@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز.

۱. مجموع آراء منتخب حقوقی، دفتر فصلنامه آراء قضایی، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۴، ص ۸۱.

داده می‌شود و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر رد آن، صادر و اعلام می‌نماید.

خواندگان از این رأی به دادگاه تجدیدنظر اعتراض می‌کنند. شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۲۰۸ پس از بررسی پرونده اعتراض تجدیدنظرخواهان را وارد دانسته و این‌گونه اظهارنظر می‌کند:

«تجدیدنظرخواهی خانم‌ها و آقای م. ش. هر دو ب. و م. با وکالت آقای ا. ر. به طرفیت خانم م. م. با وکالت آقای م. م. از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۴۰۰۶۶۲ مورخ ۹۱/۷/۵ صادره از شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌باشد که به موجب آن دادخواست بدوی وکیل تجدیدنظرخواه به طرفیت تجدیدنظرخواندگان به خواسته مطالبه مبلغ سیصد میلیون ریال بابت وجه التزام تأخیر در تنظیم سند رسمی شش‌دانگ یک دستگاه آپارتمان در حال احداث در ملک پلاک ثبتی ۶۸/۲۰۴۷ بخش ۱۱ تهران موضوع بند ۷ شروط معامله مندرج در مبایعه‌نامه عادی مورخ ۸۹/۹/۷ مستند دعوی تنظیمی فیما بین متداعیین با احتساب هزینه دادرسی و حق الوکاله مطرح گردید، و بر طبق دادنامه معترض‌نه حکم بر محکومیت خواندگان به صورت مساوی به پرداخت مبلغ ۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و مبلغ ۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و مبلغ ۸/۴۰۰/۰۰۰ ریال بابت حق الوکاله در حق خوانان، صادر و اعلام گردید. از توجه به محتویات پرونده و مفاد لوایح وکلای طرفین دعوی با التفات به قرارداد اصلی طرفین دعوی، وقت حضور طرفین در دفترخانه ۸۹/۱۱/۱۰ تعیین گردید و در بند ۷ قرارداد مقرر گردید عدم حضور طرفین در وقت مقرر و یا آن قسمت از مقدمات ثبت معامله را که مربوط به اوست فراهم نکند، مکلف به پرداخت مبلغ سیصد میلیون ریال «معادل سی میلیون تومان» بابت جریمه عدم حضور به‌موقع به طرف دیگر بپردازد، که در ظهر قرارداد، تاریخ حضور در دفترخانه ۹۰/۱۱/۳۰ تعیین گردید. قدر مسلم بر این است که مطابق ماده ۲۹۳ قانون مدنی تبدیل تعهد صورت گرفته و قرارداد جدید جانشین و قائم‌مقام قرارداد سابق شده است منتهی اجرای تضمینات سابق به عنوان استثناء، به این شرط که به صورت صریح و بدون ابهام باشد، پذیرفته نشده و هر زمان

شک و تردیدی به صراحت این شرط بروز کرد، بر اصل کلی که وجود قرارداد جدید بدون تضمینات سابق است رجوع می‌گردد، لذا در ظهر قرارداد، صراحت موردنظر قانونگذار بر وجود تضمینات سابق را نمی‌رساند. علی‌هذا تجدیدنظرخواهی منطبق است با بند (ه) از ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی، لذا با استناد به صدر ماده ۳۵۸ قانون مرقوم با نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، حکم بر بی‌حقی خواهان بدوی صادر و اعلام می‌گردد.

۲. نقد و بررسی:

مقدمه نخست: تبدیل تعهد

از «تبدیل تعهد» در قانون مدنی تعریف روشنی به‌عمل نیامده است، ولی می‌توان گفت تبدیل تعهد به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات عبارت است از جایگزینی تعهدی با اوصاف، تضمینات و وثایق جدید. به عبارت دیگر، تبدیل تعهد، عقدی است که به‌موجب آن، تعهد موجود منتفی شده و تعهدی جدید جایگزین آن می‌شود. به تعبیری، برای دگرگونی در وضع هر تعهد دو عمل حقوقی جداگانه رخ می‌دهد:

(۱) سقوط تعهد موجود

(۲) ایجاد تعهد جدید به جای آن

در چنین نهادی، سقوط و ایجاد تعهد به عنوان دو امر ملازم با یکدیگر، موضوع تراضی قرار می‌گیرد و هرکدام سبب دیگری است.^۱

مقدمه دوم: مفهوم تغییر تعهد

همان‌گونه‌که از عنوان «تغییر تعهد» مستفاد می‌شود، تغییر تعهد به معنای دگرگونی و تغییر در شرایط تعهد است. به عبارت دیگر، در نهاد تغییر تعهد برخلاف تبدیل تعهد، تعهد سابق از بین نمی‌رود تا تعهد جدیدی جایگزین آن شود، بلکه همان تعهد سابق کماکان پابرجا می‌ماند. بنابراین، آنچه تغییر می‌کند

۱. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶)، ص ۱۹۸.

صرفاً شرایط همان تعهد پیشین است. شاید به اعتبار همین ویژگی تبدیل تعهد بوده که قانونگذار از استحاله تعهد، سخن به میان آورده است. در نتیجه، در نهاد «تغییر تعهد» کماکان با همان تعهد اولیه روبرو هستیم.

اقسام تغییر تعهد:

تغییر تعهد را می‌توان به دو دسته تقسیم بندی نمود:

الف) تغییر تعهد قهری: برخلاف تبدیل تعهد که همواره ارادی است، تغییر تعهد می‌تواند ارادی یا قهری باشد. به عبارت دیگر، در این تنوع از تغییر تعهد بدون اینکه طرفین تعهد خواسته باشند، موضوع تعهد تغییر کند و موضوع جدیدی جانشین تعهد سابق گردد، موضوع تعهد تغییر کرده و تعهد جدیدی جانشین موضوع اصلی تعهد شود. برای مثال، اگر موضوع تعهد، کلی باشد و تسلیم آن قانوناً و یا عملاً غیرممکن گردد. در این وضعیت، متعهد به جای مال مزبور، ملتزم به تسلیم بدل آن از مثل یا قیمت به متعهدله خواهد بود.^۱ همچنین این موضوع در اتلاف قبل از قبض نیز صادق است. در فرضی که متعهد، ملتزم به تسلیم عین معینی است اگر قبل از تسلیم مال مزبور از بین رود، تعهد متعهد نیز تغییر می‌نماید.

ب) تغییر تعهد ارادی: در این نوع از تغییر تعهد، طرفین تعهد با توافق و تراضی یکدیگر تعهد را تغییر می‌دهند. بنابراین، تمامی شرایط عمومی صحت قراردادها نیز در این توافق باید وجود داشته باشد، زیرا این توافق نیز نوعی قرارداد است. فرض کنید علی موظف است در تاریخ ۹۶/۱۰/۱۰ مبلغ یک میلیون تومان به پدram پرداخت نماید. حال، اگر علی و پدram با توافق و تراضی یکدیگر تاریخ ۹۶/۱۰/۱۰ را به تاریخ ۹۶/۱۲/۱۰ تغییر دهند و یا بالعکس، زمان تأدیه را نزدیک‌تر کنند (برای مثال ۹۴/۱۰/۱۰)، در این فرض تبدیل تعهدی صورت نگرفته است، زیرا در این مثال نه جنس موضوع تعهد و منشأ آن تغییر کرده است و نه طرفین تعهد، بلکه صرفاً زمان اجرای تعهد از تاریخی به تاریخ دیگری تغییر

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی جلد پنجم، سقوط تعهدات، (تهران، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۹۲)، ص ۱۶۰.

یافته است. بنابراین، این مثال در قالب هیچ‌یک از بندهای سه‌گانه ماده ۲۹۲ قانون مدنی جای نمی‌گیرد و در نتیجه نمی‌توان آن را تبدیل تعهد محسوب کرد.

مقدمه سوم: معیار شناسایی تبدیل تعهد و تغییر تعهد

همان‌گونه که بیان شد میان تبدیل تعهد و تغییر تعهد، از حیث آثار، تفاوت‌های بسیاری وجود دارد. همین تفاوت‌ها در آثار، ضرورت شناخت معیاری مناسب جهت شناسایی این دو نهاد از یکدیگر را دو چندان می‌کند. شاید در نگاه نخست این‌گونه به ذهن متبادر شود که تغییر تعهد همواره قهری است و تبدیل، ارادی. بنابراین، هر جا اراده اشخاص، تعهد را تغییر داده باشد این تغییر همان تبدیل تعهد مذکور در قانون مدنی خواهد بود و در هر مورد که اراده افراد در این تغییر هیچ نقشی نداشته باشد همان تغییر تعهد به معنای خاص تلقی می‌شود. با این حال، استدلال مورد اشاره با کمی تأمل و دقت، به راحتی می‌تواند قابل انتقاد باشد، زیرا درست است که تبدیل تعهد، همواره ارادی و نیز دارای ماهیت قراردادی است، اما لزوماً تغییر تعهد، قهری نیست بلکه تغییر تعهد ارادی نیز در حقوق ایران وجود دارد. بنابراین، سخن گفتن از قهری و ارادی بودن تغییر و تبدیل تعهد به عنوان تنها معیار تفکیک این دو نهاد از یکدیگر نمی‌تواند استدلال متقنی باشد. به عبارت دیگر، می‌توان بیان داشت که تبدیل تعهد، قرارداد است و قهری نیست. پس، هرگاه تعهد به صورت قهری تغییر کند باید آن را تغییر تعهد دانست اما عکس این سخن نمی‌تواند به‌طور مطلق صحیح باشد، زیرا همان‌گونه که بیان شد تغییر تعهد ارادی نیز وجود دارد. بنابراین، باید در پی معیار دیگری بود تا به‌وسیله آن بتوان به راحتی مرز میان تغییر و تبدیل تعهد را از یکدیگر بازشناخت.

به نظر می‌رسد توجه به دامنه شمول تغییر تعهد و تبدیل تعهد در کنار توجه به قهری و اختیاری بودن تغییر و تبدیل تعهد، می‌تواند معیار مناسبی جهت شناسایی این دو نهاد از یکدیگر باشد. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در تبدیل تعهد، یا طرفین تعهد تغییر می‌کنند (تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل داین و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون) و یا موضوع و منشأ تعهد؛ حال آنکه در تغییر تعهد نه طرفین تعهد تغییر می‌کنند و نه موضوع و منشأ تعهد، بلکه زمان، مکان و کیفیت

اجرا تغییر می‌یابند. به عبارت دیگر، می‌توان این‌گونه بیان کرد که هر جا تعهد قهراً تغییر کند، باید آن را تغییر تعهد پنداشت، زیرا تبدیل تعهد قهری وجود ندارد اما اگر این تغییر، ارادی باشد باید ملاحظه کرد که این تغییر در چه موضوعی محقق شده است. اگر تغییر مربوط به مرحله اجرای تعهد باشد (زمان، مکان و کیفیت اجرا) باید آن را تغییر تعهد به‌شمار آورد، ولیکن اگر مربوط به طرفین تعهد و یا منشأ و یا موضوع تعهد باشد باید آن را تبدیل تعهد دانست. به عبارت شایسته‌تر «اگر التزام جدید، مغایرتی با تعهد پیشین نداشته باشد این امر، اقرار به التزام پیشین است و تبدیل تعهد نیست. همچنین، ادخال تعدیل غیر جوهری بر التزام پیشین، تبدیل تعهد محسوب نمی‌شود. پس افزودن «أجل» به تعهد پیشین، یا تمدید أجل موجود و یا الغاء آن و تغییر مقدار دین به زیادت و نقض آن همگی دال بر تعدیل جوهری نیست»^۱. بنابراین، اگر تغییر، مربوط به ارکان تعهد باشد به جهت اینکه این تغییر، تعدیل جوهری است باید آن را تبدیل تعهد دانست، اما اگر تغییر، مربوط به ارکان تعهد نباشد بلکه مربوط به چگونگی اجرا و مانند آن باشد و تعدیل جوهری نباشد، نمی‌توان این تغییر را تبدیل تعهد دانست، بلکه تغییری است که به دلیل نبود شرایط در چارچوب تبدیل تعهد نمی‌گنجد.

مقدمه چهارم: تفاوت میان آثار تغییر تعهد و تبدیل تعهد

یکی از تفاوت‌های مهمی که بین این دو نهاد وجود دارد بحث تضمینات تعهد است، زیرا در تبدیل تعهد به استناد ماده ۲۹۳ ق.م. تضمینات تعهد سابق از بین می‌رود و به تعهد جدید ملحق نمی‌شود حال آنکه در تغییر تعهد، تضمینات تعهد کماکان پایدار می‌ماند. فلذا شناخت تغییر تعهد و مرز تبدیل و تغییر تعهد بسیار مهم است. در تغییر تعهد، طرفین قصد ندارند تعهد را به تعهد دیگری تبدیل نمایند، بلکه می‌خواهند همان تعهد را کمی تغییر دهند. برای مثال، در فرضی که طرفین قصد دارند زمان اجرای تعهد را تغییر دهند نیازی نیست تعهد موجود را ساقط

کنند و تعهد جدیدی به جای آن قرار دهند، بلکه کافی است زمان اجرای تعهد را تغییر دهند. آنچه روشن و مبرهن است اینکه این موضوع، در قالب هیچ‌یک از بندهای سه‌گانه ماده ۲۹۲ ق.م. جای نمی‌گیرد، زیرا توافقی است که موضوع آن صرفاً تغییر و جابجایی تعهد پیشین است.

بنابراین، هر چند در تبدیل تعهد نیز نوعی تغییر رخ می‌دهد و از این منظر تبدیل تعهد را نیز باید نوعی تغییر تعهد دانست، اما مقصود ما از تغییر تعهد، این معنای عام نیست. قلمرو و دامنه شمول تغییر و تبدیل تعهد به کلی با یکدیگر متفاوت هستند. به عبارت دیگر، قلمرو و دامنه شمول تبدیل تعهد مربوط به اصل تعهد می‌باشد در حالی که دامنه شمول تغییر تعهد مربوط به کیفیت، زمان و مکان اجرای تعهد است. این تفاوت در قلمرو، نکته مهمی است که باید به آن توجه نمود، زیرا اگر به این نکته اساسی و مهم توجه نشود ممکن است تبدیل تعهد با تغییر تعهد خلط گردد چنانکه در برخی آراء این اتفاق افتاده است.

۱. بیژن حاجی‌عزیزی و سایرین، «جایگاه تبدیل تعهد در فقه»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی،

سال چهل و چهارم، ش ۱، (بهار و تابستان ۱۳۹۰): ص ۳۸.

نتیجه:

همان گونه که گذشت، نهاد «تبدیل تعهد» متفاوت با نهاد «تغییر تعهد» است. متأسفانه دادگاه تجدیدنظر با خلط دو نهاد فوق‌الذکر، مصداق بارز تغییر تعهد را تبدیل تعهد دانسته و حکم به بی‌حقی تجدیدنظرخوانده صادر نموده است. دادگاه نخستین نیز هرچند حکم به نفع خواهان صادر کرده، اما در استدلال خود به تغییر تاریخ تعهد به عنوان مصداق نهاد «تغییر تعهد» اشاره ننموده است، به همین دلیل رأی دادگاه تجدیدنظر از نظر منطوق و رأی دادگاه بدوی از نظر استدلال مورد مناقشه می‌باشد.

صادر کرده است، لذا تقاضای نقض رأی شماره ... مورخ ... را دارد. مشتکی عنه به شرح لایحه دفاعیه اظهار داشته است رسیدگی هیات مطابق موازین قانون است. دیوان با بررسی مدارک ابرازی از جمله شکایت شاکی و دفاعیه طرف شکایت، ادعای مطروحه را مقرون به صحت تشخیص داده زیرا به استناد مواد ۲، ۳، ۳۴ و ۱۴۸ از قانون کار استدلال در رأی هیات وجود ندارد، تحقیقات موضوع ماده ۱۰۱ از قانون کار نیز دیده نمی شود. و رسیدگی هیات دارای اشکال قانونی است، لذا حکم به ورود شکایت و نقض رأی معترض عنه و ارجاع امر به هیات عمومی هم عرض، جهت رسیدگی مجدد، صادر و اعلام می کند. این رأی برابر مواد ۷ و ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری صادر گردیده و قطعی می گردد».

۲. تحلیل و بررسی رأی

دیوان عدالت اداری عالی ترین مرجع رسیدگی کننده به شکایات و تظلمات مردم از قوه مجریه محسوب می شود. در این راستا حجم وسیعی از شکایات مردم نزد دیوان عدالت اداری شکایت کارگران از آرای هیات های حل اختلاف کار است. هرچند بر سر ماهیت مراجع حل اختلاف کار، اختلاف نظر وجود دارد به طوری که برخی مراجع مذکور را مراجع قضایی، برخی مراجع شبه قضایی و برخی دیگر مراجع اختصاصی اداری شبه حقوقی می دانند اما در هر حال قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، صلاحیت ورود به پرونده هایی را که یک سوی آن مراجع مذکور هستند، به دیوان عدالت اداری اعطاء نموده است. طبق بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، رسیدگی به اعتراضات و شکایات مردم از آراء و تصمیمات قطعی هیات های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون هایی مانند کمیسیون های مالیاتی، هیات حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. بنا بر این رسیدگی به آراء مراجع حل اختلاف کار نیز یکی از مواردی است که در صلاحیت دیوان می باشد. نکته مهم در این خصوص توجه به قید آخر بند مزبور است. این قید که آراء مراجع مزبور به دلیل مخالفت با قانون و مقررات، قابلیت رسیدگی در دیوان را دارند نه به هر دلیل، لذا

لزوم مستدل بودن آرای مراجع حل اختلاف کار

فروغ حیدری*

۱. وقایع پرونده

شاکی که در پست نگهبانی سپاه مشغول بوده براساس رأی هیات حل اختلاف کار محکوم شده است. وی دادخواستی به خواسته نقض رأی مرجع مزبور به دیوان عدالت اداری تقدیم نموده است. دادخواست پس از ثبت در شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار گرفت. شعبه مذکور پس از بررسی پرونده و اخذ دفاعیه طرف شکایت، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل به صدور رأی مبادرت نموده است.

مشخصات رأی^۱

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۳۸۳۸۱۳

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۱/۱۰/۱۷

طرف شکایت: مرجع حل اختلاف کار

موضوع شکایت و خواسته: نقض رأی هیات حل اختلاف کار

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری

رأی دیوان عدالت اداری: «شاکی اظهار داشته است مشتکی عنه به ایام اشتغال وی که از سپاه دستمزد دریافت می کرده و به صورت نگهبان مشغول بوده، توجه ننموده و برخلاف قانون و اصول دادرسی، حکم به محکومیت وی را

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علوم تحقیقات تهران

foroogh2007@yahoo.com

۱. مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، فصلنامه مطالعات آراء قضایی، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، (بهار ۱۳۹۴): ص ۲۵.

دیوان در صورت وجود قید مزبور در دادخواست شاکی، به خواسته وی رسیدگی نموده در صورت موجه دانستن خواسته شاکی، رأی را نقض و در غیر این صورت تأیید می‌نماید. قابل ذکر است که رسیدگی دیوان در این خصوص ماهوی نبوده و صرفاً رسیدگی شکلی می‌باشد. با توجه به مطالب مذکور به نقد رأی دیوان عدالت اداری پیرامون پرونده فوق‌الذکر می‌پردازیم:

۱- همان‌طور که در مقدمه اشاره شد شاکی که در پست نگهبانی مشغول به کار بوده از آراء مرجع حل اختلاف شکایت کرده است. علت شکایت و اعتراض وی نیز عدم توجه هیات مزبور به مدت ایام اشتغال وی و مخالفت حکم هیات مزبور با قانون و اصول دادرسی می‌باشد. دیوان عدالت اداری نیز با مطالعه پرونده، ایراداتی را بر رأی هیات حل اختلاف کار وارد دانسته است. ایراداتی که در نهایت موجبات نقض رأی هیات مزبور را فراهم آورده است. دیوان به استناد موادی چند از قانون کار، از یک سو رأی هیات را یک رأی غیرمستدل می‌داند و از سوی دیگر خالی از اتکا به تحقیقاتی می‌داند که طبق ماده ۱۰۱ قانون کار الزامی بوده است، لذا دیوان، رسیدگی هیات حل اختلاف کار را غیرقانونی تلقی کرده و در نهایت، رأی را قابل نقض دانسته و حکم به ورود شکایت و ارجاع پرونده به هیات عمومی هم‌عرض صادر نموده است. رأی دیوان یک رأی موجه و قانونی به‌شمار می‌رود؛ چراکه طبق ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به آرای هیات حل اختلاف کار در صورتی در صلاحیت دیوان است که آرای هیات‌های مزبور به علت مخالفت با قانون و مقررات، مورد اعتراض از سوی شاکی قرار گرفته باشند، لذا توجه و دقت دیوان به غیرمستدل بودن رأی هیات حل اختلاف مزبور و نیز نقض آن نشان از توجه دیوان به اصل مستدل بودن آراء به عنوان یکی از اصول اساسی دادرسی دارد. قابل ذکر است که موجه و مستدل بودن، از خصیصه‌های بارز تصمیمات اداری و آراء قضایی محسوب می‌شود. به‌طوری‌که قوانین مختلفی به این اصل مهم پرداخته‌اند. به‌موجب اصل ۶۶ قانون اساسی «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که

براساس آن حکم صادر شده است». و نیز برابر بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی در رأی صادره باید «جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی براساس آنها صادر شده است» درج گردد. ماده ۲۳ قانون امور حسبی نیز افزوده است: «تصمیم دادرس باید موجه و مدلل باشد». ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز مقرر داشته «قررها و احکام دادگاه‌ها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای حکم صادر شده است. تخلف از این امر و انشاء رأی بدون استناد، موجب محکومیت انتظامی خواهد بود»، چنانکه ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات (مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷) در بند ۱ خود «صدور رأی غیرمستند یا غیرمستدل» را موجب مجازات انتظامی درجه ۴ تا ۷ دانسته است.

هرچند از مراجع حل اختلاف صراحتاً با عنوان دادگاه یاد نمی‌شود اما همان‌طور که پیش‌تر بیان شد این مراجع از سویی به عنوان دادگاه‌های اداری نیز شناخته می‌شوند. صرف‌نظر از نام این مراجع، آنچه درواقع توسط مراجع مزبور صادر می‌شود نه تنها «رأی» نام دارد بلکه از نظر ماهوی نیز از آنجا که درصدد رفع اختلاف و رسیدگی است عمل قضاوت است، لذا مانند سایر آراء قضایی باید مستدل باشد در غیر این صورت آراء غیرقانونی تلقی شده که توسط دیوان عدالت اداری قابلیت نقض دارد.

۲- علاوه بر قوانین مذکور به عنوان مبانی عام مستدل بودن آراء مراجع حل اختلاف، باید از میان مبانی خاص اصل «مستدل بودن آراء مراجع حل اختلاف»، به مبنایی موسوم به «آیین دادرسی کار» اشاره کنیم که در بهمن ماه سال ۱۳۹۱ به تصویب رسیده است. این آیین‌نامه به عنوان دستورالعملی برای اقامه و رسیدگی به دعاوی کار در بند ۳ ماده ۱۰۱، خود این‌گونه مقرر داشته است: پس از ختم رسیدگی، مرجع حل اختلاف باید در صدور رأی، خواسته را به تفکیک مشخص کند و نظر خود را به صورت مستدل اعلام دارد، لذا در این قانون صراحتاً اصل مستدل بودن آراء مراجع حل اختلاف به رسمیت شناخته

شده است. هرچند دادنامه مذکور مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷ - یک ماه پیش از تصویب آیین دادرسی کار - صادر شده است، اما نشان از توجه قاضی رسیدگی کننده به اصل مستدل بودن آراء و تصمیمات مقامات قضایی و اداری به اتکاء شناسایی این اصل در رویه قانونی از یک سو و رویه های اداری از سوی دیگر دارد. لازم به ذکر است که تصویب «آیین دادرسی کار» و مقرره انگاری «اصل مستدل بودن» در آن، قضات را برای استناد صریح به این اصل در رسیدگی به آراء مراجع حل اختلاف و لذا حمایت از مشمولین قانون کار بیش از پیش یاری نموده است.

مشخصات رأی بدوی

شماره دادنامه: ۹۲۰۱۱۱۶

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۲/۹/۲۷

شاکی: خانم ن.الف.

متهم: (۱) آقای م.ل. (۲) خانم ف.ک.

اتهام: فراهم کردن فساد و فحشا و ارتکاب فعل حرام

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۸۴ دادگاه عمومی جزایی تهران

نقد یک رأی صادره در موضوع ارتکاب بزه

رابطه نامشروع از طریق پیامک

ابوالفضل یوسفی *

۱. وقایع پرونده

خانمی به دادسرا مراجعه و تقاضای تعقیب کیفری شوهرش و خانمی را می‌نماید که با یکدیگر تماس تلفنی داشته و پیامک مستهجن برای همدیگر ارسال می‌کرده‌اند. با تکمیل تحقیقات و ملاحظه پرینت پیامک‌های ارسالی و دفاعیات متهمان، کیفرخواست، صادر و پرونده به دادگاه ارسال می‌شود. شعبه ۱۰۸۴ دادگاه عمومی جزایی تهران به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۱۱۱۶ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۷، با این استدلال که دادگاه از متن پیامک‌ها رابطه فیزیکی مدنظر قانونگذار که در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) احصاء گردیده است احراز نمی‌نماید، رأی بر براءة متهمان صادر کرد. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مقام تجدیدنظرخواهی از رأی صادره، با این استدلال که در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) قید رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت از قبیل تقبیل و یا مضاجعه آمده است، اگر نظر قانونگذار فقط رابطه فیزیکی بود قید رابطه نامشروع بی‌معنا بود و با عنایت به وجود پیامک‌های مستهجن که بین طرفین رد و بدل گردیده است، اتهام رابطه نامشروع را محرز و مسلم دانسته و حکم به محکومیت متهمان داده است.

درخصوص اتهام (۱) آقای م.ل. ساکن تهران (۲) خانم ف.ک. ساکن اندیمشک هر دو آزاد به لحاظ صدور قرار قبولی کفالت دایر به برقراری رابطه نامشروع غیرزنا موضوع شکایت خانم ن.الف. همسر متهم ردیف اول، خلاصتاً شاکی با ارائه متن پیامک‌های بسیار زشت و مستهجن ارسالی از سوی متهم ردیف دوم به متهم ردیف اول، مدعی ارتباط نامشروع نامبردگان بوده و تقاضای صدور حکم محکومیت آنان را نموده است. متهم ردیف اول شدیداً منکر ارتکاب بزه و رابطه بوده و خلاصتاً بیان داشته است که از خط همراه وی همسرش سوءاستفاده نموده است و اصلاً متهمه را نمی‌شناسد و هیچ پیامکی یا رابطه‌ای با خانم متهمه نداشته است. متهم ردیف دوم ضمن رد ادعای متهم و اقرار و اعتراف به اینکه پیامک‌ها از سوی وی ارسال گردیده و شخصی که طرف و مخاطب وی بوده آقای م.ل. بوده است و خلاصتاً بیان داشته است که چند سال قبل از طریق اینترنت و به صورت مجازی با مشارالیه ارتباط برقرار نموده و آقای متهم خودشان را مجرد معرفی کرده‌اند و این ارتباط خیلی زود قطع شده و مربوط به سال ۸۶ بوده و پس از چند سال مجدداً وی (آقای م.ل.) این ارتباط را شروع کرده و چون آقای متهم دچار بحران روحی بودند اعتماد وی را جلب کرده و طبق خواسته وی به او پیامک فرستاده است و شدیداً از عملکرد خود نادم و پشیمان بوده و بیان داشته است که تا قبل از حضور در دادسرا وی را تاکنون ندیده و ملاقاتی هم با نامبرده نداشته است. شاکیه در پایان جلسه دادرسی رضایت قطعی خود را نسبت به متهمه، اعلام و تقاضای مجازات همسرش را نموده است. با توجه به محتویات

* دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

پرونده و ملاحظه و مذاقه در متن پیامک های ارسالی خانم ک. هرچند که عمل وی در حد ارسال پیامک با متن های مذکور بسیار مذموم و ناپسند بوده و از این حیث قابل سرزنش بوده و نیاز به توبه و درخواست عفو و بخشش از خداوند کریم دارد و صرف نظر از دفاعیات کاملاً غیرموجه آقای متهم مبنی بر اینکه هیچ گونه رابطه ای در حد اقرار و اعتراف متهم دیگر با وی نداشته است، نظر به اینکه این دادگاه از متن پیامک ها رابطه فیزیکی مدنظر قانونگذار که در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) احصاء گردیده است احراز نمی نماید. فلذا به لحاظ عدم کفایت ادله اثباتی مستنداً به ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری و رعایت اصل ۳۷ قانون اساسی حکم برائت متهمان موصوف را صادر و اعلام می نماید. این رأی، حضوری محسوب و ظرف بیست روز از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.

مشخصات رأی تجدیدنظر

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۲۹۹

تاریخ دادنامه: ۱۳۹۳/۳/۲۴

تجدیدنظرخواه: خانم ن. الف.

تجدیدنظرخوانده: آقای م. ل.

خواسته: تجدیدنظرخواهی از رأی برائت متهم بدوی

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ن. الف. نسبت به آن قسمت از دادنامه شماره ۹۲۰۱۱۱۶ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۷ صادره از شعبه ۱۰۸۴ دادگاه عمومی جزایی تهران که به موجب آن آقای م. ل. از اتهام رابطه نامشروع غیر از زنا به لحاظ اینکه رابطه فیزیکی برقرار نگردیده است برائت حاصل نموده است با بررسی جمیع اوراق و محتویات پرونده و با در نظر گرفتن مفاد لایحه اعتراضه وکیل تجدیدنظرخواه و لزوم اخذ توضیح از طرفین این دادگاه با تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین و استماع اظهارات و مدافعات طرفین از آنجایی که در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) قید رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت از قبیل تقبیل و یا مضاجعه آمده

است اگر نظر قانونگذار فقط رابطه فیزیکی بود قید رابطه نامشروع بی معنا بود و با عنایت به وجود پیامک های مستهجن که بین طرفین رد و بدل گردیده است اتهام رابطه نامشروع، محرز و مسلم بوده و مستنداً به بند ۴ از ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته در این قسمت به استناد ماده ۶۳۷ قانون صدرالذکر و رعایت بند (ث) ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی به لحاظ حسن سابقه آقای م. ل. به اتهام رابطه نامشروع غیر از زنا به پرداخت مبلغ بیست میلیون ریال به عنوان جزای نقدی به نفع دولت محکوم می گردد. درخصوص تجدیدنظرخواهی نسبت به تجدیدنظرخوانده دیگر به نام خانم ف. ک. از آنجایی که تجدیدنظرخواه و وکیل وی طی لایحه ثبت شده به شماره ۲۱۵ - ۹۳۱ - ۱۳۹۳/۳/۱۲ تجدیدنظرخواهی خویش را نسبت به این قسمت از دادنامه تجدیدنظرخواسته مسترد نموده اند مستنداً به ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی صادر می گردد این رأی قطعی است.

۲. نقد و بررسی

به نظر می رسد در این پرونده، رأی صادره در دادگاه محترم تجدیدنظر قابل بیان و ایراد است، زیرا

اولاً، برخی از رفتارهای مجرمانه مقدماتی دارد که در راستای پیشگیری از وقوع جرم اصلی، این مقدمات جرم انگاری شده و فراتر از ناهنجاری اجتماعی و اخلاقی با آن برخورد می شود. یکی از این جرایم، زناست. فارغ از بحث اکراه و عنف، به طور معمول ارتکاب بزه زنا همراه با مقدمه و معاشقه است. با توجه به آثار سوء اجتماعی بزه زنا، قانونگذار رفتارهای مادون زنا را برای جلوگیری از وقوع زنا، جرم انگاری کرده است. بنابراین، بزه رابطه نامشروع جرم مانع و بازدارنده از وقوع بزه زنا محسوب می شود.

ثانیاً، با توجه به ماهیت مانع بودن بزه رابطه نامشروع عطف به مقررات ناظر به حد زنا، رابطه نامشروع لزوماً به معنای ارتکاب رفتارهای مجرمانه ای است که مستلزم حضور فیزیکی افراد در کنار یکدیگر است و مقدمه مستقیم بزه زنا، تلقی می شود و می توان گفت به زنا منتهی نمی شود. بدیهی است در صورت منتهی شدن

رابطه نامشروع به زنا، علی‌رغم تعزیری و حدی بودن این دو بزه، صرفاً مجازات زنا تحمیل می‌شود و قاعده جمع مجازات‌ها اعمال نمی‌شود، زیرا این دو رفتار از یک جنس هستند. توضیح آنکه تبصره ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «در صورتی که جرم حدی از جنس جرم تعزیری باشد مانند سرقت حدی و سرقت غیر حدی یا مانند زنا و روابط نامشروع کمتر از زنا، مرتکب فقط به مجازات حدی محکوم می‌شود و مجازات تعزیری ساقط می‌گردد، مگر در حد قذف که اگر قذف نسبت به شخصی و دشنام به دیگری باشد، مرتکب به هر دو مجازات محکوم می‌شود». بنابراین، رابطه نامشروع، رفتاری مادون زنا و از جنس زناست که از طریق معاشقه فیزیکی و به قصد لذت صورت می‌گیرد بدون اینکه بین طرفین علقه زوجیت وجود داشته باشد. رابطه غیراخلاقی می‌تواند حوزه گسترده‌ای داشته باشد و به فضای مجازی نیز گسترش یابد اما همه این روابط مجرمانه تلقی نشده است و قانونگذار کیفری با ذکر مثال‌هایی که توأم با ویژگی‌های حضوری بودن، تماس فیزیکی و به قصد لذت است، تصویری محدود از رابطه نامشروع ارائه کرده است.

ثالثاً، بزه رابطه نامشروع در فرضی که ادعای عنف و اکراه مطرح نباشد، فاقد شاکی خصوصی محسوب می‌شود. همان‌طور که می‌دانیم مقررات متعددی در ارتباط با «ممنوعیت تجسس و تحقیقات در جرایم منافی عفت» در مواردی که اتهام، فاقد وصف علنی است و یا شاکی خصوصی وجود ندارد، در حدود و تعزیرات، وضع شده است. به‌طور مثال، ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) قاعده کلی «درء» را وضع کرده است و ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) مقرر داشته است: «انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است ... مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شود و یا دارای شاکی باشد...». همچنین ماده ۳ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر (مصوب ۱۳۹۴) مقرر داشته است: «امر به معروف و نهی از منکر در این قانون ناظر به رفتاری است که علنی بوده و بدون تجسس مشخص باشد». می‌توان گفت، ارتباط متهمان در فضای مجازی در حد ارسال پیامک، فاقد وصف علنی است و به دلیل عدم وجود شاکی خصوصی، تحقیقات از ابتدا با ممنوعیت قانونی مواجه بوده است.

رابعاً، با فرض اینکه پیامک‌های ارسالی به عنوان اماره قضایی مبنی بر وقوع بزه رابطه نامشروع در نظر گرفته شده است، آنگاه بحث نوعی بودن علم قاضی مطرح می‌شود. از آنجا که علم نوعی در رأی دادگاه قابل احراز نیست، لذا اماره پنداشتن پیامک‌ها نیز نمی‌تواند درستی رأی صادره را تأیید کند.

نتیجه: به نظر می‌رسد ارتباط با نامحرم در فضای مجازی و تبادل پیامک مستهجن در فرض عدم وجود شاکی خصوصی، با وجود حرمت شرعی و غیراخلاقی بودن، عطف به تفسیر مضیق در امور کیفری، قابل مجازات نیست.

به عنوان «سگ‌های نگهبان دموکراسی» یاد می‌کند درجه بالاتری از آزادی بیان را به نسبت وکلا به رسمیت شناخته است. وکلا با توجه به جایگاه خاصشان و نیز اقتضائات شغلی و حرفه‌ای خود تابع محدودیت‌هایی در قبال دستگاه قضایی در ارتباط با آزادی بیان و گفتار خود هستند. دیوان به صورت مداوم بر این نکته تأکید ورزیده که جایگاه خاص وکلا برای این حرفه نقشی اساسی را در دستگاه قضایی به عنوان واسط میان طرفین دعوی و دادگاه‌ها ایجاد نموده است. این نقش کلیدی، در عین حال این انتظار را از آنان ایجاد نموده که در حسن جریان امور دادگستری و نیز دادن اعتماد به شهروندان در قبال دستگاه قضایی هم نقشی جدی را ایفاء نمایند.

به این ترتیب، جایگاه و موقعیت ویژه وکیل اقتضاء می‌کند چنان عمل نماید که در اعمال و رفتار، به‌ویژه در گفتار خود جوانب احتیاط را بسیار رعایت کند؛ به این صورت آزادی بیان وکیل بسته به اینکه اوضاع و احوال و فضای استفاده از این حق چه باشد متفاوت خواهد بود. درواقع از رویه قضایی دیوان اروپایی چنین استنباط می‌شود که اگر آزادی بیان وکلا در رسانه‌ها به‌ویژه به دلیل ضرورت حفظ اقتدار و نیز بی‌طرفی دستگاه قضا محدود در نظر گرفته شده، در مقابل آزادی آنها به نام حفظ حقوق دفاعی موکل وقتی که وکیل در دادگاه اظهارنظری می‌نماید موسع در نظر گرفته می‌شود. در مجموع، قضات دیوان آزادی بیان وکلا را بسته به اینکه در خارج از دادگاه به‌طور مثال به هنگام یک جدال رسانه‌ای باشد و یا در دادگاه و در زمان رسیدگی قضایی باشد متفاوت ارزیابی می‌کنند و مورد قضاوت قرار می‌دهند.

۱) آزادی بیان وکلا، محدود در خارج از دادگاه

مطابق با ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، آزادی بیان برای همه اشخاص به رسمیت شناخته شده است از جمله برای وکلا که حق دارند آزادانه و به صورت عمومی درخصوص همه موضوعات دارای منفعت عمومی و به‌ویژه درمورد آنچه که به کارکرد دستگاه قضایی مربوط است، اظهارنظر نمایند. در عین حال، دیوان اروپایی بدون هیچ‌گونه مجامله‌ای، تأیید و نیز تأکید می‌نماید که

آزادی بیان وکلا در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر^۱

محمد جلالی*

مقدمه

قلمرو حفظ احترام و نیز آزادی وکلا و از جمله آزادی بیان آنها بنا بر اینکه حضورشان در دادگاه باشد و یا خارج از آن، متفاوت است.

در صورتی که در دادگاه باشد محدودیت‌های اعمال‌شده بر گفتار و آزادی بیان وکیل با توجه به ضرورت احترام به حقوق دفاعی موکل او باید استثنایی باشد و اگر در خارج از دادگاه باشد الزامات و محدودیت‌هایی می‌تواند بر این همکاران امر قضایی به نام احترام به اصل «اقتدار» و نیز «بی‌طرفی» قوه قضاییه و همچنین «حفظ شأن و جایگاه حرفه وکالت» اعمال گردد.

دیوان اروپایی حقوق بشر در قالب آراء و رویه قضایی خود به‌کررات تأیید نموده که آزادی بیان سنگ‌بنای اصول دموکراسی و حقوق بشر را تشکیل می‌دهد. درحقیقت، به نظر دیوان، آزادی بیان یکی از شرایط اولیه و اصلی پیشرفت‌های جامعه دموکراتیک و نیز شکوفایی جوامع و افراد است. بر این اساس، دیوان نسبت به این اصل، ارزش‌گذاری خاصی نموده و می‌نماید.

با این حال، رویه دیوان در برخورد با آزادی بیان - که به هر حال حق آزادی مطلق به نظر نمی‌آید و محدودیت‌های مختلفی بر آن بار می‌شود - در قبال گروه‌ها، دسته‌ها و اصناف و حِرَف مختلف یکسان نیست. برای نمونه، دیوان برای روزنامه‌نگاران و اعضای انجمن‌های مدافع حقوق محیط زیست که از آنها

۱. نوشته حاضر اقتباس و ترجمه‌ای است آزاد از مقاله‌ای با ارجاع ذیل:

L. François, *La liberté d'expression de l'avocat en droit européen*, (Gaz. Pal. 21 juin 2007)

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

m_jalali@sbu.ac.ir

آزادی بیان و کلا نمی‌تواند مطلق و بدون محدودیت در نظر گرفته شود: این محدودیت‌ها یا مداخلات می‌توانند مطابق با بند ۲ ماده ۱۰ کنوانسیون مدنظر قرار بگیرند. هدف این محدودیت‌ها برقراری توازن صحیح و منطقی میان منافع متعدد و گاه متعارض حمایت‌شده توسط کنوانسیون نظیر حق عموم بر اطلاع از مسائلی که با کارکرد دستگاه قضایی سر و کار دارد، ملاحظات یک اداره خوب و مطلوب دادگستری و نیز کرامت و کلا و حفظ شأن و موقعیت حرفه‌ای آنان است. هرچند دولت‌های عضو از یک حاشیه ارزیابی برای قضاوت درخصوص ضرورت اعمال محدودیت‌ها و دخالت‌ها برخوردارند، اما این حاشیه باید مطابق با مفاد کنوانسیون موجه بوده باشد و گرنه تحت نظارت قضایی دیوان قرار می‌گیرد.

الف) توجیه محدودیت آزادی و کلا

برای اینکه محدودیت‌های اعمال‌شده به آزادی بیان و کلا در انطباق با مواد کنوانسیون موجه قلمداد گردد باید به دو شرط ضروری پاسخ بدهد:

۱) محدودیت در قانون پیش‌بینی گردیده باشد؛ ۲) یکی از اهداف مشروع مقرر در بند ۲ ماده ۱۰ مانند امنیت عمومی، دفاع از نظم و پیشگیری از جرم و جنایت، حمایت از شهرت و حقوق دیگران، اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی را تعقیب نماید. در عمل، اکثر آراء دیوان اروپایی متضمن این معناست که از زمانی که تصمیمات محدودکننده اعمال‌شده از سوی دولت‌های عضو به‌منظور تأمین اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی بوده و یا برای حفظ شأن و جایگاه حرفه و کالت باشد مواد کنوانسیون در این ارتباط زیر پا گذارده نشده است.

یک - محدودیت از جهت رعایت اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی

مسئله احترام به اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی، بیشتر در ارتباط با رسانه‌ها معمولاً به صورت سنتی مطرح می‌شود که گاهی برآند تا جای دادگستری را گرفته و با طرح یک رسیدگی رسانه‌ای در عرض مباحثات قضایی برای خود نقشی ایفاء نمایند. دیوان اروپایی همواره این نوع از «عدالت رسانه‌ای» را با تأکید بر اینکه «دادگاه‌ها بهترین نهاد برای ارزیابی و قضاوت درخصوص حقوق و تکالیف قضایی هستند» تصمیم‌گیری‌ها و قضاوت‌های خارج از محدوده دادگاه‌ها درخصوص

اختلافات و منازعات را مردود و محکوم اعلام نموده است. این رویه به وکلایی نیز که شدت انتقادات آنها به صورت عمومی می‌توانسته خدشه‌ای به اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی وارد نکند، اعمال شده است.

یکی از مشهورترین آراء دیوان اروپایی در این خصوص در پرونده Schopfer علیه کشور سوئیس در سال ۱۹۹۸ صادر می‌شود که به نظر مفاهیم مرتبط با این حوزه را در اروپا تبیین نموده باشد.

در این پرونده، خواهان آقای Alois Schopfer - که دارای سمت وکالت است - از حبس (در نظر او غیرقانونی) یکی از موکلین خود که به اتهام چندین سرقت مورد تعقیب بود، ناراحت شده و دچار غلیان احساسات می‌شود. احساسات آقای وکیل Schopfer زمانی به بالاترین حد خود می‌رسد که وی از طریق همسر متهم مطلع می‌شود که دو نفر از دست‌اندرکاران فرمانداری شهر Hochdorf به او مشورت می‌دهند که اگر خواهان آزادی همسرش می‌باشد، باید وکیل خود را تغییر دهد. وکیل رسانه‌ای مذکور نیز تصمیم می‌گیرد تا در دفتر وکالت خود در شهر Lucerne کنفرانسی مطبوعاتی برگزار نماید و در جریان این کنفرانس اعلام می‌دارد که در فرمانداری شهر Hochdorf، قوانین کانتون و حقوق بشر از سالیان قبل در بالاترین سطح خود مورد نقض و تجاوز قرار می‌گیرد. همچنین وی بیان می‌دارد که مراجعه و متوسل شدن به رسانه‌ها و مطبوعات، آخرین راه حل برای او بوده است. این موضوع به شدت مورد توجه مطبوعات محلی قرار می‌گیرد و رسانه‌ها صفحات و یادداشت‌ها و مطالب زیادی را به آن اختصاص می‌دهند تا جایی که دادستان کانتون Lucerne تصمیم می‌گیرد بیانیه‌ای رسمی درباره قانونمند بودن تعقیب صورت‌گرفته درخصوص متهم صادر نماید. خواهان (آقای Schopfer) هم از پای نمی‌نشیند و طی یک بیانیه مطبوعاتی، بار دیگر انتقادات شدید خود را تکرار می‌کند و علاوه بر آن اعلام می‌دارد که دستگیری و بازداشت موکل او کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نیز قانون آیین دادرسی کیفری را «به طریقی مطلقاً خودسرانه و غیرقابل قبول» نقض نموده است. فرماندار شهر Hochdorf - که از اعمال رسانه‌ای و اعلامیه‌ها و بیانیه‌های مکرر آقای وکیل به ستوه آمده - قضیه وکیل را به نهاد نظارتی و کلا یا همان دادگاه

انتظامی و کلا ارجاع می‌دهد و این نهاد نیز وکیل را به جریمه‌ای بالغ بر ۵۰۰ فرانک سوئیس به دلیل زیر پا گذاشتن قواعد حرفه‌ای وکالت محکوم می‌نماید. از نظر دادگاه انتظامی، وکیل مذکور به این دلیل خطا کار شناخته می‌شود که به‌خصوص به نوعی تبلیغات مخفی، در جستجوی تأثیرگذاری متوسل شده و از سطح معقول و متعادلی نیز در بیانیه‌های مطبوعاتی و انتقادات خود استفاده نکرده است.

محکومیت انتظامی نیز تغییری در عزم جزم خواهان ایجاد نمی‌کند. وی سرانجام قضیه را نزد دیوان اروپایی حقوق بشر با ادعای نقض حق آزادی بیان و عدم رعایت حرمت و کلا مطرح می‌کند. دیوان اروپایی در رأی خود ادعای خواهان درخصوص نقض ماده ۱۰ کنوانسیون را با اکثریت هفت رأی در برابر دو رأی رد می‌نماید و به این ترتیب، عمل برگزاری کنفرانس مطبوعاتی وکیل درخصوص دادرسی کیفری در جریان را شدیداً محکوم کند. و دیوان هدف اصلی از این رویه خود را هم حفظ اقتدار و بی‌طرفی دستگاه قضایی در مقابل انحرافی به نام «عدالت نمایشی» اعلام می‌کند.

دیوان، پیش از این نیز همین هدف را در رأی Gijssels de haes علیه بلژیک در سال ۱۹۹۷ با این عبارت بیان کرده بود که «دادگاه‌ها و مراجع قضایی که ضامن عدالت هستند و مأموریت آنها برای حاکمیت قانون بنیادین و اساسی می‌باشد به اعتماد عمومی نیاز دارند». به نظر می‌رسد رأی Schopfer با بیان این نکته که وکلا با توجه به نقش خود در این زمینه باید در حسن جریان امر دادگستری نقش فعالانه‌ای داشته باشند و نیز اعتماد به دادگستری را به عموم مردم منتقل کنند، ابعاد دیگری به این قاعده می‌دهد.

از این پس، هرچند وکلا در بیان نظرات خود به صورت عمومی درخصوص کارکرد دستگاه قضایی، آزاد هستند اما آنها باید نه تنها خود را از اظهارنظر درمورد پرونده‌های در جریان رسیدگی منع نمایند بلکه باید خود را از اظهار انتقاداتی که می‌تواند به اعتماد عموم به دستگاه قضایی خدشه وارد نماید یا آن را موهن و بی‌اعتبار جلوه دهد برحذر دارند. دیوان برای ارزیابی این انتقادات به دو معیار ضروری ارجاع می‌دهد:

۱) شدت و خشونت بیانات و صحبت‌ها که معیاری مربوط به محتوا و ماهیت بیانات است. پیش‌فرض معیار فوق، عدم اطمینان نسبت به دادگستری و دستگاه قضایی و مرجع مربوطه است. این معیار را می‌توان تا حدود زیادی معادل جرم موجود در حقوق انگلیس در ارتباط با عنوان «Contempt of court» یا «توهین به دادگاه» مشاهده نمود. در پرونده Schopfer، دیوان چنین اظهار می‌دارد که خواهان در زمان کنفرانس مطبوعاتی خود تأیید می‌کند که «در فرمانداری Hochdorf قوانین کانتون و حقوق بشر از سالیان قبل در بالاترین سطح خود مورد نقض و تجاوز قرار گرفته است». ۲) تَن صدا و لحن استفاده‌شده توسط فاعل و قائل بیانات که با شکل و نحوه بیان ارتباط دارد. این معیار باید منعکس‌کننده عدم تعادل یا ویژگی توهین‌آمیز نسبت به قضات یا دادگاه‌ها باشد؛ مثلاً وقتی خواهان اعلام می‌کند که دستگیری موکلش به صورتی خودسرانه و غیرقابل قبول، منجر به نقض کنوانسیون شده و یا اینکه برای او هیچ راهی جز مراجعه به مطبوعات به عنوان آخرین راه حل باقی نمانده در صورتی که از همه ارجاعات قانونی معمولی استفاده نکرده، وضعیت مؤید این معیار است. درواقع وکیلی که از آزادی بیان خود در خارج از دادگاه برای دیوان اروپایی حقوق بشر استفاده می‌نماید باید ملاحظات مختلفی را، هم درمورد محتوای ایده‌ها و اطلاعات بیان‌شده و هم درخصوص شکل و نحوه بیان در نظر بگیرد.

به این ترتیب، این مرجع قضایی، ایده خود را درخصوص حفظ و حمایت از حرفه وکالت بروز و ظهور می‌دهد؛ حرفه‌ای که بدون حمایت از آن، حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین امکان‌پذیر نخواهد بود.

دو - محدودیت از جهت رعایت حفظ شئون حرفه وکالت

اکثر آراء دیوان، مبنی بر این مطلب نیز می‌باشد که در بحث آزادی بیان و کلا در رسانه‌ها علاوه بر رعایت حسن جریان اداره امور قضایی، حفظ شئون حرفه وکالت را هم باید در نظر گرفت. به‌طور مثال، ضرورت حفظ کرامت و موقعیت خاص نهاد وکالت محدودیت‌های وارد بر حق وکلا در تبلیغات حرفه‌ای‌شان را توجیه می‌نماید. در رأی «Casado Coca» علیه اسپانیا در سال ۱۹۹۴ دیوان،

مجازات انضباطی یک وکیل را که از تبلیغات منع شده بود، توجیه می‌کند با این توضیح که محدودیت‌های ناظر بر منع تبلیغات دروغین یا فریب‌دهنده می‌توانند موضوع مجازات انضباطی قرار گیرند و اینکه در برخی اوضاع و احوال حتی پیام‌های تبلیغاتی هدفمند می‌توانند بنابر اقتضای احترام به حقوق دیگران یا به اقتضای ابتناء بر ویژگی‌های یک فعالیت تجاری و یا حرفه معین دچار محدودیت شوند. خلاصه اینکه، وضع مقررات درخصوص حق وکلا در مراجعه به تبلیغات از زمانی که محدودیت‌های وارد بر این حقوق به وسیله ضرورت حفظ اصول ضروری حرفه و کالت، موجه جلوه کند امکان‌پذیر به نظر می‌رسد.

اما علاوه بر این، ضرورت حفظ کرامت و شئون حرفه و کالت در روابط وکیل با مقامات قضایی نیز مطرح است. درواقع از رویه قضایی دیوان اروپایی چنین برمی‌آید که وکیل باید وفاداری خود نسبت به سوگندی که می‌خورد و نیز رعایت قواعد اخلاقی حرفه خود را ابراز نماید. بر این اساس، مثلاً در رأی «Schopfer»، دیوان اظهار می‌دارد: «جایگاه ویژه وکلا آنها را در موقعیتی مرکزی در دستگاه قضایی قرار می‌دهد. آنها به عنوان واسطه میان طرفین دعوا و دادگاه‌ها به‌شمار می‌آیند» که این امر قواعد رفتاری حاکم بر اعضای کانون وکلا را به‌طور کلی توجیه می‌نماید. مشابه این ایده در توصیه‌نامه شماره ۲۱ سال ۲۰۰۰ مصوب کمیته وزرای دولت‌های عضو درخصوص آزادی انجام حرفه وکالت هم ذکر گردیده است: «وکلا باید به مقامات قضایی احترام گذاشته و وظایف خود را مطابق با قوانین و مقررات ملی و آیین‌نامه‌های حرفه‌ای وکالت انجام دهند».

در هر حال، محدودیت‌های وارد به آزادی بیان وکلا در صورتی که هدفشان برقراری نوعی توازن میان این حق و سایر ارزش‌های ضروری مورد حمایت کنوانسیون باشد، موجه قلمداد می‌گردند. برای نیل به این هدف، دیوان برای دولت‌های عضو کنوانسیون، نوعی حاشیه ارزیابی را برای قضاوت درخصوص ضرورت محدودیت‌ها و مداخلات در اعمال این حق بنیادین به رسمیت می‌شناسد.

ب) شناسایی حاشیه ارزیابی برای مقامات دولتی

مفهوم «حاشیه ارزیابی» که مفهومی کاملاً حاکمیتی است مفهوم‌سازی درباره

ایجاد محیطی برای تصمیمات ملی درخصوص اجرای کنوانسیون است. منظور از این مفهوم آن است که مقامات دولتی با توجه به تنوع زیاد موقعیت‌ها و مفاهیم ملی باید قدرت آن را داشته باشند تا به ارزیابی اوضاع و احوالی بپردازند که محدودیت‌های احتمالی به حقوق مقرر در مواد ۸ تا ۱۱ کنوانسیون و ماده ۲ بند ۳ پروتکل الحاقی شماره ۴ را توجیه می‌نماید. به نظر دیوان، مقامات ملی مناسب‌ترین اشخاصی هستند که می‌توانند درخصوص مفاد ضرورت‌های مرتبط با نظم عمومی و یا درباره ضرورت محدودیت بر یکی از حقوق و آزادی‌ها اظهارنظر نمایند. بر این اساس، در موضوع محدودیت بر حق آزادی بیان وکلا، دولت‌ها از حاشیه ارزیابی نسبتاً وسیعی برخوردارند که البته از آن سو قضای اروپایی نیز با استفاده از اصل بسیار مهم «تناسب» می‌تواند درمورد آنها دست به کنترل قضایی بزند.

یک - حاشیه ارزیابی ملی نسبتاً وسیع

برای فهم قلمرو حاشیه ارزیابی در حوزه آزادی بیان وکلا می‌توان آن را با آزادی بیان روزنامه‌نگاران و نیز مدافعین محیط زیست مقایسه نمود. درواقع، این عده به عنوان مدافعین دموکراسی^۱ از حمایتی جدی‌تر، از حقوق و آزادی‌هایشان برخوردارند و دیوان نیز در رویه خود نسبت به آنها اقدام به محدود کردن حاشیه ارزیابی مقامات دولتی نموده است. بدین ترتیب، رویه قضایی مداوم و ثابت دیوان، بر این مبنا استوار است که وقتی اظهارات یک رسانه منجر به طرح مباحث سیاسی و نیز مسائل مربوط به منافع عمومی می‌گردد، حاشیه ارزیابی دولت‌ها باید محدود و بسیار اندک باشد. در سال ۲۰۰۶ دیوان در دعوای آقای Mamere علیه فرانسه اظهار داشت که حاشیه ارزیابی مقامات دولتی برای مداخله درخصوص آزادی بیان مدافعین محیط زیست به «صورت خاصی محدود» است، اما وضعیت به صورت کاملاً واضح درمورد وکلا به گونه‌ای دیگر است؛ برای مثال، - چنانکه پیش‌تر هم ذکر شد - در دعوای Casado Coca علیه اسپانیا دیوان نوعی از حاشیه ارزیابی را در اختیار دولت قرار می‌دهد تا درخصوص حقوق وکلا

1. chiens de garde

در مراجعه به تبلیغات حرفه‌ای قاعده و قانونگذاری نماید. درواقع، در این رأی، دیوان به مقامات دولتی نوعی از حاشیه ارزیابی ماهوی را اعطاء می‌کند تا تنوع زیاد قانونگذاری‌های ملی در زمینه اطلاع‌رسانی تجاری، و کلا را توجیه نماید. درحقیقت، توجیه این مسئله به سبب فقدان اجماع اروپاییان درخصوص موضوعات خاص و مهم است.

دلیل اصلی به‌رسمیت شناختن حاشیه ارزیابی به سبب الزام آنها (مقامات دولتی) به آشتی دادن منافع متضاد موردنظرشان نظیر حق دسترسی آزاد به اطلاعات، حمایت از حرفه و کالت و ضرورت وجود حسن جریان اداره دستگاه قضاست. دیوان اروپایی مکرراً بیان می‌کند که مقامات عمومی، دادگاه و مراجع قضایی هر کشوری به علت ارتباط مستقیم و دائمی با نهادها و ساختارهای درون حاکمیت خود در موقعیت مناسب‌تری نسبت به قاضی بین‌المللی قرار گرفته‌اند تا به‌طور دقیق در زمان معین، توازن صحیح را اعلام نمایند. به این ترتیب، این مقامات از حاشیه ارزیابی ماهوی برخوردارند تا تصمیماتی را اتخاذ نمایند که به آنها اجازه دهد تا به برقراری توازن میان ارزش‌های متفاوت و گاه متعارض بپردازند، اما دادن چنین تیغ تیزی به دولت‌های عضو، بدون کنترل و نظارت نیست و قاضی اروپایی از طرق مختلف به‌ویژه از طریق اعمال اصل رویه‌ای بسیار مهم به نام «تناسب»، این نظارت را برعهده دارد.

دو - نظارت دیوان اروپایی از طریق اعمال اصل تناسب

نظارت دیوان از طریق اعمال اصل تناسب، دقیقاً به موازات اعطاء قدرت دولت‌ها در برخورداری از حاشیه ارزیابی می‌باشد. اگر چنانکه گفته شد، مقامات دولتی صلاحیت دارند تا از میان تصمیمات مختلف که از نظر ایشان به جهت برتری حقوق ضروری به نظر می‌رسد، دست به انتخاب بزنند، در عوض باید از این صلاحیت به گونه‌ای استفاده نمایند که با تعهداتشان در حوزه‌های مختلف در تعارض نباشد.

برای برقراری این آشتی میان دو امر به‌ظاهر متعارض و برای حصول توازن صحیح و منطقی، مقامات دولتی باید در استفاده از برخوردهای کیفری بسیار بااحتیاط رفتار کنند. دیوان در آراء متعدد تأیید نموده است که در اعمال این

نظارت، مداخله دولتی را در روشنی کلیت موضوع و پرونده، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد. به‌طور نمونه، محتوای صحبت‌های مورد اعتراض، فضا و اوضاع و احوالی که بیان در آن صورت گرفته مورد بررسی قرار می‌گیرد تا معین شود که: آیا مداخله با هدف مورد نظر تناسب داشته است یا خیر؟

امروزه قضات اروپایی برای یافتن تناسب دست به سه آزمون می‌زنند. از این سه آزمون به عنوان شروط اعمال اصل تناسب هم یاد می‌شود: مشروعیت هدف، مناسب بودن، ضروری بودن اقدامات و تصمیمات.

بدین ترتیب، در پرونده Schopfer، دیوان چنین تصمیم می‌گیرد که نقض ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صورت نگرفته است چون جریمه تحمیل‌شده به وکیلی که درخصوص یک رسیدگی کیفری در حال جریان به صورت عمومی اظهارنظر کرد و با توجه به شدت و درجه بیانات او، چندان بالا نبوده است در صورتی که در پرونده «Amihalachioaie» علیه کشور مولداوی در سال ۲۰۰۴، جریمه تحمیل‌شده (مبلغ ۳۶ یورو) بر رئیس اتحادیه وکلای مولداوی را نامتناسب می‌داند. توضیح اینکه ایشان انتقاد شدیدی علیه تصمیم دادگاه قانون اساسی مولداوی مطرح کرده بود؛ تصمیمی که با استناد به آن، استقلال وکلا مخدوش گردیده و زیر سؤال می‌رفت. دیوان اروپایی در رأی خود اظهار می‌دارد که هرچند به‌ظاهر جریمه تحمیل‌شده به خواهان مبلغ کمی است اما اولاً: اعمال این جریمه به صورت نمادین دارای اهمیت است؛ ثانیاً، دادگاه مولداوی در رأی خود حداکثر جریمه پیش‌بینی‌شده در قانون را برای آن فرد در نظر گرفته است. نظارت مبتنی بر اصل تناسب به دیوان اجازه می‌دهد تا مراقب باشد که مجازات‌های کیفری شدید، شهروندان و در این مورد خاص وکلا را از اظهارنظرهای عمومی درخصوص موضوعات مرتبط با کار قضا باز ندارد. حمایت از آزادی بیان وکلا زمانی وسیع‌تر و تقویت‌شده‌تر در نظر گرفته می‌شود که وکیل در دادگاه و در جریان رسیدگی در مرجع قضایی اظهارنظر نماید.

۲) آزادی بیان وسیع وکلا در دادگاه

در اینجا ابتدا به ساکن باید گفت آزادی بیان وکلا در دادگاه هرچند به‌طور

کلی وسیع‌تر از آزادی آنها در خارج از دادگاه است اما همچنان به حد آزادی بیان مدافعین مشهور دموکراسی یعنی روزنامه‌نگاران نمی‌رسد. با این وجود، بدون اینکه تا حد شناسایی نوعی مصونیت برای ذی‌نفعان پیش برویم باید بگوییم که دیوان اروپایی همواره با دقت فراوانی مجازات‌های تحمیل‌شده در حق و کلا در زمینه امور مربوط به کار آنها راه، مورد قضاوت قرار داده است. بدین ترتیب، دیوان در اکثر آراء خود تأیید می‌نماید که در یک جامعه دموکراتیک، محدودیت بر آزادی گفتار وکیل در دادگاه و در جریان رسیدگی ممکن است به صورتی کاملاً استثنایی، ضروری قلمداد گردد. این امر اولاً، مبتنی تضمین احترام آزادی بیان در حرفه وکالت است؛ ثانیاً، تضمین برخورداری اصحاب دعوی از حق بر دادرسی منصفانه در معنای ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

الف) تضمین رعایت آزادی بیان و کلا

نقش برجسته وکیل در یک جامعه دموکراتیک بارها و بارها در رویه و آراء قضایی دیوان اروپایی مورد شناسایی قرار گرفته است. درواقع، دیوان در آراء متعددی یادآوری نموده است که وکیل، واسطه میان دادگاه و طرفین دعواست و در حسن جریان امر قضایی دخالت مؤثر داشته و در دادن اعتماد به مردم از دادگستری نیز نقش بارزی دارد. بر این اساس، آزادی بیان وکیل در دادگاه متضمن برخی ویژگی‌هایی است که به جایگاه وکیل مربوط می‌شود. هرچند این جایگاه ویژه، نافی برخی محدودیت‌ها بر آزادی گفتار آنها نیست، اما با این وجود جریان رویه قضایی، بیانگر واقعیات دیگری است.

یک - خاص بودن آزادی بیان وکیل در دادگاه

دلیل ماهیت خاص آزادی بیان وکیل در دادگاه آن است که وی باید منافع موکل خود را - که گاهی در تعارض با منافع برخی از اجزاء ارکان دادگستری است - در نظر بگیرد. از یک طرف، دفاع از منافع موکل، متضمن بهره‌مندی حدی وسیع از آزادی گفتار برای وکیل است و از سوی دیگر، ضرورت حمایت از دستگاه قضایی حدی از تعادل را به‌میان می‌آورد که لاجرم دربرگیرنده برخی محدودیت‌ها خواهد بود. حل تعارض میان این دو منفعت متقابل، عملاً مشکل به نظر

می‌رسد. بنابراین، دیوان می‌پذیرد که هرچند درجه آزادی بیان وکیل در دادگاه بالا و وسیع است اما نمی‌تواند نامحدود در نظر گرفته شود. با اینکه حد آزادی بیان و کلا به حد آزادی بیان روزنامه‌نگاران نمی‌رسد ولی سطح حمایت از آزادی آنها (و کلا) از آزادی یک فرد عادی بیشتر است، لذا دیوان در این باره اظهار داشته است: «و کلا از حقوق و امتیازاتی انحصاری برخوردارند که می‌تواند از یک مرجع قضایی تا مرجع دیگر متفاوت هم باشد». در دیگر سو، هشتمین کنگره سازمان ملل متحد در خصوص جلوگیری از جرم و برخورد با بزه‌کاران در میان اصول پایه‌ای مرتبط با نقش و کلا و کانون‌های و کلا، از ضرورت بهره‌مندی و کلا از مصونیت حقوقی و کیفری در خصوص هرگونه بیان ناشی از حسن نیت در قالب دفاعیات شفاهی و مکتوب یا در قالب حضور در دادگاه‌ها، مراجع قضایی و اداری سخن به‌میان آورده است. آنچه مسلم است اینکه راه حل اروپایی به نسبت راه حل پیشنهادی سازمان ملل، کمتر جنبه حمایتی به خود می‌گیرد. با این حال، آراء متعدد صادره از سوی دیوان اروپایی اگر نگوییم ما را به راه حل مشابهی رسانده حداقل می‌توان بیان داشت که به‌گونه‌ای ارزش‌گذاری برجسته از آزادی بیان و کلا در دادگاه منتهی گردیده است.

دو - اعمال و اجرای آزادی بیان و کلا در دادگاه

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد دیوان به مدد اعمال هدفمند اصل رویه تناسب به نوعی ارزش‌گذاری آزادی بیان وکیل در دادگاه دست یافته است. و در تمامی آراء صادره در این خصوص به نقض ماده ۱۰ کنوانسیون با این استدلال که مجازات‌های صادره به یک نیاز اجتماعی مهم پاسخ نداده و یا میان ضرورت حمایت از دستگاه قضایی و احترام به آزادی بیان و کلا نتوانسته توازنی برقرار نماید، رأی داده است. بدین ترتیب، در پرونده «Nikula» علیه کشور فنلاند در سال ۲۰۰۲ در ارتباط با محکومیت یک وکیل به سبب ایراد افتراء به یک دادستان، بنا به گفته دیوان، مجازات در نظر گرفته‌شده نامتناسب بوده است، زیرا تفاوت میان نقش دادستان (که خود طرف دعوی است) و قاضی مسلماً حمایت بالاتری را از بیانات و اظهارات متهم در انتقاد از دادستان اقتضاء می‌کند. در سال ۲۰۰۳ نیز در جریان پرونده «Steuer» علیه کشور هلند گامی بلندتر در

ارزش گذاری آزادی بیان وکیل در دادگاه برداشته شد. دیوان در این پرونده با بررسی تعقیب انضباطی صورت گرفته علیه یک وکیل که در جریان یک رسیدگی قضایی انتقادات تند و شدیدی را علیه یک بازرس تأمین اجتماعی مطرح نمود با این استدلال که اعمال کنترل و نظارت بر روی انتقادات صورت گرفته، به سختی با تعهد هر وکیل در دفاع از موکل خود قابل جمع است. و به هر حال بر روی اعمال تعهدات وکیل تأثیر دارد. به عبارت دیگر، کوچک ترین تهدید به مجازات می تواند لطمه شدیدی به آزادی بیان وکلا وارد نماید. با این حال، آیا این رویه قضایی مطلوب به فروشی که در آنها خطاب بیانات بحث برانگیز دادگاه ها و مراجع قضایی هستند نیز قابل اعمال است یا خیر؟ پرونده «Kyprianou» علیه کشور قبرس در سال ۲۰۰۵ به این سؤال پاسخ می دهد.

در این پرونده، خواهان آقای Kyprianou - وکیل قبرسی - به اتهام توهین به دادگاه مورد تعقیب قرار می گیرد در حالی که وی از یک متهم به قتل در دادگاه کیفری شهر Limassol دفاع می نموده است. وی در جریان رسیدگی و حین دفاع از موکل خود بوده است که دادگاه، دفاعیات او را با این استدلال که بیش از حد وارد جزئیات شده متوقف می نماید. آقای وکیل ضمن ابراز ناراحتی شدید از رفتار و عملکرد دادگاه چنین اظهار می دارد که: «من خیلی شرمندهم که بگویم در حالی که من در دفاع از موکلم در حال سخن گفتن هستم اعضای دادگاه در حال صحبت با یکدیگر و رد و بدل کردن مسائل بی ارتباط با پرونده هستند». این سخن وکیل منجر به ناراحتی قضات می شود، لذا خواستار سکوت وکیل مذکور می شوند، اما وکیل با تجربه در عین بی توجهی به سخنان قضات به اعتراضات خود ادامه می دهد. دادگاه، جلسه دادرسی را متوقف می کند و پس از کمی تأمل، وکیل نامبرده را به اتهام توهین، به پنج روز حبس قطعی محکوم می نماید. دادگاه کیفری Limassol و نیز در مرحله بعدی دیوان عالی قبرس نیز رأی مذکور را تأیید می نمایند با این توضیح و استدلال که امکان دادن پاسخ مناسب دیگری به وکیل نبود، که در غیر این صورت از اعتبار کار دادگاه کاسته می شد. وکیل مورد نظر، قضیه

را نزد دیوان به استناد نقض حق خود در برخورداری از دادرسی منصفانه و نیز نقض حق آزادی بیان مطرح می کند. دیوان به اتفاق آراء، نقض ماده ۱۰ (آزادی بیان) را می پذیرد و چنین اظهار می کند: «روشن است که هر وکیلی وقتی از یک موکل در دادگاه به خصوص در جریان رسیدگی کیفری دفاع می نماید، ممکن است در وضعیت حساسی قرار گیرد که می بایست تصمیم بگیرد که: آیا به نحوه عمل دادگاه اعتراض بنماید یا خیر؟ و در تمام وقت هم منافع موکلش را از نظر دور ندارد». مسلم است که تحمیل مجازات حبس بر یک وکیل، دارای اثر مخرب نه تنها بر روی شخص وکیل که بر حرفه وکالت در مجموع خود خواهد بود. با وجود پیشرفت های قابل توجه ناشی از چنین راه حلی برای آزادی بیان وکلا، گاهی مجازات های تحمیل شده، مطابق با کنوانسیون دانسته می شود به ویژه زمانی که مجازات ها شدید نبوده باشد و هدف آن جلوگیری از اظهارنظرهای متضمن توهین، فحاشی و ایراد افتراء به قضات نباشد. ارزش گذاری ویژه به آزادی بیان وکلا، بر رعایت حق موکل به بهره مندی از دادرسی منصفانه تأثیرگذار است و خواهد بود.

ب) تضمین برخورداری اصحاب دعوی از دادرسی منصفانه

همه آراء دیوان اروپایی حقوق بشر درخصوص آزادی بیان وکلا در دادگاه، مبین وجود رابطه تنگاتنگ میان آزادی بنیادین وکیل و حق موکل در برخورداری از یک دادرسی عادلانه و منصفانه در معنای ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است. بر این اساس، در پرونده Nikula علیه فنلاند دیوان به وضوح اظهار می دارد که «برابری سلاح ها» و دیگر ملاحظات مربوط به انصاف، مستلزم وجود تبادل نظر آزاد و زنده میان طرفین دعوی است. بنابراین، آیا نباید آزادی بیان وکیل در این مرحله نامحدود باشد؟ آیا وکیل نباید از نوعی مصونیت مطلق در قبال گفتار بیان شده در دادگاه برخوردار باشد؟ اگرچه دیوان اروپایی حقوق بشر، در حمایت از آزادی گفتار وکلای مدافع تا این حد شهادت پیشروی نداشته، اما در مقابل، رویه قضایی کشور فرانسه در این خصوص با شناسایی مصونیت مطلق در گفتار در دادگاه ها برای وکلا بسیار لیبرال عمل نموده است.

یک - رد مصونیت گفتاری وکیل در حقوق اروپایی

لازم به ذکر است دیوان اروپایی حقوق بشر به‌طور معمول راه حل‌های نوآورانه و بدیع را درخصوص مسائل مربوط به اوضاع و احوال فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و تاریخی کشورهای عضو ارائه نمی‌دهد مگر در فرضی که در میان نظام‌های حقوقی مختلف کشورهای اروپاست اجماعی بر یک قضیه وجود داشته باشد. تاکنون چنین اجماعی درخصوص موضوع مورد بحث به وجود نیامده است. چنانکه از نتایج مطالعات یک نهاد مستقل غیردولتی به نام «Interights» درخصوص موضوع برمی‌آید اکثریت قریب به اتفاق دولت‌های عضو کنوانسیون برای وکلا گونه‌ای مصونیت را درخصوص اظهارات بیان‌شده در مقام دفاع از موکل نزد دادگاه می‌پذیرند. با این وجود، همچنان قائل به این مطلب هستند که این اظهارات ممکن است در معرض محدودیت و یا حتی مجازات نیز قرار گیرد هرچند عملاً این مجازات‌ها به‌ندرت اعمال می‌گردند.

شاید به جرأت بتوان گفت که نوعی اجماع اروپایی برای دور نمودن وکلا از مجازات‌های کیفری وجود دارد به‌ویژه زمانی که اظهارات وکیل درمورد شخص دادستان و نه قاضی است. در مقابل، اثری از اجماع در اکثر نظام‌های مورد مطالعه درخصوص دور نمودن وکیل از مجازات‌های انضباطی و غیرکیفری به‌چشم نمی‌خورد. به عبارت دیگر، وکیل به سبب گفتار خود از مصونیت برخوردار نیست. کمیته وزراء شورای اروپا در توصیه‌نامه شماره ۲۱ سال ۲۰۰۰، که از همه دولت‌های عضو می‌خواهد تا از تمام ابزارهای لازم و ضروری برای اجرای آزادی بیان در حرفه وکالت استفاده نمایند. برای نمونه، این توصیه‌نامه چنین بیان می‌دارد که: «وکلا نباید در معرض مجازات و یا حتی تهدید به اعمال مجازات و نیز فشار قرار گیرند، وقتی که درست براساس مقررات حرفه خود عمل می‌نمایند».

دو - پذیرش مصونیت گفتاری وکیل مدافع در حقوق برخی کشورها (فرانسه)

در حقوق فرانسه این موضوع، تحت حاکمیت ماده ۴۱ قانون آزادی مطبوعات سال ۱۸۸۱ قرار دارد. مطابق ماده مذکور «نمی‌توان از نوشتارها و گفتارهای ایرادشده در برابر دادگاه‌ها به عنوان ایراد افتراء، فحاشی و توهین شکایت نمود مگر

اینکه خارج از موضوع دعوا باشند». این ماده از همان ابتدا موضوع مباحثات و مناقشات فراوانی در حقوق فرانسه به‌ویژه در عبارت «مگر اینکه خارج از موضوع دعوا باشند» بوده است. اصل و اساس اختلافات هم بر روی تفاوت در تفسیری موضوعی^۱ و یا شخصی^۲ از این عبارت بوده است. درحقیقت، اهمیت مسئله در اینجا است که مصونیت مطلق وکلا در بیان و گفتار به همین نوع از تفسیر بستگی داشته است. در برداشت «موضوعی» نظر بر این بوده که منظور از آن عبارت، این است که تمامی گفتارها و نوشتارهای خارج از موضوع پرونده مورد رسیدگی مشمول این ماده نمی‌گردد ولی در برداشت «شخصی» منظور از آن را تمامی بیانات و نوشتارهایی می‌دانند که از محدوده‌های حقوق دفاعی تجاوز می‌کند.

نهایتاً دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۲۰۰۱ به این مناقشه در جریان یک پرونده ارجاع‌شده به آن، پایان می‌دهد. این پرونده مربوط به وکیلی بوده است که دادگاه تجدیدنظر شهر بوردو^۳ از اعطاء مصونیت به او صرف‌نظر کرده بود؛ چراکه وکیل مزبور در دادگاه در جریان رسیدگی به موضوع تجاوز و خشونت جنسی نسبت به کودکان، قضاات را متهم به دست‌کاری در روزشمار وقایع و همچنین نسبت به سن آسیب‌دیدگان نموده بود. دیوان عالی، نظر دادگاه تجدیدنظر را به استناد نقض مفاد ماده ۴۱ قانون آزادی مطبوعات رد می‌نماید و چنین مقرر می‌دارد که: «اظهارات بیان‌شده توسط وکیل، خارج از موضوع دعوا و پرونده نبوده است». دیوان عالی در رأی خود همچنین ادامه می‌دهد که مصونیت وکیل در گفتار، مطلق است مادامی که او در چارچوب یک بحث قضایی ابراز نظر نماید. در سال ۲۰۰۵ نیز این رویه در جریان پرونده‌ای دیگر تکرار می‌گردد.

از آن پس در فرانسه برای وکلا ضرب‌المثلی مصطلح شد که همه بدان وفادارند: «قلم و زبان در برابر دادگاه آزادند». بدون شک چنین وضعیتی حاکی از اراده مراجع قضایی داخلی در تضمین حمایت از حقوق دفاعی است که خود یکی

1. objective
2. subjective
3. Bordeaux

از شرایط اصلی رعایت حق بر دادرسی منصفانه در معنای ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است.

تصور اینکه آنان بدون توجه به موازین شرعی، در جامعه و نزد آشنایان بدون وجود رابطه زوجیت با هم ظاهر شوند منتفی است و حکم به اثبات رابطه زوجیت بین آنها صادر می‌شود. هرچند یکی از آنها منکر وجود رابطه زوجیت باشد و مدعی رابطه نامشروع باشد.^۱

۴. اعلام اراده و قصد و نیت برای عقد از طریق تلفن فاقد اعتبار قانونی است و عقد نکاح از طریق تلفن منعقد نمی‌شود.^۲

• رویه شعب دیوان عالی کشور در خصوص موضوع وکالت در طلاق:

۱. هرگاه زوج طی وکالت‌نامه رسمی به زوجه تفویض وکالت کند تا براساس اختیارات تفویضی مصرح در آن با حق توکیل به غیر حتی انتخاب وکیل دادگستری برای موکل (زوج) ضمن مراجعه به دادگستری و تقدیم دادخواست گواهی عدم امکان سازش خود را به هر قسم طلاق اعم از بائن، رجعی، خلعی یا مبارات با هر شرط و قرار و به هر طریق اعم از اخذ مهریه و نفقه یا بذل آن و یا بذل عین مهریه، خود را مطلقه کند و آن را به ثبت برساند این وکالت، معتبر است و طلاق که براساس آن صادر شده باشد صحیح است، زیرا همان‌طور که مرد می‌تواند مطابق مقررات هرگاه خواست زن خود را طلاق دهد، قانوناً می‌تواند این عمل حقوقی را به شخص دیگری به عنوان وکیل خود واگذار کند.^۳

۲. وکیلی که به طریق بالا توسط زوجه برای زوج گرفته شده، حق قبول بذل را نیز دارد، زیرا اذن در شیء، اذن در لوازم آن است.

وحدت و تهاافت رویه قضایی شعب دیوان عالی کشور

در امور مدنی

(پاییز و زمستان ۱۳۹۱)

بدیع فتحی *

حقوق خانواده

• رویه شعب دیوان عالی کشور در خصوص انعقاد عقد نکاح:

در خصوص انعقاد عقد نکاح موارد زیر در آراء دیوان عالی کشور به عنوان رویه مشاهده می‌شود:

۱. در صورت شک در وجود قرارداد و وقوع عقد ازدواج، اصل بر عدم انعقاد اعمال حقوقی و نکاح است.^۱

۲. در صورت یقین مبنی بر انعقاد عقد و اختلاف زوجین در نوع عقد، اصل بر دوام عقد می‌باشد و مدت داشتن قیدی اضافه است که باید اثبات شود.^۲

۳. در صورتی که مرد و زنی در مرئی و منظر عموم با عنوان زن و شوهر خود را معرفی کنند با در نظر گرفتن اینکه هر دو مسلمان و عمل مسلم محمول بر صحت است و

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم و دادرس دادگاه عمومی تهران

Fathi_3562@yahoo.com

۱. شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۵۴۵، تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷، مجموعه آراء قضایی شعبه دیوان عالی کشور (حقوقی و کیفری) سال ۱۳۹۱، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۱۵۹ - ۱۶۰.
۲. شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۱۶۳، تاریخ ۱۳۹۱/۷/۱۰، همان، صص ۱۸ - ۲۱؛ شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۶۸۴، تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۱، همان، صص ۱۶۳ - ۱۶۴.

۱. شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۴۷۷، تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۶، همان، صص ۱۶۰ - ۱۶۱.

۲. شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۸۰۰، تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۸، همان، صص ۱۶۳ - ۱۶۴.

۳. شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۴۴۰، تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۴، مجموعه آراء قضایی شعبه دیوان عالی کشور (حقوقی و کیفری) سال ۱۳۹۱، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۱۵۲ - ۱۵۴؛ شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۶۷۸، تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۱، همان، صص ۱۵۴ - ۱۵۵.

۳. اگر زوج به زوجه، وکالت رسمی و تام‌الاختیار تفویض کند تا با مراجعه به دادگاه ذیصلاح و درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش و انجام کلیه امور و تشریفات لازم از بدو تا ختم عمل و اخذ گواهی صادره و مراجعه به دفتر رسمی، خود را به هر قسم طلاق اعم از بائن یا رجعی، خلع یا مبارات و مطلقه کند و زوجه این حق را اعمال کند پس از ثبت طلاق به ما بذل رجوع کند و سپس زوج نیز رجوع خود را به همسر خود ابراز کند، چون رابطه زوجیت بین زوجین مبتنی بر نکاح مجدد نمی‌باشد بلکه همان رابطه نکاح قبلی با همان شرایطی است که ادامه یافته است، لذا وکالت پیش‌گفته شده همچنان به قوت خود باقی است و زن می‌تواند بر مبنای آن دوباره درخواست طلاق نماید.^۱

۴. اگر زوجه از زوج، وکالت در طلاق با حق توکیل به غیر داشته باشد و بخواهد از طریق وکیل دادگستری اقدام به اعمال وکالت خویش نماید وکیل دادگستری باید نام زوج را با عنوان «خواهان» بنویسد و نام زوجه را با عنوان «خوانده» و خود را نیز در مقام «وکیل با واسطه زوج» معرفی کند.^۲

۱. شعبه ۸ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۸۵۶، تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴، همان، ص ۱۵۵ - ۱۵۷.

۲. شعبه ۱ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۷۰۳، تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۶، همان، صص ۴۲ - ۴۴.

واقعی خواهان می‌باشد و این امر مستلزم اقامه دعوا به طرفیت بستانکاران بوده تا آن‌ها بتوانند از حقوق احتمالی خویش دفاع نمایند» و با این وصف دعوا را قابل رسیدگی ندانسته و قرار رد آن را صادر نموده است. شعبه محترم ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قرار مذکور را، نقض و پرونده را برای ادامه رسیدگی به دادگاه بدوی اعاده نموده است.

در پرونده دیگر، شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران با این استدلال که «دعوی ورشکستگی باید در جهت عدم تضييع حقوق طلبکاران به طرفیت آنها طرح گردد و مفاد دادخواست دلالت بر مدیونیت خواهان به بانک را دارد و دعوا به طرفیت وی (بانک) طرح نگردیده»، قرار رد دعوا را صادر نموده است. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ضمن رد اعتراض، قرار مذکور را تأیید نموده است، لذا موضوع مذکور به بحث و تبادل نظر گذاشته می‌شود».

آراء دادگاه‌ها:

رأی شماره یک

مشخصات رأی

شماره دادنامه نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۷۶۷

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۲/۶/۳۱

رأی دادگاه بدوی

در خصوص دعوی شرکت الف. به شماره ثبت ۳۱۲۱۲۲ و کالت آقای م.ف. به طرفیت دادستان عمومی و انقلاب تهران به خواسته اعلام ورشکستگی شرکت خواهان با تعیین تاریخ ۱۳۸۷/۲/۴ به عنوان تاریخ توقف، دادگاه با توجه به محتویات پرونده و نظر به اینکه مطابق ماده ۴۱۳ قانون تجارت، تاجر می‌بایستی ظرف مدت سه روز از تاریخ وقفه در تأدیه دیون یا تعهدات نقدی، توقف خود را به دفتر دادگاه اظهار نموده و صورتحساب دارایی و کلیه دفاتر تجارتي خود را به

گزارش نشست نقد رأی: طرف دعوی ورشکستگی

(نقد رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران)

تنظیم: حمیدرضا نجفی*

دفتر ارتباطات و همکاری‌های علمی پژوهشگاه قوه قضاییه

بیست و ششمین جلسه نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۲۴ شهریورماه ۱۳۹۴ در سالن ولایت آن دادگاه برگزار شد. مهمان این جلسه آقای حاج‌علی - مدیرکل اداره تصفیه امور ورشکستگی قوه قضاییه - بود. در ابتدای جلسه آقای اهورکی - معاون قضایی رئیس کل و جانشین سرپرست دادگاه‌های تجدیدنظر - به طرح بحث در این خصوص پرداخت: «آمارها نشان می‌دهند که طرح دعاوی ورشکستگی برخلاف گذشته رو به افزایش است. در بسیاری از موارد بنا به دلایلی از جمله استفاده شرکت بدهکار یا شخص تاجر از حمایت‌های قانونی و معافیت از پرداخت جرایم دیرکرد دیون ورشکسته، در تقاضای صدور حکم ورشکستگی اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از دادگاه‌ها طرف دعوا قرارگرفتن دادستان را برای رسیدگی، کافی و بعضی دیگر علاوه بر دادستان، حضور بستانکاران را نیز به عنوان خوانده، لازم می‌دانند تا دعوا قابل استماع و رسیدگی گردد و عده‌ای دیگر حضور دادستان را به عنوان طرف دعوا ضروری نمی‌دانند.

شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در این رابطه آورده است: «معیار رسیدگی دادگاه به دعوی ورشکستگی کشف حقیقت ورشکستگی

* پژوهشگر و عضو دفتر ارتباطات و همکاری‌های علمی پژوهشگاه قوه قضاییه.

رأی شماره دو

مشخصات رأی

شماره دادنامه نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۱۳۳

تاریخ صدور رأی: ۹۳/۳/۲۷

رأی دادگاه بدوی

درخصوص دعوی تقدیمی شرکت تولیدی و مهندسی م. به مدیریت عاملی آقای ع.ر. با وکالت آقای ه.الف. به طرفیت دادستان عمومی و انقلاب تهران و شرکت الف.ک. به خواسته صدور حکم بر اعلان توقف و ورشکستگی شرکت از تاریخ ۸۸/۱/۸ به بعد دادگاه با توجه به محتویات پرونده نظر به اینکه دعوی ورشکستگی می‌بایست در جهت عدم تضییع حقوق سایر طلبکاران به طرفیت آنان نیز مطرح می‌کرده در مانحن‌فیه مفاد دادخواست خواهان دلالت بر مدیونیت وی به بانک تجارت شعبه شریعتی داشته که دعوی به طرفیت بانک مذکور طرح نگردیده، لذا دادگاه مستنداً به ماده ۲ قانون آ.د.م. قرار عدم استماع دعوی خواهان را صادر اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری و ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران
مستشار دادگاه‌های تجدیدنظر، مأمور در شعبه ۴ حقوقی تهران - ناصر اسماعیلی

رأی دادگاه تجدیدنظر

در این پرونده آقای ه.الف. به وکالت از شرکت تولیدی و مهندسی م. به طرفیت دادستان محترم عمومی و انقلاب تهران و شرکت الف.ک. از دادنامه ۰۰۴۲۵ مورخ ۹۲/۴/۳۱ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به‌موجب آن دعوای تجدیدنظرخواه مبنی بر اعلان ورشکستگی از تاریخ ۸۸/۱/۸ با این استدلال که دعوای ورشکستگی می‌بایست در جهت عدم تضییع حقوق سایر طلبکاران به طرفیت آنان طرح می‌گردید و مفاد

آن تسلیم نموده وفق ماده ۴۱۴ قانون مذکور صورتحساب موصوف باید دارای تاریخ بوده و به امضاء مدیران شرکت خواهان رسیده و متضمن تعداد و تقویم کلیه اموال منقول و غیرمنقول و صورت کلیه قروض و مطالبات و صورت نفع و ضرر و صورت مخارج باشد و نیز لیست کلیه بستانکاران با میزان طلب آن ضمیمه شود. اولاً، دادخواست مستند به صورت‌های مذکور نمی‌باشد. علاوه بر این، معیار رسیدگی دادگاه به دعوی ورشکستگی، کشف حقیقت ورشکستگی واقعی خواهان می‌باشد و این امر مستلزم اقامه دعوی به طرفیت بستانکاران بوده تا آنان بتوانند از حقوق احتمالی خویش دفاع نمایند. بنابراین، دعوی خواهان به وضعیت حاضر مردود بوده و دادگاه به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد اثر صادر می‌نماید. رأی صادرشده ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی آقای م.ف. به وکالت از طرف شرکت الف. به طرفیت دادستان محترم عمومی و انقلاب تهران نسبت به دادنامه شماره ۹۲۰۱۸۰ مورخ ۹۲/۸/۳ صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به‌موجب آن درمورد دعوی شرکت مذکور به خواسته اعلام ورشکستگی از تاریخ ۸۷/۲/۴ به لحاظ عدم ارائه صورت و مزبور و النهایه احراز صحت و سقم اظهار تاجر و شرکت تجاری مزبور بایستی تحقیقات و رسیدگی‌های لازم را به‌عمل آورد و حتی اعلام و ارائه مراتب از طرف شرکت دادگاه را مستغنی از تحقیق و رسیدگی نمی‌نماید. نظریات شماره ۷/۹۹۰۷ مورخ ۷۹/۱۲/۱۷ و ۷/۲۹۸۸ مورخ ۷۹/۱۰/۲ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه نیز مؤید این استنباط است، لذا دادگاه مستنداً به بند (ه) ماده ۳۴۸ و ماده ۳۵۳ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض قرار تجدیدنظرخواسته پرونده را جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه محترم صادرکننده آن اعاده می‌نماید. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

احمدحضرتی - علی حاجی‌حسینی

تجدیدنظرخواهی را غیر ثابت، تشخیص و به استناد ماده ۳۵۳ قانون مرقوم ضمن رد اعتراض دادنامه موصوف را تأیید می نماید. این رأی، قطعی است.
رئیس شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه
محسن اهواری - یوسف رمضان

نظرات حضار در جلسه نقد رأی:

آقای علی حاجی حسینی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

ماده ۴۱۳ قانون تجارت به تاجر تکلیف کرده است که فقط اظهار توقف بکند. به علاوه، صورتحساب دارایی و همچنین کلیه دفاتر تجاری خود را به ترتیب به دادگاه اعلام و تسلیم نماید. ماده ۴۱۴، شرایط صورتحساب مزبور را مشخص نموده ولی نگفته است که تاجر طلبکارها را هم معرفی کند. پس، موارد منتج از مواد فوق عبارتند از:

۱. تاجر صرفاً اظهار توقف می کند بدون اینکه دعوای ورشکستگی را مطرح کند.
۲. در صورتحسابی که او به اخبار و اظهار خود ضمیمه می کند، مکلف به اعلام مشخصات طلبکاران نیست. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۹۹۰۷ خود در تاریخ ۷۱/۱۲/۱۷ بیان داشته: «صرف اظهار تاجر برای صدور حکم ورشکستگی او کافی می باشد و این دعوا به معنای مصطلح که محتاج به طرف دعوا باشد، نیست و اعلام توقف به ضرر کسی نخواهد بود تا بخواهد پاسخگو باشد یا از منافع خود دفاع کند». و همچنین در نظریه شماره ۵۶۷ خود مورخ ۷۳/۱/۲۷ اظهار می دارد: «بازداشت تاجر ورشکسته در اجرای مواد ۴۱۳، ۴۳۵ و ۵۴۲ جنبه کیفری ندارد و به قانون منع بازداشت بدهکاران هم ارتباطی ندارد و هر موقع که دادگاه ادامه بازداشت او را لازم نداند، می تواند وی را آزاد نماید». مجازات و کیفر به هیچ وجه در صلاحیت دادگاه حقوقی نیست و این دادگاه صرفاً حکم ورشکستگی را اعلام می کند و از آنجا که بازداشت پیش بینی شده در مواد فوق، مجازات محسوب نمی شود، لذا هرگاه دادگاه صلاح دانست، می تواند او را آزاد نماید.

علمای حقوق، واژه «دعوا» را «منازعه در حق معین» تعریف کرده اند. در اینجا حقی ادعا نمی شود و صرفاً شخص، وضعیت خویش را تشریح می کند و از

دادخواست دلالت بر مدیونیت تجدیدنظرخواه به بانک تجارت شعبه شریعتی داشته که دعوا به طرفیت وی طرح نگردیده، لذا قرار رد دعوی صادر گردیده تجدیدنظرخواهی کرده است، عمده اعتراض آقای وکیل تجدیدنظرخواه این است که به موجب ماده ۴۱۵ قانون تجارت دعوای ورشکستگی تاجر را ممکن است شخص تاجر، دادستان و یا یک و یا عده ای از طلبکاران طرح نمایند و با توجه به اینکه حکم ورشکستگی در جراید اعلان می گردد اشخاص ذی نفع حق اعتراض دارند و لذا نیازی به طرف دعوا قرار دادن طلبکاران نمی باشد و از آنجا که ورشکستگی اثر اقتصادی محدود به خود ورشکسته ندارد بلکه در حقوق کلیه طلبکاران او اثر می گذارد ولی در وضع طلبکارانی مانند بانکها که دولتی اند و مؤسسات دیگر دولتی که طرف معامله با تاجر متوقف بوده اند دخالت دادستان و طرف دعوا قرار گرفتن وی به این جهت است، لذا تقاضای نقض قرار تجدیدنظرخواسته را نموده اند. دادگاه با بررسی اوراق پرونده، تجدیدنظرخواهی را با هیچ یک از جهات یاد شده در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی در دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی منطبق نمی داند، زیرا

۱) از آنجا که صدور حکم ورشکستگی در بسیاری موارد با نظم عمومی و حقوق اشخاص ثالث در ارتباط می باشد. به علاوه، در صورت ورشکستگی به تقلب تکالیفی از جهت تعقیب ورشکسته به تقلب متوجه دادستان می باشد دادستان هم می تواند به موجب قانون، دعوای ورشکستگی را طرح و هم در صورت طرح دعوای ورشکستگی توسط تاجر و یا طلبکاران می بایست طرف دعوا قرار گیرد.

۲) دعوای ورشکستگی در صورتی که توسط تاجر ورشکسته طرح می گردد دعوای حقوقی و ترافعی است که می بایست تاجر مدعی ورشکستگی علاوه بر دادستان به طرفیت طلبکاران (بستانکاران) طرح نماید و تاجر باید طلبکار یا طلبکاران که از عهده پرداخت طلب آنان بر نیامده است را به عنوان خواننده قرار دهد تا امکان دفاع برای آنان فراهم گردد.

۳) به ویژه در فرضی که بانک، بستانکار باشد با توجه به آثار حکم ورشکستگی در رابطه با بازپرداخت های وام تسهیلات دریافتی و تأثیر زمان توقف در رابطه با سود وام ضرورت طرف دعوا قرار گرفتن بستانکار برای دفاع از دعوا و ارائه دلایل برای رد آن یش از پیش آشکار می گردد. البته، دادگاه،

آن پس، قانونگذار در ماده ۴۱۵ قانون تجارت از واژه «ورشکستگی» استفاده می‌نماید در صورتی که تا پیش از آن، سخن از توقف است.

دادگاه در دعوای مدنی باید در محدوده خواسته اظهار نظر کند. وقتی که خواسته «علام توقف» است - اگر واقعاً آن را یک دعوا بدانیم - دادگاه باید «حکم به توقف» صادر نماید، در صورتی که حکم به ورشکستگی صادر می‌کند. پس نمی‌توان این امر را دعوا تلقی کرد. حق، خواسته و دعوا پیوسته از ناحیه ذی حق قابل طرح هستند، ولی توقف ورشکستگی از ناحیه مختلف، از جمله تاجر طرح می‌شود.

اگر بر آن باشیم که طلبکاران باید طرف دعوا قرار بگیرند، هیچ‌گاه نخواهیم توانست حکم ورشکستگی صادر کنیم، زیرا هر آن ممکن است افرادی ادعای طلب کنند یا خود تاجر، افرادی را عمداً یا سهواً از برگه طلبکاران خارج نماید و به عنوان طلبکار معرفی نکند. در این صورت، اگر این افراد ادعای طلب کنند یا خود تاجر بپذیرد که آنان طلبکار هستند، حتی اگر این امر را دعوا تلقی کنیم، قابل رسیدگی نخواهد بود.

اداره حقوقی هم در نظریات مختلف خود، طرف دعوا قرار گرفتن کسی را در مورد ادعای ورشکستگی یا اظهار توقف، به هیچ‌وجه لازم ندانسته است.

نحوه اعلام توقف و ورشکستگی و افراد متعددی که مجاز به طرح این موضوع هستند و همین‌طور آثار حکم ورشکستگی و نحوه و مرجع اجرای حکم ورشکستگی، همگی دلالت بر این امر دارند که قانونگذار ورشکستگی، اظهار توقف را به عنوان یک دعوا تلقی نکرده است که لازم باشد همه طلبکاران طرف موضوع قرار بگیرند و توافق کنند.

آقای رضائی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در خصوص موضوع مورد بحث، به اختصار به موارد ذیل اشاره می‌شود:

۱. صدور حکم ورشکستگی در بسیاری از موارد با نظم عمومی و حقوق اشخاص ثالث در ارتباط است. به علاوه، در صورت ورشکستگی به تقلب، تکالیفی از جهات تعقیب ورشکسته به تقلب متوجه دادستان است، لذا این شعبه طرف دعوا قرار دادن دادستان را ضروری دانست.

۲. در صورتی که دعوای ورشکستگی توسط تاجر ورشکسته طرح شود، دعوا حقوقی و ترافعی است و باید تاجر مدعی ورشکستگی، علاوه بر دادستان به طرفیت بستانکاران طرح دعوا کند.

۳. با توجه به آثار حکم ورشکستگی، لازم دانستیم برای کشف حقیقت ورشکستگی واقعی خواهانی که مدعی ورشکستگی است، دعوا حتماً به طرفیت دادستان و بستانکاران قرار بگیرد.

آقای حاج‌علی، مدیر کل اداره تصفیه امور ورشکستگی قوه قضاییه

مفهوم «ورشکستگی» بیش از ۷۰ سال است که در قانون ورشکستگی آمده ولی در حال حاضر متضمن تفاوت بسیاری است. امروزه شاید ۹۰ درصد ورشکسته‌ها مشمول قانون ورشکستگی به معنای اخص - آن‌طور که قانون پیش‌بینی کرده - نباشند ولی مشمول کلاهبرداری باشند.

در خصوص ورشکستگی دو دیدگاه وجود دارد: الف) دیدگاه ظاهری؛ ب) دیدگاه واقعی. دیدگاه ظاهری نشأت گرفته از ورشکستگی ظاهری است. به‌طور مثال، یک سند تجاری برگشت می‌خورد یا سفته‌ای و اخواهی می‌شود و پس از اظهار تاجر به ورشکستگی و استناد به این اسناد، حکم ورشکستگی صادر می‌شود که تا سالیان متمادی حتی نظر دیوان هم بر این (ساز و کار) مطابقت می‌کرد، پس مفهوم ورشکستگی در سال‌های اخیر تفاوت بسیاری نموده به‌طوری‌که از دیدگاه ظاهری عبور کرده است. حال، در بحث ورشکستگی باید دید برای وام گرفته‌شده یا مجموعه دارایی‌ها چه اتفاقی افتاده است؟ زیرا پیش آمده که شخص برای درخواست وام از بانک، تراز بانکی خود را مثبت جلوه می‌دهد، سپس یک یا چند چک با مبالغ کم را که ارزش حقوقی ندارند، با هماهنگی با دارنده چک، آن را برگشت می‌زند و به اصطلاح اعلام ورشکستگی می‌کند. سؤال اینجاست که: «او این وام میلیاردی را چه کرده است؟ و آیا حق و حقوق عمومی رعایت می‌شود؟ درست است که نص صحیحی در رابطه با اینکه دادستان یا اشخاص معینی طرف دعوا قرار بگیرند، وجود ندارد، ولی آیا بحث ورشکستگی جنبه عمومی ندارد؟»

طبق آمار، میانگین ورشکستگی در تهران از ۲ مورد در سال ۱۳۸۸، به بالای ۱۲۰ تا ۱۳۰ ورشکستگی در سال ۹۲ و ۹۳ افزایش یافته است. در بسیاری از موارد، شخص، وام‌های کلانی گرفته است بدون اینکه بررسی شود آیا توقف، واقعی است و یا دارایی‌های وی در بدهی‌هایش مستغرق است یا خیر، بر مبنای دیدگاه ظاهری، صرفاً با ارائه یک چک برگشتی اعلام ورشکستگی کرده و در بسیاری از موارد، رأی ورشکستگی به طرفیت دادستان اعلام شده است؛ درحالی‌که دادستان نیز خود به این کار (حفظ حقوق طلبکاران به طرفیت طلبکاران) انتقاد کرده است.

سؤال دیگر این است که: «بستانکاران عمده و بانک چطور باید از این رأی باخبر شوند؟». گفته شده است در رأی ورشکستگی، هرکسی می‌تواند متضرر یا منتفع باشد، به همین سبب قانونگذار در مواد ۵۳۶ و ۵۳۷ قانون تجارت بیان داشته باید ورشکستگی در جراید اعلام شود و متضرر رأی ورشکستگی تا یک ماه فرصت دارد به آن اعتراض کند، اما در اینجا خلأ دیگری وجود دارد. اعلان در جراید باید هنگامی صورت بگیرد که اعلان ورشکستگی برای اجرا و اعلام، به اداره تصفیه فرستاده شود. در این صورت هیچ بانک و نیز هیچ بستانکار عمده‌ای از این رأی باخبر نمی‌شود مگر وقتی‌که اداره تصفیه، از بانک‌ها بخواهد اگر ورشکسته، مبلغی نزد آن‌ها دارد، توقیف کنند و به آن اداره بفرستند یا پس از درج آگهی برای دعوت از بستانکارها ارسال نمایند. حال در نظر بگیرید شخصی ۱۰ میلیارد تومان از بانک وام گرفته، سپس با یک چک ۵۰ یا ۱۰۰ هزار تومانی اعلام ورشکستگی کرده و برای اینکه مشمول خسارت تأخیر تأدیه بانک نشود نیز تاریخ توقف را به قبل از تاریخ أخذ وام برده است. اخیراً با باندهای کلاهبرداری‌ای مواجهیم که به سراغ کارخانه‌دارها می‌روند؛ کارخانه‌دارهایی که صد میلیون وام گرفته‌اند و باید دویست میلیون به بانک پرداخت کنند؛ و به آن‌ها پیشنهاد می‌دهند که در قبال یک میلیارد و پانصد میلیون تومان برایشان رأی ورشکستگی می‌گیرند. «با توجه به رشد آمار پرونده‌های اینچنینی، آیا جای حضور دادستان هست یا خیر؟ و آیا در قانون، خلأ وجودی دادستان را می‌بینیم یا خیر؟ آیا اگر دادستان باشد، حقوق عمومی و منابع بیت‌المال حفظ نمی‌شوند؟ خیلی از بانک‌ها و بستانکارها از رأی

ورشکستگی باخبر نمی‌شوند و تنها اداره تصفیه به آن‌ها اعلام می‌کند، اعتراض یا ورود ثالث پیدا می‌کند و پاسخ می‌شنوند که دیر آمده‌اند! در این صورت چه باید بکنند؟ درست است که محاکم حقوقی در مباحث کیفری ورود نمی‌کنند، اما چه کسی باید به بحث جنبه عمومی و حتی به تقصیر و تقلب در اظهار ورشکستگی ورود پیدا بکند؟ دادستان طرف دعوا قرار نگرفته، پس خبر ندارد. دادگاه صادرکننده رأی حقوقی نیز کاری به جنبه کیفری ندارد. بستانکاران نیز طرف دعوا قرار نمی‌گیرند. پس چه باید کرد؟ اینجا خلأ وجودی دادستان و مدعی‌العموم وجود دارد یا خیر؟

من بر این باورم که دادستان و بستانکارهای عمده باید طرف دعوا قرار بگیرند و اگر شخصی به استناد چک برگشتی خود در شش سال قبل، تاریخ توقف را همان زمان اعلام کرده، بلافاصله دادستان اعلام نماید که او به حکم ماده ۴۱۳ قانون تجارت تکلیف داشته ظرف سه روز اعلام توقف کند و چون از این کار ابا نموده، در این پرونده ورشکسته به تقصیر و تقلب است. قانون در این مورد می‌تواند به صراحت از مصادیق ورشکستگی اعلام به تقصیر و جرم کند.

اگر با این رویه پیش برویم، شاید در سه چهار سال آینده، بسیاری از شرکت‌ها اعلام ورشکستگی صوری کنند. بنابراین، معتمد ورشکستگی، یک دعوای توافقی است و باید به طرفیت دادستان و حداقل بستانکاران عمده قرار بگیرد.

آقای فرهاد مرادی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این مورد که آیا واقعاً بستانکاران طرف دعوا قرار بگیرند یا خیر، به هر دو شکل (استدلال شعبه ۵۶ و استدلال شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر) می‌توان استدلال کرد. هرچند قانون تجارت اذعان داشته است که صرفاً تاجر درخواست اظهار یا اخبار ورشکستگی بکند، اما در ماده ۴۱۵ بیان کرده که شخص دادستان یا بعضی از بستانکاران هم می‌توانند چنین درخواستی داشته باشند.

در قانون تجارت و قانون تصفیه امور ورشکستگی آمده است که دعوت بستانکاران، بررسی مطالبات، تفکیک و تشخیص میزان مطالبات، مهر و موم و توقیف، ارزیابی اموال و غیره، با تشریفات خاصی به بعد از صدور حکم ورشکستگی برمی‌گردد. با این وجود، همه موارد فوق‌الذکر می‌توانند تقویت‌کننده دیدگاه دوم باشند.

در قانون تجارت پیش‌بینی شده است که حتی اگر بستانکار یا بستانکارانی مطلع نشوند، بعداً می‌توانند (چه در قالب واخواهی و چه در قالب اعتراض شخص ثالث) به رأی اعتراض نمایند، اما با در نظر گرفتن افزایش ورشکستگی تصنعی و صوری که یکی از طرق آن‌ها گرفتن وام‌ها و تسهیلات کلان بانکی و متعاقباً اظهار ورشکستگی برای معافیت از پرداخت خسارات تأخیر تأدیه (براساس رأی وحدت شمارگان ۱۵۵ و ۱۴۱۲۴۷) و خسارت تأخیر و تأدیه جرایم و سودهای بانکی (براساس رأی وحدت رویه شماره ۲۹۰۱۷۹ سال ۵۰ از حبس یوم‌الادا برای شخص مُعسر) است، ظاهراً بهتر است در این دو پرونده، لااقل یکی از بستانکاران عمده، به‌ویژه بانک‌ها، به عنوان خواندگان قرار بگیرند.

دعوای ورشکستگی از دعوای اعسار دور نیست؛ هرچند از نظر اشخاص خواهان با هم متفاوت هستند. در نظر داشته باشیم که در دعوای اعسار، شخص محکوم‌له به عنوان خوانده دعوا در نظر گرفته می‌شود. در اینجا هم از نظر ماهیت، مشابه همان دعواست و بستانکار عمده و اصلی باید طرف دعوا قرار بگیرد. با اینکه دادگاه براساس ماده ۴۱۲ قانون تجارت بدون حضور بستانکار میزان اموال و دارایی و تفوق یا فزونی بدهکاری یا دارایی منفی بر اموال را باید بررسی کند، اما ظاهراً ماده ۴۱۲، صرف توقف را پیش‌بینی کرده و ممکن است قضات از ورود به احراز ورشکستگی واقعی امتناع کنند و صرف همان چک یا سفته یا اجراییه یا حکم محکومیت چک به عنوان سند صدور حکم ورشکستگی در نظر گرفته شود، لذا اگر بانک یا طلبکار عمده حضور داشته باشد، مستنداتی را که ارائه می‌دهد، برای بررسی دفاتر شخصی تاجر توسط کارشناس یا هیات کارشناسی، بسیار ارزشمند است و دادگاه می‌تواند از آن اطلاعات استفاده کند.

آقای حمیدرضا قمری، رئیس شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

پاره‌ای از این مشکلات بازتاب ناآگاهی و بی‌دانشی بانک‌هاست که دستگاه قضایی مسئولیتی در قبال آن ندارد. از مجموع مواد قانون تجارت هیچ کجا استنباط نمی‌شود که دعوای ورشکستگی، ترافعی است؛ خواه به طرفیت دادستان طرح بشود، خواه به طرفیت اشخاص دیگر. آن‌طور که از متن ماده برمی‌آید، تاجر

فقط اظهار یا اعلام ورشکستگی می‌کند. اینکه چگونه باید رسیدگی شود، دست دادگاه باز است تا برای پیشگیری از بروز مشکلات، هرگونه تحقیقاتی که می‌تواند انجام دهد و اگر در تحقیقات خود به این نتیجه رسید که تقاضا صحیح نیست، می‌تواند آن را رد کند و تعارضی وجود ندارد که به خاطر آن مصرّ باشیم که طرح دعوا ضرورتاً به طرفیت طلبکاران باشد.

در ماده ۴۱۵ قانون تجارت، اشخاصی را که می‌توانند تقاضای ورشکستگی کنند، ذکر کرده: برحسب اظهار خودِ تاجر، برحسب تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران، حسب تقاضای مدعی‌العموم. ذکر دادستان تنها در مواردی است که می‌تواند تقاضای ورشکستگی کند نه اینکه طرف دعوا قرار بگیرد. دعوای ترافعی از طرف اشخاصی که در نتیجه این ورشکستگی متحمل ضرر و زیان شده‌اند، بعد از اثبات ورشکستگی، به استناد ماده ۴۱۹ می‌تواند آغاز بشود: در ماده مذکور آمده است: «از تاریخ حکم ورشکستگی هر کس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی از منقول یا غیرمنقول داشته باشد، مدیر تصفیه (که طبق ماده قبل، قائم‌مقام ورشکسته می‌شود)، باید به طرفیت او تعقیب کند. کلیه اقدام‌های اجرایی مشمول همین دستور خواهد بود».

نکته مهم‌تر اینکه اساساً ضرورت تسریع در امر درخواست ورشکستگی، ایجاب می‌کند دعوا ترافعی نباشد چراکه با اعلام ورشکستگی از سوی دادگاه، ورشکسته دیگر، حق مداخله در اموالش را ندارد؛ در غیر این صورت، ممکن است دعوا یک یا دو سال طول بکشد و در این مدت، تاجر، اموالش را به اشخاص دیگر منتقل کند. بنابراین، فوریت امر ایجاب می‌کند که این دعوا ترافعی نباشد و دادگاه با همان درخواست، هر اقدامی که می‌تواند انجام دهد و با اختیارات قانونی خود به پرونده رسیدگی نماید.

ماده ۵۳۶ قانون تجارت درباره شکایت از اعلام ورشکستگی است: «حکم اعلام ورشکستگی و همچنین حکمی که تاریخ توقف تاجر در زمان قبل از اعلام ورشکستگی تشخیص شود، قابل اعتراض است». مواد بعدی هم به همین امر اشاره دارد.

نتیجه اینکه دعوا به هیچ‌وجه ترافعی نیست و نه دادستان می‌تواند طرف دعوا باشد و نه اشخاص دیگر. این دعوا به صرف تقاضا قابل رسیدگی است و هر شخصی که از این اعلام ورشکستگی و حکم آن زیان می‌بیند، می‌تواند طرح دعوا کند و ضرر و زیان خود را اثبات نماید.

آقای توکلی، رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

بدیهی است درمورد اینکه دعوای ورشکستگی تاجر به طرفیت چه اشخاصی باشد، قانون صریحی وجود ندارد. نظریه حقوقی، دکترین و اداره حقوقی هم در این مورد صراحت ندارد. منتها باید به واقعیت امر توجه کرد:

هر دعوایی باید به طرفیت ذی‌نفع و کسی که خواهان فکر می‌کند معارض با آن است یا نسبت به آن حقی دارد، مطرح شود. درمورد دعوای ورشکستگی، طرفیت دادستان به جهت لزوم حفظ منافع عمومی و جامعه، محل مناقشه نیست و قطعاً باید طرف دعوا قرار بگیرد. درخصوص طلبکاران، قانونگذار در سایر دعاوی هم تعریف نکرده است که دعوا به طرفیت چه کسی مطرح بشود (جز در مواردی محدود مانند دعوای اعتراض شخص ثالث)، اما طبیعی است وقتی که زوجه می‌خواهد مطالبه مهریه کند، زوج را طرف دعوا قرار دهد، چون با او تعارض منفعت دارد و این ویژگی در ورشکستگی نیز صدق می‌کند، چون مستقیماً به حقوق طلبکاران مربوط می‌شود و در تعارض با حقوق اشخاص ثالث است. این ورشکستگی آثاری دارد که ممکن است به ضرر دِیان و طلبکاران تمام شود.

طبق ماده ۴۱۷ حکم ورشکستگی باید بلافاصله اجرا بشود، سپس اداره تصفیه از بستانکاران دعوت به عمل آورد تا مراجعه و طلبشان را تصدیق نمایند. سوال این که: «آیا این طلبکاران باید شناسایی شده باشند یا خیر؟ و آیا باید به آن‌ها دسترسی باشد تا اداره تصفیه بتواند از آن‌ها اطلاعات جمع‌آوری کند یا خیر؟» در نظرات حقوقی این بحث مطرح است و اساتید حقوق تجارت هم معتقدند این دعوا جنبه ترافعی دارد و لازم است به طرفیت این افراد (طلبکاران) مطرح شود.

و اما نظر اداره حقوقی درمورد ماده ۴۱۷ که می‌گوید: «اجرای موقت، منحصراً است به اقدامات تأمینی و دعوت بستانکاران و رسیدگی به امور دارایی و اموال و مطالبات و قروض فرد ورشکسته».

بنابراین، دعوای ورشکستگی قطعاً ترافعی است و دعوت از بستانکاران از ضروریات است و باید امکان داشته باشد و این میسور نیست جز اینکه مدعی ورشکستگی (تاجر) اطلاعات لازم را درمورد طلبکاران خود اعلام کند و آن‌ها را طرف دعوا قرار بدهد تا امکان رسیدگی متناظر و ترافعی فراهم باشد.

خانم ثغوری، دادیار و نماینده دادستان تهران

قانون تجارت و مفاهیم جدیدی که در حوزه ورشکستگی مطرح می‌شوند، بسیار از هم فاصله دارند؛ به‌خصوص که در دکترین حقوقی و نظریات اخیر، ورشکستگی را به مفهوم انحلال شرکت‌ها نمی‌دانند؛ چیزی که متأسفانه در رویه قضایی باب و رایج است و بسیاری از شرکت‌ها با تحصیل احکام ورشکستگی از این موضوع سوءاستفاده می‌کنند. در حال حاضر در نظام‌های حقوقی دیگر، ورشکستگی پروسه‌ای است که بیشتر به دنبال ادغام و تجدید و احیای شرکت‌های تجاری است و انحلال شرکت تجاری به نوعی در خاتمه امر قرار می‌گیرد.

در سال‌های اخیر مفاهیم جدیدی در حوزه تجاری و اقتصادی مطرح شده‌اند از جمله، مطالبی درمورد ریسک سیستماتیک در حوزه مالی، بانکی و شرکت‌های تجاری یا مفاهیمی مربوط به پیشرفت مباحث تکنولوژی و همچنین مباحث مربوط به تجارت الکترونیکی. موضوعاتی که در ارتباط با بحث ورشکستگی می‌توانند بسیار کمک‌کننده باشند امور مالی، حسابداری و حسابداری هستند. این موضوعات نشان می‌دهند که دعوی ورشکستگی و مبحث مربوط به آن در عالم واقع با آنچه که در قانون تجارت مطرح شده فاصله دارد و در این مورد بعضاً ابهامات و سکوت قانونی حاکم است. با مطالعه احکام ورشکستگی موجود درمی‌یابیم که با یک نظر کارشناس حسابداری و مالی، حکم ورشکستگی یک شرکت تجاری با یک حوزه فعالیت گسترده (با همه حسابداری‌ها و پیچیدگی‌های مالی‌اش) صادر می‌شود، لذا معتقدم در این حوزه نیازمند تفسیر و استفاده از نظریات علمای حقوق و دکترین هستیم.

اگر درمورد پرونده‌های ورشکستگی بپذیریم که صرفاً با اظهار و ادعای شرکت تجاری یا شخص تاجر پیش برود، مشکل به وجود می‌آید، زیرا اشخاص ذی‌نفعی وجود دارند که قطعاً به این رأی ورشکستگی معترض هستند و لازم است که این پروسه بار دیگر تجدید شود تا به اعتراض آن‌ها رسیدگی گردد؛ چه با اعتراض دادستان (از باب حفظ نظم عمومی) مواجه شود و چه با اعتراض اشخاص حقوقی و حقیقی متضرر، مانند مؤسسات مالی و بانک‌ها. به نظر می‌رسد که مقرون به واقع و قریب به صحت باشد که در دعوای ورشکستگی حضور

بستانکاران لازم باشد تا هم پروسه رسیدگی کوتاه تر شود و هم اشخاص ذی نفع در همین دعوا ادعاهای خود را مطرح کنند و دادگاه نیز به این نتیجه برسد که رأی صادره جامع و مانع خواهد بود.

از طرف دیگر با توجه به مفاهیم جدید مطرح شده در حوزه تجاری اقتصادی در ارتباط با ریسک های سیستماتیک بانک ها، مؤسسات مالی و شرکت های تجاری و حسابرسی ها و حسابداری های پیچیده آنها که مفهوم نظم عمومی اقتصادی در حقوق را مطرح کرده اند، امروزه تقریباً می توان ادعا کرد که علمای حقوقی معتقدند در حوزه حقوق عمومی، نظم عمومی اقتصادی باید حفظ شود و شخصی که در حوزه پرونده های اقتصادی (از جمله ورشکستگی) صلاحیت ورود و دفاع از نظم عمومی اقتصادی را دارد، دادستان است.

بر همین اساس، نیاز به یک مؤسسه نظارتی برای کمک به دستگاه قضایی و مراجع قضایی در مباحث مربوط به تجارت و اقتصاد ضروری به نظر می رسد. بدیهی است اگر این سیستم و نهاد وجود داشته باشد، حضور نماینده دادستان به لحاظ دسترسی به اطلاعات و دفاع از نظم عمومی و اقتصادی می تواند مؤثرتر باشد.

آقای دکتر بیگدلی، رئیس شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در ماده قانون ۴۱۵ قانون تجارت آمده: ورشکستگی تاجر به حکم محکمه در موارد ذیل «اعلام» می شود:

الف) بر حسب اظهار خود تاجر (این جا نیز تعبیر به «اظهار» می شود و تعبیر به دعوا در مورد ورشکستگی اصلاً صحیح نیست).

ب) به موجب تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران

ج) بر حسب تقاضای مدعی العموم

اگر بر آن باشیم که این دعواست و به طرفیت مدعی العموم اقامه دعوا کرده، پس در جایی که مدعی العموم تقاضای ورشکستگی می کند نیز باید دعوا محسوب شود؛ یعنی یک نفر در یک جا مدعی علیه می شود و در جای دیگر مدعی که چنین امری غیرممکن است. اگر در اینجا تاجر مدعی است و مدعی العموم مدعی علیه، پس خود مدعی العموم دیگر نباید بتواند به عنوان مدعی وارد شود.

وقتی ماده ۴۱۹ می گوید «بعد از صدور حکم و اجرای موقتی هر کس نسبت به تاجر ورشکسته، دعوایی از منقول یا غیرمنقول داشته باشد می تواند به دادگاه، مراجعه و ادعای دعوا کند» در اینجا (بعد از صدور حکم) تعبیر به دعوا کرده است.

بنا به ماده ۴۲۰ «هروقت محکمه صلاح بدانند، می تواند به تاجر ورشکسته به عنوان شخص ثالث در دعوای مطروحه اجازه ورود دهد». اگر موضوع (ورشکستگی) دعوا و تاجر طرف دعوا باشد، چطور می تواند شخص ثالث شود (طرفین دعوا که نمی توانند شخص ثالث باشند)؟ پس نتیجه می گیریم که موضوع ورشکستگی، دعوا نیست و مانند درخواست گواهی حصر وراثت، «تقاضاست».

در مورد اشکالاتی که عملاً ممکن است پیش بیاید، دادگاه می تواند در جریان رسیدگی از بانک ها استعلام نماید و هر کاری که برای نماینده مدعی العموم فرض می شود، خود محکمه می تواند انجام دهد. اگر تاجر ورشکسته به عنوان مدعی، تعدادی طلبکار را معرفی کرد و بعد تعدادی (طلبکار) دیگر پیدا شدند، چه باید کرد؟ به نظر می رسد اشکالات موجود بیشتر ناشی از رسیدگی ناقص محاکم است و این مشکلات با حضور نماینده دادستان یا طرف دعوا قرار گرفتن طلبکاران حل نمی شوند.

آقای حمزه شریعتی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

من معتقدم دادستان و بستانکاران در ورشکستگی باید طرف دعوا قرار بگیرند، زیرا طلبکاران حقی دارند که در اینجا می توانند آن را مطالبه کنند و همچنین اطلاعاتی دارند و ممکن است بدانند شخص ورشکسته از اشخاص دیگر طلب یا مالی دارد و جلوی ورشکستگی بیجا و تقلبی را بگیرند. حضور دادستان نیز با توجه به اطلاعاتی که از بانک ها و جاهای دیگر دارد، می تواند مفید باشد و این گونه از بیت المال و حق افراد دفاع کند.

پس، حکم ورشکستگی قطعاً توافقی است و به همین جهت نیز «حکم» صادر می شود؛ بدین ترتیب که علاوه بر داشتن موضوع و همچنین تکلیف، جنبه اجرایی هم دارد بدین نحو که تاجر باید چند روز توقیف بشود.

هر چند در احکامی که دادگاه در امور توافقی صادر می کند وضعیت و حالت نسبی دارد و تأثیر آن تنها در مورد طرفین دعواست نه در مورد افراد دیگر، اما

حکم ورشکستگی حالت و خاصیت عام و مطلق دارد؛ یعنی تأثیر آن از طرفین دعوا تجاوز کرده، همه افراد را شامل می‌شود که با بازرگان، معاملات تجاری داشته‌اند و تعهدات و حقوقی نسبت به وی دارند. به زعم من رأی شعبه ۵۶ صحیح است و دادستان (در صورت مطرح بودن بیت‌المال)، بانک‌ها و نیز افراد خاص به عنوان طلبکار باید طرف دعوا قرار بگیرند.

آقای بیک‌وردی، رئیس شعبه ۷۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

برای تبیین موضوع، بهتر است ادله و استدلال موافقان و مخالفان طرف دعوا قرار گرفتن بستانکاران را مورد بررسی قرار دهیم.
دلایل موافقان عبارتند از:

- ۱) دعوای ورشکستگی، کشف واقعی ورشکستگی است و مستلزم آن است که بستانکاران طرف دعوا قرار بگیرند تا حقوق آن‌ها تضییع نشود.
- ۲) تلازم دعوای ورشکستگی و مرتبط دانستن آن با نظم عمومی و ضرورت طرف دعوا قرار دادن دادستان به این اعتبار.
- ۳) در بعضی موارد بستانکاران بانک‌ها هستند و ممکن است مستنداتی داشته باشند که خلاف ادعای فرد (مبنی بر ورشکستگی) را ثابت می‌کند و اگر طرف دعوا قرار نگیرند و نتوانند دلایل خود را ارائه دهند، ممکن است متضرر شوند.
دلایل مخالفان عبارتند از:

- ۱) اگر بستانکاران، طرف دعوا قرار بگیرند، محل اقامت آن‌ها ممکن است جاهای مختلفی باشد و در نتیجه، امکان دارد دادگاه صالح برای رسیدگی به این پرونده متفاوت باشد؛ درحالی که در قانون، دادگاهی، صلاحیت رسیدگی به این امر را دارد که در محل اقامت تاجر باشد.

- ۲) برخلاف اصل نسبی بودن اثر احکام، حکم ورشکستگی از آثار مطلق برخوردار است به‌طوری که درمورد همه طلبکاران مؤثر است.

- ۳) قانون تجارت تکلیف کرده است دادگاهی که حکم صادر می‌کند، باید آن را در جراید اعلام نماید و اگر بنا باشد بستانکاران، طرف دعوا قرار بگیرند و دعوا

علیه آن‌ها مطرح باشد، دیگر ضرورتی به اعلام در جراید نیست. پس نیازی به طرح دعوا علیه بستانکاران نیست.

من معتقدم هرچند دعوای ورشکستگی، توافقی است، ولی قابل ارجاع به داوری نیست و در محل اقامت تاجر ورشکسته طرح می‌شود و اگر بنا را بر این بگذاریم که الفاظ، حمل بر معانی عرفی خود هستند آنچه از دعوا به ذهن متبادر می‌شود این است که دعوا اصولاً باید یک «طرف دعوا» داشته باشد؛ یعنی این امر، یک دعوای توافقی محسوب می‌شود نه یک امر حسبی. نکته دیگر اینکه اگر قائل به مطلق بودن حکم ورشکستگی شویم و آن را از این جهت از سایر احکام، ممتاز بدانیم و چون به سایر افراد غایب در دعوا هم تسری پیدا می‌کند، باید نتیجه بگیریم که طرف دعوا قرار دادن بستانکاران، لازم و ضروری نیست.

آقای امانی، رئیس شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

به نظر من دعوای ورشکستگی دعوای توافقی نیست، بلکه اظهار شخص تاجر مبنی بر این است که قادر به تأدیه دیون نیست و با دادخواستی که تقدیم دادگاه می‌کند، اعلام می‌نماید که بدهکار است ولی قادر به پرداخت دیون نیست. مقنن هم از واژه «اعلان» به معنای افشاء و اظهار استفاده کرده است، لذا نیازی به طرف دعوا قرار دادن بستانکاران و دادستان نیست.

قانون‌گذار در ماده ۴۱۵ قانون تجارت آورده است: «در مواردی که قصد بر اعلام ورشکستگی است، شخص تاجر یا دادستان یا طلبکاران اعلام می‌کنند که او قادر به تأدیه دیون نیست». بنابراین، نیازی به طرف دعوا قرار دادن این اشخاص نیست.

در قانون در جایی دیگر تحت عنوان «دعوای شخص ثالث»، برای طلبکاران این حق در نظر گرفته شده که پس از اظهار شخص تاجر و رسیدگی دادگاه، به این مطلب اعتراض کنند. بنابراین، ضرورتی به طرف دعوا قرار دادن دادستان و طلبکاران نیست.

آقای حسینیان، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

ورشکستگی و صدور حکم افلاس و مفلس اعلام کردن، از امور حسبیه است. اگر نیاز باشد که طلبکاران، طرف دعوا قرار بگیرند باید احصاء و مشخص بشوند و حکم قطعی بر طلبکار بودن آن‌ها صادر شده باشد. وقتی لیست طلبکاران مشخص

شد اعتراض به تاریخ توقف جایز نیست چنانکه در ماده ۵۳۸ آمده است: «بعد از اینکه دعوای ورشکستگی صادر شد، اعتراض نسبت به تاریخ توقف پذیرفته نیست».

اگر قرار بر طرف دعوای قرار دادن طلبکاران باشد، نمی‌توان در هر زمان نسبت به تاریخ توقف اعتراض کرد؛ درحالی‌که مشاهده می‌شود که تا پایان زمان رسیدگی، در مواردی که ذکر شده، اعتراض، قابل قبول است و تاریخ توقف ممکن است توأم با تفاوت باشد.

به‌علاوه، اگر تعدادی از طلبکاران، طرف دعوای قرار گرفتند و سپس مشخص شد تعدادشان بیشتر است، اگر اعتراض باشد، آیا باید به طرفیت تاجر باشد یا آن تعدادی که تاجر اعلام کرده است؟ آیا به لوازم و عوارض آن پایبند خواهیم بود؟

بحث ورشکستگی صرفاً اعلان یک وضعیت است. در تعریف مدعی می‌گویند: «لو تَرَک تُرک». اگر مدعی، ادعا را رها کند او را رها می‌کنند؛ درحالی‌که در ورشکستگی این‌گونه نیست؛ یعنی اگر تاجر بعد از ادعای ورشکستگی اذعان نماید که ورشکسته نیست، او را رها نمی‌کنند. در اینجا دادستان یا هرکدام از طلبکاران می‌توانند آن را اقامه کنند. بنابراین، یک امر عمومی است، و اعلام و بحث، صرفاً از امور حسبیه است لذا اینکه چه کسی اقامه دعوای کند یا چه کسی آن را اعلام نماید، در ماهیت قضیه تفاوتی ایجاد نمی‌کند.

بعد از صدور حکم، هر فرد می‌تواند به این حکم معترض شود. ماده‌ای گذاشته شده که تمام کسانی که ادعای طلب دارند باید اسناد مصدق بیاورند و طلب خود را اثبات کنند. در ماده ۴۷۳ آمده است که بعداً دعوای پذیرفته نیست و در ماده ۵۳۸ گفته شده: وقتی لیست دیتان و طلبکاران و غرماء مشخص شد، پس از آن دیگر نمی‌توان در تاریخ توقف تردید نمود. در ماده ۴۶۲ نیز برای طلبکاران، تکلیف به تعقیب تاجر ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی تعیین می‌شود و اسامی آن‌ها بعداً مشخص خواهد شد. بنابراین، آنچه از مباحث، منتج می‌شود اینکه لازم نیست طلبکاران طرف دعوای قرار بگیرند.

نتیجه رأی‌گیری: اکثر حاضران در جلسه، رأی به این دادند که: بستانکاران عمده یا حداقل تعدادی از بستانکاران باید طرف دعوای قرار بگیرند.